

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع: السجل رقم 05

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

دور القاضي والخصوم في توزيع عبء
الإثبات في المسائل المدنية

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: قانون خاص

الشعبة: حقوق

تحت إشراف الأستاذ(ة):

من إعداد الطالب(ة):

حميدة فتح الدين محمد

بداني محي الدين

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

مشرفي عبد القادر

الأستاذ:

مشرفا مقرا

حميدة فتح الدين محمد

الأستاذ:

مناقشا

زواتين خالد

الأستاذ:

السنة الجامعية: 2019/2018

نوقشت يوم 2019/09/18

إهداء

نهدي هذا العمل المتواضع إلى

أوليائي الكرام أطال الله في أعمارهم

أخوتي الأعزاء من سهروا معي على إتمامه

أصدقائي الأعزاء

و إلى كل من ساعدنا من قريب من بعيد

و إلى كل من سلك طريقا يبتغي فيها علما

كلمة شكر وتقدير

أشكر الله عز وجل على أن وفقنا في إنجاز هذا العمل

المتواضع ،

اشكر أستاذي المشرف " حميدة فتح الدين محمد " على

مجموعة النصائح التي أمطرتني بها خلال إنجازي هذا البحث

ودون أن أنسى شكر السادة الأفاضل أعضاء اللجنة المناقشة

الموقرين على قراءتهم وتصويبهم لهذه المذكرة

وكذلك أشكر كل اللذين ساعدوني من قريب أو من بعيد .

وفي الأخير نحمد الله ونشكره على أن سدد خطانا ويسر

سبيلنا في إتمام هذه المذكرة.

مقدمة

مرّ الإثبات القضائي في تاريخ الإنسانية بمراحل يضيق المقام عن الخوض فيها فقد كانت الإنسانية في طفولتها تلجأ في الإثبات القضائي إلى ضروب من السحر والشعوذة ثم لجأت إلى الدين . و كان القتال بل الانتحار من الأدلة القضائية عند بعض الأمم في فجر التاريخ.

ولقد تطورت أساليب الإثبات القضائي فأصبح هناك تعاونا وثيقا في الإثبات بين القانون و القاضي و الخصوم . فالقانون يبين طرق الإثبات و يحدد قيمة كل منها، والقاضي يطبق القواعد التي يقرها القانون في ذلك و يتمتع في تطبيقها بشيء من حرية التقدير . و الخصوم هم الذين عليهم أن يقدموا الأدلة على صحة دعواهم و ذلك على الوجه الذي رسمه القانون . ولكل خصم الحق في مناقشة الأدلة التي يقدمها خصمه و في تفنيدها و في إثبات عكسها . و لما كان الإثبات القضائي محدود في وسائله فالحقيقة القضائية يكون حظها من مطابقة الوقائع بقدر ما يكون للقاضي من سلطة في البحث و التحري، فلا يجوز للقاضي أن يبني حكمه إلا على وسائل الإثبات التي أجازها القانون ولا يقبل منه القضاء بعلمه الشخصي. لأن المشرع عدد طرق و حصرها في ذلك فلا تقبل وسيلة أخرى . فالأصل أن دور القاضي سلبي في إثبات المواد المدنية، فإذا كان القانون يفرض إثبات الديون كتابة ولم يتوفر الدليل الكتابي لدي الدائن فلا يملك القاضي سوى رفض دعواه حتى ولو كان مقتنعا بصحتها. كأن يكون شهد بنفسه الواقعة التي أنشأت الدين . لذلك فإن الطرق التي يحددها القانون للإثبات تلزم المتقاضين من جهة .حيث أن دليلهم لا يستقيم إلا إذا وافق هذه الطرق، والقاضي من جهة أخرى حيث أنه مقيد بقبول الوسيلة الواجبة دون غيرها .والحكم طبقا لما يقتضيه القانون في تلك الحالة.

ووسائل الإثبات في القانون على خلاف الشريعة الإسلامية لا تؤدي غالبا إلا إلى حقيقة ظنية لا قطعية. ويحتمل أن تكون الحقيقة القضائية التي تثبت أمام القضاء تختلف عن الحقيقة

مقدمة

الواقعية. ولذلك كانت الحقيقة القضائية نسبية ولكن المشرع يضحى بالحقيقة الواقعية و يضفي على الحقيقة القضائية حجية الأمر المقضي.

وجميع وسائل الإثبات في القانون تفيد الظن إلا أن المشرع أعطى بعض الوسائل حجية ملزمة للقاضي وأعتبر الثابت بها ثابتا في الواقع.

وأوجب على القاضي الحكم بموجبها وه ي الكتابة والقرائن القانونية القاطعة واليمين الحاسمة والإقرار بينما ترك بقية الوسائل في تصويرها الحقيقة إلى قناعة القاضي و تقديره وهي الشهادة و القرائن القضائية و الخبرة و المعاينة . والقانون في تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين . اعتبار العدالة في ذاتها ويدفعه إلى تلمس الحقيقة الواقعية بكل السبل ومن ج ميع الوجوه حتى تتفق معها الحقيقة القضائية . واعتبار استقرار التعامل ويدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها في تقدير كل دليل فيحدد له طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها . حتى يأمن جوره إذا مال إلى الجور أو حتى على الأقل حتى يحد من تحكمه فلا يختلف القضاة فيما يقبلون من دليل وفي تقدير قيم الأدلة في القضايا المماثلة .

ونظرا للموازنة بين اعتبار العدالة واعت بار استقرار التعامل قامت ثلاث مذاهب في الإثبات: مذهب يميل إلى اعتبار العدالة ولو بالتضحية بلستقرار التعامل وهذا هو المذهب الحر أو المطلق (système libre) ومذهب يستمسك باستقرار التعامل ولو على حساب العدالة فيقييد الإثبات أشر التقييد حتى يستقر التعامل . وهذا هو المذهب القانوني أو المذهب المقيد (système légal) .

ومذهب ثالث يزن ما بين الاعتبارين فيعتد بكل منهما . و لا يضحى بأحدهما لحساب آخر و هذا هو المذهب المختلط (système mixte). و هذا المذهب الثالث هو خير المذاهب جميعا . فهو يجمع بين ثبات تعامل بما احتوى عليه من قيود و بين اقتراب الحقيقة الواقعية من الحقيقة القضائية بما أفسح فيه للقاضي من حرية التقدير . و قد أخذ المشرع

مقدمة

الجزائري بهذا المذهب مقنن في ذلك أثر الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي و القانون الإيطالي و القانون البلجيكي و معظم التشريعات العربية.

و يقف أمام القاضي خصمان كل منهما يدعي الحق و ينسب إلى نفسه و ينازع في ادعاء الآخر فيه. و القاضي يفتقر إلى ما يرجع به جانبا على الآخر و يظهر أثر ذلك خاصة إذا كان الحق المتنازع فيه غير مستقر و إنما في وضع مؤرجح بينهما . أو كان الحق غير ثابت لأحدهما أو كان محل إثبات صعب المنال فإن تكليف أحد طرفين بإثبات حقه هو تهديد له فيه بحيث إذا عجز عن إقامة البينة أو قصر في تهيئة الدليل المقنع أو فشل في الإثبات الكافي، حكم عليه القاضي و سلب الحق منه، و لهذا اقتضت الضرورة توزيع عبء الإثبات بينهما.

و القاعدة العامة في عبء الإثبات هي البينة على المدعي و اليمين على من أنكر¹. ووفقا لهذه القاعدة التي تعتمد على التمييز بين المدعي والمدعى عليه، يقع عبء الإثبات على الطرفين و يتوزع على المدعي و المدعى عليه بطريقة عادلة فتوجب الحجة القوية على صاحب الجانب الضعيف و هو المدعي و تفرض الحجة الضعيفة على صاحب الجانب القوي، وهنا يتفق القانون مع ما جاء في الشريعة الإسلامية في أنهما لا يكتفيان بإلقاء عبء الإثبات على المدعي فقط، بحيث يقف المدعى عليه موقفا سلبيا متذعرا بمجرد الإنكار و ملتزما بالصمت و السكوت، و إنما وجب عليه عبء من الإثبات يتناسب مع قوة جانبه فيعزز إنكاره باليمين.

فالإثبات يقع على عاتق الطرفين، فإذا أثار المدعي النزاع وجب عليه أن يثبت دعواه، وإذا فشل في الإثبات و عجز عن تقديم الدليل و لجأ إلى نمة الطرف الآخر وجب على المدعى عليه اليمين، و ذلك حتى يصدر الحكم القضائي برد الدعوى و بقاء الحق مع المدعى

1 هذه القاعدة مستمدة من الحديث المشهور عن مسلم و أصحاب السنن عن ابن عباس أن رسول الله (ص) قال : " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال و أموالهم و لكن البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه".

مقدمة

عليه مبنيًا على حجة و دليل لقطع الشبهات و لإزالة القلق الذي نشأ بالدعوى و لاستقرار الحق لصاحبه.

و المدعى عليه لا يكلف باليمين إلا في حالة إخفاق المدعي في القيام بما هو مكلف به من إقامة الدليل على ما ادعاه، أما إذا استطاع المدعي إقامة الحجة و تقديم الدليل على صحة ما ادعاه فإن الأمر يختلف لأن المدعى عليه حينئذ يصبح في مركز ضعيف يحتاج منه إلى بذل جهد مضاعف لكي يخرج من هذا الموقف الذي وضعه فيه المدعي، فإما أن يقر بصحة ما أثبتته المدعي و إما أن يقيم الدليل على براءة ذمته مما قام المدعي بإثباته، و من ثمة فإن وصف المدعى عليه ينقلب في الدفع ليصبح مدعيًا يقع عليه عبء إثبات ما ادعاه في دفعه، وهكذا يتناوب طرفي الدعوى القيام بعبء الإثبات إلى أن يخفق أحدهما فيخسر دعواه.

فلما كانت مهمة المدعي بعبء الإثبات مهمة عسيرة و شاقة اقتضى الأمر العمل على إيجاد الوسائل التي تخفف من وطأة هذا العبء بحيث لا يترك تحمله للمدعي وحده، فكان الاتجاه إلى توزيع عبء الإثبات بين الخصوم عن طريق تحل يل الواقعة محل الإثبات إلى عناصر يتكفل كل من الخصمين بإثبات ما يخصه منها.

و التوزيع معناه التخفيف من مطالبة المدعي بإثبات كافة عناصر الحق المدعى به، فيكتفي منه بإثبات ما يرجح وجود الحق في جانبه ليلقي على خصمه عبء دفع ما قام بإثباته¹ و لعل القاضي رغم دوره السلبي في المسائل المدنية إلا أنه يقوم بدور هام في توزيع وتخفيف عبء الإثبات بين الخصوم و يبرز ذلك بقوة في مجال القرائن القضائية و اليمين المتممة.

و مادام الخصوم يملكون الدعوى المدنية فما من شك أنهم كذلك يلعبون دورهم في توزيع و تخفيف عبء الإثبات، و من هذا المنطلق يبرز بحثنا للوجود و هو: " دور القاضي والخصوم في توزيع عبء الإثبات في المسائل المدنية".

¹ و في ذلك نص المشرع الجزائري في المادة 323 من القانون المدني على ما يلي: " على الدائن إثبات الالتزام و على الندين إثبات التخلص منه ".

مقدمة

و أساس الإشكالية التي وضعناها هي : ما مدى دور القاضي في تحقيق معادلة توزيع الإثبات على الخصوم في القضاء المدني ؟

الخطة المقترحة :

الفصل الأول : الأحكام المتعلقة بعبء الإثبات

المبحث الأول : ماهية عبء الإثبات

المطلب الأول : مفهوم عبء الإثبات و أهميته

المطلب الثاني : القواعد العامة المسيرة لعبء الإثبات

المبحث الثاني : محل عبء الإثبات

الفصل الثاني : دور القاضي والخصوم في توزيع عبء الإثبات

المبحث الأول : دور القاضي في توزيع عبء الإثبات

المطلب الأول : الإثبات بموجب قرائن

المطلب الثاني : الإثبات بموجب اليمين

المبحث الثاني : دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات

المطلب الأول : بموجب الإقرار واليمين الحاسمة

المطلب الثاني : بموجب الإتفاق

الفصل الأول : الأحكام المتعلقة بعبء الإثبات

تستفتح دراستنا لهذا الموضوع بهذا الفصل الذي نتعرض فيه لتعريف عبء إثبات ثم نتناول بالدراسة والتحليل أهمية تحديد المكلف بعبء الإثبات مع بيان محله على أن تكون هذه الدراسة شاملة لجانبها القانوني.

المبحث الأول : ماهية عبء الإثبات والمكلف به :

في نطاق الادعاء يوجد من يدعي ومن يدعى عليه وقد لا يكون الحق ثابتا بطريقة واضحة ظاهرة محددة لأي من هذين الطرفين، وإنما قد يكون الحق مترواحا بينهما ولذلك فإنه يتعين تحديد من يكلف بعبء الإثبات إذ يذهب أغلب الفقه إلى أن عبء الإثبات يتوقف عليه مصير الدعوى ولذلك كانت قواعد عبء الإثبات هي أولى قواعد الإثبات وأهمها، حيث أن إلقاء عبء الإثبات على أحد الخصمين معناه أن يحكم له أو لخصمه . إذ تنص المادة 323 من القانون المدني "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه". وهو نفس نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري وتقضى المادة 132 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية "يقع عبء الإثبات على من يدعى الواقعة أو العمل " ونظرا لأهمية عبء الإثبات استوجب بيانه وتحديد مفهومه لغة واصطلاحاً¹

المطلب الأول : مفهوم عبء الإثبات وأهميته

سنتحدث عن مفهوم عبء الإثبات في فرعين الفرع الأول نخصه لمفهوم عبء الإثبات والفرع الثاني إلى أهميته .

الفرع الأول : مفهوم عبء الإثبات

لقد درج الفقه على اعتبار " الإثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة أو عمل قانوني يستند إلى أي منهما طلب أو دفع أو دفاع " والواقع أن إقامة الدليل أمام مرفق القضاء ليس بالأمر الهين وهو عبء على صاحبه لذلك اصطلح على

¹ رمضان أبو السعود - أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية.

تسمية التكليف بإقامة هذا الدليل بعبء الإثبات إذ أن القاضي يجمع خلال مراحل الدعوى جملة من المعطيات قصد الوصول إلى الحقيقة القضائية وفصل النزاع المطروح أمامه والتي يقدمها الأطراف قصد تأكيد دعواهم.

أولاً : تعريف عبء الإثبات لغة

مصطلح عبء الإثبات مركب إضافي مكون من كلمتين "عبء" و "إثبات" وللوقوف على معنى هذا المصطلح يلزم أن نعرف مكوناته ، لأن معرفة المركب تتوقف على معرفة أجزائه التي تتركب منها ، إذ يطلق العبء في اللغة على الحمل والثقل، وجمعه أعباء جاء في لسان العرب "العبء بالكسر الحمل والثقل، من أي شيء كان والجمع الأعباء وهي الأحمال والأثقال".¹ وجاء في الصحاح "العبء : الحمل والجمع أعباء ويتضح مما تقدم أن العبء عبارة عن شيء ثقيل على النفس تتحمله بصعوبة وهذا ما أجمعت عليه معاجم اللغة".

ثانياً: تعريف عبء الإثبات في الاصطلاح :

من خلال تطلعنا على عدة مراجع في الفقه القانوني والإسلامي انتهينا إلى عدم تعرضهم لمسألة تعريف عبء الإثبات في الاصطلاح إذ أنهم يلجؤون إلى معالجة أحكامه مباشرة وربما كان هذا الوضوح معنى عبء الإثبات من جانبه اللغوي . فالخصومة القضائية قوامها طرفان يدعى كل منهما أنه هو صاحب الحق في الشيء المتنازع عليه على أن يقرر القاضي في الأخير من هو صاحب الحق . إلا أنه إزاء هذا الموقف يفتقر إلى ما يرجح أحد الادعاءين إذ أن القاضي لا يستطيع الترجيح إلا إذا قدم إليه الدليل والحجة وتقديم الدليل لم يتركه المشرع دون تنظيم فقد حدد المشرع أن

¹ ابن منصور - لسان العرب الجزء الأول - ص 117، 118

الدليل يقع على الدائن في إثبات قيام الالتزام ويقع على المدين دليل وبيان انقضاؤه ومنه فإن عبء الإثبات اصطلاحاً هو إلزام المشرع أحد الخصمين بإقامة الحجة على ما يدعيه وإلا قضي لخصمه مع يمينه.

و جاء في قوله سبحانه و تعالى : " تلك أمانتهم قل هاتوا برهانكم " ¹

الفرع الثاني : أهمية تحديد المكلف بعبء الإثبات :

تظهر أهمية تحديد المكلف من الخصوم بعبء الإثبات في الصعوبة العملية التي تكتنف الإثبات سواء في تعذر الحصول على الدليل أو في خضوع هذا الدليل للتنفيذ والتشكيك من الطرف الآخر في الخصومة أو في السلطة التقديرية المقررة لمحكمة الموضوع في تقدير دلالة الدليل المقدم على الواقعة محل الإثبات كما هو الحال بالنسبة لشهادة الشهود و القرائن القضائية، بحيث يتهدد المكلف بعبء الإثبات بخسارة الدعوة إذا ما عجز عن إقامة الدليل على دعواه رغم كونه صاحب حق من الناحية الفعلية خاصة أن عبء الإثبات لا ينتقل إلى المدعى عليه لتقديم دليل انكاره دعوى المدعي متى كان هذا الأخير لم يفلح في تقديم دليل يجعل دعواه محتملة التصديق بحيث أن مجرد تحصن الخصم بانكار دعوى خصمه الذي لم يفلح في اثبات دعواه المخالفة للثابت أصلاً أو مخالفة للظاهر، ليس من شأنه أن ينقل إليه عبء الإثبات، ذلك أن عبء الإثبات ينتقل بين الخصوم لدى نجاح الخصم في إقامة الدليل على ما يدعيه أو على رجحان دعواه أو حيث لا يكتفي الخصم بانكار دعوى خصمه بل يتجاوز ذلك إلى ابداء طلب أو دفع على خلاف الثابت أصلاً أو الظاهر بحيث يكون الخاسر في الدعوى هو من عجز عن اثبات دعواه سواء كان هو البادئ بالاثبات أو كان هو من انتقل إليه عبء الانكار.

إذن الخصم الذي يكلف بعبء الإثبات يكون في موقف صعب و حرج لأنه نتيجة للعجز عن تقديم الدليل يعرض حقه للضياع و خسارة الدعوى بخلاف الطرف الآخر الذي يعفى من

¹ سورة البقرة - الآية 111

عبء الإثبات فيكون في مركز أقوى من خصمه لأنه يقف موقف المرتقب ينتظر ما يقوم به خصمه مما كلف به فإن لم يستطع الخصم إقامة الدليل حكم لخصمه مع يمينه.

إن القاضي عندما يكلف أحد الأطراف بالإثبات يعد إقراراً ضمناً منه بتصديق الطرف الآخر غير المكلف بالإثبات و أن جانبه مرجح علة جانب الذي كلف به و هنا تكمن أهمية تحديد من يقع عليه عبء الإثبات لتوقف مصير الدعوى عليه و تزداد هذه الأهمية في التشريعات التي تقر بحياد القاضي و منها التشريع الجزائري، إذن القاضي يقف موقفاً سلبياً من الأطراف فيمتنع عليه التدخل في الدعوى لتوجيه الخصوم أو أحدهم في تقديم الأدلة.

و من القواعد المتفق عليها في القانون و في الشريعة الإسلامية أن عبء الإثبات يقع على المدعي، ففي الفقه الإسلامي اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن البينة على المدعي و دليله في ذلك قول الرسول صلى الله عليه و سلم الذي أخرجه الترمذي عن عمرو بن شعيب عن أبيه قال : " البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه " ، و قال كذلك : " لو يعطى الناس بدعواهم لإدعى رجال أموال قوم و دماءهم و لكن البينة على المدعي و اليمين على من أنكر " ¹.

و في الفقه القانوني نجد أن المشرع كرس بموجب أحكام المادة 323 من التقنين المدني أنه : " على الدائن اثبات التزام و على المدين التخلص منه " و هذه القاعدة نصت عليها معظم القوانين العربية . و مما سبق يخلص لنا مدى أهمية تحديد من يقع عليه عبء الإثبات، و على الرغم من أن الاجماع قائم على أن الذي يقوم بالإثبات و يتحمل عبأه هو المدعي إلا أن الأمر بالصعوبة بما كان إذ يصعب في الكثير من الأحوال تمييز الم دعي من المدعى عليه و بالتالي تعيين من يكلف بإقامة الحجة و من ثمة كان لزاماً علينا أن نتعرض لتعريف كل منهما و التمييز بينهما و هذا ما سنحاول عرضه فيما سيأتي بيانه .

¹ د/ محمد فتح الله النشار - أحكام و قواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي و قانون الإثبات - ص 67، 68

أولا :عبء الاثبات يقع على المدعي:

يقوم تكليف المدعي باثبات دعواه على قاعدة أن البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر على أن يفهم بالمدعي كل من يدعي بواقعة على خلاف الوضع الثابت أصلا و هو ما كان مرد ثبوته هو ظهور موافقته للغالب بحسب طبيعة الأشياء، أو عرضا بإثبات خصمه له أو فرضا و هو ما افترض المشرع تحققه بقريضة قانونية بصرف النظر عما إذا كان وفقا لمفهوم قانون. بحيث أن المدعي في الإثبات قد يكون هو المدعي الذي رفع الدعوى أو المدعى عليه فيها أو طرف مدخل في الخصام أو متدخل، و سواء كان ما يدعيه هو طلب أصلي أو مقابل أو كان صاحب دفع موضوعي أو شكلي أو دفع بعدم القبول . و تحديد من يتحمل عبء الإثبات مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا.

و يبدو للوهلة الأولى أن المدعي هو ذلك الذي يرفع الدعوى ضد غيره يطالبه بحق معين فهو مدع في دعواه يلزمه إثبات ما يدعيه، فمن يرفع دعوى على غيره يطالبه بسداد ما عليه من دين يلزمه أن يثبت وجود هذا الدين (مصدره) ف ذمة المطلوب، و من يرفع دعوى على غيره يطالبه بملكية عقار في حيازة المطلوب يلزمه إقامة الدل يل على ملكيته هو لهذا العقار . ولكن ليس بصفة مطلقة أن يكون المدعي هو من يرفع الدعوى , فالمدعي في مجال الإثبات *demandeur à la preuve* قد يختلف عن المدعي في الدعوى *demandeur à l'instance* فقد يحدث و أن يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع معين فيصبح مدعيا في هذا الدفع و عليه إقامة الدليل على صحة ادعائه و مثالها المدعى عليه الذي يدفع بأنه وفي ما عليه من دين أو أن هذا الحق قد انقضى بالتقادم أو المقاصة أو غير ذلك فقد ينكر المدعى عليه وجود الحق المدعى به فيقع عبء الاثبات أي اثبات الحق المدعى به و اثبات وجوده على المدعي و عليه كانت القاعدة في الفقه المدني هو أن الذي يحمل عبء الاثبات هو المدعي في الدعوى و المدعى عليه في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه.¹

¹ أحمد أبو الوفا : التعليق على قانون المرافعات ص. 25

أما في الفقه الاسلامي فعبارات أصحابه أكثر انصافا و دقة، فقد قيل في المدعي أنه إذا ترك الدعوى يترك، يعني تنقطع الخصومة بتركه و المدعى عليه إذا ترك الدعوى لم يترك، وأن المدعي هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها و أن المدعى عليه إذا تركها يجبر عليها . كما أنه لا يكفي تحديد المدعي من الناحية الشكلية كما سبق بيانه للفصل في مسألة من يتحمل عبء الاثبات فقد يحدث أن لا يكلف المدعي بالإثبات في بعض الدعاوى و إنما يلقي هذا العبء على خصمه و مثالها : إذا رفع أحدهم دعوى على جاره يطلبه بسد مطلا لا يكلف - وهو المدعي في الدعوى- بإثبات أن جاره فتح المطل دون أن يكون له حق ارتفاق، بل الجار - و هو المدعى عليه - هو الذي عليه أن يثبت أن له حق ارتفاق يجيز فتح المطل . ففي هذا المثال يقع عبء الاثبات على المدعى عليه لا على المدعي , لأن طبيعة الوضع تقضي بخلو العقار من حقوق الارتفاق حتى يثبت ذو المصلحة عكس ذلك¹ .

ولأجل تحديد من هو المدعي الذي يقع عليه عبء الإثبات اتخذ الفقه الفرنسي من بعض أقوال الفقهاء الرومان نقطة للبداية، فقد ورد عنهم أن من يدعي خلاف الظاهر المشروع أو خلاف المركز المكتسب يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه، و مرد هذه الفكرة هو حفظ النظام العام، و كذا العمل على استقرار المعاملات.

و قد كرس الفقه الفرنسي قاعدة تتكون من شقين : فقيل أن من يتمسك بالثابت أصلا لا يكلف باثباته , أما من يدعي خلاف الأصل فعليه يقع عبء اثبات ما يدعيه , أي أن البيئة على من ادعى خلاف الأصل. و يرى فريق آخر أن البيئة تقع على من يدعي خلاف الظاهر, و يذهب رأي إلى أن مسألة تعيين الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات يعد أمرا حتميا أيا كان نوع الدعوى و أيا كانت الواقعة المراد أثباتها , و الغاية من ذلك هي معرفة أي إدعاء من ادعاءات الخصوم يجب أن يعتمد عليه لحكم في الدعوى , فالقاضي عليه إلتزام بإصدار الحكم حتى ولو لم يقدم إليه الخصوم أدلة ادعاءاتهم , فلا يجوز له تأجيل حكمه و الاستمرار في

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - الاثبات - الجزء الثاني - ص. 80

البحث بصورة مستمرة , بل عليه البت في الدعوى و في مدة معقولة و لذتن يجب أن يكون الادعاء أو الدفع المعتمد عليه مفترض صحيحا في الأصل إلى أن يقوم الدليل على عكسه .

ثانياً: المقصود بالمدعي في مجال الإثبات:

إذا كان فقهاء القانون المدني عملوا جاهدين على إزالة الغموض الذي يكتنف تبيان من هو المدعي فإن فقهاء قانون الإجراءات المدنية انتهوا إلى أن من يذهب أولاً إلى ساحة القضاء ليرفع دعوة قضائية ضد أحدهم يعد مدعياً و هو الذي يكلف خصمه بالحضور و يبدأ إجراءات رفع الدعوى, و الطرف الآخر هو المدعى عليه.

الواقع أن ما انتهى إليه فقهاء قانون الإجراءات المدنية فيه نظر لأنه ليس من الضروري أن ينحصر وصف المدعي في من يرفع دعوة فقط , لأن المدعى عليه من حقه أن يدفع إزاء المدعي فيثبت عكس دعواه , و هنا يصبح مدعياً في هذا الدفع و يصبح خصمه المدعي في الدعوى مدعى عليه . و نظراً لصعوبة التمييز بين طرفي الدعوى في نطاق قانون الإجراءات المدنية اجتهد فقهاء القانون المدني في وضع المعايير التي يستطيع القاضي أن يميز بها بينهما , و كان ثمرة اجتهادهم تقرير مبدأ عام مقتضاه أن البينة على من ادعى خلاف الظاهر , ثم فسروا الظاهر بثلاث أنواع : ظاهراً أصلاً و ظاهراً عرضاً و ظاهراً فرضاً , إذ يرى الأستاذ السنهوري أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو ظاهراً فعلاً أو فرضاً , و يطلق عليهم أسم: الثابت حكماً, و منه فأن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الثابت حكماً أو فعلاً.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد أوردوا تعريفات عدة في كتب المذاهب المختلفة , ويصعب الحال في معرفة اتجاهات كل مذهب على حدة نظراً لكثرة تعريفات داخل المذهب الواحد, و يمكن رد هذه التعريفات في مجموعها إلى عدة اتجاهات :

الاتجاه الأول: وهو ما ذهب إليه معظم فقهاء الأحناف ورأي بعض المالكية حيث عرفوا المدعي: " المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة".

الاتجاه الثاني: وهو ما ذهب إليه معظم فقهاء الشافعية والزيدية وهو قول عند الحنفية والمالكية و مؤداه أن المدعي: " هو الذي يخالف قول الظاهر والمدعى عليه هو من يوافقه فالذي يتمسك بغير الظاهر يكون هو المدعي والذي يتمسك به يكون هو المدعى عليه والظاهر في أصل اللغة هو الواضح البين ¹ " ويقصد به هنا ما هو واضح وبين للناس إما بمقتضى الأصل أو لأنه هو الغالب في الاستعمال والمتعارف عليه في الحياة أو المؤلف في مجرى الأمور.

فالظاهر عند أصحاب هذا الاتجاه ينصرف إلى نوعين : الظاهر بنفسه، وهو ما يكون مستفاد من الأصول وذلك كالظاهر المستفاد من البراءة الأصلية، والثاني وهو الظاهر بغير، وهو ما يكون مستفاد من عدة أمور وهي الأول: مستفادا مما اعتاد الناس وتعاملوا به وأصبح مألوفاً لديهم ومقبولاً عندهم ومتعارف عليه بينهم وهو العرف والعادة كالعربون وثنم البيع ومعيار العيوب التي يرد بها المبيع².

أما الأمر الثاني الذي يستفاد منه الظاهر بغيره ثبوت الحق عرضاً وذلك كما لو ثبت الدين بالبيينة أو الحجة، والأمر الثالث أن يكون الظاهر معهوداً بنص شرعي كما في حالة العمل بالقرائن ودلائل الأحوال فإذا اختلف الزوجان في نسب الولد لأبيه مثلاً وكان الزواج ثابتاً والعقد صحيح والفراش قائماً فلا شك أن ذلك يكون قرينة قوية تشهد للزوجة بصحة نسب الولد إلى أبيه لقول رسول الله ع: " الولد للفراش وللعاشر الحجر".

¹ الإمام النووي - رياض الصالحين - ص 88.

² محمد فتح الله النشار - المرجع السابق - ص 96.

الاتجاه الثالث: وهو ما ذهب إليه معظم فقهاء المالكية والإباضية حيث عرفوا المدعي بأنه: "من تجرد قوله حال الدعوى عن مصدق من أصل أو معهود عرفاً " أو أن المدعي هو: أبعد المتداعيين سبباً . ومنه فإن المدعي هو من كان قوله على خلاف أصل أو عرف وذلك كالوصي الذي يطالبه اليتيم حين البلوغ بماله تحت يده فيقول الوصي أوصلتك مالك، فإنه مدع وعليه البينة.

المطلب الثاني: القواعد المتعلقة بعبء الإثبات:

لا شك أن الذي يقوم بالإثبات هو الخصوم لا سيما في ظل مبدأ حياد القاضي وعدم قضاءه بعلمه الشخصي، ومنه فإن تكليف أحد الخصوم بإقامة الحجة والبينة على الشيء المتنازع عليه أمر في غاية الخطورة لأنه يؤثر في سير الدعوى وفي نتائجها ويلقي على الخصم عبأً ثقيلاً يجعله في مركز دون مركز خصمه، إذ يكلف بالقيام بعمل إيجابى تتوقف عليه نتيجة الدعوى بينما يكتفي من خصمه بأن يقف من الدعوى موقف سلبياً ولا شك أن ذلك يجعله في موقف أفضل من موقف خصمه، وقد بينا في المبحث الأول أن المكلف بعبء الإثبات هو المدعي وفي هذا المبحث نتعرض لأهم القواعد المتعلقة بعبء الإثبات وهي لا تخرج في المفهوم القانوني عن قاعدتين وهما البينة على من ادعى واليمين على من أنكر وقاعدة عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الظاهر بتناولهما بشيء من التفصيل في فرعين .

الفرع الأول: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر:

تعد هذه القاعدة هي الأساس في الإثبات فهي القاعدة العامة لأنها تبين الطرف الذي يتكبد مشقة القيام بتحمل عبء الإثبات وتبين كذلك الطرف الذي يتحمل عبء حلف اليمين

عند عجز الطرف الآخر عن القيام بما كلف به، وهذه القاعدة متفق عليها بين فقهاء القانون والشريعة الإسلامية¹.

أولاً: البينة على من ادعى:

إن معنى هذه القاعدة أن الذي يلقي عليه عبء الإثبات هو المدعي لأنه هو المكلف بإقامة الدليل، ذلك أنه ومن المعلوم أن كل خبر يحتمل الصدق والكذب والادعاء المجرد لا يخرج عن مجرد كونه خبر فلا بد من دعمه بحجة، والحكمة في جعل البينة في جانب المدعي هي أن جانبه ضعيف لأنه يدعي خلاف الظاهر فكانت البينة عليه لإظهار ما خفي وكشف ما استتر وإثبات أن هذا الأمر الظاهر الذي يبدو معهودا للكافة ليس على حقيقته وإنما هناك أمر خفي عليهم، أما المدعى عليه فلا يكلف بإقامة بينة لأن قوله مؤيد بالظاهر، وإذا أقام المدعي البينة وجب على القاضي أن يحكم له بها مادامت كافية لإثبات الحق.

كما يتفق الفقه القانوني شأنه شأن الفقه الإسلامي على تقرير هذه القاعدة فيذهب إلى أن المكلف بالبينة هو المدعي أما المدعى عليه فإنه يكلف بحلف اليمين إذا تعذر إقامة البينة من المدعي وجرّد هذا الاتفاق الفقهي هو الاتفاق التشريعي فالنصوص التشريعية في القانون المدني، و مرد هذا الاتفاق الفقهي هو الاتفاق التشريعي، فالنصوص التشريعية في القانون المدني (المادة 323 من القانون المدني) والقوانين العربية الأخرى تؤكد مضمون هذه القاعدة، وتتفق مع سائر التشريعات العربية في تكليف الخصم الذي يدعي شيئاً بإقامة الدليل على ما يدعيه وإلا اعتبر ادعاءه مجرداً لا أساس له فترفض دعواه . وتطبيقاً لهذا المبدأ يكون على من ادعى ديناً على غيره أن يثبت وجود السبب الذي أنشأ هذا الدين وذلك بإظهار سند الدين الذي يؤكده، أو إقامة الدليل الذي انشأ هذا الدين وذلك بإظهار سند الدين الذي يؤكد ذلك أو إقامة الدليل على أية واقعة يترتب عليها إثبات الالتزام في ذمة الخصم، وهذه القاعدة لها أهمية كبرى بل يمكن اعتبارها من المبادئ الأساسية التي يظهر أثرها في المجال العملي للمحاكم، إذ يعد

¹ محمد فتح الله النشار - المرجع السابق - ص 110.

عجز المدعي عن إثبات ما يدعيه سببا في خسارة دعواه، إذ أن القاضي يفصل عادة في الدعاوى إما لإقناعه بما قدمه المدعي من أدلة وإما لعجز المدعي عن إثبات إدعائه . ويرى الدكتور السنهوري أن هذه القاعدة¹ ليست كما يذهب إليه الاعتقاد من البداهة بحيث كانت مقررة في كل العصور، وإنما كان عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعي في القانون الروماني قبل الأوامر البريطانية، ولم تظهر هذه القاعدة إلا من أجل البريطان ليحمي مجرد الحياة فيحامي الوضع الظاهر، وعندئذ ألقى عبء الإثبات على من يدعي خلاف الظاهر . أما في القانون الفرنسي القديم فقد كانت العادات القديمة تحمل المدعى عليه عبء الإثبات. ونخلص مما سبق إلى أن الاجماع قائم على أن الذي يتكبد مشقة القيام بعبء الإثبات إنما هو المدعي، حتى لو تكفل المدعى عليه بإثبات حقه على الشيء المدعى وأخفق في ذلك فلا يحكم للمدعي لمجرد عدم استطاعة المدعى عليه التدايل على عدم صحة الدعوى لأن ذلك يخالف قاعدة البينة على من ادعى، أما إذا أقام المدعي البينة و ثبت للمحكمة فوق ذلك عدم استطاعة المدعي عليه التدايل على عدم صحة الدعوة فحكمت للمدعي، فإن حكمها لا يكون قائما على عدم استطاعة المدعى عليه نفي صحة الدعوى و إنما يكون الحكم مؤسسا على بينة المدعي.

ثانيا: اليمين على من أنكر:

و مقتضى هذا الشق من القاعدة أنه إذا لم يتمكن المدعي من إقامة البينة على ما ادعاه و انقطعت به السبل لأجل الوصول إلى إقناع القاضي بصحة ما يدعيه فان الأمر لا يقف عند هذا الحد ولكن ما زال عند المدعي بادرة أمل في اللجوء إلى ضمير المدعي عليه و الاحتكام إلى ذمته و عقيدته عساه أن ينطق بالحق فيعترف به، و من هنا جاءت أهمية توجيه هذا اليمين فكأن الم دعي والمنكر قد قبلا الاحتكام إلى إشهاد الله - جل وعلا - على صحة دعواهما.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - ص 68 هامش 3.

و هذه اليمين مقتضاها أن المدعي لاحق له فيما يدعيه و أن المدعى عليه هو صاحب الحق فيه فإذا كان الحالف صادقا فقد دفع افتراء المدعي و خيب مطامعه و حافظ على حقه من الضياع، و السبب في تكليف المدعي عليه حلف اليمين أن هذا الظاهر الذي يشهد له حجة ضعيفة لاحتمال أن يكون الحق على خلافه فهذا الظاهر لا يفيد إلا ضنا قويا، فكانت الحاجة ماسة إلى هذا اليمين ليقطع هذا الشك و إنما كانت البيئة حجة قوية و اليمين حجة ضعيفة لأن البيئة صادرة من غير أطراف الدعوى و لا يستجلب بها صاحبها نفعا لنفسه فكانت قوية في إظهار الحق . فالشاهد مثلا لا ينتظر نفعا لنفسه من شهادته أما اليمين فهي و إن كانت مؤكدة بذكر لفظ الجلالة إلا أنزع كلام الخصم فلا تكفي دليلا لإظهار الحق و إنما تكفي كمرجع مساند لما هو ظاهر¹

و قد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن اللفظ الذي ينعقد به يمين المدعي عليه هو القسم بلفظ الجلالة " و الله "، و هذا اللفظ الذي ينعقد به اليمين واجب على الجميع المسلم و الذمي و الكافر و الذكر و الأنثى لأن الحلف المقصود به التعظيم و لا يجوز تعظيم غير الله سبحانه في القسم لما رواه عبد الله بن عمر عن الرسول صلى الله عليه و سلم : " من حلف بغير الله فقد كفر أو أشرك " .

فقد أقر فقهاء القانون و استقر عليه القضاء أنه إذا لم يتمكن المدعي من إقامة الحجة على ما ادعاه فانه يكون معرضا لخسارة دعواه إذا ما التجأ إلى ضمير المدعى عليه ليطلب منه اليمين على الحقيقة في الشيء المدعى .

كما أن المدعى عليه يقف موقفا سلبيا أثناء مدة تكليف المدعي لإقامة البيئة، و لكن هذه السلبية تنتهي عند حد معين ذلك أنه إذا نجح المدعي في إثبات ما ادعاه هنا يفتح المجال لخصمه ليرد على ما أثبته المدعي فإذا سلم بادعاء خ صمه و بما أقامه من حجج عدا هذا

¹ محمد فتح الله النشار - المرجع السابق - ص 114.

إقراراً منه لصالح خصمه و تنتهي الدعوى عند هذا الحد، أما في حالة عدم نجاح المدعي في إقامة الأدلة على ما ادعاه فان المدعي عليه إما أن يسلم له بما ادعاه و إما أن ينكر و عندئذ يلتجئ المدعي اضطرارياً إلى الوازع الديني فيطلب منه على أنه صاحب الحق في الشيء المدعى و المدعي لا حق له فيه مطلقاً.

الفرع الثاني: عبء الإثبات على من يدعي خلاف الظاهر

من استعراض القواعد التي تعد أصولاً يتبين أن الأصل يستخلص بالعقل و المنطق أو بالنص، فالأصل عبارة عن قواعد أما الظاهر فعبرة عن وضع أو موقف ثابت في نظر الكافة، فينظر أنه الوضع أو الموقف الحقيقي إلا إذا ثبت كذب هذا الوضع أو الموقف لذلك من كان قوله على وفق الظاهر لا يكلف بالإثبات و إنما يلقي عبء الإثبات على من يدعي خلاف هذا الظاهر. ومن قبيل ما يعد ظاهراً ما تنص عليه المادة 836 من القانون المدني: "من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينياً على منقول أو سندا لحامله فانه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية و قد حيازته".

فقد يتنازع شخصان على حق من الحقوق و يكون أحدهما حائزاً له، هنا يجعل القانون الحائز في مركز المدعى عليه في الدعوى، فأخذ القانون بالوضع الظاهر يجعل الحائز في هذا المركز و يجعل عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف هذا الظاهر، فالظاهر أن من يحوز حقا فهو غالبا ما يكون صاحبه فإذا جاء آخر وادعى العكس لزمه إقامة الدليل¹.

كما أن الظاهر أن حق الملكية خال مما ينقله من أعباء و تكاليف عينية فالمالك الذي يتمسك بهذا الظاهر لا يطالب بإثباته و إنما يقع عبء اثباته على من يدعي خلاف هذا الظاهر، مثال ذلك من يدعي أن له على العين حق ارتفاق أو انتفاع أو مرور، فيجب عليه إثبات ما يدعيه.

¹ رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 348.

و الظاهر أيضا هو اجتماع سلطات حق الملكية جميعها لصاحبها فمتى كان الشخص مالكا فهو متمتع بسلطات الملكية الثلاث: من استعمال و استغلال و تصرف، و على من يدعي خلاف هذا الظاهر أن يقدم الدليل و الظاهر أيضا هو شمولية ملكية الأرض لما فوقها وما تحتها، و الظاهر هو شمول ملكية الأرض للأراضي التي تلتصق بها نتيجة طمي النهر حيث تقضي المادة 778 من القانون المدني: " الأراضي التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للمالكين المجاورين " و الظاهر أن الأرض التي يكشف عنها البحر تكون أصلا ملكا للدولة حسب المادة 773 من القانون المدني، كما أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الإطلاع عليه، و من أمثلة ذلك لو اطلع المشتري على العيوب التي توجد في المبيع واتخذ مسلكا من قبل الشراء لهذه العيوب فإنه لا يستطيع أن يرجع على البائع بهذا الضمان، و يقع على البائع عبء إثبات علم المشتري أو إمكانية العلم بهذه العيوب وسوف نفصل القول في هذا المطلب من خلال الآتي بيانه.

أولا: عبء الإثبات على من يدعي خلاف الأصل

يعتبر الأصل من الأمور المرجحة لجانب أحد المتداعيين على الآخر و بالتالي فإن الذي يتمسك به يكون جانبه قويا و يكون الظاهر أن الحق في جانبه و منه فإنه يعفى من تحمل عبء الإثبات، أما الطرف الآخر الذي يكون قوله مخالفا لهذا الأصل فعليه يقع عبء الإثبات، و من قبيل القواعد التي تعد أصلا:

الأصل براءة الذمة: ففي نطاق الحقوق الشخصية أو الالتزامات الأصل هو براءة ذمة

الشخص من أي التزام و لذلك من يتمسك بهذا الأصل لا إثبات عليه و إنما يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف هذا الأصل، و مثالها من يدعي أنه أقرض غيره مالا فعليه أن يثبت عقد القرض، و من طالب آخر بثمن المبيع فعليه إثبات عقد البيع¹.

¹ رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 326.

و في الشريعة الإسلامية تعني هذه القاعدة أن ذمة الإنسان - بحسب الأصل - غير مشغولة بأي حق من الحقوق التي تترتب للغير عليها و ذلك لأن الشخص يولد و ذمته خالية من أي التزام عليها و انشغالها إنما يجعل عن طريق التعاملات التي يقوم بها الشخص . و منه فإن أي من يدعي خلاف هذا الأصل يكلف بإثبات ما يدعيه، أما المدعى عليه فنظرا لأن الأصل يشهد له فإنه يعفى من التكليف بإثبات عدم شغل ذمته.

الأصل في الصفات العارضة العدم : ومنها أن كل شخص هو أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون أو القضاء و على ذلك من يدعي أن العاقد ناقص الأهلية أو عديمها، عليه يقع عبء الإثبات . وكذلك الأصل أن العقود سليمة خالية من كل عيب و من يدعي خلاف هذا يقع عليه عبء الإثبات. و في الفقه الإسلامي يقصد بالصفات العارضة التي لم توجد مع الموصوف و لم تتصف بها ذاته ابتداء كالمرض و العيب أو هي ما كان عدمها هو الحالة الأصلية أو الغالبة فيكون العدم هو المتيقن لأنه الحالة الطبيعية، أما الصفات الأصلية فهي التي توجد مع الموصوف ابتداء بحسب الأصل أو الغالب كالصحة و السلامة من العيوب و يقتضي العمل بهذه القاعدة القول بأنه في حالة التنازع حول وصف من الصفات التي تلحق الشيء المتنازع حوله فإنه ينظر في هذا الوصف، فإن كان من الصفات الأصلية فإنه يكون شاهد لمدعيه و يكون القول قوله لأن الأصل في الصفات الأصلية الوجود و العدم طارئ، أما إذا كان الوصف من الصفات العارضة فإن مدعيه يكلف بالإثبات لأن الأصل فيها هو العدم و الوجود طارئ.

الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته:

يقرر الفقه القانوني أنه في حالة وقوع نزاع في زمن حدوث تصرف من التصرفات أو أمر من الأمور، فإن هذا التصرف ينسب إلى أقرب أوقاته، و مثالها ما نصت عليه المادة 408 من القانون المدني إذا باع المريض مرض الموت فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، وإذا تم للغير في نفس الظروف اعتبر غير مصادق عليه و يكون قابل للإبطال

ومنه إذا ادعى الورثة أن التصرف صدر خلال مرض الموت فتطبق عليه أحكام الوصية إلا إذا استطاع المتصرف إليه إثبات صدوره في زمن الصحة¹.

ثانياً: عبء الإثبات على من يدعي خلاف العرف و العادة

إذا كان غني عن البيان أن المدعي هو الذي يدعي خلاف الظاهر سواء أكان هذا الظهور بحسب الأصل أم بحسب العرف أم بحسب قرائن الأحوال و هنا سنتكلم عن أن العرف يرجح قول أحد الخصوم على الآخر الذي يقع عبء إثبات ما يخالف العرف، و إن كان العرف احتل محل الصدارة في المجتمعات الأولى، و لعل أول مصدر عرفته الإنسانية من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية هو العرف فكانت القاع دة القانونية تظهر في العمل مستكملة قوتها الإلزامية نتيجة تواتر الأفراد على العمل بها مع اعتقادهم بإلزامها، و في القانون الجزائري وحسب نص المادة الأولى من القانون المدني فيحتل العرف المرتبة الثالثة بعد التشريع والشريعة الإسلامية و بالرجوع إلى القانون المدني نجد عدة نصوص تحيل إلى العرف و العادة و منها المادة 387 من القانون المدني: " يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك". و كذا المادة 338: "يكون ثمن المبيع مستحقاً في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك".

ثالثاً: عبء الإثبات على من يدعي خلاف القرائن

تعد القرائن من الأمور التي ترجع جانب أحد المتداعيين ابتداءً و يطلب من الخصم إقامة الحجة على خلاف ما تدل عليه القرينة و إلا حكم لمن شهدت له القرينة مع يمينه، و القرائن تختلف من حيث القوة و الضعف فقد تكون قوية تفيد القطع و قد تنزل إلى درجة الاحتمال البعيد فهي في حيز التردد، و قد نصت المادة 331 من القانون المدني على أن القرائن القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريق أخرى من طرق الإثبات دون أن يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

¹ رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 330.

و قد نصت المادة 340 من القانون المدني على أن يترك للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة. و القرائن نوعان قاطعة و غير قاطعة، و القرينة القانونية هي التي لم يترك أمر تقديرها للقاضي و هي طريق معفي من الإثبات فإذا وجدت القرينة القانونية بنص ما فإن من يقع عليه عبء الإثبات هو الطرف الذي لا يستفيد منها¹.

وقد أقر فقهاء الشريعة الإسلامية جملة من القواعد تحكم عبء الإثبات و جب على النا الإشارة إليها في هذا المقام و هي فضلا عما سبق بيانه:

اليقين لا يزول بالشك:

اليقين طمأنينة القلب على حقيقة الشيء و الشك استواء طرفي الشيء وهو الوقوف بين الشئيين بحيث لا يميل القلب إلى أحدهما، و بعبارة أخرى اليقين جزم بين القلب مع الاستناد إلى الدليل القطعي، ومعنى هذه القاعدة أن ما كان ثابتا بيقين لا يزول بالشك لأن ما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين، مثالها أن " أ " له لدى " ب " 1000 دينار و برهن " ب " على الوفاء أو الإبراء ثم برهن " أ " على أنه له عليه 1000 دينار هنا لا يقبل حتى يبرهن أن هذا المبلغ وقع بعد الإبراء أو الوفاء الأول.

دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه:

ومثالها أن يشتري أحدهم من السوق بقرة و يجدها بعد ذلك مريضة فيشرع في دواءها، فالمداداة دليل على الرضاء بالعييب.

المبحث الثاني : محل عبء الإثبات

لقد سبق و أن انتهينا إلى أن إقامة الدليل أمام القضاء يكون على حق أو واقعة معينة ويعني هذا أن محل الإثبات هو الحق أو الواقعة التي يرتب عليها المشرع آثار معينة و المدعي مطالب بإقامة الحجة على هذه الواقعة أو ذلك الحق.

¹ محمد فتح الله النشار - المرجع السابق - ص 186.

المطلب الأول: معايير تحديد محل عبء الإثبات

تتكون كل خصومة قضائية من عنصرين، عنصر الواقع و عن صر القانون، فالعنصر الأول هو الذي يكلف الخصوم بإثباته و أما الحكم الذي يصدره القاضي فهو تطبيق القانون على الواقع بناء على ما ثبت له من أدلة على هذا الواقع و منه فإن محل الإثبات الذي يتحمل المدعي عن القيام به إنما هو الواقع، أما القاضي فإن مهمته تتحصر في تطبيق القانون على الواقع¹.

الفرع الأول : إثبات الواقعة القانونية

الحق الذي يدعيه المدعي لا يصدق عليه هذا الوصف إلا لأنه يستند إلى قاعدة في القانون تقرر وجوده هذه القاعدة هي التي تجعل كسب الحق نتيجة لواقعة قانونية أي لوضع معين يوجد في الشخص صاحب الحق فإذا توافر هذا الوضع للمدعي صح له أن يطالب بهذا الحق و عندئذ يقع عليه عبء إثباته.

و الواقعة القانونية هي أمر يحدث فيترتب عليه كسب حق أو نقله أو تعديله أو انقضائه و هي بمعناها الواسع تشمل التصرف القانوني كالعقود و الوصايا و العمل المادي الذي يترتب عليه القانون أثاراً كوضع اليد أو الفعل الضار فإذا ادعى شخص أنه تملك أرضاً بعقد من العقود الناقلة للملكية وجب عليه إثبات وجود هذا العقد أو ادعى ملكيتها بطريق التقادم فهو ملزم بإثبات وضع يده عليها المدة التي يتطلبها القانون لكسب الملكية أو من يدعي ديناً على آخر يجب عليه أن يثبت مصدر هذا الدين أهو عقد أم إرادة منفردة أم فعل ضار غير مشروع أم إثراء بلا سبب، و الشيء المدعى لا يقتصر على أن يكون قيام حق و إنما يمكن أن ينصرف الإدعاء إلى انقضاء هذا الحق و ذلك كما لو ادعى شخص على آخر دين و قام بإثبات مصدره فدفع المدعى عليه بالوفاء فهنا ينقلب المدعى عليه مدعياً.

¹ رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 368.

و قد لا يكون المدعى به وجود حق أو زواله و إنما يكون وصفا قانونيا يلحق التصرف القانوني أو العمل المادي و ذلك كما لو كان التصرف القانوني عقدا و قام المدعي بإثباته فدفع المدعى عليه ببطلان العقد أو قابليته للإبطال أو بفسخه، أما ما يلحق العمل المادي فكما لو دفع المدعى عليه في الفعل غير المشروع بأنه كان في حالة دفاع شرعي عن النفس فهذا الوصف يعد واقعة قانونية يجب إثباته على النحو الذي تثبت به الواقعة الأصلية¹ و من ثم فإن حمل الإثبات بهذا المعنى هو السبب المنشئ للأثر القانوني المدعى به سواء كان هذا الأثر هو وجود الحق أو زواله.

و نظرا لنقل محل الإثبات من الحق إلى مصدره فإن الإثبات لا يمكن أن يؤدي إلى يقين كامل وإنما يؤدي فقط إلى درجة معينة من الاحتمال و من ثم فإنما يقوم به المدعي من إثبات يقف عند الظن القوي بصحة ما قام به دون الجزم بيقين ما و قع إثباته فإن معظم الحقائق الواقعية ليست حقائق خالدة لا تتغير.

الفرع الثاني: إثبات القاعدة القانونية

إذا كان المدعي هو المنوط به إقامة الدليل على الواقعة القانونية التي نشأ عنها الحق الذي يطالب به، أما تطبيق النص القانوني فلا شأن للخصوم به و هذا هو دور القاضي. و القاضي ملزم بمعرفته للقانون إذ أن هذا هو صميم مهامه و واجبه المفروض عليه باعتباره أحد أفراد السلطة القضائية التي من بين أهم المهام الملقاة عليها تطبيق القانون، وهناك عبارة لاتينية تتمثل في : " أعطيني الواقع أعطيك القانون " و أيضا شاعت العبارة التي كان يستخدمها القضاة الفرنسيون لتتبيه المحامين إلى ضرورة اقتصارهم على الوقائع "...انتقل يا سيدي إلى الوقائع فالمحكمة تعرف القانون ".

و منه فإن القاضي هو المكلف بالبحث من تلقاء نفسه عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على ما ثبت لديه من وقائع و هو يخضع في تطبيقها لرقابة المحكمة العليا. و منه كل

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - ص 48.

خلاف حول تفسير قاعدة من القواعد القانونية فإن عبء التفسير يقع على القاضي و هذا هو الأصل و المبدأ لكن هذا الأصل استثناء يقول به جانب من الفقهاء بحيث تنقلب القاعدة القانونية إلى مسألة موضوعية و يطالب الخصوم بإثباتها و ذلك في حالة ما إذا كانت القاعدة المراد تطبيقها قانون أجنبي بحيث أنه إذا كان الأصل أن إثبات القاعدة و تطبيقها يعد من عمل القاضي و لا مجال للخصوم في هذا الشأن، إلا أن القاضي قد يجد نفسه أمام بعض النزاعات التي يكون أطرافها أجنب و يخضعون لأحكام قانون بلدانهم، و عملاً بمبدأ شخصية القوانين فالقاضي ملزم بتطبيق قانون البلد الذي ينتمي إليه الشخص الأجنبي عملاً بقواعد الإسناد، و تتعدد الأمور إذا كان الأطراف من عدة بلدان و من جنسيات مختلفة، هنا و حسب الرأي الراجح في الفقه و القضاء المقارن أن القانون الأجنبي لا يعدوا إلا أن يكون مسألة من مسائل الواقع يجب على الخصوم إثباتها لأنه من غير الممكن أن يلم القاضي بكافة قوانين العالم و القول به مبالغ فيه إلى حد الجهل و مهما وجد من أجهزة اتصال و تكنولوجيا متطورة فإن اختلاف اللغات كاف بيان وجه الصعوبة.

المطلب الثاني: شروط محل عبء الإثبات

يضع الفقهاء عدة شروط في محل عبء الإثبات و لا يمكن أن يتم الإثبات بدون تحققها و ذلك من أجل تحقيق الهدف المنشود منه و هو الوصول إلى مطابقة الواقع للحقيقة قدر الإمكان ورد الحقوق إلى أصحابها و إلا كان الإثبات عبثاً لا فائدة من إجرائه.

الفرع الأول: أن تكون الواقعة محددة و ممكنة :

يقصد به أن تكون الواقعة محل عبء الإثبات واضحة المعالم و ممكنة التحقق بأن تكون معينة تعينا كافيا نافيا للجهالة و الغرر لأجل تقدير قبول الأدلة بشأنها و التحقق من أن الدليل الذي سيقدم يتعلق بها لا بغيرها حتى يسير الإثبات في حدود مرسومة سلفاً بحيث يفوت على الخصم ما يكون لديه من قصد إطالة النزاع دون داع، فإن كان محل عبء الإثبات مثلاً عقد فإنه يجب بيان نوعه و تعيين محله، مثلاً بيع سيارة من نوع ما بأوصاف ما كما يجب تعيين

الوقائع محل عبء الإثبات بشكل واضح حتى لا يكون هناك مجال للشك في ماهيتها و مداها و تعتبر مسألة تقدير الواقعة ما إذا كانت معينة تعيين كافيًا و كانت ممكنة، و يسمح بإثباتها مسألة لا يخضع القاضي فيها إلى رقابة المحكمة العليا، و مسألة تحديد الواقعة لا يقتصر على كون الواقعة إيجابية كوجود الشيء أ و إمكانية القيام به، بل يصح أن يرد الإثبات على الوقائع السلبية متى كانت محددة تحديدًا كافيًا، و الواقعة السلبية هي التي تتضمن في الغالب نفيًا لأمر وجودي كفي التقصير في الالتزام بعمل معين و إثباتها يكون بطريق إثبات أمر وجودي منافي لها.

الفرع الثاني: أن تكون الواقعة محل نزاع و متعلقة بالدعوى

وهذا الشرط يعد من الشروط البديهية التي تقتضيها طبيعة الأشياء، ذلك لأنه يتطلب حتى يكون الخصم منكرًا لما ادعاه المدعي، فيكون محل عبء الإثبات موضوع نزاع بين الخصمين، أما إذا كان الخصم مقر بما ادعاه المدعي و معترفًا به فلا حاجة لإضاعة وقت القضاء في شيء معترف به لأن ذلك يعفي المدعي من عبء الإثبات و يجعل الواقعة ثابتة في حق المقر بها، و كونها ثابتة لا يعني أنها غير قابلة للإثبات لأنها تصح أن تكون محل عبء إثبات من الغير إذا قام بشأنها نزاع آخر¹، إذ أن المستقر عليه فقها و قانونًا أن الإقرار قاصر ولا يتعد صاحبه و هذا هو ما يميز الواقعة بكونها ثابتة أو أنها غير قابلة للإثبات، فإذا سلم الخصم بجزء من طلبات المدعي، فإن ما سلم به يستبعد من مجال الإثبات و تنحصر في ذلك الخصومة في الجزء المتنازع عليه، و مثالها ادعاء شخص معين أنه أصيب في الحادث ويطالب بالتعويض فدفع المدعي عليه بأن طلبه مبالغ فيه دون أن يدلي بشيء عن الحادث فإن هذا يعد إقرار منه بصحة وقوع الحادث كما أنه لا يكفي أن تكون الواقعة هي محل نزاع بل يجب أن تكون متعلقة بالدعوى، و مقتضى هذا الشرط أن تكون الواقعة المراد إثباتها وثيقة الاتصال بالحق المدعى به و لا تكون الواقعة متعلقة بالحق المدعى به إلا إذا كانت هي

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - ص 59-60

مصدر هذا الحق، و هذا في الاثبات المباشر كتمسك البائع بعقد البيع للمطالبة بثمن المبيع أو أن يدعي شخص على آخر دين و يقدم سند الدين، إلا أن الإثبات لا يقع دائما بطريقة مباشرة فقد يتعرض الكثير من الأحوال إثبات واقعة مباشرة فليجأ المكلف بعبء الإثبات إلى إقامة الدليل على واقعة أخرى بديلة ليست هي مصدر الحق المدعي به و لكنها وثيقة الإتصال بالواقعة الأصلية مما يترتب عليه أن تكون الواقعة الأصلية ثابتة أو قريبة الإحتمال، و هذا ما يطلق عليه بالاثبات غير المباشر، و مثالها أن يطلب المؤجر من المستأجر سداد الأجرة لشهر معين فيقدم المستأجر مخالصات شهور تلت الشهر المطالب بسداده، فإن هذه المخالصات تعتمد على الوفاء إلى أن يثبت المؤجر عكسها، و لكن يشترط في الواقعة البديلة أن يكون هناك تلازم لأن الإثبات يصبح عندها مجرد عبث إذا لم يوجد هذا التلازم.¹

الفرع الثالث: أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى.

و يشترط فضلا عما سبق بيانه أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى بأن تكون من شأنها أن تسهم في تكوين عقيدة القاضي في الاقتناع بحقيقة النزاع المعروض. ومنه فإنه لا يكفي أن تكون الواقعة متعلقة بموضوع الدعوى بل يجب أن يكون إثباتها متعلقا بموضوعها، و يجب أيضا أن تكون منتجة في الدعوى بمعنى أن يكون لها أثر في تغيير و التأثير على الفصل فيها بأن تكون حاسمة في إسناد الحق إلى المدعي أو عدم إسناده له. أما إذا كان يستوي في نظر القانون ثبوتها أو عدم ثبوتها فهي لا تكون منتجة في الإثبات حتى ولو كانت متصلة بالدعوى وذلك كمن يدعي ملكية عقار استنادا إلى وضع يده عليه مدة ثلاثة عشر سنة فهذه واقعة متصلة بالدعوى ولكنها غير منتجة في الإثبات، نظرا لأن القانون يشترط مرور خمسة عشر سنة لاعتباره سببا من أسباب كسب الملكية.

أو كمن يطالب آخر بسداد دين حل مواعده فيدفع الخصم المدين بعدم التزامه بالسداد أخذا بالمقاصة على اعتبار أنه له في ذمة الدائن سابقا مبلغ من المال ولكن الأجل لم يحل بعد

¹ محاضرات في الإثبات ألقاها الأستاذ ملزي عبد الرحمن على الطلبة القضاة دفعة 13- الموسم الدراسي 2003-2004

بهدم واقعة متصلة بالدعوى و لكنها غير منتجة فيها لأنه يشترط فيها أن يكون الدينين حاليين الأداء ومن ثم فإنه يستوي في نظر القانون إثبات مثل هذه الوقائع أو عدم إثباتها لأن هذا الإثبات لا يؤثر في وجه الحكم في الدعوى.

ومنه يتضح مدى التلازم والترابط بين شرطي التعلق والإنتاج ذلك أن كل واقعة متعلقة بالدعوى لابد أن تكون متصلة بها و العكس غير صحيح بمعنى أن كل واقعة متعلقة بالدعوى لا يعني أنها منتجة فيها.

الفرع الرابع: أن تكون الواقعة جائزة للإثبات

يقصد بهذا الشرط أنه لا يوجد في القانون ما يمنع من إثبات الواقعة بالأصل في الواقعة القانونية جواز الإثبات، ما دام قد توافر لها الشروط السابقة، إلا أن المشرع قد يخرج عن هذا الأصل لاعتبارات معينة فيمنع الخصم من إثبات هذه الوقائع و هذا المنع قد يكون لاعتبارات تتعلق بالنظام العام، والآداب العامة أو لأن الإثبات يتعارض مع سبب من الأسباب التي تقتضيها الصياغة الفنية للإثبات.

و من الأمثلة : عدم السماح للدائن أن يثبت أن المدين اقترض منه مبلغا معيناً بفائدة، لكن هذا غير مسموح به قانوناً لأن هذا يخالف النظام العام أو عند عدم السماح لمن يطالب بفوائد ناجمة عن قمار، و كذلك لا يجوز إثبات عكس القرائن القانونية القاطعة مثل : الخطأ المفترض في جانب حارس الشيء أو الحيوان، فلا يقبل من الحارس إقامة الدليل على عدم ارتكابه خطأ و ذلك لأن القانون يقيم مسؤولية ه على خطأ مفترض فرضاً لا يقبل إثبات العكس¹. والتحقق من كون الواقعة جائزة للإثبات أم لا يعد من مسائل القانون التي يخضع القاضي فيها لرقابة المحكمة العليا، لأن القانون هو الذي يحدد الوقائع التي لا يجوز إثباتها، ودور القاضي في ذلك محدود و هذا بخلاف سائر الشروط السابقة.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - ص 64

الفصل الثاني : دور القاضي في توزيع عبء الإثبات

الاتجاه الحديث في أغلب التشريعات يسير نحو توسيع سلطة و دور القاضي في تسيير الدعوة و الكشف عن الحقيقة . فلم يعد القاضي بمثابة مشاهد صامت للمنازعة القضائية ليس له إلا الحكم فيها . فللقاضي مركزا ايجابيا في تسيير الدعوة وفي تصحيح شكلها وبشطب الدعوة عند تخلف الخصوم عن الحضور . وله من تلقاء نفسه أن يأمر بإدخال من يرى إدخاله لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة هذا من ناحية الإجراءات . أما من ناحية إثبات الدعوة فدوره يقتصر على تلقي الأدلة كما يقدمها الخصوم . ثم يتول تقديرها مراعيًا في ذلك ما قد يحدده المشرع من قيم و يصدر حكمه بناء على ذلك، مع إسناده بعض المهام لكي لا يقف مكتوف اليدين ينظر إلى الخصوم و هم يسرون الدعوى كما يشاءون، ولهذا كان الاتجاه إلى إعطاء القاضي دورا إيجابيا في الإثبات، بحيث يقوم القاضي بدور هام في تخفيف عبء الإثبات الذي يتقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر و يبرز هذا الدور خاصة في القرائن واليمين . وقبل توضيح هذين العنصرين نتطرق إلى تحديد طبيعة دور القاضي في توزيع عبء الإثبات ومناقشة حدود الدور المنوط به.¹

¹ هناك من التشريعات من أخذت بنظام الإثبات الحر وهي الشرائع الجرمانية (ألمانيا وسويسرا). والشرائع الأنجلوسكسونية (إنجلترا و القانون الأمريكي) و يقوم هذا الاتجاه على عدم تحديد طرق معينة للإثبات تقيد عمل القاضي بالإضافة إلى منحه الحرية الكاملة في تكوين عقيدته . وفي المقابل هناك من التشريعات من أخذت بنظام الإثبات المختلط وهي القوانين اللاتينية (فرنسا) و القانون الإيطالي والبلجيكي ومعظم التشريعات العربية (و منها الجزائر) وفيها يقوم المشرع بفرض بعض القيود على القاضي في إثبات بعض المسائل بينما يترك له الحرية في إثبات بعضها الآخر . أما في نظام الإثبات المقيد فدور القاضي سلبي (أنظر أحكام و قواعد عبء الإثبات ص

المطلب الأول : دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن

_ القرينة هي ما يستخلصه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول فهي دليل غير مباشر لا ينصب الإثبات فيها مباشرة على الواقعة محل التداعي و إنما أخرى بديلة يكون من شأن ثبوتها أن يجعل قيام الواقعة الأصلية أو نفيها أمرا محتملا بحكم اللزوم العقلي، و القرائن نوعان قانونية و قضائية¹

_ تعرف الشريعة الإسلامية القرائن بأنها: " الأمانة التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهادهم أو استنتجها القاضي من الحادثة و ظروفها و ما يكتنفها من أحوال².
_ الأصل أن يقوم المدعي بإثبات كافة العناصر و الشروط التي يجب توافرها لوجود

الحق المدعى به، ولكن لأن ذلك يعد تكليفا بما لا يستطيع فإنه يكتفي منه بإثبات ما يجعل وجود هذا الحق مرجحا في جانبه، فمثلا: لو ادعى شخص أنه أقرض آخر مبلغ من المال فإنه مكلف بإثبات عقد القرض الذي ادعى وجوده، وهو مكلف - بحسب الأصل أيضا- بإثبات أن هذا العقد خال من جميع أسباب البطلان بان يثبت بان العقد توفرت فيه كافة الشروط المتعلقة بالتراضي و المحل و السبب وذلك بتوفر أهلية المتعاقدين، و خ لو الإرادة من العيوب كالغلط والإكراه و التدليس وإثبات مشروعية المحل و السبب، ثم بعد ذلك يثبت أن الدين لم ينقض بأي سبب من الأسباب الوفاء كالمقاصة و الإبراء و الوفاء و يقوم بعد ذلك بإثبات أن العقد لم يلحقه أي تعديل بعد انعقاده... الخ. ولكن لا شك أنه لو كلف المدعي بإثبات حقه على هذا النحو لعد ذلك ضربا من ضروب المستحيل، و من ثم اقتضت الضرورة أن يكتفي منه بأن يثبت ما يرجح وجود الحق في جانبه، ففي هذا المثال يكتفي منه بإثبات وجود عقد القرض، فإذا استطاع إثباته أفترض انه خال من أسباب البطلان، فإذا دفع المدين بأن العقد قد لحقه

¹ نبيل ابراهيم سعد وهمام محمد محمود زهران- أصول الإثبات في المواد التجارية و المدنية - ص 341

² محمد فتح الله النشار - المرجع السابق - ص 175

سبب منها فعليه هو يقع عبئ إثبات ذلك . هذا التوزيع لا بد منه حتى يتسنى للمدعي إثبات ما ادعاه، و الباعث على إقرار هذا التوزيع هو التخفيف من تحمل تبعه هذا العبء.

_ للقاضي دور أساسي في تحقيق هذا التوزيع مستعينا في ذلك بأساليب بعضها من القانون أو الشرع و تسمى القرائن القانونية أو الشرعية و البعض الآخر أساليب يستتبطها بحكم الواقع أي من ظروف الدعوى و هي القرائن القضائية.

الفرع الأول: دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن القانونية:

_ في الفقه القانوني هي بمثابة القرائن التي نص عليها القانون ولم يترك للقاضي أمر تقديرها فهي تعفي الخصم الذي يلجأ إليها من الإثبات و هي قابلة في أصلها لإثبات عكسها ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك (المادة 337 من القانون المدني).

_ تقسم القرائن القانونية إلى قرائن قاطعة و قرائن قابلة لإثبات العكس و نتعرض لها فيما يلي:

يلي:

أولاً: بالنسبة للقرائن القانونية القاطعة:

_ لقد عرف الفقه القانوني القرائن القانونية بأنها التي نص القانون على عدم جواز إثبات عكسها إلا في حالات خاصة كالإقرار القضائي و اليمين أو إثبات السبب الأجنبي، ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة 139 من القانون المدني، في مسؤولية حارس الحيوان عن الضرر الذي يسببه للغير، فهي مسؤولية تقوم على خطأ الحارس، وهو خطأ مفترض لا يقبل إثبات العكس، وما تنص عليه المادة 138 من القانون المدني في مسؤولية حارس الأشياء و ما تنص عليه المادة 496 من نفس التقنين من مسؤولية المستأجر عن حريق العين المؤجرة¹

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا: ملف رقم 30064 بتاريخ 1983/03/02 / المجلة. ق. لسنة 1987. ص 27.

– التفرقة بين القرائن القانونية القاطعة و القواعد الموضوعية:

التفرقة تدق بينهما في كثير من الأحيان لأن هناك قاسم مشترك أعظم بينهما و هو أن كلا منهما مبني على الغالب المألوف، لكن الفارق بينهما يكمن في الصياغة القانونية، ففي القاعدة الموضوعية يجعل المشرع الغالب المألوف حقيقة ثابتة لا ي جوز إثبات عكسها بأي طريقة من الطرق إذ أنها لا تعد طريقا من طرق الإثبات وإنما أصبحت قاعدة موضوعية فبلوغ سن الرشد تتفاوت فيه الناس لكن الغالب المألوف أن الشخص يبلغ درجة النضج العقلي اعتبارا من سن (19) تسع عشرة سنة و ما فوق فيقوم الشارع باختبار سن معينة و يجع ل بلوغ الرشد لجميع الناس عند هذه السن، هذا مثل عن القاعدة الموضوعية،و لذلك لا يجوز إثبات عكسها بأي طريق من الطرق، إذ لا تعد طريقا من طرق الإثبات، فمن يبلغ هذه السن فلا يعتبر رشيدا و لو كان عبقريا، أما القرينة القانونية القاطعة تعتبر قاعدة إثبات لا قاعدة موضوعية، لذلك يجوز إثبات عكسها أخذا بفكرة نقض الدليل بالدليل و لأنها حجة أقامها الشارع بناء على الغالب الراجح، فهي ليست إلا احتمالا قد يخطئ كما يتفق مع الحقيقية ، و من أمثلة القواعد الموضوعية التي تقوم على قرائن :حجية الأمر المقضي و التقادم و الحيازة في المنقول ومسؤولية المتبوع عن أعمال التابع و غير ذلك.

–القرينة القانونية القاطعة يجوز دحضها بالإقرار و اليمين:

إذا قلنا أن القرينة القانونية القاطعة لا تقبل إثبات العكس فليس معنى ذلك أنها لا تدحض أبدا، ذلك أن عدم القابلية للدحض لا يكون إلا للقواعد الموضوعية أما القرائن القانونية القاطعة فهي قواعد إثبات و أي كانت المرتبة التي أَرادها المشرع لها في القطع و الحسم فهي لا تستعص أن تدحض بالإقرار و اليمين، ذلك أن القرينة القانونية القاطعة لا تزال دليلا من أدلة الإثبات، بل هي تعدو أن تكون دليلا سلبيا إذ تقتصر على الإعفاء من الإثبات فإذا نقضها من تقرر لمصلحته بإقراره أو يمينه فقد دحضها نضرب مثلا عن مسؤولية حارس الشيء المنصوص عليها في المادة 138 من القانون المدني و التي تقيم مسؤوليته على خطأ

مفترض غير قابل لإثبات العكس إلا بإثبات السبب الأجنبي فإذا قام المدعي بإثبات مسؤولية المدعى عليه بإثبات الضرر و العلاقة السببية بين الشيء محل الحراسة و الضرر، وقع عبء نفي هذه المسؤولية على المدعى عليه بإثباته للسبب الأجنبي، فإذا عجز عن إثبات ذلك قامت ضده قرينة قاطعة على مسؤوليت ه اتجاه المدعي ،و لم يمكنه دحض هذه القرينة القانونية القاطعة إلا بإقرار قضائي يصدر عن خصمه (المدعي).

و بالتالي يمكن استنتاج أنه كل ما لا يجوز دحضه باليمين أو الإقرار هو من قبيل

القواعد الموضوعية و ليس القرائن القانونية القاطعة.

و قد جاء في آخر نص المادة 312 من القانون المدني: " و هذه اليمين توجه تلقائيا من

القاضي إلى ورثة المدين أو إلا أوصياؤهم إن كان الورثة قاصرين على أنهم لا يعلمون بوجود دين أو يعلمون بحصول الوفاء"

و من خلال هذا النص يتبين لنا أنه رغم ضيق مجال توزيع عبء الإثبات بموجب

القرائن القانونية القاطعة إلا أنه قد يتجلى دور القاضي في عملية التوزيع بموجب بعض هذه القرائن خاصة منها التي يمكن دحضها باليمين و الإقرار القضائي و إثبات السبب الأجنبي،

حيث يتبين من المثال السابق¹

أن القاضي يقوم بتوجيه اليمين إلى المدين أو إلى ورثته أو أوصيائهم إذا كان الورثة

قاصرين رغم أن هؤلاء يملكون دليلا معفيا من الإثبات و هو القرينة القانونية القاطعة المتعلقة

بالتقادم القصير المدى و هو دليل كامل لا يحتاج تكملته باليمين المتممة في الأصل لكن في

هذه الحالة أراد المشرع توزيع عبء الإثبات بين الدائن الذي يقوم بإثبات وجود الدين من جهة

و المدين الذي يدفع بانقضائه بمضي مدة التقادم القصير .و هذا بهدف التخفيف من عبء

الإثبات الملقى على عاتق الخصمين.

¹ المادة 312 من القانون المدني .

و فيما يخص دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن الشرعية القاطعة والتي سبق شرحها و تعريفها بأنها القرائن التي جاء بها الشارع الحكيم الله عز و جل و رسوله الكريم-صلى الله عليه و سلم- و رأي الفقهاء، و هو دليل قاطع معفي من الإثبات غير قابل لإثبات العكس، لكن المستقر عليه أنه يمكن دحض هذا الدليل في بعض أحوال باليمين أو الإقرار خاصة بالنسبة لبعض القرائن الشرعية القاطعة التي أوردها الشارع الح كيم و بالنسبة لأغلبها التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية و التي نذكر بعض الأمثلة منها فيما يلي : قوله صلى الله عليه و سلم : "الولد للفراش و للعاهر الحجر " هذه قرينة شرعية قاطعة على ثبوت نسب الولد بمجرد ثبوت البناء (الدخول) بين الزوجين، فما على الزوجة إلا أن تثبت ذلك، فلا يمكن للزوج إثبات عكس هذه القرينة، لكن في إمكانه دحضها بوسيلة اللعان المنصوص عليها شرعا و هي حلفه لليمين أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين أن الولد ليس من صلبه¹ و بالتالي تستنتج دور القاضي في هذه المسألة و المتمثل في توزيع عبء إثبات و اقة نسب الولد بين الزوجين الخصمين بموجب القرينة الشرعية القاطعة السابق ذكرها و ذلك بتوجيه اليمين إلى الزوج، فإذا حلف هذا الأخير تنقل اليمين إلى الزوجة

ثانيا: بالنسبة للقرائن القانونية غير القاطعة (البسيطة):

- عرف الفقه القانوني القرائن القانونية غير القاطعة (البسيطة) بأنها تلك التي تجعل جانب أحد المتداعيين أقوى من الآخر، فهي تعفي الشخص الذي شهدت له من الإثبات، و تغنيه عن أي طريق آخر للإثبات و لكن يحق للخصم إثبات عكسها.

- في الفقه الإسلامي، سواء كانت قرائن شرعية بنص شرعي أو ثابتة بنص فقهي، تعتبر حكما شرعيا يلزم القاضي بتطبيقه، فيطبق النصوص الشرعية أولا، ثم يقضي بنصوص مذهبه

ثانيا ما لم يكن مجتهدا، و القرائن الشرعية غير القاطعة هي تلك التي استنبطها الفقهاء باجتهادهم و اعتبرها الشارع، و لكنه جعل الباب مفتوحا أمام من شهدت عليه لإثبات عكسها.

¹ د/ محمد الزحيلي - وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية - ص 517

- من أمثلة القرائن القانونية غير القاطعة:

المادة 61 من القانون المدني: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على العكس ذلك "فقد راعى المشرع أن الذي يحدث عادة هو أن يعلم الشخص بما يصل إليه وقت وصوله، فأقام هذه القرينة حتى يخفف عن موجه التعبير عبء إثبات العلم و هو أمر يتعذر إثباته . و يجوز لمن وجه إليه التعبير أن ينقض هذه القرينة بدليل عكسي، فيثبت أنه رغم وصول التعبير لم يحط به علما لغيابه (مثلا) أو مرض... إلخ.

المادة 98 من القانون المدني: " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقم الدليل على ما يخالف ذلك، و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي ما لم يقم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه " أي أن المشرع قرر قرينة قانونية لصالح الدائن حيث لم يلزمه بإثبات أن الالتزام الذي يطالب به المدين سببا مشروعاً، و هذه القرينة بسيطة تقبل النقض بالدليل العكسي، كذلك لم يلزم المشرع الدائن إثبات أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، و إنما أقام قرينة قانونية على أن السبب الحقيقي المذكور في العقد . و لما كانت هذه القرينة غير قاطعة فيجوز للخصم أن ينقض الدليل المستفاد منها، بأن يثبت مثلاً أن السبب المذكور في العقد صوري.

و الأمثلة كثيرة و متنوعة عن القرائن القانونية غير القاطعة في القانون الجزائري.

- طرق إثبات العكس في القرائن غير القاطعة: يتم نقض القرائن القانونية غير القاطعة

وفقاً للقواعد العامة في الإثبات فيجوز نقضها بإقرار من قامت القرينة القانونية لمصلحته أو بنكوله عن اليمين الحاسمة التي وجهت إليه أو عن طريق الدليل الكتابي أو بمبدأ الثبوت بالكتابة معززا بالبينة أو القرائن القضائية، كما يجوز الإثبات بالبينة و بالقرائن القضائية إذا استحال الحصول على دليل كتابي أو عند فقده بعد الحصول عليه، و يلاحظ أن القرينة القانونية

البيسطة قد يتم استخدامها في إثبات واقعة مادية أو تصرف قانوني لا تزيد قيمته عن النصاب المحدد لشهادة الشهود، وفي هذه الحالة لا يثور أي شك في جواز إثبات عكس هذه القرينة بكل طرق الإثبات وذلك طبقاً للقواعد العامة . ولكن قد تستخدم القرينة القانونية البسيطة في إثبات تصرف قانوني تزيد قيمته عن النصاب المحدد للإثبات بشهادة الشهود وفي هذه الحالة وبما أن القرينة القانونية البسيطة لا تعفي في حقيقتها من الإثبات و إنما تنقل محل الإثبات من الواقعة الأصلية المتنازع عليها إلى واقعة أخرى متصلة بها و هذه الواقعة الأخيرة هي التي يجب إثباتها طبقاً للقواعد العامة في الإثبات و بالتالي تقوم القرينة القانونية و تثبت بقتضاها الواقعة الأخرى المتنازع عليها، وإذا أراد الخصم الآخر أن يدحض هذه القرينة فعليه التزام حكم القواعد العامة في هذا الصدد¹.

لكن المشرع عين في بعض الحالات طرق خاصة لإثبات عكس القرينة القانونية غير القاطعة و من أمثلتها:

- 1- في المثال الذي سبق ذكره حول نص المادة 193 من القانون المدني: حيث أنه إذا أثبت الدائن أي مقدار من الديون في ذمة مدينه قامت قرينة قانونية على إعساره وهذه القرينة تنقض عن طريق إثبات المدين أن لديه أموالاً تساوي قيمة هذه الديون أو تزيد عليها.
- 2- المادة 127 من القانون المدني تنص على أن العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر تقوم على قرينة قانونية غير قاطعة، يجوز نقضها بإثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ المضرور أو عيب في الأشياء المنقولة... الخ.
- 3- المادة 496 من القانون المدني، تنص في معناها أن المستأجر يعد مسؤولاً عن الحريق في العين المؤجرة مسؤولية قائمة على خطأ عقدي مفروض، ويجوز نفي هذا الخطأ المفترض بأن يثبت المستأجر أن النار قد بدأ نشوبها في الجزء الذي يشغله مستأجر آخر.

¹ رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 227.

- إن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ليست في الواقع إلا توزيعاً لعبء الإثبات بين الخصمين، ينص عليه القانون و يتكفل بتطبيقه القاضي، ونرى كذلك مما سبق أن من يحمل عبء الإثبات ليس مطالباً في الواقع من الأمر بإثبات كامل قاطع، ولا هو يكلف بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون منها الواقعة مصدر الحق المدعى به، وليست الحقيقة القضائية التي يتولى إثباتها بالحقيقة المطلقة التي لا يداخلها الشك، فالقانون يطلب ممن يحمل عبء الإثبات أن يقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر مرجح الوقوع، وينفي القاضي ما بقي من شك يحوم حول الأمر بأن ينقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر. ليثبت أنه بالرغم من الظواهر التي ترجح وقوع الأمر، توجد قرائن أخرى تجعل الراجح مرجوحاً، ثم يرد عبء الإثبات على الخصم الأول ليهدم هذه القرائن بقرائن أخرى، وهكذا يتبادل الخصوم عبء الإثبات، إلى أن يعجز أحدهما عن دحض الدليل الذي تقدم به الخصم الآخر، فيخسر بذلك الدعوى¹.

من الأمثلة عن دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن القانونية البسيطة ما يلي:

1- المادة 830 من القانون المدني، جاء في معناها انه عندما يريد الحائز أن يثبت أنه كسب الملكية بالتقادم، أي يثبت أن حيازته استمرت المدة التي حددها القانون لتمام التقادم، هنا يضع القانون قاعدة لتوزيع عبء الإثبات بين الخصوم، فالحائز يحمل عبء إثبات أن حيازته بدأت في وقت معين و أنها قائمة حالاً، و هنا يقيم القانون قرينة على أن الحياز استمرت قائمة في المدة ما بين الزمنين، فيتولى القاضي مهمة تكليف الخصم الآخر بالإثبات، فيلقي عليه عبء إثبات أن مدة التقادم قد انقطعت، فانقطع التقادم لسبب من الأسباب.

2- عندما يطالب الدائن مدينه بوفاء التزام مترتب على عقد معين، هنا من المفروض أن يقع عبء إثبات الواقعة القانونية، و هي العقد على عاتق الدائن، فيثبت أن هناك عقدا توافرت فيه كافة عناصره القانونية من التراضي و تنزه الرضاء عن العيوب و وجود السبب المشروع و

¹ د/ عبد الرزاق السنهزري - المرجع السابق - ص 83.

عدم استحالة مضمونه، و لا شك في ثقل عبء إثبات كافة هذه العناصر إذا ألقى هذا العبء على الدائن وحده، و لهذا و تحت دافع التخفيف من هذا العبء، يتولى المشرع تجزئة عبء الإثبات بين الدائن و المدين، فحسب الدائن هنا أن يثبت وجود الالتزام الذي لم ينفذه المدين، و يقيم المشرع بعد ذلك عدة قرائن تساعد على هذا التخفيف بإلقاء عبء إثبات بعض عناصر الواقعة القانونية على عاتق المدين . مثال ذلك أنه لا يجب على الدائن أن يثبت أن للالتزام سبب مشروع، فقد تولت قرينة المادة 98 من القانون المدني هذه المهمة بافتراضها أنه إذا لم يذكر في العقد سبب الالتزام، فإنه يفترض أن له سببا مشروعاً. ثم يقع على المدين عبء إثبات تخلف السبب المشروع . كما لا يجب على الدائن أن يثبت توافر التمييز و الإدراك أو أن الرضاء كان سليماً، فكل هذه العناصر يفترض وجودها، و للمدين أن يثبت عكس ذلك، كما لا يجب على الدائن أن يثبت وجود محل الالتزام . فمثلاً لا يجب عليه أن يثبت عدم هلاك المبيع وقت التعاقد و إنما يقع على المدين إثبات أن المحل كان غير موجود لهلاكه قبل التعاقد .

3- إذا باع شخص شيئاً يملكه، و بعد موته تنازع ورثته المشتري في أن الثمن المذكور في عقد البيع صوري، و أن البيع قد صدر في مرض الموت فيكون وصية، و من ثم لا ينفذ إلا من ثلث التركة . يوزع القانون عبء الإثبات هنا أيضاً بين الورثة و المشتري، فقد نصت الفقرتان الثانية و الثالثة من المادة 776 على ما يأتي : " وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً . إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك. كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

فالورثة إذن يحملون عبء إثبات أن البيع قد صدر في مرض الموت.

ومتى أثبتوا ذلك قامت قرينة قانونية على أن العقد مقصود به التبرع و أن ثمننا ما لم يدفع و عند ذلك ينتقل عبء الإثبات إلى المشتري . وعليه أن يثبت انه دفع للبائع ثمننا لا يقل

عن قيمة المبيع بمقدار يجاوز ثلث التركة و إلا فإن البيع فيما تجاوز فيه زيادة قيمة المبيع على الثمن ثلث التركة، لا يسري في حق الورثة.

فمن خلال الأمثلة السابق ذكرها يظهر جليا دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بين الخصوم بموجب القرائن القانونية غير القاطعة.

الفرع الثاني: دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن القضائية :

- تنص المادة 340 من القانون المدني: " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون، و لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة". فالقرينة القضائية هي نتيجة يستخلصها القاضي من واقعة معلومة لواقعة غير معلومة و لذلك تعد القرائن القضائية من أدلة الإثبات غير المباشرة، حيث تثبت الواقعة أو يثبت التصرف بطريق غير مباشر عن طريق ثبوت واقعة أخرى قريبة منها أو متصلة بها . فمثلا إذا أثبت المستأجر أنه قام بدفع الأجرة عن شهر معين، أمكن للقاضي أن يستخلص من ذلك دفع الأجرة عن الشهر السابق، وقد تكون الواقعة المتنازع عليها هي سرعة السيارة أثناء وقوع الحادث، فيقوم قاضي الموضوع بتحديد سرعة السيارة وذلك استنباطا من واقعة أو وقائع أخرى مثل أن تكون آثار جهاز التوقيف (الفرامل) طويلة وحالة السيارة و حالة الطريق وهكذا . فإذا ثبت للقاضي الوقائع الأخيرة أمكنه أن يستنبط سرعة السيارة أثناء الحادث فنكون بصدد قرينة قضائية أقامها القاضي وبذلك تختلف القرينة القضائية عن القرينة القانونية، ففي القرينة الأخيرة يتولى المشرع بنفسه عملية الاستنباط ثم يفرض الواقعة التي استخلصها على القاضي و الخصوم فرضا.

أولا: السلطة التقديرية للقاضي في استنباط القرائن القضائية:

- يقتضي استنباط القرينة القضائية توافر عنصرين أو ركنين:

(1) العنصر الأول: وجود واقعة أو وقائع ثابتة ذات صلة بالواقعة المتنازع عليها و يطلق

على هذه الواقعة اصطلاح الدلائل أو الأمارات (Indices)، فلا بد إذن في هذه الواقعة أن

تكون ثابتة فالقرينة هي استنباط أمر مجهول من واقعة ثابتة، بحيث إذا كانت هذه الواقعة محتملة و غير ثابتة فإنها لا تصلح مصدرا للاستنباط و نعرض فيما يلي إلى بعض صور الوقائع الثابتة و التي يمكن أن يستخلص منها الأمر المجهول و المتنازع عليه:

* يجوز الاعتماد على عقود الإيجار و إيصالات الأجرة عن مدة لا يدخل فيها شهر

الأساس أو لأماكن أخرى مماثلة في ذات العقار قرينة قضائية لإثبات الأجرة القانونية.

* لمحكمة الموضوع أن تقول في حكمها على ما ورد في شكوى إدارية، أو ما مرد في

محضر جمع الاستدلالات أو محضر الشرطة أو في أي تحقيقات إدارية أو قضائية، أو من أقوال شهود سمعوا في غير مجلس القضاء.

* يجوز المحكمة الموضوع التعويل في حكمها على حكم صادر في قضية أخرى لم يكن

الخصم طرفا منها وذلك كقرينة قضائية.

* يجوز أن يعتمد القاضي في استنباط القرينة على أقوال شهود سمعوا في قضية أخرى

حتى ولو أطحرت المحكمة الذي سمع أمامها الشهود التحقيق منها.

* يجوز استنباط القرائن من أقوال شهود سمعهم الخبير بدون حلف اليمين و من المعاينة

التي أجراها و من المستندات المقدمة إليه.

* يجوز أن تستخلص القرينة القضائية من يمين لكل الخصم عن حلفها أو من إقرار

صادر عن الخصم.

ويلاحظ في تلك الواقعة الثابتة أنه يجب أن يكون لها أصل في الأوراق، فلا تستنبط

القرينة من أوراق خارج ملف الدعوى.

كما لا يجب أن تكون الواقعة الثابتة سكوتا عن التمسك بأمر مخالف للنظام العام، فمثل

هذا السكوت لا يصلح أن يكون قرينة على الواقعة الأخرى المتنازع عليها.

(2) العنصر الثاني: يتمثل هذا العنصر في عملية الاستنباط التي يقوم بها قاضي

الموضوع، حيث يستخلص من الواقعة الثابتة لديه واقعة أخرى يراد إثباتها، حيث يفتتح القاضي

بان الصلة بين الواقعة أو الوقائع الثابتة و بين الوقائع المتنازع عليها تجعل احتمال حصول الواقعة الأخيرة غالبا، وذلك على أساس أن الغالب و المألوف في العمل أنه كلما وجدت الوقائع الأولى ترتبت عليها بالضرورة الواقعة المتنازع عليها، وهذه هي عملية الاستنباط و الاستخلاص. وحصول هذا الاقتناع مسألة شخصية و نفسية أساس تتوقف على القاضي كإنسان، وتختلف باختلاف عقليات القضاة . و هنا مكنم الخطر في هذه الوسيلة من وسائل الإثبات، إذ من الواضح أنها تترك للقاضي حرية واسعة في التقدير وهي حرية قد لا يحسن استخدامها لعدم توافر مقومات الإدراك السليم و الفطنة الصحيحة لديه.

- مجال الإثبات بالقرائن القضائية : تقضي المادة 340 من القانون المدني بأنه لا يجوز الإثبات بهذه القرائن، إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة (شهادة الشهود)، فقد رأينا أن للقاضي سلطة استخلاص واقعة ثابتة متصلة بها، و هذا يتضمن في حقيقة الأمر توسع لدور القاضي في عملية الإثبات بما يشمله من التخفيف من نظام الإثبات المقيد، و لهذا يكثر الإثبات بالقرائن القضائية في الميدان العملي، نظرا لتعذر أو صعوبة الإثبات المباشر الذي ينصب على ذات واقعة النزاع في كثير من الأحوال، لذلك اعتبر المشرع القرائن القضائية من الأدلة المقيدة لا المطلقة، و لهذا نص على أنه لا يجوز الإثبات بالقرينة إلا في بعض الحالات، و هي الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود، أي الوقائع المادية بصفة عامة و التصرفات التجارية، و التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها ألف دينار جزائري، فالملاحظ أنه لو أجاز الإثبات بالقرائن القضائية لما لا يجوز إثباته بالبينة لأمكن تصور الإحتيال على النصوص التي لا تجيز الإثبات بالبينة

-الفروق بين القرائن القضائية و القرائن القانونية:

* إن مجال إعمال القرائن القضائية كما رأينا محدود بمجال جواز الإثبات بشهادة الشهود، فحيث لا يجوز الإثبات بالبينة لا يجوز الإلتجاء إلى القرائن القضائية، أما القرائن القانونية فليس لها مجال معين لأعمالها . فمثلا صدور التصرف في مرض الموت يعد قرينة

قانونية على أنه تصرف صادر على سبيل التبرع أيا ما كانت قيمته، أيضا فإن الوفاء بقسط من الأجرة يعد قرينة قانونية على الوفاء بالأقساط السابقة عليه أيما كانت قيمة كل منها .

* رأينا أن القرائن القانونية لا تنشأ إلا بنص القانون و حيث يقوم القانون باختيار واقعة معروفة و ثابتة ليستنبط منها واقعة غير معروفة و غير ثابتة، و هي التي تكون محلا للدعوى أو الدفع . أما القرائن القضائية فلا تنشأ بنص القانون و إنما الذي يقوم باستخلاصها و استنباطها هو قاضي الموضوع . و لذلك فالقرينة القانونية - على خلاف القرينة القضائية- يفرضها المشرع فريضا على الخصوم و على القضاة أيضا . و لذلك أيضا فإن القرائن القانونية المذكورة في القانون على سبيل الحصر بخلاف القرائن القضائية التي تستعصي على الحصر .

* و يترتب على ما تقدم أن القاضي لا تكون له سلطة تقديرية بشأن القرينة القانونية حيث يكون للخصم الذي تقررت القرينة القانونية لصالحه أن يتمسك بها، أما في القرائن القضائية فقد رأينا أن للقاضي السلطة الكاملة في استخلاص هذه القرائن و في تقدير حجيتها و لذلك ليس للخصوم هنا سوى أن يطلبوا من القضاء تقرير قرينة قضائية يستقل هو بتقديرها¹ .

- تحول بعض القرائن القضائية إلى قرائن قانونية: قد يحدث و يتكرر استنباط القضاة للقرائن على نحو معين، فتستقر عليها المحاكم و يتوحد تطبيقها في مختلف الدعاوى، فيصبح الأمر وكأنه ملزم بالمحاكم، عندئذ قد يرى المشرع أنه من المناسب اعتبار هذه القرائن جديرة بتوحيد دلالتها فيرفعها إلى مرتبة القرينة القانونية، فالقرينة القانونية ليست في الواقع من الأمر إلا قرينة قضائية قام القانون بتعميمها و تنظيمها فإذا اضطرت أحكام القضاء على تقرير قرينة قضائية معينة و طال الزمن على هذا المسلك و ساد الاعتقاد بلزومها، فإنه يمكن القول بنشوء عرف قضائي يعد مصدرا لقرينة قانونية، ومثال ذلك اعتبار مجرد تهدم البناء قرينة على خطأ حارس البناء، فتلك قرينة قضائية اضطرت عليها أحكام القضاء قبل أن ينص عليها القانون باعتبارها قرينة قانونية . وأيضا قد جرت الأحكام على اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة

¹ د/ رمضان أبو السعود - المرجع السابق - ص 248.

قضائية على الوفاء بالأقساط السابقة، ثم أتى القانون المدني فنص عليها باعتبارها قرينة قانونية¹.

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير الإثبات بالقرائن القضائية:

- **سلطة محكمة الموضوع في تقدير القرائن :** رأينا أن محكمة الموضوع تتمتع بسلطة واسعة في استخلاص القرائن مما هو مطروح عليها من وقائع لها أصل في الأوراق، و لنشير هنا إلى أن للمحكمة كذلك السلطة الكاملة في تقدير القرائن، فتقدير الأدلة و القرائن مما يستقل به قاضي الموضوع متى كانت مستمدة من أوراق الدعوى و مستخلصة منها استخلاصا سائغا فيكون النعي في هذا الشأن مجادلة في سلطة القاضي في ترجيح استخلاص على آخر بغية الوصول إلى نتيجة أخرى وهو ما لا يجوز، وإذا كانت للمحكمة هذه السلطة فإنه يشترط ألا يكون استخلاصها للقرائن مخالفا للثابت في الأوراق، فإذا تقيدت بهذا القيد كان لها أن تأخذ بالقرينة، أو تطرح الأخذ بها إذا تطرق إليها الشك، و لإن كان لمحكمة الموضوع السلطة الكاملة في تقدير القرائن القضائية و إطراح ما ترى الأخذ به منها، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون قد اطلعت عليها و أخضعتها لتقديرها بحيث إذا بان أنها لم تطلع عليها و بالتالي لم تبحثها فإن حكمها يكون قاصرا قصورا يبطله. و لكن لا تلتزم محكمة الموضوع بتنفيذ كل قرينة مناهضة يدلي بها الخصم أمامها. و إذا كان تقدير القرائن هو ما يستقل به قاضي الموضوع، فلا شأن للمحكمة العليا فيما يستنبطه منها متى كان استنباطه سائغا، ولذلك لا يجوز التمسك بالقرائن لأول مرة أمام المحكمة العليا.

- **جواز نقض القرينة القضائية بكافة طرق الإثبات :** تعد القرينة القضائية حجة متعدية

غير ملزمة، وقد رأينا أن مجال الإثبات بالقرائن القضائية هو ذات المجال للإثبات بشهادة الشهود. إذن فالقرائن القضائية تأخذ حكم البينة فهي غير قاطعة ولذلك تقبل دائما إثبات العكس، إما بالكتابة أو بشهادة الشهود أو بقرينة مثلها أو بغير ذلك من أدلة الإثبات، فالقرينة

¹ المادة 499 من القانون المدني.

القضائية في هذا الصدد مثلها مثل القرينة القانونية البسيطة (غير القاطعة)، فالقرائن القضائية هي من الأدلة التي لم يحدد القانون حجيتها و التي أطلق للقاضي في الأخذ بنتيجتها وعدم الأخذ بها، كما أطلق له في أن ينزل كل قرينة منها من حيث الأهمية و التقدير المنزلة التي يراها.

–قوة الإثبات المحدودة للقرائن القضائية: ¹

رأينا فيما سبق أنه ينحصر مجال الإثبات بالقرائن القضائية في المسائل التي تقبل الإثبات بشهادة الشهود، إذن فلها نفس قوة الإثبات المحدودة التي تتميز بها هذه الأخيرة، أي أن لها قوة مطلقة في إثبات الوقائع المادية و التصرفات القانونية التجارية، وتبقى بعد ذلك التصرفات القانونية المدنية وهذه ليس لها فيها إلا قوة إثبات محدودة، و قد وضع القانون في ذلك قاعدة عامة ثم أورد عليها استثناءات معينة:

1. القاعدة العامة: فيها شقين:

أ- لا يجوز إثبات التصرفات القانونية المدنية إذا زادت قيمتها على ألف دينار جزائري

إلا بالكتابة: معنى ذلك أن التصرف القانوني لا يجوز إثباته بالقرائن القضائية إلا إذا كانت قيمة الالتزام الناشئ عن هذا التصرف لا تزيد عن ألف دينار، إلا إذا ووجد اتفاق أو نص في القانون يجيز الإثبات بالقرائن القضائية، فنستنتج أن هذه القاعدة ليست من النظام العام ما دام الاتفاق على مخالفتها ممكنا، هذا من جهة أما من جهة أخرى فوجب تحديد التصرفات القانونية المدنية التي تسري عليها القاعدة بالدرجة الأولى ثم تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عن هذه التصرفات.

* **تحديد التصرف القانوني:** قد يكون اتفاقا أو عقدا و قد يكون تصرفا قانونيا صادرا عن

إرادة فاصلة منفردة، فتدخل في نطاق الاتفاقات أو العقود تلك التي تنشأ الالتزام أو تنقل الحق العيني أو تلك التي تقضي الالتزام أو تنقله أو آثار قانونية أخرى . وتدخل في نطاق التصرف

¹ المادة 333 من القانون المدني.

القانوني الصادر عن إرادة منفردة الإيجاب الملزم، والقبول، و الوعد بجائزة و الإجازة و الإقرار و الاعتراف بدين طبيعي، كل ذلك سواء اشترط القانون كتابة رسمية أو عرفية سواء للإثبات أو للانعقاد.

*** تحديد قيمة الالتزام :** يجب ألا تزيد قيمة الالتزام عن ألف دينار جزائري حتى يجوز إثباته بالقرائن القضائية، فإذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود يسهل تحديد قيمته أما إذا كان شيئا غير النقود، قدر القاضي قيمته وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة، و لا عبرة بما يطرأ عليها بعد ذلك من نقص أو زيادة، أما إذا كان الالتزام غير محدد القيمة فلا يجوز إثباته بالقرائن القضائية، لكن يجوز الإثبات بها إذا كانت زيادة الالتزام على ألف دينار جزائري لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل و إذا شملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالقرائن القضائية في كل طلب لا تزيد قيمته على ألف دينار جزائري ولو كانت هذه الطلبات جميعها تزيد على هذه القيمة، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة، وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته عن تلك القيمة.

ب- لا تقبل القرائن القضائية فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها:

وهذه تخضع في تطبيقها إلى شروط هي:

*** وجود كتابة أعدت للإثبات :** وهي الكتابة التي وقع عليها المدين رسمية أو عرفية، أما الأوراق غير المعدة للإثبات فيجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بالقرائن القضائية فهذا الشرط يقتضي وجود كتابة معدة للإثبات وتكون دليلا كاملا في غير التزام تجاري أيا كانت قيمة الالتزام الثابت بهذا الدليل الكتابي الكامل.

***إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها** : لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة، أما إذا أريد إثبات شيء متعلق بما هو ثابت بالكتابة لكنه ما يخالفها ولا يجاوزها فإن إثبات ذلك يكون وفقا للقواعد العامة مثال: إثبات انقضاء الالتزام الثابت بالكتابة.

***الإثبات مقصور على العلاقة فيما بين المتعاقدين** : وكالمتعاقدين الخلف العام، أما الغير فيجوز له إثبات وجود التصرف نفسه بالقرائن القضائية و لو زادت قيمته عن ألف دينار جزائري (1000) بجميع الطرق.

1. الاستثناءات:

هناك نوعان من الاستثناءات:

و كلا النوعين يسمح للخصم بالإثبات بالقرائن القضائية التصرفات المدنية حتى لو زادت قيمة الالتزام على ألف (1000) دينار جزائري وحتى ولو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها:

- أ- مبدأ الثبوت بالكتابة:¹ ولهذا المبدأ ثلاثة أركان هي : أن تكون هناك ورقة مكتوبة - أن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه أو ممن يمثله- وأن يكون من شأن هذه الورقة أن تجعل وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال.
- ب- قيام المانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها:²
- * قيام المانع من الحصول على الكتابة: سواء كان المانع ماديا أو أدبيا.
- * قيام المانع من تقديم الورقة لفقدها بسبب أجنبي : إذا أثبت الخ صم أنه حصل فعلا على سند مكتوب و أن هذا السند قد فقد وأن هذا الفقد كان بسبب أجنبي لا يد له فيه.

¹ المادة 335 من القانون المدني.

² المادة 336 من القانون المدني.

- وفي الأخير نعطي بعض الأمثلة عن دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب

القرائن القضائية في مايلي:

* يريد دائن الشريك المدير في شركة التضامن أن يثبت أن العقد الذي وقعه هذا المدير كان لحسابه الخاص لا لحساب الشركة، فحسبه أن يثبت أن هذا الشريك قد وقع باسمه و دون ذكر لعنوان الشركة و عندئذ يستتبط القاضي من هذه الواقعة الثابتة قرينة قضائية على أن هذا العقد تم إبرامه لحساب الشريك دون الشركة وهذه القرينة توزع عبء الإثبات بين الخصمين، فيلقى على عاتق الشريك عبء إثبات عكس هذه القرينة.

* شخص يريد أن يثبت له حيازة المنزل محل النزاع، فيقدم مستندات تثبت أنه هو الذي يؤجر المنزل و يقبض أجرته ويدفع ضريبته، فيستتبط القاضي قرينة قضائية على أنه هو الحائز للمنزل و عند ذلك يتم توزيع عبء الإثبات بين الخصمين فيلقى على عاتق الخصم الآخر عبء دحض هذه القرينة، بأن يثبت مثلا أن الخصم الأول يؤجر المنزل ويدفع الضريبة لا لحسابه الشخصي بل لحساب المالك الذي يدير هو أعماله

المطلب الثاني : دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب اليمين

و لما كان مهمة قيام المدعى بعبء الإثبات مهمة عسيرة و شاقة كان الإتجاه إلى توزيع عبء الإثبات بين الخصوم و ذلك عن طريق القرائن القانونية و القضائية كما رأينا في المبحث الثاني من هذا الفصل . و هذا التوزيع لا يعد خروجاً عن القاعدة العامة و لكنه في الواقع تطبيق لها فيكتفي المدعي بإثبات ما يرجح وجود الحق في جانبه ليلقي على خصمه عبء دفع ما قام بإثباته . و يكون الخصم مدعياً في هذا الدفع وبالتالي فإنه مطالب بالإثبات بوصفه مدعياً في هذا الدفع، و ليس بوصفه مدعى عليه. أما دور القاضي في تخفيف و توزيع عبء الإثبات بمقتضى اليمين فإنه يقصد به الخروج عن القاعدة العامة في الإثبات بأن يكلف القاضي المدعى عليه بالبينة. و ينص على ذلك دور القاضي في اليمين الحاسمة و الذي لا يملك فيها إلا أن يجيب طلب توجيهها ما دام أن طالبها غير

متعسف في طلبه و منه نتطرق لسلطته في منع توجيهها ، أما اليمين المتممة فيظهر فيها بوضوح دور القاضي في تخفيف عبء الإثبات حيث أجاز له القانون أن يقوم بتوجيه اليمين من تلقاء نفسه إلى أحد الخصوم.

الفرع الأول: دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة هي نضام قانوني خاص وضعه المشرع لإسعاد الخصم الذي يعجز عن إثبات ما يدعيه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع و هي قسم بالله يصدر من أحد الخصمين و في حلفها يشهد على صحة واقعة قانونية لمصلحته هو . و لهذا لا يكتفي المشرع بقوله و إنما يتخذ من الله عز وجل شاهداً على ما يقول ضماناً وتأكيداً على صدق قول ، و في هذا يختلف الإقرار عن اليمين ، لأن الإقرار هو شهادة من الخصم على نفسه لمصلحة خصمه بصحة واقعة قانونية بشرط أن يتم ذلك أثناء نظر الدعوى و أمام المحكمة التي ينظر فيها¹ و يؤدي على هذا النحو إلى ثبوت الواقعة محل الإقرار ثبوتاً قاطعاً يلزم المقر و يلزم المحكمة و يعفي الخصم الآخر من الإثبات.

و تتفق اليمين الحاسمة مع الإقرار في أنهما ينتهيا ن إلى إعفاء الخصم من الإثبات وفي أنهما يعتمدان على قول الخصم و في أن كلا منهما يعتبر تصرفاً قانونياً بإرادة منفردة.² أما الحلف ذاته فهو واقعة قانونية لأنه عمل مادي يترتب عليه أثر قانوني و من توجه إليه اليمين يصبح عليه هو العبء الإثبات . فيملك الحلف و يملك نقل هذا العبء إلى خصمه. فيعود من جديد هو الذي عليه عبء الإثبات أما النكول فهو يعتبر بمثابة إقرار من جانب الناكل يعفي خصمه من الإثبات.

¹ المادة 341 من القانون المدني.

² د/ أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص 222.

و لهذا سوف نتطرق إلى ما يهمننا في هذا الجانب و هو سلطة القاضي في منع توجيه اليمين و موقفه من النتائج المترتبة عن توجيه اليمين الحاسمة و فيهما يبرز دوره في توزيع عبء الإثبات..

أولاً: سلطة القاضي في منع توجيه اليمين الحاسمة:

تتميز اليمين الحاسمة بأنها تؤدي إلى قطع النزاع و لهذا لا تك و ن مقبولة من القاضي إذا كانت وسيلة للتهرب من نتائجها . و لقد نص المشرع الجزائري في المادة 01/343 من القانون المدني على أنه:

" يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك " و يرى الفقه الفرنسي استنادا إلى المادة 1358 من القانون المدني الفرنسي أن توجيه اليمين حق للخصم على أن لا يكون توجيهها إياها إلى خصمه مباشرة بل عن طريق القاضي و أن القاضي ملزم بتوجيهها، و يعزز الفقه رأيه بأن اليمين صلح و ليس للقاضي أن يعترض على هذا الصلح¹. لذلك خالف القضاء الفرنسي و القضاء البلجيكي الفقه في هذا الشأن و اعترفا للقاضي بسلطة تقديرية في قبول توجيه اليمين و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري كما رأينا في المادة 343 فقرة أولى من القانون المدني، و عليه فإن توجيه اليمين منوط بإذن القاضي بحيث يجوز له أن يأذن أو لا يأذن حسبما يراه من ظروف الدعوى و مركز الخصوم، و يقابل هذا النص المادة 113 بينات سوري و المادة 229 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني و المادة 113 من قانون الإثبات المصري².

¹ آدم وهيب النداري - المرجع السابق - ص 355.

² يلاحظ أن الحكم نفسه في جميع القوانين العربية و هو لمنع التعسف في توجيه اليمين . و ذلك بأن يستبقوا للمتقاضين الحرية في توجيه اليمين الحاسمة. على أن يكون للقاضي حق منع توجيهها إذا رأى أنها كيدية وأن الخصم متعسف في توجيهها. (عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - صفحة 520).

1- مفهوم التعسف:

و لا يقصد بالتعسف هنا معناه الإص طلاحي فقط ، أي مجرد إساءة الحق في ممارسة طلب تحليف الخصم ، و إنما المقصود منه رقابة القاضي على الخصم في صدد توجيه اليمين، بحيث لا يجوز له طلبها كلما تخلف شرط من شروط الواجب توفرها فيه ، و بالتالي للقاضي أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها لا تتعلق بالدعوى، أو غير منتجة فيها أو غير جائز قبول إثباتها باليمين الحاسمة ، أو كانت هذه الواقعة غير محتملة الصدق و تكذبها وقائع الدعوى و مستنداتها ، أو كانت ثابتة على وجه ما بإقرار الخصم الآخر، و لمحكمة الموضوع كامل السلطة التقديرية في استخلاص كيدية اليمين دون رقابة من المحكمة العليا متى استندت إلى اعتبارات سائغة.

و عليه يجب فيمن يوجه اليمين الحاسمة أن يكون أهلا للتصرف في الحق الذي توجه اليمين بشأنه، و ذلك لاحتمال أن يحلف الخصم اليمين التي وجهها إليه خصمه فيخسر من وجهها دعواه. و على ذلك لا يستطيع القاصر توجيه اليمين الحاسمة إلا بشأن التصرفات القانونية التي يجوز له مباشرتها و المأذون له بالإدارة ، لا يملك توجيه اليمين الحاسمة إلا بالنسبة للأعمال التي تدخل في نطاق الإذن . لئلا يجوز للوصي أو وكيل الغائب أو القيم توجيه اليمين فيها يتعلق بأعمال التصرف التي لا تدخل في سلطة أي منهم إلا بإذن المحكمة أما أعمال التصرف التي يستطيع مباشرتها دون إذن من المحكمة فإن له أن يوجه اليمين الحاسمة بشأنها، و لا يجوز للوكيل و كالة عامة أن يوجه اليمين الحاسمة باسم موكله إلا إذا وكله في توجيهها وكالة خاصة . كما يشترط فيمن توجه إليه اليمين أن يكون أهلا للتصرف في الحق الذي توجه اليمين بشأنه . لأنه إذا نكل عن اليمين خسر دعواه و إذا ردها كان هذا بمثابة توجيه لها. ولا يكفي في من توجه إليه اليمين أن يكون أهلا وقت توجيه اليمين إليه، بل يلزم أن تظل له هذه الأهلية إلا أن يتم الحلف أو الرد أو النكول ، فإذا كان من وجهت إليه اليمين أهلا عند توجيهها ثم حجر عليه قبل أن يحلفها فلا يجوز أن يحلفها بعد أن حج ر

عليه. و قد نصت المادة 344 من القانون المدني الجزائري على أنه: "....و يجب أن تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهة إليه اليمين فإن كانت غير شخصية له قامت اليمين على مجرد علمه بها."

2- محل اليمين :

كما يشمل دور القاضي في الرقابة على الواقعة موضوع اليمين بحيث يجب أن يتوقف عليها الفصل نهائيا في النزاع، لا مجرد أن تكون منتجة في الدعوى ، إذ بغير ذلك لن تكون اليمين حاسمة، و مقتضى ذلك أن تكون الواقعة موضوع اليمين متنازعا فيها بين الخصوم ، أما إذا ثبتت بد ليل آخر من أدلة الإثبات الجائزة قانونا فلا يجوز في شأنها توجيه اليمين الحاسمة.

و لا يجوز توجيه الي ميين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ، و تكاد التشريعات العربية تجمع على عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام¹. و في ذلك نص المشرع الجزائري في المادة 344 فقرة أولى من القانون المدني : "لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ...". كأن توجه مثلا لإثبات دين قمار ، أو لنقض حجية حكم، و لا يجوز توجيه اليمين بالنسبة لتصرف يوجب في القانون شكلا خاصا ذلك لأن الشكل في هذه الحالة يعتبر شرطا لصحة التصرف.

- و إن مسألة منع القاضي للخصم من توجيه اليمين الحاسمة بحجة الكيد ، من الأمور الدقيقة التي تحتاج إلى الكثير من الرؤية و حسن الفهم ، فإن نية الخصم الذي يوجه اليمين الحاسمة من الأمور النفسية الخفية التي لا يمكن الاهتداء إليها بسهولة ، و من العسير أن يحرم الإنسان حق الالتجاء إلى ذمة خصمه راضيا بيمينه للظن بأنه يقصد الكيد من تحليفه، و إذا كان من حق القاضي أن يرفض توجيه اليمين الكيدية فلا بد في ممارسة هذا الحق بأن

¹ - و من التشريعات العربية . قانون الإثبات المصري المادة 01/115 المادة 01/400 قانون مدني ليبي و المادة 01/229. أصول لبناني و المادة 500 التزامات و عقود تونسي و المادة 67 مرافقا كويتي (آدم وهيب الندوي - المرجع السابق -ص 357).

تكون نية الكيد ظاهرة من وقائع الدعوى ظهوراً قاطعاً لا أثر فيه للشك و الظن و إلا انقلب الأمر إلا تعسف و ظلم ، لذا فإن عليه أن يمارس هذه السلطة بمنتهى الحيطة و الحذر و أن يذكر في حكمه الأسباب التي دعتة إلى منع توجيه اليمين . هذا و إذا كان حق الالتجاء إلى القضاء من الحقوق العامة التي تثبت للكافة إلا أنه لا يجوز لمن يستعمل هذا الحق الانحراف به عما وضع له و استعماله كيدياً ابتغاء الضرر للغير .

ثانياً : موقف القاضي من الآثار المترتبة على توجيه اليمين الحاسمة :

إذا وجهت اليمين الحاسمة للخصم فإما أن يحلفه ا و إما أن يردها و إما أن ينكل عنها ، و تقتضي دراسة موقف القاضي من الآثار و النتائج المترتبة عنها أن نتطرق إليها على النحو الآتي :

1- آثار حلف اليمين :

إذا حلف اليمين من وجهت إليه، طبقاً للصيغة التي أقرتها المحكمة حسم النزاع بها نهائياً، و تعين على القاضي إصدار حكمه على من وجه اليمين، و مؤدى ذلك أنه من ناحية يلتزم القاضي بمضمون هذا الحلف، و من ناحية أخرى لا يجوز بعد ذلك لمن خسر الدعوى أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه، سواء كان ذلك عن طريق دعوى ابتدائية أو عن طريق الطعن في الحكم الذي صدر بناء على حلف اليمين، و قد نصت المادة 346 من القانون المدني على هذا الحكم بقولها : "لا يجوز للخصم إثبات كذب اليمين بعد تأديتها من الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه على أنه إذا أثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده".

و لكن هذا لا يمنع من الطعن في الحكم الذي صدر بالتحليف بوجهه تتعلق بصحة توجيه اليمين و بصحة الحلف و بغير ذلك كما يتعلق باليمين ذاتها و ما يسري عليها من أحكام

و مثل ذلك أن يتمسك بنقص أهليته وقت حلف اليمين أو بعيب من عيوب الإرادة، و في هذه الأحوال يلغي الحكم بتوجيه اليمين و يترتب على ذلك بطلان الحلف...

2- آثار رد اليمين :

يجوز لمن وجهت إليه اليمين بدلا من حلفها أن يردها على من وجهها و في هذه الحالة يتعين على من ردت عليه اليمين أن يحلفها فلا يمكنه أن يردها ثانية على من ردها عليه فإذا لم يحلفها و نكل عنها خسر دعواه و تعين على القاضي الحكم عليه، و يلزم أن يكون رد اليمين عن نفس الواقعة التي وجهت عنها أصلا، و إلا كنا بصدد يمين جديدة و جهة لأول مرة و بالتالي يجوز ردها، و ذلك مثل ان يوجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ليحلف على أنه غير مدين له فقام هذا بردها طالبا ممن وجه إليه اليمين ان يحلف هو على انه لم تحصل مقاصة بينهما، ففي هذه الحالة نكون بصدد يمين جديدة يجوز ردها.

و إذا كان من الجائز لكل من توجه إليه اليمين أن يردها إلى خصمه إلا أنه يشترط لرد اليمين أن تكون الواقعة محل اليمين مشتركة بين الطرفين بالنسبة لمن وجهها و من وجهت إليه كواقعة قبض الثمن التي يشترك فيها كل من البائع و المشتري فإذا وجه الم شتري اليمين إلى البائع عن هذه الواقعة جاز للبائع أن يرد اليمين على المشتري، أما إذا كانت الواقعة محل اليمين يستقل بها من وجهت إليه اليمين فلا يجوز لمن وجهت إليه أن يردها على من وجهها و مثال ذلك إذا وجه الشفيع اليمين إلى المشتري في شأن مقدار الثمن فلا يجوز للمشتري أن يرد اليمين على الشفيع لأن هذا الأخير أجنبي عن الاتفاق الخاص بالثمن.

و لقد نصت المادة 02/343 من القانون المدني الجزائري على ذلك بقولها : " ولمن وجهت إليه اليمين ان يردها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين".

3- آثار النكول عن اليمين :

إذا امتنع من وجهت إليه اليمين أو ردت عليه عن حلفها، فإن هذا الإمتناع يعد نكولا عن اليمين يترتب عليه أن يخسر الدعوى و يحكم لخصمه فيها، و هذا ما نصت عليه المادة 347 من القانون المدني الجزائري بقولها : " كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردها على خصمه و كل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه ". و النكول قد يكون صريحا و قد يكون ضمنيا يستفاد من سلوك الخصم، فيعتبر نكولا عن أداء اليمين حض و ر من وجهت إليه اليمين و امتناعه عن أدائها دون أن ينازع فيها أو تخلفه عن الحضور دون عذر مقبول¹. فالنكول يكون بمثابة إقرار، وتكليفه هو تكليف الإقرار.

و قد ينكل الخصم عن الحلف، ولكنه يضيف إلى هذا النكول واقعة من شأنها أن تعطل من أثر هذا النكول، مثل ذلك أن يو جه الخصم إلى خصمه اليمين أنه ما اقترض منه المبلغ المدعى به، فينكل من وجهت إليه اليمين، و لكنه يضيف أن دين القرض هذا قد انقض بالتجديد، فهنا يعتبر النكول إقرارا بواقعة القرض، و لكنه إقرار مركب، إذ أضيفت إليه واقعة أخرى لاحقة هي واقعة التجديد، و يكون حكم النكول في هذه الحالة حكم الإقرار المركب و هو هنا إقرار غير قابل للتجزئة، و يترتب على ذلك أن الخصم الذي وجه اليمين إما أن يطرح النكول بشقيه و يقوم بإثبات القرض بطريق آخر غير اليمين، فعلى خصمه عندئذ يقع عبء إثبات وقوع التجديد و إما أن يستبقي الشق الأول من النكول و هو الإقرار بالقرض على أن يثبت هو عدم وقوع التجديد².

¹ أنظر د/ محمد حسن قاسم - الإثبات في المواد المدنية و التجارية - ص 290.

² أنظر السنهوري - المرجع السابق - ص 570.

تطبيقات قضائية لليمين الحاسمة:

لربط الجانب النظري بالتطبيقي اخترنا في مجال اليمين الحاسمة قرار للمحكمة العليا،

الصادر بتاريخ 1996/07/09 ملف رقم 134.417¹ و التي جاء فيها :

" من المقرر قانونا أنه في حالة النزاع على الأمتعة بين الزوجين توجه اليمين الخاصة بالأمتعة للزوجة و من ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

و لما كان ثابتا في قضية الحال - أن النزاع قائم بين الطرفين حول الأمتعة و أن الزوج طالب بتوجيه اليمين للزوجة على عدم ترك أمتعتها في البيت الزوجي فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتوجيه اليمين الحاسمة للزوجة المطلقة التي لا توجه من قبل القضاة، بل بطلب من الأطراف بدل اليمين الخاصة بالأمتعة المنصوص عليها في المادة 73 من قانون الأسرة، فإنهم خرقوا القانون و أخطأوا في تطبيقه و متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه...

الفرع الثاني : دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب اليمين المتممة

اليمين المتممة هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين

ليكمل بها إقتناعه . عندما يقدر عدم كفاية الأدلة التي يقدمها الخصم وجاء في نص المادة

348 من القانون المدني الجزائري : " للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين

ليبني على حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به " ² وقد جعل القانون للقاضي على

خلاف العادة دورا إيجابيا في الإثبات فأباح له إذا لم يقدم أي من الخصمين دليلا كافيا على ما

يدعيه أن يختار منهما من يرجح ح عنده صدق قوله ، فيوجه إليه يمينا يتم بها أدلته غير

الكافية، ومن ثم سميت اليمين باليمين المتممة .

¹ أنظر قرار المحكمة العليا - المجلة القضائية - العدد 2 - سنة 1998 - ص 73. - أنظر الملحق-

² نجد نفس معنى المادة في التشريعات العربية - أنظر المادة 119 اثبات مصري (الإثبات في المواد المدنية و التجارية د/ محمد حسن قاسم) ص 291. قانون البينات السوري المادة 121 التقنين المدني العراقي المادة 482 في تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين 237-238

في التقنين المدني الليبي المادة 404 التقنين المدني الفرنسي المادتين 1366 و 1367. عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - ص 575 و 576.

وتختلف اليمين المتممة إختلافا جوهريا عن اليمين الحاسمة في أن اليمين الأولى يوجهها القاضي للخصم، ولا يوجهها إلا إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل ، ولا يتحتم عليه أن يأخذها بما تؤدي إليه من حلف أو نكول فقد يرفض طلب من حلف ويجيب طلب من نكل ، ثم إن مهمة اليمين المتممة غير مهمة اليمين الحاسمة ، فاليمين المتممة إنما توجه لإستكمال أدلة ناقصة، اما اليمين الحاسمة فتعني وحدها دليلا يستبعد أي دليل آخر .

وإذا كان توجيه اليمين الحاسمة من الخصم إلى خصمه هو تصرف قانوني بإرادة منفردة فتوجيه اليمين المتممة من القاضي ليس إلا واقعة مادية يلجأ إليها القاضي لإستكمال الأدلة ، فهي طريق من طرق الإثبات ذات القوة المحدودة وذات الأثر التكميلي ولا تتطوي على أي تصرف قانوني. وسنعالج في هذا المطلب سلطة القاضي الواسعة في توجيه اليمين المتممة ، ثم موقف القاضي من النتائج المترتبة على توجيهه.

أولا : سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة :

يشترط القانون لكي يتمكن القاضي من توجيه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كاملا وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل¹ وتوجه اليمين المتممة لأي من الخصمين بحسب تقدير القاضي، فإن رأى القاضي أن أحد الخصمين قدم أدلة على إدعائه في الدعوى أو في الدفع أرجح من أدلة الخصم الأخر وأن كانت في ذاتها غير كافية ، ورأى إلى جانب ذلك أن هذا الخصم ذا الدليل الراجح أولى بالثقة والإطمئنان إليه ، وجه إليه هو دون الخصم الأخر اليمين المتممة ليستكمل أدلته بها ، وإن رأى الخصمين متكافئين في كل ما تقدم فالظاهر أنه يوجه اليمين المتممة إلى المطلوب من الخصمين لا الطالب، لأن الأصل براءة الذمة. على أن القاضي في كل هذا إنما يسير بحسب اقتناعه وبمقدار ما يطمئن إلى أي من الخصمين دون أن يتقيد بقاعدة معينة ولا يشترط أهلية خاصة في الخصم الذي توجه إليه

¹ أنظر المادة 348 من القانون المدني الجزائري.

اليمين بل تكفي فيه أهلية التقاضي لأن اليمين المتممة ليست تصرفاً قانونياً بل هي وسيلة من وسائل التحقيق والإثبات . ولا يجوز توجيهها إلى غير خصم أصلي في الدعوى فلا توجه إلى الدائن الذي يرفع الدعوى باسم مدينه بل توجه إلى هذا المدين بعد إدخاله في الدعوى .
-ومعنى ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل:
أي يجب أن يكون في الدعوى مبدأ الثبوت بالكتابة أو بغير الكتابة على حسب الأحوال ذلك أنه إذا كان في الدعوى دليل كامل لم تصبح هناك حاجة لليمين المتممة وقضى لمصلحة صاحب هذا الدليل وإذا كانت الدعوى خالية من أي دليل لم يصح توجيه اليمين لأي من الخصمين لأن هذه اليمين لا توجه إلا لاستكمال أدلة ناقصة فلا تحل مكان أدلة غير موجودة كما هو شأن اليمين الحاسمة وإنما يقضي في هذه الحالة على الخصم الذي خلت دعواه من أي دليل.

والدليل الناقص الذي تكمله اليمين المتممة يختلف باختلاف ما إذا كان الادعاء يجوز إثباته بالبينة والقرائن أو لا بد من الكتابة في إثباته فإذا كان الإثبات جائزاً بالبينة والقرائن فالدليل الناقص يصح أن يكون بينة أو قرائن ليست كافية لإقناع القاضي فيستكملها باليمين المتممة، ويكون ذلك في ادعاء لا يتجاوز قيمته عشرة جنيهات وكذلك في جميع المواد التجارية.

أما إذا كانت الإثبات واجبا ، فالدليل الناقص يجب أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة لا مجرد بينة أو قرائن إلا في الحالات التي تجوز فيها البينة والقرائن بدلا من الكتابة لهسوغ قانوني كما إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بسبب أجنبي بعد الحصول عليها .

وإذا كانت الواقعة التي يحلف عليها الخصم هي تلك التي تكمل دليله ليثبت ادعاؤه دعوى كانت أو دفعا فهي إذن لا بد أن تكون واقعة غير مخالفة للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب ويجب أن يكون من شأنها أن تكمل الدليل الناقص في تقدير القاضي¹.

ويغلب أن تكون الواقعة التي يحلف عليها الخصم اليمين المتممة هي واقعة الادعاء بجمعها كأن يحلف الدائن أن له في ذمة المدين مبلغ كذا بسبب القرض ولكن لا شيء يمنع من أن تكون الواقعة مجرد قرينة من شأنها إذا ثبتت أن تضاف إلى أدلة أخرى موجودة فيثبت المدعى به بمجموع هذه الأدلة ، و مثل ذلك أن يحلف المدين يمينا متممة على أنه أقرض الدائن بعد حلول الدين المدعى به مبلغا من المال ليستخلص من واقعة القرض قرينة تضاف إلى مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات براءة ذمة من الدين المدعى به.

1- إمكانية رجوع القاضي عن توجيه اليمين :

إذا قام القاضي بتوجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصمين ثم بدا له بعد ذلك أن يرجع بأن كشف عن أداة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها فلا يسوغ توجيه اليمين المتممة جاز له الرجوع بل يجوز له الرجوع لمجرد أن يكون قد غير رأيه دون حاجة إلى الكشف عن أدلة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها فلم يعد هناك مسوغ لتوجيه اليمين جاز له الرجوع بل يجوز له

الرجوع لمجرد أن يكون قد غير رأيه دون حاجة إلى الكشف عن أدلة جديدة فقد يعيد النظر في تقدير الأدلة الموجودة فيراها كاملة وكان يظنها قبل توجيه اليمين ناقصة أولا يرى فيها دليلا بعد أن كان يظنها أدلة ناقصة فيرجع عندئذ عن توجيه اليمين المتممة بعد أن يكون قد وجهها.

¹ رغم أن المشرع الجزائري لم يفرد مادة خاصة كما فعل في اليمين الحاسمة إذا نص على أن تكون الواقعة مخالفة للنظام العام إلا أن حكم المادة 344 من القانون المدني تنطبق على اليمين المتممة لعدم تصور أن تكون الواقعة مخالفة للنظام العام

ولم ينص القانون المدني الجزائري صراحة على إمكانية رجوع القاضي في اليمين المتممة إلا أن المنطق يستدعي ذلك إذ نصت المادة 348 على أن : " للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به"، فيفهم منها أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في اللجوء إليها ومادام الغرض منها هو لبناء حكمه في الدعوى وعليه إذا رأى أن اللجوء إليها لا يفيد في ذلك شيئا يستطيع الرجوع فيها.

2- اليمين المتممة وسيلة للتخفيف من حدة التنظيم القانوني للإثبات:

يذهب الفقيهان " أبري" و" رو" إلى أنه كان الأولى بوضعي التقنيين المدني الفرنسي عدم الإحتفاظ باليمين المتممة ويقولان في هذا الصدد ما يأتي : " قد يكون من الخطأ أن واضعي التقنيين المدني استبقوا اليمين المتممة فإن فيها عيبا خطيرا إذا هي تجعل للقاضي سلطة في أن ينقل من تلقاء نفسه وإرادته وحده البت في الدعوى من منطقة القانون إلى منطقة الضمير".

لكن جاء في صدد الدفاع عن إستبقاء اليمين المتممة في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنيين المصري ما يأتي : " نص التقنيين الفرنسي المادة 1366 على اليمين المتممة واتبعت في ذلك التقنيين الإيطالي المادة 1374 والتقنيين الهولندي المادة 1977 والتقنيين المصري المادة 223 و 288 والتقنيين البرتغالي المادة 2533 ثم أبقى واضعوا المشروع الفرنسي الإيطالي (المادة 319) على هذه اليمين رغم ما وجه إليها من نقد".

وقد أشار بعض الفقهاء بوجود حذف اليمين المتممة لأن المروءة متى توافرت فلا حاجة لليمين لصد الخصم عن المطالبة بغير وهي إذا انتفت لم يستشعر الخصم حرجا من الحنث فيها.

ثم إن القاضي لا يحتاج إلى اليمين لتمكين الاطمئنان من نفسه، لأن من يخفق في إثبات دعواه ببوء بالخسارة. و لا يستشعر القاضي حرجا في القضاء لخصمه عليه، لأنه ينزل في ذلك على حكم القانون، بيد أن هذا النظر يغفل خصائص اليمين بوصفها طريقا للإثبات و

طبيعة هذا اليمين و الغاية منها، لأن اليمين طريقة اضطرارية، فيمكن للقاضي من الالتجاء إليها في ظل الضمانات التي يقررها القانون، أي حيث لا يكون الطلب أو الدفع مجردا من كل دليل و حيث يكون هذا الدليل غير كاف في ذاته.

و يراعى أن اليمين نظام تقتضيه العدالة فهي و الحال هذه عامل يعين على سير العدالة، فضلا على أن القانون يترك للقاضي حرية التقدير بشأن ضرورة توجيهها و تعيّن من توجه إليه من الخصوم.

و غني عن البيان أن هذا التقدير ينبغي أن يناط بوجه خاص بما يتوافر في الخصم من بواعث الثقة، ولهذا لم ير وجه للتتويه بعدم جواز توجيه اليمين المتممة إذا كان من توجه إليه غير أهل لأي ثقة كما يفهم ذلك من عبارة المادة 2533 فقرة 03 من التقنين البرتغالي، و يلاحظ أن اليمين شرعت لعلاج مساوئ نظام تقييد الدليل و نظام حيده القاضي إزاء دعاوى الخصوم، فيجب و الحال هذه أن تؤدي وظيفتها كاملة، هذا و يلاحظ من الناحية العملية أن القاضي لا يلجأ إلى اليمين المتممة إلا في كثير من الحيلة و الاعتدال، بعد تقدير جدوى هذا اليمين تقديرا يعتد فيه بشخصية الخصم، إزاء كل أولئك رؤى الإبقاء على اليمين المتممة في نصوص المشروع¹، و يستتبع الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري بالقول أنه: "لعل خير دفاع عن اليمين المتممة هي أنها وسيلة للتخفيف من حدة التنظيم القانوني للإثبات فهي توسع أمام القاضي بمرونتها ما ضاق بسبب جمود هذا التنظيم".

ثانيا: موقف القاضي من النتائج المترتبة على توجيه اليمين المتممة:

إن من وجهت إليه اليمين المتممة لا خيار له فإما أن يحلف أو ينكل . و لا يستطيع أن يرد اليمين على الخصم الآخر . ذلك لأن اليمين موجهة إليه من القاضي لا من الخصم الآخر . و لأنها تكميلية لا قناع القاضي و ليست احتكاما إلى ضمير الخصم حتى يجوز لهذا ردها ليحتكم هو إلى ضمير خصمه.

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - ص 574، 573.

و تنفي المادة 349 من القانون المدني الجزائري على ما يلي : " لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردّها على خصمه .". و هذا النص الذي تقابله المادة 1368 من التقنين المدني الفرنسي و التي تنص على : "اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين لا يجوز ردها من هذا الخصم على الخصم الآخر."¹

« *Le serment déferé d'office par le juge à l'une des parties ne peut être par elle référé à l'autre.* »

فالخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة لا مناص له إذن من أحد موقفين :الحلف أو النكول . و إذا مات من وجه إليه القاضي اليمين المتممة قبل أن يحلفها، اعتبر الحكم بتوجيهها كأن لم يكن . و للقاضي أن يفصل في النزاع دون يمين متممة . أو أن يوجه هذا اليمين إلى الخصم الآخر . أو أن يوجه يمينا متممة بعدم العلم إلى ورثة الخصم الذي مات . و يتفق الحكم في أن اليمين لا تعتبر مردودة إلى الخصم الآخر في كل من اليمين الحاسمة و اليمين المتممة. فإذا مات من وجهت إليه اليمين الحاسمة قبل أن يحلفها، لم تعتبر اليمين مردودة على الخصم الآخر لأن رد اليمين ليست إلتزاما تخييري بل هو إلتزام بدلي . فينتفان لكن السبب مختلف : في اليمين الحاسمة، الإلتزام برد اليمين ليس إلا التزاما بدليا و في اليمين المتممة الإلتزام برد اليمين لا وجود له أصلا.

- حلف اليمين المتممة:

والغالب أن الخصم إذا حلف اليمين المتممة قضى القاضي لصالحه إذ يكون بهذا الحلف قد استكمل الأدلة التي كانت ناقصة . وأقنع القاضي بصحة ادعائه . ولكن إذا ثبت بحكم جنائي كذب اليمين . جاز للخصم الآخر أن يطالب بتعويض مدني . وهذا دون إخلال بالطعن في

¹ و يقابل هذه المادة في التقنينات المدنية العربية المادة 416 من التقنين المدني المصري و المادة 124 من قانون البيانات السوري و المادة 485 من التقنين المدني العراقي و المادة 239 من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني و المادة 405 من التقنين المدني للملكة الليبية المتحدة و في التقنينات الأوروبية نجد المادة 1376 من التقنين الإيطالي و المادة 1980 من التقنين الهولندي و المادة 2534 من التقنين البرتغالي.

الحكم الذي صدر تأسيساً على اليمين المتممة بطريق الاستئناف أو بطريق التماس إعادة النظر.

على انه ليس حتماً على القاضي، بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة . أن يقضي لصالحه. فقد يقع أن القاضي بعد حلف اليمين و قبل النطق بالحكم ، يقف على أدلة جديدة تقنعه بأن ادعاء الخصم الذي حلف اليمين يقوم على غير أساس . فيحكم ضده بل ليس من الضروري أن يكشف القاضي أدلة جديدة . فقد يعيد النظر في القضية بعد الحلف وقبل الحكم . فيقتنع بغير ما كان مقتنعا به عند توجيه اليمين المتممة فيقضي ضد من حلف .

2- النزول على اليمين المتممة:

- إذا نكل الخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة، فإن الأدلة الناقصة التي كان قد قدمها لإثبات ادعائه تبقى ناقصة كما كانت بل ان الريبة لتزداد في صحة ادعائه بعد أن نكل من أجل ذلك يغلب أن يقضي ضده، ويرى الأستاذ السنهوري أنه يجوز للقاضي بعد أن نكل الخصم الذي وجه إليه اليمين المتممة أن يوجه هذه اليمين إلى الخصم الآخر . لا سيما بعد أن تعززت أدلة هذا الخصم الآخر بنكول خصمه¹ . ولكن ليس من المحتم هنا أيضا أن يقضي ضده. فقد تظهر بعد نكوله أدلة جديدة تكمل أدلته الناقصة و في هذا الإطار تزداد المطاعن على اليمين المتممة إذ كيف يتأتى أن يوجه القاضي من تلقاء نفسه اليمين المتممة إلى الخصم فيحلفها، و يتخذ من الله عز وجل شاهداً على ما قال ثم لا يأخذ بها القاضي بعدئذ أو يطرحها جانبا .

وإذا كانت أدلة الدعوى ناقصة غير كافية، ووجه القاضي اليمين المتممة، أفلا يكون من الأوفق أن يصدر حكمه على نحو ما انتهت إليه نتيجة توجيه اليمين . وإلا فما كان في حاجة إلى

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري - المرجع السابق - ص 586.

توجيهها خاصة و أنه هو الذي يختار الخصم الذي توجه إليه ويقدر مقدما مدى ملائمة توجيهها إليه من كافة النواحي¹.

المبحث الثاني : دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات

إن الدعوى المدنى ملك للخصوم و لهذا فما من شك أن لهم دور إيجابي واسع في تغيير قواعد عبء الإثبات . والدور الإيجابي للخصوم مستمد من الحقوق التي كفلها ال مشرع لكل خصم في الدعوى و أهمها حقهم في الإثبات وحقهم في مناقشة الدليل وإثبات عكسه ولهذا سنتناول هذه الحقوق في المبحث الأول تحت عنوان مبدأ الدور الإيجابي للخصوم ، ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى دورهم في توزيع عبء الإثبات ب موجب الإقرار و اليمين الحاسمة ، ثم في المبحث الثالث نتطرق إلى مدى إمكانية الخصوم الاتفاق على تعديل قواعد عبء الإثبات و مدى تعلق ذلك بالنظام العام

المطلب الأول : دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب الإقرار و اليمين الحاسمة
سنتطرق لهذا العنصر في فرعين . الفرع الأول حول توزيع الإثبات بموجب الإقرار و الفرع الثاني بموجب اليمين الحاسمة

الفرع الأول : دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب الإقرار

- الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر، ويكون قضائيا إذا ما تم هذا الإقرار أمام القضاء، و الإقرار قد يكون صريحا أو ضمنيا وقد يكون الإقرار الصريح مكتوبا أو شفويا ولا يشترط شكل خاص في هذه الكتابة (المادة 341 من القانون المدني).

وسنطرق فيما يلي إلى:

العنصر الأول: قواعد الإقرار

العنصر الثاني: التجزئة في الإقرار

¹ أحمد أبو الوفا - المرجع السابق - ص 240

أولاً: قواعد الإقرار

- يتعيّن من نص المادة 341 من القانون المدني أن للإقرار أركاناً أربعة:

* **اعتراف الخصم:** أي أن الاعتراف هو تقرير الخصم بواقعة معينة على أنها

حصلت و هذا التقرير خلافاً لباقي طرق الإثبات يحمل وصفين : واقعة مادية و تصرف

قانوني، بل يمكننا القول أنه واقعة مادية تتطوي على تصرف قانوني أي واقعة مختلطة، وهذا

الوصف له نتائج القانونية . فالإقرار، من حيث أنه واقعة مادية لا حاجة في تمامه إلى قبول

الخصم الآخر ولا يجوز للمقر بعد ذلك الرجوع فيه، أما من حيث أنه ينطوي على تصرف

قانوني من جانب واحد فيشترط لصحته ما يشترط لصحة التزام المقر بالواقعة التي أقربها، أي

أن يكون المقر أهلاً للالتزام وأن تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة و التوكيل فيه

يكون بوكالة خاصة لأن الإقرار من أعمال التصرف (المادة 574 من القانون المدني).

* **واقعة قانونية مدعى بها :** يجب أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية مدعى

بها على المقر سواء كانت واقعة مادية أو تصرفاً قانونياً، لذلك يجب أن يكون محل الإقرار معيناً

تعيناً كافياً مانعاً للجهالة، و يكون الإقرار سورياً إذا كان محله يكذبه ظاهر الحال، كذلك يجب

أن يكون محل الإقرار مما يجوز التعامل فيه، فالإقرار بشيء مخالف للقانون أو للنظام العام أو

للآداب غير صحيح، و يترتب على ذلك أنه لا يصح الإقرار بدين مرهنة أو قمار، ولا الإقرار

بالتعامل في المخدرات، وغيرها مع أنه لا يمنع من قبول هذه الإقرارات في المسؤولية الجنائية،

و يصح الإقرار في التصرف أي كانت قيمته ولو زادت عن نصاب الشهادة فللإقرار حجية

مطلقة.

* **أمام القضاء :** هذا الركن الذي يميز بين الإقرار القضائي و الإقرار غير

القضائي، حيث يعتبر إقراراً قضائياً كل إقرار صادر أمام كل جهة نظمها القانون من جهات

القضاء ويشترط أن تكون الجهة القضائية المختصة اختصاصاً موضوعياً ، كما يجوز أن يصدر

الإقرار أمام المحكمين ، ولكن الإقرار الصادر أمام النيابة العامة أو قاضي التحقيق لا يعتبر إقراراً قضائياً .

* **أثناء سير الدعوى :** يجب أن يصدر الإقرار خلال إجراءات الدعوى التي

يكون الإقرار فيها دليل الإثبات، وذلك يكون في أي مرحلة من إجراءات الدعوى ابتداءً من العريضة الافتتاحية إلى غاية النطق بالحكم، ولكن الإقرار الذي يصدر في إحدى الدعوى أو يكون فيها إقراراً قضائياً، لا يكون في دعوى أخرى ولو بين الخصمين وفي نفس الواقعة إقراراً قضائياً، لأن قوته مقصورة على الدعوى التي صدر فيها، كذلك فإن الإقرار أمام محكمة غير مختصة من ناحية الولاية أو من ناحية الاختصاص الموضوعي لا يعد إقراراً قضائياً، بخلاف الإقرار أمام محكمة غير مختصة من حيث المكان.

- **حجية الإقرار:** تنص المادة 342 من ف 01 من القانون المدني " الإقرار حجة

قاطعة على المقر¹ .

معنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى إثبات، والإقرار لا يكون حجة لمقر لأن الشخص لا يصطنع الدليل لنفسه و لا يكون إلا حجة عليه، كما يمكن لهذا الأخير الطعن فيه بالصورية أو بوجود عيب من عيوب الإرادة أو فقدان الأهلية، أما في غير هذه الحالات فإنه لا يجوز الرجوع في الإقرار القضائي و لا يجوز إثبات عكسه ومن ثم يصبح الإقرار طريق معفي من الإثبات لا طريق إثبات ذلك أنه يعفي الخصم المؤرله من عبء الإثبات وينقله إلى المقر الذي يقع عليه عبء الإثبات عدم صحة إقراره بأن يطعن فيه بأحد الأسباب التي تقدم ذكرها، والإقرار القضائي يصلح أيضاً أن يكون مبدأً للثبوت بالكتابة لواقعة متصلة بالواقعة التي تضمنها بالذات . وتجدر الإشارة إلى أن الإقرار حجة قاصرة على المقر وخلفه العام (وراثته) فلا يتعدى أثره إلى غيرهم، سواء كانوا : دائنين، أو شركاء أو خلف

¹ قرار عن المحكمة العليا: ملف: 215174 بتاريخ 2000/05/09. م.ق. عدد 02 سنة 2000 (أنظر الملحق).

الخاص. و فيما يخ ص الخلف العام فلو مات المدعى عليه بعد الإقرار و قبل الحكم في الدعوى، فإن الإقرار لا يكون حجة عليهم ولهم أن يثبتوا عدم صحته بجميع الطرق، ولكن إذا صدر الحكم قبل موت المورث وفي مواجهته، فإنه يسرى على الورثة، ذلك أنهم وقت صدور الحكم ضد مورثهم كان يسري في حقهم باعتبارهم ورثة (خلفا عاما).

- في الفقه الإسلامي الإقرار يكون إما شفهيًا أو مكتوبًا فالعبرة في الإقرار المكتوب بالإشهاد عليه، فإن لم يستشهد المقر على كتابه بشهود فالكتاب لا يصلح إقرارًا، كذلك يبطل الإقرار بعد وجوده بتكذيب المقر له المقر في حقوق العباد، ويرجع المقر عن الإقرار في حقوق الله تعالى، و للمقر أن يرجع في إقراره للإكراه لا للغلط.¹

ثانياً: التجزئة في الإقرار

تنص المادة 342 ف 02 من القانون المدني: " و لا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة و كان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى".
يمكن تقسيم الإقرار القضائي إلى أنواع هي:

* **الإقرار البسيط:** إذا اقتصر الإقرار على تصديق المدعي للمدعى عليه في جميع ما ادعاه، و لا محل في النظر إذا كان يتجزأ أو لا يتجزأ، فلو أن المدعي قال في دعواه انه أقرض المدعى عليه مائة دينار فأقر المدعى عليه بأنه أقرض منه المائة دينار و لم يزد على ذلك شيئاً، كان هذا إقرار بسيطاً، و كان حجة قاطعة على المدعى عليه.

* **الإقرار الموصوف:** يكون الإقرار موصوفاً إذا تضمن الاعتراف بالواقعة المدعى بها مع إضافة واقعة أخرى مرتبطة بها نشأت وقت نشوء الواقعة الأصلية و من شأنها أن تؤثر في نتائجها و مثال ذلك أن يدعي الداعي أن له ديناً منجزاً ، فيقر المدعي عليه بالدين و لكنه يضيف إلى ذلك أنه دين معلق على شرط أو مضاف إلى أجل، و الإقرار الموصوف أيضاً لا يقبل التجزئة فلما أن يأخذ به كله بالوصف الذي ألحق به و إما أن يترك كله . فلا يجوز للداعي

عبد الرزاق أحمد السنهوري.- المرجع السابق- الصفحة 486. ¹

أن يجرى الإقرار فيأخذ منه ما في صالحه ، و هو هنا وجود الدين، ويترك ما هو ليس في صالحه، و هو أن الدين معلق على شرط أو مضاف إلى أجل . على أنه يجوز للمقر له أن يتخذ من الإقرار وسيلة لإثبات ما يدعيه ثم يقيم الدليل على عدم صحة ما لحق به من وصف . فيكون في المثال السابق للمقر له أن يستفيد من الإقرار بالدين، وهي الواقعة الأصلية المدعى بها، ثم يلجأ إلى إثبات أن الدين لم يكن معلقاً على شرط و هذا هو الوصف الذي ألحق بالواقعة الأصلية¹.

* **الإقرار المركب:** و هو الذي يتضمن إلى جانب الواقعة الأصلية واقعة أخرى مرتبطة بها، نشأت بعد نشوء الواقعة الأصلية، مثال ذلك أن يقول المدعي في دعواه أنه أقرض المدعي عليه مائة دينار، و أقر المدعي عليه أنه أقرض المائة و لكنه وفاها أوفى جزءاً منها، و الفرق بين الإقرار المركب و الإقرار الموصوف أن هذا الأخير فيه تقترن الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية من وقت نشوء الواقعة الأصلية، فالأجل أو الشرط قد اقترن بالدين من وقت نشوئه، أما في الإقرار المركب فالواقعة المرتبطة لا تقترن بالواقعة الأصلية من وقت نشوئها بل ت وجد بعدها، فالإقرار بالدين مع الوفاء به إقرار مركب يتكون من واقعة المديونية و هي الواقعة الأصلية وواقعة الوفاء و هي الواقعة المرتبطة بها، و لكنها لم تقترن بها من وقت نشوئها . و الأصل في الإقرار المركب أنه هو أيضاً لا يتجزأ على صاحبه، فإذا أقر المدين أنه اقترض المائة دينار و لكنه وفاها فلا يجوز للدائن إلا أن يأخذ بالإقرار كله أو يطرحه كله، فإذا أخذ بالإقرار كله برئت ذمة المدين من الدين ، و إذا طرح الدائن الإقرار كله، أعتبر الإقرار كأن لم يكن، وكان على الدائن أن يثبت الدين، وعلى المدين أن يثبت الوفاء ، فلا يجوز تجزئة الإقرار في هذه الحالة بأن يستبقي الإقرار بالقرض ويلقي عبء إثبات الوفاء على المدين، فإن هذا يعتبر تجزئة للإقرار حيث لا تصح التجزئة . و نفس الشيء إذا أقر المدين بوجود الدين ثم انقضائه بالإبراء أو بالتجديد، و السهب في ذلك أن الواقعتان الأصلية و المرتبطة بها ، متلازمتان

د/محمد حسن القاسم . الإثبات في المواد المدنية و التجارية . ص 276¹

ولا تصح فيهما التجزئة، أما إذا كانت الواقعة المرتبطة لا تستلزم حتما وجود الواقعة الأصلية فلا تلازم ما بين الواقعتين ويمكن تصور وقوع إحداهما دون الأخرى ، ومن ثم كانت التجزئة فيهما جائزة . والمثل المألوف لهذه الحالة هو الإقرار بالقرض مع وقوع المقاصة فيه بدين آخر، فالمدين هنا قد اقر بالواقعة الأصلية وهي واقعة القرض وأضاف إليها واقعة مرتبطة بها وهي وجود دين له على الدائن أوقع المقاصة بين الدينين ، فمديونية المدين للدائن لا تستلزم حتما مديونية الدائن للمدين ، كما أن مديونية الدائن للمدين لا تفترض حتما مديونية المدين للدائن ، إذ أن الدين الذي يدعيه الدائن منفصل عن الدين الذي يدعيه المدين ، ومن ثم صحت التجزئة في هذا الإقرار ، فيعتبر الإقرار قائما فيما هو في صالح الدائن فيكون القرض ثابتا بالإقرار و لا يكلف الدائن عبء إثباته ، أما بقية الإقرار فلا يؤخذ به و لا ينتقل عبء الإثبات فيه إلى الدائن ، بل المدين هو الذي يكلف بإثباته إذا أصر عليه ، فإذا أصر عليه ثم عجز عن إثباته بقي الإقرار قائما في إثبات القرض ، ويكون الإقرار تجزأ على هذا النحو، أخذ منه الدائن ما هو في صالحه وألقى عبء إثبات ما ليس في صالحه على المدين والمعيار الذي أتخذ هنا لمعرفة ما إذا كان الإقرار المركب لا يتجزأ على صاحبه أو يتجزأ هو معيار تشريعي ذكره التقنين المدني في المادة 342 في فقرتها الثانية، و مسألة عدم تجزئة الإقرار أو عدم تجزئته من مسائل القانون تخضع لرقابة المحكمة العليا، لكن يجب أن تثار مسألة التجزئة أمام محكمة الموضوع، فلا يصح أن تثار لأول مرة أمام المحكمة العليا .

الفرع الثاني : دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب اليمين الحاسمة

عندما يعوز الخصم الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعواه، ولا يقر له خصمه بصحة ما يدعيه، لا يبقى أمامه إلا طريق واحد يلجأ إليه، هو أن يتحكم إلى ضمير هذا الخصم، فيوجه إليه اليمين الحاسمة يطلب منه حلفها لحسم النزاع و لا يملك من وجهة إليه اليمين إلا أن يقبل هذا الاحتكام وهذا هو الإسعاف الذي ي تقدم به القانون إلى الخصم الذي يعوزه الدليل القانوني فالقانون إذ يتشدد في اقتضاء أدلة معينة، لا يصل إلا الحقيقة القضائية

وهي بعد حقيقة نسبية، وذلك سعياً وراء الاستقرار، لكنه بعد أن يقضي واجب الاستقرار، يرضى جانب العدل، بتمكين من يعوزه الدليل القضائي من أن يحتكم إلى ضمير خصمه الذي أنكر عليه ما يدعيه، فيوجه إليه اليمين الحاسمة، فإن حلفها الخصم، فقد أثبت بذلك أن ضميره راض بإنكار صحة الادعاء، ولما كان هذا الادعاء لا دليل عليه، لم يبق بد من الحكم برفضه، وإن نكل كان في هذا النكل إقرار ضمنى بصحة الادعاء، فوجب الحكم م عيه به اقتضى هذا الإقرار.

ويتبين من ذلك أن توجيه اليمين الحاسمة هو تصرف قانوني إن هو إرادة الخصم الذي يوجه اليمين في أن يحتكم إلى ضمير خصمه بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية و الاحتكام على هذا النحو يعتبر تصرفاً قانونياً يتم بإرادة منفردة إذ هو ينتج به جرد توجيه اليمين. و الفقه يتردد في تكييف اليمين الحاسمة بين أنها تحكيم أو صلح، والذي يقطع في أنها ليست بصلح، أن الصلح يقتضي نزول كل من المتصالحين عن جانب من ادعائه، و من يوجه اليمين لا ينزل عن شيء دون شيء، فهو إما أن يخسر كل دعواه أو يقضي له بها كلها، فإذا ما خسر دعواه أو كسبها فليس ذلك مترتباً على إرادته، بل هي النتيجة المحتملة لاحتكامه إلى ضمير خصمه، وضمير الخصم هو الذي حكم : إما بخسارة الدعوى إذا حلف الخصم، أو بكسبها إذا نكل .

وحقيقة اليمين الحاسمة أنها تعفي الخصم من إقامة الدليل لإثبات مزاعمه ولذلك فهي وحدها التي تصلح لتكون موضوع دراسة هذا الفصل. و تتميز اليمين الحاسمة في أنها حق من حقوق الخصم و لا يستحلف الخصم إلا بناء على طلب الخصم الآخر. وتفترق اليمين عن البيعة، في أن اليمين شرعت لإثبات خلاف الظاهر، ومعنى ذلك أن المدعى عليه بإنكاره يعتبر متمسكاً بالحالة الأصلية وهي براءة ذمته، فيجب قبول قوله إلى أن يثبت شغل ذمته بسبب طارئ، لكن نظراً لاحتمال كذب المدعى عليه بإنكاره فإنه يوثق قوله باليمين التي يؤديها. إذا طلب المدعي تحليفه عندما يعجز عن الإثبات.

وتقضي القاعدة العامة، أن من كان القول قوله يصدق بيمينه.

المطلب الثاني : دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب الاتفاق

بعدما تعرضنا في المطلب السابق إلى دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب الإقرار

واليمين الحاسمة ، سنتعرض في هذا المبحث إلى اتفاق الخصوم أنفسهم قبل وقوع النزاع أو أثناءه على تعديل القاعدة العامة في عبء الإثبات ، فيتم الاتفاق بينهم على أن الذي يكلف بالبينة هو المدعى عليه ، و الذي يكلف باليمين هو المدعي ، فهل مثل هذا الاتفاق جائز ويقره المشرع ؟ أم أن الأمر بخلاف ذلك ؟ هذا ما سنتعرض له في هذا البحث والذي قسمناه إلى مطلبين. فتناولنا في المطلب الأول التعديل للاتفاق لقواعد عبء الإثبات و في المطلب الثاني

تعرضنا إلى مدى جواز الاتفاق على مخالفة قواعد عبء الإثبات

الفرع الأول : التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الإثبات

يقضى البحث في هذه المسألة أن نتعرض ليبحث المسألة تعلق قواعد عبء الإثبات بالنظام العام، والحقيقة أنه إذا كان من المتفق عليه أن قواعد الإثبات الإجرائية التي يتعين اتباعها أمام المحاكم في إثبات الدعوى والمواجهة بالأدلة تتعلق بالنظام العام ، وبالتالي فإنه لا يجوز للأطراف أن يتفقوا على خلاف ما تقضي به ، كما يجوز لأي طرف أن يتمسك بها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و لو لأول مرة أمام المحكمة العليا ، وذلك لأنها تتعلق بسير أعمال السلطة القضائية، وبالتالي فإنه لا يملك الأطراف تغييرها عن طريق الاتفاق . إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للقواعد الإجرائية فإن الأمر مختلف بالنسبة للقواعد الموضوعية التي تتعلق بمحل الإثبات و عبءه وتنظيم طرقه ، فقد اختلف بشأنها الفقه القانوني . هل تتعلق بالنظام العام أم لا ؟ على مذهبين

يرى أنصاره أن قواعد الإثبات الموضوعية ، ومنها عبء الإثبات تتعلق بالنظام العام . و هذا المذهب يعتنقه جمهور الفقه الفرنسي . و يرى أنصار هذا الاتجاه أن التصوير التنظيمي للعدالة يجب أن يغلب على التصوير الاتفاقي أو الفردي ، فإذا كان المشرع قد نظم سلفاً قواعد الإثبات

الموضوعية، فإن هدفه من ذلك توفير الضمانات الجوهرية لتحقيق العدالة، فالخصوم لهم كامل الحرية في اللجوء إلى القضاء من عدمه ، فإذا هم ارتضوا اللجوء إليه طلبا لحماية حقوقهم فإنهم يكونون قد وضعوا باختيارهم حدا لحریتهم ، و لا يسعهم إلا الانصياع لما وضعه القانون من قواعد إجرائية أو موضوعية ، فيلتزمون باتباعها . و بالتالي لا يجوز للأطراف الاتفاق سلفا على خلاف ما تقتضي به هذه القواعد أو التنازل عنها ¹ لأن المصلحة العامة تقتضي أن يقوم الجهاز القضائي بما هو مكلف به على أكمل وجه ، دون أن يعرقل سيره اتفاق الأطراف . و الواقع أن ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه لا يخلو من شطط واضح ، ذلك أن الخصومة لا تمس سوى مصالح الأطراف الخاصة ، و ليس لها شأن بالمصلحة العامة بل إن الغاية العظمى من تنظيم الجهاز القضائي إنما هي حماية مصالح الأفراد الخاصة .

المذهب الثاني :

و يرى أنصاره أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام ، و لا سيما عبء الإثبات، و هذا المذهب يؤيده الفقه المصري و القضاء . و حججهم عن الخصومة ملك لأطرافها ، و القانون كفل لهم حرية تقاضي، و مادام عن القانون كفل الفرد حرية التصرف في حقوقه بما في ذلك التنازل عنها ، فيكون لهم من باب أولى الحق في حمايتها بما يراه محققا لمصلحته، و من ثم فإنه يجوز أن يتفق الطرفان مقدما على خلاف ما تقتضي به هذه القواعد ، و إن كان هناك خلاف في الفقه المصري في اعتبار بعض القواعد المتعلقة بطرق الإثبات من النظام العام ، و بحث هذا الخلاف خارج عن نطاق بحثنا و الذي يهمننا هو أن الاتفاق قائم بين الفقه المصري على اعتبار القواعد المتعلقة بعبء الإثبات ليست متعلقة بالنظام العام و من ثم يجوز للأطراف أن يتفقوا على خلافها ، كأن يتفقوا على أن يعفى المدعي من عبء الإثبات ، أو يكلف به المدعى عليه ، و هذه بعض الأمثلة التي توضح ذلك ¹¹. تنص المادة 138 من القانون

- محمد فتح الله النشار - المرجع السابق - ص 303 ¹

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري - ص 88.

المدني: " بأن حارس الحيوان مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الحادث كان سبب أجنبي لا يد له فيه" و مع ذلك فإنه يجوز الاتفاق مقدما على تعديل هذه القاعدة، كأن يتفق شريكان في مرعى واحد على أن كل ضرر يقع من مواشي أحدهما على مواشي الآخر لا يكون الأول مسؤول عنه إلا إذا أثبت شريكه التقصير أو الإهمال في جانبه. تنص المادة 496 ف1 من القانون المدني بأن المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة ما لم يثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه و مع ذلك فإنه يجوز الاتفاق مقدما على نقل عبء الإثبات إلى المؤجر ، كأن يتفقا على أن المستأجر غير مسؤول عن أي حريق في العين المؤجرة ، ما لم يثبت المؤجر وجود الخطأ في جانب المستأجر .

كما أن الأصل أن أمين النقل مسؤول عن الضرر الذي يحدث أثناء النقل للشخص أو للشيء المنقول ، بناء على ما تقضي به قواعد المسؤولية العقلية ، و من ثم فإن عبء نفي الخطأ يقع على عاتق مسؤول النقل ، و لكن يجوز الاتفاق سلفا ما لم يكن هناك شرط إذعان على نقل عبء الإثبات إلى الشخص المتعاقد معه ، كأن يتفقا على أن المكلف بإثبات الخطأ في جانب مسؤول النقل هو الشخص المتعاقد معه .

- كما يجوز أن يتم الاتفاق على تعديل قواعد عبء الإثبات قبل حصول النزاع فإنه يجوز أن يتم أثناء وقوعه ، فمثلا يجوز للخصم الذي لم يكن أصلا مكلفا بإثبات واقعة معينة أن يتطوع للقيام بإثباتها، مع ملاحظة أن ذلك لو تم و أجابه القاضي إلى طلبه فليس له الرجوع عما ألزم نفسه به بحجة أنه لم يكن مكلفا أصلا بإثبات .

و قد فرق الدكتور سليمان مرقص بين الشخص الذي يتطوع بإثبات ما لم يكن مكلفا به و هو على بينة من أن هذا العبء ليس واقعا عليه في الأصل، و أنه قصد التنازل عن قيام خصمه بعبء الإثبات ، فمثل هذا الشخص لا يجوز له الرجوع عما ألزم نفسه به بحجة أنه غير مكلف أصلا بعبء الإثبات ، و بين الشخص الذي يقوم بتحمل مشاق عبء إثبات معتقدا - خطأ - وقوعه عليه، فمثل هذا الشخص لا يعد تطوعه هذا نزولا عن حقه في تكليف خصمه بعبء

الإثبات ، لأنه يقوم على أساس خطأ في القانون ، فلا ينبغي التعويل عليه و يتعين إعمال القاعدة.¹ ، ذلك لأن نظوعه بالقيام بحسقة عبء الإثبات مع سكوت خصمه يعد بمثابة الاتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات، فلا يحق له الرجوع عن القيام بما ألزم نفسه

الفرع الثاني : دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب الاتفاق

بعدها تعرضنا إلى دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب الإقرار واليمين الحاسمة ، سنتعرض أولاً الى التعديل الاتفاق لقواعد عبء الإثبات وثانياً إلى مدى جواز الاتفاق على مخالفة قواعد عبء الإثبات

أولاً : التعديل الإتفاقي لقواعد عبء الإثبات يقتضى البحث في هذه المسألة أن نتعرض ليبحث المسألة تعلق قواعد عبء الإثبات بالنظام العام، والحقيقة أنه إذا كان من المتفق عليه أن قواعد الإثبات الإجرائية التي يتعين اتباعها أم ام المحاكم في إثبات الدعوى والمواجهة بالأدلة تتعلق بالنظام العام، وبالتالي فإنه لا يجوز للأطراف أن يتفقوا على خلاف ما تقضي به ، كما يجوز لأي طرف أن يتمسك بها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى و لو لأول مرة أمام المحكمة العليا، وذلك لأنها تتعلق بسير أعمال السلطة القضائية، وبالتالي فإنه لا يملك الأطراف تغييرها عن طريق الاتفاق . إذا كان الأمر كذلك بالنسبة للقواعد الإجرائية فإن الأمر مختلف بالنسبة للقواعد الموضوعية التي تتعلق بمحل الإثبات و عبءه وتنظيم طرقه ، فقد اختلف بشأنها الفقه القانوني. هل تتعلق بالنظام العام أم لا ؟ على مذهبين :

المذهب الأول: يرى أنصاره أن قواعد الإثبات الموضوعية، ومنها عبء الإثبات تتعلق بالنظام العام. و هذا المذهب يعتنقه جمهور الفقه الفرنسي .و يرى أنصار هذا الاتجاه أن التصوير التنظيمي للعدالة يجب أن يغلب على التصوير الاتفاقية أو الفردي ، فإذا كان المشرع قد نظم سلفاً قواعد الإثبات الموضوعية، فإن هدفه من ذلك توفير الضمانات الجوهرية لتحقيق العدالة، فالخصوم لهم كامل الحرية في اللجوء إلى القضاء من عدمه ، فإذا هم ارتضوا اللجوء إليه طلباً

¹ محمد فتح الله النشار - المرجع السابق - ص 305 .

لحماية حقوقهم فإنهم يكونون قد وضعوا باختيارهم حداً لحريرتهم ، و لا يسعهم إلا الانصياع لما وضعه القانون من قواعد إجرائية أو موضوعية ، فيلتزمون باتباعها . و بالتالي لا يجوز للأطراف الاتفاق سلفاً على خ لاف ما تقضي به هذه القواعد أو التنازل عنها ¹ لأن المصلحة العامة تقتضي أن يقوم الجهاز القضائي بما هو مكلف به على أكمل وجه ، دون أن يعرقل سيره اتفاق الأطراف . و الواقع أن ما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه لا يخلو من شطط واضح ، ذلك أن الخصومة لا تمس سوى مصالح الأطراف الخاصة ، و ليس لها شأن بالمصلحة العامة بل إن الغاية العظمى من تنظيم الجهاز القضائي إنما هي حماية مصالح الأفراد الخاصة .

المذهب الثاني : و يرى أنصاره أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تتعلق بالنظام العام ، و لا سيما عبء الإثبات، و هذا المذهب يؤيده الفقه المصري و القضاء .

و حجبتهم عن الخصومة ملك لأطرافها ، و القانون كفل لهم حرية تقاضي ، و مادام عن القانون كفل الفرد حرية التصرف في حقوقه بما في ذلك التنازل عنها ، فيكون لهم من باب أولى الحق في حمايتها بما يراه محققاً لمصلحته، و من ثم فإنه يجوز أن يتفق الطرفان مقدماً على خلاف ما تقضي به هذه القواعد ، و إن كان هناك خلاف في الفقه المصري في اعتبار بعض القواعد المتعلقة بطرق الإثبات من النظام العام ، و بحث هذا الخلاف خارج عن نطاق بحثنا و الذي يهنا هو أن الاتفاق قائم بين الفقه المصري على اعتبار القواعد المتعلقة بعبء الإثبات ليست متعلقة بالنظام العام و من ثم يجوز للأطراف أن يتفقوا على خلافها ، كأن يتفقوا على أن يعفى المدعي من عبء الإثبات ، أو يكلف به المدعى عليه ، و هذه بعض الأمثلة التي توضح ذلك ¹¹ .

تنص المادة 138 من القانون المدني : " بأن حارس الحيوان مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ما لم يثبت أن وقوع الحادث كان سبباً أجنبي لا يد له فيه " و مع ذلك فإنه يجوز

- محمد فتح الله النشار - المرجع السابق - ص 303 ¹

- عبد الرزاق أحمد السنهوري - ص 88. ¹

الاتفاق مقدما على تعديل هذه القاعدة، كأن يتفق شريكان في مرعى واحد على أن كل ضرر يقع من مواشي أحدهما على مواشي الآخر لا يكون الأول مسؤول عنه إلا إذا أثبت شريكه التقصير أو الإهمال في جانبه.

تنص المادة 496 ف1 من القانون المدني بأن المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة ما لم يثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه و مع ذلك فإنه يجوز الاتفاق مقدما على نقل عبء الإثبات إلى المؤجر ، كأن يتفقا على أن المستأجر غير مسؤول عن أي حريق في العين المؤجرة ، ما لم يثبت المؤجر وجود الخطأ في جانب المستأجر .

كما أن الأصل أن أمين النقل مسؤول عن الضرر الذي يحدث أثناء النقل للشخص أو للشيء المنقول ، بناء على ما تقضي به قواعد المسؤولية العقلية ، و من ثم فإن عبء نفي الخطأ يقع على عاتق مسؤول النقل ، و لكن يجوز الاتفاق سلفا ما لم يكن هناك شرط إذعان على نقل عبء الإثبات إلى الشخص المتعاقد معه ، كأن يتفق على أن المكلف بإثبات الخطأ في جانب مسؤول النقل هو الشخص المتعاقد معه .

- كما يجوز أن يتم الاتفاق على تعديل قواعد عبء الإثبات قبل حصول النزاع فإنه يجوز أن يتم أثناء وقوعه ، فمثلا يجوز للخصم الذي لم يكن أصلا مكلفا بإثبات واقعة معينة أن يتطوع للقيام بإثباتها، مع ملاحظة أن ذلك لو تم و أجابه القاضي إلى طلبه فليس له الرجوع عما ألزم نفسه به بحجة أنه لم يكن مكلفا أصلا بإثبات .

الخاتمة

في الأخير نختم بحثنا هذا ببعض الملاحظات والاستنتاجات حول أهم النقاط التي تعرضنا إليها، من خلال دراسة عبء الإثبات و كيفية توزيعه و دور القاضي و الخصوم في هذه العملية. حيث عرفنا ماهية عبء الإثبات بأنه ذلك الثقل الملقى على عاتق أحد الأطراف في خصومة قضائية، و المعبر عنه بواجب أحدهما في تقديم الدليل أمام القضاء عن صحة ادعائه، و هذا الخصم قد يكون مدعيا في الدعوى أو مدعا عليه، فالعبء برفع الادعاء سواء كان طلبا أو دفعا، لا برفع الدعوى أمام ساحة القضاء، فيكون بذلك رافع الادعاء و هو المدعي في الإثبات في مركز ضعيف يفرض عليه بذل جهد في إثبات ادعائه وفق القواعد و باستعمال الوسائل التي حددها القانون . في مقابل ذلك، يجلس الخصم الآخر مجلس المترقب الملاحظ، ينتظر فوزه بمجرد إخفاق خصمه في إثبات ادعائه، أو انتقال العبء إليه بمجرد نجاح الخصم في مهمته، و بالتالي يكون المدعي في الإثبات هو الطرف الضعيف، و المدعى عليه هو الطرف القوي.

لكن بالنظر إلى محل الإثبات و محل عبء الإثبات خاصة، و ما يكتنفه من تعقيد و تركيب، حيث لا يتحقق المحل و لا يكون موجودا إلا باتحاد جميع عناصره، إضافة إلى كونه جائزا للإثبات و منتجا في الدعوى . فالعقد لا يكون له وجود في عالم القانون إلا إذا اتحد تراضي طرفيه و محله وسببه، وكانت أهلية طرفيه سليمة و رضاهما سليما من كل العيوب، وكان المحل موجودا و مشروعاً و السبب حقيقيا و مشروعاً . كذلك بالنسبة للمحل لعبء الإثبات الناشئ عن الفعل الضار، من توافر الخطأ و الضرر و ال علاقة السببية، وغيرها من مصادر الحقوق من إثراء بلا سبب و إرادة منفردة ... وغيرها من وقائع مادية و تصرفات قانونية. كل هذا يجعلنا نتصور بأن إثبات الحق لا يتم إلا بإثبات جميع عناصره، و هو من قبيل المستحيل بالنسبة للمكلف بهذا العبء.

أخذا بهذه الاعتبارات، قرر القانون تخفيف العبء على المكلف به، فألزم المدعي في الإثبات بالاكْتفاء بإثبات عناصر الحق التي تجعله مرجحا للوجود، و لم يلزمه بإثبات كافة

الخاتمة

عناصر الحق، لأن ذلك يثقل كاهله، و الوسيلة المستعملة في هذا التخفيف هي توزيع عبء الإثبات بين الخصوم، بحيث يتحمل كل طرف جزءا منه.

إن استعمال هذه الوسيلة قد يكون إما من طرف القاضي الفاصل في النزاع، أو من طرف الخصوم أنفسهم، و يتجلى هذا الدور أثناء خصومة معينة، من خلال الاستعانة بطريقة من طرق الإثبات التي حددها القانون. قد يتدخل القاضي في توزيع عبء الإثبات، وهو مظهر من مظاهر دوره الإيجابي، يظهر ذلك جليا عند استعمال القرائن و اليمين القضائية كدليل في الدعوى، و القرائن المقصودة في هذا المجال هي القرائن القابلة لإثبات العكس، سواء كانت قرائن قانونية قاطعة أو غير قاطعة أو قرائن قضائية، ففيما يتعلق بالقران القانونية بنوعها القاطع و غير القاطع، تعتبر طريقا معفيا من الإثبات، يقرر القاضي بمجرد توفرها تدعيما لكفة خصم، إعفاء هذا الأخير من إثبات ادعائه، و يلقي العبء على الخصم الآخر ليثبت عكس القرينة المستعملة، و في هذا المجال يجب تجنب الخلط بين المفهومين : قرينة قانونية قاطعة و قاعدة موضوعية، لأن الأولى قابلة للتكذيب و الإبطال (كإثبات التزوير في الحكم القضائي الحائز لقوة الشيء المقضي به - مثلا -)، أما الثانية فهي قاعدة قانونية تتميز بالعمومية والشمولية و التجريد والإلزام، فلا يمكن إثبات عكسها . أما فيما يتعلق بالقرائن القضائية، فهي التي يستتبطها القاضي من واقعة معلومة في الدعوى كدليل على وجود واقعة أخرى مجهولة في الدعوى، ولها نفس حجية الإثبات بشهادة الشهود، عندما يستتبطها القاضي فهو يرجح صدق أحد الخصوم وبالتالي فهو يلقي على الخصم الآخر عبء إثبات عكس القرينة القضائية.

فيما يتعلق باليمين، فإن دور القاضي يظهر جليا في كل من نوعي اليمين، المتممة و الحاسمة، حتى و لو اعتبرنا هذا الدور محدودا فيما يخص اليمين الحاسمة، حيث يقتصر دوره في منع الخصم من توجيهها نحو خصمه تعسفا، أما فيما يخص اليمين المتممة، فالقاضي يتحكم فيها كليا، فهو الذي يقدر توفر بداية الدليل ليستكمله بتوجيه اليمين إلى الخصم الذي تقوى حجته، أي أن القاضي قد يوجه اليمين إلى المدعي الذي لم يستطع إثبات ادعائه، فيحلفها

الخاتمة

هو عوض المدعي عليه وفق للقاعدة العامة في الإثبات التي تنص على أن اليمين يحلفها المدعي، و تجدر الإشارة إلى أنه يجب تجنب الخلط بين هذه اليمين و الأنواع الخاصة من اليمين ، لأن المشرع نص على اقتصار استعمال هذه الأخيرة في نزاعات معينة، كما وضع قواعد خاصة بها تختلف عن قواعد اليمين العامة (كاليمين في النزاع حول متاع البيت - مثلا -) .

أما فيما يتعلق بدور الخصوم في توزيع عبء الإثبات، فهو يكون بارزا من خلال لجوئهم إلى الإقرار وتوجيه اليمين الحاسمة، كما أنهم قد يتفقون على التوزيع، وهذا الدور ناتج عن مبدأ عام مفاده أن الدعوى المدنية ملك للخصوم، يتحكمون فيها، فليس للقاضي فيها إلا دور توجيه و مراقبة الإجراءات . ففيما يتعلق باليمين الحاسمة، يختار الخصم توجيهها إلى خصمه إذا عجز عن إثبات ادعائه، احتكاما إلى ضميره، و في مقابل ذلك ينشأ للخصم الآخر حق رد هذه اليمين . و فيما يتعلق بالإقرار، تظهر عملية توزيع عبء الإثبات من خلال الإقرار المركب من واقعتين غير مرتبطتين ارتباطا وثيقا، حيث يكلف الخصم الذي قبل إقرار خصمه بإثبات الواقعة المرتبطة بالواقعة المقر بها . كذلك قد يتفق الخصوم على توزيع عبء الإثبات سواء قبل نشوء النزاع أو بعد نشوئه، و يشترط في هذا الاتفاق عدم مخالفته للنظام العام، لكن تبقى مظاهره نادرة الوجود في القانون الجزائري و قليلة الاستعمال من الناحية العملية.

و كآخر ملاحظة، نرى أن النصوص القانونية التي تنظم الإثبات في القانون الجزائري قاصرة و غير كافية من الناحية الفعلية، فالأجدر تدعيمها و تطويرها . زيادة على أن هذه القواعد حاليا مبعثرة بين نصوص مختلفة، في حين أنه سيكون أنجع وأقرب إلى الصواب توحيد قواعد الإثبات وجمعها في تقنين واحد، كما فعل المشرع المصري .

ا. الكتب:

- (1) عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - نظرية الإلتزام بوجه عام - الإثبات - آثار للإلتزام - دار إحياء التراث العربي - بيروت، لبنان.
- (2) رمضان أبو السعود - أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية " النظرية العامة في الإثبات " الدار الجامعية - الطبعة سنة 1993.
- (3) محمد فتح الله النشار - أحكام و قواعد عبء الإثبات في الفقه الإسلامي و قانون الإثبات طبقاً لأحداث أحكام محكمة النقض - دار الجامعة الجديدة للنشر - الطبعة سنة 2000.
- (4) آدم وهيب نداوي - دور الحاكم المدني في الإثبات - دراسة مقارنة - مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع - الطبعة سنة 1997.
- (5) نبيل إبراهيم سعد و د / همام محمد محمود زهران - أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية - دار الجامعة الجديدة للنشر - الطبعة سنة 2001.
- (6) نبيل إبراهيم سعد - الإثبات في المواد المدنية و التجارية في ضوء الفقه و القضاء - منشأة المعارف - الطبعة سنة 2000.
- (7) أحمد أبو الوفا - الإثبات في المواد المدنية و التجارية - الدار الجامعية للطباعة و النشر - الطبعة سنة 1983.
- (8) محمود عبدالرحيم الديب - أسس الإثبات المدني في القانون المصري و الفقه الإسلامي - دار الجامعة الجديدة للنشر - الطبعة سنة 1998.
- (9) محمد أحمد عابدين - عبء الإثبات و نقله - دار الفكر الجامعي - الطبعة سنة 1995.
- (10) محمد حسن قاسم - الإثبات في المواد المدنية و التجارية - الدار الجامعية للنشر.

- (11) محمد الزحيلي - وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية و الأحوال الشخصية - الجزء الثاني - مكتبة المؤيد - مكتبة دار البيان - الطبعة الثانية سنة 1994.
- (12) عبدالحكم فوده - موسوعة الإثبات في المواد المدنية و التجارية و الشرعية في ضوء الفقه و قضاء النقض حتى سنة 1995 - الجزء الثاني - دار المطبوعات الجامعية - الطبعة الأولى.
- (13) أشرف ندا - الدليل في الإثبات وفقا للمبادئ التي أرستها أحكام محكمة النقض - دار محمود للنشر و التوزيع - الطبعة الأولى - سنة 1997 .
- (14) بكوش يحي - أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي - دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة - المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر - الطبعة الثانية- سنة 1988.
- (15) الغوثي بن ملح - قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري - الديوان الوطني للأشغال التربوية - الطبعة الأولى - سنة 2001.

II. المجلات القضائية :

1. المجلة القضائية: العدد الخاص " الإجتهااد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية سنة 2001"
2. المجلة القضائية: العدد الأول سنة 2001.
3. المجلة القضائية: العدد الثاني سنة 2000.
4. المجلة القضائية: العدد الثاني سنة 1998.
5. المجلة القضائية: العدد الأول سنة 1996.
6. المجلة القضائية: العدد الثاني سنة 1996.
7. المجلة القضائية: العدد الثاني سنة 1994.
8. المجلة القضائية: العدد الأول سنة 1993.

قائمة المراجع

9. المجلة القضائية: العدد الثالث سنة 1993.
10. المجلة القضائية: العدد الرابع سنة 1992.
11. المجلة القضائية: العدد الأول سنة 1991.
12. المجلة القضائية: العدد الثالث سنة 1989.
13. المجلة القضائية: لسنة 1987.

الفهرس :

الصفحة	العنوان
01	المقدمة
06	الفصل الأول : الأحكام المتعلقة بعبء الإثبات
06	المبحث الأول : ماهية عبء الإثبات و المكلف به
06	المطلب الأول: مفهوم عبء الإثبات
07	أولا : تعريف عبء الإثبات لغة
07	ثانيا : تعريف عبء الإثبات في الإصطلاح
14	المطلب الثاني : القواعد العامة المسيرة بعبء الإثبات
14	الفرع الأول: البينة على من إدعى واليمين على من أنكر
14	أولا : البينة على من إدعى
16	ثانيا : اليمين على من أنكر
18	المطلب الثاني: عبء الإثبات على من يدعي خلاف الظاهر
19	أولا : عبء الإثبات على من يدعي خلاف الأصل
20	ثانيا : عبء الإثبات على من يدعي خلاف العرف و العادة
21	ثالثا : عبء الإثبات على من يدعي خلاف القرائن
22	المبحث الثاني: محل عبء الإثبات
22	المطلب الأول : تحديد محل عبء الإثبات
22	الفرع الأول : إثبات الواقعة القانونية
23	الفرع الثاني : إثبات القاعدة القانونية
25	المطلب الثاني : شروط محل عبء الإثبات

28	الفصل الثاني: دور القاضي في توزيع عبء الإثبات
29	المبحث الأول : طبيعة دور القاضي في توزيع عبء الإثبات
30	المطلب الأول : دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن
31	الفرع الأول : دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن القانونية
31	أولا : بالنسبة للقرائن القانونية القاطعة
31	• من صور القرائن القاطعة
32	• التفرقة بين القرائن القانونية القاطعة و القواعد الموضوعية
35	ثانيا: بالنسبة للقرائن القانونية غير القاطعة (البسيطة)
36	• طرق إثبات العكس في القرائن غير القاطعة
39	الفرع الثاني : دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب القرائن القضائية
40	أولا: السلطة التقديرية للقاضي في استنباط القرائن القضائية
42	• الفروق بين القرائن القضائية و القرائن القانونية
43	ثانيا : سلطة القاضي في تقدير الإثبات بالقرائن القضائية
45	• سلطة محكمة الموضوع في تقدير القرائن
45	• جواز نقض القرينة القضائية بكافة طرق الإثبات
46	• قوة الإثبات المحدودة للقرائن القضائية
48	المطلب الثاني: دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب اليمين
49	الفرع الأول: دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب اليمين الحاسمة
50	أولا : سلطة القاضي في منع توجيه اليمين الحاسمة
50	• مفهوم التعسف
51	• محل اليمين
52	ثانيا : موقف القاضي من الآثار المترتبة على توجيه اليمين الحاسمة

52	• آثار حلف اليمين
53	• آثار رد اليمين
54	• آثار النكول عن اليمين
54	• تطبيقات قضائية لليمين الحاسمة
55	الفرع الثاني: دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب اليمين المتممة
56	أولا : سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة
60	ثانيا : موقف القاضي من النتائج المترتبة على توجيه اليمين المتممة.
62	المبحث الثاني: دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات
63	المطلب الأول: دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب الإقرار واليمين الحاسمة
63	الفرع الأول : دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب الإقرار
63	أولا : قواعد الإقرار
66	ثانيا : التجزئة في الإقرار
68	الفرع الثاني : دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب اليمين الحاسمة
69	المطلب الثاني : دور الخصوم في توزيع عبء الإثبات بموجب الاتفاق
70	الفرع الأول : التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الإثبات
72	الفرع الثاني : مدى جواز الاتفاق على مخالفة قواعد عبء الإثبات.
76	الخاتمة
79	قائمة المراجع
81	الفهرس

ملخص المذكرة

لقد درج الفقه على اعتبار " الإثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة أو عمل قانوني يستند إلى أي منهما طلب أو دفع أو دفاع " والواقع أن إقامة الدليل أمام مرفق القضاء ليس بالأمر الهين وهو عبء على صاحبه لذلك اصطلح على تسمية التكليف بإقامة هذا الدليل بعبء الإثبات إذ أن القاضي يجمع خلال مراحل الدعوى جملة من المعطيات قصد الوصول إلى الحقيقة القضائية وفصل النزاع المطروح أمامه والتي يقدمها الأطراف قصد تأكيد دعواهم وعليه نطرح السؤال التالي ، ما هو دور القاضي والخصوم في توزيع عبء الإثبات

الكلمات المفتاحية:1/عبء الإثبات
2/الدليل
3 / الدعوى
4/المدعي
5 / اليمين
6 / الخصوم