

المانع من الحصول على الدليل الكتابي وأثاره القانونية

**بحث تقدم به
كامل توفيق سعيد**

**إلى
مجلس القضاء في اقليم كردستان
كجزء من متطلبات الترقية الى الصنف الثالث**

**بإشراف القاضي
خدر حسن محمد عضو محكمة استئناف منطقة السليمانية**

2012م

2712ك

1433هـ

مقدمة

تعد الكتابة من اهم طرق الاثبات ، نظراً لما توفره من ضمانات لا تتوافر في طرق الاثبات الاخرى ، لذلك جعل المشرع من الكتابة وسيلة الاثبات الاساسية معترفاً لها بقوة اثبات مطلقة . من هنا تطلب المشرع الدليل الكتابي للاثبات ويفترض حصول المتعاقد عليه .

ولكن طلب الدليل الكتابي قد لا يكون له سبب يبرره اذا حالت ظروف خاصة دون ذلك الامر الذي قد يلحق بالخصوم ظلماً واضحاً ، اذ ليس من العدل ان يطالب القانون المستحيل ويحرم المتعاقد من اثبات حقه بالطرق الاخرى ، من هنا فان القانون يستثني هذا المتعاقد من وجوب الاثبات بالكتابة في حالة وجود المانع من الحصول عليها اذ اجاز بموجبها الاثبات بشهادة الشهود حتى لو زادت قيمة الالتزام على نصاب الاثبات بالشهادة .

ونظراً للاهمية العملية للمانع من الحصول على الدليل الكتابي باعتباره احد الاستثناءات التي نص عليها المشرع والتي تجيز الاثبات بكافة طرق الاثبات على الرغم تطلب الدليل الكتابي فقد جعلناه موضوعاً لبحثنا لاجل تسليط الضوء على ماهيته وتمييزه عن الافكار المشابهة وبيان انواعه والاثر المترتب على توافره . وذلك من خلال مبحثين سنتناول في المبحث الاول لتعريف المانع من الحصول على الدليل الكتابي وتمييزه عن الاستثناءات المشابهة وذلك من خلال مطلبين سنتناول في الاول لتعريف المانع من الحصول على الدليل الكتابي وسنتناول في الثاني تمييزه عن الاستثناءات المشابهة اما في المبحث الثاني فنتناول الآثار القانونية المترتبة على وجود المانع منه الحصول على الدليل الكتابي و وضعها موضع التطبيق العملي الذي قسمناه الى مطلبين سنتناول في الاول تأثير المانع من الحصول على الدليل الكتابي على قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة ، اما في الثاني فنعرض الآثار القانونية المترتبة على وجود المانع من الحصول على الدليل الكتابي في ضوء احكام القضاء العراقي ، ثم الخاتمة ، ذكرت فيه اهم النتائج و التوصيات .

المبحث الاول

التعريف بالمانع من الحصول على

الدليل الكتابي وتمييزه عن الاستثناءات المشابهة

لتحديد مفهوم المانع من الحصول على الدليل الكتابي يقتضي في البداية تعريفه ، ومن اجل ان نقدم لتعريفه معناً واضحاً ومحددأ ينبغي ان نميزه عما يشته به من افكار تختلط به وتتشابه معه وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث الذي قسمناه الى مطلبين :

المطلب الاول / التعريف بالمانع من الحصول على الدليل الكتابي

المطلب الثاني / تمييز المانع من الحصول على الدليل الكتابي عن الاستثناءات المشابهة

المطلب الاول

التعريف بالمانع من الحصول على الدليل الكتابي

قد يوجد شخص المتعاقد في ظروف من شأنها ان تحول بينه وبين الحصول على دليل كتابي ، وفي هذه الحالة يحل الاثبات بشهادة الشهود او بالقرائن القضائية محل الاثبات بالكتابة لذا فالمقصود بالمانع من الحصول على الدليل الكتابي المانع الذي يحول دون الحصول على كتابة وقت ابرام التصرف القانوني لظروف خاصة راجعة لشخص المتعاقد وقائمة وقت التعاقد .
والحكمة التي من اجلها اجاز المشرع للمتعاقد ان يثبت حقه بالشهادة او بالقرائن القضائية استثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابي ، هو ان التعاقد قد يوجد لديه وقت التعاقد مانع يمنعه من الحصول على الكتابة لاثبات حقه دون ان يكون هناك تقصير من جانبه ، وحيث ان القانون لا يطلب المستحيل ، فيكون من العدل السماح للمتعاقد ان يثبتوا حقه بالشهادة عند قيام المانع⁽¹⁾ .

الفرع الاول

المانع المادي

يجوز اثبات التصرفات القانونية⁽²⁾ بالشهادة استثناءً وفق لنص المادة (18/ ثانياً) من قانون الاثبات⁽³⁾ اذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي .
والمانع المادي هو الذي تنشأ عنه استحالة الحصول على الكتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة اي مقصورة على شخص المتعاقد راجعة الى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد⁽⁴⁾ .

(1) لاحظ: قيس عبد الستار عثمان، القرائن القضائية و دورها في الاثبات ، مطبعة شفيق، بغداد، 1975، ص353.

(2) وفي الواقع ان الاثبات بالكتابة هو اسمى طريقة لاثبات التصرفات القانونية لان الكتابة معدة ومهيئة مقدماً للاثبات وقبل حصول النزاع لاحظ: حسين المؤمن ، نظرية الاثبات القواعد العامة الاقرار واليمين ، دار الكتاب العربي ، مصر ، 1948 ، ص77.

(3) لاحظ:: قانون الاثبات العراقي النافذ رقم 107 لسنة 1979 المعدل .

(4) لاحظ: د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج2، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، 1986، بند230 ، ص420 : د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات العراقي ، دار الكتب ، جامعة الموصل ، 1997 ، ص24: د. انيس منصور خالد المنصور ، الاحكام الخاصة بالمانع من الحصول على الدليل الكتابي في الاثبات ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، تصدرها كلية الحقوق ، جامعة البحرين، العدد الاول ، 2009 ، ص392: قيس عبدالستار عثمان ، مرجع سابق ، ص356.

او هو عبارة عن السبب المادي الذي تنشأ عنه استحالة الحصول على الدليل الكتابي الذي نص عليه القانون لاثبات امر ما نظراً لطبيعة الظروف والملابسات التي تحيط وقت اجراء التصرف القانوني⁽¹⁾.

ان المشرع لم يعرف لنا المانع المادي ولم يضرب لهذا المانع مثلاً ما ، تاركاً هذه المهمة للقضاء وهذا بخلاف موقفه السابق في الفقرة الاولى من المادة 491 الملغاة من القانون المدني حيث اقتصر على ضرب مثال لهذا المانع وهو عدم وجود من يستطيع كتابة السند⁽²⁾ وايضاً بخلاف موقف المشرع الاردني حيث اقتصر على ضرب مثلين لهذا المانع وهما اذا لم يوجد من يستطيع كتابة السند او ان يكون طالب الاثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد⁽³⁾ .

وايضاً ذكرت الفقرة الثانية من المادة (1348) من القانون المدني الفرنسي امثلة على الموانع المادية بشأن الوديعة الاضطرارية و الالتزامات غير العقدية ، وهي ايداع الاشياء في عجلة لانقاذها من خطر داهم كالحريق او قد يضطر الشخص في اثناء السفر المفاجيء السريع الى الاقتراض دون ان يتسع الوقت للدائن للحصول على سند كتابي بذلك⁽⁴⁾ .

عليه ربما ان المشرع العراقي قد الغى المثال الوارد في القانون المدني ، مما يفهم منه انه ترك تقدير وجود المانع المادي للحصول على الدليل الكتابي للقاضي في الموضوع بحسب مايتضح له من ظروف الدعوى⁽⁵⁾ .

اذن ان تقدير كون الواقعة تشكل مانعاً مادياً ام لا يعود الى محكمة الموضوع ، وعلى القاضي ان يبين في حكمه الاسباب المقبولة عقلاً عما اذا كانت الظروف التي تنشأ فيها التصرف تعتبر مانعاً مادياً حال دون الكتابة ام لا ، والا كان حكمه مشوباً بالقصور مما يستوجب نقضه⁽⁶⁾.

و الامثلة في الحياة العملية كثيرة ، كالاقتراض المفاجيء و ما يتم من التصرفات القانونية في اثناء الحريق او الاضطرابات الطبيعية او السياسية كالزلازل والحروب ، ولكن اوضح مثال لهذا

(1) في هذا المعنى لاحظ: د. عصمت عبدالمجيد بكر ، شرح قانون الاثبات ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 ، ط2 ، (منقحة ومزودة)، ص207: حلمي محمد الحجار ، القانون القضائي الخاص ، الجزء الاول، لبنان ، بيروت ، 1996 ، ط3 ، ص154.

(2) لاحظ: المادة (491) الملغاة من القانون المدني 147 اثبات.

(3) لاحظ: المادة (2/30) من قانون البيئات الاردني رقم 30 لسنة 1952 المعدل .

(4) نقلاً عن : د. عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص224 : د. انيس منصور ، مرجع سابق ، ص396.

(5) لاحظ : عبودي ، المرجع السابق ، ص224.

(6) لاحظ: د.عصمت عبدالمجيد بكر ، مرجع سابق ، ص207 : د. سمير عبدالسيد تناغو ، النظرية العامة في الاثبات ، بدون ذكر اسم الناشر ، مصر ، 1997 ، ص116: د.عباس العبودي ، شرح احكام قانون البيئات ، دار الثقافة للنشر ، عمان ، الاردن ، 2005 ، ص158.

المانع هي الوديعة الاضطرارية وهي الوديعة التي تحصل في عجلة تفادياً لخطر داهم ، فمن يفاجأ بخطر الحريق او الاضطرابات او التهدم او الغرق او نحو ذلك فيبادر الى انقاذ متاعه من هذه الاخطار بايداعه عند الغير لا يجد من الوقت للحصول من المودع عنده على دليل كتابي⁽¹⁾ ، كما يمكن ان تنشأ الاستحالة المادية عن العادة كما هو الامر في البيع الذي يحصل في الاسواق اذ ان مثل هذا البيع لا يوثق عادة بسند خطي وتوجد بالتالي استحالة في الحصول على بينة خطية⁽²⁾ . وبعد كل ذلك يتضح ان المانع المادي يتوافر في اي حالة ينشأ فيها التصرف القانوني في ظروف اضطرارية مفاجئة دون الحصول على الدليل الكتابي ، ويعود تقديره الى قاضي الموضوع وهو في ذلك لا يخضع لرقابة محكمة التمييز متى بنى حكمه على اسباب سائغة⁽³⁾ ، فترك بذلك حرية واسعة للقضاء في التقدير حسبما يرى من ظروف كل تعاقداً انما لا يصح التساهل في هذا التقدير ، لان ذلك استثناء من قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة والاستثناء لا يجوز التوسع فيه⁽⁴⁾ .

الفرع الثاني

المانع الادبي

وفقاً لنص المادة 18/ ثانياً من قانون الاثبات يجوز الاثبات بالشهادة استثناءً اذا وجد مانع ادبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .

ونجد ان هذه الفقرة لم تحدد المانع الادبي بشكل واضح اذ ان نصها جاء مطلقاً بخلاف التحديد الوارد في الفقرة (ب) من المادة (491) من القانون المدني الملغاة ، حيث حصرت المانع الادبي بالعلاقة الزوجية وصلة النسب مابين الاصول والفروع او مابين الحواشي الى الدرجة الرابعة او

(1) للتفاصيل لاحظ : انيس منصور ، مرجع سابق ، ص393 وما بعدها : د. عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص224 : د. عصمت عبدالمجيد بكر ، مرجع سابق ، ص207. المانع من الحصول على الدليل الكتابي ، متاح على الموقع الالكتروني (www.index.htm) ، تاريخ الزيارة 2011/7/11 .

(2) لاحظ : حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ص154.

(3) لاحظ: د. انيس منصور ، مرجع سابق ، ص397: د. عصمت عبدالمجيد بكر ، ص207: قيس عبدالستار ، مرجع سابق ، ص355.

(4) لاحظ : احمد نشأت ، رسالى الاثبات ، الجزء الاول ، بدون ذكر اسم الناشر ومكان النشر سنة الطبع ، الطبعة السابعة (منقحة ومزودة) ، ص609.

بين احد الزوجين و ابوي الزوج الاخر ، وبالتالي فان النص الجديد يجب ان يبقى على اطلاقه ويشمل هذه الحالات وحالات اخرى لاسيما اذا كانت القرابة قريبة جداً⁽¹⁾ .

والمانع الادبي هو السبب الشخصي الذي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي لاثبات التصرف القانوني⁽²⁾ . ويستند هذا المانع الى اساس نفسي اي وجود اعتبارات معنوية ادبية تربط بين الطرفين وقت ابرام التصرف القانوني ، بحيث تمنع احدهما من طلب الدليل الكتابي من الطرف الاخر ، وفي هذا يختلف هذا المانع عن المانع المادي والذي يقوم على ظروف مادية⁽³⁾ .

ويعد قيام المانع الادبي مسألة موضوعية وترك تقديرها للسلطة التقديرية للقاضي ، وتختلف من حالة الى اخرى باختلاف الظروف⁽⁴⁾ لان المشرع العراقي بنص المادة (18/ثانياً) قد حول الموانع الادبية من مانع عام موضوعي الى مانع ذاتي خاص ينظر فيه القاضي ويقدره في كل حالة على حدة ، فهو يدقق في ظروف كل حالة ليرى ما اذا كان قد توافر بين المتعاقدين ساعة ابرام العقد مانع ادبي يحول دون حصول احدهما على كتابة من الاخر بمضمون التصرف القانوني⁽⁵⁾ .

غير ان استناده الى ظروف نفسية يجعل التقدير فيه اكثر دقة ، لان طبيعة العلاقة بين الطرفين المتعاقدين قد تكون مانعاً ادبياً في حالة ولا تكون كذلك في حالة اخرى .

وهذا يعني انه لا يوجد مبدأ عام مطلق للمانع الادبي لذا فهناك حالات يهدر فيها المانع الادبي ، فاذا كتب الطرفان بينهما سنيين او اكثر فان المانع الادبي ينتفي في هذه الحالة ، وفي حالة العداوة يزول المانع الادبي لان من شأنها ان تؤدي الى فقدان الثقة التي يقود على اساسها المانع الادبي⁽⁶⁾ .
الادبي⁽⁶⁾ .

(1) انظر : عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص 225 .

(2) نقلاً عن : د. عصمت عبدالمجيد بكر ، مرجع سابق ، ص 207 .

(3) لاحظ: د. انيس منصوري ، مرجع سابق ، ص 399 : احمد نشأت ، مرجع سابق ، ص 643 : د. انور سلطان ، مرجع سابق ، ص 139 : د. اياد عبدالجبار ملوكي ، قانون الاثبات ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، بغداد ، ص 72 .

(4) انظر : عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص 225 : د. عصمت عبدالمجيد بكر ، مرجع سابق ، ص 225 : حلمي محمد الحجار ، مرجع سابق ، ص 154 : د. سمير السيد تناغو ، مرجع سابق ، ص 116 : قيس عبدالستار عثمان ، مرجع سابق ، ص 355 .

(5) اما اذا كان مانعاً عاماً موضوعياً فبمجرد توافر القرابة (مثلاً بالدرجة التي نص عليها القانون منها يلزم القاضي بالقول ان المانع الادبي قد توافر ، لاحظ: . انيس منصوري ، مرجع سابق ، ص 400 .

(6) لاحظ: انيس منصوري ، مرجع سابق ، ص 402 : د. مفلح عواد القضاة ، البيانات في المواد المدنية والتجارية ، بدون اسم ناشر ، عمان ، الاردن ، 1994 ، ط 2 ، ص 129 : احمد نشأت ، مرجع سابق ، ص 644 : قيس عبدالستار عثمان ، مرجع سابق ، ص 366 .

وايضاً اذا كانت القرابة بشكل عام من شأنها ان تخلق من دواعي الثقة مايمنع المتعاقدين من هؤلاء الاقرباء ادبياً من الحصول على دليل كتابي بمضمون التصرف القانوني ، فانه اذا قام الدليل على عكس هذه القرينة فلايجوز اعمال مضمونها ، فقد تقوم علاقة قرابة و لاتعتبر مانعاً ادبياً . فاذا ثبت ان الاب و الابن قد اعتادا في معاملتهما السابقة على التعامل بالكتابة فقد انتفت القرينة التي اقامها القانون على توافر المانع الادبي ولم يعد يجوز بعد ذلك الاحتجاج به للاعفاء من الاثبات بدليل كتابي.

وبعد كل ذلك يتضح لنا بان المانع الادبي هو كل حالة نفسية خاصة بعلاقات الخصوم تحول دون الحصول على الدليل الكتابي لاثبات التصرف القانوني⁽¹⁾ .

المطلب الثاني

تمييز المانع من الحصول على

الدليل الكتابي عن الاستثناءات المشابهة

لغرض تحديد نطاق المانع من الحصول على الدليل الكتابي ومن اجل ان نقيم لتعريفه السابق معنىً واضحاً ومحددأ ينبغي ان نميزه عما يشته به ولذلك ينبغي اعمال الفكر لمعرفة الفرق بين هذه المتشابهات حتى يستقيم الموضوع ، من هذه النظرة سنتناول في هذا المطلب تميز المانع من الحصول على الدليل الكتابي عن كل من مبدأ الثبوت بالكتابة ، وفقدان السند الكتابي بسبب لادخل لارادة صاحبه وذلك من خلال الفرعين الاتيين:

الفرع الاول / تمييز المانع من الحصول على الدليل الكتابي عن مبدأ الثبوت بالكتابة .

الفرع الثاني / تمييز المانع من الحصول على الدليل الكتابي عن فقدان السند الكتابي بسبب

لادخل لارادة صاحبه.

⁽¹⁾ (وبهذا فان المانع الذي ينشأ من العرف والعادة يلحق بالمانع الادبي ولايمكن فصله عنه وذلك لاتحاد العلة بينهما. كالعرف المتعلق بعدم تحرير عقد اجارة بين الخادم وسيده.

الفرع الاول

تمييز المانع من الحصول

على الدليل الكتابي عن مبدأ الثبوت بالكتابة

يجوز الاثبات بالشهادة في التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على نصاب الاثبات بشهادة الشهود اذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة . ويعرف بأنه كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها ان تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال⁽¹⁾ اي هو محرر لم يستوف لشروط المحرر الذي يقبل كدليل كتابي في الاثبات ولذلك كانت حجته ناقصة⁽²⁾ . والغاية من تقرير مبدأ الثبوت بالكتابة هو الحد من النظام القانوني للاثبات بحيث تقبل الشهادة في مواضع تقتضي العدالة قبولها ، فقد يعجز الخصم في الدعوى من تهيئة الدليل الكتابي لتهاونه او لشدة ثقته بالخصم الاخر ، الامر الذي يترتب عليه عجزه عن اثبات حقه اذاما تمسكنا بقاعدة لزوم الدليل الكتابي ، فاذا توافرت شروط مبدأ الثبوت بالكتابة ، جاز الاثبات بشهادة الشهود او بالقرائن القضائية بموجب هذا المبدأ وبذلك يستطيع ان يتفادى سوء نية خصمه⁽³⁾.

ولهذا المبدأ اهمية بالغة في عالم القضاء بالنسبة لاثبات الدعوى فهو مبدأ يقال عنه البعض⁽⁴⁾ بأنه " الخطوة الاولى نحو الحقيقة ، وانه اقل انواع الاثبات بالشهادة والقرينة خطراً و اقلها بعداً عن الحقائق واقربها الى الواقع" ، لان المشرع عندما يميز الاثبات بالشهادة في هذه الحالة على الرغم من كونه ينظر اليها بعين الريبة والشك ، فذلك لانه يرى انها تكمل دليلاً ناقصاً فلا تكون

(1) لاحظ: المادة (78) من قانون الاثبات العراقي . ونحن مع ماذهب اليه البعض ونرى بان اصطلاح " بداية الثبوت بالكتابة" يكون اوفق من مبدأ الثبوت بالكتابة ، لان الكتابة هنا هي الخطوة الاولى في سبيل الاثبات او دليل غير كامل فتكمله الشهادة . لاحظ: د.عباس العبودي ، مبدأ الثبوت بالكتابة واثره في النظام القانوني للاثبات ، مجلة القضاء ، العدد الاول والثاني ، سنة 1988 ، ص27.

(2) لاحظ: د.عبدالمنعم البدر اوي ، دروس في اثبات الالتزام ، بدون ذكر اسم ناشر ومكان النشر ، 1993، ص33 : د.صالح محسوب ، فن القضاء ، مطبعة المعاني ، بغداد ، 1982 ، ط1، ص38 .

(3) لاحظ: د. عصمت عبدالمجيد بكر ، مرجع سابق ، ص202 : د.عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات ، مرجع سابق ، ص214 : د. انيس منصور ، مرجع سابق ، ص280 .

(4) الاستاذ بيجو (Pigot) نقلاً عن : د.عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات ، مرجع سابق ، ص215.

عندئذ الشهادة هي الدليل الوحيد في الدعوى ، فاقوال الشهود ليست وحدها كافية لتقرير الحقيقة ، فطريقا الاثبات المستخدمان يتبادلان المعاونة فالشهادة تكمل الكتابة وهذه الاخيرة تمنح القوة لاقوال الشاهد⁽¹⁾.

ويشترط في مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لنص المادة (78) من قانون الاثبات توافر ثلاثة شروط

هي:

وجود كتابة ، وصدور الكتابة من الخصم او ممن يمثله ، وان تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال⁽²⁾.

ومتى تحقق الشرط السابق وأكملة الخصوم الكتابة بشهادة الشهود فان المشرع قد جعل هذا المبدأ ما للكتابة من قوة في الاثبات مع مراعاة ما لقاضي الموضوع من سلطة تقديرية بصدها لان تطبيقها ليست قاعدة آمرة تلزم قاضي الموضوع ، بل ان الامر جوازي له عند تخلف الدليل الكتابي الكامل ، فله ان يقبل من الخصم اعفائه من الدليل الكتابي و الاعتماد على مبدأ الثبوت بالكتابة مع تكملته بالشهادة وله ان يرفض ذلك وتكملته بالقرائن القضائية⁽³⁾.

وبعد كل ذلك يتضح لنا بأن جواز الاثبات بالشهادة استثناءً عند قيام المانع من الحصول على الدليل الكتابي يختلف عن جواز الاثبات بالشهادة في حالة تحقق شروط مبدأ الثبوت بالكتابة وتطبيقه لان الشهادة عند قيام المانع لا يكمل الدليل الكتابي بل يحل محله ، فهو قائم لعدم وجود الكتابة اما في حالة مبدأ الثبوت بالكتابة فان الشهادة تكمل الدليل الكتابي الناقص ولا تحل محله ، بل ان وجود دليل كتابي ناقص يعد من احدى شروط تحققه⁽⁴⁾.

وايضاً فان محكمة التمييز لها سلطة ورقابة على محكمة الموضوع في تقدير مدى صحة وجود مبدأ الثبوت بالكتابة ، وبصدد التحقيق من توافر الشروط التي يستلزمها القانون في ورقة ما لكي تعد مبدأ الثبوت بالكتابة ، وبالنسبة للشرط الاول والثاني المتمثلين بوجود كتابة وكونها صادرة من الخصم او ممن يمثله لانها بعد ان من مسائل القانون وبهذا يختلف عن المانع من الحصول على

(1) د. انيس منصور ، مرجع سابق ، ص 381.

(2) للتفاصيل لاحظ: د.عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص 215 وما بعدها : د.عصمت عبدالمجيد بكر، مرجع سابق ، ص 203 وما بعدها .

(3) لاحظ: د. انيس منصور، مرجع سابق، ص 380 و 385: عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص 221: احمد نشأت ، مرجع سابق، ص 662: د.انور سلطان ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، 2005، ص 129 وما بعدها.

بل اكثر من ذلك يجوز للمحكمة استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة باليمين المتممة من تلقاء نفسها بدلاً من استكمالها بالشهادة او بالقرائن القضائية وذلك استناداً الى نص المادة (120) من قانون الاثبات ، او ان تامر من تلقاء نفسها بتكملة مبدأ الثبوت بالكتابة بالشهادة حتى ولو لم يطلب الخصم منها ذلك استناداً لاستعمال حقها المقرر في المادة (81) اثبات.

(4) لاحظ: قيس عبدالستار عثمان ، مرجع سابق ، ص 354 : د. انيس منصور ، مرجع سابق ، ص 285.

الدليل الكتابي لان قيام المانع (المادي او الادبي) يعد من المسائل الموضوعية تختلف من حالة الى اخرى باختلاف الظروف ويتولى قاضي الموضوع بتقديرها دون رقابة عليه من محكمة التمييز⁽¹⁾.
ولكن المانع من الحصول على الدليل الكتابي وكما هو الحال في مبدأ الثبوت بالكتابة لا يطبق بالنسبة للتصرفات الشكلية ، لان الكتابة في هذه التصرفات يستلزمها القانون لانشاء التصرف القانوني للاثبات⁽²⁾ .

واخيراً نحن مع ماذهب اليه البعض⁽³⁾ ونرى بأن المانع من الحصول على الدليل الكتابي يعد اخطر من - مبدأ الثبوت بالكتابة - باعتبار انه يميز الاثبات بالشهادة اذا وجد الى جانبها مبدأ الثبوت بالكتابة ، وهذا يخفف - كما اشرنا اليه- الى حدما من خطر الاثبات بالشهادة ، اما المانع من الحصول على الدليل الكتابي فان الاثبات به يكون بمقتضى الشهادة دون ان يكون هناك شيء اخر يتم استكماله بها او يعزز من الاثبات بواسطتها.

الفرع الثاني

تمييز المانع من الحصول على الدليل الكتابي

عن فقدان السند الكتابي بسبب لادخل لارادة صاحبه

نصت المادة (18) من قانون الاثبات بانه يجوز ان يثبت بجميع طرق الاثبات بانه يجوز ان يثبت بجميع طرق الاثبات ماكان يجب اثباته بالكتابة اذا فقد السند الكتابي بسبب لادخل لارادة صاحبه.

ويفترض من هذا الاستثناء ان الخصم كان لديه سند مكوب وفقاً لما تقضي به قواعد الاثبات عند انشاء التصرف الا ان السند قد فقد منه بسبب لادخل لارادته.
ويفهم من نص هذه المادة انه يتعين توافر شرطين لجواز الاثبات بالشهادة في هذه الحالة هي وجود سند كتابي كامل كان مستوفياً لجميع شروطه ، وفقدان السند بسبب اجنبي⁽⁴⁾.

(1) لاحظ: د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون اثبات العراقي، مرجع سابق ، ص 448 .

(2) لاحظ: السنهوري ، الوسيط، مرجع سابق ، ص 448 : احمد نشأت ، مرجع سابق ، ص 656.

(3) لاحظ: قيس عبدالستار ، مرجع سابق ، ص 355.

(4) للنفاصيل في هذه الشروط لاحظ: د. عصمت عبدالمجيد بكر ، مرجع سابق ، ص 207 ومابعدها : د. عباس عبودي ،

شرح احكام قانون الإثبات العراقي ، مرجع سابق ، ص 223: عبدالمنعم البدر اوي ، مرجع سابق ، ص 35.

ويقع عبء اثبات وجود السند وفقده بسبب اجنبي على الخصم الذي يدعي وجوده ثم فقده وله ان يثبت حصوله على السند وفقده بسبب اجنبي بكافة طرق الاثبات لانه يثبت واقعة مادية⁽¹⁾ ، وهذا الحكم لاينطبق على المدعي فحسب وانما ينطبق على المدعى عليه اذا فقد السند الذي يثبت قيامه بالوفاء⁽²⁾.

فالاستثناء الخاص بفقد السند الكتابي لسبب اجنبي اوسع شمولاً من الاستثناءات السابقة ، وذلك لانه يجيز الاثبات بشهادة الشهود وفقاً لهذا الاستثناء في التصرفات الشكلية التي تعتبر الكتابة ركناً فيها كالهبة والوصية وذلك ان المفروض ان الشكلية قد استوفيت عند انشاء التصرف ، ثم فقد المدعي سنده بعد ذلك وهذا يعني ان الخصم يكون في هذه الحالة خالياً من التقصير لذا فإن العدالة تقتضي السماح له بالاثبات بالشهادة بينما كان يجب اثباته بالكتابة⁽³⁾. ولكن في هذه الحالة وجب على من يدعي وجود السند ثم ضياعه ان يثبت استيفاء ذلك السند الشكلي المطلوب قانوناً⁽⁴⁾.

وهذا مالايمكن تصوره الا في السندات العادية لان السندات الرسمية في حالة فقدها يمكن الحصول على صور منها تكون لها حجية في الاثبات حسب التفصيل الوارد في المادتين (23 و 24) من قانون الاثبات. وايضاً الاستثناء الخاص لفقد السند الكتابي يختلف عن المانع من الحصول على الدليل الكتابي لانه لايقوم ابتداءً وانما يقوم اثناء نظر النزاع ويحول دون تقديم الدليل المطلوب بسبب فقد المدعي لسنده لاسباب خارجة عن ارادته⁽⁵⁾.

ومع ذلك يتفق هذا الاستثناء مع المانع من الحصول على الدليل الكتابي لان الخصم في الحالتين من المستحيل عليه الاثبات بالكتابة ، وان كانت الاستحالة هنا لاحقة على انعقاد التصرف ووجوب الدليل الكتابي المثبت لهذا التصرف ، اما في المانع من الحصول على الدليل الكتابي فهي استحالة معاصرة لانعقاد التصرف⁽⁶⁾.

(1) ويشترط في السبب الاجنبي ان يكون غير ممكن توقعه ولا تلافي حصوله وان يكون خارجاً عن ارادة الشخص الذي تمسك به اما اذا كان فقد السند بسبب اهمال صاحبه فلا يجوز له ان يحتج بوجوده ، لاحظ: د.عصمت بكر ، مرجع سابق ، ص207: د. سعدون العامري ، الموجز في قانون الاثبات ، مرجع سابق ، ص98 : د.عباس العبودي ، شرح احكام قانون الإثبات العراقي ، مرجع سابق ، ص223.

(2) لاحظ : احمد نشأت ، رسالة الاثبات ، ج2، ص701.

(3) لاحظ: احمد نشأت ، مرجع سابق ، ص710 و711 : د.انيس منصوري ، مرجع سابق ، ص387.

(4) لاحظ: د.عباس العبودي ، شرح احكام قانون الإثبات العراقي ، مرجع سابق ، ص223.

(5) لاحظ : ادم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات ، دراسة مقارنة ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، 2001 ، ط1، ص315.

(6) لاحظ: د.انيس منصوري ، مرجع سابق ، ص387.

ومن جهة اخرى يتفق هذا الاستثناء مع المانع من الحصول على الدليل الكتابي في ان محكمة الموضوع ليست ملزمة باجابة طلب الخصم الاثبات فقد السند بسبب اجنبي بالشهادة بل لها الحق في رفض هذا الطلب اذا استدلت ان الادعاء غير جدي بشرط ان تسبب حكمها عند الرفض وهي لاتخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز متى بنت حكمها على اسباب سائغة وذلك لان مسألة تحديد مدى تدخل ارادة المدعي في فقدان السند الكتابي يعود تقديرها الى المحكمة وهي لاتخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة التمييز مع ملاحظة نص المادة (5/23) من قانون المرافعات⁽¹⁾.

المبحث الثاني

الاثار القانونية المترتبة على وجود المانع

من الحصول على الدليل الكتابي و وضعها موضع التطبيق العملي

وجود المانع من الحصول على الدليل الكتابي يترتب عليه بعض الاثار القانونية ، ولالإمام بجواب الموضوع يقتضي وضعها موضع التطبيق العملي ، عليه يتطرق هذا المبحث الى الاثار القانونية المترتبة على وجود المانع من الحصول على الدليل الكتابي ومدى تحقيق المانع في التطبيق العملي في ضوء قرارات القضاء العراقي مقترناً بقرارات قضائية ومعزراً هذه القرارات بدراسة تحليلية نقدية عليه فان هذا المبحث يقع في مطلبين وعلى النحو الاتي:

المطلب الاول / المانع من الحصول على الدليل الكتابي وتأثيرها على قاعدة وجوب الاثبات

بالكتابة.

المطلب الثاني / الاثار القانونية المترتبة على وجوب المانع من الحصول على الدليل الكتابي

في ضوء احكام القضاء العراقي

(¹) لاحظ: الندوي ، شرح احكام قانون الاثبات ، ص198: د.عصمت عبدالمجيد ، مرجع سابق ، ص26 : د.انيس منصور ، مرجع سابق ، ص391.

المطلب الاول

المانع من الحصول على الدليل الكتابي وتأثيرها على قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة

هناك حالات يستلزم فيها القانون اثبات التصرفات القانونية بالدليل الكتابي ولايجوز فيها الاثبات بالشهادة بالنسبة لتلك التصرفات . ومع ذلك فان بعض الحالات يجوز الاثبات بالشهادة استثناءً ومن هذه الاستثناءات وجود المانع من الحصول على الدليل الكتابي . عليه سنتناول في هذا المطلب بحث قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة ومدى تأثير وجود المانع من الحصول على الدليل الكتابي عليها وذلك في الفرعين الاتيين وعلى النحو الاتي:

الفرع الاول / قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة

الفرع الثاني / تأثير المانع من الحصول على الدليل الكتابي على قاعدة وجوب الاثبات بال

الفرع الاول

قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة

المشرع العراقي وضع قاعدة عامة وهي عدم جواز الاثبات بالشهادة اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على حد معين او اذا كان غير محدد القيمة مالم يوجد اتفاق او قانون ينص على خلاف ذلك⁽¹⁾ . وهذه القاعدة يقتصر تطبيقها على التصرف القانوني ولا تسري على الواقعة المادية لان هذه الاخيرة يجوز اثباتها بالشهادة⁽²⁾ ، وهذا يعني الاصل هو ان يكون الاثبات للتصرفات القانونية بالكتابة واستثناء يجوز اثبات هذه التصرفات القانونية بشهادة الشهود اذا لم تجاوز قيمتها حداً معيناً.

والتصرف القانوني اتجاه الارادة الى احداث اثر قانوني معين فيرتب القانون عليها هذا الاثر ، وهو لا يقتصر على العقد فقط بل يشمل التصرف القانوني الصادر عن ارادة منفردة كالوعد بجائزة

(1) لاحظ : الفقرة ثانياً من المادة (77) اثبات.

(2) لاحظ: المادة (76) اثبات.

والإيجاب الملزم و الاجارة و البراء⁽¹⁾ وتقدر قيمة الالتزام وقت تمام التصرف القانوني لاوقت الوفاء به⁽²⁾.

وعليه اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود فليس ثمة مشكلة في تحديد قيمته حتى اذا كان النقد اجنبياً اذ يكمن تحويله الى نقد عراقي حسب سعر الصرف وقت تمام العقد اما اذا كان محل الالتزام شيئاً غير النقود فان المحكمة هي التي تقدر قيمته وقت تمام العقد ودون ان تنقيد في ذلك بتقدير المدعي ، فلها عند الحاجة ان تستعين برأي اهل الخبرة⁽³⁾.

اما بالنسبة للتصرف القانوني غير محدد القيمة فيعد بحكم التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على نصاب الاثبات بالشهادة وينبغي اثبات وجود الكتابة⁽⁴⁾ كمطالبة الخصم خصمه بتقديم حساب دون ان يحدد الرصيد الذي في صالحه او المطالبة بمستندات مودعة لدى الاخر غير محددة القيمة كوديعة او شهادة⁽⁵⁾.

ولان هذه القاعدة من القواعد الموضوعية في الاثبات و لاتتعلق بالنظام العام بذلك فيجوز للاطراف ان يتفقوا على خلافها وايضاً لايجوز الاثبات بالشهادة اذا وجدت نصوص قانونية توجب الاثبات بالكتابة حتى اذا كان مبلغ التصرف اقل من نصاب الاثبات بالشهادة ، وهذه الحالات لم ترد في قانون الاثبات وانما وردت في قوانين اخرى كالفانون المدني وقانون الاحوال الشخصية ، ومن هذه الحالات الموطن المختار⁽⁶⁾ وعقد الصلح⁽⁷⁾ و الوصية⁽⁸⁾ وعقد العمل⁽⁹⁾.

وايضاً فيما يخالف او يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي⁽¹⁰⁾ . واخيراً لا بد ان اشير الى ان المبلغ الذي حدده المشرع العراقي كنصاب الاثبات بالشهادة في التصرفات القانونية في الفقرة

(1) لاحظ : د. عصمت عبدالمجيد بكر ، مرجع سابق ، ص 198 : عباس عبودي ، مرجع سابق ، ص 205: توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003 (منقحة ومزيدة)، ص 104.

(2) لاحظ : المادة (77 / ثانياً) اثبات ويترتب عى وجوب تقدير قيمة الالتزام وقت تمام التصرف القانوني لا وقت الوفاء به ، بعض النتائج القانونية نصت عليها الفقرة الثالثة من المادة (79) اثبات.

(3) لاحظ: سعدون العامري ، مرجع سابق ، ص 79.

(4) لاحظ: د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات العراقي ، مرجع سابق ، ص 205.

(5) لاحظ: السنهوري ، مرجع سابق ، ص 732.

(6) لاحظ: المادة (77 / ثانياً) اثبات .

(7) لاحظ: الفقرة (3) من المادة (45) مدني.

(8) لاحظ: المادة (65) الفقرة الاولى ، قانون الاحوال الشخصية رقم (88) لسنة 1959 المعدل.

(9) لاحظ: المادة (30) من قانون العمل العراقي النافذ رقم (71) لسنة 1987 المعدل.

(10) لاحظ: الفقرة الاولى من المادة (79) اثبات.

الاولى من المادة 77 اثبات لايمكن تصورها في الواقع العملي اذ ان هذه الحالة تصبح معطلة وتغني عنها قاعدة وجوب الاثبات بالدليل الكتابي في التصرفات القانونية على اختلافها .

الفرع الثاني

تأثير المانع من الحصول على الدليل الكتابي على القاعدة

ان وجوب الاثبات بالكتابة يفرض حصول المتعاقد على الدليل الكتابي ، فاذا حالت ظروف خاصة (في حالة وجود المانع من الحصول عليها) دون ذلك فان القانون يستثني هذا المتعاقد من وجوب الاثبات بالكتابة لانه ليس من العدل ان يحرم المتعاقد من اثبات حقه بوسائل اخرى في هذه الحالة لذلك نصت المادة (18) من قانون الاثبات بانه يجوز ان يثبت بجميع طرق الاثبات ماكان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مانع مادي او ادبي حال دون الحصول على الدليل الكتابي .

وينبني على ذلك ان توفر المانع المادي او الادبي يترتب عليه اجازة الاثبات بجميع طرق الاثبات في جميع التصرفات القانونية التي تزيد عن نصاب الاثبات بالشهادة ، او اثبات ما يخالف او يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي ، وكذلك في جميع الحالات التي يطلب فيها القانون الكتابة للاثبات. على ان هذا لا يسري على التصرفات القانونية الشكلية التي تكون الكتابة فيها ركن لصحة التصرف لان تخلف الكتابة يترتب عليه انعدام التصرف⁽¹⁾ .

وبما ان قاعدة وجوب الدليل الكتابي لا تطبق الا بالنسبة للتصرفات القانونية التي تنفرد بوجوب استعمال الكتابة في اثباتها⁽²⁾ ، وبهذا فان هذا المانع لا اثر له في الوقائع المادية التي يجوز الاثبات الاثبات فيها بجميع طرق الاثبات⁽³⁾ ومن قبلها ايضاً التصرفات القانونية التي يجوز قانوناً الاثبات فيها بجميع طرق الاثبات دون ان يلتزم بشرط الكتابة في الاثبات⁽⁴⁾.

(1) لاحظ: د. مفلح عواد القضاة ، مرجع سابق ، ص 136 و 137.

(2) لاحظ: المادة (77 / ثانياً) اثبات.

(3) لاحظ: المادة (76) اثبات.

(4) لوجود الغش او الاحتيال على القانون ، فاذا كان اثبات هذه القاعدة يكشف عن غش او تحايل ، فانه يجوز الاثبات بالشهادة ومثال ذلك ان يكون سبب الدين قماراً ، فيكتب المتعاقدان انه قرض ، فيجوز للمدين ان يثبت ما يخالف الكتابة

ويقدر القاضي ظروف البيئة ، الاحوال والظروف التي تم فيها التعاقد في كل مسألة بالذات ليرى ما اذا كان حقاً قد تعذر الحصول على الدليل الكتابي ، او مدى الاثر الذي يمكن ان تحدثه هذه الظروف في نفسية المتعاقدين.

عليه فاذا اثبت الخصم قيام المانع المادي او الادبي وقرر القاضي وفقاً لظروف الحالة و ملابساتها انها علاقة كافية لقيام المانع الحائل دون الحصول على الكتابة ، اباح للخصم الاثبات بكافة طرق الاثبات بدلاً من الكتابة ، وليس فقط بالشهادة - كما نلاحظه في الواقع العملي في المحاكم - لان المحاكم في هذه الحالة غالباً يكلف المدعي باثبات الحق المدعى به بالشهادة بدلاً من الكتابة.

المطلب الثاني

الاثار القانونية المترتبة على وجوب المانع

من الحصول على الدليل الكتابي في ضوء احكام القضاء العراقي

قلنا بيان تقدير وجود المانع من الحصول على الدليل الكتابي بالحق المتنازع فيه يعد من المسائل التي تملك محكمة الموضوع سلطة تقديرية فيها، وهذا الامر وان بدا سهلاً لأول وهلة الا ان تطبيقه ليس بالامر السهل في اغلب الاحيان ويثير صعوبات عملية جمة لان القاضي ملزم باعمال فكره ومنطقه بالاعتماد على الخبرة الواسعة في القانوني حيث يستطيع ان يتبين ما اذا كانت الظروف و الاحوال التي تم فيها التعاقد تجعل من المتعذر مادياً او ادبياً على ان يحصل على دليل كتابي وهذا يعتمد على مدى تتبعه للاراء الفقهية والقضائية ودرجة ذكائه ، عليه بما ان القضاء العراقي اورد عدة تطبيقات على المانع من الحصول على الدليل الكتابي ولغرض تسليط الضوء على هذه الموانع في التطبيق العملي فانه يلزم عرض بعض من هذه التطبيقات وذلك في الفرعين الاتيين: -

الفرع الاول / وجود المانع الادبي في ضوء احكام القضاء العراقي

الفرع الثاني / وجود المانع المادي في ضوء احكام القضاء العراقي

بالشهادة ليثبت ان السبب الحقيقي هو القمار لا القرض (عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات العراقي ،مرجع سابق ، ص210).

الفرع الاول

وجود المانع الادبي في ضوء احكام القضاء العراقي

نبحث هنا مدى تحقق المانع الادبي في ضوء العديد من القرارات التمييزية ففي هذا الصدد جاء في قرار صادر عن محكمة التمييز بأنه : (لوحظ بان محكمة البداية وبعد ان اقتنعت بوجود المانع الادبي بين طرفي الدعوى والذي حال دون الحصول على الدليل الكتابي كما دفع بذلك وكيل المدعي اجازت المحكمة للمدعي اثبات الدعوى بالبينة الشخصية استناداً الى احكام المادة (19/ثانياً) من قانون الاثبات وبعد استماعها لتلك البينة استمعت ايضاً الى بينة المدعى عليها الشخصية لرد دعوى المدعي....)(1) .

فمن خلال فحوى هذا القرار يلاحظ ان ادعاء وكيل المدعي بوجود المانع الادبي واقتناع المحكمة بذلك اجازت المحكمة اثبات الدعوى بالبينة الشخصية وبعد ذلك استمعت ايضاً لبينة المدعى عليه الشخصية لرد الدعوى وبعد ذلك رجحت المحكمة بينة المدعى عليها على بينة المدعي في الاثبات عملاً بالسلطة التقديرية الممنوحة لها ، وهذا يعني ان استماع المحكمة هنا الى الشهادة باعتباره الدليل الكامل لاثبات التصرفات القانونية ولها قوة الكتابة في الاثبات .

وقد اورد القضاء العراقي عدة تطبيقات على المانع الادبي نذكر منها ، (انه يجوز الاثبات بجميع طرق الاثبات اذا كان احد الخصمين والد زوجة الخصم الاخر)(2) ، ويجوز الاثبات بالشهادة اذا كانت طالبة الاب لولده المفقود بمبالغ من المال صرفها لانشاء دار له(3)، واعتبرت محكمة التمييز (ان صلة القربى بين الاهل وفروعه مانعاً ادبياً

(1) لاحظ: القرار المرقم (10/ الهيئة المدنية الاستئنافية/2003) الصادر من رئاسة محكمة تمييز اقليم كوردستان/ العراق (غير منشور).

(2) لاحظ : القرار المرقم 1053 في 1982/9/23 المنشور في مجلة الاحكام العدلية العدد الثالث ، السنة 1982 ، ص41

(3) لاحظ: القرار المرقم 114 في 1984/8/16 المنشور في مجلة الاحكام العدلية ، العدد (4,3,2,1) ، السنة 1984 ، ص188.

يحول دون الحصول على الدليل الكتابي ، ويجيز الاثبات بجميع طرق الاثبات⁽¹⁾ وانه (اذا ادعى الزوج انه وضع لدى زوجته امانة مبلغ (يتجاوز عن نصاب الاثبات بالشهادة) وانكرت الزوجة ذلك فيجوز اثبات هذا الادعاء بالبينة الشخصية)⁽²⁾.

ولكن اذا حلت القطيعة محل الوثام بين هؤلاء الاشخاص فينعدم معها وجود المانع الادبي وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز الاتحادية وسارت عليه المحاكم العراقية حيث جاء في قرار صادر من محكمة البداية في حي الشعب في بغداد بأنه " تجد المحكمة ان الادعاء ينصب على وجود عقد قرض بين المدعية والمدعى عليه وعلى وفق ماجاء بعريضة الدعوى عندما كتب في صلبها (قمت باعطائه مبلغ من المال مقداره (10245000) عشرة ملايين وخمسة واربعون الف دينار قرض حسنة..) وحيث ان التصرف القانوني اذا زادت قيمته على نصاب الاثبات بالشهادة لايجوز الاثبات بالشهادة ان هذا الامر مردود عليه استثناءً في حال وجود المانع الادبي مثل الرابطة الزوجية بين الطرفين والتي محلها ما موجود في التصرف محل نظر هذه الدعوى ، وحيث ان قصد المشرع من فتح الاثبات المطلق بدلاً من المقيد ، لم يكن تجاه جعل الرابطة الزوجية سبباً ذاتياً لوجود المانع الادبي وانما يعد قرينة قانونية على انها قد حالت دون الحصول على الدليل الكتابي ، وهذه القرينة قابلة للزوال عند وجود خلاف او نزاع او خصومة بين طرفي التصرف القانوني متزامنة مع وجود التصرف وانشائه مما ينفي وجودها مع انتفاء علتها ، لان الوازع في وجود المانع هو المودة بين الزوجين في حال وجود الرابطة الزوجية الا ان المودة والسكينة تنقضي عندما يحصل خلاف ونزاع و خصومة الى ساحات القضاء ، وان موضوع الدعوى وبمصادقة الطرفين قد تحقق وجود خلاف و خصومة منذ عام من اقامة هذه الدعوى و المبالغ المطالب بها كانت خلال هذه الفترة مما يستدعي منه على ان القطيعة حلت محل الوثام بينهما فينعدم معها وجود المانع الادبي"⁽³⁾

(1) لاحظ: القرار المرقم 573 في 1980/10/29 المنشور في مجلة الاحكام العدلية ، العدد الرابع ، السنة 1980 ، ص127.

(2) لاحظ: القرار المرقم 534 في 1983/11/26 المنشور في مجلة الاحكام العدلية ، العدد (4,3,2,1) ، السنة 1983 ، ص75.

(3) لاحظ : قرار محكمة البداية في حي الشعب بتاريخ 2010/12/12 ، قاضيها السيد سالم رمضان الموسوي ، المتاح على الموقع الالكتروني (www.f-law.net) بعنوان المانع الادبي في تطبيقات القضاء العراقي. تاريخ المراجعة 2012/1/16.

الفرع الثاني

وجود المانع المادي في ضوء احكام القضاء العراقي

نبحث هنا مدى تحقق المانع المادي في ضوء بعض القرارات التمييزية المنشورة⁽¹⁾ ففي هذا الصدد جاء في قرار صادر من محكمة التمييز (..... ان المميز متمسك بدفع وجود مادي حال دون الحصول على الدليل الكتابي فكان على المحكمة التحقق عما اذا كان في المحل الذي تم تسلم المدعي به فيه من يستطيع كتابة السند ام لا ، فان ظهر لها وجود من يستطيع الكتابة فعليها منح المدعي انذاك حق تحليف المدعى عليه اليمين القانوني فان امتنع عن تحليفها تصدر القرار برد الدعوى ، واذا ظهر لها ان ليس هناك من يستطيع الكتابة فعليها اعتبار ذلك مانعاً مادياً يجب فيه استماع البينة الشخصية ثم تصدر قرارها حسبما يترأى لها)⁽²⁾.

فمن خلال فحوى هذا القرار يلاحظ ان محكمة التمييز نقضت الحكم المميز لانه لايجوز اصدار الحكم قبل التثبت من ذلك بل على المحكمة التحقق من وجود المانع المادي من عدمه ، لان توفر المانع المادي يترتب عليه اجازة الاثبات بجميع طرق الاثبات ، فاذا حال وجود المانع المادي من الحصول على الدليل الكتابي فان القانون اجاز اثبات تصرفاته القانونية بالشهادة.

وهذا الجواز القانوني ليس للمحكمة تركه او عدم الاخذ به ما لم تستند على اسباب قانونية اخرى⁽³⁾. وقد قضت محكمة التمييز الاردنية في احد احكامها بانه (.يجوز اثبات ان

(1) وذلك لتعذر الحصول على القرارات القضائية غير منشورة على الرغم من انني بذلت عملاً شاقاً وجهداً كبيراً لمدة عدة اشهر للحصول على تلك القرارات ، عليه فقد اضحت الحاجة ماسة بنشر القرارات التمييزية من قبل محكمة التمييز لامكان الاقادة منها قدر المستطاع اذ ان عدم اطلاع القضاة على ما استجد من مبادئ قضائية عند نظرهم النزاعات المعروضة عليهم قد يؤدي الى الاختلاف في الاحكام الصادرة في الموضوع الواحد.

(2) لاحظ: القرار المرقم 3092 في 1960/1/31 المشار اليه ، محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات ، ج1، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1983 ، ص169.

(3) لاحظ: القرار المرقم 2169 في 1960/2/1 مشار اليه محمد علي الصوري ، المرجع السابق ، ص 171.

المتعاقد مع المقاول كان وكيلاً مكلفاً من المالك باقامة البناء بالبينة الشخصية عملاً بالمادة 2/30 من قانون البينات باعتبار ان المقاول ليس طرفاً بعقد الوكالة و التكليف مما يشكل مانعاً مادياً يحول دون حصوله على دليل كتابي⁽¹⁾ .

وجدير بالذكر ان المشرع الاردني عد كون طالب الاثبات ليس طرفاً في التصرف حالة من حالات المانع المادي⁽²⁾ على الرغم من ان البعض⁽³⁾ يرى (بأن كون طالب الاثبات ليس طرفاً في التصرف القانوني وان كان يعتبر مانعاً مادياً يحول دون الحصول على الكتابة ، الا انه مانع عام يوجد في كل حالة يكون طالب الاثبات فيها من الغير بالنسبة للتصرف القانوني والمانع المادي ينبغي ان يكون خاصاً يوجد في كل حالة بالذات).

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه (متى انتهى الحكم صحيحاً الى قيام مانع مادي حالة دون الحصول على الدليل الكتابي على انقضاء الدين فان اثبات هذا الانقضاء بالبينة والقرائن يكون جائزاً قانوناً)⁽⁴⁾، وهذا يعني ان تقدير المانع المادي يعود الى قاضي الموضوع وهو في ذلك لا يخضع لرقابة محكمة التمييز متى بنى حكمه على اسباب سائغة

(1) لاحظ : القرار المرقم 91 لسنة 1958 مجلة نقابة المحامين الاردنيين ، سنة 1994 ص 288 (نقلاً عن الدكتور انيس منصور خالد المنصور ، المرجع السابق ، ص395) .

(2) بالاضافة الى الحالات التي ذكرتها بعض التشريعات ، ذكر الفقه بعض الامثلة على المانع المادي منها (حالة عدم وجود من يستطيع كتابة السند 2. حالة كون طالب الاثبات ليس طرفاً في التصرف 3- الالتزامات غير العقدية . 4- الودائع الاضطرارية. 5- الاحداث غير المنظورة) نقلاً عن (د. انيس منصور خالد المنصور ، المرجع السابق ، ص393).

(3) لاحظ : السنهوري ، الوسيط ، مرجع سابق ، ص 454.

(4) لاحظ : القرار المرقم 208 في 1966/1/6 ، مجموعة احكام النقض السنة 17، ص55 ، نقلاً عن د. انيس منصور خالد، مرجع سابق ، ص398.

الخاتمة

اتضح لنا من خلال هذه الدراسة جملة من النتائج و المقترحات التي تعرضت لبعضها اثناء البحث وهي:ـ

اولاً/ النتائج :

- 1 - المقصود بالمانع من الحصول على الدليل الكتابي هو المانع الذي يحول دون الحصول على الكتابة وقت ابرام التصرف القانوني لظروف خاصة راجعة لشخص المتعاقد.
- 2 - كون طالب الاثبات ليس طرفاً في التصرف القانوني وان كان يعد مانعاً مادياً يحول دون الحصول على الكتابة الا انه مانع عام وعلّة اباحة اثبات التصرف القانوني في هذه الحالة هي ان التصرف بالنسبة الى الغير يعد واقعة مادية.
- 3 - لا يوجد مبدأ عام مطلق للمانع من الحصول على الدليل الكتابي وانما ترك المشرع امر تقديرها لسلطة القاضي وتختلف باختلاف الظروف .
- 4 - قيام المانع من الحصول على الدليل الكتابي يختلف عن جواز الاثبات بالشهادة في حالة تحقق شروط مبدأ الثبوت بالكتابة و تطبيقه.

5 - استثناء الخاص بفقد السند الكتابي بسبب لادخل لارادة صاحبه اوسع شمولاً من وجود المانع من الحصول على الدليل الكتابي .

6 - بما ان قاعدة وجوب الدليل الكتابي لاتطبق الا بالنسبة للتصرف القانوني ولهذا كان مجال تطبيق استثناء المانع من الحصول على الدليل الكتابي هو التصرفات القانونية .

ثانياً / المقترحات :

1 - على الرغم من ان المشرع اجاز اثبات التصرفات القانونية بشهادة الشهود اذا لم تتجاوز قيمتها حداً معيناً ، الا اننا نرى بان المبلغ الذي حدده المشرع لذلك لم يعد معقولاً ومقبولاً في الوقت الحاضر ولا يتصور قيام النزاع في شأنها اذ ان هذه الحالة تصبح معطلة وتغني عنها قاعدة وجوب الاثبات بالدليل الكتابي لذلك نقترح على المشرع تعديل المادة (77) من قانون الاثبات بزيادة نصاب التصرف القانوني الذي يجوز اثباتها بالشهادة تبعاً للقوة الشرائية.

2 - نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (78) من قانون الاثبات العراقي والخاص بمبدأ الثبوت بالكتابة واطافة عبارة (تمثيل الخصم) اليه ليصبح (مبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن الخصم او من شخص يمثله هذا الخصم ...).

3- لتعذر الحصول على القرارات القضائية غير المنشورة عليه فقد اضحت الحاجة ماسة بنشر القرارات التمييزية من قبل محكمة التمييز لامكان الافادة منها قدر المستطاع اذ ان عدم اطلاع القضاة على ما استجد من مبادئ قضائية عند نظرهم النزاعات المعروضة عليهم قد يؤدي الى الاختلاف في الاحكام الصادرة في الموضوع الواحد.

