

# النظريّة العامة للإثبات في التقنيّ الموندي

## أولاً- تعريف الإثبات وأهميته ومكانه في القانون

### 1- تعريف الإثبات وأهميته :

10 تعريف الإثبات : الإثبات بمعنى القانون هو إقامة الدليل

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

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

الأربعة الآتية :

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

ويختلف الإثبات القضائي عن الإثبات غير القضائي من 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 للقضائي ، فيتعين عليه أن يقضى بما يؤدي إليه هذا الإثبات من النتائج القانونية ، وإلا كان في إمتناعه نكول عن أداء العدالة

(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 القضائي (autorite de la chose jugee) . أما ما ثبت بطريق علمي أو بأي طريق آخر فإنه لا يعتبر حقيقة ثباته لا تتغير

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

(2) ولما كان الإثبات بمعناه القانونى هو إقامة الدليل أما القضاء بالطرق التى حددتها القانون ، وكان الإثبات القضائى مقيداً إلى هذا الحد ، فإن الحقيقة القضائية تصبح غير متفقة تماماً مع الحقيقة الواقعية ، بل كثيراً ما تنفرج مسافة الخلف ما بين الحقيقتين ، وتجاهفى إحداهما الآخرى . وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية فى 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 فى موضع آخر

(3) ولما كان الإثبات القضائي إنما ينصب على وجود واقعة قانونية ترتب 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 لهذا 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 الواقعية القانونية دون الأثر الذي يترتب عليها ، التي تكون محلاً للإثبات . ونسعد إلى هذه المسألة ببيان أوفى<sup>(4)</sup> .

16 \$ (4) وما دام الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعية التي يفترض القانون عليها أثراً ، فمعنى ذلك أن هذه الواقعية إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي . فالحق الذي ينكر على صاحبه ، ولا يقام عليه دليلاً القضائي ، ليست له

(2) انظر في مقارنة دقيقة بين الإثبات القضائي والإثبات التعليمي أو التاريخي بارتان على أوبري ورو جزء 12 فقرة 749 حاشية رقم 2 مكرر ، وأنظر أيضاً : بلانيول وربير وجابولد 7 فقرة 1407 – ص 828 – ص 829 – بيدان وبرو 9 فقرة 1138 – الأستاذ عبد الباطن جيامي 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 تل JACK  
في الإثبات القضائي على ضروب من السحر والشعوذة . ثم لجأت إلى الدين ، من حلف واستدعاء الله وللقدسين على المبط من  
الخصمين . وكان القتال ، بل الانتحار ، من الأدلة القضائية عند بعض الأمم في فجر التاريخ (انظر في هذا رأوف دى جراسيرى  
(Raoul de la Grasserie) في الإثبات في المواد المدنية والجناحية في القانون الفرنسي والتشريعات الأجنبية ص 18 – الأستاذ  
أحمد نشأت في الإثبات جزء أول ص 9 – ص 12).

<sup>(4)</sup> وقد تغلب العادة فيجرى القلم بذكر إثبات الحق ، والمقصود دائمًا هو إثبات الواقعية القانونية التي أنشأت الحق.

قيمة عملية ، فهو والعدم سواء من الناحية القضائية . قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يقم عليه الدليل القضائي ، وقد ينتج هذا الوجود بعض الاثار 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 المذكورة الإيضاحية لم مشروع التقيني المدني الجديد<sup>(5)</sup> يتجرد من قيمته مالم يقم الدليل على الحادث المبدئ له ، قانونيا كان هذا الحادث أو ماديا ، الواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه )) . (( ونظريه الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية . بل هي النظرية التي لا تقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أقضية ))<sup>(6)</sup> .

### بـ مـكـانـ الـإـثـبـاتـ فـيـ القـانـونـ

12 انقسام الشرائع إلى طوائف ثلاث : يتanax قواعد الإثبات مكانان ، مكان في التقينين المدني وآخر في تقيني المرافعات . ذلك أن لهذه القواعد ناحيتين ، ناحية موضوعية هي التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وقيمة كل طريقة منها ومن الذي يقع عليه عبء الإثبات ومماذا يقوم بإثباته ، وناحية شكلية هي التي تحدد ما يتبع من إجراءات 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 تقيني المرافعات ، كما فعل القانون الألماني والقانون السويسري<sup>(8)</sup> . وبعضها يضع القواعد الموضوعية في التقينين المدني والقواعد الشكلية

<sup>(5)</sup> مجموعة الأعمال الحضيرية 3 ص 349 .

<sup>(6)</sup> الموجز فقرة 614 ص 645 . وأنظر : بلانيول وريبير وجابولد 7 ص 1406 ص 825 وقد جاء فيه : (( الدليل وحده هو الذي يحيي الحق ويجعله مفيدا )) (La preuve seule vivifie le droit et le rend utile) . وقد أثرت في هذا المعنى أقوال مشهورة ، منها (( ما لا دليل عليه هو والعدم سواء )) أو (( يstoى حق معهوم وحق لا دليل عليه )) (Idem est non — La prevue est la rançon des duoits) — ويقول أهونج ك (( الدليل هو قوة الحق )) (esse aut non probari)

أنظر أيضاً : بيدان وبرو 9 ص 1139 ص 207 — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص 1 ص 2 .

<sup>(7)</sup> بودري وبارد 3 فقرة 2059 .

<sup>(8)</sup> ويذهب الأساتذة كولان وكابيتان ودى لامورانديير ( جزء 2 ص 718 وجزء 1 ص 105 وما بعدها ) إلى هذا الرأى . كذلك ييدو ان الدكتور محمد صادق فهمي ( الإثبات في القانون المقارن ص 85 — ص 86 ) يميل إلى وضع قواعد الإثبات في تقيني المرافعات . أنظر أيضاً بيدان وبرو 9 فقرة 1140 ، ص 208 .

في تقيين المرافعات ، كما فعل القانون المصري والقانون الفرنسي وأكثر الشرائع الالاتينية<sup>(9)</sup> .

وطائفة ثالثة تفرد قواعد الإثبات جميماً الموضوعية منها والشكلية بقانون خاص ، كما فعل \$18 القانون الإنجليزي فيما اسماء بقانون الإثبات (law of evidence) وكما فعل القانون السوري فيما اسماء بقانون البيات<sup>(10)</sup> .

13 بروز القواعد الموضوعية في الإثبات ووجوب بقائها في التقين المدني : وتقضى سلامة النظر في هذه المسألة بتحطى الشرائع التي تضع قواعد الإثبات بناحيتها الموضوعية والشكلية في تقيين المرافعات . قد توضع هذه القواعد كلها في التقين المدني تعليماً للناحية الموضوعية على الناحية الشكلية فيلتعم شملها<sup>(11)</sup> . وقد توزع بين التقين المدني وتقيين المرافعات كما تقضى بذلك طبيعة كل طائفة من هذه القواعد . وقد تفرد بمكان خاص تعزل به عن سائر التقينات حتى لا تطغى ناحية من الناحيتين على الأخرى . ولكن أن يستقل بها جميماً تقين

(9) الموجز ص 646 – وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التقين المدني الجديد في هذا الصدد ما يأتي : (( والواقع أنه يتضح من استظهار تبويب التقينات المختلفة ومقارنتها كل منها بالآخر ، أن الإثبات والشهر لا ينزلان منها مكاناً واحداً . في بعض هذه التقينات يفرد لها مكاناً في تقيين المرافعات ( مذهب التشريعات герمانية ) ، وبعض منها يضمن أحکامها شريعاً مستقلاً ( مذهب التشريعات الانجليزية والأمريكية ) ، وبعض آخر يفرق هذه الأحكام بين التقين المدني وتقيين المرافعات ( مذهب التشريعات الالاتينية ) . ويقوم مذهب الفريق الأخير من التقينات على التفريق بين طائفة القواعد المتعلقة بالتنظيم الموضوعي ، وبين طائفة القواعد المتعلقة بالشكل والإجراءات ، ويلحق الأولى بالتقين المدني ، ويقرر الثانية مكاناً في تقيين المرافعات ز وتشتمل الطائفة الأولى على الأحكام المتعلقة بمحل الإثبات ، وبيان من يقع عليه عبء ، وتفصيل طرقه ، وأحوال أعمال كل من هذه الطرق . وغنى عن البيان أنه يقصد من هذه الأحكام بوجه عام إلى انتقاء المنازعات وتأمين ما ينبغي للتعامل من استقرار ، ولعل هذا الغرض الوقائي بذاته هو أبرز ما ينهض للتوجيه وضعاها في نصوص التقين المدني باعتباره الأصل الجامع للبادئ العامة في القانون . أما ما يتعلق من الأحكام باعمال 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 ، وهي تتسم على وجه الأفراد بطابع قضائي يجعل خطابها ينصرف بوجه خاص إلى من يعهد إليهم بتطبيق القانون والفصل في المنازعات . فأخلق بها ، والحال هذه ، أن تحل مع سائر ما يتعلق بخصوصيات الشكل والإجراءات صعيداً واحداً في تقيين المرافعات )) . ( مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 347 – ص 348 ) .

( م 2 الوسيط ج 2 )

(10) وكذلك فعل القانون الأمريكي في قانون الإثبات (Law of evidence) . أنظر في مكان الإثبات في كل من النظام الالاتيني والنظام герماني والنظام الأنجلوسكشونى ، وذلك من ناحية التطور التاريخي ، رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات في القانون المقارن ص 20 – ص 55 .

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

المرافعات فهذا ما لا وجہ للنظر فيه<sup>(12)</sup> . ولا يجوز تغليب الناحية \$ 19 الشكلية على الناحية الموضوعية فالناحية الموضوعية من قواعد الإثبات هي دون شك الناحية البارزة : تعين طرق الإثبات وتحدد قيمها وتحمّل عبء الإثبات لأحد الخصمين ، هذا هو اللب في قواعد الإثبات ، وهذه كلها مسائل موضوعية . ثم إن الناحية الشكلية من قواعد الإثبات قد لا تعرّض إطلاقا ، ويعتبر ذلك عند إعداد طرق الإثبات فيما يعد منها مقدما (prevue preconstituee) .  
ويعتبر ذلك أيضا إذا لم يترافق الخصمان فيما تترافق فيه إلى القضاء بل سويا النزاع بينهما بطريق ودى لا حاجة فيه إلى الإجراءات التي رسمها القانون لتقديم الأدلة<sup>(13)</sup> .

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

(12) وهذا ما سلم به واضعى تقنين المرافعات الجديد ، إذ قالوا في المذكرة التفسيرية لمشروع التقنين المذكور إن قوانيين المرافعات تجمع في بعض البلاد الأوروبية بين قواعد الإثبات الموضوعية وبين إجراءات الإثبات وأوضاعه لشدة الاتصال بين القواعد وبين الإجراءات في هذا الشأن . ومع ذلك روى أن يقتصر المشروع على الأحاطة بالإجراءات في الأوضاع وأن ترك القواعد الموضوعية للقانون المدني . وقد استتبع هذا رفع النصوص الموضوعية الموجدة في قانون المرافعات الحالي مثل آثار عرض اليمين وحلفها والنكول عنها وعدم التعرض لبيان الأوراق التي تكون حجة حتى يطعن فيها بالتزوير والتي يكفي الإنكار للحيلولة دون الاحتجاج بها ، وترك ذلك كله للقانون المدني .

ويأخذ الأستاذ نشأت على واضعى تقنين المرافعات الجديد أنهما بالرغم مما قدموه قد عرضا إلى بعض القواعد الموضوعية : (( مثلا نصت المادة 156 على أنه يجب أن تكون الواقع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى منتجة فيما جائز قبولها . ونصت المادة 260 على أن المحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتغيير وغير ذلك من العيوب المادية في الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاذهما ، والمادتان 262 و 284 أعطتنا القاضي الحق في أن يحكم بصحة الورقة التي أنكر توقيعها أو طعن فيها بالتزوير إذا اقتضى ذلك من وقائع الدعوى ومستداتها 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 في الإثبات فقرة 23 ص 25 ) . وهذه الأمثلة التي ساقها الأستاذ نشأت إنما تدل على تعذر فصل القاعدة الموضوعية عن قواعد الإجراءات في بعض الحالات الخاصة . فما كان باليسير على واضعى تقنين المرافعات الجديد أن يغفلوا ما أوردوه من هذه القواعد الموضوعية ، فهي متصلة اتصالاً وثيقاً بما تلتها من قواعد الإجراءات ، هذا إذا استثنينا المادة 156 التي نص على أن تكون الواقع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ، منتجة فيها ، جائز قبولها ، فإن المكان الطبيعي لهذا النص هو التقنين المدني .

كذلك يوجد طريقان للإثبات – هما المعاينة والخبرة – تغلب فيما الناحية الإجرائية ، فكان مكانتها الائقة من الناحية العملية هو تقنين المرافعات (قانون الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات 1 فقرى 29) .

(13) بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1406 ص 826 – بلانيول وريبير بولاجيه 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 سنبيه فيما يلى<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 منها 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 المصريـ القديم والجديـ 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

<sup>(14)</sup> بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1408 ص 830.

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

على أنه ، بالرغم من ذلك ، يجب أن يلاحظ أن الحق قد يقوم دون أن يقوم دليله ، لأن يستوجب القانون مثلاً أن يكون الدليل كتابة أو كتابة لها شكل خاص فتكون باطلة لعدم استيفائها الشكل المطلوب . وعند ذلك يبقى الحق قائماً وإن سقط الدليل . وقد يهيا 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 830 – بيدان وبرو 9 فقرة 1139 ص 207 ) .

<sup>17)</sup> 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 ينشأ أثراً قانونياً ، بل هي تجاوز منطقة القانون المدني إلى غيرها من مناطق القوانين الأخرى<sup>(18)</sup> . ولكن التقنين المدني المصري غالب الناحية العملية وآثارها على الناحية العلمية . فالإثبات كما رأينا ينصب على أي سبب ينشأ أثراً قانونياً ، وهذه الأسباب يمكن حصرها في الواقعية القانونية والتصرف القانوني فيكون المكان المنطقي للإثبات على هذا الوجه هو في القسم العام من التقنين المدني حتى تبسط قواعده على جميع نواحي هذا القانون وقد سبقت الإشارة إلى ذلك . ولكن الناس قد ألفت أن تبحث عن قواعده الإثبات في النظرية العامة للالتزام . ثم إن هناك قواعد خاصة لإثبات الحقوق العينية وضعها التقنين المدني الجديد في مكانها من نظرية الحيازة . فأصبحت قواعد \$22 الإثبات الواردة في نظرية الالتزام هي القواعد العامة للإثبات تسرى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السوام . وتحتوى الحقوق العينية ، بالإضافة إلى ذلك ، بقواعد أخرى هي الواردة في نظرية الحيازة . وفي هذا توزيع لقواعد الإثبات ، إذا لم يكن دقيقاً من الناحية العلمية ، فإنه يستقى من الناحية العملية ، وقد جرت به العادة ، وألفته الناس ، فلم يجد التقنين المدني الجديد محل للعدول عنه<sup>(19)</sup> .

(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 ، وتناول غير العقود من مصادر الالتزامات الأخرى ، وتناول مصادر الحقوق العينية ، ومصادر روابط الأسرة ن بل هي تجاوز القانون المدني إلى غيره من القوانين )) ( الموجز فقرة 615 ص 645 – 646 ) .

(19) قال الاستاذ احمد نشأت في الإثبات 1 فقرة 30 – فقرة 35 . وهذه العادة وما ألفته الناس هما السبب في أن التقنين المدني الجديد قد عادل عن إفراد كتاب خاص للإثبات والشهر . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا أصد ما يأتي : (( على أن مسألة استحسان إفراد كتاب خاص للإثبات والشهر لا تزال جديرة بالنظر والتفكير ، ولا سيما إذا كانت لاتينية ، وأخصها التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي والتقنين البلجيكي والمشروع الفرنسي الإيطالي ، وعقد للإثبات باباً سادساً في الكتاب الثاني الخاص بالتعهادات والعقود . ولم ير المشروع أن يشذ عن هذا النهج بعد أن استقر في تقاليد البلاد . أما الشهر فقد نظم في أكثر الدول بمقتضى شريعات خاصة صدرت بعد العمل بالتقنينات المدنية ، ثم أدمجت في هذه التقنينات فيما بعد عقب الأحكام الخاصة بالحقوق العينية . وقد اختار المشروع هذا الوضع . على أن توزيع أحكام الإثبات وقواعد الشهر على هذا النحو لم يقصد منه إلى قصر نطاق الأولى على الالتزام ووقف الثانية على الحقوق العينية فحسب . فمن المسلم – بوجه عام – أن تلك الأحكام عامة التطبيق ، تسرى على جميع الواقع القانونية المبدئية 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 الواقع عليه من الأوضاع القانونية ( مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 348 ) .

## ـ مقابلة سريعة بين النصوص التقنين المدني الجديد ونصوص التقنين المدني القديم في

### قواعد الإثبات

15ـ ترتيب التقنين القديم : لا يكاد التقنين المدني الجديد يكون قد استحدث شيئاً هاماً في قواعد الإثبات عن تلك التي كان التقنين القديم يقررها . وقد قدمنا أن مكان هذه القواعد في التقنين الجديد بقى هو عين مكانها في التقنين القديم .

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 المندوب 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 والمحرات 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 بطلق الإثبات في المواد التجارية .

16ـ ترتيب التقنين الجديد : أما التقنين الجديد<sup>(20)</sup> فقد رتب قواعد الإثبات ترتيباً منظماً 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 الذى وضع المشروع الابتدئى فى الإثبات هو الأستاذ استويت (stenuit) الذى كان قاضياً بالمحاكم المختلفة ( انظر الوسيط جزء أول ص 17 هامش رقم 2 ) وقد وضع هذا المشروع الابتدائى فى اثنين وخمسين مادة ، وأرفق بهذه النصوص مذكرة إيضاحية تتمشى معها بطبيعة الحال . وقد تناولت لجنة تتفقىح القانون المدنى هذه النصوص بالمراجعة والتتفقىح حتى حولتها إلى جزء من المشروع التمهيدى للقانون المدنى هذه النصوص بالمراجعة والتتفقىح حتى حولتها إلى جزء من المشروع التمهيدى للقانون . ولكن المذكرة الإيضاحية التى وضعها الأستاذ استويت أدرجت كما هي فى مجموعة الأعمال التحضيرية ، دون مراعاة لما أدخل على النصوص الأولى من تتفقىح وتعديل . فأصبحت هذه المذكرة ، فى بعض الموارد ، لا تتمشى مع النصوص النهائية . وستنبع إلى كل مسألة فى موضعها .

العرفية في الإثبات فعرض للرسائل والبرقيات ودفاتر التحار والأوراق المنزلية والتأشير على السند بما يفيد براءة المدين . وفي الإثبات بالبينة بين متى يجوز ذلك ومتى لا يجوز . وفي الإثبات بالقرائن عرف القرينة القانونية \$24 وبين حجيتها ، وانتقل إلى حجية الأمر المقصى كقرينة قانونية ، وإلى حجية الحكم الجنائي بالنسبة إلى القضاء المدني ، ثم عرض للقرائن القضائية . وفي الإثبات بالإقرار عرف الإقرار ، وحدد حجيته ، وبين متى يتجرأ . وفي الإثبات باليمين عرض لليمين الخامسة ، ثم لليمين المتممة .

17- لم يستحدث التقنين الجديد شيئاً جوهرياً في قواعد الإثبات : وفي غير هذا الترتيب المنطقي المتسق لم يستحدث التقنين الجديد شيئاً جوهرياً في قواعد الإثبات . بل اقتصر التفصيغ على بعض المسائل التفصيلية ، مع تهذيب في العبارة والأسلوب ، وتوضيح لما كان مقتضاياً أو مبهماً ، وحتى فيما زاده التقنين الجديد من الأحكام ، كتحديد الورقة الرسمية والورقة العرفية ودفاتر التحار والأوراق المنزلية وجواز منع توجيه اليمين الخامسة وجواز إثبات الحث فيها ، لم يستحدث قواعد جديدة ، ولكنه اقتصر على تقيين القضاء المصري في هذه المسائل<sup>(21)</sup> . وسنعود إلى كل مسألة في موضعها .

18- سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان : ومهما يكن من أمر ، فهناك بعض أحكام تفصيلية استحدثها التقنين الجديد كما قدمنا . فنذكر في هذه المناسبة المبدأ العام في سريان قواعد الإثبات من حيث الزمان . لنرى متى تسري القواعد الجديدة بوجه عام ، تاركين تفصيل سريان كل قاعدة إلى موضعها من هذا الكتاب .

أما القواعد الموضوعية للإثبات ، وهي تلك التي تعين طرق الإثبات وتبيّن متى يجوز قبولها وتحدد قيمة كل منها ، فالقانون الذي يطبق هو القانون الذي كان سارياً وقت نشوء الحق المراد إثباته . فلو كان هذا القانون يحizin الإثبات بالبينة مثلاً ، جاز هذا الإثبات حتى لو كان القانون الجديد وقت رفع الدعوى لا يحizin الإثبات إلا بالكتابة . والعكس صحيح على خلاف في الرأى<sup>(22)</sup> . وتطبيقاً لهذا \$25 المبدأ نصت المادة التاسعة من التقنين المدني الجديد على أن ((

<sup>(21)</sup> انظر الوسيط جزء أول ص 71 .

<sup>(22)</sup> وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن القانون الذي كان معمولاً به وقت إبرام التصرف هو الذي يسرى على هذا التصرف من حيث شروط صحته ومن حيث شكله ومن حيث طرق إثباته ( 25 يونيو سنة 1913 م 25 ص 471 ) . ويحدد حجية الورقة المكتوبة القانون القائم وقت صدورها ( استئناف مصر 24 فبراير سنة 1930 المحاماة 10 رقم 346 ص 696 ) وقد كانت

تسرى في شأن الأدلة \$26 التي تعد مقدما النصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغي في إعداده<sup>(23)</sup> .

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

## ثانيً المبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعد الإثبات

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

وإذا خض قانون جديد نصابة البيئة إلى خمسة جنيهات مثلاً ، فالتصروفات المبرمة قبل نفاذ هذا القانون الجديد وتزيد على خمسة جنيهات ولا تزيد على العشرة يكفى في إثباتها البيئة والقرآن ، 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 نصابة البيئة إلى عشرين جنيهات مثلاً ، فالالأصل أن التصرفات المبرمة قبل نفاذ هذا القانون الجديد ، وتزيد على عشرة جنيهات ، لا يجوز إثباتها بالبيئة ، وإن كانت لا تزيد على عشرين جنيههاً ، 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 في هذه الحالة لأن فتح القانون الجديد لهذا الطريق للإثبات إنما كان المقصود منه الكشف عن الحقيقة بطرق أصلح ، ولا يجوز للمدين في هذا الفرض أن يدعى أنه كسب حقاً في أن يتخلص من التزامه بسبب عقم طرق الإثبات التي كانت قائمة وقت نشوء هذا الالتزام ( أوبرى ورو 1 طبعة خامسة ص 128 وهامش رقم 66 – بودرى و هوك فوركارد 1 فقرة 176 – بيدان وبرو 9 فقرة 1157 ص 229 – ص 230 . على أن القائلين بهذا الرأى الأخير يقتضونه على الحالة التي نحن بصددها ، ولا يعمونه حتى يتناول الأوراق المكتوبة والقرائن القانونية ، وهذه وتلك يحكمها القانون الذي يكون قائماً وقت صدورها أو وقت تمام الحادث الذي ترتب عليه ( انظر في هذا الموضوع جوريس كلاسيير المدنى- Juris classeur Civil ) قسم 134 مادة 1316 فقرة 14 – فقرة 17 ) .

أما الواقع التي لا تتوافق أدلةها وقت نشوئها – وهي الواقع المادية – فهذه يسرى عليها القانون الجديد حتى لو كان قد نشأت في ظل القانون القديم . وكذلك جواز قبول الواقعية في 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 للتضليلات ولأن مكانه المناسب هو قانون المرافعات ( مجموعة الأعمال التحضيرية 1 ص 225 ) . انظر في هذا الموضوع الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في الإثباتات في المواد المدنية فقرة 53 – فقرة 56 ص 61 – ص 65 .

(23) وكان النص في المشروع يجري على الوجه الآتى : (( تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدماً للنصوص المعمول بها في الوقت الذي يعد فيه الدليل أو في الوقت الذي يستطيع أو ينبغي فيه إعداده )) . ولكن لجنة مجلس الشيوخ حذفت عبارة (( مجموعة الأعمال التحضيرية 1 ص 227 )) .

(24) 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 في 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 محايضاً ، 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 ، وكل خصم الحق فى مناقشة الأدلة التى يقدمها خصم وفى تنفيذها وفي إثبات عكسها .

ونستعرض الآن هذه المبادئ الثلاثة .

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

20 الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية العدالة والاستقرار : رأينا فيما تقدم أن الحقيقة القضائية قد تبتعد 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 يعلم أمامه الطريق القانونى لإثباتها فلا يجد بدأً من إهادارها والأخذ بسبيل 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 استقرار التعامل ويدفعه إلى تقييد القاضى فى الأدلة التى يأخذ بها وفي تقدير كل دليل فيحدد له طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها ، حتى يأمن جوره إذا مال إلى العجور ، أو فى القليل حتى يحد من تحكمه ، فلا تختلف القضاة فيما يقبلون من دليل وفي 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 بالتضحيه في استقرار التعامل ، وهذا هو المذهب الحر أو المطلق (systeme libre) . (2) ومذهب يستمسك باستقرار التعامل ولو على حساب العدالة، فيقيد القانون الإثبات أشد التقييد حتى يستقر التعامل ، وهذا هو المذهب القانوني أو المذهب المقيد (systeme legal) . (3) ومذهب ثالث هو بين بين ، يزن ما بين الاعتبارين ، فيعتمد بكل منهما ، ولا يضحي أحدهما لحساب الآخر ، وهذا هو المذهب المختلط (systeme mixte) .

22 المذهب الحر أو المطلق : أما المذهب الحر أو المطلق فيه ، كما قدمنا ، لا يرسم القانون طرقة محددة للإثبات يقيد بها القاضي ، بل يترك الخصوم أحراً يقدمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها ، ويترك القاضي حرّاً في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه . وهذا المذهب يقرب كثيراً ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة . وقد اعتقدت بعض الشرائع في بدء تطورها ، واعتقدت بعض رجال الفقه الإسلامي<sup>(25)</sup> ، ولا تزال الشرائع герمانية

(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 حرّاً ، ((إذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان فثم شرع الله )) . قال في أعلام الموقعين : ((إن الشارع في جميع الموارد يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البيانات التي هي أدلة عليه وشهادته ، ولا يرد حقاً متى ظهر بدلليه أبداً ، فيضيّع حقوق الله وعباده ويعطلاها ، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه مع مساواة غيره له في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جدده ودفعه ، كتجريح شاهد الحال على مجرد البينة في صورة من على رأسه عمامة وبيده عمامة وآخر خلفه مكتشوف الرأس يعدو أثراً ولا عادة له بكشف راسه ، فبينة الحال ودلاته هنا تقييد ظهور صدق المدعى أضعافاً ما يفيد مجرد البينة عند كل أحد . فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ، ويضيّع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحرمنته . بل لما ظن هذا من ظنه ضععوا طريق الحكم ، فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على

والشرع الأنجلو-سكسوني ( القانون الألماني والقانون السويسري والقانون الإنجليزي والقانون الأمريكي ) تأخذ به إلى حد كبير .

ولكن حظ العدالة في هذا المذهب ظاهري أكثر منه حقيقياً . فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية إلى مدى واسع ، ولكن بشرط أن يؤمن من القاضي الجور والتحكم . فإذا جاز القاضي أو تحكم في تعين طرق الإثبات وتحديد قيمها ، ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابعادها في المذهب القانوني أو المقيد ز ونتقل الآن إلى هذا المذهب .

23 المذهب القانوني أو المقيد : ففي المذهب القانوني أو المقيد يرسم القانون طرقاً محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية ، ويجعل لكل طريق قيمته ، ويتقييد بكل ذلك الخصوم والقاضي . (( وهذا المذهب كما جاء في الموجز<sup>26</sup> على ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل ، يباعد ما بين الحقائق الواقعية والحقائق القضائية ، فقد تكون الحقيقة الواقعية ملء السمع والبصر ، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا استطاع إثباتها بالطرق التي حددها القانون )) . وقد تغلب في الفقه الإسلامي المذهب القانوني في الإثبات . فيجب في الإثبات باليقنة شهادة شاهدين ، ولا يكتفى بشاهد واحد إلا في حالات استثنائية<sup>27</sup> ، وإذا توافر نصاب الشهادة وجب الأخذ بها دون أن يكون للقاضي حرية في التقدير ، ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة إلى أخرى في حدود مقدرة تقديراً يكاد يكون حسابياً<sup>28</sup> .

24 المذهب المختلط : والمذهب المختلط يجمع بين الإثبات المطلقاً والإثبات المقيد . (( وأشد ما يكون إطلاقاً كما جاء في الموجز<sup>29</sup> في المسائل الجنائية ، وفيها يكون الإثبات حرراً يتلمس القاضي وسائل الاقناع فيه من أي 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 أثثان ، فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده )) . ثم قال في الطرق الحكمية (( فإذا ظهرت أمراء العدل وأسفر وجهه بأى طريق كان ، فثم شرع الله ودينه ، والله سبحانه علم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشئ ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين اشارة ، فلا يجعله منها ، ولا يحكم عند وجودها بموجبها ، بل قد بين سبحانه تعالى بما شرعه من الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده ، وقيام الناس بالقسط ، فـأى طريق ستخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست بمخالفة له )) .

<sup>26</sup> الموجز للمؤلف ص 647 .

<sup>27</sup> وكذلك كان الأمر في الصدر الأول من القانون الفرنسي القديم ، فكان شهادة الواحد لا تصلح *testis unus. Testis unus nullus* – انظر بلازيول وريبير وبولانجيه 2192 فقرة 2 .

<sup>28</sup> انظر القوانين الفقهية لـ ابن جزى ص 309 – ص 310 .

<sup>29</sup> الموجز للمؤلف ص 647 .

أى دليل آخر . ثم يقتيد الإثبات بعض التقييد في المسائل التجارية مع بقائه حراً في الأصل . ويقتيد بعد ذلك إلى حد كبير في المسائل المدنية فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات تضيق وتنبع متمشية في ذلك مع الملابسات والظروف . وهذا المذهب الثالث هو خير المذاهب جمیعاً ، فهو يجمع بين ثبات التعامل بما تحتوي عليه من قيود ، وبين اقتراب الحقيقة الواقعية من القضية القضائية بما أفسخ فيه للقاضى من حرية التقدير . وقد أخذ القانون المصرى بهذا المذهب مقتفياً

في ذلك آثر

\$30 الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والقانون الإيطالي والقانون البلجيكى ) .  
ويلاحظ على هذا المذهب أمراً : (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 هي مجرد احتمال راجح *idée de probabilité* وليس حقيقة قاطعة . ولابد من الناحية العملية الاكتفاء بالحجج الظنية ما دامت راجحة ، لأن اشتراط الحجج القاطعة يجعل باب الإثبات مفلاً أمام القاضى . (2) أن المذهب المختلط يتفاوت في نظام قانوني عنه في نظام آخر ، فهو يضع من القيود على حرية القاضى في 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 في القيود ولو ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية حتى يستقر التعامل . وخير هذه النظم ما وازن بين الاعتبارين في كفتي الميزان ، حتى لا ترجح كفة وتشيل أخرى .

بـ مبدأ حياد القاضى <sup>(30)</sup>

25 موقف القاضى من الإثبات في كل من المذاهب الثلاثة : ويتصل بما تقدم موقف القاضى من الإثبات . فهو في المذهب الحر أو المطلق موقف إيجابى ، ينشط القاضى فيه إلى توجيه الخصوم ، واستكمال ما نقص في الأدلة ، واستيضاح ما أبهم منها . وهو في المذهب القانونى أو المقيد موقف سلبي محض ، لا يعدو القاضى فيه أن يتلقى أدلة الإثبات كما يقدمها الخصوم دون أى تدخل من جانبه ، ثم يقدر هذه الأدلة طبقاً للقيم التي حددها القانون ، فإذا رأى

(30) الحياد هنا ليس معناه عدم التحييز (*impartialite*) – فإن هذا واجب باداهة على القاضى – بل معناه أن يقف القاضى موقفاً سلبياً من كلا الخصمين على حد سواء (*neutralite*) (بيدان وبرو 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 موقعاً وسطاً بين الإيجابية والسلبية ، ولكن يجب أن يكون أقرب إلى الإيجابية منه إلى السلبية ، فيباح للقاضى شئ من الحرية في تحريك الدعوى وفي توجيهه الخصوم وفي استكمال الأدلة الناقصة وفي استيضاح ما أبهم من وقائع الدعوى . ولا يتعارض ذلك مع تقييد القاضى بأدلة قانونية معينة وبتحديد قيم هذه الأدلة ، فإن هذا التقييد يجب أن تقابله حرية القاضى في تقدير وزن كل دليل في حدود قيمته القانونية ، حتى يستجلى الحقائق واضحة كاملة<sup>(31)</sup> .

أما منع القاضى من القضاء بعلمه فليس فرعاً عن مبدأ حياد القاضى ، بل هو النتيجة المترتبة على حق الخصوم في مناقشة أي دليل يقدم في القضية ، وسنرى ذلك فيما يلى .

26 مبدأ حياد القاضى في القوانين اللاتينية والقانون المصرى : قد رأينا أن القوانين اللاتينية ، والقانون المصرى معها ، قد اتخذت المذهب المختلط في الإثبات . وهة مع ذلك لا توسع على القاضى في حرية توجيهه للدعوى واستخلاص الحقائق من أدلةها القانونية إلا إلى مدى محدود ؟ فالقاضى يستطيع مثلاً أن يحيل الدعوى على التحقيق من تلقاء نفسه ، كما يستطيع أن يعين خبيراً ، وله أن يطلب إحضار الخصوم شخصياً (Comparution Personnelle) ، وأن يوجه إلى أحدهما اليمين المتممة (serment supplétif)<sup>(32)</sup> . وقد زاد تقوين المرافعات المصرى الجديد في إيجابية موقف القاضى من الإثبات فخوله سلطة في توجيه الدعوى فيما يتصل بالآثار التي تترتب على عدم قيد المدعى لدعواه ، وبشطب الدعوى عند تختلف الخصوم عن الحضور ، وبوقف الدعوى لمدة معينة عند اتفاق الخصوم على ذلك ، وبسقوط الخصومة لقطعها بوفاة أحد الخصوم أو بزوال أهليته أو انتهاء صفتة أو وقوعها بفعل المدعى أو تقصيره ، ويتقادم الخصومة بخمس سنوات بدلاً من خمس عشرة ، وبإدخال القاضى \$32 من تلقاء نفسه من لم يكن طرفاً في الخصومة ليرد الدعوى إلى وضعها الطبيعي بعد أن انحرف بها عن التحقيق أو عين فيها خبير أو طعن أو إهمالهم ، وباجراءات التحقيق فإذا أحيلت الدعوى على التحقيق أو عين فيها خبير أو طعن

(31) ديموج في الأفكار الرئيسية في القانون الخاص (Notions fondamentales du droit privé) 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>.

### جـ مبدأ دور الخصوم الایجابيـ الحق في الاثبات

#### 27ـ حق الخصوم في مناقشة الادلة التي تقدم في الدعوىـ لا يجوز للقاضى أن يقضى

بعلمه : على أنه مهما يكن من قدر الحرية التي تطلق للقاضى في الإثبات ، فلا جدال في أن أي دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصم جمياً لمناقشته ن ويدلى كل برأيه فيه ، يفتده أو يؤيده ، والدليل الذي لا يعرض على الخصم لمناقشته لا يجوز الأخذ به<sup>(34)</sup> . ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقيش في قضية أخرى مالم يناقش في القضية القائمة<sup>(35)</sup> .

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

ولا يجوز للقاضى أن يقوم بمعاينة مكان النزاع في غيبة الخصوم ودون أن يدعوهم لحضور المعاينة ومن غير إصدار قرار باجرائها . ولكن يكفى أن يعرض الدليل على الخصم لمناقشته ،

(33) انظر المذكورة التفسيرية لقنين المرافات الجديد . وأنظر الدكتور أحمد أبو الوفا في المرافات المدنية والتجارية ص 29 ، والدكتور عبد المنعم أحمد الشرقاوى في شرح المرافات 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 فرنسي 20 نومبر سنة 1889 داللوز 90 – 1 – 54 ) . ولا يجوز للمحكمة أن تعتد بكتاب أرسل إلى رئيسها ولم يعرضه الرئيس على الخصوم لمناقشته ( نقض فرنسي 23 أبريل سنة 1902 داللوز 1903 – 1 – 368 ) ولا بتحقيق جنائى لم تناقشه الخصوم ( نقض فرنسي 29 يوليه سنة 1903 داللوز 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 وكالبيتان ومورانديير 2 فقرة 721 ص 488 . أنظر في هذه المسألة – مناقشة الخصوم للأدلة – من ناحية التطور التاريخي رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات في القانون المقارن ص 239 – ص 247 .

فإذا لم يريدوا مناقشته فعلا فقد نزلوا عن حقهم في ذلك وصح الأخذ بالدليل<sup>(36)</sup> . كذلك لا يجوز للقاضى أن 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 للقاضى أن يقضى بعلمه . ذلك أن علم القاضى هنا يكون دليلا في القضية ، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضى مثولة الخصوم ، فيكون خصما وحكماً ، وهذا لا يجوز<sup>(38)</sup> . وقد رأينا فيما تقدم أن امتناع القاضى<sup>\$34</sup> عن القضاء بعلمه لا يرجع إلى موقفه المحايد في الأثبات ، فان حياد القاضى لا يتعارض ضرورة مع القضاء بعلمه ، وإنما يرجع إلى ما نذكره هنا من حق الخصوم في مناقشة الدليل<sup>(39)</sup> .

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

---

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

(37) ويقول بارتان ( أوبري ورو 12 فقرة 749 ص 74 حاشية رقم 8 ter ) إنه لو سمح للقاضى أن يتدخل في الإثبات وأن يأتي من عنده بأدلة لم تقدمها الخصوم ، لخشى أن يعدل من طلبات المدعى أو أن يحور فيها ، وليس هذه مهمة القاضى فإذا ما أتى القاضى بأدلة من عنده ، ورضى الخصوم أن ينافشواها ، ونزلوا عن حقهم في الاعتراض ، كان هذا بمثابة اتفاق بين الخصميين ، وهو جائز في صورة صرحية فيجوز في هذه الصورة الضمنية ( ص 76 حاشية رقم 8 sexies ) . وحتى الواقعة المعروفة بالشهرة العامة ( commune renommee ) لابد 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 القاضى في قضائه بما هو معرف بين الناس ولا يكون علمه خاصاً به مقصوراً عليه ، وذلك كالمعلومات التاريخية والجغرافية والعلمية والفنية الثابتة ، فله أن يستعين في قضائه بما هو معروف من أن الأراضى فى مصر قد أصبحت مملوكة لأصحابها رقبة ومنفعة بعد أن كانت أراضى خراجية وذلك منذ عهد سعيد باشا . وبما هو 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 جمبيعى ص 73 والأحكام التي أشار إليها والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص 16 ) .

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

(39) وقطع في ذلك أن القاضى الجنائى ، ودوره في الإثبات إيجابى إلى حد بعيد فلا يعتبر محابياً ، من نوع مع ذلك من القضاء بعلمه ، كما لاحظ ذلك بحق الأستاذ عبد الباسط جمبيعى في كتابه ( نظام في الإثبات القانون المدنى المصرى ) ( ص 78 ) .

28\_ حق الخصم في الإثبات : على الخصم أن يثبت ما يدعى أما القضاء بالطرق التي بينها القانون . فموقفه في الإثبات موقف إيجابي . وليس هذا واجباً عليه فحسب ، بل هو أيضاً حق له . فللخصم أن يقدم للقضاء جميع ما تحت يده أو ما يستطيع إبرازه من الأدلة التي يسمح بها القانون تأييداً لما يدعى . فان لم يمكنه القاضي من ذلك كان هذا إخالاً بحقه ، وكان سبباً للطعن في الحكم بالنقض .

ويقتصر حق الخصم في الإثبات بقيود ثلاثة : (1) لا يجوز للخصم أن يثبت ما يدعى إلا بالطرق التي حددها القانون . فلا يجوز له أن يثبت بالبينة مالا يجوز إثباته إلا بالكتابة ، ولا يجوز له أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمته حيث يكون متعنتاً في توجيهها . ويجب فيما يسمح له به القانون من طرق الإثبات أن يتقدم بما عنده \$35 من الأدلة طبقاً للأوضاع وللإجراءات التي رسمها له القانون . (2) كذلك لا يجوز للخصم أن يطلب إثبات واقعة لم تتوافر فيها الشروط الواجبة ، إذ يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى المنتجة في دلالتها جائزة الإثبات قانوناً . وسنفصل هذه الشروط فيما يلى . (3) ويقى للقاضي بعد كل ذلك حرية واسعة في تقدير قيمة الأدلة التي تقدم بها الخصم ، فيرى ما إذا كانت شهادة الشهود مقنعة ، ويقدر إذا قدم الخصم ورقة ما يتربى على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في هذه الورقة من إسقاط قيمتها في الإثبات أو إنقاذه ( م 260 مرفاعات ) ، وإذا كانت وقائع الدعوى ومستنداتها كافية لاقتناعه بصححة الورقة التي تقدم بها الخصم الآخر أو بتزويرها فله أن يمتنع عن السير في إجراءات التزوير التي طلبها الخصم الذي طعن بالتزوير في هذه الورقة ( م 290 مرفاعات ) ، بل له ولو لم يدع أمامه بالتزوير أن يحكم من تلقاء نفسه برد أية ورقة وبطلانها إذا ظهر له بخلاف من حالتها أو من ظروف الدعوى أنها مزورة ( م 290 مرفاعات ) ، كما أن له أن يعدل عما أمر به من إجراءات الإثبات أو ألا يأخذ بنتيجة هذه الإجراءات ( م 165 مرفاعات ) ، وإذا رأى أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب فإن له أن يرفض طلب الاستجواب الذي يتقدم به الخصم ( م 168 مرفاعات ) .

وحق الخصم في الإثبات يقابل واجب يلقى على عاتق الخصم الآخر ، بل على عاتق الغير ، في ألا يعطل هذا الحق بعنت منه أو سوء نية . ويصل هذا الواجب إلى مدى بعيد ، فيفرض في

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

**29** حق الخصم الآخر في إثبات العكس : وكل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في نقضه وإثبات عكس ما يدعى به الخصم . وتطبيقاً لهذه القاعدة نصت المادة 192 من تقنين المرافعات على أن (( الادن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضي دائمًا أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذه الطريقة )) . وإذا كان الدليل الذي قدمه الخصم ورقة مكتوبة ، فإن كانت ورقة عرفية كان للخصم الآخر أن ينكر بخطه أو \$36 إمضاءه أو أن يطعن في الورقة بالتزوير ، وإن كانت ورقة رسمية كان للخصم الآخر أن يطعن فيها بالتزوير . وفي جميع الأحوال يحوز 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 التي قررها القانون . وإذا كان الدليل المقدم قرينة قضائية ، فللخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بقرينة مثلها أو بأى طريق آخر . وكذلك الحال في القرينة القانونية ، فإن الأصل فيها جواز إثبات العكس ، أما القرائن القانونية التي لا تقبل إثبات العكس فنادرة ولا بد في منع إثبات العكس فيها من نص في القانون .

وحتى الاقرار واليمين يتصور فيهما تطبيق هذه القاعدة . فإذا تمسك الخصم بالاقرار الصادر من الخصم الآخر ، جاز لهذا الخصم الآخر أن يتمسک ببطلان هذا الاقرار لعدم الأهلية أو غير 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 في الدليل الذي يقدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه ، وأن حق الخصم في إثبات ما يدعى به يقابل حق الخصم الآخر في إثبات العكس .

**30** لا يجوز لأى خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه : الأصل أن الدليل الذي يقدم ضد الخصم يكون صادراً منه حتى يكون دليلاً عليه . فالورقة المكتوبة حتى تكون دليلاً على الخصم يجب أن تكون بخطه أو بإمضائه . وإذا كانت الورقة ليست دليلاً كاملاً واقتصر أمرها على أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، فإنه يجب كذلك أن تكون صادرة من الخصم الذي يراد الإثبات ضد على التفصيل الذي سنبينه فيما بعد .

ومن ثم لا يجوز أن يكون الدليل الذي يتمسك به الخصم صادرًا ص من صنعه ، فمن البداهة أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلاً بنفسه . ((ولو يعطى الناس بدعواهم كما جاء في الحديث الشريف لا دعى \$37ناس دماء رجال وأموالهم))<sup>(40)</sup> . فلا يجوز إذن أن يكون الدليل يقدمه الخصم على صحة دعواه مجرد أقواله وادعاءاته ، او أن يكون ورقة صادرة منه ، او مذكرات دونها بنفسه . وتطبيقاً لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة 972 من التقنين المدني على أنه ((ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنته ، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه هذه الحياة)) . 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 الذي يقتل مورثه يحرم من إرثه ، وإذا كان التأمين على حياة شخص غير المؤمن له برئ ذمة المؤمن من التزاماته متى تسبب المؤمن له عمداً في 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 في وفاة الشخص المؤمن على حياته أو وقعت الوفاة بناء على تحريض منه (م 757 مدني) . ويعتبر الشرط قد تحقق إذا كان الطرف الذي له مصلحة في أن يتخلص قد حال بطريق الغش دون تتحقق ، وكذلك لا أثر للشرط الذي تتحقق إذا كان تتحقق قد وقع بغض النظر الذي له مصلحة في أن تتحقق (م 388 من مشروع التقنين المدني الجديد) .

على أن القانون نص في 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 المدني من أن ((دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المنشطة فيها عمما وردت التجار تصلح أساساً يجيز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة)) . ومن ذلك ما نص عليه التقنين التجاري من أن دفتر التجار قد يكون حجة له على التجار ، إذ تقضى المادة 17 من هذا التقنين بأنه ((يجوز للقضاء قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات في دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً)) . ومن ذلك أخيراً ما نصت عليه المادة \$ 38 من تعيين المرافعات في

(40) انظر طرق القضاء في الشريعة الإسلامية لأستاذ أحمد إبراهيم ص 235 ونظام الإثبات في القانون المدني المصري للأستاذ عبد الباسط جماعي ص 93 .

حالة امتناع الخصم من تقديم ورقة يلزمه القانون بتقديمه من أنه ((إذا لم يقدم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذي حددته المحكمة . . اعتبرت صورة الورقة التي قدمها خصمها صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصم قد قدم صورة من الورقة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها)).<sup>(41)</sup>

31 لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه إلا في حالات معينة : قدمنا أن لا يجوز للخصم أن يصفع 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 بدأه القاعدة الأولى تفوق وضوح القاعدة الثانية . فقد رأينا أن حق الخصم في الأثبات قد يصل في بعض الحالات إلى حد إجبار خصم أو الغير على تقديم دليل في حوزته . لذلك كانت هذه القاعدة الثانية في حاجة إلى إمعان في التأمل .

فمن الممكن القول إن من امتناع من الخصوم دون حق أن يستجيب لطلبات خصم من تقديم مستندات في حوزته ، أو جعل بفعله غثبات الدعوى مستحيلاً لأن امتناع مثلاً عن تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمها ، جاز أن يخسر دعواه ، وذلك بطريق القياس على من جعل بفعله تتحقق الشرط الذي علق \$ 39 عليه التزامه مستحيلاً فان القانون يفترض أن المشرط قد تتحقق<sup>(43)</sup> . بل إن الغير أيضًا لا الخصم وحده قد يلقى عليه واجب المعاونة في الأثبات .

(41) على أن الورقة قد تكون صادرة من الخصم فيستند إليها الخصم الآخر ، وفي هذا الاستناد إقرار من هذا الخصم الآخر بصحة ما جاء بالورقة ، ومن ثم يجوز للخصم الأول أن يتحجج 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 جمیعی 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 يونيو سنة 1915 م 27 ص 402 .

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

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

وقد تصل بعض الشرائع إلى حد أن نفرض بنص خاص التزاماً قانونياً على من يجوز أو يحرز شيئاً أو مستندأ يكون للغير مصلحة في عرضه لاثبات أمر يدعى أن يعرض هذا الشئ 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 الإيطالي . وأخذ بها القضاء الفرنسي دون نص ، بينها نارة 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 الائتى 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 ( 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 المقسمة 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 – ديمونتيس Demontes في دعوى العرض في القانون الحديث رسالة من باريس سنة 1922 – جلاسون وتيسبيه وموريل ، فقرة 594 – موريل فقرة 479 – بلانيول وريبير وبولانجييه 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 – دللوز – 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 الترکات والأموال المشتركة وعقود الوكالة والشركات ( بيدان وبرو 9 فقرة 1175 ص 247 – ص 248 ) .

(47) محكمة رن 14 يونيو سنة 1928 المجلة الفصلية للقانون الجنى 1928 ص 898 . أنظر كذلك القضاء البلجيكي : بروكسل 6 مارس سنة 1863 باسيكيريزى 1863 – 96 – ليبج 4 أبريل سنة 1868 باسيكيريزى 1868 – 219 . ويدهب كل من القضاء الفرنسي والقضاء البلجيكي إلى أن المبدأ القاضى بـ لا يجير الخصم على تقدير مستند ضد نفسه ( Nemo tenetur edere contra se ) لا يجوز أن يتخد ستاراً للحيلولة دون العدالة وتحقيق 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 يقم الخصم بوجبه في المعاونة ، وعطل على خصمته حقه في الإثبات ، اعتبر في منزلة من قام الدليل ضده ، وخسر الدعوى<sup>(49)</sup> .

أما في مصر ، فقبل صدور التقنين المدني الجديد وتقنين المراقبات الجديد ، \$41 كان القضاء يذهب إلى عدم إجبار الخصم على أن يقدم دليلا يرى أنه ليس في مصلحته<sup>(50)</sup> . إلا أنه إذا طلب الخصم تكليف خصميه بتقديم ورقة تحت يده وامتنع عن تقديمها ، فهذا الامتناع يكون محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالته المحتملة ، ولا يتحقق اعتباره تسليما بادعاء الطالب<sup>(51)</sup> ، وللمحكمة أن تقضى لمصلحة الخصم الذى يرجع لديها أنه هو الحق<sup>(52)</sup> ، ولها أن تستخلص من امتناع الخصم دليلا للحكم ضده<sup>(53)</sup> . وقد كان المشرع الابتدائى للتقنين المدني

(48) وکوجوب عدم انتهاک حرمة الرسائل ووجوب الامتناع عن الإضرار بالغير . وفي هذه الحدود لا يجوز للشخص الامتناع عن تقديم مستند أمره القضاء بتقديمه ، وإلا جاز الحكم عليه بغرامة تهديدية (astreinte) ، بل نمجاز الحكم صده في الدعوى (نقض فرنسي 15 يوليه سنة 1901 داللوز 1901 - 1 - 499 - بيدان وبرو 9 فقرة 1175 ص 248 - ص 249) .

(50) وقد قضت محكمة النقض بأنه (( لا يجبر خصم على أن يقدم دليلا يبرى أنه ليس فى مصلحته ، فإن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به ، وليس لخصمه أن يلزمه بتقييم مستند يملكته ولا يزيد تقديمها )) (نقض مدنى 11 أبريل سنة 1940 مجموعه عمر 3 رقم 50 ص 160 – وانظر حكما آخر في 2 أبريل سنة 1936 مجموعه عمر 1 ص 1083 ) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا قدم خصم فى دعوى على الحكومة ورقة قال إنها صورة غير رسمية من أحد الخطابات المتبادلة بين إحدى مصالح الحكومة ووزارة المالية ، جاز للحكومة أن تطلب من المحكمة أن تأمر باستبعادها من دوسيه الدعوى ، لأنه إذا كان لا يجوز إلزام الحكومة 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 التغيرات للغير لأنها معتبرة من الأوراق الخصوصية ( محكمة الموسكى 19 مايو سنة 1925 المحاماة 6 رقم 114 ص 164 ) .

(51) وقد قضت محكمة النقض بان ((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 دلالته المحتملة وبغير غلازم من القانون بعده حتماً تسلیماً بقول الطالب (قضى مدنی 11 مارس سنة 1948 مجموعة عمر 5 رقم 285 ص 563 . وانظر أيضاً استئناف مختلط 10 يونيو 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 يرجح لديها أنه هو الحق ز وبحسبها أن تكون قد دونت فى حكمها حجج الطرفين ، واعتمدت فى ترجيح ما رجحته منها على أساسات معقولة ، ليكون حكمها بعيداً عن رقابة محكمة النقض ، لأن الاجتهاد فى ذلك كله داخل فى فهم الواقع فى الدعوى مما لا شأن فيه للقانون ( نقض مدن، 2 أبريل سنة 1936 مجموعه عمر 1 رقم 342 ص 1082 ) .

(53) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا امتنع الخصم من تقديم مستند - كمحضر جرد ترفة - بعد تكليف المحكمة له بتقديمه ، وأصبح من المستحيل بسبب هذا الامتناع الاطلاع على هذا المستند ، اعتبر خصمته قد أقام الدليل على ما كان يطبل 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 أحکامها على غرار المشروع الفرنسي الایطالى ، فحذف فى لجنة المراجعة لأنه أدخل فى باب المرافعات ، وكان هذا النص ( المادة 273 من المشروع الابتدائى ) يجرى على الوجه الآتى : ((1 كل من حاوز 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 ، فإذا كان الأمر متعلقاً بسنادات 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 مصلحته 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 ))<sup>(54)</sup> .

ولم يتضمن تفاصيل المرافعات الجديد هذا النص بالرغم من أن حذفه من مشروع التفاصيل المدنى كان بسبب أنه أدخل فى باب المرافعات كما تقدم القول . على أن تفاصيل المرافعات تضمن طائفه من النصوص لالزام الخصم بتقديم ورقة \$ 43 تحت يده ، فنصت المادة 253 على أنه ((يجوز للخصم فى الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمته بتقديم أية ورقة متعلقة فى الدعوى تكون تحت يده : (1) إذا كان القانون يحظر مطالبه بتقديمها أو تسليمها (2) إذا كانت مشتركة بينه وبين خصمته ، وتعتبر الورقة مشتركة على الأخص إذا كانت محررة لمصلحة الخصميين أو كانت مثبتة لالتزاماتهم وحقوقهما المتبادلة<sup>(55)</sup> (3) إذا استند إليها خصمته فى أية مرحلة من مراحل

(54) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى شأن هذا النص ما يأتى : ((يدخل الالتزام بتقديم شئ فى نطاق الالتزامات المقررة بنص القانون . ويقتضى ترتيب هذا الالتزام اجتماع شروط ثلاثة : (ا) أولها أن يدعى شخص بحق يتعلق بشئ ، شخصياً كانالحق او عينياً . (ب) والثانى أن يكون الشئ المدعى به فى يد شخص آخر على سبيل الحيازة أو الإحرار ، 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 المقتضى 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 القضاة . وتكون نفقات العرض على نفقة من يطلبها . ويجوز إلزامه ، إذا رأى القاضى ذلك ، بتقديم تأمين لضمان تعويض ما قد يصيب محرك 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 تتطبق فى حالة ما إذا كانت الورقة مشتركة بين الطرفين بأن كانت مثبتة لالتزام متبادل 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 يحجز 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 وفي حالة الإفلاس . وفي هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر )) . فهذا نص يحجز فى أحوال معينة فى المنازعات التجارية وبعض المنازعات المدنية وهو الشيوع والتركة وقسمة الشركات والإفلاس . أن تأمر المحكمة من تلقاء نفسها بتقديم الدفاتر التجارية والاطلاع عليها لبيانات حق مدعى به ، ولكن النص محدود كما نرى من حيث الأحوال التي 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 لتسخرج منها ما يتعلق بهذه الخصومة )) . فهذا نص آخر يحجز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها ، فى جميع المنازعات التجارية والمدنية ، بالاطلاع على جميع الدفاتر التجارية . وهذا النص ، وإن كان مطلقاً من ناحية الأحوال التي يجوز فيها الأمر بتقديم المستند ومن حيث نوع المستند ، إلا إنه محدود من حيث الغرض من تقديم المستند . فهذا الغرض مقصور على أن تطلع المحكمـ دون أن تطلع الخصوم كما هي الحال فى شأن المادة 16 المتقدمة الذكر على دفاتر التجار لا فى جميع أجزائـها بل فى الجزء الذى وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة . وسنعود إلى المادتين 16 و 18 من التقنين التجارى ببيان 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 خصمـه بتقديم الورقة الواجب تقديمها ، فتقول : (( يجب أن يبين فى هذا الطلب : (1) أوصاف الورقة التى تعينها (2) فحوى الورقة بقدر ما يمكن من التفصـ (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 وفي حالة العجز عن هذا الإثبات على الوجه الآتى : (( إذا أثبت الطالب طلبه أو أقرـ الخصمـ بأنـ الورقةـ فىـ حوزـهـ أوـ سـكـتـ ،ـ أمرـتـ المحـكـمـةـ بتـقـديـمـ الـورـقـةـ فىـ

(56) ومن أجل ذلك نصت المادة 258 من تقنين المرافعات على أنه (( إذا قدمـ الخصمـ ورقةـ للاستـدـالـ بهاـ فىـ الدـعـوىـ ،ـ فـلاـ يـجـوزـ لـهـ سـجـبـهاـ بـغـيرـ رـضـاءـ خـصـمـهـ إـلـاـ بـإـذـنـ كـاتـبـىـ مـنـ القـاضـىـ أوـ رـئـيـسـ الدـائـرـةـ )) .

الحال أو في أقرب موعد تحدده . وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب ، وجب أن يحلف المنكر يميناً بأن الورقة لا وجود لها أو أنه لا يعلم وجودها ولا مكانها وأنه لم يخفها أو لم يهمل البحث عنها ليحرم خصم من الاستشهاد بها )) . وتدكر المادة 257 من تقنين المرافعات جراء عدم تقديم الورقة أو الامتناع عن حلف اليمين ، فتقول : (( إذا لم يقدم الخصم بتقديم الورقة في الموعد الذي حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة ، اعتبرت صورة الورقة التي قدمها خصمها صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمها قد قدم صورة من الورقة حاز 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 الآتي : (( يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ، ولو أمام محكمة الاستئناف ، أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم ورقة تحت يده ، وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة )) .

45\$ وهذه النصوص كلها مستحدثة في تقنين المرافعات الجديد ، وقد أخذت عن تقنين المرافعات الألماني ( م 386 وما بعدها ) وعن تقنين المرافعات التركي ( م 326 وما بعدها )<sup>(57)</sup> . وهي على كل حال أضيق في نطاقها من دعوى العرض التي حذف نصها من مشروع التقنين المدني . فهي لا تجيز إلزام الخصم أو الغير بتقديم ورقة تحت يده هي مستند في الدعوى إلا في أحوال ثلاث ذكرتها المادة 253<sup>(58)</sup> . أما نص مشروع التقنين المدني المذوف فقد كان يجيز إلزام الخصم أو الغير بتقديم المستند الذي في حوزته حتى في غير هذه الأحوال الثلاث ، متى ثبت أن فحص هذا المستند ضروري للبت في الحق المدعى به ، ويرجع تقدير هذه الضرورة إلى القاضي . هذا إلى أن النص المذوف عام يتناول المستندات وسائر الأشياء الأخرى . (( فيجوز مثلاً

(57) انظر شرح المرافعات المدنية والتجارية للدكتور عبد المنعم أحمد الشرقاوى 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 في 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 خصم بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الواردة فيها ، إلا أن الفصل في هذا الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات متزوك لتقدير قاضى الموضوع ، فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته ، وإن فى كانت المحكمة ، إذ رفضت إجابة طلب الطاعن بإلزام المطعون عليه بتقديم دفاتر الوقف لإثبات وفاته للأجرة التي ادعى أنه قام بدفعها ، قد قررت ، بالأدلة المبررة التي أوردتها وبماليها من سلطة التقدير الموضوعية في هذا الخصوص ، أنه طلب غير جدي ، فإن النعى عليها بمخالفة القوانين يكون على غير أساس ( نقض مدنى 11 ديسمبر سنة 1952 مجموعة أحكام محكمة النقض 4 رقم 29 ص . ( 183

كما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي<sup>(59)</sup> لمالك الشئ المسروق أن يطالب من يشتبه في حيازته له بعرضه عليه ليثبت من ذاتيته . ويجوز كذلك لوارث المهندس أن يطلب تمكينه من معاينة الترميمات التي أجرها مورثه حتى يتضمن له أن يعين مدى حرق في الأجر بعد أن آل إليه هذا الحق من طريق الميراث . فإذا كان الشئ الذي يطلب عرضه سندًا أو وثيقة فيلاحظ أمران : أولهما أن فحص الوثيقة قد يكون ضروريًا لا للبت في وجود الحق المدعى به وتعيين مده ، بل لمجرد الاستناد إليها في إثبات \$ 46 حق للطالب . والثاني أن للقاضي أن يأمر عند الاقضاء بتقديم الوثيقة للمحكمة لا مجرد عرضها على الطالب . فيجوز مثلاً لمشترى الأرض ، إذا تعهد بالوفاء بما بقى من ثمن آلة زراعية ملحقة بها ، أن يطلب عرض الوثائق الخاصة بتعيين القدر الواجب أداؤه من هذا الثمن . ويجوز كذلك لموظفي يدعى أنه عزل تعسفياً أن يطلب تقديم ملف خدمته للقضاء لاستخلاص منه الدليل على التعسف ) .

وإذا كانت نصوص تفاصيل المرافعات الجديد ضيقة من حيث نطاقها ، فهى على العكس من ذلك واسعة من حيث ترتيب الجزاء عليها ، وقد رأينا أن الخصم أو الغير إذا لم يقدم بتقديم الورقة اعتبرت صورة الورقة التي قدمها الخصم المدعى صحيحة مطابقة لأصلها ، فان لم يكن هذا قد قدم صورة الورقة حاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها . وهذا أقصى حزاء يمكن أن يترتب على الشخص إذا أخل بالتزامه القانون من تقديم مستند تحت يده .

## 2 مسائل الإثبات

32 مسائل ثلات : مسائل الإثبات بوجه عام ثلات :  
 (أولاً) محل الإثبات (objet de la prevue) .  
 (ثانياً) عبء الإثبات (charge de la preuve) onus probandi .  
 (ثالثاً) طرق الإثبات (proceedes de la prevue) .  
 وتناول هذه المسائل الثلاث متعاقبات .

### أولاً محل الإثبات

<sup>(59)</sup> مجموعة الأعمال التحضيرية 2 ص 491 – ص 492 في 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 الذي ينشئ هذا الحق .

47\$ والمصادر التي تنشئ الحقوق ، أيا كانت ، لا تعدو أن تكون إما تصرفًا قانونيًّا (acte) وإما واقعة قانونية (fait juridique) على النحو الذي 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 بدين وثبت وجوده ، فيدفع المدعى عليه الدعوى بانقضاء الدين ، ففي هذا الدفع يصبح المدعى عليه مدعياً ويقع عليه عبئ إثبات انقضاء الدين . ومثل ذلك أيضًا 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 الارتفاع . وفي جميع هذه الأحوال يكون المدعى به في الدفع ليس وجود الحق ، شخصياً كان أو عينياً ، بل زواله . وزوال الحق كوجوده يرجع إما إلى تصرف قانوني وغما إلى واقعة قانونية فمحل الإثبات هنا أيضًا هو التصرف القانوني أو الواقعة القانونية .

وقد يكون المدعى به ليس وجود حق أو زواله ، بل وصفًا قانونيًّا يلحق وجود الحق أو زواله ، أي يلحق التصرف القانوني أو الواقعة القانونية . أما ما يلحق الواقعة القانونية فمثلاً أن تكون الواقعة المتمسك بها عملاً غير مشروع ثم توصف بأن الدافع لارتكابها هو الدفاع الشرعي عن النفس ، فهذا الوصف أيضًا هو واقعة قانونية يجب إثباته على النحو الذي ثبت به الواقعة القانونية الأصلية . وأما ما يلحق بالتصرف القانوني غير الأوصاف المعروفة المعدلة لآثار الالتزام فمثلاً أن يكون التصرف عقداً ويتمسك الخصم بأنه باطل أو بأنه قابل للابطال أو بأنه قد فسخ . وأسباب البطلان منها ما يرجع للتراضي ومنها ما يرجع للمحل ومنها ما يرجع للسبب ، وهذه كلها جزء من التصرف القانوني ثبت على النحو الذي ثبت به . وأسباب القابلية للإبطال منها ما يرجع للأهليية ومنها ما يرجع لعيوب الإرادة من غلط وتدليس وأكره واستغلال ، وهذه كلها وقائع قانونية ثبتت على النحو الذي ثبت به الواقعة القانونية . وأسباب الفسخ قد تكون تصرفًا قانونيًّا بأن يختار

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

35- محل الاشات ليس إلا التصرف القانونى أو الواقعة القانونية : ويتبين من ذلك كله أن محل الإثبات لا يعدو أن يكون تصرفًا قانونيًّا أو واقعة قانونية . فالى هذين مرد نشوء الحق وزواله وتعديله واصافه القانونية . بل إلى هذين مرد كل الروابط القانونية ، أيا كانت هذه الروابط .

ومن ثم لا مدعى لمن يقوم بالإثبات من أن يثبت أحد أمررين . إما تصرفًا قانونيًّا أو واقعة قانونية<sup>(60)</sup> . ومتى أثبت ذلك ، كان على القاضى أن يستخلص مما ثبت ما يرتب القانون عليه من الآثار .

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

(60) فلا يكون الحق ذاته ملما للإثبات كما قدمنا . وقد جاء في الموجز للمؤلف (ص 649 – ص 650) تأكيداً لهذه القاعدة الهمامة ما يأتى : ((ويعنينا أن نشدد في بيان أن الأمر الذي يكون ملما للإثبات هو مصدر الحق لا الحق ذاته . فإن الغفلة عن هذه القاعدة الجوهرية يقع في كثير من الخلط . وينبئ على ذلك أن الالتزام ذاته لا يكون ملما للإثبات ، فهو لا ثبت أو ينتفي ، بل هو يستخلص من مصدره ، ومصدر الالتزام وحدث هو الواقعة القانونية التي تكون ملما للإثبات ، فالدائن الذي يريد إثبات التزام في ذمة مدينه عليه أن يثبت مصدر هذا الالتزام ، هل هو عقد أو إرادة منفردة ، أو هو عمل غير مشروع ، أو هو إثراء على حساب الغير ، أو هو واقعة طبيعية يرتب عليها القانون إنشاء هذا الالتزام . وهذه هي مصادر الالتزام التي بيانها في أول هذا الكتاب ، ونرى من ذلك أن الأمر الذي يكون ملما للإثبات بالنسبة لجميع الحقوق هو الواقعة القانونية (fait juridique) دائمًا ، فإن الواقع القانونية هي مصدر لكل الحقوق كما بياننا . وهى إما أن تكون واقعة طبيعية أو واقعة اختيارية ، والواقعة اختيارية إما أن تكون عملا مادياً أو عملا قانونياً ، والعمل القانوني إما أن يكون عقدا أو إرادة منفردة ، على التفصيل الذي قدمناه )) .

هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : ((يتبعن أن يقام الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها وفقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون المدني ، متى نوزعت هذه الواقعة أو انكرت صحتها . والجوهرى في هذا الصدد هو أن الإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدرأ للحق أو الالتزام ، دون هذا الالتزام أو ذاك الحق . وغنى عن البيان أن تفصيل هذه الفكرة أشكال بأغراض الفقه منه بأغراض التقين )) . ثم لما ثلثت المادة 536 من المشروع التمهيدى في لجنة المراجعة ، ونصها : (( على الدائن إثبات الالتزام )) هو إثبات مصدر الالتزام . (انظر في كل ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية 3 ص 349 – ص 350 .

(1) عنصر الواقع ، وهو مصدر الحق المدعى به ، أى التصرف القانونى أو الواقع القانونية التى أنشأت هذا الحق . وهذا العنصر هو وحده الذى يطالب المدعى باثباته . والإثبات هنا يتناول مسائل موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها ، إلا فيما يرسمه القانون من قواعد قانونية للإثبات يلتزم القاضى بتطبيقها وفي السماح للخصوم باثبات هذه المسائل . فمثلاً إذا رفع المشتري على البائع دعوى بثبات 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 بالكتاب 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 في تطبيقها يخضع لرقابة محكمة النقض<sup>(61)</sup> ففي المثل المتقدم ن بعد إثبات عقد البيع بالكتاب ، يكون على القاضى أن يستخلص منه التزاماً في ذمة البائع بنقل ملكية العقار المبought لل المشتري ، 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 باثباتها ، فهي ليست محلاً للإثبات إذ المفروض أن القاضى هو \$ 50 أول من يعلم القانون وقد ناطت الدولة به تطبيقه . بل إن القاضى لا يستطيع أن يتمتنع عن القضاء بحججة أنه لا توجد أحكام قانونية يمكن تطبيقها ، وإن امتنع عن ذلك نكولا عن أداء العدالة (deni de justice) .

37 تفسير القانون يلحق بعنصر القانون ، ويقع عبئه على القاضى لا على الخصم : وقد يقع أن تكون أحكام القانون غامضة ، فنكون في 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 إدراهما بالأخرى.

ولاحظ بارتان بحق (أوبرى ورو جزء 12 طبعة خامسة فقرة 749 هامش رقم 3) أن القاعدة التي تقضى بوجوب أن يبحث القاضى من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق هي التي توسيس قاعدة أخرى معروفة تقضى بجوز إثارة وجوه الطعن جديدة (moyens nouveaux) في الاستئناف دون النقض . ذلك أن قاضى محكمة أول درجة ملزم بالبحث ، جاز لمحكمة الاستئناف من تلقاء نفسها كذلك ، أن تنتدارك هذا النقض . ومن ثم جاز للخصوم أيضاً أن يثيروا وجوهها 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 .

على الواقع الذى ثبت أمامه بالطرق القانونية . وإذا كان الخصم يجتهد فى أن يقنع القاضى بتفسيره للقانون يكون فى مصلحته ، فليس هذا من جهة الخصم إثباتاً لأحكام القانون ، بل هى محاولة يبذلها 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 ، وللقارضى 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 وفي 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 يقيده فى ذلك فقه مبسوط أو قضاء سابق . وإنما يكون فى هذا الفهم الشخصى خاصعاً لرقابة المحكمة العليا ، فتعقب على قضاياه فيما ترى التعقيب عليه<sup>(62)</sup> .

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

( أولا ) إذا كانت هناك قاعدة تقوم على العادة الاتفاقيه (usage conventionnel) وتعتبر شرطاً مفترضاً فى العقد لا حاجة إلى التصریح به فتتصبى القاعدة فى هذه الحالة شرطاً من شروط العقد ، شأنها فى الإثبات شأن سائر شروط العقد يتعين على من يتمسک بها أن يقوم باثباتها . فإذا سلم بها الخصم الآخر لما استفاض من شهرتها العامة (notoriete publique) ، أخذ بها القاضى كمسألة موضوعية ثابتة . وإن لازع 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 ( الدائمة المدنية ) بأنه لكي ينبع الإقرار اثره القانونى يجب أن يكون متعلقاً بواقعة لا بالتطبيق القانونى ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم . وإن 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 ، لا حول معرفة القانون أو تفسيره ، بل حول تاريخ نشره ، وتاريخ النشر واقعة مادية ثبتت 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 <sup>(64)</sup> .

ثم إن المراد إثباته هنا ليس هو أن المتعاقدين قد ارتضيا القاعدة شرطاً من شروط العقد ، فان 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 وقيامتها المادي <sup>(sa)</sup> materialite ، وهذه \$52 واقعة مادية ثبتت بجميع الطرق كما قدمنا . وبخلص من ذلك أن التعرف على القاعدة التي تقوم على العادة الاتفاقية لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، بل يصبح مسألة واقع لا تعقib فيها على محكمة الموضوع .

وهذا بخلاف القاعدة القانونية التي يكون مصدراً لها العرف (coutume) لا العادة (usage) ، فهذه مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض ، وقد عارض بارتان <sup>(65)</sup> 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 مصدراً لها التشريع . ولن يست 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 القاضى البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه ، دون حاجة إلى إثباته من جانب الخصوم <sup>(66)</sup> .

<sup>(64)</sup> وقد قضت محكمة مصر ( الدائرة الاستئنافية ) بأنه يجوز تفسير العقد المكتوب بالرجوع إلى العادات المتتبعة في التجارة ، والتي يكون من شأنها تغيير نتائج العقد الاعتيادية غير المذكورة فيه . وهذه العادات يصح إثباتها بالبينة . وينتج عن ذلك أنه إذا امتلك بذاغان عقاراً شائعاً بينهما لحاجات صناعتهما ، صح الحكم ، تبعاً للعادة عند أرباب طائفتهما ، 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 ) .

<sup>(65)</sup> تعليق بارتان على أوبرى ورو جزء 12 طبعة خامسة فقرة 749 هامش رقم 3 مكرر .

<sup>(66)</sup> وقد كانت القاعدة القانونية التي تقوم على العرف تعتبر في الماضي عنصراً من عناص الواقع يتعين على الخصم إثباتها ، شأنها في ذلك شأن العادة الاتفاقية . ويرجع السبب في ذلك إلى رغبة المحشين (Glossateurs) في أن تغلب قواعد القانون الرومانى على قواعد العرف المحلية (droits coutumiers locaux) . فقواعد القانون الرومانى لا حاجة إلى إثباتها بل القاضى يبحث عنها من تلقاء نفسه لتطبيقها ، أما قواعد العرف فهذه لا يطبقها القاضى إلا إذا أثبتت الخصوم قيامتها ، وبذلك تغلب قواعد القانون الرومانى على قواعد العرف . ثم بقى العمل على ذلك فى فرنسا طوال القرن التاسع عشر لسبب آخر غير فكرة تغلب قواعد

53\$ (ثانيً) إذا كان القانونطبق قانوناً أحنجياً بمقتضى قاعدة من قواعد الإسناد . مثل ذلك أن يطبق القاضى القانون الفرنسي فى الحكم بصحى عقد زواج فرنسي بفرنسية . فهنا توجد مسألتان : (1) مسألة قانون ، هي قاعدة افسناد التى تقضى بالرجوع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج إلى قانون كل من الزوجين ، وهى جزء من نصوص التقنين المدنى المصرى (م 12 من التقنين المدنى الجديد) ، ويختضن القاضى فى تطبيقها لرقابة محكمة النقض . (2) ومسألة واقع ، هي أحکام القانون الفرنسي (وهو قانون كل من الزوجين) الخاصة بصحى الزواج ، وهذه تكون محلاً للإثبات ، ويكلف الخصم ذو المصلحة إثباتها ، ومتى ثبتت وأخذ بها القاضى فإنه لا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض فى التعرف على أحکام القانون الأجنبى . وهنا أيضاً نرى أن القانون فى الأجنبي 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 يقترن بهذه النصوص من تفسير فقهي وقضائى .

القانون الرومانى الذى أصبحت غير ذات موضوع بعد صدور التقنين المدنى الفرنسي . ذلك أن مدرسة الشراح على المتن (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 القاضى 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 الفرنسي اتجاه 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) كلتاهما قانون واجب التطبيق يتعين على القاضى البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه (Biedan وBro 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 ، وفي 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 الاستئثار منه . لذلك كان من مصلحة الخصم إلى يتمسک بالعرف ويستطيع إثباته أن يثبته للقاضى ، حتى لا تضيع عليه الفرصة إذا كان القاضى يجهل هذا العرف ولا يستطيع العثور عليه من تلقاء نفسه . على أنه بالرغم من هذا الفراغ العلنى لا يطالب الخصم بإثباته ، وعلى القاضى أن يبحث عنه ، ويقضى فيه بعلمه ، ولمحكمة النقض أن تعقب عليه إذا هو طبق عرفاً غير موجود أو أغفل عرفاً قائماً ، سواء تتبه إلى ذلك أو لم يتبه (Biedan وBro 9 فقرة 1144 ص 212 – الأستاذ عبد الباسط جمعي فى نظام الإثبات فى القانون المدنى المصرى فقرة 59 – فقرة 62) ، ويدهب الدكتور عبد المنعم فرج الصدة (ص 26) ، مسيراً فى ذلك الأستاذين حامد فهمى وحمد حامد فهمى فى كتاب ((النقض)) (فقرة 16 وفقرة 17) إلى أن العرف إذا كان محلياً ((فإن افتراض علم القاضى به يصبح غير معقول ، وبالتالي يكون على الطرف الذى يستند إليه أن يثبته . وفي هذه الحالة يأخذ العرف حكم الواقعه الذى يتعين إثباتها ، فيكون أمر التثبت من قيامه متروكاً للقاضى ، 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 يتيسر 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 يتسلك بقانون أجنبي يجب عليه أن يثبته 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 قضاونا المختلط – وكان القضاء الذي تناح 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 قضاونا الوطني في هذه المسألة بعد أن استكمل ولايته ، وهل ستحذو حفون القضاء المختلط في تقليده للقضاء الفرنسي ، أو يسير هي طريق مستقل مهتمياً بالمبادئ العلمية السيمية .

(68) انظر محكمة النقض الفرنسية ( المدني ) في 6 فبراير سنة 1843 سيريه 1843 – 1 – 209 – حكماً ثانياً في 16 مايو سنة 1888 داللوز 1888 – 1 – 305 – حكماً ثالثاً (دائرة العرائض) في 19 فبراير سنة 1929 سيريه 1930 – 1 – 49 – حكماً رابعاً في 7 مارس سنة 1938 داللوز الأسبوعي 1938 – 258 – حكماً خامساً في 22 مارس سنة 1944 داللوز 1944 – 145 – حكماً سادساً في 25 مايو سنة 1948 داللوز 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 (القه البلجيكي) 3 فقرة 706 . وانظر في القانون المقارن رسالة الدكتور محمد صادق فهمي ص 344 – ص 348 . وانظر أيضاً نبوانيه في مجلة القانون الدولي والتشريع المقارن 1928 فقرة 6 .

(70) موري في القواعد العامة في تنازع القوانين ص 69 – بارتان في مبادئ لقانون الدولي الخاص جزء 1 فقرة 107 – فاري سومبيير 2 فقرة 1110 – فاليرى فقرة 139 – أرمانجون 1 فقرة 141 .

(71) مارتى رسالة من تولوز فقرة 96 – ليربيور بيجونبير في القانون الدولي الخاص طبعة ثلاثة 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 ويهب إلى وجوب اعتبار تطبيق القانون الجنبي مسألة من مسائل القانون وقد (( تكون معاونة الخصم في بيان حكم القانون الجنبي لازمة من الناحية العملية ، ولكن هذا لا ينزل بالقانون الجنبي إلى مستوى الواقعه ، ثم انه إذا كان القانون الوطني يقضى بتطبيق القانون الجنبي على نزاع معين ، فإن هذا يقتضى تطبيقه على الوجه الصحيح وذلك بأن تكون مخالفته والخطأ في تفسيره محل رقابة من محكمة النقض . أما الصعوبة المزعومة في الإمام بالقانون الجنبي فلم يعد لها وجود بعد ما نراه اليوم بين خلاف 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 الجنبي يعتبر مسألة من مسائل الواقع (الدكتور عبد السلام ذهني في نظرية الإثبات 1 ص 94 – وبخاصة الأستاذ عبد الباسط جماعي ص 55 – ص 57 ويهب إلى اعتبار القانون الجنبي 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 القاضى ، إذا أمره قانونه الوطنى بتطبيق أحكام قانون أجنبى ، وجب أن يعتبر أحكام هذا القانون الأجنبى بالنسبة إلى القضية التى يطبق فيها هذه الأحكام جزءاً من قانونه الوطنى . فعليه إذن أن يبحث من تلقاء نفسه عن أحكام القانون الأجنبى الواجبة التطبيق فى هذه القضية . وله أن يصدر فى هذه الأحكام عن علمه الشخصى . ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبى عن علمه الشخصى . ولا يجوز له أن يمتنع عن تطبيق أحكام القانون الأجنبى بدعوى عدم إمكان الالهتاء إليها ، وإلا عذر امتناعه نكولا عن أداء العدالة (*deni de justice*) . بل ويكون فى تطبيقه لأحكام القانون الأجنبى ، كما هو فى تطبيقه لقاعدة الاستناد التى أمرته بتطبيق هذه الأحكام ، خاضعاً لرقابة محكمة النقض . وتفسر هذه المحكمة القانون الأجنبى ، لا طبقاً لرأيها الشخصى ، بل وافقاً لما تفسره به محاكم البلد الذى ينسب إليه هذا القانون وبخاصة المحكمة العليا منها . ونحن إنما نذهب إلى هذارأى لأنه لا يصح أن تتغير طبيعة القانون فيصبح واقعاً ، سواء كان هذا القانون قانوناً وطنياً أو كان \$56 قانوناً أجنبياً يأمر القانون الوطنى بتطبيقه فيصبح جزءاً منه في حدود هذا التطبيق . والذى دعا إلى الفول بنزول مرتبة القانون الأجنبى إلى حد أن يكون واقعاً لا قانوناً أمناً . (الأمر الأول) يرجع إلى التاريخ . فقد كان القانون الأجنبى في الماضي لا يعامل معاملة القانون الوطنى . وإذا أجاز تطبيقه فعلى اعتبار أنه واقع لا قانون . فلا يفترض العلم به ، ولا يبحث القاضى عن أحكامه من تلقاء نفسه بل يجب على الخصم إثباتها ، ولا يحضر القاضى في تطبيقه هذه الأحكام لرقابة محكمة النقض ، وإذا امتنع عن تطبيقه لم يعد ناكلاً عن أداء العدالة . وكان هذا يرجع إلى نظرية عتيقة تقول بأن القانون الأجنبى إنما يطبق على سبيل المحاملة الدولية (*ex comitatte gentuum*) وقد هجرت هذه النظرية هجراناً تماماً وعوا عليها الزمن ، ففيما الإبقاء على بعض آثارها والاصرار على عدم رد اعتبار القانون الأجنبى ! (الأمر الثاني) يرجع إلى العمل . فقد يصعب في بعض الأحوال أن يهتدى القاضى من تلقاء نفسه إلى أحكام القانون الأجنبى ، ومن ثم كان تكليف الخصم باثبات هذه الأحكام تيسيراً للتغيير طبيعة القانون . على أن مهمة القاضى في هذا الصدد ، بعد انتشار العلم ، لم تصبح من العسر على ما كانت منه في الماضي . وبعد ، فلا يوجد ما يمنع القاضى من الاستعانة بالخصم صاحب

(73) بارتان على أوبرى ورو جزء 12 طبعة خامسة فقرة 749 هامش رقم 3 مكرر 4 – انظر أيضاً بيدان وبرو 9 فقرة . 1143

المصلحة في الاهتداء إلى أحكام القانون الأجنبي ، ومصلحة الخصم أكبر دافع له في ذلك ، على أن يبقى القاضي هو صاحب القول الفصل في التعرف على

أحكام القانون الأجنبي ، 57\$ حاضراً في ذلك لرقابة محكمة النقض <sup>(74)</sup> .

بـ الشروط الواجب تراورها في محل الإثبات :

39 طائفتان من الشروط : والواقعة المراد إثباتها يجب أن تتوافر فيها جملة من الشروط ، يمكن تقسيمها إلى طائفتين : (1) طائفة من الشروط بذاتها تغنى عن الإطالة فيها ، وهي أن تكون الواقعه محددة (determine) وغير مستحيلة (com teste) . (2) طائفة أخرى نصت عليها المادة 156 من تفاصيل المرا فعات الجديد على الوجه الآتي : (( يجب أن تكون الواقعه المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ، منتجة فيها ، جائزأً قبولها )) .

40 شروط بديهية : : أما أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة فهذا بديهي ، فالواقعة غير المحددة لا يستطيع إثباتها . ولو أن شخصاً طالب بدين أو بملكية وأسس دعوته على عقد لم يحدد ماهيته ، فهو بيع أو صلح أو قسمة أو غير ذلك من العقود التي يصح أن تكون مصدراً للدين أو سبباً للملكية ، فان الواقعه التي يريد إثباتها لا تكون محددة تحديداً كافياً ، فلا يصح السماح بإثباتها إلا بعد أن تحدد . وكون الواقعة محددة تحديداً كافياً مسألة موضوعية تخضع لرقابة محكمة النقض <sup>(75)</sup> .

(74) وقد نظم المجمع العلمي المأذون الدولي للإجراءات التي يستطيع بها القاضي معرفة أحكام القوانين الأجنبية وذلك بواسطة الطرق السياسية (الدكتور عبد الحميد أبو هيف في القانون الدولي الخاص فقرة 302) .

وفي القانون الإنجليزي تفترض مطابقة القانون الأجنبي لقانون المحكمة ، إلا إذا ادعى الخصوم غير ذلك وأثبتوها ما ادعوه . وفي هذا تيسير على القاضي فيما إذا عجز عن الاهتداء إلى أحكام القانون الأجنبي . وшибه بذلك ما ورد في المشروع التمهيدى للتقين المدنى ( وقد حذف النص فى المشروع النهائي) من أنه ((فى جميع الحالات التي ستقرر 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 في الواقعه المحددة في القوانين والتشريعات المختلفة رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص 313 – ص 358

وأما أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير مستحلية ، فهذا أيضاً بديهي ، 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 في السن . والثانية ترجع إلى أن الواقعة المراد إثباتها هي في 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 أحدهما سلبية والأخرى إيجابية ، وكلتا هما واقعة مطلقة هي متصرفة التصديق ولكن إثباتها مستحيل ، فلا يجوز قبولها واقعة للإثبات . ولا يرجع ذلك إلا إلى أن الواقعة مطلقة أى حالية من التحديد . ومن ثم ترى أن استحالة الإثبات تتنافي مع عدم التحديد ، ويصبحان شرطاً واحداً . فالواقعة يجب أن تكون محددة كما قدمنا ، فإن لم تكن محددة لا يجوز قبولها للإثبات ، لأنها غير محددة فحسب ، بل لأنها أيضاً يستحيل إثباتها . ومن ثم نرى أيضاً أن استحالة الإثبات ترجع إلى عدم تحديد الواقعة لا إلى أنها 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 ، وهي عدم المديونية في دين معين ، وما على المدعى إلا أن يثبت أن هذا الدين الذي دفعه مصدره عقد باطل أو عقد قد فسخ أو أن الدين قد سبق الوفاء به أو نحو ذلك<sup>(76)</sup> .

(76) وقد قضت محكمة النقض الدائمة المدنية بأن الإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يوسم على نفي مطلق يتقن إثباته ، بل يقوم على أمر واقع له علاماته التي تشهد عليه . على أن المقرر في الإثبات أن إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفي كان على مدعها إثبات خلافها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة . فإذا لم يكن ذلك ممكناً أو كانت الواقعة غير منضبطة النفي ، فإن مدعها 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 النفي ، لا يعفي مدعها من عباء الإثبات بل يعتبر =

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

ويجب أخيراً أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير معترف بها . وهذا أيضاً شرط بدبيه ، إذ لا محل لإثبات واقعة معترف بها . فالاعتراف إقرار ، والإقرار كما سرى إعفاء من الإثبات ، فتكون الواقعة محل الادعاء قد أُعفى مدعياً \$ 60 من إثباتها فأصبحت بذلك ثابتة<sup>(77)</sup> . لذلك يكون الأصح القول إن الواقعة المعترف بها قد أصبحت ثابتة ، لا أنها واقعة غير قابلة للإثبات . ويوضح 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 يقم الدليل عيها ومن ثم يصبح 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 الملزم بحراسة شئ معن لم يقم بحراسته ، وعدم القيام بالحراسة واقعة سلبية ، ولكن الدائن يستطيع إثبات هذه الواقعة عن طريق إثبات واقعة إيجابية ، بأن يثبت مثلاً أن المدين كان في جهة أخرى في الوقت الذي كان ينبغي أن يكون موجوداً بجانب الشئ لحراسته – وقد تكون إيجابية ولكنها غير محددة فلا تكون قابلة للإثبات )) .

وأشار بودري وبارد إلى أن السبب في الخطأ الذي شاع من أن الواقعة سلبية لا يجوز إثباتها يرجع إلى نص في القانون الروماني أسماء 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 بإثبات في الحالتين . ففسر المحشون النص بتحويله إلى معنى آخر ، هو أن الذي على من يثبت (qui) لا على من ينفي (qui negat) ، وذهبوا إلى أن النفي هنا معناه الواقعة سلبية ، ومن ثم لا تكون الواقعة سلبية جائزة dicit (يُثبت) لا على من ينفي (qui negat) . أنظر أيضاً : تولبيه 8 فقرة 16 – فقرة 19 – ديرانتون 13 فقرة 2 – إثبات (بودري وبارد 3 فقرة 2065 – فقرة 2066 – أنظر أيضاً : ديرانتون 13 فقرة 2 – ديرانتون 13 فقرة 2 – ديمولومب 29 فقرة 192 – فقرة 193 – لوران 19 فقرة 95 – كولان وكابيتان ولامور انديير 719 ص 486 – ص 487 – بلانيول وريبير وبولانجييه 2 فقرة 2168 – الأستاذ عبد الباسط جماعي ص 49 – ص 92) .

ويلاحظ على كل حال أن القاضى في إثبات الواقعة سلبية لا يتطلب دليلاً في قوة الدليل الذي يتطلب فى إثبات الواقع الإيجابية (أوبري ورو 12 فقرة 749، هامش رقم 18 – بلانيول وريبير وجابولد 7 فقرة 1419 ص 845) .  
وانظر رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات (في الواقعة سلبية 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 خصمته بها 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 بالتقاسم ، ثم بحث المحكم 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 الواقعه 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 الواقعه المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به (pertinent) . (2) أن تكون منتجة في الإثبات (concluant) . (3) أن تكون جائزة الإثبات قانوناً (admissible) .<sup>(79)</sup>

**42 61\$** الواقعه متعلقة بالحق المطالب به : إذا كانت الواقعه المراد إثباتها هي ذاتها مصدر الحق المطالب به ، كما إذا تمسك البائع بعقد البيع لمطالبه بالثمن فيكون عقد البيع هو ذاته مصدر التزام المشتري بالثمن ، فإن الواقعه في هذه الحالة لا يمكن إلا أن تكون متعلقة بالحق المطالب به وهو في الوقت عينه منتجة في الإثبات . ومن ثم لا يظهر ظهوراً واضحاً أهمية هذين الشرطين كون الواقعه متعلقة بالحق وكونها منتجة في الإثبات في هذه الحالة وهو حالة الإثبات المباشر (prevue directe) . وإنما تظهر أهميتها في حالة الإثبات غير المباشر (prevue indirecte) ، إذا انصب الإثبات ، لا على الواقعه ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى قريبة منها . ذلك أن الإثبات غير المباشر يقوم على فكرة تحويل الدليل من الواقعه الأصلية إذ يتذرع إثباتها إلى واقعة بديلة هي (placement de prevue) التي يتيسر فيها الإثبات .

فلا بد في هذه الحاله حالة الإثبات غير المباشر بتحويل الدليل أن تكون الواقعه البديلة ، وهي الواقعه المراد إثباتها ، لا قريبة (voisin) من الواقعه الأصلية فحسب ، بل يجب أيضاً أن تكون متصلة (connexe) بها اتصالاً وثيقاً . وهذا الاتصال الوثيق هو الذي يجعل الواقعه المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به ، إذ أن اتصالها بالواقعه الأصلية التي هي مصدر الحق

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

(79) وقد كان تقنين المرافعات القديم ينص على شرطين من هذه الشروط الثلاثة – أن تكون الواقعه متعلقة بالدعوى وأن يكون جائزاً قبولها – في مواضع متفرقة (م 153 / 171 – 186/165 – 178 / 200/177 – 203 / 179 – 204 / 178 – 207/182 ) ، وذلك في الاستجواب واليمين والتحقيق والطعن بالتزوير . ولكن نص تقنين المرافعات الجديد أكمل الناقص من الشروط وجعلها في نص واحد . أما تقنين المرافعات الفرنسي (م 253 – 254 في التحقيق بالبيئة ) فقد ذكر شرطين : أن تكون الواقعه منتجة وجائزة القبول . ويلاحظ أن المكان الذي يجذب 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 بثبات الواقعه الأصيله ، فيصبح إثبات الواقعه البديله من شأنه أن يجعل إثبات الواقعه الأصيله قريب الاحتمال <sup>(80)</sup> .

مثل ذلك أن يقدم المستأجر مخالفات بأجرة عن جميع المدد السابقة على المدة التي يطالبه المؤجر بأجرتها ، ويرمى من وراء ذلك أن يثبت أنه يدفع الأجرة \$62 بانتظام ولم يخل بالتزمه طوال المدد السابقة . فهذه واقعة متصلة بواقعه الوفاء بالأجرة عن المدة المطالب بأجرتها ، فهـي إذن متعلقة بالدعوى . ولكنـها غير منتجـة في الإثبات ، لـن دفع الأجرـة عن مـدد سابـقة لا يـفيـد دفعـها عن مـدة لـاحـقة <sup>(81)</sup> وقد تكون الواقعـة المرـاد إثـباتـها مـتعلـقة بالـدعـوى وـمنـتجـة أـيـضاً فيـ الإـثـباتـ ، كـأنـ يـقـدمـ المـسـتـأـجرـ مـخـالـفـاتـ بـالـأـجـرـةـ عنـ مـددـ لـاحـقـةـ لـلـمـدـةـ التـيـ يـطـالـبـ المـؤـجرـ بـأـجـرـتـهاـ ، فـهـبـذـهـ وـاقـعـةـ لـيـسـتـ هـيـ ذـاتـهـ وـاقـعـةـ الـوـفـاءـ بـالـحـرـجـ الـمـطـالـبـ بـهـاـ بـلـ هـيـ وـاقـعـةـ مـتـصـلـةـ بـهـاـ فـهـيـ مـتـعـلـقـةـ بـالـدـعـوىـ ، ثـمـ هـيـ مـنـتجـةـ فـيـ إـثـباتـ فـيـ إـنـ التـقـنـيـنـ الـمـدـنـيـ الـجـدـيدـ (ـمـ 587ـ) يـعـتـبـرـهاـ قـرـيـنـةـ عـلـىـ الـوـفـاءـ بـالـأـجـرـةـ الـمـطـالـبـ بـهـاـ إـلـاـ إـذـاـ أـثـبـتـ المـؤـجرـ عـكـسـ ذـلـكـ <sup>(82)</sup> .

وـكـونـ الـوـاقـعـةـ مـتـعـلـقـةـ بـالـدـعـوىـ مـسـلـلـةـ مـوـضـوـعـيـةـ لـاـ تـخـضـعـ لـرـقـابـةـ مـحـكـمـةـ النـقضـ <sup>(83)</sup> .

**43 الواقعه منتجـةـ فيـ الإـثـباتـ :** رـأـيـناـ فـيـ المـثـلـ المـتـقـدـمـةـ مـتـىـ تـكـونـ الـوـاقـعـةـ مـتـعـلـقـةـ بـالـدـعـوىـ وـمـتـىـ تـكـونـ مـنـتجـةـ فـيـ إـثـباتـ . فـالـوـاقـعـةـ مـتـعـلـقـةـ بـالـدـعـوىـ هـيـ الـوـاقـعـةـ الـبـدـيـلـةـ التـيـ يـكـونـ إـثـباتـهاـ مـنـ شـائـنـهـ أـنـ يـجـعـلـ إـثـباتـ الـوـاقـعـةـ الأـصـيـلـةـ قـرـيـبـ الـاحـتمـالـ . وـالـوـاقـعـةـ مـنـتجـةـ فـيـ إـثـباتـ هـيـ الـوـاقـعـةـ

---

<sup>(80)</sup> انـظـرـ فـيـ هـذـاـ المعـنـىـ بـارـتـانـ عـلـىـ أـبـرـىـ وـرـوـ جـزـءـ 2ـ فـقـرـةـ 749ـ هـامـشـ رـقـمـ 10ـ مـكـرـرـ – بـيـدانـ وـبـرـوـ 9ـ فـقـرـةـ 1146ـ .

الـدـكـتـورـ عـبـدـ الـمـنـعـمـ فـرـجـ الصـدـةـ فـقـرـةـ 37ـ صـ 39ـ – صـ 40ـ .

هـذـاـ وـفـكـرـةـ تـحـوـيـلـ الدـلـلـ (deplacement de prevue) هـىـ التـىـ تـقـومـ عـلـىـ الـقـرـائـنـ الـقـانـونـيـةـ ، فـهـذـهـ الـقـرـائـنـ تـنـطـوـيـ عـلـىـ تـحـوـيـلـ الدـلـلـ مـنـ وـاقـعـةـ إـلـىـ أـخـرـىـ وـيـكـونـ ذـلـكـ بـمـقـضـىـ نـصـ فـيـ الـقـانـونـ .

<sup>(81)</sup> وـمـثـلـ ذـلـكـ أـيـضاًـ فـيـ الـقـضـاءـ الـإنـجـليـزـيـ – أـنـ يـقـومـ تـاجـرـ بـتـورـيـدـ بـضـاعـةـ لـأـخـرـ ، فـيـدـعـيـ هـذـاـ أـنـ التـاجـرـ وـرـدـ لـهـ صـنـفـاًـ رـدـيـاًـ ، فـيـتـقـدـمـ التـاجـرـ لـإـثـباتـ أـنـ كـلـ عـلـمـائـهـ الـآخـرـيـنـ الـذـيـنـ اـعـتـادـ تـورـيـدـ هـذـهـ بـضـاعـةـ لـهـنـ يـمـتـحـونـ بـضـاعـةـهـ . فـهـذـهـ وـاقـعـةـ مـتـعـلـقـةـ بـالـدـعـوىـ ، وـإـنـ لـمـ تـكـنـ مـنـتجـةـ ، فـيـقـبـلـ إـثـباتـهـ ، لـأـنـهـ وـإـنـ لـمـ تـكـنـ حـاسـمـةـ إـلـاـ أـنـهـ تـضـيـفـ إـلـىـ عـنـاصـرـ الـإـقـنـاعـ عـنـصـرـاًـ جـدـيدـاًـ لـهـ فـائـدـةـ ، وـقـدـ يـؤـدـيـ إـذـاـ أـضـيـفـ لـعـنـاصـرـ أـخـرـىـ إـلـىـ تـكـوـيـنـ مـجـمـوعـةـ مـنـ الـقـرـائـنـ الـقـضـائـيـةـ لـصـالـحـهـ (انـظـرـ فـيـ هـذـاـ المـثـلـ الـدـكـتـورـ مـحـمـدـ صـادـقـ فـهـمـيـ فـيـ إـثـباتـ صـ 282ـ وـالـأـسـتـاذـ عـبـدـ الـبـاسـطـ جـمـيعـيـ صـ 56ـ) .

<sup>(82)</sup> أـمـاـ إـذـاـ أـرـادـ الـمـسـتـأـجرـ تـقـيـمـ الدـلـلـ عـلـىـ أـنـهـ وـفـيـ بـدـيـونـ أـخـرـىـ غـيرـ أـقـسـاطـ الـأـجـرـةـ لـلـمـؤـجرـ ، فـهـذـهـ وـاقـعـةـ لـاـ تـتـصـلـ إـلـاـقـاًـ بـوـاقـعـةـ الـوـفـاءـ بـالـأـجـرـةـ ، فـتـكـونـ لـاـ هـيـ مـتـعـلـقـةـ فـيـ إـثـباتـ وـلـاـ هـيـ مـتـعـلـقـةـ بـالـدـعـوىـ ، فـلـاـ يـجـوزـ قـبـولـ إـثـباتـهـ .

<sup>(83)</sup> وـيـقـولـ الـأـسـتـاذـ عـبـدـ الـبـاسـطـ جـمـيعـيـ (ـصـ 57ـ) إـنـ لـمـ حـكـمـةـ الـمـوـضـوـعـ أـنـ تـرـفـضـ اـعـتـبـارـ الـوـاقـعـةـ مـتـعـلـقـةـ بـالـدـعـوىـ وـلـوـ تـوـافـقـ الـطـرـفـانـ عـلـىـ أـنـهـ مـتـعـلـقـةـ . أـمـاـ إـذـاـ تـوـافـقـ الـطـرـفـانـ عـلـىـ أـهـاـ غـيرـ مـتـعـلـقـةـ ، فـلـاـ يـسـمـحـ القـاضـيـ بـإـثـباتـهـ ، لـأـنـ تـوـافـقـ الـطـرـفـينـ يـجـعـلـهـ غـيرـ مـتـعـلـقـةـ بـالـدـعـوىـ ، بـلـ لـأـنـ حـيـادـ القـاضـيـ يـقـبـضـيـهـ أـلـاـ يـقـبـلـ دـلـلـاـ اـنـقـقـ الـخـصـمـانـ عـلـىـ اـسـتـبعـادـهـ .

البديلة التي يؤدى إثباتها إلى إثبات الواقعية الأصلية . ويتبين من ذلك أن إنتاج الواقعية في الإثبات مرتبة أعلى \$63 من تعلق الواقعية بالدعوى . فكل واقعة متعلقة بالدعوى لا تكون ضرورة مرتدة في الإثبات ، ولكن كل واقعة مرتدة في الإثبات تكون حتماً متعلقة بالدعوى . فمن طالب بملكية عين وتقديم بواقة التقادم الطويل سبباً لملكية ، إذا أدعى أنه حاز العين مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه واقعة مرتدة في الإثبات ، بل هي الواقعية الأصلية ذاتها ، وهي بالضرورة متعلقة بالدعوى . أما إذا أدعى أن حيازته للعين كانت لمدة تقل عن خمس عشرة سنة ، فهذه واقعة متعلقة بالدعوى ولكنها غير مرتدة في الإثبات .

وقد يقال لماذا يشترط في الواقعية هذان الشرطان معاً ، وأددهم . 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 الواقعية قبولاً مبدئياً ، حتى إذا تبين فيما بعد أنها غير مرتدة في الإثبات رفض القاضي استمرار السير في إثبات الواقعية أو أضاف إليها وقائع أخرى تتساند معها . أما إذا أدمج الشرطان في شرط واحد ، وكان لا بد من أن تكون الواقعية مرتدة من مبدأ الأمر ، لم يستطع القاضي قبول إثبات الواقعية قبولاً مبدئياً ، فيتعطل بذلك طريق الإثبات (84) .

وكون الواقعية مرتدة في الإثبات مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا من حيث قصور التسبب . أما إذا بني عدم الإنتاج في الإثبات على أسباب قانونية ، كأن كانت الواقعية المراد إثباتها إنما تنسب إذا صحت إلى مالك البناء لا إلى حارسه والمسؤول قانونياً هو الحارس لا المالك ، أصبح الأمر متعلقاً \$64 بمسألة من مسائل القانون مما يخضع لرقابة محكمة النقض (85) .

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

(84) الأستاذ عبد الباسط جماعي ص 59 – ص 60 ، ويأتي بأمثلة لذلك دعوى إثبات الحالة (م 188 مرفعات) ، والدعوى التي ترفع بطلب انتقال المحكمة لمعينة معلم واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاة إذا كان يخضى من زوال هذه المعلم (م 187 مرفعات) ، والدعوى التي ترفع بطلب سماع شاهد يوشك أن يموت أو يزمع سفراً قد لا يعود منه أو لا يعود قريباً (م 222 مرفعات) ، ورفع الدعوى للاستئناف لحق يخشى زوال دليله (م 4 مرفعات) . وقول أيضاً عن القاضي يغسل الواقعية غربلة أولى ليتخير منها ما هو متعلق بالدعوى فيجعله في وعاء الإثبات ، ثم يغربلها غربلة ثانية ليس بتبقى منها ما هو منتج في الإثبات .

(85) انظر الأستاذ عبد الباسط جماعي ص 61 هامش رقم 2 والمراجع المشار إليها . وانظر في أن الواقعية يجب أن تكون مرتدة (relecant) 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 في الواقع التي تصطدم مع قرينة قاطعة قررها القانون . مثل ذلك حجية الأمر المقصى ، فلا يجوز إثبات واقعة مخالفة لما هو ثابت في حكم قضائي . ومثل ذلك أيضاً أن يطلب حارس الشئ إثبات أنه لم يرتكب خطأ مع أن القانون يقيم مسؤوليته على خطأ في جانبه مفروض فرضاً غير قابل لإثبات العكس <sup>(88)</sup> . وكون الواقعة جائزة لإثبات قانوناً مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض، لأن عدم جواز إثبات الواقعة يرجع دائماً إلى حكم في القانون يمنع من هذا الإثبات . وهذا بخلاف كون الواقعة متعلقة بالدعوى وكونها منتجة في الإثبات ، فقد رأينا أنها في الصال مسائل موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة النقض <sup>(89)</sup> .

### ثانيًّا عبء الإثبات

#### 45 النصوص القانونية : تنص المادة 389 من التقنين المدني على ما يأتي :

(86) تشتمل المواد من 206 إلى 209 من تقنين المرافعات على سلسلة من القيود في جواز الإدلاء بالشهادة . فتنص المادة 206 للموظفين والمستخدمين والمكاففين بخدمة عامة من أن يشهدوا ولو بعد تركهم العمل بما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانون ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها . وتنص المادة 207 و 208 من علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق منته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفتة ، ما لم يكن ذكرها له مقصوداً به فقط ارتکاب جنائية أو جنحة ، وذلك إلا إذا طلب منهم ذلك من أسرها لهم . وتنص المادة 209 أحد الزوجين من أن يفشي بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انقضائه ، إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على صاحبه أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جنائية أو جنحة وقعت منه على الآخر . ويلاحظ هنا أن الممنوع ليس هو إثبات الواقعة في ذاتها ، بل إثبات الواقعة من طريق شهادة شاهد معين ، فعدم جواز القبول لا ينصب إذن على الواقعة بل ينصب على الدليل ( الدكتور عبد المنعم فرج الصدة فقرة 35 ص 38 )

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

(88) ببيان وبرو 9 فقرة 1171 – وانظر في جواز إثبات الواقع قانوناً في القانون الانجليزي الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص 305 – 312 .

(89) والفرق بين كون الواقع غير منتجة في الإثبات وكونها غير جائزة اثبات أنها عند ما تكون غير منتجة في الإثبات فإن ذلك يرجع إلى شيء في طبيعتها ، إذا الواقع في ذاتها لا تؤدي إلى إثبات المطلوب ، إما لسبب موضوعي كالحصار لمدة نقل عن خمس عشرة سنة ، وإما لسبب قانوني كالتعويض بسبب انهدام البناء يطلب من مالكه لا من حارسه . والواقع عند ما تكون غير جائزة اثبات فإن ذلك يرجع لا إلى شيء في طبيعتها ، بل إلى عارض قانوني يمنع من جواز إثباتها ، ولو لم يقم هذا المانع أو لو زال ل كانت الواقع جائزة الإثبات .

ويحسن أيضاً أن نميز بين عدم جواز قبول الدعوى وعدم جواز قبول الدليل . فالدعوى لا يجوز قبولها لأسباب معروفة ، لأن تكون مرفوعة من غير ذي صفة أو من غير ذي أهلية . فإذا كانت الدعوى مقبولة وتقدم الخصم بواقعة لإثباتها ، فقد تكون هذه الواقع غير جائزة الإثبات لسب موضوعي أو لسبب قانوني على النحو الذي قدمناه . فإذا كانت الواقع جائزة الإثبات ، فقد يتطلب القانون لإثباتها دليلاً كتابياً فتكون البينة أو القرائن دليلاً غير مقبول ( انظر في هذه المسألة الأستاذ عبد الباسط جماعي ص 65 – ص 66 ) .

(( على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه <sup>(90)</sup> )) .  
\$66 ويعادل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة 214/278 <sup>(91)</sup> وفي التقنيات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيانات السوري لا شيء <sup>(92)</sup> ، وفي التقنين المدني العراقي المواد من 444 إلى 448 ، وفي تقنين الموجبات والعقود اللبناني المادة 362 ، وفي التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة المادة 376 <sup>(93)</sup>

<sup>(90)</sup> تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة 526 من المشروع التمهيدي على وجه مطابق . وأقربه لجنة المراجعة على أصله تحت رقم 402 في المشروع النهائي ، 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 في المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : (( وقد احتوى المشروع مثل التقنيات اللاتينية ، وأخذ بنظام تقييد الإثبات ، فبدأ بتعيين من يكلف بإثبات الدليل أو احتمال عبئه . وقد قصد من الأخذ بهذا النظام إلى انتفاء حكم القضاء وكفالة حسن سير العدالة وتؤمن استقرار المعاملات . وكل أولئك من قبيل الاعتبارات العامة التي تهض ، لا لتوجيه التقييد في عمومه فحسب ، بل وكذلك لتوجيه الأحكام التطبيقية في خصوصياتها ، ولا سيما ما تعلق منها بتعيين من يكلف بالإثبات . وترت الأحكام المتعلقة بهذا التعين إلى قاعدة احترام الوضع الثابت أصلاً فالألصل في الإنسان براءة الذمة ، فعلى من يدعى التزام غيره ويتمسك بذلك بما يخالف هذا الأصل أن يقيم الدليل على دعواه )) . ( مجموعة الأعمال الحضيرية 3 ص 350 ) .

#### ( م 5 الوسيط ج 2 )

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

<sup>(92)</sup> جمعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية ، في سورية ، في قانون واحد صدر في 0 حزيران (يونيو) 1947 وسمى ((قانون البيانات في المواد المدنية والتجارية)) . ولا يتضمن هذا القانون نصاً يقابل نص المادة 389 من التقنين المدني المصري . ولكن الباب الأول منه تضمن قواعد كلية في الإثبات ، من نحو ما نحن بصدده . فنصلت المادة الأولى على أن (( تقسيم البيانات إلى : 1 – الأدلة الكتابية 2 – الشهادة 3 – القرآن 4 – الإقرار 5 – اليمين 6 – المعاينة والخبرة )) ونصلت المادة الثانية على أن (( ليس للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي )) . نصلت المادة الثالثة على أنه (( يجب أن تكون الواقع التي يراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات وجائزأ قبولها )) .

<sup>(93)</sup> نصوص التقنين المدني العراقي : م 444 – الأصل براءة الذمة . م 445 – اليقين لا يزول بالشك . م 446 – يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته . م 447 – 1 – الأصل بقاء ما كان على ما كان ، والأصل في الصفات العارضة العدم . 2 – وما ثبت بزمان يحكم بيقائه ، 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 ببقاء الأصل .

نصوص تقنين الموجبات والعقود اللبناني : وضعت قواعد الإثبات الموضوعية وإجراءاتها الشكلية جمِيعاً ، في لبنان ، في تقنين أصول المحاكمات المدنية (قانون المرافعات) ، ولم يتضمن هذا التقنين نصاً يقابل المادة 389 من التقنين المدني المصري . غير أن تقنين الوجبات والعقود اللبناني 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 المدني للملكة الليبية المتحدة : 376 – على الدائن إثبات الالتزام ، وعلى المدين إثبات التخلص منه ( مطابقة للمادة 389 من التقنين المدني المصري ) .

ويتبين من النظر إلى هذه النصوص أن التقنين المدني للبلاد العربية في هذه المسألة تكاد تكون واحدة . فنص التقنين المصري يطابقه نص التقنين الليبي ويکاد يطابقه نص التقنين اللبناني . أما التقنين العراقي فقد أورد نصوصاً متعددة أخذها عن المجلة ، وهو تتلخص في أمرتين : (1) أن البينة على من ادعى والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، واليمين على من أنكر والمنكر هو من يتمسك ببقاء الأصل . (2) فالألصل هو براءة

67\$ وفي التقين 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 منهمما 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 متراوحًا بينهما ، لا يستطيع أى منهما أن يثبته أو أن ينفيه ، فالقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه<sup>95</sup> .

فيعنينا 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 في الفقه الإسلامي أن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر<sup>96</sup> . وفي 68\$ القانون المصري وسائر القوانين

(94) نقل في قسم الإثبات من هذا الكتاب نصوص التقين المدني الفرنسي إذ يغلب أن تكون هي الأصل الذي أخذت منه نصوص التقين المدني المصري الجديد في الإثبات . هذا هو نص المادة 1315 من التقين الفرنسي : (( من يطالب بتنفيذ التزام يجب عليه إثباته . كذلك من يدعى التخلص من التزامه يجب عليه أن يثبت الوفاء به أو أن يثبت الواقعة التي أدت إلى انتقامته )) "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" .  
(95) الموجز المؤلف ص 651 – استئناف مختاط 13 يناير سنة 1903 م 15 ص 88 – 16 نوفمبر سنة 1932 م 23 45 .

(96) عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (( لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ، ولكن البينة على المدعى )) . رواه البخارى ومسلم . وللبيهقى بإسناد صحيح : (( البينة على المدعى واليمين على من أنكر )) . ( طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية أحمد إبراهيم ص 16 ويقول الأستاذان بيدان وبرو ( جزء تاسع فقرة 1159 ص 231 هامش رقم 1 ) إن القاعدة التي تقضى بأن البينة على المدعى ليست ، كما قد يتواهم ، من القواعد التي كانت مقررة في كل العصور . فهي لم تظهر في القانون الروماني إلا منذ أخذ البريطور preteur يحمى مجرد الحيازة فيحتمي الوضع الظاهر ، وعندئذ ألقى عبء الإثبات على من يدعى خلاف الظاهر . أما في القانون الفرنسي القديم ، فقد كانت العادات القديمة تجعل عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعى ، وإن كان ذلك يبدو غريباً ، وهذا بسبب الصبغة الجنائية للدعوى في القديم ، مما نزل بوضع المدعى عليه دون وضع المدعى . بل إن هناك من الوثائق ، التي ترجع إلى ما قبل العصور الوسطى ، ما يثبت أن دعوى الاستحقاق التي يكفي فيها المدعى بإثبات ملكيته لم تكن ترتفع ، وفقاً لهذه العادات القديمة ، إلا ضد الحائز بسوء نية أو الحائز ضد القانون ، مما يحمل على الظن بأن الحائز هو الذي كان عليه أن يثبت أن حيازته مشروعة . ولم تظهر القاعدة التي تقضى بأن البينة على المدعى في القانون الفرنسي القديم إلا تدريجياً في العصور الوسطى ، تحت أثر إحياء القانون الروماني وبفضل القانون الكنسى بوجه خاص ( انظر في ذلك رسالة تفنيه thevenet في نظرية عبء الإثبات ليون سنة 1921 ص 11 وما بعدها ) . وينتهي الأستاذان بيدان وبرو إلى القول بأن من الخطأ حسبان القاعدة التي تقضى بأن البينة على

الحديثة توحد القاعدة ذاتها ، فالمدعى هو الذى يحمل فى الأصل عبء الإثبات ، سواء كان دائناً يدعى ثبوت الدائنة أو مديناص يدعى التخلص من المديونية كما تقول المادة 389 .

ولكن يبقى أن نحدى 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 يدعى . 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 .

ولكن ليس من الضروري أن يكون المدعى هو من يرفع الدعوى . فقد يدفع المدعى عليه الدعوى بدفعه مدعياً في هذا الدفع ، وعليه هو يقع عبء إثباته . ففي الأمثلة المتقدمة قد يدفع المدين بأنه وفي دينه ، فعليه إثبات هذا الوفاء . وقد يدفع الحاجز للعين بأنه ملكها بالتقادم ، فعليه إثبات ذلك (97) .

---

المدعى من القواعد التى تمليها البداهة وتقضى بها طبيعة الأشياء ، فإن الواقع من الأمر أن هذه القاعدة لم تظهر إلا بعد أن نظم القضاء تنظيماً خاصاً وإلا بعد أن برز المبدأ الذى يقضى بحماية الأوضاع الظاهرة .

ولعل ذلك يكشف عما لفظه 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 إثباتات : يطالب المدعي بالوديعة وعليه عبء إثباتها ، فيدفع المدعى عليه بأنها هلاك بقوة قاهرة وعليه عبء إثبات الهلاك ، فيدفع المدعى بأن هذا الهلاك غير مبرئ لذمة المدعى عليه لأنه كان معذراً (mis en demeure) وعلى المدعى إثبات الإعذار ، فيدفع المدعى عليه بأن ذمته قد برئت بالرغم من الإعذار لأن الوديعة كانت لا بد تهلك بالقوة القاهرة حتى لو كانت قد سلمت للمدعي وعلى المدعى عليه هنا عبء إثباتات (بودرى وبارد 3 فقرة 2063) .

ويبين الفقيهان خطأ ما جرى عليه القضاء الفرنسي فى عقد التأمين على الحياة ، عندما تشرط شركة التأمين لاستحقاق قيمة التأمين ألا يكون المؤمن عليه قد انتحر ما لم يكن الانتحار نتيجة فقده لوعيه بأن كان مجنوناً . فالقضاء الفرنسي يلقى عبء إثبات الانتحار وعبء إثبات انعدام الجنون كليهما على شركة التأمين (قض فرنسي 3 أغسطس سنة 1876 داللوز 79 – 5 – 295 – استئناف ليون 17 فبراير سنة 1891 داللوز 92 – 2 – 46 – استئناف باريس 16 يولية سنة 1892 داللوز 93 – 2 – 233) . ويقول الفقيهان إن شركة التأمين تحمل عبء إثبات الانتحار ، وعلى ورثة المنتحر 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 يأتي : (( 1 – تبرأ ذمة المؤمن من التزامه بدفع مبلغ التأمين إذا انتحر المؤمن على حياته . ومع ذلك يلتزم المؤمن أن يدفع لمن يؤتى إليهم الحق مبلغًا يساوى قيمة احتياطى التأمين – 2 – فإذا كان سبب الانتحار مرضًا أفقد المريض إرادته ، بقى التزام المؤمن قائماً بأكمله . وعلى المؤمن إثبات أن المؤمن على حياته مات منتحرًا ، وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحره فقد الإرادة )) .

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

actor incumbit probation. Reus in exceptione actor

est)

48 \$70 البيينة على من يدعى خلاف الأصل : ولكن هذه القاعدة تحول بساطتها دون مواجهة الصعوبات التي تعرض في العمل . فقد يقع أن المدعى ، حتى في الدعوى التي رفعها ، لا يكلف بالإثبات ، بل يكلف به خصميه وفقاً لطبيعة وضع كل منهما . فمن رفع دعوى على جاره يطالبه بسد مطل لا يكلفه وهو المدعى في الدعوى بثبات أن حازه فتح المطل دون أن يكون له حق ارتفاق يحجز فتح المطل . ففي هذا المثل يقع عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعى ، لأن طبيعة الوضع تقضى بخلو العقار من حقوق الارتفاع حتى ثبت ذو المصلحة عكس ذلك .

ومن ثم فإن القول بأن المدعى هو الذي يحمل عبء الإثبات لا يستقيم في جميع الفروض ، فوجب إذن البحث عنقاعدة تكون أكثر انضباطاً <sup>(99)</sup> . وقد وضعت قاعدة في هذا الصدد من شقين ، تستجيب لطابع الأشياء . فقيل إن من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف بثباته ، أما من

(98) وقد قضت محكمة النقض بأن المنكر المعنى من الإثبات هو من ينكر الدعوى إنكاراً مجدداً ، فلا يحجب عليها بغير الإنكار . أما من أجاب على الدعوى بدفعها ، فإنه يصير بذلك مدعياً مطالباً بأن يقيم الدليل على ما يدعى . وعلى ذلك يكون الدفع بإعسار الشفيع ادعاء من المشتري ، وهو المطالع 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 بثبات 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 المدني ، كما أنه حكم المادة الأولى من القانون رقم 4 لسنة 1913 الخاص بعدم جواز توقيع الحجز على الأموال الزراعية الصغيرة ، فإن هذه المادة بعد أن نصت على أنه (( لا يجوز توقيع الحجز على الأموال الزراعية التي يملكها الزراع الذين ليس لهم من الأطيان إلا خمسة أفدنة أو أقل . . . )) قد أضافت أنه (( ليس للمدين أن يتنازل عن التمسك بها الحظر ، بل يجب عليه التمسك به لغاية وقت صدور حكم نزع الملكية على الأكثر ، وإلا سقط حقه فيه )) . وتمسكه بالحظر مقتضاه أن يتولى هو إثبات موجبه ، أي إثبات أنه زارع وأنه لا يملك أكثر من خمسة 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 )) . فقيل المدعى هو من يروم إثبات أمر خفي بريد إزاله أمر جلى . وقيل المدعى من إذا ترك ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه ( الأستاذ نشأت في الإثبات 1 فقرة 40 ) .

يدعى خلاف الأصل فعليه هو يقع عبء إثبات ما يدعى به (Onus probandi incumbit ei qui dicit). ذلك لأن من يتمسك بالثابت أصلاً ، وإن كان من الجائز ألا يكون على حق من ناحية الواقع والعدالة ، إلا إنه من ناحية القانون ومن أجل استقرار التعامل يجب أن يحمى ، فيترك على الأصل دون أن يتكلف عناء أى إثبات<sup>(100)</sup> . وهذا هو الشق الأول من القاعدة . أما من يدعى خلاف الأصل فهو يستحدث حديثاً لا تدعنه قرينة بقاء الأصل على أصله ، فعليه أن يثبت هذا الجديد حتى يتمتع بحماية القانون . وهذا هو الشق الثاني<sup>(101)</sup> .

49 في نطاق الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة : وفي نطاق الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة من كل التزام . فمن يتمسك بالأصل لا إثبات عليه . ومن يدعى خلاف الأصل ، بأن يدعى ديناً في ذمة الغير قبله ، عليه أن يثبت مصدر هذا الدين<sup>(102)</sup> . فمن ادعى أنه أقرض آخر مبلغاً من المال عليه أن يثبت عقد القرض . ومن طالب آخر بشمن مبيع عليه أن يثبت عقد البيع . والشريك الذي يطالب شريكه بنصيبيه في الخسارة عليه أن يثبت عقد الشركة وأن يثبت مقدار الخسارة التي لحقتها<sup>(103)</sup> . \$72 ويتفرع على ذلك موقف عذر يختار القانون فيها وضعاً يعبره هو الأصل ، فمن تمسك به لا يكلف بإثبات شيء ، ومن ادعلا خلافه فعليه عبء الإثبات . مثل ذلك الأهلية ، فالاصل أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهلية أو يحد منها بحكم القانون (م 109 مدنى)<sup>(104)</sup> . ومثل ذلك أيضاً عيوب العقد ، فالاصل أن يكون العقد

(100) وهنا نرى الفقه الإسلامي 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 في الصفات العارضة عدم ، 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 التقين المدنى العراقي عن المجلة .

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

(102) بودري وبارد 3 فقرة 2060 ص 421 .

(103) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أدعى شخص أن آخر شاركه في استئجار أطيان وأن الإجارة انتهت بالخسارة ، فإنكر المدعى عليه الاشتراك معه ولم يجب عن الخسارة بشيء ، فحالات 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 اثبات المدعى مع تسليم خصميه 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 استباط قرينة على حصول الخسارة من إنكار المدعى عليه الشركة ثم ثبوتها رقم هذا الإنكار ، ولكن الظاهر أن المحكمة لم تعتبر هذه القرينة كافية ، ولم يتسع المدعى من جهته تكملتها بأدلة أخرى .

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

سلি�ماً من العيوب ، ومن يدعى أن بالعقد عيباً عليه إثباته . ومثل ذلك أخيراً إجازة العقد القابل للابطال ، فالاصل عدم إجازة العقد ، ومن يدعى أنه أجيزة 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 باثبات 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 يتبيّن من مستندات

---

والجز والدعوى والضمان ، واعتبر هذا الشريك تلك المصالحة مبرئه له من التضامن مع شركائه في عقد الإيجار في وفاة الباعي من أجرة الأطيان المؤجرة إليهم جمياً متضامنين بحسب نص العقد ، ولكن المحكمة ذهب إلى أنه – لكي يكون للمصالحة هذا الأثر – يجب أن يقيم الصادرة له المصالحة – باعتبار أنه هو المتمسك بها – الدليل على أن من أصدرها يملك التنازل عن حق الوقف في إسقاف أجرة كل الأطيان 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 قبل للابطال إنما يقع على عاقد مدعى الإجازة . وإن فتوى كان الطاعن قد ادعى أن مورث المطعون عليها قد أجاز بعد بلوغه سن الرشد عقد البيع الذي عقدته وهو قاصر ، فإن الحكم المطعون فيه إذ ألقى 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 الذي أسسوا عليه دعواهم ، فلا يكون للمحكمة أن تتخذ من عجز منازعاتهم – وهم مدعى عليهم في الدعوى – عن إثبات ملكيتهم بالتقادم دليلاً قانونياً على ثبوت ملكية المدعين وهم المكلفوون قانوناً باثبات دعواهم (نقض مدنى 14 يونيو سنة 1945 مجموعه عمر رقم 266 ص 723 – وانظر أيضاً 10 أكتوبر سنة 1946 مجموعه عمر 5 رقم 97 ص 193 – 12 فبراير سنة 1947 مجموعه عمر 5 رقم 266 ص 538) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه متى كان ناظر الوقف الواضع اليد على العين مقرأً بتبنيتها الوقف ، فلا شأن لمدعى ملكيتها في مطالبة الناظر بكتاب ولا بإشهاد على الوقف . وعلى هذا المدعى وحده تقديم الدليل المثبت لدعواه ، وخصوصاً إذا كان الوقف قديماً صرحاً برجمع إلى ما قبل صدور لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في 27 مايو سنة 1897 التي أوجبت لأول مرة إجراء إشهاد عن الوقف لإثباته ، وكان قبلها إثبات الوقف خاضعاً لاحكام الشريعة الإسلامية التي لا تستلزم فيه كتابة ولا إشهاداً (نقض مدنى 23 يناير سنة 1947 مجموعه عمر 5 رقم 143 ص 316) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأن تقرير الحكم أن المدعى عليه لم يكسب ملكية الأطيان التي يطلب المدعين ثبوت ملكيتها لها بأى سبب من أسباب كسب الملك لا يفيد بذلك وبطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعين . فمتى كان الحكم ، إذ قضى بثبوت ملكية المدعين للأطيان موضوع النزاع ، قد أقام قضاياه على أن المدعى عليه لم يكسب ملكية هذه الأطيان بأى من عقدي شرائه أو بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة ، كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأشياء إلى المدعين من آخر كان قد اشتراها في حين أنهما ليسا من ورثته ، ولم يتحدث عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشترى وأخوه ، ولا عن كيفية إفادته ملكية المدعين ، متى كان الحكم قد أقام قضاياه على ذلك فإنه يكون قاصراً (نقض مدنى 15 فبراير سنة 1951 مجموعه 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 يدعى 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 مجموعه أحكام النقض 2 رقم 87 ص 478) . وقضت أخيراً بأنه بحسب المحكمة إذ هي قضت برفض دعوى الطاعنين أن تستند في ذلك إلى عجزهم عن إثبات سبب ملكيتهم دون أن تكون في حاجة إلى بيان أساس ملكية المطعون عليها التي لم تكن إلا مدعى عليها في الدعوى (نقض مدنى 6 مارس سنة

المدعى أن الظاهر يؤيد دعواه وينفي دفاع المدعى عليه ، فعندئذ ينتقل عبء إثبات الملكية إلى المدعى عليه <sup>(108)</sup> .

وكذلك الظاهر أن حق الملكية حال من أن ينقل بحق عيني . فالمالك إذا تمسك بهذا الظاهر لا يطالب بثباته . ومن يدعى خلاف الظاهر ، بأن يدعى مثلاً أن له حق ارتفاق <sup>(109)</sup> أو حق انتفاع أو حق رهن على العين ، كان عليه هو أن يثبت قيام لحق الذي يدعى ، ولو كان مدعى عليه في الدعوى الأصلية ، لأنه يدعى خلاف الظاهر <sup>(110)</sup> .

51 والثابت فرضاً كالثابت أصلًا وكالثابت ظاهراً : وقد يحل محل الأصل في نطاق الحقوق الشخصية ومحل الظاهر في نطاق الحقوق العينية وضع يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة قانونية يقيمها . فيكون الثابت فرضاً كالثابت أصلًا وكالثابت ظاهراً .

مثل ذلك أن يرفع المضروو دعوى تعويض على المكلف برقابة قاصر صدر منه عمل غير مشروع أصحاب المدعى بالضرر . وقد كان القياس يتضمن أن يثبت المدعى ، فوق العمل غير المشروع الصادر من القاصر ، تقصيرًا من المكلف بالرقابة في 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 ينبغي من العناية . وكذلك الحال في مسؤولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حارستها عناية خاصة ، كل هؤلاء فرض القانون في 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 (المواد 176 و 177 فقرة أولى و 178 من التقنين المدني) . والمدعى بدين لا يكلف

1952 مجموعة أحكام النقض 3 رقم 96 ص 560 ) . انظر أيضاً استناف مختلط 31 يناير سنة 1901 م 13 ص 133 – 14 – دسمبر سنة 1905 م 18 ص 41 – 26 أبريل سنة 1906 م 18 ص 221 .

(<sup>107</sup>) ديمولومب 29 فقرة 189 – لوران 19 فقرة 91 – بودري وبارد 3 ص 2060 ص 422 .

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

(<sup>109</sup>) استناف مختلط 15 يناير سنة 1903 م 15 ص 90 .

(<sup>110</sup>) بودري وبارد 3 فقرة 2060 ص 422 . هذا وقد قضت محكمة النقض بأن تعتبر العقارات بالخصوص وفقاً لنص المادة 688 مختلط داخلة ضمن الملحقات المشار إليها في المادة المذكورة ، وتتابع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعى ( نقض مدنى 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 في العقد هو السبب الحقيقي ، 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 ) .

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

ومن هذه المثلة نرى أن القرينة القانونية إذا كانت قابلة لإثبات العكس إنما تنتقل عبء الإثبات ممن يتسلّم بها إلى خصميه ، أما إذا كانت غير قابلة لإثبات العكس فإنها تعفي من يتسلّم بها من الإثبات إعفاء نهائياً ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات <sup>(111)</sup> .

76\$ 52- كذلك تكون البينة على من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلا : ومن يتسلّم بما هو ثابت أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً يمكن أن نقول إنه يتسلّم بما هو ثابت حكماً . وهو لا يكلف بالإثبات كما قدمنا ، بل من يدعي خلاف ما هو ثابت حكماً . وهو لا يكلف بالإثبات كما قدمنا ، بل من يدعي خلاف ما هو ثابت حكماً هو الذي يحمل عبء الإثبات . كذلك الحال

(111) يلاحظ الفقه الحديث أن القول بأن القرينة القانونية تنتقل عبء الإثبات إذا كانت تقبل إثبات العكس ، وتعفى من الإثبات عفاء نهائياً إذا كانت لا تقبل إثبات العكس ، هو قول تعوزه الدقة . ذلك أن القرينة القانونية سواء كانت قابلة لإثبات العكس أو غير قابلة ، تقتضي ممن يتسلّم بها إثبات وقائع معينة هي التي عينها القانون لقيام القرينة . فكان القرينة القانونية لم تعرف من الإثبات أو تنتقل عبئه ، وإنما هي نقلت الإثبات من محل إلى محل آخر (deplacement de prevue) ، فبدلاً من أن يثبت المدعى الواقعية المراد إثباتها يثبت واقعة أخرى متصلة بها ، وإثبات هذه الواقعية الأخرى يعتبره القانون إثباتاً للواقعية الأولى . فالقانون إذن ، كما نقدم القول ، لم يعف من الإثبات أو ينقل عبئه ، وإنما أبدل في الإثبات واقعة بأخرى ، ولا يزال من يحمل عبء الإثبات ملزماً بإثبات هذه الواقعية الأخرى ، لم يعف من إثباتها ولم ينتقل عبء إثباتها من عاتقه إلى عاتق خصميه ( انظر في 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 الاثبات 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 الديمة كما قدمنا ، فعليه إذن عبء إثبات الدين . فإذا ما أثبته حقيقة بسند مكتوب مثلاً ، فلا يجوز للمدين أن يدعى وفاء الدين ، أى خلاف ما هو ثابت حقيقة ، إلا إذا حمل عبء إثبات ما يدعى .

ولو أن المدين في المثل الذي قدمناه لم يكلف المدعى بإثبات الدين حقيقة ، بل دفع الدعوى بالمقاصة ، كان هذا بمثابة إقرار ضمني 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 في ذاته ، لا يؤدى إلى هدم النظر القديم . ففي القرينة القانونية القابلة لإثبات العكس ، ينتقل الإثبات من محل إلى محل آخر ، ولكن متى أثبتت المدعى الواقعه البديلة – كون المكلف بالرقابة مثلاً – انتقل عبء الإثبات فعلاً من عائقه إلى عائق المكلف بالرقابة ، فيصبح هذا مكلفاً أن يثبت أنه قام بواجب الرقابة . وفي القرينة القانونية غير القابلة لإثبات العكس ، ينتقل الإثبات أيضاً من محل إلى محل آخر ، ولكن متى أثبتت المدعى الواقعه البديلة – كون المسئول هو حارس الحيوان أو البناء أو الآلة الميكانيكية مثلاً – أفعلاً إعفاء نهائياً من إثبات الواقعه الأصلية ، وهى وقوع خطأ من هذا المسئول . ولا يقال أن هذا الإعفاء النهائي لا جدوى فيه للمدعى ما دام يبقى مكلفاً بإثبات الواقعه البديلة ، فإن الإعفاء في هذه الحالة له فوائد لا يستهان بها ، ذلك أن إثبات الواقعه البديلة يكون عادة أيسراً بكثير من إثبات الواقعه الأصلية ، فيكون المدعى في النهاية قد تخفف كثيراً من مؤونة الإثبات . على أننا سنرى عند الكلام في القرائن القانونية غير القابلة لإثبات العكس أن حقيقة هذه القرائن هو أنها قواعد موضوعية لا قواعد للإثبات .

(112) وقد آثرنا أن نستعمل هذا اللفظ (( فعلاً )) بدلاً من اللفظ (( عرضاً )) الذي استعملناه في 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 ثری أن البينة تكون على من يدعى خلاف ما هو ثابت فعلا ، حقيقة كان هذا الثبوت أو ضمنا .

53- استخلاص مبدأ عام فيمن يحمل عبء الإثبات : ونستطيع بعدها قدمناه أن نضع المبدأ الآتي : كل من يتمسك بالثبات حكمًا أصلًا أو ظاهرًا أو فرضًا أو بالثبات فعلا حقيقة أو ضمنًا لا يقع عليه عبء الإثبات . وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعى خلاف الثبات حكمًا أو فعلا ، لأنه يدعى خلاف الأصل أو المظاهر أو المفروض أو الثابت ، فوجب أن يحمل عبء إثبات ما يدعى (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 بالاثبات عملا من يحمل عبئه : متى تعين أى الخصمين يحمل عبء الإثبات ، وفقاً للمبدأ العام الذى قدمناه ، كان هذا الخصم \$78 هو المكلف باقامة الدليل بالطرق القانونية على صحة ما يدعى . فإذا ادعى شخص أنه أقرض شخصاً آخر مبلغًا من المال ، فعليه أن يثبت عقد القرض . ولكن هل معنى ذلك أن يثبت أيضاً أن عقد القرض حال من جميع أسباب البطلان ، وهذه ترجع إلى التراضي والمحل والسبب وإلى الأهلية وعيوب الارادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال ، ثم يثبت بعد ذلك أن العقد بعد أن العقد صحيحًا لم ينقض الدين الذى نشأ

(113) وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل خلوص الديمة ، وانشغالها عارض . ومن ثم كان لإثبات على من يدعى ما يخالف الثابت أصلًا أو عرضاً ( وفي اللغة التى اخترناها : حكمًا أو فعلا ) مدعياً كان أو مدعى عليه . فإذا رفع الموكل دعواه بندب خبير لتحقق الحسابات التى قيدها وكيله فى دفاتر الدائرة ، فهذه الدعوى لا تكون دعوى تحقيق حساب بين موكل ووكيله غایتها تعيين المبالغ التى قبضها الوكيل من أموال الموكل فانشغلت بها ذمته والمبالغ التى صرفها فى شؤونه فبرئت منها ذمة الوكيل . فهي لا تخضع ولابد 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 الثبات 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 يقروا لهم بدورهم الدليل على خلوص ذمته كلها أو بعضها . فإذا اعتمدت المحكمة على تقرير الخبير الذى آخذ 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 والتحديد 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 فسرعلى هذا النحو ، ينوء به الخصم . ولذلك تقضى الضرورة أن يقتصر الخصم على إثبات عقد القرض . وبعد ذلك يستعان بالقرائن التى قد تمناها . فما هو ثابت حكماً أو فعلاً لا يكفى باثباته ، ويترتب على ذلك أن القرض متى أثبته الدائن ، كان من الثابت حكماً أنه خال من أسباب البطلان ، فإذا ادعى المدين أن العقد قد لحقه سبب منها فعليه هو أن يثبت ذلك كما أسلفنا . ثم متى ثبت عقد القرض ، أصبح ثابتاً فعلاً ، فإذا ادعى المدين خلاف ذلك ، بأن ادعى أن الدين قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاض أو أنه قد لحقه أى تعديل ، فعليه هو عبء الإثبات كما تقدم القول (114) .

ونرى من ذلك أن عبء الإثبات لا يقل كاهل أحد الخصميين دون الآخر ، بل هو يوزع بين الخصميين على النحو المتقدم (115) . قد يقع هذا التوزيع بحكم \$ 79 الواقع بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضى عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصميه ، وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينتقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر وقد يقع أحياناً بحكم الاتفاق بين الطرفين.

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

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

(115) ويضع الأستاذ ديموج مبدئين أساسين في حمل عبء الإثبات . أولهما أن من يحمل هذا العبء لا يلتزم باثبات جميع الشروط الواجب توافرها لوجود الحق الذي يدعى ، بل يكفى 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 الواقعة استثنائية ومن يدعى غيره الراجح يحمل عبء ما يدعى ، ذلك أنه ادعى شيئاً بعيد الواقع ، ولكنه مع ذلك قد يقع ، فعليه هو أن يثبت وقوعه . والمبدأ الثاني في عبء الإثبات هو أن هذا العبء يحمله في كل حالة بالذات الخصم الذي يستطيع أن يضطلع به في أقل مشقة (le moins) ، أي في أقصر وقت وبأقل المضائق وبأيسر النفة (d'inconvenient) . ثم يذهب ديموج إلى وجوب عدم المبالغة في 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 ، وذاك التعاون لهذا يغلب فيه أن يكون ضرورياً ومتوجاً . والتعاون ليس مقصوراً فحسب على الخصوم فيما بينهم ، بل إن الخصوم يتعاونون أيضاً من مع القاضي في ذلك . ومن أجل هذا لا يستطيع القاضي أن يقضى بعلمه ، فإن ذلك يحرمه من تعاون الخصوم معه ( ديموج في 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 الشمن المذكور في العقد أنه قد دفع . فتقوم قرينة قضائية على أن واقعة دفع الشمن واقعة صورية . فينقق القاضي عبء الإثبات إلى الأب ، ليثبت مصدرًا معيناً دفع منه الولد الشمن ، أو أن حقيقة العقد هبة في صورة بيع وعندئذ يكون له حكم الهبة لا حكم البيع .

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

(3) أنكر الخصم أن الختم الموقّع به على الورقة هو ختمه . فعند ذلك يحمل الخصم الآخر عبء إثبات صحة الختم طبقاً للإجراءات المقررة في القانون . فإذا ثبت ذلك نقل القاضي عبء الإثبات إلى الخصم الأول ، ليثبت كيف وصل ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التي عليها التوقيع ، ويكون ذلك عن طريق دعوى \$80 التزوير التي يجب أن يسار فيها بطريقها القانوني 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 الذي يؤجر المنزل ويقبض أجنته ويدفع ضريته . فتقوم قرينة قضائية على أنه هو المائن للمنزل . وعند ذلك ينقل القاضي عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ليحضر هذه القرينة القانونية ، بأن يثبت مثلاً أن الخصم الأول إنما يؤجر المنزل ويدفع الضريبة لا لحسابه الشخصي بل لحساب المالك الذي يدير هو أعماله . وهكذا ينقل القاضي عبء الإثبات من خصم إلى آخر تبعاً لما يستخلص كل منهما من قرائن يكون من شأنها أن تلقى عبء الإثبات على خصمه .

(5) موظف فصل من وظيفته ، فيرفع دعوى على الحكومة يقول فيها إن فصله كان تعسفاً . ولما كان هو الذي يحمل عبء إثبات التعسف ، فإنه يستطيع في هذا السبيل أن يطلب ضم ملف خدمته ليثبت منه تقدير الرؤساء لكتفاته ومن الناحية الحلقية ، نقل القاضي عبء الإثبات إلى الحكومة لتقول هي بدوره لأى سبب بالذات قد فصلته . فان ذكرت الحكومة سبباً معيناً لفصله ، نقل عبء الإثبات إلى المدعي ، لثبت أن هذا السبب غير صحيح أو أنه لا يكفي بفرض صحته

للفي 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 يتکفل القانون بتحليل عناصر الإثبات وتوزيعها على الخصميين 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 يساوى قيمة الديون أو يزيد عليها )) . فالدائن إذن يحمل عبء إثبات مقدار ما في \$ 81 ذمة المدين من ديون . وعندئذ ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ، ويكون عليه أن يثبت أن له مالا يفوي بمجموع هذه الديون . وبمقدار كثرة الديون التي يستطيع الدائن إثباتها في ذمة المدين ينتقل عبء المدين في إثبات أن ماله يفوي بديونه . فان عجز عن هذا الإثبات اعتبر معسراً .

(2) يريد الحائز أن يثبت أنه كسب الملكية بالتقادم ، أى أن يثبت أن حيازته استمرت المدة التي حددها القانون ل تمام التقادم . هنا أيضاً يتکفل القانون بتوزيع عناصر الإثبات على الخصميين . فقد نصت المادة 971 من التقنين المدني على أنه (( إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة حالا ، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمدين ، ما لم يقم 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 الزمدين . وينتقل بذلك عبء الإثبات إلى الخصم الآخر . ويكون عليه أن يثبت أنها انقطعت في هذه المدة .

(3) إذا أمن شخص على حياته ، ثم انتحر ، برئ ذمة المؤمن ( شركة التأمين ) من التزامه بدفع مبلغ التأمين إلى المستفيد . ومع ذلك لا تبرأ مة المؤمن من هذا الالتزام إذا كان سبب الانتحار يرجع إلى فقدان إرادة المنتتحر . فإذا مات المؤمن على حياته وادعت شركة التأمين أنه مات منتحرًا فبرئ 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 المدني على ما يأتي: ((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 مبلغًا يساوى قيمة احتياطي التأمين . (2) فإذا بأكمله. وعلى المؤمن أن يثبت أن المؤمن على حياته مات منتحرًا ، وعلى المستفيد أن يثبت أن المؤمن على حياته كان وقت انتحره فاقد الإرادة )) . فشركة التأمين تحمل إذن عبء إثبات أن المؤمن على حياته قد انتحر . وعندئذ يفرض القانون فرضاً قابلاً لإثبات العكس أن الانتهار كان بارادة المتحرر ، وأن هذا لم يكن فاقد الإرادة وقت انتحره . فينتقل عبء

( م 6 الوسيط 2 )

\$82 الإثبات إلى المستفيد . وعليه أن يثبت ، حتى يستحق مبلغ التأمين بأكمله ، أن المتحرر كان وقت انتحره 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 الخصميين ، إذ تنص المادة 91 من التقنين المدني على ما يأتي : (( ينبع التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك )) . فعلى الخصم الآخر الذي قبل الإيجاب أن يثبت أن قبوله وصل إلى الموجب في وقت سابق على الوقت الذي علم فيه بعدل 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 في أن الثمن المذكور في عقد البيع صوري ، وأن البيع قد صدر في مرض الموت فيكون وصية ، ومن ثم لا ينفذ إلا من ثلث التركة . يوزع القانون عبء الإثبات هنا أيضاً بين الورثة والمشتري . فقد نصت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة 916 على ما يأتي : (( 2 - وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني

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

قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجتنبي الطرق ، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السندي إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . ٣- وإذا ثبتت 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 مالم توحد أحكام خاصة تخالفه )) . فالورثة إذن يحملون عبء إثبات أن البيع قد صدر في مرض الموت . ومتى ثبتوا ذلك قالت 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 يتجاوز \$83 ثلث التركة ، وإلا فان البيع ، فيما تجاوز فيه زيادة قيمة البيع على الثمن ثلث التركة ، لا يسرى في حق الورثة ( م 477 مدنى ) .

ونرى من الأمثلة التقدمة أن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ليست في الواقع إلا توزيعاً لعبء الإثبات بين الخصميين ، يتکفل 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<sup>(117)</sup> بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون

(117) 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 يدعى بها . 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 خصميه (n'a pas été modifié ou restreint au profit de son adversaire) ( أوبري ورو 12 فقرة 749 ص 84 وص 86 – ص 90 ) .

ويتعارض بارتان ( ص 84 حاشية رقم 19 مكرر ) على التمييز ما بين الواقعية التي أنشأت الحق ، ويلقى على المجرى عبء إثباتها ، والواقعة التي تتكون قد منعت من نشوء الحق أو تكون قد عدلت أو قيدت منه ، ويحمل المدعى عليها فيها عبء الإثبات . ويقول إن هذا التمييز لا ينبع له ، وإذا كانت نزمع أن نطلب من المدعى إثباتاً كاملاً فينبغي أن يثبت جميع الواقع 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 quinques ) يعارض بارتان على ما جعل أوبري ورو عبء الإثبات فيه على المدعى عليه ، وستعرض في هذا الصدد فروضاً مختلفاً يخلص منها إلى أن عبء الإثبات فيها إنما يقع على المدعى لا على المدعى عليه ، وينتهي بالعبارة الآتية : (( وبعبارة موجزة ، أيًّا 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 عائق المدعى عليه تبدو

84\$ منها الواقعة مصدر الحق المدعى به . وليس الحقيقة القضائية التي يتولى إثباتها بالحقيقة المطلقة التي لا يدخلها الشك . فالقانون لا يطلب المستحيل . وإنما يكتفى من يحمل عبء الأثبات أن يقنع القاضى بأن الأمر الذى يدعى به مرجح الواقع بحيث يكون من المعقول التسليم ب الواقعه فعلا ، وينفى القاضى ما بقى من شك يحوم حول الأمر بأن ينقل عبء الأثبات إلى الخصم الآخر ، ليثبت أنه ، بالرغم من الظواهر التى ترجح وقوع الأمر ، نوجد قرائن أخرى تجعل الراجح مرجحاً . ثم يرد عبء الأثبات إلى الخصم الأول ، ليهدم هذه القرائن . 85\$ بقراين أخرى تعيد للأمر كفة الرجحان . وهكذا يتقاذف الخصمان الكرة ، كل منهما يدفعها إلى صاحبه ، إلى أن يعجز أحهما عن ردتها ، فتسقط من يده ، ويسحل على نفسه الخسارة (118) .

لنا – وهذا أقل ما يمكن أن أقول – قاعدة مشكوكاً فيها غير متماسكة )) . ثم في حاشية ثلاثة ( رقم 19 مكرر سادساً (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 المتنسق به أو تقديره لمصلحة الخصم (modification ou restriction au profit de l'adversaire du droit invoque) – فيقول لو أن دانتناً بأبرأ ذمة مدينه لإعسار طارئ محتفظاً بالحالة التي يعود فيها المدين إلى اليسار ، ثم طالب المدين بعد يساره ، فإن على الدائن أن يثبت أنه استنقى الصفة المدنية لحقه ، وليس على المدين أن يثبت أن الدين قد تحول بإبراء الذمة إلى التزام طبيعي ولو كان الإبراء مقروراً بتحفظ .

ثم ينتهي بارتان ( في الحاشية رقم 20 مكرر ) إلى عرض ما يقتربه 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 كخلاف ما بالطرد بعد ضياعه أو فقده ، أو إثبات واقعة مادية ليستخلص منها إما علاقة السببية بين واقعتين ، أو نسبة معينة بين قيمتين تكون المقارنة بينهما من شأنها أن تتشكل التزاماً بالرد أو التزاماً بالإسعاف والمساعدة أو إنفاساً لالتزامات مرهقة أو تفسيراً فرضه القانون أو ارتضاه الطرفان باختيارهما علمية قانونية ..... ويسجن أن نحل ما صدر من أحكام القضاء في هذه المشاكل تحليلاً وصفياً . وسيؤدي هذا التحليل دون شك ، إذا تعمقتا فيه إلى المدى الممكن تصوره ، إلى تحديد ما أسميه (( أسراراً طبيعية من الخصومات )) (familles naturelles des litiges) . فإذا عرض للمشغول بالقانون مسألة جديدة غير متوقعة في توزيع عبء الإثبات ، أمكنه أن يجد من بين هذه (( الأسرار الطبيعية )) ما يصلح لمقارنة الجديد به ، بل ما يصلح أن يعتبر سابقة قضائية حقيقة لشدة المشابهة ، فيقيس الجديد عليه ، ويصل من هذا القياس إلى الحل المنشود . (قارن بلانيول وريبير وبولانجيه 2 فقرة 2177) .

(118) وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا المعنى ما يأتي : (( ويتين من ذلك أن مهمة كل خصم في الدعوى هو أن ينقل عبء الإثبات إلى خصميه . 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 بأمررين :

(أولا) بتحليل الواقع المراد إثباتها إلى عناصر متعددة يتوزع بين الخصميين 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 <sup>(119)</sup> .

57 \$ تعين 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 يقضى 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 . «نرى من ذلك أن الحقائق القضائية ليست إلا حقائق نسبية ، شأن سائر الحقائق » ( الموجز ص 651 ) .

(119) في رسالة حديثة ( موتيلسكي Motulsky في نظرية العناصر المكونة للحقوق – باريس سنة 1948 ) ، اتخد المؤلف هذه العناصر أساساً لرأى ذهب إليه في مسألة عبء الإثبات .

فهو يميز بين مرحلتين : عبء الادعاء ( charge de l' allegation ) وUBE الإثبات ( charge de prevue ) .

1 – فUBE 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 أُغفل شيئاً من هذه العناصر ، رفضت دعواه . ومن ثم يظهر المعنى المقصود بعبارة (( عبء الادعاء )) ، فالمدعى يحمل عبء ادعاء جميع العناصر المكونة للحق الذي يدعوه ، 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 وفوق 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 ((UBE الإدعا )) نوعان : إعفاءات عقلية ( dispenses rationnelles ) وإعفاءات قانونية ( dispenses legales ) . فهناك شروط لابد من توافرها لوجود الحق المدعى به ، ولكنها شروط يجب عقلاً وبدهة ( 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 ) ، فيعنى المدعى من تضمين إدعائه لها إلى أن ينماز فيها المدعى عليه . أما الشروط التي تميز الحق المدعى به وتنحصر فيه 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 ، فيعني المدعى من إثبات هذا العنصر . على أن أكثر (( الإعفاءات القانونية )) لا نص عليها ، ولكنها تستخلص من ثانيا النصوص ( elle doit etre deceleee par l'exegese ) ، فحيث يعده 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 التقاضي ووقفه والشرط والأجل والتعسف في استعمال الحق والوصية . ويخلص المؤلف من ذلك إلى وضع القاعدة الآتية في ((UBE الادعاء )) : (( على الخصم الذي يطالب بحق أن يضمن ادعاءه جميع الظروف التي تقابل العناصر المكونة لهذا الحق ، ما لم يوجد لديه إعفاء عقلى أو قانونى )) .

87\$ قرينة قانونية تنقل عبء الإثبات إلى الخصم معين حماية للشخص الآخر ، أن يتفق الطرفان مقدماً على إلغاء هذه القرينة ، وإعادة عبء الإثبات إلى من كان ينتفع بها ، فينزل بذلك عن الحماية التي منحها له القانون ، ويكون في هذا تعديل اتفاقي لقواعد عبء الإثبات ، وهو صحيح قانوناً .

ونأتي بأمثلة لذلك : (1) الأصل في الضرر الذي يحدثه الحيوان أن حارس الحيوان هو المسئول عنه ، إلا إذا أثبت هذا أن وقوع الضرر كان بسبب أحني (م 176 مدنى) ولكن يجوز الاتفاق مقدماً على نقل عبء الإثبات إلى :

هذا هو (( عبء الإدعاء )) من حيث المبدأ . أما من حيث التطبيق : فالمدعي إما أن ينوه بعبئه ، فلا يضمن ادعاءه ، بعد جميع الإعفاءات ، العناصر الازمة ، فيخسر دعواه دون انتقال إلى مرحلة الإثبات . وإنما أن يقوم بعبئه ، فيضمن ادعاءه العناصر الازمة . عند ذلك يأتي دور المدعي عليه . وهذا إما أن ينمازع في الواقع المدعاة ، فإذا كسب المدعي دعواه دون أن ينتقل إلى مرحلة (charge de la preuve) ، أى عليه أن ينمازع منازعة جدية في أحد العناصر المدعاة ، وإنما أن ينمازع في هذه الدعوى المقابلة- (contestation) الإثبات . وإنما أن يقر بالحق المدعي به ولكن يدعى أن هذا الحق قد انقضى أو لحقه تعديل ، فعليه في هذه الدعوى المقابلة- (contre) عبء الادعاء المقابل ، وعليه أن يضمن ادعاءه جميع العناصر المطلوبة ، وعلى المدعي أن يقف من هذا الادعاء المقابل موقف المنازع أو موقف من يدعى ادعاء مقابل آخر ، وهكذا . وينتهي القاضى إلى تصفية (( نقط النزاع )) (faits litigieux). وهذه هي الواقع المنتجة في الدعوى والتي بقيت محل للنزاع بين الخصميين . وعند ذلك ينتقل القاضى إلى مرحلة الإثبات .

= ب – وعبء الإثبات يقتصر على ((نقط النزاع)) بعد حصرها على الوجه المقدم . فهناك ((نقط النزاع)) تختلف عن تصفية ادعاء المدعي فيحمل المدعي عبء إثباتها . وهناك ((نقط النزاع)) أخرى تختلف عن تصفية ادعاء المدعي عليه فيقع عبء إثباتها على المدعي عليه . وهكذا يتوزع عبء الإثبات بين الخصميين ، كل يحمل نصيبه منه . وتتناول نظرية الإعفاء عبء الإثبات كما تناولت عبء الادعاء . غير أن الإعفاء هنا لا يكون إلا إعفاء قانونيا (dispense légale) ، أما الإعفاء العقلي (dispense rationnelle) فيمتنع ، لأنه في عبء الادعاء لا يقوم مع قيام النزاع ، والنزاع هنا قائم فرضاً . فيعفى كل من الخصميين من إثبات الأوضاع الخالفة التي عمد القانون إلى تنظيمها ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك .

وإذا كان الدليل الذى ينقم به من يحمل عبء الإثبات دليلاً مقنعاً للقاضى ، 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 الذى يتقدم به صاحب الرسالة المقدمة الذكر . وليس فى هذا الرأى نصيب كبير من الابتداع ، وإن كان فيه كثير من الترتيب والتنسيق . فتصفية ادعاءات كل من الخصميين قبل الانتقال إلى مرحلة الإثبات ، وتحديد نقط النزاع بعد هذه التصفية ، وتوزيع عبء الإثبات بين الخصميين ، فيه ترتيب منسق وتسلسل منطقى للمسائل التى ينطوى عليها عبء الإثبات . ولكن المسألة الجوهرية فى عبء الإثبات – التى رأينا ديموج يعالجها طريق فكرى الرجحان (vrqisemblance) (familles) والاضطلاع بأقل مشقة (le moins d'inconvénients) ، ورأينا بارتان يواجهها بالأسر الطبيعية للخصومات (modification d'une) naturelles de litiges ، ويعمد جنى إلى تحويل عبء الإثبات فيها لمن يريد تعديل وضع مكتسب (un fait contre) situation acquise) ، ويعدم بارد إلى تحويل هذا العبء لمن يتمسك بواقعة مخالفة للوضع المألوف المعتاد (contre lequel l'état normal et habituel) ، كما يعمد تفنيه (Thevenet) إلى تحويل العبء لمن يقوم الظاهر ضده

88\$ المضرور . فيصبح 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 الذي يحدث أثناء النقل للشخص أو الشئ الذي ينقله ، والمسئولية هنا مسئولية عقدية ، فعلى أمين النقل إذن يقع عبء الإثبات . ولكن يجوز الاتفاق مقدماً ما لم يكن هذا شرط إذعانـ على نقل عبء الإثبات من أمين النقل إلى المتعاقد معه ، فيصبح هذا هو المكلف باثبات خطأ في جانب أمين النقل على أساس المسئولية العقدية لا المسئولية التنصيرية . (3) إذا جاوز الضرر قيمة التعريض الاتفاقى (الشرط الجزائى) ، فلا يجوز للدائى أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشـاً (م 231 مدنى) . ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدماً على نقل عبء الإثبات من الدائى إلى المدين ، فيكون للدائى أن يطالب بقيمة الضرر التي جاوزت قيمة الشرط الجزائى ما لم يثبت المدين أنه لم يرتكب غشـاً . (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 في جانبه (120) ، وبذلك يتحول التزام المستأجر من التزام بتحقيق غاية إلى التزام ببذل عناء (121) .

وكما يقع التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الإثبات مقدماً قبل حصول النزاع على التحوـى الذى قدمناه ، كذلك يصح أن يقع هذا التعديل أثناء النزاع . فيجوز لخصم لم يكن فى الأصل مكلفاً باثبات واقعة أن يتطوع لإثباتها ، فإذا أجابه القاضى إلى طلبه فليس له بعد ذلك أن يحتاج بأنه غير مكلف قانوناً بالإثبات . ذلك أن تطوعه لإثبات الواقعـة مع سكوت خصمـه يكون بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه ، فيلزمـه أن يضطلع بهذا العبء . وقد قضـت محكمة النقض بأن القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وإذن فمتى كان الطاعـن قد طلب من \$ 89 المحكمة أحـالـة الدعوى على التحقيق لإثباتـ ما يدعـيه ، فليس له أن ينـعـى بعد ذلك علىـ الحكمـ بـاجـابـتهـ إلىـ ماـ طـلـبـ ،ـ حتـىـ ولوـ كانـ فيما طـلـبـ مـتطـوعـاًـ لـاثـباتـ ماـ هوـ غـيرـ مـلـزـمـ بـحملـ عـبـئـهـ (122) .

(120) اـنـظـرـ الـدـكـتـورـ سـلـيـمـانـ مـرـقـسـ فـيـ شـرـحـ عـقـدـ الإـيجـارـ الطـبـعـةـ الثـانـيـةـ سـنـةـ 1954ـ فـقـرـةـ 233ـ صـ 417ـ –ـ صـ 418ـ .

(121) اـنـظـرـ الـجـزـءـ الـأـوـلـ مـنـ الـوـسـيـطـ فـقـرـةـ 440ـ صـ 677ـ .

(122) نقـضـ مـدـنـىـ 26ـ نـوـفـمـبرـ سـنـةـ 1953ـ مـجـمـوعـةـ أـحـكـامـ النـقـضـ 5ـ رـقـمـ 28ـ صـ 203ـ .

### ثالثاً طرق الإثبات

#### 1 ما هي طرق الإثبات (سلطة الخصوم وسلطة محكمة النقض في شأنها)

58 طرق الإثبات التي رسمها القانون واجراءاتها وقووكل طرق منها : رسم القانون طرق اثبات المختلفة . وهو سبعة : (1) الكتابة *ecrit* (2) الشهادة أو البينة *temoignage* (3) *presomptions* (4) القرار *aveu* (5) اليمين *serment* . *constatation* (6) المعاينة

ونبادر إلى استبعاد المعاينة من بين موضوعات القانون المدني ، إذ هي لا تنطوى إلا على إجراءات اصطلاح على جعلها كلها من مباحث قانون المرافات ، سواء في ذلك ما تعلق منها بانتقال المحكمة للمعاينة *visite des lieux* (م 185 — 188 مرافات ) أو ما تعلق بالمعاينة الفنية التي يقوم بها الخبراء *expertise* (م 225 90\$ 252 مرافات ) .  
فتكون طرق الإثبات التي تعالج في القانون المدني هي **الخمسة الأولى** . وتعين هذه الطرق وتحديد قيمة كل طرق منها من مسائل القانون المدني ، أما الإجراءات التي رسمها القانون للسير في كل طريق فمن مسائل قانون المرافات ولا شأن لنا بها هنا .

والكتاب من أقوى طرق الإثبات ، ولها قوة مطلقة إذ يجوز أن تكون طرفاً لإثبات الواقع القانونية والتصيرات 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 وفيسائر 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 لا يأخذ به ( نقض مدنى 19 نوفمبر سنة 1931 مجموعة عمر 1 رقم 2 ص 6-19 ) .  
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 1 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 تقيين المرافات إذ قضت الفقرة الثانية من المادة 31 ، في تقدير الدعوى المتعلقة بالعقار ، بأنه إذا كان العقار غير مربوط عليه ضريبة قدرت قيمته بحسب المستدات التي تقدم أو بواسطة خبير ) ، أو كان تعيين =

ومن مزايا الكتابة أن يمكن إعدادها مقدماً للإثبات منذ نشوء الحق دون الترخيص إلى وقت المخاصمة فيه ، ولذلك سميت بالدليل المعد *prevue preconstituee* . وقد أوجبها القانون بوجه عام طرفةً للإثبات في الأحوال التي يمكن فيها إعدادها مقدماً ، وهي الأحوال التي يكون فيها مصدر الحق تصرفات قانونية ، فان 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 للنسبيان . على أن الكتابة ، إذا خلت مما يلحق الشهادة من كذب \$91 أو اضطراب أو نسيان ، لا تخلي هي أيضاً من احتمال التزوير . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات معينة للطعن في الكتابة بالانكار أو بالتزوير (م 253\_291 مرافعات) .

أما الشهادة أو البينة فقد كانت من أقوى الأدلة في الماضي كما قدمنا ، ثم تزلت للأسباب التي بیناها إلى مكان أدنى . فهي طريق للإثبات ذو قوة محدودة ، إذ لا يجوز إثبات التصرفات القانونية بها إلا في حالات استثنائية ، ولا يثبت بها إلا الواقع القانوني لأنها أعمال مادية فجأة إثباتها ببینة لموقع الضرورة<sup>(124)</sup> . وقد حاطها المشرع بضمانات عدّة ، فرسم إجراءات دقيقة لسماع الشهود (م 189\_224 مرافعات) ، وفرض عقوبة على شهادة الزور ، وترك للقاضي التقدير الأعلى في الأخذ بها إذا أقنعه أو في اطراحها إذا هو لم يقنع .

أما القرائن فهي طريق للإثبات غير مباشر ، لأن الجسم لا يثبت فيها الواقعه ذاتها محل النزاع بل واقعة أخرى متصلة بها يرى القانون أو القاضي أن في إثباتها إثباتاً للواقعه الأولى وهو الواقعه محل النزاع إثباتاً غير مباشر . والقرائن قسمان : قرائن قانونية يقررها القانون بنص فيه ،

= الخبير هو الوسيلة الوحيدة للجسم في إثبات مدعاه فعند ذلك لا يجوز رفض تعين الخبير بغير سبب مقبول (نقض مدنى 5 يناير سنة 1936 مجموعة عمر 1 رقم 312 ص 1020) . انظر أيضاً الماده 836 مدنى ونقضي بأن تذهب المحكمة ، إن رأت وجهاً لذلك ، خيراً لقسمة المال الشائع ، وفي الكثرة الغالبة من الأحوال يكون هناك وجبه تعين الخبير .

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

(124) ومع ذلك فقد يوجب القانون الإثبات بالكتابة في بعض الواقعه المادية كما فعل في إثبات البنوة (م 323 فقرة 2 و م 341 فقرة 3 مدنى فرنسي) ، وقد يجيز الإثبات ببینة في مناسبة تصرف قانوني كالغلط والتلبيس وافکراه إذا شاب عيب منها التصرف القانوني لأن هذه العيوب في الواقع إلا وقائع مادية (بلانيول وريبير وبولانجييه 2 ص 2166) .

وقرائن قضائية يستنبطها القاضى من وقائع الدعوى وظروفها وله حرية واسعة فى 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 تنطوى فى كثير من الأحوال على وقائع مادية ملموسة لا يتطرق إليها الكذب أو الاضطراب كما يتطرق إلى الشهادة ، إلا أنها تقوم على أساليب دقيقة من الاستنباط لا يؤمن فيها العثار . ومن ثم جعلت القرائن ، من حيث قوتها فى الإثبات ، بمثابة الشهادة ذات قوة محدودة ، ولا يجوز قبولها إلا حيث تقبل الشهادة . ولم يرسم قانون المرافعات للقرائن إجراءات معينة ، فجميع الأحكام الخاصة بها أحکام موضوعية وهى متناثرة فى جميع نواحى القانون .

أما الاقرار فإنه إذا صدر من الخصم على نفسه بحق لخصمه ، لا يكون فى الواقع من الأمر طریقاً لاثبات هذا الحق ، بل إعفاء من إثباته ، ونزولاً من الخصم المقر عن حفظ فى مطالبة خصميه باثبات ما يدعى . ولما كان الاقرار نزوى عن حق المطالبة بالاثبات ، فهو من جهة يقبل فى الواقع المادة والظروف القانونية على السواء ، وهو من جهة أخرى يكون حجة قاصرة على المقر دون غيره ، فهو وحده الذى نزل عن حق المطالبة بالاثبات ، وقد يكذب فى إقراره فيقر بشئ فى حق نفسه تخلصاً مما هو أشد أو إلحاضاً للضرر بغيره . وقد رسم قانون المرافعات إجراءات خاصة تمهد للإقرار ، هي إجراءات استحواب الخصوم .

(125) يرى أوبرى ورو أن الواقعة التى يعتبرها القانون ثابتة بفضل قرينة قانونية قاطعة لا تكون ملائمة لاثبات ، ومن ثم لا تكون القرائن القانونية القاطعة طریقاً لاثبات بالمعنى الصحيح . أما القرائن القانونية البسيطة ، وهى التى يجوز إثبات عكسها ، فلا تكون هي أيضاً طریقاً لاثبات ، بل هي طریق 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 = واقutan : واقعة أصلية وهى الواقعة محل النزاع ، وواقعة بديلة وهى الواقعه الواجب على الخصم إثباتها ويكون فى هذا إثبات إثبات للواقعة الأصلية . ففيما يتعلق بالواقعة البديلة ، لا يكزن 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 ، وتنبت الواقعه الأصلية ثبوتاً غير مباشر عن طریق إثبات الواقعه البديلة . ولا فرق ما بين القرينة القانونية القاطعة والقرينة البسيطة ، في 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 ، تفسح المجال لإعادة هذا العباء إلى الخصم الأول بعد أن كان قد أُعفى من الإثبات ، وذلك إذا ما اضطط الخصم الآخر بعهده . أما بالنسبة إلى الواقعة البديلة فالقرينة القاطعة والقرينة البسيطة سواء : فى الاثنين يعين إثبات الواقعه البديلة إثباتاً مباشراً .

ولما كانت العبرة فى الإثبات إنما تكون الإثبات الذى ينصب مباشرة على الواقعه الأصلية ، فقد اعتبرنا هذا المعنى فى القرائن القانونية ، وآثثنا فى الترتيب الذى توخيه أن نجعل هذه القرائن ، لا طریقاً لاثبات ، بل طریقاً لإعفاء من الإثبات ، إذ هي جمعياً تعفى من إثبات الواقعه الأصلية إثباتاً مباشراً ، على وجه نهائى فى القرائن القاطعة وعلى وجه مؤقت فى القرائن البسيطة .

93\$ (comparution interrogatoire) واستحضارهم شخصياً أمام القاضى (personnelle) 166 م 174 م رفعت .  
174 م رفعت .

بقيت السفن . ويمكن القول منها إنها طريق للإثبات من وجوه أربعة : إذا إذا حلفها من وجهت إليه فقد ثبت حقه بيمنه ، وإذا نكل دون أن يردها فقد ثبت حق خصمها بنكتو له ، وإذا ردها إلى الخصم فحلف فقد ثبت حق الخصم بيمنه ، وإذا ردتها إلى الخصم فلم يحلف فقد ثبت حقه بنكتول خصمها . على أن الواقع من الأمر أن اليمين كإقرار ليس طريراً للإثبات ، لأن توجيه اليمين إلى الخصم أو ردتها عليه إنما هو احتجام إلى ذمته ، فان حلف كان هذا تحمل للحق ، وإن نكل كان هذا بمثابة الإقرار . ومن ثم يقبل توجيه اليمين في الواقع المادي والتصرفات القانونية على السواء ، شأن اليمين في ذلك شأن الإقرار . وقد رسم قانون المراجعت الإجراءات الالزمة في تحليف اليمين (م 175 184 م رفعت ) .

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 للتتعديل بالاتفاق فيما بين الخصوم ؟ هذا ما نتغلل الآن إليه .

94\$ 59 الاتفاques الخاصة بطريق الإثبات <sup>(127)</sup> : يذهب الفقه الفرنسي إلى القول ببطلان هذه الاتفاques . وحجته في ذلك أن طرق الإثبات تتعلق بحسن تنظيم القضاء والتعرف على خير السبل التي يهتدى بها القضاة إلى الحقائق ، ومن ثم تكون القواعد التي تعين هذه الطرق

(126) وللخصم أن يختار من طرق الإثبات ما يجيئه القانون . وهو إذا اختار طريقاً منها ، ولم يتوافق فيه أو عدل عنه ، فله أن يلتجأ إلى طريق آخر ، وذلك إلا في اليمين فسوى 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 يلتجأ إلى طريق آخر لإثبات حقه ، سواء أكان قد عجز عن الإثبات بالطريق الذي سبق الترجيح 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 يدعوه الخصوم . ويبينى على ذلك أنه إذا لم يباشر الخبير المحاسب عمله بسبب عدم إيداع الخصم الأمانة المقدرة ، فإن ذلك لا يمنع الخصم المقصى في إيداع الأمانة من أن يستبدل بهذا الطريق طرفاً آخر للإثبات . ويبعين على القاضي أن يبحث هذه الطرق ، غالباً النظر عن الإجراء الذي سبق اتخاذها ولم يتم (استئناف مختلط 9 ديسمبر سنة 1931 م 44 ص 56) .

(127) نظر في هذه المسألة سسيوريانو (Sessioreano) في الاتفاques الخاصة بإثبات براءة ذمة المدين ، رسالة من باريس سنة ذ 920 – ليال (Le Balle) في الاتفاques الخاصة بطرق الإثبات في القانون المدني ، رسالة من باريس سنة 1923 – وسنعود إلى معالجة المسألة من ناحية جواز الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث تجب الكتابة أو الاتفاق على الإثبات بالكتابية حيث تجوز البينة عند الكلام في البينة والقرائن .

وتحدد قوّة كل منها قواعد تتعلق بالنظام العام ، ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها <sup>(128)</sup> . بل يذهب فريق من الفقهاء في فرنسا إلى بطلان الاتفاques المعلقة بقواعد الإثبات كافة ، ليس فحسب القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، بل أيضًا القواعد المتعلقة بتحديد الواقع المراد إثباتها وبتعيين من من الخصوم يحمل عبء الإثبات <sup>(129)</sup> ، وهي القواعد التي سبق أن قررنا أنها لا تتعلق بالنظام العام . ولكن القضاء الفرنسي يذهب إلى القول بصحّة الاتفاques الخاصة بطرق الإثبات كغيرها التي تتعلق بعهـد الإثبات وبالواقعـة المراد إثباتها . ولا يستثنى من ذلك إلا الاتفاques الخاصة بقواعد لا يختلف أحد في أنها متعلقة بالنظام العام ، كالقواعد الخاصة بإثبات الميلاد والوفاة والزواج وإثبات النسب والقواعد الخاصة بوجوب مناقشة الأدلة التي يقدمها الخصوم وبقوّة الأوراق الرسمية ونحو ذلك <sup>(130)</sup> . وينهض لتوجيهه الرأى الذي يذهب إليه القضاء الفرنسي اعتبارـان : أولهما أن الأصل في موقف القاضـي من الدعوى الحيـاد كما تقدم القـول ، والخصـمان هـما اللـدان يقـفان مـوقـعاً إيجـابـياً ، فـلـهـما أن يـسـيراـ علىـ القـوـاعـدـ التيـ رـسـمـهـاـ القـانـونـ لـلـإـثـبـاتـ ،ـ وـلـكـنـ لاـ عـلـيـهـمـاـ أـنـ يـخـالـفـ هـذـهـ القـوـاعـدـ بـاـتـفـاقـ بـيـنـهـمـاـ إـلـىـ قـوـاعـدـ أـخـرـ يـرـيـاهـاـ أـقـرـبـ إـلـىـ أـدـاءـ العـدـالـةـ \$95ـ وـمـحـيـصـ الـحـقـائقـ <sup>(131)</sup> . والاعتـبارـ الثـانـيـ أنـ إـثـبـاتـ الـحـقـ لاـ يـرـيـدـ فـيـ الـخـطـرـ عـنـ الـحـقـ ذـاتـهـ ،ـ وـمـاـ دـامـ صـاحـبـ الـحـقـ يـسـتـطـعـ النـزـولـ عـنـهـ ،ـ فـيـكـفـ لـاـ يـسـتـطـعـ الـاـتـفـاقـ مـعـ خـصـمـهـ عـلـىـ طـرـيـقـ مـعـيـنـ لـإـثـبـاتـ هـذـاـ الـحـقـ !

ومن ثم فقد حكم القضاء الفرنسي بصحّة الاتفاـقـ الخـاصـ بـإـثـبـاتـ بـرـاءـةـ ذـمـةـ الـوـكـيلـ بـطـرـقـ أـيـسـرـ مـنـ تـلـكـ التـيـ رـسـمـهـاـ القـانـونـ فـيـ الـقـوـاعـدـ الـعـامـ لـلـإـثـبـاتـ وـفـيـ الـقـوـاعـدـ الـخـاصـ بـعـقـدـ الـوـكـالـةـ <sup>(132)</sup> . وـحـكـمـ أـيـضاـ بـحـوـازـ الـاـتـفـاقـ عـلـىـ إـثـبـاتـ بـطـرـيـقـ أـيـسـرـ مـاـ قـرـرـهـ القـانـونـ :ـ كـالـبـيـنـةـ بـدـيـلـاـ مـنـ

<sup>(128)</sup> انظر رسالة سسيوريانو (Sescioreano) المتقدم ذكرها ص 39 .

<sup>(129)</sup> انظر رسالة ليـالـ (Le Balle) المتـقدمـ ذـكـرـهـاـ صـ 134ـ —ـ بـيـانـ وـبـرـوـ 9ـ فـرـةـ 1153ـ —ـ فـرـةـ 1154ـ .

<sup>(130)</sup> بـيـانـ وـبـرـوـ 9ـ فـرـةـ 1153ـ .

<sup>(131)</sup> أما إذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، وخلاف القاضـيـ منـ تـلـقـاءـ نـفـسـهـ القـوـاعـدـ التيـ رـسـمـهـاـ القـانـونـ فـيـ إـثـبـاتـ وـسـكـتـ الخـصـمـ ولم يـعـتـرـضـ ،ـ فـلاـ يـعـتـرـ ذـلـكـ اـنـقـاقـاـ بـيـنـهـ وـبـيـنـ خـصـمـهـ عـلـىـ مـخـالـفـةـ قـوـاعـدـ إـثـبـاتـ ،ـ بـلـ نـزـولاـ بـارـادـةـ مـنـفـرـدـةـ عـنـ حـقـ الـاـعـتـرـاصـ (ـ بلاـيـوـلـ وـرـيـبـيرـ وـجـابـولـ 7ـ فـرـةـ 1428ـ صـ 856ـ هـامـشـ رقمـ 3ـ)ـ .ـ وـهـذـاـ بـخـالـفـ مـاـ إـذـاـ تـطـوـعـ أـحـدـ الـخـصـمـينـ لـحـمـلـ عـبـءـ إـثـبـاتـ وـاقـعـةـ لـمـ يـكـنـ عـلـيـهـ إـثـبـاتـهـ وـسـكـتـ الخـصـمـ الـآـخـرـ ،ـ فـقـدـ قـدـمـنـاـ أـنـ هـذـاـ يـكـونـ بـمـثـابـةـ اـنـقـاقـ ضـمـنـىـ عـلـىـ تـعـدـيلـ قـوـاعـدـ عـبـءـ إـثـبـاتـ .ـ

<sup>(132)</sup> نـقـضـ فـرـنـسـيـ 9ـ يـانـيـرـ سـنـةـ 1865ـ دـالـلـوـزـ 65ـ 160ـ 160ـ 1ـ 63ـ سـرـيـهـ 65ـ 1ـ 63ـ حـكـمـ آـخـرـ فـيـ 17ـ يـولـيـةـ سـنـةـ 1866ـ دـالـلـوـزـ .ـ 401ـ 1ـ 66ـ 67ـ 1ـ 67ـ .ـ سـيـرـيـهـ 66ـ 1ـ 67ـ .ـ

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 بالكتابية حيث يبيح القانون الإثبات بالبينة ، وهذا اتفاق جائز مستساغ ، وبين الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يحتم القانون الإثبات بالكتابية ، وهذا كان القضاء يجيزه إذا تم بعد وقوع الخصومة ولا يجيزه إذا أبرم مقدماً قبل \$ 96 وقوع الخصومة . وسنعود إلى هذه المسألة ببيان أوفي<sup>(137)</sup> .

والذى يعنيان هنا أن نبينه هو أنه يمكن القول إجمالاً إن قواعد الإثبات ليست من النظام العام لما سبق ذكره من الاعتبارات التى سقناه في توجيه القضاء الفرنسي . 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 في تاريخها الثابت ، وكمجية القرائن القانونية القاطعة في كثير من الأحوال . ولكن أكثر القواعد لا تعتبر من النظام العام ، فيصبح الاتفاق على ما يخالفها . ومن ثم يجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات كما قدمنا . ويجوز الاتفاق أيضاً على ألا تكون للرسائل الموقع عليها ولا للرقائق 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 التي تقبل إثبات العكس . ويجوز أخيراً الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابية حيث يجيز القانون الإثبات بالبينة ، أو أن يكون الإثبات بالبينة حيث يحتم القانون الإثبات

(133) نقض فرنسي أول يونيو سنة 1893 سيريه 93 – 1 – 283 – حكم ثان في 22 فبراير سنة 1896 سيريه 97 – 1 – 327 – حكم ثالث في 27 ديسمبر سنة 1921 سيريه 1922 – 1 – 20 .

(134) نقض فرنسي 8 أغسطس سنة 1904 سيريه 1904 – 1 – 481 .

(135) نقض فرنسي 20 مارس سنة 1876 سيريه 77 – 1 – 338 – حكم آخر في 23 نوفمبر سنة 1891 سيريه 95 – 1 – 402 .

(136) نقض فرنسي 13 نوفمبر سنة 1891 سيريه 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 بإعاد اليمين بغير الحال ، فإن الشرط ليس فيه ما يخالف النظام العام ، فهو جائز وقد يتعدد بعض الناس في الحلف بسبب العقیدة الدينية أو تأييد الضمير إذا ما ظهر له الحق بعد الحلف (بني مزار 27 فبراير سنة 1939 المحاماة 19 رقم 359 ص 882) . وقضى بأن الاتفاق في سند المديونية على عدم أحقيبة المدين في توجيه اليمين الحاسمة إلى دائرته عن اسداد اتفاق جائز قانوناً لعدم مخالفته للنظام العام والأداب (أسيوط الكلية 14 أبريل سنة 1941 المحاماة 21 رقم 437 ص 1042) . وأنظر في أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، إلا أن يكون الاتفاق على تعديلها قد جاء في عقد إذعان حيث يكفل القانون حماية الطرف المذعن الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ص 20 – ص 22 .

بالكتابية (138) ، وهذه هي المسألة التي ستناولها بيان واف عند الكلام في قوة البينة والقرائن في الأثبات .

97\$ 60 سلطة محكمة النقض فيما يتعلق بطرق الأثبات : تعين طرق الإثبات ، وبيان

متى يجوز استعمال كل منها ، وتحديد قواعد كل طريق من هذه الكرق ، هذه جميعها مسائل قانون تختص برقابة محكمة النقض . ولكن متى قبل القاضي طريق اثبات الذي رسمه القانون في الوضع الذي أجازه فيه وجعل أنه قوته المحددة قانوناً ، فإن تقدير مبلغ اقتناع القاضي بالدليل يعتبر من المسائل الموضوعية التي لا تعقب لمحكمة النقض عليها (139) . وأخص ما يظهر ذلك في قوة الإقتناع التي تسمى شهادة الشهود ، وفي القرائن القضائية التي يستحبها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها ، ما دام قاضي الموضوع قد بين في حكمه الاعتبارات المعقولة التي أسس عليها الحكم ، ولم يعتمد واقعة بغير سند ، ولم يستخلص من الواقع نتيجة غير مقبولة عقلاً . فان بني حكمه على واقعة لا سند لها ، أو استخلص نتيجة غير مقبولة عقلاً ، كان حكمه معيلاً وتعين تقضيه (140) .

(138) وقد كان التقنين المدني القديم لا يحجز إثبات عقد الإيجار إلا بالكتابية ، وفي رأينا أنه كان يجوز الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة . وتوجب المادة 658 من التقنين المدني الجديد أن يحصل الاتفاق على الزيادة في أجر المقاول بالكتابية إذا كان عقد المقاولة قد أبرم بأجر إجمالي على أساس تضمين متفق عليه ، وفي رأينا أن يجوز الاتفاق في عقد المقاولة على أن يكون إثبات الاتفاق على زيادة أجر المقاول بالبينة دون الكتابة .

(139) على أن هناك أدلة إذا نقم بها الخصم ، ولم ينقضها خصمها بثبات العكس ، تصبح دون محicus مقعنة للقاضي ، وذلك كالأدلة الكتابية وكشهادات الميلاد والوفاة والقرائن القانونية القاطعة وكالإقرار وكاليمين . أما ما عدا ذلك فالقاضي حر في الأخذ به أو في إطراحه وفقاً لما يقر من ظروف الدعوى ووقعها ( كولان وكابيتان ومورانديير 2 ص 720 – بلانيول وريبيير ويلانجييه 2 فقرة 2194 – بلانيول وريبيير وجابولد 7 فقرة 1426 ) .

(140) وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن محكمة الموضوع هي صاحبة الحق في تقدير الدليل الجائز لها الأخذ به دون رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك ، ما دام الدليل الذي تأخذ به مقبولاً قانوناً ، وما لم يكن للدليل حجية معينة حددها القانون ، وبشرط أن تبين في حمها الاعتبارات المقبولة التي بنت عليها قضاها ، فلا تعتمد واقعة بغير سند لها ، ولا تستخلص من الواقع نتيجة غير مقبولة عقلاً . فإذا بني القاضي حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له ، أو موجود ولكنه مناقض لما أثبته ، أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلاً استخلص تلك الواقعه منه ، كان هذا الحكم معيلاً متبعاً تقضيه : نقض مدني 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 التي يستند إليها كتفسير سائر المستدات ) – 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 وكيلاً عن المدعى عليه وسلمه للموكل لا على أنه قرض وادب الأداء ) – 28

## 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 الواقعية المراد إثباتها . وهذه هي الكتابة والبينة . فالكتابية تسجل الواقعية المراد إثباتها بالذات ، سواء \$ 99 كانت تصرفاً قانونياً كما هو الغالب أو كانت واقعة قانونية ، فتكون طریقاً مباشراً لإثبات هذه الواقعية . والشهود إذا انصبت شهادتهم على صحة الواقعية المراد إثباتها بالذات ، تصرفاً قانونياً كانت أو واقعة قانونية ، يثبتون هذه الواقعية بطريق مباشر . ويلاحظ أن المعاينة والخبرة طريقان مباشران للإثبات ، بل هما الطريقان اللذان يتصلان اتصالاً مادياً مباشراً بالواقعية المراد إثباتها ، ولكنهما من مباحث قانون المرافعات كما قدمنا .

والطرق غير المباشرة هي التي لا تنصب دلالتها مباشرة على الواقعية 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 السننات ) – 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 3 رقم 3 ص 74 – 2 يناير سنة 1941 مجموعة عمر 3 رقم 89 ص 266 ( تفسير الأحكام التي يستند إليها كتفسير سائر السننات ) – 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 دون 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 في خصومة أخرى ) – 18 فبراير سنة 1943 مجموعة عمر 4 رقم 27 ص 57 – 14 ديسمبر سنة 1944 مجموعة عمر 4 رقم 169 ص 478 ( تقيير المحكمة الاستئنافية لشهادة الشهود على خلاف تقيير المحكمة الابتدائية جائز ) – 8 مارس سنة 1945 مجموعة عمر 4 رقم 219 ص 584 ( جواز أن يجعل المركز 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 نظرته المحكمة من الدلة ) – 17 أكتوبر سنة 1946 مجموعة عمر 5 رقم 100 ص 218 ( القاضى حر فى عدم الاطمئنان إلى شهادة الشاهد دون إيداع الأسباب ) – 28 نوفمبر مجموعة عمر 5 رقم 124 ص 279 – 24 أبريل سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 406 ( عدم التقييد بالنتيجة التى يسفر عنها تنفيذ حكم التمهيدى ) – 6 نوفمبر سنة 1947 مجموعة عمر 5 رقم 188 ص 477 ( جواز الاستناد إلى دفع رسوم الخفر وعوايد الملك قرينة مؤيدة لما شهد به الشهود على وضع اليد ) – 4 ديسمبر سنة 1952 مجموعة أحكام النقض = 4

الإثبات فيها لا ينصب على الواقعه المراد إثباتها بالذات ، بل على واقعه أخرى متصلة بها اتصالاً وثيقاً ، بعثت يعتبر إثبات الواقعه الثانية ( الواقعه البديلة ) إثباتاً للواقعه الأولى ( الواقعه الأصيله ) استنباطاً . ومن ثم تتطوى القرائن على استبدال ( displacement ) محل آخر في الإثبات بال محل الأصلي . فهـى إذن تثبت المحل الأصليـ أي الواقعه المراد إثباتـهـ بطريقـ غيرـ مباشرـ . وكلـ منـ الإـقـرارـ والـيمـينـ لاـ يـعـتـرـ طـرـيقـاـ مـباـشـراـ لـلـإـثـبـاتـ ،ـ فـهـوـ وـإـنـ تـناـولـ \$100ـ الواقعـ المرـادـ إـثـبـاتـهاـ بـالـذـاتـ ،ـ إـلـاـ أـنـ صـحـةـ هـذـهـ الـوـاقـعـةـ لـاـ تـسـتـخلـصـ مـنـهـ مـباـشـرـةـ بـلـ عـنـ طـرـيقـ الـاستـنبـاطـ .ـ فـالـإـقـرارـ لـاـ يـثـبـتـ صـحـةـ الـوـاقـعـةـ المرـادـ إـثـبـاتـهاـ مـباـشـرـةـ ،ـ بـلـ هـوـ يـعـفـيـ الـخـصـمـ مـنـ إـثـبـاتـهاـ ،ـ فـتـصـبـحـ ثـابـتـهـ بـطـرـيقـ غـيرـ مـباـشـرـ .ـ وـكـذـلـكـ الـيـمـينـ ،ـ إـذـ هـىـ اـحـتـكـامـ إـلـىـ ذـمـةـ الـخـصـمـ ،ـ فـانـ حـلـفـ لـمـ يـكـنـ هـذـاـ مـعـنـاهـ أـنـ الـوـاقـعـةـ الـتـىـ حـلـفـ عـلـيـهـاـ هـىـ صـحـيـحةـ حـتـمـاـ ،ـ بـلـ تـعـتـبـرـ صـحـيـحةـ نـزـولـاـ عـلـىـ مـقـتـضـىـ الـاحـتـكـامـ ،ـ وـإـنـ نـكـلـ كـانـ نـكـولـهـ بـمـثـابـةـ إـقـرارـ يـعـفـيـ خـصـمـهـ مـنـ إـثـبـاتـ ،ـ فـفـيـ حـالـةـ الـحـلـفـ يـكـونـ خـصـمـهـ قـدـ أـعـفـاهـ مـنـ إـثـبـاتـ ،ـ وـفـيـ حـالـةـ النـكـولـ يـكـونـ هـوـ الـذـىـ أـعـفـىـ خـصـمـهـ ،ـ وـفـيـ الـحـالـتـيـنـ تـكـونـ الواقعـ المرـادـ إـثـبـاتـهاـ قـدـ ثـبـتـ بـطـرـيقـ غـيرـ مـباـشـرـ .ـ وـلـمـ كـانـ إـلـعـفـاءـ مـنـ إـثـبـاتـ ،ـ سـوـاءـ فـيـ الـإـقـرارـ أـوـ فـيـ الـيـمـينـ ،ـ مـقـصـورـاـ عـلـىـ الـخـصـمـيـنـ ،ـ قـانـ حـجـيـةـ الـإـقـرارـ وـالـيـمـينـ حـجـيـةـ قـاـصـرـةـ عـلـيـهـمـاـ غـيرـ مـتـعـدـيـةـ إـلـىـ الـغـيـرـ .ـ أـمـاـ حـجـيـةـ الـقـرـائـنـ فـهـىـ حـجـيـةـ مـتـعـدـيـةـ (141)ـ .ـ

62 طرق مهياً وطرق غير مهياً : ويمكن أيضاً تقسيم طرق الإثبات إلى طرق مهياً (preuves casuelles) وطرق غير مهياً (preuves préconstituées)

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 إكتفاء بما اقتنعت 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 للنبيع 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 يونيو سنة 1953 مجموعة أحكام النقض 4 رقم 120 ص 842 ( كالحكم السابق ) – 4 يونيو 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 والواقع الثابتة في قضية أخرى عناصر في تكوين اعتقادها وذلك على سبيل الاستثناء ، من نحو يمين أدبيت ، أو إقرار صدر ، أو تحقيق أجري ، 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).

<sup>(141)</sup> بلاطیول و ریبیر و چابولد 7 فقره 1424 – بودری و بارد 3 فقره 2067 ص 429 – الدكتور سليمان مرقس في أصول الائتمان ص 35 .

فالطرق الم Mehia هى التى أعدها صاحب الشأن مقدماً لإثبات حقه فى حالة المنازعة فيه . والطرق الم Mehia هى عادة الكتابة ، يعدها صاحب الشأن مقدماً لإثبات تصرف قانونى كعقد بيع ، أو لإثبات واقعة قانونية كميلاد أو موت أو ميراث . لذلك تسمى الكتابة فى هذه الحالة سندأ (acte) لأنها أعدت لتكون دليلاً يستند إليه عند قيام النزاع .

والطرق غير الم Mehia هى التى لا تهيا مقدماً ، بل تتهيأ وقت قيام النزاع فى الحق المراد إثباته . وكل طرق الإثبات فيما عدا الكتابة تكون عادة طرقاً غير م Mehia . فالشهود لا تعد فى العادة إلا عند قيام النزاع . والقرائن لا تستخلص من وقائع القضية وظروفها إلا أما القاضى وهو ينظر الدعوى . وكذلك الإقرار واليمين ، لا يجديان إلا إذا كانوا فى مجلس القضاء وقت نظر النزاع . أما الإقرار غير القضائى \$ 101 فان ثبت بالكتابه كانت الكتابة فى هذه الحالة دليلاً م Mehia ، وإن ثبت بالبينة فالعبرة بها وهى عادة دليل غير م Mehia<sup>(142)</sup> ، وغنى عن البيان أن المعاينة والخبرة دليلاً لا يتهيأان إلا بعد قيام النزاع ونظر الدعوى أمام القضاء .

على أن الدليل الم Mehia قد يصبح دليلاً م Mehia إذا أعده صاحب الشأن مقدماً ، وذلك كالبينة فقد يعد صاحب الحق مقدماً شهوداً على حقه وقت نشوئه لمهىء الدليل على هذا الحق إذا توزع فيه . وكذلك الدليل الم Mehia قد يصبح دليلاً غير م Mehia إذا لم يعد فى الأصل ليكون دليلاً للإثبات ، وذلك كدفاتر التجار فهى قد أعدت أصلاً لضبط معاملات التجار ولكن قد تستخدم عرضاً كدليل للإثبات . ومن ثم لا تسمى الكتابة سندأ (acte) إلا إذا كانت دليلاً م Mehia .

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 هى الطرق التى حدد القانون مبلغ حجيتها ولم يتركها لمحض تقدير القاضى . وهذه هى الكتابة والإقرار واليمين والقرائن القانونية . وبعض هذه الأدلة حجيتها قاطعة لا تقبل إثبات العكس ، وهى اليمين والقرائن القانونية القاطعة . وبعضها حجيتها غير قاطعة فتقبل لإثبات العكس ، وهذه هى الكتابة إذ تقبل الانكار والطعن بالتزوير ، والإقرار إذ يجوز للمقر أن يثبت أن إقراره غير صحيح ، والقرائن القانونية البسيطة ، إذ يجوز دحضها بآيات ما يخالفها .

والطرق ذات الحجية غير الملزمة هي البينة والقرائن القضائية . وقد قدمنا أن حجية هذين الطريقين غير ملزمة للقاضى ، فهو حر فى تكوين مبلغ اقتناعه بشهادته وفى استنباط القرائن القضائية من وقائع الدعوى وظروفها ، ولا رقابة عليه لمحكمة النقض فى ذلك <sup>(143)</sup> .

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

فالطرق الأصلية هي الدلة التي تقوم بذاتها دون أن تكون مكملة لأدلة موجودة . وهى قد تكون كافية وحدها ، كالكتابية وكالبينة والقرائن القضائية فى الواقع القانونية وفي الصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات . وقد تكون غير كافية ولا بد من استكمالها بطرق تكميلية ، كمبدأ الثبوت بالكتابة فهو طريق أصلى ولكنه غير كاف ولا بد من استكماله بالبينة أو بالقرائن القضائية أو بهما معاً <sup>(144)</sup> .

والطرق التكميلية هي الأدلة التي لا تقوم بذاتها بل تكون مكملة لأدلة موجودة . وذلك كالبينة والقرائن القضائية واليمين المتممة ، فهذه يستكمل لها مبدأ الثبوت بالكتابة في الصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات . ويلاحظ أن البينة والقرائن القضائية قد تكون طرفاً أصلية ، وذلك في الواقع القانونية وفي الصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات كما سلف القول ، وقد تكون طرفاً تكميلية ، وذلك في الصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة كما قدمنا . ويلاحظ أيضاً أن البينة والقرائن القضائية قد تكون أدلة بدليل لا تكميلية ، فتحل محل الكتابة لا تكميلها ، وذلك في حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو يحول دون تقديمها بعد الحصول عليه . ويلاحظ أخيراً أن اليمين المتممة يستكمل بها لا مبدأ الثبوت بالكتابة فحسب ، بل أيضاً إلى تدليل أصلى آخر يراه القاضى في حاجة إلى استكمال كالبينة والقرائن القضائية في الواقع القانونية وفي الصرفات القانونية إذا لم تزد قيمتها على عشرة جنيهات .

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

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

(144) والمعاينة والخبرة دليلان أصليان ، قد يكفى بهما القاضى ، يستكملهما بأدلة أخرى . أما القرائن القانونية ، فالقاطعة منها أدلة أصلية كافية ، أو هي طرق تعفى من الإثبات إعفاء نهائياً ، ومن ثم فهي طرق تقوم بذاتها وتكتفى 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 يقى أمامه إلا أن يلجأ إلى استجواب خصميه عساه يحصل على إقرار منه ، أو أن يوجه إليه اليمين الحاسمة وبذلك يحتمكم إلى ضميره . والطرق الاحتياطية قد تسعف في بعض الأحيان وهذا هو القليل النادر ، ولكنها في الكثرة الغالبة من الأحوال تقضي على من لجأ إليها . ولذلك لا يلجأ إليها الخصم إلا في الضرورة الصوئ ، عندما تلتجئ 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 لاثبات جميع الواقع ، سواء كانت وقائع مادية أو تصرفات قانونية ، وأيا كانت قيمة الحق المراد إثباته . ولا يوجد من الطرق التي تعالجها ما هو ذو قوة مطلقة في الإثبات على هذا النحو إلا الكتابة ، فهي تصلح لاثبات جميع الواقع المادي وجميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمة الحق (146) .

والطرق ذات القوة المحدودة في الإثبات هي الطرق التي تصلح لاثبات بعض الواقع القانونية دون بعض ، فهي إذن محدودة القوة . وهذه هي البينة والقرائن الفصائية ، إذ هي لا تصلح لإثبات التصرفات القانونية إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات إلا في حالات استثنائية معينة . وكذلك اليمين المتممة طريق للإثبات ذات قوة محدودة فهي لا تصلح إلا لإثبات دليل ناقص . 104\$ والطرق المعفية من الإثبات هي الإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية ، وقد تقدم بيان ذلك . ولما كانت هذه الطرق تعنى 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) دى 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 – قوتهم مطلقة في الإثبات ، إذ يصلحان لإثبات جميع الواقع المادي وجميع التصرفات القانونية ، أي كانت القيمة .

(147) دى باج 3 ص 696 – ص 698 .