

دور قاعدة عبء الإثبات في حسم الخصومات بين القانون المدني والفقه الإسلامي

أ. كيفاجي الضيف

جامعة سكيكدة

ملخص : يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في القاعدة العامة التي تحمل عبء الإثبات على المدعي. وعلى استكمالها بقواعد فرعية أخرى إذا ما تخلفت في بعض الفروض. ذلك أن الحق يكون متراوفا بين طرفي الخصومة لا يستطيع أي منهما أن يثبت أو ينفيه، فتحدد من من الخصمين يبدأ بإثبات الحق المدعى به معناه حكم عليه أو حكم له.

ولكن من يتحمل عبء الإثبات غير مطالب بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون منها الواقعة مصدر الحق المدعى به ، بل عليه أن يثبت عنصرا واحدا ؛ ثم يتم توزيع عبء الإثبات بينهما بعد ذلك ، إما بحكم الاتفاق ، أو بحكم القاضي ، أو بحكم القانون.

Le rôle du rôle de la charge de la preuve dans le règlement du litige entre le droit civil et la jurisprudence islamique

Résumé : Le droit positif est conforme à la jurisprudence islamique dans la règle générale qui porte la charge de la preuve sur le demandeur. Elle peut être complétée par d'autres règles secondaires si elle fait défaut sur certaines hypothèses.

Le droit oscille entre les deux parties du litige, de telle façon que quiconque ne peut le revendiquer ou le nier. Le premier des deux rivaux qui prétend le droit de la chose en question, signifie qu'il va avoir un jugement en sa faveur ou en sa défaveur.

Mais celui qui a la charge de la preuve n'est pas tenu de prouver chacun des éléments qui composent le fait en question, source du droit revendiqué, mais il doit prouver un seul élément, puis la charge de la preuve

sera répartie entre eux, soit en vertu de l'accord, en vertu du juge, ou en vertu du droit.

إن تعيين من يحمل عبء الإثبات من الخصمين يكاد يتوقف عليه في كثير من الأحوال مصير الدّعى من الناحية العملية ، فقد يكون الحق متراوفا بينهما لا يستطيع أي منهما أن يثبته أو ينفيه ، فإلقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم له. ونقصد بعبء الإثبات : تحديد مَنْ مِنَ الخصمين يجب عليه أن يقوم بإثبات الواقعة المتنازع عليها أمام القضاء باستخدام الوسائل القانونية المقررة⁽¹⁾.

وبما أن قاعدة عبء الإثبات لها كل هذه الأهمية ، فقد تولى القانون بيان من يتحمل عبء الإثبات من حيث المبدأ ، فبدأ بتعيين أي الخصمين يحمل عبء الإثبات أولاً ، ثم يتم توزيع عبء الإثبات بينهما بعد ذلك ، حيث يتناوبان في تقديم الأدلة على صحة ما يدّعيانه ، إلى أن يعجز أحدهما على تقديم الدليل الذي يجب عليه أن يقدمه ، فيخسر الدّعى ويحكم عليه. وحتى تتضح لنا القواعد التي تحكم توزيع عبء الإثبات بين الطرفين ، نحتاج إلى بيان القاعدة العامة أولاً ، ثم نبين الاستثناء الذي يرد على القاعدة والمتمثل في نقل عبء الإثبات إلى غير المكلف به ، والنظريات التي قيلت في هذا السياق ، ويكون ذلك في ثلاثة مباحث. ونضيف مبحثاً رابعاً نوضح فيه عبء الإثبات في الفقہ الإسلامي.

المبحث الأول: القاعدة العامة في عبء الإثبات

تتكون القاعدة العامة في الإثبات من أربعة قواعد ، قاعدة أساسية ، وثلاثة قواعد فرعية تكمل القاعدة الأساسية ، نبينها فيما يلي :

القاعدة الأولى: البينة على من ادّعى

¹ - محمود جمال الدين زكي، المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، مطبعة جامعة القاهرة، 2001، ص 133.

اتفقت القوانين الحديثة العربية منها والغربية ، مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي من أن البينة على من ادّعى ، وهذا ما اعتنقه المشرع الجزائري في المادة 323 من القانون المدني حيث جاء فيها : "على الدائن إثبات التزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"⁽¹⁾.

فالمادة بمنطوقها تبين أن القاعدة العامة في تحديد الشخص الذي يقع عليه عبء الإثبات هو المدّعي. الذي يجب عليه أن يتحمل إثبات صحة ادّعاءاته ، فإذا ما قدم أدلة على وجود حق في ذمة خصمه ، حكم له القاضي بوجود هذا الحق. أما إذا أنكر الخصم وجود الحق ، فإنه يصبح مدّعيًا ، ويقع عليه حينئذ إثبات ما يفيد التخلص من هذا الحق.

فالمدّعي إذن هو الذي يحمل عبء الإثبات ، سواء كان دائنًا يدّعي ثبوت الدائنية، أو مدينا يدعي التخلص من المديونية⁽²⁾.

ولا يجب الوقوف عند حرفية نصّ المادة ، بل على المدّعي إثبات ما يدّعيه حتى ولو لم يكن دائنًا أو مدينا ، كأن يدّعي أنّه قد كسب ملكية شيء أو حقا عينيا على شيء ، كما لو كان مالك رقة عقار ، ويدّعي وفاة المنتفع قصد إثبات انقضاء حق الانتفاع⁽³⁾.

¹ - وتقابلها المادة الأولى من قانون الإثبات المصري والكويتي والإماراتي. والمادة 7 من قانون الإثبات العراقي. والمادة 211 من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري. والمادة 376 من القانون المدني الليبي. والفصل 399 و400 من ظهير الالتزامات والعقود المغربي. والفصل 420 و421 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية. والمادة 362 من قانون الموجبات والعقود اللبناني ونصها : "من يدعي أنه دائن تلزمه إقامة البينة على وجود حقه. وبعد إقامته البينة، يجب على من يدعي سقوط الموجب أن يثبت صحة قوله". والمادة 8 من القانون المدني السويسري. والمادة 1315 من القانون المدني الفرنسي ، ونصهما :

Article 1315 du code civil français : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».

Art 8 du code civil suisse : « Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit ».

² - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1998 ، بيروت ، لبنان ، ج 2 ص 68.

³ - عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف ، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية ، طبعة 2005 ، ص 95.

والإثبات بهذا المعنى ينصب على مصدر الحق الذي يدّعيه المدّعي ، لأن قول المشرع : "على الدائن إثبات الالتزام" يعني إثبات مصدر الالتزام.

ومثال ذلك : لو طالب شخص آخر ببلغ معين من المال على اعتبار أنه مدين له ، فعليه أن يثبت مصدر هذا الدين ، سواء كان عقد قرض أو عقد بيع أو عمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب. فلو دفع المدّعي عليه بأنه وفي الدين ، أو ادّعى أن الدين انقضى بالمقاصة ، فإنّه يصبح حينئذ مدّعي يجب عليه إثبات الوفاء أو المقاصة.

ولو طالب شخص بملكية عين في حيازة آخر ، فهو مدّعي عليه أن يثبت ملكيته لهذه العين تصرفاً كان كالوصية أو عقد بيع ، أو واقعة قانونية كميراث أو شفعة. والحائز قد يدفع بأنه ملك العين بالتقادم ، فيصبح مدّعي ، يجب عليه إثبات هذا التقادم.

ونخلص من ذلك إلى أن المدّعي في دعواه والمدّعى عليه في الدفع ، كلاهما مدّعي في دعواه ، يجب عليه أن يتحمل عبء إثبات ما يدّعيه⁽¹⁾.

القاعدة الثانية : البينة على من يدّعي خلاف الأصل

إن الذي يبرر هذه القاعدة هو أن قاعدة البينة على من ادّعى قد تتخلف في بعض الحالات ، فمن رفع دعوى على جاره يطالبه بسد المطل ، لا يكلف وهو المدّعي في الدعوى إثبات أن جاره فتح المطل دون أن يكون له حق ارتفاق ، بل الجار وهو هنا المدّعى عليه ، هو الذي عليه إثبات أن له حق ارتفاق يميز له فتح المطل⁽²⁾.

ففي هذا المثال يقع عبء الإثبات على المدّعى عليه ، لا على المدّعي ، لأن طبيعة الوضع تقتضي خُلُوّ العقار من حقوق الارتفاق ، حتى يثبت صاحب المصلحة عكس ذلك.

ومن ثم فإن القول بأن البينة على المدّعي ، لا تستقيم في كل الحالات ، فوجب تكميل هذه القاعدة بأخرى ، وهي : أن من يتمسك بالأصل لا يكلف بإثباته ، ومن يدّعي خلاف الأصل فعليه إثباته⁽³⁾.

¹ - رمضان أبو السعود ، أصول الإثبات ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، طبعة 2002. ص 318.

² - تنشأ حقوق الارتفاق طبقاً للمادة 868 من القانون المدني ، ابتداء وانتقالاً. فننشأ ابتداءً : بالتصرف القانوني الوصية والعقد ، وبالتقادم المكسب ، وبتخصيص المالك الأصلي. وتنشأ انتقالاً : بالميراث ، والوصية والعقد والشفعة والتقادم.

³ - السنهاوري ، المرجع السابق ، ج 2 ص 70.

والأصل⁽¹⁾ : هو الحالة العامة التي هي بمثابة قانون مرعي ابتداء بلا حاجة إلى دليل خاص يدل عليه ، بل يعتبر مسلما بنفسه⁽²⁾. ذلك أن من يدّعي خلاف الأصل ، فهو يستحدث وضعاً جديداً لا تدعمه قرينة بقاء الأصل على أصله ، فعليه أن يثبت هذا الوضع الجديد حتى يتمتع بحماية القانون. ويتفرع على هذه القاعدة تطبيقاتها في نطاق الحقوق الشخصية وفي نطاق الحقوق العينية ، حيث يكون الأصل في نطاق الحقوق الشخصية هو براءة الذمة من كل التزام. وفي نطاق الحقوق العينية يكون الأصل هو الظاهر.

أ - في نطاق الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة

ويقصد بالحقوق الشخصية الروابط القانونية التي تجمع بين الأشخاص ويكون محلها إنشاء أو تعديل أو إنهاء التزام ، وهذه الحقوق قد تكون مالية وقد تكون غير مالية⁽³⁾. والأصل في نطاق الحقوق الشخصية هو براءة الذمة من كل التزام ، فمن يتمسك بالأصل لا إثبات عليه ، ومن يدّعي خلاف هذا الأصل ، بأن يدّعي ديناً له في ذمة الغير ، عليه أن يثبت مصدر هذا الدين.

وعليه فمن ادّعى أنه أقرض آخر مبلغ من المال فعليه أن يثبت عقد القرض. ومن طالب آخر بثمن سلعة فعليه أن يثبت عقد البيع. والشريك الذي يطالب شريكه بنصيبه في الأرباح فعليه أن يثبت عقد الشركة ، ويثبت نصيبه في الربح. "الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر". طبقاً للمادة 596 من القانون المدني. ومن ادّعى أن الوديعة بأجر فعليه إثبات ذلك.

والأصل عصمة جسم الإنسان. وكل من يدّعي إباحة المساس بهذا الجسم أن يقدم الدليل ، ومن هؤلاء الأطباء الذين يدعون أن لهم إباحة المساس بجسم الإنسان بالعلاج أو بالتدخل الجراحي ، فعليه تقديم الدليل بالرضاء بهذا العمل. وهذا ما نصت عليه المادة 44 من المرسوم التنفيذي 92 - 276 المؤرخ في 6 جويلية 1992 المتضمن مدونة أخلاقيات الطب.

¹ - الأصل لغة : هو أسفل الشيء وأساسه. واصطلاحاً : هو ما يبنى عليه غيره ، ولا يبنى هو على غيره.

² - مصطفى أحمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة العاشرة 1968 ، ج 2 ص 1061.

³ - عابد فايد عبد الفتاح ، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، درا النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2006. ص 42. محمد حسنين : الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر ، طبعة 1983م ، ص 20.

والأصل في العلاقة بين المرأة والرجل هو الحرمة. وكل من ادّعى أن له علاقة مع امرأة فعليه أن يقدم الدليل على حلّة العلاقة بينه وبينها. والدليل الذي يقدمه هو عقد الزواج. كما هو واضح من نص المادة 4 والمادة 22 من قانون الأسرة الجزائري. ويعبر فقهاء الشريعة الإسلامية على هذا المعنى بقولهم : "الأصل في الأُبْضَاعِ التحريم"⁽¹⁾.

ب - وفي نطاق الحقوق العينية ، الأصل هو الظاهر

من القواعد الموضوعية الثابتة ، أن القانون يحمي الوضع الظاهر ، حفاظا على استقرار التعامل. ومن هنا نجد القانون يقرر نظرية النيابة الظاهرة (المادة 76 ق م ج)⁽²⁾. كما يجيز التمسك بالعقد الظاهر في مواجهة من يتمسك بالعقد المستتر (المادة 198 ق م ج)⁽³⁾. كما يجيز أيضا الوفاء للدائن الظاهر (المادة 268 ق م ج)⁽⁴⁾.

وهذه الحماية للوضع الظاهر تنسحب أيضا في نطاق الحقوق العينية ، بل هي الأصل الذي يحتكم إليه ، ومن يدّعي خلاف ذلك عليه إثباته. ذلك أن الحق العيني سلطة مباشرة للشخص على شيء تمكنه من استغلاله أو استعماله أو التصرف فيه ، هذه السلطة تخلق وضعاً ظاهراً لصالح هذا الشخص.

وعليه فمن يحوز شيئاً لا يكلف بإثبات ملكيته لما يحوز ، لأن الظاهر أن الحائز مالك ، وغير الحائز الذي يدّعي ملكية العين هو الذي يقع عليه عبء الإثبات. وتطبيقاً لهذه القاعدة نصت المادة 823 من القانون المدني الجزائري : "الحائز لحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف

¹ - زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، الأشباه والنظائر ، تحقيق عبد الكريم فضيلي ، المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1418 هـ - 1998 م ، ص 88. جلال الدين بن عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى 1419 هـ - 1998 م ، ج 1 ص 133.

² - ونصها : "إذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهولاً معاً وقت انقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقاً كان أو التزاماً، يضاف إلى الأصل أو خلفائه.

³ - ونصها : إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري.

⁴ - ونصها : "الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، لا تبرأ ذمة المدين ، إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه، ويقدر هذه المنفعة أو تم الوفاء بحسن نية للشخص كان الدين في حياته.

ذلك"⁽¹⁾. فقد جعل النص من حيازة الحق قرينة على الملكية ، وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس من طرف مدّعي الملكية ، ومن هنا كان الحائز هو المدّعي عليه دائما في دعوى الملكية.

ومثاله أيضا ما نصت عليه المادة 822 من القانون المدني الجزائري : "إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد ، اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية ، إلا إذا كان قد اكتسب هذه الحيازة عن طريق التدليس"⁽²⁾. ومؤدى هذه المادة أن الحيازة المادية الظاهرة عند شخص قرينة على ثبوت الحيازة له إلى أن يقوم دليل على عكس ذلك. ذلك أن الحيازة نفسها قد تكون محل شك في ثبوتها ، لذلك يقتضي الأمر إيجاد قرينة أخرى هي الحيازة المادية ، التي توافرت شروطها من هدوء واستمرار وظهور ووضوح ، فمن أثبت أن عنده هذه الحيازة المادية تكون بذلك قرينة على الحيازة القانونية. وعلى من ينازعه الحيازة أن يثبت أنه هو الحائز ، أو أن حيازة خصمه غير مستوفية الشروط ، أو أنه اكتسبها بطريق التدليس"⁽³⁾.

ومثاله أيضا المالك إذا تمسك بخلو ملكيته من أي حق عيني لا يطالب بإثباته ، لأن الظاهر أن حق الملكية خال من أي حق عيني. فمن يدعي خلاف الظاهر بأن يدّعي أن له حق ارتفاق أو حق انتفاع أو حق رهن ، وجب عليه إثبات هذا الحق ، لأنه يدّعي خلاف الظاهر.

القاعدة الثالثة : البينة على من يدّعي خلاف ما هو ثابت بالقرينة القانونية

وقد يحل محل الأصل في نطاق الحقوق الشخصية ، ومحل الظاهر في نطاق الحقوق العينية ، وضع يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة قانونية يقيّمها ، فيكون الثابت فرضا كالثابت أصلا وكالثابت ظاهرا. ومن ثم فمن يدّعي خلاف ما هو ثابت فرضا بالقرينة القانونية فعلى عاتقه يقع عبء تقديم الدليل.

¹ - وتقابلها المادة 963 من القانون المدني المصري. والمادة 913 من القانون المدني الكويتي. والمادة 968 من القانون المدني الليبي. والمادة 944 من القانون المدني القطري. والمادة 881 من القانون المدني البحريني. والمادة 1/1331 من قانون المعاملات الإماراتي.

² - وتقابلها المادة 964 من القانون المدني المصري. والمادة 923 من القانون المدني الكويتي. والمادة 967 من القانون المدني الليبي. والمادة 943 من القانون المدني القطري. والمادة 891 من القانون المدني البحريني.

³ - عصام أنور سليم ، المرجع السابق ، ص 98.

فالمدعي بدين لا يكلف إثبات سببه المشروع ولا سببه الحقيقي ، لأن القانون فرض أن يكون لكل دين سبب مشروع ، وسبب حقيقي هو المذكور في العقد. وعلى المدين أن يثبت أن سبب الدين غير مشروع ، وأن السبب المذكور في العقد سبب غير حقيقي. وقد نصت المادة 98 من القانون المدني : "أن كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك".

ومن رفع دعوى تعويض على المكلف برقابة قاصر صدر منه عمل غير مشروع أصاب المدعي بالضرر ؛ فمقتضى القياس أن يثبت المدعي العمل غير المشروع الصادر من القاصر ، وتقصير المكلف بالرقابة في تأدية واجبه. لكن القانون المدني في المادة 134 منه ، قد فرض أن التقصير قد وقع من المكلف بالرقابة بمقتضى قرينة قانونية ، فلا يكلف المدعي إثبات التقصير ، وينتقل عبء الإثبات إلى المدعي عليه ، فيثبت أنه قام بواجب الرقابة ، ولكن الضرر لا بد واقع ولو قام بواجب الرقابة كما ينبغي من العناية⁽¹⁾.

وكذلك الحال في مسؤولية حارس الحيوان عن الحيوان ، وفي مسؤولية حارس البناء عن تهمد البناء ، وفي مسؤولية حارس الآلات الميكانيكية أو الأشياء التي تتطلب حراستها عناية خاصة ؛ كل هؤلاء افترض القانون التقصير في جانبهم ، فمدعي التعويض لا يكلف إثبات تقصيرهم ، طبقاً للمواد 138 ، 139 ، 2/140 من القانون المدني الجزائري⁽²⁾.

ومن هذه الأمثلة يتضح لنا أن القرينة القانونية إذا كانت قابلة لإثبات العكس ، فهي تنقل عبء الإثبات ممن يتمسك بها إلى خصمه ، أما إذا كانت غير قابلة لإثبات العكس ، فإنه تعفي من يتمسك بها من الإثبات إعفاء نهائياً ، ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات.

القاعدة الرابعة : البينة على من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلاً

من يدعي على خلاف الأصل أو على خلاف الظاهر أو على خلاف المفروض بالقرينة القانونية ، يكون هو المكلف بعبء الإثبات ، فإذا نجح في إقامة الدليل على ما يدعيه وفقاً لما رسمه القانون من طرق الإثبات ، فإن ما أثبتته يصبح ثابتاً فعلاً.

¹ - محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري ، مصادر الالتزام الواقعة القانونية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، الطبعة الأولى 1993 ، ج 2 ص 177 - 178.

² - محمد صبري السعدي : المرجع نفسه ، ج 2 ص 216 ، 228 ، 235.

وعليه "فالثابت فعلا : هو ما أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية ، حقيقة أو ضمنا"⁽¹⁾. ومن ثم فإن من يتمسك بما هو ثابت فعلا لا يكلف بالإثبات ، وإنما يحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلا.

فالدائن الذي يرفع دعوى الدين على مدينه ، ويقدم على ذلك عقدا رسميا محرر من طرف الموثق على أنه مدين له بمبلغ مائتي ألف دينار جزائري ، فقد أصبح الدين ثابتا حقيقة. فلو أن المدين لم يطعن في صحة العقد الرسمي بالتزوير ، ولم يناقش دليل الدائن ، بل دفع الدّعى بانقضاء الدين بالمقاصة ، كان هذا بمثابة إقرار ضمني منه بالدين ، فيكون الدين ثابتا ضمنا. وعلى المدين عبء إثبات انقضاء الدين بالمقاصة ، لأنه يدعي خلاف ما هو ثابت ضمنا⁽²⁾.

وخلاصة القول :فإن كل من يتمسك بالثابت حكما - أصلا أو ظاهرا أو فرضا - أو بالثابت فعلا - حقيقة أو ضمنا - لا يقع عليه عبء الإثبات. وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الثابت حكما أو فعلا. وغني عن البيان أن تحديد عبء من يحمل الإثبات مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا.

المبحث الثاني : نقل عبء الإثبات

متى تعين أي من الخصمين يحمل عبء الإثبات وفقا للقاعدة العامة التي سبق بيانها ، كان هذا الخصم هو المكلف بإقامة الدليل بالطرق القانونية على صحة ما يدعيه. غير أن السؤال الذي يرد في هذا السياق هل أن من يحمل عبء الإثبات ، مطالب بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون منها الواقعة مصدر الحق المدّعى به ، أم يكفي أن يثبت عنصرا واحدا من عناصر الواقعة مصدر الحق ، ويقوم خصمه بإثبات باقي العناصر ؟ هناك عدة نظريات للإجابة على هذا السؤال.

فذهب "أوبري ورو" إلى أن الخصم الذي يحمل عبء الإثبات ، يجب أن يثبت جميع العناصر الواقعية والقانونية للحق الذي يتمسك به ، أو الفائدة القانونية التي يدعيها. ويقف عبء الإثبات عند هذا الحد. فلا يلزم الخصم بإثبات انعدام الأسباب أو الظروف التي كان وجودها يمنع من كسب

¹ - السنهوري ، المرجع السابق ، ج 2 ص 76.

² - عصام أنور سليم ، المرجع السابق ، ص 98.

الحق. ، أو يؤدي إلى سقوط الفائدة القانونية..ولا يلتزم كذلك أن يثبت أن الحق لم يدخل عليه أي تعديل أو يلحق به قيد لمصلحة خصمه⁽¹⁾.

وذهب "ديموج" إلى القول بفكرة الرجحان (vraisemblance) أي أن من يحمل عبء الإثبات يكفيه أن يثبت من الشروط ما يجعل وجود الحق مرجوحا. فليس عليه أن يثبت أن حقه خال من التدليس ومن الإكراه ، لأن هذه وقائع استثنائية ، ومن يدعي غير الراجح يحمل عبء ما يدعيه ، لأنه يدعي شيئا بعيد الوقوع ، ولكنه مع ذلك قد يقع ، فعليه هو أن يثبت وقوعه.

وقال "بارتان" بفكرة "الأسر الطبيعية للخصومات" (familles naturelles de litiges). أي أن توزيع عبء الإثبات ليس على نمط واحد ، بل يختلف تبعا لما إذا كان يراد إثبات واقعة مادية كوقوع حادث ، أو إثبات حالة نفسية ، كالنية أو كالعلم بالغلط. أو إثبات واقعة مادية بحتة كتسليم طرد لأمين النقل ليستخلص من هذه الواقعة واقعة مادية أخرى ، لا يمكن إثباتها بطريق مباشر ، كتلف ما بالطرد بعد ضياعه أو فقده. أو إثبات واقعة مادية ليستخلص منها إما علاقة سببية بين واقعتين ، أو نسبة معينة بين قيمتين ، تكون المقارنة بينهما من شأنها أن تنشئ التزاما بالرد ، أو إنقاصا لالتزامات مرهقة ، أو تفسيرا لوضع فرضه القانون أو ارتضاه الطرفان. وهذا التحليل يؤدي إلى ما أسماه : "أسر طبيعة من الخصومات". ومن ثم فإذا عرضت مسألة جديدة غير متوقعة في توزيع عبء الإثبات ، أمكنه أن يجد بين "الأسر الطبيعية" ما يصلح لمقارنة الجديد به فيقيسه عليه ويصل من وراء ذلك إلى الحل المنشود.

ويعالج موتيلسكي (Motulsky) الموضوع عن طريق نظرية الإعفاء (la théorie des dispenses). ويميز بين مرحلة عبء الادعاء ، ومرحلة عبء الإثبات. فعبء الادعاء ترد عليه إعفاءات عقلية وإعفاءات قانونية. أما عبء الإثبات فترد عليه إعفاءات قانونية فقط.

والإعفاءات العقلية هي الشروط العامة الواجب توافرها ، في كل دعوى وفي كل حق وفي كل التزام وفي كل عقد. فيعفى المدعي من تضمين ادعاءاته لها إلى أن ينازع فيها المدعى عليه. كما يدخل في الإعفاءات العقلية أيضا المفاهيم والمصطلحات ، كمفهوم البيع والهبة والإيجار والوديعة والزواج ، فتبقى على ما هي عليه إلى أن ينازع فيها المدعى عليه ، فجب تحليلها إلى الأركان التي تتكون منها.

¹ - أوبري ورو ، فقرة 749 ، ج 12 ص 84 - 90.

أما الإعفاءات القانونية ، فهذه لا ينص عليها القانون ولكن تستخلص من ثنايا النصوص ، وقد ينص عليها القانون ، كما نص على افتراض حسن النية ، فيعفى المدعى من إثبات هذا العنصر⁽¹⁾.

وذهب السنهوري إلى أن من يحمل عبء الإثبات ، ليس مطالبا بإثبات كامل وقاطع ، فهو ليس مكلف بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون منها الواقعة مصدر الحق المدعى به. فهو يتخفف من هذا العبء بأمرين : الأول بتحليل عناصر الواقعة المراد إثباتها إلى عناصر متعددة يتوزع بين الخصمين عبء إثباتها ، فيقوم كل منهما بنصيبه في هذا العبء. الثاني : بعدم مطالبة الخصم بإثبات قاطع يصل إلى درجة الحقيقة المطلقة ، بل يكفي أن يثبت رجحانها⁽²⁾.

وذهب "جيني" إلى تحميل عبء الإثبات لمن يريد تعديل وضع مكتسب. وذهب "بارد" إلى تحميل عبء الإثبات لمن يتمسك بواقعة مخالفة للوضع المألوف المعتاد. وذهب "تفينيه" (Thevenet) إلى تحميل عبء الإثبات عن طريق من يقوم الظاهر ضده.

والخلاصة التي نخرج بها من كل هذه النظريات أنه إذا ادعى شخص أنه أقرض آخر مبلغا من المال فعليه أن يثبت عقد القرض ، ولكن هل معنى ذلك أن عليه أن يثبت أن عقد القرض خال من أسباب البطلان⁽³⁾. وأن يثبت أن القرض لم ينقض بأي سبب من أسباب الانقضاء ، كالوفاء والتجديد والمقاصة والإبراء واتحاد الذمة. وإذا ما أثبت أن الدين لم ينقض ، فهل عليه أن يثبت أنه لم يلحقه أي تعديل ؟

إن تفسير عبء الإثبات بهذا النحو ينوء به كاهل الخصم ، لذلك فإن الضرورة تقتضي بأن يكتفي الخصم بإثبات عقد القرض ، وبعد ذلك يستعان بالقواعد التي سبق بيانها ، فما هو ثابت أصلا ، أو فرضا بالقرينة القانونية ، أو فعلا ، لا يكلف بإثباته.

ويترتب على ذلك أن الدائن متى ما أثبت القرض ، كان من الثابت حكما أنه خال من أسباب البطلان ، فإذا ادعى المدين أنه لحق القرض سبب من أسباب البطلان ، فعليه إثبات ذلك. فإذا عجز

¹ - موتيلسكي ، في نظرية العناصر المكونة للحقوق ، رسالة من باريس سنة 1948.

² - السنهوري ، المرجع السابق ، ج 2 ص 83 - 85.

³ - وأسباب البطلان : ترجع إلى التراضي والمحل والسبب ، وإلى الأهلية ، وإلى عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال.

عن ذلك فقد أصبح الدين ثابتاً فعلاً ، فإذا ادّعى المدين أن الدين لحقه تعديل ، أو انقضى بسبب من أسباب الانقضاء ، فعليه إثبات ذلك.

المبحث الثالث : توزيع عبء الإثبات

تبين لنا مما سبق أن عبء الإثبات لا يثقل كاهل أحد الخصمين ، بل يتوزع بينهما وينتقل من طرف لآخر ، ونقل عبء الإثبات وتوزيعه بين الخصمين ، قد يقع بحكم الاتفاق بين الخصمين إذا لم تكن قواعد الإثبات متعلقة بالنظام العام. وقد يقع بحكم الواقع بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضي عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه ، وقد يقع بمقتضى قرائن قانونية ينقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر.

المطلب الأول : الاتفاق على نقل عبء الإثبات

إن بعض قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، لأنها وضعت لحماية الخصوم ، فمن الجائز إذن ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ، أن يتفق الأطراف مقدماً على إلغاء القرينة القانونية وإعادة توزيع عبء الإثبات ، فيتنازلوا بذلك عن الحماية التي منحها لهم القانون. فيكون في هذا تعديل اتفاقي لقواعد عبء الإثبات ، وهو صحيح قانوناً.

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية بأن : "قواعد الإثبات الموضوعية المتعلقة بتحديد محل الإثبات ، وعبئه ، وطرقه ، لا تعتبر من النظم العام ، لأنها مقررّة لمصلحة الخصوم. ومن ثم يجوز لهم أن يتفقوا على ما يخالفها ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ، فيجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات من المكلف به أصلاً إلى الطرف الآخر صراحة أو ضمناً"⁽¹⁾.

والاتفاق على نقل عبء الإثبات ، يجوز أن يتم قبل قيام النزاع بين الأطراف ، كما يجوز أن يتم أيضاً أثناء السير في الدعوى. وكما يمكن أن يكون الاتفاق صريحاً يمكن أن يكون ضمناً⁽²⁾. وعلى ذلك فمن تطوع من الخصمين بإثبات ما ليس ملزم بإثباته ، وسكت الخصم الآخر يكون هذا بمثابة اتفاق ضمني على نقل عبء الإثبات إلى الخصم المتطوع. وتطبيقاً لهذا قضت محكمة النقض المصرية بأنه : "إذا كان الخصم قد طلب من المحكمة إحالة الدعوى إلى التحقيق ، فلا يجوز له بعد ذلك أن

¹ - نقض مدني 6 جانفي 1975 ، مجموعة المكتب الفني ، س 26 ، ص 106. ونقض مدني 28 ماي 1986 ، مجموعة المكتب الفني ، س 37 ، ص 615.

² - السنهاوري ، المرجع السابق ، ج 2 ص 88.

يطعن في الحكم الذي أجابه إلى طلبه ، على أساس أنه كان متطوعا في إثبات ما هو غير ملزم بعبئه⁽¹⁾.

وهذه بعض الأمثلة التي توضح جواز الاتفاق على نقل عبء الإثبات.

1 - تنص المادة 185 على أنه : "إذا جاوز الضرر قيمة التعويض المحدد في الاتفاق (شرط جزائي) فلا يجوز للدائن أن يطالب أكثر من هذه القيمة ، إلا إذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما". ولكن يجوز للطرفين الاتفاق على نقل عبء الإثبات مقدما من الدائن إلى المدين ، فيكون للدائن أن يطالب بقيمة الضرر التي جاوزت قيمة الشرط الجزائي ، ما لم يثبت المدين أنه لم يرتكب غشا.

2 - الأصل أن حارس الحيوان هو المسؤول عن الضرر الذي يحدثه الحيوان الذي في حراسته ، إلا إذا أثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي كما هو واضح من عبارة المادة 139 من القانون المدني⁽²⁾. وعليه فيجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات إلى الطرف المضرور.

3 - "المستأجر مسئول عن حريق العين المؤجرة ، إلا إذا أثبت أن الحريق نشأ عن سبب ليس من فعله". طبقا للمادة 496 من القانون المدني الجزائري. ولكن يجوز للطرفين أن يتفقا مقدما على نقل عبء الإثبات إلى المؤجر فيكون المستأجر غير مسئول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا أثبت المؤجر خطأ في جانبه ، وبذلك يتحول التزام المستأجر من التزام بتحقيق غاية إلى التزام ببذل عناية.

المطلب الثاني : نقل عبء الإثبات عن طريق القرائن القضائية

إن القرينة القضائية هي العلامة التي يستنتجها القاضي من خلال ظروف القضية وملاساتها ، ومن ثم فهو يقوم بتوزيع عبء الإثبات بين الخصمين ، حسبما يبدو له من هذه العلامات ، إلى أن يعجز أحدهما على دحض هذه العلامة فيحكم عليه. وهذه بعض الأمثلة التي توضح كيف يقوم القاضي بتوزيع عبء الإثبات بين الخصمين بمقتضى القرائن القضائية.

¹ - نقض مدني 26 جانفي 1975 ، مجموعة المكتب الفني ، س 26 ، ص 106. نقض مدني 28 ماي 1986 ، مجموعة المكتب الفني ، س 37 ، ص 615.

² - ونص المادة 139 : "حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له ، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ، ما لم يثبت الحارس أو وقوع الحادث كان بسبب لا ينسب إليه".

- 1 - شخص يريد إثبات صورية عقد بيع صدر من أب لابنه. فيثبت علاقة البنوة أولا. ثم يثبت أن الولد صغير عديم الكسب ليس له مال ظاهر يسمح بدفع الثمن المذكور في العقد. وهنا يستنتج القاضي قرينة قضائية على صورية عقد البيع. حينها ينقل القاضي عبء الإثبات إلى الأب ليثبت أن الابن مع صغر سنه ، فله مصدر مال دفع منه الثمن المذكور في العقد.
- 2 - رفع ورثة مؤلف دعوى على دار نشر ، يطالبونها بالتعويض ، لاعتدائها على حق من حقوقهم الفكرية ، حيث نشرت مؤلف مورثهم دون إذن منهم. فعلى المدعي (الورثة) أن يثبت أنه حصل على الحق الفكري وقام بتسجيله وفقا لما هو مقرر في القانون. وعند ذلك تقوم قرينة قضائية على اعتداء دار النشر على حقوق الورثة ؛ عندها يقوم القاضي بنقل عبء الإثبات إلى المدعي عليه (دار النشر) ، ليثبت أن هذا الحق رغم تسجيله لا يستحق الحماية القانونية⁽¹⁾. إما أن المؤلف تنازل عن الحقوق المادية طبقا للمادة 61 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة. أو لانتهاؤ مدة الحماية القانونية المقررة بمدة خمسين سنة من مطلع السنة المدنية التي تلي وفاة المؤلف ، طبقا للمادة 54 من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

المطلب الثالث : نقل عبء الإثبات عن طريق القرائن القانونية

- 1 - يريد الدائن إثبات إعسار المدين⁽²⁾. هنا يتكفل القانون بتحليل عناصر الإثبات وتوزيعها على الخصمين عن طريق إقامة قرائن قانونية. حيث نصت المادة 193 من القانون المدني الجزائري

¹ - نظم حق المؤلف في الجزائر بالأمر 73 - 14 المؤرخ في 2 أبريل 1973. ثم تم إلغاؤه بالأمر رقم 97-10 المؤرخ في 6 مارس سنة 1997 ، يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة. ثم ألغي بالأمر 03 - 05 المؤرخ في 19 يوليو 2003. وهذا هو القانون الساري المفعول اليوم.

² - الإعسار إجراء يتخذه الدائن يغل به يد المدين عن التصرف في ماله ، حتى يستطيع أن يستوفي حقه دون أن يخشى غش المدين أو تهاونه. وهو إجراء وسط بين الإجراءات التحفظية والإجراءات التنفيذية. ذلك أن الدائن إذا توقف عن دفع ديونه المستحقة عليه يشهر إعساره ، كما يشهر إفلاس التاجر الذي توقف عن دفع ديونه المستحقة عليه ، وكل من الإعسار المدني (Dèconfiture) والإفلاس التجاري (Faillite) يقوم على أسس ثلاثة وهي :

أ - لا يتفرد أحد الدائنين دون الباقي بالاستئثار بمال المدين ، إلا إذا كان له على هذا المال حق خاص ، كرهن أو امتياز ، يميزه فيه عن سائر الدائنين.

ب - تقييد يد المدين عن التصرف في أمواله ، إلا أن تنتهي التفليسة بالتصفية أو بالصلح.

ج - تصفية أمواله تصفية جماعية.

على أنه : "إذا ادعى الدائن إعسار المدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها".

إذا أراد الدائن أن يثبت أن مدينه معسرا - والإعسار هو عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه المستحقة الأداء - فما عليه سوى أن يثبت دينا مستحق الأداء في ذمة المدين. وهنا تقوم قرينة قانونية على إعسار المدين ، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس. إذ يجوز للمدين دحض هذه القرينة بأن يثبت أن له مالا يكفي للوفاء بهذا الدين المستحق. فإن عجز عن هذا الإثبات اعتبر معسرا ، وغلّت يده عن التصرف في ماله. والإعسار المقصود هنا هو الإعسار الفعلي الذي تزيد ديون المدين على حقوقه، وليس الإعسار القانوني الذي يستلزم حكما بشهره بشروط وإجراءات معينة. لم يرد لها تنظيم في القانون المدني الجزائري، بخلاف القانون المدني المصري الذي نظمها في المواد 249 - 264. كما نظمها القانون المدني السوري في المواد 250 - 264.

2 - تنص المادة 72 من قانون التأمينات الجزائري على أنه إذا أمن شخص على حياته ، ثم انتحر ، فإن ذمة المؤمن (شركة التأمين) تبرأ من التزامها إذا دفع مبلغ التأمين إلى المستفيد. ومع ذلك فإن ذمة المؤمن (شركة التأمين) لا تبرأ من التزاماته، إذا كان الانتحار قد حصل بعد مرور السنة الثانية من العقد، وكان بسبب مرض أفقد المؤمن له الحرية في تصرفاته.

وبناء على هذا فإذا مات المؤمن على حياته ، وادّعت شركة التأمين أنه انتحر بمحض إرادته ، وعن وعي منه خلال السنتين الأوليين من العقد ؛ فهنا يتولى القانون توزيع عبء الإثبات بين المؤمن والمستفيد. فتتحمل شركة التأمين عبء إثبات أن المؤمن على حياته مات منتحرا خلال السنتين الأوليين من العقد. وعندئذ يفرض القانون فرضا قابلا لإثبات العكس أن الانتحار كان بإرادة المنتحر، وأن هذا لم يكن فاقد الإرادة وقت انتحاره. فينتقل عبء الإثبات إلى المستفيد وعليه أن يثبت حتى يستحق مبلغ التأمين أن المؤمن له انتحر بعد مرور سنتين من العقد ، وأنه حين انتحر كان فاقد الإرادة.

يتفق الإعسار المدني مع الإفلاس التجاري في الأساسين الأوليين ويختلف عنه في الثالث. فلا يوجد في الإعسار المدني تصفية جماعية يقوم بها السنديك مثلا لاتحاد الدائنين كما هو الأمر في الإفلاس التجاري ، بل يبقى أمر التنفيذ على أموال المدين كما في الوسائل المدنية الأخرى (الدعوى المباشرة وغير المباشرة ودعوى الصورية ، والدعوى البولصية) موكولا إلى إجراءات فردية يقوم بها كل دائن باسمه الخاص.

3 - نازع ورثة البائع المشتري ، في أن الثمن المذكور في عقد بيع المنزل صوري ، وأن البيع صدر في مرض الموت ، فيكون وصية لا تنفذ إلا في ثلث التركة.

تتولى المادة 776 من القانون المدني الجزائري بيان طبيعة التصرف الصادر في مرض الموت ، وتوزيع عبء الإثبات بين الورثة والمشتري. فتتص أن كل تصرف قانوني يصدر في مرض الموت ، يعتبر وصية مهما كانت التسمية التي تعطى له ، ومن ثم فإن الورثة يتحملون عبء إثبات أن البيع صدر في مرض الموت ويثبتون ذلك بكافة الطرق ؛ ومتى أثبتوا ذلك ، قامت قرينة قانونية على أن العقد مقصود به التبرع ، وأن ثمننا معيناً لم يدفع. وعندها ينتقل عبء الإثبات إلى المشتري ، ليثبت أنه دفع للبائع ثمننا لا يقل عن قيمة المبيع ، بمقدار يجاوز قيمة ثلث التركة.

وهكذا يتضح لنا من خلال هذه الأمثلة المختلفة ، أن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ، ليست في الحقيقة سوى توزيعاً لعبء الإثبات بين الخصمين ، تكفل القانون به.

المبحث الرابع : عبء الإثبات في الفقه الإسلامي

أقر الفقه الإسلامي قاعدة البيّنة على من ادّعى ، وهي جزء من حديث نبوي شريف ، وقامه قوله صلى الله عليه وسلم : "لو يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ ، وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعِي"⁽¹⁾. وروى البيهقي والطبراني بإسناد صحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : "البيّنة على المُدَّعِي واليمين على من أنكر".

وقد قالوا "في تفسير المدّعي والمدّعى عليه : بأن المدّعي هو من يخلو وسكوته من الخصمين ، والمدّعى عليه هو من لا يخلو وسكوته منهما. ومنهم من قال : المدّعي من يطلب أمراً خفياً على خلاف الأصل والظاهر ، والمدّعى عليه بخلافه"⁽²⁾.

وقاعدة البيّنة على من ادّعى الواردة في الحديث الشريف ، رغم بدايتها لم تعرفها أوروبا في قوانينها إلا في العصر الحديث ، فقد كان في القانون الفرنسي القديم يلقي عبء الإثبات على المدّعي

¹ - أخرجه البخاري ، في كتاب التفسير ، باب قوله تعالى : {إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ} ، حديث رقم 4552. وأخرجه مسلم ، في كتاب الأقضية ، باب اليمين على المدّعي عليه ، حديث رقم 1711.

² - ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم ، تحقيق حمدي الدمرداش محمد ، دار المنار للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة ، ص 420.

عليه. وهذا يكشف ما للفقه الإسلامي من فضل التقدم ، حيث قرر هذه القاعدة منذ ظهور الإسلام، في عصر لم تكن تعرف أوربا قط مثل هذه القاعدة⁽¹⁾.

وقاعدة البيّنة على من ادّعى توضيحها قواعد أخرى ، حتى تنضبط أغلب الصور الممكنة أو الفروض المحتملة ، وهذه القواعد هي :

1 - اليقين لا يزول بالشك⁽²⁾: أي إذا ثبت أمر من الأمور ثبوتاً يقينياً ، ثم وقع الشك في وجود ما يزيله يبقى الأمر المتيقن هو المعتبر إلى أن يتحقق السبب المزيل. لأن اليقين أقوى من الشك ، ولأن في اليقين حكماً قطعياً جازماً فلا ينهدم بالشك⁽³⁾.

قال السيوطي : "اعلم أن هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب الفقه ، والمسائل المخرجة عليها تبلغ ثلاثة أرباع الفقه"⁽⁴⁾.

وبناء على هذا فإذا ثبت دين على شخص ، ثم مات ووقع الشك في وفائه ، فالدين باق لا يزول بالشك ، إلا أن يقع الوفاء يقيناً. وعلى من يدّعي الوفاء إثبات ذلك.

وإذا ثبت عقد بين اثنين ، ووقع الشك في فسخه ، فالعقد قائم. وعلى من يدّعي الفسخ إثبات ذلك.

وإذا هلكت الوديعة عند الوديع ، ووقع الشك في أنها هلكت بتعديها أو بتقصيرها فيضمنها ، أو أنها هلكت قضاء وقدر فلا يضمنها ؛ فإنه يعتبر غير ضامن ، لأن صفة الأمانة هي المتيقنة عند العقد ، فلا تزول بالشك في حصول التعدي أو التقصير. وعلى مدّعي التعدي أو التقصير إثبات ذلك.

¹ - وقد نقل السنهوري عن "بيدان" و"بيرو" المراحل التي مرت بها القاعدة إلى أن استقرت بشكلها الحالي. وينقل قولهما : بأن من الخطأ حسابان القاعدة التي تقضي بأن البيّنة على المدّعي ، من القواعد التي تملئها البدهة وتقضي بها طبيعة الأشياء، فإن الواقع من الأمر أن هذه القاعدة لم تظهر ، إلا بعد أن نظم القضاء تنظيمًا خاصاً ، وبعد أن برز المبدأ الذي يقضي بحماية الأوضاع الظاهرة. السنهوري ، الوسيط ، ج 2 ص 68.

² - زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، الأشباه والنظائر ، المكتبة العصرية للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1998 ، ص 75. جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1998 ، ج 1 ص 114.

³ - مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 2 ص 967.

⁴ - جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج 1 ص 115.

لو اشترى شخص شيئاً ، ثم ادّعى أن به عيباً وأراد رده ، واختلف الخبراء في اعتباره عيباً ، فقال بعضهم هو عيب ، وقال آخرون هو ليس بعيب ، فليس للمشتري رده ، لأن السلامة من العيب هي الأصل المتيقن ، فلا يثبت العيب بالشك⁽¹⁾.

2 - الأصل بقاء ما كان على ما كان⁽²⁾: أي اعتبار الحالة الثابتة في وقت ما ، مستمرة في سائر الأوقات ، حتى يثبت انقطاعها أو تبديلها. ويسمى هذا الأصل "الاستصحاب"⁽³⁾. وهو نوعان: الأول : جعل الأمر الثابت في الماضي مستصحباً في الحال. الثاني : جعل الأمر الثابت في الحال مستصحباً ومنسحباً في الماضي. وهو المسمى بالاستصحاب المعكوس ، وبتحكيم الحال. والنوع الأول من الاستصحاب ليس حجة في الاستحقاق من الغير. والنوع الثاني وهو الاستصحاب المعكوس يكفي حجة للدفع⁽⁴⁾.

وذكر ابن نجيم أن مشهور المذهب الحنفي الذي اختاره كبار أئمة المذهب أبو زيد الدبوسي ، وشمس الأئمة السرخسي ، وفخر الإسلام البزدوي ، لا يعتبرون الاستصحاب حجة لا في الدفع ولا في الاستحقاق. وأن ما يدل بظاهره من الفروع على أنه حجة في الدفع فليس في الحقيقة احتجاجاً بالاستصحاب ، بل باستمرار العدم الذي هو الأصل في الأشياء⁽⁵⁾.

وبناء على هذا فلو ادّعى المقترض دفع الدين إلى المقرض ، أو ادّعى المشتري دفع الثمن إلى البائع ، أو ادّعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر ، وأنكر المقرض والبائع والمؤجر ؛ كان القول لهؤلاء المنكرين ، لأن هذه الديون ثابتة يقيناً ، وتعتبر باقية في ذمم الملتزمين بها ، ما لم يثبتوا دفعها والوفاء بها ، لأنها كانت مستحقة عليهم ييقين ، فالأصل بقاؤها في ذممهم حتى يثبت سقوطها. ومن الفروع لهذه القاعدة مسألة المفقود أو الغائب غيبة منقطعة بحيث لا يعرف موته أو حياته. فإنه يعتبر حياً في حق نفسه ، أي في استحقاق الغير منه ، إلى أن يثبت موته حقيقة أو حكماً بأن

¹ - أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الرابعة 1996 ، ص 83.

² - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 76. جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج 1 ص 115.

³ - مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج 2 ص 968.

⁴ - أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص 89. جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج 1 ص 156.

⁵ - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 95.

يقضي القاضي بموته. وبناء عليه فلا يقسم قبل ذلك ماله بين ورثته، ولو كان له وديعة عند أحد يجب على المستودع حفظها، وليس لأحد أن يأخذها منه.

ويعتبر كالميت في جانب الاستحقاق من غيره، فلا يرث من غيره بل يوقف نصيبه من المورث، فإن ظهر حيا أخذه، وإن ثبت موته حقيقة أو حكما أعيد النصيب إلى ورثة ذلك المورث⁽¹⁾.

3 - الأصل في الأمور⁽²⁾ العارضة العدم⁽³⁾: المراد بالأمور العارضة ما كان عدمه هو الحالة الأصلية أو الغالبة، فيكون العدم هو المتيقن لأنه الحالة الطبيعية، ويكون تغيره إلى الوجود عارضا مشكوكا فيه⁽⁴⁾.

ومثال ذلك لو ادّعى شخص على آخر أنه عقد معه عقدا، أو أتلف له مالا، أو ارتكب جريمة، وأنكر المدّعى عليه، فالقول قول المدّعى عليه حتى يثبت المدّعي هذه الأفعال لأنها أمور عارضة، وأن الحالة الأصلية المتيقنة قبل هذا الادعاء هي العدم.

وكذلك لو تباع اثنان، فادّعى أحدهما بعد ذلك أنه علق العقد على شرط ويريد الوفاء بهذا الشرط أو فسخ العقد. وكذلك لو ادّعت الزوجة أنها اشترطت في عقد الزوج شرطا، وتريد الوفاء بما اشترطت، وإلا طالبت بالتطليق⁽⁵⁾. ففي الحالتين فالقول قول المنكر بيمينه، لأن الاشتراط أمر عارض، فالحالة الطبيعية الأصلية في العقد هو خلوه عن الشروط الزائدة، فيكون عدمها هو المتيقن، ووجودها مشكوك فيه يحتاج إلى إثبات.

لو ادّعى ورثة عاقد أن مورثهم كان حين التعاقد مجنونا فعقده باطل، وأنكر الخصم ذلك، اعتبر العاقد عاقلا حتى يثبت جنونه، لأن الجنون آفة عارضة، والأصل سلامة العقل فكان الظاهر شاهدا لمدّعي السلامة.

¹ - أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، ص 91.

² - وردت هذه القاعدة عند البعض الفقهاء بصيغة "الأصل في الصفات العارضة العدم". والأدق هو "الأمور" بدلا من "الصفات" لأن القاعدة لا تقتصر على الصفات كالجنون أو المرض أو غيرها، بل تشمل الصفات والأمور المستقلة مثل العقود والفعل الضار أو النافع وغير ذلك.

³ - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 84.

⁴ - مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج 2 ص 969.

⁵ - وهذا ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة 9/53، وهو رأي الحنابلة الذين يميزون فسخ عقد الزواج بالشروط المقترنة به إذا لم يقع الوفاء بها. وليس هو رأي جمهور الفقهاء الذين يقولون بنظرية مقتضى العقد.

4 - الأصل براءة الذمة⁽¹⁾ : إن الإنسان يولد خالياً من كل دين أو التزام أو مسؤولية ، وكل ادعاء لشغل ذمته بشيء من الحقوق ، إنما يطرأ بأسباب عارضة بعد الولادة ، والأصل في الأمور العارضة العدم⁽²⁾. قال السيوطي : "الأصل براءة الذمة ، ولذلك لا يقبل في شغل الذمة شاهد واحد، ما لم يعتضد بآخر ، أو يمين المدعى. ولذا كان القول قول المدعى عليه ، لموافقته الأصل"⁽³⁾. قال الشافعي : "أصل ما انبنى عليه الإقرار أني أعمل اليقين وأطرح الشك ، ولا أستعمل الغلبة".

وبناء على ذلك لو توجهت اليمين على المدعى عليه فنكّل ، لا يقضى عليه بمجرد النكول ، لأن الأصل براءة ذمته من كل التزام ، بل تعرض اليمين على المدعى.

وكذلك لو ادعى شخص على غيره التزاما بدين أو عمل مهما كان سببه ، من عقد أو إتلاف أو أي سبب آخر من أسباب الالتزام أو الضمان ، فعليه هو الإثبات إذا أنكر الخصم ، لأن هذا المدعى عليه يتمسك بالحالة الأصلية وهي براءة الذمة ، فيكون ظاهر الحال يشهد له ما لم يثبت خلافه.

5 - الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته⁽⁴⁾ : كثيرا ما تختلف أحكام الحوادث ونتائجها باختلاف تاريخ حدوثها ، فعند التنازع في تاريخ الحادث يحمل على الوقت الأقرب إلى الحادث حتى يثبت الأبعد. لأن الوقت الأقرب قد اتفق الطرفان على وجود الحادث فيه ، وانفرد أحدهما بزعم وجوده قبل ذلك. فوجود الحادث في الوقت الأقرب متيقن ، وفي الوقت الأبعد مشكوك فيه.

وبناء على هذا : لو تبين في المبيع عيبا بعد قبضه ، فزعم البائع حدوث العيب عند المشتري ، وزعم المشتري حدوث العيب عند البائع ، فإنه يعتبر حادث عند المشتري ، فليس له فسخ البيع حتى يثبت أن العيب قد سم حدث عند البائع.

ومنها لو ضرب شخص بطن امرأة حامل ، فانفصل الجنين حيا ، وبقي زمانا بلا ألم ثم مات ، فلا ضمان عليه ، لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر⁽⁵⁾.

¹ - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 78. جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج 1 ص 120.

² - مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 2 ص 970.

³ - جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج 1 ص 120.

⁴ - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 84.

⁵ - جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج 1 ص 130.

6 - الأصل في الأشياء الإباحة⁽¹⁾: ويراد بذلك الأشياء النافعة ، وعليه فكل من ادّعى حرمة

التعامل في شيء من الأشياء النافعة فعليه أن يقدم الدليل الذي يمنع التعامل في ذلك الشيء. وأساس هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم : "إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ، ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها ، وحدّ حدودا فلا تنتهكوها ، وسكت عن أشياء من غير نسيان فلا تبحثوا عنها". وفي رواية أخرى "وسكت عن كثير من غير نسيان فلا تتكلفوها رحمة لكم فاقبلوها"⁽²⁾. وقوله تعالى : {هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا} ⁽³⁾. فالله تعالى أخبر في هذه الآية أن جميع المخلوقات الأرضية للإنسان. لأن "ما" من ألفاظ العموم ، وأكد ذلك بقوله "جميعا". واللام في "لكم" تفيد الاختصاص على جهة الانتفاع للمخاطبين. وعندئذ فيلزم من ذلك أن يكون الانتفاع بجميع المخلوقات مآذونا فيه شرعا ، وهو المدعى.

7 - الأصل في المضار التحريم⁽⁴⁾: والدليل على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم : "لا ضرر

وضرار في الإسلام"⁽⁵⁾. فالحديث يدل على نفي الضرر مطلقا ، لأن النكرة في سياق النفي تعم ، وهذا النفي ليس واردا على الإمكان ، ولا على الوقوع قطعا ، بل على الجواز ، وإذا انتفى الجواز ثبت التحريم ، وهو المدعى⁽⁶⁾. والضرر المنفي يشمل الضرر العام والخاص ، ويشمل دفعه قبل الوقوع بطرق بطرق الوقاية الممكنة ، ورفع بعد الوقوع بما يمكن من التدابير التي تزيل آثاره، وتمنع تكراره⁽⁷⁾.

وهذه القاعدة من أركان الشريعة الإسلامية وتشهد لها نصوص كثيرة من الكتاب والسنة ، وهي أصل في منع الفعل الضار ، وترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة.

¹ - ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 87. جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج 1 ص 131.

² - رواه البيهقي في السنن الكبرى ج 10 ص 21. وذكره الحافظ الهيثمي وقال : رواه الطبراني في الكبير. انظر مجمع الزوائد ، ج 1 ص 176.

³ - سورة البقرة ، آية رقم : 28.

⁴ - جلال الدين السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج 1 ص 131.

⁵ - رواه مالك في الموطأ ، وابن ماجه والدارقطني في سننهما.

⁶ - جمال الدين عبد الرحيم الإسني ، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول ، عالم الكتب ، بيروت ، لبنان ، ج 4 ص 357.

⁷ - مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 2 ص 978.

8 - الأصل في الكلام الحقيقة⁽¹⁾

الحقيقة : هي المعنى الأصلي الذي وضع له اللفظ. ويقابلها المجاز : وهو كل معنى آخر لم يوضع له اللفظ. ولكن بينه وبين المعنى الحقيقي علاقة تسوغ للمتكلم أن يقصده بذلك اللفظ ، اعتمادا على قرينة تدل على أنه قد أراده دون المعنى الحقيقي.

ومعنى القاعدة أنه إذا كان للفظ معنيان متساويان ، معنى حقيقي ومعنى مجازي ، وورد اللفظ مجردا عن قرينة ترجح أحد المعنيين على الآخر ، فإنه يراد به حيثئذ المعنى الحقيقي لا المجازي. لأن المجاز خلف عن الحقيقة فترجح هي عليه في نفسها⁽²⁾.

وعلى هذا فإن إعمال كلام المتكلم ، من مشروع وعاقده وحالف وشاهد وغير ذلك ، يجب حمل ألفاظه على الحقيقة عندما لا تكون هناك قرينة ترجح إرادة المجاز.

فلو قال شخص لآخر وهبتك هذا الشيء فأخذه المخاطب ، ثم ادعى القائل أنه أراد بالهبة البيع مجازا وطلب الثمن ، لا يقبل قوله ، لأن الأصل في الكلام الحقيقة ، وحقيقة الهبة تمليك بلا عوض. بخلاف ما لو قال وهبتك هذا الشيء بألف دينار ، فإن ذكر ألف دينار على سبيل العوض قرينة على أنه أراد بالهبة البيع مجازا ، فيحمل قوله عليه.

وعلى هذا لو أوصى لولده أو وقف لهم ، فلا يدخل في ذلك ولد الولد ولا ولد البنت في الأصح من الأقوال ، لأن اسم الولد في الحقيقة هو ولد الصلب.

والخلاصة من كل ما تقدم أن هناك اتفاق بين الفقہ القانوني الوضعي والفقہ الإسلامي في مسألة عبء الإثبات ، حيث يكون الإثبات على المدعي ، و على كل من يدعي خلاف الأصل.

¹ - مصطفى الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، ج 2 ص 1003. السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ج 1 ص 135. ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص 91.

² - أحمد محمد الزرقاء ، شرح القواعد الفقهية ، 133.

قائمة المراجع

- 1 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة 1998 ، بيروت ، لبنان.
- 2 - محمود جمال الدين زكي ، المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري ، دار النهضة العربية. مطبعة جامعة القاهرة ، 2001.
- 3 - عصام أنور سليم ، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف الإسكندرية، جمهورية مصر العربية ، طبعة 2005.
- 4 - رمضان أبو السعود ، أصول الإثبات ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، طبعة 2002.
- 5 - سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، الطبعة الأولى 2009.
- 6 - عابد فايد عبد الفتاح ، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2006.
- 7 - محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للالتزامات ، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر ، الطبعة الأولى 1993.
- 8 - محمد صبري السعدي ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الأولى 2009.
- 9 - محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، طبعة 1985.
- 10 - محمود عبد الرحيم الديب، أسس الإثبات المدني في القانون المصري والفقہ الإسلامي ، طبعة 1998.
- 11 - أحمد شرف الدين، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، طبعة 2005.
- 12 - زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، الأشباه والنظائر ، تحقيق عبد الكريم فضيلي ، المكتبة العصرية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة الأولى 1418 هـ - 1998م.
- 13 - جلال الدين بن عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، الطبعة الأولى 1419 هـ - 1998م.

- 14 - جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسوي ، نهاية السؤل شرح منهاج الوصول ، عالم الكتب، بيروت ، لبنان.
 - 15- مصطفى أحمد الزرقا : المدخل الفقهي العام ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة العاشرة 1968.
 - 16- أحمد الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الرابعة 1996.
 - 17- مالك بن أنس ، الموطأ ، دار الآفاق الجديدة ، بيروت ، الطبعة الثالثة 1403هـ - 1983م.
 - 18 - ابن رجب الحنبلي ، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثا من جوامع الكلم ، تحقيق حمدي الدمرداش محمد ، دار المنار للطباعة والنشر والتوزيع ، القاهرة.
- القوانين :

- 1 - الأمر 75 - 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني. المعدل والمتمم.
- 2 - الأمر 95 - 07 المؤرخ في 25 يناير 1995 المتعلق بالتأمينات. المعدل والمتمم بالقانون رقم 06 - 04 المؤرخ في 20 فبراير 2006.
- 3 - الأمر 03 - 05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو 2003. يتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.
- 4 - القانون رقم 25 الصادر سنة 1968 ، المتضمن إصدار قانون الإثبات المصري
- 5 - قانون البنات السوري ، رقم 359 الصادر في 10 جوان 1947
- 6 - القانون الاتحادي الإماراتي رقم (10) لسنة 1992، المتضمن قانون الإثبات ، المؤرخ في : 11 رجب 1412 هـ الموافق 15 يناير 1992م.
- 7 - قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 ، المؤرخ في 3 - 9 - 1979.

- 1 - Code civil Français 1804
- 2 - Code civil Suisse(du 10 décembre 1907.Etat le 27 décembre 2005)
- 3 - Code des obligations Suisse (du 30 mars 1911.Etat 1^{er} janvier 2010)
- 4 - Code civil Belge. Entrée en vigueur : 13-09-1807