



كلية الشريعة والقانون بدمنهور



جامعة الأزهر

# مجلة البحوث الفقهية والقانونية

مجلة علمية محكمة  
تصدرها كلية الشريعة والقانون بدمنهور

بحث مستقل من

العدد الثاني والأربعين - "إصدار يوليو ٢٠٢٣م - ١٤٤٥هـ"

نطاق الإثبات بالقرائن القضائية  
في الإثبات المدني ودور القاضي فيه  
"دراسة تحليلية مقارنة"

The Scope of Proof by Judicial Presumption  
in Civil Evidence and the Role of the Judge in it  
"Comparative Analytical Study"

الباحث

عبدالشفوق خليل عبدالشفوق العبادله

باحث دكتوراه - كلية الحقوق

جامعة المنصورة

المجلة حاصلة على اعتماد معامل  
" ارسيف Arcif العالمية "  
وتقييم ٧ من ٧ من المجلس الأعلى للجامعات

رقم الإيداع  
٦٣٥٩

التقييم الدولي  
(ISSN-P): (1110-3779) - (ISSN-O): (2636-2805)

للتواصل مع المجلة

٠١٢٢١٠٦٧٨٥٢

[journal.sha.law.dam@azhar.edu.eg](mailto:journal.sha.law.dam@azhar.edu.eg)

موقع المجلة على بنك المعرفة المصري

<https://jlr.journals.ekb.eg>

**نطاق الإثبات بالقرائن القضائية  
في الإثبات المدني ودور القاضي فيه  
"دراسة تحليلية مقارنة"**

**The Scope of Proof by Judicial Presumption  
in Civil Evidence and the Role of the Judge in it  
"Comparative Analytical Study"**

الباحث

**عبد الشفوق خليل عبد الشفوق العبادله**

باحث دكتوراه - كلية الحقوق

جامعة المنصورة



## نطاق الإثبات بالقرائن القضائية في الإثبات المدني ودور القاضي فيه "دراسة تحليلية مقارنة"

عبدالشفوق خليل عبدالشفوق العبادله

قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، جمهورية مصر العربية.

البريد الإلكتروني: [abdalshafouqalabadla@gmail.com](mailto:abdalshafouqalabadla@gmail.com)

### ملخص البحث:

خَلالَ دِرَاسَتِي لِمَوْضُوعِ هَذَا البَحْثِ وَالَّذِي يُعَالِجُ نِطاقَ الإِثباتِ بِالقِرائِنِ القِضائِيَّةِ فِي الإِثباتِ المِديني وَدورِ القِاضي فِيهِ قُمتُ بِتَوْضِيحِ بِالتَفصِيلِ مِجالَ أَوْ نِطاقَ الإِثباتِ بِالقِرائِنِ القِضائِيَّةِ فِي الإِثباتِ المِديني وَدورِ القِاضي فِيهِ، حَيْثُ وَجَدنا بِأَنَّ مِجالَ الإِثباتِ بِالقِرائِنِ القِضائِيَّةِ يَنْحَصِرُ فِيما يَجُوزُ إِثباتُهُ بِشِهادَةِ الشِهودِ فَقَط، فَلِما يَجُوزُ الإِثباتِ بِالقِرائِنِ القِضائِيَّةِ إِلاَّ ما يَجُوزُ إِثباتُهُ بِشِهادَةِ الشِهودِ فَقَط، وَبِالنِّظَرِ لِلحالاتِ الَّتِي يَجُوزُ فِيها الإِثباتُ بِشِهادَةِ الشِهودِ، يَتَبَيَّنُ بِأَنَّ هُنَاكَ حالاتٌ يَجُوزُ فِيها الإِثباتُ بِشِهادَةِ الشِهودِ بِحَسَبِ الأَصْلِ، وَهُنَاكَ حالاتٌ يَجُوزُ فِيها الإِثباتُ بِشِهادَةِ الشِهودِ إِسْتِثْناءً، هَذَا بِالإِضافةِ إِلى أَنَّ هُنَاكَ حالاتٌ لا يَجُوزُ فِيها الإِثباتُ بِالقِرائِنِ القِضائِيَّةِ.

وَبِناءِ عَلى ذَلِكَ قُمتُ بِتَفصِيلِ الحِالاتِ الَّتِي يَجُوزُ فِيها الإِثباتُ بِشِهادَةِ الشِهودِ بِحَسَبِ الأَصْلِ حَيْثُ تَتِمُّثُ بِالقِرائِنِ المادِيَّةِ، وَكَذلكِ التَّصَرُّفاتِ التِّجاريَّةِ، وَالتَّصَرُّفاتِ المِدينيَّةِ الَّتِي لَمْ تَتَجَاوَزِ النَّصابَ، كِما وَقِمتُ بِتِناوُلِ الحِالاتِ يَجُوزُ فِيها الإِثباتُ بِشِهادَةِ الشِهودِ إِسْتِثْناءً وَالَّتِي تَتِمُّثُ وَجُودَ مَبداً الثُّبُوتِ بِالكَتابَةِ، أَوْ وَجُودَ مانِعٍ مِنَ الحُصُولِ عَلى دَليلِ كِتابِي، أَوْ فُقُودانِ الشَّخْصِ سِندَهُ الكِتابِي بِسَببِ لا يَدُ لِلشَّخْصِ فِيهِ، أَوْ الطَّعِنِ فِي التَّصَرُّفِ بِمُخَالَفَتِهِ لِلقانونِ أَوْ النِّظامِ العامِّ، أَوْ الطَّعِنِ فِي العَقْدِ بِالعُشِّ أَوْ بِعُيُوبِ الإرادَةِ، كِما وَقِمتُ بِالإِضافةِ لِذلكِ بِشرحِ الحِالاتِ لا يَجُوزُ فِيها الإِثباتُ بِالقِرائِنِ القِضائِيَّةِ وَالَّتِي تَتِمُّثُ بِمَنعِ قَبُولِ القِرائِنِ القِضائِيَّةِ لِإِثباتِ ما يُخالِفُ أَوْ يَجْاوِزُ الكِتابَةَ، وَأيضاً إِذا كانَ المَطْلُوبُ هُوَ

الباقي أو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، وأخيراً إذا طالَبَ أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على النَّصَاب، ثم عَدَلَ عن طلبه إلى ما لا يزيد عن هذه القيمة، حيث قمت يتناول هذه الموضوعات بالتفصيل وأوضحت دور القاضي فيها.

وفي ختام هذا البحث توصلت لمجموعة من النتائج والتوصيات.

**الكلمات المفتاحية:** القرينة، الإثبات المدني، القرينة القضائية، مجال الإثبات بالقرينة

القضائية، دور القاضي في القرينة.

## The Scope of Proof by Judicial Presumption in Civil Evidence and the Role of the Judge in it "Comparative Analytical Study"

Abdalshafouq Khalil Abdalshafouq Alabadla

Department of Civil Law, Faculty of Law, Mansoura University,  
Arab Republic of Egypt.

E-mail: abdalshafouqalabadla@gmail.com

### **Abstract:**

During this study, which deals with the scope of proof by judicial presumption in civil evidence and the role of the judge in it, I clarified in detail the scope of proof by judicial presumption in civil evidence and the role of the judge in it, as I found that the field of proof by judicial presumption is limited to what may be proven by the testimony of witnesses only. It is not permissible to prove by judicial presumption except that which may be proven by the testimony of witnesses only, and by looking at the cases in which proof is permissible by the testimony of witnesses, it is clear that there are cases in which proof is permissible by the testimony of witnesses as an original, and there are cases in which it is permissible to prove by the testimony of witnesses as an exception, in addition to that there are cases that may not be proven by judicial presumption. Accordingly, I have detailed the cases in which evidence may be evidenced by the testimony of witnesses as an original, as they are represented by material facts, as well as commercial and civil actions that did not exceed the quorum, You have also dealt with cases in which evidence is permissible through the testimony of witnesses as an exception, which is represented by the existence of the principle of proof in writing, the existence of an impediment to obtaining written evidence, or the loss of a person's written document due to a reason that the person has no control over. Or challenge the conduct in violation of the law and public order, and challenge the contract by fraud or defects of will.

In addition, I explained the cases in which proof is not permitted by judicial presumption, which is represented in preventing the acceptance of judicial presumption to prove what contradicts or exceeds writing, and also if what is required is the remainder or part of a right that cannot be proven except by writing. Finally, I dealt with the matters that if one of the litigants in the case requested more than the quorum, then retracted his request to no more than this value, and the role of the judge in it.

**Keywords:** Judicial Presumption, Civil Evidence, The Role Of The Judge.



## المقدمة

## أولاً/ موضوع البحث:

القرائن القضائية هي تلك القرائن التي يَسْتَنْبِطُهَا القاضي من ظُرُوفِ الدعوى ومُلابَسَاتِهَا بِمَا لَهُ مِنْ سُلْطَةِ تَقْدِيرِيَّةٍ، حَيْثُ يَخْتَارُ الْقَاضِي وَاقِعَةً مَعْلُومَةً مِنْ بَيْنِ الْوَقَائِعِ فِي الدَّعْوَى، ثُمَّ يَسْتَدِلُّ بِهَا عَلَى الْوَاقِعَةِ الْمَجْهُولَةِ الْمُرَادِ إِثْبَاتِهَا مِنْ خِلَالِ إِعْمَالِ عَقْلِهِ فِي ضَوْءِ الْأَدْلَةِ الْمَقْدَمَةِ فِي الدَّعْوَى، فَالْقَرَائِنُ الْقَضَائِيَّةُ تَتِمُّثُ فِي وَاقِعَةٍ مَا تَرْتَبِطُ فِي وُجُودِهَا دَائِمًا بِوَاقِعَةٍ أُخْرَى، تَتَّصِلُ بِهَا اتِّصَالًا وَثِيقًا بِحَيْثُ يُسْتَفَادُ مِنْ هَذَا الْإِتِّصَالِ وَالْإِرْتِبَاطِ فِي عَمَلِيَّةِ الْإِثْبَاتِ، فَيُفْتَرَضُ بِأَنَّ ثُبُوتَ إِحْدَى هَاتَيْنِ الْوَاقِعَتَيْنِ هُوَ ثُبُوتٌ لِلْوَاقِعَةِ الْأُخْرَى، وَهَذَا أَمْرٌ فِي غَايَةِ الْأَهْمِيَّةِ، حَيْثُ أَنَّ الْقَاضِي لَا يَسْتَطِيعُ دَائِمًا أَنْ يَصِلَ إِلَى الْحَقَائِقِ بِصُورَةٍ مُبَاشِرَةٍ مِنْ خِلَالِ الْأَدْلَةِ الَّتِي قَدَّمَهَا الْخُصُومَ، فَيَلْجَأُ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ مِنْ أَجْلِ الْوَصُولِ لِلْحَقِيقَةِ بِصُورَةٍ غَيْرِ مُبَاشِرَةٍ مِنْ خِلَالِ تَحْكِيمِ عَقْلِهِ، وَالِاسْتِنْبَاطِ مِنَ الْوَاقِعَةِ الْمَعْلُومَةِ مَا يَسْتَدِلُّ بِهِ عَلَى الْوَاقِعَةِ الْمَجْهُولَةِ، وَذَلِكَ بِاسْتِخْدَامِ صَوَابِطِ الْاسْتِدْلَالِ وَأَصُولِ الْمَنْطِقِ؛ لِتَعَرُّفِ عَلَى أَكْبَرَ قَدْرِ مِنْ تِلْكَ الْحَقُوقِ بِصُورَتِهَا الْمَطَابِقَةِ لِلْحَقِيقَةِ وَالْوَاقِعِ قَدْرَ الْمُسْتَطَاعِ.

فَالْقَرَائِنُ الْقَضَائِيَّةُ إِذْ تَلْعَبُ دَوْرًا ضَرْوْرِيًّا وَمُهْمًّا فِي الْإِثْبَاتِ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِثْبَاتِ الْمُبَاشِرِ لِأَيِّ وَاقِعَةٍ قَدْ لَا يَكُونُ مُتَاحًا دَائِمًا أَمَامَ الْخُصُومِ، فَقَدْ يَتَعَدَّرُ فِي بَعْضِ الْأَحْيَانِ، فَفِي هَذِهِ الْحَالَةِ يَكُونُ الْإِثْبَاتُ مِنْ خِلَالِ الْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ هُوَ الْحَلُّ حَيْثُ يَتِمُّ الْاسْتِدْلَالُ عَلَى الْأَمْرِ الْمَجْهُولِ مِنْ أَمْرٍ آخَرَ مَعْلُومٍ يَسْهُلُ إِثْبَاتُهُ، وَمِنْ أَجْلِ ذَلِكَ أَيْضًا -أَيَّ حَالَةٍ تَعَدَّرُ الْإِثْبَاتِ الْمُبَاشِرِ مِنْ قِبَلِ الْخُصُومِ لِادِّعَائِهِمْ- سَمَحَ الْمَشْرَعُ لِلْخُصُومِ بِالْإِثْبَاتِ بِاسْتِخْدَامِ الْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ، وَمَنَحَ الْقَاضِي السُّلْطَةَ الْوَاسِعَةَ فِي اسْتِنْبَاطِهَا وَتَقْرِيرِهَا، فَالْمَشْرَعُ فِي الْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ يَجْعَلُ الْإِثْبَاتِ فِي حَالِ تَعَدُّرِ الْإِثْبَاتِ الْمُبَاشِرِ يَنْصَبُّ عَلَى وَقَائِعِ أُخْرَى مَجَاوِرَةٍ لِلْوَاقِعَةِ الْأَصْلِيَّةِ الْمَجْهُولَةِ الْمَطْلُوبِ إِثْبَاتِهَا، بِحَيْثُ يُفْتَرَضُ الْقَاضِي أَنْ ثُبُوتُ الْوَاقِعَةِ الثَّانِيَةِ الْمَعْلُومَةِ هُوَ بِمَثَابَةِ ثُبُوتِ لِلْوَاقِعَةِ الْأُولَى الْأَصْلِيَّةِ مَحَلَّ النَّزَاعِ الْمَجْهُولَةِ.

مع العلم بأن هناك علاقة قوية ووثيقة لا يمكن إغفالها أو تجاهلها بين القرائن القضائية كوسيلة من وسائل الإثبات المدني، وبين البينة (شهادة الشهود) كوسيلة من وسائل الإثبات المدني، حيث أن مجال أو نطاق الإثبات بالقرائن القضائية، يتحدد وينحصر فقط فيما يجوزُ إثباته بشهادة الشهود فقط، فلا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا الوقائع والتصرفات التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود فقط، والناظر للحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود يلاحظ بأن هناك حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل، وهناك حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود استثناءً، هذا بالإضافة إلى أن هناك حالات لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود.

ومن هنا يتضح لنا الاتصال الوثيق بين القرائن القضائية وشهادة الشهود كوسيلتين من وسائل الإثبات المدني، فهما وسيلتين متلازمتين في الإثبات إن صحَّ التعبير، أي بمعنى أن ما يجوز إثباته بشهادة الشهود يجوز إثباته بالقرائن القضائية والعكس صحيح، أي أن ما لا يجوز إثباته بشهادة الشهود لا يجوز إثباته بالقرائن القضائية كذلك، وبناءً على ذلك يمكن القول بأن الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية هي نفسها الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود فقط دون غيرها، هذا بالإضافة إلى أن جميع الأحكام التي تنطبق على مدى جواز إثبات التصرفات المختلفة بشهادة الشهود من عدمه، تنطبق تماماً كما هي على القرائن القضائية، كما سنرى خلال الشرح في هذا البحث بالتفصيل.

### ثانياً/ أهمية البحث:

تظهر أهمية هذا البحث جلياً من ناحيتين، الأولى الناحية العملية حيث إن دراسة موضوع نطاق الإثبات بالقرائن القضائية في الإثبات المدني ودور القاضي فيه يعتبر أحد أهم المقومات الأساسية في القانون الإجرائي المنظم لسبل الحماية القضائية للحقوق المتنازع عليها، وهذا يساعد في الفصل في تلك النزاعات ويُمكننا من الوصول للحقيقة

والعدالة؛ لأنه لا يمكن بحال من الأحوال أن يتم تجريد القاضي من دوره في الإثبات بشكل كامل؛ لأن القيام بذلك يؤدي إلى إهدار الحقوق ونشوء مزيداً من النزاعات والشقاكات بين أفراد المجتمع، وبالتالي نصبح أمام حالة من عدم الاستقرار داخل المجتمع، لذلك كان يجب أن يتمتع القاضي بدور إيجابي عند ممارسة دوره في النظر في أدلة الإثبات المختلفة.

وأما الناحية الثانية فتتمثل بالناحية العلمية، حيث نجد أن دراسة موضوع نطاق الإثبات بالقرائن القضائية في الإثبات المدني ودور القاضي فيه له أهمية كبيرة من الناحية العلمية، حيث تتجلى هذه الأهمية بشكل واضح في أن قيامنا بالبحث في هذا الموضوع سيمكننا من التعرف بشكل أثر تعمقاً مجال الإثبات بالقرائن القضائية باعتبارها وسيلة مهمة جداً من وسائل الإثبات، كما أنه سيجعلنا نتعرف على الدور الذي يلعبه القاضي تجاه ذلك، حيث يتمتع القاضي بدور إيجابي تجاه أدلة الإثبات المختلفة مع إختلاف ذلك الدور من وسيلة إثبات لأخرى، بالإضافة لذلك تظهر أهمية دراسة هذا الموضوع في أن الإثبات المباشر قد لا يكون متاحاً دائماً في الدعوى ففي هذه الحالة يتم اللجوء للإثبات غير المباشر من خلال القرائن القضائية.

### ثالثاً / إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية هذا البحث في محاولة التعرف على التصرفات القانونية والوقائع التي يجوز إثباتها بالقرائن القضائية باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات المدني، والدور الذي يقوم به القاضي تجاه تلك التصرفات، وكذلك التعرف على مدى سلطة القاضي التقديرية تجاهها ودوره فيها، وهذه الإشكالية تثير تساؤل في غاية الأهمية ألا وهو:

هل مَبْلَغُ مَحَلِّ التَّصَرُّفِ (النَّصَابِ) الَّذِي نَصَّ عَلَيْهِ الْقَانُونُ، وَالَّذِي يَتِمُّ مِنْ خِلَالِهِ تَحْدِيدُ نَوْعِ الْوَسِيلَةِ الَّتِي يُسْمَحُ لِلشَّخْصِ بِاسْتِخْدَامِهَا لِإثْبَاتِ ادِّعَائِهِ وَالتِّي مِنْهَا الْقَرَائِنُ الْقَضَائِيَّةُ،

كافيًا ومُناسبًا في الوقت الحاضر؟ أم أن ذلك المبلغ يُعتبر قليل وغير مُناسب مع الظروف التي نَحْيَاهَا؟

#### رابعاً/ أهداف البحث:

على الرغم من الأهمية العملية والعلمية لدراسة موضوع نطاق الإثبات بالقرائن القضاية في الإثبات المدني ودور القاضي فيه، وعلى الرغم من أن الباحثين والفقهاء وشرح القانون قد تناولوا هذا الموضوع في مؤلفاتهم، إلا أنهم لم يتناولوا دراسة هذا الموضوع بالشكل الذي تناولته خلال دراستي هذا البحث، هذا كله ما دفع الباحث إلى أن يتناول هذا الموضوع على شكل بحث يكون جامعاً مانعاً، بحيث يكون هذا البحث معمق ومتكامل وشامل لكل صغيرة وكبيرة تتعلق بموضوع نطاق الإثبات بالقرائن القضاية في الإثبات المدني ودور القاضي فيه وسلطته تجاه ذلك، لمّا لهذا الموضوع من أهمية كبيرة كما ذكرنا.

#### خامساً/ فرضيات البحث:

يشير دراسة موضوع نطاق الإثبات بالقرائن القضاية في الإثبات المدني ودور القاضي فيه مجموعة من الفرضيات، وهي على النحو الآتي:

١. الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضاية أصلاً.
٢. الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضاية استثناءً.
٣. الحالات التي لا يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضاية.

#### سادساً/ منهجية البحث:

اتبعت خلال دراستي لموضوع نطاق الإثبات بالقرائن القضاية في الإثبات المدني ودور القاضي فيه المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال قيامي بتحليل نصوص قانون البنات في المواد المدنية والتجارية الفلسطينية رقم (٤) لسنة (٢٠٠١) المتعلقة بموضوع البحث وتقييم هذه النصوص ومقارنتها بغيرها من النصوص الواردة في قانون

الإثبات المصري في المواد المدنية والتجارية رقم (٢٥) لسنة (١٩٦٨) بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المعدل بالقوانين (٢٣) لسنة (١٩٩٢)، (١٨) لسنة (١٩٩٩)، (٧٦) لسنة (٢٠٠٧) مسترشداً في ذلك بالكتب القانونية وما ذهب إليه الفقهاء وما استقر عليه القضاء بخصوص موضوع الدراسة.

سابعاً/ خطة البحث:

المبحث الأول/ الحالات التي يجوز الإثبات فيها بالقرائن القضائية بحسب الأصل ودور القاضي في تقديرها.

المبحث الثاني/ الحالات التي يجوز الإثبات فيها بالقرائن القضائية استثناءً ودور القاضي في تقديرها.

المبحث الثالث/ الحالات التي لا يجوز الإثبات فيها بالقرائن القضائية ودور القاضي في تقديرها.

## المبحث الأول

### الحالات التي يجوز الإثبات فيها بالقرائن القضائية

#### بحسب الأصل ودور القاضي في تقديرها

نصت الفقرة الأولى من المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري على أنه "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف جنيه، أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"، ويُقابِلها في القانون الفلسطيني الفقرة الأولى من نص المادة (٦٨) من قانون البيّنات، مع اختلاف قيمة النّصاب بينهما، حيث حدّد المشرع الفلسطيني النّصاب بمائتي دينار أردني، وذلك على العكس من المشرع المصري الذي حدّدته بألف جنيه. يتبيّن من هذا النص أن هناك ثلاث حالات يجوز إثباتها بشهادة الشهود، وكذلك يجوز إثباتها بالقرائن القضائية، حيث تتمثّل هذه الحالات بالوقائع المادية، وكذلك التصرفات التجارية، وأخيراً التصرفات المدنية التي لم تتجاوز النّصاب، وتفصيل هذه الحالات على النحو الآتي:

## المطلب الأول

### الوقائع المادية دون التصرفات القانونية التي تزيد عن النصاب

محل الإثبات يجب أن ينصبَّ على واقعة مُعيَّنة، وهذه الواقعة إما أن تكون عبارة عن تصرف قانوني وإما أن تكون واقعة مادية، فالوقائع المادية هي أمر محسوس يُرتَّب عليه القانون أثرًا، سواء أكان ذلك الأمر إراديًا أم غير إراديًا<sup>(١)</sup>، وهذه الوقائع - أي الوقائع المادية - يجوز إثباتها بكلِّ طُرُق ووسائل الإثبات؛ وذلك لأن طبيعة هذه الوقائع لا تسمح بتهيئة الدليل الكتابي مُسبقًا من أجل إثباتها، هذا بالإضافة إلى أنها تُعتبر وقائع محسوسة يراها عامة الناس، ولا تختلف مداركهم كثيرًا في روايتها، كما أن الوقائع المادية ليست على درجة كبيرة من الدقة والتعقيد كما هو الحال في التصرفات القانونية<sup>(٢)</sup>، فلذلك هذه الأسباب فإنه يجوز إثبات الوقائع المادية بكلِّ طُرُق الإثبات.

وهذا على العكس تمامًا من التصرفات القانونية التي تتم في العادة وتقع مع أخذ الكثير من التدبُّر والإحتياط، ويكون لها أهميَّة كبيرة بين الناس، فلذلك أوجب القانون إثباتها بالكتابة - إذا زادت عن النصاب -، وهذا الأمر غير موجود في الوقائع المادية التي في العادة ما تقع فجأةً وبدون توقُّع من أحد، الأمر الذي يجعل من تهيئة الدليل سلفًا لإثباتها

(١) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ٢٤٩.

(٢) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص ١١٨؛ فايز أحمد عبد الرحمن خليل: الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون المصري والقانون الليبي، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م، دار النهضة العربية، ص ٦٩٧؛ حامد بن حمد بن سالم البراشدي: حجية القرائن في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، عمان، ٢٠١٠، ص ٨٠.

أمرًا صعبًا لهذا أجاز القانون إثباتها بكل وسائل الإثبات، والتي منها شهادة الشهود والقرائن القضاية أيًا كان نوع الواقعة وقيمتها<sup>(١)</sup>.

وبناءً على ما سبق يُمكن القول أن هناك فرقًا كبيرًا بين التصرف القانوني والواقعة المادية، فالتصرف القانوني تتجه فيه إرادة الأطراف إلى إحداث أثر قانوني معين، فيرتب عليها القانون ذلك الأثر، ولما كان للإرادة مظهر خارجي يتمثل بالتعبير عنها، فإن القانون تطلب ألا يكون إثبات هذا التعبير كقاعدة عامة إلا بالكتابة؛ وذلك لأن التعبير عن الإرادة يتجه لإحداث أثر قانوني دقيق قد لا يفهموه الشهود ولا يُدركون معناه وبالتالي فلا يؤدون الشهادة فيه بالدقة المطلوبة، هذا بالإضافة إلى أن التصرف القانوني يكون فيه باستطاعة الأطراف تهيئة الدليل الكتابي وقت حدوثه، لذلك فإن اشتراط إثباته بالكتابة يُعتبر أمرًا ميسورًا، أما الوقائع المادية فهي ليست كذلك بل تحدث ويرآها الناس، ولا تختلف أفعالهم كثيرًا في روايتها، ولا تحتاج إلى الدقة المطلوبة في التصرف القانوني<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير ذكره في هذا الإطار أن الوقائع المادية تتنوع فمنها ما يرد على الطبيعة، مثل حدوث حريق أو فيضان أو مرض موت أو زلازل، ومنها ما يرد على الإنسان، مثل الفعل الضار أو عيوب الإرادة أو علم المتعاقد بسفه المتعاقد الآخر<sup>(٣)</sup>.

(١) نبيل إبراهيم سعد: الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، ٢٠٠٨، ص ١٧٩.

(٢) عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، الفقه - القضاء - الصبغ القانونية، ٢٠٠٢، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٣٦٩، ٣٧٠.

(٣) عفيف محمد أبو كلوب: أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، شرح موجز لقانون البينات الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠٠١م، الطبعة الأولى، ٢٠١٤ - ١٤٣٥هـ، ص ٢٥٣.



فالوقائع المادية قد تكون طَبِيعِيَّةً، وَيُقَصَّدُ بها هي تلك الوقائع التي لا دَخَلَ لإرادة الإنسان فيها، كالموت والعته وغيرهما، وقد تكون وقائع مادية اختيارية، وهذه الوقائع هي التي تَحْدُثُ بإرادة الإنسان وَبِتَدْخُلِهِ كَالْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ وَالْإِثْرَاءِ عَلَى حِسَابِ الْغَيْرِ وَكَالْفِعْلِ الضَّارِّ وَالْفِعْلِ النَّافِعِ<sup>(١)</sup>، فَهَذَا الْأَعْمَالُ المادية ذاتها هي التي تكون مَصْدَرًا لِلاتِّزَامِ، وَقَدْ يَكُونُ الْقَصْدُ مِنَ الْوَقَائِعِ المادية من مَحْدِثِهَا تَرْتِيبَ الْأَثَرِ الْقَانُونِيِّ الْمُرْتَبِّبِ عَلَيْهَا كَمَا فِي الْحَيَاةِ وَالِاسْتِيْلَاءِ وَالْبِنَاءِ وَالْغِرَاسِ فِي الْإِلْتِصَاقِ فِي هَذِهِ الْأَمْثَلَةِ تُعْتَبَرُ الْوَقَائِعُ المادية سَبَبًا لِكَسْبِ مِلْكِيَّةِ الْحُقُوقِ الْعَيْنِيَّةِ، وَقَدْ لَا يَكُونُ الْقَصْدُ مِنْ وَرَاءِ الْوَقَائِعِ المادية من مَحْدِثِهَا تَرْتِيبَ أَثَرٍ قَانُونِيِّ عَلَيْهَا، كَمَا فِي الْعَمَلِ غَيْرِ الْمَشْرُوعِ مَثَلًا<sup>(٢)</sup>.

فَالْمَلَاخَظُ فِي هَذِهِ الْأَمْثَلَةِ عَلَى الْوَقَائِعِ المادية أَنَّهَا تَتَمَثَّلُ فِي ظُرُوفٍ خَارِجِيَّةٍ تُحِيطُ بِأَحَدِ الْأَطْرَافِ، وَتَحْدُثُ فَجْأَةً وَبِدُونِ تَوْقُعٍ أَوْ تَرْتِيبِ مُسَبِّقٍ لِحُدُوثِهَا، مِمَّا يَسْتَحِيلُ عَلَى ذَلِكَ الْمُتَعَاقِدِ إِثْبَاتَهَا بِالْكِتَابَةِ، لِهَذَا سَمَحَ وَأَجَازَ الْقَانُونُ لِلْخُصُومِ إِثْبَاتَهَا بِكُلِّ وَسَائِلٍ وَطُرُقِ الْإِثْبَاتِ بِمَا فِيهَا الشَّهَادَةُ وَالْقِرَائِنُ الْقَضَائِيَّةُ<sup>(٣)</sup>.

نَسْتَخْلِصُ مِنْ جَمِيعِ مَا سَبَقَ شَرْحَهُ أَنَّ الْوَقَائِعَ المادية يَجُوزُ إِثْبَاتُهَا بِكُلِّ طَرُقِ الْإِثْبَاتِ، وَهَذَا أَيْضًا مَا قَضَتْ بِهِ مَحْكَمَةُ النِّقْضِ الْمِصْرِيَّةُ بِقَوْلِهَا "أَنَّهُ وَكَانَ أَنْفَرَادٌ أَحَدُ الشَّرَكَاءِ بِإِدَارَةِ الشَّرِكَةِ خِلَافًا لِمَا تَضَمَّنَهُ الْعَقْدُ وَمُدَّةُ اسْتِمْرَارِهَا الْفِعْلِيِّ وَمَقْدَارُ مَا انْتَجَتْهُ أَثْنَاءَ قِيَامِهَا

(١) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

(٢) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١١٨؛ عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٧٠.

(٣) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

هو من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ولا مخالفة في ذلك لما هو ثابت في العقد، ومن ثم فلا على المحكمة إن هي ندبت خبيراً لبحث الوقائع المادية سالفة البيان وصرحت له بسماع شهود دون حلف يمين<sup>(١)</sup>.

**وَهَذَا نَحْنُ نَسْأَلُ مَاذَا لَوْ كَانَ التَّصَرُّفُ الْمُرَادُ إِثْبَاتَهُ بِالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ يَتَّصِفُ بِعُنْصُرَيْنِ، أَحَدُهُمَا تَصَرُّفٌ قَانُونِي وَالْآخَرُ وَاقِعَةٌ مَادِيَّةٌ، فَكَيْفَ يَتِمُّ إِثْبَاتُهُ؟**

إذا كان التَّصَرُّفُ الْمُرَادُ إِثْبَاتَهُ يَتَّصِفُ بِعُنْصُرَيْنِ أَحَدُهُمَا تَصَرُّفٌ قَانُونِي، وَالْآخَرُ وَاقِعَةٌ مَادِيَّةٌ، فَفِي هَذِهِ الْحَالَةِ تَسْرِي الْقَوَاعِدُ الْعَامَّةُ فِي الْإِثْبَاتِ عَلَى التَّصَرُّفِ الْقَانُونِيِّ، بَيْنَمَا يَجُوزُ إِثْبَاتُ الْوَاقِعَةِ الْمَادِيَّةِ بِكُلِّ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ، وَالتِّي مِنْ ضَمَنِهَا شَهَادَةُ الشُّهُودِ وَالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ، فَمَثَلًا أَنْ يَكُونَ مَحَلُّ الْإِثْبَاتِ خَطَأً تَعَاقُدِيًّا، يَتِمُّ فِي الْإِخْلَالِ بِاللِّتِمَامِ، أَوْ كَانَ يَتِمُّ فِي الْإِثْبَاتِ عَنِ الْعَمَلِ، فَهَذَا يَتِمُّ إِثْبَاتُ الْعَقْدِ بِالْكِتَابَةِ، أَمَّا الْوَاقِعَةُ الْمَادِيَّةُ الْمُتَمَثِّلَةُ فِي الْإِخْلَالِ بِاللِّتِمَامِ، فَتَتِمُّ إِثْبَاتُهَا بِكُلِّ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ<sup>(٢)</sup>.

وكذلك أيضًا الحِيزَةُ مَثَلًا، وَإِنْ كَانَتْ تُعْتَبَرُ وَاقِعَةٌ مَادِيَّةٌ يَجُوزُ إِثْبَاتُهَا بِالشَّهَادَةِ وَالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ، إِلَّا أَنَّهَا قَدْ تَتَّصِفُ وَتَنْطَوِي عَلَى تَصَرُّفِ قَانُونِي، كَمَا فِي حَالَةِ ادِّعَاءِ الْمَالِكِ بِأَنَّ الْحَائِزَ لِلْعَيْنِ هُوَ مُسْتَأْجِرٌ مِنْهُ، فَهَذَا يَقَعُ عَلَى عَاتِقِ الْمَالِكِ عِبءُ إِثْبَاتِ عَقْدِ الْإِجَارِ، وَهَذَا الْأَمْرُ هُوَ تَصَرُّفٌ قَانُونِي يَجِبُ عَلَى الْمَالِكِ أَنْ يَتَّقِيَدَ فِي إِثْبَاتِهِ بِالْقَوَاعِدِ الْعَامَّةِ، وَبِالتَّالِيِ فَإِنَّ عَقْدَ الْإِجَارِ لَا يُثْبِتُ إِذَا تَجَاوَزَ النَّصَابَ الْمُحَدَّدَ قَانُونًا إِلَّا بِالْكِتَابَةِ، أَمَّا إِذَا ادَّعَى الْحَائِزَ بِأَنَّهُ قَدْ تَمَلَّكَ الْعَيْنَ بِمُرُورِ الزَّمَنِ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ لِلْمَالِكِ هُنَا أَنْ يَنْفِي ذَلِكَ الْادِّعَاءَ -أَيَّ ادِّعَاءِ الْحَائِزِ بِالْمِلْكِيَّةِ-، وَذَلِكَ بِأَنَّ يُثْبِتَ أَنَّ الْحَائِزَ لَمْ يَقُومَ بِأَعْمَالِ الْحِيزَةِ إِلَّا بِوَضْفِهِ

(١) الطعن رقم ٢١٣ - لسنة ٣٩ ق - تاريخ الجلسة ٢٦ / ١١ / ١٩٧٤ - مكتب فني ٢٥ - الجزء

الثاني، ص ١٢٩١.

(٢) أسامة روبي عبد العزيز الروبي: الوسيط، مرجع سابق، ص ١٨٠، ١٨١.

مُسْتَأْجِرًا، وهو - أي المالك - يَسْتَطِيعُ أَنْ يُثْبِتَ الْحَيَازَةَ وَالْإِجَارَ بِكُلِّ طَرُقِ الْإِثْبَاتِ؛ لِأَنَّ الْحَيَازَةَ وَالْإِجَارَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ يُعْتَبَرُ كَلًّا مِنْهُمَا وَقَاعَةُ مَادِيَةٍ<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير ذِكرُهُ فِي هَذَا السِّيَاقِ أَحْيَرًا أَنَّ وَصْفَ الْوَاقِعَةِ الْقَانُونِيَّةِ بِأَنَّهَا تَصَرُّفًا قَانُونِيًّا، أَوْ أَنَّهَا مُجَرَّدُ فِعْلًا مَادِيًّا يُعْتَبَرُ مَسْأَلَةً قَانُونًا، وَبِالتَّالِي فِي إِنْ مَحْكَمَةُ الْمَوْضُوعِ تَخَضَعُ فِي تَقْدِيرِهَا لِلْوَاقِعَةِ بِأَنَّهَا وَقَاعَةُ مَادِيَةٍ أَمْ تَصَرُّفٌ قَانُونِيٌّ لِرَقَابَةِ مَحْكَمَةِ النِّقْضِ<sup>(٢)</sup>؛ لِأَنَّ مَحْكَمَةَ النِّقْضِ تَخْتَصُّ بِالفِصْلِ فِي الْمَسَائِلِ الْقَانُونِيَّةِ فَقَطْ دُونَ الْمَوْضُوعِيَّةِ، فَهِيَ مَحْكَمَةُ قَانُونٍ وَليست مَحْكَمَةُ مَوْضُوعٍ.

(١) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١١٩؛

عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٧١.

(٢) قدرى عبد الفتاح الشهاوى: الإثبات مناطه وضوابطه في المواد المدنية والتجارية في التشريع

المصري والمقارن، ماهيته - دعامته - ضوابطه - نظرياته - طرقه وأساليبه - محله - عبئه - تقسيماته:

الكتابة - الورقة الرسمية - الورقة العرفية - الدفاتر التجارية - اليمين - البيئة - حجية الأمر المقضي به -

نصوصا - فقها - قضاء - تحليلا - قيودا - أوصافا - منشأة المعارف بالإسكندرية، ص ٢٨٦، ٢٨٧؛

يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٢٠.

## المطلب الثاني

### التصرفات التجارية دون المدنية التي تزيد عن النصاب

التصرفات التجارية بشكل عام يجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات، بما فيها شهادة الشهود والقرائن القضائية؛ وألعل من جواز ذلك هو ما تقتضيه طبيعة التصرفات والمعاملات التجارية من السرعة والأتمان، وما تستلزمه هذه المعاملات من التيسير والبساطة عند إبرامها<sup>(١)</sup>، فلو تم اشتراط الكتابة من أجل إثبات التصرفات التجارية، فإن ذلك يتنافى مع ما تقوم عليه تلك التصرفات، فهذه التصرفات تقوم بالأساس على السرعة في التعامل والثقة المتبادلة بين الأطراف، لهذا أجاز القانون بحسب الأصل إثبات التصرفات التجارية بكل طرق الإثبات، بما فيها البيّنة والقرائن القضائية أيًا كانت قيمة ذلك التصرف، ويُسْتثنى من ذلك بعض الأعمال التجارية التي لا يجيز القانون إثباتها إلا بالكتابة، كالأوراق التجارية والشركات التجارية وبيع وإيجار السفن وغيرهم<sup>(٢)</sup>.

وبناءً على ذلك فإنه يجوز للخصم في التصرفات التجارية أن يُقدّم للقاضي ما يدُلُّ على وجود قرينة لإثبات ادعائه، وأن يُقدّم من الأدلة ما يُثبت واقعة مُعيّنة، فإذا استطاع ذلك فللقاضي أن يستنبط من الواقعة التي تُثبت ما يُدلل وما يُثبت الواقعة المجهولة، وكذلك إذا وجد القاضي من تلقاء نفسه من خلال الأدلة المُقدّمة في الدعوى، أو في غيرها من محاضر التحقيق قضائي أو الإداري أو الجنائي واقعة ثابتة يُمكن الاستدلال من خلالها على الواقعة المجهولة، فيمكن له -أي للقاضي- أن يستنبط منها قرينة قضائية، ويبيّن عليها حكمه.

(١) عبد الله خليل الفراء، يوسف عبد الله الغرابوي: الوجيز في شرح قانون البينات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤ م، ص ١٦٨.

(٢) فايز أحمد عبد الرحمن خليل: الإثبات، مرجع سابق، ص ٦٩٨؛ عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

على أنه يجب التنبؤ به إلى عدد من الأمور التي تتعلق بهذا الخصوص فالأمر الأول يتمثل في أن الإثبات بالبينة والقرائن القضائية في الأمور والمسائل التجارية هو أمر جَوَازِي للقاضي، وذلك كما هو الحال بالنسبة للإثبات بهما في أية مسألة أخرى، فالقاضي هو الذي يُقدَّر إذا ما كان الإثبات بالبينة والقرائن القضائية مُستَسَاغاً من عدمه، ومن ثمَّ يقوم بعد ذلك بتقدير إذا ما كانت البينة أو القرائن القضائية المُقدَّمة للإثبات كافية لتكوين قناعته حَوْل صِحَّة أو عدم صِحَّة الواقعة المراد إثباتها أم غير كافية، فللقاضي في المسائل التجارية أن يَرْفُضَ الإثبات بالبينة والقرائن القضائية إذا رأى بأنَّ الإثبات بهما غير مُستَسَاغاً، وله أن يَطْلُبَ تَعْرِيزَ الإثبات بالبينة أو بالقرائن القضائية بالكتابة، لاسيما إذا كانت التصرُّفات المراد إثباتها كَبِيرَةً القيمة، أو كانت مما يَصْعُبُ ضَبْطُهُ بِغَيْرِ الكتابة<sup>(١)</sup>.

**أما الأمر الثاني** فيتَّجَمُّعُ في أنه ولكي يجوز الإثبات بالقرائن القضائية يجب أن يكون التصرُّف تجارياً بالنسبة للطرفين، فإذا كان التصرُّف مدنياً بين طرفيه فيخضع فيه الإثبات للقواعد العامة، فلا يجوز إثباته إلا بالكتابة إذا كانت قيمته تجاوز النصاب، أما العكس فيجوز إثباته بكل طرق الإثبات، أما إذا كان التصرُّف تجارياً ومُتعلِّقاً بأعمال تجارية، أو جاء بمُناسبتِها وبيّن تجاراً، فهنا يُعتَبَرُ تَصَرُّفاً تجارياً، وبالتالي فإنه يجوز للتاجر أن يُثَبِّتَ وجوده أو إنقضاءه بالشهادة وكذلك القرائن القضائية، أما إذا كان التصرُّف تجارياً بالنسبة لأحد أطرافه ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر، فإن الإثبات بالبينة والقرائن القضائية لا يُمكن قَبُولُهُ، إلا إذا كان موجهاً ضدَّ الشخص الذي يحملُ صفة التاجر، فمثلاً عقْد المَقَاوِلَةِ يُعتَبَرُ تجارياً بالنسبة للمقاول، وبالتالي يجب عليه الإثبات بالكتابة، بينما يُعتَبَرُ مدنياً بالنسبة لصاحب البناء، فله أن يُثَبِّتَ دَعْوَاهُ بِكُلِّ طُرُقِ الإثبات بِغَضِّ النَّظَرِ عن قيمة التصرُّف<sup>(٢)</sup>.

(١) عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

(٢) سامي محمود مقداد: طرق الإثبات في ضوء أحكام قانون البينات الفلسطيني فقهاً وقضاءً، الطبعة

بمعنى أنه إذا أبرم التصرف القانوني بين شخصين، وكان بالنسبة لكل منهما تصرفاً مدينياً فإن الإثبات بالبينة والقرائن القضائية هنا لا يجوز، إلا فيما لا يجاوز النصاب، أما إذا أبرم التصرف القانوني بين شخصين، وكان بالنسبة لكل منهما تصرفاً تجارياً، فإن الإثبات بالبينة والقرائن القضائية هنا يكون جائزاً آتياً كانت قيمة التصرف القانوني، أما إذا أبرم التصرف القانوني بين شخصين، وكان تصرفاً مدينياً بالنسبة لأحدهما، وتجارياً بالنسبة للآخر، كعقد النشر مثلاً بين المؤلف والتأشير، أو عقد النقل بين المسافر والنقل، أو صاحب بضاعة والنقل، فهنا يسمى هذا التصرف بالتصريف المختلط، وبناءً عليه فإن قواعد الإثبات المدنية تسري على من كان التصرف يُعتبر مدينياً بالنسبة إليه، بينما تسري قواعد الإثبات المتعلقة بالبينة والقرائن القضائية بالنسبة للشخص الذي يُعتبر التصرف تجارياً بالنسبة إليه، ولذلك لا يجوز الإثبات بالبينة والقرائن تسليم البضاعة إلى صاحبها من أمين النقل، أو تسليم الأرباح للمؤلف إلا فيما لا يجاوز النصاب فقط<sup>(١)</sup>.

**أما الأمر الثالث** فيتمثل في أن العبرة في الإثبات في المواد التجارية هي بطبيعة التصرف الذي وصفه الخصوم، بغض النظر عن المحكمة المختصة بنظره، فمثلاً قد يقع التصرف من شخصين، ويُعتبر لكل منها تصرفاً مدينياً، فهنا يخضع هذا التصرف في إثباته لقواعد إثبات التصرفات المدنية حتى ولو كان طرفاً التصرف تاجرَيْن كأعمال التبرع مثلاً، والعكس صحيح فقد يكون التصرف تجارياً لكلا الطرفين مع أنهما ليسا تاجرَيْن، فهنا يكون إثباته جائزاً بأي من وسائل الإثبات، وقد يكون التصرف تجارياً بالنسبة لطرف ومدينياً للآخر كما في الأعمال التجارية المختلطة فهنا يكون الإثبات جائزاً بأي وسيلة من وسائل الإثبات بالنسبة للطرف الذي كان التصرف تجارياً بالنسبة له<sup>(٢)</sup>.

(١) قدرى عبد الفتاح الشهاوى: الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٩٢، ٢٩٣؛ عبد الحميد الشواربي: التعليق

الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٧٨.

(٢) نبيل إبراهيم سعد: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ٢٠٠٨، مرجع سابق، ص ١٨٠.

**أمّا الأمر الرابع** فَيَتَمَثَّلُ في أَنَّ محكمة النقض المصرية قد حَكَمَت بجواز إثبات التَّصَرُّفَاتِ التجارية بِكُلِّ وسائل الإثبات، حتى ولو انصَرَفَ الإثبات إلى ما يُخَالِفُ ما هو ثابتٌ بالكتابة، وذلك ما لم يُوجَد نصٌّ يَقْضِي بِخِلَافِ ذلك، حيث نَصَّت على أَنَّ "إثبات وُجُودِ الدُّيُونِ التجارية وانقضائها في علاقة المَدِينِ بالدائن الأصلي طَلِيقٌ من القُيُودِ التي وَضَعَهَا الشارِعُ لِمَا عَدَاهَا من الدُّيُونِ في المواد ٤٠١ - ٤٠٣ من القانون المدني فيجوز الإثبات في المواد التجارية - إلا ما استثني بِنصِّ خاص - بِكَافَّةِ طُرُقِ الإثبات القانونية حتى لو انصَرَفَ الإثبات إلى ما يُخَالِفُ ما هو ثابتٌ بالكتابة..."<sup>(١)</sup>.

إذَنَ يجوز إثبات التَّصَرُّفَاتِ التجارية بِأَيِّ وسيلة من وسائل الإثبات ما لم يُوجَد نصٌّ يَقْضِي بِخِلَافِ ذلك، فَمَثَلًا عَقُودُ شَرِكَاتِ التَّضَامُنِ وَشَرِكَاتِ التَّوَصِيَّةِ وَالْمُسَاهِمَةِ يَجِبُ الإثبات فيهم بالكتابة؛ لأن القانون اشترط ذلك، أمَّا شَرِكَاتِ الوَاقِعِ فيجوز إثباتها بشهادة الشهود والقرائن القضائية، حيث قضت محكمة النقض المصرية بذلك حين نَصَّت في حُكْمٍ لها على أَنَّهُ "أَبَاحَ القانون في المواد التجارية الإثبات بالبينة كَقَاعِدَةٍ عامة ما لم يُوجَد نصٌّ يَقْضِي بِعَیْرِ ذلك في قانون التَّجَارَةِ أو القانون البَحْرِي، وَلَمَّا كان قانون التَّجَارَةِ لم يُوجِب الكتابة للإثبات إِلَّا بِالنَّسْبَةِ لِعَقُودِ شَرِكَاتِ التَّضَامُنِ وَالتَّوَصِيَّةِ وَالْمُسَاهِمَةِ، أمَّا شَرِكَاتِ الوَاقِعِ فَإِنَّهُ يجوز إثبات وُجُودِهَا بالبينة..."<sup>(٢)</sup>.

**أمّا الأمر الخامس** فَيَتَمَثَّلُ في أَنَّ الإثبات بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية في المسائل التجارية هو أمرٌ جَوَازِيٌّ للمحكمة، فَلَهَا مِثْلًا أَنْ تَرَفُضَ الاستجابة لطلب

(١) الطعن رقم ٧٠ - لسنة ٣٦ق - تاريخ الجلسة ٢٣/٠٤/١٩٧٠ - مكتب فني ٢١ - الجزء الأول، ص ٦٩٣.

(٢) الطعن رقم ٧١٧ - لسنة ٤٧ق - تاريخ الجلسة ١٢/٠٥/١٩٨٠ - مكتب فني ٣١ - الجزء الثاني، ص ١٣٣٦.

الإثبات بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية متى كانت عقيدتها قد تَكَوَّنَتْ من خلال ظُرُوفٍ وَمُلاَبَسَاتِ الدَّعْوَى والأدلة المُقَدَّمَة فيها، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بِقَوْلِهَا "الإثبات بالبينة في المسائل التجارية أمرٌ رَجَوَازِي لمحكمة الموضوع كما هو شأن الإثبات بالبينة في آيَة مسألة أُخْرَى، فَهَآ في المسائل التجارية أَنْ تَرْفُضَ الاستجابة إليه متى رَأَتْ من ظُرُوفِ الدَّعْوَى والأدلة التي اسْتِنَدَتْ إليها مَا يَكْفِي لِتَكْوِينِ عقيدتها"<sup>(١)</sup>.

**أما الأمر السادس فيتمثل في أن هناك ثلاثة حالات لا يجوز فيها إثبات المعاملات التجارية إلا بالكتابة، وبالتالي فإنه لا يجوز الإثبات في هذه الحالات بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية أو بكليهما أو بغيرهما من وسائل الإثبات الأخرى، وتوضيح هذه الحالات وشرحها على النحو الآتي:**

**الحالة الأولى/ الاتفاق:** أي إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على وجوب إثبات التصرف أو المعاملة التجارية بالكتابة<sup>(٢)</sup>، حيث يجوز للتجار الاتفاق فيما بينهم على أن يقوموا بإثبات تصرفاتهم التجارية بالكتابة، فلهم أن يتفقوا على ذلك بغض النظر عن قيمة تلك التصرفات، حتى ولو كانت قيمتها أقل من النصاب، وحتى لو كان القانون بالأصل يجيز إثباتها بكل طرق الإثبات، فإذا تم مثل هذا الاتفاق فإن الكتابة في هذه الحالة تكون واجبة، ويكون هذا الاتفاق صحيحاً؛ وذلك لأن أصل الإباحة في الإثبات في المواد التجارية ليس من النظام العام، فلذلك تجوز مخالفته<sup>(٣)</sup>.

(١) الطعن رقم ٢٣٦ - لسنة ٣٥ق - تاريخ الجلسة ٠٦/٠٥/١٩٦٩ - مكتب فني ٢٠ - الجزء الأول، ص ٧٣٢.

(٢) عفيف محمد أبو كلوب: أصول الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

(٣) سامي محمود مقداد: طرق الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٦٨.



وَالسَّبَب فِي جَوَازِ مِثْلِ هَذَا الْإِتِّفَاقِ بَيْنَ التُّجَّارِ؛ هُوَ أَنَّ الْقَوَاعِدَ الْمُتَعَلِّقَةَ بِالْإِثْبَاتِ لَا تُعْتَبَرُ مِنَ النِّظَامِ الْعَامِ؛ فَلِذَلِكَ يَجُوزُ لِلْأَطْرَافِ الْإِتِّفَاقَ عَلَى مُخَالَفَتِهَا صَرَاحَةً أَوْ ضِمْنًا، وَبِالنَّاتِلِيِّ فَإِنَّهُ يَجُوزُ لِلْأَطْرَافِ وَكَذَلِكَ لِلتُّجَّارِ الْإِتِّفَاقَ فِيمَا بَيْنَهُمْ عَلَى وَجُوبِ الْإِثْبَاتِ بِالْكِتَابَةِ، عَلَى الرَّغْمِ مِنْ أَنَّ الْقَانُونَ لَمْ يَشْتَرِطْ ذَلِكَ، وَهَذَا مَا قَضَتْ بِهِ مَحْكَمَةُ النِّقْضِ الْمِصْرِيَّةِ حَيْثُ قَضَتْ بِأَنَّ "قَوَاعِدَ الْإِثْبَاتِ لَيْسَتْ مِنَ النِّظَامِ الْعَامِ وَيَجُوزُ الْإِتِّفَاقُ عَلَى مُخَالَفَتِهَا صَرَاحَةً أَوْ ضِمْنًا"<sup>(١)</sup>.

وَقَدْ قَضَتْ مَحْكَمَةُ النِّقْضِ الْمِصْرِيَّةِ بِأَنَّ قَوَاعِدَ الْإِثْبَاتِ لَا تَتَعَلَّقُ بِالنِّظَامِ الْعَامِ، وَبِالنَّاتِلِيِّ يَجُوزُ لِلْخُصُومِ الْإِتِّفَاقَ عَلَى مُخَالَفَتِهَا فِي حُكْمِ آخِرِ لَهَا بِقَوْلِهَا "أَنَّ قَاعِدَةَ عَدَمِ جَوَازِ الْإِثْبَاتِ بِالْبَيِّنَةِ فِي الْأَحْوَالِ الَّتِي يَجِبُ فِيهَا الْإِثْبَاتُ بِالْكِتَابَةِ لَا تَتَّصِلُ بِالنِّظَامِ الْعَامِ وَلِذَلِكَ يَجُوزُ لِلْخُصُومِ الْإِتِّفَاقَ عَلَى مُخَالَفَتِهَا كَمَا يَجُوزُ لِصَاحِبِ الْحَقِّ فِي التَّمَسُّكِ بِهَا أَنْ يَتَنَازَلَ عَنْهُ..."<sup>(٢)</sup>.

وَبِمَا أَنَّ قَوَاعِدَ الْإِثْبَاتِ لَيْسَتْ مِنَ النِّظَامِ الْعَامِ فَلَا يَجُوزُ لِلْمَحْكَمَةِ أَنْ تَحْكُمَ مِنْ تَلَقُّاءِ نَفْسِهَا بِعَدَمِ جَوَازِ الْإِثْبَاتِ بِوَسِيلَةٍ مَعِينَةٍ إِنَّمَا يَجِبُ عَلَى صَاحِبِ الْمَصْلُحَةِ أَنْ يَتَمَسَّكَ أَمَامَ مَحْكَمَةِ الْمَوْضُوعِ بِذَلِكَ وَلَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِهِ لِأَوَّلِ مَرَّةٍ أَمَامَ مَحْكَمَةِ النِّقْضِ، وَهَذَا مَا قَضَتْ بِهِ مَحْكَمَةُ النِّقْضِ الْمِصْرِيَّةِ بِقَوْلِهَا "بِأَنَّ قَاعِدَةَ عَدَمِ جَوَازِ الْإِثْبَاتِ بِالْبَيِّنَةِ وَالْقَرَائِنِ فِيمَا يَجِبُ إِثْبَاتُهُ بِالْكِتَابَةِ لَيْسَتْ مِنَ النِّظَامِ الْعَامِ وَكَانَ الطَّاعِنُ لَمْ يَتَمَسَّكَ أَمَامَ مَحْكَمَةِ

(١) الطعن رقم ١٥٧ - لسنة ٤٠ ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ١٢ / ١٩٧٥ - مكتب فني ٢٦ - الجزء الثاني، ص ١٧١٤.

(٢) الطعن رقم ١٦٣ - لسنة ٢٧ ق - تاريخ الجلسة ١٥ / ١١ / ١٩٦٢ - مكتب فني ١٣ - الجزء الثالث، ص ١٠٣١.

الموضوع بعدم جواز إثبات العقد المستتر وعلم الطاعن به بالبينة والقرائن فإنه لا يجوز له التحدي بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض<sup>(١)</sup>.

**الحالة الثانية/ طبيعة المعاملة:** فإذا كانت طبيعة المعاملة لا تتواجد، أو لا تثبت إلا بالكتابة كتحرير الأوراق التجارية الكمبيالة، أو الشيك أو السند لأمر<sup>(٢)</sup>، فهنا لا يجوز إثبات هذه المعاملات إلا بالكتابة؛ لأنها لا توجد أصلاً على أرض الواقع إلا بالكتابة.

**الحالة الثالثة/ الكتابة ركن في العمل:** فإذا كانت الكتابة ركنًا في العمل حسب نص القانون، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة، فمثلاً عقود تكوين الشركات، وكذلك عقود بيع السفن أو إيجارها وعقود النقل البحري، لا تثبت إلا بالكتابة؛ وذلك لأن هذه العقود تنطوي على أهمية خاصة، هذا بالإضافة إلى أنها تستغرق وقتاً طويلاً، فلذلك نجد أن القانون قد اشترط إثباتها كتابةً<sup>(٣)</sup>.

أضف إلى ذلك أن هذه العقود القانون قد نصّ على أنه لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة، وهو أيضاً ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها "عقد النقل البحري ليس من العقود الشكلية فلا يبطل إذا لم يحرر بالكتابة إنما هو من العقود الرضائية التي لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة وإذ تنص المادة ٥٠ من القانون البحري على أن مشاركة إيجار السفينة يلزم أن تكون محررة بالكتابة في هذا النص هو بيان الدليل الذي يقبل في إثبات مشاركة إيجار السفينة حتى تكون كغيرها من عقود النقل البحري التي تخضع لشرط الإثبات بالبينة في المسائل التجارية"<sup>(٤)</sup>.

(١) الطعن رقم ٢٤٤- لسنة ٣١ ق- تاريخ الجلسة ٣٠ / ١٢ / ١٩٦٥- مكتب فني ١٦- الجزء الثالث،

ص ١٣٨٤.

(٢) عبد الله خليل الفراء، يوسف عبد الله الغرابوي: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٦٨؛ يوسف محمد المصاروة:

الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٣) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٢١.

(٤) الطعن رقم ٣١٠- لسنة ٣٠ ق- تاريخ الجلسة ١١ / ٠١ / ١٩٦٦- مكتب فني ١٧- الجزء الأول، ص ٧١.

وَأخِيرًا يَجِبُ التَّنْوِيهِ إِلَى أَنَّ قَوَاعِدَ الْإِثْبَاتِ كَمَا ذَكَرْتُ لَيْسَتْ مُتَعَلِّقَةً بِالنِّظَامِ الْعَامِّ، لِذَلِكَ فَإِنَّ الْإِتِّفَاقَ بَيْنَ التُّجَّارِ عَلَى ضَرُورَةِ الْإِثْبَاتِ بِالْكِتَابَةِ فَذَلِكَ يَتَطَلَّبُ اسْتِبْعَادَ الشَّهَادَةِ وَالْقِرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ مِنْ إِثْبَاتِ مَا يَدَّعِيهِ كُلًّا مِنْهُمْ قَبْلَ الْآخَرِ مِنْ تَصَرُّفَاتٍ قَانُونِيَّةٍ حَتَّى وَلَوْ كَانَتْ تِجَارِيَّةً؛ لِأَنَّ مِثْلَ هَذَا الْإِتِّفَاقِ يَكُونُ صَحِيحًا وَمُلْزَمًا لِجَمِيعِ الْأَطْرَافِ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ قَوَاعِدَ الْإِثْبَاتِ لَيْسَتْ مِنَ النِّظَامِ الْعَامِّ فَيَجُوزُ الْإِتِّفَاقُ عَلَى مَا يُخَالِفُهَا، إِلَّا أَنَّهُ وَبِالرَّغْمِ مِنْ ذَلِكَ فَإِذَا كَانَ التَّصَرُّفُ التِّجَارِيَّ ثَابِتًا بِالْكِتَابَةِ، فَيَجُوزُ إِثْبَاتُ مَا يُخَالِفُ الْكِتَابَةَ، أَوْ يَجَاوِزُهَا فِي هَذِهِ الْحَالَةِ بِالشَّهَادَةِ وَالْقِرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ<sup>(١)</sup>.

---

(١) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٢٢،

قدري عبد الفتاح الشهاوي: الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٠١.

### المطلب الثالث

#### التصرّفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن النصاب المحدد قانوناً

حدّد قانون الإثبات المصري قيمة النّصاب، والذي إذا زادت قيمة التّصرّف القانوني عنه فيجب إثباته كتابةً حيث حدّده بألف جنيه مصري وذلك في المادة (٦٠) حيث نصّت على أنه "في غير المواد التجارية إذا كان التّصرّف القانوني تزيد قيمته عن ألف جنيه أو كان غير محدّد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

وحدّد أيضاً قانون البيّنات الفلسطيني قيمة ذلك النّصاب في الفقرة الأولى من المادة (٦٨) حيث نصّ على أنه "في المواد غير التجارية إذا كان الالتزام تزيد قيمته على مائتي دينار أردني، أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

يفهم من هذه النصوص أن التصرّفات المدنية التي يجوز الإثبات فيها بالبينة، أو بالقرائن القضائية، أو بكليهما معاً، أو بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات، تنحصر في التصرّفات التي لا تزيد قيمتها عن النّصاب المحدد قانوناً - والمتمثّل بألف جنيه مصري في قانون الإثبات المصري، ومائتي دينار أردني في قانون البيّنات الفلسطيني -، أمّا التصرّف القانوني الذي تجاوز قيمته النّصاب الذي حدّده القانون، أو التصرّف القانوني غير المحدّد القيمة، فإنه يجب إثباته بالكتابة، وذلك وفقاً للقواعد العامة في الإثبات<sup>(١)</sup>.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها "أن القسمة الاتفاقية عقد كسائر العقود فتخضع في الإثبات للقواعد العامة فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها إذا زادت قيمة المال المقسوم على عشرة جنيهات"<sup>(٢)</sup>.

(١) نبيل إبراهيم سعد: الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ٢٠٠٨، مرجع سابق، ص ١٨٠، ١٨١.

(٢) الطعن رقم ١٥١ - لسنة ٣٣ ق - تاريخ الجلسة ٢٠ / ٠٤ / ١٩٦٧ - مكتب فني ١٨ - رقم الجزء

وَلَعَلَّ الْحِكْمَةَ مِنَ السَّمَاحِ لِلْخُصُومِ بِالْإِثْبَاتِ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ، أَوْ بِالْقِرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ، أَوْ بِكِلَيْهِمَا مَعًا فِي التَّصَرُّفَاتِ الْقَانُونِيَّةِ الَّتِي لَا تَزِيدُ عَنِ النَّصِّابِ، مَرَدُّهَا إِلَى سَعْيِ الْمَشْرِعِ لِتَبْسِيرِ أُمُورِ الْمُتَعَاقِدِينَ وَالْمُتَعَامِلِينَ، وَتَمَكِينُهُمْ مِنَ الْإِثْبَاتِ بِالشَّهَادَةِ وَالْقِرَائِنِ، فَلَعَلَّ الْمَشْرِعَ لَاحِظًا بِأَنَّ اشْتِرَاطَ الْكِتَابَةِ مِنْ أَجْلِ إِثْبَاتِ التَّصَرُّفَاتِ الْقَانُونِيَّةِ الَّتِي لَا تَتَجَاوَزُ قِيَمَتَهَا النَّصِّابِ الَّذِي نَصَّ عَلَيْهِ فِي الْقَانُونِ، قَدْ يُعَوَّقُ وَيُعْرِقِلُ التَّعَامُلَ بَيْنَ الْمُتَعَاقِدِينَ، خَاصَّةً الَّذِينَ لَا يُحْسِنُونَ أَوْ لَا يُجِيدُونَ الْقِرَاءَةَ وَالْكِتَابَةَ، وَأَنَّ ذَلِكَ -أَيَّ اشْتِرَاطِ الْكِتَابَةِ لِلْإِثْبَاتِ- يَضَعُهُمْ فِي حَرَجٍ لَيْسَ لَهُ مَا يُبْرِزُهُ، لَا سِيَّمَا وَأَنَّ احْتِمَالَ شِرَاءِ ذِمَّةِ الشُّهُودِ يَحْتَفِي وَيَتَضَاءَلُ كُلَّمَا قَلَّتْ قِيَمَةُ التَّصَرُّفِ الْقَانُونِيِّ<sup>(١)</sup>.

هذا كله ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك؛ لأنه كما قلتُ بأنَّ قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام، وبالتالي يُمكن الاتفاق من قِبَل الأطراف على ما يُخالفها، فيجوز للأطراف الاتفاق على الإثبات بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية أيًّا كانت قيمة التصرف المبرم بينهم، حتى ولو كانت قيمته تزيد عن النصَّاب الذي يُوجب القانون إثباته بالكتابة، هذا بالإضافة إلى أنَّ القانون قد يشترط الكتابة من أجل إثبات بعض التصرفات القانونية المدنية أيًّا كانت قيمتها، وحتى لو كانت قيمتها أقلَّ من النصَّاب الذي يتطلَّب الإثبات بالكتابة إذا تجاوزته قيمة التصرف، كما هو الحال في إثبات عقْد الكفالة أو عقْد الصُّلح<sup>(٢)</sup>، فهذه العقود لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة بغض النظر عن قيمتها؛ لأن القانون اشترط ذلك.

(١) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

(٢) فايز أحمد عبد الرحمن خليل: الإثبات، مرجع سابق، ص ٦٩٧.

يُفهم مما سبق أنه يُستبعد من التقييد بالنصب المُحدّد قانوناً الالتزامات والتصرّفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن ذلك النّصاب، وبالتالي فإن التصرّفات القانونية التي لا تزيد عن ذلك النّصاب يُمكن إثباتها بشهادة الشهود، وكذلك القرائن القضائية أو بكليهما، فالمشروع بهذا الخصوص رأى عدم وجوب إثبات التصرّفات التي تقلّ عن النّصاب بالكتابة، بل أجاز إثبات تلك التصرّفات بالشهادة والقرائن القضائية، حيث سعى المشروع إلى التيسير على الخصوم طريقة إثبات هذه التصرّفات، وذلك بالنظر لصالّة قيمة ذلك الالتزام، وأنّ الأطراف في الغالب لا يلجؤون إلى توثيقها بالكتابة<sup>(١)</sup>، هذا كله ما لم يُوجد اتفاق أو نصّ قانوني يقضي بخلاف ذلك كما أوضحنا سلفاً.

فإذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد عن النصاب ولم يكن هناك نص قانوني أو اتفاق يجيز الإثبات بغير الكتابة، ففي هذه الحالة لا يجوز إثبات ذلك التصرف إلا بالكتابة، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها " أنه ومتى كانت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية إلى عدم وجود دليل كتابي أو مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء الطاعنة بثمان العقار الذي طلبت الحكم بصحة التعاقد عنه وكان هذا الثمن يزيد على عشرة جنيهاً حسب إقرارها - فقد كان هذا حسب المحكمة لرفض دعوى الطاعنة ولرفض طلبها إحالة الدعوى إلى التحقيق إذ ما دام البائع قد أنكر أن الطاعنة أوفته بشيء من الثمن واعترض على الإثبات بغير الكتابة فإنه لا يجوز قانوناً إثبات وفائها بهذا الثمن بغير الكتابة"<sup>(٢)</sup>.

(١) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٢٢.

(٢) الطعن رقم ٢٤٣ - لسنة ٣٣ ق - تاريخ الجلسة ٣٠ / ٠٣ / ١٩٦٧ - مكتب فني ١٨ - الجزء

الثاني، ص ٧٤٣.

مع العلم بأن العبرة بتحديد قيمة الالتزام هي وقت صدور التصرف، وليس وقت المطالبة به، وهذا الأمر يتفق مع طبائع الأشياء؛ وذلك لأن الدليل الكتابي المطلوب فيما يزيد قيمته عن النصاب المحدد قانوناً، هو دليل يجب أن يكون قد تم إعداده وتهيئته مسبقاً وقت صدور التصرف، وليس وقت المطالبة به، ولذلك فإنه لا يستطيع الدائن إلا أن يقف عند ذلك الوقت من أجل معرفة إذا ما كان واجباً عليه إعداد وإنشاء ذلك الدليل من عَدَمِهِ<sup>(١)</sup>.

**وفي هذا السياق يثور التساؤل الآتي ماذا لو كان محل الالتزام محدد القيمة بتقدير أجنبي؟ أو كان محل الالتزام شيئاً غير النقود؟**

إذا كان التصرف القانوني محدد القيمة وكان محل الالتزام مبلغاً من النقود، فليس هناك أي مشكلة في تحديد قيمته حتى ولو كان النقد أجنبياً، حيث يمكن تحويله لنقد وطني، أمّا إذا كان محل الالتزام شيئاً غير النقود، فإن المحكمة تقوم بتقدير قيمته وقت تمام العقد، وذلك دون أن تتفقد بتقدير المدعي، ولها أن تستعين في ذلك برأي أهل الخبرة، أمّا لو كان التصرف القانوني غير محدد القيمة، فإنه يُعتبر في هذا الحالة بحكم التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن النصاب المحدد قانوناً، ولذلك فإنه يجب إثبات وجوده بالكتابة، ومثال ذلك أن يطالب الخصم خصمه بتقديم حساب، وذلك دون أن يحدد الرصيد الذي في صالحه، وأيضاً مثل مطالبة شخص بمستندات مؤدعة لدى شخص آخر دون أن تكون محددة القيمة، كوديسة شهادة طبية أو براءة اختراع<sup>(٢)</sup>.

وبناءً على جميع ما سبق نقول أنه لا يجوز الإثبات بالبينة، أو بالقرائن القضائية، أو بكلية التصرّفات القانونية التي تزيد قيمتها عن النصاب أو التصرّفات القانونية غير

(١) عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٩١.

(٢) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق،

مُحَدِّدَةَ القِيَمَةِ، وَمِنَ الجَدِيدِ ذِكْرُهُ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الإِثْبَاتُ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ، أَوِ القَرَائِنِ القَضَائِيَّةِ، أَوْ أَيِّ وَسِيلَةٍ أُخْرَى مِنْ وَسَائِلِ الإِثْبَاتِ، حَتَّى وَلَوْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَةَ التَّصَرُّفِ عَنِ النَّصَابِ المُحَدَّدِ قَانُونًا فِي ثَلَاثِ حَالَاتٍ نَصَّ عَلَيْهَا قَانُونُ الإِثْبَاتِ المِصْرِيِّ، وَكَذَلِكَ قَانُونُ البَيِّنَاتِ الفِلَسْطِينِيِّ، وَالتِّي سَأَقُومُ بِشَرْحِهَا لِأَحِقَّاءٍ عِنْدَ تَنَاوُلِي مَوْضُوعِ الحَالَاتِ الَّتِي لَا يَجُوزُ الإِثْبَاتُ بِالقَرَائِنِ القَضَائِيَّةِ وَذَلِكَ فِي المَبْحَثِ الثَّلَاثِ.



## المبحث الثاني الحالات التي يجوز الإثبات فيها بالقرائن القضائية استثناءً ودور القاضي في تقديرها

الأصل بِحُصُوصِ إثبات التَّصَرُّفَاتِ القانونية أَنْ يَتِمَّ تحديد الوسيلة المُنَاسِبَةِ لإثبات تِلْكَ التَّصَرُّفَاتِ وَفَقاً لِقِيَمَتِهَا، فَإِذَا كَانَتْ أَقْلَ مِنْ قِيَمَةِ النَّصَابِ الْمُحَدَّدِ قَانُوناً جَازَ إثباتها بِكُلِّ طَرُقِ الإثباتِ، وذلك ما لم يُوجَد نص قانوني أو اتفاق يَقْضِي بِخِلَافِ ذلك كما قُلْتُ، أَمَّا إِذَا زَادَتْ قِيَمَتُهَا عَنْ تِلْكَ القِيَمَةِ فلا يجوز إثباتها إِلَّا بِالكتابةِ هذا ما لم يُوجَد اتفاق أو نص يَقْضِي بِعَيْرِ ذلك، وذلك على العكس من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بِكُلِّ وسائل الإثبات بِغَضِّ النَّظَرِ عَنْ قِيَمَتِهَا، إِلَّا أَنَّهُ وَعَلَى الرَّغْمِ مِنْ ذلك وَجَدْنَا بِالنَّسْبَةِ لِلتَّصَرُّفَاتِ القانونية أَنَّ المشرع قد أَجَازَ إثباتها في حالات مُعَيَّنَةٍ بِكُلِّ وسائل الإثبات، والتي مِنْ ضِمْنِهَا البينة والقرائن القضائية حتى ولو كانت قيمة التَّصَرُّفِ القانوني أَكْبَرَ مِنْ قِيَمَةِ النَّصَابِ التي حَدَدَهَا القانون، وذلك في عِدَّةِ حالات تتمثل في حالة وُجُودِ مبدأ الثُّبُوتِ بِالكتابةِ أو حالة وُجُودِ مانع من الحُصُولِ على دليل كتابي أو حالة وفُقْدَانِ الشَّخْصِ سنده الكتابي بسبب لا يَدُلُّ لَهُ فِيهِ أو حالة الطعن في التَّصَرُّفِ بِمُخَالَفَتِهِ للقانون أو النظام العام أو الطعن في العَقْدِ بِالغُشِّ أو بِعُيُوبِ الإرادة، وقد قمت بتفصيل هذه الحالات في خمسة مطالب على النحو الآتي:

## المطلب الأول

### توفر مبدأ الثبوت بالكتابة

نصّت المادة (٦٢) من قانون الإثبات المصري على أنه "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وُجدَ مبدأ الثبوت بالكتابة، وكل كتابة تُصدّر من الخصم ويكُون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تُعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

ويُقابِلُها في القانون الفلسطيني نص الفقرة الأولى من المادة (٧١) من قانون البيّنات، والتي نصّت على أنه "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة في الحالات الآتية:

١. إذا وُجدَ مبدأ الثبوت بالكتابة، ويُعتبر في حُكم ذلك كل كتابة تُصدّر من الخصم ويكُون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال".

يتبيّن من هذه النصوص أنّ المقصود بمبدأ الثبوت بالكتابة كل كتابة تُصدّر من الخصم، ويكُون من شأن تلك الكتابة أن تجعل وجود التصرف، أو الحق المدعى به قريب الاحتمال.

وقد عرّفته محكمة النقض المصرية حيث نصّت في حُكم لها على أنّه "لما كانت المادة ٦٢ من قانون الإثبات تنص على أن "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وُجدَ مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تُصدّر من الخصم ويكُون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تُعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة"، ومفاد ذلك أن المشرع قد جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوّة في الإثبات، متى أكمله الخصم بشهادة الشهود أو القرائن، فقد اشترط لتوافر مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون هناك ورقة مكتوبة -أيّاً كان شكلها أو الغرض منها-، ولم يتطلّب المشرع بيانات مُعيّنة في

الورقة لِاعْتِبَارِهَا مَبْدَأُ ثُبُوتٍ بِالْكِتَابَةِ، فَيَكْفِي أَنْ تَكُونَ صَادِرَةً مِنَ الْخَصْمِ وَيُحْتَجُّ عَلَيْهِ بِهَا، وَأَنْ تَجْعَلَ الْوَاقِعَةَ الْمُرَادَ إِثْبَاتِهَا مَرْجَحَةَ الْحُصُولِ وَقَرِيبَةَ الْإِحْتِمَالِ"<sup>(١)</sup>.

هذا وقد عُرِفَ مصطلح مَبْدَأُ الثُّبُوتِ بِالْكِتَابَةِ فِي ظِلِّ الْقَانُونِ الْفَرَنْسِيِّ الْقَدِيمِ، وَذَلِكَ بَعْدَ صُدُورِ أَمْرِ مَوْلَانِ عَنِ طَرِيقِ الْقَضَاءِ، وَقَدْ اسْتَقَرَّ ذَلِكَ فِي نُصُوصِ الْأَمْرِ الصَّادِرِ ١٦٦٧، وَبَعْدَهَا انْتَقَلَ إِلَى بُوْتِيهِ، وَمِنْهُ انْتَقَلَ إِلَى الْقَانُونِ الْمَدْنِيِّ الْفَرَنْسِيِّ وَذَلِكَ فِي الْمَادَةِ (١٣٤٧)<sup>(٢)</sup>.

وَيُذَكَّرُ هُنَا أَنَّ الْمَشْرِعَ أجازَ الْإِثْبَاتَ بِالشَّهَادَةِ وَالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ فِي حَالَةِ وُجُودِ مَبْدَأِ الثُّبُوتِ بِالْكِتَابَةِ؛ لِأَنَّ وُجُودَ الْمُحَرَّرِ الَّذِي مِنْ شَأْنِهِ أَنْ يَجْعَلَ الدَّعْوَى قَرِيبَةَ الْإِحْتِمَالِ، يُعْتَبَرُ ضَمَانًا كَافِيًا لِلْحَدِّ مِنَ الْأَخْطَارِ الَّتِي قَدْ تَعْتَرِي الْإِثْبَاتَ بِالشَّهَادَةِ فِي الْعَادَةِ، بِالإِضَافَةِ لِذَلِكَ فَإِنَّ الشَّهَادَةَ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لَا تُعْتَبَرُ دَلِيلًا كَامِلًا بَلْ تُعْتَبَرُ دَلِيلًا مُكْمَلًا، فَمَهْمَتُهَا تَنْحَصِرُ فِي تَعْرِيزِ وَتَقْوِيَةِ الدَّلِيلِ الْمُسْتَمَدِّ مِنْ مَبْدَأِ الثُّبُوتِ بِالْكِتَابَةِ، بِحَيْثُ يَتَكَوَّنُ مِنْ إِجْتِمَاعِهِمَا مَعًا دَلِيلًا كَامِلًا عَلَى دَعْوَى الْمُدَّعِي<sup>(٣)</sup>، وَبِنَاءٍ عَلَيْهِ يُشْتَرَطُ لِتَوْفُرِ مَبْدَأِ الثُّبُوتِ بِالْكِتَابَةِ ثَلَاثَ شُرُوطٍ سَأَشْرَحُهَا عَلَى النُّحُو الْآتِي:

### الشَّرْطُ الْأَوَّلُ / وُجُودُ كِتَابَةٍ:

أَوَّلُ شَرْطٍ مِنْ شُرُوطِ مَبْدَأِ الثُّبُوتِ بِالْكِتَابَةِ هُوَ وُجُودُ كِتَابَةٍ، أَيِ بِمَعْنَى وُجُودِ وَرَقَةٍ مَكْتُوبَةٍ، أَمَّا مُجَرَّدُ الْأَعْمَالِ الْمَادِيَةِ سِوَاءِ أَكَانَتْ إِجْبَابِيَّةً أَمْ سَلْبِيَّةً، فَإِنَّهَا لَا تَكْفِي حَتَّى وَلَوْ

(١) الطعن رقم ٩٨٧ - لسنة ٦٩ق - تاريخ الجلسة ٢٢/٠٦/٢٠٠٠ - مكتب فني ٥١ - الجزء الثاني، ص ٨٣٧.

(٢) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق، ص ٢٥١.

(٣) اسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والإثبات، الجزء الثاني، ١٩٦٧، مكتبة عبد الله وهبة، ص ٤٩٨.

كانت ثابتة بالبينة أو بالقرائن، فإذا كان تنفيذ الالتزام يَنْطَوِي على أعمال مادية مَحْضَة كِبْنَاء مَنْزِل مَثَلًا، وَثَبَتَ ذَلِكَ بِغَيْرِ الْكِتَابَةِ كَأَن يُثَبَّتَ بِالْبِيْنَةِ أَوْ بِالْقِرَائِنِ أَوْ بِالْمُعَايَنَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَصْلُحُ لِأَنَّ يَكُونُ مَبْدَأُ ثُبُوتٍ بِالْكِتَابَةِ، أَمَّا إِذَا كَانَ الْإِلْتِمَازُ يَنْطَوِي فِي تَنْفِيْذِهِ عَلَى تَصَرُّفِ قَانُونِي كَالْوَفَاءِ بِمَبْلَغٍ نَقْدِي مَثَلًا، فَهِنَا نَكُونُ أَمَامَ تَصَرُّفِ قَانُونِي، وَبِالتَّالِي فَإِنَّهُ يَجِبُ إِثْبَاتُ هَذَا التَّنْفِيْذِ بِوَرَقَةٍ مَكْتُوبَةٍ إِذَا زَادَتْ قِيْمَتُهُ عَنِ النَّصَابِ الْمُوَحَّدِ قَانُونًا، وَهَذِهِ الْوَرَقَةُ -سَوَاءَ أَكَانَتْ دَلِيْلًا كَامِلًا عَلَى التَّنْفِيْذِ أَمْ كَانَتْ فَقَطْ مَبْدَأُ ثُبُوتٍ بِالْكِتَابَةِ- فِي نَفْسِ الْوَقْتِ مَبْدَأُ ثُبُوتٍ بِالْكِتَابَةِ بِالنَّسْبَةِ لِإِثْبَاتِ وُجُودِ الْإِلْتِمَازِ، فَلَوْ كَانَ الْوَفَاءُ يَنْصَبُّ عَلَى مَبْلَغٍ لَا يَزِيدُ عَنِ النَّصَابِ، وَكَانَ هُوَ كُلُّ الدَّيْنِ فَإِنَّ إِثْبَاتِ الْوَفَاءِ يَجُوزُ بِالْبِيْنَةِ وَالْقِرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ<sup>(١)</sup>.

وَمِنَ الْجَدِيْرِ ذِكْرُهُ فِي هَذَا الْمَوْضُوعِ أَنَّ لَفْظَ الْكِتَابَةِ هُنَا فِي هَذَا الشَّرْطِ يَنْصَرِفُ إِلَى أَوْسَعِ مَعَانِيهِ، لِذَلِكَ فَإِنَّ اسْتِعْمَالَ الْمَشْرَعِ لَفْظَ (كِتَابَةٌ) بِقَوْلِهِ (كُلُّ كِتَابَةٍ) يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ وَيَعْنِي آيَةً كِتَابَةٍ، فَيَشْمَلُ ذَلِكَ كُلَّ مَا يُحَرَّرُ وَلَمْ يَشْتَمَلْ عَلَى تَوْقِيْعٍ -لأنه لو كان مُوقَّعًا لَكَانَ دَلِيْلًا كِتَابِيًّا كَامِلًا<sup>(٢)</sup>-، وَبِدُونِ اشْتِرَاطِ شَكْلِ مُعَيَّنٍ لِلْكِتَابَةِ أَوْ لُغَةٍ مُعَيَّنَةٍ، كَمَا يَشْمَلُ لَفْظَ الْكِتَابَةِ فِي هَذَا الشَّرْطِ أَيْضًا الْمُوَحَّرَّاتِ الْإِلِكْتَرُونِيَّةِ الَّتِي يَتِمُّ كِتَابَتُهَا إِلِكْتَرُونِيًّا، وَيَتِمُّ تَعَامُلُ بِهَا فِي الْبِيْنَةِ الرَّقْمِيَّةِ، وَكَذَلِكَ لَمْ يَتَطَلَّبْ الْقَانُونُ بَيَانَاتٍ مُعَيَّنَةٍ فِي الْوَرَقَةِ لِكَيْ تُعْتَبَرَ مَبْدَأُ ثُبُوتٍ بِالْكِتَابَةِ، وَعَلَيْهِ فَإِنَّ الدَّفَاتِرَ التَّجَارِيَّةَ وَالْأَوْرَاقَ الْمَنْزِلِيَّةَ وَالْمُرَاسَلَاتِ وَالتَّأْشِيْرَ عَلَى سَنْدِ بَرَاءَةِ الدَّيْنِ، كُلُّ هَذِهِ تَصْلُحُ لِأَنَّ تَكُونُ مَبْدَأُ ثُبُوتٍ بِالْكِتَابَةِ بِشَرْطِ أَلَّا تَكُونَ دَلِيْلًا

(١) قدرى عبد الفتاح الشهاوى: الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٣٤؛ عبد الحميد الشواربي: التعليق

الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٤١٩.

(٢) همام محمود زهران: الوجيز في الإثبات، المواد المدنية والتجارية، ٢٠٠٣، دار الجامعة

الجديدة، ص ١٢١؛ عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع

سابق، ص ٢٥٢، ٢٥٣.

كاملًا في الحالات التي نصَّ القانون فيها على ذلك<sup>(١)</sup>، هذا ولا يُشترط في مبدأ الثبوت بالكتابة أن يُستمدَّ من ورقة واحدة، وإنَّما يجوز أن يتمَّ استمداده من جملة أوراق مجتمعة، حتى ولو كانت كل ورقة من تلك الأوراق لا تكفي بمفردها لاستمداد مبدأ الثبوت بالكتابة منها وحدها<sup>(٢)</sup>.

إذن وحتى نكون أمام مبدأ الثبوت بالكتابة لا بدَّ من وجود ورقة مكتوبة، وهذه الورقة يجب أن يكون لها علاقة بالتصريف المراد إثباته؛ وذلك حتى يتسنى لنا القول أننا أمام مبدأ الثبوت بالكتابة على ذلك التصريف، على أنه لا يجب أن تكون هذه الورقة موقعة ومعدَّة للإثبات، وإنَّما يكفي بأي ورقة كالتسائل أو الدفاتر التجارية أو الأوراق المنزلية أو محاضر الجرد وغيرهم، كما أنه يجوز استنتاج مبدأ الثبوت بالكتابة من مجموعة أوراق متفرقة، وذلك كما في حالة أن الورقة الصادرة من الخصم تُشير إلى ورقة أخرى، كما أن مجرد إغفال ذكر بيان معين في ورقة مكتوبة يصحُّ اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة، كأن يذكر الورثة مثلاً في محضر جرد أموال مورثهم ديناً للمورث، فإن ذلك يُمكن اعتباره كمبدأ ثبوت بالكتابة، وذلك للتخلص من هذا الدين<sup>(٣)</sup>.

(١) عيسى بن حيدر: شرح قانون الإثبات بين القانون الإماراتي والقانون المصري، القانون الاتحادي ١٠ لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي، والقانون المصري ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المعدل بالقوانين ٣٢ لسنة ١٩٩٢، ١٨ لسنة ١٩٩٩، ٧٦ لسنة ٢٠٠٧، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، دار النهضة العربية، ص ٣٣٢.

(٢) اسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٩٨؛ عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٢٠؛ همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٢٢، ١٢٣.

(٣) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٢٤، ١٢٥.

## الشرط الثاني/ أن تكون الورقة المكتوبة صادرة عن الخصم الذي يُحتج بها عليه:

بمعنى أنه يجب أن تكون الورقة المكتوبة قد صدرت عن الخصم سواء أكان ذلك الخصم مدعياً أم مدعياً عليه<sup>(١)</sup>؛ والسبب وراء ذلك هو أن الكتابة التي صدرت من الخصم في الدعوى، تُعتبر بمثابة إقرار غير قضائي منه على ما يتضمّنه المحرّر المكتوب، وبالتالي يجب أن تكون الورقة صادرة من الخصم الآخر، وبناءً عليه لا يُمكن لأحد الخصوم أن يحتج بكتابة صدرت منه؛ لأنه لا يجوز لأحد الخصوم أن يسطع دليلاً لنفسه<sup>(٢)</sup>.

ويستوي في ذلك أيضاً صدور الورقة عن الخصم صدوراً مادياً أو معنوياً، فتكون الورقة صادرة صدوراً مادياً عن الخصم، إذا تم تحريرها بخط يده، أو كان قد وقع عليها، فتوفّر أحد هذين الشئيين - أي الكتابة أو التوقيع - يكفي للقول بأننا أمام ورقة صادرة عن الخصم، وبالتالي نكون أمام مبدأ ثبوت بالكتابة، مع العلم أن الورقة التي يوقعها الخصم غالباً ما تكون دليلاً كتابياً كاملاً، إذا تم إعدادها بالأساس من أجل إثبات الحق المدعى به، ولكنها قد لا تكون كذلك إذا لم تكن قد أعدت بالأصل لذلك، وكانت تقتصر على بيانات تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال، فحينها يكفي لإعتبارها صادرة عن الخصم أن تكون تحمّل توقيعه دون خطّه، ولكنها هنا يجب أن تكون تحمّل التوقيع الصحيح للخصم، فلا يكفي مجرد التأشير عليها أو وضع علامة أو توقيع هامشي<sup>(٣)</sup>.

(١) عمر أحمد العرايشي: حجية السندات الإلكترونية في الإثبات، الطبعة الأولى، ٢٠١٦م - ١٤٣٧هـ،

دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع، ص ١٢٥.

(٢) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق،

ص ٢٥٤.

(٣) عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٢٢، ٤٢٣؛

باسل عبد الهادي إبراهيم احميد: الحالات المستثناة من الإثبات بالكتابة في المواد المدنية، دراسة

تحليلية ومقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر - غزة، ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م، ص ٣٩.

هذا وتكون الورقة صادرة عن الخصم صدوراً معنوياً إذا لم يقم بنفسه بتحريرها بخط يده، وإنما تمّ تحريرها بمعرفته أو تحت إشرافه، فمثلاً لو كان الشخص الذي تُنسب إليه الورقة أمياً، بحيث لا يجيد القراءة ولا الكتابة، فيقوم بإملاء مضمون الورقة على شخصٍ آخر، ويقوم ذلك الشخص بكتابتها<sup>(١)</sup>، ويُلاحظ في هذا الصدد بأن واقعة إرتضاء الخصم للورقة التي لا تحمّل توقيعهُ أو خطّه واعتبارها قد صدرت عنه من عدمه هي واقعة مادية، فلذلك يجوز إثباتها بكلّ طرق ووسائل الإثبات، بما فيها البيئة والقرائن القضائية، أو بكلّيهما، أو حتى بغيرهما<sup>(٢)</sup>.

كما أنّه يُمكن أن تكون الورقة ليست صادرة من الخصم نفسه، بل صدرت ممن يُمثله وقت تحرير تلك الورقة، إلا أنه وبالرغم من ذلك فإنه يصحُّ اعتبار تلك الورقة أنها صادرة عن الخصم نفسه، ومن ثمّ فإنه يصحُّ اعتبارها مبدأً بُبوت بالكتابة<sup>(٣)</sup>، فمثلاً الورقة التي تُصدّر عن المورث تُعتبر وكأنّها صادرة من الوارث نفسه، وأيضاً الإقرارات والبيانات التي يقوم محامي الخصم بكتابتها تُعتبر وكأنّها صادرة عن موكله، أمّا الورقة التي تكون صادرة من شخص لا يُمثل الخصم حتى ولو كان قريباً له كزوجه مثلاً، أو ابنه، فإنها لا تُعتبر -أي الورقة- صادرة عنه في هذه الحالة<sup>(٤)</sup>.

(١) محمد شريف عبد الرحمن: المبادئ الأساسية في قانون الإثبات، ٢٠١٣، دار الفكر والقانون، ص ٢٧٧؛ قدرى عبد الفتاح الشهاوى: الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٤٠، ٣٤١؛ عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

(٢) عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٢٣؛ همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٢٥، ١٢٦.

(٣) همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٢٤، ١٢٥؛ عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

(٤) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٢٦؛ باسل عبد الهادي إبراهيم حميد: الحالات المستثناة من الإثبات بالكتابة، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص ٤٠.

وَيَذَكِّرُ هُنَا أَنَّهُ لَيْسَ مَعْنَى اشْتِرَاطِ صُدُورِ الْوَرَقَةِ مِنَ الْخَصْمِ أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ تِلْكَ الْوَرَقَةُ مُوقَّعَةً مِنْهُ، بَلْ يَكْفِي أَنْ تَكُونَ قَدْ كُتِبَتْ بِحَطِّهِ، لِذَلِكَ نَجِدُ فِي بَعْضِ الْأَحْوَالِ أَنَّ هُنَاكَ أَوْرَاقًا تُعْتَبَرُ مَبْدَأُ ثُبُوتٍ بِالْكِتَابَةِ بِالرَّغْمِ مِنْ أَنَّهَا لَمْ تَحْمَلْ تَوْقِيعَ الْخَصْمِ الَّذِي صَدَرَتْ عَنْهُ، وَمِنْ ذَلِكَ الْأَوْرَاقِ الَّتِي يَقُومُ بِتَحْرِيرِهَا مَوْظِفٌ مُخْتَصٌّ، وَيُثَبِّتُ فِيهَا أَقْوَالَ الْخَصْمِ كَمَا ضَرَّ الْجُلُوسَاتِ وَالتَّحْقِيقِ<sup>(١)</sup>.

وَبِشَكْلِ عَامٍ فِي هَذَا الشَّرْطِ كُلِّ الْمَطْلُوبِ لِكَيْ نَكُونَ أَمَامَ مَبْدَأُ ثُبُوتٍ بِالْكِتَابَةِ هُوَ أَنْ تَكُونَ الْوَرَقَةُ صَادِرَةً عَنِ الْخَصْمِ الَّذِي يُحْتَجُّ عَلَيْهِ بِهَا، أَمَّا صُدُورُ الْوَرَقَةِ عَنِ الْخَصْمِ الثَّانِي فَلَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ مَبْدَأُ ثُبُوتٍ بِالْكِتَابَةِ يُحْتَجُّ بِهَا عَلَى الْخَصْمِ الْأَوَّلِ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الشَّخْصَ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَصْطَنِعَ دَلِيلًا لِنَفْسِهِ كَمَا قُلْتُ، وَبِنَاءً عَلَى ذَلِكَ فَإِنَّ الْوَرَقَةَ الصَّادِرَةَ مِنَ الزَّوْجِ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يُحْتَجَّ بِهَا عَلَى زَوْجَتِهِ، وَالْعَكْسُ صَحِيحٌ طَالَمَا لَمْ يَكُنْ أَحَدُهُمَا وَكَيْلًا عَنِ الْآخَرِ، هَذَا بِالإِضَافَةِ إِلَى أَنَّهُ لَا يُحْتَجُّ عَلَى الْخَصْمِ بِمَا يَصْدُرُ عَنِ الْغَيْرِ مِنْ إِقْرَارَاتٍ أَوْ بَيِّنَاتٍ عِنْدَ اسْتِجْوَابِهِ، فَبِشَكْلِ عَامٍ يَجِبُ أَنْ تَكُونَ الْوَرَقَةُ صَادِرَةً مِنَ الْخَصْمِ، أَوْ مِمَّنْ لَهُ صِفَةٌ تَمَثِّلُ الْخَصْمَ لَهُ، أَوْ تَمَثِّلُهُ هُوَ لِلْخَصْمِ، وَهَذَا هُوَ الرُّكْنُ الْأَسَاسِيُّ وَالْجَوْهَرِيُّ لِكَيْ نَكُونَ أَمَامَ مَبْدَأُ ثُبُوتٍ بِالْكِتَابَةِ، مَعَ الْعِلْمِ أَنَّ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ مِنْ مَسَائِلِ الْقَانُونِ، وَلِذَلِكَ فَإِنَّ الْفَصْلَ فِي أَيِّ نِزَاعٍ حَوْلَهَا يَخْضَعُ لِرِقَابَةِ مَحْكَمَةِ النِّقْضِ<sup>(٢)</sup>.

### الشَّرْطُ الثَّلَاثُ / أَنْ تَجْعَلَ الْكِتَابَةَ الْحَقَّ الْمُدَّعَى بِهِ قَرِيبَ الْإِحْتِمَالِ:

المَقْصُودُ بِقُرْبِ الْإِحْتِمَالِ هُنَا هُوَ أَنْ تَجْعَلَ الْكِتَابَةَ الَّتِي صَدَرَتْ عَنِ الْخَصْمِ الْوَاقِعَةَ مُرَجَّحَةً الْحُصُولِ لَا مُمْكِنَةَ الْحُصُولِ فَحَسَبِ، وَتَقْدِيرُ مَسْأَلَةٍ إِذَا مَا كَانَ مِنْ شَأْنِ مَبْدَأُ

(١) اسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٩٩.

(٢) قدرى عبد الفتاح الشهاوى: الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٤٤، ٣٤٥؛ عبد الحميد الشواربي: التعليق

الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٢٤، ٤٢٥.



الثبوت بالكتابة أن يجعل الواقعة قريبة الاحتمال من عدمه تخضع لسلطة القاضي التقديرية؛ لأنها مسألة واقع ولا يخضع القاضي في ذلك لرقابة محكمة النقض، فإذا تحققت هذا المبدأ فلا يكفي لوحده لإثبات التصرف القانوني بل يجب على الخصوم تكملته بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية أو بكليهما<sup>(١)</sup>.

إذن فتقدير مسألة إذا كان من شأن مبدأ الثبوت بالكتابة أن يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال من عدمه تخضع لسلطة القاضي التقديرية واجتهاده بشرط أن يقيم قضاءه على استخلاص سائغ، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها " أن تقدير ما إذا كانت الورقة التي يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها أن تجعل الأمر المراد إثباته قريب الاحتمال أو لا تجعله هو اجتهاد في فهم الواقع يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائغ"<sup>(٢)</sup>.

فالكتابة المطلوبة في هذا الشرط هي الكتابة الصادرة عن الخصم، فيجب أن تجعل تلك الكتابة الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحُصول، كما يجب أن يكون هناك قرينة على صحتها<sup>(٣)</sup>، ومن الجدير ذكره في هذا الشرط أن الورقة قد تدل على قرب الاحتمال المدعى به بطريق مباشر، وذلك كأن يكتب المدين إلى الدائن رسالة يوضح فيها الدين الموجود في ذمته، وذلك دون أن يقوم بتحديد مقدار هذا الدين، فهنا تكون هذه الرسالة

(١) عفيف محمد أبو كلوب: أصول الإثبات، مرجع سابق، ص ١٦٥؛ اسماعيل غانم: في النظرية

العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٩٩؛ عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات،

مرجع سابق، ص ٤٢٥، ٤٢٦؛ همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٢٧.

(٢) الطعن رقم ٣٦ - لسنة ٢٦ ق - تاريخ الجلسة ٠٩ / ٠٣ / ١٩٦١ - مكتب فني ١٢ - الجزء

الأول، ص ٢١٢.

(٣) عبد الله خليل الفراء، يوسف عبد الله الغرباوي: الوجيز، مرجع سابق، ص ٩٨.

مبدأً تُبَوِّت بالكتابة بالنسبة لهذا الدَّيْن، وبالتالي يَسْتَطِيع المَدْعِي أن يُثَبِّت بالشهادة، أو بالقرائن القضائية، أو بِكِلَيْهِمَا مَقْدَار ذلك الدَّيْن وشروطه، هذا وقد تُدَلُّ الورقة على ذلك -أي على قُرْب الاحتمال- بِطَرِيقٍ غَيْرٍ مُبَاشِرٍ، ومثال ذلك أن الورقة التي تَتَضَمَّن شَطْبَ الرَّهْن تُعْتَبَرُ مبدأً تُبَوِّت بالكتابة فيما يَخُصُّ الوفاءَ بِالدَّيْنِ المَضْمُونِ بِالرَّهْنِ؛ لأنه يُسْتَنْبَطُ منها أَنَّ الدَّائِنَ المُرْتَهِنَ قد اسْتَوَفَى حَقَّهُ<sup>(١)</sup>.

وَأُرِيدُ في هذا الموضوع أن أُشِيرَ إلى أَنَّ الكتابة التي يَتَضَمَّنُهَا مَحْضَرُ اسْتِجْوَابِ طَرَفِي الخصومة من قِبَل المحكمة في الدعوى لا يُمَكِّنُ اعْتِبَارَهَا مبدأً تُبَوِّت بالكتابة، فإذا اسْتِجْوَبَت المحكمة طَرَفِي الخصومة فيما تَقَدَّمَ به المَدِينِ من قرائن يُدَلُّ من خِلَالِهَا على كَذِبِ الايصال المَنسُوبِ إليه، فإن مَحْضَرُ هذا الاستجواب لا يُمَكِّنُ لَنَا أَنْ نَعْتَبِرَهُ مبدأً تُبَوِّت بالكتابة؛ لأنه يَجِبُ من أَجْلِ اعتباره كذلك أن يَكُونَ قد تَضَمَّنَ قَوْلَ صَادِرٍ عن الشخص المُرَادِ الإثبات ضِدَّهُ، وَأَنْ يَكُونَ من شَأْنِ ذلك أَلْقَوْلِ أَنْ يَجْعَلَ الحق المُرَادِ إثباته بالبينة قريب الاحتمال<sup>(٢)</sup>، وهذا غَيْرٌ مُتَوَفِّرٌ هُنَا.

**وَأَخِيرًا في هذا الموضوع يَجِبُ عَلَيْنَا أَنْ نُوضِّحَ الأَثَرَ المُتَرَتِّبَ على تَوَافُرِ شروط مبدأ التَّبَوُّتِ بالكتابة ودَوْرَ القاضي في ذلك، وهو ما قَمَتْ به بِالفِعْلِ على النحو الآتي:**

بِدايَةٍ يَجِبُ التَّنْوِيهِ إلى أنه يُمْتَنَعُ على المحكمة أن تَعْتَدَّ بِمَبْدَأِ التَّبَوُّتِ بالكتابة من تلقاء نفسها إذا لم يَتَمَسَّكِ الخصم صاحب المصلحة به؛ وذلك لأنه يُتَوَجَّبُ إعمال وتَطْبِيقُ القَوَاعِدِ المُنظَّمة للإثبات ما لم تُسْتَبَعَد، أَمَّا إذا تَمَسَّكَ الخصم صاحب المصلحة باعتبار الورقة المُقَدِّمَةَ منه مبدأً تُبَوِّت بالكتابة، فإنه يَجِبُ على المحكمة في هذه الحالة التَّحْقِيقُ

(١) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٢٦، ١٢٧.

(٢) عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٤٠.

وَالنَّظَرُ فِي دِفَاعِهِ، فَإِذَا أَغْفَلَتْ ذَلِكَ دُونَ بَيَانِ أَسْبَابِ طَرَحِهَا إِثْبَاهُ، فَإِنَّ ذَلِكَ يُعْتَبَرُ قُصُورًا فِي حُكْمِهَا مِمَّا يَجْعَلُهُ عُرْضَةً لِلطَّعْنِ فِيهِ<sup>(١)</sup>.

هذا مع الإشارة إلى أَنَّ القَاضِيَ لَيْسَ مُجْبِرًا عِنْدَ تَوَفُّرِ شُرُوطِ مَبْدَأِ الثُّبُوتِ بِالكَتَابَةِ أَنْ يُحِيلَ الدَّعْوَى لِلتَّحْقِيقِ لِتَكْمِلَةِ الدَّلِيلِ، فَقد يَرى مِنْ ظُرُوفِ الدَّعْوَى وَمَلَابَسَاتِهَا، وَمَا يُحِيطُهَا مِنْ قَرَائِنِ قِضَائِيَّةٍ مَا يَكْفِي لِإِقْنَاعِهِ بِصِحَّةِ الْوَاقِعَةِ الْمُدَّعَى بِهَا، فَهَذَا تَكُونُ الْقَرَائِنُ الْقِضَائِيَّةُ قَدْ أَكْمَلَتْ مَبْدَأَ الثُّبُوتِ بِالكَتَابَةِ، وَقَدْ يَرى الْقَاضِيَ بِأَنَّ هُنَاكَ لُزُومًا لِإِحَالَةِ الدَّعْوَى لِلتَّحْقِيقِ، وَأَنَّ هُنَاكَ حَاجَةً لِذَلِكَ مِنْ أَجْلِ اسْتِكْمَالِ مَبْدَأِ الثُّبُوتِ بِالكَتَابَةِ، فَالْقَاضِيَ فِي تَقْدِيرِ ذَلِكَ يَتَمَتَّعُ بِسُلْطَةِ تَقْدِيرِيَّةٍ مُطْلَقَةٍ<sup>(٢)</sup>.

فَإِذَا أَحَالَتِ الْمَحْكَمَةُ الدَّعْوَى لِلتَّحْقِيقِ فَإِنَّ ذَلِكَ لَا يُؤَثِّرُ عَلَى السُّلْطَةِ التَّقْدِيرِيَّةِ لَهَا، فَتَبْقَى لَهَا سُلْطَتُهَا الْكَامِلَةُ فِي تَقْدِيرِ الشَّهَادَةِ، فَإِذَا اقْتَنَعَتِ الْمَحْكَمَةُ بِمَا أُدْلِيَ أَمَامَهَا مِنْ شَهَادَةٍ، فَإِنَّهَا تُعَزِّزُ دَلَالََةَ مَبْدَأِ الثُّبُوتِ بِالكَتَابَةِ بِتِلْكَ الشَّهَادَةِ عَلَى التَّصَرُّفِ الْمُدَّعَى بِهِ، وَبِالتَّالِي نُصَبِّحُ لِمَبْدَأِ الثُّبُوتِ بِالكَتَابَةِ مِنْ جَانِبِ الْخَصْمِ الْمُتَمَسِّكِ بِهِ كَدَلِيلِ إِثْبَاتِ قُوَّةِ الدَّلِيلِ الْكِتَابِيِّ غَيْرِ الْكَامِلِ فِي إِثْبَاتِ ادْعَائِهِ، وَهَذَا مَا قَضَتْ بِهِ مَحْكَمَةُ النَّقْضِ الْمِصْرِيَّةُ بِقَوْلِهَا "أَنَّهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَجُوزُ لِأَحَدِ الْمُتَعَاقِدِينَ إِثْبَاتُ صُورِيَّةِ الْإِتِّزَامِ إِلَّا بِالكَتَابَةِ إِذَا كَانَ ثَابِتًا بِهَا إِلَّا أَنَّ الْمَشْرِعَ أَجَازَ الْإِثْبَاتَ بِالْبَيِّنَةِ فِيمَا كَانَ يَجِبُ إِثْبَاتُهُ بِالكَتَابَةِ إِذَا وَجَدَ مَبْدَأَ ثُبُوتِهَا بِهَا يَجْعَلُ وَجُودَ التَّصَرُّفِ الْمُدَّعَى بِهِ قَرِيبَ الْإِحْتِمَالِ وَمَتَى تَعَزَّزَ هَذَا الْمَبْدَأُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْقَرَائِنِ فَإِنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الدَّلِيلِ الْكِتَابِيِّ الْكَامِلِ فِي الْإِثْبَاتِ..."<sup>(٣)</sup>، أَمَّا إِذَا لَمْ تَقْتَنَعْ

(١) همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٢٧.

(٢) عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٢٦.

(٣) الطعن رقم ٢٩٣ - لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٥ / ٠٣ / ١٩٩٨ - مكتب فني ٤٩ - الجزء

المحكمة بالشهادة التي تَمَّ إدلائها أمامها، فإنه يُعْتَبَر المدَّعي في هذه الحالة عَاجِزاً عن تقديم الدليل من أجل إثبات دَعْوَاهُ<sup>(١)</sup>.

**وَبِنَاءً عَلَيْهِ يَتَرْتَبُ عَلَى تَوْفُّرِ الشَّرْطِ** الثلاثة السَّابِقَةِ جواز الإِعْفَاء من تقديم الدليل الكتابي الذي كان وَاجِباً بِالْأَصْلِ، وبالتالي يجوز للخصم الإثبات بالبينة أو بالقرائن القضائية أو بهِمَا مَعاً، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها "أنه متى قدم الخصم ورقة في الدعوى فإنه يكون ممسكاً بما لهذه الورقة من قوة في الإثبات، فإذا استبان لمحكمة الموضوع من الورقة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة فلها إعمالاً للرخصة المخولة لها بالمادة ١٨٩ من قانون المرافعات السابق - المقابلة للمادة ٧٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن تأمر من تلقاء نفسها بالإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة. وإذا لا يتطلب القانون بيانات معينة في الورقة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ويكفي أن تكون صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها وأن تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال"<sup>(٢)</sup>.

إِلَّا أَنْ أَمَرَ جواز الإثبات بالبينة والقرائن كما يتضح من هذا حكم محكمة النقض هنا هو جَوَازِي للقاضي، فهو غير مُلْزَم بِقَبُولِ الإثبات بها حتى لو تَوَفَّرَتْ تِلْكَ الشَّرْطِ، فإذا طَلَبَ الخصم إِعْفَاؤَهُ من الإثبات لَوْجُودِ مَبْدَأِ الثُّبُوتِ بالكتابة، فللقاضي سُلْطَةٌ تقديرية في الاستجابة لِطَلْبِهِ من عَدَمِهِ، ولكن إذا رَفَضَ القاضي ذلك فَيَلْتَزِمُ بِالتَّسْبِيبِ، وَيُعْتَبَرُ التَّسْبِيبُ هُنَا من مسائل القانون، والتي يَخْضَعُ فيها القاضي لرقابة محكمة النقض<sup>(٣)</sup>.

(١) همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٢٧.

(٢) الطعن رقم ٤٢٣ - لسنة ٤٧ ق - تاريخ الجلسة ٢٧ / ١١ / ١٩٧٩ - مكتب فني ٣٠ - الجزء الثالث، ص ٨٠.

(٣) عفيف محمد أبو كلوب: أصول الإثبات، مرجع سابق، ص ١٦٦؛ يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٢٧.

إِذْ فَمَبْدَأُ الثُّبُوتِ بِالكَتَابَةِ يُعْتَبَرُ بِمِثَابَةِ خُرُوجِ عَنِ الْأَصْلِ الْعَامِ الَّذِي يَقْضِي بِعَدَمِ جَوَازِ الْإِثْبَاتِ بِالْبَيِّنَةِ وَالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ فِيمَا كَانَ يَجِبُ إِثْبَاتَهُ كِتَابَةً، وَبِالتَّالِي فِي الْمَشْرَعِ جَعَلَ مِنْ مَبْدَأِ الثُّبُوتِ بِالكَتَابَةِ مَا لِلكَتَابَةِ مِنْ قُوَّةٍ فِي الْإِثْبَاتِ، مَتَى أَكْمَلَهُ الْخَصُومُ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ، وَهَذَا مَا قَضَتْ بِهِ مَحْكَمَةُ النِّقْضِ الْمِصْرِيَّةُ بِقَوْلِهَا "المُقَرَّرُ وَفَقَاً لِلْقَوَاعِدِ الْعَامَّةِ فِي الْإِثْبَاتِ أَنَّ النَّصَّ فِي الْفُقْرَةِ الْأُولَى مِنَ الْمَادَّةِ ٦٢ مِنَ الْقَانُونِ رَقْمِ ٢٥ لِسَنَةِ ١٩٦٨ - يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْمَشْرَعَ خَرَجَ عَلَى الْأَصْلِ الْعَامِ الَّذِي يَقْضِي بِعَدَمِ جَوَازِ الْإِثْبَاتِ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ فِيمَا يَجِبُ إِثْبَاتَهُ بِهَا بِأَنْ يَجْعَلَ لِمَبْدَأِ الثُّبُوتِ بِالكَتَابَةِ مَا لِلكَتَابَةِ مِنْ قُوَّةٍ فِي الْإِثْبَاتِ مَتَى أَكْمَلَهُ الْخَصُومُ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ أَوْ الْقَرَائِنِ يَسْتَوِي فِي ذَلِكَ أَنْ يَكُونَ الْإِثْبَاتُ بِالكَتَابَةِ مُشْتَرَطاً بِنَصِّ الْقَانُونِ أَوْ بِاتِّفَاقِ الطَّرَفَيْنِ وَاشْتَرَطَ لِتَوَافُرِهِ أَنْ تَكُونَ هُنَاكَ وَرَقَةً مَكْتُوبَةً أَيّاً كَانَ شَكْلُهَا وَالْغَرَضُ مِنْهَا وَأَنْ تَكُونَ هَذِهِ الْوَرَقَةُ صَادِرَةً مِنَ الْخَصْمِ الْمُرَادِ إِقَامَةَ الدَّلِيلِ عَلَيْهِ أَوْ مِمَّنْ يُمَثِّلُهُ أَوْ يَنْوُبُ عَنْهُ قَانُوناً وَأَنْ يَكُونَ مِنْ شَأْنِهَا أَنْ تَجْعَلَ الْإِثْبَاتُ الْمُدْعَى بِهِ أَوْ الْوَاقِعَةُ الْمُرَادِ إِثْبَاتَهَا مُرَجَّحَةً الْحُصُولِ وَقَرِيبَةً الْإِحْتِمَالِ"<sup>(١)</sup>.

**وَبِنَاءً عَلَى مَا تَقَدَّمَ نُشِيرُ إِلَى أَنَّهُ يُشْتَرَطُ لِإِعْمَالِ مَبْدَأِ الثُّبُوتِ بِالكَتَابَةِ، وَالِاسْتِفَادَةِ مِنْهُ فِي الْإِثْبَاتِ شَرْطَانِ، الْأَوَّلُ تَمَسُّكُ صَاحِبِ الْمَصْلَحَةِ مِنْهُ بِهِ<sup>(٢)</sup>، وَهَذَا مَا قَضَتْ بِهِ مَحْكَمَةُ النِّقْضِ الْمِصْرِيَّةُ بِقَوْلِهَا "إِذَا خَلَّتْ أَوْرَاقُ الدَّعْوَى مِمَّا يُفِيدُ سَبْقَ تَمَسُّكِ الطَّاعِنِ بِمَبْدَأِ الثُّبُوتِ بِالكَتَابَةِ أَمَامَ مَحْكَمَةِ الْمَوْضُوعِ فَلَا يُقْبَلُ مِنْهُ التَّمَسُّكُ بِهِ لِأَوَّلِ مَرَّةٍ أَمَامَ مَحْكَمَةِ النِّقْضِ"<sup>(٣)</sup>.**

(١) الطعن رقم ٣٦٥٢ - لسنة ٥٨ق - تاريخ الجلسة ٢٦/١٢/١٩٩٠ - مكتب فني ٤١ - الجزء

الثاني، ص ٩٩٣.

(٢) سهير أمين محمد طوباسي: مبدأ الثبوت بالكتابة في قانون البيّنات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير،

الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٩٦، ص ٩٥.

(٣) الطعن رقم ١٠٥ - لسنة ٥٢ق - تاريخ الجلسة ١٣/٠٣/١٩٦٩ - مكتب فني ٢٠ - الجزء الأول،

ص ٤٢٥.

**والثاني** أَنْ يَطْلُبَ صاحب المصلحة من القاضي استكمال دلالة مبدأ الثبوت بالكتابة بالشهادة أو بالقرائن القضاية أو بهما معاً، فإذا تَمَسَّكَ صاحب المصلحة بِمَبْدَأِ الثُّبُوتِ بالكتابة ولم يَطْلُبْ من المحكمة تَكْمِلَتَهُ بالشهادة أو بالقرائن القضاية أو بِكِلَيْهِمَا، فإنه يَكُونُ للمحكمة أَنْ تَرْفُضَ طَلْبَهُ، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بِقَوْلِهَا "إن مجرد تمسك الخصم بورقة مكتوبة صادرة من خصمه باعتبار أنها تكون مبدأ ثبوت بالكتابة لا يقوم مقام الدليل الكامل فيما يجب إثباته بالكتابة بل على صاحب المصلحة طلب استكمال به شهادة الشهود أو بالقرائن أو بهما معاً. حتى تنظر المحكمة في طلبه إحالة الدعوى إلى التحقيق والثابت أن الطاعنين لم يطلبوا الإحالة إلى التحقيق لاستكمال هذا الدليل الناقص فلا تشرىب على الحكم المطعون فيه إن هو التفت عنه"<sup>(١)</sup>.

وَمِمَّا يَجِبُ التَّنْوِيهُ إِلَيْهِ بهذا الخُصُوصِ أَنَّ مَسْأَلَةَ تَقْدِيرِ إِذَا مَا كَانَتْ الْوَرَاةُ الْمُرَادَ اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة وَكَوْنُ مِنْ شَأْنِهَا أَنْ تَجْعَلَ الْحَقَّ وَالتَّصَرُّفَ الْمُدْعَى بِهِ قَرِيبَ الاحتمال من عَدَمِهِ هِيَ مَسْأَلَةٌ مَوْضُوعِيَّةٌ خَالِصَةٌ، تَسْتَقِلُّ بِهَا مَحْكَمَةُ الْمَوْضُوعِ وَلَا رِقَابَةَ عَلَيْهَا فِي ذَلِكَ مِنْ قِبَلِ مَحْكَمَةِ النِّقْضِ مَتَى كَانَتْ قَدْ بَنَتْ قَنَاعَاتِهَا عَلَى أَسْبَابِ سَائِغَةٍ، ولم تتعارض مع ما هو ثابتاً في الورقة<sup>(٢)</sup>.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بِقَوْلِهَا "أنه وكان تقدير ما إذا كانت الورقة التي يراد اعتبارها كذلك من شأنها أن تجعل الأمر المراد إثباته قريب الاحتمال هو اجتهاد في فهم الواقع يستقل به قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً"<sup>(٣)</sup>، وقد قضت

(١) الطعن رقم ١٢٠٥ - لسنة ٤٨ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ٠٤ / ١٩٧٩ - مكتب فني ٣٠ - الجزء

الثاني، ص ١٠٧.

(٢) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق،

ص ٢٥٨، ٢٥٩.

(٣) الطعن رقم ٧ - لسنة ٤٧ ق - تاريخ الجلسة ٢١ / ٠٣ / ١٩٧٩ - مكتب فني ٣٠ - الجزء

الأول، ص ٨٩٧.

بذلك في حكم آخر بقولها "أنه وإن كان لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية الالتزام إلا بالكتابة إذا كان ثابتاً بها إلا أن المشرع أجاز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأً ثبوت بها يجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ومتى تعزز هذا المبدأ بالبينة والقرائن فإنه يقوم مقام الدليل الكتابي الكامل في الإثبات، ويجب على قاضي الموضوع متى تمسك الخصم أمامه بورقة مكتوبة صادرة من خصمه على اعتبار أنها تكون مبدأً ثبوت بالكتابة وطلب الإحالة للتحقيق لتكملة هذا المبدأ بشهادة الشهود أن يقول كلمته في هذه الورقة من جهة كونها تجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال أو لا تجعلها فإن هو أغفل ذلك كان حكمه قاصراً..."<sup>(١)</sup>.

فإذا توفّر لمبدأ الثبوت بالكتابة مَقَوِّمَاتُهُ وَسُرُوطُهُ، وَتَمَّ تَعَزُّيْزُهُ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ أَوْ بِكِلَيْهِمَا، فَإِنَّهُ يَكُونُ لَهُ قُوَّةُ الدَّلِيلِ الْكِتَابِيِّ الْكَامِلِ بَعْضُ النَّظَرِ عَنْ قِيَمَةِ التَّصَرُّفِ، وَبِالتَّالِيِ يَقُومُ مَبْدَأُ الثُّبُوتِ بِالْكِتَابَةِ مَقَامَ الدَّلِيلِ الْكِتَابِيِّ فِي الْإِثْبَاتِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ، وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ أَنْ تَكُونَ الْكِتَابَةُ مَطْلُوبَةً لِلْإِثْبَاتِ بِنَصِّ الْقَانُونِ أَوْ حَتَّى بِالِاتِّفَاقِ، وَبِالرَّغْمِ مِنْ أَنَّ مَبْدَأَ الثُّبُوتِ بِالْكِتَابَةِ الْمُعَزَّزَ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِالْقَرَائِنِ أَوْ بِكِلَيْهِمَا يَقُومُ مَقَامَ الْكِتَابَةِ كَدَلِيلٍ لِإِثْبَاتِ التَّصَرُّفِ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ الْإِسْتِنَادُ إِلَيْهِ لِإِثْبَاتِ التَّصَرُّفِ الشَّكْلِيِّ كِهَيْبَةٍ أَوْ رَهْنٍ عَقَارٍ مَثَلًا، إِذَا تَخَلَّفَتْ فِيهِمَا الشَّرُوطُ الشَّكْلِيَّةُ الْمَطْلُوبَةُ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَةَ هُنَا لَا تَكُونُ مُجَرَّدَ دَلِيلٍ فَقَطْ، بَلْ شَرْطًا مِنْ شُرُوطِ الصَّحَّةِ الْمَوْضُوعِيَّةِ لِلتَّصَرُّفِ<sup>(٢)</sup>.

(١) الطعن رقم ٢٩٣ - لسنة ٦٢ ق - تاريخ الجلسة ٢٥ / ٠٣ / ١٩٩٨ - مكتب فني ٤٩ - الجزء الأول، ص ٢٤٩، الطعن رقم ٤٩٠١ - لسنة ٦١ ق - تاريخ الجلسة ٢٩ / ١٠ / ١٩٩٢ - مكتب فني ٤٣ - الجزء الثاني، ص ١٠٩٥.

(٢) همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١١٩، ١٢٠.

## المطلب الثاني

### وُجُود مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي

نصّت المادة (٦٣) من قانون الإثبات المصري على أنّه "يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي:

(أ) إذا وُجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي".

ونصّت الفقرة الثانية من المادة (٧١) من قانون البيّنات الفلسطيني على أنه "إذا وُجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو كان العرف والعادة لا يقضيان بربط الالتزام بسند كتابي، ويُعتبر مانعاً مادياً أن لا يوجد من يستطيع الكتابة، أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد، ويُعتبر مانعاً أدبياً صلة القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر أو بين الخطيب وخطيبته".

يُفهم من هذه النصوص أنّه إذا وُجد مانع يحول دون الحصول على الكتابة لإثبات التصرف فهنا نكون أمام حالة ضرورة، بحيث تسمّح هذه الحالة للخصوم إثبات التصرف بالبينة أو بالقرائن القضائية أو بكلاهما فيما كان يجب إثباته بالكتابة، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها "... كما أنه يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يدل له فيه على ما جرى به نص المادة ٦٣ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨"<sup>(١)</sup>، هذا

(١) الطعن رقم ٥٧٠٥ - لسنة ٦٥ ق- تاريخ الجلسة ٢٨ / ٠٥ / ٢٠٠١ - مكتب فني ٥٢ - نقض



وَيَقَعُ عِبءُ إِبْطَاتِ المَانَعِ عَلَى مَنْ يَدَّعِيهِ، وَيَكُونُ بَاسْتِطَاعَةِ مُدَّعِي وَجُودِ المَانَعِ أَنْ يُثْبِتَهُ بِالشَّهَادَةِ أَوْ بِالقَرَائِنِ، وَيَكُونُ لِلقَاضِي سُلْطَةً تَقْدِيرِيَّةً فِي تَقْدِيرِ ذَلِكَ المَانَعِ<sup>(١)</sup>.

غَيْرَ أَنَّهُ لَا يُقْصَدُ بِالنَّصِّ القَانُونِي السَّابِقِ أَنْ تَحُلَّ البِينَةُ مَحَلَّ الكِتَابَةِ فِي حَالَةِ إِغْفَالِهَا، خَاصَّةً إِذَا كَانَتِ الكِتَابَةُ مَطْلُوبَةً لِانْعِقَادِ التَّصَرُّفِ؛ وَذَلِكَ عَلَى اعْتِبَارِ أَنَّهُ يُقْصَدُ بِاسْتِبْدَالِ البِينَةِ والقَرَائِنِ القَضَائِيَّةِ بِالدَّلِيلِ الكِتَابِي اسْتِبْدَالًا لَهَا بِالدَّلِيلِ الكِتَابِي كَدَلِيلِ إِثْبَاتٍ وَليْسَ كَرُكْنًا لِلانْعِقَادِ، كَمَا يَخْرُجُ مِنْ نِطَاقِ هَذَا النِّصِّ الوَقَائِعِ المَادِيَّةِ الَّتِي يُمْتَنَعُ بِالنِّظَرِ لِطَبِيعَتِهَا عَلَى الإِطْلَاقِ تَهْيِئَةَ الدَّلِيلِ الكِتَابِي لِإِثْبَاتِهَا؛ وَذَلِكَ بِالنِّظَرِ إِلَى أَنَّ البِينَةَ والقَرَائِنِ بِالنِّسْبَةِ لِهَذِهِ الوَقَائِعِ تُعْتَبَرُ هِيَ الدَّلِيلُ لِإِثْبَاتِهَا بِدُونِ حَاجَةٍ إِلَى نِصِّ يُقَرَّرُ هُمَا، وَبِالتَّالِيِ فَإِنَّ نِطَاقَ النِّصِّ السَّابِقِ يُقْتَصِرُ عَلَى التَّصَرُّفَاتِ القَانُونِيَّةِ الَّتِي تَكُونُ الكِتَابَةُ هِيَ دَلِيلُ إِثْبَاتِهِ، إِذَا قَامَتِ اسْتِحَالَةٌ عَارِضَةٌ تَرْجِعُ لظُرُوفِ الخِصْمِ المُكَلَّفِ بِالإِثْبَاتِ النَّفْسِيَّةِ، أَوْ المَادِيَّةِ حَالَتْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ تَهْيِئَةِ الدَّلِيلِ الكِتَابِي<sup>(٢)</sup>.

وَفِي هَذَا الصِّدَدِ نُبُوهُ لِعِدَّةِ مَلَاَحِظَاتٍ فِي غَايَةِ الأَهْمِيَّةِ يَجِبُ عَدَمُ إِغْفَالِهَا، فَالْمَلَاَحِظَةُ الأُولَى تَتَمَثَّلُ فِي أَنَّ المَانَعِ مِنَ الحُصُولِ عَلَى دَلِيلِ كِتَابِي قَدْ يَكُونُ مَانِعًا مَادِيًّا، وَيُقْصَدُ بِهِ هُوَ ذَلِكَ المَانَعِ الَّذِي يَعُودُ إِلَى الظُّرُوفِ الخَارِجِيَّةِ الَّتِي انْعَقَدَ فِيهَا التَّصَرُّفُ القَانُونِي، لَا إِلَى طَبِيعَةِ التَّصَرُّفِ ذَاتِهِ<sup>(٣)</sup>، بَحِيثٌ تَكُونُ هَذِهِ الظُّرُوفُ مُفَاجِئَةً وَاضْطِرَارِيَّةً، وَيَكُونُ مِنْ شَأْنِهَا أَنْ تَحْوَلَ دُونَ الحُصُولِ عَلَى الدَّلِيلِ الكِتَابِي المَطْلُوبِ لِإِثْبَاتِ التَّصَرُّفِ<sup>(٤)</sup>، فَمَثَلًا أَنْ يَقْرَضَ شَخْصٌ عَلَى وَشَكِّ السَّفَرِ بِالطَّائِرَةِ المُسْتَعِدَّةِ لِلإِقْلَاعِ شَخْصًا

(١) عفيف محمد أبو كلوب: أصول الإثبات، مرجع سابق، ص ٩٨.

(٢) همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٢٨.

(٣) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٢٨.

(٤) فايز أحمد عبد الرحمن خليل: الإثبات، مرجع سابق، ص ٧٠١.

آخر مَبْلَغ من المال، وَتَكُون قيمته لا يُمكن إثباتها إلا بالكتابة، فَهَذَا الإِسْتِحَالَةَ المادية تَفْتَرِض بِأَنَّ التَّصَرُّف القانوني نَشَأَ في ظُرُوفٍ لم يَكُن فيها للأطراف الوقت الكافي لِلْحُصُولِ على الدليل الكتابي، وبالتالي متى أَثْبَتَ الخصم ذلك كان له الحق في إثبات التَّصَرُّفِ بِكُلِّ وسائل الإثبات، والتي منها البينة والقرائن القضائية<sup>(١)</sup>.

فَفِي هذه الحالة يُلاحَظ بِأَنَّ المانع المادي يَنْشَأُ عند إِسْتِحَالَةَ الحُصُولِ على الدليل الكتابي وقت التَّعَاقد، وهذه الإِسْتِحَالَةَ هي إِسْتِحَالَةَ نِسْبِيَّةٍ عَارِضَةٍ، فالمانع المادي يَتَحَقَّقُ عند قيام المَتَّعَاقدِ بِإِبْرَامِ تَصَرُّفٍ قانوني بِشَكْلِ سَرِيعٍ، بحيث يَتَعَدَّرُ عليه الحُصُولُ على الوقت الكافي من أَجْلِ كتابة ذلك التَّصَرُّفِ، لِكَي يَتِمَّ إثباته بالكتابة<sup>(٢)</sup>، وقت حُدُوث نزاع بِخُصُوصِهِ.

هذا وقد ذَكَرَتِ الفَقْرَةُ الثانية من المادة (١٣٤٨) من القانون المدني الفرنسي بعض الأمثلة على الموانع المادية، فَبِخُصُوصِ الوديعة الاضطرارية وهي ايداع الأشياء بِشَكْلِ عَاجِلٍ من أَجْلِ أَنْقَاذِهَا من خَطَرٍ ذَاهِمٍ مُحْدِقِ الوقوع كالحريق مَثَلًا، أو مَثَلًا اضطرار شخص في أَثناء السَّفَرِ المُفَاجِئِ السريع إلى الاقتراض دون أَنْ يَكُونَ مع الدائن مُتَّسِعٍ من الوقت لِلْحُصُولِ على دليل كتابي بذلك.

**كما قد يَكُون المانع من الحُصُولِ على الدليل الكتابي مَانِعًا أَدْبِيًّا** وهو الذي يَتَعَلَّقُ بِبَعْضِ الظُّرُوفِ النَّفْسِيَّةِ والاعتبارات المَعْنَوِيَّةِ أو الأَدْبِيَّةِ لِلْمُتَّعَاقِدِينَ، والتي من شأنها أَنْ تَحُولَ دون الحُصُولِ على الدليل الكتابي كَالظُّرُوفِ النَّفْسِيَّةِ التي تَرِبُّطُ طَرَفِي العَقْدِ وقت

(١) أسامة روبي عبد العزيز الروبي: الوسيط، مرجع سابق، ١٨٩، ١٩٠؛ اسماعيل غانم: في النظرية

العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٥٠٠.

(٢) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق،

التَّعَاقُدُ بحيث لا تَسْمَحُ لأطراف العَقْدِ بِأَنْ يَقُومُوا بِكِتَابَتِهِ، كالعلاقة الزَّوْجِيَّةِ مَثَلًا أو العلاقة بين الأَصُولِ وَالْفُرُوعِ<sup>(١)</sup>، وكعلاقة الخطيبين ببعضهما خلال فترة الخطبة، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها "أنه لما كانت فترة الخطبة -وعلى ما جرى به العرف- لها سمتها الخاصة التي تفرض على الخطيبين وأسرتهما سلوكاً حميماً آتية التواد والمجاملة بما يستهدف به كل طرف غرس الثقة وبعث الطمأنينة لدى الطرف الآخر وهو ما لا يلائمه التعامل بالكتابة في شأن أداء المهر أو تقديم الشبكة وما في حكمها من الهدايا المتعارف عليها فإن هذه الفترة تعد بذاتها مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على دليل كتابي في هذا الخصوص ويجيز الإثبات بشهادة الشهود عملاً بالفقرة الأولى من المادة ٦٣ من قانون الإثبات"<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير ذِكرُهُ بهذا الخُصُوصِ أَنَّ وُجُودَ صِلَةِ القَرَابَةِ بين المُتَعَاقِدِينَ لا تعني بِدَايَتِهَا قيام المانع الأدبي؛ لأن هذا المانع قد يَنْتَفِي، خَاصَّةً إِذَا اتَّضَحَ بِأَنَّ المُتَعَاقِدِينَ قد اغْتَادَا وَتَوَاتَرَ العَمَلُ بَيْنَهُمَا على كتابة سَنَدَاتٍ من أَجْلِ إثبات المُعَامَلَاتِ التي تَتِمُّ بَيْنَهُمَا، والقائمة بَيْنَهُمَا<sup>(٣)</sup>.

وَيُذَكَّرُ هُنَا أَنَّ مِنَ الموانع الأَدَبِيَّةِ ما يُسْتَمَدُّ من عُرْفِ بعض المِهَنِ، وَيُقْصَدُ بذلك الحالة التي يَخْلُقُ فيها العُرْفُ الجَارِي بين الناس في بعض المِهَنِ حَرَجاً أَدَبِيّاً يَمْنَعُ من تَهْيِئَةِ

(١) عيسى بن حيدر: شرح قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٣٨؛ فايز أحمد عبد الرحمن خليل:

الإثبات، مرجع سابق، ص ٧٠٢؛ همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٣١.

(٢) الطعن رقم ١٠٦٩ - لسنة ٥٩ ق - تاريخ الجلسة ١٠ / ٠٦ / ١٩٩٣ - مكتب فني ٤٤ - الجزء

الثاني، ص ٦٢٧.

(٣) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٢٩.

الدليل الكتابي وذلك بالنظر إلى الطابع الشّخصي الذي يربط القائم بالمهنة بالعميل<sup>(١)</sup>، حيث نجد ممّا جرّت عليه العادة في التعامل مثلاً بين صاحب المهنة والعميل، أنّه لم تجرّ العادة على أن يطلب الطبيب من المريض بدليل كتابي على قيامه بعلاجه، وأيضاً لم تجرّ العادة بين التجار الذين يقومون بتوريد السلع للمنازل وبين عملائهم على الحصول على دليل كتابي يثبت توريد تلك السلع للعميل<sup>(٢)</sup>.

على أن تقدير وجود المانع الأدبي من عدمه يخضع لسُلطة القاضي التقديرية، فقاضي الموضوع هو الذي يفصل في ذلك، وتقدير قاضي الموضوع لذلك هو تقدير موضوعي لا يخضع فيه القاضي لرقابة محكمة النقض ولا معقّب عليه من محكمة النقض في ذلك، ما دام أن حكمه قد أقيم على أسباب معقولة بحيث يؤدي إلى ما انتهى إليه<sup>(٣)</sup>، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها "أن تقدير قيام أو انتفاء المانع الأدبي يعد -وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- من الأمور الواقعية التي تستقل بها محكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية دون معقّب عليها في ذلك متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصل ثابت بالأوراق"<sup>(٤)</sup>.

وقد قضت بذلك محكمة النقض في حكم آخر بقولها "أن المادة ٦٣ من قانون الإثبات تبيح إثبات عقد الوكالة بالبينة في حالة وجود مانع أدبي لدى صاحب الحق من الحصول

(١) همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٣٥.

(٢) اسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٥٠٢؛ عباس العبودي: شرح أحكام

قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

(٣) فايز أحمد عبد الرحمن خليل: الإثبات، مرجع سابق، ص ٧٠٢.

(٤) الطعن رقم ٢٤٩٩ لسنة ٥٢ ق - تاريخ الجلسة ٠٧ / ٠٥ / ١٩٨٦ مكتب فني ٣٧ - الجزء

الأول، ص ٥٢٣.

على سند بالكتابة ممن تعاقده معه، وأن المانع كما يكون مادياً يجوز أن يكون أدبياً، وتقدير وجود المانع أو عدم وجوده في جميع الأحوال يدخل في سلطة قاضي الموضوع بلا رقابة عليه من محكمة النقض، فمتى رأى القاضي من ظروف الدعوى أن لعلاقة الأبوة بين الطاعن والمدعى بالحقوق المدنية قيام هذا المانع وقبل إثبات الوكالة بالبينة فلا معقب على رأيه في ذلك، ذلك أن تقدير المانع من الحصول على الكتابة من أمور الموضوع التي تفصل فيها المحكمة وجوداً أو عدماً تبعاً لوقائع كل دعوى وملابساتها، ومتى قالت المحكمة بقيام هذا المانع بناء على ما تذكره في حكمها من أسباب فلا تقبل المناقشة في ذلك أمام محكمة النقض<sup>(١)</sup>.

غير أنه يجب لكي تحكم محكمة الموضوع بوجود المانع الأدبي أن يتمسك صاحب المصلحة بذلك أمامها، فالمحكمة لا تحكم بوجود وقيام المانع الأدبي من تلقاء نفسها، كما لا يجوز التمسك بوجود المانع الأدبي أمام محكمة النقض إذا لم يتم التمسك بذلك أمام محكمة الموضوع، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها "أنه وكان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه بوجود المانع الأدبي أمام محكمة الموضوع بما لا يحق له إثارته أمام هذه المحكمة"<sup>(٢)</sup>.

مع العلم بأن القضاء حالياً يميل إلى التوسع في الموانع الأدبية وذلك من خلال عدم تحديدها؛ ولأن القضاء لا يميل إلى تحديد ما هو المانع الأدبي فهذا ساعد القضاء في

(١) الطعن رقم ٤٦٨٤ - لسنة ٦٠ ق - تاريخ الجلسة ١١ / ١٢ / ١٩٩٥ - مكتب فني ٤٦ - الجزء الأول - نقض جنائي، ص ١٢٧٠.

(٢) الطعن رقم ٦٦٩ - لسنة ٤٢ ق - تاريخ الجلسة ١٤ / ٠٣ / ١٩٧٩ - مكتب فني ٣٠ - الجزء الأول، ص ٧٨٦.

التَّوَسُّعِ فِي الْمَوَانِعِ الْأَدْبِيَّةِ، وَغَالِبًا مَا تَرْجِعُ الْمَوَانِعِ الْأَدْبِيَّةِ إِلَى الْعَلَاقَاتِ الزَّوْجِيَّةِ، أَوْ عِلَاقَةِ الْخَدْمِ أَوْ إِلَى الْعُرْفِ الْجَارِي فِي بَعْضِ الْمِهَنِ<sup>(١)</sup>.

**أما الملاحظة الثانية** فتتمثل في أنَّ المانع سواء أكان مانعاً مادياً أم أدبياً، يُعْتَبَرُ وَاقِعَةً مَادِيَةً يَفْعُ عَلَى عَاتِقِ الْخَصْمِ الَّذِي يَدَّعِيهِ إِثْبَاتِهِ، وَلَهُ أَنْ يُثْبِتَ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ وَالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ<sup>(٢)</sup>، حَيْثُ يَجِبُ عَلَى الْخَصْمِ أَوَّلًا أَنْ يُثْبِتَ قِيَامَ الْمَانِعِ، ثُمَّ بَعْدَ ذَلِكَ يُثْبِتُ التَّصَرُّفَ الْقَانُونِيَّ الْمُدَّعَى بِهِ، مَعَ الْعِلْمِ أَنَّ إِثْبَاتَ كِلَا الْمَانِعَيْنِ يَكُونُ بِجَمِيعِ طُرُقِ الْإِثْبَاتِ الْمُقَرَّرَةِ قَانُونًا حَتَّى وَلَوْ كَانَتْ قِيَمَةُ التَّصَرُّفِ تَزِيدُ عَنِ النَّصَابِ الْمُحَدَّدِ قَانُونًا؛ وَذَلِكَ بِسَبَبِ وُجُودِ مَانِعٍ مِنَ الْحُصُولِ عَلَى الدَّلِيلِ الْكُتَابِيِّ وَهَذَا تَقُومُ الشَّهَادَةُ مَقَامَ الدَّلِيلِ، وَلَا تُعْتَبَرُ مَكْمَلَةً لَهُ<sup>(٣)</sup>، وَبِنَاءً عَلَيْهِ إِذَا أُثْبِتَ أَحَدُ أَطْرَافِ الْعَقْدِ وُجُودَ مَانِعٍ مَادِيٍّ أَوْ أَدْبِيِّ حَالٍ دُونَ كِتَابَتِهِ، كَانَ لَهُ أَنْ يُثْبِتَ التَّصَرُّفَ الَّذِي يَدَّعِيهِ إِبرَامِهِ أَوْ وُجُودَهُ، بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ أَوْ بِكِلَاهُمَا، أَوْ بِأَيِّ وَسِيلَةٍ مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ الْآخَرَى.

وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث نصَّ حكمها على أنه " ... لئن كان هذا الادعاء لا يجوز إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنياً؛ لأنه ادعاء يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي، إلا أن إثباته يكون جائزاً بطرق الإثبات كافة إذا وجد مانع أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي... إنَّ وُجُودَ سَنَدٍ مَكْتُوبٍ لَا يَمْنَعُ مِنْ قِيَامِ الْمَانِعِ الْأَدْبِيِّ الَّذِي يَحُولُ دُونَ الْحُصُولِ عَلَى دَلِيلِ كُتَابِيِّ إِذَا تَوَافَرَتْ شُرُوطُهُ، وَمَتَى تَحَقَّقَ هَذَا الْمَانِعُ لَدَى

(١) قدرى عبد الفتاح الشهاوى: الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٦٥، ٣٦٦؛ عبد الحميد الشواربى: التعليق

الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٥٠.

(٢) همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٢٩.

(٣) سامي محمود مقداد: طرق الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

المَدِين الذي يَطْعَن على سَنَد المَدْيُونِيَّة بِالصُّورِيَّة، فإنه يجوز إثبات ذلك بالبينة والقرائن" (١).

**أما الملاحظة الثالثة** فتتمثل في أنّ الحكمة التي دَفَعَت بِالمُشَرِّع إلى النَّص على جواز إثبات هذه الحالة - أي حالة قيام مانع من الحُصُول على دليل كتابي - بالشهادة والقرائن القضائية وذلك استثناءً على قَاعِدَة وجوب الإثبات بالكتابة؛ هي أنّ المَتَعَاقِد قد يُوجَد عنده وقت التَّعَاقُد مَانِعاً يَمْنَعُهُ من الحُصُول على الدليل الكتابي من أَجْلِ إثبات حَقِّه، وذلك دون أن يَكُونَ هناك أي تَفْصِير من جَانِبِه، هذا بالإضافة إلى أن القانون لا يَطْلُب ولا يُلْزِم بِالمُسْتَحِيل، فلذلك يَكُون من العَدْلِ السَّمَّاح للمُتَعَاقِدِينَ أَنْ يُنْبِتُوا حُقُوقَهُم بِالشَّهَادَة والقرائن أو بهمَا مَعاً عند قيام مانع يَمْنَعُهُم من الحُصُول على الدليل الكتابي، وذلك بِغَض النَّظَر عن قيمة التَّصَرُّف القانوني محلَّ التَّعَاقُد (٢).

**أما الملاحظة الرابعة** فتتمثل في أنّي وَجَدْتُ أَنَّ المشرع الفلسطيني قد أوجَدَ حَالَةً يجوز فيها الإثبات بِكُلِّ طُرُق الإثبات فيما كان يَجِبُ إثباته بالكتابة، ولم يُنص عليها قانون الإثبات المصري، ألا وهي حالة إذا كان قد جَرَى العُرف والعادة بين الناس على أَلَّا يَتَطَلَّبَانِ الكتابة، حيث نَصَّ عليها في الفُقْرَة الثانية من المادة (٧١) بقوله "... أو كان العُرف والعادة لا يَقْضِيَانِ بِرِبْطِ الالتزام بِسَنَدِ كِتَابِيٍّ ...".

فَنَلَا حِظَّ أَنَّ العُرف مَثَلًا قد جَرَى بين الناس في بَعْضِ المِهَن على عدم الاتفاق على أُجْرَة مُعَيَّنَة، وَأَنَّ ما يَطْلُبُهُ الشَّخْص بعد التَّمَام يأخُذُه، كِمِهْنَةِ الطَّبِّ مَثَلًا، وكذلك علاقة صاحب

(١) الطعن رقم ٢٥٢٢ - لسنة ٦٢ق - تاريخ الجلسة ١٧/٠٥/١٩٩٨ - مكتب فني - الجزء الأول، ص ٤١٩.

(٢) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٢٧.

المَطْعَم مع الزبائن<sup>(١)</sup>، ففي هذه الأمور لو حَدَثَ نزاع بين الأطراف، فيجوز إثباته بكل طُرُق الإثبات.

**أما الملاحظة الخامسة** فتتمثل في أن تقدير وجود المانع سواء أكان مانعاً مادياً أم أدبياً يَخْتَصُّ به قاضي الموضوع، فتقدير وجود المانع من عَدَمِهِ يَخْضَعُ لِلسُّلْطَةِ التَّقْدِيرِيَّةِ للقاضي ولا يَخْضَعُ القاضي في ذلك لرقابة محكمة النقض، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها " ... وَأَنَّ المانع كما يَكُونُ مادياً يجوز أن يَكُونُ أدبياً، وتقدير وجود المانع أو عدم وجوده في جميع الأحوال يَدْخُلُ في سُلْطَةِ قاضي الموضوع بلا رقابة عليه من محكمة النقض، ... ، ذلك أن تقدير المانع من الحُصُولِ على الكتابة من أمور الموضوع التي تَفْصِلُ فيها المحكمة وجوداً أو عَدَمًا تَبَعاً لوقائع كل دعوى ومُلاَبَسَاتِهَا، ومتى قالت المحكمة بقيام هذا المانع بِنَاءٍ على ما تَدْكُرُهُ في حُكْمِهَا من أسباب فلا تَقْبَلُ المُنَاقَشَةَ في ذلك أمام محكمة النقض"<sup>(٢)</sup>.

(١) عبد الله خليل الفراء، يوسف عبد الله الغرباوي: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٢) الطعن رقم ٤٦٨٤ لسنة ٦٠ق- تاريخ الجلسة ١١/١٢/١٩٩٥- مكتب فني ٤٦- الجزء الأول،

طعن جنائي، ص ١٢٧٠.



## المطلب الثالث

## فُقْدَانُ الدَّائِنِ لِسُنْدِهِ الْكِتَابِيِّ بِسَبَبِ لَا يَدَّ لَهُ فِيهِ

نَصَّتِ الْفُقْرَةُ الثَّانِيَةُ مِنَ الْمَادَّةِ (٦٣) مِنْ قَانُونِ الْإِثْبَاتِ الْمِصْرِيِّ عَلَى أَنَّهُ "إِذَا فَقَدَ الدَّائِنُ سُنْدَهُ الْكِتَابِيَّ بِسَبَبٍ أَجْنَبِيٍّ لَا يَدَّ لَهُ فِيهِ"، وَيُقَابَلُهَا فِي الْقَانُونِ الْفِلَسْطِينِيِّ نَصُّ الْفُقْرَةِ الثَّلَاثَةِ مِنَ الْمَادَّةِ (٧١) مِنْ قَانُونِ الْبَيِّنَاتِ الْفِلَسْطِينِيِّ.

يَتَبَيَّنُ مِنْ هَذَا النَّصِّ أَنَّهُ يُقْبَلُ الْإِثْبَاتُ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ أَوْ بِالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ أَوْ بِكِلَيْهِمَا فِيمَا كَانَ يَجِبُ إِثْبَاتُهُ بِالْكِتَابَةِ فِي حَالَةِ فُقْدَانِ الدَّائِنِ السُّنْدَ الْكِتَابِيَّ الْمَوْثُوقَ لِلتَّصَرُّفِ، وَهَذَا الْفُقْدَانُ يَجِبُ أَنْ يَعُودَ لِسَبَبٍ أَجْنَبِيٍّ، بِحَيْثُ لَا يَكُونُ لِلدَّائِنِ يَدًّا فِي هَذَا الْفُقْدَانِ، فَهُنَا أَفْتَرَضَ الْقَانُونُ أَنَّ الدَّائِنَ كَانَ بِيَدِهِ سُنْدًا كِتَابِيًّا فِعْلًا، وَلَكِنَّهُ فَقَدَ هَذَا السُّنْدَ لِأَسْبَابٍ خَارِجِيَّةٍ، خَارِجَةٍ عَنِ إِرَادَتِهِ<sup>(١)</sup>، وَلِأَنَّ وَاقِعَةَ الْفُقْدَانِ تَعْتَبَرُ وَاقِعَةً مَادِيَّةً فَلِذَلِكَ يَجُوزُ إِثْبَاتُهَا بِكُلِّ طَرَقِ الْإِثْبَاتِ بِمَا فِي ذَلِكَ الْبَيْنَةِ وَالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ، وَهَذَا مَا قَضَتْ بِهِ مَحْكَمَةُ النِّقْضِ الْمِصْرِيَّةُ بِقَوْلِهَا "أَنَّهُ وَفَقًا لِنَصِّ الْمَادَّةِ ٦٣ مِنْ قَانُونِ الْإِثْبَاتِ رَقْمَ ٢٥ لِسَنَةِ ١٩٦٨ يَجُوزُ الْإِثْبَاتُ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ فِيمَا كَانَ يَجِبُ إِثْبَاتُهُ بِدَلِيلٍ كِتَابِيٍّ إِذَا فَقَدَ الدَّائِنُ سُنْدَهُ الْكِتَابِيَّ بِسَبَبٍ أَجْنَبِيٍّ لَا يَدَّ لَهُ فِيهِ، مِمَّا مَقْتَضَاهُ أَنَّ مَنْ يَدْعِي أَنَّهُ حَصَلَ عَلَى سُنْدٍ مَكْتُوبٍ ثُمَّ فَقَدَهُ أَجْنَبِيٌّ يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَثْبِتَ ذَلِكَ بِكُلِّ طَرَقِ الْإِثْبَاتِ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبِتُ وَاقِعَةً مَادِيَّةً فَإِذَا مَا ثَبِتَ سَبْقُ وَجُودِ السُّنْدِ كَانَ لِمَنْ فَقَدَهُ أَنْ يَثْبِتَ الْحَقَّ الَّذِي يَدْعِيهِ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ"<sup>(٢)</sup>، وَالْعَلَّةُ

(١) هشام هاشم ميكائيل: دور القاضي في الإثبات في القانونين العراقي والمصري، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م، ١٢٩.

(٢) الطعن رقم ١٢١٢ - لسنة ٥١ في - تاريخ الجلسة ٢٧ / ٠٣ / ١٩٨٥ - مكتب فني ٣٦ - الجزء الأول، ص ٥١٦.

مما سبق ذكره هي أنه ليس من العدل أن تُغلق أمام من استحال عليه تقديم الدليل الكتابي، سُبُل وطُرُق الإثبات الأخرى<sup>(١)</sup>.

لذلك سمح القانون للدائن في هذه الحالة أن يُثبت التصرّف بكل طرق الإثبات، بما فيها البينة أو القرائن القضائية أو كلاهما معاً، وعليه فإن الدائن يستطيع في هذه الحالة أن يُثبت بالبينة وبالقرائن القضائية أو بكليهما معاً ما يخالف أو يجاوز الكتابة بغض النظر عن قيمة التصرّف - أي حتى ولو كانت قيمة التصرّف تتجاوز النصاب القانوني -، وله إثبات أي عقد يشترط القانون ضرورة إثباته بالكتابة، حتى ولو كان عقداً شكلياً لا يحوز إثباته بالبينة والقرائن القضائية<sup>(٢)</sup>.

وعلة هذا الاستثناء تتمثل في أنه متى ثبت تحصيل الدليل الكتابي المطوب سواء للانعقاد أم للإثبات، وبعدها تبين أن استحالة تقديم ذلك الدليل ترجع لسبب أجنبي لا دخل للمدعي فيه، بمعنى أن استحالة التقديم كانت لسبب أجنبي دون أن يكون لدى المدعي أي إهمال أو تقصير، سواء في تهيئة الدليل الكتابي أم الحفاظ عليه، وحيث أن كل مقهور معذور ولا تكليف بمستحيل، فلذلك أُجيز استبدال الدليل الكتابي في هذه الحالة بالبينة، أو بالقرائن القضائية، أو بكليهما<sup>(٣)</sup>.

وبناءً على ذلك إذا كان لدى الدائن الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون، ولكنته فقدّه لسبب أجنبي، أو ضاع منه بغير تقصير منه، فهنا يجوز أن تحل البينة أو القرائن القضائية أو كليهما محل الدليل الكتابي، وذلك من أجل إثبات أولاً التصرّفات حتى التي تزيد قيمتها

(١) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق، ص ٢٦١.

(٢) سامي محمود مقداد: طرق الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٨١.

(٣) همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٣٥، ١٣٦.

عن النّصاب القانوني، وثانياً ما يخالف الكتابة أو يجاوزها، وثالثاً أي عقّد يشترط القانون ضرورة إثباته بالكتابة، حتى ولو لم تجاوز قيمته النّصاب القانوني، كعقد الصّلع أو الكفالة، ورابعاً أي عقّد شكلي كالهبة مثلاً، أو الرهن الرسمي<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ على هذا النص في القانون المصري والفلسطيني أنّه لم يذكر سوى الدائن، ولكن في الحقيقة أن حكم هذه المادة عام التطبيق، وبالتالي فإن الحكم الذي تضمّنته هذه المادة ينطبق على الجميع، أي سواء كان من فقد السند الكتابي هو الدائن وذلك من خلال فقدانه للسند المثبت للالتزام، أم من فقد ذلك السند هو المدين بأن يكون قد فقد المخالصة التي تُثبت قيامه بالوفاء<sup>(٢)</sup>.

بمعنى آخر إن هذا الاستثناء يشمل كلاً من الدائن والمدين أيضاً، فكما يُسمح للدائن أن يُثبت حقه بالشهادة والقرائن القضائية عند فقدانه السند المثبت لذلك، فإنه يجب أن يُسمح كذلك للمدين بالإثبات بنفس الطريقة عند فقد ورقة الإبراء أو المخالصة<sup>(٣)</sup>.

**ويشكّل عام وحتى يُسمح للمدعي في هذا الاستثناء بالإثبات بالبينة أو بالقرائن القضائية أو بهما معاً، فإنه يجب عليه أن يُثبت في البداية ثلاثة أمور، وهي على النحو الآتي:**

**الأمر الأول:** سبق وجود الدليل الكتابي، فيجب على الخصم الذي يدعي وجود سند قد تمّ فقدّه لسبب أجنبي، أن يُثبت أنه قد حصل فعلاً على دليل كتابي مُستوفٍ للشروط

(١) قدرى عبد الفتاح الشهاوى: الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٦٩؛ عبد الحميد الشواربي: التعليق

الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٦٠.

(٢) اسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٥٠٢.

(٣) فايز أحمد عبد الرحمن خليل: الإثبات، مرجع سابق، ص ٧٠٢.

القانونية؛ ولأن هذا الأمر يُعْتَبَر واقعة مادية فَلَهُ إثبات ذلك بِكُلِّ طَرُقِ الإثبات<sup>(١)</sup>، فإذا اعْتَرَفَ وَأَقْرَّ الخِصْم الآخرِ سَبْقَ وُجُودِ السَّنَدِ، وَلَكِنَّهُ أَنْكَرَ تَوْقِيعَهُ عَلَيْهِ وَذَلِكَ اسْتِنَادًا مِنْهُ عَلَى أَنَّهُ يَسْتَحِيلُ إِجْرَاءَ التَّحْقِيقِ بِالْمُضَاهَاةِ، فَهَذَا يُسَمَّحُ لِلْمُدْعِي أَنْ يُثْبِتَ صِحَّةَ التَّوْقِيعِ بِجَمِيعِ طَرُقِ وِوَسَائِلِ الإثبات<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير ذِكْرُهُ أَنَّ المقصود بالدليل الكتابي هُنَا هو الدليل الكتابي الكامل، بحيث لا يَكْفِي للخِصْم أَنْ يُثْبِتَ تَحْصِيلَهُ لِمَبْدَأِ ثُبُوتِ الْكِتَابَةِ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ النِّصَّ الْقَانُونِي لَا يُوَاجِهُ اسْتِحَالَةَ تَحْصِيلِ الدَّلِيلِ الْكِتَابِي الْكَامِلِ، بَلْ يُوَاجِهُ اسْتِحَالَةَ تَقْدِيمِ الدَّلِيلِ الْكِتَابِي الْكَامِلِ وَذَلِكَ لِفَقْدِهِ سَبَبٍ أَجْنَبِيٍّ، هَذَا وَيَجِبُ عَلَى الْمُدْعِي إِثْبَاتَ مَضْمُونِ ذَلِكَ الْمُحَرَّرِ، وَإِذَا كَانَتِ الْكِتَابَةُ مَطْلُوبَةً لِلانْعِقَادِ فَيَلْزَمُ الْمُدْعِي هُنَا بِالْإِضَافَةِ لِإثْبَاتِ ذَلِكَ أَنْ يُثْبِتَ اسْتِيفَاءَ الْمُحَرَّرِ الْمَكْتُوبِ - السَّابِقِ تَحْصِيلَهُ وَالَّذِي تَمَّ فَقْدُهُ فِيمَا بَعْدَ - لِشُرُوطِ الصَّحَّةِ الْمَطْلُوبَةِ قَانُونًا<sup>(٣)</sup>.

**الأمر الثاني:** أَنْ يَكُونَ سَبَبُ فُقْدَانِ السَّنَدِ سَبَبًا أَجْنَبِيًّا كَالْقُوَّةِ الْقَاهِرَةِ مَثَلًا، كَمَا لَوْ شَبَّ حَرِيقٌ فِي مَنْزِلِ الْمُدْعِي، أَوْ فِي مَكْتَبِهِ فَاحْتَرَقَ السَّنَدُ، أَوْ أَنْ يَكُونَ قَدْ تَمَّ سَرِقَةُ السَّنَدِ مِنْ قِبَلِ الْآخَرِينَ، هَذَا بِالْإِضَافَةِ إِلَى أَنَّهُ يَجِبُ أَلَّا يَكُونَ لِلدَّائِنِ يَدًا فِي فُقْدَانِ ذَلِكَ السَّنَدِ<sup>(٤)</sup>،

(١) عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٦٠؛ همام

محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٣٦؛ فايز أحمد عبد الرحمن خليل: الإثبات، مرجع سابق،

ص ٧٠٢.

(٢) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٣١؛

عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

(٣) همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٤) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق،

ص ٢٦٢؛ فرح ناصر النوايسة: مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لأحكام قانون البينات الأردني، رسالة

ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، ٢٠٢٠، ص ٥٧.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث نصّت في حُكْمِهَا على أنه " ... تنص المادة ٤٠٣ من القانون المذكور على أنه، "يجوز أيضاً الإثبات بالبينة فيما كان يجب لإثباته بالكتابة (أ) ... (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه"، ممّا مفّاهه وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون أن هذا الاستثناء يفترض أنّ القواعد المتعلّقة بالدليل الكتابي قد رُوِعت بيّد أنّ الإثبات بالكتابة قد امتنع بسبب فقد هذا الدليل ويشتَرط في هذه الحالة أن يكون هذا الفقد راجعاً إلى سبب لا يد للمدعي فيه، "ومؤدّي هذا أن يكون الفقد قد نشأ من جرّاء حادث جبري أو قوّة قاهرة علّة هذا الشرط إلى الرّغبة في استبعاد صور الفقد بسبب يتّصل بفعل مدّعي الدليل (كإعداد الورقة) لقطع السبيل على التواطؤ مع الشهود وبذلك لا يكون للمدّعي أن يتمسك بأي سبب يرجع إلى فعله ولو كان هذا الفعل مجرد إهمالٍ أو تراخٍ"<sup>(١)</sup>.

وهنا أتوه وأؤكد على أنّ حالة فقدان السند تقتصر فقط فقدان السند الذي يكون دليلاً كاملاً في الإثبات وليس الكتابة التي تُعتبر مبدأً تُبوت بالكتابة، كما يجب على مَنْ يدّعي فقدانه للسند أن يُثبت ذلك، وعليه أيضاً أن يُثبت أنّ سبب فقدان كان سبباً أجنبياً، وأنه لا وجود لأي علاقة له بذلك الفقدان، وله -أي للمدّعي- أن يُثبت ذلك بكل وسائل الإثبات"<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير ذكره في هذا الأمر أن واقعة فقدان السند لسبب أجنبي تُعتبر واقعة ماديّة، ولذلك فإنه يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات، بما فيها البينة والقرائن القضائية والمعائنة، أمّا إذا كان فقدان السند راجعاً إلى فعل الخصم نفسه، كقيامه بحرق الورقة أو تقاعس في

(١) الطعن رقم ٥٠٢ - لسنة ٤٢ق - تاريخ الجلسة ٢٨/٠٦/١٩٧٦ - مكتب فني ٢٧ - الجزء الأول، ص ١٤٤٤.

(٢) عبد الله خليل الفراء، يوسف عبد الله الغرباوي: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٠٢؛ عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٤٦١.

حِفْظِهَا، فَهَنَّا لَا تُقْبَلُ الْبَيِّنَةُ أَوْ الْقَرَائِنُ فِي إِثْبَاتِ التَّصَرُّفِ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ اسْتِبْدَالَ الْكِتَابَةِ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِالْقَرَائِنِ لَمْ يُشْرَعْ مِنْ أَجْلِ جَبْرِ إِهْمَالِ أَوْ خَطَأِ الْمُكَلَّفِ بِالْإِثْبَاتِ فِي الْحُصُولِ عَلَى الدَّلِيلِ أَوْ الْحِفَاطِ عَلَيْهِ، وَهَذَا الْأَمْرُ يَقْطَعُ الطَّرِيقَ أَمَامَ التَّوَاتُؤِ مَعَ الشُّهُودِ، وَأَخِيرًا بِهَذَا الْخُصُوصِ أَنَّوَهُ إِلَى أَنَّهُ يُقْصَدُ بِالسَّبَبِ الْأَجْنَبِيِّ هُوَ كُلُّ سَبَبٍ لَمْ يَكُنْ بِالْإِمْكَانِ تَوَقُّعُهُ وَلَمْ يَكُنْ بِالْإِمْكَانِ دَفْعُهُ، وَلَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الشَّأْنِ مَصْلَحَةً فِيهِ، سَوَاءَ تَمَثَّلَ بِحَادِثٍ فُجَائِيٍّ، مِثْلَ الْفَيْضَانَاتِ أَوْ الْحَرَائِقِ أَوْ الْهَدْمِ أَوْ الْقُوَّةِ الْقَاهِرَةِ، أَمْ تَمَثَّلَ بِفِعْلٍ الْغَيْرِ كَسِرْقَةِ السَّنَدِ مَثَلًا، دُونَ أَنْ يَكُونَ هُنَاكَ إِهْمَالٌ أَوْ تَقْصِيرٌ رَاجِعٌ لِصَاحِبِ الشَّأْنِ<sup>(١)</sup>.

**الأمر الثالث:** أَنْ يُثْبِتَ - أَيْ الْمُدَّعِي - أَنَّ السَّبَبَ الْأَجْنَبِيَّ الَّذِي تَمَّ بِمُوجِبِهِ فَقُدَّ السَّنَدُ يُعْتَبَرُ مِنَ الْحَوَادِثِ الَّتِي لَا يُمَكِّنُ تَوَقُّعَهَا، وَإِثْبَاتُ ذَلِكَ يُعْتَبَرُ مِنَ الْوَقَائِعِ الْمَادِيَةِ، بِحَيْثُ يَجُوزُ لَهُ إِثْبَاتُهَا بِكَافَّةِ طُرُقٍ وَوَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ، فَإِذَا تَمَّ إِثْبَاتُ هَذِهِ الْأُمُورِ الثَّلَاثَةِ، كَانَ لِلْمُدَّعِيِّ أَنْ يُثْبِتَ الْحَقَّ الْمُدَّعَى بِهِ بِالْبَيِّنَةِ وَالْقَرَائِنِ الْقِضَائِيَّةِ أَوْ بِكِلَيْهِمَا، مَعَ التَّنْوِيهِ إِلَى أَنَّ أَمْرَ تَقْدِيرِ السَّبَبِ الْأَجْنَبِيِّ يَخْضَعُ لِلسُّلْطَةِ التَّقْدِيرِيَّةِ لِقَاضِيِ الْمَوْضُوعِ، وَلَا رِقَابَةَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ مِنْ مَحْكَمَةِ النِّقْضِ<sup>(٢)</sup>، أَمَّا إِذَا كَانَ فَقْدَانُ السَّنَدِ قَدْ نَتَجَّ بِسَبَبِ إِهْمَالِ صَاحِبِهِ لَهُ، فَهَنَّا لَا يَجُوزُ لِصَاحِبِ ذَلِكَ السَّنَدِ أَنْ يَحْتَجَّ بِوُجُودِ السَّبَبِ الْأَجْنَبِيِّ، وَأَنَّهُ كَانَ هُوَ السَّبَبُ الرَّئِيسِيُّ فِي فَقْدَانِهِ لِلسَّنَدِ<sup>(٣)</sup>؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْفُقْدَانَ يَرْجِعُ إِلَيْهِ.

وَفِي هَذَا الْإِطَارِ يَجِبُ الْإِشَارَةُ إِلَى أَنَّ عِبَاءَ إِثْبَاتِ تَوَفُّرِ الشَّرْطِ الثَّلَاثَةِ السَّابِقَةِ يَقَعُ عَلَى عَاتِقِ مُدَّعِيِ تَوَفُّرِهَا، فَإِذَا أَثْبِتَ ذَلِكَ فَإِنَّهُ يُؤَدِّنُ لَهُ بِالْإِسْتِعَانَةِ بِالشَّهَادَةِ وَالْقَرَائِنِ لِإِثْبَاتِ

(١) همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٣٦.

(٢) سامي محمود مقداد: طرق الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

(٣) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق،

ادعائه، وَلِلْمُدَّعِي إثبات تَوْفُّر هذه الشروط بِكُلِّ طُرُق الإثبات، على أنه يَتَعَيَّن على القاضي أَنْ يَقُومَ بِالتَّدْقِيقِ فِي دلالة الأدلة المُقَدِّمَةِ أَمَامَهُ التي تُدَلِّلُ على سَبْقِ وُجُودِ السَّنَدِ وَفَقْدِهِ، وَإِلَّا فَإِنَّهُ يُضْبِحُ هذا الاستثناء المَنْصُوصَ عليه في المادة السَّابِقَةَ طَرِيقًا سَهْلًا لِلتَّحَايُلِ على القَوَاعِدِ العَامَّةِ فِي الإثبات<sup>(١)</sup>، فإذا استطاع الخصم إثبات الأُمُور الثلاثة السَّابِقَةَ، فإنه يَكُونُ له أَنْ يُثَبِّتَ الحق الذي يَدَّعِيهِ بالبينة والقرائن القضائية فيما كان يَجِبُ إثباته بالكتابة، حتى ولو زَادَت قيمته عن النَّصَابِ القانوني، وحتى لو خَالَفَ بذلك ما هو نَائِبٌ بالكتابة أو يَجَاوِزُهَا<sup>(٢)</sup>، هذا كُلُّهُ ما لم يَكُونِ هناك اتفاق على خلاف ذلك، وذلك على اعتبار أن قواعد الإثبات الموضوعية لا تَتَعَلَّقُ بالنظام العام<sup>(٣)</sup>.

(١) اسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٥٠٣.

(٢) قدرى عبد الفتاح الشهاوى: الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٧١.

(٣) همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٣٧.

### المطلب الرابع

#### الطعن في التصرف بأنه ممنوع قانوناً أو أنه مخالف للنظام العام

نصت الفقرة الرابعة من قانون البيّنات الفلسطيني على أنه "إذا طعن في العقد بأنه ممنوع بمقتضى القانون أو مخالف للنظام العام والآداب"، وهذا النص لا يوجد نصّ مُقابلاً له في قانون الإثبات المصري.

تفترض هذه الحالة وجود تصرف بين طرفين، وهذا التصرف تعتريه مخالفة للقانون، أو أنه يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة، فمثلاً لو كان هناك ديناً وكان سببه قماراً، أو كانت علاقة غير مشروعة بين الطرفين، كما في حالة وجود تصرف صوري والآخر حقيقي وتم إظهار سبب العقد الصوري وإخفاء السبب الأصلي<sup>(١)</sup>؛ ولأن سبب التصرف الأصلي يُشكل مخالفة للقانون، أو للنظام العام أو للآداب العامة؛ فلذلك تم إخفاؤه من قبل الأطراف، وإظهار التصرف الصوري.

بمعنى آخر لو كان سبب الدين قماراً مثلاً، وكتب المتعاقدين في العقد أن سبب الدين قرض، ففي هذه الحالة يجوز للمدين أن يثبت السبب الحقيقي للدين، أي أن سبب الدين قماراً وليس قرضاً، وذلك بالشهادة أو بالقرائن القضائية أو بكليهما، حتى ولو كانت قيمة التصرف تزيد عن قيمة النصاب الذي نص عليه القانون، وليس ذلك فحسب بل له أن يثبت ذلك بالبينة أو بالقرائن القضائية أو بكليهما حتى ولو كان ذلك يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي<sup>(٢)</sup>.

(١) عفيف محمد أبو كلوب: أصول الإثبات، مرجع سابق، ص ١٦٨؛ سامي محمود مقداد: طرق

الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

(٢) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق،

ص ٣٤٧، ٣٤٨.



ومن الجدير ذكره أنه يُفترض في مخالفة القانون أو النظام العام، أن يكون هناك تواطؤ بين المتعاقدين، بحيث يكون القصد من ذلك التواطؤ مخالفة قاعدة قانونية أمره أو متعلقة بالنظام العام، وحتى لا يقع مثل هذا التصرف باطلاً بسبب هذه المخالفة، فيتم التستر على هذا الاتفاق باتفاق آخر، يخفي ويستتر الاتفاق الأول المخالف للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة، ومن أجل تسهيل عملية الكشف عن مثل هذا الاتفاق الباطل لم يشترط القانون وجود دليل كتابي للإثبات في هذه الحالة، وذلك خلافاً للأصل<sup>(١)</sup>، بل أجاز الكشف عن ذلك الاتفاق بكل طرق الإثبات.

بمعنى أن القانون هنا أجاز الإثبات بكل وسائل الإثبات بما في ذلك البيينة أو القرائن القضائية أو بكليهما، فكل دين مخالف للنظام العام وللآداب العامة وغير جائز قانوناً، يجوز الطعن فيه، وذلك في أي مرحلة من مراحل الدعوى كونه طعنًا جوهرياً، هذا ويجوز إثباته بالبيينة والقرائن القضائية حتى ولو زادت قيمة العقد محل الطعن عن قيمة النصاب المقرر قانوناً، وأخيراً في هذا الموضوع أنوه إلى أن معيار النظام العام والآداب العامة هو معياراً موضوعياً، يختلف من مجتمعٍ لآخر ومن ديانةٍ لأخرى ومن واقعةٍ لأخرى، أما فكرة الآداب العامة فمعياريها قائم على الآداب التي درج واعتاد المجتمع على إدخالها ضمن أديباتهم وأخلاقهم، وهي أيضاً ذات معيار موضوعي<sup>(٢)</sup>.

(١) عيسى بن حيدر: شرح قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٤٤.

(٢) سامي محمود مقداد: طرق الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

## المطلب الخامس

## الطعن في العقد بالغش أو بأي عيب من عيوب الإرادة

نصت الفقرة الخامسة من المادة (٧١) من قانون البيّنات الفلسطيني على أنه "إذا طعن في العقد بأنّ الظُّروف التي أحاطت بتنظيمه قد شابها غشٌّ أو إكراه أو أي عيب آخر من عيوب الإرادة"، ولا يوجد ما يقابل هذا النص في نصوص قانون الإثبات المصري. تتمثل هذه الحالة في أنّ هناك تصرّف قانوني بين طرفين، وهذا التصرّف لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، ولكن شاب إرادة أحد طرفيه عيب من عيوب الإرادة، كالتدليس أو السفه أو الإكراه أو غيرهم، ففي هذه الحالات لم يوجب المشرع على مَنْ يدعي وجود عيب من عيوب الإرادة إثبات ذلك التصرّف بالكتابة الذي بالأصل يجب إثباته بها، بل أجاز له إثبات ذلك التصرّف بأي وسيلة وسائل الإثبات، والتي من ضمنها شهادة الشهود أو القرائن القضائية أو حتى بكلّيهما<sup>(١)</sup>.

فمثلاً لو حصل شخص على مبلغ مالي تزيد قيمته عن النصاب المحدد قانوناً من امرأة من أجل إحضار زوجها الغائب، أو أن تتسلط امرأة شابة على إرادة زوجها الميسن فيبيعها أملاكه بموجب عقد ولكن دون أن تدفع له أي مبلغ من المال، فهنا من يدعي في مثل هذه التصرفات أن إرادته قد شابها عيب من عيوب الإرادة يقع على كاهله عبء إثبات ذلك، وقد أجاز له القانون أن يثبت هذه العيوب بالبينة أو القرائن القضائية أو بهما معاً وذلك بحكم أنها واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات حتى ولو تجاوزت قيمتها النصاب المقرر قانوناً، فإذا نجح صاحب المصلحة في إثبات ذلك، فإن العقد يصبح باطلاً وبالتالي يُعتبر كأن لم يكن، وغير مُنتج لأي أثر<sup>(٢)</sup>.

(١) عفيف محمد أبو كلوب: أصول الإثبات، مرجع سابق، ص ١٦٩.

(٢) سامي محمود مقداد: طرق الإثبات، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

وهذا يُعْتَبَرُ خِلَافًا وَإِسْتِثْنَاءً عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي يُوجِبُ إِثْبَاتَ ذَلِكَ التَّصَرُّفَ بِالْكِتَابَةِ،  
فَالْمَشْرَعُ خَرَجَ عَنِ ذَلِكَ الْأَصْلِ، وَأَجَازَ لِمَنْ يَدَّعِي وُجُودَ غُشٍّ فِي الْعَقْدِ أَوْ شَابَتْ إِرَادَتُهُ  
عَيْبٌ مِنْ عَيْبِ الْإِرَادَةِ وَقَتِ التَّعَاقُدِ، وَقَدْ ثَبَّتَ لِلْقَاضِي فِعْلًا وُجُودَ الْغُشِّ أَوْ عَيْبِ  
الْإِرَادَةِ، أَنْ يُثَبِّتَ ذَلِكَ بِأَيِّ وَسِيلَةٍ مِنْ وَسَائِلِ الْإِثْبَاتِ بِمَا فِي ذَلِكَ الْبَيِّنَةِ أَوْ الْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ  
أَوْ كِلَاهُمَا، وَعَلَيْهِ فَيَجُوزُ لِمَنْ يَدَّعِي ذَلِكَ أَنْ يُقَدِّمَ لِلْقَاضِي مَا يَكْفِي مِنَ الْعَلَامَاتِ  
وَالْإِمَارَاتِ الَّتِي تُسَاعِدُهُ فِي اسْتِنْبَاطِ الْقَرِينَةِ الْقَضَائِيَّةِ الَّتِي تُؤَكِّدُ ادْعَاءَهُ.

### المبحث الثالث

#### الحالات التي لا يجوز الإثبات فيها بالقرائن القضائية ودور القاضي في تقديرها

نصّت المادة (٦١) من قانون الإثبات المصري على أنه "لا يجوز إثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على ألف جنيه:

(أ) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.

(ب) إذا كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

(ج) إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته على ألف جنيه ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة"، ويُقَابَلُهَا في القانون الفلسطيني نص المادة (٧٠) من قانون البيّنات، مع اختلاف قيمة نصاب التصرّف القانوني بين القانونين، حيث بلغت قيمة النصاب ألف جنيه في قانون الإثبات المصري، ومائتي دينار أردني في قانون البيّنات الفلسطيني، فلذلك لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولا بالقرائن القضائية في جميع التصرّفات، حتى ولو لم تزد عن ألف جنيه في القانون المصري، وعن مائتي دينار أردني في القانون الفلسطيني في هذه الحالات.

وبالجُمع ما بين نص المادة (٦١) من قانون الإثبات المصري، والمادة (٧٠) من قانون البيّنات الفلسطيني من جهة وما بين نص المادة (١٠٠) من قانون الإثبات المصري والمادة (١٠٩) من قانون البيّنات الفلسطيني، يُفهم من المادة الثانية من قانون الإثبات المصري، وقانون البيّنات الفلسطيني أنّه لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية إلا في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة، ويتّضح لنا أنه لا يجوز الإثبات بالبيّنة أو بالقرائن في الحالات التي تمّ ذكرها في المادة الأولى من قانون الإثبات المصري، وقانون البيّنات الفلسطيني، وتفصيل هذه الحالات على النحو الآتي:

## المطلب الأول

### عدم جواز الإثبات بالقرائن القضائية ما يخالف أو يجاوز الكتابة

إذا كان التصرّف القانوني ثابتاً بالكتابة، فإنه لا يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز هذه الكتابة بالقرائن القضائية؛ لأن المتعاقدين ما ذهبوا إلى الكتابة إلا لأنهما فضلاً الدليل الأقوى في إثبات تصرّفهما، فلذلك لا يجوز نقض ذلك التصرّف بالشهادة أو بالقرائن القضائية أو بكليتهما، وفي الواقع أهميّة هذه الحالة لا تظهر بشكل واضح إلا إذا كانت قيمة التصرّف المبرم لا تزيد عن النصاب المحدّد قانوناً؛ لأنه لو كانت قيمة التصرّف تزيد عن ذلك النصاب، أو كانت غير محدّدة القيمة لكان يجب إثباتها بالكتابة، ولما كان بالإمكان إثباتها بالشهادة أو بالقرائن القضائية أصلاً<sup>(١)</sup>.

هذا بالإضافة إلى أن الأساس في هذه القاعدة التي تمنع قبول الشهادة أو القرائن القضائية في إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي، يرجع إلى نظرة المشرع للدليل الكتابي، حيث ينظر المشرع إليه على أنه دليل أقوى من الشهادة والقرائن، ومن المعروف أنه لا يجوز نقض الدليل الأقوى بدليل أضعف منه، وليس ذلك فحسب بل إن وجود دليل كتابي بشأن التصرّف القانوني يُفيد باتجاه إرادة المتعاقدين إلى الاتفاق على وجوب الإثبات بالكتابة بخصوص ما تضمّنته ذلك الدليل الكتابي<sup>(٢)</sup>.

وعليه فإذا كان الالتزام مدنياً وثابتاً بالكتابة فلا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها "... والادعاء بانعدام السبب أو أن للالتزام سبب آخر لا يجوز للمدين إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنياً لأنه ادعاء بما يخالف

(١) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٣٣.

(٢) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق،

ما اشتمل عليه دليل كتابي...<sup>(١)</sup>، وقد قضت في حكم آخر لها بذلك بقولها "بأن الأصل أن التاريخ الذي تحمله الورقة العرفية تفترض صحته حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وأن حقيقته تاريخ آخر، ويتقيد في الإثبات بالقواعد العامة فلا يجوز له إثبات ما يخالف المكتوب إلا بالكتابة"<sup>(٢)</sup>.

**ولكن يُشترط لإعمال هذه الحالة مجموعة من الشروط، وهي على النحو الآتي:**

**أولاً/ وجود دليل كتابي مُعد للإثبات:** يَجِب في البداية أَنْ يَكُونَ هناك دليل كتابي مُعد للإثبات مُسَبِّقاً، والمقصود بالدليل الكتابي المُعد للإثبات هنا، هو الدليل الذي يَتَضَمَّن كتابة وَقَّع عليها المَدِين<sup>(٣)</sup>، بِغَض النَّظَر عن صُورَتِهِ، أي سَوَاء أكان ذلك الدليل سَنَد رسمي أم كان سَنَد عُرْفِي أم كان سَنَد غير مُوقَّع عليه بِمَا في ذلك الرَّسَائِل وَالْبَرْقِيَّات بشرط أن يكون قد تَمَّ إِعْدَادُهَا مُسَبِّقاً للإثبات، أَمَّا الأوراق التي لم يَتِمَّ إِعْدَادُهَا مُسَبِّقاً للإثبات، كالدفاتر التجارية والأوراق المَنْزِلِيَّة ومبدأ الثُّبُوت بالكتابة والتَّأْشِير بِبَرَاءة ذِمَّة المَدِين، فإنه يجوز إثبات ما يُخَالِفُهُمْ بِجميع طُرُق الإثبات، بِمَا في ذلك البينة والقرائن القضائية<sup>(٤)</sup>.

(١) الطعن رقم ٢٣٣ - لسنة ٥٥ق - تاريخ الجلسة ١٨ / ٠١ / ١٩٨٩ - مكتب فني ٤٠ - الجزء الأول، ص ١٧٧.

(٢) الطعن رقم ٣٥٥ - لسنة ٢٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ٠٥ / ١٩٦٢ - مكتب فني ١٣ - الجزء ٢، ص ٦٧٦.

(٣) قدرى عبد الفتاح الشهاوى: الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٢١؛ عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق، ص ٢٤٦.

(٤) أحمد جابر الجزار: المبدأ في الإثبات، ضمن إصدارات مجموعة المبدأ القانونية، قانون الإثبات، شرح وتعليق لمواد القانون في ضوء أحكام محكمة النقض وآراء الفقهاء، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ص ٣٩٥.

وسبب جواز إثبات ما يخالف هذه الأوراق بكل طُرُق الإثبات؛ هو أنّ تلك الأوراق تَصْلُحُ لِأَنَّ تَكُونَ دَلِيلًا كَامِلًا فِي الْإِثْبَاتِ، وَبِالتَّالِي فَلَيْسَ هُنَاكَ حَاجَةٌ لِتَكْمِلَةِ دَلِيلِهَا بِالشَّهَادَةِ أَوْ بِالْقَرَائِنِ، إِلَّا أَنَّ تِلْكَ الْأَوْرَاقَ لَا تَرْتَقِي إِلَى حُجِّيَّةِ الدَّلِيلِ الْكَامِلِ الَّذِي يَتِمَّتُّ فِي الْوَرَقَةِ الْعُرْفِيَّةِ الْمُوقَّعَةِ وَالْمُعَدَّةِ لِلْإِثْبَاتِ<sup>(١)</sup>، أَمَّا إِذَا كَانَتْ تِلْكَ الْأَوْرَاقُ قَد تَمَّ التَّوَقُّعُ عَلَيْهَا وَقَصِدَ الْإِثْبَاتُ بِهَا، كَمَا هُوَ الْحَالُ فِي أَغْلَبِ الْمُرَاسَلَاتِ، فَفِي هَذِهِ الْحَالَةِ تُعْتَبَرُ هَذِهِ الدَّفَاتِرُ وَالْأَوْرَاقُ الْمَنْزِلِيَّةُ وَغَيْرُهُمَا فِي حُكْمِ الْكِتَابَةِ الْمُعَدَّةِ لِلْإِثْبَاتِ، وَبِالتَّالِي فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِثْبَاتُ مَا يَخَالِفُهَا أَوْ مَا يَجَاوِزُهَا إِلَّا بِالْكِتَابَةِ<sup>(٢)</sup>.

وَكذلك أَيْضًا يَجُوزُ إِثْبَاتُ مَا يَخَالِفُ مَبْدَأَ الثُّبُوتِ بِالْكِتَابَةِ أَوْ مَا يَجَاوِزُهُ بِالشَّهَادَةِ أَوْ بِالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ أَوْ بِكِلَيْهِمَا؛ وَذلك لِأَنَّ هَذَا الْمَبْدَأَ يُعْتَبَرُ دَلِيلًا نَاقِصًا فِي الْإِثْبَاتِ وَليْسَ كَامِلًا، وَأَيْضًا لِأَنَّ مَبْدَأَ الثُّبُوتِ بِالْكِتَابَةِ لَا يَكُونُ فِي الْعَادَةِ مُوقَّعًا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ كَذلك لَكَانَ دَلِيلًا كِتَابِيًّا كَامِلًا، وَالْقَاعِدَةُ تَقْضِي بِأَنَّهُ لَا يُهْدَمُ الدَّلِيلُ الْكِتَابِيُّ الْكَامِلُ بِالْبَيِّنَةِ أَوْ بِالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ، فَإِذَا وُجِدَ دَلِيلُ كِتَابِيٍّ كَامِلٌ فِي وَرَقَةٍ مُعَدَّةٍ لِلْإِثْبَاتِ، فَلَا يَجُوزُ إِثْبَاتُ مَا يَخَالِفُهُ أَوْ يَجَاوِزُهُ بِالشَّهَادَةِ وَالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ وَذلك بِغَضِّ النَّظَرِ عَنِ قِيَمَةِ التَّصَرُّفِ الثَّابِتِ فِيهِ، حَتَّى وَلَوْ لَمْ تَزِيدْ قِيَمَتَهُ عَنِ النَّصَابِ الْمُحَدَّدِ قَانُونًا، وَذلك بِصَرْفِ النَّظَرِ عَنِ قِيَمَةِ مَا يَرَادُ إِثْبَاتَهُ مَخَالِفًا لِهَذَا الدَّلِيلِ الْكِتَابِيِّ أَوْ يَجَاوِزُهُ<sup>(٣)</sup>.

(١) اسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٩٥.

(٢) قدرى عبد الفتاح الشهاوى: الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٢١؛ عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٩٥.

(٣) اسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٩٥؛ قدرى عبد الفتاح الشهاوى:

الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٢١، ٣٢٢.

**ثانياً/ أن يكون المراد إثباته يُخالف أو يجاوز الكتابة:** فالمقصود بإثبات ما يخالف الكتابة هو إثبات أمر يُعتبر تكذيباً للمكتوب، أمّا المقصود بإثبات ما يجاوز الكتابة فهو الإضافة إلى ما هو مكتوب<sup>(١)</sup>، أي أن يُضاف إلى الأمور الثابتة بالسند شيئاً جديداً<sup>(٢)</sup>، وذلك من خلال الادعاء بصُدور تعديلات شفوية سواء أكانت هذه التعديلات سابقة على انعقاد التصرف القانونية أم مُعاصرة لهُ أم كانت لاحقة عليه، فمثلاً لو ذُكر في عقد البيع أن الثمن أربعمئة جنيه أو مائة دينار أردني - المقصود هنا بقيمة التصرف التي تكون أقل من النَّصاب الواجب إثباته كِتَابَةً-، فهنا لا يجوز للبائع أن يُثبت بشهادة الشهود والقرائن القضائية، أن حقيقة الثمن ثلاثمئة جنيه أو خمسون ديناراً<sup>(٣)</sup>.

فإثبات ما يجاوز أو يخالف الكتابة لا يجوز إلا بالكتابة، فإذا أراد شخص إثبات ما يخالف ورقة رسمية فلا بد له من الطعن بالتزوير إذا تعلق الأمر بتقرير صدر من موظف عام ووقع تحت سَمْعِهِ وَبَصَرِهِ، أمّا إذا أراد شخص إثبات ما يخالف أو يجاوز ورقة عُرْفِيَّة بالبيئة أو بالقرائن فيجوز له ذلك على أنه يجب إثبات ما يخالف الكتابة بدليل كتابي حتى ولو كان الدليل مبدأً ثبوت بالكتابة مُعَزَّزاً بالبيئة أو بالقرائن القضائية هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن ما لا يُعتبر مخالفاً للكتابة أو مجاوزاً لها لا يجب إثباته بالكتابة، فإذا أُريد إثبات شيئاً متعلقاً بما هو ثابت بالكتابة، ولكنّه لا يجاوزها أو يخالفها، فإن إثبات ذلك يكون وفقاً للقواعد العامة في الإثبات، ولا تتختم الكتابة<sup>(٤)</sup>.

(١) همام محمود زهران: الوجيز، مرجع سابق، ص ١١٦، ١١٧.

(٢) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

(٣) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٣٤.

(٤) قدرى عبد الفتاح الشهاوى: الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٢٣، ٣٢٤؛ عبد الحميد الشواربي: التعليق

الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٩٦.



ومثال إثبات ما يُخالف الكتابة، هو أن يدعي الخصم بأن ما ورد في الورقة من أن الثمن الذي تم دفعه فعلاً كذا هو بيان غير صحيح، والصحيح أنه أكبر من المبلغ المذكور في الورقة - وذلك لمنع الشفعة مثلاً-، أو أن يدعي بأنه مبلغ أقل من المبلغ المذكور، وذلك من أجل تخفيض رسوم التسجيل مثلاً، فهنا يجب عليه إثبات ما يدعيه بالكتابة ولا يجوز له ذلك بغيرها، أمّا مثال إثبات ما يجاوز الكتابة، فلا يجوز إثبات أن هناك اتفاق إضافي بالإضافة لما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة، وذلك سواء أُدعي أن هذا الاتفاق الإضافي قد تمّ قبل الكتابة أم أنّها أم بعدها<sup>(١)</sup>.

**ثالثاً/ أن يكون التصرف مدينياً:** حيث يلاحظ أن المشرع المصري، وكذلك أيضاً المشرع الفلسطيني قد استثنى كلاً منهما المعاملات التجارية من القيود التي وضعها المشرع المصري في قانون الإثبات، وكذلك فعل المشرع الفلسطيني في قانون البيّنات، وبناءً عليه يجوز الإثبات في التصرفات التجارية بكل طرق الإثبات إلا ما تمّ استثنائه بنصّ خاص، حتى ولو انصرف الإثبات إلى ما يخالف أو يجاوز الكتابة<sup>(٢)</sup>، أمّا الإثبات في التصرفات المدنية فيكون وفقاً للقواعد العامّة في الإثبات، أي حسب قيمة التصرف وما إذا كانت تلك القيمة أقل من النصاب أم أكبر منه.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية حيث نصّت في حكمها على أن "إثبات وجود الدّيون التجارية وانقضائها في علاقة المدين بالدائن الأصلي طليق من القيود التي وضعها الشارع لما عداها من الدّيون في المواد ٤٠١ - ٤٠٣ من القانون المدني فيجوز

(١) عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٩٧.

(٢) أحمد جابر الجزائر: المبدأ في الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٢٧.

الإثبات في المواد التجارية - إلا ما استثنى بنص خاص - بكافة طرق الإثبات القانونية حتى لو انصرف الإثبات إلى ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة<sup>(١)</sup>.

رابعاً/ يتعين أن يكون المعارض للكتابة أحد المتعاقدين: فقاعدة منع قبول القرائن القضائية من أجل إثبات ما يخالف أو ما يجاوز ما هو ثابت بالكتابة تقتصر على المتعاقدين فقط، ولا تسري في حق الغير الذي يجوز له ذلك، بالنظر لتوفر المانع المادي من الحصول على دليل كتابي بالنسبة إليه<sup>(٢)</sup>.

بمعنى إن عدم جواز الإثبات بالكتابة فيما يخالف أو يجاوز الكتابة إنما يتعلق بالمتعاقدين، فهما اللذين كان بإمكانهما الحصول على الكتابة منذ البداية، كما تسري هذه القاعدة على خلف المتعاقدين العام، أما بالنسبة للغير فإنه يجوز له الإثبات بالشهادة أو بالقرائن القضائية؛ وذلك لأن العقد يُعتبر بالنسبة للغير واقعة مادية<sup>(٣)</sup>، فلو باع شخصاً عقاراً لشخص آخر، وكان الثمن الذي تم كتابته في العقد أقل من النصاب الذي تم تحديده في القانون، ففي هذه الحالة يستطيع الشفيع أن يثبت أن حقيقة الثمن أقل من الثمن الذي تم ذكره في العقد، وبالتالي يستطيع الشفيع أن يثبت بالشهادة والقرائن أن العقار المشفوع فيه، قد تم الاتفاق على بيعه بسعر أقل من السعر المذكور في عقد البيع، وذلك لمحاولة منعه من الأخذ بالشفعة في ذلك العقار<sup>(٤)</sup>.

(١) الطعن رقم ٧٠ - لسنة ٣٦ ق - تاريخ الجلسة ٢٣ / ٠٤ / ١٩٧٠ - مكتب فني ٢١ - الجزء الأول، ص ٦٩٣.

(٢) يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص ١٣٤.

(٣) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

(٤) أحمد جابر الجزائر: المبدأ في الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٢٨، ٣٢٩؛ عبد الحميد الشواربي:

التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٩٨، ٣٩٩.

يُفْهَم مِمَّا سَبَقَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الْإِثْبَاتُ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ وَلَا بِالْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ، التَّصَرَّفَ حَتَّى وَلَوْ لَمْ تَزِدْ قِيَمَتَهُ عَنِ النَّصَابِ الْمُحَدَّدِ فِي الْقَانُونِ، إِذَا كَانَ الْمُرَادُ إِثْبَاتَهُ يُخَالِفُ أَوْ يُجَاوِزُ مَا اشْتَمَلَ عَلَيْهِ دَلِيلُ كِتَابِي؛ لِأَنَّهُ هُنَا يَتِمُّ اللَّجُوءُ لِلدَّلِيلِ الْكِتَابِيِّ، وَبِالتَّالِي فَلَيْسَ هُنَاكَ حَاجَةٌ لِلْإِثْبَاتِ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ أَوْ الْقَرَائِنِ الْقَضَائِيَّةِ أَوْ بِهِمَا مَعًا؛ وَذَلِكَ بِسَبَبِ وُجُودِ الدَّلِيلِ الْكِتَابِيِّ.

وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها "إِنَّ طَلَبَ الطَّاعِنِينَ إِحَالَةَ الدَّعْوَى إِلَى التَّحْقِيقِ لِإِثْبَاتِ مَا يُخَالِفُ مَا اشْتَمَلَ عَلَيْهِ دَلِيلُ كِتَابِي يَكُونُ غَيْرَ جَائِزٍ لِمُخَالَفَتِهِ لِحُكْمِ الْمَادَّةِ ٦١ مِنْ قَانُونِ الْإِثْبَاتِ وَإِذْ كَانَ مِنَ الْحُكْمِ الْمَطْعُونِ فِيهِ أَنَّ الْمَطْعُونِ عَلَيْهِمُ الْخَمْسَةَ الْأَوَّلَ تَمَسَّكُوا بِعَدَمِ جَوَازِ الْإِثْبَاتِ بِالْبَيِّنَةِ، فَإِنَّ الْحُكْمَ الْمَطْعُونِ فِيهِ إِذْ رَفَضَ طَلَبَ الطَّاعِنِينَ إِحَالَةَ الدَّعْوَى إِلَى التَّحْقِيقِ لَا يَكُونُ قَدْ خَالَفَ الْقَانُونَ"<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير ذكره في هذا الإطار أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبيينة والقرائن القضائية في الأحوال التي كان يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام، وبالتالي فإنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي بذلك -أي بعدم جواز الإثبات بالبيينة والقرائن القضائية- من تلقاء نفسها بل يجب على الخصم الراغب بالتمسك بذلك أن يتقدم بالدفع بعدم جواز ذلك أمام محكمة الموضوع، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بقولها "أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبيينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من

(١) الطعن رقم ٦٨٧ - لسنة ٤٣ق - تاريخ الجلسة ٢٤ / ١ / ١٩٧٨ - مكتب فني ٢٩ - الجزء الأول،

النظام العام، فعلى من يريد التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة أن يتقدم بذلك أمام محكمة الموضوع قبل سماع الشهود، فإذا سكت عد سكوته تنازلاً عن حقه...<sup>(١)</sup>.

أضف لما سبق بأن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي كان يجب فيها الإثبات بالكتابة لأنها لا تتعلق بالنظام العام؛ فلذلك فإنه يجوز للأطراف الاتفاق صراحة أو ضمناً على مخالفتها وهذا ما قضت محكمة النقض المصرية بقولها "المقرر- في قضاء محكمة النقض - أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام، ويجوز الاتفاق صراحة أو ضمناً على مخالفتها، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في استخلاص القول الضمني من سلوك الخصم متى أقام قضاءه على أسباب سائغة"<sup>(٢)</sup>.

---

(١) الطعون أرقام ٥٩٧، ٨٧٦، ٨٨٤ - لسنة ٥٢ق - تاريخ الجلسة ٢٨ / ١١ / ١٩٨٣ - مكتب فني ٣٤ - الجزء الثاني، ص ١٧٣١؛ الطعن رقم ١٩٧ - لسنة ٤٤ق - تاريخ الجلسة ١٦ / ٠٢ / ١٩٧٨ - مكتب فني ٢٩ - الجزء الأول، ص ٤٩٧؛ الطعن رقم ٢٢٢ - لسنة ٣٦ق - تاريخ الجلسة ٢٥ / ٠٢ / ١٩٧١ - مكتب فني ٢٢ - الجزء الأول، ص ٢١٧.

(٢) الطعن رقم ٧٢١ - لسنة ٤٢ق - تاريخ الجلسة ٣٠ / ٠٦ / ١٩٧٧ - مكتب فني ٢٨ - الجزء الأول، ص ١٥٤٣.

## المطلب الثاني

### إذا كان المطلوب باقياً حق أو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة

تقوم هذه الحالة على افتراض أن الدَّين محل الورقة المُحتجُّ بها بالأصل كان أعلى من النَّصَاب المُحدَّد قانوناً، ثم قام المدين بسداد جزء من ذلك الدَّين، أو أبرأ الدائن المدين بجزءٍ منه، بحيث أصبح ما تبقى من الدَّين للدائن في ذمَّة المدين أقل من النَّصَاب، فهنا لا يجوز للمدين إثبات الوفاء بالجزء المتبقي من الدَّين إلا بالكتابة وذلك استثناءً على الأصل، فمثلاً لو كان الالتزام محل الورقة عبارة عن دين أعلى من النَّصَاب -البالغ ألف جنيه في القانون المصري، ومائتي دينار أردني في القانون الفلسطيني- وتم الاتفاق على تسديده على أقساط، فهنا قيام المدين بسداد بعض تلك الأقساط أو إبرائه منها مع بقاء بعضها، بحيث كان المتبقي من تلك الأقساط أقل من النَّصَاب القانوني، وقام الدائن بمطالبة المدين بالجزء المتبقي من الأقساط، فإنه لا يجوز للمدين إثبات الوفاء بالمبلغ المتبقي أو بجزءٍ منه إلا بالكتابة<sup>(١)</sup>، ولقد قصد المشرع من هذا الحكم منع الأفراد من التَّحَايِل على قاعده وجوب الإثبات بالدليل الكتابي<sup>(٢)</sup>.

(١) عبد الرحمن أبو المجدد: الإثبات، مرجع سابق، ص ٣٩٥.

(٢) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق،

### المطلب الثالث

**إذا طالَبَ أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته عن النَّصَابِ المحدد قانوناً ثم عدَلَ عن ذلك الطلب وطالب بما لا يزيد عن تلك القيمة**

فَكَمَا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ إثبات الوفاء الجزئي بالشهادة أو بالقرائن القضائية إذا كانت قيمة الالتزام الأصلي تزيد عن قيمة النَّصَابِ، وكان المطلوب إثباته هو الباقي أو جُزءً من حق وكان هذا الحق بالأصل تزيد قيمته على النَّصَابِ ذلك؛ لأن العِبْرَةَ هُنَا بقيمة الحق بِأَكْمَلِهِ، فكذلك لا يجوز الإثبات بذلك - أي بالشهادة أو القرائن - إذا طَلَبَ أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته عن النَّصَابِ أو ما يُعَادِلُهَا بِالْعُمْلَةِ الْمُتَدَاوِلَةِ قانوناً، ثم عدَلَ بعد ذلك عن طلبه إلى ما لا يزيد عن هذه القيمة<sup>(١)</sup>.

هذا مع الإشارة إلى أن العِبْرَةَ في تحديد قيمة النَّصَابِ هي بقيمة التَّصَرُّفِ ذَاتِهِ، وليس بِمَا يُطَالَبُ به المدَّعي في دَعْوَاهُ، فإذا كانت قيمة التَّصَرُّفِ القانوني تزيد عن النَّصَابِ الذي أَوْضَحْتُهُ، ولكن المدَّعي طَالَبَ بِمَبْلَغٍ أَقَلَّ مِنْهُ بِغَضِّ النَّظَرِ عن سبب ذلك، كَأَن يَكُونُ مَثَلًا قد اسْتَوْفَى جُزءً من حَقِّهِ أو تَنَازَلَ عَنْهُ، فَيَجِبُ هُنَا إثبات التَّصَرُّفِ بالكتابة، وَيَتِمُّ تحديد قيمة التَّصَرُّفِ وَقْتِ صُدُورِهِ وليس وقت المُطَالَبَةِ القضائية بالحق النَّاشِئِ عَنْهُ، وإذا طَلَبَ أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته عن النَّصَابِ ثم عدَلَ عن ذلك إلى ما لا يزيد عن هذه القيمة، فَيَجِبُ إثبات ذلك بالكتابة<sup>(٢)</sup>.

وَالسَّبَبُ فِي أَنَّهُ لَا يَجُوزُ لِلْخَصْمِ الَّذِي كَانَتْ قِيَمَةُ طَلْبِهِ فِي الدَّعْوَى تَزِيدُ عَنِ النَّصَابِ ثُمَّ عدَلَ عَنْ طَلْبِهِ إِلَى مَا يَقِلُّ عَنْ هَذِهِ الْقِيَمَةِ إثبات ذلك الطَّلَبِ بالشهادة هو وُجُودُ قَرِينَةٍ

(١) عبد الله خليل الفراء، يوسف عبد الله الغرباوي: الوجيز، مرجع سابق، ص ١٧١.

(٢) أسامة روبي عبد العزيز الروبي: الوسيط، مرجع سابق، ص ١٨٤، ١٨٥.

قانونية غير قاطعة - نصّت عليها الفُقرة الثالثة من المادة (٦١) من قانون الإثبات المصري، والفُقرة الثالثة من المادة (٧٠) من قانون البيّنات الفلسطيني - تتمثّل في أنّ قيمة الطّلب الأول هي التي تمثّل القيمة الحقيقيّة للتّصرّف القانوني، إلاّ أنّ هذه القرينة لا تُطبّق فيما إذا أخطأ المدّعي عند رفعه للدعوى في تقدير قيمة التّصرّف القانوني بأكثر من النّصاب، ثمّ صحّح خطّاه وأصبحت قيمة التّصرّف أقلّ من النّصاب، وبناءً عليه إذا أصبحت قيمة التّصرّف القانوني أقلّ من النّصاب بعد تصحيحه جاز للمدّعي في هذه الحالة إثبات ذلك التّصرّف بالبينة أو بالقرائن القضائية أو بكليهما<sup>(١)</sup>.

وأخيراً أريد أن أقول إنّ تقدير النّصاب في قانون الإثبات المصري بألف جنيه مصري، وفي قانون البيّنات الفلسطيني بمائتي دينار أردني، هذا النّصاب يُعتبر قليلاً وقليلاً جداً في وقتنا الحاضر، في ظلّ ما نشهده من أنّ هذه المبالغ أصبحت قيمتها الفعليّة ضئيلة، وخاصّةً في ظلّ رؤوس الأموال الضّخمة التي يملكها البعض، لكلّ لذلك أرى بأنّه لا يُوجد تناسباً بين النّصاب المذكور وبين دخل الأفراد وما يملكونه من رؤوس أموال طائلة، ولذلك فمن الأفضل على المشرع المصري أن يرفع تلك القيمة لتصبح خمسون ألف جنيه مصري، والأفضل كذلك على المشرع الفلسطيني أن يرفع تلك القيمة لتصبح ألف دينار أردني، فلذلك أوصي المشرع المصري بتعديل نصّ الفُقرة الأولى من المادة (٦٠) من قانون الإثبات، لتصبح كالتالي " في غير المواد التجارية إذا كان التّصرّف القانوني تزيد قيمته عن خمسون ألف جنيه أو كان غير محدّد القيمة، فلا تجوز شهادة

(١) عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مرجع سابق،

الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يُوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"، كما أُوصي المشرع الفلسطيني بتعديل نص الفقرة الأولى من المادة (٦٨) من قانون البيّات، لتُصبح كالتالي "في غير المواد التجارية إذا كان التصرّف القانوني تزيد قيمته عن ألفي دينار أردني أو ما يعادلها بالعملة المتداولة قانوناً، أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يُوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".



## الخلاصة

في ختام هذا البحث أريد أن أؤكد على أن موضوع نطاق الإثبات بالقرائن القضائية في الإثبات المدني ودور القاضي فيه من الموضوعات الهامة بل من الموضوعات التي هي في غاية الأهمية، وذلك لما يثيره هذا الموضوع من إشكاليات عديدة، وما لهذا الموضوع من أهمية كبيرة في العمل القضائي للقضاة عند الفصل في المنازعات، فدراسة هذا الموضوع يُمكن القضاة والخصوم من معرفة مدى إمكانية إثبات الادعاء من خلال القرائن القضائية من عدمه، هذا وقد توصل الباحث في ختام هذا البحث لعدد من النتائج والتوصيات والتي يمكن إجمالها على النحو الآتي:

### أولاً/ النتائج:

١. الأصل أنه يجوز للخصوم بإثبات ادعائهم بكل وسائل الإثبات بما فيها شهادة الشهود والقرائن القضائية في عدة حالات تتمثل في التصرّفات والمعاملات التجاريّة؛ وذلك لما تقتضيه طبيعة تلك التصرّفات والمعاملات من السُرعة والائتمان، وكذلك الوقائع المادية، وأخيراً التصرفات القانونية التي لا تزيد عن النصاب المحدد قانوناً.
٢. هناك عدة حالات يسمح فيها للخصوم بالإثبات من خلال القرائن القضائية استثناءً تتمثل في حالة وجود مبدأ الثبوت بالكتابة، أو حالة وجود مانع من الحصول على دليل كتابي أو حالة وفقدان الشخص سنده الكتابي بسبب لا يد له فيه أو حالة الطعن في التصرّف بمخالفته للقانون أو النظام العام أو الطعن في العقد بالغش أو بعيوب الإرادة.
٣. لا يجوز إثبات المعاملات والتصرفات إلا بالكتابة إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف على وجوب إثبات التصرّف أو المعاملة بالكتابة؛ لأن القواعد المتعلقة بالإثبات لا تُعتبر من النظام العام، وكذلك أيضاً إذا كانت طبيعة المعاملة لا تتواجد أو لا تُثبت إلا بالكتابة، وأيضاً إذا كانت الكتابة رُكن في العمل فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة كما سبق تفصيل ذلك.

٤. مسألة تقدير القرائن القضائية والحكم بها هي مسألة يَسْتَقِلُّ قاضي الموضوع وَحَدَهُ بها، وقاضي الموضوع له الحق كذلك في الأخذ بالنتيجة التي تحتملها القرينة القضائية، فقاضي الموضوع إِذَنْ يتمتع بِسُلْطَة تقديرية واسعة في تقديره للأدلة المعروضة عليه، والتي من ضمنها القرائن القضائية، فللقاضي السُّلْطَة التقديرية عند استنباطه للقرائن القضائية، وكذلك عند اعتماده في حكمه عليها.

### ثانياً/ التَّوَصِيَّات:

١. أُوصِي المشرع المصري بِتَعْدِيلِ نَصِ الفَقْرَة الأولى من المادة (٦٠) من قانون الإثبات، لِتُصَحِّحَ على النحو الآتي:

"في غير المواد التَّجَارِيَّةِ إِذَا كان التَّصَرُّفُ القانوني تزيد قيمته عن خمسين ألف جنيه، أو كان غير مُحدَّد القيمة، فلا تَجُوزُ شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يُوجَد اتفاق أو نَص يقضي بغير ذلك".

٢. وَأوصِي المشرع الفلسطيني بِتَعْدِيلِ نَصِ الفَقْرَة الأولى من المادة (٦٨) من قانون البَيِّنَات لِتُصَحِّحَ على النحو الآتي:

"في غير المواد التَّجَارِيَّةِ إِذَا كان التَّصَرُّفُ القانوني تزيد قيمته عن ألفي دينار أردني، أو ما يُعَادِلُهَا بِالْعُمْلَة المُتداوِلَة قَانُونًا، أو كان غير مُحدَّد القيمة فلا تَجُوزُ شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يُوجَد اتفاق أو نَص يقضي بغير ذلك".

## قائمة المراجع

### أولاً/ الكتب العلمية:

١. أحمد جابر الجزار: المبدأ في الإثبات، ضمن إصدارات مجموعة المبدأ القانونية، قانون الإثبات، شرح وتعليق لمواد القانون في ضوء أحكام محكمة النقض وآراء الفقهاء، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية.
٢. أسامة روبي عبد العزيز الروبي: الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني، ٢٠٠٨، دار النهضة العربية.
٣. اسماعيل غانم: في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والإثبات، الجزء الثاني، ١٩٦٧، مكتبة عبد الله وهبة.
٤. سامي محمود مقداد: طرق الإثبات في ضوء أحكام قانون البينات الفلسطيني فقهاً وقضاءً، الطبعة الثانية، ٢٠١٦ - ٢٠١٧م.
٥. عباس العبودي: شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، ١٩٩٩، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.
٦. عبد الحميد الشواربي: التعليق الموضوعي على قانون الإثبات، الفقه - القضاء - الصيغ القانونية، ٢٠٠٢، منشأة المعارف بالإسكندرية.
٧. عبد الله خليل الفراء، يوسف عبد الله الغرباوي: الوجيز في شرح قانون البينات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ١٤٣٥ هـ - ٢٠١٤م.
٨. عفيف محمد أبو كلوب: أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، شرح موجز لقانون البينات الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠٠١م، الطبعة الأولى، ٢٠١٤ - ١٤٣٥ هـ.
٩. عمر أحمد العرايشي: حجية السندات الإلكترونية في الإثبات، الطبعة الأولى، ٢٠١٦م - ١٤٣٧ هـ، دار ومكتبة الحامد للنشر والتوزيع.

١٠. عيسى بن حيدر: شرح قانون الإثبات بين القانون الإماراتي والقانون المصري، القانون الاتحادي ١٠ لسنة ١٩٩٢ بإصدار قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية الإماراتي، والقانون المصري ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المعدل بالقوانين ٣٢ لسنة ١٩٩٢، ١٨ لسنة ١٩٩٩، ٧٦ لسنة ٢٠٠٧، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، دار النهضة العربية.

١١. فايز أحمد عبد الرحمن خليل: الإثبات في المواد المدنية والتجارية في القانون المصري والقانون الليبي، ١٤٣٨هـ - ٢٠١٧م، دار النهضة العربية.

١٢. قدرى عبد الفتاح الشهاوى: الإثبات مناطه وضوابطه في المواد المدنية والتجارية في التشريع المصري والمقارن، ماهيته - دعامته - ضوابطه - نظرياته - طرقه وأساليبه - محله - عبئه - تقسيماته: الكتابة - الورقة الرسمية - الورقة العرفية - الدفاتر التجارية - اليمين - البينة - حجية الأمر المقضي به - نصوصا - فقها - قضاء - تحليلا - قيودا - أوصافا - منشأة المعارف بالإسكندرية.

١٣. محمد شريف عبد الرحمن: المبادئ الأساسية في قانون الإثبات، ٢٠١٣، دار الفكر والقانون.

١٤. نبيل ابراهيم سعد: الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، ٢٠٠٨.

١٥. همام محمود زهران: الوجيز في الإثبات، المواد المدنية والتجارية، ٢٠٠٣، دار الجامعة الجديدة.

١٦. يوسف محمد المصاروة: الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع.

## ثانياً/ رسائل الماجستير:

١. باسل عبد الهادي إبراهيم حميد: الحالات المستثناة من الإثبات بالكتابة في المواد المدنية، دراسة تحليلية ومقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر - غزة، ١٤٣٩هـ.
٢. حامد بن حمد بن سالم البراشدي: حجية القرائن في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة السلطان قابوس، عمان، ٢٠١٠.
٣. سهير أمين محمد طوباسي: مبدأ الثبوت بالكتابة في قانون البينات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، الأردن، ١٩٩٦.
٤. فرح ناصر النوايسة: مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لأحكام قانون البينات الأردني، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، ٢٠٢٠.
٥. هشام هاشم ميكائيل: دور القاضي في الإثبات في القانونين العراقي والمصري، رسالة ماجستير، جامعة المنصورة، ١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م.

**References:****1/ alikutub aleilmiia:**

- 'ahmad jabir aljazaar: almabda fi al'iithbati, dimn 'iisdarat majmueat almabda alqanuniati, qanun al'iithbati, sharh wataeliq limawadi alqanun fi daw' 'ahkam mahkamat alnaqd wara' alfuqaha', altabeat al'uwlaa, dar alnahdat alearabiati.
- 'usamat rubi eabd aleaziz alruwbi: alwasit fi sharh qanun al'iithbat aleumani, 2008, dar alnahdat alearabiati.
- asmaeil ghanim: fi alnazariat aleamat lilialtizami, 'ahkam alialtizam wal'iithbati, aljuz' althaani, 1967, maktabat eabd allah wahbat.
- sami mahmud miqdad: taruq al'iithbat fi daw' 'ahkam qanun albayinat alfilastinii fqhaan wqda'an, altabeat althaaniati, 2016 - 2017m.
- eabaas aleabudii: sharh 'ahkam qanun al'iithbat almadanii, altabeat althaaniati, 1999, maktabat dar althaqafat llnashr waltawziei.
- eabd alhamid alshawarbaa: altaeliq almawdueiu ealaa qanun al'iithbati, alfiqah- alqada'i- alsiyagh alqanuniatu, 2002, munsha'at almaearif bial'iiskandariati.
- eabd allah khalil alfira, yusif eabd allah algharbawi: alwajiz fi sharh qanun albayinat fi almawadi almadaniat waltijariati, altabeat al'uwlaa, 1435 hi-2014m.
- eafif muhamad 'abu klub: 'usul al'iithbat fi almawadi almadaniat waltijariati, sharh mujaz liqanun albayinat alfilastinii raqm 4 lisanat 2001m, altabeat al'uwlaa, 2014- 1435h.
- eumar 'ahmad alearayshi: hijiat alsanadat al'iilikturniat fi al'iithbati, altabeat al'uwlaa, 2016ma- 1437hu, dar wamaktabat alhamid llnashr waltawziei.
- eisaa bin haydar: sharah qanun al'iithbat bayn alqanun al'iimaratii walqanun almisrii, alqanun alaitihadia 10 lisanat 1992 bi'iisdar qanun al'iithbat fi almueamalat almadaniat waltijariat al'iimarati, walqanun almisrii 25 lisanat 1968 bi'iisdar qanun al'iithbat fi almawadi almadaniat waltijariat almueadal bialqawanin 32 lisanat 1992, 18 lisanat 1999, 76 lisanat 2007, altabeat al'uwlaa, 2013, dar alnahdat alearabiati.

- fayiz 'ahmad eabd alrahman khalil: al'iithbat fi almawadi almadaniat waltijariat fi alqanun almisrii walqanun alliybi, 1438ha-2017ma, dar alnahdat alearabiati.
- qudraa eabd alfataah alshahawaa: al'iithbat manatuh wadawabituh fi almawadi almadaniat waltijariat fi altashrie almisrii walmuqarani, mahituhu- daeamatuhu- dawabituhu- nazariaatuhu- turuquh wa'asalibha- mahalahu- eibyahi- taqsimatuhu: alkitabatu- alwaraqat alrasmiat- alwaraqat aleurfiat- aldafatir altijariatu- alyamin- albayinatu- hajiya al'amr almaqdii bihi- nususa- fiqaha- qada'i- tahlila- qyuda- 'awsafaa- munsha'at almaearif bial'iiskandariati.
- muhamad sharif eabd alrahman: almabadi alasasyt fi qanun al'iithbati, 2013, dar alfikr walqanuni.
- nabil abraham saedu: al'iithbat fi almawadi almadaniat waltijariat fi daw' alfiqh walqada'i, 2008.
- himam mahmud zahran: alwajiz fi al'iithbati, almawadu almadaniat waltijariatu, 2003, dar aljamieat aljadidati.
- yusif muhamad almusaruatu: al'iithbat bialqarayin fi almawadi almadaniat waltijariati, altabeat al'uwlaa, 1996, maktabat dar althaqafat llnashr waltawziei.

## 2/ rasayil almajistir:

- basil eabd alhadi 'iibrahim ahmid: alhalat almustathnaat min al'iithbat bialkitabati fi almawadi almadaniati, dirasat tahliliyat wamuqaranatu, risalat majistir, jamieat al'azhara- ghazata, 1439h.
- hamid bin hamd bin salim albarashdaa: hajiya alqarayin fi al'iithbat fi almasayil almadaniat waltijariati, dirasat muqaranati, risalat majistir, jamieat alsultan qabus, eaman, 2010.
- sahir 'amin muhamad tubasi: mabda althubut bialkitabati fi qanun albayinati, dirasat muqaranati, risalat majistir, aljamieat al'urduniyat, al'urdunn ,1996.
- frah nasir alnawayist: mabda althubut bialkitabati wfqaan li'ahkam qanun albayinat al'urduniyi, risalat majistir, jamieat mutihi, al'urduni, 2020.
- hisham hashim mikayyil: dawr alqadi fi al'iithbat fi alqanunayn aleiraqii walmisri, risalat majistir, jamieat almansurat, 1439h-2018m.

## فهرس الموضوعات

١٨٥٥	..... المقدمة
١٨٥٥	..... أولاً/ موضوع البحث:
١٨٥٦	..... ثانياً/ أهمية البحث:
١٨٥٧	..... ثالثاً/ إشكالية البحث:
١٨٥٨	..... رابعاً/ أهداف البحث:
١٨٥٨	..... خامساً/ فرضيات البحث:
١٨٥٨	..... سادساً/ منهجية البحث:
١٨٥٩	..... سابعاً/ خطة البحث:
١٨٦٠	..... المبحث الأول الحالات التي يجوز الإثبات فيها بالقرائن القضائية بحسب الأصل ودور القاضي في تقديرها
١٨٦١	..... المطلب الأول الوقائع المادية دون التصرفات القانونية التي تزيد عن النصاب
١٨٦٦	..... المطلب الثاني التصرفات التجارية دون المدنية التي تزيد عن النصاب
١٨٧٤	..... المطلب الثالث التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها عن النصاب المحدد قانوناً
١٨٧٩	..... المبحث الثاني الحالات التي يجوز الإثبات فيها بالقرائن القضائية استثناءً ودور القاضي في تقديرها
١٨٨٠	..... المطلب الأول توفر مبدأ الثبوت بالكتابة
١٨٩٤	..... المطلب الثاني وجود مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي
١٩٠٣	..... المطلب الثالث فقدان الدائن لسنده الكتابي بسبب لا يد له فيه
١٩١٠	..... المطلب الرابع الطعن في التصرف بأنه ممنوع قانوناً أو أنه مخالف للنظام العام
١٩١٢	..... المطلب الخامس الطعن في العقد بالغش أو بأي عيب من عيوب الإرادة
١٩١٤	..... المبحث الثالث الحالات التي لا يجوز الإثبات فيها بالقرائن القضائية ودور القاضي في تقديرها
١٩١٥	..... المطلب الأول عدم جواز الإثبات بالقرائن القضائية ما يخالف أو يجاوز الكتابة
١٩٢٣	..... المطلب الثاني إذا كان المطلوب باقي حق أو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة
١٩٢٤	..... المطلب الثالث إذا طالب أحد الخصوم في الدعوى بما تزيد قيمته عن النصاب المحدد قانوناً ثم عدل عن ذلك
١٩٢٤	..... المطلب وطلب بما لا يزيد عن تلك القيمة
١٩٢٧	..... الخاتمة
١٩٢٧	..... أولاً/ النتائج:



١٩٢٨ ..... ثانياً/ التوصيات:

١٩٢٩ ..... قائمة المراجع

١٩٣٢ ..... REFERENCES:

١٩٣٤ ..... فهرس الموضوعات