فكرة الادعاء في قانون الاثبات

–دراسة قانونية مقارنة–

د. فرات رستم أمين الجاف

مدرس القانون الخاص

كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة كركوك

المقدمة

الحمد لله الذي خلق الانسان ، علمه البيان وأشهد ان لا اله الا الله ،شهد بوحدة ذاته وكمال صفاته الثقلان ، واشهد ان محمد عبده ورسوله صاحب الآيات البينات ورافع رايات النبوات الصادق الوعد الامين صلوات الله وسلامه عليه وعلى أل بيته واصحابه النجوم الاطهار، وبعد فأن مقتضيات البحث العلمي لهذا الموضوع تلزمنا تناول الامور الاتية:

أولا":التعريف بموضوع البحث وبيان أهميته:

لكي تقام الدليل على الادعاء امام القضاء ينبغي من الناحيه المنطقيه ان تبدأ من القاعدة القانونية التي يستند اليها، ثم ينبغي ان يثبت بعد ذلك ان المدعي يوجد في الوضع المطلوب لتطبيق القاعدة القانونية. فهناك في الاثبات جانبان او عنصران ينبغي النظر اليهما:

عنصر الواقع وهو مصدر الحق المدعى به، وعنصر القانون وهو القاعدة القانونية التي تقرر هذا الحق.ولكن الاثبات بالمعنى الصحيح لا يقع بصفة عامة الا على الوقائع والظروف التي يوحد فيها الشخص والتي تبيح تطبيق القاعدة القانونية ،فالمدعى لا يطالب بأثبات العنصر القانوني ولكنه يطالب فقط بأثبات الوقائع، أما أثبات القانون فهو من عمل القاضي، وبذلك فأن محل الاثبات على ذلك هو الواقعة القانونية التي تعد مصدرا" للحق المدعى به، والواقعة محل الاثبات هي الواقعة القانونية بالمعنى العام، سواء كانت واقعة مادية ام تصرفا" قانونيا"

وآثرنا اختيار فكرة الادعاء في قانون الاثبات كعنوان لبحثنا هذا لما تحظى به هذه الفكرة من اهميته بالغة في مجال الاثبات المدني كونها تدرس القاعدة القانونية التي لايكلف الخصوم باثباتها وتلك الواقعة والتي ينبغي عليهم اثباتها، وكون الحق يستبدل به كأثر قانوني من خلال اثبات المصدر المنشىء له ولما لتلك الفكرة من اهمية في تكريس التفسير المتطور للقانون وتبسط الشكلية في الاثبات ولما لها ايضا" من اهمية كبرى في صيانة القضاء من العبث عن طريق اثاره السبب القانوني الصرف من قبل القاضي وازالة الغموض امام القاضي

فيما يخص دوره في الاثبات القضائي متى استقامة مع الامر الواقع وعندها يكون لازما" عليه–اي على القاضي–ان يقضي بمايؤدي اليه هذا الاثبات من النتائج القانونية، والا اضحى في امتناعه ناكلاً عن اداء العدالة.

ورغم هذه الاهميه التي تكتسبها تلك الفكرة الا ان امرها مازال يثير الحدال والخلاف من جهة المشرع ومن ناحية الفقه والقضاء ففكرة الادعاء في قانون الاثبات قد يتوهم فيها الخصوم عند الادعاء بحق او باية رابطة قانونية امام القضاء في اثبات عناصرها من واقع او قانون او عرف وعادة طبعا" بعد توافر شروط الواقعة التي لابد من توافرها كي تكون محلا" للاثبات لهذا سنحاول تسليط الضوء لبيان تلك الفكرة والاجابة عن التساؤلات كافة التي تثار بصددها.

ثانيا":تساؤلات البحث:–

حاولنا في بحثنا ان نشير بعض التساؤلات ونسلط الضوء على بعض المواضيع التي اعتراها الغموض والقصور عند معالجتها من قبل المشرع العراقي والمقارن.

فقد حاولنا توضيح الخلاف في أمكانية الخصوم في أثبات الواقع وهو مايعرف بمحل الاثبات ومدى قدرة القاضي في تطبيق القانون على الواقع باعتبار انه يفترض فيه العلم بالقانون وهو مكلف بهذه المهمة.

وحاولنا أيضا" توضيح الخلاف الفقهي حول اثبات القانون الاجنبي في القضايا التي تحتوي على عنصر أجنبي من خلال استعراض وجهات النظر حول ذلك وبيان الراجح منها.

وتساءلنا فيما ان هل للقاضي ان يقضي بعلمه في حسم مايتعلق بالتصرف القانوني

وهل يحق للخصوم مساعدة القاضي في التحقق من وجود التعرف او تحديد مضمونه

وهل في اعطاء القاضي الحق في تفسير القانون وتطبيقه التطبيق الصحيح على الواقع حكمه يبغي المشرع من وراها الى هدف معين.

ثالثا":منهجية البحث:-

غني عن البيان ومن خلال الوهلة الاولى للاطلاع على عنوان الدراسة والموسومة (فكرة الادعاء في قانون الاثبات) نجد انفسنا امام احد المواضيع القانونيه لذا فان منهج البحث الأنسب لتناول هذا الموضوع هو المنهج التحليلي المقارن المبني على تحليل النصوص القانونية واستقراء الاحكام القضائية ومن ثم اعتماد المنطق القانوني السليم الذي يؤدي الى ربط المقدمات بالنتائج والمحاولة الخروج بحلول ومقترحات تجسد اهمية هذا الموضوع الحيوي والذي له انعكاسياته على الحياة القانونية العملية اثناء تطبيق القانون في مختبر الحياة.

بالاضافة الى اعتماد المنهج المقارن لقوانين الاثبات ومنها قانون الاثبات العراقي الرقم (107)لسنة 1979المعدل وقانون الاثبات المصري النافذ رقم (25)لسنة 1968المعدل بالاضافة الى الاستئناس بمواقف بعض القوانين العربية والعالمية.

هذا وقد اعتمادنا المنهج التطبيقي بالوقوف على موقف القضاء العراقي من الموضوع محل البحث ومن ثم تحليله.

رابعا":هيكلية البحث:-

المبحث الاول:ماهية الادعاء في قانون الاثبات اذ تم تناوله في مطلبين وكالاتي:-**المطلب الاول:**تعريف الادعاء في القانون الاثبات

المطلب الثاني:عناصر الادعاء في القانون الاثبات

اما المبحث الثاني:- فقد تم تناوله بعنوان اثبات عناصر الادعاء والمطلبين وعلى اقتضت دراسة هذا الموضوع ان يتم تقسيم البحث الى مبحثين وعلى النحو الاتي:-

المطلب الاول:اثبات العرف او العادة الاتفاقيه

المطلب الثاني:اثبات القانون

الخاتمة:-

ويشمل نهاية ماتوصلنا اليه في هذا المبحث من التار هذا الموضوع والتوصيات ،وهي لاتعد الا اسهام متواضع في هذا الموضوع فأمل ان تكون موضوع دراسة وتطبيق.

ولاندعي باي حال من الاحوال لهذه الدراسة الكمال، فالكمال لله وحده، فان اصبنا فمن الله وان اخطأنا فمن انفسنا والله وحده الهادي للصواب.

المبحث الاول

ماهية الادعاء في قانون الاثبات

ان الاثبات ليس واجب على الخصوم فحسب بل هو حق لكل خصم،ولذلك فان الواجب يقتضي الا يثبت ادعائه نفيا"او اثباتا"بطريق لم يشرعه القانون لاثبات مثل هذا الادعاء وانما عليه ان يلتزم باستعمال حق بالاثبات بالطرق التى يحددها القانون ومتى التزم بذلك فليس للقاضي ان يمنعه من اثباته والا عد ذلك اخلالا" بحقه في الدفاع ممايجعل الحكم مخالفا" للقانون.

استنادا" لما تقدم فسيتم تناول هذا المبحث في مطلبين اثنين نخصص المطلب الاول لتعريف الادعاء في القانون الاثبات ونبين في المطلب الثاني عناصر الادعاء في القانون ذاته وذلك على نحو الاتي:-

المطلب الاول

تعريف الادعاء في قانون اثبات

سنتناول في هذا المطلب تعريف الادعاء لغة وكذلك لتعريفه في الاصطلاح القانوني لوصول الى معنى الدقيق لذلك الاصطلاح وذلك من خلال فرعين الاتيين

الفرع الاول

تعريف الادعاء لغةً

الادعاء لغةً من ادعى الشيء زعم انه له حقا" او باطلا" وادعى الشيء انسبه اليه وزعم انه له، وادعى على خصمه:خاصمه وحاكمه عند القاضي، وادعى الى ابيه،ا نتسب ،وادعى الشيء تمناه وادعى على فلان كذا نسبه اليه وخاصمه فيه ومنه "البينه على من ادعى واليمين على من انكر" [1]

وادعى بـ يدعي والمفعول مدعى وفي التنزيل "لهم فيها فاكهة ولهم مايدعون"[2]

والادعاء في تعريفه صلة وثيقة بتعريف الدعوى لغة[3]

([1]) ينظر لمزيد من التفصيل:-ابراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد علي النجار،المعجم الوسيط.ح1و2،ط2،المكتبة الاسلامية للطباعة والنشروالتوزيع،استنبول،تركيا،بدون سنة طبع،ص286،مادة (دعى)،وكذلك محمد بن ابي بكر بن عبدالقادر الرازي مختار الصحاح،دار الكتب العربي،بيروت،لبنان،1981،ص206،مادة(دعى)

([2]) القرآن الكريم سورة يس،الاية57

([3]) ينظر:محمد بن اسماعيل الصنعاني،سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام ،ج3،ط1،مكتبة الصفا،القاهرة،2005،ص184

فالدعوى لغة هي اسم مصدر من ادعى الشيء ، اذ زعم ان له حقا"او باطلا"[1]

وبذلك فان هذه الصلة الوثيقة لها اطلاقات متعددة[2]

الفرع الثاني

تعريف الادعاء في الاصطلاح القانوني

تزخر المؤلفات القانونية بتعريفات العديدة للاثبات وتهدف تلك التعريفات الى بيان ان المقصود بالاثبات القضائي، مايقوم به المدعى لاظهار حقه عن طريق تقديم ادلة الاثبات ، وسع ذلك يجدر بنا ان نذكر التعريف الذي قدمه الاستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري بقوله(اقامة الدليل امام القضاء ، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت اثارها) [3]

([1]) ينظر محمد علاء الدين افندي،قرة عيون اخبار تكملة رد المحتار على در مختار،شرح تنوير الابصار المجلد 11،ط2،دار الكتب العلمية بيروت،لبنان،2003،ص53

([2]) راجع في هذه الاطلاقات:علي قراعة،الاصول القضائية في المرافعات الشرعية،مطبعة الرغائب،القاهرة،1921،ص3

([3]) ينظر:د.عبدالرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدعى الجديد،نظرية الالتزام توحه العام،اللاثبات اثار الالتزام،ط3،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2011،ص13،مابعدها

وتعريف الدكتور سليمان مرقس (اقامة الدليل على حقيقة امر مدعى به،نظرا" لما يترتب عليه من اثار القانونية) [1]

ومن هذه التعريفات يتضح ان الاثبات لايرد على الحق المدعى به،وانما يرد على الواقعة القانونية تنشىء هذا الحق[2]

من هنا،فان الادعاء هواجراء قانوني يعرض المدعي بمقتضاه اسباب ادعائه ويبدي المدعى عليه اسانيده لرد دعوى المدعى[3]

([1]) ينظر:د.سليمان مرقس ،اصول الاثبات واحراءاته في المواد المدنية،ج1،ط1،عالم الكتب،القاهرة،1981،ص11 ؛ وبالمضمون ذاته ينظر:استاذنا الدكتور عباس العبودي ، أحكام قانون الاثبات المدني العراقي ،دار الكتب للطباعةوالنشر،جامعة الموصل،1991،ص19

([2]) وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدية للقانون المدني المصري النافذ ذوالرقم (131)لسنة 1948المعدل مايأتي:-يتعين اقامة الدليل على كل واقعة قانونية يدعى بها وفقا"للاحكام المنصوص عليها في القانون المدني،متى توزعت هذه الواقعة او انكرت صحتها والجوهري في هذا الصدد هو ان الاثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها بوصفها مصدرا" للحق او الالتزام،دون هذا الالتزام او ذلك الحق.نقلا" عن:مجموعة الاعمال التحضيرية،ج3،ص349مشار اليها لدى:د.محمد يحى مطر،الاثبات في المواد المدنية والتجارية ،الدار الجامعة،بيروت ،1987،ص55

([3]) ينظر:د.عبدالواحد كرم،معجم المصطلحات القانونية،شريعة_قانون،ط1،دار الكتب للطباعة والنشر،القاهرة،1995،ص30

والادعاء يبدو على راي جانب من فقه[1] عند مثوله أمام القضاء كمقياس منطقي[2]

Syllogisme يكون فيه عنصر القانون(القاعدة القانونية)المقدمة الكبرى

Lamajeure ، ويمثل عنصر الواقع(الواقعة القانونية او التصرف القانوني)المقدمة الصغرى lamineure ، ولا ينصب الاثبات الا على المقدمة الصغرى اي على عنصر الواقع فقط[3]

هذا ولم يورد المشرع العراقي في القانون الاثبات النافذ ذو الرقم (107)لسنة 1979 ولا حتى المشرع المصري في قانونه النافذ ذو الرقم(25)لسنة 1968تعريفا للادعاء بل اورد الاول

(1) لمزيد من تفصيل لهذا الراي ينظر:د.عابد فايد،نظام الاثبات في المواد المدنية والتجارية،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة 2005_2006،ص52 ود.عصمت عبدالمجيد بكر،اصول الاثبات،ط1،اثراء للنشر والتوزيع،عمان 2012،ص82،وينظر في ذلك نص المادة(9)من القانون المرافعات المدنية الفرنسي ذو الرقم(1123)لسنة 1975المعدل والتي تنص على ذلك بشكل صريح والتي نصها:

"ILincombe a chague partie prouver conformement a la loi les faits necessaires au success de sa pretention"

(2) ينظر:د.نبيل ابراهيم سعد ود.همام محمود محمد زهران ،اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية،دارالجامعة الجديدة ،الاسكندرية،2001،ص16،والاستاذ السيد عبدالوهاب عرفة،الاثبات في المواد المدنية _قواعد واحكام عامة واساسية،ط1،المركز القومي للاصدارات القانونية،القاهرة،2009،ص11

(3) ينظر في ذلك نص المادة (12)من قانون المرافعات المدنية الفرنسي النافذ المعدل.

تعريفا" للدعوى فقط نص في قانون المرافعات المدنية النافذ ذو الرقم(83)لسنة 1969 المعدل وبالتحديد في مادته الثانية على انه "طلب شخص حقه من اخر امام القضاء"[1]

بخلاف المشرع الفرنسي الذي اورد الادعاء وعرفه في المادة(30)من القانون المرافعات الفرنسي النافذ عندما ذكر ذلك المصطلح اكثر من ثلاث مرات في تعريفه للادعاء[2]

ونرى من خلال البحث والتمحيص في تعريف الادعاء اقتراب هذا المصطلح الاخير من مفهوم الدعوى، فهذه الاخيرة هي الادعاء القانوني امام القضاء والادعاء كمفهوم اجرائى قانوني تميل باستمرار حيزا" كبيرا" وهاما" في اجهادات فقهاء وشراح القوانين الاجرائية والموضوعية وبالرغم من ان جميع التعريفات والافكار التي طرحناها اعلاه تختلف فيما بينها الا انها كلها ترمي الى توضيح فكرة الادعاء وتفسير مضمونها بشكل افضل انطلاقا" من فهم ومصر القائل ولهذا نرى بان الادعاء هو ذلك التخويل الذي يمنح للشخص الذي وقع تطاول او انتهاك اوتهديد او اعتداء على حقوقه اومصالحة ومن هنا يمكن تعريف الادعاء بانه

(1) وهذا التعريف مقتبس من المادة(1613) من مجله الاحكام العدلية علما"ان هذا التعريف منتقد لانه لايميز بين الدعوى والطلب القضائي او المطالبة القضائية ...ينظر:عبدالرحمن العلام شرح قانون المرافعات المدنية رقم(83)لسنة1969،ج1،ط2،العاتك لصناعة الكتاب،القاهرة،2009،ص34

(2) Jean Vincentet Serge Guinchard procedure civile 24ed edition dalloz, paris,1999,p:116;Japiot(R):Des sanction en matiere de procedure civile R.T.D.cive.edition,paris,1974,p:59volume1,p11.

الوسيلة القانونية للمطالبة بالحماية القضائية عبر المحكمة عن طريق تقرير حق او مصلحة او لحمايتها.

وهنا وعلى الرغم من ان التعريف يعد من المأخذ التي تؤخذ عند سن التشريع وان اعطاء تعريفا" جامعا"مانعا"يعد من الامور التي يصعب المشرع اتمامها وذلك لمرونة المفاهيم وتبدلها من زمان لاخر ..الا ان التعريف اعلاه لاشك انه جاء بصياغة اكثر مرونة من تلك التي قدمتها التعاريف السابقة والذي تسلط الضوء على جميع مضامين الادعاء وجميع افكاره.

المطلب الثاني

عناصر الادعاء في قانون الاثبات(*)

ان الادعاء بحق او باية رابطة قانونية امام القضاء ينقسم الى عنصرين هما عنصر الواقع وعنصر القانون...

وسنتناول في هذا المطلب هذه العناصر بشئ من التركيز وذلك ضمن الفرعيين الاتيين:

الفرع الاول

عنصر الواقع

وعنصر الواقع هو مصدر الحق المدعى به ، اي التصرف القانوني او الواقعة القانونية التي انشأت هذا الحق(1)

(*)لمزيد من التفصيل ينظر:- د.محمد حسين منصور،الاثبات التقليدي والالكتروني،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2006،ص28 ؛ وينظر كذلك:د.توفيق حسن فرج وعصام توفيق حسن فرج،قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2003،ص49

(1) ينظر: د.سمير عبد السيد تناعو،نظرية الالتزام،منشأة المعارف،الاسكندرية،1975،ص620

وهذا العنصر هو وحده الذي يطالب المدعى بأثباته[1] والاثبات هنا يتناول في الغالب مسألة موضوعية يختص بها قاضي الموضوع دون رقابة من المحكمة التمييز في العراق او النقض في مصر [2]

ولاتتناول مسألة القانون الا في احوال نادرة[3] فالرقابة هنا تكون فيما يرسمه القانون من القواعد قانونية للاثبات يلتزم القاضي بتطبيقها في السماح للخصوم في اثبات هذه المسائل[4] ولتوضيح ذلك نقول انه:

([1]) د.عبدالرزاق احمد السنهوري،مصدر سابق،ص49

([2]) د.عصمت عبدالمجيد بكر،مصدر سابق،ص83،ود.عابد فايد عبدالفتاح،مصدر سابق،ص51

([3]) ينظر: د.احمد ابو الوفا ، التعليق على نصوص قانون الاثبات ، منشأة المعارف،الاسكندرية ،1986،ص14،ومابعدها

([4]) وينظر لمزيد من التفصيل:- د.فتحي عبدالرحيم عبدالله ود.احمد شوقي محمد عبدالرحمن ،احكام الاثبات،مكتبة الجلاء،المنصورة،ص45

مثلا" اذا مارفع المشتري على البائع دعوى يثبت ملكيته للعقار الذي اشتراه، فان بثبوت عقد البيع مسألة موضوعية لاتخضع لرقابة محكمة التمييز او النقض ولكن وجوب اثبات البيع اذا زادت قيمته على مبلغ محدد بالكتابة[1]او بماتقوم مقامها مسألة قانونية تخضع لهذه الرقابة[2]

فالقاضي يراقب الخصوم في اثبات الواقع من ثلاث نواحي:

اولا":- فيما يتعلق بتوافر شروط الاثبات[3]

وثانيا":- فيما يتعلق بوسيلة الاثبات التي يستخدمها الخصم وهل هي وسيلة مقبولة ام غير مقبولة

([1]) اذاجازت المادة (78)من قانون الاثبات العراقي النافذ الاثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لوكان التصرف المطلوب تزيد قيمته على (5000)الف دينار اذاوجد مبدأ الثبوت بالكتابة هوكل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها ان تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال.وتقابل هذه المادة العراقية المادة(62/ف1)التي لم تذكر مبلغ محدد،والمادة(30/ف1)من القانون اثبات الاردني الجديد النافذ والرقم(37)لسنة2001 المعدل الذي نص على مبلغ مائة دينار،والمادة(56)من القانون الاثبات السوري النافذ ذو الرقم(359)لسنة1947 الذي نص على مبلغ ال(500)ليرة،اما في الولايات المتحدة الامريكية فلم يحدد مبلغ لذلك..ينظر:

Eric D Green Federal Rules of Evidence Aspen publisher New York 2003 p:107

([2]) د. عبدالرزاق السنهوري،مصدر سابق،ص49

([3]) وهي ان تكون الواقعة التي يثبتها الخصم متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها ومن جائز اثباتها.

ثالثا":- فيما يتعلق بتكييف الخصم للوقائع التي قام بأثباتها[1]

وتجدر الاشارة الى ان رقابة القاضي لتكييف الوقائع مسألة دقيقة لانها تستجيب من ناحية الى مبدأ من المبادئ المستقرة في القانون وهي ان تكييف العلاقات القانونية مسألة قانونية يفصل فيها القاضي من تلقاء نفسه بغض النظر عن ارادة الخصوم ، و لأنها قد تؤدي الى الحكم للمدعى بحقه على اساس اخر من مصادر الحق غير المصدر الذي تمسك به المدعى نفسه من جهة اخرى[2]ومع ذلك من شبهة التغيير في سبب الدعوى وهوما يمتنع على القاضي قانونا"[3]

([1]) ينظر : د.سمير عبد السيد تناغو،النظرية العامة في الاثبات،بدون طبعة ودارنشر،1999،ص51

([2]) د.سمير عبد السيد تناغو ،مصدر سابق،النظرية العامة في الاثبات،ص51

([3]) ينظر: د.هشام علي صادق،المقصود سبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره،بحث منشور في مجلة المحاماة المصدرية،السنة الخمسين،نيسان،1970،ص76 ومابعدها.

الفرع الثاني

عنصر القانون

اما عند الحديث عن العنصر الثاني من عناصر الادعاء في قانون الاثبات فنقول هنا انه استخلاص الحق من مصدره بعد ان يثبت الخصم هذا المصدر، اي تطبيق القانون على ماثبت لدى القاضي من الواقع، وهذا من عمل القاضي وحده، لايكلف الخصم اثباته، فالقانون لايكلف احدا" هذا الاثبات، بل على القاضي ان يبحث من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق على ماثبت عنده من الواقع فبطبقها[1]

وهو في تطبيقها يخضع لرقابة محكمة التمييز او النقض[2]

ففي المثال الذي سقناه انفا"، نقول هنا انه وبعد اثبات عقد البيع بالكتابة، يكون على القاضي ان يستخلص منه التزاما" في ذمة البائع بنقل ملكية العقار المبيع للمشتري، وعلى القاضي ان يستخلص ايضا" ان الملكية لا تنتقل فعلا" الى المشتري الا بتسجيل عقد البيع، وكل هذه

([1]) د.عبدالرزاق السنهوري،مصدر سابق،ص49،ود.احمد منشأت ،رسالة الاثبات ،ج1،بدون طبعة وجهة نشر،2008،ص32ومابعدها ،ومحمد علي الصوري،التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات،ج1،مطبقة شفيق،بغداد،1983،ص54

([2]) وهذا بعكس العنصر الاول،عنصر الواقع،وهو كما ذكرنا مسألة موضوعية لاتخضع لرقابة محكمة التمييز او النقض

المسائل قانونية دون ان يكلف احدا" من الخصمين بأثباتها، فهي ليست محلا" للاثبات اذ المفروض ان القاضي هو اول من يعلم وقد ناطت الدولة به تطبيقه، بل ان القاضي لا يستطيع ان يمتنع عن القضاء بحجة انه لاتوجد قانونية يمكن تطبيقها ،وان امتنع عد امتناعه نكولا" عن اداء العدالة[1]ويرى جانب من الفقه ان القاعدة القانونية التي يقضي بوجوب ان يبحث القاضي من تلقاء نفسه عن القواعد القانونية الواجبة التطبيق هي التي ادت الى قيام تلك القاعدة المعروفة التي تقضي بحواز اثارة وجوه للطعن جديدة في الاستئناف دون التمييز مثلا"[2]

ذلك ان القاضي محكمة الدرجة الاولى ملزما" بالبحث من تلقاء نفسه عن جميع القواعد القانونية التي يجب تطبيقها في الدعوى فاذا قصر في البحث ،جاز للمحكمة الاستئناف ومن تلقاء نفسها كذلك ان هذا النقص،ومن ثم جاز للخصوم ايضا"ان يثيروا وجوها" قانونية جديدة لم تسبق لهم اثارتها امام محكمة الدرجة الاولى على اعتبار ان هذه المحكمة كان من الواجب عليها ان تثير هذه الوجوه القانونية من تلقاء نفسها[3]

([1]) د.سمير عبد السيد تناغو،مصدر سابق،النظرية العامة في الاثبات،مصدر سابق،ص50 ومابعدها، ود.احمد ابو الوفا،مصدر سابق ص14

([2]) ينظر :- د.قدري عبدالفتاح الشهاوي ، الاثبات مناطة وضوابطة ، منشأة المعارف،الاسكندرية 2002،ص45،ود.عبدالباسط جميعي ،نظم الاثبات في القانون المدني المصري،ط1،بدون سنة طبع،القاهرة،1953،ص11،ومابعدها

([3]) د.قدري عبدالفتاح الشهاوي،مصدر سابق،ص46

وجدير بالذكر هنا ان الوقائع القانونية تقسم الى تصرفات القانونية ووقائع مادية وتبدو اهمية هذا التقسيم في مجال الاثبات فالتصرف القانوني يجب اثباته ،كقاعدة عامة بالكتابة مالم تقل قيمته عن حد معين ،هنا يجوز اثباته بشهادة الشهود،اما الوقائع المادية فيجوز اثباته بكافة طرق الاثبات[1]

وايضا" نلاحظ انه من مقرر حواز اثبات الواقعة المادية بكافة طرق اثبات وهذا تقتضيه الاعتبارات العلمية، وبهذا لايلتزم المضرور من جريمة بوسيلة معينة من وسائل الاثبات عندما يطالب بالتعويض الخاص بالضرر الذي اصابه من جرائها[2] كذلك يجوز اثبات الواقعة الميلاد والوفاة بكل طرق الاثبات ، واذا كان القانون ينص على ان الميلاد والوفاة تثبت بالسجلات الرسمية معدة لذلك[3]

([1]) ينظر: د.توفيق حسن فرج،مصدر سابق،ص47

([2]) ولايغير من ذلك مادرج عليه العمل من تحرير محضر عن طريقة الشرطة في حالة وقوع الجريمة،فليس هذا في الحقيقة الا وسيلة للتيسير في الاثبات الواقعة ،كما انها قد تكون اكثر ضمانا" من الشهادة الشهود...ينظر :د.عابد فايد ،مصدر سابق،ص52

([3]) ينظر :المادة (35)من القانون المدني العراقي النافذ ذو الرقم(40)لسنة 1951النافذ المعدل ،والمادة (30)من القانون المدني المصري النافذ ذو الرقم (131)لسنة 1948المعدل ،والمادة (72)من القانون المعاملات المدنية الاماراتي النافذ ذو الرقم (5)لسنة 1985 المعدل.

الا ان هذا ليس سبيل الوحيد لاثبات هاتين الواقعتين لانه اذالم يوجد هذا الدليل،او اذاتبين عدم حجة ما جاء بالسجلات فان الاثبات يجوز بأية وسيلة اخرى وذلك لان الميلاد والوفاة واقعتان ماديتان يمكن أقامة الدليل عليها بجميع طرق الاثبات..

وهذا ماكدت علية محكمة النقيض المصرية في قرار لها في هذا الخصوص عندما نصت على انه(...مفاد نص المادة (30)من القانون المدني ان الاصل ان شهادة الميلاد وشهادة الوفاة كافيتان الا اذا اثبت ذوو الشأن عدم صحة ماادرج في السجلات او اذا لم توجد شهادة الميلاد او شهادة الوفاة لأي سبب من الاسباب فيجوز عندئد الاثبات بجميع الطرق) [1]

([1]) قرار محكمة النقض المصرية المرقم 2230،احوال الشخصية،87 في 1987/4/2السنة 52ق ..مشار الى القرار لدى :د.عابد فايد،مصدر سابق،ص55

المبحث الثاني

اثبات عناصر الاثبات

قد يصح القانون المسالة موضوعية وبالتالي يستوجب الامر على الخصم اثباته،ولايخضع القاضي في تطبيقه لرقابة محكمة النقض ،ولعل ذلك يتسدي ازاء حالتي كون القاعدة تقوم على العرف او العادة الاتفاقية اوكون القاعدة تقوم على القانون الاجبني [1] وهذا سنتناول من خلال المطلبين الاتيين:

المطلب الاول

اثبات العرف او العادة الاتفاقية

العرف هو اطراد الناس او على الاقل افراد مهنة او طبقة معينة على اتباع سلوك معين بصدد مسالة معينة مع اعتقادهم في الزاميته لهم كلما عرضت هذه المسألة [2]

(1) ويسقى هذه الاحوال لدى بعض الفقهاء مجالات اشتباه القانون بالواقع من حيث الاثبات.

(2) لمزيد من التفصل ينظر: د.نزية محمد الصادق المهدي ،المدخل لدراسة القانون ،ج1،نظرية القانون ،دار النهظة العربية ،1995،ص155،ينظر كذلك

وهذه مجموعة من القواعد التي نشأت عن تكرار التزام الافراد بها في معاملاتهم مع غيرهم في حالات معينة بوصفها قواعد قانونية لها في اعتقاد الناس قوة الالتزام كالنصوص التشريعية سواء بسواء، اي هي القواعد التي يدرج الناس على اتباعها في بيئة معينة ويسيرون حسب مقتضاها في معاملاتهم مع شعورهم بلزوم احترامها والخضوع لاحكامها[1] والعرف بهذا المعنى هو قانون بالمعنى الدقيق بل هو مصدر رسمي من مصادر القانون [2] ولذلك فأن الخصوم لايكلفون بأثباته، فأثبات العرف من عمل القاضي [3] ونظرا" لان العرف هو القانون غير مكتوب، فقد يصعب معرفة القاعدة القانونية العرفية خاصة اذا لم تكن مشهورة بالقدر الذي يجعل القاضي يعلم بها وهنا يترك القاضي للافراد اثبات وجود العرف، كذلك اذا ادعى الخصم وجود قاعدة عرفية معينة فأن من مصلحته ان يمد القاضي بها [4] ففي الحقيقة يثبت

([1]) ينظر: د.سعيد عبدالكريم مبارك،اصول القانون ،مديرية مطبعة جامعة الموصل،1988،ص174،وكذلك عبدالبافي البكري وزهير البشير،المدخل لدراسة القانون،شركة العاتك لصناعة الكتابة القاهرة،بدون سنة النشر،ص139

([2]) ينظر المادة (1)من القانون المدني العراقي النافذ،والمادة (1/ف1)من القانون المدني المصري والمادة(1)من القانون المعاملات المدنية الاماراتي النافذ،والمادة(2)من القانون المدني الاردني النافذ رقم43 لسنة1976المعدل

([3]) ينظر:د.جلال السعددي ،مبادئ الاثبات في المسائل المدنية والتجارية ،القاهرة،1987،ص39

([4]) د.عابد فايد عبدالفتاح،مصدر سابق،ص62

الخصوم في هذه الحالة وقائع مادية تتمثل في العناصر التي تكون العرف، والقاضي ينظر هل توافرات في هذه العناصر شروط قيام القاعدة القانونية العرفية ام لا. فاذا انتهى الى ان العناصر تكون عرفا" طبقة على نزاع، واذا لم تكون العناصر الموجودة القاعدة العرفية طرحها القاضي ولم يأخذ بها، فالقاضي يظل هو المرجع في تقدير وجود العرف وفي تفسيره ويخضع في قضائه لرقابة محكمة التمييز او النقض [1] وعلى ذلك ففي حالة صعوبة معرفة العرف من الناحية العلمية ،فأن الخصوم يعاونون القاضي في التحقيق من وجود العرف وتحديد مضمونه، وبالامكان اللجوء الى اهل الاختصاص والخبرة في مهنة معينة،او الى الغرف التجارية او الصناعية او اي تنظيم مهني او حرفي لمعرفة وجود العرف وتحديد مضمونه ،ومع ذلك يبقى في الاخير وكما ذكرنا في ذلك وبالتالي لمحكمة التمييز ان تعقب عليه اذاطبق عرفا"غير موجود او اغفل عرفا" قائما" [2] وبهذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية على انه(...ان تحري العرف في ذاته والتثبت في قيامه، وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة من الامور الموضوع عن تطبيق عرف ثبت لديه وجوده، وهذا يقتضي التمسك به امام محكمة الموضوع حتى يمكنها التثبيت من امر قيامه، واذا تبين من الاوراق ان الطاعن

([1]) د.سمير عبدالسيد تناغو،مصدر سابق، النظرية العامة في الاثبات،ص59، د.جلال السعدوي،مصدر سابق،ص39

([2]) ينظر:د.حسن كيرة، المدخل الى القانون،القاهرة،1969،ص267ومابعدها

لم يدع قيام عرف امام محكمة الموضوع فيما يثيره بسبب النقض، فأن السعي على الحكم بمخالفته العرف يكون في غير محله) [1] وعلى خلاف العرف، فان العادة الاتفاقية ليست قاعدة قانونية ولكنها لاتعدو ان تكون واقعة مادية يجب على الخصوم اثباتها ،وهم يستطيعون ذلك بجميع طرق الاثبات[2] [1]والعادة تعني اعتياد عدد كبير من الناس او افراد مهنة معينة على سلوك معين بصدد مسالة معينة دون الاعتقاد بإلزامها، وبهذا تتميز العادةعن العرف،وعلى الاعتقاد بالزامها ،وبهذا تتميز العادة عن العرف، وعلى هذا يظل هذا السلوك عادة ولاتتحول الى القاعدة قانونية ولاتحكم علاقات الافراد ومعاملاتهم الا اذا ثبتت اتفاقهم ورضاءهم صراحة او ضمنا" في كل حالة على تطبيق هذه العادة في معاملاتهم وحينئذ تطبيق عليهم ليس لوصفها عرفا" بل نتيجة الاتفاق على تطبيقها ومن اجل ذلك تسمى عادة اتفاقية[3]

([1]) نقض مصري 1975/5/27،مجموعة احكام النقض 1085/26 ونقض مصري 1979/3/17،مجموعة احكام النقض 399،السنة42،ص51ومابعدها

([2]) د.نزيه محمد صادق المهدي،مصدر سابق،ص161

([3]) د.فايد عبد الفتاح،مصدر سابق،ص63

فأذا اتفق الافراد صراحة او ضمنا" على اتباع عادة معينة اعتبرت هذه العادة شرطا" في شروط العقد فأذا اثار نزاع بشأنها، فانها عنصرا" من عناصر الواقع يتعين على من يدعيه اقامة الدليل عليه[1]

وينصب الاثبات في هذه الحالة على وجود العادة الاتفاقية وعلى ان الافراد قد ارتضوا الالتزام بها واتباع حكمها، اذا كانت العادة غير شائعة[2]

وتطبيقا" لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه:((....متى كان الطاعن يدعي قيام (العادة الاتفاقية)بين الشركة وموظفيها على العمل في الخارج في غير اوقات العمل لديها فأن عليه هو لا على الشركة اثبات وجودها واثبات ان المتعاقدين كليهما قد قصدا الالتزام بها واتباعها)) [3]

([1]) ينظر: د.محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2004،ص31

([2]) د.سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة في الاثبات، مصدر سابق،ص60

([3]) نقض مدني 23 اذار 1962،مجموعة المكتب الفني،س13،ص651 مشار اليه لدى : د.عابد فايد،مصدر سابق،ص63

اما اذا كانت العادة شائعة او مشهورة، فأن الاثبات ينصب على وجود العادة ومضمونها او ما يعبر عنه بقوامها المادي وليس على ان الافراد قد ارتضوها شرطا" من شروط العقد ،حيث ان التراضي على ذلك مستمد من اعتياد الناس على التعامل بها[1]

ويرى بعض الفقهاء بشأن المقارنة بين العرف والعادة من حيث الاثبات ان الاخيرة عنصر من عناصر اواقع فيحث التمسك بها الخصم فأن عليه اثباتها، كما يفعل بشأن سائر شروط العقد الصريحة والضمينة ،اما العرف فقاعد قانونية ،شأنها في الاثبات شأن القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع[2] وليست القاعدة القانونية التي تقوم على العرف في حاجة الى الاثبات اكثر من حاجة القاعدة القانونية التي تقوم على التشريع كلتا القاعديين قانون واجب التطبيق يتعين على القاضي البحث عنه من تلقاء نفسه لتطبيقه دون حاجة الى اثباته من جانب الخصوم[3]

وتجدر الاشارة هنا الى ان العادة الاتفاقية هي واقعة مادية تستمد الزامها من انصراف ارادة المتعاقدين اليها، ولذلك فأنه يفترض في تطبيقها علم الاطراف بها، فلا تطبق اذا لم يعلموا بها

(1) د.السنهوري ، مصدر سابق،ص51

(2) د.قدري الشهاوي، مصدر سابق،ص48،ود.نبيل ابراهيم سعد، ود.همام محمد محمود، مصدر سابق،ص26

(3) د.قدري الشهاوي، المصدر نفسه،ص49

،فالعادة الاتفاقية عرف لم يكمل بعد، اذ يتوافر فيها العنصر المادي دون النفسي وعندما يتفق المتعاقدون في شأنها تصبح من شروط العقد وتاخذ حكم الوقائع التي يجب على الاطراف اثباتها، فاذا ما اقر الخصم بها ،اخذ بها القاضي بوصفها مسألة موضوعية ثابتة[1]

اما اذا نازع فيها فعلى الخصم الذي يتمسك بها ان يثبتها كأي واقعة يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات، والاثبات في هذه الحالة ينصب على مجرد وجود العادة الاتفاقية وقيام لركنها المادي، ولا يعني ان المتعاقدين قد ارتضيا القاعدة شرطا" من الشروط العقد، وانما التراضي هو امر مفروغ منه استنادا" الى ان القاعدة تقوم على العادة التي درج الناس عليها في التعامل[2]

هذا وان هذه الحالة لا تعد استثناء" من قاعدة عدم تكليف الخصوم بالإثبات لان العادة ليست قاعدة قانونية بل هي قاعدة لا تستمد الزامها الا من اتجاه المتعاقدين الى الاخذ بها صراحة او ضمنا" وهي المتعاقدين الى الاخذ بها صراحة او ضمنا" وهي في هذه الحالة تعد كالشرط الصريح او الضمني

(1) ينظر :استاذنا الدكتور عباس العبودي ،شرح احكام القانون البينات،ط1،دار الثقافة للنشر والتوزيع،2005،ص36

(2) ينظر: د.محمد عبد اللطيف، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية،ج1،القاهرة،1970،ص18

في العقد وهي لاتخرج عن وصفها واقعة تخضع في الاخير لتقدير قاضي الموضوع الذي يستقل بتقديرها[1] ، وتطبيقا" لذلك قضت محكمة النقض المصرية الى ((.....ان من يدعي قيام العرف او العادة الجارية عليه اثبات وجودها واثبات ان المتعاقدين كليهما قصدا الالتزام بها واتباعها، ولما كانت الواقعة قد قصرت دفاعها على مجرد القول بوجود عرف او عادة تجارية في قطاع المقاولات دون تقديم يؤيد ذلك، فلا لوم على الحكم ان هو التفت عن هذا الدفاع العادي عن الدليل)) [2]

المطلب الثاني

اثبات القانون

يقضي القاضي بعلمه واذ يفترض فيه العلم بالقانون، فهو بحكم وظيفته يطبق القانون على القضية المعروضة والمنظورة امامه، ولا يستطيع الامتناع عن ذلك بحجة عدم وجود نص قانوني بحكم القضية و الاعد مرتكبا" لجريمة انكار العدالة

(1) د.عباس العبودي، شرح احكام قانون البينات، مصدر سابق ،ص36

(2) رقم القرار 160 لسنة 47 في 1981/1/26،المشار اليه لدى: مصطفى مجدي هرجة ،قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء احدث الاراء واحكام النقض،ط1،القاهرة،1987،ص95

وهذا ما اكد عليه المشرع العراقي وبالذات في المادة (30)من القانون المرافعات المدنية العراقي النافذ ذو الرقم (83)لسنة1969المعدل والتي تنص على انه:-لا يجوز لأنه محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد القاضي ممتنعا" عن احقاق الحق ،وهذا ايضا" التأخر غير مشروع عن اصدار الحكم امتناعا" عن احقاق الحق)) [1]

فوجود القاعدة القانونية حقيقة علمية موضوعية ثابتة بذاتها يفترض علم القاضي بها لأنه اذا كان يفرض علم الكافة بالقانون ،فهذا العلم يفرض من باب اولى في القاضي الذي هو اداة الدولة واضعة القانون لتطبيق القانون[2]

واذا مكانت النصوص القانونية غامضة وبحاجة الى تفسير فيقع عبء القيام التفسير على القاضي وليس الخصوم [3]

([1]) ولا مقابل لهذه المادة العراقية في القانون المصري النافذ المعدل

([2]) د.سليمان مرقس ،مصدر السابق،ص61

([3]) ينظر :-د.عصمت عبدالمجيد بكر، اصول تفسير القانون،ص2،بغداد،ص15،وينظر المضمون ذاته:- القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، تاويل النصوص في القانون،ط1،مكتبة دار الامام،طرابلس-لبنان،ص112،ومابعدها

واذا حاول الخصوم ارشاد القاضي الى النصوص القانونية التي تحكم النزاع فهذا لا يعد اثباتا" للقانون وانما هي محاولة يبذلها كل خصم لحمل القاضي على فهم القانون على النحو الذي يتفق مع مصلحته، في حين ان القاضي يتولى تفسير القانون بعلمه الشخصي دون الحاجة الى ارشاد او اثبات، وتفسيره يخضع لرقابة محكمة التمييز [1]

وقد ثار خلاف حول اثبات قانون الاجنبي في قضايا فيها عنصر اجنبي، فالقاضي الوطني يطبق القانون الاجنبي على القضية المعروضة عليه اذا اشارت قاعدة الاسناد الوطنية بتطبيق هذا القانون [2]

فمشكلة اثبات القانون الاجنبي فيما يسمى بالعلاقات الدولية الخاصة، والعلاقة الدولية الخاصة هي علاقات تتميز بوجود عنصر الاجنبي فيها فقد تشير قواعد الاسناد الى تطبيق القانون الاجنبي امام القاضي الوطني عندما يعرض نزاع من هذا النوع على القاضي المصري ويكون القانون الاجنبي هو الواجب التطبيق عليه، فهل يفترض في القاضي العراقي او المصري العلم بالقانون الاجنبي ؟

([1]) د.عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، اصول الاثبات،ص85

([2]) لمزيد من التفصيل ينظر:- د.محمد حسين منصور ،الاثبات التقليدي والالكتروني،مصدر سابق،ص32، ود.نبيل ابراهيم سعد، ود.همام محمد محمود، مصدر سلبق،ص23،وكذلك د.قدرية عبدالفتاح الشهاوي، مصدر سابق،ص49

وللإجابة عن هذا التساؤل الهام ممكن استعراض وجهات النظر حول اثبات القانون الاجنبي على النحو الاتي:

فالفريق الاول:-

والذي يرى ان القانون الاجنبي لايطبق باعتباره قانونا"،بل باعتبار ه مسالة وقائع ،فيقع عبء اثباته على عاتق الخصم، ومن ثم فان قاعدة الجهل بالقانون ليس بعذر لاتطبق بصدد القانون الاجنبي، فالقاضي غير ملزم بتطبيق هذا القانون تلقائيا وانما الخصم هو الذي يطلب تطبيق بعد اثباته [1]

وقد اخذ جانب من الفقه والقضاء في فرنسا ومصر بهذا الاتجاه [2] لاعتبارات عملية،فالخصم المتمسك بتطبيق القانون الاجنبي هو صاحب المصلحة الحقيقية في الكشف عن مضمون هذا القانون، لذا فقد كان طبيعيا" ان يلقى عليه عبء اثبات القانون الذي يتمسك به [3]

([1]) نقض مصري 1972/11/18،الطعن رقم 373 وقرارات عديدة بهذا الاتجاه،ينظر: انور طلبة،مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض خمسين عاما" 1931-1981،ج1،الاسكندرية دار الثقافة للنشر والتوزيع،1982،ص253

([2]) ينظر: -اتجاهات القضاء المصري والفرنسي في د.السنهوري،مصدر سابق،ص51،ومابعدها

([3]) ينظر:- د.هشام علي صادق،تنازع القوانين،ط2،منشأة المصارف الاسكندريه،بدون سنة،طبع،ص230

وقضت محكمة النقض المصرية في احد قراراتها في هذا المضمون على انه:-((ان الاستناد الى قانون اجنبي وعلى ماجرى به قضاء هذه المحكمة لايعدو ان يكون مجرد واقعة وهو ما يوجب على الخصوم اقامة الدليل عليه واذ الم تقدم الطاعنة بملف الطعن صورة رسمية للتشريع الاجنبي الذي تستند اليه ولا ترجمة رسمية له فان النعي يكون غير مقبول)) [1]

وقضى في لبنان:((...وحيث ان المبادئ القانونية المستقرة فيه تقضي بان المدعي مكلف بأقامة الدليل على صحة دعواه وعليه يقع عبء اثبات مضمون القانون الاجنبي)) [2]

ويفهم من نص المادة(142)من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ للعام 1983 المعدل[3]ان القانوني الاجنبي يعد من قبيل الوقائع التي يستلزم اثباتها امام المحاكم اللبنانية، فعلم القاضي بمضمون القانون الاجنبي لايعد علما" بواقعة من الوقائع الخاصة بطرفي النزاع، وانما هو واقعة عامة يجوز للقاضيان يجري علمه الشخصي من شانها[4]

([1]) نقض مصري 1972/11/18،طعن 373،ينظر :-احمد سمير ابوشادي،مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات،1966,1961

([2]) نقض 1971/12/15،وقرارات اخرى مشار اليها في:- سمير سامي الحلبي،موسوعة البينات في المواد المدنية والتجارية،منشورات الحلبي،بيروت،1989،ص58

([3]) وقد نصت المادة(142)من القانون اعلاه على ان :لايطلب الدليل علمه وجود القانون اللبناني،اما اثبات مضمون القانون الاجنبي فيطلب ممن يتمسك به مالم يكن القاضي عالما" به، واذاتعذر اثبات مضمون القانون،فعلى القاضي ان يحكم وفقا" للقانون اللبناني))

([4]) ينظر لمزيد من التفصيل:-
د.انور سلطان،قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية،بيروت،1984،ص166، ود.عصمت عبدالمجيد بكر،مصدر سابق،اصول الاثبات،ص86 ، هذا وقد استقرت القضاء الانكليزي على هذا الراي منذر من طويل فمنذ سنة 1774في حكم مجلس اللوردات وردت فيه الاشارة الى ان القانون الاجنبي يجب اثباته..لمزيد من التفصيل ينظر:Cross and wilikns Out line of the law of evidence 5ed London p23

الفريق الثاني:-

اما الفريق الثاني فيرى ان تطبيق القانون الاجنبي يعد مسألة قانون ،فالقاضي ملزم بتطبيق دون حاجة الى يمسك الخصم المستفيد منه، ويقع عبء اثباته على القاضي الذي يخضع من تفسيره تطبيقه لمحكمة التمييز، وتبرر هذا الفريق رايه،بان القانون الاجنبي، وان كان يفقد صفة الالزام خارج حدود دولته، فانه يستعيدها بقاعدة الاسناد الوطنية، وتتوفر له صفة الاجبار التي ت كفل له وجوب التطبيق امام القضاء الوطني[1]

ويؤيد جانب من الفقه الفرنسي والقسم الاكبر من الفقه المصري هذا الاتجاه[2]

فالقاضي اذا امره قانونه الوطني بتطبيق احكام القانون الاجنبي، وجب ان يعد احكام هذا القانون الاجنبي بالنسبة الى القضية التي يطبق فيها هذه الاحكام جزءا" من قانونه

([1]) ينظر:- د.حسن الداوودي ود.غالب علي الداوودي، القانون الدولي الخاص، القسم الثاني، تنازع القوانين،ط1،مطابع وزارة التعليم العالي ،بغداد،1988،ص209

([2]) ينظر:- د.عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص،ج2،ط7،دار النهظة،القاهرة،1972،ص577،وينظر:-

Tran limile course de droit lnt prive Berrouth 1966 p; 168

فيما لم ياخذ باثينول بهذا الراي بل راى ان القانون الاجنبي هو مقترحات عامةقابلة للتطبيق على حالات خاصة ينظر:-

H.Batifol ,Droiln.private,1974,p;413

الوطني، وعليه ان يبحث من تلقاء نفسه عن احكام القانون الاجنبي الواجبة التطبيق في هذه القضيه، وله ان يصدر في هذه الاحكام عن علمه الشخصي ولايجوز له ان يمتنع عن تطبيق احكام القانون الاجنبي بدعوى عدم امكان الاهتداء اليها والا عد امتناعه نكولا" عن اداء العدالة[1] وبهذا الخصوص نلاحظ ان محكمة التمييز الاردنية قد ابدت رايا" راجحا" من ذاتها عندما قضت على انه:-((... الراي الراجح الذي اتفق عليه الفقه والقضاء، يقضي ان القانون الاجنبي الواجب التطبيق امام القضاء الوطني يحتفظ امام القضاء الوطني بصفته القانونية ولا يعتبر من الوقائع التي توجب على الخصم تقديم الدليل على وجوده وان المحكمة الوطنية التي تنظر في الدعوى هي المكلفة بالبحث عن القانون الاجنبي وتطبيق كما تطبق القانون المحلي)) [2]

ومع ذلك فهناك راي يذهب الى ان القاضي يبحث عن اثبات القانون الاجنبي،دون ان تكون ملزما" باثباته ،وبذلك يسمح للقاضي بأن يثبت القانون الاجنبي من تلقاء نفسه حتى ولولم

([1]) ينظر:- د.عبدالمنعم فرج الصدة، الاثبات في المواد المدنية،ط1،القاهرة،1953،ص30

([2]) تمييز حقوقي رقم 83/539 ص1505 سنة 1983،مشار اليه لدى د.عصمت عبد المجيد بكر، مصدرسابق، اصول الاثبات،ص87

يتمسك احد الخصوم التطبيق، كما ان عبء الاثبات يقع على عاتق الخصم الذي يتمسك بتطبيق القانون الاجنبي، وان القاضي غير ملزم بالبحث عن احكامه من تلقاء نفسه[1]

ولا يقصد هنا بالقانون الاجنبي المدون وحده، وانما مجموعة القواعد القانونية مهما اختلفت مصدرها سواء اكانت مدونة ام غير مدونة من تشريع وعرف وقضاء كل حسب اهميته في القانون الاجنبي الذي اراد تطبيقه[2]

ولنا الان استعراض موقف القانون العراقي والفقه والقضاء العراقي بهذا الخصوص وعلى ذلك ،فان الراي السائد يرى ان تطبيق القانون الاجنبي وتفسيرة يعد مسالة قانون ويفترض علم القاضي بها،ويخضع القاضي في ذلك لرقابة محكمة التمييز، وان صياغة نصوص قواعد الاسناد في القانون العراقي تؤكد بان تطبيق القانون الاجنبي يعد مسالة قانون لا مسألة واقع[3]

([1]) ينظر:- د.منصور مصطفى منصور،شرح قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي،رقم 39لسنة1980،جامعة الكويت،1981،ص9،وبهذا الاتجاه اخذ قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم(14)لسنة 2001النافذ المعدل في المادة(79)

([2]) ينظر:- د.مصطفى كامل ياسين،كيف يطبق القانون الاجنبي،بحث منشور في مجلة القضاء العراقية،العدد الثاني،1957،ص166

([3]) ينظر المواد(17-33)من القانون المدني العراقي، وينظر للتفصيل :-فريد فتيان،تنازع القوانين من حيث المكان،بحث منشور في مجلة القضاء العراقي،العدوان الثاني والثالث،1953،ص24

فالمحكمة لزمة بالبحث عن القانون والتحقيق منه وقد يتعاون في الاغلب الخصوم معها في تدليل مهمة التعرف مهمة التعرف على القانون الاجنبي واثبات مضمونه مستعملين في ذلك طرق الاثبات كافة[1]

وتجدر الاشارة هنا ان ازدياد عقد اتفاقيات التعاون القانوني والقضائي يساهم في حل الكثير من هذه المشكلات ،ذلك انه يكاد لاتخلو اتفاقية من هذه الاتفاقيات من نص بتعليق بتبادل المعلومات عن القوانين النافذة والنصوص القانونية والكتب القانونية [2]

وقضت محكمة التمييز العراقية في قرارها في هذا الخصوص عندما قضت بان:((...الاساس الذي تقوم عليه لائحة الوكيل المميز هو هل يطبق على واقعة ضياع صندوق الادوية المرسل الى الشركة العامة لاستيراد العامة لاستيراد وتوزيع الادوية والمواد الكمياوية ببغداد الاتفاقية المعقودة من الناقل والشاحن اللذان هما في انكلترا القانون الانكليزية بكونه قانون محل العقد؟ ام نطبق القانون العراقي في نصوصه؟

(1) عدا اليمين والاقرار اذهما لايصلحان بتطبيقها لاثبات حكم قانوني ويمكن الاستناد الى الوثائق الرسمية الصادرة عن الممثليات الدبلوماسية او القنصلية ودراسات القانون المقارن او الطلب الى وزارة الخارجية لتزويد المحكمة بالمعلوملت المطلوبة

(2) ينظر في اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني المعقودة بين العراق والعديد من الاقطارالعربية والاجنبية ، د.رشدي خالد،من المنشورات مركز البحوث القانونية،بغداد،وزارة العدل،1982،ص15

ولدى الرجوع الى وقائع الدعوى اتضح بان عقد النقل بموجب القانون المدني العراقي يكون قديم في انكلترا لان طرفي عقد النقل هما فيهما وقد نصت المادة(25)من القانون المدني العراقي النافذ المعدل على انه:((يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك لمتعاقدين اذا اتحدا موطنا" فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان اوبتبين من الظروف ان قانونا" اخر يراد تطبيقه ، ونصت المادة(26)من القانون ذاته على خضوع العقود في شكلها القانون الدولة التي تمت فيها العقود وعلى ذلك فليس في موضوع الدعوى اما يتعارض مع سيادة دولة ،ولما كان المتعاقدان في انكلترا فان العقد يكون قد تم بصفتها الاصلية وليس بصفة الوكلاء ولما كان النص القانوني في المادة(25)مدني اوجب تطبيق القانون الانكليزي على هذه الدعوى فانه يطبق طالما لا يتعارض نص من نصوص الخاصة بالنظام النظام العام، ولما كان القانون الانكليزي الصادر في سنة 1924الخاص بعقد النقل هو الواجب التطبيق على هذه الدعوى وهذا حدد التعويض بمائة الباون مالم يتفق طرفان على غير ذلك،فان هذا الاشتراط ملزم للطرفين وليس من مخالفة للنظام العام[1]

([1]) القرار المرقم 1969/1/32 في 1969/9/29،مشار اليه لدى :مجلة القضاء العراقية،العدد الرابع،بغداد،1969،ص223

ويذهب اتجاه–ونحن نؤيده–بان محكمة التمييز عدت في هذه القضية، القانون الانكليزي وهو قانون احنبي ،مسالة قانون وفضلته على القانون الاجنبي لان قواعد الاسناد امرت بتطبيق القانون الانكليزي لانه اقرب الى تحقيق العدالة، فالمفاضلة هنا جرت بين قانون وقانون وليس بين قانون وواقع[1]

هذا ويقع على القاضي ايضا" عبء تفسير احكام القانون الغامضة فالقاضي هو المكلف بتفسير وتطبيقه صحيحا" على الواقع الذي يثبت امامها الطرق القانونية، ذلك ان تفسير النصوص وتطبيقها على واقعة الدعوى، هو من شأن المحكمة وحدها لامن شأن الخصوم ،ويخضع القاضي في ذلك لرقابة محكمة التمييز او النقض ولايمنع ذلك كل خصم من محاولة اقناع القاضي بتفسير معين يتفق مع مصلحته[2]

(1) استاذنا الدكتور عباس العبودي، مصدر سابق، شرح احكام قانون الاثبات،ص53

(2) د.محمد حسين منصور، مصدر سابق، الاثبات التقليدي،ص30ومابعدها

الخاتمة

وفي نهاية المطاف تضمن البحث حملة من النتائج والتوصيات،والتي ماهي الأسهام فتواضع في هذا الموضوع نأمل ان تكون موضوع دراسة وتطبيق وهي:

اولا": النتائج :-

1-الادعاء هو اقامة الدليل امام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت اثارها.

2-للادعاء وفكرته عناصر اثنين فهو يتكون عند الادعاء بحق او بايه رابطة قانونية امام القضاء في عنصري الواقع والقانون.

3-العنصر الاول لفكرة الادعاء هو الواقع وهو مصدر الحق المدعى به،اي التصرف القانوني او الواقعة القانونية التي انشأت هذا الحق.

4-العنصر الثاني لفكرة الادعاء هو القانون وهو استخلاص الحق من مصدره بعد ان يثبت الخصم هذا المصدر، اي تطبيق القانون على مايثبت لدى القاضي من الواقع.

5-عندما يكون القانون مسالة موضوعية يستوجب هنا على الخصم اثباته وعلى الخصم اثباته وعندما لايخضع القاضي في تطبيق لرقابة محكمة التمييز وذلك في احوال اثبات العادة او العرف واثبات القانون .

6- في العرف يثبت الخصوم وقائع ماديه عند صعوبة معرفة القاعدة القانونية العرفية خاصة اذالم تكن مشهوره والقاضي ينظر في توافر شروط الواقعة القانونية في هذه الحالة.

7-العادة هي واقعة مادته، يجب على الخصوم اثباتها باستطاعتهم ذلك بجميع طرق الاثبات.

8-للقضاء حسم الخلاف بين مسالة الواقع والقانون عند اثار مشكلة اثبات القانون الاجنبي فيما يخص العلاقات المشوبة بعنصر اجنبي

التوصيات :-

بعد بحثنا في موضوع فكرة الادعاء في القانون الاثبات ودراستنا له نقترح على المشرع العراقي التوصيات الاتية املين الاخذ بها:-

1-امام خلو القانون الاثبات العراقي من النص على الادعاء وافكاره ،فاننا ندعو المشرع العراقي الى ايراد منصوص يتضمن التعريف بالادعاء وادراج افكاره من واقع وقانون وذلك في فصل الثالث مابين اسس القانون ونطاقه

ويتكون من ثلاث مواد تضمن الأول تعريف الادعاء وتحوي الثانية على بيان العنصر الاول منه،فيما تضم الاخيرة بيان العنصر القانون وذلك للإلمام بفكرة الادعاء ولسد النقص التشريعي الذي قد يثور عند خاص معالجة اي مسالة متعلقة به.

ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (17)من قانون الاثبات النافذ ذو الرقم (107)لسنة 1979 المعدل لتكون مكونة من خمس فقرات وذلك بإضافة فقرتين عليها وذلك علمه النحو الاتي:-المادة (17)

رابعا":-يثبت الخصوم القاعدة القانونية العرفية فيما يتعلق بالوقائع المادته بها وعلى القاضي النظر في توافر شروط قيامها ،ويبقى القاضي هو المرجع في تقدير وجود العرف وفي تفسيره ويخضع لرقابة محكمة التمييز في ذلك اما العادة فيجب على الخصوم اثباتها بجميع طرق الاثبات.

خامسا":-تقوم المحاكم الوطنية من تلقاء نفسها وتنفيذا" لاوامر مشرعها بالبحث عن قواعد القانون الاجنبي على ان لايتوقف الامر على ارادة الاشخاص والمحكمة التمييز حق الرقابة على صحة تطبيق قواعد القانون الاجنبي المختص وتفسيره.

3-دعوة المشرع العراقي الى تنظيم طرق اثبات القانون الاجنبي باجازة المحاكم في التحقيق عن القانون بلد اجنبي عن طريق الوثائق الرسمية المعطاة في القنصلية او مستحصلة بواسطة تلك المحكمة.

4-العمل على منح القاضي سلطة تفسير احكام القانون الغامضة كون تفسير النصوص وتطبيقها على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لامن شأن الخصوم ويخضع القاضي في ذلك لرقابة محكمة التمييز ولكن هذا لايمنع كل خصم من محاولة اقناع القاضي بتفسير معين يتفق مع مصلحته.وكلنا ثقة من محاولة المشرع معالجة هذه الامور بشكل اكثر تفصيلا" ووضوحا"

قائمة المصادر

اولا":كتب اللغة بعد القران الكريم:-

1-ابراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبدالقادر ومحمد علي النجار،المعجم الوسيط،ج1وج2،ط2،المكتبة الاسلامية للطباعة والنشر، استانبول،تركيا ،بلاسنة طبع.

2- د.عبدالواحد كرم،معجم المصطلحات القانونية،شريعة-قانون،ط1،دار الكتب للطباعة والنشر،1995

3-محمد بن ابي بكر عبدالقادر الرازي،مختار الصحاح،دار الكتاب الغربي،بيروت،لبنان،1981.

ثانيا":كتب الحديث :-

4- محمد بن اسماعيل الصنعاني،سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع ادلة الاحكام،ج3،ط1،مكتبة الصغار القاهرة،2005

ثالثا":كتب الفقه الاسلامي:-

5-محمد علاء الدين افندي،قرة عيون الاخبار تكملة المختار على الدر المختار شرح تنوير الانصار،المجلد 11،ط2،دار الكتب العلمية، بيروت ،لبنان،2003

رابعا":- الكتب القانونية:

6- د.احمد ابو الوفا،التعليق على نصوص قانون الاثبات،منشأة

7- احمد سمير ابو شادي،مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات،1961-1966،القاهرة،1967

8- د.احمد نشأت،رسالة الاثبات،ج1،بدون طبعة وجهة نشر،2008

9- السيد عبدالوهاب عرفة،الاثبات في المواد المدنية ،قواعد واحكام عامة واساسية،ط1،المركز القومي للاصدارات القانونية،القاهرة،2009

10- د.انور سلطان،قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية،بيروت،1984

11- انور طلبة،مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما"،1931-1981،ج1،الاسكندرية،دار الثقافة للنشر والتوزيع،1982

12- د.توفيق حسن فرج وعصام توفيق حسن فرج،قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2003

13- د.جلال العدوي ،مبادىء الاثبات في المسائل المدنية والتجارية،القاهرة،1987

14- د.حسن الداوودي وغالب علي الداوودي،القانون الدولي الخاص،القسم الثاني،تنازع القوانين ،ط1،مطابع وزارة التعليم العالي،بغداد،1988

15- د.حسن كيرة،المدخل الى القانون،القاهرة،1969

16- د.رشدي خالد،اتفاقيات التعاون القضائي والقانوني بين العراق والاقطار العربية والدول الاجنبية،مركز البحوث القانونية،بغداد،وزارة العدل،1982

17- د.سعيد عبدالكريم مبارك،اصول القانون،مديرية مطبعة جامعة الموصل،1988

18- د.سليمان مرقس،اصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية،ج1،ط1،عالم الكتب،القاهرة ،1981

19- سمير سامي الحلبي،موسوعة البينات في المواد المدنية والتجارية،منشورات حلبي الحقوقية،بيروت ،1989

20- سمير عبد السيد تناغو،النظرية العامة في الاثبات،بدون طبعة ودار نشر،1999

21- نظرية الالتزام، منشأة المعارف،الاسكندرية،1975

22- د.عابد فايد، نظام الاثبات في المواد المدنية والتحارية،ط1،دار النهضة العربية،القاهرة،2005-2006

23- د.عباس العبودي، احكام قانون الاثبات المدني العراقي،دار الكتب للطباعة والنشر،جامعة الموصل،1991

24- د.عبدالباسط جميعي، نظام الاثبات في القانون المدني المصري،ط1،بدون سنة الطبع،القاهرة،1953

25- عبدالباقي البكري وزهير الشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة نشر

26- عبد الرحمن العلام ، القانون المرافعات المدنية رقم(83)لسنة1969،ج1،ط2،العاتك لصناعة الكتاب،القاهرة،2009

27- د.عبدالرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،نظرية الالتزام، بوجه عام الاثبات-اثار الالتزام،ط3،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت-لبنان،2011

28- د.عبد المنعم الفرج الصرة، الاثبات في المواد المدنية،ط1،القاهرة،1953

29- د.عزالدين عبدالله، القانون الدولي الخاص،ج2،ط7،دار النهضة،القاهرة،1972

30- د.عصمت عبدالمجيد بكر ،اصولالاثبات،ط1،اثراءللنشروالتوزيع،عمان،2012

31- اصول تفسير القانون،ط2،بغداد،1985

32- علي قراعة،الاصول القضائية في المرافعات الشرعية،مطبعة الرغائب،القاهرة،1921

33- عواد حسين ياسين العبيدي،تأويل النصوص في القانون،ط1،مكتب دار الامام، طرابلس-لبنان،بدون سنة نشر

34- د. فتحي عبدالرحيم عبدالله ود.احمد شوقي محمد عبدالرحمن،احكام الاثبات،مكتبة الجلامي المنصورة،1992

35- د.قدري عبدالفتاح الشهاوي،الاثبات،مناطة وضوابطه،منشأة المعارف،الاسكندريه،2002

36- د.محمد حسين منصور ،الاثبات التقليدي والالكتروني،دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،2006

37- نظرية القانون،دار الفكرالجامعي،الاسكندرية،2004

38- د.محمد عبداللطيف،قانون الاثبات فيالموادالمدنيةوالتجارية،ج1،القاهرة،1970

39- محمد علي الصوري،التعليق المقارن على المواد قانون الاثبات،ج1،مطبعة شفيق،بغداد،1983

40- د.محمد يحيى الصوري،الاثبات في المواد المدنية والتجارية،دار الجامعية،بيروت،1983

41- مصطفى مجدي هرجة،القانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية في ضؤ احدث الاراء واحكام النقض،ط1،القاهرة،1987

42- د.منصور مصطفى منصور، شرح القانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي،رقم 39لسنة1980،جامعة كويت،1981

43- د.نبيل ابراهيم سعد ود.همام محمود محمد زهران،اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية ،دار الجامعة الجديدة،الاسكنرية،2001

44- د.نزيه محمد صادق المهدي،المدخل لدراسة القانون،ج1،نظرية القانون،دار النهضة العربية،1995

45- د.هشام علي صادق،تنازع القوانين،ط2،منشأة المعارف،الاسكندريةبدون سنة طبع

خامسا": البحوث القانونية:-

46- فريد فتيان،تنازع القوانين من حيث المكان،بحث منشور في مجلة القضاء العراقية،العدوان الثاني والثالث،1953

47- مصطفى كمال ياسين،كيف نطبق القانون الاجنبي،بحث منشور في مجلة القضاء العراقية،العدد الثاني ،1957

48- هشام علي صادق،المقصود سبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره،بحث منشور في مجلة المحاماة المصرية،السنة الخمسين،نسيان1970

سادسا": الدوريات:-

49- مجلة القضاء العراقية،العدد الرابع،1969

50- مجموعة احكام النقض المصرية،السنة 42 ،1979

51- مجلة الاحكام العدلية

سابعا": القوانين:-

أ- العراقية:-

52- قانون الاثبات العراقي النافذ ذو الرقم 107لسنة1979 المعدل

53- قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ ذو الرقم 83لسنة1969المعدل

54- القانون المدني العراقي النافذ ذوالرقم 40لسنة1951المعدل

ب- المصرية:-

55- قانون الاثبات المصري في المواد المدنية والتجارية النافذ ذو الرقم(25)لسنة1968المعدل

56- القانون المدني المصري النافذ ذوالرقم(131)لسنة1948المعدل

57- المذكرة الايضاحية للقانون المصري-قانون الاثبات

ج- الاردنية:-

58- القانون البينات الاردني النافذ ذوالرقم37لسنة2001المعدل

59- القانون المدني الاردني النافذ ذوالرقم43لسنة 1976

60- قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني النافذ ذوالرقم14 لسنة 2001المعدل

د- السورية:-

61- قانون البينات السوري النافذ الرقم 359لسنة1947المعدل

ز- اللبنانية:-

62- قانون اصول المحاكمات المدنية البناني النافذ لسنة1983المعدل

ثامنا":المصادر العالمية:-

65- Cross and Wilikins,Out Line of the law of evidence ,5ed,London

66- Eric.D.Green,frderal rules of evidence, aspen publisher,Newyork 2003

67- H.Baifol,Droil Int.private,1974

68- Japiot(R) Des sanction enmatiere de procedure civile R.T.D.cive,edition paris,1974

69- J.BERGEL,throat general du droit,3,ed methods du droit,dallo2,1999

70- Jean Vineemt et Serge Guinchard, procdure civil,24ed,edition Dallo2,paris,1999

71- Tyan limile Coures de droit lN,Prive,Beyrouth,1966

المستخلص

تتكون كل دعوى من عنصرين ، الاول هو عنصر الواقع ، والثاني هو عنصر القانون والحكم الذي يثبت الخصوم امامه ، فالخصوم يقومون بأثبات الواقع ،وهذا هو محل الاثبات الذي يتحملون عبء القيام به اما القانون فأن القاضي يقضي فيه بعلمه ، فهو مفروض فيه العلم بالقانون ،بل من واجبه بحكم وظيفته ان يطبق القانون على النزاع المعروض عليه، وهو لا يستطيع ان يمتنع عن ذلك بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يطبقها والا فأنه يرتكب جريمة أنكار العدالة

وكون القاضي يعلم بالقانون هو مصدر التعبير الشائع الذي يقوله القاضي كثيرا" **للمحامي .انتقل يا استاذ الى الوقائع فالمحكمة تعلم القانون ، وهو ايضا" مصدر التعبير الاكثر قدما" اعطيني الواقع اعطيك القانون**

وقد قابل بعض الفقهاء بين الواقع والقانون من حيث محل الاثبات ،ومن حيث الخضوع لرقابه محكمة التمييز ، فالواقع وهو ما يثبته الخصوم ، لا يخضع القاضي في تقديره لرقابة محكمة التمييز ، أما القانون وهو ما يطبقه القاضي بعلمه ، فهو يخضع في تطبيق لرقابة هذه المحكمة.

Abstract

Each suit of two elements consist, first is the reality element, and the second is an element of law and the rule that proves the opponents in front of him, The liabilities are to prove the fact, this is the place of proof, which bear the burden done either law, the judge was spending his knowledge, he imposed the flag law, but of duty by virtue of his job that the law applies to the dispute before it, and he cannot refrain from arguing that the lack of a legal rule applied otherwise it commits the crime of denial of justice.

The fact that the judge knows the law is a common source of expression, which the judge is saying a lot, "the lawyer . Navigate my professor to learn the facts court of law, who is also" a source of the most forward of expression, "Give me actually give you the law.

Some scholars have met between fact and law in terms of the place of proof, and where to submit to the control of the Court of Cassation, the fact which is evidenced by opponents, the judge is not subject to the appreciation of the control the Court of Cassation, the law which applied by the judge with his knowledge, it is subject to the application of the control of this Court.