

وهي القاعدة التي تقضى بوجوب الإثبات بالكتابة فيما يزيد على نصاب البينة وفيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . ويمكن حصر شروط تطبيق هذا الشق الثاني من القاعدة في أربعة : (١) أن تكون هناك كتابة أعدت للإثبات (٢) أن يراد إثبات ما يخالف هذه الكتابة أو يجاوزها (٣) أن يكون الإثبات مقصوراً على العلاقة فيما بين المتعاقدين فلا يتعدى إلى الغير (٤) ألا يكون هناك احتمال على القانون (fraude à la loi) .

٢٠١ - الشرط الأول - وهو كتابة أعدت للإثبات : يجب أن تكون هناك كتابة قد أعدت للإثبات . والكتابة المعدة للإثبات هي الكتابة التي وقع عليها المدين ، رسمية كانت أو عرفية .

أما الأوراق التي لم تعد للإثبات ، كالدفاتر التجارية والأوراق المنزلية ، فيجوز إثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها بالبينة أو بالقرائن . ولكن إذا كانت هذه الأوراق موقفاً عليها وأريد بها الإثبات ، كما هو الغالب في المراسلات ، فإنها تعتبر في حكم الكتابة المعدة للإثبات ، ولا يجوز إثبات ما يخالفها أو ما يجاوزها إلا بالكتابة (١) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ . وانظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ . ويقول الأستاذ حسين المؤمن في كتابه في نظرية الإثبات في هذا الصدد ما يأتي : « ولذلك فلا يمكن أن تكون هناك دفاتر تجارية أو أوراق منزلية أو مذكرات أو أوراق خاصة أو غيرها من المهررات التي لا تحمل توقيعاً للمدين ولا تدل على ارتباط قانوني ، إذ أن أوراقاً كهذه بدون توقيع لا تعتبر دليلاً للإثبات . وهي وإن كانت تعتبر حجة ضد صاحبها ، إلا أن له إثبات ما يخالفها بالشهادة والقريضة . . . كذلك سندات الطابو المنظمة بطريقى المهدد والتفتيش (اليوقلمة) يجوز استماع الشهادة ضدها . وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز : محكمة التمييز رقم ٢٤ / س / ١٩٣٧ وتاريخ ١٩٣٧/١١/٢٥ (القضاء س ٣ ع ٣ ص ٣٠٩) ورقم ٢٩٣ / ب / ١٩٤٥ / وتاريخ ١٩٤٦/٣/١٦ (المجموعة الرسمية س ١ ع ١ ص ٢٦ رقم ٤٣) ورقم ٢٤ / س / ١٩٤٦ / وتاريخ ١٩٤٦/٣/١٢ (المجموعة الرسمية س ١ ع ١ ص ١٦ رقم ٦٥) ورقم ٣٥٨ / ب / ١٩٤٥ / وتاريخ ١٩٤٦/٣/٢٧ (المجموعة الرسمية س ١ ع ١ ص ٣٢ رقم ٥٠) (جزء ٢ في الشهادة ص ٤٤٥) — قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٠٢ ص ٣٧٥ هامش رقم ٢٣ وهو يعتبر التأشير على السند بما يفيد براءة ذمة المدين دليلاً كتابياً كاملاً لا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة . وقد قدمنا أن هذا التأشير قريضة على الوفاء يجوز دحضها بالدليل العكسي بجميع الطرق لأن الدليل الكتابي هنا ليس دليلاً كتابياً كاملاً .

كذلك يجوز إثبات ما يخالف مبدأ الثبوت بالكتابة أو ما يجاوزه بالبينة أو بالقرائن ، لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يكون عادة موقفاً عليه وإلا كان دليلاً كتابياً كاملاً ، والمطلوب في القاعدة التي نحن بصددتها ألا يهدم الدليل الكتابي الكامل بالبينة أو بالقرائن (١) .

ثم يجب أخيراً أن يكون الثابت بالكتابة التزاماً غير تجارى . ذلك أن الالتزامات التجارية يجوز إثباتها ، كما رأينا ، بالبينة والقرائن ، أياً كانت قيمتها ، ولو زادت على عشرة جنيهات . فكذا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها في المسائل التجارية بالبينة والقرائن ، أياً كانت قيمة الالتزام (٢) . وقد تقدم ذكر ذلك .

فنى كانت هناك كتابة معدة للإثبات ، وكانت دليلاً كتابياً كاملاً ، في غير التزام تجارى ، فقد توافر الشرط الأول ، أياً كانت قيمة الالتزام الثابت بهذا الدليل الكتابي الكامل ، ولو كانت هذه القيمة لا تزيد على عشرة جنيهات . ومن ثم لا يجوز إثبات ما يخالف ورقة مكتوبة لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات ، ولا إثبات ما يجاوزها ، بالبينة أو بالقرائن ، ولو أن هذا الدليل كان جائزاً

(١) الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٤٤٦ .

(٢) وإذا كانت المادة ٤٠١ ، وهي تمنع الإثبات بالبينة فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات ، لم تستثن صراحة المواد التجارية كما فعلت المادة ٤٠٠ ، وهي تمنع البينة في إثبات وجود التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فذلك لأن المادة ٤٠١ جاءت عقب المادة ٤٠٠ لتكفل أحكامها . فهي عندما تقول : لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات ، إنما تنص ما أوردته المادة ٤٠٠ من أن التصرف القانوني في غير المواد التجارية لا يجوز إثباته بالبينة إذا زادت قيمته على عشرة جنيهات . فتقول المادة ٤٠١ عقب ذلك أن هذا التصرف القانوني ذاته — أى في غير المواد التجارية — إذا كان مكتوباً لا يجوز إثبات ما يخالفه أو يجاوزه ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات (قارن الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢١٦) .

وتستخلص الأستاذة بلانيول وريبير وجابولد من جواز إثبات عكس المكتوب في التصرفات التجارية بالبينة أن الكتابة في مسائل التجارة إنما تنقل عبء الإثبات عن عاتق صاحبها إلى خصمه ، والقاضي حر بعد ذلك في تكوين اعتقاده طبقاً لما بين يديه من مستندات وما يرى سماعه من بينة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٩ ص ٩٨٤) — انظر أيضاً الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٦٤٦ - ص ٦٦٢ - وقارن الأستاذ عبد السلام فهمي في الأدلة جزء أول ص ٤٣٠ .

ابتداء لإثبات وجود التصرف لو لم توجد ورقة مكتوبة^(١). بل إن القاعدة التي نحن بصدددها لا تظهر فائدتها إلا إذا كانت قيمة الالتزام لا تزيد على عشرة جنيهات ، فتمتنع البينة والقرائن حيث كانت تجوز لولا هذه القاعدة . أما إذا كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات فالقاعدة لا تقوى جديداً ، لأن الإثبات بالبينة أو بالقرائن في هذه الحالة ممنوع من الأصل ، سواء في ذلك لا توجد كتابة أصلاً أو توجد ويراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها^(٢) .

وإذا أريد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، فلا بد من أن يكون الإثبات بالكتابة كما قررنا . ولكن يجوز أن يحل محل الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة معزز بالبينة أو بالقرائن ، فإن هذا النوع من الإثبات يرد استثناء من قاعدة الدليل الكتابي بشقيها كما سنرى .

٢٠٢ - الشرط الثاني - اثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها :

ونتكلم : (أولاً) فيما يخالف الكتابة (ثانياً) فيما يجاوز الكتابة (ثالثاً) فيما لا يعتبر مخالفاً للكتابة أو مجاوزاً لها .

أولاً - ما يخالف الكتابة لا يجوز إثباته إلا بالكتابة إذا أريد إثبات ما يخالف ورقة رسمية ، فيما يقرر الموظف العام أنه وقع تحت بصره أو سمعه ، فقد رأينا أنه لا بد في ذلك من الطعن بالتزوير . أما إذا أريد إثبات ما يخالف الورقة الرسمية في غير ذلك ، أو إثبات ما يخالف مشتملات الورقة العرفية أياً كانت . فهذا جائز ، على أن يكون الدليل على ما يخالف الكتابة هو أيضاً دليل كتابي ، ولو كان ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن كما قدمنا . ومثل إثبات ما يخالف الكتابة أن يتقدم الخصم لإثبات أن ما ورد في الورقة من أن الثمن المدفوع هو مبلغ كذا بيان غير صحيح ، والصحيح أن المبلغ المذكور في الورقة هو مبلغ أكبر -

(١) قارن استئناف مخطوط ١٢ يونيو سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٥٣ - ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٨ .

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٦٧٣ ص ٧٠٣ - ٧٠٤ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ .

لمنع الشفعة مثلا - أو هو مبلغ أقل - لتخفيض رسوم التسجيل مثلا ، فإذا كان الخصم هو أحد طرفي العقد لم يجز له إثبات ذلك إلا بالكتابة . ومثل ذلك أيضاً أن يريد البائع إثبات أن البيع المكتوب بيع صوري ، فلا يستطيع ذلك إلا بالكتابة ، وهي هنا ورقة الضد (contre - lettre) . ومثل ذلك أخيراً أن يوجد سند مكتوب يثبت أن في ذمة المدين التزاماً قيمته مائة جنيه مثلا ، فلا يستطيع المدين أن يثبت بالبينة أو بالقرائن أن حقيقة الالتزام خمسون جنياً لا مائة ، وكذلك الأمر لو أن الثابت في السند التزام قيمته عشرة جنيهات وأراد المدين أن يثبت بالبينة أو بالقرائن أن حقيقة الالتزام خمسة لا عشرة فلا يستطيع^(١) .

ثانياً - ما يجاوز الكتابة لا يجوز إثباته بالكتابة : ولا يجوز للخصم أن يثبت ما يجاوز الكتابة إلا بالكتابة . مثل ذلك أن يتقدم المدين لإثبات أن الالتزام المكتوب ، وهو منجز ، علق بعد ذلك على شرط أو اقترن بأجل . أما إذا كان الالتزام قد كتب معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل وأراد الدائن أن يثبت أنه التزام منجز ، فهذا يكون إثباتاً لما يخالف الكتابة ، ولا يكون هو أيضاً إلا بالكتابة كما رأينا . ومثل ذلك أيضاً أن يكون القرض المكتوب لم يذكر فيه أنه قرض بالفائدة ، وأراد الدائن أن يثبت أن هناك فائدة متفقاً عليها ، فلا يجوز إثبات ذلك إلا بالكتابة ، حتى لو كانت الفائدة وأصل الدين معها لا يزيد على عشرة جنيهات ، لأن هذا إثبات لما يجاوز الكتابة . أما إذا ذكر في القرض المكتوب سعر للفائدة ، وأراد الدائن أن يثبت أن السعر المتفق عليه هو أكبر مما ذكر ، أو أراد المدين أن يثبت أن هذا السعر أقل ، فهذا إثبات لما يخالف الكتابة ، ولا يكون هو أيضاً إلا بالكتابة كما قدمنا . كذلك لا يجوز إثبات تجديدية التزام (novation) ثابت في ورقة مكتوبة إلا بالكتابة ، ولو كانت قيمة الالتزام الجديد ، أو كانت قيمة كل من الالتزامين الجديد والقديم ، لا تزيد على عشرة جنيهات ، لأن هذا إثبات لما يجاوز الالتزام المكتوب . وبوجه عام لا يجوز إثبات اتفاق إضافي فوق ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة ، سواء ادعى

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٧٤ ص ٧٠٤ .

أن هذا الاتفاق الإضافي قد تم قبل الكتابة أو تم في أثناءها أو تم بعدها. على حد تعبير التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤١)^(١).

ثالثاً - ما لا يعتبر مخالفاً للكتابة أو مجاوزةً لها ولا يختم إثباته بالكتابة:

أما إذا أريد إثبات شيء متعلق بما هو ثابت بالكتابة. ولكنه لا يخالفها ولا يجاوزها. فإن إثبات ذلك يكون وفقاً للقواعد العامة. ولا تتحتم الكتابة. فيجوز إثبات الوقائع المادية، وكذلك إثبات التصرفات القانونية إذا لم تزد قيمتها على عشرة جنيهات، بالبينة وبالقرائن. مثل ذلك إثبات انقضاء الالتزام الثابت بالكتابة، فهذه واقعة لا تخالف الكتابة ولا تجاوزها، بل هي تؤكد ما، إذ انقضاء الالتزام ينطوى دلالة على وجوده. فإذا كان انقضاء الالتزام قد تم بتنفيذ أعمال مادية، كبناء منزل أو نقل بضاعة أو القيام بخدمة معينة، فإن هذه الأعمال تثبت بالبينة وبالقرائن ولو كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات. أما إذا كان انقضاء الالتزام قد تم بتصرف قانونى، كوفاء مبلغ من النقود، فإن هذا الوفاء يثبت بالبينة أو بالقرائن إذا لم يزد المبلغ الموفى به على عشرة جنيهات حتى لو كان مجموع الدين أكثر من ذلك أو كان الدين ثابتاً بالكتابة^(٢).

(١) انظر ما قدمناه عن أوبرى ورو من أن التعديلات الشفوية التى سبقت الكتابة أو عاصرتها أو تلتها، ما دامت لم تدمج فى الكتابة ذاتها، فذلك لأنها بقيت مشروعاً وقف عند مرحلة التفاوض، ولم يصل إلى مرحلة الاتفاق النهائى (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٢٢ هامش رقم ٢). وانظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٢ -- ص ٩٨٣ . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : « ويقصد بالدليل الكتابى المهررات الرسمية والعرفية والرسائل . فهذه المهررات وحدها هى التى لا يقبل الإثبات بالبينة لنقض الثابت فيها أو الإضافة إليها . وقد يكون قوام الإضافة الادعاء بصدور تعديلات شفوية قبل انعقاد الالتزام ، أو بعده ، أو فى وقت معاصر له . ومهما يكن من أمر هذه الإضافة ، فلا يجوز إثباتها بالبينة أياً كانت صورتها . فن ذلك الادعاء بإضافة وصف من الأوصاف المعدلة لحكم الالتزام ، كشرط أو أجل ، أو اشتراط خاص بأداء فوائد أو بالتجديد (الاستبدال) . ولا يجوز كذلك نقض الثابت بالكتابة من طريق البينة ، فلا يجوز الادعاء مثلاً بعدم مطابقة شرط من شروط المهرر للحقيقة وإقامة الدليل على ذلك بالبينة ، كما لو أريد إثبات أن حقيقة المبلغ المفترض ليست مائة جنيه على ما هو ثابت بالكتابة بل أكثر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٢ - ص ٤٠٣) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ هامش رقم ٨ - قارن الموجز للمؤلف ص ٧٠٤ -

وكالوفاء الإبراء ، فهو تصرف قانوني يقضى الدين ، ويثبت بالبينة وبالقرائن إذالم تزد قيمته على عشرة جنيهات . كذلك في المقاصة ، يجوز للمدين إثبات الحق الذي له في ذمة دائنه ، ليوقع المقاصة بمقداره ، بالبينة وبالقرائن ، إذا كانت قيمة هذا الحق لا تزيد على عشرة جنيهات ، حتى لو كان الدين الذي تقع فيه المقاصة ثابتاً بسند مكتوب . أما تجديد الدين المكتوب فقد رأينا أنه يعتبر مجاوزاً لما هو ثابت بالكتابة ، فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة^(١) .

= ص ٧٠٥ . وقد قدمنا في وفاة دين قيمته تزيد على عشرة جنيهات . أنه يجوز إثبات أى وفاة جزئى لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات بالبينة وبالقرائن .

وقد جاء في كتاب نظرية الإثبات للأستاذ حسين المؤمن ما يأتى : « أما في العراق فالإجماع حاصل ... على أنه لا يجوز إثبات الوفاء مهما كان مقداره بشهادة الشهود ما دام أصل الالتزام موثقاً بسند . بل إن محكمة التمييز قد تطرفت في هذا الباب إلى حد بعيد ، فقد اشترطت الدليل الكتابى على ادعاء الوكيل بتسليمه لموكله المبالغ التى قبضها من مدينى الموكل حسب التفويض المعطى للوكيل في صك الوكالة ، بداعى أن التفويض بالقبض قد جرى بالكتابة فلا يثبت دفع المبلغ إلى الموكل إلا بالكتابة أيضاً : القرار المرقم ١٩٢٩/٥٥ والمؤرخ ١٩٢٩/٤/٢ (القضاء سنة ١٩٣٤ س ١ القسم الرسمى ص ١٦٦ — حسين جميل بند ١٧٠ ص ١٢٢) وما جاء فيه : إن قول المحكمة أن المدعى أمين مصدق بيمينه في براءة ذمته ، ولا حاجة إلى سند تحريرى ، غير وارد ، إذ أن التفويض بقبض المبلغ قد جرى بسند فيجب أن يكون الإيصال بسند أيضاً . وهذا تخريج غريب لهذه النظرية لا نقر محكمة التمييز عليه ، ذلك أن التفويض المعطى للوكيل في صك الوكالة لا يتضمن معنى القبض ، وإنما هو ترخيص به . هذا من جهة . ومن جهة أخرى أن الدليل الكتابى على استلام الوكيل المبالغ المقبوضة لم يكن بين الوكيل والموكل ، وإنما بين الوكيل ومدين الموكل ... يضاف إلى ذلك أن هذا الذهاب تجاوز على قاعدة الأمين مصدق بيمينه في براءة ذمته المقررة في المادة ١١٧٤ من المجلة ، (الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٤٥٤ — ص ٤٥٥) . وظاهر أن تفويض الوكيل بقبض الدين يجعله ملتزماً بتقديم حساب للموكل عما قبضه ، وفي تسليم الوكيل للموكل ما قبضه من الدين تنفيذ لهذا التفويض ، أى تنفيذ لعقد الوكالة . وإثبات تنفيذ الوكالة مستقل عن إثبات وجودها . فإذا كان وجود الوكالة ثابتاً بالكتابة ، فإن ذلك لا يستلزم حتماً أن يثبت تنفيذها بالكتابة . ويلاحظ أن التقنين المدنى العراقى الجديد قد حسم الخلاف فيما يتعلق بالوفاء ، فجعله مستقلاً عن أصل الالتزام من حيث الإثبات .

(١) الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢٢١ — وقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية بأنه يجوز إثبات جميع الوقائع اللاحقة لعقد مكتوب بجميع طرق الإثبات القانونية إذا كانت قيمتها عشرة جنيهات أو أقل ، مثل الإبراء أو الوفاء أو التحالف أو الاستبدال أو الصلح (٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٤٦٣ ص ١٠٥٨) . قارن في الصلح الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٤٤٩ (وهو يذهب إلى أن الصلح لا يجوز =

كذلك يجوز إثبات وقائع مادية يكون من شأنها تفسير العبارات الغامضة ، أو التوفيق فيما بينها إذا كانت متعارضة^(١) ، أو تحديد ما ورد مطلقاً في الورقة المكتوبة ، وذلك بالبينة وبالقرائن ، فليس في هذا إثبات لما يخالف الكتابة أو يجاوزها^(٢) . وكذلك الأمر في إثبات الظروف والملابسات المادية التي أحاطت بكتابة العقد^(٣) .

ويجوز أيضاً إثبات عيب من عيوب الإرادة ، كالغلط والتدليس والإكراه ، في سند مكتوب ، بالبينة وبالقرائن ، فليس في ذلك إثبات لما يخالف الكتابة ، لأن الكتابة ليست دليلاً على صحة التصرف حتى يعتبر الطعن في صحته مخالفاً لها . وقد قدمنا أن عيوب الإرادة إنما هي وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق^(٤) .

= إثباته بالبينة إذا كان العقد محل الصلح ثابتاً بالكتابة ، ويشير إلى قرار لمحكمة تمييز الإستانة جاء فيه أن دعوى الصلح المقامة ضد سند يجب إثباتها بالبينة الخطية : ١٣٠٨/١٠/٢٠ سليم باز المرافعات ص ٢٨٩) . ويلاحظ أن الصلح في التقنين المدني المصري الجديد يجب إثباته بالكتابة (م ٥٥٢ مدني) ، وكذلك الأمر في التقنين المدني العراقي الجديد (م ٧١١) .

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٤ — نقض فرنسي ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي باليه ١٩٣٩ — ١ — ٨٥ .

(٢) فيجوز إثبات ما يحصر أجزاء العقار المبيع أو الموزع بالبينة وبالقرائن ، إذا كان هذا العقار قد ذكر في عقد البيع أو الإيجار المكتوب بطريقة مجملة دون تمصيل لأجزائه (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٥ — ص ٣٣٦ — قارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٠) — وقارن استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٠٦ — أما إذا رفع المشتري دعوى استحقاق على بائع العقار ، بسبب وجود عقد إيجار صادر من البائع بالنسبة إلى العقار المبيع دون أن يرد ذكره في عقد البيع المكتوب ، فلا يجوز للبائع أن يثبت علم المشتري بهذا الإيجار ، ورضاه به في مقابل خصم جزء من الثمن ، بالبينة أو بالقرائن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٦) .

(٣) فيجوز إثبات أن الذي حرر عقد التأمين هو عامل شركة التأمين ، بالبينة وبالقرائن (بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٤ وهامش رقم ٥ مكرر) . أما الغلط المادي والغلط في الحساب ، فإن كان ظاهراً أمكن القاضي تصحيحه من تلقاء نفسه . لكن إذا ادعى الخصم أن هناك غلطاً مادياً أو غلطاً في الحساب ، ولم يكن هذا الغلط ظاهراً بحيث يمكن القاضي تصحيحه من تلقاء نفسه ، فلا يجوز إثباته بالبينة أو بالقرائن (نقض مدني ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٤ الهامة ١٥ رقم ٢٧٥ ص ٥٨٠ . بودري وبارد ٤ فقرة ٢٥٧١ — قارن الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٨٦ ص ٢١٨ — ص ٢١٩) .

(٤) دي باج ٣ فقرة ٨٧٠ مكرر — الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدوات ١ ص ٣٩٢ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٨٠ .

ويجوز أخيراً إثبات التاريخ الذي كتبت فيه الورقة ، فيما بين الطرفين ، بالبينة وبالقرائن ، إذا لم يكن مكتوباً ، حتى لو كانت قيمة الالتزام تزيد على عشرة جنيهات أو كان التزاماً مكتوباً ، فليس في هذا إثبات لما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، بل هو إثبات لواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . أما إذا كان تاريخ الورقة مكتوباً هو أيضاً ، فلا يجوز إثبات عدم صحته إلا بالكتابة . وأما بالنسبة إلى الغير فلا بد من التاريخ الثابت على الوجه الذي تقدم ذكره (١) .

٢٠٣ - الشرط الثالث - الإثبات مفصلاً على المبروف فيما بين

المتعاقدين : وكل ما قدمناه من وجوب الإثبات بالكتابة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها إنما يكون في العلاقة ما بين المتعاقدين ، إذ هما اللذان كانا يستطيعان الحصول على الكتابة منذ البداية . وكالمتعاقدين الخلف العام .

أما الغير فيجوز له الإثبات بالبينة وبالقرائن فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، كما أن له إثبات وجود التصرف نفسه بالبينة وبالقرائن ولو زادت قيمته على عشرة جنيهات كما سبق القول ، ففي الحالتين يعتبر التصرف بالنسبة إليه وهو من الغير واقعة مادية يجوز إثباتها أو إثبات ما يخالفها أو يجاوزها بجميع الطرق . فإذا باع شخص عقاراً من آخر ، وكتب في عقد البيع أن الثمن ألف جنيه ، مثلاً ، وأراد الشفيع الأخذ بالشفعة ، فإن له أن يثبت أن حقيقة الثمن ثمانمائة لا ألف - أي يثبت ما يخالف الكتابة - بالبينة وبالقرائن ، لأنه من الغير في عقد البيع الذي يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية .

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٣٨٠ - ص ٣٨١ - الأستاذ عبد المنعم فراج الصدة في الإثبات ص ٢١٩ - ص ٢٢٠ - الأستاذ حسين المومن في نظرية الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٤٥٧ - قارن الأستاذ عبد السلام ذهفي في الأدلة ١ ص ١٩٨ - ص ١٩٩ و ص ٣٩٤ - ص ٣٩٥ - انظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ ص ٣٣٦ - ص ٣٣٧ وهامش رقم ١٢ وهامش رقم ١٣ .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن تاريخ التصرف القانوني يعتبر من محدداته ، فهو جزء منه . فلا يجوز إثباته ، إذا لم يكن مكتوباً ، بالبينة أو بالقرائن في تصرف لا يجوز إثباته إلا بالكتابة (لوران ١٩ فقرة ٤٧٧ - فقرة ٤٧٨ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٧٢ - دي باج ٣ فقرة ٨٦٨) .

وفي العقد الصوري الثابت بالكتابة ، تثبت الصورية فيما بين المتعاقدين بالكتابة حتى لو كانت قيمة العقد لا تزيد على عشرة جنيهات . أما الغير - وهو هنا الدائن والخلف الخاص - فله أن يثبت الصورية بالبينة وبالقرائن . حتى لو كان العقد الصوري مكتوباً وحتى لو كانت قيمته تزيد على عشرة جنيهات (١) .

(١) ونجزي هنا بذكر بعض أحكام النسخة المصرية في هذه المسألة ، مرجحين تعبير ما نجمله منها إلى الكلام و دعوى الصورية في المكان الخاص بأثر الالتزام :

لا تثبت الصورية فيما بين المتعاقدين وبالنسبة إلى الخلف العام إلا بالكتابة : استئناف مصر ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ الهامة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ - ٢٥ مارس سنة ١٩٢٣ الهامة ٤ رقم ٩٠ ص ١٣٤ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ الهامة ٣ رقم ٣٤٤ ص ٤١١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٢٣ الهامة ٤ رقم ١٨١ ص ٢٥١ - ٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٣١٠ ص ٤٧٧ - ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٤٦٢ ص ٧٦١ - ٢٥ أبريل سنة ١٩٤٠ الهامة ٢١ رقم ٢٥٤ ص ٥٦٤ - نقض جنائي ٤ يناير سنة ١٩٢٤ الهامة ٧ رقم ١٤٢ ص ٢٠٠ - استئناف مختلط ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٨٠ - ٢٨ مايو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٢٨ - ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ - ١١ يناير سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٩٠ - ٩ نوفمبر سنة ١٩٤٤ م ٥٧ ص ٧ - ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ - وقد قضت محكمة النقض بأن عقد القرض يجوز إثبات صورية سبه بالأوراق الصادرة من المتمسك به ، فإذا ذكر في سندات الدين أن قيمتها دفعت نقداً ، ثم اتضح من فحوى الرسائل الصادرة من الدائنة إلى مدينها في أوقات مختلفة - بعضها سابق على تاريخ السندات وبعضها معاصر له أو لاحق به - أنها كانت تستجديه وتشكر له إحسانه عليها ، جاز اعتبار هذه الرسائل دليلاً كتابياً كافياً في نفي وجود قرض حقيقي (نقض مدني ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢) - وقضت أيضاً بأنه إذا كان المتأجر يطمئن في عقد الإيجار بالصورية ، والمؤجر يدفع بعدم جواز الإثبات ، فلا يجوز للمحكمة - ما دام الإيجار ثابتاً بالكتابة ولا يوجد لدى المتأجر دليل كتابي على دعواه - أن تقضي بصورية العقد بناء على مجرد القرائن ، وإلا كان قضاؤها باطلاً (نقض مدني ١٨ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٧ ص ٤٨٥) - وقضت أيضاً بأن الحكم الذي يقرر أنه لا يجوز لوارث الراهن أن يثبت بكل طرق الإثبات ، في مواجهة المرتهن ، صورية عقد الرهن ، بحجة أن الصورية لا تثبت بين العاقدين إلا بالكتابة ، لا يكون مخطئاً في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠) - وقضت أيضاً بأنه متى كان الواقع هو أن المظنون عليهم رفعوا الدعوى يطلبون الحكم بتثبيت ملكيتهم أو حصنهم الشرعية في شركة مورثهم ، فتسلك الطاعن بأنه اشترى من والده المورث جزءاً من الأطنان ، فطمئن بمض الورثة في عقد البيع بالصورية استناداً إلى أن الطاعن كان قد استصدر من والده لمناسبة مصاهرتة أسرة طلبت إليه أن يقدم الدليل على كفايته المسالية ، وطلبوا إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ذلك بأي طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة ، فانزع الطاعن في جواز الإثبات بهذا الطريق ، وكان الحكم إذ قضى بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما نفعه المظنون عليهم على العقد بأي طريق من طرق الإثبات قد أقدم قضاؤه على أنهم يعتبرون =

وسنعود إلى هذه المسألة تفصيلاً عند الكلام في دعوى الصورية .

== من الأغيار أياً كان الطعن الذي يأخذونه على التصرف الصادر من مورثهم للطاعن ، فإن الحكم ، إذ أطلق للمطعون ، لهم حق إثبات مطاعنهم على هذا التصرف في حين أن علة الصورية إنما كانت إعطاء الطاعن مظاهر الثراء لتيسر زواجه بإحدى العقيلات ، يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥) .

ومع ذلك يجوز إثبات الصورية فيما بين المتعاقدين بالبينة وبالقرائن إذا كان هناك غش أو تحايل على القانون : استئناف أهل أول مارس سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧ - ٩ يونيه سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ٢٦٢ - نقض مدني ٢٠ مارس سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١١٤ ص ٦٦٥ . وانظر أيضاً الأحكام التي سنوردها عند الكلام في التحايل على القانون (fraude à la loi) ، والتحايل على القانون هو نفس الحالة التي نحن بصدددها .

ويجوز للغير إثبات الصورية بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن : استئناف مصر أول يناير سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ ص ٢١٣ - ١٠ أبريل سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٩ ص ١٠٢ - ٢٠ يناير سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٥ ص ٢٤٠ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ ص ٤١١ - ١٢ يناير سنة ١٩٢٥ المحاماة ٥ رقم ٢٨٩ ص ٣٢٥ - ١٧ مارس سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٤٦١ ص ٧٥٩ - أول مايو سنة ١٩٢٨ المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ص ٢١٦ - ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٠٩ ص ٣٧٧ - ١٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩١ ص ٦٢٧ - ٢١ مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ١٢٧ ص ٣٠٠ - ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٢٢٠ ص ٥٠٤ - نقض جنائي ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ١٩ رقم ٢٧٥ ص ٦٦٩ - نقض مدني ٢٩ ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٣٩ ص ١٣٣ - استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٤٨ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ - ٨ يونيه سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٣٦٠ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ - ٢ مارس سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١١٩ - ٦ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٣٢ - هذا ومع ذلك فقد قضت محكمة النقض بأن الخلف الخاص لا يعتبر من الغير ، فلا يجوز له إثبات الصورية إلا بالكتابة ، فإذا كان بائع العقار قد صدر منه عقد بيع ثانٍ لمشتري آخر ، فإنه لا يصح والمشتري الثاني خلف للبائع أن تستدل المحكمة له بشهادة الشهود والقرائن على صورية عقد البيع الصادر من سلفه إلى المشتري الأول قبل البيع الصادر منه إليه هو (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ - وتعليق الأستاذ محمد حامد فهمي بهامش ص ٣٨٨ - ٣٨٩) . ولكنها رجعت بعد ذلك عن هذا الخطأ ، وقضت بأن المشتري يعتبر من الغير في أحكام الصورية بالنسبة لمشتري آخر من نفس البائع له يزاحمه في الملكية ، فإذا أقام الحكم قضاؤه بصورية عقد المشتري الآخر هل القرائن وحدها ، فإنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (نقض مدني ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤ ص ٢٦) - أنظر أيضاً : استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٠٧ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٣ - ١٥ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ - ٤ يونيه سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٤٦٨ .

٢٠٤ - الشرط الرابع - ألا يكون هناك امتثال على القانون^(١) :

وحتى فيما بين المتعاقدين ، يشترط في تطبيق القاعدة التي تقضى بوجود الإثبات بالكتابة فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها ألا يكون هناك امتثال على القانون

= واعتبرت محكمة الاستئناف المختلطة الشفيع من الغير ، خطأ ، و عقد بيع صوري صلت الأخذ فيه بالشفعة . ففقت بأنه لا يجوز الاحتجاج على الشفيع بورقة ضد مؤدهم أن بيع لم يقع إلا لظمان دين للمشتري عن البائع وأنه يفسخ بمجرد وده هذا الدين (استئناف مخطوط ٢٧ مارس سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢٣٢) . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في دعوى الصورية .

(١) كان المشروع التمهيدى (م ٥٤١) يتضمن نصاً لو بقى لأصبح الآن السد (ح) في المادة ٤٠٣ ، ونصه كالاتي : «يجوز أيضاً الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ... (ح) إذا طعن في العقد بأن له سبباً غير مشروع » . وقد ورد في شأنه في المذكرة لإبصاره ما يأتي : «أما الاستثناء الثالث فقد نص عليه المشروع الفرنسي الإبطال . وهو يقتصر توافر ضرب من ضروب الغش ، ومن المعلوم أن الغش يجوز إثباته على وجه الدوام بالبينة . وإزاء ذلك قد يكون أفراد هذا الاستثناء بحكم خاص محللاً للنظر » . وفي لجنة المراجعة نقل هذا السد إلى المادة ١٩٢ في السبب غير المشروع . وكان يقصد به إباحة الإثبات بالبينة وبانقراض إذا كان هناك امتثال على القانون (fraude à la loi) ، فيقابل العبارة الأخيرة من المادة ١٣٥٣ من التقنين الفرنسي التي لم تتيح الإثبات بانقراض إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبينة ، ما لم يكن العقد مطعوناً فيه بسبب الغش أو التدليس ، وقد ثبتت إمكانية هذا النص وإلى ما وجه إليه من انتقاد . وقد استبقى المشروع الفرنسي الإبطال مقابلاً للنص الفرنسي في المادة ٣٠٥ منه ، ونص أيضاً في المادة ٢٩٩ على استثناء الطعن بعدم مشروعية من وجوب الإثبات بالكتابة . والذي يعنينا هنا هو تقرير الحكم في ذاته ، فيحوز دائماً الإثبات بالبينة وبانقراض إذا كان هناك امتثال على القانون . وقد وضع المشروع الفرنسي الإبطال هذا الحكم في مكان الاستثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابي بشقيها ، وهو الاستثناء الثالث ويأتي بعد الاستثناء الخاص بمبدأ الثبوت بالكتابة والاستثناء الخاص بالمانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها . وسائر المشروع الفرنسي الإبطال في ذلك المشروع التمهيدى للتقنين المصري الجديد ، ثم عدل المشروع النهائي عن هذه المسألة . وفي رأينا أن جعل هذا الحكم استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابي بشقيها محل للنظر . لأن الحكم إنما يرد في الكثرة الغالبة من الأحوال استثناء من الشق الثاني وحده . ذلك أن الخلل الغالب لتطبيقه هو أن يواجه الخصم خصمه بدليل على تصرف قانوني صادر منه ، فيطعن هذا في التصرف بأن فيه احتيالا على القانون ويريد إثبات هذا الاحتيال بجميع الطرق . فإن كان الدليل الذي ووجه به دليلاً غير مكتوب ، فهو في حل من أن يعارضه بدليل غير مكتوب دون حاجة إلى التذرع بهذا الحكم . أما إذا كان الدليل الذي ووجه به دليلاً مكتوباً ، ففي هذه الحالة وحدها - حيث تقضى القاعدة بعدم جواز إثبات مخالف الكتابة إلا بالكتابة - يحتاج الخصم إلى هذا الحكم ليتمكن من إثبات الاحتيال على القانون بالبينة وبانقراض معارضاً بذلك دليلاً مكتوباً . ومن أجل ذلك آثرنا ، من الناحية =

(fraude à la loi). والسبب في ذلك أنه متى وجد احتيال على القانون، فيجب تيسير كشفه وإباحتها لإثباته بجميع الطرق، حتى يلحق جزاءه الحق. ويستوى في هذا أن يكون من يريد إثبات الاحتيال من الغير أو يكون أحد المتعاقدين ممن اشترك في الاحتيال بنفسه ويريد الآن الكشف عنه. ففي الحالتين يقضى النظام العام بضرورة فضح هذا الاحتيال، ومن ثم أبيع، حتى للمتعاقد نفسه بعد أن اشترك فيه، أن يثبتته بجميع الطرق ولو بالبينة أو بالقرائن^(١).

ولما كان الاحتيال على القانون ليس إلا تواطؤاً ما بين المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام وإخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع، فقد وضح من ذلك أن من الطبيعي أن يتخذ هذا الاحتيال مظهر الصورية. فيكون هناك تصرف غير مشروع هو التصرف الحقيقي الذي وقع الاتفاق عليه، يستتره تصرف مشروع هو التصرف الظاهر الذي يقع الطعن فيه. والجديد هنا أن الطاعن في التصرف الظاهر - أي التصرف الصوري - ليس هو الغير، وإلا كان من حقه أن يثبت الصورية بجميع الطرق دون حاجة إلى التذرع بالاحتيال على القانون. ولكن الطاعن هو المتعاقد نفسه، ويريد أن يثبت صورية العقد المكتوب بالبينة وبالقرائن، وكان الأصل ألا يستطيع

= العملية، أن نعالج هذه المسألة في صدد القاعدة التي تفضى بعدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة، على أن نعالجها بإيجاز من ناحية الإثبات فحسب، وإلا فهي قاعدة شاملة تتناول جميع نواحي القانون (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٤٦ - ص ٤٥١ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ٢١٧).

(١) وهناك رأى يذهب إلى أن الاحتيال على القانون كالتدليس واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (بلانيول وريبير وبولانجيح ٢ فقرة ٢١٦٦ وهامش رقم ٢ - ديكوتيني في القرائن في القانون الخاص فقرة ١٠٩ ص ٢٧٢ و ص ٢٧٣ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ٢١٧ ص ٢٨١ - ص ٢٨٢ - ولكن قارن كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٧٨ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٤٧ هامش رقم ١). ويبدو أن هناك فرقاً بين أعمال التدليس والاحتيال على القانون. فأعمال التدليس الواقعة على أحد المتعاقدين وقائع مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق. أما الاحتيال على القانون فتواطؤ ما بين المتعاقدين، وتوافق ما بين إرادتهما، على مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام ثم إخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع. فهو إذن عنصر من عناصر التصرف القانوني - يتعلق بالهمل أو بالسبب - كان الواجب في الأصل أن يثبت بنفس الطريقة التي يثبت بها التصرف القانوني، لولا أن فيه خروجاً عن النظام العام، فوجب تيسير كشفه كما قدمنا.

إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، لولا أنه يتذرع بأن هناك احتيالا على القانون (١) .

ولم يرد في التقنين المدني نص على هذا الحكم (٢) . غير أن القضاء أجمع على الأخذ به في اضطراد مستقر ، وطبقه في حالات كثيرة .

من ذلك أن يكون سبب الدين قماراً ، ويكتب المتعاقدان أنه قرض . فيجوز للمدين في هذه الحالة أن يثبت ما يخالف المكتوب بالبينه وبالقرائن ، ليدل على أن السبب الحقيقي للدين هو القمار لا القرض (٣) .

(١) ومن المفيد في هذه المناسبة أن نشير إلى أنه يجوز إثبات التصرف القانوني ، ولو زاد على النصاب ، بجميع الطرق في حالتين : (أولاً) عندما ما يكون التصرف القانوني معتبراً واقعة مادية . ويكون ذلك : ١ - إذا كان من يريد إثبات التصرف هو من الغير ، كالشفيع يريد إثبات البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة فيجوز له إثباته بجميع الطرق . ٢ - إذا كان العقد صورياً ويريد الغير إثبات هذه الصورية ، فيجوز له إثباتها بجميع الطرق . ويلاحظ أننا لا محتاج هنا إلى القول ، في تبرير إباحة جميع الطرق في الإثبات ، أن الغير كان لا يستطيع الحصول على الكتابة - إذ أن المانع من الحصول على الكتابة يجب أن يكون مانعاً قد قام في حالة بالذات كما سنرى - بل يكون أن نقول إن التصرف القانوني يعتبر واقعة مادية بالنسبة إلى من يريد إثباته بجميع الطرق ، أي بالنسبة إلى الشفيع في الصورة الأولى وبالنسبة إلى الغير في الصورة في الصورة الثانية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك . (ثانياً) عندما يكون التصرف القانوني قد داخله احتيال على القانون . ويكون ذلك إذا كان العقد صورياً ويريد المتعاقد نفسه أن يثبت هذه الصورية بجميع الطرق ، مع أن العقد بالنسبة إليه يعتبر تصرفاً قانونياً لا واقعة مادية ، ولكنه يتذرع بأن هناك احتيالا على القانون (fraude à la loi) . وهذه هي الحالة التي نحن الآن بصددنا . وسنعود إلى هذه المسألة في موضع آخر .

(٢) أنظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٤٣ ص ٤٤٨ - ويشير الأستاذ مع ذلك إلى نص المادة ٧٣٩ من التقنين المدني ، وهي تقرر بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان ، ولمن خسر أن يسترد ما دفعه ، وله أن يثبت ما أداءه بجميع الطرق .

(٣) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ - ١٢ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٣٤ - ٢٢ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٣٦ .

وقد قضت محكمة النقض ، بوجه عام ، أن الصورية التدليسية لا يقتضى لتحقيقها وجود ثبوت بالكتابة ، وإنما هي تثبت بالقرائن في حق كل من مسه هذا التدليس ، سواء أكان طرفاً في العقد أم لم يكن (نقض مدني ١٨ نوفمبر سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ٢٣٨ ص ٤٥٣ - وانظر أيضاً الموجز للمؤلف فقرة ٦٧٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٢٨ ص ٩٨٤ - ومحكمة النقض الفرنسية ٦ مارس سنة ١٩٥٠ جازيت دي باليه ١٩٥٠ - (٢٠٧ - ١) .

ومن ذلك أن يخفى العقد ربياً فاحشاً ، ويكتب المتعاقدان سبباً غير ذلك ، فيجوز للمدين أن يثبت الربا الفاحش - وهو يخالف المكتوب - بالبينة وبالقرائن (١) .

وقضت محكمة النقض بأن الوارث الذي يطعن في تصرف صادر من مورثه في صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية ، وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً لإضراراً بحقه فيه ، يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأى طريق من الطرق القانونية ، فلا على المحكمة فيما تقضى به من إحالة الدعوى الى التحقيق لتمكين الطاعنين في التصرف من إثبات حقيقة الواقع فيه بشهادة الشهود (٢)

كذلك يجوز اثبات ما يخالف الكتابة بالبينة وبالقرائن اذا كان السبب الحقيقي الذي تخفيه الكتابة هو صدور العقد أثناء الحجر على المدين (٣) ، أو قيام علاقة غير شرعية بين المدين والدائن (٤) ، أو تخفيض ثمن المبيع هرباً من بعض رسوم التسجيل (٥) ، أو التحايل على اخفاء الرهن في صورة البيع هرباً من قانون

(١) نقض مدني ٢٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٢ ص ٣٩٠ - والقضاء مطرد في هذا المعنى . وقد قعدت محكمة استئناف مصر بأنه إذا ثبت أن عقدين حرراً في صورة عقد بيع ، وكان الغرض من تحريرهما هو إخفاء قرض ربا فاحش ، فلا محل للقول بأنه لا يجوز الطعن في العقدين ولا إثبات ما يخالفهما بالبينة ، لأن جمل عملية تشتتل على ربا فاحش في صورة عقد بيع فيه مخالفة للنظام العام ، ويجوز إثباتها بالبينة حتى فيما بين المتعاقدين (١٢ مارس سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ ص ٣٢٤) . وقضت أيضا بأن دعوى الربا الفاحش ليست من الدعاوى التي يلزمها الدليل الكتابي على قيامها . بل تكفي فيها القرائن ، كما أنها ليست مقيدة بنصاب معين لقبول التحقيق فيها أو عدم قبوله (٣١ مارس سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ ص ٧٠) . وقضت محكمة طنطا أنه لما كان الربا الفاحش مخالفا للنظام العام ، حاز أن يثبت بكافة الطرق أن مبالغ متفقا عليها في عقد إيجار هي في الحقيقة ربا فاحش ، ولو كان هذا الإثبات مؤدياً إلى ما يخالف مضمون العقد أو متناولاً مبلغاً تزيد قيمته على الألف قرش (٢٦ فبراير سنة ١٩٠٣ الحقوق ١٨ ص ٢٣١) .

(٢) نقض مدني ١١ مايو سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٢٤ ص ٤٩٤ -
أنظر أيضاً حكماً آخر في هذا المعنى لمحكمة النقض في دائرتها المدنية في ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ .

(٣) محكمة استئناف الإسكندرية ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٤٢٧ ص ١٠٤٧ .

(٤) محكمة استئناف مصر ٢٣ يناير سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩ .

(٥) الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤١٤ مكرر ص ٣٩٠ .

الحمسة الأفدنة (١) ، أو هرباً من ضرورة اتخاذ إجراءات التنفيذ (٢) ، أو تمييز بعض الورثة على بعض آخر (٣) ، أو غير ذلك من الأسباب غير المشروعة المخالفة للنظام العام (٤)

على أنه يجب أن يعزز الادعاء بوجود تحايل على القانون قيام قرائن قوية تجعل وقوعه محتملاً ، حتى يمكن الترخيص بعد ذلك في إثبات هذا التحايل بالبينة وبالقرائن على وجه حاسم (٥) .

ونتهى من معالجة هذه المسألة بملاحظتين

الملاحظة الأولى أنه لا يكفي للتخصيص في إثبات ما يخالف الكتابة بالبينة وبالقرائن أن يدعى المتعاقد صورية العقد أياً كان سبب هذه الصورية . بل يجب أن يكون هذا السبب غير مشروع لمخالفته للنظام العام . أما إذا كان السبب مشروعاً فلا يجوز للمتعاقد أن يثبت صورية العقد المكتوب إلا بالكتابة (٦) ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

-
- (١) استئناف مخطوط ٢١ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣١٤ .
 - (٢) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٤٢ ص ٤٥١ .
 - (٣) استئناف أهل ١٤ ديسمبر سنة ١٩٢٢ الهامة ٥ رقم ٣٥٨ ص ٤١٥ .
 - (٤) استئناف مخطوط ٢٠ ديسمبر سنة ١٩٢٣ م ٣٦ ص ١٠٣ (الاتفاق على أن شخصاً لا يزايد على الآخر) — استئناف مخطوط ١٠ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٧٩ (اشتراط مقابل مبالغ فيه من المدين المزروعة ملكيته في نظير التدخل في المزايدة) — الزقازيق الكلية ٢٢ مايو سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٢٣٤ ص ٤١٢ (الحصول على اعتراف بالزوجية) — جرجا الجزئية ١٤ يونية سنة ١٩٢٧ الهامة ٨ رقم ٤٩ ص ٨٧ (إخفاء معاملة تجارية تحت صورة ودبحة لإمكان اتخاذ الإجراءات الجنائية) .
 - (٥) استئناف أهل ١٢ مايو سنة ١٩٠٤ الاستقلال ٣ ص ١٦٢ — ٢ أبريل سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ ص ١٧٢ — ٢٤ مارس سنة ١٩١٤ الشرائع ١ ص ١٤٧ — ٢٠ أكتوبر سنة ١٩١٤ الشرائع ٢ ص ٤٦ — ٢٧ يناير سنة ١٩١٥ الشرائع ٢ ص ١٧٩ — ٢٩ مارس سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٨ ص ١١٩ — استئناف مخطوط ٧ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ١٩٦ — ٢٥ أبريل سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢١٤ .
 - (٦) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز إثبات الصورية بالقرائن إلا إذا كان العقد يفتقر سبباً غير مشروع ، أما الادعاء بأن عقد البيع حرر لتسكلة النصاب المقرر للمعدة أو للشيخة فليس من هذا القبيل ، والصورية المدعى بها يجب إثباتها بالكتابة (٢١ مايو سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٩ ص ١٧٠) — وانظر أيضاً حكم محكمة النقض (دائرة =

والملاحظة الثانية أن الحكم الذي نحن بصدده - جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن لوجود تحايل على القانون - وإن كانت تطبيقاته في الكثرة الغالبة منها ترد كما رأينا في نطاق إثبات ما يخالف الكتابة ، وقد عاجلناه في هذا المكان لهذا السبب ، إلا أن ذلك لا يمنع من ورود تطبيقات له في نطاق إثبات وجود التصرف القانوني نفسه ، فيكون استثناء وارداً على الشق الأول من قاعدة وجوب الدليل الكتابي . ويقع ذلك عند إثبات الوفاء ، فمن وفي بدين غير مشروع ، وأراد استرداد ما وفي به ، جاز له أن يثبت الوفاء - وهو تصرف قانوني - بالبينة وبالقرائن ، ولو زادت قيمته على عشرة جنهات ، لوجود تحايل على القانون (١) .

المبحث الثاني

الاستثناءات

٢٠٥ - نوهاه من الاستثناءات : قدمنا أن هناك أحوالاً استثنائية يجوز فيها الإثبات بالبينة وبالقرائن ، حتى لو زادت قيمة الالتزام على عشرة جنهات ، وحتى لو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . فتكون هذه الأحوال إذن استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابي بشقيها .

= مدنية) في ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ (مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٣٨ ص ١٩٥) وهو الحكم الذي سبقت الإشارة إليه ويقضى بعدم جواز إثبات الصورية بالبينة أو بالقرائن إذا كان سببها هو إعطاء الشخص مظاهر الثراء ليتيسر زواجه بإحدى المقيلات .

(١) مثل ذلك ما قضت به المادة ٧٣٩ من التقنين المدني من جواز استرداد من خسر في المقامرة ما أداه لكاسب ، وله أن يثبت ما أدى بجميع الطرق . ومثل ذلك أيضاً ما قضت به دائرة النقض من أنه يجوز بوجه عام إثبات ما أدخله الفس بالبينة مهما كانت قيمة الالتزام ، فيجوز الإثبات بالبينة فيما يشبه النصب وفيما قام على الفس ، كحالة ما إذا حصل شخص على نفود يزيد مقدارها عما تجوز البينة فيه من امرأة في سبيل إحضار زوجها الغائب فيية مربية (٨ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ ص ٨٢٠) .

وهذه الاستثناءات ، كما أسلفنا القول ، نوعان :

(النوع الأول) أحوال يقوم فيها دليل كتابي غير كامل يجعل وجود التصرف القانوني المدعى به قريب الاحتمال ، وهذا الدليل الكتابي غير الكامل يسمى مبدأ اثبات بالكتابة (commencement de preuve par écrit) .

(والنوع الثاني) أحوال يقوم فيها مانع ، إما من الحصول على دليل كتابي ، وإما من تقديم هذا الدليل بعد الحصول عليه لفقده بسبب أجنبي (١) .

المطلب الأول

مبدأ الثبوت بالكتابة (٢)

٢٠٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٢ من التقنين المدني

على ما يأتي :

(١) وكل نوع من هذين النوعين من الاستثناءات مستعمل من الآخر ، فقد يوجد معاً ، ويختار الخصم عندئذ التمسك بأيهما . مثل ذلك أن يكون الخصم قد احتج عنده دليل كتابي كامل ، ثم فقده بسبب أجنبي ، وفي الوقت ذاته عثر على مبدأ ثبوت بالكتابة . فله أن يتمسك بمبدأ الثبوت بالكتابة ويميزه بالبينة أو بالقرائن ، وإما أن يتقدم لاثبات دعواه بالبينة أو بالقرائن دون أن يقدم مبدأ الثبوت بالكتابة وذلك بعد أن يثبت فقده الدليل الكتابي الكامل بسبب أجنبي . وقد يوجد أحد الاستثناءين دون الآخر ، فيتمسك به الخصم . ويتحقق ذلك في أمثل المتقدم إذا ضاع الدليل الكتابي الكامل باهمال من الخصم ، فليس أمامه في هذه الحالة إلا أن يتمسك بمبدأ الثبوت بالكتابة ويميزه بالبينة أو بالقرائن (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكرر ٣ ص ٣ : ٢ - بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش رقم ١ مكرر ٣ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٦٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٣ ص ١٠٠٤) .

هذا ويلاحظ أن البينة والقرائن في حالة فقد الدليل الكتابي الكامل تكون دليلاً بديلاً ، وليست دليلاً أصلياً كما هي في حالة إثبات التصرف الذي لا تزيد قيمته على عشرة جنيهات . ومعنى في حالة مبدأ الثبوت بالكتابة دليل تكميلي ، وليست دليلاً أصلياً ولا دليلاً بديلاً . وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٠ ص ٩٨٥) .

(٢) انظر في هذا الموضوع : هنري مازو (H. Mazeaud) في الفكرة القانونية من مبدأ الثبوت بالكتابة المنصوص عليه في المادة ١٣٤٧ من التقنين المدني الفرنسي ، رسالة من نيون سنة ١٩٢١ - مانويل (Manuel) في مبدأ الثبوت بالكتابة ، رسالة من جرينوبل سنة ١٩٣٧ - روجيه پرو (Roger Perrot) في مبدأ الثبوت بالكتابة في موسوعة دالوز في القانون المدني ١

ص ٦٩٧ (Encyclopédie Dalloz, Droit Civil) .

١٥ - يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

٢٥ - وكل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢١٧/٢٨٢ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري

المادة ٥٦ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٩٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات

المدنية اللبناني المادة ٢٤٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٨٩ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٠ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١ - يجوز الإثبات بالبينة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ - وكل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال ، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة . وفي لجنة المراجعة أضيفت عبارة : « فيما كان يجب إثباته بالكتابة » في الفقرة الأولى ليكون المعنى أدق ، وأصبح رقم المادة ٤١٥ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب بعد استبدال كلمة « التصرف » بكلمة « العقد » في الفقرة الثانية منها . ووافقت عليها لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٢ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٥ - ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩) .

(٢) وكانت المادة ٢١٧/٢٨٢ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « ومع ذلك

فالإثبات بالبينة أو بقرائن الأحوال يجوز قبوله إذا كان الدين أو التخلص منه صار قريب الاحتمال بورقة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات عليه . ونرى من ذلك ألا فرق في الحكم ما بين التقنين المدني الجديد والتقنين المدني القديم في هذا الموضوع ، رغم الاختلاف في العبارة .

(٣) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٥٦ :

١ - يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات القانونية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ - ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود العقد المدعى به قريب الاحتمال . (ويلاحظ أن الفقرة الأولى من هذا النص قاصرة ، حيث تقول : حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة . وكان الأولى أن يقال بدلا من ذلك : فيما كان يجب إثباته بالكتابة ، حتى يرد الاستثناء على قاعدة وجوب الدليل الكتابي بشقيها ، فيشمل ما إذا كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة وما إذا كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها . كذلك كان الأفضل استعمال عبارة « التصرف القانوني » بدلا من عبارة « الالتزامات التعاقدية » ، إذ العبارة الأولى أعم من العبارة الثانية . فيما عدا ذلك يتفق نص التقنين السوري مع نص التقنين المصري) .

وبقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٤٧ (١)

٢٠٧ - نطاق مبدأ الثبوت بالكتابة : ويتبين من نص التقنين المدني

المصري أنه إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة بالشروط التي سنفصلها - جاز إثبات التصرف القانوني بالبينة أو بالقرائن أو بهما معاً، أى أن البينة والقرائن تأتي معرزة لدليل كتابي ناقص فتكمله (٢). ومبدأ الثبوت بالكتابة، معرزاً بالبينة أو بالقرائن،

= التقنين المدني العراقي م ٤٩٠ : تطابق نص المادة ٥٦ من قانون البينات السوري ، ويرد عليها نفس الاعتراضات .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية : . . (٣) إذا وجدت بداية بينة خطية ، أى مخطوطة ولو خالية من التوقيع ، صادرة عن المدعى عليه أو عن يمثله ، يجعل الواقعة المزعومة قابلة للتصديق . (وهذا النص يتفق في حكمه مع نص التقنين المصري) .
التقنين المدني للمملكة العربية المتحدة م ٣٨٩ : تطابق المادة ٤٠٢ من التقنين المدني المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٤٧ : ١ - ويستثنى من القواعد المتقدم ذكرها (أى من وجوب اندليل الكتابي في إثبات تصرف تزيد قيمته على ٥٠٠٠ فرنك وفي إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها) الأحوال التي يوجد فيها مبدأ ثبوت بالكتابة . ٢ - ويقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة كل ورقة مكتوبة صادرة من الخصم الموجه إليه الطلب أو من شخص يمثله هذا الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل الورقة المدعى بها قريبة الاحتمال . (هذا ومبدأ الثبوت بالكتابة عرف في القانون الفرنسي القديم عقب صدور أمر مولان عن طريق القضاء ، واستقر في نصوص الأمر الصادر في سنة ١٦٦٧ ، وانتقل إلى بوتييه ، ومنه إلى التقنين المدني الفرنسي على الوجه الذي نراه : بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٨٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣١ - بيدان ورو ٩ فقرة ١٢٧٢) .

Art. 1347 : Les règles ci-dessus reçoivent exception lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable le fait allégué.

(٢) ذلك أن البينة والقرائن تستند في هذه الحالة إلى ورقة مكتوبة ، فيمكن أن يفتن عليها من الثقة ما يعوزها لو لم تستند إلى الورقة المكتوبة (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣١) . وقد قدما أن البينة والقرائن تعتبر في هذه الحالة دليلاً تكليلاً لا دليلاً أصلياً ، ولكنها دليل ضروري وبغيره يكون الإثبات ناقصاً (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٣) . ومنه أنه يجوز أن يكون الدليل التكميل لمبدأ الثبوت بالكتابة هي البيين المتممة ، لا البينة ولا القرائن .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتي : « وينبغي التنويه بما لتعيين السمة الخاصة التي يمتاز بها هذا الاستثناء من بالغ الأهمية ، ذلك أنه يجعل الإثبات =

يكون دليلاً كاملاً في كل ما كان يجب إثباته بالكتابة . فيكون دليلاً كاملاً على :
(١) تصرف قانوني تزيد قيمته على عشرة جنيهات (٢) ما يخالف الكتابة أو
يجاوزها (٣) تصرف قانوني اشترط القانون بنص خاص أن يكون إثباته بالكتابة
كالصلح والكفالة . ولكنه لا يصلح دليلاً على تصرف شكلي كالهبة والرهن
الرسمي ، إذ هو لا يحل محل الشكل ، فان الشكل ذاته ركن في التصرف (١) .

= بالبينة جازماً إذا جاوزت القيمة مبلغ عشرة جنيهات من ناحية ، ويجعله جازماً كذلك لنقص
الثابت كتابة وإقامة الدليل على الإضافة إليه من ناحية أخرى . فتي وجد مبدأ ثبوت بالكتابة
بشأن الالتزام المدعى به جاز الإثبات بالبينة ، فهي هذا الوصف تكمل ما يعتور الدليل المستخلص
من هذا المبدأ من نقص وقصور . وينهض لتوجيه هذا الحكم ما هو ملحوظ من أن مبدأ الثبوت
بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال . ويعتبر هذا الوجه ضمناً كافياً للحد من الأخطار
التي تكتنف الإثبات بالبينة . تم إن البينة لا تكون في هذه الحالة إلا دليلاً مكلاً أو متمماً ه
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٦) — هذا ويفسر عادة مبدأ الثبوت بالكتابة في كثير
من التوسع حتى تنكسر حدة التنظيم القانوني للإثبات . فتقبل البينة والقرائن في مواضع تقضى
العدالة بقبولها فيها ، وما كانت لتقبل لولا فكرة مبدأ الثبوت بالكتابة . فهذه الفكرة إذن
تتدارك كثيراً ما تقوته الصرامة التي تنطوي عليها دقة تنظيم الإثبات ، وهي صمام الأمان الذي
يكفل لقواعد الإثبات أن تسرى في رفق ويسر (بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٧٢) .

(١) ومع ذلك تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذه المسألة ما يأتي : « أما فيما
يتعلق بنطاق تطبيق هذا النص فليس شك في أنه لا يسرى حيث تكون الكتابة شرطاً من شروط
صحة الالتزام يترتب البطلان على تخلفه ولو كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات ، كما هو الشأن
في المهررات الرسمية . ذلك أن الكتابة أو الأوضاع الشكلية لا تكون في هذه الحالة مجرد دليل
فحسب ، بل تعتبر ركناً أو شرطاً من شروط الصحة الموضوعية . هل أن الخلاف قد أثير في اللغة
بصدد الالتزامات التي يشترط فيها القانون الكتابة دون أن ينص على البطلان ، ولا سيما بالنسبة
للإيجار (وكان التقنين المدني السابق يشترط في إثباته الكتابة) . والرأى أن الالتزام يترتب
صحياً في هذه الحالة ، ولكن لا يمكن إثباته إلا بالإقرار أو اليمين ، لأن البينة قد استبعدت
صراحة بالنص ، فليس يجوز العود إليها من طريق غير مباشر بالاتجاه إلى مبدأ الثبوت بالكتابة ه
(مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٦) . هذا وكانت المادة ٣٦٣/٤٤٦ من التقنين المدني
السابق تنص على أن ه عقد الإيجار الحاصل بغير كتابة لا يجوز إثباته إلا بإقرار المدعى عليه
أو امتناعه عن اليمين إذا لم يبدأ في تنفيذ العقد المذكور ه . وكان القضاء في ظل التقنين السابق
(قبل أن يخضع التقنين الجديد عقود الإيجار لقواعد الإثبات العامة) يقضى بأنه لا يجوز إثبات
عقد الإيجار بمبدأ ثبوت بالكتابة ولو عززته البينة والقرائن . وقد دافع الفقهاء أوبرى ورو
بإسهاب عن جواز إثبات عقد الإيجار في القانون الفرنسي بمبدأ ثبوت بالكتابة معزراً بالبينة
أو بالقرائن (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٣ مكرر ٣ هامش رقم ٥ — وانظر أيضاً في هذا المعنى
بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦١٧ — پلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٣ ص ١٠٠٥) .

٢٠٨ - أركان مبدأ الثبوت بالكتابة : وحتى يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة يجب ، وفقاً للنص الذى قدمناه ، أن تتوافر أركان ثلاثة : (١) أن تكون هناك ورقة مكتوبة . (٢) وأن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم الذى يحتج بها عليه أو ممن يمثله . (٣) وأن يكون من شأن هذه الورقة أن تجعل وجود النصف القانونى قريب الاحتمال (١) .

§ ١ - وجود ورقة مكتوبة

٢٠٩ - الأعمال المادية لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة : لا بد لتوافر الركن الأول من وجود ورقة مكتوبة . أما مجرد الأعمال المادية : إيجابية كانت أو سلبية ، ولو كانت ثابتة بالبيئة أو بالقرائن ، فلا تكفى . ويترتب على ذلك أن تنفيذ الالتزام ، إذا انطوى على أعمال مادية محضة كبناء منزل أو نقل بضاعة ، وثبت بغير الكتابة كما هو الشأن فى هذه الأعمال إذ تثبت عادة بالبيئة أو بالقرائن أو بالمعاينة ، فإنه لا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان تنفيذ الالتزام ينطوى على تصرف قانونى كالوفاء بمبلغ من النقود ، فلا بد من إثبات

= ويبدو أن محكمة النقض فى مصر تظاهر هذا الرأى فيما يتعلق بمقد شركة التضامن . فقد قضت بأن مقد شركة التضامن ليس من العقود الشكلية حتى يبطل إذا لم تحرر به كتابة ، بل حكم حكم سائر التصهدات التى يشترط فيها الإثبات بالكتابة ، إذ أن المادة ٤٦ من قانون التجارة لم تنص على وجوب الكتابة إلا لبيان نوع الدليل الذى يقبل فى إثبات شركة التضامن ، كما نصت المادة ٢١٥ من مدنى على وجوب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة المتعهد على ألف قرش . ولما كان مبدأ الثبوت بالكتابة يقوم فى التصهدات التى مقام الإثبات بالكتابة إذا أيدته الشهود والقرائن ، فمن باب أول فى مسألة تجارية ، لأن القاعدة فى المواد التجارية أنه يجوز الإثبات بغير الكتابة طبقاً للمادة ١١٥ المذكورة (نقض مدنى ٢٨ أبريل سنة ١٩٤٤ الهامة ٢٦ رقم ٢٩٧ ص ٨٦٩) . والأولوية التى تشير إليها محكمة النقض للمسائل التجارية فى الإثبات بغير الكتابة ليس من شأنها أن تمنع قيام مبدأ الثبوت بالكتابة معزراً بالبيئة أو بالقرائن مقام الدليل الكتابى الكامل فى التصرفات التجارية والتصرفات المدنية على السواء .

(١) ونقول الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد أن القضاء الفرنسى يتوسع فى تفسير الركن الأول من مبدأ الثبوت بالكتابة المتعلق بمادته (substance) ، ويضيق من تفسير الركن الثانى المتعلق بمصدره (origine) ، ويستيق لقاضى الموضوع سلطانه فى تقدير الركن الثالث المتعلق بدلالته (pertinence) (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣١ ص ٩٨٦) .

هذا التنفيذ وهو تصرف قانوني بورقة مكتوبة إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات . وهذه الورقة - سواء كانت دليلاً كتابياً كاملاً على التنفيذ أو لم تكن إلا مبدأً ثبوت بالكتابة - تكون في الوقت ذاته مبدأً ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى إثبات وجود الالتزام . فإذا كان الوفاء منصّباً على مبلغ لا يزيد على عشرة جنيهات وكان هذا هو كل الدين ، فإثبات الوفاء يجوز بالبينة وبالقرائن ، ولكننا في هذه نكون في غير حاجة إلى مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته ، إذ يجوز إثباته هو أيضاً بالبينة وبالقرائن .

وقد يكون مبدأ الثبوت بالكتابة أعمالاً مادية تسجل بعد ذلك في ورقة مكتوبة ، فعند ذلك تكون هذه الورقة المكتوبة - لا الأعمال المادية - هي مبدأً الثبوت بالكتابة^(١) .

٢١٠ - **الشروع في الوفاء** : وقد كان التقنين المدني السابق ينص في المادة ٢٨٦/٢٢١ منه على أن « الشروع في الوفاء يصح أن يكون عند الاقتضاء سبباً للقاضي في أن يأذن بالإثبات بالبينة » . ولم يستبق التقنين الجديد هذا النص ، وقد كانت هناك فائدة في استبقائه ، إذ يتميز في بعض صورته عن مبدأ الثبوت بالكتابة . ذلك أن الشروع في الوفاء قد يكون عملاً مادياً محضاً ، فيثبت بغير ورقة مكتوبة . وكان في هذه الحالة ، وفقاً لنص المادة ٢٨٦/٢٢١ من التقنين المدني السابق ، يصلح سبباً للقاضي في أن يأذن في الإثبات بالبينة . أما بعد أن أغض التقنين المدني الجديد إيراد هذا النص ، فلم يعد الشروع في الوفاء يصلح

(١) بل قد بلغ الأمر حد الاستغناء عن إبراز الورقة المكتوبة ذاتها ، إذا ثبت وجودها وكذلك مشتقاتها من طريق الإقرار أو اليمين ، لا عن طريق البينة أو القرائن (هودي وبارد ٤ فقرة ٢٥٨٥ - بلانيسول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ - دي باج ٣ فقرة ٨٩٣ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٢٣ ص ٤٠٧ . ويجب أن يذكر الإقرار ما هي الورقة المكتوبة وما التي تشمل عليه من بيانات (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ١٧٩ ص ٣٨٧ . ويتبين من ذلك أن الورقة لم تعد هي ذاتها مبدأ الثبوت بالكتابة ، بل هي ليست إلا مجرد دليل عليه ، وهي دليل يمكن الاستغناء عنه بالإقرار وباليمين (بلانيسول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٧٤ ص ٢٥٧) .

في هذه الحالة أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز الإثبات بالبينة (١) .

وإذا كان الشروع في الوفاء تصرفاً قانونياً كالوفاء بمبلغ من النقود أو دفع الفوائد ، فإن كان المبلغ الموفى به أكثر من عشرة جنيهات فلا بد في إثبات الوفاء من ورقة مكتوبة . وعندئذ تصلح هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته ، دون حاجة إلى استبقاء نص المادة ٢٢١/٢٨٦ من التقنين السابق . أما إذا كان المبلغ الموفى به لا يزيد على عشرة جنيهات ، فيمكن إثبات الوفاء وحده بالبينة أو القرائن دون ورقة مكتوبة . ولكن إثبات الوفاء بالبينة أو بالقرائن في هذه الحالة لا يمكن التذرع به ، كما قدمنا ، لإثبات الالتزام ذاته إذا كان يزيد على عشرة جنيهات ، حتى في عهد التقنين السابق ، بل يجب للوصول إلى إثبات الالتزام أن يكون الوفاء ثابتاً بورقة مكتوبة . وهنا أيضاً تصلح هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الالتزام ذاته دون حاجة إلى استبقاء نص المادة ٢٢١/٢٨٦ (٢) .

(١) فإذا كان الشروع في التنفيذ المادى قد ثبت ، ولو بالبينة أو بالقرائن ، أنه وقع قبل ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، جاز أن يكون سبباً لإثبات الالتزام الذى تزيد قيمته على عشرة جنيهات بالبينة أو بالقرائن وفقاً لأحكام التقنين المدنى السابق . أما منذ ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ فلم يعد هذا الشروع المادى صالحاً إلا أن يكون مجرد قرينة قضائية ، لا يجوز قبولها إذا زادت قيمة الالتزام على عشرة جنيهات أو كان المراد إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .

(٢) وعند ذلك فقط - أى في حالة الشروع في الوفاء إذا انفرد على تصرف قانونى لا في حالة الشروع في الوفاء المادى - يصدق ما جاء في المذكرة الإيضاحية للشروع التمهيدى في هذا الصدد على الوجه الآتى : « ومن أمثلة الأوراق التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة المهررات المثبتة لبدء التنفيذ أو للوفاء بالفوائد أو الإيرادات ، وقد أفرد لها التقنين المصرى (السابق) المادتين ٢٢١-٢٢٢/٢٨٦-٢٨٧ . ولما كان الملحوظ في أحكام هاتين المادتين أنها ليست سوى تطبيق للقاعدة العامة ، لذلك لم تر ضرورة للنص عليها ، إذ في تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة ما يبنى عليها ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) .

وقد كان التقنين المدنى السابق يشتمل على نص آخر ، لم يستبقه التقنين المدنى الجديد ، هو المادة ٢٢٢/٢٨٧ ، وكان هذا النص يقضى بأن « دفع الفوائد يكون سبباً لجواز إثبات أصل الدين بغير الكتابة . ولما كان دفع الفوائد ليس إلا شروعا في الوفاء بالدين عن طريق تصرف قانونى لا عن طريق عمل مادى ، فإن مبدأ الثبوت بالكتابة يبنى عن استبقاء المادة ٢٢٢/٢٨٧ ، كما بينا فيما قدمناه . (أنظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٣٠ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ٢٠٧) .

ويخلص من ذلك أن المادة ٢٨٦/٢٢١، إذا كان يستطاع الاستغناء عنها في حالة ما إذا كان الشروع في الوفاء ينطوي على تصرف قانوني ، فقد كانت هناك فائدة في استبقائها في حالة ما إذا كان الشروع في الوفاء ينطوي على عمل مادي (١) .

٢١١ - أبة كتابة تصلح مبراً ثبوت بالكتابة : وكل كتابة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، أياً كان شكلها وأياً كان الغرض منها .

فسند غير موقع - إذ السند الموقع يكون دليلاً كتابياً كاملاً - ودفاتر تجارية ، وسجلات وأوراق منزلية ، ومراسلات موقعة كانت أو غير موقعة ، ومؤرخة أو غير مؤرخة ، وموجهة إلى من يحتج بها أو موجهة إلى الغير مادام يمكن تقديمها إلى القضاء ، وتأشيرات على سند الدين ، كل هذه تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، هذا إذا لم تكن دليلاً كاملاً في الحالات التي نص القانون فيها على ذلك وقد تقدم بيانها .

كذلك يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة محاضر الجرد، ودفاتر الحساب، والإيصالات (٢) ، والمخالصات ، والتأشيرات المدونة في هامش الأوراق

(١) وهذا ما جعل التقنين المدني الإيطالي السابق الصادر في سنة ١٨٦٥ يورد هذا النص في المادة ١٣٥٤ منه . وقد نقل عنه التقنين المدني المصري السابق نص المادة ٢٨٦/٢٢١ . واستبقى المشروع الفرنسي الإيطالي نص التقنين الإيطالي في المادة ٣٠٥ منه . وكان من الخير استبقاء نص المادة ٢٨٦/٢٢١ فإنه يسد فراغاً ، ولا يمكن أن يستغنى عنه في جميع صورته بمبدأ الثبوت بالكتابة كما رأينا (انظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة (٢٢٩) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن الإيصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذي كان قد أودعه إياه يجوز للمشتري أن يعتمد عليه في إثبات حصول البيع له ، متى كان قد حصل عليه برضا المودع لديه (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . وقضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا أخذ أحد ضباط القرعة قيمة البديل العسكري من والد أحد المقترعين وبددها ، وزور شهادة معافاة باسم المقترح المذكور ، فإن هذه الشهادة المزورة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى تسلم المبلغ (٧ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣ ص ٤) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن الإيصال المحرر من أحد شخصين قبض مبلغ من الآخر على ذمة المزايدة يعد مبدأ ثبوت بالكتابة (٢١ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٠٩ ص ٢٧٦) . وقضت محكمة جرجا بأنه إذا قدم المدعي ورقة تنفيذ بأنه بعد تاريخ احتقاق الدين دأين هو الدائن بدين آخر ، اعتبرت هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة على المخالصة من الدين الأول (٢٧ فبراير سنة ١٩٢٦ المحاماة ٨ رقم ٣٨٢ ص ٥٨٥) .

والسندات أو في ظهرها ، والمذكرات الشخصية ولو كانت مدونة في أوراق منشورة ، وصور الأوراق الرسمية ، وصور الأوراق العرفية كصورة العقد المسجل (١) .

وتصلح الأوراق القضائية ونحوها من الأوراق أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، حتى لو كانت أوراقاً في قضية أخرى ، وذلك كاليانان المدونة في أسباب الحكم (٢) ، وما ورد في محاضر الجلسات ومحاضر التحقيق (٣) ، والإقرارات التي تدون في مذكرات الخصوم ولو أمضاها الوكلاء عنهم (٤) ، والبيانات التي تقدم لمصلحة الشهر العقاري أو لمصلحة البريد أو للمصالح الحكومية الأخرى وتدون في أوراق رسمية (٥) .

(١) وقد تقدم بيان أن الصورة الفوتوغرافية للمقد المسجل تعتبر على الأقل مبدأ ثبوت بالكتابة . كذلك الشهادة التي تستخرج من دفتر التصديقات على الإيضاعات والأختام الموقع بها على المهررات العرفية هي صورة رسمية لما يدون في هذا الدفتر من ملخص للمحرر ، وليست صورة للورقة العرفية ، ولذلك فإنه يجوز الاستناد إليها كبدأ ثبوت بالكتابة في إثبات هذا العقد (نقض مدني ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . ولكن محكمة النقض قضت ، لإثبات صورية العقد ، بأنه إذا كان الحكم لم يعتمد في صورية عقد البيع على شهادة من واقع دفتر التصديق على التوقيعات ، بل اطلمت المحكمة على كتابة مدونة في الدفتر المذكور بها إمضاء للمقر وقع به أمام الكاتب المختص ، فإنه يكون قد اعتمد على سند كتابي صالح للاحتجاج به على الموقع وعلى خلفائه لا على صورة لهرر عرني . يرد من أية قيمة في الإثبات (نقض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٣ ص ٤٨) . ويبدو أن المحكمة اعتبرت الشهادة التي تستخرج من دفتر التصديقات مبدأ ثبوت بالكتابة ، أما الكتابة المدونة في دفتر التصديقات فاعتبرتها دليلاً كتابياً كاملاً .

(٢) استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٧ .

(٣) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن أقوال المتهم في أثناء التحقيق يمكن أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا احتوت على تناقض أو تباين يدل على سوء نية ، ولم تكن هذه الأقوال ظاهرة بحيث تكون اعترافاً صريحاً (١٥ نوفمبر سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٢٨ — استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٣ رقم ١ ص ٢٢ — الاسكندرية ١٧ فبراير سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ٩ رقم ١٠٥) — وقضت محكمة استئناف مصر أيضاً بأن المحضر الذي يحمره قس بدار البطريكية بأن زوجة المورث اشترت من مال زوجها المنزل موضوع النزاع رغم إنكارها بصحتها على هذا المحضر يمد مبدأ ثبوت بالكتابة (٢٢ أبريل سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٥٣٢ ص ٩٨٧) .

(٤) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ الهامة ٧ رقم ١٠ ص ١٧ .

(٥) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى : « فالشرط الأول وهو وجود =

ويجوز أن يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من مجموع أوراق متفرقة لا من ورقة واحدة ، كما إذا كانت الورقة الصادرة من الخصم تشير إلى ورقة أو أوراق أخرى غير صادرة منه ولكنها هي ، دون الأوراق الأخرى ، التي تجعل وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال^(١) .

٢١٢ - **السندات الباطلة** : والسند الرسمي إذا كان باطلاً - أي إذا كان سبب بطلانه - وكان موقعاً من ذى الشأن ، تكون له قيمة الورقة العرفية كما سبق القول . فمن باب أولى يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم يكن صالحاً لأن يكون دليلاً كتابياً كاملاً .

أما إذا كان السند الرسمي الباطل غير موقع من ذوى الشأن ، وكان عدم التوقيع راجعاً إلى جهل ذى الشأن الكتابة أو عدم استطاعته إياها أو رفضه للتوقيع ، فإنه يصلح كذلك أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة^(٢) . وقد رأينا أن الورقة الرسمية الباطلة ، إذا كانت غير موقعة من المدين ، لا تكون لها قيمة الورقة العرفية ، حتى لو كان الموثق قد ذكر فيها عجز المدين عن التوقيع ، ولكنها في هذه الحالة تصلح ، كما قدمنا ، أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة . أما إذا كان السند الرسمي الباطل غير موقع عليه ، لا لجهل بالكتابة أو عدم استطاعة لها أو رفض للتوقيع ، فإنه يكون مجرد مشروع لم يتم ، ولا تكون له قيمة الورقة العرفية ، ولا يصلح كذلك أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . وإذا كان السند الرسمي الباطل صادراً من عدة مدينين متضامنين ولم يوقعه إلا بعض هؤلاء ، فلا تكون له قيمة

= كتابة أو محرر عام الدلالة - فلفظ الكتابة يصرّف إلى أوسع معانيه - فهو يشمل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع . ولذلك استعمل النص عبارة « فكل كتابة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) .

(١) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٤٧ و ص ٣٤٨ وهامش رقم ٦ مكرر ٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨ - ومن باب أولى إذا قدمت في الدعوى قصاصات ورق مجموعة بعضها إلى بعض بطريق الصق ، فاستدلت المحكمة منها على أنها أجزاء لأصل واحد ، واعتبرتها ، لا ورقة ضد كاملة ، بل مبدأ ثبوت بالكتابة ، فذلك ليس فيه خطأ في تطبيق القانون (نقض مدني ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ١٧ ص ٨٧) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٧ .

الورقة العرفية ، وكذلك لا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لا بالنسبة إلى من لم يوقع لعدم التوقيع ، ولا بالنسبة إلى من وقع لأنه لم يوقع إلا كمدین متضامن مع آخرين فلو صلحت مستنداً ضده لفقد حق الرجوع على من لم يوقع من هؤلاء المدینین (١) .

والسند العرفي ، إذا كان باطلا لعدم التوقيع عليه ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً بخط المدین أو كان صادراً منه أو ممن يمثله (٢) . وكذلك السند العرفي الموقع عليه أو الصادر من المدین ، دون ذكر لمقدار الدين ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، فيجوز إثبات الدين بالبينة أو بالقرائن ، ولا يعد هذا إثباتاً لما يجاوز الكتابة لأن الكتابة هنا ليست دليلاً كتابياً كاملاً بل مبدأ ثبوت بالكتابة .

٢١٣ - البيانات السلبية - تخلف الخصم عن الحضور للمخبر

أو امتناعه عن الإجابة : وفي بعض الحالات قد يكون مجرد بيان سلبی ، أي مجرد إغفال ذكر بيان في ورقة مكتوبة ، صالحاً لأن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . وقد قضت محكمة استئناف أسبوت بأن السكوت ، إذا كان ذا دلالة على الوفاء ، ومرتبطاً بورقة متعلقة بالدين ، يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (٣) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مبدأ الثبوت بالكتابة قد ينتج من عدم ذكر أمر في ورقة محتوية عادة ، كما إذا لم يذكر الورثة في محضر جرد أموال مورثهم ديناً من الديون ، فإن هذا يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة في التخلص من هذا الدين (٤) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن عدم ذكر دين متنازع عليه في محضر

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٧ .

(٢) أما في فرنسا فالسند العرفي قد يكون باطلاً أيضاً لعدم تعدد النسخ في العقود الملزمة للجانبين ، أو لعدم ذكر عبارة الاعتماد في العقود الملزمة لجانب واحد ، والسند العرفي الباطل لسبب من هذين يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (محكمة النقض الفرنسية ٢٥ يناير سنة ١٩٤٦ سببه ١٩٤٦-١-٢٩ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨) .

(٣) استئناف أسبوت ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٧٨ ص ١٥٦ .

(٤) استئناف مصر ٨ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٢٠ ص ٢٢٨ .

جرد قد يكون مبدأً ثبوت بالكتابة ، على أساس أن محضر الجرد الخالي من ذكر الدين هو الورقة المكتوبة (١) .

وتقريباً على هذا المبدأ نصت المادة ١٧٣ من تقنين المرافعات الجديد على أنه «إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول ، أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني ، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك» . والورقة المكتوبة في هذه الحالة هي المحضر الرسمي الذي دون فيه تخلف الخصم عن الحضور أو امتناعه عن الإجابة (٢) .

(١) نقض فرنسي ١٩ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١٩٠٤-١-٢٩٥ .

(٢) وكان تقنين المرافعات السابق (م ١٦١-١٦٢/١٨١-١٨٢) يجرى على الوجه الآتي : « إذا قررت المحكمة استجواب شخص من وقائع متعلقة بالدعوى وجائزة القبول ، وامتنع عن الإجابة أو لم يحضر في اليوم المحدد لذلك ، فإن للمحكمة النظر فيما يحتمله ذلك . ويسوغ لها أن تحكم بأن هذا الامتناع بما يؤذن بإثبات الوقائع المبينة عليها الأسئلة بالبيئة ، ولو كانت الحالة مما لا تميز القوانين الإثبات فيها بذلك » . ويبدو أن سلطة القاضي ، في تقنين المرافعات السابق ، كانت أوسع منها في التقنين الجديد ، فقد كان القاضي يستطيع ، بما له من حق النظر فيما يحتمله امتناع الخصم عن الحضور أو عن الإجابة ، أن يعتبر هذا الامتناع إقراراً كاملاً ، كما أن له أن يعتبره مبدأً ثبوت بالكتابة ، أو قرينة قضائية بسيطة تنفل عبء الإثبات إلى الخصم الممتنع عن الحضور أو عن الإجابة . أما في تقنين المرافعات الجديد ، فأوسع سلطة للقاضي هي أن يعتبر الامتناع عن الحضور أو عن الإجابة مبدأً ثبوت بالكتابة .

وقد قضت محكمة النقض ، في عهد تقنين المرافعات السابق ، بأنه إذا كانت المحكمة قد استجوبت طرفي الخصوم فيما تقدم به المدعي من القرائن للتدليل على كذب الإيصال الصادر منه ، فإن محضر هذا الاستجواب لا يمكن اعتباره لذاته مبدأً ثبوت بالكتابة ، لأنه يجب لاعتباره كذلك أن يكون قد تضمن قولاً صادراً عن يراود الإثبات ضده يجعل الحق المراد إثباته بالبيئة قريب الاحتمال . فإذا كان الثابت في المحضر أن كلا من الطرفين قد أصر لإصراراً تاماً على وجهة نظره : الدائن ينكر إنكاراً مطلقاً كل ما يدعيه المدعي والمدعي مصر على دعواه ، فإنه لا يمكن اعتباره مبدأً ثبوت بالكتابة (نقض مدني ٣ فبراير سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ٩٩ ص ٢٥٦) . أما إذا تضمن محضر الاستجواب ما يجعل الواقعة المدعاة قريبة الاحتمال ، صح أن يكون مبدأً ثبوت بالكتابة (استئناف مصر ٧ أبريل سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٤٠ ص ٦١ - استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٤) . ولا يترتب على امتناع المدعي المدعي عن المحاورة على الأسئلة الموجهة إليه من النيابة أثناء التحقيق جواز قبول الإثبات بالبيئة في غير الأحوال التي أجاز فيها القانون الإثبات بهذه الطريقة ، فإن امتناعه في هذه الحالة لا يمكن أن يقاس بامتناع أحد الخصوم في دعوى مدنية عن المحاورة على الأسئلة التي وجهت إليه أثناء استجوابه عن وقائع معينة (استئناف أهل أول مارس سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٤٧) . هذا =

فكان الواقعة التي يتكون منها مبدأ الثبوت هي واقعة مستقلة عن الكتابة ،
وليست الكتابة الا لإثباتها (١).

٢١٤ - التاريخ الثابت لمبدأ الثبوت بالكتابة : يميز الفقه في فرنسا
بين ورقة عرفية موقع عليها وقد أعدت للإثبات ولكنها لاتصلح الا مبدأ ثبوت
بالكتابة - وذلك كالورقة العرفية التي لم تعدد نسخها أو لم تحمل عبارة الاعتماد
المعروفة - وبين ورقة عرفية لم يوقع عليها ولم تعد للإثبات وتصلح مع ذلك أن
تكون مبدأ ثبوت بالكتابة - وذلك كدفاتر التجار والسجلات والأوراق المنزلية
والمذكرات الشخصية . ففي الحالة الأولى لا يكون تاريخ الورقة حجة على الغير
الا اذا كان ثابتاً وفقاً للطرق التي سبق بيانها في ثبوت التاريخ ، وذلك بالرغم
من أن الورقة ليست الا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة . وفي الحالة الثانية يكون
تاريخ الورقة حجة على الغير دون حاجة الى أن يكون تاريخاً ثابتاً ، وللغير أن
يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح بجميع الطرق لأنه ليس طرفاً في الورقة (٢) .

ولما كانت الحالة الأولى لا تتحقق في مصر ، اذ هي ترجع الى أحكام في التقنين
الفرنسي أغفلها التقنين المصري - تعدد النسخ وعبارة الاعتماد - فانه يمكن القول
أن مبدأ الثبوت بالكتابة في القانون المصري يكون تاريخه حجة على الغير دون
حاجة الى أن يكون ثابتاً . والغير الذي ينازع في صحة هذا التاريخ يستطيع أن
يثبت عدم صحته بجميع الطرق ، حتى بالبينة أو بالقرائن ، لأنه من الغير وليس
طرفاً في الورقة التي يحتج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة كما سبق القول .

٢١٥ - مالا يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة : ويتبين مما قدمناه أنه لا يكون
هناك مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم تكن هناك ورقة مكتوبة يستند إليها في الإثبات ،

وقد جاء في قرار المحكمة تمييز لبنان وأن تناقض المدعى عليه في أقواله يعد مبدأ ثبوت بالكتابة ،
ما يجوز معه الإثبات بالشهادة والقريئة (محكمة التمييز اللبنانية رقم ٩٠٠ تاريخ ١٩٤٠/٤/٢٥)
مجلة الهامس سنة ١٩٤١ قسم ٧ : ص ٧ - انظر الأستاذ حسين المؤمن في نظرية الإثبات جزء ٢
في الشهادة ص ٦١٦) .

(١) بلانيول وريبير وجابوند ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٩ .

(٢) بارتان على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢١ - ص ٢٢٣ وهامش رقم ١٠١

مكرر ٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٦ ص ٩٣٠ .

وإن كانت ورقة أغفل فيها ذكر الواقعة المراد إثباتها حيث كان يجب ذكرها وهو ما «ميناه بالبيان السلبى فيما تقدم . فأى عمل مادى ، إيجابى أو سلبى ، وأى قول لا ينتهى إلى بيانات ملونة - أو مغملة حيث كان يجب تدوينها - فى ورقة مكتوبة ، لا يكون مبدأ ثبوت بالكتابة . ومن ثم لا تكفى الأقوال الشفوية إذا كان لا يمكن إثباتها بالكتابة ، وإن كان يمكن إثباتها بالبينة أو بالقرائن (١) .

وإذا كان المراد هو إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها عن طريق مبدأ ثبوت بالكتابة معزراً بالبينة أو بالقرائن ، فلا يصح أن تكون الورقة ذاتها التى يراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها هى مبدأ الثبوت بالكتابة ، بل يجب أن يكون مبدأ الثبوت بالكتابة ورقة أخرى صادرة فى تاريخ نال لهذه الورقة التى يراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها (٢) .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٨٢ - وقد قضى بأن الإمضاء الموقع بها على سند ما يجب أن تشمل اسم الملتزم ، ولا تفى عنها علامة يضمنها المدين ؛ كما لا يصح اعتبار هذه العلامة مبدأ ثبوت بالكتابة إذ لا قيمة لها قانوناً ، ويسرى هذا الحكم أيضاً على الختم المطبوس الذى لا يقرأ (دمياط ٢٤ مايو سنة ١٩٣٤ الهامة ١٥ رقم ٢٩ ص ٦٢ - محكمة النقض الفرنسية ١٥ مايو سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٣٤ - ١ - ١١٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨) ومع ذلك فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى : «وقد تكون هذه الكتابة سناً أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز للاسم أو توقيماً أو غير ذلك» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) - والورقة التى تشير إلى ورقة أخرى هى التى تجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال تعتبر هى والورقة الأخرى معا مبدأ ثبوت بالكتابة، ما دامت للورقة الأخرى موجودة، كما سبق القول . أما إذا لم يوجد أثر لهذه الورقة الأخرى ، فالورقة الأولى وحدها لا تكفى لتكون مبدأ ثبوت بالكتابة (حكم محكمة باريس الاستئنافية ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ جازيت دى تريبيو ٢٩ أبريل سنة ١٩٣١ ويشير إليه بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٨ - ص ٩٨٩) .

ومع ذلك فقد قضت محكمة طنطا بأن بقاء أصل عقد البيع الموقع عليه من المتعاقدين تحت يد البائع قريبة يصح التمسك بها ليثبت البائع بالبينة أن العقد صورى ولولم تؤخذ على المشتري ورقة ضد (٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ الهامة ٣ رقم ١١٧ ص ١٦٧) . وكان من الممكن أن يقال إن بقاء أصل عقد البيع تحت يد البائع قريبة على أن العقد لا يزال مشروعاً لم يتم لاهل أنه عقد صورى ، لولا أن هذا يعتبر إثباتاً بالقرائن لما يخالف عقد بيع مكتوب .

ويعتبر وضع توقيع على ظهر «شيك» مبدأ ثبوت بالكتابة (دى باج ٣ فقرة ٨٩٢ ص ٨٣٢ وهامش رقم ٨ - الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات فقرة ٢٢٣) .

(٢) بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٤٨ - دهرانتون ١٣ فقرة ٣٣١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢ ص ٩٨٦ و ص ٩٨٨ - نقض لفرنسى ١٢ يونيو -

٢١٦ - رقابة محكمة النقض : وكون هذا الركن الأول - وجود ورقة مكتوبة - قد توافر في مبدأ الثبوت بالكتابة أو لم يتوافر مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقض (١) .

§ ٢ - صادرة من الخصم أو ممن يمثله

٢١٧ - الورقة صادرة من الخصم : حتى تصلح الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، يجب أن تكون صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها ، مدعياً كان في الدعوى التي رفعها أو مدعى عليه في الدفع الذي تقدم به (٢) . وصدور الورقة من الخصم إما أن يكون صدوراً مادياً (matériel) أو صدوراً معنوياً (intellectuel) .

فالصدور المادى يتحقق بأن تكون الورقة بتوقيع الخصم أو بخطه - وأى الشئين يكنى : التوقيع أو الخط . والورقة التي وقعها الخصم تكون في الغالب دليلاً كتابياً كاملاً إذا أعدت أصلاً لإثبات المدعى به . ولكنها قد لا تكون أعدت لذلك ، وانحصرت على بيانات تجعل المدعى به قريب الاحتمال ، وعندئذ يكنى لاعتبارها صادرة من الخصم أن تكون بتوقيعه دون أن تكون بخطه (٣) . ولكن يجب أن يكون التوقيع هو التوقيع الصحيح للخصم ، فلا يكنى أن يكون مجرد تأشيرة

= سنة ١٨٨٣ دالوز ٨٤ - ١ - ٣٨ - ١٠ مارس ١٨٩٦ دالوز ٩٦ - ١ - ٤٠١ .
ولكن الورقة التي أسـه توقيعها على بياض تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات إساءة هذا التوقيع (بارتان على أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٤٨ هامش رقم ٣ مكرر ٣) .
(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٤ وهامش رقم ٨ والمراجع والأحكام المشار إليها في هذا الهامش .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٩٦ - ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٤٩ - ٢٦ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧٩ .

(٣) وقد قضت محكمة الاستئناف المنتظمة بأنه إذا وقع شخص بامضاه التزاماً عقده للغير لحسابه ، دون أن يبين ما إذا كان قد أراد بامضاه الالتزام أن يقره أو أن يكون مجرد شاهد في الورقة ، فإن هذا السند لا يكون دليلاً كاملاً على التزامه ، ولا يصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة يرخس في تقديم البيئة لإثبات أنه إنما وقع بامضاه كطرف في الالتزام لا كجهد شاهد (استئناف مختلط ١٤ يوبن سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٣٤٧) .

(paraphe) أو علامة (marque) أو توقيع هامشي (signature marginale)^(١). وقد تكون الورقة غير موقع عليها من الخصم ، ولكنها مكتوبة بخطه . وهذا يكفي لاعتبار الورقة صادرة منه ، ولا حاجة إلى التوقيع^(٢) . وسواء كانت الورقة موقعة من الخصم أو مكتوبة بخطه ، فالواجب في الحالتين أن يكون الخصم غير منكر لتوقيعه أو لخطه . أما إذا أنكر ، فلا بد من الالتجاء إلى إجراءات تحقيق الخطوط على النحو الذي يبيناه فيما تقدم ، فإن ظهر من التحقيق أن التوقيع أو الخط هو له اعتبرت الورقة صادرة منه ، وهذا ما لم يطعن فيها بالتزوير وينجح في هذا الطعن^(٣) .

والصدور المعنوي يتحقق بأن الخصم - وهو لم يوقع الورقة ولم يكتبها بخطه - يعتبرها كما لو كانت صادرة منه . فقد يكون الخصم أمياً فتكتب الورقة بأملأه^(٤) ،

(١) وينسأل أوبري وروسما إذا كان يكفي التوقيع الذي بدأه الخصم فأدركه الموت قبل أن يتمه ، ويجب أن يحكم بباريس الاستئنافية (٢٧ مارس سنة ١٨٤١ سيرة ٤٢-٢-١٠) قد قضت بأنه يكفي (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش رقم ١٥) .
(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأملية بأن الورقة الصادرة من الخصم المطلوب لإثبات ضده يجوز قبولها كبدأ ثبوت بالكتابة ولو لم تكن مضاة منه (٣ مارس سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٦٠) . وقضت محكمة استئناف مصر بأن مبدأ ثبوت بالكتابة لا يشترط فيه أن تكون الورقة مكتوبة وموقفاً عليها من الخصم ، لأنها في هذه الحالة تكون دليلاً تاماً ، وإنما يكفي أن تكون الورقة مكتوبة بخط الخصم وإن كان موقفاً عليها من غيره ، كما يجوز أن يكون كتبها غيره وهو وقع عليها (١٠ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ رقم ٩٨) . بل أن الإقرار يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة باعتباره صادراً من الخصم ، وقد قضت محكمة النقض بأنه يمكن أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة الإقرار المركب إذا أريدت تجزئته والأخذ بهضه دون البحص الآخر ، لأن عدم تجزئة الإقرار محله ألا يكون في الدعوى دليل آخر غيره . أما إذا وجدت بينة ، فصحت تجزئة الإقرار ، حل أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تكمله البينة (نقض مدني ٢١ يونيو سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ٢٦ ص ٢١٠ ، وحكم آخر في نفس التاريخ المحاماة ٢٦ رقم ٨٣ ص ٢٢٠) . وقضت محكمة منوف بأن إقرار البائع المدون في ملكات مقدمة منه في دعوى سابقة بشأن البيع الصادر منه المشتري يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (١٨ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ١/٧٩) .

أما المنشور المطبوع غير الماضي فلا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة لأنه يتعذر التحقيق من مصدره (بلائيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٢ - ص ٩٩٣) .

(٣) بلائيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٣ .

(٤) نقض فرنسي ٦ ديسمبر سنة ١٩٢٣ دالوز ١٩٣٥ - ١ - ٦١ .

وتعتبر في هذه الحالة صادرة منه دون أن يكون قد وقعها أو كتبها بخطه (١) .
وقد تكون الورقة لم تكتب بأملائه ، ولكنه تمسك بها مقرأ بما ورد فيها ،
كمخالصة صادرة من الخصم الآخر تمسك بها ، فتعتبر كأنها صادرة منه دون
أن تكون بتوقيعه أو بخطه (٢) . ويلاحظ أن ارتضاء الخصم للورقة التي لا تحمل
توقيعه أو خطه ، واعتبارها صادرة منه ، واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق
ومنها البينة والقرائن (٣) . والورقة الرسمية غير الموقع عليها من الخصم قد تعتبر
صادرة منه صدوراً معنوياً ، وصفة الموظف العام الذي كتب هذه الورقة قد
تكفي وحدها في ذلك . فالإقرارات والبيانات التي ترد في أسباب الحكم (٤) ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن محاضر المحجوز الإدارية التي توقع بناء على طلب المؤجر
على زراعة المستأجر تعتبر قانوناً أنها صادرة من المؤجر ، وهي بذلك تصلح للاحتجاج بها عليه
كبدأ ثبوت بالكتابة في شأن بيع الأشياء المحجوزة بالقدر وبالمثل الوارد بها ، فإذا استكملت
محكمة الموضوع بما تذكره في حكمها من القرائن ، واستنتجت منها وجوب خصم قيمة الحاصلات
حسبما جاء بمحاضر المحجز ، فهذا الاستخلاص مما يدخل في حاصل فهم الواقع في الدعوى ،
ولا رقابة فيه لمحكمة النقض على محكمة الموضوع (نقض مدني ١٩ مارس سنة ١٩٣٦ مجموعة
عمر ١ رقم ٣٢٩ ص ١٠٧٦) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن ما يكتبه المستخدم في
البنك بأمر مدير البنك ، وما يكتبه الكاتب بأمر موثق العقود ، يعتبر صادراً من مدير البنك
ومن الموثق (نقض فرنسي ١١ يونيو سنة ١٨٧٢ سيريه ٧٢ - ١ - ٢٦١ - أوبري ورو ١٠
فقرة ٧٦٤ هامش رقم ٢٣) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا قدم شخص ضمن مستنداته مستنداً صادراً له من
آخر يقرر فيه أنه كانت بيده ورقة ضد صادرة له من هذا الشخص خاصة ببيع قدر من الأرض
وأنه وقد أصبح هذا البيع نهائياً فإن ورقة الضد التي ضاعت منه تعتبر لأغية ولا يعمل بها إذا
ظهرت ، فأجازت المحكمة لهذا الآخر أن يثبت ما احتوته هذه الورقة بقرائن الأحوال ، فإنها
لا تكون مخالفة للقانون ، إذ أن تمسك ذلك الشخص بالمستند الذي قدمه يفيد تسليمه بسبق
وجود ورقة الضد وبضياعتها وبأن موضوعها خاص بالبيع الذي هو محل الدعوى (نقض مدني ٥
يناير سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٤٧ ص ١٦٢) . وقضت أيضاً بأنه إذا كان
الطاعن قد قدم إلى المحكمة ضمن مستنداته خطاباً مرسلاً له من المطعون عليه ، فإنها لا تكون قد
أخطأت إذا استخلصت من هذا الخطاب دليلاً قبل الطاعن (مبدأ ثبوت بالكتابة) ، ذلك أن
تقديم الطاعن مستنداً له في الدعوى يفيد تمسكه بما ورد فيه ، فيصح الاحتجاج عليه بمضمونه
(نقض مدني ١٦ ابريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٣٤ ص ٩٠٤) .

(٣) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٣ .

(٤) نقض فرنسي ١٧ يوليو سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤ - ١٧٥ .

وتلك التي ترد في محضر الاستجواب^(١) ، أو في محضر المعاينة ، كل هذه تعتبر صادرة من الخصم صدوراً معنوياً ، فهي لا تحمل توقيع الخصم أو خطه ، ولكنها مدونة في أوراق رسمية منسوبة إلى الخصم ، بواسطة موظفين عامين فوق مستوى الشبهات^(٢) . وهذا بخلاف الورقة الرسمية الموثقة ، فإنها إذا لم تكن موقعة من الخصم ، ولم يكن عدم التوقيع راجعاً إلى الجهل بالكتابة أو عدم

(١) نقض فرنسي ١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٨ جازيت دي پاليه ١٩٣٩-١-٢٤٧ .
(٢) بل إن البيانات التي يذكرها عامل مصلحة البريد في حوالة بريدية تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض فرنسي أول مارس سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦-١-١٠٥ - بلانيول وريير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٤) . وقضت محكمة النقض بأن تمسك الصادر له الورقة المظنون فيها بالتزوير بهذه الورقة وثبوت تزويره لتاريخها ، أي أن أصل تاريخها الصحيح هو ما يقرره مدعى التزوير ، ذلك يعتبر حكماً مبدأ ثبوت بالكتابة (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر رقم ٢٦٠ ص ٧٥١) - انظر أيضاً : استئناف مصر ١٠ أبريل سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٦ ص ١٧٣ - ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ ص ١٨٥ - ٧ أبريل سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ ص ٦١ - استئناف أسوط ١٧ أبريل سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ ص ١٥٦ .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « حل أن الفقه والقضاء في فرنسا وبلجيكا ومصر استقروا على أن إقرارات الخصوم التي يدلون بها وتدون تحت إشراف موظف مختص أو قاض يأمر بإثباتها يكون حكم المهررات الصادرة منهم ولو لم تكن مدونة بخطهم أو موقفاً عليها منهم . ويتعين بداهة في هذه الحالة أن يكون الموظف العام مختصاً يطلع مثل هذه الإقرارات ، وأن يكون للقاضي ولاية الأمر بإثباتها . وغنى عن البيان أن ما يصدر من الخصوم من إقرارات على هذا الوجه يكون بمنزلة مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذا كان من شأنه أن يجعل الالتزام المدمى به قريب الاحتمال . وقد حفلت أحكام القضاء بكثير من التطبيقات في هذا الصدد . فمن ذلك مثلاً الإقرارات التي يدل بها في محضر جرد أو حصر تركة أو مناقصة أو قسمة (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٨٧٩ مج ر م ٤ ص ٩١) ، والبيانات التي تدون في ورقة من أوراق المضرين (استئناف مختلط ٥ يناير سنة ١٨٧٩ مج ر م ٤ ص ٣٨٨) ، والإقرارات التي تصدر في استجواب عن وقائع (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ ب ٢ ص ٣٩٤ - ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٢٤٣) ، والإقرارات أو الشهادة التي يدل بها ذوو الشأن أمام قاضي التحقيق أو القاضي المدني أو الجنائي (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ١٦٧) ، وما يثبت من أقوال أو إقرارات في حكم من الأحكام (استئناف مختلط ٢٦ أبريل سنة ١٨٧٧ مج ر م ٢ ص ٣٠٩) . وقد أشارت المادة ٤٤٥ فقرة ٣ من التقنين المراكشي إلى هذه التطبيقات في بعض إيراد الأحكام الخاصة بمبدأ الثبوت بالكتابة ، فنصت على أن الإقرارات التي يطلقها أحد الموظفين العموميين المختصين أو القضاة في حدود ولايته تعتبر صادرة من الخصم (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٨) .

استطاعتها أو رفض التوقيع ، فلا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأنها تعتبر في هذه الحالة مجرد مشروع لم يتم ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (١) .

٢١٨ - الورقة صادرة ممن يمثل الخصم : وبصبح أن تكون الورقة صادرة ، لا من الخصم نفسه ، بل ممن يمثل الخصم وقت تحرير الورقة . والأدق أن يقال : ممن يمثله الخصم أو ممن يمثل الخصم (٢) .

فمثل من يمثله الخصم المورث . فالورقة الصادرة من المورث تعتبر كأنها صادرة من الوارث ، وتصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها على الوارث كما

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩٤ - أما صور الأوراق الرسمية وصور الأوراق العرفية ، فقد بينا فيما تقدم متى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة . انظر أيضاً في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٤٠٩ - ص ٤١١ .

(٢) محكمة باريس الاستئنافية ٢٦ يناير سنة ١٩٥٢ جازيت دي باليه ١٢ - ١٤ مارس سنة ١٩٥٢ - وهذا ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة ، ولذلك لم ينص عليه صراحة التقنين المدني الجديد . أما التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٤٧) فقد ذكر : « كل ورقة مكتوبة صادرة من الخصم الموجه إليه الطلب أو من شخص يمثله هذا الخصم »

“tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente”

وقد أخذ حل هذا النص : (١) أنه يقتصر ، في عبارته الأولى ، على المدعى (الخصم الموجه إليه الطلب) ، والواجب إطلاق العبارة حتى تشمل المدعى عليه في الدفع أذ يصبح عند ذلك مدعياً ، وكان الأولى أن يقال : « الخصم الذي يحتج عليه به » ، ليشمل المدعى في الدعوى والمدعى عليه في الدفع . (ب) أنه يقتصر ، في عبارته الثانية ، على ذكر من يكون الخصم مثلاً (celui qu'il représente) كالمورث ، ولم يذكر من يكون مثلاً للخصم كالأوكيل (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش ٧ وهامش ٨) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتقنين المدني المصري في هذا الصدد ما يأتي : « والشرط الثاني هو صدور المهر من الخصم الذي يحتج عليه به ، لا من أحد الأغيار . بيد أن المهر يعتبر صادراً من مثل هذا الخصم ولو كان صادراً من غيره ، متى كان هذا الغير مستخلفاً تسمى التزاماته على من يخلفونه خلافة عامة (كالورثة) وفقاً للقواعد العامة ، أو نائباً قانونياً أو اتفاقياً يعمل في حدود نيابته لأن كتابة الموكل تكون حجة على الموكل وبالعكس . ولذلك استعمل النص عبارة « الخصم أو نائبه » وفقاً لما جرى عليه القضاء المصري (استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ١٦٧) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧) - ويلاحظ أن المشروع التمهيدى لم يرد فيه إلا لفظ « الخصم » دون « نائبه » ، وإنما وردت عبارة « الخصم أو نائبه » في المشروع الأولى الإثبات الذي سبقت الإشارة إليه .

كان يحتج بها على المورث . ومثل من يمثله الخصم أيضاً المدين إذا استعمل الدائن حقوقه . فالورقة الصادرة من المدين تصلح أن تكون مبدأً ثبوت بالكتابة يحتج بها على الدائن (١) .

ومثل من يمثل الخصم وكيله . فالورقة التي تصدر من الوكيل في حدود وكالته تعتبر كأنها صادرة من الموكل ، ويحتج بها عليه كبدأً ثبوت بالكتابة (٢) . على أنه يجب إثبات عقد الوكالة وفقاً للقواعد العامة .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٥ .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا رفعت دعوى بموجب سند أقر فيه المدعى عليه بقبض مبلغا على سبيل الأمانة ، ورفع المدعى عليه الدعوى بصورية هذا السند قائلاً أن قيمته هي مجموع مبالغ دفعتها له المدعية عن استحقاقه في وقف هي ناظرة عليه ، وأن زوج المدعية ووكيلها طلب إليه أن يحرر ذلك السند لمصلحة زوجته في دعوى مرفوعة عليها من بعض أخواتها، وأنه في نظير هذا يرد له إيصالات المبالغ المذكورة ، واستند المدعى عليه في دفعه هذا إلى تلك الإيصالات المعترف بها من المدعية والمؤشر عليها من زوجها وكيلها بما يهيد سبق وجودها لديها واستردادها منها ، واعتبرت المحكمة هذه الإيصالات مبدأً ثبوت بالكتابة يميز تكلة الدليل على الصورية بالبينية والقرائن فيما بين العاقدين ، فهذا صحيح لا يخالفه فيه للقانون ، لأن هذه الإيصالات وإن كانت صادرة من المدعى عليه ، إلا أنها معترف بها من المدعية ومؤشر عليها من وكيلها بما جعل ثبوت المدعى به قريب الاحتمال في نظر المحكمة (نقض مدني ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة محرر ١ رقم ٢٤١ ص ٦٦٠) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن المخالصة الصادرة من صراف مالك الأرض والمذكورة بتحديد الأرض الصادرة من مهندس المالك ، هذان يعتبران مبدأً ثبوت بالكتابة لإثبات بيع الأرض (استئناف مختلط ٢١ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٢١ ص ٢٨) وقضت كذلك بأن ناظر الزراعة لا يعتبر وكيلاً عن المالك ، فالورقة الصادرة منه لا تعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة ضد المالك (استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩٣١ الهامة ١١ رقم ٥٢٩ ص ١٠٤١) انظر أيضاً : استئناف مختلط ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٦٧ - ٧ فبراير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٤٠ . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن علاقة التبعية القائمة بين رب العمل والمستخدم تجعل الورقة الصادرة من الثاني مبدأً ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى الأول (نقض فرنسي ١٣ يولييه سنة ١٩٣٦ دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ - ٣٩٣) . والورقة الصادرة من الفضولي تعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة ضد رب العمل إذا أقر هذا أعمال الفضالة صراحة أو دلالة (بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٣ ص ٩٩١ - ص ٩٩٢) - والخطاب الصادر من المهندس المعاري لصاحب الأرض إلى مهندس الجار ، في شأن تعدي الجار على هذه الأرض ، يعد مبدأً ثبوت بالكتابة ضد صاحب الأرض (نقض فرنسي ١٩ ديسمبر سنة ١٩٠٤ سيريه ١٩٠٧ - ١ - ٢١) كذلك دفاتر المصرف أو موثق العقود تعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة ضد موكليهما (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٦) .

والمحامي يعتبر وكيلاً عن الخصم الذي يترافع عنه . فالإقرارات والبيانات التي يكتبها في مذكراته منسوبة إلى موكله تعتبر صادرة من الموكل ، وتصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يحتاج بها عليه . وهذا هو أيضاً شأن ما يبدل به في مرافقته منسوباً إلى موكله ، ويدون في محضر الجلسة ، أو في محضر التحقيق .

كذلك المحضر يعد وكيلاً . فكل إعلان يقوم به المحضر على لسان الخصم يعتبر كأنه صادر من الخصم ، كصحيفة الدعوى والمعارضة في التنبيه وغير ذلك من أوراق المحضرين (١) .

ويمثل الولي والوصي والقيم القاصر والمهجور عليه ، في حدود ولاية كل منهم . فالورقة الصادرة من أحد من هؤلاء ، في هذه الحدود ، تعتبر كأنها صادرة من القاصر أو المهجور عليه .

٢١٩ - ما لا يعتبر صادراً عن الخصم ولا ممن يمثله : ويتبين مما تقدم أن الورقة ما لم تكن صادرة من الخصم ، أو ممن يمثله الخصم أو ممن يمثّل الخصم ، لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولا يحتاج بها على الخصم .

فالورقة الصادرة من الخصم الآخر لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يحتاج بها على الخصم الأول (٢) ، للسبب المتقدم ، ولأن الشخص لا يستطيع أن يصطنع

= وقد نقت أحيراً بحكمة النقض في مصر بأنه يجب ، لكن يعتبر المهر الصادر من بنوب عن الخصم المطلوب الإثبات عليه ، كوكيل أو ولي أو وصي ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، أن يكون له صدر منه في حدود نهايته ، فإذا كان الحكم قد انقصر في اعتباره الإقرار السالف الذكر مبدأ ثبوت بالكتابة مع كونه صادراً من جد القصر والوكيل عن الوصية ، دون أن يبين ما إذا كان هذا الإقرار قد صدر في حدود وكالة الجد عن الوصية من ناحية — وفي حدود سلطتها كوصية على القصر من ناحية أخرى ، فإله يكون قاصر البهتان قصوراً يستوجب لنفسه (لغض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٧ ص ٦٢) .

(١) بلاهول وريبير وجاهوله ٧ لفرقة ١٥٣٣ ص ٩٩١ .

(٢) وقد نقت بحكمة النقض بأنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند في فضائه برفض الدعوى المقامة من الطامن ضد مجلس محلي الجيزة بالمطالبة بمبلغ تعويضاً عما لحقه من خسارة بسبب امتناع المجلس عن تنفيذ ما التزم به له مقابل استئلاله على جزء من ملكه وملك الوقف للارتفاع به في عمل شارعين أو مقابل ما ضاع عليه من الكسب بسبب تصرف المجلس معه — إذا كان استند في فضائه بذلك إلى أن الطامن كان ، بعد أن قرر المجلس — تنفيذاً لما ارتأته الوزارة — أن يكون التنازل بلا شرط ، قد سكت زمنياً ولم يطالب بأي تعويض ، بل هو بعد ذلك تنازل للمجلس عن =

الدليل لنفسه (١).

والورقة الصادرة من الزوج لا يحتج بها على زوجته ، ولا يحتج بالورقة الصادرة من الزوجة على زوجها ، هذا ما لم يكن أحدهما وكيل الآخر وفي حدود هذه الوكالة (٢).

كذلك لا يحتج بالورقة الصادرة من الإبن على أبيه ، ولا من الأب على ابنه (٣). ولا يحتج بالورقة الصادرة من أحد الشركاء في الشبوع على باقي الشركاء ، ولا من أحد المتهمين في جريمة على شركائه أو الفاعلين الأصليين الآخرين ، ولا من أحد الخصوم في الدعوى على المنضمين معه في الخصومة ، ولا من مصفى الشركة على أحد الشركاء (٤).

كذلك لا يحتج على الخصم بما يصدر عن الغير من إقرارات وبيانات عند استجوابه . ومن ثم لا يجوز استجواب ولا الأمر باستحضار غير الخصم (٥).

= أرض شارع آخر بدون تعويض رغبة منه في تصحيح أرض الوقف ، ثم إنه قبض ثمن النخيل التي وافقت الوزارة حل دفعه له بكتابتها التي قالت فيه إن التنازل عن أرض الشارعين لا يكون مطلقاً حل شرط ، فإن كل هذا الذي استند إليه الحكم لا يخرج من كونه قرائن أحوال لا تصلح ثانوياً لإثبات التنازل المذكور عن أرض الشارعين التي تزيد قيمتها حل عشرة جنيهات (نقض مدني ٨ يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة صر ٤ رقم ١٤٦ ص ٣٩٨) . ولم تعتبر محكمة النقض الكتابة الصادرة من مجلس محل الجبزة بتنازل المدعي عن أرض الشارعين مبدأ ثبوت بالكتابة ضد المدعي ، لأنها كتابة صادرة من الخصم الآخر .

(١) استئناف مخطوط ١٠ نولبر سنة ١٩٢٠ م ٢٣ ص ١١ .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ هامش ٣٤ ر ص ٣٥٧ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت أن المشتري لم توقع الورقة المتضمنة لإقرارها أن عقد شرائها صوري ، بل كان الذي وقعها هو والدها الذي لم يكن نائباً عنها ، فإنه لا يصح أن تتخذ المحكمة من تلك الورقة دليلاً كاملاً حل صورية ذلك العقد في حالة ما يكون إثبات الصورية غير جائز إلا بالدليل الكتابي (نقض مدني ٢٧ مارس سنة ١٩٤٧ مجموعة صر ٥ رقم ١٧٩ ص ٢٨٧) . ولم تصرح المحكمة بعدم جواز اتخاذ الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل اقتصرت حل ذكر أنه لا يصح اتخاذها دليلاً كاملاً .

(٤) نقض فرنسي ٢٢ مايو سنة ١٩٣٥ سيريه ١٩٣٥ - ١ - ٣٠٧ .

(٥) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٢٥٣٣

ص ٩٩٠ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا صدر حكم ابتدائي بناء على طلب أحد الدائنين بصورية عقد أبرمه مدينه ، ثم قضت محكمة الاستئناف بإلغائه وعدم قبول دعوى المدعي ، فهذا الحكم لا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة في دعوى صورية العقد التي يرفعها المدين فيما بعد حل من أصدر له التصرف (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة صر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠).

٢٢٠ - رقابة محكمة النقص : وكون الورقة صادرة من الخصم ، أو من له صفة في تمثيل الخصم له أو في تمثيله للخصم ، هو الركن الجوهرى في مبدأ الثبوت بالكتابة ، إذ هو الذى يصل الورقة بالخصم ويجعلها حجة عليه . وهذه مسألة من مسائل القانون ، ومن ثم كان البت فيها خاضعاً لرقابة محكمة النقص ، مثلها في ذلك مثل الركن الأول^(١) .

§ ٣ - نجمل المدعى به قريب الاحتمال

٢٢١ - معنى قريب الاحتمال : لا يكتفى أن تكون الورقة المقدمة كبداً ثبوت بالكتابة من شأنها أن تجعل الواقعة المراد إثباتها محتملة ، بل يجب أن تجعل هذه الواقعة مرجحة الحصول ، لا ممكنة الحصول فحسب^(٢) .

فاذا توافر ركن قرب الاحتمال على هذا النحو ، فإن مبدأ الثبوت بالكتابة ، هو وحده أيضاً ، لا يكتفى دليلاً كاملاً على صحة الواقعة المراد إثباتها ، كما تقدم القول . بل يجب تكلمته بالبيينة ، أو بالقرائن ، أو بهما معاً .

وليس القاضى مجبراً ، عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، أن يجبل الدعوى إلى التحقيق لتكملة الدليل . فقد يرى ، في ظروف القضية وملابساتها وفيما يحوطها من القرائن القضائية ما يقنعه بصحة الواقعة المدعى بها ، وتكون القرائن في هذه الحالة هي التى أكملت مبدأ الثبوت بالكتابة . وقد يقوم من ظروف القضية وملابساتها ما يقنعه بعكس ذلك ، فلا يحتاج أيضاً في هذه الحالة إلى أن يجبل الدعوى إلى التحقيق ، ويزول ما كان لمبدأ الثبوت بالكتابة من أثر كدليل .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ وهامش رقم ٥٨ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٦١٤ — بلانبول ودهبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٤ — ص ٩٩٥ .
(٢) فارن دى باج ٣ فقرة ٨٩٥ — وهتتين من ذلك أن الورقة المشقة لوجود اتفاق لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة حل تنفيذ هذا الاتفاق . ومن ثم لا تصلح الورقة المشقة للدين مبدأ ثبوت بالكتابة لمصلحة الدائن لإثبات قطع التقادم عن طريق دفع الأقساط المستحقة والفوائد (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦١ وهامش رقم ٤٧) .

وقد يرى القاضى أن يحيل الدعوى إلى التحقيق لاستكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بالبينه أو بالقرائن . وهنا أيضاً يستبقى القاضى سلطته الكاملة فى التقدير . فبسمع الشهود ، وقد يقتنع فتصح عنده الواقعة المدعى بها ، وقد لا يقتنع فيعتبر أن هذه الواقعة لم يقم عليها الدليل (١) .

٢٢٢ - قرب الاحتمال مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة

التقضى : وتقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال مسألة واقع . ومحكمة الموضوع فى تقديرها لهذه المسألة لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، فلا يجوز الطعن فى تقديرها أمام هذه المحكمة . وهذا هو الذى انعقد عليه الإجماع ، فقهاً وقضاءً ، فى مصر وفى فرنسا (٢) .

(١) بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٥ - على أن القاضى لا يكون مخطئاً إذا هو لم يحيل الدعوى إلى التحقيق لاستكمال الدليل بالبينه ما دام الخصم لم يطلب منه ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن حكم محكمة الموضوع يكون على صواب إذا اعتبر أن الإيصالات ليست دليلاً كاملاً على التعاقد وأنها لا تمدد أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، وإذا قضى برفض دعوى الطاعن بناء على أنه لم يطلب إحالة الدعوى على التحقيق استكمالاً للإثبات (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ الهامة ٢٨ رقم ٢٠ ص ٢٦) .

(٢) تولى ٩ فقرة ١٣٣ - ديرانتون ١٣ فقرة ٣٤٤ - بونيه ١ فقرة ١٧٠ - لاروميير ٥ م ١٣٤٧ فقرة ٢٧ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ - ص ٣٦٥ - بودرى وباجد ٤ ص ٢٩٢ - بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ ص ٩٩٤ - ص ٩٩٥ - نقض فرنسا ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٥١ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٢٢٩ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٩٤ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ - ١ - ٣١٧ - دى هلتس ٣ الإثبات (Preuve) فقرة ٦٧ - الأستاذ عبد السلام ذهى ١ ص ٤٦٧ - ص ٤٦٨ - الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٤٥٤ - الموجز لمؤلف ص ٧١١ وص ٧١٣ هامش رقم ١ - الأستاذان حامد فهسى ومحمد حامد فهسى فى التقضى فى المواد المدنية والتجارية ص ٢١٣ - ص ٢١٥ - وقد جاء فيه ما يأتى : « وإذا قلنا إن قاضى الدعوى حر فى تقدير الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من ناحية كونها تجعل الأمر المطلوب إثباته قريب الاحتمال والتصديق ، فإننا نوجب عليه أن يورد فى أسباب حكمه الواقعة المراد إثباتها ونص جزء الورقة الذى يراد الاعتماد عليه فى القول بأنها صارت قريبة الاحتمال والتصديق ، ثم يبين كيف أفادت هذا المعنى أو لم تفده ، فإن أتى فى ذلك بما يكون معقولاً مقبولاً حمل التكليف على الصحة ، وإلا صار ما ادعى إفادته من الورقة كأنه منزع من غير دليل قائم » .

فن الأركان الثلاثة لمبدأ الثبوت بالكتابة ، يكون الركنان الأولان - وجود ورقة وكونها صادرة من الخصم - من مسائل القانون ، فهما يخضعان لرقابة محكمة النقض . والركن الثالث - قرب الاحتمال - من مسائل الواقع ، لقاضي الموضوع فيها سلطان لامعقب عليه من المحكمة العليا .

٢٢٣ - ضوابط عمومية في تقرير قرب الاحتمال : ومن يستقرىء الفقه والقضاء يستطيع أن يستخلص ضوابط يستأنس بها في تقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . وهي ضوابط يستأنس بها قاضي الموضوع ، ولكنه غير مقيد بها قانوناً . وسواء اتبعها أو لم يتبعها ، فتقديره كما قدمنا غير خاضع لرقابة محكمة النقض (١) .

ذلك أن الورقة التي تقدم على اعتبار أنها مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن أن ترد إلى أحد أنواع ثلاثة :

- ١ - ورقة كان من الممكن أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها .
- ٢ - ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها ، ولكنها تشير إلى هذه الواقعة .
- ٣ - ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها ، ثم هي لا تشير إلى هذه الواقعة .

= نقض مدن ٧ ديسمبر سنة ١٩٢٢ مجموعة عمر ١ ص ٢٨٤ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٩ ص ٣١٧ - ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٦ ص ٤٤٥ - ١٨ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٨ ص ٥٦٦ - ٩ يونيو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٢ ص ٧٩٧ - ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٦ ص ٣٨٥ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ - استئناف مصر ٨ يونيو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١٢٠ ص ٢٢٨ .

انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧ .

(١) حتى لو كان القانون هو الذي نص على جواز اعتبار ورقة معينة مبدأ ثبوت بالكتابة ، فن هذه الحالة أيضاً يكون لقاضي الموضوع سلطة تقديرية ، لا معقب عليها من محكمة النقض ، في اعتبار الورقة أو في عدم اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٥) .

وقد يرى القاضى أن يحيل الدعوى إلى التحقيق لاستكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بالبينه أو بالقرائن . وهنا أيضاً يستبقى القاضى سلطته الكاملة فى التقدير . فبسمع الشهود ، وقد يقتنع فتصح عنده الواقعة المدعى بها ، وقد لا يقتنع فيعتبر أن هذه الواقعة لم يتم عليها الدليل (١) .

٢٢٢ - قرب الاحتمال مسألة موضوعية لا تخضع لرقابة محكمة

التفصى : وتقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال مسألة واقع . ومحكمة الموضوع فى تقديرها لهذه المسألة لا تخضع لرقابة محكمة النقض ، فلا يجوز الطعن فى تقديرها أمام هذه المحكمة . وهذا هو الذى انعقد عليه الإجماع ، فقهاً وقضاءً ، فى مصر وفى فرنسا (٢) .

(١) بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ من ١٩٥٥ - على أن القاضى لا يكون مخطئاً إذا هو لم يحيل الدعوى إلى التحقيق لاستكمال الدليل بالبينه ما دام الخصم لم يطلب منه ذلك . وقد قضت محكمة النقض بأن حكم محكمة الموضوع يكون على صواب إذا اعتبر أن الإيصالات ليست دليلاً كاملاً على التعاقد وأنها لا تندرج أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، وإذا قضى برفض دعوى الطاعن بناء على أنه لم يطلب إحالة الدعوى على التحقيق استكمالاً للإثبات (نقض مدنى ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ المهامة ٢٨ رقم ٢٠ من ٢٦) .

(٢) تولى ٩ فقرة ١٣٣ - ديرانتون ١٣ فقرة ٣٤٤ - بونيه ١ فقرة ١٧٠ - لاروميير ٥ م ١٣٤٧ فقرة ٢٧ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ من ٣٦٤ - من ٣٦٥ - بودرى وبارد ٤ من ٢٩٢ - بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٤ من ١٩٤٤ - من ١٩٥٥ - نقض فرنسى ٢٠ يونيو سنة ١٩٠٠ دالوز ١٩٠٠ - ١ - ٤٥١ - ٢٤ أبريل سنة ١٩٠١ سيريه ١٩٠٤ - ١ - ٢٢٩ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٤ - ١ - ٩٤ - ١٤ مارس سنة ١٩٠٦ سيريه ١٩٠٦ - ١ - ٣١٧ - دى هلتس ٣ الإثبات (Preuve) فقرة ٦٧ - الأستاذ عبد السلام ذنى ١ من ٤٦٧ - من ٤٦٨ - الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٤٥٤ - الموجز لمؤلف من ٧١١ من ٧١٣ هامش رقم ١ - الأستاذان حامد فهى ومحمد حامد فهى فى النقض فى المواد المدنية والعقارية من ٢١٣ - من ٢١٥ - وقد جاء فيه ما يأتى : « وإذا قلنا إن قاضى الدعوى حر فى تقدير الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من ناحية كونها تجعل الأمر المطلوب إثباته قريب الاحتمال والتصديق ، فإننا نوجب عليه أن يورد فى أسباب حكمه الواقعة المراد إثباتها ونص جزء الورقة الذى يراد الاعتماد عليه فى القول بأنها صارت قريبة الاحتمال والتصديق ، ثم يبين كيف أفادت هذا المعنى أو لم تفده ، لأن أتى فى ذلك بما يكون معقولاً مقبولاً حمل التكيف على الصحة ، وإلا صار ما ادعى إفادته من الورقة كأنه منزع من غير دليل قائم » .

فن الأركان الثلاثة لمبدأ الثبوت بالكتابة ، يكون الركنان الأولان - وجود ورقة وكونها صادرة من الخصم - من مسائل القانون ، فهما يخضعان لرقابة محكمة النقض . والركن الثالث - قرب الاحتمال - من مسائل الواقع ، لقاضي الموضوع فيها سلطان لامعقب عليه من المحكمة العليا .

٢٢٣ - ضوابط تمولية في تقدير قرب الاحتمال : ومن يستفهمه الفقه والقضاء يستطيع أن يستخلص ضوابط يستأنس بها في تقدير ما إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . وهي ضوابط يستأنس بها قاضي الموضوع ، ولكنه غير مقيد بها قانوناً . وسواء اتبعها أو لم يتبعها ، فتقديره كما قدمنا غير خاضع لرقابة محكمة النقض (١) .

ذلك أن الورقة التي تقدم على اعتبار أنها مبدأ ثبوت بالكتابة يمكن أن ترد إلى أحد أنواع ثلاثة :

- ١ - ورقة كان من الممكن أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها .
- ٢ - ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها ، ولكنها تشير إلى هذه الواقعة .
- ٣ - ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها ، ثم هي لا تشير إلى هذه الواقعة .

= نقض مدني ٧ ديسمبر سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ ص ٢٨٤ - ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ٩٩ ص ٣١٧ - ٢٢ مايو سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٠٦ ص ٤٤٥ - ١٨ مارس سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٨٨ ص ٥٦٦ - ٩ يونيو سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٢٣ ص ٧٩٧ - ٣٠ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٩٦ ص ٣٨٥ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٦ ص ٢٩٧ - استئناف مصر ٨ يونيو سنة ١٩٣٧ المهامة ١٨ رقم ١٢٠ ص ٢٢٨ .

انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٠٧ .

(١) حتى لو كان القانون هو الذى نص على جواز اعتبار ورقة معينة مبدأ ثبوت بالكتابة ، فن هذه الحالة أيضاً يكون لقاضي الموضوع سلطة تقديرية ، لا معقب عليها من محكمة النقض ، في اعتبار الورقة أو في عدم اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٢٦٥) .

٢٢٤ - ورفضه لأنه من الممكن أنه سيكون دليلاً كتابياً **طاهر**

على الواقعة المراد إثباتها : وذلك كالأوراق الرسمية والأوراق العرفية وغيرها من الأوراق التي جعل لها القانون قوة معينة في الإثبات كدفاتر التجار والسجلات والأوراق المنزلية والرسائل .

وهذه أوراق في الأصل تكون دليلاً كتابياً كاملاً . فإذا نقصها شرط من الشروط التي يتطلبها القانون لم تعد تصلح أن تكون دليلاً كاملاً ، وانقلبت إلى مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذ هي تذكر الواقعة المراد إثباتها ذكر الدليل الكامل ، فلا يكون هناك شك في أنها تجعل هذه الواقعة قريبة الاحتمال . وإذا فاتها أن تكون دليلاً كتابياً كاملاً لما اعتورها من النقص ، فإنها تصلح في القليل أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة .

فالورقة الرسمية إذا شابها عيب في الشكل ، ولم تصلح أن تكون ورقة عرفية ، فإنها تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة . مثل ذلك السند الرسمي الباطل غير الموقع عليه من ذي الشأن ، إذا كان عدم التوقيع راجعاً إلى جهل ذي الشأن بالكتابة أو عدم استطاعته إيادها أو رفضه للتوقيع ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك^(١) .

وصور الأوراق الرسمية التي لا تصلح دليلاً كاملاً طبقاً لأحكام القانون ، كالصورة الرسمية الأصلية إذا لم يكن مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل ، وصورة الصورة الأصلية إذا كانت الصورة الأصلية غير موجودة على رأي أشرنا إليه فيما تقدم ، تصلح في الغالب أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على النحو الذي أسلفنا الإشارة إليه .

. والورقة العرفية المكتوبة بخط المدين إذا لم تكن موقعة ، وثبت أن عدم التوقيع لا يرجع إلى رفض المدين لتوقيعها مما يجعلها في منزلة مشروع لم يتم ، تكون مبدأ ثبوت بالكتابة .

(١) قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٠ وهاش رقم ٤٥ .

وصور العقود المسجلة تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على الوجه الذى ذكرناه
فيما تقدم .

ودفاتر التجار ، حين تكون حجة على غير التجار فيما قام التجار بتوريده
مع توجيه اليمين المتممة (م ٣٩٧ فقرة أولى) تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، أكمل
هنا ، لا بالبينة ولا بالقرائن ، بل باليمين المتممة . وهذا وضع خاص نص عليه
القانون .

والأوراق والسجلات المنزلية، إذا كانت مكتوبة بخط صاحبها دون توقيعه ،
وفى غير الحالتين اللتين نص فيهما القانون على أن تكون دليلاً كاملاً (م ٣٩٨ :
إذا ذكر أنه استوفى ديناً ، أو أن الورقة تقوم مقام السند) ، تكون مبدأ ثبوت
بالكتابة على النحو الذى قدمناه .

والرسائل إذا كانت غير موقعة ، وكذلك الأصل غير الموقع من البرقيات ،
نصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة على التفصيل الذى أسلفنا ذكره^(١) .

٢٢٥ - ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كتابياً فاصلاً على الواقعة

المراد إثباتها ولكنها تسير الى هذه الواقعة : وهذه الإشارة قد تكون إيجابية
أو سلبية .

والأمثلة كثيرة على الإشارة الإيجابية . منها كتاب يرسله شخص الى آخر ،
يتكلم فيه عن بيع أو قرض أو أى عقد آخر ، فيكون هذا الكتاب مبدأ ثبوت
بالكتابة ضد صاحبه على وقوع هذا العقد. وكتاب يرسله المدين، يذكر فيه الدين
الثابت في ذمته دون أن يذكر مقداره وشروطه ، فيكون مبدأ ثبوت بالكتابة
على هذا الدين^(٢) . وكتاب يكتبه الدائن الى ورثة مدينه ، يسألهم إذا كان في أوراق
مورثهم شيء يفيد براءة ذمته ، فإذا ما استوثق أن شيئاً من ذلك لا يوجد رفع
الدعوى بطلب بالدين ، فيعتبر هذا الكتاب الذى أرسله الدائن الى الورثة

(١) انظر فى القانون الفرنسى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٠ .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٧١٢ .

وأشار فيه إلى براءة ذمة المدين مبدأ ثبوت بالكتابة على هذه البراءة^(١).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الشهادة الرسمية المستخرجة من قلم العقود بالمحكمة المختلطة الدالة دلالة صريحة على أن هناك عقد بيع صدر من زيد لعمرو وأن البيع هو بضمن قدره كذا وأن زيدا الصادر منه البيع هو الذى قدم العقد بنفسه لإثبات تاريخه فأثبت بتاريخ كذا تحت رقم كذا وأن زيدا هذا هو هو بنفسه الذى تسلمه من قلم الكتاب بتاريخ كذا - هذه الشهادة مفادها أن بقلم العقود إيصالاً موقفاً عليه من زيد يفيد تسلمه لذلك العقد وأن هذا العقد صادر منه بالبيع لعمرو بمبلغ كذا . ولا شك في أن ذلك الإيصال المستفاد حتماً من عبارة الشهادة الرسمية التى هي في ذاتها حجة لم يظن فيها بأى مطعن، هو ورقة صادرة من زيد دالة على ما كان منه من البيع لعمرو بالتمن المذكور . وهذا الإيصال وإن كان لا يفيد قطعاً أن الثمن الوارد بمقد البيع الذى تسلمه زيد قد دفعه عمرو له فعلاً أو أنه كان ثمناً مؤجلاً ، إلا أن جريان المادة الغالبة بأن المشتري يدفع الثمن ، ذلك يقرب الاحتمال بأن هذا الثمن دفع فعلاً . وإذن فهذا الإيصال المدلول عليه حتماً بتلك الشهادة الرسمية هو مبدأ ثبوت بالكتابة يقرب احتمال صحة تسلم زيد لمبلغ الثمن ، ويجوز بحسب القانون تكميل الاستدلال بالبينة والقرائن (نقض مدنى ٢٨ مارس سنة ١٩٣٥ مجموعة ص ١ رقم ٢٤٠ ص ٦٥٣ - قارن استئناف مختلط ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢١٧) . وقضت محكمة النقض أيضاً بأنه لا محل للنمى على المحكمة أنها خالفت القانون في تكييف العقد ، وأثبتت الصورية بين المتعاقدين بالقرائن ، إذ هي في تكييفه قد اعتمدت على عقد التنازل عن حق المنفعة والتعهد بعدم التصرف في المين طول حياة البائنة ، مما مفاده أنها اعتمدت على مبدأ ثبوت بالكتابة استكملته بالقرائن التى ساقها والتي من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها (نقض مدنى ٣ فبراير سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٥ ص ١٧) . وقضت أيضاً بأنه إذا قدرت نفقة زوجة على زوجها بمبلغ معين (عشرين جنيهاً) بمقتضى محضر صلح حرر بينهما ، ثم استظهرت المحكمة من وقائع الدعوى المرفوعة من الزوجة في شأن هذه النفقة أن الزوجة قبلت أن تقبض من زوجها مبلغ ستة جنيهات شهرياً ، وأنها كانت تقبض هذا المبلغ كل شهر حوالى خمس سنوات بمقتضى شيكات محولة لأمرها وإذنها ، وأنها لم تعرض بأى اعتراض خلال هذه المدة ، وإنما كان اعتراضها بعد وفاة الزوج ، وبناء على ذلك قضت المحكمة برفض طلب ما تجمد من النفقة ، فإنها لا تكون اعتمدت على القرائن فحسب بل أيضاً على الشيكات التى وقعتها الزوجة حين قبضت قيمتها ، مما مفاده أن المحكمة اعتمدت على مبدأ ثبوت بالكتابة استكملته بتلك القرائن (نقض مدنى ٢١ نوفمبر سنة ١٩٤٩ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ٦ ص ٢١) . وقضت أيضاً بأنه متى كان الحكم التمهيدى لم يفصل إلا في جواز إثبات الشركة التى كان الطاعن يدعى وجودها استناداً إلى أن الإنذارات المتبادلة بينه وبين المطعون عليه تدل على وجود علاقة بينهما اعتبرتها المحكمة مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز سماع البينة المتممة له ، ولم تقطع في ماهية هذه العلاقة ، وكان الحكم القطعى قد فصل في أمرها بعد مناقشته شهادة الشهود وتقديرها ، إذ نرى ما يدعى الطاعن من وجود الشركة المزعومة بينه وبين المطعون عليه ، فإن الطعن في هذا الحكم الأخير استناداً إلى وجود تناقض بين أسبابه ومنطوقه فضلاً عن مخالفته لقضاء الحكم التمهيدى - هذا الطعن يكون غير صحيح (نقض مدنى ٨ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ =

أما أن تشير الورقة إلى الواقعة المراد إثباتها إشارة صليية فذلك يتحقق.
على أحد وجهين :

= رقم ٦٤ ص ٢٢٦) — وقضت كذلك بأنه لا تثريب على المحكمة إن هي اتخذت من الخطابات الصادرة من مورثة الخصوم إلى مستأجر أطيان الروكية التي كانت تقوم بإدارتها ، لا سيما الخطاب الذي تطالب فيه المستأجر المذكور بمبلغ سبق أن طالبت به في خطاب سابق حاجتها الشديدة إليه في العارة - لا تثريب على المحكمة إن هي اتخذت منها مبدأ ثبوت بالكتابة يقرب احتمال أن المال الذي أنفق في شراء الأرض وبناء العارة التي يدعى الطاعن أنها كانت مملوكة للمورثة إنما كان من مال الروكية ولحسابها . ومتى كانت المحكمة قد استكملت مبدأ الثبوت هذا بقرائن عديدة ساقته ومن شأنها أن تؤدي إلى ما استخلصت منها ، فإن حكمها يكون مطابقاً للقانون (نقض مدني ١٥ فبراير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٦٦ ص ٣٤٦) .

وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا أقر وكيل الخصوم في مذكرة تقدمت أثناء نظر الدعوى بوجود علاقة خطبة بين موكله وبين كريمة خصمه وأنه دفع لها مهراً ، فإن هذا الإقرار الذي تضمنته المذكرة التي تعتبر قانوناً كأنها صادرة منه ، وإن لم يثبت دعوى الخصم بملكيتها للجهاز موضوع النزاع ، إلا أنه يتم عن صحة الادعاء ويجعله قريب الاحتمال ، فتكون المذكرة بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يسمح بتكلمة الإثبات بالبينة وقرائن الأحوال (استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٥) — وقضت أيضاً بأنه إذا رفع أخ ضد أخيه دعوى بمطالبته بمصروفات دعوى كانت مرفوعة منه لصالحهما معاً وبناء على عقد اتفاق محرر بينهما ، فأبرز المدعى عليه جملة خطابات صادرة من أخيه المدعى يفيد بعضها قيمة بدفع بعض هذه المصروفات والبعض الآخر بمطالبته بكاملة رسوم استئناف وخلافه ، اعتبرت هذه الأوراق مبدأ ثبوت بالكتابة للتخلص من الدين (استئناف مصر ٢٥ مايو سنة ١٩٣٧ المحاماة ١٨ رقم ١١٩ ص ٢٢٧) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإيصال الذي يصدر من البائع يبين فيه اتفاق الطرفين على موقع العقار وعلى الثمن ، دون أن يذكر حدود العقار ومساحته ، يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على حصول البيع ، ويجوز إثبات الحدود والمساحة بالبينة والقرائن (استئناف مختلط ١٥ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٨٩) . وقضت أيضاً بأن الكتاب المرسل من المؤجر إلى المستأجر يجعل له فيه حق شراء العين المؤجرة ، بشرط الاتفاق على شروط البيع في ميعاد معين ، يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على وقوع البيع شفهاً في هذا الميعاد بشرط يدفع عند توقيع العقد (استئناف مختلط ٢٤ مايو سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٥٠٩) . وقضت أيضاً بأن الورقة التي تثبت بيعاً يختلف كل الاختلاف عن البيع المدعى به لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على هذا البيع ، لا سيما أنه لا يمكن إثبات ما يخالف البيع المكتوب بالبينة أو بالقرائن (استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ١٨) .

انظر أيضاً : الموجز للمؤلف ص ٧١٢ هامش رقم ١ في الأحكام المشار إليها - بوهدى وبارد ٤ ص ٢٨٨ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٢ - ص ٣٦٣ .

(ا) إما بأن تثبت الورقة واقعة هي عكس الواقعة المراد إثباتها تماماً ، ثم يتبين بعد ذلك تزوير الورقة ، فتنتفي هذه الواقعة العكسية وتصبح الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . مثل ذلك أن يطالب الدائن مدينه بالدين وليس مع الدائن سند مكتوب ، فيبرز المدين مخالصة مزورة ، فتكون هذه المخالصة بعد أن ثبت تزويرها مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات الدين (١) . ومثل ذلك أيضاً أن يثبت أن تاريخ الورقة مزور وأن التاريخ الصحيح هو ما قرره من ادعى التزوير ، فإن ذلك يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات صحة ما يذهب إليه مدعى التزوير ، إذ أن عكسه قد ثبت تزويره ، فأصبح ما يذهب إليه قريب الاحتمال (٢) .

(ب) وإما أن تكون الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها في الأفضل أن تثبت واقعة متنازعا عليها ، فإذا هي لم تثبتا كان في ذلك إشارة سلبية إلى أن هذه الواقعة غير صحيحة . مثل ذلك أن تجرد شركة المدين الميت بحضور دائته ولم يذكر للدين في محضر الجرد ، فخلو المحضر من ذكر هذا الدين مع حضور الدائن وقت الجرد قد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على الوفاء ، إذ لو كان الدين لا يزال في ذمة المدين لما خلا منه محضر الجرد (٣) . ومثل ذلك أيضاً أن يتمسك المدين بأن الدائن أبراه من الدين ، ويحتج بأن ورثة الدائن بعد موته ، وهم يعلمون بالدين وحقيقة الإبراء منه ، قد اقتسموا التركة ولم يذكروا شيئاً في عقد القسمة عن هذا الدين ، فيعتبر عدم التنويه عنه في عقد القسمة مبدأ ثبوت بالكتابة على صحة الإبراء (٤) .

(١) الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ٤٧٣ .

(٢) نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٠ ص ٧٥١ - كذلك قيام تعارض بين ورقة عرفية وورقة رسمية يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة (استئناف مختلط ٤ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٧٣) .

(٣) الموجز للمؤلف ص ٧١٣ .

(٤) نقض فرنسي ١٨ يناير سنة ١٩٠٤ دالوز ١-١٩٠٤-٢٩٥ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٦٤ - الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ١ ص ٤٧٢ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٤٥٦ .

وقد قضت محكمة النقض في مصر بأنه متى كان الحكم الابتدائي قد قضى بالزام الطاعن بمبلغ مقابل ثمن أطيان كلف ببيئها من مورث الماطعون عليهم ، وكان الطاعن قد تمسك في دفاعه لدى محكمة الاستئناف بأنه أوفى ثمن هذه الأطيان للمورث المذكور ، مستنداً إلى محضرى صلح موقع =

وسواء كانت الإشارة إيجابية أو سلبية ، فقد قدمنا أنه يجب لاعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أن يكون من شأنها جعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول ، لا محتملة فحسب . فالاتفاق المكتوب ما بين شخصين على جواز إثبات العقود المبرمة بينهما بالبينة لا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات عقد أبرم بعد هذا الاتفاق ، إذ أن هذا الاتفاق المكتوب ليس من شأنه أن يجعل العقد المدعى به مرجح الحصول ، ولا يزيد على أن يجعله محتملاً (١) .

٢٢٦ - ورقة لم يكن ممكناً أن تكون دليلاً كفاياً على الواقعة

المراد إثباتها ثم هي لا تشير إلى هذه الواقعة : ويبدو لأول وهلة أن مثل هذه الورقة لا تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأنه يبعد أن يكون من شأنها أن تجعل واقعة لا تشير إليها بناتاً - لا إيجاباً ولا سلباً - مرجحة الحصول . ولكن يقع مع ذلك ، في بعض الأحوال الاستثنائية ؛ أن مثل هذه الورقة تثبت واقعة أخرى لها ارتباط بالواقعة المراد إثباتها ، ويكون ثبوت هذه الواقعة الأخرى من شأنه أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال . فينتقل الإثبات بذلك من محل إلى آخر ،

= عليهما من المورث باعتبارهما ورقتين صادرتين من خصمه في تاريخ لاحق لتاريخ بيع الأطنان لم ينص فيهما على مديونية المورث بأى التزام ، لا بصفته الشخصية ولا بصفته وكيلاً عنه ، وأنهما يصلحان لأن يكونا مبدأ ثبوت بالكتابة يحملان دفاعه بعدم مديونيته في ثمن الأطنان قريب الاحتمال ، وطلب إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات هذا الدفاع ، فان الحكم المطعون فيه إذ أهفل الرد على هذا الطلب يكون قد هاربه قصور مبطل له بما يستوجب نقضه في هذا الخصوص (نقض مدني ٩ أبريل سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ١٢١ ص ٨٤٨) - وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا لم تذكر الورثة في محضر جرد أموال مورثهم ديناً من الديون ، فان هذا يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة لتخلص من هذا الدين (استئناف مصر ٨ يونية سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٣٨ رقم ٩ ص ١٩٥) .

(١) محكمة كان الاستثنائية (فرنسا) ٣٠ أبريل سنة ١٨٦٠ دالوز ٦١ - ٢ - ٣٦ - دالوز براتيك ٩ لفظ إثبات (Preuve) فقرة ١٢١٠ - وقد قضت محكمة النقض بمصر بأنه ليس لمن يدعى صورية الشركة التي بين شخص وآخرين أن يتخذ هذه الصورية مبدأ ثبوت بالكتابة يميز له أن يثبت بالبينة والقرائن الشركة التي يدعى قيامها بينه وبين هذا الشخص ، لأن تلك الصورية ليس من شأنها - حتى لو صحت - أن تجعل الشركة التي يدعيها قريبة الاحتمال (نقض مدني ٥ أبريل سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٣١ ص ٦١٤) .

وهذا ما عرفناه بتبدل محل الإثبات أو تحوله (déplacement de preuve). ويتحقق ذلك في الأمثلة الآتية :

١ - رفع شخص على آخر دعوى الدين ، فقدم المدعى عليه ورقة تفيد أن المدعى مدين له بعد تاريخ استحقاق الدين المدعى به . فهذه الورقة تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء الدين المدعى به . ذلك أن المدين لا يبدأ في العادة أن يكون دائناً لدائنه إلا بعد أن يوفيه الدين الذى عليه . فالورقة تثبت واقعة مديونية الدائن للمدين . والواقعة المراد إثباتها هي وفاء المدين الدين لدائنه . وثبوت الواقعة الأولى يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال^(١) .

٢ - إذا قرر الدائن المرتهن شطب الرهن ، فان هذا التقرير يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء الدين المضمون بالرهن . ذلك أن الدائن المرتهن لا يرضى عادة بشطب الرهن قبل أن يستوفى حقه . وتقرير الدائن لشطب الرهن ورقة تثبت رضاء الدائن بهذا الشطب . والواقعة المراد إثباتها هي وفاء الدين المضمون بالرهن . وثبوت الواقعة الأولى يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال .

٣ - قضت دائرة النقض الجنائية^(٢) بأنه إذا أخذ أحد ضباط القرعة قيمة البديل العسكرى من والد أحد المقترعين وبددها ، وزور شهادة معافاة باسم المقترع المذكور ، فان هذه الشهادة المزورة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى نسلم المبلغ . ذلك أن شهادة المعافاة المزورة تثبت أن قيمة البديل العسكرى

(١) جرجا ٢٧ فبراير سنة ١٩٢٦ الهامة ٨ رقم ٣٨٢ ص ٥٨٥ . وقد رأينا أن محكمة النقض قد قضت بأن الرسائل الصادرة من الدائنة إلى مدينها تسعده فيها وتشكر له إحسانه عليها دليل كتابي كاف في نفي وجود قرض حقيقي (نقض مدني ٣ نولبر سنة ١٩٣٢ المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ١ ص ١٢) .

ويقرب من هذا ، قبل التقنين المدف الجديد ، الإيصال بالقسط الأخير من الإيجار ، فقد كان يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة على دفع الأقساط السابقة ، لأن الموجر لا يعطى عادة مخالصة عن القسط الأخير إلا بعد أن يكون قد استوفى الأقساط السابقة ، فواقعة دفع القسط الأخير التي يشتمها الإيصال تجعل واقعة دفع الأقساط للسابقة قريبة الاحتمال (نقض مدني ٢٥ أبريل سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٥٤ ص ٧٢١) . ولكن التقنين الجديد (م ٥٨٧) جعل الوفاء بالقسط الأخير قرينة قانونية على الوفاء بالأقساط السابقة ، وهي قرينة تقبل لإثبات العكس .

(٢) ٧ يناير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣ ص ٤ .

لم يسدد لخزانة الحكومة . وهذه الواقعة تجعل واقعة تسلم الضابطة للبدل وتبديده
إياه قريبة الاحتمال (١) .

(١) أراد المتهم أن يتحقق اختلاسه لمبلغ عشرين جنياً سلمه إليه أحد المقترعين قيمة البدل
العسكري ، فزور شهادة معافاة من الخدمة العسكرية لهذا المقترع . وقد قضت المحكمة بأنه يجوز
إثبات دفع المبلغ للمتهم بالبينة ، لأن شهادة المعافاة المزورة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت
بالكتابة ضده .

وقضت محكمة النقض بأنه متى كان الواقع هو أن الطاعن أقام الدعوى على المطعون عليهم ،
وطلب الحكم بإلزامهم بمبلغ معين بموجب سند ذكر فيه أن هذا المبلغ سلم لهم على سبيل القرض ،
فدفع المطعون عليهم الدعوى بأن المبلغ المطالب به ليس قرضاً ، وإنما هو ثمن حصة في (ما كينة)
اشتروها من الطاعن بموجب عقد بيع محرر في تاريخ تحرير السند ، وكان الحكم المطعون فيه
إذ اعتبر عقد البيع مبدأ ثبوت بالكتابة يميز للمطعون عليهم تسكلة إثبات دفاعهم بالبينة قد قرر
أن هذا العقد هو ورقة صادرة من الطاعن ومحررة مع السند موضوع الدعوى في مجلس واحد ،
علاوة على اتفادهما في خط الكاتب لهما والشهود المرقمين عليهما والمداد المهررين به ، كما أنه
يستبعد أن يشتري المطعون عليهم حصة الطاعن في الماكينة وأن يدفعوا إليه الثمن ويقترضوا في
نفس مجلس العقد المبلغ المهرر به السند ، إذ قرر الحكم ذلك فإنه لا يخالف القانون (نقض مدني
٥ مارس سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٨٧ ص ٥٧٠) — وقضت محكمة الاستئناف
الأهلية بأنه إذا ذكر في عقد بيع عقار أن البائع يملكه بناء على عقد آخر تاريخه كذا صادر من
زيد من الناس ، وكان على العقار حقوق ارتفاق أو قيود الملك مبينة في هذا العقد ، عد هذا الذكر
مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات علم المشتري بوجود حقوق الارتفاق المذكورة في عقد شراء بائمه ،
وحملته بسوخ للمحكمة قبول الإثبات بالقرائن ، ويمكنها بما لها من السلطة المطلقة في هذه الحالة
أن توجه التمين المتضمن للمشتري بأنه لم يطلع على عقد شراء بائمه المذكور في عقده ولا علم له بحقوق
الارتفاق والقيود الموجودة في العقد الأول (استئناف أهل ٨ ديسمبر سنة ١٩٠٩ الحقوق ٢٤
ص ٢٣٧ — قارن : استئناف أهل ٨ مارس سنة ١٩١٠ المجموعة الرجعية ١٢ ص ٦) —
وقضت محكمة استئناف مصر بأنه إذا رفعت امرأة دعوى ضد شخص تطالب بمبالغ بدعوى أنه
القرضها منها ، وظهر من مجموعة المراسلات المتبادلة بينهما وبينه في وقت معاصر لتاريخ تحرير
السندات أو لاحق أن هناك ما يحمل على الظن بوجود علاقات غير شرعية بينهما حررت من
أجلها السندات ، وبأن للدائنة كانت تعيش هي وابنتها في كنف المدين الذي كان يعطيها من
وقت لآخر ما تجود به لنفسه ، حتى أنهما كانا يستجديانه جنهما واحداً في بعض الأحوال ،
عما يدل على أنها كانت في حالة فقر لا تسمح لها بأن تقرضه نحو ثلثائة جنيه ، كان هذا قاطعاً في
نفي وجود علاقة قرض حقيقي ، وتكون السندات خالية من السبب القانوني وباطلة (استئناف
مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٢٢ الهامة ١٣ رقم ٢٤ ص ٦٩) .

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه إذا كفل شخص مفعلاً في الصلح الذي عقده مع دائنيه ،
ثم فتح له حساباً جارياً كما تفتح الحسابات الجارية ما بين بيتين من بيوت التجارة مستقلين تمام
الاستقلال كل منهما عن الآخر ، فإن فتح هذا الحساب يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة ، يجوز =

المطلب الثاني

قيام المانع من الحصول على الكتابة أو من تقديمها

٢٢٧ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٣ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« يجوز أيضاً الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة : »

« (أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي . »

« (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه ،^(١) . »

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادتين ٢١٥/٢٨٠ و ٢١٨/٢٨٣^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري

المادة ٥٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٩١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات

« استكمال بالبينة والقرائن ، حل أنه - خلافاً لما جاء في شروط الصلح من أن المفلس قد نزل لكفيله مما له من الحقوق - قد تم اتفاق بينهما حل ترك المفلس حل رأس عمله يباشر تجارته (استئناف مختلط ٢٢ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٣) . »

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤١ من المشروع التمهيدي حل الوجه الآتي :

« ويجوز أيضاً الإثبات بالبينة : (أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه (ج) إذا طعن في العقد بأن له سبباً غير مشروع . وفي لجنة المراجعة أضيفت عبارة « فيما كان يجب إثباته بالكتابة » في صدر المادة لتجعل المعنى أدق ، ونقل البند (ج) : « إذا طعن في العقد بأن له سبباً غير مشروع » إلى مكان آخر (السبب غير المشروع ، وقد سبقنا الإشارة إلى ذلك) . وأصبح النص هو المادة ٤١٦ في المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٣ ، لمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٠ و ص ٤١٤ - ص ٤١٥) . »

(٢) كانت المادة ٢١٥/٢٨٠ من التقنين المدني السابق تجرى حل الوجه الآتي : « في جميع

المواد ما عدا التجارية إذا كان المدهي به عبارة عن نقود أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرص ديواني أو غير مقدرة ، فالأخصام الذين لم يكن لهم مانع من الاستحصال حل كتابة مثبتة للدين أو للبرامة لا يقبل منهم الإثبات بالبينة ولا بقرائن الأحوال . » وكانت المسادة ٢١٨/٢٨٣ تنص حل ما يأتي : « وكذلك يجوز الإثبات بما ذكر إذا وجد دليل قطعي حل ضياع السند بسبب قهري . » ونرى من ذلك أن الحكم واحد في المسألتين في التقنينين الجديد والقديم . »

المدنية اللبناني المادة ٢٤٢ ، وفي التقنين الليبي المادة ٣٩١ (١) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٤٨ (٢) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ٥٧ : يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التماقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة : (أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي - يعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من يستطيع كتابة السند أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد . يعتبر مانعاً أدبياً القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر . (ب) إذا فقد الدائن سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه . (ج) إذا طعن في المقدم بأنه ممنوع بالقانون أو مخالف للنظام العام أو الآداب . (وهذه الأحكام تنفق مع أحكام التقنين المصري ، غير أن قانون البينات السوري حدد بعض أحوال المانع المادي والمانع الأدبي ، وأضاف النص على جواز الإثبات بالبينة وبالقرائن في حالة الاحتيال على القانون ، وقد تقدم بهان حكمها) .

التقنين المدني العراقي م ٤٩١ : يجوز أيضاً الإثبات بالشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة : (أ) إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي . ويعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من لا يستطيع كتابة السند . (ب) إذا كان المقدم مبرماً ما بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الرابعة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر . (ج) إذا فقد الدائن مسنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه . (والأحكام تكاد تكون واحدة في التقنين العراقي والتقنين المصري ، غير أن التقنين العراقي حدد أحد الموانع المادية ، وحصر الموانع الأدبية في الزوجية والقرابة) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٤٢ : تقبل البينة الشخصية . . . (٤) إذا استحال على الدائن الحصول على بينة خطية . ويكتفى بمجرد الاستحالة المنوية ، وهي تنشأ خصوصاً من العرف المتبع في بعض المهن ، أو علاقات القربى بين الأصول والفروع أو من الروابط الزوجية (٥) إذا أثبت الدائن فقدان السند بطارئاً ما . (والأحكام واحدة في التقنينين المصري واللبناني ، إلا أن التقنين اللبناني حدد أهم أحوال المانع الأدبي) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩١ : مطابق لنص التقنين المدني المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٤٨ : ويستثنى من القاعدتين (ضرورة الدليل الكتابي) أيضاً جميع الحالات التي لم يكن الدائن يستطيع فيها الحصول على دليل كتابي للالتزام المفقود له . وهذا الاستثناء الثاني يسرى : (١) على الالتزامات التي تنشأ من شبه عقد أو من جريمة أو من شبه جريمة . (٢) على الودائع الاضطرارية التي تقع في حالات الحريق والتهدم والاضطرابات والفرق ، وفي الودائع الاضطرارية للزلاء في الفنادق التي ينزلون فيها ، وهذا كله وفقاً لصفة الشخص ولظروب الواقع . (٣) في الالتزامات المفقودة عند نزول أحداث غير منظورة لم يكن يستطيع معها كتابة ورقة . (٤) في حالة ما إذا فقد الدائن السند الذي كان يستخدمه دليلاً كتابياً بسبب حادث فجائي لم يكن منظوراً وترتب على قوة قاهرة .

وتبين من نص التقنين المدني المصري أنه جمع بين حالتين تتميز إحداهما عن الأخرى ، وإن كانتا تشتركان من ناحية قيام المانع في كل منهما :

- (١) حانة قيام المانع من الحصول على الكتابة .
- (٢) حانة قيام المانع من تقديم الكتابة بعد الحصول عليها ، وذلك لفقدتها بسبب أجنبي .

§ ١ - قيام المانع من الحصول على الكتابة

٢٢٨ - المانع المادى والمانع الأدبى : إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة لإثبات تصرف قانونى كان الواجب إثباته بالدليل الكتابى ، فلا مناص من النزول عند حكم الضرورة ، والسماح بالبينة والقرائن محل عمل الكتابة في إثبات هذا التصرف . والمانع ، وفقاً لنص المادة ٤٠٣ (بند ١) إما أن يكون مانعاً مادياً أو مانعاً أدبياً .

وفي الحالتين - قيام المانع المادى أو قيام المانع الأدبى - يجوز الإثبات بالبينة والقرائن : (١) فيما تزيد قيمته على عشرة جنيهات . (٢) فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها . (٣) في كل عقد يتطلب القانون أن يكون إثباته بالكتابة ولو لم تُرد قيمته على عشرة جنيهات ، كالصلح والكفالة . أما العقد الشكلى الذى لا ينعقد إلا بورقة رسمية ، كالهبة والرهن الرسمى ، فلا يثبت ، بل لا يوجد ، بغير هذه الورقة الرسمية . وقد مر بيان ذلك عند الكلام في مبدأ الثبوت بالكتابة .

= Art. 1348 : Elles reçoivent encore exception toutes les fois qu'il n'a pas été possible au créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation qui a été contractée envers lui. Cette seconde exception s'applique :
1° Aux obligations qui naissent des quasi-contrats et des délits ou quasi-délits. — 2° Aux dépôts nécessaires faits en cas d'incendie, ruine, tumulte ou naufrage, et à ceux faits par les voyageurs en logeant dans une hôtellerie, le tout suivant la qualité des personnes et les circonstances du fait. — 3° Aux obligations contractées en cas d'accidents imprévus, où l'on ne pourrait pas avoir fait des actes par écrit. — 4° Au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure.

والبيئة والقرائن ، في الصور الثلاث المتقدم ذكرها ، لا تكمل الدليل الكتابي - كما كان الأمر في مبدأ الثبوت بالكتابة - بل تحمل محل هذا الدليل لقيام الضرورة^(١) .

والمانع ، مادياً كان أو أدبياً ، واقعة مادية يكلف باثباتها الخصم الذي يدعيها ، وله أن يثبتها بالبيئة والقرائن . فيجب إذن على الخصم أن يثبت أولاً قيام المانع ، ثم يثبت بعد ذلك التصرف القانوني المدعى ، ويثبت هذا وذاك بجميع الطرق^(٢) .
وأياً كان المانع ، مادياً أو أدبياً ، فإن تقديره موكول إلى قاضي الموضوع . وهو لا يخضع في ذلك إلى رقابة محكمة النقض ، مادام يورد في أسباب حكمه الواقعة التي اعتبرها مانعاً ، ويبين لماذا أضنى عليها هذا الاعتبار . فإن أتى في ذلك بما هو مستساغ معقول ، حمل تكييفه على الصحة ، وإلصار ما اعتبره من ذلك كأنه منزع من غير دليل^(٣) .

ونستعرض الآن كلاماً من المانعين : المانع المادى والمانع الأدبى .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « والبيئة في هذه الأحوال لا تكمل الدليل الكتابي ، بل تحمل معاه بعد أن فقد واستحال تحصيله . والواقع أن وجوب الإثبات بالكتابة يفتقر إلى إمكان الحصول على الدليل الكتابي ، فإذا حالت ظروف خاصة دون ذلك تحم الاستثناء إذ لا قبل لأحد بالمستحيل . ويراهى من ناحية أخرى أن هذا النص يرمى إلى استبدال البيئة بالدليل الكتابي ، فهو والحال أنه لا يطبق حيث تكون الكتابة شرطاً يترتب على تظلمه بطلان التصرف ، بل يطبق في الأحوال الخاصة التي يتطلب فيها القانون الدليل الكتابي للاثبات ولو كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١١) .
(٢) استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢٨٠ - ١٢ يناير سنة ١٨٩٩ م ١١ ص ٩٢ - ١٣ يناير سنة ١٩٤٣ م ٥٥ ص ٢٦ .

(٣) نقض مدني ٢٥ يناير سنة ١٩٤٥ مجموعة صر ٤ رقم ١٩٦ ص ٥٥٠ - ٦ يناير سنة ١٩٤٩ مجموعة صر ٥ رقم ٣٩٤ ص ٦٩٧ - احتشاف مصر ٣١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٧٦ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في هذا الصدد ما يأتي : « وإذا كان القاضي هو المرجع في تقدير الظروف المانعة ، إلا أن من واجبه أن يبين هذه الظروف عند تسيب الاستحالة المادية . أما الاستحالة المعنوية التي تحول دون الحصول على كتابة فلا ترجع إلى ظروف مادية ، بل ترجع إلى ظروف نفسية ، وهي تعقد بعلاقات الخصوم وقت انعقاد التصرف . ومرجع الأمر في تقدير هذه الاستحالة ، مع ما ينطوي في هذا التقدير من نفاة ، هو القاضي ، ولكن يتمين عليه أن يسبب تقديره (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٢) .

١ - المانع المادى

٢٢٩ - **أصدر على المانع المادى** : لم يورد التقنين المدنى الجديد ، ولا التقنين المدنى السابق ، أمثلة على المانع ، مادياً كان أو أدبياً ، كما فعلت بعض التقنينات الأخرى . ونورد هنا بعض ما أورده هذه التقنينات ، وما أخذ به القضاء والفقهاء من حالات المانع المادى .

فقد نص التقنين المدنى الفرنسى (م ١٣٤٨) على بعض هذه الحالات على سبيل التمثيل . فذكر : (١) الالتزامات التى تنشأ من شبه العقد أو الجريمة أو شبه الجريمة . (٢) الوديعة الاضطرارية التى تقع فى حالات الحريق والتهدم والاضطرابات والفرق ، وكذلك وديعة النزبل فى الفندق ، وذلك كله وفقاً لصفة الشخص وظروف الواقع . (٣) الالتزامات المعقودة عند نزول أحداث غير منظورة لم يكن يستطاع معها كتابة ورقة .

ونص قانون البيئات السورى (م ٥٧) على حالتين : (١) ألا يوجد من يستطيع كتابة السند (٢) أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً فى العقد .

ونص التقنين المدنى العراقى (م ٤٩١) على حالة واحدة هى ألا يوجد من يستطيع كتابة السند .

ويضيف الفقهاء والقضاء حالات أخرى . منها عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال . ومنها الاحتيال على القانون ، والسبب غير المشروع . ومنها الصورية بالنسبة إلى الغير وفيما بين المتعاقدين . ومنها ما جرت العادة أن يعتبر الحصول على دليل كتابى فيه متعزراً .

ونبه بادية ذى بدء إلى أن هذا كله لم يذكر على سبيل الحصر ، بل على سبيل التمثيل . فيجوز أن توجد إلى جانب هذه الحالات حالات أخرى يقوم فيها المانع المادى من الحصول على دليل كتابى ، بل قد نجد حالات لم تكن موجودة من قبل .

ونقتصر هنا على تنسيق الأمثلة التي قدمناها وترتيبها ، حتى نتحدد من وراء ذلك فكرة المانع المادى .

ويمكن تقسيم ما قدمناه من الحالات إلى طوائف ست : (١) الالتزامات التي تنشأ من مصدر غير عقدى ، وعبوب الإرادة . والذي يجمع بين هذه الحالات أنها جميعها فى الواقع من الأمر ليست تصرفات قانونية ، بل هى وقائع مادية ، فهى ليست استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابى . (٢) أن يكون طالب الإثبات غير طرف فى التصرف القانونى وما يتصل بذلك من الصورية . (٣) الاحتيال على القانون والسبب غير المشروع . (٤) الودائع الاضطرارية ، ويلحق بها ، بالنسبة إلى البلاد التي لم تنتشر فيها الكتابة انتشاراً كافياً ، ألا يوجد من يستطيع كتابة السند . (٥) الأحداث غير المنظورة بوجه عام . (٦) ما جرت به العادة .

٢٣٠ - الالتزامات غير العقدية وعبوب الإرادة : يذكر التقنين

المدنى الفرنسى (م ١٣٤٨) بين حالات المانع المادى مصادر الالتزامات غير العقدية ، وبعدها على الوجه الذى اختاره فى ترتيب هذه المصادر : شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة . ونلاحظ فى هذا الصدد أمرين : (أولاً) لو فرضنا جدلاً أن مصادر الالتزام غير العقدى تصرفات قانونية ، فإن المانع هنا من الكتابة ليس مانعاً خاصاً فى حالة بالذات ، بل هو مانع عام فى جميع هذه الحالات دون تمييز ما بين حالة وحالة . وعندنا أن المقصود بقبام المانع أن يكون هذا المانع ذاتياً يقوم فى حالة بالذات ، لا أن يكون مانعاً موضوعياً يقوم بالنسبة إلى طائفة من الحالات فى جميع أفرادها^(١) . (ثانياً) وقبل ذلك ، يجب أن يلاحظ أن المصادر غير العقدية للالتزام ليست تصرفات قانونية إطلاقاً بل هى وقائع مادية . وقد رأينا أن الدليل الكتابى إنما وضع للتصرفات القانونية دون الوقائع

(١) قارن أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٦ - بلانيول وريبير وجابولا ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ٩٩٨ - وما يؤيد النظر الذى نذهب إليه ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، « أما فيما يتعلق بخصوص الاستحالة ، فيراعى أن الاستثناء يرد على قاعدة حظر الإثبات بالبينة . وهذه القاعدة تطبق بشأن التصرفات القانونية دون الوقائع القانونية . ويستخلص من ذلك أن هذا الاستثناء لا يطبق إلا على التصرفات القانونية ، وهى التى تنفرد بوجوب استعمال =

المادية ، أما هذه فالأصل فيها أن يكون إثباتها بجميع الطرق ، ويدخل في ذلك البيئة والقرائن والمعاينة كما قدمنا . فلم يكن التقنين المدني الفرنسي في أية حاجة إلى استثناء المصادر غير العقودية من قاعدة وجوب الإثبات بالدليل الكتابي ، فهي في الأصل لم تدخل في هذه القاعدة حتى تستثنى منها . وقد أخطأ التقنين الفرنسي في إيراد هذا الاستثناء الظاهري ، وأحسن التقنين المصري في تجنب متابعته في هذا الخطأ (١) .

وإذا رتبنا مصادر الالتزام غير العقودية الترتيب الحديث ، وقلنا إنها العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون ، وجدنا أن العمل غير المشروع يكون دائماً عملاً مادياً له أركان ثلاثة ، هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية ، وكل ركن من هذه يعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بالبيئة والقرائن . على أن هناك أعمالاً غير مشروعة تقوم على أساس عقود مدنية ، كجريمة التبيد فهذه يجب في إثباتها إثبات العقد المدني الذي تقوم عليه ، ولا بد في إثبات العقد المدني من مراعاة

= الكتابة في إثباتها . ويتفرع على هذا ما يأتي : (أ) أن استحالة الحصول على دليل كتابي في هذه الحالة ليست مطلقة ، بل هي نسبية عارضية . (ب) أن الاستحالة لا ترجع إلى طبيعة الواقع خلافاً لما نصت عليه المادة ١٩٤٠ من التقنين الهولندي ، بل ترجع على وجه الأفراد إلى الظروف الخاصة التي انعقد فيها التصرف . (ج) أن الاستثناء لا يتعلق بالوقائع القانونية التي يمتنع فيها على وجه الإطلاق الحصول على دليل كتابي . وقد أخطأ التقنين الفرنسي والتقنين الإيطالي (م ١٣٤٨) في إيراد « الالتزامات الناشئة عن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح » في معرض التمثيل للاستحالة النسبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي . لأن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح تدخل في عداد الوقائع القانونية التي لا يسرى بشأنها تقييد الإثبات بالبيئة ، بل البيئة بالنسبة لها جائزة على وجه الدوام ، شأنها من هذا الوجه شأن وقائع التدليس والغش والصورية والربا . . وقد أحسن التقنين المصري (م ٢٨٠/٢١٥) والمشروع الفرنسي الإيطالي بإغفال الأمثلة التي تضمنتها التقنينات المختلفة في هذا الشأن (مجموعة الأحكام التحضيرية ٣ ص ٤١١ - ص ٤١٢) - انظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٠ .

(١) وتقول الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد في هذا المعنى : « تذكر المادة ١٣٤٨ من التقنين المدني ، كأول تطبيق ، الالتزامات التي تنشأ من شبه العقد والجريمة وشبه الجريمة . ولكن لا يوجد هنا إلا وقائع لا تسرى في شأنها القواعد الخاصة بتقييد الإثبات بالبيئة ، إذ المطلوب إثباته إنما هو واقعة مادية . فالاستثناء إذن ليس إلا استثناء ظاهرياً محضاً . وهو خطأ حقيقي في الصياغة » (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٥ ص ٩٩٦) - قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٧ - ص ٣٧٠ .

قواعد الإثبات المتعلقة بالتصرفات القانونية . فلا يجوز إثبات ما تزيد قيمته على عشرة جنيات بالبينه أو القرائن ، سواء في ذلك كانت المحكمة محكمة مدنية أو محكمة جنائية ، وقد مر ذكر ذلك (١) .

أما فيما يتعلق بالإثراء بلا سبب ، فالوفاء بغير المستحق يكون عادة تصرفاً قانونياً ، لا يجوز إثباته بالبينه أو القرائن إذا زاد المبلغ الموفى به على عشرة جنيات (٢) . والفضالة ، بالنسبة إلى رب العمل ، هي واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينه والقرائن . ولكن الفضولى قد يبرم ، فيما يأتيه من أعمال الفضالة ، تصرفاً قانونياً مع الغير ، ففيه بينه وبين هذا الغير لا يثبت هذا التصرف إلا وفقاً لقواعد الإثبات في التصرفات القانونية . وهذا التصرف نفسه يعتبر ، بالنسبة إلى رب العمل ، واقعة مادية يجوز له إثباتها بجميع الطرق . وأعمال الإثراء بلا سبب الأخرى تكون غالباً أعمالاً مادية يجوز إثباتها بالبينه والقرائن ، كالبناء والغراس ، ولكن يقع في بعض الأحوال أن تكون تصرفات قانونية كمن يوفى دين غيره ويرجع على المدين ، ففي هذا الرجوع تراعى قواعد الإثبات في التصرفات القانونية (٣) .

أما الوقائع المادية التي ينص القانون على أنها تنشئ التزامات ، فإن إثباتها جازر بجميع الطرق . على أنه يلاحظ أن القرابة لها في الغالب طرق إثبات خاصة ، وأن الجوار يثبت عادة بالمعاينة .

ثم يذكر الفقه ، فيما يجوز إثباته بالبينه والقرائن لقيام المانع المادى . عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه واستغلال . ولكن هذه أيضاً وقائع مادية ، لا معنى لاستثنائها من قاعدة لا تسرى إلا على التصرفات القانونية . صحيح أن هذه العيوب تلتصق بالإرادة ، أى بالتصرف القانونى ، ولكن التصرف القانونى في ذاته يثبت وفقاً للقواعد العامة ، ومن يدعى وجوده عليه أن يثبته ، فإذا ثبت وجوده كان على من يدعى أن التصرف شابه عيب من هذه العيوب أن يثبت ذلك ، ويجوز له أن يثبت هذا العيب بالبينه والقرائن لأنه واقعة مادية كما قدمنا (٤) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٨ - ص ٣٧٠ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٧ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٦٨ وهامش رقم ٦ .

(٤) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧٤ - ص ٣٧٣ وهامش رقم ١٨ وهامش رقم ١٩ .

٢٣١ - طالب الإثبات ليس طرفاً في التصرف القانوني :
فاذا استبعدنا ما قدمناه من الوقائع المادية ، واقتصرنا على التصرفات القانونية ،
وجب أن نقصر دائرة تطبيق الدليل الكتابي على العلاقة فيما بين طرفي التصرف .
فالدليل الكتابي غير مطلوب إلا في هذا النطاق . أما الغير الذي لم يكن طرفاً
في التصرف ، فله أن يثبته ، إذا دعت مصلحة مشروعة إلى هذا الإثبات ، بجميع
الطرق ومنها البينة والقرائن . وليس ذلك راجعاً ، في نظرنا ، إلى قيام مانع مادي
حال دون حصول الغير على الكتابة المثبتة للتصرف . لاشك في أن هذا المانع المادي
موجود ، ولكنه مانع عام يوجد في كل حالة يكون طالب الإثبات فيها من الغير
بالنسبة إلى التصرف القانوني ، وقد قدمنا أن المانع يجب أن يكون خاصاً بوجود
في حالة بالذات . والعلة ، في نظرنا ، في أن نبيح للغير أن يثبت تصرفاً قانونياً
ليس طرفاً فيه بجميع الطرق ، هي أن هذا التصرف بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية ،
والواقعة المادية يجوز إثباتها بجميع الطرق .

وقد رأينا أن الشفيع يستطيع إثبات البيع الذي يأخذ فيه بالشفعة بجميع الطرق ،
لأنه من الغير ، فيعتبر البيع بالنسبة إليه واقعة مادية . ورأينا في الفصالة أن الفصولي
في أعمال فضالته قد يبرم تصرفاً قانونياً مع الغير ، فلرب العمل ، إذا اقتضى
الأمر ، أن يثبت هذا التصرف بجميع الطرق ، لأنه لم يكن طرفاً في هذا التصرف ،
فيعتبر التصرف بالنسبة إليه واقعة مادية . وقد يتعاقد صاحب المصنع مع أحد
الفنيين ، فيأتي مصنع منافس ويستخدم هذا الفني قبل انتهاء خدمته في المصنع
الأول ، فاذا رجع صاحب المصنع الأول على صاحب المصنع الآخر بتعويض ،
وطولب أن يثبت عقد استخدام المصنع الآخر لهذا الفني ، كان له أن يثبت هذا
العقد بجميع الطرق ، لأنه ليس طرفاً فيه ، فيعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية . والحاجز
على مال مدينه قد يضطر إلى إثبات ملكية المدين للمال المحجوز عليه بمقتضى
تصرف قانوني لم يكن طرفاً فيه ، فيثبت هذا التصرف بجميع الطرق ، إذ هو
بالنسبة إليه واقعة مادية . ويمكن القول إذن بوجه عام أن كل شخص لم يكن
طرفاً في تصرف قانوني ، وكانت له مصلحة في إثبات هذا التصرف ، يجوز له
الإثبات بجميع الطرق ، لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية (١) .

(١) انظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧٣ - ص ٣٧٥ .

كذلك يستطيع الغير ، في تصرف قانوني مكتوب ، أن يثبت بجميع الطرق ما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية . والمثل البارز لذلك هو الصورية . فالعقد الصوري ، فيما بين المتعاقدين ، تصرف قانوني لا يجوز إثبات ما يخالفه - أي إثبات الصورية - إذا كان العقد مكتوباً . إلا بالكتابة (١) . أما بالنسبة إلى الغير ، فيجوز له هذا الإثبات بجميع الطرق ، لأن العقد الصوري بالنسبة إليه يعتبر واقعة مادية ، وقد تقدمت الإشارة إلى ذلك .

٢٣٢ - **الاضتيان على القانون والسبب غير المشروع** : فإذا اقتصرنا على العلاقة فيما بين طرفي التصرف القانوني ، أمكن أيضاً أن نتصور جواز أن يثبت أحد الطرفين التصرف القانوني بجميع الطرق . لا لأن التصرف يعتبر بالنسبة إليه واقعة مادية فهو تصرف قانوني بالنسبة إلى كل من الطرفين . بل لأن هناك سبباً غير مشروع ، كربا فاحش أو مقامرة ، يراد إخفاؤه احتيالا على القانون . وقد قدمنا أن الاحتيال على القانون يبيح الإثبات بجميع الطرق . فهو مبدأ عام يضاهي في عمومته مبدأ قيام المانع ، ولا يتفرع عنه . ولذلك يجب ألا نخلط ما بين المبدأين . وقد سبق أن عالجتنا مبدأ الاحتيال على القانون وكيف يجيز الإثبات بالبينه والقرائن .

٢٣٣ - **الودائع الاضطرارية وما يلحق بها** : ومنتقل الآن إلى النطاق الحقيقي لقيام المانع . فهو دائرة العلاقة بين طرفي التصرف القانوني فيما ليس فيه احتيال على القانون ، وذلك بعد أن استبعدنا من هذا النطاق الواقعة المادية فهي ليست بتصرف قانوني . واستبعدنا الغير الذي يعتبر التصرف القانوني بالنسبة إليه واقعة مادية ، واستبعدنا الاحتيال على القانون وهو يبيح كبدأ عام مستقل للإثبات بجميع الطرق . وننظر ، في حدود هذا النطاق الحقيقي ، كيف يحول المانع المادي دون الحصول على الدليل الكتابي . ونواجه أول مانواعة الودعية الاضطرارية (dépôt nécessaire) وما يلحق بها . فهنا يقوم مانع مادي يتعذر معه الحصول على الكتابة لإثبات التصرف .

(١) بلانيول وريبير وجابولذ ٧ فقرة ١٥٣٨ ص ٩٩٨ .

فن فوجيء بخطر الحريق أو النهب أو الاضطرابات أو التهدم أو الفرق أو نحو ذلك ، فبادر إلى إنقاذ متاعه من هذه الأخطار بإيداعه عند الغير ، لا يجد من الوقت ولا من الظروف التي أحاطت به متسعاً للحصول من المودع عنده على دليل كتابي بالوديعة إذا زادت قيمتها على عشرة جنيهات . وبحسبه أن وجد من يستودعه متاعه في هذه الظروف الحرجة . فاذا زال الخطر وأراد استرداد متاعه ، وأنكر المودع عنده الوديعة ، كان على المودع أن يثبت أولاً قيام المانع من الحصول على الدليل الكتابي ، أى الخطر الذي كان يهدده . وهذه واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . ثم يجوز له بعد ذلك أن يثبت بالبينة والقرائن عقد الوديعة ذاته .

ويلحق بالوديعة الاضطرارية وديعة النزيل في الفندق لأمتعته . فقد شبه التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٤٨م و ١٣٥٢) هذه الوديعة بالوديعة الاضطرارية ، من حيث قيام المانع المادى من الحصول على دليل كتابي . أما التقنين المدني المصرى فقد سكت عن ذلك ، وترك المسألة للقواعد العامة . وقد نصت المادة ٧٢٧ من التقنين المدني على أن « ١ - يكون أصحاب الفنادق والحانات وما مائلها ، فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التي يأتي بها المسافرون والنزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الحان . ٢ - غير أنهم لا يكونون مسئولين ، فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة ، عن تعويض يجاوز خمسين جنيهاً ، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة في ذمتهم ، أو يكونوا قد تسببوا في وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم » . وظاهر من هذا النص أن مسئولية صاحب الفندق العقدي ، بمقتضى عقد الوديعة ، تختلف عن مسئولية التقصيرية . فهو مسئول مسئولية عقدي ، بمقتضى عقد الوديعة ، عن المحافظة على الأمتعة التي يأتي بها النزيل . وإثبات عقد الوديعة في هذه الحالة يكون بجميع الطرق ، لقيام مانع مادى من الحصول على الكتابة . ونلاحظ منذ الآن أن المانع المادى أخذ هنا يتخفف من حدته ، فلم يعد مانعاً مادياً يجعل الحصول على الدليل الكتابي متعزراً كما كان الأمر في الوديعة الاضطرارية ، بل هو مانع مادى يجعل الحصول على الدليل للكتابي غير مألوف ويتعارض مع ظروف الإيداع . وبقدر ما يتخفف المانع

المادى هنا من حدته ، بقدر ما يفقد من صبغة الخصوص فيه ، ويقرب من أن يكون مانعاً عاماً لا يختص بحالة دون حالة . اولاً لأن ودبعة نزيل الفندق هي ذاتها حالة متخصصة بين الودائع بوجه عام . وهما أيضاً تنسج الثغرة في قاعدة الدليل الكتابي لتترك مجالاً غير ضيق للإثبات بالبينة . أما فيما يختص بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة فمسئولية صاحب الفندق العقدية ، بمقتضى عقد الودبعة الذى يثبت بالبينة والقرائن ، لا تتجاوز خمسين جنيهاً مصرياً . فان تجاوز الضرر هذا المبلغ ، تحولت مسؤولية صاحب الفندق إلى مسؤولية تقصيرية ، أو بقيت عقدية على حسب الأحوال . وعلى النزبل أن يثبت أحد أمور ثلاثة : (١) عقد ودبعة خاصة ، يتعهد بمقتضاه صاحب الفندق بالمحافظة على النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة وهو عارف قيمتها . وهذا العقد لا يجوز في إثباته البينة أو القرائن لأن قيمته تزيد على عشرة جنيهات . (٢) خطأ من صاحب الفندق ، هو أنه رفض دون مسوغ أن يتسلم النقود أو الأوراق المالية أو الأشياء الثمينة عهدة في ذمته . وهذا الخطأ واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق . (٣) خطأ جسماً من صاحب الفندق أو من أحد تابعيه ، أياً كان هذا الخطأ ، ولكن لا يكفي أن يكون خطأ عادياً بل يجب أن يكون جسماً . وهذا الخطأ أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق (١) .

وينص كل من قانون البيئات السوري (م ٥٧) والتقنين المدنى العراقى (م ٤٩١) صراحة على أنه «يعتبر مانعاً مادياً ألا يوجد من يستطيع كتابة السند» (٢) . وهنا أيضاً يزداد المانع المادى تخففاً من حدته . فيصبح للعرف والبينة دخل في تقديره . ففي البلاد التى لم تنتشر فيها الكتابة انتشاراً كافياً قد يتعذر في بعض الأحوال العثور على شخص يستطيع كتابة السند الذى يراد إعداده كدليل كتابى على التصرف القانونى المعقود . فيقدر القاضى ظروف البيئة في كل مسألة بالذات ، ليرى إذا كان حقاً قد تعذر العثور على من يكتب السند ، فيقضى بقيام المانع المادى ويرخص في الإثبات بالبينة . وطالب الإثبات بالبينة هو الذى يحمل

(١) أما إيداع الأمتعة عند حامل للنقل لنقلها من مكان إلى آخر فلا يمد ودبعة اضطرارية ، ويجب لإثباتها الكتابة فيما يزيد على النصاب إلا إذا كان عقد النقل تجارياً فيثبت بجميع الطرق (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٧١ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٢) .

(٢) انظر الأستاذ حسين المؤمن جزء ٢٠ ص ٥٤٩ — ص ٥٥٠ .

عبء إثبات تعذر العثور على من يكتب السند في الظروف التي انعقد فيها التصرف القانوني ، ويستطيع إثبات ذلك بالبينة والقرائن لأنه إنما يثبت واقعة مادية . ونلاحظ أن المانع المادى هنا هو مانع خاص ذاتى ، لا مانع عام موضوعى . ولا يعتد به إلا فى القوانين التى تنص عليه . ففى التقنين المصرى ، حيث لائنص ، لا يكون هذا مانعاً يسوغ الإثبات بالبينة والقرائن .

٢٣٤ - الامارات غير المنظورة بوجه عام : وقد أضاف التقنين

المدنى الفرنسى (م ١٣٤٨ بند ٣) عبارة عمم بها ظروف الودائع الاضطرارية ، فأجاز الإثبات بالبينة « عند زول أحداث غير منظورة لم يكن يستطيع معها كتابة ورقة » . ويجب أن تكون النازلة غير منظورة ، وأن تكون جسيمة بحيث تجعل التعاقد على الالتزام أمراً بلغ حداً من الاستعجال لا يتسع معه الوقت للحصول على سند كتابى . فالقرض الذى يعطى لإسعاف أحد الجنود فى جيش يتقهقر منهزماً^(١) ، وإقراض شخص مالا طرأت الحاجة إليه وهو على وشك السفر ، أو وهو مصاب فى حادث لم يكن يتوقعه ، وإيداع السيارة فى مكان عام حيث لا يوجد من الحراس عدد كاف لتسلم جميع السيارات المودعة^(٢) ، وإصابة المودع بشلل فجائى اضطر معه للانتقال إلى المستشفى قبل الحصول على سند كتابى^(٣) ، وإيداع صندوق بداخله نقود أثناء قيام البوليس بالتفتيش^(٤) ، كل هذه حالات يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن لقيام المانع المادى الذى يحول دون الحصول على سند كتابى . ويقدر القاضى كل حالة على حدها ، ليرى هل هناك مانع مادى ، فالمانع إذن خاص ذاتى ، لا عام موضوعى .

٢٣٥ - ما جرت به العادة : وهنا يتخفف المانع المادى من حدته إلى

حد قصى ، ويزداد اتساع الثغرة فى قاعدة الدليل الكتابى . إذ لا يكون المانع

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٧ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ١٠٠١ .

(٣) دائرة النقص الجنائية ٦ يونية سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٩٣ .

(٤) أسيوط الكلية ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٠ .

المادى راجعاً إلى التعذر أصلاً . بل إلى مجرد ما جرت به العادة وألفته الناس في التعامل . وفي هذا خرق واسع تحدته البيئة في نطاق الدليل الكتابي . ويزيد في خطورة الأمر أن المانع يبدأ في التحول من مانع ذاتي إلى مانع موضوعي ، لولا بقية من الذاتية هي التي تركت لتقدير القاضي لينظر في كل حالة على حدة هل جرت العادة في مثلها ألا يؤخذ سند كتابي .

وقد جرت العادة ألا يأخذ السيد من خادمه دليلاً كتابياً على ما يعهد إليه به من مال أو متاع . وجرت عادة أصحاب الفنادق والمطاعم والمقاهي ألا يأخذوا دليلاً كتابياً على ما يقدمون إلى عملائهم من خدمة وماكل ومشرب . وجرت عادة التجار ألا يأخذوا دليلاً كتابياً على ما يرسلون إلى المنازل من سلع . وجرت العادة في الأسواق أن تجرى المبيعات بالشروط المألوفة دون كتابة ، فإذا خرجت الشروط عن نطاق المؤلف دونت في ورقة مكتوبة^(١) .

ويختلط المانع المادى هنا بالمانع الأدبي الذي سنراه في عرف بعض المهن ومن الفقهاء من يميز بين عادة عامة تجرى بين فريق كبير من الناس بحيث تعتبر قاعدة قانونية مصدرها العرف ، وهذا هو المانع المادى ، وبين عادة خاصة جرى عليها شخصان في التعامل فيما بينهما ، مما يمكن اعتباره دليلاً على وجوب صلة متينة بين المتعاملين تمنع من الحصول على سند مكتوب ، وهذا هو المانع الأدبي^(٢) . وفي رأينا أن المانع المادى والمانع الأدبي يتلاقيان عند العادة وبصعب هنا الفصل فيما بينهما فصلاً دقيقاً . فالعادة من حيث إنها تضع قاعدة مألوفة للسلوك المتبع بتعذر معها الحصول على دليل كتابي تكون مانعاً مادياً ومن حيث إنها تغفل في النفوس إلى حد يحجم معه المتعاملون من طلب دليل كتابي تكون مانعاً أدبياً .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٩٤ — بلانيسول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٤٠ ص ١٠٠٢ - الأستاذ حسين المؤمن ٢ ص ٥٦٦-٥٧٥ — وفي التبائع بالمواشي في الأسس والمواسم انظر الأستاذ عبد السلام دهنى في الأدلة ١ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ .
انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع المهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣
(٢) انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٣٦ ص ٤٣٨ .

عبء إثبات تعذر العثور على من يكتب السند في الظروف التي انعقد فيها التصرف القانوني ، ويستطيع إثبات ذلك بالبينة والقرائن لأنه إنما يثبت واقعة مادية . ونلاحظ أن المانع المادى هنا هو مانع خاص ذاتى ، لا مانع عام موضوعى . ولا يعتد به إلا فى القوانين التى تنص عليه . ففى التقنين المصرى ، حيث لائنص ، لا يكون هذا مانعاً يسوغ الإثبات بالبينة والقرائن .

٢٣٤ - الامارات غير المنظورة بوجه عام : وقد أضاف التقنين

المدنى الفرنسى (م ١٣٤٨ بند ٣) عبارة عم بها ظروف الودائع الاضطرارية ، فأجاز الإثبات بالبينة « عند زول أحداث غير منظورة لم يكن يستطيع معها كتابة ورقة » . ويجب أن تكون النازلة غير منظورة ، وأن تكون جسمة بحيث تجعل التعاقد على الالتزام أمراً بلغ حداً من الاستعجال لا يتسع معه الوقت للحصول على سند كتابى . فالقرض الذى يعطى لإسعاف أحد الجنود فى جيش يتفهمق منهزماً^(١) ، وإقراض شخص مالا طرأت الحاجة إليه وهو على وشك السفر ، أو وهو مصاب فى حادث لم يكن يتوقعه ، وإيداع السيارة فى مكان عام حيث لا يوجد من الحراس عدد كاف لتسلم جميع السيارات المودعة^(٢) ، وإصابة المودع بشلل فجائى اضطر معه للانتقال إلى المستشفى قبل الحصول على سند كتابى^(٣) ، وإيداع صندوق بداخله نقود أثناء قيام البوليس بالتفتيش^(٤) ، كل هذه حالات يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن لقيام المانع المادى الذى يحول دون الحصول على سند كتابى . ويقدر القاضى كل حالة على حدتها ، ليرى هل هناك مانع مادى ، فالمانع إذن خاص ذاتى ، لا عام موضوعى .

٢٣٥ - ما جرت به العادة : وهنا يتخفف المانع المادى من حدته إلى

حد قصى ، ويزداد اتساع الثغرة فى قاعدة الدليل الكتابى . إذ لا يكون المانع

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٧ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ١٠٠١ .

(٣) دائرة النقض الجنائية ٦ يونية سنة ١٩٢٨ المجموعة الرسمية ٢٩ رقم ٩٣ .

(٤) أسبوط الكلية ١٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٠ .

المادى راجعاً إلى التعذر أصلاً ، بل إلى مجرد ما جرت به العادة وألفته الناس في التعامل . وفي هذا خرق واسع تحدته البيئة في نطاق الدليل الكتابي . ويزيد في خطورة الأمر أن المانع يبدأ في التحول من مانع ذاتي إلى مانع موضوعي ، لولا بقية من الذاتية هي التي تركت لتقدير القاضي لينظر في كل حالة على حدة هل جرت العادة في مثلها ألا يؤخذ سند كتابي .

وقد جرت العادة ألا يأخذ السيد من خادمه دليلاً كتابياً على ما يعهد إليه به من مال أو متاع . وجرت عادة أصحاب الفنادق والمطاعم والمقاهي ألا يأخذوا دليلاً كتابياً على ما يقدمون إلى عملائهم من خدمة وماكل ومشرب . وجرت عادة التجار ألا يأخذوا دليلاً كتابياً على ما يرسلون إلى المنازل من سلع . وجرت العادة في الأسواق أن تجرى المبيعات بالشروط المألوفة دون كتابة ، فإذا خرجت الشروط عن نطاق المألوف دونت في ورقة مكتوبة^(١) .

ويختلط المانع المادى هنا بالمانع الأدبي الذي سنراه في عرف بعض المهن ومن الفقهاء من يميز بين عادة عامة تجرى بين فريق كبير من الناس بحيث تعتبر قاعدة قانونية مصدرها العرف ، وهذا هو المانع المادى ، وبين عادة خاصة جرى عليها شخصان في التعامل فيما بينهما ، مما يمكن اعتباره دليلاً على وجوب صلة متينة بين المتعاملين تمنع من الحصول على سند مكتوب ، وهذا هو المانع الأدبي^(٢) . وفي رأينا أن المانع المادى والمانع الأدبي يتلاقيان عند العادة وبصعب هنا الفصل فيما بينهما فصلاً دقيقاً . فالعادة من حيث إنها تضع قاعدة مألوفة للسلوك المتبع يتعذر معها الحصول على دليل كتابي تكون مانعاً مادياً ومن حيث إنها تنغلغل في النفوس إلى حد يحجم معه المتعاملون من طلب دليل كتابي تكون مانعاً أدبياً .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٩٤ — بلانيسول وريبير وجابولد ٧ فقرة ٤٠ ص ١٠٠٢ - الأستاذ حسين المزمع ٢ ص ٥٦٦ - ص ٥٧٥ - وفي التبائع بالمواشي في الأسس والمواضع انظر الأستاذ عبد السلام دهنى في الأدلة ١ ص ٤٠٨ - ص ٤٠٩ .
انظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع المهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٣
(٢) انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٣٦ ص ٤٣٨ .

ب - المانع الأدبي

٢٣٦ - تقرير المانع الأدبي موكول لقاضي الموضوع - أنساع

الثغرة في الدليل الكتابي : وقد يكون المانع أدبياً غير مادي . وتقدير ذلك - كما هو الأمر في المانع المادي - موكول للقاضي . وتقديره موضوعي لامعقب عليه لمحكمة النقض^(١) كما تقدم القول . ويميل القضاء إلى التوسع في الموانع الأدبية ، فتتسع بذلك إلى حد بعيد الثغرة في قاعدة الدليل الكتابي . ويساعد على ذلك أن القضاء لا يميل إلى تحديد ما هو المانع الأدبي ، فيترك القاضي حراً في تقدير كل حالة على حدتها ، فيحد من صرامة وجوب الحصول على سند مكتوب بعد هبوط قيمة العملة وصعود مستوى الأسعار^(٢) .

وأكثر ما ترجع الموانع الأدبية - وفقاً لأحكام القضاء - إلى أمور ثلاثة :

(١) الزوجية والقرابة (٢) علاقة الخدمة (٣) العرف المتبع في بعض المهن .

٢٣٧ - الزوجية والقرابة : كثيراً ما تقوم علاقة الزوجية أو القرابة

مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون . فإذا أثبت الخصم هذه العلاقة^(٣) ، وقرر القاضي ، وفقاً لظروف كل حالة ولائسائها - ومن ثم يكون المانع الأدبي خاصاً ذاتياً لا عاماً موضوعياً - أنها علاقة كافية لتقوم مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي ، أباح للخصم الإثبات بالبينة والقرائن بدلاً من الكتابة .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مسألة قيام المانع الأدبي من أخذ الكتابة عند لزومها هي مسألة لقاضي الموضوع الفصل فيها (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤) . وقضت أيضاً بأنه متى كانت المحكمة ، إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتماقدين إثبات صورية العتد الثابتة كتابة إلا بالكتابة ، قد استخلصت في حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة السائفة التي أوردتها انتفاء المانع الأدبي : فان الذي قررتة هو صحيح في القانون (نقض مدني ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٤٨ ص ٢١٤) .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ٩٩٨ هامش رقم ٧ .

(٣) وثبتت بفتناً لقواعد الخاصة : الزوجية بمقد الزواج والقرابة بشهادة الميلاد

ولكن الغالب أن هذه العلاقة يكون معترفاً بها ، فتثبت بالإقرار .

فالعلاقة الزوجية قد تحول - وفقاً لظروف كل حالة - دون الحصول على دليل كتابي لإثبات قرص ما بين الزوجين ، أو لإثبات الوفاء بالدين ، أو لإثبات أى تصرف قانوني آخر^(١) . وكعلاقة الزوجية علاقة المصاهرة ، وقضت محكمة استئناف مصر بأن الموانع الأدبية التي تسمح بالإثبات بالبينة والقرائن تخضع لظروف الدعوى أيضاً لا لشدة القرابة وحدها ، فإذا زوجت سيدة ابن خالتها من ابنتها بغير مهر ، وجهزت هي ابنتها ، وأقامت الإبنة وزوجها عندها ليسرها ، هذه الظروف كلها تمنع الزوج أدبياً منعاً قوياً من مطالبة أم زوجته بكتابة إذا أودعها مالا ما أثناء أقامته وزوجته عندها^(٢) . وعلاقة الخطبة وحدها قد تكفي ، بعض الأحوال لقيام المانع الأدبي وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن العرف جرى بين المصريين ، وخصوصاً المسلمين منهم ، هل أنه بعد الاتفاق على الخطبة ودفن المهر وقبل إتمام الزفاف ، يشتري الجهاز ، فإذا سلم للخطاب ، ولم يتم الزواج ، وطولب به جاز إثبات الدعوى بالبينة ، إذ يوجد في هذه الظروف مانع أدبي يحول دون الحصول على سند كتابي من الخطاب^(٣) .

والعلاقة ما بين الولد وأبويه كثيراً ما تحول دون الحصول على الدليل الكتابي ،

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن مسألة اعتبار الزوجية مانعة أو غير مانعة من الحصول على دليل كتابي بين الزوجين هي مسألة موضوعية ، لهيئة الموضوع وحدها السلطة في تقديرها (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧) - وقضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن رابطة الزوجية هالقة أدبي (استئناف أهل ١١ مارس سنة ١٩١٩ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٩٩) .

(٢) استئناف مصر ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٤٦ الهامة ٢٢ رقم ١٢٧ ص ٣٧١ - ولكنها قضت في دعوى أخرى بأن تكون الخصم زوجة عم خصمها وكانت تعتبره كابنتها الوحيد وتقيم معه في دار عمه لا يكفي في قيام المانع الأدبي (استئناف مصر ١٥ يناير سنة ١٩٢٣ الهامة ٣ رقم ٧١ ص ١٢٦) .

(٣) استئناف مصر ٨ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ١١٥ - الهامة ٧ رقم ١٠ ص ١٧ - انظر أيضاً : استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٥ الهامة ٥ رقم ٦٢١ ص ٧٥٧ - ١٧ أبريل سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٣٣ ص ٥٣ . ولكن محكمة استئناف مصر قضت كذلك بأن مجرد خطبة أحد المتقاضين لابنة الآخر ليست بالعلاقة التي تمنع من حصول كل منهما على الدليل الكتابي قبل الآخر (استئناف مصر ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٣٨ الهامة ٢٠ رقم ١١٤ ص ٣٠٦) .

وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن صلة الأبوة هي من الموانع الأدبية (١) . وكذلك علاقة الأخوة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه مما لا نزاع فيه أن المانع كما يكون مادياً يجوز أن يكون أدبياً ، والتقدير في ذلك على كل حال لمحكمة الموضوع ، فإذا رأت في قضية ما ، لعلاقة الأخوة بين الطرفين ، ولا اعتبارات شتى أوردتها في حكمها ، توفر هذا المانع الأدبي المسوغ للإثبات بالبينه . فلا معقب على ما رأته في هذا الشأن (٢) . كذلك صلة القرابة بين المتهم وخالته تعتبر مانعاً أدبياً من الحصول على المكتابة (٣) . ودرجة القرابة التي تربط المتهم بعمته ، وقد سلمته سنداً مثبتاً لدين لها على ابنها ، تعتبر مانعاً أدبياً ، لأن الإيداع يدل في ذاته على أن للمتهم عند عمته منزلة خاصة . فتكليفها بأخذ إيصال عليه بهذا الإيداع تكليف يتنافر مع هذا الائتمان (٤) . وسواء كانت القرابة قريبة أو بعيدة ، فمحكمة الموضوع هي التي تقدر ، في كل حالة بالذات ، متى تعتبر هذه القرابة مانعاً أدبياً . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن حال الصلات العائلية في ذاتها من حيث تعيين درجة القرابة بالدقة ليست هي التي يترتب عليها بطريقة مطردة المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على كتابة مثبتة للدين أو للتخالص منه ، بل قد يوجد ذلك المانع ولو كانت القرابة بعيدة في الظاهر ، تبعاً لطبيعة الصلات العادية بين الخصوم من محبة وإخلاص (٥) . وقضت محكمة النقض بأن اعتبار صلة القرابة بين أطراف الخصومة من الموانع الأدبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي هو من الأمور الواقعية التي تستقل بتقديرها لمحكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة النقض (٦) .

(١) استئناف مصر ٧ يولية سنة ١٩٢٣ المحاماة ٤ رقم ٩٤ ص ١٩٧ . انظر أيضاً : ملوى ٢٩ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٣٢ .

(٢) نقض جنائي ٣ يولية سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٦١ ص ١٣٧ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن علاقة البنوة والأخوة يجوز معها أن يثبت بالبينه أن بعض الخصوم إذن لبعض في إجراء عقد بدل مع آخرين (استئناف مصر ١٣ ديسمبر سنة ١٩٣٨ المحاماة ٢٠ رقم ٤١ ص ٩٣) .

(٣) نقض جنائي ٢٢ ديسمبر سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ٢٠٨ .

(٤) طنطا الابتدائية أول ديسمبر سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ٦ ص ٩٨

(٥) استئناف مصر ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٧٦ .

(٦) نقض مدني ١١ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٧ ص ٢٤٠ =

وقد تقوم صلوات أخرى - غير صلوات الزوجية والقربى - تكون مانعاً أدبياً من الحصول على الكتابة . من ذلك صلة الجوار (١) ، وصلة الوكالة غير المأجورة (٢) . بل إن مجرد العادة (٣) ، أو مركز الشخص الاجتماعي (٤) ، قد يكون مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على سند مكتوب .

هذا وقد اختارت بعض التقنيات العربية أن تتخذ متى تعتبر صلة القرابة والزوجية مانعاً أدبياً ، فحولت بذلك هذه الصلة من مانع خاص ذاتي إلى مانع عام موضوعي . من ذلك أن نص قانون البيئات السوري (م ٥٧) على أنه « تعتبر مانعاً أدبياً القرابة ما بين الزوجين ، أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة ، أو ما بين أحد الزوجين وأبوى الزوج الآخر » .

— انظر أيضاً : نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٩ ص ٣٠٠ - اول يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة عمر ٤ رقم ١٤٤ ص ٣٩٦ - وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا اعتمدت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي الذي قرر بأن المبلغ المسلم للمدعي عليه هو أمانة اختلها ، وأن سكوت المدعي على المدعى عليه وعدم إدراجها المبلغ بمحضر حصر التركة عند الحجر على المورث أو وفاته هو لأسباب بررت بها هذا السكوت ، وأنها أسباب تجوز على مثل المدعية لبساطتها ولصلة قرابتها بالمدعى عليه الذي كان قيماً على مورثها ، فقول المحكمة الابتدائية هذا الذي اعتمدته محكمة الاستئناف يفيد أنه كانت هناك أسباب شخصية وأدبية مانعة للمدعية من أخذ كتابة عليه باستلامه المبلغ ومن إدراجها إياه في محضرى الجرد اللذين حصل أحدهما بعد الحجر وثانيهما بعد الوفاة . ومسألة قيام المانع الأدبي من أخذ الكتابة عند لزومها هي مسألة لقاضي الموضوع القول الفصل فيها (نقض مدني ١٤ نوفمبر سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٣ ص ٩٥٤ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(١) وقد قضت محكمة أسيوط الجزئية بأن العادات المبنية على كرم الطبع ، كإعارة الأواني والخل بين الجيران وإعارة المواش وآلات الزراعة والدواب في القرى ، موانع أدبية (١٦) فبراير سنة ١٩٢٤ الخامة ٤ رقم ٧١٩ ص ٩٤١) .

(٢) وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأنه إذا بدد الوكيل بلا أجر أشياء سلمها إليه الموكل ، وكانت قيمتها تزيد من عشرة جنيهات ، جاز للموكل أن يثبت تسليمها إليه بالبينة ، لأن مجانة الوكالة قد تكون مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على دليل كتابي (نقض جنائي ٢٣ ديسمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ١٥) .

(٣) وقد قضت محكمة المنصورة بأن الاعتياد على توريد أشياء منزلية يعتبر مانعاً أدبياً (١٨) يناير سنة ١٩٢٥ الخامة ٥ رقم ٦٢١ ص ٧٥٧) .

(٤) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن مركز الشخص الاجتماعي قد يكون مانعاً أدبياً لهل صنع أثاث منزل من الحصول على سند مكتوب (استئناف مختلط ٢٢ نوفمبر سنة ١٩٢٣ ص ٢٦٢) .

ونص أيضاً تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني (م ٢٤٢) على أنه «يكتفى بمجرد الاستحالة المعنوية ، وهي تنشأ خصوصاً عن العرف المتبع في بعض المهن ، أو علاقات القربى ما بين الأصول والفروع أو عن الروابط الزوجية . ونص أخيراً التقنين المدني العراقي (م ٤٩١) على جواز الإثبات بالشهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة وإذا كان العقد مبرماً ما بين الزوجين ، أو ما بين الأصول والفروع ، أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الرابعة ، أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر» (١) .

٢٣٨ - عموقفة الهرمة : والعلاقة ما بين المخدم والحامد قد لا تسمح ،

تبعاً للظروف ، بالحصول على الدليل الكتابي . فخدمة المنازل لا يستطيعون عادة تقديم دليل كتابي على مقدار أجورهم وشروط خدمتهم (٢) ، ولا على ما قدموه لحساب المخدم من مبالغ صرفوها في الشؤون المنزلية (٣) . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن صلة الخادم بسيدة وطول خدمته عنده يعتبر من الموانع الأدبية (٤) .

وكذلك العلاقة ما بين رب العمل والعامل قد لا تسمح هي أيضاً ، تبعاً للظروف ، بأن يكون هناك دليل كتابي . مثل ذلك العلاقة ما بين صاحب المصنع وعامله (٥) ، والعلاقة ما بين رب العمل وكتابه (٦) ، والعلاقة ما بين والد التلميذ والمعلم (٧) ، والعلاقة ما بين خادم الفندق ومخدومه (٨) .

(١) انظر في هذه المسألة الأستاذ حسين المؤمن في الإثبات جزء ٢ في الشهادة ص ٥٥٥

وما بعدها .

(٢) نقض فرنس ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨ - ١ - ١١٥ ، وإذا ثبت مقدار أجر الخادم ، فلماذا أن يطالب بمجموع أجوره منذ دخوله في خدمة سيده ، وللسيد أن يثبت بجميع الطرق أنه وفي له هذه الأجر (بلانويول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٣٩ ص ١٠٠٠) .

(٣) محكمة باريس الاستئنافية ٩ ديسمبر سنة ١٩٢٤ دالوز ١٩٢٥ - ٦٢ .

(٤) استئناف مصر ١٥ فبراير سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٢٧ ص ٤٨ .

(٥) نقض فرنس ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ دالوز ١٩٣٨ - ١ - ١١٥ .

(٦) محكمة كان الفرنسية ٢٣ مارس ١٩١٤ مجلة القانون المدني الفصلية ١٩١٥ ص ٥١٤

(٧) نقض فرنس ٢٦ يونيو سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعي ١٩٢٩ ص ٤٦٠ .

(٨) نقض فرنس ٧ ديسمبر سنة ١٩٣١ جازيت دي باليه أول فبراير سنة ١٩٣٧ .

٢٣٩ - عرف بعض المهين : وتقضى الظروف في بعض المهن ألا يكون هناك دليل كتابي على التعامل. ويتحقق ذلك بنوع خاص في مهنة الطب ، فان الطبيب في أكثر الظروف لا يحصل على دليل كتابي من المريض بما اتفقا عليه من أجر للعلاج . بل قد لا يتفقان أصلاً على الأجر ، ويطلب الطبيب أجره بعد ذلك وفقاً للعرف الجاري ، دون أن يطلب منه تقديم دليل كتابي فيما يزيد على عشرة جنيهات (١) .

وحائك الملابس لا يأخذ عادة ورقة مكتوبة من عميله ، فيجوز له إثبات حقه في ذمة العميل بالبينة والقرائن ، حتى لو زادت القيمة على عشرة جنيهات . وله أن يستعين في ذلك بدفاتره التجارية وفقاً لقواعد الإثبات الخاصة بهذه الدفاتر (٢) .

وقد أشرنا فيما قدمناه كيف يلتقي المانع المادي والمانع الأدبي فيما يقضى به العرف في كثير من الأحوال من جواز الإثبات بالبينة والقرائن .

٢٥ - قيام المانع من تقديم الكتابة لفقدائها بسبب أجنبي

٢٤٠ - نطاق تطبيقي الفاعلة : رأينا ، فيما قدمناه ، قيام مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ، فجاز الإثبات بالبينة والقرائن لزولا عند حكم الضرورة . أما هنا ، فقد حصل الدائن على الدليل الكتابي الذي يقضى به القانون ، ولكنه بعد حصوله على هذا الدليل فقد سبب أجنبي لا يد له فيه . فكان الضرورة في هذه الحالة أكثر وضوحاً ، لأن الدليل الكتابي قد وجد فعلاً ولكنه ضاع بغير تقصير من الدائن . لذلك يجوز عندئذ أن نحل

(١) استئناف مخطط ٢٨ مارس سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٣٢٦ - ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٢ م ٤٤ ص ٢٩٩ - نقض فرنسي ١٣ أبريل سنة ١٩١٠ سيريه ١٩١١ - ١ - ٥٠١ - ٢١ مايو سنة ١٩٣٢ سيريه ١٩٣٣ - ١ - ١٣٤ - بل إن الطبيب ليس في حاجة إلى كتابة مذكرات منتظمة (carnet de visites régulièrement tenu) بزياراته لمرضاه (محكمة باريس الاستئنافية ٥ مارس سنة ١٩٠٣ سيريه ١٩٠٤ - ٢ - ٣٢) .

(٢) استئناف مخطط ٣ يناير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ١٣٨ .

البينة والقرائن محل الدليل الكتابي لإثبات :

(١) ما تزيد قيمته على عشرة جنيهات .

(٢) ما يخالف الكتابة أو يجاوزها .

(٣) أى عقد يشترط القانون أن يكون إثباته بالكتابة ولو لم تجاوز قيمته

عشرة جنيهات كالصلح والكفالة .

(٤) أى عقد شكلي ، كالهبة والرهن الرسمي ، على التفصيل الذى سنورده

فيما يلي . وفي هذا تختلف هذه القاعدة عن القاعدة السابقة ، فقد رأينا أن قيام

المانع لا يجيز إثبات العقد الشكلي بالبينة والقرائن (١) .

٢٤١ - أمور ثلاثة يجب اثباتها : ومن يدعى أنه حصل على سند

مكتوب ثم فقده بسبب أجنبي ، عليه أن يثبت أموراً ثلاثة :

(١) أنه كان قد حصل فعلاً على سند مكتوب . ويجوز أن يثبت ذلك بجميع

الطرق ، لأنه إنما يثبت واقعة ما (٢) .

(١) ويجب أن يثبت المدعى أن السند المكتوب ، الذى كان موجوداً ثم فقد بسبب أجنبي ،

هو سند كتابي كامل ، لا مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة . فإذا كان مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ،

فلا يسمح للمدعى أن يثبت سبق وجوده بالبينة أو بالقرائن . لكن إذا أقر الخصم بسبق وجوده

كان للقاضي حرية التقدير لتعرف ما إذا كان السند المفقود تتوافر فيه أركان مبدأ الثبوت بالكتابة

حتى يمكن تعزيزه بالبينة أو بالقرائن (الموجز للمؤلف ص ٧٢٤) .

(٢) وليس من الضروري أن تكون الشهود قد رأت السند المكتوب وقرأته . ولكن لا يكفي

من جهة أخرى أن تشهد الشهود بقيام التصرف القانوني المدعى به ، بل يجب أن تشهد بسبق

وجود سند مكتوب صحيح يثبت هذا التصرف (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ هامش رقم ٢٥) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « أما فيما يتعلق

بالدليل على الفقد فيقع عبء إقامته على المدعى مبتدئاً . فن واجب ، فضلاً عن إثبات الحادث

الجبرى أو القوة القاهرة ، أن يقيم الدليل على سبق وجود المهرر ومضمونه وعلى مراعاة شروط

الصحة التى يتطلب القانون توافرها فيه إن كان هذا المهرر من قبيل المهررات الشكلية . فإذا تم

ذلك للمدعى ، كان له أن يثبت ما يدعى بالبينة ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٤) .

ويطلب من المدعى ، كما قدمنا ، أن يثبت بجميع الطرق سبق وجود سند مكتوب ، وأن هذا

السند كان مستوفياً لجميع الشروط القانونية ، وأنه كان يحمل توقيع الخصم . فلما عترف الخصم بسبق

وجود السند ، ولكنه أنكر توقيمه عليه ، سمح للمدعى أن يثبت صحة التوقيع بجميع الطرق

(الموجز للمؤلف ص ٧٢٤) — ويجب أن يكون السند المفقود دليلاً كتابياً كاملاً . فإذا كان

مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ، فلا يجوز إثبات فقده بالبينة أو بالقرائن ، ولكن يجوز إثبات ذلك

بالإقرار أو اليمين كما مر للقول (انظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ٢١٥) .

(٢) وأن هذا السند قد فقد . وهذه أيضاً واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة وبالقرائن (١) .

(٣) وأن فقد السند كان بسبب أجنبي لا يدل له فيه ، كسرقة أو حريق أو نحو ذلك من الحوادث التي لم يكن يتوقعها (٢) . وهذه أيضاً واقعة مادية يجوز له إثباتها بالبينة والقرائن (٣) . ويلاحظ هنا أمران (أولهما) أن السبب الأجنبي لا يتشدد فيه التشدد الذي رأيناه في المسئولية ، فيكفي أن يثبت صاحب السند أنه لم يقصر في المحافظة عليه حتى يعتبر أنه فقد السند بسبب أجنبي (٤) . و (الثاني) أن إثبات السبب الأجنبي قد يتضمن في الوقت ذاته إثبات فقد السند . فإذا أثبت

(١) وإذا ادعى المدعي أن السند كان مودعاً عند شخص آخر ، وجب عليه إثبات الوديعة ، إذا كانت قيمة السند تزيد على عشرة جنيهات ، بدليل كتابي (الموجز للمؤلف ص ٧٢٤) - انظر أيضاً : الروري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٨٢ - ص ٣٨٤ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان القانون لم يشر في المادة ٢١٨ مدني (٤٠٣ جديد) إلا إلى حالة ضياع السند بسبب قهري كحصول حريق أو إتلاف ، إلا أنه مما يجب أن يعتبر في حكم السبب القهري حصول سرقة السند أو تبيده (استئناف مصر ٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ الهامة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦) . وقد يكون السند المكتوب قد ضاع من ملف القضية المرفوعة بهذا السند ، دون أن يكون ذلك بتقصير من صاحبه (محكمة باريس ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٣٨ دالوز الأسبوعي ١٩٣٩ ص ١١) .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت المحكمة قد اقتنعت من التحقيقات الحاصلة من الحادث ، وعلى الأخص بما أدلى به المدعي عليه نفسه فيها ، أن السند كان موجوداً وسرق ، وأن ذمة المدعي عليه ما زالت مشغولة بالدين ، فذلك من شأنها وحدها . ولا يصح أن ينمى عليها أم لم تأخذ فيما انتهت إليه بدليل بعينه ، إذ الإثبات في هذه الحالة يجوز بجميع الطرق (نقض مدني ١٨ يونيو سنة ١٩٤٢ مجموعة عمر ٣ رقم ١٧٦ ص ٤٨٥) . وقضت أيضاً بأنه إذا رفضت المحكمة طلب الإحالة على التحقيق لإثبات وجود سند كتابي ضاع بسبب قهري ، مقبلة قضاها بذلك على عدم جدية هذا الادعاء لما أوردته من أسباب مبررة لوجهة نظرها ، فلا مخالفة في ذلك لحكم المادة ٢١٨ من القانون المدني (٤٠٣ جديد) (نقض مدني ٢٤ مارس سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٩٩ ص ٧٤٠) .

انظر أيضاً : نجح حامى ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٧ رقم ٣٤ - ملوى ٩ يونيو سنة ١٩٠٦ المجموعة الرسمية ٧ رقم ١١٦ .

(٤) وقد جاء في الموجز للمؤلف ما يأتي : « ويكفي في وجود القوة القاهرة ألا يكون الحادث الذي ضاع فيه السند منسوباً إلى إهمال المدعي ، ولو كان هذا الحادث قد وقع بإهمال الغير ، لا قضاء وقدرأ . أما إذا ضاع السند بإهمال المدعي ، بأن كان قد مزقه خطأ أو أهمل في حفظه حتى ضاع أو سرق أو نحو ذلك مما يعتبر خطأ منسوباً إليه ، فلا يكون في هذه الحالة مطوراً ، ولا يحسب له أن يثبت دعواه بالبينة أو بالقرائن (الموجز لفقرة ٦٩٧ ص ٧٢٥) . انظر أيضاً : =

شخص مثلاً أن حريقاً لا يدل له فيه التهم منزله ، ولم يستطع انتشار أوراقه ومستنداته فاحترقت جميعها ، كان في هذا إثبات للسبب الأجنبي وإثبات لفقد السند المكتوب ما دام قد أثبت أن أوراقه قد احترقت جميعها^(١).

فاذا استطاع الخصم إثبات هذه الأمور الثلاثة - وكلها يمكن إثباتها بجميع الطرق لأنها وقائع مادية كما رأينا - كان له بعد ذلك أن يثبت الحق الذي يدعيه بالبيننة والقرائن ، حتى لو زادت قيمته على عشرة جنهات ، وحتى لو خالف بهذا الإثبات أو جاوز ما هو ثابت بالمكتابة^(٢).

٢٤٢ - التوسع في القاعدة والتخصيص منها : وقاعدة فقد السند بسبب أجنبي يوسع فيها تارة ، ويضيق منها تارة أخرى .

يوسع فيها ، فيجوز إثبات تصرف قانوني شكلي ، هبة أو رهن رسمي مثلاً ، بالبيننة والقرائن إذا ثبت أن هذا التصرف كان في سند ثم فقد السند بسبب أجنبي . ولكن يجب هنا ، عند إثبات سبق وجود السند ، أن يثبت صاحب الشأن أيضاً أن هذا السند كان مستوفياً للشكل الذي يتطلبه القانون^(٣). وتختلف هذه القاعدة ،

استئناف مخطوط ١٨ مارس سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٢٠٧ - والمذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التصديرية ٣ ص ٤١٣ - ص ٤١٤ .

(١) استئناف مخطوط ٢٢ مارس سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٢١٤ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤١ ص ١٠٠٣ وهامش رقم ١ .

(٢) استئناف مخطوط ٢٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ١٩٩ - ٢٠ مايو سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٣٤٣ - ٢٢ مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٧١ - ٢٤ مايو سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ٢٥١ - ١٧ فبراير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٧٥ .

(٣) وبفرض أن السند قد استوفى الشكل الذى يتطلبه القانون إذا كان المدين هو الذى ألتفه (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ ص ٣٨٤ - ص ٣٨٥) - هذا والسند في حالة التصرف الشكل لا بد أن يكون سنداً رسمياً . فإذا فقد ، فإن الصور الرسمية قد تقوم مقامه ، أو تكون مبدأ ثبوت بالمكتابة على النحو الذى قدمناه عند الكلام في حجية الصور الرسمية للسند الرسمى ، وفي هذه الحالة لا تكون في حاجة إلى القاعدة التى نحن بصددنا ، فإن قبول البيننة والقرائن جائز بدونها . أما إذا لم توجد صور رسمية أصلاً ، أو وجدت ولكنها لا تصلح أن تكون على الأقل مبدأ ثبوت بالمكتابة ، فعندئذ يكون للخصم فائدة من التمسك بقاعدة فقد السند المكتوب بسبب أجنبي ليستمكن من إثبات التصرف بالبيننة والقرائن (انظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٢٣٢ ص ٤٢٧ هامش رقم ٢ - وفقرة ٢٤١) .

كما قدمنا ، عن قاعدة قيام المانع وقاعدة مبدأ الثبوت بالكتابة في هذا الصدد .
فقد رأينا أن العقد الشكلي لا يجوز إثباته بالبينة والقرائن ، حتى عند قيام مانع
حال دون الحصول على الكتابة ، وحتى مع وجود مبدأ ثبوت بالكتابة .
أما هنا - عند فقد السند بسبب أجنبي - فيجوز إثبات العقد الشكلي بالبينة
والقرائن ، لأن السند مفرغاً في الشكل الذي يتطلبه القانون قد وجد فعلاً ،
فاستكمل التصرف أركانه وقام صحيحاً ، ثم فقد السند بعد ذلك بسبب أجنبي
ليس من شأنه أن يؤثر في قيام التصرف . ومتى كانت الدهوى أن التصرف
القانوني قد وجد فعلاً مستوفياً لشكله القانوني ، فلا يوجد ما يمنع حينئذ
من إثبات سبق هذا الوجود بالبينة والقرائن (١) .

ويضيق في القاعدة من ناحية أخرى . فقد قضت محكمة النقض الفرنسية
بأنه يجوز الاتفاق على عكسها ، مثلها في ذلك مثل سائر قواعد الإثبات ، وأنه
إذا اشترط رب العمل أن العامل لا يجوز له أن ينضم إلى صندوق المعاش إلا إذا
أثبت أنه قضى مدة معينة في خدمة رب العمل ، وأن هذا الإثبات لا يجوز
أن يكون إلا من واقع دفتر العامل (livret de l'ouvrier) ، أو بمستخرج
من سجلات رب العمل (extrait des livres du patron) ، فلا يسمح للعامل
أن يثبت أنه قضى المدة المعينة في الخدمة بطريق آخر غير هذين الطريقتين ، حتى
لو كان رب العمل لم يحتفظ بسجلاته وكان العامل قد فقد دفتره (٢) .

(١) انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤١ ص ١٠٠٤ - وانظر أيضاً المذكرة
الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤١٤ .

(٢) نقض فرنسي ٣٠ يولية سنة ١٨٨٤ دالوز ١-٨٥-٤٣٩-سيريه ١-٨٥-٣٧٤ .
بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٤٢ - ويتحفظ بارتان في التسليم بصحة هذا الحكم
(أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٥ هامش رقم ٣٣ مكرر) .

وقد قضت محكمة النقض البلجيكية ، هي أيضاً ، بأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ،
وأنه يجوز الاتفاق على ما يخالف قاعدة فقد السند المكتوب بسبب أجنبي ، كما لا يجوز التمسك
بجده القاعدة وغيرها من قواعد الإثبات لأول مرة أمام محكمة النقض (٢٨ ديسمبر سنة ١٩٤٤
باسكريزي ١١٤٥-١-٧٦-٣٠ يناير سنة ١٩٤٧ باسكريزي ١٩٤٧-١-٢٩) .

البجائية

الطرق المعفية من الإثبات

الإقرار واليمين والقرائن القانونية

٢٤٣ - قوة مطلقة - هجينة قاصرة وهجينة متعديّة : قدمنا (١) أن الإقرار واليمين والقرائن القانونية تصلح للإعفاء من إثبات أية واقعة مادية أو أى تصرف قانونى مهما بلغت قيمته . فهى من هذه الناحية كالكتابة قوتها مطلقة .

وقدمنا أيضاً (٢) أن الإعفاء من الإثبات فى الإقرار وفى اليمين مقصور على الخصمين ، فحجية الإقرار واليمين غير متعدية إلى الغير ، ومن ثم تكون حجية قاصرة . أما حجية القرائن القانونية فغير مقصورة على الخصمين ، فهى حجية متعدية .

ونعالج هذه الطرق الثلاثة - الإقرار واليمين والقرائن القانونية - متعاقبات فى فصول ثلاثة .

(١) انظر آنفاً فقرة ٦٥

(٢) انظر آنفاً فقرة ٦١ .

الفصل الأول

الإقرار

٢٤٤ - تعريف الإقرار بوجه عام : الإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر ، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد^(١) .

فلا يكون إقراراً لإنشاء الشخص الحق في ذمته بتصرف قانوني أو بواقعة قانونية ، كالمشترى يلتزم بدفع الثمن وكن يرتكب عملاً غير مشروع يلتزم بالتعويض ، ذلك أن إنشاء الحق غير الاعتراف به . ولما كان إنشاء الحق بتصرف قانوني يحتاج في إثباته إلى ورقة مكتوبة إذا كانت قيمة هذا الحق تزيد على عشرة جنيهات ، فهذه الورقة تكون دليل إثبات لا إقراراً ، لأنها أعدت من مبدأ الأمر لتثبت التصرف القانوني ، وتكون في الغالب معاصرة لنشوءه أو بعد ذلك بوقت قليل . أما إذا كتب المدين إقراراً على نفسه بذات الحق ، فإنه لا ينشئ بذلك حقاً في ذمته ، ولكنه يقر بوجود هذا الحق بعد أن نشأ^(٢) . ويكتب المقر إقراره عادة بعد نشوء الحق الذي يقر به بوقت غير قصير ، مدفوعاً إلى ذلك باعتبارات متنوعة . فقد يكتب الإقرار بعد نزاع انتهى في تسويته إلى هذا الإقرار ، وقد يكتبه بعد تصفية حساب قديم ، وقد يكتبه حتى يمكن صاحب الحق من ورثته أن يتقاضى حقه قبل قسمة التركة ، وقد يكتبه عندما يحس أن منيته قد دنت ليترك لصاحب الحق إقراراً بحقه فيبرئ ذمته سواء كتب الإقرار في مرض الموت أو قبل ذلك . أما إذا كان السند المثبت للحق قد ضاع أو قدم عليه العهد ، فكتب المدين سنداً مؤيداً للسند الأصلي ، فهذا ليس إقراراً بل هو السند المؤيد الذي بسطنا أحكامه فيما تقدم . فالورقة المكتوبة إذن قد تكون سنداً أصلياً ، أو سنداً مؤيداً للسند الأصلي ، أو إقراراً مكتوباً بالدين .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٤٢١ - ص ٤٢٢ .

(٢) انظر بلانبول وريبير وجابولك ٧ فقرة ١٥٦٣ - دي باج ٣ ص ١٠٢٥ - ص ١٠٢٨ - وانظر : استئناف مخطط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٦ .

ولا يكون إقراراً ما يسلم به الخصم اضطراراً على سبيل الاحتياط من طلبات خصمه . فاذا قرر في مذكرة قدمها استعداده لدفع مبلغ من النقود أقل من المبلغ المدعى به بعد أن أنكر وجود الحق في ذمته أصلاً ، ولكنه يعرض هذا المبلغ على خصمه حسماً للنزاع واحتياطاً لما عسى أن تنجيه إليه المحكمة من إجابة الخصم إلى بعض طلباته ، فإن هذا لا يكون إقراراً ، لأنه ليس اعترافاً خالصاً بوجود هذا المبلغ في ذمته ، بل هو تسليم جدلي ببعض المدعى به لحسم النزاع . فهو أقرب إلى أن يكون مشروع صلح يعرضه على الخصم ، حتى إذا قبله هذا الخصم النزاع بينهما^(١) .

ولا يكون إقراراً شهادة الشاهد على المدعى بوجود الدين في ذمته ، فإن الشاهد يقر بوجود الحق لاني ذمته هو بل في ذمة شخص آخر^(٢) .

ولا يكون إقراراً إبداء الخصم رأيه في الحكم القانوني الذي ينطبق على النزاع ، كأن يقرر أن قانوناً أجنبياً معيناً هو الواجب التطبيق . فهو هنا لا يقر بحق ، ولكنه يدلي برأيه في حكم قانوني ، وللمحكمة أن تأخذ برأيه أو لا تأخذ^(٣) .

وقد يقع الإقرار على الحق في ذاته ، فيعترف المدعى أن في ذمته لآخر مبلغاً معيناً من المال . أو يقع على المصدر الذي أنشأ هذا الحق ، كأن يعترف بوجود عقد قرض ألزمه بهذا المبلغ من المال . بل قد يقع الإقرار على ادعاء (allégation) أيأ كان ، فيعترف المشتري مثلاً بما يدعيه عليه دائن البائع من أنه يعرف إعسار البائع في الدعوى البولصية التي يرفعها الدائن على كل من البائع والمشتري .

(١) أوبري ورو ١٢ ص ١٠٨ .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ١٠٧ — ص ١٠٨ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأنه لكي يلتج الإقرار أنه القانوني يجب أن يكون متعلقاً برواقعة لا بالتطبيق القانوني ، لأن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم ، وإذن فإن إقرار المظنون عليهما بانطباق المادة ٣٧ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على الوصية موضوع النزاع لا يقيد المحكمة بشيء (نقض مدني ٢٢ أكتوبر سنة ١٩٥٣ بمجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٥ ص ٦٢) — وانظر أيضاً أوبري ورو ١٢ ص ١٠٨ وهامش رقم ٤ — بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ — بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٠١ ص ٢٧٦ — بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٩ .

ولذلك يكون من الأدق تعريف الإقرار بأنه اعتراف شخص بادعاء يوجه إليه شخص آخر (١).

ولكن لا يكون هناك إقرار إذا كانت الواقعة المسلم بها ليست محل ادعاء من جانب الخصم ولا محل إنكار من جانب المقر. فإذا بلغ رب العمل عن وقوع حادث لأحد عماله وفقاً لأحكام قانون إصابات العمل ، فلا يعد هذا إقراراً من جانب رب العمل بمسئولته عن هذا الحادث (٢).

وإذا كان يغلب في الإقرار أن يقصد المقر أن يؤخذ باقراره وأن ترتب في ذمته نتائج قانونية ، إلا أن وجود هذا القصد عنده لا يشترط لقيام الإقرار. فقد يصدر الإقرار من شخص لمجرد تقرير الواقع دون أن يقصد ، وحتى دون أن يعرف، النتائج القانونية التي ترتب على هذا الإقرار. بل إن نية الإقرار ذاتها لا تشترط ، فقد يقر الشخص بوقائع لم يكن معترفاً بها وهو في صدد الدفاع عن حقه ، أو وهو في صدد استجواب المحكمة أو الخصم له ، دون أن يشعر أنه قد أدلى بأى اقرار. والمهم أن يكون الإقرار قد صدر عن اختيار لا عن إجبار (٣).

(١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ .

(٢) نقض فرنسي ٢٣ يولية سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٣ - ١ - ٢٧٤ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ - ولا يعد إقراراً بالمسئولية ما يقوم به رب العمل من إسفاف العامل بدافع الشفقة والإحسان (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ هاشم رقم ٣).

(٣) نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ - نقض فرنسي ١٥ أبريل سنة ١٨٩٩ دالوز ٩٩ - ١ - ٥٢١ - ١٢ يونيه سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٠ - ١٣٦ - ١ - هارتان على أوبري ورو ١٢ ص ١٠٧ - نى باج ٣ ص ١٠٢٨ - ص ١٠٣٢ بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦١ ص ١٠٣٤ - ص ١٠٣٥ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٤ - قارن (عكس ذلك) : ديولومب ٣٠ فقرة ٤٥٠ - هيك ٨ فقرة ٣٤٦ - لوران ٢٠ فقرة ١٥٩ - بودوي وبارد ٤ فقرة ٢٧٠١ - المؤجر للمولف فقرة ٦٥٤ - الأستاذ أحمد نساط في الإثبات ١ فقرة ٤٨٩ - المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيد في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢ - ص ٤٣٣ - نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٧ ص ٢٠٣ . والمسألة على كل حال محل للنظر . وسنرى أن الإقرار القضائي يتطلب على نزول من جانب المقر من حقه في مطالبة خصمه بالإثبات ، والنزول يتضمن القصد ، لذلك كان الأول اشتراط القصد في الإقرار القضائي على الأقل .

٢٤٥ - صور الإقرار وشكله : وليس للإقرار شكل خاص ، بل إن له صوراً متعددة . فهو قد يكون صريحاً أو ضمنياً . والصريح قد يكون مكتوباً أو شفوياً . وفي جميع الأحوال يكون الإقرار قضائياً أو غير قضائي .

والغالب أن يكون الإقرار صريحاً . فيكون تقريراً (déclaration) يصدر من المقر بوقائع يعترف بصحتها . وقد يكون هذا التقرير مكتوباً ، ولا يشترط شكل خاص في هذه الكتابة . فيجوز أن يكون الإقرار وارداً في كتاب أو في برقية أو في أية رسالة أخرى يوجهها المقر إلى الطرف الآخر . ويجوز أن يكون في ورقة مستقلة تعطى للمقر له يتخذها سنداً . ويجوز أن يكون وارداً في صحيفة الدعوى ، أو في مذكرة يقدمها الخصم المقر للمحكمة ، أو في طلبات مكتوبة يوجهها الخصم المقر للخصم الآخر . كذلك قد يكون الإقرار شفوياً . فان كان خارج القضاء ، أمكن الاستشهاد على صدوره بشهود فيما يمكن سماع الشهادة فيه . وإن كان إقراراً قضائياً، صح أن يكون في أثناء تحقيق أو استجواب أو في الجلسة ذاتها، وفي هذه الأحوال يدون الإقرار في محضر التحقيق أو محضر الاستجواب أو محضر الجلسة ، فيسهل بذلك التثبت من صدوره ومن مضمونه .

ويندر أن يكون الإقرار ضمنياً أو مستخلصاً من مجرد السكوت . فلا يستخلص من تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب ولا من امتناعه عن الإجابة عند استجوابه من المحكمة أو من الخصم ، فهذا لا يكون إلا بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يستكمل بالبينه والقرائن (١) . وقد نصت المادة ١٦٦ من تقنين المرافعات ، كما رأينا ، على أن « للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم ، ولكل منهم أن يطلب استجواب خصمه الحاضر » . ونصت المادة ١٦٧ من هذا التقنين على أن « للمحكمة كذلك أن تأمر بحضور الخصم لاستجوابه ، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب خصمه ، وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التي حددها القرار » . ثم نصت المادة ١٧٣ على أنه « إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول ، أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني ، جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في الأحوال

(١) استئناف مخطوط ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٢٤٣ .

التي ما كان يجوز فيها ذلك^(١). أما نكول الخصم عن حلف اليمين أو ردها ، ونكول من ردت عليه اليمين عن حلفها ، فإن ذلك يكون بمثابة الإقرار . وفي الحقوق التي تتقدم بسنة واحدة ، كحقوق التجار والصناع والعمال والخدم ، يقوم التقدم على افتراض الوفاء ، ومن ثم يجب على المدين أن يتمسك بالتقدم وأن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلاً (م ٣٧٨ مدني) . فالامتناع عن التمسك بالتقدم يكون بمثابة إقرار ضمنى بعدم الوفاء^(٢) . كذلك دفع دعوى الدائن بأن الدين قد انقضى لسبب غير الوفاء ، كالمقاصة أو الإبراء ، يكون بمثابة إقرار ضمنى بأن الدين لم يوف ، ومن ثم إذا تبين أن الدفع بالمقاصة أو الإبراء غير صحيح فيجوز للمدين أن يلجأ بعد ذلك إلى الدفع بالوفاء^(٣) .

ثم إن الإقرار ، في جميع الصور المتقدمة ، قد يكون خارج القضاء ويسمى إقراراً غير قضائي (aveu extrajudiciaire) ، أو يكون أمام القضاء ويسمى إقراراً قضائياً (aveu judiciaire) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان من حق الخصم أن يطلب استجواب خصمه ، إلا أن المحكمة ليست ملزمة بإجابة هذا الطلب ، بل الأمر متروك لسلطانها المطلقة في التقدير ، فإذا رفض الحكم إجابة هذا الطلب لعدم تعلق الوقائع المطلوب الاستجواب عنها بالدعوى ، كان تسيبه كافياً ولا تجوز إثارة الجدل بشأنه (نقض مدني ٣ مايو سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٤ رقم ٢٥٠ ص ٦٦٨) - وانظر المادة ١٦٨ من تقنين المرافعات الجديد ، وهي تنقض بأنه إذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب ورفضت طلب الاستجواب . وانظر : نقض مدني ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣ . وكان تقنين المرافعات السابق يميز اعتبار تحلف الخصم عن الحضور أو امتناعه عن الإجابة بمثابة إقرار ، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك (انظر في هذا المعنى أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٤) . - انظر : بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٥ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٣ - وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن من يواجه بواقعتين ، فينكر إحداها إنكاراً صريحاً ويسكت عن الثانية ، يعتبر سكوته إقراراً بالواقعة التي سكت عن إنكارها (نقض فرنسي ١٤ مايو سنة ١٩٠٢ دالوز ١٩٠٢-١-٢٢٤ - بودري وبارد ؛ ص ٣٧٦ هامش رقم ١) .

(٣) انظر في أن تنفيذ الدين يضر بمثابة إقرار ضمنى بوجوده : دي باج ٣ ص ١٠٥٩ - ص ١٠٦١) - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد الإقرار الضمني ما يأتي : « وليس شك في أن الأصل في الإقرار أن يكون صريحاً ، وأن الاقتضاء فيه استثناء من حكم هذا الأصل ، فلا يجوز قبول الإقرار الضمني ، والحالة هذه ، ما لم يقدم دليل يقيني على وجوده ومرماه . وهذا هو المعنى الذي استظهره تقنين المرافعات البلجيكي في المادة ٣٣٠ إذ فرع على توافر هذه العناصر جواز اعتبار الوقائع ثابته » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٣) .

٢٤٦ - الإقرار غير القضائي : لم يعرض التقنين المدني الجديد والتقنين المدني السابق للإقرار غير القضائي . ومعنى ذلك أن الأمر فيه منرو للقواعد العامة . أما التقنين المدني الفرنسي فقد ذكر في المادة ١٣٥٤ أن الإقرار الذي يحتاج به على الخصم إما أن يكون خارج القضاء أو أمام القضاء . ثم نه في المادة ١٣٥٥ على أن « الادعاء بصدور إقرار شفوي محض خارج القضاء لا يجدي في جميع الأحوال التي لا يجوز فيها إثبات الدعوى بالبينه »^(١) . ثم عرذ في المادة ١٣٥٦ للإقرار أمام القضاء وبين أحكامه ، فذكر أنه حجة كاه على المقر ، وأنه لا تصح تجزئته ، ولا الرجوع فيه إلا لغلط في الواقع^(٢) ويستخلص الفقه الفرنسي من أن المادة ١٣٥٦ من التقنين المدني الفرنسي بينه أحكام الإقرار القضائي وسكتت عن أحكام الإقرار غير القضائي أن أحكا النوع الأول من الإقرار لا تسري على النوع الثاني . فالإقرار غير القضائي ليه حجة قاطعة ، ولا هو غير قابل للتجزئة ، ولا غير قابل للرجوع فيه حتى دو إثبات غلط وقع فيه المقر . بل هو موكول إلى القاضى ، يقدر ، وفقاً لظروء الدعوى وملابساتها ، قوته في الإثبات . فله أن يجعله حجة قاطعة أو أن يجر من هذه الحجية ، وله أن يرفض تجزئته أو أن يجرئه ، وله ألا يقبل الرجوع أو أن يميز فيه الرجوع ، ولا يخضع في شيء من ذلك لرعاية محكمة النقض^(٣)

(١) وهذا هو النص و أصله الفرنسى :

L'allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal est inutile toutes fois qu'il s'agit d'une demande dont la preuve testimoniale ne serait admisible.

(٢) وستحدد دائرة الإقرار غير القضائي ضمناً عندما نحدد منطقة الإقرار القضائي فيما يلي . فالإقرار من هذه المنطقة يكون إقراراً غير قضائي . وبموجبنا الآن أن نذكر أن الإقرار القضائي يصدر خارج القضاء أو أمامه ولكن في غير إجراءات الدعوى التي رفضت بالواقعة ، بها . وقد نصت المادة ٩٥ من قانون البينات السورى على أن « الإقرار غير القضائي هو الذي يقع في غير مجلس الحكم أو يقع في مجلس الحكم في غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها » . (٣) أوبرى ورو ١٢ ص ١٣٢ - ص ١٣٣ - بلانيول وريبير وجابولد ٧فقرة ٦٨ ص ١٤٠٣ - وانظر في أن الإقرار غير القضائي ليس كما يعتبره الفقه التقليدى ص غير كاملة من الإقرار القضائي ، بل هو الأصل الذي نسج على منواله الإقرار القضائي : بار في تعليقاته على أوبرى ورو ١٢ ص ١٣٢ هامش رقم ٤٠ مكرر . وقارن بلانيول وروبولانجي ٢ فقرة ٢٢٨٢ .

وفي القانون المصري أيضاً يخضع الإقرار غير القضائي للقواعد العامة كما قدمنا . ومن ثم يحسن التمييز بين إثبات قيامه وبين حجيته في الإثبات .

فالإقرار غير القضائي يقوم بصدوره من المقر شفويًا أو في ورقة مكتوبة . فان كان شفويًا ، وأنكره من نسب إليه ، وجب على من يحتج به أن يثبت أولاً صدوره من خصمه . ويخضع في ذلك للقواعد العامة في الإثبات . وقد نصت المادة ٢٢٢ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أن «الإقرار غير القضائي ، أى الإقرار في غير مجلس القاضى ، يجب إثباته وفقاً للقواعد العامة المختصة بالإثبات» . فان كانت قيمة الدعوى لا تزيد على عشرة جنيهات ، جاز له إثبات صدور الإقرار من خصمه بالبينة والقرائن . وإن زادت قيمة الدعوى على هذا المقدار ، لم يجز إثبات صدور الإقرار إلا بالكتابة وفقاً للقواعد المقررة في هذا الشأن^(١) . على أنه يصح أن المقر يعترف أمام القضاء بالإقرار الشفوي الصادر منه خارج القضاء ، فيصبح الإقرار غير القضائي ثابتاً باقرار قضائي . ولكنه يبقى مع ذلك إقراراً غير قضائي ، لأن الإقرار هنا ليس إقراراً بالدعوى ذاتها ، بل هو ليس إلا إقراراً بالإقرار الصادر خارج القضاء ، فيكون أثره محصوراً في هذا النطاق^(٢) . ومن ثم يكون أمام القاضى لإثبات الدعوى إقرار غير قضائي ثبت وجوده ، فيقدر قوته في الإثبات على النحو الذى يقدر به قوة أى إقرار آخر غير قضائي . أما إذا كان الإقرار غير القضائي في ورقة مكتوبة ، كان هذا الإقرار هو الطريق لإثبات الدعوى ذاتها بعد أن ثبت قيامه بهذه الورقة^(٣) .

(١) بور سعيد ٥ سبتمبر ١٩٣٢ الهامة ١٣ رقم ٢٢٦ ص ٤٥٣ .
(٢) ومن ثم يكون هناك إقراران : إقرار قضائي ثبت به الإقرار غير القضائي وتراعى فيه أحكام الإقرارات القضائية ، وإقرار غير قضائي هو الذى ثبت بالإقرار القضائي وتراعى فيه أحكام الإقرارات غير القضائية . وهذا بخلاف ما إذا كان هناك إقرار غير قضائي ، ثم يجده المقر أمام القضاء ، ولا يكتفى بمجرد الإقرار بصدوره منه خارج القضاء . فكل الإقرارين هنا — القضائي وغير القضائي — ينسب كل واقعة واحدة ، ويؤخذ بالإقرار القضائي في هذه الحالة كطريق لإثبات الدعوى ذاتها لا مجرد إثبات الإقرار غير القضائي . (أوبرى ورو ١٢ ص ١١٣ — بيدان ورو ٩ فقرة ١٣٠٦ ص ٤٠٣ ، قارن بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٨ ص ١٠٤٣) . انظر : طنطا الكلية أول مايو سنة ١٩٣٥ الهامة ١٦ رقم ٤٣٩ ص ٩٤٨ .
(٣) استئناف مخطوط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٤٩ — قارن : استئناف مخطوط ٧ ديسمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٣٧ .

فإذا ما ثبت قيام الإقرار غير القضائي على النحو الذي قدمناه ، كانت له حجية في الإثبات تتبع إلى حد كبير الصورة التي قامت به^(١) . فان قامت به صورة إقرار مكتوب ، فله قوة الكتابة التي تضمنته ، رسمية كانت أو عرفية ، على التنصیل الذي قدمناه في الكتابة^(٢) . ومن ثم يكون الإقرار غير القضائي الوارد في ورقة رسمية له حجية الورقة الرسمية . فهو ، من حيث صدوره من المقر ، له حجية كاملة إلى حد الطعن بالتزوير . ومن حيث صحة الإقرار في ذاته ، له حجية على المقر ولكن للمقر إثبات عكس ماجاء في إقراره وأنه لم يكن إلا إقراراً صورياً أو إقراراً متواضعاً عليه بينه وبين خصمه أو نحو ذلك ، على ألا يثبت ذلك إلا بالكتابة لأنه يثبت عكس ماجاء في ورقة مكتوبة . ومن حيث أثره القانوني ، يخضع الإقرار غير القضائي للقواعد العامة إذ لم يرد في شأنه نص خاص ، فهو حجة على المقر ما لم يثبت عدم صحته على النحو الذي قدمناه ، وهو قابل للتجزئة ، وهو كذلك قابل للرجوع فيه في الحدود التي تسمح بها القواعد العامة . والمهم في شأنه أنه لما كان إقراراً صادراً خارج القضاء فان للقاضي سلطة واسعة في تقدير قوته في الإثبات ، ذلك أن صاحبه يكون عادة

والظاهر في الفقه الإسلامي أن العبرة في الإقرار المكتوب بالإشهاد عليه ، فإن لم يستشهد المقر على كتابه بشهود فالكتاب لا يصلح إقراراً . جاء في الفتاوى الهندية : « رجل كتب على نفسه سكاً عند قوم ، ثم قال اختبوا عليه ولم يقل اشهدوا عليه ، لم يكن ذلك إقراراً ، ولا يحل لم أن يشهدوا عليه بذلك المال ، وكذا لو قال الشهود أنشهد عليك بهذا فقال اختبوا عليه . ولو قالوا أنتم هذا الصك ، فقال اشهدوا عليه ، كان إقراراً وحل لم أن يشهدوا عليه ، كذا في فتاوى قاضيخان . ولو قال للصك اكتب لفلان خط إقرار بألف درهم على ، يكون إقراراً ويحل للصك أن يشهد بالمال . وكذا لو قال للصك اكتب له خط بيع هذه الدار بكذا ، وكتب الصك أو لم يكتب ، فهو إقرار بالبيع . . . رجل قرأ على رجل سكاً بجال ، وقال له الآخر أشهد عليك بهذا المال الذي في الصك ، فقال نعم ، كان ذلك إقراراً وحل له أن يشهد عليه ، كذا في فتاوى قاضيخان . ومنها كتاب حسابه ، وهو ما يكتبه التجار في صحائفهم ودفاتر حسابهم ، كذا في المحيط . لو كتب في صحيفة حسابه أن لفلان على ألف درهم ، وشهد شاهدان حضرا ذلك أو أقر هو عند الحاكم به ، لم يلزمه إلا أن يقول اشهدوا على به ، كذا في المبسوط . (الفتاوى الهندية ٤ ص ١٦٧) .

(١) قارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥ — الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات

فقرة ١١٩ .

(٢) المرجع للمؤلف ص ٦٦١ - استئناف مصر ٢٤ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ١٠٩

ص ٣٧٧ - ملوى ٣ سبتمبر سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٣١ ص ٤٤٦ .

أقل حيلة في أمره ، وأقصر تمعناً في عواقبه ، مما لو كان إقراراً صادراً أمام القضاء^(١) . فتجزئته تكون أصعب من تجزئة الإقرار القضائي ، ولا تتعبد بالنص الذي ورد في هذه المسألة في شأن الإقرار القضائي ، وذلك حتى يعامل المقرر إقراراً غير قضائي في يسر ، فقد يقر بالدين وبانقضائه عن طريق المقاصة ثم لا يتجزأ إقراره إذا رأى القاضي عدم التجزئة^(٢) . والرجوع فيه لفظ أو تدليس أو إكراه أو نقص في الأهلية جائز كما هو جائز في الإقرار القضائي ،

(١) وقد نصت المادة ١٠٢ من قانون البيئات السوري على أن « الإقرار غير القضائي واقع يعود تقديرها للقاضي ، ويجب إثباتها وفقاً للقواعد العامة المختصة بالإثبات » - وقضت محكمة النقض بأن الإقرار الوارد في صحيفة دعوى غير دعوى النزاع ، وإن كان لا يمد إقراراً قضائياً ملزماً حتماً ، هو إقرار مكتوب صدر في مجلس القضاء . ومثل هذا الإقرار يترك تقديره لمحكمة الموضوع . فلها مع تقدير الظروف التي صدر فيها والأفراض التي حصل من أجلها أن تعتبره دليلاً مكتوباً أو مبدأً ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة ، كما لها ألا تأخذ به أصلاً . فإذا هي اعتبرته دليلاً كتابياً ، كان ذلك في حدود سلطتها التقديرية التي لا يعقب عليها من محكمة النقض (نقض مدني ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ مجموعة عمر ٥ رقم ١٤ ص ٣٠ - ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٠ ص ٦٠٠) . انظر أيضاً : الزقازيق استئناف ١٩ مايو سنة ١٩٠٨ المجموعة الرسمية ١٠ رقم ٢/١٠ - ملوي ١٥ أكتوبر سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ٣٧ - صوف ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ المهامة ٩ رقم ٤٩٦ ص ٩٠٤ - المنيا الكلية ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المجموعة الرسمية ٣١ رقم ٢ ص ٢٩ - قنا استئناف ١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية ٣٢ رقم ١ ص ١٩٧ - ديرانتون ١٣ فقرة ٥٤٠ - ديهولوب ٣٠ فقرة ٥٤٤ بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٦ و فقرة ١٣١٣ .

(٢) فهناك أحكام كثيرة لا تجزئ الإقرار غير القضائي : استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٢٧٢ - ٣ أبريل سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤٠٠ - ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٩٢ - ١٥ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٣٣٧ - وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإقرارات التي تصدر من الشخص في تحقيق البوليس لا تعتبر إقراراً واحداً لا يتجزأ ، بل هي جملة من الإقرارات مستقلة بعضها عن بعض ، ويجوز الأخذ ببعضها دون البعض الآخر ، فإذا أخذ باقرار منها فلا يجوز تجزئته (٢١ فبراير سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ٧٦) . على أن الإقرار غير القضائي قابل للتجزئة إذا رأى القاضي ذلك ، وقد قضت محكمة النقض بأن الأقوال الصادرة من أحد الخصوم أمام الخبير المتدب في دعوى غير الدعوى المنظورة هي من قبيل الإقرار غير القضائي ، فتجوز تجزئتها والأخذ ببعضها دون بعض (نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠١ ص ٦٠١) - انظر أيضاً في معنى جواز التجزئة : استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٠٩ - صوف ١٨ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٢/٧٩ - توليه ١٠ فقرة ٣٤٠ - ديهولوب ٣٠ فقرة ٥٥٤ . عكس ذلك بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥ .

بل يصح الرجوع فيه لغلط في القانون^(١) .

وإذا كان الإقرار غير القضائي مكتوباً في ورقة عرفية ، كانت له حجية ها الورقة . فهو ، من حيث صدوره من المقر ، له حجية كاملة ولكن إلى حد الإنكار لا إلى حد الطعن بالتزوير . ومن حيث صحة الإقرار في ذاته ومن حيث أثر القانوني ، لا فرق في ذلك بين الورقة العرفية والورقة الرسمية ، وما قلناه هنا يقال هنا .

وإن قامت بالإقرار غير القضائي صورة إقرار شفوي ، فأمر إثباته آ قدمنا موكول إلى القواعد العامة . ولكن متى اعتبر القاضي أنه قد ثبت وجب أن تكون حجته في الإثبات هي نفس حجية الإقرار المكتوب ، ففي الحالتين ثبت أن هناك إقراراً غير قضائي قائماً ، فوجب ألا تتغير حجته في حالة عمام في الحالة الأخرى . ومن ثم يكون لهذا الإقرار حجية كاملة من حيث صدور من المقر ، ولا محل هنا للطعن بالتزوير ولا للإنكار ، فان هذين الوجهين لا يصلحان إلا بالنسبة إلى الورقة المكتوبة . ويكون لهذا الإقرار حجية كما من حيث صحته في ذاته إلى أن يثبت من نسب إليه الإقرار عدم صحته ، وا الإثبات بجميع الطرق إذا كان الإقرار ذاته قد ثبت بالبينة والقرائن . ويكون لهذا الإقرار أخيراً أثره القانوني وفقاً للقواعد العامة ، فيخضع في تجزئته وف جواز الرجوع فيه للقواعد ذاتها التي يخضع لها الإقرار المكتوب^(٢) .

(١) وسرى أن الإقرار القضائي نفسه يتأثر بالغلط في القانون — ويجوز ، تبعاً للظروف وحسب تقدير القاضي ، الرجوع في الإقرار غير القضائي حتى لو لم يوجد غلط أو تدليس إكراه (لارومبيير ٧ م ١٣٥٦ فقرة ٣١ — ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٥٥ — عكس ذلك بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥) . ولا رقابة لمحنة النقص على تقدير قاضي الموضوع في كل ذلك (النظر في هذا المعنى بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣١٨ — فقرة ١٣١٩ — وانظر عكس ذلك بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٥) .

(٢) يميز التقنين المدني الليبي ، في الإقرار خارج مجلس القضاء ، بين الإقرار الذي يفتى المقر مباشرة لخصمه أو نائب عنه ، وهذا يجعل له حجية الإقرار القضائي لأن الخصم في المادة لا يقر لخصمه مباشرة بحق عليه إلا إذا كان هذا الحق في ذمته ، وبين الإقرار الذي يفتى المقر لشخص ثالث ، والإقرار الموجود في وصية للمقر . فالإقرار لشخص ثالث — دون المهر مباشرة — لا تلابسه الحيطة التي تلابس الإقرار للخصم . والإقرار في وصية تدخله مظنة أن يكون الإقرار جزءاً من هذه الوصية أضنى عليه الموصى صورة الإقرار . ومن ثم ترك التقنين الليبي للقاضي سلطة البت في تقدير حجية الإقرار في هاتين الحالتين . وهذا هو نص المادة ٩٨ من التقنين المدني الليبي الذي وردت فيه هذه الأحكام : « الإقرار الذي يفتى به للخصم أو لمن »

٢٤٧ - **الإقرار القضائي** : وانتقل الآن إلى الإقرار القضائي ، وهو الذي أفرده التقنين المدني بالذكر ، وعناه وحده بلفظ « الإقرار » ، وخصه بقواعد تميزه عن الإقرار غير القضائي (١) .

ونبحث الإقرار القضائي - ونطلق عليه لفظ « الإقرار » دون نعت كما فعل التقنين المدني - ونتناول في البحث : (أولاً) أركانه ، و (ثانياً) حجبه في الإثبات .

الفرع الأول

أركان الإقرار

٢٤٨ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٤٠٨ من التقنين المدني على ما يأتي :

« الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة (٢) » .

= يثله خارج مجلس القضاء بعد إقرار أقضائياً في نفس الدرجة والمفعول . وإذا أفضى بالإقرار لشخص ثالث ، أو وجد الإقرار في وصية ، فترك حرية البت فيه لتقدير القاضي . ولا يجوز إثبات الإقرار المدلى به خارج مجلس القضاء عن طريق شهود إذا كان منصباً هل موضوع لايسمح القانون لإثباته بشهود » .

(١) ويحسن التمييز بين مسائل ثلاث : (أ) العبارة المنسوب صدورها إلى الخصم ، وهل صدرت منه فعلاً : وهذه مسألة موضوعية . (ب) وبفرض ثبوت صدورها ، هل يمكن تفسيرها على أنها إقرار : وهذه أيضاً مسألة موضوعية . (ج) وبفرض أنها إقرار ، فهل هذا الإقرار قضائي أو غير قضائي : وهذه مسألة قانون (انظر أنسيكلوبيدي دالوز في القانون المدني preuve فقرة ٩٣٤) .

(٢) **تاريخ النص** : ورد هذا النص في المادة ٤٤٦ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي : « الإقرار هو اعتراف الخصم أو من يتوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية مدعى بها عليه . ويكون صدوره أمام القضاء أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة » . وفي لجنة المراجعة حور النص لعمراً لفظياً طفيفاً وحذفت عبارة « أو من يتوب عنه نيابة خاصة » لأن محلها باب الوكالة (م ٧٠٢ فقرة ١ مدني) ، فأصبح النص هو ما استقر عليه في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة = (٣١ الوسيط - ٢) .

ولامقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري المادتين ٩٣ و ٩٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٦١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢١٠ ، وفي التقنين المدني الليبي م ٣٩٦^(١) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥٤ والفقرة الأولى من المادة ١٣٥٦^(٢) .

ويتبين من نص التقنين المدني المصري أن للإقرار أركاناً أربعة : (١) اعتراف الخصم (٢) بواقعة قانونية مدعى عليه بها (٣) أمام القضاء (٤) أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة^(٣) .

= ٤٢١ في المشروع النهائي . ووافق على النص مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٨ ، لمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣١ — ص ٤٣٤) .

(١) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ٩٣ : الإقرار

هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر . م ٩٤ : الإقرار القضائي هو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أمام القضاء ، أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة . (والحكم واحد في القانون السوري والتقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٦١ : الإقرار هو إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر .

(والحكم واحد في التقنينين العراقي والمصري) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢١٠ : الإقرار هو اعتراف فريق بأمر أيدي به

عليه . والإقرار يكون قضائياً وغير قضائي . (ولا يوجد في التقنين اللبناني تعريف خاص بالإقرار القضائي ، ولكن يفهم من مجموع نصوصه أن حدود الإقرار القضائي هي نفس الحدود المقررة في التقنين المصري) .

التقنين المدني لمنطقة الليبية المتحدة م ٣٩٦ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٤ : الإقرار الذي يمتنع به على الخصم يكون إما إقراراً

غير قضائي وإما إقراراً قضائياً — م ١٣٥٦ فقرة أولى : الإقرار القضائي هو اعتراف الخصم أمام القضاء بنفسه أو بمن قوضه في ذلك تفويضاً خاصاً .

Art. 1354 : L'aveu qui est opposé à une partie, est ou extrajudiciaire ou judiciaire.

Art. 1356 el. 1. : L'aveu judiciaire est la déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.

(٣) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣

ص ٤٣٢ - ص ٤٢٢ - وكون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعتبر إقراراً منه لتوافر هذه =

٢٤٩ - الركن الاول - اعتراف الخصم بالإقرار اعتراف بصدر

من المقر . والاعتراف تقرير (déclaration) لواقعة معينة على اعتبار أنها حصلت . ولا شك في أن التقرير على هذا النحو هو عمل مادي ، كالشهادة والكتابة والتوثيق والحلف . فالإقرار إذن في أصله عمل مادي ، أي واقعة قانونية (fait juridique) ، وليس بتصرف قانوني (١) .

ولكن الإقرار من جهة أخرى ، ينطوي على نزول من جانب المقر عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه ، كما سنبين فيما يلي . والنزول (renonciation) تصرف قانوني من جانب واحد (acte juridique unilatéral) . فيكون التكييف الصحيح للإقرار إذن هو أنه واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني (٢) . فهو واقعة مختلطة (fait mixte) : مثله في ذلك مثل الوفاء (paiement) والاستيلاء (occupation) ، فكلاهما واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني : الوفاء ينطوي على إرادتين متطابقتين في إنهاء الدين ، والاستيلاء ينطوي على إرادة تملك المال محل الاستيلاء (٣) .

== الأركان الأربعة ، أو لا تعتبر لعدم توافرها ، مسألة من مسائل القانون . وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار القضائي هو اعتراف خصم بالحق المدعى به في مجلس القضاء قاصداً بذلك إعفائه من إقامة الدليل عليه ، وكون الأقوال المنسوبة إلى الخصم تعتبر إقراراً منه أو لا تعتبر مسألة قانونية تدخل تحت رقابة محكمة النقض (نقض مدني ٣٠ مارس سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١١٧ ص ٢٠٣) — أما ثبوت وقوع هذه الأركان مادياً فهي مسألة موضوعية متروكة لتقديرها لمحكمة الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فيها (نقض مدني ١٩ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٨ ص ١٠٧ — ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٦ رقم ١٠ ص ٢٣٤) .

(١) قارب بلانيول وريبير وبولانجي ٢ فقرة ٢٢٨٨ ص ٧٢١ هامش رقم ١ .
(٢) قارب أوبري ورو ١٢ ص ١١٣ - ص ١١٤ - دي باج ٣ ص ١٠٢٨ - ص ١٠٣٢ - وقارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٤ - فقرة ١٠٥ - وفي الفقه الإسلامي الإقرار إخبار الإنسان عن ثبوت حق بغيره على نفسه ، وهو إخبار لا إنشاء ، ولذلك لا يمتثل التعليق بالشرط ولا اشتراط الخيار ، ولا يتوقف على القبول وما فيه تملك مال من وجه يرتد بالرد وإلا فلا كإبطال شفعة وطلاق وعتاق (الأستاذ أحمد إبراهيم في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ١١٨ - ص ١٣٠) .

(٣) وسرى أن كلا من توجيه الميّن الحاسمة وردها تصرف قانوني . أما الحلف نفسه فواقعة مادية . والنكول من الميّن ، كالإقرار ، واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني .

ولما كان الإقرار واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني ، أى واقعة مختلطة كما قدمنا ، كان لكل من هاتين الناحيتين فيه - الواقعة المادية والتصرف القانوني - نتأجه القانونية .

فالإقرار من حيث انه واقعة مادية لاحاجة في تمامه إلى قبول من الخصم الذى صدر الإقرار لصالحه . وسواء صدر الإقرار أثناء استجواب أو فى الجلسة أو ضمن مذكرات القضية وأوراقها ، فان مجرد صدوره من صاحبه يجعله قائماً لا يتوقف فى قيامه على قبول من الخصم الآخر . وإذا كان هذا الخصم الآخر يطلب عادة إثبات الإقرار فى المحضر ، فهو يفعل ذلك لا لإظهار قبوله إياه ، بل لتسجيله كما صدرحتى يتيسر الرجوع إليه دون أن يقع اختلاف فى مضمونه^(١) . وىترتب على ذلك أن الإقرار إذا صدر لا يجوز للمقر الرجوع فيه بحجة أن الخصم المقر له لم يظهر بعد قبوله إياه ، إذ الإقرار تام نافذ بمجرد صدوره دون حاجة إلى قبول^(٢) .

والإقرار من حيث انه ينطوى على تصرف قانوني من جانب واحد لا يحتاج أيضاً إلى قبول . ثم انه يجب لصحته نفس الشروط الواجب توافرها لصحة هذا التصرف القانوني . فالمقر ، كما قدمنا ، إنما ينزل عن حقه فى مطالبة خصمه بإثبات الواقعة التى بدعيها ، وهذا النزول يجعل هذه الواقعة فى غير حاجة إلى الإثبات ، فتصبح مصدراً لالتزام المقر . ومن ثم بشرط لصحة هذا النزول - أى لصحة

(١) أوبرى زرو ١٠٢ ص ١١٧ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ١١٧ هامش رقم ١٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقره ١٥٦٦ - استئناف مختلط ٢ أبريل سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٢١٤ - ومن ثم يجوز الإقرار للصبى غير المميز والمجنون (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨ - وانظر م ٤٦٣ فقرة ٢ مدنى عراقى) .

قارب المادة ٤٦٦ من التقنين المدنى العراقى ونصها : ١٥ - لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له ، ولكن يرتد برده . ٢ - وإذا رد المقر له مقداراً من المقر به ، فلا يبقى حكم الإقرار فى المقدار المردود ، ويصح الإقرار فى المقدار الباقى . والمادة ٤٦٨ من نفس التقنين : ١٥ - يلزم المرء بإقراره إلا إذا كذب بحكم . ٢ - ولا يصح الرجوع عن الإقرار . وانظر أيضاً المادتين ٩٨ و٩٩ من قانون البيئات السورى ، وقد نقلتا عن المادتين ٤٦٦ و٤٦٨ من التقنين المدنى العراقى . وانظر فى تكذيب الحاكم للإقرار المادة ١٥٨٧ من المجلة وشرح طليم باز ص ٨٧٥ - ص ٨٧٦ .

الإقرار - ما يشترط لصحة التزام المقر بالواقعة التي أقر بها . فيجب إذن أن يكون المقر أهلاً للالتزام بهذه الواقعة . وأن تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة : غلط أو تدليس أو إكراه . فإذا كان المقر يقر بواقعة فرض مثلاً، وجب أن يكون قد بلغ سن الرشد وألا يكون مجبوراً ، حتى يكون أهلاً للالتزام بالقرض الذي أقر به^(١) . ويجب ألا يكون قد وقع في غلط جوهرى لاني الواقع ولا في القانون^(٢) . كما لا يجوز أن يكون قد اندفع

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الأهلية التي تشترط لصحة الأقرار هي أهلية المقر للتصرف فيما أقر به ، أما المقر له فلا يشترط فيه أهلية ما بل يجوز الإقرار للصبي غير المميز والمجنون (نقض مدني ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨ وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه وإن كان القانون المصري (القديم - وكذلك الجديد) لم يأت بنص صريح كالذي جاء في الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٥٦ مدني فرنسي التي تقرر أنه لا يجوز الرجوع في الإقرار إلا إذا ثبت أنه ناشئ عن خطأ في الأمر الواقع ، إلا أن القواعد القانونية العامة توجب العمل بهذا المبدأ ، فهي لا تسمح لأي إنسان بأن يثرى على حساب غيره بدون وجه حق ، وتسمح فضلاً عن ذلك بتصحيح الأخطاء المادية في الحساب الناشئة عن السهو والنسيان (٣ فبراير سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٢٣ ص ٣٨٤) . وقضت محكمة دسباط بأنه إذا بنى الإقرار على غلط في الواقع كأن يقر بدين على مورثه ثم يبرأ بعد ذلك على مخالصة بين أوراق المورث ، ففي هذه الحالة يجوز للمقر العدول لأن اعترافه بأمر لم يكن موجوداً في الواقع (٢٣ أكتوبر سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٢ رقم ٤٤٧ ص ٩٠١) .

هذا ويلاحظ أن التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٥٦) لا يجعل الإقرار معيباً إلا إذا كان الغلط في الواقع ، أما الغلط في القانون فلا يعتد به (انظر أيضاً المادة ٢٢٥ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني) . ولكن المقصود بالغلط في القانون الذي لا يعتد به هو الغلط في النتائج القانونية التي تترتب على الإقرار (أوبري ورو ١٢ ص ١١٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ ص ٩١٠ - كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٨١٢ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٨٩ - وانظر أيضاً المادة ٢٢٤ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني وتقضى بأنه لا يجوز للمقر الرجوع عن إقراره بحجة أنه لم يفقه نتائج القانونية) . وعلى هذا المعنى يمكن القول أيضاً بأن الغلط في القانون لا يؤثر في الإقرار في القانون المصري ، فأقرار الوارث بوصية صدرت لوارث آخر لا يعيبه أن يكون الوارث المقر قد صدر منه الإقرار وهو يعتقد خطأ أن الوصية لوارث لا تزال غير جائزة ، فإذا تمسك المقر بهذا الغلط في القانون لا يجاب إلى طلبه في الرجوع عن إقراره (قارن الموجز للمؤلف ص ٦٨٥ هامش رقم ٢ - والمذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٠ - وقارن أيضاً الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٩٨ ؛ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١١٤) . أما الغلط في القانون الذي يعتد به في الإقرار في القانون المصري - وكذلك في القانون الفرنسي إذا أخذنا -

إلى إقراره بتدليس أو إكراه^(١). وهو الذى يحمل عبء إثبات ذلك إذا ادعاه^(٢). فان أثبت أنه لم يكن أهلاً أو أن إقراره قد شابته غلط جوهرى أو تدليس أو إكراه ، كان الإقرار باطلاً، وكان له الرجوع فيه^(٣).

كذلك مادام الإقرار ينطوى على تصرف قانونى ، وما دام هذا التصرف هو النزول عن حق ، فان الإقرار يكون فى حكم عمل من أعمال التصرف (acte de disposition) ، ويجب للتوكيل فيه أن تصدر وكالة خاصة، فلا تكفى

= بالتفسير الذى سبقت الإشارة إليه — فهو الغلط الذى يقع ، لا فى النتائج القانونية للإقرار ، بل فى العناصر القانونية التى يقوم عليها ، وذلك كالغلط فى حكم من أحكام القانون انبنى عليه صدور الإقرار . فإذا أقر وارث بملكية الموصى له للمين الموصى بها وهى تزيد على ثلث التركة ، وكان يعتقد وقت صدور الإقرار أن الوصية تجوز حتى لو جاوز الموصى به ثلث التركة ، فان له الرجوع فى إقراره إذا أثبت هذا الغلط فى القانون الذى وقع فيه .

(١) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا الصدد ما يأتى : ولكن يجوز الطعن فى الإقرار لغلط أو تدليس أو إكراه ، وهذه هى عيوب الرضاء، فإذا كان المقر قد صدر منه الإقرار على أساس غلط وقع فيه ، كما إذا أقر وارث بدين فى ذمة مورثه وهو يجهل أن هناك مخالصة بالدين ، فله أن يطعن فى هذا الإقرار بالغلط إذا ما علم بعد ذلك بأمر هذه المخالصة . وإذا كان الإقرار قد صدر على أثر تدليس ، ولو من غير الخصم المقر له ، أو كان نتيجة إكراه ، فللمقر أن يطعن فيه كذلك. (الموجز ص ٦٨٥) . هذا والتدليس والإكراه يمكن تصورهما فى الإقرار إذا وقعا خارج المحكمة (قارن دى باج ٣ ص ١٠٢٨ — ١٠٣٢) .

(٢) استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٩٦ — ٧ مارس سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٤٠ — ٢٤ مارس ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٠٩ — ١٧ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ١٧٤ .

(٣) وفى الفقه الإسلامى يبطل الإقرار بعد وجوده بتكذيب المقر له للمقر فى حقوق العباد ، ورجوع المقر من الإقرار فى حقوق الله تعالى . جاء فى البدائع : والإقرار بعد وجوده يبطل بشيئين . أحدهما تكذيب المقر له فى أحد نوعى الإقرار، وهو الإقرار بحق العباد ، لأن إقرار المقر دليل لزوم المقر به ، وتكذيب المقر له دليل عدم اللزوم ، واللزوم لم يعرف بثبوته ، فلا يثبت مع الشك . والثانى رجوع المقر من إقراره فيما يمتثل الرجوع فى أحد نوعى الإقرار بحق الله تبارك وتعالى خالصاً كحد الزنا ، لأنه يمتثل أن يكون صادقاً فى الإنكار ، فيكون كاذباً فى الإقرار ضرورة، فهورث شبهة فى وجوب الحد (البدائع ٧ ص ٢٣٢ - ص ٢٣٣) . ولا يسمع من المقر أنه كاذب فى إقراره . ولكن للمقر أن يرجع فى إقراره للإكراه لا للغلط : جاء فى الأشباه والنظائر لابن نجيم (ص ١٢٧، ١٤٠) «إقرار المكره باطل... وفى كافى الحاكم من باب الإقرار فى المضاربة : لو أقر المضارب ببيع ألف درهم فى المال ، ثم قال غلطت إنها خسائة ، لم يصدق وهو ضامن لما أقر به » .

الوكالة العامة^(١). وقد نصت الفقرة الأخرى من المادة ٧٠٢ على هذا الحكم صراحة إذ تقول : « لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه المدين والمرافعة أمام القضاء^(٢) . ومن ثم لا يصح الإقرار من وكيل عام . ولا يصح الإقرار الصادر من محام^(٣) ، ما لم يكن التوكيل الصادر إلى هذا المحامي منصوصاً فيه على تفويضه في الإقرار^(٤) . ولا يشترط تعيين محل الإقرار على وجه التخصيص (م ٧٠٢ فقرة ٢ مدني) . أما الولي والوصي والقيم فيصح إقرارهم عن الأصيل في الحدود التي يجوز لهم فيها القيام بأعمال

(١) ما لم يكن الإقرار منسباً على عمل شخصي للوكيل يدخل في حدود وكالته العامة (انيكلويدى والوز في القانون المدني Preuve فقرة ٩٥٩) .

(٢) وقد رأينا عند استعراض تاريخ نص المادة ٤٠٨ أن المشروع التمهيدى لهذا النص (م ٥٤٦) كان يقضى بأن « الإقرار هو اعتراف الخصم أو من ينوب عنه نيابة خاصة بواقعة قانونية ... » ، وأن لجنة المراجعة حذفت عبارة « أو من ينوب عنه نيابة خاصة » لأن محلها باب الوكالة (م ٧٠٢ فقرة ١ مدني) .

(٣) فإذا صدر منه إقرار مبتدر (spontané) ، فإن هذا لا يكون حجة على الموكل : استئناف مختلط ٢٨ يناير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٦٧ .

(٤) فإذا فوض المحامي في الإقرار ، وصدر منه إقرار في مذكرة قدمها للمحكمة ولم يسجه الخصم ، أو خط بهذا الإقرار (استئناف مختلط ٢٠ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٥٠) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ويجب أن يصدر الإقرار من الخصم أو من يفوض في ذلك بتوكيل خاص . فلا يجوز للوكيل أن يقر عن الموكل ، إلا أن يكون قد خول ولاية خاصة ، لأن الإقرار في حقيقته عمل تصرف لا عمل إدارة ، فهو يخرج بذلك عن نطاق الوكالة العامة . ولهذا العلة يشترط توقيع الموكلين أنفسهم على المذكرات التي تقدم من محاميهم إذا كانت تتضمن إقراراً ، إلا أن يكون المحامون مفوضين في الإقرار بتوكيل خاص (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأنه متى كان الحكم المطلق فيه إذ نن صدور إقرار من الباعثين قد استند إلى أن الإقرار الصادر من وكيلهما والنسب بمحض انتقال القاضى المتدب للمانة لا يصلح للاحتجاج به على الموكلين لأنه لم يصدر بتوكيل خاص أو ضمن توكيل عام يبيح الإقرار بالملكية ، فإن هذا القول لا مخالفة فيه للقانون (نقض مدني ١٤ فبراير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٨١ ص ٤٧٤) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا بد من توكيل خاص في الإقرار : استئناف مختلط ٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧ - ٤ يونيو سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٣٢٤ - ٩ يونيو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٣٢٢ .

التصرف ، فيشترط إذن في كثير من الأحوال لصحة هذا الإقرار الحصول على إذن من المحكمة الحسبية^(١) . أما الإقرار بواقعة قانونية فحجته مقصورة عليهم ، إلا اذا كانت الواقعة عملاً من أعمال الإدارة المحولة لهم بحكم القانون^(٢) .

(١) وقد نصت المادة ٢٠ من قانون المحاكم الحسبية على تصرفات معينة لا يجوز للوصى مباشرتها إلا بإذن من المحكمة ، فالإقرار بأى تصرف منها باسم القاصر لابد فيه من إذن المحكمة الحسبية . وهذا هو نص المادة ٢٠ المشار إليها : « لا يجوز للوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة : (أولاً) التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو أى نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني . (ثانياً) تحويل الديون التى تكون للقاصر وقبول الحوالة عليه . (ثالثاً) استثمار الأموال وتصفيها واقتراض المال للقاصر . (رابعاً) إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى . (خامساً) إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة . (سادساً) قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها . (سابعاً) الانفاق من مال القاصر على من يجب عليه نفقتهم إلا إذا كانت النفقة مقضياً بها من جهة مختصة . (ثامناً) الصلح والتحكيم . (تاسعاً) الوفاء بالالتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر ما لم يكن قد صدر بها حكم واجب التنفيذ . (عاشرأ) رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعها ضرر بالقاصر أو ضياع حق له . (حادى عشر) التنازل عن الدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفع الطعون غير العادية فى الأحكام . (ثانى عشر) التنازل عن التأمينات أو إضافتها . (ثالث عشر) إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لأحد أقاربه أو أصحابه أو لمن يكون الوصى نائباً عنه . (رابع عشر) ما يصرف فى تزويج القاصر . وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن إقرار الوصى لا يسرى فى حق القاصر من وقائع سابقة على الوصاية (٣٠ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٦٧) . وقضى المجلس الحسبى المال بأن الوصى لا يملك الإقرار بالدين ، فلا يجوز له أن يسدد ديوناً على القاصر لم تكن ثابتة (٢٧ يونية سنة ١٩١٦ المحاماة ١ رقم ٤٠ ص ٢٤٩) . وقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز لواقف أن يقر بدين على الوقف بعد إنشائه (٣ ديسمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٣٧٢ ص ٧٥٦) . هذا وتنص المادة ٤٦٢ من التقنين المدنى العراقى على أنه « يشترط أن يكون المقر عاقلًا بالغاً غير مجبور عليه ، فلا يصح إقرار الصغير والمجنون والمعتوه والسفيه . ولا يصح حل هؤلاء إقرار أوليائهم وأوصيائهم والقوام عليهم ، ولكن الصغير المأذون يكون لإقراره حكم إقرار البالغ فى الأمور المأذون فيها » . وتنص الفقرة الثانية من المادة ٤٦٣ من هذا التقنين على أنه « لا يشترط أن يكون المقر له عاقلًا ، فلو أقر أحد بمال للصغير غير المميز صح إقراره » — انظر أيضاً المادة ٩٦ من قانون البنات السورى ، وهى منقولة من المادة ٤٦٢ من التقنين المدنى العراقى . وقد نصت المادة ٢٢٣ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى على أن « يكون الإقرار باطلاً إذا لم يكن المقر حائزاً للأهلية أو الصلاحية الكافية » .

(٢) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ ص ١١٥ — بلانپول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٥ ص ١٠٤٠ — والاقرار الصادر من مثل الشخص المعنوى (شركة أو جمعية أو نحو ذلك) =

وأخيراً مادام الإقرار ينطوي على تصرف قانوني ، فإنه يرد عليه ما يرد على التصرفات القانونية من احتمال الصورية والتواطؤ^(١) . فقد يكون الإقرار صورياً توأماً عليه المقر والمقر له اضراً بحق الغير كالدائنين والخلف ، ويجوز لهؤلاء اثبات الصورية بجميع الطرق ولو بالبينة والقرائن ، فإذا أثبتوها لم ينفذ الإقرار في حقهم^(٢) . والإقرار الصادر في مرض الموت يعتبر في حكم الوصية ، فلا ينفذ إلا من ثلث التركة^(٣) . على أن الإقرار يصح ولو كان خالياً من ذكر سببه السابق عليه ، لأنه ليس منشئاً للحق بل هو مظهر له ، ومن ثم كان حكمه هو ظهور ما أقر به المقر لا ثبوته ابتداءً^(٤) .

= يعتبر إقراراً صادراً من الشخص المعنوي نفسه (بلانيول وريبير وبولانجيه : فقرة ٢٢٨٥) .

(١) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٨٦ — وقد جاء في الموجز للمؤلف في هذا الصدد ما يأتي : «وكما يجوز الطعن في الإقرار بعيب من عيوب الرضاء ، يجوز الطعن فيه أيضاً بالتواطؤ فيما بين المقر والمقر له ، غير أن الطعن في الحالة الأولى يكون من المقر نفسه ، وفي الحالة الثانية يكون من الغير الذي أضر به هذا التواطؤ . فقد يتواطأ شخص مع آخر على أن يقر له بحق إضراراً بدائنه ، فيجوز للدائن أن يطعن في الإقرار بالدعوى البرلصية أو بالصورية على حسب الأحوال» (الموجز ص ٦٨٥ والأحكام المشار إليها في هامش) .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ١١٠ .

(٣) انظر في إقرار المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي : «طرق القضاء في الشريعة الإسلامية» للأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٨٥ - ص ٢٢٥ — البدائع ٧ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٨ — الفتاوى الهندية ٤ ص ١٧٦ - ص ١٨٥ . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن إقرار الإنسان في مرض موته بدين لأحد ورثته يكون موقوفاً على اجازة باقيهم ، فإن أجازوه كان متبراً ، وإلا فلا (٢٩ أكتوبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٥٣٤ ص ٨٥٦ — على أنه بعد إباحة الوصية لوارث في ثلث التركة يكون الإقرار لوارثه نافذاً في هذا القدر ولو من غير اجازة باقي الورثة) . أما إذا صدر الإقرار في حال الصحة فإنه يكون نافذاً دون تقييد بثلث التركة ، وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الإقرار بالدين يكون صحيحاً ولو ستر تبرعاً متى كان منجزاً وصادراً في حال الصحة ، سواء كان لوارث أو لغير وارث (١٩ مارس سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٣٩٥ ص ٦٢١) .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار يعتبر دليلاً تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق ، فيكون صحيحاً ولو كان خالياً من ذكر سببه السابق عليه . فإذا أقر المشتري على نفسه بأن الأرض التي اشتراها والمسكفة بإسمه هي ملك لوالده ، واعتبرت محكمة الاستئناف أن عقود شراء تلك الأطنان جديدة ، كما اعتبرت في الوقت ذاته أن الإقرار اللاحق لها صحيح وحبه هل المقر -

٢٥٠ - الركن الثاني - واقعة قانونية مدعى بها : ويجب أن ينصب

الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها على المقر . ولا يلزم أن تكون هذه الواقعة تصرفاً قانونياً ، بل يصح أن تكون واقعة مادية . ولا يلزم كذلك أن تكون الواقعة مصدرها لحن من الحقوق ، بل أية واقعة يمكن الادعاء بها يجوز فيها الإقرار . وقد رأينا أنه يمكن الادعاء بأية واقعة يترتب عليها أثر قانوني ، كما إذا ادعى الدائن علم المشتري بأعصار المدين البائت في الدعوى البولصية ، فهذه واقعة يمكن أيضاً أن ينصب عليها الإقرار .

ومادام الإقرار ينطوي على تصرف قانوني كما قدمنا ، وهو ضرب من التصرف في الشيء المقر به من جانب المقر ، لذلك يجب أن يكون محل الإقرار معيناً تعييناً كافياً مانعاً من الجهالة الفاحشة . وقد ورد في التقنين المدني العراقي

= ولو لم يذكر سببه ، فلا محل للطعن في حكمها بالعناقض ، لأنه يبين من هذا أن المحكمة لم تعتبر الإقرار المذكور سبباً من الأسباب الناقلة للملك ، بل اعتبرته - كما ينهي أن يعبر قانوناً - دليلاً تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق ، وهذا حق ، لأن الإقرار ليس سبباً لدلوله ، ولذا كان حكمه ظهور ما أقر به المقر لا ثبوته ابتداء (نقض مدني ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٧ ص ١٥٨) . وتميز محكمة النقض بين سبب الإقرار بالدين وطلة الاستدانة ، فقد يقر المدين بالدين ويذكر أن السبب هو استيلائه على ريع أموال الدائن ، ثم يذكر أن طلة هذه الاستدانة هي إنفاق المال في وجه معين ، فسواء صدقت الطلة أو لم تصدق ، فالإقرار صحيح مادام سببه صحيحاً (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣) .

وفي الفقه الإسلامي الإقرار كاشف لا منفي . جاء في الفتاوى الهندية : « الإقرار إخبار عن ثبوت الحق لغير حل نفسه ، كذا في الكافي . وأما ركنه فقوله لفلان حل كذا أو ما يشبهه ، لأنه يقوم به ظهور الحق وانكشافه ، حتى لا يصح شرط الخيار فيه ، بأن أقر بدين أو بيمين حل أنه بالخيار ثلاثة أيام ، فالخيار باطل وإن صدقه المقر له والمال لازم ، كذا في محيط السرخسي » (الفتاوى الهندية ٤ ص ١٥٦) . وفي الدر المختار الإقرار إخبار من وجه وإنشاء من وجه ، وقد جاء فيه ما يأتي : « فالوجه الأول وهو الأخبار : صح إقراره بمال مملوك لغيره ، وحتى أقر بملك الغير يلزمه تسليمه إلى المقر له إذا ملكه برهة من الزمن لتنفاذه حل نفسه ، ولو كان إنشاء لما صح لعدم وجود الملك... ولا يصح إقراره بطلاق وعتاق مكرها ، ولو كان إنشاء لصح لعدم المخلف . وصح إقرار العبد المأفون بيمين في يده والمسلم بخمر وينصف دار مشاعاً والمرأة بالزوجة من غير شهود ، ولو كان إنشاء لما صح... والوجه الثاني وهو الإنشاء : لو رد المقر له إقراره ثم قبل لا يصح ، ولو كان إخباراً لصح... والملك الثابت بالإقرار لا يظهر في حق الزوالة المستهلكة فلا يملكها المقر له ، ولو إخباراً للملكها » . (نكحلة ابن عابدين ٢ ص ٧٨ - ص ٨٢) .

نص صريح في هذا المعنى، إذ تقضى الفقرة الأولى من المادة ٤٦٣ من هذا التقنين بأنه «يشترط ألا يكون المقر به مجهولاً جهالة فاحشة، أما الجهالة اليسيرة فلا تكون مانعاً من صحة الإقرار»^(١).

ويجب بدهة أن يكون محل الإقرار لا يكذبه ظاهر الحال، وإلا كان إقراراً صورياً لا قيمة له. وقد ورد في التقنين المدني العراقي أيضاً نص على هذا الحكم، إذ تقضى المادة ٤٦٥ من هذا التقنين بأنه «يشترط ألا يكذب ظاهر الحال الإقرار، فلو أقر شخص ببنة آخر أكبر منه في السن لا يصح إقراره»^(٢).

ويجب أخيراً أن يكون محل الإقرار مما يجوز التعامل فيه. فالإقرار بشيء شائف للقانون أو للنظام العام أو للآداب غير صحيح. ويترتب على ذلك أنه لا يصح الإقرار بدين مرهنة أو قمار، ولا الإقرار بالتعامل في المخدرات، ولا الإقرار بفوائد تزيد على الحد المسموح به قانوناً، ولا الإقرار بايجار منزل للمهارة، ولا الإقرار باتفاق على ارتكاب جريمة. وهذا لا يمنع من قبول هذا الإقرارات في المسؤولية الجنائية^(٣).

= وجاء في «طرق القضاء»: «أما الإقرار فإن الحق يثبت به بدون حكم، وإنما يأمره القاضي بدفع ما لزمه بإقراره، وليس لزوم الحق بالقضاء، فجعل الإقرار من طرق القضاء إنما هو بحسب الظاهر، وإلا فالحق يثبت به لا بالقضاء — والبيئة طريق للقضاء بالإجماع، والمدعى لا يثبت بها حتى يتصل بها القضاء. واليمين ليست طريقاً للقضاء، لأن المنكر إذا حلف وعجز المدعى عن البيئة يترك المدعى في يده لعدم قدرة المدعى على إثباته لا قضاء له بيئته... والتكول طريق للقضاء عند أصحابنا، والفرق بينه وبين الإقرار أن الإقرار موجب للحق بنفسه، وأما التكول فلا يوجب الحق إلا إذا اتصل به القضاء (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٧ - ص ٨).

(١) وتنص المادة ٤٦٤ من التقنين المدني العراقي على ما يأتي: ١٥ - كما يصح الإقرار بالمعلوم يصح الإقرار بالمجهول، إلا في العقود التي لا تصح مع الجهالة، ٢ - فلو أقر أحد بأمانة أو سرقة أو نصب صح إقراره، ويطلب منه تعيين الأمانة المجهولة أو المال المسرورق أو المنصوب. أما إذا أقر ببيع أو استئجار شيء غير معلوم، فلا يصح إقراره».

(٢) انظر أيضاً المادة ٩٧ من قانون البيئات السوري، وهي منقولة عن المادة ٤٦٥ من التقنين المدني العراقي. وانظر المادة ١٥٧٧ من المجلة وشرح سليم باز ص ٨٦٣ - ص ٨٦٤.

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦٨٥ - وقد قضت محكمة طنطا الكلية بأن الشريعة الإسلامية اشترطت لصحة الإقرار فيما يتعلق بالمقر به ألا يكون محالاً شرعياً أي لا يعده الشرع باطلاً، لأن كان باطلاً شرعاً لم يعامل المقر بمقتضاه، والإقرار به يكون باطلاً غير معتبر شرعاً، حتى =

ويصح الإقرار في التصرف أيا كانت قيمته ، ولو زادت على نصاب البينة ،
فالإقرار كما قدمنا حججته مطلقة (١) .

٢٥١ - الركن الثالث - أمام القضاء : وهذا الركن هو الذي يميز
الإقرار القضائي عن الإقرار غير القضائي ، ويكمله الركن الرابع وهو أن يكون
صادراً أثناء السير في الدعوى .

= إذا أخذ المقر له من المقر المال المقر به كان للمقر أن يسترده منه ثانية لأنه أخذه منه بغير وجه
شرعى . ومثال الإقرار بالمحال الشرهى أن يقر إنسان بقدر من السهام لو ارث أكثر مما هو
مقدر له شرعاً ، ومثل هذا الإقرار باطل في نظر الشرع ، وإقرار المورث لأحد الورثة بدين
إيثاراً له على بقية الورثة ولو كتبت به وثيقة لأنه إقرار بشيء محال شرعاً ، ومن قبيله إقرار
الرجل لزوجته بمهرها بعد أن تبرته منه أو بعد أن تبه له أو إقراره لها بنفقة مدة ماضية هي
فيها ناشز من غير سبق قضاء أو رضاه مع اعترافها بذلك . فهذه الإقرارات جميعها باطلة شرعاً
لأنها إقرارات بأشياء يحكم الشرع بطلانها بطلاناً كلياً (٣ يولييه سنة ١٩٣٥ الهامة ١٧ رقم
٢٠٧ ص ٤٤٣) .

هذا وقد قدمنا أن الإقرار لا يرد إلا على مسألة من مسائل الواقع ، فلا يرد على مسألة من
مسائل القانون . فالإقرار الصادر من أحد المتعاقدين بوصف عقد بأنه بيع وفاء لا رهن لا يعتبر
حجة على المقر لأنه ليس إقراراً بذمة ، وإنما هو إقرار بوصف عقد من الوجهة القانونية ،
وهذا الوصف لم يغير شيئاً من حقيقته ، ولا يقبده المحكمة مادام أنه غير مطابق للأركان التي اشترط
القانون وجوب توافرها (استئناف مصر ٣٠ أبريل سنة ١٩٣٤ الهامة ١٥ رقم ٢/١٥٠
ص ٣١٤ - وانظر أيضاً : استئناف مصر ٢٨ يونيو سنة ١٩٣٣ الهامة ١٤ رقم ٢/١٣٢
ص ٢٤٨) .

ويورد دى باج المسائل التي لا يصح فيها الإقرار على النحو الآتي : (١) لا يصح الإقرار
لهما يحرم القانون الإقرار به للاعتبارات ترجع إلى الخشية من الاحتياك والتواطؤ ، وذلك كما في
فصل الأموال (séparation de biens) والطلاق ونحو ذلك . (٢) لا يصح الإقرار بعكس
ما تقضى به قرينة قانونية قاطعة تعتبر من النظام العام . (٣) لا يصح الإقرار فيما يجب إنكار
صحته من الظن بالتزوير . (٤) لا يصح الإقرار لإثبات وجود عقد شكل (٥) لا يصح الإقرار
في مسائل الحالة المدنية (état) والنسب . (دى باج ٣ فقرة ١٠١٥ ص ١٠٣٨ -
ص ١٠٣١) . وتقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا المعنى ما يأتي : « ويقبل
الإقرار ، كقاعدة عامة ، في جميع المواد ولو كانت قيمة المدعى به تجاوز عشرة جنيهات ،
ما لم يقض القانون بغير ذلك : كما لو كان الإثبات متعلقاً بالبيانات التي يلحق بها وصف الرسمية
في محرر رسمى ، أو بالتصرفات التي يشترط لانعقادها شكل خاص ، أو بالمسائل المتصلة بالنظام
العام » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢) .

(١) : هيك ٨ فقرة ٣٤٩ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٠٢ .