

الدعوى المقلوبة

دراسة مقارنة

في الفقه الإسلامي والقانون المصري
والنظام السعودي

دكتور

محمود علي عبد السلام وافي

أستاذ قانون المرافعات المساعد بحقوق عين شمس

الأستاذ المشارك بكليات الشرق العربي للدراسات العليا

تمهيد وتقسيم

إن حق اللجوء إلى القضاء من الحريات الأساسية والعامّة المكفولة لكل شخص، وهو ما أكدته جميع النظم المقارنة^١.

غير إن هذا الحق ليس مطلقاً من كل قيد، إذ ترد عليه قيود تحد من نطاق ممارسته، منها وجود شروط صارمة لممارسته، وتصور الحرمان منه، وكذا سقوطه لأسباب محددة.

وبالأخير يبقى الأصل العام كون التقاضي حق أصيل لا يتسنى تقييده ولا يستساغ الخروج على مقتضاه إلا على سبيل الاستثناء، انطلاقاً من أسس منضبطة تقرر هذا الاستثناء، وفق أطر محددة، وحدود لا ينبغي تجاوزها.

هذا: ولقد لوحظ وجود توجه قوي -فقهى وقضائي- بعدم قبول بعض الدعوى انطلاقاً من أنها تأتي على خلاف القاعدة العامة في ممارسة حق التقاضي، وتحديداً كونها تنقل عبء الإثبات من المكلف به وفقاً للقواعد العامة إلى خصمه، وقد جمعت هذه التطبيقات تحت مسمى "الدعوى المقلوبة".

ورغم أن هذا الاتجاه يأتي على نقيض الأصل العام المشار إليه كغفالة حق التقاضي لكل شخص" غير أنه يتأسس كذلك على قواعد عامة تحكم التنظيم القضائي وحسم الخصومات، فما مدى جدية هذا الاتجاه؟، وما مدى منطقيته؟، وما السند القانوني له؟.

وتبدو إجابة هذه التساؤلات من الأهمية بمكان كون الاتجاه المذكور يمس بأهم أصل من أصول القانون وفق مفهوم الدولة الحديثة، ألا وهو "حق كل شخص في اللجوء إلى قاضيه الطبيعي".

١ منها القانون المصري، إذ تضمن دستور عام ١٩٧١ وما تلاه من دساتير حتى الدستور الحالي لعام ٢٠١٤ النص على أن "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل في القضايا. وكذلك النظام السعودي إذ تنص المادة ٤٧ من النظام الأساسي للحكم على أن "حق التقاضي مكفول بالتساوي للمواطنين والمقيمين في المملكة".

إن الإجابة على جميع هذه التساؤلات ستكون محل هذه الدراسة وشاغلها الأساس، على أنه ينبغي التمهيد من خلال تناول عدة نقاط مفتاحية لموضوع الدراسة وذلك على النحو التالي:

أولاً: ماهية الدعوى المقلوبة

إن اصطلاح "الدعوى المقلوبة" يكاد لا يوجد سوى في النظام السعودي والفقهاء الإسلامي^٢، وإن كانت تطبيقاتها موجودة في جميع النظم القانونية دون استثناء تحت مسميات مختلفة^٣، مع اختلاف تطبيقاتها، وتباين النظم في قبولها^٤.

ولتحديد ماهية هذه الدعوى فإن الأمر يتطلب تعريفها، وتحديد طبيعتها، وذلك على النحو التالي:

١- تعريف الدعوى المقلوبة:

إن اصطلاح دعوى جلي لا يحتاج إلى بيان إذ يقصد به "زعم قانوني أمام القضاء"، أما بالنسبة لمصطلح "المقلوبة" فإنه لغة مأخوذ من (قلب). والقلبُ

٢ على حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج ١٤، الدعوى، دار الكتب العلمية، لبنان، ص ١٥٢.

٣ عبدالمعنى الشراوي، نظرية المصلحة، ص ٢١٦. أمينة النمر، الدعوى وإجراءاتها، منشأة المعارف، ١٩٩٠، ص ٣٨٤. محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية، ١٩٣٨، ص ٣٨٤.

٤ من تطبيقات هذه الدعوى دعوى قطع النزاع "التحدي"، ودعوى براءة الذمة، وجميع تطبيقات الدعوى الوقائية. راجع في تفصيل ذلك وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، قانون المرافعات، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٣١.

ويطلق البعض عليها مصطلح "الدعوى التحريضية"، لأنها ترفع ضد من يثير ادعاءات أو مزاعم لحمله وتحريضه على عرض هذه المزاعم وتلك الادعاءات على القضاء، راجع إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، ١٩٧٤م، ج ١، ص ١٢٨. عبدالحامد أبو هيف، المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، مطبعة الاعتماد، ط ٢، ١٩٢١م، ص ٣٢٦. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء والمدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ١٢٨. إدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، مكتبة صادر، لبنان، ط ٢، ١٩٩٣، ج ١، ص ٩٩.

وراجع في التطبيق القضائي أحكام محكمة النقض في الطعون أرقام ٢٤٥٠، س ٨٥ق، جلسة ٢٠١٦/٤/٦، ٥٩١، س ٨٤ق، جلسة ٢٠١٦/٢/٣، ٨٤٧٩، س ٨٢ق، جلسة ٢٠١٤/٤/٨، ٩٤٧٨، س ٨١ق، جلسة ٢٠١٣/١/٢م.

تحويل الشيء عن وجهة. يقال قلبه يُقلِّبه قلبًا. وَقَلَّبْتُ الرِّدَاءَ أَي حَوَّلْتَهُ وَجَعَلْتَهُ أَعْلَاهُ أَسْفَلَهُ أَوْ ظَاهِرَهُ بَاطِنَهُ^٥، ونستخلص من ذلك أن المقصود بالمقلوبة لغةً "التبديل والتحويل".

أما اصطلاحًا فقد تعددت تعاريف الدعوى المقلوبة وتباينت، وسبب ذلك أن معظم هذه التعاريف انطلق من أحد تطبيقاتها، وكأن كل تعريف -بتدقيق النظر- ينصرف إلى تطبيق من هذه التطبيقات دون أن ينصرف لجوهر هذه الدعوى في ذاته، فقول بأنها "الدعوى التي ينقلب فيها من عليه الحق على المدعى عليه ليأخذ حقه أو ليستحلفه، فأنقلب فيها المدعى عليه مدعيًا والمدعى مدعيًا عليه على عكس القصد في دعاوى وعكس قاعدتها"^٦.

وقيل بأنها "دعوى يقيمها شخصٌ على آخر يقول فيها بأن فلانًا (المدعى عليه) يدعي عليَّ بحق له قبلي، ولا حق له، فأحلفني له، وأبرئني من دعواه"^٧. ويؤخذ على هذين التعريفين كونهما ينحصران في دعوى براءة الذمة كأحد تطبيقات الدعوى المقلوبة.

وهناك العديد من التعريفات نحت منحا آخر بالربط الواضح بين الدعوى المقلوبة ودعوى قطع النزاع^٨، رغم إنها جاءت قاصرة حتى في تحديد جوهر هذه

٥ أحمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، دار المعارف، ط٢، ص ٥١٢.

٦ عبدالله عبدالعزيز الدرعان، القواعد الإجرائية في المرافعات الشرعية، مكتبة التوبة، ط١، ١٤١٣هـ / ١٩٩٣م، ص ٣٧، ثم ذكر صاحب هذا التعريف في ذات الموضوع أنها "سميت مقلوبة لأن المدعي فيها يطلب أن يعطي المدعى عليه"، ولا شك أن هذا القول الأخير يأتي على خلاف الواقع، وعلى نقيض مقصود المدعي، فالمدعي في الدعوى المطلوبة يتمسك بحرمان خصمه مما قد يطلبه مستقبلاً، وقد يتمسك لنفسه ما يحتاج إلى تحميل المدعى عليه عبء إثبات عكسه، وفي الفرضين لا يطلب إعطاء المدعى عليه.

٧ عبدالله بن محمد بن سعد بن آل خنين: الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي، دار التدمرية، ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م، ص ٤١.

٨ ممن خلط بين الدعوى المقلوبة ودعوى قطع النزاع عدنان الدقيان: الدعوى القضائية في الفقه الإسلامية، دار ابن الجوزي بالدمام، ط١، ١٤٢٩م، ص ٢١٨. عبدالله آل خنين، الكاشف، ص ٣٩.

الأخيرة^٩.

كما قيل أيضًا -في تعريف الدعوى المقلوبة- بأنها "الدعوى التي يكلف فيها المدعى عليه بإقامة الدليل على ما يزعمه مخالفًا لحق المدعي، حتى إذا ما عجز عن الإثبات يُقضى عليه ببطلان ما يزعمه"^{١٠}.

وفي معرض بيان مفهوم الدعوى المقلوبة في الفقه الإسلامي وبيان صورتها وسبب تسميتها بالمقلوبة قيل "بأن يترافع اثنان إلى حاكم فيقول أحدهما: أدعي على هذا أنه يدعي على بكذا فاستخلص له أنه لا حق له قبلي فلا يسمع منه

٩ من هذه التعريفات للدعوى المقلوبة "أن يدعي شخص أن آخر يزعم أن له قبله حقًا، ويهدد من حين لآخر باستعمال هذا الحق، فيلجأ إلى القضاء طالبًا منه إحضار صاحب الزعم وتكليفه بعرض دعواه وأسانيدها، ليبرهن هو على كذبها، فيحكم له بوضع حد لهذه المزاعم، وبأن ليس لها أساس تقوم عليه". محمد نعيم ياسين: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٩٧١م، ص ٣٢٢.

وعُرفت كذلك بأنها "طلب إنسان غيره عند القاضي بدون أن يعارضه في شيء يضره، ويقول للقاضي: بلغني أن فلانًا يرد منازعتي ومخاصمتي، وأريد قطع النزاع بيني وبينه، فأطلب إحضاره، حتى إذا كان له علي حق فليبينه أمامك بحجة، وإلا فليعترف أي بريء من كل حق يدعيه". وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج ٢٠، ط ٢، ١٤١٠هـ، ص ٢٨٦.

كما عُرفت بأنها "دعوى طرفاها شخص يزعم أن له حقًا في مواجهة آخر، فيقوم هذا الأخير برفع دعوى تستهدف مطالبته من يُثير هذا الزعم بإثبات حقه المزعوم، وإلا حكم بعدم أحقيته وحرّم من رفع النزاع فيما بعد". محمد اللحيان، شرط المصلحة في دعوى الحقوق في نظام المرافعات الشرعية السعودي، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ١٤٢٥، ص ١٣٦.

فهذه التعريفات تتفق في الربط بين الدعوى المقلوبة ودعوى قطع النزاع، وتتطوي على قصور في عرض مضمون دعوى قطع النزاع، فهي لم تتضمن العديد من سمات هذه الدعوى، كأنطوائها على إجبار المدعى عليه على الدعوى بسبب ما أثاره من مزاعم، وضرورة أن تكون هذه المزاعم صادرة خارج مجلس القضاء.

وفي محاولة لتجنب المآخذ المشار إليها ذهب رأي إلى تعريف دعوى قطع النزاع بأنها "الدعوى التي يكون موضوعها إجبار شخص يدعي ويزعم لنفسه خارج مجلس القضاء حقًا أو مركزًا قانونيًا تجاه غيره على أن يدعيه ويثبته أمام القضاء، فإن عجز عن ذلك حكم عليه بالأحق له فيما يدعيه ويزعمه ويحظر عليه إثارة هذه الادعاءات والمزاعم في المستقبل، أي يحكم عليه بالتزام الصمت إلى الأبد". محمد سعيد عبدالرحمن، دعوى قطع النزاع، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨م، ص ٣٤.

١٠ محمد حامد فهمي، المرافعات، ص ٣٦٤.

ومن المقرر أن دعوى قطع النزاع ترفع لمنع ضرر لم يقع بعد لكنه وشيك الوقوع. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ص ٣٣.

ذلك، وسميت مقلوبة لأن المدعي فيها يطلب أن يعطي المدعى عليه، والمدعي في غيرها يطلب أن يأخذ من المدعى عليه؛ فانقلب فيها القصد المعتاد^{١١}.

والدعوى المقلوبة - في تطبيقات القضاء السعودي - تأخذ صورتان: الصورة الأولى أن يتمسك المدعي بنفي حق عنه تجاه آخر، بحيث يحكم له بانتفاء هذا الحق، أو أن ترفض دعواه إن أثبت خصمه ما له من حق قبله، أما الصورة الثانية فهي التي يزعم فيها المدعي أن المدعى عليه قد يتمسك ضده مستقبلاً بأمر ما، طالباً من المدعى عليه تحديد موقفه، بتقديم أدلته على هذا الأمر، أو أن يحكم ضده - إن عجز عن ذلك - بعدم أحقيته فيه، تجنباً لأي نزاع مستقبلاً.

والقاسم المشترك بين هاتين الصورتين أن المدعي يلقي بعبء الإثبات على المدعى عليه، أي يقلبه، خلافاً للقاعدة التي تقرر بتحمل المدعي عبء الإثبات؛ ولذا يطلق عليها القضاء السعودي تسمية "الدعوى المقلوبة"^{١٢}.

وأرى أن تسمية هذه الدعوى بالدعوى المقلوبة تسمية غير دقيقة، لا تنطوي على فهم صحيح لحقيقة هذه الدعوى، ولعل هذا السبب وراء إصرار القضاء السعودي على عدم قبولها، وهو ما نتج عن ارتباك في التمييز المنضبط بين المدعي والمدعى عليه؛ بما تولد عنه - بحكم اللزوم المنطقي - خلط ملحوظ في تحديد شخص من يتحمل عبء الإثبات، وهو ما دعا إلى هذه الدراسة.

٢ - طبيعة الدعوى المقلوبة:

لم يتوقف الفقه الإسلامي أو القضاء السعودي عند تحديد طبيعة الدعوى المقلوبة، واكتفى بالنظر إليها وإلى تطبيقاتها على أنها دعوى لا تسمع، ورغبة في معرفة جوهر هذه الدعوى وطبيعتها نقف عند تحديد طبيعة أهم تطبيقاتها

١١ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ١٩٨٣م، ج ٦، ص ٣٣١، مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى، المكتب الإسلامي، ١٩٦١م، ج ٦، ص ٤٩٩.

١٢ سيتضح لنا موقف القضاء السعودي بجلاء فيما يلي عند تناول موقفه من قبول هذه الدعوى.

وهي دعوى قطع النزاع.

ومن المقرر أن دعوى قطع النزاع أثير حول تحديد طبيعتها اختلافًا فقهيًا واسعًا، فذهب اتجاه فقهي^{١٣} إلى اعتبارها دعوى تقريرية، كونها تستهدف الحصول على حكم بعدم صحة ما يزعمه المدعى عليه ويدعيه خارج مجلس القضاء. وهو حكم تقريرى لا يقبل التنفيذ الجبري كونه لا يلزم المحكوم عليه بأداء معين يمكن أن يكون محلًا لهذا التنفيذ، وذلك في حال فشل مدعي المزاعم بإثبات تلك الادعاءات.

وزاد جانب من أنصار هذا الاتجاه أنها دعوى تقريرية سلبية، كون المدعي يطلب فيها تقرير عدم وجود الحق المدعى به خارج مجلس القضاء، بينما ذهب اتجاه فقهي آخر^{١٤} إلى اعتبار هذه الدعوى ذات طبيعة وقائية، مستند في ذلك إلى أنها تهدف إلى وقاية المدعي من الأضرار المترتبة على الادعاءات والمزاعم خارج مجلس القضاء حول حقه أو مركزه القانوني.

هذا: ويذهب جانب من الفقهاء^{١٥} إلى أن الادعاءات المزعومة خارج مجلس القضاء تمثل اعتداء على حق من أثرت تجاهه تلك الادعاءات، الأمر الذي يشكل ضررًا واقعيًا يبرر رفع دعوى ضد مطلق تلك المزاعم والادعاءات ولا تعتبر عندئذ دعوى وقائية، إذ إن الضرر ليس محتملاً في هذه الصورة وإنما واقع بالفعل.

ويرى اتجاه آخر من الفقهاء^{١٦} أن هذه الدعوى ذات طبيعة مركبة، فهي من جهة تقريرية، كونها تستهدف الحكم بعدم أحقية المدعى عليه فيما يثيره

١٣ فتحي والي، الوسيط، ص ١١٦. محمود هاشم، قانون القضاء المدني، ١٩٩٠، ص ٥٥١. عبدالمنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات، ص ٦٢. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٩٦٧م، ص ٢٥٠.

وعُرف القضاء التقريرى أيضًا بأنه القضاء الذي يؤكد وجود أو عدم وجود حق أو مركز قانوني أو واقعة قانونية وبهذا يزول الشك القائم حول هذا الوجود. راجع: فتحي والي، الوسيط، ص ١٣٢.

١٤ وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص ١٤٠.

١٥ إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ص ٤٠.

١٦ فتحي والي، الوسيط، ص ١٣٢. محمد سعيد عبدالرحمن، دعوى قطع النزاع، ص ٤٠.

من ادعاءات ومزاعم حول الحقوق والمراكز القانونية للمدعي، طالما أنه قد عجز عن إثبات تلك الادعاءات والمزاعم أمام القضاء، وفي الوقت ذاته هي دعوى إلزام كونها تستهدف الحكم بإلزام المدعى عليه بالامتناع عن إثارة هذه المزاعم والادعاءات مستقبلاً.

وقد أخذ على هذا التكييف أن اعتبار هذه الدعوى في أحد وجوهها دعوى إلزام يتعارض مع حكم الإلزام الذي يقضي بإلزام المحكوم عليه بأداء معين يقبل التنفيذ الجبري، فالارتباط بين التنفيذ الجبري وقضاء الإلزام هو من الأصول المسلم بها في القانون^{١٧}.

ثانياً: تحديد مصطلحات الدراسة

في هذه الدراسة ينصرف اصطلاح "الدعوى المقلوبية" إلى كل دعوى ترفع من المدعي عليه في الحق أو المركز محل الدعوى، أي الطرف السلبي في محل الدعوى؛ وبالتالي فهي الدعوى التي ترفع ضد المكلف بتحمل عبء الإثبات وفق القواعد العامة في تحديد من يتحمل بهذا العبء، كدعوى قطع النزاع، ودعوى براءة الذمة، ودعوى التقرير السلبية.

وينصرف مصطلح "قانون" إلى القانون المصري، بينما ينصرف اصطلاح "نظام" إلى النظام السعودي، ويقصد باصطلاح "مرافعات" و"قانون المرافعات" إذا جاء أيهما مجرداً قانون المرافعات المصري^{١٨}، بينما يقصد باصطلاح "نظام المرافعات" و"مرافعات شرعية" نظام المرافعات الشرعية السعودي الجديد^{١٩}، ويقصد باصطلاح "القانون المدني" القانون المدني المصري^{٢٠}.

ثالثاً: أهداف الدراسة

- ١٧ أحمد ماهر زغلول، أصول التنفيذ، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ج ١، ص ١٠٠. فتحي والي، التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص ٣٨.
- ١٨ القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وفق آخر تعديلاته بالقانون رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٧.
- ١٩ الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/١) وتاريخ ١٩/٢٢/١٤٣٥هـ، ولائحته الصادرة بقرار وزير العدل رقم (٣٩٩٣٣) وتاريخ ١٩/٥/١٤٣٥هـ.
- ٢٠ القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

تهدف هذه الدراسة إلى حسم الأمر بشأن قبول تطبيقات الدعوى المقلوبة، انطلاقاً من التمييز بين المدعي والمدعى عليه، وتحديد من يقع عليه عبء الإثبات؛ وبيان ما لهذا وذلك من أثر على قبول تطبيقات هذه الدعوى من عدمه.

رابعاً: منهج الدراسة

سأتبع -بإذن الله- في هذه الدراسة المنهج التحليلي لفهم منطق الاتجاه - الفقهي والقضائي- الراض لقبول الدعوى المقلوبة، ثم المنهج التأصيلي لرد الأمر إلى أصوله القانونية، وهذا وذلك في إطار منهج الدراسة المقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والقانون المصري والنظام السعودي.

خامساً: تقسيم الدراسة

سأعمد إلى تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين على نحو ما يلي:

المبحث الأول: الوضع القائم للدعوى المقلوبة، وسأتناول فيه موقف الفقه الإسلامي من الدعوى المقلوبة باعتباره المرجع التاريخي للنظام السعودي وبخاصة في موقفه من هذه الدعوى، ثم أعرض للموقف القانوني من هذه الدعوى في كل من مصر والسعودية، سواء على مستوى التقنين أو التطبيق القضائي، أو التأصيل الفقهي.

المبحث الثاني: تقييم الوضع القائم بخصوص الدعوى المقلوبة، وسأعرض فيه لتمييز المدعي عن المدعى عليه، سواء في الفقه الإسلامي أو في القانون، ثم لعبء الإثبات وعلاقته بقبول الدعاوى، وذلك حسماً لمدى قبول الدعوى المقلوبة، انطلاقاً من أن أساس الامتناع عن قبولها -في الفقه الإسلامي والنظام السعودي- يتمثل في كونها تنقل عبء الإثبات من المكلف به إلى خصمه.

المبحث الأول

الوضع القائم للدعوى المقلوبة

لم تتحد معاملة الدعوى المقلوبة بين الفقه الإسلامي والقانون، بل إن الفقه الإسلامي من ناحية مختلف في موقفه من قبول هذه الدعوى، كما أن

الموقف القانوني من قبولها ليس موحدًا، وهو ما نعرض له فيما يلي:

المطلب الأول

موقف الفقه الإسلامي من الدعوى المقلوبة

يوصف الفقه الإسلامي صاحب تسميتها ذهب جمهوره إلى عدم سماع "قبول" الدعوى المقلوبة، غير أن اتجاه فقهي معتبر ذهب إلى سماعها "قبولها"، إما إطلاقاً أو في حالات بعينها، ويمكن رصد هذا الخلاف الفقهي وحجج وأسانيد كل رأي من الآراء التي قيلت فيه على النحو التالي:

الفرع الأول

عدم سماع الدعوى المقلوبة

يرى جمهور الفقه الإسلامي ومنهم فقهاء الحنفية^{٢١}، والظاهر عند الشافعية^{٢٢}، والمشهور عند الحنابلة^{٢٣}، أن هذه الدعوى لا تسمع، وذلك استنادًا إلى العديد من الحجج، لعل من أبرزها أن هذه الدعوى تنطوي على إجبار المدعي للمثول أمام القضاء والمدعي لا يجبر على الخصومة^{٢٤}، لكون الحق له إن شاء طلبه وإن شاء تركه، فالمدعي عندهم هو "من إذا تَرَكَ تُرِكَ"^{٢٥}.

فالمدعي عليه لدى جمهور الفقه الإسلامي لا يملك سوى دفع دعوى

٢١ كشّاف القناع، ج٦، ص ٣٣١. عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٩هـ، ج٧، ص ٢٠٨. محمد بن أمين "بن عابدين": رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ، ج٨، ص ٢٨٥.

٢٢ أبي الحسن علي الماوردي: أدب القاضي، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٩٢هـ، ج٢، ص ٣٣٢.

٢٣ محمد بن مفلح المقدسي: الفروع، تحقيق عبدالله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ/ ٢٠٠٣م، ج١٢، كتاب القضاء، ص ١٦٠، كشّاف القناع، ج٦، ص ٣٣١. علي بن سليمان بن أحمد المنداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مطبعة السنة المحمدية، ط١، ١٣٧٥هـ، ج١١، ص ٢٣٩.

٢٤ السيوطي، الأشباه والنظائر، ج٧، ص ٥٠٧. محمد أمين بن عابدين، قرّة عيون الأخيار، دار الفكر، ج٧، ص ٣٩٩.

٢٥ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان "شيخي زاده"، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار إحياء التراث العربي، لبنان، ج٢، ص ٢٥٠.

المدعي، وهو ما لا يتاح له إلا إذا كان للمدعي دعوى قضائية قائمة، فإذا لم تكن دعوى المدعي مرفوعة أمام القضاء، فإن "دعوى دفعها أمام القضاء يعرف لدى الفقهاء بالدعوى المقلوبة، وهي غير مسموعة، لأن المشتكي فيها يطلب إجبار خصمه ليقوم بدعواه، والشخص لا يجبر على إقامة دعواه"، ويمثلون لهذا بأن يقول المدعي عليه إن فلاناً الغائب عن مجلس القضاء يدعي أنه أقرضني مبلغ كذا، وأنا كنت قد أديت إليه ذلك المبلغ، وأطلب إحضاره لأثبت أنني أديت إليه ذلك المبلغ، أو يحلف أنني ما أديت إليه^{٢٦}.

فهم يعتبرون هذه الدعوى تخالف مبدأ حرية الشخص في اللجوء إلى القضاء، ذلك أن للشخص الحرية التامة في اللجوء إلى القضاء، كما أن له الحرية في اختيار الوقت الذي يراه مناسباً لرفع دعواه، ولما كانت الدعوى المقلوبة تقوم على إجبار مدعي المزاعم على اللجوء إلى القضاء لإثبات ادعاءاته، فإن هذه الدعوى تشكل مخالفة لمبدأ حرية اللجوء إلى القضاء وما يترتب عليه من نتائج سلبية، خاصةً إذا ما افترضنا أن مدعي تلك الادعاءات لا يملك الدليل على ما يدعيه، وأنه ينتظر الوقت المناسب للحصول على الأدلة التي تؤيد ادعاءاته؛ وبالتالي يتولد عن إجباره على اللجوء إلى القضاء استناداً إلى الدعوى المقلوبة عجزه حتماً عن إثبات تلك الادعاءات؛ وبالتالي حرمانه مستقبلاً من اللجوء إلى القضاء رغم احتمال توافر الدليل مستقبلاً على تلك الادعاءات^{٢٧}.

كما يستند جمهور الفقه الإسلامي -في تبريره لعدم قبول الدعوى المقلوبة- على سند آخر يتمثل في أنها تخالف القاعدة العامة في تحمل عبء الإثبات، ذلك أن تحديد من يتحمل عبء الإثبات له أهمية كبيرة، لثقل هذا العبء من ناحية، وخطورته من ناحية أخرى، ذلك أن الشخص قد يكسب الدعوى على الرغم من أنه لم يقم بأي إثبات، باعتبار أن خصمه قد عجز عن الإثبات، من هنا تقررت القاعدة التي تقضي بأن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، ولما كانت الدعوى المقلوبة تقوم على إلزام المدعي

٢٦ كشف القناع، ج٦، ص ٣٣١.

٢٧ عبدالله الدرعان، القواعد الإجرائية، ص ٣٧.

عليه بإثبات صحة ما يدعيه من ادعاءات، فإن هذه الدعوى تشكل خروجًا على حكم القاعدة العامة في تحمل عبء الإثبات، لكونها تنقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه^{٢٨}.

كما أن الدعوى المقلوّبة لا تقوم على مصلحة قائمة وحالة وقت رفعها، وهو شرط لقبول دعاوى عمومًا، فالمصلحة التي تستند إليها هذه الدعوى هي مصلحة محتملة لا تجيز سماعها، فضلًا عن أن الدعوى المقلوّبة يشوبها الغموض فلا يُعرف فيها المدعي من المدعى عليه، وهو ما يثير إشكالًا في تحديد المحكمة المختصة، وما إذا كانت ترفع أمام محكمة المدعي، أم أمام محكمة المدعى عليه، كما أن هناك وسائل أخرى لحماية المدعي من الادعاءات الذي يثيرها المدعى عليه خارج مجلس القضاء، فإذا كانت هذه الادعاءات ذات أثر ضار، فيمكنه رفع دعوى تعويض، كما أن الهدف الذي ترمي إليه الدعوى المقلوّبة يمكن الحصول عليه بواسطة الدعوى التقريرية^{٢٩}.

كما يدلون على عدم صحة هذه الدعوى بانقلاب القصد فيها، بمعنى أن المدعي فيها يطلب أن يُعطى المدعى عليه، أما في غيرها فإن المدعي يطلب أن يأخذ من المدعى عليه^{٣٠}.

الفرع الثاني

سماع الدعوى المقلوّبة

ذهب اتجاه فقهي على رأسه فقهاء المالكية بعمومهم إلى قبول وسماع الدعوى المقلوّبة، حيث ذكروا أنه "لو تكررت شكوى شخص لآخر، فإن للمشتكى أن يرفع على الشاكي للحاكم ويقول له: إن كان عندي شيء، فيدعي به، فإن أبي في ذلك حكم عليه بأن لا حق له بعد ذلك، وليس عليه شكوى، قطعًا للنزاع"^{٣١}.

٢٨ الفروع لابن مفلح، ج ١١، ص ١٦٠.

٢٩ المغني لابن قدامة، ج ٩، ص ٨٥، قرّة عيون الأخيار، ج ٧، ص ٣٩٩.

٣٠ كشاف القناع، ج ٦، ص ٣٣١.

٣١ ابن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م، ط ٣، ج ٩، ص ٨٥.

ومن فقهاء الشافعية من قال بسماعها إذا حدث ضرر للمزعوم ضده^{٣٢}، وكذا فقهاء الحنابلة بسماعها في الشفعة والسلم دون سواهما^{٣٣}.

وورد عن بعض الحنابلة -ونص عليه الإمام أحمد رحمة الله- بسماع الدعوى المقلوبة، "لَوْ جَاءَهُ بِالسَّلْمِ قَبْلَ مَحَلِّهِ، وَلَا صَرَرَ فِي قَبْضِهِ: لَزِمَهُ ذَلِكَ. فَإِنْ امْتَنَعَ مِنَ الْقَبْضِ قِيلَ لَهُ: إِمَّا أَنْ تَقْبِضَ حَقَّكَ أَوْ تَبْرَأَ مِنْهُ. فَإِنْ أَبَى: رُفِعَ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ. عَلَى مَا تَقَدَّمَ فِي بَابِ السَّلْمِ. وَكَذَا فِي الْكِتَابَةِ. فَيُسْتَنْبَطُ مِنْ ذَلِكَ كُلِّهِ: صِحَّةُ الدَّعْوَى الْمُقْلُوبَةِ"^{٣٤}.

ويمكن رسم إطار هذا الاتجاه باستقراء موقف بعض أنصار الاتجاه الأول -المانع لسماح الدعوى المقلوبة- فيما ذهبوا إليه من التمييز بين تطبيقات الدعوى المقلوبة، وجواز سماح إحداها دون سواها، فضلاً عن رأي فقهي معاصر يضع معياراً لسماح الدعوى المقلوبة بغض النظر عن تطبيقاتها، وذلك على النحو التالي:

أولاً: سماح إحدى تطبيقات الدعوى المقلوبة دون سواها

ينطلق أصحاب هذا الرأي من التمييز بين دعوى منع التعرض ودعوى قطع النزاع، ويرون قبول الأولى -دون الثانية- إذ لا يعتبرونها من قبيل الدعوى المقلوبة، فيذكرون أن هذه الأخيرة "بِخِلَافِ دَعْوَى دَفْعِ التَّعَرُّضِ، لِأَنَّ ذَلِكَ يَقُولُ هَذِهِ الْأَرْضُ فِي يَدِي وَهَذِهِ الدَّيْنَةُ تَشْهَدُ لِي بِهَا وَهَذَا يَدْعِي أَنَّهَا لَهُ وَفِي يَدِهِ وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُ عَلَى دَعْوَاهُ فَأُرِيدُ أَنْ لَا يَتَّعَرَّضَ لِي لِأَنِّي أَثْبَتُ أَنِّي دُو يَدِ دُونِهِ"^{٣٥}.

ويميز الفقهاء في هذا الاتجاه بين دعوى دفع التعرض وهي مسموعة عندهم، وبين دعوى قطع النزاع وهي لا تسمع لكونها مقلوبة فيذكرون

٣٢ "قال شريح الروياني: إذا ادعى شخص على آخر أنه يدعي عليه ما لا أو غضباً أو شراء شيء منه، لم تسمع لأنه إخبار عن كلام لا يضر، فلو قال: إنه يدعي ذلك ويقطعه عن أشغاله ويلزمه، وليس له عليه ما يدعيه، ولا شيء منه أو يطالبه بذلك بغير حق، سمعت" الأشباه والنظائر للسيوطي، ج ٧، ص ٥٠٧.

٣٣ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتها، دار الفكر، سوريا، ط ٤، ج ٥، ص ٣٦٠.

٣٤ الإينصاف، ج ١١، ص ٢٣٩.

٣٥ رد المحتار، ج ٨، ص ٥.

"وَتَخْتَلِفُ هَذِهِ الدَّعْوَى عَنْ دَعْوَى قَطْعِ النَّزَاعِ بِأَنَّ هَذِهِ الْأَخِيرَةَ عِبَارَةٌ عَنْ طَلَبِ إِنْسَانٍ غَيْرُهُ عِنْدَ الْقَاضِي بَدُونِ أَنْ يُعَارِضَهُ فِي شَيْءٍ يَصُرُّهُ، وَيَقُولُ لِلْقَاضِي: بَلِّغْنِي أَنْ فَلَانًا يُرِيدُ مُنَازَعَتِي وَمَخَاصِمَتِي، وَأُرِيدُ قَطْعَ النَّزَاعِ بَيْنِي وَبَيْنَهُ، فَأَطْلُبُ إِحْضَارَهُ، حَتَّى إِذَا كَانَ لَهُ عَلَيَّ حَقٌّ فَلْيُبَيِّنْهُ أَمَّاكَ بِالْحُجَّةِ، وَإِلَّا فَلْيُعْتَرَفْ أَنِّي بَرِيءٌ مِنْ كُلِّ حَقٍّ يَدَّعِيهِ، فَهَذَا الْقَوْلُ لَا يُسْمَعُ مِنْهُ، لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ لَا يُجْبَرُ عَلَى الْخُصُومَةِ"^{٣٦}.

ورغم أن دعوى منع التعرض إذا أثبت المدعي تعرض المدعى عليه لا تعد من قبيل الدعوى المقلوقة لأنها -حينئذ- تكون دعوى دفع ضرر، غير أن شروح أصحاب هذا الرأي تجاوزت هذه الحدود وعادت لجوهر دعوى قطع النزاع، وذلك فيما ذكروه من أنه: "بَلْ ذَهَبَ الشَّافِعِيُّ إِلَى جَوَازِهَا لِدَفْعِ تَعَرُّضٍ مُوجَّهِ إِلَى ذِمَّةِ شَخْصٍ آخَرَ، كَمَا أَنَّ يُطَالَبُ بِدَيْنٍ يَدَّعِيهِ فِي ذِمَّتِهِ، فَيَتَصَرَّرُ مِنْ هَذِهِ الْمُطَالَبَةِ، كَمَا أَنَّ يُلَازِمَهُ فِي نَفْسِهِ أَوْ يُشْتَعَّ عَلَيْهِ فِي جَاهِهِ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ. أَمَّا إِذَا كَانَتْ مُطَالَبَتُهُ لَا تَصُرُّهُ، فَإِنَّهَا لَا تَصِحُّ دَعْوَى دَفْعِ التَّعَرُّضِ مِنْهُ"^{٣٧}.

ثانياً: سماع الدعوى المقلوقة لدفع ضرر

ذهب رأي في الفقه المعاصر^{٣٨} إلى أنه يتعين -لتحديد مدى قبول الدعوى المقلوقة- التفريق بين فرضين، أحدهما يبرر قبول هذه الدعوى، والآخر لا يبرره، وذلك على نحو ما يلي:

الفرض الأول: إذا كانت الدعوى تنطلق من وجود أضرار تتهدد المدعي، فيتعين قبولها، إذ لا شك من وجود المصلحة الكافية لقبول الدعوى.

الفرض الثاني: إذا لم تكن هناك مصلحة للمدعي لعدم وجود أية أضرار؛ إذ تضحى دعواه غير مقبولة لانقضاء المصلحة المعتبرة شرعاً.

وبالتالي فالمعيار المعتبر لتحديد مدى قبول الدعوى المقلوقة -وفق هذا

٣٦ المغني ج ٩، ص ٨٥، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣٧، ص ٦٣.

٣٧ الحاوي للماوردي، ج ١٣، ص ٤٤، الأشباه والنظائر للسيوطي، ج ٧، ص ٥٠٧.

٣٨ محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص ٣٢٢.

التصور - يكمن في مدى وجود أضرار تدل على وجود مصلحة في رفعها.

تعقيب

"خلاصة الخلاف الفقهي حول قبول الدعوى المقلوبة"

من يمنع سماعها يحتج بأن الدعوى شرعت لحفظ حق المدعي، وهو حر في حفظه، والمدعى عليه فقط هو الذي يجبر على الخصومة، لأنه مأمور بعدم الاعتداء على حق غيره، وليس له اختيار في ذلك، كما أنها مخالفة لقاعدة الإثبات وهي البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وبالتالي فيقع عبء الإثبات في هذه الدعوى على المدعى عليه وليس المدعي على خلاف الأصل^{٣٩}.

ومن يجيز سماعها يرى أن هنالك ضرر واقع على المزعوم ضده، ويلزم دفعه، و بالتالي فله مصلحة في رفع الدعوى، والمصلحة تعتبر شرط لقبول الدعوى عند فقهاء الشريعة، ولم ينصوا على ذلك صراحة لبدايته، وليس لعدم اعتباره، بدليل أنهم لا يقبلون الدعوى بالمجهول حتى يبينه، إلا في صور محدودة^{٤٠}.

المطلب الثاني

الموقف القانوني من الدعوى المقلوبة

يتعين لبيان الموقف القانوني من الدعوى المقلوبة التعرض لموقف التشريعات من تطبيقات هذه الدعوى، وبخاصة القانون المصري والنظام السعودي محور هذه الدراسة، ثم البحث في أحكام القضاء -في كلا التنظيمين- لاستخلاص موقف القضاء من تطبيقات هذه الدعوى، وأخيراً آراء الفقه الإجرائي في هذا الخصوص، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول

٣٩ محمد كامل بن محمود الطرابلسي: معين الحكام، دار الكتاب الإسلامي، ط١، ١٣٠٠هـ، ص٥٢، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ، ج١٧، ص٣١، مجمع الأنهر، ج٢، ص٢٥٠.
٤٠ الأشباه والنظائر للسيوطي، ج٧، ص٥٠٠.

موقف التقنين من تطبيقات الدعوى المقلوبة

لم تستعمل النظم الإجرائية المعاصرة - ومنها القانون المصري والنظام السعودي - اصطلاح "الدعوى المقلوبة"، غير أنها عرفت تطبيقات هذه الدعوى، وهو ما يعني إمكان رصد موقفها من الدعوى المقلوبة برصد موقفها من تطبيقاتها تحت مسميات أخرى.

وما يخصنا في هذا الصدد أن معظم الأنظمة القانونية - ومنها النظامين المصري والسعودي - قننت بعض تطبيقات الدعوى المقلوبة، وهو ما أراه اعترافاً صريحاً بقبول الدعوى المقلوبة كوسيلة إجرائية هامة وضرورية لحماية الحقوق والمراكز القانونية.

فقد اتفقت هذه النظم الإجرائية على قبول الدعوى المقلوبة في العديد من تطبيقاتها، ونستطيع رصد هذا الموقف في النظامين المصري والسعودي في التطبيقين التاليين:

التطبيق الأول: قبول دعوى دفع الضرر المُحدق

اتفقت قوانين المرافعات في النظم المقارنة ومنها في كل من مصر والسعودية على قبول بعض تطبيقات الدعوى المقلوبة، ومن هذه التطبيقات الدعاوى القائمة على دفع ضرر محتمل، وهو ما اصطلحت على تسميته بالمصلحة المحتملة.

إذ تنص المادة ٢/٣ من مرافعات على أنه "ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه"^{٤١}.

وقد جاء في المذكرة التحضيرية تعليقاً على مشروع نص المادة ٢/٤ من القانون السابق ٧٧ لسنة ١٩٤٩ أن "هذا الحكم الجديد يتيح من الدعاوى أنواعاً اختلف الرأي في شأن قبولها مع توافر المصلحة فيها، والمشروع في هذا يأخذ بما اتجه إليه الفقه والقضاء من إجازة هذه الأنواع من الدعاوى.

٤١ نص المادة ٢/٣ من قانون المرافعات الحالي رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، وهو يقابل نص المادة ٢/٤ من القانون السابق رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩.

وعلى أساس هذه الإجازة أجاز المشروع لمن يريد وقف مسلك تهديدي أو تحضيضي مؤذيين أن يكلف خصمه الذي يحاول بمزاعمه الإضرار بمركزه المالي أو بسمعته الحضور لإقامة الدليل على صحة زعمه، فإن عجز حُكم بفساد ما يدعيه، وحُرم من رفع الدعوى فيما بعد".

وقد انطلقت محكمة النقض من نص القانون ونص المذكرة المشار إليه وأست لقاعدة عامة مفادها فتح طريق التقاضي لكل طالب حماية قضائية، متى توافرت له مصلحة معتبرة حالة كانت أو محتملة.

فقررت أن "لأى فرد أن يرفع الدعوى التي يريد كلما كانت حاجته إلى الحماية القضائية لحق من الحقوق القانونية إما بسبب اعتداء وقع على هذه الحق بالفعل أو كان هناك مجرد تهديد جدي بالاعتداء على حقه"^{٤٢}.

ويرى البعض -وبحق- أن نص المادة وتفسيرها في المذكرة التحضيرية بمثابة قبول صريح لدعوى قطع النزاع -التي هي من أهم تطبيقات الدعوى المقلوبة-، حيث أدرك المشرع المصري أهمية هذه الدعوى واعتبارها وسيلة لحماية الحقوق والمراكز القانونية للأفراد من خطر التعرض لها^{٤٣}.

وعلى غرار نص المادة ٢/٣ من قانون المرافعات جاء نص المادة ١/٣ من نظام المرافعات الشرعية وبصورة شبه حرفية^{٤٤}.

٤٢ قضت بأنه "من المبادئ الدستورية أن "التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، ولم يحدد القانون الدعاوى التي يجوز رفعها وإنما أطلق له الحق في أن يختار الطريق الذي يراه ملائماً في إطار ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون المرافعات... في ضوء ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات السابق... وهو ما يدل على أنه لأى فرد أن يرفع الدعوى التي يريد كلما كانت حاجته إلى الحماية القضائية لحق من الحقوق القانونية إما بسبب اعتداء وقع على هذه الحق بالفعل أو كان هناك مجرد تهديد جدي بالاعتداء على حقه". حكمها في الطعن رقم ٤١٤٧، س٦٩ق، جلسة ٢٠١١/٦/١٣، والطعن رقم ٢٤٠٢، س٧١ق، جلسة ٢٠٠٢/٦/٢٦م.

٤٣ محمد سعيد عبدالرحمن، دعوى قطع النزاع، ص ١١٤.

٤٤ وهو نفس ما كانت تقرره المادة الرابعة من نظام المرافعات الشرعية الملغي رقم ٢١ لعام ١٤٢١هـ، راجع في تفصيل ذلك طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح نظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية بالمملكة العربية السعودية، دار حافظ للنشر والتوزيع، ١٤٢٨هـ/ ٢٠٠٧م، ص ٢٣١.

وهو ما انتهجته معظم قوانين الدول العربية منها نصوص المواد الثانية من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي^{٤٥}، والثالثة من قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني^{٤٦}، والثانية من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي^{٤٧}، والأولى من قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري^{٤٨}، والخامسة من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني^{٤٩}.

التطبيق الثاني: الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه

قننت نصوص الإثبات في كل من مصر والسعودية بعض تطبيقات الدعوى المقلوبة، ومن قبيل ذلك ما يقرره نص المادة ٥٩ من قانون الإثبات المصري من أنه "يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يستفيد منه لسماع الحكم بتزويره ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة...".

بل إن محكمة النقض أسست من هذا النص مبدأً عامًا بقبول أي دعوى لإسقاط حجية دليل يخشى الشخص الاحتجاج به تجاهه في المستقبل، وأن الحق في هذه الدعوى لا يسقط بالتقادم مهما طال الزمن^{٥٠}.

وهو نفس ما أكده بصورة حرفية نص مادة ١٥٥ من نظام المرافعات

٤٥ قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي، الصادر بالمرسوم الأميري رقم ٣٨ عام ١٩٨٠م.

٤٦ قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم ٢٠٠٢/٢٩م.

٤٧ قانون الإجراءات المدنية الإماراتي الصادر عام ١٩٩٢م.

٤٨ قانون المرافعات المدنية والتجارية القطري رقم ١٣/١٩٩٣م.

٤٩ قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني الصادر بمرسوم رقم ١٢ لسنة ١٩٧١م.

٥٠ قضت بأن "الشارع في المادة ٥٩ من قانون الإثبات قد خول لمن يخشى الاحتجاج عليه بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيدون منه لسماع الحكم بتزويره بمقتضى دعوى أصلية حتى إذ ما حُكم له بذلك أمن الاحتجاج عليه بهذا المحرر في نزاع مستقبلي. ومن ثم فهي بهذه المثابة رخصة تؤثر صاحبها بمكنة الالتجاء للقضاء دائماً أبداً لإثبات تزوير محرر مسند إليه، وإسقاط حجتيه في الإثبات، فلا تسقط بالتقادم مهما طال الأمر على ارتكاب جريمة التزوير، ولا يقف حائلاً دونها عدم تحريك الدعوى الجنائية بالتزوير قبل تقادمها، ولا تتأثر بانقضائها بالتقادم" حكمها في الطعون أرقام ٣٦٦٤، س٧٠ق، جلسة ٢٦/٤/٢٠١٢، ٤٣٣٤، س٦١ق، جلسة ٢٦/٤/١٩٩٧، ٣٣٩٢، س٥٩ق، جلسة ١٦/١٢/١٩٩٦.

الشرعية، ثم جاءت المادة ٣/١٥٥ من اللائحة التنفيذية لهذا النظام متضمنة النص على أن "للمدعي أن يطلب في هذه الدعوى أخذ الورقة ممن هي بيده والتهميش عليها بالإلغاء".

وفي ذات السياق جاءت نصوص المواد ٣٤ من قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي، و ٢٢ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي، و ٢٢٨ من قانون المرافعات القطري، و ٣٧ من قانون الإثبات العماني، و ٢١ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية البحريني.

فهذه النصوص أقرت هذه الدعوى بمجرد وجود خشية من احتجاج شخص مستقبلاً بدليل غير صحيح، وهو ما لا يكون إلا بالزام هذا الشخص بتقديمها، مما مؤداه أن المدعي لن يتحمل أي عبء للإثبات في هذه الدعوى.

فحاصل الأمر أن المدعي عليه إما أن ينكر وجود هذه الورقة؛ وهنا سيحكم للمدعي بعدم وجودها وبعدم صحتها إن وجدت، أو أن يتمسك بصحتها فيصبح عليه أن يقدمها للمحكمة، التي ستنتهي إما إلى صحتها ورفض دعوى المدعي أو تزويرها وإهدار قيمتها القانونية، والتهميش عليها بالتزوير، وفي الحالتين لن يتحمل المدعي أي عبء للإثبات.

ولكون الدعوى المقلوبة في بعض تطبيقاتها من الدعاوى الوقائية التي تهدف للاحتياط بدفع ضرر محتمل؛ فهي مقبولة وفق نص المادة ١٥٥ من نظام المرافعات الشرعية.

وهكذا فإن تقنيات الدول العربية قررت قبول الدعوى المقلوبة في حالتها الاحتياط لدفع ضرر محقق، والاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه^{٥١}.

٥١ ورغم استعمال النصوص المذكورة في هذا الفرض مصطلح محرر مزور أو ورقة مزورة غير أن رأياً في الفقه ذهب إلى اعتبارها تتضمن حكماً عاماً بقبول الدعاوى بطلب إثبات ما قد يزول دليله عند النزاع فيه مستقبلاً، منصرف لجميع طرق وأدلة الإثبات. راجع هذا الرأي لدى أحمد صدقي محمود، نظام المرافعات الشرعية في

وما يهمننا هو التأكيد على قبول الدعاوى التي تتصرف المصلحة فيها إلى مجرد الضرر المحتمل، باعتبارها من تطبيقات الدعوى المقلوبة، لكونها تتسع لتشمل الدعاوى الوقائية ذات المصلحة المحتملة.

غير أن القول بقبول هذه الدعاوى يجب ألا يتوسع فيه بالصورة التي تخرجها عن مفهوم الدعوى أصلاً، فلا تقبل الدعوى لمجرد توهم وجود مصلحة دون وجود أية شواهد أو براهين أو دلائل على هذه المصلحة، ولذا فصلت اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية في الأمر، حيث جاء في المادة الثالثة منها: "١- تستظهر الدائرة وجود مصلحة للطالب من جلب نفع أو دفع ضرر، وترد مالا مصلحة فيه، سواء كان الطلب أصلياً أم عارضاً. ٢- يقبل الطلب إذا كان غرض صاحبه منه دفع ضرر محقق تدل القرائن المعتمدة على قرب وقوعه"^{٥٢}.

إذن يمكننا القول بأن المنظم السعودي فرق -في تنظيمه للدعاوى الوقائية؛ وبالتالي مدى قبولها- بين فرضين:

الفرض الأول: أن تقوم مخاوف المدعي على قرائن أو دلائل معتبرة، تدل على وجود ضرر محتمل، مع قرب وقوعه، وهنا لا شك في وجود مصلحة للمدعي من دعواه، تتمثل في دفع الضرر المحقق "المحتمل".

الفرض الثاني: انتفاء القرائن أو الدلائل المعتبرة على وجود ضرر محتمل؛ بما يعني أن مخاوف المدعي مجرد أوهام بخَلْدِه، أو مخاوف نفسية ذاتية لا يوجد شواهد واقعية عليها، وهنا لا يمكن قبول دعواه، لعدم وجود المصلحة المعتبرة قانوناً، رغم وجود احتمال بإمكان تحقق مخاوفه^{٥٣}.

تعقيب

المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٣٧هـ/ ٢٠١٥م، ص ١٩٢. ٥٢ وقد كانت نفس المادة من المذكرة التنفيذية للنظام السابق تعرف الضرر المحقق، حيث كانت تنص على أنه "يقصد بالضرر المحقق: أن الاعتداء على الحق لم يقع، غير أن هناك قرائن معتبرة تدل على قرب وقوعه". ٥٣ لزيادة الأمر تفصيلاً راجع محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص ٣٢٣.

بتدقيق النظر أرى أن المصلحة القائمة مفترض لقبول جميع الدعاوى بما فيها الدعاوى الوقائية، وأن القائم على التقنين لم يكن موفقاً في استعماله اصطلاح المصلحة المحتملة في النصوص المشار إليها، سواء في القانون المصري أو النظام السعودي أو غيرها من القوانين العربية.

ذلك أن الاستعمال المصطلحي كرس تناقضاً فيما تضمنته تلك النصوص من أنه "تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه"، فالقيد الوارد على المصلحة المحتملة ينفي عنها معنى الاحتمال، فهل وجود ضرر محقق لا تقوم به المصلحة؟، ألا تكفي الخشية المذكورة لتأكيد وجود مصلحة قائمة وحالة تتمثل في مواجهة هذه الخشية؟.

ولذا يجب التمييز بين المصلحة القائمة في دفع ضرر محتمل وبين المصلحة المحتملة، وذلك في إطار اعتبار المصلحة شرط لازم لقبول الدعاوى، فالمصلحة المحتملة لا تكفي لقبول الدعوى، في حين أن وجود ضرر محقق أو خشية من ضرر مستقبلي مع وجود قرائن ودلائل على هذه وذاك يكفي تأكيداً على وجود مصلحة قائمة وليست محتملة.

والخلاصة إذن أن قواعد المرافعات -في كل من مصر والسعودية- تشترط لقبول الدعوى وجود مصلحة قائمة، سواء تمثلت في مواجهة أضرار متحققة أو أضرار مستقبلية دلت عليها الدلائل وقامت عليها القرائن^{٥٤}.

وهو ما يعني أن التقنين يسمح بقبول العديد من تطبيقات الدعوى المقلوبة، استناداً على توافر المصلحة المعتبرة لقبولها.

الفرع الثاني

موقف القضاء من قبول الدعوى المقلوبة

٥٤ ما ورد بالمتن يتمشى مع القاعدة التي تقر أنه "لا دعوى حيث لا مصلحة"، وأن "المصلحة هي مناط الدعوى"، وأن أساس شرط المصلحة هو أن وقت المحاكم يجب ألا يضيع سدى في نظر قضايا لا يستفيد أحد من الحكم فيها، وأن الدعوى ليست غاية في ذاتها، وإنما هي وسيلة للحصول على حماية قضائية معينة. راجع في تفصيل ذلك وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص ٩٢.

تباين التطبيق القضائي في خصوص قبول الدعوى المقلوبة تبايناً واضحاً بين القضاء المصري والقضاء السعودي، مع التأكيد على عدم استعمال القضاء المصري اصطلاح الدعوى المقلوبة، ولذا تكون المقارنة بين القضاءين بالنظر إلى تطبيقات هذه الدعوى في القضاء المصري ولو لم تسمى بالدعوى المقلوبة، ويمكن رصد موقف كلا القضاءين على النحو التالي:

أولاً: موقف القضاء المصري من تطبيقات الدعوى المقلوبة

ذكرت في غير موضع عدم وجود ما يسمى بالدعوى المقلوبة في تطبيقات القضاء المصري، غير أن جميع دعاوى التي يصفها القضاء السعودي بالدعوى المقلوبة وفق تحديد معنى هذا المصطلح في مطلع هذه الدراسة وجدت تطبيقاً لها في أحكام القضاء المصري الذي استقر على قبولها.

ومن قبيل ذلك ما استقر عليه القضاء المصري - منذ أمد بعيد - من قبول دعوى قطع النزاع، وذلك استناداً إلى أن المعول عليه في قبول الدعوى توافر شروط قبولها، فإن وجد أن للمدعي مصلحة شرعية محققة في رفعها تعين قبولها، وهو ما يتحقق في الدعوى المقلوبة^{٥٥}.

وتطبيقاً لذلك قبلت محكمة الإسكندرية الابتدائية دعوى رفعها أحد الأشخاص على إحدى المصالح الحكومية ينكر فيها مطالبة هذه المصلحة له بدفع مبلغ معين وتهديدها إياه بالحجز الإداري، مقرر أن هذه الدعوى ترمي إلى الاحتياط لدفع ضرر محقق، وأن عبء إثبات الدليل وتقديمه يقع -إزاء إنكار المدعي- على عاتق المصلحة المدعى عليها^{٥٦}.

ومن تطبيقات الدعوى المقلوبة في أحكام القضاء المصري دعوى إنكار النسب بعد انتهاء علاقة الزوجية، وإسناد المطلقة مولودها لطلقها رغم

٥٥ أبو هيف، المرافعات، ص ٣٢٧.

٥٦ أنظر أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، ١٩٧٩م، ص ٣٢٧، في تعليقه على حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية في ٢٣/٥/١٩٤٥م، المنشور بمجلة التشريع والقضاء، العدد ١، ص ٧.

انقضاء أكثر من عام بين بينونة الطلاق والولادة، ذلك أنه وفقاً لنص المادة ١٥ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩م لا يثبت نسب ولد المطلقة إذا أنتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق، وهو ما يعني أنه إذا رفع المطلق دعوى نفي نسب حال توافر مقتضى حكم هذا النص فلا يقع عليه عبء إثبات نفي النسب وإنما يقع على المطلقة عبء إثبات ثبوت النسب رغم انقضاء سنة بين الطلاق والولادة^{٥٧}.

وهو ما حدث بالفعل في العديد من تطبيقات القضاء المصري منها الدعوى التي رفعها المطلق لنفي نسب طفلتين نسبتهما له طليقته علماً بأن الطفلة الأولى ولدت في ١٩٨٥/٥/٢ والثانية في ١٩٨٧/٣/٢٤ وأن الطلاق تم في ١٩٨٣/٢/٥، حيث قضت المحكمة بنفي النسب دون إلزام المدعي بأية إثباتات نظراً لكون النسب يأتي على خلاف الثابت فرضاً بنص القانون، وعجز المدعي عليها عن إثبات زواج جديد أو وجود شبهة يمكن إثبات النسب بها^{٥٨}.

ثانياً: موقف القضاء السعودي من قبول الدعوى المقلوبة

متأثراً برأي جمهور الفقه الإسلامي استقر القضاء السعودي على عدم قبول الدعوى المقلوبة، ذلك أن العديد من الأحكام القضائية أشارت صراحة إلى أن سندها في عدم قبول هذه الدعوى كونها لا تسمع عند الفقه الإسلامي.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الخصوص حكم المحكمة العامة بمحافظة الدائر بني مالك، في القضية التي قال فيها المدعي أن المدعى

٥٧ بالطبع لا تعد دعوى إنكار النسب بصفة عامة من تطبيقات الدعوى المقلوبة، ذلك أن مجرد الإنجاب في ظل علاقة زوجية قائمة أو خلال سنة من انتهائها يؤدي إلى ثبوت النسب، ويقع على عاتق الأب إثبات انتفاء النسب إذا ما ادعاه، وسبب اعتبار التطبيق الوارد بالمتن من تطبيقات الدعوى المقلوبة أن علاقة الزوجية قد مضى على انقضائها أكثر من سنة؛ بما يعني عدم افتراض ثبوت النسب ابتداءً، بل ووجود قرينة قانونية بانتفاء النسب، ولما كان المطلق رفع دعوى لنفي ما ليس بثابت فهي من تطبيقات الدعوى المقلوبة، التي وقع فيها عبء الإثبات على المدعي عليه "المطلقة".

٥٨ حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢٩، س ٦١ق، جلسة ١٥/٩/١٩٩٢م.

عليه يزعم اعتدائه على قطعة أرض مجاورة له، وطلب فيها إلزام المدعى عليه إذا كانت له دعوى أن يثبتها حتى يتخارج شرعاً معه، وقد جاء في هذا الحكم "...وبناء على ما تقدم من الدعوى وحضور المدعى عليه ولعدم حاجتنا للإجابة كون الدعوى مقلوبة فقد صرفت النظر عن الدعوى وأُخليت سبيل المدعى عليه، و بإفهام الطرفين الحكم قرر المدعى عليه القناعة والمدعي عدمها، وصدق الحكم من محكمة التمييز"^{٥٩}.

كما أكد القضاء السعودي عدم قبول الدعوى المقلوبة استناداً على المقرر شرعاً عند جمهور الفقهاء بأن "المدعي هو الذي يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه وهو لا يجبر على إقامة الدعوى، لأن المدعي إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها"^{٦٠}.

ولم تنحصر هذه التطبيقات في جهة قضائية دون سواها، ففي خصوص القضاء الإداري استقرت أحكام ديوان المظالم على ذات المبدأ المتمثل في عدم قبول الدعوى المقلوبة.

ومن قبيل ذلك حكم المحكمة الإدارية بأنه "...وحيث إن الشركة المدعية تهدف من دعواها بحسب ما قرره وكيلها الشرعي في هذه الجلسة إلى طلب منع المدعى عليه من مطالبة موكلته بأية مبالغ مالية بموجب ما تم الاتفاق

٥٩ الحكم منشور بمدونة الأحكام القضائية، تصدر عن الإدارة العامة لتدوين ونشر الأحكام بوزارة العدل، الإصدار الثاني، ٢٠٠٧م، ص ٢٦٨، رقم الصك ١٨، بتاريخ ١٦/١/١٤٢٨هـ، مصدق من محكمة التمييز بالقرار رقم ١/٦/٣١٢ وتاريخ ٢٩/٢/١٤٢٨هـ.

ومن الجدير بالذكر أن القضاء السعودي استقر على استعمال مصطلحات "عدم سماع الدعوى"، و"رد الدعوى"، و"صرف النظر عن الدعوى" للدلالة على عدم قبول الدعوى.

٦٠ الحكم الصادر في القضية رقم ٢/٣١٦/ق لعام ١٤٢٧هـ، رقم الحكم الابتدائي ١٤٩/د/تج/١٣ لعام ١٤٢٨هـ، رقم حكم التدقيق ٧٦/ت/٣ لعام ١٤٢٩هـ، منشور بمدونة الأحكام القضائية، الأحكام والمبادئ التجارية لعام ١٤٢٩هـ، المجلد الأول، ص ٢١٨.

وراجع كذلك الحكم الصادر بالصك رقم ٣٣٤٣٠٥٦١ وتاريخ: ١٨/١٠/١٤٣٣، رقم الدعوى ٣٣٣٦١٧٩، رقم قرار التصديق من محكمة الاستئناف ٣٤١٦٨١ تاريخه ٤/١/١٤٣٤، منشور بمجموعة الأحكام القضائية لعام ١٤٣٤، ج٤، ص ٢٦٣.

عليه بمحضر الصلح والمخالصة النهائية الموقعة بين الطرفين، وحيث إن النظر في قبول الدعوى وسماعها سابق بحكم اللزوم على النظر في موضوعها واستمرار المرافعة بها ولما كان من شروط إقامة الدعوى المالية وقبولها أمام القضاء أن تكون في حق مالي يطالب صاحبه به أو من ينوب عنه طلب الحكم له بذلك الحق ضد مدعاً عليه، ولما كان من المقرر عند جمهور الفقهاء بأن المدعي هو الذي يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه وهو لا يجبر على إقامة الدعوى، لأن المدعي إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها؛ وبالتالي فلا ينطبق هذا التعريف على دعوى المدعية في هذه القضية باعتبار أن دعوها المحررة أمام الدائرة هي في حقيقتها مقلوبة، ورد في شرح منتهى الإرادات ما نصه (ولا تسمع دعوى مقلوبة بأن يترافع اثنان إلى حاكم فيقول أحدهما: أدعي على هذا أنه يدعي علي ديناراً مثلاً فاستخلص له أنه لا حق له قبلي فلا يسمع منه ذلك، وسميت مقلوبة لأن المدعي فيها يطلب أن يعطى المدعى عليه، والمدعي في غيرها يطلب أن يأخذ من المدعى عليه فانقلب فيها القصد المعتاد) ولما كان الأمر كذلك وهو حال دعوى المدعية في هذه القضية، فإن الدائرة تنتهي إلى عدم سماعها وبه تقضي الدائرة، لذلك حكمت الدائرة بعدم سماع الدعوى في هذه القضية لما هو موضح بالأسباب، وإعلان الحكم قرر المدعى عليه قناعته وقرر وكيل المدعية عدم القناعة... وحكمت هيئة التدقيق بتأييد الحكم فيما انتهى إليه من قضاء^{٦١}.

فالقضاء السعودي مستقر على عدم سماع الدعوى المقلوبة انطلاقاً من رأي جمهور الفقه الإسلامي بعدم صحة هذه الدعوى؛ وبالتالي عدم سماعها^{٦٢}.

ومن قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العامة بينبع حيث أقام المدعي دعوها ضد المدعى عليه طالباً إلزامه بإثبات شراء المدعي منه سيارات مع

٦١ مجموعة الأحكام التجارية، ص ٢١٦، القضية رقم ٣١٦/٢/ق لعام ١٤٢٧هـ،
مصدق بحكم هيئة التدقيق رقم ٧٦/ت/٣ لعام ١٤٢٩ وتاريخ ١٤٢٩/٣/٧هـ.
٦٢ منصور بن يونس بن صلاح الدين الحنبلي، كشاف القناع، ج ٦، ص ٣٣١.

بيان أنواعها وتواريخ الشراء والبيع وعقودها وعن طريق أي معرض أو شركة، وذلك لأن المدعى عليه تقدم بسندات حررها المدعي لأمره إلى جهة شبة قضائية وادعى أنها مقابل ثمن سيارات، و نظرًا لأن دعوى المدعي من قبيل الدعوى المقلوبة، ولأن الدعوى المقلوبة لا تسمع، لذا فقد قرر القاضي صرف النظر عن الدعوى، فاعترض المدعي، ثم صُدِّقَ الحكم من محكمة الاستئناف^{٦٣}.

وخلاصة القول في موقف القضاء السعودي عدم سماع الدعوى المقلوبة، وهذا مقطوع به من التطبيقات القضائية التي تمت الإشارة إلى بعضها، فضلاً عن تصريح رئيس محاكم منطقة المدينة المنورة بأن "الدعوى المقلوبة لا تسمع"^{٦٤}.

غير أن هناك حديث عن توجه قضائي ضعيف في حالات متفرقة إلى سماع هذه الدعوى لما فيها من تحقيق مصلحة للمدعي بكف أذى المدعى عليه^{٦٥}.

وفي خصوص موقف قضاء بعض الدول الخليجية الأخرى من تطبيقات الدعوى المقلوبة فقد جاء موقف القضاء الإماراتي^{٦٦} والكويتي^{٦٧} مغايراً لما استقر عليه القضاء السعودي، فقد تبنى كلا قضاء الدولتين موقفاً مختلفاً عن موقف القضاء السعودي، وأخذ بجواز نظر دعوى قطع النزاع وسماعها

٦٣ حكم المحكمة العامة ببنبع، بالصك رقم ١٤٣٤/٣٤٥٣٦٥٢٣، منشور بمجموعة الأحكام القضائية، المجلد الثالث عشر، ١٤٣٨هـ، ص ٤٥٨.

٦٤ تصريح للدكتور/ صالح المحميد، بمقالة نشرت بجريدة اليوم بتاريخ ١٦/٧/٢٠٠٢م، تحت عنوان: "نظام المرافعات تصدى للدعاوى الكيدية في المحاكم، راجع رابط الجريدة:

<http://www.alyaum.com/article>

٦٥ مقالة للقاضي/ منصور بن فايز الثبيتي، بعنوان "أبرز الأحكام المتفاوتة التي وقعت أو محتملة الوقوع في التطبيق القضائي السعودي"، منشورة على الرابط: <http://www.saaaid.net/bahoth>.

٦٦ حكم محكمة النقض الإماراتية في الطعن رقم ٦٣٣، س٧ق، جلسة ٢٠/٣/٢٠١٣، المكتب الفني للمحكمة الاتحادية العليا، مجموعة الأحكام والمبادئ القانونية الصادرة من محكمة النقض الإماراتية من الدوائر المدنية والتجارية، ج٢، ٢٠١٣م، ص ١٤٠.

٦٧ حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٩١، جلسة ٤/١١/٢٠٠٨.

- كأحد تطبيقات الدعوى المقلوبة - متى ما توافرت شروطها.

الفرع الثالث

موقف الفقه من الدعوى المقلوبة

نظرًا لعدم وجود نصوص قانونية حاسمة في أمر قبول بعض تطبيقات الدعوى المقلوبة فقد أثير اختلافًا فقهيًا واسعًا بصدد كل تطبيق من تطبيقاتها، وللوقوف على موقف الفقه من الدعوى المقلوبة يكفي تناول موقفه من أحد تطبيقاتها تدليلاً على موقفه من جميع هذه التطبيقات تجنباً للتكرار، ولعل من أبرز الأمثلة على ذلك ما أثير من خلاف بصدد تحديد مدى قبول دعوى قطع النزاع كأهم تطبيقات الدعوى المقلوبة.

ودعوى قطع النزاع هي الدعوى التي يرفعها شخص ضد من أثار مزاعم ضارة به يطلب فيها قيام المدعى عليه بإثبات صحة مزاعمه أو الكف عنها^{٦٨}.

وقد اختلف الفقه في أمر قبولها بين مبيح ورافض، ولكل حججه وأدلته وذلك على النحو التالي:

الاتجاه الأول: عدم قبول دعوى قطع النزاع

يرى أنصار هذا الاتجاه عدم قبول هذه الدعوى لكونها برأيهم لا تنطوي على المصلحة القانونية اللازمة لقبول الدعاوى، فضلاً عن وجود بدائل

٦٨ من أمثلتها أن يشيع شخص مديونية تاجر له، وضعف المركز المالي لهذا التاجر، بما ينال من السمعة التجارية للتاجر فيرفع هذا التاجر دعوى قضائية يطلب من ذلك الشخص المثول أمام القضاء وإثبات حقيقة ما أشاعه أو أن يكف عن هذا المسلك، وكذلك أن يدعي شخص نسبه من مورث شخص آخر، وأنه يرث هذا المورث دون هذا الشخص، أو من يزعم أن له حق ارتفاق على عقار مما يؤدي إلى إحجام المشترين أو انخفاض قيمة العقار عند بيعه. راجع لزيادة التفصيل وجدي راغب فهيمي - مبادئ - ص ١٢٤.

إجرائية أخرى تحول دون اعتبار قبولها من تطبيقات الضرورة الإجرائية، ويمكن إيجاز أبرز حجج هذا الاتجاه وأدلته في النقاط الآتية^{٦٩}:

أولاً: تنطوي هذه الدعوى على مخالفة صريحة لمبدأ "حرية اللجوء للقضاء"، فهذا المبدأ يعطي لكل شخص حرية اللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه، في أي وقت شاء، دون أن يجبره أحد على هذا، بيد أنه في هذه الدعوى نجد أن المدعي يجبر المدعى عليه -الزاعم- على المثول أمام القضاء لإثبات ما يدعيه خارج مجلس القضاء وإلا ألزمه القضاء بالكف عما يزعمه.

ثانياً: تؤدي هذه الدعوى إلى قلب عبء الإثبات، ذلك أن القواعد العامة تلقي بعبء الإثبات على كاهل المدعي، بيد أن هذه الدعوى تلقي بهذا العبء على كاهل المدعى عليه، بل إن هذه الدعوى قد تتخذ ذريعة لمن لا يملك أدلة بأن يتقدم إلى المحكمة بدعوى قطع نزاع ليتخلص من عبء الإثبات ويحمله المدعى عليه.

ثالثاً: عدم توافر شرط المصلحة في هذه الدعوى، ذلك أن مصلحة المدعي "المزعوم ضده" ماهي إلا مصلحة محتملة لا يعتد بها، والمصلحة المعتبرة لقبول الدعاوى هي المصلحة القائمة الحالة.

رابعاً: توافر وسائل أخرى لحماية الشخص من المزاعم التي يتعرض لها، ولا داعٍ لإقرار هذه الدعوى، حيث يمكنه دفع الضرر الواقع عليه من المزاعم بدعوى تعويض.

الاتجاه الثاني: قبول دعوى قطع النزاع

على عكس الاتجاه الأول يرى أنصار هذا الاتجاه قبول هذه الدعوى، انطلاقاً من أن سكوت التنظيم الإجرائي عن تقنينها يعد إقراراً لقبولها، لكون الأصل قبول الدعاوى انطلاقاً من عمومية حق الدعوى، متى توافرت

٦٩ في عرض أدلة هذا الاتجاه راجع محمد سعيد عبدالرحمن، دعوى قطع النزاع، ص ١٢٩.

الشروط المعتبرة لقبول الدعاوى، وهي متحققة في هذه الدعوى، ويعضضون رأيهم بالعديد من الحجج والردود على الرأي المخالف^{٧٠}، وذلك على نحو ما يلي:

أولاً: أن قبول هذه الدعوى يتماشى مع مبادئ العدالة، ومن شأن القول بخلاف ذلك إلحاق الأذى بالشخص الذي يتعرض لادعاءات تمس سمعته أو أمواله أو أسرته، فالعدالة تقتضي تمكين المزعوم ضده من الرد على ما أثير بخصوصه من مزاعم، وخير وسيلة لذلك هي قطع دابر تلك المزاعم المثارة خارج مجلس القضاء من خلال إلزام مدعيها بإثباتها أمام القضاء أو الكف عنها.

ثانياً: أن القانون الروماني قد عرف هذه الدعوى كوسيلة لحماية حقوق الأفراد ومراكزهم القانونية من المزاعم والادعاءات التي تثار حولها من الغير خارج مجلس القضاء، فلا يستساغ منع قبولها في القوانين الحديثة!

ثالثاً: يتوافر لهذه الدعوى جميع شروط قبول الدعاوى، ومنها شرط المصلحة التي تتمثل فيما يترتب على ما أثير من مزاعم وادعاءات جدية تجاه رافعها من مضار محدقة وشيكة الوقوع، ولا يشترط -لتوافر هذه المصلحة- أن تبلغ تلك المزاعم والادعاءات حد الخصومة^{٧١}.

ولا يعني هذا تقرير قبول الدعوى لمجرد وجود أوهام في ذهن المدعي، إذ لا يكفي أن تكون هذه المزاعم مجرد تخرصات فارغة ليس لها أثر ضار يعتد به وإلا كانت الدعوى غير مقبولة، إذ يلزم وجود مزاعم جدية ذات أثر واضح

٧٠ في عرض هذه الحجج راجع أحمد هندي، قانون المرافعات، طبعة دار النهضة، ص ٤٧٨. نبيل عمر وأحمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٧، ص ٢١١. عبدالباسط جميعي. مبادئ المرافعات، ص ٣٣٧. وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص ١٣٣. محمد هاشم، قانون القضاء، ص ٥٥١. عبدالمنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة، ص ٢٢٩. أبو هيف، المرافعات، ص ٣٢٧. محمد سعيد عبدالرحمن، دعوى قطع النزاع، ص ١٣١.

٧١ وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص ١٣٣. عبدالمنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة، ص ٢٣١.

يمكن تلمسه والوقوف عليه^{٧٢}.

وللمدعي أن يثبت صدور هذه المزاعم من المدعي عليه بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود، باعتبار أن تلك الادعاءات والمزاعم ما هي إلا وقائع مادية يمكن إثباتها بالشهادة^{٧٣}.

فإذا ثبت صدور تلك الادعاءات - بكافة طرق الإثبات - فقد توافر شرط قبول هذه الدعوى، أما إذا لم تثبت هذه المزاعم والادعاءات، أو ثبتت غير أنها لم تكن ذات أثر ضار بأي من حقوق المدعي أو مراكزه القانونية؛ فيترتب على ذلك عدم قبول الدعوى لانعدام المصلحة^{٧٤}.

رابعاً: لا تتعارض هذه الدعوى مع مبدأ حرية الشخص في اللجوء إلى القضاء، فهذا المبدأ ليس مطلقاً، بل هو مقيد بالأحكام التي يكون في استخدامه ما يلحق الضرر بحقوق ومراكز الغير، فمن يرى أن له حقاً أو مركزاً قانونياً تجاه غيره يتعين عليه اللجوء إلى القضاء للمطالبة به، فإن لم يفعل واكتفى بإثارة المزاعم والادعاءات والشائعات فإنه بذلك يكون قد تعسف؛ الأمر الذي يجيز إجباره على المثول أمام القضاء كي يثبت مزاعمه وادعاءاته.

خامساً: لا تتعارض هذه الدعوى مع قاعدة "المصلحة أساس الدعوى"، باعتبار أن من أثير في مواجهته ادعاءات ومزاعم حول حقوقه ومراكزه القانونية له مصلحة في رفع هذه الدعوى لوضع حد لهذه المزاعم التي تسبب له أضراراً معتبرة، وهذه المصلحة تتمثل في دفع ضرر محقق.

سادساً: لا تخالف هذه الدعوى القاعدة العامة في الإثبات، فعبء الإثبات وإن كان يقع كقاعدة عامة على عاتق المدعي، إلا أنه ليس المقصود بالمدعي من يرفع الدعوى أو يبدأ بإجراءاتها، وإنما المدعي هو من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً^{٧٥}، وبما أن محل

٧٢ أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ١٥٣.

٧٣ أنيس المنصور: قانون البيئات الأردني، دار إثراء للنشر والتوزيع، ط ٢، ٢٠١٣م.

٧٤ محمد سعيد عبدالرحمن، دعوى قطع النزاع، ص ١٤٦.

٧٥ راجع أنيس المنصور، قانون البيئات الأردني، ص ٦١.

هذه الدعوى هو حق المدعى عليه الذي يزعمه ويدعي وجوده في مواجهة غيره؛ فإن عبء الإثبات يقع على عاتقه وفقاً للقواعد العامة^{٧٦}.

سابعاً: لا يمكن الاستعاضة عن دعوى قطع النزاع بدعوى التعويض لاختلاف موضوع وهدف الدعويين، فمضمون دعوى التعويض جبر ما وقع من ضرر؛ فلا يمكن رفعها إلا في حال تحقق هذا الضرر، وإلا حكم بعدم قبولها، أما دعوى قطع النزاع فمضمونها الوقاية من وقوع مثل هذا الضرر، وهكذا فههدف الأولى علاجي بينما هدف الأخيرة وقائي.

يضاف إلى ما سبق أن هناك تطبيقات للدعوى المقلوبة لا اختلاف حول قبولها لوجود نصوص تشريعية حاسمة بشأنها، منها في القانون المصري دعوى إنكار التوقيع^(٧٧)، ودعوى التزوير الأصلية^(٧٨)، والإجماع منعقد على تحمل المتمسك بوجود المحرر وصحته عبء إثبات ما يتمسك به^(٧٩).

المبحث الثاني

تقييم الوضع القائم بخصوص الدعوى المقلوبة

إن من أبرز الحجج التي طرحت -سواء في الفقه الإسلامي أو تطبيقات القضاء السعودي أو من الفقه الإجرائي- للقول بعدم قبول الدعوى المقلوبة كونها تنقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه، خروجاً على القاعدة الأصولية التي تقرر أن "البينة على المدعي"؛ بما يعني أنها تأتي خروجاً على حكم القواعد العامة في الإثبات؛ ولذا لا تقبل.

ذلك أن لتحديد المتحمل بعبء الإثبات بالغ الأهمية، إذ إن تكليف أحد

٧٦ وجدي راغب، مبادئ القضاء، ص ١٣٤.

٧٧ تنص المادة ١/١٤ على أن "يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة".

٧٨ تنص المادة ١/٥٩ على أنه "يجوز لمن يخشى الاحتجاج بمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة".

٧٩ أشرف جابر سيد مرسي: موجز أصول الإثبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص ١٩٢.

أطراف الدعوى بالإثبات يجعل الطرف الآخر في مركز إجرائي أفضل، وقد يكسب الدعوى بدون جهد يبذله لمجرد إخفاق المتحمل لعبء الإثبات في إقامة الدليل على ما يتمسك به^(٨٠).

غير أن هذا الطرح يحتاج إلى تأمل ومحاولة للإجابة على عدة تساؤلات، تسهم إجابتها في فهم أعمق لمعنى القاعدة الأصولية المشار إليها، وتقييم أضبط لموقف القضاء السعودي من هذه المسألة، فالتساؤل الأول: من هو المدعي المتعين تحميله بعبء الإثبات؟^{٨١}، والتساؤل الثاني: ما علاقة عبء الإثبات بقبول الدعوى؟^{٨٢}، والتساؤل الثالث: ما البديل الإجرائي حال الامتناع عن قبول ما يسمى بالدعوى المقلوبة؟^{٨٣}.

غير أن الإجابة على هذا التساؤل تتوقف على إجابة السؤالين الأولين، فإن كان تحديد من هو المدعي، فضلاً عن تحديد علاقة عبء الإثبات بقبول الدعوى يؤدي إلى قبول الدعوى المقلوبة فلا حاجة إذن للبحث عن البديل المشار إليه.

وعلى ذلك نعرض لإجابة هذه الأسئلة فيما يلي:

المطلب الأول

تمييز المدعي عن المدعي عليه

٨٠ د. محمود الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، ط ١، دار الثقافة، عمان، ١٤٣١هـ، ص ٢٩.

٨١ تأتي أهمية الإجابة على هذا التساؤل في أنه إذا ما تبين أن المدعي المتحمل لعبء الإثبات ليس المقصود به رافع الدعوى فإن القول بعدم قبول الدعوى المقلوبة لأن المتحمل لعبء الإثبات هو المرفوع ضده الدعوى يضحى بلا أساس أو سند يبرره.

٨٢ تأتي أهمية الإجابة على هذا التساؤل في الوقوف على الرابط بين القول بعدم قبول دعوى لكونها تنقل عبء الإثبات من المتحمل به لخصمه حال صحة هذا القول، بمعنى بحث ما إذا كان من شروط قبول الدعوى بقاء عبء الإثبات على المكلف به بحيث لو تضمنت طبيعة الدعوى نقل عبء الإثبات تضحى غير مقبولة؟!.

٨٣ تأتي أهمية الإجابة على هذا التساؤل في معالجة وضع يتنافى مع فكرة الدولة القانونية بمفهومها المعاصر، فإذا ما وجد شخص يحتاج إلى حماية قضائية معينة لحق أو مركز قانوني، ثم أغلق باب القضاء في وجهة رغم مشروعية دعواه، فإلى أين يذهب؟، وهل من المستساغ الامتناع عن توفير الحماية القضائية لشخص يطلبها نظراً لحاجته إليها؟، وإن حدث ذلك فما البديل القانوني المتاح لهذا الشخص حينئذ؟.

للإجابة على التساؤل: من هو المدعي المتعين تحمله عبء الإثبات؟ يتعين الوقوف على ما إذا كان المدعي هو رافع الدعوى، إذ قد لا يكون كذلك، فإذا ما كان مقصود "المدعي" يختلف عن ذلك ذهب أساس عدم قبول الدعوى المقلوبة أدراج الرياح، وذلك في كل من الفقه الإسلامي والقانون، وهو ما أحاول الوقوف عليه من خلال التحليل التالي:

الفرع الأول

تمييز المدعي عن المدعى عليه في الفقه الإسلامي

من الأهمية بمكان لدى الفقه الإسلامي التمييز بين المدعي والمدعى عليه، بل إنه من أوجب الواجبات، ذلك أن فصل القضاء يدور على التمييز بين المدعي والمدعى عليه، حتى قيل بأن "من ميز بينهما فقد عرف وجه القضاء"^{٨٤}.

ويرتب الفقه الإسلامي على التمييز بين المدعي والمدعى عليه نتيجة هامة تتعلق بعبء الإثبات، إذ يروونه مقرر على المدعي بنص حديث رسول الله ﷺ "البنينة على المدعي واليمين على من أنكر"^(٨٥)، فالمدعي كما جاء في الحديث هو الذي يأتي بالبنينة، أما المدعى عليه فيحلف متى ما طلب المدعي إذا عجز عن إيجاد بينة لأنه هو الأصل.

ورغم أن المعهود عن معظم الباحثين المعاصرين في نقلهم عن الفقه الإسلامي عرض الآراء المتباينة والترجيح بينها فقط دون التعمق في مكنون هذه الآراء^{٨٦}، فضلاً عن الإشارة إلى وجود اختلافاً شديداً في الفقه الإسلامي

٨٤ قال سعيد بن المسيب رحمه الله- "من عرف المدعي والمدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما"، وقال ابن فرحون "علم القضاء يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه"، وقال القاضي شريح: "وليت القضاء وعندي أي لا أعجز عن معرفة ما يتخاصم إلى فيه، فأول ما أرتفع إلي خصمان أشكل عليّ أمرهما من المدعي ومن المدعى عليه". راجع إبراهيم عبدالصديق محمود، عبء الإثبات ومن يكلف به من الخصوم، مجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، السودان، ع ٣، يونيو ١٩٩٧، ص ١٩١.

٨٥ أحمد بن الحسين أبو بكر البيهقي: السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط ٣، ١٤٢٤هـ، ص ٤٢٧، رقم ٢١٢٠١.

٨٦ عبدالعزيز بديوي: قواعد المرافعات والقضاء في الإسلام، دار الفكر العربي، ص ٢٦.

حول التمييز بين المدعي والمدعى عليه، حتى قيل بأن هذه المسألة "مثار غموض شائك"^{٨٧}، إلا أن المتأمل في هذه الآراء -وتحديدًا فيما يتعلق بتحديد معيار التمييز بين كل من المدعي والمدعى عليه- يلحظ أمرًا غاية في الأهمية، بالغ الأثر، ألا وهو الوقوف على معيارين مختلفين لهذا التمييز، يتعلق أحدهما بالمفهوم الإجرائي للدعاء، وهو ما يمكن تسميته بـ "المدعي الإجرائي"، بينما يتعلق الثاني بالمفهوم الموضوعي للدعاء، وهو ما يمكن تسميته بـ "المدعي الموضوعي"، فالآراء المتباينة في الفقه الإسلامي لا اختلاف حقيقي بينها، وإنما يتعلق الأمر باختلاف الزاوية التي ينطلق منها كل رأي فقهي، وهو ما يمكن بيانه فيما يلي:

أولاً: المدعي الإجرائي

أورد الفقه الإسلامي معيارًا للتمييز بين كل من المدعي والمدعى عليه من الناحية الإجرائية، أي بالنظر إلى إجراءات التقاضي وحسم الخصومات، ومما قيل في هذا الصدد أن المدعي هو "من إذا تَرَكَ الخصومة تُرِكَتْ الخصومة عنه، أما المدعى عليه فهو من يجبر على الخصومة وإن تركها لم تترك عنه"^{٨٨}.

ورغم ما يؤخذ على هذا التعريف من أنه يتخذ من أثر التمييز بين المدعي والمدعى عليه معيارًا للتمييز بينهما، وهو ما يعد مصادرة على المطلوب، غير أنه لا يخلو من فائدة فيما يتضمنه من الإشارة إلى أن المدعي هو من يتوجه للقضاء رافعًا دعواه، وأن المدعى عليه هو من يجبر تبعًا لقيام الدعوى على المثل أمام القضاء للرد على ما يُدعى تجاهه، وأن

٨٧ محمود عبدالرحيم أحمد الديب: أسس الإثبات المدني في القانون المصري والقطري، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤، ص ١١٣.

٨٨ أبوبكر مسعود بن أحمد الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج ٦، ص ٢٢٤، محمد بن عبيد السليمي، العقد الثمين في أحكام الدعوى واليمين، مسقط، ١٩٨١، ص ١٥.

من يلجأ إلى القضاء "المدعي" يحق له التنازل عن إجراءات التقاضي وقتما شاء، وذلك بخلاف المدعى عليه الذي لا يمكنه التخلص من هذه الإجراءات.

وفي ذات السياق قيل بأن المدعي هو "من يثبت شيئاً، ومن يقول بالاختيار، وإذا سكت تُرك وسكوته، أما المدعى عليه فهو من ينفي شيئاً، وهو من يجيب بالاضطرار، ولا يترك وسكوته"^{٨٩}.

ثانياً: المدعي الموضوعي

وفق الراجح من الأقوال وهو رأي الجمهور فإن المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر أما المدعى عليه فهو من يكون الظاهر معه، فقد قيل بأن "المدعى عليه هو من يتمسك بالأصل أما المدعي فمن يتمسك بأمر حادث"^{٩٠}.

فأما الظاهر فقد مثلوا له بجزار ودباغ تنازعا جلدًا تحت يدهما أو لا يد عليه، فالجزار مدعًا عليه والجزار مدع، فإن كان تحت يد أحدهما فالحائز هو المدعى عليه، وكقاض وجندي تنازعا رمحًا، فالجندي مدعًا عليه والقاضي مدع، وكذا المودع والمودع لديه إن تنازعا في الرد، واختلاف الزوجين في متاع البيت، فالمدعى عليه في كل حال هو من تقوى جانبه بسبب من حياة، أو كون المتنازع عليه مما شأنه أن يكون له، والمدعي من مجرد قوله من هذا السبب^{٩١}.

وأما الأصل فقد مثلوا له بالاختلاف في رد القرض والوديعة المقبوضين بإشهاد، فالمقرض والمودع معهما الأصل فكل منهما مدعًا عليه في الرد، أما الإقراض والوديعة ابتداءً فالأصل عدمهما، فالتمسك بأيهما مدع

٨٩ شهاب الدين الحموي، أدب القضاء، ط١، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٤٠٤هـ، ص ٤٤١، محمد نعيم ياسين: نظرية الدعوى، ص ١٧٧، محمد الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة والقانون، ط١، ١٩٧١، دار البيان، ج٢، ص ٦٤٩، نصر فريد محمد واصل: القضاء وطرق الإثبات في الفقه الإسلامي، دار البيان، ١٩٩٤، ص ٨٨.

٩٠ المغني لابن قدامة، ج٦، ص ٣١٦.

٩١ التسولي، البهجة شرح التحفة، ج١، ص ٢٥، يوسف بن الحسن الحنبلي، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، دار البشائر، بيروت، ١٩٩٤، ص ٨٩.

والمتمسك بعدمهما مدعًا عليه^{٩٢}.

وتأكيدًا لهذا المعنى قيل "بإجماع أهل العلم على أن الأمين مؤتمن يحمل البراءة الأصلية في تصرفاته الموكولة إليه، وأنه لا يضمن درك تصرفه من خسارة أو ضرر أو تلف كلي أو جزئي مما تحت يده على سبيل الأمانة، ما لم يكن ذلك نتيجة تعدٍ أو إهمالٍ أو تقريط... فإن كان منه ذلك فعليه الضمان، فإن ادَّعي عليه بذلك فإن عبء إثبات الدعوى على المدعي"^{٩٣}.

الخلاصة

مما سبق يتضح لنا عدم وجود اختلاف حقيقي في الفقه الإسلامي فيما يتعلق بالتمييز بين المدعي والمدعى عليه، والاختلاف الظاهر في كتبهم ينطلق من اختلاف المفهوم أو محل التعريف ذاته، فالبعض في تمييزه بين المدعي والمدعى عليه ينطلق من التمييز بين مباشر الإجراءات ومن تباشر حياله، والبعض الآخر ينطلق من التمييز بين من له سند يقوي الحق في جانبه إما بأصل أو وضع ظاهر، ولا شك في عدم وجود اختلاف بين الاتجاهين لاختلاف محل البحث بينهما، فالأول يميز بين المدعي والمدعى إليه إجرائيًا بيد أن الثاني يميز بين المدعي والمدعى إليه موضوعيًا.

ولا شك أن محل الإثبات لا يتعلق بالإجراءات بل بموضوع الادعاء؛ وعليه فمن يتحمل عبء الإثبات وفق المبدأ العام في الشريعة الإسلامية من أن "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" هو من يدعي على خصمه أمرًا، لا فرق في ذلك بين شاكٍ ومشكو، فالقاعدة في الشرع أن البينة على من يدعي خلاف الأصل أو عكس الظاهر^{٩٤}.

الفرع الثاني

تمييز المدعي عن المدعى عليه في القانون

٩٢ السيوطي، الأشباه والنظائر، ج٧، ص٤٣، مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج٣، ص٥٧٨.

٩٣ عبدالله بن سليمان المنيع، حكم نقل عبء الإثبات على الأمانة، مجلة العدل، ع٤٨، شوال ١٤٣١هـ، ص٢.

٩٤ إبراهيم عبدالصاقد محمود، عبء الإثبات، ص١٩٤.

إن نقطة الانطلاق في تحديد من هو المدعي المتعين تحمله عبء الإثبات تكمن في التمييز بين القواعد الموضوعية والقواعد الإجرائية، ذلك أن لكل قواعد بيئتها التي تنتظمها؛ وتضفي عليها صبغتها^{٩٥}.

وهذا المنطق ليس بدعاً من الباحث بل مسلم به، فمحاولة الوقوف على المعنى الحقيقي لمصطلح ما تنطلق من البيئة التي يستعمل فيها هذا المصطلح، وهو أساس الوقوف على المعاني الاصطلاحية ومقابلتها بالمعاني اللغوية، والتعويل على المعنى الاصطلاحي، لكونه ما اصطلح واتفق عليه أهل العلم المستعمل فيه اللفظ^{٩٦}.

ومن هنا يأتي التساؤل عما إذا كان اصطلاح "المدعي" في القواعد الموضوعية يختلف عنه في القواعد الإجرائية؟.

أولاً: المفهوم الموضوعي للمدعي

المدعي فيما يتعلق بالقواعد الموضوعية هو من يتمسك بخلاف الظاهر،

٩٥ ذلك أن القانون قبل أن ينقسم إلى قانون عام وآخر خاص ينقسم إلى قانون موضوعي وآخر إجرائي، فالقانون الموضوعي ينظم العلاقات تنظيمًا أوليًا ومباشراً، بينما يأتي القانون الإجرائي للقيام بدور ثانوي خادماً للقانون الموضوعي إذ يعمل على نفاذ أحكامه حال تعطل التطبيق التلقائي لها.

راجع في تفصيل ذلك للمؤلف المسؤولة الإجرائية والمدنية للمحكم، دراسة تأصيلية وتحليلية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠١٠، ص ٢٥.

٩٦ ذلك أنه قد يتحد المصطلح القانوني ويختلف معناه بالنظر إلى البيئة التشريعية التي يستعمل في سياقها، حتى ولو اتحد الفرع القانوني الذي ينتمي إليه المصطلح، تمثيلاً لذلك تحديد معنى الغير في إطار القانون الإجرائي وتحديدًا قانون المرافعات، فوجد لها معنًا في إجراءات التنفيذ القضائي يختلف عن معناه في إطار الخصومة القضائية، ففي الخصومة القضائية يعد غيراً "كل من لم يُمثل أو يُمثل في الخصومة"، أما في مجال التنفيذ القضائي فيأخذ الغير معنًا أكثر تحديدًا حيث ينصرف إلى "كل من يلتزم بالاشتراك في إجراءات التنفيذ دون أن يكون طرفًا فيها، ودون أن يكون من الأشخاص القائمين على التنفيذ". راجع راغب فهمي - التنفيذ القضائي - ص ٢٩٠.

وهذا ثابت أيضًا في مجال الفقه الإسلامي فالبحث عن معنى لفظ ينتمي إلى علم الحديث ينطلق مما اصطلح عليه علماء الحديث، وبالمثل ينطلق البحث عن لفظ ينتمي إلى علم الفقه مما اصطلح عليه علماء الفقه، رغم كون كلا العلمين من العلوم الشرعية. وعليه لا يستساغ القول باتحاد معنى المدعي في مجالي القانونين الموضوعي والإجرائي إلا إذا كان المعنى متحد فعلًا بينهما.

ذلك أن الادعاءات التي تكون مطابقة للوضع العادي والطبيعي للأمور لا يكلف المتمسك بها عبء إثباتها، وهذا الوضع العادي يختلف بحسب نوعية الحقوق المالية، فالأصل في نطاق الحقوق الشخصية "براءة الذمة" من أي التزام؛ فإذا ادعى شخص أنه دائن لآخر فيكون قد ادعى خلاف الوضع الثابت أصلاً؛ ويكون عليه إقامة الدليل على ما يدعيه، أما المدعى مديونته فلا يكلف بأي إثبات لكونه متمسكاً بالوضع الثابت أصلاً ألا وهو براءة الذمة، فإذا نجح الدائن في إثبات الدين انتفى الوضع الثابت أصلاً وهو براءة الذمة، وأصبحت المديونية هي الوضع الثابت؛ وعلى من يتمسك ببراءة ذمته يقع عبء إثبات ذلك، أما الأصل في نطاق الحقوق العينية فهو وجوب احترام الوضع الظاهر، ذلك أن الحق العيني سلطة مباشرة لشخص على شيء، وهذه السلطة تخلق وضعاً ظاهراً لصالح من يباشرها فلا يكلف بإقامة الدليل على حقه العيني، ومن ثم يقع على من يدعي خلاف هذا الوضع أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه، فحائز المال يعد مالكة فإن نازعه آخر في الملكية وقع عبء الإثبات على هذا الأخير^(٩٧).

والظاهر عند فقهاء القانون له أنواع ثلاثة: أولها **الظاهر أصلاً** وهو الظاهر بحسب طبيعة الأشياء، وثانيها **الظاهر عرضاً** وهو ما ظهر بدليل أقيم عليه خلافاً للأصل، وثالثها **الظاهر فرضاً** "أو حكماً" وهو ما افترض القانون ظهوره، أي ما أقام القانون عليه قرينة قانونية بسيطة^{٩٨}.

وفي قضائها حددت محكمة النقض المعنى الموضوعي للادعاء، إذ اتخذت معياراً واضحاً ومحددًا للتمييز بين المدعي والمدعى عليه، هذا المعيار يكمن في مدى التمسك بعكس الثابت أصلاً أو بخلاف الظاهر،

٩٧ أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص ٢١، محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م، ص ٣٩، تامر محمد سليمان الدمياطي: إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٤٢٩هـ / ٢٠٠٨م، ص ١٢٩.

٩٨ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٢، الإثبات، تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، ٢٠٠٤، ص ٦٨، محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات، دار الجامعة الجديدة، ط ٢، ٢٠٠٠م، ص ١٠٧.

فالمدعي هو كل من يتمسك بعكس الأصل أو بخلاف الظاهر، وكل من يُتَمَسَكُ بهذا تجاهه فهو مدعاً عليه^{٩٩}.

ورببت محكمتنا العليا على هذا التمييز نتيجته المنطقية من الربط بين الادعاء وفق هذا المفهوم وعبء الإثبات^{١٠٠}.

وفي تأكيدها لهذا المعنى لم تميز محكمة النقض بين مقدم الطلب "وهو لا يكون إلا مدعيًا" وبين مقدم الدفع "والأصل أنه مدعاً عليه وإلا ما قدم دفعًا"، فمن يتمسك بعكس الأصل أو بخلاف الظاهر يعد مدعيًا بالنسبة للموضوع بغض النظر عما إذا كان طالبًا أو دافعًا، أي بغض النظر عما إذا كان رافعًا للدعوى أو كانت الدعوى مرفوعة ضده^{١٠١}.

ثانيًا: المفهوم الإجرائي للمدعي

٩٩ من تطبيقات ذلك ما قضت به من أن "من يتمسك بالثابت أصلًا لا يكلف بإثباته وأما من يدعى خلاف الأصل فعليه هو عبء إثبات ما يدعيه"، حكمها في الطعن رقم ٧٧٤٥، س٦٦ق، جلسة ٢٠٠٩/٢/٢، والطعن رقم ٧٣١، س٧٢ق، جلسة ٢٠١٣/١٢/١٠، والطعن رقم ٧٠، س٧٣ق، جلسة ٢٠١٣/٥/١٤، والطعن رقم ١٨٧٢، س٧٤ق، جلسة ٢٠١٦/١/١٧.

١٠٠ في تأكيدها تحمل من يتمسك بعكس الظاهر حكمًا عبء الإثبات قضت محكمة النقض بـ "حق صاحب العمل في إنهاء عقد العمل غير محدد المدة إذا توافر المبرر المشروع لهذا الإنهاء على أن يتحمل صاحب العمل عبء إثبات توافر المبرر لأنه هو الذي يدعى خلاف الثابت حكمًا". حكمها في الطعن رقم ١٨١٨، س٧٣ق، جلسة ٢٠٠٥/٤/١٧.

١٠١ من قبيل ذلك ما قرره من أن "صاحب الدفع هو المكلف بإثبات دفعه. كما أن المدعي هو المكلف بإقامة الدليل على دعواه بحكم المادة ٢١٤ من القانون المدني. فإذا دفع المدين بأنه من صغار الزراع فلا يجوز توقيع الحجز على ملكه كان عليه إثبات هذا الدفع. ذلك هو حكم القانون المدني، كما أنه حكم المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنة ١٩١٣ الخاص بعدم جواز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية الصغيرة، فإن هذه المادة بعد أن نصت على أنه "لا يجوز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية التي يملكها الزراع الذين ليس لهم من الأقطان إلا خمسة أفدنة أو أقل..". أضافت أنه "ليس للمدين أن يتنازل عن التمسك بهذا الحظر بل يجب عليه التمسك به لغاية وقت صدور حكم نزع الملكية على الأكثر وإلا سقط حقه فيه". وتمسكه بالحظر مقتضاه أن يتولى هو إثبات موجبه أي إثبات أنه زارع، وأنه لا يملك أكثر من خمسة أفدنة، وأنه كان كذلك وقت نشوء الدين. فإذا قضت المحكمة بقبول الدفع بعدم جواز الحجز بناءً على أن الدائن مع عدم إنكاره أن المدين يملك أقل من خمسة أفدنة لم يقدم ما يثبت أن المدين كان، وقت نشوء الدين، يملك أكثر من ذلك القدر، فإنها قد تكون قد خالفت قواعد الإثبات". حكمها في الطعن رقم ٣، س١٥ق، جلسة ١٩٤٦/١/٣.

المدعي من الناحية الإجرائية هو طالب حماية القضاء لحق أو مركز، ففي خصوص الطلب الأصلي الذي تفتتح به الخصومة فإن المدعي هو رافع الدعوى، وفي خصوص الطلبات العارضة فإن المدعي هو مقدم الطلب سواء كان هو رافع الدعوى ابتداءً "المدعي في الطلب الأصلي"، أو من رفعت ضده الدعوى ابتداءً "المدعى عليه في الطلب الأصلي"، أو كان من الغير "المتدخل هجومياً"^{١٠٢}.

ويميز فقهاء القانون الإجرائي بين المركز القانوني للخصم والحق الموضوعي، ويعددون مظاهر هذا التمييز التي تشمل الأساس والمصدر والمضمون والأشخاص وعدم التلازم.

فأساس الحق الموضوعي قواعد القانون الموضوعي أما أساس مركز الخصم فقواعد القانون الإجرائي، كما أن مصدر الحق الموضوعي أحد مصادر الحق المعروفة (العقد، الإرث، المسؤولية التقصيرية، ...)، أما مصدر المركز الإجرائي للخصم فإجراءات التقاضي، كذلك فإن مضمون الحق الموضوعي يختلف باختلاف الحقوق فقد يكون استعمال أو استغلال أو تصرف إذا كان الحق هو حق ملكية، وقد يكون عمل أو امتناع عن عمل إذا كان الحق شخصي، أما مضمون المركز الإجرائي للخصم فثابت ومتميز إذ يتمثل في المكنة الإجرائية الممنوحة للخصم من حقوق وواجبات وأعباء إجرائية، أيضاً من حيث الأشخاص فالقاضي على سبيل المثال من الغير بالنسبة للحق الموضوعي غير أنه من أبرز أشخاص الخصومة، وليس أدل على هذا التمايز من عدم التلازم بينهما، فقد يكون الشخص صاحب حق وليس خصماً في قضية، وقد يترك إجراءات الخصومة مع تمسكه بالحق محل الدعوى، وقد لا يكون الخصم صاحب حق، يشهد على ذلك كل حكم يصدر برفض الدعوى، إذ يتمتع المدعي بالمركز الإجرائي للخصم ثم يتبين أنه ليس صاحب حق^{١٠٣}.

١٠٢ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٢٢١.

١٠٣ وجدي راغب فهمي، دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم

ونظرًا لاندماج المفهوم الإجرائي للمدعي مع المركز الإجرائي للخصم، ولتعلق الإثبات بالحق الموضوعي، وتعلق شروط القبول بحق الدعوى، وتأسس منطق عدم قبول الدعوى المقلوبة على اختلال مركز المدعي وانطواء هذه الدعوى على نقل عبء الإثبات عنه؛ فمن الأهمية بمكان التمييز بين المركز الإجرائي للخصم وبين حق الدعوى.

فحق الدعوى هو حق إجرائي قائم بذاته يقرره القانون لصاحب الحق الموضوعي لطلب حماية القضاء عند الحاجة إليها، وليس أدل على الاستقلال والاختلاف بين هذين الحقين من تصور وجود أحدهما دون الآخر، فقد يوجد الحق الموضوعي دون أن يكون لصاحبه حق الدعوى، ويبدو هذا جليًا في التقادم الإجرائي.

فمن المقرر أن لمرور الوقت أثر مباشر على حق الدعوى يتمثل في إسقاطه، وحرمان صاحبه منه للأبد رغم بقاء حقه الموضوعي قائم، ومن قبيل ذلك أثر الوقت على زوال حق العامل في جميع الدعاوى الناشئة عن علاقة العمل بمرور عام من انتهاء العمل^{١٠٤}.

القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، مجلد ١٨، ١٤، ص ١٦١. ١٠٤ تنص المادة رقم ٦٩٨ من القانون المدني على أن "تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد..."، وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض بـ "تأييد الحكم المستأنف الذي قرر سقوط حق المطعون ضدهما في المطالبة بالعلوّة الشهرية لتقديم المطالبة بعد مرور عام من انتهاء علاقة العمل (حكمتها في الطعن رقم ١٨١١١، س٧٧ق، جلسة ٢٠٠٩/٢/٢٦، وكذا حكمتها في الطعن رقم ٤٤٤٦، س٦١ق، جلسة ١٩٩٧/٧/٥).

وهو نفس ما قرره نظام العمل السعودي الجديد (الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٥١) وتاريخ ١٤٢٦/٨/٢٣هـ، منشور بالجريدة الرسمية (أم القرى) بالعدد رقم (٤٠٦٨) وتاريخ ١٤٢٦/٩/٢٥هـ، المعدل بالمرسوم الملكي رقم (٤٦) وتاريخ ١٤٣٦/٦/٥هـ) في المادة ٢٢٢ منه فيما تتضمنه من النص على أن "١- لا تقبل أمام الهيئات المنصوص عليها في هذا النظام أي دعوى تتعلق بالمطالبة بحق من الحقوق المنصوص عليها في هذا النظام أو الناشئة عن عقد العمل بعد مضي اثني عشر شهرًا من تاريخ انتهاء علاقة العمل. ٢- لا تقبل أي دعوى تتعلق بمطالبة بحق من الحقوق المنصوص عليها في نظام العمل السابق بعد مضي اثني عشر شهرًا من تاريخ العمل بهذا النظام. ٣- لا تقبل أي شكوى عن المخالفات التي تقع ضد أحكام هذا النظام أو اللوائح والقرارات الصادرة بمقتضاه بعد مضي اثني عشر شهرًا من تاريخ وقوع المخالفة".

هذا: وفيما يتعلق بالتطبيق القضائي فإن محكمة النقض حاسمة في ضرورة التمييز بين الحق في الدعوى والحق الموضوعي محل الدعوى وإجراءات نظر الدعوى؛ ومن ثم ترتيب الآثار المنطقية والحتمية لهذا التمييز^{١٠٥}.

ومن تطبيقات ذلك في القانون التجاري تقادم الدعوى بالمطالبة بحق تجاري، وكذا المطالبة بالتعويض عن الضرر بمرور الزمن^{١٠٦}، وكذا دعوى التعويض عن المسؤولية الشخصية، والتعويض عن العمل غير المشروع^{١٠٧}.

١٠٥ تأكيداً لهذا المعنى قضت بأن "الدفع بعدم قبول الدعوى التي تستند به المحكمة ولايتها في نظر الدعوى، والذي نصت عليه المادة ١١٥ من قانون المرافعات وأجازت إبداءه في أية حالة كانت عليها الدعوى، هو الدفع الذي يرمي إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماح الدعوى، وهي الصفة والمصلحة والحق في رفع الدعوى، باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره كإنعدام الحق في رفع الدعوى أو سقوطه لسبق الصلح فيه أو لانقضاء المدة المحددة في القانون لرفعها، ونحو ذلك مما لا يختلط بالدفع المتعلق بشكل الإجراءات من جهة ولا بالدفع المتصل بأصل الحق المتنازع عليه من جهة أخرى، فإنه حيث يتعلق الأمر بإجراء أوجب القانون اتخاذه حتى تستقيم الدعوى فإن الدفع المبني على تخلف هذا الإجراء يُعد دفعاً شكلياً ويخرج عن نطاق الدفع بعدم القبول الوارد في المادة ١١٥ سالفه البيان، متى انتقت صلته بالصفة أو المصلحة في الدعوى أو الحق في رفعها، دون اعتداد بالتسمية التي تطلق عليه، لأن العبرة في تكييف الدفع هي بحقيقة جوهره ومرماه، وهو بهذه المثابة لا تستند به محكمة أول درجة ولايتها في نظر الدعوى بالحكم بقبوله، مما يتعين معه على المحكمة الاستئنافية إذا ألغت هذا الحكم أن تُعيد الدعوى إليها لنظر موضوعها لأنها لم تقل كلمتها فيه بعد، ولا تملك المحكمة الاستئنافية التصدي للموضوع، لما يترتب على ذلك من تقويت إحدى درجتي التقاضي على الخصوم". حكمها في الطعن رقم ٥٢٩٠، س٦٧ق، جلسة ٢٦/٦/٢٠١٠.

١٠٦ وفق نص المادة ٦٧ من قانون التجارة الحالي تتقادم دعوى المسؤولية بمضي ثلاث سنوات من تاريخ علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه، وتسقط هذه الدعوى بانقضاء خمس عشر سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع، ووفق نص المادة ٦٨ من ذات القانون تتقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم التجارية بمضي سبع سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام، وكذلك تسقط بمضي عشر سنوات الأحكام النهائية الصادرة في تلك الدعاوى، وهو ما قرره النظام السعودي في العديد من التطبيقات منها ما يقرره نص المادة ١١٦ من نظام الأوراق التجارية من أنه "لا تسمع دعاوى رجوع الحامل على المسحوب عليه والساحب والمظهر وغيرهم من الملزمين بعد مضي سنة شهر من تاريخ انقضاء ميعاد تقديم الشيك".

١٠٧ في تقادم دعوى التعويض عن المسؤولية الشخصية راجع حكم محكمة النقض في

كما أنه مما يقطع بتمييز حق الادعاء عن الحق الموضوعي اختلاف مدد التقادم الإجرائي على النحو المذكور في الفقرات السابقة عن التقادم الموضوعي الذي يتعلق بالحق الموضوعي، وهو ما ورد في نصوص التقنين المدني المصري تحت مسمى التقادم المسقط، الذي يترتب عليه انقضاء الحق الموضوعي^{١٠٨}.

والمدقق في أحكام النقض يلحظ تمييزها للمدعي بمعناه الإجرائي عنه بالمعنى الموضوعي، فرغم أنها كثيراً ما تذكر بأن المدعي هو من يتمسك بعكس الأصل أو بخلاف الظاهر - كما ذكر منذ قليل عند الحديث عن المفهوم الموضوعي للمدعي - إلا أنها لم تغفل بيان المدلول الإجرائي للادعاء، إذ تشير إلى المدعي بكونه من يحدد طلباته في صحيفة افتتاح الدعوى، وهذا هو المدعي بمفهومه الإجرائي^{١٠٩}.

بل إنها كانت حاسمة في عدم التعويل على الادعاء الإجرائي معياراً للادعاء في الموضوع، بحيث أن الدعوى قد ترفع من المدعي في الموضوع أو من المدعي عليه في الموضوع على السواء، إذ قضت بأنه "لا بد لقبول دعوى الشفاعة من اختصام الشفيع والبايع والمشتري وإن تعددوا في أول درجة أو في الاستئناف أو النقض وسواء كان رافع الدعوى أو الطاعن في الحكم هو الشفيع أو البايع أو المشتري"^{١١٠}.

هذا: ومن الجدير بالذكر أن النظام السعودي لم يتبنى من فكرة التقادم سوى التقادم الإجرائي لحق الدعوى، وهو في هذا وذاك متبع لفقه الشريعة

الطعن رقم ٩٦٣، س٥٨ق، جلسة ١٩٩٢/٦/٢٥، وفي تقادم دعوى التعويض عن العمل غير المشروع راجع حكمها في الطعن رقم ١٢٧٦، س٥٤ق، جلسة ١٩٩٠/٥/٧، والطعن رقم ٤٦٢، س٣٥ق، جلسة ١٩٧٢/١/١٩.

١٠٨ ينقسم التقادم الموضوعي في القانون المدني إلى تقادم طويل ١٥ سنة (م/ ٣٧٤)، تقادم متوسط ٥ سنوات و٣ سنوات (المواد ٣٧٥ و٣٧٦ و٣٧٧)، تقادم قصير سنة (م/ ٣٧٨).

١٠٩ راجع في تأكيد هذا المعنى حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٢٩٥، س٤٣ق، جلسة ١٩٧٧/١٢/٢١.

١١٠ حكمها في الطعن رقم ١٣٥٠، س٦٠ق، جلسة ١٩٩٣/٥/١٣، وكذا حكمها في الطعن رقم ٩٧٦، س٥٣ق، جلسة ١٩٨٩/١/٣٠.

الإسلامية الذي أكد لفظ فكرة تقادم الحقوق الموضوعية "محل الدعوى" في ذاتها، فالحق لا يسقط بالتقادم أبداً لما ينطوي عليه ذلك من أكل أموال الناس بالباطل، وإنما أجاز مجرد منع القضاة من سماع الدعوى مع بقاء الحق لصاحبه، وهذا جوهر التقادم الإجرائي لحق الدعوى، وملح آخر للتمييز بين الحقين الإجرائي والموضوعي^{١١١}.

الخلاصة

أن هناك فارق بين المدعي الإجرائي والمدعي الموضوعي، وأن عبء الإثبات يرتبط بالادعاء الموضوعي دون الإجرائي؛ وتمثيلاً لذلك فمن يرفع دعوى ضد جاره يطالب فيها بسد مطل لا يكلف "وهو المدعي إجرائياً" بعبء إثبات أن جاره ليس له حق ارتفاق بفتح هذا المطل، بل إن الجار "وهو المدعى عليه في الدعوى" عليه أن يثبت أن له حق ارتفاق يجيز فتح المطل، ذلك أن الأصل خلو العقارات من حقوق الارتفاق، فصاحب المطل هو المدعي من الناحية الموضوعية؛ وعليه -تبعاً لذلك- يقع عبء الإثبات^{١١٢}.

١١١ يذهب اتجاه تقليدي راجح في الفقه الإسلامي وشايعه الفقه المعاصر في عمومته إلى تقرير عدم سماع الدعوى إذا مضت مدة زمنية معينة على وجوب أداء الحق دون مطالبة به دون عذر معتبر، وسند ذلك مراعاة الوضع الظاهر وتحقيق الاستقرار، وأن لولى الأمر -بما له من سلطة تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحوادث- أن يمنع من سماع الدعوى بعد مدة معينة يحددها.

راجع في تفصيل ذلك بدائع الصنائع، ج ٦، ص ٢٢٢، معين الحكام للطرابلسي، ص ٥٣، رد المحتار، ج ٨، ص ٩٨، وفي خصوص الفقه المعاصر راجع أشرف ندا، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، المكتب الفني للإصدارات القانونية، ص ٣٥٩.

١١٢ راجع لزيادة المعنى تفصيلاً في نظم القانون المقارن عبدالله علي الخياري: عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، م ٢٩، ع ٤، ديسمبر ٢٠٠٥، ص ٢٩٢.

إذ يدل على أثر الخلط بين المعنيين الموضوعي والإجرائي للادعاء فيذكر أن هذا الخلط دفع البعض إلى القول بعدم صحة قاعدة أن البينة على المدعي، ودفع البعض الآخر إلى القول بصعوبة تحديد من يتحمل عبء الإثبات في العديد من الفروض منها النزاع في شأن الوصية وما إذا كان الموصى له أو الوارث هو المدعي، وكذا النزاع حول ملكية عقار في كثير من الفروض.

هذا: ومن نتائج الخلط بين المدعي الإجرائي والمدعي الموضوعي القول - عند تناول القاعدة العامة في الإثبات - بأن هناك بعض الحالات الخاصة للخروج على حكم هذه القاعدة، حيث ينتقل عبء الإثبات إلى المدعي عليه، منها إذا أقر المدعي عليه بالحق وادعى انقضاءه، فعليه أن يثبت فراغ ذمته منه، ففي هذه الصورة -يقال- بتحول المدعي عليه مدعيًا، عملاً بقاعدة براءة الذمة، وقاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان، وأن الأصل في الصفات العارضة العدم، وأن ما يثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه^{١١٣}.

والحقيقة أن الأمر على أصلة ولا يوجد ثمة استثناء، ففي المثال المذكور يبقى عبء الإثبات على المدعي الموضوعي بغض النظر عن المدعي الإجرائي، بل إن صاحب الرأي محل التعليق بذاته يقول أن المدعي عليه انقلب إلى مدعي، فأين الاستثناء في تحميله عبء الإثبات؟!، أليس عبء الإثبات وفقًا للقاعدة العامة على المدعي!؟.

ونستطيع -بجلاء- التأكيد على تبني محكمة النقض تصورنا في هذا الخصوص، حيث قضت بأن "الأصل براءة الذمة وانشغالها عارض، ويقع عبء الإثبات على عاتق من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً مدعيًا كان أو مدعًا عليه"^{١١٤}.

هذا: وتجدر الإشارة إلى أن ما انتهيت إليه في الفقرات السابقة ليس بدعًا من القول، كما لم تنفرد به هذه الدراسة، ذلك أن الفقه القانوني في عمومه يميز -في مجال الإثبات- بين نوعين من القواعد، الأولى قواعد موضوعية تحدد عبء ومحل الإثبات وأدلته وشرطها والقيمة الثبوتية لكل دليل، ومن تطبيقاتها القاعدة التي تقرر أن عبء الإثبات على المدعي، أما الثانية فإجرائية تنظم كيفية طرح أدلة الإثبات على المحكمة، وترسم الإطار الإجرائي للإثبات، ومن تطبيقاتها القاعدة التي تقرر سماع كل شاهد على

١١٣ إبراهيم عبدالصالح محمود، عبء الإثبات، ص ١٨٩.
١١٤ حكمها في الطعن رقم ١٤٨٧، س ٧٢ق، جلسة ٢٠١٢/٦/١.

المطلب الثاني

عبء الإثبات وعلاقته بقبول الدعاوى

انطلاقاً من أن الأساس الأهم والمبرر الأبرز في القول بعدم قبول تطبيقات الدعوى المقلوّبة كونها تنقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه، وهذا هو سبب تسميتها بالمقلوبة، فإن هناك عدة تساؤلات تسهم حال إجابتها في الوقوف على ما يتعين تقريره في خصوص قبول تطبيقات هذه الدعوى من عدمه، هذه الأسئلة تتعلق بتحديد عبء الإثبات من حيث مفهومة ومن يتحملها، وذلك للوقوف على ما إذا كانت هذه الدعوى تنقل هذا العبء من المكلف به إلى غيره كما هو متصور أم لا، ثم بحث العلاقة بين هذا العبء وقبول الدعوى، بمعنى لو انتهينا -جداً- إلى أن هذه الدعوى تنقل عبء الإثبات فهل ينبغي أن يكون أثر ذلك تقرير عدم قبولها؟، أم أن هناك أثراً قانونياً آخر ينبغي إعماله؟، هذا ما سوف أحاول بحثه على النحو التالي:

الفرع الأول

مفهوم عبء الإثبات

أولاً: تحديد عبء الإثبات ومن يتحمل به

يمكن تعريف الإثبات بأنه "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المقررة قانوناً على صحة تصرف قانوني أو واقعة مادية محل نزاع بما يترتب عليه أثر قانوني"^{١١٦}.

١١٥ أشرف جابر، أصول الإثبات، ص ٧.

١١٦ راجع عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ص ١٩، وهو ما يتفق مع التعريف الاصطلاحي للإثبات في الفقه الإسلامي، حيث جاء في الموسوعة الفقهية الكويتية أن "الإثبات إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة الإسلامية على

ومن الجدير بالذكر أن الإثبات لا ينصب على الحق المدعى به وإنما على السبب المنشئ له، سواء تمثل في واقعة مادية أو تصرف قانوني^{١١٧}.

ويمكن التمييز بين عدة دلالات لعبء الإثبات، الدلالة الأولى بمعنى الواجب الملقى على عاتق أحد الأطراف بمحاولة إقناع قاضي الموضوع بصحة بعض الادعاءات، وهذا العبء ثابت، لا ينتقل من طرف إلى آخر، ويعتمد على وقائع النزاع، ويسمى "عبء الإقناع"، أما الدلالة الثانية فيقصد بعبء الإثبات وفقاً لها واجب تقديم الأدلة لتسيير الإجراءات، وينتقل هذا العبء باستمرار بين أطراف الدعوى، بينما يقصد بعبء الإثبات في دلالة ثالثة التزام كل طرف بإثبات ما يتمسك به، فعلى من يتقدم بادعاء ما أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه، ولا يلتزم المدعى عليه بإثبات عدم صحة هذا الادعاء، فإذا قام المدعي بالإثبات انتقل عبء إثبات العكس إلى المدعى عليه، وهذا المعنى الأخير هو المقصود في هذه الدراسة^{١١٨}.

أما في خصوص من يتحمل عبء الإثبات فلا يختلف الوضع في القانون الوضعي عما عليه الحال في الفقه الإسلامي، فقاعدة "البينة على من ادعى" من أهم قواعد الإثبات السائدة في مختلف النظم القانونية فضلاً عن الفقه الإسلامي^{١١٩}.

ذلك أن هذه القاعدة تنطلق من مقتضيات المنطق الذي لا يختلف بين الفقه الإسلامي والقانون، ذلك أن المدعي هو من يريد تغيير الحال المستقر

حق أو على واقعة معينة تترتب عليها آثار شرعية"، ج ١، ص ١٣٦. ١١٧ أكدت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني هذا الأمر فيما تضمنته بخصوص المادة ٥٢٦ من النص على أن "الإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام، دون هذا الالتزام أو ذاك الحق"، راجع في زيادة التفصيل سمير تناغو: أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، ١٩٩٩م، ص ٩١٦. ١١٨ أحمد رفعت مهدي خطاب، الإثبات أمام القضاء الدولي، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، ص ١٢٣.

١١٩ أحمد رفعت، الإثبات، ص ١٠٦. وقد أكدت محكمة النقض على أن "من يتمسك بالثابت أصلاً لا يكلف بإثباته وأما من يدعى خلاف الأصل فعليه هو عبء إثبات ما يدعيه"، حكمها في الطعن رقم ٧٧٤٥، س ٦٦ق، جلسة ٢٠٠٩/٢/٢، والطعن رقم ٧٣١، س ٧٢ق، جلسة ٢٠١٣/١٢/١٠، والطعن رقم ١٨٧٢، س ٧٤ق، جلسة ٢٠١٦/١/١٧.

بما يزعمه، بينما يعتمد المدعى عليه على ظاهر أو أصل أو أي سبب من الأسباب المرجحة^{١٢٠}.

ومن القواعد الفقهية الثابتة والمستقرة في الفقه الإسلامي "بقاء ما كان على ما كان"، بمعنى أن كل ثابت في الماضي على حاله في المستقبل، سواء كان ثبوته في الماضي أصلاً أو على خلاف الأصل بدليل سابق^{١٢١}.

وفي القانون المصري تعد قاعدة "البينة على من ادعى" -وفق المفهوم المحدد منذ قليل لمعنى المدعي- من المسلمات، فتنص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري على أنه "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه"، فالذي يعجز عن إثبات ما يتمسك به يعد خاسراً للدعوى، سواء عجز الدائن عن إثبات الالتزام، أو عجز المدين -بعد إثبات الدائن للالتزام- عن إثبات التخلص منه^{١٢٢}.

فعبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، أما المدعى عليه -الذي يقتصر على إنكار ادعاءات خصمه- فلا يكلف بتقديم أي دليل على إنكاره^{١٢٣}، مع التأكيد على أن المقصود بالمدعي هو من يتمسك بخلاف الأصل أو عكس الظاهر، سواء أكان هو رافع الدعوى، أو من رفعت ضده الدعوى^{١٢٤}، كما

١٢٠ محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى، ص ١٩٦.

١٢١ السيوطي: الأشباه والنظائر، ج ٧، ص ٥٧، أحمد محمد الزرقا: شرح القواعد الفقهية، دار القلم بدمشق، ط ٢، ١٩٨٩، ج ١، ص ٨٧.

١٢٢ طارق عبدالرؤوف رزق، التعليق على نصوص قانون الإثبات الكويتي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٥، ص ١٦.

١٢٣ جميل الشراقوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٢٧.

ويجب التأكيد على أن عدم تكليف المدعى عليه -الذي يقتصر على إنكار ادعاءات خصمه بتقديم الدليل على إنكاره- لا يمس حقه في الإثبات، فالأصل أن أي دليل يقدمه المدعي يقتضي تمكين المدعى عليه من إثبات عكسه، وهنا ممكن التمييز بين عبء الإثبات والحق في الإثبات. راجع عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ص ٣٦.

١٢٤ فتحي والي، الوسيط، ص ٥٠٦.

فالذي يجب عليه تقديم الدليل هو من يدعي لنفسه الحق أو المركز أمام القضاء لكي يثبتته وكذلك من يدعى في مواجهته الحق أو المركز لكي ينفيه، أي يكون خصماً أمام القضاء، سواء كان مدعياً أو مدعاً عليه أو الغير المتدخل في القضية. سيد أحمد محمود، إقامة الدليل أمام القضاء المدني، إجراءات تقديم الدليل أمام القضاء

يتحمل هذا العبء الخصم العارض إن تمسك بخلاف الأصل أو عكس الظاهر^{١٢٥}.

وهو ما يعني انتقال عبء الإثبات بين أطراف الخصومة وعدم ارتباطه بخصم دون سواه، وهو ما أكده أستاذنا الراحل وجدي راغب حينما ذكر - متحدثاً عن عبء الإثبات أن: "الحقيقة أن هذا العبء لا يرتبط بالمركز القانوني للمدعي كمركز إجرائي، وإنما يتوقف على موضوع الادعاء، فالقاعدة أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الأصل بصرف النظر عن مركزه كمدع في الخصومة"، وفي بيان سيادته لنتائج التمييز بين الدفع الإيجابية والسلبية من أنه "لا يقع على عاتق المدعى عليه عبء إثبات إنكاره لواقع وإنما يقع عليه هذا العبء بالنسبة للوقائع التي يتمسك بها في الدفع الإيجابية"^{١٢٦}.

إذن فالمدعى عليه في الدعوى قد يتحمل بعبء الإثبات إذا ما واجه دعوى المدعي بدفع موضوعي إيجابي لم يقتصر على مجرد إنكار ما يدعيه المدعي وإنما تأكيد واقعة مانعة من نشوئه، مثل الدفع ببطلان العقد محل الدعوى، أو تأكيده لواقعة منهيّة للحق كالدفء بالوفاء.

وهو ما استقر قضاء النقض عليه، إذ أكدت محكمتنا العليا في أكثر من مناسبة على أن "الدفع في اصطلاح الفقهاء هو دعوى من قبل المدعى عليه أو ممن ينتصب المدعى عليه خصماً عنه يقصد بها دفع الخصومة عنه أو إبطال دعوى المدعى، بمعنى أن المدعى عليه يصير مدعيًا إذا أتى بدفع و يعود المدعى الأول مدعيًا ثانيًا عند دفع الدفع"^{١٢٧}.

المدني، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٦م، ص٢٦.
وفي ذات المعنى حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٦٦٦٨، س٧٢ق، جلسة ٢٠١٣/٣/١٨.

١٢٥ نبيلة إسماعيل رسلان ومصطفى أحمد مصطفى، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص٣٨.

وفي ذات المعنى حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٦٦٦٨، س٧٢ق، جلسة ٢٠١٣/٣/١٨.

١٢٦ وجدي راغب، دراسات، ص١٩١.

١٢٧ حكمها في الطعن رقم ٢٩، س٣٩ق، جلسة ١٩٧٥/٢/٢٦، الذي انتهت فيه إلى

أما النظام السعودي "بمعنى التقنين" فلم يورد نصًا في هذا الخصوص، وهو مسلك محل نقد، ولا يمكن التذرع بعدم وجود نظام إثبات بل ولا نظام مدني حتى الآن، ذلك أن نظام المرافعات الشرعية تضمن بابًا كاملاً في الإثبات هو الباب التاسع تحت عنوان "إجراءات الإثبات" تضمن ثمانية فصول "تصوص المواد من ١٠١ حتى ١٥٨"، وذلك على خلاف معظم القوانين الخليجية التي تضمنت نصوصًا صريحة في هذا الخصوص^{١٢٨}.

ومن الجدير بالذكر ضرورة التمييز بين عبء الإثبات على نحو ما مر وبين الحق في الإثبات، فهذا الأخير مكمل لحق الدعوى وحق الدفع، ومقرر لكل خصم، فهو يتسع ليشمل إثبات الدعوى وكذا الاعتراض عليها، فهو مقرر لكل خصم مدعٍ كان أو مدعًا عليه، وسواء كان خصمًا أصليًا أو مدخلًا أو متدخلًا، فهو من الحقوق المكونة للمركز الإجرائي للخصم^{١٢٩}.

وهو ما يعني أن القول بتحمل خصم دون غيره عبء الإثبات لا ينفي أن الإثبات حق لكلا الخصمين من تحمل عبأه ومن لم يتحمله، فالإثبات حق لكل خصم، وعبء على خصم بعينه^{١٣٠}.

أنه "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...، فإن ما جرى عليه الحكم المطعون فيه من التحقق من ثبوت الزوجية بالفراش ومن تكليف الطاعنة إثباته توصلًا لثبوت النسب باعتبارها مدعية فيه مع أن الدعوى مقامة أصلًا بإنكار النسب من المطعون عليه الأول، يتفق مع المنهج الشرعي السليم".

وفي تأكيدها لانتقال عبء الإثبات بين أطراف الخصومة قضت محكمة النقض بأن "البينة على من يدعى خلاف الأصل والأصل هو خلوص المكان المؤجر لمستأجره ومن يتبعه وخلوه من غير هؤلاء ومن ثم فإنه يكفي المؤجر -إثباتًا للواقعة التي يقوم عليها طلبه بإخلاء المكان المؤجر وفقًا لنص المادة ١٨/ج من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١- أن يقيم الدليل على وجود غير المستأجر ومن يتبعه في العين المؤجرة فينتقل بذلك عبء إثبات العكس إلى عاتق المستأجر بوصفه مدعيًا خلاف الأصل ليثبت أن وجود ذلك الغير يستند إلى سبب قانوني يبرر ذلك"، حكمها في الطعن رقم ٩٦٨٨، س ٦٥ق، جلسة ١٧/١١/٢٠٠٥.

١٢٨ من قبيل ذلك قانون الإثبات الكويتي الذي تبني في نص المادة الأولى منه نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصري بصورة حرفية.

١٢٩ وجدي راغب، دراسات، ص ٢٠٢.

١٣٠ تؤكد نصوص المرافعات الشرعية ذلك فيما تنص عليه المادة ١٤٥ من أنه "...إن

ولذا يجب على القاضي تمكين كل خصم من تقديم ما يعن له من أدلة إثبات بغض النظر عن مركزه في الخصومة أو حتى الدعوى، وبغض النظر عن مدى تحمله بعبء الإثبات من عدمه، وذلك احتراماً لحق التقاضي وما يرتبط به من مبادئ مستقرة من أهمها احترام الحق في الدفاع^{١٣١}.

واعتبار الإثبات حق لكل خصم ليس حبيس النظم القانونية دون الفقه الإسلامي، بل إن إجراءات التقاضي عند هذا الفقه أرحب منها لدى التنظيم الإجرائي القانوني، فالحق في الإثبات من أبرز دعائم القضاء من منظور الفقه الإسلامي^{١٣٢}.

ثانياً: نقل عبء الإثبات

لا يرتبط عبء الإثبات بالادعاء -ولو بمعناه الموضوعي- دائماً إذ يفرق بينهما في العديد من الحالات:
فمن ناحية أولى قد يقتضي الحال أو مصلحة العدالة نقل عبء الإثبات من المدعي إلى المدعى عليه.

وقد قيل في هذا الصدد أن "الأصل الفقهي الذي قرره علمائنا السابقون، وهو أن القول قول الأمين في براءة نفسه من الضمان عند ادعائه تلف ما تحت يده من أموال الناس أو خسارته بغير فعله أو تسببه -باعتباره مدعاً عليه لا مدعياً في النظر الفقهي- مقيد بكون ذلك متسق مع عرف الناس المستقر وعاداتهم الجارية، فإذا جرت العادة على عدم قبول قوله هذا إلا بدليله انتقل إليه عبء الإثبات، وكذا حال التهمة، ودلالة الحال"^{١٣٣}.

وبصفة عامة يقرر جمهور الفقه الإسلامي -في بيانهم لمعنى حديث الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم "البينة على من ادعى"- أن هذا الحديث

تخلف الخصم المكلف بالإثبات بغير عذر جاز الحكم بسقوط حقه في الإثبات...".

١٣١ محمود عبدالرحيم الديب: أسس الإثبات، ص ٤٨.

١٣٢ محمد نعيم ياسين: نظرية الدعوى، ص ١٢٧.

١٣٣ نزيه كمال حماد، نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء، مجلة القضائية، تصدر عن وزارة العدل السعودية، ١٤٣٢، ص ٣٢.

ورد عامًا يبين من يكلف بعبء الإثبات ابتداءً، فإذا طرأ أثناء النزاع ما يجعل من مصلحة الدعوى أن ينتقل عبء الإثبات إلى غير المكلف به تعين نقل عبء الإثبات تحقيقًا ومراعاة لهذه المصلحة^{١٣٤}.

وهذا ما يعني انتفاء التلازم الحتمي بين الادعاء وعبء الإثبات، فقد يتحمل المدعى عليه بعبء الإثبات، وإن كان هذا الفرض يمثل محض استثناء على القاعدة العامة في تحمل عبء الإثبات، غير أن الشاهد دلالتها في نفي التلازم المذكور.

هذا: ومن ناحية ثانية يلاحظ أن تحميل المدعي عبء الإثبات ليس حتميًا ومطلقًا؛ بحيث يظل مثقل بهذا العبء حتى يقيم الدليل القاطع على صحة ادعائه، لما يؤدي إليه ذلك في الكثير من الحالات إلى الحيلولة بين صاحب الحق واقتضاء حقه لعجزه عن الإثبات، لذا فإن الذي يحدث عملاً تداول عبء الإثبات بين الخصوم في الدعوى، كل منهم يقدم ما يؤيد موقفه، فإذا قدم المدعى دليلاً على رجحان ادعائه، طُلب من المدعى عليه تنفيذ هذا الادعاء، وهكذا يظل عبء الإثبات يتبادلته الخصمان حتى يعجز أحدهما عن رده على الآخر، فيحكم لخصمه^{١٣٥}.

وتأكيدًا لهذا المعنى قضت محكمة النقض بأنه متى قدم المدعي دليلاً على شغل ذمة خصمه بحق له "تعين على المحكمة أن تعتد به، وأن تنتقل على الآخر عبء إثبات الوفاء به"^{١٣٦}.

ومن ناحية ثالثة ولكون تحديد عبء الإثبات لا يتعلق بالنظام العام فقد

١٣٤ محمد فتح الله النشار: أحكام وقواعد الإثبات، ص ٢٨٦، مشعل بداح هزاع المطيري: عبء الإثبات مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٧، ص ٨٦.

١٣٥ محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات، ص ٤٠، أنور سلطان، قواعد الإثبات، ص ٢٤، نبيلة رسلان ومصطفى أحمد، أصول الإثبات، ص ٤٠.

ومما يؤكد هذا المعنى ما يقرره نص المادة ٢/٩٧ مرافعات من أنه "يجوز لكل من المدعى والمدعى عليه أن يقدم مستندا ردا على دفاع خصمه أو طلباته العارضة".

١٣٦ حكمها في الطعن رقم ٩٧٩، س ٧٣ق، جلسة ٢٠٠٦/٤/١١.

ومما يؤكد هذا المعنى ما يقرره نص المادة ٢/٩٧ مرافعات من أنه "يجوز لكل من المدعى والمدعى عليه أن يقدم مستندا ردا على دفاع خصمه أو طلباته العارضة".

يتم نقل هذا العبء اتفاقاً، سواء كان هذا الاتفاق صراحة أو ضمناً، وهذا محل اتفاق فقهي واستقرار قضائي^{١٣٧}.

وتطبيقاً لذلك قد قضت محكمة النقض بأن تطوع الخصم بإثبات واقعة ليس مكلفاً بإثباتها، وسكوت خصمه على ذلك، يعد بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات، وبأنه إذا طلب المدعى عليه في دعوى تثبيت الملكية إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ملكيته للأطيان محل النزاع، وأجابته المحكمة إلى طلبه، ونفذ الحكم دون تحفظ، اعتبر هذا من جانبه قبولاً منه بتحمل عبء الإثبات^{١٣٨}، كما قضت بأن أثر عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام أن سكوت الخصم عن الاعتراض على مخالفة أحكام الإثبات يعد قبولاً ضمناً منه^{١٣٩}.

وفي الفقه الإسلامي يجوز كل اتفاق ما لم يكن بمحرم، وفقاً للقاعدة الأصولية "المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً"^{١٤٠}. ومن ناحية رابعة تأتي القرينة أبرز أدلة الإثبات الناقلة لعبء الإثبات من المكلف به إلى خصمه، وذلك بافتراض ما لم يثبتته الخصم، فيقع على كاهل خصمه نفي ما أثبتته القرينة، إذا كانت بسيطة، ويحال بين خصم المتحمل

١٣٧ استقر قضاء النقض على أن "القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام، ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها". (حكمها في الطعن رقم ٣٦، س ٢١، جلسة ١٩٥٣/١١/٢٦، وحكمها في الطعن رقم ١٨٧، س ٣٢، جلسة ١٩٦٦/١١/٢٩).

وفي عرض موقف الفقه القانوني والشرعي من نقل عبء الإثبات بالاتفاق راجع المعهد الوطني للقضاء بوزارة العدل الجزائرية: دور القاضي والخصوم في توزيع عبء الإثبات في المسائل المدنية، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، ٢٠٠٥/٢٠٠٤م، ص ١٤٦.

ومما يؤكد هذا المعنى ما يقرره نص المادة ٢/٩٧ مرافعات من أنه "يجوز لكل من المدعي والمدعى عليه أن يقدم مستنداً رداً على دفاع خصمه أو طلباته العارضة".

١٣٨ حكمها في الطعن رقم ١٨٧، س ٣٢، جلسة ١٩٦٦/١١/٢٩.

١٣٩ حكمها في الطعن رقم ٦٦٦، س ٤٩، جلسة ١٩٨٥/٢/١١.

١٤٠ في عرض هذه القاعدة ومضمونها وتطبيقاتها في المجال الإجرائي راجع محمد يونس فالح الزعبي: القواعد الفقهية المختصة بمقومات الحكم القضائي وتطبيقاتها في القضاء الشرعي الأردني، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥، ص ٢٩٦.

بعبء الإثبات ونفي ما قرره القرينة إذا ما كانت قاطعة لا تقبل إثبات العكس.

فالقرينة إذاً وسيلة يعفى بها المدعي من عبء الإثبات كله أو بعضه بافتراض ثبوت ما يدعيه مع تحميل المدعي عليه عبء نفيه^{١٤١}.

وقد تعددت تطبيقات محكمة النقض في هذا الخصوص، من قبيل ذلك اعتبارها التقادم الحولي قرينة على الوفاء بالدين^{١٤٢}، وأن وضع يد المشتري على العين المبيعة قرينة على إنجاز التصرف^{١٤٣}، واعتبار تسجيل العلامة التجارية قرينة على استعمالها من تاريخ إجرائه^{١٤٤}، وأن سداد الأجرة عن مدة معينه قرينة على الوفاء بما سبقها^{١٤٥}، وأن ادعاء البائع بقاء العين المبيعة تحت يده برغم هذا البيع البات يعد قرينة على قصد إخفاء الرهن^{١٤٦}.

حتى في المجال الجنائي وبالرغم من أن نقل عبء الإثبات من سلطة الاتهام إلى المتهم يصعب قبوله فقد عرف مبدأ "قلب عبء الإثبات"، وذلك في الحالات التي يتعذر فيها عملاً على سلطة الاتهام إثبات الجريمة بما يستتبع إفلات الجناة من العقاب، من خلال إنشاء قرينة قانونية على ثبوت الجرم مع إلقاء عبء نفيه على المتهم، كما هو الحال في خصوص افتراض ارتكاب جرم الكسب غير المشروع استناداً على الثراء الفاحش غير المبرر^{١٤٧}.

ومن ناحية خامسة قد تنبت الصلة بين عبء الإثبات والادعاء بمفهوميه الموضوعي والإجرائي، بحيث لا يتحدد عبء الإثبات على أساس فكرة الادعاء أصلاً، ويبدو هذا جلياً في خصوص إثبات القانون الأجنبي المتعين

١٤١ في تفصيل ذلك راجع السنهوري، الوسيط، ص ٧٤.
 ١٤٢ حكمها في الطعن رقم ١٧٤١٣، س ٧٦، جلسة ١٤/١١/٢٠١٣.
 ١٤٣ حكمها في الطعن رقم ٤٩٥، س ٧٦ق، جلسة ١٢/٥/٢٠١٣.
 ١٤٤ حكمها في الطعن رقم ٦٧٥، س ٧١ق، جلسة ٢٢/١٢/٢٠٠٩.
 ١٤٥ حكمها في الطعن رقم ٤٩٨، س ٦٦ق، جلسة ٣١/٨/٢٠٠٨.
 ١٤٦ حكمها في الطعن رقم ٤٣٣٦، س ٦٣ق، جلسة ٢٣/٤/٢٠٠٣.
 ١٤٧ هشام ملاطي: تجريم فعل الإثراء غير المشروع بين افتراض قرينة البراءة وتطبيق مبدأ قلب عبء الإثبات، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، المغرب، ١٣ع، أكتوبر، ٢٠١٦، ص ٢٩٦.

تطبيقه على موضوع النزاع، حال التسليم باعتباره واقعة تحتاج إلى إثبات^{١٤٨}. وبغض النظر عما أثير في هذا الصدد من خلاف في القانون المصري - فإن العبرة في تحديد المكلف بهذا العبء - حال رفعه عن كاهل القضاء - ليست بما إذا كان الخصم رافع الدعوى "المدعي إجرائياً" أو مرفوعة تجاهه "المدعى عليه إجرائياً"، ولا بكونه متمسك بخلاف الأصل أو عكس الظاهر "المدعى موضوعياً"، أو متمسك بهذا ضده "المدعى عليه موضوعياً"، وإنما المعول عليه فقط التمسك بأحكام القانون الأجنبي.

ومن ناحية سادسة قد يسقط عبء الإثبات بمعنى زواله - جزئياً أو كلياً - عن المكلف به، فلا يكن هناك عبء إثبات أصلاً في هذا الفرض، كما هو

١٤٨ أثير خلافاً في مصر حول ما إذا كان القاضي هو المكلف بمعرفة القانون الأجنبي بوصفه مسألة قانون لا تحتاج إلى إثبات التمسك بها، وهذا هو موقف الفقه، أو أن القانون الأجنبي بمثابة واقعة مادية تحتاج إلى إثبات ممن يتمسك بها وهذا هو موقف القضاء.

في عرض الإجماع الفقهي وحججه في هذا الخصوص راجع محمود الديب: أسس الإثبات، ص ٩٤.

وفي عرض موقف القضاء المصري راجع ما استقر عليه قضاء النقض من أن "القانون الأجنبي، وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة، لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب على الخصوم إقامة الدليل عليها". (حكمها في الطعن رقم ١٤٩، س ٥٧، جلسة ١٩٨٩/٧/٢٥)، وهو نفس ما سبق لها تأكيده بصورة حرفية في حكمها في الطعن رقم ٢٧، س ٣٧، جلسة ١٩٧٤/١٢/٤، وكذا حكمها في الطعن رقم ٣٧٣، س ٣٦، جلسة ١٩٧٢/١١/١٨.

أما النظام السعودي فلم يتضمن نظام المرافعات الشرعية حكماً في هذا الخصوص، كما لا يوجد تطبيق قضائي مفيد في هذا الجانب، غير أن الوضع على خلاف ذلك فيما يتعلق بنظام التنفيذ، فقد حُسم هذا الأمر بأخر تعديل لللائحة التنفيذية لنظام التنفيذ، مطلع هذا العام، فيما تضمنه هذا التعديل بإضافة الفقرة ٦/١١ التي تنص على أنه "يكون عبء إثبات تحقق شرط المعاملة بالمثل على طالب التنفيذ"، وبالطبع ليس تحميل طالب التنفيذ عبء الإثبات في هذا الفرض منطلق من كونه المدعي إجرائياً أو موضوعياً وإنما ينطلق من كونه هو المتمسك بتطبيق القانون الأجنبي، ذلك أن محل الإثبات هو تحقق شرط المعاملة بالمثل ولا يتصور أن يأتي التمسك بتحقيق هذا الشرط من المنفذ ضده.

وهو ما استقر القضاء السعودي عليه، حيث قضي برفض طلب التنفيذ لأن "المدعي لم يقدم ما يثبت توافر أحد ضوابط تنفيذ الحكم الأجنبي وهو مبدأ المعاملة بالمثل"، حكم المحكمة الإدارية بالدمام في القضية الابتدائية رقم ١٢٦٥/٣/ق لعام ١٤٣٢، مؤيد بحكم الاستئناف رقم ١٠٨٢/ق لعام ١٤٣٦ هـ.

الحال في خصوص الإقرار كطريق من طرق الإثبات، فاعتراف الخصم بما يدعيه خصمه يرتب سقوط عبء الإثبات عن المدعي^{١٤٩}.

كما يزول عبء الإثبات عن المكلف به حال الإثبات بالمعينة، وهي مشاهدة المحكمة بنفسها أو من ينوب عنها لمحل النزاع على الطبيعة حتى تتمكن من تكوين فهم واقعي صحيح للقضية المعروضة عليها ليساعدها على الفصل فيها إذا لم تجد في أوراق الدعوى ما يكفي لذلك^{١٥٠}.

كذلك حال الإثبات بشهادة الشهود، فقد يتقدم الغير بالشهادة التي تثبت ما يتمسك به المدعي دون جهد من هذا الأخير، بل ودون علمه أحياناً؛ وهو ما يزيل عنه عبء الإثبات^{١٥١}.

وفي الفقه الإسلامي تعددت تطبيقات هذا الإعفاء، منها الإعفاء بنص شرعي صريح، كإعفاء الزوج من إثبات قذفه، وذلك إعمالاً لقوله تعالى "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهود إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله..."^{١٥٢}، كما يمثلون للإعفاء الكلي من عبء الإثبات بفرض إقرار المدعى عليه بما يدعيه المدعي؛ فهذا الإقرار يسقط عن المدعي عبء الإثبات^{١٥٣}.

ومن ناحية سابعة قد يعتمد المكلف بعبء الإثبات إلى تكليف خصمه بمساعدته في حمل هذا العبء، كما هو الحال في الحالات التي يحق فيها للخصم المكلف بعبء الإثبات إجبار خصمه على تقديم أدلة إثبات منتجة تحت يده، منها إذا كان القانون يجيز إلزام الخصم بتقديم مستند تحت

١٤٩ سحر عبدالستار إمام، دور القاضي في الإثبات دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، ٢٠٠٢م، ص ١٠٩.

١٥٠ م/١١٦ مرافعات شرعية وكذا لائحته التنفيذية، الإثبات بالمعينة والخبرة في القانون المدني، ص ٤٥.

إبراهيم بن علي (ابن فرحون اليعمري): تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ج ١، ص ١٧٤.

١٥١ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ص ٥٦٢، عبدالحسيب عبدالسلام: القاضي والبينة، مكتبة المعلا، ط ١، ١٤٠٧هـ، ص ٣٠٩.

١٥٢ الآية ٦ من سورة النور.

١٥٣ مشعل المطيري: عبء الإثبات، ص ٩٣.

يده^{١٥٤}، أو إذا كان دليل الإثبات مشتركاً بين الخصوم، أو إذا استند إليه خصمه في أي مرحلة من مراحل الدعوى^{١٥٥}.

وإن بقي الأمر محض استثناء، غير أن الشاهد تصور نقل عبء الإثبات من المكلف به إلى خصمه مع بقاء الدعوى مقبولة ومنظورة أمام المحكمة، بحيث يتصور أن يحكم لصالح المكلف بعبء الإثبات دون قيامه بهذا العبء لمجرد تقاعس خصمه عن تقديم ما تحت يده من أدلة إثبات منتجة في الدعوى^{١٥٦}.

ومعلوم أن شروط قبول الدعوى لا استثناء على طلبها واستمرار توافرها من لحظة رفع الدعوى حتى صدور حكم منه لخصومتها، وهو ما يتنافى مع اعتبار تحمل عبء الإثبات من شروط أو مستلزمات قبول الدعوى.

الخلاصة

نخلص مما سبق انتفاء كل علاقة بين رفع الدعوى والتحمل بعبء الإثبات، أولاً لأن هذا العبء منوط ابتداء بالمدعي موضوعياً وليس إجرائياً، وثانياً أن هذا العبء يتصور نقله من المكلف به إلى غيره في الكثير من الفروض، وثالثاً قد لا يوجد هذا العبء أصلاً إما لسقوطه أو لعدم الحاجة إليه.

١٥٤ كما هو الحال في خصوص إلزام التاجر بتقديم الدفاتر التجارية التي تحت يده للإثبات وفق مقتضاها لصالح خصمه وفقاً لنص المادة ١٦ والمادة ١٨ من قانون التجارة المصري، وكذا المادة ٥١٩ مدني، وفي ذات السياق نص المادة ١٥١ من نظام المرافعات.

١٥٥ نص المادة ٢٠ إثبات، وكذا نص المادة ١٥١ والمادة ١٥٥ من نظام المرافعات ولائحتها التنفيذية.

وفي عرض هذه الحالات تفصيلاً راجع سميح تناغو: أحكام الالتزام والإثبات، ص ٦١٢، أشرف جابر، أصول الإثبات، ص ١٩.

١٥٦ تنص المادة ٢٤ إثبات على أنه "إذا لم يقيم الخصم بتقديم المحرر في الموعد الذي حددته المحكمة أو امتنع من حلف اليمين المذكورة اعتبرت صورة المحرر التي قدمها خصمة صحيحة مطابقة لأصلها، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه"، وإن كان النظام السعودي لم يتضمن هذا الحكم بصورة كاملة غير أنه تضمنه جزئياً، إذ تنص المادة ١٤٥ من نظام المرافعات الشرعية على أنه "...إذا تخلف خصمه جاز اعتبار الأوراق المقدمة للمقارنة صالحة لها".

الفرع الثاني

علاقة عبء الإثبات بقبول الدعاوى

سبق التساؤل عن علاقة عبء الإثبات بقبول الدعاوى؟، لما للإجابة على هذا التساؤل من أهمية تكمن في الوقوف على ما إذا كان بقاء عبء الإثبات على المكلف به من شروط قبول الدعاوى؛ بحيث لو تضمنت الدعوى نقلاً لهذا العبء تضحى غير مقبولة.

وفي إجابة واضحة ومحددة على هذا التساؤل فإن جميع النظم الإجرائية -على اختلاف دروبها ومشاربها- لا تربط البتة بين عبء الإثبات وشروط قبول الدعاوى، ذلك أن هذه الشروط -على اختلافها وتنوعها- ليس من بينها عدم نقل عبء الإثبات^{١٥٧}.

حتى النظام الإجرائي السعودي -في تحديده لشروط قبول الدعاوى- لم يأت بما يخالف هذا الإجماع، بل إننا نلاحظ تطابق نص المادة الثالثة من نظام المرافعات الشرعية بصورة شبه حرفية مع نص المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري، وكلا النصين متعلق بالشروط العامة لقبول الدعاوى^{١٥٨}.

هذا: ومن ناحية أخرى فإن الإثبات يتعلق بمدى إجابة المدعي إلى طلبه، وينتهي إما إلى إجابته إلى كل أو بعض ما يطلب، أو رفض الدعوى، فالمدعي الذي ينجح في الإثبات يكافأ بإجابة طلباته، والذي يخفق فيما يتعلق بعبء الإثبات ترفض دعواه، وهو ما يختلف تمامًا عما هو مقرر في

١٥٧ تتنوع شرط قبول الدعاوى إلى شروط عامة وأخرى خاصة، وشروط إيجابية وأخرى سلبية، وجميعها تتعلق بحق الدعوى ولا علاقة لها من قريب أو بعيد بعبء الإثبات.

١٥٨ تنص المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري على أن "لا تقبل أي دعوى كما لا يقبل أي طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أي قانون آخر، لا يكون لصاحبه فيها مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة بقرها القانون. ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه"، وتنص المادة الثالثة من نظام المرافعات الشرعية السعودي على أنه "لا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة مشروعة، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق، أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه".

خصوص شروط قبول الدعاوى، ذلك أن المدعي الذي يتخلف عنه أحد شروط القبول يحكم تجاهه بعدم القبول؛ وعليه فإن نتيجة الإخلال بمقتضى عبء الإثبات تتمثل في رفض الدعوى وليس عدم قبولها وشتان بين الرفض وعدم القبول^{١٥٩}.

وهذا المعنى مجمع عليه على جميع الأصعدة، تقنياً وقضاءً وفقهاً:

فما يؤكد هذا المعنى على **صعيد التقنين** أن النصوص القانونية تضمنت تطبيقات لدعاوى يلقى فيها عبء الإثبات على المرفوع ضده الدعوى دون رافعها، أي تعد من تطبيقات الدعاوى المقلوبة، من قبيل أنه "يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بورقة مزورة أن يخاصم من بيده هذه الورقة ومن يستفيد منها لسماع الحكم بتزويرها، ويكون ذلك بصحيفة وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى"^{١٦٠}، فرافع الدعوى يتمسك بوجود محرر بحوزة المدعى عليه، ووفقاً لحكم هذا النص يقع على هذا الأخير تقديم المستند أو الورقة المزعوم تزويرها.

كما أنه قد سبقت الإشارة إلى دور القرينة في نقل عبء الإثبات، ذلك أن القانون أحياناً يقيم قرينة قانونية لصالح المدعي؛ بما يؤدي إلى نقل عبء الإثبات إلى المدعى عليه، وتبقى الدعوى مقبولة، وهو ما يقطع كل علاقة بين عبء الإثبات وقبول الدعاوى^{١٦١}.

كما أن التقنين أورد العديد من أدلة الإثبات التي لا تتوقف على الوصف

١٥٩ تطبيقاً لذلك فإن القضاء مستقر على أن نقل عبء الإثبات يعني رفض الدعوى لا عدم قبولها، راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ١٢٦٧٢، س٧٨ق، جلسة ٢٠١٧/١/٢٣ الذي أخذ على الحكم المطعون فيه أنه نقل عبء إثبات عدم كفاية موجودات الشركة على الطاعن والمطعون ضدهما المذكورين، رغم أن ذلك يقع على عاتق مدير التعلية، فإنه يكون معيباً، وأنه كان متعين عليه رفض الدعوى.

١٦٠ نص المادة ٥٩ من قانون الإثبات المصري قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ معدلاً بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩، وهو نفس ما تضمنه نص المادة ١٥٥ من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

١٦١ بوصفها وسيلة يلجأ إليها المقنن لاعتبار واقعة معينة ثابتة بحكم القانون بمجرد ثبوت واقعة أخرى غيرها فوجود قرينة قانونية يترتب عليه وجود وضع ثابت فرضاً يعفى من يتمسك به من عبء الإثبات، ويكون على من يدعى عكس القرينة القانونية إثبات ما يدعيه. راجع سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، ص ٨٣.

الإجرائي للخصم، سواء كان مدعٍ أو مدعاً عليه، منها:

١ - الاستجواب، إذ إن "للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم، ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر..."^{١٦٢}، وهو ما يعني جواز استجواب المدعي أو المدعى عليه.

ومن المقرر أن الاستجواب قد يكون حجة قاطعة حين ينتهي إلى إقرار الخصم المستجوب بما يتمسك به خصمه، وهو ما يزيل عبء الإثبات^{١٦٣}، وإذا ما افترضنا أن الخصم المستجوب ليس هو المتحمل بعبء الإثبات فإن مؤدى هذا رفع هذا العبء عن المكلف به.

٢ - اليمين، فجميع أحكام اليمين الواردة في التقنين تشمل كلا الخصمين دون تفرقة، سواء فيما يتعلق بحق توجيه اليمين، أو أداءها، أو النكول عنها وأثره، أو اختيار المحكمة الخصم الذي توجه إليه اليمين عند توجيهها من تلقاء نفس المحكمة.

فالمادة ١١٤ من قانون الإثبات المصري تنص على أنه "يجوز لكل من الخصمين أن يوجهه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر"، والمادة ١١١ مرافعات شرعية تنص في مطلعها على أنه "يجب على من يوجه إلى خصمه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد استحلافه عليها..."، فاصطلاح "خصم" جاءً عاماً دون تخصيص، مطلقاً دون تقييد، فيشمل كلاً من المدعي والمدعى عليه، والخصوم الأصليين والخصم العارض "مدخلاً كان أو متدخلاً"^{١٦٤}.

ومن ناحية أخرى يتصور تخلص المكلف بعبء الإثبات من هذا العبء عن طريق اليمين الحاسمة، وقد تقررت للمدعي في الأحوال التي يعجز فيها

١٦٢ نص المادة ١٠٥ من قانون الإثبات المصري، وهو نفس ما تضمنه نص المادة ١٠٤ من نظام المرافعات الشرعية.

١٦٣ أشرف جابر: أصول الإثبات، ص ٢٧٣.

١٦٤ يلاحظ ورود اصطلاح "خصم" صراحة أو ضمناً أكثر من عشر مرات في النصوص المنظمة لليمين بهذه الصيغة (راجع نصوص قانون الإثبات من نص المادة ١١٤ حتى نص المادة ١٣٠، وكذا نصوص نظام المرافعات الشرعية ولائحته التنفيذية من نص المادة ١١١ حتى نص المادة ١١٥).

عن تقديم الدليل المؤيد لادعائه، وفي ذات الوقت ينكر خصمه هذا الادعاء، إذ يحق للخصم المدعي بالحق الاحتكام إلى ذمة وضمير الخصم المدعي عليه طالباً منه الحلف على عدم وجود هذا الحق المدعي به^{١٦٥}.

وهو ما يعني تصور قبول الدعوى ممن لا دليل لديه مرتكناً على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه غير المكلف بالإثبات، وقد يحصل المدعي وفق هذا التصور على الحماية القضائية المطلوبة إذا ردت إليه اليمين فحلفها، أو إذا أقر الخصم بما يتمسك به المدعي تجنباً لليمين الكاذبة^{١٦٦}.

وعلى الصعيد القضائي فإن عجز المكلف بعبء الإثبات عن الإثبات يستتبع رفض الدعوى لا عدم قبولها^{١٦٧}، وذلك في جميع فروع القانون ليس فقط في إطار القانون الخاص^{١٦٨}.

١٦٥ وفق نص المادة ١/١١٤ من قانون الإثبات، والمادة ١٠١ مرافعات شرعية، والمادة ٢/١١١ من لائحة هذا النظام.

ولزيادة التفصيل راجع سحر عبدالستار، دور القاضي في الإثبات، ص ٦٧، وفي الفقه الإسلامي وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص ٦٠٧.

١٦٦ في التطبيق العملي صدرت العديد من الأحكام القضائية التي أخذت من اليمين دليلاً قضت به لصالح المدعي منها الحكم بإلزام المدعي عليه بقيمة التذاكر إذ تمسك المدعي بأنه أودع مبلغاً مالياً في حساب المدعي عليه قيمة تذاكر سفر، ولم يحضر المدعي عليه جلستين بالرغم من تبليغه، ووجه المدعي لصحة دعواه يميناً للمدعي عليه الذي ظل ممتنعاً عن الحضور؛ فحكمت المحكمة غيابياً بإلزام المدعي عليه بدفع قيمة التذاكر، وتم تصديق الحكم من محكمة الاستئناف (مجموعة الأحكام القضائية، ج ١، رقم الصك ٣٣١٥٢٥٦٤، تاريخه ٢٦، ٣، ١٤٣٣، رقم الدعوى ٨٦٠٣، رقم قرار التصديق من محكمة لاستئناف ٣٤٢٩٩١٢٦، تاريخه ٣، ٦، ١٤٣٤).

ولزيادة التفصيل راجع سحر عبدالستار، دور القاضي في الإثبات، ص ٦٧، وفي الفقه الإسلامي وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ص ٦٠٧.

١٦٧ راجع في تأكيداً هذا المعنى أحكام محكمة النقض في الطعون أرقام ٧٧٠٣، ٨١ق، جلسة ٢٠١٧/٣/٢١، ١٥٢، ٨٦ق، جلسة ٢٠١٧/٢/١٣، ١١٩٧٥، ٨٥ق، جلسة ٢٠١٦/١٢/٢١، ٩٧٧٣، ٦٦ق، جلسة ٢٠١٥/١٢/٢١، ٣٣٥٤، ٨٥ق، جلسة ٢٠١٦/١٢/٢٧.

١٦٨ من تطبيقات ذلك في المجال الجنائي ما قضت به محكمة النقض من أن "القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ في شأن الكسب غير المشروع... أقام قرينة مبناها افتراض حصول الكسب غير المشروع بسبب استغلال الخدمة إذا طرأت زيادة على ثروة الخاضع لا تتناسب مع موارده متى عجز عن إثبات مصدر مشروع لها، ونقل إلى المتهم عبء إثبات براءته، وكلاهما ممتنع لمخالفته المبادئ الأساسية المقررة بالمادة ٦٧ من الدستور على نحو ما جرى تبيانه سلفاً وفقاً لقضاء كل من محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا في النصوص التشريعية المشابهة والتي انتهت محكمة

وهو ما استقرت عليه أحكام القضاء المصري، إذ تؤكد دوماً على أن عدم وجود الحق أو المركز يقتضي رفض الدعوى، بينما يترتب على تخلف أي من شروط قبول الدعوى، أو تخلف ثبوت حق الدعوى للمدعي عدم قبول الدعوى^{١٦٩}.

بل لا يمكن إغفال دور القاضي في الإثبات وما يتمخض عنه من حمل عبء الإثبات عن كاهل المكلف به؛ بما لا يستساغ معه الامتناع عن قبول الدعوى لمجرد عجز المكلف بالإثبات عن القيام به، ذلك أن القضاء ليس معداً لمنح حماية قضائية خاصة وذاتية لطالبيها، بل هو بالأساس حصن العدالة ويرنو إلى تحقيقها، وإلا ما كان للقضاء دور في الإثبات، ولأقتصر الأمر على منح الحماية القضائية لمن حاز دلائل الحصول عليها دون سواه وهو ما لا يمكن التسليم به.

ويبدو دور القاضي في الإثبات واضحاً في العديد من التطبيقات أذكر منها تمثيلاً لا حصراً الدور البارز للقاضي في مجال القرائن القضائية، حيث يستنبط القاضي استدلالاته من وقائع وملابسات الدعوى المطروحة أمامه على ثبوت الواقعة المتنازع عليها بما يزيل عبء الإثبات عن المكلف به^{١٧٠}.

النقض إلى عدم إعمالها وإهمالها لمخالفتها للدستور، بينما انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى القضاء بعدم دستورية تلك النصوص لمخالفتها أيضاً للدستور. ومن ثم فإن هذه المحكمة تنتهي أيضاً إلى عدم إعمال تلك القرينة التي تناقض الثابت الدستورية التي تقضي بافتراض أصل البراءة ووجوب بناء الحكم بالإدانة على الجرم واليقين لا على الافتراض والتخمين، وإذ خلت أوراق الدعوى من الدليل على ارتكاب المتهم للتهمتين المسندتين إليه، ومن ثم فهي تقضي ببراءته مما أسند إليه في شأنهما". حكماً في الطعن رقم ١٧٢٥١، س٦٦ق، جلسة ٢٠٠٩/٤/٤، وهو نفس ما قرره في حكمها في الطعن رقم ٣٠٣٤٢، س٧٠ق، جلسة ٢٠٠٤/٤/٢٨.

والشاهد أن المحكمة لم تقضي بعدم قبول الدعوى وإنما قضت ببراءة المتهم أي برفض دعوى النيابة العامة.

١٦٩ في تأكيد هذا المعنى راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٦٨٦٣، س٧٤ق، جلسة ٢٠١٧/١/١٦، وكذا حكمها في الطعن رقم ٩١٤٩، س٧٨ق، جلسة ٢٠١٦/٧/٣١.

١٧٠ للوقوف على مضمون القرينة القضائية وحالات وضوابط اللجوء إليها راجع سحر عبدالستار: دور القاضي في الإثبات، ص٣١٨، أشرف جابر: أصول الإثبات، ص٢٢٣. وفي الفقه الإسلامي راجع إبراهيم الفانز: الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مكتبة أسامة بالرياض، ط٢، ١٤٠٣هـ، ص٧٧، ابن القيم الجوزية: الطرق الحكيمة في السياسة الشرعية، دار عالم الفوائد، ج١، ص٤.

كما يملك القاضي من تلقاء نفسه استجواب أي من الخصوم^{١٧١}.

وهناك حالات يتحمل فيها القاضي عبء الإثبات عن الخصم العاجز عن القيام بهذا العبء، انطلاقاً من أن المقصود من الإثبات تسليط الضوء على حقيقة الدعوى توصلًا لحكم أقرب ما يكون إلى الحق، أكثر ما يكون محققاً للعدل، ومن هذه الحالات إدخال الغير لإلزامه بتقديم مستند منتج في الدعوى^{١٧٢}.

ويبدو الأمر أكثر وضوحاً فيما تضمنه نص المادة ١/١٤٩ من نظام المرافعات من أنه يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بـ " جلب مستندات أو أوراق من الأجهزة الحكومية في المملكة أو صور مصدقة منها بما يفيد مطابقتها لأصلها إذا تعذر ذلك على الخصم..."، إذ يأتي دور المحكمة لمساعدة متحمل عبء الإثبات فيما عجز عن القيام به.

وعلى الصعيد الفقهي يميز الفقه بين قبول ورفض الدعوى، ويحصر القبول على شروط قبول الدعوى، ويدخل الإثبات في إطار إجابة الدعوى ورفضها، وهنا مكن أهمية تحديد من يتحمل عبء الإثبات^{١٧٣}.

الخلاصة

نخلص من هذه الدراسة إلى أن عبء الإثبات لا يتعلق بفكرة الادعاء الإجرائي، بل إنه يرتبط بالادعاء الموضوعي، فليس المعول عليه في تحديد من يتحمل عبء الإثبات برفع الدعوى بحيث يقال بتحمل رافع الدعوى بهذا العبء (المدعي في الخصومة)، وإنما العبء بمن يتمسك بعكس الأصل أو بخلاف الظاهر (المدعي في الدعوى)؛ وعليه فليس بصحيح تصور أن هناك دعوى تنقل عبء الإثبات.

حتى إن سلمنا -جدلاً- بأن هناك دعاوى تؤدي إلى نقل عبء الإثبات

١٧١ المادة ١٠٥ من قانون الإثبات، والمادة ١٠٥ مرافعات شرعية. ولزيادة التفصيل راجع سحر عبدالستار، دور القاضي في الإثبات، ص ٤٤٦.
١٧٢ نص المادة ١/١١٨ مرافعات، والمادة ٢٦ إثبات، والمادة ٢/١٤٩ من نظام المرافعات.

١٧٣ راجع في تأكيداً هذا المعنى أنور سلطان، قواعد الإثبات، ص ٢١، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ص ٩٢، محمود جمال الدين زكي، المبادئ العامة في نظرية الإثبات في القانون الخاص المصري، ص ١٥٣.

فليس بصحيح رصد عدم القبول لهذه الدعاوى، وإنما يتعين رفضها، وهو ما لا يكون إلا بعد قبولها وسماعها، ذلك أن المقرر في علم المرافعات أن رفض الدعوى لا يكون إلا بعد قبولها.

وإذا قيل ما فائدة قبول دعوى محتوم رفضها قلت أن هناك احتمالات يقدم فيها دليل الإثبات من غير المتحمل لعبء الإثبات، كقيام القاضي بالإثبات، أو تقدم شاهد من تلقاء نفسه للإدلاء بشهادته بما يقيم دليل الإثبات، وقد يقر الخصم غير المكلف بالإثبات بما يقيم الدليل لصالح المدعي، وبعيداً عن هذا كله يملك رافع الدعوى توجيه اليمين الحاسمة حال عدم توفر أي دليل من أدلة الإثبات، وفي جميع هذه الفروض يتصور صدور الحكم لصالح رافع الدعوى في الاحتمال المعروض.

وعلى ذلك فليس بصحيح اصطلاح "الدعوى المقلوّبة"، كما لا يجوز الامتناع عن سماع بعض الدعاوى بحجة أنها مقلوّبة، بحجة أنها تنقل عبء الإثبات، فالدعوى لها شروط قبول لا تتعلق لا من قريب أو بعيد بعبء الإثبات، والمعول عليه في تحديد مدى قبول الدعاوى ينحصر في الوقوف على مدى توافر هذه الشروط فإن توافرت مجتمعة قبلت ولا يستساغ التذرع بأية حجج للتعصل من أداء الوظيفة القضائية التي هي حكر على الدولة لا يمكن تحصيلها إلا من خلالها، أما الاضطلاع بعبء الإثبات أو التقاعس عنه والإخفاق فيه فأثره ينصرف لتلبية دعوى المدعي كلياً أو جزئياً أو رفض دعواه.

وأرى قبول تطبيقات ما تسمى بالدعوى المقلوّبة، ذلك أن الأصل قبول الدعاوى متى توافرت شروط قبولها، بغض النظر عن أي اعتبارات أخرى، وهو ما يمكن تبريره على أساس أن أهم دعائم فكرة الدولة القانونية كفالة حق التقاضي للجميع، ولما كانت الدعوى هي الوسيلة القانونية لمباشرة هذا الحق فلا يمكن منع سماعها متى تحققت مفترضاتها التي تنطلق بالأساس من الصفة والمصلحة، فيحق لكل ذي صفة متى كانت له مصلحة معتبرة عرض دعواه على القضاء، الذي يتعين عليه سماعها والفصل فيها حتى لا تتعطل مقومات الدولة القانونية وفق مفهومها المعاصر.

فمن المبادئ الأساسية للدولة وفق مفهومها المعاصر أن التقاضي حق

مصون ومكفول للناس كافة، ويحق لأي منهم اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، ولم يحصر القانون الدعاوى التي يجوز رفعها وإنما أطلق الحق في اختيار الطريق الملائم في إطار ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري والمادة الثالثة من نظام المرافعات الشرعية السعودي، وما أكدته نصوص المرافعات من دلالة على أن لأي شخص رفع دعواه التي يريدها كلما توافرت حاجته إلى الحماية القضائية لحق أو مركز، إما بسبب اعتداء وقع بالفعل، أو توافر تهديدًا جديًا بالاعتداء عليه.

إن الدعاوى كأصل عام تُرفع للمطالبة بالحماية القضائية للحقوق والمراكز القانونية، وذلك عند الاعتداء عليها، أو وجود تهديد بهذا الاعتداء، أو عند حدوث نزاع بصددها أو نطاقها أو مداها، ففي جميع هذه الحالات يلجأ صاحب الحق أو المركز القانوني إلى القضاء للحصول على الحماية القضائية المناسبة لمواجهة الخطر الذي يهدد حقه أو مركزه، ولا يمكن الامتناع عن سماع الدعوى تمشيًا مع رأي فقهي مما كانت وجاهته، وهو ما لا يتعارض مع احترام الآراء الفقهية، بل إن منطق الفقه الإسلامي يدعو إلى ذلك، وفق القاعدة الفقهية المعتبرة من جميع أصحاب المذاهب والتي تتمثل في أنه "حيثما وجدت المصلحة فثم شرع الله"، كما أن تطور معطيات المجتمع المعاصر واختلاف مشكلاته عما كان يواجه المجتمعات قديما، فضلاً عن تعقد المشكلات وتشابكها يدعو لإعادة قراءة الفقه الإسلامي برؤية أكثر تطورًا وتمشيًا مع مستجدات الواقع إعمالاً لفقه الواقع^{١٧٤}.

١٧٤ مما يدعم ما ورد بالمتن أن من ثوابت الدولة السعودية عدم تقييد القضاة بمذهب فقهي معين دون سواه، فالقاضي مأمور بالقضاء بالحق، سواء وفق مذهبه أو مذهب غيره، ولا شك أن التقييد بمذهب بعينه قد يحول دون تقديم الحماية القضائية وقت الحاجة إليها، وهذا ما أعلنه الملك/ عبدالعزيز آل سعود -يرحمه الله- في ٧/٢/١٣٤٦هـ فيما أكده من أن النظر في شؤون المحكمة الشرعية وترتيبها يتعين أن يتم على الوجه المطابق للشرع بشرط أن يكون من وراء ذلك إنجاز الأمور والمحافظة على حقوق الناس على مقتضى الوجه الشرعي، وأن القضاة غير مقيدين بمذهب مخصوص، بل إن القاضي يقضي على حسب ما يظهر له من أي المذاهب كان لا فرق بين مذهب وآخر. (نوال العيد، الإلزام بالمذهب تأصيلًا وتطبيقًا، بحث علمي، ١٤٣٥هـ، ص ٣٩).

الخاتمة

أولاً: أبرز النتائج

* أقر القانون المصري وجميع أنظمة دول الخليج العربي - ومنها النظام السعودي - قبول الدعوى حال وجود مصلحة محتملة؛ وهو ما ينسجم معه قبول تطبيقات ما تسمى بالدعوى المقلوبة.

* القانون المصري لم ينص صراحة على قبول الدعوى المقلوبة أو أي من تطبيقاتها، بيد أن نظام المرافعات الشرعية السعودي تضمن نصاً صريحاً بقبول أحد تطبيقات الدعوى المقلوبة، وذلك في نص المادة ١٥٥ منه فيما تضمنه من أنه "يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بورقة مزورة أن يخاصم من بيده هذه الورقة ومن يستفيد منها لسماع الحكم بتزويرها، ويكون ذلك بصحيفة وفقاً للإجراءات المعتادة لرفع الدعوى".

* تضمنت نصوص قانون المرافعات المصري وكذا نظام المرافعات الشرعية السعودي النص على قبول دعاوى التي تتمثل المصلحة فيها على دفع ضرر محتمل، ومن تطبيقات هذه الدعوى دعوى قطع النزاع، التي هي من تطبيقات الدعوى المقلوبة، وهو ما يعد قبول ضمني لتطبيقات الدعوى المقلوبة.

* استقر القضاء المصري على عدم التمييز بين الدعوى المقلوبة وغيرها من الدعاوى فيما يتعلق بالقبول، فهناك شروط محددة لقبول الدعوى إذا توافرت فُبلت بغض النظر عن عبء الإثبات ومن يتحمل به.

* استقر القضاء السعودي على عدم قبول الدعوى المقلوبة، مهما كانت درجة مصلحة المدعي فيها، زعمًا أنها تقلب عبء الإثبات، واستنادًا على فهمه لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "البينة على المدعي"، وأخذًا بالظاهر من رأي جمهور الفقه الإسلامي.

* المصلحة في الدعوى المقلوبة قائمة وحالة وإن تمثلت في دفع ضرر محتمل.

* يختلف مدلول المدعي في القواعد الموضوعية عنه في التنظيم

الإجرائي، مع ارتباط عبء الإثبات بالمفهوم الموضوعي للدعاء دون معناه الإجرائي؛ وعليه فلا توجد ثمة علاقة بين قبول الدعوى وعبء الإثبات.

ثانيًا: أهم التوصيات

* اقترح إضافة نص في نظام المرافعات الشرعية السعودي وتحديدًا في الفصل الأول "الأحكام العامة" من الباب التاسع "إجراءات الإثبات"، يتضمن حكم القاعدة العامة في تحمل عبء الإثبات، وبيان المعيار الحاسم للتمييز بين المدعي والمدعى عليه في تطبيق هذه القاعدة، وذلك لإزالة أي لبس.

* أرى أنه يجب على القضاء السعودي تغيير موقفه من تطبيقات ما يسميها بالدعوى المقلوبة، واعتبارها كغيرها من الدعاوى مقبولة متى توافرت لها شروط القبول المتطلبية في جميع الدعاوى، وذلك منعًا من حرمان الأشخاص من الحماية القضائية، وضبطًا لقاعدة "البينة على المدعي"، وإدراكًا للمعنى الحقيقي للمدعي المقصود في هذه القاعدة، بل واتساقًا مع موقف نظام المرافعات الشرعية فيما أقره من قبول دعوى تعد وفق مفهوم القضاء السعودي من تطبيقات الدعوى المقلوبة.

أهم المراجع

- * إبراهيم عبدالصديق محمود: عبء الإثبات ومن يكلف به من الخصوم، مجلة جامعة القرآن الكريم والعلوم الإسلامية، السودان، ع٣، يونيو ١٩٩٧م.
- * إبراهيم نجيب سعد: القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، ١٩٧٤م.
- * أبوبكر مسعود بن أحمد الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
- * أحمد السيد صاوي: الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م.
- * أحمد هندي: قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ونفس المؤلف طبعة دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦م.
- * أشرف جابر سيد مرسي: موجز أصول الإثبات، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣م.
- * سمير تناغو: أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، ١٩٩٩م.
- * سيد أحمد محمود: إقامة الدليل أمام القضاء المدني، إجراءات تقديم الدليل أمام القضاء المدني، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٦م.
- * عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي: الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ١٤١٩هـ.
- * عبدالحميد أبو هيف: المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي في مصر، مطبعة الاعتماد، ط٢، ١٩٢١م.
- * عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، الإثبات، تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، ٢٠٠٤م.
- * عبدالله بن محمد بن سعد بن آل خنين: الكاشف في شرح نظام المرافعات الشرعية السعودي - دار التدمرية - ١٤٢٧هـ / ٢٠٠٦م.
- * عبدالله عبدالعزيز الدرعان: القواعد الإجرائية في المرافعات الشرعية، مكتبة التوبة، ط١، ١٤١٣/١٩٩٣م.
- * على بن سليمان بن أحمد المنداوي: الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، مطبعة السنة المحمدية، ط١، ١٣٧٥هـ.

- * فتحي والي: الوسيط في قانون القضائي والمدني، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- * محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ.
- * محمد بن أمين "بن عابدين": رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دار عالم الكتب، ١٤٢٣هـ.
- * محمد سعيد عبدالرحمن: دعوى قطع النزاع، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨م.
- * محمد نعيم ياسين: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٩٧١م.
- * منصور بن يونس بن إدريس البهوتي: كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ١٩٨٣م.
- * وجدي راغب فهمي: دراسات في مركز الخصم أمام القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، حقوق عين شمس، مجلد ١٨، ع ١.
- * وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني "قانون المرافعات"، دار النهضة العربية، ٢٠٠١م.
- * وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، ط ٤.
- ثانياً الأحكام القضائية:
- * الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية: منشورة بشبكة المعلومات الدولية على الرابط: <http://www.cc.gov.eg>
- * مدونة الأحكام القضائية ومجموعة الأحكام القضائية: صادرتين عن وزارة العدل السعودية، منشورة على الرابط: (<http://www.moj.gov.sa>).