

القسم الثالث

طرق الإثبات ذات القوة المحدودة

الطرق ذات القوة المحدودة فى الإثبات هى الطرق التى تصلح لإثبات بعض الوقائع القانونية دون البعض الأخر وكذلك تلك التى لاتصلح الا لاثمام دليل ناقص .

... والطرق التى تصلح لإثبات بعض الوقائع القانونية دون البعض الأخر هى البيئة أى شهادة الشهود والقرائن القضائية .

... اما طريق الإثبات الذى لا يصلح الا لاثمام دليل ناقص فهو طريق اليمين المتمة .

... وهذه الطرق قوتها محدودة فى الإثبات بعكس الطرق ذات القوة المطلقة فى الإثبات على نحو ما رأينا .

... وعلى ذلك نتناول الطرق ذات القوة المحدودة فى الإثبات على النحو التالى :

الباب الأول : البيئة أو شهادة الشهود

الباب الثانى : القرائن القضائية

الباب الثالث : اليمين المتمة

الباب الأول

المبحث الأول :

- ١- تعريف الشهادة وما يشترط بشأنها .
- ٢- القاعدة العامة فى الإثبات بالبينة
- ٣- ما يجوز إثباته بشهادة الشهود إستثناءً

المبحث الثانى :

اجراءات التحقيق بصفة أصلية .

المبحث الثالث :

اجراءات التحقيق بصفة فرعية .

المبحث الرابع :

قوة البينة (الشهادة) فى الإثبات

المبحث الأول :

- ١- تعريف الشهادة وما يشترط بشأنها
- ٢- القاعدة العامة فى الإثبات بالبينة
- ٣- ما يجوز اثباته بشهادة الشهود إستثناءً

أولا : تعريف الشهادة وما يشترط بشأنها

تعريف الشهادة

● الشهادة هي اخبار شخص - أمام مجلس القضاء - بواقعة حدثت من غيره لغيره ترتب حقا لاحدهما على الآخر .

البيئة والشهادة :

● البيئة بمعناها العام هي اقامة الدليل ... الدليل أيا كان نوعه أو مقدار ومدى حجيته، غير أنه كان لكلمة البيئة معنى خاص أو جدته نصوص واحكام القانون المدني المنظمة لاحكام الإثبات قبل الغائها بقانون الإثبات الحالى ، ذلك انه كان يعنى بها شهادة الشهود دون غيرها من الادلة .
وحسنا فعل المشرع عند تناوله لشهادة الشهود فى قانون الإثبات الحالى باغفاله كلمة البيئة حتى لا يختلط المعنى العام لها مع المعنى الخاص الذى كانت تعنيه فى ظل تطبيق نصوص الإثبات فى القانون المدني قبل الغائها بقانون الإثبات الحالى .

اساس مشروعية الشهادة فى الفقه الإسلامى :

● شرعت الشهادة بالقرآن الكريم وبالسنة ، وقد جاء فى القرآن الكريم قوله تعالى «ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون عليم» . «سورة البقرة الآية ٢٨٣» .
وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الا أخبركم بخير الشهداء هو الذى يأتى بالشهادة قبل أن يسألها»

محازير الأخذ بالشهادة :

● شهادة الشهود لها عيوب كثيرة ، فقد يشهد شخص لإنسان زورا محابيا أو منتقما أو مرتشيا ، أو لمجرد كراهة بينه وبين من يشهد ضده ، أو لمجرد الميل إلى الكذب أو المبالغة أو لمجرد اغرائه والتسلط على ارادته ، وقد يشهد أيضا بغير الحق بسبب خطأ أو نسيان ، وقد يكون ضعيف الذاكرة أو ليس دقيق الملاحظة أو يكون وقت المشاهدة مشغول الذهن بأمر آخر أو يفكر فى شأن له فيفوته من أمر الشهادة ما يهيم ، هنا فضلا عن أن مضى وقت طويل بين تحمل الشهادة وادائها مما يساعد على النسيان ، وقد يموت الشاهد اثناء ذلك أو يصعب العثور عليه لهجرته إلى بلد آخر ، لذلك كانت القاعدة أن الإثبات يجب أن يكون بالكتابة الا فيما استثنى لاسباب قوية ، وليست هذه القاعدة مفيدة فقط لتجنب اخطار الشهادة الكاذبة أو غير الصحيحة ، بل هي مفيدة أيضا لتجنب

كثرة القضايا التي تكون على غير اساس واشغال المحاكم بما تعجز عنه ، لسهولة حصول كل من الطرفين على شهود كلما عظمت قيمة الدعوى أو كلما تغالى مدع فى دعواه أو تعنت (١) .

● ومثل هذه المحازير فقد اتفقت الشرائع على وجوب تقييد الأخذ بالشهادة على اطلاقها ذلك أن الأمر لم يقتصر فى تقييد الإثبات بشهادة الشهود على خطر اغراء الشهود والادلاء بالشهادة زورا ، بل هو يجاوز ذلك بوجه خاص إلى ما يقع من أخطاء الشهود بسبب ما قد يعوزهم من دقة الملاحظة ، أو قوة الذاكرة ، فضلا عن ندرة احتمال وجودهم إذا كان العهد قد تقادم على الوقائع ، والواقع أن تحريف الشهادة أو تلفيقها لا يعتبر أهم خطر يعرض بشأن الإثبات بالبينة ، وإنما يتمثل هذا الخطر فى انتفاء ضمانات فعلية لا حيلة للقانون فيها ، فقد اسفرت أحدث الدراسات النفسية كما اسفرت تجارب القضاء ، عن تناقض أقوال من يسمعون من الشهود فى يوم وقوع الحادث ، مع القطع بتوافر حسن النية فيهم ، فإى ضمان يكفل صحة الشهادة ودقتها إذا سمع الشهود بعد ذلك بعشر سنوات أو أكثر ، وائى لذى الشأن ببقاء الشهود على قيد الحياة والمامة بمصائرهم ، إذا قدر اجراء التحقيق بعد زمن طويل (٢) .

أنواع الشهادة :

● الشهادة نوعان ، شهادة مباشرة وشهادة غير مباشرة .

والشهادة المباشرة : تتأتى عن طريق العين والأذن أو بأحدهما ، ومن ثم فإن الشاهد هنا يشهد على وقائع يعرفها معرفة شخصية ، إما لانه رآها بعينه واما لانه سمعها بأذنه ، وإما لانه رأى وسمع .

وتلك إذن هى الشهادة المباشرة والتي هى اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان .

● ● إن الشهادة المباشرة هى أن يقول الشاهد ما وقع تحت بصره أو سمعه ، فإذا شهد بما سمع رواية عن غيره سواء كان خصما فى الدعوى أو لم يكن فشهادته سماعية ، وتقدير قيمة كل من هاتين الشهادتين من سلطة قاضى الموضوع (٣) .

أما الشهادة غير المباشرة : فهى إما شهادة سماعية أو شهادة بالتسامع أو شهادة بالشهرة العامة .

(١) (رسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت الجزء الأول ص ٥٢٢هـ)

(٢) (فقرات من الأعمال التحضيرية للقانون المدنى تعليقا على المادة ٤٠٠ مدنى اللغاة والمقابلة لنص المادة ٦٠ من قانون

الإثبات)

(٣) (نقض ١٩٧٦/١١/٢ طعن ٤١٢ لسنة ٤٢ قضائية)

الشهادة السماعية :

والشهادة السماعية : هي شهادة شاهد يشهد بما سمع رواية عن غيره ، وفيها يقرر الشاهد أنه سمع بالواقعة يرويها له شخص آخر هو انذى رآها أو سمعها .

ومؤدى ذلك ان الشهادة السماعية تنصب على الواقعة المراد إثباتها ، ولكن لا على ان الشاهد رآها بعينه أو سمعها بأذنه بل على أنه سمعها تروى له من رآها بعينه أو سمعها بأذنه .

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة المباشرة ، وهي مثلها تخضع لتقدير القاضى ، والذى قد يراها تعادل الشهادة المباشرة فى القيمة ، وإن كان الغالب والاعم أن الشهادة السماعية دون الشهادة المباشرة من حيث اقتناع القاضى بها .

● ● ان تقدير اقوال الشهود واستخلاص الواقع منها مما تستقل به محكمة الموضوع إلا أن ذلك مشروط بالا تخرج بتلك الأقوال إلى مالا يؤدى إليه مدلولها ، وكان الثابت من استقراء أقوال الشاهد الثانى للطاعنة فى التحقيق الذى اجرتة محكمة أول درجة أنه شاهد طرفى الخصومة يتشاجران أكثر من مرة وأن الطاعنة اشهدته « لو انها أصابها سوء فيكون بسبب المضعون ضده » كم شاهده يطالبها بمبلغ ١٢٠٠ جنيه لدفعه كرشوة للمختصين نظير استصدار قرار بترميمه مسكنه وعقبت الطاعنة على ذلك بسؤال الشاهد عن مدى صحة هذا القول ، وازاف الشاهد أن الزوج المضعون ضده طالما حاول استغلال سيطرة الطاعنة رغما عنها ، وانه فى ظرف ما دخل مسكنه عن طريق التسور ، وكان الحكم المطعون فيه إذ لم يورد مضمون الاقوال المذكورة للشاهد ووصفها بانها سماعية رغم ما بها من وقائع مشهودة بالعين والسمع على نحو ما سلف بيانه ، وتدل على عدم امانة المطعون ضده على اموال الطاعنة وهو ما يحقق الاضرار بها فإنه يكون معيبا بالقصور فى التسبب والفساد فى الاستدلال بما يوجب نقضه (٤) .

الشهادة بالتسامع :

● الشهادة بالتسامع غير الشهادة السماعية ، ذلك انها شهادة بما تتسامعه الناس ، ولا تنصب على الواقعة المراد إثباتها بالذات بل على الرأى الشائع بين جماهير الناس عن هذه الواقعة ، ومؤدى ذلك ان صاحب الشهادة بالتسامع لا يروى عن شخص معين ولا عن الواقعة بالذات ، بل يشهد بما تتسامعه الناس عن هذه الواقعة وما شاع بين الجماهير بشأنها .

والشهادة بالتسامع لا تعدو أن تكون - فى مجال الأخذ أو عدم الأخذ بها - مجرد قرينة بسيطة تقبل على سبيل الاستئناس ويقدر من الحذر والحيطه .

● والشهادة بالتسامع مقبولة فى الفقه الإسلامى وبالتالى فى مواد الأحوال الشخصية فى

مسائل معينة على سبيل الحصر ، هي الشهادة بالنسب والموت والنكاح والدخول والمهر .
وقد جاء في فتح القدير « ولا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه أى لم يقطع به من
جهة المعاينة بالعين أو السماع إلا فى النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضى ، فإنه يسمعه ان
يشهد بهذه الأمور إذا أخبره بها من يثق به من رجلين عدلين أو رجل وأمرأتين ، ويشترط كون
الاخبار بلفظ الشهادة ، وفى الموت إذا قلنا يكفى الواحد لا يشترط لفظ الشهادة بالاتفاق ، أو بتواتر
الخبر بذلك ... وجه الاستحسان أن العادة جارية بذلك ، وذلك بسبب انه لا طريق إلى معرفة هذه
الأشياء سوى الخبر ، إذ لم تجر العادة بحضور الناس الولادة وإنما يرون الولد مع أمه أو مرضعته
وينسبونه إلى الزوج فيقولون هو ابن فلان ، وكذا النكاح لا يحضره كل احد وإنما يخبر بعضهم بعضا
أن فلانا تزوج فلانة ، وكذا الدخول لا يعلم إلا بامارات ... وكذا ولاية السلطان للقاضى لا يحضرها
إلا الخواص وإنما يحضرون جلوسه وقصد به للاحكام ... وينبغى أن يطلق أداء الشهادة فيشهد انه
ابنه أو أمير أو قاضى أما إذا نسر للقاضى أنه شهد عن تسماع بين الناس لم تقبل شهادته» (٥) .

● ● الاصل فى الشهادة أنه لا يجوز للشاهد أن يشهد بشيء لم يعاينه بالعين أو
بالسماع بنفسه واستثنى الفقهاء من ذلك مسائل منها ما هو باجماع كالنسب ومنها ما هو على
الصحيح أو على ارجح الأقوال أو على احد قولين مصححين أو على قول مرجوح اجازوا فيها الشهادة
بالتسماع من الناس وإن لم يعاينها بنفسه وهى ضرورة دعت إليها رعاية المصالح والحاجة الشديدة أو
هى استحسان مرده ، والوجه فيه انها أمور يختص بمعاينة أسبابها خواص فى الناس لا يطلع عليها
إلا هم وقد تتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وانها يقترن بها فى العادة ما تشتهر به فنزلت
الشهرة فى كل منها منزلة العيان والناس يعتمدون فيها على الخبر فكان الخبر سوى للشهادة ولو لم
يقبل لأدى ذلك إلى المخرج وتعطيل الأحكام والمخرج مدفوع شرعا وهم مع ذلك لم يجوزوا للشاهد أن
يشهد بالتسماع إلا إذا كان ما يشهد به أمراً متواتراً سمعه فى جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب
واشتهر واستفاض وتواترت به الأخبار عنده ووقع فى قلبه صدقها لأن الثابت بالتواتر والمحسوس سواء
أو غير به - وبدون استشهاد - رجلان عدلان أو رجل وأمرأتان عدول فليحصل له نوع فى العلم
الميسر فى حق المشهود به وهى مراتب منها ما يفيد العلم كشهادة التواتر ومنها ما يفيد ظنا قويا
يقترن فى القطع كشهادة الاستفاضة ومنها ما يفيد ظنا دون شهادة الاستفاضة بان يقولوا سمعنا
سماعاً فاشيا ولم نزل نسمع فى الثقات أو الفقهاء وقد اوجبوا على الشاهد أن لا (يفسر) للقاضى إنما
ارادوا بذلك تحميل الشاهد عبء ما شهد به لا تحميل القاضى هذا العبء (٦) .

(٥) (فتح القدير الجزء السادس ص ٢٠ وما بعدها)

(٦) (تقضى ١٩٦٧/١/٤ طعن ١٣ س ٣٣ قضائية) .

● ويعرف الفقه الإسلامى إلى جانب شهادة التسامع شهادة التواتر وهى «خبر جماعة يقع العلم بخبرهم ... لا يتصور اتفاقهم على الكذب ، وليس للتواتر عدد معين على الصحيح وإنما الشرط أن يكون المخبرون جمعا لا يجوز للعقل اتفاقهم على الكذب ... ولما كان التواتر يفيد علم اليقين ، فلاتقام بينه على خلافه ، لان البيئات ضنية يدخلها الشك بخلاف التواتر ، سواء أكان المستند إلى التواتر مدعيا أو مدعى عليه ، وسواء أكان مثبتا أم نافيا ، وسواء أكان فى الأموال أم الحدود أم القصاص ، وسواء أكان قبل الحكم أم بعده ، ذلك لأن التواتر حجة فى الشيء والإثبات لافادته القطع اليقين (٧) .

الشهادة بالشهرة العامة :

● الشهادة بالشهرة العامة ليست بشهادة بالمعنى الصحيح ، بل هى ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية ، تدون فيها وقائع معينة ، تشهد بها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة . وفى مصر يمكن اعتبار اعلام الوراثة ومحضر حصر التركة وتقرير غيبة المفقود من قبيل هذه الأوراق ، فهى تحرر أمام جهات رسمية ، المحكمة الشرعية أو مندوب من المحكمة اخصية أو غير ذلك ، وتدون فيها اسماء الورثة أو أعيان التركة أو واقعة غياب المفقود ، وذلك بناء على شهادة طائفة من الناس يشهدون وفقا لما عرفوه عن طريق الشهرة العامة .

فالشهادة بالشهرة العامة تفترض وجود موظف عام ، موثق أو قاضى أو نحو ذلك ، يدلى أمامه الشهود بمعلوماتهم عن الواقعة المراد إثباتها ، ويجب أن يكون للشهود معرفة شخصية بهذه الواقعة ، ولكن لا عن طريق محدد ، بل عن طريق الشهرة العامة ، فالمعرفة الشخصية بالواقعة ، لا الشهرة العامة فى ذاتها ، هى التى تقوم عليها قوة الإثبات فى هذه الشهادة ، والشهرة العامة إنما تجعل منها شهادة جماعية عن طريق تحقيق سريع أمام قاضى أو موظف عام باجراءات لا تختلف إلا من ناحية الشكل عن اجراءات التحقيق المعتاد ، وللشهادة بالشهرة العامة قوة فى الإثبات يحددها القانون فى كل حالة على حدة (٨) .

خصائص الشهادة :

● تختلف الشهادة كطريق من طرق الإثبات عن الكتابة اختلافا جوهريا ، ذلك انه بينما نجد أن الكتابة حجة ملزمة فإننا نجد أن الشهادة حجة مقنعة فحسب ، وذلك يرجع إلى أن الدليل الكتابى بسبب إعداده سلفا وطالما توافرت له شرائط صحته ولم يطمعن عليه بالتزوير أو ينقض بإثبات

(٧) (الأستاذ أحمد ابراهيم - طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية ص ٢٩) .

(٨) (الوسيط للدكتور السنهورى الجزء الثانى ص ٣١٧ وما بعدها) .

عكسه فإنه يفرض سلطانه على القضاء عكس الشهادة التي تخضع لتقدير القضاء الذي يكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها أيا كان عدد الشهود وإيا كانت صفاتهم .

● ● إن تقدير كفاية أدلة الصورية هو مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى ، فإن تقدير اقوال الشهود مرهون بما يضمن إليه وجدان تلك المحكمة فلها أن تأخذ بمعنى للشهادة دون معنى آخر تحتمله متى كان المعنى الذي أخذت به لا يتجانى مع عباراتها وحسبها أن تقيم قضاءها على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها كما أن تقدير القرائن وكفائتها في الإثبات هو أيضا مما يستقل به قاضى الموضوع ولا شأن لمحكمة النقض فيما يستنبطه منها متى كان استنباطه سائغا (٩) .

● ● لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن توردها دليلها ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض ما دامت اقامت قضاءها على اسباب سائغة لها مأخذها من الأوراق بما يكفى لحمله ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع - في حدود سلطتها التقديرية - استخلصت من شهادة الشهود الذين سماعهم اخبير المنتدب في الدعوى ومما ثبت من الجنحة رقم ٢٧٥ سنة ٨١ جنح الخليفة من ادانة الطاعنة الرابعة لاتلافها المشهد القائم على المقبرة الخاصة بالمطعون عليها الثانية ومن الترخيص الذى صدر لها بترميم المقبرة أن المطعون عليها الثانية وأسرتها ينتفعون بالمقبرة المشار إليها منذ انشاء المدفن وهو استخلاص سائغ له مأخذه من الأوراق بما يكفى لحمل قضاء الحكم فإن مجادلة الطاعنين في كفاية الأدلة المقدمة إليها للوصول إلى نتيجة غير التي انتهت إليها لاتعدو أن تكون مجادلة موضوعية في سلطة محكمة الموضوع تنحسر عنها رقابة محكمة النقض ومن ثم يكون النعى على الحكم المطعون فيه بهذا السبب على غير اساس (١٠) .

● وتختلف الشهادة وأيضا من حيث أنها حجة غير قاطعة بعكس الاقرار واليمين ، ومن ثم يجوز إثبات عكسها بذات طريق الشهادة أو بطريق آخر من طرق الإثبات .

● وتتميز الشهادة بأنها دليل مقيد فلا يجوز الإثبات فيها في جميع الأحوال وتقديراً من المشرع لاحتمالات كذب الشهود ومن ثم فقد تضمنت أحكام الشهادة تحديدا معيناً تحجبها لمخاطرها على النحو الذى سوف نفضله فيما بعد .

(٩) (نقض ١٩٨٨/١٢/١١ طعن ٩٤٧ لسنة ٥٥ قضائية) .

(١٠) (نقض ١٩٨٩/٣/٨ طعن ٢٠٠٧ لسنة ٥٤ قضائية) و(نقض ١٩٩٠/٣/١٨ طعن ٩٠٢ لسنة ٥٥ ق) .

ما يشترط في الشهادة من الناحية الشكلية :

● يشترط في الشهادة من حيث شكلها أن تصدر في مجلس القضاء طبقا للاوضاع المقررة قانونا لذلك ، فلا عبارة بأى شهادة يحصل الادلاء بها خارج مجلس القضاء ، ولو كان ذلك أمام موظف عام مهما علت درجته طالما أنه ليست له ولاية القضاء ، ولا يعتد حتى بالشهادة التي تصدر في مجلس القضاء إذا لم يكن صدورهما وفقا للاجراءات التي يتطلبها القانون ، وفي مقدمتها صدور حكم بالاحالة إلى التحقيق متضمنا بيان الوقائع المراد اثباتها بشهادة الشهود وتحليف الشاهد اليمين قبل ادلائه بشهادته ، ولا يشترط شكل خاص في أداء الشهادة ولا في قبولها ، وقد نصت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية على أن لا يشترط في قبوله - أى الشهادة - لفظ «أشهد» (المادة ١٥) ، وذلك خلافا للرأى السائد في المذهب الحنفى الذى يرى أن لفظ «اشهد» هو ركن الشهادة أو على الأقل شرط في صحتها ، وقد استعاضت القوانين المعاصرة عن هذا اللفظ بتحليف الشاهد اليمين على أن يقول الحق^(١١) .

ما يشترط في الشهادة من الناحية الموضوعية :

● يشترط في الشهادة من الناحية الموضوعية ما يشترط في الإثبات بأى دليل آخر بمعنى أن يكون موضوع الإثبات واقعة قانونية معينة متنازعا فيها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزا لإثباتها .
ويتعين أن يكون الشاهد على علم بالواقعة التي يشهد بها وأن يكون علمه هذا قد أتى عن طريق المشاهدة أو السمع المباشر ، وان جاز قبول الشهادة السماعية وشهادة التسامع على النحو الذى ذكرناه آنفا .

ما يشترط في الشاهد :

● تنص المادة ٦٤ من قانون الإثبات على أنه «لا يكون أهلا للشهادة من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة ، على أنه يجوز أن تسمع اقوال من لم يبلغ هذه السن بخير يمين على سبيل الاستدلال» .
ويقابل نص المادة ٦٤ من قانون الإثبات المصرى المواد ٥٩ سورى و ٢٤٨ لبنانى و ٤٨ تونسى و ١٨٣ لیبى و ٤٣ كويتى .

(١١) (أصول الإثبات واجراءاته للدكتور سليمان مرقص ص ٥ وما بعدها) .

العبرة فى تحديد سن الشاهد :

● ● العبرة بسن الشاهد وقت الادلاء بشهادته لا وقت حصول الواقعة التى يشهد بها (١٢) .

● وإذا لم تكن سن الصغير ثابتة بورقة رسمية كشهادة ميلاد أو من واقع بطاقة والده العائلية أو أية ورقة رسمية أخرى يكون لقاضى الموضوع تقدير سنه حسب مظهره وأقواله وأقوال والديه فإن رأى من ذلك أن سنه لم تبلغ خمس عشرة سنة ولم يتم بتحليفه ولم يعترض على ذلك احد الخصوم ثم استبان بعد ذلك أن سن الشاهد كانت خمس عشر عاما أو أكثر فإن هذا الاجراء لا يكون باطلا (١٣) .

وجوب حلف من بلغ خمس عشرة سنة يميناً بينما تسمع شهادة من دون ذلك بغير حلف يمين وعلى سبيل الاستدلال :

● مما يستلقت النظر فيما يتعلق بسن من يجب أن يحلف وعدم جواز تحليف الصغير أن المادة ٦٤ من قانون الإثبات نصت على أنه «لا يكون أهلاً للشهادة من لم تبلغ سنه خمس عشرة على انه يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين على سبيل الاستدلال» وكانت المادة ٢٠٤ من قانون المرافعات السابق تنص على أنه «تسمع أقوال من لم تبلغ سنه أربع عشرة سنة بغير يمين وعلى سبيل الاستدلال فقط» ، وكذلك كانت المادة ١٩٩ من قانون المرافعات القديم حرفياً ، ولكن المادة ٢٠١ من هذا القانون (أى قانون المرافعات القديم) كانت تقول «يجب على كل شاهد تجاوز سن الاربع عشرة سنة أن يحلف يميناً قبل استجوابه» أى أنه حسب المادة ١٩٩ من قانون المرافعات السابق كان يجب على الشاهد الذى بلغ أربع عشرة سنة أن يحلف لان هذه المادة قالت «تسمع أقوال من لم تبلغ سنه الأربع عشرة سنة بغير يمين» وحسب المادة ٢٠١ لم يكن يجب الحلف إلا بعد أن يزيد سن الشاهد على أربع عشر سنة لان هذه المادة قالت «يجب على كل شاهد تجاوز سن الاربع عشرة سنة أن يحلف الخ» وحسب المادة ١٩٩ كان لايجوز تحليف الصغير بدليل قولها تسمع أقواله على سبيل الاستدلال فقط ، اما المادة ٢٠١ فإنها اقتضت على وجوب تحليف من تجاوز سن الأربع عشرة سنة ولم تحرم تحليف من لم يتجاوز هذه السن ، وخيراً فعلت المادة ٢٠٤ مع المادة ٢١٢ من قانون المرافعات السابق إذ قضت على الخلاف الذى وقع بين المادتين ١٩٩ ، ٢٠١ من قانون المرافعات القديم فى الأمرين المذكورين واوجبت المادة ٢٠٤ عدم تحليف من لم تبلغ سنه أربع عشرة سنة إذ قالت «تسمع أقوال من لم تبلغ سنه ١٤ سنة بغير يمين وعلى سبيل

(١٢) (نقض ١٩٦٧/٣/٩ طعن ١٩٩ لسنة ٢٣ ق مج س ١٨ ص ٥٩٩) .

(١٣) (رسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت الجزء الأول ص ٥٦٤) .

الاستدلال فقط» وقالت المادة ٢١٢ «يجب على الشاهد أن يحلف إلخ» ولم تقل من تجاوز ١٤ سنة وقد جاء قانون الإثبات ونص صراحة على عدم أهلية من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة للشهادة . وانه إذا ما سمعت اقواله فتكون بغير يمين ثم إن المادة ٢٨٣ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد نصت أيضا فى الفقرة الأولى على أنه «يجب على الشهود الذين بلغ سنهم أربع عشرة سنة أن يحلفوا يمينًا إلخ» ولكنها قالت فى انقرة الثانية «وهجوز سماع الشهود الذين لم يبلغوا أربع عشرة سنة كاملة بدون حلف يمين على سبيل الاستدلال» وما دام يجوز سماعهم على سبيل الاستدلال يجوز تحليفهم وفى هذا تناقض بين هذه الفقرة والمادة ٢٠٤ من قانون المرافعات السابق التى نصت على سماعهم على سبيل الاستدلال فقط . وكان يجب على الشارع أن ينزه نفسه عن هذا التناقض . ويلاحظ أن المادة ٢٨٣ من قانون الاجراءات الجنائية الجديد الواردة فى الكلام على محكمة الجنح والمخالفات تسرى على محكمة الجنايات بمقتضى المادة ١١٦ وعلى النيابة بمقتضى المادة ١٩٩ (١٤) .

الحكمة التى توخاها المشرع من عدم تحليف الشاهد الصغير :

● هدف المشرع من سماع اقوال الصغير بغير يمين إلى عدم اعطاء شهادة هذا الصغير من القيمة ما يعطى لشهادة الكبير .

غير أنه إذا حلفت المحكمة الصغير من هو دون السن - اليمين

- فلا يترتب البطلان على ذلك :

● إذا حلف القاضى الصغير الذى لم يبلغ من العمر خمس عشرة سنة فلا يترتب على ذلك بطلان إذ يكون حلف اليمين فى هذه الحالة تزيد لاضرر منه بل قد يفيد ذلك فى حفز الصغير إذا ما كان متدينا إلى التدقيق فى شهادته بما قد يعزز الأدلة القائمة فى الدعوى تعزيرا كافيا أو قد يؤدى إلى الاهتداء إلى أدلة اخرى قوية ، ومع ذلك تبقى لشهادة الصغير الذى حلف ذات درجة تقديرها وهى انها تؤخذ على سبيل الاستدلال .

لايكفى ان يبلغ الشاهد خمس عشرة سنة بل يتعين ألا يكون

قد أصابه عارض من عوارض الأهلية :

● تنص المادة ٨٢ من قانون الإثبات على انه «لايجوز رد الشاهد ولو كان قريبا أو صهرا لاحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لا سبب آخر» .

ومؤدى ذلك أن فقد التمييز يجعل الشخص غير اهل لاداء الشهادة ولو كان ذلك راجعا إلى أى سبب آخر غير صغر السن المنصوص عليه فى المادة ٦٤ من قانون الإثبات ، كأن يكون فقد التمييز بسبب الشيخوخة والهزم أو بسبب مرض يحجب التمييز عن المريض أو كأن يكون بسبب مرض عقلى أو بله ، فهؤلاء جميعا لايجوز سماع شهادتهم حتى على سبيل الاستدلال .

ولا تسمع شهادة المحكوم عليه بعقوبة جنائية إلا على سبيل الاستدلال :

● عملا بنص المادة ٢٥ (فقرة ثالثا) من قانون العقوبات فإن من يحكم عليه بعقوبة جنائية يحرم من أداء الشهادة يحلف يمين طوال فترة تنفيذ العقوبة وإن كان يجوز سماع شهادته بغير حلف يمين وعلى سبيل الاستدلال .

ولاعمال هذا النص فإنه لايكفى أن يرتكب الشخص جنائية بل يتعين أن يقضى عليه بعقوبة جنائية ، وعلى ذلك فإذا ما ارتكب شخص جنائية وحكم عليه بعقوبة جنحة أى بأقل من عقوبة السجن اعمالا لنص المادة ١٧ من قانون العقوبات فلا ينطبق شأنه نص المادة ٢٥ من قانون العقوبات ويجوز سماع شهادته وتحليفه اليمين .

● ويؤخذ على نص المادة ٢٥ من قانون العقوبات انه اعتبر أداء الشهادة حقا أو مزية يحرم منها المحكوم عليه بعقوبة جنائية مع أن أداء الشهادة واجب والامتناع عن ادائها معاقب عليه بمقتضى المادة ٧٨ من قانون لإثبات .

جواز شهادة الأقرباء والاصهار :

● اقارب الخصوم وأصهارهم تكون شهادتهم مقبولة مثل غيرهم إلا إذا فقدوا ما يشترط فى الشاهد بوجه عام من تمييز أو كانوا محكوما عليهم بعقوبة جنائية لم تنتهى مدتها بعد .

● ● إنه وإن كان الأصل فى بناء الأحكام القضائية على الشهادة التى لاتنفيد إلا ظنا إنما هو رفع حاجة الناس واضطرارهم فى إثبات حقوقهم إليها ، فوجب ان يراعى فى خير الشهود وفى احوالهم ما يرجع صدقهم فيما يشهدون به بقدر المستطاع ، إلا أنه لما كان المناط فى عدم قبول الشهادة لتهمة هو درء مظنة جلب مغنم أو دفع مغرم إذا كانت المنافع موصولة بين الشاهد والمشهد له، ولهذا - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ردت شهادة الفرع لاصله والأصل لفرعه وشهادة احد الزوجين للآخر ، دون شهادة سائر القرابات بعضهم لبعض ، فهى مقبولة إلا ان تتمكن التهمة منها بسبب آخر غير مجرد القرابة ، لان هؤلاء ليس لبعضهم تسلط فى مال البعض عرفا وعادة فالحقوا

بالاجانب ، لما كان فإن صالح القرى التى تربط بين احد الشاهدين وبين المظعون عليه :الأول باعتباره ابن عمته لاتنفع شرعا من قبول شهادته و ويكون نصاب الشهاد مكتملا (١١٥) .

● ● لم يجعل القانون صلة القرابة بين الشاهد والمشهد له سببا لعدم الاخذ بأقوال الشاهد (١١٦) .

● ● مفاد نص المادة ٨٢ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ان القانون لم يجعل القرابة أو انصاهرة بين الخصم وشاهده ، سبب لرد الشاهد أو عدم سماع شهادته إلا أن الشهادة تختلف عن القرار واليمين الحاسمة فى انها تقتضى المغايرة بين شخص الخصم وشخص من يستشهد به لانه يحتكم إليه فى الإدلاء بمعلوماته على خلاف الاقرار الذى يصدر عن ذات الخصم واليمين الحاسمة التى يحتكم فيها الخصم إلى ذمة خصمه (١١٧) .

لاعبرة بوجود صلة بين شاهدين يشهدان لخصم واحد :

● ● لاثريب على محكمة الموضوع ان هى اعتدت بأقوال شاهدين شقيقين طالما ان المظنة منتفية عنهما ، ولم يتحقق فيهما مظنة جلب مغته أو دفع مغرم (١١٨) .

(١٥) (نقض ١٩٧٦/٦/٢ طعن ٣٩ لسنة ٤٤ قضائية) .

(١٦) (نقض ١٩٧٨/١١/١ طعن ٥٧٣ لسنة ٤١ ق مج س ٢٩ ص ١٦٤٨)

(١٧) (نقض ١٩٨٣/١/١١ طعن ٧٤٣ لسنة ٤٩ قضائية) و (نقض ١٩٩٠/٣/٢٦ طعن ٨٢١ لسنة ٥٨ ق) .

(١٨) (نقض ١٩٧٦/٣/١٧ طعن ١١ لسنة ٤٣ ق مج س ٢٧ ص ٦٨٥) .

ثانيا : القاعدة العامة فى الإثبات بشهادة الشهود القاعدة العامة فى الإثبات بشهادة الشهود فى جواز الإثبات بهذا الطريق فيما يخرج عن نطاق المادة ٦٠ (إثبات)

نصوص القانون :

مادة ٦٠ (إثبات) : فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرين جنيها أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده ، أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك .
ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف ، ويجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام على عشرين جنيها لم تأت الا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل .
وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بشهادة الشهود فى كل طلب لاتزيد قيمته على عشرين جنيها ولو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة .
وتكون العبرة فى الوفاء إذا كان جزئيا بقيمة الالتزام الاصلى .

النصوص العربية المقابلة :

القانون الليبي	: مادة ٣٨٧ .	القانون التونسي	: مادة ٤٧٣
القانون العراقى	: المادتان ٧٦ و ٧٧ .	القانون اللبناني	: مادة ٢٤١
القانون السورى	: المادتان ٥٢ و ٥٣	القانون الكويتى	: مادة ٧٥
القانون الأردنى	: المادتان ٢٧ و ٢٨	القانون البحرينى	: مادة ١٢٦

المذكرة الإيضاحية :

١- الاعمال التحضيرية لنص المادة ٤٠٠ من القانون المدنى (الملفأة)
والمقابلة لنص المادة ٦٠ من قانون الإثبات الحالى مع ملاحظة فارق
النصاب حيث كان عشرة جنيها فى ظل تطبيق المادة ٤٠٠ مدنى
وأصبح عشرون جنيها بموجب المادة ٦٠ من قانون الإثبات .

(أ) «شروط تطبيق الحكم الوارد فى النص : ويشترط لتطبيق الحكم الوارد فى المادة ٥٣٨ من المشروع توافر شرطين : يتعلق أولهما بطبيعة التصرف ، الذى يجرى اثباته ، ويتصل الثانى بقيمة هذا التصرف ، ويراعى بالنسبة للشرط الأول ، وهو الخاص بطبيعة التصرف ، أن التقنين الفرنسى (المادة ١٣٤١) قد استعمل فى معرض بيان هذه الطبيعة عبارة «كل شىء» وأن التقنين المصرى قد جعل من اصطلاح «جميع المواد» بديلا من هذه العبارة ، فى حين اقتصر المشروع الفرنسى الايطالى على ذكر «العقود» وقد أثر المشروع الاقصح عن مراده فصرف النص «إلى جميع الالتزامات التعاقدية» .

على أن الفقه والقضاء فى مصر متفقان على أن عبارة النص لا تتناول العقود فحسب ، بل ينسحب حكمها على سائر التصرفات القانونية ، فلا يخرج من نطاقها إلا الوقائع القانونية ، وغنى عن البيان أن التصرف القانونى ينصرف إلى كل تعبير عن الإرادة يقصد منه إلى ترتيب أثر قانونى ، وهو بهذه المثابة لا يقتصر على العقود فحسب ، بل يشمل الإرادة المنفردة ، كالايجاب والقبول والتنازل عن حق الوفاء والاجازة .

وبديهى ان صاحب الحق لا يعنى بهيئة الدليل وقت انعقاد التصرف القانونى ما لم يكن قد قصد منه إلى ترتيب آثار قانونية لصالحه ، أما الوقائع القانونية ، وهى التى يستقل القانون بترتيب آثارها ويلتزم محدثها دون أن يسعى إلى ذلك ، فمن المستحيل فى الأصل أن يهبأ دليل كتابى بشأنها ، ولذلك ابيح إثبات هذه الوقائع بالبينة ، سواء أكانت منشئة لأشياء عقود أو جنح أو أشباه جنح .

وتستخلص من ذلك نتيجتان (أ) وأولاهما أن الوقائع المادية لا ينفى أن تذكر بين الاستثناءات التى ترد على الحكم المتقدم ذكره ، لان هذا الحكم لا يسرى بشأنها ، وقد حاد التقنين الفرنسى والتقنين الايطالى (المادة ١٣٨٤) عن جادة المنطق بازاء الالتزامات الناشئة عن اشباه العقود وأشياء الجنح ، بوصفها أمثلة لهذه الاستثناءات (ب) والثانية التصرفات القانونية غير المعينة القيمة (أنظر المادة ٢١٥ / ٢٨٠ من التقنين المصرى) والتصرفات القانونية التى أوجب القانون بالنص اثباتها بالكتابة .

أما الشرط الثانى فهو يتعلق بالقيمة التى تعتبر نصابا للشهادة ، وقد حدد التقنين الفرنسى والتقنين البلجيكى هذه القيمة بمائة وخمسين فرنكا ، وحددها التقنين الايطالى بخمسمائة ليرة . ثم زيدت إلى خمسمائة فرنك بمقتضى القانون الصادر فى سنة ١٩٢٨ فى فرنسا ، وإلى ٢٠٠٠ الفى فرنك بمقتضى القانون الصادر فى سنة ١٩٣٨ فى بلجيكا ، إلى الفى ليرة بمقتضى المرسوم الصادر فى ٢٠ سبتمبر سنة ١٩٢٢ فى ايطاليا ، وجعلها المشروع الفرنسى الايطالى (المادة ٢٩٣) ٢٠٠٠

ليرة أو فرنك ، والواقع أن هبوط قيمة النقد أفضى فى الدول التى حددت نصاب الشهادة بمبلغ ١٥٠ فرنكا إلى الحيلولة دون تطبيق الأحكام المتعلقة بالإثبات بالبيئنة وعملا ، ولم يبلغ ما طرأ على قيمة النقد المصرى من التغيير مبلغ ما أصاب النقد فى أوروبا ، ولهذا لم ير المشروع وجها لرفع نصاب الإثبات بالبيئنة مع مراعاة التحفظ الآتى :

ب) الاتفاق على خلاف قواعد الإثبات بالبيئنة : أشير فيما تقدم إلى أن المشروع نهج التقنين القائم فى تقييد الإثبات ، ومن الأهمية بمكان تعيين ما إذا كانت القواعد الخاصة بعبء الإثبات وطرق الإثبات تتعلق بالنظام العام ، إذ لو قيل بتعلقها به لترتب على ذلك بطلان كل اتفاق مخالف ، ولو قيل بغير ذلك لكان للمتعاقدين أن يتفقوا على الخروج عليها .

وقد ذهب فريق من الفقهاء ، تبعته طائفة من احكام القضاء فى بلجيكا بوجه عام ، إلى الحاق هذه القواعد بالنظام العام ، باعتبار تعلقها بالنظام القضائى وانشائها للوصول إلى أمثل طريق لحسم المنازعات ، ومؤدى رأى هذا الفريق أن قواعد الإثبات لا يجوز استبعادها أو تعديلها بمقتضى اتفاق خاص .

وذهب فريق آخر إلى أن قواعد الإثبات لا تكفل إلا حماية مصالح خاصة ، ويجوز فى منطق هذا الرأى للمتعاقدين أن يعدلوا فيها باتفاقهم (أنظر استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٤٤٠ ، وهو يجيز الاتفاق على الاختصار فى الإثبات على الكتابة دون غيرها) فى بعض الاحوال.

وتعرض الاتفاقات الخاصة بتعديل الوقائع التى بجرى اثباتها وتعديل عبء الإثبات بوجه خاص ، فى عقود التأمين وعقود الاذعان ، أما طريق الإثبات فالخلاف بشأنها يعرض بصدد الشهادة والقرائن .

والظاهر أن القضاء الفرنسى قد جرى ، فيما يتعلق بالإثبات بالبيئنة ، على اقرار صحة الاتفاقات المعدلة له ، لان نصاب الشهادة فى التقنين الفرنسى وهو ١٥٠ فرنكا ، أى ما يعادل جنيتها مصريا ، قد أصبح ضئيلا جدا وانتهى الأمر بذلك إلى الالتزام بتحصيل الدليل الكتابى فى جميع المنازعات ، وقد اقترح لعلاج هذه الحالة ، حظر الاتفاق على خلاف الاحكام الخاصة بعبء الإثبات ورفع نصاب الشهادة .

وقد أجيبت هذه الرغبة فصدر فى سنة ١٩٢٨ قانون رفع نصاب الإثبات بالشهادة إلى خمسمائة فرنك فرنسى ، وصدر فى بلجيكا فى سنة ١٩٣٨ قانون رفع هذا النصاب إلى ألفى فرنك ، وقد جعل المشروع الفرنسى الايطالى نصاب البيئنة ألفى فرنك أو ليرة ، وقد كان المشروع بين أن يرفع قيمة نصاب البيئنة ويمن أن يجيز الاتفاق على مخالفة قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة ، ولا سيما

بعد أن قضت محكمة النقض بجواز هذا الاتفاق (نقض مدنى ٧ ابريل سنة ١٩٣٨ مع ٣٩ ص ٤٨١ رقم ١٨٨ ومع نقض ٢ ص ٣١٦ رقم ١٠٧) ... وقد رؤى التمشى مع مذهب هذا القضاء على أن أمر الحيار فى هذا الشأن لا يزال موكولا للاستحسان ، فليس ثمة ما يحول دون العدول عن هذا المذهب والنص على رفع نصاب الشهادة ، مع حظر الاتفاق على خلاف القواعد المتعلقة بالإثبات .

وتعرض الفقرة الثانية لتقدير قيمة الالتزام عند الإثبات ، ويراعى أن التقنين الفرنسى (المواد ١٣٤٢ - ١٣٤٦) والتقنين الايطالى (المواد ١٣٤٥ - ١٣٤٢) تناولت جميعا بيان الاحكام التى تتبع فى تقدير قيمة الالتزام الذى يراد اقامة الدليل بشأنه ، بيد أن التقنين الفرنسى والتقنين الايطالى والتقنين الهولندى تقرر جميعا وجوب إضافة الفوائد إلى أصل الدين عند تقدير قيمة النزاع ، بينما ينص المشروع الفرنسى الايطالى على جواز الإثبات بالبينة ، حيث لا تجاوز هذه القيمة نصاب الشهادة إلا من جراء إضافة الفوائد إلى أصل الدين .

وغنى عن البيان أن النص الوارد فى هذا المشروع يعتبر أدنى إلى العقل والمنطق ، لان تقدير وجوب الحصول على دليل كتابى مهياً ينبغى أن يناط بقيمة التصرف عند انعقاده ، ولذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٣٨ من المشروع على قاعدة وجوب الرجوع إلى قيمة الالتزام وقت تمام التعاقد ، فجعلت بذلك أصل الدين ، دون الملحقات مناظا للتقدير ، ويلاحظ أن هذه الفقرة تمشى مع نصوص المادة ٢٨/٣٠ من تقنين المرافعات المصرى الخاصة بتقدير قيم الدعاوى لتعيين الاختصاص النوعى .

أما الفقرة الثالثة من هذه المادة فاحكامها تخالف أحكام المواد ١٣٤٥ من التقنين الفرنسى والتقنين الايطالى ، ١٢٣٧ من التقنين الكندى ، ٢٩٧ من المشروع الفرنسى الايطالى ٢٨/٣٠ فقرة ٣ من تقنين المرافعات المصرى .

وليس شك فى أن حكم هذه الفقرة يتفق مع قاعدة تقدير الالتزام باعتبار قيمته وقت تمام انعقاده ، كلما أتمد الخصوم ، وكان النزاع متعلقا بالتزامات من طبيعة واحدة تمت فى «أوقات مختلفة» لا فى وقت واحد ، وعلى حد تعبير التقنين الفرنسى ، فكل التزام من هذه الالتزامات يجوز إثباته بالبينة متى كانت قيمته لا تجاوز عشرة جنيهاً .

وقد أخذ المشروع ، تشبهاً مع جواز تفريق إثبات الطلبات المتعددة ، بجواز تفريق إثبات وفاء الدين دفعا متعددة ، فأجاز إثبات كل وفاء لا تجاوز قيمته عشرة جنيهاً بالبينة ، ولو كان أصل الدين يجاوز هذه القيمة .

٢- المذكرة الإيضاحية تعليقا على نص المادة ٦٠ من قانون

الإثبات :

رفع المشرع فى المادة ٦٠ من قانون الإثبات المقابلة للمادة ٤٠٠ من القانون المدنى القائم النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود إلى عشرين جنبها بدلا من عشرة جنيها اعتبارا منه للتغيير الذى طرأ على القوة الشرائية للنقد ، وحذف المشرع فى ذات المادة عبارة «وكذلك الحكم فى كل وفاء لاتزيد قيمته على عشرة جنيها» وأضاف فقرة رابعة إلى النص تقضى بأن العبرة فى إثبات الوفاء تكون بقيمة الالتزام محل الوفاء ولو كان الوفاء جزئيا ، إذ أن حكم القانون القائم فى هذا الخصوص محل نقد نظرا لأنه يمكن من يتمسك بالوفاء من ادعاء الوفاء على دفعات متعددة لاتباز قيمة كل منها النصاب الجائز اثباته بشهادة الشهود فيتيسر له بذلك الإثبات بشهادة الشهود ولو جاوزت قيمة التزامه نصابها ويتخلص بذلك من واجب الإثبات بالدليل الكتابى ، وهو تحايل لايحوز اقراره ، وقد استبدل المشرع فى نفس المادة «عبارة شهادة الشهود» بلفظ البيينة لانها أدق فى الدلالة على المعنى المقصود .

٣- تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس الأمة (عام ١٩٦٨) تعليقا

على نص المادة ٦٠ (إثبات) : «قصد بالفقرة الاخيرة من (المادة ٦٠ إثبات) حماية الدائن من تحايل المدين عن طريق تجزئة الوفاء وحماية للمدين نفسه إذا ادعى الدائن قيامه بسداده جزء من الدين ليقطع التقادم» .

آراء الشراح وأحكام القضاء :

ما يجوز اثباته بشهادة الشهود كأصل عام :

- هناك ثلاثة أنواع من الوقائع يكون الأصل بشأنها جواز الإثبات بشهادة الشهود وهى الافعال المادية والأعمال التجارية والتصرفات المدنية التى لاتباز قيمتها عشرين جنبها .
- وإذا تضمنت صحيفة الدعوى عدة فقرات منها ما يتوافر بشأنها شروط وجوب الإثبات بالكتابة ومنها ما تتوافر بشأنها شروط الإثبات بشهادة الشهود تعين على المحكمة أن تستمع للشهادة فيما تجوز فيه الشهادة وأن تكلف المدعى بالدليل الكتابى فيما لاتباز فيه الشهادة .

إثبات الأفعال المادية

إثبات الأفعال المادية جائز بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن .

● لم يفرض المشرع أى قيد على إثبات الأفعال المادية ، ومن ثم أصبح إثباتها مطلقاً من كل قيد جائزاً بكافة طرق الإثبات .

وإذن فالأصل جواز الإثبات بشهادة الشهود فى كل واقعة لاتعد فى ذاتها عملاً قانونياً وإن ترتب عليها آثار قانونية حتى ولو كانت تلك الآثار ثبوت عمل قانونى أو اخلاصاً بالتزام ناشئ عن عمل قانونى .

● ● الدليل لارتباط له بالمسئولية فى حد ذاتها تعاقدية كانت أو غير تعاقدية وإنما يتعلق بذات الأمر المطلوب إثباته ، فقد تكون المسئولية تعاقدية ويكون الإثبات فيها بالبينة والقرائن وذلك بالنسبة للوقائع التى يكون فيها موقف الخصم المراد إثباتها فى حقه موقفاً سلبياً فيكون الحصول منه على كتابة مثبتة لها معقبا على محض ارادته ان شاء اصدها وإن شاء رفض ولا يكون لخصمه حيلة ازاء رفضه وكان لأموجب قانوناً لإلزام هذا الأخير بافراغ ما يصدر منه فى شأنها فى شكل اعذار رسى لخصمه يتم على يد محضر فلا يعتبر الاعذار شرطاً لوجودها ولا دليلاً مطلوباً لإثباتها إذ هى لم تصدر من الخصم المطلوب إثباتها فى حقه ولا دور له فيها اللهم الا موقفه السلبى منها بالرفض فهى لاتعدو فى حقه واقعة مادية صرف ، لما كان ذلك وكانت المطالبة بالوفاء تصدر من الدائن لا من المدين وموقف المدين منها موقف سلبى ولا التزام عليه فى اصدار كتابة بها لخصمه ولا موجب قانوناً يلزم خصمه بافراغها فى شكل اجراء رسى اعذار أو غيره فإن الاعذار لايعتبر شرطاً لوجودها ولا دليلاً مطلوباً لإثباتها فتضحى مجرد واقعة مادية بالنسبة لخصمه ولو تضمنت تصرفاً قانونياً صادراً بالارادة المنفردة منه طالما انه لايتحتاج إلى قبول من خصم له (١٩) .

● ● الواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بغير قيد النصاب الذى حدده القانون فى شأن إثبات التصرفات القانونية ، ويكون طلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن المظنون ضده وقع بالبصمة المظومة الموجودة على العقد لإثبات التصرف القانونى ذاته - يكون منه

(١٩) (نقض ١٩٨٣/١/٢ طمن ١٢٩٩ لسنة ٥١ قضائية) .

طلبا لإثبات واقعة مادية أمر بتحقيق صحتها متروك لقواعد الإثبات العامة بحيث يجوز إثبات حصولها بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود (٢٠) .

إثبات الأفعال الضارة :

● إذا ارتكب شخص فعلا ضارا فإنه يقع على عاتق المضرور من ذلك الفعل إثبات توافر أركان المسؤولية في جانب الفاعل ، وأركان المسؤولية عن الفعل الضار هي الضرر والخطأ ثم إثبات رابطة السببية التي تربط بينهما .

وكل هذه الأركان وقائع مادية يعتبر الأصل فيها جواز إثباتها بشهادة الشهود .

● ومع أن الأصل في هذه الأحوال جواز إثباتها بشهادة الشهود فإن القضاء كثيرا ما يتشدد في الأخذ بالبينة وفي تكوين اعتقاده منها ، نظرا لما يخشى من فساد ذمة الشهود أو من احتمال نسيانهم ، بل إن المتقاضين أنفسهم لا يكتفون بالتعويل على البينة في إثبات الحوادث التي تكون آثارها المادية سريعة التحول والزوال ، كما إذا سقط جدار فألحق بالابنية المجاورة له أضرارا ، أو إذا اشترط المؤجر على المستأجر عدم زراعة أكثر من ثلث الاطيان قطننا فخالف المستأجر هذا الشرط ، لذلك كثيرا ما يرى المتقاضون أن الالتجاء إلى الإثبات من طريق المعاينة يكون اجدي في اقتناع المحكمة بحقيقة الواقعة من التعويل في ذلك على شهادة الشهود ، فيعمدون إلى رفع دعوى إثبات الحالة ، وهي دعوى مستعجلة يقصد بها أن تعجل المحكمة بالانتقال إلى محل النزاع أو بندب خبير لذلك حتى تثبت من بعض الظروف التي يخشى من زوالها إذا كانت تلك الظروف منتجة في نزاع أصلي ، وقد تقدم أن المعاينة وبخاصة معاينة القاضى ، متى تيسرت ، تعتبر آمن طريق للوصول إلى الحقيقة (٢١) .

● ● الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليهما متضامنين بان يدفعوا إلى المدعية مبلغا تعويضا لها عن عبث الخادم بحلى كانت في علبه استودعتها السيد هي دعوى متضمنة في الواقع دعويين الأولى أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم وفيها يدور الإثبات بينه وبين المدعية على وقع الجريمة وإثبات الجريمة جائز قانونا بأى طريق من طرق الإثبات فهي دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ولا لها بالوديعة الاصلية عرضية من ناحية ان الجواهر التي وقعت عليها الجريمة كانت وديعة وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها والثانية موجهة

(٢٠) (نقض ١٩٧٥/٢/١٧ طعن ٢١٠ لسنة ٤٠ ق مج س ٢٦ ص ٤٠٦)

(٢١) (أصول الإثبات وإجراءاته للدكتور سليمان مرقص الجزء الثاني ص ٥١٧) .

إلى السيد واساسها أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة فى حالة تأدية وظيفته عنده وهذه ليس مطلوبها فيها إثبات عقد الوديعة على السيد ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبيينة والقرائن (٢٢) .

● ● الواقعة المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بغير قيد النصاب الذى حدده القانون فى شأن إثبات التصرفات القانونية ، وإذ كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه ان الطاعن طلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ان المطعون ضده الأول وقع بالهبة المطموسة الموجودة على العقد لإثبات التصرف القانونى ذاته فإنه يكون منه طلبا لإثبات واقعة مادية أمر تحقيق صحتها متروك لقواعد الإثبات عامة بحيث يجوز إثبات حصولها بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود (٢٣) .

● ● متى كان الثابت ان الواقعة كما حصلها الحكم المطعون فيه هى أن المطعون عليها وقعا على عقد ايجار مطبوع وتركا بياناته على بياض ثم سلماه إلى الطاعن وهو شقيقهما ليتولى تأجير حصتهما فى شونة إلى الغير ، غير أن الطاعن ملأ الفراغ أسفل عقد الايجار بعقدين يتضمنان ان المطعون عليهما باعا إليه نصيبهما فى الشونة المذكورة ، فإن التكييف الصحيح للواقعة على هذه الصورة هو انها تزوير لاختيان امانة إذ أن انشاء العقدين المزورين اللذين كتبا اسفل عقد الايجار المتفق عليه وفق توقيع المطعون عليهما كمزجرين انما هو تغيير للحقيقة بالاصطناع ، وإذ كيف الحكم المطعون فيه الواقعة انها تزوير واجاز بالتالى اثباتها بكل الطرق ، واقام قضاءه على اسباب مستقلة عن اسباب محكمة أول درجة فإن النemy عليه بالخطأ فى تطبيق القانون والتناقض - بتأييده الحكم الابتدائى - يكون فى غير محله (٢٤) .

● ● المستقر عليه فى قضاء هذه المحكمة ان تغيير الحقيقة فى الأوراق الموقعة على بياض من استؤمن عليها هو نوع من خيانة الامانة ، يرجع فى إثباته للقواعد العامة ، ومن مقتضاها أنه لايجوز إثبات عكس ما هو فى الورقة الموقعة على بياض إلا أن تكون هناك كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولا يخرج عن هذا الأصل إلا حالة ما إذا كان من استولى على الورقة قد حصل عليها خلسة أو نتيجة غش أو طرق احتيالية أو بأية طريقة أخرى خلاص التسليم الاختيارى فعندئذ يعد تغيير الحقيقة فيها تزويرا يجوز إثباته بكافة الطرق ، والاحتيال أو الغش الذى يجعل من تغيير الحقيقة فى الورقة الموقعة على بياض تزويرا يجوز إثباته بكافة الطرق هو الذى يكون قد استخدم

(٢٢) (نقض ١٩٤٧/٥/١ مجموعة محمود عمر الجزء الخامس ص ٤٢٢) .

(٢٣) (نقض ١٩٧٥/٢/١٧ طعن ٢١٠ لسنة ٤٠ ق مع ص ٢٦ ص ٤٠٦) .

(٢٤) (نقض ١٩٧٥/١١/٢٥ طعن ٦٠١ لسنة ٤٠ ق مع ص ٢٦ ص ١٤٧٠) .

كوسيلة للاستيلاء على الورقة ذاتها حيث ينتفى معه تسليمها بمحض الإرادة ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها ادعت تزوير عقد الايجار المقدم من الطاعن على سند من أنه استغل فرصة لجوئها إليه لمساعدتها فى تقديم طلبات إلى وزارة الشؤون الاجتماعية للحصول على معونة أو لتعيينها فى احدى الوظائف ، وأنه استغل اميتها وثقتها فيه فأستعمل المحرر الذى وقعت عليه لكتابة عقد الايجار مشار النزاع وكأن مؤدى ما سلف أن المطعون عليها هى التى سلمت الورقة الموقعة على بياض للطاعن اختيارا ، وانه غير الحقيقة فيها وملاً ببياناتها بمعد الايجار على غير المتفق عليه بينهما وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مجرد ادعاء المطعون عليها تسليمها المحرر الموقع منها على بياض من قبيل الاحتيال الذى يجعل من تغيير الحقيقة فيه تزويرا يجوز إثباته بكافة الطرق فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون على واقع الدعوى بخروجه على قواعد الإثبات (٢٥) .

إثبات الاخلال بالتزام تعاقدى :

● الاخلال بالتزام التعاقدى يعتبر فعلا ماديا يجوز إثباته بشهادة الشهود بالرغم من أن نشوء هذا الالتزام لا يثبت الا بالكتابة إذا ما كانت قيمته تزيد عن عشرين جنيتها .

● وكذلك الحال بشأن تنفيذ الالتزام العقدى إذا كان محله القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ، أما إذا كان محله اعطاء شىء فإن الوفاء به يكون عملا قانونيا تسرى عليه قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة فيما يجاوز نصاب شهادة الشهود ما لم يكن الوفاء قد تم عن طريق استيلاء الدائن على محل الالتزام استيلاء ماديا (٢٦) .

● ● إذا كان المدعى عليه يستند فى إثبات براءة ذمته من الدين ، لا إلى تصرف قانونى ، بل إلى واقعة مادية هى استيلاء المؤجر على الزراعة التى كانت قائمة بالعين المؤجرة وأن قيمة ما استولى عليه تزيد على قيمة الايجار المطالب به ، فإنه لا تشرىب على المحكمة ان هى احالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذه الواقعة حتى ولو كان الايجار الذى يتمسك ببرائة ذمته يزيد على نصاب البينة (شهادة الشهود) (٢٧) .

● ● إذا كانت المحكمة قد تبينت من وقائع الدعوى أن الشريكين فى ماكينه للرى والطحن قد استغلاها مدة من الزمن بالطريقة المتفق عليها فى عقد الشركة ، ثم عدلا عن هذه الطريقة إلى طريقة أخرى ، ثم اختلفا بعد ذلك على طريقة الاستغلال فاضطر احدهما إلى استغلالها

(٢٥) (نقض ١٩٧٨/٦/١٤ طعن ١١٧ لسنة ٤٤ ق مج س ٢٩ ص ١٤٦٧) .

(٢٦) (الدكتور سليمان مرقص المرجع السابق ص ٥٠٤) .

(٢٧) (نقض ١٩٥٤/١٠/٢٨ طعن ٣٢٢ لسنة ٢١ ق مج س ٦ ص ٥٥) .

بطريقة المهايأة الزمنية إذ كانت هذه هي الطريقة الوحيدة الممكنة ، فإنه لا يكون هناك من حرج فى عدم التعويل على الطريقة الواردة فى العقد بعد ثبوت العدول عنها ، ويجوز للمحكمة ان تثبت حصول الانتفاع بطريقة اخرى معينة بجميع وسائل الإثبات ، إذ الأمر أصبح متعلقا بواقعة مادة (٢٨) .

● ● عدم قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقا لما التزم به فى عقد المقاولة هو واقعة مادة يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ولا مخالفة فى ذلك لما هو ثابت فى العقد إذ لم ينص فيه على وفاة المقاول بالتزاماته الواردة فيه (٢٩) .

● ● يجوز - تأسيسا على المادتين ٣/٨٢٨ و ٢/٧٠١ من القانون المدنى - للشريك فى علاقته بالشريك الأخر الذى تصرف ببيع المحصول الناتج من زراعتهما المشتركة أن يثبت فى حدود هذه العلاقة صدور هذا التصرف منه بوصفه من اعمال الإدارة وذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن على أساس أن هذا التصرف يعتبر بالنسبة له بمثابة واقعة مادة (٣٠) .

● ● مفاد نص المادة ١٦ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ (المقابلة للمادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ والمعمول به ابتداء من ٩ سبتمبر ١٩٧٧) فى شأن ايجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - ان المشرع قد فرض على المؤجر التزاما بتحرير عقد ايجار يثبت فيه بيانات معينة حماية للمستأجر وانه نظرا للأهمية البالغة التى علقها المشرع على فرض هذا الالتزام فقد أباح للمستأجر عند المخالفة إثبات العلاقة الايجارية بكافة طرق الإثبات (٣١) .

● ● العين المؤجرة لا تقتصر على ما ورد ذكره فى العقد بشأنها وإنما تشمل أيضا ما يكون من ملحقاتها التى لا تكتمل منفعتها المقصودة من الايجار إلا بها وأنه إذا اتفق المتعاقدان على تحديد الملحقات وجب اعمال اتفاقهما والا وجب الرجوع إلى قصد المتعاقدين وطبيعة الالتزام واتباع العرف دون التقيد فى هذا الخصوص بوسيلة معينها من وسائل الإثبات لان هذه الأمور من قبيل الواقع المادى الذى يجوز إثباته بكافة الطرق (٣٢) .

(٢٨) (نقض ١٩٤٣/٣/٢١ طعن رقم ٤١ لسنة ١٢ قضائية) .

(٢٩) (نقض ١٩٦٧/١١/١٦ طعن ٢٢٢ لسنة ٣٤ ق مع ص ١٨ ص ١٧٠٧) .

(٣٠) (نقض ١٩٦٩/١١/١٨ طعن ٢٢٠ لسنة ٣٥ ق مع ص ٢٠ ص ١٢٠٦) .

(٣١) (نقض ١٩٨١/١/١٧ طعن ٤٩٧ لسنة ٥٠ قضائية) .

(٣٢) (نقض ١٩٨١/١٢/٣١ طعن رقم ٥٠١ لسنة ٤٧ قضائية) .

إثبات الرضاء الضمنى وعيوب الرضاء ونية الاضرار بالغير :

● ولو أن الرضاء عمل قانونى أو هو الركن الجوهرى فى العمل القانونى ، ويجب إثباته بالكتابة فيما يجاوز عشرين جنيتها ، فإن التعبير عنه يمكن فى بعض الاحوال أن يكون ضمنياً أو أن يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالتة على حقيقة المقصود (المادة ٩٠ مدنى) ، وحينئذ يمكن اثباته باثبات الوقائع المادية التى يستنبط منها ، ويكون إثبات هذه الوقائع بشهادة الشهود وسائر الطرق ، ومثل ذلك الافعال التى يستفاد منها قيام الوكالة الضمنية والنزول الضمنى عن الشرط المانع من التأجير من الباطن أو من النزول عن الإيجار ، وقرار الموكل عقد أبرمه وكيله متجاوزاً حدود التوكيل والافعال التى يستدل منها على اجازة القاصر - بعد بلوغه الرشد - التصرف الذى صدر منه قبل ذلك ، ورجوع الموصى عن وصيته رجوعاً ضمنياً ، وكما يجوز إثبات الرضاء الضمنى بشهادة الشهود أو باتخاذ موقف يدل عليه يجوز كذلك نفي حصول رضاء ضمنى بهذه الطرق ذاتها .

وكذلك العيوب التى تعيب الرضاء وهى الغلط والتدليس والاكراه ، والافعال التى يتكون منها استغلال احد المتعاقدين ضعف الاخر أو تسلطه على ارادته ، والأخطاء المادية التى تقع من محرر العقد اثناء كتابته وتكشف عنها الورقة بذاتها ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد والافعال التى يستدل منها على قصد أحد المتعاقدين الاضرار بالغير .

والافعال التى يستدل منها على علم الشخص بواقعة معينة كعلم الشفيع بالبيع فى ظل القانون القديم أو علم المشتري بالعيوب الخفية أو علم المتعاقد بسفه المتعاقد الآخر ، أو علم المتصرف اليه باعسار المتصرف المدين أو علم الغير المشتري من المتصرف إليه الصورى بالعقد المستتر ، أو الغش الذى يبطل التصرفات ، وكذلك العرف المتبع ، أو أجر المثل ، أو ثمن المثل حيث يحيل القانون أو العقد على أى منهما ، فإنها تعتبر كلها أفعالاً مادية يجوز إثباتها بشهادة الشهود أياً كانت قيمة العقد (٣٣) .

● ● إن إثبات الأدلة من الوقائع الثابتة مما يدخل فى نطاق سلطة محكمة الموضوع التقديرية بلا معقب عليها من محكمة النقض متى كان استخلاصها سائفاً ، وإذا كان سكوت المطعون ضداهم عن التمسك بفسخ العقد أمام اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى لدى نظر طلب الاعتداد به وقبولهم اقرار الطاعن بتمهده بعدم التأخير فى سداد الثمن كله أو جزء منه وتمسكهم بمحتواه ، كلها أمور واقعية ليست لها دلالة التأخير فى سداد الثمن كله أو جزء منه وتمسكهم بمحتواه ، كلها أمور

واقعية ايست لها دلالة قانونية معينة قبلهم ، فلا تصلح بذاتها لإثبات تنازلهم عن حقهم فى طلب فسخ العقد وكانت محكمة الموضوع قد خلصت إلى ما جاء فى الحكم المطعون فيه انه «ليس فى الأوراق ما يفيد أن المستأجرين والمطعون ضدهم سبق ان تنازلوا عن حقهم فى طلب الفسخ» وهو استخلاص سابع ومقبول أخذت به وأطمأن إليه وجدانها ، كما انه كاف لحمل قضائها وفيه الرد الضمنى على كل ما اثاره الطاعن ، فإن النعى على الحكم بالقصور فى التسبب يكون فى غير محله (٢٤) .

● ● مژدى المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أن المشرع لم يكتف بمجرد الحصول على ترخيص خاص من المالك بالتأجير من الباطن ليحول دونه ودون طلب الاخلاء ، بل شرط كذلك أن يكون كتابة ، مما مؤداه انه فى الأصل لايجوز المنازعة فى حصول إثباته بغير هذه الوسيلة التى حددها المشرع ، فإثبات الاذن بالتنازل الصريح يجب أن يكون كتابة أو ما يقوم مقامها من عين أو اغراء ، غير أن الكتابة فى الاذن الخاص ليس وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ركنا شكليا بل هى مطلوبة لإثبات التنازل عن الشرط المانع لصحته ، فيمكن الاستعاضة عنها بالبينة أو بالقرائن فى الحالات التى تميزها القواعد العامة استثناء فيجوز إثبات التنازل الضمنى بالبينة اعتبارا بأن الارادة تستمد من وقائع مادية وهى تثبت بجميع الوسائل لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعنين تمسكا أمام محكمة الموضوع بأن المطعون عليه الأول علم بواقعة التأجير من الباطن لسكنه بذات العقار الكائن به محل النزاع ولم يعترض عليها واستلامه الاجرة وبعض موجودات المحل من المطعون عليها الثانى - المستأجر من الباطن - ووافق على ما اجراه هذا الاخير من تركيبات بالخانوت وقالوا أن ذلك يعد موافقة ضمنية على تنازله عن شرط الحظر ، ولما كان هذا الدفاع جوهريا قد يتخير به ان صح وجه الرأى فى الدعوى ، وأغفل الحكم المطعون فيه الرد على هذا الدفاع فإنه يكون معيبا بالقصور ومخالفة القانون (٢٥) .

إثبات الفضالة والاثراء على حساب الغير :

● اعمال الفضالة بالنسبة إلى رب العمل وقائع مادية يجوز له إثباتها بجميع الطرق - بما فى ذلك شهادة الشهود - حتى ولو كان من بين هذه الاعمال تصرف قانونى قام به الفضولى ، غير أنه لايجوز إثبات هذا التصرف القانونى فيما بين الفضولى ومن تعاقد معه إلا بالكتابة فيما زاد على مبلغ عشرين جنيها .

(٢٤) (نقض ١٩٧٥/٥/٢١ مع ٣٦ ص ١٠٤٠) .

(٢٥) (نقض ١٩٧٩/٦/٦ طمن ١٣٨٥ لسنة ٤٧ ق مع ٣٠ ع ٢ ص ٥٦٤) .

● وعلى ذلك إذا قام الفضولي - مثلا - بجنى محصول رب العمل أو بترميم منزله بنفسه جاز لرب العمل إثبات جنى المحصول بشهادة الشهود وجاز للفضولي أن يثبت بذات الطريق قيامه بترميم المنزل ، أما إذا تعاقد الفضولي مع مقاول على ترميم منزل رب العمل أو قبل اشتراطا لمصلحة رب العمل ، فإن إثباته هذه التصرفات فيما بينه وبين من تعاقد معه لا يكون إلا بالكتابة فيما يجاوز نصاب الإثبات بشهادة الشهود ، أى فيما يزيد على عشرين جنيها .

● وإذا تولى شخص عملا لآخر وأدى هذا العمل إلى افتقار فى جانب ذلك الشخص وإلى ائراء بالنسبة إلى الآخر ، وكان هذا الاثراء بلا سبب قانونى فإنه يصح إثبات كل ذلك بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود ذلك لان الاثراء والافتقار من الوقائع المادية التى يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية .

● ● مؤدى نص المادة ١٧٩ من القانون المدنى أنه إذا تولى شخص عملا لآخر وأدى هذا العمل إلى افتقار فى جانب ذلك الشخص وإلى ائراء بالنسبة إلى الآخر ، وكان هذا الاثراء بلا سبب قانونى ، فإن المشرى يلتزم بتعويض المفتقر بأقل القيمتين الاثراء أو الافتقار ، ولما ان الاثراء والافتقار من الوقائع المادية فإنه يصح إثباتها بجميع وسائل الإثبات ومنها البيينة والقرائن ، وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى برفض الدعوى على سند من انها تقوم على عقد مقاوله تزيد قيمته على عشرين جنيها دون أن يثبت بالكتابة ورفض على هذا الاساس اجابة الطاعن - المقاول - إلى طلب الاحالة إلى التحقيق لإثبات انه هو الذى أقام المبانى - لصالح المطعون عليه - فإنه يكون قد اخطأ فى تطبيق القانون (٣٦) .

الاستيلاء :

● ● أن ما يخلفه مورث ما لورثته مما كان فى حيازته ماديا من عقار أو منقول أو نقد، وكذلك استيلاء وارث ما على شىء من مال التركة عقارا كان أو منقولا أو نقدا كل ذلك من قبيل الوقائع التى لاسبيل لاثباتها الا بالبينة ، وانما الذى يطلب فيه الدليل الكتابى هو العمل القانونى التعاقدى الذى يراد أن يكون حجة على شخص ليس عليه أو على من هو مسئول قانونا عنهم دليل قانونى يدل عليه ، وإذن فلا يصح الطعن فى الحكم بمقولة انه اخطأ فى قبول شهادة الشهود على وجود المبلغ المتروك وتحديدده مع انه ليس فى الدعوى دليل يفيد أن المورث ترك مالا نقدا أو يفيد أن المبلغ المتروك عن هذا المورث هو كذا غير اقرار من الطاعن نفسه (٣٧) .

● ● إذا كان المدعى عليه يستند فى إثبات براءة ذمته من الدين لا على تصرف قانونى بل إلى واقعة مادية هى استيلاء المورث على الزرعة التى كانت قائمة بالمعين المؤجرة وإن قيمة ما استولى عليه يزيد على قيمة الايجار المطالب به ، فإنه لا تشرب على المحكمة إن هى احوالت الدعوى الى التحقيق لإثبات هذه الواقعة حتى ولو كان الايجار الذى يتمسك المستأجر ببرائة ذمته منه يزيد على نصاب البينة (٣٨) .

● ● إذا كان الثابت أن المبلغ الذى طلبته المطعون عليها وقضى به ضد مورث الطاعنين يمثل قيمة ريع أطيان حصلها من المستأجرين وثمن بالتى خيش ، وتستند المطعون عليها فى ذلك لا إلى تصرف قانونى بل إلى واقعة مادية هى استيلاء مورث الطاعنين على هذه المبالغ بغير وجه حق ، ومن ثم فإنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة (٣٩) .

وضع اليد :

● ● لئن كان وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة الطرق من أى مصدر يستقى القاضى منه دليله ، ولا محل لطرح ما تقرره محكمة الموضوع بشأنها على محكمة النقض ، الا أنه يجب أن يعرض الحكم المثبت للتسلك بالتقادم لشروط وضع اليد فيبين بما فيه الكفاية الوقائع التى تؤدى إلى توافرها بحيث يبين منه أنه تحراها وتحقق من وجودها ، وإذ لم يرد بالحكم المطعون فيه ما يفيد تحقق هذه الشروط فإنه يكون مشوبا بالقصور والخطأ فى تطبيق القانون (٤٠) .

(٣٧) (نقض ١٩٣٥/٥/٢٣ طعن ٩٨ لسنة ٤ ق مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاما الجزء الأول ص ٣٩ قاعدة ١١٠) .

(٣٨) (نقض ١٩٥٤/١٠/٢٨ المرجع السابق ص ٤٠ قاعدة ١١٥) .

(٣٩) (نقض ١٩٧٧/٤/٢٦ طعن ٧٠٠ لسنة ٤٢ ق مج ص ٢٨ ص ١٠٤٠) .

(٤٠) (نقض ١٩٦٩/٦/١٠ طعن ١٦٢ لسنة ٢٥ ق مج ص ٢٠ ص ٩٠٢) .

● ● وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات والعبارة فيه بما يشبه قيامه فعلا وإذا كان الواقع يخالف ما هو ثابت من الأوراق فيجب الأخذ بالواقع واطراح ما هو غير حاصل ، فلا على المحكمة إذ هي أحالت دعوى منع التعرض على التحقيق وكلفت المدعى فيها بإثبات وضع يده الذى ينكره عليه خصمه ، ولا يحول دون ذلك أن يكون بيد الطاعن محضر تسليم رسمى فى تاريخ سابق (نقض ١٩٥٠/٦/١٥ مجموعة المكتب الفنى السنة الأولى ص ٦١١ ، نقض ١٩٦٦/٤/٢٨ مجموعة المكتب الفنى سنة ١٧ ص ٩٣٨) (٤١) .

● ● إن وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات من أى مصدر يستقى منه القاضى دليله والعبارة فيه بالواقع الفعلى وإن خالف الثابت من الأوراق ، وليست بالتصرف القانونى الذى قد يطابق أو لا يطابق الحقيقة (٤٢) .

● ● لما كان وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، وإن العبارة فيها بما يشبه قيامه فعلا ولو خالف ما هو ثابت فى الأوراق ، وكان الحكم برفض الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها يقف اثره عند وجوب الاستمرار فى نظر الدعوى ولا يتعداه لينال من حجية ذلك الحكم ، فلا يحول دون الاستناد اليه كقرينة على ثبوت الحق محل النزاع أو نفيه متى كان يجوز إثبات هذا الحق بالبينة والقرائن (٤٣) .

المهرات :

● ● الملكية بالميراث من الوقائع المادية وكذلك الحال بالنسبة لوضع اليد فيجوز إثبات ايهما بكافة طرق الإثبات ، ومن ثم فلا تشريب على المحكمة أن هي اعتمدت فى تحقيق كل منهما بوصفه سببا مستقلا لاكتساب الملكية على تحقيق اجراء الخبير وأقوال شهود سمعهم دون حلف يمين (٤٤) .

الصورية :

● ● ليس من الضرورى فى كل الاحوال اقتضاء مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات صورية العقد ، فإذا توافرت القرائن على وجود تدليس واحتيال عند صدور العقد فهذه صورية تدليسية لا يقتضى إثباتها ضرورة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة وإنما يجوز إثباتها بالقرائن فى حق كل من مسه التدليس ، سواء أكان طرفا فى العقد أم لم يكن ، وعلى ذلك إذا دفع بصورية عقد وأحالت محكمة

(٤١) (نقض ١٩٦٩/١٢/١٦ مج ٢١ ص ٩٠٣) .

(٤٢) (نقض ١٩٨١/١١/٢٤ طعن ٤٢٣ لسنة ٤٨ قضائية) .

(٤٣) (نقض ١٩٨٢/١/٢٦ طعن ٦٧٦ لسنة ٤٢ قضائية) .

(٤٤) (نقض ١٩٨٠/١/١٥ طعن ٧١٣ لسنة ٤٥ ق مج ٣١ ص ١٦٢) .

الدرجة الأولى الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورة ثم جات محكمة الاستئناف فالغت هذا الحكم بمقولة أن القانون يمنع إثبات صورة العقد بالقرائن إذا كان الدين مكتوبا دون أن تبين الصورة المدعاة ونوعها ، أتدليسية هي أم غير تدليسية ، والدلائل المقدمة من المدعى على دعواه ، وجواب خصمه عليه ، وخطوات محكمة الدرجة الأولى في نظر دعوى الصورة والوقائع التي اذنت في تحقيقها إلى غير ذلك من العناصر الواقعية التي تتمكن بها محكمة النقض من مراقبة صحة تطبيق القانون على وقائع الدعوى ، فهذا الحكم يكون مشوها بالقصور ومتعينا نقضه (٤٥) .

● ● الصورة النسبية التدليسية التي تقوم على اخفاء رهن وراء البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تعد تحايلا على القانون ، بما يترتب عليه بطلان البيع ، وللمتعاقد أن يثبت بكافة الطرق ومنها البينة والقرائن أن العقد لم يكن بيعا وانما هو على خلاف نصوصه يخفى رهنا (٤٦) .

● ● إنه وإن كان الأصل عدم خضوع أجرة الأماكن المؤجرة مفروشة بأثاث من عند مؤجرها للتحديد القانوني ، إلا أن شرط ذلك ألا يكون تأجيرها مفروشة سوريا كما لو وضع فيها المؤجر أثاثا تافها قديما بقصد التحايل على القانون والتخلص من قيود الاجرة فيلزم لاعتبار المكان مؤجرا مفروشا حقيقة أن تثبت أن الاجارة شملت فوق منفعة المكان في ذاته مفروشات أو منقولات معينة ذات قيمة تهرر تغليب منفعة تلك المفروشات أو المنقولات على منفعة العين خالية والا اعتبرت العين مؤجرة خالية وتسرى عليها أحكام قانون ايجار الأماكن ، لما كان ذلك وكان لمحكمة الموضوع تقدير جدية الفرش أو صورته في ضوء ظروف الدعوى وملابساتها وما تستنبطه منها من قرائن قضائية إذ العبرة بحقيقة الحال لا بمجرد وصف العين في العقد بأنها مؤجرة مفروشة ، وكان يجوز إثبات التحايل على زيادة الاجرة بكافة طرق الإثبات ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه انه اقام قضاء بتحقيق الاجرة على سند مما أثبتته المعاينة من أن الأثاث الذي زودت به الشقتان لايتناسب مع تأثيثها كمصنع لحقائب السيدات حسب الغرض الذي اجرتا من أجله واستخلص قيام التحايل على أحكام القانون ، فإن ما انتهى إليه الحكم في هذا الشأن استخلاص ساتغ من محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية في فهم الواقع وتقدير الدليل ولا مخالفة فيه للقانون (٤٧) .

● ● المقرر في قضاء هذه المحكمة أن استخلاص الصورة من أدلتها هو مما تستقل به محكمة الموضوع لتعلقه بفهم الواقع في الدعوى وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وان تقيم

(٤٥) (نقض ١٩٣٧/١١/١٨ طعن رقم ٤٠ لسنة ٧ قضائية) .

(٤٦) (نقض ١٩٧١/٤/٢٧ طعن ٣٩٧ لسنة ٣٦ ق مع س ٢٢ ص ٥٧١) .

(٤٧) (نقض ١٩٧٨/٢/٨ طعن ٢٨٦ لسنة ٤٤ ق مع س ٢٩ ص ٤٠٨) .

قضاها على أسباب سائغة تكفى لحمله وانه متى ثبت صورية عقد البيع صورية مطلقة فإن هذا العقد يكون باطلا ولا يترتب عليه نقل ملكية القدر المبيع ولو كان مسجلا إذ ليس من شأن التسجيل أن يصحح عقدا باطلا ، وكان البين من الحكم الابتدائى المؤيد لاسبابه بالحكم المطعون فيه أنه اقام قضاء بصورية عقد البيع الصادر من الطاعن الأول إلى الطاعنة الثانية على ما اطمأنت إليه محكمة الموضوع من أقوال شاهدهى المطعون عليها الأولى من صورية هذا العقد ورتبت على ذلك عدم الاعتداد به فى نقل ملكية العقار محل النزاع رغم تسجيله وكان ما خلصت إليه فى هذا الصدد ترشحه أقوال الشاهدين المذكورين ولا خروج فيه عن مدلولها ويدخل فى حدود السلطة التقديرية لها ويوافق صحيح القانون فإن هذا النعى يكون على غير اساس (٤٨) .

الادعاء بالتزوير :

● ● لا تتقيد المحكمة فى تحقيق انكار التوقيع أو التزوير بقواعد الإثبات المنصوص عليها فى الباب السادس من القانون المدنى الخاصة بإثبات الالتزام ، بل لها أن تحكم برد وبطالان الورقة متى استبان لها من ظروف الدعوى انها مزورة من غير أن تتقيد فى ذلك بدليل معين ولها أن تأخذ بالقرائن دليلا على التزوير يستوى فى ذلك أن تكون قيمة الورقة أقل من عشرة جنيهات أو تزيد عليها لان التحقيق يدور فى هذه الاحوال حول صحة الورقة أو عدم صحتها وتنصرف أقوال الشهود والخبراء إلى واقعة مادية فى حصول التوقيع بالامضاء أو الختم أو البصمة من يد من نسبت إليه الورقة ويعلمه أو عدم حصول شىء من ذلك ، وليست هذه الوقائع بذاتها مما يمكن الحصول على محرر لإثباتها (٤٩) .

● ● التزوير فى الأوراق العرفية هو تغيير الحقيقة فى المحرر بقصد الغش وباحدى الطرق التى عينها القانون تغييرا من شأنه أن يسبب ضرا «وتغيير المحررات» يعد ضمن طرق التزوير المنصوص عليها فى المادة ٢١١ من قانون العقوبات ، ويتسع هذا الطرق من طرق التزوير لكل تغيير له اثر مادى يظهر على المحرر بعد تحريره بما فى ذلك إزالة جزء من المحرر بالقطع أو التمزيق لاعدام بعض عباراته بنية الغش ، فإذا كان مدعى التزوير قد اسس ادعاءه على أن سند المديونية كان محررا على ورقة أثبت فى الجزء الاسفل منها أنه سدد جزا من الدين وان المدعى عليه بالتزوير قام بقطع هذا الجزء المثبت للتخالص فإن ادعاء مدعى التزوير على هذا النحو يعد طعنا بالتزوير على محرر واحد مثبت للمديونية والتخالص من جزء منها ، فلا تتقيد المحكمة فى تحقيقه

(٤٨) (نقض ١٩٨٩/٣/١ طعن ٢٥٩١ لسنة ٥٥ قضائية)

(٤٩) (نقض ١٩٥٥/١٢/٨ طعن رقم ١٧٨ لسنة ٢٢ قضائية) .

بقواعد الإثبات المنصوص عليها في الباب السادس من القانون المدني الخاصة بإثبات الالتزام والتخالف منه ، بل لها أن تحكم برد وطلان المحرر أو جزءا منه متى استبان لها من ظروف الدعوى أنه مزور ، ومن ثم فلا على المحكمة أن هي قضت باحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات التزوير الذي يقع بهذه الطريقة (٥٠) .

● ● متى كان الثابت أن الواقعة كما حصلها الحكم المطعون فيه هي أن المطعون عليهما وقعا على عقد إيجار مطبوع وتركا بياناته على بياض ثم سلماه إلى الطاعن وهو شقيقهما ليتولى تأجير حصتهما في شونة إلى الغير ، غير أن الطاعن ملأ الفراغ أسفل عقد الإيجار بعقدين يتضمنان أن المطعون عليهما باعا إليه نصيبهما في الشونة المذكورة ، فإن التكيف الصحيح للواقعة على هذه الصورة هو أنها تزوير لا خيانة أمانة إذ أن إنشاء العقدين المزورين اللذين كتب أسفل عقد الإيجار المتفق عليه وفوق توقيع المطعون عليهما كمزجرين ، إنما هو تغيير للحقيقة بالاصطناع ، وإذ كيف الحكم المطعون فيه الواقعة أنها تزوير وأجاز بالتالي إثباتها بكل الطرق وأقام قضاء على أسباب مستقلة عن أسباب محكمة أول درجة فإن النعى عليه بالخطأ في تطبيق القانون والتناقض بتأييده الحكم الابتدائي - يكون في غير محله (٥١) .

● ● الاستقرار عليه في قضاء هذه المحكمة أن تغيير الحقيقة في الأوراق الموقعة على بياض ممن استؤمن عليها هو نوع من خيانة الأمانة ، يرجع في إثباته للقواعد العامة ، ومن مقتضاها أنه لا يجوز إثبات عكس ما هو في الورقة الموقعة على بياض إلا أن تكون هناك كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولا يخرج عن هذا الأصل إلا حالة ما إذا كان من استولى على الورقة قد حصل عليها خلسة أو نتيجة عش أو طرق احتيالية أو بأية طريقة أخرى خلاف التسليم الاختياري فعندئذ يعد تغيير الحقيقة فيها تزويرا يجوز إثباته بكافة الطرق ، والاحتيايل أو الغش الذي يجعل من تغيير الحقيقة في الورقة الموقعة على بياض تزويرا يجوز إثباته بكافة الطرق هو الذي يكون قد استخدم كوسيلة للاستيلاء على الورقة ذاتها حيث ينتفى معه تسليمها بمحض الإرادة ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن المطعون عليها ادعت تزوير عقد الإيجار المقدم من الطاعن على سند من أنه استغل فرصة لجوئها إليه لمساعدتها في تقديم طلبات إلى وزارة الشؤون الاجتماعية للحصول على معونة أو لتعيينها في إحدى الوظائف ، وأنه استغل اميتها وثقتها فيه فاستعمل المحرر الذي وقعت عليه لكتابه عقد الإيجار مثار النزاع وكان مؤدى ما سلف ان المطعون عليها هي

(٥٠) (نقض ١٩٦٧/١/١٧ طعن ١٦٥ لسنة ٢٢ ق مع س ١٨ ص ١٠١) .

(٥١) (نقض ١٩٧٥/١١/٢٥ طعن ٦٠١ لسنة ٤٠ ق مع س ٢٦ ص ١٤٧٠) .

التي سلمت الورقة الموقعة على بياض للطاعن اختياراً ، وانه غير الحقيقة فيها وملاً بياناتها بعقد الاجبار على غير المتفق عليه بينهما وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مجرد ادعاء المطعون عليها تسليمها المحرر الموقع منها على بياض من قبيل الاحتيال الذي يجعل من تغيير الحقيقة فيه تزويراً يجوز إثباته بكافة الطرق فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون على واقع الدعوى بخروجه على قواعد الإثبات (٥٢) .

● ● أن قاضى الموضوع على ما يستفاد من المادة ٣٠ من قانون الإثبات غير ملزم فى حالة انكار التوقيع على الورقة العرفية من المنسوب إليه التوقيع أو انكار خلفه ذلك أو طعنه عليه بالجهالة باجراء التحقيق المشار إليه فى هذه المادة ، بل ان له إذا رأى فى وقائع الدعوى ومستنداتهما ما يكفى لاقتناعه بأن التوقيع المذكور صحيح أن يرد على المنكر انكاره وعلى مدعى الجهالة ادعاءه ويأخذ بالورقة من غير اجراء هذا التحقيق وكل ما يتطلبه القانون فى هذه الحالة أن يبين فى حكمه الظروف والقرائن التى استبان منها ذلك ولا شأن لمحكمة النقض فيما يستنبطه من هذه القرائن متى كان استنباطه سائفاً ، لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه انه قضى بصحة الاقرار المؤرخ ١٩٧٧/١٢/١ على ما قرره من «أن المحكمة تطمئن إلى صدور الاقرار المؤرخ ١٩٧٧/١٢/١ من موقعه المالك - الطاعن الأول - وتطرح قوله بانكاره وذلك لصدوره منه كقمر وابنه الطاعن الثانى كشاهد عليه ولطابقة توقيع الأخير على توقيعاته بالعقود الأخرى ولا يعقل أن يشهد الابن على توقيع غير صادر عن ابيه فى اقرار صادر لمصلحة كل منهما وهو العمل على اخراج المستأجر من المحل المؤجر لهدمه وإعادة بنائه . وكانت القرائن التى أوردتها الحكم واستنبط منها صدور الاقرار من مذكرة - الطاعن الأول - متساندة وتزودى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليه وكون منها عقيدته فإن النعى عليه بهذا السبب يكون على غير اساس (٥٣) .

الوقائع الطبيعية :

● ● الهلاك الكلى فى معنى المادة ٢/٣٧٠ من التقنين المدنى القديم المقابلة للمادة ١/٥٦٩ من القانون المدنى الحالى - هو أن يلحق الدمار العين المؤجرة فبأتى عليها كلها أو يجعلها غير صالحة جميعها لاداء الغرض الذى اجرت من اجله ، والهلاك هنا مادي يلحق مقومات العين المؤجرة وكيانها الذاتى ولئن انعقد الاجماع على منح نفس الأثر للهلاك المعنوى أو القانونى الذى لم يمس نفس الشئ المؤجر فى مادته الا أنه يحول دون ادائه المنفعة التى قصد أن يستوفيهها المستأجر

(٥٢) (نقض ١٩٧٨/٦/١٤ طعن ١١٧ لسنة ٤٤ ق مع م ٢٩ ص ١٤٦٧) .

(٥٣) (نقض ١٩٨٩/٣/٥ طعن ١٢٢٣ لسنة ٥٢ قضائية) .

منه ، الا أن شرطه أن يحول دون الانتفاع بالعين جميعها والا يكون المانع مؤقتا بل دائما ، فإن لم يترتب الا انتفاء الفائدة من جزء من العين أو كان المانع مصيره إلى الزوال قبل انتهاء مدة العقد اعتبر الهلاك جزئيا ، ومسألة ما إذا كان الهلاك كلياً أو جزئياً من مسائل الواقع التي تخضع لسلطان قاضى الموضوع وتقديره دون رقابة محكمة النقض ما دام استخلاصه سائفا (٥٤) .

القانون الاجنبى :

● ● إذا كانت الطاعنة لم تقدم السند الذى يبيح لها طلب ابطال الوصية من نصوص القانون الاسبانى عملا بالمادة ١٧ من القانون المدنى ، وكان الاستناد إلى قانون اجنبى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية وهو ما يوجب على الخصوم اقامة الدليل عليه فإن النعى لا يكون مقبولا (٥٥) .

● ● إن الاسناد إلى قانون اجنبى لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يجب على الخصوم اقامة الدليل عليها وإذ خلت الأوراق مما يدل على أن الطاعن قدم إلى محكمة الموضوع القانون السعودى الذى يقول أنه لا يهجز الحكم بالفوائد فى المسائل التجارية فلا على الحكم المطعون فيه ان يلتفت عن هذا الدفاع الذى جاء عاريا عن الدليل (٥٦) .

(٥٤) (نقض ١٩٧٧/١١/١٦ طعن ٤٢١ لسنة ٤٤ ق مج س ٢٨ ص ٧٠٢)

(٥٥) (نقض ١٩٧٧/١/١٩ مج س ٢٨ ص ٢٧٦) .

(٥٦) (نقض ١٩٨٩/٢/٢٧ طعن ١٥٧٨ لسنة ٥٢ قضائية) .

إثبات الاعمال التجارية

الإثبات بشهادة الشهود هو الأصل فى المواد التجارية :

● إذا كان تقييد الإثبات هو الأصل فى المواد المدنية ، فإن حرية الإثبات هى الأصل فى المواد التجارية ، ولذا كان للإثبات بشهادة الشهود قوة مطلقة فى شأن إثبات الأعمال التجارية .

● ولأن التجارة قوامها السرعة من جانب والثقة والائتمان من جانب آخر ، فإنه من الطبيعى أن يخضعها المشرع لوسائل إثبات أخف عبثا من تلك التى وضعها للأعمال المدنية ، فهذه الأخيرة تخضع لقيود معينة فى الإثبات ، كضرورة اشتراط الكتابة فى إثبات التصرف القانونى الذى تزيد قيمته على عشرين جنيا أو التصرف القانونى غير محدد القيمة ، كذلك تخضع الاعمال المدنية لقاعدة عدم جواز الاحتجاج بتاريخ المحررات العرفية على غير المتعاقدين ، وكقاعدة عامة أيضا لايجوز إثبات عكس ما هو ثابت بالكتابة بغير الكتابة .

أما فى الاعمال التجارية فالأمر على خلاف ذلك فقد أجاز المشرع الإثبات بكافة الطرق حتى ولو زادت قيمة النزاع عن الحد المنصوص عليه قانونا ، أو كان غير محدد القيمة ، إذ يجوز للتاجر الإثبات بكافة الطرق مثل البينة والدفاتر التجارية والمراسلات والفواتير أو القرائن ، كما يجوز الاحتجاج بتاريخ المحررات العرفية على غير المتعاقدين دون اشتراط ثبوت التاريخ وإثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها بغير الكتابة .

وحقيقة الأمر أن اطلاق الحرية فى قواعد الإثبات بالنسبة للمعاملات التجارية أمر يتفق وطبيعة هذه الاعمال ، فليس من المتصور أن يحرر التاجر عقدا فى كل عملية تجارية مهما بلغت قيمتها ، أو أن يتوجه فى كل عقد إلى الجهات الرسمية لإثبات تاريخ العقود حتى تسرى على الغير ، لا سيما وأن القانون يلزم التجار بمسك دفاتر تجارية لتقيد جميع معاملاتهم التى يباشرونها فيمكن الاستعانة بهذه القيود فى الإثبات (٥٧) .

وكل مقاول أو عمل متعلق بالمصنوعات أو التجارة بالعمولة أو النقل برا وبحرا .
وكل تعهد بتوريد أشياء وكل ما يتعلق بالمحلات والمكاتب التجارية وغيرها من المحلات المعدة للبيع بالمزايدة أو الملاعب العمومية .
وكل عمل متعلق بالكيميالات أو الصرافة أو السمسرة وجميع معاملات البنوك العمومية .
وجميع الكميالات أيا كان أولو الشأن فيها .

(٥٧) (القانون التجارى للدكتورة سميحة القليوبى ص ٥٠ وما بعدها) .

وجميع السندات التى تحت إذن سواء كان من أمضاها أو ختم عليها تاجرا أو غير تاجر إنما يشترط فى الحالة الاخيرة أن يكون تحريرها مترتبا على معاملات تجارية .
وجميع المقاولات المتعلقة بإنشاء مبان متى كان المقاول متعمدا بتوريد الأدوات والأشياء اللازمة لذلك .

وجميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسهبين والسماسرة والصارف ما لم تكن العقود والتعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بناء على نص العقد .
وكل عمل متعلق بإنشاء سفن أو شرائها أو بيعها لسفورها داخل القطر أو خارجه . وجميع الرسائل البحرية المتعلقة بالتجارة .

وكل بيع أو شراء مهمات أو أدوات أو ذخائر للسفن .
وكل استئجار أو تأجير للسفن بالنولون ، وكل اقراض واستقراض بحرى ، وكل عقد تأمين من الاخطار ، وجميع العقود الاخرى المتعلقة بالتجارة البحرية . وكل اتفاق أو مشاركة على ماهيات الملاحين وأجورهم واستخدام البحريين فى السفن التجارية .

استثناءات من هذا الاصل :

● استثناء من ذلك قد يشترط المشرع الكتابة للإثبات فى بعض الحالات مثل عقد الشركة أو عقد شراء السفينة وبعض الاعمال البحرية وبيع أو رهن المحل التجارى ، هذا بالاضافة إلى أن طبيعة بعض المعاملات التجارية لا تكون إلا كتابة كما هو الحال فى الكمبيالة والشيك والسند الاذنى وحسابات البنوك ، حيث لا يتصور مباشرة هذه الاعمال التجارية دون أن تتم كتابة .

الحكمة من اطلاق الإثبات فى المواد التجارية :

● ● الحكمة التى من اجلها لم يقيد المشرع فى المواد التجارية هو نظرتة إلى ما تقوم عليه التجارة من ثقة متبادلة بين طرفى العمل التجارى اضافة إلى سرعة التعامل ، ومن ثم قدر المشرع ان الإثبات لا محل له مع توافر الثقة بين التجار وما قد يسببه اشتراط الكتابة من تعطيل للمعاملات لا مبرر له مع ما تتطلبه الاعمال التجارية من السرعة سواء فى انعقادها أو فى تنفيذها .

المقصود بالاعمال التجارية :

● يقصد بالعمل التجارى ذلك العمل الذى يتعلق بالوساطة فى تداول الثروات بقصد المضاربة أو جنى الربح على أن يتم هذا العمل على وجه المقابلة بالنسبة للاعمال التى يشترط فيها القانون ذلك .

الاعمال التجارية وردت فى القانون على سبيل المثال وهى إما اعمال تجارية منفردة أو اعمال تجارية بطريق الاحتراف :

● أورد القانون التجارى فى المادة الثانية منه أمثلة للاعمال التجارية دون أن يحصرها إذ تنص المادة المذكورة على انه «يعتبر بحسب القانون عملا تجاريا ما هو آت : كل شراء غلال أو غيره من أنواع المأكولات أو البضائع لاجل بيعها بعينها أو بعد تهيئتها بهيئة أخرى أو لاجل تأجيرها للاستعمال .

● وتنقسم الاعمال التجارية وفقا للتشريع المصرى إلى اعمال تجارية منفردة وهى الاعمال التى يعتبرها المشرع تجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها ، بل حتى لو باشرها الشخص مرة واحدة، وأعمال تجارية بطريق الاحتراف ، وهى اعمال لا تعتبر تجارية إلا إذا قام بها الشخص بصفة متكررة أى على سبيل الاحتراف ولذلك تسمى الاعمال التجارية بطريق الاحتراف أو المقاوله ، وقد عبر المشرع المصرى عن هذه الاعمال التجارية بلفظ «المقاوله» حينما ولفظ «التعهد» حينما آخر ، بل انه ذكر لفظ «وكل ما يتعلق» قاصدا به اصطلاح المقاوله وتعنى جميع هذه الاصطلاحات معنى واحد هو الاحتراف.

● يضيف الفقه والقضاء إلى هذين النوعين اعمالا تجارية اخرى مستنديين فى ذلك إلى نص الفقرة التاسعة من المادة الثانية من المجموعة التجارية التى تقضى بانه يعتبر عملا تجاريا «جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسبين والسماسرة والصارف ما لم تكن العقود والتعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بناء على نص فى العقد» إذ يرى الفقه والقضاء ان هذه الاعمال وإن كانت مدنية إلا أنها تكتسب صفة التجارية لصدورها من تاجر اثناء مباشرته لعملياته التجارية ، وتسمى هذه الاعمال بالاعمال التجارية بالتبعية نظرا لأنها تتبع صفة القائم بها (٥٨) .

● ● الأصل فى الشيك - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكون مدنيا ولا يعتبر ورقة تجارية إلا إذا كان موقعا عليه من تاجر أو مترتبا على معاملة تجارية ، وكان الأصل طبقا للمادة ٢٢٦ من القانون المدنى هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها أو بنص القانون على غير ذلك ، وكانت العريضة التى تقدم لاستصدار أمر الأداء هى البديل لصحيفة الدعوى وبها تتصل الدعوى بالقضاء ، أما التكليف بالوفاء فهو شرط لصدور الأمر لا يتعلق بالعريضة بل هو اجراء سابق عليها فلا يعد من

قبيل المطالبة القضائية ، وكان الثابت فى الدعوى أن الطاعن لم يدع أن الشيك موقع من تاجر أو مترتب على معاملة تجارية ، فإن الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه إذ خلس إلى أن الالتزام محل الشيك هو التزام مدنى وقضى بالفوائد القانونية بواقع ٤٪ اعتبارا من تاريخ تقديمه عرضة أمر الأداء . يكون قد التزم صحيح القانون ، ويكون النعى بهذا السبب على غير اساس (٥٩) .

الإثبات بين تاجر وتاجر :

● ● متى كان طرفا النزاع تاجرين فلا جناح على المحكمة إن هى احالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعى صدور بيع منه إلى المدعى عليه وقيمة الاشياء المبيعة ، ذلك لان الإثبات فى المراد التجارية جائزة بكافة طرق الإثبات ، وقد اعتبر القانون التجارى فى الفقرة التاسعة من المادة الثانية منه عملا تجاريا جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التاجر والمتسبين والسامسة والسيارف ما لم تكن العقود والتعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بناء على نص العقد ولا يخرج تصرف التاجر عن هذا الاعتبار انكاره للتصرف أو ادعاؤه انه لايتجر فى البضاعة المدعى بشرائها ، إذ ليس من شأن هذا الادعاء لوصح أن يجعل التصرف مدنيا (٦٠) .

● ● متى كان الحكم قد أثبت قيام شركة بين شريكين للاهجار فى المصوغات والاهجار الكريمة وان احدهما تسلم خاتما لاستبداله بأخر أكبر منه فإن هذا الشريك يكون قد تسلم الخاتم بوصفه تاجر لاجراء عمل تجارى ولا يكون الحكم قد خالف القانون إذا اجاز اثباته بالبينة وقرائن الاحوال (٦١) .

● ● حوالة الدين بين تاجرين تكتسب الصفة التجارية متى عقدت لشئون تتعلق بتجارتهما ويجوز إثباتها بالبينة والقرائن (٦٢) .

إثبات الدين الناشء - بين الشركاء - عن تصفية الشركة :

● ● إذا كان الثابت بالحكم المطعون فيه أن الشركة التى كانت قائمة بين مورثى طرفى الخصومة هى شركة تجارية عملها شراء القطن والذرة وبمهما ، ولا خلاف بين الخصوم على ذلك ، فإن هذه الشركة تكون من شركات الاشخاص التى وإن كانت تنتهى بوفاة احد الشريكين الا أنها لوجوب دخولها بعد الوفاة فى دور التصفية ، تعتبر قائمة حكما بالقدر اللازم للتصفية ، فإذا اجازت المحكمة

(٥٩) (نقض ١٩٨٩/٣/٨ طعن ١٩١٣ لسنة ٥٦ قضائية)

(٦٠) (نقض ١٩٥٤/١/٢٨ طعن رقم ٥٢ لسنة ٢١ قضائية) .

(٦١) (نقض ١٩٥٦/١/١٩ طعن ٢١٦ لسنة ٢٢ ق مج س ٧ ص ١٠١)

(٦٢) (نقض ١٩٧٦/٥/٣١ طعن ٦٢١ لسنة ٢٩ ق مج س ٢٧ ص ١٢٤٠) .

إثبات الدين الناشئ بين الشركاء عن تصفية هذه الشركة بالبينة والقرائن على أساس أنه دين تجارى فإنها لا تكون قد اخطأت فى ذلك (٦٣).

إثبات التصرفات فى المواد التجارية بشهادة الشهود أيا كانت

قيمتها :

● ● التصرفات فى المواد التجارية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن مهما كانت قيمتها وانه متى كان المتعاقدين تاجرين وبصدد أعمال تجارية اتبعت فى إثباتها مسائل الإثبات التجارية وفقا لما تقضى به المادة ٦٠ من قانون الإثبات ، كما انه من المقرر إذا حررت كتابة فى مسألة تجارية فيجوز إثبات عكس ما جاء فيها بالبينة والقرائن إلا إذا اشترط القانون التجارى الكتابة فلا يقبل إثبات عكس مضمون الكتابة إلا بكتابة ، متى كان ذلك وكان الثابت من الأوراق : أن المنازعة انحصرت بين تاجرين وعن عمل تجارى ومن ثم ينطبق بشأنها قواعد الإثبات فى المواد التجارية وفقا لما تقضى به المادة ٦٠ من قانون الإثبات وإذا التزم المحكم المطعون فيه هذا النظر فإن النemy عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون فى غير محله (٦٤).

إثبات الالتزام التجارى :

● ● ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يمنع المدين من إثبات ان هذا السبب غير حقيقى وأن الالتزام فى الواقع معدوم السبب ولئن كان هذا الادعاء لا يجوز إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنيا لأنه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى إلا ان اثباته يكون جائزا بطرق الإثبات كافة إذا كان الالتزام تجاريا على ما جرى عليه قضاء محكمة النقض من جواز إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى بغير الكتابة فى المواد التجارية ومن ثم فإذا صح ما تمسك به الطاعن (المدين) من ان التزامه تجارى فإن الحكم المطعون فيه ، إذا قام قضاءه برفض طلب الطاعن فمكينه من إثبات انعدام سبب التزامه بغير الكتابة على أن سبب الدين قد ذكر صراحة فى السند وان هذا يعتبر اقرار من المدين بوجود ذلك السبب وبصحته ، يكون قد خالف القانون لما ينطوى عليه من مصادرة لحق الطاعن فى نقض ما هو مذكور فى السند بطرق الإثبات كافة كما ان إغفاله بحث دفاع الطاعن المتضمن ان الالتزام تجارى قد أعجز محكمة النقض عن التحقق من صحة تطبيقه للقانون (٦٥).

(٦٣) (نقض ١٩٤٤/٥/١٨ الطعن رقم ٧٥ و٨٦ لسنة ١٣ قضائية).

(٦٤) (نقض ١٩٨١/٦/١ طعن رقم ٢٢٨ لسنة ٤٩ قضائية).

(٦٥) (نقض ١٩٦٦/١٠/٢٧ طعن ٢٤٢ لسنة ٢٢ ق مع س ١٧ ص ١٥٩٢).

إثبات الاعمال التجارية بطريق التبعية :

● ● اتفاق الطرفين على القيام بعمل تجارى هو استغلال مطحن يجعلهما تاجرين ، وإذا كان تفويض المطحن ضد الأول للطاعن ينطوى على أعمال تتصل بهذا العمل ولازمه له ، فإن هذه الاعمال تعتبر هى الأخرى أعمالا تجارية تطبيقا لمبدأ الاعمال التجارية بالتبعية المنصوص عليه فى الفقرة التاسعة من المادة الثانية من قانون التجارة ، وغير صحيح ما يقوله الطاعن من أن العمل التجارى يعتبر مدنيا بالتبعية لتلك الاعمال لانه هو الأصل والأصل لا يتبع الفرع ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد رتب على هذا النظر بحق اعتبار عقد الوكالة تجاريا وأجاز إثباته بالبينة ورد على دفاع الطاعن فى هذا الصدد ، فإن النعى عليه بهذين السببين يكون على غير اساس (٦٦) .

إثبات التصرفات المختلطة المدنية بالنسبة لطرف والتجارية

بالنسبة للطرف الآخر :

● إذا كان العمل مختلطا ، أى عملا تجاريا بين شخصين أحدهما تاجر والآخر غير تاجر ، فتسرى القواعد المدنية فى الإثبات على من يكون التصرف مدنيا بالنسبة إليه فلا يجوز إثبات وفاة الدين إلا طبقا لقواعد الإثبات المدنية إذا كان التصرف بالنسبة للدائن تصرفا مدنيا ولو كان بالنسبة للمدين تصرفا تجاريا ، وإنما يشترط أن يتمسك الدائن بذلك أمام محكمة الموضوع ولا يجوز له إثباته لأول مرة أمام محكمة النقض . وتسرى القواعد التجارية ويجوز الإثبات بالبينة فى حق من يكون التصرف تجاريا بالنسبة إليه ، أى أن كون العمل القانونى تجاريا لا يعنى التاجر من إثبات دعواه على غير التاجر بالكتابة ، ولكن يجيز لغير التاجر أن يثبت دعواه على التاجر بالبينة ، فإذا باع احد الزرايع محصولا ناتجا من ارضه إلى تاجر قصد الاتجار فيه ، فيجوز للزارع أن يثبت بالبينة انعقاد البيع وتسلم التاجر المحصول ، ولا يجوز للتاجر إثبات براءة ذمته من الثمن الا بالكتابة فيما زاد على نصاب البينة (٦٧) .

● ● إذا كان التصرف حاصلًا بين شخصين وكان بالنسبة لاحدهما مدنيا وبالنسبة للآخر تصرفا تجاريا ، فإن قواعد الإثبات فى المواد المدنية هى التى تتبع على من كان التصرف مدنيا بالنسبة إليه فلا يجوز إثبات وفاة الدين إلا طبقا لقواعد الإثبات المدنية إذا كان التصرف بالنسبة للدائن تصرفا مدنيا ولو كان بالنسبة للمدين تصرفا تجاريا (٦٨) .

(٦٦) (نقض ١٩٧٢/١٠/٢٨ طعن ٤٥٢ لسنة ٢٧ ق مع س ٢٢ ص ١٢٢٥) .

(٦٧) (اصول الإثبات وإجراءاته للكتور سليمان مرقص الجزء الثانى ص ٥٢٢ وما بعدها) .

(٦٨) (نقض ١٩٦٩/١١/١١ طعن ٢١١ لسنة ٢٥ ق مع س ٢٠ ص ١١٨٠) .

إثبات العادات التجارية :

● ● المقصود بالعادات التجارية التى تعنيها الفقرة الاخيرة من المادة ٢٣٢ مدنى هى ما اعتاده المتعاملون ودرجوا على اتباعه بحكم ما استقر من سنن وأوضاع فى التعامل فيكفى فى العادة التجارية ان تكون معبرة عن سنة مستقرة ولا يشترط ان تكون هذه السنة مخالفة لاحكام القانون ، ولما كان الحكم الابتدائى المؤيد بالحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص قد استدل على قيام عادة تجارية تجيز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وعلى تجاوز مجموع الفوائد لرأس المال بقوله : «وحيث أن العادة التجارية تثبت بكافة طرق الإثبات وخير دليل عليها ما كان مستمدا من طبيعة العمل نفسه ومن خصائصه الكامنة فيه ولا مرية فى أن عملية القرض الطويل الاجل هى من صميم اعمال البنك العقارى المصرى وفقا لقانونه النظامى وفى ان العادة قد جرت منذ نشوء الائتمان العقارى فى مصر على اقتضاء فوائد تزيد على رأس المال فى كل قرض عقارى ذى اجل طويل وهذه العادة مذكورة فى المؤلفات الاقتصادية وفى كتب القانون على انها من ابرز العادات التجارية التى تستمد كيانها من طبيعة العمل ذاته والمفروض أن المشرع كان يعلم بها علم اليقين حين عمل على حماية عادات التجارة بالاستثناء المنصوص عليه فى عجز المادة ٢٣٢ ، مدنى ، ولعل صورة هذه العادات بالذات كانت مقدمة الصور التى كانت بخاطره عندما وضع هذا الاستثناء» فإن هذا الذى قرره الحكم سائغ ولا عيب فيه (٦٩) .

إثبات قيام شركة المحاصة :

● ● إن قانون التجارة لم يوجب الكتابة للإثبات إلا بالنسبة إلى عقود شركات التضامن والتوصية والمساهمة اما شركات المحاصة فإثبات وجودها بالبينة جائز (٧٠) .

إثبات قيام شركة الواقع :

● ● استبعد المشرع المواد التجارية من الاحكام التى وضعها للإثبات فى المواد من ٦٠ - ٦٣ من قانون الإثبات وجاءت تلك المواد لتنظيم قواعد الإثبات فى غير المواد التجارية وإباح القانون فى المواد التجارية الإثبات بالبينة كقاعدة عامة ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك فى قانون التجارة أو القانون البحرى . ولما كان قانون التجارة لم يوجب الكتابة للإثبات الا بالنسبة لعقود شركات التضامن والتوصية المساهمة ، أما شركات الواقع فإنه يجوز إثبات وجودها بالبينة وتستقل محكمة الموضوع باستخلاص قيام شركة الواقع أو عدم قيامها من ظروف الدعوى وقرائن الحال فيها دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض طالما اقامت قضاها على اسباب سائغة (٧١) .

(٦٩) (نقض ١٩٦٣/٦/٢٧ طعن ٢٥٥ لسنة ٢٧ ق مج س ١٤ ص ٩٤٦) .

(٧٠) (نقض ١٩٤٦/٢/٧ طعن رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية) .

(٧١) (بعض ١٩٨٠/٥/١٢ الطعن ٧١٧ لسنة ٤٧ ق مج س ٣١ ص ١٣٣٦)

إثبات الرهن المعقود لضمان دين تجارى :

● ● إن ما يتطلبه القانون المدنى لنفاذ الرهن الحيازى للمنقول فى حق الغير من تدوين العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها مبلغ الدين المضمون بالرهن أو الحد الاقصى الذى ينتهى إليه هذا الدين إذا لم يمكن تحديده وقت الرهن كحالة ترتيبه ضمانا لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار ، هذا الذى يتطلبه القانون المدنى لايسرى على الرهن التجارى ذلك انه طبقا للمادة ٧٦ من القانون التجارى بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ يثبت الرهن الذى يعقد لضمان دين تجارى بكافة طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير ومن ثم فإن القانون التجارى يكتفى لنفاذ الرهن فى حق الغير بانتقال حيازة الشئ المرهون إلى الدائن المرتهن أو من يعينه المتعاقدان وفقا للمادة ٧٧ من القانون التجارى ولا يستلزم ثبوت تاريخ عقد الرهن ولا تدوين هذا العقد فى أية ورقة ، ومتى كان لايلزم وجود عقد مكتوب عليه لا يكون لازما للاحتجاج بالرهن على الغير ، يؤكد ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٦٥ لسنة ١٩٥٤ ومن ثم فإن الرهن التجارى للمنقول يكون صحيحا ويحكم به على الغير ولو ترتب لضمان جميع الديون التجارية التى للدائن المرتهن فى ذمة المدين الراهن بغير تحديد لها وفى هذه الحالة يكون لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير ما إذا كانت ارادة المتعاقدين قد اتجهت إلى تخصيص المال المرهون لضمان الديون التجارية التى كانت قائمة فعلا فى ذمة المدين وقت ترتيب الرهن فحسب أو أن الضمان يشمل أيضا الديون المستقبلية (٧٢) .

● ● إثبات وجود الديون التجارية وانقضائها فى علاقة المدين بالدائن الأصلى تطبيق من القيود التى وضعها الشارع لما عداها من الديون فى المواد ٤٠١ - ٤٠٣ من القانون المدنى ، فيجوز الإثبات فى المواد التجارية - إلا ما استثنى بنص خاص - بكافة طرق الإثبات القانونية حتى لو انصرف الإثبات إلى ما يخالف ما هو ثابت بالكتابة ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أجاز للمطعون ضدهم أن يشبوا بكافة الطرق القانونية أن السبب الحقيقى للسند الصادر منهم لدائنتهم الطاعن ليس قرضا بل تبعا لقيام معاملة تجارية بينهم وبين دائنتهم كتجار وانهم أوفوا بقيمة المعاملة المذكورة ، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون (٧٣) .

● ● لما كانت حيازة الراهن - التاجر - للموتورات قرينة قانونية على ملكيته لها ، وكان رهنها حيازا لايتطلب وثيقة رهن خاصة تشتمل على ارقامها ووصفها لما هو مقرر من جواز

(٧٢) (نقض ١٩٦٦/١٢/٢٩ طمن ٢١٧ لسنة ٣٢ ق مع ص ١٧ ص ٢٠٢٠) .

(٧٣) (نقض ١٩٧٠/٤/٢٣ طمن ٧٠ لسنة ٣٦ ق مع ص ٢١ ص ١٩٤) .

إثبات هذا الرهن سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير بكافة طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارية ، عملا بالمادة ٧٦ من قانون التجارة بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ إذ كان ذلك وكان حسن النية يفترض دائما فى الحائز إلى أن يقوم الدليل على العكس الذى يقع عبء اثباته على من يدعيه ، والذى عليه أن يثبت أن الدائن المرتهن كان يعلم وقت إبرام الرهن أو كان فى مقدوره أن يعلم أن الراهن غير مالك للشئ المرهون أو أن ملكيته له مهددة بالزوال ، فإن استدلال الحكم على سوء نية الطاعن بالقرائن التى أوردتها ، والتى لاتؤدى إلى ما استخلصه منها يكون فاسدا ومخالفا للقانون (٧٤) .

إثبات السمسرة :

● ● انه وإن كانت السمسرة عملا تجاريا بطبيعته ، محترفا كان السمسار ، أو غير محترف ، ومدنية كانت الصفقة التى توسط فى إبرامها ، أو تجارية ، الا أن هذا الوصف لاينضب ولا يتحقق الا فى شأن السمسار وحده ، لايتعداه إلى غيره ممن قد يتعاملون معه ، ذلك ان النص فى المادة الثانية من قانون التجارة على اعتبار السمسرة عملا تجاريا إنما يراد به أعمال السمسرة أو الوساطة فى ذاتها وهى من خصائص السمسار وحده ولا شأن لعميله بها وهو بذلك لاينصرف إلى اعتبار السمسرة عملا تجاريا فى حق السمسار وفى حق عميله سواء ، ويحيث يقال أن هذا الأخير إذ يطلب وساطة السمسار فى إبرام صفقة ما يباشر عملا تجاريا هو الآخر ، ومن ثم فإن عقد السمسرة يعتبر عملا تجاريا من جانب واحد هو جانب السمسار دائما وفى جميع الاحوال ولا يجرى عليه نفس الوصف بالنسبة للجانب الآخر وإنما يختلف الوضع فيه باختلاف ما إذا كان هذا الجانب تاجرا أو غير تاجر وتبعاً لطبيعة الصفقة التى يطلب السمسار التدخل فى إبرامها ، ومؤدى هذا النظر انه يرجع فى الإثبات إلى القواعد القانونية العامة ومن مقتضاها انه متى كان التعاقد بين تاجرين ولاعمال تجارية اتبعت فى إثباته وسائل الإثبات التجارية وإن كان بين تاجر وغير تاجر أو بين تاجرين ولكن لاعمال لاتتصل بالتجارة أو مدنية بطبيعتها اتبعت فى إثباته وسائل الإثبات التجارية بالنسبة للتاجر ووسائل الإثبات المدنية بالنسبة لغير التاجر أو بالنسبة للتاجر الذى يعتبر العمل مدنيا من ناحيته وإذ كان ذلك وكانت الصفقة التى يقول الطاعن انه توسط فى إبرامها وهى شراء أرض ومبانى فندق - مدنية بطبيعتها ولا يغير من طبيعتها هذه كون الشركة المطعون عليها تباشر نشاطها التجارى فيه فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ انتهى فى نتيجته إلى رفض طلب إثبات عقد

السمة بين الطاعن والشركة المضمن عليها بالهينة ما دامت قيمته تجاوز النصاب الجائز اثباته بشهادة الشهود (٧٥) .

**جواز الاتفاق على ان يكون الإثبات في المواد التجارية
بالكتابة :**

● لان اجازة الإثبات بالهينة في المواد التجارية هي رخصة مفرقة خلافا للاصل الذي يوجب الإثبات بالكتابة في التصرفات القانونية التي تجاوز قيمتها نصاب الهينة أو فيما يخالف الثابت بالكتابة ، ولانها رخصة متروكة لتقدير القاضى ، وليس فيها ما يتعلق بالنظام العام فإنه يجوز للمتعاقدين النزول عنها بأن يتفقا على الا يكون الإثبات بينهما حتى في علاقاتهما التجارية إلا بالكتابة ويقع هذا الاتفاق صحيحا وتضمن العمل بموجبه ، وبناء على ذلك إذا اتفق تاجران على عدم قبول الهينة في الإثبات بينهما ، كان هذا الاتفاق صحيحا (٧٦) .

(٧٥) (نقض ١٢/٨/١٩٦٠ طمن ٤٨٩ لسنة ٢٥ ق مع ص ١١ ص ٦٣٥) .

(٧٦) (المكثور سليمان مرقص المرجع السابق ص ٥٢٥) .

إثبات التصرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها عشرين جنيها

الأصل العام جواز الإثبات بشهادة الشهود فى التصرفات المدنية التى لا تتجاوز قيمتها عشرين جنيها :

● رأينا فيما سبق أن القاعدة العامة التى أوردتها المادة ٦٠ من قانون الإثبات لا تجيز الإثبات بشهادة الشهود فى التصرفات القانونية المدنية التى تزيد قيمتها على عشرين جنيها أو تلك الغير محددة القيمة .

وبذلك يخرج من نطاق هذه القاعدة التصرفات المدنية التى لا تتجاوز قيمتها هذا الحد مع ملاحظة أن المشرع قد يتطلب الكتابة لإثبات بعض التصرفات المدنية ولو لم تزيد قيمتها على عشرين جنيها كما هو الشأن فى عقد الكفالة وعقد الصلح أو تلك التى تتطلب الكتابة فى إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها ، أو حالة ما إذا كان هناك اتفاق بين المحصرم على الإثبات بالكتابة على خلاف القاعدة العامة .

العبرة فى تقدير القيمة بوقت نشوء التصرف :

● العبرة فى تقدير قيمة التصرف أو بالأحرى بقيمة الحقوق التى يرتبها التصرف وفقا لما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٦٠ من قانون الإثبات هى بوقت إبرام التصرف ، وذلك دون نظر أو اعتبار لما يطرأ على هذه القيمة من زيادة أو نقصان ، أى انه يتعين لتقدير قيمة التصرف الرجوع إلى وقت إبرامه لا إلى وقت المطالبة به .

وعلى ذلك فإذا كانت قيمة التصرف وقت صدوره لا تزيد على عشرين جنيها ثم زادت هذه القيمة وقت المطالبة به عن هذا القدر بسبب إضافة الفوائد جاز بالرغم من ذلك الإثبات بشهادة الشهود .

حالة تعديل الطلبات لتكون لاقل من عشرين جنيها :

● إذا تنازل المدعى عن جزء من حقه بعد أن كان قد طالب به كاملا ليجعله داخلا فى الإثبات بالبينة فإنه يرد عليه قصده ، ويطلب بالإثبات بالكتابة ، وقد نصت على ذلك الفقرة (ج) من المادة ٦١ من قانون الإثبات .

ونفس الحكم يسرى فيما إذا أراد المدعى الخروج عن قاعدة استلزام الكتابة وذلك بأن قام بتجزئة مطالبته ليصل إلى إثبات كل جزء من قيمة التصرف بالبينة .

حالة تعدد الالتزامات بين المحصوم انفسهم :

● لما كانت العبرة بقيمة التصرف هي بوقت نشوئه ، فإنه يترتب على ذلك انه إذا تعددت الالتزامات بين المحصوم انفسهم ، فإن قيمة هذه الالتزامات لا تجميع عند المطالبة لمعرفة ما إذا كانت الكتابة واجبة أم لا ، بل يجب أن ينظر إلى قيمة كل منها على حده فمالم تجاوز قيمته عشرين جنيهاً جاز إثباته بشهادة الشهود حتى ولو كانت قيمة هذه الالتزامات في مجموعها تزيد على عشرين جنيهاً .

وعلى ذلك إذا طالب الدائن مدينه بثلاثة مبالغ ناشئة عن عقد قرض وعقد بيع وعقد إيجار ، فإنه يستطيع أن يثبت كلا من هذه المبالغ الثلاثة بشهادة الشهود إذا كانت قيمة كل منها لا تتجاوز عشرين جنيهاً ، حتى لو تجاوزت الديون مجتمعة هذه القيمة ، وكذلك الحكم إذا كانت التصرفات من طبيعة واحدة ولكنها تمت في أوقات مختلفة كبيع ساعة بخمسة عشر جنيهاً ، وقلم بشمانية جنيهاً ، إذ يستطيع الدائن في هذه الحالة أن يثبت بشهادة الشهود كل تصرف على حده رغم ان مجموع ما يطالب به يزيد على عشرين جنيهاً ، ولكن إذا بيعت هذه الاشياء كصفقة واحدة ، فإننا نكون بصدد تصرف واحد تزيد قيمته على عشرين جنيهاً ، وبالتالي تجب الكتابة في إثباته (٧٧) .

● ويرى الدكتور أنور سلطان أنه كان يمكن الاستغناء عن هذا الحكم الذي أوردته الفقرة الثالثة من المادة ٦٠ من قانون الإثبات اكتفاء بالقواعد العامة في الالتزامات ذلك ان لكل حق مصدره وما دامت مصادر الحقوق التي بين الطرفين قد تعددت فإنه يتعين النظر إلى كل مصدر من هذه المصادر على حدة لتقدير قيمة الحق الذي أنشأه هذا المصدر ، وعلى هذا إذا كانت مصادر هذه الحقوق من قبيل التصرفات القانونية وجب الاعتداد بكل تصرف على حدة لتقدير قيمته وقت تمامه ولو طالب الدائن بهذه الحقوق جميعاً في دعوى واحدة ، وإذا كان كل حق على حدة لا تتجاوز قيمته نصاب الهيئة ، جاز الاستعانة بشهادة الشهود في إثباته .

إثبات الوفاء الجزئي وروطه بقيمة أصل الدين :

● ربط المشرع الفقرة الأخيرة من المادة ٦٠ من قانون الإثبات بين الوفاء الجزئي وأصل الدين ، ونص على أن العبرة في الوفاء الجزئي تكون بقيمة الالتزام الاصلى ، وعلى ذلك فإنه إذا كانت قيمة الالتزام الاصلى تتجاوز عشرين جنيهاً فإنه لا يجوز إثبات الوفاء الجزئي الذي يقل عن عشرين جنيهاً بالهيئة ، وذلك منعا للمدين من محاولة التحايل على قاعدة استلزام الكتابة بالادعاء

(٧٧) (مدرس في قانون الإثبات للدكتور عبد الوهيد يحيى ص ٧٢) .

بأنه أوفى الدين الذى تجاوز قيمته عشرين جنيها على اجزاء ودفعات متعددة يقل كل منها عن عشرين جنيها .

● وكانت المادة ٤٠٠ من القانون المدنى قبل الغائها بقانون الإثبات عام ١٩٦٨ تعتبر الوفاء الجزئى تصرفا قانونيا تنطبق عليه قاعدة الإثبات بالكتابة إذا كان محله يزيد عن عشرة جنيهات (عشرين جنيها حاليا) بما مفاده أن كل وفاء جزئى كان تقل قيمته عن (عشرة جنيهات) كان يجوز إثباته بالبينة باعتباره تصرفا مستقلا .

وإذ صدر قانون الإثبات الرقيم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ عدل المشروع عن هذا المذهب ونص فى الفقرة الاخيرة من المادة ٦٠ منه على ان العبرة فى الوفاء إذا كان جزئيا بقيمة الالتزام الأسمى . وجاء بالمذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ تبريرا لذلك أن حكم القانون المدنى (مادة ٤٠٠) فى هذا الخصوص كان محل نقد ولأنه يمكن من يتمسك بالوفاء من ادهاء الوفاء على دفعات متعددة لايجوز قيمة كل منها النصاب الجائز إثباته بشهادة الشهود ... ويتخلص بذلك من واجب الإثبات بالدليل الكتابى ، وهو تحايل لاجوز اقراره .

حكم استثنائى حتى ولو زادت القيمة عن عشرين جنيها فيما يتعلق بإثبات التحايل على قانون ايجار الاماكن :

● ● لما كان من المقرر وفقا للقواعد العامة فى الإثبات وما نصت عليه المادتان ٦٠ و ٦١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ انه لايجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما يجب إثباته بالكتابة ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضى بغير ذلك ، ويقصد بما يجب إثباته بالكتابة التصرف غير المحدد القيمة أو الذى تزيد قيمته على عشرين جنيها وكذلك ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى وكان المقرر بنص المادة ١٦ من قانون ايجار الاماكن رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ انه «اعتبار من تاريخ العمل بهذا القانون تهرم عقود ايجار كتابة ويلزم المؤجر عند تأجير أى مبنى أو وحدة أن يثبت فى عقد الإيجار ... ويجوز للمستأجر عند المخالفة إثبات واقعة التأجير وجميع شروط العقد بكافة طرق الإثبات ...» (وهو نفس ما قرره المادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧) مما مؤداه ان المشرع قد اجاز للمستأجر فى هذه الحالة واستثناء من قواعد الإثبات سواء أكانت الكتابة غير موجودة أصلا أو وجدت ويراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها ، وغاية المشرع من هذا الحكم المستحدث فى قانون ايجار الاماكن - حسبما يبين من - مناقشة هذا النص فى مجلس الأمة - هو الحد من صور التلاعب والاحتيال على احكامه سواء بامتناع المؤجر عن تحرير عقد ايجار للمستأجر أو اتخاذه وسيلة لاختفاء امر غير مشروع ولذلك رخص للمستأجر عند مخالفة ذلك النص إثبات واقعة التأجير

وجميع شروط العقد بكافة الطرق ، لما كان ذلك وكان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه ان الطاعن تمسك بطلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات حقيقة العلاقة الاجبارية القائمة بينه وبين المطعون عليه عن شقة النزاع وصورية عقد التمليك المحرر له عنها على خلاف الحقيقة فإن طلبه يكون متفقاً وصحيح القانون بما يجيز قبوله ، وإذ رفض الحكم المطعون فيه هذا الطلب بمقولة عدم توافر الادلة والقرائن على وجود الاحتمال أو قيام مبدأ ثبوت بالكتابة للعلاقة الاجبارية فإنه يكون قد خالف القانون وخطأ في تطبيقه وحجب نفسه بالتالي عن تحقيق دفاع جوهرى للطاعن كان من شأنه لوصح تغيير وجه الرأى فى الدعوى ، هنا إلى أن ما ساقه الحكم المطعون فيه تبريراً لقضائه السالف برفض طلب الاحالة إلى التحقيق مشوب بالفساد فى الاستدلال والتقصير فى التسبب ذلك ان المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انه ولئن كان لمحكمة الموضوع ان تأخذ فى قضائها بما ترتاح إليه وتطرح ما عداها باعتبارها صاحبة الحق فى تقدير ما يقدم إليها فى الدعوى من ادلة وفى فهم ما يكون فيها من قرائن إلا أن ذلك مشروط بأن يكون استخلاصها لما تقتنع به سائفاً وأن تكون الاسباب التى أوردتها فى صدد هذا الدليل من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهت إليه ، مما مفاده انه إذا أوردت المحكمة اسباباً لتبرير الدليل الذى اخذت به أو لنفيه فإن هذه الاسباب تخضع لرقابة محكمة النقض التى لها ان تقضى بنقض الحكم إذا كان استخلاصه غير سائغ لاثباته على ادلة أو قرائن ليس من شأنها أن تؤدى إليه عقلاً ، أو كان مبنياً على جملة ادلة مجتمعة بحيث لا يعرف أيها كان اساساً جوهرياً له ثم تبين فساد احدها بحيث لا يعرف ماذا يكون قضاؤه مع استبعادها .

ولما كان الثابت بمدونات الحكم المطعون فيه انه اورد فى تبرير قضائه اسباباً مفادها ان - العقد موضوع التداعى لم يتضمن فى بنوده ما يوحي بأنه اقترن بالغش أو قصد به التهرب من القانون اخفاء للسبب غير المشروع الذى يقول به الطاعن وهو تقاضى مبلغ ٢٠٠٠ جنيه خلو رجل فى هلاكة اجبارية شفوية بينهما ... وكان الطاعن لم يبادر إلى ابلاغ النيابة بهذه الواقعة فور حيازته للشقة وكانت النيابة قد باشرت التحقيق فيها وانتهت منه إلى قرار بالحفظ مكتسب حجة امام القضاء المدنى وتلتزم به المحكمة ، وكان الطاعن لم يمثل أو يبد هذا الدفاع أمام محكمة الدرجة الأولى كما لم يرفع دعواه بطلب الاعتداد بعقد الاجبار وصورية عقد التمليك إلا بعد رفع دعوى الفسخ الماثلة بعد شهر... وكانت الأوراق قد خلت مما يسند زعمه بسداد بعض اقساط الاجرة أو بقيام مبدأ ثبوت بالكتابة هو مجرد ادعاء لا توازره ادلة الدعوى والقرائن المستفاد من أوقاتها ولا يكفى لإثباتها الصورية بشهادة الشهود الأمر الذى تلتفت معه المحكمة عن طلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثباتها ، لما كان ما تقدم وكان ما استدلل به الحكم على نفي الصورية عن العقد بخلو بنوده مما يدل على اقترانه بالغش أو التحايل على القانون واخفاء سبب غير مشروع فى حين أن الصورية لا يلبأ

إليها الا ابتغاء ستر هذه الأمور ، كما ان عدم مبادرة الطاعن بإبلاغ النيابة بواقعة خلو الرجل أو تراخيه فى رفع دعواه بالاعتداد بالعلاقة الابحارية وبصورية عقد التمليك لما بعد رفع دعوى الفسخ - ليس من شأنه نفي الصورية ولا يدل بذاته على عدم وجودها - أما القول بأن قرار الحفظ الصادر من النيابة فى شأن واقعة خلو الرجل يكتسب حجية أمام القضاء المدنى فمردود بما هو مقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - من أن الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق لاكتسب حجية أمام القضاء المدنى لانها لاتفصل فى موضوع الدعوى بل فى توافر أو عدم توافر الظروف التى تجعل الدعوى صالحة لاحالتها للمحكمة للفصل فى موضوعها كما وان الصورية القائمة على الاحتيال على القانون لاتقتضى - وعلى ما هو مقرر بقضاء النقض - قيام مبدأ ثبوت بالكتابة لامكان تحقيقها واثباتها بالقرائن وشهادة الشهود ، لما كان ذلك وكان البين منه ان الادلة والقرائن التى أوردها الحكم المطعون فيه واستخلص قضاءه من مجموعها - لا يؤدى بعضها إلى ما انتهى إليه فضلا عن فساد البعض الآخر منها بحيث لا يعرف ماذا يكون قضاؤه مع استبعادها فإن الحكم لذلك يكون معيبا بالفساد فى الاستدلال والقصور فى التسيب (٧٨) .

ثالثا : ما يجوز إثباته بشهادة الشهود استثناء ١- مبدأ الثبوت بالكتابة مادة ٦٢ (إثبات)

نصوص القانون :

مادة ٦٢ (إثبات) : يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة .
وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها ان تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت الكتابة .

النصوص العربية المقابلة :

القانون الليبي	: مادة ٣٨٩	القانون الكويتي	: مادة ٧٦
القانون السوري	: مادة ٥٦	القانون اللبناني	: مادة ٢٤٢
القانون الأردني	: مادة ٣٠	القانون التونسي	: مادة ٤٧٧
القانون العراقي	: مادة ٤٩٠		

المذكرة الإيضاحية :

ورد بالاعمال التحضيرية للقانون المدني تعليقا على المادة ٤٠٢ والتي حلت محلها المادة ٦٢ من قانون الإثبات ما يلي :

١- استلهم المشروع فى هذا النص احكام المادة ٢٨٢/٢١٧ من التقنين المصرى ، والمادة ١٣٤٧ من التقنين الفرنسى ، والمادة ١٩٣٩ من التقنين الهولندى والمادة ٤٤٥ من التقنين المراكشى ، والمادة ٢٩٨ من المشروع الفرنسى الايطالى .

وينبغى التنويه بما لتعيين السمة الخاصة التى يمتاز بها هذا الاستثناء من بالغ الأهمية ذلك انه يجعل الإثبات بالبينة جائزا إذا جاوزت القيمة مبلغ عشرة جنيهات من ناحية ، ويجعله جائزا كذلك لنقض الثابت كتابة واقامة الدليل على الاضافة إليه من ناحية أخرى - فمتى وجد مبدأ ثبوت بالكتابة بشأن الالتزام المدعى به جاز الإثبات بالبينة ، فهى بهذا الوصف تكمل ما يعتور الدليل المستخلص من هذا المبدأ من نقص وقصور .

وينهض لتوجيه هذا الحكم ما هو ملحوظ من أن مبدأ الثبوت بالكتابة يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال ، ويعتبر هذا الوجه ضمانا كافيا للحد من الاخطار التي تكتنف الإثبات بالبينة ، ثم ان البينة لا تكون فى هذه الحالة الا دليلا مكملا أو متمما . أما فيما يتعلق بنطاق تطبيق هذا النص فليس شك فى انه لايسرى حيث تكون الكتابة شرطا من شروط صحة الالتزام يترتب البطلان على تخلفه ، ولو كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات كما هو شأنه فى المحررات الرسمية ، لذلك ان الكتابة أو الأوضاع الشكلية لا تكون فى هذه الحالة مجرد دليل فحسب ، بل تعتبر ركنا أو شرطا من شروط الصحة الموضوعية ، على أن الخلاف قد اثير فى الفقه بصدد الالتزامات التى يشترط فيها القانون الكتابة دون أن ينص على البطلان ، ولا سيما بالنسبة للايجار ، والرأى أن الالتزام يترتب صحيحا فى هذه الحالة ، ولكن لا يمكن إثباته إلا بالاقرار أو اليمين ، لان البينة قد استبعدت صراحة بالنص ، فليس يجوز العودة إليها من طريق غير مباشر بالالتجاء إلى مبدأ الثبوت بالكتابة .

٢- ويشترط لتوافر مقومات مبدأ الثبوت بالكتابة

(أ) ان يكون ثمة محرر

(ب) وأن يكون هذا المحرر صادرا من محتج به عليه

(ج) وأن يكون من شأنه أن يجعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال .

فالشرط الأول وهو وجود كتابة ، أو محرر ، عام الدلالة ، فلفظ الكتابة ينصرف إلى اوسع معانيه ، فهو يشمل كل ما يحرم دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع ، ولذلك استعمل النص عبارة «كل كتابة» وقد تكون هذه الكتابة سندا أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة ترمز للاسم أو توقيعاً أو غير ذلك .

والشرط الثانى هو صدور المحرر من الخصم الذى يحتج عليه به ، لا من أحد الاغيار ، بيد أن المحرر يعتبر صادرا من مثل هذا الخصم ولو كان صادرا من غيره ، متى كان هذا الغير مستخلفا تسرى التزاماته على من يخلفونه خلافة عامة (كالورثة) وفقا للقواعد العامة ، أو نائباً قانونيا أو اتفاقيا ، يعمل فى حدود نهايته ، لان كتابة الموكل تكون حجة على الوكيل والعكس ، ولذلك استعمل النص عبارة الخصم أو نائبه وفقا لما جرى عليه القضاء المصرى .

أما الشرط الثالث وهو جعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال ، فتقديره موكول إلى القاضي، ويراعى أن هذا الشرط جوهرى ، إذ ينهى أن يكون حلقة الاتصال بين الكتابة والالتزام المدعى به ، ينهى أن يدل على أن هذا الالتزام ليس مجردا من الاساس فهريدا تاما .

فهذا الوضع يجوز أن تكمل الكتابة بالبينة فتصبح دليلا مقبولا ، مع انها بمجردا تكون قاصرة غير مفنية فى الإثبات ، ومن أمثلة الأوراق التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة المحررات المشتة

لهذه التنفيذ ، أو للوفاء بالفوائد ، أو الإبرادات وقد أفرد لها التقنين المصرى المادتين ٢٢١ ، ٢٨٧ و ٢٨٦/٢٢٢ . ولما كان الملحوظ فى أحكام هاتين المادتين انها ليست سوى تطبيق للقاعدة العامة ، لذلك لم تر ضرورة للنص عليها ، إذ فى تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة ما يفنى عنها .

٣- على أن الفقه والقضاء فى فرنسا وبلجيكا ومصر قد استقروا على أن اقرارات الخصوم التى يدلون بها وتدون تحت اشراف موظف مختص ، أو قاض بأمر بإثباتها ، يكون حكما حكم المحررات الصادرة منهم ، ولو لم تكن مدونة بخطهم أو موقعا عليها منهم ، ويتمين بدهاءة فى هذه الحالة أن يكون الموظف العام مختصا بتلقى مثل هذه الاقرارات ، وان يكون للقاضى ولاية الأمر باثباتها ، وغنى عن البيان ان ما يصدر من الخصوم من اقرارات على هذا الوجه يكون بمنزلة مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذا كان من شأنه ان يجعل الالتزام المدعى به قريبا الاحتمال ، وقد حفلت أحكام القضاء بكثير من التطبيقات فى هذا الصدد ، فمن ذلك مثلا الاقرارات التى يدلى بها فى محضر جرد أو حصر تركة أو مناقصة أو قسمة (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٨٧٩ مع ر م ٤ ص ٩١) والبيانات التى تدون فى ورقة من أوراق المحضرين (استئناف مختلط ٥ يناير ١٨٧٩ مع ر م ٤ ص ٣٨٨) والاققرارات التى تصدر فى استجواب عن وقائع (استئناف مختلط ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ ب ٢ ص ٣٩٤ ، ٢١ فبراير سنة ١٩١٨ ب ٣٠ ص ٢٤٣) والاققرارات أو الشهادة التى يدلى بها ذوو الشأن أمام قاضى التحقيق أو القاضى المدنى أو الجنائى (استئناف مختلط ٩ ابريل سنة ١٩٠٨ ب ٢٠ ص ١٦٧) وما يشبه من اقوال أو اقرارات فى حكم من الاحكام (استئناف مختلط ٢٦ ابريل سنة ١٨٧٧ مع ر م ٢ ص ٣٠٩) .

وقد اشارت المادة ٤٤٥ فقرة ٣ من التقنين المراكشى إلى هذه التطبيقات ، فى معرض ايراد الاحكام الخاصة بمبدأ ثبوت بالكتابة فنصت على أن الاقرارات التى يتلقاها احد الموظفين العموميين المختصين أو القضاة فى حدود ولايته ، تعتبر صادرة من الخصم .

آراء الشراح وأحكام القضاء :

تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة :

- عرفت الفقرة الثانية من المادة ٦٢ إثبات مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل التصرف قريبا الاحتمال .
- ويعرف المرحوم المستشار احمد نشأت مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه كتابة صادرة عن يراد

الإثبات ضده ليست سندا كاملا بما يراد إثباته وإنما يجعله قريب الاحتمال إذا عززته شهادة الشهود أو القرائن فإنه يقوم مقام الكتابة الكاملة فى أى شىء (٧٩) .

● وفى تعريف آخر قيل انه ورقة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات عليه تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال وعلى ذلك يكون مبدأ الثبوت بالكتابة مضافا إليه البيئة دليلا كاملا .
فإذا لم يأخذ الدائن سندا يدينه على المدين لاي سبب من الأسباب أو لعذر من الاعذار أو لصعوبة من الصعوبات ولكن وجدت معه ورقة تشير إلى الدين بعبارة صريحة أو ضمنية وكانت هذه الورقة صادرة من المدين نفسه فإنه يجوز فى هذه الحالة للدائن الاعتماد على تلك الورقة واعتبارها مبدأ دليل بالكتابة ، وعلى ذلك يجوز له إثبات أصل الدين بالبيئة أو القرائن لان الورقة تعتبر حينئذ مهيأة للإثبات والقرينة ولا تعتبر سندا كاملا بل هى شبه سند أو سند ناقص لاهد من اتمامه بأدلة اخرى (٨٠) .

نقد تسمية مبدأ الثبوت بالكتابة :

● يرى الدكتور جميل الشراوى أن تعبير «مبدأ الثبوت بالكتابة» يوجد خلطا فيما بين بدائة الثبوت بالكتابة وهو المعنى بمبدأ الثبوت بالكتابة وقاعدة الإثبات بالكتابة وأن الترجمة العربية الصحيحة للنص الفرنسى المأخوذ عنه مبدأ الثبوت بالكتابة هى وجوب اطلاق تعبير «بداية ثبوت بالكتابة» عوضا عن مبدأ الثبوت بالكتابة ، غير أن الفقه درج على استخدام المصطلح الذى جاء به المشرع المصرى (٨١) .

نطاق مبدأ الثبوت بالكتابة :

● إذا عزز مبدأ الثبوت بالكتابة بشهادة الشهود أو بالقرائن يكون دليلا كاملا فى كل ما كان يجب إثباته بالكتابة ، فيكون دليلا كاملا بشأن أى تصرف قانونى تزيد قيمته على عشرين جنيتها وبشأن ما يخالف الكتابة أو يجاوزها ، وبشأن أى تصرف قانونى اشترط القانون بنص خاص أن يكون إثباته بالكتابة كالصلح والكفالة .

● ● انه وان كان صحيحا أن الصورية لاثبتت بين المتعاقدين إلا بالكتابة ، إلا أن المشرع قد اجاز الإثبات بالبيئة فيما يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، ومتى تعزز هذه المبدأ بالبيئة أو بالقرائن فإنه يقوم مقام الدليل الكتابى الكامل فى الإثبات (٨٢) .

(٧٩) (رسالة الإثبات ص ٦٥٦ وما بعدها) .

(٨٠) (البيان فى شرح قانون الإثبات للاستاذين صلاح حمدى وليبيب حليم ص ١٣٦) .

(٨١) (الإثبات فى المواد المدنية هامش ص ٩٧) .

(٨٢) (نقض ١٩٧٣/٥/٢٢ طعن ٢١١ لسنة ٣٨ ق مج ص ٢٤ ص ٧٩٩) .

● ● النص في الفقرة الأولى من المادة ٦٢ من قانون الإثبات على أنه «يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة» ، يدل على أن المشرع قد جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة في الإثبات متى اكمله الخصوم بشهادة الشهود ، ومستوى في ذلك أن يكون الإثبات بالكتابة مشروطا بنص القانون ، أو باتفاق الطرفين ولما كانت المادة ١٠٠ من القانون المشار إليه قد نصت على أن «يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود» فإن مفاد ذلك ان 'المشرع اجاز الإثبات بالقرائن القضائية في جميع الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود ، وجعل تقدير تلك القرائن منوطا باطمئنان محكمة الموضوع ، ومن ثم فإن مبدأ الثبوت بالكتابة يجوز تكملته بشهادة الشهود كما تجوز تكملته بالقرائن القضائية حتى يكون له ما للكتابة من قوة في الإثبات (٨٣) .

● ولكنه لا يصلح دليلا على تصرف شكلى كالهبة والرهن الرسمى ، ذلك انه لا يحل محل الشكل ، لان الشكل ذاته ركن فى التصرف .

الشروط التي يتوافر معها إعمال مبدأ الثبوت بالكتابة :

● حتى نكون بصدد مبدأ ثبوت بالكتابة يتعين أن تتوافر ثلاثة أركان هي :

أولا : وجود ورقة مكتوبة .

ثانيا : ان تكون هذه الورقة صادرة من الخصم .

ثالثا : أن تجعل هذه الورقة الأمر المراد إثباته قريبا الاحتمال .

أولا : الركن الأول :

● يتعين بداية - لاعمال مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون هناك ورقة مكتوبة ، إذ لا يكفي الاستناد إلى اقوال شفوية أو شرائط مسجلة ما لم يكن هنا التسجيل قد تم وفقا لاجراءات قانونية سليمة ، ولا يلزم فى الورقة المكتوبة ان تأخذ شكلا خاصا ، والورقة المحررة بخط الخصم دون أن يكون قد وقع عليها تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة ، والرسالة المرسله منه والأوراق المنزلية والدفاتر التجارية والورقة الرسمية المزورة والأقوال التي ترد على لسان الخصم فى محاضر الجلسات أو محاضر تحقيقات النيابة أو الشرطة ، والبيانات التي تقدم لجهة حكومية من جانب الخصم ، كل ذلك يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة .

● ● مفاد نص المادة ٦٢ من قانون الإثبات - وعلى ما جرى به قضاء النقض - أن المشرع وقد جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة فى الإثبات متى أكمله الخصم بشهادة الشهود أو القرائن ، فقد اشترط لتوافر مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون هناك ورقة مكتوبة أيا كان شكلها والغرض منها كالمراسلات والدفاتر ومحاضر التحقيق والجلسات والمجرد وغيرها من الأوراق والمذكرات القضائية أو المقدمة لجهات رسمية وان تكون هذه الورقة صادرة من الخصم المراد اقامة الدليل عليه أو من يمثله أو يتوب عنه قانونا وان يكون من شأنها ان تجعل الالتزام المدعى به أو الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول وقريبة الاحتمال - سواء كان ذلك بطريق مباشر بأن تتضمن الإشارة إليها بذاتها أو بطريق الإشارة إلى واقعة أخرى متنازعا عليها ويكون من شأن ثبوتها أن يجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، لما كان ذلك وكان من المقرر ان تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة - هو من جهة كونها ورقة مكتوبة أو صادرة من الخصم - من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض اما من جهة كونها تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال فإنه يعتبر من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع بشرط أن يكون ما استخلصه وبني عليه قضاء سائفا (٨٤) .

حكم الايصالات :

● ● الايصال المعطى من البائع إلى من استرد هو منه عقد البيع الذى كان قد اودعه اياه يجوز للمشتري أن يعتمد عليه فى إثبات حصول البيع له متى كان قد حصل برضاء المودع لديه (٨٥) .

● ● لا يتطلب المشرع فى مبدأ الثبوت بالكتابة سوى أن يجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند اساسا فى عدم اعتبار الايصال الموقع عليه من المطعون ضده مبدأ ثبوت بالكتابة إلى خلو هذا الايصال من بيان اسم دافع المبلغ وسبب تحريره وأوصاف المبيع وطريقة اداء الثمن ومدة الضمان وتاريخ التسليم ، ورتب الحكم على خلو الايصال من البيانات المذكورة ان ذلك الايصال لا يجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، وهى بيانات لو توافرت فى الايصال المذكور لكونت منه دليلا كتابيا كاملا ، فإن الحكم يكون قد اقام قضاء على اساس خاطيء لفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة ، فجاء بذلك مخالفا للقانون (٨٦) .

(٨٤) (نقض ١٢/٢٨/١٩٨٢ طعن ٥٩٩ لسنة ٤١ قضائية) .

(٨٥) (نقض ٥/١٢/١٩٤٠ مجموعة القواعد القانونية فى ٢٥ عاما جزء ٣ ص ٢٧٩) .

(٨٦) (نقض ١٦/٦/١٩٦٦ مع ١٧ ص ١٤٠٩) .

حكم قصاصات الورق المجموعة بعضها إلى بعض بطريق اللصق:

● ● إذا قدمت فى الدعوى قصاصات ورق مجموعة بعضها إلى بعض بطريق اللصق على أنها تضمنت شروط استرداد العين المبيعة فاستدلت المحكمة منها ومن ترتيب العبارة الواردة بها وخصوصا ما يتعلق منها بالعين ومقدارها وحق استردادها ، مع اتحاد الخط والحبر والورق ووجود توقيع بصمة ختم المشتري على احداها ، استدلت من ذلك على أن هذه البقايا هى اجزاء لأصل واحد، فاعتبرتها - لا ورقة ضد كاملة - بل مبدأ ثبوت بالكتابة أكملت ، بما استخلصته من شهادة الشهود والقرائن التى اوردها ، وبناء على ذلك قضت بأن العقد وأن كتب فى صورة عقد بيع بات هو فى حقيقته يخفى رهنا ، فذلك ليس فيه خطأ فى تطبيق القانون (٨٧) .

لا يتطلب القانون بيانات معينة فى الورقة المكتوبة :

● ● لا يتطلب القانون بيانات معينة فى الورقة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ويكفى أن تكون صادرة من الخصم أو يحتج عليه بها وأن تجعل التصرف به قريب الاحتمال (٨٨) .

يجب أن تكون الكتابة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة متعلقة بالواقعة المراد إثباتها :

● يجب أن تكون الكتابة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة متعلقة بالواقعة المراد إثباتها، وقد قررت محكمة النقض انه ليس لمن يدعى صورية الشركة التى بين شخص وآخرين ان يتخذ من هذه الصورية مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح له ان يثبت بالبينة والقرائن الشركة التى يدعى قيامها بينه هو وبين هذا الشخص لان تلك الصورية ليس من شأنها - حتى لو صحت - أن تجعل الشركة التى يدعيها قريبة الاحتمال .

● ومن البديهي ان تكون الورقة موجودة فعلا ، وأن يقدمها صاحب المصلحة للمحكمة ، إذ لا يصح إثبات تحريكها بشهادة الشهود والقرائن والا كان الإثبات كله بذلك ، على انه إذا اعترف الخصم كتابه بتحرير ورقة بحيث تجعل هذه الكتابة الحق المراد إثباته قريب الاحتمال قام هذا الاعتراف المكتوب مقام وجود الورقة ويجوز عندئذ الإثبات بالشهود والقرائن كما إذا أرسل شخص خطاها يقرر فيه تحرير ورقة ضد وضياعها (٨٩) .

(٨٧) (نقض ١٩٥١/١/٢٢ مج ٣ ص ٨٧) .

(٨٨) (نقض ١٩٧٩/١١/٢٧ طعن ٤٢٣ لسنة ٤٧ ق مج ٣ ص ٣٠ ص ٨٠) .

و(نقض ١٩٨٤/٥/١٦ طعن رقم ١٩٩٥ لسنة ٥٠ قضائية)

(٨٩) (رسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت الجزء الأول ص ١٦٥) .

يجوز ان يستمد مبدأ الثبوت بالكتابة من جملة أوراق

مجتمعة:

● لا يشترط لاعمال مبدأ الثبوت بالكتابة أن يستمد من ورقة واحدة بل يجوز أن يستمد من جملة أوراق مجتمعة ولو كانت كل واحدة منها لا تكفى بفردها لاعمال هذا المبدأ .
كذلك لا يشترط ان ينصب مضمون الأوراق مباشرة على نفس الواقعة المراد إثباتها أو احد عناصرها ، بل يجوز أن تقتصر دلالتها على امكان اتخاذها بداية بسلك القاضى منها سبيله فى الاستنتاج لتكوين عقيدته .

ثانيا : الركن الثانى :

يعتبر أن تكون الورقة التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة - صادرة من المدعى عليه بها .

● يجب ان تكون الكتابة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات ضده .
ويكفى أن تكون الورقة بخط هذا الخصم أو بخطه ويتوقيع غير كامل ذلك لانها ان كانت موقعة منه توقيعاً كاملاً اعتبرت محرراً عرفياً مستكملاً لشرائطه ذلك أن المحرر العرفى يستمد حججه من التوقيع وحده .

وتعتبر الورقة كأنها صادرة من الخصم إذا كانت صادرة ممن

ينوب عنه :

● تعتبر الورقة كأنها صادرة من المدعى عليه إذا كانت صادرة ممن ينوب عنه نيابة قانونية كالوصى أو القيم ، أو نيابة اتفاقية كالتوكيل وذلك كله بشرط أن تكون الورقة قد صدرت من النائب فى حدود نيابته ، وكذلك الحكم بالنسبة للأوراق الصادرة من شخص يعتبر المدعى عليه خلفاً عاماً له كالمورث .

وإذا لم تكن الورقة صادرة من المدعى عليه أو من نائبه على الوجه المتقدم فلا يتحقق هذا الشرط أياً كانت الصلة التى تربط المدعى عليه بمن صدرت منه الورقة كما لو كان ابناً أو زوجاً أو شريكاً .

● ● مبدأ الثبوت بالكتابة يقتضى فضلاً عن وجود كتابة من شأنها ان تجعل المدعى به قريب الاحتمال ، أن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم الذى يحتج عليه بها أو ممن ينوب عنه قانونياً (٩٠) .

(٩٠) نقض ١٩٨١/٢/٢٥ طعن ٩٨٠ لسنة ٤٧ قضائية) .

(نقض ١٩٧٥/١/٢٨ طعن ١٤٩ لسنة ٣٩ ق مج س ٢٦ ص ٢٦٨) .

ويشترط في حالة صدور الورقة من نائب الخصم أن تكون صادرة في حدود النهاية :

● ● يجب لكى يعتبر المحرر الصادر من بنوب عن الخصم المطلوب الإثبات عليه ، كوكيل أو ولى أو وصى ، مبدأ ثبوت بالكتابة - أن يكون قد صدر منه فى حدود نيابته فإذا كان الحكم قد اقتصر فى اعتباره الاقرار سالف الذكر مبدأ ثبوت بالكتابة على كونه صادرا من جد القصر والوكيل عن الوصية دون أن يبين ما إذا كان هذا الاقرار قد صدر فى حدود ، كالة الجد عن الوصية من ناحية ، وفى حدود سلطتها كوصية على القصر من ناحية أخرى فإنه يكون قاصر البيان قصورا يستوجب نقضه (٩١) .

● وأقوال المعامى اثناء المرافعة أو فى مذكراته يصح أن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إن لم تكن دليلا كاملا (٩٢) .

نوع من الأوراق يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالرغم من انها ليست بخط الخصم ولا تحمل توقيعها :

● ● الأصل أن الورقة تعتبر صادرة من المدعى عليه إذا كانت موقعة منه أو بمن يمثله ، أو بخطه أو بخط من يمثله ، إلا أن هناك بعض الأوراق التى يمكن أن تعتبر صادرة من الشخص رغم انها ليست موقعة منه أو بمن يمثله وليست بخطه ولا بخط من يمثله ، ومن هذا النوع الأوراق الرسمية كمحاضر التحقيق ومحاضر الجلسات إذا ما يرد فيها من اقوال الخصوم يعتبر صادرا منهم ، فإذا كانت هذه الأقوال لا ترقى إلى درجة الاقرار فإنه يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت تجعل المدعى به قريب الاحتمال (٩٣) .

● ● محاضر الحجز التى توقع بناء على طلب المؤجر على زراعة المستأجر تعتبر قانونا انها صادرة من المؤجر وهى بذلك تصلح للاحتجاج بها عليه كبدأ ثبوت للكتابة فى شأن بيع الاشياء المحجوزة بالقدر والثلثين الوارد بها (٩٤) .

الاقرار المركب إذا أريد تجزئته والاخذ ببعضه دون البعض الآخر اعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة :

● الاقرار المركب إذا أريد تجزئته والاخذ ببعضه دون البعض الآخر اعتبر مبدأ ثبوت

(٩١) نقض ١٩٦٧/١١/٣٠ طمن ١٩٥ لسنة ٢٤ ق مج ١٨ ص ١٧٩٠ .

(٩٢) رسالة الإثبات للمستشار احمد نشأت الجزء الأول ص ٦٦٨ .

(٩٣) (دروس فى قانون الإثبات للدكتور عبدالوهد يحيى ص ١٠٤ وما بعدها) .

(٩٤) نقض ١٩٣٦/٣/١٩ مجموعة القواعد القانونية فى ٣٥ عاما الجزء الأول ص ١٠٧٦ .

بالكتابة، ذلك لأن عدم تجزئة الاقرار محله ألا يكون فى الدعوى دليل آخر غيره ، أما إذا وجدت بينة فيمكن تجزئة الاقرار على أن يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تكملة البيينة (٩٥) .

حالة سلبية تمثل امتناعا من الخصم تصلح لان تكون مبدأ ثبوت بالكتابة:

● تنص المادة ١١٣ من قانون الإثبات على انه «إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الاجابة بغير مبرر قانونى جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك» .

ومؤدى ذلك أن المشرع اعتبر تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب فى حكم وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ، فجاز فى هذه الحالة الإثبات بشهادة الشهود والقرائن بالنسبة لما يجب إثباته بالكتابة .

● ● إنه إذا كان ما رتبته القانون فى المادة (١٧٣ من قانون المرافعات السابق) جزاء على تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول هو جواز قبول الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك ، وكانت محكمة الموضوع قد أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات ونفى الوقائع التى ارادت استجواب المطعون ضده فيها فإنه لا يكون فيما فعلته المحكمة ما يشوب اجراءاتها بأى بطلان (٩٦) .

لا يعتمد بالورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا طعن فيها وثبت عدم صحتها بعد الطعن فيها :

● يجوز للخصم الذى يتمسك ضده بورقة باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة أن يطعن فى صحة صدورها منه طبقا للقواعد السابق الاشارة إليها فى باب المحررات الرسمية وباب المحررات العرفية أى بطريق الطعن بالتزوير أو طريق انكار الكتابة ، فإذا طعن فيها وثبت صحة الطعن فلا يعتد عندئذ فى اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة .

الركن الثالث :

● لا يكفى فى شأن مبدأ الثبوت بالكتابة أن تكون هناك ورقة صادرة من الخصم أو نائبه بالشروط والاضاع السابق الاشارة إليها ، بل يتعين - لاعتبار هذه الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة أن تنطوى على ما يجعل الأمر المراد إثباته قريب الاحتمال ، ذلك لان جواز الإثبات بشهادة الشهود أو

(٩٥) (نقض ١٩٦٩/١/٢٣ مج س ٢٠ ص ١٧٠) .

(٩٦) (نقض ١٩٦٩/١/٢٣ مج س ٢٠ ص ١٧٠) .

القرائن في هذه الحالة يفترض وجود دليل ناقص ، فإذا كانت الورقة تتضمن نفيًا قاطعًا للواقعة المدعاة فلا يمكن عندئذ اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة .

● غير أنه لا يشترط أن تدل الورقة بطريقة مباشرة على احتمال صدق المدعى به ، بل يكفي أن يستنبط ذلك منها ، ومثال ذلك ورقة شطب الرهن فإنها تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بالدين المضمون بالرهن ، ذلك لأنه يمكن أن يستنبط منها أن الدائن قد استوفى حقه ، ومن ذلك أيضا اعتبار المخالصة بجزء متأخر من الدين مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بالاقساط السابقة .

● ● لا تتطلب المادة ٤٠٢ من القانون المدني (ملغاة وهي المادة ٦٣ إثبات حاليا) في مبدأ الثبوت بالكتابة سوى أن يجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال فإذا كان الحكم المطعون فيه قد استند أساسا في عدم اعتبار الايصال الموقع عليه من المطعون ضده مبدأ ثبوت بالكتابة إلى خلو هذا الايصال من بيان اسم دافع المبلغ وسبب تحريره وأوصاف المبيع وطريقة أداء الثمن ومدة الضمان وتاريخ التسليم ورتب الحكم على خلو الايصال من البيانات المذكورة أن ذلك الايصال لا يجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال وهي بيانات لو توافرت في الايصال المذكور لكونت منه دليلا كتابيا كاملا فإن الحكم يكون قد أقام قضاءه على أساس خاطيء لمفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة فجاء بذلك مخالفا للقانون (٩٧) .

● ● إن المادة ٤٠٢ من القانون المدني (ملغاة وهي المادة ٦٣ إثبات حاليا) لا تتطلب في مبدأ الثبوت بالكتابة سوى أن يجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ، كما أن تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل هذا التصرف قريب الاحتمال أو لا تجعله كذلك هو مما يستقل به قاضي الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في ذلك متى كان رأيه لا يتعارض مع ما هو ثابت بالورقة ومقاما على أسباب تسوغه (٩٨)

● ● ولئن كان تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال أو لا تجعله هو مما يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه في هذا الخصوص ، إلا أن شرط ذلك أن يقيم قضاءه على أسباب سائغة ، ولما كان استخلاص الحكم المطعون فيه عدم حصول التصرف بالمبيع من المورث للطاعنة ، غير سائغ ولا يؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها لان عدم تسجيل العقد واستغلال المورث للاطيان المبيعة لا يدل بمجرد عدم حصول التصرف في ذاته ، كما لا يدل على عدم حصوله أن تكون الطاعنة قد احتفظت في مكتبها - بحمل عملها - بخريطة لهذه الاطيان ، وصورة شمسية للعقد دون أصله أو أنها لم تبلغ عن

(٩٧) (نقض ١٩٦٦/٦/١٦ طعن ٢٣٤ السنة ٣٢ ق مع ص ١٧ ص ١٤٠٩) .

(٩٨) (نقض ١٩٧٣/٢/٢٧ طعن ٧ لسنة ٣٨ ق مع ص ٢٤ ص ٢٤٢) .

ضياح العقد لما اكتشفت عدم وجوده بعد وفاة المورث ، لما كان ما تقدم فإن الحكم المطعون فيه يكون قد شابه فساد فى الاستدلال (٩٩) .

ملا يجوز إثباته بشهادة الشهود والقرائن بالرغم من توافر مبدأ الثبوت بالكتابة :

● لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن بالرغم من توافر مبدأ الثبوت بالكتابة فى التصرفات الشكلية التى اعتبر المشرع الكتابة ركن من اركان انعقادها كالهبة والرهن التأمينى حيث لا يكون للتصرف وجود بدون الكتابة المقررة ، وكذلك لا يجوز ذلك فى التصرفات التى يشترط فيها القانون الكتابة لسماع الدعوى بها عند الانكار كالوصية .

اثر توافر مبدأ الثبوت بالكتابة :

● يترتب على توافر مبدأ الثبوت بالكتابة جواز الاعفاء من تقديم الدليل الكتابى إذا كان يتعين الإثبات به ، وعندئذ يتم الإثبات بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية .

وإذا ما توفر مبدأ الإثبات بالكتابة فإن الاعفاء من وجوب تقديم الدليل الكتابى يشمل جميع الاحوال حتى ولو كان استلزام الكتابة اعمالا لنص خاص فى القانون ما لم تكن الكتابة ، وعلى نحو ما اسلفنا تتعلق بشكل التصرف أو لسماع الدعوى ، ذلك لان تخلف الكتابة فى الحالتين الاخرتين تعنى بطلان التصرف بما لا يكون هناك عندئذ من مجال للقول بجواز الإثبات بغير الكتابة .

وجوب قسك الخصم بالمرحور الذى يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة وطلب تكملته بشهادة الشهود :

● ● إذ يبين من الاطلاع على الأوراق ان الطاعنين قدما امام محكمة الاستئناف فى فترة حيز الدعوى للحكم مذكرة سلمت صورتها لوكيل المطعون عليه الأول قسكا فيها بطلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن بيع الفيلا تم بواسطتها وإثبات العرف فيما يتعلق بأجر السمسرة ، ثم أعيدت الدعوى للمرافعة وتداولت عدة جلسات حضر فيها المطعون عليهما حتى صدر الحكم المطعون فيه ، ومن ثم فقد أصبحت هذه المذكرة ورقة من أوراق الدعوى ، ويكون ما ورد بها من دفاع مطروحا على المحكمة ولما كان الحكم المطعون فيه قد اغفل بحث هذا الدفاع الجوهرى والرد عليه واقتصر على الاحالة إلى اسباب الحكم الابتدائى الذى لم يتعرض للدفاع المذكور بل انه قرر ان الطاعنين لم يطلبوا إثبات دعواهما بأى طريق من طرق الإثبات ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور (١٠٠) .

(٩٩) (نقض ١٩٧٥/١/٢٨ طعن ١٤٩ لسنة ٣٩ ق مج س ٢٦ ص ٢٨٦) .

(١٠٠) (نقض ١٩٧٧/١/٣١ طعن ٦٩٢ لسنة ٤٢ ق مج س ٢٨ ص ٢١٨) .

● ● إذا كان مؤدى نص المادة ١٧٣ / ٣ من القانون المدنى ان مسئولية متولى الرقابة عن الاعمال غير المشروعة التى تقع بمن تجب عليه رقابتهم هى مسئولية ، منهاها خطأ مفترض افتراضا قابلا لإثبات العكس ومن ثم يستطيع متولى الرقابة ان ينفى هذا الخطأ عن نفسه بأن يثبت انه قام بواجب الرقابة بما ينبنى من العناية وانه اتخذ الاحتياطات المعقولة ليمنع من نيطة به رقبته من الاضرار بالغير وانه بوجه عام لم يسىء تربيته فإن فعل انتفى الخطأ المفترض فى جانبه وارتفعت عنه المسئولية كما يستطيع أيضا أن ينفى مسئوليته بنفى علاقة السببية بإثبات أن الضرر كان محال واقعا ولو قام بما يفرضه عليه القانون من واجب الرقابة بما ينبنى من العناية وإذا كان الشاهد من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بنفى مسئوليته عن الفعل الضار الذى وقع من ابنته القاصر مؤسسا ذلك على انه لم يقصر فى واجب الرقابة المفروض عليه بما ينبنى من العناية وانه لم يسىء تربيته ، فضلا عن تمسكه بنفى علاقة السببية بين الخطأ المفترض فى جانبه وبين الضرر الذى أحدثه الفعل على اساس ان الفعل الذى سبب الضرر كان مفاجأة من شأنها ان تجعل وقوع الضرر مؤكدا حتى ولو لم يهمل فى واجب الرقابة بما ينبنى من حرص وعناية وطلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات دفاعه ، وكان هذا الدفاع جوهريا قد يتغير به - أن صح - وجه الرأى فى الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعن بالرد عليه يكون معيبا بالقصور (١٠١) .

ولا يجوز التمسك بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض :

● لا يصح التمسك بمبدأ ثبوت بالكتابة أو طلب احالة الدعوى على التحقيق لتكملة الإثبات لأول مرة أمام محكمة النقض ، ولا يجوز الطعن على الحكم بمخالفته لتواعد الإثبات لعدم اعتباره ورقة من الأوراق مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كان الطاعن قد طلب احالة الدعوى إلى التحقيق على أساس أن الورقة صالحة لذلك ويطلب جازم حاسم .

● ● إذا كانت محكمة الموضوع قد اعتبرت الطاعنين عاجزين عن إثبات دفاعهم باكتساب ملكية عين النزاع بوضع اليد المدة الطويلة لمجرد عدم اطمئنانها إلى التحقيق الذى اجراه الخبير، وبذلك تكون قد جعلت هذا التحقيق فى مرتبة التحقيق الذى تجر به المحكمة بنفسها ، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خلا عما يصلح ردا على طلب الطاعنين الاحالة إلى التحقيق لإثبات تملكهم العين محل النزاع بالتقدم المكسب الطويل المدة ، وبذلك يكون هذا الحكم مشوبا بالقصور علاوة على مخالفته القانون (١٠٢) .

(١٠١) (نقض ١٩٧٧/١٢/١٥ طعن ٤٢٠ لسنة ٤٤ ق مج س ٢٨ ص ١٨١٥) .

(١٠٢) (نقض ١٩٧٣/١١/٢٠ طعن ١٩٩ لسنة ٣٨ ق مج س ٢٤ ص ١١١٤) .

● ● إذ يبين من الاطلاع على الأوراق ان الطاعنين قدما امام محكمة الاستئناف فى فترة حيز الدعوى للحكم مذكرة سلمت صورتها لوكيل المطعون عليه الأول تمسكا فيها بطلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ان بيع الفيلا تم بواسطتها ولاثبات العرف فيما يتعلق باجر السمسة ، ثم اعيدت الدعوى للمرافعة وتداولت عدة جلسات حضر فيها المطعون عليهما حتى صدر الحكم المطعون فيه ومن ثم فقد أصبحت هذه المذكرة ورقة من اوراق الدعوى ، ويكون ما ورد بها من دفاع مطروح على المحكمة ولما كان الحكم المطعون فيه قد اغفل بحث هذا الدفاع الجوهري والرد عليه واقتصر على الاحالة إلى أسباب الحكم الابتدائى الذى لم يتعرض للدفاع المذكور بل أنه قرر ان الطاعنين لم يطلبوا إثبات دعواهما بأى طريق من طرق الإثبات ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور (١٠٣) .

سلطة المحكمة بشأن تقدير مبدأ الثبوت بالكتابة والاستجابة إلى طلب تكملته :

● ● إذا كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد فيما استخلصه من المخالصات والمستندات - بصدد مقدار اجرة سنة ٦٥/٦٤ الزراعية موضع النزاع - على المعنى الظاهر لها وبين الاعتبارات المقبولة المؤدية لما ذهب إليه ، وكان لا مانع من اعتبار الورقة دليلا كاملا على إثبات تصرف معين وفى ذات الوقت مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لتصرف آخر ، وكان تقدير ما إذا كانت الورقة المتمسك بها من الخصم تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ، فإنه بحسب الحكم المطعون فيه ان اعتبر ورقة المحاسبة فى سنتى ٦٣/٦٢ و ٦٤/٦٣ الزراعتين بقيمة ايجارية اقل من الاجرة الواردة بالعقد وبعد خصم المصاريف المتمسك بها من الطاعنين الأول والثانى (المستأجرين) مبدأ ثبوت بالكتابة لم يطلبها تكملته بالبينة ، ومن ثم اتخذ من عجزهما عن إثبات ادعائهما - الاجرة الاقل وخصم المصاريف - موجبا لرفضه (١٠٤) .

● ● تقدير الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال أولا تجعله كذلك هو مما يستقل به قاضى الموضوع ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك متى اقام قضاء على استخلاص سائق (١٠٥)

(١٠٣) نقض ١٩٧٧/١/٣١ طعن ٦٩٢ لسنة ٤٢ ق مج س ٢٨ ص ٣١٨ .

(١٠٤) (نقض ١٩٧٥/٣/١٧ طعن ١٨٩ لسنة ٤٠ ق مج س ٢٦ ص ٦١٠) .

(١٠٥) (نقض ١٩٧٧/٥/١٠ طعن ٦٥ لسنة ٤٢ ق مج س ٢٨ ص ١١٦٨) .

● ● تقدير ما إذا كانت الورقة التي يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها أن تجعل الأمر المراد إثباته قريب الاحتمال هو اجتهاد في فهم الواقع يستقل به قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائفا (١٠٦).

● ● مجرد تمسك الخصم بورقة مكتوبة صادرة من خصمه باعتبار انها تكون مبدأ ثبوت بالكتابة لا يقوم مقام الدليل الكامل فيما يجب إثباته بالكتابة بل على صاحب المصلحة طلب اسسه بشهادة الشهود أو بالقرائن أو بهما معا حتى تنظر المحكمة في طلبه احالة الدعوى إلى التحقيق ، وإذا كان الثابت ان الطاعنين لم يطلبوا الاحالة إلى التحقيق لاستكمال هذا الدليل الناقص ، فلا تشريب على الحكم المطعون فيه إن هو التفت عنه (١٠٧) .

● ● متى قدم الخصم ورقة في الدعوى فإنه يكون متمسكا بما لهذه الورقة من قوة في الإثبات فإذا تبين لمحكمة الموضوع من الورقة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة فلها - إعمالا للرخصة المخولة لها بالمادة ١٨٩ من قانون المرافعات السابق - المقابلة للمادة ٧٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ - أن تأمر من تلقاء نفسها بالإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة (١٠٨) .

● ● لأعلى المحكمة إن هي لم تعتبر محضر التسليم المؤرخ ... مبدأ ثبوت بالكتابة لما هو مقرر من أن تقدير الورقة المراد اعتبارها كذلك من جهة كونها تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال يعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض طالما ان ما استخلصه وبني عليه قضاء كان سائفا (١٠٩) .

محروقات تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة :

● ● إن محكمة الموضوع إذ تفسر غامض السند موضوع النزاع طبقا لمقاصد العاقدين ، مسترشدة في ذلك بظروف الدعوى وملابساتها ، وإذا تأخذ بما ترجمه من وجوه التفسير ، معتمدة على اعتبارات معقولة مقبولة ، لا تخضع لرقابة محكمة النقض على ما يجرى به قضاؤها .

فإذا اختلف طرفا الدعوى على تفسير ورقة قال المدعى ان المبلغ الوارد بها هو قرض واجب الأداء ، وقال المدعى عليه انه لم يكن قرضا اقترضه من المدعى وإنما هو جزء من ثمن قطن تسلمه المدعى من زراعته بصفته وكبلا عنه وباعه وقبض ثمنه ، ورشح المدعى عليه لهذا الادعاء بهجارة

(١٠٦) (نقض ١٩٧٩/٣/٢١ طعن ٧ لسنة ٤٧ ق مج س ٣٠ ع ١ ص ٨٩٧) .

(١٠٧) (نقض ١٩٧٩/٤/١١ طعن ١٢٠٥ لسنة ٤٨ ق مج س ٣٠ ع ٢ ص ١٠٧) .

(١٠٨) (نقض ١٩٧٩/١١/٢٧ طعن ٤٢٢ لسنة ٤٧ ق مج س ٣٠ ع ٢ ص ٨٠) .

(١٠٩) (نقض ١٩٨٤/٤/٢٤ الطعن رقم ١٣١٩ و ١٣٢٠ لسنة ٥٠ ق) .

الورقة المطالب بقيمتها وبأوراق أخرى قدمها ، فحكمت محكمة الاستئناف تمهيدا باستجواب الخصمين وحققت ما ادعاه كل منهما وحصلت مما استظهرته من القرائن ومن جميع ظروف الدعوى ان دعوى المدعى عليه ارجح من دعوى المدعى أو ان هذه القرائن - على أقل تقدير - موجبة للشك في سبب الدين المدعى به ، فرفضت الدعوى ، فهذا الحكم صحيح ولا مخالفة فيه لا لحكم المادة ٢١٥ ولا لحكم المادة ١٩٤ من القانون المدني . لا مخالفة فيه لحكم المادة ٢١٥ لان المحكمة ، باعتمادها على عبارة الورقة المطالب بقيمتها وعلى قول المدعى في محضر استجوابه وعلى الخطابات التي أرسلها هو للمدعى عليه ادلة على انه كان يقوم بإدارة اطيانه وتسليم قطنه ، قد اعتمدت على ما يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز لها ان تستكملها بالقرائن الأخرى ولا مخالفة فيه لنص المادة ١٩٤ مدني ، لان المحكمة لم تقض بمقاصة ما ، وإنما هي قضت برفض دعوى المطالبة بعد أن ثبت لها ان المبلغ المطالب به لم يتسلمه المدعى عليه إلا على اعتباره جزأ من ثمن قطنه الذي باعه المدعى حين كان وكيلا عنه (١١٠) .

● ● الايصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذي كان قد اودعه اياه يجوز للمشتري ان يعتمد عليه في إثبات حصول البيع له متى كان قد حصل عليه برضاء المودع لديه (١١١) .

● ● متى كان الواقع هو ان الطاعن اقام الدعوى على المطعون عليهم وطلب الحكم بالزامهم بمبلغ معين بموجب سند ذكر فيه أن هذا المبلغ سلم لهم على سبيل القرض ، فدفع المطعون عليهم الدعوى بان المبلغ المطالب به ليس قرضا وإنما هو ثمن حصة في ما كينة اشتروها من الطاعن بموجب عقد بيع محرر في تاريخ تحرير السند وكان الحكم المطعون فيه إذا اعتبر عقد البيع مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز للمطعون عليهم تكملة إثبات دفاعهم بالبينة قد قرر أن هذا العقد هو ورقة صادرة من الطاعن ومحررة مع السند موضوع الدعوى في مجلس واحد علاوة على اتحادهما في خط الكاتب لهما والشهود الموقعين عليهما والمداد المحررين به ، كما انه يستبعد أن يشتري المطعون عليهم حصة الطاعن في الماكينة وان يدفعوا إليه الثمن ويقترضوا في نفس مجلس العقد المبلغ المحرر به السند - إذ قرر الحكم ذلك فإنه يكون قد استند إلى أدلة مسوغة تؤدي إلى النتيجة التي رتبها عليها ، وليس فيما قرره مخالفة للقانون (١١٢) .

(١١٠) (نقض ١٩٣٣/١٢/٧ طعن رقم ٥٢ لسنة ٣ قضائية) .

(١١١) (نقض ١٩٤٠/١٢/٥ طعن رقم ٣٧ لسنة ١٠ قضائية) .

(١١٢) (نقض ١٩٥٣/٣/٥ طعن ٢٢٦ لسنة ٢٠ قضائية) .

● ● إذ كان الحكم المطعون فيه قد اعتمد فيما استخلصه من المخالصات والمستندات - بصدد مقدار اجرة سنة ٦٥/٦٤ الزراعية موضوع النزاع - على المعنى الظاهر لها وبين الاعتبارات المقبولة المؤدية لما ذهب إليه ، وكان لا مانع من اعتبار الورقة دليلا كاملا على إثبات تصرف معين وفى ذات الوقت مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للتصرف آخر ، وكان تقدير ما إذا كانت الورقة المتمسك بها من الخصم تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة هو من مسائل الواقع التى يستقل بها قاضى الموضوع ، فإنه بحسب أحكام المطعون فيه ان اعتبر ورقة المحاسبة عن سنتى ٦٣/٦٢ ، ٦٤/٦٣ الزراعيتين بقيمة ايجارية اقل من الاجرة الواردة بالعقد وبعد خصم المصاريف المتمسك بها من الطاعنين الأول والثانى (المستأجرين) مبدأ ثبوت بالكتابة لم يطلبها تكملته بالبينة ، ومن ثم اتخذ من عجزهما عن إثبات ادعائهما - الاجرة الأقل وخصم المصاريف - موجبا لرفضه (١١٣) .

محروقات لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة :

● ● إذا كانت المحكمة قد استجوبت طرفى الخصومة فيما تقدم به المدين من القرائن للتدليل على كذب الايصال الصادر منه ، فإن محضر هذا الاستجواب لا يمكن اعتباره لذاته مبدأ ثبوت بالكتابة ، لانه يجب لاعتباره كذلك ان يكون قد تضمن قولاً صادراً عن اراد الإثبات ضده يجعل الحق المراد إثباته بالبينة قريب الاحتمال ، فإذا كان الثابت فى المحضر ان كلا من الطرفين قد أصرا اصرارا تاما على وجهة نظره : الدائن ينكر انكارا مطلقا كل ما يدعيه المدين والمدين مصر على دعواه ، فإنه لا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة (١١٤) .

● ● ليس لمن يدعى صورة الشركة التى بين شخص وآخرين ان يتخذ من هذه الصورة مبدأ ثبوت بالكتابة يميز له أن يثبت بالبينة والقرائن الشركة التى يدعى قيامها بينه هو وبين هذا الشخص ، لان تلك الصورة ليس من شأنها - حتى لو صحت - أن تجعل الشركة التى يدعيها قريبة الاحتمال (١١٥) .

● ● الورقة التى يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تكون صادرة من الخصم المراد اقامة الدليل عليه ، وعلى ذلك فإذا صدر حكم ابتدائى بناء على طلب احد الدائنين بصورة عقد ابرمه مدينه ثم قضت محكمة الاستئناف بالفاتحه وعدم قبول دعوى المدعى ، فهذا الحكم لا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة فى دعوى صورة العقد التى يرفعها المدين (أو ورثته) فيما بعد على من اصدر له التصرف (أو ورثته) (١١٦) .

(١١٣) (نقض ١٩٧٥/٣/١٧ طعن ١٨٩ لسنة ٤٠ ق مج ص ٢٦ ص ٦١٠) .

(١١٤) (نقض ١٩٤٤/٢/٣ طعن رقم ٥٣ لسنة ١٣ قضائية) .

(١١٥) (نقض ١٩٤٥/٤/٥ طعن رقم ٦٩ لسنة ١٤ قضائية) .

(١١٦) (نقض ١٩٤٩/٣/٢٤ طعن رقم ١٦٤ لسنة ١٧ قضائية) .

● ● يجب - لكي يعتبر المحرر الصادر من ينوب عن الخصم المطلوب الإثبات عليه ، كوكيل أو ولى أو وصى ، مبدأ ثبوت بالكتابة - أن يكون قد صدر منه فى حدود نيابته ، فإذا كان الحكم قد اقتصر فى اعتبار الاقرار سالف الذكر مبدأ ثبوت بالكتابة على كونه صادرا من جد القصر والوكيل عن الوصية دون أن يبين ما إذا كان هذا الاقرار قد صدر فى حدود وكالة الجدد عن الوصية من ناحية ، وفى حدود سلطتها كوصية على القصر من ناحية اخرى ، فإنه يكون قاصر البيان قصورا يسوجب نفضه (١١٧) .

● ● علاقة البنك بالعميل الذى يقوم بايداع مبالغ فى حسابه لدى البنك ليست علاقة وكالة وإنما هى علاقة وديعة ناقصة تعتبر بمقتضى المادة ٧٢٦ من القانون المدنى قرضا ومن ثم فالايصال الصادر من البنك بايداع مبلغ لحساب شخص آخر - دون تحديد للمودع - لا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بالبينة لان الورقة التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تكون صادرة من الخصم المراد اقامة الدليل عليه أو ممن ينوب عنه فى حدود نيابته وأن يكون من شأنها ان تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال وهو مالا يتوافر فى الايصال المذكور (١١٨) .

● ● مفاد الفقرة الثانية من المادة ٦٢ من قانون الإثبات ان كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها ان تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت الكتابة ، وإذا كان المطعون ضده قد جرى دفاعه على أن التاريخ الثابت بالعقد المؤرخ ١٩٦٨/١/١ ليس التاريخ الحقيقى لبرامه وانه ابرم تهرها من تنفيذ حكم نفقة ، فإنه إذ اتخذ الحكم مع ذلك من اقوال الطاعنين فى محضر حرر بتاريخ ١٩٦٩/٥/١٢ - بعدم سابقة صدور بيع لهما من المطعون ضده - دليلا يجعل الادعاء بصورية العقد الظاهر قريب الاحتمال فإنه يكون قد شاهه فساد فى الاستدلال ومن ثم لا يصلح اساس لمبدأ ثبوت بالكتابة يجيز الإثبات بالبينة (١١٩) .

(١١٧) (نقض ١٩٤٩/١٢/١ طعن رقم ٦٢ لسنة ١٨ قضائية) .

(١١٨) (نقض ١٩٦٥/١١/٤ طعن ٢٧٢ لسنة ٣٦ ق مع س ١٦ ص ٩٧٣) .

(١١٩) (نقض ١٩٨١/٥/١٤ طعن ٤٥ لسنة ٤٨ ق) .

٢- وجود مانع من الإثبات بالكتابة مادة ٦٣ فقرة أولى إثبات

نصوص القانون :

مادة ٦٣ فقرة أولى : يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل

كتابى :

(أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابى .

(ب)

النصوص العربية المقابلة

القانون الليبي	: مادة ٣٩١	القانون اللبناني	: مادة ٢٤٢
القانون السوري	: مادة ٥٧	القانون البحريني	: مادة ١٢٧
القانون الأردني	: مادة ٣٠	القانون التونسي	: مادة ٤٧٨
القانون العراقي	: مادة ٤٩١		

المذكرة الإيضاحية :

ورد بالاعمال التحضيرية للقانون المدني تعليقا على نص الفقرة الأولى من المادة ٤٠٣ مدنى

التي حلت محلها الفقرة الأولى من المادة ٦٣ (إثبات) مايلى :

أول حالة استثنائها النص ، هي حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل

كتابى لإثبات التصرف القانونى . ويلاحظ فيما يتعلق بالعبرة التي أفرغ فيها هذا الاستثناء ، أن

المادة ١٣٤٨ من التقنين الفرنسى والاطالى ، والمادة ٢٩٩ من المشروع الفرنسى الايطالى ، تنصان

على جواز الإثبات بغير الكتابة « كلما امتنع (الدائن) ان يحصل على دليل كتابى لاثبات الالتزام»

وظاهر نص هاتين المادتين يوحى أن الاستثناء قاصر على الدائن . بيد أن التقنين المصرى قد عمم

الحكم فصرفه فى المادة ٢١٥ / ٢٨٠ إلى «الاخصام» الذين لم يكن لهم مانع منهم عن الاستحصال

على كتابة مثبتة للدين أو للبراءة .

ويسرى حكم الاستثناء الأول على «جميع الالتزامات» التى يتعين إثباتها أمام القضاء
بالكتابة ، إذا كان قد امتنع على الدائن أو المدين الذى يقع عليه عبء الإثبات أن يحصل على دليل
كتابى ، ولذلك أفرغ المشروع هذا الحكم فى عبارة عامة .

أما فيما يتعلق بخصوصائص الاستحالة فيراعى أن الاستثناء يرد على قاعدة حظر الإثبات
بالبينة ، وهذه القاعدة تطبق بشأن التصرفات القانونية ، دون الوقائع القانونية ، ويستخلص من ذلك
أن هذا الاستثناء لا يطبق الا على التصرفات القانونية ، وهى التى تنفرد بهوجوب استعمال الكتابة فى
إثباتها ، ويتفرع على هذا ما يأتى :

(أ) أن استحالة الحصول على دليل كتابى فى هذه الحالة ليست مطلقة بل هى نسبية عارضة.
(ب) ان الاستحالة لا ترجع إلى طبيعة الواقع خلافا لما نصت عليه المادة ١٩٤٠ من التقنين
الهولندى ، بل ترجع على وجه الافراد إلى الظروف الخاصة التى انعقد فيها التصرف .
(ج) ان الاستثناء لا يتعلق بالوقائع القانونية التى يمتنع فيها على وجه الاطلاق الحصول على
دليل كتابى وقد أخطأ التقنين الفرنسى والتقنين الايطالى (المادة ١٣٤٨) فى ايراد
الالتزامات الناشئة عن اشباه العقود والجنح وأشباه الجنح فى معرض التمثيل للاستحالة
النسبية التى تحول دون الحصول على دليل كتابى، لان اشباه العقود والجنح وأشباه الجنح
تدخل فى عداد الوقائع القانونية التى لا تسرى بشأنها قواعد تقييد الإثبات بالبينة، بل
البينة بالنسبة لها جائزة على وجه الدوام ، شأنها من هذا الوجه شأن وقائع التديليس
والغش والصورية والرها . أنظر استئناف مختلط ٤ فبراير ١٨٩٢ ب ٤ ص ١٠٥ و ٥
يناير ١٨٩٣ ب ٥ ص ١٦١ و ٢٣ نوفمبر ١٨٩٣ ب ١١ ص ١١١ و ١٣ يناير ١٩٠٤
ب ١٦ ص ١٠١ و ١٣ نوفمبر ١٩٢٤ ب ٣٧ ص ٩ وفيما يتعلق بالرها ٩ مارس
١٩١٦ ب ٢٨ ص ١٩٢) وقد أحسن التقنين المصرى (المادة ٢٨٠/٢١٥) والمشروع
الفرنسى الايطالى باغفال الأمثلة التى تضمنتها التقنينات المختلفة فى هذا الشأن .

أما فيما يتعلق بطبيعة الاستحالة ، فقد صرح النص بانها إما أن تكون مادية وأما أن تكون
معنوية ، وتفترض الاستحالة المادية ان التصرف القانونى نشأ فى ظروف لم يكن لذى الشأن فيها
فسحة من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابى ، ومن قبيل ذلك ما ينشأ من التصرفات عند
الكوارث أو الحوادث والتقنين الايطالى فى معرض التمثيل الوديعه الاضطرابية وقد شبهت بها وديعة
نزلاء الفنادق .

وإذا كان القاضى هو المرجح فى تقدير الظروف المانعة الا أن من واجبه ان يبين هذه الظروف
عند تسبب الاستحالة المادية ، اما الاستحالة المعنوية التى تحول دون الحصول على كتابة فلا زرع

إلى ظروف مادية ، بل ترجع إلى ظروف نفسية وهى تعقد بعلاقات المحصور وقت انعقاد التصرف ، ومرجع الأمر فى تقدير هذه الاستحالة ، مع ما ينطوى فى هذا التقدير من دقة ، هو القاضى ، ولكن يتعين عليه أن يسبب تقديره .

وتختلف التطبيقات القضائية فى هذا الشأن باختلاف ما يتواضع عليه الناس من الناحيتين 'خلفية والاجتماعية فى البلاد ، ولذلك كانت صلة الاستحالة المعنوية بالسفن الجارية والعرف والتقاليد جد وثيقة ، فعرف البلد هو المعيار الذى يعتد به القاضى فى تقديره ، متى كان هذا العرف مستقرا مقنوعا بوجوده ، ويدهى انه ليس يسوغ الاجتزاء فى هذا الصدد بأواصر الصداقة أو مقتضيات اللياقة بمجرد ما ، ومن بين ما يمكن ان يساق من أمثلة الاستحالة المعنوية صلة القرابة الوثيقة ، ومركز الطبيب ، إذ يتمتع عليه ادبيا أن يطالب بدليل كتابى (استئناف مختلط ٢٨ مارس ١٩٢٩ ب ٤١ ص ٣٢٥) ومركز العميل الشخصى وفقا لعرف البلد (استئناف مختلط ٣ يناير ١٩٢٥ ب ٣٧ ص ١٣٧) وطبيعة التعاقد فى المطاعم والاسواق وإجارة الخدم .

آراء الشراح وأحكام القضاء :

تعريف المانع .

● المانع المعنى فى المادة ٦٣ (إثبات) هو ذلك المانع الذى تنشأ عنه استحالة الحصول على كتابة التعاقد استحالة نسبية عارضة ، اى استحالة مقصورة على شخص معين وراجعة إلى الظروف الخاصة التى تم فيها التعاقد (١١٩) .

● وإذا وجد المانع من الحصول على الكتابة كان إثبات التصرف القانونى جائزا بشهادة الشهود أو القرائن ما لم تكن الكتابة اللازمة شكلا للتصرف ، فعندئذ لا يمكن تطبيق فكرة المانع من الحصول عليها للاعفاء من الإثبات بالكتابة ذلك لان عدم الكتابة فى هذه الحالة تكون مبطلعة للتصرف .

● ● إن المادة ٢١٥ من القانون المدنى لم تعين المانع من الحصول على دليل بالكتابة حيث يكون ذلك لازما ولم تضع له قيودا بل جاء نصها عاما مطلقا ، هنا يدل على ان الشارع ترك تقدير المانع لقاضى الموضوع بحسب ما يتبينه من ظروف كل حالة وملاساتها ، فتقدير المانع بجميع ظروفه ومنها القرابة أو النسب أو غيرها من الصلات ، لا يخضع لرقابة محكمة النقض متى كان مستخلصا من أمور مؤدية إليه (١٢٠) .

(١١٩) (اصول الإثبات واجراءاته للكثير سليمان مرقص الجزء الثانى ص ٥٥٨) .

(١٢٠) (نقض ١٩٤٥/١/٢٥ مجموعة احكام النقض فى ٢٥ عاما الجزء الأول ص ٤٣)

نوعا المانع : مادى وأدبى :

● المانع قد يكون راجعا إلى الظروف الخارجية أو المادية التى يتم فيها ابرام التصرف القانونى ، فيسمى المانع عندئذ مانعا ماديا ، وقد يكون راجعا إلى طبيعة العلاقة بين المكلف بالإثبات والمخضم ، مما يجعل استحالة الحصول على الدليل الكتابى قائمة على اسس معنوية أو ادبية ولذا يسمى المانع فى هذه الحالة مانعا أدبيا .

المانع المادى :

● يتوافر المانع المادى إذا تم التصرف القانونى فى ظروف لم يكن لدى اصحاب الشأن فيها فسحة من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابى ، ومن قبيل ذلك ما ينشأ من تصرفات قانونية عند وقوع حادث مفاجىء كحريق أو فيضان أو ثورة أو غزو مفاجىء أو اصابة المودع بمرض مفاجىء نقل إلى المستشفى على اثره .

● ومن الأمثلة التقليدية التى تساق فى هذا الشأن الوديعة الاضطرارية وهى تلك التى تصدر من المودع فى ظروف اضطرارية يخشى معها على الشىء من خطر محقق دون أن يكون لديه فسحة من الوقت أو وسيلة للحصول من المودع لديه على دليل كتابى بالوديعة .

● ويلحق بالوديعة الاضطرارية وديعة نزلاء الفنادق ، إذ لاتسمح ظروف السفر بجرد امتعة مسافر عند قدومه أو مغادرته الفندق ، أما ابداع الاشياء الثمينة إدارة الفندق فتجرى العادة على اخذ ايصال بها ولذا تخضع فى الإثبات إلى أصل القاعدة .

كذلك يعتبر مانعا ماديا حالة العجلة التى قد يكون فيها الشخص عند اقراض شخص آخر فى الميناء أو المطار ، والهاجرة أو الطائرة على وشك التحرك ، إذ فى مثل هذه الحالة لايتسع الوقت ولا تتوافر امكانية الحصول على سند كتابى (١٢١) .

شروط اعمال الاستثناء من الاعفاء من الدليل الكتابى :

● لكى يستفيد - المودع مثلا - من الاستثناء المتقدم ويستطيع بالتالى الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن عليه بداية ان يثبت الحادث المفاجىء الذى تم الابداع بسببه ، ثم اضطراره إلى الابداع ، فإن اقلع فى ذلك جاز له إثبات الوديعة بشهادة الشهود أو القرائن ولو تجاوزت قيمة الوديعة نصاب الإثبات بهما .

نمبر أن هذا الحكم الاستثنائي لا ينطبق على إثبات رد الوديعة :

● إذا انطبق الاستثناء سالف الذكر على إثبات الوديعة الاضطرارية فإن حكمه لا يسرى على إثبات رد الوديعة ، بل يخضع ذلك للقواعد العامة إذ يجب إثبات الرد بالكتابة فيما يجاوز النصاب ، لان الاستثناء يقدر بقدره فلا يستمر العمل به بعد زوال الاضطرار الذي صاحب الوديعة .

المانع الادبي :

● يعتبر المانع ادبيا إذا كانت الظروف التي تم فيها التعاقد أو الصلات التي كانت تربط المتعاقدين وقت التعاقد لم تسمح من الناحية الأدبية لاحد المتعاقدين باقتضاء كتابة من التعاقد الآخر .

● وأساس التسليم بوجود مانع أدبي من الحصول على دليل كتابي لإثبات التصرف القانوني أساس نفسى ، أى اعتبارات معنوية تحول دون المطالبة بالكتابة ، وقد أقر القانون أثرها ، فأجاز اعفاء المتعامل ، بسببها ، من اقتضاء الكتابة حيث تكون واجبة ، رعاية لهذه الاعتبارات والقيم المعنوية . إلا أن تقدير وجود العامل النفسى الذى يمنع من الحصول على الكتابة مسألة تتصل بالظروف الخاصة لكل حالة ولكل شخص ، ولذا لا يمكن ان تحدد مقدما .

صلة القرابة أو المصاهرة أو الزوجية :

● ● صلة القرابة مهما كانت درجتها لاتعتبر فى ذاتها - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - مانعا ادبيا يحول دون الحصول على سند كتابي بل المرجع فى ذلك إلى ظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع بخير معقب عليها (١٢٢٢) و (١٢٢٣) .

● ● صلة القرابة مهما كانت درجتها لاتعتبر فى ذاتها مانعا ادبيا يحول دون الحصول على كتابة ، ومن ثم فإن اقتصار الحكم المطعون فيه على قوله أن البنوة تقوم مانعا ادبيا من حصول الابن على عقد كتابي من أبيه دون أن يبين ظروف الحال التي تبرر ذلك يجعله مشوبا بالقصور (١٢٢٤) .

(١٢٢٢) (نقض ١٩٥٥/٥/٥ طعن رقم ٢٢ لسنة ٢٢ قضائية) .

(١٢٢٣) (نقض ١٩٦٩/٥/٦ طعن ٢٣٦ لسنة ٢٥ ق مع ص ٢٠ ص ٧٢٢) .

(١٢٢٤) (نقض ١٩٧٠/١/٨ طعن ٤٥٦ لسنة ٢٥ ق مع ص ٢١ ص ٢٥) .

● ● تنص المادة ٣٨٢ من القانون المدني على انه ولايسرى التقادم كلما وجد مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدبيا» وصلة القرابة مهما كانت درجتها لاتعتبر فى ذاتها مانعا ادبيا ، بل يرجع فى ذلك إلى ظروف كل دعوى على حدة تستخلص منها محكمة الموضوع - بما لها من سلطة تقديرية - قيام أو انتفاء المانع الادبى ، دون معقب عليها فى ذلك ، متى اقامت استخلاصها على اسباب سائفة لها أصل ثابت بالأوراق (١٢٥) .

● ● إذا كان مجال المانع الادبى هو التصرفات القانونية ، فإنه يترتب على ذلك أن المانع الذى يبرر قيامه ليس مطلقا وإنما هو نسبي عارض لايرجع إلى طبيعة التصرف بل إلى الظروف التى انعقد فيها أو لحفته ، فصلة النسب مهما كانت درجتها لاتعتبر فى ذاتها مانعا ادبيا يحول دون الحصول على سند كتابى بل المرجع فى ذلك إلى ظروف الحال التى تقدرها محكمة الموضوع ، ومن ثم فإن تقدير قيام المانع الأدبى من المسائل التى تستقل بها تلك المحكمة بغير معقب متى كان ذلك مبنيا على اسباب سائفة (١٢٦) .

● ● إذا كان وجود محرر لايمتنع من قيام المانع الأدبى الذى يحول دون الحصول على دليل كتابى إذا توافرت شروطه ، وكان الايصال الموقع عليه من المطعون عليها بتسلمها من الطاعن مبلغ ... ليس من شأنه أن ينفى وحده قيام المانع الادبى فى علاقة المطعون عليها بوالدها الطاعن ومتى تحقق هذا المانع لدى المطعون عليها فإنه يجوز لها إثبات مديونية والدها لها بشهادة الشهود (١٢٧) .

● ● من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن صلة الزوجية لاتعتبر بذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على سند كتابى ويتعين ان يرجع فى ذلك إلى كل حالة على حدة طبقا لظروف الحال التى تقدرها محكمة الموضوع بغير معقب عليها فى ذلك متى كان تقديرها قائما على اسباب سائفة (١٢٨) .

اعتبارات أدبية تأخذ حكم المانع الأدبى :

● هناك بعض صور المعاملات ، تجرى العادة على عدم جواز المطالبة فيها بالدليل الكتابى لاعتبارات أدبية أيضا ، من ذلك تعامل صاحب المطعم مع عملائه ، إذ يمتنع ، أدبيا ، أن يحصل

(١٢٥) (نقض ١٩٧٨/٤/١٧ طعن ٤١٦ لسنة ٤٥ ق مچ س ٢٩ ص ١٠٣٥) .

(١٢٦) (نقض ١٩٨١/٢/٢٥ طعن رقم ٩٨٠ لسنة ٤٧ قضائية)

(١٢٧) (نقض ١٩٨١/١١/٢٥ طعن رقم ١٨ لسنة ٤٨ قضائية)

(١٢٨) (نقض ١٩٨٣/٢/١٧ طعن رقم ١٢٢٣ لسنة ٤٩ قضائية) .

صاحب المطعم من العميل على سند مكتوب بمقدار ما يطلبه من طعام ، مقدما ، إذا وجد أن قيمته تتجاوز عشرين جنيتها ، وكذا تعامل الحياط مع عملاته خصوصا إذا كان هؤلاء من ذوى المراكز الاجتماعية المعتبرة ، ومن ذلك أيضا تعامل الطبيب مع مرضاه (١٢٩) .

● غير أن الدكتور سليمان مرقص يرى أن الاعفاء من الدليل الكتابي فى حالة الاعتبارات الأدبية سألغة الذكر لايقوم على توفر المانع الأدبي ، بل يستند إلى العرف الذى يقضى بهذا الاعفاء ويرى أن العرف مبرر كاف للاعفاء من الدليل الكتابي ولو لم يتوافر مانع مادى أو أدبي تأسيسا على أن العرف يجوز أن يكون مخالفا للتشريع فى غير المبادئ الأساسية التى يتكون منها النظام العام ، وأن قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة تعتبر إلى حد كبير غير متعلقة بالنظام العام (١٣٠) .

احكام اعتنقت الرأى القائل بالاعفاء من الدليل الكتابي

استنادا إلى مايجرى عليه العرف والعادات :

● ● قضت محكمة اسبوط الجزئية بأن الواجب على المحكمة - ازاء السلطة الواسعة المخولة لها فى تقدير الموانع التى تمنع من الحصول على كتابة - أن تقدر عادات البلاد وطبائع الأهالى حتى لاتتصادم الأحكام مع تلك العادات فتلاشيها وتهدمها ، خصوصا اذا كانت من العادات المبنية على الوفاء وكرم الطبع والمروعة كعادة اعادة الأواني والحلى بين الجيران أو اعادة المواشى والآلات الزراعية والدواب فى القرى (١٣١) .

● ● أن الشارع لم يحدد الموانع الأدبية التى تمنع من الحصول على دليل كتابي وترك أمر تقديرها للقاضى ، وكما يتوافر المانع الأدبي بقيامه مباشرة بين الطرفين كعلاقة الابوة أو الزوجية أو الوكالة بلا أجر يتوافر بحكم العادة المألوفة بين الناس ، ولم تحجر عادة الحياطين أن يأخذوا كتابة بالمبالغ التى تطلب لهم لا سيما إذا كانت هذه الطلبات من عميل تعاملوا معه أو كان له مركز اجتماعى ، ويتكون من مثل هذا العرف مانع أدبي يمنع من الحصول على كتابة إذ لا يستطيع الترزى مخالفته لما فى ذلك من ابداء لشعور عملاته لايفترض الزامه به وهو يسعى فى كسب عملاته، فإن تخلف عن طلب الكتابة مسaire للعرف السائد فلا غبار على جواز إثبات حقه بالبينة وقرائن الأحوال (١٣٢) .

(١٢٩) (الإثبات فى المواد المدنية للدكتور جميل الشرقاوى ص ١٠٥ وما بعدها) .

(١٣٠) (أصول الإثبات وأجراءاته للدكتور سليمان مرقص الجزء الثانى ص ٥٧٣) .

(١٣١) (اسبوط الجزئية فى ١٦/٢/١٩٢٤ المحاماة ص ٤ ص ٩٤١) .

(١٣٢) (عابدين الجزئية فى ١٩/١٢/١٩٤٩ المحاماة ص ٣١ ص ٨٢٧) .

غير أن ثبوت قيام المانع من الحصول على دليل كتابى لا يهيجز إثبات التصرفات الشكلية بشهادة الشهود أو القرائن وذلك لان الشكل ركن فى تلك التصرفات ولا يكون لها من وجود دونه .

● ● قيام المانع الأدبى لا يوجب على المحكمة احالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه المتمسك بهذا المانع بل يهيجز لها ذلك ، ومن ثم فإنه لا تثرىب عليها ان هى رفضت الاحالة على التحقيق ، متى كان قد بان لها من ظروف النزاع عدم الجدل فى هذا الادعاء (١٣٨) .

● ● تقدير قيام المانع المادى أو الأدبى من الحصول على دليل كتابى فى الاحوال التى يتطلب فيها القانون هذا الدليل هو من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع متى كان قد بين فى حكمه الظروف التى اعتبرها مانعة وكان هذا الاعتبار معقولا ومتى انتهى الحكم صحيحا إلى قيام مانع مادى حال دون الحصول على دليل كتابى على انقضاء الدين فإن إثبات هذا الانقضاء بالبينة والقرائن يكون جائزا قانونا (١٣٩) .

فى شأن صلة القرى والمصاهرة :

● ● مسألة كون القرابة المدعاة مانعة من الحصول على دليل كتابى بالحق المتنازع فيه أو غير مانعة هى من المسائل الواقعية التى تملك محكمة الموضوع التقدير فيها بلا معقب عليها من محكمة النقض (١٤٠) .

● ● ان تقدير قيام المانع الادبى من الحصول على دليل كتابى بالحق المتنازع فيه هو من المسائل التى تملك محكمة الموضوع تقديرها ، فإذا اجازت المحكمة الإثبات بالبينة لوجود علاقة القرى بين طرفى الخصومة ولفظروف الدعوى ، وكانت القرابة قائمة حقيقة ، فإنها تكون قد بينت بما فيه الكفاية ما أسست عليه قضاها فى ذلك (١٤١) .

● ● أن المادة ٢١٥ من القانون المدنى لم تعين المانع من الحصول على دليل بالكتابة حيث يكون ذلك لازما ولم تضع له قيودا ، بل جاء نصها عاما مطلقا ، هذا يدل على أن الشارع ترك تقدير المانع لقاضى الموضوع بحسب ما يتبينه من ظروف كل حالة وملابساتها فتقدير المانع بجميع ظروفه ، ومنها القرابة أو النسب أو غيرها من الصلات ، لا يخضع لرقابة محكمة النقض متى كان مستخلصا من أمور مؤيدة إليه (١٤٢) .

(١٣٨) (نقض ١٩٥٥/٥/٥ طعن ٦٠ لسنة ٢٢ قضائية) .

(١٣٩) (نقض ١٩٦٦/١/١ طعن ٢٠٨ لسنة ٣١ ق مع س ١٧ ص ٥٥) .

(١٤٠) (نقض ١٩٣٥/١/٣ طعن رقم ٣٩ لسنة ٤ قضائية) .

(١٤١) (نقض ١٩٤٤/٦/١ طعن ١١٦ لسنة ١٣ قضائية) .

(١٤٢) (نقض ١٩٤٥/١/٢٥ طعن ٤٢ لسنة ١٤ قضائية) .

● ● اعتبار صلة القرابة بين اطراف الخصومة من الموانع الأدبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي هو من الأمور الواقعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع بلا معتب عليها من محكمة النقض ، وإذن فمتى كان الواقع هو أن الطاعنتين اقامتا دعواهما على المطعون عليه تطلبان القضاء لهما برّيع حصتهما في تركة مورثهما ، فدفعها المطعون عليه بانه وقد كان ارشد عائلته بعد وفاة اخيه مورث الطاعنتين وهو والد الأولى منهما وزوج الثانية - كان يتولى بالاشتراك مع زوج الأولى إدارة الأطفان المطالب برّيعها وكان يسلم الطاعنتين نصيبهما في كل محصول ولم يكن يأخذ عليهما محرراً بذلك لقيام رابطة القرابة بينه وبينهما ، وكان الحكم إذ قضى بجواز إثبات تسلّم الطاعنتين نصيبهما في الرّيع بأى طريق من طرق الإثبات بما فيها البينة قد اقام قضاءه على اساسين : الأول - ان المسائل المطلوب إثباتها بالبينة تعتبر مادية . والثانى - أن صلة القرابة بين أطراف الخصومة تعتبر من الموانع الأدبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي ، وكان مبنى ما نعتة الطاعنتان على الحكم انه إذ قرر وجود روكية واشتركا في الرّيع الناتج قد شابه القصور ، لانه فهم دفاع المطعون عليه على غير حقيقته واستخلص منه ما لا تحتمله عبارته ، كذلك أخطأ في تطبيق القانون إذ اتخذ من قيام المانع الأدبي بينهما وبين المطعون عليه تكأة لاجازة إثبات تسليم الرّيع بالبينة بالنسبة إلى الوكيل مع انه لم يقل بقيام هذا المانع بين هذا الوكيل والمطعون عليه ولم يورد ثمة دليلا عليه ، فإن الطعن برّمته يكون متعين الرفض ، ذلك لان الاساس الثانى مما يستقيم به الحكم وحده في قضائه بجواز التحقيق بالبينة (١٤٣) .

● ● مفاد نص المادة ١/٣٨٤ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انه يجوز وقف سريان التقادم كلما وجد مانع ولو كان ادبيا يمنع من المطالبة بالحق ، ويدخل تقدير المانع من سريان التقادم في سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائفا ، وإذ كان يبين من الحكم الابتدائى الذى أيده الحكم المطعون فيه وأحال إلى اسبابه أنه قرر أن المطعون عليها ربيت في كنف مورث الطاعن منذ طفولتها ، إذ كان زوجا لوالدتها وبعد ذلك من محارمها وقد ظلت في مقام البنوة منه تقوم على رعايته حتى وفاتها ، ثم رتب على هذه الاعتبارات قيام مانع أدبي لدى المطعون عليها من مطالبة مورث الطاعن بدينها حتى وفاته ، مما يترتب عليه عدم سريان التقادم على دينها حتى وفاة المورث في سنة ١٩٥٩ ، وهو استخلاص سائغ استنبطه الحكم من أوراق الدعوى وظروفها ، وكان لا يغير من ذلك ما يقول به الطاعن من أن المطعون عليها كانت تستكتب مورثه اقرارات

بديونها ، إذ لا صلة بين إثبات الدين بالكتابة وقيام المانع الأدبي من المطالبة به ، فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والفساد فى الاستدلال يكون على غير اساس (١٤٤) .

● ● إذ كان وجود محرر لا يمنع من قيام المانع الأدبي الذى يحول دون الحصول على دليل كتابى إذا توافرت شروطه ، وكان الايصال الموقع عليه من المطعون عليها بتسليمها من الطاعن مبلغ ... ليس من شأنه أن ينفى وحده قيام المانع الأدبي فى علاقة المطعون عليها بالدها الطاعن ومتى تحقق هذا المانع لدى المطعون عليها فإنه يجوز لها إثبات مديونية والدها لها بشهادة الشهود (١٤٥) .

فى شأن صلة الزوجية :

● ● إن مسألة اعتبار الزوجية مانعة أو غير مانعة من الحصول على دليل كتابى بين الزوجين هى مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع وحدها السلطة فى تقديرها (١٤٦) .

● ● انه وإن كان تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابى فى الأحوال التى يتطلب فيها القانون هذا الدليل - هو من الأمور التى يستقل بها قاضى الموضوع ، الا انه يتعين عليه فى حالة رفض هذا الطلب أى ضمن حكمه الأسباب الموسوعة لذلك ، ولما كان ما قرره الحكم المطعون فيه من انتفاء قيام المانع الأدبي فى حالة وجود سند كتابى يمثّل فى كشوف الحساب التى وقع عليها الطاعن باستلام نصيب زوجته فى الريع هو خطأ فى القانون لان وجود محرر مكتوب لا يمنع من قيام المانع الأدبي الذى يحول دون الحصول على دليل كتابى إذا توافرت شروطه ، وكان التوكيل الصادر إلى الطاعن من زوجته لتحصيل نصيبها فى الريع وتوقيعه على كشوف الحساب التى تسلم بموجبها هذا النصيب ممن يتولى إدارة العقار ليس من شأنه ان ينفى قيام المانع الأدبي فى علاقة الطاعن مع زوجته ، ومتى تحقق هذا المانع لدى الطاعن فإنه يجوز له إثبات الوفاء بالبيئنة والقرائن عملاً بالفقرة ١ من المادة ٦٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ ، لما كان ذلك وكانت محكمة الاستئناف قد حجبت نفسها بهذا النظر الحاطىء من اعمال سلطتها فى تقدير الظروف التى ساقها الطاعن لتبرير قيام المانع الأدبي الذى تمسك به وعن الادلاء برأيها فيما إذا كانت هذه الظروف تعتبر مانعة من الحصول على الدليل الكتابى اللازم لإثبات الوفاء الذى ادعاه أو غير مانعه ، فإن حكمها المطعون فيه يكون معيباً بمخالفة القانون والفساد فى الاستدلال والقصور فى التسبيب (١٤٧)

(١٤٤) (نقض ١٩٧١/٣/١٦ طعن ٣٧٢ لسنة ٣٦ ق مع س ٢٢ ص ٢٠٥) .

(١٤٥) (نقض ١٩٨١/١١/٢٥ طعن رقم ١٨ لسنة ٤٨ قضائية)

(١٤٦) (نقض ١٩٣٢/٥/١٩ طعن رقم ٢٩ لسنة ١ قضائية) .

(١٤٧) (نقض ١٩٧٦/٣/٢ طعن ٦٥٩ لسنة ٤٢ ق مع س ٢٧ ص ٥٢٢) .

٣- فقدان الدليل الكتابي مادة ٦٣ فقرة ثانية (إثبات)

نصوص القانون :

مادة ٦٣ (ب) «يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل

كتابي:

(أ)

(ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لايد له فيه»

المذكرة الإيضاحية :

ورد بالاعمال التحضيرية للقانون المدنى تعليقا على نص الفقرة (ب) من المادة ٤٠٣ مدنى التى حلت محلها الفقرة (ب) من المادة ٦٣ من قانون الإثبات أن هذا النص يفترض أن القواعد المتعلقة بالدليل الكتابي قد روعيت ، بيد أن الإثبات بالكتابة قد امتنع بسبب فقد هذا الدليل ، ولكن يشترط فى هذه الحالة أن يكون هذا الفقد راجعا إلى سبب لايد للمدعى فيه ، ومؤدى هذا أن يكون الفقد قد نشأ من جراء حادث جبرى أو قوة قاهرة ، وترد علة هذا الشرط إلى الرغبة فى استبعاد صور الفقد بسبب يتصل بفعل مدعى الدليل (كاعدام الورقة مثلا) لقطع السبيل على التواطؤ مع الشهود ، وبذلك لا يكون للمدعى أن يتمسك بأى سبب يرجع إلى فعله ، ولو كان هذا الفعل مجرد اهمال أو تراخ .

وغنى عن البيان أن نطاق تطبيق هذا الاستثناء أرحب من نطاق سابقه ، لان الدليل الكتابي سبق ان وجد ، وليست المسألة مسألة امتناع تحصيل هذا الدليل ، بل امتناع تقديمه ولذلك تجوز اقامة الدليل بالبينة على وجود سند وصية أو عقد شكلى فقد من جراء حادث جبرى أو قوة قاهرة .
أما فيما يتعلق بالدليل على الفقد فيقع عبء اقامته على المدعى مبدئيا ، فمن واجبه ، فضلا عن إثبات الحادث الجبرى أو القوة القاهرة ، ان يقيم الدليل على سبق وجود المحرر ومضمونه وعلى مراعاة شروط الصحة التى يتطلب القانون توافرها فيه ، إن كان هذا المحرر من قبيل المحررات الشكلية ، فإذا تم ذلك للمدعى كان له ان يثبت ما يدعى بالبينة .

آراء الشراح وأحكام القضاء :

الصورة التي تفترض لاعمال حكم الفقرة (ب) من المادة ٦٣

(إثبات) :

● الحالة التي يفترض حصولها وتوافر شروطها يمكن اعمال حكم الفقرة (ب) من المادة ٦٣ (إثبات) هي حالة سبق وجود دليل كتابي عند نشوء التصرف غير أن هذا الدليل فقد لسبب لا دخل للدائن في التصرف فيه .

المقصود بالدائن في حكم هذا النص :

● المقصود بالدائن في هذا النص ليس من يدين غيره فحسب ، بل كل من يدعى أمرا على خصمه كان ثابتا بسند مكتوب وضاع منه بسبب أجنبي ، سواء كان ذلك الأمر نشوء التزام أو انقضاءه أو تعديله ، فينطبق حكم هذا النص على المدين إذا ادعى انه تخالص مع دائته وققد منه سند التخالص بسبب أجنبي ، أو إذا ادعى انه اتفق مع الدائن كتابة على تأجيل الدين أو تعديله أو انتقاله وأن السند المثبت لهذا الاتفاق ضاع منه بسبب أجنبي ، وعلى كل حالة يكون فيها المدعى قد راعى حكم القانون المتعلق بوجوب الإثبات بالكتابة ، فحصل من تعاقد معه على دليل كتابي مثبت للتعاقد ، ثم فقد هذا الدليل لا بتقصير من جانبه بل بسبب أجنبي عنه ، بحيث يلمس له العذر في فقد السند (١٤٨) .

نص الفقرة (ب) من المادة ٦٣ (إثبات) أوسع نطاقا من حكم

الفقرة (أ) من المادة ٦٣ من قانون الإثبات

● يلاحظ أن هذا الاستثناء أوسع نطاقا من الاستثناء السابق إذ هو يميز شهادة الشهود في إثبات ما تجاوز قيمته عشرون جنهما وفي إثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة ، وفي إثبات الحالات الخاصة التي يوجب القانون الكتابة في إثباتها أيا كانت قيمة التصرف كعقد الصلح وعقد الكفالة ، إلا انه يزيد على الاستثناء السابق في انه يميز شهادة الشهود في إثبات التصرفات الشكلية التي تعتبر الكتابة ركنا فيها ، إذ المفروض أن الشكلية قد استوفيت وقت انشاء التصرف ثم فقد المدعى سنده بعد ذلك (١٤٩) .

شروط اعمال حكم الفقرة (ب) من المادة ٦٣ (إثبات) :

● يشترط لاعمال حكم الفقرة (ب) من المادة ٦٣ من قانون الإثبات شرطان أولهما سبق وجود سند كتابي وثانيهما فقدان هذا السند بسبب اجنبي لا يد للدائن فيه .

(١٤٨) (اصول الإثبات واجراءاته للدكتور سليمان مرقص الجزء الثاني ص ٥٧٩)

(١٤٩) (مروص في قانون الإثبات للدكتور عبدالوهد يحيى ص ١١٠) .

الشرط الأول - سبق وجود سند كتابي :

● يجب على من يدعى أن لديه سند يثبت له اثرا قانونيا معيناً ، سواء كان المدعى دائناً أو مديناً أو غير ذلك وسواء كان ذلك الأثر القانوني نشوء حق أو انقضاء حق أو انتقاله أن يثبت أن هذا السند قد وجد فعلاً وأنه كان دليلاً كتابياً كاملاً مستوفياً لجميع الشروط القانونية فلا يكفي أن يثبت وجود ورقة مكتوبة بخط المدعى عليه دون توقيعه ، ولو كانت هذه الورقة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ، لأن المادة ٦٣ إثبات إنما وضعت لحماية من احترام قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة ثم أصبح بعد ذلك عاجزاً عن تقديم الدليل الكتابي لسبب خارج عن إرادته ، أما من قصر في الحصول على دليل كتابي مع تمكنه من ذلك ، فلا يقبل منه الاعتذار بضياح ورقة لم تعد لان تكون دليلاً كتابياً على الأمر المدعى ، وإذا كان التصرف المراد إثباته تصرفاً شكلياً كهبة أو رهن تأميني وجب على من يدعى وجود السند ثم ضياعه أن يثبت استيفاء ذلك السند الشكل المطلوب قانوناً ، لان انعقاد مثل هذا التصرف معقود باستيفاء الشكل ، ولا عبرة بالسند إذا كان التصرف لم ينعد (١٥٠) .

واقعة سابقة وجود سند كتابي واقعة مادية تجيز الإثبات بكافة طرق الإثبات :

● يكون إثبات سبق وجود سند كتابي واستيفائه لجميع شرائطه القانونية بما في ذلك ما قد يتطلبه القانون من شكل بكافة طرق الإثبات القانونية بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن ، وذلك باعتبار أن وجود الدليل الكتابي في ذاته واقعة مادية الأصل فيها الإثبات بشهادة الشهود ، ذلك فضلاً عن أنه لو صح اشتراط إثبات سابقة وجود الدليل الكتابي بالكتابة لكان نص الفقرة (ب) من المادة ٦٣ من قانون الإثبات لغوا ينزه الشارع عنه .

● ولا يكفي أن يثبت المدعى سبق وجود السند وإنما يتعين عليه أن يثبت مضمونه واستيفاء للشروط التي يتطلبها القانون إذا كان الأمر متعلقاً بتصرف شكلي .

● ● إذا كان المدعى يقول أن الدين الذي رفع به الدعوى ثابت بسند ضاع في حادث سرقة فإن هذا الدين يكون بمقتضى المادة ٢١٨ من القانون المدني جائزاً لإثباته بالبينة أو بالقرائن مادام الحادث لم يكن راجعاً إلى إهمال من جانبه ، وإذن فإذا كانت المحكمة قد اقتنعت من التحقيقات الحاصلة عن الحادث ، وعلى الاخص مما أدلى به المدعى عليه نفسه فيها ، أن السند كان موجوداً وسرق ، وأن ذمة المدعى عليه ما زالت مشغولة بالدين فذلك من شأنها وحدها ، ولا

(١٥٠) (أصول الإثبات وإجراءاته للدكتور سليمان مرقص ص ٨١ وما بعدها) .

يصح أن يعنى عليها انها لم تأخذ فيما انتهت إليه بدليل يعينه إذ الإثبات فى هذه الحالة يجوز بجميع الطرق (١٥١) .

● ● متى كانت قيمة عقد البيع المؤرخ ١٩٦٤/٧/٢٦ تجاوز (العشرة جنيهات طبقاً للقانون القديم) فإنه يتعين إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بعدم جواز إثبات عقد البيع المنسوب إليه بالبينة ، وكان جواز إثبات العقد بالبينة فى حالة فقدته يلزم معه اقامة الدليل على سبق وجود المحرر ومضمونه ، وأن فقدته كان لسبب اجنبى لايد للمطعون عليه فيه ، وإذ تبين من الحكم المطعون فيه أن الذى سحب عقد البيع المطعون عليه من حافظته هو وكيل محاميه ، ولما كانت القرائن التى ساقها الحكم وان صحت دليلاً على سبق وجود المحرر المذكور ومضمونه إلا انها لا تؤدى إلى أن فقدته كان بسبب اجنبى مما تعنيه المادة ٤٠٣ فقرة (ب) من القانون المدنى - المنطبقة على واقعة الدعوى - وإذ اقام الحكم قضاءه على خلاف هذا النظر ، فإنه يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون (١٥٢) .

الشرط الثانى - فقد السند بسبب اجنبى :

● يجب - بالاضافة إلى إثبات سبق وجود الدليل الكتابى - أن يثبت المدعى أن فقد هذا السند كان بسبب اجنبى لايد له فيه ، والسبب الاجنبى الذى ادى إلى ضياع السند قد يكون ناشئاً عن قوة قاهرة كحريق أو فيضان ، وقد يكون ناشئاً عن فعل الغير ، كما لو سلم المدعى السند إلى محاميه أو إلى المحكمة فى قضية سابقة ففقد من المحامى أو من المحكمة ، كما قد يكون فقد السند راجعاً إلى فعل المدعى عليه ، كما لو اختلسه أو انتزعه من المدعى بالقوة أو بالحيلة ، ولكن ليس للمدعى أن يتمسك بهذا الاستثناء إذا كان فقد السند يرجع إلى فعله هو ، حتى ولو كان هذا الفعل مجرد خطأ أو اهمال ، كما إذا تركه فى محل معرض للسرقة ، أو فى حراسة خادم صغير ، أو أهمل فى المحافظة عليه ، إذ فى مثل هذه الحالات لايجوز للمدعى أن يثبت ادعاءه بشهادة الشهود ، لان خطأه يستبعد فكرة الحادث القهرى (١٥٣) .

● ويشترط فيما يعتبر حادثاً جبرياً أو قوة قاهرة أو سبباً اجنبياً بوجه عام أن يكون غير ممكن توقعه ولا تلافى حصوله ولا توقى ما نشأ عنه من تضييع السند ، ويكون عبء إثبات توافر هذا الشرط على عاتق من يدعى ضياع السند بسبب اجنبى ، فإذا لم يتوافر هذا الشرط كان معنى

(١٥١) (نقض ١٩٤٢/٦/١٨ طعن رقم ٣ لسنة ١٢ قضائية) .

(١٥٢) (نقض ١٩٧٦/٦/٢٨ طعن ٥٠٢ لسنة ٤٢ ق مع س ٢٧ من ١٤٤٤) .

(١٥٣) (دروس فى قانون الإثبات للدكتور عبدالوهد يحيى ص ١١١ وما بعدها) .

ذلك ان المدعى مسئول عن ضياع السند ، ومن باب أولى يكون مسئولاً إذا ثبت وقوع افعال منه أدى إلى وقوع السبب الاجنبى الذى أهلك السند ولو كان ذلك السبب قوة قاهرة ، وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى قد ادعى أن السند قد سرق منه فى ظروف يصح فى القانون عدّها حادثاً قهرياً ، فإنه يجب على المحكمة ان تبحث هذه الدعوى من جهة كونها من الحوادث القهرية التى تخول الإثبات بالبينة ، وان ترفض تمسك الدائن بأى سبب لفقد السند يرجع إلى فعله ولو كان مجرد افعال أو تراخ ، وقضت محكمة استئناف مصر بأن السرقة تعتبر من الحوادث القهرية التى يجوز معها الإثبات بالبينة إذا لم تكن السرقة حاصلة بأفعال صاحب السند ، فإن حصلت بأفعال منه فلا يقبل منه الإثبات بالبينة كما لو تركه فى محل معرض للسرقة (١٥٤) .

● ● متى كان الواقع فى الدعوى هو ان المدين قد احتال على الأمين على السند المثبت لحق الدائن بحجة تقديمه لاحدى الجهات الحكومية ورده الا انه لم يرده وادعى فقده ، فإن ضياع السند على هذه الصورة لسبب اجنبى لا يدخل للدائن فيه بهجيز الإثبات بغير الكتابة وفقاً للمادة ٤٠٣ من القانون المدنى الجديد المقابلة للمادة ٢١٨ من القانون القديم (١٥٥) .

● ● أجازت المادة ٢/٤٠٣ من القانون المدنى الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا فقد الدائن سندته الكتابى لسبب اجنبى لا يد له فيه ولا يرجع إلى فعل الدائن أو افعاله كان يكون فقد السند نتيجة لاهمال محامى الدائن أو موظفى مكتبه فى المحافظة عليه ، وإذن فمتى كان الحكم المطعون فيه قد أحال الدعوى إلى التحقيق لإثبات فقد السند المبرم لذمة المطعون عليه استناداً إلى أن هذا السند كان موجوداً وسلمه إلى محاميه ليقدمه فى الدعوى التى اقامها الطاعن وفقد بأفعال موظفى مكتب المحامى فإنه لا يكون قد خالف القانون (١٥٦) .

● ● تنص المادة ١/٤٠٠ من القانون المذكور قبل الغائها بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على انه «فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة فى إثبات وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك» ، كما تنص المادة ٤٠٣ من القانون المذكور على انه يجوز أيضا الإثبات بالبينة فيما يجب إثباته بالكتابة (أ) ... (ب) إذا فقد الدائن سندته الكتابى بسبب اجنبى لا يد له فيه مما مفاده وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الإيضاحية للقانون ان هذا الاستثناء يفترض أن القواعد المتعلقة بالدليل الكتابى قد روعيت ، بيد أن الإثبات بالكتابة قد امتنع بسبب فقد هذا الدليل وبشروط فى هذه الحالة

(١٥٤) (أصول الإثبات واجراءاته للدكتور سليمان مرقص ص ٥٨٧ وما بعدها) .

(١٥٥) (نقض ١٩٥٥/٤/١٤ طعن رقم ٤٥٠ لسنة ٢١ قضائية) .

(١٥٦) (نقض ١٩٦١/٥/١٨ طعن رقم ٩٦ لسنة ٢٦ ق مع س ١٢ ص ٤٨٥) .

أن يكون هذا الفقد راجعا إلى سبب لا يد للمدعى فيه ومزودى هذا أن الفقد قد نشأ من جراء حادث جبرى أو قوة قاهرة وترد علة هذا الشرط إلى الرغبة فى استبعاد صور الفقد بسبب يتصل بفعل مدعى الدليل (كاعدام الورقة لقطع السبيل على التواطىء مع الشهود) وبذلك لا يكون للمدعى أن يتمسك بأى سبب يرجع إلى فعله - ولو كان هذا الفعل مجرد اهمال أو تراخ (١٥٧).

● ● وكالة المحامى وإن كانت تستلزم منه المحافظة على ما يعهد به إليه موكله من مستندات إلا أن اهماله فى المحافظة عليها لا يمكن أن تنصرف آثاره إلى الموكل لأنه الفقد فى هذه الصورة لم يكن من فعل الموكل أو نتيجة اهماله ومن ثم يتحقق به السبب الاجنبى الذى لا يد للدائن فيه فى حكم المادة ٢/٦٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ (١٥٨).

أثر ثبوت فقدان الدليل الكتابى :

● إذا كان السند الذى ثبت فقده بسبب اجنبى سند عرفيا ، جاز إثبات التصرف المدعى به بشهادة الشهود والقرائن بدلا من الكتابة .

● أما إذا كان السند رسميا ، فإما أن توجد صورة رسمية منه وإما لا توجد ، فإن لم توجد جاز إثبات التصرف بشهادة الشهود والقرائن إذا ما ثبت فقدان السند بسبب اجنبى .

● وإذا يفرق القانون بين الصور الرسمية الأصلية والصور الرسمية المنقولة عن صور أصلية والصورة الرسمية المنقولة عن صور غير أصلية ، فإذا وجدت صورة رسمية أصلية أو صورة رسمية منقولة عن صورة أصلية من السند الرسمى الذى فقد بسبب اجنبى ، كانت للصورة حجية الأصل ولم يعد هناك من مجال للإثبات بالتطبيق لنص الفقرة (ب) من المادة ٦٣ إثبات .

وإذا لم توجد إلا صورة رسمية منقولة عن صورة غير أصلية فلا يعتد بها الا للمجرد الاستثناس وحينئذ يجوز للمدعى ان يتمسك باعمال نص الفقرة (ب) من المادة ٦٣ من قانون الإثبات حتى يرضخ له بالإثبات بشهادة الشهود والقرائن .

سلطة المحكمة :

● ● إذا رفضت المحكمة طلب الاحالة على التحقيق لإثبات وجود سند كتابى ضاع بسبب قهرى ، مقيمة قضاها بذلك على عدم جدية هذا الادعاء لما أوردته من اسباب مبررة لوجهة نظرها ، فلا مخالفة فى ذلك لحكم المادة ٢١٨ من القانون المدنى (١٥٩) .

(١٥٧) (نقض ١٩٧٦/٦/٢٨ طعن ٥٠٢ لسنة ٤٢ ق م ج س ٢٧ ص ١٤٤٤) .

(١٥٨) (نقض ١٩٨١/١٢/١٠ طعن ٨٩٩ لسنة ٤٣ قضائية) .

(١٥٩) (نقض ١٩٤٩/٣/٢٤ طعن رقم ١٦٤ لسنة ١٧ قضائية) .

٤- الاحتيال على القانون

النصوص القانونية :

● لم ينص المشرع المصرى على مبدأ جواز إثبات الاحتيال على القانون بشهادة الشهود والقرائن ، كما خلت التشريعات العربية الأخرى من النص على هذا المبدأ باستثناء القانون السورى فى المادة ٥٧ منه والقانون اللبناني فى المادة ٣١٠ منه .

غير انه يمكن القول بأن المادة ٧٣٩ من القانون المدنى المصرى قد أوردت تطبيقا لهذا المبدأ فيما نصت عليه من بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان واجازت لمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه حتى لو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك واجازت للمدعى أن يثبت ما اداه بجميع الطرق .

● وقد اجمع الفقه والقضاء على وجوب الأخذ والعمل بهذا المبدأ ، وتطبيقا لذلك إذا حرر شخص على نفسه سندا مبلغ وذكر فى السند أن القيمة وصلته نقدا على سبيل القرض ، ثم ادعى عند مطالبة الدائن اياه بهذا المبلغ أن سبب التمهد لم يكن القرض وإنما كان عربون صفقة لم تتم ، وجب عليه إثبات دعواه بالكتابة ، أما إن ادعى أن سبب التمهد رشوة الدائن ليقوم بعمل أو ليمتنع عن عمل مما يدخل فى وظيفته أو أن سببه تمهد الدائن بقتل شخص جاز له إثبات السبب غير المشروع بشهادة الشهود والقرائن .

● وتطبيقا لذلك أيضا إذا ادعى أحد العاقدین صورية العقد الظاهر و اراد أن يثبت ان محل الاتفاق الحقيقى يختلف عن المحل المبين فى العقد فإن كان المحل المراد إثباته مشروعاً وجب إثباته بالكتابة ، وإن كان غير مشروع جاز إثباته بشهادة الشهود والقرائن .

آراء الشراح وأحكام القضاء :

● الاحتيال على القانون ليس الا تواطؤا ما بين المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام واخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع ، فقد وضع من ذلك ان من الطبيعى أن يتخذ هذا الاحتيال مظهر الصورية ، فيكون هناك تصرف غير مشروع هو التصرف الحقيقى الذى وقع الاتفاق عليه ، يستتره تصرف مشروع هو التصرف الظاهر الذى يقع الطعن فيه ، والجديد هنا أن الطاعن فى التصرف الظاهر - أى التصرف الصورى - ليس هو الغير ، إلا كان من حقه أن يثبت الصورية بجميع الطرق دون حاجة إلى التذرع بالاحتيال على القانون ،

ولكن الطاعن هو المتعاقد نفسه ، ويريد أن يثبت صورة العقد المكتوب بالهينة والقرائن ، وكان الأصل الا يستطيع إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، لولا أنه يتنوع بأن هناك احتمالا على القانون (١٦٠) .

● متى وجد احتمال على القانون بتعين تيسير كشفه وإباحتها بإثباته بجميع الطرق ، حتى يلقى المحتال جزاءه ، ومستوى في هذا أن يكون من يريد إثبات الاحتمال من الغير أو أن يكون أحد المتعاقدين ممن اشترك في الاحتمال بنفسه ويريد بعد ذلك الكشف عنه ، ففي الحالتين يقضى النظام العام بضرورة صرح هذا الاحتمال ، ومن ثم اجهز حتى للمتعاقد نفسه بعد ان اشترك فيه أن يثبته بجميع الطرق ولو بشهادة الشهود والقرائن .

● ● إن ما ورد بالمادة ٩١٧ مدنى لا يعدو أن يكون تقريرا لقيام قرينة قانونية لصالح الوارث تعفيه من إثبات طعنه على تصرفات مورثه التى أضرت به بأنها فى حقيقتها وصية ، إلا أنه لما كان لهذا الوارث أن يطعن على مثل هذا التصرف بكافة طرق الإثبات ، لما هو مقرر من انه لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة ، على اساس أن التصرف قد صدر اضرازا بحق الارث الذى تتعلق احكامه بالنظام العام ، فيكون تحايلا على القانون ، فإنه يكون للوارث عند عدم توافر شروط القرينة القانونية الواردة بالمادة ٩١٧ مدنى ، أن يدلل بكافة طرق الإثبات على احتفاظ المورث بحيازة العين التى تصرف فيها كقرينة من القرائن القضائية يتوصل بها إلى إثبات مدعاه بأن المورث قصد أن يكون تملك التصرف إليه مضافا إلى ما بعد الموت وبذلك لم يتخل له عن الحيازة التى ما كان يتخلى عنها لو كان هذا التصرف منجزا ، والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ بها ، شأنها فى ذلك شأن سائر القرائن القضائية التى تخضع لمطلق تقديره (١٦١) .

● ● الصورة النسبية التدليسية التى تقوم على اخفاء رهن وراء البيع - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تعد تحايلا على القانون ، بما يترتب عليه بطلان البيع وللمتعاقد ان يثبت بكافة الطرق ومنها الهينة والقرائن أن العقد لم يكن بيما ، وإنما هو على خلاف نصوصه يخفى رهنا (١٦٢) .

(١٦٠) (الوسيط السنوى الجزء الثانى ص ٤٠٨ وما بعدها) .

(١٦١) (نقض ١٩٧١/٣/١١ مج ٢٢ ص ٢٨٩) .

(١٦٢) (نقض ١٩٧١/٤/٢٧ مج ٢٢ ص ٥٧١) .

● ● إذا ادعى الاصيل - أو وارثه - عدم صحة التاريخ المدون بالورقة - العرفية - وانه قدم غشا حتى لا ينكشف إن التصرف الذي اجراه الوكيل صدر في وقت كانت وكالته فيه قد زالت فإنه يكون لذلك الاصيل - أو وارثه - أن يثبت مدعاه بكافة طرق الإثبات ومنها البيينة والقرائن إذ المضرور بالفش لم تكن له خبرة فيه فلا وجه للتضييق عليه في الإثبات بحصره في طريق دون آخر (١٦٣) .

● ● إن الاتفاق الذي ينطوى على التصرف في حق الأثر قبل انفتاحه لصاحبه واستحقاقه أياه ويؤدى إلى المساس بحق الأثر في كون الإنسان وارثا أم غير وارث ، وكونه مستقل بالأثر أم يشاركه فيه غيره ، هو اتفاق مخالف للنظام العام ، إذ يعد تحايلا على قواعد الميراث ، فيقع باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الاجازة ، ويباح إثباته بكافة الطرق ولو كان الوارث طرفا في الاتفاق ، إذ لا يعتبر هذا اجازة منه للتصرف يعتد بها ، لان الاجازة التي يعتد بها هي التي تحصل بعد وفاة المورث ، ذلك أن صفة الوارث التي تخوله حقا في التركة لاثبت له إلا بهذه الوفاة (١٦٤) .

● ● لئن كان تحديد اجرة المسكن هي من مسائل النظام العام التي نص المشرع على تأثيم مخالفة القواعد الواردة بشأنها ، وكان التحايل على زيادة الاجرة مما يجوز إثباته بكافة سبل الإثبات ، إلا أن ما ساقه الحكم من قول مرسل من اعتبار الاجرة المتعاقد عليها هي مبلغ جنيها وأن المزرع قصد التحايل أو يورد البيئات التي استخلص منها صورية الاتفاق يعيبه فضلا عن الخطأ في تطبيق القانون ، القصور في التسبيب (١٦٥) .

● ● إن اجازة إثبات العقد المستتر فيما بين عاقديه بالبيينة في حالة الاحتيال على القانون مقصورة على من كان الاحتيال موجها ضد مصلحته وإذن فمتى كان عقد البيع الظاهر الصادر من المورث لاحد ورثته ثابتا بالكتابة فلا يجوز لهذا المورث ان يثبت بغير الكتابة أن هذا العقد يخفى وصية وانه قصد به الاحتيال على قواعد الأثر وإنما يجوز ذلك للوارث الذي وقع الاحتيال اضارا بحقه في الميراث ، وهو في ذلك لا يستمد حقه في الطعن على العقد من مورثه وإنما يستمده من القانون مباشرة ، وإذا كان ذلك وكان الثابت من الحكم المطعون فيه أن المطعون ضدها الأولى اقامت دعواها بطلب ابطال عقد البيع والصادر منها لولدها الطاعن والمطعون ضده الثاني استنادا إلى انه يخفى وصية وانه قصد به تمييزهما في الميراث احتيالا على قواعد الأثر وكان الحكم المطعون فيه قد استند في إثبات الصورية النسبية إلى اقوال شاعدى المطعون ضدها

(١٦٣) (نقض ١٩٧٤/٣/٢٦ طعن ١٦٧ لسنة ٢٩ ق مج س ٢٥ ص ٥٧٥) .

(١٦٤) (نقض ١٩٧٥/١١/١١ مج س ٢٦ ص ١٣٩٤) .

(١٦٥) (نقض ١٩٧٦/٣/٢٤ الطعن ٥٨٨ و ٥٩٠ لسنة ٤٠ ق مج س ٢٧ ص ٧٥٢) .

الأولى (البائعة) التي لم تقدم أى دليل كتابى فإنه يكون قد خالف القانون وخطأ فى تطبيقه بما يستوجب نقضه (١٦٦).

● ● لما كان مفاد المادة ١٣٧ / ٢ من القانون المدنى ان ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يمنع المدين من إثبات أن هذا السبب غير حقيقى وان الالتزام فى الواقع معدوم السبب وكان الادعاء بانعدام السبب لا يجوز للمدين إثباته بغير الكتابة إذا كان الالتزام مدنيا لانه ادعاء بما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابى ، طالما لم يدع المتعاقد بوقوع احتيال على القانون بقصد مخالفة قاعدة أمره من قواعد النظام العام وذلك عملا بما تقضى به المادة ١/٦٦ من قانون الإثبات (١٦٧) .

● ● الأصل عدم خضوع اجرة الأماكن المؤجرة مفروشة بأثاث من عند مؤجرها للتحديد القانونى ، الا أن شرط ذلك الا يكون تأجيرها مفروشة صورها كما لو وضع فيها المؤجر اثاثا تافها قديما بقصد التحايل على القانون والتخلص من قيود الاجرة ، فيلزم لاعتبار المكان مؤجرا مفروشا حقيقة أن يثبت أن الاجارة شملت فوق منفعة المكان فى ذاته مفروشات أو منقولات معينة ذات قيمة تهر تغليب منفعة تلك المفروشات أو المنقولات على منفعة العين خالية ، وإلا اعتبرت العين مؤجرة خالية وتسرى عليها أحكام قانون ايجار الأماكن ، لما كان ذلك وكان لمحكمة الموضوع تقدير جديدة الفرش أو صورته فى ضوء ظروف الدعوى وملابساتها وما تستنطه منها من قرائن قضائية ، إذ العبرة بحقيقة الحال لا بمجرد وصف العين فى العقد بانها مؤجرة مفروشة ، وكان يجوز إثبات التحايل على زيادة الاجرة بكافة طرق الإثبات ، وكان الهين من مدونات الحكم المطعون فيه انه اقام قضاة بتخفيض الاجرة على سند مما اثبتته المعاينة من ان الاثاث الذى زودت به الشقتان لا يتناسب مع تأثيثهما كمصنع لحقائب السيدات حسب الغرض الذى اجرتا من اجله ، واستخلص قهام التحايل على احكام القانون ، فإن ما انتهى إليه الحكم فى هذا الشأن استخلاص ساتغ من محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية فى فهم الواقع وتقدير الدليل ولا مخالفة فيه للقانون ، ويكون النص على غير اساس (١٦٨) .

● ● إذ كان الحكم المطعون فيه قد استظهر من أقوال شهود المطعون عليه الأول وبما لاخروج فيه من مدلولها ان الطاعن قد استولى على عقود البيع من تحت يد والده المطعون عليه الأول دون علمه أو رضاه ، وكان لايجوز لمن حصل على ورقة عرفية بطريق غير مشروع الاحتجاج بالدليل

(١٦٦) (نقض ١٩٧٦/١٢/١٣ طعن ٦٩٧ لسنة ٤٢ ق مع ص ٢٧ ص ١٧٣٨) .

(١٦٧) (نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ طعن ٣٦٩ لسنة ٤٢ ق مع ص ٢٧ ص ١٨٠١) .

(١٦٨) (نقض ١٩٧٨/٢/٨ طعن ٤٨٨ لسنة ٤٤ ق مع ص ٢٩ ص ٤١٢) .

المستمد من هذه الورقة وبالتالي لا يقبل منه التمسك بعدم جواز إثبات عكس ما اشتملت عليه إلا بالكتابة ، إذ كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ استخلص أن الطاعن قد استولى على عقود البيع دون علم المطعون عليه الأول أو رضاه ورتب على ذلك قضاءه بجواز إثبات ما يخالف ما اشتملت عليه العقود بالبينة ، لا يكون قد خالف قواعد الإثبات (١٦٩) .

(١٦٩) (نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ طعن ٩٩٠ لسنة ٤٦ ق مـج س ٣١ ص ١٨٤) .

المبحث الثاني

اجراءات التحقيق بصفة أصلية

المبحث الثاني

إجراءات التحقيق بصفة أصلية

أو

دعوى التحقيق الأصلية

- ١- المقصود بها والفوارق بينها وبين إجراءات التحقيق بصفة فرعية
- ٢- شروط دعوى التحقيق الأصلية
- ٣- إجراءات الدعوى والاختصاص بنظرها
- ٤- الحكم في دعوى التحقيق الأصلية

أولاً : المقصود بها والفوارق بينها وبين إجراءات التحقيق بصفة فرعية

نصوص القانون :

مادة ٩٦ إثبات : يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد علي موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن سماع ذلك الشاهد .
ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة إلى قاضي الأمور المستعجلة وتكون مصروفاته كلها علي من طلبه وعند تحقق الضرورة يحكم القاضي بسماع الشاهد متى كانت الواقعة مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود .

النصوص العربية المقابلة :

القانون الليبي	: المادتان ١٩٩ و ٢٠٠
القانون السوري	: مادة ٨٦
القانون اللبناني	: مادة ٣٠
القانون الكويتي	: مادة ١١٧
القانون البحريني	: مادة ١٢١

آراء الشراح :

المقصود بدعوى التحقيق الأصلية :

● ينظم قانون الإثبات في المواد من ٩٦ إلى ٩٨ رفع دعوى مستقلة تقتصر الطلبات فيها علي سماع شهادة شاهد أو أكثر علي واقعة من الوقائع ، قبل أن ترفع بشأنها أي دعوى أمام القضاء ، وعلي أساس توقع نشوب نزاع حولها وخشية من أن يؤدي الانتظار في الاستشهاد بشهادة الشهود إلي وقت رفع النزاع بشأنها إلي القضاء ، إلي فوات فرصة الحصول علي هذه الشهادة بسبب موت الشاهد أو رحيله أو أي سبب آخر ^(١) .

(١) (الإثبات في المواد المدنية للكاتب جميل الشرفاني ص ١٢٥) .

● وعلي خلاف طلب سماع الشهود أثناء نظر نزاع قائم ، حيث يكون هذا الطلب طلبا متفرعا عن النزاع الأصلي ، فإن دعوى سماع الشاهد يكون الطلب الأصلي فيها هو سماع شهادته ، ولذا توصف دعوى أصلية بسماع شاهد (٢) .

الفوارق بين دعوى التحقيق الأصلية وإجراءات التحقيق بصفة

فرعية :

● دعوى التحقيق الأصلية هي دعوى قائمة بذاتها غير متفرعة عن دعوى أصلية ولا تنطوي علي إجراءات من إجراءات دعوى أصلية ، ولكنها وبنص القانون ترفع ابتداء من شخص يخشي فوات فرصة الاستشهاد بشاهد في موضوع لم يعرض على القضاء بعد .

وترتبيا علي ما تقدم فثمة فروق بين دعوى التحقيق الأصلية وإجراءات التحقيق بصفة فرعية تنبثق عن طبيعة هذه الدعوى ، ومن ذلك أن الاختصاص بشأنها ينعقد للقضاء المستعجل بينما الاختصاص بإجراءات التحقيق بصفة فرعية ينعقد للمحكمة التي تنظر موضوع الدعوى .

● كذلك فإنه بينما يعطى المشرع فيما نص عليه في المادة ٦٩ من قانون الإثبات لخصم من يؤذن له بإثبات الواقعة بشهادة الشهود الحق في نفي هذا الذي يشته من إذن له بهذا الطريق من طرق الإثبات فإنه لايجوز للمدعى عليه في دعوى التحقيق الأصلية نفي ما يشهد به شاهد المدعى في هذه الدعوى .

● وبينما يجوز عملا بنص المادة ٧٤ من قانون الإثبات مد ميعاد التحقيق بالنسبة لإجراءات التحقيق بصفة فرعية فإن ذلك لايجوز في دعوى التحقيق الأصلية .

(٢) (المرجع السابق ص ١٢٥) .

ثانيا : شروط دعوى التحقيق الأصلية

آراء الشراح :

● يشترط لإقامة دعوى التحقيق الأصلية توافر ثلاثة شروط هي :

- ١- أن يكون الموضوع المراد الاستشهاد به بشهادة الشهود لم يعرض على القضاء بعد .
- ٢- قيام حالة الضرورة التي تقتضي سماع الشاهد قبل نظر الموضوع .
- ٣- أن تكون الواقعة المراد سماع شهادة الشاهد بشأنها مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود .

الشرط الأول : عدم سابقة عرض الموضوع أمام القضاء :

● يشترط أن يكون الموضوع المراد الاستشهاد فيه بشهادة الشهود لم يعرض بعد على

القضاء ولكن من المحتمل أن يعرض عليه مستقبلا .

ومؤدى ذلك أنه إذا كان موضوع النزاع قد عرض فعلا أمام محكمة الموضوع فتكون هي

المختصة وحدها بالفصل فى طلب الإثبات بشهادة الشهود ، ولها أن تأمر بهذا الإجراء أو أن ترفضه حسبما يبين لها من ظروف الدعوى ، وعلى ذلك فلا يجوز الالتجاء إلى قاضى الأمور المستعجلة بدعوى تحقيق أصلية لسماع شهود مع قيام النزاع أمام محكمة الموضوع .

● وإذا ما لجأ شخص إلى القضاء المستعجل بدعوى تحقيق أصلية لسماع شهود فى حين

أن النزاع الأصلى معروض بالفعل أمام محكمة الموضوع فقد ذهب رأى إلى أنه يتعين على القاضى المستعجل فى هذه الحالة أن يقضى بعدم الاختصاص باعتبار ان ولايته بالحكم باجراء التحقيق تنتفى بمجرد رفع النزاع أمام محكمة الموضوع^(٣) .

● بينما ذهب رأى آخر أنه يتعين على القضاء المستعجل فى هذه الحالة أن يقضى بعدم

قبول الدعوى باعتبار أن شرط قبول الدعوى أمام القضاء المستعجل هو أن الموضوع لم يعرض بعد أمام القضاء وأنه إذا كان قد سبق عرضه فقد تخلف شرط قبول هذه الدعوى^(٤) .

● ونحن اميل إلى الرأى الأول ذلك أن صريح عبارات نص المادة ٩٦ من قانون الإثبات

تعطى للقضاء المستعجل الاختصاص بنظر دعوى التحقيق الأصلية فى حالة إذا ما كان الموضوع لم يعرض على القضاء الموضوعى بعد فإن كان قد سبق عرضه انتفى اختصاص القضاء المستعجل وتعين بالتالى القضاء بعدم اختصاصه .

(٣) (القضاء المستعجل للمستشار محمد عبدالطيف ص ١٠٩) .

(٤) (القضاء المستعجل للمستشار مصطفى هرجه طبعة ١٩٨٢ ص ٨٦) .

● ويتمين أن يتحقق قاضى الأمور المستعجلة من ظاهر المستندات من جدية القول بتعلق شهادة الشاهد بموضوع يحتمل عرضه على القضاء الموضوعى دون أن يتعرض لموضوع ذلك النزاع أما إذا كان الموضوع لا يحتمل عرضه مستقبلا على القضاء الموضوعى فإنه لا يكون هناك ثمة حاجة إلى سماع شاهد فى أمر يتصل بذلك الموضوع ومع ذلك فإنه لا يجوز له التعرض لما إذا كانت تلك الشهادة منتجة فى الدعوى من عدمه (٥) .

الشرط الثانى : توافر حالة الضرورة :

● يلزم لاختصاص قاضى الأمور المستعجلة بنظر دعوى التحقيق الأصلية توافر ركن الخطر الموجب لاختصاصه ، بمعنى أن تكون هناك ضرورة ملحة تستوجب سماع الشاهد ، كما لو كان الشاهد فى مرض الموت ، أو على وشك الرحيل من الوطن بغير عودة ، أو كان شخصا طاعنا فى السن يخشى أن يدركه الموت قبل نظر دعوى الموضوع ، وذلك بصرف النظر عن احتمال أو عدم احتمال كسب الدعوى موضوعا ، فليس للقاضى المستعجل أن يتعرض لموضوع النزاع للتحقق من كون المسألة تتعلق بأصل الحق المنوع على القاضى المستعجل التعرض له ، بل يكفى أن يتحقق من توافر وجه الاستعجال المبرر لسماع شهادة الشاهد (٦) .

● ويعتبر التحقق من توافر ركن الاستعجال المبرر لاختصاص القاضى المستعجل فى هذا الشأن من المسائل التى يستقل هو وحده بتقديرها ، فإذا حكم بسماع الشاهد فلا يجوز لقاضى الموضوع أن يبحث من جديد مدى توافر ركن الخطر المبرر لاختصاص قاضى الأمور المستعجلة للحكم بهذا الاجراء ، فلا تملك محكمة الموضوع أن تقرر أن القاضى المستعجل غير مختص بطلب سماع الشاهد لعدم توافر ركن الاستعجال المبرر لاختصاصه ، لأنها ليست بمثابة محكمة ثانى درجة بالنسبة للقاضى المستعجل ، إذ لا سبيل لمن يتضرر من الحكم المستعجل الصادر باجراء التحقيق إلا أن يظمن فيه بطريق الاستئناف طبعا للمادة ٢٢٠ من قانون المرافعات ، ولكن ليس معنى هذا أن قاضى الموضوع يتقيد بأقوال الشاهد الذى ادلى بشهادته أمام قاضى الأمور المستعجلة ، فهذه من مسائل الإثبات التى تخضع لتقدير قاضى الموضوع ، فله أن يأخذ بأقوال الشاهد إذا اطمأن إليها ، أو أن يطرحها إذا لم يقتنع بها (٧) .

(٥) (قانون الإثبات للمستشار مصطفى هرجه الجزء الثانى ص ١٠٤) .

(٦) (القضاء المستعجل للمستشار محمد عبد الطيف ص ١٠٨) .

(٧) (المراجع السابق ص ١٠٨) .

الشرط الثالث : أن تكون الواقعة المراد سماع شهادة الشاهد بشأنها مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود :

● يشترط أن تكون الواقعة المراد الاستشهاد عليها مما يجوز إثباتها بشهادة الشهود وفقا للقواعد العامة في قانون الإثبات وإلا انتفت الحكمة من طلب سماع ذلك الشاهد .

● وإذا أمر القاضى المستعجل بسماع شهود المدعى ، فلا يعتبر ذلك قضاء منه يلزم قاضى الموضوع بأن الواقعة المراد إثباتها مما يجوز إثباتها بالشهود ، فإذا طرح النزاع أمام محكمة الموضوع جاز للمدعى عليه أن يدفع أمامها بعدم جواز الإثبات بشهادة الشهود على اعتبار أن الواقعة محل النزاع مما يوجب القانون إثباتها بالكتابة ، ولمحكمة الموضوع أن تبحث هذا الدفع وتفصل فيه ، فلها أن تقبله وتقضى بعدم جواز الإثبات بشهادة الشهود ، فلا تتقيد بالحكم المستعجل لانه قرار باجراء وقتي لا يجوز حجبة الأمر المقضى أمام محكمة الموضوع (٨) .

(٨) القضاء المستعجل للمستشار محمد عبداللطيف ص ١٠٩ .

ثالثا : اجراءات دعوى التحقيق الأصلية والاختصاص بنظرها :

آراء الشراح :

اجراءات دعوى التحقيق الأصلية

- ترفع دعوى التحقيق الأصلية بتكليف بالحضور وفقا للقواعد العامة فى رفع الدعوى وتكون مصروفاتها على عاتق المدعى فيها وإن كان يحق له فيما بعد إذا ما قضى له فى الدعوى الموضوعية أن يضم مصروفات دعوى التحقيق الأصلية إلى مصروفات دعوى الموضوع .
- وإذا ما استبان للقاضى المستعجل توافر شروط اختصاصه بنظر الدعوى قضى بسماع شهادة الشاهد وبأشرفه سماع هذه الشهادة متبعا فى التحقيق الذى يجره ذات القواعد المتعلقة بشهادة الشهود عدا ما نص عليه فى المواد ٦٩ و ٧٢ و ٧٤ و ٩٤ من قانون الإثبات .
- يكون للمدعى عليه الحق فى احضار شهود نفى فى الجلسة المحددة للتحقيق ردا على شهود الإثبات الذين استشهد بهم المدعى ، فلا يصح التحدى أمام قاضى الأمور المستعجلة بالقاعدة المنصوص عليها فى المادة ٦٩ من قانون الإثبات التى تنص على أن الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق ، فهذا النص لا يطبق إلا أمام محكمة الموضوع لانها هى المختصة أصلا بالفصل فى النزاع ، فيتعين عليها أن تسمح دفاع الطرفين وشهودهما ، بخلاف قاضى الأمور المستعجلة فتقتصر مهمته فى دعوى التحقيق الأصلية على سماع شهود المدعى متى توافر وجه الاستعجال الموجب لسماع أقوالهم كما سبق بيان ذلك ، فلا يجوز للقاضى المستعجل أن يسمع شهود المدعى عليه لنفى ما أثبته شهود المدعى ، ولكن ذلك لا يمنع المدعى عليه أن يرفع هو الآخر دعوى مبتدأه أمام القاضى المستعجل بطلب سماع شهوده متى توافرت حالة الضرورة التى تقتضى سماع شهادتهم قبل نظر الموضوع .
- وللمحكمة الموضوع أن تأمر بإعادة التحقيق من جديد إذا رأت لزوما لذلك ، فيجوز لها أن تأذن للمدعى بسماع شهود غير الذين استشهد بهم أمام قاضى الأمور المستعجلة ، ومن حق المدعى عليه النفى بشهادة الشهود أمام محكمة الموضوع - اعمالا لحكم المادة ٦٩ من قانون الإثبات
- ومتى سمع القاضى المستعجل أقوال شهود المدعى فإنه يصدر حكما بانتهاء الدعوى تماما كما هو الشأن فى دعوى إثبات الحالة .

الاختصاص بنظر دعوى التحقيق الأصلية :

- يختص القضاء المستمجل نوعيا بنظر دعوى التحقيق الأصلية بنص القانون ، ويتحدد اختصاص القضاء المستمجل محليا بنظر الدعوى بموطن المدعى عليه ، ولا شأن لموطن الشاهد الذي يطلب سماع شهادته في تحديد الاختصاص المحلى إذ أن هنا الأخير ليس خصما في الدعوى

رابعها : الحكم في دعوى التحقيق الأصلية :

آراء الشراح :

● متى انتهى القاضى من سماع شاهد أو شهود المدعى قضى بانتهاء الدعوى على النحو الذى اسلفناه ، ولان إثبات شهادة شاهدا الإثبات فى دعوى التحقيق الأصلية لا يكون حجة على جواز إثبات الواقعة التى انصب عليها ذلك التحقيق بشهادة الشهود نص قانون الإثبات فى المادة ٩٧ منه على عدم جواز تسليم صورة من محضر التحقيق أو تقديمه إلى القضاء إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود .

المبحث الثالث

اجراءات التحقيق بصفة فرعية

- ١- دعوى التحقيق وسلطة المحكمة حيال هذا الطلب
- ٢- حكم التحقيق وإعلانه وتنفيذه أو العدول عنه
- ٣- إجراءات التحقيق
- ٤- احوال عدم جواز سماع شاهد
- ٥- محضر التحقيق والإجراءات التالية على تنفيذه

أولا : طلب التحقيق وسلطة المحكمة حيال هذا الطلب المادتان ٦٨ و ٧٠ (إثبات)

نصوص القانون :

- مادة ٦٨ : على الخصم الذى يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التى يريد إثباتها كتابة أو شفاة فى الجلسة .
- مادة ٧٠ : للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود فى الأحوال التى يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة .
- كما يكون لها فى جميع الأحوال ، كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعى للشهادة من ترى لزوما لسماح شهادته اظهارا للحقيقة .

النصوص العربية المقابلة

القانون الليبى	: المادتان ١٧٩ و ١٩٨
القانون السودانى	: مادة ٦٨ و ٧٠
القانون اللبنانى	: مادة ٢٥٣ و ٢٦٨
القانون العراقى	: مادة ٩١
القانون الكويتى	: مادة ١٠٢
القانون التونسى	: مادة ٤٣

المذكرة الايضاحية

- ١- جاء بالمذكرة الايضاحية تعليقا على نص المادة ٧٠ من قانون الإثبات أن المشرع اضاف فى المادة ٧٠ منه فقرة جديدة إلى نص المادة ١٩٠ المقابلة لها فى قانون المرافعات القديم تتيح للقاضى استدعاء من يرى سماع شهادته اظهارا للحقيقة ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم على أن يكون له هذا الحق كلما أمر بإجراء الإثبات بشهادة الشهود ، سواء

كان ذلك من تلقاء نفسه اعمالا لحكم الفقرة الأولى من نفس المادة ، أو استجابة لطلب الخصوم وقد قصد المشرع من حكم الفقرة التي اضافها توكيد الدور الايجابي للقاضي ومنحه مزيدا من الفاعلية فى توجيه الدعوى فى إحدى مراحلها الهامة حتى يتمكن من تحرى الحقيقة واستخلاصها نقية مما يغلّفها به مسلك الخصوم حسبما تطلبه عليهم مصلحة كل منهم الخاصة فى الإثبات .

٢- وجاء بتقرير اللجنة التشريعية لمجلس (الامة) تعليقا على نص الفقرة الثانية من هذه المادة هى توضيح أكثر منها إضافة لان الفقرة الأولى تتسع لهذا المعنى وهو معنى مراد لوامضى قانون المرافعات القديم الذين اجازوا أيضا فى المادة ١٤٤ منه للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها باذخال أنواع الأشخاص فى الدعوى لكفالة احقاق الحق وتفادى التواطؤ أو الغش أو التقصير من جانب الخصوم ، وهذا وذاك مظهر لفكرة واحدة ، هى تمكين القاضى من الهيمنة على الدعوى والوصول إلى الحقيقة فيها غير مقيد بمسلك الخصوم .

آراء الشراح وأحكام القضاء :

طلب التحقيق بصفة فرعية :

● يطلب الخصم الذى لا يحمل بيده دليلا كتابيا أو اقرارا من خصمه ، ولا يريد فى الوقت نفسه أن يلجأ لتوجيه اليمين الحاسمة أن ترخص له المحكمة فى إثبات ادعائه بشهادة الشهود فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بهذا الطريق وأن تأمر المحكمة باحالة الدعوى إلى التحقيق كما يتسنى له احضار شهود لسماح شهادتهم .

ويشترط إذن لطلب التحقيق بصفة فرعية ان تكون هناك دعوى متداولة أمام القضاء بالفعل وأن يكون الإثبات بشهادة الشهود جائزا قانونا .

● ● إذا كان الطاعنون قد تخلفوا عن إعلان شهودهم أمام محكمة أول درجة وقرروا بلسان محاميهم أمام تلك المحكمة باستغنائهم عن احضار شهود لنفى تلك الصورة اكتفاء بما قدموه من دفاع فى الدعوى ، ولم يطلبوا من محكمة الاستئناف احالة الدعوى إلى التحقيق لتمكينهم من نفي الصورة بشهادة الشهود ، فإنه لا يكون لهم بعد ذلك أن يعيبوا على محكمة الاستئناف عدم اتخاذ هذا الاجراء من تلقاء نفسها ، إذ الأمر فيه يصح فى هذه الحالة من اطلالاتها (١) .

(١) (نقض ١٩٦٩/٢/٦ الطعن رقم ٩ لسنة ٣٥ ق مج س ٢٠ ص ٢٧٠) .

● ● ليس للطاعن - طالما لم يطلب من المحكمة احالة الدعوى إلى التحقيق - أن يعيب عليها عدم اتخاذها هذا الاجراء من تلقاء نفسها إذ الأمر فى اتخاذ هذا الاجراء وعدم اتخاذه يكون عندئذ من اطلقاتها ، وما دامت هى لم ترها حاجة إليه فلا معقب عليها فى ذلك ^(٢) .

يقدم طلب التحقيق شفاهة أو كتابة وفى أية حالة كانت عليها

الدعوى :

● يقدم طلب التحقيق أما شفاهة بالجلسة ويثبت فى محضرها أو فى طلب مكتوب أو اثناء تقديم أو تبادل المذكرات .

ويجوز تقديم طلب التحقيق فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو فى فترة حجز الدعوى للحكم مع التصريح بتقديم مذكرات ذلك لان التصريح بتقديم مذكرات خلاف فترة حجز الدعوى للحكم يعنى أن باب المرافعة لم يقفل بعد ، والذي يعتبر مقفلا بالفعل عند انتهاء ميعاد تقديم المذكرات .

● ● إذ تبين من الاطلاع على الأوراق أن الطاعنين قدما أمام محكمة الاستئناف فى فترة حجز الدعوى للحكم مذكرة سلمت صورتها لوكيل المطعون عليه الأول تمسكا فيها بطلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات أن بيع الفيلا تم بواسطتهما وإثبات العرف فيما يتعلق بأجر المسرة ، ثم أعيدت الدعوى للمرافعة وتداولت عدة جلسات حضر فيها المطعون عليهما حتى صدر الحكم المطعون فيه ، ومن ثم فقد أصبحت هذه المذكرة ورقة من أوراق الدعوى ، ويكون ما ورد بها من دفاع مطروحا على المحكمة ولما كان الحكم المطعون فيه قد أغفل بحث هذا الدفاع الجوهري والرد عليه واقتصر على الاحالة إلى اسباب الحكم الابتدائى الذى لم يتعرض للدفاع المذكور بل أنه قدر أن الطاعنين لم يطلبوا إثبات دعواهما بأى طريق من طرق الإثبات ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور ^(٣) .

ويجوز تقديم طلب التحقيق لأول مرة أمام محكمة ثانى درجة

شهر أن ذلك لايجوز أمام محكمة النقض :

● يجوز تقديم طلب التحقيق لأول مرة أمام محكمة ثانى درجة حتى ولو كان مقدمه لم يطلبه أمام محكمة أول درجة ، غير أنه إذا كانت محكمة أول درجة قد أمرت باحالة الدعوى إلى التحقيق وأحضر الخصم المكلف بالإثبات شهوده وتقايس خصمه عن احضار شهود النفى فإن هذا

(٢) (نقض ١٩٦٩/٧/٣ الطعن رقم ٣٣١ لسنة ٢٥ ق مج س ٢٠ ص ١١٠١) .

(٣) (نقض ١٩٧٧/١/٣١ مج س ٢٨ ص ٢١٨) .

الآخر لا يجوز له أن يتمسك أمام محكمة ثانية درجة بأحالة الدعوى إلى التحقيق من جديد طالما أن محكمة أول درجة قد اعطته الفرصة من قبل فلم يستغلها .

● ● إنه وإن كان طلب التحقيق بشهادة الشهود جائز تقديمه فى أية حالة تكون عليها الدعوى باعتباره من وسائل الدفاع التى يجوز ابدأؤها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، الا انه متى كانت محكمة أول درجة قد أمرت باجرائه واحضر الخصم المكلف بالإثبات شهوده وتقااس خصمه عن احضار شهود النفى ، فإنه لا على محكمة الاستئناف إذا لم تستجب إلى طلبه احالة الدعوى إلى التحقيق من جديد ، طالما أن محكمة أول درجة قد مكنته من نفي الوقائع المراد إثباتها بالبينة ، لما كان ذلك ، وكان البين من الأوراق أن محكمة أول درجة إذ احالت الدعوى إلى التحقيق لتثبت المطعون عليها وقائع الاضرار المدعاة بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها شهادة الشهود ، وصرحت للطاعن بنفيها بذات الطرق ولكنه تخلف عن حضور اجراءات التحقيق وبالتالي لم يستشهد احدا ، فإنه لا تشرب على محكمة الاستئناف إذا ما التفتت عن طلبه اجراء التحقيق من جديد ، ويكون النعى على الحكم بالاخلاق بحق الدفاع لعدم استجابة المحكمة لهذا الطلب على غير اساس (٤) .

● ● لما كان البين من الأوراق أن محكمة أول درجة احالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات ونفى واقعة التأجير من الباطن ، فإن الفرصة كانت متاحة للطاعنة لتنفى هذه الواقعة ولتثبت أن وضع يدها على عين النزاع يستند إلى سبب قانونى ، وقد تأجلت جلسة التحقيق بناء على طلب وكيلها إلا أنه لم يحضر الجلسة التالية ولم يستشهد بأحد ، فقررت المحكمة إعادة الدعوى إلى المرافعة بعد سماع شهودى المطعون ضده الأول ، ومن ثم لا تشرب على محكمة الاستئناف إذا ما رفضت طلب إجراء التحقيق من جديد ويكون النعى على الحكم بالقصور على غير اساس (٥) .

وجوب التمسك بطلب التحقيق :

● ● إذا كان الطاعن لم يقدم ما يدل على تمسكه بطلب احالة الدعوى إلى التحقيق أو ندب خبير بصفة جازمة ، فإنه لا يقبل منه النعى على الحكم المطعون فيه بالقصور ومخالفة للقانون ، ولما كان الحق المخول لمحكمة الموضوع فى المادة ١٩٠ من قانون المرافعات السابق فى أن تأمر من تلقاء نفسها بالتحقيق ، متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة هو حق جوازى متروك لرأيها ومطلق تقديرها فإن هى لم تر بها حاجة لاحالة الدعوى إلى التحقيق ، فلا معقب لمحكمة النقض عليها فى ذلك (٦) .

(٤) (نقض ١٩٧٩/٤/٢٥ مع ص ٣٠ ع ٢٠ ص ١٩٦) .

(٥) (نقض ١٩٨٣/٣/٢٤ طعن رقم ١٩٢٢ لسنة ٥٢ قضائية)

(٦) (تنقض ١٩٧٠/١٢/١٧ طعن ٢٨٥ لسنة ٣٦ مع ص ٢١ ص ١٢٦٣) .

بمعين أن ينطوى طلب التحقيق على الوقائع المراد تحقيقها :

● بتمعين وفقا لما تقضى به المادة ٦٨ من قانون الإثبات أن يتناول طلب التحقيق بيان الوقائع التي يريد طالب التحقيق إثباتها ، فإذا ما اهدى طلب التحقيق شفاة بالجلسة كان على طالبه أن يثبت بمحضر الجلسة بيان تلك الوقائع وإذا قدم طلب التحقيق بطلب كتابي أو ورد في مذكرة فيتمعين أيضا أن يتناول هذا الطلب أو تلك المذكرة بيان تلك الوقائع المراد إثباتها ، وذلك كله حتى يتسنى للمحكمة عند الفصل في ذلك الطلب أن تتحقق من توافر الشروط التي يتطلبها الأمر للاستجابة إلى هذا الطلب .

ولا يلزم - وفقا لحكم القانون المصري - أن يتضمن طلب التحقيق بيان أسماء الشهود المراد الاستشهاد بهم .

● ● إذا كان الحكم قد رفض اجابة المستأنف إلى ما طلبه من احالة الدعوى إلى التحقيق قولا بأن الواقعة التي طلب إثباتها لم يحضرها احد من الشهود باقراره في مذكرته المقدمة بالاستئناف وكان الثابت في صحيفة الاستئناف وفي المذكرة المقدمة بعد المرافعة إلى محكمة الاستئناف انه - على خلاف ما زعم الحكم - قد بين الوقائع التي طلب الاحالة على التحقيق لإثباتها بشهادة الشهود الذي حضروها وكلها وقائع لو ثبتت لتغير بها وجه الحكم في الدعوى ، فإن هذا الحكم يكون قد بنى على تحصيل خاطيء . لما هو ثابت بالأوراق ويكون قد عاره بطلان جوهرى (٧) .

سلطة المحكمة حيال طلب التحقيق :

● تملك محكمة الموضوع التي يعرض عليها طلب الاحالة إلى التحقيق بعد بحث توافر الشروط القانونية فيه أو عدمها سلطة مطلقة في أن تحكم باجابتها أو برفضه كليا أو جزئيا ، وليس على المحكمة أن تسبب قضاها باجابة طلب الاحالة إلى التحقيق ، ومن المقرر في قضاء محكمة النقض أن احالة الدعوى إلى التحقيق ليس حقا للخصوم في كل حالة ، وإنما هو حق للمحكمة ولها رفض ما يطلبه الخصوم في شأنه ، إذا رأت انتفاء الداعي إلى التحقيق بسبب وجود ادلة أخرى في الدعوى تكفي لتكوين اقتناعها ، ويجب عليها في هذه الحالة أن تبين سبب الرفض ، ويجوز أن يكون رفضها اياه ضمنا متى كان يبين من حكمها انها رأت في ظروف الدعوى والادلة القائمة فيها ما يكفي لتكوين عقديتها ، أما إذا خلا الحكم عما يصلح ردا ولو ضمنا على طلب الخصم الاحالة إلى التحقيق لإثبات دفاعه ، فإنه يكون مشروها بالقصور (٨) .

(٧) (نقض ١٩٤٨/١/٨ طعن ١١٦ لسنة ١٦ قضائية) .

(٨) (اصول الإثبات واجراءاته للدكتور سليمان مرقص الجزء الثاني ص ٢٢ وما بعدها) .

● ● محكمة الموضوع ليست ملزمة باجابة طلب الاحالة إلى التحقيق ما دامت قد وجدت في الدعوى من الأدلة ما يكفى لتكوين اعتقادها ولا يعيب المحكمة اعتمادها على اقوال شهود سمعوا في غير مجلس القضاء لان المرجع في تقدير تلك الأحوال كقرينة قضائية هو اقتناع قاضى الموضوع على أن المجادلة في هذا الخصوص تتعلق بتقدير الدليل في الدعوى مما تستقل به محكمة الموضوع^(٩).

● ● إجراء التحقيق لإثبات وقائع يجوز إثباتها بالبينة - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ليس حقا للخصوم تتحتم اجابتهم إليه في كل حالة ، بل هو أمر متروك لمحكمة الموضوع ترفض الإجابة إليه متى رأت بما لها من سلطة التقدير أن لا حاجة بها إليه أو أنه غير مجد بالنظر إلى ظروف الدعوى وما هو ثابت فيها من الأدلة والوقائع التى تكفى لتكوين عقيدتها وبحسبها أن تبين في حكمها الاسباب التى اعتمدت عليها في رفض هذا الطلب ، وللمحكمة أن ترفض طلب التحقيق الذى يطلب منها كلما رأت انها ليست في حاجة إليه ، ولقاضى الموضوع السلطة التامة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديمها صحيحا وفي موازنة بعضها ببعض الآخر وترجيح ما تطمئن نفسه إلى ترجيحه منها وفي استخلاص ما يرى انه واقعة الدعوى^(١٠).

وبجوز للمحكمة في رفضها لطلب التحقيق أن تعول على نتيجة تحقيق اجراء خبير في الدعوى :

● ● يحق للمحكمة رفض طلب الطاعن احالة الدعوى إلى التحقيق لسماح شهوده طالما أن من حقا في حدود سلطتها الموضوعية وفي سبيل تكوين عقيدتها في الدعوى أن تعول على نتيجة التحقيق الذى اجراء الخبير^(١١).

وفي حالة رفض طلب التحقيق فيتعين أن يرد بالحكم صراحة أو ضمنا ما يصلح لقيام سبب الرفض :

● ● إذا كان مؤدى نص المادة ٣/١٧٣ من القانون المدنى أن مسئولية متولى الرقابة عن الاعمال غير المشروعة التى تقع من تجب عليه رقابتهم هي مسئولية ، ميناها خطأ مفترض افتراضا قابلا لإثبات العكس ومن ثم يستطيع متولى الرقابة أن ينفي هذا الخطأ عن نفسه بأن يثبت بأنه قام بواجب الرقابة بما ينبغى من العناية وأنه اتخذ الاحتياطات المعقولة ليمنع من نيبت به رقابته من

(٩) (نقض ١٩٥٧/٢/٢٨ مج ٨ ص ١٧٦).

(١٠) (نقض ١٩٦٦/٦/٢٣ مج ١٧ ص ٦٦٦).

(١١) (نقض ١٩٧٠/٦/٩ طعن ١٢٩ لسنة ٣٦ ق مج ٢١ ص ١٠١٥).

الإضرار بالغير وأنه بوجه عام لم يمس. تربيته فإن فعل انتفى الخطأ المفترض في جانبه وارتفعت عنه المسؤولية كما يستطيع أيضا أن ينفي مسؤوليته بنفي علاقة السببية بإثبات أن الضرر كان محال واقعا ولو قام بما يفرضه عليه القانون من واجب الرقابة بما ينهى من العناية ، وإذ كان الثابت من الأوراق أن الطاعن تمسك أمام محكمة الاستئناف بنفي مسؤوليته عن الفعل الضار الذى وقع من ابنه القاصر مؤسسا ذلك على أنه لم يقصر فى واجب الرقابة المفروض عليه بما ينهى من العناية وأنه لم يمس. تربيته ، فضلا عن تمسكه بنفي علاقة السببية بين الخطأ المفترض فى جانبه وبين الضرر الذى أحدثه الفعل على أساس أن الفعل الذى سببه الضرر كان مفاجأة من شأنها أن تجعل وقوع الضرر مؤكدا حتى ولو لم يهمل فى واجب الرقابة بما ينهى من حرص وعناية وطلب احالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات دفاعه ، وكان هذا الدفاع جوهرها قد يتغير به - إن صح - وجه الرأى فى الدعوى فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يعم بالرد عليه يكون معيبا بالقصور (١٢).

حق المحكمة فى الإحالة إلى التحقيق من تلقاء نفسها :

● يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر باحالة الدعوى إلى التحقيق - دون طلب من الخصوم - إذا رأت أن واقعة متنازعا عليها وما يجوز إثباتها بشهادة الشهود يتوقف عليها الفصل فى الدعوى وعلى ذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠ من قانون الإثبات .

● ● للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالتحقيق فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود متى رأت فى ذلك فائدة للتحقيق - فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاء باحالة الدعوى إلى التحقيق على ما أورده فى أسبابه من أن المطعون عليها ذهبت فى دفاعها أمام محكمة الاستئناف إلى أنها رزقت بالصغير (من الطاعن) ثمرة زواج عرفى سابق لعقد الزواج الرسمى وما هذا العقد الأخير إلا اظهار للعقد العرفى بدليل ما ورد فى وثيقة الزواج الرسمى من انها بكر حكما وهذا القول منها محل نظر وانتهت المحكمة من سباق دفاع الطرفين إلى أنها ترى من ظروف الدعوى وملابساتها احالة الدعوى إلى التحقيق لاستظهار وجه الحق فى هذا الدفاع الذى يتصل بواقعة الدعوى ومن شأنه لو صح أن يتغير به وجه الرأى فيها (١٣).

مجال استعمال المحكمة لحقها فى احالة الدعوى إلى التحقيق :

● لا يجوز للمحكمة ان تستعمل رخصة احالة الدعوى إلى التحقيق من تلقاء نفسها إلا إذا كان هناك دليل ناقص فى أوراق الدعوى ذلك لانه إن كانت الدعوى خالية من أى دليل فإن المحكمة

(١٢) (نقض ١٩٧٧/١٢/١٥ طعن ٤٢٠ لسنة ٤٤ ق مع س ٢٨ من ١٨١٥).

(١٣) (نقض ١٩٦٢/١١/٢١ طعن ٢٥ لسنة ٢٠ ق مع س ١٢ من ١٠٤٦).

لا تتولى إثبات الدعوى حيث تكون هذه الدعوى خالية من كل دليل .
كذلك لا يجوز للمحكمة الالتجاء إلى الرخصة إذا كانت أوراق الدعوى تنطوي على دليل
كامل من الأدلة الملزمة كالكتابة أو ما يقوم مقامها من اقرار أو يمين .
وإذن فمجال استعمال رخصة قيام المحكمة باحالة الدعوى إلى التحقيق من تلقاء نفسها تكون
حالة ما إذا كان بالدعوى دليل ناقص أو شبه دليل لا تكفى به المحكمة فترى نظرا لظروف الدعوى
الالتجاء إلى التحقيق لتكملة هذا الدليل الناقص أو لدحضه بشهادة الشهود .

ثانيا : حكم التحقيق - إعلانه - وتنفيذه أو العدول عنه المواد ٥ و ٦ و ٩ و ٦٩ و ٧١ و ٧٢ (إثبات)

نصوص القانون :

- مادة ٥ : الاحكام الصادرة باجراءات الإثبات لايلزم تسببها ما لم تتضمن قضاء قطعيا .
ويجب إعلان منطوق هذه الأحكام إلى من لم يحضر جلسة النطق به ، وكذلك يجب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ اجراء الإثبات وإلا كان العمل باطلا .
ويكون الإعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين .
- مادة ٦ : كلما استلزم اتمام الاجراء أكثر من جلسة ، أو أكثر من يوم ، ذكر في المحضر اليوم أو الساعة اللذان يحصل التأجيل إليهما ، ولا محل لاختار من يكون غائبا بهذا التأجيل .
- مادة ٩ : للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من اجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ويجوز لها الا تأخذ بنتيجة الاجراء بشرط أن تبين اسباب ذلك فى حكمها .
- مادة ٦٩ : الإذن لأحد المحصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق .
- مادة ٧١ : يجب أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها وإلا كان باطلا ، ويبين كذلك فى الحكم اليوم الذى يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذى يجب أن يتم فيه .
- مادة ٧٢ : يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها - عند الاقتضاء - أن تندب أحد قضائها لاجرائه .

النصوص العربية المقابلة :

- القانون السودانى : المادتان ٥٨ و ٧١
القانون البحرينى : مادة ١٠٥
القانون العراقى : مادة ٨٠
القانون اللبناني : مادة ٢٥٤ و ٢٥٥
القانون التونسى : مادة ٤٣

آراء الشراح وأحكام القضاء :

يعتبر أن منطوق الحكم الصادر بالاحالة إلى التحقيق على بيان للوقائع المأذون بإثباتها :

● يصدر الإذن بالإثبات بشهادة الشهود بحكم من المحكمة يبين في منطوقه كل واقعة من الوقائع المأذون بإثباتها بشهادة الشهود وذلك حتى يتحدد إطار التحقيق ولا تخرج الشهادة عن نطاق الواقعة المحددة بحكم الإثبات ، وحتى يعرف كل خصم ما هو مكلف بإثباته أو نفيه .

● ● البطلان الناشئ عن عدم بيان الوقائع المأمور بإثباتها في منطوق الحكم الصادر بالاحالة إلى التحقيق وهو بطلان لا يتعلق بالنظام العام ويزول إذا ما سكت الخصم عن التمسك به أمام محكمة الموضوع ولا يقدح في ذلك أن يكون خصمه قد تمسك بهذا البطلان^(١٤) .

● ● النص في المادة ٧١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه يجب أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها وإلا كان باطلا - يدل وعلى ما جاء بالمذكرة التفسيرية لقانون المرافعات الملقى على أن الإثبات بشهادة الشهود يقوم على ركنين تعلق الوقائع المراد إثباتها بالدعوى وكونها منتجة فيها ، ومقتضى هذا أن تكون تلك الوقائع مبينة بالدقة والضبط لينحصر فيها التحقيق وليعلم كل طرف ما هو مكلف بإثباته أو نفيه فإذا استخلصت المحكمة من أقوال الشهود الذين سمعتهم دليلا على ثبوت أو نفي لم يتناولها منطوق حكم التحقيق وتمسك الخصم ببطلان هذا الدليل فإن استخلاصها هذا يكون مخالفا للقانون إذ أنها انتزعت من التحقيق دليلا على خصم لم تمكنه من إثبات عكسه^(١٥) .

يجوز أن يرد بيان الوقائع المأذون بإثباتها في أسباب الحكم إذا صدر حكم التحقيق مسببا .

● الأصل - وفقا لنص المادة الخامسة من قانون الإثبات أنه ليس بلامر تسبب الحكم الصادر بالاحالة إلى التحقيق ما لم يتضمن قضاء قطعيا ، فإذا ما تضمن الحكم الصادر بالاحالة إلى التحقيق قضاء قطعيا وجب بالتالي تسبب الحكم أو إذا صدر الحكم بالاحالة إلى التحقيق ولم ينطوي على قضاء قطعي ومع ذلك تزيد المحكمة - وهو تزيد محمود - وسببت حكم التحقيق فعندئذ يجوز أن يرد بيان الوقائع المأذون بإثباتها في أسباب الحكم أو وقائعه طالما أنه يمكن أن يستفاد من منطوقه أنه اعتمد ما جاء في أسبابه أو وقائعه ، ذلك لان الأسباب هي الأصل والمنطوق نتيجة لها .

(١٤) (نقض ١٩٥٦/٣/١ طعن ٢٧٥ سنة ٢٢ ق مج س ٧ ص ٢٦٦) .

(١٥) (نقض ١٩٨١/٦/٦ طعن رقم ٦٠٩ لسنة ٥٠ قضائية) .

ولا يجوز أن تستمع المحكمة إلى شهود قبل أن تصدر حكما
بالاحالة إلى التحقيق ، ولا أن تعتمد على أقوال شخص يعتبر خصما
في الدعوى :

● إذ استمعت المحكمة إلى شهود قبل أن تصدر حكما بالاحالة إلى التحقيق ثم قضت في
الموضوع بناء على تلك الشهادة كان قضاؤها بذلك باطلا ، ويتوازي مع ذلك اعتماد المحكمة على
أقوال من كان خصما في الدعوى سواء بصفة أصلية أو بادخاله أو تدخله ، ذلك أن القضاء اعتمادا
على ذلك يكون مخالفا لقواعد الإثبات ، إذ لا يجوز الاستشهاد بأحد الخصوم في النزاع ذاته لان
الخصم لا يصح أن يجمع في شخصه بين صفتي الخصومة والشهادة ، فأما أن يكون خصما فيلجأ إلى
سماع أقواله عن طريق الاستجواب بغية استخلاص اقرار منه يعتبر دليلا كاملا عليه - ومع ذلك فإن
هذا الاقرار لا تثبت له الاحجية قاصرة على نحو ما سوف نفضله عند تناول الاقرار - وأما أن يكون
شاهدا تسمع أقواله باعتبارها دليلا على غيره من الخصوم وعندئذ يتعين اخراجه من الدعوى .

بتعيين أن يتضمن حكم التحقيق اليوم الذي يبدأ فيه التحقيق
والأجل الذي يجب أن يتم خلاله

● يجب أن يبين في منطوق الحكم القاضى بالاحالة إلى التحقيق اليوم الذي يبدأ فيه
التحقيق والميعاد الذي يجب أن يتم فيه مع مراعاة ما نصت عليه المادة ٣ من قانون الإثبات من أنه
إذا ندهت المحكمة أحد قضائها لمباشرة اجراء من اجراءات الإثبات وجب عليها أن تحدد أجلا لا يجاوز
ثلاثة أسابيع لمباشرة هذا الاجراء والغرض من ذلك حث القاضى والمتقاضين على المجاز التحقيق الذى
أمرت به المحكمة فى مدة معقولة منعا لاطالة أمد التقاضى إذا ترك التحقيق دون تعيين موعد لهذنه
وآخر للانتهاء منه (١٦) .

يتم احتساب اليوم المقرر لهذه التحقيق ضمن الأجل المضروب
لمباشرة :

● الميعاد الذى تحدده المحكمة لاجراء التحقيق خلاله تطبيقا للمادتين ٧٦ و ٧٥ إثبات
لا علاقة له بمواعيد المرافعات باعتبارها الاجال التى يحددها القانون لمباشرة اجراءاتها ، فاليوم
المقرر لهذه التحقيق ينهض احتسابه ضمن الميعاد لان من الجائز سماع الشهود وإجراء التحقيق فيه
بالبات (١٧) .

(١٦) (اصول الإثبات واجراءاته للدكتور سليمان مرقص الجزء الثانى ص ٢٢ وما بعدها) .

(١٧) (المرجع السابق من ٢٢) .

● ● مفاد ما تقضى به الفقرة الثانية من المادة ٧١ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ من انه يجب أن يبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات اليوم الذى يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذى يجب أنه يتم فيه والمادة ٧٥ منها أنه لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم أن الميعاد الذى تحدده المحكمة لاجراء التحقيق خلاله تطبيقاً لهاتين المادتين لا علاقة له بمواعيد المرافعات باعتبارها الاجال التى يحددها القانون لمباشرة اجراءاتها وإذا وضع من حكم الإثبات الذى أصدرته محكمة أول درجة أن اليوم المقرر لبدء التحقيق هو يوم ٣ من يناير ١٩٧٢ فإن هذا اليوم ينهض احتسابه ضمن الميعاد لان من الجائز سماع الشهود واجراء التحقيق فيه بالذات وتكون نهاية الشهور الثلاثة المحددة لاجراء التحقيق خلالها هو يوم ٢ من ابريل ١٩٧٢ لا اليوم التالى (١٨) .

لا بطلان إذا لم يتضمن حكم التحقيق تعيين ميعاد بده وانتهاء التحقيق :

● لم يرتب القانون على عدم تعيين الميعادين المذكورين فى منطوق الحكم القاضى بالتحقيق بطلانه فيجوز للمحكمة سماع شهود الطرفين بعد انتهاء ميعاده ، ولكن يجوز للخصم ذى المصلحة إذا ابطأت المحكمة أو القاضى المنتدب للتحقيق فى بدئه أن يتظلم من ذلك وأن يطلب إلى المحكمة تحديد هذه المواعيد ، وبخاصة لان المشرع رتب على تحديد هذه المواعيد آثاراً هامة تجعل للخصم مصلحة فى طلب هذا التحديد ، حيث نص فى المادة ٧٥ من قانون الإثبات على أن «لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم» . فأوجد بذلك مصلحة لكل من الخصمين فى تحديد ميعاد التحقيق حتى يتفعل بانقضاء هذا الميعاد باب التحقيق فى وجه خصمه ويمنعه من طلب سماع شهود آخرين بعد ذلك (١٩) .

إذا لم يتضمن حكم التحقيق بيان اجل التحقيق - بدها وانتهاء - حده القاضى المنتدب لاجراء التحقيق :

● إذا لم يكن الحكم الصادر بالاحالة إلى التحقيق متضمناً فى منطوقه بيان الوقت والمكان للذين سيبدأ فيهما مباشرة التحقيق ، تعين أن يحدد القاضى المنتدب ذلك سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب من الخصوم ، وأن يعلن ذلك إلى الطرفين أو إلى خصم طالب التجميل بحسب الأحوال وإلى الشهود مع مراعاة المواعيد التى نص عليها القانون حتى يحصل التحقيق فى مواجهة الخصوم (٢٠) .

(١٨) (نقض ١١/١١/١٩٧٥ طعن رقم ١٣ لسنة ٤٢ قضائية)

(١٩) (المرجع السابق ص ٢٣)

(٢٠) (المرجع السابق ص ٢٥) .

وجوب إعلان الحكم الصادر بالاحالة إلى التحقيق لمن لم يحضر جلسة النطق به :

● رتبت المادة الخامسة من قانون الإثبات في فقرتها الثانية البطلان في حالة عدم إعلان الحكم الصادر باجراء الإثبات لمن لم يحضر من الخصوم جلسة النطق به ، وكذلك رتبت البطلان على عدم إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ اجراء الإثبات .

وقد هدف المشرع من ذلك التحوط به لما يترتب على اجراء الإثبات من نتائج خطيرة غير أن هذا البطلان ، بطلان نسبي يزول بحضور الخصوم الجلسات المحددة لاجراء الإثبات أو النزول عنه صراحة أو ضمنا .

● إذا استبان للمحكمة الاستئنافية أن حكم الإثبات الصادر من محكمة أول درجة لم يتم إعلانه ولحقه حكم قطعي فإنه على المحكمة الاستئنافية أن تبطل الحكم وأن تتصدى للموضوع .

● إذا لم يعلن الحكم الصادر من محكمة أول درجة بالإثبات وتبعه حكم قطعي فإن هذا الحكم الأخير يكون باطلا ويجوز إستئنافه حتى ولو كان قد صدر في حدود النصاب النهائي لمحكمة أول درجة وذلك استنادا إلى أنه بنى على اجراءات باطله ، ويكون على المحكمة الاستئنافية أن تبطل الحكم القطعي الصادر من محكمة أول درجة وأن تتصدى للموضوع دون أن تعيد الدعوى إلى محكمة الدرجة الأولى .

● وعملا بنص الفقرة الثالثة من المادة الخامسة من قانون الإثبات يكون إعلان الأحكام الصادرة بالإثبات بناء على طلب قلم الكتاب وميعاد يومين ... غير أن هذا الميعاد ميعاد تنظيمي لا يترتب على مخالفته البطلان لانه قصد به حث قلم الكتاب على سرعة الإعلان .

● ● البطلان المترتب على عدم إعلان أحد الخصوم بمنطوق الحكم يندب خبير في الدعوى وله وحده التمسك به (٢١) .

● ● البطلان المترتب على عدم إعلان أحد الخصوم بمنطوق الحكم يندب خبير في الدعوى أو على عدم دعوة التمهير له ، لا يتعلق بالنظام العام إنما هو بطلان نسبي فلا يفيد منه إلا الخصم الذي تقرر لمصلحته (٢٢) .

(٢١) (نقض ١٩٦٧/١/٥ طعن ٥ لسنة ٢٢ قضائية) .

(٢٢) (نقض ١٩٨٠/١٢/١١ طعن ٨٧٥ لسنة ٤٤ قضائية) .

تنفيذ حكم التحقيق :

● كلما استلزم اتمام اجراء التحقيق أكثر من جلسة ، أو أكثر من يوم ، ذكر فى المحضر اليوم والساعة اللذان يحصل التأجيل إليهما ، ولا محل لاجراء من يكون غائبا بهذا التأجيل (المادة ٦ من قانون الإثبات) ، طالما انه سبق إعلانه بموعده بدء التحقيق ، إذ يوجب عليه هذا الإعلان متابعة سير التحقيق والعلم بالمواعيد التى تحدد للاستمرار فيه .

● ● تأجيل التحقيق يعتبر بمثابة تكليف لمن يكون حاضرا من الشهود بالحضور لتلك الجلسة إلا إذا اعفته المحكمة من الحضور صراحة^(٢٣) .

لم يرتب القانون البطلان على عدم مراعاة الميعاد المعين لاجراء التحقيق :

● ● لم يرتب القانون البطلان على عدم مراعاة الميعاد المعين لاجراء التحقيق ، وإذا كانت المادة ٧٥ (إثبات) قد نصت على عدم جواز سماع شهود بناء على طلب الخصم بعد انتهاء ميعاد التحقيق ، فإن هذا لا يستتبع بطلان شهادة الشهود الذين يسمعون بعد ذلك بناء على طلب الخصم^(٢٤) .

غير أنه للإلزام على المحكمة للاستجابة للخصم الذى لم يحضر شهوده حتى انتهاء الأجل المضروب لاجراء التحقيق :

● ● إذا طلب الخصم الذى لم يحضر شهوده فى التحقيق حتى انقضاء ميعاده الاحالة إلى التحقيق من جديد ليحضر شهوده ، كانت المحكمة فى حل من رفض طلبه الجديد ومن اعتباره عاجزا عن إثبات دعواه وترتيب حكمها فى الموضوع على ذلك^(٢٥) .

الإذن لاحد الخصوم بإثبات واقعة ما يتضمن - وجوبا - الإذن لخصمه بنفيها :

● الإذن بالإثبات بشهادة الشهود يقتضى دائما الإذن بالنفى بهذا الطريق ذاته - سواء نص حكم الاحالة إلى التحقيق على ذلك أو لم ينص وإن كان الغالب أن تنص الأحكام على ذلك .

● ● متى كان الحكم التمهيدى إذا قضى باحالة الدعوى إلى التحقيق قد أذن للمشتري - المطعون عليه الأول - فى أن يثبت صورية عقد البيع الصادر من نفس البائع - المطعون عليه الثانى - عن ذات العين المبيعة إلى مشتريين آخرين - الطاعنين - كما إذن للبائع فى نفى هذه

(٢٣) (نقض ١٩٦٨/٦/١١ مع س ١٩ ص ١١٢٧) .

(٢٤) (نقض ١٩٧٦/٣/١٠ طعن ٢ لسنة ٤٣ ق مع س ٢٧ ص ٥٩٢) .

(٢٥) (نقض ١٩٧٠/٤/٧ مع س ٢١ ص ٥٨١) .

الصورية ، إلا أنه اغفل النص على الإذن للمشتريين الآخرين في نفيها ، فإن ذلك لا يبطل الحكم ولا يسقط حق هذين المشتريين في نفي صورية عقدهما ذلك لانهما إنما يستندان هذا الحق من القانون وفقا للمادة ١٨١ من قانون المرافعات - السابق - وهي تنص على أنه «إذا اذنت المحكمة لاحد الاخصام بإثبات شيء بالبينة كان للخصم الآخر الحق دائما في إثبات عدم صحة ذلك الشيء بالبينة» ، ومن مقتضى ذلك أن يكون لهما رغم سكوت الحكم التمهيدى عن الإذن لهما في نفي الصورية أن يطلبوا إلى المحكمة عند التحقيق سماع شهودهما إن كان لهما شهود (٢٦) .

لا يجوز للخصم المأذون له بنفى ما أثبته خصمه أن يجاوز ذلك إلى إثبات أو نفي وقائع أخرى غير تلك التى أذن لخصمه إثباتها :

● كلا من الإذن بالإثبات والإذن بالنفى إنما ينصب فقط على الواقعة أو الوقائع التى عينها الحكم وأذن في إثباتها ونفيها ، فلا يجوز للخصم الذى رخص له الإثبات أن يتطرق إلى إثبات وقائع أخرى ، كما يتعين على الخصم الآخر أن يقتصر على نفي الواقعة ذاتها التى رخص لخصمه في إثباتها ، سواء قدم هذا الأخير شهودا عليها أو لم يقدم ، ولا يجوز له أن يتعدى ذلك إلى إثبات أو نفي وقائع أخرى غير التى أبيع لخصمه إثباتها ، ولو كان إثباتها يحو الآثار القانونية المترتبة على الواقعة الأولى ، ويتعين عليه إن اراد شيئا من ذلك أن يتقدم بطلب مستقل لتحقيق هذه الوقائع الأخرى ، وأن تأذن له المحكمة في إثباتها ولخصمه في نفيها طبقا للقواعد سالفة الذكر (٢٧) .

الأصل أن تسمع المحكمة شهود الإثبات وشهود النفي في جلسة واحدة :

● الغالب - بل من المستصوب - أن تسمع المحكمة شهود الإثبات وشهود النفي في جلسة واحدة ، ولكن إذا اقتضت الظروف أن تسمع المحكمة شهود النفي في جلسة أخرى غير الجلسة التى سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم في الجلسة ذاتها مانع فإن ذلك لا يكون سببا لبطلان التحقيق .

● ● النص في الفقرة الأولى من المادة ٧٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أن يستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفي في الميعاد ويجرى سماع شهود النفي في الجلسة ذاتها التى سمع فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع يدل على أنه وإن كان الأصل سماع شهود النفي في نفس الجلسة التى سمع فيها شهود الإثبات إلا أن هذا ليس أمرا حتميا

(٢٦) (نقض ١١/٢١/١٩٥٠ طعن رقم ٣٣ لسنة ١٩ قضائية) .

(٢٧) (أصول الإثبات وإجراءاته للدكتور سليمان مرقص الجزء الثانى ص ٣٩ وما بعدها) .

يترتب على مخالفته البطلان ، بل ترك المشرع تنظيمه للمحكمة التي تتولى إجراء التحقيق فلها أن ترجىء سماع شهود النفى إلى جلسة أخرى غير التي سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم فى نفس الجلسة مانع وتقدير المانع يدخل فى نطاق سلطة محكمة الموضوع بلا معقب ، لما كان ذلك وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه تصدى للرد على دفع الطاعنات ببطلان التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة لمخالفة نص المادة ٧٣ من قانون الإثبات فإنه بان أن سماع الشهود إثباتا ونفيا فى جلسة واحدة يكون عند عدم قيام المانع الذى يحول دون ذلك وقد ثبت قيامه لدى تلك المحكمة التى لم تسمع شهود النفى فى ذات جلسة سماعها شهود الإثبات لعذر قهرى تعذر معه على المطعون ضده إعلاتهم ، ومن ثم يكون الحكم فى رده على الدفع ببطلان التحقيق قد أصاب صحيح القانون ويضحي النعى الذى تشير الطاعنات على غير اساس (٢٨) .

للمحكمة أن تعدل عن حكم التحقيق - ولا تنفذه - بشرط أن تبين أسباب ذلك فى حكمها الموضوعى :

● اشترطت المادة التاسعة من قانون الإثبات على المحكمة إذا عدلت عن اجراء الإثبات أو لم تأخذ بنتيجته فإنه يجب عليها أن تبين أسباب ذلك فى حكمها لانها فى الحالة الأولى قد أكسبت من صدر الحكم لصالحه حق الإثبات فلا يصح العدول عن ذلك إلا باهداء اسبابه ليقنع من صدر الحكم لصالحه أن العدول اقيم على أسباب سليمة وكذلك فى الحالة الثانية وهى عدم الأخذ بنتيجته من باب أولى ولا يخفى أن العدول عن اجراء الإثبات أو عدم الأخذ بنتيجته قد يكون سببه أدلة قوية تقتضى ذلك كأوراق أو مستندات وقد يكون العدول عن الاجراء لمصلحة صاحب الحق فيه إذا أغنت تلك الأدلة عنه ، وهنا تكون الاسباب لاقتناع الخصم الآخر الذى له حق النفى وجاء فى نص المادة التاسعة أن اسباب العدول عن الاجراء تبين فى المحضر واسباب العدول عن النتيجة تبين فى الحكم (٢٩) .

ولا يلزم صدور حكم بالعدول عن حكم التحقيق :

● ويؤخذ من عبارة المادة التاسعة من قانون الإثبات التى أقرت حق المحكمة فى أن تعدل عما أمرت به من اجراءات الإثبات بشرط ان تبين أسباب العدول بالمحضر أى محضر الجلسة أنه لا يلزم صدور حكم من المحكمة بالعدول عما حكمت به من الاحالة على التحقيق أو أمرت به من اجراءات الإثبات وإنما يكفى أن تقرر المحكمة العدول عن ذلك وأن يثبت هذا العدول مسببا فى محضر الجلسة،

(٢٨) (نقض ١٩٨٨/١١/٢٤ طعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥٥ قضائية) .

(٢٩) (قانون الإثبات للمستشار مصطفى هرجة طبعة ١٩٨٦ ص ١٣٣) .

ويترتب على ذلك أن عدول المحكمة في هذه الحالة لا يقبل الطعن بأى طريق وإنما يكون للخصوم عند الطعن في الحكم الصادر في الدعوى أن يعيبروا المحكمة عدم تسببها لذلك العدول أو اضطراب هذا التسبب أو عدم كفايته مما قد يفيدهم في الدفاع عن وجهة نظرهم ، ويلاحظ أن حق المحكمة في العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات قاصر على هذه الحقوق فلا يتمدى إلى ما قد تكون المحكمة قد أصدرته من أحكام باتخاذ إجراءات الإثبات إذا كانت هذه الأحكام قد تضمنت قضاء قطعيًا في مسألة تتعلق بجواز الإثبات أو عدم جوازه ، فإذا كانت المحكمة في حكمها بالاحالة على التحقيق قد فصلت في أن للدعى الحق في إثبات دعواه بشهادة الشهود فإنها لا تملك بعد ذلك العدول عن هذا الحكم لانه لا يقتصر على اتخاذ إجراءات إثبات وإنما يتضمن فضلًا عن ذلك حكمًا قطعيًا في جواز أو عدم جواز الإثبات بهذا الطريق وكذلك اجازت المادة حق اطراح نتيجة الإثبات إذا لم ترتجح إلى ما شهد به الشهود أو انتهى إليه الخبير ولها أن تتلمس طريقًا آخر لتكوين عقيدتها وبحسب الخصوم ضمانته أن القانون قد اشترط لاطراح نتيجة الاجراء أن تبين المحكمة في حكمها الأسباب التي دعته إلى ذلك ليفتح لهم بذلك سبيل مناقشة هذه الأسباب إذا ما طعنوا في الحكم الصادر في الدعوى بطريق الطعن الذي يقبله (٣٠) .

جزءا عدم بيان أسباب العدول عن اجراء التحقيق بمحضر الجلسة :

● قيل بأن المشرع أوجب على المحكمة أن تذكر اسباب عدولها عن تنفيذ ما أمرت به من اجراءات الإثبات واسباب عدم الأخذ بنتيجة الإجراء على أن تذكر الأسباب في الحالة الأولى في المحضر وفي الحالة الثانية تذكر في الحكم إذ يجب أن تناقش أسباب الحكم النتائج المستخلصة من التحقيقات ومن المستندات والأدلة المقدمة في الدعوى ويخضع قضاء المحكمة في هذا الصدد لرقابة محكمة النقض فإن هي أهملت ذكر الأسباب في أى حالة من الحالتين السابقتين كان الحكم قابلا للطعن بالنقض ويصبح الحكم في الموضوع في الحالة الأولى باطلا لئناته على حكم صادر قبله لم يسبب إذ القانون يستلزم تسبب الحكم الخاص بالإثبات عندما تعدل المحكمة عن إجراءات سابقة وترتب على عدم التسبب هنا البطلان ويستتبع البطلان هنا بطلان الحكم الصادر في الموضوع بناء عليه كنتيجة له أما في الحالة الثانية فيكون الحكم في الموضوع باطلا لقصور اسبابه لكن لمحكمة الموضوع أن تقدر ظروف الدعوى كما تشاء دون رقابة عليها من محكمة النقض كما أن تقدير الدليل لهُ من المسائل التي تستقل محكمة الموضوع بها متى كان ذلك باسباب سائفة (٣١) .

(٣٠) (المرجع السابق صفحة ١٣٢ وما بعدها) .

(٣١) (البيان في شرح قانون الإثبات للأستاذين صلاح حمدي وإيبي حليم ص ٤٤ وما بعدها) .

غير أن محكمة النقض استقرت على رأى آخر - لا يبطل العدول عن اجراء التحقيق إذا لم يبين سببه بمحضر الجلسة :

● ● مؤدى نص المادة التاسعة من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن حكم الإثبات لا يحوز قوة الأمر المقضى طالما قد خلت أسبابه من حسم مسألة أولية متنازع عليها بين الخصوم وصدر بالبناء عليها حكم الإثبات ومن ثم يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات إذا ما وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فى موضوع النزاع كما لها الا تأخذ بنتيجة الإجراء بعد تنفيذه والمشرع وإن تطلب فى النص المشار إليه بيان اسباب العدول عن اجراءات الإثبات فى محضر الجلسة وبيان اسباب عدم الأخذ بنتيجة اجراء الإثبات - الذى تنفذ - فى اسباب الحكم إلا أنه لم يرتب جزاء معيناً على مخالفة ذلك فجاء النص فى هذا الشأن تنظيمياً لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة الاستئناف وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها لحسم النزاع دون حاجة إلى تنفيذ حكم الاستجواب وكان هذا منها عدولاً ضمناً عن تنفيذه فلا يعيب الحكم عدم الافصاح صراحة فى محضر الجلسة أو فى مدوناته عن اسباب هذا العدول (٢٢) .

● ● النص فى المادة التاسعة من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أن « للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من اجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ويجوز لها الا تأخذ بنتيجة الاجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك فى حكمها » يدل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة على أن حكم الإثبات لا يحوز قوة الأمر المقضى طالما خلت أسبابه من حسم مسألة أولية متنازع عليها بين الخصوم وصدر بالبناء عليها حكم الإثبات ومن ثم يجوز للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات إذا ما وجدت فى أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فى موضوع النزاع كما لها الا تأخذ بنتيجة الإجراء بعد تنفيذه . والمشرع وإن تطلب فى النص المشار إليه بيان أسباب العدول عن اجراء الإثبات فى محضر الجلسة وبيان أسباب عدم الأخذ بنتيجة اجراء الإثبات - الذى تنفذ - فى أسباب الحكم إلا أنه لم يرتب جزاء معيناً على مخالفة ذلك فجاء النص فى هذا الشأن تنظيمياً (٢٣) .

(٢٢) (نقض ١٩٧٩/١٠/٢٩ طعن ٧٥ لسنة ٤٦ ق مع س ٢٠ ع ٣ ص ١٠) .

(٢٣) (نقض ١٩٨٢/٦/٦ طعن ٩٠٩ لسنة ٤٧ قضائية) .

اجازة العدول عن الحكم باجراء التحقيق مقيد بالا يكون الحكم

قد تضمن قضاء قطعيا فى مسألة تتعلق بجواز الإثبات أو عدمه :

● إذا كانت المحكمة قد فصلت فى حكمها الذى أمرت فيه بالاحالة إلى التحقيق فى أمر

جواز إثبات الواقعة موضوع التحقيق بالبينة فإنها لا تملك العدول عن هذا الحكم لانه لم يقتصر على الأمر باجراء التحقيق فحسب ، بل تضمن فوق ذلك قضاء قطعيا بجواز الإثبات بهذا الطريق .

● ● ومثال ذلك ما قضت به محكمة النقض من انه «إذا فصلت المحكمة فى اسباب

حكمها القاضى بالاستجواب فى تكييف العقد بأنه وصية ، لم يجز لها العدول عن حكم الاستجواب المبني على هذا التكييف» (٣٤) .

● ● الحكم الصادر قبل الفصل فى الموضوع لا يقيد المحكمة عند الفصل فى الموضوع إلا

أن يكون قد تضمن قضاء قطعيا فإن المحكمة تكون عقيدتها من مجموع الوقائع والأدلة وواجهة الدفاع المقدمة إليها تقديمًا صحيحًا ، وكان يبين من الحكم الصادر باحالة الدعوى إلى التحقيق أن المحكمة لم تفصل فى الموضوع أو فى شق منه أو قالت كلمتها قاطعة فى شأن عدم كفاية الأدلة المقدمة للإثبات بعد استعراض تلك الأدلة أو مناقشتها فلا تكون قد استنفذت ولايتها فى هذا الشأن ويكون لها أن تحكم فى الموضوع من مجموع الأدلة التى طرحت عليها طرعا صحيحا ، لما كان ذلك وكانت المادة التاسعة من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ تنص على أن للمحكمة أن تتعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين اسباب العدول بالمحضر وذلك حتى لا يلزم القاضى بتنفيذ اجراء لم يعد يرى ضرورة له ما دام غير مقيد فى حكمه فى الموضوع بما يسفر عنه هذا الاجراء ، وكان المطعون عليهم كما ورد بالحكم قد تنازلوا عن حكم التحقيق فإن النعى على الحكم بالخطأ فى تطبيق القانون والتناقض يكون على غير اساس (٣٥) .

(٣٤) (نقض ١٢/١٢/١٩٧٩ طعن ٦٨٧ لسنة ٤٦ قضائية) .

(٣٥) (نقض ٦/٢٢/١٩٧٨ طعن ٨٩٥ لسنة ٤٤ ق مع ص ٢٩ ص ١٥٢٠) .

ثالثا : اجراءات التحقيق

المواد ٧٢ و ٧٣ و ٧٦ و ٧٧ و ٧٨ و ٧٩ و ٨٤
و ٨٥ و ٨٦ و ٨٧ و ٨٩ و ٩٢ (إثبات)

نصوص القانون :

مادة ٧٢ : يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها - عند الاقتضاء - أن تندب أحد قضاؤها لاجرائه .

مادة ٧٣ : يستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفي في الميعاد ورجبى سماع شهود النفي في الجلسة ذاتها التي سمع فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع .
وإذا أجل التحقيق بجلسة أخرى كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضرا من الشهود بالحضور في تلك الجلسة إلا إذا اعفتهم المحكمة أو القاضى صراحة من الحضور .

مادة ٧٦ : إذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه بالحضور في الجلسة المحددة قررت المحكمة أو القاضى المنتدب الزامه باحضاره أو بتكليفه لحضور جلسة أخرى مادام الميعاد المحدد للتحقيق لم ينتقض فإذا لم يفعل سقط الحق في الاستشهاد به .
ولا يخل هذا بأى جزء اخر يرتبه القانون على هذا التأخير .

مادة ٧٧ : إذا رفض الشهود الحضور إجابة دعوة الخصم أو المحكمة وجب على الخصم أو قلم الكتاب حسب الأحوال تكليفهم الحضور لأداء الشهادة قبل التاريخ المعين لسماعهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد المسافة .

ويجوز في أحوال الاستعجال نقص هذا الميعاد وتكليف الشاهد الحضور بهرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة أو القاضى المنتدب .

هذه المادة تقابل المادة ١٩٨ من قانون المرافعات القديم ونصها :

إذا رفض الشهود الحضور إجابة لدعوة الخصم وجب عليه (تكليفهم) الحضور لأداء الشهادة قبل التاريخ المحدد لسماعهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد المسافة .

ويجوز في أحوال الاستعجال نقص هذا الميعاد وتكليف الشاهد الحضور بهرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة أو القاضى المنتدب .

مادة ٧٨ : إذا كلف الشاهد الحضور تكليفا صحيحا ولم يحضر حكمت عليه المحكمة أو القاضى المنتدب بغرامة مقدارها مائتا قرش وثبت الحكم فى المحضر ولا يكون قابلا للطعن ، وفى أحوال الاستعجال الشديد يجوز أن تصدر المحكمة أو القاضى أمرا باحضار الشاهد .

وفى غير هذه الأحوال يؤمر بإعادة تكليف الشاهد الحضور إذا كان لذلك مقتضى وتكون عليه مصروفات ذلك التكليف ، فإذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة ويجوز للمحكمة أو القاضى اصدار أمر باحضاره .

مادة ٧٩ : يجوز للمحكمة أو للقاضى المنتدب اقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر وأهدى عذرا مقبولا .

مادة ٨٤ : يؤذى كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقى الشهود الذين لم تسمع شهادتهم .

مادة ٨٥ : على الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وأن يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها إن كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم ويبين كذلك إن كان يعمل عند احدهم .

مادة ٨٦ : على الشاهد أن يحلف يمينا بأن يقول الحق والا يقول إلا الحق والا كانت شهادته باطلة ، ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته ان طلب ذلك .

مادة ٨٧ : يكون توجيه الأسئلة إلى الشاهد من المحكمة أو القاضى المنتدب . ويجب الشاهد أولا عن أسئلة الخصم الذى استشهد به ثم عن أسئلة الخصم الآخر دون أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة .

مادة ٨٩ : لرئيس الجلسة أو لاي من اعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه من الأسئلة مفيدا فى كشف الحقيقة .

مادة ٩٢ : تقدر مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم بناء على طلبهم ويعطى الشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذى استدعاه .

النصوص العربية المقابلة

القانون السوري	: المواد ٢٩ و ٧٣ و ٧٤ و ٧٥ و ٧٦ و ٧٧ و ٧٩ و ٨٣
القانون اللبناني	: المواد ٢٦٠ و ٢٧٤ و ٢٧٧ و ٢٧٨ و ٢٧٩ و ٢٨٠ و ٢٨٢ و ٢٨٤ و ٢٨٥ و ٢٨٦ .
القانون الكويتي	: المواد ١٠٤ و ١٠٥ و ١٠٧ و ١٠٩
القانون العراقي	: المواد ١١٧ و ١١٩ و ١٢١
القانون البحريني	: المواد ١٠٦ و ١٠٧ و ١٠٨ و ١٠٩ و ١١٢ و ١١٥ و ١١٩ .
القانون التونسي	: مادة ٤٦

آراء الشراح وأحكام القضاء :

يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها عند الاقتضاء أن تندب أحد قضاائها لاجرائه :

● الأصل في التحقيق أن يتم أمام المحكمة التي قضت به وهي تنظر النزاع الأصلي الذي طلب فيه التحقيق بصفة فرعية .

● غير أنه إذا كان هذا الأصل سهل التنفيذ في المحاكم الجزئية فإن تنفيذه بالنسبة للمحاكم الابتدائية والتي تكون من ثلاث قضاة يكون غير عملي لان جلوس جميع القضاة للتحقيق في كل قضية قد يؤدي إلى الحد من عدد القضايا التي تستطيع المحكمة أن تفصل فيها ، ومن أجل ذلك أجاز المشرع للمحكمة أن تندب أحد قضاائها لاجراء التحقيق حتى يتسنى لهاقى القضاة اجراء التحقيق في قضايا أخرى .

لاتعد الشهادة في غير مجلس القضاء شهادة بالمعنى المقصود في قانون الإثبات :

● لاعبرة بالشهادة التي قد تؤدى خارج مجلس القضاء ولو كان تأديتها أمام خبير نديته المحكمة لأداء مهمة تتعلق بالنزاع الأصلي الذي تنظره المحكمة ، وإن كان يمكن الأخذ بها باعتبارها من القرائن القضائية ، ويستوى الأمر بالنسبة لما قد يقدمه الخصوم من اقرارات بنسوب صدورهما لشهود لم يستطيعوا الحضور أمام مجلس القضاء ، فإنها وأيضا إن أخذ بها فلا يعول عليها إلا باعتبارها من القرائن القضائية .

● التحقيق الذى يصح اتخاذه سندا أساسيا للحكم ، إنما هو الذى يجرى وفقا للأحكام التى رسمها القانون لشهادة الشهود فى المادة ١٨٩ وما بعدها من قانون المرافعات السابق المقابلة للمادة ٦٨ وما بعدها من قانون الإثبات - تلك الأحكام التى تقضى بأن التحقيق يحصل أمام المحكمة ذاتها أو بمعرفة قاضٍ تندبه لذلك ، وتوجب أن يحلف الشاهد اليمين إلى غير ذلك من الضمانات المختلفة التى تكفل سير التحقيق توصلا إلى الحقيقة ، أما ما يجريه الحبير من سماع الشهود ولو أنه يكون بناء على ترخيص من المحكمة لا يعد تحقيقا بالمعنى المقصود إذ هو مجرد إجراء ليس الغرض منه إلا أن يستهدى به الحبير فى أداء مهمته (٣٦) .

الحالة التى يجوز فيها نذب قاضٍ من غير قضاة المحكمة لإجراء تحقيق بصفة فرعية :

● يحتاج الأمر إلى نذب قاضٍ من غير قضاة المحكمة المنظورة أمامها الدعوى لإجراء التحقيق المأمور به إذا كان الشهود مقيمين فى بلد بعيد عن البلد الذى فيه مقر تلك المحكمة ، فيجوز لطالب التحقيق أن يطلب من المحكمة أن تنذب لإجرائه قاضى المحكمة الجزئية التى يقيم فى دائرتها الشهود وإذا كان الشهود أو أحدهم مقيمين فى بلد أجنبى ، جاز طلب نذب قاضٍ من ذلك البلد الاجنبى لإجراء التحقيق عن طريق الاتابة القضائية ، والغالب أن تنظم هذه الاتابة معاهدات دولية تبين شروطها وإجراءاتها .

جواز انتقال المحكمة أو القاضى المنتدب لإجراء التحقيق خارج مقر المحكمة :

● قد يحتاج الأمر إلى انتقال المحكمة نفسها أو القاضى الذى ندبته لإجراء التحقيق إلى خارج مقرها لسماع الشهود إما فى محل النزاع حيث يرى أن فى ذلك مصلحة لإظهار الحقيقة ، وإما فى محل إقامة شاهد معين يمنعه من الحضور أمام المحكمة عنده مقبول كمرض أو كبر سنه ، فتنتقل المحكمة أو القاضى المنتدب بصحبة كاتب التحقيق لسماع أقوال الشهود فى محل النزاع أو فى محال إقامتهم بحضور الخصوم (٣٧) .

(٣٦) (نقض ١٩٧٣/١١/٢٠ طعن ١٩٩ لسنة ٢٨ ق مع ص ٢٤ ص ١١١٤) .

(٣٧) (أصول الإثبات وإجراءاته للدكتور سليمان مرصص الجزء الثانى ص ٤٥) .

دعوة الشهود للحضور لأداء الشهادة :

● يحضر الشهود في اليوم المحدد للجلسة ، إما بناء على دعوة الخصوم لهم أو بناء على إعلان من المحكمة قبل التاريخ المعين لسماعهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد المسافة ويجوز في احوال الاستعجال نقص هذا الميعاد وتكليف الشاهد الحضور ببرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة ، أو من القاضى المنتدب ، وإذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكفله بالحضور في الجلسة المحددة ، قررت المحكمة أو القاضى المنتدب الزامه باحضاره ، أو بتكليفه بالحضور لجلسة أخرى مادام الميعاد المحدد لاتمام التحقيق لم ينقض ، فإن لم يفعل سقط الحق في الاستشهاد به .

حالة تخلف الشاهد عن الحضور أو امتناعه عن أداء الشهادة أو

حلف اليمين :

● إذا كلف الشاهد بالحضور تكليفا صحيحا ، ولم يحضر ، حكمت عليه المحكمة أو القاضى المنتدب للتحقيق حكما غير قابل للطعن بغرامة مقدارها مائتا قرش ويشبث الحكم فى المحضر وتأمّر المحكمة أو القاضى باعادة تكليف الشاهد بالحضور إذا كان لذلك مقتضى ، وتكون عليه مصروفات التكليف ، فإذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامة ، ويجوز للمحكمة أو القاضى اصدار أمره باحضاره ، سواء بعد تخلفه عن الحضور أول مرة ، أم عند تخلفه للمرة الثانية .

وتقرر المادة ٧٩ انه يجوز للمحكمة أو القاضى المنتدب اقالة الشاهد من الغرامة المحكوم بها عليه ، إذا حضر وأهدى عذرا مقبولا .

وإذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانونى عن أداء اليمين أو الاجابة ، حكم عليه بغرامة لاتجاوز عشرة جنيهات ، ويكون الحكم غير قابل للطعن ..

كيفية أداء الشهادة :

● فى اليوم المحدد للتحقيق يحضر الشهود ويقومون بأداء الشهادة أمام المحكمة أو القاضى المنتدب ، ويجب على الشاهد قبل أن يبدأ شهادته ، أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه ، وأن يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها ، إن كان قريبا أو صهرا لاحد الخصوم ، ويبين كذلك أن كان يعمل عند احدهم ، كما يجب أن يحلف يمينا بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق ، ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانة الشاهد إن طلب ذلك ، فإن لم يحلف كانت شهادته باطلة ، ويعنى من اليمين من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة ، وهو فى الأصل غير أهل للشهادة ، ولكن المادة ٦٤ تجيز سماع أقواله بغير يمين على سبيل الاستدلال .

فإذا حلف الشاهد اليمين ، فإنه يؤدي شهادته ، وهو يؤديها على انفراد بغير حضور باقى الشهود الذين لم تسمع شهادتهم ، كما انه يؤديها شفاها ولا يجوز له الاستعانة بمفكرات مكتوبة إلا بأذن المحكمة أو القاضى المنتدب ، وحيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى ، فإن كان الشاهد غير قادر على الكلام ، فإنه يؤدي الشهادة ، إن امكن أن يبين مراده ، بالكتابة أو بالإشارة .

● تكون الشهادة عن طريق الاجابة على الأسئلة التى توجه للشاهد من المحكمة أو من القاضى المنتدب ، وهو يجيب أولا على اسئلة الخصم الذى استشهد به ثم على أسئلة الخصم الآخر دون أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة ، فإذا انتهى الخصم من استجواب الشاهد فلا يجوز له ابداء اسئلة جديدة إلا بأذن المحكمة أو القاضى كما أن لرئيس الجلسة أو لأى من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه من الأسئلة مفيدا فى كشف الحقيقة .

● وتقتضى المادة ٧٣ ، بأن التحقيق مستمر إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفى فى الميعاد ، ويجرى سماع شهود النفى فى الجلسة ذاتها التى سمع فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع ، وإذا أجل التحقيق لجلسة أخرى ، كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضرا من الشهود بالحضور فى تلك الجلسة ، إلا إذا اعتفتهم المحكمة أو القاضى صراحة من الحضور .

غير لازم حضور الخصوم جلسة سماع الشهود :

● ● إن النص فى المواد من ٦٠ إلى ٩٨ الواردة فى الباب الثالث تحت عنوان شهادة الشهود من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ باصدار قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية لم يرتب البطلان على عدم حضور الخصوم جلسات التحقيق الذى تجريره المحكمة (٣٨) .

ولا يجوز رد الشهود :

● مع أن المادة ٨٥ تنص على أن يجب على الشاهد أن يبين درجة قرابته ، إن كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم ، فإن القانون لايجيز رد الشاهد فى هذه الحالة مهما كانت علاقته بأحد الخصوم، طالما أن للخصم أن يفند شهادة الشاهد ، وطالما أن للمحكمة الكلمة الأخيرة فى تقدير قيمة الشهادة ، ولا يجيز القانون رد الشاهد إلا إذا كان غير قادر على التمييز بسبب هرم أو عتاقة أو مرض أو لأى سبب آخر .

(٣٨) (نقض ١٩٨٣/٤/١٤ طعن رقم ٥٤٢ لسنة ٥٠ قضائية) .

بتعيين على الخصوم عرض جميع المسائل العارضة الخاصة بالإثبات على القاضى المنتدب للتحقيق حتى ما كان منها من اختصاص هيئة المحكمة كاملة :

● ● مفاد المادة السابعة من قانون الإثبات هو وجوب عرض المسائل العارضة الخاصة بالإثبات على القاضى المنتدب للتحقيق حتى ما كان منها من اختصاص المحكمة الكامل وإلا سقط الحق فى عرضها ، وذلك سواء كانت هذه المسائل متعلقة بموضوع الدليل وكونه مقبولاً أو غير مقبول أو متعلقة بإجراءات تقديم الدليل وتحقيقه وما يجب أن يراعى فيها من مواعيد وأوضاع ، ولما كان الثابت أن الطاعن استحضر شهوده الذين سمعوا أمام قاضى التحقيق دون أى تحفظ ودون أهداء أى ملاحظة خاصة بفوات الميعاد فإن ذلك لا يجعل من حقه أصلاً عرضها على المحكمة بهيئتها الكاملة عند إعادتها للمرافعة (٣٩) .

تقدير مصروفات الشهود :

● يجوز للشاهد بعد أداء شهادته أن يطلب إلى المحكمة أو القاضى المنتدب تقدير مصروفات حضوره وتعويضاً مقابل تعطيله سواء كان حضر للشهادة بعد تكليفه رسمياً أو بدون تكليف ، وتجب عليه المحكمة أو القاضى إلى طلبه بإصدار أمر تقدير بقيمة المصروفات والتعويض ، ويثبت ذلك فى محضر الجلسة ويعطى الشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذى استدعاه دون انتظار للفصل فى القضية ، وإذا وفى هذا الخصم المصروفات والتعويض المذكورين ، يكون له إذا كسب الدعوى وحكم له بالمصروفات الرجوع بها على الخصم الذى خسر الدعوى والزامه بالمصروفات .

● وقد جاء بالمذكرة الايضاحية لمشروع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن المشروع قد اتاح فى المادة ٩٢ منه أن يشمل الأمر بتقدير مصروفات الشهود المنصوص عليها فيها تقدير مقابل تعطيلهم ، وتقوم المحكمة أو القاضى المنتدب للتحقيق بتقدير مصروفات الشاهد ومقابل تعطيله بناء على طلب منه على عريضة وتقدير المبلغ يدخل فى السلطة التقديرية للمحكمة أو القاضى المنتدب وفقاً لظروف الشاهد وعمله ، وتوضع الصيغة التنفيذية على أمر التقدير ويعطى للشاهد صورة تنفيذية منه ينفذ بها على الخصم الذى استدعاه .

رابعاً : احوال نهى الشاهد عن الشهادة :

المواد ٦٥ و ٦٦ و ٦٧ (إثبات)

نصوص القانون :

مادة ٦٥ : الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني ، ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها ، ومع ذلك فلهنه السلطة أن تأذن لهم في الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم .

مادة ٦٦ : لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الاطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صفته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصوداً بها ارتكاب جريمة أو جنحة .

ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من اسرها اليهم على الا يخل ذلك باحكام القوانين الخاصة .

مادة ٦٧ : لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضا الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالها إلا في حالة رفع دعوى على أحدهما بسبب جريمة أو جنحة وقعت منه على الآخر .

آراء الشراح وأحكام القضاء :

ثلاثة حالات يمنع المشرع أداء الشهادة بشأنها :

● نهى المشرع عن الشهادة في ثلاثة حالات رأى كل منها مسوغاً من نوع خاص لمنع الشاهد من الشهادة :

الحالة الأولى : حالة الموظف والمكلفين بخدمة عامة :

● الموظفون والمكلفون بخدمة عامة ممنوعون من أن يشهدوا ولو بعد تركهم للعمل عما يكون قد وصل إلى علمهم في أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني ولم تأذن له السلطة المختصة في إذاعتها ، والغرض من المنع هو المحافظة على اسرار الدولة ، ولذلك فإن للخصوم أن يطلبوا من السلطة المختصة الإذن للموظفين في أداء الشهادة فإن أذنت امكثهم أداء الشهادة .

الحالة الثانية : حالة ارباب المهن الحرة وأصحاب الحرف :

لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الاطباء أو غيرهم عن طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جريمة أو جنحة ، ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم ، على الا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة .

● نصت المادة ٦٥ من قانون المحاماة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ على أنه على المحامى أن يمتنع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التى علم بها عن طريق مهنته إذا طلب منه ذلك من أبلغها إليه إلا إذا كان ذكرها له بقصد ارتكاب جريمة أو جنحة كما نصت المادة ٧٩ من ذات القانون على أنه (على المحامى أن يحتفظ بما يفضى به إليه موكله من معلومات ما لم يطلب منه اهداؤها للدفاع عن مصالحه فى الدعوى) .

الحالة الثالثة : حالة الأزواج فيما بينهم :

تنص المادة ٦٧ من قانون الإثبات على أن «لا يجوز لاحد الزوجين أن يفشى بغير رضا الآخر ما ابلغه إليه أثناء الزوجية - ولو بعد انفصالهما - الا فى حالة رفع دعوى من احدهما على الآخر ، أو اقامة دعوى على احدهما بسبب جريمة وقعت منه على الآخر» .

وهذا النص قصدت به حماية أسرار الزوجية حتى يطمئن كل من الزوجين اطمئنانا كاملا إلى الآخر لأن الثقة التامة المتبادلة بين الزوجين هى الأساس المتين الذى يقوم عليه بناء الاسرة ، فهى المشرع كلا من الزوجين عن أن يبوح للغير ولو فى شهادة يدلى بها أمام المحكمة بأى أمر وصل إلى علمه من زوجه فى أثناء قيام الزوجية بينهما ، وجعل فى الوقت ذاته الامتناع عن ذلك حقا للزوج الذى حصل له ذلك العلم ، بمعنى أنه لا يجوز له أن يفشى ما علمه من زوجه أثناء قيام الزوجية ولا يجوز جبره على افشاء شىء من ذلك .

ويشترط فى قيام هذا الواجب وثبوت هذا الحق أن تكون المعلومات المشار إليها قد علمها الزوج من زوجه الآخر فى اثناء قيام الزوجية بينهما ، فلو علمها منه اثناء الخطبة وقبل الزواج أو بعد وقوع الطلاق أو التطلق بينهما ، جاز له الأدلاء بها ولم يكن له حق الامتناع عن ذلك ، وكذلك لو علمها من غير زوجه حتى فى اثناء قيام الزوجية بينهما ، أيا كان ذلك الغير الذى أفضى له بها سواء كان قريبا لزوجه الآخر أو له أو اجنبيا عنه .

ويظل هذا الواجب وهذا الحق قائمين مهما طال الزمن ، وحتى بعد انقضاء رابطة الزوجية سواء بالموت أو بالطلاق أو التطلق إلخ . فلا يجوز للزوج الذى حصل له مثل هذا العلم أن يفضى به بمقولة أنه يتعلق بأمر قديمة طال عليها العهد أو انه أصبح فى حل من الاقضاء بها بسبب انقضاء رابطة الزوجية ، ولا يجوز جبره على ذلك استنادا إلى مثل هذا القول .

واستثناء مما تقدم يجوز للزوج الذى حصل له مثل العلم المشار إليه أن يفضى به فى شهادة أمام المحكمة أو القاضى المنتدب ، بل يكون ذلك واجبا عليه ولا يجوز الامتناع عنه ، والا تعرض للجزاء المقررة للامتناع عن الشهادة ، وذلك فى ثلاث حالات فقط : -

(أ) إذا رضى الزوج الآخر بأن يحل زوجه من واجب الكتمان فيما يتعلق بالأمر المشار إليها ، إذ أن المنع تقرر أصلا لمصلحة الزوجية وطرفيها ، فيرتفع واجب الكتمان الواقع على كل من الزوجين برضا الزوج الآخر برفعه عنه ، ويكون هذا الرضا صريحا أو ضمنيا ، فيمكن أن يستفاد من مجرد سكوت الزوج الآخر على الشهادة وعدم الاعتراض على الأدلاء بها ، أو من مناقشته إياها ومعارضتها بشهود نفى إلخ .

(ب) إذا رفع أحد الزوجين دعوى على الآخر ، أيا كان موضوع الدعوى أو نوعها ، فإن ذلك يرفع عن الزوج الآخر واجب الكتمان الذى تفرضه عليه مصلحة الأسرة وضرورة المحافظة على الثقة المتبادلة بين الزوجين ، إذ أن شهر سلاح الدعوى من أحد الزوجين ضد الآخر يحمل فى ذاته الدليل على انعدام الود والالفة بين الزوجين وفقدان الثقة المتبادلة ، فلا يبقى ثمة محل للتمسك بواجب الكتمان المقرر أصلا للمحافظة على تلك الثقة المتبادلة بين الزوجين .

ولكن هل يعنى مجرد رفع الدعوى الزوج الذى رفعها على زوجه من واجب الكتمان ذلك ، أم يقتصر هذا الاعفاء على الزوج المدعى عليه ، إذا قلنا بأن رفع الدعوى يعنى رافعها من واجب الكتمان هذا ، يخشى أن يتحايل الزوج الذى يريد التحلل من هذا الواجب بالالتجاء إلى رفع دعوى على زوجه الآخر ، فيصل من هذا الطريق إلى غرضه ، وهذا من شأنه أن يجعل الثقة المتبادلة بين الزوجين التى قصد المشرع إلى توفيرها وحمايتها ضعيفة الكيان سريعة العطب مادام يكفى فى نقضها وإزالة آثارها مجرد رفع الدعوى من أحد الزوجين على الآخر ولو كانت دعوى هزيلة لا تقوم على أساس من القانون أو الواقع ، ولذلك نرى أن حكمة التشريع توجب القول بأن رفع الدعوى من أحد الزوجين على الآخر يحل الزوج المدعى عليه فقط من واجب الكتمان دون الزوج المدعى .

(ج) وكذلك إذا أقيمت على أحد الزوجين دعوى بسبب جنابة أو جنحة وقعت منه على الآخر ، فإن ذلك يحل الزوج الآخر المجنى عليه من واجب الكتمان المشار إليه دون الزوج مرتكب الجنابة أو الجنحة ، وذلك للأسباب ذاتها التى تقدمت بشأن الحالة السابقة ، ولأنه لو كان ارتكاب جنابة أو جنحة من أحد الزوجين ضد الآخر من شأنه أن يحل الجانى من واجب الكتمان لكان ذلك حافزا للأزواج الذين يريدون التحلل من هذا الواجب على ارتكاب

الجرائم فى حق أزواجهم وهذا مالا يمكن التسليم بأن المشرع أرادها (٤٠) .

● ● إن مؤدى نص المادة ٢٨٦ من قانون الإجراءات الجنائية أن الشاهد لامتنع عليه الشهادة بالوقائع التى رآها أو سمعها ولو كان من يشهد ضده قريبا أو زوجا له وإنما اعفى من أداء الشهادة إذا أراد ذلك - أما نص المادة ٢٠٩ من قانون المرافعات (القديم والمقابل لنص المادة ٦٧ من قانون الإثبات الحالى) فإنه يمنع أحد الزوجين من أن يفشى بغير رضاء الآخر ما عساه يكون أبلغه به أثناء قيام الزوجية ولو بعد انقضائها إلا فى حالة رفع دعوى أم احدهما بسبب جنابة أو جنحة وقعت منه على الآخر وإذ كان الثابت مما أوردته الحكم أن ما شهدت به زوجة الطاعن لم يبلغ إليها من زوجها بل شهدت بما وقع عليه بصرها وأتصل بسمعتها فإن شهادتها تكون بمنأى عن البطلان ويصح فى القانون استناد الحكم إلى قولها (٤١) .

جزء مخالفة نصوص نهى الشاهد عن الشهادة :

● فى جميع حالات نهى الشاهد التى تقدم بيانها ، إذا خالف الشاهد هذا النهى وأدلى بشهادته عن الأمور الوارد عليها ذلك النهى تكون شهادته مخالفة للقانون وتقع باطله ، ولا يجوز للمحكمة أن تبنى عليها قضاها إذا تمسك بالبطلان من شرع البطلان لمصلحته وفقا للمادة ٢/٢١ مرافعات ، إلا فى الحالات التى يكون فيها البطلان متعلقا بالنظام العام فيتعين على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ويجوز لكل من الخصوم أن يتمسك به .

ومن الواضح أن البطلان فى الحالة الأولى يتملق بالنظام العام لتعلقه بحماية أسرار الدولة ومؤسساتها ، أما فى الحالتين الثانية والثالثة فإن المنع تقرر رعاية لمصلحة خاصة هى مصلحة عملاء ارباب المهن والصنائع ومصلحة الأزواج ، وإن كان يتصل أيضا فى الحالة الثانية بتوفير الثقة العامة فى ارباب المهن والصنائع كما يتصل فى الحالة الأخيرة بكيان الأسرة من حيث توفير الثقة المتبادلة بين الزوجين ، إذ أن المشرع غلب فى هاتين الحالتين مصلحة العملاء ومصلحة الأزواج الشخصية ، وذلك بدليل أنه أجاز رفع المنع برضا العميل أو الزوج صاحب الشأن فيعتبر البطلان جزءا مخالفة المنع فى هاتين الحالتين غير متعلق بالنظام العام فلا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يجوز لغير الخصم الذى شرع المنع المذكور لمصلحته أن يتمسك به .

يضاف إلى ذلك ما يقرره قانون العقوبات من جزاءات جنائية على مخالفة المنع المذكور فى الحالتين الأولى والثانية دون الثالثة حسبما تقضى بذلك المادة ٣١٠ عقوبات (٤٢) .

(٤٠) (اصول الإثبات واجراءاته للدكتور سليمان مرقص الجزء الثانى ص ٥٦ وما بعدها) .

(٤١) (نقض ١٩٦١/٣/٧ طعن رقم ١٩٧٠ لسنة ٢٠ قضائية) .

(٤٢) (الدكتور سليمان مرقص المرجع السابق ص ٥٨ وما بعدها) .

خامسا : محضر التحقيق وانتهائه المواد ٩١ و ٩٣ و ٩٤ و ٩٥ (إثبات)

نصوص القانون :

مادة ٩١ : تثبت اجابة الشهود فى المحضر ثم تتلى على الشاهد ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها وإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه فى المحضر .

مادة ٩٣ : يشتمل محضر التحقيق على البيانات الآتية :

(أ) يوم التحقيق ومكان وساعة بدئه وانتهائه مع بيان الجلسات التى استغرقها .

(ب) اسماء الخصوم والقابهم وذكر حضورهم أو غيابهم وطلباتهم .

(ج) اسماء الشهود والقابهم وصناعتهم وموطن كل منهم وذكر حضورهم أو غيابهم وما صدر بشأنهم من الأوامر .

(د) ما يبيده الشهود وذكر تحليفهم اليمين .

(هـ) الأسئلة الموجهة إليهم ومن تولى توجيهها وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة ونص اجابة الشاهد عن كل سؤال .

(و) توقيع الشاهد على اجابته بعد إثبات تلاوتها وملاحظاته عليها .

(ز) قرار تقدير مصروفات الشاهد إذا كان قد طلب ذلك .

(ح) توقيع رئيس الدائرة أو القاضى المنتدب والكاتب .

مادة ٩٤ : إذا لم يحصل التحقيق أمام المحكمة أو حصل أمامها ولم تكن المرافعة قد تمت

فى نفس الجلسة التى سمع فيها الشهود كان للخصوم الحق فى الاطلاع على محضر التحقيق .

مادة ٩٥ : بمجرد انتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لاقامته يعين القاضى المنتدب

جلسة لنظر الدعوى ويقوم قلم الكتاب باخبار الخصم الغائب .

آراء الشراح وأحكام القضاء :

محضر التحقيق :

● تثبت اجابات الشهود فى محضر سواء فى ذلك محضر مستقل مكمل لمحاضر الدعوى

الأصلية ، ثم تتلى على الشاهد شهادته ، ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه وإذا امتنع

الشاهد عن التوقيع ذكر ذلك فى المحضر اضافة إلى ذكر سبب الامتناع ان كان لذلك اسبابها .

لابطلان إذا لم يشتمل المحضر على ذكر سبب امتناع الشاهد عن التوقيع أو ذكر تلاوة شهادته عليه :

● لم يورد نص المادة ٩١ من قانون الإثبات جزاء على مخالفة هذا النص وإذا لم تتلى أقوال الشاهد عليه قبل توقيعها فإن ذلك لا يستتبع بطلان التحقيق وبذلك قضت الدائرة الرابعة (استئناف القاهرة) بتاريخ ١٩٧٦/٣/٢٨ فى الاستئناف رقم ٥٧٣ لسنة ٩٠ قضائية .

غير أن محضر التحقيق الذى يجيء خلوا من توقيع القاضى يلحقه البطلان :

● ● النص فى المادة ٩٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وفى المادة ٢٥ من قانون المرافعات يدل على أن المشرع أوجب أن يكون محضر التحقيق الذى يباشر من القاضى موقعا منه والا كان باطلا لأن هذا المحضر باعتباره وثيقة رسمية - لا يعدو وأن يكون من محاضر جلسات المحكمة وهو بهذه المثابة لا تكتمل له صفته الرسمية الا بتوقيع القاضى ، ورتب على ذلك أن الحكم الذى يصدر استنادا إلى محضر تحقيق لم يوقع من القاضى الذى باشره يكون مبنيا على اجراء باطل، وهو بطلان من النظام العام يجوز التمسك به فى أية حالة تكون عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة النقض بل أن لهذه المحكمة أن تشير من تلقاء نفسها .

لما كان ذلك وكان البين من الاطلاع على ملف الاستئناف رقم ١٠٠ لسنة ٣٢ ق المنصورة - المنظم للظعن - أن محضر التحقيق المؤرخ ١٩٨٤/١/٢١ والذى تضمن أقوال شهود الطرفين قد خلا من توقيع السيد المستشار المنتدب للتحقيق ، وإذ كان الحكم المطعون فيه الصادر بجلسة ١٩٨٤/٤/٢٢ قد أقام قضاء على سند من أقوال شهودى المطعون ضدها الأولى اللذين سماعا بمحضر التحقيق سالف الذكر فإنه يكون باطلا لا يثبتانه على اجراء باطل بما يوجب نقضه (٤٣) .

البيانات التى يشتمل عليها محضر التحقيق :

● يشتمل محضر التحقيق على البيانات الآتية :

- (أ) يوم التحقيق ومكان وساعة بدئه وانتهائه مع بيان الجلسات التى استغرقها .
- (ب) اسماء الخصوم والقابهم وذكر حضورهم أو غيابهم وطلباتهم .
- (ج) اسماء الشهود والقابهم وصناعتهم وموطن كل منهم وذكر حضورهم أو غيابهم وما صدر بشأنهم من الأوامر .
- (د) ما يبديه الشهود وذكر تحليفهم اليمين .

(هـ) الأسئلة الموجهة إليهم ومن تولى توجيهها وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة ونص اجابة الشاهد عن كل سؤال .

(و) توقيع الشاهد على اجابته بعد إثبات تلاوتها وملاحظاته عليها .

(ز) قرار تقدير مصروفات الشاهد إذا كان قد طلب ذلك .

(ح) توقيع رئيس الدائرة أو القاضى المنتدب والكتاب .

وإذا لم يحصل التحقيق أمام المحكمة أو حصل أمامها ولم تكن المرافعة قد تمت فى الجلسة

ذاتها التى سمع فيها الشهود ، كان للخصوم الحق فى الاطلاع على محضر التحقيق حتى يتسنى لهم الاستعداد فى الدعوى والوقوف على ما قد يكون شاب التحقيق من أوجه بطلان لاثارتها أمام المحكمة ولا يبراز ما ورد فى التحقيق من أقوال تؤيد وجهة نظرهم .

● ● إن المادة ٢١٩ من قانون المرافعات (المقابلة لنص المادة ٩٣ إثبات) قد عدت

البيانات التى يجب اشتغال محضر التحقيق عليها ولم تستلزم ذكر اسم القاضى المنتدب للتحقيق والكتاب واكتفت بتوقيع كل منهما ومن ثم فإذا كان محضر التحقيق يحمل توقيع المستشار الذى تولى التحقيق والكتاب فإن النemy ببطلانه لعدم بيان اسمها يكون غير سديد (٤٤) .

انتهاء التحقيق وتحديد جلسة لنظر الموضوع :

● بمجرد انتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لاتمامه يعين القاضى المنتدب اقرب جلسة

لنظر الدعوى أمام المحكمة الكاملة ويقوم قلم الكتاب باخبار الخصم الغائب عن جلسة التحقيق . أما إذا كان التحقيق يجرى أمام المحكمة فهى تعتمد من نفسها إلى البحث فى نتيجة التحقيق بعد سماع أقوال طرفى الخصوم لاستخلاص وجه الحكم فى الدعوى كما تفعل عندما تحال إليها نتيجة التحقيق من القاضى المنتدب لاجرائه وبحثها هذا يتناول المسألتين الآتيتين :

أولاً : أوجه بطلان التحقيق التى يقدمها لها الخصوم .

ثانياً : فحص شهادة الشهود وتقديرها لاستخلاص وجه الحكم فى موضوع القضية .

وبالنسبة للمسألة الأولى فإن على المحكمة فى فحصها أوجه البطلان فى التحقيق أن تراعى

ما نص عليه القانون فى الأحكام الخاصة بالإثبات بالشهادة فإن لم يرد نص صريح بالبطلان فإنها ترجع إلى القواعد العامة فى البطلان وبالنسبة للمسألة الثانية وهى فحص شهادة الشهود لاستخلاص وجه الحكم فى القضية فإن للمحكمة أن تفحص هذه الشهادة لتكون اعتقادها الذى يمكنها من الحكم فى موضوع النزاع (٤٥) .

(٤٤) (نقض ١٩٦٧/١/٥ طعن رقم ٥ لسنة ٢٣ قضائية) .

(٤٥) (قواعد المرافعات للعضاوى الجزء الثانى ص ٥٥٦) .

المبحث الرابع

تقدير المحكمة لشهادة الشهود

سلطة المحكمة فى تقدير ما انطوى عليه محضر التحقيق :

● سواء تم التحقيق بمعرفة المحكمة أو بمعرفة القاضى المنتدب ، فإن للمحكمة كامل الحرية فى تقدير نتيجته وفقا لما ينتهى إليه اقتناعها ، ولذلك سار القضاء على أن تقدير أقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه وجدان قاضى الموضوع ولا سلطة عليه فى ذلك إلا أن يخرج بهذه الأقوال إلى ما لا يؤدى إليه مدلولها ، وأن لقاضى الموضوع أن يأخذ بمعنى للشهادة تحتمله عبارتها دون معنى آخر ولو كان محتتملا ، وأن لمحكمة الموضوع أن تأخذ ببعض أقوال الشاهد مما ترتاح إليه وتثق به دون البعض الآخر ، وأن لها أن ترجع شهادة القلة على شهادة الكثرة ، بل وأن لها ألا تحكم وفقا لشهادة شاهد فى التحقيق الذى أمرت به لعدم اقتناعها بصدق أقواله .

للمحكمة الحرية المطلقة فى تقدير شهادة الشهود :

● ● إن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض طالما كان استخلاصها سائفا ويؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها ، ومتى اقامت المحكمة قضاها على أسباب كافية لحمله لا عليها بعد ذلك أن تتبع الخصوم فى مختلف أقوالهم وحججهم ومستنداتهم أو أن ترد استقلالاً على كل قول وحجة مادام قيام الحقيقة التى اقتنعت بها واوردت دليلها فيه الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج ، كما أن استخلاص توافر الإقامة بالعين المؤجرة مع المستأجر الأسمى أو عدم توافرها هو من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع طالما اقامت قضاها على أسباب تكفى لحمله ، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائى المؤيد لاسبابه بالحكم المطعون فيه قد أقام قضاها باخلاء الطاعنة من العين المؤجرة لثبوت عدم اقامتها مع زوجها بشقة النزاع قبل وفاته وذلك استنادا إلى ما أطمأن إليه من أقوال شاهدى المطعون ضدهما فى هذا الشأن ، وكانت هذه الاسباب سائفة لها أصل ثابت بالأوراق وكافية لحمل قضاها ، فإنه لا محل بعد ذلك للمجادلة بشأن اطراح الحكم لأقوال شاهديها ، إذ هى لا تعدو أن تكون جدلا موضوعيا مما تستقل محكمة الموضوع بتقديره من أدلة الدعوى مما لا يجوز اثارته امام محكمة النقض (٤٦) .

● ● لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى تقدير الأدلة والمستندات التى تقدم إليها وفى الموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه واطراح ماعدها ، وتقدير أقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه وجدانها ، فلها أن تأخذ بأقوال شاهد دون آخر حسبما ترتاح إليه وتثق به ، ولا سلطان لاحد عليها

إلا أن تخرج بتلك الأقوال إلى مالا يؤدي إليه مدلولها ، وحسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها وأن تقيم قضاها على أسباب سائغة تكفى لحمله (٤٧) .

● ● أن تقدير أقوال الشهود هو مما تستقل به محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك الا أن تخرج بهذه الأقوال إلى مالا يؤدي إليه مدلولها ، ولا تشرب عليها في الأخذ بأي دليل تكون قد اقتنعت به متى كان استخلاصها سائغا له أصل ثابت بالأوراق (٤٨) .

للمحكمة أن تأخذ ببعض أقوال شاهد دون بعضها الآخر :

● ● أن لمحكمة الموضوع في سبيل التعرف على حقيقة العقد والتحرى عن قصد المتصرف من تصرفه ، سلطة تقدير الأدلة والقرائن المقدمة في الدعوى واستخلاص ما تقتنع به منها ، متى كان استخلاصها سائغا متفقا مع الثابت بالأوراق وهي إذ تباشر سلطتها في تقدير الأدلة التي أوردتها من شأنها أن تؤدي إلى هذه النتيجة ، وإذ كان ذلك ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه انه أقام قضاء بصحة عقود البيع المبرمة بين الطاعنين والمطعون ضده بصفته على ما أورده بمدوناته من أن «المحكمة تظمن إلى شهادة أحمد محمود صالح من أن المستأنف - المطعون ضده - كان يبيع شقق عمارته محل النزاع ولم يؤجر ايا منها وأنه اطلمه في أوائل سنة ١٩٧٧ على بعض عقود بيع هذه الشقق ومنها عقود على خليل والروبي السايح فنصح المستأنف أن يبلغ مأمورية ضرائب الخدمات بهذا النشاط الخاضع للضريبة على الأرباح التجارية وكان حريصا على أن يقدم المستأنف قراره إليها قبل ١٩٧٧/٣/٣٠ حتى لا يحتسب تأخره في الإبلاغ تهريا ، وعلى أنه تقدم باقراره إليها وفتح له ملفا تمهيدا لمحاسبته ، وقد تأيد هذا بما ثبت للمحكمة أن تاريخ عقد البيع الخاص بالمستأنف عليه الأول - الطاعن الأول - هو ١٩٧٦/٧/١١ أي خلال السنة الضريبية ١٩٧٦ التي يتعين الاخطار عن نشاطه خلالها قبل يوم ١٩٧٧/٣/٣١ وتأيدت هذه الرواية أيضا باقوال الشاهد ابراهيم على قطب التي تظمن إلى صحتها المحكمة والتي جاء بها أنه اشترى من المستأنف الشقة رقم (٦) من عمارته موضوع النزاع لقاء ثمن قدره ١٤٠٠٠ جنيها ثم باعها لآخر لمن حاجته إليها مقابل ثمن قدره ١٨٠٠٠ جنيها قبل تسجيل عقده ، فضلا عما ثبت من شهادة مأمورية ضرائب الخدمات بالاسكندرية من أن المستأنف اخطرها عن نشاطه التجاري في شأن تملك شقق عمارته محل النزاع وأنه فتح له ملفا لمحاسبته برقم ٣٢/١١/١٩٩ في ١٩٧٧/٤/١٢ أي قبل اقامة دعاوى الفسخ المطروحة وقبل أن يتقدم المستأنف عليهم وآخرون بشكواهم إلى الشرطة ضد المستأنف بادعاء انه حصل منهم على خلو

(٤٧) (نقض ١٩٨٨/١١/٣ طعن رقم ٢٢٤٦ لسنة ٥١ قضائية) .

(٤٨) (نقض ١٩٨٩/١/٢٥ طعن رقم ٤٩٧ لسنة ٥١ قضائية) .

رجل ليؤجر شق النزاع وبدأ التحقيق فيها في ١٩٧٧/٥/٢٨ كما تطمن المحكمة إلى أن المتأنف سلم كلاً من المتأنف عليهم شقته لأعمال التجهيزات فيها فقط بدليل أنه لم يكن قد أدخل فيها بعد وصلات المياه والكهرباء كما ثبت من تقرير الخبير المنتدب في الدعوى ٢٢٥٧ سنة ١٩٧٧ مدني مستمجل الاسكندرية والمودعة صورته الفوتوغرافية ضمن مستندات المتأنف والتي لم ينزع الخصوم في مطابقتها للأصل إذ لو كان يؤجر الشق فعلاً لسارع إلى اكمال هذه التوصيلات حتى تكون الشق جاهزة لانتفاع المتأنف عليهم بها الذين على حد ادعائهم قد سدوا له خلو الرجل فسلم لهم الشق مما تستدل به المحكمة على عدم صحة دعواهم هذه كما لا تطمن المحكمة إلى شهادة شاهدي المتأنف عليهم ... « وهي أسباب سائفة مؤدية إلى النتيجة التي انتهت إليها الحكم وليس هناك تناقض بين أقوال شاهدي المطعون ضده ، وكان الدليل المستمد من تلك الشهادة ، والقرائن التي استخلصها الحكم المطعون فيه من شهادة مأمورية الضرائب وتقرير الخبير في الدعوى المستمجلة والمحضر الإداري ، مؤدية إلى تلك النتيجة ، ولا يغير من ذلك أن تكون أقوال الشاهدين قد اختلفت في بعض التفاصيل إذ لا يشترط في شهادة الشاهد أن تكون واردة على الواقعة المطلوب إثباتها بجميع تفاصيلها بل يكفي أن يكون من شأنها أن تؤدي إلى الحقيقة فيها ، ولا يلزم أيضاً أن يكون الشاهد حاضراً لمجلس العقد ، والمحكمة الموضوع أن تأخذ ببعض أقوال من ترقح إليه دون البعض الآخر ، ولا يعدو النعي أن يكون جدلاً فيما لمحكمة الموضوع سلطة استخلاصه وتقديره بما لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض ومن ثم فإن النعي يكون على غير أساس (٤٩) .

● ● إن تقدير أقوال الشهود هو مما تستقل به محكمة الموضوع ، فلها أن تأخذ ببعض أقوالهم دون البعض الآخر ، وبأقوال واحد أو أكثر من الشهود دون غيرهم حسبما يطمئن إليه وجدانها من غير أن تكون ملزمة ببيان سبب ترجيحها لما اخذت به واطراحها لغيره دون معقب عليها في ذلك.

رقابة محكمة النقض تكون عندما تحرف محكمة الموضوع أقوال الشهود أو تخرج بها عن مدلولها أو تخالف بشأنها الثابت في الأوراق :

● ● إنه وإن كان تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع بغير رقابة من محكمة النقض عليها في ذلك إلا أن هذا مشروط بأن يكون استخلاصها سابقاً والا تخرج بهذه الأقوال عن حدودها ولا إلى ما يؤدي إليه مدلولها وأنه إذا بنى القاضي حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له أو موجود ولكنه مناقض لما أثبتته أو غير مناقض ولكنه

(٤٩) (نقض ١٩٨٨/٤/١٤ طعن رقم ١٧٦٤ لسنة ٥١ قضائية) .

من المستحيل عقلا استخلاص تلك الواقعة منه كان الحكم باطلا لما كان ذلك وكان الشاهد من التحقيق الذى أجرته محكمة أول درجة أن المطعون ضدها استشهدت بالشاهد سعد محمود أحمد الذى قرر بأنه يعمل طاهيا لدى شقيقها وقد ذهب الحكم إلى أن الطاعنة لا تقيم فى شقة النزاع على سند من أن هذا الشاهد هو أحد شاهديها ويعمل لدى شقيقها وشهد بأنه لم ير الطاعنة بعين النزاع فإنه يكون قد أخطأ فى فهم الواقع فى الدعوى هذا إلى أن الحكم أورد فى مدوناته دعامة لحكمه أن الطاعنة لحقت بزوجها وأن منزل الزوجية أصبح محلا لاقامتها دون أن يبين المصدر الذى استقى منه ذلك مما يعيبه أيضا بالقصور فى التسييب ويوجب نقضه دون حاجة لبحث باقى اسباب الطعن (٥٠) .

لاعلى محكمة الموضوع إن لم تذكر فى حكمها أسماء الشهود:

● ● تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها وسلطة الترجيح بين البيئات واستظهار واقع الحال ووجه الحق فيها مما يستقل به قاضى الموضوع طالما لم يخرج عن مدلولها ، ولا على الحكم بعد ذلك إذا هو لم يذكر أسماء الشهود أو لم يورد نص أقوالهم متى كان قد أشار اليهم وأورد مضمون هذه الأقوال (٥١) .

(٥٠) (نقض ١٩٨٨/١١/٢٤ طعن رقم ١٤٠٤ لسنة ٥٨ قضائية) .

(٥١) (نقض ١٩٧٥/٤/٢٩ طعن ٣٦٨ لسنة ٤٠ ق مع س ٢٦ ص ٨٥٤) .

صينغ

الباب الأول من القسم الثالث

(شهادة الشهود)

الصيغة رقم (٤٣)

صيغة حكم تمهيدى بالاحالة إلى التحقيق

بعد سماع المرافعة الشفوية ومطالعة الأوراق والمداولة قانونا :

حكمت المحكمة : وقبل الفصل في الموضوع باحالة الدعوي للتحقيق ليثبت المدعي بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا بما فيها القرائن وشهادة الشهود انه كان يقيم بعين التداعي برفقة والدته المستأجرة الأصلية لعين النزاع إقامة مستمرة ومستقرة حتي وفاتها وللمدعي عليه نفي ذلك بذات الطرق وحددت لذلك جلسة / / ١٩ علي أن ينتهي التحقيق خلال ستة اشهر من تاريخ بدئه ونديت لاجرائه السيد / رئيس الدائرة أو من يرى ندبه وصرحت للخصوم بإعلان شهودهم أو احضارهم لتلك الجلسة وابتقت الفصل في المصروفات وعلي قلم الكتاب إعلان الغائب من الخصوم بمنطوق هذا الحكم جلسة النطق به .

الصيغة رقم (٤٤)

صيغة حكم تهديدي بالاحالة إلى التحقيق (صيغة أخرى)

بعد الاطلاع على الأراق وسماع المرافعة والمداولة قانونا .

حكمت المحكمة : وقبل الفصل في الموضوع باحالة الدعوي للتحقيق لتثبت المدعية بكافة طرق الإثبات القانونية انها كانت تقيم اقامة دائمة ومستقرة مع والدها المستأجر الأصلي بشقة التداعي حتى وفاته وصرحت للمدعي عليه نفي ذلك بذات الطرق وحددت جلسة / / ١٩ لبدء التحقيق علي أن ينتهي في خلال ستة اشهر من تاريخ بدئه وندبت المحكمة السيد / رئيس الدائرة لاجرائه وللرئاسة ندب غيره عند اللزوم واهتت الفصل في المصروفات وعلي قلم الكتاب إعلان الغائب .

الصيغة رقم (٤٥) حكم تمهيدي بالاحالة إلى التحقيق (صيغة أخرى)

بعد مطالعة الأوراق وسماع المرافعة والردود قانوناً .

حكمت المحكمة : وقبل الفصل في الموضوع بحالة الدعوي للتحقيق لثبت المدعون بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة وقرائن الاحوال أن المدعي عليها الأولي قد قامت بتأجير العين محل النزاع من الباطن للمدعي عليها الثانية دون إذن كتابي صريح من الملاك وان عقد تعديل شركة التوصية البسيطة المؤرخ / / ١٩ هو عقد صوري ، ولن يهمل الأمر من المدعي عليهما النفي بذات الطرق سالفة الذكر وحددت جلسة / / ١٩ لبدء التحقيق علي أن ينتهي خلال ستة اشهر من تاريخ بدئه وندهت لاجرائه عضو اليمين وللرئاسة ندب غيره عند الاقتضاء ، وصرحت للخصوم بإعلان الحكم لمن لم يحضر من الخصوم جلسة النطق به .

رئيس المحكمة

امين السر

امضاء

امضاء

الصيغة رقم (٤٦) تكليف شاهد للحضور جلسة تحقيق

انه في يوم / / ١٩
وبناء علي طلب السيد / المقيم برقم بشارع بدائرة
قسم بمحافظة

انا محضر محكمة الجزئية المدنية قد انتقلت في
التاريخ المبين اعلاه إلي حيث محل اقامة :

السيد / المقيم برقم بشارع بدائرة قسم
محافظة

واعلنته بالاتي

- ١- بتاريخ / / ١٩ صدر حكم من محكمة في الدعوي رقم لسنة المقامة
من المعلن ضد (أو من ضد المعلن) وقد قضى هذا الحكم باحالة الدعوي
إلي التحقيق .
- ٢- وحيث انه لما كان المعلن إليه علي علم بوقائع ومضمون هذه الدعوي ، وكان يعني المعلن أن
يستشهد بالمعلن إليه للادلاء بمعلوماته عن ذلك ، ومن ثم فإنه يدعوه للشهادة بها .

لذلك

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت في التاريخ المبين بصدر هذا الإعلان إلي حيث محل اقامة
المعلن إليه وكلفته بالحضور أمام محكمة الكائنة وذلك بجلستها التي
ستعقد علنا ابتداء من الساعة التاسعة من صباح يوم / / ١٩ لساع شهادته في الدعوي
رقم لسنة ونهت عليه بعدم التخلف عن الحضور .

الصيغة رقم (٤٧)

محضر قبض علي شاهد واحضاره للمحكمة (٥١ مكر)

انه في يوم / / ١٩

بناء علي طلب ومهنته وجنسيته ومقيم برقم وموطنه
المختار مكتب الأستاذ المحامي برقم بشارع بجهة
وبناء علي الأمر الصادر من السيد قاضي محكمة (أو رئيس محكمة
بتاريخ / / ١٩ القاضي باحضار ومهنته وجنسيته ومقيم برقم
..... بشارع لسماع شهادته في الدعوي المرفوعة من ضد والمؤجلة
جلسة / / ١٩ .

أنا محضر محكمة الجزئية المدنية قد انتقلت في التاريخ المبين اعلاه
إلي حيث محل اقامة بشارع بصحبة الشرطي بقسم
فوجدته شخصيا (أو انتظرته حتي حضر) فقبضت عليه وسلمته للشرطي المرافق لي وتوجهنا به إلي
قسم وهناك سلمته للسيد مأمور القسم بعد أن أشر علي هذا المحضر وطلبت منه حجزه
إلي صباح الغد .

المحضر

امضاء

وفي يوم / / ١٩ الساعة صباحا بقسم
أنا المحضر سالف الذكر توجهت لقسم ... وتسلمت الشاهد منه مع أحد جنود شرطة
القسم الذي طلبته لمساعدتي وذهبنا بالشاهد إلي مقر محكمة وبعد أن أدي الشهادة أمامها
اطلقت سراحه وانصرف الشرطي .

الصيغة رقم (٤٨) دعوى تحقيق أصلية

انه في يوم / / ١٩
 وبناء علي طلب السيد / المقيم برقم بشارع بدائرة
 قسم محافظة
 انا محضر محكمة الجزئية المدنية قد انتقلت في
 التاريخ المبين اعلاه إلي حيث محل اقامة كل من :
 السيد / المقيم برقم بشارع بدائرة قسم بمحافظة ...
 السيد / المقيم برقم بشارع بدائرة قسم بمحافظة

واعلنتهما بالاتي

- ١- بمقتضى عقد مؤرخ / / ١٩ تعاقد المعلن مع المعلن إليه الأول علي ووقع
 العقد شاهدان عدول وهما و وحيث أن وهو المعلن إليه
 الثاني يعتزم السفر قريبا إلي الخارج وترك البلاد نهائيا ، وهم المعلن سماع أقواله كشاهد علي
 صحة العقد سالف الذكر .
- ٢- وحيث أن المعلن يخشي فوات فرصة الاستشهاد بهذا الشاهد عند رفعه للدعوي الموضوعية .
- ٣- ولما كان يحق للمعلن في هذه الحالة - عملا بنص المادة ٩٦ من قانون الإثبات - رفع هذه الدعوي
 بطلب سماع أقوال هذا الشاهد في مواجهة المعلن إليه الأول .

لذلك

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت في التاريخ المبين بصدر هذه الصحيفة إلي حيث
 محل اقامة كل من المعلن إليهما واعلنتهما وكلفتها بالحضور أمام محكمة للقضاء
 المستعجل الكاتبة وذلك بجلستها التي ستنعقد علنا ابتداء من الساعة التاسعة من
 صباح يوم / / ١٩ ليسمع المعلن إليه الأول بصفة مستعجلة الحكم بسماع شهادة المعلن إليه
 الثاني بالنسبة للوقائع المبينة بصدر هذه الصحيفة علي أن تكون المصروفات علي عاتق المعلن بصفة
 مؤقتة .

الباب الثانى

القرائن القضائية

- ١- ماهية القرائن القضائية
- ٢- خصائص القرائن القضائية
- ٣- الحالات التى يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية

أولا : ماهية القرائن القضائية

مادة ١٠٠ (إثبات)

نصوص القانون :

مادة ١٠٠ : يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقرها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن الا فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود .

النصوص العربية المقابلة :

القانون اللبنى	: مادة ٣٩٥ مدنى	القانون الكويتى	: مادة
القانون السورى	: مادة ٩٢	القانون البحرينى	: مادة ١١٢
القانون اللبنانى	: مادة ٣٠٢	القانون التونسى	: المادتان ٤٨٦ و ٤٨٧
القانون العراقى	: مادة ٥٠٥		

المذكرة الايضاحية :

المادة (١٠٠) : من قانون الإثبات هى بذاتها نص المادة ٤٠٧ من القانون المدنى والتى الغيت بصور قانون الإثبات مع مغايرة فى التمهيد وحسب فيما نصت عليه فى عجزها .

وقد ورد بالاعمال التحضيرية تعليقا على نص المادة ٤٠٧ من القانون المدنى (الملفأة) ما

يلى :

١- يقوم الإثبات بالقرائن غير المقررة فى القانون على تفسير القاضى لما هو معلوم من الامارات والوقائع تفسيراً عقلياً لتكوين اعتقاده عن طريق استخلاص الواقعة المجهولة التى يراد اقامة الدليل عليها من مقدمات هذا المعلوم .

٢- شروط قبول الإثبات بالقرائن : ويرد الإثبات بالقرائن مع الإثبات بالبينة فى المرتبة الثانية ، ولذلك نص على انه ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن الا فى الأحوال التى

يجوز فيها القانون الإثبات بالبينة» ويتفرع على ذلك أن جميع القواعد الخاصة بقبول الإثبات بالبينة تسرى على القرائن دون أى استثناء ، وقد أخطأ التقنين الفرنسى (المادة ١٣٥٣) والتقنين الهولندى (المادة ١٩٥٩) والمشروع الفرنسى الايطالى (المادة ٣٠٣) فى النص على عدم جواز الإثبات بالقرائن غير المقررة فى القانون ، إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالبينة ، ما لم يطعن فى الورقة بسبب غش أو تدليس ، ذلك أن سياق هذا الاستثناء قد يوحي بأن وقائع الغش والتدليس لايجوز إثباتها بالبينة ، مع أنها من قبيل الوقائع القانونية التى يمتنع تحصيل دليل كتابى مهىء بشأنها ، ومن المحقق أن إثبات هذه الوقائع بالبينة جائز ، وهو جائز بالقرائن تفرعا على ذلك ، ولهذا يكون الاستدراك الذى تقدمت الاشارة إليه خلوا من معنى الاستثناء ويكون اغفاله أكفل بدفع الشبه والتلبيس .

ولم يوفق المشروع الفرنسى الايطالى كذلك فى اضافة عبارة «مالم تكن القرينة مبنية على وقائع تعتبر تنفيذا اراديا جزئيا أو كليا للتعهد المدعى به» ، إلى نص المادة ٣٠٣ . فإذا كان بدء التنفيذ يستخلص من حالة الأمكنة أو من وجود المدعى عليه بها ، أى من وقائع تدل على التنفيذ الاختيارى للتعهد المدعى به ، فمثل هذه الوقائع تعتبر من قبيل الاقرارات غير القضائية لا من قبيل القرائن .

٣- حجية القرائن : وللقاضى كل السلطة فى تقدير حجية القرائن ، على أن اجماع الفقه قد اتفق على أن القاضى لا يتقيد بعدد القرائن ، ولا بتطابقها ، فقد تجزئ قرينة واحدة متى توافرت على قوة الاقتناع ، ولذلك لم ينقل المشروع عن التقنين الفرنسى والمشروع الفرنسى الايطالى ما نصا عليه من الزام القاضى «بالأ يقبل الاقرائن قوية محددة متطابقة» . فالفقه والقضاء على أن هذا النص ليس الا مجرد توجيه ، مع أن ظاهره قد يوحي خطأ بأنه يقيم شرطا لقبول الإثبات بالقرائن .

آراء الشراح وأحكام القضاء :

تعريف القرائن القضائية :

● القرينة القضائية هى دليل غير مباشر ذلك لان الإثبات فيها لايقع على الواقعة ذاتها مصدر الحق ، وإنما على واقعة أخرى إذا ثبتت جاز أن يستخلص منها ثبوت الواقعة المراد إثباتها . ومن ثم يمكن تعريف القرينة القضائية بأنها النتيجة التى يستخلصها القاضى من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة .

● ● من المقرر فى قضاء هذه المحكمة - أن من القرائن ما نص عليه الشارع أو استنبطه الفقهاء باجتهادهم ومنها ما يستنبطه القاضى من دلائل الحال وشواهد ، وكتب الحنفية مملوءة باعتبار القرائن فى مواضع كثيرة ، اعتبارا بأن القضاء «فهم» ، من القرائن القاطعة مالا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو اقوى من البينة والاقرار وهما خبران يتطرق اليهما الكذب والصدق ، إلا أنه لما كانت القرينة القاطعة هى ما يستخلصه المشرع أو القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول ، وهو أمارة ظاهرة تفيد العلم عن طريق الاستنتاج بما لا يقبل شكاً أو احتمالاً ، وهى بهذه المثابة تنفى عن المشاهدة (١) .

نظرة المشرع إلى القرائن القضائية :

● نصت أغلب الشرائع إلى القرائن القضائية نظرة حذرة ، وجعلتها أقل مرتبة من الكتابة والاقرار واليمين ، ولذلك نصت معظم التشريعات على أنه لا يجوز الإثبات بالقرائن الا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة .

● ونظرة الشرائع إلى القرائن القضائية بهذا النوع من الحذر أمر له ما يبرره ، ذلك لان القاضى بشر ، وبالتالي فهو غير معصوم من الخطأ وقد يجيء استنباطه خاطئاً مما يؤثر على النتيجة التى ينتهى إليها من جراء هذا الاستنباط الخاطىء .

● وقد يعترض على ذلك بأن تقييد الإثبات بالبينة روعى فيه احتمال كذب الشهود وضعف ذاكرتهم ، أما قرائن الحال فهى وقائع مادية ثابتة لا تكذب ولا تتواطأ مع أحد من الخصمين فكان يجب أن يعول عليها فى الإثبات أكثر مما يعول على البينة ، غير أن هذا الاعتراض مردود بأن القرائن أدلة غير مباشرة قوامها الاستنباط وأساسها الوقائع الظاهرة فى الدعوى ، وأن الضعف يمكن أن يتسرب إلى هذه الأدلة أما بسبب اصطناع الوقائع الظاهرة التى يراد جعلها أساساً للاستنباط ، وأما بسبب عدم توفيق القاضى فى الاستنباط من الوقائع الصحيحة (٢) .

عنصرى القرينة القضائية :

● للقرينة القضائية عنصران ، أولهما : واقعة ثابتة يختارها القاضى من بين وقائع الدعوى ومفرداتها وذلك هو العنصر المادى للقرينة القضائية وثانيهما : عملية استنباط واستخلاص يقوم بها القاضى ليصل من هذه الواقعة المعلومة إلى الواقعة المراد إثباتها وذلك هو العنصر المعنوى للقرينة القضائية .

(١) (نقض ١٠/٥/١٩٧٨ طعن ١٢ لسنة ٤٦ ق مج س ٢٩ ص ١٢١٧) .

(٢) (اصول الإثبات وإجراءاته للدكتور سليمان مرقص الجزء الثانى ص ٨٨) .

العنصر المادى أى الواقعة الثابتة والمعلومة التى يختارها القاضى :

● قد يستخلص القاضى الدليل - إذا لم يوجد اقرار أو يمين أو قرينة قانونية - لا من ورقة مكتوبة ، ولا من بيعة تسمع ، ولكن من ظروف القضية وملابساتها ، أو كما يقول التقنين المدنى العراقى (مادة ٥٠٥) من قرائن يستخلصها من ظروف الدعوى بعد أن يقتنع بأن لها دلالة معينة ، وسيله إلى ذلك أن يختار بعض الوقائع الثابتة أمامه فى الدعوى ، قد يختارها من الوقائع التى كانت محل مناقشة بين الخصوم ، وقد يختارها من ملف الدعوى ، ولو من تحقيقات باطلة ، بل قد يختارها من أوراق خارج الدعوى ، كتحقيق إدارى أو محاضر إجراءات جنائية ولو كانت هذه المحاضر قد انتهت بالحفظ .

وقد تكون الواقعة التى اختارها القاضى ثابتة بالبيعة ، أو بورقة مكتوبة ، أو بيمين نكل الخصم عن حلفها ، أو باقرار من الخصم ، أو بقرينة أخرى دلت على الواقعة التى تستنبط منها القرينة ، أو بجملة من هذه الطرق مجتمعة (٣) .

العنصر المعنوى للقرينة القضائية :

● بعد أن يحدد القاضى الواقعة الثابتة يبدأ بعد ذلك أشق مجهود يبذله القاضى فى استخلاص الدليل ، إذ عليه أن يستنبط من هذه الواقعة الثابتة الدليل على الواقعة التى يراد إثباتها ، فيتخذ من الواقعة المعلومة قرينة على الواقعة المجهولة ، ففى المثل المتقدم لا يكون القاضى متعتتا إذا هو استخلص من واقعة القرض التى اختارها أن المقترض كان فى حاجة إلى المال عندما عقد القرض ، فإذا ادعى أنه اشترى ، بعد القرض بأهام قليلة وقبل أن ينفى بالقرض ، دارا من المقرض بشمن يزيد كثيرا على مبلغ القرض ، ودفع له الشمن فى الحال ، كانت هذه الوقائع متعارضة مع دلالة الواقعة الثابتة ، فإذا طعن شخص فى عقد البيع الصادر من المقرض إلى المقترض بأنه بيع صورى ، أو دفع بصورية دفع الشمن ، كان للقاضى أن يستخلص من واقعة القرض وحاجة المقترض إلى المال وتعارض هذه الحاجة مع دفعه ثمنا كبيرا يزيد كثيرا على مبلغ القرض ، كان له أن يستخلص من كل ذلك قرينة على أن المقترض لم يدفع الشمن إلى المقرض ، فتكون هذه القرينة القضائية دليلا على الصورية (٤) .

(٣) (الوسيط للسنبورى الجزء الثانى ص ٢٢٠ وما بعدها) .

(٤) (المرجع السابق ص ٢٢٢) .

سلطة القاضى فى استنباط القرائن القضائية :

● ● قاضى الموضوع - وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض - حر فى أن يستنبط القرينة التى يعتمد عليها من وقائع الدعوى والأوراق المقدمة له ومن أقوال شهود سمعوا فى تحقيق قضائى أو إدارى ، وإذا كان حكم الاستجواب قد التزم هذا النظر وأقام قضاء فى هذا الخصوص على أنه وإن كان التحقيق الذى أجرته محكمة اثينا بطريق الانابة تنفيذا للحكم الذى أصدرته محكمة القاهرة الابتدائية قد تم بعد الميعاد المضروب له ويعد أن صدر الحكم المستأنف - يجعله منقطع الصلة بغير الدعوى فى مرحلتها الابتدائية وكان الحكم الابتدائى لم يعتمد على هذا التحقيق لصدوره قبل اجرائه إلا أن المحكمة ليست بمنوعة من ان تستنبط من هذا التحقيق الذى أجرته سلطة قضائية ما تشاء من قرائن تعينها على الفصل فى الدعوى مادام الإثبات بالقرائن جائزا ورأى أن يستجوب الطاعن فى «الوقائع التى وردت فى أقوال هؤلاء الشهود» فإنه لا يكون قد خالف القانون^(٥) .

● ● لاتناقض بين تقدير المحكمة لملاحظات الخبير ووصفها بأنها ملاحظات عابرة لاتؤثر على حيدته فى أداء مهمته ، وبين أن تستنبط المحكمة منها قرينة قضائية مع قرائن أخرى يتخذها الحكم قواما لقضائه فى موضوع الدعوى ، لان مثل هذه القرائن موكول أمرها إلى تقدير قاضى الموضوع طالما انها مستقاة من أصول ثابتة فى الدعوى^(٦) .

● ● يشترط لانطباق المادة ٩١٧ من القانون المدنى أن يكون المتصرف إليه وارثا ، فإذا لم يتوفر هذا الشرط كان للوارث أن يطعن على التصرف بأنه يستر وصية وإثبات هذا الطعن بكافة طرق الإثبات وله فى سبيل ذلك أن يثبت احتفاظ المورث بحياسة العين المتصرف فيها ، ويحقه فى الانتفاع بها كقرينة ، يتوصل بها إلى إثبات مدعاه ، والقاضى بعد ذلك حر فى أن يأخذ بهذه القرينة أو لا يأخذ بها ، شأنها فى ذلك شأن سائر القرائن القضائية التى تخضع لمطلق تقديره^(٧) .

● ● المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن شهادة الميلاد بمفردها ليست حجة فى إثبات النسب، وإن كانت تعد قرينة عليه ، إذ لم يقصد بها ثبوته ، وإنما جاء ذكره فيها تبعا لما قصد منها ووضعت له ، ولان القيد بالدفاتر لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب أو وكيله ، بل يصح بالاملاء من القابلة أو الأم فلا بعد نسبة الطفل فيها إلى شخص معين حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات

(٥) (نقض ١٩٦٧/٥/٣١ طعن ٢١ لسنة ٣٥ ق مج س ١٧ ص ١١٨٤) .

(٦) (نقض ١٩٧٢/١٢/٩ طعن ٤٥٦ لسنة ٣٧ ق مج س ٢٢ ص ١٢٤٧) .

(٧) (نقض ١٩٧٥/٦/٢٦ طعن ١٥٥ لسنة ٤١ ق مج س ٢٦ ص ١٣١٤) .

المدونة بها ، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد رد على القرينة المستفادة من شهادة الميلاد بأن المطعون عليه أدعى تزويرها فور تقديم الطاعنة لها ، فذلك حسبه فى اهدار القرينة المستفادة منها ، ويكون النعى عليه بالقصور غير وارد (٨) .

● ● من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه ليس ثمة ما يمنع فى القانون من أن تستند المحكمة فى حكمها إلى ما قضى به فى قضية أخرى لم يكن الخصم طرفا فيها إذا كان ذلك لمجرد تدعيم الأدلة التى سردتها فيه لان ذلك لا يعدو أن يكون استنباط لقرينه رأت فيها المحكمة ما يزيد وجهة نظرها (٩) .

● ● مفاد نص المادة ١٠٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن لقاضى الموضوع السلطة المطلقة فى استنباط القرائن التى يعتمد عليها فى تكوين عقيدته غير مقيد فى ذلك بالقاعدة التى تفرض عليه الا يبنى اقتناعه على وقائع لم تثبت بالطرق القانونية أو على وثائق لم تكن محل مناقشة الخصوم ، فله أن يعتمد على القرينة المستفادة من تحقيقات اجريت فى غيبة الخصوم أو من محضر جمع استدلالات اجريته الشرطة أو من شهادة شاهد لم يؤد اليمين ، ولا رقابة عليه فيما يستخلصه منها متى كان استنباطه سائفا (١٠) .

● ● محاضر جمع الاستدلالات التى تقدم صورها الرسمية فى الدعاوى المدنية لاتعدو أن تكون مستندا من مستندات الدعوى ، من حق المحكمة أن تستخلص مما تضمنته من استجوابات ومعاينات مجرد قرينة تستهدى بها للتوصل إلى وجه الحق فى الدعوى المعروضة عليها ، فلها أن تأخذ بها ولها أن تهدرها ولها أن تنتقى جزءا منها وتطرح سائرته ، دون أن يكون لها تأثير عليها فى قضائها (١١) .

● ● للقاضى استنباط القرينة التى يعتمد عليها فى تكوين عقيدته من أى تحقيق قضائى أو إدارى ، ومن ثم فلا يعيب الحكم تعويله على أقوال وردت بأحد الشكاوى الإدارية واتخاذها منها قرينة على التأجير من الباطن طالما أن استخلاصه سائفا وله سنده فى الأوراق (١٢) .

● ● لما كان مفاد نص المادة ١٠٠ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ أن لقاضى

(٨) (نقض ١٩٧٦/٢/٤ طعن ١١ لسنة ٤٤ ق مج س ٢٧ ص ٢٩٨)

(٩) (نقض ١٩٧٦/٢/٢٥ طعن ١٣١ لسنة ٤٠ ق مج س ٢٧ ص ٤٩٤) .

(١٠) (نقض ١٩٧٦/٥/٥ طعن ٧١١ لسنة ٤٢ ق مج س ٢٧ ص ١٠٦٢) .

(١١) (نقض ١٩٧٨/١١/٨ طعن ١٠٢٠ لسنة ٤٦ ق مج س ٢٩ ص ١٦٩٩) .

(١٢) (نقض ١٩٧٩/٦/١٣ طعن ١٢٩٠ لسنة ٤٨ ق مج س ٢٠ ص ٦٢٠) .

الموضوع السلطة المطلقة في استنباط القرائن التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته غير مقيد في ذلك بالقاعدة التي تفرض عليه الا يبني اقتناعه على وقائع لم تثبت بالطرق القانونية أو على وثائق لم تكن محل مناقشة الخصوم فله أن يعتمد على القرينة المستفادة من تحقيقات اجريت في غيبة الخصوم أو من محضر جمع استدالات اجرتة الشرطة ، أو من شهادة شاهد لم يؤد اليمين ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيما يستخلصه منها متى كان استنباطه سائفا (١٣) .

● ● إذا كان الحكم المطعون فيه بعد أن بين مراحل الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى ، وانها اتاحت للشركة الطاعنة فرصة إثبات ما تدعيه من حصول التنازل عن الاجبار وتغيير استعمال العين بشهادة الشهود ، وتأجيلها الدعوى مرارا بناء على طلب الطاعنة لاحضار شهودها وأورد ما استهلته به الطاعنة أسباب الاستئناف من أنها باعتبارها شخصا معنويا يتعذر عليها إثبات دعواها بشهادة الشهود ، وأن سبيلها الوحيد للإثبات هو محاضر الشرطة ، اقام قضاء على قوله «أن المحكمة لاترى في المحضرين الإداريين المقدمين من الشركة بجلسة ١٩٧٧/١٢/٧ ما ينهض دليلا على ثبوت وقوع المخالفة لعدم اطمئنانها إلى هذين المحضرين ولانهما لم يحررا الا بعد رفع الاستئناف المائل فضلا عن اختلاف ما ورد بهما بخصوص عين النزاع ، إذ تضمننا انها تستعمل كحضنة أطفال صباحا ، ومعهد جيرار للتدريس مساء في حين ضمنت الشركة صحيفة افتتاح الدعوى أن العين تغير استعمالها من معهد رياضى للسيدات إلى مكتب لالة الكاتبة ، الأمر الذى يشكك المحكمة فى صحة ما ورد بالمحضرين الإداريين » لما كان ذلك ، وكان القانون لم يحدد حجية القرائن القضائية وأطلق للقاضى أن يأخذ بنتيجتها أو لا يأخذ بها ، دون رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض ، متى اقام قضاء على اسباب سائفة ، وكان ما أورده الحكم من أن الشكوتين الإداريتين لم تجرهما الا بعد رفع الاستئناف ، وجاء بهما أن العين تستعمل فى غرض غير الذى أدعت الطاعنة انها تستعمل فيه ، بعد تهريرا كافيا لاطراح دلالتها على ما تدعيه الطاعنة ، وكان لم يرد بالشكوتين شىء عن تنازل المطعون ضده الأول عن العين المؤجرة للثانى ، وكانت الطاعنة لم تقدم ما يدل على انها طلبت من محكمة الاستئناف احوالة الدعوى إلى التحقيق ، انما بررت عدم تنفيذ حكم التحقيق أمام محكمة الدرجة الأولى بانها لاتستطيع إثبات دعواها بهذا الطريق ، فإن النعى بكافة ما اشتمل عليه لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا فى تقدير الأدلة مما لايجوز إثارته أمام محكمة النقض (١٤) .

(١٣) نقض ١٩٨٢/٢/٣٠ طعن ١٥٢٠ لسنة ٤٨ قضائية) .

(١٤) (نقض ١٩٨٢/٢/٢٤ طعن ٧٤٢ لسنة ٤٨ قضائية) .

● ● المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن استخلاص الواقع فى الدعوى واستنباط القرائن القضائية من الأوراق المقدمة فيها وتقدير المقتضى لاحتجاز أكثر من مسكن فى البلد الواحد، واستخلاص أدلة الصورية أو انتفائها من سلطة محكمة الموضوع ولا رقابة عليها فى ذلك طالما ركنت فى ذلك إلى أسباب سائفة لها أصلها الثابت بالأوراق ، ومؤديه عقلا إلى النتيجة التى انتهت إليها ، وهى لالتئزم من بعد بأن تضمن أسباب حكمها ردا على جميع الحجج التى يسوقها الخصم لتعزيز وجهة نظره فى النزاع ، مادام فى قيام الحقيقة التى إقتنعت بها وأوردت دليلها الرد الضمنى المسقط لما يخالفها (١٤ مكرر) .

لايجوز مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها :

● ● إذا كان الحكم مقاما على جملة قرائن فصلها ويكمل بعضها بعض ، وتؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى انتهى إليها فإنه - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لايجوز مناقشة كل قرينة على حدة لإثبات عدم كفايتها فى ذاتها (١٥) .

ويجوز للمحكمة أن تقيم حكمها على قرينة واحدة :

● لايشترط أن يبنى القاضى حكمه على عدة قرائن بل يكفى أن يكون عقيدته من قرينة واحدة مادام انها تكفى لحمله وتؤدى إلى ما أنتهى إليه وبشرط أن تكون قوية ومنتجة فى الإثبات وأن تكون مستمدة من واقعة ثابتة يقينا فلا يتقيد القاضى بعدد القرائن ولا بتطابقها إلا أنه يتعين على المحكمة أن تدقق فى بناء حكمها على قرينة واحدة وأن تحتاط فى ذلك كما يتعين على محكمة الدرجة الثانية أن تعمل سلطتها فى الاشراف على تقدير محكمة أول درجة لهذه القرينة وأن تتحقق من انها لم تستمدها من واقعة محتملة أو غير مقطوع بها أو من واقعة لا وجود لها فعلا كذلك فإنه لايجوز للمحكمة أن تستمد القرينة من واقعة ثابتة إذا كان استخلاصها غير مقبول عقلا أو يتعارض مع الثابت فى الأوراق (١٦) .

(١٤ مكرر) (نقض ١٩٩٠/٣/١٢ طعن رقم ١٧٥٠ لسنة ٥٢ قضائية) .

(١٥) (نقض ١٩٧٠/٣/٤ طعن ٢٦ لسنة ٢٧ ق مج س ٢١ ص ٤٠٤) .

(١٦) (التعليق على قانون الإثبات للمستشار عز الدين الناصورى والأستاذ حامد عكاز ص ٣٦٦) .

ثانيا : خصائص القرائن القضائية

آراء الشراح وأحكام القضاء :

القرينة القضائية من الأدلة المقيدة

● اعتبر المشرع القرينة القضائية من الأدلة المقيدة التي لا يجوز الإثبات بها في جميع الأحوال لما قدره من احتمال خطأ القاضى فى الاستنباط ، ومن ثم حد من خطر هذا الاحتمال بأن اجاز الإثبات بها فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالبينة فحسب .
ومؤدى ذلك أن جميع القواعد الخاصة بقبول الإثبات بالبينة تسرى على القرائن القضائية ، وبالتالي لا يجوز وعلى سبيل المثال الإثبات بالقرائن القضائية فى التصرفات التى تجاوز قيمتها عشرين جنيها .

● ● من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أنه يشترط لتطبيق القرينة المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى أن يكون المورث فى تصرفه لوارث قد احتفظ بحيازة العين المبيعة واحتفظ بحقه فى الانتفاع بها وأن يكون احتفاظه بالأمرين معا طيلة حياته الا أن ذلك لا يحول دون حق المحكمة المقرر بالمادة ١٠٠ من قانون الإثبات فى استنباط القرائن القضائية التى لم يقرها القانون وأن يستند إليها فى إثبات ما يجوز إثباته بشهادة الشهود ، لما كان ذلك وكان تصرف المورث تصرفا صوريا يخفى وصية افتتاتا منه على قواعد الميراث المقررة بالقانون واضرارا بوارث آخر يعتبر من الغير بالنسبة لهذا التصرف فيجوز له إثبات صوريته وأن حقيقته وصية بجميع طرق الإثبات ومنها شهادة الشهود والقرائن القضائية وكان الحكم المطعون فيه قد استنبط من أقوال شاهدى المظنون ضدهن أن تصرف مورثهن إلى القاصر المشمول بوصاية الطاعنة وهو عقد البيع المؤرخ ١٩٦٧/٩/١٥ هو عقد غير منجز ولم يدفع له ثمن وينطوى على تصرف مضاف إلى ما بعد الموت وكانت هذه القرينة القضائية التى استنبطها الحكم قد احاطت بعناصر الوصية من كونها تبرعا غير منجز ومضافا إلى ما بعد الموت فإنها تكون كافية لحمل قضائه دون ما حاجة إلى القرينة القانونية المنصوص عليها فى المادة ٩١٧ من القانون المدنى (١٧) .

(١٧) (تقضى ١٩٨٢/٢/٢٧ طعن رقم ٤١٩ لسنة ٤٢ قضائية) .

إنه وإن كانت دلالة القرينة القضائية دلالة غير قاطعة إلا أن هناك من القرائن القضائية مالا يحتمل العكس :

● الأصل في القرائن القضائية أن تقبل الدليل العكسي ، غير أن هناك بعض القرائن القضائية لا تحتمل ذلك ، تلك أقرب إلى اعتبارها قرائن طبيعية فيها إلى القرائن القضائية كما إذا ثبت أن شخصا ذا عمر معلوم كان على قيد الحياة في يوم معين ، فإن ذلك يعتبر قرينة لاتقبل الإثبات العكسي على أنه كان على قيد الحياة في الأيام السابقة على ذلك .

ما يشهد بالقرينة القضائية يعتبر حجة متعددة :

● إن ما يشهد بالقرينة القضائية يعتبر حجة متعددة أى أنه يعتبر ثابتا بالنسبة إلى الكافة لان اساسه وقائع مادية ثابتة يتحقق منها القاضى شخصا وبنى عليها استنباطه ، فتتنفى بذلك شبهة اصطناع أحد الخصوم دليلا لنفسه أو تسليمه بحق عليه لخصمه اضارارا بالغير (١٨) .

ثالثا : الحالات التي يجوز فيها

الإثبات بالقرائن القضائية

لايجوز الإثبات بالقرائن إلا فى الاحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود :

- لايجوز الإثبات بالقرائن القضائية - اعمالا لنص المادة ١٠٠ من قانون الإثبات - إلا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود .
وعلى ذلك يجوز الإثبات بالقرائن القضائية :-

فى إثبات الوقائع المادية :

● ● مودى المادة ٢٣ من القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٩ أن المشرع لم يكتف بمجرد الحصول على ترخيص خاص من المالك بالتأجير من الباطن ليحول دونه ودون طلب الاخلاء ، بل شرط ذلك أن يكون كتابة ، مما مؤداه انه فى الأصل لايجوز المنازعة فى حصول إثباته بغير هذه الوسيلة التى حددها المشرع ، فإثبات الاذن بالتنازل الصريح يجب أن يكون كتابة أو ما يقوم مقامها من يمين أو إقرار ، غير أن الكتابة فى الاذن الخاص ليس وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - ركنا شكليا بل هى مطلوبة لإثبات التنازل عن الشرط المانع لصحته ، فىمكن الاستعاضة عنها بالبيينة أو بالقرائن فى الحالات التى تميزها القواعد العامة استثناء فيجوز إثبات التنازل الضمنى بالبيينة اعتبارا بأن الإرادة تستمد من وقائع مادية وهى تثبت بجميع الوسائل ، لما كان ذلك وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعتين تمسكا أمام محكمة الموضوع بأن المطعون عليه الأول علم بواقعة التأجير من الباطن لسكنه بذات العقار الكائن به محل النزاع ولم يعترض عليها واستلامه الاجرة وبعض موجودات المحل من المطعون عليها الثانية - المستأجر من الباطن - ووافق على ما اجراه هذا الاخير من تركيبات بالمحانوت وقالوا أن ذلك يعد موافقة ضمنية على تنازله عن شرط الحظر ، ولما كان هذا الدفاع جوهريا قد يتقيد به أن صح وجه الرأى فى الدعوى ، وأغفل الحكم المطعون فيه الرد على هذا الدفاع ، فإنه يكون معيبا بالقصور ومخالفة القانون^(١٩) .

(١٩) (نقض ١٩٧٩/٦/٦ طعن ١٣٨٥ لسنة ٤٧ ق مج س ٢٠ ع ٢ ص ٥٦٤) .

وفى إثبات الصورةية :

● ● الغير فى الصورةية هو كل ذى مصلحة ولو لم تكن بينه وبين العاقدين رابطة عقدية ولهذا الغير أن يثبت الصورةية بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن كما وأن تقدير ادلة الصورةية مما يستقل به قاضى الموضوع (٢٠).

وفى الإثبات فى المواد التجارية :

● ● حوالة الدين بين تاجرين تكتسب الصفة التجارية متى عقدت لشئون سلتى بتجارتهما ويجوز إثباتها بالبينة والقرائن (٢١).

وفى الإثبات من الغير :

● ● مفاد نص المادة ١/٢٤٤ من القانون المدنى أن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يشتموا بكافة الطرق صورةية العقد الذى أضر بهم أما المتعاقدان فلا يجوز لهما إثبات ما يخالف ما اشتمل عليه العقد المكتوب الا بالكتابة ، والطعن على عقد البيع بأنه يستر وصية ولم يدفع فيه أى ثمن هو طعن بالصورةية النسبية بطريق التستر ، ومتى كان العقد الظاهر المطعون عليه بهذه الصورةية مكتوباً ، فإنه لايجوز لاي من عاقديه أن يثبت هذه الصورةية الا بالكتابة وذلك عملاً بنص المادة ١/٦٦ من قانون الإثبات ، ولا يصح قياس هذه الحالة على حالة الوارث الذى يجوز له إثبات طعنه على العقد بأنه يخفى وصية بجميع الطرق لأن الوارث لا يستمد حقه فى الطعن فى هذه الحالة من المورث وإنما من القانون مباشرة على أساس أن التصرف قد صدر اضاراً بحقه فى الأثر فيكون تحايلاً على القانون (٢٢).

وفى حالة توافر مهاداً ثبوت بالكتابة :

● ● النص فى الفقرة الأولى من المادة ٦٢ من قانون الإثبات على أنه : «يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مهاداً ثبوت بالكتابة» . يدل على أن المشرع قد جعل لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة فى الإثبات متى أكمله الخصوم بشهادة الشهود ، ويستوى فى ذلك أن يكون الإثبات بالكتابة مشروطاً بنص القانون ، أو باتفاق الطرفين ، ولما كانت المادة ١٠٠ من القانون المشار إليه قد نصت على أن «يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقرها القانون ، ولايجوز الإثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود» فإن مفاد ذلك أن المشرع اجاز الإثبات بالقرائن القضائية فى جميع

(٢٠) (نقض ١٩٨٠/٣/٢٦ طعن ٤٩١ لسنة ٤٦ ق مج س ٣١ ص ٩٠٤).

(٢١) (نقض ١٩٧٦/٥/٣١ طعن ٦٢١ لسنة ٢٩ ق مج س ٢٧ ص ١٢٤٠).

(٢٢) (نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ طعن ٣٦٩ لسنة ٤٣ ق مج س ٢٧ ص ١٨٠١).

الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود ، وجعل تقدير تلك القرائن منوطاً بالمتنان محكمة الموضوع ، ومن ثم فإن مبدأ الثبوت بالكتابة يجوز تكملته بشهادة الشهود كما تجوز تكملته بالقرائن القضائية حتى يكون له ما للكتابة من قوة في الإثبات (٢٣) .

وفى حالة التحايل على القانون :

● ● إذا ادعى الأصيل - أو وارثه - عدم صحة التاريخ المدون بالورقة - العرفية - وأنه قدم غشا حتى لا ينكشف أن التصرف الذي اجراه الوكيل صدر في وقت كانت وكالته فيه قد زالت فإنه يكون لذلك الأصيل - أو وارثه - أن يثبت مدعاه بكافة طرق الإثبات ومنها الهيئة والقرائن إذ الضرور بالفش لم تكن له خبرة فيه فلا وجه للتضييق عليه في الإثبات بحصره في طريق دون آخر (٢٤) .

وفى حالة قيام مانع من الحصول على دليل كتابي :

● ● انه وان كان تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي في الأحوال التي يتطلب فيها القانون هذا الدليل هو من الأمور التي يستقل بها قاضي الموضوع الا أنه يتعين عليه في حالة رفض هذا الطلب أن يضمن حكمه الأسباب الموسوعة لذلك ، ولما كان ما قرره الحكم المطعون فيه من انتفاء قيام المانع الأدبي في حالة وجود سند كتابي يتمثل في كشوف الحساب التي وقع عليها الطاعن باستلام نصيب زوجته في الربع هو خطأ في القانون لان وجود محرر مكتوب لا يمنع من قيام المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي إذا توافرت شروطه ، وكان التوكيل الصادر إلى الطاعن من زوجته لتحصيل نصيبها في الربع وتوقيع على كشوف الحساب التي تسلم بموجبها هذا النصيب ممن يتولى إدارة العقار ليس من شأنه أن ينفى قيام المانع الأدبي في علاقة الطاعن مع زوجته ، ومتى تحقق هذا المانع لدى الطاعن فإنه يجوز له إثبات الوفاء بالهيئة والقرائن عملاً بالفقرة أ من المادة ٦٣ من قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ لما كان ذلك وكانت محكمة الاستئناف قد حجبت نفسها بهذا النظر الحاطي من أعمال سلطتها في تقدير الظروف التي ساقها الطاعن لتبرير قيام المانع الأدبي الذي تمسك به وعن الادلاء برأيها فيما إذا كانت هذه الظروف تعتبر مانعة له من الحصول على الدليل الكتابي للزام لإثبات الوفاء الذي ادعاه أو غير مانعة ، فإن حكمها المطعون فيه يكون معيباً بمخالفة القانون والفساد في الاستدلال والقصور في التسبيب (٢٥) .

(٢٣) (نقض ١٩٧٩/٣/٥ طعن ٢٤ لسنة ٤٤ ق مع ج ٣٠ ع ١ ص ٧١٣) .

(٢٤) (نقض ١٩٧٤/٣/٢٦ طعن ١٦٧ لسنة ٣٩ ق مع ج ٢٥ ص ٥٧٥) .

(٢٥) (نقض ١٩٧٦/٣/٢ طعن ٧٥٩ لسنة ٤٢ ق مع ج ٢٧ ص ٥٣٢) .

وفى حالة فقد الدليل الكتابى بسبب أجنبي :

● ● تنص المادة ١/٤٠٠ من القانون المذكور قبل الغائها بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ على أنه « فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى يزيد قيمته على عشرة جنيهات أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البيينة فى إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » كما تنص المادة ٤٠٣ من القانون المذكور على أنه يجوز أيضا الإثبات بالبيينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة (أ) ... (ب) إذا فقد الدائن سند الكتابى بسبب أجنبي لايد له فيه مما مفاده وعلى ما أفصحت عنه المذكرة الايضاحية للقانون أن هذا الاستثناء يفترض أن القواعد المتعلقة بالدليل الكتابى قد روعيت ، بيد أن الإثبات بالكتابة قد امتنع بسبب فقد هذا الدليل ويشترط فى هذه الحالة أن يكون هذا الفقد راجعا إلى سبب لايد للمدعى فيه ومؤدى هذا أن يكون الفقد قد نشأ من جراء حادث جبرى أو قوة قاهرة وترد علة هذا الشرط إلى الرغبة فى استبعاد صور الفقد بسبب يتصل بفعل مدعى الدليل كاعدام الورقة لقطع السبيل على التواطؤ مع الشهود وبذلك لا يكون للمدعى أن يتمسك بأى سبب يرجع إلى فعله - ولو كان هذا الفعل مجرد اهمال أو تراخ (٢٦) .

الباب الثالث

اليمين المتممة

- ١- ماهية اليمين المتممة وشرايطها
- ٢- الآثار التي تترتب على توجيه اليمين المتممة
- ٣- صور خاصة من اليمين المتممة

أولا : ماهية اليمين المتحمة وشرايطها :

المواد ١١٩ و ١٢٠ و ١٢١ (إثبات)

نصوص القانون :

مادة ١١٩ : للقاضي أن يوجه اليمين المتحمة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين ليهنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به .

ويشترط فى توجيه هذه اليمين الا يكون فى الدعوى دليل كامل والا تكون الدعوى خالية من أى دليل .

مادة ١٢٠ : لايجوز للخصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتحمة أن يردّها على الخصم الأخر .

مادة ١٢١ : لايجوز للقاضى أن يوجه إلى المدعى اليمين المتحمة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى .

ويحدد القاضى حتى فى هذه الحالة حدا اقصى للقيمة التى يصدق فيها المدعى بيمينه .

النصوص العربية المقابلة :

القانون الليبى	: مادة ٤٠٤ مدنى
القانون السودانى	: مادة ١٢١
القانون العراقى	: مادة ٤٨٢
القانون اللبناني	: مادة ٢٥٠
القانون الكويتى	: المادتان ٦٦ و ٦٧
القانون البحرينى	: مادة ٩٩ مرافعات
القانون التونسى	: مادة ٥٠٨

المذكرة الإيضاحية

١- ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني تعليقا على نص المادة ٤١٥ مدني والتي الغيت

بصدور قانون الإثبات وكانت مطابقة تماما لنص المادة ١١٩ (إثبات) مايلي :

أ) أشار بعض الفقهاء بوجود حذف اليمين المتممة لأن المروعة متى توافرت ، فلا حاجة لليمين لصد الخصم عن المطالبة بغير المستحق ، وهي إذا انتفت لم يستشعر الخصم حرجا من الحنث بها ، ثم أن القاضى لا يحتاج إلى اليمين لتمكين الاطمئنان من نفسه ، لان من يخفق فى إثبات دعواه يبؤ بالخسارة ولا يستشعر القاضى حرجا فى القضاء لخصمه عليه ، لانه ينزل فى ذلك على حكم القانون .

بيد أن النظر يغفل خصائص اليمين بوصفها طريقا للإثبات ، وطبيعة هذه اليمين والغاية منها ، لأن اليمين طريق اضطرارية ، فمن المعقول أن يمكن القاضى من الالتجاء إليها فى ظل الضمانات التى يقرها القانون ، أى حيث لا يكون الطلب أو الدفع مجردا من كل دليل ، وحيث يكون هذا الدليل غير كاف فى ذاته ، وبراعى أن اليمين نظام تقتضيه العدالة فهى ، والحال هذه ، عامل يعين على سير العدالة ، فضلا عن أن القانون يترك للقاضى حرية التقدير بشأن ضرورة توجيهها وتعيين من توجه إليه من الخصوم ، وغنى عن البيان أن هذا التقدير ينبغى أن يناط ، بوجه خاص ، بما يتوافر فى الخصم من بواعث الثقة ، ولهذا لم ير وجه للتنويه بعدم جواز توجيه اليمين المتممة إذا كان من توجه إليه غير أهل لأى ثقة كما يفهم ذلك من عبارة المادة ٢٥٣٣ فقرة ٣ من التقتين البرتغالى ، ويلاحظ أن اليمين شرعت لعلاج مساوىء نظام تقييد الدليل ، ونظام حيدة القاضى ازاء دعاوى الخصوم ، فيجب والحال هذه أن تؤدى وظيفتها كاملة ، هذا ، ويلاحظ من الناحية العملية ، أن القاضى لا يلجأ إلى اليمين المتممة الا فى كثير من الحيطه والاعتدال ، بعد تقدير جدوى هذه اليمين تقديرا يعتد فيه بشخصية الخصم ، ازاء كل أولئك رؤى الاهتاء على اليمين المتممة فى نصوص المشروع .

(ب) وقد استقى نص الفقرة الثانية من المادة ١٣٦٧ من التقتين الفرنسى ، والمادة ١٣٧٥ من التقتين الايطالى ، والمادة ١٩٧٨ من التقتين الهولندى ، والمادة ٢٥٤٤ من التقتين البرتغالى ، والمادة ٣٢٠ من المشروع الفرنسى الايطالى ، ولم يجعل التقتين المصرى (المادة ٢٢٣ / ٢٨٨) قبول هذه اليمين جائزا إذا تبين أن الأوراق المقدمة للإثبات غير كافية ، وقد عرضت هذه الفقرة لشروط جواز قبول اليمين المتممة

وحجبتها ، فهي تختلف عن اليمين الحاسمة في انها لا تكون جائزة القبول ، الا حيث لا يكون الدليل كامل ، وحيث لا تكون الدعوى خالية من كل دليل ، فاعمال هذه اليمين يفترض أن الادعاء قريب الاحتمال ، فينبغى أن يكون ثمة مبدأ ثبوت ، لا يمكن بمجرد لتكوين دليل كامل ، وان انطوى فيه معنى تعزيز هذا الاحتمال ، فإذا توافر في الدعوى دليل كامل انتفت جدوى اليمين المتتممة وامتنع قبولها ، لأن القاضى يلزم بالتقيد بهذا الدليل والقضاء للمدعى على أساسه ، وينبغى كذلك أن تكون الدعوى خالية من كل دليل ، لانها تكون في هذه الحالة غير (قريبة الاحتمال) لان توافر مبدأ الثبوت القانونى هو الذى أسبغ عليها هذا الوصف، ويعتبر مبدأ ثبوت قانونى في رأى الفقه : (أ) الاقرار الجزئى (ب) والبينة والقرائن إذا كانت القيمة أقل من عشرة جنيهاً ، لأن هذه أو تلك قد تعتبر غير كافية في ذاتها (ج) ومبدأ الثبوت بالكتابة إذا زادت القيمة عن عشرة جنيهاً أو كان الإثبات بالبينة عسيراً أو مستحيلاً (د) ودفاتر التجارة بشأن ما يوردون متى كانت منتظمة .

(ج) وتعتبر اليمين المتتممة دليلاً تكميلياً إضافياً كما هو ظاهر من أسماها ، ويجوز أن يرتب عليها الفصل في النزاع ولكن قد لا يكون توجيهها ضرورياً لهذا الفصل ولا تعتبر هذه اليمين إجراء من إجراءات التحقيق التي تسر للقاضي تحصيل دليل خاص تقتضيه العدالة ويكون له ما لغيره من قوة الإلزام ، لانها تفترض توافر عناصر إثبات لها مكانتها وإن كانت أدنى من مرتبة الدليل .

وهي تختلف كذلك عن اليمين الحاسمة ، لانها لا تنتقل مصير النزاع إلى نطاق الذمة على وجه التخصيص والافراد ، بل يظل النزاع محصوراً في حدود أحكام القانون ، وان جاوز هذه الحدود إلى ذلك النطاق استكمالاً للدليل ، ولهذا العلة لا تعتبر اليمين المتتممة حجة قاطعة ملزمة ، بل يكون للقاضي مطلق الخيار في الاعتداد بها ، أو التجاوز عنها ، فله أن يقضى على أساس اليمين التي أدبت ، أو على أساس عناصر إثبات أخرى ، اجتمعت له قبل أداء هذه اليمين أو بعد أدائها ، ويتضح من ذلك أن عبارة «ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى» ، (المادة ٥٥٣ فقرة من المشروع) ليس لها بصدد اليمين المتتممة ذات الدلالة التي تستخلص منها بالنسبة لليمين الحاسمة .

ومع ذلك فاليمين المتتممة طريق من طرق الإثبات ، فيجوز نقض دلالتها بإثبات العكس ، ويجوز للمضروب في هذه الحالة أن يدعى مدنياً للمطالبة بالتعويضات أمام

المحاكم الجنائية ، ويجوز له أيضا أن يطعن فى الحكم بالطرق المقررة .
 ٢- وورد بالاعمال التحضيرية للقانون المدنى تعليقا على نص المادة ٤١٧ مدنى والتي
 الغيت بصدور قانون الإثبات وكانت مطابقة تماما لنص المادة ١٢١ إثبات ما يلى :
 تنصب يمين التقويم على تحديد قيمة الشئ المدعى به ، فهمى تفترض أن الوفاء بالشئ
 عينا قد استحال والا كان التقويم عديم الجدوى ، ولذلك لا توجه هذه اليمين إلا لمدعى .
 وقد تكفل النص بتعيين الشروط الواجب توافرها لقبول يمين التقويم ، فاشترط أولا ان
 يكون تحديد القيمة بطريقة أخرى متعذرا ، واشترط كذلك أن يعين القاضى حد أقصى
 للقيمة التى يحلف عليها المدعى .
 وعلّة هذا التقييد أن القاضى يركن إلى ذمة المدعى لتقدير قيمة مصالحه الذاتية ، أما
 فيما يتعلق بالحجية ، فيمين التقويم واليمين بمنزلة سواء ، فيمين التقويم لاتقيد
 القاضى، فله أن يقضى بمبلغ أقل من المبلغ المحلوف عليه ، إذا أنس مبالغة فى تقدير
 هذا المبلغ .

أراء الشراح وأحكام القضاء ماهية اليمين المتممة :

● اليمين المتممة هى اليمين التى يوجهها القاضى من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين
 ليستكمل بها اقتناعه عندما يرى ما قدمه الخصم من أدلة لم يكن كافيا وفى هذا المجال يبدو كذلك
 دور القاضى الإيجابى فى الإثبات ، على أنه إذا كان للقاضى أن يوجه اليمين المتممة فإنه لا يوجهها
 إلا إذا كان هناك دليل ناقص ويريد تكملته ولكن إذا لم يكن هناك دليل أصلا فلا يوجهها وهذا على
 خلاف اليمين الحاسمة فاليمين المتممة تكمل دليلا ناقصا أما الحاسمة فتقوم وحدها دليلا يستبعد أى
 دليل آخر (١) .

● وهى كما هو ظاهر من اسمها هى اليمين التى يوجهها القاضى لاحد الخصمين ليتم بها
 اقتناعه ، وعرفها المرحوم الأستاذ فتحى زغلول بأنها اليمين التى يطلبها القاضى من أحد الخصمين
 توكيدا للأدلة التى قدمها .

ويحسن بالقاضى الا يلبأ إليها إلا نادرا لأن اليمين المتممة فى الواقع تخرج به عن وظيفته
 إذ ليس من وظيفة القاضى أصلا أن يضيف للخصم دليلا على الأدلة التى قدمها فى الدعوى ، وإنما

(١) قواعد الإثبات للدكتور توفيق حسن فرج ص ١٨٢

وظيفته تنحصر فى تقدير الأدلة المقدمة إليه من الخصوم ، ويظهر أن الشارع شرعها ليخلصه من وسوس الضمير فى الأحوال التى يرى فيها أن الأدلة تكاد تكفى للحكم ، ولكنها ليست قاطعة أو على الأقل جعلت أدعاء الخصم قريب الاحتمال ، وفى الوقت نفسه لا يستطيع عدم الأخذ بها وأعمالها ، نسمح له بأن يريح ذمته بالقاء جزء من مسئوليته على عاتق ذمة الخصم الذى إذا ثبت فيما بعد أن يمينه كانت كاذبة وقع تحت طائلة قانون العقوبات ، ومع ذلك فإن القاضى الذى وجهها يستطيع بالرغم من حلفها أن لا يأخذ بها (٢) .

● ● اليمين المتتممة اجراء يتخذها القاضى من تلقاء نفسه رغبة منه فى تحرى الحقيقة ليستكمل به دليلا ناقصا فى الدعوى ، وهذه اليمين وان كانت لاتحسم النزاع إلا أن القاضى بعد حلفها أن يقضى على اساسها باعتبارها مكتملة لعناصر الإثبات الأخرى القائمة فى الدعوى ليهنى على ذلك حكمه فى موضعها أو قيمة ما يحكم به (٣) .

الفرق بين اليمين المتتممة واليمين الحاسمة :

- تختلف اليمين المتتممة عن اليمين الحاسمة اختلافا جوهريا ذلك أن اليمين المتتممة :
 - (١) توجه من القاضى ولا يصح توجيهها من الخصم .
 - (٢) لايجوز توجيهها عند انعدام الدليل إذ لا بد أن تكون هناك أدلة أو دلائل فى الدعوى لايقنعن بها القاضى إلا إذا حلف أحد الخصمين اليمين المتتممة .
 - (٣) لايجوز للخصم الذى يوجه القاضى اليمين المتتممة إليه أن يردها على خصمه .

أما اليمين الحاسمة :

- (١) فإنها لاتوجه إلا من الخصم ولا يصح توجيهها من القاضى .
- (٢) لا توجه إلا إذا كان الخصم الذى يوجهها لا يحمل دليلا غيرها .
- (٣) ويمكن للخصم الذى توجه إليه اليمين الحاسمة أن يردها على خصمه .

شروطان أساسيان لتوجيه اليمين المتتممة :

- الشرط الأول : يجب ألا تكون الأدلة المقدمة فى الدعوى كافية وإلا فلا محل لتوجيه اليمين لانها فى هذه الحالة لاتكون متممة وإنما زائدة ، ذلك لأن اليمين المتتممة ما شرعت الا لتتممة دليل غير كامل ، فإذا وجد فى الدعوى دليل كامل تعين على القاضى أن يحكم على أساسه، وامتنع عليه توجيه اليمين المتتممة لتخلف احد شرطى توجيهها .

(٢) رسالة الإثبات للمستشار أحمد نشأت الجزء الثانى من ١٦٠ وما بعدها)

(٣) (نقض ١٩٧٣/٢/٢٧ طعن ٧ لسنة ٢٨ ق مع س ٢٤ ص ٢٤٢)

● **الشرط الثاني :** الا تكون الدعوى خالية من أى دليل ، ذلك أن اليمين المتتممة بوجهها القاضى لاستكمال اقتناعه ، وهذا يتطلب بالضرورة أن يكون فى الدعوى دليل ، ولكنه غير كامل ، أما إذا كانت الدعوى خالية من أى دليل فيمتنع توجيه اليمين المتتممة وهى فى هذا تختلف عن اليمين الحاسمة التى يجوز كما سبق أن رأينا توجيهها عند عدم وجود أى دليل فى الدعوى ، وفى هذا تقول محكمة النقض « يشترط لتوجيه اليمين المتتممة الا تكون الدعوى خالية من أى دليل وأن يكون بها مبدأ ثبوت يجعل الأذعاء قريب الاحتمال وإن كان لا يكفى بمجرد تكرير اليمين كامل ، فيستكملة القاضى باليمين المتتممة ، ولقاضى الموضوع الحرية فى تعيين من يوجه إليه هذه اليمين من الخصوم ، وهو يراعى فى ذلك من كانت أدلته أرجح ومن كان أجدر بالثقة فيه والاطمئنان إليه » (٤) .

● ● إن شرط توجيه اليمين المتتممة هو أن يكون لدى كل من الطرفين مبدأ ثبوت لا يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل فإذا ما وجهت المحكمة اليمين إلى أحد الخصمين وحلفها وقدرت من ذلك أن الدليل الكامل قد توافر على صحة ما يدعيه فليس فى ذلك ما يناقض ما سبق أن قررته فى حكمها الصادر بتوجيه اليمين من أن كلا من الطرفين يستند فى دعواه إلى دليل له قيمته (٥) .

● ● لا يشترط فى الدليل الناقص الذى يكمل باليمين المتتممة أن يكون كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة بل يصح أن يكون بينه أو قرائن يرى فيها القاضى مجرد مبدأ ثبوت عادى وإن كان يجعل الأذعاء قريب الاحتمال إلا أنه غير كاف بمجرد لتكوين دليل كامل يقنعه فيستكملة باليمين المتتممة ومن ثم فلا تشرب على محكمة الاستئناف إذا هى عمدت إلى تكملة القرائن التى تجمعت لديها باليمين المتتممة وإذا هى رأت بعد حلف هذه اليمين أن الدليل قد أكتمل لديها على انتضاء الدين (٦) .

● ● يشترط لتوجيه اليمين المتتممة الا تكون الدعوى خالية من أى دليل وأن يكون بها مبدأ ثبوت يجعل الأذعاء قريب الاحتمال وإن كان لا يكفى بمفرده لتكوين دليل كامل فيستكملة القاضى باليمين المتتممة ، ولقاضى الموضوع الحرية فى تعيين من يوجه إليه هذه اليمين من الخصوم وهو يراعى فى ذلك من كانت ادلته أرجح ومن كان أجدر بالثقة فيه والاطمئنان إليه (٧) .

(٤) قواعد الإثبات للدكتور أنور سلطان ص ٢٠٩ وما بعدها

(٥) (نقض ١٩٥١/٤/٥ طعن رقم ١٠٣ لسنة ١٩ قضائية) .

(٦) (نقض ١٩٦٦/١/٦ طعن ٢٠٨ لسنة ٣١ ق مج س ١٧ ص ٥) .

(٧) (نقض ١٩٦٨/١٠/٢٩ طعن ٢٢٠ لسنة ٣٣ ق مج س ١٩ ص ١٢٧٦) .

● ● اليمين المتممة اجراء يتخذها القاضى من تلقاء نفسه رغبة منه فى تحمى الحقيقة ليستكمل دليلا ناقصا فى الدعوى ، وهذه اليمين وإن كانت لاثمم النزاع إلا أن القاضى بعد حلفها يقضى على اساسها باعتبارها مكملة لعناصر الإثبات الأخرى القائمة فى الدعوى ليمنى على ذلك حكمه فى موضوعها أو فى قيمة ما يحكم به (٨) .

إلى من توجه اليمين المتممة :

● لأن اليمين المتممة ليست دليلا قائما بذاته بل إجراء من إجراءات التحقيق يملكه القاضى من تلقاء نفسه ويملك تقدير نتيجته ، ومن ثم فإنه فى نطاق ذلك لا يتقيد بقاعدة البيينة على من ادعى ، ولذلك فإن له أن يوجه اليمين إلى أى من الخصمين ، والغالب أن يوجهها إلى الخصم الذى قدم ما يجعل دعواه قريبة التصديق أو الذى يراه أقرب إلى الثقة .

● ولأن اليمين المتممة لاتعدو أن تكون إجراء من إجراءات التحقيق وليست تصرفا قانونيا ، ومن ثم فلا يشترط فيمن توجه إليه أهلية خاصة ، وإنما يتعين أن توجه إلى الخصم الأصيل فى الدعوى لا إلى وكيله .

موضوع اليمين المتممة :

● يشترط فى موضوع اليمين المتممة ما يشترط فى موضوع اليمين الحاسمة - على ماسرى - ما عدا كونه حاسما للنزاع ، وإذا كانت الواقعة التى توجه اليمين بشأنها ليست متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين وأكتفى منه بأن يحلف على نفى علمه بها لأن هذا العلم أو عدمه أمر متعلق بشخصه .

وليس يلزم أن تكون الواقعة التى توجه عليها اليمين المتممة هى الواقعة التى يقوم عليها الأدياء كله (كواقعة القرض المدعى) ، بل يجوز أن تكون واقعة جانبية أخرى تصلح أن تكون مجرد قرينة على ثبوت تلك الواقعة الأولى أو على نفيها كما لو دفع المدعى عليه المطالبة الموجهة إليه فى دين معين بأنه وفاء ثم اقرض هو بعد ذلك المدعى مبلغا آخر بعد حلول الدين الأول وإيفائه وأن المدعى سدد له هذا الدين الآخر ، فإن واقعة القرض الثانى وإيفائه تصلح قرينة على سبق إيفاء القرض الأول ويجوز توجيه اليمين المتممة عليها ليستخلص القاضى من حلفها أو عدمه قرينة على ثبوت القرض الأول وإيفائه أو على عدم ثبوته (٩) .

(٨) (نقض ١٩٧٣/٢/٢٧ مج ٢٤ ص ٢٤٣) .

(٩) (أصول الإثبات وإجراءاته للككتور سليمان مرقص الجزء الأول ص ٦٨٤ وما بعدها) .

للمحكمة أن تستعمل رخصة توجيه اليمين المتحمة أو لاستعملها :

● ● لا تشرب على محكمة الموضوع أن لم تستعمل حقها في توجيه اليمين المتحمة إذ هو من الرخص القانونية التي تستعملها إن شاءت بلا إلزام عليها في ذلك ولو تحققت شروط الحق في توجيهها (١٠).

(١٠) (نقض ١٩٧٧/١١/١٥ طعن ١٠٢ لسنة ٤٤ ق مج س ٢٨ ص ١٦٧٣).

ثانيا : الآثار التي تترتب على توجيه اليمين المتعممة :

لاخيار لمن وجهت إليه اليمين المتعممة ، فإما أن يحلف أو ينكحل :
● لاخيار لمن وجهت إليه اليمين المتعممة فإما الحلف أو النكول ، ولا يستطيع أن يرد اليمين على الخصم الآخر ذلك لان هذه اليمين ليست موجبة من خصم له ، وإنما من القاضى نفسه ، ولانها اجراء من إجراءات التحقيق لاقتناع القاضى وليست احتكاما إلى ضمير الخصم حتى يجوز لهذا ردها ليحتكم هو إلى ضمير خصمه كما هو الشأن فى اليمين الحاسمة .
والنكول عن اليمين المتعممة كحلفها لا تقيد القاضى ذلك انها دليل إثبات تكملى ذو قوة محدودة .

ولا يتوجب على اليمين المتعممة حسم النزاع :

● توجيه اليمين المتعممة لا يزدى إلى حسم النزاع إذا حلفها من وجهت إليه ، بل للقاضى كما تقول محكمة النقض « مطلق الخيار فى أن يقضى على أساس اليمين التى أدبت أو على اساس عناصر إثبات أخرى أجمعت له قبل حلف هذه اليمين أو بعدها » ، فالقاضى قد تظهر له بعد حلف اليمين أدلة جديدة تقنعه بأن دعوى الخصم الذى حلف اليمين على غير اساس فيحكم ضده ، وقد لا تظهر فى الدعوى أدلة جديدة ، ولكن القاضى قد يعيد بعد الحلف وقبل الحكم فى الموضوع تقدير الأدلة المقدمة فى الدعوى فيتضح له عدم صحة ادعاء الحالف فيقضى ضده ، ذلك أن الحكم بتوجيه اليمين المتعممة هو من الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى الموضوع ولا تنته به الخصومة كلها أو بعضها ، كذلك فإن الخصم الآخر يستطيع أن يستأنف الحكم ولا تقيد محكمة الاستئناف بما رتبته محكمة أول درجة على اليمين المتعممة التى وجهتها ، إذ قد ترى أن الدعوى خالية من أى دليل ، أو أن فى الدعوى أدلة كافية وأنه ماكان يجب توجيه اليمين المتعممة ^(١١) .

يجوز للخصم الذى حلف خصمه اليمين المتعممة أن يثبت كذبها

بحكم جنائى :

● اليمين المتعممة ليست قاطعة ، فيجوز للخصم إثبات كذبها من طريق الطعن فى الحكم

الصادر بناء عليها ، كما يهزم إثبات كذبها بحكم جنائى بناء على طلب النيابة العامة ، فإذا أثبتت المحكمة الجنائية كذب اليمين جاز للخصم الاستناد إلى حكمها لطلب إلغاء الحكم المدنى الذى انبنى على اليمين الكاذبة إذا كان باب الطعن فيه لا يزال مفتوحا ، والا جاز له المطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر بدعى مدنية مبتدأة (١٢) .

سلطة المحكمة فى تقدير نتيجة اليمين المتتممة :

● ● توجيه اليمين المتتممة وإن كان اجراء يتخذه القاضى من تلقاء نفسه وقوفا على الحقيقة الا أن له السلطة التامة فى تقدير نتيجته ، إذ اليمين المتتممة دليل تكميلى ذو قوة محدودة، ولان العبرة أساسا هى بمدى اطمئنانه إلى صحة الواقعة محل النزاع فى مجموعها سواء حلف اليمين جميع من وجهت إليه أو بعضهم (١٣) .

● ● لما كانت اليمين المتتممة ليست إلا اجراء يتخذه القاضى من تلقاء نفسه رغبة منه فى تحرى الحقيقة وكانت هذه اليمين لا تحسم النزاع فإن القاضى - من بعد توجيه هذه اليمين - يكون مطلق الخيار فى أن يقضى على أساس اليمين التى أدت أو على أساس عناصر إثبات أخرى اجتمعت له قبل حلف هذه اليمين أو بعد حلفها ، ولا تنقيد محكمة الاستئناف بما رتبته محكمة أول درجة على اليمين المتتممة التى وجهتها ومن ثم فلا تشرب عليها إن هى لم تقض بالغاء حكم توجيه اليمين المتتممة مع إلغائها الحكم الابتدائى الصادر فى موضوع الدعوى وحسبها أن تورد اسباب حكمها ما جعلها تطرح نتيجة هذه اليمين ، ذلك أن الحكم بتوجيه اليمين هو من الأحكام التى تصدر قبل الفصل فى الموضوع ولا تنته به الخصومة كلها أو بعضها (١٤) .

(١٢) (اصول الإثبات واجراءاته للدكتور سليمان مرقص الجزء الاول ص ٦٨٧) .

(١٣) (نقض ١٩٧٣/٢/٢٢ طعن ٤٢٩ لسنة ٣٧ ق مج س ٢٤ ص ٤٦٣) .

(١٤) (نقض ١٩٧٧/١١/١٥ طعن ١٠٢ لسنة ٤٤ ق مج س ٢٨ ص ١٦٧٣) .

ثالثا : صور خاصة من اليمين المتمة :

يمين التقويم :

● يمين التقويم عبارة عن صورة خاصة من اليمين المتمة يوجهها القاضى من تلقاء نفسه إلى المدعى لتحديد قيمة المدعى به ، وقد نصت عليها المادة ١٢١ من قانون الإثبات بالقول أنه «لا يجوز للمحكمة أن توجه إلى المدعى اليمين المتمة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى ، وتعين المحكمة فى هذه الحالة حدا أقصى للقيمة التى يصدق فيها المدعى بيمينه» ، من ذلك إذا هلكت الوديعة بخطأ المودع عنده ، واستحال تقدير قيمتها بأى طريق - ولو بطريق الخبراء على أساس تعيينها بالوصف - فلا مندوحة من الرجوع فى تقدير قيمتها إلى المودع وهو المدعى ، فيوجه إليه القاضى يمين التقويم (١٥) .

● والخصم الذى توجه إليه هذه اليمين هو دائما المدعى فقط ، وموضوعها هو دائما المبلغ الذى يقدر به المدعى قيمة الشئ الذى استحال رده بفعل المدعى عليه ، على إلا يجاوز هذا المبلغ حدا أقصى يحدده القاضى بحسب تقديره وفقا لما يستبين له من ظروف الدعوى .

ويمن التقويم كاليمين المتمة الأصلية لا يجوز ردها على الخصم ، وأن القاضى لا يلتزم بالحكم بوجوبها ، بل له أن يحكم بمبلغ أقل أو أكثر من المبلغ الذى حلف عليه المدعى ، ولمحكمة ثانى درجة أن تحكم بمبلغ يغاير المبلغ الذى قضت به محكمة أول درجة (١٦) .

يمين الاستعناق :

● هذه اليمين توجه فى أحوال ثلاثة نص عليها القانون ، وفى بعضها تكون يميننا على عدم العلم :

(أولا) : نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ من الترتين المدنى على أنه «يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا» ، وهذه اليمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه ، وتوجه إلى ورثة المدين أو أوصيائهم ، إن كانوا قسرا بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بحصول الوفاء .

(١٥) قواعد الإثبات للدكتور أنور سلطان ص ٢١٢ وما بعدها

(١٦) (المراجع السابق ٢١٢)

● ● التقادم الحولى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٨ من القانون المدنى يقوم على قرينة الوفاء وهى «مظنة» رأى الشارح توثيقها بيمين المدعى عليه - هى يمين الاستيثاق - وأوجب على من يتمسك بأن الحق تقادم بسنه أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا ، بينما لايقوم التقادم الخمسى المنصوص عليه فى المادة ٣٧٥ على تلك القرينة (١٧) .

(ثانها) : مانصت عليه المادة ١٤ من قانون الإثبات من أنه يعتبر المحرر العرفى صادرا من وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة .
أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الانكار ، ويكفى أن يحلف يمينا بأنه لايعلم أن الخط أو الأمضاء أو الختم أو البصمة ، هى لمن تلقى عنه الحق .
ومن احتج عليه بمحرر عرفى وناقش موضوعه ، لايقبل منه انكار الخط أو الأمضاء أو الختم أو بصمة الأصعب .

وأيضا المادة ٢٣ من قانون الإثبات والتي نصت على أنه إذا أثبت الطالب وأقر الخصم بأن المحرر فى حيازته أو سكت أمرت المحكمة بتقديم المحرر فى الحال أو فى أقرب موعد تحدده .
وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتا كافيا لصحة الطلب وجب أن يحلف المنكر يمينا «بأن المحرر لا وجود له أو أنه لايعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به» .

(ثالثا) : ما نصت عليه المادة ١٩٤ من القانون التجارى من أن كل دعوى متعلقة بالكبيبات أو السندات التى تحت إذن وتعتبر عملا تجاريا أو بالسندات التى لحاملها أو بالأوراق المتضمنة أمرا بالدفع أو بالحواتات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع عليها وغيرها من الأوراق المحررة لاعمال تجارية يسقط الحق فى اقامتها بمضى خمس سنين اعتبارا من اليوم التالى ليوم حلول ميعاد الدفع أو من يوم عمل البروتيسستو أو من يوم آخر مرافعة بالمحكمة أن لم يكن صدر حكم أو لم يحصل اعتراف بالدين بسند منفرد وإنما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين ، على أنه لم يكن فى ذمتهم شىء من الدين إذا دعوا للحلف وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يمينا على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شىء مستحق من الدين .

● ● حلف اليمين بالتخالص تطبيقا للمادة ١٩٤ من قانون التجارة إنما شرع لمصلحة الدائن فى الورقة لتكملة القرينة القانونية على حصول الوفاء المستمد من مضى خمس سنوات على اليوم التالى لحلول ميعاد دفع الأوراق التجارية فإذا نكل المدين عن الحلف سقطت هذه القرينة ، وإذن

(١٧) (نقض ١٩٧٤/٥/٢٥ مع ٢٥ ص ٩٠٥) .

فالدائن هو الذى يوجه هذه اليمين أو لا يوجهها حسب مشيئته ، وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن توجهها فإذا وجهها وركن بذلك إلى ذمة مدينة فقبل هذا العرض وحلف فإن المحكمة تكون ملزمة بأن تقضى فى الدعوى على مقتضى الحلف (١٨) .

● ● متى كان مزوى انكار المظنون عليهن وجود الوصية أصلا وما استند إليه الحكم برفض طلب الزامهن بتقديم أصلها ، أن المحكمة قد استظهرت عدم وجود الوصية المدعاة وأن ما يدعيه الطاعنون بشأنها غير جدى بدليل عدم تنفيذها ، فإنه لا محل لاعمال حكم المادة ٢٣ من قانون الإثبات من أن يحلف المنكر يمينا بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم وجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به ، طالما خلصت المحكمة فى حدود سلطتها الموضوعية إلى أن هذه الوصية لا وجود لها أصلا (١٩) .

● ● نفى الوارث علمه بأن التوقيع على الورقة العرفية هو ثورته - وجوب توجيه يمين عدم العلم إليه (٢٠) .

يمين الاستظهار :

● هذه اليمين لا وجود لها فى التقنين المدنى المصرى ، ومن ثم لا تطبق أحكامها عندنا ، وهى موجودة فى التقنين المدنى العراقى ، أخذها عن الفقه الإسلامى ، فقد نصت المادة ٤٨٤ من هذا التقنين على ما يأتى :

تحلف المحكمة من تلقاء نفسها فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا ادعى أحد فى التركة حقا وأثبتته ، فتحلفه المحكمة بيمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ، ولا أبراه ، ولا إحالة على غيره ، ولا استوفى دينه من الغير ، وليس للميت فى مقابلة هذا الحق رهن .

(ب) إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه ، حلفته المحكمة على أنه لم يبيع هذا المال ، و لم يهبه لاحد ، ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه .

(ج) إذا أراد المشتري رد المبيع لعيب ، حلفته المحكمة على أنه لم يرض بالعيب صراحة أو دلالة ثم نقل قانون البيئات السورى (م ١٢٣) هذا النص وأضاف إليه حالة رابعة هى : «إذا طلب الشفيع بالشفعة حلفته المحكمة بأنه لم يسقط حق شفيعته بوجه من الوجوه» (٢١) .

(١٨) (نقض ١٩٤١/١١/١٧ المحاماة س ٢٢ ص ٤٧٦) .

(١٩) (نقض ١٩٧٦/٣/٣ طمن ١ لسنة ٤٢ ق مع س ٢٧ ص ٥٦٨) .

(٢٠) (نقض ١٩٨٢/٦/١٧ طمن رقم ٥٥ لسنة ٥١ قضائية) .

(٢١) (الوسيط للدكتور عبدالرازق السنهورى الجزء الثانى ص ٩٢ وما بعدها)

صبيغ

الباب الثالث من القسم الثالث
(اليمين المتعمة)

الصيغة رقم (٤٩)

إعلان من قلم الكتاب بتوجيه يمين متممة

انه في يوم / / ١٩

بناء علي طلب قلم كتاب محكمة الجزئية (الابتدائية - الاستئنافية -) .

أنا محضر محكمة الجزئية انتقلت و اعلنت :

١- السيد / المقيم برقم بشارع بدائرة قسم بمحافظة

١- السيد / المقيم برقم بشارع بدائرة قسم بمحافظة

واعلنتهما بالاتي

الموضوع

١- أقام المعلن إليه الأول الدعوى رقم لسنة مدني (تجاري) ضد المعلن إليه الثاني ، طلب فيها الحكم (تذكر الطلبات بايجاز) .

٢- ولما كانت المحكمة قد رأت - استكمالا لعقيديتها - توجيه اليمين المتممة إلي المعلن إليه الأول بجلسة / / ١٩ .

لذلك

أنا المحضر سالف الذكر قد انتقلت في التاريخ المبين اعلاه إلي حيث محل اقامة كل من المعلن إليهما واعلنتهما وكلفتها بالحضور أمام محكمة (دائرة) بجلستها التي ستعقد علنا ابتداء من الساعة التاسعة من صباح يوم الموافق / / ١٩ ، ليحلف المعلن إليه الأول اليمين المتممة التي توجهها المحكمة ، وفي حالة تخلفه عن الحضور سيصير الحكم في الدعوى بحالتها .

الصيغة رقم (٥٠)

صيغة أخرى لإعلان بتوجيه يمين متممة

انه في يوم / / ١٩

بناء علي طلب قلم كتاب محكمة الجزئية (الابتدائية - الاستئنافية -) .
 أنا محضر محكمة الجزئية انتقلت واعلنت :
 السيد / المقيم برقم بشارع بدائرة قسم بمحافظة

واعلنته بالاتي

- ١- أقام السيد / الدعوى رقم لسنة ضد المعلن إليه والتي طلب فيها
- ٢- وحيث أن المحكمة رأت أن توجه اليمين المتممة إلى المعلن إليه بالحضور أمام المحكمة لحلف اليمين المتممة سالفة الذكر بجلسة ولاجل

الصيغة رقم (٥١) محضر حلف يمين متممة

محكمة

محضر حلف يمين

فتح المحضر اليوم الموافق سنة الساعة

بيني محكمة

نحن (رئيس المحكمة أو قاضي محكمة) و سكرتير
الجلسة .

بعد الاطلاع علي الحكم الصادر في الدعوي رقم لسنة بتاريخ / / ١٩
والذي قضي بتوجيه اليمين إلي وبناء علي سابقة تحديدنا اليوم لحلف اليمين وحيث
حضر ومن ثم فقد وجهنا إليه اليمين بالصيغة الآتية

واقفل المحضر علي ذلك بعد إثبات ما تقدم حيث كانت الساعة ورفق محضر
الحلف هذا بملف الدعوي المذكورة .