

الباب الأول

الإثبات بوجه عام

تمهيد وتقسيم

نقدم للإثبات بنظره عامة لتاريخه وتطوره في العالم ثم نعقبه بتعريف له وأهميته وأركانه وطرقه والمبادئ الرئيسية التي تقوم عليها قواعده وذلك في الفصل الأول؛ ونعرض في الفصل الثاني من هذا الباب لقواعد الإثبات في المواد التجارية وما لها من خصوصية .

الفصل الأول

المبادئ العامة في الإثبات

تمهيد وتقسيم

نظرة عامة على الإثبات

ليس خافياً أن موضوعنا هو الإثبات القضائي وهو ما يقتصر عليه بحثنا إنما يفضل أولاً أن نعرض لما كان عليه الإثبات قديماً قبل أن يصل إلى الحالة التي أصبح عليها في وقتنا الراهن.

أدوار الإثبات القضائي في العالم^(١)

مر العالم بأدوار ثلاثة هي، عهد ما قبل التاريخ، وعهد الدليل الألهي، وعهد الدليل الإنساني وسوف نعرض لها في إيجاز.

أولاً: عهد ما قبل التاريخ

هو ذلك العهد الذي لم تكن فيه شريعة، ولا قانون، ولا قاضي يقضى بين الناس فيما كانوا يختلفون فيه. فكان كل شخص يقضى لنفسه بنفسه، أو بتعبير آخر ينتقم لنفسه من خصمه وهو ما يطلق عليه أن القوة تنشئ الحق وتحميه. ولم يكن هناك فرق بين ما يعرف الآن بالدعوى المدنية والدعوى الجنائية، وكان للمريء أن يستعين بأهله

1 - د/ أحمد نشأت بك، رسالة الإثبات في التعهدات، مطبعة الاعتماد بمصر طبعة ١٩٥. ص ٩ وما بعدها

وذوبه، ولم يكن ليمنع من الانتقام سوى العفو الذي كان لا يحدث إلا بعد تسوية مادية انتهى أمرها أخيراً إلى الجماعة^(١) .

وكان الانتقام يحصل سراً عند ضعف المعتدى عليه وضعف ذويه ، أو إذا كان امرأة بغير نصير يأخذ لها بثأرها - بأن كان المعتدى عليه يجتهد في معرفه أسرار الطبيعة لأنه كان يعتقد أنها أقوى كثيراً من الإنسان فيستخدمها، وقد كان هذا هو علم ذلك الوقت وهو السحر، وكان ذلك العلم عبارة عن ألفاظ وحركات كانوا يزعمون أن الطبيعة تخضع لها فتهلك الخصم ، أو تلحق الضرر المطلوب، وكان من أشهر الطرق أن يعمل الإنسان تمثالاً لخصمه من الشمع ويوخزه حتى الموت^(٢)

ثانياً: عهد الدليل الإلهي

بدأ هذا العهد بالتجارب. فكان المشكو يعطى السم فإذا كان بريئاً حماه الله من فعله، أو كان يلقي في النهر، أو يصب عليه زيت ، أو ماء مغلي، أو يضع لسانه على النار ، أو يعرض لعض الثعابين بإلقائه في حفره فيها جملة منها، وكان البعض يجرب السم في حيوان للخصم، فإذا عاش، اعتبر صاحبه بريئاً ، وإلا فيعطى للخصم نفسه، وكان الكاهن الذي يقوم بعمل ذلك يخفف من مضار ذلك بالغش في العمل فكان لا يعطى إلا كمية قليلة من السم مثلاً^(٣).

1 - د/ صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٥ ص ٥
2 - راجع في هذا الموضوع كتاب الإثبات في المواد المدنية و الجنائية لمؤلفه Raoul De La Grasserie
2
3 - ومن أشهر هذه الحالات والتجارب:

وكان عند بعضهم أمر غريب وهو أنه إذا اتهمت عروس يوم زفافها بأنها لم توجد بكرا، سقيت ماء فيه تراب الهيكل، فإذا شل ذلك الفخذين، أو نفخ الأمعاء كان ذلك دليلاً عليها، وكان من اغرب الأدلة في ذلك الوقت أن كان يحضر كل طرف ديكا والديك الغالب دليل صاحبة^(١).

بعد ذلك لم يكن ليطلب من الآلهة أن تحدث أموراً خارقة للطبيعة، بل كان المشكو يؤدي يميناً مصحوبة بطلب الشر لنفسه أن كان كاذباً كقوله أهلكني الله في الحال أن كان ما أقوله ليس الحق، وكان الناس لا يتصورون أن الله لا يعاقب الحانث في الحال، وقد كان الكاهن أيضاً يطلب من الآلهة أن تسحق الحانث في يمينه، وفي بعض الأحيان كانت تحفر حفرة، ويقول الحالف ألقيت في هذه الحفرة إن كنت كاذباً، أو كان المشكو يحلف في المدافن ليأتي الله به إليها بعد بضع أيام لا يخرج منها أبداً، وكان يقال

-
- تجربة الماء المغلي: فيوضع ذراع المشتبه فيه في إناء به ماء مغلي فإن ظهر أثر لذلك على زراعة فهو مذنب وإلا كان بريئاً. ويذكر المؤرخون أن المتهم كان يلجأ إلى عدة حيل لتخرج يده سليمة.
 - اختبار النار: وتتلخص في أن يعبر المتهم مكاناً توقد فيه نار أو توضع فيه قطع حديد محمأة بالنار أو يحمل بيده قطعة حد يد محمأة بالنار لمسافة معينة فإن خرجت أرجلة أو يده سليمة فهو بريء.
 - تجربة الميزان: تستعمل في جرائم السحر والشعوذة. وخلاصتها وزن المشتبه فيه فإن كان وزنه غير طبيعي اعتبر مذنباً.
 - تجربة الماء البارد: وتتلخص في ألقاء المتهم في حوض به ماء بارد جداً فإن طغى كان مذنباً ذلك أن الماء طاهر فيطرد ما يندسه.
 - اختبار الصليب: تصلب ذراع المتهم في وقت معين فإن تحرك أحد ذراعيه فهو مذنب.
 - تجربة خروج الدم من جثة القتيل: يجبر المتهم بالقتل على المرور أمام جثة القتيل فإن نزفت دماً كان هو القاتل.
 - الاحتكام إلى القرعة: تعصب عينا المتهم ويوضع أمامه وعاء به قضيبان أحدهما أسود اللون والآخر أبيض فإن أمسك بالقضيب الأسود كان مذنباً وإن أمسك بالأبيض كان بريئاً. انظر د/ صوفي أبو طالب المرجع السابق ص ٥٢.
- 1 - ولازال عرب صحراء سيناء يستعملون في قضائهم ما يسمونه بالبشعة، وهي طاسة يضعونها على النار حتى تصير كالجمر ليلعقها المشكو فإذا حرقت لسانه كانت الشكوى صحيحة وإلا فلا.

للحالف في بعض الجهات إذا حلفت كذباً فلتكن ملعوناً في البلاد والحقول والمنازل وفي كل مكان حللت به، وكان عند البعض إذ حلف شخص بمتوفى كان لا شك في صحة يمينه ولا تزال آثاره باقية حتى وقتنا هذا، فبعض الناس يحلفون لبعضهم بما يشبه ذلك، واليمين أداة إثبات في القوانين الحديثة كما سنرى لاحقاً.

وكان هناك التوسل فمثلاً كانوا في بريطانيا يتوسلون لقديس اشتهر في حياته بأنه كان قاضياً وحامياً لمصالح الناس لا مثيل له أمام تمثاله الخشبي بأن يقول من اعتدى على حقه يا سيدنا القديس ضع الحق حيث يجب أن يكون، وكذلك الجزاء، وإذا كان من جانبي فأقضى عليه بالموت في ظرف كذا^(١).

ثم جاء وقت رأى فيه الإنسان أن لا ينجح إلى الآلهة جنوحاً كلياً وأن يعتمد على قوته مستمداً المعونة من الله فكان يطلب خصمه للنزال . ولم يكن يستثنى من ذلك أحد حتى النساء، وكان في استراليا إذا اختلفت امرأتان فيما بينهما أمرهما زوجها بالنزال فإن أبتا عوقبتا. وكان النزال شائعاً في أوروبا في القرن الرابع عشر، وكان الطرفان يحلفان قبله ومن أخطأ في الصيغة خسر دعواه، ولم يكن أحد يستطيع الرفض إلا بأن يذهب بنفسه إلى المنفى مصحوباً بالحاكم إلى مسافة ثلاثة أميال خارج البلدة.^(٢)

1 - راجع المجلة التاريخية الجديدة للقانون الفرنسي وغيره سنة ١٩٠٩، ص ٧٥٥، La nouvelle Revue Historique

2 - د / أحمد نشأت المرجع السابق ص ١٢ .

وأغرب مما تقدم الانتحار بفتح البطن عند اليابانيين إذا أعوز المرء الدليل، أمام باب خصمه - ومعنى ذلك إثبات الحق ضده، واستنزال غضب الله عليه، وفي الصين يهدد الفقراء البؤساء الحاكم الظالم بالانتحار شقاً على باب داره.

ثالثاً: عهد الدليل الإنساني

ترقى العقل البشرى بفضل عن ذلك الإثبات بالشهود، ولكن كانت هناك شهادة الزور، أو الامتناع عن الشهادة، أو عدم وجود شهود، فكان يلجأ إلى أخذ اعتراف ولو بالتعذيب، ولا تزال آلات التعذيب التي كانت تستعمل في انجلترا معروضة في برج لندن^(١). (London Tower)

ولا يخفى على أحداً ما في ذلك من الضرر العظيم، إذ كان الحال ينتهي دائماً بالمعذب إلى الاعتراف بما نسب إليه سواء أكان مذنباً أم بريئاً

ولما اخترعت المطبعة، وانتشر التعليم، وأخذت الأمية في الزوال، لجأ الناس إلى الكتابة في الإثبات، وانحصرت شهادة الشهود، وقرائن الأحوال في دائرة ضيقة. ثم ترقى الإثبات بالكتابة من الكتابة العرفية إلى الكتابة الرسمية وهي أقوى كثيراً في الإثبات وفي التنفيذ كما سنرى، ويلجأ إليها في المسائل الهامة عند من يعتنون بتنظيم معاملاتهم وبنائها على قواعد متينة، وقد حتمها المشرع في بعض الأمور، هذا في المسائل المدنية، أما في المسائل الجنائية فإن شهادة الشهود والقرائن لها المقام الأول لتعذر الكتابة فيها إذ من النادر أن يقر الجاني كتابة بما اقترف.

وسنعرض في ثلاث مباحث لتعريف الإثبات وأهميته ومحل وأركانه وطرقه.

1 - راجع مجلة العالمين 21 -- 2.8 3e p. 19.9 Revue De Deux Mondes.

المبحث الأول

تعريف الإثبات وأهميته

تمهيد وتقسيم

إن لإثبات الحقوق - والوقائع القانونية التي تنشئها - أهمية عملية وعلمية غنية عن كل بيان، هي التي دعت جميع الشرائع من قديم الزمان إلى تنظيمية، وإن اختلفت في هذا التنظيم .

وقد سار المشرع المصرى في ذلك أول الأمر - كما فعل القانون الفرنسي وكثير غيره من الشرائع الأخرى - على توزيع قواعد الإثبات بين القانون المدني وقانون المرافعات المدنية والتجارية، فتناول فقه القانون المدني شرح قواعد الإثبات الموضوعية وترك لفقه المرافعات معالجة قواعد الإثبات الإجرائية^(١) .

وحظيت الأولى بنصيب من العناية أوفر من نصيب الثانية . وقد أظهر العمل أن المصلحة في تقريب النوعين والجمع بينهما في صعيد واحد^(٢) .

1 - انظر في التفرقة بين قواعد الإثبات الموضوعية و قواعد الإجرائية د/ أبو الوفا في التعليق على نصوص قانون الإثبات ١٩٧٨ ص ١ . وما بعدها، وقارن د/ فتحي والى في قانون القضاء المدني طبعة ١٩٧٥ نبذة ٢٨٣ .

2 - وقد جرت القوانين الانجلو سكسونية على ذلك منذ زمن بعيد ، فجعلت من قواعد الإثبات بنوعها قانونا واحدا انظر على سبيل المثال Robert Gross كتابه المعنون Law of Evidence الطبعة الثانية، لندن Butterworth، ١٩٦٣ .

غير أنه فيما يتعلق بالإثبات في المواد التجارية فإن له أحكام خاصة على نحو ما سيرد لاحق .

وقد رأينا أن نعرض لتعريف الإثبات وأهميته كلا في مطلب .

المطلب الأول

تعريف الإثبات

الإثبات لغة هو تأكيد الحق بالبينّة، والبينّة الدليل ، أو الحجة القوية^(١)، وهناك لفظ بمعنى الدليل مشتق من المصدر (إثبات) وهو ثبت بفتحين والجمع إثبات، ولفظ ثبت تطلق مجازاً على كل حجة أي ثقة في روايته فيقال فلان ثبت من الإثبات أي ثقة من الثقات^(٢).

فالإثبات على وجه العموم هو تأكيد حقيقة أي شيء بأي دليل^(٣).

أما المعنى القانوني للإثبات فهو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق.

أو هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتيب أثارها .^(٤)

1 - انظر مجلة الأحكام العدلية الطبعة الخامسة سنة ١٩٦٨ مادة ١٦٧٦ ص ٣٣٨

2 - راجع القاموس المحيط للفيروزبدي وقاموس لسان العرب ومختار الصحاح

3 - وجاء في كتاب طرق الإثبات الشرعية للمرحوم أحمد إبراهيم بك طبعة نادى القضاة سنة ١٩٨٥ ص ٢٨ (أن البينة في كلام الله ورسوله وكلام الصحابة أسم لكل ما يبين الحق فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين ثم أورد الآيات القرآنية الدالة على ذلك وحديثاً نبوياً وقولاً لسيدنا عمرو جاء في كتاب الطرق الحكمية لابن القيم والمقصود أن البينة في الشرع اسم لما يبين الحق ويظهره.

4 - راجع الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني المجلد الأول في الإثبات للدكتور عبد الرزاق السنهوري طبعة ١٩٨٢ ص ١٩

وفي تعريف آخر هو إقامة الدليل أمام القضاء، بالكيفية والطرق التي يحددها القانون، على صحة واقعة قانونية، يترتب على ثبوتها ضرورة الاعتراف بالحق الناشئ عنها.^(١)

وننوه أنه يوجد اختلاف بين الإثبات العلمي والتاريخي والإثبات القضائي فالقاضي كالمؤرخ والعالم، أو أي باحث وراء الحقيقة، لا يصل حتماً إلى الحقيقة المجردة، وإنما متى اقتنع بدليل على قيام أمر قضى به، فالقاضي يختلف عن المؤرخ والعالم في ثلاثة أمور (أولها) أن نطاق الأدلة أمامه محدود، أما المؤرخ والعالم فلا حد له، فيمكنهما أن يبينيا حكمهما على أي دليل، أو أية واقعة، أو قرينة حال، أو أي كتاب، أو رواية متى كان من وراء ذلك اعتقادهما بصحة استنتاجهما. أما القاضي فمهما كان اعتقاده بصحة الدليل غير المباح قانوناً فإنه لا يمكنه الأخذ به، فلا يصح له أن يقضى بعلمه هو، فإذا ما علم بأمر ترتب عليه حق قدم نفسه لذي الحق ليشهده عليه أمام قاضي آخر، فيستطيع الخصم مناقشة ذاكرته على الأقل، فالقاضي ليس إلا بشراً كسائر الناس غير معصوم من الخطأ ولا منزها عن الفرض، فالناس كلهم مهما سمت مراكزهم ومهما عرف عنهم من الورع والتدين معرضون للخطأ والنسيان وعدم النزاهة المطلقة، ولذلك يجب على القاضي أن يتنحى عن نظر قضية له فيها معلومات شخصيته علم بها خارج مجلس القضاء، وهذا هو الرأي المعول عليه في الشريعة الغراء^(٢)

-
- 1 - د/جميل الشرقاوى، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩٠ .
د/سمير عبد السيد تناغي، أحكام الالتزام والإثبات، والنظرية العامة للإثبات، دار المطبوعات الجامعية، سنة ١٩٧٧
 - د/حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي أبرمها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢ .
 - د/أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة ٢٠٠٤
 - والوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٣ .
 - 2 - الإمام الشيخ / أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية، طبعة خاصة بنادي القضاة سنة ١٩٨٥ .

إنما ليس من قبيل قضاء القاضي بعلمه ما يحصله من خبرته بالشئون العامة المفروض علم الكافة بها^(١)، (وثانيهما) أن المؤرخ، أو العالم له مطلق الحرية في البحث والتنقيب وطرق أبواب الدليل الذي يرى أنه قد ينتج في تقرير المسألة التي يريد تقريرها، وهو الذي يختار الواقعة التي يريد إثباتها ويعينها ويحددها ثم يقيم الدليل على صحتها. أما القاضي فلا يملك شيئاً من ذلك، فالخصم ذا المصلحة هو الذي يقوم بذلك كله وليس على القاضي إلا أن يقدر ويحكم إذ ليس من وظيفته أن يبين للخصوم حقوقهم وطرق إثباتها^(٢). (وثالثهما) وهو أهمهم أن القاضي إذا أصدر حكماً وأصبح نهائياً اعتبر عنوان الحقيقة، وأصبح ولا مفر من تنفيذه متى طلب صاحبه ذلك، أما ما ينتهي إليه العالم، أو المؤرخ فهو محل للمناقشة على الدوام.

وبذلك فإن الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام .

ولما كان الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون وكان الإثبات القضائي مقيداً إلى هذا الحد، فإن الحقيقة القضائية تصبح غير متفقة حتماً مع الحقيقة الواقعية، بل كثيراً ما تنفرج مسافة الخلف ما بينهما، وتجاوئ أحدهما الأخرى، وفي هذا ما يجعل الحقيقة القضائية في بعض الحالات منعزلة عن الواقع، بعيدة عن الحق أقرب إلى أن تكون مصطلحاً فنياً منها حقيقة واقعية.

ولما كان الإثبات القضائي إنما ينصب على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها، فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق المدعى به ولا أي أثر قانوني آخر يتمسك به المدعى في دعواه، إنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق، أو ذاك الأثر.

1 - نقض الطعن رقم ٤٩ لسنة ٤٤ ق، جلسة ١٢ أبريل ١٩٧٨ السنة ٢٩ العدد الأول ص ٩٩٩ .

2 - نقض الطعن رقم ٢٥١٥ لسنة ٥٢ ق، جلسة ٢٧ مايو ١٩٦٨ السنة ٣٧ ص ٦٠٠ .

فالواقعة القانونية التي هي محل الإثبات يقصد بها هنا معناها العام. أي كل واقعة ، أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً.

فالعمل غير المشروع واقعة يرتب القانون عليها التزاماً بالتعويض، والعقد تصرف قانوني يرتب عليه القانون الالتزام الذي اتفق عليه المتعاقدان، وكل منهما واقعة قانونية يرتب القانون عليها أثراً، وهى دون الأثر الذي يكون محلاً للإثبات^(١).

ومن ثم فإن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات القضائي.

فالحق الذي ينكر على صاحبه، ولا يقام عليه دليله القضائي. ليست له قيمة عملية، فهو والعدم سواء من الناحية القضائية، قد يكون للحق وجود قانوني حتى لو لم يقيم عليه الدليل القضائي، وقد ينتج هذا الوجود بعض الآثار القانونية، ولكن هذا من القدرة بحيث لا يقام له وزن ولا يحسب له حساب.

مما سبق يتبين أهمية الإثبات القضائي من الناحية العملية "فالحق كما ورد بالمذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني يتجرد من قيمته ما لم يقيم الدليل على الحادث المبدىء له، قانونياً كان هذا الحادث ، أو مادياً .

والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه " وكما سبق القول أن نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأكثرها تطبيقاً في الحياة العملية. بل هي النظرية التي لا تنقطع المحاكم عن تطبيقها كل يوم فيما يعرض لها من أقضية.

1 - نقض الطعن رقم ٢١ لسنة ٣٨ ق أحوال شخصية، جلسة ١٣ ديسمبر ١٩٧٢ السنة ٢٣ العدد الثالث ص ١٣٧٧

المطلب الثاني

أهمية الإثبات

يرسم القانون لكل فرد حدود حريته ونشاطه، ويبين حقوق كل شخص وواجباته. فإذا التزم كل شخص حدوده وأدى ما عليه، وراعى حق غيره، خلصت الحقوق لأصحابها، وانعدمت أسباب النزاع .

غير أنه لما كان الإنسان - مع الأسف - مطبوعاً على الأثرة، ميالاً إلى الاستزادة مما له والتخلص مما عليه ولو دون حق، كان ذلك مثاراً للمنازعات بين الأفراد، وفي البدء كان فض تلك المنازعات متروكاً إلى القوه الفردية. ثم استقر في أذهان الناس وجوب النزول في ذلك على حكم القانون. ولما بلغ المجتمع من التقدم أن ظهرت فيه سلطة تضطلع بتطبيق القانون، امتنع على صاحب الحق عند المنازعة فيه أن يقضى به لنفسه وأصبح واجباً عليه أن يلجأ في شأنه إلى القضاء يلتمس منه فض النزاع وفقاً للقانون وتمكينه من الاستمتاع بحقه غير المتنازع فيه .

لذلك كان كل من تحدّثه نفسه بالافتئات على حق لغيره ، أو بالإفلات من واجب عليه نحو الغير يعنى بأن يتخذ له من القانون سنداً، فينكر أن القانون يفرض عليه هذا الواجب ، أو يخول غيره ذلك الحق، أو يزعم أن القانون يخوله حقاً أولى من

حق غيره، أو يدعى أن لديه ما يعتبره القانون سببا لانقضاء ما عليه من واجب^(١).

وفي ساحة القضاء حيث تتقارع المزاغم وتتصارع المصالح تظهر أهمية الإثبات . فان استطاع صاحب الحق إثباته قضى له به ، وإلا ضاعت عليه مزية هذا الحق . أجل أن الإثبات ليس ركنا من أركان الحق، فالحق يوجد بقوة القانون متى توافرت الشروط اللازمة لنشوئه وبقطع النظر عن وسيلة إثباته .

غير أنه من الناحية العملية لا مبالغة في أن الحق مجردا من دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء لتعذر فرض احترامه على من ينكره أو ينازع فيه^(٢) .

لذلك يعتبر الإثبات الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية، والوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع، حتى أنه ليصح القول بأن كل نظام قانوني وكل تنظيم قضائي يقتضى حتما وجود نظام للإثبات. والواقع أن جميع الشرائع في مختلف العصور نزلت على حكم الضرورة وعينت بالإثبات. وهكذا فان الإثبات يحقق مصلحة عامة اجتماعية وهى تسوية المنازعات بين الأفراد داخل المجتمع وإعطاء كل ذي حق حقه

1 - السنهاوري في الوسيط ج ٢ ص ١٤ ، وجميعي المرجع السابق ص ٨ ، وتظهر أهمية الإثبات من قبل عرض النزاع على القضاء احتياطا لحالة عرضه عليه حيث يقتضى الحرص في أغلب المعاملات أن يحصل الدائن على دليل معد مقدما يؤيد حقه عندما يحتاج إلى عرضه على القضاء .

2 - وعرفت محكمة النقض الإثبات بمعناه القانونى بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، فهو قوام الحق الذي يتجرد عن قيمته ما لم يقم الدليل عليه . (نقض مدني الطعن ٢ . لسنة ٥٤ ق جلسة ٢٢ من مايو ١٩٨٩ السنة ٤ . العدد الثاني ص ٣٥)

ولا تقتصر أهمية الإثبات على الحقوق المالية فقط، بل تمتد أيضاً إلى الحقوق غير المالية كالحقوق التي تنشأ عن الزواج والنسب (وهى ما تعرف بمسائل الأحوال الشخصية)، وكذلك الحق في الجنسية (في مجال القانون الدولي الخاص)، كما لا تقتصر أهمية الإثبات على القانون المدني وحده، وإنما تمتد كذلك إلى سائر فروع القانون كالقانون الإدارى والتجاري والجنائي .

المبحث الثاني

محل الإثبات وأركانه وطرقه

تمهيد وتقسيم

الإثبات قانوناً وكما سبق القول هو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق. والدليل القانونى جوهرى بالنسبة للحق وإن كان ليس جزءاً منه أو ركناً من أركانه - إذ الدليل وحده هو الذي يُظهره ويجعل صاحبه يفيد منه لأن الحق يدونه عدم، ولذلك كان الإثبات من أهم موضوعان القانون المدني. والمواد الخاصة به يطبقها القاضي في كل دعوى مع المواد الخاصة بالحق ذاته المتنازع عليه - فالقاضي لا يقضى بالحق المدعى به إلا إذا ثبت أمامه بالدليل الذي رتب له القانون^(١).

وواقع الأمر أن هناك تعاوناً وثيقاً في الإثبات بين القانون والخصوم والقاضي فالقانون يبين طرق الإثبات ويحدد قيمة كل منها، والخصوم هم الذين عليهم أن يقدموا الأدلة على صحة

1 - احمد نشأت المرجع السابق ص ١٤ .

دعواهم، وذلك على الوجه الذي رسمه القانون، ولكل خصم الحق في مناقشة الأدلة التي يقدمها خصمه وفي تقديرها وفي إثبات عكسها، والقاضي يطبق القواعد التي يقررها القانون في ذلك، ويتمتع في تطبيقها بشيء غير قليل من حرية التقدير^(١).

وعلى ذلك سوف نقسم موضوع هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نعرض في الأول منها محل الإثبات وفي الثاني لأركانه وفي الثالث لطرقه .

المطلب الأول

محل الإثبات

محل الإثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته فهو ليس الحق المدعى به، شخصيا كان هذا الحق أو عينياً أياً كانت، بل هو المصدر الذي ينشئ هذا الحق . والمصادر التي تنشئ الحقوق، لا تعد أن تكون إما تصرفاً قانونياً (acte juridique) أو واقعة قانونية (fait juridique) وهو مصدر أية رابطة قانونية . والمدعى به لا يقتصر على أن يكون قيام حق، بل يكون انقضاء هذا الحق. مثل ذلك أن يرفع شخص على آخر دعوى بدين ويثبت وجوده، فيدفع المدعى عليه الدعوى بانقضاء الدين، ففي هذا الدفع يصبح المدعى عليه مدعياً ويقع عليه عبء إثبات انقضاء الدين. ومثل ذلك أيضاً أن يرفع شخص على مالك عقار دعوى ثبوت حق انتفاع له على هذا العقار أو حق ارتفاق ويثبت هذا الحق، فيدفع المدعى عليه الدعوى بانقضاء حق الانتفاع أو حق الارتفاق (٢).

1 - فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي "طبعة خاصة لنادي القضاة سنة ١٩٨٠. ص ٥٥٤ .

2 - السنهوري المرجع السابق ص ٦٦ و ما بعدها

وفي جميع هذه الأحوال يكون المدعى به في الدفع ليس وجود الحق، شخصيا كان أو عينيا، بل زواله.

وزوال الحق كوجوده يرجع أما إلى تصرف قانوني وأما إلى واقعة قانونية فمحل الإثبات هنا أيضا هو التصرف القانوني أو الواقعة القانونية .

وقد يكون المدعى به ليس وجود حق أو زواله. بل وصفا قانونيا يلحق وجود الحق أو زواله، أي يلحق التصرف القانوني أو الواقعة القانونية . أما ما يلحق الواقعة فمثله أن تكون الواقعة المتمسك بها عملا غير مشروع ثم توصف بأن الدافع لارتكابها هو الدفاع الشرعي عن النفس، فهذا الوصف أيضا هو واقعة قانونية يجب إثباته على النحو الذي تثبت به الواقعة القانونية الأصلية. وأما ما يلحق بالتصرف القانوني - غير الأوصاف المعروفة المعدلة لآثار الالتزام - فمثله أن يكون التصرف عقدا ويتمسك الخصم بأنه باطل أو بأنه قابل للإبطال أو بأنه قد فسخ.

وأسباب البطلان منها ما يرجع للتراضي ومنها ما يرجع للمحل ومنها ما يرجع للسبب. وهذه كلها جزء من التصرف القانوني تثبت على النحو الذي يثبت به. وأسباب القابلية للإبطال منها ما يرجع للأهلية ومنها ما يرجع لعيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال، وهذه كلها وقائع قانونية تثبت على النحو الذي تثبت به الواقعة القانونية. وأسباب الفسخ قد تكون تصرفا قانونيا بأن يختار العاقد فسخ العقد بإرادته، وقد تكون واقعة قانونية ألا يقوم العاقد بتنفيذ التزامه في عقد ملزم للجانيين^(١).

٢- د/أيمن إبراهيم العشماوي ود/أسامة أحمد بدر - قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والإلكترونية ٥٠٢ - بدون دار نشر .

١ - السنهوري المرجع السابق ص ٦٧ وما بعدها . وسليمان مر قس - الوافي في شرح القانون المدني الجزء الخامس في أصول الإثبات وإجراءاته - المجلد الأول "الأدلة المطلقة" ، ص ٥. الطبعة الخامسة ١٩٩١ دار الكتب القانونية شتات مصر، والمنشورات الحقوقية صادر - بيروت لبنان .

ومن ثم لا معدي لمن يقوم بالإثبات من أن يثبت أحد أمرين. اما تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية. ومتى أثبت ذلك، كان على القاضي أن يستخلص مما يثبت ما يرتب القانون عليه من الآثار.

الشروط الواجب توافرها في محل الإثبات:

يجب أن يتوافر في الواقعة المراد إثباتها طائفتان من الشروط يمكن تقسيمها إلى طائفتان:

١ - طائفة من الشروط تغنى بدهنها عن الإطالة فيها، وهى أن تكون الواقعة محددة

وغير مستحيلة وغير معترف بها

٢ - وطائفة أخرى نصت عليها المادة الثانية من قانون الإثبات على الوجه الآتي

(يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى، منتجة فيها، جائزا قبولها)

الشروط البديهية: إما أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة فهذا أمر بديهي، فالواقعة غير

المحددة لا يستطيع إثباتها. فلو أن شخصا طالب بدين أو بملكية وأسس

دعواه على عقد لم يحدد ماهيته، أهو بيع أو صلح أو قسمة أو غير ذلك من

العقود، فإن الواقعة على هذا النحو لا تكون محددة تحديدا كافيا. وكون

الواقعة محددة تحديدا كافيا مسألة موضوعية تخضع لرقابة محكمة النقض.^(١)

وإما أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير مستحيلة، فالمستحيل لا يصح عقلا

طلب إثباته. والاستحالة ترجع إلى أحد أمرين: إما استحالة التصديق عقلا وأما

استحالة الإثبات ومثل الأولى أن يدعى الأعمى أنه رأى هلال رمضان، ومجهول

النسب يدعى بنوته إلى من لا يكبره في السن .

1 - انظر في الواقعة المحددة في القوانين والتشريعات المختلفة رسالة الدكتور محمد صادق فهمي في الإثبات ص ٣١٣-٣٥٨ .

والثانية ترجع إلى أن الواقعة المراد إثباتها هي في ذاتها قابلة للتصديق عقلا ولكن لا سبيل إلى إثباتها، كمن يدعى واقعة مطلقة بأنه لم يكذب قط فالواقعة يجب أن تكون محددة فان لم تكن محددة لا يجوز قبولها للإثبات^(١).

ويجب أخير أن تكون الواقعة المراد إثباتها غير معترف بها. فالاعتراف أقرار، وهو إعفاء من الإثبات، فتكون الواقعة محل الادعاء قد أعفى مدعيها من إثباتها فأصبحت بذلك ثابتة^(٢).

الشروط الأساسية: وهى تلك الشروط التي ورد ذكرها في المادة الثانية من قانون الإثبات.

١- أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به

٢- أن تكون منتجة في الإثبات

٣- أن تكون جائزة للإثبات قانونا.

الواقعة متعلقة بالحق المطالب به:

والمقصود به أن يكون الأمر المراد إثباته ذا صلة قوية بموضوع الدعوى، فإذا كان هو مصدر الحق المدعى به، كان لا شك في تعلقه بموضوع الدعوى، وكذلك إن كان واقعة أخرى مرتبطة بمصدر الحق ومؤثرة فيه، وأما إن كان واقعة لا أثر لها على

١ - وقد أكدت محكمة النقض هذا المعنى " بان الإعسار هو حالة قانونية تُستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه" وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفى مطلق يتعذر إثباته، بل يقوم على أمر واقع له علاماته التي تشهد عليه. على أن المقرر في الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفي كان على مدعيها إثبات خلافها متى أمكن تحويلها إلى قضية موجبة. فإذا لم يكن ذلك ممكنا أو كانت الواقعة غير منضبطة النفي، فإن مدعيها يعتبر عاجزا عن إثبات دعواه. وعلى ذلك فلا مخالفة لقواعد الإثبات إذا اعتبر الحكم المشفوع منه عاجزا عن إثبات إعسار الشفيع لأنه لم يقدم دليلا على هذا الإعسار. نقض جلسة ٣١ يناير سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣ ص ٨.

٢ - وفي هذا قضت محكمة النقض بأنه " إذا كان المتمسك بالسند قد تمسك في دفاعه لدى محكمة الموضوع بأن الطاعنين فيه قد أقروا بلسان محاميهم في بعض الجلسات بصحة نسبة هذا السند لمورثهم وقصروا طعنهم عليه من حيث سببه القانوني فلا يقبل منهم من بعد نقض هذا الإقرار القضائي ولا إنكار السند " نقض الطعن رقم ١٧٥ السنة ١٨ ق جلسة الأول من يونيه ١٩٥٠. السنة ١ ص ٥٦٥.

موضوع الدعوى، فلا يسمح بإثباته، كإثبات وضع اليد مدة أقل من المدة التي يرتب عليها القانون أثراً، فإذا طالبنى شخص بدين جازلي أن أثبت وفائى بهذا الدين لأن الوفاء متصل بالدين من حيث أنه يقضيه، ولكن لا يجوز لي أن أثبت أنى وفيت ديونا غيره لأن ذلك غير متصل بموضوع الدعوى .

وتظهر أهمية هذا الشرط عندما يلجأ المدعى إلى إثبات الواقعة التي يستند إليها في دعواه بطريقة غير مباشرة أي من طريق إثبات واقعة أخرى تسمح باعتبار الواقعة المدعى ثابتة، فيلزم أن تكون تلك الواقعة الأخرى متصلة بالواقعة المدعى اتصالاً وثيقاً ومرتبطة بها ارتباطاً قوياً ولا يكفى أن تكون لها بها صلة بعيدة^(١).

الواقعة منتجة في الإثبات:

لا يكفى أن يكون الأمر المراد إثباته متصلاً بموضوع الدعوى، بل يجب أن يكون من شأنه أن يؤثر في الفصل فيها.

فإذا أراد شخص أن يثبت وفاءه بدين من طريق إثبات إقرار غير الدائن بهذا الوفاء لا يجب إلى طلبه لأن المراد إثباته غير منتج في دعوى الدين إذ أن الإقرار المذكور - بفرض ثبوته - لا يفيد الدائن .

ويلاحظ أن كون الواقعة منتجة في موضوع الدعوى يقتضى حتماً أنها متصلة

بهذا الموضوع، والعكس غير صحيح .

الواقعة جائزة للإثبات قانوناً:

1 - ويقول الدكتور عبد الباسط جميعي المرجع السابق ص ٥٧ " أن لمحكمة الموضوع أن ترفض اعتبار الواقعة متعلقة بالدعوى ولو توافق الطرفان على أنها غير متعلقة ، فلا يسمح للقاضي بإثباتها ، لا لأن توافق الطرفين يجعلها غير متعلقة بالدعوى ، بل لأن حياد القاضي يقتضية الأيقبل دليلاً اتفق الخصمان على استبعادة .

لا يكفي أن تكون الواقعة القانونية منتجة بطبيعتها في الإثبات بل يجب أن تكون أيضا جائزة للإثبات^(١)، والمنع أما أن يكون لسبب يتعلق بالنظام العام أو الآداب، كمنع إثبات دين القمار والمعاشرة غير المشروعة ومنع توجيه اليمين الحاسمة على فعل معاقب عليه كإفشاء سر المهنة^(٢)، وإما أن يكون لسبب اقتضته ضرورة الصياغة الفنية كما في القرائن القانونية القاطعة والقواعد الموضوعية المبنية على الغالب من الأحوال، فلا يجوز مثلا إثبات عدم صحة حكم قضائي. لمخالفة ذلك لحجية الأمر المقضي، ولا يجوز للمتبوع أن ينفي الخطأ عن نفسه في رقابة تابعة لأن القانون يوجب مسألة المتبوع بمجرد ارتكاب تابعة خطأ في تأدية وظيفة.

ولا يكفي أن تكون الواقعة جائزة للإثبات فحسب، بل يجب أن تكون جائزة للإثبات بالدليل الذي يطلب الخصم الترخيص له في إثباتها به، فإذا كانت الواقعة قرضا تجاوز قيمته خمسمائة جنية وكان المدعى يطلب الترخيص له بإثبات هذا القرض بالبينة، كان الطلب متعين الرفض لا لان القرض في ذاته غير جائز إثباته، بل لأنه لا يجوز إثباته بالبينة.

-
- 1 - وفي هذا قضت محكمة النقض بأنه " يشترط في الواقعة محل الإثبات أن تكون جائزة القبول وليست مما يحرم القانون إثباتها لأغراض مختلفة، وحظر الإثبات إذ كان منظوبا على إفشاء لأسرار المهنة أو الوظيفة، لا يتعلق بواقعة يحرم إثباتها وإنما يتعلق بدليل لا يجوز قبوله في صورة معينة بمعنى أن عدم جواز القبول لا ينصب على الواقعة في حد ذاتها، وبحيث تكون الواقعة التي يقف عليها الشخص بسبب وظيفته أو مهنته جائزة القبول ولكن لا يجوز إثباتها بشهادته " نقض مدني الطعن رقم ٦٧٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ٢٨ فبراير ١٩٧٩ السنة ٣. ص ٦٤٧ "
 - 2 - نقض مدني الطعن رقم ٤٨، لسنة ٤. ق جلسة ٨ ديسمبر ١٩٧٥ السنة ٢٦ ص ١٥٧٢ .

المطلب الثاني

أركان الإثبات

عرضنا فيما تقدم أن الحقيقة القضائية قد تبتعد عن الحقيقة الواقعية، بل قد تتعارض معها وأن السبب في ذلك أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا عن طريق قضائي رسمه القانون^(١) وقد يعرف القاضي تلك الحقيقة بنفسه ولا يتطرق إليها الشك، وقد يكون من أشد الموقنين بها، ولكن ينعدم أمامه الطريق القانوني لإثباتها فلا يجد بدا من إهدارها والأخذ بسبل القانون في الإثبات، ويظهر لنا جلياً أنه قد تتعارض الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية.

والقانون في تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين أولهما اعتبار العدالة في ذاتها ويدفعه إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن جميع الوجوه حتى تتفق معها الحقيقة القضائية، وثانيهما اعتبار استقرار التعامل ويدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها وفي تقدير كل دليل فيحدد له طريق الإثبات وقيمة كل طريق منها.

حتى يأمن جوره إذا مال إلى الجور، أو في القليل حتى يحد من تحكمه، فلا يختلف القضاة فيما يقبلون من دليل وفي تقدير قيم الأدلة في الأقضية المتماثلة ويمكن في

1 - عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص ٣٨ وما بعدها .

الموازنة ما بين الاعتبارين اللذين تقدم ذكرهما - اعتبارات العدالة واستقرار التعاملات
سنجد ثلاثة مذاهب في الإثبات:

١ - مذهب يميل إلى اعتبار العدالة ولو بالتضحية في استقرار التعامل وهذا هو المذهب
الحر أو المطلق (*Libre Système*) الذي يقبل أي دليل لإثبات أي حق وهذا
المذهب له خطره أيضاً إذ يمكن الخصوم من التهاتر والمضاربة بالأدلة الضعيفة
كشهادة الشهود التي تحتمل الصدق والكذب، وقرائن الأحوال التي كثيراً ما
يخطئ المرء في استنتاجاته منها فضلاً عن ضياع وقت القضاء في بحثها، كما يعطى
هذا المذهب للقاضي سلطة واسعة لا حد لها وهو بشر غير معصوم من الخطأ ولا
منزها عن الفرض، وتبيح له من باب أولى أيضاً أن يقضى بعلمه الشخصي أضف
إلى ذلك ما ينشأ عنه من اختلاف القضاة في التأويل والتقدير مما ينشأ عنه اختلاف
في توزيع العدالة ووجود مبادئ قانونية شديدة التباين.

٢ - مذهب الإثبات القانوني *Système Legal* أو الإثبات المقيد الذي يستلزم توافر
أدلة معينة بحيث لا يجوز للخصم إثبات الحق الذي يدعيه بأي دليل آخر غيرها
وهو ما يهدر الحقوق البسيطة الكثيرة التداول التي لا تستأهل وليس من مصلحة
المتعاقدين التقييد فيها بدليل معين، وهناك ما لا يمكن إثباته بدليل معين بحسب
طبيعته كما هو الحال في الجرائم، وقد تغلب في الفقه الإسلامي المذهب القانوني في
الإثبات^(١).

1 - نقض مدني الطعن رقم ٢. لسنة ٢٧ ق جلسة ١٨ فبراير سنة ١٩٦. س ١١ ص ١٨١.

فيجب في الإثبات بالبينة شهادة شاهدين، ولا يكفي بشهادة شاهد واحد إلا في حالات استثنائية وإذا توافر نصاب الشهادة وجب الأخذ بها دون أن يكون للقاضي حرية في التقدير، ويتفاوت نصاب الشهادة من واقعة إلى أخرى في حدود مقدرة تقديراً يكاد يكون حسابياً.

٣- مذهب الإثبات المختلط *Système mixte* وهو يجمع ما بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد، وأشد ما يكون إطلاقاً في المسائل الجنائية، ففيها يكون الإثبات حراً يلتمس فيه القاضي وسائل الإقناع من أي دليل يقدم إليه، شهادة كانت أو قرينة أو كتابة أو أي دليل آخر^(١) ثم يتقيد الإثبات بعض التقيد في المسائل التجارية مع بقاءه حراً في الأصل. ويتقيد بعد ذلك إلى حد كبير في المسائل المدنية، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات تضيق وتتسع متمشية في ذلك مع الملابسات والظروف وهذا المذهب هو أفضل المذاهب جميعاً، فهو يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود، وبين اقتراب الحقيقة الواقعية من الحقيقة القانونية بما أفسح فيه للقاضي من

وقد ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية، رغبة منهم في الحد من مضار إلزام القاضي بالدليل القانوني فيما يتعلق بالمعاملات، إلى القول بأن القاضي لا يتقيد بشهادة من تحملوا الشهادة على الحق إذا ثبت له من طريق آخر، لأنة لا يلزم من الأمر باستشهاد رجلين أو رجل وامرأتين في الديون وقت التحمل ألا يحكم القاضي بذلك الدين أن ثبت من طريق كالنكول أو بشاهد ويمين المدعى (انظر أحمد إبراهيم في طرق القضاء ص ١٣، وانظر تفاصيل هذا المذهب في كتاب طرق الإثبات الشرعية ص ٩ وما بعدها).

١- وقد أكدت محكمة النقض، في المحاكمات الجنائية، أن العبرة في الإثبات هي بإقناع القاضي بناء على التحقيقات التي يجريها بنفسه وأطمئنانه إلى الأدلة التي عول عليها في قضائه بإدانة المتهم أو براءته، فقد جعل القانون من سلطته أن يأخذ من أية بينة أو قرينة يرتاح إليها دليلاً لحكمه، إلا إذا قيده القانون بدليل معين ينص عليه، كما هو الشأن بالنسبة لإثبات عقد الأمانة في جريمة خيانة الأمانة حيث يتعين التزام قواعد الإثبات المقررة في القانون المدني، نقض جنائي الطعن رقم ١٥٩. لسنة ٣٩ ق جلسة ١٨ يناير ١٩٧٠. ص ٢١، ١، ١.

حرية التقدير، وقد أخذ القانون المصري بهذا المذهب مقتضياً في ذلك أثر الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والقانون الإيطالي والبلجيكي^(١).

ويلاحظ على هذا المذهب أمران:

أولهما: أن اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية فيه لا يصل إلى حد يجعل للأدلة قوة قطعية، فلا تزال للأدلة فيه حجة ظنية، ولا تزال الحقيقة القضائية هي مجرد احتمال راجح وليست حقيقة قاطعة، ولا بد من الناحية العملية الاكتفاء بالحجج الظنية ما دامت راجحة، لأن اشتراط الحجج القاطعة يجعل باب الإثبات مقفلاً أمام القاضي.

وثانيهما: أن المذهب المختلط يتفاوت في نظام قانوني عنه في نظام آخر، فهو يضع من القيود على حرية القاضي في تلمس الدليل قليلاً أو كثيراً على قدر متفاوت يختلف باختلاف النظم القانونية.^(٢)

فمنها ما يقلل من هذه القيود حتى يشتد التقارب ما بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية فيرجح حظ العدالة، ومنها ما يزيد من هذه القيود ولو ابتعدت

1 - قد قضت محكمة النقض أن المشرع وقد بين الأدلة التي يمكن بها إثبات الحقوق وحدد نطاقها وقيد القاضي بوجوب التزامها حماية لحقوق المتضامين فإنه لا ينبغي تجاوزها أو الاتفاق على مخالفتها بإضافة وسيلة أخرى لا يقرها القانون فإن الاستناد إلى البشعة كوسيلة لإثبات الحق أو نفيه هو مما تأباه سنن المجتمع وتحرمه قواعد النظام العام لما فيه من احتمال إيقاع الذي بالمتخاصمين "نقض مدني رقم ١٤١ لسنة ٢٢٢ ق جلسة ١٩ مايو ١٩٥٥ س ٥ ص ١١٥٩

2 - السنهوري المرجع السابق ص ٤٣ ومبعدها .

الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية حتى يستقر التعامل وخير هذه النظم ما وازن بين الاعتبارين حتى لا ترجح كفة على الأخرى .

موقف القضاء من المذاهب الثلاثة

المذهب الحر أو المطلق موقف إيجابي، يكون للقاضي فيه دور في توجيه الخصوم والخصومة واستكمال ما نقص في الأدلة، وتبيان ما أبهم منها وأما في المذهب القانوني أو المقيد موقف سلبي محض، لا يعدو القاضي فيه أن يتلقى أدلة الإثبات التي يقدمها الخصوم دون أى تدخل من ناحيته، ثم يقدر هذه الأدلة طبقاً للقيم التي حددها القانون، فإذا رأى أن الدليل ناقصاً أو مبهماً فليس له أن يطلب إكماله أو توضيحه، بل يقدره بالحالة التي قدمها الخصوم له^(١).

أخيراً في المذهب المختلط ينبغي أن يكون موقفاً وسطاً بين الإيجابية والسلبية، ولكنه يجب أن يكون أقرب إلى الإيجابية منه إلى السلبية، فيباح للقاضي شئ من الحرية في تحريك الدعوى وفي توجيه الخصوم وفي استكمال الأدلة الناقصة وفي استيضاح ما أبهم من وقائع الدعوى، ولا يتعارض ذلك مع تقييد القاضي بأدلة قانونية معينة وبتحديد قيم هذه الأدلة، فإن هذا التقييد يجب أن تقابله حرية القاضي في تقدير وزن كل دليل في حدود قيمته القانونية، حتى يستجلى الحقائق واضحة كاملة^(٢).

١ - وقد قضت محكمة النقض بأن محكمة الموضوع غير ملزمة بتكليف الخصوم بتقديم الدليل على دفاعهم أو لفت نظرهم إلى مقتضيات هذا الدفاع، وحسبها أن تقيم قضاها وفقاً للمستندات والأدلة المطروحة عليها بما يكفي لحملة (نقض مدنى الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ٢١ مارس ١٩٧٢ السنة ٢٣ العدد الأول ص ٤٣٩، والطعن رقم ٢٢٩ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩ يونية ١٩٧٣ السنة ٢٤ العدد الثانى ص ٩٤.

٢ - السنهاورى المرجع السابق ص ٤٤

وتجدر الإشارة الى أن منع القاضي من القضاء بعلمه ليس فرعاً من مبدأ حياد القاضي، بل هو النتيجة المترتبة على حق الخصوم في مناقشة أى دليل يقدم في القضية. وقد أخذ القانون المصرى بالمذهب المختلط في الإثبات كالقوانين اللاتينية التى لا تتيح للقاضى حرية توجيه الدعوى واستخلاص الحقائق من أدلتها القانونية الا بشكل محدود.

فالقاضى يستطيع أن يحيل الدعوى إلى التحقيق من تلقاء نفسه^(١) كما يستطيع أن يعين خبيراً وله أن يطلب إحضار الخصوم شخصياً وأن يوجه إلى أحدهما اليمين المتممة^(٢) وقد زاد تقنين المرافعات المصرى من إيجابية موقف القاضى في الإثبات فخوله سلطة شطب الدعوى عند تخلف الخصوم عن الحضور أو الحكم فيها إذا كانت صالحة لذلك، كما له وقف الدعوى لمدة معينة عند اتفاق الخصوم على ذلك، وبسقوط الخصومة لإهمال المدعى في تجديد سير الدعوى الموقوفة أو التى انقطع سير الخصومة فيها متى انقضت ستة أشهر من آخر إجراء صحيح من إجراءات التقاضى، وبإدخال القاضى من تلقاء نفسه من لم يكن طرفاً في الخصومة ليرد الدعوى إلى وضعها الطبيعى بعد أن انحرف بها عنت الخصوم أو إهمالهم^(٣)

وقد خطا المشرع المصرى عند وضعه لقانون الإثبات الجديد خطوة أوسع نحو إيجابية موقف القاضى من الإثبات فخوله سلطة استدعاء من يرى سماع شهادته إظهاراً لوجه الحق في الدعوى ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم^(٤).

حق الخصوم في مناقشة الأدلة التى تقدم فى الدعوى

- 1 - نقض الطعن رقم ٢٥ لسنة ٣. ق - جلسة ٢١ نوفمبر ١٩٦٢ س ١٣ ص ١,٤٦، ونقض الطعن رقم ١٥١ لسنة ٤٦ق - جلسة ١٤ مارس ١٩٨١ س ٣٢ ص ٨,٦.
- 2 - نقض الطعن ١٩٦٤ لسنة ٥. ق - جلسة ١٢ يونيه ١٩٨٦ س ٣٧ ص ٦٧٧
- 3 - نقض الطعن رقم ١٩٨٧ لسنة ٦١ ق - جلسة ٢٣ مايو ٦٠٠٢ (لم ينشر بعد)
- 4 - راجع المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات الجديد

لا يجوز للقاضي أن يقضى بعلمه، ذلك لأنه مهما يكن من قدر الحرية التي تطلق للقاضي في الإثبات، فلا جدال في أن أى دليل يقدمه الخصم في الدعوى يجب أن يعرض على الخصوم جميعاً لمناقشته، ويدلى كل بدلوه فيه، يفنده أو يؤيده، والدليل الذى لا يعرض على الخصم لمناقشته لا يعول عليه، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نُوقش في قضية أخرى ما لم يناقش في الدعوى القائمة، وهذا مبدأ جوهري من مبادئ التقاضى، حتى لا تبقى الخصومة مُجهَّلة، وحتى تتكافأ فرص الخصوم في الدعوى.

ولا يجوز للقاضي القيام بمعينة مكان النزاع في غيبة الخصوم ودون أن يدعواهم لحضورها ومن غير إصدار قرار بإجرائها، ولكن يكفي أن يُعرض الدليل على الخصوم لمناقشته، فإذا عزفوا عن مناقشته فعلاً فقد تنازلوا عن حقهم في ذلك وصح الأخذ بالدليل، كذلك لا يجوز للقاضي أن يأتي بأدلة من عنده لم تقدمها الخصوم، ألا إذا تراضوا عليها وقبلوا مناقشتها^(١).

ويترتب على حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في الدعوى أنه لا يجوز للقاضي أن يقضى بعلمه، ذلك أن علم القاضي هنا يكون دليلاً في القضية، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم، فيكون خصماً وحكماً، وهذا لا يجوز.

وهذا الدور الإيجابي للخصوم في الإثبات وما يستتبعه من حقهم في مناقشة

الأدلة، تنظمه قواعد أربع هي :

١- حق الخصم في الإثبات

١ - وقد قضت محكمة النقض بأن المبدأ الأساسى الذى يحكم النظرية العامة فى الإثبات هو مبدأ حياد القاضى، فلا يجوز له أن يقضى بعلمه الشخصى عن وقائع الدعوى دون أن يكون من قبيل ذلك ما يحصله استقاء من خبرته بالشئون العامة المفروض إمام الكافة بها، وإذ كان تقرير الحكم المطعون فيه أن العادة جرت فى حى الزمالك الذى تقع به شقة النزاع على التأجير مفروشا استناداً إلى قرارات وزارة الإسكان ليس من قبيل استعانة القاضى فى قضائه بما هو متعارف عليه بين الناس، ولا يبرره الاستناد إلى قرارات وزارية صدرت بعد مرور قرابة عشرين سنة على التعاقد وفى ظل ظروف اقتصادية تختلف عن تلك التى حرر فيها العقد، نقض مدنى (الطعن رقم ٤٩ لسنة ٤٤ ق - جلسة ١٢ ابريل ١٩٧٨)

- ٢- حق الخصم الآخر في إثبات العكس
٣- لا يجوز لأي خصم أن يصطنع دليلاً لنفسه
٤- ولا يجوز إجبار شخص على تقديم دليل ضد نفسه.
أولاً: حق الخصم في الإثبات :

نصت المادة الأولى من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على " أنه على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه"^(١).
ويتعين أن يقام الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها، وفقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون المدني فالخصم يجب عليه أن يثبت ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي بينها القانون، فموقفه في الإثبات موقف إيجابي، وليس هذا واجب عليه فحسب، إنما هو أيضاً حق له، فإذا ادّعت مثلاً أن لك مبلغاً من المال في ذمة شخص وجب عليك أن تقيم الدليل على ذلك لأن الأصل عدم المديونية أو براءة الذمة^(٢) وهذا الأصل متفق عليه في الشريعة الإسلامية وجميع الشرائع^(٣).
ولا يخفى أن كل شخص مستقل عن الآخر خصوصاً فيما يتعلق بالارتباطات القانونية إلا إذا ربط نفسه بنفسه بتعهده، وإذا أقمت الدليل على دينك وادّعى المدين وفاءه وجب عليه إثبات ذلك لأن الدين الثابت قانوناً يعتبر باقياً في ذمة المدين حتى يقدم برهانه على التخلّص منه.

ويصح القول بأن عدم المديونية أمر ثابت أصلاً لأن الأصل هو عدم المديونية، والدين الثابت قانوناً بسند مثلاً أمر ثابت عرضاً، لأنه ليس ثابتاً أصلاً كعدم المديونية، وإنما عرضاً بسند الدين. فالمكلف بالإثبات إذا هو من يدعى خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً^(٤)

١ - الجريدة الرسمية العدد ٢٢ الصادر في ٣ مايو سنة ١٩٦٨ .
٢ - أحمد نشأت " رسالة الإثبات في التعهدات" - المرجع السابق ص ٣٢
٣ - قال عليه الصلاة والسلام: " لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن البيئة على المدعى " - انظر طرق الإثبات الشرعية للأستاذ/ أحمد إبراهيم ص ١٢.
٤ - نقض الطعن رقم ١٢٨، ٢٥٢ لسنة ٣٤ ق - جلسة ٢٤ فبراير ١٩٦٧ السنة ١٨ ص ١٩ ..

فالأصل في نطاق الحقوق الشخصية هو براءة الذمة من كل التزام، فمن يدعى أنه يداين شخصاً فإنه يكون مدعياً خلاف الثابت أصلاً ومن ثم يقع عليه عبء إثبات مصدر هذا الدين (سواء كان عقداً أو عقاراً أو فعلاً ضاراً)^(١)

والأصل في نطاق الحقوق العينية هو احترام الوضع الظاهر، فالحق العيني سلطة مباشرة بشخص على شيء معين وعلى ذلك يعتبر من يباشر هذه السلطة صاحب الحق حتى يقوم الدليل على العكس.

فحائز الأرض الزراعية يعتبر بحسب الظاهر هو المالك، ولا يطلب منه أن يقيم الدليل على ملكيته، وأنه مالك ما عليها وما تحتها، فمن يدعى خلاف ذلك الوضع الظاهر يقع عليه عبء الإثبات.

وهناك أوضاع يفترض القانون وجودها عن طريق قرائن قانونية يقيمها لصالح من يدعيها فتعفيه من إقامة الدليل على ادعائه^(٢)

ويترتب على ذلك أن وجود القرينة يدل على وجود وضع ثابت فرضاً يعفى من يتمسك به من عبء الإثبات ويكون على من ينكره إثبات ما يدعيه باعتباره أنه يدعى خلاف الوضع الثابت فرضاً - ذلك أن الأصل في القرائن القانونية أنها بسيطة أى تقبل إثبات العكس، ويستثنى من ذلك القرائن القانونية القاطعة التى يمنع القانون إثبات عكسها.

وقد نصت المادة ٩٩ إثبات على أن "القرينة القانونية تعفى من تقرر لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكس ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

وكذلك نصت المادة ١٩ من قانون الإثبات من أن التأشير على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس.

1 - نقض الطعن رقم ٢٢٩ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٩ يونيو ١٩٧٣ السنة ٢٤ ص ٩٤.
2 - نقض الطعن رقم ٧٤٣ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١١ يناير ١٩٨٣ السنة ٣٤ ص ١٦٦.

كما أكدت المادة ٥٨٧ من القانون المدنى على أن الوفاء يقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط^(١).

ثانياً: حق الخصم الآخر فى إثبات العكس

فكل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق فى نقضه وإثبات عكس ما يدعيه الخصم.

وإعمالاً لهذه القاعدة نصت المادة ٦٩ من قانون الإثبات على أن "الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق"^(٢).

وعلى ذلك إذا كان الدليل الذى قدمه الخصم ورقة مكتوبة، فإن كانت عرفية كان للخصم الآخر أن ينكر خطه أو إمضاه أو أن يطعن فى الورقة بالتزوير، وإن كانت رسمية كان للخصم الآخر أن يطعن فيها بالتزوير. وإذا كان الدليل المقدم قرينة قضائية، فللخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة بأخرى مثلها أو بأى طريق آخر.

وكذلك الحال فى القرينة القانونية، فإن الأصل فيها جواز إثبات العكس، أما القرائن القانونية التى لا تقبل إثبات العكس فنادرة ولا بد فى منع إثبات عكسها من نص قانونى.

1 - ومن ذلك القرائن المنصوص عليها فى المواد ٢٢٤، ٩١٦، ٩٢٢، من القانون المدنى .
2 - وقد أكدت محكمة النقض هذا المعنى فى كثير من الأحكام لها من ذلك " أن النص فى المادة ٦٩ من قانون الإثبات على أن الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق لا يعنى أن المشرع يلقى على عاتق هذا الأخير عبء نفي الواقعة المراد إثباتها وإنما هو يعطيه رخصة إتباع ذات الطريق فى دحض تقاريرات شهود الإثبات لتوازن المحكمة بين أقوال الفريقين وترجح بينهما فإذا لم يستعمل هذه الرخصة أو أطرحت المحكمة أقوال شهوده لا ينشأ عن ذلك دليل يعفى خصمه من عبء الإثبات أو يزيل عدم كفاية ما شهد به شهود هذا الأخير فى ثبوت الواقعة المكلف بإثباتها. " نقض مدنى الطعن رقم ١٣٤٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٥ أبريل سنة ١٩٨٢ السنة ٣٣ العدد الأول ص ٤١٣ .

ويظهر لنا جلياً من كل ما تقدم أن الأصل في الدليل الذى يقدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه، وأن حق الخصم فى إثبات ما يدعيه يقابله حق الخصم الآخر فى إثبات العكس.

والقاعدة الثالثة: عدم جواز اصطناع الخصم دليلاً لنفسه

الأصل أن الدليل الذى يقدم ضد الخصم يكون صادراً منه حتى يكون دليلاً عليه، فالورقة المكتوبة حتى تكون دليلاً على الخصم يجب أن تكون بخطه أو بإمضائه وإذا كانت الورقة ليست دليلاً كاملاً واقتصر أمرها على أن تكون مبدأً ثبوت بالكتابة فإنه يجب كذلك أن تكون صادرة من الخصم الذى يراد الإثبات ضده.

وينبنى على ذلك أنه لا يجوز أن يكون الدليل الذى يحتج به الخصم صادراً منه هو أو أن يكون من صنعه، لأن الإنسان لا يستطيع أن يصطنع دليلاً بنفسه لنفسه^(١)، فلا يجوز أن يكون الدليل الذى يقدمه الخصم على صحة دعواه مجرد أقواله وادعاءاته المجردة، أو أن يكون ورقة صادرة منه أو مذكرات دونها بنفسه، وتطبيقاً لهذا نصت الفقرة الأولى من المادة ٩٧٢ من القانون المدنى على أنه " ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف سنده، فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذى تقوم عليه هذه الحيازة " وهى فرع عن مبدأ أعم وأشمل هو أن الشخص لا يستطيع أن يخلق بنفسه لنفسه سبباً لحق يكسبه، ومن استعجل الشئىء قبل أوانه عوقب بحرمانه، فالوارث الذى يقتل مورثه يجرم من إرثه^(٢).

غير أن القانون نص فى بعض الحالات، لمبررات قدرها المشرع على جواز أن يتمسك الشخص بدليل صدر منه هو، من ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة

١ - وقد قضت محكمة النقض بأن الشخص لا يملك أن يتخذ من عمل نفسه لنفسه دليلاً يحتج به على الغير (الطعن رقم ٢٩ لسنة ٣٨ ق - جلسة ١٢ يونيه ١٩٧٣ السنة ٢٤ ص ٨٩٤، والطعن رقم ٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٢٢ مايو ١٩٨٩ السنة ٤ ص ٣٤٥).

٢ - انظر أحمد إبراهيم " طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية المرجع السابق ص ٢٣٥ .

١٧ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ من أن "دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يميز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة".

ومن ذلك ما نص عليه قانون التجارة من أن دفتر التاجر قد يكون حجة له على التاجر، فتقضى المادة ٧. من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون التجارة على أنه "يجوز قبول الدفاتر التجارية للإثبات في الدعاوى المقامة عليهم متى كانت متعلقة بأعمالهم التجارية"، إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط التي نظمها تلك المادة.

والقاعدة الرابعة: عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه:

مع ذلك فإنه في حالات معينة يكون من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه، وهذا يختلف بطبيعة الحال عن مسألة أخرى هي أن الشخص قد يقدم من تلقاء نفسه دليلاً في الدعوى يستند إليه في تأييد ما يدعيه، ومع ذلك فقد يتخذ الخصم الآخر من هذا الدليل دليلاً لصالحه هو، يستند إليه في إثبات ادعائه، ويجوز للمحكمة أن تستخلص من المستند الذي يقدمه أحد الخصوم لصالحه دليلاً ضده^(١).

على أنه إذا كانت القاعدة هي أنه لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، فإن حق الخصم في الإثبات قد يصل أحياناً إلى حد إجبار خصمه أو الغير على تقديم دليل في حوزته، وهذا ما يقرره قانون الإثبات في المادة ٢. إذ نصت على أنه يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أى محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده.

ومن ذلك ما نص عليه قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في المادة ٢٨ من أنه "يجوز للمحكمة بناء على طلب الخصم أو من تلقاء ذاتها أن تأمر التاجر بتقديم دفاتره

١ - نقض الطعن رقم ٩. لسنة ٩ قضائية - جلسة ١١ أبريل ١٩٩٤. (مجموعة عمر ٣ رقم ٥. ص ٦).

إليها لاستخلاص ما يتعلق بالنزاع المعروض عليها، وللمحكمة أن تطلع على الدفاتر بنفسها أو بواسطة خبير تعينه لذلك^(١).

وإذا كان المحرر مشتركاً بينه وبين خصمه، ويعتبر المحرر مشتركاً على الأخص إذا كان لمصلحة الخصمين، أو كان مثبتاً لالتزاماتها وحقوقها المتبادلة، وذلك كما هو الحال بالنسبة للمستندات المتعلقة بأعمال شركة بين الخصمين^(٢).

إذا استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى، ويتصل بهذا الحكم أن الخصم إذا قدم محرراً للاستدلال به في الدعوى، فلا يجوز له سحبه بغير رضا خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة.

هذا وقد بين قانون الإثبات في المادة ٢٤ منه جزاء عدم تقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة أو امتناع الخصم عن حلف اليمين بأن المحرر لا وجود له وأنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستشهاد به، فقرر في هذه الحالة أن تعتبر صورة المحرر التي قدمها خصمه صحيحة ومطابقة لأصلها، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله أو موضوعه^(٣).

أهمية التكليف بالإثبات

1 - انظر قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية للدكتور/ توفيق حسن فرج - طبعة ١٩٨١ ص ٢٣ وما بعدها

2 - وقد قضت محكمة النقض في هذا " متى كان المدعى قد طالب بالزام المدعى عليه بتقديم العقد الذي تحت يده باعتباره ورقة مشتركة بينهما، فكلفت المحكمة هذا الأخير بتقديمه، فلم يقدمه، وكان المشرع قد رتب في المادة ٢٥٧ مرافعات على عدم تقديم الخصم الورقة اعتبار الصورة التي قدمها خصمه لهذه الورقة صحيحة مطابقة لأصلها، فإذا لم يقدم الخصم هذه الصورة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها. " نقض مدنى الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣١ جلسة ١٤ يونية ١٩٦٦ س١٧ ص ١٣٥٩

3 - نقض الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٤ من يونيه ١٩٦٦ س١٧ ص ١٣٥٩ .

إن تكليف أحد الطرفين دون الآخر بالإثبات أمر في غاية الأهمية^(١) وقد يضيع حق المحق إذا كلف القاضي خصماً بالإثبات حيث يجب تكليف الخصم الآخر. فمثلاً إذا رفع شخص على آخر دعوى بدين، وأنكر المدعى عليه الدين بتاتاً، وجب على القاضي تكليف المدعى بإثبات الدين لأنه يدعى خلاف الثابت أصلاً وهو براءة الذمة أو عدم المديونية. أما إذا كلف المدعى عليه بإثبات عدم مديونيته فإنه يُعجزه عن ذلك لأن إثبات النفي في هذه الحالة متعذر لعدم إمكان وجود دليل كتابي به أو عدم إمكان إحاطة علم الشهود به، فإذا فتح جارك نافذة على منزلك وطلبت منه سدها، فادعى أن له على عقارك حق ارتفاق - حق مَطلّ - هل يكلف بإثبات هذا الحق أم تكلف أنت بإقامة الدليل على أن عقارك ليس عليه هذا الحق؟ إن الأصل أو الثابت أصلاً أن كل عقار خال من حقوق الارتفاق ما لم يقيد بأحدها بعقد أو بمضى المدة، ومن ادعى خلاف الثابت أصلاً وجب عليه الإثبات.

فوجب على خصمك الإثبات ولو أنه مدعى عليه في الدعوى وأنت المدعى، وذلك لأنه مدع بحق الارتفاق، وليست العبرة بالمدعى والمدعى عليه حسب شكل الدعوى إنما العبرة بمدعى الحق المراد إثباته. أما إذا كلفت أنت بإثبات عدم وجود حق ارتفاق فإنه قد يضيع عليك حقك لأن إثبات النفي في مثل هذه الحالة مُتَعَذراً أيضاً. ما ينشأ عن عدم اتباع قواعد الإثبات ومراقبة محكمة النقض:

إنه وإن كان لقاضي الموضوع تقدير الدليل بلا معقب عليه من محكمة النقض ما دام ما يستند إليه من شأنه أن يؤدي عقلاً إلى النتيجة التي انتهى إليها، إلا أنه إذا لم يراع

1 - انظر أحمد نشأت المرجع السابق ص ٤١ .

قواعد الإثبات التى وضعها القانون فخالفها، أو أخطأ فى تطبيقها، أو فى تأويلها فإن حكمه يكون قابلاً للنقض، فمثلاً إذا استتج القاضى استنتاجاً مقبولاً عقلاً صحة^(١) .

الدعوى من شهادة الشهود والقرائن حيث يجوز الإثبات قانوناً بالشهود والقرائن كان حكمه غير قابل للنقض، أما إذا أجاز الإثبات بالشهود والقرائن حيث يجب الإثبات بالكتابة كان حكمه قابلاً للنقض.

وكذلك يخضع قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض فى بيان من يجب أن يتحمل عبء الإثبات من الخصوم ومن يكون عليه النفى، وكذلك فى كيفية تنقل عبء الإثبات، ويخضع قاضى الموضوع أيضاً لرقابة محكمة النقض فى كون الواقعة محرّمة إثباتها قانوناً أولاً، أو هى فى حكم الثابت الذى لا يحتاج لإثبات أو ليست كذلك.

فقواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام مما يبيح الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً، ولئن كان سكوت الخصم عن الاعتراض على الإجراء يعد قبولاً ضمناً له إلا أن شرط ذلك أن يكون فى مكنته إبداء الاعتراض عليه^(٢).

١ - وقد استقرت أحكام محكمة النقض على " أنه لا يجوز للقاضى من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبينة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة، من غير طلب الخصوم " نقض مدنى الطعن رقم ٤٤٤٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٦ من مايو ١٩٩٦ س ٤٧ ص ٨٢٨ .

٢ - نقض الطعن رقم ١٦٣١ لسنة ٥١ ق - جلسة ٣ يناير ١٩٨٩ السنة ٤ . صفحة رقم ٣٥٦

المطلب الثالث

طرق الإثبات

بيان الأدلة:

يمكن رد الطرق القضائية التي يتصور وصول القاضى منها الى كشف حقيقة المتنازع عليه الى ثلاثة أنواع هى: معاينة الواقع، والاعتماد على أقوال شهود الحال، واستنباط الحقيقة من أمور أخرى متصلة بها^(١).

وقد رسم القانون طرق الإثبات ، و إجراءاتها وقوة كل طريق منها وهى الكتابة والشهادة ، و البيئة والقرائن والإقرار واليمين والمعاينة^(٢).

وهى واردة على سبيل الحصر يتعين على القاضى والمتقاضين أن يلتزموا حدودها، فلا ينبغى تجاوزها أو الاتفاق على وسيلة إثبات أخرى لا يقرها القانون ولكن يجوز الاتفاق على استبعاد بغض هذه الأدلة، كأن يتفق على عدم جواز الإثبات بالبيئة أو باليمين .

ويلزم تبين حقيقة كل منها وأهميته :

الإقرار واليمين :

1 - ونصت المادة ١٢٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن " الأدلة الشرعية هى ما يدل على الحق ويظهره من إقرار وشهادة ونكول عن الحلف وقرينة قاطعة، ونصت المادة ١٣ . منها على أن الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان .

2 - انظر سليمان مرقس ص ١٤٩ وما بعدها "أما فى مواد الأحوال الشخصية للمسلمين، فلأنها تخضع من حيث الموضوع لأحكام الشريعة الإسلامية ولأن الدليل فيها يعتبر مرتبطاً بالموضوع، فتسرى عليه أيضا أحكام الشريعة الإسلامية الموضوعية ولكن إجراءاته تخضع لأحكام قوانين المرافعات أو للأحكام الإجرائية فى قوانين الإثبات"،

الإقرار إما أن يكون من المقر لنفسه أو على نفسه، فان كان الأول فإنه لا يثبت للمقر حقاً قبل غيره، وان كان الثانى فهو يجعل الواقعة معترفاً بها ولا يدع محلاً لإثباتها فلا يعتبر من طرق الإثبات واليمين أيضاً ليست طريقاً للقضاء، لأن المدعى إذا عجز عن البينة ووجه اليمين إلى خصمه فحلفها إنما يحكم القاضى برفض دعواه لعجزه عن البينة ولاحتكامه إلى ذمة خصمه، لا قضاء للخصم بيمينيه . فاعتبار اليمين من طرق القضاء إنما هو بحسب الظاهر أيضاً كما فى الإقرار^(١).

لذلك اعتبر المشرع الإقرار واليمين طريقين احتياطيين من طرق القضاء يلجأ إليهما المدعى - على ما فيهما من صعوبة ومن خطر - إذا عجز عن تقديم دليل من الأدلة الأصلية .

المعينة: لاشك فى أن معينة القاضى محل النزاع آمن طريق للوصول إلى الحقيقة. غير أنها لا تيسر إلا فى أحوال نادرة، إذ الغالب أن يكون محل النزاع وقائع مضت ولم يعد فى الإمكان معاينتها . وإن تيسرت فقد تتطلب إماماً بمعلومات فنية لا تتوافر للقاضى، فيلجأ هذا إلى واحد أو أكثر من أهل الخبرة لإجراء المعاينة وتقديم تقرير له بنتيجتها . والمفروض فى هؤلاء الخبراء أنهم محل ثقة سواء من حيث الصدق والأمانة، أو من حيث الكفاءة الفنية . ولكن الواقع قد يكون غير ذلك . ولذا كانت معاينة أهل الخبرة أقل من معاينة القاضى ضماناً للوصول إلى الحقيقة، وقد حاطها المشرع بإجراءات تكفل سلامتها ونص على هذه الإجراءات فى المواد من ١٣٥ إلى ١٦٢ من قانون

1 - فى هذا المعنى أحمد إبراهيم فى طرق القضاء ص ٧ .

الإثبات، كما نص على معاينة القاضي أو انتقال المحكمة إلى محل النزاع في المواد ١٣١ إلى ١٣٤ إثبات^(١).

البينة: هي أقوال شهود عدول معروفين بالصدق والأمانة يقررون أمام القضاء وبعد حلف اليمين ما عاينوه أو سمعوه من وقائع، وهي لذلك تعتبر دليلاً مباشراً كمعاينة القاضي ومعاينة الخبراء ولكنها دونها مرتبة^(٢).

وقد اعتبرت البينة منذ أقدم عصور التاريخ أهم طرق القضاء بعد المعاينة وآمنها في الوصول إلى الحقيقة.

غير أنه لما اتسعت المجتمعات وأصبح القاضي لا يعرف أشخاص الشهود ولا يعلم شيئاً عن مقدار اتصافهم بالصدق والأمانة ولا عن مبلغ ادراكهم للأمور، تزعزعت الثقة في شهادة الشهود، حيث كثر احتمال الكذب والتلفيق وشهادة الزور.

ومع ذلك ظل القضاء لا يستغنى عن الالتجاء إلى البينة، وحاطها المشرع بكثير من الضمانات، فرسم إجراءات التحقيق، وفرض عقوبة مشددة لشهادة الزور، وخول القاضي سلطة مطلقة في تقدير قيمة الشهادة وأعطاه حرية تامة في الأخذ بها أو طرحها

١ - وقد قررت محكمة النقض أن طلب الانتقال إلى محل النزاع لمعاينته هو من الرخص القانونية لمحكمة الموضوع، فلا عليها إن لم تستجب إلى ذلك متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لاقتناعها بالفصل فيها "نقض مدنى الطعن رقم ٢٨ لسنة ٢٥ ق جلسة ٢٥ من فبراير ١٩٦٠. س ١١ ص ١٨٤.

٢ - تطلق الشهادة في اللغة بالاشتراك على معان كثيرة (منها) الحضور تقول شهد فلان مجلسنا أى حضره (ومنها) الإطلاع على الشيء و معاينته تقول شهدت كذا أى اطلعت عليه وعاينته (ومنها) إدراك الشيء تقول شهدت صلاة الجمعة أى أدركتها (ومنها) الإخبار بالشيء خبراً قاطعاً، تقول شهد فلان على كذا أى أخبر به خبراً قاطعاً (ومنها) الحلف، تقول أشهد بالله، أى أحلف به.

والفعل من باب علم وجمع الشاهد شهد كراكب وركب، وصاحب وصحب وشهود وأشهاد، ويقال شهيد وجمعه شهداء قال تعالى "و لا يضار كاتب و لا شهيد" انظر أحمد إبراهيم طرق الإثبات الشرعية.

طبقا لاقتناعه بصحتها أو عدمه ^(١). ومع كل هذه الضمانات، ظلت البيئة دليلا يمكن أن يتطرق إليه الشك فأنزلها المشرع منزلتها بين الأدلة وفضل عليها الكتابة .

قرائن الحال: قرائن الحال هي أمور ثابتة يستدل منها القاضى بطريق الاستنباط على حقيقة أمر غير ثابت، أو هي استنباط أمر غير ثابت من ثبوت أمور أخرى متصلة به، وتسمى أيضا القرائن القضائية.

ويعتبر هذا الطريق من طرق القضاء طريقا غير مباشر لأنه لا يركز على معاينة حقيقة الواقع كما فى معاينة القاضى وأهل الخبرة والشهود إياها، بل يركز على معاينة أمور غير الأمر المراد إثباته، ولا يؤدي إلى معرفة حقيقة هذا الأمر الأخير إلا من طريق الاستنباط ^(٢).

ومزية القرائن أنها وقائع مادية ملموسة لا تنطق إلا صدقا، فتصلح أن تكون أساسا مأمونا للوصول إلى الحقيقة . أما عيبها، فإنها تقتضى عملية دقيقة- هى عملية الاستنباط- لا يؤمن فيها الزلل .

لذلك أوصى المشرع القاضى أن يتشدد فى شأنها وأعطاه سلطة مطلقة فى تقديرها وفى الأخذ بها (المادة ١ .. من قانون الإثبات)، وأنزلها بين الأدلة منزلة البيئة، وجعل مرتبتها معا دون مرتبة الكتابة ^(٣).

-
- 1 - نقض مدنى الطعن رقم ١,٣ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٧ يناير سنة ١٩٩٧ س ٤٨ ص ٢٢٨، ونقض الطعن رقم ٣٩٣٥ لسنة ٦٦ ق جلسة ٤ يناير سنة ١٩٩٦ س ٤٧ ص ٨٩ . والطعن رقم ١,٧٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٧ ديسمبر ١٩٩٣ س ٤٣ ص ١٣٣٨ .
 - 2 - انظر سليمان مرفس الأدلة المطلقة المرجع السابق ص ١٥٤ وما بعدها .
 - 3 - نقض الطعن رقم ٢,٩٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٧ يونيو س ٤٤ ص ٧١٢، والطعن رقم ١٧٨٣ لسنة ٥٢ ق جلسة ٢٩ مايو ١٩٨٦ س ٣٧ ص ٦٢.

الكتابة - تمتاز الكتابة عن غيرها من طرق الإثبات بأنها دليل يمكن إعداده مقدما أى منذ حدوث الواقعة القانونية وقبل وقوع النزاع بشأنها واحتياطا لهذا النزاع . ويتفرع على ذلك قرب الدليل الكتابي الحقيقة الواقعية وتفاديه عيوب البينة من نسيان وكذب وتلفيق^(١).

غير أن الكتابة كانت في العصور الأولى قليلة الانتشار . ولم تظهر مزيته إلا بعد أن عم استعمالها في أوروبا في منتصف القرن السادس عشر، فاعتمدت عليها الشرائع الحديثة في الإثبات وفضلتها على البينة وجعلت لها حجية ملزمة للقاضي^(٢).

ولإنها دليل يمكن إعداده مقدما، تصلح الكتابة بوجه خاص لإثبات الأعمال القانونية . وأبعدها عن عيوب البينة، أوجبها المشرع دون البينة والقرائن في إثبات المهم من هذه الأعمال، أى في التصرفات التي تجاوز قيمتها خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة (المادة ٦ . من قانون الإثبات)

١ - وإذا كانت للدليل الكتابي هذه المزية، فليس معنى هذا أنه يشترط في كل كتابة لاعتبارها دليلا أن تكون قد وجدت وقت وقوع الحادثة المدونة فيها، فالإقرار مثلا يقتضى أن تكون الواقعة التي ينصب عليها قد حدثت قبلة، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع أن يحصل بالكتابة . وغاية الأمر أن الكتابة المعدة مقدما تعتبر حجة متعديّة ، أما الكتابة المتضمنة إقرارا فتكون كالإقرار حجة قاصرة . سليمان مرقس المرجع السابق ص ١٥٥

٢ - السنهوري ج ٢ ص ٩٢ ، سليمان مرقس ص ١٥٥ ، أحمد نشأت ص ٥٣ .