إقليم كوردستان / العراق
مجلس القضاء

الإثبات بالكتابة

ودور القاضي المدني في إكمال حجيتها

وتطبيقاتها القضائية

بحث تقدم به
القاضي
رمضان حسن عبيد
قاضي محكمة تحقيق دهوك

كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الثاني إلى الصنف الأول من صنوف القضاة

بإشراف القاضي
أحمد حسن خلف
نائب رئيس محكمة استئناف منطقة دهوك

١٤٤٣هـ ٢٧٢١ك ٢٠٢١م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى

فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۚ﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة: الآية ٢٨٢

بسم الله الرحمن الرحيم

السادة رئيس واعضاء لجنة مناقشة بحوث الترقية للسادة القضاة المحترمون

م/ توصية

تحية طيبة ٠٠ وبعد :

اشهد بأن هذا البحث الموسوم (الاثبات بالكتابة ودور القاضي المدني في اكمال حجيتها وتطبيقاتها العملية في المحاكم) المقدم من قبل القاضي السيد رمضان حسن عبيد كجزء من متطلبات الترقية الى الصنف الاول من صنوف اقضاة قد تم تحت اشرافي وان الباحث عالج موضوع البحث باعتماد المنهجين التحليلي والتطبيقي وعززه بالقرارات التمييزية ذات الصلة بالموضوع ، واخذ بجميع الملاحظات الشكلية والموضوعية التي أبديتها له ،، وأصبح البحث من الناحية العلمية جديرا بالمناقشة **والتقييم** ٠مع وافر التقدير والاحترام

المشرف/ القاضي

احمد حسن خلف

نائب رئيس محكمة استئناف منطقة دهوك

إلى كل من علمني حرفا

وأمسك بيدي يوما لأتعلم

الباحث

شـــكـر وتـقـديـــر

بكل اعتزاز أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى القاضي الأستاذ أحمد حسن خلف نائب رئيس محكمة استئناف منطقة دهوك لتفضله بالإشراف على هذا البحث ولما بذله من جهد وما أبداه من توجيهات، داعياً له دوام الصحة والعافية.

كما أتقدم بخالص الشكر إلى كل من ساعدني في إتمام هذا البحث، جزاهم الله خيراً.

الباحث

الـفـهـــرســـت

الموضـــوع	الصفحة
الاهداء	ت
شكر وتقدير	ث
قائمة المحتويات	ج
المقدمة	١
المبحث الأول: ما هية الاثبات بالكتابة في الدعوى المدنية	٤
المطلب الأول: مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة وشروطه	٤
الفرع الأول: مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة	٤
الفرع الثاني: شروط مبدأ الثبوت بالكتابة	٨
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمبدأ الثبوت بالكتابة وأهميته	١٥
الفرع الأول: تكييف مبدأ الثبوت بالكتابة	١٥
الفرع الثاني: أهمية مبدأ الثبوت بالكتابة	١٦
المبحث الثاني: حجية الاثبات بالكتابة ونطاقه	١٨
المطلب الأول: حجية مبدا الثبوت بالكتابة	١٨
المطلب الثاني: نطاق مبدأ الثبوت بالكتابة	٢٢
الفرع الأول: الحالات التي يجوز فيها الإثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة	٢٢
الفرع الثاني: الحالات التي يمنع فيها الإثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة	٢٨
المبحث الثالث: دور القاضي في إكمال حجية مبدأ الثبوت بالكتابة ورقابة المحكمة عليها	٣١
المطلب الأول: مدى دور القاضي في إكمال حجية مبدأ الثبوت بالكتابة	٣١
المطلب الثاني: رقابة المحكمة على مبدأ الثبوت بالكتابة	٣٥
الفرع الأول: رقابة محكمة الموضوع على مبدأ الثبوت بالكتابة	٣٥
الفرع الثاني : رقابة محكمة التمييز على مبدأ الثبوت بالكتابة	٣٦
الخاتمة	٣٩
قائمة المصادر	٤١

المقدمة

الحمد لله وكفى والصلاة والسلام على محمد الرسول المصطفى أما بعد:

أولاً: مدخل تعريفي

تختلف أدلة الإثبات من حيث قيمتها القانونية. فهناك من الأدلة تكفي لوحدها لإثبات الواقعة المتنازع فيها، حيث جعل المشرع لها حجية كاملة في الإثبات عند الاستناد عليها من قبل الخصوم، كالسندات الرسمية واليمين الحاسمة. إلا أن هناك من الأدلة لا تكفي لإثبات الواقعة ولم يجعل لها المشرع حجية كاملة في الإثبات، بحيث لا يمكن بناء حكم قضائي عليها، لعدم إمكانية تهيئة الدليل في الوقت المناسب، مما يفسح المجال للقاضي ليكون له دور إيجابي وواسع في عملية توجيه الدعوى والاعتماد على الدليل لوحده أو استكماله بأدلة تكميلية أخرى. وتأتي في مقدمة هذه الأدلة (مبدأ الثبوت بالكتابة) الذي تناوله المشرع العراقي ضمن الشهادة كدليل من أدلة الإثبات، ويقصد به كل كتابة تصدر من الخصم تجعل من الحق المدعى به قريب الاحتمال، وبالتالي أعطى المشرع للقاضي المدني دورا كبيرا في تقدير كل كتابة مقدمة من الخصم أمام القضاء ضد الخصم الآخر، ومن ثم تعزيز هذه الكتابة بأدلة أخرى كالشهادة أو القرينة.

ثانيا: أهمية الموضوع

تكمن أهمية موضوع هذا البحث في الرخصة التي منحها المشرع للخصوم باللجوء إلى هذه الفكرة، فاستجابة للظروف الخاصة التي تقضي بتيسير وتسهيل مهمة الاثبات للخصوم، والتخفيف من حدة النظام القانوني للإثبات، التي تبدو متسمة بشيء من الصرامة، فبموجب هذه الفكرة فإن الخصم الذي لم يتمكن من تهيئة الدليل الكتابي في الوقت المناسب بسبب تهاون منه أو لشدة افراطه في الثقة أو لأي سبب آخر، يستطيع أن يتخلص من سوء نية خصمه، فتقبل منه الشهادة أو القرائن القضائية في مواضع كثيرة تقتضي العدالة قبولها، وما كانت تقبل لولا فكرة مبدأ الثبوت بالكتابة. وهذا يعني أن هذا المبدأ يعد بمثابة معدل أو مصحح ضروري لقواعد الإثبات المدني، لأنه يعطي للقاضي دوراً ايجابياً كبيراً في عملية الاثبات.

ثالثا: مشكلة الموضوع

تتمثل اشكالية البحث بمدى قيمة الاثبات بالكتابة وحجيتها في الاثبات في حال عدم توفر شروطها، حيث أن هناك مجموعة من الشروط التي لابد من توافرها في هذا المبدأ، كما تثار اشكالية اخرى تتعلق بمدى تطرق قانون الإثبات العراقي النافذ لموضوع مبدأ الثبوت بالكتابة ومدى سلطة القاضي بشأنها والاعتماد عليها ويتفرع من هذه الإشكاليات ما يأتي:

١- ما هو مضمون الاثبات بالكتابة؟

٢- ما هي أهم الشروط التي يجب توفرها في هذا المبدأ؟

٣- ما هو دور القاضي و صلاحيته بالنسبة لتقدير هذا المبدأ وتعزيزه بأدلة أخرى؟

٤- ما هو دور القاضي وصلاحياته اذا تساوت أدلة الخصوم في الاثبات عن طريق الاثبات بالكتابة وصلاحيته في ترجيح وتعزيز أدلة أحد الخصمين ومدى خضوع قرار القاضي لرقابة محكمة التمييز.

رابعا: منهجية البحث

سيكون المنهج المتبع في موضوع هذا البحث هو المنهج المقارن إذ سيتم مقارنة موقف القانون العراقي مع القانون المصري، واللبناني، والفرنسي مع الاستئناس بالقانون الأردني في بعض المواضع، وسيتم اعتماد المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل النصوص القانونية، والآراء الفقهية، ومناقشتها، وترجيح الرأي الصائب والسديد وبيان رأينا في المسائل التي فيها محل النقاش كلما كان ذلك ضرورياً ومناسباً، فضلاً عن اعتماد المنهج التطبيقي الذي يعزز الدراسة بموقف القضاء في بيان الأحكام القضائية والقرارات التي شخصت حالة الغموض الإجرائي وبينت طرق معالجتها.

خامساً: هيكلية البحث

من أجل الإحاطة بجميع جوانب موضوع هذه الدراسة ارتأينا تقسيمه وفق الآتي:

المبحث الأول: ماهية الاثبات بالكتابة

المطلب الأول: مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة وشروطه

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمبدأ الثبوت بالكتابة وأهميته

المبحث الثاني: حجية الاثبات بالكتابة ونطاقه

المطلب الأول: حجية مبدأ الثبوت بالكتابة

المطلب الثاني: نطاق مبدأ الثبوت بالكتابة

المبحث الثالث: دور القاضي في إكمال حجية الاثبات بالكتابة ورقابة المحكمة عليها

المطلب الأول: مدى دور القاضي في إكمال حجية مبدأ الثبوت بالكتابة.

المطلب الثاني: رقابة المحكمة على مبدأ الثبوت بالكتابة.

الخاتمة: وتتضمن أهم الاستنتاجات والتوصيات.

المبحث الأول

ماهية الاثبات بالكتابة

من أجل الوصول إلى ماهية الاثبات بالكتابة من خلال تحديد مفهومه وبيان شروطه وطبيعته نتناول ذلك في مطلبين:

المطلب الأول: مفهوم مبدا الثبوت بالكتابة وشروطه.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمبدأ الثبوت بالكتابة وأهميته.

المطلب الأول

مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة وشروطه

في هذا المطلب سوف نتطرق إلى بيان مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة وشروطه وذلك من خلال فرعين:

الأول: مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة والثاني: شروط مبدأ الثبوت بالكتابة.

الفرع الأول

مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة

من أجل توضيح وبيان مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة، لابد من الخوض ولو بإيجاز عن معنى الكلمات التي تتكون منه وذلك من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية ونوردها وفق المنوال الآتي:

أولاً: تعريف الاثبات بالكتابة من الناحية اللغوية.

وبَدأَ اللهُ الخَلقَ بَدءاً وأبدأهمْ بمعنى خَلَقهم[١]، كما في قولهِ تعالى: **﴿إنهُ هُوَ يُبْدِئ ويَعِيُد﴾**[٢]، حيث ذكر القرطبي في تفسير الآية الكريمة "يخلقهم أبتداءً، ثم يعيدهم عند البحث". وقال ابن عباس: يبدئ لهم عذاب الحريق في الدنيا ، ثم يعيده عليهم الآخرة[٣].

أما الاثبات لغة: مصدره ثبت يقال ثَبَتَ الشيءُ يثْبُتُ ثَباتاً وثُبوتاً فهو ثابتٌ وثَبِيتٌ وثَبْتٌ، وأَثْبَتَهِ هو، وثَبَته بمعنى. ويقال: ثَبَتَ فلان في المكان يَثبُتُ ثبوتاً، فهو ثابتٌ إذا أَقام به. وقولهُ تعالى: (ليُثْبِتُوك)؛ أي يَجْرحوك جراحةً لا تقوم معها. بمعنى آخر فهو الحجة والبينة ويقال أَثْبَتَ حجته أي أَقامها وأوضحَها[٤].

أما الكتابة لغةً: فمصدره كَتَبَ ويقال كَتَبَ الشيءَ يَكْتُبه كَتْباً وكِتاباً وكِتابةً، وكَتَبه: خَطَه، والجمع كُتُبٌ وكُتْبٌ. والكِتابُ: ما كُتِبَ فيه، والكتابةُ لِمَنْ تكونُ له صِناعةً؛ مثل الصياغِة والخِياطةِ[٥].

ومما تقدم ذكره نستطيع أن نعرف الاثبات بالكتابة من الناحية اللغوية بإنها (بداية الحجة بالكتابة).

ثانياً: مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة من الناحية الاصطلاحية

عرفت غالبية التشريعات العربية الاثبات بالكتابة منها قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل في المادة ٧٨ بإنه: (كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعي به قريب الإحتمال). كذلك عرفه قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ في المادة ٦٢ بإنه (كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها

---

(١) ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ط ٤، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٥، ص٣١-٣٢.

(٢) سورة البروج، الآية: (١٣)

(٣) أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، ج١٩، مكتبة الصفا ومكتبة السلام الجديدة، المملكة المغربية،٢٠٠٥، ص٢١١.

(٤) ابن منظور، المصدر السابق، المجلد ٣، ص٦.

(٥) ابن منظور المصدر السابق، مجلد ١٣، ص١٧.

أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الإحتمال). وعرفها أيضا قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ في المادة ٣/٢٥٧ بإنه (أي كتابة ولو خالية من التوقيع، صادرة عن الخصم المحتج بها أو عمن يمثله تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الإحتمال).

واختلف الفقه حول تعريف المصطلح فمنهم من عرفه بإنه (كتابة صادرة ممن يراد الإثبات ضده، ليست سندا كاملاً بما يراد إثباته وإنما تجعله قريب الإحتمال)[١].

كذلك عرفه السنهوري بانه: (كل ورقة مكتوبة صادرة من الخصم الموجه إليه الطلب أو من شخص يمثله هذا الخصم، ويكون من شأنها أن تجعل الورقة المدعى بها قريبة الإحتمال)[٢].

وعرفه آخرون بإنه: (كتابة صادرة من الخصم الذي يحتج بها في مواجهته ولكنها لا تصلح دليلا كتابياً كاملاً وأن كانت تجعل الحق المدعى به قريب الإحتمال)[٣].

وذهب جانب من الفقه أن المقصود به أنه: (عبارة عن ورقة مكتوبة صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه أو من يمثله، ومن شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الإحتمال)[٤].

ويذهب أحد الباحثين إلى تعريفه بإنه: كل كتابة ناقصة أياً كان شكلها تصدر عن الخصم أو من يمثله من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الإحتمال وتستكمل بأدلة أخرى كالشهادة والقرائن القضائية[٥]. ويلاحظ من التعاريف الفقهية والتشريعية، أنها متشابهة مع إختلاف لفظي بسيط[٦]، وكلها تدور حول فكرة واحدة ألا وهي إن الاثبات

---

(١) أحمد نشات، رسالة الإثبات، ج١، ط١، مكتبة العلم للجميع، بيروت–لبنان، ٢٠٠٥، ص٦٥٦.

(٢) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان ، ٢٠٠٠ ، ص٤١٥ ، هامش١.

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في الإثبات، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٠٧، ص١١٦.

(٤) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة الالتزامات، جامعة المستنصرية، ١٩٧٦، ص٥١٢.

(٥) شه يما حمه كريم حمه سور، دور مبدا الثبوت بالكتابة في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة السليمانية، ٢٠١٦، ص٥.

(٦) تحسين حمد سمايل، الأدلة الناقصة ودور القاضي المدني في إكمال حجيتها القانونية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة السليمانية، ٢٠٠٩، ص٥٦.

بالكتابة هو الكتابة التي لا تتوافر فيها أركان الدليل الكتابي إذ تجعل من الواقعة المدعى بها قريبة الإحتمال.

نستنتج من كل ما سبق ذكره إن الاثبات بالكتابة هو كل كتابة أياً كان شكلها وأياً كان الغرض منها ان تصدر من الخصم أو من يمثله تجعل من الواقعة المدعى بها قريبة الإحتمال. بمعنى أخر أنه: كل كتابة تصدر من الخصم أو من يمثله تجعل الواقعة المدعى بها قريبة الإحتمال، وتستكمل بالشهادة والقرائن القضائية لكي تصل إلى مرتبة الدليل الكتابي الكامل.

ونتفق مع ما ذهب إليه البعض[١]، وهو أن يتم إستبدال تسمية (مبدأ الثبوت بالكتابة) بـ(بداية الحجة بالكتابة)، كما هو موضح في الأسباب الأتية:

إن تسمية مبدأ الثبوت بالكتابة ، الذي إقتبسه المشرع العراقي في (المادة ٧٨ من قانون الإثبات رقم ١٠٧ السنة ١٩٧٩) من المشرع المصري[٢] هي ترجمة غير صحيحة للمصطلح الفرنسي (Commencement de prevue par ecrit) إذ أن ترجمته الصحيحة هي (بداية الثبوت بالكتابة)[٣].

ومن هذا المنطلق يتبين لنا بإن تسمية مبدأ الثبوت بالكتابة لا يدل على المعنى الأصلي له، وعليه نقترح على المشرع إعادة صياغة نص المادة ٧٨ من قانون الإثبات النافذ وذلك برد المصطلح إلى تسميته الأصلية ألا وهو بداية الثبوت بالكتابة ليكون أكثر إدراكاً وفهما للكافة.

عليه يتضح لنا، أنه يشترط في الاثبات بالكتابة شروط ثلاثة، أولهما لابد من وجود ورقة مكتوبة وثانيهما صدور الورقة عن الخصم أو عمن يمثله وثالثهما جعل الورقة وجود الحق المدعى به قريب الإحتمال.

---

(١) تحسين حمد سمايل، المصدر السابق، ص٥٦.

(٢) أنظر: د. أوان عبدالله الفيضي، مبدا الثبوت القانوني، دار الكتب القانونية، جامعة الموصل، ٢٠١٢، ص١٧؛ ود. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط ٢، دار الكتب والوثائق، ١٩٩٧، ص٢١٧.

(٣) المادة (٦٢) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

الفرع الثاني

شروط مبدأ الثبوت بالكتابة

تبين لنا، من خلال التعاريف التي أوردناها، أنه يشترط لتحقيق مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون هناك ورقة مكتوبة وأن تكون صادرة من الخصم أو من يمثله وأن تجعل الورقة وجود الحق المدعى به قريب الإحتمال. عليه ومن هذا المنطلق وللاحاطة بهذه الشروط سوف نتناولها من خلال الفقرات الآتية:

الشرط الأول: وجود ورقة مكتوبة

يشترط لوجود مبدأ الثبوت بالكتابة، أن تكون هناك ورقة مكتوبة ويقصد بالورقة كل كتابة صادرة من الخصم أو من يقوم مقامه قانونا، وأن تكون لها علاقة بالتصرف المراد إثباته، ولا يهم شكل الكتابة[١] أي كل كتابة تصلح أن تكون مبدأ الثبوت بالكتابة أيا كان شكلها وأيا كان الغرض منها، مادامت لا تشكل دليلاً كتابياً كاملاً بالنسبة إلى موضوع الدعوى، لذلك استعمل المشرع عبارة "كل كتابة " فقد تكون مجرد علامة للاسم أو توقيعة أو غير ذلك فالكتابة هنا تأخذ بأوسع معانيها[٢].

كالرسائل غير الموقعة والدفاتر التجارية والأوراق المنزلية، ومحاضر الجرد، ودفاتر الحساب، والايصالات، والمخالصات غير الموقعة، والتأشيرات على هامش الأوراق أو على ظهرها، والمذكرات الشخصية ولو دونت في أوراق متفرقة[٣].

وقد قضت محكمة التمييز العراق بأنه: (تعتبر الكتابة والأرقام المدونة في الدفتر الشخصي لمورث الخصم مبدأ الثبوت بالكتابة إذا طابقت كتابة المتوفى الواردة في السجلات المتخذة مقياسا للتطبيق ويجوز استماع الشهادة تعزيزا لتلك الكتابة)[٤].

---

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الأثبات، طبعة فريدة ومنقحة، دار الدمنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص٣٦٠.

(٢) د. محمد يحيى مطر، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، ١٩٨٧، ص ١٥٥.

(٣) د. قيس عبد الستار عثمان، شروط مبدا الثبوت بالكتابة، بدون بيانات النشر، د. س، ص٦.

(٤) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٢٩٥/هيئة عامة اولى/١٩٧٥ في ١٩٧٥/١٠/٢٥، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السادسة ١٩٧٥، ص٥٢.

وتصلح الأوراق القضائية ونحوها أن تكون بمثابة مبدأ الثبوت بالكتابة حتى لو كانت أوراقا في قضية أخرى، كالبيانات المدونة في أسباب الحكم وكذلك الأقوال المدونة في محاضر الجلسات ومحاضر التحقيق والإقرارات التي تدون في مذكرات الخصوم ولو أمضاها الوكلاء عنهم ، والبيانات المقدمة إلى دوائر التسجيل العقاري والبريد والتي تكون في أوراق رسمية[١].

وتصلح مبدأ الثبوت بالكتابة في أية ورقة مكتوبة بخط الخصم دون التوقيع عليه، أو رسالة غير موقعة أو مذكرة خاصة[٢]، وطبقاً لذلك قضت محكمة التمييز في العراق بـ: (أن الورقة المكتوبة بخط الخصم والخالية من توقيعه تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة)[٣].

(يجوز اعتبار اقوال الشخص الثالث الداخل في الدعوى للاستيضاح منه مبدأً الثبوت بالكتابة طالما كان وكيلاً للمدعى عليه عند استلام الاخير المبلغ المدعى به في الدعوى ولا يعتبر اقرار قضائيا لان الوكيل الحاضر عن المدعى عليه انكر ذلك وبالتالي يحق للمدعي اثبات دعواه بجميع طرق الاثبات ومنها البينة الشخصية) ويعتبر الانذار الذي وجهه المدعى عليه إلى المدعي بواسطة كاتب العدل مبدأ الثبوت بالكتابة، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز في العراق بأن (إقرار المدعى عليه بإشغال المأجور في انذاره الموجه إلى المدعي)[٤].

بواسطة الكاتب العدل يعد مبدأ الثبوت بالكتابة على إشغال ذمة المدعى عليه بالأجرة المطالب بها وعليه يجوز قبول الشهادة لإثبات الأجرة، ولو زادت قيمتها على عشرة دنانير)[٥].

ويعد كذلك السند العادي غير الموقع مبدأ الثبوت بالكتابة إذا كان بخط المدين، أو كان صادرة عنه أو عمن يمثله[٦].

---

(١) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق، ص٤٢١.

(٢) د. محمد يحيى مطر، المصدر السابق، ص١٥٥.

(٣) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم ٢٣٤/مدنية ثالثة/١٩٧٥ في ١٩٧٥/٨/٣١، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث، ص٥٤-٥٥.

(٤) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم ٥٧٢/مدنية رابعة/ ١٩٧٧ في ١٩٧٧/٣/١٦، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، ١٩٧٧ ، ص٦٢.

(٥) د. قيس عبد الستار عثمان، المصدر السابق، ص٨.

(٦) د. عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص٣٦٢.

الشرط الثاني: صدور الورقة عن الخصم أو عمن يمثله

يقصد بالصدور نسبة الكتابة إلى الخصم مدعيا كان أم مدعى عليه فالمهم صدور الكتابة عن الخصم المراد الإثبات ضده أو ممن يمثله قانونا، لأنه لا يحق للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه[١]، وحتى تصلح الورقة، كمبدأ الثبوت بالكتابة، يجب أن تصدر من الخصم الذي يحتج عليه بها مدعياً كان في الدعوى التي رفعها أو مدعى عليه في الدفع الذي يتقدم به[٢]، وصدور الورقة من الخصم إما أن يكون صدوراً مادياً أو صدوراً معنوياً[٣]. فالصدور المادي يتحقق عندما تكون الورقة المعتبرة مبدأ الثبوت بالكتابة بخط الخصم أو بتوقيعه عليها[٤]، أي في الأمرين يكفي أن تكون من شأنها جعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال[٥].

والأوراق التي تكون معدة للإثبات اصلا تصبح في حالة توقيعها دليلا كتابياً كاملاً[٦]، ولكنها قد لا تكون أعدت لذلك، وإنما اقتصرت على بيانات تجعل من الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال، فيكفي لاعتبارها صادرة عن الخصم أن تكون موقعة منه وإن لم تكن بخطه، ولكن التوقيع يجب أن يكون هو التوقيع الصحيح للخصم فلا يكفي أن يكون مجرد تأشير أو توقيع على الهامش أو تثبيت علامة[٧]. كما جاء في قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان ان (ورقة التعهد الموقعة من قبل المدعي والتي تتضمن استلامه مبالغ من المدعى عليه تعتبر

---

(١) د. عبدالحميد الشواربي، الإثبات بشهادة الشهود، منشأة المعارف، الإسكندرية–مصر، ١٩٩٦، ص٢٨٧.

(٢) شه يما حمد كريم حمه سور، المصدر السابق، ص٢١.

(٣) قرار محكمة التمييز في العراق/ رقم ٥٢٥/حقوقية/١٩٨٠ في ١٩٨٠/٤/٥، مجموعة الأحكام العدلية، العدد ٢، السنة ١٩٨٠، ص١٦٧.

(٤) د. رزق الله أنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ط ٥، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٢، ص٥٥٥.

(٥) د. قيس عبد الستار عثمان ، مصدر سابق ، ص١٣.

(٦) قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان بالعدد/٧٤٢/الهيئة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/١٢/١٢ مختارات تمييزية لقضاء محكمه تمييز إقليم كوردستان، قسم الاثبات/الجزء الاول ، إعداد عبد الجبار عزيز حسن، الطبعة الأولى، أربيل، ٢٠٢١، ص٩٣.

(٧) شه يما حمه كريم حمه سور، المصدر السابق، ص٢٢.

مبداء الثبوت بالكتابة وبالتالي يجوز اثبات الدفع بجميع طرق الاثبات ومنها البينة الشخصية)[١].

والورقة قد تكون غير موقعة من الخصم ولكنها مكتوبة بخطه وهذا يكفي لاعتبارها صادرة منه دون الحاجة إلى التوقيع، فالورقة لو كانت موقعة من الخصم أو مكتوبة بخطه يكفي لأن كلا من الخط والتوقيع يخضع إلى أصول التطبيق والتحقيق في حالة النزاع حول أي منهما[٢].

أما الصدور المعنوي فيتحقق عندما تكون الورقة غير مكتوبة بخط الخصم، ومع ذلك تعد صادرة منه اذا سلم بما جاء فيها، كأن يكون الخصم أمي وأملى مضمون الورقة على شخص أخر قام بتحريرها، فتعد ورقة صادرة منه مادام كان مسلمة بإعلانها، أما إذا لم يسلم بهذا الإملاء فلا يصح إثباتها بشهادة الشهود[٣].

وبذلك قضت محكمة استئناف لبنان الشمالي بأنه (إذا كان الشخص أمي أو لا يستطيع الكتابة لعائق جسماني وأملى مضمون الورقة على شخص أخر حررها له فتعتبر هذه الورقة صادرة عنه وأن لم يوقعها أو يكتبها بخطه)[٤]، وأن الأوراق الرسمية غير الموقع عليها من الخصم يمكن أن تعتبر صادرة من الخصم كما في محاضر الاستجواب، والبيانات التي ترد في أسباب الحكم[٥].

ويلاحظ بأن قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني قد اشار إلى مسألة التمثيل عن الخصم صراحة ، حيث نص في الفقرة الثالثة من المادة (٢٥٧) على أنه يجوز الاثبات بشهادة الشهود ومهما كانت قيمة المدعى به في المواد والحالات الأتية : (إذا وجدت بداءة بينة خطية اي كتابة ولو خالية من توقيع الخصم أو من يمثله تجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال).

---

(١) قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان بالعدد ٥٠٩/الهيئة المدنية/٢٠١٨/ في ٢٠١٨/١٠/١٥، إعداد عبد الجبار عزيز حسن، المصدر السابق، ص٩٥.

(٢) د. قيس عبد الستار عثمان، المصدر السابق، ص١٣.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص٤٢٨.

(٤) قرار ٢٦/ كانون الأول/ ١٩٩٣، النشرة القضائية لعام ١٩٦٣، ص٢١٠، نقلاً عن: تحسين حمد سمايل، المصدر السابق، ص٨٤.

(٥) د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، بدون بيانات نشر، بغداد، ١٩٨٦، ص١٩٦.

وان القانون اللبناني اشار بصورة صريحة بجواز اتخاذ الورقة الصادرة من الخصم أو من يمثله مبدأ الثبوت بالكتابة، حيث لم نجد هذا الأمر في القانون العراقي وحتى القوانين المقارنة الأخرى كالقانون المصري[١]، وبهذا يكون المشرع اللبناني اكثر توفيقاً أذ جعل النص أكثر وضوحا لدى رجال القضاء والقانون، لذلك نتفق مع ما ذهب إليه المشرع اللبناني في أن يتم إضافة عبارة (أو من يمثله) إلى نص المادة ٧٨ في قانون الإثبات العراقي بان تكون على الشكل الآتي (كل كتابة صادرة عن الخصم أو من يمثله)[٢].

كذلك الأوراق الصادرة من الولي والوصي والقيم في حدود ولاية كل منهم تعد كأنها صادرة منه أو القاصر او المحجور عليه ، ويترتب على ذلك أن الورقة إذا لم تكن صادرة من الخصم أو نائبه لا تعتبر حجة على الخصم ، فالورقة الصادرة من الأب أو الزوج لا تكون حجة على الابن أو الزوجة ما لم يكن له صفة في تمثيلهما[٣].

وفي كل الأحوال تعتبر الورقة صادرة من الخصم أو عمن ينوبه في حالة عدم انكارها أو الطعن فيها بالتزوير، وأن اعتبارها صادرة من الخصم أو ممن يمثله مسألة قانونية يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة التمييز[٤].

الشرط الثالث: جعل الورقة وجود الحق المدعى به قريب الإحتمال

وأخيرا يستلزم لوجود مبدأ الثبوت بالكتابة، أن يكون من شأن الكتابة الصادرة من الخصم أو ممن يمثله، جعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الإحتمال، بمعنى أن تجعل من إحتمال صدقها أرجح في عقيدة القاضي من إحتمال كذبها، وهذا يعني أنه لا يلزم وضوح دلالة الكتابة على الواقعة المدعاة، لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لن يكون الدليل الوحيد الذي يبني عليه القاضي حكمه، وإنما سيستكمل قناعته بشهادة الشهود أو القرائن[٥]. ويلاحظ أن

---

(١) تحسين حمد سمايل، المصدر السابق، ص١٢١.

(٢) شه يما حمه كريم حمه سور، المصدر السابق ص٢٤.

(٣) د. ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المغربي، ج ٨، مطبعة الرباط ، ١٩٦١، ص٢٧٧.

(٤) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات واجراءاته، ج ٢، ط ٤، ١٩٨٦، ص٥٤٠.

(٥) د. محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣، ص٢٣٢-٢٣٣.

تقدير المحكمة بالنسبة لدلالة الورقة من حيث إنها تجعل الحق المدعى به قريب الإحتمال من عدمه ليس بالأمر السهل في أغلب الأحيان، لأن هذا الإحتمال تتفاوت درجاته قوة وضعفا[١].

فالورقة قد تدل في بعض الأحيان على إحتمال صدق المدعى به بطريقة مباشرة، مثلا أن يكتب المدين إلى الدائن رسالة ويشير فيها إلى الدين الموجود في ذمته دون أن يحدد مقدار هذا الدين، ففي هذه الحالة تكون الرسالة مبدأ الثبوت بالكتابة بالنسبة لهذا الدين بحيث يستطيع المدعي أن يثبت بالشهادة والقرائن القضائية مقداره وشروطه[٢].

وقد لا تدل الورقة على إحتمال صدق المدعى به بطريقة مباشرة بل من الممكن أن يستنبط ذلك بطريقة غير مباشرة مع مراعاة الظروف الخارجية المحيطة بموضوع الدعوى[٣]، مثاله ورقة شطب الرهن، فهي تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة فيما يتعلق بالوفاء بالدين المضمون بالرهن، لأنه يستنبط منها أن الدائن المرتهن قد استوفى حقه[٤].

واختلفت الآراء حول هذا الشرط في خضوعه لرقابة محكمة التمييز من عدمه فهناك جانب من يذهب الى عدم خضوع هذا الشرط لرقابة محكمة التمييز[٥]، وأن تقدير هذا الشرط، وهو أن الورقة من شأنها جعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الإحتمال أمر متروك لقاضي الموضوع، فقد يقتنع القاضي بصحة الواقعة وقد لا يقتنع فيزول بذلك ما لمبدأ الثبوت بالكتابة من أثر[٦]، والقاضي في تقديره لهذا الشرط يخضع إلى رقابة محكمة التمييز حاله حال الشروط الأخرى وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠٥/ خامساً) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ (للخصوم أن يطعنوا تمييزاً، لدى محكمة التمييز، في الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو محاكم البداءة أو محاكم الأحوال الشخصية، ولدى

---

(١) د. قيس عبد الستار عثمان، المصدر السابق، ص ١٧.

(٢) د. عبد المنعم فرج المعدة ، الاثبات في المواد المدنية، ط ٢ ، القاهرة، ١٩٥٥، ص٢٥٥.

(٣) المصدر السابق ، ص٢٥٥.

(٤) د. سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، دون بيانات نشر، بغداد، ١٩٦٦، ص٩٨.

(٥) د. عباس العبودي، احكام قانون الإثبات المدني العراقي، دون بيانات نشر، ١٩٩١، ص٣٠٧، ود. عصمت عبدالمجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الإثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧، ص٢٢٢.

(٦) د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣ ، ص ١٨٢ .

محكمة استئناف المنطقة في الأحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة، وذلك في الأحوال الآتية: (... ٥- إذا وقع في الحكم خطأ جوهري).

وإن تقدير قرب إحتمال الحق المدعى به، يكون أمرا جوهريا في الحكم، لأنه يعد أساسا في ثبوت الحق ومن ثم اصدار الحكم على أساسه، لذلك فالخطأ في تقدير هذه المسألة يعد خطأ جوهرياً في الحكم ومن ثم يخضع هذا التقدير لرقابة محكمة التمييز، ونحن نتفق مع هذا الرأي، وتطبيقا لذلك ذهبت محكمة التمييز العراقية في احدى قراراتها إلى (أن الرسائل المبرزة المعترف بها من المدعى عليه مع الوصولات تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة استنادا إلى أحكام المادة (٧٨) من قانون الإثبات ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وفي هذه الحالة تستمع المحكمة إلى بينة المدعية الشخصية لإثبات دعواها ومن ثم تصدر الحكم على ضوء ما تسفر عنه المرافعة)[١]. وجاء في قرار لمحكمة تمييز اقليم كوردستان (ان المحكمة قد دققت ووقفت على جميع الوصولات الميرزة والتي تم بموجبها دفع السلف التشغيلية طول فترة عقد المقاولة الى المدعى عليها وعتد تكليف المدعي اضافة لوظيفته باثبات المبلغ المدفوع والذي هو محل التنازع في هذه الدعوى فقد أنكر المدعى عليه استلامه ذلك المبلغ ومشغولية ذمته بها وبناء على ذلك فان المحكمة قد جنحت الى اعتبار الوقائع الثابتة من خلال الدعوى والوصولات الميرزة من قبل المدعي بخصوص استلام المدعى عليهما للسلف التشيلية جنحت الى اعتبار كل تلك الوقائع مبدء ثبوت بالكتابة وبناء على ذلك فتحت المجال للمدعي اضافة لوظيفته اثبات المبلغ موضوع الدعوى بالبينة الشخصية)[٢]. وقررت أيضا: (أن المحكمة أعتمدت الرسالة المبرزة من قبل المميز والمنسوبة إلى المميز عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة وكلفت وكيل المميز بإثبات مضمون وفحوى الرسالة بالبينة الشخصية فعجز عن ذلك)[٣]. يتبين لنا مما سبق أن مسألة قرب إحتمال الحق المدعى به يخضع إلى رقابة محكمة التمييز كونها يعد أساساً يبنى عليه الحكم[٤].

---

(١) قرا محكمة التمييز في العراق/ رقم ٩٥٠/مدنية منقول/١٩٨٤.١٩٨٥ في ١٩٨٥/٧/١٨ (غير منشور) أشار إلى هذا القرار: حسين عبدالقادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه قدمت إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٤، ص ٨٩.

(٢) قرار محكمة تمييز إقليم كوردستان/ المرقم/٤٢٩/الهيئة المدنية/٢٠١٨ في ٢٠١٨/٦/٣ غير منشور/ صادر في الدعوى المرقمة ٢١٩/ ب/٢٠١٧/محكمة بداءة دهوك.

(٣) قرار محكمة التمييز في العراق/ رقم/٨٤٧ مدنية/منقول/١٩٨٤و١٩٨٥ في ١٩٨٥/٧/٨ (غير منشور).

(٤) شه يما حمه كريم حمه سور، المصدر السابق، ص٣٣

المطلب الثاني

طبيعة مبدأ الثبوت بالكتابة وأهميته

في هذا المطلب سوف نتحدث عن طبيعة مبدأ الثبوت بالكتابة في الفرع الأول وعن أهميته في الفرع الثاني وكما يلي:

الفرع الأول

طبيعة مبدأ الثبوت بالكتابة

بالرجوع إلى نص المادة (٧٧/ ثانياً) من قانون الإثبات العراقي التي تنص على أنه (إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسين دينارا أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة مالم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك).

يلاحظ من النص المذكور أعلاه، أن الأصل في إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن خمسين دينار أو كانت غير محددة القيمة، أن تكون بالبيئة التحريرية[١]، أي أن تكون مكتوبة وذلك لما تمتاز به الكتابة عن غيرها من طرق الإثبات بأنها دليل يمكن إعداده مقدماً أي منذ حدوث الواقعة القانونية وقبل وقوع النزاع بشأنها وأحتياطا لهذا النزاع ويترتب على ذلك قرب الدليل الكتابي من حقيقة الواقعة حيث المقصود من ذلك هو أن الكتابة المعدة مقدما تعتبر حجة متعدية أما الكتابة المتضمة إقراراً فتكون كالاقرار حجة قاصرة[٢]، وأن عدم قبول الشهادة كدليل لإثبات التصرفات القانونية بشكل مطلق، هو ما يؤخذ عليه من مآخذ كثيرة لا يمكن تجنبها ومعالجتها بشكل نهائي كالمحاباة والانتقام والكره والخطأ والنسيان وضعف الذاكرة وعدم الدقة والملاحظة مما يؤدي إلى مجانبة العدالة والحقيقة في أحيان كثيرة إلا أن المشرع العراقي قد أجاز الإثبات بالشهادة حتى وأن زاد قيمة التصرف القانوني عن نصاب الشهادة أذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة[٣]، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٨) من قانون الإثبات التي تنص بأنه (يجوز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان

---

(١) تحسين حمد سمايل، المصدر السابق، ص ١٢٦.

(٢) د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص ١٣٢

(٣) تحسين حمد سمايل، المصدر السابق، ص ١٢٧.

التصرف المطلوب تزيد قيمته على خمسين ديناراً أذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة. ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الإحتمال).

وهذا يعني أن مبدأ الثبوت بالكتابة حالة استثنائية، أوردها المشرع في وجوب الإثبات بالكتابة، للتخفيف من تشدد أقتضاء الدليل الكتابي من جانب والتخفيف من خطر الإثبات بالشهادة والقرائن القضائية من جانب أخر لأن أساس الحق يثبت بالكتابة[١].

ومبدأ الثبوت الكتابة إذا كان معززاً بالبيئة أو القرائن الفضائية أو باليمين المتممة يكون دليلا كاملا في كل ما يجب إثباته بالكتابة ، فيكون دليلا كاملا على:

أولاً: تصرف قانوني تزيد قيمته على مبلغ معين لا يجوز إثباته إلا بالكتابة.

ثانياً: ما يخالف الكتابة أو يجاوزها.

ثالثاً: تصرف قانوني أشترط القانون بنص خاص أن يكون إثباته بالكتابة كالصلح مثلا.

ويتضح من كل ما تقدم ذكره أن التكييف القانوني لمبدأ الثبوت بالكتابة هو إعتباره دليل قانوني متى أكملته الشهادة أو القرائن القضائية، إذ يصبح عندئذ دليلاً قانونياً كاملاً يعادل في قوته ما للدليل الكتابي من قوة في الإثبات، وهذا ما قرره فعلا قانون الاثبات في المادة (٧٨)[٢].

الفرع الثاني

أهمية مبدأ الثبوت بالكتابة

يمكن إيجاز أهمية مبدأ الثبوت بالكتابة في النقاط الآتية:

أولاً: نظرا لما يتسم به النظام القانوني للإثبات بشيءً من الصرامة، لابد من وجود شيء من التيسير وذلك لخلق نوع من التوازن واستناداً إلى هذه الفكرة وجد مبدأ الثبوت

---

(١) د. أحمد نشأت، المصدر السابق، ص٦٦١.

(٢) أشواق عبدالرسول، مبدا الثبوت بالكتابة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد الخامس، العدد الثاني، ٢٠٠٧، ص١٧٥.

بالكتابة، وبموجب هذه الفكرة فإن الخصم الذي لم يتمكن من تهيئة الدليل الكتابي في الوقت المناسب، بسبب تهاون منه، أو لشدة إفراطه في الثقة مثلا، يستطيع أن يتخلص من سوء نية خصمه، فتقبل منه الشهادة أو القرائن القضائية[١]، فمبدأ الثبوت بالكتابة بمثابة صمام الأمان الذي يكفل لقواعد الإثبات أن تسري في رفق ويسر[٢].

ثانياً: ينظر المشرع إلى الشهادة والقرائن القضائية بعين الريبة والشك وهذه النظرة تختفي عندما تكون الشهادة والقرائن القضائية دليلاً تكميلياً، تكتمل به حجية مبدأ الثبوت بالكتابة، وأنه بوجود مبدأ الثبوت بالكتابة تتحول نظرة الشك والريبة بخصوص الشهادة والقرائن إلى نظرة التخفيف من الإثبات بهما إلى حد ما[٣].

ثالثاً: أن مبدأ الثبوت بالكتابة يعطي للقاضي دور إيجابياً في نظر الدعوى، حيث للقاضي عندما يتحرى الوقائع في دعوى يقلب حالة احتمال الواقعة إلى حالة ثبوت الواقعة المدعى بها، عند إكمال قناعته وذلك لما له من سلطة في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة، بما يكفل التطبيق السليم للقانون، وصولا إلى الحكم العادل في القضية المنظورة[٤].

رابعاً: وعليه تتضح الأهمية البالغة لمبدأ الثبوت بالكتابة في عالم القضاء بالنسبة لإثبات الدعوى، فهو مبدأ في غاية العدل والاحكام، وهو كما يقول الأستاذ بيجو (أنه الخطوة الأولى نحو الحقيقة، وأنه أقل أنواع الإثبات بالشهادة والقرينة خطورة وأقلها بعداً عن الحقائق وأقربها إلى الواقع)[٥].

ومما ذكر اعلاه فان الكتابة الصادرة من الخصم هو دليل ناقص ولا يمكن أثبات الحق به وحدهُ بل يجب ان يكتمل بالادلة القانونية الاخرى.

---

(١) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني العراقي، المصدر السابق، ص ٢١٤.

(٢) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق، ص٤١٥ و٤١٦.

(٣) د. قيس عبدالستار عثمان، القرائن القضائية ودورها في الاثبات، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧٥، ص٣٢٨.

(٤) د. أوان عبدالله الفيضي، المصدر السابق، ص١٤٠.

(٥) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني العراقي، المصدر السابق، ص٢١٥.

المبحث الثاني

حجية الاثبات بالكتابة ونطاقه

في هذا المبحث سوف نبين حجية الإثبات بالكتابة وكذلك نتطرق الى بيان الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالكتابة وما هي الحالات التي يمنع فيها الإثبات بالكتابة لذا نقسم هذا المبحث الى مطلبين وبالشكل الآتي:

المطلب الأول: حجية مبدأ الثبوت بالكتابة.

المطلب الثاني: نطاق الإثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة.

المطلب الأول

حجية مبدأ الثبوت بالكتابة

كل كتابة تصدر من الخصم أو ممن يمثله سواء أتجهت هذه الإرادة الى اعداد دليل أو بعضا منه عند المنازعة أو لم تتجه فان القانون يضفي عليه آثار قانونية متى توفرت شروطها.

عليه فإن لمبدأ ثبوت بالكتابة صفات وخصائص تكون له حجية في الإثبات كما يتضح في النقاط الآتية:

أولاً/ أنها إستثناء من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة

كقاعدة عامة الأصل في الإثبات أن يكون بدليل كتابي، باستثناء الوقائع المادية، التي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، ويلاحظ أن المشرع وضع قاعدة عامة هي عدم جواز الإثبات بالشهادة اذا كانت قيمة التصرف المطلوب تزيد على خمسون دينار (٧٥٠٠ دينار عراقي حالياً) أو كان غير محدد القيمة وكذلك لا يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي[١]، فينبغي اثباته بالكتابة[٢].

---

(١) المادتان (٧٧ و٧٩) من قانون الإثبات العراقي النافذ.

(٢) تحسين حمد سمايل، المصدر السابق، ص٦٣.

إلا أن المشرع خرج عن هذه القاعدة حيث أجاز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية، حتى وأن زادت قيمتها عن خمسون دينار اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة[١].

لذا يتبين لنا بان السمة الخاصة التي يتميز بها هذا الاستثناء في غاية الأهمية، لأن المشرع يعمد الى توسيع سلطة القاضي بهذا الصدد وأضفى على الإثبات بالكتابة شيئا من المرونة[٢].

كما يستفيد منه الخصم الذي لم يتمكن من تهيئة الدليل مقدماً وتظهر أهميته أكثر، عندما تكتمل حجيته القانونية وبالتالي تكون دليلا كاملا ، يعادل في قوته ما للدليل الكتابي من قوة في الإثبات[٣].

وقد قضت محكمة النقض المصرية (... بان المشرع قد جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة في الإثبات متى أكمله الخصوم بشهادة الشهود أو القرائن)[٤].

ثانياً/ إنه غير ملزم للقاضي

عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة فان أمر اعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة، أمر جوازي فاذا اقتنعت المحكمة بالورقة، فانها تملك سلطة تقديرية بشأنها فلها أن تأخذ بها كمبدأ ثبوت بالكتابة، ومن ثم الترخيص بجواز تكملة حجيتها الناقصة[٥].

وبذلك تختلف اختلافا جوهرياً عن الدليل الكتابي، كونه تم اعداده مسبقا فيعتبر وفقا لذلك حجه بذاته، فيفرض سلطانه على القضاء، ما لم يطعن فيه بالتزوير أو ينقض بإثبات العكس في حين تترك البينة لتقدير القاضي ويكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها، دون أن يخضع في هذه الرقابة لمحكمة النقض[٦].

---

(١) المادة (٧٨) من قانون الإثبات العراقي النافذ.

(٢) تحسين حمد سمايل، المصدر السابق، ص٦٣.

(٣) شه يما حمه كريم حمه سور، المصدر السابق، ص٤٥.

(٤) قرار محكمة النقض المصرية/ مدني ٢٨/٢/١٩٨٤، المدونة الذهبية، العدد الثاني، الفقرة ٧١، منشور في موسوعة مصر للتشريع والقضاء، اعداد المحامي عبدالمنعم حسني، ج ٢، ط ١، مركز حسني للدراسات القانونية، مصر، ١٩٨٦، ص٢٤٢.

(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص٤١٦، د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص٤١٦؛ د. قيس عبد الستار عثمان، المصدر السابق، ص٣٤٩.

(٦) محمد وحيد دحام، الإثبات بشهادة الشهود، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط١، القاهرة، ٢٠١٥، ص١٣١و١٣٢.

كما أن للقاضي أن لا يأخذ بها بالرغم من وجوده في الإضبارة، لأنه قد يستنتج من ظروف القضية وملابساتها، دلائل اخرى يقتنع بها وبالتالي لا يحتاج إلى استنتاج ما يجوز اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة من عدمها فله طرحها أو الأخذ بها، على أن يبين ذلك في محضر الجلسة أو عند إصداره قراره لذا فأنها حجة غير ملزمة[١]، وحتى وان اكمل مبدأ ثبوت بالكتابة بالشهادة او القرائن فانه للقاضي ان لا يقتنع بها بما له من سلطة الترجيح وتقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشكلية[٢].

لذا فإن القاضي غير ملزم باعتبار الورقة المحتج بها مبدأ ثبوت بالكتابة وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن (تقدير ما اذا كانت الورقة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة أو لا تعتبر كذلك هو من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع)[٣].

ثالثاً/ ان حجيته متعدية

إتضح لنا أنه لا يمكن للمحكمة أن تعتمد على مبدأ ثبوت بالكتابة فقط، لانه من قبيل الأدلة الناقصة، الا انه متى عززته أدلة اخرى، فان قوته تضاهي قوة الدليل الكتابي الكامل، وأن ما يثبت به يعتبر ثابت بالنسبة للجميع وعلة ذلك أن المحكمة تعتمد في إثبات الواقعة المدعى بها على اكثر من دليل بعد التحقق منها وتقييمها على اساس سائغ، وهذه الأدلة تكمل بعضها البعض وبالتالي اعتبارها دليلا كاملاً[٤] تتساوى في حجيتها بما يثبت بالدليل الكتابي و القرائن القضائية كون ما يثبت بمقتضاهما حجة على الغير بعكس ما يثبت باليمين والإقرار فان حجتيهما لا تتعدى مؤدي اليمين أو المقر[٥]، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٨) من مجلة الأحكام العدلية (إن البينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة)[٦].

رابعاً/ دلالتها غير قاطعة

أي يمكن إثبات عكس مبدأ الثبوت بالكتابة بدليل أخر، فهو لا يعتبر دليلاً يعفي الخصم من الاثبات كما هو الحال في الاقرار واليمين الحاسمة والقرينة القانونية فيمكن اثبات

---

(١) د. حسين المؤمن، نظرية الإثبات، الشهادة، ج٢، ١٩٥١، ص٢٦.

(٢) المادة (٨٢) من قانون الإثبات العراقي النافذ.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية رقم ٤٧ سنة ٢٩ قضائية جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٦. المشار اليه من قبل د.عبد الحميد الشواربي، الشهادة بدون بيانات نشر، ص٣١٢.

(٤) تحسين حمد سمايل، المصدر السابق، ص٦٤.

(٥) د. عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج٢، بغداد، ١٩٧٢، ص٥١٢.

(٦) سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط ٣، بيروت، ١٩٢٣، ص٥٢.

خلافها بدليل كتابي أخر وقد نصت المادة (٨٠) من القانون الإثبات العراقي (اذا احضر احد الخصمين شهوداً لاثبات دعواه جاز لخصمه أن يحضر شهودا لرد هذه الدعوى)[١].

خامساً/ أنه من أدلة الإثبات المباشرة

لأنها تنصب على الواقعة المدعى بها مباشرة دون أن تعتمد على استنتاجات واستنباطات واقعة أو وقائع اخرى قريبة منها كما في القرائن القضائية، ويجب أن تكون متعلقة بالواقعة المراد اثباتها ومنتجة فيها[٢].

سادساً/ إنه من الأدلة غير المعدة للاثبات مسبقاً

بالرغم من ان القانون يشترط وجود ورقة مكتوبة لكي يقوم مبدأ الثبوت بالكتابة، الا انه لا يعد من الأدلة التي تهيأ مقدماً للاثبات كما في الأدلة الكتابية الكاملة، كالسند الرسمي والورقة العرفية التي تعد مقدما للاثبات مثال ذلك في عقد البيع فان البائع والمشتري قد يتفقا على كتابة عقدهما لتلافي النزاع مستقبلا وفي حالة حصول النزاع فهناك دليل كتابي اعد مقدما ليكون سنداً بينهما. والحالة هذه فإن الدليل الكتابي أصبح دليلاً كاملاً ولا يحتاج الى تعزيز وتكملة حجيته كما في مبدأ ثبوت بالكتابة[٣]، اما بائع المفرد عندما يرسل ورقة يطلب من بائع الجملة ليرسل اليه كمية من بضاعة ما فانه لا يقصد من ذلك أن تقوم مقام الدليل ولا يكون في ذهنه أن يحصل نزاع بينهما ولهذا فان الورقة لم تعد مقدما لكي تنهض دليل اثبات بينهما الا انه من الممكن اعتبار هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة في حالة توفر شروطها عند حصول النزاع بينهما[٤].

---

(١) تقابلها المادة (٦٩) من قانون الإثبات المصري.

(٢) تحسين حمد سمايل، المصدر السابق، ص٦٤.

(٣) د. قيس عبدالستار عثمان، المصدر السابق ، ص٦.

(٤) تحسين حمد سمايل، المصدر السابق، ص٦٤.

المطلب الثاني

نطاق الإثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة

إن بعض القوانين كما بينا جعل الإثبات بالكتابة هو القاعدة، وحجة المشرع في ذلك أن شهادة الشهود عرضة للخطأ وضعف الذاكرة وعدم الدقة، إضافة إلى أنها عرضة للمحاباة والانتقام[١]، ولهذا أصبح الاثبات بالكتابة هو القاعدة وما عداها من الأدلة هي الاستثناء، فيجوز الإثبات بالشهادة في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة وذلك إستثناءً على القاعدة العامة التي تستلزم الاثبات بالكتابة، لأن مبدأ الثبوت بالكتابة يعد ضامناً من الأخطار التي في الاثبات بالبينة[٢].

وللوقوف على تحديد نطاق الاثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة لابد من بيان الحد الفاصل بين الحالات التي يجوز فيها الاثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة من جهة والحالات التي لا يجوز فيها الاثبات به من جهة أخرى، وذلك في فرعين ووفق المنوال الآتي:

الفرع الأول

الحالات التي يجوز فيها الاثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة

أشار الفقه[٣] إلى أن مبدأ الثبوت بالكتابة يكون دليلاً كاملاً في كل ما يجب إثباته بالكتابة، وذلك استثناءاً على قاعدة (عدم جواز الاثبات إلا بالكتابة)، فيكون مبدأ الثبوت بالكتابة دليلاً كاملاً على:

أولاً: تصرف قانوني تزيد قيمته على النصاب المسموح به الاثبات بالشهادة

ثانياً: ما يخالف الكتابة أو يجاوزها

---

(١) د. أشواق عبد الرسول عيد الأمير، المصدر السابق، ص٢٣١ و٢٣٢.

(٢) وزارة العدل، دار الكتاب العربي، مصر، د.س، ص٤٠٦. مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري.

(٣) أنظر على سبيل المثال: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق، ص٤١٦. وأشواق عبد الرسول عبدالأمير، المصدر السابق، ص٢٣٢-٢٣١. د. عبد الحميد الشواربي، المصدر السابق، ص٤١٩. د. قيس عبدالستار عثمان، المصدر السابق، ص١٥.

ثالثاً: الاتفاق بين المتخاصمين

رابعاً: وجوب الاثبات بالكتابة بنص القانون

من هذا المنطلق فإن نطاق اللجوء إلى مبدأ الثبوت بالكتابة في الإثبات يقتصر على المجالات الأتية:

أولاً/ تصرف قانوني تزيد قيمته على النصاب المسموح به الاثبات بالشهادة

يعد التصرف القانوني مصدر مباشر للحق، ويقصد بالتصرفات القانونية، بأنها هي كل ارادة تتجه الى احداث أثر قانوني معين فيرتب القانون عليها هذا الأثر والمثال الرئيسي للتصرفات القانونية هي العقد، وهو عمل ارادي من طرفين تتولد عنه حقوق للمتعاقدين وعليهما[١]، بيد أن دور مبدأ ثبوت بالكتابة يتلاشى من مجال اثبات الوقائع القانونية ، لان الوقائع هي كل حدث أو عمل مادي يرتب القانون عليه آثار معينة، وخاصة في إنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله ومن الأمثلة للوقائع القانونية، واقعة الموت أو الفعل الضار وما شاكل ذلك[٢].

من هنا تظهر أهمية التفرقة بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية من حيث وسائل الإثبات، فالاصل في التصرفات القانونية هو اشتراط اثبات التصرفات القانونية بالكتابة وأمكان إثبات الوقائع القانونية على خلاف ذلك بأية طريقة من طرق الإثبات ولو بمجرد البينة أي الشهادة أو القرائن القضائية أو المعاينة[٣].

فإذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد على المبلغ المحدد قانونا لا يجوز إثباته إلا بالكتابة وأن النصاب المسموح به لإثبات التصرفات القانونية، يختلف من قانون دولة إلى أخرى، وأن قانون الإثبات العراقي لا يسمح الإثبات بالشهادة اذا زادت قيمة التصرف القانوني عن المبلغ المعين وهي خمسون دينار فاذا زادت عن هذه القيمة، فانها تستوجب الإثبات بالكتابة أصلاً[٤]، إلا أن هذا النطاق، لا يمتد الى كل التصرفات القانونية المدنية، فلا يتعد الى المواد التجارية بالنسبة لبعض القوانين المقارنة، فالإثبات في المواد التجارية

---

(١) شه يما حمه كريم حمه سور، المصدر السابق، ص٤٦.

(٢) د. حسين كيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية, النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الاسكندرية، د.س، ص٧٢٥.

(٣) د. حسين كيرة، المصدر السابق، ص٧٢٨.٧٢٩.

(٤) المادة (٧٧) من قانون الإثبات العراقي النافذ.

مطلق فيجوز فيها الإثبات بكافة طرق الإثبات ومن ضمنها شهادة الشهود، إلا أن الوضع يختلف في قانوننا، حيث أن قانون الإثبات، يسري على القضايا المدنية والتجارية على حد سواء وكذلك الحال بالنسبة للاعمال المادية عليه فيجوز الإثبات بمبدأ ثبوت بالكتابة، حتى وان زادت قيمة التصرف القانوني عن النصاب المسموح به، فيما كان يجب اثباته بالكتابة[١].

ومن الجدير بالذكر أن النصاب المحدد لغرض الإثبات زهيد في الواقع العملي، الأمر الذي يؤدي إلى تلاشي دور الشهادة والقرائن القضائية في إثبات التصرفات القانونية، لأنه ليس من مصلحة صاحب الحق اللجوء الى المحكمة اذا كانت قيمة الحق المدعى به لا تتجاوز النصاب المحدد، لاسيما أن اجراءات التقاضي تستغرق زمنا طويلا لا يتناسب مع ما يدعيه، وعلى الرغم من أن المشرع حاول من خلال مبدأ الثبوت بالكتابة أن يسد هذه الثغرة في قانون الإثبات إلى حد بعيد[٢]، ونحن نتفق مع ما ذهب إليه الباحثين حول تعديل المبلغ المحدد في المادة (٧٧) من قانون الإثبات بفقراتها الأربعة والمادة (٧٨) والمادة (٧٩)، ليكون المبلغ المحدد في هذه المواد يتناسب مع قيمة العملة الحالية.

ثانياً/ وجوب الإثبات بالكتابة بنص القانون

اشترطت بعض التشريعات شكلية معينة لإثبات بعض التصرفات القانونية ، مثلا نصت المادة (٧١١) من القانون المدني العراقي على إنه (لا يثبت الصلح الا بالكتابة أو بمحضر رسمي)، يتضح من هذه المادة أن الكتابة شرط لإثبات الصلح، وليس ركناً من أركان العقد.

كذلك الحال في عقد الكفالة، وقد عرف القانون المدني المصري عقد الكفالة في المادة (٧٧٢) بأن (الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بان يتعهد للدائن بان يفي بهذا الالتزام، اذ لم يف به المدين نفسه)، وكذلك عرفها القانون المدني العراقي في المادة (١٠٠٨) بأن (الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام)، وعلى هذا فإن القانون المدني المصري اشترط أن يكون اثبات الكفالة كتابة في المادة (٧٧٣) منه بانه (لا تثبت الكفالة الا بالكتابة، ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الأصلي بالبينة)[٣].

---

(١) تحسين حمد سمايل، المصدر السابق، ص١٤٠.

(٢) شه يما حمه كريم حمه سور، المصدر السابق، ص٤٧.

(٣) لم نجد في القانون المدني العراقي نص يشير الى وجوب اثبات الكفالة كتابةً.

كذلك في التصرفات التي يشترط فيها القانون الكتابة لانعقادها أو باعتبارها ركنا فيها ولازما لقيامها، بل مجرد طريقة لاثباته عند الانكار ولا أثر لها على وجوده، كالعقد الذي تزيد قيمته عن خمسون دينار او كان غير محدد القيمة والذي يجب اثباته بالكتابة وكذلك في التحكيم حيث اشترط قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة (٢٥٢) اثبات الاتفاق على التحكيم بالكتابة ليس باعتباره ركنا لانعقاده بل شرطا لاثباته[١].

وقد أشار قانون الإثبات المصري الى جواز الاثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات التي اشترط القانون بنص خاص على أن لا يكون اثباته إلا بالكتابة، و ذلك في المادة (٦٢) منه على إنه (يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة) وهذه المادة تدل على أن الدليل الكتابي الناقص إذا وجود مبدأ ثبوت بالكتابة فانها تساوي الدليل الكتابي في القوة و النطاق.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فعلى الرغم من أنه اقتصر نطاق الاثبات بهذا المبدأ على حالة واحدة وهي التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن النصاب المحدد الا انه يشمل حالة أثبات التصرف الذي اشترط القانون على أن لا يجوز اثباته الا بالكتابة، لأن المبدأ يقوم مقام الدليل الكتابي الكامل[٢].

ثالثاً/ الاتفاق بين المتخاصمين

قد يتفق الأطراف على أن لا يكون الاثبات في علاقاتهم الا بالكتابة ، وفي هذه الحالة يجب اعمال هذا الاتفاق، مهما كانت قيمة الالتزام، ويبقى مبدأ ثبوت بالكتابة مقبولا في هذه الحالة، اذا اكملت دلالتها، لانه حينئذ يقوم مقام الدليل الكتابي الكامل[٣]، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في حكم لها بأن (لمبدا ثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة في الاثبات متى كملته البيئة، يستوي في ذلك أن يكون الأثبات بالكتابة مشترطا بنص القانون او باتفاق

---

(١) د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص١٤٨؛ د. عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، الموجز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج١، ووزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ١٩٨٠، ص٢٤. وأنظر أيضاً الفقرة الثانية من المادة (٧٧) من قانون الإثبات العراقي ويراجع كذلك المواد (٢٧٩و٢٥١) من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتعديلاته.

(٢) شه يما حمه كريم حمه سور، المصدر السابق، ص٤٨.

(٣) أحمد نشات، المصدر السابق، ص٦٦ وكذلك المحامي محمد فهر شقفة، الإثبات بالبيئة الشخصية في ضوء القانون والفقه والاجتهاد، مطبعة زيد بن ثابت، دمشق، ١٩٨٨، ص٧٩.

الطرفين وعلى ذلك فاذا رفع البائع الدعوى يطلب ثمن اقطان باعها وقدم المشتري للمحكمة ورقة عدها مبدأ ثبوت بالكتابة على التخالص من ثمن تلك الأقطان طالبا تكملته بالبينة فلم يعقد الحكم بهذا الدفاع استنادا الى اتفاق الطرفين على عدم اثبات التخالص بغير الكتابة فإن الحكم يكون قد أخطأ اذا صح اعتبار تلك الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة يجعل التخالص احتمالا لكان للمتمسك بها تكملته بالبينة)[١].

وجاء في قرار لمحكمة تمييز العراق (ان الرسائل المبرزة المعترف بها من المدعى عليه مع الوصولات مبدء ثبوت بالكتابة)[٢].

رابعاً/ ما يخالف الكتابة أو يجاوزها

لا يجوز الاثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب لا يزيد قيمته على خمسن دينارا فيما يخالف او يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي وقد نصت على ذلك المادة (٧٩/ أولاً) من قانون الإثبات فلا يجوز للخصم أن يثبت ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة.

وهذه المادة مبنية على القاعدة العامة في الإثبات التي تقول ما يثبت بدليل فلا يجوز إثبات عكسه إلا بدليل مثله أو أقوى منه[٣]، وكذلك لا يجوز إثبات ما يجاوز ما اشتمل عليه الدليل الكتابي بالشهادة بل يجب اثباته بالكتابة مثاله أن يدعي المدين أن مبلغ الفائدة في سند القرض هو اكثر مما ذكر فيه او كان خالية أصلا من الفائدة فلا يجوز له إثبات مثل هذه الأمور بالشهادة[٤].

وان معنى اثبات ما يخالف الكتابة يختلف عن معنى ما يجاوز الكتابة وان يتحدان في الحكم، فاثبات ما يخالف الكتابة يعني اثبات ما هو ثابت في مضمون السند، فاذا كان السند رسميا لا يجوز إثبات ما يخالفه الا عن طريق الطعن بالتزوير[٥]، أما اذا كان السند عرفي

---

(١) قرار محكمة النقض المصرية رقم ٣٢٢ السنة ٢٣ القضائية، أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً: ١٩٣١ حتى ٣١ ديسمبر ١٩٨١، ص٤٦٤.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق المرقم/٩٥/مدنية منقولة/٨٤-١٩٨٥ في ١٩٨٥/٧/١٨، د. عصمت عبد المجيد، الوجيز في شرح قانون الاثبات، ، ص٢٢٠.

(٣) القاضي حسين خضير الشمري، دور الشهادة في الإثبات المدني، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣، ص١٠٨.

(٤) د. سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، ط١، ١٩٦٦، ص٨٢.

(٥) المادة (٢٢/ أولاً) من قانون الإثبات العراقي.

فأنه لا يجوز اثبات ما يخالفه الا بالكتابة، مثلاً ان يقدم الخصم إثباتاً بأن الثمن المذكور في السند العرفي هو مبلغ غير صحيح، والصحيح هو مبلغ أكبر أو أقل، فإذا كان الخصم هو احد طرفي العقد لم يجز له ذلك إلا بالكتابة[١].

أما إثبات ما يجاوز الكتابة يعني اثبات وقائع لم تذكر في السند العرفي، مثلا ان يتقدم الدائن لاثبات آن الالتزام المكتوب، وهو منجز، علق بعد ذلك على شرط أو مقترنة بأجل، فهذا اثبات لما يجاوز الكتابة أما إذا كان الالتزام قد كتب معلقاً على شرط أو مقترناً بأجل وأراد الدائن أن يثبت أنه التزام منجز، فهذا يكون اثباتا لما يخالف الكتابة، وفي كلتا الحالتين لا يجوز اثباتها إلا بالكتابة حتى ولو كان قيمة النصاب تقل عن النصاب المحدد[٢]. أختلف موقف القوانين في تحديد نطاق مبدأ الثبوت بالكتابة لاثبات ما يخالف الكتابة او ما يجاوزها، نص قانون الإثبات المصري في المادة (٦٢) منه على (يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة)، يتضح من المادة أنه يجوز الاثبات بالشهادة اذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة في جميع حالات الاثبات بالكتابة منها:

إذا كانت قيمة التصرف تجاوزت الحد القانوني وحالة كون المراد اثباته يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي[٣]. أما المشرع العراقي فلم ينص صراحة على ذلك فنصت المادة (٧٨) من قانون الاثبات العراقي على انه يجوز الاثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب تزيد قيمته على خمسين دينارا اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة)، وهذا يعني أن المشرع لم ينص الا على حالة واحدة من حالات مبدأ الثبوت بالكتابة وهي اثبات التصرف القانوني اذا تجاوزت قيمة المبلغ المحدد في القانون[٤]، ومع ذلك ذهبت الآراء[٥] إلى جواز الاثبات بمبدأ ثبوت بالكتابة فيما يجوز الإثبات بالكتابة، أي أن نطاق مبدأ الثبوت بالكتابة يشمل إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها.

---

(١) شه يما حمه كريم حمه سور، المصدر السابق، ص٤٩.

(٢) للتفاصيل في الأمثلة حول الاثبات فيما يخالف الكتابة أو يجاوزها، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص٣٩٩ و٤٠٠.

(٣) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص٤٠٠.

(٤) شه يما حمه كريم حمه مور، المصدر السابق، ص٥٠.

(٥) أنظر على سبيل المثال: د. قيس عبد الستار عثمان، المصدر السابق، ص١٥، ومحمد على الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج٢، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٣، ص٧٥٣. واشواق عبدالرسول عبدالامير، المصدر السابق، ص٢٣١-٢٣٢.

الفرع الثاني

الحالات التي يمنع الاثبات فيها بمبدأ ثبوت بالكتابة

على الرغم من أن مبدأ الثبوت بالكتابة يتمتع بقوة ثبوتية في إثبات ما يجب إثباته بالكتابة على أختلاف موقف القوانين، إلا أنه يفقد قوته في إثبات التصرفات الشكلية و كذلك في حالة اتفاق اطراف العلاقة المدنية على استبعاده كوسيلة لاثبات التصرف، ونوضح كلاً منهما بالشكل الآتي:

أولاً/ إثبات التصرفات الشكلية

إن التصرفات الواقعة على العقار، تعتبر الشكلية ركناً لانعقادها كما في الهبة[١] والرهن التاميني[٢] الواقع على العقار،حيث لا ينعقد التصرف ولا يعتبر صحيحاً إلا بتسجيلها في دائرة التسجيل العقاري[٣].

وبناءً على ذلك فلا يعتد القانون بالتصرف الشكلي بدون الكتابة المقررة قانوناً، وبالتالي لا يجوز اثباتها بمبدأ ثبوت بالكتابة حتى وان تم تعزيزها بالشهادة او القرائن، وذلك لان الشكل ذاته ركن في التصرف ويقع باطلاً كل تصرف قانوني ولو كانت قيمته لا تتجاوز النصاب المسموح به اذا لم يتحقق هذا الركن[٤]، وهذا ما قضت به محكمة استئناف أربيل

---

(١) عرف قانون المدني العراقي الهبة في المادة (١/٦٠١) بان (الهبة هي تمليك مال لاخر بلا عوض) وتقالبها المادة (١/٤٨٦) من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة (١٩٤٨).

(٢) عرف القانون المدني العراقي الرهن التأميني في المادة (١٢٨٥) بان (الرهن التأميني عقد يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في اي يد وتقابها المادة (١٠٣٠) من قانون المدني المصري.

(٣) تنص المادة (٦٠٢) من القانون المدني العراقي بانه (اذا كان الموهوب عقار وجب لانعقاد الهبة ان تسجيل في الدائرة المختصة) تقابلها المادة (٤٨٨) من القانون المدني المصري مع اختلاف في اللفظ اذ جاء فيها (١- تكون الهبة بورقة رسمية والا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد اخر). وكذلك تنص المادة (١٢٧٨) من قانون المدني العراقي بانه (١. لا ينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري...) تقابلها المادة (١٠٣١) من قانون المدني المصري مع اختلاف لفظي اذ جاء فيه (١- لا ينعقد الرهن إلا إذا كان بورقة رسمية).

(٤) د. سليمان مرقس، المصدر السابق، ص١٤٧ أنظر: د. عبدالرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق، ص٤١٥ وكذلك أحمد نشات، المصدر السابق، ص٥٢٤.

بصفتها التمييزية في قرار لها بأنه (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية تقرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق القانون وذلك لأن التصرفات الجارية على العقار بما ذلك البيوعات يجب ان تسجيل في دائرة التسجيل العقاري المختصة وبعكسها لا تنعقد تلك البيوعات وتعتبر باطلة ولا ينعقد ولا يفيد ولا يترك أثر)[١].

وكذلك الامر بالنسبة للتصرفات التي ترد على المركبات، فان النصوص القانونية في قانون المرور العراقي رقم (٨٦) لسنة ٢٠٠٤، تؤكد على ان التسجيل يعد ركناً من اركان عقد بيع المركبات، وان البيع الوارد على المركبات لا ينعقد ولا وجود له أصلاً قبل التسجيل فنصت الفقرة (٧) من القسم (٥) من قانون ادارة المرور العراقي على إنه (لا ينعقد بيع المركبة الا اذا سجل في دائرة التسجيل المختصة واستوفى الشكل المنصوص عليه في الفقرة (٣) من هذا القسم إلا ما استثنى بقانون).

يتضح من النص أعلاه أن التسجيل في القانون العراقي يعد ركناً من أركان عقد بيع المركبات، فهذا العقد من العقود الشكلية التي حدد لها القانون شكلاً معيناً يجب مراعاته لانعقاد العقد، وعليه لا يجوز اثبات ذلك بمبدأ الثبوت الكتابة[٢].

ولابد من الاشارة إلى أن القواعد التي تخص الشكلية تعد من النظام العام، فلا يجوز لأطراف العلاقة المدنية الاتفاق على مخالفتها أو استبعادها ، وعلبه لا يجوز الاثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات الشكلية حتى ولو وجد اتفاق على ذلك[٣].

ثانياً/ الاتفاق على استبعاد العمل بمبدأ الثبوت بالكتابة:

لقد اجاز المشرع الاتفاق على ما يخالف القاعدة القاضية بوجوب الإثبات بالدليل الكتابي عند زيادة قيمة محل التصرف القانوني على مبلغ معين، لذا يجوز لأطراف العلاقة المدنية الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات[٤]، وتطبيقاً لذلك جاء في قرار لمحكمة التمييز في العراق بأنه (لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز صحيح وموافق للقانون وذلك لان

---

(١) قرار محكمة استئناف منطقة أربيل بصفتها التمييزية المرقم ٢٢١/ت/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٩/١٨، غير منشور.

(٢) شه يما حمه كريم حمه سور، المصدر السابق، ص٥٤.

(٣) شه يما حمه كريم حمه سور المصدر السابق، ص٥٤.

(٤) شه يما حمه كريم المصدر سابق، ص٥٤.

المدعى عليه في جلسة المرافعة المؤرخة في ١٩٧٤/١٢/٨ أجاب بأنه لا مانع لديه من الاستماع الى شهادة الشهود الذين ذكرهم...، فيكون المدعى عليه قد تنازل عن حقه بالإثبات بالبينة التحريرية إلى البينة الشخصية وان المحكمة اقتنعت بصحة هذه الشهادات، وان الأشخاص الثلاثة قد أيدوا استلامهم المبالغ من المميز عليه المدعي ولان المذكور حلف يمين الاستظهار المبينة في محضر المرافعة لذا يكون الحكم موافق للقانون)[١].

والاتفاق على استبعاد مبدأ الثبوت بالكتابة قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً، فالقانون لم يشترط شكلاً معيناً للتعبير عن الارادة إلا في الأحوال الاستثنائية فالاتفاق الصريح هو التعبير عن الإرادة بطريقة حسب المألوف بين الناس، كالاتفاق على استبعاد مبدأ ثبوت بالكتابة، أما الاتفاق الضمني فهو الاتفاق الذي يستنتجه القاضي من ظروف الحال كالاتفاق على أن لا يكون الإثبات إلا بالدليل الكتابي الكامل[٢]، وفي حالة اتفاق الطرفين على استبعاد مبدأ ثبوت بالكتابة والشهادة والقرائن والاتفاق على ان لا يكون إثبات التصرف القانوني بينهما الا بالدليل الكتابي الكامل، لا يجوز إثبات التصرف القانوني بمبدأ ثبوت بالكتابة ولو عزز بالشهادة أو القرائن لأن اتفاقهم يعتبر صحيحاً قانوناً وغير مخالف للنظام العام[٣].

---

(١) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم ٨٥٤/مدنية ثالثة/١٩٧٥ في ١٩٧٥/٩/٥، مجموعة الأحكام العدلية، ع٢، السنة السابعة، ١٩٧٦، ص٨٧.

(٢) شه يما حمه كريم حمه سور، المصدر السابق، ص٥٥.

(٣) أحمد نشأت، المصدر السابق، ص٦٠٦، والمحامي محمد فهر شفقة، المصدر السابق، ص٧٩.

المبحث الثالث

دور القاضي في إكمال حجية مبدأ الثبوت بالكتابة ورقابة المحكمة عليها

من خلال هذا المبحث، سنسلط الضوء على الدور الايجابي للقاضي في تقدير الأدلة وإكمال حجيته اذا كان الدليل من الأدلة الناقصة، كمبدأ ثبوت بالكتابة، وهل أن المحكمة ملزمة من تلقاء نفسها باستكماله بالشهادة أو بالقرائن القضائية أم ذلك يخضع لسلطتها التقديرية حسب مقتضيات الدعوى المنظورة امامها؟ أم أن ذلك رهين باثارته من الخصم؟ ونتناول ذلك خلال مطلبين:

المطلب الأول: مدى دور القاضي في إكمال حجية مبدأ الثبوت بالكتابة.

المطلب الثاني: رقابة المحكمة على مبدأ الثبوت بالكتابة.

المطلب الأول

مدى دور القاضي في إكمال حجية مبدأ الثبوت بالكتابة

إن المشرع العراقي أخذ بمذهب الأثبات المختلط والذي يمنح القاضي مزيداً من الإيجابية في إدارته للدعوى، وإلزامه بطرق إثبات محددة قانوناً، وهذا بالتأكيد يستدعي عدم الأخذ بنظام الإثبات الحر، لأنه لا يساعد على استقرار التعامل ولا يجب التطرف في الأخذ بنظام الإثبات المقيد،لأنه يساعد على قيام مفارقة بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية وإنما يتطلب الأخذ بالنظام المختلط (نظام توفيقي) الذي يجمع بين التقييد والحرية، وهو لا شك انه يجمع بين استقرار التعامل بما احتواه من قيود وبين اقتراب الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية بما يفسح فيه للقاضي من حرية التقدير[1].

---

(١) د. محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقة الاسلامي والأنظمة الوضعية، عمادة شؤون المكتبات، الرياض، ١٩٨٨، ص١٢٠.

وهكذا فقد سعى المشرع العراقي إلى إتاحة الفرصة للقاضي في السعي الذاتي الموصل الى الحكم الصحيح وممارسة دور فاعل وإيجابي في نطاق إثبات الحقوق[١]، بل وصل الأمر إلى أنه جعل من أهداف قانون الإثبات العراقي النافذ، إلزامه بتحري الوقائع لاستكمال قناعته[٢].

وإن الأمثلة على الدور الإيجابي للقاضي كثيرة ولذلك سنذكر منها:

للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي الدعوى تكليف الطرف الآخر بتقديم الدفتر أو السند الموجود في حيازته أو تحت تصرفه الذي يتعلق بموضوع الدعوى متى كان ذلك ضروريا لضمان حسن الفصل فيها[٣]، إذ أن مبدأ الزام الخصم بنقديم الدفاتر والمستندات التي تحت يده هو من المبادئ المستقرة في الإثبات المدني، وهذا هو الأستثناء إذ الأصل ان الخصم لا يجبر على تقديم المستندات التي تحت يده ضد نفسه لمصلحة خصمه[٤]. كذلك للمحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصوم أن تستجوب من ترى موجبا لأستجوابه من اطراف الدعوى[٥].

كما للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والشطب والتحشية وغير ذلك من العيوب المادية في السند من اسقاط قيمته في الإثبات أو انقاص هذه القيمة على أن تدلل على صحة وجود العيب في قرارها بشكل واضح[٦].

ومن مظاهر هذا الدور ايضا، للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم، أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو تندب لذلك أحد قضاتها لمعاينته[٧]، إذ

---

(١) د. آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص٦٤ و٦٥.

(٢) أنظر المادتين (١ و٢) من قانون الإثبات العراقي المادة (١) توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة بما يكفل التطبيق السليم لاحكام القانون وصولا الي الحكم العادل في القضية المتطورة. المادة (٢) الزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته.

(٣) أنظر المادة (٥٣/ أولاً) من قانون الإثبات العراقي.

(٤) د. آدم وهيب النداوي، إلزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، التي تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، ع١٢، س١٩٨١، ص٢٢١.

(٥) أنظر المادة (١٧) من قانون الإثبات العراقي.

(٦) أنظر المادة (٣٥/ ثانياً) من قانون الإثبات العراقي.

(٧) أنظر المادة (١٢٥) من قانون الإثبات العراقي.

أثبتت التطبيقات القضائية أن انتقال المحكمة لمحل الأشياء المادية المتنازع بأمرها كثيراً ما تصل بذلك الى الحقيقة وذلك في وقت تعجز فيه المستندات المقدمة للمحكمة عن وصف المدعى به أو وصفها بصورة صحيحة[١].

وكذلك يتمثل الدور الإيجابي للقاضي في مجال الخبرة، إذ رأت المحكمة أن الاستعانة بالخبراء ضرورية للبت في الدعوى والوصول الى الحكم العادل فيها[٢]، إذا ما عرضت أمور تخرج عن نقاط وظيفتها كالأمور الفنية والعلمية وغيرها.

ورأي الخبير هذا غير ملزم للمحكمة، إذ للمحكمة أن تتخذ من تقرير الخبير سبباً لحكمها[٣].

أما في مجال القرائن، فقد أشار المشرع العراقي بصورة صريحة إلى أن للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية[٤]، هذا بلا شك يمثل قمة الدور الإيجابي الذي منحه المشرع للقاضي، حيث لم يشأ أن يجعل القاضي رهين النصوص القانونية، وذلك لمواكبة التطورات التي لم تشهدها شتى مجالات الحياة[٥].

ومن الأمثلة الأخرى على الدور الإيجابي للقاضي، أن للمحكمة من تلقاء نفسها أن تستدعي للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة متى رأت في ذلك فائدة للوصول الى الحقيقة[٦]، وهذه السلطة التي منحها المشرع العراقي والمتمثلة بحق الإثبات بشهادة الشهود في سبيل كشف الحقيقة، لا نجد لها مكاناً في حالة وجود دليل من الأدلة الملزمة كالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين في الدعوى، وإنما يكون مجال أعمال هذه السلطة في حالة وجود دليل ناقص، عندها القاضي يكمل الدليل الناقص بشهادة الشهود[٧]، وهنا يكون للقاضي مطلق الحرية في الأخذ أو عدم

---

(١) د. محمد علي الصوري، المصدر السابق، ص١٢٢.

(٢) أنظر المادة (١٣٩/ ثالثاً) من قانون الإثبات العراقي.

(٣) أنظر المادة (١٤٠/ ثانياً) من قانون الإثبات العراقي.

(٤) أنظر المادة (١٤٠) من قانون الإثبات العراقي.

(٥) د. أوان عبدالله الفيضي، المصدر السابق، ص١٤٣.

(٦) أنظر المادة ٨١ من قانون الإثبات العراقي.

(٧) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، ط١، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بغداد،١٩٧٦، ص٤٠٣.

الأخذ بشهادة الشهود الذين لا يطمئن إليهم، متى كان اعتقاد القاضي بعدم صحة أقوالهم قائماً على أسباب مسوغة[١].

للقاضي أيضاً استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة من تلقاء نفسه باليمين المتممة واليمين وسيلة عدل تسير الدليل ولا تقييده وتقوى أحد طرفي الدعوى وتعفي الخصم من الإثبات، واليمين في الغالب من حق القضاء لما للمحكمة من حق الرقابة عليها واقرار صيغتها وتعديلها وتؤدي أمامها، وللمحكمة ان ترفض توجيهها اذا كان الخصم متعسفاً بطلبها[٢].

وعلى الرغم من الأدوار الإيجابية للقاضي، ألا أن المشرع قد قيد من حرية القاضي في الأثبات ومنها منعت القاضي من أن يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة[٣]. كما لم يجيز الشهادة في اثبات التصرف القانوني اذا كانت قيمته تزيد على خمسين ديناراً ومنعت المادة (٧٩) من قانون الإثبات العراقي، قبول الشهادة، فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.

وبذلك يتضح كيف أن المشرع العراقي أخذ بمبدأ الإثبات المختلط، فسمح للقاضي بأن يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، محققاً قدر الأمكان النزعة الى العدالة دون افراط بمبدأ استقرار المعاملات[٤].

إذن القاضي لم يعد بمثابة مشاهد صامت في المنازعات القضائية ليس له دور سوى الحكم فيها، بل أصبح يشارك بشكل فعال في عملية الإثبات مع اطراف الدعوى من أجل الوصول الحكم العادل الذي يحقق به استقرار المجتمع[٥]. وأن مبدأ الثبوت بالكتابة منفرداً يعد عديم الجدوى كدليل القانوني إذا لم يتم استكماله بالشهادة أو القرائن القضائية أو باليمين المتممة[٦]، ولا يتحقق هذا الاستكمال إلا بمنح القاضي سلطة تقديرية.

---

(١) د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات،ج١، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٧٢، ص٥٥١.

(٢) د. محمد عبداللطيف، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ج٢، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٧٢، ص٤٩.

(٣) أنظر المادة (٨) من قانون الإثبات العراقي.

(٤) د. عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، ص٢٩.

(٥) نجلاء توفيق نجيب فليح، عبء الإثبات في المواد المدنية، اطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، ١٩٨٨، ص١٣٢.

(٦) د. قيس عبدالستار، المصدر السابق، ص٣٣ .

المطلب الثاني

رقابة المحكمة على مبدأ الثبوت بالكتابة

يعد مبدأ الثبوت بالكتابة أحد أدلة الإثبات، اذ تحققت شروطه المذكورة سابقاً، وان المحكمة تمارس رقابتها على الادلة التي تقدم في الدعوى المعروضة امامها فاذا ما قدم احد طرفي الخصومة ورقة استند عليها، فلمحكمة سلطة في تقدير قيمتها، وذلك لاعتبارها سنداً كاملاً أو اعتباره مبدأ الثبوت بالكتابة إلا أن محكمة الموضوع لا تمارس وحدها هذه الرقابة، بل تشاركها في ذلك محكمة التمييز أيضاً، وهذا ما سنوضحه في الفرعيين الآتيين:

الفرع الأول

رقابة محكمة الموضوع على مبدأ ثبوت بالكتابة

إستقر الفقة والقضاء، على ان محكمة الموضوع تستقل في تقدير وقائع الدعوى تأسيساً على مبدأ حرية القاضي في الاقتناع[١].

وعليه فالمحكمة ليست ملزمة بتكملة مبدأ الثبوت بالكتابة بالشهادة اذا رأت ان هناك قرائن قضائية تكفى لتكوين قناعتها بصحة الحق المدعى به، وعندئذ تكون هذه القرائن هي التي اكملت مبدأ الثبوت بالكتابة، اما اذا رأت المحكمة سماع الشهود أستكمالاً لمبدأ الثبوت بالكتابة، فهي اما تقتنع بشهادتهم، وعندئذ تكون الواقعة المدعى بها ثابتة، وأما ان لا تقتنع فتصبح الواقعة غير ثابتة وبالتالي لا يكون لمبدأ الثبوت بالكتابة أي أثر قانوني في مجال الإثبات[٢].

وقد قضت محكمة التمييز في العراق بأنه (وجد ان اتجاه المحكمة الى سماع البينة الشخصية (الشهادة) بعد وجود مبدأ الثبوت بالكتابة صحيح، لذلك يصبح الحكم الصادر بالمبلغ الذي تضمنه الاعلام موافقاً للقانون فقرر تصديقه)[٣].

---

(١) د. أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، مكتبة الاشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، دون سنة نشر، ص١٧.

(٢) د. قيس عبدالستار عثمان، المصدر السابق، ص٢٠.١٩.

(٣) قرار محكمة التمييز في العراق المرقم ٣٢٠ المؤرخ في ١٩٥٩/٩/٢٩ مشار إليه: عبد العزيز السهيل، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، ج٢، بغداد، ١٩٦٣، ص١٦٩.

ويجوز كذلك للمحكمة استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة باليمين المتممة من تلقاء نفسها بدلاً من استكماله بالشهادة أو القرائن القضائية وذلك استناداً الى نص المادة (١٢٠) من قانون الإثبات العراقي التي نصت على إنه (للمحكمة ان توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل لتبنى بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى، او في قيمة ما تحكم به).

في النهاية على القاضي ان يبني قناعته في تقدير الورقة على ضوء الادلة المطروحة امامه وان تكون هذه الادلة مشروعة، ولم يتم الحصول عليها بطريقة غير مشروعة، كما عليه ان يكون تقديره لهذا الاحتمال او عدمه مقاما على اسباب سائغة ومنتجة عقلاً وإلا يكون حكمه خاضعاً لرقابة محكمة التمييز وموجباً للنقض[١].

أما بالنسبة للقانون المصري فان قاضي الموضوع لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما دام تقديره له ما يبرره ولا يخرج عما تتحمله أقوالهم. وتقدير أقوال الشهود على العموم من حق محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها ما دام الحكم مبنياً على أسباب سائغة عقلاً[٢].

الفرع الثاني

رقابة محكمة التمييز على مبدأ الثبوت بالكتابة

إن وجود محكمة عليا كـ(محكمة التمييز) والتي يتمثل دورها في الإشراف على توحيد تفسير القوانين وتطبيقه هو ضروري لا مناص منه، ورقابة محكمة التمييز على مبدأ الثبوت بالكتابة تكون على نوعين هما:

أولاً/ الرقابة المباشرة لمحكمة التمييز

تنصب رقابة محكمة التمييز على شرطين لمبدأ الثبوت بالكتابة وهما وجود ورقة مكتوبة أولاً وصدور الورقة من الخصم أو ممن يمثله ثانياً.

فالنسبة للشرط الأول فلكي يوجد مبدأ ثبوت بالكتابة فلابد من وجود ورقة محررة مكتوبة ويجوز ان يستخلص من ورقة واحدة أو عدة أوراق، وعندما قدرت محكمة الموضوع

---

(١) د. امين مصطفى محمد، المصدر السابق، ص٢٧ ومحمد علي الصوري، المصدر السابق، ص٧٦٠.

(٢) القاضي حسين خضير الشمري، المصدر السابق، ص١٣٣.

ان الورقة المبرزة في الدعوى تعد مبدأ ثبوت بالكتابة فان تقديرها يكون خاضعاً لرقابة محكمة التمييز مباشرة، لأنها تعتبر من المسائل القانونية التي تستقل بها محكمة التمييز[١]، وفي ذلك قضت محكمة استئناف منطقة اربيل بصفتها التمييزية في حكم لها بأنه (لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ولذلك كان على المحكمة التحقق من الورقة المبرزة من قبل المميز (المدعى) الذي ابرزها قبل اداء المميز عليه (المدعى عليه) اليمين الحاسمة، فاذا ثبت عائدية الخط للمدعى عليه (المميز عليه) فتعتبر الورقة كمبدأ ثبوت بالكتابة ومن ثم ربطها بقرار قانوني، لكل ما تقدم تقرر نقض الحكم المميز واعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها على المنوال اعلاه...)[٢].

أما بالنسبة للشرط الثاني وهو صدور الكتابة من الخصم أو ممن يمثله، اذ ان من اصول الإثبات المعروفة، انه ينبغي ان يكون الدليل الذي يحتج به الخصم صادراً من المطلوب الإثبات ضده أو ممن يمثله، ليتمكن من الاحتجاج به في مواجهة خصمه[٣]، وتعد الورقة الصادرة من الخصم أو ممن يمثله، الركن الجوهري لمبدأ ثبوت بالكتابة وهذه المسألة من مسائل القانون[٤] لانه يترتب على ذلك ما اذا كان الدليل القانوني للاثبات قد وجد أم لا[٥]، وأن علة هذا الشرط من مسائل القانون، هي مسألة الخصومة اذ يجب ان يكون المدعي الذي يصدر عنه الورقة أو ممن يمثله خصماً له، حتى تنعقد الخصومة في الدعوى التي تقوم على طرفين مدعي ومدعى عليه وهذه الصفة مطلوبة حتى تقبل دعواه وخصومته، وفي ذلك جاء قرار لمحكمة تمييز العراق بأنه (... كان المقتضى من المحكمة ابتداء البت فيما اذا كانت خصومة المدعى متوجهة ضد المدعى عليهما أو أحدهما ذلك لان الخصومة من حق القانون استناداً الى الفقرة الاولى من المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية[٦].

واستناداً الى أحكام المادة (٨٠) من قانون المرافعات المدنية التي تنص على إنه (١- إذ كانت الخصومة غير متوجهة تحكم المحكمة ولو من تلقاء نفسها برد الدعوى دون

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المصدر السابق، ص٤٣٥.

(٢) قرار محكمة استئناف منطقة أربيل بصفتها التمييزية المرقم ١٩٧/ ت/٢٠٠٢ غير منشور، سنة ٢٠٠٢.

(٣) أحمد نشأت، المصدر السابق، ص٦٦٦.

(٤) د. أوان فيضي عبدالله، المصدر السابق، ص٣٦.

(٥) أحمد نشأت، المصدر السابق، ص٦٦٦.

(٦) د. آدم وهيب النداوي، المصدر السابق، ص١٨٧.

الدخول في أساسها...) وهذا ما يجعل ان يخضع الشرط الثاني لمبدأ الثبوت بالكتابة لرقابة محكمة التمييز مباشرة[1].

ثانياً/ الرقابة غير المباشرة لمحكمة التمييز

المقصود من هذه الرقابة، ان محكمة التمييز تمارس رقابتها بصورة غير مباشرة على اعمال محكمة الموضوع حول تقدير قيمة الورقة في انها تجعل من الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال من عدمها. وعلى الرغم من ان هذه المسالة تعتبر ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، الا ان محكمة التمييز لا تمارس رقابتها على ما يكون للقاضي من رأي حول النتيجة التي انتهى اليها بالنسبة للوقائع وانما تمارس رقابتها على طريقة تكوين هذا الرأي أو الاساس الذي يقوم عليه بصورة غير مباشرة، لان اعمال سلطة القاضي لابد ان يستند الى اسباب تبرره، وهذه الأسباب التي استندت اليها محكمة الموضوع حول الكيفية التي تبنى عليها رأيها ويجب أن تكون صحيحة ومستساغة في حدود ما يطرح عليها من طعن من قبل الخصم.

(١) تحسين حمد سمايل، المصدر السابق، ص١٤٨.

الخاتمة

بعد الانتهاء من كتابة هذا البحث توصلنا الى جملة من الاستنتاجات والتوصيات وهي كما يلي:

أولاً: الاستنتاجات

١- إن تسمية مبدأ الثبوت بالكتابة، تسمية غير دقيقة، والأفضل تسمية "بداية الثبوت بالكتابة" بحيث تنسجم مع المفهوم اللغوي لمبدأ الثبوت بالكتابة، وكذلك مع الترجمة الصحيحة لهذا المصطلح المقتبس.

٢- لم ينص المشرع العراقي وبعض القوانين المقارنة على صدور الكتابة من ممثل الخصم بخلاف قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

٣- ان معنى الكتابة واسع وبذلك يشمل كل كتابة صادرة من الخصم أياً كانت شكلها وبذلك يجب ان يتسع ليشمل البريد الالكتروني والفاكس ووسائل الاتصالات الاخرى.

٤- ان مبدأ الثبوت بالكتابة يعد استثناءاً على القاعدة العامة المتضمنة (عدم جواز الاثبات بالكتابة) ويترتب عليه عدم جواز التوسع فيه او القياس عليه.

٥- لمبدأ الثبوت بالكتابة قوة ثبوتية أسوة بالدليل الكتابي في الاحوال التي يجوز فيها الاثبات به، اذا كان معززاً بالشهادة أو القرائن القضائية او باليمين المتتمة، ولا يجوز الإثبات بمبدأ الثبوت بالكتابة في التصرفات الشكلية وفي الأتفاق على استبعاده.

٦- ان مسألة قرب الحق المدعى به مسألة يقدرها قاضي الموضوع ويخضع لرقابة محكمة التمييز في القانون العراقي على خلاف موقف القانون المصري.

٧- للقاضي من تلقاء نفسه سلطة تقدير في استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بالشهادة أو بالقرائن القضائية او اليمين المتممة بما له من حرية في تكوين قناعته.

ثانياً: التوصيات

١- نوصي المشرع العراقي أن يقوم بتعديل نص المادة (٧٨) من قانون الإثبات العراقي وذلك بتبديل عبارة (مبدأ ثبوت بالكتابة) وجعلها (بداية الثبوت بالكتابة) للأسباب التي أوردناها في ثنايا البحث.

٢- إضافة عبارة (أو من ممثله بعد كلمة الخصم) الى نص المادة (٧٨) من قانون الإثبات العراقي لجعل النص أكثر وضوحاً وشمولاً.

٣- عدم تكرار عبارة (التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب تزيد قيمته على خمسة الاف دينار) وان يستبدلها بـ(ما كان يجب اثباته بالكتابة) كما فعل المشرع المصري. لتكون الصيغة النهائية لنص المادة أعلاه وفقا للاقتراحات السابقة كالآتي: (يجوز الاثبات بالشهادة في التصرفات القانونية إذا وجدت بداية للثبوت بالكتابة، وهي كل كتابة تصدر من الخصم أو من يمثله و يكون من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال)

٤- ضرورة تنظيم هذا الموضوع ضمن باب مستقل ونصوص قانونية منفصلة في قانون الإثبات العراقي وليس كما هو وارد حالياً في مادة قانونية واحدة وضمن دليل الشهادة، لأن هذا المبدأ يستوعب معظم أدلة الإثبات لا الشهادة وحدها.

٥- توسيع السلطة التقديرية للقاضي في تقييم مبدأ الثبوت بالكتابة وذلك بالنص على ذلك في قانون الاثبات.

٦- ضرورة تعديل المادة (٧٧) من قانون الإثبات بخصوص زيادة المبلغ الوارد فيها (المبلغ الذي يكون إثباته بدليل غير كتابي) حسب التغييرات الحاصلة في قيمة العملة الوطنية.

٧- عدم تقصير الإثبات بهذا المبدأ في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتهاعن النصاب القانوني المحدد لإثبات التصرف القانوني وشمولها كافة التصرفات القانونية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً/ الكتب السماوية

- القران الكريم.

ثانياً/ كتب اللغة والشريعة:

١- ابن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ط ٤، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٥.

٢- أبو عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (تفسير القرطبي)، ج ١٩، مكتبة الصفا ومكتبة السلام الجديدة، المملكة المغربية، ٢٠٠٥.

ثالثاً/ الكتب القانونية

١- د. أحمد أبو الوفا،الاثبات في المواد المدنية والتجارية،دار الجامعية للطباع والنشر ،بيروت، ١٩٨٣.

٢- د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج١، دار الفكر العربي بالقاهرة، ١٩٧٢.

٣- د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج١، ط١، مكتبة العلم للجميع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥.

٤- د. ادريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المغربي، ج٨، مطبعة الرباط ، ١٩٦١.

٥- د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، بدون بيانات نشر، بغداد، ١٩٨٦.

٦- د. أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، مكتبة الاشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، دون سنة نشر.

٧- د. اوان عبدالله الفيضي، مبدأ الثبوت القانوني، دار الكتب القانونية، جامعة الموصل، ٢٠١٢.

٨- د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،٢٠٠٣.

٩- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة اللالتزامات، جامعة المستنصرية، بغداد سنة ١٩٧٦.

١٠- د.حسين المؤمن ، نظرية الإثبات ، الشهادة ، ج ٢ ، سنة ١٩٥١.

١١- القاضي حسين خضير الشمري، دور الشهادة في الإثبات المدني، ط ١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٣.

١٢- د. حسين كيرة، المدخل إلى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.س.

١٣- د. رزق الله أنطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ط ٥، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٢.

١٤- د. سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، د . ش، بغداد، ١٩٦٦.

١٥- سليم رستم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط ٣، بيروت، ١٩٢٣.

١٦- د. سليمان مرقس،أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية،ج ٢،ط ٤،دون دار نشر،١٩٨٦.

١٧- د. سمير عبد السيد تنأغو، النظرية العامة في الإثبات، كلية الحقوق جامعة الاسكندرية،١٩٩٧.

١٨- د. عباس العبودي، أحكام قانون الإثبات المدني العراقي، بدون بيانات نشر، ١٩٩١.

١٩- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط ٢، دار الكتب والوثائق، ١٩٩٧.

٢٠- د. عبد الحميد الشواربي، الإثبات بشهادة الشهود، منقاة المعارف، الإسكندرية- مصر، ١٩٩٦، ص٢٨٧.

٢١- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ٢، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٠.

٢٢- د. عبد الباقي البكري والاستاذ محمد طه البشير، الموجز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج ١، ووزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ١٩٨٠، ص ٢٤.

٢٣- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج ٢، بغداد، ١٩٧٢.

٢٤- د. عبد العزيز السهيل، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، ج ٢، بغداد، ١٩٦٣.

٢٥- المحامي عبدالمنعم حسني، ج٢، ط١، مركز حسني للدراسات القانونية، مصر، ١٩٨٦.

٢٦- د. عبد المنعم فرج المعدة، الإثبات في المواد المدنية، ط ٢، القاهرة، ١٩٥٥.

٢٧- د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الأثبات، طبعة فريدة ومنقحة، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.

٢٨- د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الإثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧.

٢٩- د. قيس عبد الستار عثمان، القرائن القضائية ودورها في الاثبات، مطبعة الشفق، بغداد، ١٩٧٥.

٣٠- د. قيس عبد الستار عثمان، شروط مبدأ الثبوت بالكتابة، بدون بيانات النشر، بلا سنة طبع.

٣١- د. محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت. لبنان،٢٠٠٣.

٣٢- د. محمد عبد اللطيف، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ج ٢، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٧٢.

٣٣- د. محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، ج ٢، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٣.

٣٤- د. محمد علي الصوري، التعليق على مواد قانون الإثبات، ج ٣، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٣.

٣٥- المحامي محمد فهر شفقة، الاثبات بالبينة الشخصية في ضوء القانون والفقه والاجتهاد، مطبعة زيد ن ثابت، دمشق، سوريا، ١٩٨٨.

٣٦- د. محمد وحيد دحام، الإثبات بشهادة الشهود، المركز القومي للاصدارات القانونية، ط ١، القاهرة، ٢٠١٥.

٣٧- د. محمد يحيى مطر، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، ١٩٨٧.

٣٨- د. محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الإثبات في الفقه الاسلامي والأنظمة الوضعية عمادة شؤون المكتبات، الرياض،١٩٨٨.

٣٩- د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٤.

الرسائل والاطاريح:

١- د. آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة بغداد، ١٩٧٩.

٢- آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، ط ١، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٦.

٣- تحسين حمد سمايل، الأدلة الناقصة ودور القاضي المدني في إكمال حجيتها القانونية، دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة السليمانية، ٢٠٠٩.

٤- حسين عبدالقادر معروف، فكرة الشكلية وتطبيقاتها في العقود، أطروحة دكتوراه قدمت إلى كلية القانون. جامعة بغداد، ٢٠٠٤.

٥- شه يما حمه كريم حمه سور، دور مبدأ الثبوت بالكتابة في الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة السليمانية، ٢٠١٦.

٦- نجلاء توفيق نجيب فليح، عبء الإثبات في المواد المدنية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، جامعة الموصل، ١٩٨٨.

المجلات:

١- د. آدم وهيب النداوي، نطاق إلزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، التي تصدرها جمعية القانون المقارن العراقية، عدد ١٢، سنة ١٩٨١.

٢- أشواق عبد الرسول، مبدأ الثبوت بالكتابة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد الخامس، العدد الثاني، ٢٠٠٧.

القرارات التمييزية:

أولاً: قرارات محكمة النقض المصرية

١- النقض ١٩٥٧، الطعن رقم ٣٢٢ السنة ٢٣ القضائية، أنور طلبة، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما: ١٩٣١ حتى ٣١ ديسمبر ١٩٨١.

٢- النقض رقم ٤٧ سنة ٢٩ قضائية جلسة ٢٦/١٢/١٩٦٣ المشار اليه من قبل د. عبدالحميد الشواربي، الشهادة، بدون بيانات نشر.

ثانياً: قرارات محكمة التمييز في العراق

١- قرار رقم ٨٥٤ مدنية ثالثة / ١٩٧٥ في ٥/٩/١٩٧٥، مجموعة الأحكام العدلية، ع٢، السنة السابعة، ١٩٧٦.

٢- القرار التمييزي المرقم ٢٣٤ مدنية ثالثة / ١٩٧٥ في ٣١/٨/١٩٧٥، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثالث.

٣- القرار التمييزي (٢٩٥- هيئة عامة اولى- ١٩٧٥) في ٢٥/١٠/١٩٧٥، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، السنة السادسة ١٩٧٥.

٤- القرار التمييزي المرقم/ ٥٧٢/ مدنية رابعة ١٩٧٧ في ١٦/٣/١٩٧٧، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، ١٩٧٧.

٥- قرار المحكمة التمييز العراقية، رقم ٥٢٥/حقوقية/١٩٨٠ في ٥/٤/١٩٨٠، مجموعة الأحكام العدلية، العدد ٢، السنة، ١٩٨٠.

ثالثاً: قرارات محكمة تمييز إقليم كوردستان

١- قرار رقم ٧٤٢/ الهيئة المدنية/ ٢٠١٨ ، مختارات تمييزية لقضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان، قسم الإثبات، الجزء الأول، إعداد عبد الجبار عزيز، ٢٠٢١، أربيل.

٢- قرار رقم ٥٠٩/الهيئة المدنية/ ٢٠١٨، مختارات تمييزية لقضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان، قسم الإثبات، الجزء الأول، إعداد عبد الجبار عزيز، ٢٠٢١، أربيل.

٣- قرار رقم ٤٢٩/الهيئة المدنية/ ٢٠١٨ في ٢٠١٨/٦/٣، غير منشور، محكمة بداءة دهوك، العدد ٢١٩/ب/٢٠١٧.

القوانين:

١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

٢- قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.

٣- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، المعدل.

٤- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧١، المعدل.

٥- قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، المعدل.