

الشرط ، وذلك لعدم انتشار الكتابة انتشاراً كافياً . ومن ثم يصح أن يكون التأشير مكتوباً بخط أجنبي ، بل بخط المدين نفسه ، ما دام السند في حيازة الدائن كما سيأتي . ولكن إذا لم يكن من الضروري أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن ، فإنه يجب على الأقل أن يكون مكتوباً باملأته أو بموافقة منه حتى يكون صادراً عنه ويكون هناك محل لقيام القرينة على الوفاء . ويفرض دائماً أن التأشير قد كتب برضاء الدائن ، حتى يثبت هو أنه كتب بغير رضائه .

وسواء كتب التأشير بخط الدائن أو كتب بخط غيره ، فقد يحدث أن هذا التأشير يمحى أو يشطب (١) . فهل تزول قوة التأشير في الإثبات بهذا المحو أو الشطب ، أو هي تبقى بالرغم من ذلك ؟ انقسم الفقه الفرنسي في هذه المسألة (٢) . وقد

— وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدف الجديد (م ٥٣٤) كان قد جرى التقنين المدف الفرنسي فاشترط كتابة الدائن للتأشير بخطه وحيازته للسند في وقت معاً ، ولكن لجنة المراجعة حذف شرط كتابة الدائن للتأشير بخطه في المشروع النهائي واستبقت شرط حيازة الدائن للسند ، مراعية في ذلك أن شرط كتابة الدائن للتأشير بخطه إنما تنمى مراعاته إذا كان السند في حيازة المدين ، أما إذا كان السند في حيازة الدائن فتغنى هذه الحيازة عن هذا الشرط ، لا سيما في بلد لا تزال الأمية فيه هي الغالبة . هل أن هناك من الفقهاء في مصر من يرى ، من ناحية السياسة التشريعية ، أنه كان يجدر بالمشروع المصرى ، بعد أن استكثر الجمع بين الشرطين ، أن يكتب بأيهما ، إذ أن التأشير بخط الدائن أهم من حيازة الدائن للسند ( الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٥٢ هامش رقم ١ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٠٣ ) - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٩٠ هامش رقم ١ ) .

(١) وعب إثبات المحو أو الشطب ، وبخاصة المحو ، يكون على المدين لأنه هو الذى يدعى المحو أو الشطب لمنعه من الانتفاع بقرينة الوفاء .

(٢) ويذهب بوتيه (فقرة ٧٦١) إلى أن المحو أو الشطب لا يزيل قوة التأشير في الإثبات ، وإلا لكان من السهل على الدائن والسند في حيازته أن يمحوا التأشير أو يشطبه . وتبع بوتيه فريق من الفقهاء (ديرانتون ١٣ فقرة ٢٢١ - لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ١٠ - لوران ١٩ فقرة ٣٦١) . ويذهب فريق آخر إلى أنه لما كانت العادة أن الدائن يكتب التأشير براءة ذمة المدين على السند قبل استيفاء الدين ، فشطب هذا التأشير بعد كتابته يجدر أن يفترض فيه أن الدائن بعد أن كتب التأشير لم يستوف الدين من المدين فحما التأشير تبعاً لذلك ، وحل المدين إذا ادعى العكس أن يشبه . وهذا بخلاف التأشير بالوفاء في ورقة منزلية ، فإن العادة ألا يحصل هذا التأشير إلا بعد تمام الوفاء ، فيفترض وقوع الوفاء بالرغم من محو التأشير أو شطبه (أوبري ورو ١٢ ص ٢٧٦ هامش رقم ٢١ - توليه ٨ فقرة ٣٥٦ - بوتيه فقرة ٧٥٣ - ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥١ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٥) .

أثيرت المسألة في لجنة المراجعة فرؤى تركها للقواعد العامة . ويبدو أن التأشير المحو أو المشطوب يجب أن يبقى حافظاً لقوته في الإثبات ، فتقوم قرينة الوفاء بالرغم من المحو أو الشطب . والدائن هو الذى يثبت أن القرينة في الحقيقة غير قائمة (١) ، بأن يثبت أن المحو أو الشطب كان بسبب مشروع ، كأن يكون قد كتب التأشير مقدماً متوقفاً الوفاء فلم يتم ، فحذا التأشير تبعاً لذلك . ولو قلنا بالرأى الآخر ، وبأن التأشير تزول قوته بالمحو أو الشطب ، لسهل على الدائن بعد التأشير ببراءة ذمة المدين فى سند بيده وفى حيازته أن يمحو هذا التأشير أو يشطبه (٢) .

### ١٥١ - الشرط الثانى - بقاء السند دائماً فى حيازة الدائن :

ويجب حتى تقوم قرينة الوفاء أن يكون سند الدين الذى يحمل التأشير باقياً فى يد الدائن ، لم يخرج قط من حيازته . فاذا كان قد خرج من حيازته ولو لحظة واحدة ، منع ذلك من قيام قرينة الوفاء ، إذ يحتمل أن التأشير - وقد رأينا أنه لا يشترط فيه أن يكون بخط الدائن - قد كتب بخط أجنبى أو بخط المدين نفسه فى هذه اللحظة بالذات التى خرج فيها السند من حيازة الدائن . فاذا ما استرد الدائن حيازة السند ، لم تبقى له حيلة فى التأشير إلا المحو أو الشطب ، وقد رأينا أنهما لا يزبلان قرينة الوفاء (٣) .

(١) هو هنا لا يدحض القرينة بالدليل العكسى بعد قيامها ، بل هو يثبت أن القرينة لم تقم أصلاً لعدم توافر شرط من شروط قيامها .

(٢) أنظر فى هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٠٢ مكررة - الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٣٠٧ - ويذهب الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة إلى أنه ليس من الصواب القطع بدلالة الشطب فى هذه الحالة ، فإدام أن المسألة يسيطر عليها اعتباران متعارضان ، لكل منهما ما يبرره ، فيجب أن يترك الأمر لتقدير القاضى (الإثبات فقرة ١٦٤ ص ١٩٢) .

(٣) ولا يعتبر السند قد خرج من حيازة الدائن إذا هو انتقل إلى وكيل له أو إلى مودع عنده أو إلى مدير لأعماله أو إلى دائن مرتين أو إلى شخص عهد إليه فى تحصيل قيمته أو فى تقديمه إلى القضاء . أما إذا انتقل إلى المدين نفسه لسبب أو لآخر ، كأن سلم إليه ليكتب التأشير بنفسه قبل الوفاء فكتبه ولم يتم بالوفاء ، فإن حيازة السند فى هذه الحالة تكون قد انقطعت ، ولكن الدائن هو الذى يقع عليه عبء إثبات ذلك كما سنرى (ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٠ - لارومبيير ٦ م ١٣٢٢ ص ٢١٩ - ص ٢٢١ - بودرى وهارد ٤ فقرة ٢٤٥١ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٦٤ ص ١٩١) .

وقد كان التقنين المدني السابق لا يشترط هذا الشرط، وهو في الوقت ذاته لا يشترط - كما رأينا - أن يكون التأشير بخط الدائن . فقد كانت المادة ٢٣٠ / ٢٩٥ من هذا التقنين ، وقد سبق ذكرها ، تجرى على الوجه الآتي :

« التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين منه يكون حجة على الدائن ولو لم يكن مضمي منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك<sup>(١)</sup> . ومن ثم كان الخطر كبيراً في ظل هذا التقنين السابق من قيام قرينة الوفاء على غير أساس من الواقع . فكان لا يبقى أمام الدائن إلا دحض القرينة بالدليل العكسي بعد قيامها . والظاهر أنه كان يكفيه في ذلك أن يثبت أن السند قد خرج من حيازته فترة من الزمن ، حتى ينتقل عبء الإثبات إلى المدين ليثبت أن التأشير لم يكتب في اللحظة التي حرج منها سند الدين من حيازة الدائن<sup>(٢)</sup> . ولما كان التقنين الجديد قد استحدث شرط بقاء السند في حيازة الدائن ، فالعبرة بتاريخ خروج السند

---

(١) ونرى من ذلك أن التقنين المدني الجديد هو وسط ما بين التقنين المدني السابق والتقنين المدني الفرنسي . فالتقنين المدني السابق كان لا يشترط لا حيازة السند ولا خط الدائن . والتقنين المدني الفرنسي يشترط الاثني معاً . والتقنين المدني الجديد يشترط حيازة السند دون خط الدائن .

(٢) وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد ما يأتي : « وهذان الشرطان (أي التأشير بخط الدائن وبقاء السند في حيازته) غير ضروريين في مصر . وقد يتوافر أحدهما دون الآخر ، فيكون التأشير بخط الدائن ولكن السند خرج من حيازته ، فادام التأشير صادراً من الدائن فهو حجة عليه . وقد يكون التأشير بغير خط الدائن ولكن السند لم يخرج من حيازته ، وهنا أيضاً ما دام التأشير صادراً من الدائن ولو لم يكن بخطه ، فهو حجة عليه لأن السند لم يخرج من حيازته ، نفروض أن التأشير الصادر منه تم بموافقة . وقد لا يتوافر أي شرط من الشرطين المتقدمين ، فيكون التأشير بغير خط الدائن ويكون السند قد خرج من حيازته ، ولكن ما دام التأشير صادراً منه ولو لم يكن بخطه ، فهو حجة عليه حتى في هذا الفرض . وله أن يدحض القرينة بإثبات العكس ، كما يملك هذا في الفروض الأخرى المتقدمة ، وإن كان دحض القرينة في الفرض الأخير أسهل . ثم جاء في حاشية عن قرينة براءة ذمة المدين ن الفرض الأخير ما يأتي : « وقرينة براءة المدين في هذا الفرض قائم على الوجه الآتي : المفروض أن الدائن يحتفظ بسند الدين في حيازته ، فادام قد تركه يخرج من حيازته وسمح للغير أن يؤثر عليه بما يفيد براءة المدين ، فالفهوم أن هذا كله قد تم بموافقة . وإذا قيل يحتمل أن التأشير قد تم بغير علمه من شخص أراد أن يفقد السند قيمته ، أمكن الرد على ذلك بأنه كان من الأيسر على هذا الشخص أن يمزق السند لو أن يخفيه . وإذا قيل يحتمل أن يكون السند قد خرج من حيازة الدائن دون رضاه ، فالرد أن مثل هذا الاحتمال هو الذي جعل القرينة قابلة لإثبات العكس » (الموجز فقرة ٦٤٤ ص ٦٧٥ وهامش رقم ١) .

من حيازة الدائن لمعرفة القانون الذي يسرى . فان كان السند قد خرج من حيازة الدائن قبل يوم ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين القديم هو الذي يسرى ، ولا يمنع خروج السند من حيازة الدائن أن تقوم قرينة الوفاء وفقاً لهذا التقنين . وإن كان السند قد خرج من حيازة الدائن في تاريخ غير سابق على ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، فالتقنين الجديد هو الذي يسرى ، وتسقط قرينة الوفاء .

وفي جميع الأحوال التي يسرى فيها التقنين الجديد ، يفترض دائماً أن السند لم يخرج من حيازة الدائن . فاذا ادعى هذا أنه خرج من حيازته في أية لحظة ، فعليه عبء إثبات ذلك . وعلى هذا الوجه يتيسر إثبات واقعة مطلقة كالواقعة التي نحن بصدددها<sup>(١)</sup> . وإذا تمكن الدائن من إثبات أن السند خرج من حيازته فانه يكون بذلك قد أثبت عدم قيام قرينة الوفاء ، ولم يقتصر على دحضها بالدليل العكسي بعد قيامها<sup>(٢)</sup> .

## ١٥٢ - حجية التأشير على السند إذا توافر الشرطان : وردت الفقرة

الأولى من المادة ٣٩٩ من التقنين المدني نصاً خاصاً يقرر حجية هذا التأشير . ولكن قبل أن نعرض لهذا النص الخاص ، نبادر إلى القول إن التأشير على سند الدين بما يفيد راءة ذمة المدين قد تكون له حجية معينة إذا طبقت القواعد العامة في الإثبات بقطع النظر عن هذا النص الخاص . فهو إذا كان مكتوباً بخط الدائن ، أمكن أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضده ، ولو لم يتوافر فيه الشرطان اللذان تقدم ذكرهما . مثل ذلك أن يكتب الدائن بخطه التأشير ببراءة ذمة المدين في ورقة مستقلة عن سند الدين أو في صورته لهذا السند ، أو أن يكتب هذا التأشير بخطه في سند الدين ذاته ولكن يخرج هذا السند من حيازته . ففي هذه الأحوال لا يكون التأشير دليلاً كاملاً ضد الدائن ، لأن الشرطين اللذين تطلبهما القانون في ذلك لم يتوافرا . ولكن هذا التأشير ، مادام أنه مكتوب بخط الدائن ، يصح اعتباره

(١) بودرى وبارد ، فقرة ٢٤٥١ - دى باج ٣ فقرة ٨٢٩ - الأستاذ سليمان مرقس

في أصول الإثبات ص ١٤٨ هامش رقم ١ .

(٢) وقد رأينا نظيراً لذلك فيما قدمناه في شأن محور التأشير أو شطبه .

مبدأ ثبوت بالكتابة يستكملة المدين بالبينة أو بالقرائن ليثبت أنه قد وفى الدين<sup>(١)</sup>. أما إذا توافر الشرطان على النحو الذى تقدم ذكره ، فإن التأشير على سند الدين يكون حجة كاملة على الدائن ، ولا حاجة للمدين باستكمالها ليثبت أنه وفى الدين . ويقع عبء الإثبات هنا على الدائن لا على المدين ، فهو الذى عليه أن يدحض قرينة الوفاء التى قامت باستيفاء التأشير لشرطيه ، فإذا لم يدحضها بالدليل العكسى فقد تم للمدين إثبات أنه قد قام بوفاء الدين .

وعندنا أن حجة التأشير تقوم على أساس ورقة عرفية غير موقعة ، هى هذا التأشير ذاته . ولا يمنع ذلك من القول بأن هذه الورقة العرفية يستخلص القانون منها قرينة على وفاء الدين ، وهى قرينة قابلة لإثبات العكس . فإذا نحن قلنا إن القرينة هنا قرينة قانونية بسيطة ، وقلنا إنها فى الوقت ذاته تقوم على ورقة عرفية غير موقعة ، فلا تعارض ما بين القولين . فجميع الأوراق العرفية غير الموقعة - دفاتر التجار والأوراق المنزلية وغيرها - هى فى هذا الوضع : أوراق عرفية غير موقعة تستخلص منها قرائن قانونية بسيطة<sup>(٢)</sup> .

فتى وجد التأشير على سند الدين مستوفياً لشرطيه ، استخلصت منه قرينة قانونية بسيطة على وفاء المدين بالدين . وكان التأشير حجة على الدائن ، ولكنها حجة قابلة للدحض . ذلك أن علة الاعتداد بهذا التأشير هى أن الدائن يقر فى سند الدين ذاته أنه استوفى حقه ، وهذا الإقرار هو بمثابة « إقرار غير قضائى لا يمكن استبعاده من السند الذى يتقدم به لاستبداء حقه »<sup>(٣)</sup> . ولكن يجوز مع ذلك أن يكون هذا الإقرار غير مطابق للواقع . وتورد المذكرة الإيضاحية

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « على أن تخلف أحد الشرطين المتقدمين لا يجعل التأشير خلواً من كماله . فللمدين مثلاً أن ينتفع منه بوصفه مبدأ ثبوت بالكتابة متى كان محرراً بخط الدائن . ولم ير وجه للنص صراحة على هذا الحكم ، لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩) .

(٢) وهى هذه المثابة دليل كامل ولو أنها غير موقعة . فهى إذن بمنزلة الأوراق الموقعة من حيث إنها ليست فى حاجة إلى أن تستكمل . وهى أيضاً كالأوراق الموقعة يجوز إثبات عكسها . ولكنها تخالف الأوراق الموقعة فى أنه يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق دون أن تشترط الكتابة . وهذا الإثبات يستعود إلى هذه المسألة بعد قليل .

(٣) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨ - ص ٣٨٩) .

للمشروع التمهيدى مثلا لذلك فيما « لو سلم الدائن السند لوكيل فوضه فى استيفاء الدين ، فهو يؤشر على هذا السند بالتخالص قبل أن يسلمه لوكيله ، ويقوم هذا برده إليه بما سبق أن دون فيه من تأشيرات فيما إذا تخلف المدين عن الوفاء عند المطالبة<sup>(١)</sup> . فيرجع سند الدين فى هذه الحالة وهو يحمل تأشير الدائن ببراءة ذمة المدين ، دون أن يكون الدائن قد استوفى الدين . ومن ذلك نرى أن القرينة هنا قد يقوم من الواقع دليل على عكسها . ومن أجل ذلك عند ما أقام القانون هذه القرينة ، جعل حجيتها قابلة للدحض<sup>(٢)</sup> . فيجوز للدائن ، بالرغم من التأشير ببراءة ذمة المدين ، أن يقيم الدليل على العكس ، أى على أن ذمة المدين لا تزال مشغولة بالدين .

وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، حتى بالبينة أو بالقرائن . ولا يعترض

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩ .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « وقد نهج المشروع فى إباحة إقامة الدليل العكسى نهج التقنين الراهن ( م ٢٣٠ / ٢٩٥ ) والتقنين المراكشى ( م ٤٣٩ ) مراعىً فى ذلك أن تأشير الدائن لا يعتبر قرينة قاطعة على براءة الذمة ، بل يكون لهذا الدائن أن يثبت أن ما أشر به قد صدر عن غلط منه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٠) . أما التقنين المدنى الفرنسى ( م ١٣٣٢ ) فلم يصرح بجواز إثبات العكس كما فعل التقنين المصرى . لذلك يميز الفقه فى فرنسا بين الحالة التى نحن بصددنا — حالة التأشير على سند الدين وهو فى حيازة الدائن — فيجوز إثبات عكس ما جاء فى التأشير بجميع الطرق لأن التأشير ورقة عرفية غير موقعة (أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٧ هامش رقم ٢٣ — لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٩ — ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٧ — هيك ٨ فقرة ٢٦٤ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٦ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٥ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٤١ — دى باج ٣ فقرة ٨٧٥) — وحالة التأشير على نسخة أصلية لسند الدين أو على مخالصة وهى فى حيازة المدين ، فينقسم فى شأنها : فريق يقول بجواز إثبات عكس ما جاء فى التأشير بجميع الطرق كما فى الحالة السابقة لأن التأشير لا يزال ورقة عرفية غير موقعة (ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٥٧ — لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٩ — هيك ٨ فقرة ٢٦٤ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٦) ، وفريق آخر يذهب إلى أن التأشير فى هذه الحالة ، بحكم أنه بخط الدائن وهو فى الوقت ذاته فى حيازة المدين ، يكسب طابعا تعاقديا ، إذ هو وضع اشترك فى إقامته كل من الدائن والمدين ، الأول بخطه والثانى بحيازته ، فأضيفا عليه صيغة السند الموقع كما يقول أوبرى ورو (revêt, en quelque sorte, le caractère d'un acte proprement dit) ، ومن ثم لا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة (أوبرى ورو وبارتان ١٢ فقرة ٧٥٨ ص ٢٧٧ هامش رقم ٢٣ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤٢ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٥ — دى باج ٣ فقرة ٨٧٥) .

عليه أنه يثبت ما يخالف الكتابة بغير الكتابة ، فان التأشير الذي يثبت عكسه هنا هو ورقة عرفية غير موقعة يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق<sup>(١)</sup> ، ومباني تفصيل ذلك .

## المطلب الثاني

التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين

١٥٣ - شرطه : يشترط هنا أيضاً ، حتى تنوافر الحجية للتأشير على سند أو مخالصة في يد المدين ، شرطان : (١) أن يكون هناك بخط الدائن تأشير ببراءة

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٤ ص ٦٧٥ - ويذهب الأستاذ سليمان مرقس ، في كتابه « أصول الإثبات » ص ١٤٨ هامش رقم ٢ ، « إلى أن النص الخاص بالتأشير على سند الدين لا يقتصر على إنشاء قرينة قانونية على البراءة ، وإنما هو يعطى هذه الكتابة غير الموقعة قيمة الكتابة الموقعة . وإذن تسرى على التأشير قواعد حجية الورقة العرفية الموقعة ، فيجوز إثبات عكس ماتنته ، على أن يكون ذلك بالكتابة أو بما يقوم مقامها أو بالبينة والقرائن في الأحوال التي يوجد فيها ما يسوغ الإثبات بها استثناءً . انظر أيضاً فقرة ٢٠٢ ص ٢٧٥ - ص ٢٨٦ من الكتاب ذاته .

ولا خير من القول بأن المشرع رفع التأشير ببراءة ذمة المدين ، وهو تأشير غير موقع ، إلى منزلة الورقة الموقعة . ولكن يبقى التأشير مع هذا قابلاً لإثبات العكس بجميع الطرق . ويرجع ذلك إلى تحديده ما هو المقصود بعبارة « الدليل الكتابي » الواردة في المادة ٤١٠ من التقنين المدني المصري ، عندما يقرر هذا النص أنه لا يجوز الإثبات بالبينة « فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي » . وفي رأينا أن المقصود بالدليل الكتابي هنا هو ورقة عرفية موقعة ، لا ورقة غير موقعة ولو ارتفعت إلى منزلة الورقة العرفية الموقعة . وهذا هو ما استقر عليه الفقه والقضاء في مصر وفي فرنسا . والسبب في إجماع الفقه والقضاء في فرنسا على هذا الرأي أن التقنين المدني الفرنسي ( م ١٣٤١ ) قد أورد القاعدة التي تقضى بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة في نفس النص الذي أوجب الكتابة فيما يزيد على النصاب المعين . فالكتابة التي سماها في الحالتين هي الكتابة الموقعة ، ما في ذلك من شك . فوضح من هذا أن الكتابة التي لا يسمح بإثبات ما يخالفها إلا بالكتابة إنما هي الكتابة الموقعة دون غيرها . ولم يرد المشرع المصري بناتاً أن يحيد عنه هذا المبدأ فهو عندما منع في المادة ٤٠١ الإثبات بالبينة « فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي » قد قصد دون ريب « بالدليل الكتابي » الورقة العرفية الموقعة المطلوبة في إثبات ما تزيد قيمته على عشرة جنيهات . كما يستخلص ذلك ضمناً من نص المادة ٤٠٠ . ولا يمكن القول ، لجرد تحوير لفظي محض ، أن المشرع المصري قصد مفارقة القواعد الجوهرية في الإثبات التي نقلها عن المشرع الفرنسي .

ذمة المدين على نسخة أصلية أخرى لسند الدين أو على مخالصة (٢) أن تقع نسخة السند أو المخالصة في حيازة المدين .

### ١٥٤ - الشرط الاول - تأشير بخط الدائن على نسخة أصلية للسند

أو على مخالصة ببراءة ذمة المدين : يجب أن يكون التأشير هنا مكتوباً إما في نسخة أصلية لسند الدين تكون بيد المدين وإما في مخالصة يحتفظ بها المدين . والنسخة الأصلية (double) لسند الدين ليست صورة (copie) للسند ، بل هي أصل (original) كسند الدين ذاته . ويفهم من ذلك أن سند الدين كتب من نسختين أصليتين إحداهما بيد الدائن والأخرى بيد المدين . وفي هذه النسخة الأصلية الأخرى التي بيد المدين يقع تأشير الدائن . وفي هذا المعنى تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «ويراعى أن المشروع قد عني في النص باستظهار ما يقصد بكلمة نسخة ، فليس يقصد بها مجرد صورة أخرى من سند الدين ، وإنما شفعت هذه الكلمة بنعت أصلية «تعييناً لدلالة المقصود» (١) . وغنى عن البيان أن عبارة والنسخة الأصلية» قد تسربت إلى التقنين المصرى من التقنين المدنى الفرنسى ، إذ يشترط هذا التقنين الأخير أن يكون سند العقد الملزم للجانبين من نسخ أصلية متعددة كما رأينا . ففي عقد البيع توجد نسخة من العقد في يد البائع ونسخة أخرى في يد المشتري . فاذا دفع المشتري قسطاً من الثمن ، أشر البائع في نسخة المشتري ببراءة ذمة المدين من هذا القسط . وهذا ما يقع أيضاً فى مصر بحكم الضرورة لا بمقتضى النص ؛ بل كان النص موجوداً كما رأينا فى المشروع الأولى الذى سبق المشروع التمهيدى . ويصح أن يقع التأشير ، لا على النسخة الأخرى لسند الدين ، بل على مخالصة أعدت لتسجيل ما يقوم المدين بدفعه واحتفظ بها المدين إثباتاً لهذا الوفاء (٢) .

ويتبين من ذلك أن التأشير إذا وقع على صورة للسند أو على ورقة أخرى

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٨ .

(٢) ويلاحظ هنا أن التقنين المدنى العراقى (م ٤٦٠) يشترط أن يقع التأشير على النسخة الأصلية الأخرى لسند الدين ، فلا يجوز أن يقع على مخالصة أو على أية ورقة أخرى . وفى هذا وحده ، كما قلنا ، يختلف هذا التقنين عن التقنين المصرى .



مستقلة عن نسخة السند ، وأمكن اعتبار هذه أو تلك بمثابة مخالصة أعدت لتسجيل ما يقوم المدين بدفعه ، كان التأشير صحيحاً وقامت قرينة الوفاء (١) .

ويكتب التأشير في أى مكان من الورقة ، وبأية عبارة تفيد معنى براءة الذمة ، ولا يكون موقفاً عليه من الدائن ، وذلك كله على النحو الذى قدمناه في التأشير على سند في حيازة الدائن .

ولكن التأشير هنا يجب أن يكون بخط الدائن ، وهذا على خلاف ما قررناه في التأشير على سند في حيازة الدائن من جواز أن يكون هذا التأشير بخط غير خطه . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٣٢) ، بل إن هذا التقنين يشترط كما رأينا أن يكون التأشير دائماً بخط الدائن ، سواء وقع على سند في حيازة المدين أو وقع على سند في حيازة الدائن . أما التقنين المدنى المصرى السابق فالأرجح أنه لم يكن يدخل في حسابه ، عند ما أورد المادة ٢٣٠/٢٩٥ ، إلا التأشير على سند في حيازة الدائن ، وقد ترك التأشير بخط الدائن على سند في حيازة المدين تسرى عليه القواعد العامة ، وسنعود إلى هذه المسألة بعد قليل .

واشترط أن التأشير على سند في حيازة المدين يكون بخط الدائن أمر واضح ، إذ لو سمح القانون أن يكون التأشير بخط غير الدائن ، لسهل على المدين ، والسند في حيازته ، أن يستكتب أى شخص عبارة الإبراء ، فتقوم قرينة الوفاء على غير أساس من الواقع . فقوة القرينة إذن هي في أن التأشير بالإبراء قد كتب بيد الدائن واحتفظ به المدين .

وإذا أنكر الدائن خطه ، وجب على المدين أن يلجأ إلى إجراءات تحقيق الخطوط لإثبات أن التأشير بخط الدائن (٢) . فاذا ما ثبت ذلك ، جاز للدائن بعد

---

(١) أما إذا أشر البائع براءة ذمة المشتري على نسخة أصلية لعقد البيع ليست في يده ولا في يد المشتري ، بأن تعدد المشترين وكان التأشير على نسخة ثالثة في يد مشتر آخر ، فإن التأشير في هذه الحالة لا يكون صحيحاً لوقوعه في سند ليس في حيازة الدائن ولا في حيازة المدين . ولكنه مادام مكتوباً بخط الدائن يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ( أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٥ هامش رقم ١٩ ) .

(٢) ذلك أن إجراءات تحقيق الخطوط تقبل في جميع الأوراق العرفية ، موقعة كانت أو غير موقعة .

هذا أن يسلك طريق الطعن بالتزوير (١) .

وإذا عي التأشير أو شطب ، زالت قوته في الإثبات . ذلك أن السند موجود في حيازة المدين ، فلا يمكن حمل الهو أو الشطب إلا على أن الوفاء لم يتم ، فحيا الدائن التأشير أو شطبه ، وقبل منه المدين ذلك بأن احتفظ بالسند في يده والتأشير فيه محو أو مشطوب (٢) . وهذا بخلاف ما رأيناه في الهو أو الشطب عندما يكون السند في حيازة الدائن ، فقد تقدم أن الفقه الفرنسي منقسم في هذه المسألة ، ورجحنا الرأي القائل بأن الهو أو الشطب لا يزال قوة الإثبات التي للتأشير .

### ١٥٥ - الشرط الثاني - وقوع نسخة السند أو المخالصة في حيازة

المدين : والأصل أن نسخة السند أو المخالصة التي أشر عليها الدائن بخطه تكون في حيازة المدين . ولكن لا يشترط هنا أن تكون باقية دائماً في حيازته ، بل يكفي أن تكون قد وقعت في حيازته ولو خرجت بعد ذلك من يده . ذلك أن التأشير يجب أن يكون بخط الدائن كما قدمنا ، فووقع هذا التأشير بخط الدائن في حيازة المدين ولو لحظة واحدة يكفي لقيام قرينة الوفاء . ومتى قامت القرينة على هذا الوجه ، كان للدائن أن يدحضها كما سنرى .

والذي يقع عادة أن المدين يبرز الورقة التي تحمل تأشير الدائن بخطه ليحتج بها . فيكون بذلك قد أثبت أنها قد وقعت في حيازته . أما إذا لم تكن الورقة في يده ، واستطاع أن يحصل على أمر بتدعيمها فقدمت ، فعليه أن يثبت أنها وقعت في حيازته وقتاً ما حتى تقوم قرينة الوفاء .

### ١٥٦ - أهمية التأشير إذا توافر الشرطان : هنا أيضاً نبادر إلى القول

إن هذا التأشير ، ولو لم يتوافر شرطاه ، له حجية معينة إذا طبقت القواعد العامة

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٤٧ هامش رقم ١ و ص ١٥٣ .  
(٢) ديرانتون ١٣ فقرة ٤٢٠ - بوتيه فقرة ٧٥٣ - أوبري ورو ١٢ ص ٢٧٦ -  
ديمبرلوب ٢٩ فقرة ٦٥٦ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٥ - دي باج ٣ فقرة ٨٢٩ - بيدان ورو ٩ فقرة ١٢٤٢ - الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٥ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٢ مكررة - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٠٧ مكررة - الأستاذ عبد المنعم فرج الصلة في الإثبات فقرة ١٦٥ ص ١٩٤ .

في الإثبات ، بقطع النظر عن نص المادة ٣٩٩ من التقنين المدني . فهو ما دام مكتوباً بخط الدائن يصح أن يكون مبدأً ثبوت بالكتابة ، ولو لم يتوافر فيه ما قدمناه من الشروط الأخرى . مثل ذلك أن يكتب التأشير في نسخة أصلية ثالثة ليست في حيازة الدائن ولا في حيازة المدين ، أو أن يعجز المدين عن إثبات أن الورقة التي كتب فيها التأشير قد وقعت في حيازته ، أو نحو ذلك . ففي هذه الأحوال لا يصلح التأشير دليلاً كاملاً ، ولكن يصح أن يكون مبدأً ثبوت بالكتابة يستكمل بالبينة أو بالفرائض .

أما إذا توافر الشرطان على النحو الذي تقدم ذكره ، فإن التأشير يكون دليلاً كاملاً ضد الدائن ، ولا حاجة للمدين باستكمالها ليثبت أنه وفي الدين ، وذلك بمقتضى نص خاص هو نص المادة ٣٩٩ . وحجية التأشير تقوم هنا أيضاً على أساس ورقة عرفية غير موقعة هي هذا التأشير ذاته ، على النحو الذي قدمناه في التأشير على سند في حيازة الدائن .

ثم إن علة الاعتداد بالتأشير هنا هي أن هذا التأشير قد كتب بخط الدائن نفسه ، وقد ترك الورقة التي تحمل التأشير في يد المدين ، فتركة إياها في يد من له مصلحة في الاحتجاج بها قرينة على أنه استوفى الدين . فالتأشير في هذه الحالة ويكون في الواقع بمثابة مخالصة تبني في يد المدين<sup>(١)</sup> . ولكن هذه القرينة ، هنا أيضاً ، قد يقوم من الواقع دليل على عكسها<sup>(٢)</sup> . فقد يتصور - كما نقول المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى - أن يكون الدائن قد سلم المخالصة

---

(١) المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩) .  
(٢) وقد كان المشروع الأول الذي سبق المشروع التمهيدى يميز بين حالة التأشير على سند في حيازة الدائن فيجعل التأشير قابلاً لإثبات العكس ، وحالة التأشير على سند في حيازة المدين فيجعل التأشير غير قابل لإثبات العكس (م ١٩ من هذا المشروع) . ولعل المشروع قد تأثر في ذلك بأن فريقاً من الفقهاء الفرنسيين لا يسمحون ، في إثبات عكس التأشير على سند في حيازة المدين ، بأن يكون الإثبات بجميع الطرق ، بل يشترطون أن يكون الإثبات بالكتابة على النحو الذي بيناه فيما تقدم . وواضح أن هذا أمر يختلف عن قابلية التأشير لإثبات العكس في ذاته ، سواء كان إثبات العكس بجميع الطرق أو كان بطرق معينة . وقد ورد في المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (المذكورة الإيضاحية ٢ ص ٦٩٠) . عبارة تردد هذا التمييز . وهي عبارة خاطئة ، لأن التقنين الجديد (وكذلك المشروع التمهيدى) لم يفرق بين حجية القرينة في حالة التأشير على سند في حيازة المدين وحجيتها في حالة التأشير على سند في حيازة الدائن ، فكلمتا

لوكيل مفوض في استيفاء الدين ، ولما كان من واجب مثل هذا الوكيل أن يرد إلى الموكل المخالصة التي تسلمها إذا لم يتم له استيفاء الدين ، فالمفروض أن الدائن يحتفظ بهذه المخالصة لأنه لم يستوف حقه من المدين<sup>(١)</sup> . فاذا سلم الوكيل ، بالرغم من ذلك ، المخالصة للمدين ولم يستوف منه الدين ، وعجز عن استرداد المخالصة ، فانها ، وهي تحمل تأشير الدائن ، تكون في يد المدين دون أن يكون هذا قد برئت ذمته . وفي هذا دليل من الواقع يدحض القرينة .

من أجل ذلك عندما أقام القانون هذه القرينة ، جعل حجيتها هنا أيضاً قابلة للدحض . فيجوز للدائن ، بالرغم من تأشيره بخطه ببراءة ذمة المدين ، أن يقيم الدليل على العكس ، فيثبت أن ذمة المدين لا تزال مشغولة بالدين .

وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، حتى بالبيئة أو بالقرائن . ذلك أن التأشير الذي يثبت عكسه هو ورقة عرفية غير موقعة يجوز إثبات عكسها بجميع الطرق ، وقد تقدم بيان ذلك .

### ١٥٧ - التأشير على سند في حيازة المدين في التقنين المدني السابق :

قدمنا أن المادة ٢٣٠/٢٩٥ من التقنين المدني السابق كانت تنص على أن « التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين منه يكون حجة على الدائن ولو لم يكن مضمي منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك » . وكان بعض الفقهاء في مصر<sup>(١)</sup> يذهب إلى أن هذا النص يشمل الحالتين اللتين وردتا بعد ذلك في المادة ٣٩٩ من التقنين المدني الجديد : حالة التأشير على سند في حيازة الدائن وحالة التأشير على سند في حيازة المدين . ولكن يصعب القول إن المقصود من عبارة « سند الدين » التي وردت في نص التقنين السابق هو سند آخر غير السند الذي يحتفظ الدائن به عادة في حيازته ، وأن هذه العبارة مقصود بها أيضاً « نسخة أصلية

= القرينتين قابلة لإثبات العكس . ومن أجل ذلك لم تنقل هذه العبارة إلى مجموعة الأعمال التحضيرية ( انظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٥٢ هامش رقم ٣ والأستاذ عبد المنعم فرج الصلدة في الإثبات ص ١٩٤ هامش رقم ٢ ) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٩ .

(٢) انظر في هذا المعنى الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات الطبعة الرابعة فقرة ٢٦٦ والطبعة

الخامسة فقرة ٣٠٦ .

أخرى للسند . فالأرجح أن يكون المقصود هو النص على حالة واحدة من الحالات ، هي حالة التأشير على سند الدين وهو في حيازة الدائن ، وأن الحالة الأخرى قد تركت للقواعد العامة تسرى عليها . ويزيد هذا الترجيح قوة أن لاحظ أن نص التقنين المدني السابق لم يشترط أن يكون التأشير بخط الدائن ، مع أن قرينة الوفاء في التأشير على سند في حيازة المدين إنما تستمد من أن هذا التأشير يكون بخط الدائن . وهذا الرأي الذي نرجحه هو الرأي الذي سار عليه الفقه في مصر (١) .

ومن ثم يكون التقنين المدني الجديد قد استحدث حكماً لم يكن موجوداً في التقنين القديم ، بأن جعل للتأشير بخط الدائن على سند في حيازة المدين حجية كاملة ، ولم يقتصر على اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة كما تقضى بذلك القواعد العامة في الإثبات . فاذا أشر الدائن بخطه على سند في حيازة المدين براءة ذمته ، فإن كان التأشير قد كتب في تاريخ سابق على يوم ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ فإن التقنين القديم هو الذي يسرى ، ولا يكون هذا التأشير إلا مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان التأشير قد كتب في تاريخ بعد ذلك ، فإن التقنين الجديد يسرى في هذه الحالة ، ويعتبر التأشير دليلاً كاملاً لا حاجة إلى استكماله بدليل آخر ، على النحو الذي بيناه فيما تقدم .

---

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠١ ص ١٤ هامش رقم ٢ —  
الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٦٦٥ ص ١٩٣ .

# الباب الثاني

طرق الإثبات ذات القوة المحدودة

البيئة والقرائن القضائية

١٥٨ - طرق الإثبات ذات القوة المحدودة - البين المنجز

(اهلة) : قدمنا أن طرق الإثبات ذات القوة المحدودة هي البيئة والقرائن القضائية والبين المتممة .

ونبادر إلى القول إن البين المتممة ، لشدة اتصالها بالبين الحاسمة ، ستعالج معها في موضع آخر . ونستبق هنا للبحث البيئة والقرائن القضائية .

١٥٩ - تعادل البيئة والقرائن القضائية من حيث قوة الإثبات :

وقد جعل القانون البيئة والقرائن القضائية طريقين متعادلين من حيث قوتها القانونية في الإثبات . فإمكان إثباته بأحد الطريقين يستطاع إثباته بالطريق الآخر . وكلا الطريقين أضعف من الكتابة ذات القوة المطلقة في الإثبات .

وقد رأينا أن البيئة والقرائن القضائية لا تكون طرقاً أصلية في الإثبات إلا في نطاق محدود . وتكون ، غير ذلك ، طرقاً تكميلية عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، وطرقاً بديلة عند وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو يحول دون تقديمه بعد الحصول عليه .

ويتبين من كل ذلك أن البيئة والقرائن ذات قوة محدودة في الإثبات . فنبحث أولاً ما هي البيئة والقرائن . ثم نبين بعد ذلك قوتها المحدودة .

# الفصل الأول

البينة والقرائن القضائية

## الفرع الأول

البينة

(أو الشهادة)

١٦٠ - مضمونه للبينة : البينة لها معنيان : (١) معنى عام ، وهو الدليل أيا كان ، كتابة أو شهادة أو قرائن . فاذا قلنا : البينة على من ادعى واليمين على من أنكر ، فانما نقصد هنا البينة بهذا المعنى العام . (٢) معنى خاص ، وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة . وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب ، وكانت الأدلة الأخرى من الندر إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة ، فانصرف لفظ « البينة » إلى الشهادة دون غيرها . ونقصد هذا المعنى الخاص عندما نقول : مالا تزيد قيمته على عشرة جنيات يجوز إثباته بالبينة والقرائن . وإذا قلنا البينة ، فانما نقصد معناها الخاص ، ونقصرها على الشهادة . ونتكلم هنا : (أولاً) في أنواع البينة . (ثانياً) في سلطة القاضي الواسعة في تقدير البينة . (ثالثاً) في القواعد التي تتبع في سماع البينة .

## المبحث الأول

أنواع البينة

١٦١ - الشهادة (témoignage) : الأصل في الشهادة أن تكون شهادة مباشرة ، فيقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه . فالذي يميز الشاهد إذن هو أنه يشهد على وقائع عرفها معرفة شخصية (ex propriis sensibus) . وهو يحصل

معرفة الشخصية للواقعة ، إما لأنه رآها بعينه ، كما إذا كان قد شهد حادثاً من حوادث السيارات فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما رأى . وإما لأنه سمعها بأذنه ، كما إذا كان قد حضر مجلس العقد وسمع البائع يتعاقد مع المشتري ، فجاء إلى مجلس القضاء يشهد بما سمع . وإما لأنه رأى وسمع ، كما إذا سمع المقرض يتعاقد مع المقرض ورآه يعطيه مبلغ القرض (١) .

وتكون الشهادة عادة شفوية ، بدلى بها الشاهد في مجلس القضاء مستمداً إياها من ذاكرته . وقد نصت المادة ٢١٦ من تقنين المرافعات على أن « تؤدي الشهادة شفاهاً ، ولا تجوز الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا باذن المحكمة أو القاضي المنتدب ، وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى » . ومع ذلك فقد نصت المادة ٢٠٥ من تقنين المرافعات على أن « من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة ، إذا أمكن أن يبين مراده ، بالكتابة أو بالإشارة » .

ويدعى الشاهد عادة إلى مجلس القضاء ليقول ما رآه أو سمعه من الوقائع المتعلقة بالدعوى . ومع ذلك قد يكتفى ، في ظروف استثنائية ، بتلاوة شهادته المكتوبة أو بضم هذه الشهادة المكتوبة إلى ملف القضية للاعتداد بها (٢) .

وإذا كانت الشهادة المباشرة هي الصورة الغالبة للشهادة ، فإنه يوجد مع ذلك إلى جانبها : (١) الشهادة السماعية (témoignage indirect) (٢) والشهادة بالتسامع (commune renommée) (٣) والشهادة بالشهرة العامة (acte de notoriété)

## ١٦٢ - الشهادة السماعية : أي الشهادة غير المباشرة ، وتسمى أيضاً

(١) والفرق بين الشهادة والإقرار أن الشهادة هي اخبار الإنسان بحق لغيره على غيره ، أما الإقرار فأخبار الإنسان بحق لغيره على نفسه . وتختلف الدعوى عنهما بأنها إخبار الإنسان بحق لنفسه على غيره ( طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٨٢ ) .

(٢) ومن ذلك أن يضم تحقيق جنائي إلى ملف قضية مدنية ، ويعتد بما ورد مكتوباً في التحقيق الجنائي من شهادة الشهود (بلايول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٤٦) . أما نقل الكلام بآلة مسجلة (dictaphone) فقد رفض القضاء المصري والفرنسي قبوله في مقام الشهادة (بيدان وپرو ٩ ص ٣٣١ هامش رقم ١ - انسيكلو بيدي دالوز ٤ لفظ preuve فقرة ٨٧١ - فقرة ٨٧٢) .



بالشهادة في الدرجة الثانية<sup>(١)</sup> (témoignage du second degré). وتختلف عن الشهادة الأصلية أو الشهادة المباشرة أو الشهادة في الدرجة الأولى - وهي الشهادة التي سبق ذكرها - في أن الشاهد هنا يشهد بما سمع رواية عن غيره ، ومن ثم كانت الشهادة سماعية .

والشاهد ، سواء كانت شهادته أصلية أو سماعية ، يشهد عن واقعة معينة بالذات ولكنه في الشهادة الأصلية يشهد أنه رأى هذه الواقعة بعينه إن كانت مما يرى ، أو سمعها بأذنه إن كانت مما يسمع . أما في الشهادة السماعية ، فهو يشهد أنه سمع الواقعة يرويها له شاهد يكون هو الذي رآها بعينه أو سمعها بأذنه . مثل ذلك أن يشهد شخص أمام القضاء أنه سمع شخصاً آخر يروي له حادث السيارة وقد رآه بعينه ، أو سمع شخصاً آخر يروي له التعاقد على البيع أو على القرض وقد سمعه بأذنه . فالشهادة السماعية هي إذن شهادة على الشهادة<sup>(٢)</sup> .

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية<sup>(٣)</sup> . ويقدر القاضي قيمتها كما يقدر الشهادة الأصلية . وقد يراها تعدل الشهادة الأصلية في القيمة . ولكن الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي بها<sup>(٤)</sup> .

(١) وتسمى في الفقه الإسلامي بالشهادة على الشهادة .

(٢) أو هي شهادة أصلية بشهادة أصلية . ويصح أن تكون شهادة سماعية بشهادة أصلية ، فيقول الشاهد إنه سمع فلاناً يروي عن فلان واقعة معينة بالذات . واقتناع القاضي بمثل هذه الشهادة أقوى بكثير من اقتناعه بشهادة أصلية على شهادة أصلية .

(٣) قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٧٩ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٨٥ ص ٢٣٠ - والشهادة على الشهادة في الفقه الإسلامي لا تجوز إلا بالإجابة والتحليل . جاء في فتح القدير (جزء ٦ ص ١٨) : « فإذا سمع شاهداً يشهد بشيء لم يجوز أن يشهد على شهادته ، إلا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه ، لأن الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل إلى مجلس القضاء ، فلا بد من الإجابة والتحليل . ولهذا لو سمعه يشهد شاهداً على شهادته ، لم يسع السامع أن يشهد ، لأنه ما حملة وإنما حمل غيره . وهذا الإطلاق يقتضى أنه لو سمعه يشهد في مجلس القاضي ، حل له أن يشهد على شهادته لأنها حينئذ ملزمة » .

(٤) أنظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٩ ص ٩٥٩ . ويجب على كل حال التحدى بعدم قبول الشهادة السماعية ، إن كان لذلك وجه ، أمام محكمة الموضوع ، فلا يجوز التمسك بذلك أمام محكمة النقض لأول مرة . وقد قضت محكمة النقض بأن القول بأن شهادة شاهد سماعية فهي غير مقبولة رغم أخذ الحكم الابتدائي بها - هذا القول لا يصح التمسك =

### ١٦٣ - الشهادة بالتسامع : الشهادة بالتسامع غير الشهادة السماعية.

فهى شهادة بما تتسامعه الناس (oui - dire) ، لا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، بل على الرأى الشائع فى جماهير الناس عن هذه الواقعة . وقد رأينا الشهادة السماعية تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات ، ولكن لا على أن الشاهد رآها بعينه أو سمعها بأذنه ، بل على أنه سمعها تروى له ممن رآها بعينه أو سمعها بأذنه . فالشهادة السماعية يمكن إذن تحرى مبلغ الصدق فيها ، وصاحبها يحمل مسئولية شخصية فيما سمعه بنفسه عن غيره من الرواية عن واقعة معينة بالذات . أما الشهادة بالتسامع فصاحبها لا يروى عن شخص معين ولا عن الواقعة بالذات ، بل يشهد بما تتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير فى شأنها ، فهى غير قابلة للتحرى ولا يحمل صاحبها مسئولية شخصية فيها شهد به<sup>(١)</sup> .

ومن ثم كانت الشهادة بالتسامع غير مقبولة إلا فيما نص عليه القانون . وقد نص التقنين المدنى الفرنسى على قبول الشهادة بالتسامع فى حالتين : (١) حالة الزوجة ، بعد انتهاء النظام المشترك للأموال (communauté) بينها وبين زوجها ، وهى تريد تمييز مالها الخاص (patrimoine propre) عن المال المشترك (patrimoine commun) ، وذلك إذا لم يوجد محضر جرد (م ١٤١٥ وم ١٥٠٤ مدنى فرنسى) . (٢) حالة ورثة أى من الزوجين ، بعد موته ، يريدون تحديد المال المشترك (patrimoine commun) فى مواجهة الزوج الآخر الذى ظل باقياً على قيد الحياة ، وذلك أيضاً إذا لم يوجد محضر جرد (م ١٤٤٢ مدنى فرنسى) . ويذهب فريق من الفقهاء الفرنسيين إلى قصر قبول الشهادة بالتسامع على هاتين

= به أمام محكمة النقض ما لم يسبق التحدى به لدى محكمة الموضوع (نقض مدنى ٢٩ مارس سنة

١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٨٦ ص ٤٧١) .

(١) بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤٩ - فعل الشهادة بالتسامع ليس فى الحقيقة الواقعة المراد إثباتها ، بل عملها رأى الناس فى هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير فى شأنها . ورأى الناس قد يكون له أثر فى موضوع الحق نفسه ، ومن ثم كان هو ذاته محلاً للإثبات لا طريقاً فى الإثبات . فهناك إذن ضرب من التحويل (déplacement) فى محل الإثبات ، ينقل الإثبات من محله الأصل إلى محل بديل عنه (انظر فى هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٤ ص ٩٦٤ - انظر أيضاً أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ١٤ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤٨) .

الحالتين دون غيرهما<sup>(١)</sup>. ويرى بعض آخر أن يقبس عليهما كل حالة أخرى يراد فيها إثبات منقولات بأعيانها في مواجهة من كان مكلفاً بمحصرتها في محضر جرد وقصر في ذلك<sup>(٢)</sup>. أما في مصر فالقضاء المختلط كان بوجه عام لا يقبل الشهادة بالتسامع في المسائل المدنية<sup>(٣)</sup>. أما في المسائل التجارية، وكذلك في الأحوال التي يقبل فيها الإثبات بالبينة أو بالقرائن، فتقبل الشهادة بالتسامع على سبيل الاستثناس وباعتبار أنها مجرد قرينة بسيطة لا يؤخذ بها إلا في كثير من الحذر والاحتياط<sup>(٤)</sup>. وفي الفقه الإسلامي لا تقبل الشهادة بالتسامع إلا في مسائل معينة، عدوا منها خساً هي الشهادة بالنسب والموت والنكاح وبال دخول وبولاية القاضي، ثم أضافوا إليها خساً هي أصل الوقف وشرايطه والعتق والولاء والمهر<sup>(٥)</sup>. ولا نرى ما يمنع من الأخذ بأحكام الفقه الإسلامي في هذه المسألة تطبيقاً للفقرة الثانية من المادة الأولى من التقنين المدني، وهي تقضي بأنه

(١) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ١٧ - لوران ٥ فقرة ١١ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٥١ مكررة ص ٤٠٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٤ ص ٩٦٤ - ص ٩٦٥.

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٠٣ - ص ٣٠٤ - توليه ٢ فقرة ١١٩٧ - ماركاويه ٢ فقرة ٢٥٠ - بوتيه فقرة ٢٤٢ - ديمولوب ٧ فقرة ٥٦٩ و ٣٠ فقرة ٢٢٥ - فان بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤٨.

(٣) استئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٢٨١ - ٨ يونية سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ٢٥٣.

(٤) استئناف مختلط ١٧ يونية سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٤٩٤ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣١ م ٤٤ ص ٦٥ - ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٦ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٢٣.

(٥) وقد جاء في البدائع (جزء ٦ ص ٢٦٦ - ص ٢٦٧) في صدد الشهادة بالتسامع ما يأتي: «الثالث (من شروط تحمل الشهادة) أن يكون التحمل بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره، إلا في أشياء مخصوصة يصح التحمل فيها بالتسامع من الناس لقوله عليه الصلاة والسلام للشاهد إذا طلعت مثل الشمس فاشهد إلا فدع، ولا يعلم مثل الشمس إلا بالمعاينة بنفسه. فلا تطلق الشهادة بالتسامع إلا في أشياء مخصوصة. وهي النكاح والنسب والموت. فله تحمل الشهادة فيها بالتسامع من الناس وإن لم يعاين بنفسه، لأن مبنى هذه الأشياء على الاشتهار فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة. وكذا إذا شهد العرس والزفاف يجوز له أن يشهد بالنكاح لأنه دليل النكاح. وكذا في الموت إذا شهد جنازة رجل أو دفنه حل له أن يشهد بموته. واختلفوا في تفسير التسامع، فمنهم من ذهب إلى أنه هو أن يشهد ذلك ويستفيض وتتواتر به الأخبار عنده من غير نواظر، لأن الثابت بالتواتر والمحموس بحس البصر والسمع سواء، فكانت الشهادة بالتسامع =

« إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية » .

= شهادة عن معاينة . فعل هذا إذا أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان لا يحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر . وذكر أحمد بن عمرو بن مهران الحنابلة أنه إذا أخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان أن هذا ابن فلان أو امرأة فلان يحل له الشهادة بذلك ، استدلالاً بحكم الحاكم وشهادته ، فإنه يحكم بشهادة شاهدين من غير معاينة منه بل بخبرهما ويجوز له أن يشهد بذلك بعد التواتر ، كذا هذا . ولو أخبره رجل أو امرأة بموت إنسان حل للسامع أن يشهد بموته . فعل هذا يحتاج إلى الفرق بين الموت وبين النكاح والنسب . ووجه الفرق أن سبب هذه الأشياء وإن كان على الاشتهار إلا أن الشهرة في الموت أسرع منه في النكاح والنسب ، لذلك شرط العدد في النكاح والنسب لا في الموت . لكن ينبغي أن يشهد في كل ذلك على الثبات والقطع دون التفصيل والتقييد بأن يقول إنى لم أعين ذلك ولكن سمعت من فلان كذا وكذا ، حتى لو شهد كذلك لا تقبل . وأما الولاء فالشهادة فيه بالتسامع غير مقبولة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وهو قول أبي يوسف رحمه الله الأول ثم رجع وقال تقبل . . . . . وأما الشهادة بالتسامع في الوقف فلم يذكره في ظاهر الرواية ، إلا أن مشايخنا الحقوه بالموت لأن مبنى الوقف على الاشتهار أيضاً كالموت فكان ملحقاً به . وكذا يجوز الشهادة بالتسامع في القضاء والولاية ، أن هذا قاضى بلد كذا وإلى بلد كذا وإن لم يعين المنشور ، لأن مبنى القضاء والولاية على الشهرة فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة .

وجاء في فتح القدير (جزء ٦ ص ٢٠ - ص ٢١) : « ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعينه أى لم يقطع به من جهة المعاينة بالمعين أو السماع إلا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى ، فإنه يسمه أن يشهد بهذه الأمور إذا أخبره بها من يشق به من رجلين عدلين أو رجل وأمرتين . ويشترط كون الإخبار بلفظ الشهادة ، وفي الموت إذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق ، أو بتواتر الخبر بذلك . . . وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك ، وذلك بسبب أنه لا طريق إلى معرفة هذه الأشياء سوى الخبر ، إذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة وإنما يرون الولد مع أمه أو مرضعته وينسبونه إلى الزوج فيقولون هو ابن فلان ، وكذا عند الموت لا يحضره غالباً إلا الأقارب فإذا رأوا الجنازة والدفن حكوا بموت فلان ، وكذا النكاح لا يحضره كل أحد وإنما يخبر بعضهم بعضاً أن فلاناً تزوج فلانة ، وكذا الدخول لا يعلم إلا بأمارات . . . وكذا ولاية السلطان للقاضى لا يحضرها إلا الخواص وإنما يحضرون جلوسه وتصديه للأحكام . . . وينبغي أن يطلق أداء الشهادة ، فيشهد أنه ابنه أو أمير أو قاض . أما إذا فر للقاضى أنه شهد عن تسماع بين الناس لم تقبل شهادته » . ويقول الأستاذ أحمد إبراهيم في « طرق القضاء في الشريعة الإسلامية » ( ص ٣١٦ ) : « أقول والظاهر أنه حيث أجاز للشاهد أن يشهد بالسماع في المواضع التي بينوها وحب أن يقضى بشهادته إذا فر ، وإلا كان في المقام ما يشبه التناقض ، ولا معنى لبقاء القضاء في مثل هذا على القياس والأخذ في الشهادة بالاستحسان ، وكل ما في الأمر أنهم يريدون تحميل الشاهد عبء ما شهد به ولا يحملون القاضى ذلك ، لكن ما أجازوه فيها كان ينبغي أن يجزؤوا فيه منعاً للتدافع ، ولا معنى لهذا الهروب من أمر قرره واعترفوا به » .

وإذا قبلت الشهادة بالتسامع ، فهي كالشهادة الأصلية والشهادة السماعية تخضع في سماعها للقاء أعد التي تخضع لها الشهادة بوجه عام (١) .

١٦٤ - **الشهادة بالشهرة العامة** : أما الشهادة بالشهرة العامة فليست بشهادة بالمعنى الصحيح . بل هي ورقة مكتوبة ، تحرر أمام جهة رسمية ، تدون فيها وقائع معينة ، تشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة . وفي مصر يمكن اعتبار إلام الوراثة ومحضر حصر التركة ونقريب غيبة المفقود من قبيل هذه الأوراق . فهي تحرر أمام جهات رسمية ، المحكمة الشرعية أو مندوب من المحكمة الحسبية أو غير ذلك ، وتدون فيها أسماء الورثة أو أعيان التركة أو واقعة غياب المفقود ، وذلك بناء على شهادة طائفة من الناس يشهدون وفقاً لما عرفوه عن طريق الشهرة العامة .

وفي فرنسا ينص القانون على جواز استعمال مثل هذه الأوراق كأدلة . من ذلك أنه إذا تعذر على أحد الزوجين عند عقد زواجه أن يحصل على شهادة ميلاده ، كان له أن يقدم عوضاً عنها شهادة تحمل اسمه ولقبه وصناعته ومحل

---

= وأوصل ابن جزى في القوانين الفقهية ( ص ٣١٣ ) المسائل التي يجوز فيها قبول الشهادة بالتسامع إلى عشرين ، فقال : « تجوز الشهادة بالسماع الفاشي في أبواب مخصوصة ، وهي عشرون : النكاح ، والرضاع ، والحمل ، والولادة ، والموت ، والنسب ، والولاية ، والحرية ، والأحباس ، والضرر ، وتولية القاضي ، وعزله ، وترشيد السفه واليتيم ، والرؤية وأن فلاناً وصي ، والصدقات المتقدمة ، والأشربة المتقدمة ، والقسامة ، والإسلام ، والعدالة ، والجرحة . ولا تجوز الشهادة بالسماع الفاشي في إثبات ملك لطالبه ، وإنما تجوز للذي هو في يديه بشرط حوزة له سنين كثيرة الأربعين والخمسين » .

هذا ويعرف الفقه الإسلامي ، إلى جانب الشهادة بالتسامع ، شهادة التواتر . وهي « خبر جماعة يقع العلم بخبرهم ... لا يتصور اتفاقهم على الكذب . وليس للتواتر عدد معين على الصحيح ، وإنما الشرط أن يكون الخبرون سبعة لا يجوز العقل اتفاقهم على الكذب . ولما كان التواتر يفيد علم اليقين ، فلا تقام بيته على حلافه ، لأن البيئات ظنية يدخلها الشك بخلاف التواتر ، سواء أكان المستند إلى التواتر مدعياً أو مدعى عليه ، وسواء أكان مثبتاً أم نافياً ، وسواء أكان في الأموال أم المهور أم القصاص ، وسواء أكان قبل الحكم أم بعده ، ذلك لأن التواتر حجة في التوثق والإثبات لإنادته القطع واليقين » ( الأستانة أحد إبراهيم في طرق القضاة ص ٢٩ ) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٤ ص ٩٦٥ وهامش رقم ٢ .

إقامته وناريخ ميلاده بقدر الإمكان وغير ذلك من البيانات بناء على أقوال شهود ثلاثة يعرفون ذلك عن طريق الشهرة العامة ويدلون بشهادتهم عنها أمام قاضي الصلح (انظر م ٧١ من التقنين المدني الفرنسي). ومن ذلك أيضاً إجراءات إعلان غيبة المفقود، تتضمن تحقيقاً تأمر المحكمة باجرائه في مواجهة النيابة العامة، قد تسمع فيه شهود يدلون بما عرفوه من طريق الشهرة العامة عن ظروف اختفاء المفقود، ثم يصدر بعد ذلك حكم بإعلان غيبته<sup>(١)</sup>. ويكشف العمل في فرنسا عن كثرة الأحوال التي يلتجأ فيها إلى الحصول على وثائق تقوم على أساس الشهادة بالشهرة العامة، وذلك فوق الأحوال التي نص عليها القانون. مثل ذلك الإعلام بثبوت الوراثة يدون فيه عدد الورثة وصفاتهم إذا لم يوجد محضر جرد. ومثل ذلك أيضاً الشهادة التي تسجل أن الميت قدم مات دون وارث له حق محفوظ في التركة (héritier à réserve)<sup>(٢)</sup>.

فالشهادة بالشهرة العامة تفترض وجود موظف عام، موثق أو قاض أو نحو ذلك، تدلى أمامه الشهود بمعلوماتهم عن الواقعة المراد إثباتها. ويجب أن يكون للشهود معرفة شخصية بهذه الواقعة، ولكن لا عن طريق محدد، بل عن طريق الشهرة العامة<sup>(٣)</sup>. فالمعرفة الشخصية بالواقعة، لا الشهرة العامة في ذاتها، هي التي تقوم عليها قوة الإثبات في هذه الشهادة. والشهرة العامة إنما تجعل منها شهادة جماعية (témoignage collectif) عن طريق تحقيق سريع أمام قاض أو موظف عام باجراءات لا تختلف إلا من ناحية الشكل عن إجراءات التحقيق المعتاد<sup>(٤)</sup>. وللشهادة بالشهرة العامة قوة في الإثبات يحددها القانون في كل حالة على حدة.

---

(١) انظر المواد ١١٥ - ١١٩ من التقنين المدني الفرنسي - وانظر في مثل ثالث المادة ٥٠٧ من هذا التقنين.

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ - ص ٩٦٤ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٠.

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ - ص ٩٦٤ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٠.

(٤) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٣ ص ٩٦٣ - ص ٩٦٤ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٠.

## المبحث الثاني

### سلطة القاضي الواسعة في تقدير البيئة

١٦٥ - البيئة أضعف من الكتابة : قدمنا أن الشهادة كانت في الماضي من أقوى الأدلة ، بل كانت هي الدليل الغالب في وقت لم تكن فيه الكتابة منشورة ، وكانت الأمية متفشية ، وكان العلم بالرواية واللسان لا بالكتابة والقلم ، حتى كانت الشهادة هي التي تستأثر باسم « البيئة » دلالة على أن لها المقام الأول في البيئات<sup>(١)</sup> . فلما انتشرت الكتابة ، وتقلص ظل الأمية ، بدأت الكتابة تسود ، ثم أخذت المكان الأول في الإثبات ، ونزلت البيئة إلى المكان الثاني لما تنطوى عليه من عيوب ظاهرة . فالبيئة تقوم على أمانة الشهود ، والشهود حتى إذا هم لم يكذبوا معرضون للنسيان ، ثم إن الدقة تنقصهم . هذا إلى أنه إذا أفسح المجال للإثبات بالبيئة ، وأصبح اعتماد القضاء عليها ، كثرت القضايا الكيدية لسهولة الحصول على شهود زور يشهدون بالباطل . أما الكتابة فكفتها راجحة ، ومتى كانت بعيدة عن التزوير ، فهي أدق أداء وأكثر ضبطاً للوقائع . ثم هي لا يرد عليها النسيان ، فهي دليل هيب « قديم » ليجبط بالواقعة المراد إثباتها إحاطة شاملة ، لأنها إنما أعدت لهذا الغرض<sup>(٢)</sup>

(١) ودرج المثل ، في القانون الفرنسى القديم ، أن الشهادة فوق الكتابة (témoins passent

. lettre)

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٢٩٨ — على أن هناك اتجاهًا في العصر الحاضر من شأنه أن يرد للبيئة اعتبارها . ففي التقنيات الجرمانية (تقنين المرافعات الألماني وتقنين المرافعات السويسري) وفي بعض التقنيات اللاتينية (التقنين المدني البرتغالي م ٢٥٠٦ — ٢٥٠٨ والتقنين المدني الإسباني م ١٢٤٤ — ١٢٤٨ يجوز ، في المسائل المدنية على غرار المسائل التجارية ، الإثبات بالبيئة حيث يجوز الإثبات بالكتابة . ويذهب بعض كبار الفقهاء من أمثال تالير (الإفلاس في القانون المقارن ١ ص ١٦٠) إلى تمييز هذا الاتجاه (انظر عكس ذلك كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٦٦ ص ٥١٢ هامش رقم ٢ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٢) . والقضاء الفرنسى ذاته ، في خلال القرن الأخير ، يساير هذه النزعة ، فيتوسع في قبول البيئة عن طريق التوسع في تفسير معنى « مبدأ الثبوت بالكتابة » ومعنى « تعذر الحصول على الكتابة » (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٠ ص ٢١٨ وهامش رقم ٤) .

من أجل ذلك أنزل القانون البينة دون منزلة الكتابة ، لا فحسب من ناحية أن جعل البينة ذات قوة محدودة في الإثبات ، بل أيضاً بأن جعل للقاضي بالنسبة إلى البينة سلطة تقدير واسعة ، هي أكبر بكثير من سلطته بالنسبة إلى الكتابة<sup>(١)</sup> . فالقاضي ينظر ، أولاً ، هل الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجيزها القانون مستساغ ؟ فإذا كان مستساغاً نظر ، ثانياً ، هل الوقائع المراد إثباتها بالبينة متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة في إثباته ؟ وهو في ذلك يتمتع بسلطة تقدير أوسع مما له في الإثبات بالكتابة . فإذا ما قدر بعد كل ذلك أن يسمع البينة ، كان له ، أخيراً ، سلطان واسع في تقديرها إذا كانت البينة التي سمعها مقنعة في الإثبات .

### ١٦٦ - تفسير ما إذا كان الإثبات بالبينة مستساغاً : قد يكون

الإثبات بالبينة جائزاً قانوناً ، ولكن يبقى بعد ذلك للقاضي سلطة تقديرية في السماح به . فقد يكون في القضية من القرائن والأدلة الأخرى ما يفني عن البينة . وعلى النقيض من ذلك قد تكون الوقائع المراد إثباتها بعيدة الاحتمال بحيث لا يرى القاضي سبيلاً إلى الاقتناع بالبينة في إثباتها<sup>(٢)</sup> . وقد تكون هذه الوقائع

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتي : « وتختلف حجية البينة اختلافاً جوهرياً عن حجية الكتابة . فبينما يعتبر الدليل الكتابي ، تفريراً على تهيئته ، حجة بذاته ، فيفرض سلطانه على القضاء ما لم يظن فيه بالتزوير أو ينقض باثبات العكس ، ترك البينة على نقيض ذلك لتقدير القاضي ، ويكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها ، أيا كان عدد الشهود وأيا كانت صفاتهم ، دون أن يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض ، بيد أن سلطة القاضي في التقدير لا تتناول إلا تعلق البينة بالوقائع دون جواز قبول الإثبات بمقتضاها ، لأن تعيين حدود هذا الجواز من شأن القانون وحده » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٥ - ص ٣٩٦) .

وفي صدد خفض شأن البينة يقول فتحي زغلول : « أبغض طرق الإثبات عند الشارع شهادة الشهود » (شرح القانون المدني ص ٤١٨) .

(٢) وفي الفقه الإسلامي من شروط الشهادة عدم تكذيب المحس لها ، لأن المحس يفيد علماً قطعياً والشهادة تفيد خبراً ظنياً ، والظني لا يعارض القطعي . فلا تقبل البينة التي أقيمت على خلاف المحسوس . كالبينة التي تقوم على موت شخص وحياته مشاهدة ، أو على خراب دار وهي قائمة يشهد العيان بعبارتها (الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٢١٧) . ونمت المجلة في المادة ١٦٩٧ على أنه « لا تقبل البينة التي أقيمت على خلاف المحسوس ، مثلاً إذا أقيمت البينة على موت رجل وحياته مشاهدة ، أو على خراب دار وعمارها مشاهدة ، فلا تقبل =



قد طال عليها العهد بحيث يتعذر إثباتها بالبينة في جميع هذه الأحوال يرى القاضى أن البينة غير مستساغة ، فلا يسمح بها بالرغم من أن القانون يجيزها في الإثبات (١) .

ومن ثم نرى أنه لا يكفي أن يجيز القانون الإثبات بالبينة في بعض الأحوال ، بل يجب أيضاً أن يكون الإثبات بالبينة مستساغاً حسب تقدير القاضى . ولا يخضع

= ولا تعتبر . ويقول الأستاذ سليم باز في شرح هذا النص (ص ١٠٢١) : وكذا إذا أقيمت البينة بأن هذا المرعى مخصص منذ القديم لمنافع القرية الغلانية وكانت هذه القرية حديثة العهد ، وبذلك قرار المحكمة التمييز مؤرخ في ٢٨ أيلول سنة ١٣٠٩ ج . م . عدد ٨٢٨ ) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠٢ - ص ٣٠٣ - وقد قضت محكمة النقض بأن لمحكمة الموضوع أن ترفض إجراء تحقيق يطلبه الخصوم متى رأت بما لها من سلطة التقدير أن لا حاجة بها إليه أو أنه غير مجد بالنظر إلى ظروف الدعوى وما هو ثابت فيها من الأدلة والوقائع ، وإتمامي ملزمة إذا رفضت مثل هذا الطلب أن تبين في حكمها لماذا رفضت وأن تكون الأسباب التي بنت عليها اقتناعها من شأنها أن تؤدي إلى ما قضت به (نقض مدني ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٠١ ص ٢٦٥) . أنظر أيضاً : نقض مدني ٣٠ إبريل سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٢٣ ص ٣٣٤ (تمسك خصم بمقد ، ثم عدل وتمسك بالتحقيق لإثبات التقادم ونقل في دفاعه ، فرفضت المحكمة التحقيق) - ٢٤ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠١ ص ٧٤٢ (قضت المحكمة بالقرائن مكنتية بها ، من غير حاجة إلى البينة) . أنظر كذلك : نقض مدني ١٠ ديسمبر سنة ١٩٣١ مجموعة عمر ١ رقم ١٧ ص ٢٩ - ١٠ نوفمبر ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٠ ص ١٤٠ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ - ٦ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٨٣ ص ٨٦٣ - ١٦ إبريل سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٥٠ ص ١٠٩٦ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة عمر ٢ رقم ١٩٤ ص ٦٠٧ - ١٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٥ ص ٢٧٢ - ١٨ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٣٨ ص ٣٨٢ - ١٩ يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥٤ ص ١٨٩ - ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٦ ص ٣٨٥ .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يسوغ أن يثبت بالبينة أنه منذ عهد بعيد وفي أيام معينة تعذر إزال البضاعة بسبب رداءة الجو (أول مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٢٩) ، أو العبارات التي استعملت في حديث جرى منذ عهد بعيد (٢٨ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣١٦) ، أو وقائع حدثت منذ تسع سنوات (١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٢١) ، أو حادث وقع منذ ثمان سنوات (١٠ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٦٣) . ويجوز للقاضي أن يرفض الإحالة إلى التحقيق إذا وجد في القضية عناصر كافية للإثبات تجعل البينة تزيداً لا فائدة منه (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ١٧٨) أو يرفض سماع شهود آخرهم من كون مفيدته بعد سماع من سمعهم (استئناف مختلط ٢٩ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٥٧) .

القاضي في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض<sup>(١)</sup> .

### ١٦٧ - تقرير ما اذا كانت الوقائع المتعلقة بالحق ومنجزة في الإثبات:

هنا أيضاً يتمتع للقاضي بسلطة تقدير واسعة لا يتمتع بها في الإثبات بالكتابة . ذلك أن الكتابة المعدة للإثبات تشتمل عادة على الوقائع المتعلقة بالحق المدعى به والتي تكون منتجة في الإثبات ، لأنها إنما أعدت للوفاء بهذه الأغراض . فلا يكون هناك للقاضي مجال واسع في تقدير ذلك . أما في الإثبات بالبينة فينتسج المجال للقاضي في تقدير ما إذا كانت الوقائع التي استدعيت الشهود من أجلها متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات . فان الغالب أن تكون الشهود لم تعد للشهادة من قبل ، فاذا توخوا الأمانة في شهادتهم فهم لا يشهدون إلا على الوقائع التي يتفق أن يكونوا قد رأوها أو سمعوها ، وهذه الوقائع قد تكون متعلقة بالحق المدعى به ، وقد لا تكون متعلقة به . وإذا كانت متعلقة ، فقد تكون منتجة في الإثبات أو لا تكون . كل هذا متروك لتقدير القاضي ، وهو في هذا التقدير يتمتع بسلطة واسعة لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض<sup>(٢)</sup> ، كما قلنا عند الكلام في الشروط الواجب توافرها في الواقعة التي تكون محلاً للإثبات .

### ١٦٨ - تقرير ما اذا كانت البينة كافية : ثم إن القاضي ، إذا رأى

الإثبات بالبينة مستساهاً ، وقدر أن الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالحق المدعى به ومنتجة في الإثبات ، وسمع الشهود في هذه الوقائع ، فان له بعد ذلك كله سلطة واسعة في تقدير ما إذا كانت شهادة هؤلاء الشهود كافية في إثبات هذه الوقائع . وهو في ذلك لا يتقيد بعدد الشهود ، ولا بجنسهم ، ولا بسهم . فقد يقنعه شاهد واحد ، ولا يقنعه شاهدان أو أكثر . وقد يصدق المرأة ، ولا يصدق الرجل .

---

(١) ولكن يجب أن تكون هناك أسباب كافية لتبرير هذا التقدير ، ويكون التسبب قاصراً إذا لم يواجه دواعي الخصم ولم يحققه مع حاجته إلى التحقيق (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٣٢ ص ٨٢) . ولا يجوز أن يكون مجرد الخوف من فساد ذمة الشهود سبباً في حرمان مدعي الحق من إثبات دعواه بالبينة (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الهاماه ٢٠ رقم ١٦٩ ص ٤٥٥) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠١ - ص ٣٠٢ .

وقد تكون شهادة صبي صغيراً أبلغ في إقناعه من شهادة رجل كبير<sup>(١)</sup>.  
وقد كان للشهادة في القديم نصاب محدد : رجلان ، أو رجل وامرأتان  
أو شهود أربعة ، أو نحو ذلك<sup>(٢)</sup>. فزال هذا النصاب ، لا في المسائل الجنائية  
فحسب ، بل أيضاً في المسائل المدنية والتجارية . وكذلك زالت ضرورة تزكية  
الشهود ، فلم يعد الشاهد يزكيه شاهد آخر ، بل الذي يزكيه هو مبلغ ما يبعثه  
في نفس القاضي من الاطمئنان إلى دقته ، والثقة في أمانته<sup>(٣)</sup>.

(١) ولم يكن الأمر حل هذا النحو في القانون الفرنسي القديم . فقد كانت شهادة الواحد  
لا تكفي ، ويقول لوازيل Loisiel في هذا المعنى : Testis unus, testis nullus - Voix  
d'un, voix de nun (Institutes coutumières, liv. V; tit. V; régl. 10).

(الظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ٨).

(٢) ونرى ذلك واضحاً في اللغة الإسلامي . قال ابن جزى في القوانين الفقهية في مراتب  
الشهادات والشهود : وأما الشهادة فهي حل ست مراتب : (الأولى) شهادة أربعة رجال وذلك  
في الشهادة على الروية في الزنا بإجماع . (والثانية) شهادة رجلين وذلك في جميع الأمور سوى  
الزنا . (والثالثة) شهادة رجل وامرأتين وذلك في الأموال خاصة دون حقوق الأبدان والنكاح  
والمعق والدماء والجراح وما يتصل بذلك كله . واختلفت في الوكالة على المال ، وأجازها  
أبو حنيفة في النكاح والطلاق والمعق ، وأجازها الظاهرية مطلقاً . (والرابعة) شهادة امرأتين  
دون رجل وذلك لهما لا يطلع عليه الرجال كالحمل والولادة والاستهلال وزوال البكارة  
وهيوب النساء ، وقيل إنما يعمل بها بشرط أن يشهد ما شهدتا به عند الجيران وينتشر ، وقال  
الثامني لا يهد من أربع نسوة ، وأجاز أبو حنيفة شهادة امرأة واحدة . و (الخامسة) رجل مع  
بين وذلك في الأموال خاصة . و (السادسة) امرأتان مع بين وذلك في الأموال أيضاً . فتخلص  
أن شهادة رجل وامرأتين أو رجل وبين أو امرأتين وبين مختصة بالأموال . وأما مراتب  
للشهود فهي أيضاً ست : (الأولى) العدل المبرز في العدالة فتقبل شهادته في كل شيء ولا يقبل  
فيه التجريح إلا بالعداوة . و (الثانية) العدل غير المبرز فتقبل شهادته في كل شيء ويقبل فيه  
التجريح بالعداوة وغيرها . و (الثالثة) الذي تتوسم فيه العدالة . و (الرابعة) الذي لا تتوسم فيه  
العدالة ولا الجرح . و (الخامسة) الذي تتوسم فيه الجرح . فلا تقبل شهادة هؤلاء الشهود  
دون تزكية . و (السادسة) المعروف بالجرح فلا تقبل شهادته حتى يزكى ، وإنما يزكيه من علم  
نوبته ورجوعه مما جرح به (القوانين الفقهية لابن جزى ص ٣٠٩ — ص ٣١٠).

(٣) أظر للنقض مدق ٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٦ ص ٢٨٩  
(الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده إلى وجدان القاضي) — ١٠ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام  
النقض ٣ رقم ٦٤ ص ٣٧٩ (تقدير أقوال الشهود مرهون بوجدان القاضي ، إلا أن يخرج  
بهذه الأقوال إلى ما لا يؤدي إليه مدلوها) — ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض  
٤ رقم ٧٢ ص ٥٠٠ (تستطيع محكمة ثاني درجة أن تستخلص من أقوال الشهود ما يناير  
ما استخلصت منها محكمة الدرجة الأولى) — ٢٣ إبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤  
رقم ١٣٦ ص ٩١٦) ترجيح شاهد حل شاهد هو من إطلاقات قاضي الموضوع).

والقاضي يقدم ما إذا كانت البيئة كافية . وله في ذلك سلطان كامل ، لا يخضع هنا أيضاً لرقابة محكمة النقض<sup>(١)</sup> .

ويتبين مما تقدم أن البيئة حجة ليست مقيدة فحسب ، بل هي أيضاً غير ملزمة وغير قاطعة . ولكنها حجة متعدية ، أي أن الوقائع التي تثبت بطريقتها تعتبر ثابتة ، لا على من أقيمت في مواجهته فحسب ، بل أيضاً بالنسبة إلى جميع من يتأثر بالحكم الذي صدر في الدعوى .

## المبحث الثالث

### القواعد التي تتبع في سماع البيئة

١٦٩ - من باب ما تفرغ المرافعات : أما القواعد التي تتبع في سماع الشهود فهي من مباحث قانون المرافعات . ونجزيء هنا ببيان كيف تحال القضية إلى التحقيق لسماع الشهود ، وكيف تسمع الشهود ، متوخين الإيجاز .

١٧٠ - كيف تحال القضية إلى التحقيق لسماع الشهود : في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبيئة ، ويرى القاضي أن هذا الإثبات مستساغ على النحو الذي بيناه ، يجوز للمحكمة ، من تلقاء نفسها متى رأت في ذلك فائدة

---

(١) أوبري ورو ١٢٠٢ فقرة ٧٦١ ص ٣٠٢ - بيدان وبيرو ٩ فقرة ١٢٨٨ - وقد قضت محكمة النقض بأن للمحكمة كامل الحرية في تقدير الدليل ، ومتى قررت المحكمة إحالة الدعوى إلى التحقيق كان لها أن تعتمد في استجلاء الحقيقة على أية قرينة تطرح أمامها ، على أن تورد من الأسباب ما من شأنه أن يؤدي إلى ما قضت به (نقض مدني ١٤ ديسمبر سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨) - انظر أيضاً : نقض مدني ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٧٢ ص ١٤٢ (جواز الاعتماد على تحقيق إداري في دعوى إجارة بين الحكومة والأفراد) - ١٦ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٢ ص ٢٠٠ (جواز الاعتماد على تحقيق أمام المحكمة الابتدائية بعد إلغاء حكمها استئنافياً) - ٢٩ يناير ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٣٨ ص ٤٠٩ (قصور في استكمال التحقيق) - ١٤ مايو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٥٩ ص ٤٤٥ (قصور في التسبب) - ٨ فبراير سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٠٥ ص ٥٦٤ (قصور في التسبب : معانة أجريت ولم تتكلم المحكمة عن نتائجها) . ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ (قصور التسبب في إثبات مرض الموت) - ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٤٩ -

للحقيقة أو بناء على طلب الخصم ، أن تأمر بالإثبات بالبينة<sup>(١)</sup> . والحكم الذي يصدر بإحالة القضية إلى التحقيق لسماع الشهود يجب أن يبين في منطوقه كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها ، واليوم الذي يبدأ فيه التحقيق ، والميعاد الذي يجب أن يتم فيه ( م ١٨٩ - ١٩١ مرافعات ) . وهذا هو ما يسمى بالتحقيق الفرعي (enquête incidente) .

### ١٧١ - كيف نسمع الشهود : يكون التحقيق - سماع الشهود -

أمام المحكمة . ويجوز لها ، إذا خيف التعطيل ، أن تندب أحد قضاتها لإجرائه ( م ١٩٣ مرافعات ) .

والإذن لأحد الخصوم في إثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق ( م ١٩٢ مرافعات ) . وفي هذا ضمان كبير اتخذ ضد تحيز الشهود أو ضعف ذاكرتهم أو عدم دقتهم عن طريق إيجاد

---

= مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣ ص ٧ (الأخذ بشهادة شاهد في طريقة العمل ولو لم تكن له علاقة بالحدث) - ٢٣ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧١ ص ٢٦٩ - ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٧ ص ٤٦٠ - ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٣ ص ١٠٨ (الأخذ بأقوال شهود سمعهم الحبير دون حلف يمين) .  
عل أن القول بأن لهكئة الموضوع السلطة المطلقة في تقدير أقوال الشهود مشروط بالأ يكون هذا التقدير مبنياً على سبب مخالف للثابت في أوراق الدعوى . وإذن ففى كانت المحكمة ، إذ قضت برد وبطلان المقدم المعلوم فيه بالتزوير ، قد صرحت بأن سبب عدم اطمئنانها إلى أقوال شهود المدعى عليها في دعوى التزوير هو أن هذه الأخيرة قد سكتت عن الرد على ما جرحت به شهادتهم واستتجت المحكمة من هذا السكوت صحة هذا التجريح ، وكان الثابت أن الطاعة لم تسكت في الرد على تجريح شهودها ، فإن الحكم يكون مبنياً على سبب لا سند له في الأوراق ، مما يبطله ويستوجب نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ١٥١ ص ٩٨٠) .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن للقاضي أن يقضى من تلقاء نفسه بإحالة القضية إلى التحقيق للإثبات بالبينة إذا رأى وجها لذلك وكان الإثبات بالبينة جائزاً قانوناً . وعليه في هذه الحالة أن يبين في دقة الوقائع المراد إثباتها ، والخصوم هم الذين يحضرون شهودهم ، إثباتاً ونفياً (١٤ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٠) - وقضت أيضاً بأنه يجوز قبول طلب الخصم إحالة الدعوى إلى التحقيق دون أن يبين الوقائع المراد إثباتها ، ما دامت المحكمة تستطيع من تلقاء نفسها أن تفعل ذلك إذا رأت وجه المصلحة فيه (١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ - ٣١ مارس سنة ١٩٢٧ م ٤٩ ص ١٧٤) .

ضرب من التوازن بين شهود الإثبات وشهود النفي<sup>(١)</sup> . وتقضى المادة ١٩٤ من تقنين المرافعات بأن التحقيق يستمر إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفي في الميعاد ، ويجرى سماع شهود النفي في نفس الجلسة التي سمعت فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع . ويلاحظ أن تقنين المرافعات الجديد استوحى نظام المرافعات الشرعية في حصر الدليل ، فأوجب أن يكون للتحقيق ميعاد لا يجوز مده أكثر من مرة واحدة ( م ١٩٥ مرافعات ) ، ولم يجوز سماع شهود بناء على طلب الخصوم بعد إنقضاء ميعاد التحقيق ، وإن جاز ذلك بأمر المحكمة ( م ١٩٦ مرافعات )<sup>(٢)</sup> .

ولا بد من تخليف الشاهد اليمين قبل أداء الشهادة ، وإلا كان التحقيق باطلا ( م ٢١٢ مرافعات )<sup>(٣)</sup> . وإذا رفض الشاهد الحضور أو امتنع بغير مبرر قانوني عن أداء اليمين أو عن الإجابة ، حكم عليه بغرامة ، ويجوز للمحكمة إصدار أمر باحضاره ( م ١٩٩ وم ٢٠١ مرافعات ) .

ولا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم ، إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب حداثة أو هرم أو مرض أو لأي سبب آخر ( م ٢٠٣ مرافعات ) .

وتثبت إجابات الشهود في المحضر . ولا يجوز للشاهد أن يفشى سر وظيفته أو سر مهنته إلا باذن خاص ، ولا لأحد الزوجين أن يفشى سر الزوجية ولو بعد انقضائها بغير رضاء الزوج الآخر ( م ٢٠٦ - ٢٠٩ مرافعات ) .

وبمجرد انتهاء التحقيق والفراغ من سماع الشهود تحدد أقرب جلسة لنظر

---

(١) نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٧٥ ص ١٧١ : أن التحقيق ، وقد كان في خصوص مرض الموت ، لم تتح فيه للمتسكين بالتصرف فرصة نفى يد المدعي ، والمقرر في الإثبات بالبيننة أن يمكن الخصم من نفى الدليل الذي يقدمه خصمه نزولاً على حكم المادة ١٨١ من قانون المرافعات ( م ١٩٢ جديد ) .

(٢) وقد أورد العقنين المدني المراق سلسلة من النصوص في القواعد التي تتبع في سماع البينة ، تصاف إلى الأحكام التي قررها قانون أصول المحاكمات الحقوقية . وقد أرهت بنصوص التقنين المدني تهريب الشقة ما بين النظرية الغربية في الشهادة ونظرية الفقه الإسلامي ( انظر المواد ٤٩٢-٥٠١ من هذا التقنين ) .

(٣) استئناف مخلط ١٠ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٧٥ .

## الفرع الثاني

### القرائن القضائية

١٧٢ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون . ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة (٢) » .  
ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن المادة ٢٨٠/٢١٥ من هذا التقنين كانت تبيح الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما زادت قيمته على عشرة جنهات . وكذلك كانت المادة ٢٨٢/١١٧ تبيح الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما زادت قيمته على عشرة جنهات إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . فدل ذلك على أن البينة والقرائن متلازمان ، فما يجوز إثباته بالأولى يجوز إثباته بالثانية ، وهذا بالرغم من أن بعض النصوص كانت تكنفي بذكر البينة دون القرائن ( م ٢٢٠ - ٢٢١ / ٢٢١ - ٢٨٥ - ٢٨٦ ) .

(١) انظر في إجراءات التحقيق بصفة أصلية (enquête principale) المواد ٢٢٢-٢٢٤ من تقنين المرافعات .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٥ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٠ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٧ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٨ - ص ٤٣٠) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « استلهم المشروع في هذه المادة أحكام التقنين الفرنسى (م ١٣٥٣) والتقنين الإيطالى (م ١٣٥٤) والتقنين الهولندى (م ١٩٥٩) والتقنين الكندى (م ١٢٤٢) والتقنين التونسى المراكشى (م ٤٤٤/١٠٠) والتقنين الأسبانى (م ١٢٥٣) والمشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣٠٥) وبوجه خاص أحكام المادة ٢٥١٩ من التقنين البرتغالى . ويقوم الإثبات بالقرائن غير المقررة في القانون على تفسير القاضي لما هو معلوم من الأمارات والوقائع تفسيراً عقلياً لشكوك اعتقاده ، من طريق استخلاص الواقعة المجهولة التي يراد إقامة الدليل عليها من مقدمات هذا المعلوم » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٨ - ص ٤٥٩) .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البيئات السورى م ٩٢ : وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٥٠٥ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٣١٠ ، وفى التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٩٥ (١) ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٥٣ (٢) .

١٧٣ - تعريف القرينة - نوعاه من القرائن : عرفت المادة ١٣٤٩ من التقنين المدنى الفرنسى القرائن بوجه عام بأنها هى النتائج

(١) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السورى م ٩٢ : ١ - القرائن القضائية هى القرائن التى لم ينص عليها القانون وأمكن القاضى أن يستخلصها من ظروف الدعوى وأن يقتنع بأن لها دلالة معينة ، ويترك لتقدير القاضى استنباط هذه القرائن . ٢ - لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالشهادة . (ولا خلاف فى الحكم ما بين التقنين المصرى وقانون البيئات السورى) .

التقنين المدنى العراقى م ٥٠٥ : ١ - يجوز الإثبات بالقرائن القضائية ، وهى القرائن التى لم ينص عليها القانون وأمكن للمحكمة أن تستخلصها من ظروف الدعوى ، وأن تقتنع بأن لها دلالة معينة . ويترك لتقدير المحكمة استنباط هذه القرائن . ٢ - ولكن لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا فى الأحوال التى يجوز الإثبات فيها بالشهادة . (فحكم التقنين المدنى العراقى لا يختلف عن حكم التقنين المدنى المصرى) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٣١٠ : إن القرائن التى لم يقرها القانون تترك لبصيرة ألقاضى ولحكمته . فيجب عليه ألا يقبل منها إلا القرائن الهامة الصريحة المتوافقة ، ولا يسمه قبولها إلا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون البيئة الشخصية ، ما لم يكن سبب الطعن فى العقد الاحتمال أو الخداع ، أو تكن القرينة مستندة إلى وقائع يمكن أن تعد تنفيذاً اختيارياً كلياً أو جزئياً للموجب المدعى به . (وهذا النص يوافق نص التقنين الفرنسى الذى سيأتى ذكره ، ولا خلاف فى الحكم بينه وبين نص التقنين المصرى . ويزيد التقنين اللبنانى أن التنفيذ الاختيارى قرينة على وجود الالتزام) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٥ : (مطابق لنص التقنين المدنى المصرى) .

(٢) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٥٣ : القرائن التى لم ينص عليها القانون تترك لنظر ألقاضى وتقديره . ولا يجوز أن يأخذ إلا بقرائن قوية الدلالة ، دقيقة التحديد ، ظاهرة التوافق ، ولا يأخذ بها إلا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بالبيئة ، ما لم يعطى فى التصرف بالنفس أو التدليس .

Art. 1353 : Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol.



التي يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة ،  
“Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu”

فهى إذن أدلة غير مباشرة ، إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها . وهذا ضرب من محوّل الإثبات (déplacement de preuve) من محل إلى آخر ، وسنعود إلى ذلك فيما بعد . مثل ذلك أن تكون الزوجية قرينة على الصورية ، فالواقعة المعلومة هى قيام الزوجية بين المتعاقدين ، ويستدل القاضي من هذه الواقعة الثابتة على الواقعة المراد إثباتها ، وهى صورية العقد المبرم ما بين الزوجين . ومثل ذلك أيضاً أن يكون وجود سند الدين فى يد المدين قرينة على الوفاء ، فالواقعة المعلومة هى وجود سند الدين فى يد المدين ، ويستدل القاضي من هذه الواقعة على واقعة الوفاء . ومثل ذلك أخيراً أن يكون التصرف فى مرض الموت قرينة على أن التصرف وصية ، فالواقعة المعلومة هى إبرام التصرف فى مرض الموت ، ويستدل القاضي منها على أن هذا التصرف وصية .

والقرائن ، كما قدمنا ، إما قرائن قانونية أو قرائن قضائية . فالقرائن القانونية (présomptions légales, présomptions de droit) هى التى ينص عليها القانون . وهى ليست طريقاً للإثبات ، بل هى طريق يعنى من الإثبات ، فسنبحثها إذن مع الإقرار واليمين . والقرائن القضائية (présomptions judiciaires, présomptions du fait de l'homme, présomptions simples) هى التى تترك لتقدير القاضي يستخلصها من ظروف القضية وملابساتها ، وهى وحدها موضوع هذا البحث .

ونبحث : (أولاً) عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضي فى تقديرها (ثانياً) تكييف القرائن بوجه عام وتحولها من قرائن قضائية إلى قرائن قانونية .

## المبحث الأول

عناصر القرينة القضائية وسلطة القاضي فى تقديرها

١٧٤ - عناصر القرينة القضائية : للقرينة القضائية عنصران :

(١) واقعة ثابتة يختارها القاضى من بين وقائع الدعوى ، وتسمى هذه الواقعة بالدلائل أو الأمارات (indices) . وهذا هو العنصر المادى للقربة . (٢) عملية استنباط يقوم بها القاضى ، ليصل من هذه الواقعة الثابتة إلى الواقعة المراد إثباتها . وهذا هو العنصر المعنوى للقربة .

### ١٧٥ - واقعة ثابتة يختارها القاضى : قد يستخلص القاضى الدليل -

إذا لم يوجد إقرار أو يمين أو قرينة قانونية - لا من ورقة مكتوبة ، ولا من بيئة نسمع ، ولكن من ظروف القضية وملابساتها ، أو كما يقول التقنين المدنى الع.اى (م ٥٠٥) من قرآن يستخلصها من ظروف الدعوى بعد أن يقتنع بأن لها دلالة معينة . وسيله إلى ذلك أن يختار بعض الوقائع الثابتة أمامه فى الدعوى . قد يختارها من الوقائع التى كانت محل مناقشة بين الخصوم . وقد يختارها من ملف الدعوى ، ولو من تحقيقات باطلة . بل قد يختارها من أوراق خارج الدعوى ، كتحقيق إدارى أو محاضر إجراءات جنائية ولو كانت هذه المحاضر قد انتهت بالحفظ (١) .

وقد تكون الواقعة التى اختارها القاضى ثابتة بالبيئة (٢) أو بورقة مكتوبة (٣) ،

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٢٨٦ - ص ٣٨٨ بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٤٥٧ ص ١٠٠٨ - ص ١٠٠٩ - وبذلك يخفف الأخذ بالقرائن القضائية من حدة التنظيم القانونى للإثبات . وإذا أعوز القاضى الدليل من ناحية الشكل لنقص فى شرعيته ، تلمسه من ناحية الموضوع فاعتبره قرينة ( بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٩٧ - فقرة ١٢٩٩ ) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن المحكمة أن تستمد من واقع الدعوى ما تراه من القرائن القضائية المادية فعلا إلى النتيجة التى تنتهى إليها ، فإذا كانت المحكمة قد حصلت من شهادة شهود المدعى عليه بأنهم لا يعرفون أنه مدين للمدعى إحدى القرائن على صورية الدين المدعى به ، فذلك فى حدود حقها الذى لا رقابة عليه لمحكمة النقض (نقض مدنى ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره رقم ٢٣٢ ص ٤٨٥) . وقضت أيضاً بأنه لا تثريب على المحكمة فى تكوين عقيدتها من أقوال شهود سمعوا فى قضية أخرى إن هى أخذت بهذه الأقوال كقرينة وكان الإثبات فى الدعوى ما يجوز فيه قبول القرائن (نقض مدنى ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمره رقم ٣١٧ ص ٦١٢) . وقضت كذلك بأن للقاضى أن يستنبط القرينة التى يعتمد عليها من أى تحقيق قضائى أو إدارى ومن شهادة شاهد لم يؤد اليمين أمام النهاية فى التحقيق الذى أجرته ، فلا تثريب على المحكمة إن هى اتخذت من تجهيل المتسلك بالورقة شخصية محررها قرينة تصفها إلى ما استندت إليه فى قضائها بتزوير هذه الورقة (نقض مدنى ٢ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٧٨ ص ٢٩٧) . (٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا أشار الحكم إلى كشف التكاليف وأراد المال وإلى =

أو يمين نكل الخصم عن حلفها<sup>(١)</sup>، أو باقرار من الخصم<sup>(٢)</sup>، أو بقربة أخرى دلت على الواقعة التي تستنبط منها القربة<sup>(٣)</sup>، أو بجملة من هذه الطرق مجتمعة<sup>(٤)</sup>.

== انتقال تكليف جزء من الأطيان لاسم مورثة المطعون عليهم وقت أن كان مورث الطاعنين عمدة البلدة الواقعة فيها الأطيان موضوع النزاع باصبارها قرائن تمزج وضع يد المطعون عليهم بنية التلك ، فليس في هذا ما يخالف القانون ( نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٩ ص ٧٥٠ ) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المخالصة التي اعتمدها البائعان في إثبات الوفاء بالتزامهما ليست إلا أمراً صادراً إليهما من المشتري بتسليم البضاعة إلى أمين النقل ، فإن الحكم المطعون فيه إذ قرر أن هذه المخالصة ، وإن كانت قرينة على حصول التسليم ، إلا أنه يصح دلالتها بكافة القرائن الأخرى ، فليس فيها قرينة ما يخالف قواعد الإثبات ( نقض مدني ٨ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٣ ص ٢٠٧ ) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بالألا تترتب على محكمة الموضوع إن هي استخلصت من نكول الطاعن عن اليمين لدى الحكم بالألا حق للمطعون عليه في الفئاة موضوع النزاع ، قرينة على عدم أحقية الطاعن في طلب منع تعرض المطعون عليه ، ومن ثم فإن الطعن على الحكم استناداً إلى أن خطأ في تطبيق القانون ، إذ اعتبر أن نكول الطاعن عن هذه اليمين موجب للحكم عليه في حين أنه لم توجه إليه يمين قضائية بالمعنى القانوني - هذا الطعن يكون على غير أساس (نقض مدني ٤ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٢ ص ٢١٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بالألا تترتب على محكمة الموضوع إن هي اتخذت من تراخي الطاعن في تسجيل عقد البيع الصادر له من مورثه قرينة ضمن قرائن أخرى على أن العقد صدر في فترة مرض موت البائع وأن تاريخه قدم لستر هذه الحقيقة ، إذ هي لم تجاوز سلطتها في تقدير الأدلة ولهم الواقع في الدعوى ( نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١٢٧ ص ٧٩٥ ) . وظاهر أن تراخي الطاعن في تسجيل العقد أمر معترف به .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يمكن اتخاذ القرائن القوية دليلاً على حصول المصالحة بين الخصوم حتى بعد صدور الأحكام النهائية لمصلحة فريق منهم ، كما لو قام في تنفيذ تلك الأحكام إشكالات معرلة لتنفيذ أولاً ، ثم مر على تلك الأحكام مدة طويلة دون أن يتخذ المحكوم له الإجراءات القانونية لتنفيذها ، مما لا يتصور معه سكوتة هذه المدة دون أن يكون هناك صلح ( ١٥ يونية سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٤ ص ٢٩٧ ) . فهنا استنبطت المحكمة ، أولاً ، من قيام الإشكالات ومرور مدة طويلة دون أن يتخذ المحكوم له إجراءات التنفيذ ، أنه تنازل عن تنفيذ الحكم الصادر لمصلحته . فتكون هذه الواقعة - التنازل عن تنفيذ الحكم - قد ثبتت عنه المحكمة عن طريق قرائن قضائية . ثم اتخذت المحكمة بعد ذلك من واقعة التنازل عن تنفيذ الحكم قرينة على وقوع صلح بين المحكوم له والمحكوم عليه - كذلك قد يثبت عقد القرض عن طريق قرينة قضائية هي دفع الفوائد ، ثم يتخذ عقد القرض ذاته قرينة قضائية على أن البيع الذي دفع بمقتضاه المقرض الثمن إلى المقرض - وسرى هذا المثل فيما يلى - إنما هو بيع صوري .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن قاضي الموضوع حر في استنباط القرائن التي يأخذ بها من وثائق الدعوى والأوراق المقدمة فيها . وإذن فهي كيان الحكم إذ استند إلى شهادة الشهود اللذين =

يقف القاضى إذن عند واقعة يختارها ثبتت عنده ، ولتكن واقعة قرض ثبتت بورقة مكتوبة أو بيينة أو بقريئة أو بغير ذلك . والقاضى حر فى اختيار الواقعة التى يقف عندها ، إذ يراها أكثر موثقة للدليل وأيسر فى استنباط القريئة .

### ١٧٦ - استنباط الواقعة المراد اثباتها من الواقعة الثابتة : ويبدأ

بعد ذلك أشق مجهود يبذله القاضى فى استخلاص الدليل . إذ عليه أن يستنبط من هذه الواقعة الثابتة الدليل على الواقعة التى يراد إثباتها ، فيتخذ من الواقعة المعلومة قريئة على الواقعة المجهولة . ففى المثل المتقدم لا يكون القاضى متعنتا إذا هو استخلص من واقعة القرض التى اختارها أن المقرض كان فى حاجة إلى المال عندما عقد القرض ، فاذا ادعى أنه اشترى ، بعد القرض بأيام قليلة وقبل أن يبنى بالقرض ، داراً من المقرض بثمن يزيد كثيراً على مبلغ القرض ، ودفع له الثمن فى الحال ، كانت هذه الوقائع متعارضة مع دلالة الواقعة الثابتة . فاذا طعن شخص فى عقد البيع الصادر من المقرض إلى المقرض بأنه بيع صورى ، أو دفع بصورية دفع الثمن ، كان للقاضى أن يستخلص من واقعة القرض وحاجة المقرض إلى المال وتعارض هذه الحاجة مع دفعه ثمناً كبيراً يزيد كثيراً على مبلغ القرض ، كان له أن يستخلص من كل ذلك قريئة على أن المقرض لم يدفع الثمن إلى المقرض ، فتكون هذه القريئة القضائية دليلاً على الصورية .

= سمعهم خبير الدهوى انما استند إليها كقريئة مضافة إلى قرائن أخرى فصلها وهى فى مجموعها تؤدى إلى ما انتهى إليه ، فلا تريب عليه إذا هو استند إحدى القرائن من شهادة الشهود الذين سمعهم خبير الدهوى دون أن يؤدوا اليمين القانونية . وإذا كان الحكم مقاماً على جملة قرائن فصلها ، يكمل بعضها بعضاً ، وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها ، فإنه لا تجوز مناقشة كل قريئة على حدة لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها ( نقض مدنى ٢١ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٩٣ ص ٥٤٨ ) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم قد أقام لفضاءه على عدة قرائن مجتمعة ، بحيث لا يعرف أيها كان أساساً جوهرياً له ، ثم تبين فساد بعضها ، فإنه يكون باطلاً بطلاناً جوهرياً ( نقض مدنى ٢ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمره رقم ٤٢٧ ص ٧٨٦ - وانظر أيضاً : ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٦ ص ٤٥٨ - أول يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٤٢ ص ٥٧٢ - ٢٨ مايو سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٧٢ ص ١٠٩٥ ) . وكذلك الحال فيما إذا قام الحكم على أدلة متعددة دون أن يبين قيمة كل دليل منها ، فإذا تبين فساد أحد هذه الأدلة فسد معه الحكم ( نقض مدنى ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠١ ص ٤٣٧ ) . أما إذا صرح الحكم بقيمة كل =

١٧٧ - سلطة القاضي واسعة في التفسير : وقد رأينا فيما تقدم أن للقاضي سلطة واسعة في استنباط القرائن القانونية . فهو حر في اختيار واقعة ثابتة ، من بين الوقائع المتعددة التي يراها أمامه ، لاستنباط القرينة منها ، ثم هو واسع السلطان في تقدير ما تحمله هذه الواقعة من الدلالة ، وهذا هو الاستنباط . وفيه تختلف الأنظار ، وتتفاوت المدارك . فن القضاة من يكون استنباطه سلباً فيستقيم له الدليل ، ومنهم من يتجافى استنباطه مع منطوق الواقع . ومن ثم كانت القرينة القضائية من أسلم الأدلة من حيث الواقعة الثابتة التي تستنبط منها القرينة ، ومن أخطرها من حيث صحة الاستنباط واستقامته<sup>(١)</sup> .

والقاضي ، فيما له من سلطان واسع في التقدير ، قد تقنعه قرينة واحدة قوية الدلالة ، ولا تقنعه قرائن متعددة إذا كانت هذه القرائن ضعيفة متهافة<sup>(٢)</sup> . وأما ما يذكره التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٥٣) من وجوب اجتماع قرائن قوية الدلالة دقيقة التحديد ظاهرة التوافق ، فليس إلا من قبيل توجيه القاضي<sup>(٣)</sup> . ويبقى حق التقدير النهائي في ذلك له . ولا تعقب عليه محكمة النقض في

---

= دليل، فإن فساد دليل لا يبيح من الحكم إلا ما استند منه إلى هذا الدليل (نقض مدني ٢ يونية سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٢٠ ص ٦٣٤) . انظر في تعدد الأدلة وأثر فساد بعضها في صحة الحكم الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٢٢٢ .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٥ ص ١٠٠٧ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٥١ .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٦ وهامش رقم ٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٧ ص ١٠٠٨ - ص ١٠١٠ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٥٢ - كولان وكايبان ومورانديير ٢ فقرة ٧٨١ .

(٣) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ - ٣٨٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٧ ص ١٠٠٨ - ص ١٠١٠ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « للقاضي كل السلطة في تقدير حجية القرائن . هل أن إجماع الفقه قد انمقد على أن القاضي لا يتقيد بمدد القرائن ولا بتطابقها . فقد تجزى قرينة واحدة ، متى توافرت على قوة الإقناع . ولذلك لم ينقل المشروع عن التقنين الفرنسي والمشروع الإيطالي ما نصا عليه من إلزام القاضي « بالألا يقبل إلا قرائن قوية محددة متطابقة » . فالفقه والقضاء على أن هذا النص ليس إلا مجرد توجيه ، مع أن ظاهره قد يوحي خطأ بأنه يقيم شرطاً لقبول الإثبات بالقرائن » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٢٩ - ص ٤٣٠) - انظر أيضاً بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٩٨ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٢ - ديكوني فقرة ١١٣ - الموجز للمؤلف ص ٧٣٠ .

هذا التقدير<sup>(١)</sup> ، ما دامت القرينة التي اعتبرها دليلاً على ثبوت الواقعة تؤدي عقلاً إلى ثبوتها<sup>(٢)</sup> .

## ١٧٨ - لا يجوز أنه يثبت بالفرائض القضاية إلا ما يجوز اثباته

بالبيضة : وزى مما تقدم أن الإثبات بالقرائن القضاية لا يخلو من الخطر . فالقاضي ، كما رأينا ، يتمتع في استنباط القرينة القضاية بحرية واسعة ، في ميدان تتفاوت فيه الافهام ، وتباين الأنظار . فليس ثمة من استقرار كافٍ في وزن الدليل ، وما يراه قاض قرينة متجة في الإثبات لا يرى قاض آخر فيه شيئاً .

من أجل ذلك كانت القرينة القضاية ، كدليل إثبات ، دون منزلة الكتابة ، فهي تتساوى في منزلتها مع البيضة<sup>(٣)</sup> . ولا يجوز الإثبات بقرينة قضاية إلا

(١) أوبري ورو ١٢ لقرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ - ص ٣٨٦ .

(٢) نقض مدني ١٢ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦ - وقده جاء في هذا الحكم ما يأتي : ولما كان بين من الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع أسست قضائها بثبوت الربا الفاحش على أن القروض قد عقدت في ظروف أجنبية ، خلال مدة الحرب ، في بلد يحتله العدو ، على أن تسدد بالعملة المصرية ، ودولت في مستندات غير مؤرخة ولم يبين فيها مكان تحريرها ، وعلى أن ظروف الاستدانة تدل على أن المقرضين كانوا في حالة صهي شديد أثناء وجودهم بفرنسا إذ سببت لهم الحرب انقطاع سهل معاشهم فاضطروا للجوء إلى الطامن الثاني وغيره للاقتراض منهم ، وكانت هذه الظروف التي اعتبرها الحكم دليلاً على ثبوت الربا للفاحش لا تؤدي عقلاً إلى ثبوتها - ذلك لأن كل مدين لا يُلجأ إلى الاقتراض عادة إلا إذا كان في ظروف تضطره إليه ، فليست هذه الضرورة في حد ذاتها دليلاً على ثبوت الربا الفاحش ، وكذلك لا يؤدي إلى إثباته خلو سندات الدين من بيان تاريخ ومكان تحريرها . وكان للمحكمة من رجع لديها من قرائن الحال في الدعوى احتمال مظنة الربا الفاحش أن تحيل الدعوى على التحقيق ليثبت المدينون بمقتضى السندات دفاعهم بأنهم لم يستلموا في مقابلها سوى المبالغ التي أقرروا بها . لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد نقل عبء الإثبات من حائق المدينين بمقتضى السندات موضوع الدعوى إلى حائق الدائن استناداً إلى قرائن غير مؤدية لإثبات الربا الفاحش ، فإنه يكون قد مخالف قواعد الإثبات ، فضلاً عن قصوره في التسبب مما يستوجب نقضه» (نقض مدني ١٢ مارس ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٩٨ ص ٦٤٦) . انظر أيضاً في هذا المعنى محكمة النقض الفرنسية ٩ مايو سنة ١٩٥١ دالوز ١٩٥١ ص ٤٧٣ - بيدان وپرو ٩ لقرة ١٣٠٢ ص ٣٩٨ .

(٣) بيدان وپرو ٩ لقرة ١٣٠٠ - الموجز للمؤلف ص ٧٢٥ .

حيث يجوز الإثبات بالبينة<sup>(١)</sup> (م ٤٠٧ مدني) (٢).

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لما كان الإثبات بالقرائن جائزاً في جميع الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة لاتحاد الحكم في الحالتين ، جاز للمحكمة أن تستند في إثبات صحة التوقيع على نفس الأوراق التي رفضت المضاهاة عليها ، إن لم يكن باعتبارها أوراقاً للمضاهاة فللقرائن التي قد تستنبطها المحكمة من هذه الأوراق (٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ الهامة ١ رقم ٨٦ ص ٤٤٩) . وقضت كذلك بأن عدم قبول الإثبات بشهادة الشهود يبنى عليه أيضاً علم جواز الأخذ فيها بالقرائن (٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ الهامة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤) . انظر أيضاً في هذا المعنى : استئناف مختلط ١٠ يناير سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣٦١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٦٠ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٤٧ - ١١ فبراير سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٢٢٨ - ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٣ - ١٣ أبريل سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٥٤ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٥٦ - ٢ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٤٤ - ٦ يولييه سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٣ - ١٥ فولييه سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ٢٨ - ٨ يولييه سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٤٦٦ - ١٨ يولييه سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٣ .

وجاء في المرجع المؤلف : « ولقبيل القرائن القضائية أمان لقبيل البينة . وقد رأينا أن البينة والقرائن أمران متلازمان ، فإما يمكن إثباته بالبينة يمكن إثباته بالقرائن ، والعكس صحيح . وهذا بخلاف القرائن القانونية ، فإنها لا تقبل إلا في الفرع التي نص عليها المشرع (المرجع ص ٧٣٠) - هذا ولو جاز أن يثبت بالقرائن القضائية ما لا يجوز إثباته بالبينة ، لا يمكن دائماً الاحتمال على النصوص التي لا تجيز الإثبات بالبينة ، فسيثبت يجوز الإثبات بالقرائن القضائية ولا يجوز الإثبات بالبينة ، يمكن مع ذلك سماح البينة على اعتبار أنها ليست إلا قرائن قضائية (أنسيكلويدى دالروز ؛ للفظ *Présomption* لفقرة ٦١) .

(٢) - قد قررت المادة ١٣٥٣ من القانون المدني الفرنسي هذا الحكم أيضاً ، ولكنها استعملت التصرفات التي يظن فيها بالدفن أو بالتدليس ، فيجوز إثباتها بالقرائن القضائية . وظاهر أن إيراد الحكم على هذا النحو منتقد ، فإن التصرفات التي يظن فيها بالدفن يجوز إثباتها بالبينة بقدر ما يجوز ذلك بالقرائن القضائية . وإنما يرد الاستثناء المعلق بالدفن على الإثبات بالكتابة لأجل الإثبات بالبينة (بروتيه فقرة ١٨٥ - ديولومب ٣٠ فقرة ١٨٥ - لوران ١٩ فقرة ٩٣٣ - فقرة ٦٣٤ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦٩٧ بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٠ ص ٢٩٦) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمفروض التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويرد الإثبات بالقرائن مع الإثبات بالبينة في المرتبة الثانية . ولذلك نص على أنه لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يميز فيها القانون الإثبات بالبينة . ويظهر من ذلك أن جميع القواعد الخاصة بقبول الإثبات بالبينة تسرى على القرائن دون أي استثناء . وقد أخطأ القننين الفرنسي (م ١٣٥٣) والقننين الهولندي (م ١٩٥٩) والمفروض الفرنسي الإيطالي (م ٣٠٣) في النص على عدم جواز الإثبات بالقرائن غير المقررة في القانون إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة ، ما لم يظن في الورقة بسبب غش أو تدليس . ذلك أن سياق هذا الاستثناء قد يوحى بأن وقائع الغش والتدليس لا يجوز إثباتها بالبينة ، مع أنها من قبيل الوقائع القانونية التي ينعى تحصيل دليل كتابي معها بشأنها . ومن الحق أن إثبات هذه الوقائع بالبينة جائز »

ولا يفوتنا هنا أن نشير إلى ما سبق أن ذكرناه في عبء الإثبات من أن هذا العبء ينتقل في الواقع من خصم إلى خصم وفقاً للقرائن القضائية التي يستخلصها القاضي من ظروف الدعوى . فالقاضي يأخذ بالقرائن القضائية ، لا للإثبات الكامل فحسب ، بل أيضاً لنقل عبء الإثبات من جانب إلى جانب ، ثم لرده إلى الجانب الأول (١) .

والقرينة القضائية كالبينة حجة متعدية غير ملزمة ، وهي أيضاً كالبينة غير قاطعة ، إذ هي دائماً تقبل إثبات العكس ، إما بالكتابة أو بالبينة أو بقرينة مثلها أو بغير ذلك ، فهي من هذه الناحية كالقرينة القانونية غير القاطعة .

## المبحث الثاني

تكيف القرائن بوجه عام ونحوها من قرائن قضائية إلى قرآن قانونية

١٧٩ - تكيف القرائن بوجه عام : القرينة ليست إلا نقل الإثبات من الواقعة المراد إثباتها بالذات إلى واقعة أخرى قريبة منها ، إذا ثبتت اعتبر ثبوتها دليلاً على صحة الواقعة الأولى .

ويقول بارتان في هذا المعنى : «تقتضي طبيعة الأمور أن نستبدل بإثبات الواقعة مصدر الحق المدعى به ، وهي واقعة يتعلم إثباتها ، إثبات واقعة أخرى قريبة منها (voisin) ومتصلة بها (connexe) . ويطلب الخصم من القاضي أن يستخلص من صحة الواقعة الثانية ، عن طريق استنباط يطول أو يقصر ، صحة

== وهو جائز بالقرائن تفرهماً على ذلك . ولهذا يكون الاستدراك الذي تقدمت الإشارة إليه خطأً من معنى الاستثناء ، ويكون إغفاله أكفل بدفع الشبه والتليس ( مجموعة الأعمال التوضيحية ٣ ص ٤٢٩ ) .

(١) فعلاقة الزوجية أو القرابة قرينة على صورية العقد إلى أن يثبت العكس ، ووجود اثبات بمنزل الزوجية لزوجين مسلمين قرينة على أن الأثاث ملك الزوجة إلى أن يثبت العكس (الموجز للمؤلف ص ٧٣٠) . انظر أيضاً : استئناف مصر ٧ يونية سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٩ ص ٥٣٨ (كشف المكلفة قرينة على الملكية إلى أن يثبت العكس) - استئناف مصر ١٨ يناير سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٦٣ ص ٣٧٥ (عدم دفع أمانة الخبير الذي طلبه المتأنف قرينة على عدم وثوق المتأنف من صحة دفاعه) .



الواقعة الأولى التي لا يتمكن من إثباتها بطريق مباشر، فيتحول محل الإثبات على نحو ما وهذا ما اقترح تسميته بتحول الإثبات (déplacement de preuve)، وهو من الخصائص الجوهرية للإثبات القضائي<sup>(١)</sup>.

ففي القرينة القضائية القاضي هو الذي يختار هذه الواقعة القريبة المتصلة بالواقعة المراد إثباتها. أما في القرينة القانونية فالقانون هو الذي يتولى هذا الاختيار<sup>(٢)</sup>. وهذه الواقعة القريبة المتصلة - وهي الأمانة (indice) - لا تعطى للقاضي لإعلاماً ظنياً. وبالاستنباط ينتقل القاضي من العلم الظني إلى العلم اليقيني (de la vraisemblance à la certitude)، ومن الراجح إلى المحقق (de la probabilité au réel)<sup>(٣)</sup>.

١٨٠ - تحول الفرائض القضائية إلى فرائض قانونية : يقول بارتان هنا أيضاً : « أن القرينة القانونية ليست في الواقع من الأمر لإقرينة قضائية قام القانون بتعميمها وتنظيمها، وبنتظيمها (La présomption légale n'est, au fond, qu'une présomption de fait généralisée et systématisée par la loi) وهذا صحيح من حيث التكييف والتأصيل. فالقرينة القانونية ليست في الأصل لإقرينة قضائية تواترت واضطرد وقوعها، فاستقر عليها القضاء. ومن ثم لم تصبح هذه القرينة متغيرة الدلالة من قضية إلى أخرى، فرأى المشرع في اضطرادها واستقرارها ما يجعلها جديرة بأن ينص على توحيد دلالتها، فتصبح بذلك قرينة قانونية<sup>(٤)</sup>».

(١) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ١٠ مكرر.  
(٢) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٤٩ هامش رقم ٢٦ مكرر وفقرة ٧٥٠ هامش رقم ١ مكرر.

(٣) بيدان ورو ٩ فقرة ١٢٨٩.

(٤) بل يمكن دون نص قانوني - على ما يقول بعض الفقهاء - أن يكون القضاء مرافاً ثابتاً يعتبر مصدراً منشأً لقرينة قانونية، فالقرينة يكون مصدرها القانون والقانون هنا يكون مصدره العرف (انظر ديكوتينيس (Decottignies) في القرائن في القانون الخاص رسالة من باريس سنة ١٩٥٠ ص ٢٩٧). مثل ذلك مسئولية حارس البناء في ظل التقنين المدني السابق، فله كانت مسئولية في هذا التقنين قائمة على قرينة مبنية على وجود عيب في البناء أو نقص في سبانه، ولكنها قرينة لم يكن التقنين السابق ينص عليها، ومع ذلك تواترت حتى ذهب بعض = (م ٢٢ الوسيط - ج ٢)

والأمثلة على ذلك كثيرة ، نذكر بعضها :

بشروط في نجاح الدعوى البوليصة في المعاوضات أن يكون المدين معسراً ، وأن يكون هناك تواطؤ بين المدين ومن تصرف له . فكان إعسار المدين تقوم عليه ، في ظل التقنين المدني السابق ، قرينة قضائية ، تحولت في التقنين المدني الجديد إلى قرينة قانونية ، إذ تنص المادة ٢٣٩ من هذا التقنين على أنه « إذا ادعى الدائن إعسار المدين ، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها .

وكانت هناك ، في ظل التقنين السابق ، سلسلة من القرائن القضائية تقوم دليلاً على غش المدين وتواطئه مع من تصرف له بعوض . وقد تحولت هذه القرائن القضائية إلى قرائن قانونية في التقنين المدني الحالي ، إذ تنص المادة ٢٣٨ من هذا التقنين على أنه « إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش . ويكفي لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف هالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر .

وجرى القضاء ، في ظل التقنين المدني السابق ، على اعتبار الوفاء بقسط من الأجرة قرينة قضائية على الوفاء بالأقساط السابقة<sup>(١)</sup> . واضطرد هذا القضاء واستقر ، فارتفعت هذه القرينة القضائية في التقنين المدني الجديد إلى منزلة القرينة القانونية ، إذ نصت المادة ٥٨٧ من هذا التقنين على أن « الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط ، حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

وقد يقع ، على النقيض من ذلك ، أن قرينة قانونية تنزل إلى قرينة قضائية ،

---

= الأحكام إلى اعتبارها قرينة قانونية . وتحولت فعلاً إلى قرينة قانونية في التقنين المدني الجديد ( م ١٧٧ ) (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٥٧) - انظر أيضاً بلانويل وريير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٥٠ .

(١) استئناف مخطوط ٢٨ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٦٠ - ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٢٤

كما وقع في القرينة المستفادة من وجود سند الدين في يد المدين . فقد كان التقنين المدني السابق (م ٢١٩/٢٨٤) يجعله قرينة قانونية على الوفاء ، إلى أن يقيم الداش الدليل على العكس (م ٢٢٠/٢٨٥) . ولم يستتب، التقنين المدني الجديد هذا النص ، فزلت هذه القرينة القانونية إلى مرتبة القرينة القضائية .

وبالرغم من أن القرينة القضائية والقرينة القانونية من طبيعة واحدة من حيث التكييف والتأصيل ، إلا أنهما مختلفان من حيث مهمة كل منهما . فالقرينة القضائية طريق إيجابي من طرق الإثبات . أما القرينة القانونية فهي ، كما قدمنا ، إعفاء من الإثبات ، مؤقت أو دائم وفقاً لما إذا كانت القرينة تقبل إثبات العكس أو لا تقبل ذلك (١) .

---

(١) ونستطيع الآن أن نستخلص أهم الفروق ما بين القرائن القضائية والقرائن القانونية فيما يأتي : (أ) القرائن القضائية أدلة إيجابية ، أما القرائن القانونية فأدلة سلبية أي أنها نفي من تقديم الدليل . (ب) لما كانت القرائن القضائية يستنبطها القاضي والقرائن القانونية يستنبطها المشرع ، فإنه يترتب على ذلك أن القرائن القضائية لا يمكن حصرها لأنها تستنبط من ظروف كل قضية ، أما القرائن القانونية فلذكورة على سبيل الحصر في نصوص التشريع . (ج) القرائن القضائية كلها غير قاطعة ، فهي قابلة دائماً لإثبات العكس ، ويجوز دحضها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن ، أما القرائن القانونية فبعضها يجوز نقضه بإثبات العكس وبعضها قاطع لا يقبل الدليل العكسي . (انظر الموجز للمؤلف فقرة ٧٠٤ — وانظر في مقارنة شاملة ما بين القرائن القضائية والقرائن القانونية ديكوتينيس فقرة ١١٤ - فقرة ١١٥) .

وانظر في القرائن القضائية في الفقه الإسلامي ، الأستاذ أحمد إبراهيم في كتاب وطرق القضاء في الشريعة الإسلامية، ص ٤٣٠ - ص ٤٣٣ ، وفي القرينة القضائية القاطعة ص ٤٢ - ص ٦١ من الكتاب ذاته .

## الفصل الثاني

### قوة البينة والقرائن في الاثبات

١٨١ - قوة مطلقة وقوة محدودة : تقضى المادة ٤٠٠ من التقنين المدني بأن التصرف القانوني ، في غير المواد التجارية ، لا يجوز إثباته بالبينة إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة .  
فالقوة المحدودة في الإثبات للبينة والقرائن إنما هي في ميدان التصرفات القانونية المدنية . ويستخلص من ذلك أن للبينة والقرائن قوة مطلقة في الإثبات خارج هذا الميدان . فتكون لها هذه القوة المطلقة في الوقائع القانونية المادية (faits juridiques matériels) وفي التصرفات القانونية التجارية (actes juridiques commerciaux)

## الفرع الأول

### قوة الاثبات المطلقة للبينة والقرائن

## المبحث الأول

### الوقائع القانونية المادية

١٨٢ - طبيعة الوقائع المادية تستمضي على فرضي الكتابة لهويبات :  
هناك فرق واضح بين التصرف القانوني والواقعة المادية .  
فالتصرف القانوني إرادة تنجبه إلى إحداث أثر قانوني معين فيرتب القانون عليها هذا الأثر . ولما كانت هذه الإرادة لها مظهر خارجي هو التعبير ، فإن القانون اقتضى ألا يكون إثبات هذا التعبير ، كقاعدة عامة ، إلا عن طريق الكتابة ، وذلك لاعتبارين أساسيين : (١) لأن التعبير عن إرادة تنجبه لإحداث أثر قانوني أمر دقيق ، قد يغم على الشهود فلا يدركون معناه ، ولا يؤدون الشهادة

فيه بالدقة الواجبة ، وسنعود إلى هذا الاعتبار عند الكلام في إثبات التصرف القانوني . (٢) والتصرف القانوني ، فوق ذلك ، هو الذي تستطاع تهيئة الدليل الكتابي (preuve préconstituée) عليه وقت وقوعه ، ومن ثم كان اشتراط الكتابة لإثباته أمراً مبسوراً .

أما الواقعة المادية فلا يقوم في شأنها أى من الاعتبارين المتقدمين . فهى تحدث ، وتراها الناس ، فلا تختلف أفهامهم كثيراً في روايتها كما وقعت ، إذ هى ليست من الدقة والتعقيد بالمنزلة التى رأيناها للتصرف القانوني . وهب أن واقعة مادية كانت من الدقة بحيث تختلف أفهام الناس في إدراكها ، فهل يكون مبسوراً تسجيلها بالكتابة عند وقوعها ؟ قليل من الوقائع هو الذى يتيسر فيه ذلك . وقد عمد المشرع إلى الخطير من هذه الوقائع ، كالميلاد والموت ، فأوجب تسجيله بالكتابة على نحو خاص<sup>(١)</sup> . أما الكثرة الغالبة من الوقائع للمادية التى تحدث آثاراً قانونية فلا يتيسر إثباتها بالكتابة . فيكفى إذن إثباتها بالبينة وبالقرائن . بل يفتح في إثباتها جميع أبواب الإثبات ، وبخاصة باب المعاينة فهو من أرحب الأبواب للوقوف عليها<sup>(٢)</sup> .

### ١٨٣ - أنواع الوقائع المادية : والوقائع المادية التى تحدث آثاراً قانونية كثيرة متنوعة .

(١) وضع القانون نظاماً خاصاً لإثبات المواليذ والوفيات بقيداع في سجلات خاصة يجوز الحصول على مستخرجاتها منها ( القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ ) . وكذلك نصت لائحة المحاكم الشرعية على طرق معينة تثبت بها الوفاة والوراثة أمام تلك المحاكم ( م ٣٥٥ - ٣٦١ ) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يمكن إثبات الوفاة إلا بمستخرج من سجل الوفيات ( ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢ ) . ونصت المادة ٣٠ من التقنين المدنى على أنه ١٥ - تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك . ٢ - فإذا لم يوجد هذا الدليل ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات ، جاز الإثبات بأية طريقة أخرى .

(٢) استئناف مخطوط ٢٣ فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٢ (خلمات أدبت هي السبب في الالتزام) - ٢٥ مايو سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٢٣٩ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٢٤ - ١٥ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٩٨ - والمعاينة لما صور متنوعة ، فقد تكون ثابتة في محضر انتقال المحكمة للمعاينة ، أو في تقرير الخبر الذى انتدبت المحكمة في دعوى إثبات الحالة ، أو في محضر تحقيق جنائى أو إدارى ، أو غير ذلك .

منها ما يكون مصدراً للالتزام ، كالعمل غير المشروع<sup>(١)</sup> ، والبناء والغراس في الإثراء على حساب الغير ، والقيام بأعمال مادية في الفضالة ، والجوار والقرابة في الالتزامات القانونية .

ومنما ما يكون سبباً لكسب الحقوق العينية ، كالموت والميلاد في الميراث ( وهذان براعى في إثباتهما أوضاع خاصة كما قدمنا ) ، والحيازة ، والاستيلاء ، والبناء والغراس في الالتصاق ، ومضى الزمن في التقادم ، والجوار في الشفعة .  
ومنما ما يحدث آثاراً قانونية أخرى ، كانتزاع الحيازة في قطع التقادم ، واستعمال حقوق الارتفاق بعد تركها ، وتنفيذ الالتزامات عن طريق أعمال مادية<sup>(٢)</sup> ، والعلم بالإعسار أو بالسفه<sup>(٣)</sup> أو بالعيوب الخفية أو بالبيع في

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اختلاس الورثة بعض أعيان تركة يثبت بجميع الطرق (١٦ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٠٠) . وقضت أيضاً بأنه يمكن إثبات العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب بجميع الطرق (٤ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٦٥ - ٥ يناير سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٦١ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٤٦ م ٥٩ ص ٣٧) .

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز إثبات التصرف القانوني بالقرائن إذا كان قد بدى في تنفيذه بعمل مادي ، وذلك دون نظر لقيمة ماتم من أعمال التنفيذ المادية ( ١٠ فبراير سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٥٨) - وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأن البدء في التنفيذ إذا كان مادياً ، كإبداء البناء ، جاز إثباته بجميع الطرق ، وإن كان تصرفاً قانونياً كالوفاء فلا يثبت بالبينه إذا زاد على عشرة جنيهات (٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٧ رقم ١٨ ص ٣٤) .

ويقرب من ذلك أن يكون مظهر التعبير عن الإرادة ، لا عملاً تنفيذياً مادياً ، بل وضماً مادياً يستخلص منه الرضاء . ويبدو أنه يجب التمييز ، في هذا الوضع المادي ، بين التعبير عن الإرادة في ذاته ويكون فيه الوضع المادي ، وبين إثبات هذا التعبير ولا يجوز إلا بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٩٥ - ٣٩٦ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات وفقرة ١٧٠ وفقرة ١٩٠) . فالقصة مثلا عقد لا يجوز إثباته إلا بالكتابة فيما جاوز النصاب (استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٥٦) ، حتى لو استخلصت القصة ضمناً من أعمال مادية تدل عليها ، ما لم تكن هذه الأعمال المادية هي تنفيذ فعل للقصة (قارن محكمة الاستئناف المختلطة في ١٠ يونيو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٤٦ - ٢٠ مايو سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ١٢١) - وانظر أيضاً التجديد الضمني للإيجار ، إذ البقاء في العين المؤجرة يعتبر عملاً مادياً تنفيذياً للإيجار الجديد .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر الوطنية بأن العلم بقيام حالة السفه والإقدام على التعامل مع السفه وقت قيامها للاستفادة منها والرغبة في الهروب من أحكام القانون ، كل هؤلاه من الوقائع التي يصح إثباتها بكافة الطرق القانونية ومنها للبينه والقرائن (٧ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٤٤ ص ٤٦١) .

الشفعة<sup>(١)</sup> أو بغير ذلك من الوقائع<sup>(٢)</sup> ، والنواطؤ ، والغلط والتدليس<sup>(٣)</sup> والإكراه والاستغلال ، والعرف إذا كان ملحوظا في العقد .

فالقاعدة العامة في هذه الوقائع المادية ، التي أوردنا بعض أمثلة منها ، أنه يجوز إثباتها بجميع الطرق ، ومنها اليقظة والقرائن . فاليقظة والقرائن إذن ، في ميدان الوقائع المادية ، قوة مطلقة في الإثبات ، تستوي في ذلك مع الكتابة ، بل قد تزيد عليها من ناحية الحاجة إليها .

## ١٨٤ - وقائع مادية نسوق النظر : وهناك حالات للوقائع المادية

تحتاج إلى إمعان في النظر .

فهناك وقائع مختلطة (faits mixtes) ، يقوم فيها العمل المادي إلى جانب التصرف القانوني ، وذلك كالوفاء والإقرار ، فهذه حكمها في الإثبات حكم التصرفات القانونية ، لا تثبت فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة . أما الاستيلاء

(١) استئناف مختلط أول مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٧٥ - ٦ أبريل سنة ١٩٠٤ م ١٦٢ ص ١٨٢ - ٥ مارس سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٧٤ .

(٢) وقد قضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه يجوز إثبات واقعة انتشار الاختراع بكافة الطرق القانونية لأنها من الوقائع المادية ، والأدوات المطبوعة والكتالوجات يجوز أن يستج منها القرائن التي تشير إلى انتشار الاختراع (١٥ يناير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٣٢٩ ص ٣٩٦) .

(٣) ويجوز إثبات التدليس بجميع الطرق حتى فيما بين المتعاقدين (نقض مدني ١٨ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٢ ص ٧٠٨ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٢ ص ١٩٩ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٧٤ ص ٢٠٠ - استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٢ - ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٦٤ - ٤ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٦٨ - ١٣ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٩ - محكمة أسيوط الكلية ١٢ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٣٢ ص ٢٦١) - وما يدخل في إثبات التدليس إثبات الفوائد الربوية ، فيجوز إثباتها بجميع الطرق بشرط أن تكون هناك قرائن قوية على وجودها (استئناف أهل ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٦٩ - استئناف مختلط ١١ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٩٧ - ٢٥ نوفمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٣٧ - ٢٢ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٤٨ - أول فبراير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ١١١ - ٨ فبراير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٠٨ - ٢٩ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٨٣ - ١٢ أبريل سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ٢٠٧ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٦٩ - ٢٥ مايو سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٢٨) .

فواقعة مختلطة ، ولكن يغلب فيها طابع العمل المادى ، ومن ثم تثبت بالبينة والقرائن .

وهناك وقائع مركبة (faits complexes) ، كالشفعة . وهذه تجتمع فيها جملة من الوقائع : الجوار وهو واقعة مادية تثبت بجميع الطرق ، وبيع العين المشفوع فيها وهو بالنسبة إلى الشفيع واقعة مادية أيضاً تثبت بجميع الطرق ، ولإفادة الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانونى لا يثبت إلا بالكتابة بل لا بد من طريق خاص فى التعبير عن الإرادة هنا بينه القانون .

والحيازة واقعة مادية (١) ، ولكن قد يداخلها تصرف قانونى . فاذا أراد المالك أن يثبت أن الحائز للعين هو مستأجر منه : وجب عليه أن يثبت عقد الإيجار بالكتابة إذا زاد على النصاب . أما إذا أراد إثبات أن الحائز لا يقوم بأعمال الحيازة لحسابه الشخصى بل باعتباره مستأجراً فلا يستطيع التملك بالتقادم ، كان كل من الحيازة والإيجار واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (٢) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن وضع اليد واقعة مادية العبارة فيه بما يثبت قيامه فعلاً . فإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت من الأوراق ، فيجب الأخذ بهذا الواقع واطراح ما هو غير حاصل . وإذن فلا حل للمحكمة إذا هي أحالت دعوى منع التعرض على التحقيق ، وكلفت المدعى فيها إثبات وضع يده الذى ينكره عليه خصمه ، ولو كان بيده محضر تسليم رسمى فى تاريخ سابق (نقض مدنى ١٥ يونية سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٥٢ ص ١١١) — وقضت أيضاً بأنه لما كان وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، وكان القانون لا يشترط مصدراً معيناً يستق منه القاضى الدليل ، فإنه لا حرج على المحكمة إذا هي أقامت قضاها فى هذا الخصوص على ما استخلصت من أوراق أو مستندات تملك أو حتى من أقوال وردت فى شكوى إدارية (نقض مدنى ١٩ فبراير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٧٣ ص ٥٠٠) . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن تملك حق ارتفاع مستمر ظاهر بالتقادم يجوز إثباته بجميع الطرق (١٥ مايو سنة ١٩٣٩ م ٤٢ ص ٥٠٠) ، وقضت أيضاً بأن البقاء فى العين المؤجرة أو إخلاصها واقعة مادية تثبت بجميع الطرق (٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٤٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة بعد أن نفت صفة الظهور عن وضع يد المدعى ، وبعد أن قررت أن شهوده لم يبينوا صفة وضع يده ، فأثبتت بذلك عجزه عن إثبات ظهوره مظهر المالك ، قد استطردت فقالت إن المدعى عليه يقول إن المدعى إنما وضع يده بصفته مستأجراً وإن ظروف الدعوى وملاساتها وأوراقها تدل على صدق قوله ، فذلك من المحكمة ليس حكماً يقام عقد الإيجار بين طرفى الدعوى حتى كان يصح للنسب عليها أنها مخالفت فيه قواعد الإثبات =



والغير في التصرف القانوني يجوز له إثبات هذا التصرف بجميع الطرق لأنه ليس طرفاً فيه ، فهو بالنسبة إليه واقعة مادية<sup>(١)</sup> . وحتى فيما بين المتعاقدين قد يقع ليس فيما إذا كان المطلوب إثباته تصرفاً قانونياً فلا يثبت إلا بالكتابة ، أو واقعة مادية فتثبت بجميع الطرق<sup>(٢)</sup> .

= عقد الإيجار ، بل هو استكمال لما ساقته نفيًا لما ادعاه المدعى من أنه في وضع يده على المنزل كان ظاهرًا بمظهر المالك (نقض مدني ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤٠ ص ٢٠٣) . ولكن إذا أريد إثبات الهيازة ذاتها من طريق تصرفات قانونية لا من طريق أعمال مادية ، كما إذا تمسك الخصم لإثبات جهازته بعقد مقايضة وقع على الأرض المتنازع عليها ، فإنه لا يجوز إثبات عقد المقايضة إلا بالكتابة (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٩) . انظر في هذه المسألة أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٢ والهاشر رقم ٩ — هيك ٨ فقرة ٢٨٠ — لوران ١٩ فقرة ٤٣٢ — ديولومب ٣٠ فقرة ٢٠ — بودري وبارد ٣ فقرة ٧٥٢١ .

(١) وفي رأينا أن هذه القاعدة ليست تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بأنه يجوز الإثبات بجميع الطرق عند قيام مانع من الحصول على الكتابة . فالمانع من الحصول على الكتابة الذي يبرر الإثبات غيرها يجب أن يكون كما سئى مانعاً ذاتياً ، أي في قضية بذاتها ، لا مانعاً موضوعياً عاماً يتحقق في جميع الأفضية . وهنا المانع موضوعي عام لا ذاتي خاص ، إذ أن كل « غير » ليس طرفاً في العقد يتلذذ عليه الحصول على دليل كتابي . ومن ثم تكون هذه القاعدة مستقلة من قاعدة قيام المانع ، وتتلخص في أن الغير يجوز له إثبات التصرف القانوني بجميع الطرق إذا كان هذا التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية (قارن استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٦ — ١٦ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٧ — ٨ فبراير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٠٦) . ويترتب على ذلك أنه يجوز للشفيع — وبعبق المقار المشفوع فيه يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية — أن يثبت بالبينة أن الثمن الوارد في هذا العقد أهل من الثمن الحقيقي بقصد منه من استعمال حقه في الأخط بالشفعة ، وللمحكمة أن تقضي عليه بدفع الثمن الذي ثبت من شهادة الشهود ومن تقدير الخبراء أنه هو الثمن الحقيقي (استئناف أهل ٢٣ فبراير سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٨٧) . ويترتب على ذلك أيضاً أن المتضع في الاشتراط لمصلحة الغير — وعقد الاشتراط يعتبر بالنسبة إليه تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية — لا يجوز له أن يثبت هذا العقد إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات إلا بالكتابة . وكذلك يفضل الدائن إذا كان المدين قد التزم نحوه بإرادته المنفردة ، لأن هذه الإرادة تعتبر تصرفاً قانونياً بالنسبة إلى الدائن ، وسيأتى بيان ذلك .

(٢) وحل القاضى أن يمين ما إذا كان المطلوب إثباته تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية ، ثم يجرى بعد ذلك حكم القانون . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الحكم الابتدائي قد قضى بالإلزام للمدعى عليه بمبلغ معين على أنه ثمن بضاعة ، مقبلاً هذا القضاء على ثبوت حصول اتفاق شفوي بين المدعى والمدعى عليه لاحقاً لعقد المكتوب بينهما في شأن توريد هذه البضاعة ، وأن المدعى عليه قد تحلف عن تسليمها برغم دعوته إلى ذلك بإتellar وجهه إليه المدعى ، ثم جاءت محكمة

وفي الإخلال بالتزام عقدي ، يجوز إثبات العمل المادى الذى كون واقعة

= الاستئناف فاستظهرت من صحيفة الدعوى وأوراقها ودفاع طرفيها أنها مؤسسة على هذا الاتفاق المدعى لا على العقد المكتوب بين طرفيها ، وقضت برفضها بناء على أن المدعى قد حجز عن إثبات حصول هذا الاتفاق ، فإنها لا تكون قد أخطأت . ولا يقبل من المدعى أن ينمى عليها أنها قد سحخت دعواه إذ اعتبرتها مؤسسة على الاتفاق المذكور في حين أنها دعوى بتعويض عن عدم تنفيذ العقد المكتوب ، ما دام المبلغ الذى طلبه إنما كان بناء على الاتفاق الخاص الذى زعم أنه تم بينه وبين المدعى عليه بعد العقد المكتوب بينهما ، لا على أساس هذا العقد (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٣٧ ص ٢٩٨) .

وقضت محكمة النقض أيضاً بأن ما يخلفه مورث ما لورثته مما كان في حيازته مادياً من عقار أو منقول أو نقد ، وكذلك استيلاء وارث ما على شيء من مال التركة ، عقاراً كان أو منقولاً أو نقداً — كل ذلك من قبيل الوقائع التى لا سبيل لإثباتها إلا بالبينة . وإنما الذى يطلب فيه الدليل الكتابى هو العمل القانونى التماقضى الذى يراد أن يكون حجة على شخص ليس عليه أو على من هو مسئول قانوناً عنهم دليل قانونى يدل عليه . وإذن فلا يصح الطعن فى الحكم بمقولة إنه أخطأ فى قبول شهادة الشهود على وجود المبلغ المتروك وتحديد مع أنه ليس فى الدعوى دليل يفيد أن المورث ترك مالا نقداً أو يفيد أن المبلغ المتروك من هذا الوارث هو كذا غير إقرار الطاعن نفسه (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٧ ص ٧٩٢) .

وقضت أيضاً بأنه إذا كان من أدلة تزوير للعقد أن المنسوب إليها صدره منها كانت قد تصرفت فى بعض الأعيان التى وردت فى العقد ، فإنه يجوز إثبات هذا التصرف بالبينة والقرائن مهما كانت قيمته ، لأنه يعتبر — بالنسبة إلى أدلة التزوير — واقعة مادية (نقض مدنى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٤ رقم ١٥ ص ٣٦) .

وقضت أيضاً بأن القانون لم يحرم على المحكمة إثبات صحة الختم الموقع به على الورقة بشهادة الشهود ، وإنما هو حرم عليها إثبات المشاركة المتعلقة بها الورقة بهذه الوسيلة . فن حق المحكمة أن تستنتج صحة الختم فى ذاته متى ثبت لديها أن صاحبه قد وقع به الورقة المطعون فيها بشخصه (نقض مدنى ٨ مارس سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢١٩ ص ٥٨٤) . ولكن توقيع صاحب الختم بخطه على الورقة ينطوى على تصرف قانونى يثبت بالكتابة (نقض فرنسى ١٨ يوليو سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦-١-٤٨٨ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٢ ص ٢١٩) .

وقضت أيضاً بأنه إذا قضت المحكمة لبعض الملاك المشاعين بملكية بعض الأعيان المشتركة مفرزة ، وهنت حكمها على أن كلا منهم قد استقل بوضع يد ، على جزء معين من الملك الشائع حتى تملكه بمضى المدة ، مستدلة على ذلك بالبينة والقرائن ، فهذا الحكم لا يعتبر مؤسباً على التقرير بوقوع تعاقب على قسمة بين الشركاء ، ولذلك لا يصح التمسك عليه أنه قد خالف القانون إذ هو لم يستند إلى دليل كتابى على القسمة (نقض مدنى ٤ أبريل سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٥٩ ص ١٤٧) .

الإخلال بجميع الطرق لأنه واقعة مادية<sup>(١)</sup>. أما العقد الذى أدخل به فهو تصرف قانونى ، لا يجوز إثباته فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة .

وفى التبديد وغيره من الجرائم التى تستند إلى عقود مدنية ، لا يجوز إثبات هذه العقود فيما زاد على النصاب إلا بالكتابة . ومن ثم نرى أن الإخلال بالتصرف القانونى قد يكون واقعة مادية ، وأن الجريمة قد تنطوى على تصرف قانونى<sup>(٢)</sup> .

= رفقت أيضاً بأن الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليهما متضامنين بتعويض من سرقة الخادم لطفى استودعت السيد هى دعويان : دعوى الجريمة المنسوبة إلى الخادم وإثباتها جائز بكل طرق الإثبات إذ هى واقعة مادية وغير متوقفة على عقد الوديعة ، ودعوى سوجهة إلى السيد بمسئوليته عن الخادم إذ هو تابع له وهذه ليس مطلوباً فيها إثبات عقد الوديعة هل السيد ، ومن ثم يجوز إثبات معصيات العلية بالبينة والقرائن (نقض مدنى أول مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمره رقم ١٩٨ ص ٤٣٢) .

أما الوعد بالزواج (promesse de mariage) فرأى يذهب فيه إلى أنه واقعة مختلطة يمتزج فيها العمل المادى بالتصرف القانونى . ورأى آخر يذهب إلى أنه لما كان الوعد بالزواج غير ملزم فهو لا يندر أن يكون واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (الظر فى هذه المسألة Juris-classes ١٥١ - ١٣٤١ - ١٣٤٤ فقرة ٣٦ - فقرة ٤٢) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٣ - ص ٣١٤ - ديولومب ٣٠ فقرة ١٧ - لودان ١٩ فقرة ٤٣٣ - هيك ٨ فقرة ٤٨٠ - بودرى وهارد ٤٤ فقرة ٢٥٢١ - كذلك يمكن إثبات مدنى الضرر الذى ترتب على الإخلال بالالتزام بجميع الطرق لأنه واقعة مادية . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إثبات الأشياء الضالمة وتبطلها فى حادث سكة حديدية جائز بجميع الطرق (١١ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الدليل لا يرتبط له بالمسئولية فى حد ذاتها ، وإنما يتعلق بملات الأمر المطلوب إثباته . فقد تكون المسئولية تعاقدية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالبينة والقرائن فى حالة التمهيد بعلم فعل فيه. عندما يرغب المتعهد له إثبات مخالفة المتعهد لتمهده ، وقد تكون المسئولية جنائية أو تقصيرية ومع ذلك يكون الإثبات فيها بالكتابة حتى بالنسبة للعقد المرتبط بها إذا كانت قيمته تزيد على ألف قرش فى غير المواد التجارية والأحوال الأخرى المستثناة كما هى الحال فى جريمة خيانة الأمانة (نقض مدنى ٢٩ فبراير سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٣٤ ص ٧٥) . انظر أيضاً : استئناف أهل أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ رقم ٤٧ - استئناف مختلط ١٠ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ٥٠ .

وقد قضت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) بأن المحاكم وهى تفصل فى الدعاوى الجنائية لا تتقيد بطرائق الإثبات الواردة فى القانون المدنى إلا إذا كان تضامناً فى الواقعة الجنائية يتوقف على وجوب الفصل فى مسألة مدنية تكون عنصراً من عناصر الجريمة المطلوب منها الفصل فيها . فإذا =

وقطع التقادم إذا تم بواقعة مادية ، كالعودة إلى استعمال حق الارتفاق ،  
يثبت بجميع الطرق . وإذا تم بتصرف قانوني ، كالاقرار بحق الارتفاق  
أو دفع الفوائد والأقساط ، فلا يجوز الإثبات فيما زاد على النصاب إلا  
بالكتابة<sup>(١)</sup> .

والشركة الفعلية (société de fait) واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع  
الطرق<sup>(٢)</sup> .

ودفع غير المستحق تصرف قانوني يجب إثباته بالكتابة فيما زاد على  
النصاب<sup>(٣)</sup> .

وأعمال الفضالة بالنسبة إلى رب العمل وقائع مادية يجوز لهذا إثباتها بجميع  
الطرق ، حتى لو كان من بين هذه الأعمال تصرف قانوني قام به الفضولي .  
ولا يجوز إثبات هذا التصرف القانوني ، فيما بين الفضولي ومن تعاقد معه ،  
إلا بالكتابة فيما زاد على النصاب<sup>(٤)</sup> .

---

= هي في واقعة سرقة قد حولت في إدانة المتهم على شهادة الشهود بأنه هو الذي باع المسروق لمن ضبط  
عنده ، فلا تهرب عليها في ذلك ولو كانت قيمة المبيع تزيد على العشرة الجنيهات ، وذلك لأن  
سماعها الشهود لم يكن في مقام إثبات تعاقد المتهم مع المشتري ، وإنما كان في خصوص واقعة مادية  
بحته جائز إثباتها بالبينة والقرائن وغير ذلك من طرق الإثبات المختلفة ، وهي مجرد اتصال  
المتهم بالأشياء المسروقة قبل انتقالها من يده إلى يد من ضبطت عنده بنفس النظر عن حقيقة سند  
هذا الانتقال الذي لم يكن يدور حوله الإثبات ، لأنه مهما كان لا يؤثر في الدعوى (نقص جنائي  
٢٧ يناير سنة ١٩٤١ الهامة ٢١ رقم ٣٦٢ ص ٧٥٩) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٤ وهامش رقم ١١ وهامش رقم ١٢ .

(٢) استئناف مختلط ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٩٧ .

(٣) فإذا أحدم الدائن الذي قبض غير المستحق سند الدين وهو حسن النية ، فلن يدفع لغير  
المستحق أن يرجع على المدين الحقيقي بدعوى الإثراء (م ١٨٤ ملق) وفي هذه الحالة يعتبر الإشغال  
ذمة المدين الحقيقي بالدين واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (الأستاذ عبد المنعم فرج للصدرة  
فقرة ١٩٢ ص ٢٣٩) .

(٤) انظر الجزء الأول من هذا التوسيط فقرة ٨٦١ - فقرة ٨٦٢ .

## المبحث الثاني

### التصرفات القانونية التجارية

١٨٥ - يجوز الإثبات بالبينة وبالقرائن في التصرفات القانونية

التجارية : رأينا أن المادة ٤٠٠ من التقنين المدني تستثني المواد التجارية من وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنهات . فالتصرف القانوني التجاري إذن يجوز إثباته بالبينة وبالقرائن ، حتى لو كانت قيمته تزيد على عشرة جنهات أو كان غير محدد القيمة .

وقد كانت المادة ٢٣٤/٢٩٩ من التقنين المدني السابق تنص على هذا الحكم بقول : « عقود البيع والشراء وغيرها من العقود في المواد التجارية يجوز إثباتها ، بالنسبة للمتعاقدين وغيرهم ، بكافة طرق الثبوت ، بما فيها الإثبات بالبينة وبالقرائن الأحوال » . واكتفى التقنين المدني الجديد باستبعاد المواد التجارية في المادة ٤٠٠ من وجوب الإثبات بالكتابة على النحو الذي قدمناه ، فلم يورد نصاً يقابل المادة ٢٣٤/٢٩٩ من التقنين المدني السابق تجنباً للتكرار .

والسبب في إباحة الإثبات بالبينة وبالقرائن في المسائل التجارية ، أياً كانت قيمة التصرف القانوني ، هو ما يقتضيه التعامل التجاري من السرعة وما يستلزمه من البساطة . وما يستغرقه من وقت قصير في تنفيذه <sup>(١)</sup> . على أن هناك من المسائل التجارية ما لا يستقيم إلا بالكتابة . مثل ذلك الأوراق التجارية ، لم يقتصر القانون فيها على اشتراط الكتابة ، بل اشترط في الكتابة أن تستوفي شروطاً معينة . كذلك فعل في المسائل التجارية التي تستغرق وقتاً طويلاً وتنطوي على أهمية خاصة ، كما هو الأمر في عقود الشركات التجارية ( م ٤٠ - ٤٦ تجاري ) ، وفي عقود بيع السفن ( م ٣ بحري ) ، وفي إيجارها ( م ٩٠ بحري ) ، وفي التأمين عليها أو على البضائع ( م ١٧٤ بحري ) ، وفي القروض البحرية ( م ١٥٠ بحري ) .

(١) أما المعاملات المدنية فتستغرق عادة وقتاً طويلاً في التنفيذ ، ومن ثم الحاجة إلى الكتابة

(بيدان وبرو ، فقرة ١٢٦٩) .

على أن الإثبات بالبينة وبالقرائن في المسائل التجارية أمر جوازي للقاضي ، كما هو شأن الإثبات بالبينة وبالقرائن في أية مسألة أخرى . فقد رأينا أن القاضي يقدر ما إذا كان الإثبات بالبينة وبالقرائن مستساغاً ، ثم يقدر بعد ذلك ما إذا كانت البينة أو القرائن المقدمة للإثبات كافية لإقناعه بصحة الواقعة المراد إثباتها أو غير كافية . فله إذن في المسائل التجارية أن يرفض الإثبات بالبينة وبالقرائن إذا رأى أن الإثبات بهما غير مستساغ . وله أن يقدر أن هذا الإثبات لا بد من تعزيزه بالكتابة ، وبخاصة بما هو مدون في الدفاتر التجارية ، لاسيما إذا كانت التصرفات المراد إثباتها ذات قيمة كبيرة أو كانت مما يصعب ضبطه بغير الكتابة . وله سلطة واسعة في تقدير ما إذا كانت البينة أو القرائن المقدمة للإثبات كافية لإقناعه بصحة الواقعة المدعى بها<sup>(١)</sup> . ويجوز لأصحاب الشأن ، على كل حال ، أن يتفقوا على أن يكون الإثبات فيما بينهم في المسائل التجارية بالكتابة ، فتكون الكتابة عندئذ واجبة لأن إباحة الإثبات بالبينة وبالقرائن في التصرفات التجارية ليست قاعدة من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، وسنعود إلى هذه المسألة .

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه يجوز للمحكمة رفض الإثبات بالبينة في دعوى تجارية تزيد قيمتها على عشرة جنيهات (استئناف أهل ٢١ فبراير سنة ١٩١٢ الهجيرة الرسمية ١٣ رقم ٥١) — وقضت محكمة الزقازيق الوطنية بأن إباحة الإثبات بجميع الطرق في المسائل التجارية أمر جوازي ، ولا يقبل إلا إذا أدلى بوقائع من شأنها التذليل على احتمال انعقاد عقد تجاري (٢ أبريل سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٤١٩ ص ٦٦٨) — وقضت محكمة الاستئناف المختلطة أبان إباحة الإثبات بجميع الطرق في المسائل التجارية أمر جوازي (استئناف مختلط ٢٩ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٦٠ — ٥ نوفمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ١٧ — ٨ مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٨٤) ، وبأنه يجب وجود قرائن قوية لإثبات الفوائد الربوية بالبينة حتى في المسائل التجارية (استئناف مختلط ٥ ديسمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٣٤) .

وقضت محكمة النقض بأنه إذا لم تأخذ المحكمة في نزاع بين تاجر ومصلحة الضرائب بالبيانات الواردة في دفتاره ، محتجة بأنه لم يثبت فيها جميع مشترياته ، فإنها بذلك لا تكون قد خالفت القانون بتحميم إثبات العقود التجارية بالكتابة ، ولا يصح من الممول طعنه في الحكم محتجاً بالمادتين ٢١٥ و ٢٣٤ من القانون المدني (م ٤٠٠ فقرة ١ جديد) التين تجيزان إثبات العقود التجارية بجميع الطرق القانونية ، سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو غيرهم ، فإن محل الاحتجاج بهما أن يكون التاجر قد طلب إلى المحكمة الترخيص له في أن يثبت بالبينة صحة البيانات الواردة بدفتره فقضت بعدم جواز هذا الإثبات (نقض مدني ١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) . وانظر في هذه المسألة بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٩ .

## ١٨٦ - الصبرة بنوع التعامل وصفه المضموم لا بالمحكىة المنخفضة

والقانون التجارى هو الذى يبين متى يعتبر التصرف القانونى تجارياً ، فيجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن أياً كانت قيمته (١) .

وقد يقع التصرف القانونى بين شخصين ويعتبر بالنسبة إلى كل منهما تصرفاً مديناً ، كالمزارع يبيع جزءاً من محصوله إلى المستهلك . فالإثبات هنا لا يجوز أن يكون بالبينة أو بالقرائن إلا فيما لا يجاوز النصاب .

وقد يقع التصرف بين شخصين ويعتبر بالنسبة إلى كل منهما تصرفاً تجارياً ، كصاحب المصنع يبيع سلعته من التاجر . فالإثبات يجوز أن يكون هنا بالبينة أو بالقرائن ، أياً كانت قيمة التصرف .

وقد يقع التصرف بين شخصين فيكون بالنسبة إلى أحدهما تصرفاً مديناً وبالنسبة إلى الآخر تصرفاً تجارياً ، كالمزارع يبيع محصوله من التاجر ، وكالمستهلك يشتري من تاجر التجزئة ، وكعقد النشر بين المؤلف والناشر ، وكعقد النقل بين المسافر أو صاحب البضاعة وأمين النقل ، وعمليات المصارف بين العميل والمصرف . وهذا ما يسمى بالتصرف المختلط . ففي هذه الحالة تسرى القواعد المدنية في الإثبات على من كان التصرف مديناً بالنسبة إليه ، فلا يجوز بالبينة أو بالقرائن إثبات تسليم الثمن إلى المزارع ولا تسليم السلعة إلى من اشترى من تاجر التجزئة ولا تسليم الأرباح إلى المؤلف ولا تسليم البضاعة إلى صاحبها من أمين النقل ولا العمليات المصرفية ضد العميل إلا فيما لا يجاوز النصاب . وتسرى القواعد التجارية في الإثبات على من كان التصرف تجارياً بالنسبة إليه ، فيمكن إثبات تسليم المحصول للتاجر ، وتسليم الثمن لتاجر التجزئة ، ومقدار أرباح المؤلف ضد الناشر ، وتسليم البضاعة لأمين النقل ، والعمليات المصرفية ضد المصرف ، بالبينة أو بالقرائن ، أياً كانت قيمة الالتزام (٢) .

(١) الأستاذ محسن شفيق فى القانون التجارى المصرى فقرة ١٥٢ - فقرة ١٥٨ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٤١ - الموجز للمؤلف ص ٧٠٨ - انظر مع ذلك بونيلال وزيبير وجابولد وتعليقه على القضاء الفرنسى ٧ فقرة ١٥١٩ ص ٩٧٤ - وقد =

## والعبرة بنوع التعامل لا بالمحكمة المختصة . فقد يطرح نزاع تجارى أمام محكمة

= قضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كان المدعى عليه تاجراً ، فالقواعد التجارية تتبع في دعواه ، خصوصاً فيما يتعلق بقبول الإثبات بالبينة (استئناف أهل ١٣ يناير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٧٣) . وقضت محكمة الإسكندرية الوطنية بأنه إذا كان المقدم مدنياً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وتجارياً بالنسبة إلى ثانيهما ، جاز للأول أن يثبت براءة ذمته من المدعى بطرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية ( ١١ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٧٨ ) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه إذا كانت المعاملة تجارية لأحد المتعاملين ومدنية بالنسبة إلى الآخر ، فلا يجوز الإثبات في حق الآخر إلا طبقاً لأحكام القانون المدنى ، فلا يقبل الإثبات بالبينة إذا زادت قيمة المدعى به على ألف قرش . فإذا ادعى تاجر شراء قطن رجل من ذوى الأملاك ، وقدم دليلاً على دعواه « علم القبان » الذى يبين وزن القطن المبيع ، فإن هذه الورقة لا تصلح مبدأً لثبوت الكتابة على البائع لأنها ليست صادرة منه ، ومن ثم ترفض دعوى التاجر ( استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٢٠ الهامة ٢ رقم ٥٤ ص ١٧٩ — أنظر أيضاً استئناف مصر ٢٧ مارس سنة ١٩٢٢ الهامة ٣ رقم ٦ ص ١٨ ) .

وصفة التاجر أمر يوضح إثباته بالبينة لأنه واقعة مادية ( طهطا ٢٥ يولية سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٢/٤٧ ) . ويعبر مدنياً التزام الوكيل بالعمولة إذ لم يعلن اسم موكله ( استئناف مغلط ١٠ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٨٠ ) . ولا يجوز طلب الإحالة على التحقيق لإثبات وساطة المسار أو الصلقة إذا كانت المعاملة بالنسبة إلى المدعى عليه بالأجر مدنية ويزيد فيها المبلغ المطلوب لإثباته على النصاب الجائز لإثباته بالبينة ( استئناف مصر ٦ فبراير سنة ١٩٣٨ الهامة ١٩ رقم ١٧٠ ص ٣٨١ — أنظر أيضاً في هذا المعنى محكمة السبلارين ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الهامة ١٩ رقم ٢٤٢ ص ٥٩٥ ، وانظر عكس ذلك محكمة الإسكندرية الوطنية ٣ أبريل سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١١٩ فقد قضت بأن أعمال السمسرة تعتبر في نظر القانون أعمالاً تجارية ، سواء كان القائم بها محترفاً السمسرة أولاً ، وسواء كان الغرض منها إبرام عقد تجارى أو مدنى ، وحل ذلك يجوز لمن كان وسيطاً في عقد بيع وليست لديه كتابة مثبتة لحقه في السمسرة أن يلجأ إلى الإثبات بالبينة ولو تجاوزت السمسرة عشرة جنيهات ) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة - بأدنى إثبات الالتزام المدنى يكون بالكتابة ، حتى لو كان هذا الالتزام مرتبطاً بالتزام تجارى ، إلا أن هذا الارتباط لا يرفع عن كل من المبلتين صفتها المتميزة ، ولا يستوجب استثناء من أحكام القانون المتعلقة بطرق الإثبات ( استئناف مختلط ٦ يونية سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٣ ) .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان طرفاً النزاع تاجرين ، فلا جناح على المحكمة إن هي أحالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعى صدور بيع منه إلى المدعى عليه بقيمة الأشياء المبيعة ، لأن الإثبات في المراد التجارية جائز بكافة طرق الإثبات . وقد اعتبر القانون التجارى في الفقرة التاسعة من المادة الثانية من عملا تجارياً جميع العقود والتمهيدات الحاصلة بين التجار والمتسبين والسيارة والسيارف مالم تكن العقود والتمهيدات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بناء على نص العقد . ولا يخرج تصرف التاجر عن هذا الاعتبار إنكاره لتصرف أو ادعائه ، أنه لا يتجر في =



مدنية ، فنتبع قواعد الإثبات التجارية . وقد يطرح نزاع مدني أمام محكمة تجارية ، فنتبع قواعد الإثبات المدنية (١) .

## ١٨٧ - جميع المسائل التجارية يجوز إثباتها بالبينة وبالقرائن ،

منى فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها : ومنى ثبت للتصرف الصفة التجارية على الوجه الذي قدمناه ، جاز إثباته ، كما سبق القول ، بالبينة وبالقرائن ، أياً كانت قيمة التصرف ، حتى لو كان الأمر يتعلق بجريمة تنطوي على عقد مدني كجريمة التبديد ، فيجوز إثبات عقد الوديعة مثلاً بجميع الطرق أياً كانت قيمة الشيء المودع (٢) .

ومن باب أولى يجوز إثبات الوقائع المادية في المسائل التجارية بجميع طرق الإثبات . مثل ذلك أن يصاب عامل في مصنع ، فلهذا العامل أن يثبت مسئولية صاحب المصنع بجميع الطرق .

بل يجوز أيضاً ، إذا كان التصرف القانوني تجاري ثابتاً بالكتابة ، إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها بالبينة وبالقرائن (٣) . وسنعود إلى هذه المسألة في موضع آخر .

---

١- البضاعة المدعى بشرائها، إذ ليس من شأن هذا الادعاء لو صح أن يجعل التصرف مدنياً (نقض مدني ٢٨ يناير سنة ١٩٥٤ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٦٨ ص ٤٥٨) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة ص ٣٤٠ - ص ٣٤١ وهامش رقم ٦ مكرر - الموجز المؤلف ص ٧٠٩ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كان النزاع من اختصاص المحاكم التجارية وكان الالتزام غير تجاري من جانب المدعي ، فلا يجوز الإثبات ضده بالبينة والقرائن ( استئناف مختلط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ م ١٨ ص ٤٦ - انظر أيضاً : استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٤٢ - ١٨ يونيو سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٧ ) .

والقاعدة في الاختصاص - بالنسبة إلى التصرف القانوني المختلط - أن التصرف إذا كان تجارياً بالنسبة إلى المدعى عليه ، جاز رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية أو المحكمة المدنية . أما إذا كان التصرف بالنسبة إلى المدعى عليه مدنياً ، فلا يجوز رفع الدعوى إلا أمام المحكمة المدنية .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة ص ٢٢٧ - ص ٢٢٨ .  
(٣) فيجوز إثبات أن سبب الالتزام المكتوب غير صحيح ، أو أن هناك تعديلاً شفويًا أجرى فيه ، أو أنه قد انقضى ، وذلك كله بالبينة أو بالقرائن ( أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة ص ٢٢٨ - ص ٢٢٩ ) بودري وبارد ؛ فقرة ٢٥٧٦ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٧٠ - م (م ٢٣ الوسيط - ج ٢)

## الفرع الثاني

### قوة الإثبات المحدودة للبيئة والقرائن

١٨٨ - القاعرة العامة والاستثناءات : رأينا فيما تقدم أن للبيئة والقرائن قوة مطلقة في إثبات الوقائع المادية والتصرفات القانونية التجارية . وتبقى ، بعد ذلك ، التصرفات القانونية المدنية . وهذه ليس للبيئة والقرائن فيها إلا قوة إثبات محدودة . وقد وضع القانون في ذلك قاعدة عامة ، ثم أورد عليها استثناءات معينة .

لكن إذا كانت الكتابة رسمية، ويراد إثبات ما يخالف جزءاً منها لا يجوز إنكاره إلا عن طريق الطعن بالنزير ، فإنه يجب الالتجاء إلى إجراءات هذا الطعن (أوبري وروو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكررة هامش رقم ٢) .

وقد كان القضاء المختلط يجرى في المهد الأول على تحميم الكتابة لإثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها في المسائل التجارية : استئناف مختلط ١٨ فبراير سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١١١ - ٧ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٨٠ - ٣ فبراير سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٢٣ - ٢١ مارس سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٦٥ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١١ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٥٤ - ١٥ أبريل سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٢ . ثم عدل عن هذا الخطأ ، ورجع إلى المبدأ الصحيح ، فأجاز إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها في المسائل التجارية بالبيئة والقرائن : استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٥٦ - ٢ يناير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٨١ - ٢٥ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٦٨ - ٧ أبريل سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ١٣٠ .

وغنى عن البيان أن إثبات المواد التجارية بالبيئة والقرائن ليس فحسب جائزاً فيما بين المتعاقدين ، بل هو أيضاً جائز بالنسبة إلى الغير . وقد قضى ، تطبيقاً لذلك ، بأن عقد الإيجار الذي يتم بين تاجر السيارات وأحد عملائه ، وبمقتضاه يؤجر التاجر للميل سيارة تصبح ملك الميل بعد الوفاء بالأقساط ، يجوز لتاجر السيارات أن يثبت بالبيئة في مواجهة الغير ( استئناف مختلط ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٥٩ ) . أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢١٦ ص ٤٠٢ .

أما إذا اتفق تاجران على أن يكون الإثبات بينهما بالكتابة ، فإنه لا يجوز لأى منهما أن يثبت ما يخالف هذه الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة (انظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٩٤ ص ٢٤٢ والأحكام التي أشار إليها) .

أما القاعدة العامة فهي ذات شقين : (أولاً) لا يجوز اثبات التصرفات القانونية المدنية ، إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات ، إلا بالكتابة . (ثانياً) وحتى إذا كان التصرف القانوني المدني لا يزيد قيمته على عشرة جنيهات . فإنه إذا كان ثابتاً بالكتابة ، لم يجوز اثبات ما يخالف هذه الكتابة أو يتجاوزها إلا بالكتابة . ونرى من ذلك أن هذه القاعدة العامة تضيق من نطاق الإثبات بالبينة والقرائن ، وتجعل قوة هذين الطريقتين في الإثبات محدودة فلا يجوز أن تثبت بهما التصرفات المدنية التي تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، بل وتلك التي لا تزيد قيمتها على هذا المقدار إذا كانت مكتوبة ويراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يتجاوزها . وغنى عن البيان أن هذا الميدان الذي استبعد فيه الإثبات بالبينة والقرائن ذو نطاق واسع ، فهو يستغرق الكثرة الغالبة من التصرفات المدنية التي تكون عادة محلاً للتقاضى . ومن ثم كانت البينة والقرائن ذات قوة في الإثبات جد محدودة في ميدان التصرفات القانونية المدنية .

على أن هذين الطريقتين تعود لهما قوتها المتألفة في الإثبات في الاستثناء الذي أورده القانون على القاعدة العامة التي أسلفناها . وهو الاستثناء لم أيضاً شقان : (أولاً) يجوز مع ذلك الإثبات بالبينة والقرائن فيما زاد على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يتجاوزها إذا كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة . (ثانياً) ويجوز أيضاً الإثبات بالبينة والقرائن فيما زاد على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يتجاوزها إذا وجد رافع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها بعد الحصول عليها . ونرى من ذلك أن البينة والقرائن ، وقد كانت قوتها محدودة في القاعدة العامة ، انطلقت في الاستثناء ، وأصبح من الجائز اثبات جميع التصرفات المدنية بهما عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو عند قيام المانع (١) .

ونبحث الآن القاعدة العامة ثم الاستثناءات .

---

(١) والقاعدة بشقيها والاستثناء بشقيه تعتبر حصماً من مسائل القانون ، فيخضع تطبيقها لرقابة محكمة النقض (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٦ ص ٣٨٥ - بلانسيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٦ ص ٥٥٨ - دي باج ٣ فقرة ٩٣٢) . على أنه لا يجوز إدارة منه المائل لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأنها ليست من مسائل النظام العام كما سئرى .

# المبحث الأول

## القاعدة العامة

١٨٩ - الأصل التاريخي لهذه القاعدة : نبتت هذه القاعدة في القانون الفرنسي القديم . وقد كان هذا القانون كغيره من القوانين القديمة<sup>(١)</sup> ، يجعل البينة هي الأصل في الإثبات ، فيجوز إثبات أى التزام بها أبا كانت قيمته<sup>(٢)</sup> .

وبقيت هذه الحال سائدة إلى أن انتشرت الكتابة ، وبدأ الناس يألفون تدوين عقودهم ومعاملاتهم . فصدر قانون في فبراير سنة ١٥٦٦ ، سمي «أمر مولان» (Ordonnance Moulins) ، تقضى المادة ٥٦ منه بوجود تدوين المعاملات

---

(١) فالفقه الإسلامي لا يمتد بالكتابة اعتداده بالشهادة . فالشهادة عنده هي البينة التي لها المقام الأول في الإثبات . أما الكتابة فيحذر منها كل الحذر ، لأن الخطوط — كما يقول الفقهاء — قابلة للمشاهدة والمحاكاة .

والواقع من الأمر أن الكتابة لم تكن في العصور الأولى التي ترعرع فيها الفقه الإسلامي منتشرة بين الناس ، ولم يكن فن الخط قد تقدم تقدمه في العصور التي تلت ، فكان من الصعب الاعتماد على الكتابة في الإثبات ( انظر في هذا المعنى موران Morand : دراسات في الفقه الإسلامي الجزائري ص ٣١٣ - ص ٣١٨ ) .

وقد أتى القرآن الكريم في آية المدائنة بأرق مبادئ الإثبات في العصر الحديث . قال الله تعالى : «يأبى الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ، وليكتب بينكم كاتب بالعدل ، ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله ، فليكتب ، وليلمّل الذي عليه الحق وليتق الله به ولا يبغض منه شيئاً» . فالأولوية في الإثبات إذن للكتابة . ولكن لما كانت حضارة العصر تنصر دون ذلك ، وتقف عن مجاراة هذا التقدم ، لم يستطع الفقهاء إلا أن ينابروا حضارة عصرهم ، فإذا بالفقه الإسلامي يرتفع بالشهادة إلى مقام تنزل عنه الكتابة فزولا بيناً . ومن العجيب أن عصر التقليد في الفقه الإسلامي لم يدرك العوامل التي كانت وراء تقديم الشهادة على الكتابة ، فظل يردد ما قاله الفقهاء الأولون في تقديم الشهادة ، وذلك بالرغم من أنهم كانوا يستطيعون أن يقبلوا الوضع فيقدموا الكتابة ، يؤازروهم في ذلك انتشار الكتابة ، وتظاهرهم آيات القرآن الكريم . (٢) وقد رأينا أن المثل كان قد درج في القانون الفرنسي القديم على أن «الشهادة فوق الكتابة» أو كما يقول لوازيل Loisel :

Témoins passent lettres (Institutes Coutumières, liv. V, tit V, régl. 5)

التي تزيد قيمتها على مائة جنيه فرنسي في ورقة رسمية أمام موثق العقود، وذلك نظراً للشكوى التي تردت من عيوب الإثبات بالشهادة . وهذه الورقة هي وحدها التي تكون دليلاً للإثبات ، دون أن تقبل البيئة فيما يجاوز هذا الدليل الكتابي ، أو فيما يدعى أنه اتفق عليه قبل كتابة الدليل أو في أثناء كتابته أو بعد الكتابة (avant icelui, lors et depuis). ولا يخل هذا الحكم بجواز إثبات التعامل في ورقة عرفية . وبعد مائة عام من صدور هذا الأمر صدر أمر آخر يؤكد في سنة ١٦٦٧ ، وهو قانون لويس الرابع عشر في الإصلاح القضائي ، ويقضى بوجوب تدوين المعاملات التي تزيد قيمتها على مائة جنيه ، ولو كانت ودائع اختيارية ، في أوراق رسمية أو عرفية . ولا يقبل الإثبات بالبيئة لما يخالف ما اشتملت عليه هذه الأوراق أو يجاوزه ، ولا لما يدعى أنه اتفق عليه قبل الكتابة أو في أثناءها أو بعدها ، ولو لم تجاوز القيمة مائة جنيه ، دون أن يخل ذلك بما قد جرى العمل عليه أمام القضاة والقناصل في المسائل التجارية (١).

وبقي هذا النص معمولاً به في القانون الفرنسي القديم . ثم نقله التقنين المدني الفرنسي نقلاً يكاد يكون حرفياً ، فنصت المادة ١٣٤١ من هذا التقنين على أنه « يجب إعداد ورقة رسمية أو عرفية لإثبات الأشياء التي تزيد قيمتها على مائة وخمسين فرنكاً ، ولو كانت ودائع اختيارية . ولا تقبل البيئة فيما يخالف أو يجاوز مشتملات هذه الأوراق ، أو فيما يدعى أنه وقع قبل كتابتها أو في أثناء الكتابة أو بعدها ،

---

(١) ونثبت هنا الأصل الفرنسي لهذا النص الهام ، فهو المصدر التاريخي المباشر لقاعدة من أهم قواعد الإثبات ، وهو في الوقت ذاته بقرب كثيراً من نص المادة ١٣٤١ من التقنين المدني الفرنسي :

Seront passés actes par devant notaires ou sous signature privée, de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent livres, même pour dépôts volontaires, et ne sera reçue aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent livres, sans toutefois rien innover pour ce regard, en ce qui s'observe en la justice des juges et consuls marchands.

( Art. 2. Titre XX. Ordonnance de 1667 ) .

ولو كانت القيمة تقل عن مائة وخمسين فرنكاً . وهذا كله دون إخلال بأحكام قوانين التجارة (١) .

وقد جعل قانون نابلون نصاب البيئة مائة وخمسين فرنكاً، وكانت في القانون الفرنسي القديم مائة جنيه وقيمتها كانت تبلغ نحواً من ألفين من الفرنكات . وقد نزل نصاب البيئة إلى هذا المقدار نظراً لزيادة انتشار الكتابة كما قال جوبير (Jaubert) في تقريره عن هذا النص (٢) ، ثم نقصت قيمة الفرنك فصدر قانون أول أبريل سنة ١٩٢٨ يرفع نصاب البيئة إلى خمسمائة فرنك . ثم هبطت قيمة الفرنك بعد ذلك هبوطاً جسيماً ، فصدر قانون ٢١ فبراير سنة ١٩٤٨ يرفع النصاب مرة أخرى إلى خمسة آلاف من الفرنكات . وفي مصر قرر نصاب البيئة منذ التقنين المدني السابق بعشرة جنيهات . ولم يتغير هذا النصاب في التقنين الجديد ، وإن كانت قيمة العملة قد نزلت نزولاً كبيراً ، للمعادلة ما بين هذا النزول الكبير وزيادة انتشار الكتابة .

وزى مما تقدم أن «أمر مولان» كان هو نقطة التحول عن البيئة إلى الكتابة . وقد ذكر الأمر لهذا التحول سببين : (أولهما) ما تنطوي عليه الشهادة من خطر ، ليس فحسب من حيث فساد ذمة الشهود ، بل أيضاً من حيث ضعف ذاكرتهم واحتمال تطرق السهو والنسيان إليها . (والثاني) ما يستتبع السماح بالبيئة في الإثبات من كثرة القضايا التي ترفعها الناس اعتماداً على سهولة اصطیاد الشهود وشراهم عند الضرورة ، وما يترتب على ذلك من ازدحام المحاكم بالقضايا وتراكم هذه القضايا وتعقدها وطول إجراءاتها . ويضيف «بارتان» سبباً ثالثاً ، هو ما ينطوي

(١) وهذا هو الأصل الفرنسي لنص المادة ١٣٤١ ، لمقارنته بمصدره التاريخي المتقدم الذكر :

Art. 1341 : Il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de toutes choses excédant la somme ou la valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

انظر في هذه المسألة أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ١ .

(٢) فينيه (Fenet) ١٣ ص ٣٩٦ — لوكريه (Loché) ١٢ ص ٥٢٧ .

عليه التصرف القانوني من دقة تضيق بها الشهادة . فالشهود قد يستطيعون رواية واقعة مادية . أما أن يرددوا عبارات تم بها التصرف القانوني ترديداً صادقاً أميناً فهذا ما ينوء به كاهل الكثرة الغالبة من الشهود (١) .

## ١٩٠ - هل نعبر هذه القاعدة العامة بتفريها من النظام العام :

بقي ، قبل الدخول في تفصيلات هذه القاعدة العامة ، أن نبين هل هي تعتبر

(١) بارتان على أوبري ورد ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ٣ مكرر . يضاف إلى هذه الأسباب الثلاثة أن التصرف القانوني هو الذي تستطاع تهيئة الدليل الكتابي له عند وقوعه . فهو وحده الوثيقة القانونية التي تقبل عادة للدليل المهيأ (preuve préconstituée) . هذا إلى أن الإرادة في القديم كانت الشكلية تحوطها فتجعلها بمنجاة من الغلط والسهو والتدليس والإكراه وغير ذلك من الشوائب . فلما زالت الشكلية في انعقاد التصرف القانوني . حلت الكتابة محلها في إثباته . وما الكتابة إلا ضرب من ضروب الشكلية ، أكثر مرونة وأقل تعقيداً وأيسر كلفة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «ويرجع ما أساب قيمة حجية البينة من تطور إلى عدم التيقن من سلامتها . وقديماً كان الإثبات بالبينة جائزاً في الشرائع اللاتينية دون قيد ، بسبب شكلية التصرفات القانونية بوجه خاص . وكانت القاعدة السائدة إذ ذاك تقديم البينة على الكتابة . وقد أبقي تقنيننا المرافعات الألماني والنمساوي على هذه القاعدة . ولكن سلطانها تزعزع في فرنسا من جراء التطور الذي بدأ بصدور أوامر مولان في سنة ١٥٦٦ . وقد عرض واضعو المشروع الفرنسي الإيطالي لمسألة الإثبات بالبينة ، وجعلوا منها محلاً لنقاشهم ( أنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع الفرنسي الإيطالي ) ، وانتهوا من ذلك إلى أن العدول عن نظام تقييد الإثبات ، وعن إيثار الدليل الكتابي بالصدارة ، إن هو إلا نكوص عن المضي في سبيل التقدم . وليس يقتصر الأمر في توجيه تقييد الإثبات بالبينة على خطر إغراء الشهود والادلاء بالشهادة زوراً ، بل هو يجاوز ذلك بوجه خاص إلى ما يقع من أخطاء الشهود بسبب ما قد يعوزهم من دقة الملاحظة ، أو قوة الذاكرة ، فضلاً عن ندرة احتمال وجودهم إذا كان المهتد قد تقادم على الوقائع . والواقع أن تحريف الشهادة أو تلفيقها لا يعتبر أهم خطر يعرض بشأن الإثبات بالبينة . وإنما يمثل هذا الخطر في انتفاء ضمانات فعلية لا حيلة للقانون فيها . فقد أسفرت أحدث الدراسات النفسية ، كما أسفرت تجارب القضاء ، عن تناقض أقوال من يسمون من الشهود في يوم وقوع الحادث ، مع القطع بتوافر حسن النية فيهم . فأى ضمان يكفل صحة الشهادة ودقتها إذا سمع الشهود بعد ذلك بعشر سنوات أو أكثر ، وأنى لذى الشأن ببقاء الشهود على قيد الحياة وإلمامه بمصائرهم إذا قدر إجراء التحقيق بعد زمن طويل ؟ والحق إن ما يعد ذوو الشأن من المحررات عند إنشاء التصرف القانوني كقيل بتحامي هذه الأخطار جميعاً . فإذا قرن ذلك بشيوع انعقاد التصرفات بالكتابة ، وتواصل الاطمئنان إليها في تقاليد العمل والتشريع ، ظهر وجه الإبقاء على قاعدة تقييد الإثبات بالبينة وإيثار الكتابة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٤ - ص ٢٩٥) .

من النظام العام . فانها إذا اعتبرت كذلك ، لم يجز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ولا أن يكون الإثبات بالبينة فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . ثم يكون للمحكمة أن تفضى بهذه الأحكام من تلقاء نفسها ، ولا تعتد بنزول الخصوم عنها ، ويجوز التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض . ونبحث هذه المسألة الهامة في القانون الفرنسى ، ثم فى القانون المصرى .

### القانون الفرنسى : الفقه والقضاء فى فرنسا مختلفان فيما إذا كانت هذه

القاعدة تعتبر من النظام العام . فالفقه الفرنسى يذهب إلى وجوب اعتبارها من النظام العام<sup>(١)</sup> ، كما يبدو من الأسباب التى ذكرت فى أمر مولان (Moulins) وهو أول سند تشريعى لهذه القاعدة . والفقه ، وهو يأخذ فى شبه إجماع<sup>(٢)</sup> بهذا الرأى ، يستند إلى الحججتين الآتيتين : (أولاً) أن القانون فى تنظيمه طرق الإثبات إنما يبنى الوصول إلى خير الحلول لحسم النزاع ما بين الأفراد ، ومن ثم فهو يمس تنظيم القضاء نفسه ، وتنظيم القضاء يعتبر من النظام العام<sup>(٣)</sup> . (ثانياً) أن

(١) تولىه ٩ لفقرة ٣٦ — فقرة ٤١ — ماركاديه م ١٣٤٨ فقرة ٨ — لارومبيير ٥ م ١٣٤٧ فقرة ١ — فقرة ٢ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٢١٣ — لوران ١٩ فقرة ٣٩٧ — أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ ص ٢٩٩ وهامش رقم ٥ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥١٧ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٤ وقارن فقرة ١٢٨٧ — كولان وكايبتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٧٣ — جوسران ٢ فقرة ٢٠٣ — ليبال (Le Balle) فى الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات فى القانون المدنى رسالة من باريس سنة ١٩٢٣ — سيسيوريانو (Sescioreano) فى الاتفاقات الخاصة بإثبات براءة ذمة المدين رسالة من باريس سنة ١٩٢٠ — قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ . (٢) ذلك أن هناك من الفقهاء الفرنسيين من يذهب مع القضاء الفرنسى إلى أن هذه القاعدة لا تعتبر من النظام العام : ديرانتون ١٣ فقرة ٣٠٨ وفقرة ٣٢٩ — بونيه ١ فقرة ١٧٧ — هيك ٨ فقرة ٢٩٠ — بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش ٣ مكرر — هيمار ٢ فقرة ١٨٠٨ .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ — ويقول بيدان وپرو فى هذا المعنى إن القضاء ، بعد أن كان فى القديم ذا صبغة تعاقدية فيما بين الخصوم ، أصبح الآن من شؤون الدولة . ومنذ رأى المشرع من المناسب أن يتدخل ليحد من تحكم القاضى وبمنه من أن يكل نفسه إلى محض اقتناعه ، فقد قدر أن حسن تنظيم القضاء يجب حتماً أن يملو على المصالح الخاصة للخصوم ، مهما كانت هذه المصالح مشروعة ، وإلا كان من الأيسر أن تترك للقاضى حرية كاملة فى الإثبات (بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٤) .



الاعتبار الأساسى الذى استند إليه المشرع فى تحريم البيئة إلا فى حدود ضيقة هو أن السماح بها يفسح المجال للإكثار من رفع القضايا وازدحام المحاكم بها اعتماداً على تصيد الشهود وشرائهم عند الاقتضاء ، وهذا الاعتبار يتصل أوثق الاتصال بالنظام العام<sup>(١)</sup> . ويرتب الفقه الفرنسى على أن القاعدة تعتبر من النظام العام أنه لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالبيئة أو بالقرائن فيما يزيد قيمته على النصاب ، أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ولو لم تزد قيمته على النصاب . كذلك لا يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا يزيد قيمته على النصاب<sup>(٢)</sup> . ويستوى فى ذلك أن يكون الاتفاق ما بين الخصوم على ما يخالف القاعدة واقعاً قبل رفع النزاع إلى المحكمة أو بعد رفعه ، ففي الحالتين يكون الاتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العام<sup>(٣)</sup> . وللقاضى أن يحكم من تلقاء نفسه ، دون طلب من الخصوم بل بالرغم

(١) وجاء فى الموجز للمؤلف ، فى هذا الصدد ما يأتى : « عندما يتطلب القانون دليلاً كتابياً ، يبرر الفقهاء ذلك عادة باعتبارات ثلاثة : (أولها) حرص القانون على التقليل من المنازعات والخصومات ، لأن الدائن إذا علم أن الدليل الكتابى واجب حرص على الوصول إليه ، فلا يصير للمدين مجال كبير لإنكار الدين ومنازعة الدائن . وكذلك الأمر من جهة الدائن الذى لم يصل إلى الدليل الكتابى المطلوب ، فان أمله فى كسب الدعوى يكون ضعيفاً فيبعد عن التفكير فى الاتجاه إلى التقاضى . (ثانياً) عدم الطمأنينة إلى شهادة الشهود ، فإن الذاكرة البشرية يتطرق إليها من عوامل الضعف ما لا يعترى الورق المكتوب ، ولا يمكن الاحتراز من السهو والنسيان (ثالثاً) عدم الثقة بالشهادة فى جميع الأحوال ، فاحتمال شراء الشهود أو التأثير فيهم ليقرروا غير الواقع احتمال يتحقق كل يوم . والاعتباران الأولان من شأنهما أن يجعلتا القاعدة التى تتطلب الدليل الكتابى من النظام العام ، بمكس الاعتبار الثالث (الموجز ص ٧٠٠ هامش رقم ٧) .

(٢) وهناك من يذهب إلى التمييز بين الاتفاق على الإثبات بالبيئة حيث يجب الإثبات بالكتابة — وهذا لا يجوز لأن الأصل فى إثبات التصرفات المدنية هى الكتابة فلا يجوز الاتفاق على الإثبات بغيرها — وبين الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يجوز الإثبات بالبيئة، وهذا يجوز لأن الإثبات بالبيئة فى التصرفات المدنية استثناء فالإتفاق على الرجوع إلى الأصل جائز . (Juris-classeur ١٥١ م ١٣٤١-١٣٤٤ فقرة ٩ — فقرة ١٧) .

(٣) ويميز بعض بين الاتفاق مقدماً على طريق للإثبات غير الذى عينه القانون ، كتابة أو بيئة — وهذا لا يجوز ، لأن النزاع لم يتحدد، فلا يجوز تقييد الخصم مقدماً ، قبل معرفة حدود النزاع، بطريق للإثبات لم يعينه القانون — وبين الاتفاق على طريق للإثبات بعد قيام النزاع ومعرفة حدوده ومداه ، ولو كان هذا الاتفاق ضمنياً بدم اعتراض الخصم على طريق الإثبات التى سلكه خصمه — وهذا جائز لأن النزاع قد تحدد والخصم قد قبل هذا الطريق للإثبات وهو عالم بمدى النزاع وأهميته فلا غرر فى ذلك (Juris-classeur ١٥١ م ١٣٤١-١٣٤٤ فقرة ٩ — فقرة ١٧) . =

من تنازلم أو من اتفاقهم على العكس ، بوجوب تطبيق الأحكام التي تقضى بها هذه القاعدة . وللخصوم أن يتمسكوا بهذه الأحكام ، ولو لأول مرة ، أمام محكمة النقض .

أما القضاء الفرنسي فيذهب ، في شبه إجماع كذلك ، إلى أن القاعدة وإن كانت تتعلق بالمصلحة العامة إلا أنها ليست من النظام العام<sup>(١)</sup> ، وذلك للاعتبارين الآتين : (أولاً) أن الإثبات إنما يتناول حقوقاً فردية للخصوم ، وللخصم أن ينزل عن حقه ، فيملك من باب أولى أن يتفق مع خصمه على طريق إثباته<sup>(٢)</sup> . (ثانياً) أن موقف القاضى في الإثبات هو موقف الحياد التام ، والخصوم وحدهم هم الذين يقومون بالنشاط الإيجابي في الإثبات . فلهم ، إذا شاءوا ، أن يعينوا بالاتفاق فيما بينهم الطرق التي يثبتون بها حقوقهم دون تدخل من القاضى . ولا

= بل هناك من يميز بين سكوت الخصم وعدم اعتراضه على طريق الإثبات الذي سلكه خصمه - وهذا السكوت لا يمتد به ويحتم القاضى أن يكون طريق الإثبات هو الطريق الذي عينه القانون - وبين رضاه الخصم بطريق الإثبات الذي سلكه خصمه رضاه صريحاً - وهذا الرضاء الصريح يعتد به فيقر القاضى طريق الإثبات الذي ارتضاه الخصم . ولا مبرر لتفريق ما بين الرضاء الصريح والرضاء الضمنى ، فإذا جاز الرضاء الصريح وجب أن يجوز الرضاء الضمنى ، وإذا لم يجز الرضاء الضمنى وجب ألا يجوز الرضاء الصريح ( انظر في هذه المسألة أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ هامش رقم ٥ ) .

(١) ويقول القضاء الفرنسى في هذا المعنى :

L'art. 1341 est bien d'intérêt général, mais non d'ordre public.

( نقض فرنسى ٢٤ أغسطس سنة ١٨٨٠ دالوز ٨٠-١-٤٧٧-٢١ أبريل سنة ١٨٨٦ دالوز ٨٦-١-٣٩٣-١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٣-١-٧٦-أول أغسطس سنة ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٩-١-٣٩٨ ) - وهكذا من يجب أن القاعدة قد استلهمت في المكان الأول اعتبار تقليل المنازعات ، بعدم الالتجاء إلى الشهادة بقدر الإمكان ، يعتبرها من النظام العام . ومن يحسبها قد استلهمت كأساس لها عدم الثقة في أمانة الشهود ، لإمكان التأثير فيهم ، لا يعتبرها من النظام العام (Juris-classeur) ١٥١ م ١٣٤١-١٣٤٤ فقرة ٩ - فقرة ١٧ - انظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٧٠٠ هامش رقم ٧ ) .

(٢) ويقال في هذا المعنى إن الاتفاق على طريق الإثبات يمكن أن يكون عند تحليله بمثابة نزول عن الحق ، إما نزولاً غير مقيد أو نزولاً مطلقاً على شرط . فالاتفاق على إثبات حق هو اتفاق على الحق ذاته . فإذا كان صاحب الحق يمكنه أن يتصرف في حقه ، فإنه يستطيع كذلك أن ينظم بالاتفاق طرقاً لمنحه أو منعه ، ومن ثم يستطيع أن يخضمه لطريق معين للإثبات ( بلانول وويير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ ) .

يتدخل المشرع ، في رسم طرق الإثبات ، إلا إذا لم يتفق الخصوم ، صراحة أو ضمناً ، على شيء من ذلك (١) .

ويرتب القضاء الفرنسي على أن القاعدة لا تعتر من النظام العام عكس النتائج التي يربنها الفقه الفرنسي على أن القاعدة تعتبر من النظام العام . فيجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما تزيد قيمته على النصاب ، أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ولو لم تزد قيمته على النصاب (٢) . ويجوز الاتفاق كذلك على الإثبات بالكتابة فيما لا تزيد قيمته على النصاب (٣) ويستوى في هذا الجواز أن يكون الاتفاق واقعاً قبل رفع النزاع إلى المحكمة أو بعده (٤) . وليس للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بوجوب تطبيق الأحكام التي تقضى بها هذه القاعدة إذا نزل الخصوم عن التمسك بها صراحة أو ضمناً ، أو حتى إذا اقتصر الخصم على عدم الاعتراض على خصمه وهو يخالفها في إثبات ما يدعيه (٥) . وليس للخصوم أن يتمسكوا بهذه الأحكام لأول مرة أمام محكمة النقض (٦) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٢٨ .

(٢) محكمة رن الاستئنافية ٢٥ فبراير سنة ١٨٤١ سيريه ٤١ - ٢ - ٤٢٧ - قارن : نقض فرنسي ٦ يناير سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ١١٦ - ٢٤ مارس سنة ١٩٤٢ دالوز ١٩٤٢ - ٦٤ - ٣ أغسطس سنة ١٩٤٩ جازيت دي پاليه ١٩٤٩ - ٢ - ١٠٦ - بل ويجوز الاتفاق على إعطاء القاضي حرية كاملة في الحكم بمقتضى اقتناعه الشخصي (نقض فرنسي ١٢ ديسمبر سنة ١٩١١ دالوز ١٩١٢ - ١ - ١٥٨) .

(٣) بل ويجوز الاتفاق على أن يقصر الإثبات على طريق محدود في طبيعته وفي شكله (نقض فرنسي ٨ أغسطس ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٤٨ مع تعليق شوفجران (Chauvegrin) - ١٠ مارس سنة ١٨٧٦ سيريه ٧٧ - ١ - ٣٣٨ - ٢٣ نوفمبر سنة ١٨٩١ سيريه ٩٥ - ١ - ١٠٢ - ٣٠ يولييه ١٨٨٤ دالوز ٨٥ - ١ - ٤٣٩ - ٦ أغسطس ١٩٠١ دالوز ١٩٠١ - ١ - ٤٧٢) .

(٤) Juris - classeur ١٥١ م ١٣٤١ - ١٣٤٤ فقرة ٩ - فقرة ١٧ .

(٥) نقض فرنسي أول أغسطس ١٩٠٦ دالوز ١٩٠٩ - ١ - ٣٩٨ - ٦ يناير سنة ١٩٣٦ جازيت دي پاليه ١٩٣٦ - ١ - ٥٧٦ (يعتبر الخصم متنازلاً عن حقه في التمسك بالإثبات بالكتابة إذا اشترك في التحقيق الذي أمرت به المحكمة أو طلب إجراء تحقيق مضاد لنق التحقيق الأول) - نقض فرنسي ٥ مايو سنة ١٩٤١ سيريه ١٩٤١ - ١ - ١٧٤ (وكذلك إذا حضر أمام الجب) - محكمة كولمار ٤ نوفمبر سنة ١٩٣٢ جازيت دي پاليه ١٩٣٣ - ١ - ٢٣٢ (بل إذا هو لم يعارض في إجراء التحقيق) .

(٦) نقض فرنسي ٢٦ يونيو سنة ١٨٨٢ دالوز ١٨٣ - ٧٨ - ٨ يونيو سنة ١٨٩٦ =

**القانون المصري :** أما في مصر ، وفي عهد التقنين المدني السابق ، فقد كان الفقه والقضاء متفقين على أن القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، إذا كانت تجيز البيئة ، لا تعتبر من النظام العام : فيجوز للطرفين أن يتفقا على أن الإثبات لا يكون إلا بالكتابة حتى لو لم تزد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات<sup>(١)</sup> .

= دالوز : ١٨٩٧ - ١ - ٤١٤ - ١٥ ديسمبر سنة ١٩٠٣ سيرة ١٩٠٧ - ١ - ٣٩٦ - ٢٢  
فبراير ١٩١١ دالوز ١٩١٣ - ١ - ٣٦٠ - ٢٦ مارس سنة ١٩٣٥ سيرة ١٩٣٦ - ١ -  
١٨١ - ٦ يناير سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ١١٥ - ١٢ مايو سنة ١٩٣٦  
دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٤١٠ - ٢٤ مارس سنة ١٩٤٢ دالوز ١٩٤٢ - ٦٤ - ١٩  
يونيه سنة ١٩٤٧ جازيت دي باليه ١٩٤٧ - ٢ - ٨٤ ، محكمة النقض البلجيكية ٣٠ يناير  
سنة ١٩٤٧ باسيكريزي ١٩٤٧ - ١ - ٢٩ .

أنظر في أحكام القضاء الفرنسي في هذه المسائل بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٠ -  
بيدان وپرو ٩ فقرة ١١٥٥ .

(١) والتون ١ ص ٣١٩ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٩٣ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة فيما لا يزيد على عشرة جنيهات ، كما إذا اتفق على ألا يعتبر السداد إلا بإيصال أو استلام سند الدين مؤشراً عليه بالسداد ( استئناف مصر ١٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المحاماة ٨ رقم ١٣٣ ص ١٨٠ - أنظر أيضاً : استئناف أهل ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧ ص ١٣ - ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٦ الاستقلال ٥ ص ١٧٠ - ١٨ يناير سنة ١٩٠٩ المحقوق ٤ ص ٢٦٧ - الأقصر ١٤ أبريل سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ٣٤ ص ٢٠٧ ) . وقضت محكمة الاستئناف الوطنية بأنه متى نص في عقد ولو في مسائل التجارة على أن براءة الذمة لا تثبت إلا بتسليم السند أو بمخالصة بالكتابة ، فالإثبات لا يمكن حصوله بالبيئة ( استئناف أهل ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية ٦ رقم ٧ ) . وقضت محكمة جرجا بأن اشتراط المدين على نفسه في سند دين قيمته أربعمئة قرش عدم الإدعاء ببرائة ذمته إلا باستلام السند نفسه أو مخالصة مضاة من الدائن ، وألا عبءة بالإثبات بالبيئة ، هو شرط يجب اعتباره صحيحاً ، فإن الشارع وضع حداً للشهادة الشفوية تخوفاً منها واحترازاً ، وإنما أجازها القانون في الأحوال التي أجازها لفائدة المتعاقدين الذين لهم التنازل عنها ( جرجا ١٣ أكتوبر سنة ١٩٠٢ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠ ) . وقضت محكمة الأقصر بأن الشرط الذي يذكر في سند دين بخمسة قرش على أن الدفع لا يثبت إلا بالكتابة ، وأن الإثبات بالبيئة لا يقبل ، هو شرط صحيح لأنه لا يخالف النظام العام (الأقصر ١٦ ديسمبر سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١١) . وقضت محكمة عابدين بأنه إذا نص في السند على أنه لا تبرأ ذمة المدين من المبلغ المبين به إلا باستلامه مؤشراً عليه بالسداد ، وأنه لا تجوز الشهادة في ذلك ، كان طلب المدين الإحالة على التوفيق لإثبات براءة ذمته من جزء من المبلغ غير مقبول ( عابدين ١٤ يونيه سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٥١٥ ص ١٢٤٠ ) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الاتفاق في سند الدين على أن الوفاء يجب إثباته بالكتابة ، ولا يجوز إثباته بالبيئة حتى فيما يجوز قانوناً =

أما إذا كانت قواعد الإثبات تتطلب الكتابة : فقد كان هناك رأى يعتبر هذه  
استثناء من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالبيينة ، بل  
لا يجوز نزول أحد الطرفين عن حقه في الإثبات بالكتابة أثناء رفع الدعوى ،  
وللقاضى من تلقاء نفسه أن يرفض الإثبات بالبيينة حتى لو قبلها الخصمان (١) .  
وذلك هناك رأى ثان يميز بين الحالتين ، فلا يجوز الاتفاق مقدماً على جواز  
الإثبات بالبيينة ، ولكنه يجوز تراضى الخصمين أثناء رفع الدعوى على قبول  
البيينة في الإثبات إذ يكون قد تبين لها مدى النزاع وأهميته (٢) . وكان

= إثباته بالبيينة ، هو اتفاق صحيح ويجب إعماله (استئناف مختلط ١٩ يناير سنة ١٩١٦ م ٢٨  
ص ١١٥ - أنظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٦ - ٥ أبريل  
سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٣٤ - ٣١ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٤٠ ) .

(١) الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٩٢ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن  
الإثبات بالكتابة فيما زاد على ألف قرش هو أمر من النظام العام ، وبأن للمحكمة أن تحكم بعدم  
جواز الإثبات بالبيينة في هذه الأحوال حتى لو قبل الخصوم الإثبات ، كما أن لها أن تحكم بذلك  
في أية حالة كانت عليها الدعوى ( استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٣٧ الهامة ١٧ رقم ٥٣٥  
ص ١٠٥٣ ) . وقضت محكمة بنى سويف الكلية بأنه لا يجوز للخصوم الاتفاق على ما يخالف  
القاعدة المقررة في المادة ٢١٥ مدني ( م ٤٠٠ جديد ) التي تقضى بعدم جواز الإثبات بالبيينة فيما  
يزيد على عشرة جنيهات ، إذ أن الشارع في تقريره هذه القاعدة لم يتوخ إلا مصلحة النظام العام  
( بنى سويف الكلية ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٢٢ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٨٨ ) .

(٢) والتون ١ ص ٣١٨ - ص ٣١٩ - وهذا هو الرأى الذى كان القضاء يسير عليه في  
الكثرة الغالبة من أحكامه . والأحكام التي نذكرها فيما يلي تشير إلى جواز تراضى الخصمين أثناء  
الدعوى على قبول البيينة في الإثبات ، ولم يعرض أى من هذه الأحكام إلى جواز الاتفاق مقدماً  
على جواز الإثبات بالبيينة :

قضت محكمة النقض بأن الإثبات بالبيينة في الأحوال التي لا يجوز فيها ذلك ليس من النظام  
العام . فإذا طالب شخص بمبلغ يزيد على الحد الجائز فيه الإثبات بالبيينة والقرائن ، مستنداً في ذلك  
إلى عقد رهن قال إنه سرق منه في حادثة جنائية ، وطلب الإثبات بالبيينة ، ولم يدفع المدعى عليه  
بعدم جواز ذلك ، كما أنه لم يبد اعتراضاً منذ تنفيذ الحكم الصادر بحالة الدعوى إلى التحقيق ،  
فهذا يعتبر قبولاً منه للإثبات بالبيينة يمتنع معه على المحكمة الاستئنافية أن تتعرض من تلقاء نفسها  
لهذا الأمر ( نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ مجموعة ص ٢ رقم ١٠٧ ص ٣١٦ ) . وقضت  
محكمة النقض في دائرتها الجنائية بأن السكوت عن التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبيينة قبل  
البدء في سماع الشهادة مسقط له ، إذ الأصل أن الذى يدمى عليه بحق كما يملك الاعتراف به لصاحبه ،  
فيغنيه من إقامة الحججة عليه به ، يملك التنازل صراحة أو دلالة عن حقه في مطالبة المدعى بالإثبات  
بطريق خاص قائماً منه بغيره ، لأن مراعاة قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ( نقض جنائي  
٨ نولبر سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ١ ص ١٠ ) . وقضت أيضاً بأن الدفع بأن المحكمة أخطأت =

هناك رأى ثالث لا يعتبر هذه القواعد من النظام العام ، دون تمييز بين حالة وحالة فيجيز تراضى الخصمين على قبول البيينة أثناء رفع الدعوى ، بل ويجيز الاتفاق مقدماً على الإثبات بالبيينة ، فعنده أن جميع القواعد المتعلقة بطرق الإثبات ، سواء كانت تحم الكتابة في الإثبات أو تجيز الإثبات بالبيينة ، ليست

= إذ أخذت بشهادة الشهود في إثبات ما تزيد قيمته على ألف قرش ليس من النظام العام، فلا يجوز التمسك به لأول مرة لدى محكمة النقض (نقض جنائي ٢ ديسمبر سنة ١٩٤٠ المحاماة ٢١ رقم ٢٩٤ ص ٦٧٨). وقضت أيضاً بأن سكوت المتهم بالتبديد عن التمسك قبل البدء في سماع شهادة الشهود بحد ذاته يجوز لإثبات تسلمه المال المدعى تبديده بالبيينة مسقط لحقه في الدفع بذلك . إذ الأصل أن المدعى عليه يحق ما دام له أن يعترف بالحق المدعى به فيعفى المدعى من أن يقدم أى دليل عليه ، فإنه يكون له أن يتنازل ولو ضمناً عن حقه في مطالبة المدعى بالإثبات بالطريق المعين في القانون اكتفاء بغيره ، ومراجعة قواعد الإثبات في المواد المدنية لا شأن لها بالنظام العام . وإذن فإذا كان المتهم لم يوجه أى اعتراض على سماع شهادة الشهود قبل البدء في إدلائهم بالشهادة ، حتى ولا بعد الانتهاء من سماعهم ، فإن ذلك منه يعد تنازلاً عن حقه في مطالبة المجنى عليه بالإثبات بالكتابة إذا كان الحق المطالب به مما يجب إثباته بالكتابة ، ويمنع من أن يتمسك بهذا المدفع أمام المحكمة الاستئنافية فيما بعد ( نقض جنائي ٥ يناير سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٢ رقم ٢١٥ ص ٦٣٨ ) . وقضت أيضاً بأن القيود التي جاء بها القانون المدني في مواد الإثبات لم توضع للمصلحة العامة وإنما وضعت لمصلحة الأفراد ، فالمدفع بعدم جواز إثبات الحق المدعى به بالبيينة يجب على من يريد التمسك به أن يتقدم به إلى محكمة الموضوع . فإذا هو لم يترشيثاً من ذلك ، بل ناقش أقوال الشهود الذين سمعوا في مواجهته ، فإنه يعتبر تنازلاً عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون ، ولا يكون له من بعد أن يتمسك بهذا المدفع أمام محكمة النقض ( نقض جنائي ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ١٦٠ ص ٣٧٥ ) . وقضت أيضاً بأن قواعد الإثبات في المواد المدنية ليست متعلقة بالنظام العام ، فيجب على من يدعى عدم جواز إثبات الحق المدعى به بالبيينة أن يدفع بذلك لدى محكمة الموضوع قبل سماع الشهود . فإذا هو لم يتقدم بهذا الدفع إلا بعد سماع الشهود ، فلا يكون له أن يرجع عما سبق أن قبله ضمناً من جواز الإثبات بالبيينة ( نقض جنائي ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٢ رقم ١٥٠ ص ٤٥٦ ) . أنظر أيضاً في هذا المعنى : نقض جنائي ٢٧ أبريل سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٣ رقم ٨١ ص ١٩٧ - ١٩ أبريل سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٥ رقم ١٠١ ص ٥٣٤ - ٥ فبراير سنة ١٩٤٥ المحاماة ٢٧ رقم ١٢٨ ص ٣١٢ - ١٨ ديسمبر سنة ١٩٥٠ المحاماة ٣٢ رقم ١٦٥ ص ١٤٢٣ - ٢٢ يناير سنة ١٩٥١ المحاماة ٣٣ رقم ٨١ ص ١٧٧ - ٤ فبراير سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٤٨١ ص ١١٥٤). ويجوز للخصوم ، بعد أن تراضوا على أن يشهدوا شخصاً معيناً ، أن يشهدوا شاهداً غيره ( نقض مدني ٤ نوفمبر سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٣٥ ص ٦٥٧ ) . ولا يعتبر الاتفاق على إثبات الحالة بمعرفة خبير معين مانعاً من رفع دعوى إثبات الحالة بحجبه يعينه قاضي الأمور المستعجلة (مصر الكلية مستعجل ١٠ أغسطس سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٧٢ ص ٧٥٥) .

من النظام العام (١).

أما التقنين المدني الجديد فقد حسم ، فيما نرى ، هذا الخلاف . فقد قضت الفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ من هذا التقنين بعدم جواز الإثبات بالبينة إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة . ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . فأجاز التقنين الجديد صراحةً الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة في تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات (٢) .

(١) وكان هذا هو رأينا في عهد التقنين المدني السابق . وكنتنا في الموجز في هذا المعنى ما يأتي : ويمكن القول بشيء من التعميم أن عدم اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام هو الرأى الذى يذهب إليه القضاء فى فرنسا ، ويقول به الفقه فى مصر ، ويمنح إليه القضاء المصرى فى بعض تطبيقاته ... ولا يخالفه إلا الفقه الفرنسى دون أن تصل هذه المخالفة إلى حد الإجماع . ونحن نؤيد هذا الرأى ، لأن قواعد الإثبات إذا كانت فى الأصل موضوعة لضمان حسن سير العدالة والتقاضى ، إلا أن هذا لا يمنع الخصوم إذا رأوا ، فيما يتعلق بمصالحهم الشخصية ، ألا بأس عليهم من اتباع قاعدة دون أخرى ، أن يتفقوا على ذلك . فهم أحرار فى تقدير ما يرونه صالحاً ، ما دام الحق المتنازع عليه لا يمس النظام العام . وهم قادرون على التنازل عن هذا الحق ، فيستطيعون ، من باب أولى ، رسم طريق خاص لإثباته . سيما أن القاعدة الأساسية فى النظام القضائى هى حياد القاضى ، وتركه الخصوم يديرون دفة الدعوى كما يريدون فى الحدود المشروعة . ومن رأينا أنه يجوز الاتفاق على الإثبات بالكتابة حيث يجوز الإثبات بالبينة ، ويجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة حيث يجب الإثبات بالكتابة ، سواء كان هذا الاتفاق وقت رفع الدعوى ، أو من طريق تنازل أحد الخصوم عن حقه فى الاستمساك بالإثبات بالكتابة ، أو كان الاتفاق مقدماً قبل قيام النزاع . ولا نستثنى إلا فرضاً واحداً : حيث يكون الحق المتنازع عليه معتبراً من النظام العام ، كما إذا وقع نزاع على الزوجية أو البتة أو نحو ذلك ، وكان الزمانون يتطلب طريقاً معيناً للإثبات ، فلا يجوز للخصوم أن يتفقوا على طريق آخر ، لأن الحق المدعى الذى يراد إثباته من النظام العام ، فيمتنع على الخصوم أن يجحدوا عن الطريق الذى رسمه المشرع لإثبات هذا الحق ، مراعاة للاعتبارات التى لوحظت فى جعل الحق من النظام العام . فالعبرة إذن ليست بقاعدة الإثبات نفسها ، بل بالحق الذى يراد إثباته » (الموجز فقرة ٦٧٠ من ٧٠٠ — ص ٧٠١) .

(٢) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى و هذه المسألة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٧ — ص ٣٩٩) — وأخص ما ورد فى هذه المذكرة صريحاً فى المعنى الذى نقول به ، من أن التقنين الجديد يجيز الاتفاق على الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، هو ما يأتى : « وقد كان المشروع بين أن يرفع قيمة نصاب البينة وبين أن يجيز الاتفاق على مخالفة وجوب الإثبات بالكتابة ، ولا سيما بعد أن قضت محكمة النقض بجواز هذا الاتفاق (نقض مدنى ٧ أبريل سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٣٩ ص ٤٨١ رقم ١٨٨ — ومجموعة أحكام النقض ٢ ص ٣١٦ رقم ١٠٧) . وقد رؤى التمسك مع مذهب هذا القضاء . على أن أمر الخيار فى هذا الشأن لا يزال =

فبالأولى يجوز الاتفاق على وجوب الإثبات بالكتابة في تصرف قانوني لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات<sup>(١)</sup> . كما يجوز الاتفاق على الإثبات بالبينة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . وما دام الاتفاق مقدماً على كل ذلك جائزاً ، فن الجائز أيضاً ، من باب أولى ، أن يتم الاتفاق على كل ذلك بعد رفع النزاع . وقد يفهم مثل هذا الاتفاق دلالة من عدم اعتراض الخصم على طريق الإثبات الذي لجأ إليه خصمه ، ومن مساهمته في هذا الطريق بمناقشته للشهود في التحقيق أو بطلبه استدعاء شهود للنفي أو بأي عمل آخر . ولا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبينة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة ، من غير طلب من الخصوم . كما لا يجوز أن تثار المخالفة للقواعد المتعلقة بطرق الإثبات لأول مرة أمام محكمة النقص ، إذا لم تكن أثرت قبل ذلك أمام محكمة الموضوع . ويجوز ، أخيراً ، الاتفاق على الإثبات بالبينة دون القرائن ، أو على الإثبات بالقرائن دون البينة ، وذلك فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها<sup>(٢)</sup> .

وننتقل الآن إلى القاعدة العامة في كل من شقيها .

= موكولا للاستحسان ، فليس ثمة ما يحول دون العدول عن هذا المذهب والنصر على رفع نصاب الشهادة ، مع حظر الاتفاق على خلاف القواعد المتعلقة بالإثبات . وظاهر أن التقنين الجديد اختار الرأي الأول ، فلم يرفع نصاب الشهادة وأباح الاتفاق على خلاف القواعد المتعلقة بالإثبات . (١) وتقع هذه التعديلات الاتفاقية في طرق الإثبات أكثر ما تقع في العقود مع المترمين بالمرافق العامة ، من ماء ونور ونقل وتأمين وغير ذلك . ويلاحظ عند ذلك أنها تقع في الغالب في عقود إذهان ، فيكون تفسيرها لمصلحة المذعن ، ويجوز أن تكون تعسفية فيبطلها القاضي أو ينتقص منها .

(٢) ويقول بهذا الرأي الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢٠ - ص ٢٢ - انظر أيضاً من هذا الرأي الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات بجزء ٢ في الشهادة ص ٦٧٤ - ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن المقصود بإمكان الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة ١٠٠ هو أن يكون هذا الاتفاق بعد قيام النزاع ، حيث يكون الخصم في موقف يسمح له بتقدير ما يتعرض له بقبول الإثبات بالبينة ، أما الاتفاق سلفاً على التحلل من وجوب الإثبات بالكتابة فإن فيه نوعاً من المضاربة ، هذا إلى أنه من الصعب تصوره ، وإلى أن التقنين الجديد أشار إلى حكم لمحكمة النقص لم يعرض إلا للاتفاق بعد قيام النزاع (أصول الإثبات ص ٣٧٠ - ص ٣٧٣ . انظر أيضاً الأستاذ عبد الباسط جيمبي في نظام الإثبات ص ١٥٨ - ص ١٦٠) . وتأخذ على هذا الرأي أنه يواجه في التقنين الجديد نصاً مطلقاً لا يميز بين اتفاق تم بعد قيام النزاع واتفاق تم قبل ذلك ، فكلاهما جائز بصريح النص . أما =



## المطلب الأول

لا تقبل البينة أو القرائن في تصرفات قانونية تزيد قيمتها على عشرة جنيهات

١٩١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٠ من التقنين المدني

الجديد على ما يأتي :

١ - في غير المواد التجارية ، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضائه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .

٢ - ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف . ويجوز الإثبات بالبينة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل .

٣ - وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة ، جاز الإثبات بالبينة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم في كل وفاء

---

الفرع الذي يمتنع به في حالة الاتفاق قبل قيام النزاع فلم يبلغ من الشأن ما يوجب الاتفاق إلى حد أن يجعله باطلا ، وما أيسر على الخصم أن يتجنبه إذا خشه . بأن ينبذ أى اتفاق من هذا القبيل . وليس من الصعب تصور اتفاق على جواز الإثبات بالبينة قبل قيام النزاع ، ويكفى لتصوره أن يفرض سند الدين مكتوباً وقد نص فيه على جواز إثبات وفاء الدين بالبينة . وإذا كانت المذكرة الإيضاحية قد استشهدت بحكم ورد في حالة الاتفاق بعد قيام النزاع ، فذلك لأن راضع هذه المذكرة لم يكن أمامه حكم ورد في الحالة الأخرى ، فلم يسهل إلا الاستشهاد بذلك الحكم . على أن محكمة النقض ، كما رأيناها ، تطلق القول في أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، ولا تقصر قوتها هذا على حالة دون حالة .

وبرى الأستاذ أحمد نشأت أن المادة ٤٠٠ من التقنين الجديد جاءت مطلقة ، فسوت بين الاتفاق السابق على رفع الدعوى والاتفاق اللاحق ، وكلاهما جائز . ولكنه يرى أنه « كان يحسن بالشارع في القانون المدني الجديد أن يفرق بين حالة الرضا صراحة أو دلالة أثناء سير الدعوى وبين حالة الاتفاق مقدماً عند التعاقد أو قبل رفع أى دعوى حيث يخشى أن يقصد المتعاقدان -

لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات<sup>(١)</sup> .

وتنص المادة ٤٠١ على ما يأتي :

« لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات : »

١ . . . . . ( أ ) . . . . .

« ب ) إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته

إلا بالكتابة . »

« ج ) إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على عشرة

جنيهات ، ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة<sup>(٢)</sup> . »

= المضاربة بالشهود » ( الإثبات ١ ص ٩٩ - ص ١٠٠ ) . واحتمال المضاربة بالشهود أضعف من أن يقوم مبرراً للخروج على أصل ثابت في القانون ، هو أن صاحب الحق إذا استطاع التصرف فيه ، فأولى به أن يستطيع تنظيم طريق لإثباته .

(١) تاريخ النص : ورد نص المادة ٤٠٠ من التقنين المدني الجديد في المادة ٥٣٨ من المشروع

التمهيدى على الوجه الآتي : « ١ - إذا كان الالتزام التعاقدى ، في غير المواد التجارية ، تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز البينة في إثبات وجود الالتزام أو التخلص منه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . ٢ - ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت تمام العقد . ويجوز الإثبات بالبينة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات لم تأت إلا من ضم اللوائد والملحقات إلى الأصل . ٣ - وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ، لم يتم على أيها دليل كتابي ، جاز الإثبات بالبينة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، حتى لو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ، وحتى لو كان منشؤها علاقات بين نفس الخصوم أو عقوداً من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات . وفي لجنة المراجعة غيرت عبارة «الالتزام التعاقدى» بعبارة «التصرف القانوني» في الفقرة الأولى ليكون الحكم أكثر دقة ، فلا يتناول العقود فحسب ، بل ينسحب على سائر التصرفات القانونية ، ولا يخرج من نطاقه إلا الوقائع المادية والتصرفات التجارية . وأضيفت عبارة «ناشئة عن مصادر متعددة» بعد عبارة «طلبات متعددة» في الفقرة الثالثة لتزيد الحكم الوارد فيها وضوحاً ، كما أدخلت بعض تعديلات لفظية أخرى ومنها حذف عبارة «لم يتم على أيها دليل كتابي» لعدم الحاجة إليها ، فأصبح نص المادة مطابقاً تقريباً لما استقر عليه النص في التقنين الجديد ، وأصبح رقمها ٤١٣ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب على النص بعد استبدال كلمة «انقضائه» بعبارة «التخلص منه» الواردة في الفقرة الأولى . ووافقت لجنة مجلس الشيوخ على المادة دون تعديل ، وأصبح رقمها ٤٠٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٣ و ص ٤٠٠ - ص ٤٠١) .

(٢) تاريخ النص : ورد نص المادة ٤٠١ من التقنين المدني الجديد في المادة ٥٣٩ من

المشروع التمهيدى على وجه مطابق تقريباً . وأضافت لجنة المراجعة عبارة «ولو لم تزد القيمة على =

وتقابل هذه النصوص المادتين ٢١٥ - ٢٨٠/٢١٦ - ٢٨١ من التقنين المدني السابق<sup>(١)</sup>.

وتقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري المواد ٥٢ إلى ٥٥ ، وفي التقنين المدني العراقي المواد ٤٨٦ إلى ٤٨٩ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد ٢٤١ إلى ٢٤٦ ، وفي التقنين الليبي المادتين ٣٨٧ - ٣٨٨<sup>(٢)</sup> . وتقابل في التقنين المدني الفرنسي

= عشرة جنهيات ، في صدر المادة ، فأصبحت مطابقة لما استقر عليه النص ، وأصبح رقم المادة ٤١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة الشيوخ تحت رقم ٤٠١ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ و ص ٤٠٤) .

(١) وكانت المادة ٢٨٠/٢١٥ من التقنين المدني السابق تنص على ما يأتي : « في جميع المواد ، ما عدا التجارية ، إذا كان المدعى به عبارة عن نقود أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرش ديواني أو غير مقدرة ، فالأخصام الذين لم يكن لهم مانع منهم من الاستحصال على كتابة مثبتة لدين أو لبراءة لا يقبل منهم الإثبات بالبينة ولا بقرائن الأحوال » .

وكانت المادة ٢٨١/٢١٦ تنص على ما يأتي : « إنما لهم استجواب الخصم على حسب القواعد المقررة في قانون المرافعات للاستحصال على إقراره أو تكليفه بالبينة » .

ولا فرق في الأحكام ما بين نصوص التقنين الجديد ونصوص التقنين القديم ، غير أن النصوص الأولى أدق صياغة وأكثر تفصيلاً ، لا سيما في تحديد أن المراد هو التصرف القانوني دون الواقعة المادية ، وفي عدم قصر محل التصرف على النقود والأوراق ، وفي كيفية تقدير قيمة التصرف القانوني في الصور المختلفة التي يغلب وقوعها في العمل على وجهه يخالف في بعض هذه الصور التقنين المدني الفرنسي كما سنرى .

(٢) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ٥٢ : يجوز

الإثبات بالشهادة في الالتزامات غير التعاقدية . م ٥٣ : في الالتزامات التعاقدية يراعى في جواز الإثبات بالشهادة وعدم جوازه الأحكام الآتية . م ٥٤ : ١ - إذا كان الالتزام التعاقدى في غير المواد التجارية تزيد قيمته على مائة ليرة أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . أما في الالتزامات التجارية إطلافاً وفي الالتزامات المدنية التي لا تزيد قيمتها على مائة ليرة فيجوز الإثبات بالشهادة . والباقي من النص يطابق تقريباً الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني المصري . م ٥٥ : تطابق تقريباً نص المادة ٤٠١ من التقنين المدني المصري . ونرى من ذلك ألا خلاف في الأحكام ما بين القانون السوري والتقنين المصري ، حتى في نصاب البينة ، فهو مائة ليرة في القانون السوري ، ويمادل تقريباً عشرة جنهيات مصرية .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤١ : إن العقود أو غيرها من الأعمال القانونية التي يقصد بها إنشاء موجبات وحنوق أو انتقالاتها أو إسقاطها لا يجوز إثباتها بالبينة الشخصية إذا =

المواد ١٣٤١ - ١٣٤٦ (١).

وبمخلص من نصوص التقنين المدني المصري أن التصرف القانوني لا يجوز إثباته بالبينة أو بالفرائض إلا إذا كانت قيمة الالتزام الناشئ عن هذا التصرف

كانت قيمتها تتجاوز خمساً وخمسين ليرة لبنانية سورية، بل يجب أن ينشأ لها سند لدى الكاتب العدل أو سند ذو توقيع خاص. م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية : (١) في المواد التجارية . (٢) إذا كان ما يراد إثباته ليس عملاً قانونياً بل مجرد فعل مادي كالجرم أو شبه الجرم أو شبه العقد . وليس العمل القانوني الذي يعقد بين شخصين أو عدة أشخاص إلا فعلاً مادياً بالنظر إلى الأشخاص الآخرين الذين لا علاقة لهم به ، فيجوز لهؤلاء أن يشتهروا على هذا الوجه . (٣) م ٢٤٣ : في الدعاوى التي تزيد قيمتها عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية . تبقى البينة الشخصية غير مقبولة فيها وإن تكن قيمة المطلوب تقل عن هذا المبلغ . وعليه فإن طلب مبلغ يقل عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية لا يجوز إثباته بالبينة الشخصية إذا كان هذا المبلغ بقية أو جزءاً من دين تزيد قيمته على خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ولم يثبت بسند خطي . م ٢٤٤ : يجب أن تقدر قيمة الدعوى بالنظر إلى الزمان والمكان اللذين تم فيهما العمل القانوني - م ٢٤٥ : إذا كانت القيمة المتنازع عليها تزيد على خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ، فلا يجوز للمدعى أن يجزئ طلبه ، ولا أن يتنازل عن قسم من دينه ، ليجعل قيمته أقل من خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية ، إذ أن العبرة لقيمة الحق المتنازع عليه لا لقيمة الطلب - م ٢٤٦ : إذا كان للمدعى على المدعى عليه عدة حقوق متميزة أصلاً وسبباً ، وكانت قيمة كل منها تنقص عن خمس وخمسين ليرة لبنانية سورية مع أن قيمة المجموع تزيد على هذا المبلغ ، فإن البينة الشخصية تقبل من المدعى ولو أقام دعوى واحدة للمطالبة بحقوقه المتعددة . (وأحكام التقنين اللبناني تتفق مع أحكام التقنين المصري ، بالرغم مما بينهما من اختلاف في الصياغة والأسلوب والألفاظ . غير أن نصاب البينة في التقنين اللبناني هو خمس وخمسون ليرة لبنانية سورية ، وقيمتها أقل من عشرة جنيهات مصرية) .

التقنين المدني العراقي : المواد ٤٨٦ إلى ٤٩٦ تطابق تقريباً نصوص قانون البينات السوري،

وتقرب كثيراً من نصوص التقنين المدني المصري . ولا تختلف أحكام هذه المواد عن أحكام التقنين المصري ، حتى في نصاب البينة، فهو عشرة دنانير في التقنين العراقي ، وهي قيمة تساوي تقريباً عشرة جنيهات مصرية .

التقنين المدني للمملكة المتحدة الليبية م ٣٨٧ : مطابقة للمادة ٤٠٠ من التقنين المدني المصري -

م ٣٨٨ : مطابقة للمادة ٤٠١ من التقنين المدني المصري . فالأحكام في التقنينين إذن واحدة . ونصاب البينة هو عشرة جنيهات ليبية وتساوي تقريباً عشرة جنيهات مصرية .

(١) التقنين المدني الفرنسي : م ١٣٤١ سبق إيرادها - م ١٣٤٢ : تسمى القاعدة

المتقدمة (ضرورة الإثبات بالكتابة) في حالة ما إذا اشتملت الدعوى ، فوق المطالبة بالأصل ، على المطالبة بالفوائد ، وكان الأصل مضموماً إليه الفوائد يزيد على خمسة آلاف فرنك (يخالف هذا الحكم حكم الفقرة ٢ من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني المصري) - م ١٣٤٣ : إذا طالب ==

لا تزيد على عشرة جنهات مصرية . فان كانت القيمة تزيد على عشرة جنهات ، فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص في القانون يجيز الإثبات بالبينة أو بالقرائن . أما الاتفاق ، فقد قدمنا أن القاعدة ليست من النظام العام . فيجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالبينة أو بالقرائن فيما يزيد على عشرة جنهات . كما يجوز الاتفاق على أن يكون الإثبات بالكتابة فيما لا يجاوز عشرة جنهات . وأما النص ، فهناك نصوص قانونية تجيز الإثبات بالبينة والقرائن فيما يزيد على عشرة جنهات ، كما إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة أو وجد مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها بعد الحصول عليها وسنرى تفصيل ذلك . كما توجد نصوص توجب الإثبات بالكتابة فيما لا يجاوز عشرة جنهات ، من ذلك عقد الصلح ( م ٥٥٢ مدني ) وعقد الكفالة ( م ٧٧٣ ) وعقد إنشاء ملكية الأسرة ( م ٨٥١ مدني ) واتفاق التحكيم ( م ٨٢١ مرافعات ) والشركات التجارية ( م ٤٠ و ٤٦ تجاري ) وشروط استخدام قبودان السفينة وضباطها وملاحها ( م ٦٥ بحري ) وعقد إبحار السفينة ( م ٩٠ بحري ) وعقد التأمين البحري ( م ١٧٤ بحري )<sup>(١)</sup> . فاذا لم يوجد اتفاق أو نص ، فالقاعدة هي

---

شخص بما يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز له الإثبات بالبينة حتى لو أنقص طلبه الأصل (يوافق هذا الحكم حرف (ج) من المادة ٤٠١ من التقنين المدني المصري) — م ١٣٤٤ : لا يجوز الإثبات بالبينة في طلب ولو قل عن خمسة آلاف فرنك ، إذا ظهر أن هذا الطلب هو الباقي أو هو جزء من حق أكبر لم يثبت بالكتابة (يوافق هذا الحكم حرف (ب) من المادة ٤٠١ من التقنين المدني المصري) — م ١٣٤٥ : إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ، لم يتم على أيها دليل كتابي ، وكان مجموع هذه الطلبات يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز الإثبات بالبينة ، حتى لو قرر المدعى أن هذه الطلبات تولدت من مصادر متنوعة ونشأت في أوقات مختلفة ، إلا أن تكون حقوقاً انتقلت إليه بطريق الميراث أو الهبة أو غير ذلك من أشخاص متعددين (يخالف هذا الحكم حكم الفقرة ٣ من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني المصري) — م ١٣٤٦ : جميع الطلبات التي ليس عليها دليل كتابي كامل ، أياً كان مصدرها ، يجب ضمها في دعوى واحدة . ولا يقبل بعد ذلك أي طلب لا يكون عليه دليل كتابي (يخالف هذا الحكم أحكام القانون المصري) .

(١) وكان التقنين المدني السابق ( م ٤٤٦/٣٦٣ ) يوجب أن يكون إثبات عقد الإيجار بالكتابة ولو لم تجاوز قيمته عشرة جنهات . هذا أما الهبة والرهن الرسمي والوقف وبيع السفينة فنصت شكلية ، الكتابة فيها لانعدام التصرف لا لهرده إثباته .

ما قدمنا<sup>(١)</sup> . ويقتضى الأمر إذن أن نبحث مسألتين : (أ) كيف نحدد التصرفات القانونية المدنية التي تسرى عليها هذه القاعدة . (ب) كيف نحدد قيمة الالتزامات شئة عن هذه التصرفات لئلا ترى هل تزيد على عشرة جنهات أو لا تزيد عليها .

## § ١ - تحديد التصرف القانوني

١٩٢ - الاتفاقات والعقود : تسرى القاعدة المتقدم ذكرها على جميع

التصرفات القانونية المدنية . فهي إذن لا تسرى على الوقائع المادية ولا على التصرفات القانونية التجارية كما تقدم القول<sup>(٢)</sup> .

ويدخل في التصرفات القانونية المدنية جميع الاتفاقات والعقود ، أبا كان الأمر الذي يترتب عليها .

فتدخل العقود والاتفاقات التي تنشئ الالتزام أو تنقل الحق العيني ، كالبيع والقرض والإيجار والمقاوله والوكالة والعارية والوديعة<sup>(٣)</sup> والوعد بالبيع

(١) وغنى عن البيان أن التصرف القانوني ، إذا كانت الكتابة واجبة في إثباته ، يثبت أيضاً في هذه الحالة بالإقرار وباليمين (استئناف مختلط ٦ يونية ١٨٨٩ م ١ ص ١٦٨ - ١٣ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٣١ - ٧ يناير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٠٦ - ٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٦٧ - ٦ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢١٥ - أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٥ - ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٥ ص ١١١ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ١٠٩ - ٢٧ مايو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٣٨٧ - ٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٨٥ - ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٩ م ٥٢ ص ٤٧ .

(٢) أما التصرف المدني ، ولو كان بين تاجرين ، فيدخل في القاعدة (استئناف مختلط ١٣ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤٩٣ - ٢٤ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٣) .

(٣) أما الوديعة الاضطرارية فتثبت بجميع الطرق لوجود المانع من الكتابة ، وصيأتي بيان ذلك . وفي خصوص الوديعة الاختيارية ، يلاحظ أن المادة ١٣٤١ من التقنين المدني الفرنسي ذكرتها صراحة . والسبب في ذلك أن أمر مولان (Moulin) الذي سبقت الإشارة إليه كان عاماً يشمل الوديعة وغيرها من التصرفات ، ولكن لما كان المودع عنده شخصاً مفضلاً يتبرع عادة بحفظ الوديعة ، فتخرج المودع أن يطالبه بوثيقة مكتوبة لإثبات الوديعة ، فقد قيل في ذلك الوقت إن الوديعة لا يلزم في إثباتها الكتابة ، فجاء أمر سنة ١٦٦٧ يذكرها صراحة على أنها داخلة في القاعدة وأن الكتابة لإثباتها واجبة ، حتى يزيل هذا اللبس . وانتقل هذا النص الصريح إلى المادة ١٣٤١ (بوتيه في الالتزامات فقرة ٧٨٧ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٣) .

أو بالشراء وغير ذلك من العقود والاتفاقات الملزمة للجانبين أو الملزمة لجانب واحد .

كما تدخل العقود والاتفاقات التي تقضى الالتزام أو تنقله ، كالوفاء والتجديد (١) وحوالة الحق وحوالة الدين (٢) .

كما تدخل العقود والاتفاقات التي تحدث أى أثر قانونى آخر ، كالاتفاق على تأجيل الدين ، أو إضافة شرط له ، أو إلغاء شرط فيه ، أو النزول عن جزء منه ، أو الاتفاق على فوائد للدين أو إنقاصها أو زيادتها أو إلغائها ، أو الاتفاق على إعطاء تأمين بالدين كرهن أو كفالة ، أو الحلول الاتفاق .

وقد قدمنا أن القانون يتطلب ، فى بعض الأحوال ، فوق الكتابة ، شكلاً خاصاً كالرسمية ، ويكون هذا الشكل ضرورياً ، للإثبات العقد فحسب ، بل أيضاً لانعقاده ، وذلك كالهبة والرهن الرسمى . وقد يكون مجرد الكتابة ، ولو عرفية ، ضرورية لانعقاد العقد للإثباته فحسب ، وذلك كعقد الشركة (م ٥٠٧) . وقد تكون الكتابة لازمة لإثبات العقد أباً كانت قيمته ، وليست لازمة لانعقاده ، وذلك كالصلح والتحكيم . ومن ذلك نرى أن العقد قد يشترط لانعقاده كتابة رسمية ، أو كتابة عرفية ، وقد تكون الكتابة لازمة لإثبات العقد لا لانعقاده ، تارة فى جميع الأحوال ، وطوراً فيما يجاوز عشرة جنيهات (٣) .

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاستبدال (التجديد) حقيقة قانونية إن صح القول فيها بأنها لا تفترض كما نص حل ذلك فى المادة ١٢٧٣ من القانون الفرنسى ، فهى من الحقائق المركبة التى كما يمكن إثباتها بالكتابة الصريحة يصح إثباتها بطريق الاستنتاج كبدأ الإثبات بالكتابة فعززه القرائن وظروف الأحوال المؤيدة له (نقض مدنى ٢٧ مايو سنة ١٩٣٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ١٠ ص ١٢) .

(٢) وكذلك الإبراء فى التقنين المدنى السابق ، إذ كان يتم بالاتفاق ، لا بالإرادة المنفردة كما هو الأمر فى التقنين المدنى الجديد .

(٣) وقد قدمنا أنه إذا كان التعبير عن الإرادة فى العقد يستخلص من وضع مادى ، وجب التمييز بين التعبير عن الإرادة فى ذاته ، ويكون فيه هذا الوضع المادى ، وبين إثبات هذا التعبير ، ولا يجوز إلا بالكتابة فيما يجاوز النصاب . ومن ذلك القصة ، والهبة الهدوية والوكالة الضمنية (بهذان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٩ ص ٢٤٠ — ص ٢٤١ وأحكام القضاء الفرنسى التى أشير إليها فى هذا المرجع — بلانبول وريهير ونجاپولد ٧ فقرة ١٥١٧) .

## ١٩٣ - التصرفات القانونية الصادرة عن إرادة منفردة : ولا يقتصر

سريان القاعدة على العقود والاتفاقات التي تتم بإرادتين متوافقتين ، ملزمة للجانبين أو ملزمة لجانب واحد ، بل تسرى القاعدة أيضاً على كل تصرف قانوني ولو كان صادراً عن إرادة منفردة . ويرجع ذلك إلى أن كل تصرف قانوني - إرادة كان أو أكثر - يمكن إعداد الدليل عليه مقدماً ، فهو قابل للدليل المهيأ (preuve préconstituée) ، ومن ثم اشترط القانون في إثباته الكتابة إذا زادت قيمته على عشرة جنهات<sup>(١)</sup> .

(١) لارومبيير ٦ م ١٣٤١ فقرة ٦ - ديمولومب ٣٠ فقرة ١٤ - لوران ١٩ فقرة ٤٠٦ - هيك ٨ فقرة ٢٨ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ١ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥١٧ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٥٩ ص ٣٤٠ - وقد ورد عكس ذلك خطأ في الموجز ص ٦٩٨ .

هذا وقد قدسنا ، في تاريخ نص المادة ٤٠٠ ، أن المشروع التمهيدى كان يتضمن عبارة «الالتزام التعاقدى» ، فغيرت هذه العبارة في لجنة المراجعة بعبارة «التصرف القانوني» حتى يتناول الحكم ، لا العقود فحسب ، بل ينسحب أيضاً على سائر التصرفات القانونية ، ولا يخرج من نطاقه إلا الوقائع المادية والتصرفات التجارية . وكان المشروع الأولي للائبات (م ٢٣) يذكر عبارة «التصرف القانوني» ، التي عدل عنها إلى عبارة «الالتزام التعاقدى» في المشروع التمهيدى ، ثم صححت العبارة في المشروع النهائي كما تقدم القول (انظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٢ هامش رقم ٢) .

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : «ويشترط لتطبيق الحكم الوارد في المادة ٥٣٨ من المشروع توافر شرطين : يتعلق أولهما بطبيعة التصرف الذي يجري إثباته ، ويتصل الثاني بقيمة هذا التصرف . وبراعى بالنسبة للشرط الأول ، وهو الخاص بطبيعة التصرف ، أن التقنين الفرنسى (م ١٣٤١) قد استعمل في معرض بيان هذه الطبيعة عبارة «كل شئ» وأن التقنين المصرى (السابق) قد جعل من اصطلاح «جميع المواد» بديلاً من هذه العبارة ، في حين اقتصر المشروع الفرنسى الإيطالى على ذكر «العقود» . وقد أثر المشروع الإفصاح عن مراده ، فصرف النص إلى «جميع الالتزامات التعاقدية» (ثم عدلت بعد ذلك في لجنة المراجعة فصارت «التصرف القانوني» ) . على أن الفقه والقضاء في مصر متفقان على أن عبارة النص لا تتناول العقود فحسب ، بل ينسحب حكمها على سائر التصرفات القانونية ، فلا يخرج من نطاقها إلا الوقائع القانونية . وغنى عن البيان أن التصرف القانوني ينصرف إلى كل تعبير عن الإرادة يقصد منه إلى ترتيب أثر قانوني . وهو بهذه المثابة لا يقتصر على العقود فحسب ، بل يشمل الإرادة المنفردة كالإيجاب والقبول والتنازل عن حق الإوفاء والإجازة . وبديهي أن صاحب الحق لا يعنى بنهضة الدليل وقت انعقاد التصرف القانوني ما لم يكن قد قصد منه إلى ترتيب آثار قانونية لصالحه . أما الوقائع القانونية ، وهي التي يستقل القانون بترتيب آثارها ويلتزم محدثها =



ففسرى القاعدة إذن على الإيجاب الملزم . والقبول ، والوعد بمجازة ، والإجازة (confirmation) ، والإقرار (ratification) ، والاعتراف بدين طبيعى . والإقرار بالدين ، والإبراء فى التقنين المدنى الجديد ، وقبول المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير ، وقبول الغير فى التمهيد عن الغير ، وفسخ العقد ، وإلغائه إذا كان غير محدد المدة كما فى الإيجار والوكالة والعارية والوديعة ، واستعمال حق الخيار فى الالتزامات التخيرية ، والرجوع فى ائبة ، والنزول عن حق عيني كحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الرهن ، والنزول عن الشفعة ، واعتماد الحساب ، والتنبية بالاخلاء .

على أن هناك تصرفات قانونية بارادة منفردة يتطلب القانون فيها شكلا خاصاً لانعقادها ، لا لإثباتها فحسب ، وذلك كالإعذار (م ٢١٩ مدنى) ، وعرض الدين على الدائن (م ٣٣٤ - ٣٤٠ مدنى)<sup>(١)</sup> ، وتطهير العقار (م ١٠٦٥ - ١٠٦٦ مدنى) ، والأخذ بالشفعة (م ٩٤٢)<sup>(٢)</sup> .

== دون أن يسمى إلى ذلك ، فمن المستحيل و الأصل أن يهيا دليل كتابي بشأنها . ولذلك أبيع إثبات هذه الوقائع بالبينه ، سواء أكانت منشئة لأشياء عقود أو جنح أو أشياء جنح . وتستخلص من ذلك نتيجتان : ١ - (أولاهما) أن الوقائع المادية لا ينبغي أن تذكر بين الاستثناءات التى ترد على الحكم المتقدم ذكره ، لأن هذا الحكم لا يسرى بشأنها . وقد حاد التقنين الفرنسى والتقنين الإبطال (م ١٣٨٤) عن جادة المنطق بازاء الالتزامات الناشئة عن أشياء العقود والجنح وأشياء الجنح ، بوصفها أمثلة لهذه الاستثناءات . ب - (والتالية) يدخل فى الاستثناء التصرفات القانونية غير المعينة القيمة (انظر المادة ٢١٥/٢٨٠ من التقنين المصرى) والتصرفات القانونية التى أوجب القانون بالنصر إثباتها بالكتابة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٦ - ٣٩٧) .

(١) محكمة أسيوط الكلية (دائرة استئنافية) ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠١ المجموعة الرسمية رقم ٨ - محكمة ملوى ٦ فبراير سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية رقم ٦ رقم ١١٩ .

(٢) ويميز القضاء الفرنسى بين التصرف القانونى فى ذاته وبين مشتملاته . ففى ثبت التصرف القانونى بالدليل الواجب قانوناً ، أمكن إثبات مشتملاته بالبينه وبالقرائن . ويقول بيدان وپرو (٩ فقرة ١٢٦٤) أن الأمر واضح إذا ثبت التصرف باقرار المدين أو إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة فانه يمكن حينئذ تكله الدليل - بإثبات المشتملات - بالبينه وبالقرائن . أما إذا ثبت التصرف بالدليل الكتابى الكامل ، فكيف يمكن إثبات المشتملات بالبينه وبالقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ؟ هنا يمكن القول بالتمييز بين المشتملات المادية (contenu matériel) لورقة المكتوبة ، وهذه لا يجوز إثبات ما يخالفها أو يجاوزها إلا بالكتابة ، والمشتملات المعنوية (contenu intellectuel) أى تفسير المشتملات المادية وتحديد مداها ، فهذه يمكن اجراؤها بالبينه وبالقرائن (بيدان وپرو ٩ فقرة ٢٢٦٤ ص ٣٤٧) .

## ٥ ٢ - تحديد قيمة الالتزام

١٩٤ - نصاب البيضة عشرة جنيهات : حتى يجوز إثبات التصرف القانوني بالبيضة أو بالقرائن ، يجب ألا تزيد قيمة الالتزام على عشرة جنيهات مصرية . وهذه القيمة هي ذاتها التي كان التقنين المدني السابق قد حددها ، لم يزدتها التقنين الجديد بالرغم من أن قيمة العملة قد نقصت كثيراً عن ذى قبل . وكان التفكير قد اتجه ، في لجنة المراجعة ، إلى رفع هذا النصاب إلى عشرين جنيهاً . ولكن عدل عن ذلك واستبقى النصاب كما هو ، عشرة جنيهات . ومعنى ذلك أن النصاب قد نزل ، في الحقيقة ، بانخفاض قيمة العملة ، إلى أقل من الربع ، ويبرر ذلك انتشار التعليم في البلاد . وقد رأينا أن استبقاء نصاب البيضة في هذا المستوى المنخفض حمل المشرع على أن يبيح الاتفاق على الإثبات بالبيضة حيث تكون الكتابة لازمة ، وسنرى كذلك ، ولنفس السبب ، أن تقدير قيمة الالتزام في التقنين الجديد ينظر فيه إلى أصل الالتزام دون ضم الفوائد والملحقات ، وأن الدعوى إذا اشتملت على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة فلا تظم هذه الطلبات بعضها إلى بعض بل تبقى البيضة جائزة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات .

وقد التزمت التقنينات المدنية العربية الأخرى نصاباً مماثلاً . فالنصاب في التقنين المدني العراقي عشرة دنانير ، وفي التقنين المدني للمملكة المتحدة الليبية عشرة جنيهات ، وفي قانون البيئات السوري مائة ليرة ، وهذه قيم تتقارب كثيراً مع قيمة النصاب في التقنين المدني المصري . أما في تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني فالنصاب أقل كثيراً ، إذ هو خمس وخمسون ليرة .

وكان النصاب في القانون الفرنسي القديم مائة جنيه . ثم نقص في تقنين نابليون إلى مائة وخمسين فرنكاً بسبب انتشار الكتابة . ولما نزلت قيمة العملة ، رفع النصاب إلى خمسمائة فرنك بقانون صدر في أول أبريل سنة ١٩٢٨ ، ثم إلى خمسة آلاف من الفرنكات بقانون صدر في ٢١ من فبراير سنة ١٩٤٨ ،

وقد تقدم ذكر ذلك<sup>(١)</sup>.

وقد يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود . فيسهل عندئذ تحديد قيمته .  
وإذا كان النقد أجنبياً حول إلى نقد مصرى بسعره وقت صدور التصرف القانونى  
لا وقت المطالبة .

وإذا كان محل الالتزام شيئاً غير النقود . قدر القاضى قيمته وقت صدور  
التصرف لا وقت المطالبة ، دون أن يتقيد فى ذلك بتقدير المدعى . وله عند  
الحاجة أن يستعين بخبير . فإذا طالب المدعى بأمتعة أو أثاث مثلا أودعها عند  
المدعى عليه ، وقلدها بعشرة جنيهات أو أقل ، ومن ثم طلب إثبات الوديعة  
بالبينة ، وعارض المدعى عليه متمسكاً بأن الأثاث المدعى به هو ملكه وأنه  
لو صححت الوديعة فإن قيمة الأثاث تبلغ أكثر من عشرة جنيهات فلا يجوز إثبات  
الوديعة بالبينة ، فللقاضى فى هذه الحالة أن يعين خبيراً لتقدير قيمة الأثاث وقت  
إبرام عقد الوديعة لا وقت رفع الدعوى<sup>(٢)</sup>. ومتى عينت القيمة وقت إبرام العقد ،

(١) ورفع النصاب أيضاً ، بقانون ٢٣ فبراير سنة ١٩٤٩ ، إلى عشرة آلاف من الفرنكات  
لها يتعلق بالمدفوعات التى تقوم بها الدولة والأشخاص المعنوية العامة . هذا وقد جاء فى المذكرة  
الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، استعراضاً لقيم المتفاوتة للنصاب فى التشريعات المختلفة ، ما يأتى :  
وأما الشرط الثانى فهو يتعلق بالقيمة التى تعتبر نصاباً للشهادة . وقد حدد التقنين الفرنسى والتقنين  
البلجيكى هذه القيمة بمائة وخمسين فرنكاً ، وحددها التقنين الإيطالى بخمسمائة ليرة . ثم زهدت  
إلى خمسمائة فرنك بمقتضى القانون الصادر فى سنة ١٩٢٨ فى فرنسا ، وإلى ألفين من الفرنكات  
بمقتضى القانون الصادر فى سنة ١٩٣٨ فى بلجيكا ، وإلى ألفى ليرة بمقتضى المرسوم الصادر فى  
٢٠ سبتمبر سنة ١٩٢٢ فى إيطاليا . وجعلها المشروع الفرنسى الإيطالى ( م ٢٩٣ ) ألفى ليرة  
أو فرنك . والواقع أن هبوط قيمة النقد أفضى فى الدول التى حددت نصاب الشهادة بمبلغ مائة  
وخمسين فرنكاً إلى الحيلولة دون تطبيق الأحكام المتعلقة بالإثبات بالبينة عملاً . ولم يبلغ ما طرأ  
على قيمة النقد المصرى من التغير مبلغ ما أصاب النقد فى أوروبا ، ولهذا لم ير المشرع وجهاً  
لرفع نصاب الإثبات بالبينة ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٧ ) . وقد رأينا أن لجنة  
المراجعة ، بالرغم مما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، قد فكرت فعلاً فى رفع  
نصاب البينة إلى عشرين جنيهاً ، ولكنها عدلت عن ذلك للاعتبارات التى قدمناها .

(٢) كذلك إذا تمسك أحد المتعاقدين بفسخ للعقد مطالباً بتعويض لا يجاوز النصاب وطلب  
الإثبات بالبينة ، جاز للمتعاقد الآخر أن يمارس فى تقدير التعويض ، وأن يتمسك بأنه حتى لو  
ثبت وجود العقد ، فإن التعويض يجاوز للنصاب فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة . أما إذا طالب  
المدعى بقيمة شرط جزائى يقول إنه لا يجاوز للنصاب ، فلا يجوز للمدعى عليه أن يمارس فى صحة =

فلا عبء بما يطرأ عليها بعد ذلك من نقص أو زيادة<sup>(١)</sup>.

أما إذا كان الالتزام غير محدد القيمة كدعوى تقديم حساب لا يعرف بعد رصيده<sup>(٢)</sup>، فإنه لا يجوز الإثبات هنا بالبينة أو بالقرائن، ويعتبر الالتزام غير محدد القيمة كالاتزام الذي تزيد قيمته على عشرة جنهات فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

## ١٩٥ - العبء بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت

المطالبة: وقد رأينا فيما تقدم أن العبء بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة. وهذا هو الحكم الذي يتفق مع طبائع الأشياء. ذلك أن الدليل الكتابي المطلوب فيما تزيد قيمته على عشرة جنهات هو دليل مهياً يجب

هذه القيمة، وإلا كان مسلماً بوجود العقد. فلا مناص إذن من التسليم مؤقتاً بقول المدعى وإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات قيمة الشرط الجزائي، فإن تبين من التحقيق أن القيمة تزيد على النصاب لم تقبل البينة في إثباته (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٣ وهامش رقم ٣٣).

والعبء بقيمة ما يبقى في ذمة المتعهد وقت التزاه. فإذا تم البيع بثمن قدره عشرون جنهات دفع نصفه فوراً، فالعبء بالنصف الذي يبقى في ذمة المشتري وقت العقد لا بكل الثمن، لأن هذا النصف فقط هو الذي كان يخشى إنكاره وكان ينبغي الاحتياط لإعداد الدليل عليه (بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٢ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٥).

وفي إثبات عقد الرهن تكون العبء بقيمة الشيء المرهون لا بقيمة القرض (جنح مصر المختلطة ٢ أغسطس سنة ١٩٣٨ الهامة ٢٠ رقم ١٤٨ ص ٣٩٧ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠٤ هامش رقم ١ - مكنس ذلك: محكمة الاسكندرية الوطنية ٢٦ يونيه سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٩٦ ص ١٨٦).

وفي إثبات عقد الكفالة تكون العبء بالمبلغ المكفول. وقد قضت محكمة تمييز العراق بأن للكفالة تتبع في أمر إثباتها أصل المبلغ المكفول به، فإن كان مما تجوز الشهادة فيه قبلت، وإلا فلا (القرار المرقم ١٠١٠/ص/١٩٤٨ مجلة القضاء ٦ عدد ٢٠١ ص ١٠٥ - الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٣٩٩).

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٥ - ص ٣٥٦.

(٢) ومثل ذلك أيضاً إيداع مستندات غير محددة القيمة، كشهادة طلبة أو ربات علمية

(الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٤ وهامش رقم ٣ - قارن استئناف أهل ٢٧ يناير سنة ١٩١٤ الشرائع ١ رقم ١٨٥ ص ٣٣٢). ومثل ذلك أخيراً حق الشخص في البناء على أرض، فهو غير محدد القيمة، ولو كانت الأرض لا تزيد قيمتها على عشرة جنهات (قارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٦ ص ٢٢١ هامش رقم ٤).

إعداده مقدماً عند صدور التصرف . فلا يستطيع الدائن إلا أن يقف عند هذا الية متحرفاً ما إذا كان واجباً عليه إعداد هذا الدليل (١) .

وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ ، فقد رأينا أنها تقتضي بأن « يتقدر الالتزام وقت صدور التصرف » (٢) . ومن ثم فالعبرة ليست بما يطلبه المدعى وقت رفع الدعوى أو بعد رفعها . بل بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف .

ويترب على ذلك نتيجتان أساسيتان : (الأولى) أن المدعى إذا طالب بمبلغ أكبر من عشرة جنيهاً على أساس تصرف قانوني قيمته وقت صدوره لا تزيد على عشرة جنيهاً ، جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . (والثانية) أن المدعى إذا طالب بمبلغ لا يزيد على عشرة جنيهاً على أساس تصرف قانوني تزيد قيمته وقت صدوره على عشرة جنيهاً ، لم يجز الإثبات بالبينة أو بالقرائن بل وجب تقديم دليل كتابي .

## ١٩٦ - النتيجة الأولى - المطالبة بأكثر من عشرة جنيهاً على

أساس تصرف قيمته لا تزيد على عشرة جنيهاً : رأينا أن الإثبات هنا يجوز أن يكون بالبينة وبالقرائن ، لأن العبرة بالقيمة وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة . ويتفرع على ذلك المسائل الآتية :

(١) تقضى الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني بأنه : « يجوز الإثبات بالبينة (وبالقرائن) إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهاً لم تأت الأمان ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل » . فهنا لا تزيد قيمة الالتزام وقت صدور

---

(١) أنظر في الدفاع عن هذا المبدأ في القانون الفرنسي أوربي ورو ١٢٠ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٩ هامش رقم ٢٤ .

(٢) وكانت المادة ٢١٥/٢٨٠ من التقنين المدني السابق تنص على أنه « إذا كان المدعى به » وهذه العبارة توهم أن العبرة بالقيمة وقت المطالبة . ولكن النص كان يفسر ، مع ذلك ، بأن العبرة بالقيمة وقت صدور التصرف . وقد تجنب النص الفرنسي لهذه المادة اللبس الذي وقع فيه النص العربي ، فقد كان يجري على الوجه الآتي :

التصرف على عشرة جنهات . ومن ثم يكون من حق الدائن الإثبات بالبينة وبالقرائن ، ولو طالب المدين بأزيد من عشرة جنهات إذا كانت هذه الزيادة إنما أتت من ضم مصروفات الدين وفوائده إلى أصله . إذ العبرة بقيمة الالتزام في أصله وقت صدور التصرف ، وهذه القيمة لا تزيد على عشرة جنهات ، ولا يحسب ما يضاف إلى هذا الأصل من ملحقات وفوائد<sup>(١)</sup> . ولو قلنا بغير ذلك لكان في هذا القول بعض الحرج على الدائن . ويكفي أن نفرض أن الدائن أقرض المدين تسعة جنهات بفائدة ٧ / ١ لمدة سنة واحدة . فمن حق هذا الدائن أن يعتمد في إثبات حقه على البينة والقرائن ، وليس عليه أن يحصل على دليل كتابي ، فان أصل الدين تسعة جنهات ، بل إن أصل الدين وفوائده لمدة السنة لا تزيد كلها على عشرة جنهات . فاذا استمهل المدين الدائن في سداد الدين سنة أخرى وقبل الدائن ، كان مجموع الدين وفوائده في نهاية السنتين أكثر من عشرة جنهات . فاذا نحن لم نقتصر على أصل الدين في حساب نصاب البينة ، بل ضمنا إلى الأصل الفوائد ، لما جاز الإثبات بالبينة في هذه الحالة .

ويذهب التقنين المدني الفرنسي ( م ١٣٤٢ ) في هذه المسألة مذهباً آخر . فهو ، إمعاناً منه في كراهية الإثبات بالبينة ، يقضى بضم الملحقات والفوائد إلى الأصل في حساب نصاب البينة . ففي المثل المتقدم ما دام القرض وفوائده لمدة السنة - ومجموع ذلك كان معلوماً للدائن منذ صدور عقد القرض - لا يزيد على نصاب البينة ، فلا عليه أن يغفل كتابة سند بالدين إذ له أن يعتمد في إثبات حقه على البينة . أما إذا رضى بتأجيل الدين سنة أخرى ، فأصبح مجموع الأصل والفوائد يزيد في نهاية السنتين على نصاب البينة ، فقد كان عليه وقت أن رضى بالتأجيل أن يشترط لذلك كتابة سند بالدين وفوائده لأنه لم يعد يستطيع الإثبات بالبينة بعد التأجيل . وأما الفوائد التي لا تستحق إلا بعد رفع الدعوى فهذه لا تضم

---

(١) قارن الموجز للمؤلف ص ٦٩٩ . ولم يكن في التقنين المدني السابق نص مماثل للفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني الجديد ، فكان الفقه يميل إلى الأخذ بحكم للقانون الفرنسي ، وسرى أن هذا الحكم يقضى بضم الملحقات والفوائد لحساب نصاب البينة . فاذا اعتبرنا أن التقنين الجديد قد استحدث الحكم القاضي بعدم الضم ، فإن هذا الحكم الجديد لا يسرى إلا على التصرفات التي نشأت منذ ١٥ من أكتوبر سنة ١٩٤٩ تاريخ سريان التقنين الجديد .

الى الأصل في حساب النصاب ، لأنها لم تكن معروفة ولا تمكن معرفتها وقت صدور التصرف (١) .

والحكم الذي أورده التقنين المدني المصري الجديد في عدم ضم الفوائد والملحقات الى الأصل ، وخالف به حكم التقنين المدني الفرنسي . منقول عن المشروع الفرنسي الإيطالي ، وهو أيسر في حساب النصاب وأقرب الى المنطق ويوازن في الوقت ذاته مستوى النصاب المنخفض كما تقدم القول (٢) .

(١) دبرانتون ٨ فقرة ٣١٩ - لاروسبيير ٥ م ١٣٤٢ فقرة ١ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢١ وهامش رقم ٢٧ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٣ .  
وفي القانون المدني الفرنسي ، إذا كان هناك شرط جزائي عن التأخير ، ضم إلى الأصل في حساب النصاب لأنه كان معروفاً منذ صدور التصرف . أما التمييز عن التأخير الذي يقدره القاضى فلا يضم إلى الأصل ، لأنه لا يكون معروفاً وقت صدور التصرف ( أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٢ هامش رقم ٣٠ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٤ ) .

(٢) قارن الأستاذ أحمد نشأت ١ فقرة ٥٩ - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي: «وتعرض الفقرة الثانية لتقدير قيمة الالتزام عند الإثبات. ويراعى أن التقنين الفرنسي ( المواد ١٣٤٢-١٣٤٥ ) والتقنين الإيطالي ( المواد ١٣٤٢ - ١٣٤٦ ) والمشروع الفرنسي الإيطالي تناولت جميعاً بيان الأحكام التي تنبج في تقدير قيمة الالتزام الذي يراد إقامة الدليل بشأنه . بيد أن التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي والتقنين الهولندي تقرر جميعاً إضافة الفوائد إلى أصل الدين عند تقدير قيمة النزاع ، بينما ينص المشروع الفرنسي الإيطالي على جواز الإثبات بالبينة حيث لا تتجاوز هذه القيمة نصاب الشهادة إلا من جراء إضافة الفوائد إلى أصل الدين . وغنى عن البيان أن النص الوارد في هذا المشروع يعتبر أدنى إلى العقل والمنطق ، لأن تقدير وجوب الحصول على دليل كتابي مهياً ينبغى أن يناط بقيمة التصرف عند انعقاده . ولذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٣٨ من المشروع على قاعدة وجوب الرجوع إلى قيمة الالتزام وقت تمام التعاقد ، شأنه بذلك أصل الدين دون الملحقات منوطاً للتقدير . ويلاحظ أن هذه الفقرة تتشبه مع نصوص المادة ٢٨/٣٠ من تقنين المرافعات المصري الخاصة بتقدير قيم الدعاوى لتعيين الإختصاص النوعي » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٩ ) . هذا ويلاحظ أن المادة ٣٠ من تقنين المرافعات الجديد تقضى بأنه «في الأحوال التي يبين فيها القانون اختصاص المحكمة على أساس قيمة موضوع الدعوى ، تقدر هذه القيمة باعتبارها يوم رفع الدعوى ، ويدخل في التقدير ما يكون مستحقاً يومئذ من الفوائد والتضمينات والمصاريف وغيرها من الملحقات المقدرة القيمة » . وضم الملحقات إلى الأصل في تقدير قيمة الدعوى يوم رفعها أمر معقول ما دامت الملحقات مقدرة القيمة ، ففي يوم رفع الدعوى يقدر المدعي قيمة ما يدعيه . أما في الإثبات ، فالدائن يقدر قيمة ما يدعيه يوم صدور التصرف القانوني لا يوم رفع الدعوى ، فينبغي الوقوف عند التاريخ الأول دون الثاني في معرفة ما إذا كان الدليل الكتابي لازماً أو غير لازم .

(٢). لو أن شركة محاصة - وتخضع في الإثبات للقواعد العامة - كان رأس مالها لا يزيد على عشرة جنيهات ، وكان ربح أحد الشركاء من هذه الشركة أكثر من عشرة جنيهات ، وطالب الشريك بهذا الربح وكان عليه أن يثبت وجود الشركة . جاز له أن يثبت وجودها بالبينة وبالقرائن ، ولو أن المبلغ الذى يطالب به أكثر من عشرة جنيهات . ذلك أنه يؤسس مطالبته على عقد شركة لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، والعبارة بالقيمة وقت صدور التصرف ، لا بالمبلغ المطالب به وقت رفع الدعوى<sup>(١)</sup> .

= هذا ولا يوجب القاعدة التى رسمها التقنين المدنى الفرنسى من ضم الملحقات إلى الأصل فى حساب النصاب أنها عبيرة التطبيق ، فتطبيقها غير عير ، كما رأينا ، ما دامت الملحقات التى تضم إلى الأصل معلومة المقدار وقت صدور التصرف . ولكن الأيسر عدم الضم ، فتتقى صعوبات من نحو حساب الشرط الجزائى وعدم حساب التمريض القضائى فى النصاب . ثم إن قاعدة عدم الضم ، كما بينا ، تعالج بعض الشئ انخفاض المستوى فى نصاب البينة (أنظر فى هذه المسألة الأستاذ - ليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٣٥٩ هامش رقم ١ - وقارن الأستاذ أحمد نشأت فى إثباتات فقرة ٥٩ ص ٥٩) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٩ - ص ٣٢٠ . أما إذا كانت الشركة غير متنازع فى وجودها ، فالعبارة بالمبلغ المطلوب . وقد قضت محكمة بنى سويف الجزئية بأنه إذا طالب الشريك شريكه بمبلغ لا يزيد على ألف قرش باق من حساب شركة ، جاز له إثباته بالبينة ، ولو كان رأس مالها يزيد على ذلك ، متى كانت الشركة غير متنازع فى وجودها ، لأن الإثبات بالبينة فى هذه الحالة تنحصر فائدته فى مبلغ لا يزيد على الألف قرش (١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ الهجوية الرسمية ١ ص ٢٩٦) .

ويقع أن يشترك عدد من الأشخاص فى شراء أوراق النصب ، والتمن لا يجاوز النصاب عادة ، ولكن الربح المأمول من الورقة يزيد كثيراً على النصاب . فهل العبارة فى إثبات الشركة بشمن الورقة فيجوز الإثبات بالبينة وبالقرائن ، أو بالربح المأمول فلا يجوز الإثبات إلا بالكتابة ؟ يذهب الأستاذ بلانيول (٢ فقرة ١١٢٧) إلى أن العبارة بشمن الورقة . وانظر فى هذا المعنى : نقض فرنسى جنائى ٢ أغسطس سنة ١٩٣٧ سيريه ١٩٤١ - ١ - ١٦١ - مونيبييه ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٧ دالوز الأسبوعى ١٩٣٧ - ٤١٤ - محكمة سيدان الابتدائية ١٠ يولية سنة ١٩٣٤ سيريه ١٩٤٥ - ٢ - ٢٤ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٢ - والمصحح فى رأينا أن ثمن الورقة ليس هو محل الشركة ، بل محل الشركة هو الربح المأمول ، فالعبارة به فى الإثبات ، ولا يجوز إذن إثبات الشركة فى ورقة النصب إلا بالكتابة . وقد قضت محكمة استئناف مصر بجواز إثبات الشركة بالبينة وجعلت العبارة بشمن الورقة - فى قضية الشركة فى ورقة النصب التى رجحت عمارة المواساة المشهورة - ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم ، وقضت بأن العبارة تكون بالربح المأمول لا بشمن الورقة ، فأثبتت الشركة فى الورقة يكون بالكتابة . وجاء فى أسباب حكمها ما يأتى : إذا =



(٣) لو أن عقداً لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات أخل به المدين ، فرجع الدائن بتعويض يزيد على عشرة جنيهات بسبب هذا الإخلال . جاز له أن يثبت وجود العقد بالبينة وبالقرائن ، واو أنه يطالب بمبلغ يزيد على عشرة جنيهات ، لأنه يؤسس طلبه على عقد لا تزيد قيمته على نصاب البينة<sup>(١)</sup> .

كان المتعاقدون قد رموا باتفاقهم إلى غرض معين وتحقق لهم هذا الغرض بالفعل ، ثم تنازعا بهد ذلك على الاتفاق ذاته من حيث وجوده . فإن العبرة في تقدير قيمة النزاع في صدد تطبيق قواعد الإثبات تكون بقيمة ذلك الغرض ، لو كانت قيمة ما ساهم فيه المتعاقدون جميعهم مما يجوز الإثبات فيه بالبينة . ولما كان الغرض من أوراق النصيب التي تصدرها الجمعيات الخيرية هو استفادة هذه الجمعيات بجزء من المبالغ التي تجمع لتنفقها في الوجوه النافعة ، ثم فوز مشترى تلك الأوراق بالجوائز المسماة فيها ، كان كل من يشتري ورقة مساهماً في الأعمال الخيرية وفي الجوائز التي ترجمها الأوراق المسحوبة بنسبة ما دفعه من ثمن . وهذا تعتبر الجائزة مساهمة من صاحب الورقة ببعض ما دفعه ومن المشترين ببعض ما دفعوه ، وهم جميعاً راضون من بادي الأمر بأن يحملوا هذه المساهمة عرضة للتضحية مقابل الأمل في الربح . وهذا يترتب عليه أن الورقة الراجعة بمجرد إعلان نتيجة السحب تنقلب صكاً بالجائزة التي ربحتها ، ويكون من حق حاملها أن يطالب بالجائزة نفوذاً كانت أو عيناً معينة . وإذن فالجائزة في الواقع هي موضوع التعاقد والغرض الملحوظ فيه عند مشترى الورقة وعند الهيئة التي أصدرت ورق النصيب على السواء . أما الورقة الراجعة فهي سند الجائزة ومظهرها الوحيد ، فلا تكون الجائزة مستحقة إلا بها . والقيمة المدفوعة ثمناً لها لا يكون لها عندئذ وجود ، إذ هي قد صارت مستهلكة في الجوائز وفي الأغراض التي من أجلها أصدرت أوراق النصيب . ولما كانت أوراق النصيب غير اسمية ، فإن الورقة الراجعة تكون سنداً لحامله بالجائزة . وإذا كانت العبرة في ملكية السندات التي من هذا النوع هي الحياة ، فإن صاحب الحق في المطالبة بالجائزة هو من تكون بيده الورقة الراجعة . فإذا ما ادعى غيره استحقاق الجائزة كلها أو بعضها فإنه ، في غير سائر السرقه والضياح ، يتعين اعتبار القيمة المطلوبة ، لا بالنسبة للمحكمة المختصة فقط ، بل بالنسبة إلى قواعد الإثبات أيضاً ، بحيث إذا كانت قيمة المدهى به تزيد على ألف قرش كان الإثبات بالكتابة عملاً بالمادة ٢١٥ مدني ( م ٤٠٠ جديد ) ( نقص مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤ ) . انظر في هذه القضية الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٦١ - والأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٥٩ هامش رقم ١ . وانظر عكس هذا الرأي الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠٦ هامش رقم ١ .

(١) ديمولوب ٣٠ فقرة ٣٥ - لوران ١٩ فقرة ٤٥٢ - أوربي ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٢٢٠ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٣١ . وإذا وقع دائن المستخدم جزءاً على ما يستحقه المستخدم من الأجر تحت يدرب العمل ، جاز إثبات أجر المستخدم اليومي بالبينة مادام لا يجاوز نصاباً ، وما دام عقد الاستخدام ذاته غير متنازع فيه ، حتى لو كان المبلغ المحجوز عليه يزيد على نصاب البينة (بارتان على أوربي ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٢٢٠) .

## ١٩٧ - النتيجة الثانية - المطالبة بما لا يزيد على عشرة جنيهات

على أساس تصرف يزيد على عشرة جنيهات: العبرة هنا أيضاً ، كما قدمنا ، بقيمة التصرف القانوني لا بالمبلغ المطالب به ، ومن ثم لا يجوز في هذه الحالة الإثبات بالبينة وبالقرائن ، بل يجب تقديم دليل كتابي ، لأن قيمة التصرف تزيد على عشرة جنيهات . ويتفرع على ذلك المسائل الآتية :

(١) تقضى المادة ٤٠١ بند (ب) من التقنين المدني الجديد بأنه لا يجوز الإثبات بالبينة (ولاً بالقرائن) ، ولو لم تزد القيمة المطالب بها على عشرة جنيهات ، « إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة » . فلو اقترض شخص عشرين جنيهاً ، وكان الوفاء بالقرض مقسطاً على أربعة أقساط متساوية مقدار كل قسط منها خمسة جنيهات ، وطالب الدائن المدين بأحد هذه الأقساط وكان عليه أن يثبت عقد القرض ، فلا يجوز أن يثبت بالبينة أو بالقرائن ، ولو أنه لا يطالب إلا بخمسة جنيهات ، لأنه يؤسس طلبه على تصرف قانوني قيمته وقت صدوره تزيد على عشرة جنيهات ، فكان عليه أن يعد دليلاً كتابياً لإثباته . وهذا أيضاً صحيح ولو كان القسط المطالب به هو القسط الأخير ، فالاعتبارات التي بنى عليها الحكم في الحالة الأولى متحققة في هذه الحالة ، فيكون الحكم واحداً في الحالتين (١) .

(٢) تقضى المادة ٤٠١ بند (ج) من التقنين المدني الجديد بأنه لا يجوز الإثبات بالبينة (ولاً بالقرائن) « إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد

---

(١) وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٤٤ - وكان الفقه الفرنسي يجهز الإثبات بالبينة إذا كان الجزء من الحق هو الباقي من هذا الحق ، وكان لا يجاوز نصاب البينة ، لأن الدائن لم يعتمد على البينة في أكثر من هذا النصاب (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٢ - انظر أيضاً الموجز للمؤلف ص ٦٩٩) - ولو كان مبلغ القرض عشرين جنيهاً ، ومات المقرض عن أربعة من الورثة ، فانقسم الدين عليهم (في القانون الفرنسي) وصار نصيب كل منهم فيه لا يزيد على نصاب البينة ، فإن الإثبات في هذه الحالة لا يجوز أن يكون بالبينة أو بالقرائن (ديبولومب ٣٠ فقرة ٤٦ - لوران ١٩ فقرة ٤٤٥ - هيسك ٨ فقرة ٢٨٤ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ هامش رقم ١٧ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٢٣) . ولو أن قرصاً مقداره عشرون جنيهاً ، سدد المقرض منه عشرة ، ثم تمهد تعهداً جديداً بدفع العشرة الباقية ، فإن هذا التعهد الجديد - ولا تزيد قيمته على عشرة جنيهات - يجوز إثباته بالبينة وبالقرائن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ هامش رقم ١٩) .

قيمته على عشرة جنيهات ، ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة .  
فهنا قد أسس المدعى دعواه على تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات  
وطالب بهذه القيمة ، فلا يجوز له الإثبات بالبينة أو بالقرائن حتى لو أنقص  
بعد ذلك ما يطالب به إلى ما لا يزيد على نصاب البينة . إذ العبرة ليست بما يطالب  
به ، بل بقيمة التصرف القانوني الذي يؤسس عليه دعواه<sup>(١)</sup> . وغنى عن البيان

= هذا وتقضى المادة ٤٣ من تقنين المرافعات الجديد بأنه « إذا كان المطلوب جزءاً من حق ،  
قدرت الدعوى بقيمة هذا الجزء ، إلا إذا كان الحق كله متنازعا فيه ولم يكن الجزء المطلوب باقياً  
منه فيكون التقدير باعتبار قيمة الحق بأكمله » . وغنى عن البيان أن طريقة تقدير قيمة الدعوى  
بالنسبة إلى الاختصاص النوعي تختلف عن طريقة تقديرها بالنسبة إلى الإثبات ، إذ أن الغاية من  
كل من التقديرين مختلفة . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي :  
« أما الحالتان الأخريان اللتان تكفل للنص ببيانها فيقتضيان شيئاً من التفصيل : فالتقنين  
الفرنسي ( م ١٣٤٢ - ١٣٤٥ ) والمشروع الفرنسي الإيطالي ( م ٢٩٤ - ٢٩٧ ) عينا طريقة  
تقدير الالتزام ، حتى تيسر مراعاة النصاب الذي يجوز قبول الإثبات بالبينة في حدوده . ولم  
ينص التقنين المدنى المصرى على هذه الطريقة : ولكن تقنين المرافعات ( م ٢٨/٣٠ ) عين طريقة  
تقدير الدعوى بالنسبة للاختصاص . وليس يجوز الاعتماد على تلك الطريقة في هذا الصدد لأن  
الغاية من التقدير مختلفة ، ولا أدل على ذلك من مقارنة أحكام التقدير الخاصة بالإثبات بنظيرها  
فيما يتعلق بالاختصاص : (١) فأحكام الإثبات تختلف عن أحكام الاختصاص فيما يتعلق  
بالاجتزاء . فإذا اجتزأ المدعى من دعواه بالمطالبة بعشرة جنيهات امتنع الإثبات بالبينة ، وثبت  
الاختصاص للقاضى الجزئى . هل أن هذا الاختصاص لا يجعل الإثبات بالبينة جائزاً أمام القاضى  
الجزئى ، لأن مناط التقدير في الإثبات هو قيمة الالتزام بأكمله وقت نشوئه . (ب) ثم إن أحكام  
الإثبات تختلف عن أحكام الاختصاص فيما يتعلق بالبقية الباقية . فالأصل ، سواء فيما يتعلق  
بالاختصاص أو فيما يتعلق بالإثبات ، أن تقدير الطلب يناط بقيمة الالتزام بأسره دون تجزئة أو  
تبعيض . ولكن الاختصاص يثبت للقاضى الجزئى إذا كان المطالب به هو البقية الباقية من دين  
مضى كانت هذه البقية داخلة في حدود اختصاصه ، رغم أن الدين بتمامه يجاوز هذه الحدود - أما  
الإثبات بالبينة فلا يجوز على نقيض ذلك ، ولو كانت البقية الباقية من الدين أقل من عشرة  
جنيهات ، متى كان أصل الدين بأسره يجاوز هذا القدر » ( مجموعة الأعمال التفسيرية ٣  
ص ٤٠٣ - ٤٠٤ ) .

(١) ولو أن جملة الفوائد المستحقة عن مبلغ مقرض تزيد على عشرة جنيهات ، ولم يطالب  
المقرض إلا بجزء من هذه الفوائد لا يزيد على عشرة جنيهات ، لم يجوز له في القانون الفرنسى  
الإثبات بالبينة أو بالقرائن ، لأنه يستند في طلبه إلى تصرف يزيد قيمته على عشرة جنيهات ،  
وذلك حتى لو لم يطالب بأصل المبلغ المقرض ، ما دام مجموع الفوائد يزيد على نصاب الشهادة  
(أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٨ هامش رقم ٢٢) . أما في القانون المصرى فالعبرة  
بأصل المبلغ المقرض . دون أن تضم إليه الفوائد كما قدمنا .

أن المدعى إذا كان قد أخطأ عند رفع الدعوى في تقدير قيمة التصرف القانوني بأكثر من عشرة جنيهاً ، وأدرك خطأه بعد ذلك فصحح دعواه وجعل قيمة ما يطالب به لا يزيد على عشرة جنيهاً وهو قيمة التصرف القانوني بعد التصحيح ، فإن الإثبات بالبينة وبالقرائن جائز في هذه الحالة<sup>(١)</sup> .

(٣) لو أن النزاع انحصر في مبلغ لا يزيد على عشرة جنيهاً ، ولكنه يقوم على تصرف قانوني تزيد قيمته على هذا المبلغ ، فالإثبات بالبينة أو بالقرائن غير جائز ، إذ العبرة ليست بالمبلغ المتنازع عليه بل بقيمة التصرف القانوني المتخذ أساساً لهذا النزاع . ويأتى الفقيهان أوبرى ورو بمثل لذلك : طالب المشتري البائع بتسليم حصان قال إنه اشتراه منه بمبلغ ثلثمائة فرنك ( لنقل ثلاثين جنيهاً ) . وسلم البائع بصدور البيع منه ، ولكنه قال إن الثمن الذي اتفق عليه كان أربعمائة فرنك ( لنقل أربعين جنيهاً ) . فهنا لا يجوز للمشتري إثبات أن الثمن كان ثلاثين جنيهاً بالبينة أو بالقرائن ، ولو أن النزاع بينه وبين المشتري قد انحصر في مبلغ عشرة جنيهاً هو الفرق بين الثمن الذي يدعيه والثن الذي يدعيه البائع<sup>(٢)</sup> .

### ١٩٨ - استعمال الدعوى على طلبات متعددة : رأينا أن الفقرة الثالثة

من المادة ٤٠٠ من التقنين المدني تنص على أنه « إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة ، جاز الإثبات بالبينة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهاً ، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ، ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة . وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على عشرة جنيهاً » .

(١) وهذا الحكم يتفق مع حكم التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٤٣ (ديمولمب ٣٠ فقرة ٤٥ - لوران ١٩ فقرة ٤٥١ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٧ - ص ٣١٨ هامش رقم ٢٠ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٣٦ - فقرة ٢٥٣٩ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٣ ص ٣٤٤ - ص ٣٤٥) - وإذا كان المدعى ، بدلا من إنقاصه المبلغ الذي يطالب به ، نزل عن دعواه أصلا ، ورفع دعوى جديدة على أساس نفس التصرف ، وقدره بمبلغ لا يزيد على عشرة جنيهاً ، جاز له الإثبات بالبينة وبالقرائن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ٢١) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣١٨ هامش رقم ٢٣ .

وليس في هذا الحكم من جديد . فالمفروض أن هناك بين شخصين ديوناً متعددة نشأت عن مصادر متعددة ، ولو كانت طبيعة هذه المصادر واحدة كأن كانت كلها عقود قرض ولكن كل عقد منها متميز عن العقد الآخر . ففي هذه الحالة يستقل كل دين بطريقة إثباته ، مادام متميزاً عن الديون الأخرى في قيمته وفي مصدره . فإذا كانت قيمته لا تزيد على عشرة جنهات جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن ، وإلا فلا يجوز إلا الدليل الكتابي . ولا يحول دون سريان هذا الحكم أن يكون الدائن قد جمع هذه الديون وطالب بها كلها في دعوى واحدة ، فزادت قيمة المجموع على عشرة جنهات . فلا يزال كل دين منها متميزاً عن الديون الأخرى كما قدمنا ، وكان الدائن يستطيع أن يرفع بكل دين دعوى مستقلة ، فيجوز له فيها الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما لا يزيد على عشرة جنهات . فلا يتغير الحكم إذا هو جمع الديون في دعوى واحدة اختصاراً في الإجراءات . كذلك لا يحول دون سريان الحكم أن يكون كل دين من هذه الديون مصدره تصرف قانوني من طبيعة واحدة ، مادام كل تصرف منها متميزاً عن التصرف الآخر ، وذلك كبيع أو إيجار فيما إذا طالب الدائن المدين بأثمان مبيعات أو بأجور أعيان مؤجرة . ففي هذه الحالة أيضاً يبقى كل دين متميزاً عن الديون الأخرى ، فيجوز إثباته بالبينة وبالقرائن إذا لم تزد قيمته على عشرة جنهات<sup>(١)</sup> .

كذلك إذا كان الدين عشرين جنهياً مثلاً ، ووفى المدين جزءاً منه لا يزيد على عشرة جنهات ، سواء كان ما وفاه هو بعض الدين أو هو الجزء الباقي من الدين ، فإن المدين يستطيع إثبات هذا الوفاء الجزئي بالبينة وبالقرائن . ذلك أن الوفاء هو ذاته تصرف قانوني متميز عن مصدر الدين الموفى به ، فتسرى في إثباته القواعد التي تسرى في إثبات مصدر الدين . فإن كانت القيمة الموفى بها ،

---

(١) فإذا اشترى شخص من متجر ساعة بثمانية جنهات وسلسلة بثلاثة ، فإن كانت الصفقة واحدة وجب الإثبات بالكتابة ، وإن كانتا صفقتين منفردتين جازت البينة في كل منهما . ولما إذا كان الطلب مكوناً من عدة أجزاء ، كل جزء منها أقل من عشرة جنهات ، ولكن المجموع يزيد على هذه القيمة ، لم تجز البينة (محكمة المنصورة ١٠٨ يناير سنة ١٩٢٥ الهلماة ٥ رقم ٦٢١ م ٧٥٧ - استئناف مخلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٤٠ - ١٣ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦٢ ص ٢١٩) .

ولو كان هذا الوفاء جزئياً ، لا تزيد على عشرة جنهات ، جاز الإثبات بالبينة وبالقرائن . وكل وفاء جزئى آخر تصرف قانونى مستقل عن السابق وعن اللاحق . فاذا أريد إثبات جملة من الوفاءات الجزئية ، كل منها لا تزيد قيمته على عشرة جنهات ، وإن كان مجموعها يزيد على هذه القيمة ، جاز إثبات أى منها بالبينة وبالقرائن ، كما جاز ذلك فى إثبات الطلبات المتعددة الناشئة عن مصادر متعددة ولو كان منشؤها تصرفات من طبيعة واحدة بين الخصوم أنفسهم كما سبق القول . ومن ثم يتميز إثبات الدين عن إثبات وفائه . فالدين لا تجوز تجزئته لإثبات كل جزء منه لا يزيد على عشرة جنهات بالبينة وبالقرائن ، مادام الدين فى مجموعه يزيد على هذه القيمة . أما الوفاء فالعبرة فيه ، لا بأصل الدين ، لا بل بالقدر الموفى به ، فتجوز تجزئة الدين فى الوفاء به إلى أجزاء كل منها لا يزيد على عشرة جنهات ، وإثبات كل وفاء جزئى بالبينة وبالقرائن (١) .

(١) وقد كان القضاء المصرى فى عهد التقنين المدنى السابق وهو لا يشتمل على نص صريح فى جواز إثبات الوفاء الجزئى بالبينة إذا كان لا يزيد على عشرة جنهات ، غير مستقر فى هذه المسألة . فقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأنه يجوز لناظر الوقف أن يثبت بالبينة أنه دفع شهرياً ما يستحقه المستحق ما دام هذا الدفع لا يزيد على عشرة جنهات ، ولو كان المبلغ المدعى به مبلغاً متجماً من عدة شهور ويزيد على عشرة جنهات ( ٢٣ يولية سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٣٢٧ ) . ولكن قضى بعد ذلك بأنه إذا كان الدين الذى تزيد قيمته على عشرة جنهات ثابتاً بالكتابة ، فلا يسوغ للدين أن يثبت بالبينة براءة ذمته من جزء منه لا يزيد على عشرة جنهات إلا إذا بنى ذلك على حالة استثنائية تمفيه من الكتابة كضياع سند البراءة بحادث قهرى ( منيا القمح ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٢٢ ) . وقضى أيضاً بأنه يجب فيما يتعلق بإثبات الديون وإثبات التخلص منها أن يكون أساس جواز الإثبات بالبينة مبلغ الدين الأصيل لا ما يدعى أنه باق منه أو ما يدعى حصول تسديده ، وإلا لو أبيع جواز الإثبات بالبينة فى ذلك لأمكن كل مدين ودائن ليس بيده كتابة أن يتخلص من أحكام المادة ٢١٥ مدنى بواسطة تجزئته للدين ( أشمون الجزئية ١٤ يونية سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٦٩ — استئناف أهلى ٤ أبريل سنة ١٩٠٥ الاستقلال ٤ ص ٥٢٨ ) — لذلك أحسن التقنين الجديد صنماً بالنص صراحة على جواز إثبات الوفاء الجزئى فيما لا يزيد على عشرة جنهات بالبينة (قارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ١٩٨) ، فإن القضاء المصرى فى عهد التقنين السابق كان يميل كما نرى إلى الأخذ بعكس هذه القاعدة ، بل إن الحكم الذى أصدرته محكمة مصر بالساح لناظر الوقف أن يثبت بالبينة الوفاء بالاستحقاق الشهرى للمستحق إذا لم يزد على عشرة جنهات ، وهو الحكم المشار إليه فيما تقدم ، قد لا يستطاع القول بأنه يخالف الأحكام الأخرى التى تقدم ذكرها ، إذ يمكن أن يقال إنه هو أيضاً أخذ بقيمة الدين الأصيل ، والدين الأصيل هنا هو الاستحقاق الشهرى الذى لا يزيد على عشرة جنهات ، وإن كانت الاستحقاقات قد نجمت فزاد مجموعها على هذه القيمة .

هذا هو ما قرره التقنين المدني الجديد بنص صريح ، فأجاز كما رأينا لإثبات الطلبات المتعددة الناشئة عن مصادر متعددة بالبينة في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة . وقد كان هذا هو الحكم أيضاً في عهد التقنين المدني السابق ، وهو على كل حال لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة<sup>(١)</sup> .

ولكن مع وضوح هذا الحكم لم يأخذ التقنين المدني الفرنسي به ، بل ذهب مذهباً آخر ، إمعاناً منه في كراهية الإثبات بالبينة وتضييقاً للخناق على من يحاول التهرب من الإثبات الكتابي . فقضى في المادة ١٣٤٥ بأنه إذا اشتملت الدعوى

= ويرتب على جواز إثبات الوفاء الجزئي بالبينة إذا كان لا يزيد على عشرة جنيهات أنه إذا كانت جملة الفوائد المستحقة عن مبلغ مقرض لا يزيد على عشرة جنيهات ، وقام المقرض بسدادها ، فإنه يجوز له أن يثبت هذا الوفاء بالبينة وبالقرائن . ولكن إذا كان الدائن هو الذي يريد أن يثبت هذا الوفاء ، أو أى وفاء جزئي آخر للدين لا يزيد على عشرة جنيهات ، حتى يتخذ من ذلك ذريعة لقطع التقادم أو لإجازة عقد الدين القابل للإبطال وذلك بالنسبة إلى أصل الدين الذي يزيد على عشرة جنيهات ، لم يجوز للدائن في هذه الحالة إثبات الوفاء الجزئي بالبينة أو بالقرائن ولو أن الوفاء ينصب على مبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات . ذلك أن هذا الوفاء لا تقدر قيمته بالمبلغ الموق به ، بل بقيمة عقد القرض الذي يراد قطع التقادم فيه أو إجازته ، وعقد القرض تزيد قيمته كما قد سنا على عشرة جنيهات . وقد قضت محكمة استئناف مصر في هذا المعنى بأنه إذا أراد الدائن قطع التقادم بإثبات دفع المدين للمبلغ في خلال مدة التقادم ، فإن العبارة في تعيين طريقة الإثبات تكون بقيمة ذلك الدين بصرف النظر عن قيمة المبلغ المدفوع ، لأن أثر قيمة المبلغ المدفوع يتعداه إلى الإقرار بقيمة الدين كله ( استئناف مصر ١٩ يناير سنة ١٩٣٨ المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ٣ ص ٦٧ - المحاماة ١٨ رقم ٢٠٧ ص ٦٢٨ - انظر أيضاً : لإيتلي البارود ١٢ يونيو سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ١٩٤ ص ٤٣٧ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٩٨ ص ٣٦٧ ) . وانظر أيضاً في هذه المسألة في الفقه الفرنسي : ديولومب ٣٠ فقرة ١٩ - لوران ١٩ فقرة ٤٥٧ - هيك ٨ فقرة ٢٨٣ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ هامش رقم ١٣ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٥ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٤ ص ٣٤٤ .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف ، شرحاً للتقنين المدني السابق ، ما يأتي : « وإذا تعددت الالتزامات التعاقدية ما بين شخصين ، وكان كل منها مستقلاً عن الآخر ولا تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، جاز إثبات العقود فيها جميعاً بالبينة أو بالقرائن ، حتى لو زاد مجموعها على عشرة جنيهات » . ثم جاء في الهامش رقم ٧ من نفس الصفحة : « ومع ذلك انظر المادة ١٣٤٥ من القانون الفرنسي ، ولا يوجد نص مقابل لها في القانون المصري » . (الموجز ص ٦٩٩) -  
قارن في هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت ١ فقرة ٧١ .

على طلبات متعددة ، لم يقم على أى منها دليل كتابي<sup>(١)</sup> ، وكان مجموع هذه الطلبات يزيد على خمسة آلاف فرنك ، فلا يجوز الإثبات بالبينة ، حتى لو قرر المدعى أن هذه الطلبات تولدت من مصادر متنوعة ونشأت في أوقات مختلفة ، إلا أن تكون حقوقاً انتقلت إليه بطريق الميراث أو الهبة أو غير ذلك من أشخاص متعددين . ويبرر الفقهاء في فرنسا هذا النص بأنه أريد به أن يسد الطريق على الدائن الذى يطالب مدينه بمبلغ يزيد على خمسة آلاف فرنك ، ولكي يستطيع الإثبات بالبينة وبالقرائن يجزىء مطالبته إلى مبالغ متعددة، كل مبلغ منها لا يزيد على خمسة آلاف فرنك ، ويَزعم أنها ديون قد تولدت من مصادر متنوعة ونشأت في أوقات مختلفة ، ويتقدم لإثبات ذلك بشهادة الشهود أو بدلالة القرائن . فيمنعه القانون من ذلك ، ويلزمه في هذه الحالة بتقديم دليل كتابي ، مفترضاً أن الدين واحد ، وهو يزيد على نصاب البينة . ولاضرب بعد ذلك على الدائن ، حتى لو لم يكن الدين واحداً . وهكفيه في الاحتياط أن يطلب من مدينه دليلاً كتابياً كلما تجمعت ديون في ذمة هذا المدين يزيد مجموعها على نصاب البينة<sup>(٢)</sup> . ولما كان التقنين الفرنسى حذراً إلى هذا الحد ، فقد قاده حذره أن ينتقل من هذه الخطوة إلى خطوة أخرى أبعد منها ، فأوجب في المادة ١٣٤٦ على الدائن أن يجمع كل طلباته التي لم يقم عليها دليل كتابي كامل ، أياً كان مصدرها ، فيرفع بها دعوى واحدة ، فإذا هو أغفل ديناً منها كان مستحقاً وقت رفع الدعوى ، لم تقبل منه ، بعد ذلك ، الدعوى بهذا الدين<sup>(٣)</sup> .

---

(١) أما إذا قام على دين منها دليل كتابي ، ولو مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو قام مانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها ، فإنه لا يحسب في مجموع الديون (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٤ — ص ٣٢٥ وهامش رقم ٣٦ ورقم ٣٧) .

(٢) انظر في هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٤ هامش رقم ٣٤ .

(٣) ويقرر الفقهاء في فرنسا أن المادة ١٣٤٦ لا تقوم على أساس عدم الثقة بشهادة الشهود، بل تقوم على أساس آخر هو منع تعدد القضايا الصغيرة التي يجوز الإثبات فيها بالبينة ، وازدحام المحاكم بها وما يستتبع ذلك من تعقيد في الإجراءات وإطالة فيها بسبب الإحالة على التحقيق، فاقضى المشرع من المدعى أن يجمع كل قضاياها التي من هذا القبيل في قضية واحدة للحد من كثرة مثل هذه القضايا الصغيرة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٥ وهامش رقم ٣٩ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٤٨ وفقرة ٢٥٥٣) .

هذا ونسرى المادة ١٣٤٦ فرنسى سواء كانت الطلبات التي لم يقم على أيها دليل كتابي كامل =



ولم ير التقنين المدني المصري الجديد . ومن قبله التقنين المدني المصري القديم ، ما يدعو إلى كل هذا الحذر الذي استتبع كل هذا التعقيد . فسكت التقنين القديم ولم يورد نصاً مماثلاً للنص الذي رأيناه في التقنين المدني الفرنسي . ونص التقنين الجديد صراحة على الرجوع إلى القواعد العامة في هذه المسألة حتى لا يقع أى لبس فيها<sup>(١)</sup> . وإذا حاول الدائن أن يتهرب من الدليل الكتابي بتجزئة الدين

= يزيد مجموعها على نصاب البينة أو لا يزيد، وسواء كان الدين معنى من الدليل الكتابي الكامل لوجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو لوجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي أو من تقديمه ، أو كان الدين غير معنى لسبب من هذه الأسباب . والسكها لا تصرى على الديون التي لم تنشأ إلا بعد رفع الدعوى . وجزء المادة ١٣٤٦ ليس رفض الإثبات بالبينة ، بل هو عدم قبول الدعوى أصلاً ، وللقاضي أن يحكم بعدم قبول الدعوى من تلقاء نفسه (انظر في كل هذا وفي شرح المادة ١٣٤٦ بالتفصيل أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٢ ص ٣٢٥ - ص ٣٢٩ وهوامش رقم ٤٠ إلى رقم ٤٨ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٥٢ - فقرة ٢٥٦٢ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٣ ص ٣٤٥ - ص ٣٤٦) .

وقد جاء في المادة ٨١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية العراقية أن قاعدة عدم حواز إثبات بالبينة فيما يجاوز عشرة دنانير «تكون جارية ومرعية إذا كانت المبالغ المدعى بها في الأصل مكونة من عدة أقلام يبلغ مجموعها القدر المذكور» . وظاهر أن هذا النص منقول - منذ عهد التشريعات العثمانية - من نص المادة ١٣٤٥ من التقنين الفرنسي . ولما كان التقنين المدني العراقي الجديد قد نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة ١٣٨١ على إلغاء المادة ٨١ من قانون أصول المحاكمات الحقوقية من بين المواد التي ألغاهها في هذا القانون ، فإنه يجب الرجوع في هذه المسألة إلى الفقرة الثالثة من المادة ٤٨٨ من التقنين المدني العراقي ، وهي تقرر نفس الحكم الذي يقره نص التقنين المصري . فيجوز إذن الإثبات بالبينة ، في التقنين المدني العراقي ، في كل طلب لا تزيد قيمته على عشرة دنانير ، حتى لو اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة وزادت هذه الطلبات في مجموعها على هذه القيمة (انظر في هذا الموضوع الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات الجزء الثاني في الشهادة ص ٤١٥ - ص ٤٢٢) .

(١) وكان المشروع الأول الذي سبق المشروع التمهيدى يورد نصاً مماثلاً لنص المادة ١٣٤٥ من التقنين المدني الفرنسي . غير أنه عدل في المشروع التمهيدى عن هذا النص ، واستبدل به نص يقرر تطبيق القواعد العامة كما رأينا ، وذلك توسعة في الإثبات بالبينة في مقابل ترك نصاب البينة في مستواه المنخفض ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك ( انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٦٣ - وانظر أثر اشتغال المشروع الأول على النص المماثل لنص المادة ١٣٤٥ في أصل المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جزء ٢ ص ٧٠٤ ، حيث جاء ما يأتي : « بيد أن الإفلات من قواعد الإثبات بالبينة يصبح جد يسير عند ما يرد النزاع على التزامات ترتبت بين الخصوم أنفسهم في وقت واحد ، أو التزامات ناشئة عن سبب واحد . وقد عمدت التقنينات التي تقدمت الإشارة إليها إلى استثناء أحوال تمدد الالتزامات بين الخصوم أنفسهم ، =

الواحد ، وهو ما أراد التقنين الفرنسي أن يتوقاه ، فان الباب مفتوح أمام المدعي لإثبات هذا التحايل بجميع الطرق<sup>(١)</sup> .

## المطلب الثاني

لا تقبل البيئة أو القرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها

١٩٩ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠١ ( بند ١ ) من التقنين

المدني على ما يأتي :

« لا يجوز الإثبات بالبيئة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات : ( ١ ) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي<sup>(٢)</sup> . »

= أو نشوئها عن سبب واحد عند انتفاء الدليل الكتابي ، أفلا يكون من الأنسب إقرار هذا الاستثناء كغالب الاحترام القاعدة نفسها . »

( ١ ) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فأحكامها تخالف أحكام المواد ١٣٤٥ من التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي و ١٢٣٧ من التقنين السكندري و ٢٩٧ من المشروع الفرنسي الإيطالي و ٣٠ / ٢٨ فقرة ٣ من تقنين المرافعات المصري . وليس شك في أن حكم هذه الفقرة يتفق مع قاعدة تقدير الالتزام باعتبار قيمته وقت تمام انقضاده ، كلما اتحد الخصوم وكان النزاع متعلقاً بالتزامات من طبيعة واحدة تمت في أوقات مختلفة لا في وقت واحد ، على حد تعبير التقنين الفرنسي . فكل التزام من هذه الالتزامات يجوز إثباته بالبيئة متى كانت قيمته لا تجاوز عشرة جنيهات . وقد أخذ المشروع ، تمثيلاً مع جواز تفريق الطلبات المتعددة ، بجواز تفريق إثبات وفاء الدين دفعاً متعددة ، فأجاز إثبات كل وفاء لا تجاوز قيمته عشرة جنيهات بالبيئة ولو كان أصل الدين يجاوز هذه القيمة » ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٩٩ - ص ٤٠٠ ) .

هذا ويلاحظ أن المسادة ٣٠ / ٢٨ فقرة ٣ من تقنين المرافعات القديم ، التي أشير إليها في المذكرة الإيضاحية ، قد عدلت في تقنين المرافعات الجديد بما يتماشى مع نص التقنين المدني الجديد . فنصت المادة ٤١ من تقنين المرافعات الجديد على ما يأتي : « إذا تضمنت الدعوى طلبات متعددة ناشئة عن سبب قانوني واحد ، كان التقدير باعتبار قيمتها جملة . فإن كانت ناشئة عن أسباب قانونية مختلفة كان التقدير باعتبار قيمة كل منها على حدة » .

( ٢ ) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٢٥٩ ( بند ١ ) من المشروع التمهيدى على

الوجه الآتي : « لا يجوز الإثبات بالبيئة ( ١ ) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي حتى لو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات » . وفي لجنة المراجعة حور النص تحويراً لفظياً ، فأصبح مطابقاً لما استقر عليه في النهاية ، وأصبح رقم المادة ٤١٤ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠١ ، فمجلس الشيوخ ( مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ ؛ و ص ٤٠٤ ) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان مطبقاً دون نص<sup>(١)</sup> .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السورى المادة ٥٥ ، وفي التقنين المدني العراقى المادة ٤٨٩ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانيى المادة ١٥٣ ، وفي التقنين المدني الليبى المادة ٣٨٨<sup>(٢)</sup> .  
ويقابل في التقنين المدني الفرنسى المادة ١٣٤١<sup>(٣)</sup> .

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف فى هذا الصدد ما يأتى : « ولم يرد فى القانون المصرى نص يقابل هذا النص (أى نص المادة ١٣٤١ فرنسى) ، ولكن القضاء والفقهاء فى مصر يأخذون بانقاعده دون نص ، إذ هى تتفق مع الحكمة التى اقتضت جعل الكتابة مقدمة على البيعة ، فإذا كان الالتزام ثابتاً بالكتابة ، فقد أراد المتماقدان بذلك أن يستبعدا البيعة حتى فيما لا يزيد على عشرة جنيهات ، وإلا انتقض عليهما ما قصدوا إليه من غرض ، وأمكن هدم الكتابة بالبيعة ، أى هدم الدليل الأقوى بالدليل الأضعف ، وهذا لا يجوز » (الموجز ص ٧٠٢ — ص ٧٠٣) .  
ومهما يكن من أمر فقد أحسن التقنين المدني الجديد صنماً بإيراده نصاً صريحاً فى هذا الحكم .  
وقد كان القضاء يطبقه فى الطراد : استئناف أهل ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٨٩ — ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ رقم ١١٩ — ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ٢٤ رقم ٨٥ — استئناف مصر ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٨٦ ص ٦٩٠ — استئناف مختلط ٣ يناير سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٤٦ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ — ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٣ — ٢٧ مايو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٦٤ — ٣ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٢ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٣ — ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ — ٢٤ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٧٩ — ٤ يونية سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٨ — ١٠ مارس سنة ١٩٢١ م ٤٣ ص ٢٧٩ (يجوز الإثبات بالبيعة إذا خولفت قاعدة من النظام العام) — ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٢٣ م ٤٦ ص ٥١ — ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٤ م ٤٧ ص ٣٦ .

(٢) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السورى م ٥٥ : مطابق تقريباً لنص التقنين المصرى — التقنين المدني العراقى م ٤٨٩ : مطابق تقريباً لنص التقنين المصرى — تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانيى م ١٥٣ : لا تقبل بيعة الشهود ولا القرائن على ما يتجاوز أو يناقض مضمون السند ذم التوقيع الخاص ، ولا على ما يزعم حصوله قبل هذا السند أو بعده أو فى أثناء إنشائه . ( وهذا نص يتفق فى حكمه مع نص التقنين المصرى ، وفى عبارته مع نص التقنين الفرنسى ) — التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٨ : مطابق لنص التقنين المصرى .  
ويتبين من استمرار هذه النصوص أنها جميعاً تتفق فى الحكم مع نص التقنين المصرى .

(٣) التقنين المدني الفرنسى م ١٣٤١ : . . . لا تقبل البيعة فيما يخالف الكتابة أو فيما تجاوزها . ولا فيما يدهى صدره من قول قبل الكتابة أو فى أثناءها أو بعد الفراغ منها ، حتى =

٢٠٠ - تاريخ الفاعمة وشروطها : وتحريم إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة قاعدة قديمة تمتد جذورها إلى القانون الروماني . ثم تغلبت البيئة في العصور الوسطى على ما قدمنا . ثم عادت كفة الكتابة إلى الرجحان ، فرفعها أمر مولان (Moulins) في سنة ١٥٦٦ إلى الصدارة بين طرق الإثبات على النحو الذي قدمناه . ولكن هذا الأمر لم يحرم إلا إثبات ما يجاوز الكتابة بغير الكتابة ، وفيما يزيد على مائة جنيه وهو نصاب البيئة إذ ذاك . ثم أتى أمر سنة ١٦٦٧ فوسع الحكم ، وحرّم إثبات ما يجاوز الكتابة أو ما يخالفها بغير الكتابة حتى فيما لا يزيد على نصاب البيئة . وبذلك رجحت كفة الكتابة رجحاناً كبيراً ، فهي مطلوبة فيما يزيد على نصاب البيئة ، وحتى في حدود هذا النصاب إذا تعارضت مع البيئة وجب الأخذ بها ونبذ البيئة . فانقلب الوضع بذلك ، وبعد أن كانت البيئة فوق الكتابة (témoin passent lettres) أصبحت الكتابة فوق البيئة (lettres passent témoins) ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك<sup>(١)</sup> .

وقد قدمنا أن القاعدة التي نحن بصدددها ليست الا الشق الثاني من قاعدة أعم ،

= لو كانت القيمة أقل من خمسة آلاف فرنك ، كل هذا دون اخلال بما تقرره القوانين المتعلقة بالتجارة .

... et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cinq mille francs. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.

ويقول الفقهاء أوبرى ورو : إن النص الفرنسي ينهى عن أمرين متميزين لا يخلط أحدهما بالآخر . فهو من جهة ينهى عن قبول البيئة في إثبات ما يدعى من عدم الصحة (inexactitudes) أو الإغفال (omissions) فيما تضمنته الكتابة ، سواء كان ذلك عن غير قصد ، أو عن قصد من أحد الطرفين ، أو عن تواطؤ بينهما — وهذا هو ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . وهو من جهة أخرى ينهى عن قبول البيئة في إثبات التعديلات الشفوية التي يدعى أحد الطرفين أنها تم الاتفاق عليها قبل الكتابة أو في أثناءها أو بعد الفراغ منها . ويقيم الفقهاء هذه الأحكام على اعتبارين : أولها أن الكتابة لا تؤدي الغرض المقصود منها إذا أجزه هدمها عن طريق البيئة . والثاني أن التعديلات الشفوية التي سبقت الكتابة أو عاصرتها أو تلتها ، ما استلمت في الكتابة ذاتها ، فذلك لأنها بقيت مشروعاً وقف عند مرحلة التفاوض ، ولم يصل إلى مرحلة الاتفاق النهائي (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٢٢ هامش رقم ٢) .

(١) انظر في هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٧ وفقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ - وانظر تفصيلاً لهذه المسألة في بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٦٦ .