الرقم الدولي : ISSN2075-7220
الرقم الدولي الالكتروني : ISSN2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

بعض البحوث التي وردت ضمن هذا العدد:

- ا.د اسراء محمد علي سالم
  ابراهيم صالح كاظم
- أ.د. إسماعيل صعصاع غيدان البديري
  م. حوراء حيدر إبراهيم الطائي
- أ.د. منصور حاتم محسن
- أ.د. ايمان طارق الشكري
  وليد طعمه مفتن

- جرائم العمل المنصوص عليها في القوانين الخاصة.
- دور الجزاءات الادارية في حماية الامن الدوائي (دراسة مقارنة).
- التأمين النقدي(دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي)
- مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع

السنة الثالثة عشر ٢٠٢١ العدد الرابع

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد ١٢٩١ لسنة ٢٠٠٩

ISSN: 2075-7220
ISSN ONLINE: 2313-0377

AL-Mouhaqiq Al-Hilly Journal

For Legal and political science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Some of the research included in this issue:

- Labour offences provided for by special laws — Prof. Dr. Asra Muhammad Ali, Ibrahim Saleh Kadhm
- The role of administrative sanctions in protecting drug security — Prof. Ismaeel Sasah Ghidan, Hawraa Haidar Ibraheim Altaie
- The Monetary Mortgage, Legal Study Compared to Islamic Jurisprudence — Prof.Dr.Mansoor Hatem Muhsin
- A concept of principle of full refund of benefits — Prof. Dr. Eman Tarek Makki, waleed Tuma Maften

Fourth Issue 2021 Thirteenth Year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

ت	اسم البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
١.	جرائم العمل المنصوص عليها في القوانين الخاصة	ا.د اسراء محمد علي سالم ابراهيم صالح كاظم	٩-٤٢
٢.	المسؤولية الجزائية عن التلاعب بأجور العمال(دراسة مقارنة)	ا.د اسراء محمد علي سالم ابراهيم صالح كاظم	٤٣-٨٤
٣.	الأحكام الموضوعية لجريمة الاعتداء عمداً على الموجودات الخاصة بمرافق المياه والغاز (دراســة مقارنــة)	ا.د. إسراء محمد علي سالم عباس محمد علي محمد	٨٥-١١٩
٤.	الأحكام الموضوعية لجرائم التخريب في قانون عقوبات قوى الأمن الداخلي العراقي -دراسة مقارنة-	ا.د إسراء محمد علي سالم أحمد صباح محيسن سبتي	١٢٠-١٥٣
٥.	دور الجزاءات الادارية في حماية الامن الدوائي (دراسة مقارنة)	أ.د. إسماعيل صعصاع غيدان م. حوراء حيدر إبراهيم الطائي	١٥٤-١٧٨
٦.	طرق اختيار تعيين رجل الشرطة (دراسة مقارنة)	ا.د.اسماعيل صعصاع غيدان حمزة غالب مكمل الميالي	١٧٩-٢٠٨
٧.	الضمانات القانونية لعدالة تقسيم الدوائر الانتخابية (دراسة مقارنة)	أ.د اسماعيل صعصاع أ .د علاء عبد الحسن حيدر عزيز صالح	٢٠٩-٢٥٧
٨.	التنظيم القانوني لشروط منح إجازة السياقة في التشريع العراقي (دراسة مقارنة)	أ.د.إسماعيل صعصاع غيدان حامد عبيد مرزة العلواني	٢٥٨-٣٠٦
٩.	التأمين النقدي(دراسة قانونية مقارنة مع الفقه الاسلامي)	أ.د. منصور حاتم محسن	٣٠٧-٣٤٣
١٠.	(مفهوم حق الإمكان القانوني) "دراسة مقارنة"	أ.د. منصور حاتم محسن نجوان محمد راضي	٣٤٣-٣٦٥
١١.	وسائــل اثــبــات التــوقيــع الالكتروني	ا.د منصور حاتم محسن م.د بان سيف الدين محمود م.م خوالفية رضا	٣٦٦-٣٨٤
١٢.	مفهوم التصرف في المال المغصوب (دراسة مقارنة)	ا.د منصور حاتم محسن م. عباس سهيل جيجان	٣٨٥-٤٥٦
١٣.	مفهوم مبدأ الرد الكامل للمنافع	أ.د. ايمان طارق الشكري وليد طعمه مفتن	٤٥٧-٤٩٠
١٤.	المصدر الموضوعي لترابط الاتفاقات (دراسة مقارنة)	ا.د. ايمان طارق مكي م.د سهير حسن	٤٩١-٥٣٨
١٥.	اثر ترابط الاتفاقات على انقضاء المجموعة العقدية (دراسة مقارنة)	ا.د. ايمان طارق مكي م.د سهير حسن	٥٣٩-٥٨٨
١٦.	المفهوم القانوني للمانع الادبي في الاثبات المدني	أ . د سلام عبد الزهرة عبد الله ياسر محمد فوزان الحساني	٥٨٩-٦٣٤
١٧.	المفهوم القانوني لبنوك التجميد (دراسة مقارنة)	ا.د. سلام عبد الزهرة عبدالله مشتاق عبدالحي عبدالحسين بدر	٦٣٥-٦٧١
١٨.	موقف القانون العراقي من الحجز التنفيذي على حقوق الملكية الفكرية	أ.د سلام عبد الزهرة عبد الله غسان شهيد كريم جبار	٦٧٢-٧٠٤
١٩.	استنفاد ولاية القاضي في الدعوى المدنية (دراسة مُقارنة)	أ.د. هادي حسين الكعبي حسين صبري هادي	٧٠٥-٧٥٠
٢٠.	المركز القانوني للمستهلك الالكتروني في ظل قواعد الاختصاص القضائي الدولي	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا حسين عمران جرمط العبيدي	٧٥١-٧٨٤
٢١.	الحماية الاجرائية للسائح الاجنبي	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا وسام عبد العظيم عبيد	٧٨٥-٨١٣

٢٢.	دور تقنية التأمين لمواجهة المخاطر والأضرار في ظل انتشار جائحة كورونا	أ.د.عبد الرسول عبد الرضا م. د نصيف جاسم محمد الكرعاوي	٨١٤-٨٤٣
٢٣.	جنسية السفينة وأثرها على الولادات التي تحصل على متنها	ا.د.عبد الرسول عبد الرضا جواد كاظم جاسم خنجر الطفيلي	٨٤٤-٨٨٤
٢٤.	جريمة الاعتداء على المنشآت العسكرية - دراسة مقارنة	أ. د. حسون عبيد هجيج سالم حسين حبيب	٨٨٥-٩٢٣
٢٥.	جريمة استعمال المحرر الصحيح من قبل الغير(دراسة مقارنة)	أ.د . حسون عبيد هجيج كرار علاوي خضير المساري	٩٢٤-٩٥٨
٢٦.	الاطار المفاهيمي لجريمة انشاء موقع على الشبكة المعلوماتية بقصد الاتجار بالبشر (دراسة مقارنة)	ا.د. عمار عباس الحسيني احمد ضمد جاسم	٩٥٩-٩٨٨
٢٧.	حرية الملاحة في أعالي البحار	أ.د. صدام حسين وادي علي لفتة جودة	٩٨٩-١٠٢٢
٢٨.	علاقة رئيس الجمهورية بالقضاء في الدستور العراقي مقارنة بالدستورين الامريكي والفرنسي (دراسة مقارنة)	ا.د علاء عبد الحسن كريم م.د.اركان عباس حمزة	١٠٢٣-١٠٦٤
٢٩.	الفئات المشمولة بالحصانة الدبلوماسية	أ.د. طيبة جواد حمد المختار سلام عيسى صكبان الصليخي	١٠٦٥-١٠٨٥
٣٠.	انقضاء استخلاف حقوق الملكية الفكرية (دراسة مقارنة)	أ.د. ضمير حسين ناصر خوله كاظم محمد راضي	١٠٨٦-١١١٧
٣١.	استخلاف الحقوق المعنوية واشكالية الانتقال (دراسة مقارنة)	أ.د. ضمير حسين ناصر خوله كاظم محمد راضي	١١١٨-١١٤٨
٣٢.	هلاك المعلومات الالكترونية والاثر المترتب عليها (دراسة مقارنة)	أ.د. ميري كاظم عبيد علاء حسين حمد	١١٤٩-١١٨٤
٣٣.	انتقاض الاجراء القضائي (دراسة تحليلية مقارنة)	ا.د.وسن قاسم غني م.م. احمد خضير عباس	١١٨٥-١٢٠٦
٣٤.	الاساس القانوني للحكم القضائي المشروط (دراسة مقارنة)	ا.د.وسن قاسم غني سامي حسين ثامر	١٢٠٧-١٢٤٢
٣٥.	القوة الملزمة للحكم القضائي الاجنبي المشروط(دراسة مقارنة)	ا.د.وسن قاسم سامي حسين ثامر	١٢٤٣-١٢٧٩
٣٦.	عقد المشورة الوراثية	أ.د. وسن قاسم غني الخفاجي علي رشيد رحم القريشي	١٢٨٠-١٣٢٨
٣٧.	الرقابة القضائية على قرارات منح سمة الدخول والإقامة	أ.د. فراس كريم شيعان عقيل حمود حمزه	١٣٢٩-١٣٦٢
٣٨.	اثر معيار المصلحة الفضلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على حقوق الطفل الشخصي	ا.د.فراس كريم شعيان خضير مخيف فارس	١٣٦٣-١٣٩٦
٣٩.	التنظيم القانوني لعقد القرض الدولي متعدد الأطراف	أ . د فراس كريم شيعان ابتهال حميد غريب	١٣٩٧-١٤٢٦
٤٠.	أساليب بيع البنك المركزي للعملة الأجنبية (دراسة مقارنة)	أ. د. ذكرى محمد حسين الياسين م.م عبدالخالق غالي مهدي	١٤٢٧-١٥٠٦
٤١.	دور قضاء الدولة في معالجة الفراغ التشريعي عن طريق مبادئ القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين نور حسين جواد	١٥٠٧-١٥٣٩
٤٢.	الحماية الموضوعية للمال الاجنبي (دراسة مقارنة)	أ.د. خير الدين كاظم الامين علي عبد الكريم خلف	١٥٤٠-١٥٧٠
٤٣.	الحلول الوطنية لتنازع القوانين في استرداد الاموال	أ.د. خير الدين كاظم الامين بسام صبيح سلمان	١٥٧١-١٦٠٦
٤٤.	ولاية القضاء إزاء الإدارة ضمن نطاق العقد الإداري (دراسة مقارنة)	أ.د. صادق محمد علي حسن قاسم محمد حنتوش	١٦٠٧-١٦٢٩
٤٥.	جهات الرقابة الإدارية ووسائل تحريكها / دراسة مقارنة	أ.د. صادق محمد علي حسن	١٦٣٠-١٦٥٣

		قاسم محمد حنتوش	
٤٦.	ضمانة التحقيق الانضباطي لرجل الشرطة (دراسة مقارنة)	ا.د.صادق محمد علي الحسيني خالد وهاب حسن العكايشي	١٦٥٤-١٧٠٢
٤٧.	الجزاءات المالية المترتبة على النكول في المناقصات والمزايدات الحكومية	ا.د.صادق محمد علي الحسني عماد محمد شاطي	١٧٠٣-١٧٣٤
٤٨.	جريمة حيازة المتفجرات والمفرقعات (دراسة مقارنه)	ا.د. محمد إسماعيل المعموري ساره عبد الرضا حلبوص	١٧٣٥-١٧٧٩
٤٩.	أركان جريمة أدارة أو تهيئة مكان لتعاطي المخدرات أو المؤثرات العقلية -دراسة مقارنة-	ا.د. محمد إسماعيل المعموري علاء حسين علي لافي	١٧٨٠-١٨٠٩
٥٠.	جريمة تحرير وصفة طبية وهمية او مبالغ فيها في القانون العراقي	ا.د. محمد إسماعيل المعموري م.احمد هادي عبد الواحد	١٨١٠-١٨٤٤
٥١.	عقوبة جريمة امتناع متكفل الطفل عن تسليمه لمستحقه (دراسة مقارنة)	ا.د. محمد إسماعيل المعموري ايناس عباس كحار	١٨٤٥-١٨٨١
٥٢.	جريمة تغاضي رجل الشرطة عن منع ارتكاب جريمة (دراسة مقا رنة)	أ.د. اسماعيل نعمة عبود مسلم محمد طالب	١٨٨٢-١٩١٤
٥٣.	تنظيم اختصاصات المجلسين التشريعيين في المجال التشريعي	ا.د.حسين جبار عبد كرار نجم عبد	١٩١٥-١٩٤١
٥٤.	الضمانات الدستورية لحقوق وحريات الافراد في الضرورة الاجرائية الجزائية	أ. د. آدم سميان ذياب زهير محمد هاشم	١٩٤٢-١٩٦٦
٥٥.	رد الاعتبار التجاري للتاجر المفلس (دراسة مقارنة)	أ.م.د سماح حسين علي محمد عبدالواحد حميد	١٩٦٧-٢٠٠٩
٥٦.	التنظيم القانوني لاستنفاد الحقوق في أطار براءات الاختراع ونطاق تطبيقه الجغرافي (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.م.د سماح حسين علي عدي حسين طعمه	٢٠١٠-٢٠٤٧
٥٧.	آليات التعاون الدولي لمكافحة الاتجار بالبشر	أ.م.د. سرمد عامر عباس اثير حسن عبيد	٢٠٤٨-٢٠٧٠
٥٨.	الأساس القانوني للمعايير الدولية لحماية الاستثمار الأجنبي	ا.م.د. حيدر عبد محسن شهد عذراء محمد سكر صالح	٢٠٧١-٢٠٩٢
٥٩.	الدعوى المضادة امام القضاء الدولي-دراسة في المفهوم والاساس القانوني	ا.م.د. حيدر عبد محسن شهد	٢٠٩٣-٢١٣٠
٦٠.	التنظيم القانوني لتداول شهادات الايداع في سوق الاوراق المالية " دراسة مقارنة "	أ.م.د ميثاق طالب عبد حمادي أمير حسين عبد الامير ابراهيم	٢١٣١-٢١٧٢
٦١.	الاحكام الجزائية للطرح الخاص للاسم في الشركة المساهمة (دراسة مقارنة)	أ.م.د ميثاق طالب عبد حمادي زهراء كاظم مجيد	٢١٧٣-٢٢١٥
٦٢.	جريمة تعطيل أوامر الحكومة – دراسة مقارنة	أ.م. د. منى عبد العالي موسى مصطفى محمد علي	٢٢١٦-٢٢٤٦
٦٣.	جريمة التنقيب عن الأثار دون موافقة	أ.د. م منى عبد العالي موسى هيثم احمد سلمان	٢٢٤٧-٢٢٧٩
٦٤.	جريمة التأثير على القضاء في اصدار القرارات والأحكام الجزائية - دراسة مقارنة	أ.م.د منى عبد العالي موسى علي رزاق محمد	٢٢٨٠-٢٣١٦
٦٥.	جريمة انتماء رجل الشرطة لحزب او جمعية سياسية (دراسة مقارنة)	ا.م.د. نافع تكليف مجيد عباس بردان حبيب	٢٣١٧-٢٣٥٠
٦٦.	تقاسم الاختصاصات التشريعية والتنفيذية في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥	أ . م. د. ليلى حنتوش ناجي زينب علي طه	٢٣٥١-٢٣٦٩
٦٧.	النيابة القانونية عن الغير امام القضاء المدني (دراسة مقارنة)	ا.م.د.حبيب عبيد مرزة	٢٣٧٠-٢٣٩٥
٦٨.	ماهية الحق الاستئثاري للمؤلف	أ.م.د ماهر محسن عبود أيثم عبدالحسين محمد	٢٣٩٦-٢٤٢٥
٦٩.	دور المنظمات الدولية في مكافحة جريمة الاتجار بالبشر	أ.م.د.اسامة صبري محمد	٢٤٢٦-٢٤٤٣

		خالد جواد كاظم	
٧٠.	فكرة بطلان النص الدستوري- دراسة تحليلية في ضوء دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥	ا.م.د ياسر عطيوي عبود الزبيدي	٢٤٤٤-٢٤٨٠
٧١.	المسئولية المدنية للطبيب عن فشل عملية التعقيم "دراسة تحليلية مقارنة بين القانون المصري وبعض الأنظمة المقارنة"	ا.م.دعبد الرازق وهبه سيد احمد محمد	٢٤٨١-٢٥٠١
٧٢.	جريمة انتهاك الحق في سرية عقد المقاولة (دراسة مقارنة)	م.د عمار غالي عبد الكاظم صفا علي رشيد باقر	٢٥٠٢-٢٥٣٤
٧٣.	المبادئ الحاكمة للجرائم في ضوء القانون الدولي الجنائي	م.د. ياسر حسين علي م.م. رافد علي لفتة	٢٥٣٥-٢٥٦٧
٧٤.	الجزاء الإجرائي في القضاء المدني (دراسة تحليلية مقارنة)	م. د. مروى عبد الجليل شنابة	٢٥٦٨-٢٦٠٣
٧٥.	الحماية المدنية للعلامة التجارية المشهورة من التصرفات غير المشروعة (دراسة مقارنة)	م. د. فاطمة عبد الرحيم علي المسلماوي	٢٦٠٤-٢٦٢٠
٧٦.	مدى دستورية سياسة التطعيم الالزامي	م.د. انس غنام جبارة	٢٦٢١-٢٦٤٩
٧٧.	تولي الوظائف العامة اثر تعاطي المخدرات عليها (دراسة مقارنة بين التشريع العراقي والتشريع المصري)	م.عبد الحسين عبد نور هادي	٢٦٥٠-٢٦٦٧
٧٨.	التأثيرالمتعدي لظاهرة الفساد والاليات القانونية لمكافحته	م.م. كاظم خضير السويدي	٢٦٦٨-٢٦٩٥
٧٩.	الحماية الجنائية للحق في خصوصية الجينوم البشري (دراسة مقارنة)	م. احمد حسين سلمان	٢٦٩٦-٢٧٣٣
٨٠.	الحصانة القضائية للدول الأجنبية في المعاملات المالية	م.م طه كاظم المولى	٢٧٣٤-٢٧٧١
٨١.	جريمة إخفاء حيوان مصاب بمرض وبائي أو مُعدي في التشريع العراقي	م.م زينب كاظم مطلك محمد عباس عبد العابدي	٢٧٧٢-٢٧٩٣
٨٢.	المسؤولية التقصيرية الناشئة عن العقد	م.م. عدالة عبد الغني محمود	٢٧٩٤-٢٨١٣

المفهوم القانوني للمانع الادبي

في الاثبات المدني

أ . د سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي

جامعة بابل /كلية القانون

ياسر محمد فوزان الحساني

جامعة بابل /كلية القانون

ملخص البحث

جاءت هذه الدراسة لبيان مدى كفاية القواعد القانونية الخاصة بتنظيم موضوع المانع الادبي من الاثبات بالدليل الكتابي في نطاق الدعوى المدنية في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة وذلك في محاولة لمعالجة القصور التشريعي الذي يشوب النص القانوني المعني بموضوع البحث بما ينسجم مع الظروف والمتغيرات التي تواكب المجتمع ويتم ذلك من خلال الاحاطة بأغلب جوانب البحث وتسليط الضوء على المفهوم القانوني للمانع الادبي في الاثبات المدني ، والذي يعد من اشهر الحالات في المواقع العملي التي تمنع من الحصول على دليل كتابي ، وتجيز الانتقال من الدليل الكتابي الى غيره من وسائل الاثبات .

وبما ان المانع الادبي هو استثناء في مجال يجوز معه الانتقال من القاعدة الاصل والمتمثلة بوجوب الاثبات بالكتابة الى الاثبات بما دونها ، فهو من الخطورة بمكان بحيث لا يجوز التوسع فيه وهو ما يستلزم توضيحه حتى يتسنى للقاضي وهو بصدد حالات لم ترد على سبيل الحصر ان يهتدي الى ما يجب ان يكون عليه الاستثناء .

مقدمة

حرصت أغلب التشريعات وبضمنها التشريعات محل المقارنة على إيلاء الكتابة دوراً رئيسياً في إثبات التصرفات القانونية اذا ما جاوزت نصاباً محدداً في تعاملاتها، وذلك حرصاً منها على استقرار التعاملات وللحيلولة دون ضياع الحقوق، اذ أوجبت اعداد الدليل الكتابي مقدماً عند ابرام أي من التصرفات القانونية بين الطرفين، فقد احتل الدليل الكتابي مرتبة الصدارة بين سائر وسائل الاثبات، وذلك لأهميته في قطع الطريق على المتداعين في انكار الحقوق وسرعة حسم النزاعات أمام سوح القضاء.

وقد يصدق أن يتم ابرام جملة من التصرفات القانونية بين الأطراف دون توثيقها بالدليل الكتابي المفترض توفره قانوناً وذلك لدواعي الثقة المتولدة بين أطراف التصرف القانوني من علاقات القربى أو الزوجية أو الصداقة أو غيرها و التي تبنى في أساسها على جوهر الثقة المتبادلة بين الأطراف، وللحيلولة دون ضياع الحقوق بسبب الثقة المفرطة بين الأطراف ولاعتبارات انسانية واخلاقية دأبت التشريعات على التلطيف من حدة قاعدة وجوب اثبات التصرفات القانونية بالكتابة عندما تكون أمام حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي.

ولا شك ان المانع الأدبي يعد حائلاً في كثير من التصرفات القانونية من الحصول على الدليل الكتابي وبتحقق شروطه يجب على المحكمة الانتقال بالإثبات الى وسائل الاثبات الأخرى غير الدليل الكتابي.

لذا فمن المهم أن نسلط الضوء على المفهوم القانوني للمانع الأدبي في الاثبات المدني ومن الضروري أن نبين جوهر فكرة البحث وأهميته وأسباب اختياره والغرض منه مع بيان مشكلة البحث والأسئلة البحثية لننتقل في الأخير لرسم خطة بحثه ومنهاجه، وهذا ما سنتولاه تباعاً في الفقرات الاتية:

أولاً: جوهر فكرة البحث

لاشك أن ضرراً محققاً يصيب أحد أطراف التصرف القانوني بسبب عجزه عن اثبات ما له من حق في ذمة الطرف الآخر لعدم امتلاكه للدليل الكتابي الذي تطلبه القانون عند ابرام التصرفات القانونية التي تبلغ نصاباً محدداً وفق القانون، كون ظروف العلاقة التي تربط الطرفين بلغت درجة من الاستحالة النفسية بحيث لا يمكن معها مطالبة أحد الأطراف للآخر بدليل كتابي يوثق ما تم ابرامه بينهم من التصرف القانوني.

وأمام هذه المشكلة أصبح لزاماً أن نجد طريقة أو وسيلة يتم من خلالها استخلاص الحق دون المساس بأصل القاعدة القانونية التي توجب اثبات التصرفات القانونية بالكتابة.

من هنا فالمانع الأدبي يعد عذراً يسمح للطرف الذي قام لصالحه التحرر من قيد الدليل الكتابي والانتقال بالإثبات الى باقي وسائل الاثبات المحددة قانوناً، ولكن هذا العذر يستلزم توافر شروط معينة، كما أن أعماله سوف يرتب آثاراً محددة في حلول البينة محل الدليل الكتابي في الاثبات وكذلك أثر ذلك المانع في وقف سريان التقادم.

ثانياً: أهمية موضوع البحث واسباب اختياره

غالباً ما نجد الكثير من الأبحاث القانونية تهتم بدراسة دور الكتابة في اثبات التصرفات القانونية، خلافاً لموضوع المانع الأدبي في الاثبات المدني كاستثناء يرد على أصل القاعدة التي تنص على وجوب الاثبات بالكتابة.

لذا فإن اهمية المانع الأدبي في الاثبات المدني يتلخص في أن اثباته يمكن من ادعى به من اثبات ما ادعى به لتمكينه من اثبات ما تم ابرامه من تصرف قانوني مع المدعى عليه دون مراعاة ما تطلبه القانون من اعداد دليل

كتابي عند ابرام التصرفات القانونية التي تجاوز النصاب الكمي للشهادة، فالمانع الأدبي يمكن الدائن من السير بإجراءات الدعوى وعدم ردها من قبل القاضي لعدم امتلاك الأول الدليل الذي تطلبه القانون في اثبات ما ادعى به لينتقل بعدئذ الى سائر أدلة الاثبات الأخرى، وكذلك فإن المانع الأدبي كما له من أهمية لدى الدائن فإن تلك الأهمية لا تقل شاناً لدى المدين عند محاولة اثبات واقعة الوفاء بالدين عندما لا يمتلك المدين دليل كتابي يثبت واقعة الوفاء بالدين، وأيضاً فإن هنالك أهمية للمانع الأدبي لا تقل شأناً عندما يقوم بوقف سريان التقادم في الدعوى المدنية التي أوجب القانون مدد محددة لإقامتها.

حيث لم ينل هذا الموضوع القدر الكافي من الدراسة والبحث وعلى وجه الخصوص في العراق بل حتى على صعيد القوانين محل المقارنة ولست أبالغ اذ أقول انني لم أجد بحثاً أو دراسة مفصلة تأتي على ذكر موضوع المانع الأدبي وأهميته في اثبات التصرفات القانونية، وهذا ما جعلني أقوم بدراسة هذا الموضوع والالمام به في أغلب الجوانب، لذا فإن اهم أسباب اختيار الموضوع تتمثل في ما يأتي:

١- ندرة دراسة موضوع النظام القانوني للمانع الأدبي في الاثبات المدني.
٢- عدم تعريفه من قبل المشرع وعدم رسم خطوط واضحة يمكن من خلالها الأخذ به بشكل أكثر تطبيقاً من قبل القضاء.
٣- حصر تطبيقات القضاء للمانع الأدبي بحالات محددة دون غيرها متجاهلاً بذلك النص الحالي النافذ الذي جعل من المانع الأدبي نص عام، والاقتصار على تطبيق صور المانع الأدبي التي سبق وأن حددها القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ م.
٤- عدم الاحاطة بموضوع المانع الأدبي كاستثناء أورده المشرع أدى الى ضياع الكثير من الحقوق لعدم امتلاك أصحابها للدليل الكتابي لاسيما أننا نعيش في مجتمع تربطه علاقات اجتماعية غالباً ما تفرض عدم المطالبة بتوثيق التصرفات القانونية بدليل كتابي بداعي الخجل وعدم احراج الطرف الآخر كون المطالبة بالدليل الكتابي دليل على انعدام الثقة بين الطرفين.
٥- عدم استيعاب النص القانوني الحالي لعدة حالات يمكن أن يتسع لها نطاق المانع الأدبي في الاثبات.

ثالثاً: مشكلة البحث والأسئلة البحثية

تنحصر مشكلة البحث في ان تحقق المانع الادبي سوف يؤدي الى التحرر من قيد الدليل الكتابي وإمكانية الاثبات بجميع ادلة الاثبات الأخرى ، وهذا سيثير عدد من الأسئلة البحثية ويمكن تلخيصها بما يأتي :

١- ما هو المانع الادبي ؟ وما هي شروط تطبيقه ؟ واساسه القانوني

٢- هل ان النص التشريعي في قانون الاثبات العراقي قاصر عن استيعاب جميع الحالات التي ينطبق عليها شروط المانع الادبي ؟

٣- ما هو السبب وراء ندرة تطبيقات المانع الادبي بشكل عام كما أورده النص واقتصار تطبيقه على القرابة والزوجية فقط ؟ اذ ما علمنا بعدم وجود مانع قانوني من تطبيق النص على أي حالة قد تنطبق عليها شروط المانع الادبي ؟

٤- ما هو الفرق بين المانع الادبي من اعداد الدليل الكتابي والمانع من تقديمه ؟ وهل يختلف الأثر تبعا لهذا الاختلاف ؟

٥- هل يمكن الاحتجاج بالمانع الادبي في اثبات التصرفات القانونية التي يستلزم القانون انعقادها شكلية معينة؟ بالرغم من كون الشكلية في بعض التصرفات القانونية تعد من النظام العام كما هي في التصرفات التي ترد على العقارات .

٦- ما هو الفرق بين المانع الأدبي القانوني والمانع الأدبي الموضوعي؟

رابعاً: أهداف البحث

يمكن ايجاز أهداف البحث بما يلي:

١- بلورة حقيقة موضوع النظام القانوني للمانع الأدبي في الاثبات المدني لإكمال النقص الذي يشوبه وتحديد الوسائل والآليات التي يتم من خلالها اكمال هذا النقص.

٢- تسليط الضوء على ماهية المانع الأدبي من خلال التعريف به وبيان مفاهيمه.

٣- العمل على اثبات المانع الأدبي المفترض والانتقال من نطاق الاستثناء الى الأصل في بعض صور المانع الأدبي.

٤- التمييز بين اثبات المانع الأدبي كونه واقعة مادية وبين اثبات التصرف القانوني محل الدعوى.

٥- بيان الحكمة التشريعية التي عهد اليها المشرع في ايجاد المانع الأدبي كاستثناء على الأصل وجعله عاماً غير محدد.

خامساً: منهج البحث وخطته

سنتبع في دراستنا المنهج المقارن بين القانون العراقي والمصري والفرنسي ومن خلال استعراض وتحليل مواقف التشريع والقضاء .

ولقد وجدنا من المناسب لتحقيق مرامي هذا البحث ان نتناوله في مطلبين سنبين في أولهما التعريف بالمانع الادبي وسنكرس ثانيهما لبحث اساس المانع الادبي وطبيعة القانونية ، فإذا فرغنا من ذلك وصلنا بخاتمة سنضمها ابراز النتائج والتوصيات .

المطلب الأول

التعريف بالمانع الأدبي

من خلال تتبع التشريعات محل المقارنة غالباً ما تذكر الموانع من الاثبات بالكتابة على سبيل المثال لا الحصر، اذ أن حصر حالات توافر المانع الأدبي من الصعوبة بمكان، فلا يستطيع المشرع أن يقف على أبعاد وظروف كل عملية تعاقدية حتى يقف على تعداد ثابت للمانع الأدبي، وبما ان الأخير هو استثناء في مجال يجوز معه الانتقال من القاعدة الأصل والمتمثلة بوجوب الاثبات بالكتابة الى الاثبات بما دونها، فهو من الخطورة بمكان بحيث لا يجوز التوسع فيه، وهذا يستلزم توضيح ماهيته حتى يتسنى للقاضي وهو بصدد حالات لم ترد على سبيل الحصر أن يهتدي الى ما يجب أن يكون عليه هذا الاستثناء.

ومن أجل تسليط الضوء على تعريف المانع الأدبي سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع: سنفرد الأول لمعنى المانع الأدبي، وسنخصص الثاني لشروط المانع الأدبي، وسنكرس الثالث لتمييز المانع الأدبي مما يشتبه به.

الفرع الأول

معنى المانع الأدبي

تبعاً لما يترتب على ثبوت المانع الأدبي من أهمية في مرحلتي التعاقد والاثبات كان لابد من بيان معناه وهذا يستلزم أن نتعرض لتعريف المانع الأدبي أولاً، ولصوره ثانياً، ولحكمة تشريع المانع الأدبي ثالثاً.

أولاً: تعريف المانع الأدبي

لم تتعرض القوانين محل المقارنة لتحديد معنى المانع الأدبي واقتصرت على ايراد حكم جواز الاثبات بغير الدليل الكتابي في حال توفره.

فقد نصت المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) المعدل على انه:

(يجوز أن يثبت بجميع طرق الاثبات ما كان يجب اثباته بالكتابة في الحالتين:

أولاً- اذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه، ثانياً- اذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي)، كما نصت المادة (٦٣) من قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة (١٩٦٨)على انه (يجوز كذلك الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بدليل كتابي ... اذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي ...).

وفي المقابل فإننا نجد المشرع الفرنسي قد أورد حالات محددة على سبيل الحصر تحول دون الحصول على اثبات خطي للعمل القانوني مع العرض انه لم يرد ذكر المانع الأدبي وإنما أطلق عليه الاستحالة المعنوية، وترك أمر تقديرها لقضاة الموضوع بصورة مطلقة [١] .

كما استخدم المشرع المصري مصطلح الاستحالة المعنوية وجاء على ذكرها في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري وأطلق عليها (المانع الأدبي) على الرغم من اختلاف وجهة النظر للمشرع الفرنسي عما تبناه من وجهة بالنسبة للمشرع المصري والعراقي وذلك من خلال تفسيره لمفهوم المانع الأدبي والمتمثلة بالحالات التي أورد حصراً ذكرها المشرع الفرنسي وذلك على عكس ما جاءت به التشريعات في العراق ومصر واللذين قاما بإطلاق النص وجعله عاماً [٢].

نستنتج من النصوص أعلاه أن وجود المانع الأدبي يجيز للمدعي طلب الانتقال من حتمية الاثبات بالسند الكتابي الى وسائل الاثبات الأخرى، وقد حاول الفقه أن يحدد معنى المانع الأدبي وان لم يكن هناك حصر محدد لحالاته.

وقد اورد الشراح عدد من التعريفات للمانع الأدبي، فالمانع الأدبي (هو وجود ظروف نفسية كانت تربط الطرفين وقت التعاقد، ولم تكن تسمح من الناحية الأدبية لأحدهما بمطالبة الآخر بكتابة التصرف القانوني) [٣].

وقد عرفه البعض بأنه (حالة نفسية تنتج عن وجود علاقة قرابة أو عمل أو صداقة أو شوكة تعاصر نشوء التصرف، وتمنع من الأعداد أو الحصول على دليل كتابي)[٤] كما عرفه البعض الآخر بأنه: (الحياء الذي ينتج بين من تربطهم أواصر القرابة كيفما كانت درجتها) [٥].

بيد أن المانع الأدبي وثيق الصلة بالنفس الانسانية كونه يتعلق بظروف نفسية غير ظاهرة أو ملموسة لا يستشعرها الا الشخص الذي يقع تحت تأثير تلك الظروف التي لا يعلم مضمونها ومدى تأثيرها على العلاقات بين الناس الا خالقها، ويكفي لوجود هذا المانع الأدبي وجود استحالة نسبية، ولا يشترط الاستحالة المطلقة لإثبات المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي.

وعرفه البعض الآخر بأنه (السبب الشخصي الذي يحول دون القيام بإجراء نص عليه القانون لإثبات أمرٍ ما)[٦] وكذلك يأتي المانع الأدبي بمعنى الاستحالة المعنوية ولو أن بعض الفقه يذهب الى أن الأخيرة أوسع مفهوماً من الأولى حيث تشمل المانع بحكم العرف والعادة اضافة الى المانع الأدبي [٧].

اذاً فالمفهوم العام للمانع الأدبي هو استحالة الحصول على الكتابة وقت التعاقد وهذه الاستحالة تنشأ كاثر لوجود المانع الادبي وهي شخصية تقتصر على شخص المتعاقد ونسبية اذ أنها ترجع الى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد وهذه الظروف قد تكون متغيرة فهي لا تتعلق بطبيعة الواقعة محل الاثبات [٨].

ومما يجب الاشارة اليه أن المانع الأدبي ما هو الا استثناء أوردته التشريعات محل المقارنة لاعتبارات أدبية راعت فيها البعد الاجتماعي للقاعدة الأخلاقية في النص القانوني، اذ أننا عندما نستقرئ النصوص في هذه التشريعات والخاصة بالمانع الأدبي نلاحظ أثر البعد الأخلاقي في بناء النص القانوني وذلك من خلال مراعاته لتلك الظروف النفسية التي اعترت المتعاقد لحظة ابرامه التصرف القانوني وحالت دون مطالبته بالدليل الكتابي الذي تطلبه القانون.

نخلص مما تقدم أنه بالإمكان أن نعرف المانع الأدبي بانه (حائل معنوي نسبي يعاصر انعقاد تصرف قانوني أوجب القانون الكتابة في اثباته، يحول بقيامه على استحصال الدليل الكتابي لينقل الاثبات من نطاق التقييد بالدليل الكتابي الى سائر وسائل الاثبات المحددة قانوناً).

فهو ظرف نفسي عاصر مرحلة التعاقد فحال دون اعداد الدليل الكتابي وأن هذه الاستحالة نسبية تتعلق بشخص المتعاقد لا بطبيعة الواقعة محل الاثبات.

كذلك فيمكن تعريف المانع الأدبي باعتباره ظرف شخصي لذا يمكن القول بانه (ظرف شخصي يتصل بشخص المتعاقدين يتعلق بأسباب نفسية أو أدبية أو عرفية يطرأ على علاقة محددة غالباً ما تكون بسبب القرابة أو الزواج يحول وجوده من توثيق التصرف القانوني المبرم بين الطرفين والذي اوجب القانون الدليل الكتابي في اثباته).

ويمكن القول بوجود مانع أدبي عند وجود علاقة بين طرفي التصرف تبعث على الاحترام والثقة مما يجعل من المتعذر على المطالب بالدليل الكتابي تحرير ورقة بالتصرف منعاً لتعكر صفو تلك العلاقة [٩].

ومن أمثلة الموانع الأدبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي: صلة القرابة، وعلاقة الزوجية، وصلة المصاهرة، وعلاقة الخادم بسيده ففي هذه الحالات تقوم هذه الصلة كمانع يمنع من الحصول على دليل كتابي يثبت التصرف، وتستقل محكمة الموضوع بتقدير قيام المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي، وتخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز الاتحادية في العراق، حيث أن ذلك من مسائل الواقع التي تختلف باختلاف الظروف وعلاقات المتعاقدين ببعضهم البعض، ولا يمكن اعتبار هذه المسألة من المسائل القانونية حيث أن القانون لم يعرف المانع الأدبي ولم يضع له أي ضابط الا أن الحكم يجب أن يكون مسبباً والا صح نقضه لخلوه من الأسباب [١٠].

اذاً فالمانع الأدبي ينتج من اعتبارات اجتماعية أو معنوية ونفسية، وهي تلك التي تحول دون مطالبة الشخص بدليل كتابي من الشخص المتعاقد معه[١١].

وعلى الرغم من أن التشريعات محل المقارنة لم تضع تعريفاً للمانع الأدبي الا انها أقرته حيث أخذت بعين الاعتبار صلة القرابة أو الزوجية وان كان تطبيق هذا المانع نسبياً يرجع الى طبيعة الظروف التي انعقد فيها المانع الأدبي أو لحقته ويرجع تقديره لمحكمة الموضوع، الا أنه قد راعى ظروف المجتمع وتقاليده وأعرافه وعزز من أهمية الشهادة وراعى جانباً إنسانياً مهماً في تنظيم العلاقات بين الأفراد فهناك اعتبارات معنوية في حياة الانسان تمنعه من المطالبة بالدليل الكتابي عند كل تصرف.

فبعد اثبات الحالة النفسية القائمة بين المتعاقدين والتي تمنعها من تهيئة دليل كتابي لابد من الاشارة الى أن وجود الصلة بذاتها لا تعني وجود المانع الأدبي دائماً فقد تتوفر الصلة بين أطراف التصرف القانوني ولكن نجد أنهما قد اعتادا على الكتابة غالباً فقد يعتاد الزوج أو الأب في المعاملات مع زوجته أو ابنه أن يثبت التصرف بدليل كتابي، وعند ذلك لا يقبل منه التذرع بصلته بالمتعاقد الآخر عند اثبات التصرف طالما أن أطراف التصرف القانوني قد اعتادا أن يقوما بالإثبات بالكتابة في تصرفاتهما [١٢].

ثانياً: صور المانع الأدبي

ان للمانع الأدبي صوراً عدة واستكمالاً لتحديد ماهية المانع الأدبي لابد من استعراض صورتين من تلك الصور على سبيل التمثيل وهي الاكثر شيوعاً من حيث التطبيقات القضائية وهي:

١- رابطة الزوجية:

تعد العلاقة الزوجية من أهم حالات المانع الأدبي التي تحول دون الحصول على دليل كتابي بين الزوجين في معاملاتهم المالية، وبما أن الخطبة تعد تمهيداً للزواج فيكون المانع الأدبي موجوداً فيها أيضاً.

أ- المانع الأدبي أثناء الخطبة:

يحاول الخطيبان أثناء الخطبة الظهور بأحسن صورة لهما فتكثر المجاملات ومحاولات اخفاء العيوب واظهار القناعة بالطرف الآخر والثقة المطلقة بذاته، وقد تقوم بين الخطيبين خلال هذه الفترة علاقات مالية وتصرفات قانونية [١٣].

وتبعاً لذلك فقد يجد الخاطب أن من الصعب والمحرج أخذ ايصالات وتنظيم عقود خطية، كما قد يقوم الخاطب خلال هذه المدة بتقديم دفعات مالية للمخطوبة في سياق التجهيز للزواج، ومع العلم أن التساهل الذي يجري أثناء الخطبة في عدم الاستيثاق هو دوماً نوع من الامعان في اثبات حسن النية والترفع بغية الوصول الى خاتمة الخطبة بالزواج الأمر الذي يجسد المانع الأدبي بشكل صريح [١٤] .

فقيام الخطبة يعد مانعاً أدبياً يصح معه الركون الى البينة الشخصية لإثبات ما يجب اثباتها بدليل كتابي [١٥].

ب-المانع الأدبي أثناء قيام الزوجية

ويظهر المانع الأدبي جلياً في العلاقة الزوجية نظراً لما تنشئه هذه العلاقة من وضع يستحيل معه على أحد الزوجين مطالبة الآخر بدليل كتابي، حيث أن اشتراك الزوجين في العيش تحت سقف واحد في السراء والضراء يجعل من الصعوبة بمكان مطالبة أحدهما بإثبات معاملاته المادية مع الطرف الآخر بدليل خطي، اضافة الى أن العلاقة تقوم في جوهرها على المحبة والثقة والاحترام المتبادل بين الزوجين والتي تحول بطبيعتها دون مطالبة أحدهما الاخر بأن يحرر له سنداً كتابياً.

وتوضع العلاقة الزوجية على رأس الأمثلة التي تذكر في سياق الموانع الأدبية، وعليه فإنه يكفي لأحد الأطراف في الدعوى أن يثبت وجود علاقة الزوجية فتقوم بذلك قرينة على وجود المانع الأدبي الذي يتيح الاثبات بالبينة الشخصية، وكأنها قرينة قابلة لإثبات العكس [١٦].

ويشترط لاعتبار العلاقة الزوجية مانعاً أدبياً يتيح الاثبات بالشهادة أن تكون الزوجية سابقة للتصرف المراد اثباته بالشهادة، وان الخلافات التي قد تنشأ بين الزوجين أثناء سير العلاقة الزوجية لا يمكن أن تعد احدى أسباب زوال المانع الأدبي، اذ أن الأخير يبقى قائماً بالرغم من وجود تلك الخلافات بين الزوجين في أغلب الأحيان، ولكن يجب أن لا ترقى تلك الخلافات الى نشوء خصومة قضائية أو قطيعة بين الزوجين، فإذا كان التصرف سابقاً لقيام الزوجية فلا يمكن إثابته بالالتزام أو الابراء منه بالشهادة إذا وقع بعد قيام الزوجية [١٧].

ج- المانع الأدبي بعد الطلاق:

نظراً لأنه قد يطرأ على الحياة الزوجية أمور ومشكلات تؤدي الى فصم عرى الود والمحبة والحياة الزوجية مما يؤدي الى الطلاق، وبالتالي فان المانع الأدبي الذي كان قائماً بين الزوجين أثناء الزوجية يزول مع الطلاق، حيث لا يتصور بقاء المانع الأدبي الذي يقوم في أصله على صلات من الثقة والمحبة، والتي تزول بالطلاق بين الزوجين، الا أن ذلك لا يعني وبصورة مطلقة عدم وجود مانع أدبي في فترة الطلاق، ذلك أن المانع الأدبي لا يخضع لمعيار موضوعي حتى يمكن القول بانتفائه في حالة الطلاق حيث أنه يقوم على معيار شخصي يختلف من شخص لآخر ومن حالة لأخرى[١٨].

أما بالنسبة لإثبات التصرفات القانونية الحاصلة أثناء الحياة الزوجية فإنه يمكن إثباتها بالشهادة إذا ما تمسك أحد الزوجين أمام محكمة الموضوع بوجود المانع الأدبي، حيث أن العبرة في وجود المانع الأدبي أو عدم وجوده

بتاريخ نشوء التصرف المطلوب إثباته، ومادام التصرف المراد اثباته قد تم أثناء الزوجية فيبقى المانع الأدبي معتبراً في ذلك حتى لو تم الطلاق بين الزوجين[١٩].

٢- المانع الأدبي للقرابة والمصاهرة [٢٠]

بالإضافة الى رابطة الزوجية تعد أيضاً القرابة ما بين الأصول والفروع وكذلك ما بين الحواشي حتى الدرجة الثالثة، وما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر مانعاً أدبياً بحكم القانون الا أن هذه القرينة ليست قاطعة، بل تعتبر قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس بأحد الأسباب التي تؤدي لإهدار المانع الأدبي[٢١].

أ- قرابة الأصول والفروع:

القرابة المباشرة هي القرابة ما بين الأصول والفروع، والمقصود بالأصول هنا الآباء والأمهات مهما علو، أما الفروع فهم الأبناء والبنات وأبنائهم مهما نزلوا، وعد بعض شراح القانون العلاقة بين الأصول والفروع مانعاً أدبياً على اطلاقها فلم يقيدها بدرجة معينة كما فعل بالنسبة لقرابة الحواشي، وبناءً على ذلك تعتبر قرابة الشخص مع والديه، وجدية مهما علوا وسواء كانوا من جهة الأب أو جهة الأم مانعاً أدبياً بحكم القانون [٢٢].

وكذا تعد قرابته مع فروعه أي مع أبنائه وبناته، وأحفاده من أبناءه وبناته مهما نزلوا مانعاً أدبياً بحكم القانون، يتيح له التمسك بقرينة المانع الأدبي المفترضة بمجرد توافر إحدى حالات القرابة المباشرة، وأن يثبت بالبينة الشخصية ما يراد اثباته من تصرفات قانونية كأن يشترط لإثباتها في الأصل وجود دليل كتابي، وعلى من ينكر وجود المانع الأدبي المفترض في هذه الحالات عبء اثبات عدم وجوده، ولا يقصد من ذلك أن يثبت عدم وجود رابطة القرابة التي تشكل مانعاً أدبياً بحكم القانون[٢٣].

وهذا ما سار عليه القضاء العراقي اذ جاء في قرار لمحكمة التمييز ما نصه ((واذا كان المدعى عليه هو والد المدعية فيحق لها اثبات دعواها بالبينة الشخصية، وأن تجاوز المبلغ المدعى به الخمسين ديناراً عملاً بحكم المادة (٢/١٨) اثبات))[٢٤].

ب-قرابة الحواشي:

يقصد بها الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر. وقد تعتبر هذه القرابة مانعاً أدبياً من طلب الدليل الكتابي في اثبات الالتزام، ولا يمكن اعتبارها على اطلاقها مانعاً أدبياً، اذ قد تعتري العلاقة ما يشوبها من مشاكل وخلافات قد تؤدي في بعض الأحيان الى الخصومات القضائية أو ان يعتاد طرفي العلاقة على توثيق تعاملاتهم بدليل كتابي أثر انعدام الثقة أو ضعفها بين الأطراف مما يؤدي الى زوال المانع الأدبي وعدم الأخذ به من قبل القضاء[٢٥].

لذا نجد أن محكمة التمييز في العراق ذهبت الى ((ولا يقبل الاثبات بالشهادة، اذا ثبت من أوراق الدعوى أن جميع مكائن المفقس موضوع الدعوى مسجلة باسم المدعى عليه (الأخ الكبير للمدعين) في الدائرة الرسمية المختصة بتسجيل مثل هذه المكائن، وان المدعين عجزوا عن اثبات ما يخالف شهادة تسجيلها، وأن البينة الشخصية التي طلب المدعون من المحكمة استماعها لإثبات ما يخالف هذه الشهادات بسبب المانع الأدبي بين طرفي الدعوى لا ترد في مثل هذه الدعوى، بل ترد في العقود الملزمة للطرفين التي لا يشترط القانون لانعقادها شكلية معينة ، وليس شهادة تسجيل المكائن التي لا تقبل ضدها بينة شخصية أو تحريرية))[٢٦] .

فالقرار أعلاه قد أشار وبشكل غير مباشر الى ان قرابة الحواشي (علاقة الأخوة) يتحقق معها المانع الأدبي.

الا أن التصرف القانوني اذا ثبت بالدليل الكتابي فلا يجوز اثبات وفاءه بالشهادة بحجة المانع الأدبي وهذا ما قررته محكمة التمييز اذ جاء في قرار لها ما نصه ((لا يجوز اثبات تسديد الدين بالشهادة ولو كان الطرفان أخوة ما دام الدين مثبتاً بسند كتابي)) [٢٧] .

وتجدر الاشارة الى أن هناك موانع بحكم العرف والعادة، فقد جرى العرف على عدم التعامل بالكتابة في أنواع معينة من المعاملات بالرغم من عدم وجود مانع مادي أو أدبي يمنع من الحصول على الكتابة، كالعرف المتعلق بعدم تحرير عقد اجارة بين الخادم وسيده، وعدم اقتضاء السيد كتابة من خادمه عما يعهد اليه من مال أو متاع، وما جرى به العرف لدى الخياطين من عدم أخذ الكتابة بالمبالغ التي تطلب لهم من زبائنهم واعارة الأواني والحلي بين الجيران أو اعارة المواشي والآلات الزراعية والدواب في القرى والأرياف (دون تحرير عقود بذلك) ففي هذه الأمثلة لابد من التسليم بجواز الاثبات بالشهادة، ولابد كذلك من الاعتراف بوجود عرف في كل حالة من الحالات المذكورة أعلاه يخالف نصاً في القانون، ولا مانع من أن يخالف العرف التشريع في غير

المبادئ الأساسية التي يتكون منها النظام العام، وبصفة خاصة ان قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة غير متعلقة بالنظام العام فيجوز أن ينشأ عرف مخالف لها [٢٨] .

وكذلك فإن المشرع العراقي قد أخذ بذلك في قانون الاثبات النافذ رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) حيث نص في الفقرة (ثانياً) من المادة (٧٧) (اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسين دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز اثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة مالم يوجد اتفاق أو قانون ينص خلاف ذلك).

وبنفس الحكم فقد أخذ المشرع المصري في المادة (٦٠) من قانون الاثبات رقم (٢٥) لسنة (١٩٦٨) حيث جاء فيها (في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز شهادة الشهود في اثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقتضي بغير ذلك) [٢٩].

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري (أشير فيما تقدم الى أن المشروع نهَج نهْج التقنين القائم في تقييد الاثبات. ومن الأهمية بمكان تعيين ما اذا كانت القواعد الخاصة بعبء الاثبات وطرق الاثبات تتعلق بالنظام العام، اذ لو قيل بتعلقها به لترتب على ذلك بطلان كل اتفاق مخالف) [٣٠].

أما القانون المدني الفرنسي فلم يعتبر قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة من النظام العام فقد نصت المادة (١٣٤١) منه (يجب تنظيم سند لدى الكاتب العدل أو سند ذي تواقيع خاصة لكل تصرف بشيء تتجاوز قيمته مبلغاً أو قيمة تحدد بموجب مرسوم، حتى الايداع ارادي، ولا تقبل شهادة الشهود لإثبات ما يخالف السند أو يتجاوز مضمونه، ولا بشأن ما يدعى أنه قيل قبل أو أثناء أو بعد السند حتى لو تعلق الأمر بمبلغ أقل) [٣١] ، ولكن في حدود ضرورة الاثبات الخطي نجد أن الطابع المكمل للمادة أعلاه قد نصت على (ليست أحكام م (١٣٤١) من النظام العام. وضرورة الاثبات خطياً تبقى مطلوبة بقدر ما لا يعفي الأطراف أنفسهم منها [٣٢] .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بما نصه (ولكن على الرغم من أن أحكام م (١٣٤١) ليست من النظام العام، فهي تلزم القضاة طالما لم يتنازل عنها الأطراف صراحة أو ضمناً)[٣٣].

وهنا يختلط المانع الأدبي بالمانع المادي الذي سنراه في بعض المهن ومن الفقهاء من يميز بين عادة عامة تجري بين فريق كبير من الناس بحيث تعتبر قاعدة قانونية مصدرها العرف وهذا هو المانع المادي وبين عادة خاصة جرى عليها شخصان في التعامل فيما بينهما مما يمكن اعتباره دليلاً على وجود صلة متينة بين المتعاملين تمنع من الحصول على سند مكتوب وهذا هو المانع الأدبي[٣٤].

ويرى بعض الفقه في مصر ان المانع المادي والمانع الأدبي يتلاقيان عند العادة ويصعب الفصل بينهما فصلاً دقيقاً، فالعادة من حيث أنها تضع قاعدة مألوفة للسلوك المتبع يتعذر معها الحصول على دليل كتابي تكوّن مانعاً مادياً، ومن حيث أنها تتغلغل في النفوس الى حد يحجم معه المتعاملون من طلب دليل كتابي تكوّن مانعاً أدبياً [٣٥].

وذهب البعض من الفقه العراقي الى رأي آخر اذ لا يجوز اعتبار العرف في ذاته مانعاً من الحصول على الكتابة مما يجوز معه الاثبات بشهادة الشهود وقرائن الأحوال اذ يكون بذلك قد خالف النصوص القانونية الواردة بوجوب الاثبات بالكتابة فيما يجاوز النصاب المعين للإثبات بها [٣٦].

ولم يتعرض قانون الاثبات في العراق ومصر الى العرف كمانع أدبي ومع ذلك فإن لعمومية النص أثر في توسيع سلطة القضاء في تفسير المانع الأدبي فبإمكان القاضي أن يعد العرف أحد صور المانع الأدبي على الرغم من عدم وجود تطبيق قضائي على صعيد القضاء في العراق ومصر يشير الى عدّ العرف كمانع أدبي من الاثبات بالشهادة وبالمقابل لا يوجد ما يمنع قانونا من اعتبار العرف مانع أدبي في القانون العراقي أو المصري فبالإمكان الأخذ به باعتباره مصدراً مفسراً للنص القانوني وذلك لأن الأطراف اعتبروا الكتابة غير ضرورية بناءً على عادة محكمة أو عرف مستقر [٣٧].

وهنا يثار السؤال عن مدى امكانية عدّ العرف كمصدر للقاعدة القانونية في نطاق المانع الأدبي؟ أم أن للعرف دور آخر يمكن من خلاله تطبيقه من قبل القضاء رغم عدم النص عليه بشكل صريح ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل يجب أن نبحث في البداية عن وجود نص تشريعي يعالج موضوع المانع الأدبي بشكل صريح، فإذا ما وجدناه فيجب حينئذ أن نستبعد تطبيق العرف باعتباره مصدر للقاعدة القانونية اذ لا مجال لإعمال العرف كقاعدة قانونية بوجود النص التشريعي.

وجدير بالذكر أن النص التشريعي ما هو الا تعبير عن ارادة المشرع، وما دامت القواعد القانونية عبارة عن نصوص مكتوبة بعبارات وألفاظ فإنه من الصعب في بعض الأحيان معرفة المعنى الحقيقي لهذه القاعدة أو تلك مما يستدعي التوضيح والتفسير، اي اعطاء المعنى السليم للقاعدة القانونية وتحديد قصد المشرع منها [٣٨] .

وتفسير القاعدة القانونية يعني تحديد مضمونها ومعرفة عناصرها وأوصافها ليتم تحديد نطاق النص القانوني من حيث الموضوع وامكانية انطباقه على الوقائع العملية المعروضة.

والتفسير المقصود هنا هو التفسير الذي يقوم به القاضي أي التفسير القضائي أثناء نظر الدعوى، وتعد مرحلة التفسير القضائي للنص القانوني سابقة على تطبيق الحكم على الواقعة محل الدعوى ، ويجب أن تتفق بصورة صحيحة مع غرض المشرع من النص التشريعي، فيجب على القاضي أن يقوم بتكييف الوقائع المعروضة ثم البحث عن القاعدة القانونية واجبة التطبيق، وأثناء ذلك يقوم القاضي بتفسير القواعد القانونية وهو تفسير ذو طابع عملي كونه يتأثر بظروف النزاع المعروض أمامه كالحاجات العملية أو السكوت في معرض الحاجة الى البيان وطريقة التعامل بين المتعاقدين أو العرف المتبع في بلد معين أو غير ذلك من مصادر تفسير النص القانوني وبهذه الحالة قد يتجاوز القاضي التقييد بالنص القانوني وينتقل الى روح التشريع لحكم الواقعة محل الدعوى [٣٩].

نخلص مما تقدم الى نتيجة مفادها اعتبار العرف مصدر تفسيري للقاعدة القانونية يمكن تطبيقها من قبل القاضي في نطاق المانع الأدبي، ولا ضير من مخالفة العرف للنصوص التشريعية اذا كانت من النصوص المكملة وذلك دون الغاؤها.

فإذا كان العرف لا يملك مخالفة أو الغاء نصوص التشريع الامرة، فهو يملك مخالفة نصوص التشريع المكملة لإرادة المتعاقدين، اذ هي نصوص قانونية يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، فمن باب أولى يجوز نشوء عرف مخالف لها في الجماعة، ولذلك نرى أن المشرع في كثير من النصوص ينبه الى أن هذه النصوص لا تسري اذا وجد اتفاق أو عرف خلاف ذلك[٤٠].

وغني عن البيان أن العرف اذا كان يملك مخالفة نصوص التشريع المكملة فلا تحمل هذه المخالفة معنى الغاء تلك النصوص، فقيام عرف مخالف لتلك النصوص انما يفسر بأنه اتفاق الأفراد وتراضيهم على خلافها، فلا يكون له أثر الا مجرد استبعاد تطبيقها دون الامتداد الى الغائها[٤١].

ثالثاً: حكمة تشريع المانع الأدبي

ساق الفقهاء عدة أسباب لإقرار استثناء المعاملات التي تحوي مانعاً أدبياً من وجوب الاثبات بالكتابة، وتجلت تلك الأسباب في ان المنطق والعقل يقضيان بهذا الاستثناء اذ أنه من المحال أن يحرم الشخص من حقه لمجرد وجود مانع نفسي حال بينه وبين مطالبة الطرف الآخر بالإثبات الكتابي للتصرف، ويحرص المشرع دائماً ، وهو بصدد صياغة النصوص القانونية على أن تكون هذه النصوص معبرة عن الواقع العملي للأفراد المخاطبين إذ

أن المشرع قد راعى البعد الاجتماعي لبعض العلاقات وقام بتأطيرها بنص قانوني يحفظ لطرفي التصرف القانوني الحق بالمطالبة والوفاء في حالتي عدم توثيق ذلك التصرف المبرم بين الطرفين أو بسبب مرور المدة القانونية المقررة لعدم سماع الدعوى، وعليه فقد اجازت التشريعات محل المقارنة الاثبات بباقي وسائل الاثبات والانتقال من وجوب الاثبات بالدليل الكتابي الى سائر وسائل الاثبات المحددة قانوناً في حال قيام المانع الأدبي من اعداد أو تقديم الدليل الكتابي [٤٢].

كما أن الضرورة تفرض على الواقع العملي الانتقال من الأصل الى الاستثناء عند صعوبة الاتيان بالأصل فإذا وجد مانع من الحصول على الكتابة لإثبات التصرف كان الواجب اثباته بالكتابة فلا مناص من النزول عند حكم الضرورة والسماح أن تحل القرائن وشهادة الشهود محل الاثبات بالكتابة في اثبات التعاقد[٤٣].

وقد كان المشرع واقعياً في جواز الاثبات بغير الكتابة عند قيام المانع الأدبي تماشياً مع ما تفرضه بعض العلاقات من أواصر المحبة والصلة التي تكون بين الأطراف اعتبارات نفسية وأدبية تمنع أحدهما او كلاهما من مطالبة الآخر بدليل كتابي عما تم ابرامه من تصرف بينهما، اذ أنه في بعض المجتمعات من المعيب مطالبة الابن أباه أو الزوج زوجته بإثبات كتابي للدلالة على انعدام الثقة التي تضعف علاقات القرابة والزوجية.

الفرع الثاني

شروط المانع الأدبي

باستقراء التشريعات محل المقارنة وآراء الفقه المقارن على اختلاف توجهاته وكذلك القرارات والأحكام القضائية التي دلت بمجملها على مشروعية المانع الأدبي في الاثبات، الا أنه لابد من توافر جملة من الشروط لقيام هذا المانع والأخذ به من قبل القضاء وتقديره بصورة مستقلة ومن أهم هذه الشروط:

١- وجود الصلة بين الطرفين قبل ابرام التصرف القانوني.

٢- قيام استحالة نسبية تمنع من الحصول على الدليل الكتابي.

٣- يجب أن يكون المانع الأدبي حقيقياً لا صورياً.

٤- التمسك بالمانع الأدبي أمام محكمة الموضوع.

ويأتي ذكر ذلك بالتفصيل :

١- وجود الصلة بين الطرفين قبل ابرام التصرف القانوني:

ينشأ المانع الأدبي نتيجة للحياء بين من تربطهم أواصر القرابة كيفما كانت درجتها، وذلك بسبب الأعراف والتقاليد المتبعة في المجتمع ولما للعلاقات الأسرية من قدسية لدى المجتمع والأفراد [٤٤] ، لذا لابد لنشوء المانع الأدبي من وجود صلة القرابة ولو كانت لا تعد بذاتها مانعاً أدبياً من الحصول على الدليل الكتابي وموكول تقديرها لقاضي الموضوع وفقاً لظروف كل حالة وملابساتها [٤٥] الا أنه متى تمسك الخصم بوجود مانع أدبي هو صلة القرابة الوثيقة كرابطة الابوة أو الامومة حالت دون الحصول على دليل كتابي فإنه يعد دفعاً جوهرياً يتعين على محكمة الموضوع أن تبحثه وتقول كلمتها فيه والا كان حكمها قاصراً [٤٦].

وكذلك يشترط لاعتبار القرابة أو الصلة بين المتعاقدين مانعاً أدبياً يتيح الاثبات بالشهادة أن تكون العلاقة سابقة للتصرف المراد اثباته أو معاصرة لها، أي يجب أن يتوفر عنصر (التعاصر) بين رابطة الصلة والتصرف المراد ابرامه، فإذا كان التصرف القانوني المراد ابرامه سابقاً لقيام العلاقة بين الطرفين فلا يمكن اثباته بالشهادة الا اذا وجد مانع آخر غير المانع الأدبي، الا أنه يمكن إثبات الوفاء بالالتزام أو الابراء منه بالشهادة إذا وقع ذلك بعد قيام العلاقة [٤٧].

٢- قيام استحالة نسبية تمنع من الحصول على الدليل الكتابي:

لابد من اثبات توافر رابطة أدبية على اختلاف صورها ولابد أن تكون على درجة من القوة بحيث أدت الى استحالة مطالبة أحد أطراف التصرف القانوني بالدليل الكتابي الذي تطلبه القانون لإثبات هذا التصرف حيث أن الاثبات ينصب على واقعة معينة الا وهي العلاقة بين طرفي التصرف القانوني وبثبوتها يثبت المانع الأدبي تلقائياً ولابد من أن تكون تلك الاستحالة نسبية من حيث الأشخاص والزمان، وقد قيل أنه ليس ضرورياً وجود استحالة مادية مطلقة، لأننا سنكون هنا أمام مانع مادي موضوعي يتعلق بموضوع الاثبات لا علاقة له بطرفي التصرف القانوني بل يكفي أن تكون هناك استحالة أدبية نسبية تتعلق بطرفي العلاقة [٤٨].

٣- يجب أن يكون المانع الأدبي حقيقياً لا صورياً:

(الصورية هي اصطناع مظهر كاذب مغاير للحقيقية عند ابرام تصرف قانوني)[٤٩] ويلجأ الانسان الى الصورية عندما يريد اخفاء أمر ما أو حقيقة ما. والطريق الذي يلجأ اليه في باب المعاملات للوصول الى غرضه هو العقد، فيبرم مع آخر عقداً ظاهراً لا ينبئ عن حقيقة الأمر يقال له العقد الظاهر أو الصوري، وآخر مستتر هو الذي يتضمن الحقيقة [٥٠].

وتتنوع الصورية فقد ترد بصورة مطلقة على وجود العقد بذاته، فيكون العقد الظاهر لا وجود له في الحقيقة، أو قد ترد الصورية على نوع العقد فيطلق عليها الصورية بطريق الاخفاء أو قد ترد على ركن من أركانه ويقال لها الصورية بطريق الضد ، أو قد ترد الصورية على أحد أطرافه ويقال لها الصورية بطريق التوسط أو التسخير [٥١]، وفي هذه الحالة يتم التعاقد باسم الشخص في الظاهر، ولكن حقيقة التصرف تكون لحساب شخص آخر قد يكون ممنوع بالقانون عن ابرام مثل هذا التصرف، كالمنع الوارد على المحامين والقضاة على شراء الحقوق المتنازع عليها، الا أنه يمكن أن تكون الصورية بطريق التسخير دون أن يوجد مانع قانوني كأن يشتري شخص عقار له عن طريق زوجته ويسجله باسمها حتى لا ينفذ دائنيه على هذا العقار [٥٢].

والصورية لا تتطلب عقداً صحيحاً مهما امتد الزمن ويجوز اثبات الصورية بالبينة الشخصية اذا وجد مانع أدبي كما ان اسباغ الصفة الرسمية على العقد الصوري لا يجعله في منأى عن اثبات الاتفاق الحقيقي حتى ولو عن طريق البينة الشخصية، كما لو باع شخص عقاراً يملكه بيعاً صورياً لزوجته تهريباً له من دائنيه، ونظراً للثقة الموجودة بينهما لم يستكتبها ورقة تثبت أن البيع صوريا، وتم تسجيل عقد البيع في السجل العقاري، وبعد وفاء ديونه أنكرت زوجته عليه العقار ففي مثل هذه الحالة وغيرها يحق للزوج أن يثبت الصورية بجميع وسائل الاثبات بسبب قيام المانع الأدبي من استحصال ورقة الضد والتي تثبت العقد الحقيقي بين الطرفين، مع العرض أن القانون المدني العراقي لم يجيز الطعن في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري وهو ما نصت عليه المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي [٥٣] ولا توجه الصورية ضد سجلات التسجيل العقاري الرسمية وانما تكون لإثبات صورية العقد الذي تم نقل ملكية العقار على أساسه وهذا ما أكدته المادة (١/١٠) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١)[٥٤].

وتجدر الاشارة الى أنه اذا كان من الجائز اثبات الصورية بالبينة الشخصية والقرائن في حال توافر مانع أدبي فإن ذلك منوط بأن لا يكون هناك ما يهدر هذا المانع كما في حال الاعتياد على التعامل بالكتابة، ذلك أن اعتياد التعامل بالكتابة ينفي وجود المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على ورقة ضد تثبت الصورية، بشأن التعامل الكتابي المهدر للمانع يطبق بخصوص الصورية، حيث أن مجرد وجود سند واحد لا يكفي لإهدار المانع الأدبي، وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي في القوانين محل المقارنة: (ان القرابة من الدرجة الثالثة تجيز للمتعاقدين اثبات الصورية في العقد بالشهادة للمانع الأدبي ما لم يثبت اعتياد التعامل فيما بينهم بالكتابة) [٥٥].

٤- التمسك بالمانع الأدبي أمام محكمة الموضوع:

عند الدفع بوجود المانع الأدبي فإن اثباته يكون واجباً على من يدعي وجوده، ثم يكون بعد ذلك للمحكمة أن تقدر دفاعه وتجيز الاثبات بالبينة أو لا تجيزه[٥٦]،(والتحدي بقيام المانع الأدبي لتبرير عدم الحصول على الدليل الكتابي في الأحوال التي يوجهها القانون لإثبات العقد من المسائل الواقعية التي يجب التمسك بها أما محكمة الموضوع، حيث لا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض ولابد على المحكمة عند اصدار حكمها أن تبرر قولها أو رفضها لهذا المانع في الحكم ومع ذلك فلابد للمحكمة أن تسبب حكمها تسبيباً كافياً يوصل النتيجة المستخلصة عقلاً وواقعاً)[٥٧].

أي يجب أن يتضمن الحكم القضائي الأسباب المسوغة والمقبولة قانوناً والتي أدت بالمحكمة لقبول الأخذ بالمانع الأدبي يقيد الانتقال من الاثبات بالدليل الكتابي الى البينة أو باقي أدلة الاثبات ويجب أن يكون التسبيب في الحكم كافياً سواء تم الأخذ بالمانع الأدبي أو تم رفضه وهي بذلك أي محكمة الموضوع تخضع لرقابة محكمة التمييز الاتحادية في تقديرها للوقائع والقوانين بينما لا تخضع محكمة الموضوع في مصر الى رقابة محكمة النقض سوى في مسائل القانون دون الوقائع [٥٨].

الفرع الثالث

تمييز المانع الأدبي مما يشتبه به

اشترط المشرع العراقي كما في التشريعات محل المقارنة أن يكون اثبات التصرفات القانونية التي تزيد على نصاب معين بالكتابة ولا يجوز في تلك الحالة عند اكتمال النصاب أن تثبت التصرفات بطريق غير الكتابة لكن وفقاً لرؤية المشرع ولحاجة الناس استلزم الأمر وجود استثناءات على تلك القاعدة منها اعتبار بعض الظروف

مانعاً من الاثبات بالكتابة والاستيعاض عنها بالبينة ومن تلك الظروف حالة المانع الأدبي، وفي الواقع العملي ممكن أن يلتبس المانع الأدبي ببعض الحالات والتي يبنى على كل منها حكماً مغايراً.

لذا من الضروري رسم الخط الفاصل بين المانع الأدبي وما يشتبه به من مثل المانع المادي والحياء والذوق، وهذا ما سيتم توضيحه في النقاط التالية:

أولاً: تمييز المانع الأدبي من المانع المادي:

يتوافر المانع المادي [٥٩] اذا تم التصرف القانوني في ظروف لم يكن لدى أصحاب الشأن فيها فسحة من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابي، ومن قبل ذلك ما ينشأ من تصرفات قانونية عند وقوع حادث مفاجئ كالحريق أو الفيضانات، ومن الأمثلة التقليدية التي تساق في هذا الشأن الوديعة الاضطرارية وفيها يضطر شخص الى ايداع أمواله لدى شخص آخر لوجود خطر داهم يهدد هذه الأموال ولا تسمح الظروف بالانتظار للحصول على دليل كتابي من المودع لديه يثبت ايداع أو مقدار هذه الأموال، وتتوافر هذه الظروف في حالات الحرب والحريق والغرق والغزو أو أي حالة اضطرارية أخرى مثل الزلازل والبراكين والأعاصير، ويعمم الفقه هذه الحالة على كل ظروف اضطرارية يتم فيها ابرام التصرف حيث نكون بصدد مانع مادي[٦٠].

وفي حال الادعاء بقيام المانع المادي فإنه يلزم على المدعي أن يثبت الظرف المفاجئ الذي يحصل التصرف بسببه، وأن يثبت اضطراره الى التصرف فإذا أثبت ذلك جاز له الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة حيث من البديهي أنه يتعين على من يريد الافادة من هذا الاستثناء، أن يقيم الدليل على المانع الذي حال بينه والحصول على الدليل الكتابي، مادياً كان هذا المانع أو أدبياً، وفي كل الأحوال فإن الأمر يبقى في النهاية رهن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي يستقل بتقدير هذا المانع وفق ظروف كل حالة على حدة لا رقابة عليه في هذا التقدير من محكمة النقض، شريطة أن يقيم قضاؤه على أسباب معقولة سائغة [٦١].

أما على صعيد التشريع في العراق فإن سلطة محكمة التمييز الاتحادية تمتد الى رقابة الوقائع والقوانين [٦٢].

وقد عرف شراح القانون المدني المانع المادي بأنه (الأمر الذي يمنع بطبيعته من الحصول على مستند كتابي وقت حصول سبب الالتزام) [٦٣].

فهذا المانع يحول دون الحصول على دليل كتابي يوثق التصرف القانوني الذي استلزم القانون الكتابة لإبرامه، وقد عرفه آخرون بانه : (كل استحالة ترجع الى طبيعة الواقعة، أو ظروف التعاقد التي حالت دون الحصول على دليل كتابي)[٦٤].

وبناءً على ذلك فإن الموانع المادية (هي جميع الحوادث المادية، ماعدا الارتباطات القانونية التي تنشأ عند تعاقد يحصل بإرادة واتفاق المتعاقدين)[٦٥].

ويكون المانع مادياً اذا نشأ التصرف في ظروف يغلب معها استحالة الحصول على متطلبات توافر الدليل الكتابي بسبب الحوادث المادية وهذه تكون على نوعين:

أولهما- طبيعية: وهي ما تحصل بغير ارادة الانسان مطلقاً، كالفيضانات والصواعق والمواليد والوفيات، ويلحق بها منتجات الحيوان كمنتجات المواشي، والنبات كنضوج التمر او اثار الجمادات كأنهدام الجدران.

ثانيهما- بشرية: أو صناعية، وهي ما تحصل بعمل الانسان ارادياً، أو غير ارادي كالجرائم وأشباه الجرائم في فرنسا، والأعمال غير المشروعة التي لا تشكل جرائم، وعمل الفضولي، ووضع اليد والغصب وكل ما لا يقبل أن يكون بعقد[٦٦].

ويلحظ فيما يتعلق بالعبارة التي أفرغ فيها هذا الاستثناء أن المواد (١٨/ ثانياً) اثبات عراقي، والمادة (٦٣) اثبات مصري، والمادة (١٣٤٨) من التقنين المدني الفرنسي نصت على جواز الاثبات بغير الكتابة كلما امتنع على الدائن أو المدين أن يحصل على دليل كتابي لإثبات الالتزام أو الوفاء بالالتزام، ويفترض المانع الأدبي أن التصرف القانوني قد نشأ في ظروف لم يكن لذوي العلاقة متسع من الوقت أو وسيلة يتم من خلالها الحصول على دليل كتابي.

أما المانع الأدبي أو المعنوي فهو المانع من الحصول على دليل كتابي لسبب معنوي وهذا ما يتجلى في تعامل الأقرباء فيما بينهم وبالأخص تعامل الازواج مع بعضهم أو الأصول والفروع والأخوة والأخوات، حيث أنه في هذه الحالات يصعب الطلب من الطرف الآخر استحصال توقيعه على سند القرض أو عقد مشاركة أو أي تصرف قانوني آخر، فصلة القرابة تعتبر مانعاً أدبياً من الحصول على دليل كتابي، وكذلك الحال فبالإمكان عدّ العرف في بعض المهن أحد صور المانع الأدبي اذ ما اعتبرنا أن العرف أحد مصادر التفسير القضائي التي تمكن القاضي بموجب سلطته التقديرية ازالة غموض النص التشريعي الخاص بالمانع الأدبي حيث انه جاء عاماً

غير محدد، فبالاستعانة بالعرف يمكن للقاضي اعتبار عدم مطالبة الطبيب على سبيل المثال لمريضه بدليل كتابي أو العكس، وكذلك التاجر فيما يورده من حاجيات منزلية الى عملائه حيث يمتنع عليه أدبياً وبحكم العرف المطالبة بسند كتابي من عميله لما يورده له ولو جاوزت قيمة المواد الموردة نصاب البينة كذلك فيما يتعلق بالعميل والحائك أو الخادم ومخدومه وغيرها من المهن والأعراف المتعارف عليها في مجتمعاتنا [٦٧].

ولكل ما تقدم يمكن أن تبين اوجه الشبه والاختلاف بين المانع الأدبي والمانع المادي وكما يأتي:

أوجه الشبه:

١- أنهما استثناء خاص أورده المشرع لاعتبارات انسانية.

٢- سريان حكم ذلك الاستثناء على جميع التصرفات القانونية التي يتعين اثباتها أمام القضاء بالكتابة.

٣- أن كلا المانعين ذا صفة نسبية، أي يجب أن لا تكون استحالة الحصول على الدليل الكتابي مطلقة.

٤- أن الاستحالة التي تُنشئ المانع الأدبي والمادي ترد على الظروف وليس لها علاقة بطبيعة الواقعة محل الاثبات.

٥- ان كلا الاستثنائين يخضعان في تقديرهما لسلطة محكمة الموضوع في الأخذ بهما أو رفضهما، شريطة أن يكون الحكم مسبباً تسبيباً منطقياً لخضوعه لرقابة محكمة التمييز الاتحادية.

وطالما بينا بعض أوجه الشبه بين المانع الأدبي والمانع المادي لابد لنا من التطرق الى أوجه الخلاف بغية التمييز بينهما وهي:

اوجـــــه الخلاف :-

١- يختلف المانع الأدبي عن المانع المادي في ان الأول مانع شخصي يتعلق بشخص أطراف العلاقة القانونية، ويقصد به أن يكون سبب عدم الحصول على الدليل الكتابي توافر ظروف نفسية خاصة بعلاقات الخصوم وقت ابرام التصرف القانوني، بينما يكون المانع المادي موضوعي ينشأ نتيجة ظروف خارجة عن التصرف المبرم بين الطرفين والتي تحول بدروها مادياً من الحصول على الدليل الكتابي.

٢- يصعب اثبات المانع الأدبي في أغلب الأحيان على من ادعى به أمام القضاء لأنه انما يثبت شيء كامن في النفس الانسانية، بينما يسهل اثبات الظرف الطارئ في المانع المادي لأنه انما يثبت واقعة مادية ملموسة.

ويرى بعض الفقه في مصر أنه يدّق التمييز بين المانعين في امكانية تحول المانع المادي بمرور الوقت الى عرف دارج يحصل بين أطراف التصرف القانوني وفي البعض منها والتي يتكرر حدوثها في حياتنا اليومية والتي من المتعذر ربطها بدليل كتابي فيذكر ما نصه (أمام تساهل القضاء في اعتبار تلك الموانع المادية مانعة من التمسك بقاعدة وجوب الاثبات بالكتابة وذلك بسبب نشوء حياء عام في المجتمع ناتج عن عرف معين والذي بموجبه يختلط المانع المادي بالمانع الأدبي ويصبح وكأنه مانع واحد تتعذر معه المطالبة بالإثبات بالدليل الكتابي، ولكن يكمن الاختلاف والتفرقة بين المانعين في أساس كل منهما فالمانع الأدبي مبني على أساس نفسي والذي نشأ بسبب بعض العلاقات كالقرابة والزوجية والصداقة، ويبين المانع المادي الذي ينشأ بسبب وقائع حسية ملموسة)[٦٨].

ثانياً: تمييز المانع الأدبي من الحياء والذوق:

من الممكن أن يختلط مفهوم الحياء والذوق بمفهوم المانع الأدبي عند عدد كبير من الناس حيث يظن البعض أنهما يحملان المعنى نفسه، الا أن الفرق بينهما يكمن في أن مفهوم الحياء والذوق أوسع من مفهوم المانع الأدبي، فالحياء هو (خُلق رفيع يساعد على التمنع عن كل فعل قبيح والتقصير في حق الآخرين)[٦٩]ويعد من أهم وأعظم الأخلاق التي تفتح جميع أبواب الخير للإنسان، والحياء صفة حميدة يتصف بها الشخص المهذب الذي يلتزم بتعاليم الخلق العالي ويستطيع من خلالها المحافظة والالتزام بتقاليد وعادات المجتمع الحسنة.

ولا يختلف مفهوم الذوق عن الحياء فهو الباعث الحقيقي لكل خلق متين والداعي لفعل الخير وجمال وقوة ومتانة في علاقات الناس أجمعين، فله ترتاح النفوس وبه تزداد المحبة وتتعزز الأواصر بين أفراد المجتمع [٧٠].

وبناءً على ما تقدم لا يمكن الخلط ما بين المانع الأدبي وبين الحياء والذوق فوجود الحياء أو الذوق لا يغني عن الحصول على دليل كتابي في التصرفات التي يجب اثباتها بالكتابة لأنها لا تكون مانعاً دائماً من الاثبات.

فالمانع الأدبي من الحصول على الكتابة يجب أن يكون حقيقة واقعية، لا أمور تقديرية، ولذلك فالحياء والخجل أو المجاملة أو حراجة الموقف لا تكفي لقيام المانع الأدبي من اقتضاء الدليل الكتابي [٧١].

اذن مما يجب ملاحظته أن المانع الأدبي يجب ان يكون واقعاً في الحقيقة، فادعاء أحد أطراف التصرف القانوني بالمانع الأدبي بسبب الحياء أو الخجل أو اللياقة أو الاحراج الذي قد يتعرض له بسبب مطالبة الطرف الآخر بالدليل الكتابي لا يعتد به أمام القضاء، كما اذا ادعى صعوبة الحصول على سند كتابي مع انه في

استطاعته أخذه على مدينه [٧٢]. وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري في معرض شرحه للنص القانوني المعني بالمانع الأدبي ما نصه(وبديهي أنه ليس يسوغ الاجتزاء في هذا الصدد بأواصر الصداقة أو مقتضيات اللياقة بمجردها)[٧٣].

لذا فيجب الحذر من الخلط بين المانع الأدبي والحياء والذوق أو اللياقة فإن كل ذلك لا يغني عن الدليل الكتابي وإن محكمة الموضوع لها سلطة واسعة في تقدير الموانع الأدبية ، فالمانع الأدبي دائماً ينتج من العلاقات القوية بين أطراف العقد مما يصعب معها وجود اثبات كتابي [٧٤].

ويعتبر مانعاً أدبياً الوكالة المجانية، فقد تحول دون الحصول على دليل كتابي من الوكيل، وكذلك علاقة الطبيب بالمريض قد تكون مانعاً أدبياً قوياً من الحصول على الكتابة، سواء من قبل الطبيب بالمريض أو من قبل المريض، وبعض التشريعات ومنها التشريع العراقي والتشريعات محل المقارنة اعتبرت أن علاقة الخطبة هي مانعاً أدبياً كعلاقة الزواج [٧٥].

فالتشابه بين الحياء والذوق والمانع الأدبي يقع في حالة احجام أطراف التصرف القانوني أو أحدهما عن المطالبة بالدليل الكتابي على التصرف في حين أن القوانين تستلزم في حالتهم هذه المطالبة بالدليل الكتابي والذي على أثره لا يصح اثبات الواقعة بغير الدليل الكتابي، فالتشابه بينهما في نقطة الاحجام مراعاة للظروف والذوق العام ويختلفان في اعتبار المانع الأدبي المبني على علاقات عملية وانسانية يعتبره القانون والقضاء مانعاً من المطالبة بالإثبات الكتابي، بينما الحياء والذوق غير المبني على تلك العلاقات لا يعد مانعاً ولطالب الطرف المدعي فيه بالدليل الكتابي، ولا يعتد بمجرد الحياء والذوق غير المبني على علاقات ذات جدوى[٧٦].

المطلب الثاني

أساس المانع الأدبي وطبيعته القانونية

تقوم بين أفراد الأسرة الواحدة كما بين المتعاملين في تصرف قانوني معين تربطهم علاقات الثقة المتبادلة كعلاقة الخادم والمخدوم وعلاقة الطبيب بمرضاه ما يحول بين مطالبة أطراف تلك العلاقات بالإثبات الكتابي على ما يبرمونه من تصرفات قانونية بينهم، وبينما تتصف القاعدة القانونية بانها قاعدة اجتماعية تقوم على تنظيم شؤون الأفراد في معاملاتهم وحياتهم فان هذا قد اقتضى من المشرع أن يضع في حسبانه آثار تلك العلاقات

الاجتماعية على التصرفات القانونية بأن اجاز استثناءً الخروج على قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة فيما تجاوز نصاب محدد من القيمة المادية لا يسمح في تلك التصرفات بالإثبات بغير طريق الكتابة، كما ان المشرع في صياغته لقواعد التقادم فحتى وان انقضى موعد المطالبة بالتقادم فالمانع الأدبي يحول دون المطالبة بالحق وينقطع به التقادم حتى قيام الدليل على الزوال، ولتسليط الضوء على الأفكار المتقدمة سنقسم الكلام في هذا المطلب على فرعين سنتناول في أولهما: أساس المانع الأدبي وسنفرد ثانيهما: لتحديد الطبيعة القانونية للمانع الأدبي.

الفرع الأول

أساس المانع الأدبي

إن وجوب الاثبات بالكتابة يفترض حصول المتعاقد على الدليل الكتابي فإذا حالت ظروف معينة دون ذلك فان القانون قد استثنى أطراف العلاقة القانونية من وجوب الاثبات بالكتابة في حالة قيام المانع الأدبي من الحصول عليها، اذ إنه ليس من الانصاف أن يكلف القانون أحد طرفي التصرف القانوني بما لا يقدر عليه طالما أن هناك علاقة أدبية بين الأطراف تحول دون قيام أحدهما أو كلاهما من المطالبة بالدليل الكتابي ولا يمكن أن نتصور أن يحرم القانون أحد هذه الأطراف من المطالبة بحقه بسب هذه العلاقة.

وذهب جانب من الفقه في مصر الى أن أساس المانع الأدبي هو الضرورة الأدبية التي وصلت الى حد ما جعلت أحد أو كلا طرفي التصرف القانوني بحرج شديد وبموقف لا يستطيع معه مطالبة الآخر بالدليل الكتابي والتي نتجت عن الثقة المتبادلة بين طرفي التصرف القانوني، وإن هذه الثقة تولدت أثر ظروف نفسية وهي تقدر بعلاقات الخصوم وقت ابرام التصرف القانوني وكما قيل (لا قبل لأحد بمستحيل).

وان هذه الظروف النفسية من غير شك تختلف قوة وضعفاً بين شخص وآخر ولذلك فوضع قواعد أو ضوابط معنية، لا يمكن الحيد عنها في هذا الباب– عدا ما نص عليه الشارع بصورة خاصة– غير ممكن [٧٧].

وهذا المبدأ قررته المادة (٣/١٣٤٨) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على انه ((استحالة معنوية يقدر قضاة الموضوع بصورة مطلقة ما اذا استحال معنوياً على أحد الأطراف الاستحصال على مخطوط)).

ويقابلها نص المادة (٦٣) من قانون الاثبات المصري ((يجوز كذلك الاثبات بشهادة الشهود فيما يجب اثباته بدليل كتابي: (أ) (اذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي)، ويقابلها نص المادة (٢/١٨) من قانون الاثبات العراقي((يجوز أن يثبت بجميع طرق الاثبات ما كان يجب اثباته بالكتابة في حالتين:

أولاً: اذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه.

ثانياً: اذا وجد مانع مادي أو ادبي حال دون الحصول على دليل كتابي)).

اذاً فالمانع الأدبي يقوم على فكرة أساسها (الثقة المتبادلة بين الأطراف) وكذلك مبدأ (حسن النية في التعاملات)، وهي ليست مطلقة بل بالإمكان أن تكون نسبية عارضة، لا ترجع الى طبيعة التصرف.

فالمقصود من أن المانع الأدبي نسبي عارض، هي أن استحالة الحصول على الدليل الكتابي تقتصر على الشخص الذي قام لصالحه المانع الأدبي فقط دون غيره وأن تلك الاستحالة ترجع الى الظروف الخاصة التي عاصرت التعاقد فقد يقوم المانع الأدبي بين شخصين في وقت ما، ظروف معينة ثم يزول ذلك المانع بزوال تلك الظروف التي قام بسببها ذلك المانع [٧٨].

ويمكن القول أن المانع الأدبي لا يقوم على ظروف مادية كتلك التي يقوم عليها المانع المادي وانما يقوم على ظروف نفسية أي اعتبارات أدبية ترجح الى الظروف التي انعقد فيها التصرف القانوني أو العلاقة التي تربط بين الطرفين وقت انعقاد التصرف اذا كان من شان هذه العلاقة أو تلك الظروف أن تصل الى الحد الذي تمنع بسببها الشخص أدبياً من المطالبة بالدليل الكتابي.

وذهب جانب آخر من الفقه في مصر الى ان المانع الأدبي ينشأ من العادة والعرف لدرجة يصعب التفريق بينهما في بعض الاحيان، عما اذا كان الحائل من الحصول على السند ادبياً، أو بحكم العادة، كما هو الحال في شأن الأطباء مع مرضاهم، وأصحاب الفنادق مع نزلائهم، وصلة الخادم بسيده، فقد يمكن حمل هذه الموانع على العادة، كما يمكن القول بانها من الموانع الأدبية، فالمانع الأدبي هو ما استقرت عليه العوائد السائدة [٧٩].

وجاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري في هذا الصدد ((وتختلف التطبيقات القضائية في شأن الاستحالة باختلاف ما يتواضع عليه الناس من الناحيتين الخلقية والاجتماعية في البلاد، ولذلك كانت صلة

الاستحالة المعنوية بالسنن الجارية والعرف والتقاليد جد وثيقة، فعرف البلد هو المعيار الذي يعتد به القاضي في تقديره حتى كان هذا العرف مستقراً مقطوعاً بوجوده)) [٨٠] .

ويبدو أن الرأي الأرجح هو الرأي الأول الذي أسس المانع الأدبي على فكرة (الثقة المتبادلة بين أطراف التصرف القانوني والتي استحال معها نسبياً مطالبة الطرف الاخر بالدليل الكتابي الذي تطلبه القانون لإثبات التصرف القانوني لأنه يقوم على الاعتبار الشخصي.

والثقة في واقعها تعني القناعة المتكررة بصحة الشيء وصدقه وهي تأتي من تكرار ثبوت صحة الشيء وصدقه، وتذهب وتنعدم من تكرار ثبوت عدم صحة الشيء وصدقه سواء في ذلك الثقة بشخص أو عدة اشخاص، فحتى تتحقق الثقة بمفهومها الصحيح يجب ان تتوفر ثلاثة أمور وهي الواثق والموثوق به وكذلك تكرار ثبوت الصدق والأمانة بين الأطراف، حيث أنه ليس يكفي مجرد الشعور بالصدق والصحة، وتنشأ هذه الثقة بسبب العلاقات الأسرية في أغلب الأحوال وكذلك بين الأصدقاء والأقارب ولابد لها من تكرار ثبوت الصدق والأمانة والصحة بالبرهان الى أن تصل الى درجة البداهة، فإذا وصلت الى هذا الحد فإنها تحصل على الثقة التي من الصعب زعزعتها والتشكيك بها، كونها قد بنيت على الأدلة العقلية اضافة الى الشعور بالأمان والطمأنينة بين أطراف التصرف القانوني مما يحول دون ارتياب أحد الأطراف أو شكّة تجاه الاخر في جميع ما يبرم بينهم من تصرفات قانونية أوجب القانون لإثباتها اعداد الدليل الكتابي اذ ما جاوزت الحد المسموح به في الاثبات بالشهادة[٨١].

ونخلص مما تقدم أن جوهر المانع الأدبي هو قيام الثقة المتبادلة بين طرفي التصرف القانوني وهو واقعة مادية اعترتها ظروف اجبرت أصحابها جبراً أدبياً على عدم المطالبة بالسند الكتابي بما يضمن حقوقهم مستقبلاً وخوفاً على ضياع هذه الحقوق ولجملة من الاعتبارات الشخصية والانسانية هدفها حفظ تجانس العلاقات الاجتماعية ودوامها وعدم تعكير صفوها اسس المشرع جواز المانع الأدبي.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للمانع الأدبي

تأسيساً على ان الأمر يتعلق بواقعة مادية، وهي واقعة تختلف باختلاف الظروف والملابسات وعلاقة المتعاقدين بعضهم ببعض وكذا أحوالهم الأدبية والاجتماعية والعرف السائد بينهم، وأساس عدم اعتبار المانع الأدبي من

المسائل القانونية هو أن القانون لم يضع تعريفاً للمانع الأدبي ولم يحدد ضوابطه، ومع ذلك فلابد للمحكمة أن تسبب حكمها تسبيباً كافياً يوصل للنتيجة المستخلصة عقلاً وواقعاً [٨٢].

وحيث أننا نبحث عن الطبيعة القانونية للمانع الأدبي فيمكن القول أنه استثناء يرد على قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة يسري على التصرفات القانونية دون الوقائع، وان سبب وجود هذا الاستثناء هو الواقعة المادية التي يكلف بإثباتها الخصم الذي يدعيها وله ان يثبتها بالبينة والقرائن فيجب اذن على الخصم أن يثبت أولاً قيام المانع الأدبي ثم يثبت بعد ذلك التصرف القانوني المدعي، ويثبت هذا وذاك بجميع طرق الاثبات [٨٣].

اذن فالمانع الأدبي، هو الاستثناء على الأصل ينتج عن وجود واقعة مادية اختيارية تحدث بفعل الانسان واختياره ويرتب القانون على مجرد وجودها المادي أثراً قانونياً معيناً، وأن هذا الأثر يتمثل بإمكانية الاثبات بالبينة وباقي القرائن للتصرف القانوني الذي تم ابرامه دون مراعاة ما تطلبه القانون من دليل كتابي لتوثيق ذلك التصرف المبرم.

وتكون هذه الواقعة القانونية التي تبرر قيام المانع الأدبي مصدراً للحقوق الشخصية، فواقعة القرابة التي تعتبر احدى صور المانع الأدبي وهي واقعة مادية تعد قرينة على قيام المانع الأدبي اذا ما تم ابرام أي تصرف قانوني دون استحصال الدليل الكتابي[٨٤].

ولكي يكون المانع الأدبي عذراً مبرراً ويكون استثناء من وجوب الاثبات بالكتابة ينبغي مراعاة كونه نسبي وعارض، أي ذلك الذي يكون طارئاً على أحد المتعاقدين أو كليهما في واقعة تكون بطبيعتها قابلة لإعداد الدليل الكتابي بها مقدماً، أي ان لا يكون ملازماً لطبيعة الواقعة المراد اثباتها بل طارئاً بسبب ظروف التعاقد [٨٥].

أما اذا كان المانع مطلقاً وملازماً لطبيعة الواقعة المراد اثباتها عند الابتداء كما هو عليه الحال في القانون الفرنسي، بحيث لا يتصور معه أصلاً اعداد الدليل الكتابي مقدماً، كما هو الحال في الجرائم وأشباه الجرائم فلا تكون من الموانع التي تعتبر استثناءً لما أوجبه المشرع من وجود الدليل الكتابي لإثباته[٨٦].

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري فيما يتعلق بطبيعة المانع الأدبي (يراعى فيما يتعلق بالاستحالة أن الاستثناء انما يرد على قاعدة حضر الاثبات بالبينة –الشهادة– وهذه القاعدة تطبق بشان التصرفات القانونية دون الوقائع القانونية، ويستخلص من ذلك أن هذا الاستثناء لا يطبق الا على التصرفات القانونية، وهي التي تنفرد بوجوب استعمال الكتابة في اثباتها)[٨٧].

ولابد من الاشارة الى أن هذا الاستثناء الذي يرد على قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة ينصرف الى التصرفات القانونية والتي تتجاوز قيمتها نصاب الاثبات بالشهادة، كما يسري الاثبات على ما يجاوز أو يخالف الثابت كتابة، ولكنه لا يطبق في الحالات التي تكون فيها الكتابة ركناً من أركان التصرف القانوني حيث يترتب على تخلفها بطلان التصرف(٨٨).

أي أن هذا الاستثناء ينطبق حيث تجب الكتابة في الاثبات وقد عرفنا أن الكتابة لا تجب في الاثبات الا بالنسبة الى التصرفات القانونية التي تتطلب نصاباً معيناً، وعليه فان مجال هذا الاستثناء هو التصرفات القانونية.

ويترتب على ذلك أن المانع الذي يبرر قيام هذا الاستثناء ليس مانعاً مطلقاً، وإنما هو نسبي عارض، لا يرجع الى طبيعة التصرف، بل يرجع الى الظروف التي انعقد فيها التصرف القانوني(٨٩).

وقد تبين مما تقدم ان المانع الأدبي من المطالبة بالدليل الكتابي يعتبر سبباً قانونياً يجيز الاثبات بشهادة الشهود وبقية طرق الاثبات فيما يجب اثباته بالكتابة متى تحقق القاضي وتأكد من توفر هذا المانع وقت نشوء التصرف القانوني.

ولا يجوز للقاضي ان يحكم بعدم جواز الاثبات بالبينة أو باقي أدلة الاثبات دون أن يتحقق من صحة ادعاء الخصم فيما يدعيه من استحالة حصوله على الدليل الكتابي، فأن تجاهل ذلك فيكون قد جانب القانون حيث يجب عليه أن يتحرى مدى العلاقة بين الخصمين، وعما اذا كانت مؤثرة بحيث تمنع احدهما من مطالبته الآخر بدليل كتابي أم لا،ويتعين عليه أن يبني اجابته أو رفضه في الحكم على أسباب مقبولة عقلاً، والا كان حكمه مشوباً بالقصور وبالتالي يستوجب النقض(٩٠) .

ولا يفوتنا أن نذكر أن المانع الأدبي هو مانع ذاتي نسبي متعلق بشخص من ادعى به وظروف انعقاد التصرف القانوني كما أوضحنا سابقاً وهذا ما سار عليه المشرع العراقي في المادة (٢/١٨) من قانون الاثبات وكذلك فعل المشرع المصري (٩١)، اذ اطلق المشرع العراقي بإطلاق النص القانوني وجعله عاماً بعد ان كان النص الملغي قد اورد حالات محددة على سبيل الحصر تطبق من قبل القضاء في نطاق المانع الأدبي، حيث أن المادة (٤٩١) ملغاة من القانون المدني العراقي بحصرها لصور محددة قد حولت بذلك الصلة من مانع ذاتي نسبي

يتوقف اعتباره مانعاً من الحصول على كتابه على الظروف التي عاصرت التعاقد وأحاطت به الى مانع عام موضوعي يكفي بذاته لاعتباره قد حال دون الحصول على كتابه ويجيز الاثبات بالبينة [٩٢].

وبهذا التوجه النافذ للمشرع العراقي قد توائم مع توجه المشرع المصري الذي أطلق النص وجعل المانع الأدبي عام وترك سلطة تقديره الى محكمة الموضوع، وكما ورد في القانون المدني المصري في المادة (٤٠٣) ملغاة والتي الغيت بعد صدور قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة (١٩٦٨) والتي نصت على جواز حكم الاثبات بشهادة الشهود عند ثبوت المانع الأدبي، ولم يجري النص النافذ أي تعديل حيث جاء مطابقاً للنص الملغي بصورة تامة [٩٣].

وبخلاف الاتجاهين فقد خط المشرع الفرنسي اتجاهاً مخالفا لما هو عليه في القانون العراقي والمصري حيث أنه قد أورد حالات محددة في معرض الحصر لصور الاستحالة المعنوية التي تحول دون الاستحصال على دليل كتابي، وقد شمل المشرع الفرنسي في متن المادة (١٣٤٨) الوقائع المادية والتي هي في الأصل لا تسري بشأنها قواعد تقييد الاثبات بالبينة، بل أن البينة بالنسبة لها جائزة على وجه الدوام، شأنها في ذلك شان وقائع التدليس والغش والربا[٩٤].

ولا نعلم سبب ايرادها في هذا النص من قبل المشرع الفرنسي، وقد أورد المشرع الفرنسي في معرض صوره للاستحالة المعنوية حالات محددة تنحصر في الفقرات (٣ ، ٤ ، ٥ ، ٦ من المادة (١٣٤٨) من القانون المدني الفرنسي) وتتلخص تلك الفقرات بالاستحالة المعنوية ، الرابطة العائلية او رابطة المودة ، علاقات الثقة ، العرف [٩٥] تاركاً أمر تقديرها الى قضاة الموضوع بصورة مطلقة في حال استحال معنوياً على احد الأطراف الحصول على دليل كتابي[٩٦].

ومما سبق عرضه نخلص الى ما يلي :

١- أن التشريعات محل المقارنة أوجبت الاثبات بالكتابة في نطاق محدد من التصرفات القانونية التي تتجاوز النصاب الكمي للشهادة.

٢- أجازت القوانين محل المقارنة وعلى سبيل الاستثناء الاثبات بالشهادة في حالات محددة ومنها حالة قيام المانع الأدبي من الاثبات بالكتابة والذي يعد بطبيعته استثناء يرد على قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة.

٣- أوردت بعض التشريعات محل المقارنة (العراقي والمصري) المانع الأدبي بشكل عام في نصوصها وتركت سلطة تقدير ذلك المانع الى القاضي وبشكل واسع على خلاف (المشرع الفرنسي) الذي جعل المانع الأدبي مانع محدد بحالات أوردها على سبيل الحصر ليجعل منه مانع عام موضوعي، بينما نراه مانع ذاتي نسبي في القانون العراقي والمصري.

٤- أن المانع الأدبي ما هو الا واقعة مادية تختلف باختلاف الظروف والملابسات لأطراف العلاقة القانونية.

الخاتمة

بعد ان انتهينا من دراسة موضوع المفهوم القانوني للمانع الأدبي في الاثبات المدني يمكن أن نحصر النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها بما يلي:

أولاً- النتائج

١- المانع الادبي هو عبارة عن ظرف شخصي يتصل بشخص المتعاقدين يتعلق بأسباب نفسية او أدبية او عرضية يطرأ على علاقة معينة فيحول بقيامه من إيجاد الدليل الكتابي الذي اوجب القانون وجوده في بعض التصرفات القانونية ، وان شروط قيام المانع الأدبي تنحصر في وجود صلة معينة بين طرفي التصرف القانوني وكذلك قيام استحالة نسبية من الحصول على الدليل الكتابي ، وان يكون المانع الادبي حقيقيا لا صوريا او أخيرا يوجب التمسك بالمانع الادبي امام محكمة الموضوع ، وان الأساس القانوني للمانع الادبي هو قيام الثقة المتبادلة بين طرفي التصرف القانوني ويعد واقعة مادية اعترتها ظروف معينة حالت دون مطالبة احد الطرفين او كلاهما من إيجاد الدليل الكتابي لقيام المانع الادبي بينهما .

٢- عدم قدرة النص التشريعي والوارد في المادة (١٨/ ثانياً) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) على استيعاب جميع الحالات التي تنطبق عليها شروط المانع الأدبي.

٣- اتضح لنا من خلال الاطلاع على التطبيقات القضائية في العراق عزوفه عن تطبيق أحكام المانع الأدبي بالصورة التي قررها المشرع من عمومية النص، وقصر التطبيقات القضائية لذلك المانع بصلتي القرابة والزوجية.

٤- أن هناك فارق بين المانع الأدبي من اعداد الدليل الكتابي والمانع من تقديمه، حيث يكمن الفرق في أن الأول يفتقد الى وجود الدليل الكتابي أساساً لتعاصر المانع الأدبي مع نشوء التصرف القانوني، بينما نجد أن الدليل الكتابي موجود في الثاني ولكن قيام المانع الأدبي في هذه الحالة يحول دون المطالبة بالحق والذي حدد القانون فيها مدد زمنية معينة للمطالبة.

٥- عدم سريان المانع الأدبي في التصرفات التي يتطلب القانون لانعقادها شكلية معينة.

٦- بيان الفرق بين المانع الأدبي القانوني وبين المانع الادبي الموضوعي عندما ينص المشرع على صلات وصور محددة لذلك المانع حيث نكون هنا أمام قرينة قانونية أو مانع أدبي مفترض بحكم القانون وبيان ماهية الفرق بينه وبين المانع الأدبي الموضوعي والذي يستخلص من موضوع الواقعة من خلال السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة للقاضي في هذا الخصوص.

ثانياً / التوصيات: كما هي .

١- نتمنى على المشرع العراقي توسيع دائرة نطاق المانع الأدبي من خلال تعديل نص المادة ١٨ من قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) المعدل لشمول حالات أخرى تنطوي ضمن الاطار العام للمانع الأدبي كالمانع الأدبي بحكم العرف والعادة سواء كان العرف أو العادة جراء المهنة أو من الأعراف الاجتماعية السائدة واعادة النظر بالنص الحالي ليكون بالصيغة الاتية:

(يجوز أن يثبت بجميع طرق الاثبات ما كان يجب اثباته بالكتابة في الحالتين:

أولاً- اذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه.

ثانياً- اذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي، أو اذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربطهما بدليل كتابي).

٢- نتمنى على المشرع العراقي اعادة النظر بقاعدة حرية الاثبات في المسائل التجارية واعادة صياغة النص الحالي في المادة (٧٨) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩) المعدل لتكون بالصيغة الاتية:

(يجوز الاثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب تزيد قيمته على خمسة الاف دينار اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال وكذلك اذا كان هذا التصرف تجارياً).

٣- نتمنى على المشرع العراقي تعديل النص الخاص بالنصاب الكمي للشهادة ورفع قيمته بما يتلاءم مع انخفاض القيمة النقدية جراء التضخم الحاصل في التعاملات حالياً، واعادة صياغة النص الحالي الوارد في المادة (٧٧/ أولاً) من قانون الاثبات النافذ بالشكل التالي:

(أولاً- يجوز اثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة اذا كانت قيمته لا تزيد على خمسمائة ألف دينار).

الهوامش

(١) نصت المادة (١٣٤٨) من القانون المدني الفرنسي (تستثنى من القواعد المذكورة أعلاه أيضاً الحالات التي ينشأ منها الالتزام عن شبه العقد أو الجرم أو شبه الجرم، أو الحالات التي استحال فيها على أحد الأطراف استحالة مادية أو معنوية، الحصول على اثبات خطي للعمل القانوني أو التي يفقد فيها أحد الأطراف السند الذي كان يشكل الاثبات الخطي نتيجة حادث فجائي أو قوة قاهرة).

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص ٤١١.

(٣) نافذ ياسين المرهون، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، بدون دار نشر، ٢٠١٢، ص ١١١.

(٤) باسل عبد الهادي ابراهيم أحمد، الحالات المستثناة من الاثبات بالكتابة في المواد المدنية- دراسة تحليلية ومقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، ٢٠١٨م، ص ٦٨ و ٦٩.

(٥) أحمد نشأت، رسالة الاثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢، ج١، ص ٢٤٣.

(٦) د. عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الاثبات، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢٠٧.

(٧) محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات ، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٣، ص ٧٣٣.

(٨) د. مفلح عواد القضاة، البينات في المواد والتجارية، ط١، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص١٧٥.

(٩) عبد الله خليل الغرا، يوسف عبد الله الغرباوي، الوجيز في شرح قانون البينات في المواد المدنية والتجارية، ط١، بدون دار نشر، ٢٠١٥م ، ص ٩٨.

(١٠)عبد الحكم فودة، موسوعة الاثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية في ضوء الفقه وقضاء النقض حتى سنة ١٩٩٥، ط١، ج٢، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٧، ص ١٢٧.

(١١) عابد فايد عبد الفتاح، نظام الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٧٢-١٧٣.

[١٢]باسل عبد الهادي ابراهيم، الحالات المستثناة من الاثبات بالكتابة، مرجع سابق، ص ٦٩.

[١٣] رئيف الديوب، المانع الأدبي من الاثبات بالكتابة، بحث منشور في مجلة جامعة البعث، جامعة دمشق، مج ٣٨، العدد ٣١، ٢٠١٦، ص ٩٥.

[١٤]رئيف الديوب، مصدر سابق ، ص ٩٦.

[١٥] القرار التمييزي المرقم ٨٠٦/ مدنية منقول/ ٨٤-٨٥ في ١٩٨٥/٧/٤ مجموعة الأحكام العدلية العددان الثالث والرابع ١٩٨٥، ص ٦٨.

[١٦] ويستطيع الطرف الآخر أن ينفي وجود المانع الأدبي بأحد الأسباب التي تؤدي الى زواله، لمزيد من المعلومات ينظر: أنس كيلاني، موسوعة الاثبات في القضايا المدنية والتجارية والشرعية، بدون دار نشر، ١٩٧٩، ج٢،ص ١٩١.

[١٧] فإذا ادعى الزوج مثلاً: انه وضع لدى زوجته أمانة مبلغ ثلاثة آلاف دينار، وانكرت الزوجة ذلك فيجوز اثبات الادعاء بالبينة الشخصية، للمزيد ينظر: محمد فهر شقفة، الاثبات بالبينة الشخصية، ط٤، مؤسسة النوري، دمشق، ٢٠٠١، ص ١٠٠.

[١٨] ولقد ذهبت محكمة استئناف مصر الى القول بأن (رغبة المطلقة في اعادة المياه الى مجاريها لتنقذ نفسها مما آلت اليه سواء من الناحية المادية أم من الناحية الأدبية من شأنها أن تضعف موقفها ازاء مطلقها، مما يحول بينها وبين مطالبته بكتابة تثبت وعوده وتعهداته لها بمناسبة زواجها الثاني، فيكون المانع الذي أشارت اليه المادة (٢١٥) مدني (مصري) متوافرة هنا (استئناف مصر ١٤ يناير ١٩٤٨ مجلة التشريع والقضاء ١-٥١-٤٠) اشار اليه: د. سليمان مرقس، أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري، دار الكتب القانونية، سلسلة الوافي لشرح القانون المدني، ط١، ١٩٩٨، مشار اليه في الهامش رقم (١٠٦)، ص ٥٦٧.

[١٩] محمد فهر شقفة، مرجع سابق، ص ١٠٠.

[٢٠] ممدوح عطري، أسعد الكوراني، قانون البينات في الفقه والاجتهاد، ج٢، مؤسسة النوري، ، ١٩٩٥، ص ٨٨٣.

[٢١] انظر نص المادة (١٣٤٨) مدني فرنسي فقرة (٤) والتي تنص على أن الرابطة العائلية أو رابطة المودة من الحالات التي ينشأ عنها استحالة معنوية من الحصول على اثبات خطي.

[٢٢] ادوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات والاثبات والتنفيذ- الاثبات ، ١٩٩١، ج١٦،ص ٤٩٧.

[٢٣] ممدوح عطري، أسعد الكوراني، مرجع سابق، ج٢، ص ٨٨٣-٨٨٤.

[٢٤] القرار التمييزي المرقم ٥٤١/مدنية منقول/ ٨٧-٨٨ في ١٩٨٧/١٢/٨ مجموعة الأحكام العملية، العدد الرابع ١٩٨٧،ص٨٢.

[٢٥] ادوارد عيد، مرجع سابق، ج١٦، ص ٤٩٨.

[٢٦] القرار التمييزي المرقم ٧٣٤/ م٣ منقول/ ١٩٨٩ في ١٩٨٩/٦/١٧.

[٢٧] القرار التمييزي المرقم ٢٥٥٩/ م٤/ ٧٦ في ١٩٧٧/١/٢، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة الثامنة، ص ٤٩.

[٢٨]وهذا ما جرى عليه قضاء محكمة التمييز في العراق ((على أنه ليس للمحكمة أن ترفض سماع البينة الشخصية من تلقاء نفسها وبدون ان يعترض الطرف الآخر على سماعها، لن قواعد الاثبات ليست من النظام العام، فيجوز لطرفي الخصومة أن يتفقا عليها)) انظر د. سليمان مرقس، أصول الاثبات، مرجع سابق، ج٢، فقرة ٤١٤، ص ٥٧١ وما بعدها.

[٢٩] انظر نص المادة (٦٠) من قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة (١٩٦٨).

[٣٠] الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، ص ٣٩٧.

[٣١] انظر نص المادة (١٣٤١) من القانون المدني الفرنسي.

[٣٢] انظر نص المادة (١٣٤١) / ب/ ١/ ١٥ (الطابع المكمل للمادة ١٣٤١).

[٣٣] نقض مدنية، ٣، ١٦ تشرين الثاني/ نوفمبر ١٩٧٧: نش مدنية، رقم ٣٩٣.

[٣٤] د. سليمان مرقس، مرجع سابق، فقرة ٣٣٦، ص ٤٣٨.

[٣٥] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مطبعة دار احياء التراث، ج٢، فقرة ٢٣٥، ص ٤٥٩.

[٣٦] حسين المؤمن، نظرية الاثبات، ج٢، بلا طبعة، بلا مطبعة، ١٩٥١، ٥٧٥ص.

[٣٧] هناك بعض التشريعات في الدول المجاورة نصت على العرف بشكل صريح كمانع أدبي من الاثبات بالكتابة، فقد نصت المادة (٢٥٧) من أصول المحاكمات المدنية اللبناني فقرة (٤) (اذا استحال على الدائن الحصول على بينة خطية، ويكفي بمجرد الاستحالة المعنوية، وهي تنشأ خصوصاً عن العرف المتبع في بعض المهن أو عن علاقات القربى بين الأصول والفروع أو بين الحواشي حتى الدرجة الثالثة أو بين الزوجين أو بين أحد الزوجين ووالدي الزوج الاخر أو بين الخطيب وخطيبته).

وكذلك فقد نصت المادة (٣٠) من قانون البينات الاردني رقم (٣٠) لسنة (١٩٥٢) فقرة (٢) (اذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو اذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربطها بسند).

[٣٨] د. منى المدني، تفسير النصوص القانونية في ضوء التشريع والاجتهاد، مقال نشر في مجلة جبل الأبحاث القانونية المعمقة، تصدر من كلية الحقوق، جامعة ظفار، سلطنة عمان، العدد ٢٧، ص ١١.

[٣٩] د. منى المدني، مرجع سابق، ص ١٢.

[٤٠] د. سليمان مرقس، مرجع سابق، فقرة ١٥٢، ص ٣٥٧.

[٤١] حسن كيرة، المدخل الى القانون، ط١، المعارف للنشر، الاسكندرية، ١٩٦٩، ص ٢٨٣.

[٤٢] ينظر المادة (٢/١٨) من قانون الاثبات العراقي النافذ، والمادة (٦٣) من قانون الاثبات المصري، والمادة (١٣٤٨) من قانون المدني الفرنسي.

[٤٣] ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات–آثار الالتزام، م٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص ٤٤٨.

[٤٤] قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير الدليل الكتابي، مجلة الفكر، العدد الثامن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد أخيضر، سكرة ب–ت، نوفمبر ،٢٠١٢، ص ١٠٠.

[٤٥] وذلك لأن المانع الأدبي ينتج من اعتبارات معنوية ونفسية واجتماعية التي تحول دون مطالبة أحد الأطراف للآخر بدليل كتابي، ينظر للمزيد:

عايد فايد عبد الفتاح، نظام الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٧٢–١٧٣.

[٤٦] حمدي أحمد محمد خليفة، المانع الأدبي، مقال منشور على موقع نقابة المحامين في مصر https://egylawsite.wordpress.com / تاريخ الزيارة / ١/ سبتمبر/ ٢٠١٩الساعة ١٢ p.m.

[٤٧] فإذا ادعى الزوج مثلاً انه وضع لدى زوجته امانة مبلغ ثلاثة الاف دينار، وانكرت الزوجة ذلك فيجوز اثبات الادعاء بالبينة الشخصية، محمد فهر شقفة، مرجع سابق، ص ١٠٠.

[٤٨] أحمد نشأت، مرجع سابق، ج١، ص ٢٤٣.

[٤٩] د. محمد حاتم البيات، د. أيمن أبو العيال، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مطبعة الروضة، دمشق، ٢٠١١، ص ٢٨٩.

[٥٠] عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ط٦، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ، ٢٠٠٩، ص ١٠٣.

[٥١]عبد المجيد الحكيم ،مرجع سابق ، ص ١٠٤.

[٥٢] د. محمد حاتم البيات، د. أيمن أبو العيال، مرجع سابق، ص ١٨٩.

[٥٣] فقد نصت المادة (١٤٩) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١): (لا يجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على العقار بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري).

[٥٤] فقد نصت المادة (١/١٠) من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة (١٩٧١) (تعتمد السجلات الدائمية وسجلات التسوية وسجلات التأمينات العينية .... ولا يقبل الطعن بالصورية في التصرفات المسجلة فيها).

[٥٥] الطعن رقم (١٩٧٨/١٧٢٦ – أساس ٤٩ – محكمة النقض) منقول من محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٩٢٥.

[٥٦] الطعن رقم (٩٨٠ سنة ١٧ ق – جلسة ١٩٨١/٢/٢٥ : كأن يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مانع أدبي الا أنه لا يحل لمحكمة الموضوع أن تقرر من تلقاء نفسها بقيامه وتقضي بالإحالة الى التحقيق لإثبات ما لا يجوز اثباته بالكتابة بل يجب على من يدعي وجود هذا المانع أن يتمسك به ثم يكون للمحكمة بعد ذلك أن تقدر دفاعه وتجيز الاثبات بالبينة أو لا تجيزه)، أحكام ومبادئ النقض في مائة عام في قانون الاثبات من انشائها وحتى عام ١٩٩٥، ج٢، مرجع سابق، ص ٥٣١.

[٥٧] (نقض (١٩٦١/١١/١٦) مجموعة المكتب الفني السنة ١٢ ص ٦٨٠) نخبة المستشارين وأحكام ومبادئ النقض في مائة عام في قانون الاثبات، مرجع سابق، ج٢، ص ٥٢٥.

[٥٨] وقد استقرت محكمة النقض المصرية أن (مجال المانع الأدبي هو التصرفات القانونية، على ذلك ان المانع الذي يبرر قيامه ليس مطلقاً وانما هو نسبي لا يرجع الى طبيعة التصرف بل الى الظروف التي انعقد فيها أو لحقته، فصلة النسب مهما كانت درجتها لا تعتبر في ذاتها مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على سند كتابي بل المرجع في ذلك الى ظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع، ومن هنا فإن تقدير قيام المانع الأدبي من المسائل التي تستقل بها تلك المحكمة بغير معقب متى كان ذلك مبني على أسباب سائغة)، الطعن رقم (٩٨٠ لسنة ٤٧)، بتاريخ ١٩٤٧/٢/٢٥ مكتب فني ٣٢ ص ٦٥٧.

[٥٩] والمانع المادي هو الذي ينشأ عن الظروف الخارجية لإبرام التصرف والذي تمنعه من الناحية المادية من الحصول على دليل كتابي للمزيد ينظر: د. أنور سلطان، مرجع سابق، ١٣٦.

[٦٠] د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني– أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية، م٢، الأدلة المقيدة، ط٤، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ٩٨.

[٦١] د. أنور سلطان، مرجع سابق، ص ١٣٨.

[٦٢] (وتجدر الاشارة الى أن موقف المشرع العراقي بخصوص تحديد وصف محكمة التمييز الاتحادية غير واضح وغير دقيق، ولا يمكن مع النصوص (٢٠٣، ٢٠٩، ٢١٤) مرافعات مدنية عراقي أن نلتمس وصف محدد لمحكمة التمييز، فهي هيئة عليا لتدقيق الأحكام من ناحية القانون ولا دخل لها بمسائل القانون استناداً لنص المادة (٢٠٣) ونص الفقرة (١) من المادة (٢٠٩) مرافعات

مدنية عراقي. وهي محكمة الموضوع وتراقب مسائل الواقع ومسائل القانون في الحكم المطعون فيه وتتصدى للفصل في الموضوع استناداً لنص الفقرة (٢) من المادة (٢٠٩) ونص المادة (٢١٤) مرافعات.

أما على صعيد التشريع في مصر فإن محكمة النقض لا تتداخل الا مع العيوب التي تجعل من الحكم مخالفاً للقانون ولذلك فهي تستبعد الواقع الذي أكده الحكم المطعون من نطاق صلاحيتها، ولكن المشكلة في قانون المرافعات المصري تكمن في نص الفقرة (٤) من المادة (٢٦٩) مرافعات مصري والتي تعطي صلاحية لمحكمة النقض بالتصدي للفصل في الموضوع اذا ما قررت نقض الحكم وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه أو كان الطعن للمرة الثانية، والهدف من ذلك هو الاقتصاد في الاجراءات وسرعة البت في الموضوع، وهذا الأمر يخرج محكمة النقض المصرية عن وظيفتها الأساسية ويجعل منها درجة ثالثة من درجات الحكم. أما في ظل التشريع الفرنسي، فإن الموضوع محدد بدقة بالتدليل على وظيفة محكمة النقض، فالطعن أمامها لا يكون مقبولاً الا لعيوب تلحق الحكم المطعون فيه وتدور حول مخالفة القانون، أما الجزء المتعلق بالواقع فهو مستبعد من نطاق أسباب النقض مطلقاً، وكذلك فإن محكمة النقض الفرنسية اذا قررت نقض الحكم فإن مهمتها تقف عند ذلك وتقوم بإرجاع القضية الى محكمة الاحالة ليكون النظر في موضوع الدعوى مجدداً لها). للمزيد ينظر: د. منصور حاتم محسن، د. هادي حسين الكعبي، (الأثر الاجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز، دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد (١)، ٢٠٠٩، ص ٣٥-٣٦.

(٦٣) أحمد نشأت، مرجع سابق، ج١، ص ٦١٠.

(٦٤) حسين المؤمن، مرجع سابق، ج٢، ص ٤٧٥.

(٦٥) د. عبد المنعم فرج الصدة، الاثبات في المواد المدنية، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٥٤، ص ٢٦٧.

(٦٦) أحمد نشأت، مرجع سابق، ص ٦١٤.

(٦٧) محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٣، ص ٧٣٤.

(٦٨) د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج٢، ص ٤٥٩.

(٦٩) الحياء والخجل في علم النفس، مقال منشور على شبكة الانترنت، http://mawdoo3.com تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٦/١١ ساعة 9 pm.

(٧٠) وقد ورد في معجم الوسيط بأن الذوق (حاسة معنوية يصدر عنها انبساط النفس أو انقباضها لدى النظر في أثر من آثار العاطفة أو الفكر) للمزيد ينظر: المعجم الوسيط، طبعة مجمع اللغة العربية، ص ٣٢٩.

(٧١) بودري بند ٢٦٢١، منقول من نظرية الاثبات، حسين المؤمن، مرجع سابق، ج٢، ص ٥٦٤، هامش (٦٢).

(٧٢) د. أحمد نشأت ، مرجع سابق، ص ٣٤٧.

(٧٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ، مرجع سابق، ج٣، ص ٤١٣.

(٧٤) د. أحمد نشأت ، مرجع سابق، ج١، ص ٢٤٣.

(٧٥) وقضت محكمة استئناف مصر (ان علاقة الخاطب والمخطوبة هي من الموانع الأدبية التي تحول دون الحصول على سند كتابي من أحد الطرفين) استئناف مصر في ٨/ ١١/ ١٩٢٥ (المحاماة س ٧ ص ١٧ رقم ١٠) منقول من حسين المؤمن، مرجع سابق، ص ٥٥٨ هامش رقم ٣٨.

(٧٦) د. أحمد نشأت، المرجع نفسه، ص ٦٥١.

(٧٧) د. سليمان مرقس، أصول الاثبات واجراءاته، مرجع سابق، بند ٢٣٥، ص ٢٤٤.

[٧٨] عز الدين الدناصوري، حامد عكاز، التعليق على قانون الاثبات، ط١، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٧، ج٢، ص ٦٧٨.

[٧٩] وبهذا الرأي أخذ المشرع اللبناني في قانون أصول المحاكمات المدنية حيث جعل مانع العادة أحد صور المانع الأدبي فقد نصت المادة (٢٥٧) من القانون في الفقرة (٤) (اذا استحال على الدائن الحصول على بينة خطية ويكتفي بمجرد الاستحالة المعنوية وهي تنشأ خصوصاً عن العرف المتبع في بعض المهن أو علاقات القربى بين الاصول والفروع أو بين الحواشي حتى الدرجة الثالثة أو بين الزوجين أو بين أحد الزوجين ووالدي الزوج الاخر أو بين الخطيب وخطيبته).

[٨٠] مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، ج٣، ٤١٣.

[٨١] مفهوم الثقة، مجلة الوعي، العدد ١٥٦، سنة ٢٠٠٠م، متاح على شبكة النت، الموقع (www.alwaie.org,archives,article) تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٤/١٦، الساعة 6 pm.

[٨٢] ولا يجوز اثارة المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي أمام محكمة النقض لأول مرة، لأن تقدير توفره أو عدم توفره متروك لمحكمة الموضوع، ادوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات والاثبات والتنفيذ–الاثبات، مرجع سابق، ج٦، ص ٤٩٧.

[٨٣] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج٣، ص ٤٩٩.

[٨٤] د. حسن كيرة، مرجع سابق، ص ٦٨٩.

[٨٥] حسين المؤمن، مرجع سابق، ص ٤٧٢.

[٨٦] نصت المادة (١٣٤٨) من القانون المدني الفرنسي (تستثنى من القواعد المذكورة أعلاه أيضا الحالات التي ينشأ فيها الالتزام عن عقد او جرم او شبه جرم ، او الحالات التي استحال فيها على احد الأطراف ، استحالة مادية او معنوية ، الحصول على اثبات خطي للعمل القانوني او التي يفقد فيها احد الأطراف السند الذي كان يشكل الاثبات الخطي نتيجة حادث فجائي او قوة قاهرة)

[٨٧] الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، مرجع سابق، ج٣، ص ٤١٢.

[٨٨] وقد قضت محكمة التمييز بقرارها المرقم ١٠٦/ هيئة موسعة أولى/ ٨٥–٨٦ بتاريخ ١٩٨٥/١٠/٢٩ بما نصه(اذا وجد مانع أدبي أو مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي بين الوكيل والموكل فإن تسديد المبلغ من الوكيل الى موكله يجوز اثباته بجميع طرق الاثبات)، ابراهيم المشاهيدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، ج٢، بغداد ١٩٩٨، ص ١٠٢.

[٨٩] د.عبد المنعم فرج الصدة، مرجع سابق، ص ٢٦٥.

[٩٠] محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، ط٢، ج٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص ١٦٨.

[٩١] انظر نص المادة (٢/١٨) عراقي والمادة (٦٣) اثبات مصري.

[٩٢] فقد نصت المادة (٤٩١) ملغاة من القانون المدني العراقي النافذ (يجوز أيضاً الاثبات بالشهادة فيما كان يجب اثباته بالكتابة: (أ) اذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي. ويعتبر مانعاً مادياً أن لا يوجد من يستطيع كتابة السند (ب) اذا كان العقد مبرماً ما بين الزوجين أو ما بين الاصول والفروع أو ما بين الحواشي الى الدرجة الرابعة أو ما بين أحد الزوجين وابوي الزوج الاخر (ج) اذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب اجنبي لا يد له فيه).

[٩٣] فقد نصت المادة (٤٣) ملغاة مدني مصري (يجوز الاثبات بالبينة فيما كان يجب اثباته بالكتابة: (أ) اذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي. (ب) اذا فقد الدائن سنده بسبب أجنبي لا يد له فيه.

وكذلك فقد نصت المادة (٦٣) اثبات مصري نافذ (يجوز كذلك الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بدليل كتابي (أ) اذا وجد مانع مادي أو ادبي يحول دون الحصول على دليل كتابي (ب) اذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه).

(٩٤) د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٥٥٩، هامش رقم ٨٢.

(٩٥) انظر نص الفقرات (٣-٦) من المادة (١٣٤٨) مدني فرنسي.

(٩٦) انظر نص الفقرة (٥) من المادة (١٣٤٨) مدني فرنسي.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولاً- كتب القانون

١- أحمد نشأت، رسالة الاثبات، ج٢، دار الفكر العربي، ١٩٧٢.

٢- أحمد أبو الوفا، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٥.

٣- أحمد عزيز جايد الخيون، دور القاضي في اثبات الدعوى المدنية، ط٢، مكتبة القانون والقضاء، بغداد، ٢٠١٣.

٤- آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الاثبات، ط١، الدار العربية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٦.

٥- آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، ط٣، العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠١١.

٦- ادوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات والاثبات والتنفيذ، ط١، بلا دار نشر، ١٩٩١.

٧- اسامة روبي عبد العزيز، القواعد الاجرائية للإثبات المدني، ط٥، ٢٠٠٦.

٨- أمل مصطفى رمزي شربا، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٧.

٩- أنس كيلاني، موسوعة الاثبات في القضايا المدنية والتجارية والشرعية، بدون دار نشر، ١٩٧٩.

١٠- أنور سلطان، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار الجامعية الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩.

١١- أنور طلبة، موسوعة الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ج٢، ط١، شركة ناس للطباعة، ٢٠١٥.

١٢- انيس منصور المنصور، شرح أحكام قانون البينات الاردني، ط٢، اثراء للنشر والتوزيع، ٢٠١٣.

١٣- جميل الشرقاوي، الاثبات في المواد المدنية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦.

١٤- حسن كيرة، المدخل الى القانون، ط١، المعارف للنشر، الاسكندرية، ١٩٦٩.

١٥- حسن علي الذنون، أحكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٤٨.

١٦- حسين المؤمن، نظرية الاثبات، ج٢، دار الكتاب العربي، منشورات مكتبة المثنى، مصر، ١٩٤٨.

١٧- حسين خضير الشمري، درر الشهادة في الاثبات المدني، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٦.

١٨- حنان عبد العزيز مخلوف، مبادئ القانون التجاري، كلية الحقوق، جامعة بنها، ١٩٩٧.

١٩- خالد محمد جلال الأعرجي، اقامة الدعوى والتبليغات القضائية في قانون المرافعات المدنية، ط١، بغداد ، ٢٠١٦.

٢٠- سالم روضان الموسوي، تطبيقات القضاء العراقي في قانون الأحوال الشخصية، ط١، بغداد، ٢٠١١.

٢١- سعدون العامري، الموجز في نظرية الاثبات، ط١، مطبعة المعارف ، بغداد، ١٩٦٦.

٢٢- د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، د. نبيل مهدي زوين، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، ط١، النبراس للطباعة، النجف الأشرف، ٢٠١٥.

٢٣- د. سليمان مرقس، من طرق الاثبات، ط١، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٧٠.

٢٤- د. سليمان مرقس، أصول الاثبات واجراءاته، ط٤، دار الجيل للطباعة، مصر، ١٩٨٦.

٢٥- د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والاثبات، ط١، مطبعة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٢٦- سمير كامل، الوجيز في الأحكام العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.

٢٧- ضياء شيت خطاب، ابراهيم المشاهيدي، عبد المجيد الجنابي، عبد العزيز الحساني، غازي ابراهيم الجنابي، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، ط١، مطبعة الزمان ، بغداد، ٢٠٠٠م.

٢٨- طارق عبد الرؤف صالح، شرح قانون الاثبات الكويتي، ط٢، دار النهضة، القاهرة، ٢٠١٣.

٢٩- عابد فايد عبد الفتاح، نظام الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

٣٠- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مج ٢، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.

٣١- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ط٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.

٣٢- عبد المنعم فرج الصدة، الاثبات في المواد المدنية، ط١، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٥٤.

٣٣- عبد السلام ذهني، المداينات أو التعهدات والالتزامات، ط١، مطبعة المعارف، مصر، ١٩٢٢.

٣٤- عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ط٦، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩.

٣٥- عز الدين الدناصوري، حامد عكاز، التعليق على قانون الاثبات، ط١، ج٢، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٧.

٣٦- د. عباس العبودي، شرح قانون الاثبات المدني، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١.

٣٧- عباس زياد السعدي، النافع في قضاء المرافعات المدنية ، ط١، بلا مطبعة، بغداد، ٢٠١٦.

٣٨- عبد الله خليل الغرا، يوسف عبد الله الغرباوي، الوجيز في شرح قانون البينات في المواد المدنية والتجارية، ط١، بدون دار نشر، ٢٠١٥.

٣٩- عبد الحكم فودة، موسوعة الاثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية في ضوء الفقه وقضاء النقض حتى سنة ١٩٩٥، ط١، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٧.

٤٠- عدلي أمير خالد، الارشادات العلمية في اجراء المرافعات والاثبات في كافة الدعاوي المدنية، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠١.

٤١- د. عصمت عبد المجيد ، شرح قانون الاثبات، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.

٤٢- د. عبد الرحيم حاتم الحسن، شرح قانون الاثبات العراقي، ط١، مكتبة زين الحقوقية ، ٢٠١٨.

٤٣- عصام أحمد البهجي، احكام عبء الاثبات في نطاق المسؤولية المدنية، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤.

٤٤- علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية في قضاء محكمة التمييز (٢٠٠٦، ٢٠٠٧، ٢٠٠٨) ، بلا طبعة، بلا مطبعة، ٢٠٠٩.

٤٥- د. علي البارودي، د. محمد فريد، القانون التجاري، ط١، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤.

٤٦- فائز ذنون، أدلة الاثبات في ضوء قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩)، ط١، مكتبة صباح، بغداد، ٢٠١٤.

٤٧- فرج محمد علي، عبء الاثبات ونقله، ط٢، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٨.

٤٨- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٤٩- لفتة هامل العجيلي، دراسات في قانون المرافعات المدنية، ط١، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٧.

٥٠- محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، ط٢، ج٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١.

٥١- محمد أحمد عابدين، عبء الاثبات ونقله، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ١٩٩٥.

٥٢- محمد أديب الحسيني، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار اليقظة العربية، دمشق، ٢٠٠٢م.

٥٣- د. محمد حاتم البيات، د. أيمن أبو العيال، النظرية العامة للالتزام، مطبعة الروضة، دمشق، ٢٠١١.

٥٤- محمد فهد شقفة، الاثبات بالبينة الشخصية، ط٤، مؤسسة النوري، دمشق، ٢٠٠١.

٥٥- د. محمد يحيى مطر، مسائل الاثبات في القضايا المدنية والتجارية، ط١، المكتبة القانونية ، مصر، ١٩٨٩.

٥٦- محمد عبد اللطيف، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار الطباعة الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٩٢.

٥٧- محسن شفيق، القانون التجاري المصري، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاسكندرية ١٩٤٥.

٥٨- مصطفى كمال الدين، أصول القانون التجاري، ط١، الدار الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٤.

٥٩- مصطفى محمود فرج، طرق الاثبات في القانون الاردني، بدون دار نشر، ٢٠٠١.

٦٠- د. مفلح عواد القضاة، البينات في المواد والتجارية، ط١، عمان، دار الثقافة للنشر.

٦١- ممدوح عطري، أسعد الكوراني، قانون البينات في الفقه والاجتهاد، ط١، مؤسسة النوري، ١٩٩٥.

٦٢- منير القاضي، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، ط١، مطبعة العاني، ١٩٥٧.

٦٣- نافذ ياسين المدهون، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، بدون دار نشر، ٢٠١٢.

ثانياً- كتب الفقه الاسلامية

١- د. اسامة حجازي المسدي، الاثبات المقارن في الفقه الاسلامي، دار الكتب القانونية، الامارات، ٢٠١٣.

٢- محمد جواد مغنية، أصول الاثبات في الفقه الجعفري، ط١، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٤.

ثالثاً- الرسائل والأطاريح الجامعية

١- أياد محمد جاد الحق، مرور الزمان في المعاملات المدنية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة القدس، ٢٠٠١.

٢- باسل عبد الهادي ابراهيم أحمد، الحالات المستثناة من الاثبات بالكتابة في المواد المدنية- دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، ٢٠١٨.

٣- عدنان أحمد ولي، مفهوم العمل التجاري وآثاره القانونية في ظل قانون التجارة العراقي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٧.

٤- فداء عبد الجواد، النظرية العامة لمرور الزمان المانع من سماع الدعوى، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الجامعة الاردنية، ١٩٩٥.

رابعاً- البحوث والمقالات

١- د. عباس العبودي، ضرورات التعديل لأحكام قانون الاثبات العراقي النافذ في ضوء الاتجاه التشريعي المعاصر، بحث منشور في المؤتمر العلمي الثاني، مجلة الكوفة، العدد الثاني عشر، سنة ٢٠١١.

٢- علي رئيف الديوب، المانع الأدبي من الاثبات بالكتابة، بحث منشور في مجلة جامعة البعث، جامعة دمشق، مج ٣٨، العدد ٣١، ٢٠١٦.

٣- قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير الدليل الكتابي، مجلة الفكر، العدد الثامن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد أخيضر، نوفمبر ٢٠١٢.

٤- د. وسن قاسم غني، جعفر صادق هاشم، سلطة القاضي التقديرية في استنباط القرينة القضائية (دراسة مقارنة) بحث منشور، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد الرابع، السنة العاشرة، ٢٠١٨.

خامساً – المجموعات والمجلات التي نشرت بها القرارات القضائية

١- احكام ومبادئ النقض في ١٠٠ عام في قانون الاثبات منذ انشائها وحتى عام ١٩٩٥ .

٢- مجموعة احكام النقض لمحكمة النقض المصرية

٣- مجموعة الاحكام العدلية

سادساً- القرارات القضائية الغير منشورة

١- القرار المرقم (٣٩ / س / ٩٨٩ / في ١٩/ ٩/ ١٩٨٩ ، استئناف ذي قار) .

سابعاً- القوانين والأعمال التحضيرية

١- القانون المدني الفرنسي لسنة (١٨٠٤).
٢- الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.
٣- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨).
٤- القانون المدني العراقي رقم (٤١) لسنة (١٩٥١).
٥- قانون البينات الاردني رقم (٣٠) لسنة (١٩٥٢).
٦- قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩).
٧- قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة (١٩٦٨).
٨- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩).
٩- قانون التجارة العراقي (الملغي) رقم (١٤٩) لسنة (١٩٧٠).
١٠- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة (١٩٧١).
١١- قانون الاثبات العراقي النافذ رقم (١٠٧) لسنة (١٩٧٩).
١٢- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة (١٩٨٣).
١٣- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩).

ثامناً- مواقع الانترنت

١- سالم روضان الموسوي، الاثبات المطلق والاثبات المقيد، بحث متاح على شبكة الانترنت .
(http:// www.ahwar.org7debat/hr.)
٢- مفهوم الثقة، مجلة الوعي، العدد ١٥٦، سنة ٢٠٠٠، مقال منشور على شبكة الانترنت .
(http:// www.al.waie.org,archives,article)
٣- المحامي نادر خليل، مفهوم المانع الأدبي في قانون البينات السوري، مقال منشور في منتدى محامي سوريا، متاح على شبكة الانترنت.
(http:// www.damascusbar.org/al.montada/show-thread.php)
٤- نقابة المحامين المصرية، المانع الأدبي.
(http://egylawsite-wordpress.com)

Abstract

The study came to demonstrate the adequacy of the legal rules for organizing the topic of moral impediment to proof in written evidence within the scope of civil lawsuits in Iraqi law and the laws in question , in an attempt to address the legislative deficiency in the legal text on the subject of the research in line with the circumstances and changes that accompany society . By taking note of moste aspects of the research and shedding light on the legal concept of moral impediment in civil evidence , which is one of the most famous cases in practical reality that prevent obtaining written evidence and permit the transition from written evidence to other means of proof .

And since the moral impediment is an exception in an area in which it is permissible to move from the original rule , which is the obligation to prove in writing to the evidence , with what is below it , is so dangerous that it is not permissible to expand it and it requires clarification so that the judge in the matter of cases that have not been exclusively can be guided to what should be it has this exception .

The legal concept of the moral impediment in civil evidence

(A comparative study)

Prof . Dr Salam Abd Al – Zahra Abdullah Al – Fatlawi

Professor of civil Law

University of Babylon/college of law

Yasser Mohammed Fouzan Al – hassani

University of Babylon/college of law