مجلس القضاء لأقليم كوردستان

رئاسة محكمة إستئناف منطقة السليمانية

((ألتمسك بالمانع الأدبي لأثبات التصرفات القانونية))

دراسة في ضوء التطبيقات القضائية

المقدمة من قبل القاضى سؤران عمر عزيز محوي

كجزء من متطلبات الترقية من الصنف

الثاني الى الأول من أصناف القضاة

باشراف القاضي الأستاذ طه عمر رشيد

٢٠٢٤ ــ ٢٠٢٥

بِسمِـ اللّٰهِ الرَّحمَنِ الرَّحيمِـ

﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّمِنَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالقِسطِ وَلاَ يَجرِ مَنَّكُم شَنَئَانُ قَومٍ عَلَى أَلاَّ تَعدِلُواْ اعدِلُوا هُوَ أَقرَبُ لِلتَّقوَى وَاتَّقُواْ اللّهَ إِنَّ اللّهَ خَبِيرُ بِمَا تَعمَلُونَ (8) ﴾

سورة المائدة الآية

شكر وتقدير

اقدم شكري وتقديري إلى الأستاذ القاضي (طه عمر رشيد) الذي أشرف على هذا البحث... وأشكر جميع زملائي الذين ساعدونى في إتمام هذا البحث بآرائهم القيمة إعطاء المشورة وتوفير الكتب والمصادر القانونية الذي سهل كتابة البحث.

الاهداء

- الى الذينِ ربياني صغيرا – هما والي والدتي .
- والى زوجتى و اولادي و اخواتي .
- والى الذينَ لايدخرون جهدا لتحقيق العدل بين الناس.

اهدى هذا البحث

توصية المشرف

خلال إشرافي على البحث المعد من قبل القاضي السيد (سوران عمر عزيز محوى) تحت عنوان (التمسك بالمانع الادبى لآثبات التصرفات القانونىه) كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من اصناف القضاء، حيث وجدته انه اجتهد في الدراسة والمتابعة واتبع طرق البحث العلمية أخذ بتوصياتي وتوجيهاتى، وكان موفقاً في اختيار موضوع البحث لان للصلح الجزائي في الوقت الحاضر اهمية كبيرة في حسم قضايا المعروضة امام القضاء، ويكون بحثه يتسم بالموضوعية والعلمية رضينة وأبدى الباحث راية القانوني مع مبرراتيه المقنعة وقد ينتفع به القضاة والعاملين في مجال القانون ويملأ جزاءاً من الثغرة الموجودة في المكتبة القانونية، والمعنيين الرجوع اليه عند الحاجة، فأتمني أن ينال البحث القبول والرشاء من قبل السادة رئيس و أعضاء لجنة المناقشة واتمنى له النجاح في مسيرته العلمية والقضائية.

مع التقدير

المشرف

القاضي الأول / الدكتور

طه عمر رشيد

التأريخ/ / / 2025

((ألتمسك بالمانع الأدبي لأثبات التصرفات القانونية))

دراسة في ضوء التطبيقات القضائية

فهرست

الموضوع	الصفحة
المقدمة	8-7
- المبحث الأول:- ماهية ألمانع الأدبي.	28-9
- المطلب الأول:- مفهوم ألمانع الأدبي.	12-11
-الفرع الأول/ تعريف ألمانع الأدبي.	14-13
-الفرع الثاني/ شروط التمسك بالمانع الأدبي.	18-15
- المطلب الثاني:- تمييز ألمانع الأدبي عما يشتبه به من الموانع.	24-19
-الفرع الأول/ تمييز ألمانع الأدبي عن ألمانع المادي.	26-25
-الفرع الثاني/ تمييز ألمانع الأدبي عن حالات الاثبات بالشهادة.	28-26
- المبحث الثاني:- أثر التمسك بالمانع الأدبي ودور القاضي المدني فيه.	37-29
- المطلب الأول:- ألمانع الأدبي والتقادم.	34-31
- المطلب الثاني:- دور القاضي المدني فى الأخذ بالمانع الأدبي من عدمه.	37-35
* الخاتمة	40-38
المصادر	42-41

* المقدمة:-

عند امعان النظر في متون وأحكام القانون المدني وقانون الأثبات ، إن المشرع وضمن فحوى (م١) من قانون الأثبات خول المشرع القاضي المدني {تطبيق السليم لأمكان القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة} لذا فأن جزءاً من المدخل الرئيسي للقاضي لوصول الى الحكم العادل في القضية المطروحة أمامه وهوقيامه بتحري الوقائع لأستكمال قناعته وتمسكه بتفسير متطورلأحكام القانون هو المحور الرئيسي والمركزي الذي تعالجه حكم المادة (١٨) من قانون. الأثبات التي تنص على:- ((يجوز أن يثبت بجميع طرق الأثبات ماكان يجب إثباته بالكتابة في الحالتين)):-

١/ أذا فقد السند الكتابي بسبب لادخل لأرادة صاحبه فيه .

٢/ أذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي.

إن المشرع قد أحدث هذا الأستثناء في الأصل، "أي فقدان السند أو وجود المانع المادي أوالأدبي" والباعث الرئيسي للمشرع عند تشريع هذا النص هو لوصول القاضي الى حكم عادل في القضية المنظورة ،عليه فأن إختياري لهذا الموضوع لمدار بحثي هذا قد رسخت في ذهني عند ممارستي لتطبيق القانون وما إستجدت لدى عند نظري للدعاوى المنظورة من قبلي كقاضي المدني و قناعتى الكامل والتام بأهمية المانع الأدبي في القضاء،وحسم الدعاوى والمواضيع مداربحث الدعاوى والتي تشارما بين أطرافها لأثبات الأدعاء ومن هنا يأتي دور القاضي فى قبول الأثبات إستناداً للمانع الأدبي من عدمه وحيث ان هيكلية البحث تتضمن المقدمه والمبحثيين الاول فى ماهية المانع الادبى وركزنا فيه على مفهومه وتمييزه عما يشبه به فى المطلبين وفى المبحث الثانى بحثناعن أثر التمسك بالمانع الادبى ودورالقاضى المدنى فيه وقسمن المبحث الى المطلبين الاول للمانع الادبى والتقادم والثانى لدورالقاضى فى ألاخذ بالمانع الادبى من عدمه وختمنا البحث بخاتمه وقدمنا أهم الأستنتاجات والاقتراحات لذا علينا شرح وجيزلمشكلة البحث ومنهجية البحث والهدف من البحث.

*مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث فى ان موضوع المانع الأدبى ،موضوع متعددة الجوانب،أذيتعلق بالعلاقات الاسريه والصداقه،وكذلك يتعلق بأخذ أوعدم الأخذ به،استنادا" الى بعض قواعد موضوعيه وكذلك أستنادا" الى رأى القاضى فى تصوروجود المانع الأدبى من عدمه وهذه الجوانب يشكل مشكله أثناء رؤية الدعوى.

*منهجية البحث:

أتبعنا فى دراسة موضوع البحث منهج البحث الوصفى،الذى يصف الظواهروالمفاهيم وفق حقيقتها العلميه،كما أخذنا بالمنهج التحليلى ومنهج المقارن وركزنا على عرض المشكله المانع الادبى وتبيين موقف القانون أزاءها سواء" القانون العراقى او السورى او الاردنى او المصرى.

*الهدف من البحث:

نهدف من هذا البحث مايلى:

*دراسة المانع الادبى والعملى وتحديد مفهومها على حده

*كيفية الأخذ بالمانع الادبى من قبل القاضى أثناء رؤية الدعوى

*تحليل البنود والمواد المتعلقه بتنظيم المانع الادبى فى قانون الاثبات

عليه سوف نبداء بموضوع بحثنا هذا توكلاً على رب العامين.

المبحث الأول:-

ماهية المانع الأدبي

{إبتداءً علينا تعريف كلمة "الأدب" من الناحية اللغوية، حيث تعني معنى تأدب الشخص بأداب القرآن الكريم، تعني أنه سار علي نهجه ولكن مصطلح الأدب يتم إطلاقه على عملية تهذيب النفس و تعليمها وقد يكون معناها ما يجب على صاحب المجال المعين تعلمه أو مهنة محددة مثل القاضي ما يجب على الكاتب تعلمه}[1]

ما معنى المانع في القرآن: {المانع هو الأسم السابع والسبعون من أسماء الله الحسنى وهو يعنى الذي يمنعك من كل ما يؤذيك وإن المانع هو مايلزم؟؟ ماذا يعني إنتفاء المناع؟ والمانع هو إسم الفاعل الحائل بين شيئين وهو الكف عن الشيء والمانع هو مايلزم من وجوده العدم ولايلزم من عدمه وجود ولا عدم لذتهِ}[2]

فإن المانع الأدبي بينه المشرع العراقي وفق ما جاء في (م١٨) من ق. الأثبات النافذ وعند التعمق في هذا النص ومن ثم مقارنته مع التطبيقات القضائية {فأن المانع تقديره ومدى ونطاق تطبيقه مناط بتقدير المحكمة وقاضيها وهو لايقتصر فقط على الأقارب للدرجة الرابعة بل كما أسلفت يترك تقدير ذلك للمحكمة وحسب الصلة قد يكون أم الزوجة أو الزوج لعمة أو زوج الخالة}[3].
لذا فأن ماهية المانع الأدبي تأتي من تعريفه الا وهو عائق غير مادي يعتمد ويستند الى أعتبارات نفسية أو أدبية أو إجتماعية تمنع الشحص أو المدعي من تقديم البنية الشخصية (الشهادة) أو دليل معين الذي ألزم القانون وجوده في بعض التصرفات القانونية والأصرارعلى مايخالف هذا المانع

---

[1] https://artic.n17za.com

[2] https:ar.wikipedia.org

[3] قرار رئاسة أستئناف بغداد الرضافة الأتحادية العدد (198 لسنة 2009) الهيئة التمييزية الأولى.

بغية الحصول على دليل كتابي ضمن وجود روابط الأجتماعية أو الأسرية حيث تجعل من غير المناسب تقديم الشهادة أو دليل قد يؤثر سلباً على هذهِ العلاقات.وهناك تعريف أخر

عليه أضحى المشرع في ترسيخ هذهِ العلاقة بالدليل المعتبر قانوناً لأثبات التصرفات القانونية وذلك تحت ستار وجود المانع الأدبي بين طرفي المخاصمة، فأن حالات قبول المانع الأدبي لايجوز الأتساع فيه ولكن مع ذلك فأن حالات المانع الأدبي غير محصورة ومناط بتقدير وتكيف صلاحيات المحكمة وعلي سبيل المثال لا الحصر: {يعد مانعاً أدبياً القرابة بين الزوجين أو مابين ألاصول والفروع أو مابين الحواشي الى الدرجة الثالثة أو مابين أحد الزوجين وأبوي الزوج الأخر أو بين الحطيب وخطيبة وهي تجعل الدليل لم يكن جائزاً الأثبات به محلاً للأثبات به ومن ذلك شهادة الأصول للفروع والفروع للأصول وبشهادة الأخ لأخيه أو....}[1]

والمانع الادبى فى القانون المدنى العراقى يعرف { بانه ظرف او علاقه خاصه بين الدائن والمدين تجعل من غير المناسب اوغير اللائق ان يطلب الدائن من المدين كتابة سندبالتصرف كالعلاقات الاسريه اوعلاقة الثقه الخاصه وانالمانع الادبى استثناء" على القاعده العامه المنصوص عليها فى الماده{٧٧}من قانون الاثبات العراقى المرقم {١٠٧لسنة ١٩٧٩} التى تقرر"لايجوز الاثبات بالبينه فيما يخالف او يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى الا اذا وجد مانع ادبى او مادى حال دون الحصول على دليل كتابى" وان محكمة التمييز العراقيه اكدت مفهوم المانع الادبى فى العديد من قراراتها منها:-{قرار محكمة تمييز الاتحاديه المرقم ١٨١/هيئة مدنيه/٢٠٠٩ فى ٢٠٠٩/٥/٢٥ كون علاقة القرابه،القرينه بين الطرفين يعد مانعا"ادبيا" يحول دون تنظيم سند كتابى ويجوز معه الاثبات بالبينه الشخصيه}.

أما المانع الأدبي في القانون المصري يعرف {بأنه عائق غير مادي يستند الى أعتبارات نفسية أو أدبية أو إجتماعية تمنع الشخص من تقديم شهادة أو دليل معين الذي أوجبه القانون وجوده في بعض التصرفات القانونية وهذا المانع يتعلق بالروابط الأجتماعية أو الأسرية التي تجعل من غير المناسب تقديم شهادة أو دليل قد يؤثر سلباً على هذهِ العلاقات}[2]

ومن هنا علينا الدخول في المطلب الأول لبحثنا هذا ألا وهو مفهوم المانع الأدبي بوجه العام:-

---

[1] alazhar:edu.ps

[2] https://law.uokwfa.edu.iq

* المطلب الأول:-

مفهوم المانع الأدبي

{يعد المانع أدبياً إذا كانت الظروف التي تم فيها التعاقد أو الصلات التي كانت تربط المتعاقدين وقت التعاقد لم تسمح من الناحية الأدبية لأحد المتعاقدين بأقضاء كتابة من المتعاقد الأخر}[1] بناءً على هذا المفهوم تكون الأستحالة في هذهِ الحالة إستحالة باطنية أو نفسية لا إستحالة مادية أو خارجية كما في الموانع المادية لذا فأن تقديرهذهِ الحالة من الأستحالة أكثر صعوبةً من تقدير الأستحالة الناشئة عن الموانع المادية وهي كظروف على القاضي والمحكمة أن يتحرى عليه ويستنبط من الظروف المحيطه بالمتعاقدين وفي نفس المتعاقد لكي تقتنع المحكمة و القاضي بأن المتعاقد قد أبلغ حداً كان من المستحيل أدبياً أن يستحصل على دليل كتابي من المتعاقد الأخر لا سيما إن الحالة النفسية يختلف من شخص الى شخصٍ آخر وإن هذا المانع لايمكن ضبطه من خلال قواعد أو ضوابط معينة ثابته لتحديد المانع الأدبي في نفس الشخص المتعاقد وأن هذهِ المسألة هي مسألة موضوعية بحيث لا يخضع القاضي في تحديدها الى رقابة محكمة التمييز ومن {هذهِ الأسباب التي أعتبرتها الحاكم في احوال كثيرة من ضمن المواقع الأدبية، وجود صلة نسب بين المتعاقدين أو صلة زوجية أو مصاهرة أو عقد خطبة}[2].

وبهذا الصدد قضت محكمة إستئناف مصر بأنه {يتعبر من الموانع الأدبية التي تمنع من الأستحصال على كتابة ظرف الخطبة الحاصل أمام المدعوين و لا سيما إذا كان للخاطب علاقة نسب بالمخطوبة أو وكالة مجانية (2) أو صلة الطبيب بمريضه(3) أو الخادم بسيده(4)}[3]

ومن جهة أخرى وجود نفوذ كبير وشاسع لأحد المتعاقدين بين أهله وعشيرته يجعل من المستحيل على من يتعاقدون معه أن يطلبوا منه كتابة على إن الأحكام لم تعتبر هذهِ الأسباب في ذاتها موانع أدبية بل أعتبرتها كذلك بعد أن ثبت لديها من ظروف الدعاوي أنه هذهِ الأسباب كان من شانها فعلاً في تلك الظروف أن تجعل من المستحيل أدبياً إقتضاء وإكتساب المتعاقد كتابة من المتعاقد الأخر ومن جهة أخرى فأن المانع الأدبي ومن مفهومه وحسب ما جاء في شرائح مجموع على

---

[1] قواعد تفييد الأدلة ولإطلاقها في طرق الأثبات، 1974، الدكتور سليمان مرقر.

[2] الأحوال المشار إليها ط7 ج1 بنذة 421 ص642، السفهوري في الوسيط.

[3] محكمة نقض المصري المرقم 1917/23 وإستئناف مختلط 1929/28و 1928/15.

ذلك في فرنسا إنه {ليس من الظروري أن تكون إستحالة مطلقة مادية بل يكفي أن تكون هناك إستحالة نسبية أدبية}[1]

وتارة أخري فأن مفهوم المانع الأدبي هو ما يخالف القاعدة الأصلية و الأساسية وهي وجود الدليل الكتابي لأثبات التصرفات القانونية لذا فأن {ماتوكل به القاضي في تقديره الموضوعي لا عقب عليه لمحكمة التقض وحيث يميل القضاء الى التوسع في الموانع الأدبية ويساعد الموانع الأدبية في توسيع الى الحد البعيد الثغرة في قاعدة الدليل الكتابي ويؤدي بالقاضي الى تحديد ماهو المانع الأدبي وما يتكاثر عليه من الموانع الأدبية والزوجية والقرابة وعلاقة الخدمة والعرف في بعض المهن}[2].

وعند أمعان النظر كأيطار العام للمانع الأدبي فهناك تخبط فيما يتعلق بماهية المانع الأدبي ومن ثم التداخل لمفهوم هذا المانع وعند تأويل الموسع لتعريف المانع الأدبي فأن القاريء والباحث بمقدوره الأطلاع علي مفهوم ومن ثم تحديد ماهية المانع الأدبي.

ولكن حسب التقسيم المتبع لخطة البحث هذهِ علينا الأن التطرق الى الفرع الأول لبحثنا هذا من الفرع الأول ألا هو (تعريف المانع الأدبي) من خلال المطلب الأول وهو (مفهوم المانع الأدبي).

[1] بودرى تعدات رقم 2621 أوبرى ج12ط765 و لونيه جزء أول 173، القضاء الشرائح.

[2] التعليق الموضوعي على ق. الأثبات، دكتور عبدالحميد الشواربي، مجمعون على ذلك في فرنسا، المحامي بالنتقب.

* الفرع الأول/

تعريف المانع الأدبي.

المانع الأدبي عبارة عن العائق الأجتماعي أو الأسري أو اشخصي مجتمعاً تحت عبارة الحالة النفسية للمتعاقد تجاه المتعاقد الأخر الأ وهو عبارة عن وجود الأحترام الشاسع وغير المحدود للمتعاقد المقابل أو عبارة عن وجود حرج الحاد لمقابل لكبر سنه أو لمركزه الأجتماعي أو ما ألى ذلك من الوقائع والحالات النفسية للمتعاقد الذي لم يتمكن إستحصال على دليل كتابي.

وبهذا الصدد من الممكن القول بأن وجود الثقة المتناهية والهائيلة بين المتعاقدين يلزم الأطراف بعدم المطالبة أو أخذ دليل كتابي بما يثبت حقوقهم مستقبلاً لاسيما كما أسلفنا بأن جانب من هذهِ الثقة ينبع من الأعتبارات الشخصية والأنسانية وتنحرج تحت مسمى المانع الأدبي و {إن السبب الشخص الذي يحول دون القيام بأجراء نص عليه القانون لأثبات أمراً فهناك أعتبارات معنوية في حياة الأنسان تمنعه من إستحصال دليل كتابي بالتصرف القانوني}[1].

وبهذا الصدد يوشير قرار محكمة التمييز الاتحاديه برقم{٢٣٥/هيئة مدنيه/٢٠١٢} "بان علاقة الزوجه بين الطرفين يعتبر مانعا" ادبيا" مشروعا" ويجوز معه سماع البينه لاثبات الدين" وفى قرارتمييزى اخرلاقليم كوردستان برقم{٥٩٣/الهيئة المدنيه الاولى/٢٠٠٧ فى ١١/٢٥ /٢٠٠٧} "المحكمه يجب ان تتحقق من طبيعة العلاقه مثل علاقة حب او علاقة خاصه فاذا ثبت انها تمنع من طلب الكتابه اعتبر ذلك مانعا" ادبيا" واجيزالاثبات بالشهود"

ومن جانب آخر فأن المانع الأدبي {يبنى على أعتبارات باطنية نفسية تقوم في ذهن المتعاقد وقت إبرام التصرف تجعله في ظروف تحول بينه وبين الحصول على كتابة من المتعاقد الأخر وهذهِ الظروف ناشئة عن الحالات المتينة والعلاقات الحميمة التي تربط بين المتعاقدين بحيث بلغت حداً كان يستحيل معه أدبياً على المتعاقد أن يأخذ كتابه ممن يتعاقد معه ولما كان هذا الأثر نفسياً مداه يختلف من شخص لأخر وبالتالي يصعب وضع معيار محدود له أو قواعد وضوابط لما يعتبر مانعاً أدبياً}[2]

---

[1] شرح قانون الأثبات مع ملحق متن قانون الأثبات، دكتور عصمت عبدالمجيد بكر، طبعة/2، 2007.

[2] قواعد الأثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، د. علي أحمد الجراح، قاضي.

من هنا نصل الى أن تعريف المانع الأدبي في عالم القانون والفقه القانوني واسع النطاق ويختلف من حيث التعبير حسب رأي ما يدلى بهذا التعريف لاسيما إن الدعوى هي مجرد الأدعاء دون الحياة إذ لم يكن لمن يدعي هذا الأدعاء بيان أدلة قانونية معتبرة لأثبات إدعائه لذا فأن الدعوى دون الأثبات عبارة عن الجسد دون وجود الروح والحياة فيه لذا فأن إقامة الدليل أمام القضاء وهو معنى الروح الذي نقصده وبيناه بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية تترب آثارها عليه فأن {الحق موضوع التقاضي يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند إليه حيث إن الدليل هو قوام الحق مقصد النفع فيه}[1]

والجديد يذكر أن ما ينص عليه (١٨) من قانون الأثبات العراقي والتي تقابلها في القانون الكويتي (م٧٦) من قانون المرافقات والتجارية الكويتي وماتعادلتها (م٤٢) من قانون احوال المحاكمات المدنية اللبناني تقبل البينة الشخصية في حال قيام المانع الأدبي!!

[1] الدكتور عبدالرزاق السنهوري الوسيط في شرح قانون المدني، ص13.

* الفرع الثاني/

شروط التمسك بالمانع الأدبي

عند أمعان النظر في محتوى (م١٨) من ق. الأثبات التي تنص على (يجوز أن يثبت بجيمع طرق الأثبات ماكان يجب أثباته بالكتابة في الحالتين:-

أولاً: إذا فقد السند الكتابي بسبب لادخل لأرادة صاحبه فيه.

ثانياً: أذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابى)[1].

حيث تقابل هذه المادة في القانون المدني (م٤٩١) و (٣٩١) مدني ليبي و (١٣٤) مدني فرنسي وعلي الباحث أوأحد أعضاء البيت القضائي أن يطلع وبعمق وبمجهر الدقة وتفسير المتطور للوصول إلى العدل والحقيقة عليه أن يبين في ذهنه ما يثبت بالشهادة في التصرفات القانونية والوقائع الأخرى فأن الوقائع المادية سواءً كانت الواقعه بفعل الأنسان أم بفعل الطبيعة يجوز إثباتها بالشهادة وعلاوةً عن ذلك فأن القانون والشارع العراقى وتحديدا" ضمن احكام {م٧٧} من قانون الاثبات قد حددت لنا حالات الاثبات بالشهاده فمثلا"...التصرف القانوني الذي محله أقل من (٧٥٠٠) سبعة الاف وخمسمائة ديناراً أو ان يتفق الطرفان بمحض إرادتهما على تحديد طريقة الأثبات بالشهادة مع كون التصرف غير جائز إثباته إلا بالسند كتابي، وأيضاً في حالة فقد السند الكتابي بسبب خارج عن أرادة صاحبه، حيث مع ذلك فأن مبداء ثبوت بالكتابة الصادر من الخصم يجوز أيضاً إثباته بالشهادة وإن القانون والشارع العراقى بحد ذاته ولمصلحة طرف المذعن والضعيف في عقد الأذعان كعقد العمل فان الشارع ووفقا" للقانون شرع ذلك الجهه من جواز إثبات التصرفات المتاتيه من قانون العمل بالشهادة مهما بلغ محل التصرف القانوني ومن هذهِ المقدمة الوجيزة وبالتالى يمكننا أن نستنبط شروط التمسك بالمانع الأدبي وإن هذا الحق مناط باطراف التصرف التعاقدي فأن شروط التمسك بالمانع الأدبي وبشكل العام إبتداءً هوترسخ و توفر التالى:

(1) الحالة التي تمنع الطرف المتعاقد من الحصول على الدليل الكتابي من خصمه حيث نذكره لاحقا وهي نذكرها لاحقاً.

[1] ق. الأثبات العراقي المرقم 107 لسنة 197ترسخ و9.

(2) بروز و ظهور نزاع قضائي والمطالبة القضائية بين الخصمين المتنازعين.

(3) إثارة هذا المانع من قبل الطرف المثار لهذا الأدعاء أو هذا الدفع أي هذا الحق وجوب بيانه متعلق ومناط بأطراف الدعوى وليس القضاء.

(4) وعند إثارة هذا المانع يجب أن يكون شروط توفر المانع الأدبي مستمراً وقت إنشاء الألتزام أي إستمرارية العرف الثابت الذي أدى الى بروز هذا المانع وإستمراريته.

اذا" المانع الادبى فى القانون المدنى العراقى هو حاله استثنائيه يسمح فيها بالخروج عند مبداء الكتابه فى الاثبات وهو معتمد فقها" و قضاء"حيث ان محكمة التميزطبقت وبانتظام بما تتعلق بعلاقات القرابه او الثقه الخاصه،وعلى سبيل المثال لا الحصرحيث نص قرارمحكمة التمييز الاتحاديه برقم{١٨٢٦/اثبات/٢٠٠٦ فى٨/اب/٢٠٠٦}وبالتالى فان فحوى القرار تنص على: {عدم تحقق المانع الادبى بعد الطلاق كون العلاقه الزوجيه انتهت بالطلاق وبالتالى لايوجد مانع ادبى وبما انه لايوجد سند كتابى يمنح المدعى حق اثبات دعواه بالبينه او اليمين الحاسمه والا يخسر الدعوى.}

وإن كل ماذكرأعلاه فيكون ترك الأمر متروك لتقدير القاضي وله الحرية واسعة وغير خاضعة لرقابة محكمة التمييز أو النقض إذا بين في حكمه أسباب قبوله لاسيما هناك رأي شاسع من خلال تدقيق نص (م١٨) من ق. الأثبات حيث عند التطرق الى فحوى المادة {فلم تذكر حالة ما على سبيل التخصيص ولم تضع قيوداً أو شروطاً للمانع الأدبي وأنها ورد نصها مطلقاً وعاماً ويدل هذا على إن المشرع ترك تقدير المانع الأدبي لقاضي الموضوع بحسب ما تبين له من ظروف المعاملة وأحوالها}[1].

أي تختلف في كل دعوى حسب ظروفها فيكون المانع مادياً يكون أدبياً أيضاً وقد قيل إنه ليس من الضروري ان تكون هناك إستحالة مطلقة مادية بل يكف أن نكون هناك أستحالة نسبية أدبية ويختلف كل واقعة عن واقعة أخري حيث جاء بقرار محكمة التقض المصرية {المرقم 98-المحاماة س15 ث209 في 953/1/23})من إن {أعتبار القرابة المدعاة أو علاقة الزوجية مانعة من المطالبة بالكتابة أو غير مانعة هي من الأمور الموضوعية التي تختلف بحسب ظروف كل دعوى على حدتها وقضاء محكمة الموضوع في ذلك غير خاضع رقابة محكمة التقض}

[1] المؤمن، ص554، أحكام الألتزام، حسن على زنون، والمؤشرف ص162، التعليف المقارن على مواد قانون الأثبات، المحامي محمد على الحريري.

أي لم يحدد الشارع أي نوع من شروط المانع الأدبي حصراً بل يشترط على قاضى الموضوع ان يسبب فى حكمه قبول المانع من عدمه مما تؤدي إلى نتيجة عقلانية أي يجب أن يثبت من ظروف الدعوى إن الأسباب التي أوردتها محكمة الموضوع كان من شأنها أن تؤدي عقلاً في ذلك الظروف الى إستحالة إقتضاء كتابه بين المتعاقدين.

والجدير بالذكر فأن وجود ((الحياء أو الخجل أو لاحشيمه أواللياقة و المجاملة أو حراجة الموقف)) لاتكفي لقيام المانع الأدبي من إقتضاء الدليل الكتابي ووجود العلاقنية فيما بين الشريكين لاتعتبر من الموانع الأدبية من حصول على الدليل الكتابي بل على العكس فأن المانع الأدبي يقوم على الأعتبارات الشخصية بخلاف المانع المادي فهو مانع موضوعي فأن تقدير كيفية تحديد ماهو مانع الأدبي وماعكس المانع الأدبي يفد شرطاُ موضوعياً للقاضي لتمسك بما عرض أمامه من المانع الأدبي.

ومن هناك علينا أن تتخذ موقفاً على بعض من الحالات الشاسعة والشائعة المبرزة والمتكررة في القضاء حول حالات المانع الأدبي على سبيل المثال لاالحصر:-

ومن التطبيقات العلمية التي ترد للموانع الأدبية وتحول دون الحصول على الكتابة هي:-

* صلة الزوجية والأرقاب:- فيصح أن تكون العلاقة بين الزوجين و الأقارب مانعاً ادبياً يحول دون الحصول على دليل كتابي، حيث كنص المادة (٤٩١) الذي (الملغاة)- إذا كان العقد مبرما" بين الزوجين أو مابين الأصول والفروع أو مابين الحواشي الى الدرجة الرابعة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الأخر، حيث مقابل هذهِ المادة فأن (57م) من ق. السوري على إنه (يعتبر مانعاً أدبياً بين الزوجين أو احد الزوجين وأبوي الزوج الأخر).

وحسب ظروف الدعوي على القاضي تقيم الأسباب التي تعتبر موانع أدبية فمثلاً علاقة الطبيب مع مرضاه وصيلة الخادم بسيده ومجانية الوكالة والمساكنة والمركز الأجتماعي.

* ولكن علاقة المحامي بموكله لايتعبر مانعاً أدبياً أو علاقة الشركاء فيما بينهم فهناك بعض حالات العرف والعادة في المجتمع يقضي بعدم الحصول على دليل الكتابي فمثلاً ماجاء بقرار محكمة التمييز عابدين {إن أجور السيارة وتسليم الآلات الى الحداد لأصلاحها ليست مما يقتضى العرف على رابطها بسندات ولذا فيجوز أثباتها بشهادة الشهود وتسليم القماش إلى الخياط- لخياطته ورفع السيارة وإيوائهِ الپارك دون أخذ الأيصال بذلك}[1].

[1] قرار محكمة عابدين في مصر، مجلة المحاماة، ص31، ص827، حاشية رقم (1)

وهناك قرارات قضائية بعدد ماذكرناه أعلاه فمثلاً جاء فى قرارمحكمة نقض المصري المرقم 23 ديسمبر 1917 بأن { وفي حالة إن الوكيل بلا أجر أشياء سلمها إليه الموكل وكانت أزيد من ألف قرش جاز للموكل أن يثبت تسليمها أليه بالبينة لأن مجانية الوكالة تكون مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي}[1].

وبصدد علاقة الطبيب مع مريضة قضت محكمة السوري بعدد 1911 أول مايو/ مختلط مارس 28 1929 حيث إن {من الموانع الأدبية العلاقات بين الطبيب ومريضه وبين المحامي ووكيله بلاأجر وبين السيد خادمه}[2] وهناك قرار من محكمة إستئناف مصر {بأن صلة الخادم بسيده وطول خدمته عنده تعتبر من الموانع الأدبية التي تمنع قانوناً من الحصول على سند كتابي} و{إن علاقة المعتوق بأولاد سيده تمنعه من أخذ كتابة منهم أو رفع دعوى عيلهم لحفظ حقوقه}[3].

عليه فأن المسك بكيفية تحديد شروط المانع الأدبي أمرٌ محقق واقع على عاتق القضاء المناط به الدعوى، حيث إن المانع الأدبي يعتبر أدبياً إذا كانت الظروف التي تم فيها التعاقد أو الصلات التي كانت تربط المتعاقدين وقت التعاقد لم تسمح من الناحية الأدبية لأحد المتعاقدين بأقتضاء كتابة من المتعاقد الأخر لاسيما إن جوهر أمر القاضي هو كيفية بيان الأستحالة التي نشاءت من باطنها وترسخت من فجوتها المانع الأدبي و {تكون الأستحالة في هذهِ الحالة إستحالة باطنية أو نفسية لا أستحالة مادية أو خارجية كما في المواقع المادية ولذلك يكون تقديرها أكثر صعوبة من تقدير الأستحالة الناشئة عن الموانع المادية، إذ يقتضى ترى أثر الظروف المحيطه بالتعاقد في نفس المتعاقد لأمكان القول بأنه بلغ حداً كان يستحيل معه أدبياً على المتعاقد أن يأخذ كتابة ممن تعاقد معه}[4].

---

[1] قرار نقض المصري 23/ ديسمبر 1917.

[2] قرار محكمة نقض السوري 1911، أول. مايو–28/مارس–19129.

[3] قرار إستئناف مصر، 15–فبراير 1928.

[4] قواعد تفيد الأدبلة وأطلاقها في طرق الأثبات، د. سليمان المرقد.

* المطلب الثاني/

تمييز المانع الأدبي عما يشتبه به من الموانع

سلفاً وبأختصار تطرقنا الى المانع الأدبي لذا فأن البحث و قراءة المانع المادي ومقارنته مع المانع الأدبي يبرز لنا وجه التمييز مابين المانعين علينا إبتداء الشروع في الكلام على المانع المادي.

أعطت القانون صلاحيات واسعة للقاضي وله الدور الأيجابي ق. الإثبات {فوسع من سلطة في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون}[1].

من هنا على القاضي السعي بالبحث حول ما يثارمن الموانع الوصول الى التطبيق السليم لأحكام القانون لقضاء الدعوى المعروض أمامه وفق القانون بما في ذلك بينان وتحديد المانع المادي و الأدبي وفق نظرية العامة للأثبات التي تعتبر هذهِ النظرية روح القانون.

فى البدايه على القاضي بغية الوصول الى الحكم الراشد والسليم أن يخطوا الخطوات التالية:-

* إبتداءً دراسة الدعوى من خلال لائحة الدعوى بأمعان و التعمق بغية...

* تحديد نقاط النزاع المطروح أمامه و المدعى به من قبل المدعي ومصدر المنشاء له هو (الحق) المدعى به ومن خلال بدء تحديد هذهِ النقاط نصل الى.

* ماهو متصل بالوقائع المادية من نقاط النزاع وما هو المتصل بالوقائع القانونية من نقاط النزاع المطروح وفق الدعوى.

وبعد ذلك يتم تثبت الوقائع بكلا طرفيه من الوقائع حيث يأتي دور القاضي الى كيفية تكيف الدعوى وتطبيق النصوص القانونية على تلك الوقائع من ثم إصدار القرار وفق الأدلة المطروحة مسبباً الأسانيد القانونية في قراره والجديد بالذكر{على القاضي أن يكون قراره واضحاً ومنضماً وحاسماً. وعلينا ذكر ماهو أدلة الأثبات التي يلتجاء إليها القاضي في الدعوى هناك حزمة من أدلة المباشرة وحزمةٍ أخرى من الأدلة الغير المباشرة، الأدلة المباشرة وهي {الكتابة والشهادة والخبرة و المعانية} أما الأدلية الغير المباشرة وهي {القرائن و الأقرارو اليمين}[2].

فأن الواقعة المادية سواءً كانت بأرادة الشخص أم خارج إرادته هي أمرُ يحدث فترتب عليه آثار قانونية لاسيما إن هذهِ الواقعة بفعل الطبيعة لادخل لأرادة الشخص في حدوثه كالولادة والوفاة

---

[1] ق. الأثبات، 117 لسنة 1979.

[2] دور القاضي في إثبات الدعوي المرينة، المحامي والقاضي احمد عزيز جايد الخيون.

والفيضان و البراكين التي تجعل تنفيذ الألتزام مستحيلاً أما الواقعة المادية بفعل الأنسان كالأفعال الضارة ووقع اليه على شيء معين {فيجوز إثبات هذهِ الواقعة بالشهادة مهما بلغت قيمة الضررأو آثار الناتجة عنها لأن الشخص لايتصور حدوثه حتى يتهيأ له الأدلة الكتابية لأثباتها مسبقا" ومستقبلا"}[1]

فمثلاً هناك حالات على سبيل المثال لا الحصر لوقائع المادية يتعذرمعها تنظيم أدلة كتابية لأثبات التصرف فمثلاً حالات الأضطرابات الطبيعية أوالسياسية أوحالات وجودالحريق أو ما إلى ذلك.؟!

إن تقدير الوقائع المادية مناط تقديره بالقاضي الذي يطرح أمامه الدعوى وهو الذي يقدر ما أذا كانت الظروف التي إنعقد فيها التصرف تحول دون الحصول على سند كتابي أولاً تحول دون ذلك متى كانت ذلك لأسباب سائغة فبهذا الصدد فأن القرارالتمييزي الصادر من محكمة التميز العراقى المرقم{٥٩فى٩٦٠/١/٣١}حيث ينص{إن المميز متمسك بدفع وجود مانع مادي حال دون الحصول على الدليل الكتابي فكان على المحكمة التحقيق عما إذا كان في المحل الذي تسلم المدعى به فيه من يستطيع كتابة السند أولاً فأن ظهر لها وجود من يستطيع الكتابة فعليها منح المدعى انذاك حق تحليف المدعى عليه اليمين القانوني فأن أمتنع عن تحليفها تصدر قرار برد الدعوى}[2].

{لاسيما إن المانع سواءً مانعاً مادياً أم أدبياً هو المانع النسبي أو العارض الذي لايكون ملازماً لطبيعة الواقعة المراد أثبتها بل طارئاً عليها بسبب الظروف التي إنعقد فيها التصرف القانوني}[3].

ومن جهة أخرى فأن المانع المادي وتعريفه يختلف بأختلاف من يقوم بهذا التعريف وحسب مما ينطق به ويعيبر به حيث عرفه المحامي محمد على الصوري بأن المانع المادي {بأنه أستحالة الكتابية ترجع الى طبيعة الواقعة أو ظروف التصرف القانوني التي حالت دون الحصول على الدليل غير أن إيراد هذا التعريف لايعني عن ضرب بعض الأمثلة وبيان بعض التطبيقات التى أخذ فيها بوجود هذا المانع}[4].

---

[1] دور القاضي في إثبات الدعوي المرينة، المحامي والقاضي احمد عزيز جايد الخيون.

[2] قرار محكمة التمييز حقوقه 59 في 960/1/31 نقل سلمان بيات القضائي المدني العراقي.

[3] ص157، التقليد المقارن على مواد، قانون الأثبات، المحامي محمد على الصوري.

[4] ص159، نفس المصدر السابق.

ومن ضرب تلك أمثيلة العملية المتكررة مثل {الوديعة الأضطرارية والتي يقوم بها المودع في ظروف إضطرارية يخشى معها خطرداهم على الشيء ويمتنع عليه الحصول على كتابة بشأنها ولكن يستفيد المودع من حكم الأستئناف يجب أن يقيم الدليل أولاً على وقوع الظرف الملجيء الى الأيداع وإضطراره الى هذا الأيداع}.

وهناك عديد وأعداد كثيرة من قرارات التمييزية بصدد المانع المادي مثلاً القرارالصادرمن محكمة التميزالعراقى المرقم{٣٩٢/حقوقيه فى١٩٦٠/١/٣١} حيث تنص على{إن المميز متمسك بوجود المانع المادس حال دون الحصول على الديل الكتابي فكان على المحكمة التحقيق عما أذا كان في المحل الذي تم تسلم المدعى به فيه من يستطيع كتابة السند أم لا وبعكسه منح المدعي حق تحليف المدعى عليه}[1].

وإن محكمة نقض السوري المرقم{٣٨٧فى١٩٦٢/١/٣٠} حيث قضت في حكمها {للمالك الجديد إثبات عقد الأيجار بمختلف الوسائل مادام لم يكن طرفاً في عقد الأيجار السابق}[2].

* عموماً المانع المادي هو المانع المتعلق بجميع أحاسيس الخمس للأنسان الواقف مكتوف الأيدي مع ما يقابل للحصول على دليل كتابي وذلك بسبب أما العرف والعادة لايقضان بربطها بسند يعتبرمانعاً مادياً أن لايوجد من يستطيع كتابة السند أو ان يكون طالب الأثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد.

أو يجوزأن نشير بأن المانع المادي عبارة عن ظروف مادية عارضه خاصة أحاطت بالتعاقد وقت إبرام العقد والتصرف القانوني أدى دون حصول المتعاقد على دليل كتابي لأثبات التصرف القانوني كان يلزم أثباته بالسند كتابي وبشكل عام فأن الفرق الشائع و البارزبين المانع المادي و المانع الأدبي والأستحالة يمكن بأن المانع الأدبي متعلق بالأحساس والخجول النفسي وعوارض المتعلقة بعمق تفكير المتعاقد أو الصلة والأرتباط التي أصبحت عائقاً وعارضاً نفسياً يمنع المتعاقد المطالبة بالكتابه أو الظروف الذي ترسخت لدى المتعاقدين بأن الثقة المتراسخة بينهما لاتحتاج الى الكتابة لأثبات الألتزام كون تنفيذ الألتزام لاتحتاج الى السند لجزور العميقة بين الطرفين من حيث العلاقة والنسب والظروف الأجتماعية والعرف والعاداة والمكانة الأجتماعي أو العلاقة الوطنية والقومية بين أصحاب المهن والفرق الشاسع في القوة الأقتصادية بين الخادم والمخدوم.

---

[1] بقم القرار 392، حقوقية، 56 في 1960/1/31.

[2] رقم القرار 387، حقوقية، 56 في 1962/1/30.

بينما المانع المادي هو العارض أو المانع أم متأتية عن ظروف و إستحالة تقع خارج أرادة المتعاقدين من آثار ونتائج الزلازل والفيضانات والحروب والمعارك والأضطرابات مما أدى بطرفين المتعاقدين عدم إمكانهما من تنظيم السند الكتابي.

ومن خلال ذلك التفاوت هناك نقطة متشابهة وهي نقطة الألتقاء بين المانعين المادي أو الأدبي هو إن كلا المانعين هما واقعتان ماديتان يجوز إثباتهما بالشهادة.

وعن هذهِ الجملة تطرقت القانون اللبناني وفي صدر المادة (257) من ق. أصول المحاكمات المدينة إن {أستحال على الدائن الحصول على بينه خطية ويكتفي بمجرد الأستحالة المعنوية مما يستنتج منه أن الأستحالة قد تكون مادياً أيضاً} أما القانون الأردني نصت في م2/30 بأن {حالة عدم وجود من يستطيع كتابة السند وحالة ما أذا كان طالب الأثبات شخصاً ثالثاً يكن طرفاً في العقدمثل ألتزامات التي تنشاء من شبه العقد أو الجريمة أوشبه الجريمة أما الوديعة الأضطرارية التي تقع في حالات الحريق والتهدم والأضطرابات والغرق و وديعة النزول في الفندق وبهذا الصدد أكد الأستاذ عبدالرزاق سنهوري بأن المانع مادياً أم أدبياً كلتاهما واقعتان ماديتان على من يدعى ذلك إثبتانها بالبنية والقرائن {فيجب أذنٍ على الخصم أن يثبت أولاً قيام المانع ثم يثبت بعد ذلك التصرف القانوني المدعى به، وثبت هذا و ذلك بجميع الطرق أياً كان المانع وإن تقديره موكول الى القاضي}[1].

حيث أشا رالسيد الأستاذ عبدالرزاق سنهوري في بحثه الوسيط في شرح القانوني المدني الجديد- نظرية الألتزام بوجه العام وفي ص450

* بأن م 1948 من ق. المدني الفرنسي بأن هناك بعض أسئلة عن المانع المادي مثلاً إن الألتزامات التي تنشاء من شبه العقد أو الجريمة أو شبه الجريمة والوديعة الأضطرارية التي تقع في حالات الحريق والتهدم والأضطرابات والغرق وكذلك ويدعة التنزيل في الفندق وذلك كله وفقاً لصفة الشخص ولظروف الواقع.

* وإن م ٥٧ من قانون البنيات السوري علي حالتين:-

(1) الأيوجد من يستطيع كتابة السند.

(2) أن يكون طالب الأثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد.

* أما (م٤٩١) من قانون المدني العراقي على حالة واحدة هي ألا يوجد من يستطيع كتابة السند.

[1] ص449، نرية الألتزام بوجه العام، جزء(2)، عبدالرزاق أحمد السنهوري.

و{خلاصة القول قد قسم أستاذ السنهوري المانع المادي من حيث الأمثلة الى الطوائق الست كما يلي:-

(1) الألتزامات التي تنشاء مصدر غير عقدي، وعيوب الأرادة والذي يجمع بين هذهِ الحالات أنها جميعها في الواقع من الأمر ليست تصرفاً قانونياً بل هي وقائع مادية فهي ليست إستثناء من قاعدة وجوب الدليل الكتابي.

(2) أن يكون طالبه الأثبات غير طرف في التصرف القانوني وما يتصل بذلك من الصورية.

(3) الأحتيال على القانون و السبب غير المشروع (كربا الفاحش أوالمقامرة).

(4) الودائع الأظطرارية ويلحق بها بالنسبة الى البلاد التي لم تنتشر فيها الكتابة إنتشاراً كافياً الأ يوجد من يستطيع كتابة السند.

(5) الأحداث غير المنظورة بوجه عام.

(6) ماجرى به العادة }[٢]

(أ) أيداع الشخص أشيائه لدى الغير من جراء إنقاذه اثر الفيضان والحرب والحريق.

(ب) وديعه الأضظرابة مثل وديعة النزيل في الفندق لأمتعته.

-{ولايجوزلنا نسيان وجود خلط مابين المانع المادى والادبى والذى يبرزعادةً في عرف بعض المهن ففي بعض الحالات هناك بعض عادة عامه تتم بين فريقين كبيرين بين الناس بحيث تعتبر قاعدة قانونية مصدرها العرف وهذا هو المانع المادي.

وبين عادة خاصة جرى عليها شخصان في تعامل فيما بينهما مما يمكن أعتباره دليلاً على وجود صيلة قوية ومتينة بين الشخصين يعتبر مانعاً أدبياً، لذا فأن المانع المادي والمانع الأدبي يتلاقيان عند العادة}[1].

وكما أسلفاً سلفاً بأن هناك عديد من أنواع الموانع في القانون العراقي وبقية القوانين الوضعية المشابهة حيث هناك المانع المادي و المانع الأدبي، هما يتلاقيان بواقعة إثبات تصرف قانوني الذي يطلب سند كتابي لأثباتهما.

وهناك أنواع أخرى يتعلق بالأهلية أي أهلية شخص المتعاقد وموانع الأهلية تنقسم الى مانع مادي وهو الغيبة أي غيبة الشخص ومانع قانوني وهو الحكم بعقوبة جنائية و أيضاً لدينا مانع طبيعي والمتمثل بالعاهة وهناك مانع مادي غير المانع المادي المتعلق بواقعة إثبات التصرق القانوني

[1] ص459–460، مصادر الألتزام، عبدالرزاق السنهوري، الجزء/2.

ألا وهو المانع الذي على إنه غياب الشخص بحيث لايستطيع مزاولة تصرفاته القانونية مما يؤدي إلى تعطيل مصالحة وإلحاق الضرر به وهذا النوع من المانع يجب أن يتوفر في الشخص كمال أهلية الغائب ومن ثم غياب الشخص وتعطيل مصالح الغائب وأيضاً هناك بعض أنواع الموانع يتعلق بالحرمة والحرام كما ذكر في الشريعة الأسلامية مثل موانع الزواج المؤقته و المؤبده.

وأذا نتعمق في بعض الأحيان هناك موانع متعددة فمثلاً هناك موانع متعلقة بالشهادة فمثلاً شهادة الموظف الرسمي غير مقبولة وهناك مانع ألا وهو (منح الموكل هذا الحق حق الأقرار لوكيله الموظف الحقوقي)(م٦١) ق. الأثبات أو منح شهادة الزوج ضد زوجته أو الزوجة ضد زوجها (م٦٨) من ق. أحوال المحاكمات الجزائية، أو منح شهادة المحامي ضد موكله إذا تعلق بالدعاوى التي هو كان وكيلاً فيها إلا أذا تمنح الشهادة (م٤٢) من قانون المحاماة لأقليم كوردستان.

* الفرع الأول/

تمييز المانع الأدبي عن المانع المادي

إن كلا المانعين يعطيان الحق للمتخاصمين بدلاً من الكتابه كدليل للأثبات اللجوء الى البينات أخري للأثبات الدعوى كشهادة.

إلا إن كلا المانعين يختلفان من حيث الوقائع والأمثلة والأحساس.. فأن المانع المادي هو السبب المادي الذي يحول دون القيام بأجراء كتابي نص عليه القانون لأثبات أمرا أي إستحالة الحصول على دليل كتابي نظراً لطبيعة الظروف والملابسات التي تحيط وقت إجراء التصرف القانوني، أما المانع الأدبي السبب الشخصي الذي يحول دون القيام بأجراء نص عليه القانون لأثبات أمرما. فأن عدم وجود من يستطيع الكتابة أو أن يكون طالب الأثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد.

* ويعد من الموانع الأدبية رابطة الزوجية وصلة القرابة والمصاهرة حتى الدرجة الرابعة.

* {والمانع المادي مثل الكوارث والحروب و الحريق والوديعة الأضطرارية} لذا فأنه يمكن الأثبات بالشهادة إذا وجد مانع مادي يمنح من إثبات التصرف القانوني الواجب إثباته بباقي أدلة الأثبات وذلك كالمرض المفاجيء أو الأيداع الأضطرارى وشراء الأدوية بشكل مفاجيء أو عدم وجود من يكتب المستند (م٤٩١) قانون المدني وإثبات وجود المانع يقع عبء إثباته على المدعي حيث أن يثبت واقعة مادية مثل الوديعة الأضطرارية وهوأن تودع شخص أغراضه لدى شخص آخر تفادت لوقوع الحريق أو الفيضان أوغرق أوالهدم أوأي حادث مفاجيء فهذا المانع في الظاهريتعلق بعوارض وعوائق لادخل لأرادة الشخص المتعاقد في وجوده وهو خارج إرادته مما أدى الى عدم إمكانه الحصول على سند كتابي لأثبات تصرفه.

فهناك حالات يمنع الحصول على سند كتابي مثل الغش والغبن الفاحش.

إن المانع الأدبي هو المانع الذي يقوم على ظروف نفسية أو أجتماعية لم يكن المدعي قادراً لوجود الأحساس النفسي الباطنى و الخجل من طلب سند كتابي من غريمة وفي المانع الأدبي ليس من الظروري توفر أستحالة مادية مطلقة بل في المانع الأدبي توفر إستحالة نسبية أدبية كافي لتحقق المانع الأدبي مثل علاقة التوابة أو الزواج أو علاقة الخطيب مع خطيبته أو المركز الأجتماعي لأحد أطراف التعاقد أو علاقة الخادم مع مخدومه أو سيده أو علاقة الطبيب مع مريضه أو بعض وقائع المتأنية من العادة والعرف كأيداع أو إستعارة الجار عرضاً معيناً من جاره أو أيداع الملابس لدى الخياط لذا فأن الوقائع التي خرجت من بطن العرف والعادة كما

أسلفنا سابقاً مشترك مع المانع الأدبي في نفس العلة وهي وجود حالة نفسية تمنع من أخذ الدليل الكتابي لذا فأن المعروف عرفاً كمشروط شرطاً (م١٦٣) المدني.

* الفرع الثاني/

تمييز المانع الأدبي عن حالات إثبات بالشهادة

المانع الأدبي هو حالة إستثنائية في القانون حيث أحس المشرع بأن الأصل هو تحقيق العدالة والعدالة لاتحقق إلا بالأثبات وقيام القاضي بتحري عن الوقائع والمستندات بغية إحقاق الحق لذا الشارع إستثنى وجوب السند الكتابي في حالات وجود المانع الأدبي أو المانع المادي للأثبات و اللجوء إلى البنية الشخصية والقرائن الأخر بدلاً من ذلك وحيث حددنا بعض حالات المانع الأدبي سلفاً في أبواب والمطالب والفروع البحث هذا فأن من أهم تلك الوقائع التي طبقت أمام القضاء بشكل واسع وشاسع هو القرابة والمصاهرة والعلاقة الزوج والزوجة والزوج ونسيبه وصهره والعلاقة مابين السيد وخادمه أو المريض والطبيب أو وجود علاقة إجتماعية قوية ومتينة من طرف التعاقد كل هذه الحالات وبعد أن تقدرها القاضي عند النظر في الدعوى والقضية المطروحة أمامه يكلف أطراف والدعوى بالأثبات وعند الدفع بوجود المانع الأدبي يلتجيء القاضي الى الأستماع لبنية الأثبات للمدعي والمتمثل بالشهادة وذلك إستناداً لحكم (م١٨) من ق. لأثبات النافد إلا إن الحالات الأخرى التي تتماثل في الأثباتها دليل الشهادة تخص أحكام المادة (٧٦ لغاية ٩٧) من الأثبات، حيث إن الشهادة ((عبارة عن إخبار الأنسان في مجلس القضاء بحقٍ على غيره و لأنها خبر فأنها تحتمل الصدق والكذب ولكن أقوى الأحتمال هو الصدق))[1].

وما يجوز إثباته بالشهادة تتضمن حالات وحددها قانون الأثبات بينما {هذه الحالة نابعة عن وجود إعتبارات نفسية أو دبية أو أجتماعية تمنع شخص من تقديم دليل كتابي أو أستحصاله من خصه} ونقوم بتعريفه و بيانه وبأيجاز كمايلي:

أولاً: الوقائع المادية: يتضمن الوقائع الأرادية أم غير أرادية هي أمر يحدث (فهذا الأمر يشكل أثراً قانونياً به يكسب حقاً أو يؤدي الى نقله أو تعديله أو إنقضائه)[2]

[1] ص47، دور القاضي إثبات الدعوى المدنية، القاضي أحمد عزيز الخيون.

[2] إستاذ عبدالرزاق السنهوري.

وهذه الواقعة المادية أما يكون طبيعة لادخل لأرادة البشر فيها كالولادة أو الموت و إثر ذلك يكسب النسب أو وقائع الألتصاق والفيضان والحريق، مما يترتب عليه إلتزاماً لادخل لأرادة البشر فيه. أو يتم بفعل البشر كعمل الضار ووضع اليه والعمل الغير المشروع.(*)

مما يترتب عليه آثاراً ويتم إثبات الضرر بالشهادة مدى كانت قيمة الضرر وهناك حالة معينة يتم الأثبات بالشهادة حتى إذا كان هناك دليل كتابي وكلف إذا كان هذا الدليل مناط بالغش والتدليس ففي هذهِ الحالة يتم الأثبات بالشهادة.

* ثانياً: إتفاق الخصوم على إثبات التصرف القانوني بالشهادة:-

فأن الأصل في الأثبات لمبلغ أكثر من (٧٥٠٠)سبعة الاف وخمسمائة ديناراً يجب أن يكون السند كتابي ولكن هذا المبداء ليس من النظام العام يجوز لكلا الطرفين الأتفاق على عكسه والأتقاف لأثباته بالشهادة أو بغيرها من أدلة الأثبات مهما بلغت قمته وعلى ذكر ذلك يجوز أن يتفق الطرفان على إثبات بسند كتابي حتى إذا كان المبلغ أقل من (٧٥٠٠)سبعة الاف وخمسمائة ديناراً {فهذهِ الحالة نابعة من شريعه المتعاقدين}.

* ثالثاً: التصرف القانوني الذي تزيد قمته على (٧٥٠٠)سبعة الاف وخمسمائة ديناراً فأن المشرع قد ألزم الطرفين في حالة عدم الأتفاق، أن يثبت هذا التصرف القانوني بالسند كتابي وليس بالشهادة. و {هذه الحالة نابعة من إرادة المشرع كون مبلغ أزيد من (٧٥٠٠)سبعة الاف وخمسمائة ديناراً و ان أكثرالحالات الواقعه وضمن تصرفات القانونية} ماعدى فى حالة توفر المانع الأدبى أو المادى أو فى حالة فقد السندالمكتوب بسبب خارج أرادة من يدعى.

* رابعاً: في حالة وجود نص في القانون:

في بعض الأحيان هناك حالات يكون التصرف المذكور فى العقد الذي أزيد من (٧٥٠٠)سبعة الاف وخمسمائة ديناراً يجوز إثباتها بالشهادة حيث إن المشرع أخذ مصلحة الجانب الضعيف من التعاقد وهذا الضعف يجوز أن يستغيل من الجانب القوى من التعاقد عليه فأن القانون أخذ بنظر الأعتبار هذهِ الحالة ونص القانون بجواز إثبات مايزيد عن (٧٥٠٠)سبعة الاف وخمسمائة ديناراً بالشهادة وعلى سبيل المثال (قانون العمل).

{فهذهِ الحالة نابعة عن إرادة المشرع لحماية الجانب الضعيف}

---

* {لهذهِ الحالة ابعة من لأعمال المادية التي تعدد من الأنسان وترتب القانون على مجرد حصولها أثراً قانونياً هو نشؤ الحق وبصرف النظر عما إذا كان الأنسان الذي قام بالعمل قد أراد نشؤ هذه الحق أم لم يرده}.

* خامساً: وجود مبداء الثبوت بالكتابة:-

هذا المبداء التي تمثل عند صدور كتابة من الخصم وبخط يده دون أن يوقع أو يمضى عليها أو دفتر تجاري أو ورقة عادية منزلية أو ورقة تمثل رسائل مما يجعل الحق قريب الأحتمال، أي يجب أن يكون هناك كتابه به صادر بخط الخصم، يقرب حق المدعي به قريب الأحتمال.

{فهذا الحالة نابعة عن تحقق الحق للمدعي مادام صدر من خصمه كتابه بخط يده دون التوقيع يجوز إثباته بالشهادة مادام يجعل حق مترسخاً }

{*علاوةً عن كل ذلك فأن الفرق بين واقعة المانع الأدبي التي يجوز إثباتها بالشهادة وبين حالات آنفة الذكر التي يجوز إثباتها بالشهادة هو المانع الأدبي عبارة عن وجود حالة نفسية إجتماعية أخلاقية يتعلق بنفسية المتعاقد بينما الحالات آنفة الذكر يتعلق بوقائع مربوطه بأرادة المتعاقد أو بأرادة الشارع*}.

* المبحث الثاني:

أثر تمسك بالمانع الأدبي ودور القاضي المدني منه:

إبتداءً لم تحدد نص (م18) من ق. الأثبات والمشروحة لمانع الأدبي ولم تحدد حالة أو مثال على سبيل التحديد والتخصيص ولم تحدد شروطاً أو قيوداً لتجسيد حدود المانع الأدبي بينما عند إمعان النظر في المادة المذكورة جاء النص بشكل المطلق وبشكل عام وهذا إنه لايدل على شيء بينما يدل على إن المشرع ترك حق تقديرالمانع الأدبي لقاضي الموضوع وفق ما يظهرله من ملابسات وظروف الدعوى والمعاملة وأحوالها وكيفية وجود العلاقات بين الطرفين من وجه النظرالقانونى وتكيفه من قبل قاضى الموضوع.

ولوجود هذا المانع أي المانع الأدبي يتطلب فقط وجود إستحالة نسبية وليست أستحالة مطلقة مادية، لذا فأن تقدير ومدى التمسك به يكون من صلاحية قاضي محكمة الموضوع والتقدير يكون له وهو من أمور الموضوعية التي تختلف بحسب ظروف كل دعوى على حدتها وهذا التقدير من قاضي الخاص بنظر الدعوى غير خاضعة لقضاء محكمة التمييز أو التقض (ولكن يجب أن يكون قرار محكمة الموضوع مسبباً بأسباب تؤدي الى نتيجة عقلانية مقنعة أي يجب أن يثبت من ظروف الدعوى إن أسباب التي أوردتها محكمة الموضوع كان من شانها أن تؤدي فعلاً في ذلك الظرف الى أستحالة إقتضاء كتابة بين المتعاقدين)[1].

وهنا يترتب ويتبين دور القاضي المدني في هذا الموضوع أي قبول المانع الأدبي من عدمه عند دفع الأطراف بهذا الدفع من أجل التمسك بالشهادة لأثبات الأدعاء مناط بقاضي محكمة الموضوع لتكيفه و بيان أسباب قبوله والأمتناع بوجودهذا المانع في العلاقه المشارة في العلاقة العقدية من القراية والمصاهرة أو السيد و خادمة أو مابين الطبيب ومريضه أوشخص ذات مركز قوة إحتماعية وأقتصادية أو شخص الغير الثالث الخارج عن العلاقة التعاقدية بين الطرفين أي يجب أن يأخذ شهادة الشخص الثالث الغير بالعلاقة العقدية أو بالدعوى فأطراف وليست الشخص ذا العلاقة العقدية فهناك قرارصادرمن محكمة بداءة السليمانية قضت بدفع المدعى عليه بالأستماع الى شهادة الشهود لأثبات كون المدعى عليه مستأجراً لشخص الثالث الخارج عن العلاقة العقدية أوعلاقة طرفي الدعوى ولوجود المانع الأدبي بين صاحب الدفع وهوالمدعى عليه والشخص

[1] ص163، التعليق المقارن على مواد قانون الأثبات، المحامي محمد على الصوري، الجزء الأول.

الثالث الغير بالدعوى كونه مالكاً سابقاً للعقار بينما المشرع قد منح الشخص الثالث حق إثبات ما يدعي بالشهود وهو ليس ضمن العلاقة التعاقدية أو الدعوى.

{وحيث أشار الكاتب إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو إذا كان العرف والعادة لايقضيان بربطها بسند يعتبر مانعاً مادياً إن لايوجد من يستطيع كتابة السند أو أن يكون طالب الأثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد تعتبر مانعاً أدبياً القرابة بين الزوجين أو مابين الأصول والفروع أومابين الحواشي الى الدرجة الثالثة أو مابين أحد الزوجين وأبوى الزوج الاخر}[1].

وعلاوةُ عن ذلك فأن كل مايتم الأستناد عليه في كيفية قبول المانع الأدبي من عدمه مناط بالقاضي في محكمة الموضوع وعليه بيان أسباب قبول الواقعة إستناداً للمانع الأدبي وحيث إن هذهِ الأجراءات لايخضع لرقابة محكمة التمييزأوالنقض حيث نصت قرارمحكمة نقض السورية المرقم {١٣٣فى ١٩٦٩/٣/٣١} بقولها {إن الحق الممنوح للقاضي الموضوع بتقدير قيام المانع الأدبي أوإنتفائهِ ينحصر نطاق تقرير قيام المانع الأدبي الواقع بين أفراد لاتربطهم بصلات القرابة فله أن يستخلص قيام هذا المانع من قيام الروابط الوثيقة بينهم على إعتبار إن قانون البينات لم يذكر الموانع الأدبية على سبيل الحصر أما إذا إثبت إنتفاء المانع الأدبي لأعتماد الأقارب على ربط عقودهم بالدليل الكتابي فليس من حق القاضي أن يتجاهل هذا الدليل في إنتفاء المانع أو يتجاوزه بالأستناد الى تقديره الشخصي}[2].

وفي قرارآخرمن محكمة نقض السوريه برقم {٥٨٤فى ١٩٦٣/١٢/١٩} بقولها {حيث تركت أمر أعتبار فيما إذا كانت الصداقة من الموانع الأدبية من عدمه وللقاضى الموضوع بقبولها ومن حيث إنه جازللحكمة أن لا تتقيد بدرجة القرابة وأن تعتبر مجرد الصداقة أوغيرها من الظروف مانعاً أدبياً إلا أن ذلك من الأمورالجوازية التي يعود لمحكمة الموضوع تقديرها على ضوء ظروف الدعوى وملابستيها...}[3].

---

[1] ص473، قواعد الأثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، د. على أحمد الجراح، قاضي.

[2] قرار نقض سوري 133، 1969/3/31، ق 470، 1969.المصدر السابق

[3] قرار نقض السوري (نقض 584، لـ 1963/12/19، ق 1969/16.المصدر السابق

وأيضاً جاء في مذكره الأيضاحية لقانون المدني المصري القديم مايلي {عدم طلب الدليل الكتابي الى المانع الأدبي الأستحالة المعنوية بقولها ق. ج٢، ص٧١٤ تختلف التطبيقات الثنائية في هذا الشأن أي في شأن الأستحالة المعنوية...}[1].

* المطلب الأول/

المانع الأدبي والتقادم

إبتداءً كل ذي حق له صلاحية أن يرفع من خلال المطالبة القضائية وكل من بيده سند أو مستنداً كتابياً أو أي وسيلة إثبات أخرى يستند فيها الى الحق وحيث إن المشرع حدد مواعيد ومعاير لهذهِ المطالبة وإلا سقط الحق في المطالبة به بالتقادم لكن هناك موانع مادية أو أدبية تحول دون المطالبة بالحق حيث كما أسلفنا سابقاً بأن ماهية المانع الأدبي هو أما وجود الثقة المتبادلة بين أطراف الدعوى أو حرج هائل أو حالة إجتماعية أومركز إقتصادي قوي أدى الى عدم امكان الحصول على دليل كتابى.

{حيث قضت محكمة تمييز الأردنية في قرارها المرقم (٢٠٢٤/١٤٦٨) وعن السبب الثالث ومفاده أن مايمنع المميزين المطالبة بهذا الحق طيلة الفترة المطالب عنها لديه كان على رأس عمله من يشكل مانعاً أدبياً للمطالبة القضائية بهذهِ الحق وإن المانع الأدبي يقطع التقادم لما أشارت إليها م٢/٣٠ من قانون البينات} هذا ما يؤيد عدم حصول من يدعي هذا الحق على سند كتابي وهذه الحالة أدى الى توقف والتقادم في المطالبة.

ومن المعروف إنه وبمرور الزمان فأنه يترتب عليه قرب سقوط الحق أي يتقادم الحق بمرور مدة زمنية معينة ويحدث ذلك بأستثناء إذا كان هناك ما يمنع سريان التقادم ومن ذلك المانع الأدبي الذي يحول دون سريان التقادم على سقوط الحق وإن القوانين الساريه في العراق و الدول الإسلامية ودول الجوار قد ألزم نفسها ضمن تشريعاتهم فعلى سبيل المثال نصت المشرع الأردنى في (م٤٥٧) من ق. المدني على إن {يقف مرور الزمان من سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعي يتعذر معه المطالبة بالحق}[2]

---

[1] المذكرة الأيضامية لقانون المدني المصري القديم.

[2] قانون المدني الأردني.

بينما قضت نفس المحكمة وأستقرت على سوابقها القضائية بأن {العلاقة في العمل لم يعتد بهذهِ العلاقة كونها نوع من أنواع المانع الأدبي وإن مثل هذهِ العلاقة بين العامل وصاحب العمل كعذرشرعي حال دون المطالبة بهذهِ الحقوق فأن إجتهاد تلك المحكمة قد تواترعلى إن هذهِ العلاقة لاتعتبر من المواقع الأدبية أو المادية أو القانونية التي تمنع العامل من المطالبة بهذهِ الحقوق}[1].

بينما قضت محكمة إستئناف مصر بأن {صلة الخادم بسيده وطول خدمته عنده من الموانع الأدبية}

عدم الحصول على سند كتابي لكى يضمن حقوقهم مستقبلاً وهناك في احيان كثيرة وجود إعتبارات شخصية أو إنسانية تندرج تحت عنوان المانع الأدبي مثل {الزوجية والقرابة، علاقة الخدم علاقة العمل فلأحد الأزواج الحق في إسترداد ما قدمه للأخر أثناء قيام الزوجية أو في الخطبة نظراً للثقة المتبادلة}.

{وإن إنقض موعد المطالبة بالتقادم فالمانع الأدبي يحول دون المطالبة بالحق وينقطع به التقادم}[2].

فمثلاً إذا كان الألتزام موضوع بحث الدعوى كان بين الزوجين قد تم بعد الطلاق أو التفريق فهنا لايتحقق المانع الأدبي المنصوص عليه في المادة (١٨) من الأثبات فهنا لايجوز إثبات الألتزام بالشهادة ما لم يكن أصل الألتزام يثبت بالشهادة.

فأن المواد المذكورة من الماده(429)ولغاية الماده(443)من القانون المدنى العراقى يتحدث عن التقادم حيث تنص على ان{الدعوى بالالتزام ايا" كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشره سنه مع مراعاة ما وردت فيه احكام خاصه }لاسيما أن نتحدث ونشيرعن مبدء الأثبات الذى يقع على من يدعي ، لذا إستناداً لقواعد العامة للأثبات فمن يدعي وجود المانع الأدبي عليه أن يثبت هذهِ الجهة {م١٨}من قانون الاثبات ،فمثلاً على المدعي ان يثبت إن هناك علاقة القرابة أوالصداقة أومصاهرة أو زوجية قائمة من تأريخ المطالبة بهذا الحق أوأخذ اثبات كتابي من المدعي عليه لكي يثبت المانع الأدبي من خلال البينة الشخصية.

ولاسيما هناك حالة قضت بها محكمة التمييز الأردنية في حكمها المرقم (2019/27792) حيث قضت بشأن التنازل عن المانع الأدبي بين أصحاب القرابات بأنه {وفي ذلك نجد انه قد سبق

---

[1] Jordan-lqwyer.com

[2] lawyer-anwar.com

لمحكمة التمييز بقرارها المرقم (2018/7850) في 2019/3/5 إن إعادت الدعوى لمحكمة الأستئناف منقوضة وذلك لبحث فيما إذا كان وجود الأقرار المبرز من قبل المدعي عليه يشكل دليلاً على إنتهاء المانع الأدبي بين المدعى عليه/ المميز/ والمدعي}[1].

وهذا المانع يستمرإلا إذا تم هدرهذا المانع وفي حالتين على وجه الشيوع الحالة الأولى وهو عند الأعتياد التعامل بالكتابة لأن أستقرالأجتهاد القضائي والفقهي على حدسواء أولاً {إذ كتب الطرفان بينهما سندين فأكثر فأنه ينقض المانع الأدبي} والثانية {حالة العداوة حيث تزول المانع الأدبي لأن من شأنها أن تؤدي لفقدان الثقة التي يقود أساسها المانع الأدبي}[2] فهذين الحالتين يكون المانع لزاول المانع الأدبي وينصب في خانة عدم الأخذ بالتقادم.

إلا إن التقادم لايسري كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبياً هذا مانص عليها المادة (382) المدني المصري.

وهنا يطرأ سؤال نفسه على المحك فما هو محل التقادم الطويل في مسألة المانع الأدبي؟؟

فأذا كان المدعية لها حقوق فهي ساقطة بالتقادم الطويل لمرور أكثر من (١٥) سنة على نشؤ الحق وهناك حالة جدير بالذكر وعلينا الوقوف عليه فمثلاً لما يدعي الشخص حقه امام القضاء يصبح هذا الأدعاء ضمن الدعوى وقياساً على هذهِ العلة فأن المانع الأدبي أوالمادي على من يدعي أن يقوم بأثارة هذا الأدعاء أمام القضاء لكي يستفيد من هذا الأدعاء، فهذا الأدعاء والرأي تم تأيده من قبل محكمة نقض السورية.

وبهذا الصدد قضت محكمة الاتحاديه العراقيه بقرارها المرقم{٧٣٧/هيئة المدنيه/٢٠١٢ فى ٢٠١٢/٥/٤}حيث قضت بان {هناك حالات عديدة تنتفي معها المانع الأدبي فمثلاً توتر الدائم في علاقات الزوجية حال حياتهما ينتفي المانع الأدبي بينهما}[3]

والجدير بالذكر فأن المانع الأدبي من المطالبة القضائية يوقف التقادم إن المطالبة القضائية هي حق لمن يحمل سنداً او مستنداً كتابياً أو أي وسيلة إثبات أخرى يستند فيها الى الحق إلا إن المشرع وضع مواعيد قانونية للمطالية خلالها بالحق و الاسقط الحق في المطالبة به بالتقادم.

---

[1] jorden-lawyer.com

[2] القضية المرقمة 2017/95 المنعقد في محكمة إستئناف امام الله في 2017/5/25.

[3] قرار المحكمة الأتحادية المرقم (737، هـ.م/ 2012 في 2012/5/4).

حيث قضت قرار محكمة أستئناف مصربرقم{7 ديسمبر 1938 الماماة 19– 690– 286}،{فأذا كان الأصل الألتزام ثابت بسند كتابي فلا يعتبر الزوجية مانعاً أدبياً من طلب سند مكتوب لأن الدين الأصلى ثابت بسند مكتوب فهذا المانع لايوقف التقادم}[1].

[1] قرار محكمة أستئناف مصر 7 ديسمبر 1938 الماماة 19– 690– 286.

- المطلب الثاني:

دورالقاضي المدني في الأخذ بالمانع الأدبي من عدمهِ

إبتداءً ووفقاً لأحكام المادة (1) من ق. الأثبات فأن القاضي له أن توسع سلطته في توجيه الدعوى ومايتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة ((وله تحري الوقائع لأستكمال قناعته وإلزام القاضي بأتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة المحكمة من تشريع عند تطبيقة)) و ((القضاء تعتبر ساحة للعدل ولأحقاق الحق مما يقتض صيانته...))[1]، فمن هنا نصل الى الدورالمحوري الذي يقوم به القاضي في توجيه الدعوى والتحري عن ما يدعي المدعي وتكليفه بيان الأدلة المطروحة لوصول الى تطبيق سليم و محكم لأحكام القانون بغية صدور حكم عادل وان القاضي عليه أن يتبع التفسيرالمتطورفي تطبيق القانون على الوقائع المطروحة أمامه وممارسة الحكمة عند التطبيق للقانون.

عليه فأن دورقاضي المدني صلاحيات واسعة وجديدة في توجيه الدعوى وأخذ الأدلة وتكيف الوقائع بنيه الوصول الى الحقائق ضمن تطبيق الحكم السليم وهنا يكون الأطراف لهم الشعور والأطمئنان بأن القضاء هو ساحة للعدل ولأحقاق الحق لأصحاب الحق فعلى هذا الأساس أعطت المشرع في جميع التشريعات الاسلامية والعربية وحتى الأردنية والفرنسية صلاحيات واسعة للقاضي في أخذ بالمانع الأدبي من عدمِه وعليه ان يفسر ويعلل أركان والوقائع التي إستندت عليه القاضي عند إخذه بالمانع الأدبي أو عدم إخذهِ وهذهِ الصلاحية غير خاضعة لرقابة محكمة التمييز أو النقض.

فأن المانع الأدبي هو من ضمن الوقائع المادية يمكن إثباته بالبينة الشخصية وكافة طرق الأثبات وإن التصرفات القانونية المدعى به فأن إستطاع من يدعي ذلك المانع أصبح له حقائق إثبات التصرف المدعى به بالشهادة، ماعدا التصرفات القانونية التي فرضت القانون الشكلية المطلوبة.

[1] (م1، 2، 3) من ق. الأثبات المرقم 107 لسنة 1979.

((والمانع مادياً كان أوأدبياً يعود أمرتقدير قيامه الى قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة التمييزعلى القاضي أن يورد في أسباب حكمه ما دعاه لأعتبار الواقعة مانعاً من الحصول على دليل كتابي فأن محكمة التمييز أخرى تستطيع مراقبته من خلال التسبيب))[1]

ومن جهة أخرى ففي بعض الأحيان ((قد يكون المانع أدبياً غير مادي ويعتبر ذلك موكولا للقاضي وتقديره موضوعي لاعقب عليه لمحكمة التقض))[2].

((حيث جاء في قرار محكمة طعن الاردنى المرقم {٩٨٠ سنة ٤٧ جلسة ١٩٨١/٢/٢٢}وحيث (جلسة ١٩٣٥/١/٣ طعن رقم ٩٩ سنة ٤ ق} بأن مسألة إعتبار الزوجية مانعاً من الحصول على دليل كتابي بين الزوجين هي مسألة موضوعية لمحكمة الموضع وحدها السلطة في تقديرها، وإن مسألة قيام المانع الأدبي من أخذ الكتابةعند لزومها هي مسألة لقاضي الموضوع الفصل فيها))[3].

ومن جهة أخرى أعطت هذا القبول لمحكمة الموضع و للقاضي المناط به الدعوى حيث ((قررت محكمة النقض إن إعتبار علاقة الزوجية مانعاً أدبياً أو لا من الأمور الموضوعية التي تختلف الدعاوى والقضاء فيها لايخضع لرقابة محكمة النقض))[4].

لذا ولكل ما تقدم نصل الى صلاحية قاضي الموضوع هي صلاحيات واسعة في أخذ بالمانع الأدبي من عدمه وإستناداً الى هذهِ الصلاحية المطلقة للقاضي الموضوع في تقدير الموانع الأدبية وبدون رقابة محكمة التمييز كون تلك الوقائع من المسائل الواقعية وهي تختلف بأختلاف الظروف والعلاقات المتعاقدين مع البعض وحالات النفسية و الأجتماعية و أسرية والأعراف والعادات السائدة في المجتمع وعلاقات المهنية وأعتبارات القوية الأقتصادية والأجتماعية لأطراف التعاقد كل ذلك مناط تفسيرها وتحليلها وتأويلها للقاضي المختص لكي يستنبط من كل تلك الوقائع والحالات هل يأخذ بهذا المانع أم بعكسه وعليه عند كلا الحالتين (الأخذ أو عدم الأخذ) بيان الأسباب والوقائع والأسانيد الأجرائية والموضوعية لها وكل ذلك لايخضع لرقابة محكمة التمييز. وحيث أشار دكتور محمد يحي مطر بأن ((قيام المانع الأدبي من الحصول على

---

[1] قواعد الأثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية، د. على أحمد الجراح، قاضٍ.

[2] التعليق الموضوعي على قانون الأثبات، د. عبدالحميد الشوازي، المحاميبالنقض، 2002.

[3] المصدر السابق.

[4] رسالة الأثبات، الجزء الأول، تأليف أحمد نشاءت.

دليل كتابي من الأحوال يتعين عليه في حالة رفضه هذا الطلب أن يضمن الأسباب المسوغ لذلك))[1].

عليه ولكل ما تقدم الى النتجة المرجوه ألا وهي إن صلاحية قبول الموانع من عدمهِ هي من صلاحية المطلقة لقاضي الموضوع والشارع شرع في كثير التشريعات هذهِ الصلاحية للقاضي الموضوع مع بيان أسباب وتسبيب الرفض في قرارها وهذهِ الصلاحية غيرخاضعة لرقابة محكمة التمييز.

[1] مسائل الأثبات في القضايا المدنية التجارية، دكتور محمد يحى مطر.

* الخاتمة:-

في نهاية هذا البحث المتواضع ضمن البحث القصير نصل الى أن مادام الحياة مستمرة وهناك مصالح مُتشابكة وهناك أستمرار لما ذكرناه من العلاقات الأجتماعية والأسرية والقرابة والعرف المهني والمركز الأقتصادي بين أطراف العلاقة المديونية والناشئة لتصرفات القانونية فأن واقعة المانع الأدبي يكون موجوداً ومترسيخاً بين أطراف التعاقد لذا فأن دورالقاضي المدني القاضي بحسم الدعاوى المنظوره أمامه ومن ثم إثارة دفع بوجود المانع الأدبي بين طرفي التعاقد ووجود الصلاحية الواسعة ومنفتحة للقاضي في قبول دفع بالمانع الأدبي من عدمه مع بيان تسببه هي القوة الماكثة للقاضي في توجيه الدعوى الى برّ الأمان وإصدار حكم ينطبق مع أحكام القانون ويتم في إطار الحكم إحقاق الحق والعدالة لأصحابها من هنا نصل الى استنتاج :-

{ان وجود المانع الادبى يعكس ان المحتمعلايقوم فقط على القوانين المكتوبه وانما ايضا"على الثقه والروابط الانسانيه مثل القرابه ،الصداقه،الزماله،اوحتى علاقة التبعيه الادبيه والمعنويه ففى مثل هذه العلاقات يعتبر من غير اللائق اوالمستهجن اجتماعيا"ان يطلب احد الاطراف دليلا" كتابيا" او اثباتا" رسميا" على التصرفات او الاتفاقات لان ذلّك قد يفهم على انه اساءة للثقه او انتقاص من الاحترام المتبادل لذا نقول ان المانع الادبى هو ترجمه قانونيه للعرف الاجتماعى والاخلاقى وعن هذا الاستنتاج نستنتج بان الروابط الانسانييه لاتقل اهمية" عن الروابط القانونيه،وهو اداة لحماية الثقه ومنع الاضرار بالمشاعر او العلاقات الاجتماعيه نتيجة الاصرار على الاثبات الرسمى ،لكنه فى الوقت نفسه يوازن بين حماية هذه الثقه وبين منع استغلالها او اساءة استخدامها وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحاديه برقمين {١٨٢٦/اثبات/٢٠٠٦ فى ٨/اغسطس ٢٠٠٦ و٢٢٦/اثبات/٢٠٠٧فى ٢٠/يونيو ٢٠٠٧}وهنا يأتي السؤال المطروح في البحث، ألا وهو: هل إن المانع الأدبي يثار بين طرفي التعاقد فقط أم المانع الأدبي يشمل أطراف خارج العلاقة التعاقدية لحد الأن فأن جميع التشريعات والشارع العربي والأسلامي متماسك وتسلط بالمانع الأدبي بين طرفي تعاقد فقط إلا إن هناك وفي الأونة الأخيرة قرارصادرمن محكمة بداءة السليمانيه برقم (٧٦١/ب/٢٠٢٣) الصادرفي ٢٠٢٤/١/١٥ حيث ان خلاصة الدعوى كانت مطالبة المدعي فيها هو كون المدعى عليه قد وضع يده الغاضبة على الدارالمشيدة على العقار المرقم (___) م .دباشان وطلب الحكم بمنع معارضته له من الأنتفاع بها وتسليمها له خالياً من

الشواغل وحيث نتيجة المرافعه أثارالمدعى عليه دفعا" أمام القاضي بانه مستأجرُ للمالك السابق وهي "والدة" المدعى عليه ولأثبات هذا التصرف القانوني المتمثل بـ (عقد الأيجار) من خلال توفر المانع الأدبي بين المدعى عليه والشخص الثالث المالك السابق التي تصبح شخصاً خارج العلاقة المتمثلة بـ(المسؤولية التقصيرية)المتكونه من (الضررو السبب و المحل) وهي موضوع الدعوى (الغصب) حيث أخذت محكمة الموضوع بهذا الدفع (المانع الأدبي) وأستمعت المحكمة لأدلة إثبات المدعى عليه وهي شهادة شهود المدعى عليه عن هذه الجهه وأعتبرت المحكمة المدعى عليه مستأجراُ وليست غاضباً،عليه ردت دعوى المدعي إلا إن هذا الحكم قد نقضت من قبل محكمة تمييز أقليم كوردستان بقرارها المرقم (١٧٩/ د.ش/ ٢٠٢٤) في ٢٠٢٤/٢/٢٧ وأشار فيه بأنه ((كان المقتضى تكليف المدعى عليه بأثبات عقد الأيجار المدعى به بينة قانونية معتبرة وليس عن طريق الشهادة وعند عجزه عن الأثبات منه حق تحليف الخصم ليمين عدم العلم)) أي محكمة تمييز الموقره قد إستقرت على هذا التوجه أي المانع الأدبي مناط الى أطراف العلاقة أي أطراف الدعوى وعلينا أن نفرق بأن الشخص الذي خارج العلاقة العقدية بمقدوره أثبات العقد بالبينه الشخصيه مثل المالك الجديد الخارج فى العلاقه العقديه بين المستأجرو المالك السابق ولكن في هذا القرار تبين إن طرف التعاقد ألا وهو المدعى عليه هوطلب التمسك بأثبات علاقة عقدية مع شخص الثالث وهو خارج العلاقة العقدية لأثبات عقد الأيجارمما إثرفى الأثبات واقعة المانع الأدبي وليس على طلب الشخص الثالث وطلب الأخير هو مقصد المشرع.

إلا أننى وكرأي الشخصي أدعم الرأي الراجح والواضح لمحكمة التمييز والقوانين المتبعة عن جهة كيفية إثبات المانع الأدبي لأن في اكثرية الأحيان الأستماع الى دفع بالمانع الأدبي تأتى من طرف التعاقد مع شخص الثالث خارج الدعوى وهنا التمسك يجوز أن يكون بحجة التمصل والتنكول من الألتزامات أو الهروب من واقع ليست من صالح طرف المطالب بوحده بأثبات المانع الأدبي والتستر على واقعة معينة من الأحتيال على القانون..لذا وبعد ذلك البحث المتواضع اعرض هذه التوصيات التاليه، بغية ترتيب البحث ترتيلا" يستفيد منه القارىء:-

١/ تطوير النصوص القانونيه والسعى لصياغة احكام الخاصه بالمانع الادبى منعا" لاختلاف التقديرات بين اهل القضاء

٢/ توحيد الاجتهادات القضائى ،ذلّك بحصول اهل القضاء على مبادىء قضائيه صادره من محاكم التمييز او النقض او الطعن .

٣/ الاستفاده من المقارنه القانونيه.اى تقديم بحوث قضائيه او دراسات مقارنه بين الدول لكى يصبح القضاء غنيا" بتلك الدراسات المقارنه.

٤/ التوازن بين الثقه والعداله اى قيام المحاكم بترسيخ التوازن بين الاحتفاض على الروابط الاسريه والاجتماعيه وبين استغلال الكيدى لتلك الروابط.

٥/ تضمن دراسات نوعيه اى افساح المجال لتوضيف مفهوم المانع الادبى فى مناهج الكليات و الدراسات الاكادميه و وكليات القانون والدورات القضائيه لتوعيه القضاة

*المصادر:-

1- الدكتور سليمان المرقد,قواعد تقيد الأدلة وإطلاقها في طرق الأثبات، سنة 1974،

2- الدكتور. عبدالرزاق السنهوري،، الوسيط. د7، ج النبذة 621، ص642

3- الدكتور عبدالحميد الشواربي ،التعليق الموضوعي على ق. الأثبات، ، محامي النقض.

4- الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر ،شرح قانون الأثبات، ، ط2، لسنة 2007.

5- الدكتور. على أحمد الجراح.، قواعد الأثبات، بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية

6- حسن على ذنون ،المؤمن، ص554 أحكام الألتزام، ، ص162.

7- المحامي محمد على الصورى ،التعليق المقارن على مواد قانون الأثبات،.

8- الدكتور.سليمان المرقد قواعد تقيد الأدلة وأطلاقها في طرق الأثبات، ، المصدر السابق (3).

9- المحامي والقاضي أحمد عزيز جايد الخيون.دورالقاضي في إثبات الدعوى المدنية

10- المحامي محمد على الصورى المصدر السابق، (9).

11- الدكتورعبدالرزاق السنهوري ،نظرية الألتزام بوجه العام، ج1، ، ص429.- -

12- أحمد نشاءت.رسالة الأثبات، ج1

13- الدكتور محمد يحى مطر،مسائل الأثبات في القضايا المدنية والتجارية.

*المصادر الألكترونيه:

1- alazhar.educ.ps 18/2/2024

2- http://artic.n17za,org

3- http://law.nokwfa.edu + jordan.lawyer.com

4- بوردي تعهدات رقم 2621، أوبرى ج12-765-173، القضاء والشرائح.

*القوانين:

1-القانون المدني المرقم 40 لسنة 1951.

2- قانون الأثبات المرقم 107 لسنة 1979.

3-القانون المدني الأردني.43لسنة1976

4- المذكرة الأيضاحية لقانون المدني المصري القديم.

قرارات:

- قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد- الرصافة الأتحادية العدد 198 لسنة 2009.
- قرار محكمة نقض المصري المرقم 1917/23، إستئناف مختلط 1929/28.
- قرار محكمة عابدين في المصر، مجلة المحاماة، ص31، ص827، حاشية (1).
- قرار محكمة نقض المصري 23/ ديسمبر 1917.
- قرار محكمة نقض السوري 1911/ أول/ مايو-28- مارس- 1929.
- قرار إستئناف في المصر 10-فبرايل 1928.
- قرار محكمة التمييز حقوقية 59 في 1960/1/31، نقل سلمان بيان القضاء في المدني.
- قرار المرقم 3092، حقوقية، 59 في 1960/1/31.
- قرار المرقم 398، الحقوقية، في 1962/1/30.
- قرار نقض السوري 133، L /1969/12/31، ق 1969/475.
- قرار نقض السوري/ نقض/ 584/L /1963/12/19 ق. 1964/16.
- القضية المرقمة 2017/95 المنعقد في محكمة إستئناف، رام الله في 2017/5/25.
- قرار محكمة الأتحادية المرقم (737/ه،زم/ 2012 في 2012/5/21)
- قرار محكمة إستئناف المصر 7/ديسمبر 1938، المحاماة 19- 690- 286.
- قرارمحكمة الاتحاديه العراقيه المرقم{٧٣٧/هيئة المدنيه/٢٠١٢ فى ٢٠١٢/٥/٤}
- قرار محكمة الاتحاديه العراقيه المرقم {١٨٢٦/اثبات/٢٠٠٦ فى ٨/اغسطس ٢٠٠٦}
- قرار محكمة الاتحاديه العراقيه المرقم {٢٢٦/اثبات/٢٠٠٧فى ٢٠/يونيو ٢٠٠٧}
- قرار محكمة الاتحاديه العراقيه المرقم{٧٣٧/هيئة المدنيه/٢٠١٢ فى ٢٠١٢/٥/٤}