

الإثبات في المواد المدنية والتجارية

أسس الإثبات والنفي
والدفوع والأدلة

obeikandi.com

الإثبات لغة: الإثبات لغة من فعل ثبت، فيقال ثبت الشيء أي دام واستقر. ويقال ثبت الأمر أي صح، ويقال أثبت القاضي الاسم أي كتبه عنده

الإثبات قانوناً: عرف الإثبات قانوناً بأنه تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق، كما عرف بأنه تقديم الدليل أمام القاضي بالطرق الجائزة قانوناً علي وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم

الإثبات قضاءً: عرفت محكمة النقض الإثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، فهو قوام الحق الذي يتجرد من قوته ما لم يقيم الدليل عليه.

أما المنفي: فهو ابتداء علي تقيض الإثبات، ويعني عملاً الحيولة بين الخصم وبين تقديم الدليل علي ما يدعي أنه حقه، وإن قدم هذا الدليل فيجب كشف عوراته بإهدار قيمته وبالأدنى التشكيك في صحته، فإن أفلح الدفاع تكون الواقعة موضوع النزاع عارية من الدليل مما يجعلها علي حد تعبير محكمة النقض هي والعدم سواء.

الإثبات والمنفي دور المحامي ودور القاضي ” تحديد الأدوار“

الإثبات والمنفي في الدعوى يتناوبه خصمان أحدهما يقدم دليلاً ويستشهد به، والآخر يهدر هذا الدليل أو يقدم دليلاً مناقضاً له، ووسط هذه الحرب الضروس من الأدلة والأدلة المضادة يبرز تساؤلاً هاماً يتعلق بمحكمة الموضوع.

ما هي الصلاحيات التي أعطاها قانون الإثبات لقاضي

الموضوع في عملية الإثبات والنفي...؟

أعطى مشرع قانون الإثبات - وكما سلى تفصيلاً في حينه - لمحكمة الموضوع سلطة في إدارة الخصومة القضائية، نبع هذه السلطات هو تبني المشرع لفلسفة إدارة القضاء لعملية الإثبات والنفي؛ فالقاضي أو محكمة الموضوع لا يقف دوره عند حد السماح للخصوم بتقديم الأدلة وإنما له أدوار أكثر إيجابية نحددها:-

الدور الأول: دور القاضي في البحث عن الحقيقة وإظهار العدالة.

تطبيق: تنص المادة ٨١١ من قانون المرافعات: للمحكمة ولو من تلقاء نفسها أن تأمر بإدخال من ترى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة.

وتعين المحكمة ميعاداً لا يجاوز ثلاثة أسابيع لحضور من تأمر بإدخاله ومن يقوم من الخصوم بإدخاله ويكون ذلك بالإجراءات المعتادة لرفع الدعوى.

الدور الثاني: دور القاضي في البحث عن أدلة وتقييم الدليل.

تطبيق: تنص المادة ٥٠١ من قانون الإثبات: للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر.

تطبيق: تنص المادة ٨٠١ من قانون الإثبات: إذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب رفضت طلب الاستجواب.

تطبيق: تنص المادة ٩٠١ من قانون الإثبات: يوجه الرئيس الأسئلة التي يراها إلى الخصم، ويوجه إليه كذلك ما يطلب الخصم الآخر توجيهه منها وتكون

الإجابة في الجلسة ذاتها إلا إذا رأت المحكمة إعطاء ميعاد للإجابة.

تطبيق: تنص المادة ٩٠١ من قانون الإثبات ” للقاضي أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به. ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل.

الدور الثالث: دور القاضي في تبصرة الخصوم بما يتطلبه حسن سير الدعوى

تطبيق: تنص المادة ٤ من القانون ١ لسنة ٢٠٠٢م بشأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.

يكون للمحكمة - في إطار تهيئة الدعوى للحكم - تبصرة الخصوم في مواجهتهم بما يتطلبه حسن سير الدعوى ومنحهم أجلاً لتقديم دفاعهم.

الإثبات والنفي دور المحامي ودور القاضي ” تحديد الأدوار ”

إن قواعد الإثبات كأساس ليست من النظام العام، فيجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات وتحديداً - قواعد عبء الإثبات - ويقع هذا الاتفاق صحيحاً سواء تم قبل حدوث الواقعة المتنازع عليها أو بعدها أو أثناء النزاع بشأنها، كما يجوز للمحكمة أن تحمل عبء الإثبات لمن يتطوع من الخصوم بتحملة خلافاً للقواعد العامة، كما يجوز اتفاق الطرفين صراحة أو ضمناً على نقل عبء الإثبات من طرف الي آخر ويصح هذا الاتفاق قبل نظر النزاع وفي أثناءه.

إعادة تعريف الإثبات كأساس لبيان صلة الإثبات بالأدلة، باعتبار قانون الإثبات مصدر الأدلة:

للإثبات معان متعددة حسب الموضوع أو المحل الذي يرد عليه الإثبات، ولعل ما يهمننا البدء به هو تعريف الإثبات بالمعنى القانوني، والإثبات بالمعنى القانوني يعني إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية تعد أساساً لحق مدعى به، وذلك بالكيفية والطرق التي يحددها القانون، فالإثبات القانوني هو الإثبات الذي يتم أمام القضاء ويكون بإقامة الدليل أو بتقديمه، ولا يقصد بعبارة ” إقامة الدليل ” إنشاء الدليل، ولكن المقصود بإقامة الدليل هو تقديمه إلي من يراد إقناعه.

وعن أنواع الإثبات الأخرى يمكننا القول بوجود ما يسمى بالإثبات العام كالإثبات العلمي أو التاريخي والذي لا يتقيد بوسيلة بحثية محددة، كما ان لكل من يعينه الأمر من الأفراد ان يشترك فيه فئمة حرية مطلقة من حيث طرق الإثبات.

هل يعد الدليل جزء من الحق المطالب به ... ؟

إذا قلنا أن الدليل هو الذي يحيى الحق؛ فلا حق بدون دليل عليه. اختصرنا معاً مساحات من الكلمات عن أهمية الأدلة ودورها في الحفاظ علي الحقوق، فللأدلة صلة لا تنكسر بعملية الإثبات، حيث تقوم الأدلة بالدور التنفيذي للحفاظ علي الحقوق، وحيث تعتبر الأدلة الأدوات القانونية التي يلجأ إليها كل من كان له حق واعتدي عليه لرد حقه والزود عنه، فيقف الدليل شاهداً علي الحق، شاهد علي صاحبه، شاهداً علي من اعتدي عليه.

والدليل لغة: هو المرشد - وهو ما يستدل به - والجمع أدلة وأدلاء فيقال فلان دليل فلان. أي مرشده - ويقال أدلي فلان بحجته أي أحضرها واحتج بها.

والدليل اصطلاحاً: هو الوسيلة القانونية التي يتاح من خلالها إثبات وجود حق مدعي به أو نفي وجود هذا الحق؛ والدليل يجب أن يكون قانونياً بمعنى أنه يرتد في أصل وجوده أصل صحيح في قانون الإثبات، فقانون الإثبات كأصل عام هو مصدر كل الأدلة؛ والدليل يجب أن يكون مشروعاً بمعنى ألا يصطدم مع أخلاق الجماعة ولا مع ما يعد من أسس النظام العام.

ولأن الحديث عن الأدلة هو بطبيعته حديث عن الإثبات، فالأدلة هي جزء لا يتجزأ من صلب قانون الإثبات كما ذكرنا، فإن بعض المفردات تكون مطروحة وبقوة، مما يوجب التعرض لها.

دفع الأدلة:

عرفنا الدليل، وغاية تعريف الدليل الوصول الي بيان حقيقة دور المحامي في عمليات الإثبات والنفي - باستخدام الأدلة - فمن المؤكد أن للمحامي دور في إثبات حق أو حقوق موكله. وفق الطرق التي حددها قانون الإثبات، ومن المؤكد أن للمحامي دور حين يتحمل مسؤولية نفي مزاعم الآخرين

ضد موكله وبذات الطرق التي نص عليها قانون الإثبات، فدور المحامي في الإثبات والنفي هو بحق التطبيق العملي لنصوص قانون الإثبات، ويسبق بطبيعة الحال بيان ماهية هذا الدور وكيفية أدائه الحديث عن مقدمات هذا الدور وهي:

الخلاصة أنه لا قيمة لحق لا دليل عليه، فيجب علي من يطالب بحق ما أن يقيم دليله علي هذا الحق، والدليل ليس ركناً من أركان الحق المطالب به ومع ذلك فهو عنصر هام لدعم الحق وتأكيد، فالحق يفقد كل قيمته اذا لم يستطيع المطالب به ان يقيم الدليل على مصدره، وفي ذلك قررت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني: إن الحق يتجرد عن قيمته ما لم يقيم الدليل على الحادث المبدئ له، قانونيا كان هذا الحادث او ماديا، فالدليل هو قوام حياة الحق معقد النفع فيه ” ولهذا يقال ” ان الدليل وحده هو الذى يحيى الحق ويجعله مقيداً ” وان ما لا دليل عليه هو والعدم سواء ” او بعبارة أخرى ” يستوى حق معدوم وحق لا دليل عليه ”

الأدلة كوسيلة فعالة لمواجهة الدعاوى الكيدية:

لا حق دون دليل عليه يؤيده، هذه القاعدة تحقق علي المستوي العملي نوعين من المصالح مصلحة خاصة ومصلحة عامة، أما المصلحة الخاصة فحاصلها أن الإنسان يطمئن الي أنه لن يفقد ما يملك بمجرد أن يدعي آخر ملكيته له، وفي ذلك يقول الرسول الكريم ” لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ”

وأما المصلحة العامة التي تدعمها قاعدة أنه لا حق دون دليل عليه، فحاصلها أن من يدعى حقا لا يستطيع ان يحصل على حقه بنفسه، فلا محل ولا وجود لشريعة الغاب، وإنما عليه ان يلجأ إلي القضاء ليوفر له الحماية القضائية اللازمة، فإذا عجز هذا المدعي عن إقامة الدليل القانوني على مصدر هذا الحق، فقد حقه وخسر دعواه، وتحمل آثار ذلك، فالمطالبة بالدليل للحصول علي الحق من شأنه ان يحسم المنازعات بين المتخاصمين من متداعي الحقوق، وان يدحض الادعاءات الكاذبة والكيدية.

التغيير في قانون الإثبات وأثره على الأدلة وجوداً وقيمة:

أوضحنا أن الأدلة هي جزء من نسيج قانون الإثبات؛ وتنقسم قواعد الإثبات الى قواعد موضوعية، وقواعد إجرائية، ويجب التفرقة في مجال سريان قانون الإثبات بين القواعد المتعلقة بإجراءات الإثبات، وبين تلك القواعد الموضوعية في الإثبات:

القواعد الإجرائية: وهي القواعد المنظمة لإجراءات التقاضي وتتعلق بالنظام العام ولهذا فان القوانين الجديدة التي تصدر بشأنها تسرى فور صدورهما على كل الدعاوى القائمة أمام المحاكم، والمقصود بالقوانين الجديدة المتعلقة بإجراءات الإثبات التي يكون لها اثر فوري مباشر، هي التي تكون بعيدة عن ان تمس حقاً مكتسباً وتقتصر مهمتها على مجرد رسم الطريق الواجب اتباعه في إثبات الوقائع المتنازع عليها، فتبين للخصوم كيفية تقديم الدليل أمام القضاء، وترشد القضاة إلى ما يجب مراعاته عند تحقيق الدليل، فان مست حقاً مكتسباً فلا تسرى فور صدورهما، فإذا كان الإجراء قد تم صحيحاً في ظل القانون القديم، فانه يعتبر كذلك حتى ولو كان القانون الجديد يعتر باطلاً، وإذا كان القانون القديم رتب جزاء على مخالفة إجراء من الإجراءات ثم صدر قانون الجديد ورتب جزاء اشد مما هو منصوص عليه في القانون القديم هو الواجب، التطبيق متى كانت المخالفة قد تمت في ظل القانون، أما إذا كان القانون الذي رفعت الدعوى في ظله يرتب جزاء اشد من الذي يقرره القانون الجديد السارى وقت الحكم في الدعوى، وجب إعمال القانون الجديد، وذلك حتى لا يحكم على الخصم بجزاء لم يجد الشارع ضرورة له إذ رأى ان المصلحة تقتضى تخفيفه.

القواعد الموضوعية: وهي تلك التي تحدد الأدلة وتنظمها لذا فان القانون الذي يطبق هو القانون الذي كان سارياً وقت نشوء الواقعة المراد اثباتها، بمعنى ان الأدلة التي يكون مفروض ان تتوافر في الوقت الذي نشأت فيه الواقعة القانونية هي التي تطبق في الإثبات حتى ولو صدر قانون جديد بتعديلها أو بإلغائها، واعمالاً لهذا المبدأ نصت المادة التاسعة من القانون المدني الحالي على ان ” تسرى في شأن الأدلة التي تعد مقدماً للنصوص المعمول بها في الوقت الذي اعد فيه الدليل أو في الوقت الذي كان ينبغى فيه إعداده ”.

ولذا إذا كان القانون السارى وقت صدور التصرف يجيز إثباته بالبينة، فيكون هو الواجب التطبيق حتى ولو صدر قانون جديد أثناء سير الدعوى يحتم الإثبات بالكتابة، وإذا صدر قانون جديد يوجب إثبات تصرف معين فى محرر رسمي، فان هذا القانون لا يسرى على التصرفات التى تمت قبل العمل بهذا القانون.

فإذا صدر قانون جديد بتخفيض نصاب البينة من عشرة جنيهاً إلى خمسة جنيهاً فان التصرفات التى تمت قبل نفاذ هذا القانون والتى تتجاوز خمسة جنيهاً ولا تزيد على عشرة جنيهاً يجوز اثباتها بالبينة طبقاً للقانون الذى كان معمولاً به وقت حصول التصرف.

وإذا رفع القانون الجديد نصاب البينة من عشرة جنيهاً إلى عشرين جنيهاً فان التصرفات التى تمت قبل نفاذ هذا القانون والتى تزيد قيمتها على عشرة جنيهاً لا يجوز اثباتها، إلا بالكتابة طبقاً للقانون الذى كان سارياً وقت حصول التصرف، لان المتعاملين قد رتبوا علاقاتهم طبقاً لأحكام ذلك القانون، فلا يصح ان تتأثر مراكزهم بما سنه المشع من قوانين جديدة.

وتعتبر القرائن القانونية من الأدلة التى تتوافر مقدماً وقت نشوء التصرف وقبل حصول النزاع، وذلك ان المشع يستنبط القرينة القانونية من بعض الأفعال والوقائع لصالح المدعى تغنيه عن الإثبات، فإذا لم تكن هذه القرينة مقررة فى القانون الذى نشأت فيه الواقعة، فلا يصح الأخذ بها وتطبيقاً على واقعة الدعوى، ولكن يجوز للقاضى بما له من سلطة تقدير الدليل ان يعتبرها مجرد قرينة قضائية.

وتفريعاً على هذا إذا كان القانون الجديد أقام قرينة قانونية لم ينص عليها القانون القديم، فان هذه القرينة لا تسرى إلا على الوقائع التى تمت فى ظل القانون الجديد.

أما الوقائع التى لا تتوافر أدلتها وقت نشوئها، وهو الوقائع المادية، فهذه يسرى عليها القانون الجديد، لأنه فى هذه الحالة لم يكن الدليل معداً أو مستطاع إعداده فى الوقت الذى نشأت فيه الواقعة، وعلى ذلك فلا ينطبق عليها القانون القديم.

وفيما يتعلق بكون الواقعة حائزة الإثبات قانوناً أم لا فإنه لا يجب العمل بالقانون الجديد السارى وقت نظر النزاع أمام القضاء، فإذا كان القانون الذى نشأت فى ظله الواقعة يجهز اثباتها ثم صدر قانون جديد يمنع الإثبات فإن القانون الجديد هو الذى يكون واجب التطبيق، ذلك ان كون الواقعة مما يجوز اثباتها ام لا، هي مسألة بالنظام العام، وعلى ذلك فتخضع للقانون القائم وقت نظر النزاع أمام القضاء.

مستويات الحرية في تقديم الأدلة وقبولها:

قلنا أن الدليل وحده هو الذى يحى الحق؛ فلا حق دون دليل عليه. ولكن التساؤل الذى يطرح نفسه: هل يقبل في إثبات الحق أي دليل، أم أن الأدلة محددة معدودة مقيدة...؟

إذا قلنا أن من حق صاحب الحق أن يقيم أي دليل علي حقه، فإن حاصل ذلك أننا سنواجه كم لا يحصي من الأدلة، كما أننا قد نواجه أدلة غير مشروعة، ما دام لصاحب الحق أن يثبت حقه بأي دليل، وقد يؤدي بنا الأمر في المنتهى الي هدم مبدأ مشروعية الدليل وهو أحد أهم المبادئ الحاكمة للدليل عموماً كما سيلي.

وإذا قلنا أنه ليس لصاحب الحق سوي تقديم أدلة بعينها محدودة ومعدودة سلفاً ومعلومة القيمة والأثر، فإن حاصل ذلك أن الحق قد يضيع بسبب عدم القدرة علي تقديم دليل بعينه، صحيح أن حصر الأدلة وعدها وتحديد قوة كل دليل علي حده يحقق مستوي راق من الاستقرار إلا أنه قد يضيع الحق.

السطور السابقة تعني أننا في مجال إثبات الحقوق إما أن نختار نظام الأدلة الحرة أو الإثبات الحر كما يسميه الفقه، وإما أن نختار نظام الأدلة المقيدة أو الإثبات المقيد كما يسميه الفقه أيضاً:-

النظام الأول

نظام الأدلة الحرة - نظام الإثبات الحر

طبقاً لنظام الأدلة الحرة فإن أصحاب الحقوق وبالأدق مدعي الحقوق لا يتقيدون بأدلة بعينها، كما أن القاضى لا يقيد بطرق معينة للإثبات، بما يعني أن له قبول ما يقدم كدليل علي وجود الحق المدعي به، أيا كان هذا الدليل ما دام موثقاً الي التبريل علي الحق، فيترك للقاضي سلطة واسعة فى قبول وتقدير الأدلة المعروضة عليه بل وتحرى الوقائع محل النزاع، وللقاضى أيضاً بناء علي فلسفة الإثبات الحر والأدلة الحرة حرية مطلقة فى استجماع الأدلة بما يساعده علي تكوين عقيدته، وفى استكمال ما نقص منها، إذا وبناء علي ذلك؛ فللقاضى دور إيجابي فى تسيير الدعوى بل ان له ان يقضى بعلمه، وللخصوم - نكرر - حرية كاملة فى تقديم من الأدلة ما يقنع القاضى ويساعده على الوصول إلى الحقيقة، وقد يلجأ القاضى إلى غير الخصوم ليستكشف الحقيقة.

وفي مقام تقييم هذا النظام، يمكننا القول بأنه يقرب بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية إلى حد بعيد وقد أخذت به القوانين الانجلو أمريكية والألمانية والسويسرية، كما يأخذ بهذا النظام بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، كذلك تأخذ به كافة التشريع فى المواد الجنائية حيث أن الأصل فيها هو مبدأ افتناع القاضي، وهى بحسب طبيعتها، لا تقبل تحديد وسائل معينة للإثبات، ويعاب على هذا النظام ان من شأنه ان يززع الثقة فى التعامل فالتقدير - فى مسائل الإثبات - قد يختلف من قاض إلى قاض آخر وهذا الاختلاف فى التقدير يعرض المتقاضى للمفاجآت، فلا يكون على بيبة ان الأدلة المقدمة من شأنها إفتناع القاضي، علاوة على ذلك فان القاضى وهو بشر غير معصوم من الخطأ، قد يغلبه الهوى فيسئ استعمال سلطته الواسعة ويتعسف دون رقابة عليه من القانون.

النظام الثاني

نظام الأدلة المقيدة - نظام الإثبات المقيد

طبقاً لهذا النظام فالأدلة المقبولة إثبات الحق محددة ومعده سلفاً، وهذه الأدلة تختلف باختلاف باختلاف كل قضية علي حدة، وعلى المحكمة وعلى المتقاضين التقيد بهذه الحدود، فموقف القاضى - فى ظل هذا النظام - سلبى محض فهو يلتزم بطرق الإثبات التى حددها القانون وبالقيمة التى يعطيها لكل طريق وليس له ان يستجمع الأدلة ولا ان يكمل ما نقص منها، الخصوم من أدلة فى الحدود التى بينها القانون والخصوم لا يجوز لهم ان يثبتوا حقوقهم بغير الطريقة التى حددها القانون ولا ان يحلوا طريقة محل أخرى، ولا شك ان لهذا النظام مزية كفاءة استقرار التعامل، وبعث الثقة والاطمئنان فى نفوس المتقاضين كذلك فانه يبعد القاضى عن التحكم ويمنع التعسف الذى قد يشيب حكمه، وفى هذا ضمان لحسن سير العدالة، على انه يؤخذ على نظام الإثبات المقيد انه قد يباعد كثيراً بين الحقيقة الواقعية، فهو لا يترك للقاضى أية سلطة تقديرية، فلا يمكن له إقامة الدليل على الواقع إلا بالطريقة التى رسمها القانون حتى إذا كل مقنعا ان الواقع مخالف للحقيقة القضائية، وفى هذا انتهاك لمبادئ العدالة.

حل مشكلة قبول الأدلة وتقديرها

لا يمكن القبول مطلقاً بنظام الأدلة الحرة؛ كما لا يمكن التسليم بنظام الأدلة المقيدة علي إطلاقه، الأول قد يخلق حالة فوضى لا تجابه كما أنه يعطي القاضى سلطات قد تتجاوز حدود اعتباره بشراً، الثاني قد يضيع الحق فتحقق حالة ظلم يساهم فيها القانون بنصوصه.

لذا يتوسط نظام الإثبات المختلط بين إطلاق الإثبات الحر وتقيد الإثبات القانوني، فيوفق بين النظامين ويجمع ما فيهما من مزايا ويتلقى ما فيهما من عيوب، إذ يفرض بعض القيود على القاضى فى إثبات بعض المسائل ويترك له الحرية فى تقدير إثبات بعض المسائل الأخرى، ففي المسائل الجنائية - والأصل فيهما كما قلنا هو مبدأ اقتناع القاضى يكون الإثبات حراً حيث يجوز الإثبات الواقعة الجنائية بكافة الطرق، كتابة كانت، أو شهادة أو قرينة أو أي دليل آخر، وحرية الإثبات هي الأصل أيضاً فى المسائل التجارية لما تقتضيه من سرعة فى التعامل، أما المسائل المدنية

فيتقيد فيها الإثبات، فنفرض مثلا الكتابة لإثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها حدا معيناً، وتعطى القرائن القانونية قوة حاسمة فى النزاع، ولكن حيث تجوز البينة، يستطيع القاضى ان يأخذ بها أو يطرحها كما ان له عند اختلاف الشهادة ان يرجح شهادة القلة على الكثرة، ويترك لتقدير القاضى استنباط القرائن القضائية. ونظام الإثبات المختلط على هذا النحو، يجمع بين استقرار التعامل بما يفرضه من قيود، وبين اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الموضوعية مما يعطى للقاضى من حرية التقدير.

مشروعية الأدلة ومشكلة تعارض الأدلة مع النظام العام

النظام العام

يقصد بالنظام العام في دولة ما مجموعة الأصول والقيم العليا التي تشكل كيانها المعنوي وترسم صورة الحياة الإنسانية المثلى فيها وحركتها نحو تحقيق أهدافها، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية، وهي بهذه المثابة مبادئ وقيم تفرض نفسها علي مختلف أنواع العلاقات القانونية في الدولة، وجوداً وأثراً، غالباً في صورة قواعد قانونية أمرت بحكم هذه العلاقة، والمظهر العملي لهذه القواعد والوظيفة التي تؤديها هو بطلان كل عمل إرادي يأتيه المخاطب بها بالمخالفة لها، عقداً كان هذا العمل أو عملاً منفرداً من ناحية، وعدم جواز النزول عن الحقوق والمراكز القانونية التي تقرها للبعض منهم قبل البعض الآخر، من ناحية أخرى.

هناك إذن علاقة تبادلية بين مفهوم النظام العام وبين القواعد الآمرة، فالنظام العام هو السبب في اكتساب بعض قواعد القانون صفتها الآمرة، وهو ما يبرر من ناحية وجود قواعد تصف بأنها قواعد أو نصوص أمرة بقانون التحكيم، كما أنه يبرر البطلان كجزاء وأثر علي مخالفة ما يتعلق بالنظام العام.

حل مشكلة التعارض بوجود التمييز بين

القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية

قواعد الإثبات، إما ان تكون قواعد شكلية خاصة بالإجراءات، وإما ان تكون موضوعية خاصة بالأدلة، أما عن النوع الأول من القواعد وهى القواعد الخاصة بالإجراءات فلا جدال فى أنها تعتبر من النظام العام، وذلك لتعلقها بنظام التقاضى، ومن ثم تسرى النصوص المتعلقة بها من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة، وقد كانت المادة ٧١ من المشرع التمهيدى للقانون المدنى المصرى تقضى فى هذا الصدد بان ” تسرى النصوص المتعلقة بإجراءات الإثبات من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة ” ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة لان مكانه المناسب هو تقنين المرافعات.

أما بالنسبة للقواعد الموضوعية فى الإثبات وهى القواعد التى تتعلق بمحل الإثبات، وعبئته، وطرقه، فان الخلاف يثور حول معرفة ما اذا كانت تتعلق بالنظام العام أم لا، والواقع انه يترتب على معرفة ما اذا كانت هذه القواعد من النظام العام ام إنها ليست كذلك نتائج هامة، فإذا اعتبرت من النظام العام ترتب على ذلك جواز التمسك بالقاعدة فى اية حالة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام النقض، كما انه لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وإلا كان الاتفاق باطلاً، ويكون للقاضى ان يرفض ما يخالفها من تلقاء نفسها، كما ان الشخص لا يتقيد بتنازله عن التمسك بها، أما اذا لم تعتبر هذه القواعد من النظام العام، فانه يترتب على ذلك نتائج عكسية

وقد تعرضت محكمة النقض فى كثير من أحكامها لهذا الموضوع وبصفة خاصة بالنسبة لمسألة تحمل عبء الإثبات ومسألة جواز الإثبات بشهادة الشهود فى الحالات التى تجب فيها الكتابة.

وعلى ذلك فطالما ان قواعد الإثبات فى هذا الشأن لا تتعلق بالنظام العام فليس ثمة ما يمنع من ان يأخذ أحد الطرفين عبء الإثبات على عاتقه حتى ولو لم يكن ملزماً فى الأصل بتحمل هذا العبء، هذا عن موقف محكمة النقض من مسألة تحمل عبء الإثبات وعدم تعلقه بالنظام العام.

أما بالنسبة للمسألة الأخرى - وهى مسألة الإثبات بشهادة الشهود حيث تجب الكتابة - فهى الصورة التى تظهر فيها غالبا مسألة تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام، فقد يحدث ان يسكت الخصم مثلا عن التمسك بالقاعدة التى توجب الإثبات بالكتابة فيما جاوزت قيمته حدود الإثبات بشهادة الشهود، وقد لا يعترض أمام محكمة الموضوع على إثبات عقد تزيد قيمته على هذا الحد " بشهادة الشهود " او قد يتفق على ان يكون الإثبات بالكتابة حتى ولو قلت التصرف عن هذا الحد، وقد أبانت محكمة النقض المصرية عن موقفها فى هذا الصدد فى اكثر من حكم، وقررت ان قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة " شهادة الشهود " فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام، ولهذا قضت بأنه يتعين على " من يريد التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة ان يتقدم بذلك لمحكمة الموضوع قبل البدء فى سماع شهادة الشهود، فاذا سكت عن ذلك عند سكوته تنازلا منه عن حقه فى الإثبات بالطريق الذى رسمه القانون " كما قررت المحكمة كذلك انه لما كانت قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام، فانه يجوز الاتفاق صراحة او ضمنا على مخالفتها، فاذا طلب احد الخصوم اثبات حقه بالبينة وسكت الخصم الاخر عن التمسك بالدفع بعدم جواز هذا الإثبات ولم يعارض فيه عند تنفيذ الحكم الصادر بالإحالة الى التحقيق، فان ذلك يعد قبولا لجواز الإثبات بالبينة ولقد أيد المشرع المصري هذا الاتجاه من محكمة النقض حيث تنص المادة ٠٦ من قانون الإثبات على انه يجوز الاتفاق على خلاف القاعدة التى تقضى بأنه اذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد على عشرين جنيها، او كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة وشهادة الشهود فى إثبات وجوده او انقضائه هذه القاعدة ليست من النظام العام.

والواقع - كما قيل فى هذا الصدد - ان هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام، ذلك أنها اذا كانت موضوعة فى الأصل لضمان حسن سير العدالة والتقاضى، فهى موضوعه أيضا لصيانة حقوق الأفراد مما تتعرض له من ضياع بسبب كذب الشهود وتلفيق الشهادات، وبأنه مادام المدعى عليه يملك ان يقر على نفسه بالحق المدعى به، فمن باب أولى يملك ان يسلم بثبوت ذلك الحق فى ذمته عن طريق البينة عرضا عن طريق الكتابة، هذا ما لم يجد المشرع من حرية الشخص فى هذا الشأن بنص أمر، وما لم يكن الشرط المعدل لقاعدة الإثبات شرطا جائزا يمكن للقاضى

ان يعدله أو ان يعفى المتعاقد منه، هذا ويمكن للقول بصفة عامة، ان قواعد الإثبات لا تعتبر من النظام العام، وإذا كان هناك من القواعد ما توحى طبيعته بأنه من النظام العام، كان تكون الورقة الرسمية حجة على الكافة الى ان يطعن فيها بالتزوير، فى كثير من الأحوال الا ان اكثر قواعد الإثبات لا تعتبر من النظام العام، فيصبح الاتفاق على عكسها.