

عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية

(دراسة مقارنة) (*)

الدكتور/ عبدالله علي الخياري
كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء
الجمهورية اليمنية

ملخص:

انتهينا في دراسة عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية إلى أن عبء الإثبات يقع دائماً على عاتق من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً، وهو لهذا ينتقل بين طرفي الخصومة وفقاً لطبيعة ما يدعيه كل منهما لا فرق في هذا بين من رفع الدعوى ومن رفعت عليه، حيث أورد القانون المدني اليمني الجديد رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م في الباب الأول من الكتاب الأول العديد من القواعد القانونية المتعلقة بعبء الإثبات، التي استمدها من القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، كقاعدة يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الأصل، لأن الأصل براءة الذمة وعدم المديونية.. إلخ.

وقاعدة من يدعي خلاف الظاهر يتحمل عبء إثباته كقاعدة الظاهر أن الحائز هو المالك إلى أن يثبت خلاف ذلك.. إلخ.

كما قد بين هذا القانون قواعد تعارض الأصل والظاهر، وإذا ما كان كل من صاحب الأصل وصاحب الظاهر مدعياً فإن عبء الإثبات في هذه الحالة يقع على عاتق من يتمسك بالظاهر، لأنه لا يحكم بخلاف الأصل إلا بالبينة،

(*) أجزى البحث بتاريخ ٨/١١/٢٠٠٤م.

أما إذا تمسك كل من المدعين بالظاهر فلا حرج في أن يقع على أيهما أو كليهما معاً عبء الإثبات، ويكون الترجيح لمن كان ظاهره أقوى من غيره (المادة ١١١٦) مدني يمّني.

كذلك بيّن هذا القانون أنه يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الثابت فرضاً (القرينة القانونية)، وعلى ذلك فإن من يدعي عكس ما ثبت ظاهراً أو فرضاً من القرينة القانونية تحمل عبء إثبات ذلك.

وهذا يتفق مع ما ذهب إليه الفقه الإسلامي؛ لأن هذه القواعد هي في الأصل قواعد فقهية شرعية اقتبسها القانون المدني اليمّني.

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

مقدمة:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد بن عبد الله وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

يستقل القاضي في الإثبات بتطبيق القانون، أما بالنسبة لإثبات الوقائع والأدلة الذي يقوم به الخصوم، فيتخذ القاضي منه موقفاً محايداً؛ فيستقل القاضي بفحص المسائل القانونية التي تثيرها المنازعة ومن ثم تحديد القاعدة القانونية التي يتعين تطبيقها على الوقائع المقدمة من الخصوم لأن القاضي يفترض فيه العلم بالقانون بوصفه ممثلاً للسلطة القضائية، ومعلوم أن معرفة القانون والأحكام من أهم الشروط الواجب توافرها لتقلد وظيفة القضاء.

لذلك يقع على القاضي عبء البحث عن القانون الذي يطبق في النزاع المطروح أمامه، ومن ثم إذا كانت القاعدة القانونية المتعلقة بالوقائع غامضة، فعليه توضيحها وتفسيرها، بل إن عدم وجود أحكام قانونية يمكن تطبيقها في النزاع لا يعتبر حجة لأن يمتنع القاضي عن الفصل، وإلا اعتبر ذلك منه نكولاً عن أداء العدالة، يعرضه للمساءلة القانونية.

أما ما أثبتته الخصوم من وقائع وقدموه من أدلة فيقتصر تدخل القاضي فيها على التأكد من شروطها، والمطالبة بتوضيحها، وقد يستدعي ذلك تفسيرها

وتكييفها، كأن يعطي القاضي الاسم الصحيح للوقائع، بصرف النظر عن التكييف الذي أعطاه الخصوم لهذه الوقائع^(١). وعموماً يقتصر دور القاضي على مراقبة هذه الوقائع وتقديم الأدلة من الخصوم، وفي المقابل، لا يتدخل الخصوم في تطبيق القانون الذي يضطلع القاضي بتطبيقه، ولا يغير من ذلك ما جرى عليه العمل أمام المحاكم من أن يبين المدعي - غالباً بواسطة محاميه - النصوص القانونية المتعلقة بما يدعيه من وقائع، لكن ذلك لا يعدو أن يكون مجرد آراء واقتراحات تساعد القاضي في مهمته، ولا تغنيه عن تقصي التشريع والاطلاع على آراء الفقهاء وقضاء المحاكم. وتحريره في ذلك واجب على أساس أن المدعي - أو محاميه - يحاول حتماً دفع القاضي في الاتجاه القانوني الذي يدعم ادعائه، ويقع ذلك عادة إذا كانت القاعدة مختلفاً عليها في الفقه وقضاء المحاكم فيثبت الخصم اطراد القضاء على الاتجاه الذي يتمسك به هو، وذلك عن طريق إثبات صدور أحكام معينة في هذا المعنى، أو إجماع الفقه عليها^(٢).

وقد يستند الخصم إلى موقف خاطئ لأنه في صالح دعواه. فينبغي على القاضي التحرز منه؛ إذ لو جاره في ذلك لأصبح حكمه عرضة للنقض.

والقاعدة العامة أن الدعوى هي ملك الخصوم، تبدأ حياتها بطلب يوجهه خصم إلى خصمه الآخر. ومقدم الطلب هو المدعي وعليه يقع عبء إثبات ما يدعيه، والطرف الآخر هو المدعى عليه ومن حقه أن يدفع طلب المدعي بكل وسائل الإثبات التي يحددها القانون؛ بحيث يقتصر دور القاضي على النظر في طلبات الخصوم وحججهم وتلقي أدلتهم وتقديرها وفقاً لما يقضي به القانون ثم

(١) د. هشام صادق (المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره) بحث مجلة المحاماة، إبريل ١٩٧٠م، ص ٨٣ نقلاً عن د. سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٧م، ص ٥٢.

(٢) د. رضا المزغني، أحكام الإثبات، معهد الإدارة العامة بالرياض ١٩٨٥م، ص ١١١/ ١١٢، د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، ج ١، الأدلة المطلقة، عالم الكتب، القاهرة ١٩٨١م، ص ٧٤.

الحكم بموجبها وبالحالة التي قدمت بها، دون أن يكون له الحق في استكمال ما نقص أو إيضاح ما أبهم منها.

ولا شك أن هذه النظرة لموقف القاضي من الخصومة إنما تتفق مع النزعة الفردية المتطرفة التي تصور الخصومة على أنها مجرد نزاع فردي ينبغي أن يترك فيه الخصوم وشأنهم. كما تتفق هذه النظرة مع نظام الإثبات المقيد أو القانوني. أما في ظل نظام الإثبات الحر المطلق فالقاضي له سلطة وحرية واسعة في توجيه الدعوى؛ فله الحق في استكمال ما نقص من أدلة واستيضاح ما أبهم منها، وبعبارة أعم للقاضي أن يسلك أي طريق يراه ملائماً لكشف الحقيقة وتكوين قناعته في الدعوى. أما في ظل نظام الإثبات المختلط، فإن القاضي يتقيد - ولا شك - بقواعد الإثبات التي يحددها القانون، غير أن القانون يمنحه قدراً من الحرية تسمح له بتوجيه الدعوى وطلب الأدلة وتقدير قيمتها فيكون موقفه أقرب إلى الإيجابية منه إلى السلبية. ولما كان المشرع اليمني في قانون الإثبات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م والمعدل بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٦ قد أخذ في تنظيم الإثبات، بالمذهب المختلط، فإنه لم يجعل دور القاضي المدني سلبياً بحتاً بل خوله سلطات في تقدير الأدلة واستكمالها؛ وذلك لتمكينه من الوصول إلى الحقيقة.

أهمية البحث:

إن أهم ما يتميز به دور القاضي في الإثبات المدني هو الحياد، فليس من وظيفته المساهمة في جمع الأدلة، أو الاستناد إلى دليل تحراه بنفسه وإذا كان يعلم واقعة معينة تتعلق بالدعوى، فليس له أن يستند في حكمه إلى علمه الشخصي عن هذه الواقعة، إذا لم تكن قد قدمت وفقاً للإجراءات التي يتطلبها القانون.

هذه هي الفكرة العامة عن قاعدة (بأنه ليس للقاضي المدني جمع أدلة الإثبات)، ويترتب على هذه القاعدة أنه في نطاق الادعاء يوجد من يدعي ومن يدعى عليه، وقد لا يكون الحق ثابتاً بطريقة واضحة ظاهرة محددة لأي من هذين الطرفين، وإنما قد يكون الحق مترواحاً بينهما، ولذلك لا ينكر أحد أن تعيين من يقع عليه من الخصوم عبء الإثبات مسألة بالغة الأهمية من الناحية

العملية؛ لأن مصير الدعوى يتوقف عليها من الناحية العملية، فقد يخسر كثير من الناس الدعوى لا لشيء إلا لعجزه عن إقامة الدليل الذي يوصل إلى إقناع القاضي بحقه؛ ذلك أن الإثبات لا يكون واجباً على كل من الخصمين في نفس الوقت، وإلا لألقي كل خصم هذا الواجب على عاتق خصمه ولما أمكن الفصل في أي نزاع. ولذلك كانت قواعد تحديد عبء الإثبات هي أولى قواعد الإثبات وأهمها، حيث إن القاء عبء الإثبات على أحد الخصمين معناه أن يحكم له أو لخصمه^(١)، ويعتبر شراح القانون أن مبدأ عبء الإثبات يتفرع عن مبدأ حياد القاضي، ومنعه من القضاء بعلمه الشخصي ومنعه من التطوع لجمع الأدلة بنفسه إنما لأنه ميزان عدل يرجح إحدى كفتيه عن الأخرى لقوة الأدلة التي يقدمها كلا الخصمين، وإذا لم يقدم الخصمان الأدلة فقد تساوت كفتا الميزان، ووجب تكليف أحدهما بالإثبات ليحكم له إن أقام البينة، ويحكم عليه إن عجز عنها، وهذا يبين ويؤكد أهمية عبء الإثبات كما ذكرنا، ومن هنا تأتي أهمية دراسة عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني والفقه الإسلامي؛ لأن عدم معرفة تلك القواعد يجعل حق المكلف عبء الإثبات في خطر الوجود وعدمه، على الرغم من صحة قوله وصدق دعواه^(٢)، ويترتب على ذلك أن مصير الحكم في الدعوى

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - ج ٢ نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات وآثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي - بيروت ص ٦٧، وكذا انظر الموجز له في النظرية العامة للالتزامات، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة ١٩٤٠م، ص ٦٥١.

(٢) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه ط ٢، دار البيان دمشق ١٩٩٤م، ج ٢، ص ٧٠٧، حسين المؤمن، نظرية الإثبات، دار الكتاب العربي بمصر ١٩٤٨م ج ١ ص ٤٠، أحمد نشأت، رسالة الإثبات في التعهدات، دار الفكر العربي القاهرة، طبعة سادسة ١٩٥٥م ص ٤٩، سليمان مرقس أصول الإثبات ج ١ ص ١٩، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري (أن تعيين المكلف بعبء الإثبات هو من قبيل تبني نظام تقييد الإثبات وعدم إطلاق حرية الخصمين أو القاضي فيه)، انظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج ٣ ص ٣٥٠، وانظر الوسيط للسنهوري ج ٢ ص ٦٥.

يتوقف على نجاح الخصم الذي يقع عليه واجب الإثبات في القيام بهذا الواجب. ولكن بطبيعة الحال، نظراً لحق كل خصم في إثبات عكس ما يثبته خصمه، فإن مصير الحكم في الدعوى يتوقف - بصفة نهائية - على نجاح الخصم في الإثبات دون أن يستطيع خصمه إثبات العكس.

ونظراً لأنه في كثير من الأحيان تكون عناصر الإثبات نادرة أو غامضة أو مشكوكاً في مدلولها، فإن واجب الإثبات يصبح مهمة صعبة بالنسبة لمن يتحمله، ولذلك فإنه تحقيقاً للعدل وحفاظاً على مبدأ حياد القاضي في تعيين المكلف بعبء الإثبات وإرشاد القاضي، مع تقديم المساعدة له، وتقديراً لصعوبة الأمور وتشابك المصالح فقد تولى المشرع اليمني في القانون المدني وقانون الإثبات النص على قواعد عامة في عبء الإثبات كما نص على بعض القواعد الخاصة التي تعين المكلف بعبء الإثبات في حالات معينة.

ولأن المبدأ العام الذي يحكم موضوع من يلقي عليه عبء الإثبات، هو أن (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) لم يعرف في القوانين الغربية إلا منذ وقت ليس بالبعيد، فقد مرت قواعد عبء الإثبات القانوني بمراحل كثيرة، ويكفي أن نعلم أن القانون المدني الفرنسي القديم كان يفرض عبء الإثبات على المدعى عليه، الذي كان في منزلة أقل من المدعي، فإذا رفعت الدعوى على الحائز وجب عليه أن يثبت حيازته، ولم تظهر قاعدة البينة على المدعي بدهاء وبحسب طبيعة الأشياء إلا بعد تنظيم القضاء تنظيمًا خاصاً في العصور الوسطى، وبعد أن برزت المناداة بمبدأ آخر هو مبدأ حماية الأوضاع الظاهرة^(١)، فقد كان للشرعية الإسلامية السمحاء فضل السبق على تلك القوانين الوضعية في إرساء مبدأ البينة على المدعي، وبتفصيل وتحديد منضبط منذ البداية في عصر لم يكن معروفاً في أوروبا^(٢)، لذلك سنتعرض بالدراسة للقواعد القانونية في تحديد عبء الإثبات في القانون ثم للقواعد الشرعية لهذا العبء في الشريعة

(١) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص ٦٨، والمراجع التي أشير إليها فيه.

(٢) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، ص ٦٨ بالهامش.

الإسلامية الغراء حتى يتكشف لنا ما للفقهاء الإسلامي من فضل التقدم على القانون في هذا المجال وغيره من المجالات الأخرى.

وقد راعيت فيما تناولته في هذه الدراسة سهولة الأسلوب ووضوح العبارة، بما يبسط الموضوع ويجعله يسير المآخذ بالنسبة للطالب والقارئ على السواء.

منهج البحث وخطته:

سلكت في معالجة هذه الدراسة منهجاً تحليلياً موضوعياً مع الإشارة إلى تأصيل النصوص القانونية التي أوردها المشرع اليمني موضوع الدراسة بغية محاولة إبراز نظرية متكاملة لقواعد عبء الإثبات في القانون اليمني.

وعلى هذا اقتضت منا طبيعة البحث في هذا الموضوع أن نبني خطته العامة من الناحية الشكلية على النحو التالي:

- مبحث تمهيدي نبين فيه أنه لا يقع على القاضي عبء جمع أدلة الإثبات أو استكمالها.
- المبحث الأول: قواعد عبء الإثبات في القانون المدني.
- المبحث الثاني: قواعد عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية.
- المبحث الثالث: مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية.
- خاتمة نبرز فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال هذه الدراسة.

مبحث تمهيدي قاعدة بأنه ليس على القاضي عبء جمع أدلة الإثبات أو استكمالها

لما كان المشرع قد حدد طرق الإثبات وحجية كل طريق من هذه الطرق وجب على القاضي ألا يعتد في حكمه إلا بوسائل الإثبات التي يطرحها طرفا الخصومة الأمر الذي يظهر حياد القاضي في الإثبات المدني في سلبية دوره في كل ما يتعلق بتكوين أدلة الخصوم، أو إتمامها أو إحضارها، فيترك ذلك لأطراف النزاع كما يترك لهم تحديد محل النزاع، والملاحظ هنا أن هذا الموقف لا يقيد القاضي فحسب بل - إلى حد ما - الخصوم أيضاً، نظراً لتدخل القانون لضبط الإثبات في المسائل المدنية، ووجوب تقديم أدلة معينة دون أخرى ومع ذلك يبقى للخصوم الدور الأهم في تسيير الدعوى، ولا يجوز للقاضي أن يقوم مقامهم أو يساعدهم حتى ولو كان القصد من ذلك توضيح أدلة أحد الخصوم ما لم يتعلق ذلك بالنظام العام. فليس من واجب القاضي البحث عن أدلة لم يتمسك بها الخصوم، كما أنه إذا رأى الدليل المقدم مبهماً أو غير كاف، فليس له أن يطلب إكماله أو توضيحه، بل يجب عليه أن يقدره كما هو وبالحالة التي قدمها به الخصوم^(١).

وفي هذا الصدد قضت محكمة التعقيب التونسية بأنه لا خلاف في أن الخصوم هم المكلفون قانوناً بالبحث عما لهم من الحجج في النزاعات المدنية وبالإدلاء بها قبل المرافعة في الموضوع. وبناء على ذلك فإن ما قامت به الدائرة الاستئنافية من محاولة جلب الملف الجنائي الحاوي على حجة صلح، لم يكن مفروضاً عليها قانوناً وأن المستأنف هو الذي قصر في الإدلاء بحجته^(٢).

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٣٠.

(٢) تعقيب تونسي في ١٨ مايو ١٩٤٨م، مجلة التشريع والقضاء، العدد ٩، ١٠ لسنة ١٩٦٠ ص ٧٦، وبالمعنى نفسه قضت هذه المحكمة في حكم آخر لها في ديسمبر ١٩٥٥م نقلاً عن الدكتور آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، رسالة =

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها تدخل القاضي في البحث عن الأدلة تجاوزاً لحدود السلطة المخولة له، واستندت إلى هذا السبب لنقض الأحكام التي انطوت على خرق لهذا المبدأ^(١).

غير أن هذه المحكمة استمدت في أحكام أخرى لها سبب النقض من القاعدة التي توجب على القاضي أن يسبب حكمه، فإذا تبين لها من الأسباب أن الحكم يقوم على أدلة غير صحيحة كان هذا سبباً كافياً لنقض الحكم^(٢).

وفلسفة هذا المنع من استكمال الأدلة - كما يراها بعض الفقه - يرجع من ناحية إلى أن تدخل القاضي سيكون حتماً لمصلحة أحد أطراف النزاع ضد مصلحة طرف آخر مما يجعل مبدأ المساواة بينهم مختلاً، على العكس لو منع القاضي من ذلك التدخل لأن الخصوم هم أقدر من القاضي على تقديم أدلة

= ماجستير، مكتبة دار الثقافة - عمان، الأردن ط ١ ١٩٩٧م، ص ١٥٣، هامش ١، كما قضت محكمة النقض المصرية في ١٦/١٠/١٩٦١م بأن المحكمة في صدد الدعوى المدنية غير ملزمة بتوجيه المدعي أو تكليفه إثبات دعواه أو تقديم المستندات الدالة عليها؛ إذ إن الأمر في ذلك كله موكل إليه ليدل على التعويض الذي يطالب به بالكيفية التي يراها.

نقض جنائي - مجموعة أحكام النقض، السنة (١٢) ص ٧٩٧، ولهذه المحكمة أحكام كثيرة ذكرها عبد السلام ذهني، المداينات أو الأدلة، الجزء الأول، القاهرة ١٩٢٢م، ص ٩٣ هامش رقم ٢. كما قضت محكمة عمان الاستئنافية بنقض قرار لأن الحاكم سار من تلقاء نفسه بتوجيه البيانات، وتكليف المدعي تقديمها لأن تقديم البيانات لا يحتاج إلى تكليف من المحكمة بل هو واجب على عاتق الخصوم. محكمة عمان الاستئنافية القضية ١٣٤-٥٦ تاريخ ٦/٦/١٩٥٦م، مجلة المحامين السنة ٤، العدد ٩، أيلول ١٩٥٦، ص ٥٧٦.

(١) نقض فرنسي في ١٣- أغسطس ١٨٨٧، سيرى ٨٧-١-٣٣٠ وفي ١٣ إبريل ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣-٣٦٥. نقلاً عن الدكتور عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، ط ٢ القاهرة ١٩٥٥م، ص ٢٤.

(٢) نقض فرنسي في ١٢ نوفمبر ١٩٠٧، دالوز ١٩٠٨-١-٩٦، وفي ١٣ ديسمبر ١٩١١م دالوز ١٩١٢-١٥٨١، نقلاً عن الصدة - الإشارة السابقة.

الإثبات^(١) ويضيف بعض الفقه سبباً آخر في هذا الصدد فيقول (وذهب رأي ثانٍ إلى أن القاضي لا يجوز له أن يأمر من تلقاء نفسه باستيفاء الأدلة وأنه لا يجوز له أن يسد النقص الذي تركه الخصم، فكما أن عدم وجود الدليل يحتم على القاضي رفض الدعوى، فكذلك حاله عند تقديم دليل غير كافٍ^(٢)).

ونتيجة لذلك يصبح مصير الدعوى متوقفاً في هذه الحالة على ما طرحه الخصوم من عناصر الإثبات، وهذا ما يجعل دور القاضي في مركز الموظف الذي يتولى تطبيق مهام وظيفته، وهي في حالتنا هذه تطبيق القواعد القانونية، فيترك الخصوم وشأنهم باعتبارهم أفراداً راشدين ناضجين ملمين بالأصول القانونية، فيكيفون سلوكهم على هدى منها، بينما يقتصر دور القاضي على تطبيق هذه الأصول القانونية على أولئك الأفراد، الذين يفترض فيهم وجود ذلك الوعي القانوني والأخلاقي^(٣).

لذا، فإن دور القاضي ينحصر في هذا النطاق على التزام تطبيق قواعد الإثبات التي حددها المشرع، حتى ولو ترتب على ذلك خلافٌ لواقع الحال؛ وذلك لأن القاضي عندما يقضي في الخصومة لا يقوم بذلك على أساس معرفته لحقيقة الخصومة الفعلية، وإنما يؤسس أحكامه على ماورد إليه من ظاهر هذه الحقيقة، وهذا الظاهر يتكون مما تجمع لديه من أفكار عن الوقائع التي وردت من خلال الأدلة القانونية المقدمة من جانب أطراف الخصومة فقط، فالقاضي كما يقول القطب طبلية: (لايمسك بحقيقة الخصومة ولكن يمسك فقط بصورة عن الحقيقة فيها، فإذا قضى على شخص بأنه مدين فليس لأنه مدين بالفعل ولكن لأن البيئة تقرر بأنه مدين^(٤)).

(١) د. آدم وهيب الندوي، المرجع السابق ١٥٤ والمرجع الذي أشار إليه هامش ٢.

(٢) د. عبد الحي حجازي، الإثبات في المواد المدنية ط ١ القاهرة ١٩٥٧، ص ٣٧.

(٣) د. آدم وهيب الندوي، المرجع السابق، الإشارة السابقة.

(٤) د. محمد القطب - العمل القضائي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه ط ١، القاهرة، ص ٦٨.

إن القاضي يجد نفسه أمام العديد من الوقائع التي رفعها إليه المتنازعون ومن هذه الوقائع الصحيح والباطل، ومنها المنتج وغير المنتج، وعلى القاضي أن يقوم بالبحث والفحص والغربة، مستخدماً في ذلك طرق البيئة القانونية المقدمة له، وتنحصر مهمته في هذا النطاق فقط دون أن يكون له استكمال ما يعتريها من نقص^(١)؛ فعمله يدور على أساس المستندات، وهو في هذا يتوقف على الدراسة الهادئة لأوراق القضية ومقارنة حجج الخصوم بما تنبئ عنه المستندات، فتتحول الدعوى المدنية على الصورة الآنفه البيان إلى صورة خطاب موجه إلى عقلية القاضي دون عواطفه وأحاسيسه؛ ليمعن فيما تدل عليه أوراقها ومستنداتها، ومن أجل هذا يكون تقديم الدفاع في مذكرة محررة أو في المعاونة في عرض وجهة الخصم، ولا يحتاج الأمر في غالب الأحوال إلى تحقيقات ومرافعات شفوية^(٢).

إن مهمته تقتصر على الدراسة فقط، فلا يسمح له التدخل في تكوين إضباره الدعوى بما يرى في تقديره أنها تعوزها، حتى يصل إلى الحقيقة في النزاع المطروح أمامه. إن أقصى ما يمكن أن يقوم به في هذا النطاق هو أن يكثر من الفحص والتدقيق مستخدماً طرق الإثبات القانونية حتى تكون الصورة التي يكونها عن الحقيقة أقرب ما يمكن إلى الحقيقة الواقعة فعلاً.

(١) المصدر السابق ص ٦٩.

(٢) د. حسن صادق المرصفاوي - ضمانات المحاكمة، ط ١، ١٩٧٣، القاهرة، ص ٤٧.

المبحث الأول عبء الإثبات في قواعد القانون المدني

تمهيد وتقسيم:

إن قواعد عبء الإثبات في القانون ليست عامة، وليست شاملة لجميع الحالات، كما أنها لا تتسم بالوضوح، حيث انقسمت الشرائع الوضعية في مجال عبء الإثبات إلى ثلاثة أقسام^(١):

الأول: إعفاء المدعى عليه من أي إثبات؛ فيقتصر على إنكار الواقعة، وعلى المدعي وحده إثبات ما يدعيه، فإن عجز رفضت دعواه والمدعى عليه ساكت لا يتحرك، ويقف موقف الإنكار فقط، وذلك كالقانون المصري.

الثاني: تكليف المدعي والمدعى عليه الإثبات؛ فلا يقف المدعى عليه موقفاً سلبياً، بل يعزز إنكاره باليمين على بطلان دعوى المدعي، وذلك كقانون الإثبات اليمني^(٢)، وهذا تطبيق للقاعدة العامة المستمدة من الشريعة الإسلامية (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه).

وقد سادت هذه القاعدة في معظم القوانين في العصر الحاضر، وزاد القانون المدني العراقي على ذلك، وتبنى خمس مواد في عبء الإثبات مأخوذة من الفقه الإسلامي، ونظمها في المواد (٤٤٤-٤٤٨) مما دفع بشرح القانون إلى الاستنتاج بأن قواعد عبء الإثبات في القانون المدني وقانون الإثبات تستمد شعاعها وتستوحي النصوص والقواعد من الشريعة الإسلامية في مبدئها العام (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) وأن الدائن في نص القانون هو المدعي، وأن المدعي هو كل من يدعي خلاف الظاهر، أي هو من يدعي خلاف

(١) د. عبد الباسط جميعي، نظام الإثبات في القانون المدني المصري، مكتبة وهبة، القاهرة ط ١، ص ٩٠.

(٢) تنص المادة الثانية من قانون الإثبات اليمني على أن (على الدائن إثبات الحق وعلى المدين إثبات التخلص منه، وتكون البينة على المدعي واليمين على من أنكر).

الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً وأن المبدأ العام هو احترام الوضع الثابت، سواء أكان ثابتاً بأصله أم كان ثابتاً عرضاً بإقامة الدليل والحجة عليه، أم كان ثابتاً بفرض القانون بالنص عليه بالقرينة القانونية لجهة أحد الخصوم^(١) فالقانون يحترم الوضع الثابت ويعمل على استقرار المعاملات ولو أدى إلى الظلم أحياناً^(٢). فمن ادعى خلاف الظاهر فإنه يثير حالة جديدة ووضعاً عارضاً فيجب عليه أن يقوم بإثباته، كمن يدعي أنه دائن تلزمه إقامة البينة (الدليل) على وجود حقه، ويجب على من يدعي سقوط الالتزام أن يثبت صحة قوله، وهذا ما ذهب إليه القانون المدني المصري في الباب السادس في إثبات الالتزام حيث اقتصر على مادة واحدة، وهي المادة (٣٨٩)، التي تقضي بأن (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه).

وهذه المادة هي نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري الجديد والمادة الثانية من قانون الإثبات اليمني التي تنص على أنه (على الدائن إثبات الحق وعلى المدين إثبات التخلص منه) غير أنه يلاحظ على هذه النصوص أنها ناقصة، ولم تبين المكلف عبء الإثبات، ولم تنظم دور كل من المدعي والمدعى عليه في عبء الإثبات، ولذلك انطلق شراح القانون في تأصيل عبء الإثبات، وإخراج قواعده ومبادئه وأسسها.

الثالث: النظام الإنكليزي، وخلاصته أن يبدأ المدعي بالدعوى، ويكتفى منه بإقامة المظنة أو الاحتمال أو الدليل الناقص، وعلى المدعى عليه أن يبادر إلى نفيه وبطلانه؛ فالخصمان يشتركان في الإثبات^(٣).

-
- (١) يقرر الدكتور سليمان مرقس أن البينة على من ادعى خلاف الظاهر، ويرى أن المبدأ العام هو احترام الظاهر، وأن الظاهر ثلاثة أنواع: ظاهر أصلي، وظاهر بالعرض، وظاهر بالفرض، أصول الإثبات، ج١، مرجع سابق ص ٨٦.
- (٢) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، ج٢، مرجع سابق ص ٧١٠.
- (٣) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج١، ص ٤٣. د. عبد الباسط جميعي، نظام الإثبات ص ٩٠، ط١.

وبناء على ما تقدم، سنتعرض لدراسة ذلك من خلال دراسة المبادئ التي يخضع لها عبء الإثبات، ثم التطبيقات العملية لتلك المبادئ، وأخيراً لقواعد توزيع عبء الإثبات وتنقله بين الخصوم. وعليه، سنقوم بتوزيع هذه الدراسة على المطالب التالية:

- المطلب الأول: قواعد معرفة المدعي والمدعى عليه.
- المطلب الثاني: قواعد عبء الإثبات في القانون المدني وتطبيقاتها.
- المطلب الثالث: قواعد توزيع عبء الإثبات وتنقله بين الخصوم.

المطلب الأول

قواعد معرفة المدعي والمدعى عليه

تتفق التشريعات على مبدأ تكليف الخصم الذي يدعي شيئاً إقامة الدليل على ما يدعيه، وإلا اعتبر ادعائه مجرداً لا أساس له، فترفض دعواه.

وكما سنرى - فيما سيأتي - فإن الفقه الإسلامي وضع قاعدة: (البينة على من ادعى) واعتمدها عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - في قضائه^(١) عملاً بما جاء عن الرسول (ﷺ) أنه قال: (لو أعطي الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن البينة على المدعي)^(٢).

ويقرر القانون الروماني هذا المبدأ، وهو ما يعبر عنه القانون الفرنسي بقاعدة أن (من يطالب بتنفيذ التزام عليه إثباته)^(٣)، وقد نصت على ذلك المادة الثانية من قانون الإثبات اليمني التي تقضي بأن على (الدائن إثبات الحق).

كما نصت على ذلك أيضاً أغلب التشريعات العربية^(٤)، وإن اختلفت عباراتها فالمعنى واحد؛ من ذلك المادة الأولى من قانون الإثبات المصري الجديد

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم الجوزية، مكتبة الكليات الأزهرية بمصر ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م، ج ١، ص ٩٠.

(٢) صحيح البخاري بشرح السندي ج ٢، ص ٥٢. الشيخ أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٥م، ص ٣٢.

(٣) د. رضا المزغني، أحكام الإثبات، مرجع سابق ٤٢.

(٤) انظر د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، مرجع سابق ص ٨٣.

(على الدائن إثبات الالتزام) والفصل ٤٢٠ من مجلة الالتزامات والعقود التونسية: (إثبات الالتزام على القائم به).

فتطبيقاً لهذا المبدأ يكون على المدعي الذي يطالب خصمه بدين يدعيه أن يثبت وجود السبب الذي أنشأ هذا الدين، وذلك بإبراز العقد، أو بإقامة الدليل على أية واقعة يترتب عليها التزام بذمة الخصم. وإذا طلب العامل المفصول عن عمله تعويضاً على أساس أن فصله كان من جانب صاحب العمل تعسفياً فإن على العامل القيام بإثبات هذا التعسف^(١).

ولهذه القاعدة أهمية كبرى بل يمكن اعتبارها من المبادئ الأساسية التي يظهر أثرها خاصة في المجال العملي للمحاكم؛ إذ إن تعيين من يقع عليه عبء الإثبات من الخصوم يحدد أيضاً من سيحكم لصالحه إذا لم يتوصل المكلف بالإثبات إلى إقناع القاضي؛ ذلك أن الحكم يتوقف على الموقف الذي يتخذه من يتحمل عبء الإثبات، فعجز المدعي عن إثبات ما يدعيه سبب في أن يخسر دعواه؛ إذ إن القاضي يفصل عادة إما لاقتناعه بما قدم إليه من أدلة، أو لعجز المدعي عن إثبات ادعائه، ومن ثم فالخصم الملزم بالإثبات يتحمل واجباً مثقلاً لكاهله، ولا شك أن مركز المدعي في هذه الحالة أشق وأعسر من مركز خصمه، سواء لما يتعين عليه القيام به من إثبات خلال سير الدعوى، أو لما يأمله من نتائج عند الفصل فيها^(٢).

(١) انظر هذه الأمثلة وغيرها، المرجع السابق ص ٨٤. وكذا مؤلفنا الوجيز في شرح أحكام قانون العمل اليمني الجديد، مطبعة دار الشوكاني صنعاء - الطبعة الأولى ١٩٩٧م ص ٣٦٠ وما بعدها. د. حسن كيره، أصول قانون العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة الثالثة ١٩٧٩م، ص ٧٧٣ وما بعدها.

(٢) د. رضا المزغني، المرجع السابق ص ٤٣. د. سليمان مرقس، المرجع السابق ٨١/٨٢ حيث يقول: إن (تعيين الخصم الذي يكلف بالإثبات.. أمر بالغ الخطر في سير الدعوى وفي نتائجها، لأنه يلقي على هذا الخصم عبئاً ثقيلاً يجعله في مركز دون مركز خصمه؛ إذ يكلفه أمراً إيجابياً تتوقف عليه نتيجة الدعوى، بينما يكتفى من خصمه بأن يقف من الدعوى موقفاً سلبياً، وفي هذا وحده بادرة رجحان كفة الثاني على كفة الأول، وبخاصة في الحالات التي يكون فيها تقدير الدليل متروكاً للقاضي كما هو الحال بالنسبة للإثبات بالبينة أو القرائن).

لذا ينبغي أن يحدد بدقة المقصود بالمدعي، هل هو الذي يرفع الدعوى؟ أو الذي يدلي بادعاء أمام القاضي سواء كان مدعياً في الأصل أو انتقل من مركز المدعى عليه أصلاً إلى مركز المدعي لقيامه بادعاء جديد في دفعه لمزاعم خصمه؟ للإجابة عن ذلك سنقوم بدراسة المقصود بالمدعي شكلاً، ثم نعرض لتحديده موضوعاً.

أولاً - تحديد المدعي شكلاً:

لا شك أن لفظ المدعي ينصرف في اصطلاح المرافعات إلى القائم بالدعوى؛ فهو الذي يدعي شيئاً، ومن ثم يقع عليه هو إثبات ما يدعيه، بحيث يضطلع بالدور الإيجابي في الدعوى، بينما يبقى موقف خصمه، المدعى عليه سلبياً.

وتطبيقاً لذلك يتحمل الدائن الذي يدعي وجود دين له بذمة المدين، عبء إثبات الواقعة التي أنشأت الدين، فيقدم للمحكمة سند الدين، أو يستحضر شهوداً متى أجاز القانون له ذلك، وكذا من يرفع دعوى على غيره يطالبه بملكية عقار في حيازة الأخير، يلزمه الدليل على إقامة الدليل على ملكيته هو لهذا العقار. ويبقى المدعى عليه في هذه المرحلة في انتظار إثبات المدعي، فإذا عجز هذا، أو أثبت بدليل غير كاف، أو بغير الدليل المستوجب، خسر دعواه، دون حاجة لأن يطالب القاضي المدعى عليه بتحديد موقفه تجاه الدعوى.

لكن سلبية موقف المدعى عليه تنتهي عند حد معين، ذلك أنه إذا أفلح في إثباته فاعتباراً لحق الخصوم في المجابهة بالأدلة، يفتح المجال للمدعى عليه لكي يجيب عن الدعوى، فإذا سلم بادعاء خصمه، كان ذلك إقراراً منه، يؤدي إلى الحكم لفائدة المدعي، أما إذا نازع وحاول تفنيد إثبات خصمه، كأن يدعي بأن ذمته برأت من الدين فعليه أن يثبت هذا الادعاء بإبراز ما يفيد الوفاء، فيتغير هنا موقف المدعى عليه، ويصبح مدعياً بدوره، لذلك يجب التفرقة بين المدعي أصلاً في الدعوى، والمدعي عرضاً، وهو المدعى عليه، الذي يصبح مدعياً في الإثبات

عند دفعه بادعاء جديد، فالعبرة إذن هي بمن ادعى شيئاً في أية مرحلة من مراحل الدعوى، لا بالمدعي الأصلي فيها^(١).

ومع أن ذلك يبدو بدهياً، باعتباره النتيجة المنطقية للقاعدة الأولى التي تنص عليها التشريعات (على الدائن إثبات الالتزام) فقد نصت هذه التشريعات على قاعدة أخرى قرنتها بالقاعدة الأولى مباشرة، من ذلك ما نص عليه القانون الروماني بأن المدعى عليه يصبح بدفعه مدعياً بحيث يكون المدعي هو كل من يقوم بادعاء أمام القاضي في أية مرحلة من مراحل الدعوى، فيتعين عليه إثباته وذلك كالمدعى عليه الذي يدفع الدعوى بأنه أوفى ما يطالبه الدائن من حق أو أن هذا الحق قد انقضى بالمقاصة أو غير ذلك من الأسباب، فالمدعى عليه قد ينكر وجود الحق المطالب به، وعندئذ يقع عبء إثبات هذا الحق على من يدعي وجوده، وإما أن يدفع هذا المدعى عليه دعوى المدعي بدفوع تتضمن وقائع تتعارض مع بقاء الحق المدعى به، كالوفاء أو المقاصة مثلاً، وعندئذ يقع عليه عبء إثبات حصول هذه الوقائع^(٢)، وهذا ما جاء في الشق الثاني من المادة الأولى من قانون الإثبات المصري والمادة الثانية من قانون الإثبات اليمني اللتين تضيفان للشق الأول ما يلي: (على المدين إثبات التخلص منه)^(٣)

(١) د. رضا المزغني، المرجع السابق ص ٤٤.

(٢) د. رمضان أبو السعود: أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص ٣١٩.

(٣) أما في الفقه الإسلامي فالملاحظ أن الشق الأول من مبدأ (البينة على من يدعي واليمين على من أنكر) يقابل القاعدة الوضعية في جانبها، بمعنى أن عبارة (من يدعي) تنصرف في الوقت نفسه إلى ما يرمز إليه بالمدعي في المرافعات والمدعي في الإثبات لا فرق في ذلك بين شك ومشكو، أو طالب ومطلوب، بخاصة إذا اعتبرنا ما يتصف به القضاء في الإسلام من بساطة في الإجراءات. أما الشق الثاني من القاعدة، أي (اليمين على من أنكر) فليس له بأي حال من الأحوال علاقة مع تنقل عبء الإثبات للمدين حين قيامه بالدفع. ومن هنا كان يتعين على مشرعنا في قانون الإثبات أن يأخذ بإحدى القاعدتين الشرعية أو الوضعية؛ لأن كلا منهما تقابل الأخرى بدلاً من الجمع بينهما لأن في ذلك تزييداً يعيب النص.

وبناء على ذلك، فالقاعدة في الفقه المدني^(١) هي أن الذي يتحمل عبء الإثبات هو المدعي في الدعوى، والمدعى عليه في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه.

والحقيقة كما يذهب بعض الفقه بحق أن هذا النص بشقيه قاصر عن بيان المكلف عبء الإثبات، ولم يذكر صحة دور كل من المدعى عليه والمدعي في عبء الإثبات، ولذلك انطلق شراح القانون في تأصيل عبء الإثبات وإخراج قواعده ومبادئه وأسسها، وتوزيع طرق الإثبات على الخصمين، وعلى الرغم من اختلاف شراح القانون في الطريقة والشرح والتأصيل فإنهم يتفقون في النتائج والقواعد، ويعلنون القاعدة المتفق عليها في جميع الشرائع والقوانين^(٢) وهي (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) وأن المدعي هو من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً، فقد أرجع الفقه هذه القاعدة إلى اعتبارات حفظ النظام العام والعمل على استقرار المعاملات، فالمبدأ العام هو احترام الوضع

- (١) انظر المرحوم العلامة د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، فقرة ٤٧ ص ٦٧ وما بعدها، د. سليمان مرقس أصول الإثبات ج ١ المرجع السابق ص ٨٤، د. إسماعيل غانم في أحكام الالتزام والإثبات، ج ٢، طبعة ١٩٦٤م ص ١٩٢، د. محمد لبيب شنب، دروس في الإثبات، البينات مطبعة ١٩٧١م ص ٩، د. سمير تناعو النظرية العامة في الإثبات، المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ١٩٩٧م ص ٧٢، د. أحمد أبو الوفاء في التعليق على نصوص قانون الإثبات ط ٢ ١٩٨١م، منشأة المعارف، الإسكندرية ص ٢٥. وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي تعليقاً على المادة الأولى منه والمطابقة لنص المادة الثانية من قانون الإثبات اليمني والمادة الأولى من قانون الإثبات المصري (وليس المقصود بالمدعي في هذا المقام رافع الدعوى وبالمدعى عليه المرفوعة ضده الدعوى، وإنما ينصرف اللفظ الأول إلى أي من الطرفين يدعي أمراً على خلاف الظاهر وعلى مدار سير الدعوى، وينصرف اللفظ الثاني إلى الخصم المقابل في ذلك الأمر، سواء كان هو من رفع الدعوى أم من رفعت ضده في الأصل).
- (٢) د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، مرجع سابق ص ٧٠٩/٧١٠. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، ص ٣٦.

الثابت، سواء أكان ثابتاً بأصله أم كان ثابتاً عرضاً بإقامة الدليل والحجة عليه، أم كان ثابتاً بفرض القانون بالنص عليه بالقرينة القانونية لجهة أحد الخصوم، فالقانون يحترم الوضع الثابت ويعمل على استقرار المعاملات ولو أدى إلى الظلم أحياناً^(١).

فمن ادعى خلاف الثابت فإنه يثير حالة جديدة ووضعاً عارضاً، فيجب عليه أن يقوم بإثباته، وهو مبدأ عادل ومعقول وتقضي به العدالة والرحمة ويستفيد منه الجميع، وذلك باستمرار الوضع الثابت واحترام الناس له، حتى يأمن كل شخص على حقه من الاعتداء عليه والعبث به^(٢).

أما في الفقه الإسلامي - كما سنرى - فعبارات أصحابه أكثر انضباطاً ودقة، فقد قيل في المدعي أنه من إذا ترك الدعوى يترك، يعني تنقطع الخصومة بتركه، والمدعى عليه إذا ترك الدعوى لم يترك، أو أن المدعي هو من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها، والمدعى عليه من إذا تركها يجبر عليها^(٣).

ثانياً - تحديد المدعي موضوعياً:

إن تحديد من هو المدعي من الناحية الشكلية قد لا يكفي للفصل في مسألة من يتحمل عبء الإثبات؛ فقد يحصل ألا يكون المدعي هو المكلف بالإثبات في بعض الدعاوى، وإنما يكون هذا العبء ملقى على خصمه (فمن رفع دعوى على جاره يطالبه بسد مطل لا يكلف - وهو المدعي في الدعوى - بإثبات أن جاره فتح المطل دون أن يكون له حق ارتفاق بل الجار - وهو المدعى عليه - هو الذي عليه أن يثبت أن له حق ارتفاق يجيز فتح المطل، ففي

(١) د. محمد الزحيلي، المرجع السابق ص ٧١٠.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج ٢، ص ٧٠. المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، دار الكتاب العربي مصر ١٩٤٨م، ج ١، ص ٥١.

(٣) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للإمام الطرابلسي ١ مطبعة بولاق مصر ١٣٠٠هـ، ص ٥٢/٥٣. الفروق للإمام القرافي، مطبعة عيسى الحلبي بمصر، طبعة أولى ١٣٤٦هـ، ج ٤، ص ٧٤ وما بعدها.

هذا المثل يقع عبء الإثبات على المدعي عليه لا على المدعي، لأن طبيعة الوضع تقضي بخلو العقار من حقوق الارتفاق حتى يثبت ذو المصلحة عكس ذلك^(١). وعليه يتعين أيضاً تحديد المدعي من الناحية الموضوعية^(٢).

وقد اتخذ الفقه الفرنسي من بعض أقوال الفقهاء الرومان نقطة البداية في تحديد من هو المدعي موضوعياً، حيث ورد عنهم أن من يدعي خلاف الظاهر المشروع أو خلاف المركز المكتسب فعليه يقع عبء إثبات ما يدعيه.

وقد استخلص الفقه من هذه الأقوال قاعدة تتكون من شقين، فقول إن من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف بإثباته، أما من يدعي خلاف الأصل فعليه عبء إثبات ما يدعيه، أي أن البيئة على من ادعى خلاف الأصل^(٣)، ويرى فريق آخر من الفقه الفرنسي أن البيئة تكون على عاتق من يدعي خلاف الظاهر^(٤).

(١) د. السنهوري، المرجع السابق ص ٧٠.

(٢) ولهذا فإن عدم البصر بهذا الفارق كما يقول الدكتور رمضان أبو السعود في أصول الإثبات، المرجع السابق ص ٣٢٠، دفع ببعض الفقهاء إلى القول بعدم صحة قاعدة (البيئة على من يدعي لا على من ينكر) في جميع الحالات ويقول شيفاليه في عبء الإثبات في القانون المدني ص ١٩١/١٩٢: إنه يصعب مثلاً في النزاع على ملكية عقار تحديد من من الخصمين هو المدعي ومن هو المنكر. وكذلك في النزاع بشأن الوصية، أيكون الموصى له هو المدعي والوارث المنكر أم العكس؟ وفي النقل البحري حيث يتمسك الناقل بحصول الضرر قبل مرحلة النقل البحري أو بعده للاستفادة من شرط للإعفاء من التبعة، بينما يدعي الشاهد عكس ذلك، فعلى من يكون الإثبات؟ ويستطرد الأستاذ شيفاليه قائلاً: إن المبدأ الذي يلقي بعبء الإثبات على المدعي لا يستند إلى المنطق بل إلى الاستحسان، لأن المنطق لا يجيز الحكم في حالة الشك، بينما ينطبق هذا المبدأ عند ضعف الدليل ووجود الشك في صحة الادعاء، يقابله الشك في دفع الخصم، والحكم يكون واجباً في مطلق الأحوال. ولذلك يعتبر هذا المبدأ علاجاً لضعف العدالة التي توجب القضاء في حالة الشك، نقلاً عن المرجع السابق ص ٣٢٠.

(٣) انظر ماركيه ج ٥ على المادة ١٣١٥ فقرة ١ فرنسي، لارومبير ج ٥ على المادة ١٣١٥ ص ١٦ ديمولموب ج ٢٩ فقرة ١٨٧، لوران ج ١٩ فقرة ٩١ نقلاً عن د. رمضان أبو السعود والمرجع السابق ص ٣٢١ هامش (٢).

(٤) انظر تيفنيه في عبء الإثبات ص ٨٧، وبلانيول وريبير وجابولد ج ٧، فقرة ١٤٢٠، المرجع السابق ص ٣٢١، هامش ٣.

ويذهب رأي^(١) إلى أن مسألة تعيين الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات يعد أمراً حتمياً، أيّاً كان نوع الدعوى وأياً كانت الواقعة المراد إثباتها، والغاية من ذلك هي معرفة أي ادعاء من ادعاءات الخصوم يجب أن يعتمد عليه للحكم في الدعوى إذا انتفى الدليل أو كان دليلاً ناقصاً أو ظل الشك يحوم حول وقائع الدعوى، فالقاضي عليه التزام إصدار الحكم، حتى ولو لم يقدم إليه الخصوم أدلة ادعاءاتهم، فلا ينبغي له تأجيل البت في الدعوى بل يتعين عليه البت فيها وخلال مدة معقولة، ولذلك يجب أن يكون الادعاء أو الدفع الذي يستند إليه القاضي في حكمه مفترضاً صحيحاً في الأصل إلى أن يقوم الدليل على عكسه، ويقال عندئذ إن الحل الذي انتهى إليه القاضي يرتكز على قرينة أصلية سابقة للنزاع، وهذه القرينة تكفي أساساً لتسبب الحكم^(٢).

فتعيين الخصم الذي يتحمل عبء الإثبات يرتبط إذن بتحديد هذه القرينة في كل نزاع، بمعنى تحديد أي من ادعاءات الخصوم يؤخذ به عند انتفاء الدليل أو عند قيام الشك، وهذه القرينة تختلف عن القرائن الأخرى التي تقوم على استنباط واقعة غير معلومة من واقعة معلومة، بل هي تقوم على الاستدلال مؤقتاً على صحة ادعاء أحد الخصوم وذلك إلى أن يثبت العكس، أي يثبت صحة الآخر، فيقع عبء الإثبات في هذه الحالة على عاتق الخصم الذي تقوم القرينة ضده، فإذا عجز عن هذه عد خاسراً في دعواه أو في دفعه^(٣).

ومن أمثلة هذه القرائن الأصلية السابقة على النزاع: أن حسن النية مفترض، وعلى من يدعي سوء النية أن يقيم الدليل عليه، وكذلك الأصل براءة الذمة، وعلى من يدعي شغلها بالدين أن يثبت ذلك، والأصل هو الظاهر ويكون وضع اليد - الحيازة - قرينة على الملكية، وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلك، والأصل خلو الملك من أي قيد أو أي حق ارتفاق، وعلى من يدعي وجود مثل هذا القيد أو الحق أن يقيم الدليل على وجوده.

(١) شيفاليه في عبء الإثبات ص ٢١٧ وما بعدها، المرجع السابق هامش ٤.

(٢) د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٢٢.

(٣) المصدر السابق، الموضع نفسه.

وبناء على ذلك يكون لأي من الخصمين سواء أكان مدعياً أم مدعى عليه، أن يستفيد من هذه القرائن إذا توافرت لمصلحته، ويكون على الخصم الآخر سواء أكان مدعياً أم مدعى عليه أيضاً، أن يثبت عكس هذه القرينة.

أما في الفقه المصري فيبدو أن جمهوره يأخذ بما يأخذ به الفقه الفرنسي وهي قاعدة أن البينة على من ادعى خلاف الأصل أو الظاهر، مع الاختلاف في التعبير أو إضافة توضيح.

فيذهب هذا الفقه إلى أن البينة على من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت، أي يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الثابت حكماً والأصل في الحقوق الشخصية براءة الذمة، والأصل في الحقوق العينية هو الظاهر، وأن الثابت فرضاً (بمقتضى القرائن القانونية) كالثابت أصلاً وظاهراً، كما يحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلاً^(١).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج ٢ ص ٧٠ وما بعدها، وانظر في المعنى ذاته د. أحمد أبو الوفاء في التعليق ص ٢٦، وفي الإثبات في المواد المدنية والتجارية ط ١٩٨٣ م بيروت لبنان ص ٥٤، د. عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، الطبعة الثانية ١٩٥٥ م فقرة ٢٨ ص ٢٦. وانظر د. سليمان مرقس، المرجع السابق، فقرة ٢٦، ص ٨٦، حيث يقول (إن البينة على من ادعى خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً، فالظاهر ثلاثة أنواع: ظاهر أصلاً وظاهر عرضاً وظاهر فرضاً، والأول ما كان ظاهراً بحسب أصله أي بحسب طبيعة الأشياء، والثاني ما ظهر بدليل أقيم عليه خلافاً للأصل. والثالث ما افترض المشرع ظهوره أي ما يعتبر ظاهراً بناء على قرينة قانونية)، وانظر في المعنى ذاته: د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ١٩٨٠ م، ص ٣٠ د. إسماعيل غانم، المرجع السابق ص ١٩٢، ولدى الأستاذ أحمد نشأت، رسالة الإثبات ط ٧، ص ٧٠، فإن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو خلاف الظاهر أو خلاف قرينة قانونية غير قاطعة أو خلاف قرينة قضائية.

ويرى الدكتور محمود جمال الدين زكي أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الوضع القائم (أو خلاف الأصل) والوضع العادي أو الأصل في نطاق الحقوق الشخصية هو براءة الذمة وفي نطاق الحقوق العينية هو الظاهر، وفي جميع الأحوال هو بقاء الوضع المكتسب، وقارب د. سمير تناعو: المرجع السابق فقرة ٢٧، ص ٧٤، ويرى الدكتور جلال العدوي - مبادئ الإثبات طبعة ١٩٨٣، الإسكندرية فقرة ٦٨ ص ٧٢ - =

ولكن يثار في هذا الشأن تساؤل مهم، هو: كيف يمكن تحديد ما يعد أصلاً أو ظاهراً أو غالباً؟.

إن الإجابة عن ذلك تعتمد في حقيقة الأمر على المنطق والعقل وما تكشف عنه التجربة، وقد يتولى المشرع نفسه اعتماد موقف معين يعتبر أصلاً عاماً، وهذا ما سيتضح لنا من خلال دراسة القواعد الآتية:

أ- الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً:

إن فهم مبدأ (البينة على من ادعى) قد يؤدي إلى تكليف المدعي عبء الإثبات في كل الحالات، وهذا غير صحيح؛ إذ إن المدعي لا يكلف الإثبات متى كان ادعاؤه متفقاً مع طبيعة الأشياء، وإنما يقع عليه هذا العبء متى ادعى خلاف الأصل.

لذا تعين وضع مبدأ آخر مفاده أن عبء الإثبات يتحمله من يدعي خلاف الأصل، فلا يكلف من يتمسك بالثابت أصلاً، أما من يدعي خلافه، فعليه هو يقع إثبات ما يدعيه.

وتتفق الشرائع حول هذا المبدأ، ومن بينها الشريعة الإسلامية، حيث نجد فيها - كما سنرى - قواعد فقهية عديدة مثل: (الأصل بقاء ما كان على ما كان) و (القديم يترك على قدمه) و (ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه^(١)). ولا يكاد يخلو تشريع مدني من مثل هذه القواعد^(٢).

= أن المدعي من يدعي خلاف الثابت حكماً أو فعلاً، كما يلاحظ د. جلال العدوي - هامش ٣ ص ٣ - (أن الفقه يطلق على ما يتفق مع الوضع الغالب أنه ثابت فرضاً ولكن الواقع أنه ليس مفترضاً أو مفروضاً بل مرجحاً تبعاً للغالب والمألوف، كذلك يدمج الفقه ما يتفق مع أصل عام فيما يتفق مع وضع ظاهر على الرغم مما بينهما من اختلاف).

(١) انظر هذه القواعد، وما شابهها في مجلة الأحكام العدلية العثمانية، المقالة الثانية: (في بيان القواعد الفقهية) المادة ٢ وما يليها، كما نصت على هذه القواعد أيضاً المادة (١١) من القانون المدني اليمني التي تقول (الأصل الظاهر «العدم» فمن تمسك به فالقول قوله ومن ادعى خلافه فالبينة عليه، فالأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره، والأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها، وما حرم أخذه حرم إعطاؤه والأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها).

(٢) يراجع د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، مرجع ص ٨٣.

ب - الوضع الثابت فرضاً (القرائن القانونية):

إلى جانب الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً توجد أوضاع يفترض القانون وجودها عن طريق قرائن قانونية يقيمها لصالح المدعي^(١)، فيترتب عليها إعفاؤه مؤقتاً من إقامة الدليل على ما يدعيه، ويلجأ المشرع إلى هذه القرائن في حالات يصعب فيها على المدعي إثبات ما يدعيه، فينشئ القانون لصالحه قرينة يستطيع أن يتمسك بها المدعي إذا توافرت شروط تطبيقها، فيغنيه بذلك عن إقامة الدليل الذي كان يجب عليه تقديمه لولا وجود هذه القرينة^(٢).

وعلى ذلك، فوجود القرينة القانونية يترتب عليه وجود وضع ثابت فرضاً، يعفى من يتمسك به من عبء الإثبات، ويكون على من ينكره إثبات ما يدعيه باعتبار أنه يدعي خلاف الوضع الثابت فرضاً^(٣).

والقرينة القانونية بصفة عامة هي اعتبار واقعة معينة ثابتة بحكم القانون بمجرد ثبوت واقعة أخرى غيرها، ويظهر من ذلك أن القرينة القانونية ليست دليلاً من الأدلة التي يثبت بها المدعي دعواه وإنما هي قاعدة يعفى بها المشرع المدعي في ظروف معينة من عبء الإثبات كله أو بعضه بأن يعتبره مدعياً أمراً ثابتاً فرضاً وبأن يلقي على المدعى عليه عبء إثبات العكس باعتباره مدعياً

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٢ ص٧٤، د. عبد الحي حجازي، الإثبات في المواد المدنية ص٥٧.

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (عقد نقل الأشخاص يلقي على عاتق الناقل التزاماً بضمان سلامة الراكب وهو التزام بتحقيق غاية - فإذا أصيب الراكب بضرر أثناء تنفيذ عقد النقل تقوم مسؤولية الناقل عن هذا الضرر بغير حاجة إلى إثبات وقوع خطأ من جانبه، ولا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت هو أن الحادث نشأ عن قوة قاهرة أو عن خطأ من الراكب المضرور أو خطأ من الغير) نقض مدني مصري، جلسة ١٩٧٩/٣/٧م، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٠، ص ٧٤٢.

(٣) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، فقرة ٢٨ ص، ٩٦، د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، فقرة ٦٩ ونقض مدني مصري، في ١٤/٢/١٩٧٩م، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٠، ص ٢٧.

خلاف الثابت فرضاً، أي أنه يلقي بذلك على عاتق المدعى عليه تبعة مخاطر الإثبات^(١).

وتنقسم القرائن القانونية إلى نوعين^(٢):

١ - قرائن قاطعة لا تقبل إثبات العكس، ومثالها قرينة حجية الحكم القضائي والنكول عن اليمين الحاسمة، ومن ثم فمن يتمسك بحجية حكم قضائي يعفيه من إثباته، كما لا يقبل من خصمه إثبات عكسه، أي عدم مطابقة الحكم للواقع.

٢ - قرائن قانونية غير قاطعة، أو بسيطة، وهي تقبل إثبات العكس، فلا يترتب على وجودها إعفاء من الإثبات، بل تكفي بنقل عبئه من المدعي إلى المدعى عليه متى نازع في الواقعة التي تمسك بها المدعي دون إثباتها، باعتبارها قرينة قررها القانون لصالحه، ومثالها قرينة حسن النية، فلا يلزم من يتمسك بحسن نيته بإثبات ذلك - وقد رأينا أن ذلك ثابت أصلاً - بل على من يدعي أن خصمه سيئ النية إثبات ذلك.

وسواء كانت القرينة القانونية قاطعة أو بسيطة، فهي تغير وضع الخصوم فيما يتعلق بتوزيع عبء الإثبات بينهم.

ولا شك أن القرائن القانونية يمكن اعتبارها استثناء من مبدأ (البينة على المدعي) بحيث تخرج الأوضاع التي قررت في شأنها عن أحكام الإثبات التي تضبط كل حالات المنازعة ما عدا هذه الأوضاع^(٣).

(١) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، المرجع السابق فقرة ٢٨، ص ٩٦ وما بعدها.

(٢) انظر المادة ١٥٥ إثبات يماني، ولمزيد من التفصيل عن القرائن انظر رسالة زميلنا الأستاذ الدكتور بجاش سرحان محمد المخلافي، القرائن ودورها في الإثبات - دراسة بين الفقه الإسلامي والفقه المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٩٤م، ص ١٥٨.

(٣) د. رضا المزغني، أحكام الإثبات ص ٥٦.

يتبين مما تقدم أن القرينة القانونية إذا كانت قابلة لإثبات العكس يترتب عليها نقل عبء الإثبات من المكلف به وفقاً للقاعدة العامة، إلى الطرف الآخر في الخصومة الذي يستطيع أن يثبت عكس هذه القرينة، فإن نجح ارتد عبء الإثبات إلى الطرف الآخر^(١)، أما إذا كانت غير قابلة لإثبات العكس فإنها تعفي من يتمسك بها من الإثبات إعفاء نهائياً، ولا تقتصر على نقل عبء الإثبات^(٢). وسبب كل ذلك أن القرينة القانونية هي قاعدة قانونية، والقاعدة القانونية لا تخضع للإثبات؛ لأن الوقائع - وليست نصوص القانون الوطني - هي محل الإثبات، وعلى ذلك إذا كانت القرينة القانونية تجيز إثبات عكس ما قرره فهي قاعدة قانونية مكملّة تجيز إثبات واقعة تخالف ما قرره، ومن ثم ينتقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه متى نازع في الواقعة التي تمسك بها المدعي، أما إذا كانت القرينة القانونية لا تجيز إثبات العكس فهي قاعدة قانونية أمرة باتت تتعلق بالنظام العام، ومن ثم تعفي من يتمسك بها من الإثبات إعفاء نهائياً ولا تكتفي بنقل عبء الإثبات.

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأنه (من المقرر في قواعد الإثبات أن البيئة على من يدعي خلاف الأصل، بمعنى أن من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف إثباته، وإنما يقع على عاتق من يدعي خلاف هذا الأصل عبء إثبات ما يدعيه باعتباره أنه يستحدث جديداً لاتدعمه قرينة بقاء الأصل على أصله. ولما كان الأصل هو خلو المكان المؤجر لمستأجره ومن يتبعه، وخلوه من غير هؤلاء - فإنه يكفي المؤجر إثباتاً، للواقعة التي يقوم عليها طلبه بإخلاء المكان.. أن يقيم الدليل على وجود غير المستأجر ومن يتبعه في المكان المؤجر طبقاً لأحكام عقد الإيجار أو القانون، لينتقل بذلك عبء إثبات العكس على عاتق المستأجر بوصفه مدعياً خلاف الأصل، ليثبت أن وجود ذلك الغير يستند إلى سبب قانوني يسوغ ذلك، فإن أثبت ذلك درأ عن نفسه جزاء الإخلال). نقض مدني مصري في ٢٠/١/١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض لسنة ٣٠، ص ٣٠٩.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج ٢ ص ٧٥، د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٩٩.

وهكذا نرى أن عبء الإثبات يقع دائماً، على عاتق من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً، وهو لهذا ينتقل بين طرفي الخصومة وفقاً لطبيعة ما يدعيه كل منهما، لافرق في هذا بين من رفع الدعوى ومن رفعت عليه^(١)، غير أن بعض الفقهاء يضيف إلى هذه الأوضاع الثابتة أصلاً وظاهراً وفرضاً، الأوضاع التي تثبت بإقامة الدليل عليها فعلاً، وهو ما يعبر عنها بالأوضاع الثابتة فعلاً^(٢)، بحيث تصبح هي الأصل، ولا يجوز مخالفتها إلا بإقامة دليل جديد ينقض الدليل الأول، كإثبات المدين للوفاء لنقض إثبات الدائن لوجود الدين.

فمع أن الأصل هو براءة الذمة، فإن إثبات وجود الدين من قبل المدعي الدائن أدى إلى تغيير هذا الوضع، فأصبح وجود الدين هو الأصل، وخلافه الوفاء، وعليه تعين إثباته، وهذا ما سيتضح من خلال دراستنا لقواعد عبء الإثبات في القانون المدني وتطبيقاتها التي سنبينها في المطلب الثاني بمشيئة الله تعالى.

المطلب الثاني

قواعد عبء الإثبات في القانون المدني وتطبيقاتها

أ - يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الأصل:

لقد أورد المشرع اليمني في القانون المدني الجديد رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م في الباب الأول من الكتاب الأول العديد من القواعد القانونية المتعلقة بعبء الإثبات، فعلى سبيل المثال نص في المادة ١١ منه على أن (الأصل الظاهر العدم) فمن تمسك به فالقول قوله، ومن ادعى خلافه فالبيئة عليه.

(١) وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (الدفع بعدم اختصاص المحكمة كلياً بعبء إثباته يقع على عاتق المدعى عليه مبدي الدفع) - نقض مدني مصري، جلسة ١٢/١٩٧٧م، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٨، ص ٢٣٢.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج ٢، ص ٧٦.

والأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيرهِ، والأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها، وما حرم أخذه حرم إعطاؤه. والأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها^(١).

ونص في المادة ٤ منه على أن (الضرر يجب أن يزال..)
ونص في المادة ٦ منه على أن (الأمر بمقاصدها والعبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني).

(١) ويقابل ذلك في القانون المدني العراقي المواد من ٤٤٤ إلى ٤٤٨، وهي تنص على ما يأتي:
المادة ٤٤٤ الأصل براءة الذمة. المادة ٤٤٥: اليقين لا يزول بالشك. المادة ٤٤٦: يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته. المادة ٤٤٧: (١) الأصل بقاء ما كان على ماكان. والأصل في الصفات العارضة العدم. (٢) وما ثبت بزمان يحكم ببقائه مالم يوجد دليل على خلافه. المادة ٤٤٨: أ- البينة على من ادعى واليمين على من أنكر. (ب) والمدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر. والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل..
ويلاحظ على هذه القواعد التي نص عليها كل من القانون المدني اليمني والقانون المدني العراقي بأنها مأخوذة من الفقه الإسلامي، كما سنرى ذلك عند بحثنا لقواعد عبء الإثبات في هذا الفقه. وكذلك الحال بالنسبة للمواد ٥٥٨، ٥٥٩، ٥٦٠ من قانون الالتزامات والعقود التونسية، حيث تنص الأولى على أن: الأصل في كل إنسان الاستقامة وسلامة النية حتى يثبت خلاف ذلك. وتنص الثانية على أن: الأصل في الأمور الصحة والمطابقة للقانون حتى يثبت خلافه. وكذلك الثالثة تنص على أن: الأصل براءة الذمة حتى يثبت تغييرها. أما المادة الرابعة منه فتتنص على أن: إثبات الالتزام على القائم به. والمادة ٤٢١ تقضي بأنه: إذا أثبت المدعي وجود الالتزام كانت البينة على من يدعي انقضائه أو عدم لزومه له.

وتطابقهما المادتان ٣٩٩ و ٤٥٠ من قانون الالتزامات والعقود المغربي، وفي هذا المعنى المادة ٧٩ مرافعات بحريني.

أما المادة ٣٧٦ من القانون المدني الليبي، والمادة ٣٢٣ من القانون المدني الجزائري فهما مطابقتان للمادة الأولى من قانون الإثبات المصري التي تقضي - كما أسلفنا - بأن (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه). وانظر أيضاً المادة ٣٦٢ من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تنص على أن (من يدعي أنه دائن تلزمه إقامة البينة على وجود حقه، وبعد إقامة البينة يجب على من يدعي سقوط الواجب أن يثبت صحة قوله).

ونص في المادة ٧ منه على أنه (لا ينسب لساكت قول إلا ما استثني بنص شرعي).

ونص في المادة ٩ منه على أن (اليقين لا يزول بالشك، فما يثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين).

ونص في المادة ١٣ منه على أن (العقد ملزم للمتعاقدين، والأصل في العقود والشروط الصحة حتى يثبت ما يقتضي بطلانها..).

ونص في المادة ١٤ منه على أنه (يجب في العقود والشروط الوفاء بها مالم تتضمن تحليل حرام أو تحريم حلال..).

ونص في المادة ١٧ منه على أن (من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر..).

ولذلك فمن قبيل القواعد التي تعد أصلاً ما يلي:

١- الأصل براءة الذمة:

يعتبر الأصل فيما يتعلق بالحقوق الشخصية براءة الذمة وعدم المديونية^(١) وهذا هو الثابت أصلاً^(٢)؛ ولذلك من يتمسك بهذا الأصل لا إثبات عليه، وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف هذا الأصل^(٣). ولا شك أن هذه القاعدة من الأهمية بدرجة أنها تعبر بذاتها عن المبدأ العام في تكليف المدعي عبء

(١) نقض مدني مصري في ١٩٦٧/١/٢٤، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٨، ص ١٩٠، رقم ٣٠، وأيضاً نقض مدني مصري في ١٩٧٣/٦/١٩، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٤، ص ٩٤٠، ١٦٣.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (الأصل هو براءة الذمة وانشغالها عارض، ويقع الإثبات على عاتق من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً مدعياً كان أو مدعى عليه). نقض مدني في ١٩٦٧/١/٢٤، سبق الإشارة إليه.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، ص ٧١ وما بعدها، د. عبد الوود يحيى، الموجز في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٦م، ص ١٦، د. سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، مرجع سابق ص ٧٤، د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، مرجع سابق ص ٩٠، د. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات مرجع سابق، ص ٩٠، د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات، مرجع سابق، ج ٢، ص ٧١١.

الإثبات، حيث ورد هذا المبدأ - كما رأينا في العديد من التشريعات - باستعمال تعبيرى: الدائن والمدين، عوضاً عن المدعى والمدعى عليه، من ذلك نص المادة الثانية من قانون الإثبات اليميني التي تنص على أن: (على الدائن إثبات الحق وعلى المدين إثبات التخلّص منه..) وهو ما نصت عليه أيضاً المادة الأولى من قانون الإثبات المصري بقولها: إن (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلّص منه) وعلى ذلك من يدعى أنه أقرض غيره مالاً عليه أن يثبت عقد القرض، ومن طالب آخر بثمن المبيع عليه إثبات عقد البيع، والذي يدعى بوجود شراكة بينه وبين آخر عليه إثبات عقد الشراكة^(١) فإذا نجح الدائن في إثبات الدين - بأن يثبت العقد أو الفعل الضار مصدر الدين - انتفى الوضع الثابت أصلاً وأصبحت المديونية هي الوضع الثابت عرضاً^(٢)، ومن ثم أصبح المدعى

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأنه (متى كان الحكم التمهيدي قد ألقى عبء إثبات شركة المحاصة على من يدعيها، وهو الطاعن، ولما لم يأخذ الحكم المطعون فيه بشهادة شهود اعتبر الدعوى عارية عن الدليل، فليس في هذا الذي سلكه الحكم أي قصور في التسبب؛ إذ حسبته أن يناقش شهادة شهود من ألقى عليه عبء الإثبات، فإن هو طرح شهادتهم كانت الدعوى بغير دليل دون حاجة منه إلى مناقشة شهود خصمه متى لم يثبت ما يستوجب نفيه من جانبه)، نقض مدني مصري في ٢٨/٢/١٩٥١ في الطعن رقم (١٠٤) س١٩ق. كذلك انظر نقض مدني مصري في ٢٩/١٢/١٩٣٨، مجموعة محمود عمر، رقم ١٥٣ ص ٤٥١.

(٢) ويكون ذلك بإثبات الواقعة المنشئة للدين وأركانها كعقد القرض أو البيع أو الفعل الضار غير المشروع بأركانه الثلاثة من خطأ وضرر وسببية بينهما، أو الإثراء على حساب الغير بجميع أركانه إلخ. ويكفي في ذلك إثبات حصول الواقعة المشار إليها في ظروف تجعل من الراجح توافر أركانها. فمثلاً إثبات توافق الإرادتين يرجح توافر ركن الرضا وسلامته، كما أن إثبات العمل غير المشروع يرجح خطأ مرتكبه. فإذا ادعى المدين بالعقد وقوعه في غلط شاب رضاه أو ادعى مرتكب الفعل الضار انتفاء الخطأ في جانبه لارتكابه ذلك الفعل في حالة ضرورة أو استعماله لحق الدفاع الشرعي، كان عليه باعتباره مدعياً خالف الثابت أصلاً إثبات ما يدعيه. د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٩١. وانظر في ذلك أيضاً رسالة موتيلسكي في نظرية العناصر المكونة للحقوق، باريس سنة ١٩٤٨، أشار إليها الدكتور عبد الرزاق السنهوري في الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، ص ٨٥، هامش رقم (٢).

عليه مديناً، فإما أن يسلم بالدين، وإما أن يدعي انقضاءه بالوفاء أو بغيره، وحينئذ يكون مدعياً خلاف الثابت عرضاً، وينتقل إليه عبء الإثبات فيما يتعلق بسبب انقضاء الدين، فإن نهض به حكم لمصلحته برفض دعوى خصمه، وإلا حكم عليه^(١). وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية (بأن الأصل خلوص الذمة وانشغالها عارض ومن ثم كان الإثبات على من يخالف الثابت أصلاً أو عرضاً، مدعياً كان أو مدعى عليه^(٢)).

٢- الأصل في العقود أنها صحيحة حقيقة:

وقد نصت على هذه القاعدة المادة (١٣) من القانون المدني اليمني التي تقضي بأن (العقد ملزم للمتعاقدين والأصل في العقود والشروط الصحة حتى يثبت ما يقتضي بطلانها^(٣))، وعلى ذلك إذا أراد أحد المتعاقدين أن يثبت أن العقد ليس صحيحاً أو حقيقياً فعليه يقع عبء إثبات ذلك، فيكفي أن يقدم المدعي العقد الذي يستند إليه في المطالبة بحقه لكي يقع على المدعى عليه إذا طعن في هذا العقد بالصورية أو البطلان أن يثبت ما يدعيه، لأن الظاهر (الثابت) أصلاً أن العقد صحيح وعلى من يدعي صوريته أو بطلانه أن يثبت ذلك^(٤).

وأيضاً إذا كان الأصل في العقود أنها حقيقية وصحيحة، فإن الأصل المكمل لهذا أن يكون مسمى العقد بحسب ما اتفق عليه أطرافه. وعلى ذلك إذا كان المتعاقدان قد سميا عقدهما بيعاً، فإن من يدعي منهما أن هذا العقد ليس

(١) د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٩١.

(٢) نقض مدني مصري في ٦ / ٣ / ١٩٤٧، المحاماة، السنة ٢٨، ص ٥٤٣، رقم ١٦٢.

(٣) ويقابلها المادة (٥٥٩) من قانون الالتزامات والعقود التونسية التي تقضي بأن (الأصل في الأمور الصحة والمطابقة للقانون، حتى يثبت خلافه).

(٤) انظر حكم نقض مدني مصري في ١٩٧١/١/٥م، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٢، ص ٣، رقم ١ وقد قرر هذا الحكم وجوب الأخذ بظاهر نصوص العقد عند عجز مدعي الصورية عن إثباتها. وانظر الزميل الأستاذ الدكتور محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني، ج ٢، أحكام الالتزام، مكتبة الجيل الجديد ط ٣، ١٩٩٤م، ص ١٠٩ وما بعدها.

ببيع وإنما يخفي رهناً أن يثبت ذلك^(١)، وهذا ما نصت عليه المادة (١٨٣) من القانون المدني اليمني الجديد التي تقضي بأن (كل عقد قصد به الحيلة لإخفاء عقد حقيقي فالعبرة بالعقد الحقيقي صحة وبطلاناً).

٣- الأصل أن للعقد سبباً حقيقياً مشروعاً:

وقد نصت على هذه القاعدة المادة ١٩٧ من القانون المدني اليمني التي تقضي بأنه (يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه)^(٢) وعلى ذلك فإن كل التزام

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (للمتعاقد أن يثبت بكافة الطرق - ومنها البينة والقرائن - أن العقد لم يكن بيعاً باتاً وإنما هو - على خلاف نصوصه - يخفي رهناً، نقض مدني في ١٢/٦/١٩٦٦م، الطعن رقم (٢٠٤) س ٣٢ ق. وقد قضت كذلك بأنه (يجب على من يدعي أن البيع الوفاائي يخفي رهناً أن يقيم هو الدليل على ذلك) نقض مدني في ٢٥/١٠/١٩٥٦م، الطعن رقم (٦) س ٢٣ ق. وقد قضت بأنه (متى كان الظاهر أن البيع بيع وفاء ولا تتوافر فيه القرائن القانونية التي تجعله مقصوداً به إخفاء رهن، فإنه يكون على البائع - إذا ادعى خلاف هذا الظاهر - أن يثبت ما يدعيه وليس على المشتري أن يثبت أن البيع لا يخفي رهناً. فإذا كانت المحكمة قد فندت القرائن التي قدمها البائع للاستدلال بها على أن العقد يخفي رهناً، وقضت بأن العقد بيع وفاء غير مخفي لرهن، بانية ذلك على ما استظهرته من الأدلة القائمة في الدعوى على صحة بيع الوفاء فلا معقب عليها في ذلك) نقض مدني في ١/٢/١٩٤٥، الطعن رقم (١١٨) س ١٤ ق. وانظر أيضاً نقض مدني مصري في ٢٢/١٠/١٩٦٨م، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٩، ص ١٢٦٣، رقم (١٩٠). ونقض مدني في ١٥/٢/١٩٥١م، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢، ص ٢٤١، رقم ٤٩.

(٢) ويقابل هذه المادة ١٣٧ من القانون المدني المصري التي تقضي بأن (كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا أقيم الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه. ومؤدى ذلك - كما تقول محكمة النقض المصرية في جلسة ٢/٤/١٩٥٣، مجموعة أحكام النقض، السنة ٤، ص ٨٤٢ رقم (١٢٠) - =

لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي المشروع حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا أقام الدليل على صورية السبب أو عدم مشروعيته فإن على من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه، وبذلك ينتقل عبء إثبات أن للعقد سبباً آخر مشروعاً إلى عاتق المتمسك به^(١).

٤- الأصل في الصفات العارضة العدم: (٢)

وتنص على هذه القاعدة المادة ١١ من القانون المدني اليمني التي تقضي بأن (الأصل الظاهر (العدم) فمن تمسك به فالقول قوله ومن ادعى خلافه فالبينة عليه..)^(٣)

ويمكن أن يتفرع عن هذا الأصل القواعد الآتية:

- الأصل هو كمال أهلية الشخص البالغ سن الرشد مالم تسلب أهليته أو يحد منها

= أن (القانون وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب، فإذا ذكر في العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذي قبل المدين أن يلتزم من أجله، فإذا ادعى المدين عدم مشروعية السبب فإن عبء إثبات ذلك يقع على عاتقه، أما إذا كان دفاعه مقصوداً على أن السبب المذكور بالعقد هو مسبب صوري فعليه أن يقدم للحكمة الدليل القانوني على هذه الصورية، وبذلك ينتقل عبء إثبات أن للعقد سبباً آخر مشروعاً إلى عاتق المتمسك به). وانظر كذلك نقض مدني مصري في ٢٨/٤/١٩٧٠، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢١، ص ٧١٤، رقم ١١٦.

(١) د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٩٢، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٢٧.

(٢) والصفات العارضة هي التي لا تثبت في الموصوف ابتداء بل يكون وجودها طارئاً كالجنون بالنسبة إلى الإنسان. وهو يعتبر الأصل فيه العدم وعلى من يدعيه أن يثبته، وكاعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص فإن على من يدعي هذه الصفة الأخيرة إثبات توافر شروطها، ومتى أثبت ذلك كان على خصمه الذي ادعى وجود اتفاق على جواز الحجز على العقار بالتخصيص دون الحجز على العقار المخصص هو لخدمته أن يثبت هذا الاتفاق. في هذا المعنى نقض مدني مصري في ١٤/١/١٩٥٤م، مجموعة أحكام النقض، السنة ٥، ص ٤٢٠، رقم (٦٢)، وانظر د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص ٩٤.

(٣) وقد نصت على هذه القاعدة أيضاً المادة ١/٤٤٧ من القانون المدني العراقي التي تقضي بأن: (الأصل بقاء ما كان على ماكان. والأصل في الصفات العارضة العدم).

بحكم القانون: وهذا ما نصت عليه المادة ٥٩ من القانون المدني اليمني الجديد التي تقضي بأن الرشد هو حسن التصرف في المال ولا يحتاج الرشد إلى حكم به إلا عند الخلاف عليه بين الصغير مدعي الرشد وبين وليه أو وصيه).

- وعلى ذلك، من يدعي عدم كمال الأهلية، أو أن الأهلية قد سلبت منه، أو قيدت بسبب من الأسباب، كالمحجور عليهم لضعف عقولهم، أو لسفه تصرفهم، أو لتفليسهم عليه أن يثبت ما يدعيه^(١).

- الأصل في العقد أن يكون صحيحاً وفي التراضي أن يكون سليماً منزهاً عن أي عيب يشوبه:

وقد نصت على هذا الأصل أيضاً المادة ١٣ من القانون المدني اليمني الجديد بقولها (العقد ملزم للمتعاقدين والأصل في العقود والشروط الصحة حتى يثبت ما يقتضي بطلانها) وعلى ذلك من يدعي وجود عيب من عيوب الإرادة كالغلط أو الإكراه أو التدليس (التغيير)^(٢)، فهو يدعي بوجود صفة عارضة، الأصل عدمها ولذلك يتحمل عبء إثبات هذا العيب.

- الأصل في العقود أنها منجزة^(٣)

وعلى ذلك فإن من يدعي اشتغال العقد على شرط من الشروط يقع عليه عبء إثبات ذلك، فمثلاً إذا اختلف المتعاقدان في ثبوت خيار شرط التروي أو في

(١)، (٢) انظر المادة ١٧٣ وما بعدها من القانون المدني اليمني الجديد، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا اليمنية، الدائرة التجارية في حكم لها في الطعن رقم(٩٤) لعام ١٤٢١هـ جلسة ٢٠٠٢/٤/٧م بقولها (من يدعي الإكراه أو التدليس ملزم بإثباته)، المبادئ القانونية والقضائية في الدعاوى التجارية، جمع وترتيب د. حسن على مجلي، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م - مركز الشرعي للطباعة، صنعاء، ص ١٩٧، رقم (٤٩).

(٣) عرفت المادة ١٤٢ من القانون المدني اليمني الجديد العقد المنجز بأنه (ما كان صفته منجزاً غير مضاف إلى أجل أو معلق على شرط ولا يتوقف نفاذه على إذن الغير أو إجازته، فتترتب عليه آثاره بمجرد عقده). وانظر زميلنا د. محمد الغشم، إجازة التصرفات - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق، جامعة القاهرة ١٩٩٥م ص ١٤١، وانظر زميلنا الأستاذ الدكتور محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات ج٢، أحكام الالتزام - مكتبة الجيل الجديد، صنعاء ط٦، ٢٠٠٤م ص ١٤٤ وما بعدها.

مضي مدته أو في الأجل أو فسخه فالقول لمن ينفي ذلك^(١) لأنه يتمسك بالأصل وهو عدم تعلق العقد بخيار شرط التروي، ومن ثم يقع عبء الإثبات على عاتق المتعاقد الآخر الذي تمسك بخلاف الأصل. وهذا هو الحال نفسه بالنسبة لأي شرط أو خيار يدعي أي من المتعاقدين وقوعه^(٢).

– الأصل هو عدم إجازة العقد الموقوف غير النافذ^(٣):

وعلى ذلك، فإن من يدعي وجود هذه الإجازة عليه يقع عبء إثبات ذلك^(٤).

– الأصل أن تكون حصص الشركاء في رأس مال الشركة متساوية:

وعلى من يدعي من الشركاء خلاف ذلك أن يثبته، وهذا يستفاد مما قضت به المادة ٦٢٤ من القانون المدني الجديد التي تنص على أنه (تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة وأنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك).

– الأصل في الشركة ألا تلحقها خسارة:

ومن يدعي خلاف ذلك يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه^(٥).

(١) وهذا ما تقضي به المادة ٢٣٧ من القانون المدني اليمني الجديد.

(٢) انظر المواد: ٢٣٠، ٢٤١ وما بعدها من القانون المدني اليمني الجديد وزميلنا د. عبدالله عبدالله العلفي، أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه ١٩٨٨م – دار النهضة العربية – القاهرة ص ٣٧ وما بعدها.

(٣) انظر رسالة الزميل الدكتور محمد محمد إسماعيل الغشم: إجازة التصرفات، المرجع السابق، ص ٤٦ وما بعدها. د. محمد حسين الشامي، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٤٥ وما بعدها.

(٤) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (عبء إثبات إجازة عقد قابل للإبطال إنما يقع على عاتق مدعي الإجازة. إذن متى كان الطاعن قد ادعى أن مورث المطعون عليها قد أجاز بعد بلوغه سن الرشد عقد البيع الذي عقده وهو قاصر فإن الحكم المطعون فيه إذا ألقى عليه عبء إثبات هذه الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات) نقض مدني في ٢٦/١١/١٩٥٣م. في الطعن رقم ٣٦، س ٢١ق.

(٥) انظر نقض مدني مصري في ٢٩ / ١٢ / ١٩٣٨، السابق الإشارة إليه.

- الأصل ألا يكون الشخص معسراً، فكما أن الأصل في الشخص براءة الذمة فإن الأصل فيه كذلك - من باب أولى - عدم الإعسار. وعلى ذلك فمن ادعى إعسار شخص آخر، سواء للحكم عليه بالإعسار، أو لإسقاط حقه في الأخذ بالشفعة^(١) أو للطعن في تصرفه بالدعوى البوليصة^(٢)، أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه لأن الإعسار صفة عارضة، وعلى من يدعي حدوثها يقع عليه عبء إثبات ذلك^(٣).

٥ - الأصل أن الشخص غير مسؤول عما يحدث بفعله للغير من ضرر إلا إذا كان بفعله عامداً أو مخطئاً^(٤):

وقد أبانت عن هذا الأصل المادة ٣٠٤ من القانون المدني اليمني الجديد بقولها (كل فعل أوترك غير مشروع سواء كان ناشئاً عن عمد أو شبه عمد أو خطأ إذا سبب للغير ضرراً، يلزم من ارتكبه بتعويض الغير عن الضرر الذي أصابه ولا يخل ذلك بالعقوبات المقررة للجرائم طبقاً للقوانين النافذة) فعناصر المسؤولية ثلاثة؛ خطأ وضرر وعلاقة السببية.

وقد نصت أيضاً على هذا الأصل المادة ٤ من القانون المدني اليمني الجديد بقولها (الضرر يجب أن يزال..)^(٥) ولا بد من إقامة الدليل على الخطأ

(١) تنص المادة (٣٦٥) من القانون المدني اليمني الجديد على أنه (إذا ثبت بحكم القضاء إعسار المدين حيل بينه وبين دائئه إلى أن يثبت إيساره) وتنص المادة ٣٦٣ على أنه (من كان ظاهر حاله الإعسار قبل قوله بيمينه، ويحلف كلما ادعى إيساره ومضت مدة يمكن فيها الإيسار عادة).

(٢) نقض مدني مصري في ١٩/١١/ ١٩٣٦ مجموعة القواعد التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ سنة، ج ١ ص ٢٩، فقرة ٢٥.

(٣) د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

(٤) انظر رسالة زميلنا الأستاذ الدكتور محمد بن حسين الشامي (ركن الخطأ في المسؤولية المدنية) دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمن والفقهاء الإسلاميين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، طبعة دار النهضة العربية ١٩٩٠م، ص ١٨٠.

(٥) انظر في أصل هذه القاعدة زميلنا الدكتور يحيى محمد الجرافي في الغصب وآثاره في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني - دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه - كلية الحقوق، جامعة عين شمس ١٩٩٥م، ص ١٢ وما بعدها.

والضرر، والأصل أن المضرور هو الذي يقع عليه عبء إثبات عناصر المسؤولية^(١).

(١) ونورد هنا بعض التطبيقات القضائية بالنسبة لعبء إثبات عنصر الخطأ، التي منها ماقتضت به محكمة النقض المصرية فتقول في حكم لها إنه (إذا كانت المادة (٢٥) من اتفاقية فارسوفيا للطيران قبل تعديلها ببروتوكول لاهاي - تستوجب للقضاء بالتعويض كاملاً وغير محدد أن يثبت أن الضرر المطالب بتعويضه قد نشأ عن غش الناقل أو عن خطأ منه يراه قانون المحكمة المعروضة عليها النزاع معادلاً للغش، وكان الخطأ المعادل للغش وفقاً للتشريع المصري - وعلى ماجرت عليه هذه المحكمة - هو الخطأ الجسيم المنصوص عليه في المادة ٢١٧ من القانون المدني، فإنه يشترط للحكم على شركة الطيران الناقلة بالتعويض كاملاً وقوع خطأ جسيم من جانبها، ويقع عبء إثبات هذا الخطأ على عاتق مدعيه، كما أن لمحكمة الموضوع تقدير مدى توافر الأدلة على ثبوته). نقض مدني في ١٩٧٦/١/٢٦، في الطعن رقم ٥٦ س ٤٠ ق). وقضت بأنه (ليس لمحكمة الموضوع أن تقيم المسؤولية التقصيرية على خطأ لم يدعه المدعي متى كان أساسها خطأ مما يجب إثباته، إذ إن عبء إثبات الخطأ يقع في هذه الحالة على عاتق المدعي المضرور، فلا يصح للمحكمة أن تتطوع بإثبات ما لم يثبت، ومن باب أولى ما لم يدعه من الخطأ، كما لا يجوز لها أن تنتحل ضرراً لم يقل به لأنه هو الملزم أيضاً بإثبات الضرر) نقض مدني في ١٩٦٧/٦/٢٢ في الطعن ٤٧٩ س ٢٩ ق. وقضت بأنه (متى كانت محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسؤولية التقصيرية على أن وقوع الحادث للطائرة - الذي أودى بحياة طيارها - دون أن يعرف سببه لا يلزم منه اعتبار شركة الطيران مرتكبة لخطأ يقتضي الحكم عليها بالتعويض؛ إذ يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذي نشأ عنه الحادث وارتبط معه برابطة السببية، وأنه متى كان سبب احتراق الطائرة في الجو غير معلوم ولا يمكن إسناده لعب معين في تركيب الطائرة، فإن مسؤوليتها عن التعويض تعتبر منتفية - فإن التأسيس صالح الإقامة الحكم وكاف في دفع مسؤولية الشركة المذكورة) نقض مدني في ١٩٥٨/٥/١٥، في الطعن رقم (٢٠٣) س ٢٣ ق. وقضت كذلك بأن (المفاوضة ليست إلا عملاً مادياً لا يرتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله ولا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض، وعبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر يقع على عاتق ذلك الطرف، ومن ثم لا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول، ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية) نقض مدني في ١٩٦٧/٢/٩ في الطعن رقم ١٦٧، س ٣٣ ق. وانظر في القاعدة المتقدمة أيضاً نقض مدني في ١٩٥٦/٥/٣١، في الطعن رقم ٤٠٨، س ٢٢ ق.

٦ - الأصل هو استحقاق الدائن للتعويض الاتفاقي (في الشرط الجزائي):^(١)

وهذا الأصل نصت عليه المادة ٣٤٨ من القانون المدني اليمني الجديد بقولها: (يجوز الاتفاق مقدماً على مقدار التعويض..^(٢)). وعلى ذلك يستحق

(١) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا اليمنية بأنه (وحيث إن غرامة التقاعس تعويض عن التأخير في تنفيذ الالتزام بتفريغ السفينة في الوقت المحدد وهي إما أن تكون مقدرة في الاتفاق أو بنص قانوني، وحيث التزم المطعون ضدّها بدفع غرامة التقاعس (التأخير) عن تنفيذ الالتزام بتفريغ السفينة في الوقت المحدد لذلك فإن التزامها حجة عليهما) نقض تجاري يمّني في ١٩٩٨/٨/٢٢م في الطعن رقم (٣٥) لسنة ١٤١٨هـ، المبادئ القانونية والقضائية مرجع سابق ص ٢٧ رقم (٤)، وانظر رسالة زميلنا الدكتور محمد الخطيب في سلطة القاضي المدني في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس ١٩٩٢م، ص ٣٥٦ وما بعدها.

(٢) ويقابل هذه المادة المادة ١/٢٢٤ من القانون المدني المصري. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه (إذا كان الشرط الإضافي الوارد في العقد قد ألزم البائع بدفع فرق السعر عن الكمية التي لا يوردها فإن تحقق مثل هذا الشرط يجعل الضرر واقعاً في تقدير المتعاقدين؛ فلا يكلف الدائن بإثباته وإنما يقع على عاتق المدين (البائع) في هذه الحالة عبء إثبات انتفاء الضرر إعمالاً للشرط الجزائي على ما جرى في قضاء محكمة النقض) نقض ١٩٥٩/١١/١٢ في الطعن رقم (٥٢)، س٥٢ ق وقضت بأن عبء الإثبات انتفاء الضرر وعدم استحقاق الدائن للتعويض المنصوص عليه في الشرط الجزائي يقع على عاتق المدين) نقض ١٩٥٢/١٠/٣٠، طعن رقم ٢٢١، س٢٠ ق. وقضت بأنه (متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت أن الطاعن أخل بالتزامه بتوريد باقي كمية... المتعاقد عليها فيكون مسؤولاً عن التعويض، وكان الطرفان قد اتفقا بالعقد على تقدير هذا التعويض فإن هذا الشرط أن يكون على الطاعن عبء إثبات أن مورث المطعون عليهم لم يصبه ضرر نتيجة عدم التوريد) نقض ١٩٧٤/١٢/١٢م، في الطعن رقم ٥٠٠ س٣٩ ق. وانظر نقض مدني مصري ١٩٧٣/٤/٢١م في الطعن رقم ١١، س٣٧ ق، ونقض مدني في ١٩٧٣/١٢/١٨، طعن رقم ٢٦، س٣٨ ق. ونقض ١٩٧١/٣/٢٥، في الطعن رقم ٣٤٣، س٣٦ ق.

الدائن ما اشترط من تعويض اتفاقي بمجرد إثباته خطأ مدينه، دون حاجة إلى إثبات أنه قد لحقه ضرر ما.

ولكن طبقاً لهذه المادة يجوز للمدين إثبات انتفاء الضرر من جانبه، أو أن الدائن صاحب الحق قد اشترك بخطئه في إحداث الضرر أو زيادته.

٧ - الأصل في الالتزام الذي أقام الدائن الدليل على نشوئه عدم تنفيذه:

ذكرنا فيما سبق أن الأصل هو براءة الذمة، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل يقع عبء إثباته، ويترتب على ذلك أنه إذا استطاع الدائن إثبات وجود التزام في ذمة مدينه، فإن الأصل هو عدم قيام المدين بتنفيذ هذا الالتزام، فإذا نازع المدين في ذلك فإنه يدعي خلاف هذا الأصل، ومن ثم فإنه يقع عليه عبء إثبات تنفيذ التزامه^(١).

(١) فالقاعدة في عقد المعاوضة الملزمة للعاقدين أن كل طرف يتحمل عبء تنفيذ التزامه - المادة ٢٢١ من القانون المدني اليمني الجديد، وهذا مانقضت به محكمة النقض المصرية حيث تقول إنه (إذا كانت الدعوى مؤسسة على عقد ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين، فإنه يقع على عاتق كل من التزم بالتزام بمقتضاه عبء إثبات قيامه بما تعهد، وذلك بغض النظر عما إذا كان هو المدعي أصلاً في الدعوى أو المدعى عليه وعما إذا كان قد طلب إحالة الدعوى على التحقيق أو لم يطلب. إذن، متى كان الواقع هو أن المطعون عليه اشترى بضاعة من الطاعنين وأقام الدعوى بطلب إلزامهما بمبلغ هو قيمة ما لم يتم تسليمه من هذه البضاعة وكان الثابت من الأوراق أنه لا نزاع في أن المطعون عليه المشتري - قد قام بالتزامه دفع الثمن، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذا ألقى عبء إثبات تسليم البضاعة على عاتق من يلزمه عقد البيع بذلك، وهما الطاعنان باعتبارهما بائعين) نقض مدني في ١٨/ ١٢/ ١٩٥٢ في الطعن رقم ٢٠٦، س ٢٠ ق. ولا ترتفع على المدين المسؤولية عن عدم التنفيذ إلا بإثباته أن عدم التنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة أو سبب أجنبي لا يد له فيه، فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه يكفي لقيام الخطأ في المسؤولية العقدية ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المترتبة على العقد، ولا ترتفع عنه المسؤولية إلا إذا قام هو بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة أو بسبب أجنبي أو خطأ المتعاقد الآخر). نقض مدني في ٢٤/ ١١/ ١٩٧٠ م في الطعن رقم ١٩٩ س ٣٦ ق.

ففي الالتزام بتحقيق نتيجة معينة إذا أقام الدائن الدليل على نشوء هذا الالتزام فإنه يكفي منه بإثبات ذلك، ومن ثم ينتقل إلى المدين عبء إثبات تحقق تلك النتيجة^(١).

أما إذا كان الالتزام التزاماً ببذل عناية، وادعى الدائن أن المدين لم يبذل القدر المطلوب من العناية، بقي عليه أن يثبت تقصير المدين في ذلك. غير أنه يكفي هنا بإثبات ما يرجح تقصير المدين حتى ينتقل إلى هذا الأخير عبء إثبات أنه بذل عناية الشخص العادي في تنفيذ التزامه^(٢).

- (١) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا اليمنية بأنه (لما كان التزام الناقل هو التزام بتحقيق غاية ويلقى على عاتقه الالتزام بإيصال شحنة البضاعة المراد نقلها إلى المرسل إليه كاملة وسليمة فإذا أصابها تلف أو هلاك أو نقص فإنه يكفي المرسل إليه أن يثبت أن ذلك حدث أثناء تنفيذ عملية النقل. وهذا بحد ذاته يعتبر إثباتاً بأن الناقل لم يرقم بتنفيذ التزامه بإيصال البضاعة سليمة وكاملة للمرسل إليه، مما تنعقد معه مسؤوليته عن هذا الضرر أو النقص، وهذا ما ذهبت إليه المادة ٢٤٣ من القانون البحري اليمني لعام ١٩٩٤م) نقض تجاري يماني في ١٩٩٩/٧/٦م في الطعن رقم (٦) لسنة ١٤٢٠ هـ، المبادئ القانونية والقضائية، مرجع سابق ص ٩٢، رقم (٢٣).
- (٢) نقض مدني مصري في ١٩٦٩/٦/٢٦، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٠، ص ١٠٧٥، ورقم ١٦٦ وقد جاء فيه (لئن كان يقتضي اعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية خاصة إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة، فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، إلا أنه إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح الذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه، فينتقل عبء الإثبات بمقتضاه إلى الطبيب، ويتعين عليه كي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع، التي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال). وانظر في تطبيق هذه القاعدة على مسؤولية صاحب الفندق إزاء النزول، نقض مدني مصري في ١٩٨٠/١/٢٣، الطعن رقم (١٤٦٦)، س ٤٨ ق، وانظر د. سليمان مرقس، المرجع السابق، أحمد نشأت، المرجع السابق - ص (٥٦).

وقد يكون الالتزام الواقع على المدين مفروضاً بنص في القانون، عندئذ يقع عليه عبء إثبات تنفيذه لهذا الالتزام.

من ذلك مثلاً أن المادة ٨٠٠ من القانون المدني اليمني الجديد تقضي بأنه (لا تسمع الدعاوى المتعلقة بالعمل بانقضاء سنة من وقت انتهاء عقد العمل إلا فيما يتعلق باستيفاء الأجر أو بالعمالة، والمشاركة في الأرباح والنسبة من جملة إيرادات الإنتاج أو ما شاكل ذلك فإن المدة لا تبدأ فيها إلا من الوقت الذي يسلم فيه رب العمل إلى العامل بياناً بما يستحقه طبقاً لآخر جرد...) فيفهم من هذا النص أنه يلقي على عاتق رب العمل عبء الالتزام بأن يقدم للعامل بياناً بما يستحقه بحسب آخر جرد، ومن ثم فإن عبء إثبات تنفيذه لهذا الالتزام يقع على عاتقه^(١).

(١) راجع مؤلفنا في شرح أحكام قانون العمل وتأمين إصاباته مطبعة الشوكاني - صنعاء ط ٢ ص ٣٧٠، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن (النص في الفقرة الأولى من المادة ٦٩٨ من القانون المدني على أن تقادم الدعاوى المتعلقة (بالعمالة والمشاركة في الأرباح والنسب المئوية من جملة الإيرادات) لا يبدأ إلا من الوقت الذي يسلم فيه رب العمل إلى العامل بياناً بما يستحقه بحسب آخر جرد) من شأنه أن يلقي على رب العمل - وبطريق التضمن واللزم - عبء الالتزام بأن يقدم للعامل بياناً برقم الأعمال التي يستحق عندها العمولة والمعلومات الضرورية للتحقق من صحته - وإذا كان ذلك وكان الثابت في الدعوى أن الطاعنة لم تلتزم هذا النص الأمر ولم تسلم المطعون عليه هذا البيان والتزمت موقف الإنكار، واكتفت بأن طلبت ندب خبير حسابي للاطلاع على دفاتها وتقدير كمية الأقطان التي قام المطعون عليه بتوريدها، ورفض الحكم المطعون فيه هذا الطلب ولم ير محلاً لإجابته بعد أن قدمت الطاعنة كشفاً موقعاً عليه من المطعون عليه عن مصروفات ترحيل أكياس القطن الموردة ورتب على ذلك أن تقدير الحكم المستأنف لها هو تقدير معقول ومتفق مع الحقيقة والواقع ولا سبيل إلى التشكيك فيه فإنه بهذه التقارير الموضوعية السائغة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات أو أغفل الرد على دفاع الطاعنة وانطوى على قصور (في هذا الخصوص) نقض مدني في ١٩/١/١٩٦٦ في الطعن رقم ٣٨٨ س٣١ق، وانظر د. رمضان أبو السعود المرجع السابق ص ٣٣٤.

٨ - الأصل في الوكالة هو عدمها، وإذا وجدت فالأصل فيها أن تكون مقيدة وإذا كانت مطلقة فالظاهر استمرارها^(١).

وعلى ذلك فإن الأصل أن الشخص يباشر تصرفاته القانونية بنفسه، ومن ثم فإن من يدعي وجود وكالة له من الأصل عليه يقع عبء إثبات ما يدعيه^(٢).

وإذا وجدت الوكالة فالأصل فيها أن تكون مقيدة. وإذا كان التوكيل مطلقاً غير مقيد بمدة معينة ولا بعمل معين فالظاهر استمراره، ومن ادعى خلاف هذا الأصل يقع عليه عبء إثبات ذلك^(٣).

٩ - الأصل هو شمول البيع والرهن للملحقات:

تنص المادة (١٠٠٥) من القانون المدني اليمني الجديد على أن (نماء المرهون متصلاً به أو منفصلاً عنه يتبعه في الرهن ويأخذ حكمه)، وتقضي المادة (١٠٣٦) مدني مصري بأنه (يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً وأنه يشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك مالم يتفق على غير ذلك) فيفهم من هذه النصوص أن الأصل هو أن الرهن يشمل نماء المتولد عنه أو الملحق به بالضرورة لحقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات

(١) انظر المادة ٩٠٥ وما يليها من المواد في القانون المدني اليمني الجديد.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (عبء إثبات الوكالة يقع على من يدعيها، فإذا احتج الغير على الموكل بالوكالة ليرجع عليه بآثار التصرف القانوني الذي عقده مع الوكيل كان على الغير أن يثبت الوكالة ومداها، وأن هذا الوكيل قد تصرف في نطاقها حتى يستطيع إلزام الموكل بهذا التصرف. إذاً الوكيل لا تكون له صفة الوكالة عن الموكل إذا عمل باسم الأخير وجاوز حدود الوكالة) نقض في ١٥/٥/١٩٦٩ في الطعن رقم (٢٥٨) س ٣٥ ق.

(٣) انظر د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٣٦.

والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك، كما يشمل المبيع ملحقاته أيضاً حيث تقضي المادة (٥٢٩) من القانون المدني اليمني الجديد بأنه يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله^(١).

١٠ - الأصل ألا يكون إثراء بلا سبب:

وعلى ذلك فالأصل أنه إذا قام شخص عن قصد بشأن ما لحساب شخص آخر دون أن يكون مأنونا له أو ملزماً به يعتبر متبرعاً بما عمل أو أنفق لأنه في هذه الحالة يعتبر فضولياً مسؤولاً عن خطئه إلا إذا أجازه من له العمل أو نص القانون على حقه في الرجوع على صاحب الشأن وهذا ماقتضت به المادة (٣٢٤) من القانون المدني اليمني الجديد. ولذلك فالأصل أنه لا يحق للفضولي الرجوع على صاحب الشأن المدين بدعوى الفضالة أو الإثراء بلا سبب إلا إذا أثبت حصوله على إجازة ممن له العمل أو أثبت توافر الشروط القانونية التي تجيز له الحق في استرداد ما أنفقه^(٢)، ومن ثم فإن الأصل أن

(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأن العقارات بالتخصيص وفقاً لنص المادة ٦٨٨ من القانون المدني المختلط تعتبر داخلة ضمن الملحقات المشار إليها في المادة المذكورة وتباع مع العقار المرهون ما لم يتفق صراحة على غير ذلك، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه. إذن متى كان الطاعن بوصفه (مدعياً) هو المكلف بإثبات أن المنقولات موضوع النزاع لا يشملها عقد الرهن الصادر منه فإنه كان لزاماً عليه هو أن يقدم هذا العقد إلى محكمة الموضوع في سبيل إثبات دعواه وإذا هو لم يفعل فلا يقبل منه النعي عليها بالخطأ في تطبيق المادة المشار إليها) نقض مدني في ١٤/١/١٩٥٤، مجموعة أحكام النقض، السنة الخامسة ص ٤١، رقم ٢/٦٢ وانظر زميلنا د. قايد سعيد الثريب، الوجيز في أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني ط ١ ٩٥/١٩٩٦م، دار اقرأ. صنعاء ص ١٥١ وما بعدها.

(٢) انظر في هذا المعنى المادة ٣٣٠ من القانون المدني اليمني الجديد التي تنص على أنه (إذا أجاز من له العمل ما قام به الفضولي أو نص القانون على حقه في استرداد ما أنفقه انقلبت الفضالة وكالة تسري عليها أحكام الوكالة إلا ما استثنى بنص).

عبء إثبات حصول الإثراء بلا سبب، ومقداره يقع على عاتق الدائن الفضولي^(١).

١١- الأصل في استعمال الحق خلوه من التعسف:

وقد نصت على هذا الأصل المادة (١٧) من القانون المدني اليمني الجديد التي تقضي بأن (من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر)، فالأصل أنه إذا استعمل الشخص حقه فإنه لا يكون متعسفاً في هذا الاستعمال، ولا يقع عليه عبء إثبات ذلك ولكن على من يدعي

(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (إذا كان عبء إثبات حصول الإثراء بلا سبب ومقداره يقع دائماً على الدائن المفترق فإن المشتري من المفلس - إذا قضى ببطالان عقده طبقاً للمادة ٢٢٨ تجاري- لا يستطيع في جميع الأحوال أن يرجع بالثمن على التفليسة إلا إذا أثبت أنه قد عادت عليها منفعة من هذا الثمن، وبقدر هذه المنفعة يكون رجوعه عليها، وألا يتجاوز ما يرجع به الثمن الذي افتقر به، ويعتبر في هذه الحالة دائناً لجماعة الدائنين بهذه المنفعة. ولذا يحصل على حقه من أموال التفليسة بالأولوية على الدائنين الذين تتكون منهم الجماعة. أما إذا أخفق في هذا الإثبات فإنه لا يستطيع أن يسترد الثمن من أموال التفليسة ولا يكون له في هذه الحالة إلا أن ينتظر حتى تقفل التفليسة، ثم يرجع على المفلس بضمان الاستحقاق طبقاً لما تقضي به المادة ٤٣٣ من القانون المدني؛ إذ إن العقد في العلاقة بينهما يعتبر قائماً صحيحاً. وليس صحيحاً القول تخويل المشتري من المفلس في هذه الحالة الحق في أن يشترك بالثمن في التفليسة بوصفه دائناً عادياً في جماعة الدائنين يخضع مثلهم لقسمة الغرماء، وذلك مالم يثبت السند أن الثمن الذي قبضه المفلس لم يعد بأي نفع على جماعة الدائنين، ذلك أن هذا القول يقوم على أساس افتراض إثراء جماعة الدائنين من الثمن الذي قبضه المفلس وإلقاء عبء هذه القرينة على عاتق السند، وفي هذا قلب لأوضاع الإثبات في دعوى الإثراء وابتداع لقرينة لا سند لها من القانون) نقض مدني في ٣٠/٣/١٩٦٧، في الطعن رقم ١٨٨ س٣٣ق مجموعة أحكام النقض، السنة ١٨، ص١١٢، رقم ٧٢٥، وانظر د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص٣٣٧.

وجود تعسف في هذا الاستعمال عبء إثباته، وذلك بأن يثبت وجود أحد شروط استعمال الحق غير المشروع التي نص عليها القانون المدني^(١).

١٢- الأصل في الشيك أنه أداة وفاء:

الأصل في الشيك أنه يعد أداة وفاء، فلا يثبت للساحب ديناً في ذمة المستفيد، فإذا ادعى الساحب خلاف ذلك وجب عليه إثباته^(٢). فعبء الإثبات يقع على عاتق رافع الدعوى بالنسبة إلى ما يدعيه فيها مما يخالف الأصل، وعلى عاتق المدعى عليه بالنسبة إلى ما يدفعها به بعد أن يقوم المدعي بإثبات دعواه حيث يعتبر المدعى عليه مدعياً في الدفع^(٣).

١٣- الأصل ألا يستحق عوض التأمين إلا بثبوت الضرر أو الخطر:

وقد نصت على هذا الأصل المادة (١٠٦٥) من القانون المدني اليمني الجديد بقولها (التأمين عقد يلتزم به المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي

(١) وقد نصت على هذا المادة ١٧ من القانون المدني اليمني الجديد بقولها: (يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

١- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

٢- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بالقياس إلى ما يصيب الغير من ضرر.

٣- إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة).

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية: بأن إقرار المستفيد من الشيك بأنه لم يستلم الشيك ليكون مديناً بقيمته وإنما لينفق على أعمال والده الساحب هو إقرار موصوف أو مركب لا تجوز تجزئته لتوافر الارتباط بين الواقعة الأصلية وهي قبض الشيك والواقعة المصاحبة لها وهي القصد من القبض) مجموعة أحكام النقض، السنة ١٤، ص ١٢٢ رقم (٨٦٠) ونقض مدني في ١٣/٣/١٩٦٩ مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٠، ص ٤٢٥، رقم ٦٩، وانظر د. سليمان مرقس، المرجع السابق ٩٥ ن. د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٣٨.

(٣) نقض مدني مصري في ٢١/١/١٩٤٦، مجموعة القواعد القانونية ج ٥، ص ٨٠، رقم ٣٣. وانظر د. سليمان مرقس، المرجع السابق، الموضع نفسه.

عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد..).

وعلى ذلك فإن الأصل أن المؤمن له لا يستحق عوض التأمين إلا إذا قام بإثبات وقوع الحادث وتحقيق الضرر أو الخطر المبين في العقد، ومن ثم يقع عبء إثبات الضرر أو الخطر على عاتق المؤمن له وليس الشركة المؤمنة، وذلك لأن المؤمن له هو المضرور إذا ادعى استحقاق التأمين لدى الشركة^(١).

١٤- الأصل هو خضوع النزاع للقانون الوطني:

وقد نصت على هذا الأصل المادة ٢٣ من القانون المدني اليمني الجديد حيث قضت بأن (القانون اليمني هو المرجع في تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقة في قضية تتنازع فيها القوانين..^(٢)) وتنص المادة (٢٩) منه على أنه (يرجع في الآثار المترتبة على العقود إلى قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلف موطن كل منهما فإلى قانون البلد الذي تم فيه العقد مالم يتفق المتعاقدان على قانون آخر أو يتبين من ظروف الحال أنهما قصدا تطبيق قانون آخر وذلك باستثناء العقود التي تبرم في شأن مال غير منقول (عقار) فإنه يطبق قانون موقع المال (العقار)، وهو أصل قد استقرت عليه أيضاً محكمة النقض المصرية في أحكامها حيث قررت بأن المتمسك بتشريع أجنبي لا يعد، وأن يكون متمسكاً بمجرد واقعة يجب عليه إقامة الدليل عليها^(٣)) وعلى ذلك يقع على من يدعي خضوع النزاع لقانون أجنبي عبء إثبات ذلك.

(١) قضت محكمة النقض المصرية بأن(عبء إثبات الضرر يقع دائماً على عاتق المؤمن له دون الشركة المؤمنة) نقض مدني في ١٦/٥/١٩٤٦م، في الطعن رقم(٦٥) س١٥ق. انظر د.رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٣٨.

(٢) وانظر المادة ١٤٢ من قانون أصول المحاكمات اللبناني الجديد.

(٣) نقض مدني مصري في ١/٣/١٩٧٨م في الطعن رقم ٢٧، س ٤٥ق، حيث جاء فيه (المقرر في قضاء هذه المحكمة أن القانون الأجنبي لا يعد، وأن يكون مجرد واقعة مادية يجب على الخصوم تقديم الدليل عليه) وبنفس المعنى نقض مدني مصري في ١٩/١/١٩٧٧م، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٨، ص٢٧٦. وانظر د. رمضان أبو السعود، المرجع =

١٥- الأصل في تنفيذ العقود حسن النية والأمانة:

وهذا الأصل نصت عليه المادة ٢١٢ من القانون المدني اليمني الجديد بقولها (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ماتوجهه الأمانة والثقة بين المتعاقدين إذا كان في العقد إجمال ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد صريحاً فيه فحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للشرع والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

وعلى ذلك فالأصل في الإنسان حسن النية لأن الإنسان يولد جاهلاً بكل شيء، فالأصل فيه إذن عدم العلم بظروف معينة من شأن العلم بها أن يصبح سيئ النية^(١) أو أن يفقد حقه في الرجوع على خصمه بدعوى معينة كدعوى ضمان العيوب الخفية^(٢).

١٦- الأصل هو عدم وجود العادة الاتفاقية:

والعادة الاتفاقية هي اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية معينة من نواحي حياتهم الاجتماعية، ولكن لا يتولد لدى هؤلاء الناس الشعور بأنها ملزمة

= السابق ص ٣٤١، د. محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، طبعة ثانية ١٩٨١م ص ٤٨٦ وما بعدها. د. منصور مصطفى منصور، مذكرات في القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين ص ١٦٠. د. جلال العدوي، مبادئ الإثبات، طبعة ١٩٨٣م ص ٤٩/٥٠.

وانظر عكس هذا الاتجاه د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج ٢ ص ٥٦/٥٥، د. عبد المنعم البدر، في أصول القانون المقارن ص ٩٩ وما بعدها. د. شمس الدين الوكيل في بحثه عن (دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره) مجلة كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العددان الأول والثاني ١٩٦٤/٦٣م فقرة ٨ وما بعدها، د. عز الدين عبدالله في القانون الدولي الخاص الإسكندرية، طبعة ثامنة ١٩٧٧م، ج ٢، ص ٥٧٨. د. عبد الحميد أبو هيف في القانون الدولي الخاص في أوروبا وفي مصر طبعة ١٩٣٤م فقرة ٣٠٦/٣٢٤.

(١) نقض مدني مصري في ١٩٦٧/٦/٢٥، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٨، ص ١٣٢٤،

نقض مدني في ١٩٦٧/٦/١٥ مجموعة أحكام النقض، السنة ١٨، ص ١٢٧٥.

(٢) نقض مدني مصري في ١٩٦٦/١٠/٢٠، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٧، ص ١٥٥٢.

لهم، لذلك لا يفترض من القاضي العلم بها، بل يتعين على الخصوم طلب تطبيقها عليهم لأنها عرف ناقص^(١)، وعلى ذلك من أراد أن يتمسك بحكم العادة الاتفاقية فعليه عبء إثباتها لأنها تقوم مقام الشرط الصريح أو الضمني في العقد، وإذا لم يفلح المدعي بها في إثبات وجودها، فعلى المحكمة ألا تقضي بها^(٢).

١٧- الأصل هو تطبيق المبادئ العامة في القانون:

وهذا الأصل نصت عليه المادة ٢١١ من القانون المدني اليمني الجديد بقولها (العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين وللأسباب التي يقررها القانون الشرعي) وتنص المادة ٣٥٨ منه (بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه..) وعلى ذلك فإن من يتمسك بمقتضى المبادئ العامة في القانون كمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أو مبدأ أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، لا يقع عليه عبء إثبات عدم وجود ما يعطل الأخذ بهذه المبادئ، وعلى العكس فإن من يتمسك بحكم استثنائي على هذه المبادئ كتعديل العقد بسبب ظروف طارئة استثنائية أو بسبب الإذعان.. إلخ^(٣) عليه أن

(١) زميلنا د. عبدالله محمد المخلافي، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الرابعة ٢٠٠٠م، دار الشوكاني للطباعة، صنعاء ص ٩٦/٩٧.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه (متى كان الطاعن يدعي قيام العادة الاتفاقية بين الشركة وموظفيها على العمل في الخارج وفي غير أوقات العمل لديها فإن عليه هو لا على الشركة إثبات وجودها وإثبات أن المتعاقدين كليهما قد قصدا الالتزام بها واتباعها) نقض مدني مصري في ٢٣/٥/١٩٦٢م مجموعة أحكام، السنة ١٣، ص ٦٥٢، رقم ٩٩. وانظر أيضاً نقض مدني مصري في ٢٥/١٢/١٩٦٩م، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٠، ص ١٣٥٦. وانظر د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

(٣) وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة العليا اليمنية بأنه (حيث نصت المادة (٢١٥) من القانون المدني (السابق) على وجوب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما توجبه الأمانة والثقة بين المتعاقدين، وإذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز العدول عنها عن طريق تفسيرها بحجة التعرف على إرادة المتعاقدين) نقض تجاري يميني في ٢٩/٨/١٩٩٨م في الطعن رقم (١٠) لسنة ١٤١٦هـ، المبادئ القانونية والقضائية، مرجع سابق ص ٣٤ رقم (٧) و لمزيد من التفصيل راجع رسالة زميلنا =

يثبت توافر شروط الاستثناءات الواردة على هذه المبادئ بما يسمح له التمسك بها على خلاف الأصل^(١).

١٨- الأصل هو التزام الكفيل دفع ما لا يقبضه الدائن من المدين:

وهذا الأصل نصت عليه المادة (١٠٤٠) من القانون المدني اليمني الجديد بقولها (إذا كانت الكفالة حالة فإن للمكفول له أن يطالب الكفيل أو الأصيل بحقه أيهما شاء).. وعلى ذلك فإذا اختار المكفول له (الدائن) مطالبة الكفيل بحقه ودفع هذا الأخير بأن الأصيل قد سلم للمكفول جزءاً من الدين فإن عليه يقع عبء إثبات ذلك لا على المكفول له؛ لأن الأصل هو عدم قبض المكفول له أي جزء من الدين الذي على الأصيل^(٢).

١٩- الأصل أن اليقين لا يزول بالشك:

وقد نصت على هذا الأصل المادة ٩ من القانون المدني اليمني الجديد بقولها (اليقين لا يزول بالشك، فما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين) فمفاد هذا الأصل - كما يقول النص القانوني - أن ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين، واليقين هو جزم القلب مع الاستناد إلى الدليل القطعي، والشك تجويز الأمرين لا ميزة لأحدهما على الآخر^(٣).

= د. محمد علي الخطيب في سلطة القاضي المدني في تعديل العقد، مرجع سابق ص ٢٠٣، وزميلنا الأستاذ د. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات، ج ١ ص ٢٧٠، ٢٦٧ وما بعدهما، ورسالة زميلنا د. يحيى رزق الصرمي في سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني مع مقارنة أحكام الشريعة الإسلامية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، طبعة أولى ١٩٩٥م، ص ٣١ وما بعدها.

(١) د. سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، مرجع سابق ص ٧٩.

(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (يلتزم الكفيل بتقديم الدليل على القدر الذي قبضه الدائن من الدين حتى يمكن خصمه منه، ولا على المحكمة إن هي لم تلزم الدائن بتقديم هذا الدليل) نقض مدني مصري في ١١/٢١/١٩٧٦، في الطعن رقم ٣٢، س ٣٤ق. د. سمير تناغو والنظرية العامة في الإثبات، مرجع سابق ص ٧٩.

(٣) سليم رستم باز، شرح المجلة العدلية، دار إحياء التراث العربي، بيروت - لبنان - الطبعة الثالثة ص ٢٠.

وعلى ذلك يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الثابت بيقين، لأنه يدعي شكاً، ونورد هنا بعض التطبيقات لهذا الأصل مستقاة أيضاً من أحكام القضاء المصري:

- التحفظ الذي يبديه الناقل في سند الشحن تدليلاً على جهله بصحة البيانات المدونة عنها بسند الشحن لا يعتد به إلا إذا وجدت لدى الناقل أسباب جدية للشك من صحة بيانات الشاحن إذا لم تكن لديه الوسائل الكافية للتحقق من صحتها، ويقع عبء إثبات مسوغات التحفظ على عاتق الناقل^(١).

كذلك لا مكان أن يعد من قبيل اليقين عدم علم المحال له بصورية السبب الظاهر في الورقة، ومن هذا ماقضت به محكمة النقض المصرية بقولها: (إن عبء إثبات علم المحال له بصورية السبب الظاهر في الورقة يقع على عاتق المدين)^(٢) وهذا أيضاً ماتذهب إليه المادة ٣٩٣ من القانون المدني اليمني التي تنص على أن (للمدين أن يتمسك قبل المحال له بكل دفع له قبل المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه).

(١) وهذا ماقضت به محكمة النقض المصرية بقولها: (أوجببت الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من معاهدة سندات الشحن على الناقل استلام البضائع وأخذها في عهده، وأن يسلم إلى الشاحن بناء على طلبه سند الشحن مع بياناته المعتادة بيانات أوردتها في البنود (أ، ب، ج) من تلك الفقرة، ثم نصت على مايتأتى: (ومع ذلك فليس الناقل أو الريان أو وكيل الناقل ملزماً بأن يثبت في سندات الشحن أو يدون فيها علامات أو عدداً أو كمأ أو وزناً إذا توافر لديه سبب جدي يحمله على الشك في عدم مطابقتها للبضائع المسلمة إليه فعلاً، أو عندما لاتتوافر لديه الوسائل الكافية للتحقق منها) مما مؤداه وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة. إن مثل هذا التحفظ الذي يدونه الناقل في سند الشحن تدليلاً على جهله، بمحتويات البضاعة المسلمة إليه أو بصحة البيانات المدونة عنها بسند الشحن لا يعتد به، ولا يكون له اعتبار في رفع مسؤوليته عن فقد البضاعة المسلمة إليه إلا إذا كانت لديه أسباب جدية للشك في صحة بيانات الشاحن أو لم يكن لديه الوسائل الكافية للتحقق من ذلك، ويقع عبء إثبات جدية أسباب هذا الشك أو عدم كفاية وسائل التحقق من صحة هذه البيانات على عاتق الناقل. نقض مدني في ١٧/٤/١٩٧٣، في الطعن رقم ١٤٥، س ٣٨ق.

(٢) نقض مدني مصري في ٢٣/٦/١٩٦٧، في الطعن رقم ٥٥، س ٣٤ق.

- ويعد من قبيل الثابت يقيناً عدم علم المشتري بالعيب الخفي في المبيع، ومن ثم فإن البائع يكون ضامناً لهذا العيب إلا إذا استطاع أن يثبت أن المشتري عالم بالعيب وقت إبرام عقد البيع أو عند تسليم المبيع فعبع إثبات ذلك يقع على عاتق البائع وليس على المشتري عبء إثبات عدم العلم بهذا العيب في ذلك الوقت^(١)، وهذا ما نصت عليه المادة ٥٤٦ من القانون المدني اليمني الجديد بقولها: (يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم التي كفل للمشتري وجودها فيه.. ولكن البائع لا يضمن العيوب والصفات التي كان المشتري يعرفها وقت العقد إلا إذا اثبت المشتري غش البائع).

- ومن الثابت يقيناً أيضاً أن الولد للفراش^(٢) وقد اعتبرها المشرع اليمني في المادة ١٥٥ من قانون الإثبات من القرائن القانونية القاطعة التي لاتقبل إثبات العكس، حيث نصت هذه المادة على ما يلي: (القرائن القاطعة نوعان:

(١) وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (مادام الحكم قد انتهى إلى العيب الذي لحق بالمبيع كان خفياً فإنه إذا ألقى على البائع عبء إثبات أن المشتري كان يعلم وقت استلام المبيع بهذا العيب وأجاز له إثبات ذلك بجميع الطرق، وإذا ألزم البائع بضمان هذا العيب بعد أن عجز عن إثبات هذا العلم فإن الحكم لا يكون مخالفاً للقانون؛ ذلك أنه متى كان العيب خفياً يفترض أن المشتري لا يعلم به، فإذا أراد البائع التخلص من الضمان فعليه هو عبء إثبات أن المشتري كان لا يعلم بالعيب وقت تسليم المبيع) نقض مدني في ٣٠/١٠/١٩٦٦، في الطعن رقم ٣٨٤، س ٣٣ ق.

(٢) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه (متى كان الواقع في الدعوى أن المطعون عليه الأول أقامها منكرًا نسب ابنة الطاعنة إليه فدفعتها هذه الأخيرة بأنها رزقت بها منه على فراش زوجية حرر بها عقد عرفي فقد منها، ولما كان الدفع في اصطلاح الفقهاء هو دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينصب المدعى عليه خصماً عنه يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعي بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعياً إذا أتى بدفع ويعود المدعي الأول مدعياً ثانياً عند دفع الدفع، فإن ماجرى عليه الحكم المطعون فيه من التحقق من ثبوت الزوجية بالفراش ومن تكليف الطاعنة إثباته توصلًا لثبوت النسب باعتبارها مدعية فيه مع أن الدعوى مقامة أصلاً بإنكار النسب من المطعون عليه الأول، يتفق مع المنهج الشرعي السليم)، نقض مصري في ٢٥/٢/١٩٧٥، في الطعن رقم ٢٩، س ٣٩ ق.

أ- قرائن قاطعة قانونية لا تقبل إثبات العكس فهي تغني من قررت لمصلحته عن أي دليل آخر كقرينة الولد للفراش وحجية الحكم والنكول عن اليمين.. كما نصت المادة (١٥٦) على أنه (كل قرينة قاطعة قانونية لا يجوز نقضها، ويتعين الأخذ بها والحكم بمقتضاها). نرى من هذه النصوص أن مشرعنا لم يكن موفقاً في اعتبار قرينة الولد للفراش قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس بل كان ينبغي له أن يعتبرها من ضمن القرائن القانونية التي تقبل إثبات العكس، لأن الحديث النبوي الشريف صريح في جواز إثبات العكس (الولد للفراش، وللعاشر الحجر)^(١) أي افتراض شرعية الولد لمجرد وجود عقد الزواج، دون حاجة إلى دليل آخر، مالم يثبت أن الزوجة عاهر، أو إثبات الولادة قبل مضي ستة أشهر من إبرام عقد الزواج.

٢٠- الأصل بقاء ما كان على ما كان:

وهذا الأصل نصت عليه المادة ١١ من القانون المدني اليمني الجديد بقولها (والأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيرهِ..) ويعبر عن هذه القاعدة بالاستصحاب السابق لذلك الاستصحاب، وهو الحكم ببقاء أمر محقق لم يظن عدمه، وهو على نوعين؛ الأول: بقاء الشيء في الحال على ما كان عليه في الماضي إلى أن يقوم الدليل على خلافه، والثاني: اتخاذ الحال الحاضر دليلاً على ما كان عليه الشيء في الزمن السابق، ويقال له الاستصحاب المقلوب لأنه عكس الأول^(٢). وعلى ذلك يقع على من يدعي عدم بقاء هذا الأمر المحقق عبء إثبات ذلك^(٣).

(١) صحيح البخاري بشرح السندي، مطبعة العثمانية بمصر، ط أولى ١٣٥١هـ، ج ٤ ص ١١٤، السنن الكبرى للبيهقي، ط أولى حيدر آباد الهند، ١٣٤٤هـ، ج ٦، ص ٨٦.

(٢) سليم رستم رستم، شرح المجلة العدلية، مرجع سابق ص ٢٠.

(٣) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (المقرر في قواعد الإثبات أن من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف إثباته أما من يدعي خلاف الأصل فعليه هو عبء إثبات مايدعيه، ولما كان الطاعنون قد أقاموا دعواهم على سند من القول بأن المطعون عليها تركت الإقامة مع والدتها بعين النزاع بعد زواجها بالأردن فأنكرت المطعون عليها ذلك تمسكاً منها بالاستمرار في الإقامة في عين النزاع قبل الزواج وبعده وعدم تخليها عن الإقامة فيها حتى الآن، فإن المطعون عليها تكون بذلك قد تمسكت بالثابت أصلاً =

٢١- الأصل أن يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته:

وقد نصت على هذا الأصل المادة ٤٤٦ من القانون المدني العراقي، وهي قاعدة شرعية مستمدة من الفقه الإسلامي شأنها في ذلك شأن القواعد السابقة الذكر، ولذلك لا يوجد ما يمنع من الأخذ بها في قانوننا للسبب السابق الذكر ولأنها تتفق مع القواعد العامة لعبء الإثبات في القانون المدني وقانون الإثبات حيث تنص المادة ١٨ من القانون المدني اليمني على أن (المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي) وعلى ذلك إذا حصل خلاف في زمن حدوث أمر وتصرف ما فإنه ينسب إلى أقرب الأوقات ما لم يوجد دليل على عكس ذلك، فإذا صدر تصرف من المورث لشخص وادعى الورثة أنه صدر في مرض الموت وادعى المتصرف إليه أنه صدر قبل ذلك فإنه يجب أن ينسب التصرف إلى أقرب أوقاته أي إلى مرض الموت مالم يقيم الدليل من جانب المتصرف إليه أنه قد صدر من زمن بعيد أي زمن الصحة^(١). وكذلك الحال، إذا تنازع المحجور عليه والمتصرف إليه منه في زمن التصرف فالأصل إضافة التصرف إلى وقت الحجر وهو أقرب الأوقات^(٢).

= فلاتكلف إثباته ولايقدح في ذلك إبداءها الاستعداد لإثبات تلك الإقامة لأن الحكم المطعون فيه وقد وجد في أوراق الدعوى مايكفي لتكوين عقيدته لا يكون - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ملزماً بإجابة طلب الإحالة إلى التحقيق)، نقض مدني في ١٢/٢٣/١٩٧٨، الطعن رقم ١٢، س ٤٨ ق ونقض مدني في ٢/٧/١٩٨١، في الطعن رقم ٣٧٨، س ٥٠ ق.

(١) سليم رستم باز، المرجع السابق ص ٢٤، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

(٢) سليم رستم باز، المرجع السابق ص ٢٤، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٤٧. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن «العقد الصادر من المدعي إنما صدر بعد طلب الحجر عليه وبأن تاريخه مغاير للحقيقة فإن هذا ادعاء بغش واحتيال على القانون يجوز إثباته بأي طريق من طرق الإثبات، ويقع عبء الإثبات على عاتق الموصى له، لأنه مدع والبيئة على من ادعى» نقض مدني في ١٧/٤/١٩٥٢، في الطعن رقم ١٥٠، س ٢٠ ق.

ب- يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الظاهر:

من خلال استعراضنا للقواعد التي تعد أصلاً يتضح أن هناك فرقاً بين الأصل والظاهر حيث إن الأصل:

قواعد تستخلص بالعقل والمنطق (أو بالنص)، أما الظاهر فهو وضع أو موقف ثابت في نظر الكافة، فيظن أنه الوضع أو الموقف الحقيقي إلا إذا ثبت كذب هذا الوضع أو الموقف^(١) لذلك لا يقع عبء الإثبات على من كان قوله أو موقفه أو وضعه على وفق الظاهر، وإنما يلقي عبء الإثبات على من يدعي خلاف هذا الظاهر:

وبناء على ذلك، فإن من قبيل ما يعد ظاهراً الأوضاع التالية:

١- الظاهر أن الحائز هو المالك:

وقد نصت على هذا الظاهر المادة (١١١) من القانون المدني اليمني الجديد، حيث تقضي بأن (من كان حائزاً لشيء أو حق اعتبر مالكا ما لم يقر الدليل على غير ذلك)^(٢) وعلى ذلك إن من يضع يده على الشيء يعتبر صاحب حق عليه، وذلك احتراماً للوضع الثابت ظاهراً. ومن هنا ظهرت قاعدة أن الحيابة في المنقول سند الحائز^(٣)، فاليد الثابتة على شيء قرينة ظاهرة على الملك وفقاً لتعبير القانون المدني اليمني الجديد في المادة (١١٢) منه وقاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية وفقاً لتعبير القانون المدني المصري؛ لذلك فالقانون يحمي الملكية بصورة غير مباشرة عن طريق حيابة العين واعتبار الحائز مالكا له إلى

(١) د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

(٢) وتقابل هذه المادة (٩٦٤) من القانون المدني المصري التي تقضي بأن (من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري أن المشرع بهذا النص جعل الحيابة قرينة على الملكية ج ٦، ص ٤٨٢، وهو ما يذهب إليه جمهور الفقه المصري.

(٣) انظر تفصيلات هذه القاعدة زميلنا الدكتور محمد يحيى محمود المطري، دور الحيابة في المنقول في القانون المدني المصري واليمني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص ٣٩٩ وما بعدها.

أن يثبت خلافه. ونتيجة لذلك فإن مركز الحائز في الدعوى هو عادة مركز المدعى عليه، فلا يطالب بإثبات سند حيازته وعلى من يدعي ملكية العقار على الحيازة إثبات ملكيته^(١) فأخذ القانون يجعل الحائز في هذا المركز ويجعل عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي خلاف هذا الظاهر^(٢).

٢- والظاهر أيضاً أن حق الملكية خال من الحقوق العينية التي تشغلها، وقد نصت على هذا الظاهر المادة ١١٥٧ من القانون المدني اليمني الجديد بقولها (لمالك الشيء كل فوائده الأصلية والفرعية وملحقاته وتوابعه شرعاً

(١) د. رضا المزغني، أحكام الإثبات، معهد الإدارة العامة بالسعودية، ط ١٩٨٥ ص ٥٣.
(٢) وطبقاً لهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأنه «إذا عجز المدعي عن إثبات سبب ملكيته، فلا حاجة للتزيد في بحث ملكية المدعى عليه» نقض مدني مصري في ١٤/٤/١٩٥٢، مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة ج ١، ص ٢٨، فقرة ١٧. وقضت بأن طالب التعويض عن تهمد بنائه مكلف إثبات ملكيته للبناء إذا أنكرها المدعى عليه.
نقض مدني مصري في ١٧/٤/١٩٥٢، المرجع السابق، ص ٢٧، فقرة ١١. وقضت بعدم جواز تكليف ناظرًا لوقف الواضع يده على أطيانه بتقديم كتاب الوقف أو إشهاده.

نقض مدني مصري في ٢٣/١/١٩٤٧، المرجع السابق فقرة ١٤. وقضت بأن من الخطأ إغفال المحكمة بحث سند ملكية المدعي للأطيان محل النزاع وبحث ملكية المدعى عليه لها إذا كان موضوع النزاع هو تصرف المدعى عليه في أطيان مملوكة للمدعي. نقض مدني مصري في ١٥/١/١٩٣٩، المرجع السابق ج ٢، ص ٩٩٣، فقرة ٢١. وقضت بأن الحكومة كالأفراد عليها عبء إثبات ملكيتها العقارية في وجه الغير. نقض مدني مصري في ٢٢/٢/١٩٥١، المرجع السابق، ج ١، ص ٣١، فقرة ٤٦. وقضت بأن ثبوت حيازة المال المودع يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن النية، وعبء الإثبات يقع على من يدعي العكس. نقض مدني مصري في ٢٦/١١/١٩٥٣، المرجع السابق، ص ٣٠، فقرة ٣١. وقضت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض المصرية باعتبار الزرع ملكاً لزارعه وعدم أحقية مالك الأرض في ملكية هذا الزرع بحكم الالتصاق إلا إذا أحكم بعدم أحقية الزارع في وضع يده على الأرض. نقض جنائي مصري في ٣٠/١١/١٩٤٢، مجموعة القواعد في ٢٥ سنة، ملحق ج ٢، للدائرة المدنية، ص ١٣٠٢، فقرة ١.

وعرفاً ما لم يوجد نص أو اتفاق على خلاف ذلك^(١) فالمالك الذي يتمسك بهذا الظاهر لا يطالب بإثباته، وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف هذا الظاهر. وعلى ذلك فمن يدعي وجود حق ارتفاق على ملك المالك، أو حق انتفاع أو حق مرور قانوني أو حق عيني تبعي كالرهن مثلاً إثبات مايدعيه، لأنه يدعي خلاف الظاهر الذي هو خلو حق الملكية مما يثقله من أعباء وتكاليف عينية^(٢).

٣- الظاهر هو اجتماع سلطات حق الملكية جميعها لصاحبه:

وقد نصت على هذا الوضع الظاهر المادة ١١٥٤ من القانون المدني اليمني الجديد بقولها:

«لمالك الشيء وحده في حدود القانون الشرعي، حق الانتفاع به واستعماله واستغلاله والتصرف فيه^(٣)». وعلى ذلك من كان يملك شيئاً فإن الوضع الثابت ظاهراً هو تمتعه بسلطات الملكية الثلاث من استعمال واستغلال وتصرف، ويقع على من يدعي عكس هذا الظاهر عبء إثبات ذلك.

٤- الظاهر هو شمول ملكية الأرض لما فوقها وما تحتها:

وقد نصت على هذا الوضع الظاهر المادة ١١٥٦ من القانون المدني اليمني الجديد حيث تقضي بأن (ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى

(١) انظر في شرح هذه المادة د. محمد محمد الغشم، محاضرات في حق الملكية في القانون المدني اليمني، دار الشوكاني للطباعة ٢٠٠٠م ص ٣١ وما قبلها.

(٢) نقض مدني مصري في ١٧/٢/١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٧، ص ٤٥٣. وانظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٧٤، د. رمضان أبو السعود المرجع السابق، ص ٣٥١/٣٥٠.

(٣) انظر زميلنا د. محمد محمد الغشم، المرجع السابق ص ١٥ وما بعدها، وأستاذنا الدكتور جميل الشرقاوي الحقوق العينية الأصلية في القانون المدني اليمني، الكتاب الأول (حق الملكية طبعة ١٩٨٦م دار النهضة العربية القاهرة ص ٤٠ وما بعدها، وزميلنا د. مأمون أحمد الشامي، حق الملكية في القانون المدني اليمني ١٩٩٦م دار الفكر المعاصر، صنعاء ص ٤٤ وما بعدها، د. مصطفى عبد السيد الجارحي، الملكية وما يتفرع عنها، المجلد الأول حق الملكية ط ١، ١٩٩٠م، وحدة الكتاب الجامعي بجامعة صنعاء ص ٣٠ وما بعدها.

الحد المفيد في التمتع بها علواً أو عمقاً^(١)). وعلى ذلك من يدعي خلاف هذا الظاهر أن يقيم الدليل عليه.

٥ - ويعد ظاهراً أيضاً أن الأموال العامة تبقى كذلك حتى يثبت انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة.

وقد نصت على هذا الظاهر المادة ١١٩ من القانون المدني اليمني الجديد بقولها «تفقد الأموال العامة صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة بالفعل» وعلى ذلك يقع على من ادعى المال العام قد فقد تخصيصه للمنفعة العامة عبء إثبات ذلك بأن يثبت أولاً أن هذا المال قد أصبح مملوكاً للدولة ملكية خاصة، وقبل ذلك لا يصح أن يمتلك المال العام لأي سبب من الأسباب التي يجوز فيها تملك المال الخاص^(٢).

٦ - يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه:

وهذا يعني أنه يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه باعتبار أن هذا الظاهر يدل على الباطن الذي يتعذر الاطلاع عليه، وهو علة الحكم^(٣). ومن أمثلة ذلك مانص عليه المشرع اليمني في المادة ٥٤٦ من القانون المدني الجديد التي

(١) انظر شرح هذه المادة زميلنا د. محمد الغشم، المرجع السابق ص ٢٩ وما بعدها، وكذا المراجع السابقة.

(٢) قضت محكمة النقض المصرية (أنه لجواز تملك الأموال العامة بالتقادم يجب أن يثبت أولاً انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة؛ إذ من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل في عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها، ثم يثبت وضع اليد عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية. فإذا اعتبر الحكم المطعون فيه مجرد وضع يد المطعون ضدهم مدة تزيد على خمسة عشر عاماً بغير اعتراض أو منازعة من الحكومة (الطاعنة) هو السبب الذي أزال عن أرض النزاع تخصيصها للمنفعة العامة ورتب على ذلك اكتسابهم ملكيتها فإنه يكون مخطئاً في القانون). انظر مجموعة أحكام النقض، السنة ١٧، ص ٩٠٨، رقم ١٢٤.

(٣) د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م، ص ١٢٦.

قضت بأنه: (يضمن البائع العيب ولولم يكن عالماً بوجوده، ولكن البائع لا يضمن العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت العقد..)^(١). وعلى ذلك فإن المشتري إذا اطلع على عيب موجود في البيع وقت إبرام العقد أو قبله واتخذ مسلكاً بأن قام بعرض أو استعمال المبيع بعد شرائه للبيع مثلاً كان ذلك رضاً منه بالعيب غير أنه يقع على البائع عبء إثبات علم المشتري أو إمكانية العلم بهذا العيب، لأنه وإن كان سبب الرضا أمراً باطنياً فإن المشرع أقام مقامه شيئاً ظاهرياً يدل عليه، وهو تصرف المشتري تصرف الملاك كاستعماله أو إيجاره أو بيعه ومن ثم سقوط حق المشتري في الرجوع على البائع بخيار العيب.

ومما يجدر التنويه به أخيراً، أنه في حالة تعارض الأصل والظاهر وكان كل من صاحب الأصل وصاحب الظاهر مدعياً، فإن عبء الإثبات في هذه الحالة يقع على عاتق من يتمسك بالظاهر^(٢)؛ لأنه لا يحكم بخلاف الأصل إلا بالبينة، أما

(١) ويقابل هذه المادة ٤٤٧ / ٢ مدني مصري. وقرب من هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها إنه (متى كان الحكم بعد أن أورد الدليل على أن المنزل مخصص لسكن الورثة، أضاف أن مصلحة الضرائب لم تدل على خلاف ذلك، فلا يكون الحكم قد ألقى على المصلحة عبء إثبات شرط الإعفاء من الضريبة) نقض مدني في ١١/٤/١٩٧٣، في الطعن رقم ٣٠٦، س ٣٥ ق. فالظاهر أن المنزل (أو الشقة) يكون مخصصاً لسكن، وعلى من يدعي خلاف الظاهر إثبات ذلك د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٥٣، هامش ١.

(٢) وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه (مادام أن عقد الطاعن يفضل عقد المطعون عليه لأسبقيته في التسجيل فإن الملكية تكون قد انتقلت - في الظاهر (أي الأصل هنا) إلى الطاعن بالعقد، فإذا ادعى المطعون ضده أنه كسب هذه الملكية بالتقادم (أي يدعي بالظاهر) فهذه من قبله دعوى مخالفة للظاهر (أي الأصل) من الأمر فعليه عبء إثباتها، ومن ثم يكون خطأ تأسيس الحكم برفض دعوى الطاعن على مجرد إخفاقه في إثبات ما هو غير مكلف قانوناً بإثباته) نقض مدني مصري في ٢٨/١٠/١٩٦٥ في الطعن رقم ٣٣٠، س ٣٠ ق. كذلك قضت بأن (القانون إنما يكلف المدعي إقامة الدليل على دعواه، إلا إذا سلم له خصمه بها فإنه يعفيه من إقامة الدليل على ما اعترف به. فإذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ولكنه تملكها بالتقادم (أي في القانون اليمني بوضع اليد مثلاً) ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض، وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية. فقد خالفت القانون باقتضاءها دليلاً على أمر معترف به) نقض مدني مصري في ٢٣/١١/١٩٣٣ في الطعن رقم ٢٧، س ٣ ق.

إذا تمسك كل من المدعين بالظاهر فلا حرج في أن يقع على أيهما أو كليهما معاً عبء الإثبات، ويكون الترجيح لما كان ظاهره أقوى من غيره^(١)، وهذا ما ذهبت إليه المادة (١١١٢) من القانون المدني الجديد التي تقضي بأنه (لا يثبت حق بيد في ملك الغير أو في حقه أو في حق عام إلا ببينة شرعية..) كما تنص المادة (١١١٦) منه على أنه (عند الترجيح بين أدلة مدعي الملك وبين الثبوت بالقرائن يتبع ما يأتي:

أ - ينظر إلى حالة ثابت اليد وهل هو ممن يجوز منه الاغتصاب، أو من سلفه وقت ادعاء الاغتصاب أم لا، فإن وجد كذلك فهذه قرينة تقوي حجة المتمسك بالمرقوم على ذي اليد.

ب - ينظر إلى مدة ثبوت ذي اليد ومتى بدأت فإن كانت متأخرة عن التاريخ الذي كتب فيه المرقوم فهذه قرينة تقوي حجة المتمسك بالمرقوم على ذي اليد.

(١) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه (إذا تمسك مدعي الملكية بأنه تملك الأطنان المتنازع عليها بالشراء ممن تملكها بالتقادم من مالكة الأصلي، ودفع المدعي عليه بأنه هو الذي تملك بالتقادم وأمرت المحكمة الابتدائية بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات وضع اليد بشهادة الشهود، وحملت المدعى عليه عبء الإثبات فقبل هذا الحكم التمهيدي ولم يستأنفه، ثم لما أصدرت حكمها القطعي نفت ملكية المدعي عليه وأثبتت في الوقت نفسه ملكية المدعي وردت هذه الملكية إلى سببها القانوني وهو التقادم، وسأقت على هذا التقادم أدلة من شأنها أن تؤدي إليه، فإنها لا تكون قد أخطأت في تطبيق قواعد إثبات الملكية. ولو جعلت في المقام الأول من الأدلة التي لا تكون قد أخطأت في تطبيق قواعد إثبات الملكية. ولو جعلت في المقام الأول من الأدلة التي أوردتها على تملك المدعي بالتقادم ما استفاده من إخفاق المدعي عليه في دفاعه وما ترتب على هذا الإخفاق من انتفاء وضع يده، فذلك حقها الذي لامعقب عليه؛ إذ إن وضع اليد واقعة تقبل الإثبات بالطرق كافة بما فيها القرائن، والقرائن القضائية من الأدلة التي لم يحدد القانون حجيتها والتي أطلق للقاضي في الأخذ بنتيجتها وعدم الأخذ بها، لما أطلق له في أن ينزل كل قرينة منها من حيث الأهمية والتقدير المنزلة التي يراها) نقض مدني مصري في ١٠/١٠/١٩٤٦ في الطعن رقم ١٢٠، س ١٥ ق. وانظر د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٥٤.

ج - ينظر إلى حال المتمسك بالمرقوم وهل كان حاضراً في مكان الشيء المتنازع عليه في مدة ثبوت ذي اليد أم كان غائباً أو ضعيفاً أو ذا بلاهة كان ذلك مقوياً لحجته على ذي اليد.

د - ينظر إلى حال الجهة التي حصل فيها النزاع وهل تجري فيها الأحكام الشرعية وينصف المظلوم من الظالم وقت ادعاء الغصب، فإن كانت كذلك كان ذلك مقوياً للثبوت^(١).

ج - يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الثابت فرضاً (القرينة القانونية)

وقد يحل محل الأصل في نطاق الحقوق الشخصية ومحل الظاهر في نطاق الحقوق العينية وضع يفرض القانون وجوده عن طريق قرينة قانونية يقيمها، فيكون الثابت فرضاً كالثابت أصلاً وكالثابت ظاهراً^(٢)، وعلى ذلك فإن من يدعي عكس ما يثبت ظاهراً أو فرضاً من القرينة القانونية عبء إثبات ذلك.

ونعرض فيما يلي لبعض التطبيقات بهذا الشأن:

١ - فمثلاً الثابت فرضاً مسؤولية المكلف الرقابة على القاصر إذا أحدث بعمله غير المشروع ضرراً بالغير: القياس يقتضي أن يثبت المدعي، فوق العمل غير المشروع الصادر من القاصر، تقصيراً من المكلف الرقابة في تأدية واجبه. ولكن القانون فرض أن هذا التقصير قد وقع منه بمقتضى قرينة قانونية أقامها ضده (المادة ٣١١ من القانون المدني اليمني الجديد). فلا يكلف المدعي إثبات التقصير، وينتقل عبء الإثبات إلى المدعي عليه الذي هو بدوره يستطيع أن يتخلص من هذه المسؤولية إذا أثبت أنه قام بواجب الرعاية أو يثبت أن الضرر كان لا بد واقعاً بأمر غالب، ولو قام بهذا الواجب

(١) لمزيد من التفصيل عن الثبوت والغصب. راجع رسالة زميلنا الدكتور يحيى عبدالله الجرافي في الغصب وأثره في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني، دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ١٩٩٥م، ص ١٤٤/٥٠.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج٢ ص ٧٤. د. محمد حسين الشامي، النظرية العامة في الالتزامات، ج ١، ص ٣٧٢.

بما ينبغي من العناية^(١). وكذلك الحال في مسؤولية حائز الحيوان عن الحيوان، وفي مسؤولية حائز البناء عن تهدم البناء، وفي مسؤولية حائز الآلات أو الأشياء التي تتطلب حيازتها عناية خاصة، كل هؤلاء تقوم مسؤوليتهم التقصيرية على أساس الخطأ المفترض في جانبهم بحكم القانون افتراضاً يقبل إثبات العكس^(٢) (المواد ٣١٥، ٣١٦، ٣١٧ من القانون المدني اليمني الجديد).

٢ - ومن الثابت فرضاً أيضاً الوفاء بأقساط الأجرة السابقة إذا أثبت المدين وفاء القسط اللاحق.

الأصل يقتضي أنه إذا أثبت المؤجر عقد الإيجار وجب على المستأجر إثبات وفائه بجميع أقساط الأجرة التي استحققت من وقت بدء الإيجار، وهذا الإثبات قد يصبح عسيراً على المستأجر إذا طالت المدة وكثرت الأقساط؛ لذلك رأى المشرع مساعدة المستأجر في هذه الحالة بإنشاء قرينة قانونية لمصلحة المستأجر افترض بمقتضاها براءة ذمته من الأقساط السابقة تأسيساً على ثبوت وفائه بقسط لاحق وجرياً مع الغالب من أن المؤجر لا يعطي إيصالاً بقسط لاحق إلا إذا كان قد استوفى ما قبله من أقساط. فنص في المادة ٧٢٢ من القانون المدني اليمني الجديد على أن (الوفاء بقسط الأجرة لمدة متأخرة قرينة على الوفاء بالأقساط للمدد السابقة عليها مالم يقيم دليل على عكس ذلك) فإذا تمسك المستأجر بهذه القرينة وأثبت وفاءه بقسط الأجرة الأخير ثم ادعى المؤجر أن إعطائه الإيصال بالقسط الأخير كان بناء على اتفاق بينه وبين المستأجر على تعليق الأقساط السابقة لنزاع في شأنها أو بناء على تحرير سند خاص باستحقاقها في ذمة المستأجر أو بناء على إيهام المستأجر بإياه أنه أرسل إليه الأقساط السابقة بطريق البريد، وجب على المؤجر إثبات ذلك باعتباره مدعياً خلاف الثابت فرضاً، فإن أثبتته سقطت القرينة القانونية وزال ماترتب عليها من

(١) لمزيد من التفصيل راجع د. محمد حسين الشامي، المرجع السابق، ص ٤١٠ وما بعدها.

(٢) المراجع السابقة، الموضع نفسه.

إعفاء المستأجر من عبء الإثبات، وأصبح الثابت عرضاً أن نذته مشغولة بأقساط الأجرة السابقة، ووقع عليه عبء إثبات الوفاء، فإن قام به حكم ببراءة نذته وبردض دعوى المؤجر قبله وإلا حكم عليه^(١).

٣ - ومن الثابت فرضاً أن صاحب العمل غير متعسف في تقدير كفاية العامل: فلصاحب العمل سلطة تقدير كفاية العامل وأن يضعه في المكان الذي يناسبه، وهذا مانص عليه المشرع اليمني في المادة (٢/٨٩) من قانون العمل اليمني الجديد رقم ٥ لسنة ١٩٩٥م والمعدل له بأن يلتزم صاحب العمل من خلال إدارته بما يلي: (توجيه وتوزيع العمال بما يتناسب مع مؤهلاتهم العلمية والعملية وكفاءتهم ويحقق مصلحة العمل)، وتنص المادة ٧٩٧ من القانون المدني اليمني الجديد على أنه (إذا دفع رب العمل العامل بتصرفاته العامل إلى فسخ عقد العمل وعلى الأخص بمعاملة جائرة أو بمخالفة شروط العقد يكون هو في الظاهر) أي الثابت هنا فرضاً الذي أنهى العقد تعسفياً ولا يعتبر نقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذي كان يشغله كذلك إذا ما اقتضته مصلحة العمل، ولكنه يعتبر كذلك إذا كان الغرض منه الإساءة إلى العامل) وعلى ذلك إذا ادعى العامل أن نقله أو تكليفه بعمل آخر من جانب صاحب العمل قد تم بدون وجه حق فإن عليه يقع عبء إثبات ذلك^(٢)؛ لأن

(١) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، المرجع السابق ص ٩٧/٩٨.

(٢) راجع للمؤلف، شرح أحكام قانون العمل، مرجع سابق ص ١٩٨ ومابعدها والأحكام القضائية العديدة التي أشرنا إليها في هامش ص ٢٠٠ ومابعدها، والتي منها ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها: إن (من سلطة رب العمل أن يكلف العامل عملاً آخر غير المتفق عليه لايختلف عنه اختلافاً جوهرياً، وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذي كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك، بحيث إذا رفض العامل النقل كان في وسع صاحب العمل أن ينهي عقد العمل) نقض مدني مصري في ١٩٧٢/٢/٢ في الطعن رقم ٤٤٤ مجموعة النقض للهيوري، ج ١، ص ٢٠٠ رقم (٢٠٣)، وكذا نقض في ١٩٧٧/١٢/١٠م في الطعن رقم (٨٤) قضاء النقض للهيوري، ج ٢، ص ١٠٨ ونقض مدني مصري في ١٩٧٠/٤/١٥م في الطعن رقم (٤١٦)، س ٣٤ ق. الذي جاء فيه أن (من سلطة رب العمل =

الثابت فرضاً بحكم القانون هو أن صاحب العمل غير متعسف في تكليف العامل أو نقله إلى عمل لا يختلف عن عمله الأصلي اختلافاً جوهرياً فإذا ادعى العامل تعسف صاحب العمل في ذلك فعليه عبء إثبات هذا التعسف لأنه مدعي خلاف ما هو ثابت فرضاً بحكم القانون الذي يجيز الترخيص لصاحب العمل في الخروج على ما يقرره عقد العمل في حالة عدم وجود اختلاف جوهري بين العمل الأصلي والعمل الجديد.

٤ - ومن الثابت فرضاً أن صاحب العمل متعسف في إنهائه لعقد العمل غير المحدد المدة في حالات معينة:

الأصل أن العامل إذا ادعى أن إنهاء صاحب العمل لعقد العمل غير المحدد المدة كان تعسفياً فعليه يقع عبء إثبات ذلك؛ لأنه يدعي خلاف الأصل الذي هو أن صاحب العمل يستعمل حقه المشروع في تنظيم مشروعه وإدارته ولكن المشرع أعطى للعامل مركزاً قانونياً خاصاً طبقاً لنص المادتين ٧٩٦، ٧٩٧ من القانون المدني اليمني الجديد والمادة ٣٧ من قانون العمل اليمني الجديد، فمن الثابت فرضاً في هذه المواد أن المشرع أقام قرينة قانونية على أن الإنهاء تعسفي لعقد العمل من جانب رب العمل في حالات معينة، وهذه الحالات هي حالة الإنهاء بسبب حجوز أو ديون على العامل وحالة دفع رب العمل بتصرفاته الجائرة أو مخالفة شروط العقد إلى قيام العامل بفسخ عقد العمل وحالة إنهاء

= التنظيمية - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - تقدير كفاية العامل ووضعه في المكان الذي يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج، وله أن يكلف العامل عملاً آخر غير المتفق عليه، لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً، وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملائمة من المركز الذي كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك، كما أنه إذا استبان لرب العمل عدم كفاية العامل اعتبر ذلك مأخذاً مشروعاً لتعديل عقد العمل أو إنهائه، وعلى من يدعي عدم صحة هذا المأخذ والتعسف في إنهاء العقد عبء إثباته. ولأمل لما يتحدى به الطاعن (العامل) من عدم التزام المطعون عليه (رب العمل) أحكام المادة ٦٦ من قانون العمل؛ ذلك أن تقدير رب العمل لكفاية العامل لاشان له بقواعد التأديب وإجراءاته).

العقد خلال مرض العامل أو تمتعه بإحدى إجازاته الأخرى. ففي هذه الحالات إذا حدث أن قام رب العمل بإنهاء عقد العمل فإنه يعتبر متعسفاً ويخضع لأحكام التعسف بالإلغاء غير المشروع، ومع ذلك يكون لصاحب العمل الحق في إنهاء العقد غير المحدد المدة إذا توافر المسوغ المشروع، ويقع عبء إثبات المسوغ على عاتق رب العمل^(١).

٥- من الثابت فرضاً أن العقد يتم بمجرد وصول القبول إلى الموجب:
الأصل يقتضي أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه؛ إذ تنص المادة ١٥٠ من القانون المدني اليمني الجديد على أنه: (ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على العكس) كما نصت المادة ١٥٨ منه (يعتبر أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول ما لم يثبت غير ذلك).

(١) انظر مؤلفنا السابقة الإشارة إليه، ص ٣٥٥ وما بعدها، وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأن (مؤدى نصوص المواد ٢/٦٧، ١ و ١/٧٢ و ٧٤ من قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩- وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن المشرع بما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٦٧ من أنه (إذا رأت السلطة المختصة عدم تقديم العامل للمحاكمة أو قضي ببراءته وجبت إعادته إلى عمله وإلا اعتبر عدم إعادته فصلاً تعسفياً) إنما أنشأ للعامل الموقوف لسبب من الأسباب المبينة في الفقرة الأولى من المادة المذكورة - (ورأت السلطة المختصة عدم تقديمه للمحاكمة) - مركزاً قانونياً خاصاً يفترض التعسف في جانب صاحب العمل إذا هو رفض إعادته إلى عمله، وذلك حملاً لحال صاحب العمل على الظاهر أو على الغالب. وهذا المركز الخاص لا يتعارض مع الحق المقرر في المادة ٧٢ من نفس القانون لكل صاحب عمل في إنهاء عقد العمل غير المحدد المدة، إذا توافر المسوغ المشروع لهذا الإنهاء على أن يتحمل صاحب العمل عبء إثبات توافر المسوغ لأنه هو الذي يدعي خلاف الثابت حكماً) نقض مدني مصري في ٣٠/١٢/ ١٩٧٢، في الطعن رقم ١٥ س ٣٧ ق.

وانظر في المعنى ذاته نقض في ٤/٢/ ١٩٧٠، في الطعن رقم ١٢٦، س ٢٤ ق، وانظر د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٥٦.

وعلى ذلك، إذا أثبت الخصم الذي قبل الإيجاب أن قبوله وصل إلى علم الموجب في وقت سابق على الوقت الذي علم فيه بعدول الموجب عن إيجابه وعند ذلك يفرض القانون بالقرينة القانونية أن الموجب قد علم بالقبول وقت وصوله إليه، فيتم العقد إلا إذا أقام الموجب الدليل على عكس ذلك، كأن يثبت أنه على الرغم من وصول القبول إليه قبل عدوله عن الإيجاب فإنه لم يعلم به إلا بعد عدوله وعلم الخصم الآخر بهذا العدول^(١)، ومن ثم يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف ما يثبت ظاهراً أو فرضاً من القرينة القانونية. غير أنه يلاحظ في حالة التعارض بين الأصل والثابت فرضاً أن القاعدة في هذا الصدد هي تقديم الثابت فرضاً (القرينة القانونية) وإلغاء الأصل في البيئة لأن الغالب الظاهر صدقها^(٢).

وهكذا نرى من خلال قواعد القانون المدني وتطبيقاته القضائية المتعلقة بعبء الإثبات أننا نستطيع أن نقرر أن المبدأ العام فيما يتعلق بعبء الإثبات هو أن كل من يتمسك بالثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً^(٣)، لا يقع عليه عبء الإثبات، بل يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف ذلك لأنه يدعي خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً^(٤)، ويفهم ضمناً من نص القانون أنه

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج ٢، ص ٨٢ قارن د. محمد حسين الشامي النظرية العامة للالتزامات، ج ١، ص ١٥٠ وما بعدها.

(٢) في هذا المعنى، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٦٠.

(٣) انظر نقض مدني مصري في ١٩٤٧/٣/٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٥، ص ٣٧٥، رقم ١٦٥ وأيضاً في ١٩٦٧/١/٢٤، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٨، ص ١٩٠ رقم ٣٠.

(٤) يعبر الفقه المصري عن المبدأ العام الذي قررناه في المتن بأنه (تكون البيئة على من يدعي خلاف ما هو ثابت أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً بمصطلحات متعددة)، انظر السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج ٢، ص ٧٧، فيطلق على هذه القاعدة (يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت) أما الدكتور سليمان مرقس فيفصل اصطلاح الظاهر أصلاً والظاهر عرضاً والظاهر فرضاً. والأول ما كان ظاهراً بحسب أصله أي بحسب طبيعة الأشياء، والثاني ما ظهر بدليل أقيم عليه خلافاً للأصل. والثالث ما افترض المشرع ظهوره، أي ما يعتبر ظاهراً =

= بناء على قرينة قانونية) ويقول الدكتور سليمان مرقس في المرجع السابق ص ٨٦ -
يفصل في هامش ٣٨ من ص ٩١ من المرجع السابق - رداً على تفضيل المرحوم
العلامة السنهوري لعبارة الثابت فعلاً بقوله: (لقد عدل الأستاذ السنهوري عن هذه
التسمية (أي الثابت عرضاً) بعد أن استعملها في الموجز، الطبعة الأولى ص ٦٥٣،
وبعد أن استعملتها محكمة النقض (١٩٤٧/٣/٦) مجموعة القواعد القانونية ج ٥، ص
٣٧٥، رقم ١٦٥، وأثر أن يستبدل بها عبارة (الثابت فعلاً) ولكن لسنا نرى مبرراً
للعُدول عن اصطلاح جرى عليه الفقه والقضاء ولا سيما أن عبارة (الثابت فعلاً) أقل
أداء للمعنى المقصود في هذا الصدد من اصطلاح (الثابت عرضاً)، غير أننا نلاحظ
على ما قاله الأستاذ سليمان مرقس في هذا الصدد أنه رد غير كاف على عدول
المرحوم السنهوري عن هذه التسمية ولا سيما أن المرحوم السنهوري قد بين سبب
أخذه بهذه التسمية في هامش (١) ص ٧٦ من مرجعه السابق بالقول: إن اللفظ الأول
وهو الثابت فعلاً - أدل على المعنى المقصود. ولهذا لا يكفي للرد على هذا بعبارة
مقابلة لعبارة الأستاذ السنهوري دون أن تذكر أسباب هذا التفضيل. انظر في تأييد
الأخذ بمصطلح المرحوم العلامة السنهوري - محمود جمال الدين زكي - مرجع
سابق ص ١٤٨. د. سمير تناغو في النظرية العامة في الإثبات، مرجع سابق ص ٨١.
ويقول الأستاذ الدكتور جلال العدوي، المرجع السابق ص ٧٥ (أما الثابت فعلاً فهو
ذلك الذي قام عليه دليل مباشر، فإذا قدم المدعي ورقة رسمية تثبت الواقعة التي
يدعيها، فإن هذه الواقعة تعد ثابتة ثبوتاً فعلياً لأنه قام عليها دليل مباشر هو الكتابة.
ولهذا إذا ادعى الخصم أن الورقة الرسمية مزورة، فإن ما يدعيه يكون مخالفاً للثابت
فعلاً، ومن ثم يقع عليه عبء إثبات التزوير. كذلك إذا شهد الشهود بقيام الواقعة
المتنازع عليها، فإنها تعد ثابتة ثبوتاً فعلياً، لأنه قام عليها دليل مباشر هو الشهادة.
ولهذا إذا ادعى الخصم أن الالتزام الناشئ عن تلك الواقعة قد انقضى بالتقادم كان
عليه أن يثبت ذلك لأنه يدعي ما يخالف الثابت فعلاً). أما الدكتور رمضان أبو السعود
في ص ٤٢٤ من مرجعه السابق، فيذهب إلى القول (إن الذي يتحمل عبء الإثبات هو
من كان قوله على خلاف الأصل أو الظاهر أو الغالب أو العرف) ففضل اصطلاح
الغالب المستخدم عند فقهاء الشريعة الإسلامية بدلاً من استخدام مصطلح (الثابت
عرضاً). وعلى أي حال فما زال هناك من الشراح من يستعمل اصطلاح (الثابت
عرضاً) انظر د. أحمد أبو الوفاء التعليق على نصوص قانون الإثبات، مرجع سابق ص
٢٦، د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ٣٦، د. محمد لبيب شنب، المرجع
السابق ص ١٢، د. عبد المنعم فرج الصدة، أصول الإثبات في المواد المدنية، الطبعة
الثانية ١٩٥٥م، ص ٤٤ وما بعدها.

إذا أقام المدعي البينة على ما ادعى حكم له وإلا رفضت دعواه^(١)، وليس لطبيعة الواقعة المراد إثباتها ولا لصعوبة إثباتها وتعذره أو عدمه أي أثر من الناحية القانونية على الأقل في تعيين من يقع عليه عبء الإثبات فلا فرق في ذلك بين الواقعة الإيجابية والواقعة السلبية ولو كانت هذه الأخيرة مطلقة أو لا يمكن إثباتها عن طريق إثبات أمر وجودي مناف لها. فيقع عبء الإثبات قانوناً على من يدعي هذه الواقعة متى كانت مخالفة للثابت، الظاهر، وترفض دعواه متى عجز عن إثباتها ولو كان عجزه راجعاً إلى استحالة إثباتها بسبب إطلاقها وعدم انضباطها^(٢) غير أنه بطبيعة الحال لا يمكن التشدد معه فيما يقدمه من أدلة على ذلك إلى الحد الذي يتشدد فيه في إقامة الدليل على واقعة إيجابية^(٣)، وسنرى فيما سيأتي أن المحاكم تملك التخفيف من شدة عبء الإثبات في مثل هذه الحالات عن طريق القرائن القضائية التي أعطيت هي زمامها، ذلك التخفيف الذي يؤدي في الواقع من الأمر إلى تجزئة عبء الإثبات^(٤) ولا يكفي لنقل عبء الإثبات من الخصم المكلف به إلى الآخر أن يقدم الأول أوراقاً يستدل بها على حقه إذا لم تر المحكمة فيها دليلاً كافياً بل قررت الإحالة إلى التحقيق، فحينئذ

(١) على أن القانون قد خول القاضي إذا لم ير كفاية الدليل المقدم إليه أن يستكمله بتوجيه اليمين المتممة إلى المدعي وحده وفقاً للمادة ١٤٥ من قانون الإثبات اليمني أو لأي من الخصمين وفقاً للمادة ١١٩ إثبات مصري ومثلها في ذلك المادة ٤٠٤ مدني ليبي، والمادة ١٢١ بينات سوري، والمادة ٤٨٢ مدني عراقي، والمادة ٢٣٧ مرافعات لبناني، والمادة ٥٨ التزامات تونس. انظر د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٨٦.

(٢) نقض مدني مصري في ٣١/١/١٩٤٦، مجموعة القواعد القانونية ج ٥، ص ٨٠، رقم ٣٢، د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ٨٨، وفي هذا المعنى حسين المؤمن ج ١ ص ٤٥.

(٣) د. سليمان مرقس، الموضوع السابق ص ٨٨.

(٤) المرجع السابق، الموضوع نفسه.

يبقى عبء الإثبات على عاتق الخصم المكلف به أصلاً ولا يتأثر ذلك بما قدمه من أوراق لم تر فيها المحكمة دليلاً كاملاً^(١).

وعلى ذلك فمتى وقع عبء الإثبات على شخص تعين عليه النهوض به سواء كان هو المدعي أو المدعى عليه^(٢) لأن قاعدة (البينة على من ادعى) لا يقتصر انطباقها على الدعاوى فحسب، بل على الدفوع أيضاً، فيقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو فرضاً سواء كان هو مدعياً في دعوى أصلية أو فرعية، أم كان مدعى عليه في واحدة منهما ولكنه يدعي ما ينقض به دعوى المدعي الأصلي^(٣). ونرى من ذلك أن عبء الإثبات لا يتقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر بل هو يوزع بين الخصمين على النحو السابق بيانه. وقد يقع هذا التوزيع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينتقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر، وقد يقع هذا التوزيع بمقتضى قرائن قضائية تملك المحاكم بها التخفيف من شدة عبء الإثبات ذلك التخفيف الذي يؤدي في واقع من الأمر إلى تجزئة عبء الإثبات فينقل القاضي بمقتضى القرائن القضائية عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه، وأخيراً قد يقع توزيع عبء الإثبات بمقتضى الاتفاق بين الطرفين^(٤) وهذا ماسنقوم بدراسته في المطلب الأخير.

(١) نقض مدني مصري في ١٤ / ٣ / ١٩٦٣، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٤، ص ٣١٣، رقم ٠٤٨ وقد جاء فيه أنه لما كانت المادة ٣٨٩ مدني تقضي بأن على الدائن إثبات الالتزام وكانت محكمة الموضوع قد اعتبرت في حدود سلطتها التقديرية وللأسباب السائغة التي أوردتها أن الأوراق التي قدمها الطاعن لإثبات دعواه لا تفيد في الإثبات فإنها تكون محقة عندما أُلقت عليه عبء الإثبات في حكمها الصادر بالإحالة إلى التحقيق.

(٢) نقض مدني مصري في ١٨ / ١٢ / ١٩٥٢، مجموعة أحكام النقض السنة ٤، ص ٢٠٧، رقم ٣٣.

(٣) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، مرجع سابق ص ١٠٠، وانظر أيضاً نقض مدني مصري في ١ / ٢ / ١٩٤٦، مجموعة القواعد القانونية ج ٥، ص ٣١، رقم ٢٠. وكذا نقض مدني في ٢١ / ١ / ١٩٤٦ م مجموعة القواعد القانونية، ج ٥، ص ٨٠، رقم ٢٢.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج ٢، ص ٧٩ ومابعداها.

المطلب الثالث

قواعد تنقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى (شدة القاعدة ووسيلة القانون والمحاكم والاتفاق في التخفيف منها)

متى تعين أي من الخصمين بحمل عبء الإثبات وفقاً للمبدأ العام الذي قدمناه كان هذا الخصم هو المكلف إقامة الدليل بالطرق القانونية على صحة ما يدعيه، ولكن لما كان عبء إثبات الواقعة محل النزاع يعد عبئاً ثقیلاً أحياناً وقد يؤدي إخفاق الملقى على عاتقه هذا العبء إلى احتمال أن يخسر دعواه لذلك أوجد المشرع وسائل وطرقاً للمساعدة في التخفيف من وطأة عبء الإثبات بين الخصوم بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينتقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر، وقد يقع هذا التنقل بمقتضى قرائن قضائية تملك المحاكم بها التخفيف من شدة عبء الإثبات ذلك التخفيف الذي يؤدي في واقع الأمر إلى تنقل عبء الإثبات فينقل القاضي بمقتضى هذه القرائن عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه، وأخيراً قد يقع اتفاق بين الطرفين على نقل عبء الإثبات من المكلف به قانوناً إلى غيره سواء تم ذلك قبل حدوث الواقعة المتنازع عليها أو بعد حدوثها، وفي أثناء قيام النزاع بشأنها، فنقوم بدراسة كل هذه الأمور بمايلي:

أ - تخفيف عبء الإثبات بتنقله عن طريق القرائن القانونية:

عندما يطالب الدائن مدينه بوفاء التزام مترتب على عقد معين، هنا من المفروض أن يقع عبء إثبات الواقعة القانونية، وهي العقد على عاتق الدائن، فيثبت أن هناك عقداً توافرت فيه جميع عناصره القانونية من التراضي وسلامة الرضا من العيوب ووجود السبب المشروع وعدم استحالة مضمونه، ولاشك في ثقل عبء إثبات جميع هذه العناصر إذا ألقي هذا العبء على الدائن وحده.

ولهذا وتحت دافع التخفيف من هذا العبء يتولى المشرع توزيع عبء الإثبات بين الدائن والمدين، فحسب الدائن هنا أن يثبت وجود الالتزام الذي لم ينفذه المدين وقيم المشرع بعد ذلك عدة قرائن تساعد على هذا التخفيف بإلقاء عبء إثبات بعض عناصر الواقعة القانونية على عاتق المدين^(١).

ومن الأمثلة التي يقع فيها تخفيف عبء الإثبات بتنقله بحكم القانون عن طريق القرائن القانونية ما يأتي:

١ - قد يريد الدائن إثبات إعسار المدين، وهنا يتكفل القانون بتحليل عناصر الإثبات وتوزيعها على الخصمين عن طريق إقامة قرائن قانونية. فقد نصت المادة ٣٦٣ من القانون المدني اليمني الجديد على أنه (من كان ظاهر حاله الإعسار قبل قوله بيمينه..)، كما تنص المادة ٣٦٤ منه (إذا التبس الأمر بين إيسار الشخص وإعساره تسمع البيئة على إيساره أو إعساره ويرجع الحاكم وتقدم البيئة المثبتة على النافية)^(٢). فالدائن يحمل عبء إثبات إعسار المدين مثلاً، وهنا من المفروض أن يثبت الدائن مقدار ما في ذمة المدين من ديون وأن يثبت أن المدين ليس لديه أموال تفي بهذه الديون أو أن لديه أموالاً لا تكفي لهذا الوفاء، ولا شك في صعوبة هذا الإثبات، ولذلك فحسب الدائن في سبيل إثبات إعسار مدينه أن يثبت مقدار ما في ذمة مدينه من ديون فقط وعندئذ يفترض إعساره، ويقع بعد ذلك على المدين أن يثبت أن لديه أموالاً تفي بمجموع هذه الديون. وبمقدار كثرة الديون التي يستطيع الدائن إثباتها في ذمة المدين يثقل عبء المدين في إثبات أن ماله يفي بديونه فإن عجز عن هذا الإثبات اعتبر معسراً.^(٣)

(١) د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٦٦.

(٢) وتقابل هاتين المادتين المادة ٢٣٩ من القانون المدني المصري التي تنص على أنه (إذا ادعى الدائن إعسار المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالاً يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها).

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج ٢، ص ٨١. د. إسماعيل غانم أحكام الالتزام مرجع سابق ص ١٧٥ ورسالة زميلنا الدكتور/ بجاش سرحان محمد المخلافي، القرائن ودورها في الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٨٩.

٢ - إذا تنازع الدائن والمدين حول مشروعية سبب الالتزام أو عدم مشروعيته فقد تولت قرينة المادة ١٩٧ من القانون المدني اليمني الجديد هذه المهمة بافتراضها أنه إذا لم يذكر في العقد سبب الالتزام فإنه يفترض أن له سبباً مشروعاً. ثم يقع على المدين عبء إثبات تخلف السبب المشروع. كذلك إذا تنازع الدائن والمدين حول توافر التمييز والإدراك أو الرضا أو عدم توافرها فقد تولت قرينة المادة ١٣ من القانون المدني اليمني الجديد افتراض أن هذه العناصر متوافرة وصحيحة، وعلى المدين أن يثبت عكس ذلك، كما لا يجب على الدائن أن يثبت وجود محل الالتزام، المادة ١٨٥ والمادة ١٩٥ مدني يماني جديد، وهكذا.

٣ - إذا نوزع الشخص في ملكيته لشيء ما فإن المفروض أن يثبت ملكيته لهذا الشيء غير أن المشرع أجاز له بقرينة المادة ١١١١ من القانون المدني اليمني الجديد أن يثبت حيازته للشيء فحسب، فإذا ثبتت الحيازة اعتبر الحائز مالكا للشيء، ويقع على من ينازع هذا الشخص في ملكيته أن يثبت عكس تلك القرينة وهكذا الشأن أيضاً في قرائن المواد (١١٥٤، ١١١٢، ١١٥٦، ١١٥٧. إلخ) مدني يماني، وهكذا نرى من الأمثلة المتقدمة وهي قليل من كثير أن كل قرينة قانونية قابلة لإثبات العكس ليست في الواقع إلا تخفيفاً لعبء الإثبات يوزع بين الخصمين، يتكفل به القانون.

ب - تخفيف عبء الإثبات بتنقله عن طريق القرائن القضائية:

ذكرنا آنفاً أن المشرع قد أنشأ قرائن قانونية للتخفيف من شدة قاعدة (البينة على المدعي) وباستثناء تلك الحالات فإن المدعي يظل يزرع عادة تحت وطأة شدة تلك القاعدة، مالم يكن قد احتاط لها سلفاً بإعداد دليل كتابي في الأحوال التي تجيز ذلك (كأحوال الأعمال القانونية أو التصرفات)، فإن لم يكن قد فعل ذلك فلا يكون أمامه إلا اللجوء إلى طريقة من طرق الإثبات المحفوفة بالمخاطر كاستجواب الخصم^(١) واليمين أو اللجوء إلى طريق من طرق الإثبات

(١) ليس استجواب الخصم لخصمه في ساحة القضاء سوى وسيلة لحصول الأول على إقرار من الثاني، والإقرار إن وجد هو الذي يعد دليلاً، د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ١٠١.

التي يكون للقاضي فيها سلطة تقديرية واسعة كالشهادة والقرائن القضائية في الأحوال التي يجوز فيها ذلك، وفي هذه الحالة من النادر أن يبلغ الدليل الذي يتقدم به المدعي إلى القاضي أن يكون قاطعاً يكفي لأن يبعث في نفسه اعتقاداً راسخاً بصحة الأمر المدعى إلى حد الاعتقاد بعد ذلك بعدم إمكانية إثبات خلاف ما ثبت لديه. لذلك اقتضت الضرورة أن تقوم المحاكم عملاً على الاكتفاء بما يجعل الأمر المدعى قريب التصديق وتكليف المدعى عليه نفي هذا الأمر ثم تكوين عقيدتها في شأنه من مجموع مايدلي به الخصمان إثباتاً ونفياً^(١) أي إنها خففت عن المكلف عبء الإثبات بعدم مطالبته في العناصر التي يكلف إثباتها بإثبات قاطع يصل بها إلى درجة الحقيقة المطلقة، واكتفت منه بأن يثبت رجحانها^(٢) واستعانت في ذلك بالقرائن القضائية التي أعطاها المشرع زمامها، وهي التي تخولها استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت^(٣).

ومن الأمثلة التي يقع فيها تخفيف عبء الإثبات عن طريق القرائن القضائية ما يأتي:

- ١ - يريد دائن الشريك المدير في شركة التضامن أن يثبت أن العقد الذي وقعه هذا المدير كان لحسابه الخاص لا لحساب الشركة، فحسبه أن يثبت أن هذا الشريك قد وقع باسمه ودون ذكر لعنوان الشركة، وعندئذ تقوم قرينة قضائية على أن هذا العقد تم إبرامه لحساب الشريك دون الشركة، وعلى الشريك أن يثبت عكس هذه القرينة^(٤).
- ٢ - شخص يطالب آخر بتعويض لاعتدائه على اختراع له حصل على براءته وسجلها، فعلى المدعي أن يثبت حصوله على البراءة وأنه قام بتسجيلها وفقاً

(١) دي باج في القانون المدني البلجيكي ج ٣ ص ٦٧٢، نقلاً عن المرجع السابق، ص ١٠٢.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج ٢، ص ٨٥.

(٣) لمزيد من التفصيل عن الأحوال التي يحوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية راجع رسالة زميلنا د. بجاش سرحان المخلافي في القرائن ودورها في الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٠٠ وما بعدها.

(٤) نقض مدني مصري في ١٠/١١/١٩٦٦، في الطعن رقم ٣٠٢ سنة ٣٢ ق.

للأوضاع المقررة في القانون وعند ذلك ينقل القاضي عبء الإثبات إلى المدعى عليه ليثبت - إذا استطاع - أن هذا الاختراع على الرغم من صدور براءة به وتسجيلها ليس بالجديد الذي يستحق الحماية^(١).

٣ - ومن هذا القبيل ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٩٦٩/٦/٢٦ في الطعن رقم ١١١ سنة ٣٥ ق إذ قالت: "ولئن كان مقتضى اعتبار التزام الطبيب التزاماً ببذل عناية خاصة فإن المريض إذا أنكر على الطبيب بذل العناية الواجبة فإن عبء إثبات ذلك يقع على المريض، لكن إذا أثبت هذا المريض واقعة ترجح إهمال الطبيب، كما إذا أثبت أن الترقيع الذي أجراه له جراح التجميل في موضع الجرح الذي نتج عنه تشويه ظاهر بجسمه لم يكن يقتضيه السير العادي لعملية التجميل وفقاً للأصول الطبية المستقرة، فإن المريض يكون بذلك قد أقام قرينة قضائية على عدم تنفيذ الطبيب لالتزامه فينتقل عبء الإثبات بمقتضاه إلى الطبيب، ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي اقتضت إجراء الترقيع، التي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال"^(٢).

٤ - أنكر الخصم أن الختم الموقع به على الورقة هو ختمه فعند ذلك يحمل الخصم الآخر عبء إثبات صحته طبقاً للإجراءات القانونية، فإذا أثبت ذلك نقل القاضي عبء الإثبات إلى الخصم الأول، ليثبت كيف وصل ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التي عليها التوقيع، ويكون ذلك عن طريق دعوى التزوير التي يجب أن يسار فيها بطريقها القانوني^(٣).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط ج ٢، ص ٧٩.

(٢) نقض مدني مصري في ١٩٦٩/٦/٢٦، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٠، ص ١٠٧٥، رقم ١٦٦.

(٣) نقض مدني مصري في ١٩٣٤/٤/٢٦ مجموعة عمر ج ١، ص ٣٤٦، رقم ١٧٤، وكذا نقض مدني مصري في ١٩٨١/٦/١٥ في الطعن رقم ٢٣٣، سنة ٤٩ ق ونقض في ١٩٧٨/١/٢٦، في الطعن رقم ٩٦٨ سنة ٤٤ ق، وفي ١٩٧٨/٥/٢٣ في الطعن رقم ١٤٨ سنة ٤٣ ق، والأحكام العديدة التي أشار إليها د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٧١، هامش ٧.

٥ - شخص يريد أن يثبت أن له حيازة المنزل محل النزاع فيقدم مستندات تثبت أنه هو الذي يؤجر المنزل، ويقبض أجرته ويدفع ضريبته فتقوم قرينة قضائية على أنه هو الحائز للمنزل. وعند ذلك ينقل القاضي عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ليدحض هذه القرينة القانونية بأن يثبت مثلاً أن الخصم الأول إنما يؤجر المنزل ويدفع الضريبة لا لحسابه الشخصي بل لحساب المالك الذي يدير هو أعماله.^(١)

وهكذا نرى من الأمثلة المتقدمة أن القاضي يستعمل سلطته التقديرية التي منحها له المشرع عن طريق القرائن القضائية في الإثبات في التخفيف من شدة وطأة عبء الإثبات الملقى على عاتق المدعي بل إن المحاكم أحياناً تستعمل هذه السلطة إلى حد قلب هذا العبء وإلقائه على عاتق المدعى عليه، حتى لا يكتفي هذا بأن يقف من الدعوى موقفاً سلبياً ينظر إلى المدعي بنظرة الفرحة والسرور وهو يريزح تحت وطأة هذا العبء ويتخبط في محاولة النهوض به^(٢)، وعلى ذلك - كما يقول المرحوم العلامة السنهاوري - أن من يحمل عبء الإثبات ليس مطالباً في الواقع من الأمر بإثبات كامل قاطع وإنما يكتفى منه بأن يقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر مرجح الوقوع بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلاً، ثم ينفي القاضي مابقي من شك يحوم حول ذلك الأمر بأن ينقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر ليثبت أنه على الرغم من المظاهر التي ترجح وقوع هذا الأمر - توجد قرائن أخرى تجعل الراجح مرجوحاً، ثم يرد عبء الإثبات إلى الخصم الأول، ليهدم هذه القرائن بقرائن أخرى تعيد لذلك الأمر كفة الرجحان. وهكذا يتقاذف الخصمان الكرة، كل منهما يدفعها إلى صاحبه، إلى أن يعجز أحدهما عن ردها، فتسقط من يده ويسجل على نفسه الخسارة^(٣).

(١) المرحوم العلامة السنهاوري، الوسيط ج ٢ ص ٨٠.

(٢) انظر في هذا المعنى د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ١٠٣.

(٣) المرحوم العلامة السنهاوري، الوسيط ج ٢ ص ٨٤/٨٥.

ج- تخفيف عبء الإثبات بتنقله بحكم الاتفاق (التعديل الاتفاقي لقواعد عبء الإثبات):

فكما يجوز أن يقلب القانون عبء الإثبات بإنشاء قرينة قانونية لمصلحة المكلف أصلاً الإثبات طبقاً للقواعد العامة يجوز كذلك للأفراد أن يتفقوا فيما بينهم على نقل عبء الإثبات من المكلف به قانوناً إلى غيره^(١) وذلك لأن قواعد عبء الإثبات في القانون المدني التي درسناها فيما تقدم قلما تعتبر من النظام العام؛ لأن الكثير منها لم يوضع إلا لحماية الخصوم لذلك - فمن الجائز إذن ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك - عندما يضع القانون قرينة قانونية تنتقل عبء الإثبات إلى خصم معين حماية للخصم الآخر إن يتفق الطرفان مقدماً على إلغاء هذه القرينة وإعادة عبء الإثبات إلى من كان ينتفع بها، فينزل بذلك عن الحماية التي منحها له القانون، ويكون في هذا تعديل اتفاقي لقواعد عبء الإثبات وهو صحيح قانوناً^(٢) سواء تم مقدماً قبل حدوث الواقعة المتنازع عليها أو بعد حدوثها وفي أثناء قيام النزاع، ويجوز أن يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمناً. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن (القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها. وإن متى كان الطاعن قد طلب من المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه فليس له أن ينعى بعد ذلك على الحكم بإجابه إلى ما طلب حتى ولو كان فيما طلب متطوعاً لإثبات ما هو غير ملزم بحمل عبئه)^(٣).

(١) د. سليمان مرقس، المرجع السابق ص ١٠٠.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٢، ص ٨٦/٨٧.

(٣) نقض مدني مصري في ٢٦/١١/١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض، السنة ٥، ص ٢٠٣

رقم ٢٨، ونقض مدني مصري في ١٩/١١/١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض، السنة

١٧ ص ١٧٣٥ رقم ٢٤٦، ونقض مدني في ٢٦/٣/١٩٧٥ في الطعن رقم ٣٥٩،

س ٤٠ ق أشار إليه د. أحمد أبو الوفاء، المرجع السابق ص ٢٨.

المبحث الثاني عبء الإثبات في القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية

تمهيد وتقسيم:

القاعدة في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية هي حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته أو أكثرها لتعرف أحكامها منه^(١) أي أنها أصول فقهية كلية في نصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها^(٢)؛ فهي تتسم بسمية الإيجاز في صياغتها على الرغم من عموم معناها وقدرة مضمونها على استيعاب مسائل فقهية كثيرة ضبطاً وجمعاً^(٣) والفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى والضابط يجمعها من باب واحد^(٤).

والقواعد الكلية الماثورة في الفقه الإسلامي - كما يقول العلامة مصطفى بن أحمد الزرقاء - (لم توضع كلها جملة واحدة كما توضع النصوص القانونية في وقت معين على أيدي أناس معلومين بل تكونت مفاهيمها وصيغت

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي وشرحها للحموي، مطبعة الحسينية، بمصر ١٣٢٢ هـ ص ٢٢، وانظر الأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤٢٤ هـ ٢٠٠٣ م ص ٧.

(٢) مصطفى أحمد الزرقاء، لمحة تاريخية عن القواعد الفقهية الكلية، وهي ضمن كتاب شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء، ط السادسة ١٤٢٢ هـ / ٢٠٠١ م، دار القلم دمشق ص ٣٤.

(٣) في هذا المعنى، المرجع السابق الموضع نفسه، ودرر الحكام، شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ الكبير علي حيدر أفندي، ط الأولى ١٤١١ هـ ١٩٩١ م، دار الجيل بيروت، ج ١، ص ١٥.

(٤) شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ سليم رستم باز، ص ٢.

نصوصها بالتدرج في عصور ازدهار الفقه ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح استنباطاً من دلالات النصوص التشريعية العامة ومبادئ أصول الفقه وعلل الأحكام والمقررات العقلية. والظاهر أن المذهب الحنفي - وهو أقدم المذاهب الأربعة الكبرى وقد كانت الطبقات العليا من فقهاءه - أسبق إلى صياغة تلك المبادئ الفقهية الكلية في صيغ قواعد، والاحتجاج بها وعنه نقل رجال المذاهب الأخرى ماشاؤوا منها^(١).

وبما أن دراسة هذه القواعد الفقهية وإيضاحها تكون للدارس ملكة فقهية عاجلة وتلقي نوراً كاشفاً على آفاق الفقه الإسلامي ومبانيه رأينا أنه لزاماً علينا أن نقوم ببحث ودراسة لبعض هذه القواعد ذات الصلة بموضوع بحثنا وبخاصة بعد أن عرفنا من خلال دراستنا لقواعد عبء الإثبات في القانون المدني اليمني أن معظم قواعد هذا القانون قد استقاها من الفقه الإسلامي بل إن هذه القواعد الفقهية كانت إلى ما قبل أن يدخل الاستعمار الغربي بلاد المسلمين حاملاً معه معول الهدم هي قانون معظم البلاد الإسلامية في صورة قانون مجلة الأحكام العدلية التي ضمت في محتواها تسعاً وتسعين قاعدة فقهية مركزة تعبر عن مبادئ قانونية في صورة قانون ومفاهيم مقررة في الفقه الإسلامي تبنتها المذاهب الاجتهادية في تفريع الأحكام وتنزيل الحوادث عليها وتخريج الحلول الشرعية للوقائع، سواء في ذلك العبادات والمعاملات والجنايات وشؤون الأسرة (الأحوال الشخصية) وأمور الإدارة العامة وصلاحياتها والقضاء ووسائل الإثبات (البيانات القضائية)، وكانت تلك القواعد الفقهية مفهومة لدى المسلمين حتى العوام منهم لأنها مصوغة بعبارات موجزة جزلة، وجرت مجرى الأمثال في شهرتها ودلالاتها، ولأنها ثمرات فكر عدلي وعقلي ذات قيم ثابتة في ميزان التشريع والتعامل والحقوق والقضاء^(٢).

(١) العلامة مصطفى الزرقاء، المرجع السابق ص ٣٦/٣٧.

(٢) انظر في إبراز أهمية وفوائد هذه القواعد الفقهية والكتب ومؤلفيها الذين تناولوها بالشرح والتأصيل العلامة مصطفى أحمد الزرقاء، المرجع السابق من ص ٣٣-٤٤.

وعليه سنقوم بدراسة القواعد الفقهية المتصلة بموضوع بحثنا التي سنوزعها على ثلاثة مطالب على النحو التالي:

- المطلب الأول: قواعد معرفة المدعي والمدعى عليه في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثاني: قواعد عبء الإثبات وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي.
- المطلب الثالث: قواعد تنقل عبء الإثبات والإعفاء منه في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

قواعد معرفة المدعي والمدعى عليه في الفقه الإسلامي

إذا حضر الخصوم أمام القاضي وجب عليه أن يعرف من هو المدعي ومن هو المدعى عليه لما يترتب على ذلك من تكليف أحدهما بالإثبات دون الآخر. ومعرفة المدعي والمدعى عليه قد اجتهد الفقهاء المسلمون بشأنها، وقد استعانوا بالقواعد الفقهية في التمييز بينهما، لأن علم القضاء يدور على ذلك^(١).

قال سعيد بن المسيب رضي الله عنهما: (أيما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم به بينهما) وفي عبارة أخرى: (من ميز بينهما فقد عرف وجه القضاء)^(٢).

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للإمام الطرابلسي، ط ١ مطبعة بولاق مصر ١٣٠٠ هـ، ص ٥٢.

(٢) البهجة في شرح التحفة للتسولي، مطبعة مصطفى الحلبي ط ٢، ١٣٧٠ - ١٩٥١ م ج ١ ص ٢٥، تهذيب الفروق لمحمد علي بن حسين مفتي المالكية، مطبوع على هامش الفروق، مطبعة عيسى الحلبي، ط ١، ١٣٤٦ هـ، ج ٤، ص ١١٨، القوانين الفقهية (أو قوانين الأحكام الشرعية) لابن جزى، طبعة دار العلم للملايين - بيروت ١٩٦٨، ص ٢٩٨، شرح النبل لمحمد اطفيش مطبعة الباروني ١٣٤٧ هـ، ج ٦، ص ٥٤٠، حيث قال في ص ٥٣٩ والمدعي والمدعى عليه ركنان، وذلك كالطبيب والمريض، فإن الطبيب إذا عرف علة المريض سهل عليه الدواء الموافق له وإذا جهل العلة لم يهتد إلى الدواء.

فليس من اليسير التمييز بين المدعي والمدعى عليه؛ لأن العبرة ليست بالذي يرفع الدعوى على غيره يطالبه بحق معين، فهذا قد يتوافر في كلا الطرفين لأنه قد يحدث أن يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع معين فيصبح مدعياً في هذا الدفع وعليه إقامة الدليل على صحة ادعائه. إذن ليست العبرة في التمييز بين المدعي والمدعى عليه بمن يرفع الدعوى أولاً بل العبرة كما تقول القاعدة الفقهية بالمعاني، لا بالألفاظ والمباني^(١)، فالأساس هو حقيقة الدعوى وطبيعة مزاعم كل من الخصمين، فمتى تعين المدعى كلف الإثبات ولزمه الدليل استناداً لما ورد في الصحاح عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله (ﷺ) قال: (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر)^(٢) فوجب معرفة المدعي لنكلفه البينة، ويلتزم المدعى عليه الصمت ويكتفى منه بالإنكار مبدئياً لأنه متمسك بالأصل، وهو عدم ما يدعيه المدعي وهو في غنى عن بيان الأسباب الشرعية وغير مكلف بها لتأييد إنكاره ولأنه ليس منشئاً للخصومة بخلاف المدعي فإنه هو المنشئ للخصومة وهو في موقف التهجم على المدعى عليه والانتزاع من يده والنزع لا بد فيه من كون ما يزعمه من السبب مطابقاً لوجه شرعي يستحق به النزع طبقاً للقاعدة الفقهية التي قال بها أبو يوسف - رحمه الله تعالى - في كتاب الخراج: (لا ينزع شيء من يد أحد إلا بحق ثابت معروف)^(٣) وعلى ذلك فإن تمييز المدعي من المدعى عليه يترتب عليه حقوق وواجبات يضعها الشارع على كل منهما كحق المدعي في الإمهال والتأجيل دون المدعى عليه والحكم بتبرئة المدعى عليه إذا لم يثبت المدعى حقه وغير ذلك من الأحكام التي ذكرها الفقهاء المسلمون في بطون الكتب^(٤)، لذلك اجتهد الفقهاء في

(١) انظر في هذا المعنى د. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٤٨، وهذه القاعدة نص عليها أيضاً القانون المدني اليمني الجديد في المادة (٦) منه التي تقضي بأن (الأمر بمقاصدها والعبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني).

(٢) حديث شريف صحيح، متفق عليه. انظر صحيح البخاري بشرح السندي والقسطلاني مطبعة العثمانية بمطبعة أولى ٣٥١ هـ/١٩٣٢ م، ج ٢، ص ٥٢.

(٣) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء، مرجع سابق ص ٦٨.

(٤) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد الزحيلي، مرجع سابق، ج ٢، ص ٦٤٨.

بيان الفرق بين المدعي والمدعى عليه، ووضعوا القواعد والضوابط في التمييز بينهما على الرغم من اختلافهم في وضع الحد الفاصل بينهما، ونذكر هنا أهم ما قيل عن هذه الضوابط التي قال بها الفقهاء المسلمون واختلافاتهم بشأنها هو ما أورده الإمام القرافي في الفروق والإمام الطرابلسي في معين الحكام.

فقد قام الإمام شهاب الدين القرافي في ج ٤ ص ٧٤ وما بعدها بتخصيص أحد فروقه وهو الفرق الثاني والثلاثون بعد المائتين للتفرقة بين قاعدة المدعي وقاعدة المدعى عليه، فقال: (فإنهما يلتبسان فليس كل طالب مدعياً وليس كل مطلوب منه مدعى عليه. ولأجل ذلك وقع خلاف العلماء بينهما في عدة مسائل، والبحث في هذا الفرق بحث عن تحقيق قوله - عليه الصلاة والسلام -: البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، من هو المدعي الذي عليه البينة ومن هو المدعى عليه الذي يحلف، فضابط المدعي والمدعى عليه فيه عبارتان للأصحاب إحداهما أن المدعي: هو أبعد المتداعيين سبباً. وأن المدعى عليه: هو أقرب المتداعيين سبباً، والعبارة الثانية وهي توضح الأولى، المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف، وبيان ذلك بالمثل أن اليتيم إذا بلغ وطالب الوصي بماله تحت يده فقال أوصلتك فإنه مدعى عليه، والوصي المطلوب مدع فعليه البينة لأن الله تعالى - أمر الأوصياء بالإشهاد على اليتامى إذا دفعوا إليهم أموالهم فلم يأتهمهم على الدفع بل على التصرف والإنفاق، وبخاصة إذا لم يكونوا أمناء فإن الأصل عدم الدفع وهو يعضد اليتيم ويخالف الوصي فهذا طالب واليمين عليه لأنه مدعى عليه والوصي مطلوب وهو مدع. وكذلك طالب الوديعة التي سلمها للمودع عند بينة لأنه لم يأتهم المودع عنده لما أشهد عليه، فالقول قول صاحب الوديعة مع بينة وإن كان طالباً لأن ظاهر حال المودع عنده لما قبض ببينة أنه لا يعطي إلا بينة والأصل أيضاً عدم الدفع، فاجتمع الأصل والغالب وهما يعضدان صاحب الوديعة ويخالفان القابض لها وكذلك القراض إذا قبض ببينة فإن قبضت الوديعة أو القراض بغير بينة فالقول قول العامل والمودع عنده لأن يدهما يد أمانة صرفة والأمين المصدق ونظائر هذا كثيرة يكون الطالب فيها مدعى عليه ويعتمد أبداً الترجيح بالعوائد وظواهر الأحوال والقرائن، فيحصل لك من هذا النوع ما لا ينحصر عدده ومن هذا الباب إذا تداعى بزان ودباغ جلدًا كان الدباغ مدعى عليه

أو قاض وجندي رماً كان الجندي مدعى عليه وعليه مسألة الزوجين إذا اختلفا في متاع البيت فإن القول قول الرجل فيما يشبه قماش الرجال والقول قول المرأة فيما يشبه قماش النساء، وإذا تنازع عطار وصباغ في مسك وصبغ قدم العطار في المسك والصباغ في الصبغ، وقد تقدمت هذه المسألة والخلاف فيها مع الشافعي - رضي الله عنه - وكذلك خالفنا في هذه المسائل المتقدمة كلها وحجتنا النصوص المتقدمة، وأما الأصل وحده من غير ظاهر ولا عرف فمن ادعى على شخص ديناً أو غصباً أو جنابة أو نحوها فإن الأصل عدم هذه الأمور، والقول قول المطلوب منه مع يمينه لأن الأصل يعضده ويخالف الطالب، وهذا مجمع عليه وإنما الخلاف في الظواهر المتقدمة، وظهر لك بهذا قول الأصحاب إن المدعي هو أضعف المتداعيين سبباً والمدعى عليه هو أقوى المتداعيين سبباً. (تنبيه) ما ذكرناه من الظواهر ينتقض بما اجتمعت عليه الأمة من أن الصالح التقي الكبير العظيم المنزلة والشأن في العلم والدين مثل أبي بكر الصديق أو عمر بن الخطاب لو ادعى على أفسق الناس وأدناهم درهماً لا يصدق فيه وعليه البينة وهو مدع والمطلوب مدعى عليه والقول قوله مع يمينه، وعكسه لو ادعى الطالح على الصالح لكان الحكم كذلك، وبهذا يحتج الشافعي علينا ويجب عما تقدم ذكره بذلك، وكما أن هذه الصور حجة للشافعي فهي نقض على قولنا المدعي من خالف قوله أصلاً أو عرفاً والمدعى عليه من وافق قوله أصلاً أو عرفاً فإن العرف في هذه الصور شاهد وكذلك الظاهر وقد ألغيا إجماعاً فكان ذلك مبطلاً للحدود المتقدمة ونقضاً على المذهب فتأمل ذلك. (تنبيه) قال بعض العلماء قول الفقهاء إذا تعارض الأصل والغالب يكون في المسألة قولان ليس على إطلاقه بل أجمعت الأمة على اعتبار الأصل وإلغاء الغالب في دعوى الدين ونحوه، فالقول قول المدعى عليه وإن كان الطالب أصلح الناس وأتقاهم لله تعالى ومن الغالب عليه ألا يدعي إلا ما له، فهذا الغالب ملغى إجماعاً. واتفق الناس على تقديم الغالب وإلغاء الأصل في البينة إذا شهدت فإن الغالب صدقها والأصل براءة ذمة المشهود عليه وألغى الأصل هنا إجماعاً عكس الأول فليس الخلاف على الإطلاق. (تنبيه) خولفت قاعدة الدعاوى في خمسة مواطن يقبل منها قول الطالب (أحدها)؛ اللعان يقبل فيه قول الزوج لأن العادة أن الرجل ينفي عن زوجه الفواحش، فحيث أقدم على رميها بالفاحشة مع إيمانه

أيضاً قدمه الشرع، (وثانيها) القسامة يقبل فيها قول الطالب لترجحه باللوث، (وثالثها) قبول قول الأمانة في التلف لئلا يزهد الناس في قبول الأمانات فتفوت مصالحها المترتبة على حفظ الأمانات، (ورابعها) يقبل قول الحاكم في الترجيح والتعديل وغيرهما من الأحكام لئلا تفوت المصالح المترتبة على الولاية للأحكام، (وخامسها) قبول قول الغاصب في التلف مع يمينه لضرورة الحاجة لئلا يخلد في الحبس، ثم الأمين قد يكون أميناً من جهة مستحق الأمانة أو من قبل الشرع كالوصي والملتقط ومن ألفت الرياح ثوباً في بيته).

وجاء في معين الحكام^(١) (اعلم أن علم القضاء يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه لأنه أصل مشكل ولم يختلفوا في حكم ما لكل واحد منهما وأن على المدعي البينة إذا أنكر المطلوب وأن على المدعى عليه اليمين إن لم تقم البينة لكن الشأن في معرفة الدعوى والإنكار والمدعي والمنكر فنقول وبالله التوفيق: الدعوى إضافة الشيء إلى نفسه وضعاً وإضافة الشيء إلى نفسه مع مساس حاجته إليه، ولهذا قلنا صاحب اليد مدعى عليه والخارج مدع لما كان صاحب اليد غير محتاج إليه لأن الملك ثابت له ظاهراً بدلالة يد التصرف جعلناه منكرًا والخارج لما كان محتاجاً إلى إثبات الملك لنفسه ظاهراً وباطناً جعلناه مدعياً شرعاً وجعلنا البينة بينته بالنص، وقيل المدعي من إذا ترك الدعوى يترك يعني تنقطع الخصومة بتركه والمدعى عليه من إذا ترك الدعوى لم يترك).

ونذكر القدوري في مختصره (أن المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها والمدعى عليه من إذا تركها يجبر عليها، وقيل المدعي من يروم إثبات أمر خفي يريد به إزالة أمر جلي، وذكر في التحفة أن المدعي من يلتمس إثبات ملك أو حق والمدعى عليه من ينفيه ويدافعه، وما ذكرنا من اختلاف الحدين المذكورين لا ينبغي أن يعتمد الفقيه عليه في كل مسألة تعرض بل هاهنا ما هو أكد واعتباره أنفع مما قدمنا ذكره فإنها هي الأصل المعتمد عليه في مقضي النظر ولا تردد في ذلك ولا إشكال إذا لم يعارض الحال الحال، ولكن قد يضاد استصحاب

(١) معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام للإمام الطرابلسي، ط أولى، مطبعة بولاق - مصر ١٣٠٠ هـ ص ٥٢ - ٥٣.

أحدهما استصحاب الحال الآخر فهنا يقع الإشكال، فيختلف أهل النظر من الأئمة في تمييز المدعي من المدعى عليه، ويفتقر كل واحد منهما إلى ترجيح الحالة التي استصحابها. مثاله رجل قبض من رجل دنائير فلما طالبه بها دافعها زعم أنه إنما قبضها عن سلف كان أسلفه لدافعها، وقال دافعها بل أنا أسلفتك إياها وما كنت أنت أسلفتنى شيئاً قط، فإن اعتبرنا الفرق بين المدعي والمدعى عليه بأن المدعي من لو سكت ترك وسكوته وجدنا هاهنا الدافع هو المدعي لأنه لو سكت لترك وسكوته، والقابض لو سكت عن جواب الطالب ما ترك وسكوته وإن بنينا على الأصل الآخر وهو دعوى الأمر الجلي أو الخفي فإننا إن استصحبنا كون الدافع بريء الذمة من سلف هذا القابض صدقنا الدافع وجعلناه هو المدعى عليه السلف الذي الأصل عدمه، وإن اعتبرنا حال القابض هو المدعى عليه فما يعرض الإشكال إلا عند تصادم مقتضى الأحوال فيفتقر إلى ترجيح استصحاب أحد الحالين على الآخر، وقد ذكر شريح القاضي أنه قال: وليت القضاء وعندي أني لا أعجز عن معرفة ما يتخاصم إلي فيه، فأول ما ارتفع إلي خصمان أشكل علي أمرهما؛ من المدعي ومن المدعى عليه، قلت: ولعله أشار إلى هذا الذي نبهنا عليه).

فمن هذه النصوص الفقهية - وهي قليل من كثير - يتبين لنا أن الفقهاء المسلمين اجتهدوا بشأن التمييز بين المدعي والمدعى عليه ووضعوا القواعد والضوابط في التمييز بينهما، وهي لا تخرج عن أربعة اتجاهات، هي:

الاتجاه الأول: ذهب إلى أن المدعي هو من إذا ترك الخصومة ترك أو هو من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، أما المدعى عليه فهو عكس ذلك، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والإمامية في أشهر أقوالهم^(١).

(١) بدائع الصنائع للكسائي، مطبعة الجمالية، القاهرة ١٣٢٨هـ - ١٩١٠ م، ج ٦، ص ٢٢٤، حاشية ابن عابدين على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٨٦/١٩٦٦ م، ج ٥، ص ٥٤٢.

تبيين الحقائق للزيلعي مطبعة بولاق ط ١٣١٤ هـ، ج ٤، ص ٢٩١، شرائع الإسلام في الفقه الجعفري للحلبي، مطبعة دار الحياة بيروت - بدون - ج ٢، ص ٢٢٢، أصول الإثبات في الفقه الجعفري لمحمد جواد مغنية، مطبعة دار العلم للملايين، بيروت ط ١، ١٩٦٤، ص ٢٣.

الاتجاه الثاني: ذهب إلى أن المدعي هو من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر، وهذا مذهب إليه فقهاء الشافعية والزيدية في أظهر أقوالهم^(١) وقول عند الحنفية^(٢).

الاتجاه الثالث: ذهب إلى التوفيق بين الاتجاهين السابقين عن طريق الجمع بينهما، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الحنبلية، حيث قال البهوتي: والمدعي من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه وإذا سكت عن الطلب ترك، والمدعى عليه المطالب، إذا سكت عن الجواب لم يترك بل يقال له أجب وإلا جعلتك ناكلاً، وقضيت عليك^(٣).

أما الاتجاه الرابع: فقد ذهب إلى القول إن المدعي هو أبعد المتداعيين سبباً، والمدعى عليه هو أقرب المتداعيين سبباً. وفي قول آخر لهم بأن المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف، وهذا ما ذهب إليه فقهاء المالكية والإباضية^(٤).

(١) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، للخطيب الشربيني، مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة ١٣٧٠ هـ / ١٩٦٨. ج ٤، ص ٤٦٤، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود للأسيوطي، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة ط ١ ١٣٧٤ هـ / ١٩٥٥ م، ج ٢ ص ٤٩٦، وعبر الزيدية بقولهم إن المدعي من معه أخفى الأمرين، البحر الزخار للمرئضي، مكتبة الخانجي القاهرة ط ١ ١٣٦٦ هـ / ١٩٤٧ م، ج ٤، ص ٣٨٦، التاج المذهب لأحكام المذهب (شرح متن الأزهار) للعنسي الصنعاني ط ١، ج ٤، ص ٣.

(٢) الهداية للمرغيناني مطبعة المكتبة التجارية بمصر ١٣٥٦ هـ ج ٦ ص ١٣٨، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم الحنفي مطبعة الحلبي مصر ١٣٣٣ هـ، ج ٧، ص ١٩٣.

(٣) كشف القناع على متن الإقناع للبهوتي الحنبلي، المطبعة العامرة، الشرقية، مصر ط أولى ١٣١٩ هـ ج ٤ ص ٢٢٧، المغني لابن قدامة المقدسي، ط دار المنار، مصر ط ٣ / ١٣٦٧ هـ ج ٩ ص ٢٧١.

(٤) الفروق للقرافي ج ٤ ص ٧٤، تهذيب الفروق ج ٤، ص ١١٨، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، لابن فرحون المالكي، مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة، ١٣٧٨ هـ / ١٩٥٨ م، ج ١، ص ١٢٢.

مواهب الجليل، شرح مختصر خليل للحطاب، مطبعة السعادة، مصر ط ١ سنة ١٣٢٩ هـ ج ٦، ص ١٢٦، شرح النيل، محمد اطفيش مطبعة السلفية بمصر ١٣٤٣ هـ، ج ٦، ص ٥٤.

ونرى من هذه الاتجاهات المختلفة لمذاهب الفقه الإسلامي بشأن التمييز بين المدعي والمدعى عليه أن الاتجاه الأخير يلتقي مع الاتجاه الثاني في المضمون الذي يدل على أن المدعي هو من يدعي خلاف الظاهر والمدعى عليه هو من يتمسك بالظاهر، وهو ما نرجحه لأنه يتفق مع عموم مقتضيات أهداف الشريعة الإسلامية الغراء التي تهدف إلى وضع قواعد لحل الخلاف وقطع النزاع، وتنظر إلى الحقوق والوقائع على أنها أوضاع ثابتة ومستقرة وأن هذا الاستقرار والثبات تحقق بمعهود أصلي أو بناء على الغالب من الأحوال أو على تعارف الناس، كما ترى هذه الشريعة الغراء أن الأصل بين الناس أن يسودهم الوفاق والتعاون والتفاهم، أما ما يحدث بين بعضهم من خلاف أو نزاع فهذه أمور عارضة قد تزول باتباع قواعد الفضيلة والتزام الحق اللذين تحت عليهما تلك الشريعة الغراء. لذلك يمكننا القول إن المدعي هو من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو ظاهراً أو عرفاً أو فرضاً بمعهود شرعي والمدعى عليه هو من يتمسك بالثابت أصلاً أو ظاهراً أو عرفاً أو فرضاً بمعهود شرعي.

فالأصل في اللغة: أسفل الشيء^(١) وفي الاصطلاح يطلق على معانٍ كثيرة، منها أنه يستعمل بمعنى القانون والقاعدة المنطبقة على جزئياتها، فإذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه، وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك فيصار حينئذ إليه. فالأصل هو الحالة العادية التي لاحتياج إلى دليل استناداً إلى القاعدة الفقهية التي تقضي بأن (الأصل بقاء ما كان على ما كان)^(٢).

والظاهر في اللغة هو الواضح والبين^(٣) والمقصود به الأمور الظاهرة التي تتفق ومجرى الحياة وتآلفها النفوس، فهو الحالة القائمة التي تدل على أمر من

(١) (انظر المعجم الوسيط، ج ١، ص ٨٥، لسان العرب، لابن منظور، ط د صادر - دار بيروت ١٩٥٦م ١٣٧٥هـ، ج ١١، ص ١٦، المصباح المنير، للمقري الفيومي، المطبعة الأميرية القاهرة ط ٦، ١٩٣٦م، ج ١، ص ٢٠).

(٢) الشيخ أحمد محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق ص ٨٧.

(٣) المصباح المنير، ج ٢، ص ٣٤، المعجم الوسيط، ج ٢، ص ٥٨٤٠.

الأمر، وهو نوعان: الأول هو ما لم يصل في الظهور إلى درجة اليقين، والثاني هو الذي وصل إلى درجة اليقين، وليس هذا هو المراد به هنا في هذا البحث؛ لأن كلامنا منصب على المرجحات الأولية غير اليقينية^(١)، والعرف هو - كما يقول الغزالي - ما استقر في النفوس من جهة المعقول وتلتقيه الطباع السليمة^(٢). والعرف والعادة والغالب معان متقاربة وأمور معهودة لدى الناس كما يقول صاحب تهذيب الفروق^(٣)، وقد يكون المعهود لدى الناس ثابتاً بنص شرعي، ولذلك قال بعض فقهاء المالكية المدعى عليه من ترجح قوله بمعهود أو أصل^(٤)، فالأصل في اصطلاح الفقهاء والأصوليين - كما ذكرنا - يطلق على معان كثيرة أحدها الدليل، والثاني القانون والقاعدة المنطبقة على جزئياتها والثالث الراجح الأولى والأخرى، والرابع المستصحب.

والأصل المقصود به هنا - كما يقول ابن حزم الأندلسي - هو ما أدرك بالعقل والحس^(٥) أي لا يحتاج إلى دليل أو برهان، لذلك فمن تمسك بأصل من الأصول فلا يكلف بالإثبات، ويقبل قوله مع يمينه، ويكون هو المدعى عليه.

والأمثلة على ذلك كثيرة:

- الأصل في الأمور العارضة العدم، وفي الأمور الأصلية الوجود ويتفرع عنها: الأصل براءة الذمة والأصل سلامة المبيع من العيوب، وهكذا فإذا ثبت الدين بإقرار أو بينة وادعي الأداء أو الإبراء فالقول للدائن لأن الإبراء والأداء

(١) الشيخ أحمد محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق ١٠٧/١٠٨.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، مطبعة الحسينية ١٣٢٢ هـ، القاهرة، ص ٤٦.

(٣) تهذيب الفروق ج ٤، ص ١١٩.

(٤) تبصرة الحكام، ج ١، ص ١٢٢، شرح المجموع للأمير للصنعاني السياغي مطبعة السعادة، القاهرة ط ١، ١٣٤٧ هـ، ج ٢، ص ٣١٦، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٩٨، منح الجليل، ج ٤، ص ١٧١، مواهب الجليل ج ٦، ص ١٢٦.

(٥) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم الأندلسي، مطبعة العاصمة بالقاهرة - نشر زكريا علي يوسف، ج ١، ص ٣٩.

عارض بعد الثبوت، والأصل فيه العدم^(١) إلا إذا أقام المدين البينة لإبراء أو الأداء بعد ثبوت الدين لأنه مدعٍ خلاف الثابت عرضاً أو فعلاً.

- والأصل في الأعيان والأماكن أنها سالمة من القيود والحقوق المترتبة عليها، فمن ادعى عيناً في يد آخر، فعليه البينة لأن اليد والحيازة دليل الملك ومن ادعى ارتفاعاً فعليه الإثبات لأن الأصل سلامة العقار عن قيود الارتفاق^(٢) والأصل في العقود الصحة، فمن ادعى الفساد فعليه الإثبات، ويكون القول قول مدعي الصحة مع اليمين. قال الزركشي عملاً بالظاهر^(٣).

- والعرف والعادة وشبه الغالب الراجح في الشرع لها اعتبار في كثير من المسائل، وهي من الأدلة، التي يستند إليها الفقه الإسلامي في معرفة أسباب الأحكام وترتيب النتائج عليها، ولها سلطان كبير في الاستنباط والاستدلال وتشريع الأحكام لأنها تدل على الظاهر المقبول الذي يقوي ويرجح جانب من يتمسك بها عند النزاع والخلاف^(٤).

فمن ادعى الشراء أو الهبة من حائز للمدعي فيه مدة الحيازة فالحائز مدعى عليه، وكان القول قوله مع يمينه؛ لأن المعتبر والغالب يرجح جانبه ويقوي حيازته إذا كان المدعي حاضراً وليس له عذر في سكوته، ثم ادعى على الحائز فلا يقبل قوله بغير بينة اعتباراً للظاهر والغالب^(٥)، وكذا إذا تداعى قاض

(١) مرآة المجلة، ليوسف أضاف، مطبعة العمومية بمصر ١٨٩٤ م - ج ١، ص ١١ الأشباه والنظائر. للسيوطي، دار الفكر بيروت - لبنان طبعة ٣ ص ٨٠ الأشباه والنظائر لابن نجيم، تحقيق عادل سعد، المكتبة التوفيقية مصر (بدون)، ص ٧٠.

(٢) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي، ج ٢، ص ٦٦٠.

(٣) القواعد في الفقه، للزركشي مخطوط بدار الكتب المصرية قاعدة ٢٣ أ، أصول الإثبات الجعفري، ص ٢٠٣.

(٤) لمزيد من التفصيل في هذا الموضوع رسالة فضيلة الشيخ أحمد فهمي أبو سنة في العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، القاهرة طبعة ١٩٤٩م، ص ١٢٩ ١٩٩٣، المدخل الفقهي العام للعلامة مصطفى الزرقاء، مطبعة جامعة دمشق ط ٦ ١٣٧٩ هـ / ١٩٥٩ م، ج ٢، ص ٨٤٧.

(٥) تبصرة الحكام ج ١، ص ٣١٢.

وجندي رماً تحت يدهما أو لا يد لأحدهما عليه، فالعرف والغالب يوافق الجندي فهو مدعى عليه ويصدق بيمينه ويحكم له به مالم تثبت البينة خلاف ذلك^(١) وهكذا في كل من شهد له العرف فيكون مدعى عليه لان متمسك بالظاهر والأصل، ويعتبر القول قوله ولا يكلف بالبينة، فإذا أحضر الطرف الآخر بينة حكم له بها لأن البينة أقوى من الظاهر والعرف، فالعرف والظاهر لا يحضران إلا ببينة فإذا عجز المدعي عن إحضارها صدق المدعى عليه وترجع جانبه ويحكم له القاضي مع يمينه، لذلك فالعرف في الفقه الإسلامي يعتبر من الأدلة التي يستند إليها القاضي في التمييز بين المدعي والمدعى عليه، فالشخص الذي يؤيده العرف مدعى عليه، ويرجح قوله لقوة جانبه لأنه متمسك بالأصل والظاهر^(٢).

- والاستصحاب عند الفقهاء - كما قدمنا - هو إبقاء الحالة التي كان عليها الشيء في الماضي حتى يقوم الدليل على تغييرها لأن الحالة السابقة يقين، فلا تتحول عنه حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، فيصار حينئذ إليه^(٣) فهو لا يصح حجة للاستحقاق وإنما يصلح حجة للدفع لأنه من ثبت له حق في الماضي يحكم باستمرار هذه الحالة له بناء على ثبوتها له في ذلك الوقت حتى يثبت خلاف ذلك^(٤)، فإذا أثبت المدعي شغل ذمة المدعى عليه بما ادعاه في زمن مضى اعتبرت ذمة المدعى عليه مشغولة بهذا الدين إلى الآن بحكم الاستصحاب لأن

(١) البهجة في شرح التحفة، للتسولي ج ١ ص ٢٥، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، للعز بن عبد السلام السلمي، مطبعة الكليات الأزهرية، مصر ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م، ج ٢ ص ٥٦.

(٢) رسالة العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ / أحمد فهمي أبو سنة، ص ١١٧ وما بعدها.

(٣) الوجيز في شرح القواعد الفقهية د. عبد الكريم زيدان، ص ٣٩.

(٤) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد الزحيلي، ص ٦٦٢، أصول الإثبات للجعفري، ص ١٩٨، مجلة الأحكام العدلية المادة ١٦٨٣٥، الأشباه والنظائر لابن نجم، ص ٦٦، رد المختار لابن عابدين على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٨٦ هـ ١٩٦٦ م، ج ٥، ص ٥٥١.

الاستصحاب حجة لإبقاء الثابت ويكون المدين مدعياً في الوفاء والإبراء وغيرهما لأن قوله يخالف الثابت ظاهراً، ويكون الدائن مدعى عليه ومصدقاً في عدم الوفاء والإبراء، لأن قوله ترجح بثبوت الدين وتبقى الذمة مشغولة استصحاباً لشغلها بالثابت فيما مضى إلى أن يوجد دليل على خلاف ذلك^(١)، وهكذا.

- أما المعهود بنص شرعي الثابت فرضاً (القرائن الشرعية) الذي قال به الفقهاء بأن المدعى عليه هو من ترجح قوله بمعهود أو أصل فالمقصود به أن الشارع الحكيم ينص لاعتبارات معينة تتعلق بأصحابها على حكم شرعي مأخوذ من القرائن أو من أصل معين، فمن تمسك بهذا الحكم الشرعي فهو مدعى عليه ويقبل قوله، ونفترض صدقه لأنه تمسك بمفترض شرعي، ومن يدعي خلاف ذلك فادعائه يخالف هذا المفترض الشرعي فتلزمه البينة وذلك مثل الأمين فقد افترض الشارع الحكيم الأصل فيه الصدق، ويقبل قوله مع اليمين، وكذا كل من جعل الشارع القول قوله من ولي أو وصي أو وديع^(٢). وكافتراض التبرع في مرض الموت بأنه هبة أو وصية وافترض الطلاق في مرض الموت بأنه طلاق الفار من أحكام المواريث وافترض أن الولد للفراش.. إلخ. ففي هذه الأمثلة تعتبر تمسكاً بالثابت فرضاً (القرائن الشرعية)، فمن تمسك به فهو مدعى عليه ويقبل قوله ونفترض صدقه؛ لأنه تمسك بمفترض شرعي إلا إذا استطاع المدعي إثبات عكس ذلك بالبينة^(٣).

- (١) طرق القضاء للشيخ أحمد إبراهيم، مطبعة السلفية بالقاهرة ١٩٤٧م، ص ١٦، المذهب لإبراهيم بن يوسف الشيرازي، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر طبعة ثانية ١٣٧٩هـ / ١٩٥٩م، ج ٢، ص ٣٠٣، تبصرة الحكام ج ١، ص ١٩١، التاج المذهب ج ٤، ص ٩، تبين الحقائق للزيلعي ج ٤، ص ٢٩١، كشف القناع ج ٤، ص ٢٠١.
- (٢) أحكام الأحكام وشرح عمدة الأحكام لابن دقيق العبد، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة ١٣٧٢هـ / ١٩٥٣م، ج ٢، ص ٢٩٧، تبصرة الحكام ج ١، ص ١٢٦، ٣١٢، شرح الخرش على مختصر خليل لمحمد الخرش، المطبعة الأميرية ببولاق مصر ط ٢، ١٣١٧ هـ، ج ٧، ص ١٥٥، أصول الإثبات، الجعفري، ص ١٩٧، القواعد الفقهية لابن رجب الحنبلي، طبعة مكتبة الخانجي بمصر ط ١ / ١٣٥٣ هـ / ١٩٣٣م، ص ٣٣٩.
- (٣) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي، ص ٦٦٣ وما بعدها.

جملة القول في كل ماتقدم أن الفقهاء المسلمين اجتهدوا في مسألة التمييز بين المدعي والمدعى عليه عن طريق وضع القواعد والضوابط الفقهية التي ترجح جانبه، وهي الأصل أو العرف أو الاستصحاب أو النص الشرعي، وهذا هو معنى تعريف المالكية في القول الأول لهم القائل بأن (المدعى عليه أقوى المتداعيين سبباً، والمدعى أضعفهما)^(١)، وهذا ماجعلنا أن نصل إلى التفريق بين المدعي والمدعى عليه من خلال ما أوردناه من قول بهذا الشأن في بداية حديثنا عن المدعي والمدعى عليه الذي ذكرنا فيه أن المدعي هو من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو ظاهراً أو عرفاً أو الثابت فرضاً بمعهود شرعي، والمدعى عليه هو من يتمسك بالثابت أصلاً أو ظاهراً أو عرفاً أو فرضاً بمعهود شرعي.

هذا، ومما تجدر الإشارة إليه أخيراً أنه يثار تساؤل مهم بخصوص هذه المرجحات الأولية التي بينها الفقه الإسلامي للتمييز بين المدعي والمدعى عليه هو ما الحكم إذا وجد تعارض فيما بين تلك المرجحات أو بينها وبين وسائل الإثبات الشرعية من شهود أو كتابة.. إلخ؟ وأيهما يترجح؟

للإجابة عن ذلك فإن الفقه الإسلامي يذهب إلى أنه إذا تعارضت المرجحات الأولية مع الأدلة التي يقيمها المدعي كالشهادة أو الكتابة.. إلخ فإنه يترجح جانب المدعي، ويحكم له بالبينة حتى ولو كان المدعى عليه متمسكاً بالظاهر، وهذا باتفاق الفقهاء^(٢)، وهو مايتفق أيضاً مع القاعدة الأساسية في الإثبات

(١) حاشية حجازي على المجموع، المطبعة البهية الشرقية بالقاهرة (بدون) ج ٢، ص ٣١٧.

(٢) القواعد الفقهية للزركشي، قاعدة ٦٢ب، البهجة في شرح التحفة، ج ١، ص ٢٦، تبصرة الحكام، ج ١ ص ١٢٣ المدخل الفقهي العام للعلامة مصطفى الزرقاء، ج ٢، ص ١٠٦٠ الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨، القواعد الفقهية لابن رجب، ص ٣٣٩، تهذيب الفروق للقرافي ج ٤، ص ١٢٠، وانظر في هذا الشيخ أحمد محمد الزرقاء شرح القواعد الفقهية ص ١١٢، ١١٣ حيث قال (إلا أنه إذا وصل حال الظاهر إلى درجة اليقين القطعي فإنه يترجح على البينة حتى لا تقام على خلافه دليل ما نص عليه الفقهاء في درر المختار وحاشية رد المختار، كتاب الدعوى باب الاستحقاق الذي ورد فيه أنه لو أقر إنسان لمن كان مجهول النسب بأنه ابنه وكان لا يولد مثله لمثل المقر فإن الإقرار يبطل وذلك يفيد أن البينة لا تقبل عليه بالأولى)؛ لأن الظاهر قد وصل من اليقين القطعي إلى درجة يطرح معها احتمال خلافه لعدمه.

الشرعي وهي: أن البينة لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل كما يتفق كذلك مع تعريف المدعي والمدعى عليه المشار إليه سابقاً. وهذا ما يتفق مع ما ذهب إليه المادة ١١١٢ من القانون المدني اليمني التي تقضي بأنه (لا يثبت حق بيد في ملك الغير أو في حقه أو في حق عام إلا ببينة شرعية).

كذلك ذهب الفقه الإسلامي إلى أنه إذا تعارض أصلان^(١)، بأن استند كل خصم إلى أصل من الأصول وتقوى جانبه به ذهبوا إلى ترجيح صاحب الأصل الذي تؤيده أمور وظروف أخرى متعلقة بموضوع النزاع وجوهره، فمن ترجح قوله بأصل آخر أو بوجه من وجوه النظر فهو مدعى عليه والآخر مدع^(٢) وهذا هو الحكم نفسه فيما لو تعارض ظاهران، أما إذا تعارض الأصل مع العرف أو الغالب أو المعهود الشرعي فقد انقسم الفقهاء بخصوص ذلك إلى اتجاهين؛ الأول يتزعمه فقهاء المالكية والحنفية والإمامية القائلون بترجيح الظاهر أو العرف والغالب والمعهود بنص شرعي استناداً إلى كونها قرائن وشواهد قائمة تنبئ بحدوث أمر يغير حاله^(٣) وهذا يتفق مع ما تنقضي به المادة ١١١٦ من

(١) جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٢/٩٣ (قال الإمام، وليس المراد بتعارض الأصلين، تقابلهما على وزن واحد في الترجيح فإن هذا كلام متناقض بل المراد التعارض بحيث يتخيل الناظر في ابتداء نظره لتساويهما فإذا حقق فكره رجح.

(٢) القواعد الفقهية للزركشي، قاعدة ٦٦ ب، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩٣ حيث جاء فيه (قال ابن الرفعة: ولو كان في جهة أصل أو في جهة أصلان جزم لذي الأصلين، ولم يجز الخلاف)، وجاء في القواعد الفقهية لابن رجب الحنبلي ص ٣٣٥: (قاعدة إذا تعارض أصلان عمل بالأرجح منهما لاعتضاده بما يرجحه، فإن تساويا خرج في المسألة وجهان غالباً) انظر أيضاً أصول الإثبات، الجعفري، ص ٢٠٧، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ج ٢، ص ٦٦٨.

(٣) شرح القواعد الفقهية للشيخ / أحمد محمد الزرقاء، ص ١١٠، حيث قال (إن الأصل والظاهر إذا تعارض أحدهما مع الآخر تقدم جهة الظاهر لأنه أمر عارض على الأصل يدل على خلافه، المدخل الفقهي العام ج ٢، ص ١٠٦١، تهذيب الفروق ج ٤، ص ١١٩ أصول الإثبات، الجعفري ص ٧٤، البهجة في شرح التحفة، ج ١، ص ٢٧، تبصرة الحكام ج ١، ص ٣١٢ الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧٠.

القانون المدني اليمني الجديد التي تنص على أنه (عند الترجيح بين أدلة مدعي الملك وبين الثبوت بالقرائن يتبع ما يأتي:

أ - ينظر إلى حالة ثابت اليد؛ أهو ممن يجوز منه الاغتصاب أو من سلفه وقت ادعاء الاغتصاب أم لا؟ فإن وجد كذلك فهذه قرينة تقوي حجة المتمسك بالمرقوم على ذي اليد.

ب - ينظر إلى مدة ثبوت ذي اليد ومتى بدأت فإن كانت متأخرة عن التاريخ الذي كتب فيه المرقوم فهذه قرينة تقوي حجة المتمسك بالمرقوم على ذي اليد.

ج - ينظر إلى الحال المتمسك بالمرقوم وهل كان حاضراً في مكان الشيء المتنازع عليه في مدة ثبوت ذي اليد أم كان غائباً أو ضعيفاً أو ذا بلاهة كان ذلك مقوياً لحجته على ذي اليد.

د - ينظر إلى حال الجهة التي حصل فيها النزاع، وهل تجري فيها الأحكام الشرعية وينصف المظلوم من الظالم وقت ادعاء الأحكام الشرعية وينصف المظلوم من الظالم وقت ادعاء الغصب فإن كانت كذلك كان ذلك مقوياً للثبوت^(١).

أما الاتجاه الثاني للفقهاء المسلمين فقد ذهب إلى ترجيح الأصل على الظاهر والعرف والغالب والمعهود بنص شرعي في حال التعارض معه، وهذا ما ذهب إليه فقهاء الشافعية والحنابلة^(٢).

(١) لمزيد من التفصيل عن الثبوت والغصب راجع رسالة زميلنا الدكتور يحيى محمد عبدالله الجرافي في الغصب وآثاره في الشريعة الإسلامية والقانون المدني اليمني دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ١٩٩٥م ص ٦٥ - ١٤٤.

(٢) جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٨: والصواب في الضابط ماحرره ابن الصلاح فقال: إذا تعارض أصلان أو أصل وظاهر وجب النظر في الترجيح كما في تعارض الدليلين، فإن تردد في الراجح ففي المسألة قولان بترجيح الأصل وترجيح الظاهر، وإن ترجح الدليل الظاهر حكم به بلا خلاف وإن ترجح دليل أصل حكم به بلا خلاف. وانظر أيضاً القواعد الفقهية لابن رجب الحنبلي ص ٣٣٩، ٣٤٨، القواعد الفقهية للزركشي، قاعدة ٦٢ ب، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ج ٢، ص ٦٧٠.

نخلص من هذا: إلى أن دور المرجحات الأولية يقتصر على ترجيح جانب أحد الخصمين على الآخر والتمييز بينهما لمعرفة المدعي منهما من المدعى عليه، فهي حجة ضعيفة في إبقاء ماكان على ماكان حتى يثبت مايزيله ولا تصلح لأن توجب الاستحقاق بل تدفع الاستحقاق لأنها لا ترقى إلى مرتبة البيئة الكاملة لذلك لا يكتفى بها للقضاء والحكم بمفردها بل يلزم أن يقترن بها اليمين من المدعى عليه امتثالاً للحديث الشريف الذي ينص على طلب اليمين من المدعى عليه، وهذا هو الراجح عند جمهور الفقه الإسلامي والمشهور عند المالكية^(١). وهذا ما سيتضح لنا من خلال دراسة بعض القواعد الفقهية التي تتصل بعبء الإثبات الشرعي التي سنعرضها في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

قواعد عبء الإثبات وتطبيقاتها

في الفقه الإسلامي

في ضوء دراستنا لاتجاهات الفقه الإسلامي للتمييز بين المدعي والمدعى عليه وكذا من خلال قواعد الترجيح الأولية التي قال بها الفقهاء للتمييز بينهما يمكن أن نعرض بالدراسة لبعض القواعد الفقهية الشرعية التي تتصل بعبء الإثبات الشرعي، التي أمكن لواضعي مجلة الأحكام العدلية استخلاصها من كتب الفقه الإسلامي، ولا سيما الفقه الحنفي، ومن هذه القواعد مايلي:

(١) البهجة شرح التحفة للتسولي ج١ ص٢٦، تهذيب الفروق للقرافي ج٤، ص١٢١ المحلي لابن حزم الظاهري الأندلسي، المطبعة المنيرة بالقاهرة ١٣٥٠هـ، ج٩، ص٤٣٦، كشاف القناع ج٤، ص٢٢٨، القواعد للزركشي، قاعدة ٦٢ ب، القواعد الفقهية لابن رجب ص ٣٤٨ قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج٢، ص ٥٧ رد المحتار ج٥، ص ٥٥١، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، لمحمد مصطفى شلبي مطبعة دار التأليف ١٣٧٩هـ / ١٩٥٩م، ص ٢٣٣، رسالة العرف والعادة في رأي الفقهاء للشيخ أحمد فهمي أبو سنة ص ١١٩، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ج٢، ص ٦٦٥ - ٦٦٦.

١- (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)^(١) (المادة ٧٦ من المجلة):

(البينة على المدعي واليمين على من أنكر) وأصل هذه القاعدة حديث نبوي شريف رواه الترمذي والبيهقي^(٢)، وهذه القاعدة متفق عليها، وهي أساس عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية التي أخذت عنها هذه القاعدة كقانون الإثبات اليمني، والقانون المدني العراقي وغيرهما. وهذه القاعدة تتكون من شقين أو قسمين:

- الأول: البينة على المدعي.

- الثاني: اليمين على المدعى عليه (المنكر).

(فالبينة شرعت لإثبات خلاف الأصل أو الظاهر)؛ فخلاف الأصل إضافة الحادث إلى إبعاد أوقاته، كوجود الصفات العارضة، وكشغل الذمة. فإن كل ذلك

(١) وقد قام المشرع اليمني بتضمين هذه القاعدة في المادة الثانية من قانون الإثبات التي تنص على أنه (على الدائن إثبات الحق وعلى المدين إثبات التخلص منه، وتكون البينة على المدعي واليمين على من أنكر). فالملاحظ على هذا النص أن المشرع اليمني قد جمع فيه بين قاعدتين متقابلتين: القاعدة الوضعية والقاعدة الشرعية. فالقاعدة الشرعية الشق الأول منها (البينة على المدعي) يقابل القاعدة الوضعية في جانبها، بمعنى أن عبارة (من يدعي) تنصرف في الوقت نفسه إلى ما يرمز إليه بالمدعي في المرافعات والمدعي في الإثبات لافرق في ذلك بين شاك ومشكو، أو طالب ومطلوب، بخاصة إذا اعتبرنا ما يتصف به القضاء في الإسلام من بساطة في الإجراءات. أما الشق الثاني من القاعدة، أي (اليمين على من أنكر) فليس له بأي حال من الأحوال علاقة مع تنقل عبء الإثبات للمدين حين قيامه بالدفع. ومن هنا كان يتعين على مشرعنا في قانون الإثبات أن يأخذ بإحدى القاعدتين الشرعية أو الوضعية؛ لأن كلا منهما تقابل الأخرى بدلاً من الجمع بينهما؛ لأن في ذلك تزييداً يعيب النص ويتنافى مع الصياغة الفنية للقوانين، وعلى أية حال لما كان المشرع اليمني قد استقى هذه القواعد الفقهية من الشريعة الإسلامية فإن ما سنقوم به من شرح لهذه القواعد يعتبر شرحاً لها في القانون المدني اليمني وكذا لقانون الإثبات.

(٢) حديث صحيح متفق عليه، انظر صحيح البخاري بشرح السندي والقسطلاني مطبعة العثمانية بمصر ط ١، ١٣٥١هـ/١٩٣٢م، ج ٢، ص ٥٢.

خلاف الأصل، لأن الأصل هو إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، وبقاء ما كان على ما كان عليه، وعدم وجود الصفات العارضة، وبراءة الذمة فلا يحكم بخلاف الأصل إلا بالبينة. وكذلك ما كان الأصل فيه الخصوص، كالوكالة والعارية والعموم كالمضاربة والشركة، فإنه لا يحكم في كل منها بخلاف الأصل إلا ببينة.

واليمين شرعت (لإبقاء الأصل أو الظاهر) على ما كان عليه من (عدم) إن كان الأصل عدم المتنازع فيه، كالصفات العارضة أو (وجود) إن كان الأصل وجود المتنازع فيه، كالصفات الأصلية، فإذا تمسك أحد المتخاصمين بما هو الأصل أو الظاهر وعجز الآخر عن إقامة البينة على ما ادعاه من خلاف الأصل يكون القول قول من يتمسك بالأصل أو الظاهر بيمينه^(١).

وإليك بيان ذلك على النحو التالي:

القسم الأول - البينة على المدعي:

البينة في اصطلاح الفقهاء إذا أطلقوها فإنهم يقصدون بها الشهادة^(٢) باعتبار أنها أظهر من غيرها من وسائل الإثبات في إظهار الحق وإثباته، غير أن المعنى العام للبينة عند الفقهاء أنها كل ما يبين الحق ويظهره فلا يقتصر مفهومها على الشهادة بل يشملها وغيرها من وسائل الإثبات الأخرى، كالكتابة والقرينة القاطعة واليمين، وهذا ما ذهب إليه ابن تيمية وابن القيم وابن فرحون وحسن خان^(٣).

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ احمد محمد الزرقاء ص ٣٩١.

(٢) مغني المحتاج ج٤، ص ٤٦١ الاقناع للبهوتي مطبوع مع كشاف القناع ط١/ ١٣١٩هـ، ج٤، ص٣٢٦ والمرافعات الشرعية للسبكي، مطبعة الجمالية بمصر ط١، ١٩٢٣، ص ٥ بالهامش.

(٣) الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية، مطبعة المدني، القاهرة ١٩٨٥م، ص ١٣، ٩٦ وما بعدهما، أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية، طبعة مكتبة الكليات الأزهرية بمصر ١٣٨٨هـ/١٩٦٨م، ج١، ص٩٠، تبصرة الحكام، ج١، ص٢٠٢، ظفراللاضي فيما يجب في القضاء على القاضي لمحمد حسن خان/ بها دار مطبعة بهو بال بالهند ١٢٩٥هـ، ص ٩٦.

وهذا ما تؤيده اللغة واستعمالات الشرع^(١)، فالبيئة اسم لكل ما يبين الشيء ويظهره، وقد وردت في الحديث الشريف بلفظ عام^(٢)، وهذا المعنى الواسع للبيئة هو ما نريده لتفسير القاعدة في ضوءه.

فالمدعي لا المدعى عليه هو المكلف إقامة الدليل الذي يثبت ادعائه لأن دعواه خلاف الظاهر، بينما جانب المدعى عليه قوي متمسك بأصل هو (الأصل براءة الذمة)، أي خلوها من أي حق للغير لأنه هكذا ولد، وعلى من يدعي خلاف ذلك فعليه يقع عبء الإثبات^(٣) فوجبَت البيئة عليه لإظهار الخفي، وكشف المستور، وإثبات الأمور العارضة، وبيان خلاف الأصل والمعهود فتصح دعواه ويحكم له بها^(٤)، والحكمة من فرض البيئة على المدعي وإلقاء عبء الإثبات الثقيل عليه أنه يدعي أمراً ساكناً وحقاً خفياً ويريد تغيير الوضع القائم والحالة الراهنة، والظاهر المسلم فيه، مع أن الشارع الحكيم يهدف إلى استقرار المعاملات ومنع النزاع والمخاصمات^(٥) فكان من الحكمة والعدل تكليف المدعي

(١) البيئة في اللغة: الدليل والحجة، والجمع بينات، وتبين الشيء: اتضح وظهر (انظر المنجد ص ١١٨).

(٢) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد الزحيلي ج٢، ص ٦٧٢.

(٣) الوجيز في شرح القواعد الفقهية للدكتور عبد الكريم زيدان، ص ١٣٤.

(٤) شرح الخرشي ج٧، ص ١٥٣، منح الجليل ج٤، ص ١٧٤، أصول الإثبات، الجعفري ص ٢٧.

(٥) وسائل الإثبات الشرعية للدكتور محمد الزحيلي ص ٦٨٠، المقدمات والممهيات لابن رشد الجد، مطبعة السعادة بمصر ط١، ١٣٢٥هـ، ج٢، ص ٣١٧، الحاوي الكبير (شرح مختصر المزني) للماوردي، مخطوط بدار الكتب ج١٣، قاعدة ٤٦٦أ وما بعدها حيث جاء فيها: وأصل هذا أن مجرد الدعاوى في المطالبات لا يحكم بفصلها إلا بحجة تقتزن بها، فحجة المدعي البيئة على إثبات ما ادعاه، وحجة المدعى عليه اليمين على نفي ما أنكره، لقول النبي ﷺ: البيئة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ثم قال الماوردي: فجعلت أقوى الحجتين في أضعف الجانبين، وهو المدعي، لتكون قوة الحجة جبراً لأضعف الجنبية، وقوة الجنبية جبراً لأضعف الحجة فيتعادلان في الضعف والقوة.

إقامة الحجة القوية وهي البينة؛ لأنها إذا كانت الشهادة لا يجلب أصحابها وهم الشهود العدول المقبولة شهادتهم لأنفسهم نفعاً، ولا يدفعون عن أنفسهم ضرراً بشهادتهم، فيقوى بها جانب المدعي، وهذا هو الحال نفسه بالنسبة لأي نوع من أنواع البينة الأخرى التي تثبت بها الحقوق للمدعي^(١).

وعلى ذلك فمن ادعى على غيره حقاً من الحقوق التي أقرها الشارع فعليه إقامة الدليل، لأن الأصل براءة الذمة من الديون، ولأن الظاهر أن اليد دليل الملك وإذا ثبت الدين بالإقرار أو بالشهود أو بالكتابة وغيرها فادعى المدين الإبراء أو الوفاء فيقع عليه عبء إثبات الإبراء والوفاء؛ لأنه يدعي خلاف الثابت عرضاً^(٢).

والأصل في تكليف المدعي بالبينة أن من ادعى على آخر شيئاً لو أقر به لزمه قبلت البينة عليه بإثباته، ويقضى له به، وما لا يلزمه لو أقر به لا تسمع البينة عليه^(٣).

كما أن الأصل أن المدعي إذا أقام بينته المقبولة شرعاً حكم له القاضي بموجب بينته هذه لأنها حجة كاملة، ومن ثم فلا يطلب منه حلف اليمين مع بينته^(٤)، سواء كان طلب الحلف على صدق البينة أو على استحقاق المدعي به،

(١) الوجيز في شرح القواعد الفقهية للدكتور عبد الكريم زيدان ص ١٣٥، شرح المجلة لسليم رستم باز، ص ٥١.

(٢) البحر الرائق ج ٧ ص ٢٢٨، التاج المذهب ج ٤، ص ٩.

(٣) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ج ٢، ص ٦٧٣.

(٤) إلا أن هذا الأصل ترد عليه بعض الاستثناءات، حيث يوجه القاضي اليمين على المدعي بعد إقامته البينة على ما ادعاه وقبل أن يصدر الحكم، ومن هذه الاستثناءات ما يأتي:
أولاً: من ادعى حقاً على ميت إضافة لتركته في مواجهة أحد الورثة وأثبت دعواه فإن القاضي يحلفه بالله، من غير طلب من الوصي أو الوارث، قائلاً: والله ما استوفيت ديني من المدين الميت ولا من أحد أداه إليّ عنه ولا قبض لي قابض بأمرى ولا أبرأته منه ولا شيئاً منه ولا أحلت بذلك ولا بشيء منه على أحد ولا عندي به ولا شيء منه رهن. وهذه اليمين ليست لحق الوارث وإنما هي للتركة لجواز أن يكون للميت دائن آخر أو موصى له فيحلفه القاضي احتياطاً وإن لم يطلب الخصم، وهذه اليمين واجبة حتى لو لم يحلفه القاضي وحكم له لم ينفذ حكمه.

لأن البينة تقام لإسقاط اليمين فإذا أُجيز تحليف المدعي مع بينته فإن في ذلك تهمة للبيئة التي أقامها وطعنًا بها ولأنه مخالف لهذه القاعدة التي تقرر على المدعي البينة واليمين على المدعى عليه، وكون البينة على المدعي يعني أنه يستحق بها، لأنها واجبة عليه، وحق له في آن واحد^(١).

القسم الثاني - اليمين على المدعى عليه:

إذا عجز المدعي عن الإثبات عرض عليه القاضي تحليف خصمه المدعى عليه؛ لأن التحليف حقه، فإذا طلب تحليفه عرض القاضي على المدعى عليه اليمين فإن حلفها رد القاضي الدعوى وإذا نكل عن اليمين حكم القاضي عليه بما ادعاه المدعي، إما بمجرد نكوله عن اليمين أو بعد أن يحلف المدعي اليمين إذا ردها عليه المدعى عليه على رأي بعض الفقهاء^(٢)، كما سنرى ذلك فيما بعد، وقد اتفق الفقهاء على كون اليمين على المدعى عليه لقوة جانبه، ولأنه يتمسك بالحالة الأصلية وموافقة الظاهر، وتكون يمينه على النفي لأنها صادرة لإنكاره الدعوى^(٣) والحكمة من وجوب اليمين على المدعى عليه عند عجز المدعي عن

= ثانيًا: المرأة إذا طلبت من القاضي أن يفرض لها نفقة في مال الزوج الغائب فإن القاضي يحلفها بالله أنه ما أعطها نفقتها حين خرج ولم يترك لها مالاً ولم يطلقها، د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية ص ١٣٧، ١٣٦، الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكيرية، جماعة من علماء الهند مطبعة بولاق بمصر ط ٢، ١٣١٠هـ، ج ٤، ص ١٤، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، للشيخ علي قراعة، مطبعة الرغائب بدار المؤيد بالقاهرة ١٣٣٩هـ / ١٩٢١م، ص ٢٣٦-٢٣٩.

(١) كشف القناع ج ٤، ص ٢٠١.

(٢) نظام القضاء في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت لبنان ط ٣، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، ص ١٦٩.

(٣) مراتب الإجماع لابن حزم، مكتبة القدسي القاهرة، ١٣٥٧ ص ٥٤، البحر الزخار للمرتضى، ج ٥، ص ١٣٢، المقدمات والممهديات لابن رشد الجد، ج ٢، ص ٣١٧، كشف القناع ج ٥، ص ١٩٨، شرائع الإسلام، ج ٢، ص ٢١٤، بداية المجتهد، ج ٢، ص ٥١٣، جامع العلوم والحكم لابن رجب، ص ٢٧٤، حيث جاء فيه (قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، ومعنى قوله =

إقامة بينته أنه لا يكفي القاضي في إصدار الحكم أن يعتمد على براءة الذمة، ودلالة اليد على الملك والحيازة وغيرهما من الأصول والمرجحات الأولية التي قال بها الفقهاء، على الرغم من أنها حاصلة وثابتة بالأصل واستصحابه، ولا تحتاج إلى إثبات، وذلك لسببين^(١):

السبب الأول: احتمال أن يكذب المدعى عليه فيوثق قوله باليمين فيقوى جانبه عند إنكاره إنكاراً معتبراً لادعاء المدعي وعجزه عن إثبات دعواه فيقوى جانب المدعى عليه لموافقته الأصل والظاهر مثل براءة الذمة؛ لأن كلاً من الشرع والعقل افترض في كل من تمسك بالحالة الأصلية وموافقة الظاهر الصدق ويقبل قوله غير أنه أوجب عليه اليمين^(٢)، وهو حجة ضعيفة لبقاء الأصل والظاهر، لأن اليمين وإن كانت مؤكدة بذكر الله تعالى فإنها كلام الخصم، فلا يصلح حجة مظهرة للحق، وإنما تكفي في استصحاب الحال^(٣).

السبب الثاني: على الرغم من أن براءة الذمة ودلالة اليد على الملك والحيازة وغيرهما من الأصول والمرجحات الأولية التي قال بها الفقهاء حاصلة وثابتة بالأصل واستصحابه ولا تحتاج إلى إثبات فإنها ظنية وضعيفة ولا تكفي في الاستحقاق وإن كانت تصلح حجة للدفع مما يجعل هذه المرجحات قلقة

= البينة على المدعي يعني أنه يستحق بها ما ادعى لأنها واجبة يؤخذ بها، ومعنى قوله اليمين على المدعى عليه أي يبرأ بها لأنها واجبة عليه يؤخذ بها على أي حال)، وانظر شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء ص ٣٦٩ وما بعدها.

(١) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد الزحيلي، ص ٢٧٤.
(٢) الأصول القضائية للشيخ علي قراعة ص ٢٦١. واستثنى الحنفية من القاعدة السابقة في توجيه اليمين على المدعى عليه عشر مسائل وقيل إحدى وثلاثين مسألة فيقبل فيها قول المدعى عليه ويصدق في الإنكار دون يمين مثل قول الوصي في الإنفاق والقاضي في بيع مال اليتيم والوقف وشراء الأب لابنه... إلخ، انظر الأشباه والنظائر لابن نجيم ط ٢، ١٣٢٢هـ، ص ١٨٧.

(٣) نيل الأوطار للشوكاني، مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة ١٩٦١م، ج ٨، ص ٣١٧، الحاوي للموردي، ج ١٣، قاعدة ٤٦ ب، سبل السلام للصنعاني، ج ٤، ص ١٣٢، بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٢٢٥، مغني المحتاج، ج ٤، ص ٤٦١.

مضطربة في حالة النزاع والخلاف ورفع دعوى على من يتمسك بها؛ لأنها لا تقوى على الصمود والدفاع، ويتطرق إليها الشك عند التنازع، فإذا عجز المدعي عن إقامة بينته وجبت اليمين على المدعي عليه لتقطع الشك وتزيل القلق والاضطراب، وتعيد الثقة إلى المرجحات الأولية، وتكون اليمين حجة للمدعي عليه^(١).

قال الحنفية: والحكمة في كون اليمين على المدعي عليه أن المدعي يزعم إتياء وإهلاكاً حقه بالإنكار، فكان الاستحلاف من حقه، فإن كان (المدعي) صادقاً كما زعم كان اليمين إتياء وإهلاكاً لصاحبه في مقابلة الإتياء بالإنكار، لأن اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع، وإن كان المدعي عليه صادقاً كسب الثواب في ذكر الله تعالى، ولا يتضرر منها^(٢)، غير أنه لا تجب اليمين على المدعي عليه إلا بتوافر شروطها التي ذكرها الفقهاء^(٣)، وهي:

١ - قيام المدعي عليه بإنكار الحق المدعى به، فلو كان مقراً به لم تجب عليه اليمين.

٢ - أن يطلب المدعي تحليفه اليمين، لأن هذا حقه ولا يجبر الإنسان على استعمال حقه ولا يكلف القاضي المطالبة بهذا الحق.

٣ - أن تكون الدعوى صحيحة، فلو كانت فاسدة لا تجب اليمين على المدعي عليه ولو وجهت إليه فامتنع لا يعتبر ناكلاً، لأن النكول المعتبر يكون في الدعوى الصحيحة لا الفاسدة.

(١) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ص ٦٧٥

(٢) تكملة فتح القدير لقاضي زاده، مطبعة المكتبة التجارية مصر ١٣٥٦، هـ ج٦، ص ١٥٢، شرح العناية على الهداية للبايرتي بهامش فتح القدير، ج٦، ص ١٥٢.

(٣) الأصول القضائية للشيخ علي قراعة ص ٢٣٦-٢٣٩، الوجيز في شرح القواعد الفقهية للدكتور عبد الكريم زيدان ص ١٣٦، ونظام القضاء في الشريعة الإسلامية للمؤلف نفسه، ص ١٧١، وشرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء، ص ٣٧٠ وما بعدها.

٤ - أن يكون المدعى به مما يجري فيه الاستحلاف^(١)؛ فإذا حلف المدعى عليه حكم له القاضي بالبراءة من الدين وبقاء العين في يده، ورد الدعوى ومنع المدعي من التعرض له^(٢).

٢ - (الأصل براءة الذمة)^(٣):

(فإذا ألتف رجل مال آخر، واختلف في مقداره كان القول للمتلف والبيئة على صاحب المال لإثبات الزيادة) (المادة ٨ من المجلة العدلية).

الأصل - كما قدمنا - يراد به القاعدة الثابتة والذمة اصطلاحاً هي وصف شرعي يصير به الإنسان أهلاً للإيجاب له أو عليه من الحقوق، والمراد ببراءة الذمة خلوها وعدم انشغالها بأي حق للغير؛ لأن الذم خلقت بريئة غير مشغولة بحق من الحقوق للغير^(٤).

ومعنى ذلك، أنه في حالة تنازع الخصمين تتعارض مزاعمهما نفيًا وإثباتًا، فيحتاج في فصل الخصومة بينهما إلى مرجح يرجح به في مبدأ الأمر، مزاعم أي منهما على الآخر، لذلك يرجح في مبدأ الأمر قول من يتمسك بقاعدة الأصل براءة الذمة، لأن قوله يعضده هذا الأصل الذي تقضي بعدم اشتغال ذمة الإنسان بأي حق للغير حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك^(٥).

(١) انظر في الحقوق التي تجري فيها اليمين، المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٢٣٧-٢٣٩، الأصول القضائية للشيخ علي قراعة، ص ٢٤٢، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية للدكتور عبد الكريم زيدان، ص ١٧٠.

(٢) الأصول القضائية للشيخ علي قراعة، ص ٢٦١، المغني لابن قدامة ج ٩، ص ١٩٥، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص ٦٧٤.

(٣) وقد قام المشرع اليمني بتضمين نص هذه القاعدة في المادة ١١ من القانون اليمني الجديد التي نصت على أن (الأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها).

(٤) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء، مرجع سابق ص ١٠٥، الوجيز في شرح القواعد الفقهية للدكتور عبد الكريم زيدان، مرجع سابق ص ٣٧.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي، مرجع سابق ص ٧٤، شرح القواعد الفقهية لأحمد الزرقاء ص ١٠٥، الوجيز في القواعد الفقهية للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٣٧.

ويتفرع عن هذه القاعدة وتطبيقاتها مسائل شتى في أبواب متنوعة من كتب الفقه الإسلامي كالبيع والإجارة والعارية والوديعة والضمانات والغصب والقرض والإقرار وغير ذلك من المسائل المدنية والجنائية.. إلخ. لذلك كان نطاق تطبيقها واسعاً يعسر استقصاؤها، وعلى هذا فمن ادعى على غيره حقاً فالأصل عدمه إلا إذا أثبت المدعي ذلك^(١).

وتطبيقاً لذلك فرع الفقهاء المسلمون على هذه القاعدة مسائل فقهية كثيرة في الإثبات نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

- إذا اختلف المتلف أو الغاصب مع صاحب المال في قيمة المال المتلف أو المغصوب، فإن القول قول المتلف أو الغاصب مع يمينهما، لأن الأصل براءة الذمة عما زاد والبيئة على صاحب المال لإثبات الزيادة^(٢). وكذلك إذا اختلف المستقرض والمقرض في مقدار القرض فالقول قول المستقرض وعلى مدعي الزيادة - وهو المقرض - البيئة، وإذا اختلف البائع والمشتري في ثمن المبيع بعد هلاكه أو بعد خروجه من ملكه فالقول قول المشتري، وكذلك إذا اختلف المستأجر والمؤجر في مقدار الأجرة بعد استيفاء المنفعة، فالقول قول المستأجر، والبيئة على البائع والمؤجر لإثبات الزيادة. أما لو كان اختلافهما قبل هلاك المبيع أو خروجه عن ملكه مثلاً في البيع، وقبل استيفاء المنفعة في الإجارة ولا بيئة لأحدهما فالحكم أنهما يتحالفان ويترادان، المبيع والمأجور، وبهذا جاءت المادتان (١٧٧٨ و١٧٧٩) من مجلة الأحكام العدلية. كذلك لو قال الجاني: هكذا أوضحت وقال المجني عليه بل أوضحت موضحتين وأنا رفعت الحاجز بينهما، صدق الجاني؛ لأن الأصل براءة نتمته^(٣).

(١) المذهب للشيرازي ج ٢، ص ٣١١، البهجة شرح التحفة للتسولي ج ١، ص ٢٦، أصول الإثبات، الجعفري ص ١٩٦.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، مرجع سابق ص ٦٧، والمزيد من التفصيل انظر رسالة زميلنا الدكتور يحيى الجرافي في الغصب، مرجع سابق ص ١٢٦ وما بعدها ورسالتنا للدكتوراه في نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني دراسة، مقارنة بالفقه الإسلامي كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٩٤م، ص ٣١٧.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، مرجع سابق ص ٧٥.

نخلص من هذه التطبيقات الفقهية في الإثبات، وهي قليل من كثير - أن البيئة في سائر الدعاوى تكون على المدعي؛ لأنه يدعي خلاف الأصل فيحتاج إلى إثبات دعواه، والقول للمدعى عليه لكونه متمسكاً بالأصل، وهو براءة الذمة^(١).

٣- (اليقين لا يزول بالشك)^(٢) (مادة ٤ من المجلة العدلية):

إن هذه القاعدة الفقهية تعتبر في نظر الفقهاء المسلمين من أهم القواعد الفقهية التي يقوم عليها مدار الأحكام الفقهية حتى إنها - كما يقول الإمام السيوطي - تدخل في جميع أبواب الفقه والمسائل المستخرجة عليها من عبادات ومعاملات وغيرها التي قد تصل إلى ثلاثة أرباع علم الفقه الإسلامي وأكثر^(٣).

واليقين لغة: العلم الذي لا تردد معه، وهو في أصل اللغة: الاستقرار وقوعه^(٤)، والشك في اللغة: التردد، واصطلاحاً تردد الفعل بين الوقوع وعدمه، أي لا يوجد مرجح لأحدهما على الآخر^(٥). فإن ترجح أحدهما على الآخر بدليل ووصل ترجيحه إلى درجة الظهور الذي يبني عليه العاقل أموره لكن لم يطرح الاحتمال الآخر فهو الظن، فإن طرح الاحتمال الآخر لشدة ضعفه فهو غالب الظن وهو معتبر شرعاً بمنزلة اليقين في بناء الأحكام عليه في أكثر المسائل إذا كان مستنداً إلى دليل معتبر^(٦).

-
- (١) في هذا المعنى، سليم رستم باز، شرح المجلة العدلية ص ٢٢
 - (٢) وقد قام المشرع اليمني بتضمين نص هذه القاعدة في المادة ٩ من القانون المدني الجديد التي نصت على أنه (اليقين لا يزول بالشك، فما يثبت بيقين لا يرتفع الا بيقين)
 - (٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، مرجع سابق ص ٧٢.
 - (٤) الوجيز في شرح القواعد الفقهية للدكتور عبد الكريم زيدان، مرجع سابق ص ٣٥
 - (٥) شرح المجلة العدلية للعلامة علي حيدر أفندي ج ١، ص ٢٠.
 - (٦) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء، مرجع سابق ص ٨٠

وبناء على ذلك، فإن هذه القاعدة تعني أن ما كان ثابتاً ومتيقناً في الأصل لا يزول ولا يرتفع بمجرد طرؤ الشك عليه، لأن ما ثبت بيقين لا يزول إلا بيقين مثله أو أقوى منه.

وتطبيقاً لذلك فرع الفقهاء المسلمون عن هذه القاعدة مسائل فقهية كثيرة في الإثبات، نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

- لو كان لزيد على عمرو ألف مثلاً، فبرهن عمرو على الأداء أو الإبراء، ثم برهن زيد على أن له عليه ألفاً لم تقبل إلا إذا استطاع زيد أن يثبت أن مديونية الألف التي على زيد حدثت بعد الإبراء أو الأداء، لأن احتمال أن الألف الذي برهن عليه زيد هو الذي قامت البينة على أدائه أو إبرائه فلا تشتغل ذمته بالاحتمال^(١).
- لو رد الغاصب العين المغصوبة على من في عيال المالك، فإنه لا يبرأ، لأن الرد على من في عياله رد من وجه دون وجه، والضمان كان واجباً بيقين فلا يبرأ بشك^(٢).
- لو اشترى أحد شيئاً ثم ادعى أن به عيباً وأراد رده، واختلف التجار أهل الخبرة فقال بعضهم هو عيب وقال بعضهم ليس بعيب، فليس للمشتري الرد، لأن السلامة هي الأصل المتيقن، فلا يثبت العيب بالشك^(٣). وهكذا قس على هذا سائر المسائل التي فيها يقين ثابت وشك طارئ.

٤- (الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته) (المادة ١١ من المجلة):

وقد بينت هذه المادة في آخرها المعنى المراد بهذه القاعدة؛ إذ جاء في آخرها يعني أنه إذا وقع اختلاف في زمن حدوث أمر ينسب حدوثه إلى أقرب الأوقات للحال

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، المرجع السابق ص ٦٦، شرح المجلة العدلية لسليم رستم باز، ص ٢٠.

(٢) جامع الفصولين لمحمد بن إسرائيل الشهير بابن قاضي سماونة، المطبعة الأميرية ببولاق مصر ١٣٠٠هـ، وبهامشه خير الدين الرملي ج ١، ص ١٥٠.

(٣) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص ٨٣، وكذا المراجع التي أشار إليها فيه.

مالم تثبت نسبته إلى زمن بعيد)، وهذا إذا كانت واقعة الحدث في حد ذاتها متفقاً عليها وإنما وقع الاختلاف في تاريخ حدوثها، كما هو المستفاد من قولهم في المادة المذكورة التي تقول (يعني أنه إذا وقع الاختلاف في زمن حدوث أمر)، أما إذا كان الحدث في ذاته غير متفق عليه بأن كان الاختلاف في أصل حدوث الشيء وقدمه، كما لو كان في ملك أحد عليه حق مسيل لآخر ووقع بينهما اختلاف في الحدث والقدم، فادعى صاحب الدار حدوثه وطلب رفعه وادعى صاحب المسيل قدمه، فإن القول لمدعي القدم وهو صاحب المسيل وتلزم المدعي البينة على الحدث، فإن أقام كل منهما بينته رجحت بينة مدعي الحدث وهو صاحب الدار، وذلك لأن بينته تثبت ولاية النقص فكانت أولى، أما مدعي القدم فهو منكر متمسك بالأصل^(١)، وهذا ما هو إلا تطبيق للقاعدة التي تقضي أنه في حالة تعارض الأصل مع البينة ترجح البينة على الأصل وغيره من المرجحات الأولية السابق الإشارة إليها. وهذا باتفاق الفقهاء كما قدمنا. وتطبيقاً لذلك فرع الفقهاء المسلمون عن قاعدة (الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته) مسائل فقهية كثيرة في الإثبات، نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

- لو أقر أحد بعين أو دين لأحد ورثته ثم توفي فاختلف المقر له مع باقي الورثة فادعوا أن الإقرار كان في مرض الموت، وادعى المقر له أنه كان في حال الصحة، فالحكم أن القول لباقي الورثة والبينة على المقر له لأن الإقرار ينسب إلى أقرب أوقاته أي إلى وقت مرض الموت، ولأن المرض أقرب إلى الموت من حال الصحة، مالم تثبت صحته إلى زمن بعيد، أي إلى زمن الصحة، ولهذا كان القول للورثة مع اليمين والبينة على المقر له^(٢). وكذا لو قال المحجور بعثك بعد الحجر علي فتصرفي غير صحيح. وقال المشتري بل قبله فالحكم للمحجور، لأن الأصل إضافة البيع إلى أقرب الأوقات وهو وقت الحجر^(٣).

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء ص ١٢٥، وكذا المراجع التي أشار إليها في الموضوع نفسه.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، مرجع سابق ص ٧٣.

(٣) سليم رستم باز، المرجع السابق ص ٢٤

- لو اشترى أيضاً إنسان شيئاً بالخيار لمدة معينة ثم بعد مضي مدة الخيار جاء المشتري ليرده إلى البائع بخيار الشرط قائلاً: إنه فسخ البيع خلال مدة الخيار، وقال البائع: فسخت بعد مضي مدة الخيار فلا يصح فسخك، فإن القول قول البائع لإضافة الفسخ إلى أقرب أوقاته من الوقت الحاضر وهو بعد مضي مدة الخيار^(١) إلا إذا استطاع المشتري أن يقيم البيئة على أنه فسخ البيع خلال مدة الخيار فالقول قوله لتقديم البيئة على الأصل في حال التعارض بينهما. وهكذا قس على هذا سائر مسائل الإثبات التي يقع فيها الاختلاف في أصل حدوث الشيء وقدمه.

٥ - (الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه)^(٢) (المادة ٥ من المجلة):

إن هذه القاعدة ليست من القواعد الكلية التي لا تدخل تحت غيرها، بل هي - وما بعدها من القواعد الآتية حتى المادة (١٣) من المجلة العدلية من فروع قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) وداخل تحتها^(٣).

وتشير هذه القاعدة إلى ما يعرف بـ(الاستصحاب)، وهو الحكم ببقاء أمر محقق لم يثبت تغييره^(٤)، ومعنى هذا - كما قدمنا - أنه إذا جهل في وقت الخصومة حال الشيء وليس هناك دليل يحكم بمقتضاه، وكان لذلك الشيء حال سابقة معهودة، فإن الأصل في ذلك أن يحكم ببقائه واستمراره على تلك الحال المعهودة التي كان عليها حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك فيصار حينئذ إليه^(٥).

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء، ص ١٢٧ وكذا المراجع التي أشار إليها فيه.

(٢) وقد ضمن المشرع اليمني هذه القاعدة في نص المادة ١١ من القانون المدني الجديد بقولها: (والأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيرهِ).

(٣) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء ص ٨٧، ٨٨ الأشباه والنظائر للسيوطي، مرجع سابق ص ٧٢، والأشباه والنظائر لابن نجيم، مرجع سابق ص ٦٥.

(٤) الوجيز في شرح القواعد الفقهية للدكتور عبد الكريم زيدان، ص ٣٩.

(٥) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء، ص ٨٧.

وهذا الاستصحاب على نوعين:

- الأول: إبقاء الشيء في الوقت الحاضر على ما كان عليه في الماضي، إلى أن يقوم الدليل على خلافه.
 - الثاني: اتخاذ الحال الحاضر للشيء دليلاً على أن هذا الحال هو ما كان عليه الشيء في الزمن السابق، ويقال له الاستصحاب المقلوب لأنه عكس الأول^(١).
- وتطبيقاً لذلك فرع الفقهاء المسلمون عن هذه القاعدة بنوعيتها مسائل فقهية كثيرة في الإثبات.

فمن أمثلة النوع الأول ما يلي:

- ١ - إن المفقود - وهو الغائب غيبة منقطعة بحيث لا يعلم موته أو حياته - يعتبر حياً في حق نفسه في الحال الحاضر، باستصحاب الحال في الزمن الماضي، بمعنى أن حياته قبل غيبته متيقنة فيعد حياً في الحال الحاضر إلى أن يثبت موته، ومن ثم لا يقسم ماله بين ورثته ولا تفسخ إجارته، ومنه إذا لم يثبت حقيقة أو حكماً موت المفقود لا تعطى ورثته ماله المودع عند آخر بل يحفظه المستودع إلى أن يعلم موته أو حياته^(٢).
- ٢ - كل مدین ادعى إيفاء الدين والدائن ينكر، فالقول قول الدائن وعلى المدین إثبات الإيفاء؛ فلو ادعى المستقرض دفع الدين إلى المقرض، وادعى المشتري دفع الثمن إلى البائع أو ادعى المستأجر دفع الأجرة إلى المؤجر وأنكر المقرض والبائع والمؤجر القبض، فالقول قولهم؛ لأن الأصل بقاء مبلغ القرض والثمن والأجرة بعد ثبوتها في الذمة^(٣) إلا إذا استطاع المدین إثبات عكس ذلك^(٤).

(١) سليم رستم باز، المرجع السابق ص ٢٠.

(٢) المرجع السابق ص ٢٠.

(٣) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء، ص ٨٨.

(٤) منهاج الوصول إلى علم الأصول، للقاضي ناصر الدين البيضاوي، مطبعة كردستان بالقاهرة ١٣٢٦هـ، ص ٩٦، أصول الإثبات، الجعفري ص ١٩٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٦٦، الأشباه والنظائر للسيوطي، المرجع السابق ص ٧٢، ٧٣، رد المحتار لابن عابدين ج ٥، ص ٥٥١، والمادة ١٦٨٣ من المجلة العدلية.

ومن أمثلة النوع الثاني للقاعدة (الاستصحاب المقلوب):

- لو ادعى المستأجر سقوط الأجرة بزعم أن المأجور غُصِبَ منه ففات الانتفاع به، وأنكر المؤجر ذلك، ولا بينة لأحدهما، فإنه يحكم بالحال الحاضر، وينظر إن كان المأجور في يد الغاصب حين الخصومة فالقول قول المستأجر، وإن لم يكن في يد غاصب فالقول قول المؤجر^(١).

- ومن أمثلته أيضاً لو كان للابن الغائب مال عند أبيه، فأنفق الأب منه على نفسه، ثم اختلفا، فقال الابن للأب: إنك أنفقت على نفسك منه وأنت موسر، وقال الأب: أنفقت وأنا معسر، ولا بينة لأحدهما، فإنه يحكم بالحال الحاضر، فلو كان حال الخصومة معسراً فالقول له، أما إذا كان موسراً فالقول لابنه، ولو برهن كل من الأب والابن على دعواهما تقدم بينة الابن^(٢)، فقد جعل اليسار أو الإعسار القائم في الحاضر منسجماً مع الماضي، وإنما لم يجعل القول قول مدعي الإعسار مطلقاً على الرغم من أنه الصفة الأصلية في الإنسان والأصل اعتبار بقاءه، لأن اعتبار بقاء ما كان على ما كان إنما هو عند قيام دليل على خلافه، ولما كان قيام صفة اليسار حين الخصومة أمانة ظاهرة في تأييد كلام مدعيه طرح ذلك الأصل لقيام الدليل على خلافه واعتبر القول لمدعي اليسار^(٣).

هذا، ويلاحظ أن المشهور عند فقهاء الحنفية^(٤) أن الاستصحاب بنوعيه إنما يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق، أي لدفع إلزام الغير لا لإلزام الغير^(٥).

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ / أحمد محمد الزرقاء ص ٩٠ وكذا المرجع الذي أشار إليه فيها.

(٢) الدر المختار شرح تنوير الأبصار للحصكفي أواخر النفقة.

(٣) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء ص ٨٩.

(٤) جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ج ١، ص ٢٧٨ الأشباه والنظائر لابن نجيم ضمن خاتمته التي تشمل على فوائد، الفائدة الثالثة ص ٨٢.

(٥) سليم رستم باز، المرجع السابق ص ٢٠، ٢١، طرق القضاء للشيخ أحمد إبراهيم ص ١٦ وما بعدها، المذهب للشيرازي ج ٢، ص ٣٠٣ وما بعدها، تبصرة الحكام ج ١، ص ١٩١، التاج المذهب ج ٤، ص ٩ وما بعدها، تبين الحقائق للزيلعي ج ٤، ص ٢٩١ وما بعدها، كشف القناع ج ٤، ص ٢٠١ وما بعدها.

وذلك كما لو تنازع اثنان في جدار، وكان لأحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال تربيع ولا بيئة لأي منهما فذو التربيع أولى؛ إذ الاستعمال بالتربيع - وهو تداخل أطراف اللبنة حين بنائه - سابق على الاستعمال بالجذوع، إلا أنه لا ترفع جذوع الآخر لأن اتصال التربيع من قبيل الظاهر، والملك الثابت به ثابت بنوع ظاهر، والظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق، بخلاف ما لو برهن ذو التربيع أن الحائط له، فإن جذوع الآخر ترفع إذ البيئة حجة تصلح للدفع والاستحقاق على الغير. وهذا باتفاق فقهاء مذاهب الفقه الإسلامي^(١)، غير أن بعض فقهاء هذا المذهب ذهب إلى القول بأن الاستصحاب ليس بحجة أصلاً، لا في الدفع ولا في الاستحقاق، وأن ما يدل بظاهره من الفروع على أنه حجة في الدفع ليس في الحقيقة احتجاجاً بالاستصحاب بل باستمرار العدم الذي هو الأصل في الأشياء^(٢).

٦ - (الأصل في الصفات العارضة العدم)^(٣) (المادة ٩ من المجلة) - (الثابت عرضاً أو فعلاً):

الأصل في الصفات العارضة العدم، كما أن الأصل في الصفات الأصلية الوجود^(٤)، حتى يقوم الدليل على خلافه^(٥).

والصفة العارضة حالة لا تكون موجودة مع الأصل بل طارئة وعارضة بعده كالربح والعيب والمرض. والصفة الأصلية حالة توجد مع وجود الأصل كالصحة

(١) جامع الفصولين لابن قاضي سمانو ج ١، ص ٢٨٠ الذي انتهى فيه إلى وجود إجماع لدى الفقهاء على أن جذوع الآخر ترفع لو برهن الخصم.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٨٢، شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء ص ٩٢.

(٣) وقد قام المشرع اليمني بتضمين هذه القاعدة في المادة (١١) من القانون المدني الجديد التي تنص على أن (الأصل الظاهر العدم، فمن تمسك به فالقول قوله، ومن ادعى خلافه فالبيئة عليه..).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم، مرجع سابق ص ٧٢.

(٥) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء، ص ١١٧.

والحياة، فالأصل في الصفات العارضة العدم أي عدم وجودها، ومن يدعي وجودها عليه يقع عبء إثبات ذلك والأصل في الصفات الأصلية الوجود، فمن يدعي عدمها فعليه يقع عبء إثبات ذلك^(١)، وبناء على ذلك يتبين أن الصفات تنقسم باعتبار وجودها وعدمها إلى قسمين:

الأول: الصفات التي يكون وجودها في الشيء طارئاً وعارضاً، بمعنى أن الشيء بطبيعته يكون خالياً عنها غالباً، وهذه تسمى الصفات العارضة أو الطارئة؛ لأنها تحدث بعد وجود الشيء ذاته، والأصل فيها العدم، أي عدم وجود مثل هذه الصفات أو يلحق بها أو تنزل منزلتها غيرها من الأمور التي توجد بعد العدم، كسائر العقود والتصرفات والأفعال، وهذا القسم وما ألحق به هو موضوع هذه القاعدة.

الثاني: الصفات التي يكون وجودها في الشيء مقارناً لوجوده، فهو مشتمل عليها بطبيعته غالباً، وهذه تسمى الصفات الأصلية، والأصل فيها الوجود كبكارة الجارية وسلامة المبيع من العيوب، والصحة في العقود بعد انعقادها، ويلحق بالصفات الأصلية الصفات العارضة التي تثبت وجودها في وقت ما، فإن الأصل فيها حينئذ البقاء بعد ثبوت وجودها^(٢)، وتطبيقاً لذلك فرع الفقهاء المسلمون عن هذه القاعدة مسائل فقهية كثيرة في الإثبات، نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

- لو اختلف المضارب ورب المال في حصول الربح وعدمه، فقال المضارب: لم أربح، فالقول قوله، وعلى رب المال عبء إثبات الربح، لأن الأصل عدمه^(٣)، وكذا لو قال المضارب: ربحت كذا، وقال رب المال: بل ربحت أكثر من ذلك، فالقول قول المضارب، وعلى رب المال يقع عبء إثبات زيادة الربح التي يدعيها، لأن الأصل عدم الزائد، وكذلك لو قال رب المال للمضارب: نهيتك عن

(١) شرح المجلة العدلية، سليم رستم باز، ص ٢٢.

(٢) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء، ص ١١٧.

(٣) المادة ٩ من المجلة العدلية.

شراء كذا، وقال المضارب: لم تنهني فالقول قول المضارب؛ لأن الأصل عدم النهي، وعلى رب المال إثبات ما ادعاه^(١).

- لو اختلف البائع والمشتري في قبض المبيع أو الثمن، أو اختلف المؤجر والمستأجر في قبض المأجور أو بدل الإجارة فالقول لمنكر القبض في جميع ذلك؛ لأن الأصل عدمه، وعلى من يدعي خلاف ذلك إثباته^(٢).

- لو ثبت الدين على المدين بإقرار أو بينة فادعى الأداء أو الإبراء فالقول للدائن، لأن الإبراء والأداء عارض بعد الثبوت، والأصل فيه عدم^(٣) إلا إذا أقام المدين البينة بالإبراء أو الأداء بعد ثبوت الدين لأنه مدعي خلاف الثابت عرضاً أو فعلاً.

- لو اختلف العاقدان في سلامة المبيع وعدم سلامته أو في صحة البيع مثلاً وفساده، فالقول لمن يتمسك بسلامة المبيع وصحة العقد مع يمينه وعلى مدعي عدم السلامة أو الفساد إثبات ذلك لأنه يدعي خلاف الأصل، بخلاف ما لو اختلف المتعاقدان في صحة البيع وبطلانه فإن القول قول من يتمسك بالبطلان، لأن الباطل غير منعقد، فهو ينكر وجود العقد والأصل عدمه^(٤)، وهكذا، قس على هذا سائر مسائل الإثبات التي يقع فيها الاختلاف في الصفات التي لا تكون موجودة مع الأصل بل حادثة بعده.

٧ - (ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه):

وهذه القاعدة من قبيل العمل بالاستصحاب، فهي متحدة مع قاعدة (الأصل بقاء ما كان على ما كان) وعلى هذا ورد في آخر القاعدة التي تضمنتها

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، مرجع سابق ص ٧٠، شرح المجلة العدلية لسليم رستم باز ص ٢٢، الوجيز في شرح القواعد الفقهية للدكتور عبد الكريم زيدان ص ٤٦.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧١، شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء ص ١١٨.

(٣) مرآة المجلة ج ١، ص ١١، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧١، والأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٠.

(٤) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء ص ١١٧، ١١٨، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٧١، القواعد للزركشي، قاعدة ١٢٣، شرح المحلي ج ٢، ص ٢٤١، أصول الإثبات، الجعفري، ص ٢٠٣.

المادة ١٠ من المجلة العدلية (فإذا ثبت بزمان ملك شيء لواحد يحكم ببقاء الملك له ما لم يوجد ما يزيله) سواء كان ثبوت الملك الماضي بالبينة أو بإقرار المدعى عليه.

وتطبيقاً لذلك فرع الفقهاء المسلمون عن هذه القاعدة مسائل فقهية كثيرة في الإثبات، نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

- لو ثبت أن رجلاً ملك شيئاً بالإرث أو الشراء أو بوضع اليد مدة لا تسمع بعدها الدعوى يبقى ذلك الشيء في يده ولا يقال إنه يحتمل أن يكون مالكة قد أخرجه عن ملكه ببيع أو هبة، أما لو ثبت أنه خرج عن ملكه فيكون قد وجد حينئذ دليل على زوال ملكه، فلا يحكم ببقاء الملك له بل يحكم بزواله^(١).

- ومن تطبيقات هذه القاعدة أيضاً ما جاء في المادة ١٦٩٤ من مجلة الأحكام العدلية، حيث جاء فيها: إذا ادعى واحد ديناً على التركة وشهد الشهود بان للمدعي في ذمة الميت قدر ما ادعى من الدين كفى، ولا حاجة إلى التصريح بكونه باقياً في ذمته إلى مماته؛ وذلك لأن الدين صار متيقناً في ذمة الميت فإذا شك في بقاءه أو عدمه، فاليقين لا يزول بالشك ولأن الدين حيث ثبت في ذمة الميت لا يحكم بزواله ما لم يثبت الزوال شرعاً، لأن ما ثبت بزمان يحكم ببقاءه ما لم يوجد الدليل على خلافه^(٢). وهكذا، قس على هذا سائر مسائل الإثبات التي تثبت في الزمن الماضي، فالأصل أن يحكم ببقائها حيث لم يقم دليل على خلافها، ومن ثم يكون عبء الإثبات دائماً على المدعى عليه طبقاً لهذه القاعدة^(٣).

(١) شرح المجلة لسليم رستم باز، دار إحياء التراث العربي ط٣، ١٣٠٥هـ، ص ٢٤.

(٢) المرجع السابق ص ١٠١٩، وانظر أيضاً الوجيز في شرح القواعد الفقهية للدكتور عبد الكريم زيدان، ص ٤٤.

(٣) انظر شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء، ص ١٢١ وما بعدها.

٨ - (دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، يعني يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه) (المادة ٦٨ من المجلة):

إن الشارع الحكيم قام بربط الأحكام الشرعية التي بنيت على علل وأوصاف خفية يتعذر الاطلاع عليها بأشياء ظاهرة يدل وجودها على وجود تلك العلل والأوصاف التي هي مناط هذه الأحكام، أي عللها الحقيقية^(١)، وذلك كالقصاص في القتل العمد بني على (العمدية)، وهي علة القصاص في القاتل العمد على الرغم من أن نية القتل أمر خفي يتعذر الاطلاع عليه، لذلك أقام الشارع استعمال الآلة الجارحة مقام القصد والتعمد^(٢). وهذا هو المراد مما جاء في آخر المادة ٦٨ من مجلة الأحكام العدلية: يعني أن يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه، باعتبار أن هذا الظاهر يدل على الباطن الذي يتعذر الاطلاع عليه وهو علة الحكم.

وتطبيقاً لذلك فرع الفقهاء المسلمون عن هذه القاعدة مسائل فقهية كثيرة بشأن الإثبات نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

- لو اطلع المشتري على عيب في حيوان اشتراه فأخذ يداويه فليس له أن يرده بالعيب لأن مداواة دلالة على رضاه بالعيب. وكذا تناول الملتقط للقطعة بنية ردها لصاحبها فلا يضمن لو ضاعت منه بدون تقصيره. ولما كانت النية من الأمور الباطنة والاطلاع عليها متعذر فإنه يستدل عليها ببعض الدلائل الظاهرة كإعلان الملتقط أنه وجد لقطعة^(٣)، وهذا ما نصت عليه المادة ٣٤٤ من المجلة العدلية التي تقضي بأنه: (بعد اطلاع المشتري على عيب في البيع إذا تصرف فيه تصرف المالك سقط خياره، مثلاً لو عرض المشتري المبيع للبيع بعد اطلاعه على عيب قديم فيه كان عرض المبيع للبيع رضا بالعيب فلا يرده بعد ذلك).

- لو كان المدعي حاضراً عقد البيع، ثم شاهد المشتري يتصرف بالمبيع تصرف المالك في أملاكهم من هدم وبناء ونحوهما وهو ساكت بلا عذر، وبعد

(١) الوجيز في شرح القواعد الفقهية للدكتور عبد الكريم زيدان ص ١٢٦.

(٢) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء ص ٣٤٦، ٥٣.

(٣) شرح المجلة لسليم رستم باز، ص ٤٨، وانظر أيضاً المادة ٧٠٠ من المجلة العدلية.

ذلك جاء يدعي بأن هذا المبيع ملكه، فإن دعواه لا تسمع وإن لم يمض عليها مرور الزمن، لأن سكوته دليل عدم الحق الذي هو من الأمور الخفية^(١).

خلاصة:

نخلص من كل ما تقدم أن هذه القواعد والضوابط التي نص عليها الفقهاء المسلمون، واجتهدوا فيها هي ضوابط ومعايير متعلقة بعبء الإثبات لأنها تنير السبيل أمام القاضي فيتعين عليه أن يستعملها بثاقب نظره، وذلك بحسب الواقعة، وموضوع النزاع، وحالة الأطراف، وكل من الخصمين يصح أن يعتبر مدعياً من جانب، ومدعى عليه من جانب آخر، فالمدعى عليه الذي يطالب بالجواب ولا يترك إذا سكت، ويوافق قوله الأصل والظاهر، وهو مدع أيضاً من جانب آخر بطلب دفع التعرض مثلاً، وحقه في استمرار براءة ذمته، والحفاظ على حسن سمعته، فعبء الإثبات يقع على الطرفين، ويتوزع بين المدعي والمدعى عليه بطريقة عادلة، فتوجب الحجة القوية على صاحب الجانب الضعيف، وتفرض الحجة الضعيفة على صاحب الجانب القوي، والشرعية الإسلامية تحرص بذلك على عدم حصول النزاع والخلاف عن طريق وضع الحلول الجذرية التي تؤدي إلى الاستقرار والاطمئنان، فتفرض النتائج الجزئية والأوضاع القلقة فلا تكفي بإلقاء عبء الإثبات على المدعي فقط، بحيث يقف المدعى عليه موقفاً سلبياً، متذرعاً بمجرد الإنكار، وملتزمًا بالصمت والسكوت، ويطمع في ترك المدعى به في يده ولو كان مبطلاً كما يقول علماء القانون^(٢)، وإنما أوجبت الشريعة عليه عبئاً من الإثبات يتناسب مع قوة جانبه، فيعزز إنكاره باليمين^(٣).

(١) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد محمد الزرقاء ص ٣٤٦، وانظر أيضاً المادتين ١٦٥٩ و ١٦٦٠ من المجلة.

(٢) نظرية الإثبات، لحسين المؤمن، ج ١، ص ٤٠، رسالة الإثبات لأحمد نشأت ط ٦، ج ١، ص ٤٩، قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨، شرح وتعليق محمد عبد الرحيم عنبر، ملحق بمجلة المحاماة، بالقاهرة، العدد ٣، السنة ٤٩، ص ٢٧.

(٣) الإثبات في المواد المدنية، د. عبد المنعم فرج الصدة، ص ٤٥ بالهامش.

فالإثبات يقع على عاتق الطرفين، فإذا أثار المدعي النزاع وجب عليه أن يثبت دعواه، وإذا فشل في الإثبات، وعجز عن تقديم الدليل ولجأ إلى زمة الطرف الآخر وجب على المدعى عليه اليمين، وذلك حتى يصدر الحكم القضائي برد الدعوى، وبقاء الحق مع المدعى عليه، مبنياً على حجة ودليل لقطع الشبهات، ولإزالة القلق الذي نشأ بالدعوى وللاستقرار الحق لصاحبه. وقد لاحظنا من القاعدة العامة الأساسية في عبء الإثبات التي تقضي بأن (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر) يعتمد على التمييز والتفريق بين المدعي والمدعى عليه^(١)، وأن القواعد الفقهية الأخرى المتصلة بعبء الإثبات ترجح جانب أحد الأطراف بسبب من الأسباب التي تفترض صدقه، وقوة جانبه فيكون القول قوله مع يمينه.

بل إن الشريعة الإسلامية ذهبت إلى أبعد من ذلك، فوضعت الحلول التي تؤدي إلى تحقيق العدالة واستقرار الأوضاع حتى في حالة وقوف الخصمين في الدعوى دون أن يعرف المدعي منهما من المدعى عليه أو إذا تمسك كل منهما بأحد المرجحات التي ذكرتها القواعد الفقهية كالأصلين والعرفين ولم يصل القاضي إلى ترجيح أحدهما على الآخر، كذلك إذا عجز الخصمان عن تقديم البينة عن طريق وضع قاعدة شرعية، وهي قاعدة (التحالف بين الخصمين)، وهو أن يحلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه وإثبات قوله، ويُقسم المدعى به بينهما نصفين^(٢)، وذلك في كل حالة لا يعرف فيها المدعي من المدعى عليه،

-
- (١) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، د. محمد الزحيلي ص ٦٨١ وما بعدها.
- (٢) وسائل الإثبات، المرجع السابق ص ٦٨٢ وما بعدها، كشف القناع ج ٤، ص ٢٢٩، المختصر النافع للمحقق الحلي، مطبعة وزارة الأوقاف بمصر، ط ثانية ١٣٧٧هـ ص ٢٨٤، رسالة القيرواني بهامش حاشية العدوي، مطبعة عيسى الحلبي بمصر ص ١٠٧، القواعد لابن رجب ص ٣٦٣ المرافعات الشرعية، لعبد الحكيم محمد السبكي، مطبعة الجمالية بمصر، ط أولى ١٩٢٣م، ص ٩٧، مباحث في المرافعات الشرعية لمحمد زيد الأبياني (١٣١٣هـ / ١٩١٣م)، ط أولى، القاهرة ص ١٦٥، المهذب للشيرازي ج ٢، ص ٣١٢، البحر الرائق، ج ٧، ص ٢٢٠، المقدمات والممهديات لابن رشد الجد ج ٢، ص ٢١٧ البهجة، للتسولي ج ١، ص ٢٧.

أو يكون فيها الخصم مدعياً ومدعى عليه في آن واحد، وهذه القاعدة تعين القضاة في الفصل في الخصومة بعد أن انسد الطريق إلى معرفة الواقع ولم يتوافر مرجح لأحدهما، ولم يقدم البينة على قوله^(١)، والأصل في ذلك ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم والبيهقي عن أبي موسى - رضي الله عنه - أن رجلين ادعيا عينا في يدهما ولا بينة، حلفا وجعل المدعى به بينهما نصفين، وفي رواية أخرى عن أبي موسى أن رجلين تداعيا دابة ليس لأحدهما بينة فجعلها - صلى الله عليه وسلم - بينهما^(٢)، وقال الشافعي - رحمه الله - فهو في الظاهر بينهما نصفان، فإن لم يجد واحد منهما بينة ألقنا كل واحد منهما على دعوى صاحبه^(٣).

وتطبيقاً لذلك ضرب الفقهاء المسلمون أمثلة على ذلك نذكر، منها ما يلي:

- إذا تخاصم اثنان على عين في يدهما، ولا بينة، حلف الاثنان، وجعلت بينهما نصفين فاليد مرجح، ولكن تمسك بها الاثنان، وكذلك إذا تمسك الطرفان بالعرف، ولا مرجح لأحدهما على الآخر، كتنازع جزارين في جلد، سواء أكان تحت يدهما أم لا يد لأحدهما عليه، فيحلفان ويقسم بينهما^(٤).

(١) شرح المحلى وحاشيتا قليوبي وعميرة، مطبعة مصطفى الحلبي، ط ٣/١٣٧٥هـ/ ١٩٥٦م، ج ٢، ص ٢٣٩، فيض الإله المالك لعمر بركات الشامي البقاعلي المكي، المكتبة التجارية القاهرة ١٣٧٤هـ/ ١٩٥٥م، ج ٢، ص ٢٦، المغني لابن قدامة ط ١ مكتبة القاهرة ج ٤، ص ١٤٤، أصول الإثبات، الجعفري، ص ١٦١.

(٢) سنن أبي داود، ج ٢، ص ٢٧٨، ط الحلبي، سنن النسائي ج ٨، ص ٢١٧، سنن ابن ماجه، ج ٢، ص ٧٨٠، السنن الكبرى للبيهقي ج ١٠، ص ٢٥٤، ٢٥٥، نيل الأوطار للشوكاني ج ٨، ص ٣١١، انظر مجمع الزوائد ج ٤، ص ٢٠٣.

(٣) السنن الكبرى للبيهقي ج ١٠، ص ٢٥٤، باب المتداعيين يتنازعان المال، وما يتنازعان فيه في أيديهما معاً.

(٤) المذهب للشيرازي، ج ٢ ص ٣١٢، البهجة ج ١ ص ٢٧، كشف القناع ج ٤ ص ٢٢٩، رسالة القيرواني ص ١٠٧، المغني ج ٩، ص ٢٧٩، تبصرة الحكام ج ١، ص ٣٠٥، شرح النيل ج ٦، ص ٧٠٠.

- إذا تساوى الطرفان، ولا مرجح لأحدهما على الآخر، مثل إذا تنازع اثنان عيناً ولا يد لأحدهما عليها، تحالفاً وتقاسماً^(١).

المطلب الثالث

قواعد تنقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى في الفقه الإسلامي

قدمنا أن الفقهاء المسلمين اتفقوا على أنه متى تعين أي من الخصمين بحمل عبء الإثبات وفقاً للقاعدة العامة الأساسية التي قدمناها، كان هذا الخصم هو المكلف بإقامة البينة بالطرق الشرعية على صحة ما يدعيه، وطلب اليمين من المدعى عليه، وإذا لم يتبين للقاضي المدعي من المدعى عليه - وذلك في حالة إذا أحضرا بينتين متعارضتين، أو لم يقدّم أي منهما البينة وجب التحالف عليهما. ولكن لما كان عبء إثبات الواقعة محل النزاع، يعد عبئاً ثقیلاً أحياناً، وقد يؤدي إخفاق الملقى على عاتقه هذا العبء إلى احتمال أن يخسر دعواه، فهل وضع الفقهاء المسلمون قواعد لنقل البينة إلى المدعى عليه، وطلب اليمين من المدعي، وكذا في جواز الاتفاق بين الطرفين على ذلك؟

للإجابة عن ذلك نستطيع القول بداءة: إن الفقهاء المسلمين قد اختلفوا من حيث المبدأ العام ظاهرياً في جواز نقل البينة إلى المدعى عليه، وفي جواز طلب اليمين من المدعي إلى اتجاهاين:

الاتجاه الأول: ذهب إلى عدم جواز نقل البينة إلى المدعى عليه، وعدم طلب اليمين من المدعي، ولا يجوز الاتفاق بين الطرفين على خلافه، وهذا ما ذهب إليه الحنفية والاباضية وبعض المحدثين كالبخاري^(٢).

(١) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد الزحيلي ص ٦٨٣.

(٢) البحر الرائق شرح كنز الدقائق ج٧، ص٢٠٤، بدائع الصنائع ج٦، ص ٢٢٥، نصب الرأية ج٤، ص٩٦، شرح النيل ج٨، ص ١٢٦، جامع العلوم والحكم لابن رجب، ص ٢٧٥.

الاتجاه الثاني: ذهب إلى جواز نقل البينة من المدعي إلى المدعى عليه، وجواز طلب اليمين من المدعي شرعاً، كما يجوز الاتفاق بين الطرفين على ذلك، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة والإمامية وغيرهم^(١).

وبصرف النظر عن الاستدلالات التي ساقها كل من هذين الاتجاهين والاعتراضات التي قدمها كل طرف على هذه الاستدلالات فإننا نستطيع القول: إن هذه الاختلافات بين الاتجاهين ماهي في الواقع إلا اختلافات من حيث الظاهر، أما من حيث الباطن فإن أصحاب الاتجاه الأول متفقون مع أصحاب الاتجاه الثاني، وهذا الاتفاق في صورة استثناءات كثيرة من قاعدتهم السابقة، قالوا فيها بحلف المدعي بطلب القاضي^(٢)، حتى لم يعد هناك فرق بين القاعدة والاستثناءات التي ترد عليها، فهم قالوا بهذه الاستثناءات ظاهراً، ولكنهم قيدوا هذا العموم بالقاعدة الأساسية في عبء الإثبات التي وردت في الحديث الشريف (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) في حالات كثيرة، ونقلوا عبء الإثبات، وكلفوا المدعي باليمين بحجة أنه مدعى عليه باطناً، وأنه ترجح جانبه لسبب خفي أو ملحظ دقيق، فيصير مدعى عليه، وهذا يؤكد أن كل خصم يحتتمل أن يكون مدعياً من جانب ومدعى عليه من جانب آخر، ويحتتمل أن يكون طالباً لشيء في الظاهر ومنكراً لأمر آخر في الدعوى نفسها، فيقبل قول الأمين مع يمينه لقرينة صدقه وأمانته مع أنه يدعي خلاف الظاهر^(٣)، كما يقبل قول المدعى عليه في دفع الدعوى ويقع عليه عبء إثبات الدفع كما يقبل دفع الدفع ويجب عليه إثباته^(٤).

(١) الحاوي للماوردي ج١٣، قاعدة ٤٦ب، القوانين الفقهية لابن جزيء ص ٢٩٨، تهذيب الفروق ج ٤، ص ١٢١، أصول الإثبات، الجعفري ص ٢٤، أعلام الموقعين عن رب العالمين، لابن القيم الجوزية ج ١، ص ١٠٢.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٥، ص ٥٤٨، الأصول القضائية للشيخ علي قراة ص ٢٣٦-٢٣٩، البحر الرائق ج ٧، ص ٢٠٣، الفتاوى الهندية ج ٤، ص ١٤.

(٣) المادة ١٧٧٤ من المجلة العدلية.

(٤) البحر الرائق ج ٧، ص ٢٣٠، ٢٣١.

وهذا يوجب علينا - كما يقول بعض الفقه بحق^(١) - إما أن نغير اسم المدعي والمدعى عليه في الدعوى الواحدة عدة مرات وإما أن نقول بنقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر، كما أن هذا الحديث عام، وقد وردت أحاديث خاصة في رد اليمين وفي اليمين مع الشاهد والقاعدة بهذا الشأن أن الخاص يقدم على العام عند التعارض. قال ابن القيم: إن أحاديث القضاء بالشاهد واليمين أصح وأصرح وأشهر، وأن حديث (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) لم يروه أحد من أهل الكتب الستة، وأنه لو قاومها في الصحة والشهرة لوجب تقديمها عليه لخصوصها وعمومه، وإن اليمين إنما كانت في جانب المدعى عليه حيث لم يترجح جانب المدعي بشيء غير الدعوى فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين لقوته بأصل البراءة، فكان هو أقوى المتداعيين باستصحاب الأصل^(٢).

(١) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد الزحيلي ص ٦٩٦.

(٢) أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية الحنبلي ج ١، ص ١٠٢، وهذا أيضاً هو مذهب الشافعية؛ حيث يذهب الإمام الشافعي إلى أن اليمين ترد على المدعي في جميع الدعاوى إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، قال له القاضي: لك رد اليمين على المدعي، فإن طلب المدعى عليه ردها على المدعي أجاب القاضي طلبه ووجب على المدعي الحلف، فإن حلف المدعي حكم القاضي له، وإن نكل هو الآخر رد القاضي دعواه. والحجة لهذا المذهب كما يقول الأستاذ الدكتور عبد الكريم زيدان هو الحديث الشريف الذي رواه الدار قطني، وفيه أن النبي - صلى الله عليه وسلم - رد اليمين على طالب الحق ولأنه إذا نكل المدعى عليه ظهر صدق المدعي وقوى جانبه، فتشرع اليمين في حقه، كالمدعي إذا أشهد له شاهد واحد قوى جانبه، فإذا حلف استحق ما ادعاه وحكم القاضي له. وأيضاً فإن نكول المدعى عليه قد يكون لتورعه عن الحلف وترفعه عنه مع علمه بصدقه في إنكاره للمدعى به فلا يتعين بنكوله له صدق المدعي فلا يجوز الحكم له من غير دليل، فإذا حلف كانت يمينه دليلاً لترجح جانب صدقه، ومن ثم الحكم له بما ادعاه. نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١٧٤ / ١٧٥. وهذا يتفق مع ما ذهب إليه المشرع اليمني في قانون الإثبات، حيث نص في المادة (١٤٥) منه بأن (على المحكمة أن توجه اليمين المتممة للمدعي الذي قدم بينة ناقصة لاستكمال (البينة القانونية على الحق المدعى به بشرط أن تكون الدعوى خالية من أية بينة وأن لا تكون بينها بينة كاملة، وذلك في الأحوال التي يجوز فيها ذلك وهي الحقوق والأموال..) وتنص المادة ١٤٧ منه (إذا حلف المدعي اليمين المتممة حسبما وجهتها إليه المحكمة اعتبرت دعواه ثابتة قانوناً ويحكم له بطلباته، وإذا نكل عنها خسر دعواه وحكم برفضها).

كما أنه من المسلم به باتفاق الفقهاء أن المدعي له الخيار في إقامة البينة لأنها حق من حقوقه، فلا يجبر على إقامتها، وله طلب اليمين من خصمه، كما أن للمنكر الخيار في اليمين لأنها من حقوقه أيضاً فلا يجبر على الحلف بها عند الجمهور^(١)، ومن قال إنها واجبة، فتكون واجباً مخيراً في الحلف أو الرد، وهذا في الحقيقة يؤكد جواز نقل الإثبات، ويؤكد حكمة توزيعه بين الخصمين^(٢)، كما أن اليمين في الإثبات مشروعة في أقوى الجانبين كما يقول الجمهور، فأى خصم ترجح جانبه جعلت اليمين في حقه^(٣).

نخلص من كل ما سبق إلى أن الاختلاف بين الاتجاهين السابقين بخصوص جواز تنقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى ماهو في الواقع إلا اختلاف في الظاهر نظراً لكثرة الحالات المستثناة من القاعدة الأصلية (اليمين على المدعى عليه) التي أوردها أصحاب الاتجاه الأول من الفقه الإسلامي ولتسليمهم أيضاً بقبول قول المدعى عليه في دفع الدعوى ووقوع عبء إثبات الدفع عليه، وكذا تسليمهم بقبول دفع الدفع المقدم من المدعي ووجوب إثباته عليه، وهذا يحتم عليهم قبول تغيير اسم المدعي والمدعى عليه في الدعوى الواحدة عدة مرات أو التسليم بجواز تنقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر، ومما يؤكد ذلك هو قيام العلامة التسولي المالكي في انتقاده للإمام القرافي عند قيامه بتعداد الحالات المستثناة من القاعدة الأصلية (اليمين على المدعى عليه) في كتاب الفروق^(٤)، حيث قام العلامة التسولي^(٥) بإجراء هذه الحالات على القاعدة العامة واستنتج منها أنها لا تخرج عن أن الظاهر الشرعي أو الأصلي أو الغالب مع المدعين فترجح قولهم وصارت اليمين مشروعة من جانبهم^(٦).

(١) الحاوي للماوردي ج١٢، قاعدة ٩٧.

(٢) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد الزحيلي ٦٩٩.

(٣) الطرق الحكمية، ص ٩٥، ٧٥، تهذيب الفروق ج٤، ص١٢٢، البهجة ج١، ص ٢٨، الحاوي ج١٣، قاعدة ٤٣، الأم، ج٧، ص ٣٤، ٣١، المغني ج٥، ص ١٤٥، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ج١، ص ٧٢.

(٤) الفروق للإمام القرافي ج٤، ص٧٦، تهذيب الفروق ج٤، ص١٢٢، القول المرتضى في أحكام القضاء، لمحمد بن عبدالرحمن البرلسي المالكي، مخطوط بدار الكتب، قاعدة ١٢ب.

(٥) البهجة في شرح التحفة العلامة التسولي ج ١، ص ٢٨.

(٦) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية ص ٧٠١.

المبحث الثالث

مقارنة بين القانون المدني والشرعية الإسلامية

فيما يتعلق بقواعد عبء الإثبات

من خلال دراستنا لقواعد عبء الإثبات في كل من القانون المدني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية يتضح لنا أن الشريعة الإسلامية السمحاء قد كان لها فضل سبق في إرساء القاعدة العامة الأساسية في عبء الإثبات التي هي (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) وقد قام فقهاؤها المجتهدون الأفذاذ باستخلاص قواعد وضوابط ومعايير أخرى متصلة بتلك القاعدة الأساسية المتعلقة بعبء الإثبات تبين للقضاة المكلف بعبء الإثبات عن طريق التمييز بين المدعي والمدعى عليه، وهذا التفصيل والتحديد المنضبط الذي أتعب الفقهاء المسلمون به أنفسهم وأراح القضاة، قلما تعرفه القوانين الوضعية. ولذلك وجدنا أن قواعد عبء الإثبات في القانون المدني في تعيين المدعي والمدعى عليه، إما عن اقتباس للقواعد الفقهية في الشريعة السمحاء، كما فعل القانون المدني اليمني والقانون المدني العراقي وغيرهما من قوانين البلاد العربية التي سارت على نفس هذا المنهج، وإما عن اقتباس لأحكام هذه القواعد الفقهية، وإن اختلفت العبارات، وتنوعت الاصطلاحات، وتعذلت بعض الجوانب الجزئية لمراعاة مصلحة أو ملاحظة مبدأ أو احترام حق منصوص عليه في القانون، وهذا ما فعله القانون المدني المصري، وقوانين البلاد العربية الأخرى المقتبسة منه، وهذا - كما رأينا - ما صرح به فريق من شراح القانون المدني وعلى رأسهم العلامة الفذ المرحوم عبد الرزاق السنهوري.

كما وجدنا أن القانون المدني يتفق مع الفقه الإسلامي في عمومته في أن قواعد عبء الإثبات ليست من النظام العام، بل وضعت لمصلحة الأطراف، فيجوز لهم الاتفاق على تعديلها ومخالفتها ونقلها من طرف إلى آخر، وهذا خلاف لفقهاء الحنفية في هذا الشأن.

كذلك وجدنا أن القانون المدني قد سار مع الشريعة الإسلامية، خلافاً للقانون الروماني فيما يتعلق بقواعد توزيع عبء الإثبات بين المدعي والمدعى عليه، وتكليف كل منهما بما يتفق مع صفته وارتباط الحق المتنازع عليه به، كما أن القانون المدني يتفق مع الشريعة الإسلامية في قواعد احترام الحالة الظاهرة والأصل الثابت، وإن اختلفت عبارات بعض شراح القانون المدني عن الاصطلاح الشرعي، بل إن فريقاً منهم سار في الإطار الشرعي واستعمل المصطلحات الفقهية الشرعية، غير أنه يلاحظ أن القانون المدني المصري يختلف عن الشريعة الإسلامية في أن هذا القانون قد اقتصر على مادة واحدة في عبء الإثبات نقلها عن القانون الفرنسي وبين فيها الشخص المكلف إثبات الالتزام وإثبات التخلص منه، وأشار في حالات خاصة إلى المكلف عبء الإثبات فيها، وصرح به في بعض الحالات، أما فقهاء الشريعة فقد استوعبوا دراسة الموضوع وحددوا القواعد بالتفصيل، ولذا نرى كثيراً من شراح القانون المدني المصري قد استعان بالفقه الإسلامي في هذا الخصوص.

الخاتمة

بعد انتهاء الدراسة المتقدمة لعبء الإثبات بين قواعد القانون المدني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، فإننا نرى من المفيد هنا إلقاء نظرة سريعة وموجزة على مسيرة الدراسة، والملاحظات المستخلصة، وكذلك بعض التوصيات التي خرجنا بها من هذا البحث ووضعها بحسب دراستها في المباحث والمطالب وهي على النحو التالي:

لقد بدأنا دراستنا بمقدمة بينا فيها أهمية دراسة قواعد عبء الإثبات وعرفنا تلك الأهمية من ناحية أنه في نطاق الادعاء يوجد من يدعي ومن يدعى عليه، وقد لا يكون الحق ثابتاً بطريقة واضحة ظاهرة محددة لأي من هذين الطرفين، بل قد يكون الحق مراوفاً بينهما، ولذلك لا ينكر أحد في أن تعيين من يقع عليه من الخصوم عبء الإثبات مسألة بالغة الأهمية، لأن مصير الدعوى يتوقف عليها من الناحية العملية، فقد يخسر كثير من الناس الدعوى لا لشيء إلا لعجزه عن إقامة الدليل الذي يوصل إلى اقناع القاضي بحقه، ذلك أن الإثبات لا يكون واجباً على كل من الخصمين في نفس الوقت، وإلا لألقى كل خصم هذا الواجب على عاتق خصمه ولما أمكن الفصل في أي نزاع. ولذلك كانت قواعد تحديد من يقع عليه من الخصوم عبء الإثبات هي أولى قواعد الإثبات وأهمها، حيث رأينا أن إلقاء عبء الإثبات على أحد الخصمين معناه أن يحكم له أو لخصمه.

وتحدثنا في المبحث التمهيدي عن قاعدة ليس على القاضي عبء جمع أدلة الإثبات أو استكمالها وعرفنا فيه أن القاعدة العامة أن الدعوى هي ملك الخصوم، تبدأ حياتها بطلب يوجهه خصم إلى خصمه الآخر. ومقدم الطلب هو المدعي وعليه يقع عبء إثبات ما يدعيه، والطرف الآخر هو المدعى عليه، ومن حقه أن يدفع طلب المدعي بكل وسائل الإثبات التي يحددها القانون، بحيث يقتصر دور القاضي على النظر في طلبات الخصوم وحججهم وتلقي أدلتهم وتقديرها وفقاً

لما يقضي به القانون ثم الحكم بموجبها وبالحالة التي قدمت بها، دون أن يكون له الحق في البحث عن أدلة لم يتمسك بها الخصوم، كما أنه إذا رأى الدليل المقدم مبهماً أو غير كاف، فليس له أن يطلب استكماله أو إيضاح ما أبهم منه، بل يجب عليه أن يقدره كما هو وبالحالة التي قدمه به الخصم مالم يكن ذلك متعلقاً بالنظام العام.

وفلسفة ذلك المنع ترجع إلى أن تدخل القاضي بذلك سيكون حتماً لمصلحة أحد طرفي النزاع ضد مصلحة الطرف الآخر مما يخل بمبدأ المساواة بين الخصوم.

وتحدثنا في المبحث الأول عن عبء الإثبات في قواعد القانون المدني وعرفنا في المطلب الأول منه قواعد معرفة المدعي والمدعى عليه، وانتهينا فيه إلى أن عبء الإثبات يقع دائماً على عاتق من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً. وهو لهذا ينتقل بين طرفي الخصومة وفقاً لطبيعة ما يدعيه كل منهما لافرق في هذا بين من رفع الدعوى ومن رفعت عليه، غير أن بعض الفقهاء، وهو المرحوم العلامة عبد الرزاق السنهوري، يضيف إلى هذه الأوضاع الثابتة أصلاً أو ظاهراً أو فرضاً الأوضاع التي تثبت بإقامة الدليل عليها فعلاً، وهو ما يعبر عنها بالأوضاع الثابتة فعلاً، بحيث تصبح هي الأصل، ولا يجوز مخالفتها إلا بإقامة دليل جديد ينقض الدليل الأول، كإثبات المدين للوفاء لنقض إثبات الدائن لوجود الدين، فمع أن الأصل هو براءة الذمة، فإن إثبات وجود الدين من قبل المدعي الدائن أدى إلى تغيير هذا الوضع، فأصبح وجود الدين هو الأصل، وخلافه الوفاء، وعليه تعين إثباته.

وفي المطلب الثاني تحدثنا عن قواعد عبء الإثبات في القانون المدني وتطبيقاتها، وانتهينا فيه إلى أن القانون المدني اليمني الجديد رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م قد أورد في الباب الأول من الكتاب الأول العديد من القواعد القانونية المتعلقة بعبء الإثبات التي استمدها من القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، كقاعدة يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الأصل، لأن الأصل براءة الذمة وعدم المديونية ولذلك من يتمسك بهذا الأصل لا إثبات عليه، وإنما يقع عبء

الإثبات على من يدعي خلاف هذا الأصل، وتكلمنا عن القواعد القانونية الأخرى المتفرعة عن تلك القاعدة العامة وتطبيقاتها القانونية والقضائية، كقاعدة الأصل في العقود أنها صحيحة حقيقية، والأصل أن للعقد سبباً حقيقياً مشروعاً، والأصل في الصفات العارضة العدم، والأصل أن الشخص غير مسؤول عما يحدثه بفعله للغير من ضرر إلا إذا كان بفعله عامداً أو مخطئاً، والأصل هو استحقاق الدائن للتعويض الاتفاقي في (الشرط الجزائي) والأصل في الالتزام الذي أقام الدائن الدليل على نشوئه عدم تنفيذه، والأصل في الوكالة هو عدمها، وإذا وجدت فالأصل فيها أن تكون مقيدة، وإذا كانت مطلقة فالظاهر استمرارها. والأصل هو شمول البيع والرهن للملحقات والأصل أن يكون للإثراء سبب، والأصل في استعمال الحق خلوه من التعسف، والأصل ألا يستحق عوض التأمين إلا بثبوت الضرر أو الخطر، والأصل هو خضوع النزاع للقانون الوطني وعلى من يدعي خضوع النزاع للقانون الأجنبي عبء إثبات ذلك، والأصل في تنفيذ العقود حسن النية والأمانة، والأصل هو تطبيق المبادئ العامة في القانون.

والأصل هو التزام الكفيل بدفع مالا يقبضه الدائن من المدين، والأصل أن اليقين لا يزول بالشك، فما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت غيرهِ، والأصل أن يضاف الحادث إلى أقرب أوقاته ما لم يوجد دليل على عكس ذلك.

كما انتهينا إلى أن المشرع اليمني قد بين في القانون المدني الجديد أن من يدعي خلاف الظاهر يتحمل عبء إثباته كقاعدة الظاهر أن الحائز هو المالك إلى أن يثبت خلاف ذلك، والظاهر أيضاً أن حق الملكية خال من الحقوق العينية التي تشغلها وعلى من يدعي خلاف ذلك إثباته، والظاهر هو اجتماع سلطات حق الملكية جميعها لصاحبه إلى أن يثبت خلاف ذلك، والظاهر هو شمول ملكية الأرض لما فوقها وما تحتها إلى أن يقام الدليل على خلاف ذلك، والظاهر هو أن الأموال العامة تبقى كذلك حتى يثبت انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة، والظاهر يدل على الباطن الذي يتعذر الاطلاع عليه إلى أن يثبت خلاف ذلك.

كما انتهينا إلى أن المشرع اليمني قد بين في القانون المدني الجديد قواعد تعارض الأصل والظاهر وكان كل من صاحب الأصل وصاحب الظاهر مدعياً فإن عبء الإثبات في هذه الحالة يقع على عاتق من يتمسك بالظاهر، لأنه لا يحكم بخلاف الأصل إلا بالبينة، أما إذا تمسك كل من المدعين بالظاهر، فلا حرج في أن يقع على أيهما أو كليهما معاً عبء الإثبات، ويكون الترجيح لمن كان ظاهره أقوى من غيره (المادة ١١١٦) من القانون المدني اليمني الجديد.

كذلك انتهينا إلى أن القانون المدني اليمني الجديد قد بين أنه يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الثابت فرضاً (القرينة القانونية)، وعلى ذلك فإن من يدعي عكس ما ثبت ظاهراً أو فرضاً من القرينة القانونية عبء إثبات ذلك.

وتحدثنا في المطلب الثالث عن قواعد تنقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى وانتهينا فيه إلى أنه متى تعين أي من الخصمين بحمل عبء الإثبات وفقاً للمبدأ العام الذي بيناه كان هذا الخصم هو المكلف إقامة الدليل بالطرق القانونية على صحة ما يدعيه، ولكن لما كان عبء إثبات الواقعة محل النزاع عبئاً ثقیلاً أحياناً، وقد يؤدي إخفاق الملقى على عاتقه القيام بهذا العبء إلى احتمال أن يخسر دعواه، فقد أوجد المشرع وسائل وطرقاً للمساعدة في التخفيف من وطأة هذا المبدأ، إما بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينتقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر، وإما أنه قد يقع هذا التنقل بمقتضى قرائن قضائية تملك المحاكم بها التخفيف من شدة عبء الإثبات، ذلك التخفيف الذي يؤدي في واقع الأمر إلى أن ينقل القاضي بمقتضى هذه القرائن عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه. وأخيراً انتهينا إلى أنه لم تكن قواعد عبء الإثبات من النظام العام فإنه يجوز الاتفاق بين الطرفين على نقل عبء الإثبات من المكلف به قانوناً إلى غيره، سواء تم ذلك قبل حدوث الواقعة المتنازع عليها أو بعد حدوثها وفي أثناء قيام النزاع بشأنها.

وتحدثنا في المبحث الثاني عن عبء الإثبات في القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، وعرفنا في المطلب الأول منه قواعد معرفة المدعي والمدعى عليه في الفقه الإسلامي، وانتهينا فيه إلى أن الفقهاء المسلمين قد اجتهدوا في

بيان الفرق بين المدعي والمدعى عليه، ووضعوا القواعد والضوابط في التمييز بينهما.

فالمدعي عندهم هو من إذا ترك الخصومة ترك، أو هو من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، أما المدعى عليه، فهو عكس ذلك وبعبارة أخرى إن المدعي هو من يتمسك بغير الظاهر، أو من كان قوله على خلاف أصل أو عرف أو غالب أو معهود شرعي، والمدعى عليه هو من يتمسك بالظاهر أو من كان قوله على وفق أصل أو عرف أو غالب أو معهود شرعي.

ونرى أنه كان الأخرى بالمشعر اليمني - بالإضافة إلى ما أورده من قواعد قانونية في القانون المدني مستمدة من القواعد الفقهية الشرعية للتمييز بين المدعي والمدعى عليه - أن يضع نصاً قانونياً يأخذ بهذا التعريف الذي أورده الفقهاء المسلمون لأن المدعى عليه عندهم أقوى جانباً من المدعي لأنه متمسك بسبب من الأسباب الآنف الذكر والتي ترجح جانبه، والمدعي عكس ذلك، وكذا أن يضع نصاً قانونياً يبين فيه الحكم في حالة تعارض الأصلين أو الظاهرين الموجودين في الفقه الإسلامي، ذهب فيه إلى أنه إذا تعارض أصلان كأن استند كل خصم إلى أصل من الأصول وتقوى جانبه به فإن الحكم هو ترجيح صاحب الأصل الذي تؤيده أمور وظروف أخرى متعلقة بموضوع النزاع وجوهره، فمن ترجح قوله بأصل آخر أو بوجه من وجوه النظر فهو مدعى عليه والآخر مدع، وهذا هو الحكم نفسه لو تعارض ظاهران، أما إذا تعارض الأصل مع العرف أو الغالب أو المعهود الشرعي فإن اتجاه الفقه الإسلامي في عمومته يذهب إلى ترجيح العرف والغالب والمعهود الشرعي استناداً إلى كونها قرائن وشواهد قائمة تنبئ بحدوث أمر يغير حاله، وهذا يتفق مع ما تقضي به المادة (١١٦) من القانون المدني اليمني الجديد، كما رأينا.

وتحدثنا في المطلب الثاني عن قواعد عبء الإثبات وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي، وانتهينا فيه إلى أن الفقه الإسلامي قد وضع القواعد الفقهية المتعلقة بعبء الإثبات التي استمدتها منه بعض القوانين الوضعية كالقانون المدني اليمني الجديد والقانون المدني العراقي وغيرهما من قوانين البلاد العربية التي

نهجت هذا المنهج، وذلك كالقاعدة التي هي أساس عبء الإثبات (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) والتي وردت في المادة الثانية من قانون الإثبات اليمني رقم (٢١) لسنة ١٩٩٢م والمعدلة التي تنص على أنه (على الدائن إثبات الحق وعلى المدين إثبات التخلص منه، وتكون البينة على المدعي واليمين على من أنكر)، غير أنه يلاحظ على هذا النص أن المشرع اليمني قد جمع بين قاعدتين متقابلتين: القاعدة الوضعية والقاعدة الشرعية، وكان يتعين عليه - كما رأينا - أن يأخذ بإحدى القاعدتين الشرعية أو الوضعية؛ لأن كلا منهما تقابل الأخرى بدلاً من الجمع بينهما، لأن في ذلك تزييداً يعيب النص ويتنافى مع الصياغة الفنية للقوانين.

كما ذكرنا في هذا المطلب العديد من القواعد الفقهية الشرعية المتصلة بعبء الإثبات وهي القواعد نفسها التي سبق ذكرها واستمدها القانون المدني من الفقه الإسلامي.

لذلك ما ذكرناه هناك يصدق عليها هنا؛ لأنها في الأساس هي قواعد فقهية شرعية توصل إلى استنباطها الفقهاء المسلمون، كقاعدة الأصل براءة الذمة، وقاعدة اليقين لا يزول بالشك، والأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته، والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه، والأصل في الصفات العارضة عدم حتى يقوم الدليل على خلافه، وما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم الدليل على خلافه، ودليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه، يعني يحكم بالظاهر فيما يتعذر الاطلاع عليه، فهذه القواعد الفقهية متعلقة بعبء الإثبات لأنها تنير السبيل أمام القاضي فيتعين عليه أن يستعملها بثاقب نظره، وذلك بحسب الواقعة، وموضوع النزاع، وحالة الأطراف، وكل من الخصمين يصح أن يعتبر مدعياً من جانب، ومدعى عليه من جانب آخر؛ فالمدعى عليه الذي يطالب بالجواب ولا يترك إذا سكت ويوافق قوله الأصل والظاهر، هو مدع أيضاً من جانب آخر بطلب دفع التعرض مثلاً، وحقه في استمرار براءة ذمته، والحفاظ على حسن سمعته، فعبء الإثبات يقع على الطرفين، ويتوزع على المدعي والمدعى عليه بطريقة عادلة، فتوجب الحجة القوية على صاحب الجانب

الضعيف، وتفرض الحجة الضعيفة على صاحب الجانب القوي، والشريعة الإسلامية تحرص بذلك على عدم حصول النزاع والخلاف عن طريق وضع الحلول الجذرية التي تؤدي إلى الاستقرار والاطمئنان، فترفض النتائج الجزئية والأوضاع القلقة فلا تكتفي بإلقاء عبء الإثبات على المدعي فقط بحيث يقف المدعى عليه موقفاً سلبياً متذرعاً بمجرد الإنكار، وملتزمًا الصمت والسكوت، ويطمع في ترك المدعى به في يده ولو كان مبطلاً، كما يقول علماء القانون، وإنما أوجبت الشريعة الإسلامية عليه عبئاً من الإثبات يتناسب مع قوة جانبه، فيعزز إنكاره باليمين أو رد اليمين على المدعي في حالة نكول المدعى عليه، وبهذا يعتبر نقلاً للبيئة إلى المدعى عليه وفي جواز طلب اليمين من المدعي وهو ما يسمى في لغة القانون توزيع أو نقل عبء الإثبات سواء بمقتضى الشرع أو بمقتضى الاتفاق، كما رأينا في المطلب الثالث.

أما في المبحث الثالث فقد تحدثنا عن المقارنة بين القانون المدني والشريعة الإسلامية بخصوص قواعد عبء الإثبات، وانتهينا فيه إلى أن الشريعة الإسلامية السمحاء قد كان لها فضل السبق في إرساء القاعدة العامة الأساسية في عبء الإثبات التي هي (البيئة على المدعي واليمين على من أنكر) وأن القانون المدني قد سار مع الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بقواعد توزيع عبء الإثبات بين المدعي والمدعى عليه، كما أن القانون المدني يتفق مع الشريعة في قواعد احترام الحالة الظاهرة والأصل الثابت، وإن اختلفت عبارات بعض شراح القانون المدني عن الاصطلاح الشرعي بل إن فريقاً منهم سار في الإطار الشرعي، واستعمل المصطلحات الفقهية الشرعية، ولذا وجدنا أن كثيراً من شراح القانون المدني قد استعان بالفقه الإسلامي في هذا الخصوص.

هذه هي أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها، وهي آخر المطاف من هذا البحث، وعسى أن نكون قد ساهمنا بجهدنا المتواضع في إبراز نواة لنظرية عامة لقواعد عبء الإثبات في القانون المدني اليمني والفقه الإسلامي لتكون عدة القاضي والخصوم في بيان من هو منهم الملقى على عاتقه عبء الإثبات حتى لا يلقي على من ليس بملزم بالقيام به سواء بسوء قصد أو بحسن نية فيعجز

عن إثباته فيخسر حقه في ساحة القضاء دون وجه حق، ذلك هو الأمر الذي بذلت فيه الجهد وتحريت فيه الدقة والصواب قدر المستطاع، فإن أكُ قد وفقت فذلك فضل الله تعالى نحمده ونشكره عليه وهو الموفق للصواب، وإن أكُ أخطأت فأسال الله أن يعفو عني ولا يحرمني الأجر والثواب.

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

قائمة بأهم المراجع*

أولاً - كتب اللغة العربية:

- ١ - لسان العرب، لابن منظور المصري طبعة دار صادر - دار بيروت ١٩٥٦م
١٣٧٥هـ.
- ٢ - مختار الصحاح لأبي بكر الرازي، المطبعة الأميرية، ط سادسة ١٣٧٠هـ/
١٩٥٠م
- ٣ - المصباح المنير للمقري الفيومي، المطبعة الأميرية ط سادسة ١٩٢٦م

ثانياً - كتب الحديث وعلومه:

- ١ - إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، لابن دقيق العيد، مطبعة السنة المحمدية
بالقاهرة ١٣٧٢هـ / ١٩٥٣م.
- ٢ - سبل السلام، لمحمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، ط رابعة ١٣٧٩هـ -
١٩٦٠م، مطبعة مصطفى البابي الحلبي بالقاهرة.
- ٣ - سنن ابن ماجه ليزيد القزويني، مطبعة عيسى الحلبي بالقاهرة، ط أولى
١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م، تحقيق وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي.

* ملاحظات:

- (١) راعيت في ذكر المراجع الترتيب الموضوعي ثم الترتيب الهجائي في كل موضوع
ونخص هذا الأسلوب بكتب اللغة وكتب الحديث وأصول الفقه، وكتب مذاهب الفقه
الإسلامي.
- (٢) راعيت الترتيب بحسب الحروف الهجائية لأسماء المؤلفين، ونخص هذا الأسلوب
بالمراجع الحديثة في الفقه الإسلامي ثم المراجع القانونية. أما المجالات ومجموعة
الأحكام فسنرتبها هجائياً بحسب أسمائها.
- (٣) حرصت في الرجوع إلى طبعة واحدة في جميع مراجع البحث باستثناء بعض
المراجع، أشرت إليها في مواضعها، وهي لا تتعدى أصابع اليد الواحدة.

- ٤ - السنن الكبرى للبيهقي، ط أولى - حيدر آباد بالهند ١٣٤٤هـ.
- ٥ - سنن النسائي، للنسائي، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر ١٣٨٣هـ - ١٩٦٤م.
- ٦ - صحيح البخاري مع حاشية السندي، مطبعة العثمانية بمصر، ط أولى ١٣٥١هـ / ١٩٣٢م.
- ٧ - مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيتمي، مطبعة القدسي بمصر ١٣٥٣هـ.
- ٨ - نصب الراية لأحاديث الهداية للزيلعي، ط أولى بمصر ١٣٥٧هـ / ١٩٣٨م.
- ٩ - نيل الأوطار للشوكاني، مطبعة مصطفى الحلبي القاهرة، ط الثالثة ١٩٦١م.

ثالثاً - كتب أصول الفقه:

- ١ - الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم الأندلسي، مطبعة العاصمة بالقاهرة.
- ٢ - منهاج الوصول إلى علم الأصول، للبيضاوي، مطبعة كردستان بالقاهرة ١٣٢٦هـ.

رابعاً - كتب الفقه الإسلامي:

أ - كتب الفقه الحنفي:

- ١ - الأشباه والنظائر، لابن نجيم، تحقيق عادل سعد، مكتبة التوفيقية مصر، + طبعة المطبعة الحسينية.
- ٢ - البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لابن نجيم، مطبعة الكتب العربية للحلبي بمصر ١٣٣٣هـ.
- ٣ - بدائع الصنائع للكاساني، مطبعة الجمالية بالقاهرة ١٣٢٨هـ.
- ٤ - تبين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي، مطبعة بولاق، ط أولى ١٣١٤هـ.
- ٥ - جامع الفصولين لابن قاضي سماوة، المطبعة الأميرية ببولاق مصر ١٣٠٠هـ.
- ٦ - درر الحكام شرح مجلة الأحكام - لعلي حيدر أفندي، ط ١ ١٤١١هـ / ١٩٩١م دار الجيل - بيروت ج ١.

- ٧ - رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار لابن عابدين، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م.
- ٨ - شرح المجلة العدلية لسليم رستم باز، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان ط ٣/١٣٠٥هـ.
- ٩ - ظفر اللاضي فيما يجب في القضاء على القاضي لمحمد بن صديق حسن خان بهادر، مطبعة بهوبال بالهند ١٢٩٥هـ.
- ١٠ - الفتاوى الهندية المسماة بالفتاوى العالمكيرية، جماعة من علماء الهند، مطبعة بولاق بمصر، ط ثانية ١٣١٠هـ.
- ١١ - فتح القدير في شرح الهداية للمرغيناني، الكمال بن الهمام، مطبعة المكتبة التجارية بمصر ١٣٥٦هـ.
- ١٢ - لسان الحكام في معرفة الأحكام لابن الشحنة الحلبي، مطبعة جريدة البرهان الاسكندرية ١٢٩٩هـ.
- ١٣ - مجمع الضمانات للبغدادى مطبعة الخيرية بمصر، ط أولى ١٣٠٨هـ.
- ١٤ - مرآة المجلة، ليوسف آصاف، مطبعة العمومية بمصر ١٨٩٤هـ.
- ١٥ - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، للطرابلسي، المطبعة الأميرية ببولاق مصر، ط أولى ١٣٠٠هـ.

ب - كتب الفقه المالكي:

- ١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، ط مكتبة الكليات الأزهرية بمصر ١٣٨٦هـ/١٩٦٦م.
- ٢ - بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي، مطبعة المكتبة التجارية بالقاهرة.
- ٣ - البهجة في شرح التحفة للتسولي / مطبعة مصطفى الحلبي، ط ثانية ١٣٧٠هـ/١٩٥١م.
- ٤ - تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون المالكي المدني. مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٣٧٨هـ/١٩٥٨.

- ٥ - تهذيب الفروق لمحمد علي بن حسين مفتي المالكية، مطبوع على هامش الفروق الذي سيأتي ذكره.
 - ٦ - حاشية حجازي على شرح المجموع، للشيخ حجازي العدوي، المطبعة البهية الشرقية بالقاهرة ١٣٠٤هـ.
 - ٧ - حاشية العدوي على شرح أبي الحسن على رسالة القيرواني، مطبعة عيسى الحلبي بمصر.
 - ٨ - شرح الخرشي على مختصر خليل للخرشي، المطبعة الأميرية ببولاق مصر ط ثانية ١٣١٧هـ، وبهامشه حاشية علي العدوي.
 - ٩ - الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق لأحمد بن إدريس القرافي، مطبعة عيسى الحلبي بمصر ط ١ ١٣٤٦هـ.
 - ١٠ - القوانين الفقهية (أو قوانين الأحكام الشرعية) لابن جزي، ط المكتبة الأدبية بفاس ١٣٥٤هـ / ١٩٣٤م + ط دار العلم للملايين، بيروت، لبنان ١٩٦٨م.
 - ١١ - القول المرتضى في أحكام القضاء للبرلسي المالكي، مخطوط بدار الكتب المصرية (١٣٦ فقه مالك).
 - ١٢ - المقدمات والممهّدات لابن رشد الجد، مطبعة السعادة بمصر، ط أولى ١٣٢٥هـ.
 - ١٣ - منح الجليل على مختصر خليل للشيخ محمد عليش، المطبعة العامرة بالقاهرة ١٢٨٤هـ.
 - ١٤ - مواهب الجليل شرح مختصر خليل للحطاب، مطبعة السعادة بمصر، ط أولى ١٣٢٩هـ.
- ج- كتب الفقه الشافعي:**
- ١ - الأشباه والنظائر، للسيوطي، دار الفكر ومؤسسة الكتب الثقافية - بيروت - لبنان الطبعة الثالثة + طبعة مصطفى الحلبي ١٣٧٨هـ / ١٩٦٨م.
 - ٢ - الأشباه والنظائر في الفروع والقواعد لعبد الوهاب بن السبكي، مخطوط بدار الكتب المصرية (١٤٧٦) فقه شافعي.

- ٣ - الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، للخطيب الشربيني.
- ٤ - الأم، للشافعي، مطبعة الشعب بمصر ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
- ٥ - تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي، مطبوع على هامش حاشيتي الشرواني والعبادي.
- ٦ - جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، للمنهاجي الأسيوطي، مطبعة السنة المحمدية بالقاهرة، ط أولى ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.
- ٧ - الحاوي الكبير (شرح مختصر المزني) للماوردي، مخطوط بدار الكتب المصرية (فقه شافعي ٥٠١، ١٣ مجلدًا).
- ٨ - حاشية قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحلي، مطبعة مصطفى الحلبي، ط الثالثة ١٣٧٥هـ / ١٩٥٦م.
- ٩ - قواعد الأحكام في مصالح الأنعام لابن عبد السلام السلمي، مطبعة الكليات الأزهرية بمصر ١٣٨٨هـ / ١٩٦٨م.
- ١٠ - القواعد في الفقه للزركشي، مخطوط بدار الكتب المصرية (٢٣٠ أصول تيمور).
- ١١ - مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، للخطيب الشربيني مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة ١٣٧٠هـ / ١٩٦٨م.
- ١٢ - المذهب للشيرازي، مطبعة مصطفى الحلبي، ط ثانية ١٣٧٩ / ١٩٥٩م.
- د- كتب الفقه الحنبلي:**
- ١ - أعلام الموقعين عن رب العالمين لابن القيم الجوزية، مطبعة مكتبة الكليات الأزهرية بمصر ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.
- ٢ - الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم الجوزية، مطبعة السنة المحمدية بمصر ١٣٧٨هـ / ١٩٥٣م.
- ٣ - القواعد لابن رجب الحنبلي، مطبعة مكتبة الخانجي بمصر، ط أولى ١٣٥٣هـ / ١٩٣٣م.

٤ - كشف القناع على متن الإقناع للبهوتي الحنبلي، الطبعة العامرة الشرفية بمصر، ط أولى ١٣١٩هـ.

٥ - المغني لابن قدامة المقدسي، ط دار المنار بمصر، ط الثالثة ١٣٦٧هـ ٩ أجزاء، + طبعة إمام ١٠ أجزاء.

٦ - منتهى الإرادات للبهوتي الحنبلي مطبوع على هامش كشف القناع.

هـ- كتب المذاهب غير الأربعة:.

* كتب الفقه الظاهري:

١ - المحلي لابن حزم الأندلسي، مطبعة المنيرية بالقاهرة ١٣٥٠هـ.

٢ - مراتب الإجماع، للمؤلف السابق، نشر مكتبة القدسي بالقاهرة ١٣٥٧هـ.

كتب الفقه الزيدي:

١ - البحر الزخار للمرتضى، مكتبة الخانجي بالقاهرة، ط أولى ١٣٦٦هـ / ١٩٤٧م.

٢ - التاج المذهب لأحكام المذهب (شرح متن الأزهار) للعنسي اليماني الصنعاني، ط أولى.

٣ - الروض النضير (شرح المجموع للإمام زيد السياغي، مطبعة السعادة بالقاهرة، ط أولى ١٣٤٧هـ.

كتب الفقه الجعفري الإمامي:

١ - أصول الإثبات في الفقه الجعفري لمحمد جواد مغنية (معاصر)، مطبعة دار العلم للملايين، بيروت، ط أولى ١٩٦٤م.

٢ - شرائع الإسلام في الفقه الجعفري للمحقق الحلي، مطبعة دار الحياة بيروت.

٣ - المختصر النافع، للمحقق الحلي، مطبعة وزارة الأوقاف بمصر، ط ثانية ١٣٧٧هـ.

كتب الإباضية:

- ١ - شرح النيل لمحمد بن يوسف أطفيش، ط الباروني، مطبعة السلفية بمصر ١٣٤٣هـ.

خامساً - كتب عامة وحديثة في الشريعة الإسلامية

- ١ - أحمد إبراهيم، طرق الإثبات الشرعية، دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٥م
طرق القضاء في الشريعة الإسلامية بمطبعة السلفية بالقاهرة ١٩٤٧م.
- ٢ - أحمد فهمي أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، القاهرة، طبعة ١٩٤٩م.
- ٣ - أحمد بن الشيخ محمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق ط سادسة ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.
- ٤ - عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٣م، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان ط الثالثة ١٤٢١/ ٢٠٠٠م.
- ٥ - عبد الحكيم محمد السبكي، المرافعات الشرعية، مطبعة الجمالية بمصر، ط ١ ١٩٢٣م.
- ٦ - علي قراعة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة الرغائب بدار المؤيد بالقاهرة ١٣٣٩هـ/ ١٩٢١م.
- ٧ - محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، دار البيان، دمشق ١٩٩٤م.
- ٨ - محمد زيد الأبياني مباحث في المرافعات الشرعية، ط أولى، القاهرة.
- ٩ - محمد مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، طبعة دار التأليف ١٣٧٩هـ / ١١٩٥٩م.
- ١٠ - مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطبعة جامعة دمشق، ط سادسة ١٣٧٩هـ ١٩٥٩م.

سادساً - كتب القانون

- ١ - أحمد أبو الوفاء: التعليق على نصوص قانون الإثبات ط ٢ / ١٩٨١م منشأة المعارف، الإسكندرية. الإثبات في المواد المدنية والتجارية ط ١٩٨٣م، بيروت لبنان.
- ٢ - أحمد نشأت، رسالة الإثبات في التعهدات، دار الفكر العربي بالقاهرة ط ٦، ١٣٧٤هـ / ١٩٥٥م، الطبعة السابعة.
- ٣ - آدم وهيب الندوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، رسالة ماجستير، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى ١٩٩٧م.
- ٤ - إسماعيل غانم، في أحكام الالتزام والإثبات ج ٢ طبعة ١٩٦٤م.
- ٥ - بجاش سرحان محمد المخلافي القرائن ودورها في الإثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ١٩٩٤م.
- ٦ - توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ١٩٨٠م.
- ٧ - جلال العدوي، مبادئ الإثبات، ط ١٩٨٣م، الإسكندرية.
- ٨ - حسن كيره، أصول قانون العمل، منشأة المعارف، الإسكندرية ط ٣ ١٩٧٩م.
- ٩ - حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ١، دار الكتاب العربي بمصر ١٩٤٨م.
- ١٠ - رضا المزغني، أحكام الإثبات، معهد الإدارة العامة بالرياض ١٩٨٥م.
- ١١ - رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت ١٩٨٦م.
- ١٢ - سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية ج ١، الأدلة المطلقة، عالم الكتب القاهرة ١٩٨١م.
- ١٣ - سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ١٩٩٧م.
- ١٤ - شمس الدين الوكيل في بحثه (دراسة مقارنة في إثبات القانون الأجنبي

ورقابة المحكمة العليا في تفسيره) مجلة كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية،
العددان الأول والثاني ١٩٦٣/١٩٦٤م.

١٥- عبد الباسط جميعي، نظام الإثبات في القانون المدني المصري، مكتبة وهبة
القاهرة، ط أولى.

١٦- عبد الحي حجازي، الإثبات في المواد المدنية، ط ١ القاهرة ١٩٥٧م.

١٧- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج ٢، نظرية الالتزام
بوجه عام الإثبات وآثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.

١٨- عبد السلام ذهني، المداينات أو الأدلة، الجزء الأول، القاهرة ١٩٢٢م.

١٩- عبد الودود يحيى، الموجز في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة
١٩٥٦م.

٢٠- عبدالله عبدالله العلفي، أحكام الخيارات في الشريعة الإسلامية والقانون
المدني اليمني، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨٨م.

٢١- عبدالله علي الخياري، نظرية الهلاك في القانون المدني اليمني، دراسة مقارنة
بالشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،
جامعة عين شمس ١٩٩٤م.

- الوجيز في شرح أحكام قانون العمل اليمني الجديد مطبعة دار
الشوكانى صنعاء، ط ١، ١٩٩٧م.

- شرح أحكام قانون العمل وتأمين إصاباته، مطبعة دار الشوكانى، ط ٢،
٢٠٠٠م.

٢٣- عبد الله محمد المخلافي، المدخل لدراسة القانون، ط ٤، ٢٠٠٠م. دار
الشوكانى، صنعاء.

٢٤- عبد المنعم فرج الصده، الإثبات في المواد المدنية، ط ٢، القاهرة ١٩٥٥م.

٢٥- عز الدين عبدالله، القانون الدولي الخاص، الإسكندرية، طبعة ثامنة ١٩٧٧م،
ج ٢.

- ٢٦- قائد سعيد الثريب، الوجيز في أحكام عقد البيع في القانون المدني اليمني، الطبعة الأولى ١٩٩٦/٩٥م، دار اقرأ صنعاء.
- ٢٧- محمد حسين الشامي، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية، دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمني والفقهاء الإسلاميين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ١٩٨٩م.
- النظرية العامة للالتزام في القانون المدني اليمني، ج ١، مصادر الالتزام، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، الطبعة السادسة ٢٠٠٢م، ج ٢، أحكام الالتزام طبعة ٢٠٠٤م.
- ٢٨- محمد الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني المصري والفقهاء الإسلاميين، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ١٩٩٢م.
- ٢٩- محمد عبد الرحيم، قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨م، ملحق بمجلة المحاماة بالقاهرة، العدد ٣ لسنة ٤٩.
- ٣٠- محمد كمال فهمي، أصول القانون الدولي الخاص، ط ٢، ١٩٨١م.
- ٣١- محمد لبيب شنب، دروس في الإثبات (البيئات)، ط ١٩٧١م، بيروت - لبنان.
- ٣٢- محمد محمد محمد اسماعيل الغشم، إجازة التصرفات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، طبعة ١٩٩٥م.
- محاضرات في حق الملكية في القانون المدني اليمني، دار الشوكانى للطباعة ٢٠٠٠م.
- ٣٣- محمد يحيى المطري، دور الحيازة في المنقول في القانون المدني المصري واليمني، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة.
- ٣٤- يحيى رزق الصرمي، سلطة القاضي في التفسير في القانون المصري والقانون اليمني مع المقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، مطبعة الإخوة الأشقاء بمصر، الطبعة الأولى ١٩٩٥م.
- ٣٥- يحيى محمد عبدالله الجرافي، الغصب وآثاره في الشريعة الإسلامية والقانون

المدني اليمني (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مطبعة الإخوة الأشقاء بمصر ١٩٩٥م.

سابعاً - مجموعة الأحكام القضائية:

- ١ - المبادئ القانونية والقضائية في الدعاوى التجارية، جمع وترتيب د. حسن علي مجلي ط ١ ٢٠٠٣م، مركز الشرعي للطباعة - صنعاء.
- ٢ - مجموعة أحكام النقض المدني - يصدرها المكتب الفني بمحكمة النقض المصرية ابتداء من سنة ١٩٥١م.
- ٣ - مجموعة القواعد القانونية - مجموعة عمر - تضم الأحكام التي قررتها محكمة النقض المصرية من ١٢/١١/١٩٣١م لغاية ٩/٦/١٩٤٦م، جمع وترتيب الأستاذ / محمود عمر في خمسة مجلدات.
- ٤ - المحاماة، مجلة شهرية تصدرها نقابة المحامين في القاهرة، منذ سنة ١٩٢٠م.
- ٥ - المحامون، مجلة شهرية تصدرها نقابة المحامين السوريين بدمشق.

