

قواعد الإثبات

في المواد المدنية والتجارية

والتجارة الإلكترونية

الأستاذ الدكتور
حسن عبد الباسط جميمي
أستاذ القانون
وكيل كلية الحقوق ورئيس قسم القانون المدني الأسبق
كلية الحقوق - جامعة القاهرة
المحامي لدى محكمة النقض والإدارية العليا و الدستورية العليا
المحكم الدولي

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايِنُتُم بِمِمْوَنٍ إِلَى أَجْلٍ مَسْمُو فَاقْتُبُوهُ وَلَا يَكْتُبْ
بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبُ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبْ كَمَا عَلِمَ اللَّهُ فَلَا يَكْتُبْ
وَلَا يُمْلِلَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلَا يَنْقُضَ اللَّهُ وَبِهِ وَلَا يَبْخَسُ مِنْهُ شَيْئًا ..."

"سُورَةُ الْبَقْرَةِ ، مِنَ الْآيَاتِ رَقْمٌ - ٢٨٣"

تقديم

قدمت لهذا الكتاب في طبعاته السابقة مؤكداً إدراكي عن يقين بارتباط وجود الحق بإقامة الدليل مردداً في ذلك ما سبق وكتبه المرحوم الوالد

الأستاذ الدكتور / عبد الباسط جماعي

من أن " كل حق بدليله رهين " .

وقد حرصت في عامي هذا أن يكون عملي أكمل مما كان عليه في الأعوام السابقة، فاضفت ونحت وعدلت حتى ظهر هذا الكتاب على هذا النحو.

وقد راعت فيه أن يتضمن التطورات التشريعية التي طرأت على التشريع وذلك بصدور قانون التوقيع الإلكتروني الذي سبق و أن أعددنا أول مشروع له في بحث متخصص سبق لنا إعداده عام ١٩٩٩ ، و كان له عند صدوره و حتى الآن أبلغ الأثر في اعتماد حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات و تشريع التجارة الإلكترونية .

ويحضرني في هذا المجال ما ورد عن العmad الأصفهاني من أنه "إني رأيت أنه لا يكتب أحد كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غيرت هذا لكان أحسن، ولو زيد هنا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر" .

فالحمد لله صاحب الفضل كامل الأوصاف نسجد له شاكرين على أن أتاح لنا أن نعدل من أعمالنا لنصلح من النواقص ونبتغي الفضل ..

والله ولى التوفيق.....

تمهيد وتقسيم

إن الحقوق و المصالح التي يدعى بها أشخاص القانون في مواجهة آخرين قد ينزع البعض الآخر في مداها و نطاقها ، ويؤدي ذلك بصاحب الحق إلى الإدعاء أمام القضاء بوصفه السلطة المختصة بحماية حقوق الأفراد "أشخاص القانون" في كل مجتمع منظم . على أن الادعاء بغير سند أو دليل يؤيده يثير الشكوك ولا يحسم المنازعات ويتناقض مع رغبة المجتمع في تنظيم المعاملات والعمل على استقرارها.

لذلك فقد كان من الضروري وفي ذات الوقت الذي يسعى فيه القانون إلى تنظيم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع أن ينظم أيضا قواعد إثبات الحقوق المدعى بها وأدلة ذلك الإثبات.

وسوف نعرض فيما يلي لبيان المقصود بعلم الإثبات ونمهد للدراسة ونحدد معالمها و ذلك على النحو التالي :

الباب التمهيدي : التعريف بالإثبات و ضرورات تنظيمه

الباب الأول : المبادئ العامة في الإثبات

الباب الثاني: أدلة الإثبات

الباب الثالث : إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت

الباب التمهيدي

الحاجة إلى تنظيم الإثبات و النظم المختلفة في الإثبات

أولاً: تعريف الإثبات:

إن الكلمة الإثبات في الاصطلاح القانوني معنى أخص من معناه الفلسفى أو العام^(١)، وهو ما يقتضى منها أن نميز بين هذه المصطلحات و المعانى.^(٢)

فالإثبات في اللغة هو تأكيد الحق بالبينة ، والحق هو حقيقة أي شيء سواء كان لذلك أثر قانوني أم لا. أما البينة في اللغة فهي أي دليل وأى حجة .

أما المعنى القانوني للإثبات فهو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات بعض الحقوق.^(٣)

وتشمل حشد من التعريفات الأخرى لمصطلح الإثبات، ولكن لعل أفضل ما نتخذه منها كنقطة للبداية في بحثنا عن تعريف الإثبات هو أن: "إثبات الأمر هو إقامة الدليل عليه" فهذا التعبير السهل الممتعن قد أتى بتحليل الإثبات إلى كلمتين تفتح كل منهما لنا كلمات:

اما الدليل^(٤) فهو وسيلة الإقناع الذهني أو بعبارة أخرى العنصر الفكري الذي يؤدي بالذهن إلى التسلیم بأمر من الأمور، وأما إقامته فلا تحمل على معنى إنشائه أو خلقه وإنما بمعنى تقديمها إلى من يراد إقناعه بالأمر .

(١) (الريتوار) دالوز تحت كلمة إثبات . وتعريفات دالوز المادة ١٢١ مدنى بند ١ ومراجعة . انظر أيضاً أستاذنا الجليل جميل الشرقاوى أستاذ الله فسيح جنانه ، الإثبات المعاصر ، ط ١٩٩٢ ، ص ٤ . والإثبات بالمعنى الفلسفى - على ما جاء في معجم لالاند: العملية التي تسوق الذهن بصفة مدقعة قاطعة إلى التسلیم بصحبة قضية منطقية مشكوك فيها بدأءة.

(٢) جميل الشرقاوى ، الإثبات في المعاصر ، ط ١٩٩٢ ، ص ٤ .

(٣) أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، الجزء الأول ، ط ١٩٧٣ ص ١٣ ، ١٤ .

(٤) يستعمل في الشريعة الإسلامية بمعنى الحجة أو البرهان ، ويستعمله الأصوليون بمعنى المصدر حين يتحدثون عن دليل الحكم .. والجامع بين المعنيين أن بيان المصدر يؤدي إلى الإقناع بوجود القاعدة فكلاهما دليل أي وسيلة للإقناع، إلا أن -

ويمكنا القول بأن كل الفروض والقضايا والواقع تستوي من حيث إمكان التشكيك فيها أو المنازعه في نطاقها ومداها. على أن تلك الفروض والواقع لا تتساوى من حيث مدى الإقناع بصحّة وجودها . ويرجع هذا الاختلاف إلى الغرض أو الهدف المقصود من بحثها والسعى نحو إقامة الدليل في شأنها .

اختلاف صور الإثباتات باختلاف الهدف المقصود :

في ضوء ما نقدم يمكننا القول بأن كل الفروض والقضايا والواقع تستوي من حيث إمكان التشكيك فيها أو المنازعه في نطاقها ومداها وجودها، بل أن ديكارت قد ذهب في هذا الصدد إلى أبعد مدى حينما تشكك في وجود ذاته .^(١)

على أن تلك الفروض والواقع المتنازع حول وجودها ومداها ونطاقها لا تتساوى من حيث مدى الإقناع بصحّة وجودها . ويرجع هذا الاختلاف إلى الغرض أو الهدف المقصود من بحثها والسعى نحو إقامة الدليل في شأنها:

الإثباتات التأريفي والإثباتات العلمي، إذا كان الغرض من البحث هو معرفة الحقيقة المجردة بصفة يقينية مطلقة، فإن الأمر يبقى - وعلى الدوام - عرضة للجدل . ويجوز في هذا الصدد تقديم كل دليل يقبله الذهن دون تقيد في ذلك بعنصر معين أو بطريق مرسوم مسبقاً أو بزمن محدد.

فالحقائق المطلقة تبقى أزلية وخالدة، وذلك بالنظر إلى تجردها عن الأشخاص وبيئي لذلك البحث في شأن هذه الحقائق المطلقة حراً وظليقاً ومتجددًا على الدوام.

الدليل يتصرف عند الأصولي إلى الإقناع بوجود الحكم (أي القاعدة الشرعية) وعند اللقه إلى الإقناع بوجود الواقع .

(١) ولم يستدل على وجوده إلا بأنه يفكـر . أنا أفتر إذا أنا موجود، % cogito ergo su,

ويطلق على هذا النوع من أنواع الإثبات "الإثبات التاريخي أو الإثبات العلمي". ويقصد به الإثبات بالبراهين والعناصر الازمة للإقناع بحقيقة من الحقائق العلمية أو من الحقائق التاريخية حتى يمكن التأكيد منها بصفة قاطعة.

الإثبات القضائي (أو الإثبات القانوني) : أما إذا كان المقصود هو فض منازعة قائمة بشأن حق من الحقوق فإن الأمر يختلف تماماً عن الإثبات العلمي، ذلك أن الحقوق لا تعود أن تكون مصالح للأفراد والأشخاص القانونية يسعى المشرع لحمايتها . وهذه الحقوق وحكم ارتباطها بالأشخاص القانونية لا يمكن إلا أن تكون ذاتية، كما أنها محدودة زمنياً حيث أن الحياة البشرية ذاتها محدودة .^(١) وهذا النوع من أنواع الإثبات يطلق عليه إسم: الإثبات القانوني أو الإثبات القضائي.

ولتقرير هذه الحقوق من حيث الوجود والمدى (من ناحية أولى) وإسنادها إلى أربابها(من ناحية ثانية)، فإنه يكون من الضروري الوقوف عند حد معين في إثباتها: وهو الحقيقة النسبية . فطبيعة الأشياء تلزمها بأن نقنع في شأنها بالاقناع الظني لا الاقناع المطلقاً . ويعني ذلك التغليب والترجيح بين الاحتمالات والأخذ بأقوامها أو بما يغلب على الظن منها بحسب الظاهر.^(٢)

هذا و يتم الإثبات القضائي عن طريق تقديم الدليل إلى القضاء، كما ويجب أن ينصب الإثبات على واقعة قانونية وأن يتم بالطرق التي حددتها القانون.^(٣)

(١) الطبعة الخامسة من أويري ، ج ١٢ ، ص ٦٢ بالمعنى وحواشى باركان على اللقرة ٧٤٩٨ وبخاصة العاشرة ٢ (ثانياً) - وجيز بلاطيل بتفريح ريهير وبولانجيه ، ج ٢ ن ٢١٦ - وجيز بلاطيل ، ط ١٩٢٣ ، ج ٢ ن ٣٦ ، ويكونيني في القرآن ، ص ١٥ وأنظر أهرنج. في 'دور الإرادة في الحياة' ص ١٤٨ حيث يقول أن التدليل بطبيعة يجب أن يكون غير دقيق .

(٢) أنظر بنفس المعني : مقال الأستاذ ليحال في مجلة القانون والاقتصاد (القسم المخصص للغات الأجنبية من السنة السادسة ص ١٦٧) - ويكونيني : مراحل القانون (بحث الإثبات) ص ٢٩٢ ويكونيني في القرآن بند ١١ و ١٢ ، سليمان مرقص ، موجز أصول الإثبات ، ط ١٩٥٧ ، فـ ٢ ، عبد الوهود بحى ، الموجز في قانون الإثبات ، ط ١٩٨٧ ، ص ٤ .

(٣) عبد الوهود بحى الموجز في قانون الإثبات ط ١٩٨٧ ، ص ٢ .

ثانياً: الحاجة إلى التنظيم القانوني للإثبات

ومما سبق بيانه يتبيّن لنا أن الإثبات يعتبر ضرورة اجتماعية يرتبط بها إظهار الحق لصاحبه من خلال تقديم الدليل عليه أمام القضاء.

أ- فالإثبات من الضروريات التي يتقتضيها تنظيم المجتمع

ويعني ذلك أن تحديد طرق إقامة الدليل في المجتمعات المنظمة تمنع أن يتقتضي الأشخاص حقوقهم لأنفسهم وتوجب عليهم اللجوء إلى سلطة القضاء التي تتولى القضاء لهم بحقوقهم.

ذلك أن الفرد في المجتمع الفطري غير المنظم لا يحتاج إلى إقناع غيره بحقه ويكتفي بما يقنع به هو أو ما يتواهم بقيامه حتى يثبت افتضاء حقه - إن استطاع إلى ذلك سبيلاً - بغير وسيط . وهكذا يكون قوام الحق في المجتمع البدائي أو الفطري غير المنظم هو إرادة الفرد، ويكون مصدر هذا الحق هو قوة الفرد وقدرته في فرض سيطرته على الآخرين .

فلما انتظمت المجتمعات ونشأت فيها سلطة القضاء أصبح لزاماً على الأفراد أن يلجؤوا إلى هذه السلطة - التي تتولى القضاء لهم بحقوقهم - إذا ما ادعى أحدهم حقاً من الحقوق حتى تمكنه هذه السلطة من التمتع به إذا ما نازعه فيه غيره من الأشخاص .

وهكذا أصبح المدعى بالحق مكلفاً بإقامة الدليل عليه أمام السلطات القضائية في ضوء ما يتقتضيه تنظيم المجتمع وتوزيع السلطات فيه : وهكذا يصبح الحق أمير الدليل ورهين به .

وقد دلل الفقه على ذلك باعتبار أن المجتمع المنظم لا يعطي للفرد سلطة افتضاء حقه بنفسه، بل أن عليه أن يقيم الدليل على ذلك الحق أمام السلطة القضائية . ومن ذلك فإن كل حق يبقى رهيناً بدليله، أو كما قال أهرنج في صياغة بارعة أن الدليل هو "قدية الحق"^(١)

la rançon de droit (١)

ومن حيث يبدو الحق في ظل التعبيرات السابقة وكأنه أسير يفتديه صاحبه بتقديم الدليل عليه، فإننا نستظير القيمة الكبرى لأهمية الإثبات، ذلك أن الحق الذي لا يمكن إقامة الدليل عليه يبقى محتاجاً لتمتع صاحبه به إلى إقامة الدليل على أحقيته فيه .

بـ- ويخلص لنا مما تقدم أن الإثبات الذي يتم أمام جهات القضاء المختصة هو ذلك الإثبات الذي يهتم به القانون والعلم القانوني.^(١)

- وبالرغم من وجود حشد كبير من التعريفات القانونية لمصطلح الإثبات القانوني (أو القضائي)، إلا أننا مما سبق ومن العناصر المشتركة الموحدة يمكننا تعريف الإثبات بأنه: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قاتونا على وجود واقعة قانونية ترتب أثراً قانونياً لمن يدعىها في مواجهة من يتذكرها"^(٢)

ثالثاً : صور الإثبات وموقف المشرع المصري:

(١) انظر جلاسون مراجعات ج ٢ من ٦٥٧ وموريل مراجعات، المرجع السابق، ص ٣٧٩

(٢) أما الدليل فهو وسيلة الإثبات الذهني أو بعبارة أخرى العنصر المركي الذي يؤدي بالذهن على التسليم بأمر من الأمور .

وأما إقامته فلا ينفي أن تحمل على معنى إنشائه أو خلقه وإنما معناها تقديمها إلى من يراد إثباته بالأمر .

- وقد يكون من المناسب هنا أن نتبين أن كلمة "الدليل" في الشريعة الإسلامية تستعمل بمعنى الحجة أو البرهان (أو البينة بمعناها العام) كما تستعمل بمعنى المصدر - وهذا المعنى الأخير هو الذي يستعمله الأصوليون حين يتحدثون عن دليل الحكم فيقول إن القرآن دليل والسنة دليل والقياس وهكذا ... ويعلنون بذلك أن القرآن مصدر للأحكام أي للقواعد القانونية . والجامع بين المعنيين أن بيان المصدر يؤدي إلى الإثبات بوجود القاعدة فكلهما دليل أي وسيلة للإثبات إلا أن الدليل ينصرف عنه عند الأصولي إلى الإثبات بوجود الحكم (أي القاعدة القانونية) وعند المفهوم إلى الإثبات بوجود الواقعة .

- أما تعريفنا للدليل على النحو السابق فهو من تعريف دواما حيث يقول أن الدليل هو كل ما يقنع الذهن بحقيقة من الحقائق ، القوانين المدنية - توطئة للباب السادس من الكتاب الثالث ونقطه عنه وجيز بلاطيل ج ٢١٥٦ . وأنظر أيضاً كلمة 'إثبات' في معجم ليبيري وهو من أهمات المعاجم اللغوية المعتمدة : أوبرى ج فقرة ٧٤٩ في ص ٦٢ من الطبعة ٥ وجارسونيه ج ٢ ص ٢٩٦ .

تبين لنا مما سبق ضرورة التنظيم القانوني للإثبات ونبين فيما يلى مذاهب الإثبات المختلفة التي يجب على المشرع أن ينتهج أحدها عندما يضع قواعد الإثبات .

أما المذهب الأول ، فهو مذهب الإثبات المقيد (أو الإثبات القانوني) :
ويتطلب هذا المذهب توفر أدلة معينة بذاتها لا يجوز للخصم أن يثبت حقوقه باى دليل آخر غيرها .

وهذا المذهب يحد من وسائل افتتاح القاضي وإقناعه . ومعنى هذا أن المشرع يفرض على القاضي أن يقتضي في بعض الحالات بأدلة معينة وفي البعض الآخر لا يقتضي بأدلة أخرى، ومثال ذلك أن يجعل المشرع شهادة الشاهد الواحد لغوا حتى وإن كان القاضي مفتقاً بصدق هذه الشهادة، أو أن يجعل المشرع شهادة الشاهدين قاطعة حتى وإن لم يكن القاضي مفتقاً بصدقها .

- وهذا المذهب وإن كانت له ميزة هامة، ألا وهي تقادى هو القاضي وتحكمه، إلا أنه يجعل وظيفة القاضي ميكانيكية محدودة السلطة في تقييم أدلة الدعوى .

ومن جهة أخرى يعيّب الفقه على هذا المذهب أنه يؤدي إلى إهانة الحقوق بسيطة القيمة التي يتم التعامل عليها بكثرة ولا يتقيّد الأشخاص بالتعامل عليها بأدلة معينة (كالدليل الكتابي مثلاً)، فالحقوق التي تقل قيمتها عن مبلغ مالي معين لا ينتبه المتعاملون إلى تحرير سند كتابي بشأنها . كذلك فإنه ليس من العناصر في جميع الأحوال تحرير سند كتابي يصلح دليلاً في الإثبات ، ومن ذلك على سبيل المثال حالة عدم التمكن من الحصول على سند كتابي في حالات المانع المادي أو المانع الأدبي . كذلك فإن التعامل التجاري بما يتقتضيه من سرعة وما يتطلبه من تقدير قد يعرقل سيره تطلب إثباته بالمحررات المكتوبة . كما أن هناك من الأمور ما لا يمكن إثباته بدليل محدد أو بمحرر كتابي، كما هو الحال بالنسبة للحوادث والجرائم، فإنه حتى في النظم القانونية التي أخذت بالمذهب المقيد في الإثبات فإنها التجأت إلى إيراد بعض الاستثناءات التي تواجه الموقف الاستثنائية

أما المذهب الثاني ، فهو مذهب الإثبات المطلق :

و يتيح هذا المذهب للقاضي قبول أي دليل لإثبات الحق، فالذى يحرص عليه القانون هو أن يقتضى القاضى بالحق المطلوب إثباته . وطالما أمكن تحقيق هذه الغاية - افتتاح القاضى - فإن الوسائل ليست بذات أهمية .

وفى هذا المذهب يكون للقاضى أن يتحرى بنفسه عن حقيقة الأمر فى النزاع المعروض عليه، كما يجوز له - أي القاضى - أن يتحرى هذا الأمر فى غيبة الخصوم وبوسائله الخاصة .

كذلك وفي ظل هذا المذهب - الإثبات المطلق - يجوز للقاضى إذا كان يعلم حقيقة النزاع أو شيئاً عنه أن يقضى بعلمه، كما يجوز له أن يكلف أي الخصمين بإثبات أي نقطة من نقاط النزاع دون أن يتقيى في ذلك بترتيب معين . كذلك فإن للقاضى وفقاً لهذا المذهب أن يستنتاج ما شاء مما يشاء .

. ويتميز هذا المذهب بأنه يطلق حرية القاضى إلى أبعد مدى ، على أنه وإن كانت هذه هي ميزته فإنها تعد عيباً في ذات الوقت.

فهذا المذهب خطر لأنه يمكن الخصوم من المضاربة والمهابرة بالأدلة الضعيفة ومنها على سبيل الخصوص شهادة الشاهد الواحد والتي تحتمل بطبيعة الحال الكذب كما تحتمل الصدق . كذا فإن القاضى ليس معصوماً من الخطأ وهو ما يقتضى إلا تطبيق له السلطات الواسعة التي لا حدود لها⁽¹⁾.

لذا فإن المشرع المصرى قد حاول الاستفادة من مزايا كل من المذهبين السابقين دون الانخراط في مثالبهما فتخير بشأن الإثبات في المسائل المدنية المذهب المختلط وهو مذهب متوسط بين المذهبين السابقين .

أما في المسائل التجارية فقد توجه المشرع المصرى إلى حد كبير نحو مذهب الإثبات المطلق، بالنظر إلى السرعة التي تقتضيها هذه المعاملات .

(1) كذلك بالنسبة للقرآن الذى كثيراً ما يخترق العبر في استنتاجاته منها لضلا عن ضياع وقت القضاء في بحثها .

هذا فضلاً عن اختلاف القضاة في التأويل و التقدير مما ينشأ عنه اختلاف في توزيع العدالة وجود مبادئ قانونية كثيرة متضاربة.

المذهب المختلط :

المذهب المختلط مذهب متخير يحدد الأدلة في بعض الأحوال ويتركها مطلقة في أحوال أخرى . كذلك فإن هذا المذهب يجعل لبعض الأدلة قوة قاطعة في الإثبات، بينما يترك للقاضي في بعض الأحوال الحرية في تقدير الدليل .^(١)

ولاشك في أن هذا المذهب المختلط أفضل المذاهب الثلاثة بالنسبة للمسائل المدنية حيث يسمح بضممان الحقوق الهامة ويسهل للناس في شأن الحقوق البسيطة خصوصا حينما يتغدر توفر الدليل الذي يعينه القانون .

هذا وقد أخذ هذا المذهب من كلام المذهبين السابقين، وتبعه في ذلك المشرع المصري: ومن أمثلة المنهج المختلط الذي اتبعه المشرع المصري في الإثبات ما ورد من التزام القاضي بالقرائن القانونية القاطعة وعدم السماح له بقبول قيام أي من الخصوم بإثبات ما يخالفها، بينما وعلى العكس من ذلك وفي صدد القرائن القضائية فإن المشرع قد أعطى القاضي سلطة وحرية واسعة في تقديرها ولم يخضع سلطته التقديرية لمحكمة النقض طالما كان حكمه سائغاً عقلاً .

رابعاً : طبيعة قواعد الإثبات :

تشتمل النصوص المنظمة للإثبات على نوعين من القواعد، قواعد موضوعية وقواعد شكلية إجرائية .

فالقواعد الموضوعية هي التي تحدد الأدلة وتبيّن الحالات التي يستعمل فيها كل دليل . كما تبيّن محل الإثبات و الشخص الذي يقع عليه عبءه .

أما القواعد الشكلية فهي التي تبيّن الإجراءات التي تتبع عند تقديم الأدلة الخاصة بنزاع معرض أمام القضاء^(١) .

(١) اتبع المشرع المصري مذهب الإثبات المطلق أيضاً في المسائل الجنائية لتفادي طبيعة هذه المسائل مع الإثبات الكتابي إلا في الجرائم التي تكون أساسها تعاملًا مدنياً ، كما هو الحال في جريمة خيانة الأمانة إذا لا يمكن إثبات عقد الأمانة فيما يجاوز ألف جنيه مصرى إلا بالكتابة .

خامساً: مكان تنظيم الإثبات في القانون المصري

يرتبط تنظيم الإثبات بتنظيم العمل أمام القضاء، ذلك لأن الإثبات يتم أمام القضاء أثناء النظر في المنازعات . لذلك فقد اعتبرت بعض الشرائع قواعد الإثبات من قواعد قانون المرافعات وأدخلتها في هذا الفرع من فروع القانون، ومن هذه الشرائع القانون السويسري والقانون الألماني .

وفي المقابل فإن بعض الشرائع الأخرى وجدت أن تنظيم الإثبات يعبر من قبل القواعد الموضوعية، ومقتضى ذلك أن يضم القانون المدني قواعد الإثبات الموضوعية كالقواعد التي تحدد محل الإثبات وتنظيم عبء الإثبات وتبيين وسائله وأداته وقيمة هذه الأدلة، أما القواعد المنظمة لإجراءات الإثبات فيضمها قانون المرافعات . وقد انتهت هذا النهج معظم الشرائع اللاتينية وعلى رأسها القانون الفرنسي والنظام التشريعي في مصر قبل سنة ١٩٦٨ .

ففي مصر كان التنظيم القانوني قبل عام ١٩٦٨ مزدوجاً تم تقسيم قواعد الإثبات فيه بين التقنين المدني وتقنين المرافعات . ولقد اشتمل التقنين المدني (المواد من ٣٨٩ إلى ٤١٧) على القواعد الموضوعية في الإثبات، والتي تتصل اتصالاً وثيقاً بالحق في الإثبات .^(١)

ومن هذه القواعد الموضوعية نجد تحديد قواعد تحديد قيمة الدليل وتحديد من يقع عليه عبء الإثبات.

أما تقنين المرافعات فقد اشتمل على القواعد الشكلية - الإجرائية - في المواد من ١٥٦ إلى ٢١٩^(٢) وهي القواعد التي تبين إجراءات واجبة الاتباع في المنازعات القضائية .

(١) عبد الوهود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٧.

(٢) نصوص الباب السادس من الكتاب الأول المخصص لتنظيم الالتزامات أو الحقوق الشخصية .

(٣) القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ .

على أنه وفي عام ١٩٦٨ أصدر المشرع المصري قانوناً خاصاً بالإثبات جمع فيه القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية ملгиًا بذلك نصوص القانون المدني ونصوص قانون المرافعات المتعلقة بالإثبات^(١).

ويعتبر وضع قواعد الإثبات (الموضوعية والإجرائية على السواء) في قانون موحد مستقل عن التشريعات الأخرى منهجاً حميداً لأنه يتجاوز مع عمومية قواعد الإثبات التي لا تقتصر آثارها على إثبات نوع معين من الحقوق حتى تتحقق بأحكامه التنظيمية^(٢) - كما كان الوضع قبل صدور قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ - إذ أحقت قواعد الإثبات الموضوعية بالقواعد المنظمة للحقوق الشخصية .

تقسيم :

- أخذًا بالمنهج الوارد في قانون الإثبات وما جرى عليه العمل في دراسة هذا الفرع من فروع القانون فسوف نقسم الدراسة في هذا المرجع إلى أبواب، تخصص الأول منها لدراسة المبادئ العامة في الإثبات، بينما تخصص الباب الثاني وما بعده لدراسة أدلة الإثبات شهادة الشهود - الكتابة - القرائن - حجة الأمر المقصي - اليمين - الإقرار - الاستجواب - الخبرة، و تخصص الباب الثالث لدراسة إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الوسائل الإلكترونية .

(١) ألغى قانون المرافعات الحال رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وال الصادر في ٧ مايو ١٩٦٨ قانون المرافعات الأسبق (رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩) باستثناء بعض النصوص والتي كان من بينها النصوص المتعلقة بقواعد الإثبات الشكلية . ثم جاء قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ونص على إلغاء هذه النصوص .

(٤) محمد شكري سرور "أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط ١٩٨٦ ، ص ١٢ جمبل الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص ٨.

الباب الأول

المبادئ العامة في الإثبات

نعرض في هذا الباب لدراسة مبادئ الإثبات الأساسية من خلال المباحث التالية :

- المبحث الأول: محل الإثبات .**
- المبحث الثاني: عبء الإثبات .**
- المبحث الثالث: الحق في الإثبات .**
- المبحث الرابع: حياد القاضي .**
- المبحث الخامس: قواعد الإثبات والنظام العام .**
- المبحث السادس: طرق الإثبات .**

المبحث الأول

محل الإثبات

كيلولة محل الإثبات :

إن التساؤل يثور عن الأمر الذي يقام الدليل عليه . أو بعبارة أخرى عما يمكن أن يكون مهلاً للإثبات.

ولما كانت المنازعة أمام القضاء لا تثور إلا بشأن الحقوق فإن ذلك يدعو إلى القول بأن محل الإثبات لابد أن يكون "الحق المتنازع عليه" .

لكن وبقليل من التأمل فإن هذا القول يبدو غير دقيق، ذلك أن الحق ليس إلا نتيجة لمقدمتين: أولهما وجود واقعة، وثانيهما كون القانون يرتب على هذه الواقعة أثراً فمن يدعى حقاً ينطوي ادعاؤه على عنصرين هما: الواقعة من ناحية وأثرها القانوني من ناحية أخرى . وقد نبه العلامة السنوري إلى ذلك في وجيز التزاماته حيث قرر أن "الالتزام ذاته ليس مهلاً للإثبات فهو لا يثبت ولا ينفي بل يستخلص من مصدره". ثم قال "فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق بل هو مصدره أي الواقعة القانونية"^(١)

فهل ينصب الإثبات على عنصري الحق - الواقعة وأثرها القانوني - أم ينصب الإثبات على أحد عنصري الحق فقط ؟

ما يكون مهلاً للإثبات من عناصر الحق :

اما عن العنصر الواقعي فإنه لابد من إقناع القاضي به وإثباته له، ذلك أن القاضي بشر لا يعلم الغيب . فإذا ما أدعى شخص أن واقعة ما وقعت فإن هذا لا يعده أن يكون خبراً يتحمل الصدق والكذب ولا يستطيع القاضي تصديقته لمجرد قول المدعى، بل يتبعى إيقاعه به وإثبات صدقه حتى يسلم بوجوده فعلاً .

(١) وجيز التزامات السنوري ص ٦٤٩ وطرق القضاء ص ٤ للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم طيب الله ثراهـ ، عبد الوود يحيـ . المرجع السابق ط ٨ ص ٩.

أما العنصر القانوني في الحق وهو الأثر القانوني الذي يترتب على هذه الواقعة فإنه - وبحسب الأصل - لا محل لإقناع القاضي أو عدم إقناعه به:

أولاً: لأن القاضي يعلم القانون، أي يعلم الأثر القانوني المترتب على الواقع المختلف لأنه عضو الدولة في جهازها المسؤول عن تطبيق القانون. ذلك حيث أن القاضي ما هو إلا الأداة التي تباشر بها الدولة وظيفته في فض الخصومات . ومادامت الدولة هي التي تتبع قواعد القانون فمن الطبيعي أن تكون الدولة أعلم بما وضعت وأن يتحقق لها ذلك العلم في شخص القاضي المعابر عضوا له وجزءا من جهازها.

ثانياً: لأن افتئام القاضي أو عدم افتئامه بهذا الأثر القانوني لواقعه لا يقدم ولا يؤخر، فالمسألة هنا لا تتعلق بالافتئام بل تتعلق بحقيقة القانون وما يرتبه من أثر، والقاضي مقيد بتطبيق القانون على الموضوع المفروض عليه والمفروض علمه به ولا يملك أن يحيد عنه بإنشاء قاعدة لا وجود لها أو بإغفال تطبيق قاعدة موجودة، وهو لا يعد في هذا خاضعا لرقابة محكمة النقض .

ومن هنا فإنه من العبث إقناع القاضي بوجود أو عدم وجود قاعدة قانونية أو إثبات الأثر الذي يرتبه القانون على الواقع الثابتة لأن هذا أمر مرده إلى القانون ذاته و هو معلوم للكافة ثابت في مصادره، و ليس كالأحداث الفردية التي لا يعلم بها إلا مما يعاينها أو من يعاينها .

فهب أن قاضيا افتى بوجود قاعدة غير موجودة (أو العكس) وهب أن قاضيا تأثر بمنطق أحد الخصوم أو فصاحته فاقتصر مثلاً بأن افتضاء فوائد القروض نظام غير سليم أو أن نظام التقاضي غير عادل - أو أن العدالة تقضي إلزام الغني بنفقة المحتاج ولو كان غريبا عنه - أو افتى بأن التقاضي يجب أن تكون مدته أطول مما نص عليه القانون أو أن الفوائد الاتفاقيّة يجب ألا يكون لها حد أو أن نظام النفقة لا مبرر لوجوده - فهل افتئامه في هذه المسائل يغير من الأمر شيئا ؟

الواقع أننا في خصوص هذا العنصر القانوني نجد أنفسنا في نطاق حقائق علمية موضوعية لا مجال فيها للافتاء الشخصي - ومن ثم تكون محاولة الإفتاء في شأنها عبئاً لا يجدي.

وهكذا فإنه كما أن الإثبات لا ينصب على الحق ككل ، فإن الإثبات لا ينصب أيضاً على العنصر القانوني للحق ولا يبقى إلا أن ينصرف الإثبات إلى العنصر الواقعي للحق وهو الواقع القانونية^(١).

"لذلك فإن محل الإثبات هو الواقعية القانونية".

على أنه وإن كان هذا هو المبدأ، إلا أننا سنرى أنه يلزم أحياناً إثبات القاعدة القانونية أيضاً . ويعتبر هذا استثناء في نظر البعض، بينما يراه البعض الآخر تطبيقاً للمبدأ حيث يعتبرون أن القاعدة القانونية في الأحوال التي يلزم فيها إثباتها تعتبر في حكم الواقعية التي تحتاج إلى إثبات .^(٢)

(١) وقد أشرنا إلى أن السنهوري نبه إلى ذلك في وجيز التزاماته حيث قرر أن "الالتزام ذاته ليس محلأً للإثبات فهو لا يثبت ولا ينفي بل يستخلص من مصدره" لم قال : "فمحل الإثبات إذن ليس هو الحق بل هو مصدره أي الواقعية القانونية" . وقد حرص العلامة السنهوري رحمة الله عليه على أن يشدد في بيان ذلك لأن الغفلة عن هذه القاعدة توقع في كثير من الخلط - الوجيز ص ٦١١ .

(٢) وفي ذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٦٧٤ لسنة ١٩٧٩/٢/٢٨ أياه : بشرط في الواقعية محل الإثبات أن تكون جائزة القبول وليست مما يحرم القانون إثباتها لأغراض مختلفة كما قضت بحظر الإثبات إذا كان منطوباً على إنشاء أسرار المهنة أو الوظيفة .

على أن حظر الإثبات في هذه الحالة قد لا ينبع بواقعية يحرم القانون إثباتها في ذاتها، وإنما ينبع بدليل لا يجوز قبوله في صورة معينة . ومعنى ذلك أن عدم جواز القبول قد لا ينبع على الواقعية في حد ذاتها ، ذلك أن الواقعية التي يقف عليها الشخص بسبب وظيفته أو مهنته قد تكون في حد ذاتها جائزة القبول ولكن لا يجوز إثباتها بشهادة الموظف الذي يمنعه القانون من إيداع شهادته بشأنها .

الفروع الأولى

القاعدة القانونية ليست ملائمة للإثبات

الأصل أن لا يلتزم المدعي بأن يثبت للقاضي القاعدة القانونية التي تقرر الحق كأثر ل الواقع القانونية بل يكفيه أن يثبت الواقع القانونية التي تعتبر مصدراً لحقه فيحكم له القاضي بما يدعوه، حيث أن المفترض في القاضي أنه على علم بالقواعد القانونية .

ولا يعتبر استثناء من هذا الأصل أن يقوم الخصم بتفسيير القاعدة القانونية بما يتلقى ومصلحته في الدعوى، لأن الأمر هنا يتعلق بالتفسيير وليس بالإثبات .

وإذا قام جدل حول القاعدة التي ينبغي إسناده إليها فإن المنازعات في هذا الأمر هي منازعة قانونية بحثة تتصل بالتطبيق والتفسير وهما من عمل القاضي.

على أنه وفي بعض الأحوال يجب على الخصم إثبات القاعدة القانونية وتلك أحوال استثنائية ونعرض ذلك فيما يلي:

أولاً: العرف.

ثانياً: إثبات العادات الاتفاقية.

ثالثاً: إثبات القانون الأجنبي.

أولاً

العرف

من المستقر عليه العرف قاعدة قانونية، وأن القاعدة القانونية لا تكون ملائمة للإثبات .

إلا إنـه إذا كان من السهل العلم بالتشريع لأنـه مكتوب فإنه من الصعب العلم بالعرف لأنـه غير وارد في نصوص مكتوبة، إلا إذا كان ذلك العـرف عـرـفاً عـامـاً بلـغـ من الشـهـرةـ بحيث لا يـخـفـيـ علىـ أحدـ، ويـسـتـطـيعـ القـاضـيـ أنـ يـقـرـرـ وجـودـهـ منـ تـلـقـاءـ نـفـسـهـ

. أما إذا كان العرف ليس عاماً كان عرفاً محلياً، فلا يمكن افتراض علم القاضي به، بل يأخذ العرف في هذه الحالة حكم الواقعية القانونية وبالتالي يجب على من يتمسك به إثباته .^(١)

ويمكن أن يقال في تبرير ذلك قانوناً أن قاعدة العرف لا تقوم - أي لا يتحقق وجودها القانوني - إلا إذا توافرت لها شروطها.

وهذه الشروط بدورها تتكون من عناصر واقعية ومن ثم فإن القاضي حين يطلب إلى الخصوم إثبات العرف إنما يطلب إثبات هذه العناصر الواقعية حتى يستتب من قيام القاعدةعرفية، وهو في تقريره قيام هذه القاعدة أو عدم قيامها إنما ينزل حكم القانون (في شأن وجود العرف) على ما ثبته من وقائع، فإذا ما تقرر لديه قيام العرف قانوناً، عمد بعد ذلك إلى مرحلة ثانية في التطبيق القانوني - وهي مرحلة تطبيق هذا العرف على واقعة الدعوى.

فإلزام أطراف الدعوى بإثبات الواقع التي يستخلص منها القاضي قيام العرف ليس فيه إذن افتتاح أو خروج على المبدأ وهو أن "الخصوم لا يكلفون إلا بإثبات الواقع" هذا هو ما يمكن أن يقال ، غير أن ثمة فرقاً - مع ذلك - بين قيام الخصوم بإثبات وقائع لكي يرتب القاضي عليها حكماً لهم، وبين قيامهم بإثبات وقائع لكي يرتب القاضي عليها قاعدة قانونية تسري على الكافة.

ويدعونا هذا التساؤل عما إذا كان من العدل أن نحمل فرداً - لمجرد أنه يتمسك في دعوى بقاعدة قانونية عرفية - أن يثبت هذه القاعدة التي تسري على الكافة وتنفيذ الكافة ؟

(١) عبد الوهود يحيى ، الموجز في قانون الإثبات ، ص ١١ ، سليمان مرقص . أصول الإثبات في المواد المدنية ، فقرة ١٩ ، عبد المنعم البدراوي ، الإثبات في المواد المدنية ، فقرة ٢٠ .

كما قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٢٩٠ سنة ٢١٥٣/٥/٧ بهاته: " متى كانت المحكمة قد أحالت الدعوى إلى التحقيق لتبيين حكم العرف السينمائي في حالة استبدال ممثل بأخر في فيلم معين بعد الاتفاق على بيع حقوق استغلاله و معرفة أثر هذا الاستبدال في الاتفاق المذكور ثم رجحت بعد التحقيق بينة أحد الطرفين على بينة الآخر فإنها لا تكون قد ناقضت مقتضى حكمها التمهيدي ولا خالفت ما هدفت إليه فيه و لا يبعدي النعي على الحكم في هذا الخصوص أن يكون جدلاً في تقدير المحكمة للأدلة و ترجيح بينة على أخرى و هو مما يستقل به قاضي الموضوع . "

الحق أنه إن صح تحويل الفرد الذي يدعى حقاً أن يثبت الواقعه التي ينبع منها حقه - أي يثبت القاعدة العرفية المقررة لهذا الحق - يفعل ذلك لأن المصلحة في ذلك هي مصلحته ولا يفيد من ذلك سواه . ويعني ذلك أنه لو ادعى شخص آخر حقاً مبنياً على ذات الواقعه للزم تكليفه بإثبات الواقعه من جديد في الدعوى التي يقيمه ، ولا يغنه عن ذلك كونها قد ثبتت في دعوى أخرى سبق لغيره رفعها.

ومع ذلك فإنه لا يصح أن نحمل فرداً يدعى بوجود قاعدة عامة أن يثبت الواقعه التي يتوفّرها نشأت هذه القاعدة العامة - أي العرف - وذلك لأننا لا نلزم الخصم بإثبات الواقعه السابقة على صدور التشريع والمؤدية له إذا هو تمسك بتطبيقه تلك الاعتبارات العملية المتمثلة في صعوبة العلم بوجود هذا العرف لعدم إفراغه في شكل مكتوب ، كما هو الحال بالنسبة للتشريع .

لذلك فلا يلتزم الخصم المتمسك بتطبيق قاعدة عرفية معينة إلا بإثبات الواقعه القانونية التي تتمثل في هذه القاعدة العرفية فحسب دون غيرها من الواقعه التي أدت إلى نشأة العرف .

- هذا ويعتبر تحري العرف والتثبت من قيامه من المسائل الموضوعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا حيث يحيد القاضي عن عرف ثبت له بالقطع وجوده . كما أنه لا يجوز التمسك بإثبات القاعدة العرفية لأول مرة أمام محكمة النقض لأن إثبات العرف على النحو المتقدم بيانه هو من قبيل الواقعه المادية (١).

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن 'تحري العرف في ذاته و التثبت من قيامه من أمور الموضوع أيضاً التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض إلا حيث يحيد قاضي الموضوع عن تطبيق عرف ثبت لديه - وجوده و هذا يقتضي التمسك به أمام محكمة الموضوع حتى يمكنها التثبت من أمر قيامه . فإذا كان الطاعن لم يقدم إلى محكمة النقض ما يدل على سبق تمسكه بقيام عرف أو عادة تجارية بتجميد الفوائد بعد إغفال الحساب الجاري فاته لا يجوز له التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض ، " الطعن رقم ٣٢ لسنة ٢٠١٩٦٤/١٢/٢ .

وفي ذلك قضت محكمة النقض أن "مفاد المادتين ٢٣٢ و ٢٣٣ من القانون المدني أن المشرع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية، كما اقر ما جرى عليه العرف التجاري من تجميد الفوائد في الحساب الجاري وترك أمر تحديدها لما يقضى به العرف" (الطعن رقم ٤٤ من ٣٠ مارس ، جلسة ١٢ / ٠٢ / ١٩٦٦ ، مكتب قاضي ١٥)

ثانياً

العادات الاتفاقية

العادات الاتفاقية . ومنها العادات المحلية . تردد إلى العقد لتكون شرطاً مفترضاً فيه .^(١) فإذا ما أثيرت فيها تكون عنصراً واقعياً فيه يدعى أحد أطراف النزاع فيتبين عليه إثباته، شأنها في ذلك شأن أي شرط من شروط العقد الصريحة أو الضمنية التي لا ترجع إلى عادة من العادات .^(٢)

وهو ما أكدت عليه محكمة النقض بقولها "على من يدعى قيام العرف أو العادة التجارية إثبات وجودها، و إثبات أن المتعاقدين كليهما قصدوا الالتزام بها وإتباعها" (الطعن رقم ١٦٠ من ٤٧ مارس ، جلسة ٢٦ / ١١ / ١٩٨١ ، مكتب قاضي ٤٤)

والعادة الاتفاقية بعken العرف ليست لها قوة ملزمة في ذاتها، إذ أنها لا تكون ملزمة إلا إذا ثبت ذلك من ظروف الاتفاق: لذلك فهي من مسائل الواقع، ومن ثم يقع عبء إثباتها على من يتمسك بها من الخصوم^(٣) ولا يقضي بها القاضي بعلمه.

(١) بارتان على أوربي - ١٦ طبعة خامسة هـ ٧٤٩ هامش ٣ مكرر ص ٦٩ وهامش ثالثاً في ص ٧٠ . وفي ذلك قضت محكمة النقض " بأن العادات التجارية تعتبر من مسائل الواقع التي يترك أمر التثبت من قيامها و تفسيرها لقاضي الموضوع ". الطعن رقم ٣٥٨ لسنة ٢٩ في ، جلسة ١٩٦٤/٤/٢

(٢) بارتان على أوربي هامشه ٣ مكرر المذكور في هامشنا السابق مباشرة .

(٣) انظر في إثبات العادات ميسوط بودري الترامات ج ٣ بند ٢٠٥٥ من ٤٦ وهامش ٢ بتلك الصفحة ، جلاسون وتيسبيه ج ٢ طبعة ثلاثة من ٦٥٤ ولوبيون كان ورينو تجاري ج ١ N ٨٠ وأوربي خامسة -

ولقد جاء في قضاء لمحكمة النقض أنه على من يدعى قيام العرف أو العادة التجارية إثبات وجودها وإثبات أن المتعاقدين كلبما قصدا الالتزام بها واتباعها بوجود عرف أو عادة تجارية في قطاع المقاولات دون تقديم ما يوحي ذلك فلا مطعن على الحكم أن هو التفت عن هذا الدفاع العاري من الدليل^(١).

ثالثا

القانون الأجنبي

قد يثور أمام القضاء المصري منازعات بشأن عقود أبرمت في الخارج وتتفذ في مصر أو العكس، وقد يتمسك أحد الخصوم بتطبيق قانون أجنبي على الواقع محل النزاع.

وهنا يثور التساؤل حول إمكانية افتراض علم القاضي بمضمون القانون الأجنبي المراد تطبيقه^(٢)، وبالتالي يكون عباء إثبات هذا القانون على الخصوم.

. ولقد ذهب البعض إلى أنه يجب على الخصوم في هذه الحالة إثبات هذا القانون وصارت على ذلك محاكم فرنسا وإنجلترا وكانت محاكم مصر المختلفة فيما سبق تسير على ذلك أيضا^(٣).

١٢ بند ٧٤٩ ص ٦٩ و ٧٠ وبأربان عليه . وأنظر مسينا جزء أول من ١٤٤ و هامش ١ ، وانظر الطعن رقم ١٦٠ نقض مدنى مصرى لسنة ٤٧ ق ١٩٨١/١/٢٦ حيث قضت محكمة النقض بأنه ' على من يدعى قيام العرف أو العادة التجارية إثبات وجودها ، و إثبات أن المتعاقدين كلبما قصدا الالتزام بها واتباعها '.

كما قضت محكمة النقض في حكم آخر بأنه لا محل للرجوع إلى العرف التجارى إذا وجدت دفاتر للشركة بين منها أن الشركين جريا في تعاملهما على خلاف هذا العرف ' نقض مدنى رقم ٤٥ لسنة ٤٤ ق ، جلسة ١٢/١٢/١٩٦٨' .

(٢) الطعن رقم ١٦٠ نقض مدنى مصرى لسنة ٤٧ ق ، ١٩٨١/١/٢٦ ، أحكام ومبادئ النقض في مائة عام في قانون الإثبات، ج ١ ، ص ٥٥ .

(٣) انظر أحمد أبو قرين . الجامع في أحكام الإثبات في المواد العدنية و التجارية، ط ١٩٩٠، ص ١٦

(٤) ديسن القاعدة ٢٠٤ - وشيشاير ص ٦٩ - وروستبلوك - ونقله باتيلفول ص ٣٧١ هامش ٢، انظر وولف ص ٢٢ و هامشها رقم ١ و به أحكام حديثه ومراجع .

ولقد ذهب البعض إلى أنه يجب على القاضي أن يبحث عن هذا القانون ويطبقه كما يطبق قانون بلاده، فهذا القضاء لا يمانع في أن يبحث القاضي عن حكم القانون الأجنبي ويتحقق ذلك .

هذا وقد ذهب فريق من الشرح في تفصيل ما تقدم إلى القول بأن القاضي يجب أن يطبق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه في الحالات التي يأمره قانونه الوطني فيها بذلك، ومن ثم فلا حاجة بداعية إلى تمسك الخصوم بالقانون الأجنبي، ولا حاجة بهم إلى إثباته ولا داعي لتكييفهم بذلك . بل أن القاضي هو الذي يجب أن ينشط للتعرف على القانون الأجنبي بنفسه .

- وعلى العكس من الرأي السابق فقد ذهب فريق من الفقهاء - نؤيد منطقه - إلى أن القانون الأجنبي يعتبر بمثابة عنصر واقعي ولا يعود أن يكون واقعة، ومن ثم يلزم الخصوم بإثباته^(١)

ولقد استقر القضاء على تحديد وسيلة إثبات القانون الأجنبي، فهو لا يقبل في هذا الشأن إلا شهادة من السلطات الأجنبية الرسمية (مع ترجمة معتمدة لها) وهذه الشهادة تسمى في الاصطلاح **CERTIFICAT DE COUTUME**^(٢) وإن كان يبدو من قضاء محكمة النقض الفرنسية أنها قد مالت إلى التساهل وقبول إثبات القانون الأجنبي عن طريق تقديم مؤلفات الفقهاء الأجانب^(٣) .

- هذا ولقد ذهب رأي ثالث من الشرح إلى أن القانون الأجنبي لا يخرج عن كونه قانوناً، وغاية ما في الأمر أن الصعوبات العملية في التعرف على القوانين الأجنبية تبرر الحلول التي ذهب إليها القضاء من تطلب قيام الخصوم بإثبات هذه القوانين .

(١) بودري وأوري مع حواشى باريان . ونقض مدنى فرنسي ٢٦ أبريل ١٩٥٠ منشور في دالوز ١٩٥٠ () قضاء ٦ ص ٣٦١ وتطبق لليوان . كما قضت محكمة النقض في ذلك بان ' الاستاذ إلى قانون أجنبي - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا يعود أن يكون مجرد واقعة وهو ما يجب على الخصوم إقامة التدليل عليه . ' نقض مدنى رقم ٨ لسنة ٢٥ في ، جلسة ١٩٦٧/٧/٢٦ .

(٢) انظر نقض فرنسي ٣١/٣١ و ١٩٢٣/١٠/٢٧ و ١٩٢٦/١١/٢٧ وباتيغول ومراجعةه . ويري بعض الشرح أن اعتبار القانون الأجنبي واقعة يبيع إثباته بأي وسيلة : ريجو ، القانون الدولي الخاص ، ص ١٤٥ .

(٣) حكم نقض ١٦ أبريل ١٩٥٠ المشار إليه في هامش ٣ .

ويرى البعض أن هذا الرأي لم يعد له محل من الناحية العملية حيث أن ما كان مثاراً في الماضي من صعوبة التعرف على القوانين الأجنبية قد هان شأنه إزاء تقدم الحضارة وسهولة المواصلات وتوسيع الاتصالات بين الدول وانتشار التبادل الثقافي وإقبال أبناء كل أمة على تعلم لغات الأمم الأخرى وإنقاذ الترجمة . هذا فضلاً عن أن معظم البلدان تنشئ إدارات لجمع وترتيب الوثائق الخاصة بالقوانين الأجنبية مثل إدارة التشريعات الأجنبية في وزارات العدل بفرنسا ومصر.

- أما في مصر فإن القضاء^(١) لم يعرض لهذه المسألة إلا في الأحكام قليلة العدد والتي كانت تجري على نهج القضاء الفرنسي.

هذا وينقسم الفقه في مصر^(٢) على ذات النحو الذي رأيناها في فرنسا وإن لم تكن اتجاهات بعض شراحه من الوضوح على النحو الذي يبدو في فقه الشرح الفرنسيين. فهناك فريق من الفقه يميل إلى القول بأنه ليس على الخصوم إثبات ما يتبعون به من قواعد القانون الدولي بل أنه ينبغي على القاضي أن ينهض إلى البحث عن هذه القواعد .

ويرى فريق آخر أن القانون الدولي يكون محلال للإثبات أي أنه يكون على صاحب المصلحة التمسك بقاعدة القانون الدولي أن يثبتها .

هذا ويذهب بعض الفقهاء إلى تأسيس رأيه بشأن إلزام الخصوم بإثباتات القانون الدولي على الصعوبات العملية . و مع ذلك فإن جانباً من هذا التوجه الأخير يتوجه

(١) فلمقرر في قضايا محكمة النقض أن القانون الدولي لا يعود أن يكون مجرد واقعة مادية يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها. ص ٢٧، نقض ١٩٧٧/١٩ ، مجموعة المكتب الفني "أحكام و مبادئ النقض في مائة عام في قانون الإثبات" ٢٨٠، ص ٢٧٦.

(٢) وأما التشريع فلم يرد فيه نص بهذا الخصوص وإن كان المشروع التمهيدي للقانون المدني قد ورد فيه نص جرى في شأنه مناقشة انتهت إلى صياغته بالشكل الآتي : "في جميع الحالات التي سيقرر فيها أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق يطبق عليه القانون المصري إذا كان وجود القانون الدولي أو مدلوله غير ممكن إثباته " مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني على المادة ٢٧ منه صفحة ٣١٤ - ٣١٥ بالهامش من الجزء الأول في طبعه وزارة العدل .

- لكن هذا النص أهل عند إفراط القانون المدني في صياغته الأخيرة لا يقصد استبعاد حكمه ، وإنما لأن اهتمام المشرع على ما يظهر كان منتصراً إلى مسألة الإحالة والإحالة المزدوجة.

بالإضافة إلى الصعوبات العملية إلى اعتبار القانون الأجنبي في حكم الواقعة، مع أن هذا الاعتبار الأخير وحده يجعل التذرع بالصعوبات العملية من غير أساس ولا ضرورة حيث أن التعلل بهذه الصعوبات يعني عدم اعتبار القانون الأجنبي واقعة، ومن ثم فإنه يكون من التناقض أن نجمع في نفس الوقت بين الحجتين .

ومن جانبنا فإننا نرى اعتبار القانون الأجنبي واقعة لأن افتراض علم القاضي بقانون دولته يرجع إلى أنه هو أداة هذه الدولة ولذلك ينبغي أن يتحقق عما صدر فيها من قوانين. أما الدول الأخرى فهي أشخاص معنوية أخرى لا يعتبر القاضي أدلة من أدواتها أو عضواً فيها، ولهذا لا يفترض فيه العلم بقوانينها كما لا يفترض فيه العلم بما صنع الأفراد في دولته لاختلاف أشخاصهم عن شخص الدولة .

وقد جاء في حكم محكمة النقض أن الاستناد إلى قانون أجنبي – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية وهو ما يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها وإذا تقدم الطاعنة بخلاف الطعن صورة رسمية للتشريع الأجنبي الذي تستند إليه ولا ترجمة رسمية له فإن النعي يكون غير مقبول^(١).

وفي هذا السياق فإنه لا يمكن الاعتراض بأن قانون القاضي يأمره في بعض الأحوال بأن يطبق قانون الدولة الأجنبية، لأن ذلك لا يعني حتماً أن يبحث القاضي عن قانون تلك الدولة الأجنبية أو أن يفترض فيه العلم به، ذلك أن هذه الحالة تساوى في الحكم مع الحالة التي يأمر فيها المشرع القاضي الوطني بأن ينزل حكم العقد على أطرافه ويعتبر العقد "قانوناً للعاقدين" ومع ذلك لم يجادل أحد في إلزام العائد بإثبات العقد ودلالته^(٢).

وغاية ما في الأمر أن القانون الأجنبي وإن كان واقعة إلا أنه ليس واقعة خاصة بطرفى الخصومة بل هو واقعة عامة من الواقع التي يمكن أن تكون محلأً لعلم

(١) الطعن رقم ٣٢ ق أحوال شخصية ، جلسة ١٩٧١/١٢/٢٩ ، من ٢٢ ص ١١٢٦.

(٢) انظر مسافتبيه في تغيرات وجه القانون وقرب ما ذكرناه وما جاء في بحث العلاقة بما ورد هاتز كلسن عن العقود في سجلات (أرشيف) فسلطة القانون في العدد الخاص بالعقد من أن العقد يتضمن قاعدة nor delegation وأن القانون هنا يقرض الحكم للعقد أي أن هناك تقويضًا delegation إ حاله كما في حالة الإحاله إلى قانون أجنبي (أرشيف - سنة ١٩٤٠ - عدد ١/٤ ص ٣٦) .

الكافة بها - فلا جناح على القاضي أن يبحث إن شاء ولا عليه أيضاً إن أجري في شأنها علمه الشخصي^(١)، فإن لم يطمئن القاضي إلى نتائج بحثه أو يجد إليه سبيلاً، وجب على الخصوم إقناعه بقاعدة القانون الأجنبي على الصورة المعمول بها في بلادها، فإن لم يثبتوا له ذلك جاز له أن يعتبر هذه الحالة من الحالات التي لا يوجد فيها نص تشريعي ، وقد يرى تطبيق القانون المصري على أساس أن هذا هو ما تقضي به العدالة.^(٢)

وبن قيل أن في مكنته القاضي الاستعانة بمترجم فإن الرد على ذلك أن هذا من سلطته، على أنه لن يكون أمامه في هذه الحالة إلا أن يفترض في الترجمة مطابقتها للواقع وهو ما يجعل الحكم في النهاية في يد المترجم عملاً . هذا فضلاً عما يحدث كل يوم من التعديلات والتغييرات في القوانين مما قد يغيب عن القاضي . أضف إلى هذا أن معرفة القوانين الأجنبية لا تتف عند حد العثور على نصوصها بل تتعدى ذلك إلى معرفة متلول هذه النصوص. ولهذا فإننا لا نقر رأي الشرح الذين يريدون أن يفرضوا على القاضي العلم بالقوانين الأجنبية .

الفرع الثاني

شروط الواقعية القانونية محل الإثبات^(٣)

Le fait probatoire (a prouver)

(١) ولا يكون قضاوه فيها بعده محل طعن ما دام علمه مطابقاً للحقيقة ، انظر باتباع بند ٣٣٦ و ٣٥٣ و ٣٥٥ .

(٢) وفي ذلك قضت محكمة النقض بان " الاستناد إلى قانون أجنبي - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - لا يبعده أن يكون مجرد واقعة وهو ما يوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه . " نقض مدني رقم ٨ لسنة ٣٥ ق ، جلسة ٢٦/٧/١٩٦٧ .

(٤) أهم المراجع في هذا الخصوص : رسالة للدكتور محمد صادق فهمي و بحث البروفيسور نبيال في مجلة القانون والاقتصاد . ووجيز التزامات السنوري ص ٦٥١ و ٦٥٠ . هذا بخلاف الكتب المتداولة في الموضوع.

بحث الواقعه التي يراد إثباتها من الأبحاث الشيقه التي ينبغي أن تشهد في شأنها نظرية.

وقد اكتفى القانون الفرنسي باشتراط كون الواقعه القانونية محل الإثبات جائزة القبول ومنتجة وأشار إلى ذلك في قانون المرافعات أيضاً في المادتين ٢٥٤، ٢٥ وفي خصوصية التحقيق بالبينه .

أما في القانون المصري فقد ورد النص في المادة الثانية من قانون الإثبات رقم ٢٥ لعام ١٩٦٨ بأنه: يجب أن تكون الواقعه المراد إثباتها متعلقة بالدعوي ومنتجة فيها وجائزة قبولها .

وبالرغم من أن القانون الجديد جمع شتات ما كان مبعثراً من هذه الشروط في مواد شئي تتعلق كل منها بموضوع معين فصالغ من ذلك قاعدة عامة تطبق على كل واقعة يراد إثباتها أيا كانت وسيلة ذلك الإثبات، إلا أن هذا الأخير قد أغفل شرط اتصال الواقعه بموضوع الدعوى^(١) بالرغم من أنه شرط هام .

وحقيقة الأمر أن هذا الإصلاح التشريعي الذي تبناه التقنين المدني ومن بعده قانون الإثبات لم يكن في واقع الأمر إلا تقيناً لما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الشأن في تفسير النصوص القديمة . فقد كان من المسلم به والمستقر في التطبيق أن هذه الشروط عامة في كل واقعة يراد إثباتها وإن كانت النصوص التي وردت بها خاصة ببعض وسائل الإثبات، كما كان من المقطوع به أن الواقعه يجب أن تكون متصلة بالدعوي و منتجة فيها .

(١) جرى في الماضي تقسم قواعد الإثبات إلى موضوعية وإجرائية لاختص بالأولى التشريع المدني واختص بالثانية قانون المرافعات ، انظر وجيز السنوري بلد ٦١٥ وأحمد نشأت بند ٢٣ . وقد كان الفقه ذاته منقسمأً - ولذات السبب - في تحديد طبيعة قواعد الإثبات مما دعا البعض إلى العناداة بجميع هذه القواعد في تشريع واحد لما في هذا من تيسير على الباحثين وسد للثغرات التشريعية = وتجنب للبعض الغموض المحبطين بتحديد ما إذا كانت القاعدة ذات طبيعة موضوعية أو إجرائية ، وظهرت نتيجة لذلك عدة محاولات لجمع قواعد الإثبات ، الأعمال التحضيرية لقانون المدني المصري ج ٢ ص ٣٤٧ - ٣٤٨ .

وهكذا الحال في فرنسا أيضا ، فإن النص وإن كان قد ورد في باب التحقيق إلا أنه لا نزاع عندهم في أنه نص عام ^(١). ذلك فإن شرط تعلق الواقعية بالدعوى وإن لم يذكر صراحة في النص الفرنسي إلا أنه من الشروط المستلزمة بغير جدال.

لذلك وفي ضوء الشروط التي ورد نص المادة الثانية من قانون الإثبات على ضرورة توافرها في الواقع محل الإثبات: " يجب أن تكون الواقع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى، منتجة فيها، جانزا قبولها" ^(٢)، فإنه يمكننا القول بأن المشرع المصري قد أحسن صنعاً بذكره لهذه الشروط جميعاً وإفراغه لها في صيغة نص عام .

على أنه إلى جانب ما تشرطه المادة الثانية من قانون الإثبات فإنه من البديهي أن تكون الواقع المراد إثباتها محل منازعة وأن تكون معينة أي محددة . فالإثبات يهدف إلى إظهار الحقيقة التي يدعى بها أحد الخصوم وينزع فيها الآخر، لذلك يجب أن تتواجد في هذه الواقع الشروط التي تجعلها صالحة لإظهار هذه الحقيقة .

شروط الواقعية القانونية محل الإثبات:

حيث يهدف الإثبات إلى إظهار الحقيقة التي يدعى بها أحد الخصوم وينزع عنها الآخر لذلك يجب أن تتوافر في هذه الواقع شروطاً تجعلها صالحة لإظهار هذه الحقيقة، وهذه الشروط عندنا هي الآتية:

الشرط الأول : أن تكون الواقع محل نزاع contesté

الشرط الثاني : أن تكون محددة . déterminé

الشرط الثالث : أن تكون متعلقة بالدعوى relevant

الشرط الرابع : أن تكون ملتبة في الدعوى concluant

الشرط الخامس : أن تكون جانزة القبول admissible

(١) جلسون من ٦٥٧ وتعديلات الوزير على العائدتين ٢٥٣ ، ٢٥٤ مراجعات .

(٢) وهي تقابل المادة (١٠٦) من قانون المرافعات الملغى

أولاً

يجب أن تكون الواقعة محل نزاع

contesté

وهذا الشرط البديهي يستخلص بالضرورة من كون الإثبات هو تقديم الدليل على الإدعاء المتنازع بشأنه أمام القضاء . وعلى هذا فإذا أقر الخصم بالواقعة المدعاة فإنه يتربّع على إقراره استبعاد فكرة الإثبات ويكون من الخطأ قانوناً مطالبة المدعى رغم ذلك بأن يقدم الدليل على ادعائه الذي أقر به خصمه ^(١).

فإذا اعترف المدعى عليه بدعوى المدعى أو ببعضها فلا محل لتكليف المدعى بإثبات ما اعترف خصمه به .

ولقد رتبت محكمة النقض على ذلك أنه إذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة وأنه تملّكها بالتقادم ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستدات ملكية الحكومة لهذه الأرض فإنها تكون قد خالفت القانون باقتضائها دليلاً على أمر معترف به ^(٢).

ولكن قد يقال أنه إذا كان الخصم مقراً بالواقعة فإنه لا حاجة لرفع الدعوى بها أصلاً.
(٣) وهذا القول يعد صحيحاً إذا لم يكن هناك من ينمازع صاحب الحق في حقه إطلاقاً لأنه بذلك تتعدم مصلحته في رفع الدعوى، وإنما الواقع أن الخصم قد يقر أمام القضاء بواقعة كان ينكرها قبل ذلك، خصوصاً إذا لاحظنا أن الإقرار أمام القضاء قد لا يكون تلقائياً وإنما يأتي نتيجة للاستجواب (وهو ما يسمى الإقرار المنتزع provoqué)، كما قد يكون الإقرار نتيجة توجيه اليمين أو ردها .

ويلاحظ من جهة أخرى أن الإقرار قد لا يكون من شأنه إزالة أسباب الخصومة والتنافي لأن الخصم قد يقر بالواقعة وينمازع في الحق أي يدعي أن تلك الواقعة قد

(١) نقض ٤٣ نوفمبر ١٩٣٣ ملحق القانون والاقتصاد س ٤ ص ١٥ ومادة ١٤ ص ١٨ .

(٢) مجموعة الـ ٢٥ عاماً إثبات . ٤٠

(٣) المستشار أحمد نشأت ٢٢ حيث يقول "إذا لم يكن هناك نزاع فلا معنى بالبداهة للإثبات ولا للتنافي ."

اعتراضتها وقائع أخرى تمنعها من أن يترتب عليها الأثر القانوني الذي يترتب على أمثالها عادة، فتستمر الدعوى قائمة إلى أن تصفى هذه المنازعات. ومن أمثلة ذلك أن يدعى شخص ملكيته لعقار معين فيقر خصمه بذلك ولكن يدفع المدعى بأنه قد اكتسب ملكيتها بتطاول وضع اليد المستكمل للشروط القانونية، وهنا نجد أنه يوْجَد بقراره بحيث يعتبر الإدعاء الأصلي غير متنازع فيه فلا يلزم المدعى بإثبات ملكية الأرض، إلا أن المنازعة تستمر بشأن الإدعاء العرضي الذي أبداه واضع اليد بشأن تملكه للأرض عن طريق التقادم المكتسب للملكية^(١).

ولقد أضافت محكمة النقض تحديداً آخر في هذا الشأن مضمونة "أن انتفاء الغاية من الإثبات يتسلّم الخصم بإدعاء خصمه مشروط بكونه: قاطعاً وصريحاً وشاملاً وغير مخالف للنظام العام"^(٢). وعلى ذلك فإنه يمكننا القول بتسلّم الخصم بما يدعوه خصمه صرامة أو ضمناً طالما أن هذا الإقرار الواضح والقاطع والشامل وغير المخالف للنظام العام يجعل الواقع غير متنازع عليها مما يمتنع معه مطالبة المدعى بإقامة الدليل على ما يدعوه.

ويجب ملاحظة أن الواقع قد تصبح ثابتة بعد أن لم تكن كذلك بخصوص نفس الدعوى:

كما في حالة نكول المدعى عليه عن حلف اليمين على صحة الواقع أو عن طريق حلف المدعى اليمين بعد ردها عليه من جانب المدعى عليه.

كذلك قد تصبح الواقع ثابتة بعد أن لم تكن كذلك عن طريق صدور حكم حائز لقوة الأمر المقطعي بصحتها.

(١) نقض ٢٣ نوفمبر ١٩٣٢ السابق ذكره - وفيه ادعت الحكومة بملكية قطعة أرض ملكية خاصة ، فأقر المدعى عليه بذلك ولكنه ادعى المقابل بالتقادم و أن كان قد عجز عن إثباته ، ومع ذلك حكمت المحكمة برفض دعوى الحكومة بمقولة أن مستنداتها على الملكية غير كافية فخطأتها محكمة النقض : لأن إقرار المدعى عليه يعني المدعى من عباء إثباتاته أدعايه ولا يجعل ثمة محل لمعطالية المدعى بإثبات أدعايه وبالتالي لا ينفي البحث في مستنداته لتفريحها أو عدم كفايتها لتدعم هذا الإدعاء .

(٢) نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٣٣ مجموعة أحكام النقض في ٤٥ سنة الجزء الأول من ٣ قاعدة ؛ أورد عز الدين الديناصوري وحامد عكاو في التعليق على قانون الإثبات الطبعة الثانية ١٩٨٤ . ٢٧ .

وفي كل الأحوال السابقة لا يصح أن تكون الواقعة غير المتنازع عليها محلًّا لنفي أو إثبات .

وهكذا نري أن الإثبات لا يستلزم إلا عند الإنكار والمنازعة ولا يستلزم عند الإقرار. فتسليم الخصم بالواقعة المدعاة من شأنه أن يزيل الحاجة إلى الإثبات بل و يجعله عديم الجدوى ويكون استلزم الدليل عندئذ عملاً من أعمال التجنی act frustratoire^(١).

خلاصة: نخلص مما تقدم إلى أن الشرط الأول في الواقعة محل الإثبات هو أن تكون محل نزاع .

(١) جارسوبيه ج ٢ ص ٢٩٨ فقرة ٤٧ .

ثانياً

يجب أن تكون الواقعية محددة

determiné

ما لا شك فيه أن تجاهيل الواقعية يجعلها غير قابلة للإثبات لأن الإقناع لا ينصب بداهة على أمر غامض أو مبهم . ويرجع ما تقدم إلى أن أساس الإقناع هو الفهم والفهم لابد له من الدقة والتحديد ووضوح البيان.

وهو ما يعبر عنه بعض الشرائح بقولهم أن الواقعية يجب أن تكون معينة أو محصورة، وهذه كلها مترافقات تؤدي إلى نفس المعنى.

وهكذا فإنه إذا كانت الواقعية محددة فإنها تصلح لأن تكون محلالا للإثبات، ويستوي في هذا أن تكون واقعة إيجابية أو أن تكون واقعة سلبية^(١) .

فيإثبات عقد أو إثبات فعل ضار كمصدر للحق هو إثبات لواقع إيجابية، أما الواقع السلبية المحدودة فيمكن إثباتها بإقامة الدليل على واقعة إيجابية منافية لها^(٢) ، ذلك أن كل واقعة سلبية محدودة تتضمن واقعة إيجابية مضادة لها وإثباتها يتم بإثبات تلك الواقعية المضادة .

وعلى ذلك فالواقعة محل الإثبات هي الواقعية المحددة دون الواقعية غير المحددة التي لا تصلح لأن تكون محلالا لأى إثبات ومن أمثلة الواقع غير المحددة:

أن يدعى أحد الأشخاص الملك المطلق (أي دون بيان سبب التملك) أو يقول أنه مالك بعقد ولا يحدد طبيعة ذلك العقد هل هو عقد شراء أم هبة أم..... الخ - أو أن يدعى أحد الأشخاص مرض الموت دون أن يبين ماهيته - أو أن يدعى وضع اليد

(١) من أمثلة الواقع الإيجابية ادعاء شخص بأنه يقابل آخر كل يوم طيلة حياته . و من أمثلة الواقع السلبية ادعاء شخص آخر بأنه لم يقابل الآخر بالمرة . و أشار إلى هذه الأمثلة: محمود جمال الدين زكي ، ص ٢٩١ ، بند ٢٢٢ نقلًا عن ريببيو وبولانجييه ، و عن جلاسون وتيسميه . و انظر محمد شكري سرور ، المرجع السابق ، ص ٢٩

(٢) عبد الوهود يحيى - الموجز في فانون الإثبات ١٩٨٧ ص ١٣ .

دون أن يحدد عنصره الزمني أي منته و تاريخ بدايته: فمثل هذا الغموض كفيل بان يجعل الادعاء مستعصياً على الإثبات ويؤدي بالتالي إلى رفض الدعوى^(١).

ولى هنا نجد أن هذا الشرط لا صعوبة فيه بل ويقاد أن يكون بدبيها.

وحقيقة الأمر أن البلاطة إنما ثارت بسبب ما تردد في بعض المؤلفات من أن إثبات النفي مستحبيل لأن النفي أمو غير محدد.

ونحن من جانبنا نرجع هذا الرأي إلى كونه نتيجة خطأ وقع فيه بعض الشرح في فهم كلمة النفي، حيث لم يفهمونها على معناها الحقيقي وهو الإنكار بل فيفهموا على معنى الأمر السلبي أو الواقعية السلبية^(٢).

ولعدم الواقع في هذا الخطأ في الفهم يجب الاحتفاظ بالفرق بين تقسيم الواقع إلى إيجابية وسلبية وتقسيمها - أي الواقع - إلى محدود ومتلقة، فليس كل واقعة إيجابية محدودة، كما لا تعني سلبية الواقعه أنها دائمة متلقة^(٣).

وفي هذا الصدد ذهب الدكتور عبد الوهود يحيى إلى القول بأن إثبات العقد أو الفعل الضار هو إثبات لواقع إيجابية أما الواقع السلبية المحدودة فيمكن إثباتها بإقامة الدليل على واقعة إيجابية منافية لها^(٤) فإن صعوبة الإثبات لا تكمن في كون الواقع سلبية ولكن تكون الصعوبة إذا كانت هذه الواقعه تتضمن إدعاء مطلقاً أو مجهولاً، وذلك لا يقتصر على الواقعية السلبية فحسب بل يمكن للواقعة الإيجابية

(١) انظر في تفصيل هذه الأمثلة وأمثلة أخرى ، وجيز السنوري وتعليق دالوز على المادة ٤٥٢ مراجعت دالوز العملي والبراتوار الحديث في هذا المقام .

(٢) يرجع السر في هذه البلاطة إلى خطأ ارتقى إليه بعض المحشبين GLOSSQTEURS في تطبيقهم على بعض التصوصن اللاتينية التي تقرر أن من انكر AUI NEGQT ليس عليه تلوك ، أي أنه من اكتفى بتقى الواقع المدعى بها عليه لا يكلف بتقديم دلوك يزيد إنكاره راجع في هذه التصوصن اللاتينية : وجيز أكاري (في القانون الروماني وشرح النظم لجستيان) ج ٢ ص ٤٠٢ وهامش ٤ ص ٩٠٥ بند ٧٧٦ هامش ٧ وقد فند في هامشيه مزاعم هؤلاء الشرح ، وانظر أيضاً مبسوط بودري التزمات ج ٢ بند ٤٠٦٥ وكذا ٤٠٦٦ بوجه خاص وجيز كولان وكابيتان ج ١ ص ٩٩ وهامش ١ - وجلاسون ج ٣ ص ٦٦٤ بند ٥٩٦ وقد أشار إلى أن بونيه سبق له التنبية لهذا الخطأ - وانظر أيضاً رسالة تقنية ورسالة صادق لهمي ص ٢١٢ .

(٣) محمد شكري سرور - موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ١٩٨٦ بند ١٧ ص ٣١ .

(٤) عبد الوهود يحيى - الموجز في قانون الإثبات ١٩٨٧ ص ١٣ .

أيضاً أن تتضمن إدعاء عاماً مجهلاً وهذا لا تصح هذه الواقائع أن تكون ملحاً للإثبات^(١). ولذلك فإنه يشترط في الواقعة التي تكون ملحاً للإثبات أن تكون واقعة محدودة سواء أكانت واقعة إيجابية أم سلبية .

- ومع ذلك يجب أن نلاحظ أن الفهم الصحيح للمسألة هو أن من ينكر لا يجوز أن يكلف بدليل لأن وضعه هو الوضع الطبيعي والمألوف ، ومن يدعى عكس هذا الوضع هو الذي يجب أن يدعم ادعاهه ويأتي ببرهانه حيث أن البيئة - أي الدليل - على من ادعى خلاف الظاهر .

ولقد استقل البعض هذا الفهم الصحيح للمسألة في اتجاه آخر، أو غم عليهم، فذهبوا إلى أن من أقام إدعاء بواقعة سلبية لا يلتزم بالإثبات بل يفترض صحة ادعائه^(٢).

وهذا فهم خاطئ للمسألة حيث أنه وبحسب الأصل إذا كان الإنكار يصلح وسيلة للدفع إلا أنه لا يصلح وسيلة للدعوى^(٣) .

(١) أحمد عبد العال أبو قرين - الجامع في أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية ١٩٩٠ - ١٩٩١ من ٢٠

(٢) انظر لوران ج ١٩ بند ٩٥ وأنظر جلاسون ج ٢ ص ٦٦٥ وقد استند البعض في تبرير ذلك إلى أحد التصويمات الثلاثية المشار إليها وهو الخاص بالدفع بعدم استلام النقود وعددها وبيان ذلك أنه إذا حدث أن الواقع بالقرض لم يسلم المبلغ إلى الموعود ورفع عليه مع ذلك دعوى بطاله فيها بالصداد بناء على تعهده بالردد ، فقد أجاز للموعود بالقرض أن يدرا عن نفسه المطالبة بأن يبدى الدفع المسمى بدفع عدم استلام النقود وعددها ، وكان إبداؤها له كافياً ما دام قد تمسك به في بداية مقاضاعه فلم يكن إذن محتاجاً إلى إقامة الدليل على عدم صحة استلامه للنقود بل كان بالقرض إنه لم يتسلمهما إلى أن يقيم خصمه الدليل على استلامه لها (قارن هذا في القانون الحديث بالسبب إذا لم يذكر في العقد) و الواقع أن القانون الروماني يقيم هنا قرينة الفش الذى كان الإثبات فيه على المدين فكان عدم النقود كان يعتبر من عناصر إتمام العقد . ولا شك في أن هذا كان خروجاً على القواعد العامة إلا إنه قد اقتضاه شيوخ تلك النوع من التحليل (أنظر ديديه بلهيه - أستاذ من جربويول - في كتابه القانون الروماني ج ٢ ص ١١٣ وما بعدها واكاريا ج ٢ بند ٥٨١ من ٤٠١ وجلاسون ٣ بند ٥٩٦ ص ٦٤ . وقد ذكر أن هذا الدفع لم يوحذ به في القانون الفرنسي ، أن لوازيل قد أنكره (في القاعدة ٦ من الباب ٢ م الكتاب الخامس من مؤلفه في العادات)

(٣) حيث منوضح فيما بعد وجود حالات استثنائية يكون فيها الإنكار صالحًا لإقامة دعوى أصلية كما هو الحال بالنسبة لدعوى إنكار الاتفاق .

ولن كانت بعض هذه التفسيرات الخاطئة سالفة البيان قد شاعت حيناً من الدهر إلا أن الفقهاء قد تبهوا إليها منذ زمن طويل^(١) وردوا الأمور في خصوصها إلى الوضع الصحيح وهو أن الواقعية السلبية كالواقعة الإيجابية قابلة للإثبات ما دامت محدودة ومن ثم يجب على من يدعى إثباتها إقامة الدليل عليها^(٢)

وإذا كان البعض لا يتصور كيف تثبت واقعة سلبية فإنه وكما أسلفنا فإن هذا يكون عن طريق إثبات واقعة إيجابية مضادة لها^(٣) حيث أن كل واقعة سلبية تتضمن وبالضرورة واقعة إيجابية مضادة لها^(٤) une antitheses immediate.

فعلى سبيل المثال إذا إدعى عمرو بأن زيداً أحدث به إصابة وسأله عن تعويضها، وأراد زيد أن يثبت أنه لم يكن موجوداً في مكان الحادث حين وقوعه (وهذه واقعة سلبية) فإنه يستطيع إثبات هذه الواقعية عن طريق إثبات واقعة إيجابية مضادة لها، و ذلك بأن يثبت أنه كان حينئذ موجود في مكان آخر، وهذا يؤكد أنه لم يكن موجوداً في مكان الحادث وقت وقوعه وهي الواقعية السلبية محل الإثبات^(٥).

(١) يرى بعض الشرائح أن الذين خلطاوا بين الأمر السلبي والإنكار بمعنى النفي لم يخطئوا عن جهل وإنما عن عدم (رأي الفقيه ليسونا في صائق فهمي ص ٢١٣ وهامش ١) فاستعملوا هذه التصوص في غير معناها الصحيح لوجعلوا منها تكلاً لبعض آرائهم . ولعل هذا يفسر أن أرتوبيان جزء ٩١ بند ٩٥ يقع في هذا الخطأ بل وأشار بوضوح إلى الرأي الصحيح (أنظر بوردي ص ٤٢٧ هامش ٢).

(٢) كولان وكابيتان ج ١ ص ٩٩ هامش ١ ، وجلاسون ص ٦٥٥ وأشار إلى بونيه طبعة خامسة بند ٣٩ وبمسوط بوردي سابق البيان أشار إلى بارتوال على ما أسلفناه ذكره . وانظر أيضاً لوران جزء ٩١ بند ٩٥ حيث يقرر أن خطأ تفسير المحشين لهذه النصوص الرومانية قد أقره جميع الشرائح .

(٣) نقش فرنسي (عارض) ٢١ نوفمبر ١٨٤٦ ، أورده جلاسون ص ٦٦٤ دالوز الطمي (إثبات) بند ٣٨ ورير دالوز و الهجاني العتيق (R) تحت كلمة إثبات بند ٢٠ أولاً وانظر أيضاً نقش فرنسي ١٢ نوفمبر ١٨٥٦ دالوز النوري ١٨٥٧ - ٥٩-١ وبمسوط بلاطيوال التزامات ثان ص ٧٥٤ وهامش ٤ - وانظر كذلك نقش مصرى ٢٦ يناير ١٩٥٠ (الطعن رقم ٨٤ س ١٨ هامش ٤).

(٤) لوران ١٩ بند ٩٥ وبمسوط بلاطيوال التزامات ثان ص ٧٥٥ (بند ١٤١٦) وأوردي ١٢ خامسة ص ٨٢ فقرة ٧٤٩ عند هامش ١٤ بمسوط بوردي التزامات ثالث ص ٤٢٧ عند هامش ٢ بها .

(٥) أحمد عبد العال أبو قرين - الجامع في أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية ١٩٩٠ ص ١٩ .

(٦) انظر لوران ١٩ ص ٩٣ حيث يقول : واتي أثبت أنك لست بليجيكياً بإثبات أنك فرنسي أو باتك قد فقدت صفتكم كبلجيكي - ومثله مسوط بوردي التزامات ثالث ص ٤٢٧ عند هامش ٢ بها .

وهذه الطريقة مألوفة في الإثبات وشائعة في القضايا الجنائية بوجه خاص ويسموها في الاصطلاح ALIBI أي إثبات وجود المتهم في غير مكان الجريمة (١)، ومع ذلك و كما رأينا فهي معروفة أيضاً في المسائل المدنية .

وعلى هذا فمن الخطأ أن يقال أن إثبات الواقع السلبية مستحيل وأنه لهذا لا يجوز التكليف به، بل أن القانون نفسه يتطلب أحياناً إثبات وقائع سلبية . وعلى سبيل المثال وفي باب استرداد ما دفع بغير وجه حق يلزم أن يثبت طالب الرد أنه لم يكن مدينا بما دفعه، أي بما ينبغي استرداده (٢).

وكذلك فقد يقتضي المنطق ذاته وجوب إثبات الواقع السلبية في أحياناً أخرى، ومن أمثلة ذلك أن من تحدي بحق معلم على شرط ينطوي على واقعة سلبية، فإنه يتلزم بإثباتها . (٣)

لهذا فإنه و متى تعهد موظف مثلاً بأن يأجرك منزلك بالقاهرة إن لم ينقل إليها في تاريخ معين فاريدت أن تثبت أنه لم ينقل إليها، فإن إثبات هذه الواقعية السلبية يكون جائزًا وميسوراً من ناحية، وواجب عليك من ناحية أخرى.

ومن أمثلة ذلك أيضاً أن من يدعى أن حكماً ما قد أصبح نهائياً يجب أن يثبت أنه قد أعلن للخصم، وأن هذا الخصم لم يطعن فيه ويحصل هذا عادة بالحصول على شهادة من قلم الكتاب بعدم حصول الطعن .

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض الجنائي بأنه ' لا يصح أن تقام الإدانة على الشك و القن ، هل يجب أن تؤسس على الجزم و اليقين . فإذا كان المتهم قد تمسك في دفاعه بأنه لم يحضر الحادث الذي أصيب فيه المجنى عليه إذ كان وقتنة نقطة البوليس و أشهد على ذلك شاهداً فلم تأخذ المحكمة بهذا الدفاع دون أن تقطع برأي في صحة شهادة تلك الشاهد أو كذبها مع ما لهذه الشهادة من أثر في ثبوت التهمة المسندة إلى المتهم لتعلقها بما إذا كان موجوداً بمكان الحادث وقت وقوعه أو لم يكن فإن حكمها يكون معيلاً . الطعن رقم ٤٤٢ سنة ٤٠ ق ، جلسة ١٥/١٦ ، ١٩٥٠/١٠/١٦ .

(٢) أويري ورو، ط . خامسة ١٢ ص ٨٣ عند هامش ١٦ ، وجوريس كلاسير مدنى مادة ١٣١٥ بند ٦٠ ومراجعة ، لوران ج ١٩ ص ٩٤ ومراجعة ، وكابيتان ص ٤٧٨ بند ٧١٩ ، وميسوط بلاطيل العلى ، الترامات ج ٢ ص ٧٥٥ هامش ٢ .

(٣) أويري ورو ، المرجع السابق ، ص ٨٣ عند هامش ١٧ .

وتحمة حجة أخرى يضيفها الشراح وهي تتلخص في أنه حتى إذا كان إثبات الواقعية السلبية مستحيلًا فإن هذه الاستحالات التي يجد المدعى فيها نفسه لا تبرر إعفائه من الإثبات وتحمّل خصمته به^(١).

وهكذا فإن كون الواقعية سلبية ليس من شأنه إعفاء مدعيعها من الإثبات أو منعه من الإثبات، بل يباح له ويطلب منه إثباتها، فإن أخفق فلا يكون ذلك داعيًّا إلى تحمّل خصمته بالإثبات، بل أنه يمكن مدعاه لرفض الدعوى ..

ويفهم ما تقدم في إطار أن إثبات النفي لا يكون مستحيلاً، إلا إذا كان من قبيل النفي المطلق . على حد تعبير محكمة النقض - أو النفي الصرف^(٢). ومرد ذلك في حقيقة الأمر ليس إلى كون الواقعية سلبية ، ولكن إلى كون الواقعية غير محددة INDEFINI^(٣) ومثال ذلك أن يدعي شخص أنه لم يفترض أي مبلغ من المال طوال حياته . فمثل هذه الواقعية لا يمكن إثباتها، ليس لكونها واقعة سلبية، ولكن لكونها واقعة غير محددة .

ويخلص لنا مما تقدم أن استحالات الإثبات في الفروض السابقة ترجع إلى كون الواقعية غير محددة لا إلى كونها سلبية أو إيجابية.^(٤) لذلك فإنه يصبح أمراً بديهياً عدم تصور أن تكون مثل هذه الواقعية محل لنزاع قضائي أو أن ترفع بشأنها دعوى^(٥).

مواجهة الصعوبات العملية في إثبات الواقعية السلبية:

(١) ووالوز العملي تحت كلمة "إثبات" بند ٣٨ و مراجعة، مبسوط بودري التزامات جزء ثالث بند ٢٠٦٦ و مبسوط بلاطبيول التزامات جزء ثان ص ٧٥٥ -

(٢) على حد تعبير المادة ١٦٩٩ من المجلة (ونقطه في طرق القضاء) ص ٢٢ .

(٣) لوران ج ١٩ ، ص ٩٣ .

(٤) فباطلاق الواقعية هو الذي يؤدي إلى جعلها مستحيلة في مقام الإثبات . ومنri أن الاستحالات تجعل الواقعية غير جائزه القبول في مجال الإثبات .

(٥) مبسوط بلاطبيول ، التزامات ، ج ٢ ص ٧٥٤ ، هامش ١ ، وتعليق ٥ روسو في سيري ٢ ، ١٩٢٢ . ٧٣

- إلا أننا إذا ما خلصنا إلى أن من يدعى واقعة سلبية يجب عليه إثباتها بحكم كونه مدعياً، لا نثبت أن نجد أنفسنا إزاء الصعوبات العملية التي يجدها مدعى الواقعة السلبية في إثباتها، لذلك فإن الشرح ينصحون القضاة عندئذ بأن يتلطفوا معه في شأنها ، وألا يكلفوه من أمره عسراً^(١) . أي أن منطق الأمور والحال كذلك أن يقنع القضاة في هذا المجال من المدعى بالتبسيط في الإثبات وأن يصوغوا له استبدال محل الإثبات بإثبات واقعة مقاربة للواقعة المدعاة دون الواقعة المدعاة نفسها، وأن يلجأوا إلى طريق الموازنة والترجيح، ويقفوا عند حد الاحتمال القوي أو الظن الغالب.^(٢)

لذلك وإزاء صعوبة إثبات الواقعة السلبية، فإن قضاة الموضوع عادة ما يكونون أكثر تساهلاً مع المدعى، فيكتفون بما لهم من سلطة في تقدير الدليل بما يقدمه هذا الأخير بما يجعل ادعاءه بالواقعة السلبية قريب الاحتمال لينقلوا على عائق الطرف الآخر عبء إثبات العكس^(٣).

التمسك بالوضع العادي للأمور واعتباره بالواقعة السلبية:

(١) دالوز العلى تحت كلمة إثبات بند ٣٨ ومراجعة ، وبمسمى بلاطول ، سابق الإشارة إليه ، من ٧٥٥ وهامش ٤ ، وأويري ورو ، السابق ، من ٨٢ وهامش ١٨.

(٢) وقد أشرنا فيما سبق إلى هذه هي طبيعة الإثبات القضائي ، وأن الدليل القضائي بطبيعة لا يمكن أن يصل بنا إلى حد اليقين.

(٣) محمد شكري سرور ، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ١٩٨٦ من ٣٢ فقرن ذلك بالمعنى الذي تطبقه محكمة النقض في شأن تمسير إثبات الإخلال بتقليد الالتزام ببدل عنابة، الطعن رقم ١١١ لسنة ٣٥ ق ، جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦ حيث قضت بأنه: "لنكن كان متضمنا اعتبار التزام الطبيب التزاما ببدل عنابة . خاصة أن المريض إذا أتكر على الطبيب بدل العناية الواجبة فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض. إلا أنه إذا ثبت المريض واقعة ترجمة إهمال الطبيب كما إذا ثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح و الذي نتج عنه تشوه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقا للأصول الطبية المستقرة ، فإن المريض يكون بذلك قد أقام فريضة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبء الإثبات بمقتضاه إلى الطبيب و يتبعن عليه لكن يدرأ المسئولة عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع و التي من شأنها أن تتفق عنه وصف الإهمال ."

ثمة حالات قد يتوجه الباحث إزاءها أن المدعى يتحدى بواقعه سلبية مما يقتضي تكليفه بإثباتها، مع أننا لو تأملنا هذه الحالات لوجدنا أن المدعى يتمسّك فيها بالوضع المعمول به في توزيع عبء الإثبات أو ما يسميه بعض الشرائح الفرينة الطبيعية .

لذلك فإن رفع المدعى لدعواه بالاستناد إلى تلك القرينة الطبيعية لا يقتضي تكليفه بالإثبات ، بل يكلف بذلك خصمه إذا نازعه في دعواه ، مع أن مركز ذلك الخصم في الدعوى هو مركز المدعى عليه . فإذا كان ثمة وضع طبيعي لا يعترف المدعى بأنه قد تغير فإنه إنما يرفع دعواه بطلب تقرير حق له على أساس قيام ذلك الوضع ، والمفروض بقاء ما كان على ما كان . فإذا ادعى الخصم خلاف ذلك لزمه إثبات ما يدعيه : لأنه - وإن كان مدعى عليه في القضية - إلا - أنه من وجهة الإثبات يعتبر مدعياً لأمر مخالف للأصل. (١)

ومن أمثلة اشتباه التمسك بالوضع الثابت أصلاً ب الواقع السلبية ما يحدث عادة في مجال الجزاءات المطبقة في عقود العمل والجزاءات الإدارية من اعتبار ادعاء العامل أو الموظف بعدم ارتكابه خطأ من قبيل الواقع السلبية التي يقع عليه عبء إثباتها، بينما أن حقيقة الأمر أن العامل أو الموظف الإداري، وبحسب الأصل، يفترض في شأنه عدم ارتكاب الخطأ واستصحاب سلامة الأداء.

(١) مثل ذلك دعوى إتکار الارتكاق وفيها يدعي مالك عقار ضد مالك عقار المجاور له بأن عقاره غير محمل بارتكاق للعقار المجاور ويطلب بالحكم له بذلك في مواجهة المدعى عليه . وفي هذه الحالة جرى القضاء على إن المدعى غير مكلف بإثبات مما يدعيه من خلو عقاره من الارتكاق بل يكون المدعى عليه هو المكلف بإثبات إرتقاقه إن كان يدعي من ذلك شيئاً . فهل إعطاء المدعى من الإثبات في هذه الحالة يرجع إلى أن الواقعية التي يدعيها سلبية؟

و الحقيقة أن التبرير الصحيح لذلك هو : أن الوضع الطبيعي للأمور هو خلو الأعوان من الأعباء فالمدعى إنما يقرر أمراً مطابقاً للوضع الطبيعي ، و لذلك لا يكلف بإثباته . فإن كان المدعى عليه لا ينزععه في ذلك وجوب الحكم له بما طلب : لأن القاضي حينذاك لا يطلب أكثر من تقرير الأمر . أما إذا نازعه المدعى عليه فإن معنى ذلك أن هذا المدعى عليه (في الدعوى) يدعي أمراً على خلاف الأصل (الذي يتمسّك به المدعى) - فينبع على إثباته .

أ. حالة انعدام المبرر في فسخ عقد العمل:

في حالة العامل الذي يرفع دعوى على صاحب العمل طالباً التعويض عن فسخ عقده على أساس أن هذا الفصل لم يكن له مبرر، لذلك فقد يذهب البعض إلى القول بأن الإدعاء بانعدام المبرر هو إدعاء بواقعة سلبية! فإن صح هذا كان الواجب تحميل العامل بإثباتها لأنه هو المدعي .

لكن الواقع و صحيح القانون على خلاف التصور السابق: ذلك أن الأصل والوضع الطبيعي للأمور هو انعدام الخطأ في جانب أي شخص: فإذا رفع العامل دعواه مستنداً إلى هذه القرينة الطبيعية، وهي عدم وجود خطأ من جانبه فإنه لا يكون مكلفاً بالإثبات ، لا على أساس أن الواقعة التي يدعى بها واقعة سلبية، وإنما على أساس أنه يتمسك بالوضع الطبيعي، وهو الأصل. فإذا نازعه خصمه في ذلك فمعنى هذا أنه يدعى أن هذا الأصل قد جدت واقعة على خلافه ، وحينئذ ينقلب المدعي عليه (في الدعوى) مدعياً (الواقعة) التي تخالف الأصل، ويترتب على ذلك أن يكون هو المكلف بإثباتها .^(١)

(١) وقد ذكرنا هذه المسألة بالذات لأن الأحكام قد تضاربت فيها . فقد قضى بأن الأصل أن كل فسخ للعقد (عقد العمل) مفترض فيه أنه كان له ما يبرره ، وعلى من يدعى العكس إثبات ذلك. أي إثبات أن الأسباب التي يبني عليها الفسخ لم تكون مشروعة، محكمة القاهرة التجارية ٢٨ يونيو ١٩٥٣ - القضية رقم ١٣٣٩ لسنة ١٩٥٣ (غير منشور) وقضى على خلاف ذلك : بأن ما ذهب إليه البعض ' من أن عبء إثبات أن الفصل التنصفي يقع على عاتق العمال، مردود بأن الفصل كان بصلة تصفيه حتى يثبت صاحب العمل أن الفصل له ما يبرره، محكمة شئون العاملين الجنائزية بالقاهرة في ٢٩ يوليو ١٩٥٣ - القضية رقم ١٤٨٧ لسنة ١٩٥٣ وكذلك القضيتين رقم ١٤٨٢ ، ١٤٨٣ في ذات العام (غير منشوريتين).

كما قضت محكمة النقض في مسألة أخرى بأنه " تنص الفقرة الأولى في المادة ٢٢٤ من القانون المدني على أن ' لا يكون التعويض الائتفافي مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ' و وجود الشرط الجنائي في العقد يلتزمه وقع الضرر إلا إذا أثبت المدين عدم وقوعه لأن هذا الشرط ينقل عبء الإثبات من عاتق الدائن إلى عاتق المدين " وذلك في الطعن رقم ١٢٩٣ لسنة ٥٤ ق ، جلسة ١٦/٣ ١٩٨٦.

بـ . حالة الجزاءات الإدارية:

من الحالات التي يختلط فيها الأمر بشأن تحديد محدودية الواقعة وبين ما إذا كانت ممكنة الإثبات من عدمه بالنظر إلى كونها واقعة سلبية" حالة الجزاءات الإدارية (١). والأمر في شأن الجزاءات الإدارية يتعلق بتلك الجزاءات التي يخول القانون للإدارة تقييمها دونما حاجة إلى اللجوء إلى القضاء . ويؤدي ذلك إلى جعل من وقع عليه الجزاء في موقف المدعى دائمًا إذا ما نظر، وبالتالي فهو المكلف بإثبات أنه لم يرتكب ما يستوجب الجزاء، وهذا من قبيل الواقعة السلبية .

وقد دعا ذلك بعض الشرح إلى استنكار هذا الوضع بالنظر إلى أن هذا تكليف للمدعى بإثبات أمر سلبي، وهو ما لا يجوز (٢) .

والواقع أن هذه الحجة غير صحيحة طبقاً لما أسلفناه، ذلك لأنه لو كان المتظلم مدعياً بواقعة سلبية لما كان هناك ثمة ما يمنع من تكليفه بإثباتها، بل لوجب ذلك . والحقيقة أنه يتمسك بالأصل وبالقرينة الطبيعية والتي تقول بأن الأصل هو عدم نسبة الخطأ للإنسان . وبالتالي فإذا كانت جهة الإدارة هي التي تدعي خلافاً للأصل ، فإن عليها أن تثبت ذلك (٣) .

والقول بغير ذلك مؤداء الانحدار إلى قبول أن الأصل في الإنسان الخطأ، أي أن تصبح القرينة الأصلية هي قرينة الإجرام وانشغال الذمة، لا قرينة البراءة وبراءة

(١) انظر رسالة باكتيه في الإثبات أمام القضاء الإداري ، رسالة من باريس ١٩٥٤، بند ٥٧ ص ٩٠ .

(٢) انظر تعليق ليبيت - او على حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في أول يناير ١٩٤٣ في قضية ما بناس والوارد في سبتمبر ١٩٤٣ ، ٣ ، ٢٧ حيث قال : ' والقرار الإداري يتمتع بعزة التقليد الشفائي ، فكيف إذن يتسعى لمن وقع عليه الجزاء - وقد أقبل مثلاً أن يقدم الدليل السلبي LA PREUVE NEGATIVE على عدم وجود الواقع المنسوبة إليه وذكر مثل ذلك أيضاً بكتاباته في المرجع السابق ، ص ٩١ .

(٣) وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " مناط تحمل العامل بالوحدات الاقتصادية التابعة للقطاع العام بقيمة ما يصيب تلك الوحدات من أضرار مرهون بتوافر أركان المسؤولية المدنية وقوامها ثبوت خطأ العامل واصابة الوحدة الاقتصادية بأضرار مع توافر علاقة السببية بين خطأ العامل والضرر الذي أصاب تلك الوحدة . " الطعن رقم ٢ لسنة ٢٩ قضائية . عليا جلسة ٢٠٠٢/٢/٢ .

الذمة، وهو ما لا يستسيغه منطق: لأن الأصول يجب أن تطابق المعمول، ولو لا ذلك لما اعتبرت أصولاً.

ثالثاً

يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى

REVELAT

يعتبر هذا الشرط أيضا شرطا بديهيا، لأنه يعني أن تكون الواقعة المراد إثباتها ذات صلة بالحق المتنازع فيه لكي يؤثر ثبوتها في الفصل في الدعوى، وإلا فلا معنى للإثبات . فإذا كانت الواقعة منقطعة الصلة بموضوع الدعوى فلا فائدة من إثباتها^(١).

وهذا الشرط لا تظهر أهميته في الإثبات حيث ينصب الإثبات على الواقعة مصدر الحق ، ولكن تكون لهذا الشرط أهمية قصوى في الإثبات غير المباشر حيث لا ينصب الإثبات على الواقعة مصدر الحق ، وإنما ينصب على واقعة أخرى على صلة به ويودي إثبات هذه الواقعة الأخيرة إلى جعل الواقعة مصدر الحق محتملة الوجود . فنحن إذن بقصد تحويل أو نقل الدليل من واقعة لأخرى .^{(٢)"DEPLACEMENT DE LA PREUV"}

وفي هذا الفرض تظهر الأهمية القصوى لهذا الشرط، إذا لابد أن تكون هذه الواقعة الأخرى على صلة بموضوع الدعوى. ونضرب فيما يلي بعض الأمثلة على ذلك: فبقصد الإثبات المباشر ينصب الإثبات على مصدر الحق، كما إذا ثبت المؤجر عقد الإيجار لكي يطالب بالأجرة. كذلك فإن من يدعي بالملكية يقوم بإثبات الواقعة المنشئة لها .

(١) إذا رأت المحكمة أن الواقع المطلوب إثباتها غير متعلقة بالدعوى وجب عليها أن تقضي برفض التحقيق ، ولو من تقاء نفسها.

(٢) عبد الوودود بحث ، الموجز في قانون الإثبات ، ١٩٨٧ ، ص ١٤ ، أحمد عبد العال أبو قرين ، الجامع في أحكام الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ١٩٩٠ ، ص ٢٢ .

ففي هذه الحالات تكون الواقعية متعلقة بالحق المطالب به، بل ومنتجة أيضاً في الإثبات، وهذا يbedo هذا الشرط بديهياً ويثير التساؤل عن تطلبه أصلاً.

أما في الإثبات غير المباشر، حيث كثيراً ما يكون الإثبات المباشر متغراً، فيلجأ المتقاضي إلى إثبات واقعة قريبة من الواقعية الأصلية بحيث يؤدي ثبوتها إلى جعل الواقعية الأصلية قريبة الاحتمال . وهذا تبدو أهمية هذا الشرط .

فمن يطالب بدين معين لا يقبل منه أن يثبت أنه سبق وأن أوفى بديون أخرى، لعدم تعلق هذه الواقعية بموضوع الحق المطالب به .

ولكن إذا طلب المستأجر بإثبات الوفاء بأجرة شهر معين، فإنه يستطيع إثبات أنه أوفي بأجرة هذا الشهر بإثبات الوفاء بأجرة شهور لاحقه، لأن الواقعية المثبتة هنا متعلقة بالحق المطالب به^(١).

مدى رقابة محكمة النقض على تحقق هذا الشرط:-

جاء في حكم محكمة النقض أنه "إذا رأت المحكمة أن الواقع المطلوب إثباتها غير متعلقة بالدعوى وجب عليها أن تقضي برفض طلب التحقيق ولو من تلقاء نفسها ، فذلك أمر متروك لمطلق تقدير المحكمة(٢)".

يرى الفقه في مجموعة أن تقدير مدى تعلق الواقعية بالدعوى من المسائل التي ترك تقديرها لقاضي الموضوع دون رقابة من محكمة النقض .

ولكن هذا رأي يحتاج إلى شيء من التحديد وإلى التفرقة بين الحالة التي يرد فيها الإثبات على الواقعية التي تعد بذاتها مصدراً مباشراً للحق وبين الحالة التي يرد فيها الإثبات على واقعة ليست هي بذاتها المصدر المباشر للحق ولكن يجعل إثباتها وجود الواقعية التي ولدت الحق أمراً محتملاً .

(١) العلامة المنورى ، المرجع السابق فقرة ٤٢ ، ص ٦١٠ . / عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ١٤ .

(٢) نقض ١٠ مارس ١٩٣٢ مجموعة القواعد القانونية (١) ص ٦٦٤ نقض ١٠ نوفمبر ١٩٣٢ المجموعة ص ١٤٠

ففي الحالة الأولى التي يرد فيها الإثبات على الواقعية التي تعد بذاتها مصدراً مباشراً للحق، فإن القاضي لابد وأن يقدر ما إذا كانت تلك الواقعية من شأنها أن تبرر طلب المدعى . وهذا ما يعني بالضرورة إعطاؤها الوصف أو التكيف القانوني اللازم وما إذا كان من شأن تلك الواقعية إنتاج الأثر القانوني المدعى به. ومثل هذا التقدير يمس مسألة قانونية، ومن ثم لا يمكن القول بأن محكمة النقض غير معنية به، بل هو يخضع في ذلك لرقابتها ^(١) ^(٢).

اما في الحالة الثانية التي يرد فيها الإثبات على واقعية أخرى متصلة بالواقعة مصدر الحق المتنازع فيه، فإن تقرير اتصال هذه الواقعة بالدعوى هو من إطارات قاضي الموضوع التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض، إلا إذا كان الحكم مبنياً على أسباب قانونية^(٣). وفي هذا الصدد يجدر بنا ملاحظة الآتي:-

- أن المسألة محل الإثبات وإن كانت واقعية إلا أنها تخضع لرقابة محكمة النقض من ناحية التسبب ^(٤) ^(٥) وفي هذا ينبغي أن نفرق بين فرضين:

(١) أحمد عبد العال قرين ، المرجع السابق ، ص ٢٣

(٢) حيث قررت محكمة النقض الفرنسية إلغاء حكم لقاضي الموضوع رفض فيه طلب المتسبب في الحادث بإثبات أخطاء ارتكابها المضرور وأعتبر أن تلك الواقعية غير متعلقة بالدعوى ، بحجة أن الواقعية الثانية في الدعوى تفصح عن أن أخطاء المسلط جسيمة .. ولقد استندت محكمة النقض في إلغائها للحكم السابق على أن رفض إثبات ما ارتكبه المضرور من أخطاء بعد تجاهلها لما يمكن أن يكون له تأثير على مسؤولية المدعى عليه، وأن الفصل في هذه المسألة بعد مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض .

CASS.CIV. 22 JUIN. 1955 , CITE PAR J. CHEVALLIER , LE CONTROLE DE LA COUR DE CASSATION SUR LA PERTINENCE DE L'OFFRE DE PREUVE , DALLOZ , 1956 , CHR. , P. 37

(٣) دالوز العلني بند ٤٢ ، الأحكام المشار إليها فيه والمراجع المتدوالة .

(٤) عبد الودود يحيى المرجع السابق ص ١٤ ، عبد المنعم الصده ، الإثبات في المواد المدنية فقرة ٣٢ ص ٣٥ .

(٥) وفي ذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٢٤٣٤ ق ، جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ بأنه لمن كان تقدير القرآن من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع إلا أنها إذا أوردت أدلة إثبات القرينة أو نفيها فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة محكمة النقض .

الأول : أن تقبل محكمة الموضوع إثبات الواقعه فمعنى ذلك أنها قدرت اتصالها بالدعوى فلا يجوز الطعن في حكمها هذا، لأنه لا بأس في قبول إثبات واقعة متصلة بالدعوى ما دام الأخذ بها في النهاية مقيداً بقيد آخر هو كونها منتجة في الدعوى .

الثاني : أن ترفض المحكمة إثبات واقعة بحجة عدم اتصالها بالدعوى؛ ففي هذه الحالة ينبغي أن يكون رفضها معقولاً . فإذا رأت محكمة النقض أن قاضي الموضوع قد أحسن هذا الرفض على أساس غير سائفة عقلاً أو تتطوي على مسخ أو تشويه للواقعه ففي حالة الرفض يخضع تقدير القاضي لرقابة محكمة النقض ويجوز لها نقض الحكم على أساس قصور التسبيب^(١). ولو قلنا بغير ذلك لتركنا أصحاب الحقوق تحت رحمة - عدل أو ظلم - قضاة الموضوع دون أن نهيئ لهم سبيلاً للخلاص من تحكمهم بالظلم إلى المحكمة العليا التي تراقب القضاة في تطبيقهم للقانون وللمنطق السليم .

وتأكدأ على ما تقدم قضت محكمة النقض^{"إنه وإن كان النعي لم يسبق التمسك به أمام محكمة الموضوع إلا أنه متعلق بسبب قانوني كانت عناصره الواقعه مطروحة على محكمة الموضوع، وبالتالي يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض."}^(٢)

-ويلاحظ أخيراً أن للمحكمة أن ترفض اعتبار الواقعه المتعلقة بالدعوى ولو اتفق الطرفان على ذلك .

(١) وقضت محكمة النقض بأن مفاد المادة ١٥٠/١ من القانون المدني أن القاضي ملزم بأن يأخذ عبارة المتعاقدين الواضحة كما هي ، فلا يجوز له تحت ستار التفسير الانحراف عن موزها الواضح إلى معنى آخر و لكن كان المقصود بالوضوح هو وضوح الإرادة لا اللفظ إلا أن المفروض في الأصل أن اللفظ يعبر بصدق عما تقصده الإرادة ، و على القاضي إذا ما أورد حمل العبارة على معنى مغایر لظاهرها أن يبين في حكمه الأسباب المقبولة التي تبرر هذا المسلك . و لما كان ما تقصى به هذه المادة المشار إليها بعد من القواعد التي وضعها المشرع و ينطوي الخروج عنها على مخالفة للقانون لما فيه من تحريف و مسخ و تشويه لعبارة العقد الواضحة و يخضع بهذه المثابة لرقابة محكمة النقض . نقض مدنى رقم ١٠٣ لسنة ٤٤ ق، جلسة ١٩٧٧/١١/٣٠ .

(٢) [طعن رقم ١٠٣ من ٤٤ ق، جلسة ٣٠ / ١١ / ١٩٧٧ ، مكتب فني ٢٨]

أما إذا تافق الطرفان على أنه لا علاقة ل الواقعه بالدعوي فلا تملك المحكمة التثبت بإثباتها . ولا يرجع ذلك إلى أن تافق الخصمين يجعلها فعلاً غير متصلة وإنما يرجع إلى استبعاد الخصميين لها بلزم المحكمة بعدم التعرض لبحثها وذلك تطبيقاً لمبدأ حياد القاضي .

وابعاً

أن تكون الواقعه منتجة في الدعوي

ومعنى هذا الشرط أن تكون الواقعه حاسمه في إسناد الحق إلى المدعي أو عدم إسناده إليه، أي أن يكون من شأنها لو ثبتت تغيير وجه الحكم في الدعوي . وعلى هذا تكون الواقعه غير منتجة إذا كان يستوي في نظر القانون ثبوتها أو عدم ثبوتها، ولو كانت متصلة بالدعوي^(١) .

وبين لنا ذلك من قضاء محكمة النقض من "إن تقدير كون الدليل منتجاً في إثبات التزوير أو غير منتج هو مما يستقل به قاضى الموضوع إلا أن هذا مشروط بأن يقيم قضاوه بذلك على أسباب سانفة . فإذا كان الدليل المقدم على تزوير الأوراق المطعون فيها هو أنها موقع عليها بختمين مختلفين كلاهما ليس للمنسوبة إليه الأوراق إذ أنه إنما استعمل إمضاءه في جميع معاملاته قبل وبعد تواريخ الأوراق المطعون فيها و ليست له أية ورقة فيها الختم المنسوب إليه، فقضى الحكم بأن هذا الدليل غير منتج مؤسساً ذلك على قوله إن إدعاء الطاعن بأنه اعتقاد أن يوقع الأوراق بامضائه وأنه لم يستعمل الختم أصلاً هو محاولة لإثبات النفي المطلق

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض العدنى في الطعن رقم ١٤٢ لسنة ١٨ ق ، جلسة ١٩٥٠/٣/١ بأنه ما دام الحكم قد أقام قضاوه باعتبار العقد المتسارع عليه وصية لا يبعا على أسباب تكفى لحمله فإنه لا يكون بد بحاجة إلى الرد على ما يتحدى به الصادر لهم العقد من أنهم كانوا يسكنون مع والدهم البائع في نفس المنزل محل التباع إذ أن هذه الواقعه لو صحت ليس من شأنها أن تغير وجه الحكم في الدعوى .

وهو ما لا يمكن تحقيقه، في حين أن قول الطاعن بأن كلا الختمين المنسوبين إليه ليسا له وأنه إنما يستعمل إمضاء دون الختم في جميع معاملاته يتضمن وقائع إيجابية تقبل الإثبات - ذلك فصور في الحكم يستوجب نقضه .^(١)

ومثال ذلك أن يدعى شخص أنه قد تملك عقاراً بالتقادم القصير على أساس أنه قد وضع يده عليه مدة عامين أو ثلاثة أعوام^(٢)، فلا شك في أنه لا يكون على المحكمة تثريب إذا ما بادرته برفض دعواه دون أن تتمكنه من إثبات واقعة وضع يده على العقار لأنها واقعة بفرض ثبوتها غير منتجة في إسناد هذا الحق له لأن التملك بالتقادم القصير يجب أن يكون بمضي خمس سنوات على الأقل

ويعني ما تقدم أنه لا يكفي أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به، لكن لابد أن تكون منتجة في الدعوى.

ومن هذا يتبيّن لنا أن معنى أن تكون الواقعة منتجة في الدعوى هو أن يكون من شأن ثبوتها أن يؤدي إلى إقناع القاضي أو على الأقل يتواافق بها أحد عناصر هذا الإقناع^(٣).

وليس المقصود مما سبق أن تؤدي الواقعة الواحدة إلى إثبات ادعاء من يطلب إقامة الدليل، حيث لا يشترط ولا يلزم أن تؤدي وحدها إلى هذا الثبوت، بل يكفي أن تكون حلقة في سلسلة وقائع تؤدي إلى هذا الثبوت.^(٤)

وبهذا المعنى فإن كل واقعة منتجة في الدعوى تكون متعلقة بها بينما العكس ليس صحيحاً . فليست كل واقعة متعلقة بالدعوى منتجة فيها^(٥)، وهو الأمر الذي يفسر

(١) [طعن رقم ٨٤ من ١٩٠٠، جلسة ٢٦ / ٠١ / ١٩٥٠ ، مكتب فني ١]

(٢) نرى من هذا المثال أن تحديد الواقعة له قيمته في بيان كونها منتجة أو غير منتجة ، وهذا يبدو الاتصال بين الشروط المختلفة ، وأنظر في تحديد الواقعة وقيمتها في بيان كونها منطقية بالدعوى لبيان ص ١٨٩ .

(٣) عبد المنعم فرج الصدة، طيب الله ثراه، المرجع السابق فقرة ٣٢ ص ٣٥ .

(٤) جميل الشرقاوي ، الإثبات في المواد المدنية ، ١٩٨٢ ص ١٩ .

(٥) في المثال الذي أشرنا إليه : رغم أن وضع يد المدعى على الأرض لمدة ثلاثة سنوات متطرق بالدعوى إلا أن واقعة وضع يد لهذا المدة غير منتجة في إثبات ملكية المدعى لهذه الأرض بالتقادم لأنه لم

لنا استثناء المشرع الفرنسي عن شرط تعلق الواقعه بالدعوي مكتفياً بشرط أن تكون الواقعه منتجة فيها^(١)، لأنها - بفرض ثبوتها - لا نتيجة لها.

ولا يفهم من ذلك أنه لكي تكون الواقعه منتجة فإنه يلزم بالضرورة أن يترتب عليها بذاتها أثر قانوني، فقد تكون الواقعه منتجة بهذا المعنى (أي أن يكون الأثر القانوني متربباً عليها بذاتها مباشرة) وقد تكون منتجة بمعنى آخر هو أن يؤدي ثبوتها إلى ثبوت واقعة أخرى يترتب عليها الأثر القانوني، إما وحدها، وإما مجتمعة مع وقائع أخرى.

ومن أمثلة ذلك أن يطلب شخص أخذ عقار جاره بالشفعه، يريد لإثبات حقه في الشفعه أن يثبت أنه يملك ساقية وأن لجاره عليها حق ارتقاء:

فهو يتقدم بطلب إثبات وجود الساقية (وهي واقعة ثابتة) ليتوصل إلى إثبات حقه في الشفعه بإثبات هذه الواقعه حتى يثبت تملكه للأرض إلى جانب وقائع أخرى كون عقاره ملاصقاً للعقار المجاور من حد معين، وكون العقار المجاور قد بيع، وكونه استوفى الشروط الأخرى الازمة قانوناً للطلب .

فكل واقعة من هذه الواقعه منتجة في الدعوي، فلو لم يثبت وجود الساقية أصلاً أو ثبت أنها ليست واقعة في ملكه أو أن عقار جاره لا يرى منها لأدى ذلك إلى تغير وجه الحكم في الدعوي . ومع ذلك فإن كل واقعة من هذه الواقعه لا تكفي وحدها لترتيب الأثر القانوني.

أما المشرع المصري فقد تطلب الشرطين معاً^(١) مراعياً الاعتبارات العملية، أنه من الصعب معرفة ما إذا كانت الواقعه منتجة في الدعوي أم لا من النظرة الأولى،

يستوفف العدة المقررة فتكون هذه الواقعه غير حاسمه وغير منتجة ولا تؤدي إلى إسناد الحق المدعوي به لمن يدعيه ، وعلى ذلك فكل واقعة منتجة في الدعوي متعلقة بها بينما العكس ليس كذلك.

أنظر في هذا المعنى أيضاً محمد شكري سرور ، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ١٩٨٦ ص ٣٥.

(١) المادتان ٢٥٣ ، ٢٥٤ مравعات فرنسي ، أستاذنا الدكتور جميل الشرقاوى بند ٧ ص ١٧ كما أشار إلى ذلك ليجال ص ١٨٢ ونلاحظ أن شراح القانون الإنجليزي أيضاً لا يتكلمون إلا عن شرطين RELEVANCY ، ADMISSIBILITY أنظر ميدن فييسون في دائرة المعارف البريطانية تحت كلمة EVIDENCE أنظر أيضاً عبد الوهود يعني المرجع السابق ص ١٥ .

فيكون للقاضي أن يقبل من الخصوم إثبات الواقع التي تتصل بموضوع النزاع ويكون له بعد ذلك أن يستبعد منها مالا يجد من ثبوته فائدة في إسناد الحق المدعى به لمن يدعيه.^(٢)

ويجب ملاحظة أنه قد يحدث في العمل أن يطلب أحد الخصمين إثبات واقعة ليتبين القاضي مدى تأثيرها على مصير الدعوى (أو بعبارة أخرى مدى إنتاجها فيها) وإنما يدرك مبدئياً PRIMA FACIE أنها متصلة بها اتصالاً قد يفيد الدعوى . فلو اكتفينا باشتراط كون الواقعه منتجة، لتعين على القاضي أن يرفض إثبات هذه الواقعه أو أن يعد بصره إلى ما وراءها لاستئثارها في حسم النزاع، وهو ما قد لا يكون ميسوراً له والدعوى بعد غير ناضجة . بل ومن المتصور أن ترفع الدعوى لمجرد تبيئة الدليل قبل رفع الدعوى الموضوعية ، كما في دعاوى إثبات الحالة والدعوى التي ترفع بطلب انتقال المحكمة ذاتها لمعاينة معالم الواقعه يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء إذا كان زوال هذه المعالم يخشى . ومن ذلك أيضاً الدعاوى التي ترفع بطلب سماع شاهد يوشك أن يموت أو مزمع سفرًا قد لا يعود منه - في موضوع لم يطرح بعد على القضاء ويحتمل عرضه عليه . وعلى العموم قد ترفع الدعوى للاستئثار لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه .

رقابة محكمة النقض على هذا الشرط:-

اما عن رقابة النقض في خصوص كون الواقعه منتجة أو غير منتجة فنرى أنه يجب التفرقه بين:-

(١) المادة الثانية من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨

(٢) السنوري بند ١٣ من ٦٣ ، الصداقة بند ٣٣ راجع في معنى أن هذه الحجة غير مقنعة، الدعوى بند ٩٧ ، من ٩١ وما بعدها ومن ثم فإنه يكتفى بشرط أن تكون الواقعه منتجة في الدعوى ويستبعد شرط تعلقها بها .

(٣) وفي ذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٤٦٠ لسنة ٣٦ ق ، جلسه ١٩٧١/١١/٣٠ بأن النفاع الذي تتلزم المحكمة بتحقيقه أو الرد عليه هو النفاع الجوهرى المنتج في الدعوى . و إذا كانت الواقعه التي طلب الطاعن تحقيقها غير مؤثرة في النزاع ، إذ هي لا تتصل بعلاقة الطاعن بالشركة المطعون ضدها ، و إنما تنصب على علاقتها بموظلين آخرين ، فلا على المحكمة إن هي التفت عن هذا الطلب.

أ- كون الواقعه منتجة قانوناً فهذا يخضع لرقابة محكمة النقض بطبيعة الحال^(١).

"إغفال الحكم بحث دفاع أبداء الخصم يترتب عليه بطلان الحكم إذا كان هذا الدفاع جوهرياً ومؤثراً في النتيجة التي انتهى إليها إذ يعتبر ذلك الإغفال قصوراً في الأسباب الواقعية يقتضي بطلانه، وبما مؤداه أنه إذا أطرح على المحكمة دفاع كان عليها أن تنظر في أثره في الدعوى فإن كان منتجاً فعليها أن تقدر مدى جديته بأسباب خاصة ما يبرر هذا الاطراح والا كان حكمها قاصراً.^(٢)

ب- كون الواقعه منتجة في إثبات واقعة أخرى يترتب عليها بدورها أثر قانوني، فهنا تكون الرقابة على التسبب إذا ما رفض القاضي اعتبار الواقعه داخلة في وعاء الإثبات بزعم أنها غير منتجة . وفي هذا يقول الشراح أن رقابة النقض تتحقق إذا ما بني القاضي حكمه على أسباب قانونية^(٣) .

ولقد قضت محكمة النقض أن تقديم ما إذا كانت الواقعه المطلوب إثباتها بالبينة منتجة في الدعوى أم لا من سلطة محكمة الموضوع^(٤).

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٩٢١٤ لسنة ١٩٩٧/١٢٦ جلسة ٦٥قضائية أنه ولنن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى من الأئلة المقدمة فيها وترجح بعضها على البعض الآخر إلا أنها تخضع لرقابة محكمة النقض في تكييف هذا الفهم وفي تطبيق ما ينتهي من أحكام القانون بحيث لا يجوز لها أن تطرح ما يقدم إليها تقديمأً صحيحاً من الأوراق والمستندات المؤثرة في حقوق الخصوم دون أن تدون في حكمها من الأوراق والمستندات المؤثرة في حقوق الخصوم بأسباب خاصة ما يبرر هذا الاطراح والا كان حكمها قاصراً .

(٢) (طعن رقم ٩٢١٤ من ١٩٩٧ / ٢٦ جلسة ٦٥ ، مكتب فني ٤٨)

(٣) تطبيقات دالوز على المادة ١٣١٦ مدنى بند ٤٨ وعلى المادة ٢٥٣ مراقبات بند ١٢ و ١٧ و ٢٨ و دالوز العلى كلمة الإثبات بند ٧ ومراجعة ومبسوط بالنيوں التزامات ثان من ٧٥١ هامش ٣ وأوري خاصه ١٢ ص ٨٠ بالمعنى وهامش ١٢ في ص ٨١ وقد قلنا أنتا حتى في الحاله الثانيه ننتهي أخيراً إلى تاحية قانونيه.

(٤) نقض مدنى ١٦/٤/١٩٨١ طعن رقم ٣٣١ لسنة ٤٨.

كما قضت في حكم آخر لها بأن : طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق، شرطه أن تكون الواقع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وتقدير ذلك قرينة استقلال قاضي الموضوع به، وحسب القاضي إقامة قضاه على أسباب مؤيدة للنتيجة التي انتهى إليها^(١).

خامساً

أن تكون الواقعه جائزة القبول

ADMISSIBLE

المقصود بهذا الشرط ألا تكون الواقعه مستحيلة وألا يكون في القانون ما يمنع إثباتها. وننولى شرح ذلك فيما يلي :

أ- ألا تكون الواقعه مستحيلة:

قد تكون الواقعه مستحيلة التصديق عقلاً^(٢) كمن يدعى بذاته لشخص أصغر منه في السن، أو من تدعي أن طفلاً لم يبلغ الحلم قد فسق بها أو من أدعى أن أعمى كتب له رسالة بخطه أو أن رجلاً مقطوع الساقين ضربه بقدميه ... الخ. وفي هذه الحالات تكون الاستحالة مادية.

كذلك قد تكون الواقعه مستحيلة الإثبات، كمن يدعى واقعة مطلقة، سواء أكانت سلبية أم إيجابية، فالواقعة إن لم تكن محددة فإن إثباتها يكون مستحيلاً، وقد بينا ذلك فيما سبق .

(١) انظر أحكام و مبادئ النقض في مادة عام في قانون الإثبات ، ص ٦١ ، نقض ١٩٨١/٤/١٦ طعن رقم ٣٣١ لسنة ١٩٨٢ ، قضائية و كذلك نقض ١٩٨٢/٣/٤ طعن رقم ١٩٧ لسنة ٤٧ ق.

(٢) تعليقات دالوز على المادة ١٣١٥ مدنی بند ١٣ ، وفي بند ١٤ يفرق بين الواقعه المستحيلة والواقعه غير محتمله التصديق فهذه لا ينفي أن يرفض القاضي إثباتها وإن كان يتقبلها بحذر. وأنظر دالوز الهجائي العتيق ، كلمة إثبات ، ن ١٨ وتعليقات دالوز على المادة ٣٦٣ مراجعات ن ٢٢ ، وعلى ١٣١٥ مدنی بند ١٢٣ وما بعده.

بـ- إلا يكون في القانون ما يمنع إثباتها^(١)-

يمنع القانون إثبات الواقعه إما لاعتبارات تتعلق بالسياسة التشريعية، وإما لاعتبارات تتعلق بالصياغة الفنية .

فأما الواقع التي يمنع القانون إثباتها لاعتبارات تتعلق بالسياسة التشريعية فمن أمثلتها:

أن القانون في جريمة القذف يمنع القاذف من إثبات صحة الواقعه التي أنسدتها المقوف في حقه، إلا في أحوال استثنائية: على سبيل المثال حيث يكون القذف - حاصلاً بحسن نية في حق موظف - عن عمل متعلق بوظيفته . وهذا المنع كما يشمل الناحية الجنائية فإنه يمتد إلى الناحية المدنية، بمعنى أنه لا يجوز للقاذف أن يفلت من العقوبة بإثبات صحة واقعة القذف، وكذلك لا يجوز له أن يثبت صحتها ليdra عن نفسه الحكم بالتعويض مدنياً . ومن أمثلتها كذلك أن القانون يمنع إثبات الواقعه إذا كانت مخالفة للنظام العام أو لحسن الآداب، كمن أدعى أنه اشتري مخدرات ويطلب تسليمها إليه فلا يقبل منه إثبات هذه الواقعه، (إلا إذا كان البائع والمشتري من المصرح لهم بالاتجار في هذه الجواهر كالصيادلة)، وكذلك من يدعى بدين قمار أو ربا فاحش، أو من يرفع دعوى باسترداد مبلغ دفعه لامرأة نظير ان تعاشره حراماً، وكذا المرأة إذا طالبت بالمبلغ .

. غير أنه يلاحظ في مقام الواقعه المخالفة للنظام العام^(٢) أنه إذا كان المدعى ممنوعاً من إثبات الواقعه التي يدعى بها فإن المدعى عليه ليس ممنوعاً من إثبات عدم مشروعية الواقعه، كما في إثبات الصوره التدلisyه متى كانت مشوبة بمخالفة النظام العام أو الآداب العامة، أو عدم مشروعية الواقعه المدعى بها ضده، أو عدم مشروعية السبب .

(٢) ويلاحظ أن جارسونيه يعتبر كون الواقعه مما لا يمنع القانون إثباته شرطاً مستقلاً عن جواز قبولها (ج ٢ ص ٣٠٧ و ص ٣٠٤) ويعتبر جواز قبولها مراجفاً لكونها منتجة و متصلة و نظه في ذلك بتالي عبارة العادة ٢٥٣ مرفاعات (و أنظر في نقد هذه العادة لبيال ص ١٨١)

(٢) وللنظام العام يشمل حسن الآداب باعتبارها - فيما نرى - النظام العام منظوراً إليه من الناحية الخلقية.

الفرق بين جواز قبول الواقعه وجواز قبول الدليل:-

ينبغي أن يراعي أن هناك فرق بين عدم جواز قبول الواقعه (في مجال الإثبات) وعدم جواز قبول الدليل.

فمن الواقعه ما لا يجوز إثباته مطلقاً بأي دليل ، كالواقعه المستحيلة بطبعها، والواقعه التي منع القانون إثباتها كوقائع القذف، والواقعه التي يكون شأنها دحض قرينه قاطعة والواقعه التي يراد جعلها مصدراً لحق على خلاف النظام العام^(١).

ومن الواقعه ما يجوز إثباته ولكن بدليل معين لا يقبل سواه، كما هو الحال بالنسبة لواقعه الزنا، حيث يحدد قانون العقوبات الأدلة التي تقبل لإثباتها. وهذا التحديد يعمل به بلا ريب في دعاوى التعويض المؤسسه على الإدعاء بجريمة الزنا .

ومن الواقعه ما يجوز إثباته ولا يقبل فيه دليل معين في حالة التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على ألف جنيه مصرى، فلا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود في الأحوال العاديه.

ومن الأدلة ما يجوز قبوله من حيث المبدأ – ولكن يحرمه القانون في بعض التطبيقات، كما هو الشأن في الحالات التي يكون الشاهد فيها قد اتصل علمه بالواقعه عن طريق وظيفته أو مهنته؟ محام – طبيب)، أو بحكم علاقه الزوجيه، فمثل هذه الواقعه يجوز إثباتها عموماً بكافة طرق الإثبات التي يسمح بها القانون، كما يمكن إثباتها بطبيعة الحال بشهادة شهود آخرين.

ولكن بالرغم مما سبق بيانه فإن بعض الشرائح وبعض الأحكام يقعون في الخلط بين جواز قبول الواقعه وجواز قبول الدليل^(٢).

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٦٧٤ لسنة ٦٦ ق ، جلسة ٢٨/١٩٧٩ باته يشترط في الواقعه محل الإثبات أن تكون جائزه القبول و ليست مما يحرم القانون إثباتها لأغراض مختلفة...و بان حظر الإثبات إذا كان منطويأ على إفشاء لأسرار المهنه أو الوظيفة لا يتعلق بواقعه يحرم إثباتها ، و إنما يتعلق بدليل لا يجوز قبوله في صورة معينة

(٢) انتظر – مثلا – ليبيان نفسه حيث وقع في هذا الخلط من ١٩٧ مع أنه في ص ١٩٢ يفرق بوضوح بينهما حيث استلزم إلى جانب كون الواقعه جائزه القبول في الإثبات أن يكون الدليل نفسه جائز القبول في إثباتها ، وأنظر دالوز الهجائي العنق R تحت كلمة " تحقيق " بند ٦١ حيث أورد حكمأ للنقض

الفرق بين جواز قبول الواقعه وقبول الدعوى:-

يجب كذلك أن نفرق بين عدم جواز قبول الواقعه في الإثبات وعدم قبول الدعوى أمام القضاء، فهذا أمران قد يختلطان عملاً، كما في حالة الدفع بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها أو تأسيساً على قاعدة أنه لا تقبل دعوى من يتحدى برجسه.

ولكن ليس معنى ذلك أنهما شئ واحد؛ فقد تكون الواقعه مما يجوز إثباته ولكن يحكم بعدم قبول الدعوى المقاومة بمقتضاهما لعيب في إقامة الدعوى لا في الواقعه ،كأنعدام صفة المدعي أو أهليته مثلاً.

وعلى العكس قد تتوافر للدعوى شرائط قبولها وتتدخل في حوزة المحكمة ومع ذلك تثور فيها واقعة لا يجوز إثباتها، فلا تعتبر واقعة في وعاء الإثبات .

الفرق بين جواز قبول الواقعه و قابليتها للإثبات:

يفهم بعض الشرح الشراح الخاص بجواز قبول الواقعه بالإثبات على معنى قابلية الواقعه للإثبات ^(١) recevabilitie. ويقولون في ذلك أن جواز قبول الواقعه يستلزم أن تكون ممحودة ومحددة ومتصلة بالدعوى ومنتجة فيها^(٢)، أي أنهم يدخلون كل الشروط السابقة في هذا الشرط ويعتبرونها عناصر لازمة لاعتبار الواقعه جائزه القبول، وهذه النظرة لا تخلو من الصحة لأن جواز قبول الواقعه يستند غالبا إلى

- (عالض ١٨ إبريل ١٨٣٢) تقرر فيه عدم جواز الإثبات لأن المدعى كان يريد إحالة الدعوى للتحقيق ليثبت أمه واضع اليده منذ أكثر من مائة عام بشهادة الشهود ، وظاهر هنا أن عدم الجواز أنصب على الدليل لا على الإثبات ذاته ، لأن من المعمول طبعاً أن تثبت مثل هذه الواقعه بوسائل أخرى

(١) فتبرج ٢٤-٢٦ وستقيم في صادق فهمي ص ٢٩٠ وفيهون في دائرة المعارف البريطانية في مجموعة لاهاي ص ٥٦ .

(٢) و يرى جارسونيه أن جواز قبول الواقعه معناه كونها متصلة بالدعوى و منتجة فيها و أن هذا يختلف عن كون إثبات الواقعه ممتنعا ، كما يختلف عن كون القانون يقرر اعتبارها صحيحة (انظر جارسونيه و سيرز برو ج ٢ قسم ثان مجلد (١) ص ٢٦٥ فقرة ٢٢٩ .

مدى إنتاجها منطقيا في الدعوى^(١). و يستلزم ما تقدم ألا يكون ثمة مانع من ترتيب الأثر على الواقعه (أي كونها جائزة القبول) كما يستلزم بدأءة تحديدها^(٢)، و يفترض كونها مجنحة و متازعا فيها.

وقد أوضحنا أن الحدود الفاصلة بين هذه الشروط ليست قاطعة ولا حاسمة فإن لا نستطيع أن نقول بالدقة أين ينتهي هذا الشرط وأين يبدأ ذاك.

إلا أن تداخل هذه الشروط بعضها في بعض على هذا النحو لا ينفي أن نطاق كل منها يختلف عن نطاق غيره من الشروط الأخرى^(٣)، بحيث أنه لا يمكن القول بأن كلا منها ينطبق على الآخر انتظاما تماماً.

لذلك فإننا نؤثر أن نحفظ الكلمة "جواز قبول الواقعه" بمعناها الخاص الذي أوضحناه وهو ألا يكون ثمة عارض - من استحالة قانونية أو عقلية - يمنع من ترتيب أثر قانوني على الواقعه أو من الإقناع - أو الإقناع - بوجودها.

أما عبارة "قابلية للإثبات" receabilite فهو عين موضوع البحث الذي نحن بصدده^(٤) والذي من أجله عمدنا إلى بيان الشروط الالزمة في الواقع التي يتكون منها وعاء الإثبات.

(١) فييسون في دائرة المعارف البريطانية.

(٢) فييسون في دائرة المعارف و صادق فهمي ص ٢٩٠.

(٣) لبيان من ص ١٨٩ و كتابنا هذا ص ٣٤ هامش ٢.

(٤) و يرى جارسونيه أن جواز قبول الواقعه معناه كونها متصلة بالدعوى و منتجة فيها و أن هذا يختلف عن كون إثبات الواقعه منوعا، كما يختلف عن كون القانون يقرر اعتبارها صحيحة، انظر جارسونيه و ميلر برو ج ٢ قسم ثان مجلد (١) ص ٣٦٥ فقرة ٢٢٩.

أهمية هذه الشروط^(١)

إذا كان لهذه الشروط أهمية خاصة في الشريعة الأنجلوسكسونية فإن لمسألة قابلية الواقع للإثبات في القانون المصري أهمية لا تقل - أو لا ينبغي الا تقل - عن أهميتها في هذه، فكم أدى عدم مراعاة هذه الشروط إلى طمس الواقع في كثير من الدعاوى وإلى إباحة إثبات أمور غير التي كان المفروض أن ينصرف الإثبات إليها - (أو مع إثبات وقائع حيث ينبغي ذلك) - ومن شأن ذلك بالضرورة أن يؤدي إلى تشويش الدعوى أو القصور في تحقيقها؛ وهكذا يسري الفساد إلى التطبيق القانوني فيها.

علاقة شروط إثبات الواقع بالحق في الإثبات:

فإن من يدعى واقعة له الحق في إثباتها متى اكتملت شروطها. فإن لم يمكنه القاضي من ذلك فإنه يكون قد أهدر حقه ويكون حكمه محل للطعن عليه بهذه المثابة^(٢).

وكذلك فإن من يدعى عليه بواقعة له الحق في الاعتراض على إثباتها إذا لم تكن مستكملة لتلك الشروط وله الحق في نفيها . إلا أن هذه المسائل لا تزال غامضة حتى أن قد يظن البعض أنها من إطلالات قاضي الموضوع التي لا تدخل في أكتاف محكمة النقض^(٣).

(١) تمر الدعوى في الشريعة الأنجلوسكسونية بمرحلتين : الأولى مرحلة إثبات الواقع Evidence والثانية مرحلة إزالة حكم القانون على الواقع التي ثبتت Verdict . محاضرات القاضي بيلون عن القواتين وللقضاء في إنجلترا و أمريكا - هامش ص ١٢٢ أبرز العلاقة بين نظام الإثبات و نظام المحلفين (في المدني ولجنائي) ، و تاير في كتابه عن الإثبات ص ٥٠٩ ، التقى البلجيكي نورتيتس في كتابه عن التنظيم القضائي في الولايات المتحدة ص ٢٦٩ هامش ٢ و ص ٢٩٢ و هو أحد الكتب التي تكون مجموعة المكتبة الدولية للقانون العام التي نشرت بإشراف العلامة جاستون جيز في باريس ١٩٠٩ .

(٢) انظر حكم نقض مدني في الطعن ١٥٠ سنة ١٩١٩ في سالف الإشارة إليه .

(٣) انظر فاير جيبت ، المنطق القضائي و فن القضاء ص ٣٢٩ و ٣٤٠ و هما مشهدا . و على أساس ما تقدم نقول أن قضاء المحكمة في شأن توفر هذه الشروط للواقعة أو عدم توفرها توصلنا إلى إجازة إثباتها أو رفضه - أو إلى الاستئناف عليها - بخضوع لرقابة النقض بحجة أن تجهيز الأمر فيه يجعل - الحكم غير قائم على أساس قانوني . انظر حكم النقض الصادر في الطعن رقم ١٥٠ سنة ١٩١٩ في حيث نقض

أما وقد توخي المشرع تحديد هذه الشروط و أفرد لها مادة في قانون الإثبات فقد دل على أن قابلية الواقع للإثبات هي مسألة قانونية ينبغي ألا تفلت من رقابة النقض.

المبحث الثاني

عبد الإثبات^(١)

الإثبات حق وواحد:

قدمنا فيما سبق أن الإثبات حق، ذلك أن تنظيم المجتمع اقتضى منع الأفراد من أن يقتضوا حقوقهم لأنفسهم بأيديهم، فأنشئت لذلك سلطة تقضي بين الناس في المنازعات وتؤدي إلى صاحب الحق حقه، وأصبح الفرد ملزماً بالاتجاء إليها.

وكمقابل لمنع الفرد من أن يأخذ حقه بنفسه والزامه بالاتجاء إلى القضاء، أصبح من اللازم أن يعطي له المجتمع حق الاتجاء إلى ذلك القضاء، أي حق التقاضي . وهذا الحق يولد على الخصم التزاماً بأن يحضر إلى ساحة القضاء لسماع دعوى خصمه، كما يتضمن هذا الالتزام حق المدعي عليه بأن يدافع عن نفسه، وهذا هو حق الدفاع .

وهكذا فإن حق الإثبات المقرر للمدعي في الدعوى يستلزم أن يعطي للمدعي عليه حق إثبات العكس - أو حق النفي - لينفي عن نفسه ما يريد المدعي الصاقه به .

وبذلك فإن حق التقاضي وحق الدفاع - كليهما - يستلزمان إعطاء كل من الخصمين الحق في إثبات الواقع التي يدعى بها والتي من شأنها أن ترتب أثراً قانونياً لمصلحته.

حکما لم تسر في المحكمة للطاعن إثبات وقائع ذات أثر في توجيه اعتقاد المحكمة إلى ناحية أو أخرى ولم تورد أسباباً كافية لتبرير رفضها لذلك.

(١) انظر في هذا الشأن :

F Boulanger : reflexions sur le probleme de la change de preuve . rev trim 1966
p.740 ,et s.

وبغير هذا الحق (حق الإثبات) لا يكون لحق التناضي ولا لحق الدفاع فائدة ولا قيمة عملاً .

على أن هذا الحق مقيد بالشروط المسبق بيانها في شأن الواقع محل الإثبات. وتأكيداً لذلك و في صدد وجوب أن يكون الدليل منتجاً في الدعوى تقول محكمة النقض أن:

"تقدير ما إذا كان الدليل منتجاً في إثبات التزوير وإن كان مما يستقل به قاضى الموضوع إلا أن هذا مشروط بأن يكون قضاوه مبنياً على أسباب تكفى لحمله . وإن فتى كان الحكم قد قضى برفض دعوى التزوير المقدمة من الطاعن على المطعون عليه فيما نسب إليه من تسلمه إعلان حكم دون إجابة الطاعن إلى ما طلبه من ندب خبير وإحالته الدعوى على التحقيق ليثبت أن الختم الموقع به على ورقة الإعلان ليس ختمه وأنه لا يتعامل إلا بختم واحد، وإن المخاطب معه أصلاً لا يمت إليه بصلة وليس من رجال الإدارة ولسماع شهادة المحضر الذي باشر الإعلان عما إذا كان الطاعن هو الذي سلم صورته أو شخص خلافه . وكان الحكم قد أقام قضاة على أن "الطاعن لم يقدم شيئاً من الأدلة المنتجة في الدعوى والتي من شأنها لو صحت أن تؤيد دعوى التزوير، لذا فإن لا يكون هناك محل لإحالته على التحقيق ولا بندب خبير، فإنه حتى لو صح أن الختم الموقع به على الإعلان يختلف عن باقي الأختام التي يريد هو أن يقدمها فإن ذلك لن يكون دليلاً على أن الختم الموقع به على الإعلان لم يكن له" - فإن هذا الذي جاء بالحكم يقصر عن أن يكون سبباً لتبرير ما قضت به المحكمة من رفض طلب الطاعن تعين خبير والإحاله على التحقيق ولو أنها يسرت للطاعن السبيل إلى هذا الإثبات فربما قد تغير وجه الرأي في الدعوى، إذ بتمحيص الأدلة التي قدمها الطاعن وكشفها على حقيقتها ما يكون له أثر بالغ في توجيه اعتقاد المحكمة إلى ناحية أو أخرى . ومن ثم فإن الحكم يكون قاصراً قصوراً يستوجب نقضه." (طعن رقم ١٥٠ من ١٩٦١ / ٣ / ٨ ، مكتب قفي ٢)

- هذا ويجب ملاحظة أن الإثبات ليس حفلاً للفرد فحسب وإنما هو أيضاً واجب عليه، ذلك أنه لا يكفي بذاته أن يدعى شخص أمر حتى يصدق قوله، إنما يجب أن يقى الدليل على دعواه حتى يقنع للقاضي بها في الإثبات . إذن كما لأن الحق في الإثبات هو "حق" فهو في ذات الوقت "واجب" - بل واجب نقيل - ولذلك يسميه الشرح عبء الإثبات .

وسوف نعمد في دراسة عبء الإثبات إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلعين نبين في أولهما القواعد العامة في توزيع عبء الإثبات، ونشرح في ثانيهما القواعد التفصيلية المنصلة بهذا الموضوع :-

المطلب الأول

تحديد المُكلف بعبء الإثبات

يجب أولاً أن نستبعد دور القاضي في مجال الإثبات، حيث أن دوره في مجال الإثبات يجب أن يبقى سلبياً، وذلك تطبيقاً لمبدأ حياد القاضي كما سيرد شرح ذلك في حينه .

لذلك يتحدد محل هذه الدراسة في شأن تحديد من الذي يتحمل عبء الإثبات من الخصوم: هل هو المدعي أم المدعى عليه أم الاثنين معاً.

فلقد كان يحصل في بعض دعاوى القانون الروماني أن يكلف الخصمين بالإثبات حيث يعتبر كل منهما مدعياً^(١) ومن المتصور أن تكليفهما بالإثبات على ترتيب تعاقبی SUCCESSEIVEMENT وفي هذه الحالة ينبغي أن نتساءل من الذي يبدأ؟ ومنئى نعتبر أنه انتهي؟

(١) كان هذا يحدث في المنازعات أمام الهيئات القضائية الدولية ، انظر فيتتج في مجموعة اكاديمية لاهي ، ج ٥٦ ، ص ٤٦ هامش ٢

أهمية توزيع عبء الإثبات:

تبدو أهمية تعيين من الذي يتحمل عباءة الإثبات من الخصوم، من أنه لو كان واجباً على أحد الخصوم فلم يقم به بالصورة الكافية لإثبات ادعائه - أي عجز عن الإثبات - فإن خصميه الآخر يعتبر كاسباً للنزاع ولو أنه لم يبذل أي جهد من جانبه، أي ولو التزم موقفاً سلبياً خالصاً، بل أن عجزه هو عن الإثبات لا يعني خسارته للدعوى مادام عباءة الإثبات ليس على عاته ومادام المدعى لم يصل إلى إثبات ادعائه.

ولقد قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر بثبتت ملكية المدعى لأطيان تأسيساً على عجز المدعى عليه عن إثبات ملكيته بالتقادم . يعتبر مناقضاً للحكم النهائي السابق بين نفس الخصوم الذي ألقى عباءة الإثبات على المدعى.

فتعين من يقع عليه عباءة الإثبات من الخصوم مسألة بالغة الأهمية من الناحية العملية، لذلك فقد تدخل القانون لوضع قواعد توزيع هذا العباء على الخصوم لما في ذلك من أثر على مركزهم في الدعوى.

الفرع الأول

دور المدعى عليه في الإثبات في الأنظمة القانونية المقارنة

نلاحظ في هذاخصوص أن من النظم ما يعفي المدعى عليه من الإثبات. أي أنه طالما اقتصر على إنكار الواقعه التي يدعيها المدعى فهو في مأمن من تحمله بأي عباء . ويعني ذلك أنه إذا عجز المدعى عن إثبات ادعائه رفضت دعواه، بالرغم من بقاء المدعى عليه ساكت لا يتحرك .

وهذا العبدأ هو المعمول به في كل من نظام الإثبات المصري والفرنسي أيضاً . ومن النظم ما لا يقتصر على تكليف المدعى بإقامة الدليل، بل يكلف المدعى عليه أيضاً بأمر إيجابي محدد . ومن ذلك ما جاء في الحديث الشريف "البينة على من

أدعى واليمين على من أنكر" فلا يكتفي من المنكر بأن يقف موقفاً سلبياً بحثاً ، بل يجب أن يعزز إنكاره بأن يخلف بمعناها مزداه أن المدعى ليس على حق فيما يدعيه . وفي النظام الإنجليزي يبدأ المدعى، ولكن يكتفي منه بأن يقيم (مظنة) احتمال أو أن يقيم دليلاً ناقصاً . وعندئذ ينبغي أن يبادر المدعى عليه لنفي هذه المظنة فالخصمان في هذا النظام يساهمان في الإثبات ويكلف كل منهما بشيء منه بالاشتراك فيما بينهما .

الفروع الثانية

القواعد المعمول بها في النظام المصري في شأن عبء الإثبات

إن القواعد المعمول بها في نظامنا^(١) في باب عبء الإثبات يمكن تلخيصها في ثلاثة وهي:-

- ١- **البيلة على من ادعى:** وكلمة **البيلة** هنا مأخوذة بمعناها العام . أي "الإثبات" عموماً أو إقامة الدليل - سواء أكان ذلك بالكتابة أو بشهادة الشهود أو بغير ذلك .
- ٢- **ليس على المنكر دليل .**
- ٣- **صاحب الدفع مدع .**

وستنطوي ذلك بالشرح تباعاً فيما يلى :

القاعدة الأولى

البيلة على من ادعى

(١) راجع في بحث عب الإثبات في القانونين المصري والفرنسي : وجيز التزامات العلامة السنهوري من ٦٥١ ص ٦١٩ (طبعة ١٩٣٨) ، رسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت ، بند ٣٦ ، من ٣٤ طبعة ١٩٥٠ ، أويري فقرة ٧٤٩ ، ط ٥ ج ١٢ ، ص ٨١ وما بعدها ، مطول بويري ، التزامات ، ج ٢ ، بويري ويارد ، بند ٤٢٠ ، من ٤٢٠ لوران ، ج ١٩ ، بند ٩٠ ، من ٨٧ ، دالوز تعليقات على المادة ١٦١ ، بند ٤٤ وما بعده ، جوريين كلاسير ، وغير ذلك من المراجع المتداولة .

actori incumbit probatio

إن القاعدة العامة في توزيع عبء الإثبات فهى تمثل فى أن صاحب الدفع هو المكلف بإثبات دفعه، كما أن المدعى هو المكلف بإقامة الدليل على دعواه.

وقد نصت على ذلك المادة الأولى من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بقولها : 'على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه' والمدعى في مجال الإثبات هو من يدعي الواقع، أي يثيرها.^(١)

وبالرغم من أن المشرع المدني قد أتى - فيما يتعلق بعبء الإثبات - بنص يتعلق بإثبات الالتزام، إلا أنه من المسلم به أن هذا النص عام ومطبق في شأن الحقوق العينية أيضاً - أسوة بنص المادة ١٣١٥ مدني فرنسي المماثل له - والذي لا جدال في اعتباره مقرراً للقاعدة العامة في الإثبات.^(٢)

و قد قضت محكمة النقض أنه يقع على عاتق كل من التزم - المدين - عبء إثبات قيامه بما تعهد به بغض النظر عما إذا كان هو المدعى أو المدعى عليه.

(١) ولقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي لقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ . أنه ' يتعمد أن يقام الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها وفقاً للأحكام المنصوص عليها في القانون المدني متى توزعت هذه الواقعية أو أثكرت صحتها والجوهري في هذا الصدد هو أن الإثبات يرد على الواقعية القانونية ذاتها بوسائلها مصدراً للحق أو الالتزام دون هذا الالتزام أو ذاك الحق وغني عن البيان أن تفصيل هذه المذكرة أشكل بأغراض اللقه منه بأغراض التقنين .

وقد احتجى المشروع مثل التقنيات اللاتينية وأخذ بنظام تقييد الإثبات فبدأ بتعيين من يكلف بإقامة الدليل أو احتمال عبئه وقد قصد من الأخذ بهذا النظام إلى انتقاء تحكم القضاء وكفالة حسن سير العدالة وتتأمين استقرار المعاملات وكل أولئك من قبل الاعتبارات العامة التي تتهمن لا لتوجيه التقييد في عمومه فحسب بل وكذلك لتوجيه الأحكام التطبيقية في خصوصياتها ولا سيما ما تعلق منها بتعيين من يكلف بالإثبات وترت الأحكام المتعلقة بهذا التعين إلى قاعدة احترام الوضع الثابت أصلاً فالأصل في الإنسان براءة الذمة وعلى من يدعى إلزام غيره ويتمسك بذلك بما يخالف هذا الأصل أن يقيم الدليل على دعواه'

(٢) دالوز تعليقات على العادة ١٢١٥ مدنى بند ٤٥ ، دالوز الهانى العتيق تحت كلمة إثبات بند ٢٠ (وملحقة - نفس الكلمة والبند) والمراجع الأخرى المتداولة السابقة ذكرها .

ويلاحظ أن كلمة "من ادعى" في حاجة للإيضاح لأن المعنى الشائع لكلمة "المدعى" هو رافع الدعوى^(١).

ولكن في مجال الإثبات يجب أن نعلم أن المدعى هو من يدعي الواقعة أي من يشيرها .

ولما كان من الطبيعي أن الذي يرفع القضية هو الذي يبدأ بإدعاء الواقعة التي يستند إليها في رفع دعواه، فإن المدعى في هذه الحالة يكون مدعياً بالمعنىين: أي رافع الدعوى ومدعى الواقعة^(٢)، ولكن قد يحدث أن المدعى عليه في القضية ادعى واقعة يريد أن ينقض بها إدعاء المدعى، ففي هذه الحالة يجمع بين صفتين متضادتين: فهو من ناحية مدعى عليه لأنه هو الذي رفعت عليه القضية ، ولكنه من ناحية أخرى مدعى، بمعنى أنه هو الذي يدعي الواقعة . وهذا المعنى الأخير هو الذي يهمنا في نظام الإثبات^(٣).

(١) ورد في قضاء محكمة النقض أنه لما كاتت المادة ٣٨٩ من القانون المدني نقضت أنه على الدائن إثبات الالتزام وكانت محكمة الموضوع قد اعتبرت، في حدود سلطاتها التقديرية وللأسباب المائحة التي - أوردها، أن الأولي المقدمة من الدائن لإثبات دعواه لا تلبي في هذا الإثبات، فإنها محققة عندما أثبتت على الدائن عبء الإثبات في حكم الإحالة إلى التحقيق ، الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٢٠٢٨ في جلسة ١٤/٣/١٩٩٣ م ٣١١ ص ١١ كذلك فقد قضت محكمة النقض بأن عبء إثبات التازل صريحاً كان أو ضمنياً يقع على عاتق مدعشه ، الطعن رقم ٥٨٤ لسنة ١٩٨٤/١٢/١٢ من ٣٥ ص ٢٠٨٢.

(٢) في هذه الحالة لا تبدو الأهمية التفرقة بين هذين المعنىين المختلفين لكلمة "مدعى" على أنه مما يتبع مراعاته أن القضية قد ينتقل إلى دور الاستئناف ، وحينذاك يصبح المدعى - أي رافع الدعوى أصلاً - مسأله عليه "مدعى عليه" . ومع ذلك يكلف بإثبات الواقعية التي أقام بها دعواه . ذلك أنه وإن تغير وضعه في القضية إلا أنه لا يزال بالنسبة لهذه الواقعية مدعياً، وهو ما يسلم به الشرح وجري به قضاء المحاكم أنظر ملحق دالوز الهجاني العتيق تحت كلمة إثبات ، بند ٢٤ ، نقض عارض فرنسي ١٨٩١/١٢/٢٢، ١٨٩٢ . ب ٩٢ . ٩١ . ٤٠ نقض عارض أول يونيو ١٨٩٢ ، ١ ، ١٠ ، ١٩٢ ، ٣١١ ، وتعليق دالوز بند ٣٢ على المادة ١٣١٥ مدني فرنسي . هذا وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المدعى هو المكلف قاتلنا بإثبات دعواه وتقديم الأدلة التي تزد ما يدعيه ، أنظر نقض مدني مصرى ، ١٠٠ / ١١ / ١٩٧١ ، مجموعة المكتب الفنى ، ص ٢٢ ، ٨٩١ .

(٣) قضت محكمة النقض المصرية أنه : " يقع على عاتق كل من التزم عبء إثبات قيامه بما تعهد به ، بغض النظر عما إذا كان هو المدعى أو المدعى عليه " . أنظر نقض مدني جلسة ١٩٥٢/٢/١٨ ، مع ٢٥ ص ٢٩.

فالبينة إن على من يدعي واقعة *qui dicit* سواء أكان هو المدعى أو المدعى عليه في القضية^(١).

ولكن لماذا نكلف من يدعي واقعة بأن يثبتها ؟

ذلك لأنه بادعائه الواقعة - يثير وضعاً من الأوضاع كان (قبل ادعائه ساكتا) statu quo ante فجاء هو فأراد أن يقلب هذا الوضع القائم، فمن البديهي أن يقع عليه عبء ذلك^(٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن "تطوع خصم بإثبات واقعة ليس مكلفاً بإثباتها وسكت خصمه يعد بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات"

وعلى ما تقدم فإذا كان الوضع القائم والأوضاع الساكتة أو المستقرة هي السبب في إلزام من يدعي بعكسها بإثبات ما يدعوه، فإنه يمكن تلخيصها فيما يأتي:

١. الأوضاع الثابتة أصلاً أو ظاهرة.

٢. الأوضاع الثابتة عرضاً.

٣. الأوضاع الثابتة فرضاً.

ونتولى إيضاح كل وض عن هذه الأوضاع وأثره في الإثبات فيما يلي :

(١) بودري المرجع الأسيق بند ٤٠٣ ، ولدون ج ١٩ بند ٩٠ في آخره ، من ٨٨، ونقض ١٢/١٨ ١٩٥٨ من مجموعة المكتب الفني ، ٤، ١، من ٢٠٧، ن ٣٣ (الطعن ٢٠٦/٢٠٦ ق).

(٢) مؤدى نص المادة ١٧٢ على ١ من القانون المدني أن المشرع استحدث في نطاق المسئولية تصصيرية تقادماً قصيراً يقضى بسقوط دعوى التعويض الناشئة عن عمل غير مشروع باتقاضاه ثلاثة سنوات وجعل من شروط هذا التقادم أن يبدأ سريان منته من اليوم الذي يعلم فيه المضرور بالضرر الحادث ويقف على شخص من أحدهه للوقوف على شخص محدثه من هذا التاريخ والأصل عدم العلم ، وقد ادعى الطاعنان على الطعن في الدفع المبدئي منهما بسقوط الدعوى بالتقادم علم المطعون ضدهما بالضرر الحادث وبشخص من أحدهه قبل رفع الدعوى بثلاث سنوات فيكون عليهم بإثبات ذلك إذ أن المشرع عن بتحديد من يقع عليه عبء الإثبات مستهدياً في ذلك بالبداً العام في الشريعة الإسلامية والذي يقضي بأن البينة على من ادعى واليمين على ما أنكر والمراد بمن ادعى ليس من رفع الدعوى بل كل خصم يدعى على خصمه أمراً على خلاف الظاهر سواء كان مدعياً في الدعوى أو مدعى عليه، الطعن رقم ٤٠٨/٢٩٢ ، جلسة ٢٢/١٨٣ ، من ٢٤ ص ٢٨٢ .

أولاً

الأوضاع الثابتة أصلاً أو ظاهراً

هناك من الثوابت ما لا يمكن الاعتراض عليه بمجرد الإدعاء المرسل في إطار العلاقات القانونية وإنما كان ذلك إهداً للمستقر في المجتمع والذي ما جاء القانون إلا لتنظيمه والحفاظ عليه . على أنه لما كان المستقر في مجال الالتزامات متعلق بنعمة الإنسان وبالتالي بعده قيامه أو عدم قيامه بمخالفة القانون، فإن الثوابت تتعلق بذمته وسلوكه وتقتضي اعتبار أن الأصل هو براءة ذمته وخلو ساحتة، مما يعني أن ذلك يعد هو الأصل في الأمور . والقول بعكس ذلك ينافي أسماء التنظيم الاجتماعي ويخل بالثقة التي يحرص المشرع على الاعتداد بها بين الأفراد في المعاملات. أما فيما يتعلق بالحقوق العينية، لأن الحق يقع عليها بشكل مباشر، فالالأصل فيها أن من يحوزها هو صاحب الحق المدعى به، فهذا هو الظاهر، مما يعني أن من يدعى خلافاً له يجب عليه أن يقدم الدليل.

ونوضح أهم تلك الأصول الظاهرة والمستقرة في مجال الحقوق الشخصية أولاً ثم في مجال الحقوق العينية ثانياً:

١- الأصول الظاهرة في في نطاق الالتزامات:

* الأصل في الإنسان براءة الذمة .

ون ذلك لأن الالتزام رابطة مقيدة، والأصل في الفرد الاستقلال، أي أنه لا صله بسواء^(١)، وهذا الوضع الأصلي والطبيعي .

وقد كان بعض الشرائح قد عاب^(١) على ذلك أنه يعد من قبيل التشدد في الأخذ بالمذهب الفردي بالرغم من أن الأصل في المجتمع الحالي هو أن يكون الإنسان

(١) انظر أوري - المرجع السابق ص ٨١ هامش ١٣ - وبيوري - التزامات ج ٢ بند ٢٠٤٠ ص ٤٢١ ولوطن ج ١ بند ٩ في آخر ص ٨٨ - ونكر ديموج أن هذا هو رأي بيئيم ، فلسفة القانون ج ٢ ، ص ٦١٥ ، وتابعه فيه الفقهاء ، ديموج ، أفكار أساسية ، ص ٥٤٢ .

مرتبطاً مع غيره بروابط كما هو مشاهد من تشابك المصالح وتعدد الارتباطات الفردية .

ولكن يرد على ذلك بأننا ننظر إلى الوضع العام في حالة السكون لا في حالة الحركة . فعلى من يدعى انشغال ذمة سواه بدين له أن يثبت مصدر هذا الالتزام^(٢) .

***وكذلك الأصل في الإisan السلامة من الخطأ.**

فعلى من يدعى نسبة الخطأ إلى سواه، وبالتالي مسؤولية أي التزامه بتعويض ما نجم عنه الضرر – أن يثبت ذلك الخطأ الذي يدعوه^(٣) .

***ومن الأصول المقررة أيضاً في نطاق الالتزامات أن الأصل في العقود الصحة .**

فعلى من يدعى ببطلان العقد إثبات سببه أو تقديم سنته.

أما عن الأصول الظاهرة في نطاق الحقوق العينية:-

***فالأصل أن حائز الشيء هو مالكه.^(٤)**

فهذا هو الوضع الظاهر، وهو ما يقتضيه استقرار الحقوق .

فمن ادعى خلاف ذلك لزمه إثبات ادعائه .

***والأصل في الأعيان المهاجرة أي خالية من الأعباء والتکاليف والحقوق العينية كحقوق الارتفاق أو الرهن أو الحكم الخ.**

فمن يدعى خلاف ذلك يجب عليه أن يثبته .

(١) ديموج ، انكار أساسية ص ٤٤ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن الأصل هو براءة الذمة وانشغلتها عارض ، وبقع عبء الإثبات على عائق من يخالف الثابت أصلاً ، نقض مني ، جلسة ١٩٦٧/١١٤ ، مجموعة المكتب الفني من ٤ ، ص ٩٤٠ .

(٣) والأصل حسن النية ، والأصل البراءة

(٤) تستعمل كلمة "الحيازة" هنا بعضـ الحيازة الكاملة أي وضع اليد بعنصرية ، والحالـ عنـنا هو واضح الـ الـ يـدـ

هذه الأصول - أو الأوضاع الثابتة أصلًا - هي قرآن طبيعية أوجبت طبائع الأشياء تقريرها حتى يمكن أن تستقر الحقوق، وبعض شراحنا المصريين يسميها الظاهر أصلًا ، في حين يسميها البعض الآخر الثابت أصلًا في مجال الحقوق الشخصية، والثابت ظاهراً في مجال الحقوق العينية.^(١)

وهذه الأصول هي الأسس أو القواعد التي يمكن رد مسائل الإثبات إليها وإرضاوها عليها .

ثانية

الأوضاع المفروضة

ثمة أصول أخرى لم تفرضها علينا طبائع الأشياء وإنما يفرضها علينا المشرع، وهي ما يسمى بالقرآن الوضعية أو القانونية.

وهذه القرآن منها ما يكون غير قابل للدحض ويسمى بالقرآن القاطعة، ومنها ما يقبل الدحض (أي أنه يجوز إثبات ما يخالفه) ويسمى بالقرآن البسيطة أو غير القاطعة . فمن يدعى أمراً على خلاف قاعدة قانونية غير قاطعة يجب أن يثبت ما يدعيه .

ويطلق بعض الشرح على هذه القرآن "الظاهر فرضاً" ، وذلك لأن المشرع يفرضها فرضاً . ومن أمثلتها ما ذكرناه من أن الوفاء بقسط من الأجرة - يعتبر مبدئياً - قرينة على الوفاء بما سبقه من الأقساط (مادة ٥٨٧ مدنى) .

ثالثاً

الأوضاع المكتسبة - الثابتة عرضاً

(١) العلامة المنهوري المرجع السابق ص ٦٥٢ .

إذا أدعى أحد الأشخاص أمراً على خلاف وضع من الأوضاع الثابتة أصلاً أو فرضاً وأثبت ما يدعى، فإنه يقال عندئذ أن الوضع قد تغير وأنه بإثباته عكس الوضع القائم قد اكتسب وضعاً جديداً . *situation acquise*

ويطلق على هذا الوضع الذي اكتسبه المدعى (مدعى الواقع) بإثباته ما يخالف الوضع القائم من قبل "الوضع الثابت عرضاً" لأنّه مكتسب وعرضي وليس أصيلاً.

ويترتب على قيام هذا الوضع المكتسب أنه إذا أراد الخصم إثبات العكس، أي عكس هذا الوضع الثابت عرضاً، فيجب أن يقيم الدليل على ما يدعى .

خلاصة القاعدة الأولى:

وهكذا يمكن تلخيص هذه القاعدة الأولى بأنّ البينة على من يدعى واقعة مخالفه لوضع أصلي أو مفروض أو مكتسب . أو بعبارة أخرى: يجب على من يدعى أمراً على خلاف الظاهر أن يثبته: سواء أكان هذا الظاهر ظاهراً أصلاً أو ظاهراً فرضاً أو ظاهراً عرضاً . وهذه القاعدة هي جماع الإثبات، وهو لهذا ينتقل بين طرف الخصومة وفقاً لطبيعة ما يدعى كل منهما، لا فرق في هذا بين رافع الدعوى ومن رفعت عليه .^(١)

(١) عبد الوود يحيى ، المرجع السابق ص ٢١ وقد قضت محكمة النقض بأن "الدفع بعدم اختصاص المحكمة كلياً عبء إثباته يقع على عاتق المدعى عليه مبدئياً" . نقض مني جلسة ١٢/١٩٧٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٢٨ ص ٢٢٢ .

القاعدة الثانية

ليس على المنكر دليل

negantis nulla est probatis

من يكتفي بالإنكار لا يكفل بالدليل،^(١) ويستطيع أن يقف موقفاً سلبياً محضاً.^(٢) ولا يمكن تأويل سكوته على أنه إقرار بحق الخصم، بل إن سكون المدعى عليه في مواجهة الإدعاء بالواقعة يعد إنكاراً لها لأنه لا يلزم للإنكار أن يفصح عنه المنكر ، وفي إطار ذات السياق فلا يمكن إجبار المنكر على تقديم دليل (إلا ما استثنى) ولو كان الدليل لمصلحته .

ذلك لا يمكن أن يحكم على المنكر بشيء في خصوص الواقعية التي ينكرها، بحجة أنه لم يثبت ما يخالف هذه الواقعية طالما أن خصميه لم يثبتت هذه الواقعية الإثبات الكافي قانوناً^(٣).

وإذا حكم على المنكر بشيء في الحالة السابقة فإن الحكم يكون قد صدر بالمخالفة لما يقضي به القانون^(٤) .

أما إذا ثبت المدعى ادعاءه فعندئذ فقط يصبح المنكر مكلفاً بحضور الدليل . ولكن يلاحظ أن هذا كله منوط بأن يقف المنكر موقف الإنكار وأن لا يحيد عنه، فإذا ما جاز المنكر الإنكار إلى الإدعاء بواقعة أخرى، وجب عليه إثباتها . ، فإن أخفق في إثباتها جاز القضاء عليه بما ادعى به المدعى بالواقعة محل الإنكار .

وهذه النقطة الأخيرة تعود إلى القاعدة التالية ...

(١) انظر في تبرير هذه القاعدة أويري من ٨١ هامش ١٢ .

(٢) لا يعطي المنكر من الإثبات إلا إذا كان إنكاره مجردأ فلا يجب على الداعى بغير الإنكار ، أما إذا أقر بالداعى في أحد عناصرها المدعاعة وادعى من جانبه خلاف الظاهر فيها ، فإن عبء الإثبات يقع عليه في شأن ما يدعى خلافاً للظاهر(الطعن رقم ٢٢٧ لسنة ٣٥ في جلسة ١٠/٦/١٩٦٩ من ٨٩٠)

(٣) أي الإثبات الكامل (أو الإثبات التقريري في نظر البعض) ، انظر ديموج ، المرجع السابق ، وتعليقات بارتكان على أويري ، ويبحث أسمان في مبدأ الاحتمال الكافي، وقد سبق أن أشرنا إليه .

(٤) ذلك أن توزيع عبء الإثبات يتم طبقاً لقواعد قانونية مقررة فلا يجوز للقاضي أن يقرر من الذي يتحمل بذلك حسب الظواهر والاحتمالات التي تبدو له ، جلسون ، ج ٤ ، ص ٦٦٧ ، فقرة ٥٩٦ .

القاعدة الثالثة

صاحب الدفع مدعى

يقصد بهذه القاعدة أن المدعى عليه في القضية إذا ما أبدى دفعاً من الدفع بإنقلاب مدعياً بالنسبة لهذا الدفع ويجب عليه إثباته، وذلك سواء أكان المدعى الأصلي قد أثبت ما يدعى أم لم يتم بعد الدليل عليه. وقد أوضحنا ذلك فيما سبق خلال شرح القاعدتين السالفتين^(١).

فالمدعى عليه في الدعوى إذا لم ينتظر حتى يثبت المدعى دعواه بل يبدأ دفع يريد به أن يدراً عن الدعوى فعليه إثبات الواقعية التي يدعى بها ويسند عليها دفعه ، فهو إذن يلعب دور المدعى ، ولذلك يخسر دعواه إذا لم يثبتها، مع أن المدعى أصلاً (رافع الدعوى) لم يقم الدليل على صحة دعواه . ذلك أن الترتيب التعاقبي لإبراد الأدلة يقتضي أن يبدأ المدعى في القضية بإقامة الدليل فإذا ما أقامه انتقل عبه الإثبات إلى المدعى عليه في القضية فإن أدي واجبه عادت الأمور إلى وضعها الأصلي ووجب على المدعى الأول أن يقيم الدليل من جديد وهكذا^(٢).

فإذا ما جاء المدعى عليه في القضية وخالف هذا الترتيب ولم ينتظر المدعى حتى يلعب دوره بل نشط (هو) إلى إدعاء واقعة ينافي بها الدعوى - فلا يلومن إلا نفسه إن عجز عن إثبات هذه الواقعية - وحكم عليه تبعاً لذلك - لأنه هو الذي خالف

(١) كما قضت محكمة النقض في الطعن رقم ١٦ لسنة ١٥ قضائية، جلسة ١٩٤٦/١/٣١ بان " المنكر المعطى من الإثبات هو من ينكر الدعوى إنكاراً مجرداً فلا يجب عليها بغير الإنكار. أما من أجاب على الدعوى بدفعها فإنه بذلك يصر مدعياً مطالباً بأن يقيم الدليل على ما يدعى .."

(٢) وفي ذلك قضت محكمة النقض بانه نفي كان مؤدى إنكار المطعون عليهم وجود الوصية أصلًا وما استند إليه الحكم برفض طلب إلزامهن بتقديم أصلتها، أن المحكمة قد استظهرت عدم وجود الوصية المعددة وأن ما يدعى الطاعون بشأنها غير جدي بدلله عدم تنفيذها، فإنه لا محل لإعمال حكم العادة ٢٣ من قانون الإثبات من أن يحلف المنكر بعثنا بان المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكتاته وأنه لم يخله أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به، ظالماً خلصت المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية المطلقة إلى أن هذه الوصية لا وجود لها أصلًا ، الطعن رقم ١ لسنة ٤٣ ق، جلسة ١٩٩٧/٣/٣.

الترتيب المنطقى فى تقديم الأدلة بطريق التتابع أو التعاقب^(١) واعترف بذلك - ضمناً - بإدعاء المدعى^(٢).

وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه : " لا يعفى المنكر من الإثبات إلا إذا كان إنكاره مجرداً فلا يجحب على الدعوى بغير الإنكار أما إذا أقر بالدعوى في أحد عناصرها المدعاة وادعى من جانبه خلاف الظاهر فيها فإن عليه يقع عبء إثبات ما يخالفه . " (طعن رقم ٢٢٧ م٥٣٥، جلسة ١٠ / ٠١ ، ١٩٩٩ ، مكتب فني ٢٠) وفي ذات المعنى (طعن رقم ٣٤٢٤ م٥٩، جلسة ٢٨ / ٠١ ، ١٩٩٤ ، مكتب فني ١٥)

كما قضت أيضاً بأنه : " إن المنكر المعني من الإثبات هو من ينكر الدعوى إنكاراً مجرداً فلا يجحب عليها بغير الإنكار . أما من أجاب على الدعوى بدفعها فإنه بذلك يصير مدعياً مطالباً بأن يقيم الدليل على ما يدعوه . وعلى ذلك يكون الدفع بإعسار الشفيع ادعاء من المشتري وهو المطالب بأن يقدم الدليل عليه والإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفي مطلق بتعذر إثباته بل يقوم على أمر واقع له علاماته التي تشهد عليه . على أن المقرر في الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفي كان على مدعاهما إثبات خلافها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة . فإذا لم يكن ذلك ممكناً أو كانت الواقعة غير منضبطة النفي فإن مدعاهما يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه . وعلى ذلك فلا مخالفة لقواعد الإثبات إذا اعتبر الحكم المشفوع منه عاجزاً عن إثبات إعسار الشفيع لأنه لم يقدم دليلاً على هذا الإعسار . " (طعن رقم ١٩ م١٥، جلسة ٢١ / ٠١ ، ١٩٦٩ ، مكتب فني ٤٤)

(١) انظر في هذا دالوز : تعريفات على القانون العدلي ، مادة ١٣١٥ بند ٢٨ وما بعده ، خصوصاً لورلن من ٩٢ بند ٩١ ، وقد ذكر مثلاً على ذلك في حالة مشترى ادعى أن الشيء المبيع لم تتوفر فيه الصفات المشتركة قيادراً البائع إلى تقديم الأدلة على توفر هذه الصفات ، ولكن أدلت به خذاته فحكم لصالح المشتري . انظر بودري المرجع السابق ص ٤٢٣ .

(٢) انظر بودري ص ٤٢٣ بند ٢٠٦٢ واوريوري ص ٨١ - وتطبيقات في دالوز (تعريفات على المادة ١٣١٥ ملنوي) بند ١٨١ وما بعده - وفي دالوز (تعريفات على المادة ١٣١٥ ملنوي) بند ١٨١ وما بعده - وفي تحليل لقاعدة واستناد إليها لتدعم مبدأ الاحتمال الكافى أو المظاهر في إثبات ، ديموج المرجع السابق ، ص ٥٤٧ وما بعدها .

الجانب التطبيقي لهذه القواعد:-

إن القواعد المتقدمة و على بساطتها يثير تطبيقها صعوبات جمة في العمل.^(١) ويرى بعض الشرّاح أن نستعيض عنها بقواعد أخرى^(٢)، أو أن نستعين بتقسيم الواقع المراد إثباتها إلى أنواع مختلفة - لكل فرع منها طبيعته - بحيث يجري توزيع عبء الإثبات بين الخصمين بالنسبة لكل نوع من الواقع حسب طبيعته هذه.^(٣) فإن إثبات الواقع العادي مثلاً لا يجري على نفس النحو الذي يتم إثبات واقعة نفسية (النية مثلاً).

على أننا نقتصر هنا على بيان القواعد التي أسلفنا ذكرها وهي القواعد التقليدية التي استقر عليها الفقه - على أن نراعي عند التطبيق ظروف كل دعوى وما جرى عليه العمل في القضاء^(٤)، وما لكل حالة من قواعد خاصة لها.

دور القضاء في تحفيظ عبء الإثبات:

إذا التزم القضاء بأن يطلب من المكلف بالإثبات أن يقدم دليلاً كاملاً على ادعائه، قبل أن يطلب من خصمه ما يؤيد وجهته من أدلة، لكان عبء الإثبات في كثير من الأحيان عقبة شديدة في سبيل حصول الشخص على حقه.

على أنه ليس من السهل وضع معيار دقيق للتفرقة بين الإثبات الكامل وغير الكامل.

لذا فإن القضاء لا يطبق بدقة قواعد التوزيع، بل يكتفى عادة من المكلف بالإثبات بالدليل الذي يجعل حقه قريب الاحتمال لينتقل إلى مطالبة الخصم بتقديم أدلةه بدوره.

(١) لوران ج ١٩ بند ٩٦ - بودري التزامات ثالث ، بند ٢٠٦١ ،

(٢) ديموج ، أفكار أساسية ، ص ٥٤٩ في آخرها وما بعدها .

(٣) باريات على أويري (ج ٢ طبعه خامس) ص ٩٠ حاشية رقم ٢٠ مكرر (ثانيا)

(٤) انظر تطبيقات عديدة في تعليقات دالوز على المادة ١٢١ مدنى بند ٨٠ وما بعده ، جوريين كلاسبر تعليقات على المادة المنكورة بند ٢٤ ومراجعها ، دالوز العملي والبيانات .

فهو بذلك يجزئ الإثبات بين طرفي الخصومة ولا يتطلب من المكلف بالإثبات دليلاً قاطعاً وإنما يكتفى معه بما يرجح ادعاؤه.

وقد قضت محكمة النقض بمسؤولية الناقل الجوي عن التعويض كاملاً وغير محدد - وفقاً لاتفاقية فارسوفيا (قبل تعديلها بيروتوكول لاهاي) - شريطة أن يثبت أن الضرر نشا عن غش الناقل أو خطأ فني جسيم - وهو يعادل الفشل - ويقع عبء إثبات هذا الخطأ على عاتق مدعاه.

المطلب الثاني

الحق في الإثبات

من المبادئ الثابتة أن لكل من يدعي حقاً أن يقدم الدليل عليه أمام القضاء، ولا يمكن للقضاء منع هذا الشخص من إقامة الدليل على ما يدعوه إلا اعتبار ذلك من قبيل الإخلال بحق الدفاع.

ويترتب على هذا المبدأ أنه إذا كان للمدعي الحق في إقامة الدليل على ما يدعوه فإن للمدعي عليه أن ينجد هذا الدليل ويثبت عكسه، وهو ما يعرف باسم "مبدأ المجابهة بالدليل". ويتصل ذلك بعدم جواز إلزامه بتقديم دليل ضد نفسه.

الفروع الأولى

مبدأ المجابهة بالدليل

ذكرنا فيما سبق أن الإثبات حق لكل من المدعي والمدعي عليه. فالمدعي له الحق في إقامة الدليل على ما يدعوه والمدعي عليه - من جانبه - له الحق في إقامة الدليل على عكس ذلك .

وتطبيقاً لذلك تقتضي المادة ٦٩ من قانون الإثبات بأن: الإن لأحد الخصوم لإثبات الواقعه بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق .

ويقتضي هذا الحق المقرر للمدعي عليه أن تتم مجابهته بالدليل المقدم من المدعي حتى يستطيع أن يتبعن صحته أو أن ينافضه إذا شاء . وبناء على ذلك فكل دليل يقدم في الدعوى يجب أن يطرح للمناقشة أو يعرض على الخصم لإبداء رأيه فيه.^(١)

ويعد هذا المبدأ أصلاً من الأصول الكبرى في التقاضي التي وضعت لكافلة عدالة التقاضي وعدم تجاهيل الخصومة على من يكون طرفاً فيها^(٢)، وهذا هو ما دعا المشرع إلى تقرير حق المتقاضي في طلب التأجيل للإطلاع على المستندات المقدمة من خصومهم والرد عليها .

وكذلك يقرر القانون أن الإن لأحد الخصوم بإثبات واقعة عن طريق شهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بنفس الطرق دون حاجة إلى النص على ذلك في الحكم^(٣) .

(١) انظر جلاسون ج ٢ من ٣٩٣ ن ٤٥٩ ، نقض ٩ بوليو ١٩١٣ ، سوري ١٩١٣ - ١ - ٣٩٩

(٢) انظر نقض مصري ٨ فبراير ١٩٥١ في الطعن ١٨/١١١ ، عبد الوهود بحى ، المرجع السابق ، ص ٢٣ وما بعدها .

(٣) وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن: النص في المادة ٦٩ من قانون الإثبات على أن الإن لأحد الخصوم بإثبات الواقعه بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق، يدل على أن لهذا الخصم رغم سكت الحكم عن الإن أن ينفي ما أذن لخصمه بإثباته و أن يطلب إلى المحكمة سماع شهوده في هذا الخصوص ، و لما كانت أوراق الطعن قد خلت مما يلقي طلب الطاعن من محكمة الاستئناف سماع شهوده عن واقعة التأجير للأخرين خلاف فلا يجوز التحدى بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض . ، الطعن رقم ٦٧٢ لسنة ٤٦ ق ، جلسة ١٩٨١/٤/٢٥ ، كما قضت محكمة النقض في الطعن رقم ١٣١١ لسنة ١٩٨٢/٤/١٥ بأن: النص في المادة ٦٩ من قانون الإثبات على أن الإن لأحد الخصوم بإثبات الواقعه بشهادة الشهود يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق لا يعني أن المشرع يلقى على عاتق هذا الأخير عبء نفي الواقعه العزاء إثباتها و إنما هو يعطي رخصة اتباع ذات الطريق في تحضير تقريرات شهود الإثبات لتوازن المحكمة بين أقوال الفريقين و ترجح بينهما فإذا لم يستعمل هذه الرخصة أو أطرحت المحكمة أقوال دليل شهوده لا ينشأ عن ذلك دليل يعطي خصمه من عباء الإثبات أو ينزل عدم كفاية ما شهد به شهود هذا الأخير في ثبوت الواقعه المكلف بإثباتها . طعن رقم ١٣٤٤ ، من ٨٤٨ ق ، جلسة ١٥ / ٠٤ / ١٩٨٢ ، مكتب فني ٢٢



٥٦٢٩



Law Cairo



٧٦



وتبعاً لذلك لا يجوز للقاضي أن يستمد عناصر افتئاعه من وقائع علمها بنفسه، لأن مبدأ المواجهة بالدليل يقتضي طرح هذه الواقع للمناقشة مما قد يدعو إلى تخصيم القاضي وهو ما لا يجوز .

واستناداً إلى ما تقدم من ضرورة مواجهة الخصم بالدليل، فإنه لا يجوز للقاضي أن يستمد عناصر افتئاعه من وقائع لم يجاه بها الخصم: كما لو وجد الدليل في أوراق لم تضم إلى ملف الدعوى بطريقة صحيحة بل وصلت إلى علم القاضي عن طريق الجهات الإدارية (مصلحة الضرائب مثلاً) مباشرة . ومن أمثلة ذلك أن يقوم القاضي بمعاينة مكان النزاع في غيبة الخصوم دون دعوتهما لحضور المعاينة ومن باب أولى إذا قام بالمعاينة دون أن يكون قد أصدر قراراً في الدعوى بإجرائها^(١) .

ثانياً

عدم جواز قيام الشخص باصطدام دليل لنفسه

من القواعد المقررة في الإثبات أنه لا يمكن لشخص أن يخلق لنفسه دليلاً من صنع يده.

. فلا يصدق المدعى بقوله، لأنه مجرد إدعاء .

- ولا يصدق المدعى بيمينه إن أبدى استعداده لحلف يمين يعزز بها إدعاء، وإنما توجه اليمين للخصم .

(١) بودري، التزامات ٣ بند ٤٠٥٦ مكرر وحكم نقض فرنسي ٦ يناير ١٩٥٠ - دالوز ١٩٥٠ ص ٢٧٩ عن معاينة أجراها القاضي بغير علم الخصوم . وأنظر نقض فرنسي ١٥ يناير ١٩٤٦ ٢٦ مارس ١٩٤٦

ولا يصدق المدعى بورقة يكتبها هو ويقدمها في الدعوى . فإذا رفع الطبيب دعوى على أحد مرضاه يدعي فيها أنه زاره خمس مرات وقدم للتدليل على ذلك مذكرته التي يقىد فيها زياراته للمرضى فلا يعتبر هذا دليلاً^(١) .

ولكن يستثنى من ذلك حالة ما إذا كانت الورقة ورقتك وقدمها خصمك في الدعوى (خطاب منك إليه مثلاً) ، واستند إليها أي تبناها كمستند له، فإنه يجوز لك اتخاذها حجة عليه^(٢) فهي من صنعك ولكن جاز جعلها دليلاً لك لأن استناد خصمك إليها جعلها وكأنها ورقته هو .

وكذلك الأمر لو أن شخصاً رفع عليك دعوى يحاسبك فيها عن وكالتك عنه في أمر ، وقدم خطاباً منك لإثبات الوكالة فطالبته أنت بأجر الوكالة مستنداً في إثباتها إلى ذلك الخطاب بنفسه .

ومن استثناءات هذه القاعدة أيضاً ما ورد في المادة ١٧ من قانون الإثبات التي تبيح للناجر أن يستند إلى دفاتره لإثبات ما ورد إلى عملائه . وهذا استثناء من هذه القاعدة لأنه يجعل دفتر الناجر دليلاً له، إلا أنه ليس دليلاً كاملاً بل هو مجرد مبدأ ثبوت قانوني يصلح أساساً لحكماته باليمين المتممة^(٣) إذا رأى القاضي ذلك، أي أن المسألة جوازية .^{(٤) (٥)}

(١) سترى فيما بعد بالنسبة لهذه الحالة بالذات أنه يجوز للطبيب الإثبات بشهادة الشهود على أساس وجود مانع أديبي من الحصول على دليل كتابي من مرضاه .

(٤) نقض ٢٢ مايو ١٩٤١ ، محاماة ٢٢ ، من ٢٥٠ .

(٥) اليمين المتممة توجه لأي من الخصمين ، فإذا وجهت للمدعى كان نفقة مضافاً إليه بمبنه حجة له ودليل . وهذه الحجة استثنائية واضحة .

(٦) انظر في التطبيق على هذه المادة لوران ، ج ١٩ بلد ٣٣٨ ، أويري ج ١٢ ، بند ٧٥٧ انظر المادة ١٣٢٩ مني فرنسي .

(٧) وذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٥٤٢٦ لسنة ١٥٦٥ ق، جلسة ١٠/٢٨ ، ١٩٩٦/١٠/٢٨ ، الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٤٢ ق ، جلسة ١٧/٥/١٧ ، بأن "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مناط تطبيق قاعدة عدم تجزئة الإقرار و إعمالها في شأن ما يرد بدفاتر الناجر من قيود وبيانات بحيث لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه هو أن تكون هذه الدفاتر منتظمة ومويدة بالمستندات الدالة على صحة القيود الواردية فيها وأماتتها ."

رأوردت محكمة النقض في خصوص دفاتر التجار أن:

"مفاد نص المادة ٢/١٧ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أنه متى كانت دفاتر التجار منتظمة فإنه لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها وأن يستبعد ما كان منه مناقضاً لدعواه . وإذا كان الثابت من الأوراق أن الطاعن قد احتمم إلى الدفاتر التجارية للجمعية المطعون ضدها بشأن إثبات دخول المستندات موضوع الدعوى بالحساب الجاري وتسوية قيمتها فيه، فإنه لا يجوز له - طالما لم يوجه أي مطعن لانتظام هذه الدفاتر أن يجزئ ما ورد بها فيأخذ منها ثبوت قيد هذه المستندات بدفتر الحساب ويطرح ما ثبت بأوراق القبض من أنه لم يسدّد قيمتها وأن نعمته ما زالت مشغولة بها ." (طعن رقم ٣٤٦ ، ص ٤٢ ، جنة ١٧ / ٠٥ ، مكتب فني ٢٢)

ثالثاً

عدم جواز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه

NEMO TENETUR EDER CONTRA SE

انحدرت هذه القاعدة إلينا من القانون الروماني، إلا أنها لا تطبق إلا على ما يكون من الأدلة خاصة بالخصم نفسه^(١) . أما الدليل المشترك فيجوز إجبار الخصم على تقديمها، وعلى هذا جري القضاء الفرنسي .

والدليل المشترك هو ما يكون محرراً لمصلحة الخصومين أو يثبت حقوقهما أو يثبت حقوقهما والتزامهما المتبادل^(٢) .

وجري القضاء الفرنسي أيضاً على أنه إذا قدم خصم في الدعوى مستندًا فيجوز للمحكمة أن تستخلص منه أموراً ليست في مصلحة مقدمة ، ولا يعتبر ذلك مخالفة

(١) حكم نقض ملنكي ١٩٧٧/٥/٨ سنة ٤٣ ق طعن رقم ١٣٩٢٧ ص ٧١٥ ; حكم نقض ملنكي ١٩٨٣/١٢/٢٢ سنة ٥٠ ق طعن رقم ١٩٥ ص ١٨٩٢

(٢) حكم محكمة النقض المصرية في الطعن رقم ١٨/٢٠٧ في مجموعة المكتب الفني لتبويب الأحكام -٢ ص رقم ١٦١ ب.

ل جداً أنه لا يجوز إجبار إنسان على تقديم دليل ضد نفسه^(١)، ذلك أنه قدم الدليل بمحض إرادته.

ويقول الفقهاء في هذا الصدد أيضاً أن تقديم الورقة من أحد الخصمين في الدعوى يجعلها مشتركة^(٢). وهذا هو ما قررته المادة ٢٠ من قانون الإثبات المصري. فاستثناء من هذا المبدأ العام نصت المادة ٢٠ من قانون الإثبات على ثلاثة حالات يمكن إجبار الخصم فيها على تقديم ما تحت يده من محررات^(٣):

الحالة الأولى: وهي حالة ما إذا كان القانون يجيز مطالبة الشخص بهذا المحرر أو تسليمه . وتطبيقاً لذلك يمكننا أن نشير إلى نص المادة ٢٨ من القانون التجاري المصري فيما تجيزه المحكمة في حالات معينة من الأمر بالإطلاع على دفاتر التجار أو بتقديمها لإثبات حق المدعي به أو لاستخراج بيانات متعلقة بالخصومة .

الحالة الثانية: وهي حالة المحرر المشترك بين الخصمين والسابق الإشارة إليها .

الحالة الثالثة: وهي حالة المحررات التي سبق لأحد الخصوم الاستناد إليها في أي مرحلة من مراحل الدعوى . فإذا بدا للخصم الآخر أهمية تقديم هذا المحرر في مرحلة تالية من الدعوى فإن له أن يطلب من المحكمة إلزام خصمه بتقديمه. وتأكيداً لذلك فقد ورد نص المادة ٢٥ من قانون الإثبات بعدم جواز سحب الورقة المقدمة في الدعوى إلا برضاء الخصم أو بإذن القاضي^(٤).

(١) تعليقات دالوز على المادة ١٣١٥ مدنى بند ٧١ .

(٢) أورى نفس الموضع السابق ، هامش ٤٦ .

(٣) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ١٩٥ لسنة ٥٠ ق، جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٢ بأنـه: من المقرر أنه يشترط لإجابة المحكمة الخصم إلى طلبه إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده في الحالات التي يبنتهـا المادة ٢٠ من قانون الإثبات أن يثبت لديـها من الدلائل التي قـعـها والظروف التي أـبـرـزـها أنـ المـحرـرـ تحتـ يـدـ خـصـمهـ".

(٤) انظر عبد الوود يحيى، المرجع السابق حـصـ ٢٤ وما بـعـدـهاـ والمـراجـعـ المشارـ إـلـيـهاـ لديهـ.

فإذا كان الخصم ملزماً بتقديم الدليل على النحو السابق ورفض فإن الجزاء على عدم التقديم هو تصديق الخصم الآخر بقوله .

هذا ويجوز إدخال الغير في الدعوى لالتزامه بتقديم ورقة تحت يده ولو أمام محكمة الاستئناف. ^(١) وبديهي أنه يجب ألا يكون ذلك ضاراً به .

ويصدق المتقاضي بقوله إذا حكم على خصم بتقديم ورقة تحت يده فامتنع عن تقديمها ، فعندئذ يجوز الأخذ بقول المتقاضي الآخر فيما يتعلق بشكل الورقة أو موضوعها، وإذا قدم صورة للورقة اعتمدت واعتبرت صحيحة مطابقة للأصل.

المطلب الثالث

مبدأ حياد القاضي

الفرع الأول

المقصود بهذا المبدأ

يقصد بهذا المبدأ أن دور القاضي يقتصر على تلقي ما يقدمه الخصوم من أدلة في الدعوى، ويقتصر دوره على تقدير هذه الأدلة وفقاً للقيمة التي أعطاها القانون لكل دليل. ^(٢) فليس من وظيفة القاضي إذن أن يساهم في جمع الأدلة، أو يستند إلى دليل تحرره بنفسه، وإذا كان بعلم الواقعه معينة تتعلق بالدعوى، فليس له أن يستند في حكمه إلى علمه الشخصي عن هذه الواقعه إذا لم تكن قد قدمت وفقاً للإجراءات التي يتطلبتها القانون. ^{(٣) (٤)}

(١) انظر بيمونتيس L'ACTION EXHIBENDE رسالة من باريس ١٩٢٢ .

(٢) عبد الوهود يحيى المرجع السابق ص ٢٦ .

(٣) توفيق حسن فرج ، منكرات في قانون الإثبات (على الآلة الكاتبة) الإسكندرية ١٩٦٨ - ١٩٦٩ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن: المبدأ الأساسي الذي يحكم النظرية العامة في الإثبات هو مبدأ حياد القاضي ، فلا يجوز له أن يقضى بعلمه الشخصي عن وقائع الدعوى دون أن يكون من قبيل ذلك ما يحصله إستقاء من خبرته بالشنون العامة المفروض إلمام الكافة بها، و إذا كان تقرير الحكم المطعون

. وحقيقة الأمر أن تقييد القاضي بما يقدمه الخصوم من أدلة، دون أن يكون له دور إيجابي في البحث عن الأدلة، هو نتاج للأخذ بمذهب الإثبات المقيد. ولما كان المشرع عذنا قد أخذ في تنظيم الإثبات بمذهب مختلط، فإنه لم يجعل دور القاضي سلبياً بحث بل خوله سلطات في تغير الأدلة واستكمالها، وذلك لتمكينه من الوصول إلى الحقيقة.^(١)

. ويجب ملاحظة أن فرض الحياد المطلق بين المتازعين على القاضي، يجعل دوره في الإثبات سلبياً محضاً، بل أنه يجعل وظيفة القاضي عملاً آلياً، لأن هذا الحياد المطلق يفترض حصر الأدلة وتعيين قوة كل منها بمعرفة المشرع، أي لا يتحقق إلا في ظل مذهب الإثبات المقيد .

لذا لا يتصور أن يكون حياد القاضي مبدأ مطلقاً في القانون المصري الذي يأخذ بالمذاهب المختلط في تنظيم الإثبات.^(٢) فأخذه بمبدأ الحياد لم يمنع خروجه على مقتضياته في بعض الحالات ليحرر القاضي من سلبيته وليجعل له دوراً إيجابياً في الإثبات .

. ومبدأ الحياد يعني أن يقتصر القاضي في تكوين افتتاحه على ما يقدمه الخصوم من أدلة في الدعوى وألا يكون له دور إيجابي في توجيه الإثبات، وعلى الخصوص في استكمال عناصر افتتاحه.

فيه ان العادة جرت في هي الزمالك الذي تقع به شقة النزاع على التأجير ملروضاً استناداً إلى قرارات وزارة الإسكان ليس من قبيل استعلان القاضي في قضائه بما هو متعارف عليه بين الناس، و لا يبرره الاستناد إلى قرارات وزارية صدرت بعد مرور قرابة عشرين سنة على التعاقدي و في ظل ظروف الاقتصادية تختلف عن تلك التي حرر فيها العقد، فلا يبرأ بذلك من عيب الفساد في الاستدلال، الطعن رقم ٤٩ لسنة ٤٤ ق ، جلسة ١٢/٤/١٩٧٨.

(١) وقد جاء في المذكرة إيضاحية لقانون الإثبات (القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) أن المشرع قد حرص على توسيع إجراءات الإثبات وتحقيق مزيد من إيجابية القاضي وفاعليته بتزويده بمزيد من حرية المراجحة في هذه المرحلة الهامة من مراحل الدعوى حتى لا يترك كشف الحقيقة رهيناً لمبارزة الخصوم وددهم والحرص على استقرار الحقوق وسد الحيلة أمام طلاق الكيد أو هوا المطرد .

(٢) انظر أستاذنا الوالد المرحوم الأستاذ الدكتور / عبد الباسط جمعي طيب الله ثراه ، مؤلفه في الإثبات ، فقرة ٤٩ وأنظر أيضاً عبد المنعم الصدقي، طيب الله ثراه، المرجع السابق، فقرة ٣٨ .

الفرع الثاني

الآثار المتوقعة على مبدأ حياد القاضي

يتتطلب على مبدأ حياد القاضي ما يأتي:

أولاً: أنه القاضي لا يحكم في المنازعة إلا بناء على الأدلة التي يقدمها إليه الخصوم بالطرق التي رسمها القانون . فلا حق للقاضي في أن يبني حكمه على دليل يستمدء بنفسه دون طرحه على الخصوم ولو كان ظاهراً من أوراق الدعوى،^(١) ما دام صاحب المصلحة في التمسك بهذا الدليل لم يتمسك به.^(٢)

ثانياً: أن القاضي غير ملزم بتوكيل الخصم بتقديم الدليل على دفاعه، أو لفت نظره إلى مقتضيات هذا الدفاع^(٣).

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض "محكمة الموضوع غير ملزمة بتوكيل الخصوم بتقديم الدليل على دفاعهم، أو لفت نظرهم إلى مقتضيات هذا الدفاع

(١) قبل قانون الإثبات الصادر سنة ١٩٦٨ ، كان ذلك ينطبق على التدليل المستند من حكم سابق حائز لحجية الأمر المقتضى إذا لم يكن للمحكمة أن تعمل هذه الحجية إلا بناء على تمسك صاحب المصلحة المادة ٤٠٥ / ٢ من المادة ١٠١ من قانون الإثبات جعلت للمحكمة أن تقضي بهذه الحجية من تلقاء نفسها، أستاذنا الدكتور جميل الشرقاوي ، الإثبات في المواد الجنائية ١٩٩٢ ، ص ٢٤ .

(٢) ولا يجوز للقاضي أن يأخذ دليلاً مقدم في قضية أخرى (إلا إذا كانت هذه القضية الأخرى قد ضمت إلى الدعوى المطروحة عليه وكانت بينهما رابطة ، أنظر عبد المنعم فرج الصدف فقرة ١٤ وانظر في تاريخ فكرة حياد القاضي وأثرها في قواعد الإثبات RAYMOND LEGEAIS قواعد الإثبات في القانون الجنائي ، بين الديمومة والتطور ، باريس في ١٩٥٥ ، ص ١٦ وما بعدها ، جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، فقرة ١٠ .

(٣) نقض ١٣/٢/١٩٧٩ ، الطعن رقم ٥٦٦ ، من ٤٤ ق.

(٤) وفي تلك قضت محكمة النقض بأن: محكمة الموضوع غير ملزمة بتوكيل الخصم بتقديم الدليل على دفاعه أو لفت نظره إلى مقتضيات هذا الدفاع ، وصيغها أن تقيم قضاها وفقاً للمستندات والأدلة المطروحة عليها بما يكفي لحمله ، فإذا أغلق الحكم التحدث عن دفاع لم يقدم الخصم المستندات التي استدل بها عليه فإنه لا يكون قد شابه قصور في التسبيب الطعن رقم ٢٤٥ لسنة ٣١ ق جلسة ١٤/١٤ لسنة ١٩٦٦/٦ ، الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٣٧ ق جلسة ٢١/٣ ، الطعن رقم ٧١ لسنة ٤٢ ق جلسة ٥/٥ لسنة ١٩٧٦ ، الطعن رقم ٢٥١٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ٢٢/٥ ، الطعن رقم ٦٩٠ لسنة ٥٥ ق ، جلسة ٧/١٢ لسنة ١٩٩٥ .

وبحسبها أن تقيم قضاها وفقاً للمستندات والأدلة المطروحة عليها بما يكفي لحمله
(طعن رقم ٧١، من ٤٢٠١٩٧٢ / ٠٣ / جلسة ١٢ ، مكتب فني ٢٢)

كما قضت أيضاً "لما كان ذلك وكان الثابت في الدعوى بأن الطاعن لم يقدم
لمحكمة الموضوع الدليل على ما يدعى من تجارية السند ولم يطعن لديها على
المخالصة المقدمة من المطعون ضده بأي وجه، وكانت المحكمة غير ملزمة
بتكليف الخصم الذي لم يقدم دليلاً على دفاعه بتقديم هذا الدليل أو لفت نظره إلى
مقتضيات هذا الدفاع فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتبر السند مدنياً ورتب على ذلك
تطبيق أحكام حالة الحق معتمداً بالمخالصة المشار إليها فإنه لا يكون قد خالف
القانون ولا عليه أن لم يرد على دفاع عار عن الدليل ومن ثم يكون النعي على غير
أساس." (طعن رقم ٦٩٠، من ٩١٥١٩٩٥ / ٠٧ / جلسة ١٢ ، مكتب فني ٤٦)

ثالثاً: إذا كان الحكم يبني على الأدلة المقدمة من الخصوم، فيجب أن يباح لكل
خصم العلم بأدلة خصمه ومناقشتها، ولا يستطيع القاضي أن يستدل على وجه
حكمه من دليل قدمه خصم دون أن يواجه به الخصم الآخر . لذا فإن إجراءات
التحقيق (مثل سماع شهادة الشهود والخبرة) تفترض دعوة الخصوم جميعاً، كما أن
من حق كل خصم أن يطلع على مستندات خصمه .

وابعاً: إن افتقار القاضي في تأسيس حكمه على ما يبديه الخصوم أمامه من
أقوال وما يقدمونه من أدلة، وما يتترتب على ذلك من ضرورة عرض أدلة كل من
الخصمين على الآخر لمناقشتها ودحضها، يؤدي إلى منع القاضي من القضاء
بطنه الشخصي، أي تأسيس حكمه على ما يعلمه هو بصفة شخصية من حقيقة
النزاع.

ويرجع ما تقدم - و كما سبق وأسلفنا- إلى أن قضاء القاضي بعلمه يعني أن يقوم
الدليل من جانبه، ثم أن حق الخصم في مناقشة كل دليل يؤخذ ضده يضع القاضي
الذي يستند إلى علمه الشخصي في قضائه موضوع المناقشة من جانب الخصم، مما
لا يتفق مع الاحترام الواجب للقضاء.

لذا يرى البعض أن منع القاضي من الحكم بناء على علمه الشخصي بالواقع هو نتيجة حتمية لمبدأ وجوب مواجهة الخصم بالدليل.^(١)

ولكن يلاحظ أن منع القاضي من الاستناد إلى علمه الشخصي لا يمتد إلى ما يكون لديه من علم بواقع عامة يفترض علم الكافية بها، كمستوى أسعار القطن في سنة من السنوات على سبيل المثال.^(٢)

خامساً: يلتزم القاضي بأن يبين في حكمه كيفية وصوله إلى قصائه، فيذكر الواقع التي أستند إليها فيه، كما يبين الأدلة التي حصل منها هذه الواقع وأسانيد هذا التحصيل. أي أن القاضي يلتزم بتسبيب حكمه. فإن لم يشتمل الحكم على شيء مما سبق كان قاصراً في تسببيه مما يوجب نقضه . والالتزام بالتسبيب وسيلة تكفل الرقابة على عمل القاضي في تطبيق القواعد التي يقتضيها مبدأ الحياد.

الفروع الثالث

الاستثناءات الواردة على مبدأ حياد القاضي

لا يلتزم القاضي بالحياد التزاماً مطلقاً في كل الأحوال بل يجوز له القانون أن يخرج على مقتضى هذا الحياد في صور متعددة تظهر فيما يأتي:

أولاً: ما يمنحه القانون للقاضي من سلطة استكمال الأدلة في بعض الأحيان فللقاضي من تلقاء نفسه أن يأمر بإحضار الخصم لاستجوابه (المادة ٦٠ إثبات) أو أن يسمع شهادة الشهود في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بهذه الوسيلة (مادة ٧٠ إثبات) أو أن يحكم بذنب خبير (مادة ١٢٥ إثبات)، كما له أن يوجه اليمين المتممة

(١) انظر الوارد المغفور له يانن الله عبد الباسط جمبيعي فقرة ٢٢ وفقر ٩٠ وهو يرتب على هذا أنه لو أجاز الخروج على مبدأ حياد القاضي ، فإن ذلك يجب ألا يصل إلى حد إباحة القاضي بعلمه الشخصي كائز للحد بمبدأ المواجهة بالدليل وحفظاً على الاحترام الواجب للقاضي .

(٢) نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة محمود عمر ، بـ ٢ ، رقم ٣١ أو علم القاضي بأن الجن البيض يقل مائة ويزداد نسمة بمرور الزمن - نقض جنائي ١٠ أبريل سنة ١٩٤٤ المجموعة الرسمية سنة ١٩٤٤ ص ١ .

إلى أحد الخصوم لاستكمال اقتناعه (مادة ١١٩ إثبات) بل أن القانون يجعل له أن يستند في حكمه على الدليل الذي يستخلصه من قرائن الأحوال في النزاع المطروح عليه (مادة ١٠٠ إثبات).

وقد قضت محكمة النقض بأن سلطة استكمال الأدلة ليست مجرد حق للقاضي بل هي واجب عليه يلتزم به في سبيل الوصول إلى كشف الواقع.^(١)

ثالثياً: ما هو مسلم من حق القاضي في تقرير لزوم أو عدم لزوم دليل من أدلة الإثبات، مما يجعل له الحق في رفض الاستعانة بخبير أو إجراء تحقيق(سماع الشهود) أو استجواب الخصوم (مادة ١٠٨ إثبات)، كما يجعل له أن يعدل عما أمر به من إجراءات الإثبات ، أولاً يأخذ بنتيجة هذا الإجراء (مادة ٩ من قانون الإثبات).

ثالثاً: حق القاضي في تقيير قيمة بعض الأدلة في الإثبات كما هو الحال بالنسبة لشهادة الشهود والقرائن غير القاطعة.^(٢)

المطلب الرابع

قواعد الإثبات والنظام العام

(١) نقض متى ١٣ ديسمبر ١٩٤٥ ، مجموعة عمر ج ٦ وأنظر الصدد فقرة ١٣ ، المقتول له بيان الله عبد الباسط جموعي ، فقرة ٧٦.

(٢) جمل الشرقاوي المرجع ص ٢٧ ومن ذلك حقه في عدم التزام نتيجته أي إجراء من إجراءات الإثبات كالخبرة (مادة ١٥٦ إثبات) وحقه في إسقاط قيمة الأوراق المقدمة للإثبات إذا كانت بادية العيب (مادة ٥٨ إثبات).

(٣) جمل الشرقاوي ، طيب الله ثراه، ولا يخضع حكم محكمة الموضوع في ذلك لرقابة محكمة النقض متى قام الحكم على أسباب تحمله - نقض ١٩٧٥/٦/٢٥ الطعن ٥ لسنة ٩٤٢ مجموعة من ٢٦ ص ١٣٠٢ . وقد جاء في المنكرة الإيجابية لقانون الإثبات أن مشروع هذا القانون قد حرص على توسيع إجراءات الإثبات وتحقيق مزيد من إيجابية القاضي وفاعليته ، بتزويده بمزيد من حرية الحركة في مرحلة الإثبات ، حتى لا يترك الحقيقة رهنا بمعارضة الخصوم وحدهم ، ثم وردت المنكرة ما جاء بها العشرون من أحكام مستحدثة أو تعديل للأحكام القائمة ، تحقيقاً لهذا الغرض بما لا يخرج عما أشرنا إليه في المتن وأنظر في ذلك أيضاً جمل الشرقاوي - المرجع السابق ص ٢٧ .

سبق أن رأينا أن قواعد الإثبات ليست كلها من طبيعة واحدة، فبعضها قواعد متعلقة بالشكل أو بالإجراءات وبعضها قواعد موضوعية .

ولا شك أن النوع الأول من القواعد يعتبر من النظام العام لأنه يتعلق بنظام التقاضي .

أما القواعد الموضوعية وهي القواعد المتعلقة بتحديد محل الإثبات وعنه وطرقه فلا تعتبر من النظام العام لأنها وضعت لحماية الخصوم، فيجوز لهم أن يتقدوا على ما يخالفها ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك.

لذلك يجوز الاتفاق على نقل عبء الإثبات من المكلف به أصلًا إلى الطرف الآخر في الخصومة .

فمثلاً تنص المادة ١/٥٧٤ مدنی على أن "المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا ثبت أن الحريق نشأ عن سبب لا يد له فيه". فوفقاً لهذا النص يقع على المستأجر عبء إثبات أن الحريق نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

ولكن ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على نقل عبء الإثبات إلى المؤجر فيتفق على أن المستأجر لا يكون مسؤولاً عن حريق العين المؤجرة إلا إذا ثبت المؤجر خطأ في جانبه (أي في جانب المستأجر).

- وقد قضت محكمة النقض بأن القواعد التي تتعلق بتعيين من يقع عليه عبء الإثبات لا تتعلق بالنظام العام، فإذا كان الخصم قد طلب من المحكمة إحالة الدعوى إلى التحقيق، فلا يجوز له بعد ذلك أن يطعن في الحكم الذي أجابه إلى طلبه على أساس أنه كان متطوعاً في إثبات ما هو غير ملزم بعنه.^(١)

كما قضت أيضاً بأن : "القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام، ويجوز للخصم الذي لم يكن مكلفاً في الأصل بحمل عبء إثبات واقعة أن يتطوع لإثباتها بطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق من أجلها، فإذا أجابته

(١) الطعن رقم ٣٦ لسنة ٢١ ق جلسة ٢٦/١١/١٩٥٣، الطعن رقم ١٨٧ لسنة ٢٢ ق جلسة ٢٩/١١/١٩٦٦.

المحكمة إلى طلبه امتنع عليه أن يحتج بأنه لم يكن مكلفاً قانوناً بالإثبات وذلك على أساس أن تقدمه بهذا الطلب وسكت خصمه عنه بعد بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه . (طعن رقم ١٨٧ ، ٣٢ق ، جلسة ٢١ / ١١ / ١٩٦٦ ، مكتب فني ١٧)

- هذا والاتفاق على مخالفة القواعد المتعلقة بطرق الإثبات قد يكون متقدماً، كما يمكن أن يستدل عليه أثناء سير الدعوى .^(١)

و في ذلك فقد ورد قضاة محكمة النقض بأن : " قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام، فعلى من يريد التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة أن يتقدم بذلك لمحكمة الموضوع قبل البدء في سماع شهادة الشهود فإذا سكت عن ذلك عد سكته تنازلاً منه عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون . وإن فتى كانت المحكمة قد أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن العقد المدعى بترويجه حرر من صورة واحدة على خلاف الثابت بالعقد المنكور من أنه حرر من نسخ بعدد المتعاقدين وسكت المدعى عليه في دعوى الترويير عن هذا الحكم ولم يعرض عليه بل نفذه بإعلان شهوده لتأييد صحة ما يدعيه وصدر الحكم في الدعوى ولما استأنفه لم ينفع في استئنافه على قضاة ذلك الحكم شيئاً، فإن هذا يكون قاطعاً في الدلالة على قبوله الحكم مانعاً من الطعن فيه بالنقض .^(٢)

الباب الثاني

أدلة الإثبات

(١) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، ص ٤٧ وما بعدها .

(٢) الطعن رقم ١٢٤ ، س ٤٢ق ، جلسة ١٠ / ٠٢ / ١٩٥٥ ، الطعن رقم ٥٣٢ لسنة ٣٩ في جلسة ١٩٧٦/٢/١٩ الطعون أرقام ٥٩٧ ، ٨٧٦ ، ٨٨٤ لسنة ٥٢ في جلسة ١٩٨٣/١١/٢٨ .

قبل صدور قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ كانت قواعد الإثبات موزعة بين القانون المدني وقانون المرافعات، وكان القانون المدني ينظم بعض أدلة الإثبات وطرقه، وهي الكتابة وشهادة الشهود - أو البينة - والقرائن والإقرار واليمين ، بينما جاء تنظيم المعاينة والخبرة في قانون المرافعات .

ولكن قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ جاء لينظم كل طرق وأدلة الإثبات. وقد نظمها هذا القانون على النحو التالي :-

١. **الكتابية**

٢. **شهادة الشهود (البينة)**

٣. **القرائن وحجية الأمر المقصي**

٤. **الإقرار واستجواب الخصوم**

٥. **اليمين**

٦. **المعاينة**

٧. **الخبرة**

والكتابة هي أهم طرق الإثبات حيث أنها تستطيع إثبات الواقع القانونية، ولا فرق في هذا بين تصرف قانوني أو عمل مادي .

وبالإضافة إلى ما تقدم فإن الكتابة هي أداة إثبات يجري إعدادها مقدماً قبل نشوء أي نزاع ، لذلك فهي تأتي معبره عن الحقيقة والواقع.

ولقد كان القانون المدني ينظم أحكام الكتابة الموضوعية في المواد ٣٩٠ إلى ٣٩٩ بينما نظم قانون المرافعات أحكامها الإجرائية في المواد ٢٥٣ وما بعدها. ويصدر قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ نظم المشرع كل من قواعد الكتابة الإجرائية والموضوعية في المواد من ١٠ إلى ٥٩ .

وتعد شهادة الشهود هي أحد طرق الإثبات الهامة والتي تستخدم في إثبات الأعمال المادية والتصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن حد معين . وقد كان القانون المدني ينظم أحكامها الموضوعية في المواد من ١٨٩ إلى ٢٢٤ ، بينما وردت أحكامها الموضوعية والإجرائية في قانون الإثبات من المادة ٩٠ إلى المادة ٩٨ منه.

والإثبات بالقرائن ينصب على واقعة أخرى متصلة محل نزاع وليس على واقعة النزاع نفسها ، وهنا يظهر دور القاضي في الربط حيث يعتبر أن إثبات هذه الواقعة المتصلة هو في ذات الوقت إثبات الواقعية محل النزاع. ولذلك فهي من طرق الإثبات غير المباشرة .

والقرائن نوعان فهي أما قرائن قانونية ، أي قرائن أوردها القانون ونص عليها. وإما قرائن قضائية حيث يستتبعها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها.

والقرائن هو اعتراف فهي: إما قرائن قانونية ، أي قرائن أوردها القانون ونص عليها، وإما قرائن قضائية حيث يستتبعها القاضي من وقائع الدعوى وظروفها.

والإقرار هو اعتراف الخصم على نفسه بواقعة قانونية مما يجعلها في غير حاجة إلى إثبات . ولهذا فالإقرار لا يعتبر من طرق الإثبات إلا تجاوزاً ، لأنه إذا ما صدر الإقرار فإن الحق يجد مصدره فيه لا في حكم القاضي . وقد نظم قانون أحكامه في المواد من ١٠٣ إلى ١١٣ .

- أما اليمين فهي احتكام لنمة الخصم إذا ما عجز غريمه عن إقامة الدليل على ادعائه. وهو أيضاً لا يعتبر من طرق الإثبات إلا تجاوزاً بالإقرار.

ووجه شبه اليمين بالإقرار أنه إذا وجه اليمين للخصم فإن القاضي يرفض الدعوى لأنها عارية من الدليل ، أما إذا نكل عن اليمين فإن ذلك يعد بمثابة الإقرار بالواقعية المدعى . وقد نظم قانون الإثبات أحكام اليمين في المواد ١١٤ إلى ١٣٠ منه.

- والمعاينة هي انتقال المحكمة لمشاهدة محل نزاع على الطبيعة حتى تقف حقيقة الواقعية محل النزاع . وقد نظم قانون الإثبات أحكامها في المواد من ١٣١ إلى ١٣٤ منه.

- أما الخبرة فهي نوع من أنواع المعاينة ، وكل ما هنالك أن الذي يقوم بها ليس هو المحكمة بل هم أهل الخبرة ، وقد نظم قانون الإثبات أحكامها في المواد من ١٣٥ إلى ١٦٢.

تقسيم طرق الإثبات :-

يقسم الفقه طرق الإثبات إلى تقسيمات عديدة وذلك بالنظر إلى معايير مختلفة.^(١)

فمن حيث جوبتها تنقسم طرق الإثبات إلى :-

طرق مازمة للقاضي، وهي الكتابة إذا كان معترفاً بها من الخصوم ، وإلا قرار واليمين .

- وطرق مقنعة للقاضي ، وهي شهادة الشهود والقرائن القضائية والمعاينة والخبرة وهي طرق تخضع لتقدير القاضي بدون رقابة للنقض .

ومن حيث مدى تعلق الدليل بالواقعية محل النزاع وما إذا كانت وسيلة الإثبات تتصلب على واقعة النزاع أم لا فتقسم طرق الإثبات إلى :

(١) السنوري ، الوسيط ، ج ٢ فقرة ٦١ وما بعدها ، عبد المنعم صدّد المرجع الأسبق فقرة ٦٢ وما بعدها ؟ جميل الشرقاوي المرجع السابق فقرة ١٤ .

- طرق مباشرة وهي الكتابة وشهادة الشهود والمعاينة والخبرة .

- وطرق غير مباشرة وهي القرآن والإقرار واليمين .

ومن حيث سبق إعداد الدليل فتقسم طرق الإثبات إلى :

- طرق مهياً : وهي الكتابة . والكتابة هي طريقة مهياً للإثبات لأنها تعد سلفاً لإثبات الحق المحتمل المنازع فيهم .

- وطرق غير مهياً، وهي كافة طرق الإثبات عدا الكتابة .

فبقيّة طرق الإثبات - فيما عدا الكتابة - لا تعد مسبقاً وقبل النزاع، وإنما تتهيأ فقط وقت قيام النزاع .

ومن حيث قوّة الإثبات تنقسم طرق الإثبات إلى :

- طرق ذات قوّة مطلقة، وهي التي تصلح لإثبات الواقع القانونيّة سواء كانت أعمال مادية أم تصرفات قانونية وأيا كانت قيمة النزاع . وهذه الطرق ذات القوّة المطلقة هي الكتابة والمعاينة والخبرة .

- وطرق ذات قوّة محدودة ، وهي التي لا تصلح لإثبات جميع الواقع القانونيّة أو تقتصر على الإثبات في نزاعات ذات قيم محدودة ، وهي شهادة الشهود حيث تقتصر شهادة الشهود على إثبات الواقع المادي دون التصرفات القانونية ، كما يقتصر على إثبات التصرفات التي لا تزيد عن ألف جنيه . ومن طرق الإثبات ذات القوّة المحدودة أيضاً القرآن القضائي واليمين .

- وطرق معفية من الإثبات ، وهي الطرق التي تعفي الخصم من عبء الإثبات نهائياً وهي الإقرار واليمين الحاسم .

وأخيراً تقسم طرق الإثبات إلى: طرق أصلية (عادية) وطرق احتياطية (غير عادلة)، وذلك بالنظر إلى أنه في النوع الأول يتحقق معنى الدليل باعتباره وسيلة لإثبات القاضي بحقيقة الادعاء حتى يصدر حكمه بناء على هذا الاقتضاء وذلك يتجلى بوضوح في الكتابة وشهادة الشهود والقرآن .

وفي المقابل يعتبر الإقرار واليمين من الأدلة الاحتياطية لأنهما يقتربان من أن يكونا من صور الفصل في النزاع قبل الحكم .

أما المعاينة والخبرة فيما من الأدلة التكميلية حيث يستكمل بهما القاضي افتتاحه .

في جواز قبول الدليل وتقديمه :

جواز قبول الدليل :-

يجب أن يحصل الإثبات من خلال تقديم دليل مقبول قانوناً . وقد أسلفنا أن هناك فرقاً بين عدم جواز قبول الدليل وعدم جواز قبول الواقعه في الإثبات، كما أشرنا إلى الفرق بين جواز قبول الواقعه في الإثبات ADMISSIBILITE مقابليتها للإثبات RECEVABILITE .

فإذا كانت الواقعه قابلة للإثبات وجائز القبول فينبغي أن ينظر إلى الأدلة التي يجوز تقديمها في شأن تلك الواقعه : فقد تكون الواقعه عبارة عن تصرف مدنى تزيد قيمته عن ألف جنيه، وهذا تكون شهادة الشهود دليلاً غير جائز القبول، بشرط أن يتمسك صاحب الشأن بذلك.

وأحياناً يكون الدليل المقدم هو شهادة الشهود وهو ما يجيزه القانون بصفة عامة في إثبات تلك الواقعه ، ولكن القانون لا يجيز قبوله في بعض الحالات الخاصة ، كما في حالة شهادة الطبيب والمحامي على واقعه تتعلق بسر مهنته ما دام صاحب السر لم يأذن لهم . وكذا حالة الموظف فيما يتعلق بسر الوظيفة والزوجين فيما يتعلق بإفشاء ما علماه أثناء الزوجية .

ولذا كان صاحب المصلحة يريد إثبات الواقعه التي يدعى بها عن طريق إثبات واقعه أخرى مجاورة لها أو مقاربة لها فيجب أن تتوفر في هذه الواقعه الأخرى أيضاً الشروط التي أسلفناها عند الكلام عن الواقعه التي ينصب عليها الإثبات ، و ذلك لأن هذه الشروط يجب أن تتوافر في الواقعه التي تكون محلأً للإثبات يستوي في ذلك أن يكون الإثبات مباشراً أو غير مباشر بمعنى أن يكون إثبات الواقعه مقصوداً لذاته أو أن يكون الغرض منه التوصل إلى إثبات واقعه أخرى .

وبنفي أخيراً أن يكون الدليل مستمدأ بطريقة مشروعة . فلو شهد شاهد مثلاً بأنه قد علم بالواقعة عن طريق التلصص، كان يكون قد شهد لها عن طريق النظر داخل المسكن من تقب مفتاح الباب أو علم بالواقعة عن طريق الإطلاع غير المشروع على رسالة خاصة ، فلا يجوز الاعتماد على شهادته كدليل .

إجراءات تقديم الدليل :

- يجب أن يحصل الإثبات حسب الإجراءات المبينة في القانون.
- . فلسماع الشهود مثلاً إجراءات خاصة ، لأن يسمع كل شاهد على انفراد.
- . ولإثبات صحة الأوراق في حالة الإنكار أو الطعن بالتزوير إجراءات خاصة .
- . ولعمل الخبراء كذلك إجراءات رسمها القانون ، وهكذا .
- وسوف نتناول بالدراسة طرق الإثبات بحيث تشمل دراستنا على الأحكام الموضوعية والشكلية، حيث جمع قانون الإثبات بين هذه الأحكام وذلك بين دفتيه

الفصل الأول

شهادة الشهود (١)(٢)

"البيانة"

تعريف شهادة الشهود :

(١) راجع في هذا الشأن

La grossarie , le la preuve testimoniale en droit compare rev . crit . 1905 p. 175 et s.

(٢) يقول تعالى في الآية ٢٨٢ من سورة البقرة ' واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان من ترضون من الشهداء'، انظر في القضاء بالشهادة، الوجيز في الدعوى و الإثبات في الشريعة الإسلامية ، شوكت عثمان ، ط ١٩٧٨ ، ص ٦١ و ما بعدها ، و كذلك عبد الرحمن إبراهيم عبد العزيز ، القضاء و الإثبات في القرآن و السنة ، ط ١٩٨٩ ، ص ٤٠٣ و ما بعدها.

شهادة الشهود أو البينة هي إخبار شخص أمام القضاء بواقعة من غيره ويترتب عليها حق لغيره .

والشهادة بهذا المعنى هي الشهادة المباشرة ، وهي أن يخبر الشخص بما وقع من الغير تحت سمعه وبصره، كمن شاهد حادثة أو عقد فيشهد بما سمعه ورأه.

أما إذا كانت الشهادة سمعاوية أي سمعها الشخص عن رواية الغير فهي تعتبر شهادة غير مباشرة ، وهي بهذا المعنى لا تعتبر شهادة بالمعنى القانوني، وإنما تعتبر قرينة تستثير بها المحكمة .

- والشهادة يتم الإدلاء بها أمام جهة القضاء بعد حلف اليمين ، إلا إذا كان الشاهد يقل عمره عن خمسة عشر عاماً فإن أقواله تسمع بغير يمين وعلى سبيل الاستدلال فحسب.

- والشهادة يجب أن تؤدي شفاهة أمام المحكمة ولا يجوز أن يستعين الشاهد فيها بمذكرات أو مذكرات مكتوبة إلا إذا كانت طبيعة النزاع تتطلب ذلك وتسوغه ، كان تكون دعوى حساب يستلزم فيها الرجوع إلى أرقام وبيانات حسابيه لا تعفيها الذاكرة العادية ، ويشترط أن تاذن المحكمة للشاهد بذلك.

فالشهادة بمعنى آخر هي البينة الشفوية لشخص عن إدراكه المباشر لواقعة ثبتت حقاً لشخص ومسؤولية مدعى بها على شخص آخر ويكون ذلك في مجلس القضاء ويعواجهة الخصوم .

فشهادة الشهود إذن هي الأداة الشفوية للإثبات . وعلى هذا فلو دون شخص معلومات عن وقائع معينة في ورقة وقدمت هذه الورقة إلى المحكمة فإنها لا تعتبر شهادة شاهد لأن الشهادة أقوال شفوية ينبغي أن تسمعها المحكمة من فم الشاهد شخصياً وبعد حلف اليمين .

و قضت محكمة النقض في ذلك ”العبرة بالشهادة التي يدلّى بها الشاهد أمام المحكمة بعد حلف اليمين و لا قيمة لما يقدمه الشهود من إقرارات مكتوبة لأحد طرفين الخصومة .“ (الطعن رقم ٢١٢ ، من ٣٧ ، جلسة ٢١ / ٠٣ / ١٩٧٢ ، مكتب ققى ٢٢)

اما إذا كان الشاهد عاجزاً عن الكلام لسبب دائم او عارض فإنه يجوز للمحكمة أن تأذن له بأن يؤدي شهادته بالكتابه.

كما يجوز أن تؤدي الشهادة بالإشارة إذا كان ذلك ممكناً بمعنى أن يكون فهم إشارة الشاهد ميسوراً .

ونرى أن ما يصدق على الشهادة يصدق على القسم ، بمعنى أنه يجوز أن يحلف الشاهد اليمين بالكتابه أو بالإشارة المفهومة (كأن يضع يده على المصحف ويرفعها إلى السماء) وذلك إذا كان عاجزاً عن الكلام ، وهذا يستتبع عقابه إذا ثبّت أنّه قد شهد زوراً.

- هذا ويتم تدوين الشهادة بالجلسة أمام المحكمة أو القاضي المنتدب وبحضور الشاهد.

- أما عن ماهية الشهادة: فهي عمل مادي ، لأنها مجرد إخبار عن أمر حصل والشاهد ليس إلا حاكياً . والشهادة لا يمكن اعتبارها تصرفاً قانونياً ، لأن الذي يرويه الشاهد لا يتربّط عليه انصراف الأثر القانوني لما حدث في شأنه . فضلاً عن أن أداء الشهادة في حد ذاته ليس متوقفاً على محض إرادته لأنّه يجبر على ذلك إذا امتنع بغير مبرر قانوني .

كما أن الشهادة لا تعتبر فعلاً نافعاً أو ضاراً، لعدم توفر أركانهما فيها. فهي إذن لا تعدو أن تكون مجرد عمل مادي أي واقعة مادية.

- إلا إنه يشترط فيمن يقوم بهذا العمل أي الشهادة التمييز، لأن أداء الشهادة ينطوي على جانب ذهني ، كما أن الأهلية شرط لحلف اليمين .

سلطة القاضي في تقدیم شهادة الشهود :-

قضت محكمة النقض بأن قاضي الموضوع هو وحده صاحب الحق في تقدير ما يقدم إليه في الدعوى من بيانات ... فلا تترتب على المحكمة إذا هي طرحت شهادة الشهود في التحقيق الذي أمرت به لعدم اقتناعها بصدق أقوالهم .^(١)

كما قررت أيضاً أنه : " إذا ما طرحت أقوال الشهود لعدم اطمئنانها إلى شهادتهم ، فلا شأن لمحكمة النقض بها ، إذ أن ذلك من الأمور التي يستقل بها قاضي موضوع لتعلقه بتقدير الدليل ".^(٢)

وعلى ذلك فإن الشهادة الشهود تكون خاضعة لتقدير قاضي الموضوع الذي لا ينفي تقديرها بعدد الشهود أو بصفاتهم الشخصية ، ولا يكون ملزماً بتصديق جميع أقوال الشهود ، كما ويحق له أن يرجح شهادة شاهد على آخر ، وهو غير ملزم في ذلك أن يبين أسباب الترجيح ، ولا رقابة عليه في كل ذلك من محكمة النقض لأن هذا متعلق بتقدير الدليل وهو من إطلاقات قاضي الموضوع . وهو ما أقرته محكمة النقض في العديد من أحكامها حيث قضت بأنه :-

"إذ كان ما أورنته محكمة الاستئناف في شأن أقوال الشهود ، لا يخرج عما هو ثابت في التحقيق ، كما أن ما استخلصته منها لا يتجاذب مع عبارتها ، و من شأنه أن يؤدي إلى ما انتهت إليه ، و كان تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع ، و لا سلطان لأحد عليها في ذلك ، إلا أن تخرج بذلك الأقوال إلى غير ما يؤدي إليه مدلولها ، و هي غير مقيدة بالرأي الذي يديه الشاهد تعليقاً على ما رأه أو سمعه ، فلها أن تأخذ ببعض أقواله بما ترتاح إليه و تثق به دون بعضها الآخر ، بل إن لها أن تأخذ بمعنى للشهادة دون معنى آخر تحتمله أيضاً ، ما دام المعنى الذي أخذت به لا يتجاذب مع عبارتها . فإن المراجلة في ذلك لا تعدو أن تكون مراجلة في تقدير المحكمة لأقوال الشهود بغية الوصول إلى نتيجة أخرى غير تلك التي أخذ بها الحكم ". (الطعن رقم ٥٤٢٦ من ، ١٥٦٩ ، جلسة ٢٨ / ١٠ / ١٩٩٦ ، مكتب فني ٤٧)

(١) نقض مدنى ٢٤/٤/١٩٤٧ ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في الخمسة وعشرين عاماً (١٩٣١: ١٩٥٠) ج ١، ص ٥ ، رقم ٢٠١.

(٢) نقض مدنى ٢٦/١٢/١٩٥١ ، المرجع السابق ، ص ٥١ رقم ٢٠٣.

و سنعرض فيما يلى للحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود ، ثم لإجراءات
شهادة الشهود :

المبحث الأول

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود

أولاً : الحالات التي تقبل فيها شهادة الشهود كدليل بحسب الأصل وهي :-

يجوز الإثبات بشهادة الشهود في نوعين من الحالات وهي :-

- ١- الواقع المادية .
- ٢- التصرفات التجارية .
- ٣- التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن ألف جنيه .

ثانياً : حالات لا تقبل فيها شهادة الشهود إلا على سبيل الاستثناء وهي :-

- ١- وجود مبدأ ثبوت بالكتابية .
- ٢- وجود مالك يحول دون الحصول على دليل كتابي .
- ٣- فقد السند الكتابي لسبب أحذبي لا يد للدائن فيه .

وسندرس ذلك تفصيلاً فيما يلى :

المطلب الأول

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالعينة بحسب الأصل

أولاً: الواقع المادية :-

أوضحنا فيما سبق أن الواقع القانونية تنقسم إلى قسمين تصرفات قانونية وواقع
مادية .

وإذا كان المشرع يتطلب الكتابة أساساً وبحسب الأصل لإثبات التصرفات القانونية ،
فإن ذلك يرجع إلى أن للإرادة دخل دور رئيسي في إحداثها وتحديد أثارها .

أما القسم الثاني وهو الواقع العادلة فمنها ما يكون بفعل الإنسان ، ومنها ما يكون
بفعل الطبيعة . وإذا كانت طبيعة التصرفات القانونية تسمح بأن يتطلب القانون
الكتابية لإثباتها ، فإن الواقع العادلة لا تسمح طبيعتها باشتراط وسيلة معينة لإثباتها
، حيث منها ما يحدث بفعل الطبيعة كالزلزال والفيضانات . وحتى ما يحدث منها
بفعل الإنسان قد لا يكون من الممكن إثباته بالكتابة، مثل الفعل الضار، كحوادث
السيارات مثلاً.

وعلى ذلك فإن الواقع العادلة يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات وتحتل شهادة الشهود
مكان الصدارة في هذا الصدد. ولعل هذا من الأسباب التي جعلتنا نبدأ بدراسة شهادة
الشهود على رأس طرق الإثبات. (١)

ومن أمثلة الواقع العادلة الطبيعية الفيضان والزلزال والحرائق والجحون والعنف والسفه
والغفلة ومرض الموت.

ومن أمثلة الواقع العادلة التي تقع بفعل الإنسان، الأفعال الضارة كالجرائم وحوادث
السيارات، إذ يجوز للمضرور أن يثبت أركان المسؤولية الثلاث - الخطأ والضرر
وعلقة السببية - بجميع طرق الإثبات.

- ويلاحظ أن العبرة بالواقعة محل الإثبات دون ما يترتب على ثبوتها من أثار
قانونية، فإذا جعل إثباتها بواسطة السجلات الرسمية المعدة لذلك (مادة ٢٠ مدنى) فإذا لم
توجد هذه السجلات أو ثبت عدم صحة ما دون فيها أمكن إثبات هذه الواقع بجميع طرق الإثبات . (١)

(١) انظر عبد الودود بحث المرجع السابق فقرة ٧٠ ص ١١٦ . وقد استثنى القانون من هذه القاعدة
واقتضى الميلاد والوفاة إذا جعل إثباتها بواسطة السجلات الرسمية المعدة لذلك (مادة ٢٠ مدنى) فإذا لم
توجد هذه السجلات أو ثبت عدم صحة ما دون فيها أمكن إثبات هذه الواقع بجميع طرق الإثبات .

ثانياً: المواد التجارية :-

إذا كان قانون الإثبات يتطلب الكتابة لإثبات التصرفات التي تزيد قيمتها عن ألف جنيه ، فإن التصرفات والأعمال التجارية تخرج عن هذا الحكم . فيجوز في خصوص التصرفات التجارية إثباتها بالبينة أياً كانت قيمة التصرف^(١). ذلك أن اشتراط الكتابة في إثبات الأعمال التجارية يتفاوت مع متطلبات التجارة وما تتضمنه من ثقة متبادلة وسرعة في التعامل .

كما أنه في مجال التجارة يجوز اللجوء للإثبات بالبينة فيما يجوز أو يخالف الكتابة . ولكن مع هذا يجب ملاحظة أن المشرع يتطلب الكتابة في بعض المواد التجارية، وذلك كالأوراق التجارية، إذ لا يتصور وجودها بدون كتابة . ويطلب المشرع الكتابة أيضاً في عقود الشركات التجارية نظراً لأهميتها، فضلاً عن أن مثل هذه الأمور تستغرق زمناً طويلاً . كما أنه يمكن الاتفاق على اشتراط الإثبات بالكتابية في المواد التجارية، وفي هذه الحالة لا يجوز الإثبات بالبينة فيما اشترط فيه الإثبات بالكتابية .

والمرجع في تعين الأعمال التجارية هو القانون التجاري ، حيث أنه هو الذي يحدد ما هي الأعمال التجارية ومن هو التاجر . ونلاحظ أنه إذا كان التصرف بين تاجرين فإن لكل منهما أن يثبته ضد الآخر بالبينة . أما إذا كان التصرف بين شخصين أحدهما تاجر والآخر ليس تاجراً، فإنه يجب أن يلتزم التاجر في الإثبات بالكتابية فيما

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن : " القبض بمبلغ من التقادم الذي تم في صورة النصب هو أمر جائز إثباته فلتونا بالبينة والفران إذا أنه لم يخرج عن كونه واقعة مادية" ، نقض ١٩٤٠/٢٢ منشور بملحق العدد الثالث من مجلة القانون والاقتصاد ٣٣/٧٦/١٠ .

(٢) لا تكون المحكمة قد خالفت القانون .. و لا يصح من المعمول طعنه في الحكم محتجاً بالاعتراض ، ٢١٥ ، ٢٣٤ ، من القانون المدنيتين تجيئ إثبات العقود التجارية بجميع الطرق القانونية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو غيرهم ، ذلك أن محل الاحتجاج بالاعتراض المسبقين أن يكون التاجر قد طلب إلى المحكمة أن يثبت بالبينة صحة البيانات الواردة بذاته فقضت بعدم جواز هذا الإثبات (الطعن رقم ١١٥ لسنة ١٧ في جلسة ١٩٤٨/١٦).

يجاوز الألف جنيه ، بينما لا يلتزم بذلك غير التاجر في مواجهة التاجر حيث يكون له أن يثبت التصرفات باستخدام كافة طرق الإثبات ومن بينها البينة ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان التعاقد بين تاجرين ولأعمال تجارية اتبعت في إثباته قواعد الإثبات في المواد التجارية وإن كان بين تاجر وغير تاجر أو بين تاجرين ولكن لأعمال لا تتصل بالتجارة بطبيعتها فإن قواعد الإثبات في المواد التجارية هي التي تسرى على من كان التصرف تجاريًا بالنسبة له وقواعد الإثبات في المواد المدنية هي التي تتبع بالنسبة لمن كان التصرف مدنيًا بالنسبة إليه . " "

(الطعن رقم ٢٩٧٩ ، س ٦٦ ، جلسة ١٨ / ٥ / ١٩٩٧ ، مكتب قفي ٤٨)

ثالثاً: التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على ألف جنيه :-

يستفاد هذا الاستثناء بمفهوم المخالفة من نص المادة ٦٠ من قانون الإثبات حيث نصت على أنه " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني يزيد في قيمته على ألف جنيه فإن البينة لا تجوز في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " .

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٥٣ لسنة ١٩٤٤/١٢٨ باته " متى كان طرفا النزاع تاجرين فلا جناح على المحكمة أن هي أحالت الدعوى على التحقيق لثبت المدعى صدور بيع منه إلى المدعى عليه وقيمة الأشياء المبوبة ذلك لأن الإثبات في المواد التجارية جائز بكافة طرق الإثبات ، وقد اعتبر القانون التجارى في الفقرة التاسعة من المادة الثانية منه عملا تجاريًا جميع العقود و التمهيدات الحاصلة بين التجار و المستهلكين و السعاشرة و الصيارة ما لم تكون العقود و التمهيدات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بناء على نص العقد و لا يخرج تصرف التاجر عن هذا الاعتبار إنكاره للتصرف أو ادعاؤه أنه لا يتجر في البضاعة المدعى بشرائها، إذ ليس من شأن هذا الادعاء لو صح أن يجعل التصرف مدنية " ، كما قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٢٩٧٩ لسنة ٦٦ القضائية ١٩٩٧/٥/١٨ باته " متى كان التعاقد بين تاجرين ولأعمال تجارية اتبعت في إثباته قواعد الإثبات في المواد التجارية وإن كان بين تاجر وغير تاجر أو بين تاجرين ولكن لأعمال لا تتصل بالتجارة بطبيعتها فإن قواعد الإثبات في المواد المدنية هي التي تسرى على من كان التصرف تجاريًا بالنسبة له وقواعد الإثبات في المواد المدنية هي التي تتبع بالنسبة لمن كان التصرف مدنيًا بالنسبة إليه " .

وعلى ذلك فإنه يجوز الإثبات بالبينة فيما لا يجاوز الألف جنيه . فالتصرفات التي لا تجاوز هذه القيمة لا يلزم فيها تقديم الدليل الكتابي ، ويجوز الإثبات فيها بالبينة بشرط ألا يكون هناك اتفاق يخالف ذلك وألا يكون هناك نص يشترط الكتابة . ذلك أن المشرع قد يتطلب الكتابة لإثبات بعض التصرفات المدنية ولو لم تزد قيمتها على ألف جنيه مصرى ، كما هو الشأن في عقد الكفالة وعقد الصلح وكذلك القاعدة التي تتطلب الكتابة في إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها.

المطلب الثاني

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود استثناء

معنى جواز الإثبات بشهادة الشهود استثناء أننا بصدق حالات الأصل فيها أن تكون ثابتة بالكتابية ، ولكن من قبيل الاستثناء أحياناً يجوز إثباتها بشهادة الشهود.^(١) ولقد وردت هذه الحالات في المادتين ٦٢، ٦٣ وهي :-

١. وجود مبدأ ثبوت بالكتابية.
٢. وجود مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي.
٣. فقد الدائن سند الكتابي بسبب أجنبي لا يد له من كان السند تحت بيده فيه.
٤. ونضيف لهذه الحالات حالة رابعة هي حالة الاحتيال على القانون.

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن " قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب الإثبات فيها بالكتابية ، ليست من النظام العام ، ويجوز الاتفاق صراحة أو ضمناً على مخالفتها ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في استخلاص القبول الضمني من سلوك الخصم متى أقام قضاياه على أمثلة مائة " كما أنه في كافة الأحوال التي يكون الإثبات فيها جائز بالبينة والقرآن يصح الاستدلال بأقوال الشهود أمام التحقيق ، أو في أي تحقيق إداري دون حلف يمين ، كقوله ضمن فرائن أخرى " . نقض مدنى ، جلسة ١٩٧٧/٦/٣٠ مجموعة المكتب الفتى السنة ٢٨ .

الفوium الأول

وجود مبدأ ثبوت بالكتابة

لقد عرف قانون الإثبات مبدأ الثبوت بالكتابة في مادته ٦٢ على النحو التالي:-

”يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة ، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة“.

على هذا يتضح لنا أن تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة هو عبارة عن ”كتابة صادرة من يراد الإثبات ضده ليست سندًا كاملاً بما يراد إثباته وإنما تجعله قريب الاحتمال“.

أولاً

شروط الاعتماد بمبدأ الثبوت بالكتابة

ونستطيع من ذلك أن نتبين شروط مبدأ الثبوت بالكتابة وهي:-

ا- وجود كتابة.

ب- صدور الكتابة من الشخص.

ج- أن يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

الشرط الأول: وجود الكتابة :-

هذا الشرط عام الدلالة ، فلفظ الكتابة هنا يفسر بأوسع معانٍ، فهو يشتمل كل كتابة دون اشتراط أي شكل فيها ودون اشتراط وجود توقيع عليها، فقد تكون الكتابة سندًا أو منكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز لاسم أو توقيعاً أو غير ذلك.^(١)

(١) بولري المطلول ، التزامات ، ج ٤ ، ص ٢٥٧ ، وهامش ، استئناف مصر ١٤ يناير ١٩٤٨ ، محاماة ، ص ٣١ .

ولكن لأنه لابد من وجود كتابة^(١)، لذلك لا تكفي القراءة لتكون مبدأ الثبوت بالكتابية.

إلا أنه لا يلزم أن تكون ثمة ورقة واحدة ، فقد يتكون مبدأ الثبوت الكتابي من مجموعة أوراق متميزة .

ويلاحظ أنه يجب ألا تكون الكتابة معتبرة دليلاً لأنها في هذه الحالة لا تكون بداية للثبوت ، بل يعتبر الثبوت بها تماماً ، فمبدأ الثبوت إذن هو دليل كتابي ناقص.

على أنه قد يكون ثمة دليل كتابي كامل ويعتبر مبدأ ثبوت كتابي بالنسبة لواقعة أخرى غير التي يعتبر دليلاً كاملاً عليها^(٢).

ومن البديهي استلزم وجود الورقة بالفعل و أن يقوم صاحب المصلحة بتقديمها إلى المحكمة ، فلا يصح إثبات مضمون هذه الورقة بشهادة الشهود أو القرآن و إلا لكان الإثبات كله يتم بهذه الأدلة . على أنه إذا اعترف الخصم في ورقة مكتوبة أنه سبق و قام بتحرير ورقة تتضمن تصرفاً معيناً بحيث تجعل هذه الكتابة الحق المدعى به و المراد إثباته قريباً للاحتمال ، فإن هذا الاعتراف المكتوب يقوم مقام وجود الورقة المشار إليها فيه و يتبع الإثبات بالشهود و القرآن ، و مثال ذلك كما إذا أرسل شخص خطاباً يقرر فيه تحرير ورقة ضد و ضياعها.

(١) نقض مدنى ١٩٥٣/١٦ السنة ٤ ص ٩١.

(٢) إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد فيما استخلصه من المخالفات والمستدات ، بقصد مقدار أجرة سنة ١٩٦٥ / ١٩٦٤ الزراعية موضوع النزاع ، على المعنى الظاهر لها وبين الاعتبارات العقولة المؤدية لما ذهب إليه، وكان لا مانع من اعتبار الورقة دليلاً كاملاً على إثبات تصرف معن وفى ذات الوقت مبدأ ثبوت بالكتابية بالنسبة لنصرف آخر وكان تقدير ما إذا كانت الورقة المتنسق بها من الخصم تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابية هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، فإنه بحسب الحكم المطعون فيه أن اعتير ورقة المحاسبة عن سنتي ١٩٦٣ / ١٩٦٤ و ١٩٦٢ / ١٩٦٣ الزراعتين بقيمة ايجارية أقل من الأجرة الواردة أقل من القيمة الاجارية الواردة بالعقد وبعد خصم المصروفات المتنسق بها من الطاعنين الأول والثاني المستاجرین مبدأ الثبوت بالكتابية ومن ثم اتخاذ من عجزهما عن إثبات ادعائهما - الأجرة الأقل و خصم المصروفات - موجباً لرفضه، الطعن رقم ١٨٩ لسنة ٤٠ في جلسة ٦١٠ ١٩٧٥/٣/١

ولذن فمبدأ الثبوت هو ورقة مكتوبة تعتبر بالنسبة لواقعة المراد إثباتها دليلاً كتابياً ناقصاً ، أو بداية للثبوت.

الشرط الثاني :- صدور الكتابة من الخصم :

يجب أن تكون الكتابة صادرة من الخصم . أي من الشخص الذي يراد التمسك عليه بها .

وصدور الكتابة من الخصم له معنى خاص : وهو أن تكون الكتابة منسوبة إليه . و في ذلك ورد قضاء محكمة النقض بـان : "مبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال . " (الطعن رقم ٢٥١٥ ، من ٢٠٩٦ ، جلسه ٢٧ / ٠٥ ، مكتب قفي ٣٧)

- هذا و لا يتشرط أن تكون الكتابة صادرة من الخصم شخصياً^(١)، فإن أصدرها نائبه - أي وكيله أو الوصي عليه مثلاً . كان ذلك كافياً . وهو ما قضت به محكمة النقض : " إن الفاتورة الصادرة من أحد المحلات التي تعامل الشركة و التي وقعتها أحد الشركين تعتبر بلا شك مبدأ ثبوت بالكتابة في إثبات الشركة ما دام من شأنها أن تجعل ثبوت قيمتها في حقه قريب الاحتمال . فإذا أكملت هذه الفاتورة بشهادة الشهود و القرائن فإن شركة التضامن يثبت قيمتها بين الشركين ."

- وفي ذات السياق فإن أقوال المحامي أثناء المرافعة أو في منكراته يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إن لم تكن دليلاً كاملاً.

- كذلك فإن الكتابة الصادرة من السلف تقيد الخلف فالورقة الصادرة من المورث تقيد الوارث.

(١) إن الفاتورة ... التي وقعتها أحد الشركين تعتبر بلا شك مبدأ ثبوت بالكتابة في إثبات الشركة .. ، فإذا أكملت هذه الفاتورة.. بشهادة الشهود .. و القرائن ، فإن شركة التضامن يثبت قيمتها بين الشركين .

الطعن رقم ٧٤ لسنة ١٣٢٥ ق جلسه ٢٧ / ٤ / ١٩٩٤



وفي هذا الصدد يمكننا أن نتصور صوراً أربعة للورقة التي تعد مبدعاً للثبوت بالكتابة :

الأولى : أن تكون الورقة مكتوبة بخطه بلا توقيع .

الثانية : أن تكون الورقة موقعاً عليها منه فحسب .

الثالثة : أن تكون الورقة بخطه و توقيعه .

الرابعة : لا تكون بخطه ولا تكون بتوقيعه .



الصورة الأولى: أن تكون الورقة مكتوبة بخط الفصم بلا توقيع.

ومثالها أن يكتب الشخص بخطه مسودة عقد أو مشروع عقد أو بياناً بحساب يوقع عليه، وحين تكون الورقة المتضمنة لذلك في حوزة خصمه فيقدمها في الدعوى ضده تكون قرينة على صدق ادعائه بحصول ذلك العقد.

الصورة الثانية: أن تكون الورقة موقعاً عليها من الفصم فحسب.

وهي صورة تفيد قيام الشخص بالتوقيع المنفرد بما يشئ مبدأ ثبوت الكتابة لأنه إذا وقع شخص على ورقة وكانت مكتوبة بغير خطه فإن توقيعه يجعلها مع ذلك حجة كاملة عليه ولا تعتبر فقط مبدأ ثبوت كتابي ، وإذا وقع شخص على ورقة لا تحمل كتابة فمن الصير أن نتصور أن لهذا التوقيع دلالة .

ومع ذلك فمن الممكن أن تعرض حالات تكون الورقة فيها موقعاً عليها من شخص دون وجود أية كتابة وتكون لها دلالة تجعل منها في مجال الإثبات مبدأ ثبوت الكتابة .

ومن أمثلة ذلك: أن يدعي شخصاً أنه كان وكيلأ عن آخر في أمر ويقدم للدلالة على ذلك ورقة موقعاً عليها من ذلك الآخر على بياض، فيدعي من وقع عليها أنه إنما كان يجري قلماً أو حاول تحسين خطه فرقعت هذه الورقة في يد خصمه ، أو أنه وقع على الورقة وسلمها له ليصنع له ختماً (كليشي) بهذا التوقيع . فهنا يكون كل من التفسيرين محتمل التصديق ، فتحال الدعوى إلى التحقيق لاستكمال المدعى بالبينة هذا الدليل الكتابي الناقص ، أو لبيان المدعى عليه . باليقنة أيضاً - صدق ما يدعيه في خصوص توقيعه هذا.

ومن المتصور من ناحية أخرى - أن تكون الورقة مكتوبة بخط شخص آخر وموقاً عليها منه ، ومع ذلك لا تعتبر دليلاً كتابياً بل يعتبر توقيعه عليها بداية للثبوت ، كما لو كان التوقيع غير كامل ، أو كما لو كان باسمه دون لقبه أو بمجرد الحروف الأولى ، وكذا الحال لو وقع زيد سنداً لمديونية عمر إلى جانب توقيع المدين عمر دون أن يذكر زيد بجوار توقيعه ما إذا كان يوقع بصفته شاهداً أو كفيلاً للمدين.

الصورة الثالثة : أن تكون الورقة بخط الشخص وتوقيعه.

وهي حالة الورقة التي تكون بخط الشخص وتوقيعه ومع ذلك لا تعتبر إلا مبدأ ثبوت بالكتاب، فمثلاًها أن يرسل شخص لآخر خطاباً بخطه وتوقيعه بطلب منه فيها مهلة للوفاء دون أن يبين ماهية الدين أو مقداره فيكون هذا الخطاب مبدأ ثبوت كتابي على وجود الدين.

أو أن يكون السنداً خاصاً بشخص فيكتبه آخر بخطه ثم يوقع عليه إلى جانب توقيع الشخص الذي يخصه السنداً دون أن يبين غرضه من التوقيع.

وكما لو وجدت ورقة مكتوبة بخط شخص وتوقيعه ولكنها متأكلة أو ممزقة وقد جمعت أمشاجها وألصقت.

ونرى أن يقاس على تلك حالة الورقة التي يكون مظهرها مثيراً للشبهة كما لو قدم شخص ورقة يدل شكلها على أنه قد انسكب عليها ماء مثلاً ، أو أدعى أنه نسيها في جيب ثوبه فغسلت معه. فإن الخصم لو عارض - وأدعى مثلاً أنه ألقى بها في مجرى ماء بعد أن استفدت أغراضها فألقطتها غريمة ورفع بها دعوى - فإنه ينبغي اعتبارها حينئذ مجرد بداية للثبوت واستكمالها بالبينة.

الصورة الرابعة: لا تكون الورقة بخط الشخص ولا تكون بتوقيعه.

وهي حالة لا تكون الورقة محررة بخط الشخص ولا ممهورة بتوقيعه . وتعتبر هذه الورقة في بعض الأحيان مبدأ ثبوت كتابي ، وذلك متصور في الأقوال الواردة على لسان الشخص في محاضر التحقيق المدنية أو الجنائية أو محاضر الجلسات سواء كان متهمأً أو أحد الخصوم . ومن هذا نري أن "صدور الورقة من الخصم" له معنى خاص هو "كون ما ذكر منسوباً إليه ، سواء أكانت لم تكن بخطه أو بتوقيعه" لذلك أيضاً تعتبر الورقة صادرة من الخصم حتى لو لم تكن بخطه ولا توقيعه متى لم تكن رسمية منسوباً إليه فيها قول - وذلك في حالة ما إذا كانت مقدمة منه في

دعوى أو حتى لو كانت مقدمة من خصمه ولكنه استند إليها واتخذها دليلاً لنفسه، لأن ذلك يعتبر قبولاً منه لها فيحتاج بها عليه.^(١)

ولو وقع شخص كشاهد على ورقة تضمنت أموراً تضر بمصلحته جاز اعتبارها مبدأ ثبوت كتابي ضده في صدد هذه الأمور عند رفع الدعوى بشأنها عليه.^(٢)

ومن أمثلة ذلك عدنا أن تحضر أشلاء حصر تركية شخص متوفى فلا تذكر أنك تدابنه بدين وتوقع كشاهد على محضر حصر التركية المتضمن بيان الديون التي على المدين والذي لم يذكر فيه دينك ، ثم ترفع بعد ذلك دعوى على الورثة بأنك تدابن المدين فيدفعون دعواك بأن الدين قد سدد وإلا لما سكت عن إثباته في محضر حصر التركية فيعتبر سكونك هذا مبدأ ثبوت كتابي في خصوص واقعة سداد الدين .
وهذا يكون مبدأ الثبوت بالكتابة سلبياً .

الشروط الثالث : احتمال تصديق الادعاء (جعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال) :

يشترط أخيراً أن يكون من شأن الكتابة جعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال .
وهذا شرط جوهري ، لأنـه هو حلقة الاتصال بين الكتابة المشار إليها وبين الالتزام المدعى به ، إذ يدل على أن الإدعاء ليس مجرد من الأساس تجريداً تماماً بل أن هناك مظنة كتابية على صحته، أو بعبارة أخرى دليل كتابي ناقص. فيجوز بهذه المثابة تكميله هذا الدليل الناقص، وتكون هذه التكميلة بسماع الشهود.

وبعبارة أخرى فإن : مبدأ الثبوت الكتابي + شهادة الشهود = دليل كتابي كامل.

- ومسألة جعل التصرف قريب الاحتمال أو محتمل التصديق مسألة موضوعية موكله للقاضي : لأن قرب الاحتمال بوجود التصرف أو احتمال وجود التصرف أو احتمال تصديق الادعاء هو قرينة يستخلصها القاضي من الأوراق التي تقدم إليه ولا تكون معتبرة دليلاً كاملاً.

(١) انظر بودري ، السابق ، بند ٢٥٩٨ ، ص ٢٧٤ .

(٢) بودري ، المرجع السابق ، الموضع السابق .

ولا سبيل إلى وضع قاعدة أو معيار في هذا الشأن ، ولذلك فإن هذا الشرط الثالث لا يتضح إلا باستعراض الأمثلة ، وقد ذكرنا طائفتين منها عند بحث الشرط الثاني.

ثانياً

الأثر المتوقب على الاعتماد بمبدأ ثبوت بالكتابة

يتربّى على وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان واجباً إثباته بالكتابة (المادة ٦٢ إثبات) .

وتقول محكمة النقض في ذلك أن "النص في المادة ٦٢ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . و كل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريباً لاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة " يدل على أن المشرع قد جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة ما الكتابة من قوة في الإثبات متى أكمله الخصوم بشهادة الشهود ، و أن كل كتابة صادرة من الخصم أو من يمثله أو موقعه منه تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة أيًّا كان شكلها و أيًّا كان الغرض منها (الطعن رقم ١٩٩٥ لسنة ٥٠ ق ، جلسة ١٦ / ١٩٨٣/٥)

ولكن ليس معنى هذا أن يصبح قبول الإثبات بشهادة الشهود حقيقة للمدعى، وإنما يكون الأمر جوازياً للمحكمة، فلها أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود ولها أن ترفض ذلك. ويجب في هذه الأحوال أن يطلب المدعى الترخيص له بالإثبات بالبينة ، فلا تستطيع المحكمة أن ترخص به من تلقاء نفسها.

وفي حالة ما إذا أحال القاضي الدعوى للتحقيق يجب ملاحظة أن تقدير البينة - شهادة الشهود - والقرائن في هذه الحالة متترك للقاضي ، أي أنه يجوز مع وجود

مبدأ ثبوت كتابي وبعد سماع الشهود أن يحكم القاضي برفض الدعوى إذا لم يقتضي
بشهادة الشهود^(١).

وهو ما قررته محكمة النقض فيما ورد بأحكامها من أنه :

" متى كان الحكم التمهيدي قد ألقى عبه إثبات شركة المحاصة على من يدعى بها
وهو الطاعن ولما لم يأخذ الحكم المطعون فيه بشهادته شهوده اعتبر الدعوى عارية
عن الدليل، فليس في هذا الذي سلكه الحكم أي قصور في التسبب إذ بحسبه أن
يناقش شهادة شهود من ألقى عليه عبه الإثبات فإن هو اطرح شهادتهم كانت
الدعوى بغير دليل دون حاجة منه إلى مناقشة شهود خصمه متى لم يثبت ما
يستوجب نفيه من جانبه .(الطعن رقم ١٠٤ ، س ١٩١ ، جلسة ٢٠٨ / ١٩٥١ ، مكتب
قاضي)^(٢)

ونستثنى من هذه النتيجة الأحوال التي يشترط فيها القانون الكتابة كركن في العقد
كما في حالة الرهن الرسمي مثلًا.

أما في الحالات التي يشترط فيها القانون الكتابة باعتبارها الدليل الوحيد الجائز في
الإثبات كما في عقد الصلح أو التحكيم مثلًا ، فقد اختلف الشرح . فبعضهم أجاز
الاستعاضة عن الدليل الكتابي الكامل بمبدأ ثبوت كتابي تكميلًا شهادة شهود و
القرائن ، وبعضهم قرر عدم جواز ذلك. والمذكرة الإيضاحية للقانون المدني تشير
إلى عدم الجواز.

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ١٠٤ لسنة ١٩٥١/٢/٨ بأنه: متى كان
الحكم التمهيدي لم يفصل إلا في جواز إثبات الشركة التي كان الطاعن يدعى وجودها استناداً إلى أن
الإنذارات المتباينة بينه وبين المطعون عليه تدل على وجود علاقة بينهما اعتبرتها المحكمة مبدأ ثبوت
بالكتابية بغير سماع البينة المتنعة له ولم تقطع في ماهية هذه العلاقة، و كان الحكم النطوي قد فصل
في أمرها بعد مناقشته شهادة الشهود وتقديرها إذ نفى ما يدعى الطاعن من وجود الشركة المزعومة
بينه وبين المطعون عليه فأن الطعن في هذا الحكم الأخير استناداً إلى وجود تناقض بين أسلوبه و
مطريقه فضلاً عن مخالفته لقضاء الحكم التمهيدي .. هذا الطعن يكون غير صحيح .

ونرى أن هذا لا يجوز إذا كان دور الكتابة أقرب إلى تقرير شرط شكلي كما هو الحال في عقد الصلح. وبالعكس تجوز الاستعاضة عن الدليل الكتابي بمبدأ ثبوت كتابي في عقد الكفالة مثلاً، حيث يكون دور الكتابة قاصراً على مجرد الإثبات فحسب.

ثالثاً

حالة مشابهة لمبدأ الثبوت الكتابي

إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب أو حضر وامتنع عن الإجابة وكان تخلفه أو امتناعه بغير عذر مقبول أو مبرر قانوني جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك. ^(١)

الفرع الثاني

المانع من الحصول على دليل كتابي

ورد نص المادة ٦٣/أ من قانون الإثبات يجيز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة : "إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي".

ويعد ما هذا الاستثناء التشريعي استثناء منطقياً وعادلاً ما دام استلزم الدليل الكتابي بفترض بداهة إمكان الحصول عليه.

- والمانع كما يكون مادياً فقد يكون أدبياً . ولكن كلمة "أدبي" تشير بعض الالتبس ، ولذلك نفضل القول بأن المانع قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً.

ولم يورد القانون المصري تعريفاً للمانع المادي أو المانع الأدبي ، ولم يضرب لذلك أمثلة بينما أورد القانون الفرنسي أمثلة تطبيقية : منها الجنحة المدنية وشبه الجنحة

(١) وقد كان قانون المرافعات القديم والمعمول به في ظل القضاء المختلط يجيز للمحكمة أن تعتبر التخلف أو الامتناع إذا ترافق لها ذلك (م ١٦١ مرافعات قيمة) أو أن تعتبره مجرد بداية ثبوت بالكتابة (م ١٦٢ مرافعات قديم) ولكن قانون المرافعات الجديد جعلهما بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة فحسب ، أي تترتب عليهما نفس النتيجة التي تترتب عليه . ولكن هذا مبدأ ثبوت قانوني لأنه لا توجد هنا أية كتابة يمكن تسببيتها إلى الخصم . ولذلك قلنا أن هذه الحالة مشابهة لمبدأ الثبوت الكتابي ، وليست حالة من حالاته.

المدنية ، أي الخطأ الموجب للمسؤولية التقصيرية أو الفعل غير المشروع وشبه العقد.

ونحن نعتقد أن المشرع الفرنسي قد أخطأ إذا أورد الالتزامات الناشئة عن أشباء العقود وعن الجنح وعن أشباء الجنح كأمثلة على المانع المادي، لأن هذه الواقع مما تجوز فيه البينة على الدوام باعتبارها من الواقع المادي. أما الاستثناء الوارد في المادة ٦٣ من قانون الإثبات المصري الذي يبيح الإثبات بالبينة استثناء من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابية فهو خاص بالتصرفات القانونية لا بالواقع المادي، لأن القاعدة التي يتم الاستثناء منها خاصة بالتصرفات القانونية.

وهذا صحيح لأن المادة ٦٣ تقول : " أنه يجوز أيضاً الإثبات بالبينة، فيما كان يجب إثباته بالكتابية إذا وجد مانع ". ولذلك فإن الواقع المادي سواء ما كان منها نافعاً أو ضاراً لا ينبغي أن يعتبر جواز البينة فيه استثناء مؤسساً على وجود مانع من الحصول على الكتابة بل أن جواز البينة فيه يعد هو القاعدة الأصلية.

ولا يمكن أن يتضح معنى المانع المادي والمعنوي إلا بذكر أمثلة على كل منهما، ثم نلي ذلك ببيان الأثر القانوني المترتب على وجود المانع .

أولاً

المانع المادي و المانع الأدبي

١- المانع المادي

يعتبر المانع مادياً إذا نشا التصرف القانوني في ظروف لم يكن لذى الشأن فيها متسع من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابي. ومثال ذلك التصرفات التي تنشأ عند الحوادث المفاجئة كالحرائق أو الفيضان^(١) كالوديعة الاضطرارية حيث تتم في ظروف يخشى فيها الشخص خطر داهم على الشيء دون أن يكون لديه الوقت

(١) عبد الودود بحث المراجع السابقة ص ١٢٥ ، سليمان مرقص ، الموجز ، رقم ٢٢٣ .

الكافى أو الوسيلة للحصول على كتابة من المودع لديه. وفي هذه الحالة يجب على المودع - لكي يستطيع الإثبات بالبينة - أن يثبت أولاً الظرف المفاجئ الذى حدث الإيداع تحته، ويبتث ثانياً اضطراره للإيداع. فإن نجح في ذلك جاز له أن يثبت الوديعة بشهادة الشهود ولو جاوزت قيمتها ألف جنيه.

ومن التطبيقات القضائية على ذلك أن يصاب شخص فجأة بشلل جزئي ينقل معه إلى المستشفى فيودع حينئذ بعض ممتلكاته عند شخص آخر دون أن يتمكن من الحصول على سند كتابي.

- ويقاس على الوديعة الاضطرارية وديعة النزيل في الفندق وحقاته عند صاحب الفندق، ووديعة من يستحم في حمام إذا يودع ملابسه ومحاتوياتها عن صاحب الحمام ففي هذه الحالة لا مراء في أنه ثمة استحالة تمنع من الحصول على دليل كتابي، وهذه الاستحالة مادية في حالة الحمام ، أما في حالة نزيل الفندق فهي استحالة معنوية لأنها لا مانع يمنع النزيل مادياً من الحصول على ورقة تثبت إيداعه ممتلكاته عند صاحب الفندق إلا أن العمل جري على ذلك تيسيراً على أصحاب الفنادق وعلى النزلاء ، فالمانع هنا في الواقع معنوي وإن كان القول جري على أنه مادي.

ويعتبر من الموانع المادية في نظر بعض الفقهاء أن يكون الأمر المدعي به تصرفًا قانونياً لم يكن المدعي طرفاً فيه. فذلك يجيز للمدعي إثبات التصرف بالبينة، لأن كونه لم يكن طرفاً في التصرف يمنعه مادياً من الحصول على كتابه مثبه له، ويرى البعض الآخر من الفقه أن التصرف يعتبر بالنسبة لمن لم يكن طرفاً فيه مجرد واقعة مادية، لأن الإرادة هنا ليست إرادته ، وهذا أصوب.

٣- المانع المعنوي أو الأدبي

في هذه الحالة لا يقام المانع على ظروف مادية حالت دون الحصول على دليل كتابي، وإنما يرجع المانع إلى ظروف نفسية كانت تربط بين الطرفين وقت التعاقد ولم تكن تسمع من الناحية الأدبية لأحدهما أن يطلب كتابه من المتعاقد الآخر.

ومن أمثلة الموانع الأدبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي: صلة القرابة كالبنوة والأخوة ، وعلاقة الزوجية والمصاهرة والخطبة ، والعلاقة بين الخادم وسيده ، وعلاقة الطبيب بمريضه ، إذا في مثل هذه الحالات يمتنع على المكلف بالإثبات - أدبياً - أن يتطلب دليلاً مكتوباً.

على أنه يجب أن ينظر إلى كل حالة على حدة. فالحالات السابقة لا تعتبر بذاتها موانع أدبية، وإنما تعتبر كذلك في ظروف معينة. فقد تقوم القرابة أو المصاهرة، ومع ذلك لا يعتبر ذلك مانعاً أدبياً من الحصول على الكتابة.

وقد قضى بأن علاقة الزوجية لا تعتبر مانعاً أدبياً من الحصول على سند مكتوب بالوفاء إذا كان أصل الدين ثابتاً بالكتابة. ^(١)

- هذا ويستقل قاضي الموضوع بتقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على كتابة دون أن يخضع في هذا الرقابة محكمة النقض بشرط أن يسبب تقديره. ^(٢)

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن : 'صلة القرابة أو المصاهرة مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعاً بحول دون الحصول على سند كتابي ، بل المرجع في ذلك إلى ظروف كل حالة على حدة بما تذكره محكمة الموضوع بغير مطلب عليها من كان هذا التقدير فالى ما على أسباب مبالغة 'نقض مني ، جلسة ٢٧/٣/٢٩٧٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٢٧ من ١٠١ .

(٢) انظر في ذلك عبد الوهود يعني المرجع السابق ، ص ١٢٧ وقد قضت محكمة النقض بأنه : 'إذا كان تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي في الأحوال التي يتطلب فيها القانون هذا الدليل هو من الأمور التي يستثنى منها القاضي الموضوع إلا أنه يتعين عليه في حالة رفض هذا الطلب أن يضمن حكمه الأسباب المسوغة لذلك 'نقض مني ، جلسة ٢٧/٣/٢٩٧٦ مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٧ من ١٥٣٢ .

كما قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٥٢٥ لسنة ٥٩ في جلسة ١٢/٤/١٩٩٤ بأن ' الثابت من الأوراق أن الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتها بأنه رغم النص في عقد البيع على وفاء المشترين بالثمن إلا أن ذلك لم يتم لوجود مانع أدبي حال بينها والحصول على ورقة ضد وطلب إدخال الدعوى إلى التحقيق فرد الحكم المطعون فيه على طلبها بأنه لا يجوز لها أن تثبت عدم الوفاء لها بالثمن على خلاف الثابت بالعقد وبأن قيمة التصرف تجاوز عشرين جنيها (حالياً ألف جنيه) مخالفًا

كما قضت محكمة النقض بأنه :-

لما كان الثابت من الأوراق أن الطاعنة قد تمسكت أمام محكمة الموضوع بدرجتها
بأنه رغم النص في عقد البيع على وفاة المشترين بالثمن إلا أن ذلك لم يتم لوجود
مانع أدبي حال بينها والحصول على ورقة ضد طلبت إحالة الدعوى إلى التحقيق
فرد الحكم المطعون فيه على طلبها بأنه لا يجوز لها أن تثبت عدم الوفاء لها بالثمن
على خلاف الثابت بالعقد وبأن قيمة التصرف تجاوز عشرين جنيها مخالفًا بذلك ما
نصت عليه المادة ٦٣ من قانون الإثبات من أنه "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما
كان يجب إثباته بدليل كتابي إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على
دليل كتابي" فحسب الحكم المطعون فيه نفسه عن إعمال سلطته في تقدير الظروف
التي ساقتها الطاعنة لقيام المانع الأدبي الذي تمسكت به وعن الإدلة برأيه فيما إذا
كانت هذه الظروف تعتبر مانعة لها من الحصول على دليل كتابي على عدم الوفاء
بالثمن ولم يرد على طلبها إحالة الدعوى للتحقيق فيكون معيبا بمخالفة القانون
والقصور في التسبيب. (الطعن رقم ٥٣٥، س ٥٥٩، جلسه ١٣ / ٠٤ / ١٩٩٣، مكتب
فني ٤٤)

٣٦

الأثر القانوني المتزتّب على وجود المانع

إذا ثبت وجود مانع - مادياً أو أدبياً - جاز الإثبات بالبينة بدلاً من الدليل الكتابي
مهما كانت قيمة النزاع ، وذلك حتى في الأحوال التي يطلب فيها القانون الدليل
الكتابي للإثبات.

بنك ما نصت عليه المادة ٦٣ من قانون الإثبات من أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدلil كتابي إذا وجد ماتع مادي أو أثبti يحول دون الحصول على دليل كتابي تحجب الحكم المطعون فيه نفسه عن إعمال سلطته في تقدير الظروف التي مانقتها الطاعنة لقيام الماتع الأثبti الذي تمسكت به وعن الإدلة برأيه فيما إذا كانت هذه الظروف تعتبر ماتعة لها من الحصول على دليل كتابي على عدم الوفاء بالشنبن ولم يرد على طلبها إحالة الدعوى للتحقيق فيكون معيناً بمخالفه القانون والقصور في التسبيب.

أما حيث تكون الكتابة مطلوبة كركن في التصرف يترتب على تخلفه بطلان التصرف فلا يطبق هذا الاستثناء.

الفورم الثالث

فقد السند الكتابي

أخيراً تقبل شهادة الشهود - وفقاً للمادة ٥/٦٣ - في إثبات ما كان يجب إثباته بالكتابية إذا فقد الدائن سنته الكتابي بسبب أجنبي لا بد له فيه.^(١)

ووجه العدل في هذا الاستثناء أظهر منه في الاستثناء السابق عليه، حيث الفرض أن الدائن كان بيده فعلاً سنته الكتابي ولكنه فقد منه لأسباب هو بالفرض أيضاً غير مسئول عنها.

في هذه الحالة يجمعها مع الحالة السابقة أن هناك في كل من الحالتين مانع أو استحالة، إلا أن المانع في الحالة السابقة مانع من الحصول على الكتابة ابتداء، أما المانع في هذه الحالة فهو مانع من تقديم الكتابة بعد حصولها ويلزم لقيام هذا الاستثناء ثلاثة شروط ندرسهم فيما يلي:

أولاً

شروط الاعتداد بحالة فقد السند الكتابي

الشرط الأول : سبق وجود سند كتابي :-

يجب على من يدعي أنه قد سبق له الحصول على سند كتابي أن يثبت أن هذا السند قد وجد فعلاً وأنه كان دليلاً كاملاً مستوفياً كل الشروط القانونية. وللمدعى أن

(١) محمد شكري سرور ، موجز أصول الإثبات في المواد العدائية والتجارية ، ص ١٥٢ ، وبالقياس من باب أولى تقبل شهادة الشهود عندما يكون تحت يد المدعى صورة فوتografية لأصل السند المفقود بسبب أجنبي انظر في هذا المعنى حكم استئناف أميان (فرنسا) ٢٤ يناير ١٩٧٧ دالوز ١٩٧٨ I/R

يثبت ذلك بكل طرق الإثبات لأن سبق وجود السند يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات.

ووجب أن يكون السند دليلاً كتابياً كاملاً. ذلك أن الاستثناء في هذه الحالة إنما قصد به حماية من لم يقصر في الحصول على دليل كتابي كامل.

وبالتالي لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا ثبت أن السند المفقود لم يكن إلا مجرد مبدأ ثبوت بالكتاب.

ولا يكفي أن يثبت المدعى سبق وجود السند وإنما يجب أن يثبت مضمونه واستيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون إذا كان الأمر متعلقاً بتصريف شكري^{١١}.

الشرط الثاني: أن يكون السند قد فقد.

الشرط الثالث: أن يكون فقد السند راجعاً إلى سبب قهري :

أي أن يكون فقد السند راجعاً إلى سبب أو إلى أمر لا يد لحائزه فيه:

والسبب القهري أما أن يكون راجعاً إلى فعل الطبيعة كبركان أو فيضان أو صاعقة أو إلى واقعة بشرية كحريق أو سرقة أو ثورة . وإنما يشترط في ذلك كله أن تكون الواقعة مما لا يمكن توقعه وأن يكون ضياع السند أمراً لا يمكن تلافيه.

فلو أدعى الشخص ضياع السند دون أن يحدد الواقعة التي ضاع بسببها، لا يطبق هذا الاستثناء لأن ادعاءه هنا ينصب على محل غير محدد.

ولو كان السند قد ضاع منه بأهماله كما لو كان قد مزقه سهواً أو تركه معرض للهواء فأطاهه ، أو تركه معرضاً للسرقة فسرق ، فلا يعتبر ذلك قوة قاهرة.

ولو كان في إمكانه أن يتخذ احتياطات لإنقاذ السند من الضياع أثناء وقوع لواقعه فلم يفعل، فلا يعتبر أن ثمة سبب قهري.

- ويجب أن يثبت الشخص الواقعه التي يزعم ضياع السند بسببها وأن يثبت ضياع السند، وأن يكون بين الواقعتين رابطة مسببية.^(١٢)

(١) عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ص ١٤٨

فلا يكفي أن يدعى الشخص بحريق في ميدان العتبة لكي يثبت أن سنه قد فقد ما دام بيته الذي كان السند محفوظاً فيه لم يمسه الحريق.

وإنما يلاحظ أن إثبات الواقعة القهريه بعد قرينه على ضياع السند بحسب الأحوال كما لو كان السند مقدماً في قضية في إحدى المحاكم وشب حريق في المحكمة أو قام شخص بنفسها وضاعت في الحادث أوراق كثيرة ادعيت أن سنده كان من بينها ، وقد يستدل على ذلك ببقايا الأوراق المتواجدة في مكان الحادثة.

ثانياً

الأثر القانوني المتولد على الضياع الفهري للسندي

إذا ثبت وجود السندي ثم ضياعه بسبب قهري فإنه يجوز إثبات التصرف بالبينة عوضاً عن الكتابة.^(٣)

وفي هذه الحالة يجوز إثبات التصرف بالبينة حتى لو كان مما يتطلب القانون الكتابة دائماً لإثباته مهما كانت قيمة ، بل حتى لو كانت الكتابة ركتأً شكلياً فيه.

(١) استئناف مصر في ١١ يناير ١٩٤٥ ، المجموعة الرسمية ٤٧ ، ٢/١٧٠ .

(٢) وفي ذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٦١٨ لسنة ٤٤ في جلسة ١٩٧٩/٤/٧ بان: النص في المادة ٦٣ من قانون الإثبات على أنه 'يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أحجى لا يدرك له فيه ' يدل على أن المشرع استهدف مواجهة حالة ما إذا كانت القواعد المتعلقة باستلزم الحصول على الدليل الكتابي الكامل قد روحت ، بيد أن الإثبات بالكتابة قد امتنع بسبب فقد هذا الدليل فيجوز عندئذ أن تحل شهادة الشهود محل الدليل الكتابي ، شريطة أن يكون هذا فقد راجعاً إلى سبب لا يدرك المدعى فيه و موزى هذا أن يكون فقد قد نشأ من جراء حادث جدي أو قوة قاهرة ، فتسقط إذن صور فقد بسبب يتصل بخلع مدعى الدليل - و لو كان خطأ أو إهمالاً - لقطع المسبيل إلى التواطؤ مع الشهود'.^(٤)

(٣) على المدعى أن يثبت الحادث الذي أدى إلى فقد السندي ، ويكون ذلك بإثبات واقعتين هما الحادث الذي أدى إلى فقد ، وواقعة فقد . وهو يستطيع ذلك بكل الطرق بما فيها شهادة الشهود والقرارات ، لأن محل الإثبات هنا هو مجموعة من الواقع العادي ، عبد الوهود بحى المرجع السابق ، ص ١٢٩ ، نقض مني ٢٨/٤/١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاماً ج ١ ، ص ١٢٩ رقم .

ومعنى هذا أن مجال هذا الاستثناء أوسع من مجال الاستثناء السابق، وذلك لأن الدليل سبق أن وجد.

ويجدر بنا في هذا المقام الإشارة إلى أنه في حالات فقد السند الرسمي فإنه من الميسور استخراج صورة منه.

الفروع الرابعة

الاحتياط على القانون

إذا كان المراد إثباته أمراً ما يخالف القانون ، فإن شهادة الشهود تجوز في إثباته حتى ولو كان التصرف القانوني من التصرفات التي يجب أصلاً إثباتها بالكتابية.

ومن أمثلة الاحتياط على القانون أن يذكر في عقد القرض أن سبب الدين هو القرض في حين أن السبب الحقيقي هو علاقة غير مشروعة بين الطرفين، أو أن يخفيض الثمن الحقيقي في عقد البيع لتخفيض رسوم التسجيل. فمثل هذه التصرفات تتضمن غشاً ، أو تحابيلاً على القانون يجوز لمن يتمسك به أن يثبت بكل طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن.

ويلاحظ أن جواز الإثبات بشهادة الشهود في هذه الحالات لا يعتبر استثناء من القواعد الخاصة بوجوب الكتابة فالاحتياط على القانون ليس إلا واقعة مادية يجوز إثباتها بكل الطرق.^{(١) (٢)}

(١) عبد الودود بخي ، المرجع السابق ، ص ١٤٩ .

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٦٩٧ لسنة ٤٢ في جلسة ١٩٧٦/١٢/١٣ بان إجازة إثبات العقد المستتر فيما بين عاقيبه بالبينة في حالة الاحتياط على القانون مقصورة على من كان الاحتياط ضد مصلحته . و إن فتى كان عقد البيع الظاهر من المورث لأحد ورثته ثابتة بالكتابية فلا يجوز لهذا المورث أن يثبت بغير الكتابة إن هذا العقد يخلى وصيه وأنه قصد به الاحتياط على قواعد الإرث و إنما يجوز ذلك للوارث الذي وقع الاحتياط إضراراً بحقه في الميراث و هو في ذلك لا يستمد حقه في الطعن على العقد من مورثه و إنما يستمد من القانون مباشرة .

المبحث الثاني

إجراءات شهادة الشهود

على الخصم الذي يريد إثبات واقعة بشهادة الشهود أن يتقدم إلى المحكمة بطلبه كتابة أو شفاهة في الجلسة ، ويبين في طلبه هذا الواقع التي يريد إثباتها بالبينة. والسبب في تطلب ذلك هو أن تتمكن المحكمة من تبيان الواقع التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود من الواقع التي لا يجوز إثباتها بهذه الطريقة والواقع الأخرى التي تكفي مستندات الدعوى لإثباتها دون حاجة إلى إجراء تحقيق بشأنها.

فإذا قدم الخصم طلبه نظرته ذات المحكمة المرفوع أمامها الدعوى، وإذا قبلت المحكمة الطلب قضت بإحالة الدعوى للتحقيق ويلزم لاجابة طلب الإثبات بشهادة الشهود توافر شروط ثلاثة: ^(١)

١- أن تكون الواقع المطلوب إثباتها مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود، وفقاً للأحكام العامة في قانون الإثبات (المادة ٧٠)

٢- أن تتوافر في الواقع المطلوب إثباتها الشروط التي يتطلبها القانون في الواقع محل الإثبات، بأن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها، وجائزأ قبولها (المادة ٦ إثبات) .

٣- أن ترى المحكمة داعياً للتحقيق بمعنى ألا يكون هناك من الأدلة الأخرى ما يكفي لإثباتها. ولذلك فإن المحكمة تستطيع أن ترفض الإثبات بشهادة الشهود لو كانت الواقع المطلوب إثباتها مما يجوز إثباته بالشهادة ، وكانت متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها، وذلك إذا لم تر المحكمة فائدة من التحقيق ، بأن كان في أدلة الدعوى الأخرى ما تبيّنت منه المحكمة أن الحق ثابت في جانب أحد الخصوم.

(١) ولكن ليس لطالب التحقيق أن يحضر شهوده من لقاء نفسه أو يلزم المحكمة بسماع أقوالهم، رمني سيف المرجع الأسيق الإشارة إليه ، فقرة ٤٩٥٥ .

وهذا الشرط يستخرج بمفهوم المخالف من المادة (٧٠ من قانون الإثبات) التي تقضي بأن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجوز فيها القانون ذلك ما دامت قد رأت في ذلك فائدة للحقيقة. إذ يستفاد من ذلك النص أنه إذا لم تر المحكمة فائدة من إحالة الدعوى للتحقيق أمرت برفض الطلب، وإنما يجب أن تبين في حكمها الأسباب التي اعتمدت عليها في رفض هذا الطلب.

طلب التحقيق والحكم فيه :-

يستوي في الطلب أن يبدي كتابة أو شفاهة أثناء الجلسة، وإنما يتعين على الخصم أن يبين فيه الواقع التي يريد إثباتها بشهادة الشهود، فلا يكفي أن يكون الطلب عاماً والقصد من ذلك تمكين المحكمة من مباشرة سلطتها في قول الطلب أو رفضه.

ولا يقتصر حق المحكمة على رفض طلب الإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجوز فيها ذلك، بل لها على العكس أن تأمر من تلقاء نفسها بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجوز فيها القانون ذلك متى رأت في هذا الأمر فائدة للحقيقة.

كما يجوز لها كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعي للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة، سواء كان الأمر بالإثبات من تلقاء نفسها المحكمة أو من استجابة لطلب الخصوم.

والقصد من ذلك هو تأكيد هيبة المحكمة والقاضي على الدعوى حتى يتمكن من تحري الحقيقة واستخلاصها نقية مما يغلفها به مسلك الخصوم حسبما تعليه عليهم مصلحة كل منهم الخاصة في الإثبات.

ويجب أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الواقع المأمور بإثباتها وإلا كان باطلأ (١)

(١) أحمد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص ٦٢٣.

وذلك لأن الإثبات بشهادة الشهود يقوم على تعليق الواقع المراد بإثباتها بالدعوى، وكونها منتجه فيها. ومن ثم ينبغي أن تكون تلك الواقع مبينة بالدقة والضبط لينحصر فيها التحقيق ولعلم كل طرف ما هو مكافٍ بإثباته أو بنفيه.

كذلك تضيف المادة ٧١ من قانون الإثبات أنه يجب أن يُبين في الحكم اليوم الذي يبدأ فيه التحقيق ، والميعاد الذي يجب أن يتم فيه، ولكن لا يترتب البطلان على عدم تحديد اليوم الذي يبدأ فيه التحقيق ويوم انتهائه. فإذا صدر الحكم دون هذا التحديد فإنه لا يكون باطلًا ، وإنما يكون للخصوم أن يطلبوا تحديده من المحكمة أو من القاضي المنتدب لإجراء الإثبات. كما أن للقاضي المنتدب للتحقيق أن يحدد هذا الميعاد من تلقاء نفسه. (١)

والمفروض أن ينتهي التحقيق في الميعاد الذي حدده الحكم الصادر بإجرائه.

ولكن المادة ٧٤ تجيز للخصوم أن يطلبوا من المحكمة أو من القاضي المنتدب مد الميعاد ويفصل في هذا الطلب على الفور بقرار يثبت في محضر الجلسة، وقرار المحكمة في هذا الطلب لا يجوز الطعن فيه بأي طريق. أما قرار القاضي المنتدب بعد الميعاد فإنه يجوز التظلم منه إلى المحكمة بناء على طلب شفوي يثبت في محضر التحقيق ويحكم فيه على وجه السرعة.

ولا يجوز للمحكمة أو للقاضي المنتدب مد الميعاد لأكثر من مرة واحدة .

- هذا ولما كان الحق في الإثبات يقتضي أن يتاح لكل خصم أن يفتقد ما يقدمه الخصم الآخر من أدلة، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا أذنت المحكمة لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود، فإن ذلك يقتضي أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق.

(١) رمني سيف المرجع الأسبق ٤٩٥.

وقد قررت هذا صراحة م ٦٩ من قانون الإثبات، ولكن ذلك يقتصر على الواقع
التي أمرت المحكمة بإثباتها، ولا يباح للخصم أن يثبت بالشهادة غيرها من الواقع.
(١)

سماع الشهود :-

أ- واجب الحضور :

تقتضي استجابة المحكمة لطلب التحقيق حضور الشهود في الجلسة المحددة لإجرائه
لسماع شهادتهم ، ويكون أمام المحكمة أو القاضي المنتدب عند الاقتضاء(م ٧٢) .

وعلى الخصم أن يكلف شاهده بالحضور في الجلسة المحددة أو أن يصحبه معه
في يوم الجلسة دون حاجة إلى إعلان، (م ٧٦) فإذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم
يكلفه بالحضور في الجلسة المحددة لإتمام التحقيق سقط الحق في الاستشهاد به، ولا
يخل هذا بأي جزاء آخر يرتبه القانون على هذا التأخير (م ٧٦) .

. وميعاد تكليف الشاهد بالحضور هو أربع وعشرون ساعة على الأقل يضاف إليه
ميعاد المسافة، ويجوز في أحوال الاستعجال تقصير هذا الميعاد وتكليف الشاهد
بالحضور ببرقية من قلم الكتاب أو القاضي بأمر من المحكمة أو القاضي المنتدب
(م ٧٧).

. وإذا كلف الشاهد بالحضور تكليفاً صحيحاً ولم يحضر ، حكمت عليه المحكمة أو
القاضي المنتدب بغرامة مقدارها ثمانين جنيها ، ويبت الحكم بالغرامة في المحضر
ولا يكون قابلاً للطعن ، ويجوز في الأحوال الاستعجال الشديد أن تصدر المحكمة
أو القاضي المنتدب أمراً بإحضار الشاهد (م ١/٧٨٠) .

. كما يجوز للمحكمة أن تأمر بإعادة تكليف الشاهد بالحضور ، إذا كان لذلك
مقتضى، ويتحمل في هذه الحالة مصروفات إعادة التكليف بالحضور، فإذا تخلف

(١) فإذا حكمت المحكمة في دعوى بطلب دين هو ثمن أشياء مبوبة بالإذن للمدعي بإثبات واقعة البيع
بشهادة الشهود ، فقه كون للمدعي عليه أن ينفي هذه الواقعه بشهادة الشهود ، فإن أراد ذلك كان له أن
يطلب من المحكمة الإذن له بذلك ، وأن يستنصر حكماً بذلك ، رمزى سيف المسايق ، ص ٤١ عبد الوهود
بحري ، السابق ، ص ١٢٣.

بعد ذلك حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة، ويجوز للمحكمة أو القاضي المنتدب إصدار أمر بإحضاره (م ٧٨/٢) .

. وإذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز أن ينتقل إليه القاضي المنتدب بسماع أقواله. فإن كان التحقيق أمام المحكمة ، جاز لها أن تدب أحد قضاها لذلك (م ٨١) .

بـ-تأدية الشهادة :

تؤدي الشهادة بحضور الخصوم أو وكلائهم إذا رغبوا في ذلك . ويؤدي كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقي الشهود الذين لم تسمع شهادتهم (م ٨٤)، وعلى الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنّه وموطنه، وأن يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها إن كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم لمادة (م ٨٥). هذا ولا يجوز رد الشاهد وهو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم.^(١)

كذلك يبين الشاهد في جميع الأحوال ما إذا كان يعمل عند الخصوم (م ٨٥) ويجوز رد الشاهد إذا كان غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأي سبب آخر يجعله غير قادر على التمييز .

- ويجب على الشاهد قبل أن يدلّي بشهادته أن يلْفِ يميناً ، بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق، إلا كانت شهادته باطلة. ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إذا طلب ذلك.

- وتؤدي الشهادة شفاهة ، ولا يجوز للشاهد الاستعانة بمنكرات مكتوبة أثناء تأدية الشهادة ، إلا بإذن المحكمة أو القاضي المنتدب ، وحيث تقتضي ذلك طبيعة

(١) وقد بررت المنكرة الإيضاحية للقانون المرافق المعنفي بذلك من منع رد الشاهد وتجریمه بضرورة حماية إجراءات التحقيق من التعقيد والتطبيل . كما بررت عدم اعتبار فرایة الشاهد أو مصاهرته لأحد الخصوم سبباً من أسباب عدم أهلية الشهادة بأن مثل هذا الاتجاه وإن كان يرفع الحرج عن الشاهد أو مصاهرته لأحد الخصوم سبباً من أسباب عدم أهلية الشهادة بأن مثل هذا الاتجاه وإن كان يرفع الحرج عن الشاهد والعدالة تابي أن يباح للشاهد أن يكذب أو يكتم الحقيقة إذا تعقّل الأمر بقرب له أو صهر. انظر أحمد محمد السيد صاوي، المرجع السابق، ص ٦٢٧.

الدعوى (ق ٩٠)، فإذا كان الشاهد غير قادر على الكلام أدى الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالإشارة (م ٨٣) .

كما يلاحظ أن من يعفي من حلف اليمين هو من لم يبلغ سنه خمس عشر عاماً، وهو في الأصل غير أهل للشهادة ، ولكن المادة ٦٤ تجيز سماعه بغير يمين على سبيل الاستدلال .^(١)

. وتكون الشهادة عن طريق إجابة الشاهد على الأسئلة التي توجه له من المحكمة أو القاضي المنتدب، ولا يجيز الشاهد على أسئلة الخصوم إلا من خلال ما يوجه به القاضي الذي يتولى التحقيق، وفي جميع الأحوال يلتزم كل من الخصوم و الشهود بالنظام الذي يفرضه القاضي في سماع الشهادة دون أن يقاطع أحد الخصوم الآخر أو يقاطع الشاهد أثناء إدلائه بشهادته.

. وإذا انتهى أحد الخصوم من استجواب الشاهد ، فلا يجوز له إبداء أسئلة جديدة إلا بإذن المحكمة أو القاضي المنتدب.

. ويستمر التحقيق لحين الانتهاء من سماع كل الشهود ، سواء شهود الإثبات ، أو شهود النفي ، على أن يتم ذلك في الميعاد.

. ويراعى أن يجري سماع شهود النفي في الجلسة ذاتها التي يسمع فيها شهود الإثبات ، إلا إذا تعذر ذلك لوجود مانع.

وإذا أجلت المحكمة التحقيق لجلسة أخرى، اعتبر هذا تكليفاً بالحضور للحاضر من الشهود، إلا من تعفيه المحكمة من الحضور صراحة.^(٢)

(١) قضت محكمة النقض بأن يكتفى لصحة الأداء في الشاهد البالغ، فلا يصح أداؤه الصبي وإن كان عاقلاً إذاً بان في الشهادة معنى الولاية على المشهود عليه ، لأن بها يلزم بالحق وبحكم عليه به . والصبي لا ولية له على نفسه ، فلا ولية له على غيره من باب أولى ، نقض مدني ، جلسة ١٩٧٩/١/١ مجموعة المكتب الفني ، السنة ٣٠ ، ص ١٧٦ .

(٢) قضت محكمة النقض باته : من المقرر أنه يجوز للشاهد أن يرجع في أقواله ويصحح شهادته ما دام في مجلس القضاء ولم يبرحه أخذأً بأن الرجوع عن الشهادة فسخ لها، نقض مدنى ، جلسة ١٩٧٦/٣/١٠ مجموعة المكتب الفني سنة ٢٢ ص ٢٠٦ .

محض التحقيق :

تنص المادة ٩١ من قانون الإثبات : بأن ثبت إجابات الشهود في المحضر ، فإذا انتهى الشاهد من شهادته ، تثبت عليه ، ويوقعها بعد تصحيح ما يري لزوم تصحيحه منها ، وإذا امتنع عن التوقيع ، ذكر ذلك وسببه في المحضر .

وقد بيّنت المادة ٩٣ البيانات التي يجب أن يشتمل عليها محضر التحقيق وهي :-

أ- يوم التحقيق ، ومكانه ، وساعة بدئه وانتهائه ، وبيان عدد الجلسات التي استغرقتها .

ب- أسماء الخصوم وألقابهم ، وذكر حضورهم وغيابهم ، وطلباتهم .

ج- أسماء الشهود وألقابهم ، وصناعتهم ، وموطن كل منهم ، وذكر حضورهم وغيابهم وما صدر بشأنهم من الأوامر .

د- ما يبيّنه الشهود ، وينظر تحليفهم البعضين .

هـ- الأسئلة الموجبة إليهم ، ومن تولي توجيهها ، وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة ، ونص إجابته بعد إثبات تلاوتها ، وملحوظاته عليها .

ز- قرار تغیر مصروفات الشاهد ، إذ كان قد طلب ذلك .

ح- توقيع رئيس الدائرة أو القاضي المنتدب والكاتب .

المنع من الشهادة :

الأصل أن كل شخص بلغ خمس عشر عاماً هو أهل للشهادة ، ولكن المشرع قد منع بعض الأشخاص من الشهادة ، وذلك الاعتبارات مختلفة ، وهؤلاء الأشخاص هم :-

١- الموظفون والمكلفوون بخدمة عامة ، ولو بعد تركهم العمل ، بالنسبة لما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم بعلمهم من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني ، ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها ، ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن

لهم في الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم (٦٥) والقصد من هذا المنع في هذه الحالة ، هو حماية أسرار الدولة.

٢ - المحامون أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم ، بالنسبة لما علموه من وقائع ومعلومات عن طريق مهنتهم أو صناعتهم . حتى ولو بعد انتهاء الخدمة أو زوال الصفة ، ما لم يكن ذكر هذه الواقعة والمعلومات مقصود به ارتكاب جناية أو جنحة . والغرض من المنع هنا حماية أسرار المهنة.

- ومع ذلك ، يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة عن تلك الواقائع والمعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم ، على الا يدخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بمهنيهم أو صناعتهم ^(١).

٣- ولا يجوز لأحد الزوجين - حفاظاً على الأسرار الزوجية - أن يفضي بغير رضاء الآخر ما أبلغه له أثناء الزوجية، ولو بعد انفصالهما ، إلا في حالة رفع دعوى من إدعاها بسبب خيانة أو جنحة رقعت منه على الآخر. ^(٢)

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٢/٥/٢٦ بأن "النص في المواد ٦٦ من قانون الإثبات و المادتين ٦٥،٧٩ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ والمادة ٨٢ من قانون الإثبات يدل على أن المشرع أطلق حق الخصم المكلف بالإثبات في اختيار شهوده ما لم يكن الشاهد غير قادر على التمييز، مكتلباً بان يكون للمحكمة السلطة التامة في تحديد قيمة كل شهادة ، ولا يغير من هذا النظر أن يكون المشرع قد منع بعض الشهود من أداء الشهادة إن كان في ذلك إخلالاً بواجب الالتزام القانون مراعاته أو زعزعة لرابطة بحوص القانون على ثباتها أو أحاجز للمستشهد بهم بالامتناع عن أداء الشهادة للاعتبارات نفسها، فذلك كله يدور في إطار حماية أطراف هذه العلاقات دون غيرهم وكان الثابت بحضور جلسة التحقيق أمام محكمة الاستئناف بتاريخأن الطاعنين تمسكوا بسماع شهادة الأستاذ... الحاضر بالجلسة والذي أبدى استعداده لأدالها، واعتراض المطعون ضدهم لأن المستشهد به كان محامي موئلية الطاعنين وأقيمت الدعوى من مكتبه، فرفضت المحكمة الاستئناف إلى شهادته ولم يورد الحكم المطعون فيه في أسبابه ما يبرر هذا القرار فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شابته الفسور في التسبب والإخلال بحق الدفاع".

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض (جنائي) في الطعن رقم ٦٢٨١ لسنة ٥٢ ق ، جلسة ١٩٨٤/٣/٢٧ بأن " مؤدى نص المادة ٢٨٦ من قانون الإجراءات الجنائية أن الشاهد لا يمتنع عن الشهادة بالوقائع التي رأها أو سمعها ولو كان من يشهد ضده قريباً أو زوجاً له و إنما أعفاء من أداء الشهادة إذا طلب ذلك ، أما نص المادة ٦٢ من قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية الصادر بالقانون رقم ٤٥

هذا ولا يسري هذا المنع على الخطيب وخطيبته ، فقد رأى المشرع أنه لا وجہ لقياس الخطيبة على الزوجية . وحيث أن المحافظة على الأسرار الزوجية ليس فقط لمصلحة الزوجين ، وإنما تقتضيها أيضاً مصلحة الأبناء ، وهو ما ليس موجوداً في الخطيبة.

لسنة ١٩٦٨ ، فإنه يمنع أحد الزوجين من أن يلش بغير رضاه الآخر ما عصاه أن يكون قد أبلغه به أثناء قيام الزوجية ولو بعد انقضائها إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما بسبب جنابة أو جنحة وقت منه على الآخر. ولما كان الحكم فيما خلص إليه لم يخرج عن هذا النظر فإنه يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً بما يضمن ما يثيره الطاعن في هذا الصدد غير سديد . و لا ينال من ذلك ما ذهب إليه الطاعن بوجه الطعن من أن وكيل النيابة المحقق لم يتبه الشاهدة إلى حقها في الامتناع عن الإدلاء بشهادتها ، ذلك أنه كان عليها ، إن هي أرادت ، أن تفصح عن رغبتها في استعمال هذه الرخصة التي خولتها إياها القانون ، أما و هي لم تفعل فإن شهادتها تكون صحيحة في القانون جائز الاستدلال بها .

انتهاء التحقيق وتقدير نتائجه :

تنصي المادة ٩٥ ، بأنه بمجرد انتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لإتمامه يعين القاضي المنتدب أقرب جلسة لنظر الدعوى ، ويقوم قلم الكتاب بإخبار الخصم الغائب .

ويشير هذا النص أن نظر الدعوى يستأنف بعد انتهاء التحقيق مباشرة ، وتقوم المحكمة بنظر الدعوى فوراً إذا كانت هي التي أجرت التحقيق . أما إذا كان القاضي المنتدب هو الذي أجراء ، فإنه يحدد أقرب جلسة لنظر الموضوع الدعوى بعد انتهاء التحقيق ويخطر الخصم الغائب بتاريخ هذه الجلسة عن طريق قلم كتاب المحكمة، وسواء أكانت المحكمة هي التي أجرت التحقيق أم أجراء القاضي المنتدب ، فالمحكمة الحرية المطلقة في تغيير نتائجه ، وذلك وفقاً لاقتاعها بالموضوع.

فللمحكمة أن ترجح شهادة شاهد على آخر ، ولها أن تأخذ بأقواله القليلة وتطرح أقوال الكثيرة ، كما لها أن تحكم بناء على شهادة شاهد سمعت أقواله على سبيل الاستدلال ، وليس لمحكمة النقض رقابه عليها في ذلك ، لأن هذا يعتبر من إطلاقات محكمة موضوع في تقرير الدليل . وهو ما قضت به محكمة النقض : " أقوال الشهود المطروحة على بساط البحث من بين عناصر الدعوى " (الطعن رقم ٦٢٨١ ، ٥٣ هـ ، جلسة ٢٧ / ٠٣ / ١٩٨٤ ، مكتب فني ٣٥)

كما أن لمحكمة الموضوع أن تطرح أقوال جميع الشهود في التحقيق الذي أمرت به لعدم اقتناعها بصدق أقوالهم^(١) حيث يتبع لها نص المادة ٩ من قانون الإثبات ذلك . و يقضي هذا النص بأن للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات ، بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ، ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء ، بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها.^(٢)

(١) نقض مدني في ٢٤ / ١٩٤٧/٤ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما ج ١ ، ص ٥١ ، رقم ٢٠٧.

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه : لمن كانت محكمة الموضوع غير ملزمة بابداء عدم اطمئنانها لأقوال الشهود ، إلا أنها إذا أورت أسباباً لذلك تعيّن أن تكون سائفة" ، نقض مدني ، جلسة ١١/١١ ، ١٩٢٩

و قضت محكمة النقض في ذلك بأنه "لما كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه عرض للدفع المبدى من الطاعن ببطلان اعترافه للإكراه ، و بعد أن أفصح عن أن باقي الأدلة القائمة في الدعوى تكفى وحدها - حتى بغير الاستناد إلى هذا الاعتراف - لإقناع المحكمة بشبهة الاتهام قبل الطاعن ، تصدى لهذا الدفع وأطرجه بأسباب سائغة تكفى لحمل النتيجة التي خلص إليها و بما لا تناقض فيه و إذ كان الاعتراف في المسائل الجنائية من عناصر الاستدلال التي تملك محكمة الموضوع كامل الحرية في تقدير صحتها و قيمتها في الإثبات و لها أن تأخذ به متى أطمئنت إلى صدقه و مطابقته للحقيقة و الواقع ، كما أن لها دون غيرها البحث في صحة ما يدعوه المتهم من أن الاعتراف المعزو إليه قد انتزع منه بطريق الإكراه بغير معقب عليها ما دامت تقيم تقديرها - كالشأن في الطعن المطروح - على أسباب سائغة ، فإن ما يشيره الطاعن في هذا الشأن لا يكون مجدياً ."

(الطعن رقم ٦٢٨١، من ٥٣٦ق، جلسة ٢٧ / ٠٢ / ١٩٨٤، مكتب فني ٣٥)

دعاوى التحقيق الأصلية :

تنص المادة ٩٦ على أنه : "يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويتحمل عرضه عليه ، أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن سماع ذلك الشاهد ، ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة إلى قاضي الأمور المستعجلة ، وتكون مصروفاته كلها على من طلبها ، وعند تحقق الضرورة بحكم القاضي بسماع الشاهد ، متى كانت الواقعة مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود ."

وفقاً لهذا النص ، يكون للشخص أن يرفع دعواوى تحقيق أصلية إلى قاضي الأمور المستعجلة ، يطلب منه سماع شاهد في موضوع لم يعرض بعد على القضاء ، وإنما يتحمل عرضه عليه . فإذا كان الموضوع معروض على القضاء ، فلا يقبل طلب

مجموعة المكتب الفني ، من ٢٠ ، ص ١٩١ ، انظر في هذا عبد الودود يحيى - المرجع السابق - من

التحقيق وإنما يقدم الخصم الذي يطلب سماع الشاهد طلبه إلى المحكمة التي تنظر الموضوع.

ومن الشروط الواردة بالمادة ٩٦ أيضاً ، أن تكون هناك حالة ضرورة تبرر سماع الشاهد ، حتى لا تقوت فرصة سماع شهادته وقت الحاجة إليها.

ولما كان الغرض من سماع هذا الشاهد هو الحفاظ على الدليل من الضياع قبل عرض الموضوع على القضاء ، لذلك فإن المادة ٩٧ لا تجيز تسليم صوره من محضر التحقيق ولا تقديمها للقضاء للاحتجاج به ، إلا حين يعرض الأمر على القضاء ، وتقرر محكمة الموضوع أن الموضوع محل الشهادة مما يجوز إثباته بشهادة الشهود . وهي نفس المسألة التي كان قد بحثها قاضي الأمور المستعجلة ، عند سماعه لهذا الشاهد قبل عرض النزاع على القضاء.

وعند عرض النزاع بخصوص الواقعية محل الشهادة على القضاء، فيجوز عندئذ إعطاء الخصم صوره من محضر التحقيق لتقديمها للمحكمة.

وفي هذه الحالة ، يكون للخصم الآخر حقوقه كاملة بالطبع في الاعتراض أمام المحكمة على قبول هذا الدليل ويجوز له طلب سماعه شهود نفي لمصلحته (المادة

.٩٧

الفصل الثاني

الإثبات بالكتابة

تمييز الكتابة الازمة للإثبات عما قد يمتنط بها :

الكتابة هي وسيلة للإثبات التي يتطلبها القانون أساساً بالنسبة للتصرفات القانونية . ويقع الكثيرون في خلط بين التصرف القانوني وأداء إثباته ، فيطلقون لفظ عقد رسمي ، أو عقد عرفي ، بينما هم يقصدون ورقة رسمية أو ورقة عرفية .

لذلك يجب أن نتحاشى هذا الخلط ، ونطلق كلمة عقد على التصرف القانوني الذي ينبع عن توافق إرادتين . أما الورقة المدون فيها ما تم الاتفاق عليه، فهي مجرد أداء إثبات هذا الاتفاق ، ونطلق عليها ورقة أو محرر .

فالفارق واضح وكبير بين التصرف القانوني . وهو الاتفاق مثلاً ، وبين أداء إثباته وهي الورقة . ولا يمنع بطلان أحدهما من صحة الآخر ، ولا يستتبع صحة أحدهما صحة الآخر ، فقد تكون الورقة باطلة بينما يظل التصرف صحيحاً، ولا يتعارض مع صحة الورقة أن يكون التصرف المثبت فيها باطلاً .

وئمة خلط آخر بين الكتابة كركن شكلي في التصرف ، وبين الكتابة كأدلة إثبات فإذا تطلب القانون شكلاً خاصاً في بعض التصرفات ، كالكتابة الرسمية في عقد الهبة مثلاً ، فإن تخلف الكتابة هنا يؤدي إلى عدم وجود التصرف أصلاً .

يتربّ عليه بطلان التصرف ، بل يظل التصرف صحيحاً ، ويجوز إثباته بالإقرار أو اليمين .

المحروقات التي تعلم دليلاً كتابياً :

ت分成 الأوراق التي تصلح دليلاً كتابياً إلى:

- محروقات رسمية .

- محروقات عرفية .

والمحررات الرسمية : هي التي يحررها موظف عام مختص ، مثل عقد الرهن الرسمي ، وعقد الديبة ، وعقد الزواج .

اما المحررات العرفية : فهي الأوراق التي تصدر من الأفراد ، وهي تنقسم إلى أوراق معدة للإثبات ، وأوراق غير معدة للإثبات .

وستتناول فيما يلي دراسة المحررات الرسمية ، ثم المحررات العرفية ، ثم نوضح الحالات التي يتطلب فيها القانون الكتابة كوسيلة إثبات ، ثم نبين إجراءات الإثبات بالكتابة .

المبحث الأول

المحروقات الرسمية

تعريف المحروقات الرسمية وشروطه :

عرف قانون الإثبات في مادته العاشرة المحررات الرسمية كما يلي :

" المحررات الرسمية هي التي يثبتت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمه عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية ، وفي حدود سلطته و اختصاصه ."

الفقرم الأول

شروط المحروقات الرسمية

وبينما مما سبق أن وصف المحررات الرسمية لا يتحقق إلا بتوافر الشروط التي تتطلبه المشرع والتي نعرض لها فيما يلي :

١. أن يقوم بكتابتها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة .
٢. وأن يكون هذا الموظف مختص بكتابتها .
٣. وأن يراعي في كتابتها الأوضاع التي فررها القانون .
- ٤.

الشوط الأول : صدور المعمول من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة :

الموظف العام في هذا الخصوص ، هو كل ما تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها أو تنفيذ أوامرها ، سواء كان يتناهى أجرًا عن ذلك ، أو لا يتناهى أجرًا . وبهذا المعنى يكون كل من المحضر والعمدة وشيخ البلد والمأذون^(١) موظف عام ، والموظف العام لا يشترط أن يكون معيناً من قبل سلطة إقليمية أو محلية .

كذلك فإن الموظف العام في شأن الأحكام هو القاضي ، وكاتب الجلسة هو موظف عام بالنسبة لمحاضرها ، والمحضر موظف عام بالنسبة لأوراق المرافعات .

وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة النقض بأن محضر الجلسة، ورقة رسمية، لا يجوز إنكار ما ثبت فيها إلا بالطعن بالتروير .

هذا بالإضافة إلى الموظفين العموميين الذين يعينون أساساً لتلقي اتفاقات الأفراد وتصرفاتهم ، ويشتبونها في محررات رسمية وهم المؤمنون .

بينما يبقى الزواج والطلاق والرجعة والتصادق على ذلك من اختصاص المأذون بالنسبة للمسلمين .

أما بالنسبة لغير المسلمين، المتحدين في الدين والملة والطائفة ، فيندرج وزير العدل من يقوم بتوثيق هذه التصرفات .

وقد قضت محكمة النقض المصرية أن المقصود بالموظف العام هو الشخص الذي تعينه الدولة المصرية لإجراء عمل من الأعمال المتعلقة بها أو لتنفيذ أمر من أوامرها، وقد رتبت على ذلك أن الأوراق الصادرة من موظفي البعثات الدبلوماسية والسفارات الأجنبية تعد أوراقاً رسمية و يكون لها - و من بينها المحررات التي يعدها القناصل المصريون في الخارج بوصفهم موئزين - القوة الرسمية للمحررات في مصر .

وعلى ذلك يشترط لكي تكون الورقة رسمية ، أن تكون صادرة من موظف عام أو مكلف بعمل رسمي، مثل الخبير الذي يندرج في القضايا

(١) السنوري ، بند ٧٢ ؛ محمود جمال الدين نكي ، بند ٢٩١ .

الشرط الثاني: صدور المحرر من موظف عام في حدود سلطته و اختصاصه

لا يكفي كي يعتبر المحرر رسمياً أن يكون صادراً من موظف عام ، بل لابد وأن يكون المحرر صادراً في حدود سلطة هذا الموظف و اختصاصه . بمعنى أن تكون للموظف ولایة تحرير الورقة ، فإذا أصدر الورقة بعد عزله أو نقله أو وفاته فإنها تكون باطلة .

كما يدخل في هذا المعنى ، إلا يقوم الموظف مانع يمنعه من إصدار الورقة. فلا يجوز أن يوثق الموظف محرراً يخصه أو أحد أقاربه حتى الدرجة الرابعة.

ولابد أن يكون ذلك مما يدخل في عمله من حيث نوع الورقة . كما يجب أن مختصاً بتحريره في المكان الذي أصدره فيه ، فلا يستطيع المأذون أن يصدر شهادات ميلاد ، كما لا يستطيع مأذون القاهرة أن يوثق عقود الزواج في الإسكندرية .

الشرط الثالث : مراعاة الأوضاع القانونية في تحرير الورقة:-

لكل نوع من أنواع المحررات قواعد خاصة لتحريرها . وهذه القواعد فررها القانون ، ويجب أن يتلزم الموظف عند تحريره للورقة الرسمية بهذه القواعد والأوضاع التي حددتها القانون ، حيث تثبت لهذه الورقة صفة الرسمية . فلابد مثلاً أن يتلزم القاضي بالأوضاع المقررة في تحرير الأحكام ، ويلتزم المأذون بقواعد تحرير عقد الزواج ، وهكذا.....

وهذه الأوضاع القانونية تضمنتها اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق(ال الصادر في ٣٠ نوفمبر ١٩٤٧) حيث نصت تفصيلاً على الأوضاع الواجب إتباعها في توثيق الأوراق الرسمية .

وتلخص هذه الأوضاع في وجوب أن يوثق المحرر باللغة العربية و بخط واضح. و لا يشتمل المحرر على إضافة أو تحشير أو كشط ، و أن يشتمل على البيانات الازمة للدلالة على تاريخ التوثيق ، و شخص الموثق ، و مكان التوثيق ، و أشخاص ذوي الشأن و أسماء الشهود . و يجب على المحرر أن يتلو الصيغة الكاملة للوثيقة على ذوي الشأن و يجب أن يوقع الموثق و ذوي الشأن والشهود على

المحرر . كما يجب ترقيم صفحات المحرر إذا كان مكونا من عدة صفحات وأن يتم هذا التنسيق عليها جمِيعاً .

وتحفظ أصول المحررات بمكتب التوثيق ، وتسلم صور منها لأصحاب الشأن ، ويؤشر المؤتَّق بتسليم الصور على أصل المحرر ويوقع على هذا التأشير .

جزء تختلف هذه الشروط أو بعضها :

إذا تختلف هذه الشروط أو إحداها ، بان صدرت الورقة من غير موظف عام (١) . أو صدرت من موظف عام ولكنه غير مختص ، أو صدرت من موظف عام مختص ولكنه لم يلتزم بالوضع القانونية المقررة لتحريره هذه الورقة ، فإن الورقة تكون باطلة باعتبارها ورقة رسمية وقد حدثت المادة ١٠ من قانون الإثبات مصدر هذه الورقة وقيمتها ، حيث نصت : " فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة الرسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية ، متى كان ذوي الشأن قد وقعاها بإمضائهم أو بأختامهم أو ببصمات أصحابهم " .

ومعنى هذا أن المحررات الرسمية التي فقدت أحد شروطها ، تكون باطلة باعتبارها رسمية ، ولكنها لا تفقد كل قيمتها ، بل تكون لها قوة المحررات العرفية ، إذا كانت موقعة من ذوي الشأن (٢) . هذا إذا لم تكن الرسمية هي أحد أركانها ، أما لو كانت

(١) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ١٢٣ لسنة ٤٣ ق ، جلسة ١٩٧٧/٢/٩ أنه إذا كان مناط رسمية الورقة وفق المادة ٣٩٠ القانون المدني الع塌ة للنادرة ١٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن يكون محررها موظفاً عمومياً أو مكللاً بخدمة عامة مختصاً بمقتضى وظيفته بتحريرها واعطائها الصيغة الرسمية ، و يقصد بهما في هذا الشخص كل شخص تعينه الدولة المصرية بإجراء عمل من الأعمال المتعلقة بها أو لتنفيذ أمر من أوامرها آجرته على ذلك أو لم تؤجره ، فإن رجال البعثات الدبلوماسية و موظف السفاريات الأجنبية لا يعودون من قبيل الموظفين العموميين أو المكلفين بخدمة عمومية في معنى المادة المشار إليها ، و لا تعتبر المحررات التي يصدرونها من الأوراق الرسمية ، وبالتالي فلا محل للجدل حول ما إذا كان المتعلق العسكري أو سواه هو الموقف على الشهادة الصادرة من العقارية التي استند إليها الحكم أو أنها لا تتدرج ضمن أعمال وظيفته .

(٢) وفي تلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٤٦٩ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٩ بأن " مناط رسمية الورقة في معنى المادتين ١٠ ، ١١ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون محررها موظفاً عمومياً مكلفاً

الرسمية في ركن من أركان التصرف فإن فقدت الورقة صفة الرسمية يعني أن التصرف يكون قد فقد أحد أركانه وينعدم أصلاً .

وكذلك الحال إذا كان أطراف التصرف اتفقا على إلا يتم هذا التصرف إلا إذا حرر في ورقة رسمية .

الفرع الثاني

حجية الورقة الرسمية في الإثبات

إذا توافرت الشروط الثلاثة السابق ذكرها في المحرر ، فإنه يعتبر محرراً رسمياً ويعتبر حجة بذاته ، فلا يطلب من ينمسك به أن يقدم الدليل على صحته ، بل

بتحريرها بمقتضى وظيفته ، و هي حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره ، لما كان ذلك و كانت المادة الرابعة من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٦١ بتأمين بعض الشركات و المنشآت - تنص على أن تظل هذه الشركات و المنشآت محتلة بشكلها القانوني عند صدوره ، و كان القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٦ بإصدار قانون المؤسسات العامة و شركات القطاع العام و القانون رقم ٦٠ لسنة ١٩٧١ الذي حل محله لم يخولا تلك الشركات شيئاً من خصائص السلطة العامة أو امتيازاتها كحق التنفيذ المباشر و توقيع الحجز الإداري و توزع الملكية للمنشأة العامة ، فإن مزدئ ذلك أن شركات القطاع العام تعتبر من أشخاص القانون الخاص ، و هو ما أصلح عليه المشرع صراحة عندما قام بتعديل نص المادة ٩٧٠ من القانون المدني بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٧٣ بما أورده في منكرته الإيجابية من أن الهدف من هذا التعديل هو إمداد الحماية المقررة بمقتضى تلك المادة للأموال الخاصة المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة ، إلى أموال شركات القطاع العام لأنها و إن كانت من أشخاص القانون الخاص إلا أنها تقوم بدور خطير في بناء الهيكل الاقتصادي للدولة ، لما كان ما تقدم و كان العاملون بشركات القطاع العام ليسوا من المسؤولين العموميين لأن علاقتهم بها علاقة تعاقدية تخضع لأحكام نظام العاملين بتلك الشركات ، و كان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر و اعتبر عقد التأمين المختلف - الذي أصدرته الشركة المطعون ضدها الثانية و هي من شركات القطاع العام - محرراً عرفيأ لا يقبل للمعاهاة في حالة عدم إتفاق الخصوم طبقاً لنص المادة ٣٧ من قانون الإثبات ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد التزم صحيحة القانون .^{١)}

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن " الورقة الرسمية تعد حجة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره" ، نقض مدنى ، جلسة ١١/١١/١٩٩٧ مجموعة المكتب الفني س ٢٨ ، ص ١٦٤٦ .

يكون على الخصم الذي ينماز فيه ، أن يقيم الدليل على صحة ادعائه . وهو لن يتوصل لذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير⁽¹¹⁾

فالمحرر الرسمي على فرض صحته هو حجه بما جاء فيه ، وهذا على عكس المحرر العرفي الذي لا يعتبر حجة بما جاء فيه إلا إذا لم ينكره من وقع عليه ، فإذا انكره وجب على من يتمسك به أن يقيم الدليل على صحته .

ويلاحظ أنه يجب أن يكون مظهر المحرر دالاً على رسميه ، فلا يكون به كشط أو محو أو حذف أو إضافة أو تحشير . فإذا ما وجد به هذا ، فإن ذلك يعتبر عيباً مما يجعل للمحكمة من تلقاء نفسها ودون طلب من الخصم أن تتقص قيمه هذا المحرر أو تهدرها كلية . وفي هذه الحالة ، يكون للمحكمة أن تدعو الموظف الذي صدر عنه المحرر ليبدى أقواله في هذا بما يوضح حقيقة الأمر .

فإذا ثبت للمحرر صفة الرسمية ، فإنه يكون حجة بما دون فيه من بيانات ، على أطرافه وعلى الغير .

أ- حجية البيانات المدونة بالمحروات الرسمية :

يقرر نص المادة (11) من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن " المحروات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً "

ويعنى هذا أن المحرر الرسمي يعتبر حجة بصحبة ما دون فيه من بيانات، ولا يمكن نقض حجية هذه البيانات إلا بالطعن بالتزوير .

ووهذه الحجية إنما تثبت فقط للبيانات التي أثبتها الموظف العام بنفسه ، أو تلك التي وقعتها ذوي الشأن في حضوره . وقد قضت محكمة النقض بأن حجية الورقة الرسمية وفقاً لتصريح المادة (11) من قانون الإثبات ، تقتصر على ما ورد من بيانات قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ولكن لا

تتصرف هذه الحجية التي تمنحها الورقة الرسمية للبيانات التي وقعت من ذوي الشأن في غير حضور الموظف العام وأقتصر دوره فقط على تدوينها تحت مسؤوليتهم .

في بينما تحوز البيانات من النوع الأول حجية مطلقة على الكافة ولا يجوز نقضها إلا بالطعن بالتزوير ، وهي البيانات التي حررها الموظف بنفسه ، أو التي وقعتها ذوي الشأن أمامه ، نجد أن النوع الثاني من البيانات ، وهي التي وقعتها ذوي الشأن في غير حضور الموظف ، وأقتصر دوره على تدوينها تحت مسؤوليتهم ، هذه البيانات لا تلتحقها صفة الرسمية ، والطعن فيها لا يمس أمانة الموظف ، ولذلك يمكن إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية دون حاجة إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير .^(١)

حجية المحررات الرسمية بالنسبة للأشخاص :

المحررات الرسمية حجة على الكافة . فهي ليست حجة على أطرافها فحسب ، وإنما تتصرف حجيتها إلى الكافة أي هي حجة على كل الناس ، ولا يستطيع أطراف المحرر الرسمي أو الغير إنكار ما ورد بها من بيانات ، مما يلحقه وصف الرسمية . أما إذا كان البيان الذي يراد نقضه أو إنكاره لا ثبت له صفة الرسمية ، لأنه صادر من ذوي الشأن في غير حضور الموظف العام ، أو لأنه صادر من موظف عام ولكن في خارج حدود اختصاصه ، فمثل هذه البيانات التي لا تحمل وصف الرسمية يجوز نقضها بطرق الإثبات العادية .

أما البيانات التي تتمتع بوصف الرسمية ، فهي حجة على أطراف التصرف ، كما أنها حجة على الكافة (م ١١ إثبات) .

(١) وقد استقر قضاء محكمة النقض على اقتصار حجية الأوراق الرسمية على البيانات التي قام بها الموظف العام في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، وعلى أن مجال إنكارها هو الطعن بالتزوير . وبالتالي فإن القاعدة العامة في الإثبات تكون هي المرجع في إثبات حقيقة البيانات الأخرى الخارجة عن هذا الخصوص ، أو ما تعلق بهدى صحة ما ورد على لسان ذوي الشأن من = بيانات أو إقرارات . الطعن رقم ١٦١٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٢/٤ ١٩٣٢ ، نقض جلسة ٣/١٦ ١٩٧٧ من ٢٨ من ٦٩٧ ، نقض جلسة ٤/٢٧ ١٩٧٧ من ٢٨ من ١٠٤٨ ، الطعن رقم ٣٤٠ لسنة ٤٩ ق جلسة ٥٧ ، الطعن رقم ١١٤٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١/٢٥ ١٩٧٩ .

وقد قضت محكمة النقض في شأن ذلك أن " القاعدة هي وجوب تمكين ذي السند على الفور من حقه و من ثم فإن كتاب الوقف . وهو سند رسمي . يجب احترامه و تنفيذه بما في الإمكان و وفق المقرر شرعاً و عقلاً ما دام أن من يعارض في نص من نصوصه لم يستحضر فعلاً حكماً شرعاً نهائياً مؤيداً لمعارضته ". (الطعن رقم ٢٠٣ ، من ٤٤٤ق ، جلسة ٢٤ / ١٩٧٩ / ٠١ ، مكتب فني ٣٠)

حجية صور المعروات الرسمية :

عند صدور ورقة رسمية ، فإن قواعد التوثيق تقضي حفظ أصل الورقة الرسمية في مكاتب التوثيق ، باعطاء ذوي الشأن صورة منه ، والأصل المحفوظ في مكاتب التوثيق ، هو الذي يحمل توقيعات أطراف التصرف ذوي الشأن ، وتوقيع الموافق أو الموظف المختص ، بينما لا تحمل الصورة توقيعات ، وإنما هي منقولة عن الأصل بواسطة الموظف المختص ولذلك فهي أيضاً تأخذ صفة الرسمية.

ونظراً لانتشار التصوير الضوئي ، فقد سوي القانون بين الصور الخطية والصور الضوئية . ولبيان حجية صور الأوراق الرسمية ، يجب أن نفرق بين حالة وجود أصل الورقة الرسمية ، وحالة عدم وجود الأصل^(١)

أولاً: حالة وجود أصل الورقة الرسمية :-

نصت المادة ٢١ من قانون الإثبات في بيانها حجية صورة الورقة الرسمية ، على أن : " إذا كان أصل المحرر الرسمي موجوداً ، فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتografية تكون حجة بالقدر الذي تكون مطابقة للأصل .

وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينزع في ذلك أحد الطرفين ، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل .

ومؤدي هذا النص ، أنه في حالة وجود أصل الورقة الرسمية ، فإن الصورة المأخوذة منها - سواء كانت خطية أو ضوئية - تحرز الحجية في الإثبات ، بالقدر الذي تكون الصورة مطابقة للأصل . أي تكون حجة فيما طابت الصورة فيه الأصل .

(١) المنكرة الإيضاحية لقانون الإثبات.

والمفترض أن الصورة هنا محرر بواسطة موظف عام ، لذلك فيفترض أنها مطابقة للأصل .^(١)

أما إذا نازع في هذه المطابقة أحد الخصوم ، فإن المحكمة تأمر في هذه الحالة بمراجعة الصورة على الأصل ^(٢)

وإذا لم ينزع أي الخصوم في هذه الصورة الرسمية في قضاء أول درجة فإنه لا يعتد بمنازعته فيها إذا انكر حجية الصورة الرسمية لأول مرة أمام محكمة النقض.

ثانياً : حالة عدم وجود الأصل :

نصت المادة ١٣ من قانون الإثبات على أن :

"إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي ، كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:

أ- يكون للصورة الرسمية الأصلية - تتفيد كافية أو غير تتفيد حجية الأصل ، متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل .

ب- ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية ، الحجية ذاتها ، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها .

ج- أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصورة الأصلية ، فلا يعتد به ، إلا لمجرد الاستثناء تبعاً للظروف ."

وعلى ذلك وفقاً لنص المادة ١٣ إثبات ، فإنه في حالة عدم وجود الأصل يجب أن تفرق بين ثلاثة أنواع من الصور :

(١) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بان موظي المادة ١٢ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن الصورة الرسمية للمحررات تعتبر مطابقة لها إذا لم تكن محل منازعة وتلتصق الرجوع إلى أصلها ، بحيث يجوز للمحكمة الاستئذ إليها كدليل في الإثبات دون الرجوع إلى الأصل . نقض جلسة ١٩٧٣/٦/٢٦ من ١٩٦٨ ص ٩٦٧ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض "الصورة الرسمية حجة بقدر مطابقتها للأصل" . كما قضت بسقوط القرينة بالمنازعة في تلك المطابقة وبشرط أن تكون المنازعـة حرية وصريحة ، نقض متى ٢٤/٥/١٩٧٨ من مجموعة المكتب ، من ٢٩ ، ص ١٣١٥ .

- الصورة الرسمية الأصلية التي أخذت من الأصل عن طريق الموظف المختص ، فهي تحوز حجية الأصل ، سواء كانت تنفيذية أو غير تنفيذية طالما أن مظهرها الخارجي لا يدعو للشك في مطابقتها للأصل .^(١)
- الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية ، فهي تحوز نفس حجية الصور الأصلية المأخوذة منها ، الرسمية الأصلية ، حتى يمكن المراجعة عليها إذا ما طلب أحد ذوي الشأن ذلك .
- الصورة الرسمية للصورة المأخوذة عن الصورة الأصلية . ولا تكون لها حجية الأصل ، وإنما يؤخذ بها لمجرد الاستئناس .

المبحث الثاني المحروقات العرقية

المقصود بالمحروقات العرقية :

لم يورد المشرع المصري تعريفاً للمحررات العرقية ، على أنه يمكننا تعريفها - و بالمقارنة بالأوراق الرسمية بكونها الأوراق التي يصدرها الأفراد دون تدخل من الموظف العام في تحريرها .

ويلاحظ أننا عند الكلام عن المحررات الرسمية استعملنا كلمة "الأوراق" ، و ذلك لأن المحرر الرسمي لا يمكن أن يكون - و بحسب الأصل - إلا ورقة . أما المحررات العرقية فإنه لا يهم نوع المادة التي تدون عليها سواء أكانت ورقة أو قطعة من القماش أو الجلد أو الخشب أو الحجر أو غير ذلك . و لهذا فإننا نذكرها تحت

(١) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ١٢٧٨ لسنة ٦٧ في بان مقاد قرينة العادة ١٣ من قانون الإثبات هو اعتبار الصورة الرسمية من الحكم حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل. كما ورد قضاء النقض بأن علة اختلاف نطاق تطبيق القرينة السابقة عن الإجراءات المقررة في شأن الأحكام المدنية بالصيغة التنفيذية يكمن في أن تقديم هذا الحكم شرط ضروري للتنفيذ لا للتخليل على وجود الحق المطلوب الفحص به.

اسم "المحررات" مطلقاً حتى تتسع هذه الكلمة لكل ما هو مدون بصرف النظر عما إذا كان مدوناً على الورق أو غيره.

ولا يهم نوع المادة التي يدون بها المحرر العرفي . فقد يدون بالحبر أو بالقلم الرصاص (الجرافيت) أو ينفع بالآلة حادة كسمار أو سكين . و لا يهم أيضاً وسيلة التدوين فقد يكون المحرر مكتوباً بخط اليد أو بالآلة كاتبة أو مطبوعاً . و كذلك لا تهم اللغة التي يكتب بها المحرر العرفي فقد تكون هي اللغة العربية الفصحى أو العامية أو لغة أجنبية من اللغات الحية أو الميتة . بل قد يكون المحرر مكتوباً بلغة أخرى متفق عليها بين الطرفين ، و إن كان القضاء لا يعتمد بها كدليل في الإثبات إلا إذا تيسر فهمها.

وقد يحتوي المحرر على كشط أو إضافات أو تحشيرات بين السطور . و إن كان تغير هذه الأمور متزوكاً للقضاء . فمثلاً لو كانت الإضافة بخط محرر الورقة جاز اعتبارها جزءاً منها ، و كذلك لو عمل العقد من جملة نسخ ووجدت الإضافة في كل النسخ فإنها تعتبر جزءاً مما اتفق عليه.

والمحررات العرفية إما أن تكون معدة للإثبات مسبقاً ، فيكون ذوى الشأن قد وقعاً بها مسبقاً ، وتعد بذلك أدلة كاملة في الإثبات وقد تكون المحررات العرفية غير معدة للإثبات ، ومع ذلك يعطيها القانون قوة في الإثبات ، وهي غالباً ما لا تكون موقعة ، مثل دفاتر التجار والأوراق المنزلية والرسائل .

الفورم الأول

المحروقات العرفية المعدة للإثبات

يُشترط في المحرر العرفي المعد للإثبات شرطين :

أولاً : أن تكون بما كتابة مدونة مثبتته لواقعه معينة .

ثانياً : أن تكون هذه الكتابة موقعة من الشخص المنسوبة إليه .

أولاً: الكتابة :

وهي التي تعبّر عن الواقع المثبتة في المحرر العرفي ، فلابد أن تكون الورقة العرفية مدونة بها كتابة تتّسّاول الواقع محل الإثبات .

ولا يشترط في هذه الكتابة أن تكون بخط موقع الورقة ، على الورقة ، وقد تكون بالآلة الكتابة ، كما لا يشترط في الكتابة أن تكون بلغة معينة ، فيمكن أن تكون بأي لغة ، ويمكن حتى أن تكون برموز متّفق عليها ولا يشترط أن تأتي الكتابة في صيغة معينة فيكفي أن تأتي بأي عبارات يفهم منها المعنى المقصود من المحرر العرفي .

ثانياً التوقيع :-

والتوقيع هو الذي ينسب محتوى الورقة للملزم بها ، أو لصاحب التوقيع ، وشرط أن يأتي التوقيع باسم الموقع ولقبه كاملين ، فلا يكفي التوقيع بالحروف الأولى ، أو بعلامة مختصرة .

ولا يشترط أن يأتي التوقيع بالاسم الحقيقي للموقع ، كما هو وارد في شهادة الميلاد ، وإنما يكفي أن يأتي التوقيع بالاسم الذي اشتهر به .

ويمكن أن يأتي التوقيع بإمضاء الشخص ، كما يمكن أن ينصب في ختمه ، كما يجوز أن يتمثل في بصمة إصبعه .

وقد نصت المادة ١٤/١ من قانون الإثبات على أن "يعتبر المحرر العرفي صادراً من وقعته ، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمساء أو ختم أو بصمة" (١) .

ويجب أن نلاحظ أنه إذا خلت الورقة من التوقيع ، فلا يكون لها قوة في الإثبات ولكنها تعتبر مبدأ ثبوت كتابي ، إذا كانت بخط يد المدين

(١) وقد قضت محكمة النقض : أن للبصمة قوة الإمساء في نظر المشرع المصري "نقض مدنى جلسة ٢١/١٠/١٩٦٣ مجموعة المكتب الفنى من ١٤ ص ١٠٠٦ .

ومن ناحية أخرى فإذا ثبت توقيع أحد الخصوم على الورقة فإنها تصبح حجة عليه بما ورد فيها ؛ و في هذا قررت محكمة النقض بأن " ثبوت صحة التوقيع على الورقة العرفية يجعلها حجة بما ورد فيها على صاحب التوقيع ، بصرف النظر عما إذا كان صلب الورقة محررا بخطه أو بخط غيره" (٢) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن " الورقة العرفية تسد حجيتها في الإثبات من التوقيع وحده فإذا خلت من توقيع أحد العاقدين فلا تكون لها أي حجية قبلة" نقض مدني ، جلسة ١٩٨٦/٦/٨ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٤٧ ، ص ١٢٩١ .

شرط الاستدلال بالكتابية أن تكون مذيلة بتوقيع من نسبت له ، أما المحرر الخالي من التوقيع فلا قيمة له إلا إذا كان مكتوبا بخط المطلوب الإثبات عليه، ففي هذه الحالة يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بكتابية . و على ذلك إذا كان الثابت أن المشتبه لم توقيع الورقة المتضمنة لذكرها بأن عقد شرائها صوري بل كان الذي وقعتها هو والدها الذي لم يكن نائبا عنها، فإنه لا يصح أن تأخذ المحكمة من تلك الورقة دليلا - كاملا على صورية تلك العقد ، في حالة ما يكون إثبات الصورية غير جائز إلا بالدليل الكتابي "الطعن رقم ٦١ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٣/٢٢" .

كما قضت محكمة النقض بأنه : من المقرر أنه إذ رأى القاضي أن الأئلة القائمة في الدعوى تكفي للحكم فيها فإنه يصدر حكمه بناء على هذه الأئلة و أنه إذا كانت الدعوى مما لا يوجب القاتون ثبوتها دليلاً معيناً ففيكون القاضي عقيداً من جميع الأئلة و القرآن القائمة فيها دون أن يلتفت إلى من قدمها إن كان هو المدعى أو المدعى عليه . و لما كان القاضي غير ملزم في حالة إنكار الختم أو الإمضاء على الورقة بأن يجعل الدعوى إلى التحقيق ليثبت المتنفس صحة الختم أو الإمضاء - بل له إذا كان في وقائع الدعوى و أسلحتها ما يقتضي بأن الختم أو الإمضاء صحيح - أن يرد على المنكر إنكاره و يأخذ بالورقة بغير إجراء تحقيق . لما كان كل ذلك ، كان من حق القاضي بعد أن تعود إليه الدعوى من التحقيق ، إذا كان قد أمر به، أن يحكم بصحة الورقة كلما ثمين ذلك، سواء من الأئلة القائمة فيها من الأصل أو من الأئلة التي أسلف عنها التحقيق أو من الاثنين معاً، لأن الإحالـة إلى التحقيق لا تقتضي دائماً إلزامه بـأن يأخذ بـنتـجـةـ هـذاـ التـحـقـيقـ وـ يـرـتـبـ بـهـ ، بل يجوز له أن لا يـعـولـ عـلـىـ شـيـءـ مـنـهاـ إـذـاـ لـمـ يـطـمـنـ إـلـيـهـ ، وـ أـنـ يـجـعـلـ عـادـ حـكـمـ الـأـئـلـةـ الـتـيـ كـانـ قـائـمـةـ فـيـ الدـعـوىـ أـوـلـاـ . وـ لـاـ يـصـحـ فـيـ هـذـهـ الـحـالـةـ التـعـىـ عـلـىـ الـمـحـكـمـ بـأـنـهـ قـبـلـ الـأـوضـاعـ فـيـ الـإـثـبـاتـ إـذـ اـسـتـنـدـتـ فـيـ قـضـائـهـ إـلـىـ دـلـلـ قـصـمـهـ الـخـصـمـ غـيرـ الـمـكـلـفـ بـالـإـثـبـاتـ ، لـأـنـ النـعـىـ بـذـكـرـ لـاـ يـصـحـ إـلـاـ إـذـ كـانـ الدـعـوىـ غـيرـ ثـابـتـةـ وـ تـقـولـ هـيـ بـثـبـوـتـهـ عـلـىـ أـمـامـ أـسـاسـ أـنـ المـدـعـىـ عـلـىـهـ هـوـ الـذـيـ عـجـزـ عـنـ إـثـبـاتـ مـاـ اـدـعـاهـ . أـمـاـ إـذـ كـانـ الـأـئـلـةـ قـدـ قـدـمـتـ لـلـمـحـكـمـةـ ، وـ أـصـبـحـتـ الدـعـوىـ ثـابـتـةـ أـمـامـ الـقـاضـيـ فـلـاـ يـلـتـفـتـ إـلـىـ مـنـ قـدـمـهـ ، فـإـنـ الـخـصـمـ إـذـ تـبـرـعـ بـإـثـبـاتـ دـعـوىـ خـصـمـهـ لـاـ يـتـعـنـ طـرـحـ دـلـلـهـ وـ عـدـ الـأـخـذـ بـهـ . وـ إـنـ إـذـ كـانـ مـنـكـرـ الـخـصـمـ أوـ إـمـضـاءـ لـمـ يـقـفـ عـنـ حـدـ الـإـنـكـارـ الـمـطـلـقـ الـذـيـ يـقـضـيـ مـنـ الـمـتـمـسـكـ بـالـوـرـقـةـ تـقـدـيمـ الـأـئـلـةـ الـتـيـ تـقـعـ الـمـحـكـمـةـ بـصـحـةـ الـخـتمـ أوـ إـمـضـاءـ ، بـلـ عـلـلـ إـنـكـارـهـ وـ بـنـاءـ عـلـىـ سـبـبـ مـعـنـ ، وـ قـمـ شـهـوـدـاـ بـإـثـبـاتـ صـحـتـهـ فـإـنـ لـمـ تـقـدـمـ الـمـتـمـسـكـ بـالـوـرـقـةـ

ومن ناحية أخرى فإذا ثبتت صحة توقيع أحد الخصوم على الورقة فإنها تصبح حجة عليه بما ورد فيها، وفي هذا قضت محكمة النقض بأن ثبوت صحة التوقيع على الورقة العرفية يجعلها حجة بما ورد فيها على صاحب التوقيع ، بصرف النظر عما إذا كان صلب الورقة محررا بخطه أو بخط غيره.

التوقيع على بياض :-

يجوز أن يوقع الشخص ورقة على بياض ، ويسلمها للدائن ليدون فيها ما تم الاتفاق عليه ، ويحدث هذا كثيراً في الشيكات ، فإذا ما تم ملء البيانات ، فإنه تكون للورقة حينئذ حجية الورقة التي كتبت أولاً ثم وقعت بعد ذلك .

ومثل هذه الطريقة تتفرض ثقة و اطمئنان من يعهد بتوقيعه إلى من يقوم بعد ذلك بكتابة المحرر و أن ذلك الأخير سوف يقوم بتحرير الورقة في حدود ما اتفقا عليه و دون أن يتعداه.

أما في حالة ما إذا لم يكن من سلمت إليه الورقة أمينا ، وكتب بها بيانات غير حقيقة ، فالطرف الآخر أن يثبت عكس ذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات .

وهو لا يستطيع إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة ..

أما إذا نجح في إثبات أن هذه البيانات غير صحيحة اعتبر الدائن مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة ، ويعاقب وفقاً نصوص قانون العقوبات (المادة ٣٤ عقوبات).

ولما إذا كان من دون هذه البيانات الغير صحيحة قد تعامل على أساسها مع الغير ، وكان هذا الغير حسن النية ، فلا يستطيع المدين أن يبرأ من التزامه قبل هذا الغير .

اما إذا كان من خان الأمانة قد تحصل على الورقة بطريق غير مشروع ، كالسرقة مثلا ، ولم تسلم إليه ، فإن المدين فيها يستطيع أن يثبت حصول السرقة والكتابة من

في هذه الحالة إن يلتجأ ، وللحكمة بما لها من السلطة المطلقة في تقدير الأئلة أن تأخذ بما تراه .
الطعن رقم ١١ في جلسة ٢٢/٥/١٩٤١.

الدائن بكافة طرق الإثبات ، ولا يكون للغير التمسك في مواجهة المدين ، حتى ولو كان هذا الغير حسن النية ^(١).

حجية المحررات العرفية في الإثبات ^(٢) :-

للمحررات العرفية حجية من ثلاثة وجوه :

١ - حجية صدورها من وقعتها .

٢ - حجية بصدق البيانات المدونة بها .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه: المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن تغیر الحقيقة في الأوراق الموقعة على بياض من استؤمن عليها هو نوع من خيانة الأمانة ، يرجع في إثباته للقواعد العامة ، و من مقتضاهما أنه لا يجوز إثبات عكس ما هو في الورقة الموقعة على بياض إلا أن تكون هناك كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابية ، و لا يخرج عن هذا الأصل إلا حالة ما إذا كان من استولى على الورقة قد حصل عليها خلسة أو نتيجة غش أو طرق احتيالية أو بأية طريقة أخرى خلاف التسليم الاختياري فعندئذ بعد تغیر الحقيقة فيها تزويراً يجوز إثباته بكلفة الطرق ، و الاحتيال أو الغش الذي يجعل من تغیر الحقيقة في الورقة الموقعة على بياض تزويراً يجوز إثباته بكلفة الطرق هو الذي يكون قد استخدم كوسيلة للاستيلاء على الورقة ذاتها حيث ينتهي معه تسليمها بمحض الإرادة. لما كان ذلك و كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها أدعت تزوير عقد الإيجار المقدم من الطاعن على مسند من أنه استقل فرصة لجئنا إليه لمساعدتها في تقديم طلبات إلى وزارة الشئون الاجتماعية للحصول على معونة أو لتعينها في إحدى الوظائف ، و أنه استقل أمانتها و ثقتها فيه - فاستعمل المحرر...كتابه عقد الإيجار مثار النزاع و كان مزدلي ما سلف أن المطعون عليها هي التي سلمت الورقة الموقعة على بياض للطاعن اختياراً و أنه غير الحقيقة فيها و ملأ بياناتاتها بعد عقد الإيجار على غير المتلق عليه بيهما و كان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مجرد ادعاء المطعون عليها تسليمها المحرر الواقع منها على بياض من قبيل الاحتيال الذي يجعل من تغیر الحقيقة فيه تزويراً يجوز إثباته بكلفة الطرق فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون على الواقع الدعوى بخوجه على قواعد الإثبات... . نقض مدني رقم ١١٧ لسنة ٤٤ في جلسة ١٤/٦/١٩٧٨، السنة ٢٩، ص ١٤٧٦.

(٢) ومن المقرر أنه متى ثبت صدور الورقة العرفية من نسب إليه التوقيع عليها فإذا ث تكون حجة على طرفيه بكلفة بياناتاتها ، بما في ذلك تاريخها - إلى أن يثبت العكس وفقاً للقواعد العامة في إثبات ما يخالف ما اشتغل عليه تلويں كتابي ، فإن ادعى أحد طرفي المحرر أن التاريخ المدون به غير مطابق للواقع ، كان عليه يحكم الأصل - أن يثبت هذه الصورية بطريق الكتابة و ذلك خلافاً للغير الذي لا تكون الورقة العرفية حجة عليه في تاريخها إلا منذ أن يكون هذا التاريخ ثابتاً. الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٣٩ ق ،

٣ـ حجية بالنسبة للتاريخ الذي تحمله .

١ـ حجية المحررات العرفية بصدورها من وقوعها :

ولأن الورقة العرفية لم يتدخل في إصدارها موظف عام ، لذلك فإن حجيتها تختلف عن حجية الورقة الرسمية ، حيث يستبعد تكذيب الشخص ذو الصفة الرسمية ، فلم يكن هناك سبيل إلا الطعن بالتزوير .

أما في الورقة العرفية فلا يوجد شخص ذو صفة رسمية ، ولذلك لا توجد الحاجة إلى الطعن بالتزوير إذا يكفي الشخص الذي يحتاج عليه بالورقة العرفية أن ينكرها أو ينكر نسبة صدور التوقيع إليه ، حتى يقع على الدائن في الورقة المتمسك بها عبء إثبات صدور هذا التوقيع منه .

وقد قضت محكمة النقض في حكم لها بأن "حيث أن القانون يقضي باعتبار الورقة العرفية صادرة من وقوعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من إمضاء أو ختم أو بصمة .

ويتبين من ذلك أن الورقة العرفية حجة بما دون فيها على من نسب إليه توقيعه عليها إلا إذا انكر ذات الإمضاء أو الختم الموقعة به و كان إنكاره صريحاً

ولابد أن يصدر هذا الإنكار واضحًا وصريحاً ، فلا يكفي مجرد التشكيك في حصول التوقيع منه ، كما أن السكت لا يعتبر إنكاراً بل هو في هذه الحالة إقرار . فمن يسكت عن تقديم خصم لورقة عرفية منسوبة له يسقط حقه في إنكارها بعد ذلك ، لأن سكوته يعتبر هنا إقرار ضمني لها .^(١)

(١) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ١٠٣٦ لسنة ١٩٨٤/٤/١١ بـان
مفاد نص المادة ١٤ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ - و على
ما جرى به فضاء هذه المحكمة - أن الأصل أن المحرر العرف يكون حجة بما دون فيه على من نسب
إليه توقيعه عليه ، إلا إذا انكر ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أو نقش وارشه
علمه بأن ما على المحرر منها لمن تلقى عنه الحق ، باعتبار أنها المصدر القانوني الوحيد لإثفاء
الحجية على المحررات العرفية التي أقام القانون صحتها على شهادة الخط أو الإمضاء أو الختم أو
البصمة و من ثم تعين أن يكون هذا الإنكار صريحاً و منصباً على ما بالمحرر منها ، فإن القصر من

الاعتراف ببصمة الفتم وإنكار التوقيع بها :-

قد يعترف المدين في الورقة العرفية بأن الختم هو ختمه ، ولكنه ينكر أنه وقع به وذلك مقصور الحدوث إذا كان الختم قد فقد منه أو أطعاه لشخص غير أمين فاستغله .

فهل نعتبر موقفه هنا عبارة عن إنكار التوقيع ، فيكلف الذي يتمسك بالورقة بإثبات حصول توقيعه ؟

أم نعتبر موقفه هذا اعتراف بأن هذا توقيعه ، وعليه أن يثبت أن الدائن تحصل عليه بطريق غير مشروع ؟

تردد القضاء المصري بين الرأيين ثم يستقر على الرأي الأول :-

فقد قررت محكمة النقض أنه:

متى اعترف الخصم الذي تشهد عليه الورقة بأن الإمضاء أو الختم الموقع به على الورقة يخصه ، أو متى ثبت ذلك بعد الإنكار ، بالدليل الذي يقدمه المتهم بالورقة ، فلا يطلب من هذا المتهم أي دليل آخر لاعتماد صحة الورقة ، وإمكان اعتبارها حجة بما فيها على خصم صاحب الإمضاء أو الختم ولا يستطيع هذا الخصم التوصل مما ثبته الورقة ، إلا إذا تبين كيف وصل إمضاؤه الصحيح أو ختمه الصحيح إلى الورقة التي عليها توقيعه ، وأقام الدليل على صحة ما يدعوه و من ذلك فإن هذه هي دعوى تزوير بحثة.^(١)

أثر مناقشة موضوع المحرر العرفي :-

تسب إلى المحرر أو وارثه على إنكار المدون في المحرر كله أو بعضه ، فإنه لا يكون قد انكر المحرر العرفي بالمعنى المقصود في المادة ١٤ م آنفة الذكر .^١

(١) نقض مدني جلسة ٢٦/٤/١٩٣٤، مجموعة القواعد القانونية ج ١ ، ص ٣٤٦، رقم ١٧٤، وقد أثبتت محكمة النقض في حكم آخر لها هذا الاتجاه ، فقررت في ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ أن مجرد إعلان شخص عن فقد ختمه في إحدى الصحف، لا ينهض بدليل على صحة هذه الواقعية ولا يعتبر حجة على المتهم بورقة مختومة بهذا الختم.

أضاف المشرع في قانون الإثبات (المادة ٤/٣) حكماً جديداً يقضي بأنه إذا ناقش من نسب إليه إصدار محرر عرفى هذا المحرر ، فلا يقبل منه بعد ذلك أن ينكر نسبة التوقيع إليه ، لأن هذا يعتبر منه مماطلة ومحاولة لاضاعة الوقت بعد أن أستشعر ضعف موقفه.

فهو طالما ناقش موضوع المحرر ، فمفاد ذلك أنه قد أطلع عليه ، ولو كان ادعاهه بإنكار التوقيع صحيحاً في عدم نسبة التوقيع إليه ، لكان قد تبين ذلك من أول ولهه. أما وقد سارت الدعوى شوطاً ، ثم يبدي إنكاره للتوقيع بعد الكلام في الموضوع المحرر العرفى ومناقشته ، فإن هذا يعد منه مماطلة واستغلال لنصوص القانون في نقل عبء الإثبات إلى غريم المتمسك بالورقة ، ورغبه منه في الكيد والمطاله وهو ما لا يصح تمكينه منه ^(٢)

٣- حجية البيانات المذكورة في المعروض العرفى :-

إذا تقرر صدور محرر عرفى من شخص سواء باعترافه به أو ثبوت ذلك بعد الإنكار ، فإن المحرر العرفى يصبح في قوة المحرر الرسمي ، بمعنى أنه إذا أدعى من يتمسك ضده بالمحرر أو غيره أن البيانات المثبتة فيه أصابها التزوير بحذف أو إضافة فلا سبيل إلى إثبات ذلك إلا بسلوك طريق الطعن بالتزوير .

(٢) عبد الودود يحيى المرجع السابق، ص ٥٩، والمذكرة الإيضاحية للمادة ١١ من قانون الإثبات، كما قضت محكمة النقض بأن : "مناقشة موضوع المحرر - مؤداة - عدم قبول الطعن بالإنكار (م ١٤/٣ من قانون الإثبات)" مريان ذلك على الدفع بجهالة توقيع المورث نقض مدني ١٩٧٨/٥/٢٣، طعن رقم ١٤٨، سنة ٤٢، ق ، كما قضت محكمة النقض بأن : "عدم منازعة الطعن في مطابقة صورة الورقة لأصلها ومناقشتها لموضوعها: اعتباراً ضمرياً لها، وعدم الاعتداد لمنازعتها فيها في دعوى سابقة: الإدعاء بعدم وضوح الصورة، لا بعد إنكاراً لمطابقتها للأصل" نقض ١٩٨٠/٥/٢٩ طعن رقم ٦٦٨، سنة ٤٦ ق.

ولكن اعتراف الشخص بنسبة الورقة العرفية اليه لا يمنعه من أن يدعى أن البيانات فيها غير حقيقة ، وذلك إذا ما كانت هذه البيانات صورية . ويقع عليه في هذه الحالة عبء إثبات هذه الصورية . وهذا لا يكون إلا بدليل كتابي لأنه لا يجوز نقض ما هو ثابت بالكتاب ، وهو يستطيع ذلك رغم اعترافه بنسبة المند إلية بأن يقدم دليل كتابي يدل على صحة ادعاة وهو عادة ورقة الضد .^(١)

٣- حجية تاويم المحرر العرفي :

وإذا ثبتت صحة التوقيع على محرر عرفي سواء بإقرار الخصم ، أو بإثبات هذه الصحة من المعتمس بالورقة بعد الإنكار ، فإن هذه الورقة العرفية تحرز الحجية ، وهذه الحجية ليست مقصورة فقط على أطرافها وإنما تمتد بحسب الأصل إلى الكافة .

ولذا يمكن القول أن الورقة العرفية المقر بها لها حجية الورقة الرسمية . وامتداد حجية الورقة العرفية للكافة يفهم ضمناً من نص المادة ١٥ إثبات ، التي تورد استثناء على هذا الحكم حيث تنصي أن المحرر العرفي لا يكون حجة على الغير في تاريخه ، إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت

وسنرى الآن ما هو المقصود بثبوت التاريخ ، ثم نعرض لفائدة اشتراط هذا الثبوت حجية تاريخ المحرر العرفي بالنسبة للغير :-

لا يكون لتاريخ الورقة العرفية حجية على الغير إلا من وقت ثبوت هذا التاريخ .

يعني أنه يمكن أن يكون تقديم التواريخ وسيلة للغش وللإضرار بمصلحة الدائنين وذلك مثلاً كان بيع شخص لأخر مالا منقولاً ، ولم يكن قد سلمه له بعد ، ثم يبيع

(١) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٩٩ لسنة ٢٦ ق ، جلسه ١٩٧٠/٥/٥ بأن " مفاد نص المادة ٣٩٤ من القانون المدني، قبل إلغانها و الاستعاضة عنها بالمادة ١٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بشأن الإثبات، أن حجية الورقة العرفية إنما تستمد من شهادة الإمضاء الموقع به عليها ، وهي بهذه المثابة تعتبر حجة بما ورد فيها على صاحب التوقيع بحيث لا يمكنه التخلص مما تسجله عليه إلا إذا بين كيف وصل إمضاؤه هذا الصحيح إلى الورقة التي عليها توقيعه و أقام الدليل على صحة ما يدعوه من ذلك ."

نفس الشيء لشخص ثان ، وفي تاريخ لاحق ، ويكتب على عقد البيع الثاني تاريخ أسبق من تاريخ عقد البيع الأول ، وذلك إضراراً بالمشتري الأول رغم أنه الأحق.

فلا يكون هذا التاريخ الثاني حجة على المشتري الأول ، إلا إذا كان هذا التاريخ ثابت .

وسرى الآن ما هو المقصود بثبوت التاريخ ثم نعرض لفائدة اشتراط هذا الثبوت حجية تاريخ المحرر العرفى بالنسبة للغير :-

لا يكون للتاريخ الورقة العرفية حجية على الغير إلا من وقت ثبوت هذا التاريخ .

يعنى أنه يمكن أن يكون تقديم التواريخ وسيلة للغش وللإضرار بمصلحة الدائنين ، وذلك مثلاً كان بيع شخص لآخر مالا منقولا ، ولم يكن قد سلمه له بعد، ثم يبيع نفس الشيء لشخص ثان ، وفي تاريخ لاحق ، ويكتب على عقد البيع الثاني تاريخ أسبق من تاريخ عقد البيع الأول ، وذلك إضراراً بالمشتري الأول رغم أنه الأحق فلا يكون هذا التاريخ الثاني حجة على المشتري الأول ، إلا إذا كان هذا التاريخ ثابت .

أما معنى هذا الثبوت فهذا ما سنعرض له :

إذا تدخل شخص له صفة رسمية في تحديد تاريخ الورقة ، فإن ما توجبه هذه الصفة الرسمية من تقة تجعل التاريخ الذي يثبته فيها محققاً أو ثابتاً بغض النظر عن أي تاريخ آخر يكتب فيها الأفراد .

ويلاحظ أن تدخل شخص ذو صفة رسمية هو ليس الوسيلة الوحيدة التي يتحقق بها ثبوت التاريخ .

معنى الغير في ثبوت التأديم وفقاً للمادة 15 إثبات :-

ولا يعني تعبير الغير بالنسبة لثبوت التاريخ أي شخص غير أطرافها ، وإنما الغير في هذا الخصوص يقتصر على الشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بالمحرر العرفى إذا كان سيضار من هذا الاحتجاج لذلك يعتبر من الغير في هذا المعنى :-

١- الفلف الفاخر :-

وهو كل من نلقى من سلفه حقاً معيناً ، كالمشتري الذي يعتبر خلفاً للبائع .

وفي هذا نصت المادة ٤/٦٠ من مدنى من أنه : " إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختيارياً أو جبراً إلى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق هذا الشخص ، إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية " (١) .

فمشتري العقار المؤجر يعتبر من الغير بالنسبة لعقود الإيجار الصادرة من البائع ، ولا تسرى في حقه إلا إذا كانت لها تاريخ ثابتة سابقة على شرائه العقار .

٣- الدائن الحاجز :

والدائن الحاجز من الغير ، ولا تنفذ في حقه التصرفات التي يجريها المدين في المال المحجوز إلا إذا كان لها تاريخ ثابت سابق على الحجز .

٤- الدائن المرتعن :

لا تسرى في حق الدائن المرتهن عقود الإيجار التي أبرمها المدين ، ما لم يكن لها تاريخ ثابت سابق على تتبیه نزع الملكية ، إذا الفرض أن الدائن المرتهن بصدده التنفيذ على العقار ، ويستوي معه في ذلك جميع الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التتبیه .

٥- الدائن الذي يرفع دعوى عدم نفاذ التصرفات -

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن " مفاد نص المادة ١٤٦ من القانون المدني أنها إذا تقرر قاعدة عامة بشأن اتصاف أثر العقد إلى الخلف الخاص اشترطت أن يكون انتقال ملكية الشيء إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذي ينصرف أثره إلى الخلف وأن يكون الخلف الخاص عالماً بالعقد وقت انتقال الملكية إليه = فإذا لم تتطلب هذه المادة أن يكون العقد ثابتاً التاريخ فذلك لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ وبعد طريقاً من طريق إثبات تاريخ الورقة العرفية لتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمه بها بوصفة خلفاً خاصاً . الطعن رقم ٢٠٧ سنة ٢١ في ، جلسة ١٩٦٦/٢/١ .

إذا رفع الدائن الدعوى البوليسية ، وهي دعوى عدم نفاذ التصرف الذي أجراه المدين إضراراً به ، فإنه يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف، فلا ينفذ في حقه هذا التصرف إلا إذا كان له تاريخ ثابت سابق على تاريخ نشوء حق هذا الدائن ^(١)

٥- دائله المفلس :-

دائنو التاجر المفلس يصبحون من الغير بالنسبة لمعاملاتهم المدنية حيث يرتب القانون على إشهار الإفلاس رفع يد التاجر المشهور إفلاسه عن إدارة أمواله ، فلا تكون لأى تصرف يجريه حجية ، ولا ينفذ في حق دائني التاجر المفلس إلا إذا كان لهذه التصرفات تاريخ ثابت سابق على إشهار الإفلاس وينطبق نفس الحكم بالنسبة لشهر إعسار المدين.^(٤)

ضرورة توافر حسن نية الغير :-

يتربّ على اعتبار كل من ذكرناهم أنفأً من الغير ، إن تاريخ المحرر العرفى لا يكون حجة عليهم إلا إذا كان ثابتاً ولا يطلب منهم أن يثبتوا عدم صحة هذا التاريخ بل يكفيهم أن يتمسكون بعدم ثبوته حتى لا يحتاج به في مواجهتهم .

ولكن يشترط لذلك أن يكون هذا الغير حسن النية ، بمعنى إنه إذا كان يعلم وقت إبرام التصرف أن تصرفه يسبقه التصرف المثبت في الورقة العرفية مبادر إلى

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن " الدائن العادي إذا قام بالتنفيذ على أموال مدينة وسجل تبيه نزع ملكية عقاره فإنه يصبح بهذا التسجيل على ما جرى به قضاء محكمة النقض ، في عدد من يشتملهم نص المادة ٢٢٨ مدني قديم فلا يحاج بالعقود العرفية إلا إذا كان تاريخها ثابتا قبل تسجيل تبيه نزع الملكية.

(٤) وفي ذلك نقضت محكمة النقض بأنه إذا استلزم القاتون تسريان التصرف على الغير إتباع إجراءات معينة لتفاد التصرف على الغير كاشتراك في ثبوت التاريخ ، و لم تتم هذه الإجراءات حتى صدور حكم إشهار الإثلاس فإنها لا تسرى في مواجهة جماعة الدائنين ، و لما كانت المادة ١٥ من قانون الإثبات قد نصت على أن المحرر العرفى ، لا يكون حجة على الغير في تاريخه (لا أن يكون له تاريخ ثابت ، فإذا لم يكتسب العقد الذي صدر من المقلنس تاريخاً ثابتاً قبل صدور حكم إشهار الإثلاس ، فإنه لا يحتج به في مواجهة جماعة الدائنين ، و هو ما يتحقق و الحكمة التشريعية التي تغواها المشرع من اشتراط ثبوت التاريخ بالنسبة للغير و هي منع ما يقع في المحررات العرفية عن طريق تقديم تواريختها غشاً و إضلالاً بالغير . الطعن رقم ٤٦٠ لسنة ٤٨ ق ، جلسة ٢٢/١٢/١٩٨٠ .

إثبات تاريخ تصرفه ، ليكون مفضلاً على الدائن الأول ، فإنه لا يعتبر حسن النية ، وبالتالي لا يعتبر من الغير . ويجوز في هذه الحالة للمشتري الأول أن يحتج عليه بتاريخ البيع الأول ولو لم يكن ذلك التاريخ ثابتاً .

من لا يعتبر من الغير :

إذا كان الغير محصوراً على الصورة السابقة ، فكل من عداهم يسري عليه تاريخ الورقة العرفية لو لم يكن ثابتاً . فالدائن العادي – أي الذي لم تتعلق حقوقه بمال معين من أموال المدين – والخلف العام ^(١) لا يلزم ثبوت تاريخ الورقة للاحتجاج بها قبلهم ، بل يكون لهم في هذا الصدد مركز الطرف فيها.

ويلاحظ الفقه أن التاريخ الثابت تكون حجته في مواجهة الغير أقوى من حجته التاريخي العرفي بين أطراف الورقة ، ذلك أن تكذيب التاريخ الثابت من جانب الغير يستلزم اتخاذ سبيل الطعن بالتزوير ، في حين أن تكذيب التاريخ العرفي بين أطرافها لا يستلزم أكثر من تقديم الدليل على التاريخ الصحيح ، طبقاً للقواعد العامة في الإثبات .

استثناء المخالفات من قاعدة ثبوت التأديب :

بعد أن نصت المادة ١٥ من قانون الإثبات على أن المحرر العرفي لا يكون حجه على الغير إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت أضافت في الفقرة الثانية : " ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف إلا يطبق حكم هذه المادة في المخالفات والمخالفات هي محررات عرفية مثبتة للوفاء بالالتزام .

(١) تنص المادة ٩١٦ من المجموعة المدنية، على أن كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصود به التبرع يعتبر تصرفًا مضافاً إلى ما بعد الموت، وتسرى عليه أحكام الوصية ، أيًا كانت التسمية التي تعطي لهذا التصرف، وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانوني صدر من موظفهم وهو في مرض الموت، وليهم إثبات ذلك بجميع الطرق ولا يحتج على الورثة بتاريخ المستند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابت والمقصود بالعبارة الأخيرة ليس جعل الورثة من الغير بالنسبة لثبوت التاريخ في هذه الصورة إنما بإجازة إثباتهم التاريخ الحقيقي بأي وسيلة دون التزام بتقديم الدليل الكتابي . كما يلتزم بذلك من يعتبر طرفاً : إذا لم يكن تاريخ الوصية ثابتاً، انظر في ذلك جميل الشرقاوى المرجع السابق ص ٦٨ . عبد المنعم الصدة المرجع السابق فقرة ١٣٠ .

والأصل أن تكون ثابتة التاريخ حتى تكون حجة على الغير ولكن المشرع أورد هنا استثناء مؤداه أنه إذا حجز الدائن ما لمدينه لدى الغير فقدم مدين المدين مخالصة تقيد وفائه فلا يطلب منه أن تكون هذه المخالصة ثابتة التاريخ قبل الحجز، وإنما تعتبر حجه بتاريخها العرفي على الدائن الحاجز. ولما كان من المحتمل تغيير تاريخ المخالصة إضراراً بالدائن ، فقد جعل المشرع استثناء المخالصات من حكم ثبوت التاريخ جوازياً للقاضي ، إذا وجد من ظروف الدعوى ما يبرر عدم تطلب ثبوت تاريخ المخالصة من الموفي .

طرق إثبات التأريخ :

نصت المادة ١٥ على الطرق التي يثبت بها تاريخ المحرر العرفي في مواجهة الغير فقررت أن :

” يكون للمحرر تاريخ ثابت :

- أ . من يوم أن يقيد في السجل المعد لذلك .
- ب . من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ .
- ج . من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص .
- د . من يوم وفاة أحد من لهم على المحرر أثر معترض به من خط أو إمضاء أو بصمة، أو من يوم أن يصبح مستحيلًا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يرسم لغطه في جسمه .

ه . من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف إلا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات . وهذه هي طرق إثبات تاريخ المحرر وفقاً لهذا النص.^(١)

وسنتناول كل طريقة من طرق إثبات التاريخ بشيء من التوضيح فيما يلي :-

(١) وقد قضت محكمة النقض في الطعن رقم ٣٩٦٢ لسنة ٦١ ق، جلسة ١٩٩٤/٢/١ بان المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن وسائل إثبات التاريخ الواردة بالمادة ١٥ من قانون الإثبات ليست واردة بها على وجه الحصر ، ويكتفى لثبوت التاريخ أن يثبت مضمون المحرر في ورقة أخرى ثابتة التاريخ .

١- قيد المعرو في السجل المعد لذلك :-

يتم إثبات تاريخ المحررات العرفية في مكاتب التوثيق التابعة للشهر العقاري بقيد هذه المحررات في سجل خاص معد لإثبات تاريخ المحرر العرفي .^(١)

ويقوم ذوى الشأن بتقديم المحرر العرفي المراد إثبات تاريخه لمكتب التوثيق فيما يدرج بيانات ذلك المحرر وملخص له في السجل المعد لذلك ويوقعه المؤتمن وصاحب الشأن ثم يحرر محضر على المحرر ذاته يوضح فيه تاريخ تقديم المكتب التوثيق ورقمه في السجل ويختتم بخاتم المكتب ويوقعه المؤتمن ، وبعد تاريخ هذا المحضر تاريخ ثابت للمحرر^(٢)

ويكون تاريخ المحرر ثابتاً من تاريخ حدوث الشهر إذا كان من المحررات واجبة الشهر . كذلك يثبت تاريخ المحرر من تاريخ التصديق على التوقيع ، لأن المحررات التي يصدق على التوقيع فيها تدون في سجل خاص معد لذلك .

ب- إثبات مضمون المعرو في ورقة أخرى ثابتة التارييف :-

قد يحدث أن يرد مضمون محرر عرفي غير ثابت التاريخ في ورقة أخرى ثابتة التاريخ مثل المحررات الرسمية أو المحررات العرفية التي أثبتت تاريخها بإحدى طرق إثبات التاريخ .

(٢) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه 'لنن كان إثبات المحرر في ورقة رسمية يجعله ثابت التاريخ يوم إثباته بها من الموقف المختص ويكون هذا التاريخ حجه على الغير شأنه شأن إثباته بالسجل المعد - لذلك بالشهر العقاري، على ما تقضى به المادة ١٥ من قانون الإثبات، إلا أن شرط من يتسلكه بحكم الاحتجاج عليه بالمحرر غير الثابت التاريخ أو اللاحق إثبات تاريخه أن يكون حسن النية أي غير عالم بسبق حصول التصرف الوارد بهذا المحرر وألا يكون قد اعترف بتاريخه صراحة أو ضمناً أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقته للواقع، ذلك أن الواقع حلقة هو المستهدف لتبني عليه الأحكام وما النصوص القانونية المتعلقة بالإثبات إلا وسيلة للوصول إلى الهدف'.. الطعن رقم ٦١٨٢ لسنة ٦٢ ق، جلسة ١٩٩٥/١/٢٦ .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه : تم تشريع المادة ١٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ في شأن إيجار الأماكن في عقود الإيجار إلا أن تكون مكتوبة ولم تشترط إثبات تاريخها أن يكون هذا الإثبات لدى مأمورية معينة من مأموريات الشهر العقاري، نقض ١٩٨٢/١٢/٣٠ طعن رقم ١٠٥٧، سنة ٥٢ ..

وفي هذه الحالة فإن المحرر العرفي يكتسب تاريخاً ثابتاً يكون هو تاريخ الورقة الأخرى ثابتة التاريخ ولكن يجب أن يرد مضمون المحرر العرفي المشار إليه في الورقة ثابتة التاريخ شاملاً لكل البيانات الالزمة لتعيين هذا المحرر العرفي بالذات وتمييزه عن غيره.^(١)

٤- التأشير على المحرر العرفي من موظف عام مختص :-

ولإثبات التاريخ بهذه الطريقة يجب أن يكون المحرر العرفي قد قدم لموظفي عام أثناء تأدية وظيفته ، وأن يكون تقديم المحرر لهذا الموظف صلة بوظيفته فيؤشر عليه هذا الموظف بما يفيد تقديمها ، ويكتب تاريخاً لذلك ، فيعد هذا التاريخ تاريخاً ثابتاً للمحرر العرفي ويحدث هذا كثيراً .

ومن ذلك على سبيل المثال :-

- محصل الرسوم عندما يقدم إليه عقد فيؤشر عليه هذا المحصل بما يفيد تحصيل الرسم المقرر ويكتب تاريخاً لذلك .

- والمراسلات المسجلة إذا بعد ختم مصلحة البريد عليها - وهو ختم ذو تاريخ - تاريخاً ثابتاً لهذه الرسالة إذا كانت المراسلة مكتشوفة أو غير منفصلة عن الظرف بحيث يأتي الختم ذو التاريخ على الورقة ذاتها ، وبعد هذا إثباتاً لتاريخ هذه الورقة لأنه يمكن التثبت من هذا التاريخ عن طريق الرجوع لسجلات مصلحة البريد التي تتبع المراسلات المسجلة وتاريخها . أما المراسلات غير المسجلة فلا يكسبها ختم مصلحة البريد تاريخاً ثابتاً لأنه لا يمكن الرجوع لأي سجلات بشأنها للتثبت من التاريخ .

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض بان " إن ورود المحرر العرفي في محرر آخر ثابت التاريخ من شأنه أن يجعله ثابت التاريخ من يوم ثبوت تاريخ المحرر الذي ورد فيه ". الطعن رقم ١٣٥ لسنة ١٨ ق جلسة ٦/٤/١٩٥٠ .

- والمحرر العرفى إذا قدم فى قضية وقام القاضى أو كاتب الجلسة بالتأشير عليه بما يفيد تقديمها ، فيعتبر تاريخ هذا التأشير تاريخياً ثابتاً لهذا المحرر العرفى .^(١)

د- وجود خط او توقيع لشقر توفي او اصحابه عجز جسماني:

قد يحمل المحرر العرفى أثراً معترف به - خط أو توقيع - لشخص توفي أو أصابه عجز جسماني يمنعه من الكتابة ، ففي هذه الحالة فإن ذلك يكون قاطعاً للدلة على صدور هذا المحرر قبل حدوث الوفاة ، أو العجز ، لأنه يستحيل القول بغير ذلك ، ويعتبر بذلك تاريخ الوفاة أو العجز تاريخاً ثابتاً للمحرر .

ويلاحظ أنه لا يشترط أن يكون الشخص الموقع على المحرر ، والذي أصابه العجز أو توفي طرفاً في هذا المحرر ، فيكفي أن يكون شاهداً أو ضامناً .

أما إذا كان المحرر من الأوراق التي يشترط فيها التوقيع ، فلا يكفي مجرد وجود خط للمتوفى إذا كان الموقع على الورقة شخص غير صاحب هذا الخط فيتصور أن يكتب شخص محرر ثم توفي، أو يصيّبه عجز جسماني يعجزه عن الكتابة دون أن يكون المحرر قد لحقه توقيع، فلا يعتبر في هذه الحالة تاريخ الوفاة أو العجز تاريخاً ثابتاً للمحرر لا قيمة له دون توقيع .

وبالنسبة للختم فإنه من المتصور أن يكون قد تم وضع بصمة الختم على الورقة بعد وفاة صاحب الختم ولذلك لا يلزم أن يكون تاريخ وفاة صاحب الختم هو تاريخ ثابت

(٤) وتطبقاً لذلـى قـضـت محـكـمة النقـض بـأنَّ المـقرـرَ - فـي قـضـاء هـذـه المحـكـمة - أـنَّ وـسـائـل إـثـبـات التـارـيخـ الـوارـدةـ بـالـمـادـةـ ١٥ـ مـنـ قـانـونـ إـثـبـاتـ لـيـسـتـ وـارـدةـ بـهـاـ عـلـىـ وـجـهـ الـحـصـرـ ،ـ وـيـكـفىـ لـثـبـوتـ التـارـيخـ أـنـ يـشـبـهـ مـضمـونـ الـمـعـرـرـ فـيـ وـرـقـةـ أـخـرـىـ ثـابـتـةـ التـارـيخـ ،ـ وـأـنـ تـمـسـكـ الطـاعـنـينـ بـأـنـ الـمـعـرـرـ مـوـضـعـ النـزـاعـ -ـ وـالـذـيـ قـدـمـوـهـ لـلـشـهـرـ بـتـارـيخـ ١٩٨١/٩/٢٩ـ هـوـ مـيقـ أنـ قـدـمـتـ بـشـانـهـ الـطـلـبـاتـ أـرـقـامـ ٨٨ـ بـتـارـيخـ ١٩٧٦/٢/١٩ـ ،ـ ٨٠ـ بـتـارـيخـ ١٩٧٧/٢/٢٠ـ ،ـ ٦٦ـ بـتـارـيخـ ١٩٧٩/٢/١١ـ إـلـىـ مـأمـورـيـةـ الشـهـرـ العـقـاريـ بـالـرـمـلـ وـأـثـبـتـ مـضـمـونـهـ بـدـفـاـتـرـ أـسـبـقـيـةـ الـطـلـبـاتـ وـحملـ تـأـشـيرـاتـ موـظـفـينـ مـخـصـصـينـ فـاطـرـ الـحـكـمـ الـمـطـعـونـ فـيـ هـذـهـ الـنـدـاعـ قـلـاـ مـنـهـ بـأـنـ طـلـبـاتـ الشـهـرـ السـابـقـةـ قـدـ سـقطـتـ بـمـضـيـ الـمـدـةـ وـاعـتـبـرـتـ كـانـ لـمـ تـكـنـ ،ـ فـيـ حـينـ أـنـ أـثـرـ سـقـطـ هـذـهـ طـلـبـاتـ مـقـصـورـ عـلـىـ أـسـبـقـيـةـ التـسـجـيلـ وـلـاـ يـتـعـداـهـ إـلـىـ أـثـرـ إـثـبـاتـ مـضـمـونـهـ بـهـاـ وـتـأـشـيرـاتـ موـظـفـينـ عـلـيـهـاـ فـيـ ثـبـوتـ تـارـيخـهـاـ ،ـ وـإـذـ حـجـبـهـ ذـلـكـ عـنـ تـحـقـيقـ دـفـاعـ الطـاعـنـينـ فـاتـهـ بـكـونـ مـعـيـاـ بـمـخـالـفةـ الـقـاتـونـ وـالـخطـأـ فـيـ تـطـبـيقـهـ وـالـإـخـلـالـ بـحـقـ الدـفـاعـ .ـ الطـعـنـ رقمـ ٣٩٦٢ـ لـتـمـةـ ٦١ـ قـ جـلـسـةـ ١٩٩١/٢/١ـ .

لورقة ، بل يجوز إثبات أن التوقيع بهذا الختم قد تم بعد وفاة صاحبه وهذه مسألة يترك لمحكمة الموضوع تقديرها حسب ما تراه ظروف الدعوى ، تلك هي الطرق التي نصت عليها المادة ١٥ من قانون الإثبات بخصوص إثبات تاريخ لورقة العرفية .

د- وقوع حادث يقطع أن الورقة صدرت قبله :

ولكن يلاحظ ، أن الطرق السابقة لم ترد على سبيل الحصر باعتبارها فقط طرق إثبات تاريخ المحرر العرفى . ذلك لأن المادة سالفه البيان بعد أن عدلت هذه الطرق أضافت:

أن تاريخ ذلك المحرر يكون ثابتاً من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .

وعلى ذلك يستطيع القاضي إذا قدر أن المحرر العرفى قد صدر حتماً قبل وقوع هذا الحادث ثابت التاريخ، ويكون هذا المحرر ثابتاً إذا أمكن إرجاعه إلى واقعة قاطعة الدلالة على ذلك ، حتى وإن كانت هذه الواقعة ليست من بين الواقع التي عدتها المادة ١٥ من قانون الإثبات لثبت تاريخ المحرر العرفى.

ج- صور المحررات العرفية :

الأصل أن صور المحررات العرفية ليس لها حجية في الإثبات. ذلك أن الصورة هي نسخة تنتقل من المحرر الأصلي وتكون خاليه من التوقيع . وقد رأينا أن المحررات العرفية تستمد قوتها من توقيع ذوي الشأن عليها ، إلا إذا كانت الصورة مكتوبة بخط المدين فإنها تكون صالحة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ^(١).

(١) قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت قاعدة الإثبات لا تتعلق بالنظام ، وكان الطاعون لم يمسق لهم التمسك أمام محكمة الاستئناف بعد جواز الاحتياج قبلهم بالصورة الفوتوغرافية للعقد المقدم من المطعون ضده الأول ، لوم بطنعوا على هذا العقد أو صورته بأي طعن لوم يطلبوا من المحكمة تكليف المطعون ضده بتقديم أصل العقد أو صورته بأي طعن ولم يطلبوا من المحكمة تكليف المطعون ضده بتقديم أصل العقد ، فإنه لا يقبل الطاعون المنازعة في العقد أو صورته لأول مرة أمام محكمة النقض الطعن رقم ١٢٣٩/١٢٢٧ لسنة ٤٧ ق جنسة ٤/١٢ ١٩٨٠ .

وإذا كان الأصل أن صور المحررات العرفية لا حجية لها في الإثبات . إلا أن هناك نوعان من المحررات العرفية كان ينبغي على المشرع أن يجعل لصورتها قوة في الإثبات ، وهي المحررات العرفية المسجلة ، إذا تقتضي قواعد الشهر أن تحفظ أصول هذه المحررات في مكاتب الشهر العقاري ويعطي منها صورة فوتوغرافية لذوي الشأن.

وفي هذه الحالة تكون للصورة المأخوذة عن الأصل حجية الأصل إذا لم ينزع فيها صاحب المصلحة ، وإذا نزع فيها أمكن مراجعتها عن الأصل . وإذا كان الأصل قد فقد فإن الصورة في هذه الحالة تكون لها حجية الأصل أو على الأقل تعتبر مبدأ ثبوت الكتابة ^(٢)

وقد قضت محكمة النقض بأنه لا حجية لصور الأوراق العرفية في الإثبات إلا بعقدر ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجوداً فيرجع إليه كدليل للإثبات. أما إذا كان الأصل غير موجود ، فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت منه ، و التوقيع بالإمضاء أو بصمة الختم أو بصمة الإصبع هو شرط لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية.

الفروع الثانية

المحروقات العرفية غير المعدة للإثبات

المحروقات العرفية غير المعدة للإثبات والتي نظم قانون الإثبات حجيتها هي :

(٢) عبد الودود يحيى المرجع السابق ، ٧٠ .

كما قضت محكمة النقض بأن " المقرر و على ما جرى به فضاء هذه المحكمة أن صورة الورقة العرفية ليست لها حجية ولا قيمة لها في الإثبات إلا بعقدر ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجوداً فيرجع إليه ، أما إذا كان الأصل غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت عنه و التوقيع بالإمضاء أو بصمة الختم أو بصمة الإصبع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الورقة العرفية " الطعن رقم ١٧٢٥ لسنة ٥٠ ق ، جلسة ٢٧/٣/١٩٨٤ .

الرسائل والبرقيات

(المادة ١٦)

دفاتر التجار

(المادة ١٧)

الدفاتر والأوراق المدنية

(المادة ١٨)

التأشير على سند الدين (المادة ١٩)

والملاحظ أن حجية هذه الأوراق في الإثبات لا ترتبط بتوافر شروط الورقة العرفية الكاملة ولا سيما شرط التوقيع ، ولذلك فهي لا تبلغ من القوة مبلغ الدليل الكتابي الكامل . وسوف نعرض لذلك عند الإشارة لكل منها فيما يلي :

١- حجية الرسائل والبرقيات :

أولاً : الوسائل :

إذا كانت الرسائل موقعاً عليها فإنه يكون لها قيمة المحرر العرفى في الإثبات. أي أن الرسائل وهي أوراق غير معده للإثبات تصبح دليلاً كتابياً كامل إذا توافرت فيها شروط المحررات العرفية ، وذلك بأن تتضمن بيانات وتوقيع .

وجعل الرسائل المستوفية لشروط في مقام المحررات العرفية من ناحية الحجية يقتضي أن تخضع الرسائل لما تخضع له الأوراق العرفية من قيود كاشتراط ثبوت تاريخها حتى يحتج بها على الغير، أما إذا لم تتوفر في الرسائل شرائط الورقة العرفية فإنها تعتبر بداية ثبوت بالكتابه .^(١)

من له الحق في استعمال الرسائل :-

(١) مذدى نص المادة ٣٩٦ / ١ و ٢ من القانون المدني أن الرسائل والبرقيات لها قيمة الورقة العرفية في الإثبات متى كانت هذه الرسائل وأصل تلك البرقيات موقعاً عليها من مرسلها . وقد فسد المشرع بهذا النص . على ما افصح عنه في المذكرة الإيضاحية . أن يستجيب لحاجة التعامل بالرسائل والبرقيات ويوجه خاص في المسائل التجارية فادرجها بين طرق الإثبات بالكتابه وجعل لها حجية الورقة العرفية للتسوية بينها في الحكم / الطعن رقم ٣١٠ سنة ٢٠ ق ، جلسة ١١/١١٩٦٦ .

كما أن للمرسل إليه الحق في التمسك بالرسالة أمام القضاء فإنه يحق ذلك للغير أيضاً و هذا على النحو الآتي:-

(١) تمسك المرسل إليه بالرسائل :-

مما لا شك فيه أن للمرسل إليه الحق في التمسك بالرسالة الموجهة إليه و التي يكون قد اكتسب الحق عليها و تملكها بمجرد تسلمه لها من مصلحة البريد أو أي جهة مكلفة بتسليم الرسالة إليه . على أنه ليس للمرسل إليه أن يستعمل الرسالة أو يستند إليها إذا كان قد ورد فيها عدم جواز استعمالها كدليل . و يسري هذا الحظر حتى ولو كانت الرسالة خالية من أي أسرار . كما وقد يذكر المرسل صراحة أنه لا يرتبط بأي شيء مما ذكر في الرسالة حتى يتم تحرير عقد يوقعه مع المرسل إليه أو يتم اتخاذ إجراء رسمي بعينه أو يشير إليه .

(٢) تمسك الغير بالرسالة :-

ليس لغير المرسل إليه أي حق في استعمال الرسائل التي تخص الآخرين و يكون للغير الحق في استخدام الرسائل التي قد يكون قد سلمها إليه المرسل إليه صاحب الحق فيها و بشرط أن يكون قد أذن له بذلك . فإذا كان قد حصل على الرسالة بطريق غير مشروعة أو بسبب خطأ المرسل إليه فليس له أي حق في استعمالها . وإذا استخدم الغير الرسالة بغير أن يكون قد أذن له في ذلك جاز للمرسل إليه منعه . و له أن يطلب سحبها من أوراق الدعاوى المتناولة بدون بحث فيما إذا كانت الرسالة تحتوي على معلومات تتسم بالسرية أو لا .

على أنه ليس من الضروري أن يكون الإذن للغير باستخدام الرسالة صريحاً بل يصح أن يكون هذا الإنذن ضمنياً كأن يكون المرسل إليه قد سلم الرسالة للغير و تركها عنده مدة طويلة ، أو علم بوجود هذه الرسالة عنده و لم يعرض على ذلك لمدة طويلة أيضاً .

وفي بعض الأحيان قد لا يكون هناك ما يدعو غير من وجهت إليه الرسالة إلى استئذان المرسل إليه في استخدامها أو التمسك بها و مثال ذلك حالة ما إذا قدم

المرسل إليه الرسالة في دعوى كان هذا الغير أحد أطرافها إذ أنه بتقديم المرسل إليه للرسالة فإنها تصبح مشتركة بينه وبين الخصوم و في ذات الدعوى و تتعلق بها حقوقهم.

اما إذا كانت الرسالة تحتوي على معلومات شخصية أو لها خصوصية تدعو إلى اعتبارها سرية فلا يمكن للغير استعمالها حتى ولو أذن له بذلك المرسل إليه ، إذ لا بد من رضاء المرسل أيضا . و لا يمكن استنتاج رضاء المرسل إليه أو المرسل الضمني من حيازة الغير للرسالة.

على أنه لا حاجة للحصول على رضاء المرسل أو المرسل إليه إذا فقدت الرسالة سريتها كما تناولتها مرافعات علنية . و تحديد ما إذا كانت الرسالة محتوية على أسرار أو معلومات شخصية مسألة موضوعية متروكة لتقدير محكمة الموضوع و لا تخضع لرقابة محكمة النقض . و يمكن لقاضي الموضوع استنتاج ذلك من عبارات الرسالة و الغرض من إرسالها و أسباب تحريرها و صفة كل من المرسل و المرسل إليه ... الخ.

ثانياً البرقيات :-

إن التلغراف الذي يسلم للمرسل إليه ليس كالخطاب الذي يرد من المرسل رأسا و يحمل توقيعه ، بل أنه من الجائز أن يحدث خطأ في نسخة التلغراف المبلغة و خصوصا إذا مر التلغراف على أكثر من مكتب لذلك يجب دائمًا الرجوع إلى الأصل مadam موجوداً.

وتنص المادة ٢/١٦ من قانون الإثبات على أن البرقيات تكون لها حجية المحررات العرفية إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسليها . وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقدم الدليل على عكس ذلك.

هذا و يمكن للمرسل إليه في جميع الأحوالأخذ صورة صحيحة من أصل التلغراف من مكتب الإرسال و نجد أنه بالرغم من أن هذه الصورة يحتمل حدوث خطأ فيها

لأنها تتغل عن الأصل مباشرة ، إلا أنه لا يمكن التحقق من صدور الأصل من المرسل.

فإذا أقر المرسل بصدور أصل التلغراف منه ولكن نازع في بعض عباراته فقط فإن نزاعه هذا لا يكون مؤثرا للصورة المنقولة من الأصل.

وتجدر باللحظة أن أصول البرقيات ت عدم بعد وقت معين وعندئذ تفقد البرقية ما لها من حجية في الإثبات . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة السابقة على أنه : "إذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستثناء " .

وهكذا إذا أنكر المرسل صدور التلغراف منه بعد إعدام الأصل فإن هذا التلغراف يفقد قيمته كدليل كتابي حيث أنه لا يحمل توقيع المرسل و ليس محررا بخطه.

١- دفاتر التجار:-

فرض القانون على التجار إمساك دفاتر معينة . كما أجاز للمحكمة أن تعتمد بدفعاتر اليومية و دفتر الخطابات و دفتر الجرد في المنازعات التجارية و في مواد الأموال الشائعة أو مواد التركات و قسمة الشركات و في حالة الإفلاس ، و يجوز للمحكمة في هذه الأحوال أن تأمر بالإطلاع على تلك الدفاتر من تلقاء نفسها.

وقد قضت محكمة النقض أن : "الاستدلال على التاجر بدفعاته ليس حقا مقررا لخصم التاجر وواجبا على المحكمة إنالته إياه متى طلبه ، بل أن الشأن في ذلك بحسب نص القانون من أنه أمر جوازي للمحكمة إن شاعت إجابته و إن شاعت أطروحته . و كل أمر يجعله القانون للقاضي في خيار الأخذ و الترك فلا حرج عليه إن مال لجانب دون الآخر من جانبي الخيار و لا يمكن الادعاء عليه في هذا بمخالفة القانون"

كما نص القانون التجاري على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بتقديم الدفاتر ل تستخرج منها ما يتعلق بالخصومة و نص أيضا أنه على التاجر وورثته الاحتفاظ بالدفاتر المنصوص عليها في هذا القانون مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ إيقالها و يجب عليهم كذلك حفظ المراسلات و المستندات و الصور المشار إليها في

هذا القانون مدة عشر سنوات . و قد بَيَّنَتْ نصوص القانون قواعد القيد في كل منها .

وقد نص القانون على حجية الدفاتر التجارية في الإثبات من المادة ١٧ من قانون الإثبات فنصت على أن :

"١- دفاتر التجار لا تكون حجه على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجوز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة .

٢- وتكون دفاتر التجار حجه على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان منافضاً لدعواه ."

لذلك فإن ما ورد بدفاتر التاجر يكون حجة عليه سواء كانت هذه الدفاتر منتظمة أم لا ، فهي بمثابة الإقرار . لكن يلاحظ أن يطبق عليها عندئذ ما يطبق على الإقرار من عدم جواز تجزئته إذا كانت الدفاتر منتظمة . أما إذا كانت غير منتظمة فالقاضي يستطيع أن يقبل تجزئة ما بها حسب رؤيته للواقع المعروضة عليه .^(١)

ويقضي نص المادة ١٧ أن القانون جعل للدفاتر المنتظمة حجية في الإثبات للتاجر على الغير فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود (مala يزيد عن ألف جنية) ولكنه لم يجعل بيانات الدفاتر في مقام الدليل ، بل جعلها جزءاً من الدليل للقاضي أن يكملها باليمين المتممة .

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن " موى نصوص المادة الأولى من القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ في شأن الدفاتر التجارية و المادة ١٧ من قانون التجارة و المادتين الخامسة و السادسة من القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ مجتمعة أن الدفاتر التجارية المنتظمة هي الدفاتر التي تتوافر في مساحتها الشروط المبينة في المادتين الخامسة و السادسة من القانون رقم ٣٣٨ لسنة ١٩٥٣ ، و أن هذه الدفاتر المنتظمة هي مناط جواز قبول البيانات المقيدة فيها كدليل فيما ينشأ من منازعات بين التجار عن أعمالهم التجارية ، و هي أيضاً مناط قاعدة عدم جواز تجزئة ما يرد في هذه الدفاتر من بيانات ، و الشروط المشار إليها لم تستوجب لاعتبار الدفتر منتظماً أن يتضمن بياناً لكيفية تدرج الحساب في الدفاتر السابقة عليه . الطعن رقم ١٥٣٨ لسنة ٥٠ في جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٣ .

وفي كل الأحوال التي تعتبر الدفاتر التجارية فيها حجة يجوز إثبات عكس ما دون بها كافة طرق الإثبات^(١)، ويلاحظ أيضاً أن الدفاتر التجارية من الأوراق التي يجوز المطالبة بتقديمها إلى المحكمة إذا طلب الخصم ذلك (مادة ٢٠٥ إثبات).

٣- الدفاتر والأوراق المعنوية :

وهي المفادات والمنكرات التي قد توجد لدى بعض الأشخاص وتحتوي على بيانات متعلقة بحققه والتزاماته . والقانون لا يلزم أي شخص (غير الناجر) بأن تكون لديه أوراق أو دفاتر ، ولكن في حالة وجودها فلا مانع من الاستقادة مما تضمنته من بيانات في الإثبات القضائي .

وقد نصت المادة ١٨ إثبات على حجية هذه الأوراق والدفاتر فجاء فيها أنه: " لا تكون الدفاتر والأوراق المعنوية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين الآتيتين:

١- إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً .

٢- إذا ذكر صراحة أنه قصد مما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام

المنذ لمن ثبت حقاً لمصلحته " .

ومن هذا النص يتبين لنا أن الدفاتر والأوراق المعنوية لا تكون حجه ل أصحابها على أية صورة^(٢). لأنه لا يستطيع أن يصطفع دليلاً لنفسه . ولكن قد ينظر إليها القاضي باعتبارها قرائن في الأحوال التي يستند فيها القرائن القضائية ، كما هو الحال بالنسبة للبيانات التي ترد في أوراق الطبيب بما يستحق له لدى بعض مرضاه^(٣) .

بل أن الأصل أن هذه الأوراق والدفاتر لا تكون حجه على أصحابها وإن كان القانون استثنى من ذلك هاتين الحالتين :-

(١) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " يجوز نفي ما يثبت بالدفاتر التجارية لمصلحة المتمسك بها ضد خصمه بكافة طرق الإثبات . الطعن رقم ٢٢٢ لسنة ٤٤ ق ، جلسة ١٩٥٦/١/١٥ .

(٢) لا باعتبارها كاتبة أو حتى بداية ثبوت الكتابة . وانظر في هذا المضمون أيضاً جميل الشرقاوي، المرجع ، ص ٧٧.

(٣) حيث أن ما يستحقه الطبيب ولو زاد عن ألف جنيه لا يستلزم وجود دليل كتابي لوجود المatum الأجنبي.

١- أن يذكر فيها صراحة صاحبها أنه استوفى ديناً و يلاحظ أن القانون يشترط ذكر الاستيفاء ذكراً صريحاً ، فلا يصلح من بيانات هذه الأوراق ما يفيد الاستيفاء ضمناً .

٢- إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فيها أن تقوم مقام السند الكتابي ، وهذه الصورة نادرة عملاً .

ويلاحظ أن دلالة الأوراق والدفاتر المنزلية في الحالتين السابقتين ليست دلالة الكتابة ، فلا تستلزم كتابة لإثبات عكسها ، بل يجوز إثبات ما يخالف دلالة هذه الأوراق بكل طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن .^(١)

والأصل أن الأوراق والدفاتر المنزلية لا يجوز الإجبار على تقديمها إلى القضاء إلا إذا كانت مشتركة بين الخصمين أو مثبتة لالتزامهما وحقوقهما المتبادلة ، كما لو كانت متعلقة بتركه أو شركة أو إذا كانت قد سبق تقديمها للمحكمة .

(١) وقد قضت محكمة النقض بـ 'مناط اعتبار التدليل الكامل ذات حجية مطلقة - أي مائعة أصلاً من إثبات ما يخالفه أو يجاوزه بغير الكتابة - هو أن يكون قد تم تسليمه برضاء من أصدره إلى المستفيد منه ، أما إذا كان المحرر في حوزة من أصدره أو انتقل بغير رضاه إلى المتعتمد به فإنه يظل في حكم الورقة المنزلية ... الأصل في النظائر غير التجارية وسائر الأوراق المنزلية أن صدورها بخط أو توقيع صاحبها لا يجعل منها دليلاً ضده ، وإن جاز اعتبارها قرينة لا تقوم بذاتها بل تضم إلى غيرها في الأحوال التي تقبل الإثبات بالقرائن ، إلا أنه في الحالتين الاستثنائيتين الواردتين في المادة ١٨ إثبات تكون الورقة المنزلية دليلاً كاملاً ضد من أصدرها كافياً بذاته لإثبات ما تضمنته من إقرارات ، إلا أن حجيته في الإثبات ليست مطلقة ، و بالتالي يحق لمن صدرت منه الورقة و خلقانه إثبات عكس ما جاء بها بكافة طرق الإثبات كان يثبت أن ما دون بها صدر عن خطأ أو تلاه من الواقع ما غير أو عدل مضمونه أو أنه كان مجرد إعداد مسبق لم مشروع تعامل لم يتم . الطعن رقم ٢١٣٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ٦/٣/١٩٨٦ .

التأشير على سند الدين :

حدد القانون حجية الكتابة التي تأخذ صورة التأثير على السند في المادة ١٩ إثبات التي نصت على أنه :

” التأثير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأثير موقعاً منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته . وكذلك يكون الحكم إذا ثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين ” .^(١)

(١) ولقد ورد في مذكرة المشروع التمهيدي للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٩٨ تطبيقاً على المادة ١٩ ملامة البيان أنه ”ليس في هذه المادة من جديد إذا قورنت بما يقابلها في التقنيات الأجنبية فالحكماء نظير في المادة ١٣٣٢ من التقنين الفرنسي والمادة ١٣٣١ من التقنين الإيطالي والمادة ٢٤٣٨ من التقنين البرتغالي والمادة ١٩٢٠ من التقنين الهولندي والمادة ١٢٢٨ من التقنين الكندي وقد نصت المادة ٢٩٥/٢٣٠ من التقنين المصري والمادة ٤٣٩ من التقنين العراقي على هذه الأحكام ذاتها مع تحفظ قوامه إباحة إقامة الدليل العكسي .

وقد جرت العادة بأن يوشر الدائن بالوقاء الجزئي أو الكل على سند الدين ويستفيه في حيازته (الفقرة الأولى) أو بأن يوشر بذلك على نسخة أصلية أخرى من هذا السند أو على مخالصة تكون في يد المدين (الفقرة الثانية).

ويراعى أن المشروع قد عنى في النص باستظهار ما يقصد بكلمة نسخة وليس يقصد بها مجرد صورة أخرى من سند الدين وإنما شللت هذه الكلمة بمعنى ” أصلية ” تعينا دلالته المقصودة .

وعلة الاعتراض بالتأشير المتقدم ذكره في الإثبات أن الدائن في الحالة الأولى يدل على إقرار غير قاضى لا يمكن استبعاده من السند الذي يتقدم به لاستيفاء حقه وإن ما يصدر من الدائن في الحالة الثانية يكون في الواقع بمثابة مخالصة تبقى في يد المدين .

ويراعى أن المشروع لا يتطلب توافر أي شرط شكلي في مثل هذا التأثير فهو لا يشترط بيان تاريخ التحرير أو وضع تقرير الدائن وهو لا يشترط إبراده في مكان معين من السند أو النسخة الأصلية أو المخالصة فقد يرد في نول الورقة أو على هامشها أو ظهرها بيد أنه يشترط لتوافر حجية التأثير أو قوته في الإثبات أن يكون مكتوبًا بخط الدائن في الحالتين اللتين يواجههما النص وإن يظل سند الدين في يد الدائن في الحالة الأولى وفي يد المدين في الحالة الثانية والواقع أن من صور الفسح ما يتيسر وقوعه في الحالات الأولى لو دخل سند الدين في يد المدين إذ يسهل عليه تزوير التأثير وكذلك الشأن لو سلم الدائن سند لوكيل فوضه في استيفاء الدين فهو يوشر على هذا السند بالمخالص قبل أن يسلمه لوكيله ويقوم هذا بردء إليه بما سيق أن دون فيه من تأشيرات فيما إذا تختلف المدين عن الوفاء عند

ومن هذا النص يتبيّن لنا أن القانون نظم حجية التأشير على سند الدين في صورتين :

- التأشير على السند الموجود لدى الدائن .

- التأشير على سند في حيازة المدين .

وسنعرض لهاتين الصورتين على التوالي :-

أولاً: التأشير على سند لدى الدائن :-

قد يكتفى المدين في إثبات ما يقوم به من وفاء ، ولا سيما في حالات الوفاء الجزئي بأن يقوم الدائن بالتأشير على سند الدين في ظهره أو على الهاامش بما يفيد حدوث هذه الوفاء . ويعتبر هذا التأشير على سند يحوزه الدائن حجة على هذا الدائن بحصول الوفاء حتى يثبت عكس ذلك .

- العطالية ولذلك اشترط المشروع في هذه الحالة أن يكون السند قد بقى في يد الدائن ولم يخرج منها قط فإذا أدعى أن السند خرج من يده وقع عليه عبء إقامة الدليل على صحة هذه الدعوى وقد يتصرّف في الحالة الثانية أن يكون قد سلم المخالصة لوكيل مفوض في استيفاء الدين ولما كان من واجب مثل هذا الوكيل أن يرد إلى الموكيل المخالصة التي تسلّمها إذا لم يتم له استيفاء الدين فالمطروح أن الدائن يحتفظ بهذه المخالصة لأنّه لم يستوف حقه من المدين ولهذه العلة اشترط المشروع أن تظل النسخة الأصلية أو المخالصة في يد المدين .

على أن تختلف أحد الشرطين المتقدمين لا يجعل التأشير خلوا من كل فائدة فللدينين مثلاً إن يتعلّق منه بوصله مبدأ ثبوت بالكتابية متى كان محراً ببط الدائن ولم يروجه للنص صراحة على هذا الحكم لأنّه لا يدعو أن يكون تطبيقاً لقواعد العامة.

ويراعى أن التأشير تقتصر حجيته على الدائن وحده ولا يجوز أن ينهض بليلًا لصالحة على وجه الإطلاق إذ من الممتع على ذي الشان ان يصطعن بليلًا لنفسه ثم إن هذه الحجية لا تتوافر إلا إذا تصدّ من التأشير إلى إثبات براءة نمة المدين أما ما عدا ذلك مما يوشّر به على سند الدين فلا تكون له حجية في الإثبات إلا في حدود القواعد العامة ومتي تحدّد المقصود من التأشير على هذا الوجه اعتبار حجية بما جاء فيه " إلى أن يثبت العكس " .

وقد نهج المشروع في إباحة إقامة الدليل العكسي نهج التقنين الراهن (المادة ٢٣٥/٢٩٥) والتقنين المراكشي (المادة ٤٣٦) مراعياً في ذلك أن تأشير الدائن لا يعتبر قرينة قاطعة على براءة النمة بل يكون لهذا الدائن أن يثبت أن ما أشر به قد صدر عن غلط منه .

ويشترط لاعتبار هذا التأشير ذا دلالة ألا يكون السند قد خرج من حيازة الدائن. ولكن ليس على المدين إثبات أن السند لم يخرج من حيازة دائه ، بل أن القانون يفترض عدم خروجه . ولذلك فإنه يكون على الدائن إثبات خروج السند من حيازته إذا إدعى ذلك لنفس هذه الحجة .

والقانون لم يشترط أن يكون لهذا التأشير شكل معين ، بل لم يشترط أن يكون بخط الدائن ولا أن يكون موقعاً منه . كما لم يحدد القانون مكاناً لهذا التأشير ، فيصبح أن يأتي على ظهر السند أو ذيله أو هامشه ، وإنما أشترط القانون ألا يكون السند قد خرج من حيازة الدائن .

فإن توفر ما أشترطه القانون في التأشير يعتبر هذا التأشير قرينة على الوفاء وبراءة نمة المدين في حدود ما جاء بالتأشير ، وحتى يثبت الدائن عكس ذلك يجب عليه أن يقىم الدليل بأن التأشير قد وضع بخط غيره بدون علمه أو موافقته ، أو أن هذا التأشير جاء بخطه ارتقايا لوفاء معين أتفق على حدوثه ولم يحدث

وإذا كان التأشير قد شطب ولكنه ظل مع ذلك مقرراً فإن هذا لا يكون سبباً في زوال حجته ، لأن وجود السند تحت يد الدائن يسمح له بأن يجري هذا الشطب في أي وقت شاء . فإذا أراد أن يتمسك بالشطب لإزالة حجية التأشير فإن عليه أن يثبت ما يبرر هذا الشطب بكافة طرق الإثبات .^(١)

ويلاحظ أنه إذا وجد السند في حيازة الغير الذي يطلب من المدين دفع قيمته بحجية أن الدائن وكله في قبضها أي أنه طلب منه تحصيل قيمته فإنه يجب على المدين أن يطلب منه دليلاً كتابياً على ذلك إذا كانت القيمة تتجاوز المائة جنيه.

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه ^{٣٩٩/١} حيث تقضى المادة ^{٣٩٩} من القانون المدني بأن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة نمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ما دام لم يخرج فقط من حيازته . والتأشير المشطوب يبقى حافظاً لقوته في الإثبات وتقوم به قرينة الوفاء على الرغم من الشطب إلا إذا نقضتها الدائن بإثبات عدم حصول الوفاء وإن الشطب كان بسبب مشروع الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٢٠٢٥ ق، جلسة ١٩٩٥/٣/٢٥ .

ويلاحظ من الناحية العملية أنه إذا ثبت أن التأشير ليس بخط الدائن أو وكيله ووجد السند عند الغير كان من السهل جداً على الدائن أن يثبت أن ذلك التأشير ليس سببه براءة ذمة المدين.

التأشير على سند لدى المدين :

وقد يكون التأشير بالوفاء على نسخة أصلية من السند تحت يد المدين وقد يكون على مخالصة سابقة وينظر فيها لاحقاً الوفاء الجديد .

ويشترط لإثبات دلاله التأشير على وفاء المدين بالدين شرطان :

- أن يكون السند تحت يد المدين .

- وأن يأتي التأشير بخط الدائن .

فإذا ما توافرت هذه الشروط كان التأشير حجه بالوفاء حتى ينفي الدائن هذه الدلالة بكل طرق الإثبات .

وإذا كان التأشير على السند الموجود لدى المدين مشطوباً ، فإن هذا الشطب يزيل أثر التأشير برغم أن التأشير بخط الدائن ، وذلك لأن من شروط الاحتجاج بالتأشير هنا عدم خروج السند من يد المدين . والمفترض أن المدين لا يسمع بالعيب بسند الدين الذي تحت يده ، إلا إذا كان الوفاء لم يتم ، فيكون هذا الشطب في هذه الحالة ذا دلاله حقيقة . أما إذا إدعى المدين أن هذا الشطب تم عن غلط أو دون علمه فإن عليه أن يثبت حقيقة ما يدعوه بكافة طرق الإثبات .

المبحث الثالث

الحالات التي يتطلب فيها القانون الكتابة للإثبات

الكتابية هي وسيلة الإثبات الأساسية التي يتطلبها القانون بالنسبة للتصرفات القانونية. أما الواقع المادي فإنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، وذلك لأن طبيعة الواقع المادي لا تسمح بتطلب وسيلة معينة لإثباتها .

ولو تطلب المشرع الكتابة لإثبات جميع التصرفات القانونية ، لكان في ذلك صعوبة بالغة. لذلك فإنه لا يجب الإثبات بالكتابة إلا حين تزيد قيمة التصرفات عن ألف جنية (المادة ٦٠ إثبات) .

ويكون الإثبات بالكتابة واجباً أيضاً إذا حرص ذوى الشأن على كتابة تصرفهم واتفقوا على ذلك حتى ولو لم تزد قيمته عن ألف جنيه فإذا كان بقصد إثبات ما يخالف هذا التصرف الذي لا تجاوز قيمته ألف جنيه ، فإنه من الواجب أن يتم إثبات ذلك بالكتابة ذلك أنه لا يجوز إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة .

وهناك حالات أخرى يتطلب فيها القانون الإثبات بالكتابة بغض النظر عن قيمتها كما في عقد الصلح (المادة ٢٥٥ مدني) ، وعقد الكفالة(المادة ٣٧٧ مدني) بيد أن دراسة إثبات هذه التصرفات يعرض بقصد دراستها وب المناسبها لذلك سوف تقصر على عرض القاعدتين الأساسيةين في هذا الموضوع وهما :

١. وجوب الكتابة في إثبات ما زاد عن ألف جنيه .
٢. وجوب الكتابة في إثبات ما يخالف أو ما يجاوز ما أشتمل عليه دليل كتابي (أو عدم جواز نقض المكتوب بالبينة) .
وفيما يلي نعرض لإيضاح هاتين القاعدتين :-

القاعدة الأولى

في إثبات ما زاد عن ألف جنيه مصري

النص القانوني :

ورد نص المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات بما يأتي : "في غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضاؤه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ."

نطاق تطبيق هذه المادة :

١- من ناحية أولى نجد أن نطاق تطبيق هذه المادة محصور في المسائل المدنية بدليل قول المشرع في صدرها : "في غير المواد التجارية ...". ولذلك فإن إثبات التصرفات القانونية التجارية في الأصل حر آي تجوز فيه البيئة، إلا ما أستثنى بنص خاص أو باتفاق الأطراف . هذا ويرجع في تحديد المواد التجارية إلى القانون التجاري .

٢- ومن ناحية ثانية فإن نطاق تطبيق هذه المادة مقصور على التصرفات القانونية بدليل قول المشرع فيها بأنه "إذا كان التصرف القانوني".^(١)

(١) وطبقاً لذلك قضت محكمة النقض بأنه " لما كان الثابت بالأوراق أن الطاعن قد تمسك في المنكرة المقدمة منه لمحكمة الدرجة الأولى بتاريخ ١٢/٩/١٩٩١ بعدم جواز إثبات دفع مبلغ المهر إلا بالكتابية عملاً بنص المادة ٦٠ من قانون الإثبات وكان من العذر أن تسلیم الخاطب مخطوبته قبل العد مالاً مسؤولاً على المهر يعتبر تصرفًا قاتلانياً يخضع في إثباته للقواعد العامة في الإثبات ، وبيان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاة بجواز إثبات تسلیم الخاطب لولي مخطوبته مبلغ المهر ومقداره عشرة آلاف جنيه بشهادة الشهود على مسند من أن هذا التسلیم بعد واقعة مادية وليمن تصرفًا قاتلانياً واتخذ من أقوال الشهود في التحقيق الذي أجرته المحكمة عماداً لقضائه برد المهر فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه . طعن رقم ٥٤٠٨ لسنة ٦٦ قضائية جلسه ١٩٩٧/٧/٨ . و يلاحظ أن تسلیم الخاطب لمخطوبته مبلغ المهر ومقداره يزيد على النصاب القانوني يمكن أن يخضع للإثبات بشهادة الشهود باعتباره تصرفًا قاتلانياً لا واقعة مادية استناداً للقواعد العامة في الإثبات . وذلك لوجود مatum أديبي يحول دون الحصول على دليل كتابي طبقاً للمادة ١/٦٣ ."

وبذلك تخرج من نطاق تطبيق هذه المادة الوقائع القانونية الأخرى التي لا تعتبر تصرفات قانونية ، أي الواقع الطبيعية والأفعال المادية سواء ما كان منها فعلاً نافعاً أو فعلاً ضاراً .

وهذه الأفعال المادية كما أسلفنا لا يتصور تهيئة دليل كتابي بها وإنما تثبت بالمعاينة وشهادة الشهود ، فإذا حررت بشأنها ورقة فإنها لا تعدو أن تكون شهادة مدونة أو إثباتاً كتابياً لما قرره شاهد الواقع .

وكلما يقتصر نطاق تطبيق هذه القاعدة على التصرفات القانونية المدنية .

ولما كان التصرف القانوني هو كل اتجاه للإرادة إلى إحداث أثر قانوني ، سواء كان هذا الاتجاه فردياً أو مزدوجاً ، فإنه يلزم من ذلك أن انطباق هذه القاعدة يتحقق في حالة العقد ، وكذلك في حالة التصرف القانوني الذي يكون حاصلاً بإرادة واحدة كالإيجاب وحده أو القبول وحده أو إجازة التصرف أو التنازل عن الحق أو الوعد بجائزة ففي كل هذه الحالات إذا أدعى شخص أنه قد أصدرت تصرفات من هذه التصرفات (إيجابياً مثلاً) موضوعه أكثر من ألف جنيه بحيث يرتب على ذلك أثراً قانونياً مفاده على سبيل المثال أنه قبل الإيجاب مما أدى إلى انعقاد العقد ، فإنه ينبغي أن يثبت ادعاءه بالكتابة^(١) .

- ٣ - ومن ناحية ثالثة ، فإن نطاق تطبيق هذه المادة مقصور على التصرفات التي تزيد قيمتها عن ألف جنيه .

(١) وقد لا يتصور البعض ذلك في حالة الوعد لموجه للجمهور ، كما لو أعلن شخص في جريدة أنه يمنع جائزة تكون قيمتها أكثر من مائة جنيه لمن يعثر على شئ ضالع . ولكن الواقع أنه في هذه الحالة سينتمي المطالب بالجائزة بنسخة الجريدة المنصور فيها هذا الإعلان للتبدل على حصول الوعد . فإذا نازع المدعى عليه في ذلك - كلياً أو جزئياً ، وجب إدخال صاحب الجريدة في الدعوى لإلزامه بتقديم أصل الإعلان المحرر بمعرفة الوعاد وإلى نشر إعلان طبقاً له ، ولا لأصبح من الميسور أن يلزم أي شخص بمجرد نشر إعلان في صحيفة باسمه .

فإذا كانت قيمة التصرف ألف جنيه بالضبط أو أقل من ذلك فإنه يباح إثباتها بالبينة وبالقرائن ، إلا ما استثنى بنص خاص

أما إذا زادت القيمة عن ألف جنيه ولو ملیما واحدا ، فإنه ينبغي إثبات التصرف بالكتابة .

شروط تطبيق هذه القاعدة :

ونخلص من ذلك أنه يشترط لتطبيق هذه القاعدة شرطان :

الشرط الأول : خاص بطبيعة المراد إثباتها :

وهو يتلخص في أن تكون هذه الواقعة تصرفاً قانونياً مدنياً ويستوي بعد ذلك أن تكون المحكمة التي تنظر أمامها النزاع مدنية أو جنائية أو تجارية، فإن العبرة ليست بالأشخاص بل طبيعة التصرف . وعلى هذا فإذا وجه أحد الأشخاص اتهاماً لشخص آخر بتبديد وديعة قيمتها أكثر من ألف جنيه ، فإنه يجب عليه أن يقوم بإثبات عقد الوديعة بالكتابة .^(١)

(١) وفي مثال آخر قضت محكمة النقض بأنه 'يجوز إثبات الغش، و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة ، بطرق الإثبات القانونية كافة شاملة البينة و إذ أسمت الطاعنة دفاعها أمام محكمة الموضوع على ما هو ثابت بالأوراق أن المطعون ضده - بعد أن تسلم منها المبلغ الثابت بحسب المدعى عليه قام بتمزيق ورقة أو همها أنها المسند المذكور ، و كان هذا منه - فيما لو ثبت - بشكل احتيالاً و غشاً يجوز إثباته بطريق الإثبات القانونية كافة شاملة البينة ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاة على أن ما تدعيه الطاعنة وفاء و هو بهذه المثابة تصرف قانوني لا يجوز إثباته إلا بالكتابة لا يواجه دفاع الطاعنة ألف النكرو لا يصلح ردأ عليه رغم أنه دفاع جوهري من شأنه لو ثبت أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى فيكون فضلاً عن خطنه في تطبيق القانون قد شابه القصور في التسبيب والإخلال بحق الدفاع . الطعن رقم ٦٤٨ لسنة ٥٢ ق ، جلسة ٢٦/١٢/١٩٨٥ .

الشرط الثاني : خارج بقيمة التصرف ، وهو يتلخص في أن تكون هذه القيمة أكثر من ألف جنيه .

وثمة شوطثالث : وهو يتلخص في ضرورة تمسك صاحب المصلحة بهذه القاعدة وبالإضافة يعبر متنازلاً عنها ويكون الإثبات بالبينة جائزًا في حقه ومن باب أولى لو تنازل عنها صراحة) .

تقدير قيمة التصرف :

وفي تقدير قيمة التصرف ، وهل تزيد أم تقل عن ألف جنيه ، وتوجد صعوبات سنورد الحلول التي تتبع في شأنها بإيجاز فيما بعد ، غير أننا نلاحظ مبدئياً أنه لا ينبغي الربط بين القواعد المقررة في قانون المرافعات لتقدير قيمة الدعاوى توصلا إلى تحديد اختصاص المحكمة - جزئية أم كافية وبين القواعد للمقررة في القانون المدني لتقدير قيمة التصرف توصلا إلى تحديد الدليل الجائز القبول (البينة أم الكتابة) .

وفيهما يلي أهم القواعد المتعلقة بهذا الموضوع :

أولاً : أن الالتزام يقدر باعتباره قيمته وقت صدور التصرف (مادة ٢/٦٠ من قانون الإثبات) دون نظر إلى ما يطرأ عليه من زيادة أو نقص بعد ذلك : وبقدر الالتزام باعتباره قيمته وقت صدور التصرف ، ويجوز الإثبات بشهادة الشهود أو إذا كانت زيادة الالتزام على ألف جنيه لم تأت إلا من ضمن الفوائد والملحقات إليها فلو تعهد شخص بتوريد كمية ، من البرسيم مثلا ، قيمتها وقت التعاقد أقلًا من ألف جنيه فارتقت وقت رفع الدعوى إلى ألف وخمسون جنيهًا ، فإن الإثبات في شأنها يكون بالبينة ، لأن العبرة بقيمتها وقت انعقاد التصرف .

وكذلك لو أدعى شخص عند آخر أمانة قيمتها وقت الإيداع ألف وعشرون جنيهًا فهبطت وقت رفع الدعوى إلى تسعمائة ، فلا عبرة بهذا الهبوط الطارئ ، ولابد من الإثبات بالكتاب في هذه الحالة .

ثالثاً : إن العبرة ليست بقيمة العقد كله بل بقيمة ما يبقى المتعاقد ملتزماً به في وقت التعاقد . ولنضرب مثلاً يوضح ذلك : اشتريت شيئاً قيمته ألف جنيه ودفعت منها وقت الشراء ستمائة وبقيت أربعينات فهذه هي القيمة التي تعتبر .

ثالثاً : أن التصرف غير المقدر القيمة يعتبر في حكم الزائد عن ألف جنيه فتجب الكتابة في إثباته . ومثال ذلك التعهد برسم صورة زيتية أو بعدم فتح محل تجاري أو إيداع شهادة الليسانس عند شخص .

وابعاً : أن القاضي لا يتقييد بتقدير الخصوم ، وبيان ذلك أنه إذا كان محل الالتزام مبلغًا من النقود ، فلا صعوبة في القول بأنه أكثر أو أقل من ألف جنيه . إنما إذا كان محل الالتزام شيئاً مادياً ، فإنه يكون محل منازعة ، ولذلك يجب على القاضي عند المنازعه في ذلك التقدير أن يقوم بتقدير قيمة الشيء بنفسه أو بالاستعانة برأي خبير ينتدبه خصيصاً لذلك .

خامساً : أنه إذا طالب المدعى في الدعوى بأكثر من ألف جنيه ثم عدل طلباته بعد ذلك إلى ألف جنيه أو أقل ، فلا يباح له الإثبات بالبينة لأن تعديله لطلباته مشوب بمعنة التحايل بقصد أن يثبت بشهادة الشهود ما رأي نفسه عاجزاً عن إثباته بالكتابة (انظر المادة ٦١ فقرة ج من قانون الإثبات) .

سادساً : أصل الدين هو مناط التقدير ، ولا عبرة بالملحقات سواء أكانت معروفة وقت التعاقد أولاً ، فمثلاً لو كانت قيمة الالتزام في أصله ألف جنيه ثم رفعت الدعوى بمبلغ أزيد وكانت الزيادة ناتجة من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل - كشرط جزائي أو تعويض - فإن الإثبات هنا يكون بالبينة (٢/٦٠ من قانون الإثبات)

سابعاً : إذا كانت قيمة الدين أو الحق تتجاوز ألف جنيه وكان المطلوب هو الرصيد الباقي منه ، وكانت قيمة ذلك الرصيد المطلوب ألف جنيه أو أقل ، فلا يجوز مع ذلك إثباته بالبينة لأن العبرة بالحق كله أو بالدين في مجموعة (المادة ٢/٦٠ من قانون الإثبات) .

ثامناً : ومن باب أولى لا يجوز للمدعي أن يجزئ التصرف ويعني ذلك أنه لو كان أحد الأشخاص داننا شخص آخر بألف ومائة جنيه فرفع الدعوى بثلاثمائة جنيه منها فقط ، فإن ذلك لا يعفيه من وجوب الإثبات بالكتابة . ولو قلنا بغير ذلك لما كان للقاعدة قيمة ، لأن من يدلينك بألف ومائة جنيه يستطيع عندئذ أن يتحايل فيرفع عليك أحد عشر دعوى مستقلة كل منها بمائة جنيه ويثبت كلا منها بشهادة الشهود ، وهو مالا يسوع عقلا ولا يستقيم قانونا ، خصوصا لما فيه من إهدار للقاعدة القانونية .

وإنما يلاحظ أنه يجب أن يكون ما يطلبه المدعي -ألف جنيه أو أقل- هو جزء من دين تربو قيمته على الألف جنيه .

تاسعاً : إذا كان لأحد الأشخاص ديونا مختلفة القيمة عند شخص آخر فجمعها في دعوى واحدة ، فإن تطبيق القاعدة السابقة يقتضي النظر إلى قيمة كل دين منها على حدة . فما كان من هذه الديون غير متجاوز للنصاب (١٠٠٠ جنيه) جاز إثباته بالبينة (مادة ٢/٦٠ من قانون الإثبات) .

فإذا قام أحد الأشخاص برفع دعوى على شخص آخر بما قيمته ألف وخمسة جنيه مصري منها ألف ومائة جنيه قيمة ما افترضه المدعي عليه من المدعي ، ومنها أربعين جنيه قيمة بذلك اشتراها المدعي عليه من المدعي ، لكان من الواجب إثبات المبلغ الأول بالكتابة ، و الاكتفاء في إثبات المبلغ الثاني بالبينة بالنظر إلى أن قيمة هذا المبلغ أقل من النصاب .

هذا و تعدد الأشياء التي تشملها الصفة الواحدة لن يسمح بإنكار وحدة العملية القانونية وبالتالي وحدة مصدر الالتزام .

لذلك فإذا تعدد مصدر الالتزام ، فإن تحديد قيمة المعاملة ينظر إليه بشأن كل صفة على حدة . فإذا نظرنا مثلا إلى حالة شخص اشتري من محل مرة بذلك قيمتها ثلاثة و خمسون جنيه ثم اشتري مرة ثانية شيئاً آخر بمبلغ أربعين جنيه وفي المرة الثالثة حقيبة قيمتها مائتين و ثمانون جنيه لكان مجموع مشترياته ألف وثلاثون

. على أن الإثبات بالبينة جائز في هذا الفرض بالنظر إلى أن العملية ليست واحدة .

فكل مبلغ من المبالغ المبالغة الذكر مصدر يختلف عن مصدر المبلغ الآخر وإن كانت هذه المصادر جميعاً من طبيعة واحدة . فالعبرة إذن هي بتنوع المصادر ولا أهمية لكون التصرفات ذات طبيعة واحدة ، وكذلك لا أهمية لاشتمال التصرف على جملة مفردات ما دام المصدر واحداً .

عاشرأ : في حالة الوفاءالجزئي إذا كانت قيمة الدين أكثر من ألف - ألف ومائتين جنيهها على سبيل المثال - ووفي المدين بثمانمائة أو أقل منها ، فإنه يجوز له أن يثبت هذا الوفاء بشهادة الشهود .

وهذا الاستثناء أورده القانون المدني الجديد تيسيراً على المدينين في حالة وفائهم بما لا يزيد عن القيمة المتاح بشأنها الإثبات بشهادة الشهود من دين يرمو على ذلك .
قانون الإثبات م ٢٦٠). (١)

على أنه إذا كان الوفاء بمبلغ تزيد قيمته عن ألف جنيه ، فلا بد من أن يقدم كتابة تقيد ذلك .

حادي عشو : من الجدير باللحظة أنه يجب أن ندخل في تقديرنا الآثار القانونية التي تترتب على ثبوت الدعاء (٢) .
ولنضرب أمثلة توضح ذلك :

١- دين قيمته ٢٠٠٠ جنيه مضى عليه ١٥ عاماً فسقط بالتقادم وجاء الدائن يرفع الدعوى ضد المدين فرفعها بمبلغ ٩٠٠ جنيهها فقط زاعماً أن المدين أوفاه من

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن "الوفاء باعتباره تصرفًا قانونياً لا يجوز إثباته بغير الكتابة أو ما يقوم مقامها إذا كانت قيمته تزيد على عشرين جنيهاً (ألف جنيه حالياً) طبقاً للنص المادة ٦٠ من قانون الإثبات ، مما تكون العبرة فيه بقيمة الالتزام الأصلي إذا كان الوفاء جزلياً . الطعن رقم ٢٥١٥ لسنة ٥٢٣ ، جلسة ١٩٨٦/٥/٢٧ .

(٢) انظر مطول بودري التزامات جزء رابع ب ٥٤٥٢ ، أويري طبعة خامسة ج ٢١ ص ٣١٥ وما بعدها : الفقرة ٧٦٢ .

الدين ألف ومائة جنيها في خلال المدة لكي يتخذ من وفاء المدين له بجزء من الدين خلال المدة ذريعة للقول بانقطاع التقادم .

فبما أراد الدائن إثبات الوفاء من جانب المدين في هذه الحالة بشهادة الشهود اعتمادا على المادة ٦٠/٣ من قانون الإثبات التي تقرر جواز البينة في كل وفاء لا تزيد قيمتها على ألف فلا شك في أن القاضي هنا يكون محقا إذا منعه من الإثبات بالبينة لجملة أسباب :

أولهما : ومن ناحية التمسك بالألفاظ ، فإن الدائن هنا لا يريد أن يثبت أن المدين قد أوفي ، لأنه لا مصلحة له في ذلك . وإنما يريد الدائن أن يثبت أنه هو الذي قد استوفى . فالمراد بإثباته ليس " الوفاء " بل هو الاستيفاء .

وثانيهما : أن في ذلك مخالفة لحكمة التشريع ، لأن المشرع أراد التيسير على المدين لا على الدائن . وفي حالتنا ينقلب الوضع فيصبح مسيئا للمدين . ولعل هذه الحجة تعزز الحجة الأولى ، فالشرع حين ذكر كلمة "وفاء" إنما كان ذهنه منصرفا إلى المدين وإلا لنصل على القبض أو الاستيفاء إلى جانب نصه على الوفاء .

وثالثهما : أن تقدير قيمة التصرف ينبغي أن ينظر فيها إلى ما يتربّ عليه من النتائج القانونية . وهذا سيترتب على إثبات الدائن أنه قد استوفى من مدينه جزء من الدين ، سيترتب على ذلك أن يمتنع على المدين أن يتمسّك بسقوط الحق بالتقادم وهذا أمر تقدّر قيمته بقيمة الدين ، وهي أكثر من ألف جنيه .

فالواقع إنن أن الدائن لا يريد أن يثبت هنا أن مدينه قد أوفي له فعلاً مبلغ ألف ومائة جنيها فإن هذا التثبت من الدائن بإثبات أمر في مصلحة المدين (والدين ينكره) شاذ ودل على حقيقة الأمر التي هي أن ما يريد الدائن إثباته إنما هو انقطاع التقادم . وهذا هو الأمر الذي ينبغي تقدير قيمة لإباحة الإثبات بالبينة أو لعدم إباحة ذلك الإثبات .

وفي هذا المقام قد يقال : وما ذنب الدائن إذا كان المدين فعلاً قد أوفي الدين جزئياً ، فلما وجد أنه من الممكن أن يتمسّك بسقوط الدين بالتقادم رأى أن مصلحته في أن

ينكر ما أوفي ليتمسك بسقوط الدين ، خصوصاً وأن الوضع الطبيعي هو أن الدائن يعطي مدينه مخالصة ولم تجر العادة بأن يطلب من المدين ورقة تثبت قيام الدائن بالوفاء ، بل أن هذا قد يبدو غريباً.

ولقول في هذا : أن الدائن إن كان حريصاً في هذا الفرض ، فقد كان ينبغي عليه حين يعطي مدينه مخالصة أن يطلب منه ورقة تفيد واقعة وفائه بجزء من الدين ، وتسمى هذه الورقة CONTRE-QUITTANCE أي " ضد المخالصة " .

وقد جرت على ذلك عادة الدائنين الحريصين ومحترفو الإقراض وبالإضافة إلى ما سبق فإن الدائن كان يملك أن يرفع دعواه قبل انتهاء مدة التقادم فإذا قصر في المطالبة بحقه فلا يلومن إلا نفسه

٢- مثال آخر : باع شخص إلى قاصر سلعة ثم رفع عليه الدعوى بعد بلوغه سن الرشد يطالبه بالثمن ، ولكنه زعم أن القاصر قد جاءه بعد بلوغه سن الرشد فأوفاه منه جزءاً قيمته أقل من ألف جنيه وأراد إثبات ذلك بشهادة الشهود .

والحكم في هذه كالحكم في الحالة السابقة، لأن الأمر المقصود إثباته ليس هو كون المدين قد أوفي وإنما هو إثبات حصول أجراه القاصر ضمناً للتصرف القابل للإبطال بعد بلوغه سن الرشد وذلك من خلال تنفيذه الجنائية للتصرف ..

وحتى لا يمنع ذلك القاصر من المطالبة أو الدفع بإبطال التصرف ، فإنه من الواجب رفض السماح للدائن بإثبات الوفاء الجنائي للدين بشهادة الشهود ، والتمسك بالقاعدة الأصلية التي تستلزم إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن ألف جنيه مصرى بالكتاب .

٣- مثال ثالث : اشتري رجل شهادة استثمار لحامليها فادعى آخر أنه قد باع له نصفها أو وهب نصفها أو قايضه على نصفها :
وتبلغ قيمة هذه الورقة عشرة جنيهات وجاائزتها ألف جنيه فما الحكم ؟

رأي البعض أن العبرة بالأصل أي الورقة ذاتها ولا أهمية للملحقات (أي الجائزة)
بالغة ما بلغت ، فأجازوا الإثبات بالبينة ^(١).

ورأي البعض الآخر أن العبرة بقيمة الجائزة فلم يجيزوا البينة في الإثبات .
وهذا هو رأي محكمة النقض المصرية .

ونحن نرى أنه يجب أن ننظر إلى الآثار القانونية التي تترتب على ثبوت الإدعاء ،
فإن كانت الدعوى قد رفعت قبل تحديد الجائزة ، فالعبرة بقيمة الورقة والبينة جائزة ،
ذلك أن الغرض من الإثبات هنا هو مجرد إثبات حق المدعى في ملكية نصف
الورقة .

أما إذا وقعت الدعوى بعد ظهور أن الشهادة رابحة ، فإن إثبات ملكية نصف الورقة
سيؤدي إلى إثبات الحق في نصف الجائزة ، فهذا الآثر القانوني الذي سيترتب على
الإثبات المطلوب هو الذي ينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار في تقدير قيمة الإدعاء
توصلا إلى تحديد الدليل الذي يجوز قبوله في إثبات الحق .

القاعدة الثانية

عدم جواز نقض المكتوب بالبينة

النص القانوني:

هذه القاعدة مقررة في المادة ٦١/١ والتي وردت بأنه : " لا يجوز الإثبات بشهادة
الشهداء، ولو لم تزد القيمة على ألف جنيه فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه
دليل كتابي " .

شروط تطبيق القاعدة :

أولاً: وجود الكتابة :

(١) لقض فرنسي بنابر ١٨٢٥ مصري، ١٧٥، ٧٢.

والمقصود بذلك الدليل الكتابي الكامل ، أي الكتابة المعدة للإثبات ، فلا يكفي أن تكون هناك دفاتر تجارية أو أوراق خصوصية أو مذكرات أو مراسلات غير موقع عليها ، أو أن تكون هناك ورقة عليها توقيع على بياض . وكذلك لا يكفي وجود ورقة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابية بهذه الأوراق يجوز إثبات ما يخالفها وما يجاوزها بالبينة لأنها لا تعتبر دليلاً كتابياً .^(١)

ثانياً : أن يرواء لقفر هذه الكتابة :

أي يراد إثبات ما يخالف هذه الكتابة أو ما يجاوزها . فهنا أمران:

- ١ - ما يخالف الكتابة ما يهدم ما جاء فيها أو ينتقصه أو يعدله .
- ٢ - ما يجاوز الكتابة أي ما يضيف إليها وصفاً كشرط أو أجل أو تعديلاً يوسع نطاقها .

فلو كانت هناك ورقة ثابت بها دين مقداره ألف ومائة جنيه وأراد المدين أن يثبت بشهادة الشهود أن حقيقة الدين أربعينية خمسون جنيهًا لما تمكن من ذلك ، فذلك لا يجوز . وكذلك لو أراد الدائن أن يثبت بالبينة أن حقيقة الدين هي ثلاثة جنيه وأن لو أراد الدائن أن يثبت أنه ينتج فوائد أو أنه قد حصل تجديد الالتزام . أو تعديل لبعض شروط العقد بعد تحريره - أو أن الطرفين توافقاً على فسخه - فكل ذلك لا يجوز إثباته بشهادة الشهود ما دام التصرف ثابتاً بالكتابية .

(١) وفي ذلك محكمة النقض بان " الشرط الوارد في عقد الشركة المكتوب بعد إنفراد مديرها بالعمل لا يجوز تعديله إلا بالكتابية، ولا يغول على إدعاء هذا المدير بأنه قد انفرد بالعمل بإذن شفوي من أحد شركائه المتضامنين ". الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ٤٤ ق ، جلسة ١٩٥٦/٤/٥ .

ثالثاً : أن يكون معاوض الكتابة أحد المتعاقدين :

فإذا كان الذي يريد أن يثبت عكس المكتوب أو ما يجاوز المكتوب من الغير ، فيحوز له إثبات ما يدعوه بشهادة الشهود لأنه لم يكن طرفاً في العقد . ذلك أنه لا يمكننا أن ننفي على الغير أي تهاون في إضافة ما يدعوه إلى العقد عند تحريره أو فيأخذ كتابه مضادة ، فكونه أجنبياً عن العقد يعتبر في نظر بعض الفقهاء مانعاً مادياً يمنعه من الحصول على أي دليل كتابي ويبيح له بالتالي الإثبات بشهادة الشهود .

وفي نظر البعض الآخر من الفقه فإن العقد بعد تصرفه قانونياً بالنسبة لتعاقديه ، أما بالنسبة للغير فهو لا يعده أن يكون واقعة مادية يثبتها أو يثبت عكسها بالبينة " شهادة الشهود " .

ومن أمثلة ذلك أن يبيع أحد الأشخاص عقاراً وينذر في ورقة العقد ثمناً أعلى مما أتفق عليه مع المتعاقدين الآخر حقيقة ، فيأتي شفيع يطلب الشفعة . فلهذا الشفيع الحق في إثبات الثمن الحقيقي بشهادة الشهود .

وفي الصورية عموماً يجوز لغير المتعاقدين إثباتها بشهادة الشهود والقرائن سواء أكانت قيمة التصرف تزيد على ألف جنيه أو تقل عن ذلك وسواء أكان العقد مكتوباً أم لا ، أما فيما بين المتعاقدين فلا يحوز إثبات الصورية إلا بالكتابة .^(١)

وابعاً : يشتוטط ألا يكون هناك غش ضد القانون :

والغش نحو القانون FRAUDE A LA LOI مثلاً أن تكون ثمة ورقة ثابت فيها مديونية شخص بمبلغ وذكر فيها أن المبلغ ثمن بضاعة الواقع أنه دين قمار ، وكذلك لو ذكر في العقد أن مبلغ الدين ١٢٠٠ جنيهها الواقع أن المبلغ ١٠٠٠ ألف جنيه فقط وأن الصورية كانت لاخفاء ربا فاحش .

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن " إثبات صورية التصرف فيما بين المتعاقدين وورثتهم لا يكون إلا طبقاً للقواعد العامة ، فلا يجوز لهم إثبات صورية العقد الثابت بالكتابة بغير الكتابة . " الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٣٦ ق ، جلسة ١٦/٣/١٩٧٢ .

على أنه يجب أن تقوم قرائن على الغش نحو القانون عند الإدعاء به حتى يمكن إثابة الإثبات بشهادة الشهود مما سيوضح في موضعه .

ففي هذه الحالة يباح نقض المكتوب بشهادة الشهود (استثناء) حتى بين المتعاقدين.^(١)

أما حيث لا يوجد غش نحو القانون فلا يجوز نقض الكتابة فما بين المتعاقدين إلا بالكتابة .

مجال تطبيق هذه القاعدة :

١ - هذه القاعدة ، كالقاعدة السابقة ، تطبق على التصرفات القانونية لا على الواقع المادي .

٢ - وتنطبق على التصرفات التي تزيد أو تقل عن ألف جنيه ما دامت ثابتة بالكتابة .

٣ - وتنطبق فيما نري على جميع التصرفات مدنية وتجارية . وهذه نقطة خلافية بين الشراع . فبعضهم يذهب إلى جواز إثبات عكس المكتوب بشهادة الشهود في المواد التجارية . وهذا الرأي محل نظر لأنه إنما يأخذ بما جاء في القانون الفرنسي في المادة ١٣٤١ التي استثنى بنص صريح المواد التجارية من القاعدتين السابق ذكرهما .

أما في مصر فإن المادة ٦٠ من قانون الإثبات بشهادة الشهود قررت عدم جواز الإثبات بشهادة الشهود فيما جاوز الألف جنيه واستثنى المواد التجارية . وجاءت المادة ٦١ بعد ذلك فنصت على عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ولم تستثن المواد التجارية .

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض بان " مودى نص المادة ١٣٧/٢ من القانون المدني أنه إذا ذكر في السند سبب الالتزام فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذي قبل المدين أن يتلزم من أجله غير أن هذا لا يمنع المدين من أن يثبت بجميع الطرق أن السبب الحقيقي للالتزام غير مشروع ". الطعن رقم ٦٨١ لسنة ٤١ ق ، جلسة ١٩٧٦/٦/٨ .

هذا فضلاً عن المادة ٦١ في رأينا جاءت قاصرة على المسائل المدنية ، لأنها نكرت في صدرها أنه لا يجوز الإثبات بالبينة . ولو لم تزد القيمة على ألف جنيه " فيفهم من ذلك أنها قصدت المواد المدنية لأنها لو كانت تقصد المواد التجارية لما احتاجت إلى وضع هذا القيد الذي إنما قصد به التبيه إلى المسائل المدنية ، ذلك أن الأصل في المسائل المدنية إنما قصد به التبيه إلى المسائل المدنية ، ذلك أن الأصل في المسائل المدنية هو جواز إثبات مالا يزيد عن ألف جنيه بشهادة الشهود وبالقرائن (وهذا هو الوجه الثاني للقاعدة الأولى التي ذكرناها) ، فجاءت هذه القاعدة الثانية (عدم نقض المكتوب إلا بمكتوب) استثناء من هذا الأصل المعمول به في المسائل المدنية .

ولو أراد المشرع أن يستثنى المسائل التجارية من حكم المادة ١/٦١ لنص على ذلك صراحة أولاً أو أورد نصاً لاحقاً على المادتين معاً ونكر فيه أن المواد التجارية تستثنى من أحكام المادتين المنكوتين .

ويقى أن بعض الشرح يقرر أن استثناء المواد التجارية ورد في صدر المادة ٦٠ و ٦١ ، لأن المادة ١/٦١ هي استثناء من المادة ٦٠ مما استثنى من القاعدة العامة المذكورة في المادة ٦٠ يستثنى من الاستثناء الوارد في الفقرة (١) من المادة ٦١ .

ونحن نرى أن ما استثنى من قاعدة لا يستثنى من استثناءاتها لأن كلاهما استثناء من قاعدة عامة ، فكيف يسري أحدهما على الآخر وهما في مرتبة واحدة ، هذا فضلاً عن أن ما يقرره البعض من أنه يأخذ بهذا الحكم مع أن القانون المصري لم ينص على عدم سريان هذه القاعدة على التصرفات التجارية على نقض ما فعله المشرع الفرنسي .

وحيث أن نص القانون الفرنسي كان ماثلاً أمام المشرع المصري، فإن الأخذه به في المادة ٦٠ يعد موقعاً واضحاً للدلالة .

مسائل لا يعملا فيها بهذه القاعدة :

ومن المقرر أن هناك مسائل لا يعمل فيها بهذه القاعدة وهي :

١- الوفاء :

إذا كان محل الإثبات هو وفاء الالتزام أو تنفيذه فلا يعتبر ذلك إثباتاً لما يخالف الكتابة أو يجاوزها لأن تنفيذ الالتزام أو وفائه يعتبر مسألة مستقلة عن واقعة الالتزام ذاتها ، فيكون إثباتها طبقاً للقواعد العامة أي بالكتابية أن كانت تزيد عن ألف جنيه في حالة ما إذا كان الالتزام عبارة عن عمل قانوني . أما إذا كانت لا تزيد عن ألف جنيه ، أو كانت عبارة عن عمل مادي كبناء منزل أو إصلاحه مثلاً ، فيجوز إثباتها بالبينة و القرآن، بل و بالمعاينة عندما يتصور ذلك . وعلى هذا فلو كان الالتزام ثابتاً بالكتابية وقيمتها ألف جنيه ، وأراد المدين إثبات الوفاء به ، جاز له إثبات ذلك بالبينة .

أما إذا كانت قيمته ألف جنيه مصرى وكان ثابتاً بالكتابية وأراد المدين إثبات الوفاء به ، وجب عليه تقديم كتابة بذلك .

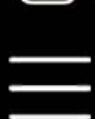
٢- تفسير العقد :

يجوز الالتجاء إلى البينة لتفسیر العقد وجلاء غواصمه لأنه يجوز الالتجاء في ذلك إلى القرآن . وقد قضت بذلك محكمة النقض المصرية في ٢٩ مارس ١٩٥١ (الطعن ١٩٣ / ١٨)

"لا تثريب على المحكمة إن هي أحالت الدعوى على التحقيق لاستجلاء ما أبهم من مدلول هذا البند و استجلاء قصد المتعاقدين منه ، متى كان تفسير هذا الذي جاء به مثار نزاع بين الطرفين ."

وقد كان من أسباب هذا الطعن أن المحكمة خالفت مبدأ أنه لا يجوز إثبات ما يخالف الثابت في عقد مكتوب بالبينة .

٣- التأريخ :



إذا لم يذكر في الورقة المكتوبة تاريخ كتابتها فيجوز إثبات هذا التاريخ بالبينة لأنها واقعة مادية ، ولا يعتبر ذلك مناقضة للكتابة ، لأننا إذا قلنا أنه سيخالف الكتابة فأين تلك الكتابة في خصوص تاريخ العقد ما دام هذا التاريخ لم يذكر أصلًا؟ .

وإذا قلنا إنه سيجاوز المكتوب ، فإن كون العقد تحرر في تاريخ معين إنما هو حقيقة ثابتة وإثباتها لا يجاوز المكتوب . فيتو لا يعدو أن يكون إثبات واقعة مادية . كما لو كان المراد إثباته أن العقد كتب نهاراً أم ليلاً ، شتاءً أم صيفاً .

ويلاحظ أن هذا كله لا يكون إلا في حالة عدم ذكر التاريخ في المحرر . أما لو كان التاريخ مكتوباً في المحرر فهذه المسألة أخرى ، لأن إثبات أن التاريخ الحقيقي للمحرر هو تاريخ آخر خلاف المدون به . وهذا الإثبات يجب أن يحصل بالكتابة فيما بين المتعاقدين لأنه ادعاء بصورة التاريخ .

أما الغير فيستطيعون إثبات عكس التاريخ المكتوب عن طريق البينة، أي شهادة الشهد والقرائن .

وليس في ذلك مخالفة القانون لأنها كما ذكرنا لا تطبق إلا إذا كان من يعارض الكتابة هو أحد المتعاقدين .

ويراعي في هذا المقام أخيراً ما سينكر في موضعه في شأن التاريخ اليقيني . DATE CERTAINE

المبحث الرابع

إجراءات الإثبات بالكتابة

تعرض قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ للقواعد الشكلية المتعلقة بالإثبات بالكتابة وعرضها في فصلين ضمن الباب الذي خصصه للإثبات بالكتابة وتناول في المطلب الأول : طلب إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده ، وتناول في الثاني : إثبات صحة المحررات وقد نقل قانون الإثبات هذه القواعد عن قانون المرافعات .

ونعرض فيما يلي إجراءات الإثبات بالكتابة على نحو ما عرض لها قانون الإثبات ، فتناولها في مطلبين يستقل كل منهما بموضوع من الموضوعين سالفي البيان .

المطلب الأول

اللزم الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده

من المبادئ المقررة في الإثبات أن على كل خصم أن يقدم الدليل على صحة دعواه ، كما أنه من مبادئ الإثبات أنه لا يجوز إجبار الشخص أن يقدم دليلاً ضد نفسه . لكن هذه القاعدة يرد عليها استثناء حيث يحظر القانون في بعض الحالات إلزام الخصم بتقديم المحررات التي تحت يده^(١) .

حالات إلزام الخصم بتقديم المحررات الموجودة تحت يده :

(١) وقضت في تلك محكمة النقض أن "اللزم الخصم بتقديم أي ورقة تحت يده طبقاً للمادة ٢٠ من قانون الإثبات متروك لتقدير المحكمة" نقض مني ، جلسة ١٩٧٦/٣/٣ ، مجموعة المكتب الفني ، السنة ٢٧ ، ص ٥٦٨ .

أوضحت المادة ٢٠ من قانون الإثبات حالات إلزام الخصم بتقديم الأوراق التي تحت بده وهذه الحالات هي :-

- ١- إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بتقديم المحرر الذي تحت بده أو تسليمه . و من ذلك ما يقصى به القانون التجاري (المواد من ١٦ إلى ١٨) من أنه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب الخصم ، إلزام التاجر بتقديم دفاتره التجارية لاستخراج منها ما يتعلق بهذه الخصومة .
- ٢- إذا كان المحرر مشتركاً بينه وبين الخصم . و يعتبر المحرر مشتركاً على الأخص ، إذا كان لمصلحة الخصميين ، أو كان مثبتاً للتزاماتهما و حقوقهما المتبادلة (١).
- ٣- إذا استند إليه الخصم في آية مرحله من مراحل الدعوى . و في هذا تنصل المادة ٢٥ إثبات على أنه : "إذا قدم الخصم محرراً للاستدلال به في الدعوى ، فلا يجوز له سحبه بغير رضاه خصمه إلا باذن كتابي من القاضي ، أو من رئيس الدائرة ...".

وذلك حتى لا يستفيد الخصم مما تحت بده من محررات ثم يسحبها قبل انتهاء النزاع حتى لا تناح لخصمه فرصة الاستفادة بهذه المستندات ، و هذا غير مقبول .

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض بأنه . يعتبر المحرر مشتركاً في مفهوم المادة ٢٠ من قانون الإثبات إذا كان لمصلحة خصي الدعوى أو كان مثبتاً للتزاماتهما و حقوقهما المتبادلة ، و كان الثابت أن الطاعن الأول الذي أدعى صدور عقد التوقيع بالبيع العزلي ١٢ من يناير سنة ١٩٦٤ لصالحه من مورث المطعون ضدهم و قدم صورة ضوئية له لم يطلب من المحكمة إلزام المطعون ضده الأول بتقديم أصله الموجود تحت بده و إنما طلبه باقى الطاعنين الذين لم يدعوا أنهم طرقاً فيه و من ثم فلم تتنازل لهم بهذه المثابة علاقة قانونية مشتركة بينهم و بين المطعون ضده الأول تولد التزامات متبادلة تخول لهم طلب إلزامه بتقديم أصل هذا المحرر و من ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى عدم توافر شروط هذا الطلب فإنه يكون قد أصاب صحيحاً القانون .. و لا يعيه القصور في أسبابه القانونية .. إذ لمحكمة النقض أن تستكمel هذه الأسباب دون أن تتقاضه .. و يكون هذا النهي على غير أساس . الطعن رقم ١٧٠٢ لسنة ٥٧ ق ، جلسة ١١/٢٢ .

وحتى لو أذنت المحكمة له بسحب مستداته ،فانه يحفظ في ملف الدعوى صورة منها مؤشرا عليها من قلم الكتاب بمطابقتها للأصل .

بيانات الطلب:

بيّنت المادة ٢١ إثبات البيانات اللازم أن يتضمنها طلب إلزام الخصم بتقديم محررات تحت يده و هي:

١-أوصاف المحرر المطلوب تقديمها.

٢-فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل .

٣-الواقعة التي يستدل به عليها.

٤-الدلائل و الظروف التي تؤيد انه تحت يد الخصم.

٥- وجه إلزام الخصم بتقديمه . وذلك لبيان أن الطلب يدخل تحت إحدى الحالات التي يجوز فيها القانون إجبار الخصم على تقديم محرر في الحال أو أقرب جلسة تحدها.

اما إذا انكر الخصم أن المحرر تحت يده و لم يقدم الطالب إثباتا كافيا لصحة الطلب،وجب أن يحلف المنكر بعينابان المحرر لا وجود له،أو انه لا يعلم وجودة، و لا مكانة هو انه لم يهمل البحث عنه ،ليحرم خصمه من الاستدلال به.(المادة ٢/٢٣ من قانون الإثبات).

فإذا اقر الخصم المحرر تحت يده و لم يقدمه في الجلسة التي حددتها المحكمة او استمع عن حلف اليمين اعتبرت المحكمة صورة المحرر الذي قدمها خصمه صحيحة .فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكل المحرر و موضوعة(م ٢٤ إثبات).

إلزام الغير بتقديم محوو تحت يده :

إذا كان المحرر تحت يد شخص آخر ليس طرفا في الخصومة جاز لمن له مصلحة في تقديم المحرر أن يطلب من المحكمة - ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف -

إدخال هذا الغير لتقديم المستند الذي تحت يده . وإذا أدخلته المحكمة اعتبر خصماً في الدعوى وجاز لها الحكم بتغريمها إذا لم يمثل لأمرها - فضلاً عن حق الخصم في الرجوع عليه بالتعويض إذا أصابه ضرر من عدم تقديم المحرر الموجود تحت يده - وذلك في الأحوال التي يجوز فيها ذلك ، بمراعاة الأحكام الخاصة بـالالتزام بـتقديم محرر تحت يده .

الالتزام من حاز شيئاً بعوضه على من يدعى حقاً متعلقاً به :

نصت المادة ٢٧/١ إثبات على أن : " كل من حاز شيئاً أو أحرزه ، يلتزم بعرضه على من يدعى حقاً متعلقاً به متى كان فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه ^(١) .

وتطبيقات حكم هذا النص يتطلب توافر شروط ثلاثة :

- ١- أن يدعى شخص حق يتعلق بشيء سواء كان ذلك الحق شخصياً أم حقاً عيناً .
- ٢- أن يكون الشيء الذي يتعلق به الحق في يد شخص آخر ، سواء أكان هذا خصماً في الدعوى أم لم يكن خصماً فيها .
- ٣- أن يكون فحص الشيء ضرورياً للبت في الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه .

ويرجع في تفاصير كل هذه الأمور لقاضي الموضوع .

فيجوز مثلاً لمالك الشيء المسروق أن يطالب من يثبته في حيازته له بعرضه . وإذا تعلق الأمر بمستدات أو أوراق أخرى فتضييف المادة ٢٧/٢ من قانون الإثبات حكماً جديداً مؤداه أنه للقاضي أن يأمر بعرضها على ذي الشأن وتقديمها عند

(١) هذه المادة استحدثتها قانون الإثبات حيث لم تكن في قانون المرافعات ولكنها كانت تطبق ما كان منصوصاً عليه في المادة ٢٧٢ من مشروع القانون المدني ، وحذفت لأنها تدخل في نطاق المرافعات . ومع ذلك خلا قانون المرافعات منها .

الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك في مصلحة شخص لا يريد أن يستند إليها في إثبات حقه .

والجديد في حكم هذا النص عن النص الذي قبله هو أنه لا يشترط هنا أن يكون نحص المستند ضرورياً للبت في وجود الحق المدعى به أو مداه بل يكفي فقط هنا مجرد الاستناد إليه في إثبات حق الطالب والأصل في العرض أن يتم في المكان الذي يوجد فيه الشيء وقت طلب العرض إلا إذا طلب القاضي غير ذلك ، كما لو طلب تقديمها أمام القضاء ، ويتحمل مقدم الطلب نفقات العرض ويدفعها مقدماً ، كما يتحمل تعويض ما قد يصيب الشيء من أضرار نتيجة العرض .

المطلب الثاني

إثبات صحة المحررات

المحررات التي يقدمها الخصوم في الدعوى أما أن تكون محررات رسمية أو محررات عرفية . والمحررات العرفية تكون حجة على من صدرت منه ما لم يذكر ما هو منسوب إليه من توقيع أو بصمه أو ختم . فإن انكر على من يتمسك بالمحرر أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط .

أما المحررات الرسمية فهي حجة على الكافية إلى أن يطعن فيها بالتزوير . لذلك فإن إثبات صحة المحررات يتطلب التعرض أولاً لإجراءات تحقيق الخطوط وثانياً لإجراءات الطعن بالتزوير .

ولقد تناول قانون الإثبات هذا الموضوع في المواد ٣٠ وما بعدها بعد أن مهد بقاعدتين تطبقان على الأوراق الرسمية والعرفية على حد سواء :

القاعدة الأولى : ورد في المادة ٣٨ من قانون الإثبات أنه :

" للمحكمة أن تقدر ما يتربّب على الكشط أو المحو أو التحشير وغير ذلك من العيوب العاديّة في المحرر من إسقاط قيمة في الإثبات أو إنقاذه " .

ولقد نص المشرع على هذا ليجعل للمحكمة هذه المكانة من تلقاء نفسها رغم أن لها وفقاً للقواعد العامة أن تقضي بصحبة المحرر أو تزويره من غير تحقيق ، ولكن بناء على طلب أحد الخصوم ، فجاء هذا النص ليجعل للمحكمة من تلقاء نفسها أن تتدخل في هذا الأمر .

القاعدة الثانية : ورد في المادة ٣٩ من قانون الإثبات أن :

" إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الإصبع يرد على المحررات غير الرسمية ، أما إدعاء التزوير فيرد على جميع المحررات الرسمية وغير الرسمية " .

ومقتضى هذه القاعدة أن من ينكر نسبة ورقة عرفية إليه يكتفي بهذا إنكار ، ويقع عبء إثبات العكس على خصمه . أما الإدعاء بالتزوير فكما يرد على المحررات الرسمية فإنه يرد أيضاً على المحررات العرفية ، ويتحمل عبء إثباته من يدعوه وليس بالضرورة من يتمسك بالورقة .

تحقيق الخطوط :

وتحقيق الخطوط يقصد به مجموع الإجراءات التي وضعها القانون والتي بواسطتها يستطيع من يتمسك بورقة عرفية أن يثبت صحتها إذا أنكرها من تسب إليه هذه الورقة أو خلفه .

طريقة تحقيق الخطوط:-

أوردت المادة ٣٠ من قانون الإثبات طريقتين لتحقيق الخطوط هما المضاهاة وشهادة الشهود .

المضاهاة : هي مقارنة الخط أو الإمضاء أو البصمة أو الختم عن تشهد الورقة بخط أو إمضاء أو بصمة أو ختم ثابت له ، وتتم المضاهاة بواسطة خبير فرد أو ثلاثة خبراء يشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على تعينهم

أما شهادة الشهود : فهي سمع أقوال الشهود بصحبة الكتابة أو التوقيع أو الختم أو البصمة على المحرر . ونظراً لأن شهادة الشهود تسمع بشأن وقائع مادية ، فإن

الشهادة تقبل في هذا المجال لأنها ترد على مسألة من المسائل المادية وهي صحة التوقيع أو الختم أو البصمة مهما بلغت قيمة التصرف المدون في المحرر .

وتسطيع المحكمة أن تجري التحقيق بإحدى الطريقتين : المضاهاة أو شهادة الشهود أو بهما معاً .

الادعاء بالتزوير :-

وهو مجموع الإجراءات التي عليها القانون لإثبات عدم صحة لمحررات الرسمية . وعلى عكس تحقيق الخطوط فإن الملزم باتخاذها هذه الإجراءات هنا هو الذي يطعن بالتزوير .

إجراءات الطعن بالتزوير :-

بيّنت المادة ٤٩ من قانون الإثبات وما بعدها هذه الإجراءات : وهي تبدأ بتقرير يودع قلم الكتاب يبين فيه مدعى التزوير كل مواضع التزوير وإلا كان الادعاء باطلًا ويجب على مدعى التزوير أن يعلن خصمته خلال ثمانية .

الفصل الثالث

القرائن

القرينة : هي واقعة ثابتة ، يؤكد منها ثبوت واقعة أخرى يطلب إثباتها . بمعنى أن القرينة هي واقعة تتلاءم في وجودها - غالباً - مع واقعة أخرى مرتبطة بها . والاستباط بالقرينة هو أساساً من عمل القاضي ، وتسمى القرينة في هذه الحالة قرينةقضائية .

بيد أن المشرع قد يتدخل أحياناً ليقوم بهذا الدور بالنسبة لبعض الواقع ، وتسمى القرينة في هذه الحالة ، قرينة قانونية

ونعرض فيما يلي لكل نوع من نوع القرائن في فرعين متتالين :

المبحث الأول

القرينة القضائية

تعريف القرينة القضائية :

يختلف الفقهاء في تعريف القرينة القضائية ، على أن هذا الاختلاف سرعان ما ينحصر أثره وبيدو وغير ذي قيمة حينما نجد أنه يدور أساساً حول اللفظ ولا يتعلق بالمضمون .

ومن ذلك فقد ورد تعريف القرينة القضائية لدى بعض الفقهاء بأنها : "نتيجة يستخلصها القضائي من واقعة معلومة لواقعه غير معلومة " ^(١) .

ويعرف البعض الآخر القرينة القضائية بأنها :

النتائج التي يستخلصها القاضي ويحكم بثبوتها من وقائع أو إمارات معلومة ومحروضة عليه لإثبات الواقعه المتنازع فيها ^(٢) .

وهو تعريف ثالث فالقرينة القضائية هي استبطاط القاضي لأمر غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظرة ^(٣) .

ويتضح لنا من هذه التعريفات أن القرينة القضائية تعد من قبيل الأدلة غير المباشرة، إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعه ذاتها مصدر الحق بل على الواقعه أخرى إذا ثبت إمكان أن يستخلص منها ثبوت الواقعه المراد إثباتها . ويضرب الأستاذ السنهوري رحمة الله مثلاً على ذلك فيقول : ومثل ذلك أن يكون السند في يد المدين قرينة

(١) أصول الإثبات في المواد الجنائية والتجارية، رمضان أبو السعود ، الدار الجامعية ١٩٨٦ .

(٢) أدلة الإثبات في القانون المدني والجذاري ، بكوش بخي ١٩٨٩ الدار الجامعية .

(٣) شرح قانون الإثبات ، آدم وهيب التداوي ، الطبعة الأولى مطبعة المعارف، بغداد ١٩٨٤ .

على الوفاء . فالواقعة المعلومة هي وجود سند الدين في يد المدين . ويستدل القاضي من هذه الواقعة على واقعة الوفاء ^(٤) .

كذلك فإذا أثبت المستاجر أنه قام بدفع الأجرة عن شهر معين أمكن للقاضي أن يستخلص من ذلك دفع الأجرة عن شهر سابق و أيضا قد تكون الواقعة المتنازع عليها هي سرعة السيارة أثناء وقع الحادث ، فيقوم قاضي الموضوع بتحديد سرعة السيارة وذلك استباطا من وقائع أخرى كحالة السيارة المصودمة أو الصادمة . وهكذا إذا أثبت لدى القاضي من الأمور أمكنه أن يستتبع سرعة السيارة أثناء الحادث فنكون بصدق قرينة قضائية أقامها القاضي .

والخلاصة أن القريئة القضائية يستخلصها القاضي مما هو مطروح أمامه من وقائع الدعوى ، فيصل منها بطريق الاستباط إلى الاقتضاء بصحبة وقائع أخرى واعتبار هذه الواقع ثابتة .

وفي هذا الصدد ، تنص المادة ١٠٠ من قانون الإثبات على أنه :

" يترك لنقدير القاضي استباط كل قرينة لم يقرها القانون . ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يحيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود " .

ومثال ذلك : ما يستتبشه القاضي من ثبوت صفة الأبوة ، يستدل على أن العقد المطروح أمامه هو عقد هبة وليس عقد بيع ، إذا كان البائع والد المشتري ، في ضوء الظروف الأخرى المحيطة بهذا التعاقد .

وللقاضي حرية مطلقة في استمداد القرائن من كل الواقع التي تعرض أمامه سواء كانت متعلقة بموضوع أم لم تكن كذلك .

كذلك للقاضي أن يستمد القرائن من أقوال أو أوراق الخصوم أو غيرهم .

كذلك فقد أن يستمد القاضي القرائن من أقوال الشهود المأخوذة على سبيل الاستدلال ، أو أقوال شاهد لم يحلف اليمين أو أقوال خصم أمام الخبير الذي عين في وقد تعتبر بعض الأفعال قرائن مثل استيفاء البائع وضع يده على المبيع حتى وفاته ،

(٤) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج ٢ ص ٣٢٩ ، دار أحياء التراث العربي .

فإن هذا الدليل على أن العقد المطروح هو وصية مضافة إلى ما بعد الوفاة وليس عقد بيع ، ولا سيما إذا كان المشتري على صلة زوجية أو قرابة بالبائع .

عناصر القرينة القضائية :

لم يشأع القانون المصري ما جاء في نصوص القانون الفرنسي (نص المادة ١٣٥٣ مدني فرنسي) من استلزم بعض الشروط المتعلقة بقوة القرينة وتحديدها ، ومدى تماسك القرآن إذا تعددت . والسبب في ذلك هو إتخاذها واقعة معينة كقرينة وتحديد قوة هذه الواقعة في الدلالة على واقعة أخرى يراد إثباتها هو أمر يرجع إلى سلطة القاضي .

ومع ذلك فإن عناصر القرينة القضائية تتمثل في عنصرين يجب اجتماعهما معاً :

- أ- أما الغصر الأول فهو وجود واقعة أو وقائع ثابتة ذات صلة بالواقع المتنازع عليها ويطلق على هذه الواقعة اصطلاح الدلائل أو الإمارات)
- ب- أما الغصر الثاني فيتمثل في استنباط الواقع المراد إثباتها من واقعة أخرى ثابتة ونعرض لهذين العنصرين فيما يلى :

العنصر الأول : في حالة عدم وجود الدليل على الواقع المراد إثباتها سواء تمثل هذا الدليل في إقرار أو قرينة قانونية ، فإن القاضي يستخلص ثبوت الواقع المتنازع عليها من ظروف القضية بعد أن يقتضي بأن لها دلالة معينة . ويتم ذلك عن طريق قيام القاضي باختيار بعض الواقع الثابتة أمامه في الدعوى ، فيستطيع أن يستتبطها من خبرة غير قضائية أو من دفاتر وأوراق أو من صور الرسائل . بل بإمكان القاضي أن يعتمد على الأدلة التي يستخلصها من حكم سابق بين الخصوم بالرغم من أنه لم تتعلق به حجية الشيء المحكوم فيه . وعليه فإن المجالات التي يستمد منه القاضي مختلف الأدلة والإمارات لاستخلاص القرينة القضائية هي مجالات متعددة وغير محددة ، والقاضي حر في استخراج أدلة من أي عنصر من عناصر

الدعوى ، أو كما يقول العلامة السنهوري أن القاضي حر في اختيار الواقعية التي يقف عندها ويراها أكثر موافقة الدليل وأيسر في استباطة القرينة .

العنصر الثاني : - يتمثل هذا العنصر في استباط الواقعية المراد إثباتها من الواقعية الثابتة وفي هذا العنصر يتعمق على القاضي أن يتخذ من الواقعية المعلومة قرينة على الواقعية المجهولة كن تكون الواقعية المتنازع عليها هي سرعة السيارة أثناء وقوع الحادث . فيقوم قاضي الموضوع بتحديد سرعة السيارة وذلك استباطاً من وقائع أخرى مثل أن تكون آثار جهاز التوفيق طويلة ، أو يستخلصها من حالة السيارة الصادمة والمصدومة وما إلى ذلك ، فإذا ثبت لدى القاضي هذه الواقعية أمكنه أن يستربط سرعة السيارة أثناء الحادث .

حجية القرائن القضائية :

حجية القرينة كحجية شهادة الشهود من حيث أن كليهما دليل مقنع يتوقف الأخذ أو إطراحه على ما يدخله هذا الدليل في نفس القاضي من الاقتناع به ، وهذا الاقتناع يرجع دائماً إلى القاضي وليس إلى نصوص تشريعية ^(١) .

ولم يجعل القانون القرينة وسيلة للإثبات إلا حيث يتذرع وجود الدليل أقوى كالكتابة أو حيث لا يلزم تطلب ذلك . فلم يجز القانون الإثبات بالقرائن القضائية إلا حيث يجوز الإثبات بشهادة الشهود ، وذلك لأن الدلالة القرائن القضائية في الإثبات ضعيفة وهذا يرجع إلى أن لاستباط من القرينة هو استدلال يقوم على الظن والترجح .

ولكن مهما كان الشك في دلالة القرائن القضائية فإن لها ، في الواقع ، دوراً عملياً كبيراً في الإثبات ، ذلك أن الإثبات المباشر أي الذي ينصب على الواقعية ذاتها لا يتيسر غالباً . ولذلك ينصب الإثبات على واقعة مجاوره ، وملازمة لواقعية المدعاه ، يستنتج منها ثبوت هذه الأخيرة .

(١) وإن كان القاضي يلتزم أن يبين في حكمه وجه الاقتناع بالقرينة ، أو رفضها . فإن كان استباطه سائغاً فلا رقابة لمحكمة النقض ، انظر في ذلك الصدد فقرة ٢٢١ أ د وجعيل الشرقاوي فقرة ٦٠ .

ويعتبر التجاء القضاء دائماً إلى الاستدلال بالقرآن من قبيل تخفيف عبء الإثبات التفليـل ، فلا يلتزم المكلف بعـء الإثبات بتقديـم دليل كامل على دعواه طالما استطاع تقديم قرينة تجهـل دعواه قرينة الاحتمال . فيعتبر ذلك قرينة على دقة فـيـنـتـقل عـء الإثبات إلى خصمـه الذي يلتزم بدوره بتقديـم عـء الإثبات إلى خصمـه الذي يلتزم بدوره بتقديـم ما يـفـنـد حجـج المـدـعـي مـتـحـمـلاً بذلك نـصـيبـه من هـذـا العـءـ (١) .

سلطة المحكمة في تحديد القوائم القضائية :

إن تقدير القرآن مما يستقل به قاضي الموضوع متى كانت هذه القراءن مستمدة من أوراق الدعوى ومستخلصة منها استخلاصا سائغاً ومحبلاً فيكون النعي في هذا الشأن مجادلة في سلطة قاضي الموضوع في ترجيح استخلاص على آخر بغية الوصول إلى نتيجة أخرى وهو مما لا يجوز . وإذا كان للمحكمة هذه السلطة فإنه يشترط ألا يكون استبطاطها للقراءن مخالفًا للثابت في الأوراق فإذا تقيدت بهذا القيد كان لها أن تأخذ بالقرينة أو تطرح الأخذ بها إذا تطرق الأخذ بها إذا تطرق إليك الشك . ولنكن المحكمة الموضوع السلطة الكاملة في تقدير القراءن القضائية وإطراح ما لا ترى الأخذ به منها ، إلا أن ذلك مشروط بأن تكون قد أطلعت عليها وأخضعتها لتقديرها بحيث إذا ثبتت أنها لم تطلع عليها ولم تبحثها فإن حكمها يكون فاسداً فسراً ببطله . وذلك قبل أنه إذا كانت القراءنة القضائية من أسلم الأدلة من حيث الواقع

(١) بعض الأئمة على القرآن القضاية من فقه الشريعة الإسلامية: ومن ذلك أنه يجوز للوكيل على بيع السلعة قبض ثمنها وإن لم ياذن له في ذلك لظاً اعتماداً على قرينة الحال . - أنه إنما رأينا رجلاً مكتوف الرأس وليس ذلك عادته وأخر هارب قدامه بيده عمامة وعلى رأسه عمامة حكمنا له بالعمامة التي بيده الهارب قطعاً .

ومنها حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه من بعده بالكافه وجعلها نيلياً من أدلة ثبوت النسب وليس هنا إلا مجرد الأحكام والعلمات (الطرق الحكيمية لأبن القاسم الجوزية) .

بعض الأمثلة على القرآن الفضائية خمن واقع المعاملات الحالية .

توقيع الشرك المذير في شركة التضامن باسمه على تعهدات دون نكر لعنوان الشركة يقوم
فهي على أن هذا الشرك بعمل لحسابه لا لحساب الشركة .

اعتبار النكول عن السين التي وجدت أمام المحكمة فربة قضائية على أنه لا حق لمن نكل.

تسجيل العلامة التجارية قرينة على حق ملكية العلامة لن قام بهذا التسجيل ، انظر أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية أد رمضان أبو السعود ، السابق ، ص ٢٤٢ و ٢٤٣ .

الثابتة التي تستبط منها القرينة إلا أنها من أخطرها من حيث صحة الاستبطاط واستقامته ، لكن لا تلتزم محكمة الموضوع بتنفيذ كل قرينة مناهضة يدلي بها الخصم .

لذلك وعلى الرغم من أن استبطاط القاضي للقرائن من المسائل الموضوعية إلى يستقل بها فلا يخضع لرقابة محكمة النقض ، إلا أنه مقيد في ذلك بوجوب أن يكون استبطاطه مستند لأسباب معقولة لا يردها المنطق كما لو استخلص القرينة من وقائع محتملة لم يثبت وجودها أو لا وجود عليها في استبطاطه وتعليقها تعليلاً كافياً ، وإلا كان في حكمة ضعف مستهلك من قبل محكمة النقض .

والخلاصة هي أن :

تقدير القرائن هو مما يستقل به قاضي الموضوع فلا شأن لمحكمة النقض فيما يستبططه منها متى كان استبطاطه مقبولاً وسائغاً ، ولذلك لا يجوز التمسك بالقرائن لأول مرة أمام محكمة النقض .

جواز نقض القرينة القضائية بكافة طرق الإثبات :-

أن الإثباتات بالقرائن القضائية لا يخلو من الخطأ فالقاضي في هذا الميدان يتمتع بسلطة تقديرية واسعة . ولكن ما يرى أحد القضاة أنه قرينة قضائية منتجة في الإثبات قد لا يراه قاضي آخر .

لذلك اعتبرت القرينة القضائية حجة متعددة غير ملزمة . وبذلك فالقرينة تأخذ حكم البينة . فهي غير قاطعة ، ولذلك تقبل دانماً إثبات العكس أما الكتابة أو بشهادة الشهود أو بقرينة مثلها أو بغير ذلك من أدلة الإثبات ، فالقرينة القضائية في هذا الصدد مثلها مثل القرينة القانونية البسيطة غير قاطعة .

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز الإثبات بقرينة قضائية إلا حيث يجوز الإثبات بشهادة الشهود (أي البينة) وعبء الإثبات في هذه الحالة ينتقل من خصم إلى خصم وفقاً للقرائن القضائية لا للإثبات الكامل فقط وإنما لنقل عبء الإثبات من جانب إلى آخر ، ثم لرده إلى الجانب الأول ، فعلاقة الزوجية أو القرابة قرينة على

صورة العقد إلى أن يثبت العكس ، ووجود أثاث بمنزل الزوجية لزوجين مسلمين
قرينة على أن الأثاث ملك للزوجة إلى أن يثبت العكس.

تحول بعض القرائن القضائية إلى قرائن قانونية :

قد يحدث أن يتكرر استبطاط القضاة للقرائن على نحو معين تستقر عليها المحاكم
ويتوحد تطبيقها في مختلف الدعاوى فيصبح الأمر وكأنه ملزم للمحاكم . عندئذ قد
يرى المشرع أنه من المناسب اعتبار هذه القرائن جديرة بتوحيد دلالتها فيرفعها إلى
مرتبة القرينة القانونية .. ولذلك قال البعض : أن القرينة القانونية ليست في الواقع
إلا قرينة قضائية قام القانون بتعديمها وتنظيمها ، فإذا اضطررت أحكام القضاة على
تغیر قرينة قضائية معينة وطال الزمن على هذا المسلك وساد الاعتقاد بلزومها
فإنه يمكن القول بنشوء عرف قضائي يعد مصدراً لقرينة قانونية . ومثال ذلك اعتبار
مجرد تهمم البناء قرينة على خطأ حارس البناء . فلتلك قرينة قضائية اضطررت
عليها أحكام القضاة في مصر قبل أن ينص عليها القانون المدني باعتبارها قرينة
قانونية ، ومثاله أيضاً أن القضاء جرى على اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة
قضائية على الوفاء بالأقساط السابقة واضطربت هذا القضاة واستقر فارتقت هذه
القرينة القضائية إلى منزله القرينة القانونية حيث نصت المادة (٨٧ مدني مصري)
على أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط
حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

أهم الفروق ما بين القرائن القضائية والقرائن القانونية :

تختلف القرائن القضائية عن القرائن القانونية من حيث أن :

- القرينة القضائية طريق إيجابي من طرق الإثبات أما القرينة القانونية فهي إعفاء
من الإثبات مؤقت أو دائم وفقاً إذا كانت القرينة تقبل إثبات العكس أولاً تقبل ذلك .
أن القرائن القضائية لا يمكن حصرها لأنها تستتبع من الظروف الخاصة بكل قضية
، أما القرائن القانونية فمذكورة على سبيل الحصر في نصوص التشريع .

ان القرآن القضائية كلها غير قاطعة ، فهي قابلة دانماً لإثبات العكس ويجوز ردتها بجميع الطرق ومنها البينة والقرآن ، أما القرآن القانونية فبعضها جوز نقضه بإثبات العكس وبعضها قاطع لا يقبل الدليل العكسي .

المبحث الثاني

القرينة القانونية

إذا كانت القرآن القضائية هي وسيلة لإثبات القاضي بحقيقة الإدعاء فإن دور القرآن القانونية بعيد تماماً عن هذه الفكرة ، حيث أنها استباط يفرضه القانون ينقل به عبه الإثبات من على عاتق المكلف به أصلاً إلى عاتق الخصم الآخر ، أو يعتبر آخر تعتبر القرينة القانونية على هذا النحو بمثابة إعفاء من الإثبات بالنسبة لمن تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على انه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

وإذا كانت القرينة القانونية بهذه المثابة ، تعد إعفاء للمكلف بالإثبات من عبه ، فإن القضاء بعض الفقه لا يدرسها ضمن أدلة الإثبات^(١) باعتبارها وسيلة إعفاء من الإثبات وليس وسيلة إثبات .

وعلى كل الأحوال فإنه لا يمكن غض الطرف عن أن القرينة القانونية لا تعدد أن تكون مجرد استباط أو افتراض ثبوت واقعة من ثبوت أخرى ، كل ما هنالك أن الذي يقوم بهذا الاستباط هو المشرع وليس للقاضي ، وعندئذ يؤخذ بهذا الافتراض في كل الأحوال ، أي بصرف النظر عن الظروف الخاصة بكل حالة ، ولذلك فإنه يقال أن دلالة القرينة القانونية هي دلالة مجردة .

والاستباط الذي يقوم به المشرع يفرض على القاضي بمعنى أن يتلزم بأن يأخذ بدلالة القرينة ، ولا يكون مخيراً في ذلك كما هو الحال في القرآن القضائية ، ولهذا

(١) محمد شكري سرور ، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية .

فإن تحديد ما يعتبر من القرآن القانونية يكون دائماً بنصوص التشريع أي أن لا قرينة قانونية إلا بنص^(٢).

ولا يزيد الفقه التوسيع في تفسير القرآن القانونية لعدة اعتبارات أهمها تجريد دلالة القرينة القانونية عن الظروف الخاصة بكل منازعة بالإضافة إلى أن القرينة القانونية تعتبر قياداً على حرية القاضي في الإقناع وذلك لأن فرض دلالة القرينة القانونية على القاضي يخالف المبدأ الذي يقضي بأن يكون حكم القاضي فيما يعرض عليه من نزاع قائماً على افتئاته بما يقدمه له الخصوم من أدلة ، وألا ينطط هذا الحكم بمجرد تحقيق وقائع لا قدرة له ولا سلطان على وزن دلالتها .

ولكنه على كل الأحوال ، فإنه مما يهون من هذا ، أن المشرع لا يقرر قرينة قانونية ، إلا إذا كانت تتفق مع الوضع المعتمد ، فلا يؤخذ ثبوت الواقعه من واقعة أخرى ، إلا إذا كانت الواقعه تتلازمان في أغلب الأحوال . وفوق ذلك فإن دلالة القرينة القانونية تقبل إثبات عكسها بكل طرق الإثبات ، فإن كان القانون يعفي شخص من إثبات واقعة معينة بافتراضه ثبوتها من واقعة أخرى فإنه - أي القانون - مع ذلك يفتح المجال لخصمه لتكذيب هذا الافتراض في كل حالة فيها غير مطابق للحقيقة . وهذا يتضح بجلاء من نص المادة ٩٩ من قانون الإثبات الذي يقر أن: "القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحة عن آية طريق من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ، ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك" .

ويلاحظ أن الاستدراك الأخير في هذا النص يترجم تقليدياً للقرآن القانونية إلى :

- قرآن بسيطة : بمعنى افتراضات يجوز إثباتها عكسها .

- وقرآن قاطعة : أي لا تقبل إثبات العكس على آية صورة من الصور كما هو الحال في افتراض صحة الأحكام القضائية إذا يفترض أن هذه الأحكام تتضمن

(٢) وافتراض ثبوت الواقعه أمر يرد على خلاف الأصل ، أي أنه استثناء ، ولذا لا يجوز التوسيع في تحديد القرآن القانونية عن طريق القياس ع لى التصور المقررة لها الاستثناء لا يتسع فيه ولا يقتصر عليه ، جميل الشرقاوى المرجع السابق فقرة ٦١ .

قضاءً مطابقاً للحقيقة ، وأن الإجراءات التي أتبعت لإصدارها إجراءات صحيحة ، ولا يقبل أن يكذب هذا الافتراض في هذه الحالة بأية من وسائل الإثبات.

إلا أن فكرة القرينة القانونية القاطعة ، أي تلك التي لا يجوز إثبات عكسها بأي صورة من الصور لا تلقي تأييداً من الفقه ، ذلك أن معنى القرينة كوسيلة للإثبات يقتضي إمكانية إثبات عكسها . ولذلك يذهب الفقه إلى أنه لا يوجد إلا نوع واحد من القرآن القانونية وهي قرائن البسيطة ، أما القرآن القاطعة فهي في حقيقة الأمر ليست قرائن ولا تعتبر من وسائل الإثبات ، وعندما تكون بصدده قرينة قانونية قاطعة ، فإننا في الواقع أمام قاعدة قانونية ولسنا أمام وسيلة الإثبات ، بل هي قاعدة قانونية موضوعية مثل تلك القاعدة التي تقرر حجية الأمر المحکوم فيه.

ومنتناول فيما يلي دراسة القرآن القانونية على التقسيم التقليدي فننعرض أولاً القرآن البسيطة.

أولاً: القرآن البسيطة :

تنص المادة ٩٩ إثبات على أن : " القرينة القانونية تغنى من تقرير لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات ، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقتضي بغير ذلك".

والأصل كما توضح من هذا النص أن القرآن القانونية هي قرائن بسيطة أي يجوز نقض دلالتها بإثبات عكسها . أما الاستثناء هو أن تكون القرينة قاطعة أي لا يجوز إثبات عكسها ولكن هذا لا يكون إلا بنص خاص .

ومن أمثلة القرآن القانونية البسيطة ، أنه جاء بنص المادة ٩١ من القانون المدني من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه هذا التعبير يعتبر قرينة على العلم به ما لم يقبل الدليل عل عكس ذلك.

ومن أمثلة القرآن القانونية البسيطة أيضاً ، ما تقتضي به المادة ١٣٧ من القانون المدني ، من أن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقدم الدليل على غير ذلك .

ومن تلك الأمثلة أيضاً ما جاء بالمادة ١٩ إثبات من اعتبار التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين قرينة على الوفاء حتى يثبت العكس .

ولايضاً ما تنص على المادة ٩٦٤ من القانون المدني من أنه من يكون حائز للشيء يعتبر مالكه حتى يقوم الدليل على العكس .

ولايضاً نص المادة ٩٦٥ ٣/ التي تقتضي بأن حسن النية يفترض دائمًا ما لم يقم الدليل على العكس .

محببة القرائن القانونية البسيطة :-

إذا كان شخص مكلفاً بإثبات واقعة وكان القانون قد فرر لمصلحته قرينة قانونية فإن هذه القرينة ترفع عن عاتقه عبء الإثبات . فمن يزيد إثبات علم من وجه إليه التعبير عن الإرادة بهذا التعبير لا يثبت إلا واقعة سهلة الإثبات بالنسبة ل الواقعية الأصلية التي يكلف بإثباتها وهي العلم .

فإذا ما قدم المكلف بالإثبات الدليل على وصول التعبير إلى من وجه إليه ^(١) افتراض حصول العلم من جانبه ، أي أن المكلف بالإثبات يعفي من تقديم الدليل على الواقعية الأصلية .

ولكن يكون للموجه إليه التعبير أن ينفي علمه بالتعبير رغم وصوله إليه (كما لو كان التعبير موجهاً في رسالة لم تعرض عليه) .

وتکلیفه بنفي علمه يعني أن عبء الإثبات انقل بالنسبة لهذه الواقعية الأصلية على عاتق المكلف بالإثبات إلى عاتقه هو ، وذلك نتيجة لتقرير القرينة القانونية ولذا يقال أن أثر القرينة القانونية في النهاية ، هو نقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه .

وتتوفر قرينة من القرائن القانونية لمصلحة أحد الخصمين يؤدي ، كما قلنا إلى التزام القاضي بالأخذ بدلائلها ، فلا يكون له أن يقدر دلائلها ، كما هي سلطته بالنسبة للقرائن القضائية ، على أساس افتتاحه بمطابقتها أو مطابقتها الواقع .

(١) ولخصمه ، بطبيعة الحال أن ينفي الوصول وبذلك ينفي شرط انتظام القرينة على الواقعية الأصلية .

لكن يلاحظ أنه يجوز إثبات عكس دلالة القرينة القانونية البسيطة من جانب من تمسك بها عليه ، وأن هذا الإثبات يتم بأي وسيلة من وسائل الإثبات ، بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن القضائية ولو أن الواقعة محل الإثبات هي تصرف قانوني تزيد قيمته على ألف جنيه ، كما كانت القرينة على وفاء تزيد قيمته على ذلك، في حالة التأشير على سند الدين وكما في حالة سداد قسط متأخر من الأجرة يعني سداد قسط متأخر من الأجرة يعني سداد الأقساط السابقة عليه .

والمقصود بجواز الإثبات عكس القرينة القانونية هو تكذيبها بالنسبة للحالة الخاصة التي يراد الإثبات به فيها ، ولا يجوز أن يكون هذا التكذيب للقرينة بصفة عامة ، لأن هذا يعني وضع قاعدة معارضة لقاعدة القانون ، وهذا لا يجوز .

ثانياً : القرائن القاطعة :

توصف القرينة بأنها قاطعة ، إذا كانت دلالته لا تقبل إثبات عكسها، أي أن القرينة لقاطعة هي التي لا يجوز نقضها بالدليل العكسي . ومن أمثلة القرائن القاطعة :

قرينة الحقيقة القضائية،التي يعبر عنها بحجة الأمر المحکوم فيه ، حيث يعتبر صدور حكم قضائي فاصل في نزاع معين،قرينة على صحة القضاء الوارد به وسلامة الإجراءات التي صدر بها فإذا لم يكن هنالك وجه للطعن فيه،فإن افتراض صحة القضاء وسلامة الإجراءات يصبح أمراً قابلاً للمناقشة بعد ذلك . فلا يقبل من يعتبر هذا الحكم سارياً في ، أن ينزع فيما ورد من قضاء ، أو أن يحاول إثبات مخالفته للحقيقة . ويسمى هذا الافتراض الذي لا يقبل إثبات عكسه قوة الأمر المقصري فيه ويعتبر قرينه قانونية قاطعة.

ولقد جاء نص المادة ٤٠٥ من المجموعة المدنية المصرية صريحاً في تسمية افتراض صحة الحكم وسلامة الإجراءات "قرينة قانونية" كما إنه يقضي بعدم قبولها للنقض بالدليل العكسي.

لكن الفقه الحديث لاحظ أن فكرة القرينة القاطعة ، أي تلك التي يفرض القانون دلالتها فرضاً لا سبيل إلى التخلص منه ، لا تتفق مع معنى الدليل ، ذلك أن معنى الدليل كوسيلة لإقناع القاضي بحقيقة الواقع محل الإثبات يقتضي أن يباح للخصم الذي يتمسك ضده ويجابه بهذا الدليل أن يثبت عكسه .

لذلك يرى الفقه أنه كي نعتبر القرينة القانونية دليلاً من أدلة الإثبات ، يجب أن تكون قابلة لإثبات عكسها ، إلى أن كل قرينة قانونية يجب أن تكون بسيطة ، ولا وجود لما يسمى بالقرائن القاطعة بين أدلة الإثبات . وإنما هذه القرائن القاطعة وكما ذكرنا من قبل ما هي إلا قاعدة قانونية تتضمن حكماً موضعيأً استوحى المشرع فيه فكرة القرينة وجعله موضوع النص الذي يقرره . فحين تختفي القرينة وراء ذلك الحكم الموضوعي ، فلا تصل إليها إلا عند بحث الدوافع، والمبررات التي أملت القاعدة.

وقد ظهر ميل من المشرع المصدرى للأخذ بهذا النظر ، وذلك في قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، فرفع من نص المادة ١٠١ (البديلة للمادة ٤٠٥ مدنى الملغاة) لفظة قرينة في وصف حجية الأحكام ، كما أفرد تنظيم هذه الحجية بفصل مستقل عن الفصل المخصص للقرائن ، أشار في المذكرة الإيضاحية للقانون التي تأثره في هذا الصدد بنظره الفقه الحديث إلى فكرة (حجية الأمر المقصى) .

على ذلك فحجية الأمر المقصى تقررها الآن قاعدة قانونية موضوعية تقضى بأنه لا يجوز طرح نزاع أمام القضاء إذا كان قد سبق الفصل فيها بحكم قضائي سار على من ينزع في مضمون هذا الحكم لأن ما تتطوي عليه المنازعه عندئذ من تكذيب الحكم يؤدي إلى الشك في أحكام القضاء بصفة عامة ، في هذا ما فيه من خطر على المصلحة العامة . فليس الأمر متعلقاً بإثبات حق استناد إلى الحكم القضائي ، إنما يتعلق الأمر هنا بتطبيق قاعدة قانونية تقضى بعدم قبول الدعوى إذا كان قد سبق الفصل فيها بحكم حائز لحجية الأمر المقصى .

وتفسير ما وقع من خلط بين القرائن القانونية البسيطة وهذه القواعد القانونية المسماة قرائن قاطعة ، يرجع إلى أن القواعد الموضوعية تبني على قرائن ، فقرارير

حجية الأمر المقصى يقوم على أن صدور الحكم يبرر افتراض صحته وسلامة إجراءاته .

ويجمع الفقه الآن على أن كل افتراض لا يجوز إثباته عكسه بأى وسيلة لا تعتبر قرينة بالمعنى الدقيق ، بل هو قاعدة قانونية موضوعية (فالقرينة قاعدة إثبات ، ومهمة الشارع تحصر في تسهيل الإثبات بالنسبة لمن تقررت لمصلحته وذلك بنقله من واقعة صعبة الإثبات إلى واقعة أخرى سهلة الإثبات دون أن يكون لذلك من أثر على ما للخصم من حق في أن يدحض هذه القريئة وللقاعدة في الدليل أن يقبل إثبات العكس . فإذا حرم المشرع نقض القريئة فإنه ينتقل بها من نطاق قواعد الإثبات إلى نطاق القواعد الموضوعية إذا أن الشارع وهو يتصرف على هذا النحو لم يعد يفهم الوصول إلى الحقيقة بقدر على تحقيق الحكم الذي ينص عليه ، فقد يكون استباطه مطابقاً للحقيقة الواقعة في الحالة المعروضة ، وقد لا يكون مطابقاً لها ، وموقف الخصم في كلا الحالين لا يتغير ، إذا يجب عليه في جميع الأحوال أن يخضع لحكم القاعدة .

الفصل الرابع

حجية الأمر الم قضي

معنى الحجية :

تعني حجية الأمر الم قضي أن الأحكام التي يصدرها القضاء حجة بما فصلت فيه ، فالحكم إذا صدر في نزاع فإنه يعتبر عنوان الحقيقة حتى ولو لم يكن كذلك من ناحية الواقع ، ويتمتع على كل من كان طرفا في النزاع الذي صدر فيه الحكم أن يعود للمنازعة فيما تم الفصل فيه مرة أخرى أمام القضاء بدعوى مبتدأه.^(١)

أثر حجية الأمر الم قضي :

إذا رفع أحد الخصوم دعوى جديدة ينزع في حق سبق وأن فصل فيه القضاء ، كان الخصم الآخر أن يدفعها بحجية الأمر الم قضي أي بسبق الفصل فيها، ويجوز لكل من كان طرفا في النزاع الذي حكم فيه أن يتمسك بهذه الحجية ، بل أن المشرع اعتبر هذه الحجية من النظام العام ويجب على المحكمة أن تقضي بها من تلقاء نفسها ، وقد نصت على ذلك المادة ١٠١ من قانون الإثبات فقررت أن "الأحكام التي حازت قوة الأمر الم قضي تكون حجة فيما فصل فيه من الحقوق ، فلا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية ، ولكن لا تكون لذلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بطن الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم ، وتعلق بذات الحق محلًا وسيبا ، وتقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها " .

ويبين من هذا النص أن المشرع أنشأ قرينة قانونية قاطعة مقتضاهما أن الحقيقة القضائية مطابقة للحقيقة الواقعية ورتب على ذلك اعتبار الأحكام التي يصدرها

(١) وقد قضت محكمة النقض بان "الحكم الذي يجري الإثبات بطريق معين من طرق الإثبات يحوز حجية الأمر الم قضي في خصوص جواز الإثبات بهذا الطريق ، إذا كان قد حسم النزاع بين الخصوم على وسيلة الإثبات بعد أن تجاذبوا في جوازها أو عدم جوازها " . الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٢٥٢ ق ، جلسة ١٩٦٩/٦/٢٦

القضاء حجة بما فصلت فيه ، فلا يجوز نقضها بأي دليل عكسي كما أعتبر المشرع هذه الحجية من النظام العام تقتضي بها المحكمة من تلقاء نفسها .

وإذا كنا نرى مع غالبية الفقه أن حجية الأمر الم قضي ليس قرينة قانونية ذلك أنها لا تتطوي على معنى الدليل بالمعنى الدقيق ، وإنما هي قاعدة قانونية موضوعية تصد بها المشرع وضع حد للمنازعات التي يفصل فيها القضاء ، فلا يجوز أن ترفع دعوى جديدة عن أمر حسمه القضاء ، إلا أن هذا الرأي نظري بحت ، ذلك أنه لما كان المشرع يملك زمام القواعد الموضوعية والقرائن القانونية ، وقد اعتبر هذه الحجية مجرد قرينة قانونية ، وأوردها في قانون الإثبات في الباب الخاص بالقرائن ، فإنه يجب أن تنقيد بهذا التكليف .

ولاياً ما كان الأمر فحجية الأمر الم قضي هي أساس الدفع بعدم قبول أي منازعة فيما تم الفصل فيه قبل ذلك بحكم قضائي .

ونص المادة ١٠١ كما يقر حجية الأحكام القضائية فإنه يضع الشروط التي تلزم لتوافر هذه الحجية وقواعد إعمالها وهذا ما سوف نعرض له فيما يلي :

نطاق حجية الأمر الم قضي :

يتحدد نطاق حجية الأمر الم قضي بما يلي :

١. بيان الأحكام العازلة لهذه الحجية .
٢. تحديد الأجزاء التي تثبت لها هذه الحجية من مضمون هذه الأحكام .
٣. تحديد الأشخاص الذين يسلم بقيام هذه الحجية في مواجهتهم .

ونعرض لهذه المسائل تباعاً :

أولاً : الأحكام التي تثبت لها الحجية :

يشترط في الأحكام التي تحوز حجية الأمر الم قضي عدة شروط هي :

- أن تكون أحكاما قضائية بالمعنى الصحيح .
- أن تكون أحكاما قطعية فاصلة في النزاع .

الشروط الأول - حكم قضائي صادر من جهة ذات اختصاص :

يعنى أن يكون حكماً صادراً من القاضي بما له من ولاية الفصل في المنازعات وفي موضوع يدخل في اختصاصه ، فالقرارات التي تصدر من جهة إدارية كقرار مجلس تأديب المحامين أو قرار الحفظ الصادر من النيابة العامة أو قرار لجنة تغير الضرائب، كل هذه القرارات جهات إدارية لا تعتبر أحكاماً تحوز أي حجية.

ولكن ليس من اللازم أن يصدر الحكم من المحاكم العادلة فقد يصدر الحكم من محاكم استثنائية كالمحاكم العسكرية و اللجان التي تمنع سلطات قضائية وثبت لها حجية الأمر المقصري .

ويلاحظ أن قرارات القضاء التي تصدر عنه باعتبارها أعمالاً إدارية فلا تثبت لها حجية ولو سميت أحكاماً وذلك كالحكم بتعيين وصي أو قيم أو تصديق القاضي على صلح الخصوم أمامه .

ويلزم لثبوت الحجية للحكم القضائي أن يكون صادراً من محكمة تابعة لجهة قضائية لها ولاية الفصل في نوع المنازعة التي صدر فيها الحكم ، فإذا صدر حكم من محكمة عادلة في مسألة من مسائل القانون الإداري ، فإن هذا الحكم لا يكون له حجية أمام المحاكم الإدارية .

الشروط الثاني - أن يكون الحكم قطعياً :

يعنى الحكم القطعي أن يحسم النزاع في موضوع الدعوى كلياً أو جزئياً، أو يفصل في دفع من الدفع الشكلية أو الموضوعية، كالحكم للمدعي بطلباته أو بجزء منها أو الحكم بعدم الاختصاص.

أما الأحكام التي لا تستهوي كل أو بعض الخصومة فلا تحوز الحجية كالأحكام التحضيرية ، والأحكام التمهيدية ، والأحكام التهديدية والأحكام الوقتية ، مثل الحكم بإحالة الدعوى للتحقيق ، أو الحكم بتعيين خبير أو الحكم بالغرامة التهديدية أو الحكم بنفقة مؤقتة .

ثانياً : أجزاء الحكم التي تثبت لها الحجية :

يتكون الحكم من المنطوق والأسباب والوقائع :

أما المنطوق ، فهو ما قضاها المحكمة في النزاع .

ولما الأسباب ، فهي عرض لما قدمه الخصوم من حجج ومناقشتها وبيان أسس الحكم التي استندت إليها المحكمة .

اما الواقع ، فتتضمن عرض موضوع النزاع .^(١)

والحجية تثبت في الأصل لمنطوق الحكم حيث تتمثل فيه الحقيقة القضائية ويشترط في هذه الحالة أن يرد المنطوق بصيغة الفصل ، فإذا وردت في المنطوق عبارات عارضة لا تتعلق بأمر كان محل مرافعة ولم يرد في طلبات الخصوم فإن هذه العبارات لا تدخل في المنطوق الذي يحوز الحجية .

وكما تثبت الحجية للمنطوق الصريح فإنها تثبت للمنطوق الضمني للحكم ، فالحكم الذي يقضي بصحة الإجراءات التي اتخذت تنفيذاً لسند معين تكون له حجية الأمر المقصى فيما يتعلق بصحّة هذا السند حيث أن الحكم بصحّة الإجراءات يقتضي بالضرورة صحة السند وقابلته للتنفيذ . وإذا كان الأصل أن الحجية لا تثبت إلا للمنطوق الصريح أو الضمني للحكم إلا أن هذه الحجية قد تثبت أحياناً لأسباب الحكم ، إذا كانت مرتبطة بالحكم ارتباطاً وثيقاً ، بحيث لا يقوم الحكم إلا بها .^(٢)

(١) المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حجية الأمر المقصى ترده على منطوق الحكم وعلى ما يكون من أسبابه مرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً و لازماً للنتيجة التي انتهت إليها ، و من شروط الأخذ بقرارنة الأمر المقصى وللقاض للنعيادة ١٠١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وحدة الموضوع بين الدعوى التي سبق الفصل فيها و الدعوى المطروحة ، بحيث تكون المسألة المقصى فيها مسألة أساسية لم تتغير و أن يكون الطرفان قد تناقشا فيها في الدعوى الأولى و استقرت حقوقتها بينهما بالحكم الأول استقراراً جاماً ماتعاً . و تكون هي بذاتها الأساس فيما يدعوه بالدعوى الثانية أي من الطرفين قبل الآخر من حقوق متفرعة عنها

(٢) وفي ذلك قضت محكمة النقض بأن " المعول عليه في الحكم هو قضاوه الذي يرد في المنطوق دون الأسباب ، إلا أن تكون قد تضمنت الفصل في بعض أوجه النزاع التي أقيم عليها المنطوق والأصل أن حجية الأمر المقصى لا تردد إلا على منطوق الحكم ، وعلى ما يكون من أسبابه مرتبطة بالمنطوق ارتباطاً وثيقاً . " الطعن رقم ٥٣ لسنة ٢٨ قضائية، جلسة ١٩٧٤/١/١

ثالثاً : الأشخاص الذين تقوم العجيبة في مواجهتهم :

إذا كانت حجية الأمر المقصري تؤدي إلى منع العودة إلى المنازعة أمام القضاة مرة أخرى فيما فصل فيه حكم قضائي إلا في الأحوال التي يكون الحكم فيها قابلاً للطعن ، فإن هذه الحجية تعد حجية نسبية ، بمعنى أن منع العودة إلى طرح النزاع ثانية مقصور على أطراف الدعوى التي صدر فيها الحكم دون غيرهم ..

أما الغير الذي لم يكن طرفاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم فلا تسري هذه الحجية في مواجهته فيكون له أن ينمازع فيما سبق الفصل فيه ، سواء سلك في هذا طريق الدعوى أو طريق الدفع.

بيد أن هناك من الأحكام ما تقتضي طبيعة قضاهاه أن يكون ذا حجية مطلقة أي يكون حجة في مواجهة الكافة بالأحكام التي تقرر حالة جديدة للشخص كالحكم بشهر إفلاس التاجر أو الحكم بالطلاق ، ففي مثل هذه الأحكام لا تنتصر حجيتها على من كان طرفاً في الدعوى ، بل تسري حجية هذه الأحكام في مواجهة الكافة باعتبارها حجية مطلقة .

شروط الدفع بحجية الأمر الم قضي

بعد أن قررت المادة ١٠١ إثبات أن الأحكام التي حازت قوة الأمر الم قضي تكون حجة فيما فصلت فيه من حقوق أضافت : " ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصون أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم و تتعلق بذات الحق ملحاً و سبباً .^(١)

ويتبين لنا من هذا النص وجوب توافر ثلاثة شروط للدفع بحجية الأمر الم قضي وهي :

١. وحدة الخصوم

٢. وحدة المحل

٣. وحدة السبب

ونعرض لكل شرط من هذه الشروط بشئ من التفصيل فيما يلي :

الشرط الأول : وحدة الخصوم

حجية الأمر الم قضي لا تسرى إلا على الخصوم الذين متوا في الدعوى الصادر فيها الحكم . لذلك يشترط للدفع بهذه الحجية في دعوى جديدة متعلقة بموضوع دعوى صدر فيها حكم حائز حجية الأمر الم قضي أن يتهدد الخصوم في الدعويين

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن " الدفع بعدم جواز نظر الدعوى تسبق اللصل فيها أصبح يمتنع المادة ١١٦ من قانون المرافعات متنطبقاً بالنظام العام ، تقضى به المحكمة من تقام نفسها ، و يسرى هذا الحكم على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى قبل تاريخ العمل بقانون المرافعات ، و ذلك عملاً بالمادة الأولى من هذا القانون ، و لا محل للتحدى بحكم المادة ٤٥/٢ من القانون المدني التي كانت تقضى بأنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى بعدم جواز نظر الدعوى من تقام نفسها ، ذلك أن هذه المادة و قد وردت في الباب السادس من الكتاب الأول من القسم الأول من القانون المدني قد ألغت يمتنع المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات ، و حل محلها المادة ١٠١ من قانون الإثبات التي نصت على حجية الأحكام التي حازت قوة الأمر الم قضي و جعلت هذه القاعدة متعلقة بالنظام العام ، تقضى المحكمة بها من تقام نفسها . الطعن رقم ٣٢٠ لسنة ٤١ ق، جلسة ١٩٧٥/٥/٢١ .

معنى أن الخصوم وحدهم هم الذين يمتنع عليهم إعادة طرح المنازعة من جديد أمام القضاء فيما فصل فيه الحكم السابق دون غيرهم .

على أنه يراعي أن الخلف العام للخصم يعتبر في حكم الخصم نفسه من حيث سريان حجية الأمر المقصبي في مواجهته على أساس أنه يعتبر ممثلاً في الدعوى الأولى في شخص سلفه .

الشوط الثاني: وحدة المحل :-

يشترط للدفع بحجية الأمر المقصبي ، أن يكون محل الدعوى الجديدة هو نفس محل الدعوى التي فصل فيها الحكم السابق . بمعنى أنه لا بد أن يكون موضوع الدعوى الجديدة هو نفس الموضوع الذي رفعت بشأنه الدعوى السابقة للتمسك بحجية و الأمر المقصبي . فإذا رفعت دعوى للمطالبة بأجره عن مدة معينة ورفضت هذه الدعوى فإنه يمتنع رفع دعوى جديدة للمطالبة بنفس الأجرة عن نفس المدة .^(١)

ويلاحظ أنه لا يقصد بوحدة المحل ، وحدة الشيء المادي الذي تتعلق به الدعوى، فقد يرد على نفس الشيء عدة حقوق . فإذا رفعت دعوى بملكية منزل ورفضت، فهذا لا يمنع رفع دعوى للمطالبة بحق انتفاع على نفس المنزل، حيث أن موضوع الدعوى الجديدة يختلف تماماً عن موضوع الدعوى السابقة .

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض بـأن "المسألة الواحدة" بمعنىها إذا كانت شاملة و كان ثبوتها أو عدم ثبوتها هو الذي ترتب عليه النضاء بثبوت الحق الجزئي المطلوب في الدعوى أو بالتنافاه ، فإن هذا القضاء - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - يجوز حجية الأمر المقصبي في تلك المسألة الكلية الشاملة بين الخصوم أنفسهم ، و يمنع الخصوم أنفسهم من التنازع بطريق الدعوى أو بطريق الدفع في شأن حق جزئي آخر متوقف ثبوته أو التنازه على ثبوت تلك المسألة الكلية السابقة الفصل فيها بين الخصوم أنفسهم أو على انتقادها . الطعن رقم ٤٨٥ لسنة ٣٥ ق ، جلسة ١٩٧١/٥/٢٦ .

الشرط الثالث : وحدة السبب :

يقصد بالسبب الأساسي القانوني الذي تبني عليه الدعوى . وعلى ذلك يجب للدفع بحجية الأمر المقصري أن يتضمن السبب في الدعوى السابقة التي فصل فيها والدعوى الجديدة التي يراد رفعها فمن رفع دعوى مطالبا بملكية عين على أساس أنه تملكها بعقد بيع ورفضت دعواه يستطيع أن يطلب ملكيتها بدعوى جديدة على أساس التقادم

الباب الثالث

إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت

تمهيد :

- بالرغم من أن مبادئ حرية التعاقد و رضائية العقود سمحت بالتسير على الأفراد في مجال إبرام التصرفات القانونية ، إلا أنها حلت في طياتها سلبيات تتعلق بكيفية إثبات هذه التصرفات عند نشوب النزاع بشأن وجودها أو تحديد مضمونها . و في مواجهة هذه المشكلات اختلفت الأنظمة القانونية في تحديد موقفها بشأن مبادئ الإثبات ، فبينما تبنت بعض النظم القانونية مبدأ حرية الإثبات، فإن البعض الآخر تبني مبدأ الإثبات المقيد . و في ظل هذا المبدأ الأخير و الذي تبناه المشرع المصري في شأن إثبات التصرفات القانونية في المسائل المدنية على وجه الخصوص ، فإن الأصل هو وجوب إثبات هذه التصرفات – إذا زادت قيمتها عن حد معين – عن طريق الكتابة .

و إذا كان مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة لا يتعارض من الناحية القانونية مع مبدأ رضائية العقود ، إلا أن الصعوبات المتعلقة بالحصول على الدليل الكتابي قد تؤدي إلى رفض الاعتراف بوجود هذه التصرفات و ما ينشأ عنها من آثار قانونية على نحو مساو من الناحية العملية للأثار المترتبة على عدم انعقاد العقد .

و إذا كانت المشكلات المتعلقة بإبرام العقد و إثباته تطرح نفسها في المنازعات المتناولة أمام القضاء و بشكل يومي ، فإن هذه المشكلات تأخذ بعدها خاصا و غير مألف من ذي قبل في ظل استخدام التقنيات الحديثة في إبرام العقود . و منذ بداية ظهور هذه التقنيات في شكل التلفون ثم التليفون و الفاكسيميلي ، فقد اجتهد الفقه و القضاء لتحديد عناصر التعاقد في ضوء اختلاف الشكل الذي يتم فيه التعبير عن الإرادة عن الأشكال المألوفة و التقليدية ، كما تعرض هذا الاجتهاد أيضا لتحديد أثر هذه الوسائل في إثبات العقد و ما يتضمنه من شروط .

على أنه وبظهور الحاسب الآلي و ما أتاحه من سرعة في الاتصال جمعت في ذات الوقت بين إمكانية كتابة و قراءة الوثائق محل التعاقد و بين إمكانية اتخاذ القرار بشأنها في ذات لحظة الاطلاع عليها ، ظهر بعد جديد للمشكلات التي تثيرها هذه الوسيلة الحديثة في شأن التعاقد .^(١)

وهنا تعد مشكلات الإثبات في مجال التعاقد عن طريق الوسائل الإلكترونية وبصفة خاصة عبر شبكة الإنترنت من أهم المشكلات التي تترجم عن استخدام هذه الوسيلة الحديثة من وسائل التعاقد .

وتبدو هذه المشكلة بشكل خاص إذا ما أخذنا في الحسبان أنه حتى و إذا أمكن اعتبار ما يتم تحريره على هذه الوسانط من قبيل الكتابة ، فإن عدم إمكان كتابة التوقيع بخط اليد يثير التساؤلات حول المساواة بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع بخط اليد و الذي يعد عنصراً جوهرياً من عناصر تكوين الدليل الكتابي الكامل^(٢). و في جميع الأحوال فإن إمكانية التداخل على الوسيط المادي و تعديل الوثائق التي يتم التوقيع عليها إلكترونياً قد وضع الفقه و القضاء في حيرة في مدى الارتباط بين التوقيع و بين الوثيقة التي يتم استخراجها من الحاسب الآلي و وبالتالي عن أثر ذلك في اعتبار التوقيع منتجاً لأثره في إثبات صحة ما ورد بالمحرر و نسبته إلى صاحب التوقيع .

- على أنه وبالرغم من المشكلات و التساؤلات السابقة ، فإن التعاقد عبر شبكة الإنترنت أصبح واقعاً لا يمكن إنكاره ، و ضرورة لتحقيق المصالح الاقتصادية و تيسير المعاملات .

و إذا كان التعاقد عبر طريق الإنترنت على المستوى الداخلي في مصر لا يزال في بداياته ، إلا أنه بدأ يفرض نفسه على مستخدم الإنترنت في مصر في التعاقد على

CARPIELIN, mercier et perel, comprendre et utiliser l'internet, p. 150 et s. ^(١)

Michel TROCHU, protection des consommateurs en matière de contrats à ^(٢) distance, directive n° 97-7 CE du 20 mai 1997, Dalloz, 1999, I, p.197 et s. .

السلع و الخدمات التي تتوفر عبر ملايين المواقع التجارية المتاحة على هذه الشبكة .

و مما لا شك فيه أن هذا النوع من التعاقدات سوف يفرض نفسه على المستهلك المصري حتى على مستوى التجارة الداخلية إذا ما أخذنا في الاعتبار مقتضيات المنافسة و ضرورة توافق شكل التجارة مع هذا التيسير و ما يتحقق من اتساع فرصة الاختيار و سهولة التنقل بين المواقع التجارية و مقارنة الأسعار . كذلك و إذا ما أخذنا في الاعتبار أن هناك خدمات يتم تقديمها بحسب الأصل من خلال موقع الانترنت مثل خدمات المعلومات المتوفرة على هذه الشبكة و التي تقدمها بنوك المعلومات و خدمات رفع كفاءة برامج الحاسوب الآلي و التي يتم تحميل البرامج الحديثة فيها إلى جهاز الحاسوب عبر الشبكة و غيرها من الخدمات الأخرى التي لا مجال لحصرها ، فإن دراسة كيفية إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت تصبح أمرا ضروريا لمواجهة مقتضيات العصر الحديث و مواكبة التطور العلمي .

خطة البحث :

- في ظل ما يشيره التعاقد عن طريق شبكة الانترنت من مشكلات في الإثبات تتعلق بتحديد صلاحية الوسائط الإلكترونية كدعams مادية مقبولة في تدوين المحررات الكتابية و ما يتصل بذلك أيضا من تحديد إمكانية الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني ؛ نجد أنه من الضروري أن نعرض في فصل تمهددي لكيفية التعاقد عن طريق الوسائط الإلكترونية عبر شبكة الانترنت ثم نقسم هذا البحث إلى فصلين نخصص الأول منها لبيان الشروط الازمة لإنشاء الدليل الكتابي الكامل و مدى توافرها في المحررات الإلكترونية ، و نخصص الفصل الثاني لبيان مدى إمكانية اعتبار المحررات الإلكترونية أدلة كتابية في ظل نصوص قانون الإثبات الحالي .

فصل تمهددي

- في إطار ثورة المعلومات و التقدم التكنولوجي ظهر الحاسب الآلي كوسيلة لمعالجة البيانات ثم لتخزينها و إعادة استرجاعها ، فتفوق الحاسب الآلي على الآلة الكاتبة بالقدرة على التدخل على النص المكتوب بالتعديل و الإضافة ، كما تفوق أيضاً بالقدرة على تخزين المعلومات التي أدخلت فيه في حيز محدود جداً على وسائط ممغنطة أو شرائط أو أقراص صغيرة الحجم .

و في مرحلة تالية أمكن الربط بين أجهزة الحاسب عبر خطوط اتصال مستقلة أو من خلال أسلاك الهاتف و بالتالي إتاحة تبادل المعلومات بين هذه الأجهزة . و قد أتاحت هذه الإمكانيّة إنشاء بنوك متخصصة في المعلومات " تقوم بتجمّع المعلومات المتعلقة بغرض معين بقصد معالجتها آلياً لاسترجاعها و استغلالها":^(١)

و أخيراً أضاف التطور العلمي إلى تيسير الاتصال بين تلك البنوك المعلومات نظاماً حديثاً للربط بين أجهزة الحاسب على مستوى العالم يُعرف باسم شبكة الإنترنت internet^(٢).

- الحاسب الآلي قد هذا و قد كانت شبكة الاتصال بين أجهزة نشأت في بداية الأمر لخدمة أغراض العسكرية للولايات المتحدة الأمريكية ، ثم أخذت الولايات المتحدة قراراً بإطلاقها لخدمة أغراض المعرفة و الاتصالات على مستوى الأفراد و على مستوى العالم .

وقد أتاحت هذه الشبكة في باذئ الأمر الاتصال بين الأجهزة المختلفة على مستوى الأفراد أو الشركات و المؤسسات . ثم تلقت بعض الشركات المتخصصة هذه الفرصة لإنشاء نظام يسمح بتيسير التجارة الإلكترونية فأنشأت كيانات تتبع لكل شخص أو شركة الحصول على صندوق بريد إلكتروني Electronic mail و الذي يطلق عليه على سبيل الاختصار مصطلح " E-mail " ؛ ثم أتاحت هذه

(١) / حسام الدين كامل الأهوازي ، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الآلي ، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون و الحاسب الآلي المنعقد في الكويت في نوفمبر ١٩٨٩ ، ف٧ ، ص ٨ .

"International network" (٢)

الشركات تكوين موقع على الشبكة ينما الدخول إليها والاطلاع على ما بها من معلومات لكل من يرغب .

- هذا ويقصد بالبريد الإلكتروني إنشاء نظام تخصص به إحدى الشركات ما يشبه صندوق البريد المعتمد لكل مشترك يكون مقره هو الجهاز الرئيسي الموجود بمقر الشركة . ويسمح هذا النظام بتبادل المراسلات من وثائق وطبوعات (بل وأفلام) أياً ما كان حجمها . هذا ويتم إرسال هذه البيانات إلى عنوان شخص معين في البريد الإلكتروني بحيث يستطيع هو وحده أن يطلع عليه باستخدام كلمة سر خاصة به لفتح الصندوق والاطلاع على الرسائل الإلكترونية التي يرسلها إليه الغير .

- وفي مرحلة أكثر تطوراً أمكن تحقيق التخاطب (CHATING) على شبكة الإنترنت .

وتحقق هذا التخاطب بأن يفتح كل من المخاطبين الصفحة الخاصة به على جهازه في ذات الوقت فمما يكتبه عبر الصندوق البريدي للشخص الآخر إلى الصفحة التي يفتحها على الجهاز الخاص به ، والعكس صحيح .

وقد أمكن مؤخراً ربط الجهاز بوسائل الاتصال الصوتية والمرئية (عبر ميكروفون وكاميرا فيديو مثبتة على جهاز كل مخاطب) بما يسمح للمخاطبين بأن يسمع ويرى كل منهما الآخر في ذات الوقت الذي ينما تبادل البيانات المكتوبة فوراً ، وهو ما يتتيح عقد المؤتمرات واللقاءات عن طريق الإنترنت .

- أخيراً فقد سمع التطور التكنولوجي بإنشاء صناديق إلكترونية تسمح بتراك المعلومات التي ي يريد الشخص للأخرين بالاطلاع عليها بهدف نشر المعلومات أو ترويج البضائع والخدمات .

وتشابه تكنولوجيا إنشاء هذا الموقع (site) تكنولوجيا إنشاء صندوق البريد الإلكتروني و لكن ينما عنوان هذا الصندوق - و المسمى وفقاً لرغبة صاحب الموقع - لكل من يرغب في أن يزور هذا الموقع بغير حاجة إلى استخدام كلمة مرور أو كلمة سر خاصة .

و يتم إنشاء هذا الموقع عن طريق الاشتراك في خدمة إنشاء صفحة خاصة بالعميل " بالحاسوب الموجود بالشركة المنشئة لهذه الموقع بحيث يضع Home page"

هذا العميل كل ما يرغب فيه من بيانات مكتوبة أو مصورة بل و على شكل أفلام داخل هذا الموقع . و على سبيل المثال فإن المكتبات العالمية تضع محتويات المكتبة مفهرسة على الصفحة الخاصة بها بما يتبع الاطلاع على محتويات المكتبة من خلال فتح موقع المكتبة من أي جهاز حاسب آلي في العالم .^(١) و كذلك الأمر بالنسبة للشركات و المتاجر التي ترغب في تسويق منتجاتها أن تضع في الموقع الخاص بها على شبكة الانترنت البضائع التي ترغب في تسويقها مصحوبة بكافة البيانات و المعلومات الخاصة بكل سلعة على حدة و مصحوبة في بعض الأحيان بأفلام مصورة تعرض السلعة أثناء التشغيل ببيان عملي لأدائها و مميزاتها.^(٢) و يعني ذلك من الناحية العملية أن الانترنت أتاح إنشاء مجال تجارية إلكترونية يمكن زيارتها و الاطلاع على البضائع فيها و المفاوضة ثم التعاقد عليها من خلال الاتصال عن طريق الشبكة .

- وهذا يتضح أن هناك طريقين أساسيين للتعاقد عن طريق الانترنت ، فاما الطريق الأول فهو الذي يتم فيه التعاقد عن طريق المراسلة من خلال البريد الإلكتروني ، و أما الطريق الثاني فيتم فيه التعاقد بواسطة الاتصال المباشر من خلال زيارة العميل للموقع الإلكتروني للبائع أو مقدم الخدمة و إنعام التعاقد بشكل مباشر من خلال التوقيع على النموذج المتاح في هذا الموقع . و حيث يتم تحرير العقود المبرمة عن هذين الطريقين على وسائط إلكترونية (من أفراد و شرائط ممغنة) يسهل تعديل بياناتها و إعادة استخدام التوقيعات الإلكترونية المسجلة عليها؛ لذلك فإن إثبات التعاقد عن طريق الوثائق و المحررات الإلكترونية يثير العديد من التساؤلات ؛ و هو ما تحاول هذه الدراسة الإجابة عليه.

(١) انظر على سبيل المثال موقع مكتبة الكونجرس الأمريكية

Http : \ www.congress library. Com.

(٢) انظر على سبيل المثال موقع شركة ' دل ' للكمبيوتر

Http : \ www.Dell . com .

الفصل الأول

الشروط الازمة لإنشاء الدليل الكتابي و مدى توافرها في المحررات الإلكترونية

- يتميز التعامل عن طريق الوسائل الإلكترونية بتسهيل التعامل و تحقيق سرعة فائقة في إتمام التعاقد حتى بين الأشخاص الذين تفصل بينهم مسافات مادية كبيرة .

- على أنه و في الجانب المقابل فإن طبيعة الوسيط المادي الذي يتم تحرير العقود عليه لا تزال تثير التساؤلات الفنية و القانونية حول إمكانية قبول المحررات الإلكترونية كدليل في إثبات التصرفات القانونية و مدى حجية هذا الدليل في الإثبات .

تحديد المشكلة :

- و حتى يمكن تحديد مشكلات قبول الوسائل الإلكترونية في الإثبات فإن دراسة الجانب القانوني لا ينبغي أن تفصل عن التطور التكنولوجي و الفني في هذا المجال . فواقع الأمر أن الاعتداد بأي محرر كدليل كتابي و تقدير قوته في الإثبات يعتمدان على توفر شرائط أساسية في ذلك المحرر .

فيجب من ناحية أولى أن تتوفر في المحرر الكتابي العناصر المادية التي تسمح بحفظ بيانات التصرف القانوني عليه بأحرف أو رموز لها دلالة مفهومة لأطراف التصرف ، و أن يتمتع هذا المحرر بالقدرة على الحفاظ على هذه المعلومات بشكل

مستمر بحيث يمكن تقديمها إلى القضاء للاطلاع عليها عند نشوب الخلاف حول وجودها أو تحديد المقصود منها .

ومن ناحية ثانية فإنه يجب أن يكون تدوين البيانات على الوسيط (الداعمة المادية) دالاً على رضا المتعاقدين بالاتضمام إلى العقد و بالقبول بمضمونه و الالتزام بما ورد به . و حتى يتحقق ذلك فيجب أن تكون البيانات المحررة على الوسيط المادي غير قابلة للتغيير أو التبديل إلا بإحداث أثر مادي يدل على التزوير أو التلاعب فيها .

كذلك و حتى يمكن اعتبار المحرر دليلاً كتابياً كاملاً فيجب أن يوقع عليه المتعاقدان توقيعاً دالاً على شخصيته و مميزة له عن غيره من الأشخاص دالاً بوضوح على الارتباط بين هذا التوقيع و ما يتربى عليه من آثار قانونية و بين المحرر المكتوب الذي يتضمن بنود العقد .

- و في ضوء هذه الشروط المادية و القانونية المطلبة في المحرر المقبول كدليل في الإثبات (و سواء كان محرراً عرفياً أو رسمياً) ، فإنه يصبح من الصعب القبول بالمحررات الإلكترونية كأدلة كتابية متساوية للمحررات العرفية في قوتها في الإثبات على النحو الذي قرره المشرع .

فمن ناحية أولى فإن الميزة التي يتمتع بها تدوين البيانات على الوسيط الإلكتروني و سهولة تعديلها بدون إتلاف الداعمة المادية أو ترك أي أثر عليها تقلب إلى نعمة حينما يريد أطراف التصرف القانوني الاستعانة بهذه الوسائل في إثبات التصرف .

و من ناحية ثانية فإن الومضات الإلكترونية التي يتم التدوين بها و حساسية الداعمات المادية تتناقض مع الاستمرارية و الثبات الواجب توفيرهما في البيانات المدونة و يهدان باختفائها لمجرد حدوث تغير في قوة التيار أو اختلاف ظروف التخزين المادية (كاختلاف درجة الحرارة المفاجئ) .

أخيراً فإنه و بغير اللجوء إلى وسائل فنية خاصة و معقدة ، فإن البيان المحرر على الوسيط المادي لا يمكن أن يرتبط بأي توقيع إلكتروني على النحو الذي يدل على

ارتباط إرادة صاحب التوقيع بالقبول بما ورد في المحرر الإلكتروني و الالتزام بما ورد فيه .^(١)

و بالنظر إلى ما تقدم فإننا سوف نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين ، نخصص الأول منها لتحديد الشروط الواجب توافرها في المحرر الكتابي ؛ ثم نخصص المبحث الثاني لدراسة الشروط الواجب توافرها في التوقيع و مدى تحقق الشروط السابق عرضها بالنسبة للمحررات و التوقيع في المحررات الموقعة إلكترونيا .

المبحث الأول: الشروط المتعلقة بالتدوين الكتابي لبيانات المحرر و مدى توفرها في المحررات الإلكترونية .

المبحث الثاني: الشروط المتعلقة بالتوقيع و مدى توفرها في التوقيع الإلكتروني.

المبحث الأول

الشروط المتعلقة بالتدوين الكتابي لبيانات المحرر و مدى توفرها في المحررات الإلكترونية

- يحكم التعاقد في نظامنا القانوني مبدأ الرضائية الذي يسمح بإبرام العقود بمجرد تراضي المتعاقدين دون الحاجة لأن يصب هذا التراضي في شكل خاص . لذلك

(١) هذا و لا تتحصر مشكلات الإثبات المتعلقة بالمحرر الإلكتروني في تحديد نصوص العقد و بنوده ، و إنما تمتد إلى كل ما يرتبط بإبرام التصرف القانوني من عناصر . و من ذلك على سبيل المثال صعوبة تحديد تاريخ إبرام العقد نتيجة لصعوبة تحديد تواريخ وصول التعبير الإلزامي (القبول أو الإيجاب) إلى الطرف الآخر . فحيث يتم نقل التعبير عن الإلزام عن طريق الضغط على مفاتيح بأجهزة الحاسب الآلي تتلقى هذه الإلزام عن طريق ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى ومضات إلكترونية على الدعامة المادية لدى المتعلق ، فإنه يصعب تحديد تاريخ وصول هذه الومضات إلى المرسل إليه . و قد أدى ما تقدم إلى ظهور الحاجة إلى إيجاد وسائل تكنولوجية تسمح بتحديد هذه التواريخ على نحو موثوق به حتى يمكن الاعتماد بها في الإثبات .

فإنه و فيما عدا ما ورد بشأنه نص شرعي خاص بطلب شكلا معينا لإبرام العقد، فإن العقد ينعقد صحيحا بمجرد تبادل التراضي بين أطرافه .^(١)

- على أنه و بالرغم من أن الأصل في نظامنا القانوني هو رضائية العقود ، فإن المشرع قد يتطلب كتابة العقد لإثباته . و مع ذلك فإن هذا الشرط لا يؤثر من الناحية القانونية على وجود التصرف قانونا ، إذ يجوز إثبات هذا التصرف بالإقرار أو باليمين ، كما يمكن من خلال أدلة الإثبات الأخرى في الحالات الاستثنائية التي ينص المشرع عليها و عندما تتتوفر الشروط التي يتطلبها المشرع في هذا الصدد .^(٢)

- وبالرجوع إلى نصوص قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية (رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨) ؛ نجد أن المشرع قد اعتبر أن الكتابة هي الوسيلة الأساسية في إثبات التصرفات القانونية في المواد المدنية .

لذلك فقد ورد نص المادة ٦٠ من قانون الإثبات بأنه : "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضى بغير ذلك .".

و يتبيّن من هذا النص أنه قد جعل الإثبات بالكتابة وجوبيا في شأن المعاملات المدنية التي تجاوز قيمتها ألف جنيه أو غير محددة القيمة .^(٣)

(١) عبد الودود بحري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، المصادر - الأحكام - الإثبات ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٤ ، ف ١٦ ، ص ٢٣ و ما بعدها .

(٢) المظور له -. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ف ٤٦ ، ص ٦٧ . لذلك فإنه إذا كان النص القانوني لم يلْمِع عن وظيفة الشكل المطلوب و لم يمكن الوصول إلى تحديد المقصود من هذا النص بأي طريق من طرق التفسير ، فإنه يجب اعتبار أن المشرع قد تطلب الكتابة للإثبات ، فالالأصل هو الرضائية و الشكلية هي الاستثناء و لا يجوز في تفسير التصوص غير الواضحة الدلالات تخرجها على مقتضى الاستثناء و إنما يجب ردها إلى المبدأ الأصيل . نقض مدني ، ٢٤ مارس ١٩٧٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، س ٣٠ ، من ٩١١ نقض مدنى ٢٦ يونيو ١٩٧٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، من ٢٩ ، ص ١٥٤٨ .

(٣) نزيه محمد الصادق المهدى ، دروس في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثالث ، الإثبات ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ٥١ و ما بعدها .

و حيث أن معظم التعاملات التي تتم عن طريق الإنترنٌت هي تعاملات تزيد قيمتها على الألف جنيه ، فإنها تخضع فيما يدعى به التاجر في مواجهة المشتري أو متلقى الخدمة لقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة ، و هو ما يوضح أهمية قيام أطراف التعاقد بإعداد و تهيئة الدليل الكتابي .

على أنه و بالأأخذ في الحسبان أن التعاقد عن طريق الإنترنٌت يتم عن طريق تحرير العقد على وسائل و دعائم إلكترونية و يتخذ التوقيع فيه شكلًا إلكترونيا ، فإنه قد ثار التساؤل حول مدى اعتبار المحررات الإلكترونية دليلا كتابيا مقبولا في الإثبات و مدى قوة هذا الدليل .

و للإجابة على هذا التساؤل ثم تحديد قوة المحرر الإلكتروني في الإثبات ، فإنه يجدر بنا أن نحدد المقصود بالكتابة ، ثم نستعرض الشروط اللازم توافرها في الكتابة لتمكنها من أداء وظيفتها في الإثبات .

المطلب الأول

تحديد المقصود بالكتابة

- عندما تطلب المشرع الإثبات الكتابي للتصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على ألف جنيه أو في إثبات ما يجاوز أو يخالف ما هو ثابت بالكتابة ، فإنه قد بذلك وجود دليل كتابي كامل كالمحررات الرسمية و المحررات العرفية المعدة للإثبات .
فاما المحررات الرسمية ، فهي تلك المحررات التي يقوم بتحريرها موظف عام مختص بذلك وفقا للأوضاع المقررة قانونا . أما المحررات العرفية فهي تلك التي يقوم الأفراد بتحريرها فيما بينهم و هي إما محررات عرفية معدة للإثبات يلزم لاعتبارها دليلا كتابيا كاملا أن يوقع عليها أطرافها ^(١) أو محررات عرفية غير معدة

(١) - توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٢ ، ف ٢٩ و ما بعدها ، ص ٥٢ و ما بعدها ; أ.د. سمير عبد السيد شاغر ، النظرية العامة في الإثبات ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٧ ، ف ٤٣ و ما بعدها ، ص ١٠٣ و ما بعدها .

للإثبات كالدفاتر التجارية والأوراق المنزلية والتي لا تعتبر دليلا كتابيا كاملا بحيث يمكن دحضها ونقض ما هو مدون بها بكلفة طرق الإثبات .^(١)

على أن المشرع لم يتعرض لتحديد المقصود بالكتابة أو المقصود بالتوقيع ، وإنما استقر العمل وجرى القضاء على تعريف المحررات العرفية بأنها " الأوراق التي تصدر من الأفراد والتي لا يدخل موظف عام في تحريرها " ، وتعريف المحررات الرسمية بأنها " المحررات التي يدونها الموظف الرسمي في السجلات وفقا للأوضاع المقررة قانونا .^(٢)

و بالرغم من أن الوضع المستقر هو تدوين المحررات الكتابية على وسیط من الأوراق إلا أن المقصود بالكتابة و تحديد نوع الوسيط لا يتعلّقان بالدعامة المادية أو بنمط الكتابة بقدر ما يتعلّقان بوظيفة الكتابة و دورها في الإثبات .

و حيث جرى العرف و استقر العمل على تدوين المحررات الرسمية و العرفية على الأوراق و بالحروف الخاصة بلغة المتعاقدين أو اللغة التي يعتمدانها لتحرير العقد ، فإن اللجوء إلى تدوين المحررات على وسانط إلكترونية من خلال ومضات كهربائية و تحويلها إلى اللغة التي يفهمها الحاسب الآلي (و التي تكون حروفها من التوافيق و التباديل بين رقمي الواحد و الصفر) يثير التساؤل عن مدى اعتبار المحرر الإلكتروني من قبيل الكتابة ، و هو ما نوضحه فيما يلي .

(١) - توفيق فرج ، المرجع السابق ، فـ ٦٢ ، ص ١٠٦ .

(٢) - عبد الودود يحيى ، المرجع السابق ، فـ ٤١ ، ص ٨٤٢ . - محمد شكري سرور ، موجز في أصول الثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧ ، ص ٤٩ و ما بعدها .

اولاً - عدم ارتباط الكتابة بالتدوين على وسبيط ورقية:

- استقر الفقه و القضاء في كل من مصر و فرنسا على أنه لا يلزم في المحررات العرفية اتخاذ شكل خاص أو استخدام لغة معينة . كذلك لا يهم في تحديد الكتابة أن تكون بخط اليد أو أن تكون مطبوعة .^(١)

- كذلك و بالرجوع إلى التعريف الفقهي للكتابة نجد أن الفقه لم يحدد الكتابة بنوع الدعامة المادية التي يتم تدوين المحرر عليها . لذلك فإن الفقه المصري يشير إلى الكتابة المعتبرة دليلا في الإثبات بوصفها " الأوراق أو المحررات المكتوبة التي تستخدم كأدلة للإثبات " .^(٢)

و يعني ذلك أن الكتابة كما يمكن أن تدون فوق الأوراق فهي و كما كانت في عصور سابقة يمكن أن تدون في صحائف من الجلد أو الخشب أو الحجر .^(٣)

- هذا و تؤكد قواميس المصطلحات القانونية هذا المفهوم بتحديدتها للكتابة و المحررات المقدمة للإثبات بوصفها كل ما يتم تدوين مضمون التصرف القانوني فيه سواء اتّخذ شكل محرر يدوى مخطوط على الأوراق أو اتّخذ شكلا آخر .^(٤)

وقد جاء تحديد المقصود بالمحررات الكتابة واضحا في المواصفة الخاصة بالمحررات (iso DP. 6760) و التي أصدرتها المنظمة الدولية للمواصفات و المقاييس (أيزو - iso) بأنه : " المحرر هو مجموعة من المعلومات و البيانات

(١) عبد الودود بحري ، المرجع السابق (نقض مدني ، ٢٠ مايو ١٩٥١ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٧ ، من ٥٧٣ - ١ - جلال العدوى ، مبادئ الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، بدون تاريخ ، من ١٣٦ و ما بعدها .

(٢) توفيق فرج ، قواعد الإثبات ، المرجع السابق ، ل ٢٩ ، ص ٥٢ - ٤ - عبد الودود بحري ، المرجع السابق ، ف ٢٩٦ ، ص ٨٢ ، وقد عبر عن ذلك - جلال العدوى بأنه : ' لا يعبر لفظ الورقة عن جوهر الإثبات بالكتابة ' ، ولهذا استبدلت لجنة مراجعة القانون المدني لفظ المحرر بالفظ الورقة ، المرجع السابق ، الموضع السابق .

Le petit Robert , Dictionnaire de la langue française , éd . Robert : le terme " (٢) l'écrit " .

Vocabulaire Henri Capitant , sous la direction de Gérard CORNU , 2e éd . , (٤) P.U.P. , 1990 , p. 298 ; F.LABARTHE , la notion de document contractuel , L.G.D.J. , 1994 , n7 .

المدونة على دعامة مادية بشكل دائم بحيث يسهل قرائتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك .^(١)

و يستفاد من هذا التعريف بصفة خاصة أنه لم يحدد المحررات الكتابية بنوع الوسيط المستخدم في الكتابة ولم يتطلب أن يتم التدوين على دعامة مادية محددة ويتبين مما تقدم أنه لا يوجد ارتباط قانوني أو لغوي بين المحرر وبين وجوب تدوينه على وسیط ورقي . و يستفاد من ذلك أن المحررات الإلكترونية لا يمكن رفضها لمجرد أنها كتابة مدونة على دعائم إلكترونية .

ثانياً - ارتباط تحديد المقصود بالكتابة بوظيفتها في الإثبات:

- يتضح من تطلب الكتابة في الإثبات أنها وسيلة يتم توظيفها لإعداد دليل على وجود التصرف القانوني و تحديد مضمونه بما يمكن الأطراف من الرجوع إليه في حالة نشوب خلاف و عرضه على القاضي المختص ليفصل بينهم في ضوء ما تم الاتفاق عليه .

لذلك فإن تحديد المقصود بالكتابة يجب أن يتم في ضوء وظيفة الكتابة و الغرض منها و ليس على أساس نوعية الوسيط أو نوع الأحبار المستخدمة أو شكل الحروف أو الرموز المستخدمة .^(٢)

لكن و حتى يمكن للكتابة أن تقوم في الإثبات فلا بد أن تستوفي عددا من الشروط التي ترقى بها إلى القيام بهذا الدور و تسمح بتوفير الثقة في المحررات الكتابية .

F.LABARTHE , la notion de document contractuel , L.G.D.J. , 1994 , n2 . (١)

CAPRIOLI et SORIEUL , commerce international électronique , vers (٢) l'emergence des règles juridiques transactionnelles , clunet 1997 , p.323 et s. .

المطلب الثاني

الشروط التي يلزم توفرها في الكتابة لتمكينها من تحقيق وظيفتها في الإثبات

- اتفق الفقه على أنه و حتى تقام الكتابة بالدور السابق بيانه فلا بد أن يكون الوسيط مقروءا *lisible* وأن تتصف الكتابة المدونة بالاستمرارية و الثبات .^(١)

أ- وجوب أن يكون المحرر الكتابي مقروءا *lisible* :

- حتى يمكن الاحتجاج بمضمون المحرر المكتوب في مواجهة الآخرين فإن المحرر يجب أن يكون مقروءا . و بالتالي يجب أن يكون المحرر الكتابي مدونا بحروف أو رموز معروفة و مفهومة للشخص الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر .

فيما رجعنا إلى المحررات الإلكترونية نجد أن هذه المحررات يتم تدوينها على الوسائط بلغة الآلة التي لا يمكن أن يقرأها الإنسان بشكل مباشر و إنما لا بد من إيصال المعلومات في الحاسب الآلي الذي يتم تغذيته ببرامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة (و حروفها تتكون من توافق و تباديل بين رقم الصفر و رقم الواحد) إلى اللغة المقرؤة للإنسان .^(٢)

على أنه و بالرغم من أن قراءة المحرر الإلكتروني لا تتم مباشرة و إنما تحتاج إلى تدخل جهاز الحاسوب لقراءتها بالنظر إلى طريقة التدوين و الرموز المستخدمة فيه ، إلا أن هذه المحررات يمكن قراءتها في جميع الأحوال باستخدام الحاسب الآلي ، و هو ما يعني استيفائها لهذا الشرط المتعلق بإمكان قراءتها و فهمها ظالما أن اللغة التي تظهر على شاشة الجهاز هي لغة مفهومة و مقرؤة لأطراف العقد

F.FLORENZ , Rapport , commerce électronique , une nouvelle donnée pour (1) les consommateurs , les entreprises, le citoyens et les pouvoirs publics, éd., BER,1998 ,p. 5

D.KAPLAN , internet, les enjeux pour la France , AFTEL, ed. 1995,p.93 et s. (٢)

و لقد أكدت المعاصفة الخاصة بالمحررات و الصادرة عن منظمة المعاصفات العالمية ISO هذا المعنى في التعريف السالف الإشارة إليه للمحررات و الذي ورد فيه أن المحرر هو "مجموعة المعلومات و البيانات المدونة على دعامة مادية ... يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك .^(١) كذلك و من أجل حسم هذه المسألة فقد أضاف المشرع الفرنسي في شأن الإثبات عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة نص المادة ١٣١٦ من التقين المدني و الذي تم تعريف المحرر المستخدم في الإثبات بأنه " كل تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أي إشارات أخرى تدل على المقصود منها و يستطيع الغير أن يفهمها^(٢)

بـ- استمرارية الكتابة Durability

- يشترط للاعتماد بالكتابة في الإثبات أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه و استمرارها بحيث يمكن الرجوع إلى المحرر كلما كان ذلك لازما لمراجعة بنود العقد أو لعرضه على القضاء عند حدوث خلاف بين أطرافه . فإذا ما كانت الوسائل الورقية بحكم تكوينها المادي تسمح بتحقيق هذه الشروط ، فإن استخدام الوسائل الإلكترونية يثير التساؤل عن مدى تحقق هذا الشرط فيها حتى يمكن اعتبارها من قبيل المحررات الكتابية . و في هذا الصدد فإن الخصائص المادية للوسائط الإلكتروني قد تمثل عقبة في سبيل تحقيق هذا الشرط . ذلك أن التكوين المادي و الكيميائي للشريحة المغنة و أقراص التسجيل المستخدمة في التعاقد عن طريق الإنترنت تتميز بقدر من الحساسية بما يعرضها للتلف السريع عند اختلاف قوة التيار الكهربائي أو الاختلاف الشديد في درجة حرارة تخزين هذه الوسائل ، و هي بذلك تعد أقل قدرة من الأوراق على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة .

(١) ISO.D.P. 6760 ,cite in F.LABARTHE, op.cit. , n2 .

(٢) هذا و سوف نعالج بالتفصيل هذا المشروع في الفصل الثالث من هذا البحث .

و مع ذلك فإن هذه الصعوبة الفنية قد أمكن التغلب عليها باستخدام أجهزة و سانس اكثراً قدرة و بالتالي يمكنها الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة ربما تفوق قدرة الأوراق العاديّة التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن و قد تأكل بفعل الرطوبة أو الحشرات نتيجة لسوء التخزين .

و يعني ذلك أن عقبة الاحتفاظ بالمحرر المكتوب لفترة طويلة من الزمن تسمح بالرجوع إليه كلما كان ذلك لازماً أمكن للتكنولوجيات الحديثة أن تتغلب عليها مما يعني أن المحرر العرفي يستوفي بذاته و متى استخدمت هذه التكنولوجيات شرط استمرارية الكتابة على الوسيط .

٤- عدم قابلية الكتابة للتعديل إلا باتلاف المحتوى أو ترك أثر مادي عليه *irreversibility*

- ورد نص المادة ٢٨ من قانون الإثبات المصري بأنه : " للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط و المحو و التحشير و غير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاذه . و إذا كانت صحة المحرر محل شك في نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعوا الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبدي ما يوضح حقيقة الأمر فيه " .

و يتضح من هذا النص أن تقدير قوة المحرر الكتابي في الإثبات يتحدد في ضوء السلامة المادية للمحرر و عدم إدخال تعديلات عليه بالإضافة أو المحو أو بالتحشير ، إلا بظهور أي عيوب مادية في المحرر . فإن حدثت تلك التعديلات ، فإن ذلك يجب أن يكون له أثر مادي ظاهر على المحرر حتى يمكن للقاضي تقدير ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية .

فإذا ما كانت العيوب المادية التي يتم استظهارها تؤثر على قوة المحرر في الإثبات مؤدية إلى إنقاذه بل و إلى إسقاطها بحسب الأحوال فإن ذلك يفهم منه و بالضرورة أن المحرر الكتابي يجب أن يكون غير قابل للتعديل أو بالإضافة إلا بظهور ما تم إدخاله عليه من تعديلات حتى يمكن تقدير قيمته في الإثبات .

- فاما المحررات المدونة على أوراق فإن التدوين الكتابي بالأحبار التي يتشربها الورق أو تطبع عليه يتصل كيميائيا بالتركيب المادي لهذه الأوراق بحيث لا يمكن فصلهما إلا باتلاف الأوراق أو إحداث تغيرات مادية يسهل التعرف عليها بالمناظرة أو من خلال الرجوع إلى الخبرة الفنية .^(١)

على أنه و بخلاف الأوراق التي تتحقق فيها هذه الموصفات ، فإن الكتابة على الوسائط الإلكترونية من أقراص و شرائط مغنة تقضي بحسب الأصل هذه القدرة؛ بل أن افتقادها هو سبب تفوقها على الأوراق من ناحية الاستخدام العملي لها كما سبق بيانه في مقدمة هذا البحث . فالاصل في التدوين على الوسائط الإلكترونية هو قدرة كل طرف من الأطراف على تعديل مضمون المحرر و إعادة تنسيقه بالإضافة أو الإلغاء أو المحو بدون أن يظهر لهذا التعديل أي أثر مادي يمكن ملاحظته أو اكتشافه .^(٢)

و يترتب على هذا الاختلاف المادي بين الأوراق و بين الوسائط الإلكترونية أن المحرر الإلكتروني يفتقر بحسب الأصل إلى شرط من أهم الشروط التي تتصل بوظيفة المحرر الكتابي في الإثبات و التي تهدف إلى تحقيق الثقة في البيانات المدونة في المحرر .

- و مع ذلك فإن التطور التكنولوجي قد أدى إلى حل هذه المشكلة أيضا عن طريق استخدام برامج حاسب آلي تسمح بتحويل النص (Document word) processing (الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة ثابتة لا يمكن التدخل فيها أو تعديلها و يعرف هذا النظام باسم (Document image processing) .^(٣)

A.RAYNOWARD, la dématérialisation des titres,étude sur la forme scripturale, thèse paris II, 1998 ,n65 et s. .^(٤)

L.LEVENEUR,note sous cass. civ. 1re , 25 juin 1996, contrats-concurrence et consommation, 1996,n183 .^(٥)

(٣) و بهذا أصبح بالإمكان إنشاء وثائق تتساوى مع الوثائق المدونة على الأوراق في إمكانية قراءتها دون التلاعب في مضمونها ، و يعرف مستخدمو الحاسوب هذا النوع من البرامج باسم ' write once read * w many times

أنظر في ذلك:

كذلك فقد أمكن حفظ المحررات الإلكترونية في صيغتها النهائية و بشكل لا يقبل التبديل أو التعديل من خلال حفظها في صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلا بفتح خاص يهيمن عليه جهات معتمدة من قبل الدولة ، بحيث تؤدي محاولة أطراف التعامل تعديل الوثيقة الإلكترونية إلى إتلافها أو محوها تماما .^(١)

- على أنه و بالرغم من التمكّن من استيفاء الشرط السابق عن طريق التكنولوجيات الحديثة إلا أن تقييم مدى قدرة الوسيلة المستخدمة على تأمين بيانات المحرر سوف يخضع بضرورة الحال إلى تقدير قاضي الموضوع عند تدخله بشأن قبول الدليل في الإثبات .

و مما لا شك فيه أن ترك تقييم مدى إمكان قبول المحرر الإلكتروني الذي يتم تأمين بياناته بواسطة نوع معين من أنواع البرامج يؤدي من الناحية العملية إلى إضعاف قيمة هذا النوع من المحررات في الإثبات بالمقارنة بالمحررات المدونة على الأوراق و التي يلتزم القاضي بقبولها كدليل كتابي كامل متى ما كانت موقعة من أطرافها.

و حيث أن ذلك من شأنه إضعاف الثقة في المحررات الإلكترونية ، فإننا دعونا إلى وجوب تدخل المشرع بالنص صراحة على التكنولوجيا المعتمدة في تأمين بيانات المحررات بما يجعلها تستوفي شرط " عدم القابلية للتعديل " و بدون حاجة إلى تدخل القاضي في تقدير مدى توفر هذا الشرط .^(٢)

Henry H.PERRITT, JR. , law and the information , superhighway ,wiley law ,1996 §12.28 .

E.CAPRIOLI, preuve et signature dans le commerce électronique, droit et patrimoine, 1997, n55 , p. 57 .^(١)

(٢) و في حالة التدخل التشريعي بتحديد التكنولوجيا المعتمدة في تأمين المحررات الإلكترونية و مساواتها وبالتالي مع المحررات المدونة على الأوراق من حيث قبولها كدليل كتابي في الإثبات ، فإننا نعتقد بضرورة أن يفوض المشرع الوزير المختص بإصدار لائحة في هذا الشأن . و الهدف من هذا المقترن هو سهولة إصدار اللائحة بالمقارنة بالقانون بما يسمح ملائمة التطورات التكنولوجية في مجال تأمين المحررات الإلكترونية .

المبحث الثاني

الشروط الواجب توفرها في التوقيع و مدى تحققها في التوقيع الإلكتروني:

تمهيداً :

التوقيع هو العنصر الجوهري في الدليل الكتابي الكامل

- لم يرد في نصوص القانون المصري أو في نصوص القانون الفرنسي أي تعريف للتوقيع ، و مع ذلك فقد ورد نص المادة ١٠ من قانون الإثبات المصري بأن : " المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقاً للأوضاع القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه . فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة رسمية ، فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعاها بإمضائهم أو باختامهم أو ببصمات أصابعهم " .

كذلك ورد نص المادة ١٤ من ذات القانون بأنه : " يعتبر المحرر العرفي صادراً من وقعته ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمساء أو ختم أو بصمة " .

- و يستفاد من النصوص السابقة أن الكتابة و التوقيع هما العنصرين الأساسيين في الدليل الكتابي الكامل سواء كان محرراً رسمياً أو كان محرراً عرفياً .^(١) فإذا ما تمت كتابة المحررات على النحو السابق بيانه فإن أهم ما يجب توفره في المحرر حتى يمكن اعتباره دليلاً كتابياً هو أن يوقع عليه الشخص الذي يراد الاحتجاج بهذا المحرر في مواجهته .^(٢)

(١) أما المحررات الرسمية فإنه - وكما جاء في نص المادة ١٠ سالف الذكر - يشترط و بالإضافة إلى ما سبق أن تصدر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه .

(٢) - جلال العدوى ، المرجع السابق ، ص ١٦١ و ما بعدها ; - شكري سرور ، المرجع السابق ، دار الفكر العربي ، ١٩٨٦ ، ف ٧٢ و ما بعدها ، ص ٧٦ و ما بعدها .

و حتى يمكن أن يتمتع التوقيع بهذه الثقة التي وضعها فيه المشرع و يؤدي وظيفته في الإثبات ، فلا بد من أن يستوفي بعض الشرائط الأساسية التي يؤدي تخلف أحدها إلى تخلف وصف التوقيع القانوني عنه .

اما في الفرض الذي يختلف فيه وجود التوقيع بمفهومه القانوني فإن المحرر المكتوب يفقد الشرط الجوهرى في شأن اعتباره دليلا كتابيا كاملا ، و هو ما يعني أن المحرر المكتوب لن يصلح في أفضل الأحوال إلا كمبدأ ثبوت بالكتابة متى توافرت فيه الشرائط التي يتطلبها القانون في هذا النوع من أنواع الأدلة .^(١)

استنتاج الشروط اللازم توفرها في التوقيع من وظيفته في الإثبات
– ليس اعتبار التوقيع عنصرا جوهريا من عناصر الأدلة الكتابية المعدة للإثبات إلا نتيجة للدور الذي يقوم به التوقيع في الإثبات .

فمن ناحية أولى فإن التوقيع يلعب دورا هاما في تحديد هوية أطراف العقد و تمييز الشخص الذي يصدر عنه التوقيع عن غيره من الأشخاص . لذلك فإن التوقيع الذي تعدد به قانونا يجب أن يكون من شأنه تحقيق هذه الوظيفة .

ومن ناحية ثانية ، فإنه و بالنظر إلى أن التوقيع يجب أن يحدد شخصية من يصدره و يميزها عن غيرها ثم يكون دليلا على انصراف إرادة ذلك الشخص إلى الالتزام بمضمون المحرر ؛ فإنه يجب أن يكون هذا التوقيع مفروعا و ثابتا كما هو الشأن بالنسبة لبيانات المحرر ذاتها .^(٢)

ETESSE, note sous cass. civ. , 1re ,3 mars 1970 ,D.,1970 ,p. 403 et s. .

Com.31mars1965 , Bull.civ.,n247, p.220 ; civ. 1re, 13 fev.1968,JCP, (١)
1968 , II,15477 ; civ.,1re ,3avril 1973,Bull.civ., n 126,p. 114 .

Rapport du conseil d'etat français, internet et les reseaux numériques, la (٢)
documentation Française, 1998,p.17 .
-. شكري سرور المرجع السابق ، ف ٧٤ ، ص ٧٧ .

و أخيرا فإن التوقيع و قد تم وضعه على المحرر ، فإنه يشير إلى ارتباط إرادة الشخص الذي يصدر عنه هذا التوقيع بمضمون المحرر و إقراره بصحّة ما ورد فيه . لذلك فإنه يلزم أن يرتبط التوقيع ارتباطا ماديا وثيقا بالمحرر .^(١)

و من أجل توضيح ما تقدم فإننا سنعرض فيما يلي لتحديد الشروط المادية اللازم توافرها في التوقيع (المطلب الأول) ثم نعرض لتعريف التوقيع الإلكتروني و بيان مدى توفر هذه الشروط فيه و مدى قبوله و حجيته في الإثبات (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

الشروط الواجب توفرها في التوقيع

- يعرف الفقه التوقيع بأنه العلامة الخطية الخاصة بالموقع التي تميزه عن غيره من الأشخاص و التي يؤدي وضعها على أي وثيقة إلى إقراره بمضمونها .^(٢)

و في ضوء هذا التعريف يمكن القول بأنه يجب أن تتوفر في التوقيع و حتى يقوم بوظيفته في الإثبات العناصر التالية :

- ١- أن يكون التوقيع خاصا بصاحبها و مميزا له عن غيره من الأشخاص .
- ٢- أن يكون التوقيع مفروعا و مستمرا شأنه في ذلك شأن الكتابة التي يتم إلهاه بها .
- ٣- أن يتصل التوقيع بشكل لا يمكن فصله بالمحرر الكافي الذي يريد صاحب التوقيع أن يقر بمضمونه و يلتزم بما جاء فيه .

Alain BEN SOUSSAN et Yves Le ROUX , cryptologie et signature électronique ,aspects Juridiques , Ed.Hermes, 1999, p.79 .^(١)

DE. LAMETHE , reflexions sur la signature , G.P. , 1976, 1 , p. 74 .^(٢)

الفرع الأول

اشترط أن يكون التوقيع مميزة الشخص صاحبه

- حتى يمكن للتوقيع أن يقوم بوظيفته في إثبات التزام صاحبه بالمحرر الذي يتم وضع التوقيع عليه ، فلا بد أن يكون التوقيع دالا على شخصية الموقع و مميزة له عن غيره من الأشخاص .^(١)

هذا وقد ذهب بعض الفقه و القضاء في كل من مصر و فرنسا - و قبل ظهور التوقيع الإلكتروني - إلى ضرورة أن يتم التوقيع بخط يد الشخص الذي يصدر عنه التوقيع ؛ كما ذهبا إلى أنه لا يعتبر توقيعا و لا يكفي لوجوده أن يضع الشخص علامة مميزة أو مألوفة له أو إمضاءا مختصرا ، و إنما يجب أن يشمل التوقيع على اسمه و لقبه كاملين .^(٢)

و قد استند أصحاب هذا الرأي في مصر و بصفة أساسية إلى ما وردت به نصوص التشريع ، و من ذلك ما ورد به نص المادة ١٤ من قانون الإثبات المصري من أنه : " يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ".^(٣)

- و مع ذلك فإننا لا نعتقد في صحة الرأي السابق و نتفق مع ما ذهب إليه جانب آخر من الفقه في عدم الحاجة إلى كتابة اسم الشخص و لقبه و إلى كفاية وضع

Cass.civ.Belge, 17 Janv. 1955, pas., 1955; civ. Belge, 20 oct.1984, pas.,1985, I, p.106 .^(١)

(٢) انظر في ذلك -. توفيق فرج ، قواعد الإثبات ، المواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ف ٢٧٢ ، ص ٦٨ . و انظر كذلك نقض مني مصري ٢١ يناير ١٩٧٨ ، مجموعة المكتب الفنى ، من ٢٩ ، ص ٣٥٧ (طعن رقم ٥٣٧ لسنة ٤٤٤) . Cass.civ., 1re ,15juillet ,1957, Bull.civ., n331, p.263 ..

(٣) انظر في الفقه الفرنسي

MOUGENOT,droit de la preuve et technologies nouvelles: synthèse et perspectives , droit de la preuve-formation permanente CUP,volumeXIX, oct.1997 ,p. 45 .

شكل مميز - كما هو الحال في التوقيع البنكي - يسمح بتحديد هويته و يميزه عن غيره .^(١)

هذا ولقد انحاز القضاء الفرنسي في معظم ما صدر عنه من أحكام إلى هذا الرأي . فقد قبل القضاء بالتوقيع حتى وإن لم يشتمل على كامل اسم الشخص و لقبه كان يكون باسم الشهرة أو بالأحرف الأولى أو برسم معين (كما هو الحال في نموذج التوقيع البنكي برسم خاص لاسم الشخص) .^(٢)

- كذلك فإننا نعتقد في عدم ضرورة إصدار التوقيع بخط يد من يصدره . و يؤكّد صحة رأينا هذا أن المشرع لم يفرض التوقيع بخط اليد بنص صريح بل أن العكس هو الصحيح ، و هو ما يتضح من قبول المشرع المصري للتوقيع بالبصمة في المادة ١٤ مالفة الذكر .

و نحن نعتقد أن إذعان المشرع المصري للضرورات الاجتماعية التي فرضها تفشي الأمية يدل دلالة واضحة على عدم وجود تلازم قانوني بين التوقيع و بين تحريره بخط يد من يصدر منه . فإذا كان المشرع المصري قد قبل التوقيع بأداة منفصلة ماديّا عن شخص الموقع و اعتبر ذلك مميّزا للشخص عن غيره من الأشخاص ، فإن ذلك يفتح الباب أمام قبول التوقيع الإلكتروني متى ما استوفى شرائط وجوده القانوني و كان قادرا على أداء وظيفته في الإثبات .^(٣)

MOUGENOT, op.cit. p. 413 ,n110 ; GAVALDA , la signature par griffe ,^(١)
JCP.1960 , I , 1579 .

- شكري مررور ، المرجع السابق ، ف ٧٥ ، ص ٨٠ ، ١١ . د. سمير تناغو ، المرجع السابق ، ف ٤٣ ،
ص ١٠٧ و ما بعدها

(2)Req,23mars1828,s.,1828,I,245;cass.civ.24juin1952,G.P.,1952,2,162;civ.2mai193
5,s.,1935,I,192;civ.1re,21juillet1980,Bull.civ.,I,233 .

(٣) و لقد اعتبر المشرع الفرنسي التوقيع البنكي و الأرقام المتتابعة على أرقام الشيكات البنكية الصادرة عن البنك بمثابة التوقيعات المعتمدة في الإثبات ، و أصدر بذلك القانون رقم ٦٦-٣٨٠ الصادر في ١٦ يونيو ١٩٦٦ بتعديل تنص المادة ٨/١١٠ من قانون التجارة الفرنسي .

Alain BENSOUSSAN,informatique et telecoms,Ed.Francis le fevvre,1997,n625 et s .

- و يدل على صحة هذا الرأي أيضاً ما اقتضته ضرورات الميكنة و سرعة التعامل في الإدارات الحكومية الفرنسية من الاكتفاء بختم الإدارة حتى في حالة تغيب توقيع الموظف المختص ، ذلك أن ختم الإدارة هو الذي يضفي على المستند طابعه الرسمي .^(١)

- و نخلص مما تقدم إلى أنه يكفي في التوقيع أن يكون مميزاً و محدداً لشخص صاحبه بغض النظر عن شكله أو وسيلة إصداره . كذلك فإنه لا محل لاشترط كتابة التوقيع بخط من يصدر عنه ، لأن الشرط الجوهرى لا يتعلق بالاتصال المادى بين التوقيع و بين صاحبه و إنما يتعلق بقدرة التوقيع على تحديد هوية الشخص و تميزه عن غيره .^(٢)

الفرع الثاني

ضرورة أن يكون التوقيع مقروءاً lisible و أن يكون وجوده متنسقاً بالاستمرارية durability

- ليس التوقيع إلا شكلًا خاصًا من أشكال الكتابة ، وهو وبالتالي يخضع لذات الشروط التي تخضع لها الكتابة من حيث إمكان الاطلاع عليه و قراءته سواء بشكل مباشر أو عن طريق استخدام آلة معينة (كالحاسوب الآلي) . كذلك يجب أن يتم تحرير التوقيع بشكل يسمح بالرجوع إليه طوال الفترة الكافية لاستخدامه في الإثبات . و حيث أن التوقيع وبوصفه شكلًا من أشكال الكتابة لا يتميز بأحكام مستقلة في هذا الشأن ، فإننا نكتفي بما سبق أن أوضحناه تفصيلاً عند دراسة تحديد المقصود بالكتابة و الشروط الواجب توافرها فيها .^(٣)

F.CHAMOUX ,la preuve dans les affaires , litec, 1979,p. 72 et s..^(١)

DE PAGE,traité de droit civil ,t.III, 3e ed. ,n777; VAN QUICKEN BORNE ,^(٢)
Quelques reflexions sur la signature des actes sous seign privé, note sous
cass.civ.Belge,28 Juin1982,R.C.J.B., n19, p.81 .

^(٣) انظر ما تقدم ص ١٦ و ما يليها .

الفويم الثالث

اتصال التوفيق بالمحرو المكتابي

- حتى يمكن للتوقيع أن يزدي وظيفته في إثبات إقرار الموقع بما ورد في مضمون المحرر ، فلا بد أن يكون هذا التوقيع متصلة اتصالاً مادياً و مباشراً بالمحرر المكتوب .^(١)

و جدير باللحظة في هذا الصدد أنه وبالرغم من أن العرف قد استقر على وضع التوقيع في نهاية المحرر ، إلا أن ذلك ليس شرطاً من شروط وجود التوقيع أو صحته ؛ فالمهم أن يدل التوقيع على إقرار صاحبه بمضمون المحرر و قبوله له .^(٢)

- وحقيقة الأمر أن استخدام الأوراق - و خلافاً للتوقيع الإلكتروني - في كتابة المحررات المعدة للإثبات يتحقق معه اتصال التوقيع بالمحرر اتصالاً مادياً و كيميائياً لا يمكن معه فصل أحدهما عن الآخر إلا بإتلاف الوثيقة أو بإحداث تعديل في التركيب الكيميائي لكل من الأخبار و مادة الأوراق المستخدمة يمكن كشفه بالمناظرة أو باللجوء إلى الخبرة الفنية .

- و في ظل هذه المعطيات الواقعية يستوفي التوقيع التقليدي شرط الاتصال المادي بالمحرر بمجرد وضعه على المحرر كما سبق بيانه .

(١) - محمد زهرة ، مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية و التجارية ، بحث مقدم ضمن أعمال مؤتمر القانون و الحاسوب الآلي المنعقد في الكويت في نوفمبر ١٩٨٩ ، ف ٩ ، ص ٩ .

(٢) لذلك فقد ورد قضاء محكمة النقض الفرنسية باعتماد التوقيع حتى وإن كان الموقع قد وضعه في أعلى الصفحة طالما أنه يدل دلالة واضحة على إقرار الموقع بمضمون المحرر .

المطلب الثاني

حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

- يثير التعاقد عن طريق الإنترن特 مشكلة قبول التوقيع الإلكتروني في الإثبات ثم تحديد حجية المحرر الذي يتم التوقيع عليه إلكترونيا . و يقتضي التعرض لهذه المشكلات التعريف بالتوقيع الإلكتروني (الفرع الأول) ثم تحديد مدى استيفائه للشروط التي يلزم توافرها في التوقيع الذي يعتبر عنصرا من عناصر الألة الكتابية الكاملة (الفرع الثاني) .^(١)

الفورم الأول

التعريف بالتوقيع الإلكتروني

أولاً- ظهور الحاجة إلى التعامل من خلال التوقيع الإلكتروني

- بدأ ظهور التوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات البنكية و بمناسبة استخدام بطاقات الائتمان سواء في السحب من المراكز الآلية للسحب النقدي أو من خلال استخدام هذه البطاقات في سداد ثمن السلع أو الخدمات من خلال وضع البطاقة في جهاز خاص متصل بالإدارة المركزية المتخصصة في هذا النوع من المعاملات.^(٢) و في مرحلة لاحقة تحقق الاتصال بكفاءة عالية عن طريق شبكة الإنترنط بما سمح بالتعامل عن طريق أجهزة الحاسب الآلي بين المشتركين على هذه الشبكة و لم يعد استخدام شبكات الاتصال مقصورا على المعاملات البنكية .^(٣) وبالنظر إلى سرعة

Jérôme HUET et Herbert MAISL , droit de l'informatique et des télécommunications, état de questions, textes et Jurisprudence, étude communautaire, litec.,1989,n617,et s.p.697 et s. .

F.CHAMOUX , la loi du 12 juillet 1980,une ouverture sur des nouveaux moyens de preuve,JCP. 1981, 3008,n13 et s. .

Michel CABRILLAC, monétique et droit du paiement in aspect du droit privé en fin du 20e siècle,étude reunie à l'honneur de Michel de JUGLART, Ed L.G.D.J.,paris,1986,p.82 et s. .

الاتصال عن طريق شبكة الانترنت و ما يتحقق عن طريقها من إمكان اطلاع اطراف العقد على جميع وثائق التعاقد و تفاوتها بشأنها بغير حاجة إلى انتقال أي منهم إلى موقع الآخر ، فقد بدا من الضروري تمكين هؤلاء الأشخاص من إبرام العقود و التوقيع على المحررات التي يتم إفراطها فيها من خلال التوقيع الإلكتروني .
(١)

على أنه و بالنظر إلى صعوبة استيفاء التوقيع الإلكتروني للشروط اللازم توفرها في التوقيع الذي يعتقد به كأحد عناصر الدليل الكتابي (٢) فقد أوجدت التقنيات الحديثة أنواعاً عديدة من التوقيعات الإلكترونية بهدف الوفاء بالشروط اللازم لاعتماد التوقيع الإلكتروني و الاعداد به قانوناً . (٣)

ثانياً- الصور المختلفة للتواقيع الإلكتروني

- يذهب المتخصصون في مجال التنظيم القانوني لتقنيات الوسائل الإلكترونية إلى تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه " مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات و قبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبيه " . (٤)

و بالرجوع إلى ما أسفرت عنه التكنولوجيا في إنتاج التوقيعات الإلكترونية فإننا نستطيع - و حتى الآن - أن نحدد خمسة أنواع من التوقيعات الإلكترونية .

١- تحويل التوقيع بخط اليد إلى توقيع إلكتروني :

94eme congres des notaires de France,le contrat,Lyon,17-20 mai1998,p.391 et s. . (١)

E.BARBY,le droit du commerce électronique,de la protection a' la (٢)
confiance,Rev.de l'informatique et des telecommunications,1998,2,p.14 .

Jonathan ROSENAR, cyber law , the law of the internet , Ed. springer , 1996(٣)
, p.237 et s.

E.DAVIO,internet face au droit,cahiers du C.R.I.D.,n12;Ed. Story-(٤)
scientifica,1997,p.80 et s.

- حتى يتم نقل توقيع الشخص عبر شبكة الاتصال الإلكتروني ، فإن بعض الأشخاص يلجنون إلى نقل توقيعهم المحرر بخط اليد عن طريق التصوير (بالماسح الضوئي - scanner) ثم نقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافة هذا التوقيع إليه لاستكماله .

و مما لا شك فيه أن هذا النوع من أنواع التوقيع لا يتمتع بأي درجة من درجات الأمان التي يمكن أن تتحقق الثقة اللازمة في التوقيع ، إذ أن المرسل إليه يستطيع أن يحتفظ بنسخة من صورة التوقيع و يعيد لصقها على أي وثيقة من الوثائق المحررة على الوسائط الإلكترونية .

لذلك فإن هذا النوع من التوقيع الإلكتروني لا يمكن للقضاء الاعتداد به في استكمال عناصر الدليل الكتابي المعد للإثبات .^(١)

٣- التوقيع عن طريق استخدام البطاقات الممغنطة و الرقم الضريبي

- انتشار التعامل بالبطاقات الممغنطة في مجال المعاملات البنكية التي تستخدم في السحب النقدي من خلال أجهزة الصرف الآلي أو من خلال القيام بسداد ثمن السلع و الخدمات في المجال التجاري بإدخال البطاقة في الجهاز المخصص لذلك .^(٢) و تتحصر إجراءات التوقيع بالموافقة على عمليات السحب النقدي أو السداد بالبطاقة في :

١- إدخال البطاقة التي تحتوي على البيانات الخاصة بالعميل (في دائرة إلكترونية مقلقة مثبتة على البطاقة) في الجهاز المخصص لذلك .

٢- كتابة الرقم الضريبي المخصص لصاحب البطاقة :

" pin - personnal identification number "

٣- إصدار الأمر بالسحب أو بالسداد بالموافقة على العملية بالضغط على المفتاح الذي يكتمل به التعبير عن الإرادة في قبول العملية .^(١)

MOUGENOT , op.cit. , n121 , p.148 .

(١)

(٢) انظر في شأن الحماية المقررة للعملاء في مجال الانتهاء و بصلة خاصة فيما يتعلق بشأن تخزين البيانات المتعلقة بالعميل بمناسبة إبرام عقود الانتهاء : -. حسام الأهواني ، الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسوب الآلي ، المرجع السابق ، ص ٣٩ و ما بعدها .

- و يذهب بعض الفقه إلى أن هذا النوع من التوقيع الإلكتروني ينفصل مادياً عن شخص صاحبه بما يتبع استخدام البطاقة عن طريق أي شخص آخر يمكن من الحصول عليها و يعرف الرقم السري الذي قد يهم صاحبه في حفظه .

ونحن من جانبنا نعتقد بأن ما تقدم من النقاد لا يؤثر على صلاحية هذا النوع من أنواع التوقيع الذي يتمتع بوسائل تأمين هامة تؤكد الثقة في التوقيع و انتسابه إلى مصدره .

أما إمكان حصول الغير على البطاقة و الرقم السري في ذات الوقت فهو أمر نادر و يرجع إلى إهمال شديد من صاحب البطاقة ، و مع ذلك فإنه يمكنه تجنب نتائجه بسرعة الإخطار بفقد البطاقة و طلب وقف التعامل بها . ^(٢)

كذلك فإن استخدام البطاقة بواسطة الغير في هذه الفروض النادرة لا يختلف في نتائجه عن تزوير التوقيع الخطي ، و هو ما يستطيع صاحب التوقيع توقيه في الحالة الثانية بإثبات التزوير و في الحالة الأولى بإثبات استخدام البطاقة بواسطة الغير بعد سرقتها أو فقدتها طالما اتخذ صاحب البطاقة الإجراءات الخاصة بالإخطار عن ذلك فقد . ^(٣)

- و مع ذلك فنحن نعتقد بأن هذا النوع من أنواع التوقيع لا يصلح لإعداد الدليل الكتابي المهيأ للإثبات لأسباب أخرى ، ذلك أن هذا التوقيع لا يتم إلهاقه بأي محرر كتابي و إنما يتم تسجيله في وثائق البنك منفصلاً عن أي وثيقة تعاقدية . ^(٤)

S.PARISIEN et P.TRUDEL, l'identification et la certification dans le ^(١) commerce électronique , Quebec, Ed.Yvon Blais inc. , 1996 , p.99 .

M.VAN HUFFEL, le développement de la politique communautaire dans le domaine des ^(٢) services financiers , les moyens de paiement électronique, actes du colloque de l'observatoire du crédit et de l'endettement, 17 nov.1997 , Bruxelles,sept. 1998, p. 57 et s.

B.AMORY et Y.POUILLET , le droit de la preuve face à l'informatique, approche de ^(٣) droit comparé , D.I.T., 1985 , P.11 et s. .

J.-P.BUYLE, la carte de banque à piste magnétique, R.D.C. , 1984, p. 663 . ^(٤)

. لذلك و في العلاقة بين العميل و البنك فإن اتفاق التوقيع الإلكتروني عن البيانات المسجلة في وثائق البنك يؤدي إلى عدم إمكان اعتبار هذه المحررات أدلة كتابية كاملة ؛ و هو ما يتوقى البنك أثاره من خلال إبرام اتفاق خاص بنظام الإثبات بينه و بين العميل مستخدم البطاقة .^(١)

٣- التوقيع عن طريق الضغط على أحد مفاتيم لوحة الحاسوب الآلي بما يفيده الموافقة على التصرف القانوني :

- يتم إبرام العقود عبر الإنترنت من خلال إرسال نموذج للعقد إلى الصفحة الخاصة بالمشتري لتمكينه من الاطلاع على بنوده . و يحتوي هذا النموذج على خانات تحتوي على عبارات تفيد بقبول التعاقد (نعم - yes) أو رفضه (لا _ No) . و يتم القبول بهذا العقد النموذجي بمجرد قيام المرسل إليه بالضغط على مفتاح القبول (ok . - return) بلوحة المفاتيح بالحاسوب ، أو بالضغط بالمؤشر المتحرك على الخانة المخصصة للقبول في العقد المعروض على شاشة الجهاز . و مما لا شك فيه أن هذا المظاهر من مظاهر التعبير عن الإرادة و الذي ليس له أي شكل مادي ملموس أو مكتوب يثير التساؤل عن مدى اعتباره تعبيرا عن الإرادة بالمعنى المحدد في نص المادة ٨٩ من التقنين المدني المصري أو الذي عرف به الفقه التراثي .^(٢)

(١) يعرف الفقه التقليدي التراثي بأنه : " توافق إرادتي المتعاقدين على إحداث الأثر المقصود من التعاقد " و بأن ذلك التوافق يتم بتبادل التعبير عن الإرادتين المتطابقتين . -. عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٢ ، ف ٦٥ ، ص ٨٧ .

- و يتوافق هذا التعريف مع ما ورد به نص المادة ٨٩ من التقنين المدني المصري و الذي جاء بأنه : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاً التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لاتقاد العقد . و وبين مما تقدم أنه و حتى يتم إبرام العقد فلا بد من اتجاه إرادة المتعاقد إلى إحداث الأثر القانوني . و يقتضي ذلك إعلان الشخص عن الإرادة في مظهر خارجي محسوم .

- و بالرجوع إلى موقف الفقه بالنسبة للمظاهر الذي يجب أن يتخذه التعبير عن الإرادة ، نجد أنه استقر على عدم الحاجة لاخضاعه لشكل خاص و السماح للمتعاقد بأن ينفع عن إرادته بالوسيلة التي يختارها .^(١)

كذلك فإن نص المادة ٩٠ من التقنين المدني المصري يؤكد عدم الحاجة إلى أن يتخذ التعبير عن الإرادة شكلاً معيناً أو مظهراً خاصاً ؛ فقد ورد نص هذه المادة بأنه : ١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة و بالإشارة المتدارلة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود. ٢- و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً .^(٢)

لذلك يتضح أن مجرد الضغط على مفتاح في لوحة الحاسب الآلي أو على الخانة المخصصة للقبول في النموذج الذي يظهر على الشاشة يعد تعبيراً صريحاً عن الإرادة بالنظر إلى أن هذا الفعل هو الوسيلة التي تسمح بإظهار إرادة المتعاقدين في هذا النمط من أنماط التعاقد .

- أما فيما يتعلق بثبات هذا القبول و بالتالي إثبات العقد ، فإن مجرد الضغط على مفتاح القبول "ok" في لوحة المفاتيح لا يعد كافياً في حد ذاته لاعتبار ذلك توقيعاً يستكمل به المحرر الإلكتروني العناصر الالزمة لاعتباره دليلاً كتابياً كاملاً . و لهذه الأسباب و لما تستلزم مقتضيات التجارة الإلكترونية ، فإن المحررات التي يتم توقيعها بواسطة الحاسب الآلي المنزلي أصبحت تحتوي على خانة يضع فيها المتعاقد الرقم المسرى الخاص ببطاقته الائتمانية بالإضافة إلى إمكانية استخدام (

(١) و مع ذلك فالمشرع أن يتطلب إفراغ التعبير عن الإرادة في شكل معنٍ كما هو الشأن بالنسبة لعقد الهبة

BENSOUSSAN , le commerce électronique, aspects juridiques, ed. Hermès, 1998,
p. 21 et s.

Lionel BOCHUR BERG, internet et commerce électronique, Ed.DELMAS (٢)
1999, n°918 , p.116 .

المفتاح الخاص) الذي تقوم على منح الشهادة الخاصة به جهات معتمدة من قبل
السلطة التنفيذية .^(١)

- و حيث تمكنت التكنولوجيا المتقدمة من تحقيق الثقة في هذا النوع من التوقيعات
بل و إيجاد طرف ثالث من الغير (جهات معتمدة من سلطات الدولة) لتوثيق هذا
التوقيع ، فإن هذا التوقيع من الممكن أن يستكمل الشروط الازمة للاعتماد به قانونا
، و أصبح من الممكن إلهاقه بالمحررات الإلكترونية _ و على النحو السابق بيانه
_ بما ينشأ معه دليل كتابي كامل صالح لإثبات التعاقد على قدم المساواة مع
المحررات المدونة على الأوراق .^(٢)

- و مع ذلك ، و لأن تقدير مدى استيفاء التوقيع للشروط الازمة للاعتماد به
يخضع الرقابة قضي الموضوع ، فإن هذا - وكما هو الأمر بالنسبة للمحرر ذاته -
يؤدي إلى تهديد الثقة بالتوقيع الإلكتروني . لذلك فإننا نؤكد ما سبق و أوصينا به (
في شأن تدوين بيانات المحرر أيضا) من ضرورة تدخل المشرع بتحديد التكنولوجيا
التي يؤدي استخدامها إلى الثقة في التوقيع و وبالتالي إلى الاعتماد به في استكمال
عناصر الدليل الكتابي . و سوف يؤدي ذلك من الناحية القانونية إلى المساواة بين
المحررات الإلكترونية و المحررات العرفية التقليدية في شأن مدى القبول بها . كذلك
فسوف يؤدي ذلك من الناحية العملية إلى الثقة في التوقيع الإلكتروني و وبالتالي
تشجيع التعاقد عن طريق الانترنت ، حيث يعلم كل من المتعاقدين أن التوقيع
الإلكتروني لن يكون خاضعا لتقدير القضاء و أن العقد يسهل إثباته بموجب الوثائق
المحررة على شاشة جهاز الحاسوب الآلي .

E.SHANNON, communication theory of secret systems , Bell system (')
technical journal, vol.28, n4 , p. 656 et s. .

Yann BREBAN et Isabelle POTTIER , les decrets et arrêtés cryptologie, La (1)
mise en œuvre effective de l'assouplissement des dispositions antérieures, G.P.,
21 avril 1998, doct. n° 4 et s.

التلعب فيه ، و من ناحية ثانية باعتراف القضاء أو المشرع بكتافة هذه التكنولوجيا في تأمين التوقيع و بالتالي إمكان الاعتداد به في الإثبات .^(١)

٥- التوقيع الرقمي :Digital signature

- إن التوقيع الرقمي (numerique ou digitale) من شأنه أن يضمن تحديد هوية أطراف العقد تحديداً مميزاً لهم عن غيرهم من الأشخاص كما يضمن عدم إمكان التدخل على مضمون التوقيع أو مضمون المحرر الذي يرتبط به . و هو بذلك يحقق كافة الشرائط التي يتطلبها القانون في المحرر الذي يصلح أن يكون دليلاً كتابياً كاملاً .^(٢)

هذا و يتم إعداد التوقيع الرقمي من خلال معادلات رياضية باستخدام اللوغاريتمات يتحول بها التوقيع أو المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية لا يمكن لأحد أن يعيدها إلى الصيغة المقرؤة إلا الشخص الذي لديه المعادلة الخاصة بذلك و التي يطلق عليها " المفتاح " .^(٣)

فإذا طرح التاجر بضاعته عن طريق الإنترنت فإنه يتاح لكل مشتري أن يقرأ الرسالة دون أن يتمكن من تعديل بنودها من خلال تمكين المشترين من مفتاح " عام " يسمح بالقراءة دون تعديل الصيغة . أما المشتري فإنه يتحكم في مفتاح خاص (عبارة عن معادلة من الأرقام أو الأرقام و الحروف) يستطيع بموجبه أن يعيد إرسال

DE LAMBERTERIE , la valeur probatoire des documents informatiques^(٤) dans les pays de la CEE, Rev. int. droit comp. , 1992, n 15 et s. ; voir aussi , C.GAVALDA, televente et telepaiement, les cahiers de droit et de procedure, colloque du 10 nov.1995, informatique et preuve .

Michel VASSEUR, obs.sur C.A. PAU, 17oct. 1984, D., 1985 , IR, 343 .^(٥)

Carl H.MAYER et Stephen MATYAS, crypto graphy , Ed. John wiley^(٦) &sons,1982.

٤- التوقيع " بالخواص الذاتية " " التوقيع البيو متري " " biometric signature

- يهتم العلم البيومترولوجي بدراسة الخواص المميزة لكل شخص مثل بصمة الإصبع أو بصمة شبكتة العين أو بصمة الصوتية أو بصمة الشفاه ، ثم دراسة مميزات الشخصية في المظاهر الخارجي للأداء كما هو الشأن في تحديد خط الإنسان بدراسة درجة ضغط اليد على القلم و كمية الاهتزازات التي تصدر عن اليد أثناء الكتابة ... الخ .

و مما لا شك فيه أن ارتباط هذه الخصائص الذاتية بالإنسان تسمح بتمييزه عن غيره بشكل موثق به إلى أقصى الحدود و هو ما يتتيح استخدامها في التوقيع على التصرفات العبرمة عن طريق الإنترن特 و غيرها من المعاملات التي تحتاج إلى إثبات شخصية الإنسان بالخصائص المادية اللصيقة بجسمه .

على أنه و بالنظر إلى الحاجة إلى استثمارات ضخمة من أجل تمكن مستعملو شبكة الإنترنط من استخدام الخصائص الشخصية ، فإن هذا النوع من التوقيع لا يزال في مرحلة الأولى .^(١)

- و مع ذلك ، و أخذنا في الاعتبار بأن سرعة التطور في هذا الميدان تتبع عن اقتراب العمل به ، فإننا نورد ذات التحفظات التي أوردناها على نسخ التوقيع الخطى بشأن هذا النوع من أنواع التوقيع ، إذ من الممكن أن تخضع الذبذبات الحاملة للصوت أو صورة بصمة الإصبع أو شبكة العين للنسخ و إعادة الاستعمال ، كما يمكن أن يتم إدخال تعديلات عليها .

لذلك فإن هذا النوع من التوقيع مثله مثل كل أنواع التوقيع الإلكتروني رهين في شأن تأمين الثقة به من ناحية أولى بإيجاد التكنولوجيا التي تومن انتقاله بدون القدرة على

E.SHANNON, a mathématique theory of secret systems , Bell system technical journal, vol.27 , n 4,p. 379 et s., et p. 623 et s. .^(١)

العقد مرفقا به توقيعه في ملف لا يمكن التاجر من تعديله لأنه لا يملك هذا المفتاح الخاص .^(١)

و يستلزم هذا النمط من أنماط التوقيع إيجاد جهة متخصصة في إصدار هذه المعادلات (المفاتيح) بناء على طلب العملاء و إصدار شهادات تفيد صحة توقيع العملاء بموجبها ، و بالتالي استيفاء العنصر الجوهرى لاستكمال الدليل الكتابي المعتمد به في الإثبات .

لذلك فقد شرعت الدول الأوروبية في إيجاد تشريعات منظمة لهذه الجهات التي تصدر المفاتيح الخاصة بتدوين المحررات الإلكترونية و إصدار التوقيع الإلكتروني حتى تسمح بتوفير الثقة في هذه المحررات و في التوقيع الإلكتروني و بالتالي في التعامل عن طريق الإنترنت .^(٢)

الفرع الثاني

مدى استيفاء التوقيع الإلكتروني للشروط الازمة لاعتباره بالتوقيع في الإثبات - بظهور التوقيع الإلكتروني ثارت التساؤلات حول إمكانية اعتماد هذا النوع من التوقيعات في استكمال عناصر الدليل الكتابي الكامل .

و يرجع هذا التساؤل إلى الخصائص المادية الفريدة التي يتميز بها التوقيع الإلكتروني بالمقارنة بالتوقيع التقليدي الذي يضعه الشخص بخط يده على المحرر الكتابي الذي تم تهيئته ليكون دليلا في الإثبات .

Bruce SCHNEIER , cryptographie appliquée, international thomson (1) publishing france , 1994 , p.197 et s.

(٢) و هذا ما تدرسه في الفصل الأخير في هذا البحث .

Jean maurice OUDOT, la signature numérique, petites affiches, n° 54 , 6 mai 1998 .

و لعل أهم الأسباب التي تدعو إلى التشكيك في قيمة التوقيع الإلكتروني ترجع إلى انفصال هذا النوع من التوقيع عن شخصية صاحبه و إمكان تكراره بدون موافقه أو علمه إذا لم يتم استخدام تقنيات تكنولوجية معقدة من أجل تأمينه .

كذلك فإن هذا التوقيع و حتى بفرض استيفائه لذات الخصائص التي يتمتع بها التوقيع التقليدي لن يرتبط ارتباطا ماديا بالمحرر الكتابي الذي تم تهيئته كدليل للإثبات إلا إذا وجدت تقنية تكفل ذلك يعترف بها القانون و يعتمدتها القضاء .

- و في ضوء الاعتراضات السابقة فإن جانب كبير من الفقه قد رفض اعتبار التوقيع الإلكتروني مماثلا للتوقيع التقليدي بخط اليد .^(١)

- و مع ذلك فنحن نعتقد في عدم صحة الرأي السابق لعدم وجود أي نص قانوني يضع تعريفا محددا و ملزما ل النوع أو طريقة التوقيع التي تلزم لإعداد المحررات العرفية أو الرسمية .^(٢)

كذلك - و هذا هو الأهم - فإن اختلاف التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي الذي يتم بخط اليد يبدو في الوسيلة و ليس في الهدف أو الوظيفة المبتغاة منه ، و هو بذلك - شأنه في ذلك شأن التوقيع التقليدي - يصدر عن صاحبه للإصالح عن شخصيته و التعبير عن إرادته بقبول التصرف الذي يتم التوقيع عليه و الالتزام بما يرد فيه من شروط .

و هكذا فإن وجه الاختلاف الوحيد بين هذين التوقيعين يكمن في مدى تحقيق التوقيع للثقة التي يبني عليها المشرع حجية التوقيع في الإثبات . فإن توفرت ذات الثقة في التوقيع الإلكتروني ، فإنه يتساوى مع التوقيع التقليدي في حجيته في الإثبات .^(٣)

MM. AMORY et POULLET écrivent que " la signature écrite, expression de⁽¹⁾ la personnalité d'un individu et de son adhesion au contenu d'un acte disparaît ", le droit de la preuve face à l'informatique et à la télématique, RID compare 1985,p.339.; M.LINANT DE BELLEFONDS et HOLLANDE affirment que "l'écrit doit être signé ...toute comparaison entre la signature et les clefs d'accès n'étant juridiquement pas fondée", Droit de l'informatique, Delmas, 1990,I, 7 .

LDAIRICA, la signature, thèse , paris II, 1997 , n 8 et s ..

⁽²⁾

وحيث أن الثقة التي يجب أن تتوفر في التوقيع تتعلق بأدائه لوظيفته في تحديد هوية الشخص و إثبات توجه إرادته إلى القبول بمضمون العقد ؛ فإن ذلك يدعونا إلى التتحقق من قدرة التوقيع الإلكتروني على أداء هذه الوظائف في ظل الإمكانيات التكنولوجية المتاحة .

أولاً:- قدرة التوقيع الإلكتروني على التحديد الدقيق لشخصية مصدره

- مما لا شك فيه أن نقل التوقيع على شبكة الإنترنت بمجرد النسخ أو التصوير لا يحقق أي ثقة في تحديد شخصية من صدر عنه هذا التوقيع ، إذ أن أي شخص يستطيع أن يتلفت هذه الصورة و يستخدمها كيما يشاء . و لعل هذا هو السبب في التصور السائد بعدم صلاحية التوقيع الإلكتروني في القيام بوظيفة التوقيع الذي نظمه المشرع في نصوص قانون الإثبات .

و مع ذلك فإن الثقة التي تتوفر في التوقيع الإلكتروني و بالتالي مدى قدرته على تحديد شخصية من يصدر عنه التوقيع تتعلق بنوع التكنولوجيا المستخدمة في تأمين التوقيع .

لهذا فإننا و باستعراض أنواع التوقيع الأساسية نجد أن الإجراءات المتبعة في تأمين التوقيع عن طريق الرقم السري المرتبط ببطاقات التأمين ثم عن طريق "المفتاح الخاص " عند استخدام التوقيع الرقمي و الذي يخضع في إصداره و متابعته لرقابة جهات معتمدة من قبل السلطة التنفيذية في الدولة ، تحقق قدرًا من الثقة في التوقيع و انتسابه لصاحبها لا يمكن للتوقيع العادي أن يتحققها .

هذا و يتطرق التوقيع الإلكتروني على التوقيع التقليدي (الذي يتم بخط اليد) بالنظر إلى أن الاستيقان من شخصية صاحب التوقيع يتم بشكل روتيني في كل مرة يتم فيها استخدام الرقم السري أو المفتاح الخاص ، و بالتالي فإنه لا مجال للانتظار

J.LARRIEU,les nouveaux moyens de preuve,pour ou contre l'identification (1)
des documents, informatiques à des écrits sous seign privé,cahiers lamy nov.
1988, H, 2090.

حتى ينشب النزاع للبحث في مدى صحة التوقيع كما هو الشأن في أغلب الأحوال بصدر المحررات الموقعة بخط اليد .

ثالثاً:- قرءة التوقيع الإلكتروني في التعبير عن إرادة صاحبه في الرضا بالتعاقد و القبول بالالتزام به

- يؤدي توفر الثقة في صحة التوقيع من خلال استخدام الرقم المسرى أو المفتاح الخاص إلى تأكيد توجه إرادة صاحب التوقيع في إصداره . و مع ذلك فإن المشكلة تظل قائمة بشأن ارتباط هذا الرضا بمضمون المحرر الإلكتروني الذي يتم تحريره على الوسائط الإلكترونية عبر شبكة الانترنت .^(١)

و هنا أيضا لا تتعلق المشكلة بقواعد الإثبات بقدر ما تتعلق بكفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر المدون إلكترونيا من ناحية و تأمين ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال عن التوقيع من ناحية أخرى .

لذلك فإن استخدام التقنيات المتقدمة التي من شأنها توفير الثقة في سلامة المحرر الإلكتروني و عدم إدخال أي تعديلات عليه ثم إلى ارتباط التوقيع به يؤدي بالضرورة إلى مساواة المحرر الإلكتروني بالمحرر العرفى التقليدي الذى يتم تورينه على الأوراق من حيث الحجية في الإثبات .^(٢)

و من أهم التقنيات المستخدمة في هذا المجال تلك التقنية المستخدمة في تأمين التوقيع الرقمي عن طريق الرقم الخاص المعتمد عن طريق جهة مرخص لها بالعمل من قبل جهة الإدارة تتولى إصدار المفتاح الخاص و تصدر شهادة بصحة التوقيع و

Pierre LECLERCQ, les nouveaux moyens de reproduction et le droit de la preuve, communication à l'association Henri Capitant ,1986, p. 1 et s. .

(١) يستلزم القانون البريطاني في العقود التي يتطلب في تحريرها الكتابة أو في الكتابة اللازمة للإثبات أن تتم خلال الحدود الأربع (four corners limit) . و يقصد بهذا المصطلح إيجاد وسيلة للتأمين العادي لما يتم الاتفاق عليه بين أطراف العقد . لهذا فإن التوقيع على الورقة ذات الأركان الأربع بعد موافقاً مع هذه القاعدة إذ يفترض بوجود التوقيع في هذا الحيز العادي علم الموقّع بمضمون المحرر و قبوله به . انظر في ذلك :

Arnaud RAYNDUARD, le concept de document contractuel applique au commerce électronique, in colloque du consentement électronique, 23-24 sept.1999, CDC, Louvain la neuve,p.108 .

ارتباطه بالمحرر الإلكتروني و بأنه لا يمكن لغير صاحب المفتاح أن يعدل من صيغة المحرر .

و من أهم أساليب استخدام المفتاح الخاص للربط بين التوقيع و بين المحرر و تأمينها من التعديل التقنية المعروفة باسم " Hachage irreversible " و التي يتم من خلالها تحويل المحرر الإلكتروني (مثله في ذلك مثل التوقيع) إلى معادلة رياضية لا يمكن فهمها و لا قراءتها إلا بالمفتاح الخاص الذي يتم تسليمه إلى العميل المتعاقد بصفة شخصية تحت رقابة إحدى الهيئات المتخصصة في هذا العمل . ^(١)

و بهذه التقنية فإن المحرر يختلط بالتوقيع على نحو لا يمكن فصله و لا يمكن لأحد غير صاحب المحرر المدون على هذا النحو من التدخل بتعديل مضمونه . و بهذا يكون في يد كل طرف من أطراف العقد النسخة المحررة و الموقعة من الطرف الآخر و التي يمكنه تقديمها كدليل كتابي كامل في الإثبات . ^(٢)

- و بالرغم من هذه الإمكانيّة في الربط بين المحرر و بين التوقيع و تأمينها من التلاعب فيما ، فإننا نتحفظ على ذلك بأن قبول المحرر الإلكتروني بواسطة القاضي كدليل كتابي يقتضي في بادئ الأمر أن يقرر القاضي مدى كفاءة التقنية المستخدمة في استيفاء الشروط التي تؤهل التوقيع للقيام بدوره في الإثبات ، و هو ما يضعف من قوة المحرر الإلكتروني و يؤدي إلى تهديد الثقة التي يجب توفيرها للمتعاملين به . ^(٣)

(١) وفي هذا الفرض الخاص بالمحررات الإلكترونية فإن الوثيقة و إن تعدد صفحاتها على شاشة الجهاز عند عرضها ، إلا أنها تمثل في الواقع الأمر مجموعا واحدا لا ينجز . و يعني ذلك بطبيعة الحال أن توقيعا إلكترونيا واحدا بعد كافيا متى ما ارتبط بالكتلة الكهربائية التي يتكون منها المحرر العرفي . و بذلك لا يصبح هناك محل لما ثار من خلاف بشأن المحررات المدونة على الأوراق بشأن التساؤل عن ضرورة التوقيع على كل ورقة من أوراق المحررات استقلالا .

Cass.civ.3e,19 fev.1971 ,Bull.civ.,n 132,p.94 .

LINANT DE BELLEFONDS , l'internet et la preuve des actes juridiques, (١) expertises,1997,p.226 et s. .

Lionel BOCHURBERG, internet et commerce électronique, 1999, (٢) DELMAS, n 947, p.125 .

- و هكذا في بينما بعد المحرر العرفى الموقع دليلا كتابيا كاملا ، فإن قبول المحرر الإلكتروني كدليل في الإثبات يخضع للسلطة التقديرية للقاضي و هو ما يتساوى من الناحية العملية مع قلب عبء الإثبات في شأن صحة الدليل الكتابي .

لذلك فإننا نقترح - كما أوضحتنا بصدق تأمين الكتابة الإلكترونية - أن يتدخل المشرع بتحديد التقنيات التي إذا ما تم استخدامها يكون التوقيع الإلكتروني صحيحا، و التي يتحقق بموجبها الارتباط المادي بين التوقيع و بين المحرر الإلكتروني .

الفصل الثاني

حجية المحررات الإلكترونية في ظل نصوص قانون الإثبات في الفتنة السابقة على صدور قانون التوفيق الإلكتروني

- في ظل عدم وجود تعريف محدد للمقصود بالكتابية و التوقيع في التشريعات المنظمة للإثبات ، فإن تقدير قيمة المحررات الإلكترونية في الإثبات و مساواتها بالمحررات العرفية يخضع لسلطة القاضي التقديرية (المبحث الأول) . على أنه وبالنظر إلى أن هذه المساواة ليست مؤكدة و إلى أن غياب الشروط اللازم توافرها في المحرر العرفي يؤدي في أغلب الأحوال إلى عدم إمكان اعتبار المحرر الإلكتروني دليلا كتابيا كاملا ، فإن القضاء - و يدعمه في هذا الفقه - يلجئان إلى قبول هذه المحررات في الإثبات من خلال تطبيق النصوص المنظمة لقبول الأدلة غير الكتابية في الإثبات (المبحث الثاني) ، بل و التوسع في ذلك من أجل تشجيع التعامل عبر الإنترنـت (المبحث الثالث) .

و في الجانب المقابل ، فإن أطراف التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنـت يتوجهون إلى إبرام اتفاـقات خاصة معدلة لقواعد الإثبات الواردة بنصوص القانون (المبحث الرابع) .

المبحث الأول

سلطة القاضي في قبول المحررات الإلكترونية و مساواتها مع المحررات العرفية من حيث قوتها في الإثبات

- في غياب التحديد الحصري للمقصود بالكتابه و المقصود بالتوقيع ، فإنه يصبح من الممكن من خلال التفسير الواسع للنصوص قبول الكتابه الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني كدليل كتابي كامل . لذلك يعد محررا عرفيا (يتمتع وبالتالي بذات القوة المقررة للإثبات لكل محرر عرفي) كل محرر أو وثيقة إلكترونية يتمتع بذات المواصفات التي يتمتع بها المحرر الكتابي التقليدي من حيث توفير الثقة في أن التوقيع منسوب للموقّع و أنه تم وضعه على الورقة المحررة إلكترونيا بما يحقق ارتباطا وثيقا بينهما و يدل على قبوله بما ورد فيها .⁽¹⁾

MOUGENOT,*droit des obligations ,la preuve,larcier ,Bruxelles,1997* ;⁽¹⁾ D.SYX,"*Vers de nouvelles formes de signature? Le probleme de la signature dans les rapports juridiques electroniques*" ,Dr.inform.,1986\3,p.133-147; M.FONTAINE,"*la preuve des actes juridiques et les techniques nouvelles*",in *la preuve*,colloque U.C.L.,1987 ; J.LARRIEU," *les nouveaux moyens de preuve:pour ou contre l'identification des documents informatiques a' des écrits sous sceing prive*",cahiers Iamy droit de l'informatique,1988, II , p. 8 _ 19 et I , P. 26 _ 34 ; M.ANTOINE , J.F.BRAKELAND et M.ELOY, *le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information et de la communication*,cahiers du C.R.I.D.,n 7,Bruxelles,E.story-scientia,1991, P.38 et s. ; Y.POULLET ,"*les transactions commerciales et industrielles par voie electronique.De quelques reflexions autour du droit de la preuve*",in *le droit des affaires en evolutions,le juriste face a'l'invasion informatique*,colloque ABJE,2 oct.1996,Bruxelles,Bruylant,anvers,kluwer,1996,p.39et s.; E.DAVIO,"*preuve et certification sur internet* ",R.D.C.,1997,n 11,p.660 et s.; D.MOUGENOT,"*droit de la preuve et technologies nouvelles:synthèse et perspectives*",droit de la preuve-formation permanent CUP,volumeXIX,oct.1997,p.45 et s.; M.ANTOINE et D.GOBERT,"*pistes de reflexion pour une legislation relative a' la signature digitale et au regime des autorités de certification*",R.G.D.C.jUILLET-oCT.1998,n 45,p.285 et s..

- و في تطور ملموس بدأ القضاء الفرنسي في قبول المحررات الإلكترونية كأدلة كتابية كاملة في الإثبات . و يظهر ذلك الاتجاه في العديد من أحكام القضاء الفرنسي و التي نذكر مثلاً لها الحكم الصادر في الثاني من يناير عام ١٩٩٨ و الذي ورد في حيثياته أن : " المحررات يمكن تدوينها و حفظها على أي وسيط ... بما في ذلك الوسائل الإلكترونية ... طالما أن المحررات تبدو ظاهرة الصحة و مكتملة العناصر .. خصوصاً في شأن انتسابها لأطرافها ... وطالما لم ينكرها المدعى عليه " .^(١)

- على أنه و بالرغم من الموقف السابق للقضاء الفرنسي إلا أنه يتضح منه أن قبول المحرر الإلكتروني و تقدير مدى قوته في الإثبات يخضعان لسلطة القاضي التقديرية ، و بالتالي فإن الشك لا يزال قائماً أثناء تحرير الوثائق الإلكترونية حول قيمتها في الإثبات .^(٢)

كذلك فإن ترك تقدير قوة المحرر الإلكتروني في الإثبات لسلطة القاضي التقديرية - و في ضوء عدم وجود تحديد شرعي للتقنيات التي يجب الاعتداد بها في اعتبار المحرر الإلكتروني مستوفياً لعناصره الأساسية من حيث التدوين الكتابي و التوقيع المستوفيان للشروط السابق عرضها - يعني إمكان رفضه لهذا الدليل أو اقصائه على اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة في أفضل الأحوال .

و ينجم عما تقدم بطبيعة الحال أن الثقة في المحررات الإلكترونية لا تزال غير قائمة ، و تهدد المعاملات التي تم عن طريق شبكة الانترنت بالتالي .

Cass.civ.2janv.1998,D.1998,II,p. 192,J'affaire DESCHAMPS contre Banque scalbertDUPONT; voir aussi : Cass. com. 2 dec. 1997, D. 1998, p. 192, note D.R. Martin; JCP. 1998, n° 21-22, note Paule CATALA et P.Y. GAUTIER; C.A.Montpellier,9avril1987,JCP.II,20984;cass.civ.8nov.1989,D. 1990,369 .^(١)

D.GOBERT et E.MONTERO,la signature dans les contrats et les paiement électroniques , l'approche fonctionnelle, C.D.C., louvain la neuve,1999,p.142et s.^(٢)

المبحث الثاني

الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية في الحالات التي لا يجب فيها الإثبات بالكتابة

- في ضوء صعوبة الاعتراف بالمحررات الإلكترونية كأدلة كتابية كاملة تتساوى من حيث الحجية في الإثبات مع المحررات العرفية ، فقد لجأ القضاء (مدعوماً بالفقه) إلى قبول المحررات الإلكترونية في الإثبات في الحالات التي لا يجب فيها الإثبات بالكتابة .

لذلك فإن المحررات الإلكترونية تعد مقبولة في ظل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية و التصرفات التي لا تزيد قيمتها على ألف جنيه (المطلب الأول) ، كذلك فإن هذه المحررات يمكن قبولها في الإثبات في الحالات التي أوردها المشرع استثناءً من مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في المعاملات التجارية والتصرفات التي لا تزيد قيمتها على ألف جنيه

مبدأ حرية الإثبات :

- أخذ المشرع في كل من مصر و فرنسا بمبدأ حرية الإثبات في شأن المواد التجارية و في شأن التصرفات التي لا تزيد قيمتها على مبلغ معين . لذلك فقد ورد نص المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات المصري بأنه : " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة ، فلا

تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد انفاق أو نص يقضى
بغير ذلك .^(١)

وبموجب مبدأ حرية الإثبات الذي تبناه المشرع في شأن المعاملات التجارية بصفة
عامة و في شأن التصرفات التي لا تزيد قيمتها عن ألف جنيه بصفة خاصة ،
يتمكن المدعي من إثبات التصرفات القانونية بأي طريق من طرق الإثبات كشهادة
الشهود و القرائن القضائية و الخبرة و المعاينة .^(٢)

لذلك فإننا سنوضح فيما يلي أثر ذلك على إمكانية الاستعانة بالمحررات الإلكترونية
في الإثبات .

الفرع الأول

قول المحررات الإلكترونية و مدى جigitها في إثبات المعاملات التجارية

تبني المشرع مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية مستجيبة بذلك لمقتضيات السرعة
و الثقة في المعاملات التجارية و ما يستلزمانه من تبسيط إجراءات التعاقد في شأنها
و وبالتالي تيسير إثبات هذه التعاقدات .^(٣)

فإذا كان طرفاً التصرف من التجار و كان التصرف متعلقاً بالأعمال التجارية لكل
منهما ، فإن مبدأ حرية الإثبات يحكم إثبات وجود التصرف و تحديد مضمونه
 بالنسبة لكل من هذين الطرفين .^(٤)

(١) يقابل نص المادة ١٠٩ من التقنين التجاري الفرنسي المعدل بالقانون رقم ٥٢٥ الصادر في ١٢ يونيو ١٩٨٠ .

Cass.soc.23 mai 1962, Bull.civ. , IV , n 425 , p. 340 .^(٢)

- يسن محمد بحى ، القرائن القانونية و جigitها في الإثبات ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٠، ف ١٥ ، ص ٤١ و ما بعدها .

(٣) و مع ذلك فإن المشرع يستوجب الإثبات الكتابي في بعض المواد التجارية ، كما هو الشأن بالنسبة
للأوراق التجارية التي يتصور وجودها بدون تلك الكتابة . و من ذلك أيضاً عقود الشركات ، و عقود بيع
السفن و إيجارها و التأمين عليها . أنظر في ذلك : نقض مدنى مصرى ، ٨ ديسمبر ١٩٦٠ ، مجموعة
المكتب الفنى ، من ١١ ، ص ٦٣٥ ؛ نقض مدنى ، ١١ نوفمبر ١٩٦٩ ، مجموعة المكتب الفنى ، من ٢١
، ص ١١٨ .

Cass.civ.17mai1892,D.P.1892,I,604 ;Req.24 nov.1903,D.P.1904,I,116 .

على أنه إذا كان التصرف صادراً من تاجر في غير الأعمال التي يقوم بها لصالح تجارتة ، فإن هذا التصرف لا يعد تجاري و لا يخضع وبالتالي لمبدأ حرية الإثبات؛ وإنما يخضع لمبدأ وجوب الإثبات بالكتابة إذا ما زالت قيمته على ألف جنيه مصرى.

(٢)

أما إذا كان التصرف مختلفاً بأن كان أحد طرفيه تاجراً يقوم بالتصرف لمصلحة تجارتة ، و كان الطرف الآخر يقدم على هذا التصرف لأشباع احتياجاته العادية و لغير أغراض التجارة ؛ فإن مبدأ حرية التجارة يطبق على من كان هذا التصرف تجاريًا بالنسبة له .

- لذلك فإنه و في مجال التعاقد عن طريق الإنترنط و الذي يغلب على التصرفات المبرمة عن طريقه الطابع المختلف حيث يكون العميل (المشتري أو متلقى الخدمة) هو أحد أطراف هذا التصرف ، ويكون التاجر المحترف الذي يعرض سلعة أو

(١) و يتم تحديد صفة التاجر و الطبيعة التجارية للتصرف وفقاً لما وردت به نصوص قانون التجارة . و لند جاء نص المادة العاشرة من قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر في ١٧/٥/١٩٩٩) بأنه : " يكون تاجراً : ١- كل من يزاول على وجه الاختلاف باسمه و لحسابه عملًا تجاريًا ٢- كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في القوانين المنطقية بالشركات أيا كان الغرض الذي أنشئت الشركة من أجله " . كذلك ورد نص المادة الرابعة من ذات القانون بأنه : " بعد عملًا تجاريًا - شراء المنشآت أيا كان نوعها بقصد بيعها أو تأجيرها بذاتها أو بعد تهديتها في صورة أخرى ، و كذلك بيع أو تأجير هذه المنشآت . بـ- استئجار المنشآت بقصد تأجيرها و كذلك تأجير هذه المنشآت . جـ- تأسيس الشركات التجارية . " .

Cass.civ..re.17mai1892precite.;cass.com.12oct.1962.Bull.civ (٢)

..,ll,n313;cass.com.16de.1980,Bull.clv.,l,n425,p.430.
ستيفان مرقمن،أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنة بمتطلبات سائر
البلاد العربية ، ج ٢ ، ١٩٨٦

= ٢٤٨= وما بعدها ، من ١٧ و ما بعدها ٤- تزية المهدى ، المرجع السابق ، ص ٩٢ و ما بعدها . و لند كان القانون التجاري الفرنسي و بموجب نص المادة ١٠٦ يحدد نطاق تطبيق مبدأ حرية الإثبات بشأن عقود البيع فقط ، و مع ذلك فقد استقر الفضاء على تطبيق هذا المبدأ على جميع التصرفات التجارية . ولند تدخل المشرع الفرنسي بإصلاح عب المادة المالية بموجب القانون الصادر في ١٢ يوليو ١٩٨٠ .

Y.CHARTIER, la preuve commercial après la loi du 12 juillet 1980,in aspects du droit privé en fin du 20e siècle, études réunies en l'honneur de Michel DE JUGLART,Ed.LGDJ,1986,p.95 et s. .

خدماته على العملاء هو الطرف الآخر ؛ فإن مبدأ حرية الإثبات يطبق لمصلحة العميل .^(١)

وهكذا فإن المشتري عن طريق الإنترن特 يستطيع في الحالات السابقة إثبات التعاقد و مضمونه بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود و القرآن و الخبرة و المعاينة . و يعني ذلك أيضاً أن المشتري عبر الإنترن特 يستطيع أن يتمسك بالمحرر الإلكتروني المسجل على الوسيط غير الورقي أو بالنسخة الورقية التي يتم طباعتها منه بالرغم من أن هذا المحرر أو صورته المستنسخة لا يرقيان إلى مرتبة الدليل الكتابي ، بل و قد لا تتوفر فيما مقومات مبدأ الثبوت بالكتابة . و في هذا الفرض يكون تمسك المشتري بالمحرر الإلكتروني أو النسخة المطبوعة منه في هذا الفرض الأخير بوصفها قرينة من القرآن التي تدل على وجود ذلك التصرف و تحدد مضمونه ، وت تخضع بذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع.^(٢)

- على أنه و بالرغم مما يسمح به مبدأ حرية الإثبات من تمكين العميل (المشتري أو متلقى الخدمة) عبر الإنترن特 من إثبات التصرف بكافة الطرق و تيسير التعامل عبر هذا الوسيط الجديد ؛ إلا أن ترك تقدير قيمة المحرر الإلكتروني لسلطة القاضي التقديرية لا يزال يهدد الثقة في التعامل عن طريق الإنترن特 و يتعارض مع الأمان الذي حرصت التشريعات المعاصرة على توفيره للمستهلكين .^(٣)

- لذلك و في إطار رغبة المشرع في توفير الحماية للمستهلك فقد تدخل المشرع الأوروبي بقلب عباء الإثبات و إلزام التاجر بإثبات قيامه بالتزامه بإعلام المشتري بكافة الشروط الخاصة و العامة المتعلقة بالتعاقد و بكافة البيانات و التحذيرات التي

(٤)

Cass.civ., 1re, 21 fev. 1984, Bull.civ., 1, n°66, p.55; Christiane FERAL-SCHUL, cyber droit le droit à l'épreuve de l'internet , Ed.Dalloz, 1999, p.154 .

Jean DERRUPPE, obs.sur cass.com. 21 juillet 1988, RTD.com. 1989, p.60 .
٢٣ محمود عبد الرحمن ، دور القرآن في الإثبات ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٩ ، ص و ما بعدها .

C.A.paris 14e ch.B., 4dec.1998,in cahiers lamy, droit de l'informatique et des réseaux,n110, janvier 1999 .^(٥)

كان من شأنها توير إرادته قبل اتخاذه لقرار قبول التعاقد .^(١)

كذلك و في إطار ذات التوجه نحو نقل عبء الإثبات من على عائق المشتري إلى عائق التاجر فقد أصدر المجلس الوطني الفرنسي لحماية المستهلك توصية بشأن المحررات الإلكترونية تلزم التاجر إذا ما أراد دحض ادعاءات المشتري بموجب الوثيقة المستنسخة من المحرر الإلكتروني أن يحتفظ بطريقة آمنة بهذه المحررات الإلكترونية من خلال تقنية تدل على عدم التلاعب فيها منذ تاريخ التعاقد كما ألمع بالاحتفاظ بها لمدد متساوية على الأقل لمدد تقادم الحقوق المقررة في القانون الفرنسي .^(٢)

و لذات الأسباب و من أجل توفير الثقة في التصرفات المبرمة عن طريق الإنترنط فقد ورد نص المادة التاسعة من نموذج قانون التجارة الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (CNUDCI) بأن الرسائل و الوثائق الإلكترونية تتمتع بذات الحجية التي تتمتع بها المحررات العرفية في الإثبات .^(٣)

(١) الحيثية رقم ٢٢ من التوجيه الأوروبي رقم ٧/٩٧ الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧ .

(٢) التوصية الصادرة من المجلس الوطني الفرنسي لحماية المستهلك في الرابع من ديسمبر عام ١٩٧٩ بشأن التجارة الإلكترونية . و يمكن الرجوع إلى نص هذه التوصية في موقع المجلس الوطني الفرنسي لحماية المستهلك على الإنترنط في العنوان التالي :

. gouv.FR/réglementation /avis / conseil-consommation / Http://www.finances
avis.info. Htm

هذا و قد ساهمت هذه التوصية في صياغة المشرع لنص المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم ٨٣/١٠٤٠ و الصادر في ٢٩ نوفمبر ١٩٨٣ بشأن السماح للتجار بتقديم نفاثتهم التجارية على وسائل إلكترونية ، بشرط الالتزام بالتقنيات التي تضمن سلامة هذه الدفاتر و تأكيد عدم حدوث تلاعب فيها .

Christian Feral SCHUL,cyber droit , le droit a' l'épreuve de l'internet ,^(٤)
Dalloz,1999,p.139

و يمكن أيضا الرجوع إلى نص هذا القانون بالاطلاع عليه في موقع لجنة الأمم المتحدة مالية التكر على الإنترنط بالعنوان التالي :

French/ texts / electcom / mL-ec.Htm Http://www.un.or.at/uncltral/

و يتضح مما تقدم عرضه أن عدم كفاية الحماية المقررة للمستهلك (المشتري أو متلقى الخدمة) من خلال نظام حرية الإثبات تدعو إلى التدخل التشريعي بهدف مساواة حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات مع حجية المحررات العرفية .^(١)

الفرع الثاني

قبول المحررات الإلكترونية في الإثبات في التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على ألف جنيه

تبني المشرع مبدأ حرية الإثبات أيضا في شأن المعاملات التي لا تزيد قيمتها عن ألف جنيه ، و ذلك بالنظر إلى أن تطلب الإثبات في مثل هذه المعاملات محدودة القيمة - و التي تتعلق عادة بالوفاء بالحاجات اليومية للأشخاص - من شأنه أن يؤدي إلى تعقيدها .^(٢)

و في ضوء هذه المبررات فإن المشرع يعيد تقييم النصاب الذي يجوز فيه الإثبات بشهادة الشهود في ضوء تغير القوة الشرائية للنقد من ناحية ، و في ضوء احتياجات الثقة و السرعة في المعاملات محدودة القيمة من ناحية أخرى .^(٣)

(١) و هو ما نخصص له الفصل الثالث من هذه الدراسة .

(٢) - محمد شكري سرور ، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ص ١١٣ و ما بعدها .

(٣) رفع المشرع النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود و إلى ألف جنيه مصرى بموجب المادة ١/٦ من القانون الحالى بدلا من عشرون جنيهها فى النص القديم و الذى كان قد حل محل المادة ٤٠٠ الملغاة من القانون المدنى و التى كان يتحدد فيها هذا النصاب بعشرة جنيهات فقط .

- و يمكننا أن نلاحظ بدأءاً أن هذا النص يحدث قدراً من التوازن في العلاقات بين التجار و بين المشترين . ففي شأن التصرفات القانونية محدودة القيمة ، فإن للتجار و وفقاً لمبدأ حرية التجارة أن يثبت وجود التعاقد و مضمونه بكافة الطرق .^(١)

و حيث أن نسبة غالبة من المعاملات التي تتم عن طريق الإنترن特 تتعلق بشراء سلع محدودة القيمة كأجهزة الاستعمال المنزلي و قطع غيار الأجهزة أو بخدمات ذات قيمة محدودة مثل قيمة الاشتراك في شبكة الإنترنط ذاته و الذي لا تتجاوز قيمته ألف جنيه شهرياً ؛ لذلك فإن مبدأ حرية الإثبات من شأنه تيسير التعامل عن طريق الإنترنط إلى حد كبير .^(٢)

- و مع ذلك فنحن نتحفظ على استخدام مبدأ حرية الإثبات في شأن التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها عن مبلغ معين من جانبين :

- فمن جانب أول فإن الاعتماد على المحرر الإلكتروني بوصفه إحدى وسائل الإثبات المقبولة في ظل مبدأ الإثبات الحر يعني (و كما سبق و أوضحنا) بأنه يخضع في شأن قبوله و تقدير قيمته للسلطة التقديرية للقاضي . و قد أوضحنا فيما سبق أنه و بالرغم من التمكّن عن هذا السبيل من تخطي العقبات العملية أمام الاعتداد بالمحررات الإلكترونية كأدلة كتابية كاملة ؛ إلا أنه لا يحقق الاستقرار المنشود في المعاملات التي تتم عن طريق الإنترنط . لذلك فإن الوضع الأمثل هو التدخل التشريعي بتنظيم حجية المحررات الإلكترونية .^(٣)

أما في القانون الفرنسي فقد حدد المشرع قيمة هذا النصاب بمعنى خمسة آلاف فرنك ، و هو ما يعادل حوالي ثلاثة آلاف جنيه مصرى على أساس سعر الصرف الحالى .

Decret n 80-533 du 15 juillet 1981, code civ. français .

(١) سمير تناغو ، المرجع السابق ، ف ٤٧ و ما بعدها ، ص ١١٢ و ما بعدها .

A.BENSOUSSAN,internet, aspects juridiques,Hermes, 1998, p.123 et (٢)
s..

(٢) على نحو ما سنعرض له في الفصل الثاني من هذا البحث . انظر أيضاً :

Lionel BOCHURBERG, op. Cit. , p.124 .

- و من جانب ثانى ، فإن تحديد قيمة النصاب الذى لا يستلزم فيه المشرع الإثبات عن طريق الكتابة بألف جنيه فقط ليس من شأنه تشجيع المعاملات التجارية ، خصوصا ما يتم منها عن طريق الإنترنط . فإذا كانت صعوبة الحصول على دليل كتابي كامل في شأن التعاقدات التي تتم عن طريق الإنترنط تعرقل استخدام هذه الوسيلة الحديثة للتعاقد ، فإن على المشرع أن يرفع قيمة هذا النصاب بالقدر الذى يتيح إثبات العقود التي تتم على السلع المنزلية (محدودة القيمة) وفي حدود القيمة المعتادة لهذه السلع .^(١)

لذلك فنحن نقترح في ضوء المعطيات الحالية للاقتصاد المصري أن يرفع المشرع قيمة هذا النصاب إلى ألف جنيه مصرى .

و مما لا شك فيه أن إعادة النظر في قيمة هذا النصاب تتفق مع سياسة المشرع ذاتها في تعديل قيمته في ضوء المتغيرات الاقتصادية و التي من بينها تغير قيمة النقود و تغير القدرة الاقتصادية لأفراد المجتمع ، بل و الرغبة في إحداث رواج اقتصادي .

- و يدعونا ما نقدم أيضا إلى دعوة المشرع المصري إلى أن يحتذى حذو المشرع الفرنسي في تخويل سلطة إعادة النظر في قيمة النصاب الذي يجوز الإثبات فيه بشهادة الشهود إلى وزير التجارة بما يسهل من إجراء التعديل على قيمة النصاب كلما استدعت الظروف ذلك .^(٢)

LORENTZ,commerce electronique, une nouvelle donne pour les consommateurs (1) , les entreprises,les citoyens et les pouvoirs publics,rapport, publie janvier 1998 et son addendum en mars 1998 .

و يمكن الرجوع إلى هذا التقرير على الموقع التالي في الإنترنط :

[Http://www.finances.gouv.FR.](http://www.finances.gouv.FR)

و قد اقترح الأستاذ لورنتز و لذات الأسباب التي قدمناها رفع قيمة نصاب الإثبات الحر إلى مبلغ يتراوح بين عشرة آلاف و خمسون ألف فرنك فرنسي .

Lionel BOCHURBERG,internet commerce electronique , op. Cit., n 944, p.124 s(2)

المبحث الثالث

الإثباتات عن طريق المحررات الإلكترونية في ظل الاستثناءات

الواودة على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة

- رأينا فيما سبق أن المشرع قد تبنى مبدأ حرية الإثبات (و بالإضافة إلى إثبات الواقع العادي) في المواد التجارية و التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين . و في المقابل فإن كافة التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن ألف جنيه مصرى تخضع لمبدأ وجوب الإثبات بالكتابة .

و مع ذلك فإن المشرع قد عاد إلى مبدأ حرية الإثبات حتى في شأن التصرفات التي تزيد قيمتها على ألف جنيه (أو فيما يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة) بقصد بعض الحالات الاستثنائية التي أوردها المشرع على سبيل الحصر . و ترجع هذه الاستثناءات إلى الحالات الآتية :

١- وجود دليل كتابي غير كامل من شأنه أن يجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال (مبدأ الثبوت بالكتابة) .

٢- الحالات التي يستحيل فيها الحصول على دليل كتابي كامل بسبب وجود مانع مادي أو أدبي .

٣- حالات فقد السند الكتابي .

- و سوف نعرض فيما يلى لأثر هذه الاستثناءات على إمكانية الإثبات بالمحررات الإلكترونية التي لا ترقى إلى مرتبة الدليل الكتابي الكامل .

المطلب الأول

الاستناد إلى المحررات الإلكترونية باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة

- ورد نص المادة ٦٢ من قانون الإثبات المصري بأنه : " يجوز الإثبات بشهادة

الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابه إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابه . و كل كتابه تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قریب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابه . " . (١)

و يتضح من هذا النص أنه و حتى يوجد مبدأ ثبوت بالكتابه فلا بد أولا من وجود كتابه ، و لا بد ثانيا من أن تصدر هذه الكتابه من الخصم ، ثم أن يكون من شأن هذه الكتابه أن تجعل التصرف المدعى به قریب الاحتمال . (٢)

- و لقد تلفت الفقه هذا النص من أجل اعتبار المحررات الإلكترونية (و التي لا يمكن القبول بها كدليل كتابي كامل) مبدأ ثبوت بالكتابه . و يترتب على ذلك إمكان الاعتداد بهذه المحررات في إثبات التعاقد الذي يتم عن طريق الإنترنط من خلال استكمال هذا الدليل بشهادة الشهود أو بأي من أدلة الإثبات الأخرى التي تدعم الإدعاء بالتعاقد . (٣)

- و نحن من جانبنا نعتقد بعدم جواز القبول بهذا الرأي على إطلاقه . فحيث ورد نص المادة ٦٢ من قانون الإثبات بوجوب وجود كتابه و أن تكون هذه الكتابه صادرة عن الخصم ؛ فإننا نعتقد بأن تخلف صفة الكتابه عن المحرر الإلكتروني بما يحول دون اعتبارها دليلا كتابيا كاملا يؤدي في ذات الوقت إلى عدم إمكان اعتبارها من قبل الكتابه التي تصلح لأن تكون مبدعا للثبوت بالكتابه أو إمكان نسبة صدورها إلى الخصم بأي شكل من الأشكال . (٤)

(١) يقابل نص المادة ١٣٤٧ من التقنين المدني الفرنسي . ، انظر - شكري سرور ، السابق ، ف ١٢٠ و ما بعدها ، ص ١٣٩ و ما بعدها .

(٢) - سليمان مرقس ، طرق الإثبات ، معهد الدراسات العربية ، ج ١ ، ص ١٤٠ . - عبد المنعم الصدة ، الإثبات في المواد الجنائية ، ١٩٥٤ ، ف ٢١١ ، ص ٢٦٨ و ما بعدها + نقض مني مصري ، ١٦ يونيو ١٩٩٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ١٧ ، ص ١١٠ .

M.ANTOINE et D.GOBERT,"pistes de reflexion pour une legislation relative à (١) signature digitale et au régime des autorités de certification",R.G.D.C.juillet-oct.1998,n 45,p.290 et s. ; Martine BOIZARD, note sous C.A. montpellier, 1re ch., 9 av.1987,JCP.,II,1988,20984; Michel VIVANT et LE STANC , droit de l'informatique , lamy ,op.cit.,2095cts..

A.LUCAS, droit de l'informatique, themis, 1987, n319 et s., p.376 et s.. (٤)

و بالرغم من ذلك فإن بعض الفقه قد ذهب إلى الرد على ما تقدم بالقول بأن المحررات الإلكترونية و إن لم تكن صادرة من الخصم بالمعنى الضيق فإن وجود المحرر الإلكتروني على الوسيط الإلكتروني أو استخراج صورة مكتوبة منه على الآلة الطابعة يعد قرينة قوية على صدور الكتابة من المدعى عليه مما يسمح باعتبار هذه المحررات مبدأ ثبوت بالكتابة .^(١)

و مع ذلك فنحن نعتقد - في ضوء ما قدمنا - أن المشكلة التي تواجه المحررات الإلكترونية هي إمكان الاعتداد بها كمحررات كتابية من حيث الأساس . فإذا أمكن تخطي هذه العقبة بتوفير العناصر التي تكفل الثقة في هذا النوع من المحررات من خلال استخدام التقنيات الكفيلة بتأمين المحرر من التعديل و التغيير ، فإنه يصبح من الممكن أيضا توقيعها بذات الطريقة و وبالتالي إعداد محرر كتابي يصلح أن يكون دليلا كتابيا كاملا . أما إذا لم يمكن توفير أي من عناصر الدليل الكتابي في المحرر الإلكتروني فإن ذلك يؤدي إلى نفي وصف الكتابة المعتمدة بها في الإثبات عنه ، و وبالتالي عدم إمكان الاستناد إليه كمبدأ ثبوت بالكتابة بالنظر إلى عدم إمكان نسبة هذا المحرر إلى الخصم .^(٢)

- أخيرا و حتى إذا قبلنا بما يذهب إليه بعض الفقه من إمكان اعتبار المحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة ، فإن ذلك يعني القبول بوضع الكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني في مرتبة أقل من الكتابة التقليدية و السماح للقاضي بتقدير قيمتها كدليل في الإثبات ، و هو ما يتعارض مع مقتضيات النطور و سرعة انتشار التعامل عبر الوسائط الإلكترونية .^(٣)

(1) Jerome HUET et Herbert MAISL, *droit de l'informatique et de telecommunications, etat des questions, textes et jurisprudence, étude communautaire*, litec, 1989 , n594 et s., P.665 et s

Philippe GAUDART, *droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information , societe sans papier , p. 180 et s.*

Y.COOL, *signature electronique et signature manuscrite , soeurs enemies ou soeurs jumelles? , cahiers du C.R.I.D., Bruxelles, Bruyllant , 1999, n 16 .*

المطلب الثاني

قبول المحرر الإلكتروني في الإثبات عند استحالة الحصول على محرر مكتوب بسبب وجود مانع مادي أو أدبي

- ورد نص المادة ٦٣/أ من قانون الإثبات المصري بأنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود و فيما كان يجب إثباته بالكتابة :

"أ- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي كامل ."^(١)
و المقصود بالاستحالة العادية وفقا لما ورد به نص المادة ٦٣ من قانون الإثبات هي الاستحالة المانعة من الحصول على المحرر المكتوب بسبب ظروف استثنائية أو حوادث مفاجئة كالحرائق أو الفيضان . و من ذلك على سبيل المثال الوديعة الاضطرارية التي تتم في ظروف يخُشى فيها الشخص خطر داهم على الشيء دون أن يكون لديه الوقت الكافي أو الوسيلة للحصول على محرر مكتوب من المودع لديه .^(٢) أما الاستحالة المعنوية فهي تتضمن وجود مانع أدبي كصلة القرابة أو البنوة أو الأخوة أو الصدقة و بشرط أن يكون من شأن هذه الصلة إيجاد حرج أدبي يمنع الشخص من طلب توثيق التصرف القانوني كتابة .

و قد قضت محكمة النقض المصرية بأن : "صلة القرابة أو المصاهرة مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على سند كتابي ، بل المرجع في ذلك إلى ظروف كل حالة على حدة بما تقدره محكمة الموضوع بغير معقب عليها متى كان هذا التقدير قائماً على أسباب سائغة ."^(٣)

(١) يقابل نص المادة ١٣٤٨/١ من التقنين المدني الفرنسي .

(٢) - عبد الودود بحبيس ، الموجز في قانون الإثبات ، ١٩٨٧ ، ص ١٢٥ و ما بعدها ; - سليمان مرقمن ، السابق ، ج ٢ ، ف ٣٦٤ و ما بعدها ، ص ٤٠٠ و ما بعدها . - سمير تناغر ، المرجع السابق ، ص ١١٦ .

(٣) نقض مدني ، ٢١ ديسمبر ١٩٧٦ ، مجموعة المكتب الفني ، س ٢٧ ، ص ١٨٠١ .

كذلك فقد ورد في حكم آخر لذات المحكمة أن : " تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي في الأحوال التي يتطلب فيها القانون هذا الدليل هو من الأمور التي يتصل بها قاضي الموضوع " .^(١)

- و في ضوء الاستثناء الذي ورد به النص السابق فقد ذهب بعض الفقه إلى القول بأن عدم إمكان توفير الشروط و العناصر الالزمة لإنشاء دليل كتابي كامل بسبب الطبيعة المادية للوسائط الإلكترونية يعني قيام الاستحالة المادية المانعة من الحصول على الدليل الكتابي . و انطلاقاً من هذه الاستحالة فإن للمدعى وفقاً لما وردت به نصوص قانون الإثبات أن يثبت التعاقد بكلفة الطرق ، و من بينها بطبيعة الحال القرينة المستمدّة من وجود المحرر الإلكتروني على الوسائط الممغنطة أو النسخة المطبوعة فيها بواسطة آلة الطباعة .^(٢)

- و بالرغم مما ذهب إليه الرأي السابق ، فإننا لا نعتقد بأن صعوبة توفير الشروط الالزمـة لإعداد الدليل الكتابي الكامل أثناء التعاقد عن طريق الإنترنـت تعد من قبيل المانع التي ورد بها نص المادة ٦٣/أ سالفة الذكر .

فمن ناحية أولى فإن صعوبة إنشاء الدليل الكامل أثناء التعاقد من خلال الوسائط الإلكترونية لا ترقى إلى درجة الاستحالة ، بدليل ما سبق و قدمناه من وجود إمكانية لإنشاء الدليل الكتابي الكامل المؤوثق في صحته و ارتباطه بتوقيع إلكتروني توفر به كافة الشروط القانونية المنطلبة في التوقيع على الوجه المعتمد .^(٣)

و من ناحية ثانية ، و حتى بافتراض استحالة إنشاء دليل كتابي كامل من خلال الوسائط الإلكترونية ، فإن هذه الاستحالة ليست من قبيل المانع المادي الملجنـة إلى التعاقد بدون كتابة . فمما لا شك فيه أن التعاقد عن طريق الإنترنـت ليس الطريق

(٣) نقض مدنـي مصـري ، ٢ مارـس ١٩٧٦ ، من ٢٧ ، ص ١٥٤٣ .

C.FERAL-SCHUL, cyber droit , 1999 op. Cit. , p.154 et s. : B.AMORY et Yves^(٤) POUULLET , le droit de la preuve face a' l'informatique et a' la telematique , p.345 et s. ; M.VIVAN et LE STANC, droit de l'informatique , lamy , op. Cit. , n 2096 et s. , p. 1274 et s.

M.BOIZARD, note in JCP. , 1989 , II, 20984 .

(٤)

الوحيد للتعاقد ، و إنما يختاره أطراف العقد بمحض إرادتهم بسبب سهولة و سرعة الاتصال التي تيسر إبرام العقود عن طريق هذه الوسائل .^(١)

و بسبب الانتقادات السابقة فقد ذهب البعض الآخر من الفقه إلى القول بأن استحالة الحصول على الدليل الكتابي الكامل أثناء التعاقد عن طريق الإنترنط ليست استحالة مادية و لكنها استحالة معنوية تتمثل فيما يقتضيه عرف التعامل الجاري العمل به على شبكة الإنترنط .^(٢)

- و مما لا شك فيه أن هذا الرأي يفتقر إلى سلامة الحجة و لا يرتكز على أساس قانوني سليم .

فمن المعروف أن المانع الأدبي يرجع إلى اعتبارات و ظروف نفسية تقوم في الوقت يتم فيه التصرف و تمنع الشخص من الحصول على الدليل الكتابي . لذلك فإن تطبيقات المانع الأدبي في مجال التجارة تتعلق بالظروف النفسية التي تحول بين الشخص و بين طلب تحرير العقد كتابة مع العميل بسبب العلاقة الخاصة أو استمرارية التعامل بين التاجر و العميل لمدة طويلة .^(٣)

J.HUET et MAISL, droit de l'informatique , op. Cit. , n 594 et s. , p. 664 et s. (1)

Françoise CHAMOUX, la loi du 12 juillet 1980 , une ouverture sur les (1) nouveaux moyens de preuve , JCP. , 1981, II, 13491 , n 20 et s. .

هذا و يرى الأستاذ جاكار إلى أن الرجوع إلى عرف التعامل يقتضي أولاً نشأة ذلك العرف و أن يكون ذلك العرف قائمًا بشأن طاللة أو مجموعة معينة من الأشخاص . و مما لا شك فيه أن مثل هذا العرف لم ينشأ بعد إلا في العلاقات فيما بين التجار ؛ أما في عادة الشخص العادي و المستهلك طالب الخدمة (و مشتري السلعة) و بين التاجر المعترف فلا يمكن القول بأن هذا العرف قد نشا و أنه أصبح مقبولاً بمقتضاه التعاقد بدون الحاجة إلى التعامل في شكل كتابي .

Michel JACCARD, la conclusion des contrats par ordinateur, these , lausanne, 1996 , p. 272 .

Martine BOIZARD, note sous C.A. Montpellier , 1re ch. 9 avril 1989 , JCP. , II , (٣) 20984 .

و حيث أن هذه الظروف النفسية لا تقام في العلاقة بين المشتري (أو متنقى الخدمة) و بين التاجر في التصرفات المبرمة على شبكة الانترنت ، و ذلك بالنظر إلى أن التعامل على هذه الشبكة عدم وجود أي اتصال شخصي أو لقاء مادي مباشر بين أطراف التعاقد، لذلك فلا يمكن تصور وجود أي حرج أدبي أو علاقة شخصية تحول دون تحرير المسند الكتابي .^(١)

و حتى إذا ما أمكن اعتبار السنن التجارية و العرف و التقاليد من قبيل الموانع الأدبية ، فإن ذلك يجب تقديره بصدق كل حالة على حدة و لا يجب تعميمه في المعاملات التجارية ، و إلا انقلب الاستثناء إلى القاعدة.

- و هكذا يتضح مما تقدم عرضه أن اللجوء إلى الاستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات الكتابي و التسلل منه على النحو السالف بيانه ، يؤدي إلى إهدار المبدأ الأصيل " مبدأ الإثبات بالكتابية " و تعميم الاستثناءات لتحول محل هذا المبدأ في جميع المعاملات و التعاقدات التي تتم عبر شبكة الانترنت ، و هو ما لا يمكن القبول به بطبيعة الحال .

و يؤكد وجية نظرنا هذه ما ورد في تقرير مجلس الدولة الفرنسي بشأن " الانترنت و الشبكات الرقمية " و الصادر في ٢ يوليو ١٩٩٨ ؛ إذ جاء في هذا التقرير أن : " اللجوء إلى نظام الاستثناءات على مبدأ الإثبات بالدليل الكتابي ليس مقبولا لأنه ينضر إلى الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية من منظور قاصر و غير حقيقي . فسواء كان التوجه إلى الاستناد إلى مبدأ الثبوت الكتابي أو إلى الاستحالة العادية للحصول على محرر مدون بالطريقة التقليدية فإن ذلك ليس إلا متهربا من مواجهة الواقع الذي أصبح مفروضا في وقتنا الحالي ، أي واقع التعامل بالمحررات الإلكترونية " . و لقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي في هذا التقرير إلى أنه " لا يوجد في أي من محاولات اللجوء إلى الاستثناءات السابقة ما يمكن أن يصلح للاعتراف بالمحررات الإلكترونية كدليل في الإثبات أو في تحديد قوته هذا الدليل " .^(٢)

GAUDRAT, droit de la preuve et nouvelles technologies de l'information .^(١)
op.cit., p. 180 et s. .

(٢) هذا و يمكن الاطلاع على هذا التقرير على شبكة الانترنت في الموقع التالي :

المطلب الثالث

قبول المحرر الإلكتروني في حالة فقد الدليل الكتابي

- ورد نص المادة ٦٣/ب من قانون الإثبات المصري بأنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة : " إذا فقد الدائن سنته الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه " .^(١)

- وقد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى إمكان الاستناد إلى الاستثناء الخاص بفقد السند للاستعانة بالمحررات المطبوعة استساغاً من الوسائل الإلكترونية على الآلة الطابعة في إثبات التصرفات القانونية .

ويسوق أصحاب هذا الرأي لدعم هذا السبيل الاستثنائي أنه في الحالات التي يكون فيها الوسيط الإلكتروني محصنًا ضد التعديل أو التغيير أو في الحالات التي تخفي فيها المعلومات من على الوسائط بسبب عدم قدرة الوسيط على الاحتفاظ بالمعلومات لمدد طويلة أو بسبب حوادث استثنائية ، فإنه يمكن القول بأن السند الكتابي قد فقد بسبب لا بد للدائن فيه ؛ وبالتالي يجب تمكينه من إثبات وجود العقد مضمونه بكافة الطرق و من بينها القرينة المستقادة من النسخ المطبوعة على الآلة الطابعة من هذه الوسائل .^(٢)

- ونحن من جانبنا نعتقد بعدم إمكان اللجوء إلى هذا الاستثناء للتغلب على المشكلات المتعلقة بعدم استكمال المحرر الإلكتروني للعناصر الازمة لإنشاء الدليل الكتابي الكامل .

[Http:// www.Internet . gouv . FR/ francais/ textes ref / rapce 98 / acueil . Htm](http://www.Internet.gouv.FR/francais/textes/ref/rapce98/acueil.Htm)

(١) يقابل نص المادة ١٣٤٨ من التقنين المدني الفرنسي (انظر ، شكري مرور ، المسبق ، ف ١٢٢ و ما بعدها ص ١٥٢ و ما بعدها .

Christianne Feral SCHUL, op. Cit. , p. 155 et s. ;^(٢)

قارب محمد حسام لطفي ، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود و إبرامها ، القاهرة ١٩٩٢ ، ص ٢٢ .

فكما يبين من النصوص التشريعية ، ذاتها فإن قيام هذا الاستثناء يستلزم أولاً سبق وجود سند كتابي و يستلزم ثانياً أن يكون هذا السند الكتابي قد فقد بسبب أجنبي لا بد للداعي فيه .^(١)

و يقصد بشرط سبق وجود السند الكتابي أنه يجب على من يدعى أنه قد سبق له الحصول على سند كتابي أن يقدم الدليل على أن هذا السند قد وجد فعلاً وأنه كان مستوفياً لكافة الشروط القانونية التي تجعل منه دليلاً كتابياً كاملاً .

لذلك فإنه و في الحالات التي لا يمكن اعتبار المحرر الإلكتروني فيها دليلاً كتابياً كاملاً لافتقاره إلى العناصر و الشروط الازمة لذلك ، فإنه لا يمكن التمسك بهذا الاستثناء .

و لا يجدي في هذه الحالة ما ساقه أصحاب الرأي السابق من أن اختفاء البيانات كلها بسبب حادث معين أو جزئياً بسبب التعديل بعد راجعاً لسبب أجنبي لا بد للمدعي فيه ؛ ذلك أن هذه الحجة تتعلق بالشرط الثاني من الشروط الخاصة بهذا الاستثناء و هو ما لا يجدي في الاستفادة من هذا الاستثناء الذي لا يقوم إلا باستيفاء الشرط الأول أيضاً ، و هو الشرط الخاص بسبق وجود دليل كتابي كامل.

المبحث الرابع

الاتفاقيات الفاصة بالإثبات

- رأينا فيما سبق أن قبول المحررات الإلكترونية و مدى حجيتها في الإثبات لا يزال موضع شك ، و هو ما يهدد بعرقلة التعاقد عن طريق الإنترنت . لذلك فإن الكثير من البنوك الشركات التي تقوم على تسويق الخدمات أو بيع السلع عن طريق الإنترنت تتجأ إلى إبرام اتفاقيات خاصة مع العملاء تتضم فيها حجية إثبات المحررات

(١) - توفيق فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ف ٦٩ ، ص ١١٧ و ما بعدها ؛ - عبد الوهود يحيى ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، المصادر - الأحكام - الإثبات ، المرجع السابق ، ف ٤٥٣ ، ص ٩١٩ و ما بعدها .

الإلكترونية مما يسمح بخلاف المشكلات الناجمة عن عدم قبول المحررات الإلكترونية كدليل كتابي كامل .^(١)

ويقتضي ذلك الإجابة على التساؤل الخاص بمدى صحة الاتفاques المبرمة بالمخالفة لقواعد الإثبات بوجه عام (المطلب الأول) ثم تحديد مدى صحة هذه الاتفاques في مجال التعاقدات التي تم عن طريق الإنترنـت بوجه خاص (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

مدى صحة الاتفاques المخالفـة لقواعد الموضوعية في الإثبات بوجه عام

- تقسم قواعد الإثبات إلى قسمين رئيسيين ، أولهما هو القواعد الإجرائية و التي تتعلق بإجراءات التقاضي ، و الثاني يتعلق بالقواعد الموضوعية المنظمة لمحل الإثبات و عبئه و طرائقه .

- و مما لا شك فيه أن القواعد الإجرائية في الإثبات تتعلق بالنظام العام و بالتالي فلا يجوز اتفاق على مخالفة أحكامها .^(٢)

- أما القواعد الموضوعية في الإثبات فإن جمهور الفقهاء في مصر و فرنسا قد ذهب إلى عدم تعلقها بالنظام العام ، و بالتالي إلى جواز اتفاق على مخالفة أحكامها ، سواء كان ذلك بشأن محل الإثبات أو بشأن عبئه و طرائقه .^(٣)

Xavier LINANT DE BELLE FONDS et Alain MADELIN , informatique et ('') droit de la preuve , travaux de l'association française de droit de l'informatique (AFDI) Ed. des parques , 1987 , p.50 et s. .

(٢) - جلال العدوى ، مبادئ الإثبات ، ف ٢٥ و ما بعدها ، ص ٣١ و ما بعدها .

(٣) - سليمان مرقس ، الواقع في القانون المدني ، أصول الإثبات و إجراءاته ، ج ٢ ، من ٤٤ و ما بعدها ; - توفيق فرج ، المرجع السابق ، ص ٤ و ما بعدها ; - المستهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٢٦٧ و ما بعدها ; - محمد زهرة ، المرجع السابق ، ص ٣ و ما بعدها .

Xavier Linant DE BELLE FONDS et Alain HOLLANDE , droit de l'informatique , Ed. Delmas et cie , 1984 , p. 124 et s. ; BOIZARD , op. loc. cit. ; J.-L. et H.

كذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية في الكثير من أحكامها بأن القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام " لذا يجوز الاتفاق على مخالفتها " .^(١)

كما وقد قضت ذات المحكمة أيضا بجواز اتفاق الخصوم صراحة أو ضمنا على جواز الإثبات بشهادة الشهود فيما يجب فيه الإثبات بالكتابة .^(٢)

- أما القضاء الفرنسي و بعد أن كان رافضا لهذه الاتفاques في بادئ الأمر^(٣) فإنه قد استقر و منذ وقت طويل على عدم تعلق قواعد الإثبات الموضوعية بالنظام العام ، و بالتالي على جواز الاتفاق صراحة أو ضمنا على مخالفة أحكامها .^(٤)

- و بالرغم مما قد أثاره بعض الفقه من عدم صحة مثل هذه الاتفاques بالنظر إلى أن إدارة الإثبات أمر يتعلق بالنظام العام و لا يجب ترك تنظيمه للأفراد^(٥) ؛ إلا أن

MAZEAUD par CHABAS , lecons de droit civile , T.I , 7e ed . , n 373 , p.
436 .

(١)نقض مدنى ١٠ ديسمبر ١٩٨١ طعن ١٤٣ نقض مدنى ١٩ نوفمبر طعن ٥٢٩ من ٣ ق ١
نقض مدنى ١٧ ديسمبر ١٩٨١ طعن ٢٢٦ من ٤٩ ق ٤ نقض مدنى ٧ فبراير ١٩٨١ طعن ١٠٠٥
من ٤٥ ق ٣ نقض مدنى ٩ ديسمبر ١٩٨٠ طعن ١٩٠٢ من ٤٩ ق ٣ نقض مدنى ٢٤ أبريل ١٩٨٠ ،
مجموعة المكتب الفنى ، من ٢١ ، رقم ٢٢١ ، ص ١٢٠١ ، نقض مدنى ١٩ ديسمبر ١٩٧٩
المجموعة السابقة ، من ٢٠ ، رقم ٣٩٨ ، ص ٣٢١ نقض مدنى ٢٥ فبراير ١٩٧١ ، مجموعة
المكتب الفنى ، من ٢٢ ، رقم ٣٦ ، ص ٢١٧ نقض مدنى ٢٨ ديسمبر ١٩٧٥ طعن ١٥٧ من ٤٠ ق ١
نقض مدنى مصرى ٢ يونيو ١٩٥٥ ، طعن رقم ٧٩ من ٢٢ ق ٣ نقض مدنى ٤٤٤ نقض مدنى
٢٦ نوفمبر ١٩٥٣ ، المجموعة السابقة ، من ٨٧ ، قاعدة ٤٣٧ .

(٢)نقض مدنى ٢٩ يناير ١٩٨١ طعن ١٢٨ من ١٨ ق ١ نقض مدنى ١٩ فبراير ١٩٧٨ ، طعن ١٩٧
من ٤٤ ق ٣ نقض مدنى ٢٩ من ٢٩ ، ص ٢٩ ، نقض مدنى ٢١ أبريل ١٩٧٣ ، مجموعة
المكتب الفنى ، من ٢١ ، ص ٦٦٧ نقض مدنى ٢٩ نوفمبر ١٩٦٦ ، نقض مدنى ١٢٨ من ١٧
ص ١٧٣٥ نقض مدنى ٣٠ ديسمبر ١٩٦٥ ، مجموعة المكتب الفنى ، من ١٦ ، ص ١٣٨٤ نقض
مدينى ١٩ فبراير ١٩٦٣ ، مجموعة المكتب الفنى ، من ١٤ ، ص ١١٧٣ نقض مدنى ١٥ نوفمبر
١٩٦٢ ، مجموعة المكتب الفنى ، من ١٢ ، ص ١٠٣١ نقض مدنى مصرى ١٠ فبراير ١٩٥٥
مجموعه أحكام النقض في ٢٥ سنة ، طعن رقم ١٢٤ من ٢٢ ، قاعدة ١١٢ .

Cass. civ. 23 janv. 1929 , G.P., 1929 , I , P. 329 .^(٦)

Cass. civ. 6 janv. 1936 , D.H. , 1936 , P. 115 et s.; civ. 2e , 6 mars 1958 , JCP., (٧)
1958 , II , 10902 ; Civ. soc. , 24 mars 1965 , JCP. , 1965 , II, 14415 ; cass. soc. 18
juillet 1967 , D. 1988 , somm. , p. 10 ; civ. , 3e , 9 oct. 1974 , Bull. Civ. , II, n353 ,
p. 269 ; civ. 21 dec. 1976 , D. 1977 , IR , 151 .

ما ورد به صريح نص المادة ١٦٠ من قانون الإثبات المصري (ويقابله نص المادة ١٣٤١ من التقنين المدني الفرنسي) بعد حاسما في هذا الصدد ، و من شأنه أن ينهي الخلاف حول مدى صحة مثل هذه الاتفاques . فلقد ورد نص هذه المادة بأنه : " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف جنيه ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " .^(٢)

و حيث أوضحت المذكورة الإيضاحية لمشروع القانون بشأن نص هذه المادة أن المشروع قد أجاز هذا الاتفاق بدلا من رفع نصاب البينة ، فإن ذلك يقطع كل شك حول المقصود بهذا النص و يؤدي إلى رفض ما ذهب إليه بعض الفقه من محاولة تفسيره على أنه يقتصر على حالة التنازع عن قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة أثناء سير الخصومة فقط .^(٣)

المطلب الثاني

الاتفاques المتعلقة بالإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية

- في ضوء ما تقدم بيانه من مشكلات الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية و صعوبة الاعتداد بها كدليل كتابي كامل ؛ فإن التجار و مقدمو الخدمات عن طريق الإنترنت يلجئون إلى الاتفاques المعدلة للقواعد المنظمة للإثبات .^(٤)

LEGEAIS , les regles de la preuve en droit civil , these poitiers , 1954 , p. 134^(١) et s..

(٢) - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ج ١، ف ٣١ ، ص ١٠٥ و ما بعدها . - سمير شاغر ، المرجع السابق ، ف ٤ ، ص ١٠ و ما بعدها .

(٣) ذهب رأي ضعيف في اللقى إلى ضرورة تفسيره في ضوء ما جرت عليه أحكام القضاء في ظل القانون المدني القديم من التفرقة بين الاتفاق السابق على عرض النزاع على القضاء و الذي بعد باطلًا بطلانا مطلقا لتعلقه بالتنظيم العام و بين النزول عن التمسك بهذه القاعدة أثناء سير الخصومة و الذي يعتبر صحيحا . و بالنظر إلى أن هذا الرأي يخالف صريح ما ورد به نص المادة ١٦٠ من القانون ، فإنه بقى مهجورا و لم نجد له أي صدى في أحكام القضاء . انظر في هذا الرأي - سليمان مرقس ، المرجع السابق ، ص ٢٥٧ و ما بعدها .

(٤) على أنه يجدر بادئ ذي بدء أن نشير إلى أن هذه الاتفاques توضع إطار عام منظم للتصرفات القانونية المتوقع إبرامها بشكل معتاد بين أطرافها ، ومن ذلك على سبيل المثال العقود المبرمة بين علامات البنك و بين البنك بشأن عقود القرض التي تتم عن طريق استخدام بطاقة الائتمان (عمليات المحب بدون وجود رصيد للتعيل) .

- هذا و تهدف الاتفاقيات المبرمة في مجال إثبات التصرفات المبرمة عن طريق الإنترن트 إلى تحية مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة (الإثبات المقيد) و إحلال مبدأ
- الإثبات الحر محله بما يسمح بإثبات وجود الاتفاق و مضمونه بكافة الطرق كشهادة الشهود و القرائن و الخبرة .^(١)
- كذلك فإنه و حتى يمكن تخطي عقبة اعتبار المحرر الإلكتروني دليلا كتابيا كاملا ، فإن هذه الاتفاقيات ترد عادة بمساواة هذه المحررات (والتي لا ترقى إلى مرتبة الدليل الكتابي الكامل) بالمحررات العرفية من حيث حجيتها في الإثبات .
- على أنه يجدر باللحظة في هذا الصدد أن الاتفاقيات في هذا المجال تتميز بتهديد مصالح العميل الذي يتعاقد عن طريق الإنترن트 و تؤدي عملا إلى إهانة حقه في الإثبات بالنظر إلى ما تسمح به للمحترف من الاحتياج على المستهلك بالمحررات التي يسيطر هو على بياناتها ، مع سلب القاضي السلطة التقديرية في تقدير قيمة هذه المحررات .
- كذلك فإن هذه الاتفاقيات المعدلة للقواعد الموضوعية للإثبات في مجال التعاقد عن طريق الإنترن트 تؤدي عملا إلى إعطاء المحرر الإلكتروني حجية تفوق الحجية التي قررها المشرع للمحررات العرفية (و هي أدلة كتابية كاملة) في الإثبات . و يتضح ذلك بالنظر إلى أنه و خلافا لما قرره المشرع من حق المدعى عليه من تحض المحرر العرفي بإنكار خطه أو توقيعه أو بصمة يده ، فإن المشتري لا يتمكن من ذلك الإنكار في شأن المحررات الإلكترونية التي لم يتم تحريرها أصلا بخط يده و التي لا تحمل توقيعه .^(٢)

A. LUCAS , droit de l'Informatique , op. Clt. , p. 381 et s..

C. DE LYSSAC , les conventions sur la preuve en matière informatique ,^(١)
In informatique et droit de la preuve, travaux de A.F.D.I., Ed. des parques , p. 148 et s. ; cass. civ. 7janv. 1982 , Bull.civ. , III , 4 ; civ. 1re , 8 nov. 1989 , D. 1990 , 369 . II,

(٢) ورد نص المادة ١٤ من قانون الإثبات المصري بأنه : " يعتبر المحرر العرفي صادراً من وقوعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ... " .

و يعني ذلك في حقيقة الأمر أن هذه الاتفاقيات ترد صراحة _ أو ضمنا _ بقلب عبء الإثبات من خلال افتراض صحة ما ورد بها إلى أن يقوم المشتري أو طالب الخدمة بإثبات العكس .^(١)

- و مما لا شك فيه أن قلب عبء الإثبات في شأن المحررات الإلكترونية يتساوى عملا مع إعطاء هذه المحررات حجية مطلقة ، و ذلك بالنظر إلى صعوبة تمكّن المشتري أو طالب الخدمة من إثبات عكس ما ورد بها . و تتمثل هذه الصعوبة في أن التعاقد يتم عن طريق أجهزة الحاسب الآلي ، و وبالتالي فلا توجد أي محررات مكتوبة بخط اليد أو مقدم الخدمة كي يستند إليها العميل ، بالإضافة إلى أنه يندر أن يوجد شهود على واقعة التعاقد في ضوء الظروف السالف الإشارة إليها .

- و إذا كان الاتفاق على قلب عبء الإثبات عند التعاقد عن طريق المحررات الإلكترونية يتساوى عملا مع إعطاء هذه المحررات حجية مطلقة على النحو السالف بيانه ؛ فإن تلك الحجية المطلقة يمكن أيضا أن تكون محلا صريحا لتلك الاتفاقيات ؛ و هو ما يعني ألا يمكن المشتري أو طالب الخدمة من إثبات عكس ما ورد بهذه المحررات إلا بالإدعاء بالتروير .

و يعني ذلك أن هذا النوع الأخير من الاتفاقيات يجعل للمحررات الإلكترونية (و التي لا تتوفر فيها عناصر الدليل الكتابي الكامل) حجية مساوية لحجية المحررات الرسمية في الإثبات .^(٢)

- و لقد أدى ما تقدم ببعض الفقه إلى إعادة النظر في صحة الاتفاقيات المعدلة لقواعد الإثبات الموضوعية على أساس أنها تؤدي إلى إهانة الحق في الإثبات . فحيث أن الحق في الإثبات يقتضي " تمكين المدعى من إثبات الواقع التي يدعىها بالطرق المحددة قانونا " ، و حيث أن الحماية التي قررها المشرع لأصحاب

J. LARGUIER , la preuve du fait négative , RTD civ. , 1953 , p. I et s. . (١)

(٢) ورد نص المادة ١١ من قانون الإثبات المصري بأن : " المحررات الرسمية حجة على النامن كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبيّن ترويرها بالطرق المقررة قانونا

المصلحة من خلال الحق في الدعوى " لا تتحقق عملا إلا إذا كفل القانون الوسائل الالزمة لإثباتها " .^(١)

لذلك فقد ذهب الأستاذ الدكتور محمد زهرة إلى أنه وإن كان صحيحاً أن القواعد الموضوعية المنظمة للإثبات لا تتعلق - في معظمها - بالنظام العام ، و من ثم يجوز الاتفاق على خلاف حكمها ؛ إلا أن هذا الاتفاق لا يجب أن يذهب إلى حد حرمان أحد طرفيه من الحق في الإثبات عموماً ، صراحة أو ضمناً .^(٢)

و قد استنتج سعادته من ذلك أن الاتفاقيات التي تؤدي إلى حرمان المتعاقدين من الحق في الإثبات تعد باطلة بطلاناً مطلقاً .^(٣)

- و نحن من جانبنا نتفق مع الرأي السابق فيما قرره من خطورة الاتفاقيات المعدلة للقواعد الموضوعية للإثبات في مجال المحررات الإلكترونية ، و في ضرورة عدم السماح لها بتهديد مصالح المشتري غير الخبير و إهار حقه في الإثبات .^(٤)

- كذلك فنحن نعتقد بأن حماية المتعاقدين على السلع و الخدمات عن طريق الإنترنت يمكن أن تتحقق عن طريق قيام القاضي بالدور الموكل إليه من قبل

(١) - محمد زهرة ، المرجع السابق ، ف ٣١ و ما بعدها ، ص ٣١ و ما بعدها . و أنظر في شأن تحديد المقصود بالحق في الإثبات و أساسه القانوني : -. عبد المنعم الصدف ، الإثبات ، المرجع السابق ، ص ١٤ و ما بعدها ؛ -. السنوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٣٤ و ما بعدها ؛ -. جميل الشرقاوي ، الإثبات في المواد المدنية ، ١٩٨٢ ، ص ١٩ و ما بعدها ١ -. محمد شكري سرور ، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، ١٩٨٦ ، ص ٣٥ و ما بعدها ؛ -. عبد الوهود - بحبي ، الموجز في قانون الإثبات ، ١٩٨٧ ، ص ٤٢ . وقد ورد في قضاء محكمة النقض المصرية من أن : " هذا المبدأ - الحق في الإثبات و المجابهة بالدليل - يعد من الأصول الكبيرة في التقاضي و عدم تجاهيل الخصومة على من يكون طرقاً فيها " ، نقض مدني مصرى ٨ فبراير ١٩٥١ ، في الطعن ١٨/١٤٤ مشار إليه في -. عبد الوهود بحبي ، المرجع السابق ، ذات الموضع السابق .

(٢) - محمد زهرة ، المرجع السابق ، ف ٣٥ و ما بعدها ، ص ٤٠ و ما بعدها .

(٣) و قد قدم محمد زهرة هذا الرأي بقصد الاتفاقيات المتعلقة بحق حامل بطاقة السحب الآلي من البنك في إثبات عكس ما ورد بسجلات البنك المقيدة آلياً نتيجة عمليات السحب ، و رتب على ذلك بطلان الشرط الذي يقر بمقتضاه حامل بطاقة السحب الآلي بأن دفاتر البنك و حساباته تعد دليلاً قاطعاً (له حجية مطلقة) على ما يتربّ عليه من التزامات تتضاًن عن استخدام بطاقة الائتمان . -. محمد زهرة ، المرجع السابق و ف ٣٧ ، ص ٤١ . وقد انتهى هذا الرأي إلى أنه لا يجوز الاتفاق على خلاف القواعد المنظمة لحجية آلة الإثبات و طرق إنكار هذه الحجية . فحجية الدليل يجب أن تترك لتقدير القاضي ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .

(٤) محمد حسام لطفي ، المرجع السابق ، ص ١٧ و ١٨ .

المشرع في حماية الطرف الضعيف في عقود الإذعان من ناحية أولى ، ثم عن طريق إبطال الشروط التعسفية الواردة في هذه الاتفاques من ناحية ثانية .
فمن ناحية أولى فإن هذا النوع من الاتفاques و الذي يتم فرضه من الناجر المحترف على المستهلك (المشتري أو طالب الخدمة) بعد من عقود الإذعان بالمفهوم الواسع .^(١)

و يعني ذلك أن للقاضي ، و بالإضافة إلى سلطته في تفسير الشك في مصلحة الطرف المذعن ،^(٢) أن يعمل نص المادة ١٤٩ من التقنين المدني المصري لتعديل هذه الشروط أو إلغاء الطرف المذعن منها وفقاً لما تقتضي به العدالة .

وهكذا فإن الحماية المقررة بموجب هذا النص - و في حالة قبول المفهوم الواسع لعقود الإذعان - تحقق قدرًا معقولًا من التوازن في العلاقة التعاقدية المبرمة عن طريق الإنترنـت و تسمح بتلافي الآثار السلبية للاحـافـاتـ الـخـاصـةـ المـتـعـلـقـةـ بـالـإـثـابـاتـ .

(١) يتجه الفقه المصري إلى التخلص عن التفسير الضيق الذي تبنّيه محكمة النقض الفرنسية لتحديد المقصود بعقد الإذعان ، و إلى ضرورة تبني المفهوم الواسع للمقصود بهذا النوع من العقود ، حسام الأهواتي ، النظرية العامة للالتزام ، المصادر الإلزامية - للالتزام ، ط ٣ ، عام ٢٠٠٠ ، ف ٤٠٢ و ما بعدها ، ص ٢٨٩ و ما بعدها . في بينما استقر قضاء محكمة النقض المصرية على اشتراط تطبيق العقد بسلع أو خدمات تحد من الضروريات الأولية التي لا يمكن للتعاقد أن يصرف النظر عنها أو عن التعاقد بشأنها (نقض مدنى مصرى ١٢ مارس ١٩٧١ ، مجموعة المكتب الفنى ، من ٤٩٢ ، نقض مدنى مصرى ٢٢ مايو ١٩٥٤ ، المجموعة السابقة ، من ٥ ، من ٧١٨ نقض مدنى ٢٥ فبراير ١٩٦٠ ، المجموعة السابقة ، من ١١ ، من ١٨٤ . انظر أيضًا المظفوري له - عبد المنعم الصدة ، عقود الإذعان في القانون المصري ، رسالة دكتوراه ، جامعة فؤاد الأول ، ١٩٦٦ ، ص ٥٨ و ما بعدها) فإن جمهور الفقه المصري يتجه إلى ضرورة التخلص عن اشتراط تطبيق العقد بالخدمات الضرورية و تبني مفهوم واسع لعقود الإذعان يكتفى فيه باشتراط وجود أحد طرفي العقد في موقع يتلوّق فيه على الطرف الثاني من حيث القدرة الاقتصادية و الخبرة و أن يصدر الإيجاب عاماً و في

- قاتب نموذجي ، حسام الأهواتي ، المرجع السابق ، الموضع السابق ١ محسن الربه، مشكلتان متعلقتان بالقبول ، المكتوب و الإذعان ، دار النهضة العربية ، ص ١٢٥ و ما بعدها ، أحمد عبد الرحمن الملحم ، نماذج العقود و سائلن مواجهة الشروط المجنحة فيها ، دراسة تحليلية مقارنة في الفقه و القضاء الأنجلو أمريكي مع الإشارة إلى دراسة الوضع في الكويت ، مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس التشر العُلُم بالكويت ، من ١٦ ، ص ٢١٥ و ما بعدها ، بحثنا يعانون أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ، دار النهضة العربية ١٩٩٦ ، ف ٢١٧ و ما بعدها ، ص ١٠٢ و ما بعدها . و نحن نعتقد في صحة هذا الموقف خصوصاً وأنه يتوافق مع ما ورد به نص المادة ١٠٠ من التقنين المدني المصري الذي لم يحدد الخصائص التي يجب توفرها في عقود الإذعان .

(٢) وفقاً لما وردت به نص المادة ٢/١٥١ من التقنين المدني المصري بأنه : ' و مع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن .' .

فحيث لم يحدد المشرع في نص المادة ١٤٩ سالفه الذكر المقصود بالشروط التعسفية ، فإن تقدير مدى التعسف في الشروط ينعدم لقاضي الموضوع مما يسمح له بتقدير أثر الاتفاques الخاصة المتعلقة بالإثبات على إهادار حق المشتري أو طالب الخدمة في الإثبات ويتيح له وبالتالي تعديلها أو عدم الاعداد بها وفقاً لمقتضيات العدالة .^(١)

كذلك و من ناحية ثانية فإن الشروط الواردة في مثل هذه الاتفاques - صراحة أو ضمناً - ، و التي من شأنها إهادار حق المستهلك في الإثبات تعتبر من الشروط التعسفية في ضوء ما وردت به نصوص التشريعات الخاصة بحماية المستهلك في فرنسا .

و يؤدي ذلك إلى التمكن من استبعاد العمل بهذه الشروط أو إبطالها في عقود الاستهلاك بوجه عام - حتى وإن لم تكن من عقود الإذعان - وفقاً لما وردت به النصوص المنظمة للشروط التعسفية في فرنسا ، و التي نعتقد بأن المشرع المصري سوف يتوجه إلى تبنيها في ضوء ما تقتضيه سيطرة توجهات حماية المستهلك على التشريعات المعاصرة .^(٢)

(١) - السنوري ، الوسيط ، ج ٦ ، ميج ١٥٩٣ ، ف ١٠١ ، ص ٢٠١ ، مجموعة الأعمال التحضرية للقانون المدني ، ج ٢ ، من ٢٩٢ ، من ٢٩٣ مدنى مصرى ٢٠ فبراير ١٩٦٠ ، مجموعة المكتب الفنى ، من ١١ ، من ١٨١ المغفور له . - عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، دراسة متصفة في الفقه الإسلامى ، موسوعة القانون المدنى المصرى ، ١٩٨٤ ، ف ١٠ ، ص ٢١٣ و ما بعدها . - محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسئولية المدنية ، ف ١٧٢ ، ص ٣١٣ .

(٢) و هو ما أكدته تقرير مجلس الدولة الفرنسي الصادر في شأن الإنترنэт و الشبكات الرقمية .

Rapport du conseil d'état, internet et les réseaux numériques , la documentation française , 1998 , précit. , p.84 et s. ; J. GHESTIN , traité de droit civile , la formation du contrat , 3e ed. , L.G.D.J. , 1993 , n 78 et s. , p. 56 et s. , n 98 , p. 79 et s. ; D. BAUMANN , droit de la consommation , 1977 , p. 153 et s. .

- و نخلص مما تقدم إلى أن الاتفاقيات التي يبرمها الأشخاص بالمخالفة للقواعد الموضوعية في الإثبات ، و بالمخالفة لمبدأ وجوب الإثبات بالكتابة بصفة خاصة قد يكون من شأنها إهدار الحق في الإثبات ، و هو ما يقتضي تدخل المشرع بتنظيم الإثبات في مجال التعاقد عن طريق الانترنت ، بدلا من ترك الإثبات في هذا المجال مراعاً للحلول الاستثنائية التي تزيد المشكلة تعقيدا بدلا من الإسهام في حلها.

صدور قانون تنظيم التوفيق الإلكتروني

و رقم ١٥ سنة ٢٠٠٤

في استجابة من المشرع المصري لدعوة الله و لاحتياجات التجارة الإلكترونية و بعد انتهاء اللجان المتخصصة - التي شارك فيها مؤلف هذا الكتاب - من أعمال دامت عدة سنوات ، فقد صدر أخيراً قانون التوفيق الإلكتروني حيث أقره مجلس الشعب المصري متضمناً بعض التوصيات التي تضمنتها دراستنا و ذلك على النحو التالي :

قانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بتتنظيم التوفيق الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتي نصه، وقد أصدرناه:

مادة (١)

في تطبيق أحكام القانون يقصد بالمصطلحات الآتية المعاني المبينة قرین كل منها:

(أ) الكتابة الإلكترونية:

كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو صوتية أو آية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك.

(ب) المحرر الإلكتروني:

رسالة بيانات تتضمن معلومات تتشاءأ أو تندمج ، أو تخزن ، أو ترسل أو تستقبل كلها أو جزئياً بوسيلة إلكترونية ، أو رقمية ، أو صوتية ، أو بآية وسيلة أخرى مشابهة .

(ج) التوقيع الإلكتروني:

ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويعيده عن غيره .

(د) الوسيط الإلكتروني:

اداة أو أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني .

(هـ) الموقع:

الشخص الحائز على بيانات إنشاء التوقيع ويوقع عن نفسه أو عن من ينوبه أو يمثله قانوناً .

(و) شهادة التصديق الإلكتروني:

الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع .

(ز) الهيئة:

هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات .

(ذ) الوزارة المختصة:

الوزارة المختصة بشئون الاتصالات والمعلومات .

(ط) الوزير المختص:

الوزير المختص بشئون الاتصالات والمعلومات .

مادة (٣)

تشأ هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات تكون لها الشخصية الاعتبارية العامة وتتبع الوزير المختص، ويكون مقرها الرئيسي .

محافظة الجيزة، ولها إنشاء فروع في جميع أنحاء جمهورية مصر العربية .

مادة (٤)

تهدف الهيئة إلى تحقيق الأغراض الآتية:

(أ) تشجيع وتنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات .

- (ب) نقل التكنولوجيا المتقدمة للمعلومات وتحقيق الاستفادة منها .
- (ج) زيادة فرص تصدر خدمات الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات ومنتجاتها .
- (د) الإسهام في تطوير وتنمية الجهات العاملة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات .
- (ه) توجيه وتشجيع وتنمية الاستثمار في مجال صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات .
- (و) رعاية المالح المشتركة لأنشطة تكنولوجيا المعلومات .
- (ز) دعم البحوث والدراسات في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وتشجيع الاستفادة بنتائجها .
- (ح) تشجيع ودعم المشروعات الصغيرة والمتوسطة في مجال استخدام وتوظيف آليات المعاملات الإلكترونية .
- (ط) تنظيم نشاط خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات .

مادة (٤)

- تبادر الهيئة الاختصاصات اللازمة لتحقيق أغراضها ولها على الأخص ما يأتي:
- (أ) إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال المعاملات الإلكترونية وصناعة تكنولوجيا المعلومات، وذلك وفقاً لأحكام القوانين واللوائح المنظمة لها.
 - (ب) تحديد معايير منظومة التوقيع الإلكتروني بما يؤدي إلى ضبط مواصفاتها الفنية.
 - (ج) تلقى الشكاوى المتعلقة بأنشطة التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات واتخاذ ما يلزم في شأنها .
 - (د) تقييم الجهات العاملة في مجال أنشطة تكنولوجيا المعلومات وتحديد مستوياتها الفنية بحسب نتائج هذا التقييم .
 - (ه) تقديم المشورة الفنية بشأن المنازعات التي تنشأ بين الأطراف المعنية بأنشطة قدر التوقيع والمعاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات .

- (و) تقديم المشورة الفنية إلى الجهات العاملة في مجال أنشطة تكنولوجيا المعلومات، وتدريب العاملين فيها .
- (ز) إقامة المعارض والمؤتمرات والندوات المتخصصة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات داخلياً وخارجياً .
- (ح) إنشاء الشركات التي تساعد على تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، أو المساهمة فيها .
- (ط) إيداع وقيد وتسجيل النسخ الأصلية لبرامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات، التي تقدم بها الجهات أو الأفراد الناشرون والطابعون والمنتجون لها للمحافظة على حقوق الملكية الفكرية وغيرها من الحقوق .

(٥) مادة (٥)

يفرض لصالح الهيئة رسم ي الواقع واحد في المانة من إيرادات الخدمات والأعمال التي تقدمها المنشآت العاملة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات تلتزم به هذه المنشآت، يودع في حساب خاص للمساهمة في تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ويصدر بتحديد هذه الخدمات والأعمال قرار من مجلس إدارة الهيئة . كما يكون بإصدار وتجديد التراخيص المنصوص عليها في البند (أ) من المادة (٤) من هذا القانون بمقابل يصدر بتحديد فئاته وقواعد وإجراءات اقتضائه قرار مجلس إدارة الهيئة .

مادة (٦)

ت تكون موارد ومصادر تمويل الهيئة مما يأتي :

(أ) الاعتمادات التي تخصصها لها الدولة .

(ب) الرسم المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة (٥) من هذا القانون .

(ج) المقابل المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة (٥) ، البند (ج) من المادة

(٩) ، المادتين (١٩) ، (٢٢) من هذا القانون .

(د) مقابل الخدمات الأخرى التي تؤديها الهيئة .

(هـ) الهبات والتبرعات والإعانات التي يقبلها مجلس إدارة الهيئة .

(و) القروض والمنح التي تعقد لصالح الهيئة .

(ز) عائد استثمار أموال الهيئة .

مادة (٧)

ت تكون للهيئة موازنة مستقلة يجرى إعدادها وفقاً لقواعد إعداد موازنات الهيئات الاقتصادية، تبدأ السنة الآلية للهيئة مع بداية السنة الآلية للدولة وتنتهي بانتهائهما، ويكون للهيئة حساب خاص لدى البنك المركزي المصري توديع فيه مواردها، ويجوز بموافقة وزير، المالية فتح حساب للهيئة في أحد البنوك .

ويرحل الفائض من موازنة الهيئة من سنة إلى أخرى، ويجوز بقرار من رئيس مجلس الوزراء، بناء على عرض الوزير المختص وبعد التشاور مع وزير المالية أن يؤول جزء من هذا الفائض إلى الخزانة العامة للدولة .

مادة (٨)

يتولى إدارة الهيئة مجلس إدارة يشكل بقرار من رئيس مجلس الوزراء برئاسة الوزير المختص وعضوية كل من :

(أ) الرئيس التنفيذي للهيئة .

(ب) مستشار من مجلس الدولة يختاره رئيس مجلس الدولة .

(ج) ممثل لوزارة الدفاع يختاره وزير الدفاع .

(د) ممثل لوزارة الداخلية يختاره وزير الداخلية .

(هـ) ممثل لوزارة المالية يختاره وزير المالية .

(و) ممثل لجهاز رئاسة الجمهورية يختاره رئيس ديوان رئيس الجمهورية .

(ز) ممثل لجهاز المخابرات العامة يختاره رئيس جهاز المخابرات العامة .

(ح) سبعة أعضاء من ذوى الخبرة يختارهم الوزير المختص .

تكون مدة عضوية مجلس الإدارة ثلاثة سنوات قابلة للتجديد، وبصدر بتحديد مكافأة العضوية قرار من رئيس مجلس الوزراء، ولمجلس الإدارة أن يشكل من بين أعضائه لجنة أو أكثر يعهد إليها بصفة مؤقتة بعض المهام، وله أن يفرض رئيس مجلس الإدارة أو الرئيس التنفيذي للهيئة في بعض اختصاصاته .

مادة (٩)

مجلس إدارة الهيئة هو السلطة المسئولة عن شئونها وتصريف أمورها، ويبادر اختصاصاته على الوجه العبين في هذا القانون، وله أن يتخذ ما يراه لازماً من قرارات لتحقيق الأغراض التي أنشئت الهيئة من أجلها، وله على الأخص ما يأتي:

(أ) وضع نظم وقواعد التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية طبقاً لأحكام القوانين واللوائح المنظمة لها .

(ب) وضع القواعد الفنية والإدارية والمالية والضمادات الخاصة بإصدار التراخيص اللازمة لمعاولة أنشطة خدمات التوقيع الإلكتروني وغيرها من الأنشطة في مجال العاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات .

(ج) تحديد الخدمات التي تؤديها الهيئة للغير في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ومقابل أداء هذه الخدمات .

(د) وضع القواعد التي تكفل احترام تقاليد المهنة في مجال العاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات والاتصالات .

(هـ) وضع اللوائح الداخلية المتعلقة بالشئون الفنية والمالية والإدارية ولوائح المشتريات والمخازن وغيرها من اللوائح المتعلقة بتنظيم نشاط الهيئة، وذلك دون التقيد بالقواعد والنظم الحكومية .

(و) اعتماد مشروع الموازنة السنوية للهيئة .

(ز) وضع لائحة شئون العاملين بالهيئة المنظمة لتعيينهم وتحديد رواتبهم وبدلاتهم ومكافآتهم وترقياتهم وتأديبهم وإنهاء خدمتهم وسائل شئونهم الوظيفية، وذلك مع مراعاة قواعد الكفاية الإنتاجية وتوزن اقتصadiات الهيئة وبالتشاور مع المنظمة الكتابية ذات الصلة، دون التقيد بقواعد ونظم العاملين المدنيين بالدولة .

(ح) وضع خطط وبرامج التدريب والتأهيل على صناعة تكنولوجيا المعلومات، ويصدر باللواحة والنظم المنصوص عليها في هذه المادة قرار من الوزير المختص

مادة (١٠)

يجتمع مجلس الإدارة بدعوة من رئيسه مرة على الأقل كل شهر وكلما اقتضت الضرورة ذلك، ويكون اجتماعه صحيحاً بحضور أغلبية أعضائه، وتصدر قراراته بأغلبية أصوات الحاضرين وعند التساوي يرجع الجانب الذي منه الرئيس . وللمجلس أن يدعو لحضور جلساته من يرى الاستعانة بخبراتهم دون أن يكون لهم صوت معدود في المداولات .

مادة (١١)

للهيئة رئيس تنفيذي يصدر بتعيينه وتحديد معاملته المالية قرار من رئيس مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص .

ويمثل الرئيس التنفيذي الهيئة أمام القضاء وفي علاقاتها بالغير، ويكون مسؤولاً أمام مجلس الإدارة عن سير أعمال الهيئة فنياً وإدارياً ومالياً، وبخاصة بما يأتي :

(أ) تنفيذ قرارات مجلس الإدارة .

(ب) إدارة الهيئة وتصريف شئونها والإشراف على سير العمل بها .

(ج) عرض تقارير دورية على مجلس الإدارة عن نشاط الهيئة وسير العمل بها، وما تم إنجازه وفقاً للخطط والبرامج الموضوعة، وتحديد معوقات الأداء، والحلول المقترنة لتقديرها .

(د) القيام بأية أعمال أو مهام يكلفه بها مجلس الإدارة .

(هـ) الاختصاصات الأخرى التي تحدها اللوائح الداخلية للهيئة .

مادة (١٢)

يحل الرئيس التنفيذي محل رئيس مجلس إدارة الهيئة حال غيابه .

مادة (١٣)

تلزム جميع الجهات والشركات العاملة في مجال العاملات الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات بموافقة الهيئة بما تطلبه من تقارير أو إحصاءات أو معلومات تتصل بنشاط الهيئة .

مادة (١٤)

للتوقيع الإلكتروني، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ، ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه واتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحدها اللامعنة التنفيذية لهذا القانون .

مادة (١٥)

للكتابة الإلكترونية وللمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحدها اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

مادة (١٦)

الصورة المنسوبة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك ما دام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الداعمة الإلكترونية .

مادة (١٧)

تسري في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في

لائحة التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية .

مادة (١٨)

يتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية في إثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية:

- (أ) ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره .
- (ب) سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني .
- (ج) إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتكنولوجية الازمة لذلك .

مادة (١٩)

لا تجوز مزاولة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني إلا بترخيص من الهيئة، وذلك نظير مقابل يحدده مجلس إدارتها وفقاً للإجراءات والقواعد والضمانات التي تقررها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ودون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة، ومع مراعاة ما يأتي :

- (أ) أن يتم اختيار المرخص له في إطار من المنافسة والعلانية .
- (ب) أن يحدد مجلس إدارة الهيئة مدة الترخيص بحيث لا تزيد على تسعة وتسعين عاماً .
- (ج) أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد .

ولا يجوز التوقف عن مزاولة النشاط المرخص به أو الاندماج في جهة أخرى أو التنازل عن الترخيص للغير إلا بعد الحصول على موافقة كتابية مسبقة من الهيئة

مادة (٣٠)

تحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون البيانات التي يجب أن تشمل عليها شهادة التصديق الإلكتروني .

مادة (٣١)

بيانات التوقيع الإلكتروني والوساطة الإلكترونية والمعلومات التي تقدم إلى الجهة المرخص لها بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني سرية، ولا يجوز لمن قدمت إليه أو اتصل بها بحكم عمله إنشاؤها للغير أو استخدامها في غير الغرض الذي قدمت من أجله .

مادة (٣٢)

تخص الهيئة باعتماد الجهات الأجنبية المختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، وذلك نظير المقابل الذي يحدده مجلس إدارة الهيئة، وفي هذه الحالة تكون الشهادات التي تصدرها تلك الجهات ذات الحجية في الإثبات المقررة لما تصدره نظيراتها في الداخل من شهادات نظيرة، وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات والضمانات التي تقررها اللامحة التنفيذية لهذا القانون .

مادة (٣٣)

مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في أي قانون آخر، يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:

(أ) أصدر شهادة تصديق إلكتروني دون الحصول على ترخيص بزاولة النشاط من الهيئة .

(ب) أتلف أو عب توقيعاً أو وسليطاً أو محرراً إلكترونياً، أو زور شيئاً من ذلك بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحوير أو بأي طريق آخر .

(ج) استعمل توقيعاً أو وسليطاً أو محرراً إلكترونياً معييناً أو مزوراً مع علمه بذلك .

(د) خالف أيّاً من أحكام المادتين (١٩) ، (٢١) من هذا القانون .

(هـ) توصل بأية وسيلة إلى الحصول بغير حق على توقيع أو وسليطاً أو محرر إلكتروني، أو اخترق هذا الوسيط أو اعترضه أو عطله عن أداء وظيفته .

وتكون العقوبة على مخالفة المادة (١٢) من هذا القانون، الغرامة التي لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه .

وفي حالة العود تزداد بمقدار المثل العقوبة المقررة لهذه الجرائم في حدتها الأدنى والأقصى .

وفي جميع الأحوال يحكم بنشر حكم الإدانة في جريدين يوميين واسعى الانتشار، وعلى شبكات المعلومات الإلكترونية المفتوحة على نفقة المحكوم عليه .

مادة (٣٤)

يعاقب المسؤول عن الإدارة الفعلية للشخص الاعتباري المخالف بذات العقوبات المقررة عن الأفعال التي ترتكب بالمخالفة لأحكام هذا القانون، إذا كان إخلاله بالواجبات التي تفرضها عليه تلك الإدارة قد أسهم في وقوع الجريمة مع علمه بذلك . ويكون الشخص الاعتباري مسؤولاً بالتضامن عن الوفاء بما يحكم به من عقوبات مالية وتعويضات، إذا كانت المخالفة قد ارتكبت من أحد العاملين به باسم ولصالح الشخص الاعتباري .

مادة (٣٥)

يكون للعاملين بالهيئة الذين يصدر بهم قرار من وزير العدل بالاتفاق مع الوزير المختص صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة إلى الجرائم التي تقع في حدود اختصاصهم بالمخالفة لأحكام هذا القانون .

مادة (٣٦)

مع عدم الإخلال بأحكام المادة (٢٧) من هذا القانون، يكون للهيئة، إذا خالف المرخص له بإصدار شهادات تصديق إلكتروني شروط الترخيص أو خالف أيًّا من أحكام المادة (١٩) من هذا القانون، أن تلغى الترخيص، كما يكون لها أن توقف سريانه حتى إزالة أسباب المخالفة، وذلك كلَّه وفقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون .

مادة (٣٧)

على كل من يباشر نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني قبل تاريخ العمل بهذا القانون أن يوفق أوضاعه طبقاً لأحكامه خلال مدة لا تجاوز ستة أشهر من تاريخ صدور لاتحاته التنفيذية، وذلك كله وفقاً للقواعد والإجراءات التي تنص عليها هذه اللائحة .

مادة (٣٨)

لا تسرى أحكام المادة (١٣) من هذا القانون على أجهزة رئاسة الجمهورية والقوات المسلحة ووزارة الداخلية وجهاز المخابرات العامة وهيئة الرقابة الإدارية.

مادة (٣٩)

يصدر الوزير المختص اللائحة التنفيذية لهذا القانون خلال ستة أشهر من تاريخ نشره.

مادة (٤٠)

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية، ويعمل به اعتباراً من اليوم التالي لتاريخ نشره.^(١)

تم بحمد الله

قائمة بموضوعات الدراسة

**الباب التمهيدي
التعريف بالإثبات وشروط تنظيمه
الباب الأول**

(١) نشر في الجريدة الرسمية في العدد ١٧ تليع (د) بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٢٢

المبادئ العامة في الإثبات	
المبحث الأول..	محل الإثبات
الفرع الأول...	القاعدة القانونية ليست مطلاً للإثبات
الفرع الثاني...	شروط الواقعية القانونية محل الإثبات
المطلب الأول ...	تحديد المكلف بعقب الإثبات
الفرع الأول ...	دور المدعي عليه في الإثبات
الفرع الثاني...	القواعد المعمول بها في النظام المصري في شأن عقب الإثبات
المطلب الثاني..	الحق في الإثبات
الفرع الأول ..	مبدأ المواجهة بالدليل
المطلب الثالث..	مبدأ حياد القاضي
الفرع الثاني ..	الأثار المرتبة لمبدأ حياد القاضي
الفرع الثالث ..	الاستثناءات الواردة لمبدأ حياد القاضي
المطلب الرابع -	قواعد الإثبات و النظام العام

الباب الثاني..

أدلة الإثبات

تقسيم طرق الإثبات

الفصل الأول..	شهادة الشهود (البيان)
المبحث الأول..	الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود
المطلب الأول ..	الحالات التي يجوز فيها بالبيان بحسب الأصل
المطلب الثاني ..	الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة استثناء
الفرع الأول ..	وجود مبدأ ثبوت بالكتابة
الفرع الثاني ..	الواعي من المصول على دليل كتابي
الفرع الثالث..	فقد السند الكتابي
الفرع الرابع -	الاحتيال على القانون
المبحث الثاني .	إجراء شهادة الشهود

الفصل الثاني..

المبحث الأول..

الكتابية

المدررات الرسمية



الفرم الأول:- شروط الموررات الرسمية

الفرم الثاني:- جبطة الورقة الرسمية

المبحث الثالث:- الموررات المرفقة

الفرم الأول:- الموررات المرفقة المعدة للإثبات

الفرم الثاني:- الموررات المرفقة غير المعدة للإثبات

المبحث الثالث:- البيانات التي يتطلب فيما القانون الكتابة للإثبات

المبحث الرابع:- إبرامات الإثبات بالكتابية

المطلب الأول:- إلزام الفضم بتقديم الموررات الموجودة تحت يده

المطلب الثاني:- إثبات صحة الموررات

الفصل الثالث:- القرائن

المبحث الأول:- القريئة القضاية

المبحث الثاني:- القريئة القانونية

الفصل الرابع:- جبطة الأمر المتخفي

الشرط الأول:- وحدة الفصوم

الشرط الثاني:- وحدة المدل

الشرط الثالث:- وحدة السبب

باب الثالث ..

إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت

الفصل الأول:- الشروط الازمة إنشاء الدليل الكتابي و مدى توافرها

المبحث الأول:- الشروط المتعلقة بالتدوين الكتابي لمبالغ المدرو و مدى توافرها.

المبحث الثاني:- الشروط المتعلقة بالتوقيع و مدى توافرها في التوقيع الإلكتروني .

المطلب الأول:- تحديد المقصود بالكتابية

المبحث الثاني:- الشروط الواجب توافرها في التوقيع و مدى تحققها في

التوقيع الإلكتروني:

المطلب الأول:- الشروط الواجب توافرها في التوقيع

الفرم الأول:- اشتماطاً أن يكون التوقيع مميزاً لشفرة صاحبه

الفرم الثاني:- ضرورة أن يكون التوقيع متزناً

الفرم الثالث:- اتصال التوقيع بالمور الكتابي





المطلب الثاني:- **جوبية التوقيع الإلكتروني في الإثبات**

الفرم الأول:- **التحريف بالتوقيع الإلكتروني**

الفرم الثاني:- **مدو استيفاء التوقيع الإلكتروني للشروط الازمة**

الفصل الثاني:- **حجية المحررات الإلكترونية في ظل نصوص قانون الإثبات الحالي:**

المبحث الأول:- **سلطة القاضي في قبول المحررات الإلكترونية**

المبحث الثاني:- **الإثبات من طريق المحررات الإلكترونية**

المطلب الأول:- **حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات في المعاملات التجارية**

الفرم الأول:- **قبول المحررات الإلكترونية**

الفرم الثاني:- **قبول المحررات الإلكترونية في الإثبات في التعرفات القانونية**

المبحث الثالث:- **الإثبات من طريق المحررات الإلكترونية في ظل الاستثناءات الواردة**

المطلب الأول:- **الاستثناء إلى المحررات الإلكترونية**

المطلب الثاني:- **قبول المحرر الإلكتروني في الإثبات**

المطلب الثالث:- **قبول المحرر الإلكتروني في الإثبات في حالة تقد الدليل**

المبحث الرابع:- **الاتفاقات الخاصة بالإثبات**

المطلب الأول:- **مدو صحة الاتفاقيات المخالفة للقواعد الموضوعية**

المطلب الثاني:- **الاتفاقات المتعلقة بالإثبات من طريق المحررات الإلكترونية**

