

# النظرية العامة للإثبات في التقنين المدني

أولاً تعريف الإثبات وأهميته ومكانه في القانون

1- تعريف الإثبات وأهميته :

10 تعريف الإثبات : الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل

14\$ أمام القضاء ، بالطرق التي حددها القانون ، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها<sup>(1)</sup> .

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

(1) الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام . فالإثبات بالمعنى العام يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة . بل هو طليق 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 والاستخلاص 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 وجوده . فالإثبات القضائي مقيد في طرقه وفي قيمة كل طريقة منها . أما الإثبات غير القضائي فلا قيد عليه كما قدمنا . والإثبات القضائي متى استقام ملزم للقضاء ، فيتعين عليه ان يقضى بما يؤدي إليه هذا الإثبات من النتائج القانونية ، وإلا كان في إمتناعه نكول عن أداء العلة

(deni 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 \$15 ما يستبين أن الحقائق العلمية ليست إلا فروضاً غير دقيقة ، ثم ينكشف بعد ذلك خطؤها ، ويقوم مقامها حقائق أخرى هي أيضاً قابلة للتغيير<sup>(2)</sup> .

(2) ولما كان الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أما 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 ، وتجافى إحادهما الأخرى . وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية في بعض الحالات منعزلة عن الواقع ، بل بعيدة عن الحق ، أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية<sup>(3)</sup> . وسنعود إلى هذا المعنى في موضع آخر .

(3) ولما كان الإثبات القضائي إنما ينصب على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها ، فمحل 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 ، وهى أى هذه الواقعة القانونية دون الأثر الذي يترتب عليها ، التي تكون محلاً للإثبات . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى<sup>(4)</sup> .

\$16 (4) وما دام الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يترتب القانون عليها أثراً ، فمعنى 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

---

(2) أنظر في مقارنة دقيقة بين الإثبات القضائي والإثبات التعليمي أو التاريخي بارتان على أوبرى ورو جزء 12 فقرة 749 حاشية رقم 2 مكرر ، وأنظر أيضاً : بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1407 — ص 828 — ص 829 — بيدان وبرو 9 فقرة 1138 ص 306 — الأستاذ عبد الباصط جميعي نظام الإثبات في القانون المدني المصري ص 39 — ص 42 .

(3) وقد مر الإثبات القضائي في تاريخ الإنسانية بمراحل يضيق المقام هنا عن الخوض فيها. فقد كانت الإنسانية في طفولتها تلجأ في الإثبات القضائي على ضروب من السحر والشعوذة . ثم لجأت إلى الدين ، من حلف واستدعاء الله وللقديسين على المبطل من الخصمين . 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 والتشريعات الأجنبية ص 18 — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات جزء أول ص 9 — ص 12) .

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

قيمة عملية ، فهو والعدم سواء من الناحية القضائية . قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يتم 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 تتبين أهمية الإثبات القضائي من الناحية العملية . (( فالحق كما تقول المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد<sup>(5)</sup> ) يتجرد من قيمته مالم يتم الدليل على الحادث المبدئ له ، قانونيا 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 لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أقضية ))<sup>(6)</sup> .

## بـ مكان الإثبات في القانون

12 انقسام الشرائع إلى 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 بإثباته ، وناحية شكلية هي التي تحدد ما يتبع من الإجراءات في تقديم طرق الإثبات فللشهادة \$17 وللأوراق المكتوبة والطعن فيها وللخبرة ولتحليف اليمين ولغير ذلك من طرق الإثبات إجراءات معينة رسمها القانون<sup>(7)</sup> .

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<sup>(8)</sup> . وبعضها يضع القواعد الموضوعية في التقنين المدني والقواعد الشكلية

(5) مجموعة الأعمال الحضرية 3 ص 349 .

(6) الموجز فقرة 614 ص 645 . وأنظر : بلانيول وريبير وجابولد 7 ص 1406 ص 825 وقد جاء فيه : (( الدليل وحده هو الذي يحيى الحق ويجعله مفيداً )) (La praeuve 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 معدوم وحق لا دليل عليه )) (Idem est non esse aut non probari) – (( الدليل هو قوة الحق )) (La preuve est la rancon des duois) – أنظر أيضاً : بيدان وبرو 9 ص 1139 ص 207 – الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص 1 ص 2 .

(7) بودري وبارد 3 فقرة 2059 .

(8) ويذهب الأساتذة كولان وكابيتان ودي لامورانديير ( جزء 2 ص 718 وجزء 1 ص 105 وما بعدها ) إلى هذا الرأي . كذلك يبدو أن الدكتور محمد صادق فهمي ( الإثبات في القانون المقارن ص 85 – ص 86 ) يميل إلى وضع قواعد الإثبات في تقنين المرافعات . أنظر أيضاً بيدان وبرو 9 فقرة 1140 ، ص 208 .

فى تقنين المرافعات ، كما فعل القانون المصرى والقانون الفرنسى وأكثر الشرائع اللاتينية<sup>(9)</sup> .  
وطائفة ثالثة تفرد قواعد الإثبات جميعاً الموضوعية منها والشكلية بقانون خاص ، كما فعل  
§ 18 القانون الإنجليزى فيما أسماه بقانون الإثبات (law of evidence) وكما فعل القانون  
السورى فيما أسماه بقانون البينات<sup>(10)</sup> .

13- بروز القواعد الموضوعية فى الإثبات ووجوب بقائها فى التقنين المدنى : وتقضى  
سلامة النظر فى هذه المسألة بتخطى الشرائع التى تضع قواعد الإثبات بناحيتهما الموضوعية  
والشكلية فى تقنين المرافعات . قد توضع هذه القواعد كلها فى التقنين المدنى تغليباً للناحية  
الموضوعية على الناحية الشكلية فيلتئم شملها<sup>(11)</sup> . وقد توزع بين التقنين المدنى وتقنين المرافعات  
كما تقضى بذلك طبيعة كل طائفة من هذه القواعد . وقد تفرد بمكان خاص تنعزل به عن سائر  
التقنيات حتى لا تطغى ناحية من الناحيتين على الأخرى . ولكن أن يهتمقل بها جميعاً تقنين

(9) الموجز ص 646 - وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى الجديد فى هذا الصدد ما يأتى : (( والواقع أنه  
يتضح من استظهار تبويب التقنيات المختلفة ومقارنة كل منها بالآخر ، أن الإثبات والشهر لا ينزلان منها مكاناً واحداً . فبعض هذه  
التقنيات يفرد لهما مكاناً فى تقنين المرافعات ( مذهب التشريعات الجرمانية ) ، وبعض منها يضمن أحكامها تشريعاً مستقلاً ( مذهب  
التشريعات الانجليزية والأمريكية ) ، وبعض آخر يفرق هذه الأحكام بين التقنين المدنى وتقنين المرافعات ( مذهب التشريعات اللاتينية  
( . ويقوم مذهب الفريق الأخير من التقنيات على التفريق بين طائفة القواعد المتعلقة بالتنظيم الموضوعى ، وبين طائفة القواعد  
المتعلقة بالشكل والإجراءات ، ويلحق الأولى بالتقنين المدنى ، ويقرر الثانية مكاناً فى تقنين المرافعات وتشمّل الطائفة الأولى على  
الأحكام المتعلقة بمحل الإثبات ، وبيان من يقع عليه عبوه ، وتفصيل طرقه ، وأحوال أعمال كل من هذه الطرق . وغنى عن البيان  
أنه يقصد من هذه الأحكام بوجه عام إلى انقضاء المنازعات وتأمين ما ينبغى للتعامل من استقرار ، ولعل هذا الغرض الوقائى بذاته هو  
أبرز ما ينهض لتوجيه وضعها فى نصوص التقنين المدنى باعتباره الأصل الجامع للمبادئ العامة فى القانون . أما ما يتعلق من  
الأحكام بأعمال طرق الإثبات فهو يتصل بناحية الشكل والإجراءات ولا سيما ما يقوم من هذه الطرق على التحقيق أو الخبرة . وبديهي  
أن مثل هذه الأحكام أخص نطاقاً من الأحكام الموضوعية ، وهى تنتم على وجه الأفراد بطابع قضائى يجعل خطابها ينصرف بوجه  
خاص إلى من يعهد إليهم بتطبيق القانون والفصل فى المنازعات . فأخلق بها ، والحال هذه ، أن تحل مع سائ ما يتلحق بخصوصيات  
الشكل والإجراءات صعيداً واحداً فى تقنين المرافعات )) . ( مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 347 - ص 348 ) .

( م 2 الوسيط ج 2 )

(10) وكذلك فعل القانون الأمريكى فى قانون الإثبات (Law of evidence) . أنظر فى مكان الإثبات فى كل من النظام  
اللاتينى والنظام الجرمانى والنظام الأنجلوسكسونى ، وذلك من ناحية التطور التاريخى ، رسالة الدكتور محمد صادق فهمى فى  
الإثبات فى القانون المقارن ص 20 - ص 55 .

(11) وقد توضع القواعد الموضوعية للإثبات مع قواعد الشهر فى مكان واحد فى التقنين المدنى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية  
لمشروع التقنين المدنى الجديد فى هذا المعنى ما يأتى : (( ليس شك فى أن التقنين المدنى هو أنسب مكان لكل ما يتعلق بالأحكام  
الموضوعية فى الإثبات ، بل وقد يكون فى هذا الوضع ما يدعو إلى التفكير فى الجمع بين هذه الأحكام وبين الأحكام الخاصة بشهر  
التصرفات فى كتاب قائم بذاته يكون عنوانه : فى الإثبات والشهر )) ( مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 347 ) .

المرافعات فهذا ما لا وجه للنظر فيه (12). ولا يجوز تغليب الناحية \$19 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 (prevue preconstituee) . وقع ذلك أيضاً إذا لم يترافع الخصمان فيما تنزع فيه إلى القضاء بل سويا النزاع بينهما بطريق ودى لا حاجة فيه إلى الإجراءات التى رسمها القانون لتقديم الأدلة (13) .

ومتى خلص أن دليل الحق تغلب فيه النزعة الموضوعية غلبة طاهرة ، كان المكان الطبيعي للقواعد التى تحكم هذا الدليل هو التقنين المدنى . فالدليل على الواقعة التى تنشئ الحق أقرب إلى أن يكون وضعاً شكلياً لهذه الواقعة . ولا يوجد فرق كبير من الناحية العملية بين عقد شكلى وعقد رضائى لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . فالكتابة ضرورية فى الحالتين ، وإن كانت الكتابة فى العقد الشكلى تتميز بأنها ترسم على نحو خاص وبأنها واجبة لذاتها فلا يقوم

(12) وهذا ما سلم به واضعو تقنين المرافعات الجديد ، إذ قالوا فى المذكرة التفسيرية لمشروع التقنين المذكور إن قوانين المرافعات تجمع فى بعض البلاد الأوروبية بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين إجراءات الإثبات وأوضاعه لشدة الاتصال بين القواعد وبين الإجراءات فى هذا الشأن . ومع ذلك روى أن يقتصر المشروع على الأخطاء بالإجراءات فى الأوضاع وأن تترك القواعد الموضوعية للقانون المدنى . وقد استتبع هذا رفع النصوص الموضوعية الموجودة فى قانون المرافعات الحالى مثل آثار عرض اليمين وحلفها والنكول عنها وعدم التعرض لبيان الأوراق التى تكون حجة حتى يطعن فيها بالتزوير والتى يكفى الإنكار للحيلولة دون الاحتجاج بها ، وترك ذلك كله للقانون المدنى .

ويأخذ الأستاذ نشأت على واضعى تقنين المرافعات الجديد أنهم بالرغم مما قدموه قد عرضوا إلى بعض القواعد الموضوعية : (( مثلاً نصت المادة 156 على أنه يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى منتجة فيما جائزاً قبولها . ونصت المادة 260 على أن المحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى الورقة من إسقاط قيمتها فى الإثبات أو إنقاصها ، والمادتان 262 و 284 أعطتا القاضى الحق فى أن يحكم بصحة الورقة التى أنكر توقيعها أو طعن فيها بالتزوير إذا اقتنع بذلك من وقائع الدعوى ومستنداتها أو أن يأمر بالتحقيق . وأجازت المادة 290 للمحكمة أن تحكم برد أية ورقة وببطلانها إذا ظهر لها بجلاء أنها مزورة ولو لم يدع أمامها بالتزوير )) ( الأستاذ نشأت فى الإثبات فقرة 23 ص 25 ) . وهذه الأمثلة التى ساقها الأستاذ نشأت إنما تدل على تعذر فصل القاعدة الموضوعية عن قواعد الإجراءات فى بعض الحالات الخاصة . فما كان باليسير على واضعى تقنين المرافعات الجديد أن يغفلوا ما أوردوه من هذه القواعد الموضوعية ، فهى متصلة اتصالاً وثيقاً بما تلتها من قواعد الإجراءات ، هذا إذا استثنينا المادة 156 التى تنص على أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ، منتجة فيها ، جائزاً قبولها ، فإن المكان الطبيعى لهذا النص هو التقنين المدنى .

كذلك يوجد طريقان للإثبات — هما المعاينة والخبرة — تغلب فيهما الناحية الإجرائية ، فكان مكانهما اللائق من الناحية العملية هو تقنين المرافعات ( قانون الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات 1 فقرى 29 ) .

(13) بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1406 ص 826 — بلانيول وريبير بولانجيه 2 فقرة 2157 .

20\$ مقامها الإقرار أو اليمين كما يصح 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<sup>(14)</sup> . 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<sup>(15)</sup> .

14- مكان قواعد الإثبات الموضوعية في التقنين المدني كـ 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 ، ولا شك في أن مكان غير مناسب إذ أن قواعد الإثبات تسرى على العقد 21\$ وعلى غيره من مصادر الالتزام الأخرى<sup>(16)</sup> . والتقنين المدني المصري القديم والجديد وضع هذه القواعد في النظرية العامة للالتزام<sup>(17)</sup> ، وهذا مكان أليق . وقد يقال إن نظرية الإثبات ليست مقصورة على الالتزام ، بل هي نظرية عامة شاملة تتناول مصادر

(14) بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1408 ص 830 .

(15) أنظر في هذا المعنى السناذ أحمد نشأت في الإثبات 1 فقرة 24 — فقرة 27 — ومما 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 20 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 9 فقرة 1156 — بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1431 ص 860 — 862 ) أما الإجراءات الشكلية للإثبات فيسرى عليها قانون القاضي (lex fori) ، وقد نصت المادة 22 من التقنين المدني على أنه (( يسرى على قواعد 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 يهبط 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 7 فقرة 1408 ص 829 — بيدان وبرو 9 فقرة 1139 ص 207 ) .

(16) جوسران 2 فقرة 158 — بيدان وبرو 9 فقرة 1140 ص 207 — ص 208 — والسبب في أن التقنين المدني الفرنسي وضع الإثبات في هذا المكان هو أن واضعي هذا التقنين اقتفوا أثر بوتيه (pothier) ، حتى دون أن يتدبروا أن بوتيه عنى بعبارة (( طرق الوفاء )) (paiements) في صيغة الجمع إثبات جميع الأسباب التي ينقضي بها الالتزام دون أن يقتصر على الوفاء ( بودرى وبارد 3 فقرة 2053 — ما كاردية 5 ص 2 — لارومبير 5 م 1315 فقرة 7 ت ديمولومب 29 فقرة 181 — لوران 19 فقرة 81 ) وكان دوما (domat) في كتابه (( القوانين المدنية — الكتاب الثالث — الباب السادس )) مثلاً أفضل للاحتذاء من بوتيه ، 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 2155 ) .

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

الالتزام ومصادر الحق العيني ومصادر روابط الأسرة ، ولا تقف عند المصادر فحسب إذ هي تحكم أيضاً أسباب انقضاء 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 (18) . 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 سبقت 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 الحياة . فأصبحت قواعد § 22 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 الحياة . وفي هذا توزيع للقواعد الإثبات ، إذا لم يكن دقيقاً من الناحية العلمية ، ، فانه يستقيم من الناحية العملية ، وقد جرت به العادة ، وألفتها الناس ، فلم يجد التقنين المدني الجديد محلاً للعدول عنه (19) .

(18) 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 . وليست 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 ن بل هي تجاوز القانون المدني إلى غيره من القوانين )) ( الموجز فقرة 615 ص 645 — ص 646 ) .

(19) قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات 1 فقرة 30 — فقرة 35 . وهذه العادة وما ألفتها الناس هما السبب في أن التقنين المدني الجديد قد عادل عن إفراء كتاب خاص للإثبات والشهر . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : (( على أن مسألة استحسان إفراء كتاب خاص للإثبات والشهر لا تزال جديرة بالنظر والتفكير ، ولا سيما إذا اللاتينية ، وأخصها التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي والتقنين البلجيكي والمشروع الفرنسي الإيطالي ، وعقد للإثبات باباً سادساً في الكتاب الثاني الخاص بالتعهدات والعقود . 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 بالتقنيات المدنية ، ثم أدمجت في هذه التقنيات 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 فحسب . فمن 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 ينبغي أن تتناول كل ما يهم الغير الوقوق عليه من الأوضاع القانونية ( مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 348 ) .

حـ مقابلة سريعة بين النصوص التقنين المدني الجديد ونصوص التقنين المدني القديم في

قواعد الإثبات

15- 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 بقي هو عين مكانها في التقنين القديم .

23\$ 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 وبالقرائن . وعرضت بعد ذلك لإثبات التخلص من الدين بتسليم المئند وبوجوده تحت يد المدين وبالشروع في الوفاء . ثم عادت لجواز إثبات أصل الدين بدفع الفوائد . ثم عرضت لليمين المتممة 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 .

16- ترتيب التقنين الجديد : أما التقنين الجديد<sup>(20)</sup> فقد رتب قواعد الإثبات ترتيباً منطقياً في الباب السادس من الكتاب الأول . فقدم لهذه القواعد بنص في تحميل عبء الإثبات . وفي فصول خمسة عرض للإثبات بالكتابة ، فالإثبات بالكتابة عرف الورقة الرسمية وبين حجيتها وحجية صورها ، ثم عرف الورقة العرفية وبين حجيتها وحجية التاريخ وثبوته ، ثم انتقل لقيمة بعض الأوراق

---

(20) 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 17 هامش رقم 2 ) وقد وضع هذا المشروع الابتدائي في اثنتين وخمسين مادة ، وأرفق بهذه النصوص مذكرة إيضاحية تتمشى معها بطبيعة الحال . وقد تناولت لجنة تنقيح القانون المدني هذه النصوص بالمراجعة والتنقيح حتى حولتها إلى جزء من المشروع التمهيدى للقانون المدني هذه النصوص بالمراجعة والتنقيح حتى حولتها إلى جزء من المشروع التمهيدى للقانون . ولكن المذكرة الإيضاحية التي وضعها الأستاذ استنويت أدرجت كما هي في مجموعة الأعمال التحضيرية ، دون مراعاة لما أدخل على النصوص الأولى من تنقيح وتعديل . فأصبحت هذه المذكرة ، في بعض المواضع ، لا تتمشى مع النصوص النهائية . وسننبه إلى كل مسألة في موضعها .



العرفية فى الإثبات فعرض للرسائل والبرقيات ودفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية والتأشير على السند بما يفيد براءة المدين . وفى الإثبات بالبيئة بين متى يجوز ذلك ومتى لا يجوز . وفى الإثبات للقرائن عرف القرينة القانونية \$24 وبين حجيتها ، وانتقل إلى حجية الأمر المقضى كقرينة قانونية ، وإلى حجية الحكم الجنائى بالنسبة إلى القضاء المدنى ، ثم عرض للقرائن القضائية . وفى الإثبات بالإقرار عرف الإقرار ، وحدد حجته ، وبين متى يتجزأ . وفى الإثبات باليمين عرض لليمين الحاسمة ، ثم لليمين المتممة .

17- لم يستحدث التقنين الجديد شيئاً جوهرياً فى قواعد الإثبات : وفى غير هذا الترتيب المنطقى المتسق لم يستحدث التقنين الجديد شيئاً جوهرياً فى قواعد الإثبات . بل اقتصر التنقيح على بعض المسائل التفصيلية ، مع نهذيب فى 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 الحث فيها ، لم يستحدث قواعد جديدة ، ولكنه اقتصر على تقنين القضاء المصرى فى هذه المسائل<sup>(21)</sup> . وسنعود إلى كل مسألة فى موضعها .

18- سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان : ومهما يكن من أمر ، فهناك بعض أحكام تفصيلية استحدثها التقنين الجديد كما قدمنا . فنذكر فى هذه المناسبة المبدأ العام فى سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان . لنرى 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 يحيز الإثبات بالبيئة مثلاً ، جاز هذا الإثبات حتى لو كان القانون الجديد وقت رفع الدعوى لا يحيز الإثبات إلا بالكتابة . والعكس صحيح على خلاف فى رأى<sup>(22)</sup> . وتطبيقاً لهذا \$25 المبدأ نصت المادة التاسعة من التقنين المدنى الجديد على أن ((

(21) أنظر الوسيط جزء أول ص 71 .

(22) 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 شلكه ومن حيث طرق إثباته ( 25 يونية سنة 1913 م 25 ص 471 ) . ويحدد حجية الورقة المكتوبة القانون القائم وقت صدورهما ( استئناف مصر 24 فبراير سنة 1930 المحاماة 10 رقم 346 ص 696 ) وقد كانت

تسرى فى شأن الأدلة § 26 التى تعد مقدا النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده ((<sup>(23)</sup>).

أما الإجراءات التى تتبع فى سلوك طريق الإثبات، فهذه يسرى عليها القانون القائم وقت نظر الدعوى ولو كان جديداً، لأن قوانين الإجراءات الجديدة تسرى على الماضى<sup>(24)</sup>.

### ثانيًا المبادئ الرئيسية التى تقوم عليها قواعد الإثبات

المادة 19 من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد تنص على أن (( تسرى فى شأن القرائن القانونية النصوص المعمول بها فى الوقت الذى تم فيه العمل أو الحادث الذى تترتب عليه القرينة القانونية )) ولكن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة لوضوح حكمها ولعدم الحاجة إليها ( مجموعة الأعمال التحضيرية 1 ص 227 ) أما طرق الإثبات التى هى ليست من عمل الطرفين بل يترك أمرها إلى القاضى، كالإقرار واليمين، فيسرى عليها القانون الجديد. فلو أن قانوناً جديداً منع اليمين فى حالة معينة، فمما توجه اليمين يكون غير جائز فى هذه الحالة حتى عن واقعة حدثت قبل نفاذ القانون الجديد ( بيدان وبرو 9 فقرة 1157 ص 229 ).

وإذا خفض قانون جديد نصاب البيئة إلى خمسة جنيهاً مثلاً، فالتصرفات المبرمة قبل نفاذ هذا القانون الجديد وتزيد على خمسة جنيهاً ولا تزيد على العشرة يكفى فى إثباتها البيئة والقرائن، لأن القانون القائم وقت إبرام التصرف كان يجيز ذلك ( ديرانتون 1 فقرة 66 – ديمولومب 1 فقرة 54 – لوران 1 فقرة 176 ). أما إذا رفع قانون جديد نصاب البيئة إلى عشرين جنيهاً مثلاً، فالأصل أن التصرفات المبرمة قبل نفاذ هذا القانون الجديد، وتزيد على عشرة جنيهاً، لايجوز إثباتها بالبيئة، وإن كانت لا تزيد على عشرين جنيهاً، إعمالاً للقانون القائم وقت إبرام هذه التصرفات دون نظر لأحكام القانون الجديد، حتى لا يتأثر مركز الخصمين بهذه الأحكام. وبهذا الرأى يقول كثير من الفقهاء ( ديرانتون 1 فقرة 66 – ديمولومب 1 فقرة 54 – لوران 1 فقرة 176 ). ولكن بعض الفقهاء يذهبون على جواز الإثبات بالبيئة فى هذه الحالة لأن فتح القانون الجديد لهذا الطريق للإثبات، مما كان المقصود منه الكشف عن الحقيقة بطرق أصلح، ولا يجوز للمدين فى هذا الفرض أن يدعى أنه كسب حقاً فى أن يتخلص من التزامه بسبب عقم طرق الإثبات التى كانت قائمة وقت نشوء هذا الالتزام ( أوبرى ورو 1 طبعة خامسة ص 128 وهامش رقم 66 – بودرى وهوك فوركار 1 فقرة 176 – بيدان وبرو 9 فقرة 1157 ص 229 – ص 230. على أن القائلين بهذا الرأى الأخير يقصرونه على الحالة التى نحن بصدددها، ولا يعمومونه حتى يتناول الأوراق المكتوبة والقرائن القانونية، فهذه وتلك يحكمها القانون الذى يكون قائماً وقت صدورها أو وقت تمام الحادث الذى ترتبت عليه ( انظر فى هذا الموضوع جوريس كلاسير المدنى -Juris- classeur Civil) قسم 134 مادة 1316 فقرة 14 – فقرة 17 ).

أما الوقائع التى لا تتوافر أدلتها وقت نشوئها – وهى الوقائع المادية – فهذه يسرى عليها القانون الجديد حتى لو كان قد نشأت فى ظل القانون القديم. وكذلك جواز قبول الواقعة فى الإثبات يعتبر من النظام العام فيسرى عليه القانون الجديد، وقد نصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى، ولكن هذا النص حذفته لجنة المراجعة تجنباً للتفصيلات ولأن مكانه المناسب هو قانون المرافعات ( مجموعة الأعمال التحضيرية 1 ص 225 ). انظر فى هذا الموضوع الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فى المواد المدنية فقرة 53 – فقرة 56 ص 61 – ص 65 ).

<sup>(23)</sup> وكان النص فى المشروع يجرى على الوجه الآتى : (( تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدا للنصوص المعمول بها فى الوقت الذى يعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى يستطاع أو ينبغى فيه إعداده )) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة (( مجموعة الأعمال التحضيرية 1 ص 227 ) .

<sup>(24)</sup> وقد كانت الفقرة الأولى من المادة 17 من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى تنص على ما يأتى : (( تسرى النصوص المتعلقة بإجراءات الإثبات من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة )) . ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة لأن مكانه المناسب هو تقنين المرافعات ( انظر المادة الأولى من تقنين المرافعات الجديد ).

## 19- مبادئ ثلاثة : يقوم الإثبات على مبادئ رئيسية ثلاثة :

- ( أ ) فهو نظام قانوني (systeme legal) ، أى تنظمه قواعد يقررها القانون .  
( ب ) ويكون القاضى فيه محايداً ، وهذا هو مبدأ حياد القاضى (neutralite du juge) .  
( ج ) أما الخصوم فيقومون فيه بالدور الإيجابى ، وهذا هو حق الخصم فى الإثبات (droit a la prevue) .

والواقع كما سنرى أن هناك تعاوناً وثيقاً فى الإثبات بين القانون والقاضى والخصوم . فالقانون يبين طرق اثبات ويحدد قيمة كل منها . والقاضى يطبق القواعد التى يقررها القانون فى ذلك ، ويتمتع فى تطبيقها بشئ غير قليل من حرية التقدير . والخصوم هم الذين عليهم أن يقدموا الأدلة على صحة دعواهم ، ذلك على الوجه الذى رسمه القانون ، ولكل خصم الحق فى مناقشة الأدلة التى يقدمها خصمه وفى تنفيذها وفى إثبات عكسها .  
ونستعرض الآن هذه المبادئ الثلاثة .

## \$27 1- مبدأ النظام القانونى للإثبات- مذاهب ثلاثة

20- الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية والعدالة والاستقرار : رأينا فيما تقدم أن الحقيقة القضائية قد تتعد عن الحقيقة الواقعية ، بل قد تتعارض معها . ورأينا أن السبب فى ذلك أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا من طريق قضائى رسمه القانون . وقد يكون القاضى من أشد الموقنين بالحقيقة الواقعية ، وقد يعرفها بنفسه معرفة لا يتطرق إليها الشك ، ولكن بعلام أمامه الطريق القانونى لإثباتها فلا يجد بداً من إهدارها والأخذ بسبل القانون فى الإثبات ، ومن ثم قد تتعارض الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية .

والقانون فى تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين : اعتبار العدالة فى ذاتها ويدفعه إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه حتى تتفق معها الحقيقة القضائية ، وإعتبار إستقرار التعامل ويدفعه إلى تقييد القاضى فى الأدلة التى يأخذ بها وفى تقدير كل دليل فيحدد له طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها ، حتى يأمن جوره إذا مال إلى الجور ، أو فى القليل حتى يحد من تحكمه ، فلا تختلف القضاة فيما يقبلون من دليل وفى تقدير قيم الأدلة فى الأقضية المتماثلة .

21- مذاهب ثلاثة في الإثبات : ويمكن في الموازنة ما بين الاعتبارين اللذين تقدم ذكرهما

— اعتبار العدالة واعتبار استقرار التعامل— أن نتصور قيام مذاهب ثلاثة في الإثبات : (1) مذهب يميل إلى اعتبار العدالة ولو بالتضحية في استقرار التعامل ، وهذا هو المذهب الحر أو المطلق (systeme libre) . (2) ومذهب يستمسك باستقرار التعامل ولو على حساب العدالة، فيقيد القانون الإثبات أشد التقيد حتى يستقر التعامل ، وهذا هو المذهب القانوني أو المذهب المقيد (systeme legal) . (3) ومذهب ثالث هو بين بين ، يزن ما بين الاعتبارين ، فيعتد بكل منهما ، ولا يضحى أحدهما لحساب الآخر ، وهذا هو المذهب المختلط (systeme mixte) .

28\$ 22- 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 التي يستطيعون إقناع القاضى بها ، ويترك القاضى حراً في تكوين اعتقاده من أى دليل يقدم إليه . وهذا المذهب يقرب كثيراً ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة . وقد اعتنقته بعض الشرائع في بدء تطورها ، واعتنقه بعض رجال الفقه الإسلامى<sup>(25)</sup> ، ولا تزال الشرائع الجرمانية

---

(25) وقد ثار ابن القيم الجوزية على تحديد الفقهاء للأدلة في الإثبات جامداً وتقيدهم بشهادة الشهود وأخذهم بها دون القرائن والأدلة الأخرى ، ونادى بوجوب ترك الإثبات حراً ، (( فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان فثم شرع الله )) . قال في أعلام الموقعين : (( إن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له ، ولا يرد حقاً متى ظهر بدليله أبداً ، فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها ، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه مع مساواة غيره له في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جرده ودفعه ، كترجيح شاهد الحال على مجرد البينة في صورة من على رأسه عمامة وبيده عمامه وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره ولا عادة له بكشف راسه ، فبينة الحال ودلالته هنا تفيد ظهور صدق المدعى أضعاف ما يفيد مجرد البينة عند كل أحد . فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ، ويضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحرمة . بل لما ظن هذا من ظنه ضعيوا طريق الحكم ، فضاكثر من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على

والشرائع الأنجلوسكسونية ( القانون الألماني والقانون السويسري 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 ز و تنتقل الآن إلى هذا المذهب .

29\$ 23\_ المذهب القانونى أو المقيد : فى المذهب القانونى أو المقيد يرسم القانون طرقاً محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ، ويجعل لكل طريق قيمته ، ويتقيد بكل ذلك الخصوم والقاضى . (( وهذا المذهب كما جاء فى الموجز<sup>(26)</sup> على ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل ، يبعد ما بين الحقائق الواقعة والحقائق القضائية ، فقد تكون الحقيقة الواقعة ملء السمع والبصر ، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا استطع إثباتها بالطرق التى حددها القانون )) . وقد تغلب فى الفقه الإسلامى المذهب القانونى فى الإثبات . فيجب فى الإثبات بالبينة شهادة شاهدين ، ولا يكتفى بشاهد واحد إلا فى حالات استثنائية<sup>(27)</sup> ، وإذا توافر نصاب الشهادة وجب الأخذ بها دون أن يكون للقاضى حرية فى التقدير ، ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة إلى أخرى فى حدود مقدرة تقديراً يكاد يكون حسابياً<sup>(28)</sup> .

24\_ المذهب المختلط : والمذهب المختلط يجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد . (( وأشد ما يكون إطلاقاً كما جاء فى الموجز<sup>(29)</sup> فى المسائل الجنائية ، ففيها يكون الإثبات حراً يتلمس القاضى وسائل الاقتناع فيه من أى دليل يقدم إليه ، شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو

---

طريق معين ، وصار الظالم الفاجر ممكناً من ظلمه وفجوره : فيفعل ما يريد ويقول يقوم على بذلك شاهدان أثنان ، فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده )) . ثم قال فى الطرق الحكمية (( فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان ، فثم شرع الله ودينه ، والله سبحانه علم 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 بموجبها ، بل قد بين سبحانه وتعالى بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط ، فأى طريق ستخرج بها العدل والقسط فهى من الدين ليست بمخالفة له )) .

(26) الموجز للمؤلف ص 647 .

(27) وكذلك كان الأمر فى الصدر الأول من القانون الفرنسى القديم ، فكان شهادة الواحد لا تصلح *testis unus. Testis*

*nullus* — انظر بلانيول وريبير وبولانجيه 2 فقرة 2192 .

(28) انظر القوانين الفقهية لابن جزي ص 309 — ص 310 .

(29) الموجز للمؤلف ص 647

أى دليل آخر . ثم يتقيد الاثبات بعض التقيد فى المسائل التجارية مع بقاءه حراً فى الأصل . ويتقيد بعد ذلك إلى حد كبير فى المسائل المدنية فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات تضيق وتتسع متمشية فى ذلك مع الملابسات 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 للقاضى من حرية التقدير . وقد أخذ القانون المصرى بهذا المذهب مقتفياً فى ذلك أثر

\$30 الشرائع الملائمية كالقانون الفرنسى والقانون الايطالى والقانون البلجيكي )) .

ويلاحظ على هذا المذهب أمران : (1) أن اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية فيه لا يصل إلى حد يجعل للأدلة قوة قطعية ، فلا تزال للإدلة فيه حجة ظنية ، ولا تزال الحقيقة القضائية هى مجرد احتمال راجح *idée de probabilité* وليست حقيقة قاطعة . ولابد من الناحية العملية الاكتفاء بالحجج الظنية ما دامت راجحة ، لأن اشتراط الحجج القاطعة يجعل باب الاثبات مقفلاً أمام القاضى . (2) أن المذهب المختلط يتفاوت فى نظام قانونى عنه فى 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 .

بـ مبدأ حياد القاضى (30)

25ـ موقف القاضى من الاثبات فى كل من المذاهب الثلاثة : 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 ، فإذا رأى

(30) الحياد هنا ليس معناه عدم التحيز (impartialite) — فإن هذا واجب بداهة على القاضى — بل معناه أن يقف القاضى موقفاً سلبياً من كلا الخصمين على حد سواء (neutralite) (بيدان ووبرو 9 فقرة 1151 ، ص 218) .

الدليل ناقصاً أو مبهماً فليس له أن يطلب إكماله أو توضيحه ، بل يجب عليه أن يقدره كما هو في الحالة التي قدمه فيها الخصوم . وهو في المذهب \$31 المختلط ينبغي أن يكون موقفاً وسطاً بين الإيجابية والسلبية ، ولكنه يجب أن يكون أقرب إلى الإيجابية منه إلى السلبية ، فيباح للقاضي شئ 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 ، فإن هذا التقييد يجب أن تقابله حرية القاضي في تقدير وزن كل دليل في حدود قيمته القانونية ، حتى يستجلى الحقائق واضحة كاملة<sup>(31)</sup> .

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 ، وسنرى ذلك فيما يلي .

26\_ مبدأ حياد القاضي في القوانين اللاتينية والقانون المصري : قد رأينا أن القوانين اللاتينية ، والقانون المصري معها ، قد اتخذت المذهب المختلط في الإثبات . وهاهنا 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 suppletif) .<sup>(32)</sup> 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 تخلف الخصوم عن الحضور ، وبوقف الدعوى لمدة معينة عند اتفاق الخصوم على ذلك ، وبسقوط الخصومة لا نقطاعها بوفاة أحد الخصوم أو بزوال أهليته أو انتهاء صفته أو وقفها بفعل المدعى أو تقصيره ، ويتقدم الخصومة بخمس سنوات بدلا من خمس عشرة ، وبإدخال القاضي \$32 من تلقاء نفسه من لم يكن طرفاً في الخصومة ليرد الدعوى إلى وضعها الطبيعي بعد أن انحرف بها عنت الخصوم أو إهمالهم ، وباجراءات التحقيق فاذا أحييت الدعوى على التحقيق أو عين فيها خبير أو طعن

(31) ديموج في الأفكار الرئيسية في القانون الخاص (Notions fondamentales du droit prive) الفصل السابع ص 534 - ص 541 .

(32) الموجز للمؤلف ص 647 - ص 648 .

فيها بالتزوير لم يعد سير التحقيق أو السير في نظر الموضوع موقوفاً على طلب تعجيل يتقدم به الخصم صاحب المصلحة<sup>(33)</sup> .

### ج- مبدأ دور الخصوم الايجابى- الحق فى الاثبات

27- حق الخصوم فى مناقشة الادلة التى تقدم فى الدعوى- لا يجوز للقاضى أن 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 ن ويدلى كل برأيه فيه ، يفنده أو يؤيده ، والدليل الذى لا يعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الأخذ به<sup>(34)</sup> . ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقش فى قضية أخرى ما لم يناقش فى القضية القائمة<sup>(35)</sup> .

33\$ وهذا مبدأ جوهرى من مبادئ التقاضى ، حتى لا تبقى الخصومة مجهلة ، وحتى تتكافأ فرص الخصوم فى الدعوى . ومن ثم كان للخصم حق طلب التأجيل للإطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها ( م 108 مرافعات ) .

ولايجوز للقاضى أن يقوم بمعينة مكان النزاع فى غيبة الخصوم ودون أن يدعواهم لحضور المعاينة ومن غير إصدار قرار باجرائها . ولكن يكفى أن يعرض الدليل على الخصوم لمناقشته ،

(33) أنظر المذكرة التفسيرية لتقنين المرافعات الجديد . وأنظر الدكتور أحمد أبو الوفا فى المرافعات المدنية والتجارية ص 29 ، والدكتور عبد المنعم أحمد الشرفاوى فى شرح المرافعات المدنية والتجارية ص 10 – ص 11 .

(34) فلا يجوز للقاضى أن يستند إلى أوراق عثرت عليها النيابة العامة دون أن يثبت أن هذه الأوراق قد عرضت على الخصوم لمناقشتها ( لارومبير 5 م 1316 فقرة 10 – ديمولومب 29 فقرة 200 – بودرى وبارد 3 فقرة 2056 – نقض فرنسى 20 نوفمبر سنة 1889 داللو 90 – 1 – 54 ) . ولا يجوز للمحكمة أن تعتد بكتاب أرسل إلى رئيسها ولم يعرضه الرئيس على الخصوم لمناقشته ( نقض فرنسى 23 أبريل سنة 1902 داللو 1903 – 1 – 368 ) ولا بتحقيق جنائى لم تناقشه الخصوم ( نقض فرنسى 29 يولييه سنة 1903 داللو 1903 – 1 – 448 ) . 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 12 فقرة 749 ص 99 ) .

(35) كولان وكابيتان ومورانديير 2 فقرة 721 ص 488 . أنظر فى هذه المسألة – مناقشة الخصوم للأدلة – من ناحية التطور التاريخى رسالة الدكتور محمد صادق فهمى فى الاثبات فى القانون المقارن ص 239 – ص 247 .



فإذا لم يريدها مناقشته فعلا فقد نزلوا عن حقهم في ذلك وصح الأخذ بالدليل<sup>(36)</sup> . كذلك لا يجوز للقاضي ان يأتي بأدلة من عنده لم تقدمها الخصوم ، إلا إذا تراضوا عليها وقبلوا مناقشتها<sup>(37)</sup> .

ويترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضى بعلمه . ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلا في القضية ، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر ان ينزل القاضي منزلة الخصوم ، فيكون خصما وحكما ، وهذا لا يجوز<sup>(38)</sup> . وقد رأينا فيما تقدم أن امتناع القاضي\$34 عن القضاء بعلمه لا يرجع إلى موقفه المحايد في الاثبات ، فان حياد القاضي لا يتعارض ضرورة مع القضاء بعلمه ، وإنما يرجع إلى ما نذكره هنا من حق الخصوم في مناقشة الدليل<sup>(39)</sup> .

وهذا الدور الايجابي للخصوم في الاثبات ، وما يستتبعه من حقهم في مناقشة الأدلة ، تنظمه قواعد أربع : (1) حق الخصم في الاثبات (2) حق الخصم الآخر في إثبات العكس (3) لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلا لنفيه (4) ولا يجوز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه . ونقول كلمة عن كل من هذه القواعد .

---

(36) نقض فرنسي 20 نوفمبر سنة 1889 دالوز 90 — 1 — 54 ( سبقت الإشارة إليه ) — 22 فبراير سنة 1897 دالوز 98 — 1 — 114 — 23 أبريل سنة 1902 دالوز 1903 — 1 — 368 ( سبقت الإشارة إليه ) . انظر الأستاذ عبد الباسط جيمعي فقرة 90 .

(37) ويقول بارتان ( أوبري ورو 12 فقرة 749 ص 74 حاشية رقم 8 ter ) إنه لو سمح للقاضي أن يتدخل في الإثبات وأن يأتي من عنده بأدلة لم تقدمها الخصوم ، لخشى أن يعدل من طلبات المدعى أو أن يحور فيها ، وليست هذه مهمة القاضي فإذا ما أتى القاضي بأدلة من عنده ، ورضى الخصوم أن يناقشوها ، ونزلوا عن حقهم في الاعتراض ، كان هذا بمثابة اتفاق بين الخصمين ، وهو جائز في صورة صريحة فيجوز في هذه الصورة الضمنية ( ص 76 حاشية رقم 8 sexes ) . وحتى الواقعة المعروفة بالشهرة العامة ( commune renommee ) لا بد فيها من إثبات الشهرة العامة وحدها كما يقول أوبري ورو ( 12 فقرة 749 ص 77 حاشية رقم 9 ) . انظر أيضاً كولان وكابيتان ومورانديير 2 ص 488 .

(38) ولكن هذا لا يمنع من أن يستعين القاضي في قضائه بما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه ، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة ، فله أن يتسعين في قضائه بما هو معروف من أن الأراضي في مصر قد أصبحت مملوكة لأصحابها رقبية ومنفعة بعد أن كانت أراضي خراجية وذلك منذ عهد سعيد باشا . وبما هو 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 جيمعي ص 73 والأحكام التي اشار إليها والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص 16 ) .

وانظر في جواز أن يقضى القاضي بعلمه في الفقه الإسلامي عند المتقدمين ( في غير الحدود الخالصة ) وفي عدم جواز ذلك إطلاقاً عند المتأخرين الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص 33 ت ص 42 .

(39) وقطع في ذلك أن القاضي الجنائي ، ودوره في الإثبات إيجابي إلى حد بعيد فلا يعتبر محايداً ، ممنوع مع ذلك من القضاء بعلمه ، كما لاحظ ذلك بحق الأستاذ عبد الباسط جيمعي في كتابه (نظام في الإثبات القانون المدنى المصرى ) ( ص 78 ) .

28- حق الخصم فى الاثبات : على الخصم أن يثبت ما يدعيه أما القضاء بالطرق التى بينها القانون . فموقفه فى الاثبات موقف إيجابى . وليس هذا واجباً عليه فحسب ، بل هو أيضاً حق له . فللخصم أن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده أو ما يستطيع إبرازه من الأدلة التى يسمح بها القانون تأييداً لما يدعيه . فان لم يمكنه القاضى من ذلك كان هذا إخلالاً بحقه ، وكان سبباً للطعن فى الحكم بالنقض .

ويتقيد حق الخصم فى الاثبات بقيود ثلاثة : (1) لا يجوز للخصم أن يثبت ما يدعيه إلا بالطرق التى حددها القانون . فلا يجوز له أن يثبت بالبينة ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، ولا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه حيث يكون متعنتاً فى توجيهها . ويجب فيما يسمح له به القانون من طرق الاثبات أن يتقدم بما عنده \$35 من الأدلة طبقاً للأوضاع وللإجراءات التى رسمها له القانون . (2) كذلك لا يجوز للخصم أن يطلب إثبات واقعة لم تتوافر فيها الشروط الواجبة ، إذ يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعى منتجة فى دلالتها جائزة الاثبات قانوناً . وسن فصل هذه اشروط فيما يلى . (3) ويبقى للقاضى بعد كل ذلك حرية واسعة فى تقدير قيمة الأدلة التى تقدم بها الخصم ، فىرى ما إذا كانت شهادة الشهود مقنعة ، ويقدر إذا قدم الخصم ورقة ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى هذه الورقة من إسقاط قيمتها فى الاثبات أو إنقاصها ( م 260 مرافعات ) ، وإذا كانت وقائع الدعى ومستنداتها كافية لاقتناعه بصحة الورقة التى تقدم بها الخصم الآخر أو بتزويرها فله أن يمتنع عن السير فى إجراءات التزوير التى طلبها الخصم الذى طعن بالتزوير فى هذه الورقة ( م 290 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 الدعى أنها مزورة ( م 290 مرافعات ) ، كما أن له أن يعدل عما أمر به من إجراءات الاثبات أو ألا يأخذ بنتيجة هذه الاجراءات ( م 165 مرافعات ) ، وإذا رأى أن الدعى ليست فى حاجة إلى استجواب فإن له أن يرفض طلب الاستجواب الذى يتقدم به الخصم ( م 168 مرافعات ) .

وحق الخصم فى الإثبات يقابله واجب يلتقى على عاتق الخصم الآخر ، بل على عاتق الغير ، فى ألا يعطل هذا الحق بعنت منه أو سوء نية . ويصل هذا الواجب إلى مدى بعيد ، يفرض فى

بعض الحالات على الخصم الآخر أو الغير أن يتقدم مستندات في حوزته لتمكين المدعى من إثبات حقه ، وسنعود إلى هذا الواجب بالتفصيل فيما يلي .

29- حق الخصم الآخر في إثبات العكس : وكل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في نقضه وإثبات عكس ما يدعيه الخصم . وتطبيقاً لهذه القاعدة نصت المادة 192 من تقنين المرافعات على أن (( الاذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذه الطريق )) . وإذا كان الدليل الذى قدمه الخصم ورقة مكتوبة ، فان كانت ورقة عرفية كان للخصم الآخر أن ينكر خطه أو \$36 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 ، فان 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 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 .

30- لا يجوز لأى خصم أن يصطنع دليلاً 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 بإمضاءه . وإذا كانت الورقة ليست دليلاً كاملاً واقتصر أمرها على أن تكون مبدأً ثبوت بالكتابة ، فانه يجب كذلك أن تكون صادرة من الخصم الذى يراد اثباتضده على التفصيل الذى سنبينه فيما بعد .

ومن ثم لا يجوز أن يكون الدليل الذى يتمسك به الخصم صادراً من هو أو أن يكون من صنعه ، فمن البدهة أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلاً بنفسه لنفسه . ((ولو يعطى الناس بدعواهم كما جاء فى الحديث الشريف لا دعى \$37 أناس دماء رجال وأموالهم))<sup>(40)</sup> . فلا يجوز إذن أن يكون الدليل 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 972 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 أوانه عوقب بحرمانه . فالوارث الذى يقتل مورثه يحرم من إرثه ، وإذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له برئت 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 757 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 388 من مشروع التقنين المدنى الجديد) .

على أن القانون نص فى بعض الحالات ، لمبررات قدرها المشرع ، على جواز أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو . من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 397 من التقنين المدنى من أن ((دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز 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 تقضى المادة 17 من هذا التقنين بأنه ((يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً)) . ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه المادة \$38 257 من تقيين المرافعات فى

---

(40) أنظر طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية للاستاذ أحمد إبراهيم ص 235 ونظام الإثبات فى القانون المدنى المصرى للأستاذ عبد الباسط جميعى ص 93 .

حالة امتناع الخصم من تقديم ورقة يلزمه القانون بتقديمه من أنه ((إذا لم يقدم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذى حددته المحكمة . . اعتبر صورة الورقة التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فان لم يكن خصمه قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكْلِها أو بموضوعها))<sup>(41)</sup> .

31- لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه الا فى حالات معينة : قدمنا أن 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<sup>(42)</sup> .

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

فمن الممكن القول إن من امتنع من الخصوم دون حق أن يستجيب لطلبات خصمه من تقديم مستندات فى حوزته ، أو جعل بفعله غثبات الدعوى مستحيلاً بأن امتنع مثلاً عن تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه ، جاز أن يخسر دعواه ، وذلك بطريق القياس على من جعل بفعله تحقق الشرط الذى علق \$39 عليه التزامه مستحيلاً فان القانون يفترض أن الشرط قد تحقق<sup>(43)</sup> . بل إن الغير أيضاً لا الخصم وحده قد يلقي عليه واجب المعاونة فى الإثبات .

---

(41) على أن الورقة قد تكون صادرة من الخصم فيستند إليها الخصم الآخر ، وفى 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 مدنى 22 مايو سنة 1941 المحاماة 22 ص 250 - نظام الإثبات فى القانون المدنى المصرى للأستاذ عبد الباسط جميعى ص 93 .  
(42) انظر فى هذا المعنى استئناف مصر 6 ديسمبر سنة 1911 المحاماة 2 رقم 69 ص 222 - 30 مايو سنة 1932 المحاماة 13 رقم 211 ص 418 - استئناف مختلط 10 يونية سنة 1915 م 27 ص 402 .

(43) انظر الفقرة الأولى من المادة 388 من مشروع التقنين المدنى الجديد ، وكان نصها يجرى على الوجه الآتى : (( يعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذى له مصلحة فى أن يتخلف قد حال بطريق الغش دون تحقيقه )) . وقد حذفت فى لجنة المراجعة لإمكان استخلاص حكمها من القواعد العامة . وانظر أيضاً المادة 1178 من التقنين المدنى الفرنسى وبلانيول وريبير وجابولد 7 فقر 1411 ص 834 .

فيطلب شاهداً في الدعوى ويجب عليه الادلاء بشهادته فاذا تخلف عن الشهادة جاز الحكم عليه بالغرامة ، وإذا كانت تحت يده مستندات جازت مطالبته بابرارها بين يدي القضاء<sup>(44)</sup> .

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 لإثبات 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)<sup>(45)</sup> . وقد نص على هذه 40\$ الدعوى كل من القانون الألماني والقانون السويسري والمشروع الفرنسي الايطالي . وأخذ بها القضاء الفرنسي دون نص ، بينها تارة على وحدة المصلحة أو الشركة في المستند (communaute d'interet, communaute de titre)<sup>(46)</sup> لاسيما إذا كان هذا المستند عقداً ، وبينها طوراً على مصلحة العدالة (justice interet de la)<sup>(47)</sup> . وستخلص من أحكام القضاء الفرنسي أنه يجعل للخصم حق الإثبات ، ويلقى على خصمه واجب المعاونة في ذلك ما استطاع إليه سبيلاً ، ما دام لا يوجد مانع قانوني كوجوب الاحتفاظ بسر

(44) ديموج 3 ص 347 – بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1411 ص 834.

(45) ويرجع أصل هذه الدعوى إلى القانون الروماني ، منذ عهد الألواح الاثني عشر على قول ( أكارياس Accqrias في القانون الروماني 2 ص 876 ) ، وفي آخر عهد الجمهورية على قول آخر ( جيرار Girard الطبعة الثالثة ص 629 هلمش رقم 2 ) – وانتقلت الدعوى في العصور 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 842 من التقنين المدني الفرنسي فيما يتعلق بمستندات العين المقسومة التي توجد في يد أحد الشركاء المتقاسمين ، ومن ذلك المواد من 14 إلى 17 من التقنين التجاري الفرنسي فيما يتعلق بتقديم دفاتر التجار الاطلاع عليها – ولكن الفقه والقضاء في فرنسا يميلان إلى تعميم هذه التطبيقات على حالات أخرى لم ينص عليها ( ديموج 3 فقرة 211 – ديموج في المجلة الفصلية للقانون المدني سنة 1921 ص 740 وسنة 1928 ص 898 – ديمونتييس Demontes في دعوى العرض في القانون الحديث رسالة من باريس سنة 1922 – جلاسون وتيسيه وموريل ، فقرة 594 – موريل فقرة 479 – بلانيول وريبير وبولانجيه 2 فقرة 2171 – بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1412 ص 835 – ص 836 – بيدان وبرو 9 فقرة 1175 – نقض فرنسي 17 يونيو سنة 1879 سيريه 1881 – 1 – 116 – 22 ديسمبر سنة 1897 دالوز – 1 – 85 – 19 فبراير سنة 1907 سيريه 1907 – 1 – 271 – 16 مارس سنة 1921 مجلة القانون المدني 1921 ص 740 ) .

(46) وذلك كمحاضر الجرد وعقود القسمة وتصفية التركات والأموال المشتركة وعقود الوكالة والشركات ( بيدان وبرو 9 فقرة 1175 ص 247 – ص 248 .

(47) محكمة رن 14 يونيو سنة 1928 المجلة الفصلية للقانون المجني 1928 ص 898 . أنظر كذلك القضاء البلجيكي : بروكسل 6 مارس سنة 1863 باسيكريزي 1863 – 96 – ليجي 4 أبريل سنة 1868 باسيكريزي 1868 – 219 . ويذهب كل من القضاء الفرنسي والقضاء البلجيكي إلى أن المبدأ القاضي بألا يجبر الخصم على تقديم مستند ضد نفسه (Nemo tenetur edere contra se) لا يجوز أن يتخذ ستاراً للحيلولة دون العدالة ولتحقيق أغراض ذاتية . ويقول بيدان وبرو في هذه المناسبة إن الاحتماء بالمبدأ على هذا الوجه يعد ضرباً من التعسف (abus des droits) (بيدان وبرو 9 فقرة 1175 ص 248) .

المهنة<sup>(48)</sup> . فإذا لم يقيم الخصم بواجبه في المعاونة ، وعطل على خصمه حقه في الاثبات ، اعتبر في منزلة من قام الدليل ضده ، وخسر الدعوى<sup>(49)</sup> .

أما في مصر ، فقبل صدور التقنين المدني الجديد وتقنين المرافعات الجديد ، \$41 كان القضاء يذهب إلى عدم إجبار الخصم على أن يقدم دليلاً يرى أنه ليس في مصلحته<sup>(50)</sup> . إلا أنه إذا طلب الخصم تكليف خصمه بتقديم ورقة تحت يده وامتنع عن تقديمها ، فهذا الامتناع يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالاته المحتملة ، ولا يحتمل اعتباره تسليماً بادعاء الطالب<sup>(51)</sup> ، وللمحكمة أن تقضى لمصلحة الخصم الذي يرحح لديها أنه هو الحق<sup>(52)</sup> ، ولها أن تستخلص من امتناع الخصم دليلاً للحكم ضده<sup>(53)</sup> . \$42 وقد كان المشروع الابتدائي للتقنين المدني

---

(48) وكجوب عدم انتهاك حرمة الرسائل ووجوب الامتناع عن الإضرار بالغير . وفي هذه الحدود لا يجوز للشخص الامتناع عن تقديم مستند أمره القضاء بتقديره ، وإلا جاز الحكم عليه بغرامة تهديدية (astreinte) ، بل نماز الحكم ضده في الدعوى (نقض فرنسي 15 يولية سنة 1901 دالوز 1901 – 1 – 499 – بيدان وبرو 9 فقرة 1175 ص 248 – ص 249 ) .

(49) ويجوز كذلك إجبار الغير على تقديم مستند تحت يده إذا كان هذا الغير شخصاً يقوم بوظيفة عامة وذلك كمسجلي الحالة المدنية (officiers de l'état civil) وحافطى الرهون (conservateurs des hypothèques) وموتقى العقود (notaries) ، ويترك ذلك لتقدير القضاء . أما الأفراد الأجانب عن الخصومة فيجوز كذلك إجبارهم إذا ثبت ضدّهم غش أو تدليس أو كانوا شهوداً في الدعوى . هذا إلى أن الفرد الذى يمتنع دون حق عن تقديم مستند في يده يفيد العدالة يكون مسئولاً عن تعويض الضرر الذى يحدثه بمقتضى المادة 1382 من التقنين المدنى الفرنسى ( بيدان وبرو 9 فقرة 1176 – فقرة 1177 ) .

(50) 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 مدنى 11 أبريل سنة 1940 مجموعة عمر 3 رقم 50 ص 160 – وانظر حكماً آخر في 2 أبريل سنة 1936 مجموعة عمر 1 ص 1083 ) . 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 غذا كان لا يجوز إلزام الحكومة إلى تقديم الأصل الخالف للصورة ( محكمة الاستئناف 6 ديسمبر سنة 1911 المحاماة 2 رقم 69 ص 222 ) وقضت محكمة الموسكى بأنه لا يجوز إعطاء صور التلغرافات للغير لأنها معتبرة من الأوراق الخصوصية ( محكمة الموسكى 19 مايو سنة 1925 المحاماة 6 رقم 114 ص 164 ) .

(51) وقد قضت محكمة النقض بأن (( 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 دلالاته المحتملة وبغير غلزام من القانون بعده حتماً تسليماً بقول الطالب ) (نقض مدنى 11 مارس سنة 1948 مجموعة عمر 5 رقم 285 ص 563 . وانظر أيضاً استئناف مختلط 10 يونية سنة 1914 م 27 ص 402 – 16 ديسمبر سنة 1941 م 54 ص 22 ) .

(52) 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 الذى يرحح لديها أنه هو المحق ز 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 مدنى 2 أبريل سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 342 ص 1082 ) .

(53) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا امتنع الخصم من تقديم مستند – كمحضر 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 10 ديسمبر سنة 1941 م 54 ص 22 ) .

الجديد يحتوى على نص يقرر دعوى العرض (action ad exhibendum) ويفصل أحكامها على غرار المشروع الفرنسى الايطالى ، فحذف فى لجنة المراجعة لأنه أدخل فى باب المرافعات ، وكان هذا النص ( المادة 273 من المشروع الابتدائى ) يجرى على الوجه الآتى : ((1 كل من حاز شيئاً أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشئ ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ، فاذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق أخرى ، ففقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن بتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها فى غثبات حق له ، 2 على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشئ إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة فى الامتناع عن عرضه ، 3 ويكون عرض الشئ فى المكان الذى يوجد فيه وقت طلب العرض ، ما لم يعين القاضى مكاناً آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدماً ، وللقاضى أن يعلق عرض الشئ على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشئ تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض )) (54) .

ولم يتضمن تقنين المرافعات الجديد هذا النص بالرغم من أن حذفه من مشروع التقنين المدنى كان بسبب أنه أدخل فى باب المرافعات كما تقدم القول . على أن تقنين المرافعات تضمن طائفة من النصوص لالزام الخصم بتقديم ورقة \$43 تحت يده ، فنصت المادة 253 على أنه ((يجوز للخصم فى الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده : (1) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها (2) إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه ، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة (55) (3) إذا استند إليها خصمه فى أية مرحلة من مراحل

---

(54) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي فى شأن هذا النص ما يأتى : (( يدخل الالتزام بتقديم شئ فى نطاق الالتزامات المقررة بنص القانون . ويقتضى ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة : (أ) أولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشئ ، شخصياً كانالحق أو عينياً . (ب) والثانى أن يكون الشئ المدعى به فى يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحراز ، سواء أكان هذا الشخص خصماً فى الدعوى أم لم يكن خصماً فيها . (ج) والثالث أن يكون فحص الشئ ضرورياً للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . ويرجع تقدير هذه الضرورة على القاضى ... فإذا اجتمعت الشروط المتقدم ذكرها ، جاز للقاضى أن يأمر بعرض الشئ أو الوثيقة المطلوبة ، إلا أن يتمسك المدين بمصلحة مشروعة أو سبب قوى للامتناع ، كالحرص على حرمة سر عائل مثلاً . والأصل فى العرض أن يحصل حيث يوجد الشئ وقت رفع الدعوى ز ولكن يجوز للقاضى أن يحكم بغير ذلك كما هو الشأن فى تقديم الشئ أمام القضاء . وتكون نفقات العرض على نفقة من يطلبه . ويجوز إلزامه ، إذا رأى القاضى ذلك ، بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرز الشئ من ضرر من وراء هذا العرض )) ( مجموعة الأعمال الحضيرية 2 ص 491 – ص 492 فى الحاشية ) .

(55) وقد قضت محكمة النقض بأن قاعدة أنه لا يجوز إلزام خصم بتقديم مستندات لخصمه ولا يجوز انتقال المحكمة للاطلاع عليها إلا إذا كانت هذه المستندات رسمية لا تنطبق فى حالة ما إذا كانت الورقة مشتركة بين الطرفين بأن كانت مثبتة لالتزامات متبادلة بينهما ( نقض مدنى 8 فبراير سنة 1951 مجموعة أحكام النقض 2 رقم 61 ص 320 ) .



الدعوى<sup>(56)</sup>)). وأولى هذه الحالات حالة ما إذا كان القانون يجيز المطالبة بتقديم الورقة أو تسليمها مثلها ما نصت عليه المادة 16 من التقنين التجارى من أنه (( لا يجوز للمحكمة فى غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفترين المتقدم ذكرهما ( اليومية والمراسلات ) ولا على دفتر الجرد إلا فى مواد الأموال المشاعة أو مواد الشركات وقسمة الشركات وفى حالة الإفلاس . وفى هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر )) . فهذا نص يجيز فى أحوال معينة فى المنازعات التجارية وبعض المنازعات المدنية وهو الشروع والتركة وقسمة الشركات والإفلاس أن تأمر المحكمة من تلقاء نفسها بتقديم الدفاتر التجارية والاطلاع عليها لإثبات 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 18 من التقنين التجارى على أنه ((يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها فى أثناء الخصومة بتقديم الدفاتر لتستخرج منها ما يتعلق بهذه الخصومة )) . فهذا نص آخر يجيز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها ، فى جميع المنازعات التجارية والمدنية ، بالاطلاع على جميع الدفاتر التجارية . وهذا النص ، وإن كان مطلقاً من ناحية الأحوال التى \$44 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 الخصوم كما هى الحال فى شأن المادة 16 المتقدمة الذكر على دفاتر التجار لا فى جميع أجزائها بل فى الجزء الذى وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة . وسنعود إلى المادتين 16 و 18 من التقنين التجارى بيان أوفى عند الكلام فى دفاتر التجار كطريق من طرق الإثبات .

وتحدد المادة 254 من تقنين المرافعات البيانات الواجب ذكرها فى الطلب الذى يتقدم به الخصم لإلزام خصمه بتقديم الورقة الواجب تقديمها ، فتقول : (( يجب أن يبين فى هذا الطلب : (1) أوصاف الورقة التى تعينها (2) فحوى الورقة بقدر ما يمكن من التفصيل (3) الواقعة التى يستشهد بها عليها (4) الدلائل والظروف التى تؤيد أنها تحت يد الخصم (5) وجه إلزام الخصم بتقديمها )) . وتبين المادة 256 من تقنين المرافعات النتيجة التى ينتهى إليها الطالب فى حالة القدرة على إثبات صحة طلبه وفى حالة العجز عن هذا الإثبات على الوجه الآتى : (( إذا أثبت الطالب طلبه أو أقر الخصم بأن الورقة فى حوزته أو سكت ، أمرت المحكمة بتقديم الورقة فى

(56) ومن أجل ذلك نصت المادة 258 من تقنين المرافعات على أنه (( إذا قدم الخصم ورقة للاستدلال بها فى الدعوى ، فلا يجوز له سحبها بغير رضا خصمه إلا بإذن كتابى من القاضى أو رئيس الدائرة )) .

الحال أو فى 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 257 من تقنين المرافعات إجراء عدم تقديم الورقة أو الامتناع عن حلف اليمين ، فتقول : (( إذا لم يقدم الخصم بتقديم الورقة فى 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 فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها )) . وقد سبق أن أوردنا هذا النص كحالة يجوز فيها أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو . وتجرى المادة 259 من تقنين المرافعات الأحكام السابقة على إلزام الغير بتقديم ورقة تحت يده على النحو الآتى : (( يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف ، أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك فى الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى المواد السابقة )) .

\$45 وهذه النصوص كلها مستحدثة فى تقنين المرافعات الجديد ، وقد أخذت عن تقنين المرافعات الألمانى ( م 386 وما بعدها ) وعن تقنين المرافعات التركى ( م 326 وما بعدها )<sup>(57)</sup> . وهى على كل حال أضيق فى نطاقها من دعوى العرض التى حذف نصها من مشروع التقنين المدنى . فهى لا تجيز إلزام الخصم أو الغير بتقديم ورقة تحت يده هى مستند فى الدعوى إلا فى أحوال ثلاث ذكرتها المادة 253<sup>(58)</sup> . أما نص مشروع التقنين المدنى المحذوف فقد كان يجيز إلزام الخصم أو الغير بتقديم المستند الذى فى حوزته حتى فى غير هذه الأحوال الثلاث ، متى ثبت أن فحص هذا المستند ضرورى للبت فى الحق المدعى به ، ويرجع تقدير هذه الضرورة إلى القاضى . هذا إلى أن النص المحذوف عام يتناول المستندات وسائر الأشياء الأخرى . (( فيجوز مثلاً

---

(57) انظر شرح المرافعات المدنية والتجارية للدكتور عبد المنعم أحمد الشرفاوى ص 456 – ص 460 وكتاب المرافعات المدنية والتجارية للدكتور أحمد أبو الوفا ص 492 – ص 494 .

(58) ويكون الأمر مع ذلك أيضاً متروكاً لتقدير القاضى ، فله أن يرفض طلب تقديم الورقة ، ولو فى إحدى هذه الحالات الثلاث ، إذا تبين له عدم جدية الطلب . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كانت المادة 253 من تقنين المرافعات تجيز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الثلاث الواردة فيها ، إلا أن الفصل فى هذا الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لتقدير قاضى الموضوع ، فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته ، وإن فى كانت المحكمة ، إذ رفضت إجابة طلب الطاعن بالإلزام المطعون عليه بتقديم دفاتر الوقف لإثبات وفائه للأجرة التى ادعى أنه قام بدفعها ، قد قررت ، بالأدلة المبررة التى أوردتها وبمالها من سلطة التقدير الموضوعية فى هذا الخصوص ، أنه طلب غير جدى ، فإن النعى عليها بمخالفة القانون يكون على غير أساس ( نقض مدنى 11 ديسمبر سنة 1952 مجموعة أحكام محكمة النقض 4 رقم 29 ص 183 ) .

كما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى<sup>(59)</sup> - لمالك الشئ المسروق أن يطالب من يشتبه فى حيازته له بعرضه عليه ليتثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لو ارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التى أجراها مورثه حتى يتسنى له أن يعين مدى حقف فى الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث . فإذا كان الشئ الذى يطلب عرضه سنداً أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضرورياً لا للبت فى وجود الحق المدعى به وتعيين مداه ، بل لمجرد الاستناد إليها فى إثبات \$46 حق للطالب . والثانى أن للقاضى أن يأمر عند الاقتضاء بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب . فيجوز مثلاً لمشتري الأرض ، إذا تعهد بالوفاء بما بقى 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 ، فهى على العكس من ذلك واسعة من حيث ترتب الجزاء عليها ، وقد رأينا أن الخصم أو الغير إذا لم يقدّم بتقديم الورقة اعتبرت صورة الورقة التى قدمها الخصم المدعى صحيحة مطابقة لأصلها ، فان لم يكن هذا قد قدم صورة الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها . وهذا أقص جزاء يمكن أن يترتب على الشخص إذا أخل بالتزامه القانون من تقديم مستند تحت يده .

## 2- مسائل الإثبات

32- مسائل ثلاث : مسائل الإثبات بوجه عام ثلاث :

( أولاً ) محل الإثبات (objet de la prevue) .

( ثانياً ) عبء الإثبات (charge de la preuve onus probandi) .

( ثالثاً ) طرق الإثبات (proceedes de la prevue) .

ونتناول هذه المسائل الثلاث متعاقبات .

### أولاً- محل الإثبات

(59) مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 491 - ص 492 فى الحاشية .

١ ما هو محل الإثبات :

33 — محل الإثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته : قدمنا ان محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ، شخصياً كان هذا الحق أو عينياً ، بل هو المصدر الذى ينشئ هذا الحق .

\$47 والمصادر التى تنشئ الحقوق ، أيا كانت ، لا تعدو أن تكون إما تصرفاً قانونياً (acte juridique) وإما واقعة قانونية (fait juridique) على النحو الذى بيناه فيما تقدم .

34 — بل هو مصدر أية 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 بدین وثبت وجوده ، فيدفع المدعى عليه الدعوى بانقضاء الدين ، ففي هذا الدفع يصبح المدعى عليه مدعياً ويقع عليه عبئ إثبات انقضاء الدين . ومثل ذلك أيضاً أن يرفع شخص على مالك عقار دعوى ثبوت حق انتفاع له على هذا العقار أو حق ارتفاق وثبت 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 وغما إلى واقعة قانونية فمحل الإثبات هنا أيضاً هو التصرف القانونى أو الواقعة القانونية .

وقد يكون المدعى به ليس وجود حق أو زواله ، بل وصفاً قانونياً يلحق وجود الحق أو زواله ، أى يلحق التصرف القانونى أو الواقعة القانونية . أما ما يلحق الواقعة القانونية فمثله 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 الواقعة القانونية الأصلية . وأما ما يلحق بالتصرف القانونى — غير الأوصاف المعروفة المعدلة لآثار الالتزام — فمثله أن يكون التصرف عقداً ويتمسك الخصم بأنه باطل أو بأنه قابل للإبطال أو بأنه قد فسخ . وأسباب البطلان منها ما يرجع للتراضى ومنها ما يرجع للمحل ومنها ما يرجع للسبب ، وهذه كلها جزء من التصرف القانونى تثبت على النحو الذى يثبت به . وأسباب القابلية للإبطال منها ما يرجع للأهلية ومنها ما يرجع لعيوب الإرادة من غلط وتدليس واکراه واستغلال ، وهذه كلها وقائع قانونية تثبت على النحو الذى تثبت به الواقعة القانونية . وأسباب الفسخ قد تكون تصرفاً قانونياً بأن يختار

العائد فسخ العقد بارادته ، وقد تكون واقعة قانونية بآلا يقوم العائد بتنفيذ التزامه فى عقد ملزم للجانبين.

\$48 35 محل الاثبات ليس إلا التصرف القانونى أو الواقعة القانونية : ويتبين من ذلك كله أن محل الإثبات لا يعدو أن يكون تصرفاً قانونياً أو واقعة قانونية . فالى هذين مرد نشوء الحق وزواله وتعديله ووصافه 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<sup>(60)</sup> . ومتى أثبت ذلك ، كان على القاضى أن يستخلص مما ثبت ما يرتب القانون عليه من الآثار .

36 عنصر الادعاء الواقع والقانون : فالادعاء بحق أو بأية رابطة قانونية أما القضاء ينقسم إذن إلى عنصرين :

(60) فلا يكون الحق ذاته محلاً للإثبات كما قدمنا . وقد جاء فى الموجز للمؤلف (ص 649 – ص 650) تأكيداً لهذه القاعدة الهامة ما يأتى : ((وعيننا أن نشدد فى بيان أن الأمر الذى يكون محلاً للإثبات هو مصدر الحق لا الحق ذاته . فإن الغفلة عن هذه القاعدة الجوهرية يوقع فى كثير من الخط . وينبنى على ذلك أن الالتزام ذاته لا يكون محلاً للإثبات ، فهو لا يثبت أو ينتفى ، بل هو يستخلص من مصدره ، ومصدر الالتزام وحدث 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 يترتب 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 ، فإن 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 انكرت صحتها . والجوهرى فى هذا الصدد هو أن الإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام ، دون هذا الالتزام أو ذلك الحق . وغنى عن البيان أن تفصيل هذه الفكرة أشكال بأغراض الفقه منه بأغراض التقنين )) . ثم لما تليت المادة 536 من المشروع التمهيدى فى لجنة المراجعة ، ونصها : (( على الدائن إثبات الالتزام )) هو إثبات مصدر الالتزام . (انظر فى كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 349 – ص 350) .

\$49(1) 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 لا رقابة لمحكمة النقض عليها ، إلا فيما يرسمه القانون من قواعد قانونية للإثبات يلتزم القاضى بتطبيقها وفى 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 غثبات البيع إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات بالكتابة أو بما يقوم مقامها مسألة قانونية تخضع لهذه الرقابة . (2) 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<sup>(61)</sup> . ففى المثل المتقدم ن 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 \$50 أول من يعلم القانون وقد ناطت الدولة به تطبيقه . بل إن القاضى لا يستطيع أن يمتنع عن القضاء بحجة أنه لا توجد أحكام قانونية يمكن تطبيقها ، وإن امتنع عد امتناعه نكولاً عن أداء العدالة (deni de justice) .

37- تفسير القانون يلحق بعنصر القانون ، ويقع عبؤه على القاضى لا على الخصم : وقد يقع أن تكون أحكام القانون غامضة ، فنكون فى حاجة إلى التفسير . وعلى القاضى أيضاً يقع عبء هذا التفسير لا على الخصم . فالقاضى هو المنوط به تفسير القانون وتطبيقه تطبيقاً صحيحاً

(61) وذلك على عكس العنصر الأول ، عنصر الواقع ، فهو كما قدمنا مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض . وقد وازن بارتان (أوبرى ورو جزء 12 طبعة خامسة فقرة 749 هامش رقم 2 مكرر 4) بين منطقة الإثبات — وهو منطقة الواقع — ومنطقة الطعن بالنقض — وهو منطقة القانون — وعارض إحداهما بالأخرى.

ولاحظ بارتان بحق (أوبرى ورو جزء 12 طبعة خامسة فقرة 749 هامش رقم 3) أن القاعدة التى تقضى بوجوب أن يبحث القاضى من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق هى التى تؤسس قاعدة أخرى معروفة تقضى بجواز إثارة وجوه الطعن جديدة (moyens nouveaux) فى الاستئناف دون النقض . ذلك أن قاضى محكمة أول درجة ملزم بالبحث ، جاز لمحكمة الاستئناف من تلقاء نفسها كذلك ، أن تتدارك هذا النقض . ومن ثم جاز للخصوم أيضاً أن يثيروا وجوهاً قانونية جديدة لم تسبق لهم إثارتها أمام محكمة أول درجة ، لأن هذه المحكمة كان من الواجب عليها أن تثير هذه الوجوه القانونية من تلقاء نفسها .

(م 4 الوسيط ج 2)

على الواقع الذى ثبت أمامه بالطرق القانونية . وإذا كان الخصم يجتهد فى أن يقنع القاضى بتفسير للقانون يكون فى مصلحته ، فليس هذا من جهة الخصم إثباتاً لأحكام القانون ، بل هى محاولة يبدلها لحمل القاضى على أن يفهم القانون الفهم الذى يتفق مع مصلحته . وهى محاولة لم يكلف القانون الخصم بها ، ولم يرسم لها طرقاً معينة كما رسم لإثبات الواقع . وهى بعد محاولة قد تنجح وقد تفشل ، وللقاضى فيها القول الفصل . وآية ذلك أن القاضى فى تفسير القانون يستطيع أن يحكم بعلمه ، وهو لا يستطيع ذلك فى إثبات الواقع . بل هو فى القانون وفى تفسيره لا يحكم إلا بعلمه ، وهذا العلم هو مصدره الوحيد لمعرفة القانون . وغنى عن البيان أنه يستعين فى تحصيل هذا العلم بمراجعة نصوص القانون ، وما وضعه الفقه من شرح لهذه النصوص ، وما قرره القضاء من مبادئ فى تطبيقها . ولكنه فى النهاية يعتمد على فهمه الشخصى لأحكام القانون ، لا يقيد به فى ذلك فقه مبسوط أو قضاء سابق . وإنما يكون فى هذا الفهم الشخصى خاضعاً لرقابة المحكمة العليا ، فتعقب على قضاائه فيما ترى التعقيب عليه<sup>(62)</sup> .

\$38 51 متى يصبح القانون مسألة موضوعية يتعين على الخصم اثباته العادة الاتفاقية والقانون الاجنبى : على أن القانون يصبح مسألة موضوعية ، فيتعين على الخصم إثباته ، ولا يخضع القاضى فى تطبيقه لرقابة محكمة النقض ، فى موضعين :

( أولا ) 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 باثباتها . فاذا سلم بها الخصم الآخر لما استفاد من شهرتها العامة (notoriete 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<sup>(63)</sup> . ذلك أن هذا القاعدة ، وإن كانت تدخل ضمن قانون العقد ، إلا أنها

(62) وقد قضت محكمة النقض ( الدائرة المدنية ) بأنه لى ينتج الإقرار اثره القانونى يجب أن يكون متعلقاً الواقعة لا بالتطبيق القانونى ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم . وإذن فإن إقرار المطعون عليهما بالطابق المادة 37 من القانون رقم 71 لسنة 1946 على الوصية موضوع النزاع لا يقيد المحكمة فى شئ ( 22 أكتوبر سنة 1953 مجموع أحكام محكمة النقض السنة الخامسة رقم 5 ص 62 ) .

هذا وقد يدور النزاع ، لاحول معرفة القانون أو تفسيره ، بل حول تاريخ نشره ، وتاريخ النشر واقعة مادية تثبت بجميع الطرق وبخاصة عن طريق البحث فى الجريدة الرسمية ( قارب بيدان وبرو 9 فقرة 1142 ص 209 - ص 210 ) .

(63) بيدان وبرو 9 فقرة 1145 ص 213 .

تصبح مسألة واقع لا مسألة قانون ، إذ ترد في النهاية إلى إرادة المتعاقدين المفترضة ، فهما قد ارتضيا فرضاً ما ألفته الناس في التعامل من الشروط (64) .

ثم إن المراد إثباته هنا ليس هو أن المتعاقدين قد ارتضيا القاعدة شرطاً من شروط العقد ، فإن التراضي على ذلك مفروغ منه بحكم أن القاعدة تقوم على العادة التي ألفتها الناس في التعامل ، وإلا لوجب أن يكون إثباتها بالكتابة فيما يجب إثبات التصرف القانوني فيه بهذه الطريقة . ولكن الإثبات ينصب في هذه الحالة على مجرد وجود العادة الاتفاقية وقيامها المادي (sa materialite) ، وهذه \$52 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 لا تعقيب 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 (65) 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 . كلتا القاعدتين قانون واجب التطبيق (opinion juris vel necessitates) يتعين على القاضي البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه ، دون حاجة إلى إثباته من جانب الخصوم (66) .

(64) وقد قضت محكمة مصر ( الدائرة الاستئنافية ) بأنه يجوز تفسير العقد المكتوب بالرجوع إلى العادات المتبعة في التجارة ، والتي يكون من شأنها تغيير نتائج العقد الاعتيادية غير المذكورة فيه . وهذه العادات يصح إثباتها بالبينة . وينتج عن ذلك أنه إذا امتلك دباغان عقاراً شائعاً بينهما لحاجات صناعتهما ، صح الحكم ، تبعاً للعادة عند أرباب طائفتهم ، بأن من يكون منهما قد أقام معملاً على العقار بعد الامتلاك ، له الحق في طلب تثبيت ملكيته له خاصة ولو لم يكن ثمة شرط صريح ( 11 أبريل سنة 1905 المجموعة الرسمية 6 رقم 68 ) .

(65) تعليق بارتان على أوبري ورو جزء 12 طبعة خامسة فقرة 749 هامش رقم 3 مكرر .

(66) وقد كانت القاعد 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 المحشيين (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 بقي العمل على ذلك في فرنسا طوال القرن التاسع عشر لسبب آخر غير فكرة تغليب قواعد



53\$ (ثانياً) إذا كان القانون المطبق قانوناً أجنبياً بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد . مثل ذلك أن يطبق القاضي القانون الفرنسي فى الحكم بصحة عقد زواج فرنسى بفرنسية . فهنا توجد مسألتان : (1) مسألة قانون ، هي قاعد افسناد التى تقضى بالرجوع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ، وهي جزء من نصوص التقنين المدنى المصرى (م 12 من التقنين المدنى الجديد) ، ويخضع القاضي فى تطبيقها لرقابة محكمة النقض . (2) ومسألة واقع ، هي أحكام القانون الفرنسى (وهو قانون كل من الزوجين) الخاصة بصحة الزواج ، وهذه تكون محلاً للإثبات ، ويكلف الخصم ذو المصلحة إثباتها ، ومتى ثبتت وأخذ بها القاضي فإنه لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض فى التعرف على أحكام القانون الأجنبى . وهنا أيضاً نرى أن القانون الفرنسى الأجنبى يصبح مسألة موضوعية يتعين على الخصم إثباته ، ويعتبر فى هذه الحالة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ويدخل فى ذلك رأى أهل العلم بالقانون الأجنبى والنصوص الرسمية لهذا القانون وما يقتزن بهذه النصوص من تفسير فقهى وقضائى .

القانون الرومانى التى أصبحت غير ذات موضوع بعد صدور التقنين المدنى الفرنسى . ذلك أن مدرسة الشراح على المتون (recole de l'exegese) ، التى ظلت سائدة طوال ذلك القرن ، كانت تعتبر أن القواعد القانونية لا تستمد إلا من التشريع ، فالتشريع وحده هو الذى يبحث عنه القاضي من تلقاء نفسه لتطبيقه دون حاجة إلى إثباته من جانب الخصوم ، أما العرف فيتعين على الخصوم إثباته . ولما اندثرت هذه المدرسة فى أوائل القرن العشرين ، اتجه الفقه الفرنسى اتجاهاً آخر ، تحت تأثير جنى (Geny) وسالى (Saleilles) والفقه الجرمانى ، فاعتبر القاعدة القانونية التى تقوم على العرف فى قوة القاعدة القانونية التى تقوم على التشريع (opinion juris vel necessitates) كالتأويل قانون واجب التطبيق يتعين على القاضي البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه ( بيدان وبرو 9 فقرة 1144 ص 211 – ص 212 ) على أن هناك فارقاً عملياً بين العرف والتشريع . فالتشريع أمر التعرف عليه ميسرو ، فهو محصور فى عبارات مكتوبة ، يصدر من هيئة معينة ، وفى يوم معين ، وينشر فى سجل معروف ، ومن ثم يسهل استيعابه . أما العرف فيتكون على مر الزمن ، لا يعرف كيف بدأ ، ولا متى انتهى ، فيصعب فى بعض الأحوال الاستيئاق منه . لذلك كان من مصلحة الخصم الى يتمسك بالعرف ويستطيع إثباته أن يثبت للقاضي ، حتى لا تضيق عليه الفرصة إذا كان القاضي يجهل هذا العرف ولا يستطيع العثور عليه من تلقاء نفسه . على أنه بالرغم من هذا الفراق العملى ، يبقى العرف قانوناً لا يطالب الخصم بإثباته ، وعلى القاضي أن يبحث عنه ، ويقضى فيه بعلمه ، ولمحكمة النقض أن تعقب عليه إذا هو طبق عرفاً غير موجود أو أغفل عرفاً قائماً ، سواء تنبه إلى ذلك أو لم يتنبه ( بيدان وبرو 9 فقرة 1144 ص 212 – الأستاذ عبد الباسط جمعى فى نظام الإثبات فى القانون المدنى المصرى فقرة 59 – فقرة 62 ) ، ويذهب الدكتور عبد المنعم فرج الصدة (ص 26) ، مسابراً فى ذلك الأستاذين حامد فهمى وحامد فهمى فى كتاب (( النقض )) ( فقرة 16 و فقرة 17 ) إلى أن العرف إذا كان محلياً (( فإن افتراض علم القاضي به يصبح غير معقول ، وبالتالي يكون على الطرف الذى يستند إليه أن يثبته . وفى هذه الحالة يأخذ العرف حكم الواقعة التى 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 )) .

54\$ وعلى هذا جرى القضاء المصري<sup>(67)</sup> مقتدياً في ذلك بالقضاء الفرنسي<sup>(68)</sup>. والفقه في فرنسا منقسم في هذه المسألة. فريق يؤيد القضاء الفرنسي لأسباب ترجع في الغلب إلى اعتبارات عملية إذ لا ييسر للقاضي في كثير من الأحوال أن يلم بالقانون الأجنبي<sup>(69)</sup>. وفريق آخر يعارض القضاء الفرنسي ويعتبر تطبيق قانون أجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع، لأن القانون لا تتحول طبيعته فيصبح واقعاً لمجرد أن قاضياً أجنبياً يطبقه بمقتضى قاعدة إسناد في قانونه الوطني<sup>(70)</sup>. وهناك من الفقهاء من يرى وجوب اعتبار تطبيق القانون الأجنبي مسألة قانون، ولكنه مع ذلك يقر موقف القضاء الفرنسي للضرورات العملية<sup>(71)</sup>. والفقه 55\$ في مصر منقسم انقسام الفقه في فرنسا<sup>(72)</sup>.

(67) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن من يتمسك بقانون أجنبي يجب عليه أن يثبت وجوداً ومعنى (استئناف مختلط 9 يونية سنة 1892 م 4 ص 255). انظر أيضاً حكماً آخر في هذا المعنى (استئناف مختلط 24 مايو سنة 1933 م 45 ص 297). وقد جرى قضاؤنا المختلط – وكان القضاء الذي نتاح له فرصة تطبيق القوانين الأجنبية قبل استكمال المحاكم الوطنية لولايتها – في هذا مجرى القضاء الفرنسي (قارن الدكتور محمد عبد المنعم رياض في مبادئ القانون الدولي الخاص طبعة ثانية فقرة 433). والمستقبل كفيل بمعرفة ما سيجري عليه قضاؤنا الوطني في هذه المسألة بعد أن استكمل ولايته، وهل سحذو حكم القضاء المختلط في تقليده للقضاء الفرنسي، أو يسير هي طريق مستقل مهتدياً بالمبادئ العلمية السيمة.

(68) انظر محكمة النقض الفرنسية (مدني) في 6 فبراير سنة 1843 سيرييه 1843 – 1 – 209 – حكماً ثانياً في 16 مايو سنة 1888 داللو 1888 – 1 – 305 – حكماً ثالثاً (دائرة العرايض) في 19 فبراير سنة 1929 سيرييه 1930 – 1 – 49 – حكماً رابعاً في 7 مارس سنة 1938 داللو الأسبوعي 1938 – 258 – حكماً خامساً في 22 مارس سنة 1944 داللو 1944 – 145 – حكماً سادساً في 25 مايو سنة 1948 داللو 1948 – 357.

(69) باتيفول فقرة 323 ص 340 – أوبري ورو 12 فقرة 479 – ديمولومب 29 فقرة 185 – بودري وبارد 2055 – بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1409 ص 831 – ص 832 – بلانيول وريبير وبولانجييه 2 فقرة 2164 – دي باج (القهاء البلجيكي) 3 فقرة 706. وانظر في القانون المقارن رسالة الدكتور محمد صادق فهمي ص 344 – ص 348. وانظر أيضاً نبوييه في مجلة القانون الدولي والتشريع المقارن 1928 فقرة 6.

(70) موري في القواعد العامة في تنازع القوانين ص 69 – بارتان في مبادئ لاقانون الدولي الخاص جزء 1 فقرة 107 – فارى سومبير 2 فقرة 1110 – فاليري فقرة 139 – أرمانيون 1 فقرة 141.

(71) مارتى رسالة من تولوز فقرة 96 – ليريبيور بيجونيير في القانون الدولي الخاص طبعة ثالثة ص 249.

(72) أكثر الفقه في مصر على أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر مسألة من مسائل القانون، تصريحاً (الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص 29 – ص 30 ويذهب إلى وجوب اعتبار تطبيق القانون الجنائي 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 يقضى بتطبيق القانون الأجنبي على نزاع معين، فإن هذا يقتض 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 ختلف الدول من صلات علمية ساعدت على تبادل المجموعات القانونية والقضائية والمؤلفات الفقهية بصورة شاملة)). انظر أيضاً نفس المؤلف ص 27 – ص 28 فيما جرى عليه العمل في هذه المسألة في إنجلترا وألمانيا وسويسرا وإيطاليا، أو تلميحاً (الدكتور محمد عبد المنعم رياض في مبادئ القانون الدولي الخاص المصري طبعة ثانية فقرة 432 – فقرة 433 – الدكتور حامد زكي في القانون الدولي الخاص المصري طبعة أولى فقرة 167 – فقرة 168 – الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات فقرة 20 – الدكتور سليمان مرقس في أصول الإثبات في المواد المدنية فقرة 19 ص 18) – والقليل يذهب إلى أن تطبيق القانون الأجنبي يعتبر مسألة من مسائل الواقع (الدكتور عبد السلام ذهني في نظرية الإثبات 1 ص 94 – وبخاصة الأستاذ عبد الباسط جميعي ص 55 – ص 57 ويذهب إلى اعتبار القانون الأجنبي واقعة، إذ أن القاضي لا يفترض فيه علم قانون غير =

ونحن ، مع ذلك ، لا نتردد 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 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 (deni 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 وافقاص 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 \$56 قانوناً أجنبياً يأمر القانون الوطني بتطبيقه فيصبح جزءاً منه في حدود هذا التطبيق . والذي دعا إلى القول بنزول مرتبة القانون الأجنبي إلى حد أن يكون واقعاً لا قانوناً أمراً . ( الأمر الأول ) يرجع إلى التاريخ . فقد كان القانون الأجنبي في الماضي لا يعامل معاملة القانون الوطني . وإذا أجاز تطبيقه فعلى اعتبار أنه واقع لا قانون . فلا يفترض العلم به ، ولا يبحث القاضي عن أحكامه من تلقاء نفسه بل يجب على الخصم إثباتها ، ولا يحض القاضي 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 المجاملة الدولية (ex comitate gentium) وقد هجرت هذه النظرية هجراناً تاماً وعفا عليها الزمن ، فقيم الإبقاء على بعض آثارها والاصرار على عدم رد اعتبار القانون الأجنبي ! (73) . (والأمر الثاني) يرجع إلى العمل . فقد يصعب في بعض الأحوال أن يهتدى القاضي من تلقاء نفسه إلى أحكام القانون الأجنبي ، ومن ثم كان تكليف الخصم بإثبات هذه الأحكام تيسيراً لتغيير طبيعة القانون . على أن مهمة القاضي في هذا الصدد ، بعد انتشار العلم ، لم تصبح من العسر على ما كانت منه في الماضي . وبعد ، فلا يوجد ما يمنع القاضي من الاستعانة بالخصم صاحب

(73) بارتان على أوبري ورو جزء 12 طبعة خامسة فقرة 749 هامش رقم 3 مكرر 4 — انظر أيضا بيدان و برو 9 فقرة

المصلحة فى الاهتداء إلى أحكام القانون الأجنبى ، ومصلحة الخصم أكبر دافع له فى ذلك ، على أن يبقى القاضى هو صاحب القول الفصل فى التعرف على

أحكام القانون الأجنبى ، \$57 خاضعاً فى ذلك لرقابة محكمة النقض (74) .

بـ الشروط الواجب توافرها فى محل الإثبات :

39 طائفتان من الشروط : الواقعة المراد إثباتها يجب أن تتوفر فيها جملة من الشروط ، يمكن تقسيمها إلى طائفتين : (1) طائفة من الشروط بدايتها تغنى عن الإطالة فيها ، وهى أن تكون الواقعة محددة (determine) وغير مستحيلة (comteste) . (2) وطائفة أخرى نصت عليها المادة 156 من تقنين المرافعات الجديد على الوجه الآتى : (( يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ، منتجة فيها ، جائزاً قبولها )) .

40 شروط بديهية : : أما أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة فهذا بديهي ، فالواقعة غير المحددة لا يستطاع إثباتها . ولو أن شخصاً طالب بدين أو بملكية وأسس دعواه على عقد لم يحدد ماهيته ، أهو بيع أو صلح أو قسمة أو غير ذلك من العقود التى يصح أن تكون مصدراً للدين أو سبباً للملكية ، فإن الواقعة التى 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 (75) .

---

(74) وقد نظم المجمع العلمى للقانون الدولى الإجراءات التى يستطيع بها القاضى معرفة أحكام القوانين الأجنبية وذلك بواسطة الطرق السياسية (الدكتور عبد الحميد أبو هيف فى القانون الدولى الخاص فقرة 302) .  
وفى القانون الإنجليزى تفترض مطابقة القانون الأجنبى لقانون المحكمة ، إلا إذا ادعى الخصوم غير ذلك وأثبتوا ما ادعوه . وفى هذا تيسير عملى على القاضى فيما إذا عجز عن الاهتداء إلى أحكام القانون الأجنبى . وشبيه بذلك ما ورد فى المشروع التمهيدي للتقنين المدنى ( وقد حذف النص فى المشروع النهائى ) من أنه (( فى جميع الحالات التى سنقرر فيها أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق يطبق القانون المصرى ، إذا كان وجود القانون الأجنبى أو مدلوله غير ممكن إثباته )) (مجموعة الأعمال التحضيرية 1 ص 314 – ص 315) .

(75) انظر فى الواقعة المحددة فى القوانين والتشريعات المختلفة رسالة الدكتور محمد صادق فهمى فى الإثبات ص 313 – ص

وأما أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير مستحيلة ، فهذا أيضاً بديهي ، \$58 فالمستحيل لا يصح عقلاً طلب إثباته . والاستحالة ترجع إلى أحد أمرين : إما استحالة التصديق عقلاً وإما استحالة الإثبات . فالأولى كالعمى يدعى أنه رأى هلال رمضان ، والمنجم يدعى أنه أوتى علم الغيب ولا يعلم الغيب إلا الله ، ومجهول النسب يدعى بنوته إلى من لا يكبره فى السن . والثانية ترجع إلى أن الواقعة المراد إثباتها هى فى ذاتها قابلة للتصديق عقلاً ولكن لا سبيل إلى إثباتها ، كمن يدعى واقعة مطلقة بأن يقول أنه لم يكذب قط أو أنه يؤدى فريضة الصلاة طوال حياته . فهاتان واقعتان إحداهما سلبية والأخرى إيجابية ، وكلتاهما واقعة مطلقة هى متصورة التصديق ولكن إثباتها مستحيل ، فلا يجوز قبولها واقعة للإثبات . ولا يرجع ذلك إلا إلى أن الواقعة مطلقة أى خالية من التحديد. ومن ثم ترى أن استحالة الإثبات تتلاقى مع عدم التحديد ، ويصبحان شرطاً واحداً . فالواقعة يجب أن تكون محددة كما قدمنا ، فان لم تكن محددة لا يجوز قبولها للإثبات ، لا لأنها غير محددة فحسب ، بل لأنها أيضاً مستحيل 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 وثبت أنه لم يكن مديناً بما دفعه للمدعى عليه ، فهنا الواقعة السلبية محددة ، وهى عدم المديونية فى دين معين ، وما على المدعى إلا أن يثبت أن هذا الدين الذى دفعه مصدره عقد باطل أو عقد قد فسخ أو أن الدين قد سبق الوفاء به أو نحو ذلك<sup>(76)</sup> .

---

(76) 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 يوقم على نفى مطلق يتعذر إثباته ، بل يقوم على أمر واقع له علاماته التى تشهد عليه . على أن المقرر فى الإثبات أن إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفى كان على مدعيها إثبات خلافها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة . فإذا لم يكن ذلك ممكناً أو كانت الواقعة غير منضبطة النفى ، 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 يقم دليلاً على هذا الإعسار (31 يناير سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 33 ص 80) . ويؤخذ من هذا الحكم أن الواقعة السلبية ، حتى لو لم يمكن تحويلها إلى قضية موجبة أو كانت واقعة غير منضبطة النفى ، لا يعفى مدعيها من عبء الإثبات بل يعتبر =

\$59 هذا وكون واقعة المراد إثباتها مستحيلة التصور عقلا 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 . فالاقرار وإقرار ، والإقرار كما سنرى إعفاء من الإثبات ، فتكون الواقعة محل الادعاء قد أعفى مدعيها \$60 من إثباتها فأصبحت بذلك ثابتة (77) . لذلك يكون الأصح القول إن الواقعة المعترف بها قد أصبحت ثابتة ، لا أنها 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 يقيم الدليل عليها ومن ثم يصح إثباتها ، ولو كانت غير

= عاجزاً عن إثبات دعواه وجاء في الموجز للمؤلف (ص 650) في هذا الصدد ما يأتي : (( ولا يهم أن تكون 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 المزم بحراسة شيء معين لم يحم 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 ارومانى أساء المحشون (glossateurs) في العصور الوسطى فهمه . فإن هذا النص يقضى بأن عبء الإثبات يقع على من يدعى لا على من ينكر (Ei incumbit probatio qui negat) . والمدعى 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 الدلي 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 للإثبات (بودرى وبارد 3 فقرة 2065 — فقرة 2066 — أنظر أيضاً : تولييه 8 فقرة 16 — فقرة 19 — ديرانتون 13 فقرة 2 — ديمولومب 29 فقرة 192 — فقرة 193 — لوران 19 فقرة 95 — كولان وكابيتان ولامور انديير 2 فقرة 719 ص 486 — ص 487 — بلانيول وريبير وبولانجيه 2 فقرة 2168 — الأستاذ عبد الباسط جميعي ص 49 — ص 92) .

ويلاحظ على كل حال أن القاضي في إثبات الوقائع السلبية لا يتطلب دليلاً في قوة الدليل الذي يتطلبه في إثبات الوقائع الإيجابية (أوبرى ورو 12 فقرة 749 وهامش رقم 18 — بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1419 ص 845) . وانظر رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات (في الواقعة السلبية ص 211 — ص 222 وفي الواقعة المستحيلة ص 293 — ص 304) .

وانظر في الشهادة على النفي في الفقه الإسلامي الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء ص 21 — ص 28 . (77) ولذلك قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن القانون إنما يكلف المدعى إقامة الدليل على دعواه ، إلا إذا سلم له خصمه بهأ أو ببعضها فإنه يعفيه بذلك من إقامة الدليل على ما اعترف به . فإذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ، ولكنه يملكها بالتقادم ، ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية ، فقد خالفت القانون (23 نوفمبر سنة 1933 ملحق مجلة القانون والإقتصاد 4 ص 15) .

قابلة للإثبات لما صح ذلك<sup>(78)</sup> . وغنى عن البيان أن البت في كون الواقعة معترفاً بها مسألة موضوعية لا رقابة فيها لمحكمة النقض .

41 شروط أساسية : ونعرض الآن للشروط الأساسية التي ورد ذكرها في المادة 156 من تقنين المرافعات الجديد ، وهي الشروط الثلاثة الآتية : (1) أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به (pertinent) . (2) أن تكون منتجة في الإثبات (concluant) . (3) أن تكون جائزة لإثبات قانوناً (admissible)<sup>(79)</sup> .

42 61\$ الواقعة متعلقة بالحق المطالب به : إذا كانت الواقعة المراد إثباتها هي ذاتها مصدر الحق المطالب به ، كما إذا تمسك البائع بعقد البيع لمطالبة بالثمن فيكون عقد البيع هو ذاته مصدر التزام المشتري بالثمن ، فإن الواقعة في هذه الحالة لا يمكن إلا أن تكون معلقة بالحق المطالب به وهو 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 وهو حالة الإثبات المباشر (prevue directe) . وإنما تظهر أهميتهما في حالة الإثبات غير المباشر (prevue indirecte) ، إذا انصب الإثبات ، لا على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى قريبة منها . ذلك أن الإثبات غير المباشر يقوم على فكرة تحويل الدليل (deplacement de prevue) من الواقعة الأصلية إذ يتعذر إثباتها إلى واقعة بديلة هي التي يتيسر فيها الإثبات .

فلا بد في هذه الحالة 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 الذى يجعل الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به ، إذ أن اتصالها بالواقعة الأصلية التي هي مصدر الحق

(78) انظر الموجز ص 650 – ص 651 – والأستاذ عبد الباسط جميعي ص 47 – ص 48 .

(79) 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 153 / 171 – 186/165 – 200/177 – 203/178 – 204 / 179 – 207/182 ) ، وذلك في الاستجواب واليمين والتحقيق والطعن بالتزوير . ولكن نص تقنين المرافعات الجديد أكمل الناقص من الشروط وجمعها كلها في نص واحد . أما تقنين المرافعات الفرنسى ( م 253 – 254 في التحقيق بالبيئة ) فقد ذكر شرطين : أن تكون الواقعة منتجة وجائزة القبول . ويلاحظ أن المكان الذى يجب أن ينص فيه على هذه الشروط هو التقنين المدنى لا تقنين المرافعات ، لأن هذه الشروط من القواعد الموضوعية في الإثبات لا من القواعد الشكلية .

يجعل إثباتها متعلقاً بأثبات الواقعة الأصلية ، فيصبح إثبات الواقعة البديلة من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال (80) .

مثل ذلك أن يقدم المستأجر مخالصات بأجرة عن جميع المدد السابقة على المدة التي يطالبه المؤجر بأجرتها ، ويرمى من وراء ذلك أن يثبت أنه يدفع الأجرة \$62 بانتظام ولم يخل بالتزومه طوال المدد السابقة . فهذه واقعة متصلة بواقعة الوفاء بالأجرة عن المدة المطالب بأجرتها ، فهي إذن متعلقة بالدعوى . ولكنها غير منتجة في الإثبات ، لن دفع الأجرة عن مدد سابقة لا يفيد دفعها عن مدة لاحقة (81) وقد تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة أيضاً في الإثبات ، كأن يقدم المستأجر مخالصات 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 فإن التقنين المدنى الجديد (م 587) يعتبرها قرينة على الوفاء بالأجرة المطالب بها إلا إذا أثبت المؤجر عكس ذلك (82) .

وكون الواقعة متعلقة بالدعوى مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة  
النقض (83) .

43- الواقعة منتجة في الإثبات : رأينا في المثلة 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

---

(80) انظر في هذا المعنى بارتان على أوبرى ورو جزء 22 فقرة 749 هامش رقم 10 مكرر - بيدان و برو 9 فقرة 1146 - الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقرة 37 ص 39 - ص 40 .

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

(81) ومثل ذلك أيضاً - في القضاء الإنجليزي - أن يقوم تاجر بتوريد بضاعة لآخر ، فيدعى هذا أن التاجر ورد له صنفاً رديئاً ، فيتقدم التاجر لإثبات أن كل عملائه الآخرين الذين اعتاد توريد هذه البضاعة لهم يمتدحون بضاعته . فهذه واقعة متعلقة بالدعوى وإن لم تكن منتجة ، فيقبل إثباتها ، لأنها وإن لم تكن حاسمة إلا أنها تضيف إلى عناصر الإقناع عنصراً جديداً له فائدته ، وقد يؤدي إذا أضيف لعناصر أخرى إلى تكوين مجموعة من القرائن القضائية لصالحه (انظر في هذا المثل الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص 282 والأستاذ عبد الباسط جميعي ص 56) .

(82) 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 .

(83) ويقول الأستاذ عبد الباسط جميعي (ص 57) 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 يقضي ألا يقبل دليلاً اتفق الخصمان على استبعاده .



البديلة التي يؤدي إثباتها إلى إثبات الواقعة الأصلية . ويتبين من ذلك أن إنتاج الواقعة في الإثبات مرتبة أعلى \$63 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 الأصلية ذاتها ، وهي بالضرورة متعلقة 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 هذان الشرطان معاً ، وأحدهما وهو الإنتاج يستغرف الآخر ، فكان يكفي أن يشترط وحده ؟ وهذا صحيح من الناحية النظرية . ولكن يحسن ، من الناحية العملية ، فصل الشرطين أحدهما عن الآخر . فقد يطلب الخصم 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 (84) .

وكون الواقعة منتجة في الإثبات مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا من حيث قصور التسبيب . أما إذا بنى 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 \$64 بمسألة من مسائل القانون مما يخضع لرقابة محكمة النقض (85) .

44 الواقعة جائزة الاثبات قانوناً : ويجب أخيراً أن تكون الواقعة جائزة الإثبات قانوناً . والقانون قد لا يجيز إثبات واقعة تحقيقاً لأغراض مختلفة . ومن هذه الأغراض ما يمت إلى النظام

(84) الأستاذ عبد الباسط جميعي ص 59 — ص 60 ، ويأتي بأمثله لذلك دعوى إثبات الحالة (م 188 مرافعات) ، والدعاوى التي ترفع بطلب انتقال المحكمة لمعاينة معالم واقعة يحتتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء إذا كان يخشى من زوال هذه المعالم (م 187 مرافعات) ، والدعاوى التي ترفع بطلب سماع شاهد يوشك أن يموت أو يزعم سراً قد لا يعود منه أو لا يعود قريباً (م 222 مرافعات) ، ورفع الدعوى للاستيثاق لحق يخشى زوال دليله (م 4 مرافعات) . وقول أيضاً عن القاضي يغربل الوقائع غربلة أولى ليتخير منها ما هو متعلق بالدعوى فيجعله في وعاء الإثبات ، ثم يغربلها غربلة ثانية ليستبقى منها ما هو منتج في الإثبات .

(85) انظر الأستاذ عبد الباسط جميعي ص 61 هامش رقم 2 والمراجع المشار إليها . وانظر في أن الواقعة يجب أن تكون منتجة (releant) في القانون الانجليزي الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص 264 — ص 284 .

العام والآداب ، كالمحافظة على سر المهنة <sup>(86)</sup> وتحريم دين المقامرة والربا الفاحش وبيع المخدرات وعدم جواز إثبات صحة القذف ونحو ذلك <sup>(87)</sup> . وقد تمت هذه الأغراض إلى الصياغة الفنية ، كما هو الأمر فى الوقائع التى تصطدم مع قرينة قاطعة قررها القانون . مثل ذلك حجية الأمر المقضى ، فلا يجوز إثبات واقعة مخالفة لما هو ثابت فى حكم قضائى . ومثل ذلك أيضاً أن يطلب حارس الشئ إثبات أنه لم يرتكب خطأ مع أن القانون يقيم مسؤوليته على خطأ فى جانبه مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس <sup>(88)</sup> . وكون الواقعة جائزة للإثبات قانوناً مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، \$65 لأن عدم جواز إثبات الواقعة يرجع دائماً إلى حكم فى القانون يمنع من هذا الإثبات . وهذا بخلاف كون الواقعة متعلقة بالدعوى وكونها منتجة فى الإثبات ، فقد رأينا أنها فى الصل مسائل موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض <sup>(89)</sup> .

#### ثانياً- عبء الإثبات

#### 45- النصوص القانونية : تنص المادة 389 من التقنين المدنى على ما يأتى :

<sup>(86)</sup> تشتمل المواد من 206 إلى 209 من تقنين المرافعات على سلسلة من القيود فى جواز الإدلاء بالشهادة . فتمنع المادة 206 الموظفين والمستخدمين والمكلفين بخدمة عامة من أن يشهدوا ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم فى أثناء قيامهم به من معلومات لم تنتشر بالطريق القانون ولم تأذن السلطة المختصة فى إذاعتها . وتمنع المادتان 207 و 208 من علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق منته أو صنعتته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً صبه فقط ارتكاب جنائية أو جنحة ، وذلك إلا إذا طلب منهم ذلك من أسرها لهم . وتمنع المادة 209 أحد الزوجين من أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انقضائها ، إلا فى 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 فى 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 35 ص 38 )

<sup>(87)</sup> ولكن يجوز لمن لا يريد ترتيب أثر قانونى على هذه الوقائع أن يثبت عدم مشروعيتها لأن هذا هو الذى يتفق مع النظام العام والآداب .

<sup>(88)</sup> ببيدان وبرو 9 فقرة 1171 – وانظر فى جواز إثبات الواقعة قانوناً فى القانون الانجليزى الدكتور محمد صادق فهمى فى الإثبات ص 305 – 312 .

<sup>(89)</sup> والفرق بين كون الواقعة غير منتجة فى الإثبات وكونها غير جائزة افتبات أنها عند ما تكون غير منتجة فى الإثبات فإن ذلك يرجع إلى شئ فى طبيعتها ، إذا الواقعة فى ذاتها لا تؤدى إلى إثبات المطلوب ، إما لسبب موضوعى كالحيازة لمدة نقل عن خمس عشرة سنة ، وإما لسبب قانونى كالتعويض بسبب انهدام البناء يطلب من مالكة لا من حارسه . والواقعة عند ما تكون غير جائزة افتبات فإن ذلك يرجع لا إلى شئ فى طبيعتها ، بل إلى عارض قانونى يمنع من جواز إثباتها ، ولو لم يقم هذا المانع أو لو زال لكانت الواقعة جائزة للإثبات .

ويحسن 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 ذى صفة أو من غير ذى أهلية . فإذا كانت الدعوى مقبولة وتقدم الخصم بواقعة لإثباتها ، فقد تكون هذه الواقعة غير جائزة للإثبات لسبب موضوعى أو لسبب قانونى على النحو الذى قدمناه . فإذا كانت الواقعة جائزة للإثبات ، فقد يتطلب القانون لإثباتها دليلاً كتابياً فتكون البيئة أو القرائن دليلاً غير مقبول ( انظر فى هذه المسألة الأستاذ عبد الباسط جميعى ص 65 – ص 66 ) .

(( على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه <sup>(90)</sup> )) .

\$66 ويقابل هذا النص فى التقنين الدنى السابق المادة 278/214 <sup>(91)</sup> وفى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى لا شىء <sup>(92)</sup> ، وفى التقنين المدنى العراقى المواد من 444 إلى 448 ، وفى تقنين الموجبات والعقود اللبنانى المادة 362 ، وفى التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة المادة 376 <sup>(93)</sup>

<sup>(90)</sup> تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة 526 من المشروع التمهيدى على وجه مطابق . وأقرته لجنة المراجعة على أصله تحت رقم 402 فى المشروع النهائى ، بعد أن ذكرت اللجنة أن المقصود بعبارة (( إثبات الالتزام )) هو إثبات مصدر الالتزام . ثم أقره مجلس النواب دون تعديل تحت رقم 302 ، فلجنة الشيوخ ومجلس الشيوخ تحت رقم 389 . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى صدد هذا النص ما يأتى : (( 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 انتقاء تحكم القضاء وكفالة حسن سير العدالة وتأمين استقرار المعاملات . وكل أولئك من قبيل الاعتبارات العامة التى تنهض ، لا لتوجيه التقييد فى عمومته فحسب ، بل وكذلك لتوجيه الأحكام التطبيقية فى خصوصياتها ، ولا سيما ما تعلق منها بتعيين من يكلف بالإثبات . وترد الأحكام المتعلقة بهذا التعيين إلى قاعدة احترام الوضع الثابت أصلاً فالأصل فى الإنسان براءة الذمة ، فعلى من يدعى التزام غيره ويتمسك بذلك بما يخالف هذا الأصل أن يقيم الدليل على دعواه )) . ( مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 350 ) .

( م 5 الوسيط ج 2 )

<sup>(91)</sup> كانت الاداة 278/214 من التقنين المدنى السابق تنص على ما يأتى : (( على الدائن إثبات دينه ، وعلى المدين إثبات براءته من الدين )) . وهذا النص يتفق فى الحكم مع نص التقنين الجديد .

<sup>(92)</sup> جمعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية ، فى سورية ، فى قانون واحد صدر فى 0 حزيران (يونيو) 1947 وسمى (( قانون البينات فى المواد المدنية والتجارية )) . ولا يتضمن هذا القانون نصاً يقابل نص المادة 389 من التقنين المدنى المصرى . ولكن الباب الأول منه تضمن قواعد كلية فى الإثبات ، من نحو ما نحن بصددده . فنصت المادة الأولى على أن (( تقسم البينات إلى : 1 — الأدلة الكتابية 2 — الشهادة 3 — القرائن 4 — الإقرار 5 — اليمين 6 — المعاينة والخبرة )) ونصت المادة الثانية على أن (( ليس للقاضى أن يحكم بعلمه الشخصى )) . نصت المادة الثالثة على أنه (( يجب أن تكون الوقائع التى يراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فى الإثبات وجائزاً قبولها )) .

<sup>(93)</sup> نصوص التقنين المدنى العراقى : م 444 — الأصل براءة الذمة . م 445 — اليقين لا يزول بالشك . م 446 — يضاف الحادث إلى أقرب أوقائته . م 447 — 1 — الأصل بقاء ما كان على ما كان ، والأصل فى الصفات العارضة العدم . 2 — وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ، ما لم يوجد دليل على خلافه . م 448 — 1 — البينة على من ادعى واليمين على من أنكر . 2 — والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل .

نصوص تقنين الموجبات والعقود للبنانى : وضعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية جميعاً ، فى لبنان ، فى تقنين أصول المحاكمات المدنية ( قانون المرافعات ) ، ولم يتضمن هذا التقنين نصاً يقابل المادة 389 من التقنين المدنى المصرى . غير أن تقنين الوجبات والعقود للبنانى تضمن هذا النص ، فقضت المادة 376 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 المدنى للمملكة الليبية المتحدة : 376 — على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه ( مطابقة للمادة 389 من التقنين المدنى المصرى ) .

وبنيت من النظر إلى هذه النصوص أن التقنينات المدنية للبلاد العربية فى هذه المسألة تكاد تكون واحدة . فنص التقنين المصرى يطابقه نص التقنين الليبى ويكاد يطابقه نص التقنين اللبنانى . أما التقنين العراقى فقد أورد نصوصاً متعددة أخذها عن المجلة ، وهو تتلخص فى أمرين : (1) أن البينة على من ادعى والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، واليمين على من أنكر والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل . (2) فالأصل هو براءة

\$67 وفي التقنين المدني الفرنسي المادة 1315<sup>(94)</sup> .

46— 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 يثبتته أو أن ينفيه ، فإلقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه<sup>(95)</sup> .

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

#### 1— عبء الإثبات من ناحية المبدأ :

47— البينة على من ادعى واليمين على من أنكر : من المبادئ المقررة فى الفقه الإسلامى أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر<sup>(96)</sup> . وفى \$68 القانون المصرى وسائر القوانين

<sup>(94)</sup> ننقل فى قسم الإثبات من هذا الكتاب نصوص التقنين المدني الفرنسى إذ يغلب أن تكون هى الأصل الذى أخذت منه نصوص التقنين المدني المصرى الجديد فى الإثبات . هذا هو نص المادة 1315 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 reclame l'une obligation doit la prouver. Reciproquement, celui qui se pretend libere, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation" . <sup>(95)</sup> الموجز للمؤلف ص 651 — استئناف مختلط 13 يناير سنة 1903 م 15 ص 88 — 16 نوفمبر سنة 1932 م 23 45

<sup>(96)</sup> 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 . ولليهبى بإسناد صحيح : (( البينة على المدعى واليمين على من أنكر )) . ( طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية أحمد إبراهيم ص 16 ويقول الأستاذان بيدان ويرو ( جزء تاسع فقرة 1159 ص 231 هامش رقم 1 ) 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 البريطور preteur يحمى مجرد الحيابة فيحوى الوضع الظاهر ، وعندئذ ألقى 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 المجعى 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 تفنيه thevenet فى نظرية عبء الإثبات ليون سنة 1921 ص 11 وما بعدها ) . وينتهى الأستاذان بيدان و برو إلى القول بأن من الخطأ حسبان القاعدة التى تقضى بأن البينة على

الحديثه توحيد القاعدة ذاتها ، فالمدعى هو الذى يحمل فى الأصل عبء الإثبات ، سواء كان دائماً يدعى ثبوت الدائنية أو مديناس يدعى التخلص من المديونية كما تقول المادة 389 .

ولكن يبقى أن نحله على وجه الدقة من هو المدعى .

هو أولاً من يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين ، فهو مدع 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 كوصية أو عقد بيع أو واقعة قانونية كميراث أو شفعة .

\$69 ولكن ليس من الضروري أن يكون المدعى هو من يرفع الدعوى . فقد يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع فيصبح مدعياً فى هذا الدفع ، وعليه هو يقع عبء إثباته . ففى الأمثلة المتقدمة قد يدفع المدين بأنه وفى دينه ، فعليه إثبات هذا الوفاء . وقد يدفع الحائز للعين بأن ملكها بالتقادم ، فعليه إثبات ذلك (97) .

المدعى من القواعد التى تملئها 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 الأوضاع الظاهرة . ولعل ذلك يكشف عما للفقهاء الإسلامى من فضل التقدم ، فقد قرر هذه القاعدة منذ البداية فى عصر لم تكن فيه معروفة فى أوروبا .

(97) 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 مبرئ لزمة 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 لابد تهلك بالقوة القاهرة حتى لو كانت قد سلمت للمودع وعلى المدعى عليه هنا عبء اثبات (بودرى وبارد 3 فقرة 2063) .

وبين الفقهاء خطأ ما جرى عليه القضاء الفرنسى فى عقد التأمين على الحياة ، عندما تشترط شركة التأمين لاستحقاق قيمة التأمين ألا يكون المؤمن عليه قد انتحر ما لم يكن الانتحار نتيجة فقد لوعيه بأن كان مجنوناً . فالقضاء الفرنسى يلقي عبء إثبات الانتحار وعبء إثبات انعدام الجنون كليهما على شركة التأمين (نقض فرنسى 3 أغسطس سنة 1876 دالوز 79 — 5 — 295 — استئناف ليون 17 فبراير سنة 1891 دالوز 92 — 2 — 46 — استئناف باريس 16 يولية سنة 1892 دالوز 93 — 2 — 233) . ويقول الفقهاء إن شركة التأمين تحمل عبء إثبات الانتحار ، وعلى ورثة المنتحر عبء إثبات جنون مورثهم . وقد اضطرت شركات التأمين ، للتتقى هذا القضاء ، أن تشترط صراحة فى عقود التأمين تحميل عبء إثبات الجنون للورثة (بودرى وبارد 3 فقرة 2064 — انظر أيضاً الدكتور عبد السلام ذهنى فى الأدلة جزء أول ص 105 — ص 109) . وهذا ما جرت به المادة 756 من التقنين المصرى ، فقد نصت الفقرتان الأوليان منها على ما يأتى : (( 1 — 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 — 2 — 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 )) .

فيمكن إذن لأول وهلة أن نقول إن من يحمل عبء الإثبات هو المدعى فى الدعوى والمدعى عليه فى الدفع ، فكلاهما مدع فى دعواه (98) .

(actor incumbit probatio. Reus in exceptione actor est)

\$48 70 البينة على من يدعى خلاف الأصل : ولكن هذه القاعدة تحول بساطتها دون مواجهة الصعوبات التى تعرض فى العمل . فقد يقع أن المدعى ، حتى فى الدعوى التى 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 فى الدعوى بإثبات أن جازه فتح المطل دون أن يكون له حق ارتفاق يجيز فتح المطل . ففى هذا المثل يقع عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعى ، لأن طبيعة الوضع تقضى بخلو العقار من حقوق الارتفاق حتى يثبت ذو المصلحة عكس ذلك .

ومن ثم فإن القول بأن المدعى هو الذى يحمل عبء الإثبات لا يستقيم فى جميع الفروض ، فوجب إذن البحث عن قاعدة تكون أكثر انضباطاً (99) . وقد وضعت قاعدة فى هذا الصدد من شقين ، تستجيب لطبائع الأشياء . ففيل إن من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف بإثباته ، أما من

(98) وقد قضت محكمة النقض بأن المنكر المعفى 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 باعسار الشفيع ادعاء من المشتري ، وهو المطالب بأن يقدم الدليل عليه ( نقض مدنى 31 يناير سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 33 ص 80 ) - وقضت محكمة النقض أيضاً بأن صاحب الدفع هو المكلف بإثبات دفعه ،

كما أن المدعى هو المكلف بإقامة الدليل على دعواه . فإذا دفع المدين بأنه من صغار الزراع فلا يجوز توقيع الحجز على ملكه ، كان عليه إثبات هذا الدفع . ذلك هو حكم القانون المدنى ، كما أنه حكم المادة الأولى من القانون رقم 4 لسنة 1913 الخاص بعدم جواز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية الصغيرة ، فإن هذه المادة بعد أن نصت على أنه (( لا يجوز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية التى يملكها الزراع الذين ليس لهم من الأقطان إلا خمسة أفدنة 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 موجهه ، أى إثبات أنه زارع وأنه لا يملك أكثر من خمسة أفدنة 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 أفدنة - لم يقدم ما يثبت أن المدين كان ، وقت نشوء الدين ، يملك أكثر من ذلك القدر ، فإنها تكون قد خالفت قواعد الإثبات ( نقض مدنى 3 يناير سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 20 ص 39 ) .

(99) وقد أريد لهذا السبب توسيع دائرة مفهوم لفظ (( المدعى )) . ففيل المدعى هو من يروم إثبات أمر خفى يريد إزالة أمر جلى . وقيل المدعى من إذا ترك ترك ، أى من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه ( الأستاذ نشأت فى الإثبات 1 فقرة 40 ) .

يدعى خلاف الأصل فعليه هو يقع عبء إثبات ما يدعيه (Onus probandi incumbit ei qui dicit). ذلك \$71 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 يكلف عناء أى إثبات (100) . 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 (101) .

49- 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 (102) . فمن ادعى أنه أقرض آخر مبلغاً من المال عليه أن يثبت عقد القرض . ومن طالب آخر بضمن مبيع عليه أن يثبت عقد البيع . والشريك الذى يطالب شريكه بنصيبه فى الخسارة عليه أن يثبت عقد الشركة وأن يثبت مقدار الخسارة التى لحقتها (103) . \$72 ويتفرع على ذلك مواقف عدة يختار القانون فيها وضعاً يعبره هو الأصل ، فمن تمسك به لا يكلف بإثبات شئ ، 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 109 مدنى) (104) . ومثل ذلك أيضاً عيوب العقد ، فالأصل أن يكون العقد

(100) وهنا نرى الفقه الإسلامى أيضاً يستجيب لهذا المبدأ . فمن قواعده 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 العراقى عن المجلة .

(101) ماركاديه 5 م 1315 فقرة 5 — لارومبيير 5 م 1315 ص 16 — ديمولومب 29 فقرة 187 — لوران 19 فقرة 91 — هيك 8 فقرة 218 — بودرى وبارد 3 فقرة 2060 .

(102) بودرى وبارد 3 فقرة 2060 ص 421 .

(103) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا ادعى شخص أن آخر شاركه فى استئجار أطيان 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 افتتات إذ اعتبرت المدعى مع تسليم خصمه بالخسارة مكلفاً بإثباتها ، وذلك لأن إنكار الخصم قيام الشركة المدعاة ينطوى فيه عدم تسليمه بالخسارة (نقض مدنى 29 ديسمبر سنة 1938 مجموعة عمر 2 رقم 153 ص 451) . ملاحظة : كان من الممكن استنباط قرينة على حصول الخسارة من إنكار المدعى عليه الشركة ثم ثبوتها رغم هذا الإنكار ، ولكن الظاهر أن المحكمة لم تعتبر هذه القرينة كافية ، ولم يتسقط المدعى من جهته تكملتها بأدلة أخرى .

(104) وكالأهلية الصفة ، إذا كان قيامها واضحاً فأنها تفترض . أما إذا كانت الصفة قد ضح انعدامها ، فلا يفترض وجودها ، ومن له مصلحة فى قيامها عليه عبء إثباتها . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا حصل أحد الشركاء فى إجارة من وزارة الوقاف على مخالصة من مأمور الأوقاف قرر فيها أنه دفع جميع المطلوب منه فى الدعوى التى رفعت عليه ، ولذلك فقد أخلاه من الحراسة

سليماً من العيوب ، ومن يدعى أن بالعقد عيباً عليه إثباته . ومثل ذلك أخيراً إجازة العقد القابل للإبطال ، فالأصل عدم إجازة العقد ، ومن يدعى أنه أحيز عليه أن يثبت هذه الإجازة (105).

50- وفي نطاق الحقوق العينية الأصل هو الظاهر : وفي نطاق الحقوق العينية الأصل هو الظاهر . فالحائز للعين لا يطالب بإثبات ملكيتها لأن الظاهر هو أن الحائز مالك . والخارج الذي يدعى ملكية العين هو الذي يدعى خلاف ذلك ، فعليه هو يقع عبء الإثبات (106) . ومن ثم كان الحائز هو المدعى \$73 عليه دائماً في دعوى الملكية (107) . وذلك ما لم يتبين من مستندات

والحجز والدعوى والضمان ، واعتبر هذا الشريك تلك المخالصة مبررة له من التضامن مع شركائه في عقد الإيجار في وفاء الباعى من أجرة الأطنان المؤجرة إليهم جميعاً متضامنين بحسب نص العقد ، ولكن المحكمة ذهب إلى أنه — لكى 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 إسفاء أجرة كل الأطنان المؤجرة ، فإن المحكمة تكون قد طبقت قواعد الإثبات تطبيقاً صحيحاً على واقعة الدعوى (نقض مدنى 14 أبريل سنة 1949 مجموعة عمر 5 رقم 409 ص 759) .

(105) وقد قضت محكمة النقض بأن عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال انما يقع على عاتق مدعى الإجازة . وإذن فمتى كان الطاعن قد ادعى أن مورث المطعون عليها قد أجاز بعد بلوغه سن الرشد عقد البيع الذى عقده وهو قاصر ، فإن الحكم المطعون فيه إذ ألقى عليه عبء إثبات هذه الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدنى 26 نوفمبر سنة 1953 مجموعة أحكام محكمة النقض 5 رقم 28 ص 203) .

(106) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا لم تثبت الملكية للمدعين بالسند الذى أسسوا عليه دعواهم ، فلا يكون للمحكمة أن تتخذ من عجز منازعهم — وهم مدعى عليهم فى الدعوى — عن

إثبات ملكيتهم بالتقادم دليلاً قانونياً على ثبوت ملكية المدعين وهم المكلفون قانوناً بإثبات دعواهم (نقض مدنى 14 يونية سنة 1945 مجموعة عمر رقم 266 ص 723 — وانظر أيضاً 10 أكتوبر سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 97 ص 193 — 12 فبراير سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 266 ص 538) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان ناظر الوقف الواضع اليد على العين مقراً بتبعيةها للوقف ، فلا شأن لمدعى ملكيتها فى مطالبة الناظر بكتاب ولا بإشهاد على الوقف . وعلى هذا المدعى وحده تقديم الدليل المثبت لدعواه ، وخصوصاً إذا كان الوقف قديماً يصح يرجع إلى ما قبل صدور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى 27 من مايو سنة 1897 التى أوجبت لأول مرة إجراء إفشاء عن الوقف لإثباته ، وكان قبلها إثبات الوقف خاضعاً لأحكام الشريعة الإسلامية التى لا تستلزم فيه كتابة ولا إشهاداً (نقض مدنى 23 يناير سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 143 ص 316) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تقرير الحكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطنان التى يطلب المدعيان ثبوت ملكيتها لها بأى سبب من أسباب كسب الملك لا يفيد بذاته وبطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعيين . فمتى كان الحكم ، إذ قضى بثبوت ملكية المدعيين للأطنان موضوع النزاع ، قد أقام قضاءه 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 المدعيين من آخر كان قد اشتراها فى حين أنها ليسا من ورثته ، ولم يتحدث عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشتري وأخوته ، ولا عن كيفية إفادته ملكية المدعيين ، متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإنه يكون قاصراً (نقض مدنى 15 فبراير سنة 1951 مجموعة أحكام النقض 2 رقم 65 ص 341) — 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 مدنى 29 مارس سنة 1951 مجموعة أحكام النقض 2 رقم 87 ص 478) . وقضت أخيراً بأنه بحسب المحكمة إذ هى قضت برفض دعوى الطاعنين أن تستند فى ذلك إلى عجزهم عن إثبات سبب ملكيتهم دون أن تكون فى حاجة إلى بيان أساس ملكية المطعون عليها التى لم تكن إلا مدعى عليها فى الدعوى (نقض مدنى 6 مارس سنة



المدعى أن الظاهر يؤيد دعواه وينفى دفاع المدعى عليه ، فعندئذ ينتقل عبء إثبات الملكية إلى المدعى عليه (108) .

74\$ وكذلك الظاهر أن حق الملكية خال من أن يثقل بحق عيني . فالمالك إذا تمسك بهذا الظاهر لا يطالب بأثباته . ومن يدعى خلاف الظاهر ، بأن يدعى مثلاً أن له حق ارتفاق (109) أو حق انتفاع أو حق رهن على العين ، كان عليه هو أن يثبت قيام لحق الذى يدعيه ، ولو كان مدعى عليه فى الدعوى الأصلية ، لأنه يدعى خلاف الظاهر (110) .

51- والثابت فرضاً كالثابت أصلاً وكالثابت ظاهراً : وقد يحل محل الأصل فى نطاق الحقوق الشخصية ومحل الظاهر فى نطاق الحقوق العينية وضع يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة قانونية يقيمها . 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 فى تأدية واجبه . ولكن القانون فرض أن هذا التقصير قد وقع منه بمقتضى قرينة قانونية أقامها ضده ( م 173 فقرة 3 مدنى ) . فلا يكلف المدعى إثبات التقصير ، وينتقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه فيثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعاً ولو قام بهذا الواجب بما ينبغى من العناية . وكذلك الحال فى مسئولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التى تتطلب حارسها عناية خاصة ، كل هؤلاء فرض القانون فى جانبهم التقصير ، فمدعى التعويض لا يكلف بإثبات تقصيرهم ، بل لا يسمح لهم القانون أن يثبتوا أنهم قاموا بواجب العناية لأن قرينة التقصير هنا قرينة قانونية لا تقبل إثبات العكس 75\$ (المواد 176 و 177 فقرة أولى و 178 من التقنين المدنى) . والمدعى بدين لا يكلف

1952 مجموعة أحكام النقض 3 رقم 96 ص 560 ) . أنظر أيضاً استئناف مختلط 31 يناير سنة 1901 م 13 ص 133 — 14 ديسمبر سنة 1905 م 18 ص 41 — 26 أبريل سنة 1906 م 18 ص 221 .

(107) ديمولومب 29 فقرة 189 — لوران 19 فقرة 91 — بودرى وبارد 3 ص 2060 ص 422 .

(108) نقض مدنى 29 أبريل سنة 1954 مجموعة أحكام النقض 5 رقم 122 ص 819 .

(109) استئناف مختلط 15 يناير سنة 1903 م 15 ص 90 .

(110) بودرى وبارد 3 فقرة 2060 ص 422 . هذا وقد قضت محكمة النقض بأن تعتبر العقارات بالتخصيص وفقاً لنص المادة

688 مختلط داخلة ضمن الملحقات المشار إليها فى المادة المذكورة ، وتباع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه ( نقض مادنى 14 يناير سنة 1954 مجموعة أحكام النقض 50 رقم 62 ص 420 ) .

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 غير مشروع ( م 137 فقرة 1 مدنى ). كذلك يعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى ، حتى يقيم المدين الدليل على ما يخالف ذلك ( م 137 فقرة 2 مدنى ) . 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 يقم بوفاء الدين ( م 399 مدنى ) .

وفى نطاق الحقوق العينية ، إذا فرضت قيود معينة تحد من حق مالك العقار فى البناء عليه ، فالمدعى الذى يرفع دعوى على المالك متمسكاً بأن هذه القيود هى حقوق ارتفاق لا مجرد التزامات شخصية لا يكلف باثبات ذلك ، لأن القانون أقام قرينة على أن هذه القيود هى حقوق ارتفاق ، فإذا أراد المالك أن ينفي أنها حقوق ارتفاق وأنها ليست إلا التزامات شخصية انتقل إليه هو عبء هذا الإثبات ( م 1018 فقرة 1 مدنى ) .

ومن هذه المثلة 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 (111) .

\$ 76 52- كذلك تكون البيئة على من يدعى خلاف 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 . وهو لا يكلف بالإثبات كما قدمنا ، بل من يدعى خلاف ما هو ثابت حكماً هو الذى يحمل عبء الإثبات . كذلك الحال

---

(111) يلاحظ الفقه الحديث أن القول بأن القرينة القانونية تنقل عبء الإثبات إذا كانت تقبل إثبات العكس ، وتعفى 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 ممن يتمسك بها إثبات وقائع معينة هى التى عينها القانون لقيام القرينة . فكأن القرينة القانونية لم تعف من الإثبات أو تنقل عبئه ، وإنما هى نقلت الإثبات من محل إلى محل آخر ( *deplacement de prevue* ) ، 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 ينقل عبئه ، وإنما أبدل فى 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 فى هذا المعنى بيدان وبرو 9 فقرة 1165 وفقرة 1291 ) . =

فيمن يتمسك بما هو ثابت فعلاً<sup>(112)</sup> ، لا يكلف هو أيضاً بالاثبات ، 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 وفاء 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 إثبات عبء انقضاء الدين بالمقاصة لأنه يدعى خلاف ما هو ثابت ضمناً .

= وهذا النظر الجديد ، وإن كان صحيحاً فى ذاته ، لا يودى إلى هدم النظر القديم . ففى القرينة القانونية القابلة لإثبات العكس ، ينتقل الإثبات من محل إلى محل آخر ، ولكن متى أثبت المدعى الواقعة البديلة — كون المسئول 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 المسئول هو حارس الحيوان أو البناء أو الآلة الميكانيكية مثلاً — أعفى فعلاً إعفاء نهائياً من إثبات الواقعة الأصلية ، وهى وقوع خطأ من هذا المسئول . ولا يقال أن هذا الإعفاء النهائى 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 أسير بكثير من إثبات الواقعة الأصلية ، فيكون المجع فى النهاية قد تخفف كثيراً من مؤونة الإثبات . على أننا سنرى عند الكلام فى القرائن القانونية غير القابلة لإثبات العكس أن حقيقة هذه القرائن هو أنها قواعد موضوعية لا قواعد للإثبات .

(<sup>112</sup>) وقد أترنا أن نستعمل هذا اللفظ (( فعلاً )) بدلا من اللفظ (( عرضاً )) الذى استعملناه فى الموجز ( انظر ص 653 ) واستعمله الفقه المصرى معنا ثم استعملته محكمة النقض ( 6 مارس سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 165 ص 375 ) ، لأن اللفظ الأول أدل على المعنى المقصود .

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

53- استخلاص مبدأ عام فيمن يحمل عبء الإثبات : ونستطيع بعدما قدمناه أن نضع المبدأ الآتى : كل من يتمسك بالثبات 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 (113) . وغنى عن البيان أن تحديد من يحمل عبء الإثبات مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض .

بـ عبء الإثبات من ناحية التطبيق :

54- كيف يقوم بالإثبات عملاً من يحمل عبئه : متى تعين أى الخصمين يحمل عبء الإثبات ، وفقاً للمبدأ العام الذى قدمناه ، كان هذا الخصم 78\$ هو المكلف بإقامة الدليل بالطرق القانونية على صحة ما يدعيه . فإذا ادعى شخص أنه أقرض 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 التراضى والمحل والسبب وإلى الأهلية وعيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال ، ثم يثبت بعد ذلك أن العقد بعد أن العقد صحيحاً لم ينقض الدين الذى نشأ

(113) وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل خلوص الذمة ، وانشغالها عارض . ومن ثم كان لإثبات على من يدعى ما يخالف الثابت أصلاً أو عرضاً ( وفى اللغة التى اخترناها : حكماً أو فعلاً ) مدعياً كان أو مدعى عليه . فإذا رفع الموكل دعواه بندب خبير لتحقيق الحسابات التى قيدها وكيله فى دفاتر الدائرة ، فهذه الدعوى لا تعدو 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 الوكيل 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 وكالته ، فإنه يكون على ورثة الوكيل ، وقد أقام الموكل بما قيده 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 بعجزهم هم عن إثبات براءة ذمته من مبالغ ثبت وصولها إلى يده من الدفاتر التى قيدها بها ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون ( نقض مدنى 6 مارس سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 165 ص 375 ) .

عنه بأى سبب من الأسباب كالوفاء والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والابراء ونحو ذلك ، ثم بعد أن يثبت أن الدين لم ينقض يثبت أيضاً أنه لم يلحقه أى تعديل ، وهكذا ! .

من الواضح أن عبء الإثبات ، إذا فسر على هذا النحو ، ينوء به الخصم . ولذلك تقضى الضرورة أن يقتصر الخصم على إثبات عقد القرض . وبعد ذلك يستعان بالقرائن التى قدتمناها . فما هو ثابت حكماً أو فعلاً لا يكلف باثباته ، 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 الإثبات كما تقدم القول (114) .

ونرى من ذلك أن عبء الإثبات لا يقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر ، بل هو يوزع بين الخصمين على النحو المتقدم (115) . قد يقع هذا التوزيع بحكم \$79 الواقع بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضى عبء الإثبات 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.

55- توزيع عبء الإثبات . بحكم الواقع : فمثل أن يقع التوزيع بحكم الواقع عن طريق قرائن قضائية ما يأتى :

(114) بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1420 ص 845 - ص 849 .

(115) ويضع الأستاذ ديموج مبدئين أساسيين فى حمل عبء الإثبات . أولهما أن من يحمل هذا العبء لا يلتزم بإثبات جميع الشروط الواجب توافرها لوجود الحق الذى يدعيه ، بل يكفي أن يثبت من الشروط ما يجعل وجود هذا الحق مرجحاً (vraisemblable) . فليس عليه أن يثبت أن 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 الثانى فى عبء الإثبات هو أن هذا العبء يحمله فى كل حالة بالذات الخصم الذى يستطيع أن يضطلع به فى أقل مشقة (le moins d'inconvenient) ، أى فى أقصر وقت وأقل المضايقات وبأيسر النفقة (le moins de delais, de vexations, de frais..) . ثم يذهب ديموج إلى وجوب عدم المبالغة فى تقدير أهمية عبء الإثبات . ذلك أن الخصوم لا بد لهم من أن يتوزعوا فيما بينهم يتعاونون على الاضطلاع بهذا العبء ، ولكنه تعاون الأعداء ، كما يتعاون رب العمل مع نقابة العمال ، وذلك التعاون كهذا يغلب فيه أن يكون ضرورياً ومنتجاً . والتعاون ليس مقصوداً فحسب على الخصوم فيما بينهم ، بل إن الخصوم يتعاونون أيضاً مع القاضى فى ذلك . ومن أجل هذا لا يستطيع القاضى أن يقضى بعلمه ، فإن ذلك يجرمه من تعاون الخصوم معه ( ديموج فى الأفكار الرئيسية للقانون الخاص الفصل السابع ص 542 - ص 565 ) .

(1) 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 مصدرًا معينًا دفع منه الولد الثمن ، أو أن حقيقة العقد هبة فى صورة بيع وعندئذ يكون له حكم الهبة لا حكم البيع .

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

(3) أنكر الخصم أن الختم الموقع به على الورقة هو ختمه . فعند ذلك يحمل الخصم الآخر عبء إثبات صحة الختم طبقاً للإجراءات المقررة فى القانون . فإذا أثبت ذلك نقل القاضى عب الإثبات إلى الخصم الأول ، ليثبت كيف وصل ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التى عليها التوقيع ، ويكون ذلك عن طريق دعوى \$80 التزوير التى يجب أن يسار فيها بطريقها القانونى كما قضت بذلك محكمة النقض ( نقض مدنى 26 أبريل سنة 1934 مجموعة عمر 1 رقم 174 ص 346 ) .

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

(5) موظف فصل من وظيفته ، فيرفع دعوى على الحكومة يقول فيها إن فصله كان تعسفياً . ولما كان هو الذى يحمل عبء إثبات التعسف ، فانه يستطيع فى هذا السبيل أن يطلب ضم ملف خدمته ليثبت منه تقدير الرؤساء لكفايته ومن الناحية الخلقية ، نقل القاضى عبء الإثبات إلى الحكومة لتقول هى بدوره لآى سبب بالذات قد فصلته . فان ذكرت الحكومة سبباً معيناً لفصله ، نقل عبء الإثبات إلى المدعى ، لثبت أن هذا السبب غير صحيح أو أنه لا يكفى 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 .

56- توزيع عبء الإثبات . بحكم القانون : ومثل أن يقع التوزيع بحكم القانون عن طريق قرائن قانونية ما يأتي :

(1) يريد الدائن إثبات إعسار المدين . هنا يتكفل القانون بتحليل عناصر الإثبات وتوزيعها على الخصمين عن طريق إقامة قرائن قانونية . فقد نصت المادة 239 من التقنين 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 يثقل عبء المدين في إثبات أن ماله يفي بديونه . فان عجز عن هذا الإثبات اعتبر معسراً .

(2) 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 971 من التقنين المدني على أنه (( إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، 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 حالا . 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 .

(3) 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 . فإذا مات المؤمن على حياته وادعت شركة التأمين أنه مات منتحراً فبرئت ذمته 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 756

من التقنين المدنى على ما يأتى: (( 1) 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 يساوى قيمة احتياطي التأمين . (2) فإذا أكمله . 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 بارادة المنتحر ، وأن هذا لم يكن فاقد الإرادة وقت انتحاره . فينتقل عبء

( م 6 الوسيط ح 2 )

\$82 الإثبات إلى المستفيد . وعليه أن يثبت ، حتى يستحق مبلغ التأمين بأكمله ، أن المنتحر كان وقت انتحاره فاقد الإرادة (116) .

(4) عقد أبرم بطريق المرسلة . 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 91 من التقنين المدنى على ما يأتى : (( ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك )) . فعلى الخصم الآخر الذى قبل الإيجاب أن يثبت أن قبوله وصل إلى الموجب فى وقت سابق على الوقت الذى 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 .

(5) باع شخص مالا يملكه . وبعد موته نازع ورثة البائع المشتري فى أن الثمن المذكور فى عقد البيع صورى ، وأن البيع قد صدر فى 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 916 على ما يأتى : (( 2- وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني

(116) أنظر ما قدمناه فى هذه المسألة فقرة 47 فى الحاشية .



قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجتمع الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. 3 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 \$83 ثلث التركة ، وإلا فإن البيع ، فيما تجاوز فيه زيادة قيمة البيع على الثمن ثلث التركة ، لا يسرى في حق الورثة ( م 477 مدني ) .

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

ونرى 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 أوبري ورو (17) كـ باثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون

---

(17) يذهب أوبري ورو إلى أن الخصم الذي يحمل عبء الإثبات يجب أن يثبت جميع العناصر الواقعية والقانونية للحق (droit) الذي يتمسك به أو الفائدة القانونية (benefice legal) التي يدعيها . ويقف عبء الإثبات عند هذا الحد . فلا يلتزم الخصم بإثبات انعدام الأسباب أو الظروف التي كان وجودها يمنع من كسب الحق (obstacle a l'acquisition du droit) أو يؤدي إلى سقوط الفائدة القانونية (decheance du benefice legal) . ولا يلتزم كذلك أن يثبت أن الحق لم يدخل عليه تعديل أو يلحق به قيد لمصلحة خصمه (n'a pas ete modife ou restraints au profit de son adversaire) ( أوبري ورو 12 فقرة 749 ص 84 و ص 86 - 90 ) .

ويتعترض بارتان ( ص 84 حاشية رقم 19 مكرر ) على التمييز ما بين الواقعة التي أنشأت الحق ، ويلقى على المجعى عبء إثباتها ، والواقعة التي تتكون 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 فينبغي أن يثبت جميع الوقائع دون تمييز . ولكن الواقع من الأمر أننا لا نطالب 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 19 مكرر خامساً quinquies ) يعترض بارتان على ما جعل أوبري ورو عبء الإثبات فيه على المدعى عليه ، وستعرض 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 أوبري ورو المانع من نشوء الحق ، يقابل به انعدام الشروط الضرورية لوجود الحق ، فإن القاعدة التي تلقى عبء إثبات هذا المانع على عاتق المدعى عليه تبدو

84\$ منها الواقعة مصدر الحق المدعى به . وليست الحقيقة القضائية التي يتولى إثباتها بالحقيقة المطلقة التي لا يداخلها الشك . فالقانون لا يطلب المستحيل . وإنما يكفي ممن يحمل عبء الإثبات أن يقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر مرجح الوقوع بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلاً ، وينفى القاضي ما بقى 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 الراجح مرجوحاً . ثم يرد عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، ليهدم هذه القرائن .

85\$ بقرائن أخرى تعيد للأمر كفة الرجحان . وهكذا يتقاذف الخصمان الكرة ، كل منهما يدفعها إلى صاحبه ، إلى أن يعجز أحدهما عن ردها ، فتسقط من يده ، ويسجل على نفسه الخسارة (118)

لنا — وهذا أقل ما يمكن أن أقول — قاعدة مشكوكاً فيها غير متمسكة )) . ثم في حاشية الثالثة ( رقم 19 مكرر سداساً Sexies ) يتناول بارتان

= الاستثناء الثاني — سقوط الفائدة القانونية المدعاة (decheance du benefice legal invoque) — 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 19 مكرر سابعاً septies ) يتناول بارتان الاستثناء الثالث والأخير — تعديل الحق المتمسك به أو تقييده لمصلحة لخصم (modification ou restriction au profit de l'adversaire du droit invoque) — فيقول لو أن دائناً أبرأ ذمة مدينه 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 20 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 بالطر بعد ضياعه أو فقده ، أو إثبات واقعة مادية ليستخلص منها إما علاقة سببية بين واقعيتين ، أو نسبة معينة بين قيمتين تكون المقارنة بينهما من شأنها أن تنشئ التزاماً بالرد أو التزاماً بالإسعاف والمساعدة أو إنقاصاً لالتزامات مرهقة أو تفسيراً فرضه القانون أو ارتضاه الطرفان باختيارهما علمية قانونية ..... ويحسن 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 للمشتغل 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 وبولانجي 2 فقرة 2177 ) .

(118) 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

فلا نبالغ إذن في القول بفداحة الإثبات . فان 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 باثباتها باثبات 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 (119) .

\$57 86- تعيين من يقع عليه عبء الإثبات بحكم الاتفاق ( التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الإثبات ) : وغنى عن البيان أن القواعد التي قدمناها في عبء الإثبات قل أن تعتبر من النظام العام ، لأن الكثير منها لم يوضع إلا لحماية الخصوم . فمن الجائز إذن ، ما لم يوجد نص يقض بغير ذلك ، عند ما يضع القانون .

الإثبات يقع دائماً على من يدعى شيئاً مخالفاً لما هو ثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو بفضل قرينة قانونية . ونرى من ذلك أن الحقائق القضائية ليست إحقاق نسبية ، شأن سائر الحقائق (( ( الموجز ص 651 ) .  
(119) في رسالة حديثة ( موتيلسكي Motulsky في نظرية العناصر المكونة للحقوق - باريس سنة 1948 ) ، اتخذ المؤلف هذه العناصر أساساً لرأى ذهب إليه في مسألة عبء الإثبات .

فهو يميز بين مرحلتين : عبء الادعاء (charge de l'allegation) وعبء الإثبات (charge de preuve) .  
1 - فعبء الادعاء ينحصر في أن المدعى يجب أن يضمن ادعاءه جميع العناصر التي تكون الحق المدعى به . وهذا ما يسميه المؤلف بالعناصر المكونة للحق (elements generateurs 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 وحده في غيبة خصمه ، ولم يذكر جميع العناصر المكونة لحقه ، فإنه يخسر دعواه لمصلحة خصمه الغائب - ولكن التطبيق الحرفي لهذه 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 ما يسميه المؤلف بنظرية الإعفاء (la theorie des dispenses) . والإعفاءات التي ترد على ((عبء

الإدعاء )) نوعان : إعفاءات عقلية (dispenses rationnelles) وإعفاءات قانونية (dispenses legales) . فهناك شروط لابد من توافرها لوجود الحق المدعى به ، ولكنها شروط يجب عقلاً وبداهة (sentiment d'enidence) 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 ) ، فيعفى المدعى من تضمين 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) كمفهوم البيع ومفهوم الزواج ، فتبقى على ما هي عليه من تركيب ، إلى أن يقع في شأنها نزاع ، فعند ذلك يجب تحليلها (decomposition) إلى العناصر التي تتركب منها . ((والإعفاءات القانونية)) قد ينص عليها القانون صراحة ، كما فعل في النص على افتراض حسن النية ، فيعفى المدعى من إثبات هذا العنصر . على أن أكثر (( الإعفاءات القانونية )) لا نص عليها ، ولكنها تستخلص من ثانيا النصوص (elle doit etre decelee par l'exegese) ، فحيث يعمد القانون ، لا إلى تنظيم عنصر من عناصر الحق ، بل إلى تنظيم الوضع المخالف له ، يكون على المدعى عليه عبء إثبات هذا الوضع الخالف ، 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 ادعاءه جميع الظروف التي تقابل العناصر المكونة لهذا الحق ، ما لم يوجد لديه إعفاء عقلي أو قانوني )) .

87\$ قرينة قانونية تنقل عبء الاثبات إلى الخصم معين حماية للخصم الآخر ، أن يتفق 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 انفاقي لقواعد عبء الاثبات ، وهو صحيح قانوناً .

ونأتى بأمثلة لذلك : (1) الأصل في الضرر الذي يحدثه الحيوان أن حارس الحيوان هو المسؤول عنه ، إلا إذا أثبت هذا أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي (م 176 مدني) ولكن يجوز الاتفاق مقدماً على نقل عبء الاثبات إلى

هذا هو (( عبء الإدعاء )) من حيث المبدأ . أما من حيث التطبيق : فالمدعى إما أن ينوء بعبئه ، فلا يضمن ادعاءه ، بعد جميع الإعفاءات ، العناصر اللازمة ، فيخسر دعواه دون انتقال إلى مرحلة الإثبات . وإما أن يقوم بعبئه ، فيضمن ادعاءه 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 جدية 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 ادعاءه جميع العناصر المطلوبة ، وعلى المدعى أن يقف من هذا الادعاء المقابل موقف المنازع أو موقف من يدعى ادعاء مقابلاً آخر ، وهكذا . وينتهي القاضي إلى تصفية (( نقط النزاع )) (faits litigieux). وهذه هي الوقائع المنتجة في الدعوى والتي بقيت محلًا للنزاع بين الخصمين . وعند ذلك ينتقل القاضي إلى مرحلة الإثبات . =

ب - وعاء الإثبات يقتصر على ((نقط النزاع)) بعد حصرها على الوجه المتقدم . فهناك ((نقط نزاع)) تخلفت عن تصفية ادعاء المدعى فيحمل المدعى عبء إثباتها . وهناك ((نقط نزاع)) أخرى تخلفت 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 legale) ، أما الإعفاء العقلي (dispense rationnelle) فيمتنع ، لأنه في عبء الادعاء لا يقوم مع قيام النزاع ، والنزاع هنا قائم فرضاً . فيعفى كل من الخصمين من إثبات الأوضاع الخالفة 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 للرأى الذي يتقدم به صاحب الرسالة المتقدمة الذكر . وليس في هذا الرأى نصيب كبير من الابتداء ، 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 ينطوى عليها عبء الإثبات . ولكن المسألة الجوهرية في عبء الإثبات - التي رأينا ديموج يعالجها ع طريق فكرتي الرجحان (vrqisemblance) والاضطلاع بأقل مشقة (le moins d'inconvenients) ، ورأينا بارتان يواجهها بالأسر الطبيعية للخصومات (familles naturelles de litiges) ، ويعمد جنى 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 المألوف المعتاد (un fait contre l'etat normal et habituel) ، كما يعمد تفنيه (Thevenet) إلى تحميل العبء لمن يقوم الظاهر ضده (contre lequel

88\$ المضرور . فيصح أن يتفق شخصان شريكان في مرعى واحد على أن كل ضرر يقع من مواشى أحدهما على مواشى الآخر لا يكون الأول عنه إلا إذا أثبت الآخر خطأ في جانبه . (2) الأصل أن أمين النقل مسئول عن الضرر الذى يحدث أثناء النقل للشخص أو الشئ الذى 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 فى جانب أمين النقل على أساس المسئولية العقدية لا المسئولية التقصيرية . (3) إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقى (الشرط الجزائى) ، فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً (م 231 مدنى) . ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على نقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين ، فيكون للدائن أن يطالب بقيمة الضرر التى جاوزت قيمة الشرط الجزائى ما لم يثبت المدين أنه لم يرتكب غشاً . (4) المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه (م 584 فقرة 1 مدنى) ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على نقل عبء الإثبات المؤجر خطأ فى جانبه (120) ، وبذلك يتحول التزام المستأجر من التزام بتحقيق غاية إلى التزام ببذل عناية (121) .

وكما يقع التعديل الاتفاقى لقواعد عبء الإثبات مقدماً قبل حصول النزاع على النحو الذى قدمناه ، كذلك يصح أن يقع هذا التعديل أثناء النزاع . فيجوز لخصم لم يكن فى الأصل مكلفاً باثبات واقعة أن يتطوع لإثباتها ، فاذا أحابه القاضى إلى طلبه فليس له بعد ذلك أن يحتج 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 التى تبين على أى خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وإذن فمتى كان الطاعن قد طلب من 89\$ المحكمة احالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه ، فليس له أن ينعى بعد ذلك على الحكم باجابته إلى ما طلب ، حتى ولو كان فيما طلب متطوعاً لإثبات ما هو غير ملزم بحمل عبئه (122) .

---

(l'apparence existe) — هذه المسألة الجوهرية يعالجها المؤلف بنظريته فى الإعفاء . وهى نظرية لا تزيد فى التحديد والضبط عن هذه الآراء التى قدمناها ، وقد أحس المؤلف نفسه أنها محوطة بشئ من الغموض . ونحن إذا دققنا النظر فى نظرية الإعفاء هذه ، لا نراها تخرج عما سبق أن قررناه من أن الخصم يعفى من عبء الإثبات إذا ادعى ما هو ثابت حكماً أو فعلاً .

(120) انظر الدكتور سليمان مرقس فى شرح عقد الإيجار الطبعة الثانية سنة 1954 فقرة 233 ص 417 — ص 418 .

(121) انظر الجزء الأول من الوسيط فقرة 440 ص 677 .

(122) نقض مدنى 26 نوفمبر سنة 1953 مجموعة أحكام النقض 5 رقم 28 ص 203 .

### ثالثاً طرق الاثبات

1 ماهي طرق الاثبات (سلطة الخصوم وسلطة محكمة النقض في شأنها)  
58 طرق الاثبات التي رسمها القانون واجراءاتها وقوو كل طريق منها : رسم القانون طرق اثبات المختلفة . وهي ستة : (1) الكتابة ecrit (2) الشهادة أو البينة temoignage (3) القرائن presumptions (4) الاقرار aveu (5) اليمين serment (6) المعاينة constatation .

ونبادر إلى استبعاد المعاينة من بين موضوعات القانون المدني ، إذ هي لا تنطوي إلا على إجراءات اصطلح على جعلها كلها من مباحث قانون المرافعات ، سواء في ذلك ما تعلق منها بانتقال المحكمة للمعاينة visite des lieux (م 185 — 188 مرافعات ) أو ما تعلق بالمعاينة الفنية التي يقوم بها الخبراء (expertise) (م 225 \$ 252 90 مرافعات ) . فتكون طرق الاثبات التي تعالج في القانون المدني هي الخمسة الأولى . وتعين 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 لإثبات 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 .

---

(123) وتعيين الخبير من الرخص المخولة للقاضي ، فله أن يقدر ما إذا كان لازماً أو غير لازم ، وله بعد أن يتم هذا التعيين أن يأخذ بتقرير الخبير أو ألا يأخذ به ( نقض مدني 19 نوفمبر سنة 1931 مجموعة عمر 1 رقم 2 ص 6-19 نوفمبر سنة 1931 مجموعة عمر 1 رقم 5 ص 14 - 10 مارس سنة 1932 مجموعة عمر 1 رقم 42 ص 84 - 10 نوفمبر سنة 1932 مجموعة عمر 1 رقم 69 ص 139 - 12 مارس سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 335 ص 1047 - 29 يناير سنة 1942 مجموعة عمر 3 رقم 139 ص 410 - 9 مارس سنة 1944 مجموعة عمر 4 رقم 108 ص 820 - 18 مايو سنة 1944 مجموعة عمر 4 رقم 138 ص 302 - 28 ديسمبر سنة 1944 مجموعة عمر 4 رقم 178 ص 503 ( الأخذ بالجزء غير الباطل من تقرير الخبير ) - أو لمارس سنة 1945 مجموعة عمر 4 رقم 216 ص 581 - 31 مايو سنة 1945 مجموعة عمر 4 رقم 263 ص 713 - 23 يناير سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 146 ص 327 - 16 ديسمبر سنة 1948 مجموعة عمر 5 رقم 353 ص 684 ) . ولكن يجب تعيين خبير إذا أوجب القانون ذلك ( كما فعل تقنين المرافعات إذ قضت الفقرة الثانية من المادة 31 ، في تقدير الدعوى المتعلقة بالعقار ، بأنه إذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت قيمته بحسب المستندات التي تقدم أو بواسطة خبير ) ، أو كان تعيين =

ومن مزايا الكتابة أن يمكن إعدادها مقدماً للإثبات منذ نشوء الحق دون التبرص إلى وقت المخاصمة فيه ، ولذلك سميت بالدليل المعد *prevue preconstituee* . وقد أوجبه القانون بوجه عام طريقاً للإثبات في الأحوال التي يمكن فيها إعدادها مقدماً ، وهي الأحوال التي يكون فيها مصدر الحق تصرفاً قانونياً ، فإن التصرف القانوني يسهل إعداد كتابة لإثباته من وقت صدوره . أما الواقعة القانونية ، وهي عمل مادي ، فقد لا يتيسر إعداد كتابة 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 ، وعوزهم الدقة على كل حال ، وتعرض ذاكرتهم للنسيان . على أن الكتابة ، إذا خلت مما يلحق الشهادة من كذب\$91 أو اضطراب أو نسيان ، لا تخلو هي أيضاً من احتمال التزوير . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات معينة للطعن في الكتابة بالانكار أو بالتزوير (م253-291 مرافعات ) .

أما الشهادة أو البيئة فقد كانت من أقوى الأدلة في الماضي كما قدمنا ، ثم تزلت للأسباب التي بينها إلى مكان أدنى . فهي طريق للإثبات ذو قوة محدودة ، إذ لا يجوز إثبات التصرفات القانونية بها إلا في حالات استثنائية ، ولا يثبت بها إلا الوقائع القانونية لأنها أعمال مادية فجاز إثباتها بالبيئة لموقع الضرورة<sup>(124)</sup> . وقد حاطها المشرع بضمانات عدة ، فرسم إجراءات دقيقة لسماع الشهود ( م189-224 مرافعات ) ، وفرض عقوبة على شهادة الزور ، وترك للقاضي التقدير الأعلى في الأخذ بها إذا أقنعه 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 وهو الواقعة محل النزاع إثباتاً غير مباشر . والقرائن قسمان : قرائن قانونية يقررها القانون بنص فيه ،

---

= الخبير هو الوسيلة الوحيدة للخصم في إثبات مدعاه فعند ذلك لايجوز رفض تعيين الخبير بغير سبب مقبول ( نقض مدني 5 يناير سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 312 ص 1020). انظر أيضاً المادة 836 مدني ونقضي بأن تتدب المحكمة ، إن رأت وجهاً لذلك ، خبيراً لقسمة المال الشائع ، وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يكون هناك وجبه لتعيين الخبير .

وتقارن الأساتذة بلانيول وريبير وبولانجيه 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 فيبدى رأياً فنياً يعين القاضي على البت في الدعوى . فالخبير أقرب إلى أن يكون قاضياً من أن يكون شاهداً ( بلانيول وريبير وبولانجيه 2 ص 2254 ) .

(124) ومع ذلك فقد يوجب القانون الإثبات بالكتابة في بعض الوقائع المادية كما فعل في إثبات البنوة (م323 فقرة 2 و م341 فقرة 3 مدني فرنسي ) ، وقد يجيز الإثبات بالبيئة في مناسبة تصرف قانوني كالغلط والتدليس وأفكراه إذا شاب عيب منها التصرف القانوني لأن هذه العيوب في الواقع إلا وقائع مادية (بلانيول وريبير وبولانجيه 2 فقرة 2166 ) .

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 (125) . أما القرائن القضائية فكلها قابلة لإثبات العكس . وإذا كانت \$92 القرائن تنطوي في 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 في الإثبات ، بمنزلة الشهادة ذات قوة محدودة ، ولايجوز قبولها إلا حيث تقبل الشهادة . ولم يرسم قانون المرافعات للقرائن إجراءات معينة ، فجميع الأحكام الخاصة بها أحكام موضوعية وهي متناثرة في جميع نواحي القانون .

أما الاقرار فانه إذا صدر من الخصم على نفسه بحق لخصمه ، لا يكون في الواقع من الأمر طريقاً لإثبات هذا الحق ، بل إعفاء من إثباته ، ونزولاً من الخصم المقر عن حقف في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه . ولما كان الاقرار نزوى عن حق المطالبة بالإثبات ، فهو من جهة يقبل في 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 في إقراره فيقر بشئ في حق نفسه تخلصاً مما هو أشد أو إلحاقاً للضرر بغيره . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات خاصة تمهد للإقرار ، هي إجراءات استجواب الخصوم .

(125) يرى أوبرى ورو أن الواقعة التى 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 ، وهى التى يجوز إثبات عكسها ، فلا تكون هى أيضاً طريقاً للإثبات ، بل هى طريق لنقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ( أوبرى ورو 12 فقرة 749 ص 73 ) .

وقد قدمنا أن القرينة القانونية القاطعة توجب على الخصم إثبات واقعة متصلة بالواقعة محل النزاع ، فهناك إذن = واقعتان : واقعة أصيلة وهى الواقعة محل النزاع ، وواقعة بديلة وهى الواقعة الواجب على الخصم إثباتها ويكون فى هذا الإثبات إثبات للواقعة الأصلية . ففيما يتعلق بالواقعة البديلة ، لا يكون فى القرينة القانونية القاطعة إعفاء من الإثبات ، بل هناك إثبات مباشر . أما فيما يتعلق بالواقعة الأصلية ، فإن فى القرينة القانونية القاطعة إعفاء من الإثبات المباشر ، وتثبت الواقعة الأصلية 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 الأصلية فى القرينة البسيطة هو إعفاء مؤقت لا إعفاء نهائى كما فى القرينة القاطعة . إذ أن القرينة البسيطة ينقلها عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ، تفصح المجال لإعادة هذا العبء إلى الخصم الأول بعد أن كان قد أفى من الإثبات ، وذلك إذا ما اضطلع الخصم الآخر بعبئه . أما بالنسبة إلى الواقعة البديلة فالقرينة القاطعة والقرينة البسيطة سواء : فى الاثنين يعين إثبات الواقعة البديلة إثباتاً مباشراً .

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



93\$ (interrogatoire) واستحضرهم شخصياً أمام القاضي (comparution persnnelle) (م 166-174 مرافعات) .

174 مرافعات .

بقيت اليمين . ويمكن القول منها إنها طريق للإثبات من وجوه أربعة : إذا إذا حلفها من وجهت إليه فقد ثبت حقه بيمينه ، وإذا نكل دون أن يردّها فقد ثبت حق خصمه بنكوه له ، وإذا ردّها إلى الخصم فحلف فقد ثبت حق الخصم بيمينه ، وإذا ردّها 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 ردّها عليه إنما هو احتكام إلى ذمته ، فان حلف كان هذا تحملاً للحق ، وإن نكل 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 175-184 مرافعات) .

ونرى مما تقدم أن القانون قد عين طرق الإثبات المختلفة ، وحدد لكل طريق قوته ، بمقتضى قواعد وضعها لذلك<sup>(126)</sup> . فهل تعتبر هذه القواعد من النظام العام لا سلطان للخصوم عليها ، أم هي قواعد قابلة للتعديل بالاتفاق فيما بين الخصوم ؟ هذا ما نتقل الآن إليه .

94\$ 59- الاتفاقات الخاصة بطريق الإثبات<sup>(127)</sup> : 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

<sup>(126)</sup> وللخصم أن يختار من طرق الإثبات ما يجيزه القانون . وهو إذا اختار طريقاً منها ، ولم يوافق فيه أو عدل عنه ، فله أن يلجأ إلى طريق آخر ، وذلك إلا في اليمين فسرى أن الالتجاء إلى هذا الطريق يعتبر نزوى عما عاه من الطرق . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للخصم الذي 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 الذي سبق الترخيص به أم كان قد عدل عن هذا الطريق بعدم المضي 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 6 فبراير سنة 1919 م 31 ص 156 ) . وقضت أيضاً بأنه إذا أقر القاضي اتخاذ طريق من طرق الإثبات ، فإن ذلك لا يمنع الخصم ، وكذلك لا يمنع القاضي ، من الالتجاء إلى طرق أخرى لإثبات أو نفي ما يدعيه الخصوم . وينبني على ذلك أنه إذا لم يباشر الخبير المحاسب عمله بسبب عدم إيداع الخصم الأمانة المقدرة ، فإن ذلك لا يمنع الخصم المقصر في إيداع الأمانة من أن يستبدل بهذا الطريق طريقاً أخرى للإثبات . ويتعين على القاضي أن يبحث هذه الطرق ، غاضاً النظر عن الإجراء الذي سبق اتخاذه ولم يتم (استئناف مختلط 9 ديسمبر سنة 1931 م 44 ص 56) .

<sup>(127)</sup> نظر في هذه المسألة سسيوريانو (Sescioreano) في الإتفاقات الخاصة بإثبات براءة ذمة المدين ، رسالة من باريس سنة 1920 — ليبال (Le Balle) في الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات في القانون المدني ، رسالة من باريس سنة 1923 — وسنعود إلى معالجة المسألة من ناحية جواز الاتفاق على الإثبات بالبيئة حيث تجب الكتابة أو الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث تجوز البيئة عند الكلام في البيئة والقرائن .



الكتابة<sup>(133)</sup> ، أو بطريق أصعب<sup>(134)</sup> ، أو بطريق لم يرسمه القانون<sup>(135)</sup> ، وهذا ما لم يكن هناك اعتبار واضح من النظام العام<sup>(136)</sup> .

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 \$96 وقوع الخصومة . وسعود إلى هذه المسألة ببيان أوفى<sup>(137)</sup> .

والذى يعينان هنا أن نبينه هو أنه يمكن القول إجمالاً إن قواعد الإثبات ليست من النظام العام لما سبق ذكره من الاعتبارات التى سقناه 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 القاطعة فى كثير من الأحوال . ولكن أكثر القواعد لا تعتبر من النظام العام ، فيصح الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم يجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات كما قدمنا . ويجوز الاتفاق أيضاً على ألا تكون للرسائل الموقع عليها ولا للقرينات ولا للدفاتر والأوراق المنزلية قوة الورقة العرفية من حيث الإثبات ( م 396 و 398 مدنى ) . ويجوز بوجه عام الاتفاق على عدم إعمال القرائن القانونية البسيطة وهى التى تقبل إثبات العكس . ويجوز أخيراً الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة حيث يجيز القانون الإثبات بالبينة ، أو أن يكون الإثبات بالبينة حيث يحتم القانون الإثبات

---

(133) نقضى فرنسى أول يونيه سنة 1893 سيرييه 93 — 1 — 283 — حكم ثان فى 22 فبراير سنة 1896 سيرييه 97 — 1 — 327 — حكم ثالث فى 27 ديسمبر سنة 1921 سيرييه 1922 — 1 — 20 .  
(134) نقض فرنسى 8 أغسطس سنة 1904 سرييه 1904 — 1 — 481 .  
(135) نقض فرنسى 20 مارس سنة 1876 سيرييه 77 — 1 — 338 — حكم آخر فى 23 نوفمبر سنة 1891 سيرييه 95 — 1 — 402 .

(136) نقض فرنسى 13 نوفمبر سنة 1891 سيرييه 95 — 1 — 407 — بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1428 — فقرة 1429 ص 856 — ص 59\* — بلانيول وريبير وبولانجيه 2 فقرة 2195 — بيدان وبرو 9 فقرة 1155 .  
(137) 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 العقيد الدينية أو تأنيب الضمير إذا ما ظهر له الحق بعد الحلف ( بنى مزار 27 فبراير سنة 1939 المحاماة 19 رقم 359 ص 882 ) . وقضى بأن الاتفاق فى سند المديونية على عدم أحقية المدين فى توجيه اليمين الحاسمة إلى دائئه عن اسداد اتفاق جائز قانوناً لعدم مخالفته للنظام العام والآداب ( أسبوط الكلية 14 أبريل سنة 1941 المحاماة 21 رقم 437 ص 1042 ) . وأنظر فى أن قواعد الإثبات 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 20 — ص 22 .

بالكتابة<sup>(138)</sup> ، وهذه هي المسألة التي سنتناولها ببيان واف عند الكلام في قوة البينة والقرائن في الإثبات .

\$97 60 سلطة محكمة النقض فيما يتعلق بطرق الإثبات : تعيين طرق الإثبات ، وبيان متى يجوز استعمال كل منها ، وتحديد قوة كل طريق من هذه الكرق ، هذه جميعها مسائل قانون تخضع لرقابة محكمة النقض . ولكن متى قبل القاضى طريق اثبات الذى رسمه القانون فى الوضع الذى أجازة فيه وجعل أنه قوته المحددة قانوناً ، فإن تقدير مبلغ اقتناع القاضى بالدليل يعتبر من المسائل الموضوعية التى لا تعقيب لمحكمة النقض عليها<sup>(139)</sup> . وأخص ما يظهر ذلك فى قوة الإقناع التى تسمد من شهادة الشهود ، وفى القرائن القضائية التى يستنبطها القاضى من وقائع الدعوى وظروفها ، ما دام قاضى الموضوع قد بين فى حكمه الاعتبارات المعقولة التى أسس عليها الحكم ، ولم يعتمد واقعة بغير سند ، ولم يستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلاً . فإن بنى حكمه على واقعة لا سند لها ، أو استخلص نتيجة غير مقبولة عقلاً ، كان حكمه معيباً وتعين نقضه<sup>(140)</sup> .

(138) وقد كان التقنين المدنى القديم لا يجيز إثبات عقد الإيجار إلا بالكتابة ، وفى رأينا أنه كان يجوز الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة . وتوجب المادة 658 من التقنين المدنى الجديد أن يحصل الاتفاق على الزيادة فى أجر الما قول بالكتابة إذا كان عقد المقاولة قد أبرم بأجر إجمالى على أساس تصميم متفق عليه ، وفى رأينا أن يجوز الاتفاق فى عقد المقاولة على أن يكون إثبات الاتفاق على زيادة أجر الما قول بالبينة دون الكتابة .

(139) على أن هناك أدلة إذا تقدم بها الخصم ، ولم ينقضها خصمها بإثبات العكس ، تصبح دون محيص مقنعة للقاضى ، وذلك كالأدلة الكتابية وكشهادات الميلاد والوفاة والقرائن القانونية القاطعة والإقرار وكاليمين . أما ما عدا ذلك فالقاضى حر فى الأخذ به أو فى إطراره وفقاً لما يقدر من ظروف الدعوى ووقائعها ( كolan وكابيتان ومورانديير 2 ص 720 — بلانيول وريبير وبولانجيه 2 فقرة 2194 — بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1426 ) .

(140) وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن محكمة الموضوع هي صاحبة الحق فى تقدير الدليل الجائز لها الأخذ به دون رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك ، ما دام الدليل الذى تأخذ به مقبولاً قانوناً ، وما لم يكن للدليل حجية معينة حددها القانون ، وبشرط أن تبين فى حمها الاعتبارات المقبولة التى بنت عليها قضاءها ، فلا تعتمد واقعة بغير سند لها ، ولا تستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلاً . فإذا بنى القاضى حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له ، أو موجود ولكنه مناقض لما أثبتته ، أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلاً استخلاص تلك الواقعة منه ، كان هذا الحكم معيباً من نقضه : نقض مدنى 2 يونية سنة 1932 مجموعة عمر 1 رقم 52 ص 117 — 16 يونية سنة 1932 مجموعة عمر 1 رقم 59 ص 132 — 3 نوفمبر سنة 1932 مجموعة عمر 1 رقم 67 ص 138 — 17 نوفمبر سنة 1932 مجموعة عمر 1 رقم 72 ص 142 — 24 نوفمبر سنة 1932 مجموعة عمر 1 رقم 75 ص 145 تفسير الأحكام التى يستند إليها كتفسير سائر المستندات ( — أول ديسمبر سنة 1932 مجموع عمر 1 رقم 767 ص 146 ( كالحكم السابق ) — 19 يناير سنة 1933 مجموعة عمر 1 رقم 94 ص 170 — 27 أبريل سنة 1933 مجموعة عمر 1 رقم 120 ص 206 — 7 ديسمبر سنة 1932 مجموعة عمر 1 رقم 151 ص 284 ( تفسير سند غامض على أنه ثمن قطن باعه المدعى بصفته وكيلًا عن المدعى عليه وسلمه للموكل لا على أنه قرض وادب الأداء ) — 28 ديسمبر

61- طرق مباشرة وطرق غير مباشرة : يمكن أن تنقسم طرق الإثبات إلى طرق مباشرة (preuves directes) وطرق غير مباشرة (preuves indirectes) .

فالطرق المباشرة هي التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها . وهذه هي الكتابة والبيئة . فالكتابة تسجل الواقعة المراد إثباتها بالذات ، سواء \$99 كانت تصرفاً قانونياً كما هو الغالب أو كانت واقعة قانونية ، فتكون طريقاً مباشراً لإثبات هذه الواقعة . والشهود إذا انصببت شهادتهم على صحة الواقعة المراد إثباتها بالذات ، تصرفاً قانونياً كانت أو واقعة قانونية ، يثبتون هذه الواقعة بطريق مباشر . ويلاحظ أن المعاينة والخبرة طريقان مباشران للإثبات ، بل هما الطريقتان اللذان يتصلان اتصالاً مادياً مباشراً بالواقعة المراد إثباتها ، ولكنهما من مباحث قانون المرافعات كما قدمنا .

والطرق غير المباشرة هي التي لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها ، ولكن تستخلص من طريق الاستنباط . وهذه هي القرائن وافقرار واليمين . أما القرائن فقد قدمنا أن

( م 7 - الوسيط 2 ) سنة

1933 مجموعة عمر 1 رقم 157 ص 292 - أول مارس سنة 1934 مجموعة عمر 1 رقم 168 ص 328 - 30 مايو سنة 1935 مجموعة عمر 1 رقم 275 ص 815 - 5 يناير سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 312 ص 1020 - 21 مايو سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 365 ص 1118 - 9 يونيو سنة 1938 مجموعة عمر 2 رقم 128 ص 398 (تفسير الأحكام التي يستند إليها كتفسير سائر السندات ) - 10 نوفمبر سنة 1938 مجموعة عمر 2 رقم 143 ص 427 - 18 مايو سنة 1939 مجموعة عمر 2 رقم 183 ص 560 - 22 فبراير سنة 1940 مجموعة عمر 33 رقم 3 ص 74 - 2 يناير سنة 1941 مجموعة عمر 3 رقم 89 ص 266 (تفسير الأحكام التي يستند إليها كتفسير سائر السندات) - 27 مارس سنة 1941 مجموعة عمر 3 رقم 111 ص 339 (جواز الاستناد إلى حكم شرعى غير نهائى) - 16 أكتوبر سنة 1941 مجموعة عمر 3 رقم 123 ص (جواز الأخذ ببعض الشهادة تدون بعض ) - 29 يناير سنة 1942 مجموعة عمر 3 رقم 137 ص 409 - 24 ديسمبر سنة 1942 مجموعة عمر 4 رقم 9 ص 16 ( جواز الاستناد إلى أسباب حكم صادر فى خصومة أخرى - 18 فبراير سنة 1943 مجموعة عمر 4 رقم 27 ص 57 - 14 ديسمبر سنة 1944 مجموعة عمر 4 رقم 169 ص 478 ( تقدير المحكمة الاستئنافية لشهادة الشهود على خلاف تقدير المحكمة الابتدائية جائز ) - 8 مارس سنة 1945 مجموعة عمر 4 رقم 219 ص 584 ( جواز أن يجعل للمركز الدينى لأحد الشهود وزنه ) - 10 يناير سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 22 ص 41 - 7 فبراير سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 40 ص 101 ( جواز الأخذ ببعض الشهادة دون بعض ) - 28 مارس سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 56 ص 143 (جواز الأخذ بشهادة لم تأخذ بها محكمة جنائية) 10 أكتوبر سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 98 ص 209 ( لا حاجة للرد على ما نظرتة المحكمة من الدلة ) - 17 أكتوبر سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 100 ص 218 ( القاضى حر فى عدم الاطمئنان إلى شهادة الشاهد دون إبداء الأسباب ) - 28 نوفمبر مجموعة عمر 5 رقم 124 ص 279 - 24 أبريل سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 188 ص 406 ( عدم التقيد بالنتيجة التي يسفر عنها تنفيذ حكم التمهيدى ) - 6 نوفمبر سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 229 ص 477 ( جواز الاستناد إلى دفع رسوم الخفر وعواید الملك قرينة مؤيدة لما شهد به الشهود على وضع اليد ) - 4 ديسمبر سنة 1952 مجموعة أحكام النقض 4 =

الإثبات فيها لا ينصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، بل على واقعة أخرى متصلة بها اتصالاً وثيقاً ، بحيث يعتبر إثبات الواقعة الثانية ( الواقعة البديلة ) إثباتاً للواقعة الأولى ( الواقعة الأصلية ) استنباطاً . ومن ثم تنطوي القرائن على استبدال (deplacement) محل آخر في الإثبات بالمحل الأصلي . فهي إذن تثبت المحل الأصلي أي الواقعة المراد إثباتها بطريق غير مباشر . وكل من الإقرار واليمين لا يعتبر طريقاً مباشراً للإثبات ، فهو وإن تناول \$100 . الواقعة المراد إثباتها بالذات ، إلا أن صحة هذه الواقعة لا تستخلص منه مباشرة بل عن طريق الاستنباط . فالإقرار لا يثبت صحة الواقعة المراد إثباتها مباشرة ، بل هو يعفى الخصم من إثباتها ، فتصبح ثابتة بطريق غير مباشر . وكذلك اليمين ، إذ هي احتكام إلى ذمة الخصم ، فان حلف لم يكن هذا معناه أن الواقعة التي حلف عليها هي صحيحة حتماً ، بل تعتبر صحيحة نزولاً على مقتضى الاحتكام ، وإن نكل كان نكوله بمثابة إقرار يعفى خصمه من الإثبات ، ففي حالة الحلف يكون خصمه قد أعفاه من الإثبات ، وفي حالة النكول يكون هو الذى أعفى خصمه ، وفي الحالتين تكون الواقعة المراد إثباتها قد ثبتت بطريق غير مباشر . ولما كان الإعفاء من الإثبات ، سواء فى الإقرار أو فى اليمين ، مقصوراً على الخصمين ، فان حجية الإقرار واليمين حجية قاصرة عليهما غير متعدية إلى الغير . أما حجية القرائن فهي حجية متعدية (141) .

## 62- طرق مهياة وطرق غير مهياة : ويمكن أيضاً تقسيم طرق الإثبات إلى طرق مهياة (preuves preconstituees) وطرق غير مهياة (preuves casuelles) .

= رقم 25 ص 154 ( جواز اطراح بعض شهادة الشاهد ) — 11 ديسمبر سنة 1952 مجموعة أحكام النقض 4 رقم 28 ص 176 ( جواز اطراح بعض الأدلة اكتفاء بما اقتضت به المحكمة من الأدلة التي اطمأنت إليها ) — 25 ديسمبر سنة 1952 مجموعة أحكام النقض 4 رقم 38 ص 233 — 5 مارس سنة 1953 مجموعة أحكام النقض 4 رقم 88 ص 575 ( جواز اطراح بعض شهادة الشاهد ) — 5 مارس سنة 1953 مجموعة أحكام النقض 4 رقم 92 ص 596 ( جواز عدم إجابة الطالب إلى طلب التحقيق لإثبات علم المطعون عليه بملكية الطاعن للمبيع ما دامت المحكمة قد اقتنعت من الأوراق المقدمة بما ينفي هذا العلم ) — 19 مارس سنة 1953 مجموعة أحكام النقض 4 رقم 104 ص 687 (كالحكم السابق) — 4 يونية سنة 1953 مجموعة أحكام النقض 4 رقم 120 ص 842 (كالحكم السابق) — 4 يونية سنة 1953 مجموعة أحكام النقض 4 رقم 175 ص 1108 (كالحكم السابق) . انظر أيضاً محكمة الاستئناف الأهلية 26 فبراير سنة 1922 المجموعة الرسمية سنة 25 رقم 77 .

وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز للمحكمة ، إذا رأت وجهاً لذلك ، أن تتخذ من الإجراءات والوقائع الثابتة فى قضية أخرى عناصر فى تكوين اعتقادها وذلك على سبيل الاستئناس ، من نحو يمين أديت ، أو إقرار صدر ، أو تحقيق أجرى ، أو مستندات قدمت ( استئناف مختلط 6 يناير سنة 1931 م 43 ص 136 — 26 يناير سنة 1932 م 44 ص 136 — 23 يناير سنة 1935 م 47 ص 129 — 27 يناير سنة 1937 م 49 ص 85 ) .

(141) بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1424 — بودرى وبارد 3 فقرة 2067 ص 429 — الدكتور سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص 35 .

فالطرق المهيأة هي التي أعدها صاحب الشأن مقدماً لإثبات حقه في حالة المنازعة فيه . والطرق المهيأة هي عادة الكتابة ، يعدها صاحب الشأن مقدماً لإثبات تصرف قانوني كعقد بيع ، أو لإثبات واقعة قانونية كميلاد أو موت أو ميراث . لذلك تسمى الكتابة في هذه الحالة سنداً (acte) لأنها أعدت لتكون دليلاً يستند إليه عند قيام النزاع .

والطرق غير المهيأة هي التي لا تهيأ مقدماً ، بل تنهيأ وقت قيام النزاع في الحق المراد إثباته . وكل طرق الإثبات فيما عدا الكتابة تكون عادة طرقاً غير مهيأة . فالشهود لا تعد في العادة إلا عند قيام النزاع . والقرائن لا تستخلص من وقائع القضية وظروفها إلا أما القاضي وهو ينظر الدعوى . وكذلك الإقرار واليمين ، لا يجديان إلا إذا كانا في مجلس القضاء وقت نظر النزاع . أما الإقرار غير القضائي \$101 فان ثبت بالكتابة كانت الكتابة في هذه الحالة دليلاً مهيأً ، وإن ثبت بالبينة فالعبرة بها وهي عادة دليل غير مهيأ<sup>(142)</sup> ، وغنى عن البيان أن المعاينة والخبرة دليلان لا يتهيئان إلا بعد قيام النزاع ونظر الدعوى أمام القضاء .

على أن الدليل المهيأ قد يصبح دليلاً مهيأً إذا أعده صاحب الشأن مقدماً ، وذلك كالبيئة فقد يعد صاحب الحق مقدماً شهوداً على حقه وقت نشوئه ليهيئ الدليل على هذا الحق إذا توزع فيه . وكذلك الدليل المهيأ قد يصبح دليلاً غير مهيأ إذا لم يعد في الأصل ليكون دليلاً للإثبات ، وذلك كدفاتر التجار فهي قد أعدت أصلاً لضبط معاملات التجار ولكن قد تستخدم عرضاً كدليل للإثبات . ومن ثم لا تسمى الكتابة سنداً (acte) إلا إذا كانت دليلاً مهيأً .

63- طرق ذات حجية ملزمة وطرق ذات حجية غير ملزمة : ويمكن كذلك تقسيم طرق الإثبات إلى طرق حجيتها ملزمة وطرق حجيتها غير ملزمة .

فالطرق ذات الحجية الملزمة هي الطرق التي حدد القانون مبلغ حجيتها ولم يتركها لمحض تقدير القاضي . وهذه هي الكتابة والإقرار واليمين والقرائن القانونية . وبعض هذه الأدلة حجيتها قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، وهي اليمين والقرائن القانونية القاطعة . وبعضها حجيتها غير قاطعة فتقبل لإثبات العكس ، وهذه هي الكتابة إذ تقبل الإنكار والطعن بالتزوير ، والإقرار إذ يجوز للمقر أن يثبت أن إقراره غير صحيح ، والقرائن القانونية البسيطة ، إذ يجوز دحضها بأثبات ما يخالفها .

(142) أوبري ورو 12 فقرة 749 ص 95 - ص 96 والهوامش .

والطرق ذات الحجية غير الملزمة هي البيئة والقرائن القضائية . وقد قدمنا أن حجية هذين الطريقتين غير ملزمة للقاضي ، فهو حر في تكوين مبلغ اقتناعه بشهادة وفي استنباط القرائن القضائية من وقائع الدعوى وظروفها ، ولا رقابة عليه لمحكمة النقض في ذلك (143) .

\$102 64- طرق أصلية وطرق تكميلية وطرق احتياطية : وتنقسم أيضاً طرق الإثبات إلى طرق أصلية وطرق تكميلية وطرق احتياطية .

فالتطرق الأصلية هي الدلة التي تقوم بذاتها دون أن تكون مكملة لأدلة موجودة . وهي قد تكون كافية وحدها ، كالكتابة وكالبيئة والقرائن القضائية في الوقائع القانونية وفي الصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهاً . وقد تكون غير كافية ولا بد من استكمالها بطرق تكميلية ، كمبدأ الثبوت بالكتابة فهو طريق أصلي ولكنه غير كاف ولا بد من استكمالها بالبيئة أو بالقرائن القضائية أو بهما معاً (144) .

والطرق التكميلية هي الأدلة التي لا تقوم بذاتها ، بل تكون مكملة لأدلة موجودة . وذلك كالبيئة والقرائن القضائية واليمين المتممة ، فهذه يستكمل لها مبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهاً . ويلاحظ أن البيئة والقرائن القضائية قد تكون طرقاً أصلية ، وذلك في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهاً كما سلف القول ، وقد تكون طرقاً تكميلية ، وذلك في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهاً عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة كما قدمنا . ويلاحظ أيضاً أن البيئة والقرائن القضائية قد تكون أدلة بدلية لا تكميلية ، فتحل محل الكتابة لا تكملها ، وذلك في حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو يحول دون تقديمه بعد الحصول عليه . ويلاحظ أخيراً أن اليمين المتممة يستكمل بها لا مبدأ الثبوت بالكتابة فحسب ، بل أيضاً أي تدليل أصلي آخر يراه القاضي في حاجة إلى استكمال كالبيئة والقرائن القضائية في الوقائع القانونية وفي التصرفات القانونية إذا لم تزد قيمتها على عشرة جنيهاً .

والطرق الاحتياطية هي الطرق التي يلجأ إليها الخصم عندما يعوزه أي طريق

(143) الدكتور سليمان مرقس في الإثبات ص 35 . وغنى عن البيان أن المعاينة والخبرة دليلان حجيتهما غير ملزمة .

(144) والمعاينة والخبرة دليلان أصليان ، قد يكتفى بهما القاضي ، يستكملها بأدلة أخرى . أما القرائن القانونية ، فالقاطعة منهما أدلة أصلية كافية ، أو هي طرق تعفى من الإثبات إعفاء نهائياً ، ومن ثم فهي طرق تقوم بذاتها وتكفي وحدها . والقرائن القانونية غير القاطعة أدلة أصلية ولكنها غير كافية ، فهي تعفى من الإثبات إعفاء مؤقتاً إذ تقتصر على نقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر .



\$103 آخر . وهذه هي الإقرار واليمين الحاسمة . فإذا عدم الخصم الدليل على دعواه ، لم يقي أمامه إلا أن يلجأ إلى استجواب خصمه عساه يحصل على إقرار منه ، أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة وبذلك يحتكم إلى ضميره . والطرق الاحتياطية قد تسعف في بعض الأحيان وهذا هو القليل النادر ، ولكنها في الكثرة الغالبة من الأحوال تقضى على من لجأ إليها . ولذلك لا يلجأ إليها الخصم إلا في الضرورة الصوى ، عندما تلجئه الحاجة الملحة إليها . وهي في الواقع ليست طرقاً للإثبات ، بل طرقاً للاعفاء من الإثبات كما قدمنا (145) .

65- طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق معفية من الإثبات : وتنقسم أخيراً طرق الإثبات إلى طرق ذات قوة مطلقة وطرق ذات قوة محدودة وطرق معفية من الإثبات :

أما الطرق ذات القوة المطلقة في الإثبات فهي الطرق التي تصلح لإثبات جميع الوقائع ، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية ، وأياً كانت قيمة الحق المراد إثباته . ولا يوجد من الطرق التي نعالجها ما هو ذو قوة مطلقة في الإثبات على هذا النحو إلا الكتابة ، فهي تصلح لإثبات جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمة الحق (146) .

والطرق ذات القوة المحدودة في الإثبات هي الطرق التي تصلح لإثبات بعض الوقائع القانونية دون بعض ، فهي إذن محدودة القوة . وهذه هي البيئة والقرائن القضائية ، إذ هي لا تصلح لإثبات التصرفات القانونية إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهاً إلا في حالات استثنائية معينة . وكذلك اليمين المتممة طريق للإثبات ذات قوة محدودة فهي لا تصلح إلا لإتمام دليل ناقص . \$104 والطرق المعفية من الإثبات هي الإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية ، وقد تقدم بيان ذلك . ولما كانت هذه الطرق تعفى من الإثبات ، فهي تصلح للاعفاء من إثبات أية واقعة مادية أو أى تصرف قانوني مهما بلغت قيمته ، فهي من هذه الناحية ذات قوة مطلقة (147) .

(145) دي باج 3 ص 696 - ص 698 - أوبرى ورو 12 فقرة 749 ص 95 - ص 96 والهوامش .

(146) وغنى عن البيان أن المعاينة والخبرة - وهما من مباحث قانون المرافعات كما قدمنا - قوتهما مطلقة في الإثبات ، إذ يصلحان لإثبات جميع الوقائع المادية وجميع التصرفات القانونية ، أياً كانت القيمة .

(147) دي باج 3 ص 696 - ص 698 .