الهيئة الوطنية للمحامين بتونس

الفرع الجهوي للمحامين بتونس

محاضرة ختم التمرين

بعنوان :

إثبات الأمر السلبي

الأستاذ المحاضر :
الأستاذ بلال الصلعاني

الأستاذ المشرف على التمرين :
الأستاذ محمد جمال مطيمط

السنة القضائية : 2015 -2016

أتـقـدم ببالغ الامتـنان إلى كل من علمني حرفاً وأخذ بيدي في سبيل تحصيل العلم والمعرفة

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى الأستاذ محمد جمال مطيط

"...إِنِّي رَأَيتُ أَنَّهُ لاَ يَكْتُب أَحَدٌ كِتَاباً فِي يَومِهِ إلاّ قَالَ فِي غَدِهِ، لَو غُيِّرَ هَذَا لَكَانَ أَحْسَن، وَلَو زِيدَ هَذَا لَكَانَ يُسْتَحسَن، وَلَو قُدِّمَ هَذَا لَكَان أَفْضَل، وَلَو تُركَ هَذَا لَكَانَ أَجْمَل، وَهَذَا مِن أَعْظَمِ العِبَرِ، وهُوَ دَلِيلٌ عَلَى اِستِيلاَءِ النُقصِ عَلَى جُملَةِ البَشَر ..."

الإصفهاني

***المختصرات ***

م. ق. ت..... مجلة القضاء و التشريع .
م. إ . ع ..... مجلة الإلتزامات و العقود .
م. م. م. ت .....مجلة المرافعات المدنية و التجارية .
م. أ. ش.....مجلة الأحوال الشخصية .
ق.م. ..... قسم مدنـي .
ج.....جزء.
ص ..... صفحة .
ع..... عدد.

المخطط

المقدمة :

الجزء الأول : الصعوبات التي سيواجهها مدعي الأمر السلبي

فقرة أولى :الصعوبات القانونية

فقرة ثانية : الصعوبات الواقعية

الجزء الثاني : مجابهة الصعوبات في إثبات الأمر السلبي

فقرة أولى :تحول عبء إثبات الأمر السلبي

فقرة ثانية : اجتهاد القاضي و تحول محل الإثبات

***** مقـدمــة *****

يقـال أن الحـق يتجـرد مـن قيمتـه مـا لـم يقـم الـدليل علـى العمـل المنشـئ لـه، قانونيـا كـان هـذا الحـادث أو ماديـا ، و الواقـع أن الـدليل هـو قـوام الحـق ومقعـد النفـع فيـه. و يقال أيضا أن الدليل هو فدية الحق و أن الإثبات يحي الحق و يجعله مفيدا [1].

و قـد ورد فـي روايـة تاريخيـة أسـندت للرسـول الكـريم صـلى الله عليـه وسـلم انـه قـال " لـو يعطـى النـاس بـدعواهم لادعـى نـاس دمـاء رجـال و أمـوالهم و لكـن البينـة علـى المدعي و اليمين على من أنكر" [2]

الإثبـات بصـفة عامـة هـو تأكيـد وجـود صـحة أمـر معـين أو حقيقـة هـذا الأمـر وقـد جـاء فـي لسـان العـرب " ثبـت فـي الأمـر و الـرأي أي تـأنى فيـه و لـم يعجلـه ، و اسـتثبت فـي أمـره أي شـاور و فحـص عنـه ، و الثبـت (بالتحريـك) أي الحجـة و البينـة ، تقـول : لا احكـم بكـذا إلا بثبـت : أي بحجـة ، و اثبـت حجتـه أي أقامهـا و أوضـحها ، و قـول ثابـت أي قـول صـحيح " [3]، أمـا فـي معنـاه القـانوني وهـو مـا يطلـق عليـه بالإثبـات القضـائي فلـه ثـلاث معـان يمكـن أن تـؤدي فـي مجموعهـا إلـى تعريـف واحـد ، فهـو أولا العمليـة التـي يقـوم بهـا المـدعي أمـام القضـاء لإظهـار حقـه المـدني ، وذلـك عـن طريـق الأدلـة اللازمـة ، و الإثبـات ثانيـا هـو الوسـيلة أو الطريقـة التـي تـؤدي إلـى إقنـاع القاضـي ، وثالثـا هـو النتيجـة التـي وصـل إليهـا المـدعي مـن إقنـاع القاضـي بوجـود الحـق أو

---

[1] د سليمان مرقس : أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنينات سائر البلدان العربية الجزءالاول ، الأدلة المطلقة ص 12-13.

2 رواه مسلم ،راجع النووي " شرح صحيح مسلم " ج 12 المطبعة المصرية 1972 ص 2 .

[3] ابن منظور : لسان العرب الجزء الثاني صفحة 19-20 طبعة دار صادر – بيروت

صحته [4] وعليه فهو إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من الطرق التي يحددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع في شانها [5]، أي بعبارة أخرى إقامة الدليل على حقيقة واقعة يؤكدها في الخصومة احد طرفيها و ينكرها الخصم الآخر فإذا عجز المدعي عن إثبات ما يدعيه فان ذلك يكون سببا في خسارة دعواه إذ أن القاضي يفصل عادة في الدعوى إما لاقتناعه بما قدمه إليه المدعي من أدلة أو لعجز المدعي إثبات ادعائه [6] ، فيجد صاحب الحق نفسه مضطرا إلى أن يقنع القاضي بإقامة الدليل على وجود هذا الحق و إن لم يفلح في ذلك فان القاضي غير ملزم بان يسلم بصدق هذا الادعاء .

و بالتالي فان الادعاء يسلط على واقعة ايجابية تحققت و برزت أي لها مظهر خارجي و لكن ماذا لو كان ان الادعاء سيسلط على واقعة لم تتحقق و لم تحدث اي معدومة ؟؟؟

يتضح من خلال ما سبق من تعريف أن الإثبات القانوني يتعلق بالحقيقة القضائية و ليس بالحقيقة المطلقة، أي أن الحقيقة القضائية هي تلك الحقيقة التي تقوم على ما هو أرجح فيكفي إثبات أو نفي ما يرجح وجوده و تبعا لذلك يكون محل الإثبات مصدر الحق أو أثره.

فالإثبات تضبطه قواعد و تنظمه إجراءات قانونية ، تلزم القاضي و الخصوم و تحتم عليهم إتباعه ، فقد وضع القانون في العديد من الميادين طرقا معينة للإثبات و رتبها وحدد قيمة كل منها ووزنها و ضبط الحالات التي تستوجب فيها ، بحيث لا يصل المدعى إلى حقه عند المنازعة فيه إلا إذا توافرت لديه الطريقة المستوجبة في حالته وممن وجدت لديه هذه الوسيلة فلا يمكن للقاضي أن يرفض دعواه و ذلك بصرف النظر عن اقتناعه بحجة المدعي من عدمه طالما استقام الدليل قانونا ، لذلك

---

[4] عادل السليطي "خطر الإثبات في المادة المدنية" مذكرة لنيل شهادة الماجستير 2007 -2008 كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية و السياسية بتونس ص 5 .

[5] د عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني المجلد الأول ص 19.

[6] دكتور محمد فتح الله النشار " احكام الاثبات و قواعد عبء الاثبات " كلية الشريعة و القانون جامع الازهر دار الجامع الجديدة للنشر 2000 صفحة 124

يفـرق الفقهـاء بـين الحقيقـة الواقعيـة أي مـا هـو واقـع فعـلا و يقينـا و الحقيقـة القضـائية التي وصل إليها القاضي و التي يفترض فيها أن تكون مطابقة للواقع .[7]

و يعـد التقييـد سـمة بـارزة تطبـع الإثبـات المـدني علـى خـلاف الإثبـات الجزائـي الـذي يتميـز بالمرونـة و البسـاطة عـلاوة علـى وجـدان القاضـي و النظـام الاسـتقرائي ، و تتخـذ هـذه السـمة طابعـا صـارما ضـرورة أن نظريـة الإثبـات مـن النظريـات القانونيـة الأكثـر تطبيقـا فـي الحيـاة العمليـة فـلا يبـت القاضـي فـي النـزاع دون التعـرض لوسـائل الإثبات المعروضة أمامه و التي تلزمه .

وقـد نظمـت مجلـة الالتزامـات و العقـود قواعـد الإثبـات و كمـا هـو معلـوم انـه يقـوم علـى نظـام ادعـائي(مـن حيـث المبـدأ) يكـون إثبـات الالتـزام فيـه محمـولا علـى مـن يدعيـه ،فـان لـم يفلـح فـي إثبـات دعـواه و تأييـد مـا يدعيـه بحجـج وبـراهين ووسـائل [8] فـان مـآل الـدعوى هـو الـرفض أي أن عـبء الإثبـات يحمـل علـى عـاتق المـدعي ليقـيم الـدليل علـى مـا يدعيـه ، كمـا نظمـت مجلـة المرافعـات المدنيـة و التجاريـة نظريـة الـدعوى ، وهـي النص العام في الخصومة القضائية .

غنـي عـن البيـان أن الإثبـات لـيس بـالأمر الهـين فـي الكثيـر مـن الحـالات ، فـالبعض يخسـر دعـواه رغـم أنـه صـاحب حـق ، لأنـه عجـز عـن تقـديم الـدليل الـذي ينتهـي إلـى إقنـاع القاضـي . لهـذا كـان لتحديـد الشـخص الـذي يتحمـل عـبء الإثبـات أهميـة بالغـة مـن الناحيـة العمليـة ، فإلقـاء هـذا العـبء علـى احـد الخصـمين يعتبـر ميـزة للخصـم الآخـر ، الـذي يكسـب الـدعوى دونمـا جهـد إذا عجـز خصـمه عـن الإثبـات [9] فيتحمـل الـدائن الـذي يـدعي وجـود ديـن لـه بذمـة المـدين عـبء إثبـات الواقعـة التـي أنشـأت الـدين ، فيقـدم للمحكمـة سـند الـدين أو يستحضـر شـهودا متـى جـاز ذلـك ويبقـى المـدعى عليـه فـي هـذه المرحلـة فـي الانتظـار إثبـات المـدعي ، فـإذا عجـز او اثبـت بـدليل غيـر كـاف او بغيـر الـدليل المسـتوجب خسـر دعـواه بـدون حاجـة لان يطلـب القاضـي المـدعى عليـه بتحديـد

---

[7] الدكتور رضا المزغني " احكام الاثبات " نشر معهد الادارة العامة بالمملكة العربية السعودية 1985 الصفحة 5 .

[8] حدد م ا ع وسائل الإثبات على سبيل الحصر و ذلك بالفصول 420الى 513 .

[9] أنور سلطان " قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية " دراسة في القانونين المصري و اللبناني ، دار الجامعية للطباعة و النشر بيروت 1984 ص 12 فقرة 17 .

موقفه تجاه الدعوى [10] ، فالإثبات في ذاته يحمل مشقة لكل من يلقى به على عاتقه، و من المؤكد انه يشكل مشقة زائدة كلما تعلق الإثبات بمسائل معقدة أو استثنائية غير واضحة التجليات ومن ذلك أن يتعلق الإثبات بأمور سلبية .

تاريخيا كان الفقه الروماني لا يجيز إثبات الواقعة السلبية و ذلك استنادا إلى القاعدة التي مفادها أن الإثبات يقع على عاتق من يدعي لا على من ينكر [11] ، فعلاوة على عبء الإثبات و مخاطره ، محل الإثبات في هذه الحالة يصبح أمرا لا مظهر خارجي له يمكن الإفصاح عنه [12] ، و يضاعف هذا العبء بوجود أمور مختلفة تحف بالواقعة السلبية المراد إثباتها ، هذا علاوة على طبيعتها الاستثنائية ، وفي هذا الإطار يتنزل موضوع المحاضرة المتعلق بإثبات الأمر السلبي.

ونظرا لغياب تعريف تشريعي أو فقهي يمكن الاستئناس إليه في تعريف الأمر السلبي يمكن القول أن الواقعة السلبية أو الأمر السلبي هو عكس الأمر الايجابي، فان كان الثاني هو كل مظهر مادي يسهل الإفصاح عنه و تثبيته و تحديده، فان الأمر السلبي هو كل أمر ليس له مظهر خارجي أو انه الأمر الذي لم يتجلى بشكل ملموس أو مادي بحيث يسهل الإفصاح عن كنهه، وقد يكون محددا و قد يكون مطلقا كما ذكر، و يخرج ضرورة من دائرة الإثبات القضائي مبدئيا إثبات الأمر السلبي غير المحدد و المطلق .

بقي أن نشير و لو بإيجاز إلى الفقه الإسلامي الذي أطلق عبارة إثبات النفي على كل أمر سلبي واجب الإثبات أو بينة النفي ، ويقصد بها وسيلة الإثبات وليس الشهادة فقط ، تكون مقبولة في حالات ومرفوضة في حالات أخرى ، فتكون مقبولة إذا كان الأمر المراد إثباته معلوما بالضرورة كان يحيط بعلم الشاهد الذي يقيم شهادته على انه كان بالبيت وقت إتلاف الشيء أو خلو المكان من شيء ما أو من بناء أو عدم الاستحقاق أو عدم الإبراء . كما يمكن إثبات النفي إذا تحقق التواتر و الظن الغالب كإقامة البينة على حصر الورثة فتقام شهادة الشهود على الظن الغالب

[10] الدكتور رضا المزغني المرجع السابق صفحة 44 .
[11] الدكتور عبد الرزاق السنهوري نفس المرجع ص 58 .
[12] J – Lorguier , la preuve d'un fait négatif RTD civ .1953 p 1 ets .spéci p 3 .

المتواتر وقد يكون هنالك ورثة آخرون و لكن لو تركت قسمة التركة حتى يتم التأكد من انه لا وارث غير هؤلاء فلن تقسم التركة أبدا لقيام هذا الاحتمال دائما ، وكذا الشأن بتواتر علم الشهود بإفلاس التاجر الذي قد يكون ميسورا في حقيقة الأمر و يكتم المال و لكن وجب تفلسه على ما تواتر بين الشهود ، كما يمكن إثبات النفي إذا كان المقصود أي محل الإثبات هو أمر تابع للإثبات أي له علاقة بمحل الإثبات بصفة عامة ، أما بخصوص الحالات التي لا يمكن فيها إثبات النفي عند فقهاء الإسلام فهي تلك التي يتفقون في شانها مع فقهاء القانون و هي حالة النفي المطلق ، غير المحدد و غير المحصور أي غير منضبط فلا يصح إثباته كأن يقال أن فلان ليس مدينا لأحد [13].

ما يثير الاستغراب مبدئيا أن المشرع قد يفرض إثبات أمر سلبي في حالات معينة ويحمل المدعي عبء ثانوي ، و مرد الاستغراب انه من المفترض أن المشرع ينحاز إلى الطرف الضعيف في كل علاقة قانونية ، علاوة على عبء الإثبات وخطره ، ومن ذلك ما نصت عليه أحكام الفصل 73 من مجلة الالتزامات و العقود الذي اقتضت أحكامه انه "من دفع ما ليس عليه ظنا منه انه مدين لجهل كان به ... له أن يسترجع ما أداه ..." أو ما اقتضته أحكام الفصل 80 من نفس المجلة " من اكتسب مال غيره بلا وجه عليه رده بعينه ...لكن إذا كان اتصاله بذلك عن جهل وعدم تعمد فليس عليه إلا رد ما انتفع به من يوم القيام بالدعوى." وكذلك الفصل 93 المتعلق بمسؤولية الأبوين عن الفعل الضار عن الطفل و التي لا يمكن دفعها إلا بإثبات عدم التقصير في مراقبته المراقبة اللازمة أو الحارس الذي نسب إليه عدم قيامه بالحراسة اللازمة ...

أمام كل الصعوبات التي تتعلق بالإثبات و التي من شانها أن تعترض المدعي فان السؤال الذي يتبادر إلى الأذهان : هل يبقى القاضي ملزما بالحياد و بقواعد

[13] الدكتور محمد فتح الله النشار المرجع السابق ص 241 ،242 ، 243

توزيــع عــبء الإثبــات عنــدما يتعلــق الأمــر بإثبــات أمــر ســلبي ؟ و إلــى أي مــدى يمكن تجاوز القواعد الموضوعية المنظمة للإثبات ؟؟ .

وكمحاولــة للإلمــام بمــا يمكــن يطرحــه الأمــر الســلبي علــى مســتوى الإثبــات القضــائي نتنــاول فــي جــزء أول ، الصــعوبات التــي ســيواجهها مــدعي الأمــر الســلبي لــنخلص فــي جزء ثاني إلى مجابهة الصعوبات في إثبات الأمر السلبي .

الجزء الأول: الصعوبات التي سيواجهها مدعي الأمر السلبي

يرتكز نظام الإثبات على مبدأ تحمل المدعي إثبات الدعوى و يجد المبدأ المذكور أساسا له في القاعدة الأصولية القائلة بان الأصل هو براءة ذمة الشخص من أي حق لفائدة الغير [14] فالأصل براءة الذمة حتى يثبت تعميرها حسب ما اقتضته أحكام الفصل 560 من مجلة الالتزامات و العقود ، كما نصت أحكام الفصل 562 من المجلة المذكورة أن " الأصل بقاء على مكان و على من ادعى تغييره الإثبات " و تعتبر هذه القواعد العامة في الإثبات بمثابة الصعوبات القانونية التي سيواجهها مدعي الأمر السلبي (فقرة أولى) و بالإضافة إلى ذلك ، هنالك صعوبات واقعية (فقرة ثانية) ترجع لخصوصية الأمر السلبي أي جوهره و طبيعته الاستثنائية .

فقرة أولى: الصعوبات القانونية التي يواجهها مدعي الأمر السلبي:

إن القاعدة العامة بالنسبة لعبء الإثبات أن الحقيقة مع الظاهر و على من يدعى خلاف ذلك أن يثبته وذلك عملا بأحكام الفصل 420م ا ع ، و الظاهر أن كل إنسان برء الذمة تطبيقا لأحكام الفصل 562 من المجلة المذكورة الذي يقتضي أن " الأصل بقاء على مكان و على من ادعى تغييره الإثبات " ، أي أن من يدعي أمرا ما عليه إلا أن يقيم الدليل على صحة ادعائه .

يتحمل المدعي عبء الإثبات ، و ليس المقصود بالمدعي الخصم الذي يبدأ إجراءات رفع الدعوى و إنما يقصد به كل من ادعى أمرا على خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو فرضا [15] ، و خلاف الثابت أصلا أن يدعي شخص انه دائن بدين لشخصي آخر فهو يدعي خلاف الثابت أصلا وهو براءة الذمة من الديون ، أما خلاف الثابت عرضا ، فيتحقق كلما نجح الدائن في إثبات دينه في

[14] محمد كمال شرف الدين " قانون مدني " اثبات الحقوق صفحة 256 فقرة 255 .
[15] الدكتور محمد يحي مطر المرجع السابق ص 70 .

ذمة المدين و ادعى المدين عكس ذلك فانه أي المدين يدعي خلاف ما ثبت عرضا أي فعلا فالذي يثبت عرضا أو فعلا هو انشغال ذمته بالدين و لذلك يقع عبء إثبات انقضاء الدين ، أما بالنسبة لخلاف الثابت فرضا هو كل ما يثبت خلاف القرائن القانونية فهي افتراض بحكم القانون [16].

وان كان الإثبات من ناحية حق للخصوم بحيث يتعين لكل طالب حق إن يقدم ما لديه من أدلة الإثبات صحة ما يدعيه على أن يكون للخصم الأخر أن يقدم ما ينفي هذه الأدلة وتقديم دفوعه في مواجهة المدعي فهو من ناحية أخرى و في نفس الوقت عبء ثقيل يقع على عاتق من يتوجب عليه تحمله فليس المدعي وحده هو المطالب أو من يتحمل عبء إثبات الواقعة السلبية فقد يطالب المدعى عليه وذلك لقرينة قانونية تعفي المدعي من تحمل عبء الإثبات أو عبء يتحمله بطلب من قاضي الأصل .

هذا و أن هذه الصعوبات المتعلقة بعبء إثبات الأمر السلبي أو الواقعة السلبية لا تقف عند القاعدتين المذكورتين صلب الفصلين 420 و 421 من م ا ع ، بل تصل إلى عبء قانوني لاحق كلما تعلق الأمر بتنصيص تشريع على وجوب إثبات الأمر السلبي فالمقصود بالصعوبات القانونية التي سيواجهها مدعي الأمر السلبي هي النصوص القانونية التي تحمل المدعي أو الخصم إثبات وقائع لا مظهر خارجي لها يمكن الإفصاح عنها ، فمن المفترض كما ذكر أن ينحاز المشرع للطرف الضعيف في كل رابطة قانونية و ذلك حفاظا منه على التوازن ، لا أن يثقل كاهله و يحمله ما لا يطيق فيفشل في إثبات مزاعمه.

ومن بين ذلك نذكر ما جاء بالفصول 72 و 73 و 81 و المتعلقة بدفع ما لا يلزم فكلما ادعى شخص انه دفع لأخر جهلا منه انه مدين له ، فما عليه إلا أن يثبت الجهل بحقيقة المديونية !!!

[16] الدكتور هشام موفق عوض " قانون الإثبات " رسالة ماجستير جامعة الملك فهد ابن عبد العزيز كلية الاقتصاد و الإدارة قسم الأنظمة منشورة على موقعه على شبكة الانترنيت .

كما أن النصوص القانونية المتعلقة بالخطأ سواء التقصيري أو التعاقدي ، تفترض وبصفة مبدئية إثبات الخطأ وهو في جانب من جوانبه أمر سلبي على معنى الفقرة الثانية من الفصل 83 وقد اقتضت أحكام الفصل 93 من مجلة الالتزامات و العقود المتعلق بمسؤولية الأبوين عن الفعل الضار عن الطفل و التي لا يمكن دفعها إلا بإثبات عدم التقصير في مراقبته المراقبة اللازمة، كذا الشأن وعدم الوفاء و عدم الإبراء و عدم التنفيذ ...

من الخطأ إذن القول أن الواقعة السلبية ليست محلا للإثبات ، فالواقع يظهر عكس ذلك كما أن المنطق يقبله [17] وممكن كلما أتيحت الفرصة و بالتالي فان النصوص القانونية التي تحمل المدعي إثبات أمر سلبي تبين خطا الاعتقاد الذي كان شائعا في الماضي من أن إثبات النفي غير ممكن و الذي ترتب عن خطا وقع فيه بعض الفقهاء أثناء تعليقهم على النصوص بعض القوانين الرومانية التي تتعلق بعبء الإثبات و التي تقتضي كما ذكر سلفا بان من أنكر ليس له دليل ، أي من يدعي واقعة سلبية فليس عليه إثباتها ، و بالتالي فان القول بان الواقعة السلبية غير قابلة للإثبات لا ينطبق إلا على الواقعة السلبية غير المحددة أي أنها تنطوي على النفي المطلق [18].

ومن بين الشروط المسلم بها أن كل واقعة قانونية كانت أو واقعية لا بد أن تكون محددة، وهو شان الواقعة الايجابية أو السلبية، فمما لاشك فيه أن تجهيل الواقعة يجعلها غير قابلة للإثبات لأن الإقناع لا ينصب بداهة على أمر غامض أو مبهم، ويرجع ذلك إلى أن أساس الإقناع هو الفهم، والفهم لا بد له من الدقة والتحديد ووضوح البيان.

و الملخص مما تقدم أن المشرع قد يفرض في بعض الحالات على المدعي ضرورة إثبات أمور سلبية .

[17] الدكتور رضا المنزغني المرجع السابق الصفحة 66 .
[18] محمد فتح الله النشار المرجع السابق الصفحة 239 – 240 .

فقرة ثانية: الصعوبات الواقعية التي يواجهها مدعي الأمر السلبي

الأمـر السـلبي هـو الواقعـة السـلبية المـراد إثباتهـا أي كـل حـادث يقـع بصـفة طبيعيـة أو اختياريـة يرتـب عليـه القـانون أثـرا إمـا بإنشـاء حـق جديـد أو انقضـاء لحـق قـائم و قـد تكـون تصـرفا قانونيـا أو واقعـة ماديـة [19]ولـيس لـه مظهـر ايجـابي خـارجي يبـرز للعيـان ومـن ذلـك كمـا ذكـر التقصـير و الإهمـال عـدم التبصـر و الجهـل و عـدم التعاقـد وعـدم التنفيذ ...

تجـد الصـعوبات الواقعيـة المتعلقـة بـالأمر السـلبي مصـدرها فـي أمـرين علـى الأقـل ، الأول خارج الأمر السلبي (1) و الثاني يرجع لطبيعة الأمر السلبي في ذاته (2).

1- صعوبات تجد مصدرها خارج الأمر السلبي:

قـد يتبـادر للـذهن أن الأمـور السـلبية هـي اسـتثناء قـل مـا يحـدث أو قـل و نـدر مـا ينشـئ منـه الحـق ، بـل أن الأمـر خـلاف ذلـك فكثيـرة الواقـع السـلبية التـي تنشـأ حقـوق و التـي لهـا علاقـة بالحيـاة اليوميـة لكـل إنسـان ، وخاصـة منهـا العلاقـة الأسـرية بـين الزوجيـة أو العلاقـات الشـغلية ، علاقـات الجـوار ، الالتزامـات التعاقديـة و شـبهها... فـالأمر يكـاد يكـون بصـفة يوميـة فحتـى المنازعـة مـع سـائق تاكسـي الـذي لـم يبـذل العنايـة الفائقـة و المتبصـرة فـي إيصـال الحريـف فـي الوقـت المناسـبة و عـدم اختصـاره لأقـرب مسـافة ممكنـة و عـدم أخـذه الاحتيـاط الـلازم فـي تجنـب أي أمـر مـن شـانه تعطيـل الحريـف .. من قبيل الأمور السليبة التي من الممكن إثباتها كلما دعت الحاجة إلى ذلك .

و كثيـرا مـا يصـعب علـى مـن يـدعي حقـا ، مـا أن يثبـت منشـأه ، فـالزوج كثيـرا مـا يعجـز عـن إثبـات الضـرر الـذي لحقـه مـن زوجتـه التـي تمتنـع عـن الاتصـال بـه جنسـيا دون موجـب كمـا يعجـز عـن إثبـات إهمالهـا و تقصـيرها فـي القيـام بواجباتهـا تجاهـه ، أو كـذلك عجـز الـزوج عـن إثبـات انـه لـم يصـل جنسـيا و لـو لمـرة بزوجتـه التـي نسـبت لـه طفـلا وهنـا و بقطـع النظـر عـن تقنيـة التحليـل الجينـي فـي التثبـت مـن البنـوة فـان الـزوج

[19] الأستاذ محمد كمال شرف الدين المرجع السابق من الصفحة 275 إلى 317 و ذلك بخصوص التصرفات القانونية و الوقائع و كيفية الإثبات .

مطالب بإثبات خلاف قرينة الفراش أي انه لم يتصل جنسيا بزوجته و هو أمر سلبي يطالب بإثباته .

في مثل هذه الأمثلة و غيرها تبرز اغلب الصعوبات التي تحيط بالواقعة السلبية و التي تشكل عائقا يعترض المطالب بالإثبات ، كما تجدر الإشارة إلى الدور السلبي للقاضي المدني، فالقاضي لا يجوز له التحيز لطرف ما ، و هذا مفروض عليه بداهة بحكم وظيفته، دون تحييز ، وأن يتقبل الحجج التي يقدمها أطراف المنازعة طبقا لقواعد الإثبات التي حددها القانون على الرغم من أن له المعلومات الشخصية التي تتعلق أساسا بالوقائع المتنازع فيها و التي تحصل له أي المعلومات بغير وسائل الإثبات أو التحقيق المقبولة قانونا و لم تتم إقامتها طبق القواعد المتعلقة بها و لا يكون حكمه عرضة للنقض إلا إذا أسس حكمه على تلك المعلومات و بها كون اقتناعه ووجدانه [20].

فيقتصر دور القاضي على تلقي الأدلة كما يقدمها الخصوم، ثم يتولى تقديرها مراعيا في ذلك ما قد يحدده المشرع من القيم، ويصدر حكمه بناءا على ذلك على أساس أن الإثبات حق للخصوم و واجبهم في حدود القانون فتلزمه وسائل الإثبات المعروضة عليه دون أن يكون قادرا على تخطيها و تحميلها ما لا تطيق بهدف السعي للإيجاد مخرج للقول بثبوت واقعة سلبية هي منشئ الحق و أساسه وبذلك يتأكد القول بأن الحقيقة القضائية هي غير الحقيقة الواقعية ، فقضاة الأصل تلزمنهم اليمين ، كما يلزمهم الكتب و الإقرار و الحال أن الأمر خلاف ذلك.

إن الدعوى المدنية ملك لأطرافها لهم الحق في تسييرها وتوجيهها ولا يزال أمر إثباتها من حق الخصوم وواجبهم في حدود القانون فهم الذين يقومون بالطلبات و الدفوع وهم الذين يقدمون وسائل الإثبات التي يحددها القانون[21] وعلى القاضي أن يلتزم بطلبات الخصوم وعليه فإن القاضي لا يمكنه أن يستخدم معلوماته الشخصية عن موضوع النزاع سواء تكون له هذا العلم في الجلسة التي ينظر فيها هذا النزاع أو خارجها وليس له كذلك أن يستحدث دليلا غير صادر من الخصوم في

[20] الدكتور عبد الله الاحمدي " القاضي و الاثبات في النزاع المدني " الصفحة 154- 155 .
[21] الاستاذ محمد كمال شرف الدين المرجع السابق الصفحة 254 .

الـدعوى، فعنـدما يصـدر حكمـه فـي نـزاع قـد لا يقـر الحقيقـة المطابقـة للواقـع لان الـدعوى التـي تعهـد بهـا بطلـب مـن المتقاضـين تهـدف أساسـا إلـى المطالبـة بحقـوق ذاتيـة و لا تهـم إلا المتنـازعين الـذين لا يرغبـون إلا فـي كسـب القضـية و استصـدار أحكـام لصـالحهم مسـتعملين للوصـول إلـى هـذه الغايـة جميـع وسـائل و الـدفوعات و يكـون الحـاكم مقتصـرا علـى مـا يقـدم لـه مـن وسـائل إثبـات لا حـق لـه فـي اعتمـاد غيرهـا مقيـدا قانونـا بقوتهـا الحجيـة ملازمـا الحيـاد الكامـل وهـو يقـر الواقعـة لا لأنـه مقتنـع باطنيـا بصـحتها بـل لان مجمـوع الحجـج المـدلى بهـا تسـاوي يقينـا قانونيـا بـالافتراض و لا يهـم اقتناعـه الشخصـي ففـي " ... صـورة عـدم تقـديم وثيقـة مـا مـن طـرف المـدعي فعلـى المحكمة ان تقضي بالرفض لا بعدم سماع الدعوى " [22].

فالقاضـي المـدني رغـم مـا يتكـون لـه مـن قناعـة شخصـية ان الـزوج فـي المثـال المـذكور سـلفا متضـرر فعـلا مـن زوجتـه المقصـرة و المهملـة لواجباتهـا المفروضـة عليهـا عمـلا بأحكـام الفصـل 23 مـن مجلـة الأحـوال الشخصـية لا يمكنـه أن يصـدر حكمـه بإيقـاع الطـلاق للضـرر مـا لـم يفلـح المـدعي فـي إثبـات تلـك الأمـور السـلبية و بالتـالي كـان مـن الأرجـح علـى قضـاة الأصـل أن يكونـوا أكثـر حريـة علـى غـرار القاضـي الجزائـي وان تكون قواعد الإثبات أكثر ليونة كلما تعلق محل الإثبات بوقائع سلبية .

و لكـن بـالرجوع لأحكـام الفصـل 12 و 86 و 114مـن م م م ت سـتزداد سـلطة القاضـي التقديريـة و سـنأتي إلـى تفصـيل ذلـك فـي الجـزء الثـاني مـن خـلال دوره فـي تغييـر محـل إثبـات الأمـر السـلبي ، فقـط أردنـا أن نبـين انـه مـن الممكـن ان يتخـذ القاضـي موقفـا سـلبيا سـواء كـان موضـوع الـدعوى حقـا لـه مظهـر خـارجي أي يتمثـل فـي واقعـة سلبية .

وفـي إطـار هـذه النقلـة النوعيـة التـي تجعـل مـن القاضـي المـدني أكثـر حريـة و أكثـر فاعليـة فـي النـزاع المـدني أمكـن للمحكمـة السـعي لإتمـام بعـض حجـج الخصـوم لتكتمـل الصـورة لـديها ومـن بينهـا أو أكثرهـا نجاعـة ، أعمـال الخبـرة فكثيـرا مـا يلجـئ القضـاء لتقريـر الخبـراء ولـئن بـدت أعمـال الخبـرة ذات فاعليـة مـن جهـة لكشـف الحقيقـة

[22] قرار تعقيبي مدني عدد 13416 صارد بتاريخ 18 نوفمبر 1986 نشرية محكمة التعقيب 1986 الجزء الثاني ص 115 .

ومدعمة لدور القاضي في إيصال الحقوق لأصحابها ، فإنها في حقيقة الأمر بدورها تمثل صعوبة لمدعي الأمر السلبي في اغلب الأحيان فتقرير الخبير قد يتأثر بعدة عوامل أهمها عامل الزمالة.

و كمثال يمكن ان نسوقه في هذا المجال ، مثال الأخطاء الطبية التي لا تحصى و لا تعد و التي تكاد تكون يومية سواء في المستشفيات العمومية أو المصحات الخاصة فتقصير الطبيب أو الطاقم شبه الطبي أو الإهمال الناجم عنه وفاة أو ضرر المريض يصعب إثباته للأسباب السالف ذكرها ، فبمجرد رفع دعواه أمام القضاء للمطالبة بالتعويض يطلب المتضرر من القاضي ندبة خبير مختص للوقوف على حقيقة الأمر أي لإثبات التقصير و الإهمال و عدم بذل العناية اللازمة ، فلو دخل المريض إلى مصحة عمومية و تبين من خلال الفحوصات أن حالته ليست استعجاليه مما حمل طبيبه المباشر على إرجاء إجراء العملية إلى تاريخ لاحق بستة أشهر على سبيل المثال ، ثم تقرر إلحاقه بمصحة خاصة في نفس التاريخ باقتراح من الطبيب المباشر و الذي تبين في ما بعد انه متعاقد مع هذه المصحة ، توفي المريض نتيجة التقصير و الإهمال ... على حد زعم الورثة و بالتالي فقيام المتضرر في مثل هذه القضية (الورثة) أمام القضاء يفرض عليه مبدئيا ، طلب ندبة خبير في المجال الطبي للاطلاع على الملف الطبي للهالك بالمستشفى العمومي وهذه العملية في ذاتها تتمثل في إثبات أمر ايجابي وهو أن حالة المريض لا تتطلب إجراء عملية وبالتالي أمكن و بنتيجة عكسية اعتبار أن وفاته كانت نتيجة الإهمال و التقصير و عدم الاحتياط و هي أمور سلبية .

وقد نص الفصل 103 م م م ت على أن مأمورية الاختبار يجب أن تتضمن "بيان المأمورية بغاية الوضوح و الدقة و كذلك سائر الأعمال المطلوبة "...فإذا كلفت المحكمة طبيبا خبيرا للنظر في الحالة الصحية للمريض و ذلك من خلال الاطلاع على ملفه الطبي و الشهادة الطبية الأولية و تشخيص حالته و بيان مدة المرض و تأثيره ... فان الخبير مطالب بإتمام المأمورية المنوط بعهدته في الأجل المحدد .

و هنا يكمن المشكل فهل أن الخبير المنتدب وهو طبيب أي زميل المدعى عليه سيقف على حقيقة الأمر و يحرر تقريرا في الغرض طبقا للواقع أم انه سيتأثر بعامل الزمالة نافيا أن تكون الوفاة ناجمة عن تقصير و إهمال !!!

إن علاقات الزمالة التي تنشأ بين الخبراء في بحكم طبيعة العمل تسهم في إخفاء الحقيقة الواقعية وكنتيجة لذلك إخفاء الحقيقة القضائية ، قدم يتم عرقلة عمل الخبير مثلا أو يتم اعدم كل الأدلة التى من شانها أن تعرض أي واحد زملاء المهنة للمساءلة المدنية آو الجزائية .

فالإشكال الذي يواجهه المطالب بإثبات الواقعة السلبية يتمثل في عامل الزمالة كما ذكر ، إضافة للتفوق التقني و الفني و المعرفة الدقيقة للأمور بحكم الاختصاص ، هذا علاوة و انه لا يخضع للوصاية من المحكمة فقط لأمور توجيهية قد لا يلتزم بها محاولا إخفاء الحقيقة بحكم الزمالة أو الصداقة في بعض الأحيان و بالتالي عامل الزمالة يحول دون استعداد المتضرر المسبق للحصول على دليل يمكنه الاستعانة به لإثبات الخطأ الطبي [23]

وعليه من المتجه على قضاة الأصل أن لا يعولوا على أعمال الخبرة المنجزة كلما كان المدعى عليه أو المسوؤل زميلا للخبير المنتدب ، وفي هذا السياق قضت محكمة استئناف مصر" أن له (أي القاضي) أن لا يأخذ برأي الخبير و يأخذ حذره من الخبير الذي يقدم تقريرا لصالح زميل له ربما تأثر بعامل الزمالة "[24].

2- صعوبات ترجع لطبيعة الأمر السلبي :

بالإضافة إلى الصعوبات التي تجد مصدرها فيما هو خارج الأمر السلبي ذاته و الذي يتعين على المدعي إثباته ، فان الصعوبات الأساسية في هذا الإطار تتمثل في كون الأمر المراد إثباته أمرا سلبيا في حد ذاته الأمر الذي يمثل عائقا أمام إثباته كلما كان الأمر سلبيا ويمثل استحالة كلما كان الأمر المراد إثباته سلبيا غير منتهي في السلبية ، أي أن طبيعة الواقعة وجوهرها ليس له مظهر خارجي فاغلب

[23] الدكتور محمد محسن حس قاسم " إثبات الخطأ في المجال الطبي " دار الجامعة الجديدة للنشر 2006 " الصفحة 64 .
[24] محكمة استئناف مصر الاهلية 1937/1/2 ، عن الدكتور محمد محسن حس قاسم نفس المرجع الصفة 64 .

الأمـور المنشـئة للحـق أمـور ايجابيـة ، فـلا شـك أن عـبء الإثبـات تـزداد وطأتـه حـين يصـبح المطلـوب إقامـة الـدليل علـى واقعـة سـلبية، فمحـل الإثبـات فـي هـذه الحالـة يصـبح أمرا لا مظهر خارجي له يمكن الإفصاح عنه[25] .

ذلـك هـو حـال المـريض الـذي يـدعي خطـأ الطبيـب فـي المثـال المـذكور ، أو حـال المتضـرر مـن فعـل صـادر عـن شـخص مختـل أو طفـل ... فيطالـب بإثبـات عـدم الرعايـة و التقصير في المراقبة اللازمة ...

إذا فالصـعوبة أساسـا هـي طبيعـة الأمـر أو الواقعـة السـلبية المـراد إثباتهـا ، فغالبـا مـن تكـون الأمـور السـلبية هـي المنشـئة للحـق فعـدم التنفيـذ او عـدم القيـام بعمـل يفـتح لمـن تضـرر الحـق فـي القيـام قضـائيا ، كـذا الشـأن لمـن يجهـل انـه لـم يكـن مـدينا بـدين ودفـع مـا لا يلزمه .

كمـا هـو معلـوم أن طبيعـة الالتـزام قـد تكـون إمـا بـذل عنايـة أو تحقيـق نتيجـة و هنـا تـزداد المشـقة ، فيطلـب إثبـات عـدم تحقـق العنايـة الكافيـة و اللازمـة مـن قبـل المطالـب ببـذل العنايـة مثـل الطبيـب الـذي لا يبـذل العنايـة القصـوى فـي عـلاج المـريض و تقـديم الإرشـادات اللازمـة و النصـح الكـافي و الشـافي أو المـدين الـذي لا يبـذل قصـارى جهـده فـي انجـاز عملـه طبقـا للعقـد و العـرف و طبيعـة التزامـه . وعنـدما يكـون الأمـر متعلقـا بتحقيـق نتيجـة فـان الإثبـات سينصـب علـى عـدم تحقـق النتيجـة المرجـوة مـن العمـل القـانوني ، ومـا يزيـد الأمـر مشـقة أن تكـون الخصـومة بـين أطـراف تـربطهم علاقـة شخصـية أي بـين زوج و زوجـة فيعجـز احـدهم عـن إثبـات الضـرر اللاحـق لـه مـن إهمـال و تقصـير الطـرف الآخـر ، فالضـرر بـين الأزواج فـي اغلـب أحيـان ليسـت لـه تجليات خارجية .

[25] J – Lorguier , la preuve d'un fait négatif RTD civ .1953 p 1 ets .spéci p 3

الجزء الثاني : مجابهة الصعوبات في إثبات الأمر السلبي:

بالتمعن في أحكام الإثبات بصفة عامة و في خصوصية إثبات الأمر السلبي نجد أنفسنا إزاء الصعوبات العملية التي يجدها مدعي الأمر السلبي في إثباته ، فمن يدعي واقعة سلبية يجب عليه إثباتها بحكم كونه مدعيا، و لذلك فإن الشراح ينصحون القضاة عندئذ بأن يتلطفوا معه في شأنها وألا يكلفوه من أمره عسراً [26] أي أن منطق الأمور أن يقنع القضاة في هذا المجال من المدعي بالتبعيض في الإثبات وأن يسبغوا له استبدال محل الإثبات بإثبات واقعة مقاربة أو مقابلة للواقعة السلبية دون الواقعة المدعاة نفسها وأن يلجئوا إلى طريق الموازنة والترجيح ويقفوا عند حد الاحتمال القوي أو الظن الغالب بحيث يكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة في ما يخص تغيير محل الإثبات (فقرة ثانية) وذلك لمواجهة الصعوبة التي يواجهها الأطراف.

كما لا بد لقضاة الموضوع أن يكونوا أكثر تساهلاً مع المدعي، فيكتفون بما لهم من سلطة في تقدير الدليل بما يقدمه هذا الأخير بما يجعل ادعاءه بأمر السلبي قريب الاحتمال لينقلوا على عاتق الطرف الآخر عبء إثبات العكس (فقرة أولى) وذلك إما لقرينة قانونية أو قضائية اكتملت شروطها .

فقرة أولى: تحول عبء إثبات الأمر السلبي:

من غير الممكن إثبات الأمر السلبي بصفة مباشرة دون الوقوف على نقيض هذا الأمر وهو كل أمر ايجابي ، فكل واقعة سلبية تحمل بالضرورة واقعة ايجابية معاكسة لها ،تقابلها وقد يظهر التعقيد كما أسلفنا ، كلما كان الأمر السلبي المراد إثباته غير محدد غير متناهي لا يمكن حصره ، ولمواجهة مثل هذه الصعوبات نجد

[26] : الأستاذ اشرف رشوان المحامي " إثبات الواقعة السلبية ا واثبات النفي" مقال منشور على موقعه على شبكة الانترنيت .

المشرع يعفي المدعى من الإثبات و ذلك لوجود قرينة قانونية (1) فيتحول عبء الإثبات إلى الطرف المقابل . هذا و أن قضاة الأصل لا يبخلون بقلب عبء الإثبات كذلك كلما توفرت شروط القرينة القضائية (2) ، فيسعى المدعي في مرحلة أولى لإقناع القاضي بوجود ما يمكن أن يكون منطلقا للإثبات.

1- قلب عبء إثبات الأمر لسلبي لوجود قرينة قانونية

قد يصعب أو يستحيل على المدعى إقامة الدليل فيتدخل المشرع (بصفة مسبقة طبعا) ويفترض ثبوت الواقعة التي يصعب أو يستحيل ثبوتها، وذلك عن طريق ما يعرف بالقرائن القانونية [27]، وهي وسائل يلجأ إليها ليفترض من خلالها ثبوت واقعة مجهولة من وجود واقعة معلومة، نظراً لارتباط الواقعتين في الأغلب الأعم من الحالات، وبذلك يكفي المدعى أن يتمسك بالواقعة المعلومة فتثبت الواقعة المجهولة بقوة القانون.

فالقرينة هي استنباط أمر مجهول من أمر معلوم على أساس أن المألوف ارتباط الأمرين وجودا وعدما[28]. وقد عرف المشرع القرينة بصفة عامة بالفصل 427 م ا ع بأنها " ما يستدل به القانون أو الحاكم على أشياء مجهولة "

فالقرينة القانونية هي استنتاج يعفي من الإثبات و أساسها الوحيد هو النص القانوني، وتقوم على قاعدة التجريد والتعميم، كما تنطوي على عنصر الإلزام فهي لازمة التطبيق، وهي تتميز كذلك بخاصية استثنائية.

والقرائن القانونية نوعان:

النوع الأول: قرائن بسيطة يمكن إثبات عكسها، ولذا هي لا تعفي من تقررت لصالحه نهائياً من عبء الإثبات وإنما تنقل عبء الإثبات من الطرف الذي يتمسك بها إلى خصمه.

[27] يراجع في هذا الاتجاه الاستاذ محمد كمال شرف الدين ، المرجع السابق ، الصفحة 263 الى 270 .
[28] الدكتور محمد يحي مطر المرجع السابق ص 169.

النوع الثاني: قرائن قاطعة هي التي لا يجوز إثبات عكسها؛ ولذلك فهي تعفي من تقررت لصالحه من عبء الإثبات نهائياً، مثال ذلك المسؤولية حارس الآلات الميكانيكية؛ فمجرد حدوث ضرر من الآلة للغير يفترض معه أن حارسها قد قصر في أداء واجب الحراسة ولا يكلف مدعى الضرر بإثبات التقصير بل إن القانون لا يسمح للحارس بإثبات أنه قام بواجب الحراسة؛ لأن قرينة التقصير تكون قاطعة. [29]

في إطار مسؤولية الأبوين أو من حل محلهما التي أساسها الإخلال بواجب الرقابة و التربية و التوجيه سعى المشرع من خلال تنقيح الفصل 93 مكرر من م ا ع إلى توفير أكثر الحظوظ للمتضرر لقيام مسؤولية الأبوين عن فعل الطفل فالمسؤولية موضوعية و التعويض آلي بمجرد ثبوت الفعل الضار الصادر عن الطفل فيفترض قانونا أن الأبوين لم يحسنا المراقبة و التربية و لا يمكن الإعفاء منها إلا بإثبات المراقبة اللازمة أو ثبوت خطا المتضرر عملا بمقتضيات الفصل المذكور ، وكذا الشأن بخصوص مسؤولية الكافل أو الحاضن للطفل .[30]

و بالتالي المشرع يعفي في مثل هذه الحالة المدعي من إثبات أمر سلبي تمثل في عدم المراقبة و الإهمال و التقصير .

2- قلب عبء إثبات الأمر السلبي لتكون قرينة قضائية

كما ذكر بخصوص القرينة بصفة عامة و القرينة القانونية التي يضعها المشرع فان القرينة القضائية هي ما يستدل به الحاكم على أشياء مجهولة وهي كثيرة و لا حصر لها و لا يمكن أن يأخذ بها الحاكم إلا إذا كانت قوة ، متعددة منضبطة و متضافرة.

---

[29] الدكتور هشام موفق عوض " قانون الإثبات " رسالة ماجستير جامعة الملك فهد ابن عبد العزيز كلية الاقتصاد و الإدارة قسم الأنظمة منشورة على موقعه على شبكة الانترنيت .

[30] سعاد باباي يوسف : مقال بعنوان " مسؤولية الأبوين او من حل محلهما عن الضرر الصادر عن الطفل " منشور م ق ت لسنة 1997 عدد 1 ص 163 الى 210 .

الأصل أن يقوم المدعي بإثبات كافة العناصر و الشروط التي يجب توافرها لوجود الحق المدعى به، و لأن ذلك يعد تكليفا بما لا يستطاع فإنه يكتفي منه بإثبات ما يجعل وجود هذا الحق مرجحا في جانبه، فمثلا: لو ادعى شخص أنه أقرض آخر مبلغ من المال فإنه مكلف بإثبات عقد القرض الذي ادعى وجوده، وهو مكلف- بحسب الأصل أيضا- بإثبات أن هذا العقد خال من جميع أسباب البطلان بان يثبت بان العقد توفرت فيه كافة الشروط المتعلقة بالتراضي و المحل و السبب وذلك بتوفر أهلية المتعاقدين، وخلو الإرادة من العيوب كالغلط و الإكراه و التدليس وإثبات مشروعية المحل و السبب، ثم بعد ذلك يثبت أن الدين لم ينقض بأي سبب من الأسباب الوفاء كالمقاصة و الإبراء و الوفاء و يقوم بعد ذلك بإثبات أن العقد لم يلحقه أي تعديل بعد انعقاده...الخ. ولكن لا شك أنه لو كلّف المدعي بإثبات حقه على هذا النحو لعد ذلك ضربا من ضروب المستحيل، و من ثم اقتضت الضرورة أن يكتفي منه بأن يثبت ما يرجح وجود الحق في جانبه، ففي هذا المثال يكتفي منه بإثبات وجود عقد القرض، فإذا استطاع إثباته أفترض انه خال من أسباب البطلان، فإذا دفع المدين بأن العقد قد لحقه سبب منها فعليه هو يقع عبئ إثبات ذلك. هذا التوزيع لا بد منه حتى يتسنى للمدعي إثبات ما ادعاه، و الباعث على إقرار هذا التوزيع هو التخفيف من تحمل تبعة هذا العبء.

للقاضي دور أساسي في تحقيق هذا التوزيع مستعينا في ذلك بأساليب بعضها من القانون و تسمى القرائن القانونية و البعض الآخر أساليب يستنبطها بحكم الواقع أي من ظروف الدعوى و هي القرائن القضائية، و لا شك أن القرائن القضائية لا تخضع ، بحسب طبيعتها لأي حصر ، فللقاضي سلطة تقديرية تمكنه من أن يستنبط ما يراه من قرائن من كل ما أتي به الخصوم من وسائل بمختلف أنواعها ، سواء ما قدموه من أوراق أو نحوها ، أو ما صدر عنهم من أقوال ، أو مواقف ، كالحضور أو الغياب أو الامتناع من الإجابة[31] .

[31] الدكتور رضا المزغني نفس المرجع صفحة 314 .

يبادر القاضي من تلقاء نفسه بعد أن عجز الأطراف عن تقديم مالهم من مؤيدات أو عجز المدعي عن تقديم ما يفيد أن له حقا من واقعة سلبية هي مصدر هذا الحق ، فيطلب من الخصم إثبات أمر ايجابي فلا ريب أن ذلك أيسر لفصل الدعوى كأن يطلب من الطبيب إثبات كل ما يدل على انه بذل العناية القصوى ، فيفند الطبيب ادعاءات المريض بإثبات انه قام بإعلامه بوضعيته الصحية و القيام بجل التحاليل و الفحوصات اللازمة أو قبول المريض للعملية رغم تحذير الطبيب من أثارها ... و بالتالي يعد تحمل عبء إثبات أمر ايجابي أيسر بكثير من عبء إثبات أمر سلبي[32] وهو ما يمكن يتحقق من خلال اجتهاد قضاة الأصل كي يغيروا محل الإثبات في مثل هذه القضايا .

فقرة ثانية: اجتهاد القاضي و تحول محل إثبات الأمر السلبي.

إن القاضي قد يقبل الإثبات بأي طريق و يتمتع بسلطة تقدير واسعة في قبول نتيجة هذا الدليل؛ فالمسألة مسألة قناعة شخصية قائمة على أسباب منطقية فقد يقدر القاضي أن الشاهد قد شهد زوراً أو أن الخبير قد أخطأ أو أن المحرر المكتوب لا يوحي بالثقة؛ (رأي الخبير لا يقيد المحكمة ولكنها تستأنس به)، و لكي يقام الدليل على الادعاء أمام القضاء ينبغي من الناحية المنطقية أن نبدأ من القاعدة القانونية التي يستند إليها ، ثم ينبغي أن يثبت بعد ذلك أن المدعى يوجد في الوضع المطلوب لتطبيق القاعدة القانونية.

و الإثبات بالمعنى الصحيح لا يقع بصفة عامة إلا على الوقائع والظروف التي لا يوجد فيها الشخص والتي تبيح تطبيق القاعدة القانونية؛ فالمدعى لا يطالب بإثبات العنصر القانوني ولكنه يطالب فقط بإثبات الوقائع، أما إثبات القانون فهو من عمل القاضي[33]

[32] الدكتور محمد حسن قاسم المرجع السابق ص 67 .
[33] الاستاذ محمد كمال شرف الدين ، المرجع السابق ص 251.

فمحل الإثبات إذن هو الواقعة القانونية التي تعتبر مصدراً للحق المدعى به والواقعة محل الإثبات هي الواقعة القانونية بالمعنى العام سواء كانت واقعة مادية أم تصرفاً قانونياً .

إن إثبات النفي كما يسميه الفقه الإسلامي يقع عادة بصفة غير مباشرة فيستنتج وجود الواقعة السلبية من وجود الواقعة الايجابية أي انه يقع نقل محل الإثبات ، وهنا وجب التمييز بين نقل محل الإثبات عن نقل عبء الإثبات الذي يقصد منه تكليف طرف بإثبات أمر يقع عبء إثباته في الأصل على الطرف الأخر .[34]

إن الواقعة القانونية محل الإثبات ليست هي الحق المدعى به أو القاعدة المراد تطبيقها و إنما هي الواقعة مصدر الحق أو الواقعة المنهية للحق، فقد تنصرف الواقعة ليس فقط إلى وجود الحق أو زواله بل أيضاً إلى نقله وتعديله.

و في إطار الأمور السلبية للقاضي دور يتمثل أساسا في تحويل موضوع الإثبات أي تغيير موضوع الادعاء دون قلب عبء الإثبات لوجود قرينة قضائية أو قانونية ، فيطلب القاضي إثبات أمر ايجابي أو واقعة قريبة أو تقريبية ... فمن يدعي أن له ديناً في ذمة آخر عليه أن يثبت مصدر الدين أي عليه أن يثبت الواقعة القانونية التي أنشأت الدين سواء كان ذلك تصرفاً قانونياً كالعقد، أم واقعة مادية ترتب عليها قيام هذا الدين في ذمته كالعمل غير المشروع؛ هذا هو ما ينبغي إثباته و في إطار دفع ما لا يلزم جهلا بالمديونية أو بالمدين عملا بالفصل 73 م ا ع فيطالب كما ذكر سابقا المدعي بإثبات الجهل وهو أمر سلبي بالطبع ويكون القاضي في هذه الحالة ملتزما بالحياد و النتيجة هي أن المدعي سيخسر دعواه لا محالة ولكن إذا قرر القاضي أن يخرج من حياده السلبي و حول موضوع الدعوى و طالب المدعي بان يثبت علم الخصم بعدم المديونية أو انتفاء صفة المدين أي إثبات أمر ايجابي كأن يثبت انقضاء الدين بأي وجه من الوجوه المنصوص عليها بالفصل 339من م ا ع أو ذلك انتفاء صفة المدين لتحول أطراف الالتزام بموجب حوالة الحق أو حوالة الدين .

[34] الدكتور رضا المزغني نفس المرجع الصفحة 64 .

إن الشـراح ينصـحون القضـاة عندئـذ بـأن يتلطفـوا مـع المـدعي فـي شـأن إثبـات الواقعـة السـلبية وألا يكلفـوه مـن أمـره عسـرا ،أي أن منطـق الأمـور والحـال كـذلك أن يقنـع القضـاة فـي هـذا المجـال مـن المـدعي بـالتبعيض فـي الإثبـات وأن يسـبغوا لـه اسـتبدال محـل الإثبـات بإثبـات واقعـة مقاربـة للواقعـة المـراد إثباتهـا دون الواقعـة نفسـها، وأن يلجئـوا إلـى طريـق الموازنـة والتـرجيح، ويقفـوا عنـد حـد الاحتمـال القـوي أو الظـن الغالـب ،لـذلك وإزاء صـعوبة إثبـات الواقعـة السـلبية، فـإن قضـاة الموضـوع عـادة مـا يكونـون أكثـر تسـاهلاً مـع المـدعي، فيكتفـون بمـا لهـم مـن سـلطة فـي تقـدير الـدليل بمـا يقدمـه هـذا الأخيـر بمـا يجعـل ادعـاءه بالواقعـة السـلبية قريـب الاحتمـال لينقلـوا علـى عـاتق الطـرف الآخـر عـبء إثبـات العكـس ،[35] أو أنهـم يعملـون علـى تغييـر محـل الإثبـات وهـو مـن أهـم الحلـول الممكنـة التـي تمكـن مـن تجـاوز عقبـات إثبـات الأمـر السـلبي فقـط يجـب أن تكـون الواقعـة السـلبية المـراد إثباتهـا، بتغييـر موضـوع الإثبات ،محصورة و محددة تحديدا كافيا كما ذكر .

إن المنشـود مـن القاضـي المـدني السـعي لاسـتجلاء الحقيقـة الواقعيـة و تحقيـق مقتضـيات العدالـة و الأخـذ بعـين الاعتبـار العوامـل الإنسـانية فـي النـزاع مـع مـا يتطلبـه ذلـك مـن تـوفير قـدر اكبـر مـن الحريـة للجهـاز القضـائي للحـد مـن الصـبغة المطلقـة لبعض قواعد الإثبات على غرار قاعدة البينة على من ادعى .

لقـد تـم إحيـاء خطـة القاضـي المقـرر و بعثهـا مـن جديـد ، فيتعهـد بملـف القضـية بموجـب إحالتـه مـن المحكمـة و ذلـك فـي الطـور التحضـيري أي قبـل صـرف القضـية للمرافعـة و عليـه للقاضـي المقـرر سـلطة البحـث عـن حقيقـة الوقـائع المعروضـة عليـه فلـه إمكانيـة التوجـه علـى عـين المكـان و سـماع الشـهود و لـه القيـام بكـل مـا يـراه صـالحا مـن أعمـال موطنيـه و تحقيقيـه فهـو " يتـولى تهيئـة القضـية للحكـم و يحـرر فـي النهايـة تقريـرا يسـتعرض فيـه وقـائع القضـية و مـا أنجـز فيهـا مـن أعمـال دون أن يبـدي رأيـه فـي الموضـوع " (الفصـل 87 جديـد م م م ت) فمثـل هـذه الخطـة مـن شـانها أن تحـد مـن

[35] الأستاذ اشرف رشوان المحامي " إثبات الواقعة السلبية ا واثبات النفي" مقال منشور على موقعه على شبكة الانترنيت .

الصعوبة إثبات الأمر السلبي فلقاضي كل الصلاحيات في البحث و المتوقع أن يبدي القاضي تساهلا أكثر في قبول إثبات الأمر السلبي .[36]

لا بد من تغيير النظرة إلى مسالة إثبات الأمور السلبية ، فعلى الرغم من أن المسالة تبدو معقدة نوعا ما نفس تعقيد إجراءات الإثبات المدني ، إلا أن الأمر ممكن ، هذا وان العبرة من مهمة القاضي المدني ليست في فصل القضايا بالمعنى الإداري للكلمة بل في إنهاء النزاعات بصفة عادلة بإعطاء كل ذي حق حقه إلا انه لا يمكن الوقوف على الحقيقة الواقعية إلا بمنح القاضي نفوذا متسعا شريطة احترام حق الدفاع [37] حتى يتسنى له تبليغ رسالته ، وعلى المشرع السعي لتطوير قواعد الإثبات و جعلها أكثر ليونة .

[36] الدكتور رضا المزغني المرجع السابق ص 64 .

[37] الدكتور عبد الله الاحمدي المرجع السابق ص 551.

قائمة المراجع

مراجع عامة

- صحيح مسلم ،راجع النووي " شرح صحيح مسلم " ج 12 المطبعة المصرية 1972
- ابن منظور : لسان العرب الجزء الثاني طبعة دار صادر – بيروت
- الدكتور عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الثاني المجلد الأول
-الدكتور عبد الله الأحمدي " القاضي و الإثبات في النزاع المدني " اوبريكس للطباعة 1991
- الدكتور سليمان مرقس : أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنينات سائر البلدان العربية الجزء الأول ، الأدلة المطلقة.
- الأستاذ محمد كمال شرف الدين " قانون مدني " إثبات الحقوق الطبعة الأولى المطبعة الرسمية 2000
- الدكتور محمد فتح الله النشار " أحكام الإثبات و قواعد عبء الإثبات " كلية الشريعة و القانون جامع الازهر دار الجامع الجديدة للنشر 2000.
- الدكتور محمد حسن قاسم ، إثبات الخطأ الطبي ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية 2006 .
- الدكتور محمد يحي مطر " الإثبات في المواد المدنية و التجارية " الدار الجامعية 1987
-ا لدكتور رضا المز غني " أحكام الإثبات " نشر معهد الادارة العامة بالمملكة العربية السعودية 1985
- أنور سلطان " قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية " دراسة في القانونين المصري و اللبناني ، دار الجامعية للطباعة و النشر بيروت 1984
Philipe TOURNEAU , la responsabilité civile 3eme ، Dalloz .Paris 1982

ماجيستير بحث :

عادل السليطي "خطر الإثبات في المادة المدنية" مذكرة لنيل شهادة الماجستير 2007 -2008 كلية الحقوق و العلوم الاقتصادية و السياسية بتونس ص 5 .

المقالات :

J – Lorguier , la preuve d’un fait négatif RTD civ .1953

- سعاد باباي يوسف : مقال بعنوان " مسؤولية الأبوين او من حل محلهما عن الضرر الصادر عن الطفل " منشور م ق ت لسنة 1997 عدد 1 ص 163 الى 210
-ا لأستاذ اشرف رشوان المحامي " إثبات الواقعة السلبية ا واثبات النفي" مقال منشور على موقعه على شبكة الانترنيت .
-ا لدكتور هشام موفق عوض " قانون الإثبات " رسالة ماجستير جامعة الملك فهد ابن عبد العزيز كلية الاقتصاد و الإدارة قسم الأنظمة منشورة على موقعه على شبكة الانترنيت .

الفهرس

المقدمة :.....1

الجزء الأول :

الصعوبات التي سيواجهها مدعي الأمر السلبي 7

فقرة أولى :الصعوبات القانونية .....

فقرة ثانية : الصعوبات الواقعية .....

1) صعوبات تجد مصدرها خارج الأمر السلبي .....

2) صعوبات ترجع لطبيعة الأمر السلبي .....

الجزء الثاني :

مجابهة الصعوبات في إثبات الأمر السلبي 16

فقرة أولى :تحول عبء إثبات الأمر السلبي .....

1) قلب عبء الإثبات لوجود قرينة قانونية .....

2) قلب عبء الإثبات لتكون قرينة قضائية .....

فقرة ثانية : اجتهاد القاضي و تحول محل الإثبات .....

قائمة المراجع 24

الفهرس 25