رسالة الإثبات

للمزيد من المصريات زورونا على مدونة الكتب المصرية

تأليف
أحمد نشأت

http://koutoub-hasria.blogspot.com/
https://www.facebook.com/koutoubhasria

الطبعة السابعة - منقحة ومزيدة

مدونة الكتب المصرية https://www.facebook.com/koutoubhasria http://koutoub-hasria.blogspot.com/

الجزء الأول

أركان الإثبات - عبء الإثبات - طرق الإثبات

الكتابة - شهادة الشهود

رسالة الإثبات

الجزء الأول

أركان الإثبات — عبء الإثبات — طرق الإثبات — الكتابة — شهادة الشهود

الطبعة السابعة — منقحة ومزيدة

وفق آخر التطورات القانونية والفقهية والقضائية مع شرح قانون الإثبات الجديد شرحاً مستفيضاً ، وقانون الشهر العقارى وقانون التوثيق ولائحته التنفيذية . والجزء الثانى مذيل بخاتمة تتحدث عن إثبات ماله أثر قانونى وعن إثبات الالتزامات والعقود والحقوق المختلفة كل على حدة حسب ترتيب ذلك فى القانون

تأليف

أحمد نشأت

إهداء الرسالة

أهدي رسالتي هذه لكل من تصفحها فوجد فيها خطأ
أو عيبا فعمل على إصلاحه ؟

أحمد نشأت

تقـــديم

ألف هذا الكتاب القيم المستشار الجليل أحمد نشأت وأعدّه بنفسه للطبع ست مرات ، ثم هيأ الطبعة السابعة منه للنشر حتى أتمها على الصورة التى يطالعها القارىء بنفس الجزالة فى الأسلوب ، والدقة المعجزة فى الأداء . وعلى الرغم من أنه كتاب فى القانون إلا أن المتصفح له يطالع من خلال سطوره إشراق وجه صاحبه وسماحة خلقه ، ورصانة نفسه وتحريه للحق أنّى وجده ؛ ولكن القدر لم يمهله ليرى دوحته الباسقة وقد أثمرت للمرة السابعة ، فعهدت إلىّ أسرة الفقيد الكريم بالإشراف على طبعه فقبلت مخوراً ممتنًا .

* * *

ولد المستشار أحمد نشأت فى بندر أسيوط فى الخامس والعشرين من مايو سنة ١٨٨٧ . ولما حصل على إجازة الحقوق انتظم فى سلك القضاء وتدرج فيه حتى عين مستشاراً بمحكمة النقض ، فكان العَلَم فى علمه وفقهه وفضله إلى أن أحيل إلى المعاش فى ٨ من إبريل ١٩٤٧ . وفى الأثناء عين أستاذاً فى مدرسة الحقوق ثم أستاذاً بها حين صارت كلية الحقوق عند إنشاء الجامعة واشتغل بتدريس مادة « تحقيق الجنايات » ولا زال كتابه فى المادة إلى الآن مرجعاً للباحثين ، كما ألقى دروساً فى الإثبات كانت نواة لمؤلفه الضخم الذى نقدمه إلى القراء غير محتاج إلى تقديم

* * *

وكان رحمه الله يجلس إلى مكتبه كل يوم الساعات الطوال دارساً متأملا كاتباً لم يتخلف عن ذلك ولم ينقطع ، وكان مبلغ حبه لنفسه أنه يحب العلم لذاته فكان يذكّر عارفيه بالسلف الصالح من أئمة هذه الأمة وعلمائها ؛ كان رحمه الله باسم الثغر ، رضى النفس ، دمث الخلق ، رقيق حواشى الحلم ، واسع العلم ، كأنما يمتاح من بحر كل ذلك فى إنكار للذات عجيب ، وزهد فى مرافه العيش ومناعمه ، وعزوف عن طلب الشهرة ، وانصراف تام إلى تحصيل العلم مع ضمير حى بالغ الرهافة ، يؤرقه حب الحقيقة ، والتعلق بالعدل ، ولقد كان من يمن الطالع أن نعمت بصحبته ربع قرن ما افترقنا ، فتعلمت منه ما وددت أن يكون بعضه هو كل زادى من هذه الحياة الدنيا . وبينا أنا فى أنس صحبته إذ تهيأ للسفر إلي الحجاز ١٩٧٠ ، وثمة فاضت روحه الزكية عن نيف وثمانين عاماً بعد أن أكمل فريضة الحج وهو يبتهل فى حرم الرسول صلوات الله عليه ، ودفن بالبقيع فى أطهر بقعة وأكرم جوار ، كأنما أرادت روحه الطاهرة أن تختار مثواها الكريم فى صحبة النبيين والصديقين والشهداء وحسن أولئك رفيقاً .

رحم الله الفقيد ونفع بعلمه ليكون ثواب علمه الجارى من ألطاف الله له وإتحاف رحمته عليه فى مقعد صدق عند مليك مقتدر .

محمد أبو الفضل حفنى
مستشار بمحكمة النقض

مقدمة

اختلفت الشرائع فى وضع «قواعد الإثبات» فى موضعها من التقنين ، ومرد ذلك أن هذه القواعد تنقسم إلى فئتين : فئة تتعلق بالتنظيم الموضوعى ، وهى التى تحدد طرق الإثبات المختلفة ، وقيمة كل طريقة وأحوال إعمالها ، وبيان من يقع عليه عبء الإثبات ، أما الفئة الثانية فتختص بالإجراءات الشكلية التى يتعين اتباعها فى صدد تقديم كل دليل .

وانقسمت الشرائع مذاهب ثلاثة : الأول يجمع بين قواعد الإثبات بقسميها الشكلى والموضوعى فى تشريع مستقل ، كما هو الحال فى التشريعين الإنجليزى والأمريكى، يسمى « Law of evidence » ، وقد اتبعت الجمهورية العربية السورية ذات الأسلوب فأصدر المشرع السورى القانون رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ خاصاً بالإثبات أسماه قانون « البينات فى المواد المدنية والتجارية » . أما المذهب الثانى فيجمع قواعد الإثبات من ناحيتيها الموضوعية والشكلية إلا أنه يفرد لها مكاناً فى تقنين المرافعات ، وذلك ما فعلته التشريعات الجرمانية والقانون السويسرى . والمذهب الأخير يفرق بين القواعد الموضوعية ، إذ يوردها فى القانون المدنى ، و بين القواعد الشكلية إذ يفرد لها مكاناً فى تقنين المرافعات ، وقد أخذت أكثر الشرائع اللاتينية ـ ومنها القانون الفرنسى ـ بهذا المذهب .

أما المشرع المصرى ، فقد كان متأثراً بالقانون الفرنسى ، عند وضع القانون المدنى الحالى ، وقانون المرافعات الملغى ، وفى هـذا تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى « ليس شك فى أن التقنين المدنى هو أنسب مكان لكل مايتعلق بالأحكام الموضوعية فى الإثبات ، بل وقد يكون فى هذا الوضع مايدعو إلى

التفكير فى الجمع بين هذه الأحكام وبين الأحكام الخاصة بشهر التصرفات فى كتاب قائم بذاته يكون عنوانه « فى الإثبات والشهر » ، على أن مسألة استحسان إفراد كتاب خاص للاثبات والشهر لاتزال جديرة بالنظر والتفكير ولا سيما إذا روعى ماقد يؤخذ على مذهب التقنين الراهن فى هذا الشأن ، فقد نهج هذا التقنين نهج التقنينات اللاتينية ، وأخصها التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى والتقنين البلجيكى والمشروع الفرنسى الإيطالى وعقد للاثبات باباً سادساً فى الباب الثانى الخاص « بالتعهدات والعقود » ولم ير المشروع أن يشذ عن هذا النهج بعد أن استقر فى تقاليد البلاد . أما الشهر فقد نظم فى أكثر الدول بمقتضى تشريعات خاصة ، صدرت بعد العمل بالتقنينات المدنية ، ثم أدمجت فى هذه التقنينات فيما بعد عقب الأحكام الخاصة بالحقوق العينية ، وقد اختار المشروع هذا الوضع » .

وأضافت المذكرة الإيضاحية . . . وصفوة القول أن أحكام الإثبات وقواعد الشهر شرعت لحماية الحقوق عامة ، فالحق يتجرد من قيمته مالم يقم الدليل على الحادث المبدىء له ، قانونياً كان هذا الحادث أو مادياً . والواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع منه[1] .

. وكان القانون المدنى ينفرد بالقواعد المتعلقة بموضوع الإثبات régles de fond فى الباب السادس من الكتاب الأول من القسم الأول منه ، أما القواعد المتعلقة بالإجراءات ، فقد اختص ببيانها قانون المرافعات الملغى فى المواد من ١٥٦ — ٢٩١ . وقد رؤى أن يقتصر هذا القانون على الإحاطة بالإجراءات والأوضاع ، وأن يترك القواعد الموضوعية للقانون المدنى . وقد استتبع هذا رفع

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى — الجزء الثالث ص ٣٤٧ .

النصوص الموضوعية الموجودة فى قانون المرافعات الملغى ، مثل آثار عرض اليمين وحلفها والنكول عنها وعدم التعرض لبيان الأوراق التى تكون حجة حتى يطعن فيها بالتزوير ، والتى يكفى الإنكار للحيلولة دون الاحتجاج بها ، وترك ذلك كله للقانون المدنى ، وبالرغم من ذلك فقد تعرض قانون المرافعات الملغى إلى بعض القواعد الموضوعية فمثلا نصت المادة ١٥٦ على أنه « يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى منتجة فيها جائزاً قبولها » . ونصت المادة ٢٤٦ على أن « رأى الخبير لا يقيد المحكمة » . وقضت المادة ٢٦٠ بأن « للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى الورقة من إسقاط قيمتها فى الإثبات أو إنقاصها . والمادتان ٢٦٢ ، ٢٨٤ خولتا القاضى الحق فى أن يحكم بصحة الورقة التى أنكر — من تشهد عليه — خطه أو إمضاءه أو ختمه أو بصمة إصبعه ، أو طعن عليها بالتزوير طالما اقتنع بذلك من وقائع الدعوى ومستنداتها ، وإلا أمر بالتحقيق ، كما أجازت المادة ٢٩٠ للمحكمة أن تحكم برد أية ورقة وببطلانها إذا ظهر لها بجلاء أنها مزورة ولو لم يدع أمامها بالتزوير[1] .

ومن جهة اخرى فقد كان هناك نقد يوجه إلى موضع الإثبات فى القانون المدنى القائم إذ جاء بنهاية الكتاب الأول من القسم الأول الخاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية فى حين أن أحكامه تسرى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية جميعاً ، وهو نقد أحس به واضعو مشروع القانون المدنى على النحو

---

(١) قارن رأى الدكتور عبدالرازق السنهورى فى الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ٢ ص ١٨ وهامش ٣ إذ يقول « أنه ما كان باليسير على واضعى تقنين المرافعات أن يغفلوا ما أوردوه من هذه القواعد الموضوعية فهى متصلة اتصالا وثيقا بما تناولته من قواعد الاجراءات ، هذا إذا استثنينا المادة ١٥٦ .

الذى سبق بيانه بمذكرته الايضاحية[١] . وكانوا يأملون لو جمعوا بين قواعد الإثبات وقواعد الشهر .

وتمشياً مع ما بانته البلاد من نهضة تشريعية اقتضى الأمر تعديل قانون المرافعات نفسه تعديلا شاملا يتفق مع أوضاعنا الاجتماعية والاقتصادية الراهنة ، ويخدم العلاقات الاجتماعية الجديدة ، ويحقق فلسفتنا القانونية ، ويتفق مع ما يقتضيه التحول الاشتراكى من نظرة جديدة إلى القضاء وإلى قانون المرافعات باعتباره أداة العمل[٢] ، وحجر الأساس فى بناء القوانين الإجرائية ، ولذا وجب أن تمتاز نصوصه بالدقة والشمول والمرونة حتى تتيح للقاضى من وضوح الرؤية ما يمكنه من إنزال حكم القانون على الروابط القانونية على نحو يجعل الحقيقة القضائية التى يعلنها فى أحكامه أقرب ما تكون إلى الحقيقة الواقعة[٣] .

وكان من بين التعديلات التى أدخلها المشرع على قانون المرافعات الملغى

---

(١) قارن رأى الأستاذ السنهورى فى مؤلفه السابق ص ٢١ إذ يقول « إن التقنين المدنى المصرى وضع هذه القواعد فى النظرية العامة للالتزام ، وهذا مكان أليق — وقد يقال إن نظرية الإثبات ليست مقصورة على الالتزام ، بل هى نظرية عامة شاملة تتناول مصادر الالتزام ومصادر الحق العينى ومصادر روابط الأسرة ، ولا تقف عند المصادر فحسب ، إذ هى تحكم أيضا أسباب انقضاء الحقوق وكل سبب آخر ينشىء أثرا قانونيا ، بل هى تجاوز منطقة القانون المدنى إلى غيرها من مناطق القوانين الأخرى ، ولكن التقنين المدنى المصرى غلب الناحية العملية وآثرها على الناحية العلمية » . وقال « إن الناس قد ألفت أن تبحث عن قواعد الاثبات فى النظرية العامة للالتزام ثم إن هناك قواعد خاصة لإثبات الحقوق العينية وضعها التقنين المدنى الجديد فى مكانها من نظرية الحيازة فأصبحت قواعد الإثبات الواردة فى نظرية الإلتزام هى القواعد العامة للاثبات تسرى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية على السواء ، وتختص الحقوق العينية بالإضافة إلى ذلك بقواعد أخرى هى الواردة فى نظرية الحيازة ، وفى هذا توزيع لقواعد الإثبات ، إذا لم يكن دقيقا من الناحية العلمية ، فإنه يستقيم من الناحية العملية وقد جرت به العادة ، وألفته الناس ، فلم يجد التقنين المدنى محلا للعدول عنه »

(٢) راجع تقرير لجنة الشئون التشريعية عن مشروع قانون المرافعات المدنية والتجاريه .

(٣) راجع المذكرة الايضاحية لهذا القانون .

أنه استبعد الباب السابع من الكتاب الأول من هذا القانون ، والخاص بإجراءات الإثبات بعد أن اتجه الرأى إلى جمع قواعد الإثبات الموضوعية الواردة فى القانون المدنى ، وقواعد الإجراءات الواردة فى قانون المرافعات ، وإفراد تقنين مستقل لها ، انقاء لتبعيض الأحكام التى تتناول الإثبات موضوعاً وإجراء.

وفى ٣٠ مايو سنة ١٩٦٨ صدر القانون رقم٢٥ لسنة ١٩٦٨ بإصدار قانون الإثبات فى لمواد المدنية والتجارية شاملا للقواعد الموضوعية والإجرائية فى الإثبات ، وفى ذلك تيسير على صاحب الحق فى التعرف على ما يسند حقه من دليل وطريق تقديمه للقضاء ، وتجنب الصعوبات التى تنجم عن تشتيت مواد الإثبات بين القانون المدنى وقانون المرافعات مع الصلة الوثيقة التى تجمع بينها .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات« أن قواعد الإثبات لها أهمية خاصة إذ أن الحق — وهو موضوع التقاضى — يتجرد من كل قيمه إذا لم يقم الدليل على الحادث الذى يستند إليه ، فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه ، حتى صدق القول بأن الحق مجرداً عن دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء ، ومن هنا يتعين أن تلقى قواعد الإثبات الموضوعية منها والإجرائية عناية خاصة ، إذ أنها الوسيلة التى يتوسل بها صاحب الحق إلى إقامة الدليل على قيام هذا الحق وتقديمه للقضاء ليمكنه منه . وإذ كانت تلك هى أهمية الإثبات فإن هذه الأهمية تبدو أكثر وضوحاً فى مجتمع اشتراكى لا يكتفى بتقرير الحقوق ، بل يحرص على توكيد تمتع أصحابها بثمراتها ، ومن ثم يكون من المتعين فى ظل هذا المجتمع ألا تقف شكلية الدليل المهيأ أو إجراءات تقديم الأدلة للقضاء عائقاً يحول دون تمتع أصحاب الحقوق بثمراتها . وقد نهجت التشريعات مناهج شتى فى اختيار الموضع المناسب لقواعد الإثبات من التقنينات المختلفة ، فذهبت التشريعات الجرمانية إلى إلحاقها بقانون المرافعات ، وهو مذهب يلقى النقد الشديد من الفقه المصرى ، فى حين اتجهت التشريعات اللاتينية إلى توزيع تلك القواعد بين القانون المدنى

فتختصه بالقواعد الموضوعية ، وبين قانون المرافعات فتختصه بالأحكام الإجرائية، وهو ما أخذ به التشريع القائم ، إلا أنه مذهب محل نقد كذلك لصعوبة إقامة تفرقة فاصلة بين ماهو إجرائى وما هو موضوعى من قواعد الإثبات ، فضلا عن صعوبة اختيار الموضع المناسب للقواعد الموضوعية فى التقنين المدنى .

أما الاتجاه الثالث فهو اتجاه التشريعات الانجلوسكسونية التى تجمع قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية فى تقنين مستقل . وقد أخذ بذلك التشريع الأمريكى والقانون السورى . بل إن الأول يزيد على ذلك إضافة قواعد الإثبات الجنائى إلى هذا التقنين . وقد رأى المشروع الأخذ بالاتجاه الأخير ففصل قواعد الإثبات الموضوعية فى القانون المدنى وأحكامه الإجرائية من قانون المرافعات ، وجمعها فى تقنين مستقل ، لما رآه فى ذلك من تيسير على صاحب الحق فى التعرف على ما يسند حقه من دليل وطريق تقديمه للقضاء ، وتجنب الصعوبات التى تنجم عن تشتيت مواد الإثبات بين القانون المدنى وقانون المرافعات مع الصلة الوثيقة التى تجمعها ، حتى ليتعذر فى كثير من الصور تحديد ما هو منها موضوعى خالص أو إجرائى خالص . بل إنه لو أمكن ذلك لما كان مرغوباً فيه إذ أن كليهما ينبنى حكمه على الآخر .

وأخيراً فقد رأى المشروع فى هذا المسلك تخلصاً من النقد الذى يوجه إلى موضع الإثبات فى القانون المدنى القائم إذ جاءت فى نهاية الكتاب الأول من القسم الأول الخاص بالالتزامات أو الحقوق الشخصية ، فى حين أن حكمها يسرى على الحقوق الشخصية والحقوق العينية جميعاً . وهو نقد أحس به واضعو مشروع القانون المدنى ، وكانوا يأملون لو جمعوا بين قواعد الإثبات وقواعد الشهر فى كتاب مستقل» .

أمام كل ذلك وأمام الخلط السابق بين الدليل وإجراءاته وأمام صعوبة الفصل بينهما فصلا تاماً رؤى أن الأصوب جمع الدليل وإجراءاته فى قانون واحد هو قانون الإثبات الذى نحن بصدده الآن .

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

١ — الإثبات لغة ، هو تأكيد الحق بالبينة . والبينة الدليل أو الحجة .

وهناك لفظ بمعنى الدليل مشتق من المصدر (إثبات) وهو ثَبَت بفتحتين والجمع أثبات كسبب وأسباب . ولذلك كما يصح تسمية هذه الرسالة رسالة الإثبات يصح تسميتها رسالة الأدلة . ولفظة ثَبْت تطلق مجازاً على من كان حجة أى ثقة فى روايته فيقال فلان ثبت من الأثبات أى ثقة من الثقات[1] .

والمقصود بالحق فى هذا التعريف حقيقة أى شىء سواء أكان لذلك أثر قانونى أم لا ، كالسفر والإقامة وأية مسألة علمية أو تاريخية . والبينة أى دليل وأية حجة (سواء كان ذلك شهادة شهود أو قرائن) ولكن الشارع فى القانون المدنى القائم قصر لفظة البينة على شهادة الشهود فقط كما هو ظاهر من مقارنة المادتين ٤٠١ و ٤٠٧ من القانون المدنى القائم (ومن المادة ٢١٥ من القانون المدنى السابق ومن مقارنة النسخة العربية مع النسخة الفرنسية لهذه المادة)[2] فقد نصت المادة ٤٠١ من القانون المدنى القائم تحت عنوان البينة على أنه « لايجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة الخ ... » وقد نصت المادة ٤٠٧ تحت

---

(١) راجع قاموس أقرب الموارد فى فصح العربية والشوارد والقاموس المحيط للفيروزبادى وقاموس لسان العرب .

(٢) كان يجب الاعتماد دائما على النسخة الفرنسية من القانون السابق لأنها كانت هى الأصل ولم تكن العربية إلا ترجمة لها ، وإنما اعتبرت النسخة العربية أصلا وقيل عن النسخة الفرنسية إنها ترجمة لها ، احتراماً للغة البلاد الرسمية .

عنوان القرائن على أنه « يترك للقاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الاثبات بالبينة » . ثم جاء فى المادة ٦٠ من قانون الإثبات تحت عنوان شهادة الشهود « فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته . . . الخ » وجاء فى المادة ١٠٠ تحت عنوان القرائن ما جاء فى المادة ٤٠٧ من القانون المدنى القائم ومعنى ذلك أن قانون الإثبات منعا لكل لبس هجر لفظة البينة واستعاض عنها بشهادة الشهود فقط ، كما فعل بعض فقهاء الشريعة الغراء إذ أطلقوا لفظة البينة اصطلاحاً على شهادة الشهود فقط[1] . فيصح إذن أن أقول إن الإثبات لغة أو فى الأصل أو على وجه العموم هو تأكيد حقيقة أى شىء بأى دليل[2] .

أما المعنى القانونى للاثبات فهو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانونى بالدليل الذى أباحه القانون لإثبات ذلك الحق ، لأن الشارع لم يبح التمسك بأى دليل وحتم توفر أدلة معينة دون أخرى لإثبات بعض الحقوق . فمثلا لا يسمح القانون بالإثبات بشهادة الشهود فيما تعدت قيمته عشرين جنيها بل أوجب الإثبات بالكتابة إلا فى المواد التجارية وحيث يوجد اتفاق أو نص طبقاً للمادة ٦٠ من قانون الإثبات

---

(١) المرحوم الأستاذ محمد زيد « مختصر مباحث المرافعات الشرعية » ص ٥٦ .

(٢) وجاء فى كتاب طرق الاثبات الشرعية للمرحوم الشيخ أحمد ابراهيم طبعة سنة ١٩٣٩ـ ١٩٤٠ ص ٦ أن البينة فى كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق فهى أعم من البينة فى اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين . ثم أورد الآيات القرآنية الدالة على ذلك وحديثا نبويا وقولا لسيدنا عمر ، وجاء فى كتاب الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية للعلامة شمس الدين محمد بن قيم الجوزية فى ص ٢٤ : والمقصود أن البينة فى الشرع اسم لما يبين الحق ويظهره الخ .

مقارنة بين الإثبات العلمى والتاريخى والإثبات القضائى

وعدم قضاء القاضى بعلمه الشخصى

٢ — إن القاضى كالمؤرخ والعالم أو أى باحث وراء أية حقيقة ، لا يصل حتما إلى الحقيقة المجردة ، وإنما متى اقتنع بدليل على قيام أمر قضى به . ولكن القاضى يختلف عن المؤرخ والعالم فى ثلاثة أمور هامة (الأول) نطاق الأدلة أمام القاضى محدود كما قدمت ، أما أمام المؤرخ والعالم فلا حد له ، إذ يمكنهما أن يبنيا حكمهما على أى دليل أو أية واقعة أو قرينة أو أى كتاب أو رواية متى كان من وراء ذلك اعتقادهما بصحة استنتاجهما . أما القاضى فمهما كان اعتقاده بصحة الدليل غير الجائز قانوناً فإنه لا يمكنه الأخذ به ، فلا يصح له مثلا أن يأخذ بشهادة أى عظيم مهما وثق به فيما لا تجوز الشهادة فيه ، بل لا يصح له أن يقضى بعلمه هو ، فإذا ما علم بأمر ترتب عليه حق قدم نفسه لذى الحق ليستشهده عليه أمام قاض آخر ، فيستطيع الخصم مناقشة ذاكرته على الأقل . والقاضى ليس إلا بشراً غير معصوم ، والناس كلهم مهما سمت مراكزهم ومهما عرف عنهم من الورع والتدين مثل كبار رجال الدين معرضون للخطأ والنسيان وعدم النزاهة المطلقة كذلك ، فيجب عدلا تمكين القاضى الذى يفصل فى الدعوى والخصم من مناقشة أى شاهد . ولذلك يجب على القاضى أن يتنحى عن نظر قضية له فيها معلومات شخصية علم بها خارج مجلس القضاء . وهذا هو الرأى المعول عليه فى الشريعة الغراء[1]

---

(١) جاء فى كتاب طرق الاثبات الشرعية للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم السالف الذكر ص ١٨ تحت عنوان علم القاضى « صورة ذلك أن يعلم القاضى بحادثة فى البلدة التى هو قاض بها كأن يسمع رجلا يقر لرجل بمال أو يسمعه يطلق امرأته أو يقذف رجلا أو رآه يقتل إنسانا أو نحو ذلك مما يكون القضاء فيه بغير الحدود الخالصة لله تعالى ، ثم ترفع إليه تلك الحادثة =

وقد أجمع علماء القانون والقضاء فى فرنسا على أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى

= وهو على قضائه فعلى قول المتقدمين يجوز له أن يقضى فى ذلك بعلمه أخذاً برواية الأصول . وعلى قول المتأخرين لا يجوز له القضاء بعلمه فى شىء من ذلك أخذاً برواية ابن سماعة عن محمد (انظر حاشية الحموى) وقال فى الأشباه إن الفتوى على قول محمد المرجوع إليه فى أنه لا اعتبار لعلم القاضى . وقال فى جامع الفصولين وعليه الفتوى وعليه مشايخنا رحمهم الله اهـ . وإما أنه اطلع على ما يوجب حداً خالصا لله تعالى كالزنا وشرب الخمر فإنه لا يقضى بعلمه اتفاقا . وكذا لو طلع على سرقة لا يقضى بالحد اتفاقا وإنما يقضى بالمال فقط على قول المتقدمين » .

وجاء فى هامش ص ١٩ من الكتاب المذكور أنه جاء فى المبسوط ما ملخصه : إذا رأى القاضى وهو فى مجلس القضاء أو غيره رجلا يزنى أو يسرق أو يشرب الخمر ثم رفع إليه فله أن يقيم عليه الحد فى القياس لأنه متيقن باكتساب السبب الموجب للحد عليه والعلم الذى استفاده بمعاينة السبب فوق العلم الذى يحصل له بشهادة الشهود لأن هذا محتمل الصدق والكذب . وفى الاستحسان لا يقيم عليه الحد حتى يشهد الشهود عنده بذلك عليه أو يقر بذلك ، لأن الحدود التى هى من خالص حق الله تعالى يستوفيها الإمام على سبيل النيابة من غير أن يكون هناك خصم يطالب بها من العباد فلو اكتفى بعلم نفسه فى الإقامة ربما يتهمه بعض الناس بالجور والإقامة بغير حق وهو مأمور بأن يصون نفسه عن ذلك وهذا بخلاف القصاص وحد القذف وغير ذلك من حقوق الناس لأن هناك خصما يطالب بها من العباد وبوجوده تنتفى التهمة عن القاضى فكان مصدقا فيما زعم أنه رأى ذلك . وجاء فى كتاب طرق القضاء للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم المذكور ص ٣٥ أن المتقدمين والمتأخرين من المشايخ اتفقت كلمتهم على أن القاضى لا يقضى بعلمه فى الحدود الخالصة لله تعالى غير أنه إذا أتى بالسكران ينبغى أن يعزره لأجل التهمة لما قام به من أمارات السكر ولا يكون ذلك حداً ، وأما حد القذف والقصاص وجميع حقوق العباد — كالنكاح والطلاق والقتل والسرقة فى حق المال — فمذهب المتقدمين أن القاضى يجوز له أن يقضى فى ذلك بعلمه ومذهب المتأخرين عدم جواز ذلك . استدل المتقدمون على ما ذهبوا إليه وهو أصل المذهب كما قدمنا بأن القضاء بالبينة جائز بالاجماع فيجوز القضاء بعلم القاضى بطريق الأولى (أى من باب أولى) لأن المقصود من البينة ليس عينها بل حصول العلم للقاضى بالحادثة وغلبة الحاصل بالمعاينة أقوى من غلبة الحاصل بالشهادة لأن الحاصل بالشهادة علم غالب الرأى وأكبر الظن ، والحاصل بالحس والمشاهدة علم القطع واليقين فكان هذا أقوى فكان القضاء به أولى ، إلا أنه لا يقضى به فى الحدود الخالصة لأن الحدود يحتاط فى درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ولأن كل واحد من المسلمين يساوى القاضى فى هذا العلم لو أطلع على ما يوجب حدا خالصا ولكن غير القاضى إذا علم لا تمكنه إقامة الحد فكذا هو . ثم قال المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم وإنما عدل المتأخرون عن قول المتقدمين وأجمعوا على الفتوى بخلافه لعلة واحدة وهى فساد الزمان وعلق بقوله « أقول إن كان الاحتياط لأجل علمه هو أى القاضى فهو حاصل يقين بالنسبة له فلا معنى لهذا الاحتياط وإن كان لتهمة فى دعواه فهذا كما يحصل الحدود يحصل فى غيرها » .

ثم قال الشيخ أحمد إبراهيم فى الكتاب المذكور ص ٣٩ إن محل النزاع الحقيق هو اتصدق القاضى فى قوله إنه علم بالحادثة التى حكم فيها وقد يتناول حكمه الاموال والدماء والأعراض أم تحتاط فى ذلك محافظة على أموال الناس ودمائهم وأعراضهم — الحق أن الاحتياط فى ذلك =

بعلمه الشخصي[1] وحسب القانون الانجليزى لا يستطيع القاضى الجالس لنظر دعوى أن يكون شاهداً فيها . وإذا ترك مجلس القضاء وشهد لا يمكنه أن يعود إلى مجلسه أو يشترك فى أى عمل يتعلق بالدعوى[2] ، وكانت المادة ٢ من مشروع قانون الاثبات الموحد بين مصر وسوريا تنص صراحة على أنه لا يجوز للقاضى أن يقضى بعلمه الشخصى ، إنما ليس من قبيل قضاء القاضى بعلمه ما يحصله من خبرته بالشئون العامة المفروض علم الكافة بها . وقد

= واجب بل هو من أعظم مطالب الشريعة الحكيمة العادلة فلا تسلم للقاضى بما يقضى به ولا تقره عليه إلا إذا بين لنا أسبابا مقنعة وحججاً واضحة استند فى قضائه عليها يزيل بها التهمة عن نفسه وبدون ذلك لاتوجد الطمأنينة فى نفس أحد . وفى نيل الأوطار عن أبى على الكرابيسى مانصه : لايقضى القاضى بما علم لوجود التهمة . إن هذا الباب لو فتح لوجد كل قاضى السبيل إلى قتل عدوه وتفسيقه والتفريق بينه وبين من يحب ومن ثم قال الشافعى لولا قضاة السوء لقلت إن للحاكم أن يحكم بعلمه . ويلاحظ أن ما يقوله الشيخ أحمد إبراهيم من عدم التسليم للقاضى بما يقضى به وعدم إقراره عليه إلا إذا بين لنا أسبابا مقنعة الخ . لايمنع القاضى من أنه يذكر أسبابا مقنعة مبنية على تصوير غير صحيح للواقعة التى شاهدها وذلك لعدم نزاهته أو حتى لمجرد وقوعه فى خطأ أو نسيان وقد يقوم الاعتقاد عن الانسان فى بعض الأحوال مقام الواقع وقد يكون هذا الاعتقاد خاطئا لسبب ما .

(١) وقد كتب فى هذا الموضوع تفصيلا المرحوم المستشار محمد رشدى فى ترجمته لكتاب فن القضاء تأليف القاضى ج . رانسوان طبعة سنة ١٩١٢ ص٢٣٢ ومابعدها فراجعه . وانظر أيضاً أوبرى ورو جزء ١٢ الطبعة الخامسة رقم٧١٩ ص ٧٤ وما أشار إليه .

(٢) انظر هالزبرى قوانين انجلترا طبعة سنة ١٩٣٤ جزء ١٣ ص٧٢٣ — Halsbury's Laws of England. ولكن فى ولاية تكساس بأمريكا بينما كان القاضى و .أ. ر يتسبرج يرأس إحدى الجلسات حانت منه نظرة خلال النافذة فى الطريق فلاحظ سيارة تصطدم بأخرى واقفة إلى جانب الطريق ثم تنطلق بسرعة قبل أن يتنبه أحد إلى ماجرى فما كان من القاضى إلا أن صاح : أوقفت الجلسة لخمس دقائق . ثم اندفع إلى خارج المحكمة فاستقل سيارته واندفع بأقصى سرعة وراء السيارة المعتدية حتى لحق بها واعتقل سائقها وعاد به إلى قاعة المحكمة وقضى عليه بغرامة لمخالفته قواعد المرور وألزمه باصلاح السيارة التى صدمها — مجلة المصور رقم ١٢٤٤ المؤرخة فى ١٣ من أغسطس سنة ١٩٤٨ ص ٦ — وهذه حادثة نادرة قد تبرر حكم القاضى بعلمه لأن القاضى هنا قد رأى السيارة المعتدية وضبطها فى حالة تلبس باندفاعه وراءها حتى لحق بها ويغلب أن يكون السائق قد أقر بما وقع منه — على أنه من الجائز أن تكون قد مرت سيارة أخرى مشابهة أثناء رفع الجلسة وخروج القاضى من المحكمة ، فالأسلم دائماً الأخذ بقاعدة عدم جواز قضاء القاضى بعلمه الشخصى حتى لا يتأثر بما قد يكون انطبع فى ذهنه خطأ .

قررت محكمة النقض أنه ليس من قبيل قضاء القاضى بعلمه أن تقول المحكمة فى حكمها أن ثمن القطن فى السنين المقدم عنها الحساب وهى ١٩٢٠ و ١٩٢١ و١٩٢٢ كان ثلاثة أضعاف ثمنه فى سنة ١٩٣٧ فإن هذا القول لم يكن صدوره منها عن علم قضائها الشخصى وإنما هو من التحصيل المستقى من الخبرة بالشئون العامة المفروض إلمام الكافة بها .

ومن هذا القبيل قضاء المحكمة بأن تجارة الحديد الخردة كانت رائجة طوال سنى النزاع ، ذلك أن فى الفترة الأولى منه عندما انعدم استيراد الحديد من الخارج حل محله الحديد الخردة فى التعامل ، وحقق المتعاملون فيه أرباحاً كبيرة ، وفى الفترة الأخيرة عندما باعت جيوش الحلفاء الموجود لديها من الحديد نشطت سوق الحديد الخردة نشاطاً كبيراً .

وقضاء المحكمة فى شأن تحديد ما يخصم مقابل طعام عمال المؤسسة « بأنه ليس صحيحاً أن يقدم للخدم ما يقدم للعملاء من طعام بل يجهز لهم عادة طعام قليل التكاليف » .

وقضاء المحكمة بأن وقوع الحادث فى منتصف الشهر العربى قرينة على أن القمر فى مثل هذه الليلة يكون فى العادة ساطعاً وذلك فى سبيل التدليل على إمكان الرؤية .

وقضاء المحكمة « بأنه لا يتصور أن يسلك القادم من القاهرة إلى سوهاج غير الطريق المتجه رأساً إلى الصعيد لبعد المسافة بين البلدين ولأنه طريق سهل مرصوف » .

وقضاء المحكمة « بأن الجلباب الذى يرتديه الشخص لا يتخذ وضعاً ثابتاً وواحداً على جسد الشخص الذى يرتديه بل يتغير وضعه تبعاً لحركة ذلك الشخص

وسرعته وعوامل الهواء العادى والريح ولا يمكن معها القول بأنه يلزم أن تكون قطعة منه بالذات ثابتة قبالة جزء معين من جسمه ولا تفارقه ولا تتزحزح عنه ، فالجلباب بطبيعته ثوب فضفاض ولا يتحتم أن يكون أثر الطعنة به مقابلا تمام المقابلة للطعنة » .

وقضاء المحكمة بأن العرف قد جرى فى الريف على حدوث منازعات بين الجيران بسبب التنازع على مياه الرى أو أجران الدرس[1] .

وللقاضى أن يعتمد فى حكمه على المعلومات التى يحصلها وهو فى مجلس القضاء أثناء نظر الدعوى ، وما يحصله على هذا الوجه لا يعتبر من المعلومات الشخصية التى لا يجوز للقاضى أن يستند إليها فى قضائه . ومن ثم فلا تثريب عليه إذا قال فى حكمه « إن الفريقين من النوع المعروف بالفتوات وقد ارتكبا مع بعضهم جناية قتل فى المحكمة أثناء نظر هذه القضية فى جلسة سابقة . وقد ضبط للجناية واقعة مستقلة وترى المحكمة استعمال الشدة مع الطرفين » .

ومن هذا القبيل ما قرره الحكم فى معرض حديثه عن توفر ظرف سبق الإصرار من أن الأخذ بالثأر فى بيئة المتهم . أمر لا محيص عنه ولا سكوت عليه ولا يعتبر ذلك من المعلومات الشخصية ، وإنما هى معلومات حصلتها المحكمة فى مجلس القضاء واستخلصتها كنتيجة سائغة عقلا ومنطقاً من أقوال شاهدى الإثبات اللذين شهدا بأن المتهم كان يطلق النار بعد الحادث معلناً فرحه للأخذ بثأر

---

(١) مجموعة الربع قرن المدنية ص ٥٦٥ القاعدتان ١٨٨ ، ١٨٩ ومجموعات الأحكام الجنائية س ٨ ص ٥٩٥ ، س ١٧ ص ٢٦٦ ، س ١٩ ص ١٢٤ ، ١٠٩٥ ، ١١٠٣ . وجاء فى المؤلف الانجليزى المشار إليه فى الهامش السابق ص ٦٣٢ رقم ٦٩٣ أنه يصح للقاضى أن يحكم بمقتضى ما هو معروف للناس عموماً universal notoriety .

والده وأن الزغاريد كانت تنطلق من منزله تعبيراً عن مشاعر الفرح بهذه المناسبة [١] .

إلا أنه لايجوز القضاء فى المسائل الفنية بعلم القاضى بل يجب الرجوع إلى أهل الخبرة [٢] .

أما قول المحكمة بأن الضرب على قمة الرأس يمكن حدوثه من ضارب يقف أمام المجنى عليه أو خلفه فلا يحتاج إلى خبرة [٣] .

(الثانى) : أن للمؤرخ أو العالم له مطلق الحرية فى البحث والتنقيب وطرق أبواب الدليل الذى يرى أنه قد ينتج فى تقرير المسألة التى يريد تقريرها ، وهو الذى يختار الواقعة التى يريد إثباتها ويعينها ويحددها ثم يقيم الدليل على صحتها . أما القاضى فلا يملك شيئاً من ذلك ، إن الخصم ذا المصلحة هو الذى يقوم بذلك كله وليس من وظيفته أن يبين للخصوم حقوقهم وطرق إثباتها [٤] ، على أن هذا لايمنع القاضى من استجواب الخصوم لاستخلاص الحق طبقاً للمادة ١٠٥ من قانون الإثبات والمادة ١٦٦ من قانون المرافعات رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (وكانت للمادة ١٥٣ من قانون المرافعات السابق على هذا القانون تنص فقط على أن « لكل من الأخصام الحق فى أن يطلب استجواب خصمه عن الوقائع المتعلقة بالدعوى

---

(١) مجموعة الربع قرن الجنائية ص ٣٠ ق ٣٧ ومجموعة الأحكام س ٢٠ ص ١٤٥ .

(٢) مجموعة الأحكام المدنية س ١٥ ص٣٩٥ ومجموعات الأحكام الجنائية س١٠ص٢٢٣ ، ٣٢١ و س١١ ص ٢٣١ ، ٨٤٨ ، ٨٥٤ ، ٩١٨ وس ١٣ ص ٣٣٦ و س ١٥ ص٩٢، ١٢٦ و س ١٨ ص ٦٩٠ ، ٧٢٦ ، ٨٨٢ ، ١١١٠ و س ١٩ ص ٣٣ ، ٥٤٦ ، ٨٥٠ و س ٢٠ ص ٨٢٨ .

(٣) مجموعة الأحكام الجنائية س ٢٠ ص ٣٢٣ .

(٤) قارن حكم محكمة الاستئناف المختلطة فى مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٣ ص٤ ٣.

المقامة » ولكن كان العمل جارياً على استجواب الخصم بمعرفة القاضي أيضاً . ونصت المادة ٤١٥ من القانون المدنى القائم (المادة ٢٢٣ من القانون المدنى السابق) ١١٩ إثبات على أن « للقاضى أن يوجه اليمين (المتممة) من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين ليبنى على ذلك حكمه فى موضوع الدعوى أو فى قيمة مايحكم به » .

(الثالث) وهو أهم الأمور الثلاثة أن القاضى إذ أصدر حكمه وأصبح نهائياً اعتبر حكمه عنوان الحقيقة ووجب احترامه والخضوع له وأصبح لامفر من تنفيذه إذا طلب صاحبه ذلك . أما مايقرره العالم أو المؤرخ فهو محل للمناقشة على الدوام ويصح الأخذ أو عدم الأخذ به . وكل ذلك لايمنع من البحث الفقهى والقضائى والتفسير للقانون من تلقاء نفسه فى شأن الحق موضوع الدعوى بل هذا واجب عليه إذا لم يكن النص صريحاً أو قاطعاً أو أقيمت بشأنه أى شبهة .

وموضوعنا كما لايخفى هو الإثبات القضائى فبحثنا قاصر عليه .

٣ — ويحسن أن نرى كيف كان الإثبات قديماً قبل أن يترقى إلى الحالة التى أصبح عليها الآن .

أدوار الإثبات القضائى فى العالم :

مر العالم بأدوار ثلاثة ـ عهد ما قبل القضاء ، وعهد الدليل الإلهى ، وعهد الدليل الإنسانى[1] .

عهد ما قبل القضاء :

٤ — هو العهد الذى لم تكن فيه شريعة ، ولا قانون ، ولاقاض يقضى

---

(١) راجع فى هذا الموضوع كتاب الإثبات فى المواد المدنية والجنائية لمؤلفه Raoul de la Grasserie ص ١٨ .

بين الناس فيما كانوا فيه يختلفون . فكان كل شخص يقضى لنفسه بنفسه ، أو بعبارة أخرى ينتقم لنفسه من خصمه ، أو بعبارة أصح كان الحق للقوة . ولم يكن هناك فرق بين مانسميه الآن بالدعوى المدنية والدعوى العمومية أى الجنائية. وكان للمرء أن يستعين بأهله وذويه . ولم يكن ليمنع من الانتقام سوى العفو الذى كان لا يحصل إلا بعد تسوية مادية انتهى أمرها أخيراً إلى الجماعة . وكان إذا تعذر ذلك جعل الجزاء من جنس الاعتداء .

٥ — وكان الانتقام يحصل سراً عند ضعف المعتدى عليه وضعف ذويه أو إذا كان امرأة بغير نصير يأخذ لها بثأرها — بأن كان المعتدى عليه يجتهد فى معرفة أسرار الطبيعة لأنها أقوى كثيراً من الإنسان فيستخدمها . وقد كان هذا هو علم ذلك الوقت وهو السحر (تقابله الآن الاختراعات الحديثة التى تفوق قوى الإنسان بمراحل) وكان ذلك العلم عبارة عن ألفاظ وحركات كانوا يزعمون أن الطبيعة تخضع لها فتهلك الخصم أو تلحق به الضرر المطلوب . وكان من أشهر الطرق أن يعمل الإنسان لخصمه تمثالا من الشمع ويوخزه بالإبر حتى يموت .

عهد الدليل الإلهى :

٦ — قد بدأ هذا العهد بالتجارب . فكان المشكو يعطى السم فإذا كان بريئاً حماه الله من فعله ، أو كان يلقى فى النهر ، أو يصب عليه زيت أو ماء مغلى ، أو يضع لسانه على النار[1] أو يقبض عليه بيده ، أو يعرض لعض الثعابين بإلقائه فى حفرة فيها جملة . وكان البعض يجرب السم فى حيوان للخصم ، فإذا عاش ، اعتبر صاحبه بريئاً وإلا فيعطى للخصم نفسه . وكان الكاهن يخفف من مضار

---

(١) ولا زال عرب صحراء سيناء عندنا يستعملون فى قضائهم ما يسمونه بالبشعة ، وهى طاسة يضعونها على النار حتى تصير كالجمر ليلعقها المشكو فإذا حرقت لسانه كانت الشكوى صحيحة والا فلا ؟ !

ذلك بالغش فى العمل ، فكان لا يعطى إلا كمية قليلة من السم مثلا . وكان فى بعض الجهات يتناول الطرفان السم ويحضر كل منهما دجاجة فتعطى السم أيضاً ، وكان عند بعضهم أمر غريب وهو أنه إذا اتهمت عروس يوم زفافها بأنها لم توجد بكراً ، سقيت ماء فيه تراب من الهيكل ، فإذا شل ذلك الفخذين أو نفخ الأمعاء كان ذلك دليلا عليها .ومن أغرب الأدلة فى ذلك الوقت أن كان يحضر كل طرف ديكا ، والديك الغالب دليل صاحبه .

٧ — بعد ذلك لم يكن ليطلب من الآلهة أن تحدث أموراً خارقة للطبيعة ، بل كان المشكو يؤدى يميناً مصحوبة بطلب الشر لنفسه إن كان كاذباً كقوله أهلكنى الله فى الحال إن كان ما أقوله ليس الحق ، وكان الناس لا يتصورون أن الله لا يعاقب الحانث فى الحال ، وقد كان الكاهن أيضاً يطلب من الآلهة أن تسحق الحانث فى يمينه ، وفى بعض الأحيان كانت تحفر حفرة ، ويقول الحالف ألقيت فى هذه الحفرة إن كنت كاذباً . وكان البعض يحلف على سيف مناشداً قديساً معيناً أن يضربه إن كذب . أو كان المشكو يحلف فى المدافن ليأتى الله به إليها بعد بضع أيام بحيث لا يخرج منها أبداً ، أو يحلف على قبر رجل مات من غير عقب . وكان يقال للحالف فى بعض الجهات إذا حلفت كذباً فلتكن ملعوناً فى البلاد والحقول والمنازل وفى كل مكان حلت به . وكان عند البعض إذا حلف شخص بمتوفى كان لا شك فى صحة يمينه . ولا تزال آثار لذلك باقية ، فبعض الناس يحلفون لبعضهم بما يشبه ذلك .وقد أباح قانون محاكم الأخطاط سابقاً الحلف بأية يمين إلا بالطلاق[1] ولا تزال اليمين أيضاً أداة إثبات فى القوانين الحديثة كما سنرى .

---

(١) راجع المادة ٣٩ من القانون رقم ١٧ سنة ١٩١٣ الصادر بلائحة الإجراءات فى المواد المدنية والمخالفات أمام محاكم الأخطاط سابقاً .

٧ مكرر — وكان هناك التوسل فمثلا كانوا فى بريطانيا (دوقية قديمة مستقلة فى فرنسا) يتوسلون لقديس اشتهر فى حياته بأنه كان قاضياً وحامياً لمصالح الناس لامثيل له[١] أمام تمثاله الخشبى بأن يقول من اعتدى على حقه يا سيدنا القديس ضع الحق حيث يجب أن يكون ، وكذلك الجزاء . أوكان يقول أنت قديس الحقيقة العزيز إذا كان الحق فى جانب خصمى فجازنى ، وإذا كان فى جانبى فاقض عليه بالموت فى ظرف كذا[٢] ولا زال فى بعض العامة من يفعلون مثل ذلك .

٨ — ثم جاء وقت رأى فيه الإنسان أن لا يجنح إلى الآلهة جنوحاً كلياً وأن يعتمد على قوته مستمداً المعونة من الله فكان يطلب خصمه للنزال . ولم يكن يستثنى من ذلك أحد حتى النساء ، وكان فى استراليا إذا اختلفت امرأتان فيما بينهما أمرهما زوجاهما بالنزال فإن أبتا عوقبتا . وكان النزال شائعا فى أوربا (فى بوهيميا) فى القرن الرابع عشر ، وكان الطرفان يحلفان قبله ومن أخطأ فى الصيغة خسر دعواه ، ولم يكن أحد يستطيع الرفض إلا بأن يذهب بنفسه إلى المنفى مصحوبا بالحاكم إلى مسافة ثلاثة أميال خارج البلدة .

٩ — وأغرب مما تقدم الانتحار بفتح البطن عند اليابانيين إذا أعوز المرء الدليل ، وذلك أمام باب خصمه ـ ومعنى ذلك إثبات الحق ضده واستنزال غضب الله عليه . وفى الصين يهدد الفقراء البؤساء الحاكم الظالم بالانتحار شنقا على باب داره . وحصل فى سنة ١٩٠٥ لما توترت العلائق بين الصين والولايات المتحدة ، أن قاطع الصينيون الأمريكيين وامتنعوا عن تفريغ مراكبهم حتى أن كريمة المستر روزفلت رئيس الولايات المتحدة ومستر تافت وزيرها حينذاك

---

(١) Saint Yves de Vérité.

(٢) راجع المجلة التاريخية الجديدة للقانون الفرنسى وغيره سنة ١٩٠٩ ص ٧٥٥ La nouvelle Revue Historique .

عند وصولهما إلى هيناء كانتون لم يستطيعا الحصول على حمال واحد لا بالمال ولا بالتهديد ، فقال قنصل الولايات المتحدة أن هذه المقاطعة ليست فى سبيل الوطن وإنما للغنم والكسب ، فانتحر طالب ، فأوجد حماسة فوق الوصف إنتشرت بسببها المقاطعة[1] . ومما يشبه ذلك ماحصل فى إيرلندة منذ عهد غير بعيد من انتحار حاكم كورك بالامتناع عن الطعام ، إذ يغلب على الظن أنه أراد بذلك إثبات حق بلاده السياسى .

عهد الدليل الإنسانى :

١٠ — ترقى العقل البشرى ففضل عن ذلك الإثبات بالشهود . ولكن كانت هناك شهادة الزور ، أو الامتناع عن الشهادة ، أو عدم وجود شهود ، فكان ملجأ إلى أخذ اعتراف ولو بالتعذيب . وقد رأيت عدداً من آلات التعذيب التى كانت تستعمل فى انجلترا معروضة فى برج لوندرة[2] . ولا يخفى مافى ذلك من الضرر العظيم ، إذ كان الحال ينتهى دائماً بالمعذب إلى الاعتراف بما نسب إليه سواء أكان مذنبا أم بريئاً . لذلك نصت المادة ١٢٦ من قانون العقوبات على أن كل موظف أو مستخدم عمومى أمر بتعذيب متهم أو فعل ذلك بنفسه لحمله على الاعتراف يعاقب بالأشغال الشاقة أو السجن من ثلاث سنوات إلى عشر وإذا مات المجنى عليه يحكم بالعقوبة المقررة للقتل عمداً .

ولما اخترعت المطبعة ، وانتشر التعليم ، وأخذت الأمية تزول ، لجأ الناس إلى الكتابة فى الإثبات ، وحصرت شهادة الشهود وقرائن الأحوال فى دائرة ضيقة ، وتهذبت اليمين . ثم ترقى الإثبات بالكتابة من الكتابة العرفية إلى

---

(١) راجع مجله العالمين Revue de Deux n ondes 1909 3e p. 208-210

(٢) London Tower .

الكتابة الرسمية وهى أقوى كثيراً فى الإثبات وفى التنفيذ كما سنرى . ويلجأ إليها فى المسائل الهامة عند من يعتنون بتنظيم معاملاتهم وبنائها على قواعد متينة . وقد حتمها الشارع فى بعض الأمور . هذا فى المسائل المدنية ، أما فى المسائل الجنائية فإن شهادة الشهود والقرائن لها المقام الأول لتعذر الكتابة فيها إذ من النادر أن يقر المجرم كتابة بما اقترف .

عدم سريان أدلة الإثبات على الماضى

وسريان الإجراءات وقواعد الاختصاص

١٠ مكرر — أما عن الأدلة وقوتها فإن القانون بشأنها لا يسرى على الماضى بمعنى أنه يجب العمل بالقانون الذى كان معمولا به فى الوقت الذى حصل فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى أن يحصل فيه . فمثلا إذا كان ذلك القانون يجيز الإثبات بالشهود والقرائن ثم صدر قانون يوجب الإثبات بالكتابة جاز الإثبات بالشهود والقرائن لأن القانون السابق هو القانون الذى كان يجب العمل به ولم يكن القانون الحالى موجوداً . وكذلك العكس إذا كان القانون السابق يوجب الكتابة والقانون الجديد أباح الإثبات بالشهود يجب الإثبات بالكتابة . وقد نصت المادة ٩ من القانون المدنى القائم صراحة على أنه « تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده » . وقانون الإثبات لم يلغ هذه المادة التى جاءت فى الفصل الأول من الباب التمهيدى واكتفى بإلغاء الباب السادس من الكتاب الأول الذى وردت فيه المواد المتعلقة بالإثبات ابتداء من المادة ٣٨٩ حتى المادة ٤١٧ فيجب العمل بالمادة ٩ من القانون المدنى القائم ولم يكن هناك مقابل للمادة ٩ المذكورة فى القانون المدنى السابق ولكن القضاء

جرى على حكمها . إنما يلاحظ من جهة أخرى أنه إذا كان القانون القديم لا يجيز إقامة الدليل أمام القضاء فى واقعة من الوقائع ثم سمح القانون الجديد بذلك فإن هذا القانون هو الذى يسرى لأن جواز قبول الدليل أمر يتعلق بإدارة القضاء ويتصل أوثق الاتصال بالنظام العام . وفيما يتعلق بالقرائن القانونية القاطعة يسرى القانون السابق إذا كانت القرينة قد تمت فى عهده أما إذا كانت لم تتم سرى عليها القانون الجديد . كقرينة وضع اليد المكسب للملكية إذا أطال القانون الجديد مدتها تكتمل هذه المدة . وكذلك قرينة مضى المدة المسقطة للحقوق ويسرى القانون الجديد أيضاً إذا قصر مدتها ولو كانت قد بدأت فى عهد القانون السابق لأنه رأى أن هذه المدة القصيرة كانت كافية . وهذا طبقاً للمادتين ٧ ، ٨ من القانون المدنى القائم .

وفيما يتعلق بالأهلية ، إذا تصرف شخص كان أهلا للتصرف وقت التصرف ثم أصبح غير أهل له فإنه يجب اتباع أحكام القانون الجديد من وقت صدوره لأن الشارع رأى أنها أحسن وأسرع للوصول إلى الحقيقة وتتعلق بالنظام العام لاتصالها بنظام التقاضى هذا إلا ما يستثنى كما سيلى .

وقد كانت المادة ١٧ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى تنص فى الفقرة الأولى على أنه « تسرى النصوص المتعلقة بإجراءات الإثبات فى وقت العمل به على جميع الدعاوى القائمة » وقد حذفت لجنة المراقبة هذا النص بناء على أن مكانه قانون المرافعات ولم يرد مثل هذا النص فى قانون المرافعات السابق ، وإنما جاء فى قانون المرافعات الجديد فى المادة الأولى « تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن تم من الإجراءات قبل تاريخ العمل بها ويستثنى من ذلك (١) القوانين المعدلة للاختصاص متى كان العمل بها بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى (٢) القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد

بدأ قبل تاريخ العمل بها (٣) القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق » . ونصت المادة الثانية على أن « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحاً فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً مالم ينص على غير ذلك ولا يجرى مايستحدث من مواعيد السقوط إلا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها » ولم يلغ قانون الإثبات هاتين المادتين فيجب العمل بهما[1] .

١٠ مكرر ا — أما فيما يتعلق بإجراءات الإثبات فإنه يجب اتباع أحكام القانون الجديد لأن الشارع رأى أنها أجدى فى الوصول إلى الحقيقة . وتتعلق بالنظام العام لاتصالها بنظام التقاضى ـ كإجراءات التحقيق وتعيين مواعيده والمعاينة وندب الخبراء وإجراءات الطعن بالتزوير الخ ، وكذلك قواعد الاختصاص. وقد نصت المادة ٢٢ من القانون المدنى إذ قالت « يسرى على قواعد الاختصاص جميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات[2] .

---

(١) انظر وقارن فيما تقدم كله عن السريان وعدمه مجموعة الأعمال التحضيرية جزء أول ص ٢٢٤ — ٢٢٦ وأوبرى جزء أول رقم ٢٠ ص ٦٢٧ .

(٢) وجاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء أول ص ٣٠٤ « ويلاحظ أن تغيير الاختصاص ينصرف إلى ولاية المحاكم كما ينصرف إلى الاختصاص النوعى والمكانى والشخصى ، فإن تغيير الإجراءات يشمل جميع الأوضاع التى تتبع أمام المحاكم لاستصدار أمر ولائى أو حكم قضائى لمباشرة إجراءات التنفيذ وغيرها من الإجراءات التى رسمها القانون » .

تعريف الإثبات وأهميته

١١ — الإثبات قانوناً كما هو قلت هو تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانونى بالدليل الذى أباحه القانون لإثبات ذلك الحق . والثبت أو الدليل القانونى جوهرى بالنسبة للحق وإن كان ليس جزءاً منه أو ركناً من أركانه — ذلك لأن الحق بدونه عدم إذ الدليل وحده هو الذى يظهره ويجعل صاحبه يفيد منه[١] . ولذلك كان الإثبات من أهم موضوعات القانون المدنى . والمواد الخاصة به يطبقها القاضى فى كل دعوى مع المواد الخاصة بالحق ذاته المتنازع عليه — ذلك لأن القاضى لا يقضى بالحق المدعى به إلا إذا ثبت أمامه بالدليل الذى رتبه القانون له وكان الشارع قد أفرد له فى القانون المدنى القائم الباب السادس من الكتاب الأول كما أفرد لإجراءاته الباب السابع من الكتاب الأول . وقد ألغى قانون الإثبات هذين البابين لأنه تضمن قواعد الإثبات والإجراءات معاً ، كما سبق بيانه .

مذاهب الإثبات

١١ مكرر — وهناك مذاهب ثلاثة فى الإثبات (١) مذهب الإثبات القانونى[٢] أو الإثبات المقيد الذى يحتم توفر أدلة معينة بحيث لا يجوز للخصم إثبات الحق الذى يدعيه بأى دليل آخر غيرها . وهذا المذهب يهدر الحقوق

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية الأخيرة لمشروع القانون المدنى الجديد (نظره فى مشروع تنقيح القانون المدنى) : الواقع أن الدليل هو قوام حياة الحق ومعقد النفع فيه .
وجاء فى بلانيول المطول وريبرت جزء ٢ سنة ١٩٣١ رقم ١٤٠٦ ص ٧٤١ :

La Preuve seule verifie le droit et le rend utile.

وجاء فى بلانيول الموجز جزء ٢ رقم ٢ الطبعة الرابعة الصفحة الأولى :

un droit n'est rien sans la preuve de l'acte juridique ou du fait materiel d'ou il derive.

وجاء فى كابيتان جزء أول الطبعة الثالثة على ٩١ :

Un droit dont on ne peut faire la preuve ne presente aucune utilité. Il est comme s'il n'etait pas.

البسيطة الكثيرة التداول التى لا تستأهل وليس من مصلحة المتعاقدين التقيد فيها بدليل معين ـ كالكتابة ، مثل الحقوق التى لا تزيد قيمتها على عشرين جنيها . وكذلك يجب عدم التقيد بدليل معين إذا منع مانع مادى أو أدبى من إمكان توفره فى المعاملات التجارية التى تستدعى السرعة والتيسير . وهناك ما لا يمكن إثباته بدليل معين بحسب طبيعته كما هى الحال فى الجرائم ، إلا إن الشارع حتم توفر أدلة معينة فى بعض الجرائم كما هى الحال فى الزنا ـ المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات ـ كما حتم على القاضى المدنى الحكم لمن حلف اليمين الحاسمة والحكم على من نكل عنها كما حتم على كل من القاضى المدنى والقاضى الجنائى أن يحترم قوة الشىء المحكوم به . (ب) ومذهب الإثبات الأدبى أو الإثبات المطلق [1] الذى يقبل أى دليل لإثبات أى حق . وهذا المذهب له خطره أيضاً إذ يمكن الخصوم من التهاتر والمضاربة بالأدلة الضعيفة كشهادة الشهود التى تحتمل الصدق والكذب ولها عيوب كثيرة كما سنرى فى الكلام عليها ، والقرائن التى كثيراً ما يخطىء المرء فى استنتاجاته منها فضلا عن ضياع وقت القضاء فى بحثها . كما يعطى هذا المذهب للقاضى سلطة واسعة لاحد لها ومن بشر غير معصوم من الخطأ ولا منزها عن الغرض ، كما سبق أن قلت ويتيح له من باب أولى أيضا أن يقضى بعلمه الشخصى . وقد سبق أن تحدثت تفصيلا فى التمهيد عن عدم جواز قضاء القاضى بعلمه الشخصى إلا ما يستفيده من الخبرة العامة المفروض علم الكافة بها هذا فضلا عن اختلاف القضاة فى التأويل والتقدير مما ينشأ عنه اختلاف فى توزيع العدالة ووجود مبادىء قانونية كثيرة متضاربة كما يعطى هذا المذهب للقاضى سلطة واسعة فى طرق أبواب الدليل والبحث عنه كما سنرى فى الإحالة إلى التحقيق والاستجواب واليمين المتممة وتعيين الجزاء (ج) ومذهب الإثبات المختلط [2]

---

(١) Système orale ou libre

(٢) Système transactionnel ou mixte .

الذى أخذ من كلا المذهبين السابقين . وهو الذى أخذ به الشارع عندنا فى المسائل المدنية كما هو ظاهر مما تقدم عن المعنى القانونى للاثبات فى الفقرة الأولى . ولاشك فى أنه أفضل المذاهب الثلاثة فى هذه المسائل ضمانا للحقوق الهامة وتيسيراً للناس فى الحقوق البسيطة وحيث يتعذر توفر الدليل المعين بالقانون . أما فى المسائل التجارية فقد اتبع مذهب الإثبات المطلق إلى حد كبير وذلك للسرعة التى تقتضيها هذه المعاملات وطبيعتها وتيسيراً لها كما تقدم .

فقد نصت المادة ١٧ من قانون التجارة على أنه « يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً » ونصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩٧ مدنى الملغاة / ١٧ إثبات على أن تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار . ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد منها ما كان مناقضاً لدعواه . ثم إن الفقرة الأولى من هذه المادة وإن كانت قد نصت على أن « دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار » إلا أنها قررت بعد ذلك « غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة » .

وفى المسائل الجنائية اتبع مذهب الإثبات المطلق لمنافاتها بطبيعتها للاثبات بالكتابة كما تقدم أيضاً ـ إلا فى الجرائم التى يكون أساسها تعاملا مدنياً كما هى الحال فى جريمة خيانة الأمانة ، إذ يجب إثبات عقد الأمانة ذاته بالكتابة إذا زادت القيمة على عشرين جنيها ـ وكذلك فى المسائل التى يقصد بها غش الشارع والهرب من أحكام القانون على وجه العموم .

ثم إنه وإن كان هذا المذهب يحتم على القاضى الأخذ بالقرائن القانونية

القاطعة ولا يسمح بإثبات مايخالفها فإنه أعطى القاضى حرية واسعة فى تقدير القرائن القضائية ولا يخضع لرقابة محكمة النقض فى ذلك مادام حكمه سائغاً عقلا ثم إنه وإن كان المذهب المطلق يعطى القاضى سلطة واسعة فى طرق أبواب الدليل والبحث عنه بأية وسيلة حتى ولو بالحيلة مع الخصوم فإن المذهب المختلط قد فرض عليه أن يقدر الأدلة التى يقدمها له الخصوم فقط ، على أن هذا المذهب قد سمح له بطرق أبواب الدليل والبحث عنه فى بعض الأحوال كما سنرى فى الكلام على الإحالة إلى التحقيق والاستجواب واليمين المتممة وتعيين الخبراء وانتقال المحكمة .

أركان الإثبات

١٢ — مما تقدم نرى أن للاثبات أركاناً ثلاثة :

الركن الأول — واقعة متنازع عليها .

الركن الثانى — نص فى القانون يجعل لهذه الواقعة أثراً قانونياً .

الركن الثالث — أن يكون إثباتها بالدليل الذى أباحه القانون .

الركن الأول — واقعة متنازع عليها :

١٣ — يجب أن تكون هناك واقعة متنازع عليها فإذا لم يكن هناك نزاع فلا معنى بالبداهة للتقاضى أو للاثبات .

وإذا اعترف المدعى عليه بدعوى المدعى أوببعضها فلا محل لتكليف المدعى بإثبات ما اعترف به . وقد رتبت محكمة النقض على ذلك أنه إذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة وأنه تملكها بالتقادم ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض

وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية فقد خالفت القانون باقتضائها دليلا على أمر معترف به[١] .

ويجب أن يكون النزاع بين طرفى الدعوى فلا يصح أن يرفع زيد دعوى على عمرو لأنه مماطل فى دفع دين عليه لبكر[٢].

١٤ — والواقعة المتنازع عليها إما أن تكون ارتباطاً قانونياً[٣] أى تعاقداً حصل بإرادة الطرفين المتعاقدين كالبيع والشراء والرهن الخ ، وإما أن تكون حادثة مادية[٤] غير قابلة لأن تكون بعقد كالاغتصاب ووضع اليد والحريق والغرق والجنح وأشباه الجنح وأعمال الفضولى .

١٥ — ويجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها « أولا » متعلقة بموضوع الدعوى منتجة فيها وجائزاً قبولها طبقاً للمادة الثانية من قانون الإثبات . فإذا لم تكن كذلك ولا يساعد إثباتها على الفصل فيها ، فلا محل لتحقيقها . وتقدير ذلك متروك للقاضى[٥] فمثلا إذا رفع عليك شخص دعوى يطالبك بدين فلك أن تثبت دفع هذا الدين أو المقاصة فيه ، إذ لا شك فى تعلق واقعة الدفع أو المقاصة بموضوع الدعوى وإنتاجها فيه . ولكن لا يصح لك أن تثبت أنك دفعت الدين لشخص آخر غير الدائن أو نائبه مهما كانت قرابته له — إلا إذا

---

(١) مجموعة الـ ٢٥ عاماً إثبات ٤٠ .

(٢) وقد نصت المادة الأولى من قانون الإثبات على أن « على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه » .

(٣) un acte jurdique.

(٤) un fait matériel.

(٥) انظر المجموعة الرسمية للمحاكم المختلطة السنة الثامنة ص ١١٠ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثانية ص ٣٧٦ والسنة السادسة ص ١٥ . وانظر هازبرى على القانون الإنجليزى Hasbury's Laws of England الطبعة الثانية ج١٣ ص ٥٢٨ رقم ٥٩١ حيث قال يجب أن تكون الواقعة متعلقة بموضوع الدعوى مباشرة أو تؤدى إليه عقلا directly or inferentially

كان ذلك لتوصيله للدائن مع إثبات وصوله إليه ، أو تثبت أنك دفعت ديناً آخر أو ديوناً أخرى لا علاقة لها بالدين موضوع الدعوى أو تثبت أن رافع الدعوى عليك مماطل فى دفع ماعليه للآخرين ، أو أنه سيء الخلق أو مقامر ، أو سكير أو مكروه من جيرانه . وإنما قد تبدو الواقعة المراد إثباتها أجنبية عن الدعوى ، ولكنها فى الحقيقة متعلقة بها ، كما إذا رفع مدرس دعوى على إدارة مدرسة يطالبها بتعويض لفصله عن عمله قبل مضى المدة المتفق عليها ، أو فى وقت غير لائق (إذا لم تكن هناك مدة معينة كما إذا فصلته أثناء السنة المكتبية أو عند بدء فصل الأجازات[1]) فإنه يصح لإدارة المدرسة أن تثبت فساد أخلاقه لأن ذلك يضر بالتلاميذ الذين عين لتهذيبهم[2] .

ويرى الدكتور سليمان مرقس فى كتابه أصول الإثبات الطبعة الثانية فى أواخر الفقرة ١٦ ص ١٠٧ ـ يرى الفصل بين شرطى أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى وبين أن تكون منتجة فيها وقال أن أحمد نشأت يخلط بينهما مع أنه فى صفحة ١٣ هامش رقم ١٢ قال « يعتبر كثير من الشراح والأحكام الثلاثة الشروط الأخيرة (أى الشرطين المذكورين وشرط جواز إثبات الواقعة) مندمجة بعضها فى بعض ويستعملون العبارات الثلاث الدالة عليها كمترادفات » والمثل الذى ضربه الدكتور سليمان مرقس لعدم الإنتاج وهو أن يريد شخص إثبات وفائه بدين من طريق إقرار غير الدائن بهذا الوفاء ـ يصح اعتباره أيضاً مثلا لعدم تعلق هذه الواقعة بالدعوى لأنه لاعلاقة بين المدين وغير الدائن .

---

(١) إن هذا وقت غير لائق لأن المدرس لا يجد عملا عادة إلا فى أول السنة المكتبية راجع حكم محكمة بنى سويف الجزئية فى مجلة المحاماة السنة الثانية رقم ١٣٠ (وهو للمؤلف) .

(٢) وكذلك يصح التدليل على عدم صدق الشاهد باثبات اتصافه بعيوب خلقية تحمل على عدم الثقة به . انظر هازيرى المشار إليه فى الهامش الذى قبل السابق ص ٧٥٤ رقم ١٤٢ . وكذلك إذا سبق له أن زور أو شهد زوراً .

والموضوع هنا هو فى الواقع وجوب الوفاء للدائن لالغيره .ولكن الدكتور السنهورى يؤيد الدكتور سليمان مرقس (فى الوسيط ج ٢ ص ٦١ رقم ٤٢) ويقول أنه إذا قدم شخص مخالصة بالأجرة عن جميع المدة السابقة على المدة المطالب بها ويرمى من وراء ذلك أنه يدفع الأجرة بانتظام ولم يخل بالتزامه طوال المدد السابقة ـ فهذه واقعة متصلة بواقعة الوفاء عن المدة المطالب بأجرتها فهى إذن متعلقة بالدعوى ولكنها غير منتجه فى الإثبات[1] . ولكن يجب أن يلاحظ هنا أن واقعة الدعوى هنا أجرة متأخرة عن مدة لم تقدم عنها مخالصة فتكون الإيصالات المقدمة عن المدد السابقة عنها غير متعلقة بموضوع الدعوى .

وإنه وإن كان الشارع فى المادة ٢ من قانون الإثبات قد نص على أنه « يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها » فإنه قد أغفل بعد ذلك فى المادة ١٢٥ الواردة فى الكلام على اليمين الحاسمة شرط الإنتاج إذ قال « إذا نازع من وجهت إليه اليمين فى جوازها أوفى تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته الخ » ولم يقل الشارع فى هذه المادة « أو فى إنتاجها » مما يدل على أنه رأى أيضاً عدم الفصل بين التعلق والإنتاج . ولكن الأساس هو ماجاء فى المادة ٢ تحت عنوان أحكام عامة .

١٦ — « ثانياً » يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها جائزة القبول أى جائزاً قبول إثباتها ، فالواقعة المستحيلة أوغير القابلة بطبيعتها للإثبات لامعنى لقبول

---

(١) وهاك نص عبارته (أن يقدم المستأجر مخالصات بالأجرة عن جميع المدد السابقة على المدة التى يطالبه المؤجر بأجرتها ، ويرى من وراء ذلك أن يثبت أنه يدفع الأجرة بانتظام ، ولم يخل بالتزامه طوال المدد السابقة ، فهذه واقعة متصلة بواقعة الوفاء بالأجرة عن المدة المطالب بأجرتها ، فهى إذن متعلقة بالدعوى ، ولكنها غير منتجة فى الإثبات ، لأن دفع الأجرة عن مدد سابقة لا يفيد دفعها عن مدة لاحقة) .

إثباتها ، كما إذا اشتغل عندك بناء شهر فبراير بأجرة قدرها كذا يومياً وأعطيته أجرته باعتبار فبراير ٢٨ أو ٢٩ يوماً حسب السنة (بسيطة أو كبيسة) فلا يصح أن يقبل منه أن يثبت أن فبراير ٣١ يوماً . كذلك الواقعة المحرمة قانوناً أو المخالفة للآداب لا يصح قبول إثباتها كالربا الفاحش بمعنى أنه ليس للدائن أن يثبت أن مدينه اقترض منه مبلغاً بفائدة تزيد على الحد الأقصى المسموح به قانوناً ليحكم له بهذه الزيادة[1] . وكذلك دين سببه القمار ، وما كان فيه فضيحة شخصية ، أو فيه إفشاء لسر المهنة[2] . وكذلك ما يجب إثباته بعقد رسمى كالهبة فإنه لا يقبل إثباتها بعقد عرفى أو بأى دليل آخر .

ولا يجوز أيضاً إثبات الواقعة التى سبق الفصل فيها نهائياً كما سنرى ، إذ لا يصح نظر أمر مرتين أمام القضاء لأن قوة الشىء المحكوم به قرينة قاطعة على صحة الحكم لا تقبل إثبات ما ينقضها .

وقد أجرى قانون الإثبات تعديلا هاماً فى هذه القرينة بحيث جعلها من النظام العام لتقضى المحكمة بموجبها من تلقاء نفسها منعاً لتضارب الأحكام وعملا على استقرار الحقوق لأصحابها ـ كما سنرى تفصيلا فى الكلام على قوة الشىء المحكوم به .

وكذلك خطأ الخادم الذى ينشأ عنه ضرر للغير قرينة قاطعة على خطأ السيد

---

(١) ومن انتهز فرصة ضعف أو هوى نفس شخص وأقرضه نقوداً بأية طريقة بفائدة تزيد على ذلك يعاقب بمقتضى المادة ٣٣٩ من قانون العقوبات ، وكذلك كل من اعتاد مثل هذا الإقراض لأى شخص . أما الدين فإنه يستطيع أن يثبت أن المبلغ المطالب به يدخله ربا فاحش ليحكم القاضى بالفائدة المقررة قانونا فقط — أنظر الفقرة رقم ٤١٤ مكرر .

(٢) فمثلا لا يصح أن تقدم المحكمة شهادة طبية بأن شخصاً مريض بمرض معين بل قيل إنه لا يصح إعطاء شهادة بأن شخصاً خال من مرض معين إلا بناء على طلبه ـ انظر بلانيول المطول المشار إليه ص ٧٤٧ رقم ١٤١٤ وما أشار إليه . وفى المسائل الجنائية لا يصح للقاذف أن يثبت ما قذف به إلا إذا كان غريمه موظفاً وعن أمر يتعلق بوظيفته .

فلا يجوز له أن يثبت أنه فعل كل ما يمكنه ليحسن اختيار الخادم . وهناك وقائع تعتبر ثابتة طبيعة ، فلا يصح أن يطلب من شاهد شهد بحصول أمر فى الساعة السادسة صباحاً فى يونية أن يثبت أن الصبح كان قد طلع بحيث استطاع رؤية ذلك الأمر . وهناك أحوال تعتبر ثابتة قانوناً حتى يقوم الدليل على مايخالفها ، فإنه يفرض فى كل متعاقد بالغ سن الرشد أنه ذو أهلية للتعاقد ، حتى يقوم الدليل على أنه فاقد الأهلية . ويعتبر كل عقد صحيحاً حتى يثبت أن هناك إكراها أو تدليساً أو غلطاً .

ويلاحظ فى جميع هذه الأحوال أن الواقعة المراد إثباتها وإن كانت متعلقة بالدعوى إلا أنه لايجوز إثباتها عقلا أو قانوناً .

١٦ مكرر « ثالثاً » — يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها محصورة غير مطلقة أى معينة محددة فإذا رفعت دعوى بدين يجب أن تعين مقداره ولا يصح أن ترفع دعوى على شخص بناء على أنه أخل بتعهداته دون أن تعين كلا منها وتحدده وكما تكون الواقعة المحصورة إيجابية كذلك قد تكون سلبية كالتعهد بعدم فعل شىء معين .

الركن الثانى — نص فى القانون يجعل لهذه الواقعة أثراً قانونياً

١٧ — يجب أن يكون هناك نص قانونى يجعل للواقعة فى حالة ثبوتها أساساً لحق من الحقوق ، أو بعبارة أخرى يجب أن يكون إثباتها منتجاً قانوناً . وإلا فلا فائدة من الإثبات ، كما إذا أراد شخص أن يثبت ملكيته لقطعة أرض بوضع يده عليها أربع عشرة سنة ، فلايقبل منه ذلك لأنه على فرض ثبوته لا يصح فى القانون أن يكون أساساً لحق الملكية لأن الشارع نص فى المادة ٩٦٨ من القانون المدنى القائم (والمادة ١٠٢/٧٦ من القانون المدنى السابق) على وجوب وضع اليد خمس عشرة سنة .

١٨ — وإنما ليس من الضرورى إرشاد القاضى إلى النص لأنه مفروض فى القاضى علمه به ، ومن القول المأثور فى القانون الرومانى أن القاضى يقول للخصوم أذكروا لى الواقع وأنا أذكر لكم النص[1] ولكن جرت العادة أن يبين المحامى النص الذى يعتمد عليه .

١٩ — وقد يكون النص غامضاً غير واضح ، أو لا يكون هناك نص ظاهر . وقد لا يختلف الخصوم على الواقعة ، وإنما يختلفون على أثرها القانونى ، ففى هذه الأحوال يجب على القاضى بمعاونة المحامى أن يجتهد ويبحث وينقب لإيجاد حل أساسه القانون والقواعد القانونية المسلم بها ، مستبيناً غرض الشارع من الأسباب التى حملته على وضع المادة أو المواد المتعلقة بموضوع النزاع ، ومن التشريع السابق إن وجد ، والأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية مستأنساً بأحكام المحاكم وآراء العلماء . وهذا ما يسمى بالتفسير القضائى للقانون . ولا يستطيع القاضى أن يتنحى عن الحكم بحجة عدم وجود نص فى القانون ، أو بأن النص غير صريح ، أو بأى سبب آخر ، وإلا عوقب بالعزل وغرامة قدرها عشرون جنيها طبقا للمادة ١٢٢ من قانون العقوبات . وهناك التفسير العلمى ، وهو تفسير العلماء أو الشراح للقانون فى مؤلفاتهم بالطرق عينها . وهناك التفسير القانونى ، أى تفسير قانون بقانون ويكون لهذا التفسير طبعا قوة القانون ، وسببه غالباً اجتهاد العلماء والقضاة وانتقاداتهم أو مايلاحظه الشارع أثناء العمل .

ولا يملك الخصوم تفسير القانون أو انطباقه على واقعة الدعوى ولو اتفقوا

---

(١) Da mihi factum. dabo tibo jus : Indique moi quels sont les faits, je te dirai le droit .

أو (Avocat passez au fait la cour sait le droit) وقيل إنه كثيراً ما أوقفت هذه الجملة مرافعات . راجع كابيتان جزء أول الطبعة الثالثة ص ٩٢ وبلانيول الموجز جزء ٢ رقم ٦ الطبعة الخامسة .

على ذلك إلا إذا وافق القاضى ورأى أن ذلك صحيح قانونا . وقد قررت محكمة النقض أن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى هو من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم ولكى ينتج الإقرار أثره القانونى يجب أن يكون متعلقا بواقعة الدعوى لا بالتطبيق القانونى[١] .

٢٠ — وقد يطلب من القاضى تطبيق قانون أجنبى ، خصوصاً فى بعض المواد التجارية والمدنية ، فهل يجب على الطالب إثبات وجود هذا القانون ؟ أجاب البعض بنعم وعلى ذلك أحكام المحاكم فى فرنسا ومصر (مختلط ـ سابقا)[٢] وقال البعض الآخر إنه يجب على القاضى أن يبحث عن هذا القانون ويطبقه كما يطبق قانون بلاده[٣] ولا يخفى أنه قد أصبح من الميسور الآن الوقوف على قوانين الأمم المتمدينة لتشابهها ، وكثير منها مصدره قانون نابليون والشريعة الإسلامية ، وقد أكثرت سهولة المواصلات من تبادل العلوم والمعارف . وليس بعسير على

---

(١) مجموعة الربع قرن ص ٣٢ القاعدة رقم ٤٨ .

(٢) راجع المرحوم الدكتور عبدالحميد أبو هيف (دولى خاص) رقم ٣٠٢ ومابعده ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الرابعة ص ٢٥٥ وأوبرى ورو جزء ١٢ رقم ٧٤٩ ص ٧٠ Aubry et Rau XII §749 p. 70 n, 3 quater 5e edition وبلانيول المطول جزء ٧ رقم ١٤٠٩ ص ٧٤٦ وبودرى المطول فى التعهدات رقم ٢٠٥٥ هامش ٣ الطبعة الثانية Baudry Lacantinarie et L. Barde وهو يشير إلى كثير من كتب الدولى الخاص مثل ديانجية Den engeat جزء أول ص ٢٢٠ حرف a وناموس فنسنت وبينو Vincent et Pénaud تحت لفظ قانون أجنبى رقم ١ وراجع أيضاً ديتولومب جزء ٢٩ رقم ١٨٥ وحكمى النقض الفرنسى المشار إليهما — فى سيرى ٨٢ — ١ — ٣٤٦ و ٩١ — ١ — ٥٠٩ وقد أشار بودرى أيضاً إلى حكم استئناف صادر من محكمة نيويورك فى ٦ مارس سنة ١٨١٣ .

(٣) ويشير بودرى (رقم ٢٠٥٥) إلى كتب أخرى فى القانون الدولى الخاص مثل لوران جزء ٢ رقم ٢٦٢ وآسر رقم ٩ و ١٢ و ١٣ الخ .
Laurent Le. dr. civintenrn ll. u. 262, Asser et Rivier, elem, de, di. intern. privé n, 9, 12, 13 etc.

وبعد أن قال بلانيول الموجز جزء ٢ رقم ٦ الطبعة الخامسة أن على من يتمسك بقانون أجنبى يجب عليه إثباته — قال فى الأزمنة الحديثة كثرت وسائط الإخبار وأصبح نادراً أن تقوم صعوبات فى سبيل معرفة قانون أجنبى .

القاضى أن يحصل على قانون أجنبى وشرحه أيضاً . وقد مضى ذلك الوقت الذى طلب فيه من محام كان يترافع فى انجلترا أن يؤكد على عهدته الشخصية وجود قانون فرنسى [١] وقد أيد المجمع العلمى للقانون الدولى الرأى الثانى ، ونظم الإجراءات اللازمة التى يستطيع بها القاضى معرفة القواعد الحقيقية للقانون الأجنبى المراد تطبيقه ، وذلك بواسطة الطرق السياسية [٢] . ومما يؤيد ذلك أن القاضى الذى ينظر الدعوى هو المسئول عن تحقيق العدالة ومسئوليته هذه تقتضى أن يبحث بنفسه كل مايستوجب هذه المسئولية . ولكن فى الواقع من الوجهة العملية يشق على القاضى تطبيق قانون أجنبى على وجهه الصحيح لأن ذلك يتطلب دراسة وافية لذلك القانون كدراسة قانون بلاده إذ ليس من السهل عليه إجراء البحوث اللازمه والاطلاع على الأعمال التحضيرية والمذكرات التفسيرية والكتب الفقهية وأحكام المحاكم . وإن أمكن ذلك بالنسبة للقوانين التى يعرف القاضى لغة بلادها وتكون قوانين مشابهة لها أو مستقاة منها كالقانون الفرنسى والقانون السويسرى . وقد قررت محكمة النقض أخيراً أن الاستناد إلى قانون أجنبى على ما جرى به قضاؤها لا يعدو أن يكون مجرد واقعة وهو مايوجب على الخصوم إقامة الدليل عليه [٣] .

٢٠ مكرر — وفى كل حالة يجب أن يطبق فيها قانون دولة أجنبية يجب على القاضى أن يراعى أحكام هذا القانون فإذا بنى حكمه على مايخالف هذه الأحكام أو قبل أن يتثبت منها كان حكمه معيبا قابلا للنقض . وقد طبقت محكمة النقض ذلك فى قضية طلاق ولكنى أرى أن النتيجة التى انتهى إليها الحكم محل الطعن كانت سليمة طبقا لأحكام القانون الفرنسى كما قرره الفقه والقضاء الفرنسيان ؟ قالت محكمة النقض (إنه لما كان يبين من الحكم أنه أقام قضاءه بتطليق الطاعنة

---

(١) بلانيول الموجز جزء ثان رقم ٦ الهامش رقم ٣ .

(٢) المرحوم الدكتور عبد الحميد أبو هيف (القانون الدولى الخاص) رقم ٣٠٢ .

(٣) مجموعة المكتب الفنى ١٨ ـ ٢٢٤ ـ ١٤٩٣ وقد أشير هنا إلى نفس المرجع ٦ ص ١٣٤٧ حكم ٧/١٠/٥٥ .

من المطعون عليه على ماورد فى مذكرات الطاعنة وخطاباتها رغم ما أثبته من أنها طلبت رفض الدعوى ودفعت بعدم قبول الخطابات والمذكرات كدليل إثبات فيها لحصول الزوج عليها من طريق غير مشروع وهو السرقة بأن كسر فى غيبتها الدرج المخصص لها . وكان الحكم إذا طرح هذا الدفع قد قرر « بأنه مهما يكن من أمر تلك الرسائل والمذكرات والطريقة التى قيل إن المدعى — المطعون عليه — حصل بها عليها فإنها كدليل إثبات لها قيمتها فى مثل هذا النزاع » . وكان هذا الذى قالته المحكمة يخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء فى فرنسا من أن الخطابات المتبادلة بين الزوج والغير وإن كانت بحسب الأصل لا يجوز التمسك بها إلا بإذن المرسل إليه فإنه فى دعوى الزنا أو دعوى الطلاق أو التفريق يجوز استثناء المدعى من الزوجين أن يتمسك بها فى الإثبات بشرط أن يكون قد حصل عليها بطريق مشروع . ولما كان طرفا الدعوى فرنسيين والقانون الواجب تطبيقه فى هذا الخصوص هو القانون الفرنسى سواء كان فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو الدليل المقبول فيها ، وكان ما قرره الحكم من قبول هذه الخطابات والمذكرات كدليل إثبات أيا كانت الوسيلة التى حصل بها الزوج عليها مع تمسك الزوجة بأن حصوله عليها كان بطريق السرقة هو تقرير غير صحيح انبنى عليه القضاء فى الدعوى ، وكان الواجب على المحكمة تمحيص دفاع الطاعنة لتقول ما إذا كانت وسيلة الزوج فى الحصول على هذه المحررات مشروعة فتقبلها كدليل فى الإثبات أو غير مشروعة فلا تقبلها ثم تؤسس حكمها على ما يظهر لها من نتيجة هذا الفحص . لما كان ذلك فإن الحكم يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون ويتعين نقضه [1] ولكن النتيجة التى انتهى إليها الحكم محل الطعن كانت سليمة كما قلت — ذلك لأن كل ما قالته الطاعنة هو أن كسر الدرج المخصص لها فى غيبتها يعتبر سرقة وهذا القول ليس من شأنه حسما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسى أن يجعل الحكم خاطئا فى نتيجته

---

(١) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الرابعة ص ٣٤٩ رقم ٣/٥٠ .

كما سنرى فيما بعد إذ أبيح للزوج حق تفتيش متاع زوجته للحصول على أدلة الزنا وحق تفتيش متاع الزوجة ، كما يكون للزوج بالنسبة للأدراج المفتوحة كذلك يكون بالنسبة للأدراج المغلقة شأن حق التفتيش على العموم .

هذا ومن الخطأ اعتبار القانون الأجنبي من الوقائع التي يجب إثباتها أمام محكمة الموضوع لأنه متى ظهر أن القاضي قد أخطأ في تطبيقه يكون الحكم قابلا للنقض كما لو أخطأ في تطبيق قانون بلاده لأن القانون جعله بديلا لقانون بلاده فيجب عليه تطبيقه تطبيقاً صحيحاً ، كما يجب عليه ذلك بالنسبة لقانون بلاده .

مذكرة — وقد نصت المادة الأولى من القانون المدني في الفقرة الثانية على أنه « فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد ، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم وجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة » . يفهم من هذه الفقرة أن القانون قد أحل كل ذلك حسب الترتيب المتقدم محل القانون . فإذا حكم بما يخالفه كان حكماً مستوجبا النقض — هذا سبيل فهمه بالنسبة للعرف والشريعة الإسلامية ، فالعرف يكون معروفا مسلما به في الجهة التي نشأ فيها ولذلك سمي عرفا ويصح تسميته تجوزاً بالقانون الذي ارتضاه أهل تلك الجهة فيما بينهم بمحض إرادتهم فيصح اعتباره قانون الطرفين وهو في كثير من الأحوال يسد نقصاً في التشريع في مسائل جزئية لا كلية ، وله أهمية كبرى في المسائل التجارية . والعرف مسلم به في الشريعة الإسلامية أيضاً ولذا قيل . والعرف في الشرع له اعتبار — لذا عليه الحكم قد يدار . والعادة تأخذ حكم العرف في الدولة أو في قسم منها وإلا كان واجباً إثباتها . وتقدير قاضي الموضوع في ذلك ما دام مبنيا على ما من شأنه أن يؤدي إليه — لا يخضع لرقابة محكمة النقض . وذلك كله بالرغم من أن العرف والعادة لهما حكم القانون . إلا أنه من المقرر أنه لا يجوز التحدي بالعرف في حالة وجود نص تشريعي[1] .

---

(1) السنة ٢٠ ص ١٠١٧ .

٢٠ مكرر ا — أن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر معروفة كالقانون ولا شك فى أنه يجب الأخذ بها عند عدم العرف وقد كانت هى قانون البلاد الوحيد قبل التشريعات التى استحدثت بعدها . وهذه التشريعات قد استقت كثيراً من أحكامها كالوصية والتصرف فى مرض الموت والشفعة والوقف والحكر بأنواعه والعلو والسفل والحائط المشترك والكنز المدفون ومبدأ أن لا تركة إلا بعد وفاء الدين وهلاك المبيع والغش وإيجار الأراضى الزراعية وبراءة المستأجر إذا هلك الزرع بقوة قاهرة والمزارعة وانتهاء عقدها بموت المستأجر ولازالت الشريعة هى المعمول بها فى الميراث والأحوال الشخصية ولا شك فى أن مخالفة مبادىء الشريعة تعتبر مخالفه للقانون فتكون مستوجبة نقض الحكم .

٢٠ مكرر ب ـ أما القانون الطبيعى فليس من السهل تصوره وتحديده وفهم معناه . وقد قرنه الشارع بقواعد العدالة كأنه جعل الأمرين مترادفين القصد منهما واحد وهو تحقيق العدالة، وإنه وإن كانت قواعد العدالة غير معينة أيضا إلا أنه يمكن استنباطها هى والقانون الطبيعى من علم القانون المقارن أى من أصول القوانين المختلفة والشريعة الإسلامية مع مراعاة أحوال الطرفين المتخاصمين وظروفهما وبيئتهما وحالتهما الاجتماعية كما يمكن الاستنباط بطريق القياس بالحالات المشابهة . وتقدير قاضى الموضوع يخضع لرقابة محكمة النقض إذا كان استنباطه من علم القانون المقارن والقوانين المختلفة والشريعة أو بطريق القياس بحالة قانونية خاطئا . أما الاستنباط من أحوال الطرفين المتخاصمين وظروفهما وبيئتهما وحالتهما الاجتماعية بطريق القياس بحالة غير قانونية لا يخضع لرقابة محكمة النقض إذا قام على أسباب سائغة عقلا[1] .

---

(١) أنظر بلانيول المطول جزء ٧ رقم ١٤٠٩ ص٧٤٦ والموجز جزء ٢ رقم ٦ وأوبرى جزء ١٢ §٧٤٩ من ٧٠ على أن محكمة الاستئناف المختلطة قررت أنه يجب أن تكون العادة عامة فى المملكة أو فى قسم مهم منها لا فى جهة محلية واحدة ـ مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٧ ص ٤٢ . إلا أنه بين أبناء مثل هذه الجهة يصح أن يكون للعادة خطرها .

الركن الثالث — يجب أن يكون الاثبات بالدليل الذى أباحه القانون :

٢١ — إن القانون قد بين الأدلة التى يمكن بها إثبات الحقوق المختلفة . أى أن القاضى مقيد بطرق الإثبات التى عينها الشارع رغبة منه فى حماية المتقاضين من مخاطر تحكم القضاة وأخطائهم . فليس كل ما يؤدى لإقناع القاضى يثبت به الحق ولو كان بناء على معلوماته الشخصية التى عرفها خارج المحكمة إلا إذا كان ذلك بناء على خبرته الشخصية بالشؤون العامة أو بما هو معروف للناس عموما كما قلت فى الكلمة التمهيدية . وإذا امتنع على القاضى الحكم بمعلوماته الشخصية فمن باب أولى ليس له أن يبنى حكمه على الرأى العام[1] ولصاحب الحق التمسك بأى دليل أباحه له القانون لإثبات حقه . وإذا كان الشارع قد أباح له أكثر من دليل ، فإن له أن يعدل عن الدليل الذى قدمه إلى غيره ، ولو صدر به حكم تمهيدى ، كما إذا طلب خصم تعيين خبير ليثبت بذلك حقه وأصدرت المحكمة حكما تمهيدياً بذلك فإن له أن لا ينفذ هذا الحكم ولا يعلن الخبير ويطلب سماع شهود أو يرتكن على قرينة قانونية حيث يجيز القانون الإثبات بالشهود والقرائن أو ورقة قدمها حيث يلزم الإثبات بالكتابة[2] .

٢١ مكرر — ويجب على القاضى أن لا يأخذ بالدليل إلا بعد أن يتبع الإجراءات الخاصة به . فلا يصح له مثلا أن يأخذ بدليل لمصلحة أحد الطرفين إلا بعد تمكين الطرف الآخر أثناء سير الدعوى من الإدلاء بدفاعه بصدده أو إلا إذا أعلن إعلاناً قانونياً ولم يحضر . ولا يستطيع القاضى أن يستند إلى تحقيق

---

(١) راجع أوبرى ورو جزء ١٢ §٧٤٩ ص ٧٤ .

(٢) « كتاب إثبات الحقوق المدنية » للمستشار عزيز كحيل ص١١ — ١٢ والحكم المشار إليه فيه . وانظر حكم الاستئناف المختلط فى مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٤ ص ٥٦ .

ويقضى بمقتضاه ضد شخص لم يسأل فى هذا التحقيق أو لم يستدع إليه وامتنع عن الحضور . كذلك لا يمكنه أن يعتمد على تقرير خبير ويقضى بموجبه ضد شخص لم يحضر أمام الخبير أو لم يطلب للحضور أمامه وامتنع عن ذلك[1] .

٢١ مكرر ١ — وخلاصة ما تقدم أن القاضى لا يمكنه أن يحكم فى الواقعة المتنازع عليها إلا بمقتضى الدليل الذى أباحه القانون وبعد استيفاء الإجراءات المبينة فيه .

٢٢ — والقاعدة الأساسية فيما يتعلق بنوع الدليل الذى يقبل هى أن الارتباطات القانونية الناشئة عن تعاقد لا يصح إثباتها إلا بالكتابة متى زادت قيمتها عن ٢٠ جنيها عدا ما استثنى . والحوادث المادية أو كل ما لا يمكن أن يحصل بعقد ، يصح إثباته بجميع طرق الإثبات المبينة فى القانون بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن وسأتكلم عن ذلك تفصيلا فيما بعد . وكذلك يجوز الإثبات بالاقرار واليمين الحاسمة مهما كانت القيمة .

٢٢ مكرر — وليس هناك ما يمنع من التمسك بدليل تحت يد الغير إذا رضى بذلك ، وقد قررت محكمة النقض أن الإيصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذى كان قد أودعه إياه يجوز للمشترى أن يعتمد عليه فى إثبات حصول البيع له إذا كان حصوله عليه برضاء المودع لديه[2] . والخطاب الذى ليس فيه سر يجوز لغير المرسل إليه أن يتمسك به إذا رضى بذلك المرسل إليه .

---

(١) انظر وقارن أوبرى فى المرجع السابق ص ٩٨ وبودرى تعهدات رقم ٢٠٠٦ .

(٢) المحاماة ٢١ ص٧١٩ رقم ٢/٣٦٥ — إنما يلاحظ أنه جاء فى أسباب هذا الحكم أن المودع لديه كان أمينا عن الطرفين ومسؤول قبلهما على السواء عن الوديعة . وأرى أن هذا لا يؤثر على ما قلته من أنه من الجائز التمسك بورقة تحت يد الغير إذا رضى بذلك ما دامت لا تحوى سرا على اعتبار أنها غير مشتركة بين الطرفين — قارن الهامش التالى .

عبء الإثبات أو من المكلف بالإثبات :

٢٣ — كانت المادة ٢١٤/٢٧٨ من القانون المدنى السابق تنص على أنه على الدائن إثبات دينه وعلى المدين إثبات براءته من الدين . وكان المقصود بالدائن المتعهد له أو الملتزم له بأى تعهد أو التزام وكان المقصود بالمدين المتعهد أو الملتزم على الإطلاق سواء أكان موضوع التعهد دينا بالمعنى المتداول أى قرضاً أو غيره من التعهدات أو الإلتزامات . وقد أحسن القانون المدنى القائم إذ قال صراحة فى المادة ٣٨٩ « على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه» . وقد أصبحت هذه المادة الأولى من قانون الإثبات . فإذا ادعيت مثلا أن لك مبلغاً من المال فى ذمة شخص وجب عليك أن تقيم الدليل على ذلك لأن الأصل عدم المديونية أو براءة الذمة . وهذا الأصل متفق عليه فى جميع الشرائع وفى الشريعة الإسلامية[٢] . ولا يخفى أن كل شخص مستقل عن الآخر خصوصاً فيما يتعلق بالارتباطات القانونية إلا إذا ربط نفسه بنفسه بتعهد[٣] ولذلك قالت المادة الأولى من الإثبات « على الدائن إثبات الإلتزام » . وإذا أقمت الدليل على دينك وادعى المدين وفاءه وجب عليه إثبات ذلك لأن الدين الثابت قانوناً يعتبر باقياً فى ذمة المدين حتى يقدم برهانه على التخلص منه . ولذلك قالت المادة الأولى من قانون الإثبات أيضاً « على المدين إثبات التخلص منه » ويصح القول بأن عدم المديونية أمر ثابت أصلا لأن الأصل هو عدم المديونية كما قلت . والدين الثابت قانوناً بسند مثلا أمر ثابت عرضا ، لأنه ليس ثابتاً أصلا كعدم المديونية

---

(١) قال عليه الصلاة والسلام : لو أعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعى — انظر طرق الإثبات الشرعية للمرحوم الأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٢ .

(٢) انظر وقارن بودرى تعهدات رقم ٢٠٦٠ .

وإنما عرضا بسند الدين . فالمكلف بالإثبات إذاً هو من يدعى خلاف الثابت أصلا أو عرضاً . ومن أحسن ما قيل (البرهان على من ادعى خلاف الثابت أصلا أو عرضا . فالأصل عدم التعهد والعرض وجوده)[1] ومما يعزز أن الثابت أصلا هو عدم التعهد أن التعهد لا يحصل إلا بأعمال وأوضاع معينة تغير من الحالة الطبيعية الأصلية للانسان . وظاهر من ذلك أن عبء الإثبات كما يقع على المدعى لإثبات دينه مثلا كذلك قد يقع على المدعى عليه لإثبات تخلصه من الدين وإذا كان هناك تعاقد بين شخصين ينشىء التزامات متقابلة التزم بها كل منهما للآخر يجب على كل منهما إثبات التزام الآخر له والتخلص من التزامه للآخر بقطع النظر عمن منهما كان المدعى أصلا فى الدعوى ومن كان المدعى عليه[2] .

٢٣ مكرر — ويجب على مدعى الالتزام أن يثبت دعواه حتى ولو عجز المدعى عليه عن إثبات دفعها . وقد قررت محكمة النقض أنه متى كان المدعى قد طلب تعويضاً عن تهدم بناء له بفعل المدعى عليه وكان هذا الأخير قد دفع بعدم ملكية المدعى لهذا البناء فإن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعى ويكون الحكم إذا اتخذ من عجز المدعى عليه عن إثبات دفعه دليلا على صحة الدعوى — قد أخطأ فى تطبيق قواعد الإثبات[3] . وقررت محكمة النقض أيضاً أنه إذا لم تثبت الملكية للمدعين

---

(١) المرحوم فتحى زغلول « شرح القانون المدنى » ص ٣٩٠ .

(٢) انظر مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة الرابعة ص ٢٠٧ رقم ٣٣ . وقالت المحكمة بعد ذلك سواء كان قد طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق أو لم يطلب . وإذن فمتى كان الواقع هو أن المطعون عليه اشترى بضاعة من الطاعنين وأقام الدعوى يطلب إلزامهما بمبلغ هو قيمة ما لم يتم تسليمه من هذه البضاعة وكان الثابت من الأوراق أنه لا نزاع فى أن المطعون عليه المشترى قد قام بالتزامه بدفع الثمن فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد خالف القانون إذ ألقى عبء إثبات تسليم البضاعة على عاتق من يلزمه عقد البيع بذلك وهما الطاعنان باعتبارهما بائعين .

(٣) مجموعة الـ ٢٥ عام إثبات ١١ .

بالسند الذى أسسوا عليه دعواهم فلا يكون للمحكمة أن تتخذ من عجز منازعيهم وهم مدعى عليهم فى الدعوى عن إثبات ملكيتهم بالتقادم دليلا قانونياً على ثبوت ملكية المدعين وهم المكلفون قانوناً باثبات دعواهم[1] .

٢٣ مكرر ا — ويقع عبء الإثبات على الوارث الطاعن لإثبات واقعتى الحيازة والانتفاع مدى الحياة بالعين التى تصرف فيها الطاعن وهما مناط القرينة القانونية التى نصت عليها المادة ٩١٧ مدنى[2] التى نصت على أنه « إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته ، اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك » . ويلاحظ هنا أيضاً أن ذلك الوارث يدعى خلاف الظاهر من العقد الذى يطعن فيه .

٢٣ مكرر ب — وإذا كان موضوع النزاع المعروض على المحكمة الفصل فيه هو تصرف المدعى عليه فى أطيان مملوكة للمدعى فمن الخطأ أن تغفل المحكمة بحث سند ملكية المدعى للاطيان وتبحث ملكية المدعى عليه لها فإن الوضع السليم قانونا هو تحقيق ملكية المدعى فإن ثبتت له حق له طلب إبطال التصرف الحاصل من المدعى عليه . أما مجرد عدم ثبوت ملكية المدعى عليه فلا يقتضى ثبوتها للمدعى ولا أحقية له فيما طلبه[3] . وقررت محكمة النقض أنه إذا كان قد صدر حكم انتهائى بتكليف المدعية بإثبات ملكيتها للاطيان المتنازع عليها وبعد

---

(١) مجموع الـ ٢٥ عام إثبات ١٦ .

(٢) مجموع المكتب الفنى لأحكام النقض السنة ١٤ رقم ٨٤ ص ٥٧٩ والسنة ٢٠ ص ٦٤٩ .

(٣) مجموع إلى ٢٥ عاما ملكية رقم ٢١ .

قيامها بذلك يكون على المدعى عليه أن يثبت ادعاءه تملك الأطيان بوضع اليد ، ثم صدر فى موضوع الدعوى حكم قاض للمدعية بطلباتها بناء على أن المدعى عليه (المستأنف) إذ رفع دعوى المدعية (المستأنف عليها) بتملكه الأرض المتنازع عليها بوضع اليد لمدة طويلة بصفته مالكا فإن عبء إثبات قيام هذه الحالة يقع على عاتقه . وإذ هو قد عجز عن إثباته فيكون لا وجه لادعائه. فهذا الحكم يكون قد خرج فى قضائه على مقتضى الحكم السابق إذ هو اتخذ من مجرد عجز المدعى عليه عن إثبات تملكه الأرض المتنازع عليها بوضع اليد سبباً لقضائه للمدعية بملكيتها لها دون أى دليل آخر فى حين أن الحكم السابق جعل على المدعية عبء إثبات ملكية مورثها لهذه الأرض حتى إذا ما قامت بهذا الإثبات كان على المدعى عليه أن يثبت تملكه لها فإنه قد يكون متعيناً نقضه [1] . وقررت المحكمة أنه إذا كان الحكم قد قضى برفض دعوى المدعى بتثبيت ملكيته للأرض محل النزاع تأسيساً على أن هذه الأرض لا تدخل فى مستندات ملكيته ولا هو تملكها بوضع اليد وكان هذا القضاء مقاما على أسباب مؤدية إليه فلا يجدى المدعى ما ينعاه على هذا الحكم فى خصوص تحدثه عن ملكية المدعى عليه [2] .

---

(١) مجموعة الـ ٢٥ عاما اثبات ٣٤٦ .

(٢) المجموعة المذكورة ملكية ٢٣ . وقررت محكمة النقض أن تقرير الحكم أن المدعى عليه لم يكتسب ملكية الأطيان التى يطلب المدعيان تثبيت ملكيتها لها بأى سبب من أسباب كسب الملك لا يفيد بذاته بطريق اللزوم ثبوت ملكيتها للمدعين . كذلك لا يكفى أن يعزز الحكم أن مستندات هذين الأخيرين تشمل الأطيان المتنازع عليها وأنها من ذلك تكون ملكا لهما من غير بيان هذه المستندات وكيفية إفادتها هذه الملكية وإذن فمتى كان الحكم قد قضى بثبوت ملكية المدعين للأطيان موضوع النزاع قد أقام قضاءه على أن المدعى عليه لم يكتسب ملكية هذه الأطيان بأى من عقدى شرائه أو بوضع اليد المدة الطويلة أو القصيرة . كذلك لم يبين الحكم كيف آلت الأطيان إلى المدعين من آخر كان قد اشتراها فى حين أنها ليست من ورثته ولم تتحدث عن عقد القسمة المبرم بين هذا المشترى وأخوته ولا عن كيفية إفادته ملكية المدعين — متى كان هذا الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإنه يكون قاصرا مستوجبا نقضه — المجموعة المذكورة ملكية ٢٤ والمجموعة المكتب الفنى ٢ ص ٣٤١ رقم ٦٥ وانظر أيضاً الفقرة رقم ٤١ من هذه الرسالة .

أنه وإن كان عبء الإثبات يقع على الدائن فإنه إذا اعتبرت محكمة الموضوع فى حدود سلطتها التقديرية وبأسباب سائغة أن الأوراق المقدمة من الدائن لا تفيد فى الإثبات جاز لها أن تأمر بالتحقيق وتكلفه بالإثبات — المكتب الفنى ١٤ رقم ٤٨ ص ٣١٣ .

٢٣ مكرر ح — ويصح فى بعض الأحوال اعتبار عجز المدعى عليه عن الإثبات قرينة قضائية لصالح المدعى ضمن أدلة أخرى كما هو الحال فيما إذا كان المدعى والمدعى عليه متمسك كل منهما بالتقادم لأن القاضى يمكنه استنباط القرينة القضائية من أى طريق ولو من تحقيقات باطلة كما سنرى فى الكلام على القرائن القضائية فى (الجزء الثانى) . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا تمسك مدعى الملكية بأنه تملك الأطيان المتنازع عليها بالشراء ممن تملكها بالتقادم وأمرت المحكمة الابتدائية بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات وضع اليد بشهادة الشهود وحملت المدعى عليه عبء الإثبات فقبل هذا الحكم التمهيدى ولم يستأنفه ، ثم لما أصدرت حكمها القطعى نفت ملكية المدعى عليه وأثبتت فى الوقت نفسه ملكية المدعى وردت هذه الملكية إلى سببها القانونى وهو التقادم وساقت على هذا التقادم أدلة من شأنها أن تؤدى إليه فإنها لا تكون قد أخطأت فى تطبيق قواعد إثبات الملكية ، ولو جعلت فى المقام الأول من الأدلة التى أوردتها على تملك المدعى بالتقادم ما استفادته من إخفاق المدعى عليه فى إثبات دفاعه وما يترتب على هذا الإخفاق من انتفاء وضع يده ، فذلك حقها الذى لا معقب عليه إذ أن وضع اليد واقعة تقبل الإثبات بالطرق كافة بما فيها القرائن القضائية ، وهذه من الأدلة التى يحدد القانون حجيتها والتى أطلق للقاضى الأخذ بنتيجتها وعدم الأخذ بها ، كما أطلق له أن ينزل كل قرينة منها من حيث الأهمية والتقدير المنزلة التى يراها [1].

---

(١) مجموعة الـ ٢٥ عاما اثبات ٢٠ .

٢٣ مكرر ع — والحكومة شأنها شأن الأفراد إذا ادعت ملكية أرض فى وضع يد المدعى عليه فعليها أن تثبت أنها من أملاكها العامة أو الخاصة أو أنها من الأراضى المملوكة شرعاً للميرى طبقاً للمادة ٥٧ مدنى قديم . وعندئذ ينتقل عبء إثبات العكس على عاتق المدعى عليه ، أما قبل ذلك فليس لها أن تطالب واضع اليد بإقامة الدليل على ملكيته . وإذن فمتى كان الحكم قد قضى برفض دعوى الحكومة بناء على أنها لم تثبت أن الأرض موضوع النزاع تدخل ضمن الأملاك العامة أو ضمن أملاكها الخاصة فإن ما تنعاه عليه الحكومة من خطأ فى تطبيق القانون استناداً إلى أنه قرر تحميلها عبء إثبات ملكيتها للأرض يكون على غير أساس [١] .

٢٤ مكرر هـ — ومما يعتبر أصلا أن العقد الباطل يظل باطلا ، فلا تلحقه الإجازة إلا إذا أثبت الإجازة مدعيها فإذا عقد قاصر عقداً مثلا وادعى العاقد الآخر أن هذا القاصر أجاز هذا العقد بعد بلوغه سن الرشد وقع عليه عبء الإثبات. وقد قررت محكمة النقض أن عبء إثبات إجازة عقد قابل للابطال إنما يقع على عاتق مدعى الاجازة . وإذن فمتى كان الطاعن قد ادعى أن مورث المطعون عليها قد أجاز بعد بلوغه سن الرشد عقد البيع الذى عقده وهو قاصر فإن الحكم المطعون فيه إذا ألقى عليه عبء إثبات هذه الواقعة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات [٢] .

٢٥ — والأصل أن الإنسان غير مسئول عن أمر حصل منه ضرر للغير إلا إذا ارتكب هذا الأمر عمدا أو خطأ فعلى من يريد إثبات حصول هذا الأمر عمداً أو خطأ من الغير أى يريد إثبات مسئوليته العمدية أو التقصيرية يقع عبء الإثبات عليه ، لأن إثبات الضرر يقع على عاتق المضرور . وقد نصت المادة ١٦٣

---

(١) مجموع المى ٢٥ عاما إثبات ٤٦ .

(٢) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الخامسة ص ٢٠٣ رقم ٢٨ .

مدنى على أن « كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » ونصت المادة ١٧٠ على أن « يقدر القاضى مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور » ، وكيف يقدر القاضى مدى التعويض دون أن يبين المضرور هذا الضرر ويبين نوعه وماهيته وعناصره الواقعية وجاء به مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٣٥٣ — ٣٥٤ تعليقا على المادة ١٦٣ أنها تستظهر أكثر ما يكون إيجازا ووضوحا حكم المسئولية التقصيرية فى عناصرها الثلاث لترتيب سبب الالتزام بالتعويض على كل خطأ سبّب ضرراً للغير فلابد إذن من توافر خطأ وضرر ثم علاقة سببية تقوم بينهما ثم جاء فى صفحة ٣٥٥ « لما كان الأصل فى المسئولية التقصيرية بوجه عام أن يناط بخطأ يقام الدليل عليه لذلك ألقى عبء الإثبات منها على عاتق المضرور »[1] .

أما إذا لم يكن هناك عمد أو خطأ فلا مسئولية ولذلك قررت محكمة النقض أنه متى كانت محكمة الاستئناف قد أقامت قضاءها برفض دعوى التعويض المؤسسة على المسئولية التقصيرية على أن وقوع الحادث بالطائرة ـ الذى أودى بحياة طيارها ـ دون أن يعرف سببه لا يلزم منه اعتبار شركة الطيران مرتكبة لخطأ يقتضى الحكم عليها بالتعويض إذ يتعين على المضرور أن يثبت وقوع الخطأ المعين الذى نشأ عنه الحادث وارتبط معه برابطة السببية وأنه متى كان سبب احتراق الطائرة فى الجو غير معلوم ولا يمكن إسناده لعيب معين فى تركيب الطائرة فإن مسئوليتها عن التعويض تعتبر منتفية ـ فإن هذا التأسيس صالح لإقامة الحكم وكاف فى دفع مسئولية الشركة المذكورة[2] .

---

(١) انظر أيضاً الوسيط جزء أول ص ٧٧٥ حيث يقول الأستاذ السنهورى أيضاً أن أركان المسئولية التقصيرية ثلاثة الخطأ ، الضرر ، وعلاقة السببية . وقارن ص ٨٥٤ أن الضرر هو الركن الثانى فليس يكفى لتحقيق المسئولية أن يقع خطأ بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً والضرور هو الذى يثبت وقوع الضرر .

(٢) مجموعة المكتب الفنى ٩ ص ٤٤١ رقم ٥١

٢٦ — ويقع عبء إثبات الضرر على عاتق المؤمَّن له دون الشركة المؤمنة [١] وذلك لأن المؤمن له هو المضرور إذا أدعى استحقاق التأمين لدى الشركة .

وقد قررت محكمة النقض فى حكم لها أنه « متى كان الطاعن اتفق مع المطعون عليه على أن يحصل من ابنه على إجازة العقد الخاص بإشراكه فى إدارة عمل رسا على ابن الطاعن كما اتفقا على أنه إذا أخل الطاعن بهذا الإلتزام فيدفع للمطعون عليه مبلغا معينا بصفة تعويض . وكان مقتضى هذا الشرط الجزائى أن يكون على الطاعن الذى أخل بالتزامه ـ فحق عليه التعويض ـ عبء إثبات أن ابنه قد خسر فى الصفقة وأنه بذلك لا يكون قد أصاب المطعون عليه ضرراً نتيجة عدم إشراكه فى العمل المذكور ، وكان يبين من الأوراق أن الطاعن قد قصر دفاعه على مجرد القول بأن ابنه خسر فى الصفقة دون تقديم ما يؤيد ذلك .

فيكون ماجاء فى الحكم بناء على الأسباب التى أوردها ، من عدم التعويل على دفاع الطاعن بأنه لم يلحق المطعون عليه ضرر ما الرد الكافى على ما ينعى به الطاعن من أن الحكم لم يتحدث عن الضرر [٢] . وظاهر من هذا الحكم أن الإثبات ليس واقعاً على انتفاء الضرر وإنما هو واقع على إثبات خسارة الإبن فى الصفقة وكان عدم حصول الضرر نتيجة لذلك .

٢٧ — عبء الإثبات عند الطعن فى قرار لجنة التقدير يقع على عاتق الخصم الذى تخالف طلباته قرار اللجنة وتسرى هذه القاعدة على الطعن فى مرحلتيه الابتدائية والاستئنافية [٣] لأن قرار اللجنة يعتبر بمثابة أمر ثابت حتى تلغيه المحكمة فيقع

---

(١) مجموعة ال ٢٥ علما إثبات ٣٦

(٢) مجموعة المكتب الى ٤ ص ٥٤ رقم ١٠

(٣) مجموعة ال ٢٥ علما إثبات ٣٨

على الطاعن عبء إثبات عدم صحته . والدعوى بتصرف هيئة أو فرد من المنتفعين بالإعفاءات الجركية إلى غير من يشمله هذا الإعفاء بدون دفع الرسوم الجركية المقررة عليها والواجب تحصيلها عند حصول هذا التصرف هى دعوى يقع على مدعيها عبء إثباتها [١] .

٢٨ — والأصل فى الشيك والظاهر منه أنه يعتبر أداة وفاء ، على من يدعى خلاف هذا الأصل الظاهر إقامة الدليل على ما يدعيه ، وقالت محكمة النقض أن إقرار المستفيد من الشيك بأنه لم يستلم الشيك ليكون مديناً بقيمته وإنما لينفق على أعمال والده الساحب إقرار موصوف أو مركب لا تجوز تجزئته لتوافر الارتباط بين الواقعة الأصلية وهى قبض الشيك والواقعة المصاحبة لها وهى القصد من القبض [٢] .

٢٩ — والأصل فى إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها ولا يكفى مجرد طعن الورثة فى هذه الأوراق لإهدار حجيتها بل يجب إقامة الدليل على عدم صحتها .

٣٠ — وتعتبر الأرض التى ينكشف عنها البحر أصلا ملكا للدولة ولا يجوز التعدى عليها إلا إذا كان ذلك لإعادة حدود الملك الذى طغى عليه البحر وذلك طبقاً لنص المادة ٩١٩ مدنى ويقع عبء الإثبات على عاتق صاحب هذا الملك [٣] .

٣١ — والادعاء بقيام العرف الاتفاقى على سماح رب العمل لعماله فى أداء أعمال أخرى لدى الغير فى غير أوقات العمل لديه يقع على عاتق من يدعيه وعليه إثبات قيام ذلك العرف وانصراف قصد الطرفين معاً إلى الالتزام به [٤] .

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ٣٩ .
(٢) مجموعة المكتب الى ١٤ رقم ١٢٢ ص ٨٦٠
(٣) مجموعة المكتب الفنى ١١ ص ١٤٨ رقم ٢٢
(٤) مجموعة المكتب الفنى ١٣ ص ٦٥٢ رقم ٩٩

٣٢ — ومما يصح اعتباره أصلا أيضاً أن الحكومة المسئولة عن مصالح الشعب وخصوصاً فى الأمم الدستورية التى تختار حكومتها بنفسها مفروض فيها أنها لاتستعمل حقها فى فصل موظفيها دون محاكمة إلا فى سبيل مصلحة الشعب أى فى سبيل المصلحة العامة ، فإذا ادعى موظف فصل من وظيفته أن فصله لم يكن فى سبيل المصلحة العامة بل كان لسبب آخر سياسى أو حزبى أو شخصى مثلا وقع عليه عبء الإثبات وقد سارت محكمة النقض على ذلك[١].

٣٣ — ويصح أن تعتبر مسئولية أمين النقل أصلا فإذا ادعى عدم مسئوليته عن عدم تسليمه ما تعهد بنقله وقع على عاتقه عبء الإثبات . وقد قررت محكمة النقض أن مسئولية أمين النقل هى مسئولية تعاقدية ناتجة عن إخلاله بواجبه فى تنفيذ عقد النقل ويكفى لإثبات إخلاله بتعهده ثبوت عدم تسليم البضاعة للمرسل إليه . وليس على المرسل إثبات إهمال أو خطأ من جانب الأمين وإنما يكون على الأمين إذا أراد دفع المسئولية عن نفسه أن يثبت أحد الأسباب التى تعفيه من المسئولية والمنصوص عليها قانوناً ، فإن عجز عن هـذا الإثبات وجب اعتباره مسئولا[٢].

٣٣ مكرر — كما يصح أن يعتبر أصلا أن الشركة لاتلحقها خسارة إلا إذا أثبت ذلك مدعيها ولا يعفيه من إثبات الخسارة إنكار المدعى عليه للشركة ثم ثبوتها مع العجز عن إثبات الخسارة لأن إنكار قيام الشركة فى ذاته لا يصح اعتباره وحده كافياً على حصول الخسارة[٣].

---

(١) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الثالثة ص ٦٢٠ رقم ١٠٧ . وانظر أيضا الفقرة رقم ٧٤٣ وهامشها ويصح اعتبار ذلك من القرائن القانونية غير القاطعة كما جاء فى هذه الفقرة .

(٢) انظر مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الخامسة ص ٤٠٢ رقم ٣/٥٩ .

(٣) مجموعة القواعد القانونية ٢ ص ٤٥١ رقم ١٥٣ / ٢ حيث قررت محكمة النقض أنه إذا ادعى شخص أن آخر شاركه فى استئجار أطيان وأن الإجارة انتهت بخسارة فانكر =

٣٣ مكرر ١ — والقوة القاهرة يقع عبء إثباتها على عاتق المتعهد لأن الأصل هو القيام بالتعهد أو إمكان القيام به ، وقد قررت محكمة النقض أن مسئولية أمين النقل مسئولية تعاقدية فإذا لم يقم بتسليم البضاعة إلى المرسل إليه كان مسئولا عن نتيجة إخلاله بالتزامه ولا يدرأ عنه هذه المسئولية إلا أن يثبت أن عدم تسليمه البضاعة أو ضياعها يرجع إلى سبب قهرى لايد له فيه وإنما ذلك مشروط بأن ترفع على أمين النقل دعوى المسئولية فى غضون المدة التى حددها قانون التجارة فى المادة ١٠٤[1] على أنه ليس هناك مايمنع قانوناً من اشتراط تحميل المتعهد مسئولية العجز عن الوفاء الناشىء عن قوة قاهرة إذ لا مخالفة في ذلك للنظام العام ، فإن المتعهد فى هذه الحالة يكون كشركة التأمين التى تقبل المسئولية عن حوادث القوة القاهرة. ولا جدال فى مساءلة الشركة فى هذه الحالة، وإذن فإذا كان العقد المبرم بين طرفى الدعوى ينص على مسئولية متعهد النقل عن هلاك البضاعة التى تعهد بنقلها مهما كانت الأسباب أو الأخطار قهرية أو غير قهرية فإنه يكون من المتعين على المحكمة أن تعمل بهذا الاتفاق وتحكم بموجبه إذ هو يكون القانون المختار فإذا هى لم تفعل وأعفت المتعهد من المسئولية بدعوى أن الهلاك كان بقوة قاهرة كان حكمها مخالفا للقانون[2] .

ويقع عبء إثبات التزام الناقل ببذل الهمة الكافية لجعل السفينة صالحة

= المدعى عليه الاشتراك معه ولم يجب عن الخسارة بشىء فأحالت المحكمة القضية للتحقيق لإثبات قيام الاشتراك وحصول الخسارة ثم مع ثبوت الاشتراك رفضت الدعوى لعجز المدعى عن إثبات الخسارة فهذا الحكم لا يجوز الطعن فيه بدعوى مخالفة المحكمة فيه لقواعد الإثبات إذ اعتبرت المدعى مع تسليمه بالخسارة مكلفا بإثباتها وذلك لأن إنكار الخصم قيام الشركة المدعاة ينطوى على عدم تسليمه بالخسارة .

(١) مجموعة المكتب الفنى ٧ ص ٦٤٢ رقم ١/٨٨ .

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما نقل ٤ .

للملاحة قبل السفر وعند البدء فيه على عاتق الناقل لدرء المسئولية عن الهلاك أو التلف ، ولا يكفى إثبات سلامة تستيف الشحنة[1] .

والتحفظ الذى يبديه الناقل فى سند الشحن تدليلا على جهله بصحة البيانات المدونة عنها بسند الشحن لا يعتد به إلا إذا وجدت لدى الناقل أسباب جدية للشك فى صحة بيانات الشاحن إذ لم تكن لديه الوسائل الكافية للتحقق من صحتها — عبء إثبات مبررات التحفظ تقع على عاتق الناقل[2] .

ومما يصح اعتباره أصلا أن الشخص يعتبر غير معسر فمن أراد إثبات إعساره يقع عليه عبء الإثبات مهما كان مركزه فى الدعوى سواء كان مدعياً أو مدعى عليه[3] .

والمفاوضة ليست إلا عملا مادياً ليس له أثر قانونى ولكل متفاوض قطع المفاوضة فى أى وقت دون مسئولية مالم يقترن بعدوله خطأ تتحقق به المسئولية التقصيرية وينتج عنه ضرر للطرف الآخر فيقع عليه عبء الإثبات[4] — عبء إثبات حصول الإثراء بلا سبب ومقداره يقع على عاتق الدائن المفتقر[5] .

وقيل إن رد المنقولات المؤجرة إلى المؤجر واقعة مادية مستقلة عن عقد الإيجار ويجوز إثباتها بالبينة . هذا ماقررته محكمة النقض[6] . وهو قضاء محل نظر لأن المفهوم منه أنه إذا استأجر شخص منقولات من آخر بمقتضى عقد إيجار ثم ردها فله أن يثبت هذا الرد بالبينة مهما بلغت قيمة هذه المنقولات ، ولكن الواقع

---

(١) السنة ١٥ ص ١٥٤ .

(٢) مجموعة المكتب الفنى ١٨ رقم ٢٨ ص ١٧٦ .

(٣) مجموعة الربع قرن ص ٢٩ القاعدتان ٢٤ ، ٢٥ .

(٤) مجموعة المكتب الفنى ١٨ — ٥٢ — ٣٣٤ .

(٥) » » » ١٨ — ١١٢ — ٧٢٥ .

(٦) نقض مجموعة المكتب الفنى ١٨ — ٦٤ — ٤٣٢ .

أن الرد تصرف قانونى منفصل عن عقد الإيجار ويخضع للقواعد العامة فى الإثبات وليس واقعة مادية كما توهم عبارة الحكم .

وحسن النية يفترض فى حامل الورقة التى يتلقاها بمقتضى التظهير الناقل للملكية أو التظهير التأمينى . ويقع على المدين إذا ادعى سوء نية هذا الحامل عبء إثبات ذلك[1] .

ولا يصح أن تقام المسئولية التقصيرية على خطأ لم يدعه المدعى متى كان أساسها خطأ مما يجب إثباته إذ أن عبء إثبات الخطأ يقع فى هذه الحالة على عاتق المدعى المضرور فلا يصح للمحكمة أن تتطوع بإثبات مالم يثبته ، ومن باب أولى مالم يدعه من الخطأ كما لايجوز لها أن تنتحل ضرراً لم يقل به لأنه هو الملزم أيضاً بإثبات الضرر[2] .

ويلتزم الكفيل بتقديم الدليل على القدر الذى قبضه الدائن من المدين حتى يمكن خصمه فيه ولا على المحكمة إن هى لم تلزم الدائن بتقديم هذا الدليل[3] .

وقررت محكمة النقض أنه مادام عقد الطاعن يفضل عقد المطعون ضده بالأسبقية فى التسجيل فإن الملكية قد انتقلت — فى الظاهر إلى الطاعن — بالعقد ، فإذا ادعى المطعون ضده أنه كسب هذه الملكيه بالتقادم فهذه من قبله دعوى مخالفة للظاهر من الأمر ، فعليه عبء إثباتها . ومن ثم يكون خطأ تأسيس القضاء

---

(١) المرجع السابق ١٨ — ١٩٤ — ١٢٧٩ .

(٢) « ١٨ — ٢٠٠ — ١٣١٦ وقررت محكمة النقض أيضا ليس للمدين فى حوالة مدنية أعلن بها أن يقيم الدليل فى وجه المحال له على صورية السبب الظاهر فى ورقة الدين متى كان المحال له يجهل المعاملة السابقة — التى أخفى سببها عليه — ويعتقد بصحة السبب المذكور فى تلك الورقة . وعبء إثبات علم المحال له بصورية السبب الظاهر فى الورقة يقع على عاتق المدين . وحسن النية مفترض وعلى من يدعى العكس إثبات ما يدعيه — المرجع المذكور ١٨ — ٢٠١ — ١٣٢٤ .

(٣) المرجع السابق ١٨ — ٢٦٠ — ١٧٢٠ .

برفض دعوى الطاعن على مجرد إخفاقه فى إثبات ماهو غير مكلف قانوناً[1] .

والأصل فى الأملاك العامة أنها تبقى كذلك حتى يثبت أنه قد بطل تخصيصها للمنفعة العامة وأنها أصبحت من أملاك الحكومة الخاصة فلا يصح تملكها بمضى المدة الطويلة المكسبة للملكية إلا إذا ثبت ذلك من يدعى أنه قد تملكها بوضع اليد عليها بعد ذلك المدة المكسبة للملكية وذلك مهما طالت مدة وضع يده ولم تعترض الحكومة عليه ولم تنازعه ، إذ أن هذا وحده ليس من شأنه أزالة الصفة العامة وجعل الأرض من الأملاك الخاصة . وقد قررت محكمة النقض أنه لجواز تملك الأموال العامة بالتقادم يجب أن يثبت أولا انتهاء تخصيصها للمنفعة العامة إذ من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل فى عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها ، ثم يثبت وضع اليد عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية . فإذا اعتبر الحكم المطعون فيه مجرد وضع يد المطعون ضدهم مدة تزيد على خمسة عشر عاماً بغير اعتراض أومنازعة من الحكومة (الطاعنة) هوالسبب الذى أزال عن أرض النزاع تخصيصها للمنفعة العامة ورتب على ذلك اكتسابهم ملكيتها فإنه يكون مخطئاً فى القانون . بل جاء فى الأسباب أن الحكم المطعون فيه أقام قضاءه على أنه ثبت من شهادة الشهود أمام محكمة أول درجة أن وضع اليد على هذه العين كان بصفة هادئة ومستمرة وبنيه التملك باقامة المبانى عليها وغرس النخيل يرجع لمدة تزيد على خمسة عشر عاما دون أن تنازعهم الحكومة فى ذلك ولم تحرك ساكناً بل تركت العين موضوع النزاع طوال هذه المدة دون أن تستغلها للمنفعة العامة الأمر الذى ينقلها من أملاكها العامة إلى أملاكها الخاصة . وهذ الذى قرره الحكم المطعون فيه خطأ فى القانون وذلك أن وضع اليد على الأموال العامة مهما طالت مدته لا يكسب الملكية إلا إذا وقع بعد انتهاء تخصيصها

(١) المرجع السابق ١٦ ص ٩٢٩ رقم ١٤٧ .

للمنفعة العامة إذ من تاريخ هذا الانتهاء فقط تدخل فى عداد الأملاك الخاصة فتأخذ حكمها ثم يثبت وضع اليد عليها بعد ذلك المدة الطويلة المكسبة للملكية بشرائطها القانونية . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد اعتبر مجرد وضع يد المطعون ضدهم هو السبب الذى أزال عن هذه الأرض تخصيصها للمنفعة العامة ورتب على ذلك اكتساب المطعون ضدهم ملكيتها فإنه يكون مخطئاً فى القانون[1] .

٣٤ — وقد يستفاد الأصل من نص فى القانون . فقد قررت محكمة النقض أن المادة الثانية من اللائحة الجمركية تنص على أنه يجوز فيما وراء حدود دائرة المراقبة الجمركية نقل البائع بحرية وذلك فيما عدا الاستثناءات الواردة بها . ومن مقتضى هذا النص أن يكون الأصل فى البضائع الموجودة فيما وراء حدود هذه الدائرة أن تعتبر خالصة الرسوم الجمركية وأن يكون مدعى خلاف هذا الأصل هو المكلف قانوناً باثباته[2] .

ويصح أن يقال من جهة أخرى أن وجود البضائع داخل الحدود الجمركية قرينة قانونية على عدم دفع الرسوم عليها إلا إذا أثبت ذو الشأن أنها دفعت . وقد قررت محكمة النقض أن البضائع المهربة ضبطت داخل المراقبة الجمركية وأدعى حائزها أنها وصلت إليه نتيجة مبادلة تمت خارج الدائرة الجمركية مع بعض السياح ولم يقدم الدليل على ما ادعاه وانتهى الحكم بأدلة سائغة إلى أنه حصل على هذه البضاعة من مصدر واحد وهو يعلم بتهريبها فإن الحكم لا يكون قد أخطأ فى القانون[3] .

---

(١) مجموعة المكتب الفنى ١٧ ص ٩٠٨ رقم ١٢٤ وأشار هذا الحكم إلى ١٦ ص ٧٤٨ .

(٢) أنظر مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة الثانية ص ٣٦٦ رقم ٦٩ .
ومجموعة ال ٢٥ عاما جارك ١٥ وانظر أيضاً رقم ١٤

(٣) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض سنة ٥٦ ص ٩٣٤ رقم ١٢٤ وقد جاء فى الأسباب =

٣٥ — ويعتبر أصلا أيضاً بحكم القانون أن العقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك وكذلك حقوق الارتفاق يشملها الرهن والبيع فعلى عاتق من يدعى العكس يقع عبء الإثبات فقد نصت المادة ١٠٣٦ من القانون المدنى على أن « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التى تعتبر عقاراً وأن يشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والإنشاءات التى تعود بمنفعة على المالك مالم يتفق على غير ذلك » . وبهذا المعنى كانت المادة ٦٨٨ من القانون المدنى المختلط السابق والمادة ٥٦٤ من القانون المدنى الأهلى السابق خصوصاً النص الفرنسى . وقد قررت محكمة النقض أن العقارات بالتخصيص وفقاً لنص المادة ٦٨٨ من القانون المدنى المختلط تعتبر داخلة ضمن الملحقات المشار إليها فى المادة المذكورة وتباع مع العقار المرهون مالم يتفق صراحة على خلاف ذلك ، ويقع عبء إثبات هذا الاتفاق على من يدعيه . وإذن فمتى كان الطاعن بوصفه « مدعياً » هو المكلف بإثبات أن المنقولات موضوع النزاع لا يشملها عقد الرهن الصادر منه فإنه كان لزاما عليه هو أن يقدم هذا العقد إلى محكمة الموضوع فى سبيل إثبات دعواه وإذا هو لم يفعل فلا يقبل منه النعى عليها بالخطأ فى تطبيق المادة المشار إليها . ومما يجدر ذكره هنا أن المنقولات المشار إليها فى هذا الحكم هى منقولات فندق وقيل فى الوقائع إنه حسب المرتهن أو البائع أن يكون قد بين العقار المرهون أو المحجوز بذكر

= أن مؤدى المادة الثانية إن كل مايوجد من البضائع داخل المراقبة الجمركية يكون مستحقا لأداء الرسم الجمركى عليه فإذا ما ادعى صاحب البضاعة أن الرسم الجمركى قد سدد فعلا كان هو المكلف بإقامة الدليل على ما يدعيه بعكس ما إذا كان الضبط قد وقع خارج دائرة المراقبة فإن مصلحة الجمارك تكون هى المكلفة بإثبات ما تدعيه المراقبة الجمركية ، وادعى أنها وصلت إليه نتيجة مبادلة تمت خارج الدائرة الجمركية مع بعض السياح مما يوحى بأنها خرجت باعتبارها أمتعة شخصية للسياح فهى معفاة من الرسوم، ولما أن هؤلاء السياح قد دفعوا عليها الرسوم المطلوبة عند إخراجها ولم يقم الدليل على ما ادعاه وانتهى الحكم بأدلة سائغة إلى أنه حصل على هذه البضائع من مصدر واحد وهو يعلم بتهريبها ..

موقعه ومقدار مساحته وحدوده وأوصافه مع التنويه بأنه فندق ولا داعى إطلاقا لذكر تفصيلات المنقولات الملحقة بالعقار لأنها تدخل حتما ضمن الرهن العقارى وضمن الحجز العقارى وفقاً لنص المادة ٦٨٨ من القانون المدنى المختلط[1].

٣٦ — ونصت المادة ١٠٤ من قانون التجارة على أن « كل دعوى على الوكيل بالعمولة وعلى أمين النقل بسبب التأخير فى نقل البضائع أو بسبب ضياعها أو تلفها تسقط بمضى ١٨٠ يوماً . . . وذلك مع عدم صرف النظر عما يوجد من الغش والخيانة » . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا رفعت دعوى المسئولية على أمين النقل بعد المدة المحددة فى المادة ١٠٤ من قانون التجارة وتمسك أمين النقل بالتقادم القصير الذى تقرره هذه المادة فعلى المرسل إذا أراد أن يتفادى الحكم بسقوط حقه بهذا التقادم أن يقيم هو الدليل على أن ضياع البضاعة كان مرجعه غشاً أو خيانة وقعت من جانب أمين النقل أو عماله إذ أن مسئولية أمين النقل فى هذه الحالة ليست مسئولية تعاقدية بل هى مسئولية خطئية قوامها الخطأ المدعى به عليه[2] .

٣٦ مكرر — ونصت المادة ١٠٩ من القانون المدنى على أن « كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » يستفاد من ذلك كما سنرى تفصيلا فى الجزء الثانى فى الفقرة ٧٦٨ مكرر أن الأصل هو أن كل شخص أهل للتعاقد إلا إذا أثبت ذوى شأن عدم أهليته بسبب سفه أوعته أو جنون أو حكم بعقوبة جنائية أو إنه لم يبلغ سن الرشد بعد ، أى أن عبء إثبات عدم الأهلية يقع على عاتق مدعيها . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية أن الأصل فى

(١) مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة الخامسة ص ٤٢ رقم ٢/٦٢ .
(٢) مجموعة أحكام النقض المكتب الفنى ٧ رقم ٢/٨٨ ص ٦٤٣ .

الشخص توافر الأهلية ، أما عدم الأهلية فيجب أن يقرر بمقتضى نص فى القانون [١] .

ونصت المادة ٩١٦ على أن « كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى مابعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أيًا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف » . وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت الخ » . يؤخذ من هذا النص أن الأصل فى تصرفات الشخص الذى له أهلية التصرف أن تكون نافذة إلا إذا أثبت الورثة أنه تصرف وهو فى مرض الموت . وما دام قد ثبت أنه تصرف فى مرض الموت لايكلف الورثة بأن يثبتوا أيضاً أن المرض قد أثر على نفسيته أو مس بإدراكه تأثيراً أو مساساً ظاهراً ، وذلك لأن من شأن أمراض الموت أن تحدث عند أصحابها شعوراً أو قلقاً أو خوفاً من دنو الأجل قد لا يكون له أى مظهر خارجى وكثيرون يبقى إدراكهم سليما حتى قرب النهاية ، وقد قررت محكمة النقض أنه لايشترط لاعتبار المرض مرض موت أن يكون المرض قد أثر تأثيراً ظاهراً فى حالة المريض النفسية أو وصل المساس بادراكه [٢] . وإذا تصرف شخص ثم أجريت له عملية جراحية لاتعد من العمليات الخطيرة التى قد تنشأ عنها الوفاة وتوفى بسبب التهاب رئوى أصابه فى المستشفى لايعتبر أنه تصرف وهو فى مرض الموت إلا إذ كان الالتهاب من مضاعفات المرض . وقد قررت محكمة النقض أن ثبوت وفاة المريض على فراش مرضه فى المستشفى بالتهاب رئوى بعد العملية الجراحية التى أجريت له لا ينفى حتما أنه كان مريضاً مرض موت قبل دخوله المستشفى إذ قد يكون

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ١١٠ .

(٢) مجموعة المكتب الفنى ٧ رقم ٢/٩٤ ص ٦٨٧ .

هذا السبب الأخير من مضاعفات المرض، ولا يسوغ رفض الاستجابة إلى طلب الاحالة إلى التحقيق لإثبات أنه كان مريضاً بالسرطان قبل دخوله المستشفى بثلاثة شهور[1] .

ونصت المادة ٩١٧ مدنى على أنه « إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافاً إلى مابعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية مالم يقم دليل يخالف ذلك » . ويتم إثبات واقعتى الحيازة والانتفاع مدى الحياة بالعين المتصرف فيها وهما مناط القرينة القانونية الواردة بالمادة المذكورة على عاتق الوارث الطاعن[2] .

٣٦ مكرر ١ — ونصت المادة ٩١٨ على أن « الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين » . مما يفيد أنه يلزم أن تكون هذه الأرض قد استقرت بحيث لاتغمرها مياه النهر فى فيضانه حتى أعلى مستويات الفيضان العادى وإلا كانت من مستلزمات النهر ولا يصح أقامة أى منشأة عليها ويقع عبء إثبات ذلك على من يدعى ملكيتها[3] .

وتنص الفقرة الأولى من المادة ٦٩٨ مدنى على أن « تسقط بالتقادم الدعاوى الناشئة عن عقد العمل بانقضاء سنة تبدأ من وقت انتهاء العقد إلا فيما يتعلق بالعمالة والمشاركة فى الأرباح والنسب المئوية فى جملة الإيراد ، فإن المدة فيها لاتبدأ إلا

---

(١) مجموعة المكتب الفنى رقم ٣/٩٥ .

(٢) مجموعة المكتب السنة ١٥ ص ٥٢٥ ـ ٥٢٦ ، ٥٧٩ رقم ٨٤ حيث قال هذا الحكم أن الوارث لا يعتبر فى حكم الغير فيجوز له إثبات أن حقيقة العقد وصية أو أنه حصل فى مرض الموت ، أما إذا طعن الوارث بأن العقد صورى فلا يعتبر أنه فى حكم الغير ولا يجوز له إثبات طعنه إلا بما كان يجوز لمورثه من طرق الإثبات .

(٣) مجموعة المكتب الفنى ١١ ص ١٤٨ رقم ٢٢ .

من الوقت الذى يسلم فيه رب العمل إلى العامل بياناً بمايستحقه بحسب آخر جرد» أى أن تقادم الدعاوى المتعلقة بالعمالة والمشاركة فى الأرباح . . الخ لا يبدأ إلا من الوقت الذى يسلم فيه رب العمل إلى العامل البيان المذكور ، وهذا من شأنه أن يلقى على رب العمل عبء الالتزام بتقديمه إلى العامل مصحوباً برقم الأعمال التى يستحق عليها العمولة والمعلومات الضرورية للتحقق من صحته .

وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كان الثابت فى الدعوى أن الشركة (الطاعنة) لم تلتزم هذا النص الآمر ولم تسلم إلى العامل (المطعون عليه) هذا البيان والتزمت موقف الإنكار واكتفت بأن طلبت ندب خبير حسابى للاطلاع على دفاترها وتقدير كمية الأقطان التى قام المطعون عليه بتوريدها ورفض الحكم المطعون فيه هذا الطلب ولم ير محلا لإجابته بعد أن قدمت الطاعنة كشفا موقعا عليه من المطعون عليه عن مصروفات ترحيل أكياس القطن الموردة ورتبت على ذلك أن تقدير الحكم المستأنف لها هو تقدير معقول ومتفق مع الحقيقة والواقع ولا سبيل إلى التشكيك فيه فإنه بهذه التقديرات الموضوعية السائغة لا يكون قد خالف قواعد الإثبات أو أغفل الرد على دفاع الطاعنة وانطوى على قصور فى هذا الخصوص[1] .

٣٧ — وحيازتك لمنزل قرينة ظاهرها أنك مالكه . فإذا ما نازعك أحد فيه وجب عليه الإثبات . لأننا إذا كلفناك بالإثبات ، كان معنى ذلك السماح لكل مشاكس بادعاء الملكية قبل كل حائز ، فلا تستقيم الأمور ، ولا يهدأ للناس بال على حرية التمتع بحقوقهم . أما إذا كلفنا المنازع بإثبات ما يخالف الظاهر من الحيازة لا يقدم على النزاع إلا من كان له صفة كالمالك الحقيقى يستطيع بها

---

(١) انظر حكم النقض فى السنة ١٧ رقم ٢١ ص ١٥١ .

أن يثبت أن يد الحائز يد غاصبة[1] .

انظر أيضاً حكم النقض السابق الإشارة إليه عن المادة ٩١٧ مدنى فى مجموعة المكتب الفنى ١٤ ص ٥٧٩ رقم ٨٤ الذى قرر أن عبء إثبات واقعتى الحيازة والانتفاع مدى الحياة بالعين المتصرف فيها وهى مناط القرينة القانونية الواردة بالمادة ٩١٧ يقع على عاتق الوارث الطاعن لإثبات أن العقد وصية إذا كان المتصرف لأحد الورثة قد احتفظ بأى طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته .

وإذا كان التوكيل مطلقاً غير مقيد بمدة معينة ولا بعمل معين فالظاهر استمراره ، ومن أدعى خلاف الظاهر عليه الإثبات[2] .

على أن الظاهر قد يكون فى جانب غير الحائز أو غير واضع اليد فى أحوال أخرى كما إذا تنازع شخصان على ملكية قطعة أرض فتمسك أحدهما بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية وتمسك الآخر بمستندات قال أنها تملكه الأرض وظهر أن مستنداته تشملها ، فيصبح الظاهر معه حتى يثبت واضع اليد أنه وضع

---

(١) نقض مجموعة القواعد القانونية ٢ ص ٣٢١ رقم ٦٥ و ٣ ص ٥٦٠ رقم ٣/٩٦ و ٤ ص ٧٢٣ رقم ٢٩٦ وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أن القاعدة التى تقضى على الدائن الذى أخذ اختصاصاً على عقار لمدينه بأن يثبت ملكية مدينه لهذا العقار — هذه القاعدة ليست مطردة ولا يمكن تجاهل حيازة المستحق أو حيازة المدين للعقار لأن هذا أمر أساسى لبيان من يقع عليه عبء الإثبات لأن الحيازة قرينة على الملكية — مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥٦ ص ١٠٨ والمحاماة ١٧ ص ٤٨٤ رقم ٤٣١ وبعبارة أخرى يريد الحكم أن يقول إن الحيازة قرينة ظاهرها أن الحائز مالك ومن ادعى خلاف الظاهر عليه الإثبات . وهكذا فى كل أمر عندما يراد إثبات خلاف الظاهر . وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أنه إذا كان هناك سند تحت الإذن لم يقم نزاع على وجوده وسحب من قلم الكتاب بمعرفة أحد محرريه فعلى هؤلاء عبء إثبات براءتهم منه — المحاماة ٢٠ ص ٧٠٠ رقم ٢٥٣ — ذلك لأن الظاهر من عملية سحب السند حرمان صاحبه منه .

(٢) المجموعة الرسمية ٤١ رقم ٢١٣ محكمة الاستئناف الأهلية .

يده المدة الطويلة المكسبة للملكية ولو كان واضعاً يده بالفعل .. وقد قررت محكمة النقض أن على من يدعى خلاف الظاهر عبء إثبات ادعائه ، وإذاً فمتى كان المدعى قد طلب الحكم بصحته ونفاذ عقده وتسليمه العين مشتراه وكان دفاع المدعى عليه أن هذه العين اشتراها مورثه بعقد مسجل وأنه واضع يده عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية وكان الخبير المنتدب فى الدعوى قد انتهى فى تقريره إلى أن العين تدخل فى مستندات تمليك البائعين للمدعى ولا تدخل فى مستندات تمليك المدعى عليه وكان الظاهر فى هذه الحالة مؤيداً دعوى المدعى ونافياً لدفاع المدعى عليه ، فإن الحكم إذ كلف المدعى عليه إثبات وضع يده على العين موضوع النزاع المدة الطويلة المكتسبة للملكية لا يكون قد خالف القانون[1] وقد قررت محكمة النقض فى عهد القانون المدنى السابق أنه متى كان الظاهر من عقد أنه عقد بيع وفاء (مع ملاحظة أن القانون المدنى الجديد قد ألغى هذا البيع)[2] ولم تتوافر فيه القرائن القانونية التى تجعله مقصودا به إخفاء رهن فإنه يكون على البائع إذا ادعى خلاف هذا الظاهر أن يثبت ما يدعيه[3] وكانت المادة ٣٣٩/٤٢٢ و٤٢٣ من القانون المدنى السابق تنص على أن للبائع فى بيع الوفاء أن يثبت بجميع الطرق عكس ما فى العقد إذا لم تتوافر فيه القرائن القانونية المنوه بها فى المادة والتى تبطله إن توافرت . وقد نصت المادة ٩٦٤ من القانون المدنى القائم صراحة على أن « من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل عَلَى العكس » أى أن عبء الإثبات يقع على من ينازع الحائز فى الحق . ونصت المادة ٩٦٣ على أنه

---

(١) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الخامسة صفحة ٨١٩ رقم ١٢٢ وانظر الفقرة رقم ٤٦ (من هذه الرسالة) حيث نرى أن الظاهر كان فى الواقع مع المدعى عليه واضع يده وكان على المدعى عبء الاثبات فما أثبت بواسطة الخبير أن العين تدخل فى مستنداته انتقل عبء الإثبات على المدعى عليه إذ أصبح الظاهر مع المدعى .

(٢) وقال فى المادة ٤٦٥ : إذا احتفظ لبائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا .

(٣) حكم أول فبراير سنه ١٩٤٥ فى الطعن رقم ١٢٨ سنة ١٤ القضائية .

« إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة » ونصت المادة ٩٧٦/٣ فى الكلام على تملك المنقول على أن « والحيازة فى ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » وبهذا المعنى المادة ٦٠٨ من القانون المدنى السابق . وقد قررت محكمة النقض أن ثبوت حيازة المال المودع وفقاً للمادة ٦٠٨ من القانون المدنى القديم يستفاد منه وجود السبب الصحيح وحسن النية إلا إذا ثبت ما يخالف ذلك . وإذن فمتى كانت للمطعون عليها الأولى قد تمسكت بقرينة الحيازة الدالة على ملكية القاصرين للمال المودع فى حسابهما بأحد البنوك فإن عبء إثبات ما يخالف ذلك يقع على عاتق من يدعى العكس . ولا يغير من هذا الحكم ذكر للمودع باسمه المال أن سبب تملكه لهذا المال هو الهبة[1] .

إذاً يمكننا أن نقول إن المكلف بالإثبات هو من يدعى خلاف الثابت أصلا أو عرضاً أو خلاف الظاهر .

٣٨ — كذلك قد جعل الشارع من بعض الأمور قرينة قانونية على اكتساب بعض الحقوق . وهذه القرينة نوعان — قاطعة (أى لا يصح إثبات ما يخالفها كقوة الشىء المحكوم فيه ، إذ أن الحكم يعتبر قرينة قاطعة على صحة ما قضى به . فوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية يعتبر فى ذاته قرينة قاطعة على ثبوت الملكية لا يحتاج لأى مستند ما دام قد استوفى شروطه ، وهذا النوع من القرينة لا شأن لنا به هنا كما لا يخفى ما دام لا يمكن إثبات عكسه) ، والنوع الآخر هو القرينة غير القاطعة وهى ما يصح إثبات ما ينقضها كالقرينة المنصوص عليها فى المادة ١٣٧ مدنى التى تنص على أن « كل التزام لم يذكر له سبب فى

---

(١) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الخامسة ١٨٤ رقم ١٠٠٢٦

العقد يفترض أن له سبباً مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك » . وشراء أسهم أو إيداع مبلغ فى بنك أو صندوق توفير باسم شخص آخر يصح أن يعتبر أن له سبباً مشروعا أو قرينة قضائية غير قاطعة على ملكية الشخص الآخر للأسهم أو المبلغ ما لم يقم الدليل على أنه وصية أو هبة مستترة أو غير ذلك[1] ونصت المادة ٩٧١ من القانون المدنى القائم وهى أنه إذا ثبت قيام الحيازة فى وقت سابق معين وكانت قائمة حالا فإن ذلك يكون قرينة على قيامها فى المدة ما بين الزمنين ما لم يقم دليل على العكس .وكانت المادة ٧٨/١٠٤ من القانون السابق بهذا المعنى . والأوصاف المبينة فى سند الشحن قرينة قانونية غير قاطعة تضمنتها معاهدة لاهاى سنة ١٩٢١ بجعلها حجة على الطرفين فإذا ادعى المرسل إليه عدم تحقق هذه الأوصاف يقع عليه عبء الإثبات[2] .

وقد ينشأ عبء الإثبات عن قرينة قضائية ، فقد قررت محكمة النقض بأنه إذا لم يوجه المرسل إليه إلى الناقل البحرى أو وكيله بميناء الشحن احتجاجاً بشأن عجز أو تلف البضاعة واستلمها فإن هذا يعد قرينة على سلامة البضاعة ومجرد تقديم صورة مطبوعة من خطاب يتضمن احتجاجاً لا يكفى بل يجب على المرسل إليه إثبات إرسال هذا الخطاب للناقل[3] .

إذاً الإثبات واجب قانوناً أيضاً على من ادعى خلاف قرينة قانونية غير قاطعة[4]

---

(١) مجموعة المكتب الفنى ٧ ص ١٢٠ رقم ١٥ .

(٢) مجموعة المكتب الفنى ١٨ رقم ١٣ ص ٧٨ .

(٣) انظر حكم النقض فى المرجع السابق .

(٤) وجاء فى مؤلف هازبرى على القانون الانجليزى السابق الإشارة إليه ص ٥٤٥ رقم ٦١٥ أنه عندما توجد قرينة قانونية قابلة لإثبات ما ينقضها — أى غير قاطعة — فى مصلحة طرف يقع عبء الاثبات على عاتق الطرف الآخر .

When there exists a rebutable presumption of law in favour of a party, the burden of rebutting it lies upon his opponent .

وسأتحدث عن القرائن بنوعيها فى الباب الخامس من هذا الكتاب .

٣٩ — ومما تقدم يمكن وضع القاعدة الآتية : المكلف بالإثبات هو من يدعى خلاف الثابت أصلا أو عرضاً أو خلاف الظاهر أو خلاف قرينة قانونية غير قاطعة ، أو خلاف قرينة قضائية .

إنما يجب أن يلاحظ أن القرينة القانونية تتفق غالباً مع الظاهر أو ما جرت به عادة الناس وطبيعة أحوالهم ، فالظاهر مثلا من قيام الحيازة فى وقت ما وفى وقت آخر بعده غير متصل به أن الحيازة كانت مستمرة .

والقاعدة الرومانية أن المدعى هو المكلف بالإثبات ، وأن المنكر لا يلزم بإثبات ، وأن المدعى عليه بدفعه لدعوى يصبح مدعيا[1] . ومعنى ذلك أنك إذا ادعيت على شخص دينا فأنت المكلف بالإثبات لأنك مدع ، وقبل أن تثبته ما على المدعى سوى الانكار ، وعند إثباته إذا ادعى البراءة وجب عليه إثباتها لأنه أصبح مدعياً بها .

٤٠ — والقاعدة الشرعية أن البينة على من ادعى . والمدعى (أى المكلف بالإثبات لا من رفع الدعوى) هو من يروم إثبات أمر خفى يريد به إزالة أمر جلى [2] وقيل إن المدعى من إذا ترك الخصومة لا يجبر عليها ، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب أجبر عليه . وقال صاحب تكملة ابن عابدين أن هذا أحسن التعاريف وأصحها [3] .

---

(١) Actori incumbit onus probandi Negantis naturali rotione nulla est propatio Reus in exceptione fit actor .

(٢) الدكتور عبد السلام ذهنى « الديانات جزء أول » ص ١٠٣ .

(٣) الشيخ على قراعة « كتاب الأصول القضائية فى المرافعات الشرعية » ص ٥ و ٦ .

والقاعدة الإنجليزية أن من يدعى حقا أو يدفعه أى يدعى التخلص منه عليه الإثبات [1] .

٤١ — أما القاعدة الفرنسية فكما جاء فى المادة ١٣١٥ من القانون المدنى الفرنسى (التى تقابل عندنا المادة ٢٨٩ من القانون المدنى القائم وهى « على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه » وبمعناها المادة ٢١٤/٢٧٨ من القانون المدنى السابق) هى : « من يطالب بتنفيذ تعهد وجب عليه إثباته، ومن يدعى التخالص وجب عليه إثبات الدفع الذى إنقضى به ذلك التعهد » وقد سبق أن تكلمت عن لفظة الدفع الواردة فى هذه المادة ، وزاد على ذلك الشراح بأنه يلزم بالإثبات من أراد إثبات أمر ضد الحالة الطبيعية والعادية للأشياء أو ضد مركز حازه شخص [2] أو من ادعى شيئا ضد الواقع أو حالة الأشياء التى هى عليها [3] .

هذا ويجب أن يلاحظ أن عجز المدعى عليه عن الإثبات لا يفيد المدعى متى كان هو المكلف بالإثبات أصلا ، فمثلا إذا ادعى شخص ملكية عقار فى حيازة آخر كان عليه إثبات ذلك ولا يصح له أن يستفيد من عجز المدعى عليه من إثبات ملكيته بالتقادم [4] .

٤٢ — وقد يرشدنا القانون دلالة فى أحوال خاصة إلى من يكلف بالاثبات.

---

(١) He who asserts n ust prove — كتاب هازبرى المذكور ص ٥٤٢ رقم ٦١٢ وقال إن هذه القاعدة مستمدة من القانون الرومانى .

(٢) Contraire à l'etat norn al et habituel des choses ou bien à une situation aequise .

(٣) Stato quo راجع بودرى المطول تعهدات رقم ٢٠٦٠ وراجع أيضاً أوبرى جزء ١٢ § ٧٤٩ ص ٨١ — ٨٣ هامش ١٣ و ١٩ ولاروميير على المادة ١٣١٥ رقم ١٦ Laroh bière ودمولومب جزء ٢٩ رقم ١٨٧ Dem clou be وأحكام النقض الفرنسية سيرى ٣٢ — ١ — ٤٧٠ و ٣٣ — ١ — ١٦١ و ٣٣ — ١ — ٥٧٩ Sirey .

(٤) انظر حكم النقض الصادر فى ١٤ من يونية سنة ١٩٤٥ فى الطعن رقم ٧٥ سنة ١٤ القضائية.

فمثلا نصت المادة الأولى من القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ الخاص بعدم جواز التنفيذ على الأملاك الزراعية فى حدود خمسة أفدنة ، على أنه لا يجوز التنفيذ على الأراضى الزراعية التى يملكها الزراع إذا لم يجاوز ما يملكه منها خمسة أفدنة فإذا زادت ملكيته على هذه المساحة وقت التنفيذ جاز اتخاذ الإجراءات على الزيادة وحدها . ونصت المادة الثالثة على أنه يقع باطلا كل تنازل عن التمسك بالحظر المنصوص عليه فى المادة الأولى . ومع ذلك يسقط حق المدين فى التمسك بالحظر المذكور بفوات ميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع طبقاً للمادة ٦٤٢ من قانون المرافعات . (وكانت المادة الأولى من القانون رقم ٤ لسنة ١٩١٣ الذى ألغاه القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ مع عدم الإخلال ببعض الحقوق كانت تنص على أنه لا يجوز توقيع الحجز على الأملاك الزراعية التى يملكها الزراع الذين ليس لهم من الأطيان إلا خمسة أفدنة أو أقل وعلى أنه ليس للمدين أن يتنازل عن التمسك بهذا الحظر بل يجب عليه التمسك به إلى وقت صدور حكم نزع الملكية على الأكثر وإلا سقط حقه فيه) وتمسك المدين بالحظر مقتضاه أن يتولى هو إثبات موجبه أى أن المدين هو المكلف بأن يثبت أنه لا يملك أكثر من خمسة أفدنة وأنه زارع [1] . ويلاحظ أن القانون رقم ٤٢٠ لسنة ١٩٥٤ قد استثنى الديون المستحقة للحكومة وبنك التسليف الزراعى والتعاونى والجمعيات الزراعية — فوق ما استثناه القانون رقم ٥١٣ لسنة ١٩٥٣ فى المادة الثانية [2] من الديون التى يجوز التنفيذ بها على الأملاك الزراعية ولو كانت خمسة أفدنه أو أقل .

---

(١) انظر حكم النقض الصادر فى ٣ من يناير سنة ١٩٤٦ فى الطعن رقم ٣ سنة ١٥ القضائية.

(٢) وهى الديون الممتازة والديون الناشئة عن جناية أو جنحة والنفقة الزوجية وأجرة الحضانة والرضاعة والمسكن وما يكون مستحقا من المهر والديون التى ينص عليها القانون — كالديون التى نص عليها القانون رقم ٤٢٠ لسنة ١٩٥٤ سالف الذكر .

بل قد ينص القانون صراحة لا دلالة على من يقع عليه عبء الإثبات كما هى الحال فى القرائن القانونية غير القاطعة وكما سنرى فى الكلام على هذه القرائن . ومثلا نصت المادة ٣٩٩ من القانون المدنى على أن التأشير على سند دين بما يفيد براءة ذمة المدين حجة على الدائن ولو لم يكن موقعاً منه إلى أن يثبت العكس (أى إلى أن يثبت الدائن العكس) مادام السند لم يخرج قط من حيازته . وكانت المادة ٢٣٠/٢٩٥ من القانون المدنى السابق بهذا المعنى إلا أنها لم تقل « مادام السند لم يخرج قط من حيازته » ولاحظ أيضاً القرينة المذكورة فى المادة ١٣٧ من القانون المدنى القائم التى نصت عن أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفرض أن له سبباً مشروعاً مالم يقم الدليل على غير ذلك (أى مالم يثبت المدين العكس) ونصت المادة ٥٤ من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ الخاص بفرض ضريبة على رؤوس الأموال المنقولة وعلى الأرباح الصناعية والتجارية وعلى كسب العمل أنه يجوز لكل من مصلحة الضرائب والممول فى بحر خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلان قرار لجنة التقدير على الوجه المبين فى المادة السابقة الطعن فى هذا التقدير أمام المحكمة الابتدائية منعقدة بهيئة تجارية التى يدخل فى دائرة اختصاصها محل إقامة الممول . ويقع عبء الإثبات على الطرف الذى تخالف طلباته تقدير اللجنة .

٤٢ مكرر — والمكلف بالإثبات يجب عليه أن يثبت توفر كل عنصر من العناصر اللازم قيامها مجتمعة قانوناً[1] كما هى الحال بالنسبة لمن يدعى ملكية عقار بوضع اليد المدة الطويلة المكسبة للملكية ، فإنه يجب عليه أن يثبت وضع يده وضعاً فعلياً ، ظاهراً ، مستمراً ، غير غامض ، هادئاً ، لا يعتبر من رخص التسامح ، وبنية التملك خمس عشرة سنة .

---

(١) انظر أوبرى ورو جزء ١٢ § ٧٤٩ ص ٨٤ .

هذا ويلاحظ أن المادة ١٤٨/٩٤ من القانون المدنى السابق كانت تنص على أنه يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانونا (وبهذا المعنى المادة ١٣٧ من القانون المدنى القائم) ومفاد ذلك أنه إذا كان لم يذكر فى العقد سبب له كان ناقصاً شرطا من شروط صحته أو عنصراً من العناصر اللازمة لتمامه ، فكان يجب على الدائن فى حالة إنكار المدين توفر السبب الصحيح أن يثبت توفره أى أن يثبت أن للتعهد سبباً مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب . على أن شراح القانون المدنى السابق قالوا إن عبء الإثبات عند عدم ذكر السبب يقع على عاتق المدين ، وكذلك قضاة المحاكم المختلطة[1] متأثرين بالمادة ١١٣٢ من القانون المدنى الفرنسى التى نصت على أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً . بل قررت محكمة النقض أنه مجرد عدم ذكر السبب لا يبطل العقد إذ التزام المدين قرينة قانونية (كذا) على توافر السبب المشروع[2] مع أن ذلك لم يصبح قرينة قانونية إلا بالقانون القائم كما سيلى . وقد رأى ذلك أغلب شراح القانون الفرنسى والقضاء فى فرنسا[3] ولكن يجب أن يلاحظ أن المادة ١١٣٢ من القانون المدنى الفرنسى شرعت قرينة قانونية فى صالح الدائن إذ فرضت مشروعية السبب. وهذه المادة لم تشرعها مادة مماثلة فى قانوننا السابق ، ومع هذا فإن بعض شراح القانون الفرنسى يرون أن الدائن هو المكلف بالإثبات بناء على أن المادة ١١٣٢ المذكورة لم تذكر

---

(١) والتون جزء أول ص١٠٢ وهالتون جزء أول ص٢٤١ ودى هلتس جزء ٣ ص١١٧ والدكتور عبد السلام ذهنى ص ١٧٣ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط ٢٣ ص ١٥١ و ٤٢ ص ٣٢٤ و ٤٣ ص ٣٩٠ وقارن حكم الاستئناف الأهلى فى المحاماة ١٥ القسم الثانى ص ٣٧٤ رقم ١٧٢ .

(٢) انظر مجموعة دار النشر السنة الأولى ص ٤٠٤ رقم ١٠٢ .

(٣) بودرى تعهدات رقم ٣٢٠ وبلانيول المطول جز ٦٠ رقم٢٢٦ ص٣٦٥ والالتزامات الدكتور عبد السلام ذهنى رقم ٧٢ ص ١٦١ .

شيئاً عن الإثبات وعمن يتحمل عبئه[1] على أن المادة ١٣٧ من القانون المدنى القائم عندنا قد قضت على كل خلاف وحمّلت المدين عبء الإثبات فقد نصت على أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً مالم يقم الدليل على غير ذلك (أى مالم يثبت المدين أو من له مصلحة فى ذلك أن له سبباً غير مشروع)[2] وقد أحسن المشارع إذ شرع هذه القرينة لأنه يندر أن يلزم شخص نفسه بالتزام دون أن يكون لهذا الالتزم سبب يقابله ويكفى أن يعطيه القانون الحق فى أن يثبت أن التزامه لاسبب له أو أن سببه غير مشروع .

٤٢ مكرر أ — ثم أن السبب المذكور فى العقد يعتبر أنه السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على العكس . وعبء الإثبات يقع على عاتق المدين أو غيره ممن له مصلحة فى ذلك لأنه يريد إثبات خلاف الظاهر وإذا ثبت أن السبب المذكور فى العقد صورى ، فإن صوريته لاتدل بذاتها على أن سبب العقد مخالف للقانون أو للنظام العام أو الآداب ، أوأن العقد لاسبب له ، فقد يكون السبب المذكور فى العقد صورياً ومع ذلك يكون له سبب آخر صحيح قانوناً . ولذلك لا يكون السبب الذى ثبت أنه صورى مبطلا للعقد قطعاً إذ يجوز للدائن أن يثبت أن للعقد سبباً آخر مشروعاً ليس مخالفاً للقانون أو للنظام العام أو الآداب . وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أنه إذا كان مسلماً بأن سبب العقد صورى فإن هذا لايستلزم بطلانه حتما ولكن على الطرف المتمسك بالعقد أن يثبت أن له سبباً

---

(١) انظر الالتزامات للدكتور عبد السلام ذهنى رقم ١٧٢ ص ١٦٠ — ١٦١ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٤٩ ص ٩٣ .

(٢) وقد حكم من جهة أخرى من قبل تشريع القانون المدنى القائم بأنه إذا كان السبب غير مذكور فى العقد جاز للمدين أن يثبت بالبينة عدم التزامه بالدين لأن سببه التعهد بعمل شىء فعلا — المحاماة ١٥ القسم الثانى ص ٣٧٤ رقم ١٧٢ .

صحيحاً[١] وقررت محكمة الاستئناف أنه لاتأثير للسبب الصورى المبين فى السند على صحة التعهد بشرط أن يكون لهذا التعهد سبب جائز[٢] . وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ من القانون المدنى القائم صراحة على كل ذلك إذ قالت « يعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على مايخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت مايدعيه » .

٤٢ مكرر ب — ولكن يجب أن يلاحظ أنه متى قدم المكلف بالإثبات دليله كاملا غير ناقص لايطلب منه أن يثبت أنه لم يلحقه عيب يبطله ، كما إذا قدم شخص سند دين مذكور به سبب شرعى غير مخالف للنظام العام أوالآداب ، فإنه لايطلب منه أن يثبت أنه لم يعبه إكراه أو غش وتدليس ، لأن السبب المذكور فى العقد يعتبر صحيحاً حتى يثبت العكس ، ومن أثبت وضع يده على عقار المدة الطويلة المكسبة للملكية لايطلب منه أن يثبت أن وضع يده لم يوقف أو لم ينقطع فى أثناء تلك المدة[٣] وعبء الإثبات فى الحالة الأولى يقع على عاتق المدين ، وفى الحالة الثانية على عاتق مدعى الملكية قبل واضع اليد .

وعبء إثبات التوقيع عند إنكاره من المدين يقع على عاتق الدائن ، وعند إنكاره من الدائن كما إذا كان توقيع مخالصة يقع على عاتق المدين . إنما فى حالة الطعن بالتزوير يقع عبء الإثبات على الطاعن بالتزوير ولو كان وارثاً ولم يطعن بإنكار التوقيع أوجهله . وقد قررت محكمة النقض أنه متى كان الثابت أن الطاعن

---

(١) داللوز ٩٢ — ١ — ١٥١ و ٩٦ — ١ — ١٩٠ و ١٩٠١ — ١ — ١٩٢ و ١٩٠٧ — ٢ — ٥٣ ، وقد أشير إلى هذه الأحكام فى مجموعة داللوز الصغيرة للقانون طبعة ١٩١٢ .

(٢) المجموعة الرسمية ٣ ص٢٤٦ وانظر أيضا المحاماه ٥٠ ص٤١٥ وانظر كذلك استئناف مختلط فى المحاماة ١٤ الجزء الثانى ص٦٦٩ رقم ٣٤٥ وقد أشير إلى مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٧ و ٧٨ و ٢١ ص ١٥٥ و ٤٠ ص ٢٣٦ .

(٣) انظر أوبرى فى الموضع السالف ص ٩٤ .

لم يقف عند حد إنكار توقيع مورثه على السند وإنما ذهب إلى الادعاء بتزويره فإن الحكم إذ ألقى عليه عبء إثبات هذا التزوير لايكون قد خالف قواعد الإثبات[1] .

أهمية التكليف بالإثبات :

٤٣ — أن تكليف أحد الطرفين دون الآخر بالإثبات أمر فى غاية الأهمية. وقد يضيع حق المحق إذا كلف القاضى خصما بالإثبات حيث يجب تكليف الخصم الآخر . فمثلا رفع شخص على آخر دعوى بدين وأنكر المدعى عليه الدين بتاتاً ، وجب على القاضى تكليف المدعى بإثبات الدين لأنه يدعى خلاف الثابت أصلا وهو عدم المديونية . أما إذا كلف المدعى عليه بإثبات عدم مديونيته فإنه يعجز عن ذلك لأن إثبات النفى فى هذه الحالة متعذر لعدم إمكان وجود دليل كتابى عليه أو عدم إمكان إحاطة علم الشهود به . فتح جارك على منزلك نافذة ، طلبت سدها ، ادعى أن له على عقارك حق ارتفاق — حق مطل — هل يكلف بإثبات هذا الحق أم تكلف أنت بإقامة الدليل على أن عقارك ليس عليه هذا الحق ؟ إن الأصل أن كل عقار خال من حقوق الارتفاق مالم يقيد بأحدها بعقد أو بمضى المدة . ومن ادعى خلاف الثابت أصلا وجب عليه الإثبات . فوجب على خصمك الإثبات ولو أنه مدعى عليه فى الدعوى وأنت المدعى وذلك لأنه مدع بحق الارتفاق . وليست العبرة بالمدعى والمدعى عليه حسب شكل الدعوى إنما العبرة بمدعى الحق المراد إثباته . أما إذا كلفت أنت بإثبات عدم وجود حق ارتفاق فإنه يضيع عليك حقك ، لأن إثبات النفى فى مثل هذه الحالة متعذر أيضاً[2] . إلا إذا كان له حق ارتفاق سابق وتنازل عنه بكتابه سلمك إياها . والقاعدة أن

---

(١) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الخامسة ص ٢٩٧ رقم ٤٦ .
(٢) قارن حكم النقض المشار إليه فى مجموعة الـ ٢٥ عاما إثبات ١١

المنكر لايكلف بإثبات ، وذلك مشروط بأن يكون إنكاره مجرداً ، أما إقراره بالدعوى فى أحد عناصرها وادعاؤه خلاف الظاهر فيها فيلقى عليه عبء إثبات مايخالف هذا الظاهر[1] .

وبمناسبة الكلام على إثبات النفى أرى أن ذلك يحتاج لشىء من التفصيل.

إثبات النفي :

٤٤ — إنه وإن كان إثبات النفى متعذراً ولذلك كانت قاعدة أن المنكر لايكلف بإثبات كما تقدم ، إلا أن ذلك ليس بمستحيل إلا إذا كانت الواقعة المراد إثباتها مطلقة غير محصورة ، كما إذا ادعى شخص أنه لم يذهب مطلقاً إلى مكان معين ، فإنه من المستحيل عليه أن يجد شهوداً يشهدون له بوجوده فى أمكنة أخرى فى كل وقت من الأوقات لعدم إمكان إحاطة علم الشهود بذلك : والاستحالة هنا ليست ناشئة عن كون الواقعة سلبية ، إنما عن كونها مطلقة غير محصورة ، ولذلك حتى لو كانت إيجابية فإثباتها مستحيل أيضاً كما إذا ادعى شخص أنه يمر دائماً من جهة معينة . على أنه فى بعض الأحوال قد تقضى الضرورة بقبول إثبات النفى المطلق ، إنما تكون الشهادة منصبة على مجرد عدم العلم كما إذا حصر الشهود الوراثة فى شخص أو اثنين وقالوا أنهم لايعلمون بوجود ورثة آخرين مع أنه من الجائز عقلا أن يكون هناك ورثة آخرون غير معلومين للشهود ، ولا يخفى أن ظروف الحال هى التى تقضى بذلك وإلا بقيت التركة معطلة بغير تقسيم بين الورثة الظاهرين . وكذلك الحال فى الغيبة المنقطعة فإنه يكفى إثبات أن الغائب لاخبر عنه وأنه لم يوجد فى جميع مظان وجوده — مع أنه من الجائز عقلا أن يكون فى مكان ما — وإلا تعطلت مصالحه وإدارة أمواله .

---

(١) مجموعة الأحكام المدنية س ٢٠ ص ٨٩٠

٤٥ — أما الواقعة السلبية المحصورة فقد يمكن إثباتها من طريق إثبات واقعة إيجابية ، كما إذا قال شخص معروف بأنه أجنبي إنه ليس أجنبياً فإنه يمكنه أن يثبت ذلك بإقامة الدليل على أنه تجنس بالجنسية المصرية ، وهذه واقعة إيجابية أيضاً . وكذلك إذا عين شخص حارساً على أشياء محجوزة فإنه يمكنه إثبات عدم قيامه بهذه الحراسة بإثبات وجوده فى جهة أخرى بعيدة عن مكان الحراسة . وإذا ادعى شخص منسوب إليه توقيع ورقة بختمه أنه لا يستعمل ختماً يجوز له أن يثبت أنه يوقع جميع معاملاته بإمضائه[1] كذلك فى الأمور الجنائية إذا اتهم شخص بقتل آخر وشهد عليه شهود بذلك فإنه يستطيع أن ينفى عن نفسه هذه التهمة بأن يثبت أنه كان فى وقت الحادثة فى مكان آخر غير المكان المقول بحصول القتل فيه .

ويلاحظ أن قاعدة أن المنكر لا يكلف بالإثبات لا تطبق إلا حيث يكون الإنكار مطلقاً . وقد قررت محكمة النقض أن المنكر المعفى من الإثبات هو من ينكر الدعوى إنكاراً مجرداً فلا يجيب عليها بغير الإنكار . أما من أجاب الدعوى بدفعها فإنه بذلك يصير مدعياً مطالباً بأن يقيم الدليل على ما يدعيه . وعلى ذلك يكون الدفع بإعسار الشفيع (فى عهد القانون المدنى السابق) ادعاء من المشترى وهو المطالب بأن يقيم الدليل عليه . والإعسار هو حالة قانونية تستفاد من أن أموال الشخص ليست كافية للوفاء بديونه المستحقة عليه . وهو بهذا المعنى لا يقوم على نفى مطلق يتعذر إثباته بل يقوم على أمر واقع له علاماته التى تشهد عليه على أن المقرر فى الإثبات أنه إذا كانت الواقعة المدعاة سلبية وكانت منضبطة النفى كان على مدعيها إثبات خلافها متى أمكنه تحويلها إلى قضية موجبة . فإذا

---

(١) انظر حكم النقض الصادر فى ٢٦ من يناير سنة ١٩٥٠ فى الطعن رقم ٨٤ س ١٨ القضائية وقد قال هذا الحكم ، ولما كان الحكم (المطعون فيه) قد أسس قضاءه باعتبار الدليل سالف الذكر غير منتج على القول بأن ادعاء الطاعن بأنه اعتاد أن يوقع الأوراق بامضائه وأنه لم يستعمل الختم أصلا هو محاولة لإثبات النفى المطلق وهو مالا يمكن تحقيقه فى حين أن قول الطاعن فى دليله بأن كلا الختمين المنسوبين إليه ليسا له وأنه إنما يستعمل إمضاءه دون الختم فى جميع معاملاته — هذا القول يتضمن وقائع إيجابية تقبل الإثبات لو أتيحت الفرصة للطاعن ولم يسد عليه الحكم سبيل الاثبات .

لم يكن ذلك ممكناً أو كانت الواقعة غير منضبطة النفى فإن مدعيها يعتبر عاجزاً عن إثبات دعواه . وعلى ذلك فلا مخالفة لقواعد الإثبات إذا اعتبر الحكم (الصادر فى عهد القانون المدنى السابق) المشفوع منه عاجزاً عن إثبات إعسار الشفيع لأنه لم يقدم دليلا على هذا الإعسار[١] .

وقررت محكمة النقض أيضاً أن عبء إثبات إعسار المدين عند الطعن بالدعوى البولصية يقع على عاتق[٢] الدائن .

وقد سبق أن قلت « ومما يصح اعتباره أصلا أيضاً أن الشخص يعتبر غير معسر فمن أراد إثبات إعساره يقع عليه عبء الإثبات مهما كان مركزه فى الدعوى سواء كان مدعياً أو مدعى عليه » .

ومما يصح اعتباره أصلا كذلك أن الشخص الذى سبق آخر فى تسجيل عقده عن عقار يعتبر مالكا له فإذا تمسك الآخر بوضع اليد المكسب للملكية يقع على عاتقه عبء الإثبات . وقد قررت محكمة النقض أنه مادام أن عقد الطاعن يفضل عقد المطعون ضده لأسبقيته فى التسجيل فإن الملكية قد انتقلت ـ فى الظاهر ـ إلى الطاعن بالعقد ، فإذا ادعى المطعون ضده أنه كسب هذه الملكية بالتقادم فهذه من قبله دعوى مخالفة للظاهر من الأمر فعليه عبء إثباتها[٣] كما أن الأصل براءة الذمة ، وعلى من يدعى انشغالها إثبات ذلك .

وأن عبء إثبات حصول الإثراء بلا سبب ومقداره يقع على عاتق الدائن المفتقر[٤] .

وأن حسن النية مفترض ، وعلى من يدعى العكس إثبات مايدعيه .

وأن عبء إثبات علم المحال له بصورية السبب الظاهر فى ورقة الدين يقع على عاتق المدين .

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ٢٤

(٢) » » » ٢٥

(٣) مجموعة المكتب الفنى ١٦ ص ٩٢٩ رقم ١٤٧

(٤) مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص ١٩٠ ، ٧٢٥ ، ١٢٧٥ ، ٨٣٢٤ .

والخلاصة أنه يجب التقيد فقط بالقواعد السابقة والاعتبارات المتقدمة دون الالتفات إلى ما إذا كانت الواقعة إيجابية أو سلبية [١] .

٤٥ مكرر — هذا وقد يصح أن يكون عدم علم الشهود بواقعة إيجابية نفياً لها أى نفياً لحصولها حقيقة وإثباتاً لصوريتها وعدم جديتها — فقد قررت محكمة النقض أنه إذا حصلت المحكمة من شهادة شاهدى المطعون ضده وأحدهما قريب الطرفين بأنهما لا يعرفان أن محجور المطعون ضده مدين للطاعن إحدى القرائن على صورية الدين المدعى به كانت فى حدود حقها الذى يخولها أن تستمد من واقع الدعوى ما تراه من القرائن القضائية المؤدية عقلا إلى النتيجة التى انتهت إليها — وهى صورية السند [٢] .

٤٥ مكرر أ — وقد ينص القانون على وجوب إثبات النفى . فنرى مثلا أن حارس الحيوان أو حارس البناء الذى يحصل من الحيوان أو البناء الذى تحت حراسة ضرر للغير أو حارس أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حارس آلات ميكانيكية تحصل منها ضرر للغير كذلك مكلف بعدم وقوع خطأ منه نشأ عنه ذلك الضرر طبقاً للمادة ١٧٦ أو ١٧٧ أو ١٧٨ من القانون المدنى القائم .

نقل عبء الإثبات وتنقله

٤٦ — أن عب الإثبات قد ينتقل من على عاتق أحد الطرفين إلى عاتق الطرف الآخر . وقد تقدم القول بأنه إذا ادعى شخص أن له ديناً فى ذمة شخص

---

(١) قارن فى هذا الموضوع بلانيول الموجز جزء ٢ رقم ٧ الطبعة الخامسة ص ٣ والمطول جزء ٧ سنة ١٩٣١ رقم ١٤١٩ ص ٧٥٤ وبودرى تعهدات رقم ٢٠٦٥ و ٢٠٦٦ وأوبرى ورو جزء ١٢ § ٧٤٩ ص ٨١ . وقارن أيضاً مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثانية ص ٣٢٤ والسنة الثالثة ص ١٣٤ .

(٢) المحاماة ٢٨ ص ١٠٠٤ رقم ٤٠٥ .

آخر وجب عليه إثباته فإذا ما أثبته وادعى المدين الوفاء وجب عليه إثبات الوفاء - هذا وقد تقدم أيضاً أن على من يدعى خلاف الظاهر عبء إثبات ادعائه، وقررت محكمة النقض أنه متى كان المدعى قد طلب الحكم بصحة ونفاذ عقده وتسليمه العين مشتراه وكان دفاع المدعى عليه أن هذه العين اشتراها مورثه بعقد مسجل وأنه واضع يده عليها المدة الطويلة المكسبة للملكية وكان الخبير المنتدب فى الدعوى قد انتهى فى تقريره إلى أن العين تدخل فى مستندات تمليك البائعين المدعى ولا تدخل فى مستندات تمليك المدعى عليه ، وكان الظاهر فى هذه الحالة مؤيداً دعوى المدعى ونافياً لدفاع المدعى عليه ، فإن الحكم إذ كلف المدعى عليه إثبات وضع يده على العين موضوع النزاع المدة الطويلة المكسبة للملكية لا يكون قد خالف القانون[1] .

هذا ما قالته محكمة النقض وكان يصح أن يقال أن الظاهر كان مع المدعى عليه بالحيازة بوضع يده فلما أثبت المدعى بواسطة الخبير ما يخالف هذا الظاهر إذ قرر الخبير أن العين المتنازع عليها تدخل فى مستندات المدعى انتقل عبء الإثبات إلى عاتق المدعى عليه واضع اليد إذ أصبح الظاهر مع المدعى بمقتضى مستنداته . فكلفت المحكمة المدعى عليه إثبات وضع يده المدة الطويلة المكسبة للملكية لإهدار قيمة مستندات المدعى. وإذا طعن شخص غير وارث فى تصرفات مورث بأنه ينطوى على وصيه فإن هذا من شأنه نقل عبء الإثبات من على عاتق ذلك الشخص إلى عاتق المتصرف إليه لأن المادة ٩٦٧ مدنى تضمنت قرينة قانونية من شأنها إعفاء من يطعن فى تصرف المورث بأنه ينطوى على وصيه[2] .

---

(١) وهو الحكم المنشور فى مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الخامسة ص ٨١٩ رقم ١٢٢ .

(٢) المكتب الفنى ١٥ رقم ١٠٧ ص ٦٧٣ . وقد قررت محكمة النقض أنه متى كان الحكم المطعون فيه إذ قرر أن المستند الذى تمسك به الطاعن فى مقام إنكار واقعه قيامه بعد الفتحة لا يؤيد نفى هذه الواقعة عنه . فإنه لا يكون قد نقل عبء الإثبات من عاتق المدعيين فى الدعوى الأصلية أو دعوى الضمان وألقاه على عاتق الطاعن وإنما يعتبر ما قرره الحكم فى هذا الخصوص نفيا لدفاع أبداه الطاعن ولا مخالفة فى ذلك للقانون « مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ق ٤١ »

وقد ينتقل عبء الإثبات أكثر من مرة حتى يستقر على عاتق أحد الطرفين وينوء عن حمله ، بعجزه عن إلقائه على عاتق الطرف الآخر. فمثلا يدعى زيد أنه مالك لمنزل فى حيازة عمرو ، فيكلف بإثبات الملكية فيقدم عقد شراء من خالد المالك الأصلى . فيرد عليه عمرو بتقديم عقد آخر من خالد سجل قبل عقده ، فيدعى زيد أنه وضع يده المدة المكسبة للملكية قبل حيازة عمرو ويحضر شهوداً على ذلك ، فينفى عمرو ذلك بإثبات أنه هو الواضع اليد من وقت شرائه وخالد من قبله وأن زيداً لم يضع يده وأن شهوده من أقربائه أو أن بعضهم حكم عليه فى شهادة الزور مثلا . إذا عجز زيد عند هذا فقد خسر دعواه . وذلك لأنه كلما أثبت طرف واقعة كان ادعاؤه ثابتاً عرضاً أو أصبح الظاهر معه ومن يدعى خلاف ذلك عليه الإثبات[1] .

إعفاء من الإثبات :

٤٦ مكرر — ويصح إعفاء الخصم من الإثبات واعتبار الواقعة التى يدعيها ثابتة إذا استند فى إثباتها إلى ورقة فى حيازة خصمه وأبى هذا الخصم تقديمها على شرط أن تكون حيازته لها ثابتة ، ولا يسمح له فى هذه الحالة بالتمسك بالقاعدة القديمة التى تقضى بأنه لا يجوز إلزام شخص بتقديم مستند ضد نفسه لما يجب أن يسود التعامل من الصدق فى المعاملة وحسن النية وأن لا يطلب شخص أكثر من حقه وأن يؤدى لمن يتعامل معه كل حقه[2] . وقد قال عليه الصلاة والسلام :

---

(١) قارن فى هذه النقطة بودرى تعهدات رقم ٢٠٦٣ وانظر أيضاً فى هذا الموضوع كتاب هازبرى على القانون الإنجليزى السالف الذكر ص٥٤٣ و ٥٤٤ رقم ٦١٢ ورقم ٦١٤

(٢) وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أن للخصم أن يلزم خصمه بتقديم المستندات التى تكون فى حيازته على شرط أن تكون الحيازة ثابتة certaine دون أن يواجه الخصم الذى يطلب تقديم المستندات بقاعدة أنه لا يصح إلزام شخص بتقديم مستند ضد نفسه. وكانت =

« الدين المعاملة ، ولن يكمل إيمان المرء حتى يحب لغيره ما يحب لنفسه »[1] .

وقد يعفى المدعى من الإثبات أيضاً بواسطة القانون إذ يفترض القانون وقوع خطأ من المدعى عليه . فإذا أحدث تابعه ضرر للمدعى بعمل غير مشروع إذا

= الدعوى تتلخص فى أنه حكم ابتدائياً غيابياً على ثلاثة بثمن سيارة أودعت فى (جاراج) ثم حرق وحرقت فيه السيارة بسبب إهمال العمال وفى الاستئناف قالوا أن الجاراج هو لأحدهم فقط مستندين إلى إيصال بأجرته باسمه وحده وقالت المحكمة أن هذا الإيصال لا يكفى للدلالة على أن عقد الإيجار باسمه وأن المحكوم عليهم أحجموا عن تقديمه مدعين بطريقة غامضة أنهم فقدوه وهذه واقعة لا يمكن تصديقها والأخذ بها ومن السهل عليهم أن يقدموا نسخه المؤجر أو يدخلوه فى الدعوى لتقديمها وقالت المحكمة أن محكمة النقض الفرنسية لم تتردد فى اتباع هذا المبدأ مستبعدة تلك القاعدة القديمة : لا يصح إلزام شخص بتقديم مستند ضد نفسه .

Oue la jurisprudence de la Cour de Cassation de France. inspirée du devoir de loyauté qai incombe avant tout au parties encause n'a pas hesité à admettre cette solution en s'écartant du vieil adage, « némo tenentur edere contra se. » « Peraonne n' est enu de produire contre soi (Glasson et Tissier II 606)

أنظر مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٢ ص ٦٦ وقارن حكم النقض المشار إليه فى الفقرة ٤٦ مكرر أ ، وقارن أيضاً حكم النقض الذى قرر أنه إذا كانت محكمة الموضوع قد اتخذت إجراء من إجراءات تحضير الدعوى بأن كلفت أحد الخصوم بتقديم ورقة من الأوراق فلم يقدمها وادعى عدم وجودها عنده فإن لها أن تحكم فى موضوع الدعوى لمصلحة الخصم الذى يترجح لديها أنه هو المحق . وبحسبها أن تكون قد دونت فى حكمها حجج الطرفين واعتمدت فى ترجيح ما رجحته منها على أسباب مقبولة ليكون حكمها هذا بعيداً عن رقابة محكمة النقض لأن الاجتهاد فى ذلك كله داخل فى فهم الواقع فى الدعوى مما لا شأن فيه للقانون — مجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ١٠٨٢ رقم ٣٤٢ .

(١) وقد قررت محكمة النقض أيضا أنه متى كان الحكم المطعون فيه إذا قام قضاءه على ثبوت قيام الطاعن بسد فتحة المصرف مما ترتب عليه غرق أطيان المطعون عليهما الرابع والخامس قد استند فى ذلك إلى تقرير الخبير المعين فى الدعوى المستعجلة وإلى أن الخبير قد قرر صراحة فى تقريره أنه تحقق من أن الطاعن هو المسئول عن سد المصرف بسبب قيامه بسد الفتحة فإن هذا الذى قرره الحكم لا مخالفة فيه لقواعد الاثبات . ذلك أن محكمة الموضوع كان مفروضا عليها التحقق من واقعة مادية جائزا اثباتها بكافة طرق الاثبات وقد قام المطعون عليهما الرابع والخامس بالاثبات المفروض عليهما بأن رفعا دعوى إثبات الحالة فى مواجهة المطعون عليهم الثلاثة الأولين وهم المدعى عليهم فى دعواهما — وطلبا تعيين خبير لتحقيق الضرر الذى لحق بزراعتهما وبأرضهما وقد اجابتهما محكمة المواد المستعجلة إلى طلبهما ثم أردفا ذلك برفع دعواهما الموضوعية استنادا إلى تقرير خبير دعوى اثبات الحالة ومن ثم يكون القول بأن محكمة الموضوع قد أعفت المدعين من الاثبات فى غير محله — مجموعة المكتب الفنى ٤ رقم ٨٩ ص ٥٨٠ — ٥٨١ .

وقع منه فى حال تأدية وظيفته أو بسببها . ويكون المدعى عليه المتبوع مسئولا ولولم يكن حراً فى اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية فى رقابته وفى توجيهه وهذا كله طبقاً للمادة ١٧٤ مدنى . ونصت المادة ١٧٦ من القانون المدنى القائم على أن « حارس الحيوان ولولم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه الحيوان من ضرر ولوضل الحيوان أو تسرب مالم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لايد له فيه » فإذا أصيب شخص بضرر من حيوان لايلزم بإثبات وقوع خطأ من حارسه طبقاً للقواعد العامة . بل على هذا أن ينفى وقوع الخطأ منه بإثبات أن الحادث كان بسبب أجنبي لايد له فيه . ونصت المادة ١٧٧ على أن « حارس البناء ولو لم يكن مالكا له مسئول عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداماً جزئياً مالم يثبت أن الحادث لايرجع سببه إلى إهمال الصيانة أو قدم فى البناء أو عيب فيه » أى أن من حصل له الضرر من انهدام البناء يعفى من إثبات وقوع خطأ من حارسه أى يعفى من إثبات أن حارس البناء أهمل صيانته أو أن البناء كان قديماً أو كان به عيب لم يقم باصلاحه . بل على الحارس أن يثبت أن الحادث لايرجع سببه إلى إهمال الصيانة أو قدم البناء أو عيب فيه . وكذلك نصت المادة ١٧٨ على أن « كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر مالم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لايدله فيه ، هذا مع عدم الإخلال بما يرد فى ذلك من أحكام خاصة » أى أن المضرور لايكلف بإثبات ، أى يعفى من إثبات وقوع خطأ الحارس بل على الحارس أن ينفى وقوع الخطأ منه بإثبات أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبى لايد له فيه .

ويلاحظ أنه وإن كانت المادة ١٥٣/٢١٥ من القانون المدنى السابق المقابلة للمادة ١٧٦ من القانون المدنى القائم ، قد نصت على إلزام مالك الحيوان أو مستخدميه

بالضرر الناشىء عن الحيوان المذكور سواء كان فى حيازته أو تسرب منه أى أن هذه المادة لم تسمح بإثبات أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبى لايد للمالك أو مستخدمه فيه . كما لم تفرض وقوع الخطأ من حارس الحيوان إلا أن القضاء كان قد جرى على ذلك [1] .

أما المادة ١٧٧ من القانون المدنى القائم فإنه لم يكن لهـا مقابل فى القانون المدنى السابق . وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية[2] أن القضاء جرى على تطبيق القواعد العامة وجعل من الخطأ الثابت أساساً لها ولو أنه لا يتشدد كثيراً فيما يتعلق بجسامة هذا الخطأ . أما المشروع فقد آثر تأسيس هـذه المسئولية على الخطأ المفروض وألقى عبئها على عاتق حارس البناء[3] .

وكذلك المادة ١٧٨ من القانون المدنى القائم لم يكن لها مقابل فى القانون المدنى السابق ولـكن القضاء كان مطابقاً لها[4] .

وهناك طريقة للاثبات قد يحصل بها المدعى من المدعى عليه على دليله إذا لم يكن بيده دليل . وذلك باستجواب المدعى عليه أو بتوجيه اليمين الحاسمة إليه . فإن الاستجواب قد يؤدى على إقرار المدعى عليه . وقد ينكل المدعى عليه عن اليمين فيعتبر ذلك إقراراً بالحق المدعى به .

ولا يعتبر إعفاء للمدعى من الإثبات إذا رفع دعوى إثبات حاله للمطالبة بتعويض عن واقعة مادية وأيده الخبير ثم رفع المدعى دعوى الموضوع وحكمت له المحكمة بناء على تقرير خبير دعوى إثبات الحالة وحسب المدعى أنه رفع دعوى

---

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ على المادة ١٧٦ ص ٤١٣ ـ ٤٢٥ .
(٢) المجموعة السابقة على المادة ١٧٧ ص ٤٣١ .
(٣) وقد جاء بعد ذلك « دون مالـكه » مع أن البناء قد لايكون له حارس إلا مالـكه و لذلك قالت المادة ١٧٧ « حارس البناء ولو لم يكن مالـكا له مسئول الخ » .
(٤) المجموعة المذكورة على المادة ١٧٨ ص ٤٣٤ .

إثبات الحالة وطلب تعيين خبير لتحقيق الضرر لأن الوقائع المادية يجوز إثباتها بأى دليل[١] . ولا يعتبر إعفاء من الإثبات أيضاً اتخاذ الإنسان عمله دليلا لنفسه كمن يعلن عن فقد ختمه فى الجرائد[٢] . وكذلك أن يقيد ناظر وقف فى دفاتره أن المستحقين أخذوا استحقاقاتهم ، فلا يعتبر ذلك دليلا لورثته على المستحقين بقبضهم قيم استحقاقهم مادام لاتوقيع لهم على هذا الدفتر يثبت هذا القبض[٣] .

٤٦ مكررا — وأخيراً هناك نوع من الإثبات قد يبدو غريباً ، فقد نصت المادة ١/١٥٣ مدنى على أنه « إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يازم الغير بتعهده فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه » . قد يؤخذ من هذه المادة أنه إذا لم ينفذ الغير الالتزام يجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه . ولكن يفهم من قول المادة « فإذا رفض الغير أن يلتزم » أنه إذا قبل الغير أن يلتزم وأثبت المتعهد هذا القبول ينتهى بذلك تعهده ولولم ينفذ الغير هذا الالتزام الذى التزم به ، وإنه لايجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه إلا فى حالة ما « إذا رفض الغير أن يلتزم » كما جاء فى المادة ، وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٣٦ إنه إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر ونصب نفسه زعيما بذلك فلا يكون من أثر هذا التعهد إلزام هذا الغير . وكل ماهنالك أن الواعد بتعهد بالوفاء بالتزام لعمل شىء هو الحصول على إقرار الغير للوعد الذى بذل عنه . ذلك هو مدى التزام الواعد على وجه الدقة : فليس يكفى عند رفض الإقرار أن يكون هذا الواعد قد بذل مافى وسعه للحصول عليه ولا يشترط كذلك أن يقوم من بذل الوعد عنه بتنفيذ تعهده إذا

---

(١) انظر الحكم السابق الاشارة إليه فى مجموعة المكتب الفنى ٤ رقم ٨٩ ص ٥٨٠ فى الفقرة ٤٦

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ق ٢ .

(٣) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ق ١

ارتضى إقراره . ثم جاء فى المجموعة المذكورة ويتحلل الواعد من التزامه بمجرد إقرار الغير للوعد . والواقع أن التزام الواعد ينقضى فى هذه الصورة من طريق الوفاء ويترتب على الإقرار أن يصبح الغير مديناً مباشرة للعاقد الآخر لا على أساس الوعد الذى قطعه الواعد بل بناء على عقد جديد ... الخ . وجاء فى الوسيط جزء أول ص ٥٥٧ أنه إذا قبل الغير التعهد أوقف التزام المتعهد عند هذا الحد فلا يكفل تنفيذ الغير للتعهد .

هل قواعد عبء الإثبات من النظام العام :

٤٦ — مكرر ب — ويجب أن يلاحظ أن قواعد عبء الإثبات ليست من النظام العام فى شىء لأنها وضعت لحماية الخصوم فقط لا لإرشاد القضاة ، ويمكن تعديلها وجعل عبء الإثبات على عاتق أحد الطرفين بدل الآخر باتفاقهما. وصاحب تلك الحماية يمكنه التنازل عنها فى أثناء سير الدعوى أيضاً[1] .

هذا وقد قررت محكمة النقض[2] أنه لا يصح النعى على المحكمة بأنها قلبت قواعد الإثبات إذا استندت فى قضائها إلى دليل قدمه الخصم غير المكلف بالإثبات لأن النعى بذلك لا يصح إلا إذا كانت الدعوى غير ثابتة وتقول هى بثبوتها على أساس أن المدعى عليه هو الذى عجز عن إثبات مدعاه . أما إذا كانت الأدلة قد قدمت للمحكمة وأصبحت الدعوى ثابتة أمامها فلا يلتفت إلى من قدمها فإن الخصم إذا تبرع بإثبات دعوى خصمه لا يتعين إطراح دليله وعدم الأخذ به . وإذن فإذا كان منكر الختم أو الإمضاء لم يقف عند حد الإنكار المطلق الذى يقتضى

(١) أنظر بلانيول المطول جزء ٧ سنة ١٩٣١ رقم ١٤٢٢ ص ٧٥٧ وأحكام النقض التى أشار إليها . ومع ذلك انظر وقارن رقم ١٤٢٨ ص ٧٦٣ .

(٢) نقض سنة ١٨ رقم ١٦٥ ص ١١٠٢ و ١٦٨ ص ١١٣٥ .

من المتمسك بالورقة تقديم الأدلة التى تمنع المحكمة بصحة الختم أو الإمضاء ، بل علل إنكاره وبناه على سبب معين وقدم شهوداً لإثبات صحته فيقبل منه ذلك ويكون للمتمسك بالورقة فى هذه الحالة أن يفند هذا السبب ، وللمحكمة بما لها من السلطة المطلقة فى تقدير الأدلة أن تأخذ بما تراه[١] وقررت محكمة النقض أيضاً — فى دعوى تزوير أنه متى كان يبين من محاضر التحقيق المقدمة صورها بملف الطعن أن الطاعن طلب تأجيل التحقيق أكثر من مرة لإعلان شهوده فأجابته المحكمة إلى طلبه . وفى أول جلسة للتحقيق سمعت المحكمة أقوال شاهدى المطعون عليهما الأولى والثانية ثم شاهدى الطاعن ، ولم يبد الطاعن أى اعتراض أثناء التحقيق الذى استمر عدة جلسات على أن الحكم التمهيدى قد أخطأ إذ ألقى عليه عبء إثبات صحة الورقة المطعون فيها بالتزوير أو أن واقعة الصلح التى حققها القاضى المنتدب للتحقيق ليست من عناصر دليل التزوير الذى أمرت المحكمة بتحقيقه ، فإنه يستفاد من ذلك أن الطاعن قد اعتبر أن هذه الإجراءات صحيحة[٢] . وقررت محكمة النقض أخيراً أن القواعد التى تبين على أى خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ، ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وإذن فمتى كان الطاعن قد طلب من المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه فليس له أن ينعى بعد ذلك على الحكم إجابته إلى ما طلب ، حتى ولو كان فيما طلب متطوعاً لإثبات ما هو غير ملزم بحمل عبئه[٣] .

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جزء ٣ ص ٣٦٥ ـ ٣٦٦ رقم ١١٨ / ١

(٢) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الرابعة ص ٣٠٣ رقم ٤٣ وانظر أيضا ص ١٠٤٧ رقم ١٦٤ .

(٣) المجموعة المذكورة السنة الخامسة ص ٢٠٣ رقم ٢٨ / ٢

قيام المحكمة بإجراءات الإثبات

٤٦ مكرر ج — وإذا رأت المحكمة القيام بإجراء من إجراءات الإثبات يجب عليها أن تحدد أجلا لا يجاوز ثلاثة أسابيع لمباشرة هذا الإجراء ، وإن كانت هيئة المحكمة مشكلة من ثلاثة قضاة ولم تر القيام بالإجراء بكامل هيئتها (وهذا هو الغالب) لها أن تندب أحد أعضائها بذلك . وإذا طرأ عليه ما يمنعه من القيام بالإجراء أو حكم برده أو تنحى عن نظر الدعوى يعين رئيس الهيئة من يحل محله . وإذا كان المكان الواجب القيام بالإجراء فيه بعيداً عن مقر المحكمة جاز لها أن تندب قاضى محكمة المواد الجزئية الذى يقع هذا المكان فى دائرتها وإن تحدد له أجلا لا يجاوز الثلاثة أسابيع أيضاً . وهذا كله طبقا للمادتين ٣ ، ٤ من قانون الإثبات[1] وظاهر أن الغرض من تحديد المدة المذكورة هى الإسراع فى الفصل فى القضايا بعد أن كانت المادتان ١٥٧ ، ١٥٨ من قانون المرافعات السابق تتركان تحديد الوقت للمحكمة أو للقاضى المنتدب أو لأحد الخصوم حتى يقدم عريضة بذلك للمحكمة أو للقاضى المنتدب وحتى تأمر المحكمة أو القاضى المنتدب على هذه العريضة بتحديد الوقت . وهذا بطبيعة الحال يستغرق وقتا لا حد ثابتاً له .

٤٦ مكرر ء — وقد استثنى قانون الإثبات بالمادة ٥ الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات من لزوم تسبيبها إلا إذا شملت قضاء قطعياً أى أنه اكتفى

---

(١) نصت المادة ٣ « إذا ندبت المحكمة أحد قضاتها لمباشرة إجراء من إجراءات الاثبات وجب عليها أن تحدد أجلا لا يجاوز ثلاثة أسابيع لمباشرة هذا الإجراء، ويعين رئيس الدائرة عند الاقتضاء من يخلف القاضى المنتدب »

ونصت المادة ٤ « إذا كان المكان الواجب إجراء الإثبات فيه بعيدا عن مقر المحكمة جاز لها أن تندب لإجرائه قاضى محكمة المواد الجزئية الذى يقع هذا المكان فى دائرتها وذلك مع مراعاة الميعاد المنصوص عليه فى المادة السابقة .

بذكر القرار بالإجراء فى منطوق الحكم خصوصاً وأن للمحكمة أن تعدل عنه وأن لا تأخذ بنتيجته إذا نفذته وذلك بمقتضى المادة ٩ ولذلك لا يمكن الطعن فى القرار الصادر بالإجراء مستقلا عن الفصل فى النزاع وذلك لتوفير وقت القاضى الذى يصرفه فى تحرير الأسباب لغيره مما هو أهم من ذلك من واجباتهم المضنية وللاسراع فى الفصل فى القضايا . أما إذا كان الحكم بإجراء الإثبات عبارة عن قضاء قطعى كالفصل فى جواز الإثبات بطريق معين من طرق الإثبات (الكتابة أو شهادة الشهود مثلا) أو الفصل فى مسئولية المدعى عليه أو عدمها أو فى أى مسألة تثار قبل إصدار القرار بإجراء الإثبات كالإختصاص وعدمه وقبول الدعوى وعدم قبولها أو صفات الخصوم فإن الفصل فى ذلك يعتبر حكما قطعياً وإن جاء فى الأسباب فقط غير ظاهر صراحة فى المنطوق ، وقيل إن مثل هذا الحكم يعتبر قضاء مزدوجا يحتوى فى منطوقه على قرار باتخاذ إجراء من إجراءات الإثبات وفى أسبابه على حكم قطعى فى مسألة من مسائل الدعوى[1] .

وإنما يجب أن يلاحظ أن المادة ٩ قد اشترطت أيضاً أنه إذا عدلت المحكمة عن إجراء الإثبات أو لم تأخذ بنتيجته يجب عليها أن تبين أسباب ذلك فى حكمها لأنها فى الحالة الأولى قد أكسبت من صدر الحكم لصالحه حق الإثبات فلا يصح العدول عن ذلك إلا بإبداء أسبابه ليقتنع من صدر الحكم لصالحه أن العدول قد أقيم على أسباب سليمة ، وكذلك فى الحالة الثانية وهى عدم الأخذ بنتيجته من من باب أولى ولا يخفى أن العدول عن إجراء الإثبات أو عدم الأخذ بنتيجته قد يكون سببه أدلة قوية تقتضى ذلك كأوراق أو مستندات ، وقد يكون العدول عن الإجراء لمصلحة صاحب الحق فيه إذا أغنت تلك الأدلة عنه وهنا تكون الأسباب لإقناع الخصم الآخر الذى له حق النفى . وجاء فى نص المادة ٩ أن أسباب العدول عن الإجراء تبين من المحضر وأسباب العدول عن النتيجة تبين فى الحكم .

---

(١) وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية وتقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس الأمة .

وظاهر من المادتين ٣ ، ٤ أن للمحكمة أن تأمر بإجراءات الإثبات من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الأخصام وظاهر من المادة ٥ أن الأحكام الصادرة بهذه الإجراءات لا يلزم تسبيبها مالم تتضمن قضاء قطعياً كما تقدم — إلا أنه فى حالة القيام بإجراءات الإثبات بناء على طلب الخصوم تلتزم المحكمة بابداء الأسباب . وقد قررت محكمة النقض أن للمحكمة أن تجرى التحقيق من تلقاء نفسها ولا تلتزم بابداء الأسباب إلا فى حالة طلبه من الخصوم [١] . وإحالة الدعوى إلى التحقيق ليست حقاً يتحتم إجابة الخصوم إليه فى كل حال وهو أمر متروك للمحكمة لها ألا تجيبه متى رأت أن ذلك غير منتج فى الفصل فى الدعوى [٢] .

ولا تلتزم محكمة ثانى درجة باحالة الدعوى إلى التحقيق كلما رأت مخالفة محكمة أول درجة فى تقديرها لأقوال الشهود مادام فى الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها [٣] .

وليست المحكمة ملزمة بإجراءات الإثبات التى يطلبها الخصوم إذا كانت أوراق الدعوى فيها ما يكفى لتكوين عقيدتها بل للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات متى رأت أن الإجراء قد أصبح غير منتج وإن ما استجد فى الدعوى بعد الحكم بالإثبات يكفى لتكوين عقيدتها .

إعلان أحكام إجراءات الإثبات

٤٦ مكرر هـ — ويلاحظ أنه طبقاً لنص المادة ٥ أيضاً يجب إعلان منطوق الأحكام الصادرة بإجراء الإثبات إلى من لم يحضر جلسة النطق بها وكذلك يجب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات وإلا كان العمل باطلا ويكون الإعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين .

وكلما استلزم الإجراء أكثر من جلسة أو أكثر من يوم ذكر فى المحضر

---

(١) مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ق ٢٤١ ص ١٥٩٩

(٢) مجموعة المكتب الفنى السنة ١٣ ق ١٠٢ ص ٦٧٦

وانظر أيضاً المجموعة المذكورة السنة ١٤ ق ١١ ص ١٠٤

(٣) وانظر أيضا المجموعة المذكورة السنة ١٨ ق ٣٤٢ ص ١٦٧

اليوم والساعة واللذان يحصل التأجيل إليهما ولا محل لإخبار من يكون غائباً بهذا التأجيل ـ (المادة ٦ من قانون الإثبات) . وذلك لأنه يجب على الخصم أن يتتبع إجراءات التحقيق ولو كان قد تخلف عن الحضور فى الجلسة إذا كان قد أعلن بميعادها.

المسائل العارضة المتعلقة بإجراءات الإثبات

٤٦ مكرر هـ — تقدم المسائل العارضة المتعلقة بإجراءات الإثبات للقاضى المنتدب وما لم يقدم له منها لا يجوز عرضه على المحكمة ـ المادة ٧ ـ وذلك سواء كانت هذه المسائل متعلقة بإجراءات الدليل وتحقيقه وما يجب أن يراعى فيها من مواعيد وأوضاع ، أو كانت متعلقة بموضوع الدليل وقبوله وعدمه . وما يصدره القاضى المنتدب من القرارات فى هذه المسائل يكون واجب النفاذ وللخصوم الحق فى إعادة عرضها على المحكمة عند نظر القضية ما لم ينص القانون على غير ذلك ، والغرض من ذلك عدم تعطيل الإجراء بتمكين القاضى من إصدار قرار مؤقت بالسير فيه إذا وجد الاعتراض غير جدى مع إعطاء الخصوم الحق فى إعادة الاعتراض على القرار أمام المحكمة عند نظر الدعوى بعد انتهاء القاضى من الإجراء ما لم ينص القانون على غير ذلك .

طرق الإثبات أو الأدلة — والأدلة المؤقتة وأنصاف الأدلة

٤٧ — يصح قبل التحدث عن طرق الإثبات تفصيلا أن يقال إن هناك أدلة مؤقتة أى مستندات تسمح باتخاذ إجراءات مؤقتة ـ حتى يحكم فى الدعوى وذلك دون سماع دفاع المدعى عليه وهى المستندات التى توقع بمقتضاها حجوز ما للمدين تحت يد الغير والحجوز التحفظية طبقا للمادة ٣٢٥ وما بعدها من قانون المرافعات الجديد بالنسبة للحجز تحت يد الغير والمواد ٣١٦ـ٣٢٤ وما بعدها بالنسبة للحجز التحفظى . وهذه المستندات تعتبر أدلة مؤقتة بالنسبة لموضوع الدعوى حتى يسمع دفاع المدعى عليه الذى قد يدفع بأداء الدين أو المقاصة فيه أو ينكر توقيعه أو يطعن بالتزوير .

هذا ويصح الحصول على أمر أداء من القاضى بأداء دين من النقود دون سماع دفاع المدين أيضاً إذا كان الدين ثابتاً بالكتابة حال الآداء معين المقدار بناء على عريضة يقدمها الدائن بعد تكليف المدين بالوفاء بميعاد ثلاثة أيام على الأقل ـ على أن يكون للمدين حق المعارضة فى هذا الأمر — طبقاً للمواد ٢٠١ وما بعدها من قانون المرافعات الجديد .

٤٧ مكرر — يصح أن يقال أيضا إن هناك أنصاف أدلة فى بعض الأحوال فمثلا نصت المادة ٣٧٨ من القانون المدنى القائم (التى تقابلها المادتان ٢١٢و٢١٣/ ٢٧٦و٢٧٧ من القانون المدنى السابق) على أن « تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (أ) حقوق التجار أو الصناع عن أشياء وردوها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الأشياء، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمن الطعام وكل ماصرفوه لحساب عملائهم (ب) حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ماقاموا به من توريدات . ويجب 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 وأوصيائهم إن كانوا قصراً بأنهم لا يعلمون بحصول الوفاء » . ظاهر من هذا النص أن دليل الوفاء فى الأحوال المذكورة جزءان أو نصفان النصف الأول مرور سنة على الدين والنصف الآخر هو حلف اليمين . وكذلك نصت المادة ١٩٤/٢٠١ من قانون التجارة ضمن ما نصت عليه على أن الأوراق التجارية يسقط الحق فى إقامة الدعوى بها بمضى خمس سنوات 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 يميناً على انهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق بشىء مستحق من الدين .

٤٨ — ويمكن تقسيم الأدلة إلى قسمين أساسيين (الأول) الكتابة (الثانى) ما عداها : شهادة الشهود والقرائن والمعاينة والإقرار واليمين . أما الكتابة

فضرورية لإثبات الارتباطات القانونية الناشئة عن تعاقد - إلا ما استثنى — فيجوز إثباته بطرق الإثبات كافة . وفى بعض الارتباطات القانونية يجب أن تكون الكتابة رسمية كما هى الحال فى الهبة والرهن العقارى حسب نص المادتين ٤٨٨ و ١٠٣١ من القانون المدنى القائم (والمادتين ٤٨ و ٥٥٧ / ٧٠ و ٦٨١ من القانون المدنى السابق) .

على أن بعض الأدلة الأخرى تغنى عن الكتابة — الإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية (أى التى نص عليها القانون فى أحوال معينة) — ولكنها ليست أدلة بمعنى الكلمة إذ هى فى الحقيقة تغنى من الإثبات كما نرى .

٤٨ مكرر — أما باقى الأدلة أى شهادة الشهود والقرائن والمعاينة فتثبت بها الحوادث المادية أو كل ما لا يمكن أن يحصل بعتد وما استثنى مما يجب إثباته بالكتابة من الارتباطات القانونية التى تحصل بارادة واتفاق الطرفين المتعاقدين كالدين الذى لا تتجاوز قيمته عشرين جنيها أو الذى منع مانع مادى أو أدبى من تحرير كتابة به أو فقد سنده بسبب قهرى .

٤٩ — ويصح تقسيم الأدلة إلى نوعين آخرين . أدلة مباشرة وأدلة غير مباشرة . فالكتابة وشهادة الشهود والإقرار واليمين الحاسمة والمعاينة تؤدى إلى الحق مباشرة ، أما القرائن فتؤدى إليه بطريقة غير مباشرة ، لأن الحق يثبت بها استنتاجاً . ويلاحظ أن المعاينة بمعرفة القاضى دليل مباشر بغير واسطة إذ يرى القاضى محل النزاع ، أما الكتابة الخ فدليل مباشر بالواسطة .

٥٠ — ولنا أيضا أن نقول إن بعض الأدلة متروك تقديرها للقاضى ، وهذه هى الأدلة بمعنى الكلمة ، كالكتابة وشهادة الشهود والقرائن القضائية والمعاينة . والبعض الآخر يجب عليه الأخذ به ، كالإقرار واليمين الحاسمة متى استوفيا شروطهما

والقرائن القانونية القاطعة ، وغير القاطعة إن لم يثبت ما يخالفها كما سنرى فى باب القرائن . ويلاحظ أن الكتابة إذا كان لا لبس فيها تكون كالاعتراف يؤخذ بها . وقد كان بعض الأدلة خاضعاً لبعض القيود فيما مضى ، كشهادة الشهود ، إذ كان لا يصح الأخذ بشهادة شاهد واحد [1] ولا يزال الأمر كذلك فى الشريعة الإسلامية . ويلاحظ أنه يشترط فى القوانين الحديثة أن يشهد شاهدان على العقود الرسمية .

٥١ — ثم إن القاضى يدير إجراءات الدعوى طبقاً للقانون، ويناقش الخصوم استجلاء للحق ، وله أن يأمر بالإثبات بالبينة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم فى الأحوال التى يجوز فيها ذلك متى رأى أنه تؤدى إلى الوقوف على الحقيقة [2] . وقد نصت المادة ٧٠ من قانون الإثبات على أن « للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود فى الأحوال التى يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة » (وهذه المادة تسمح للقاضى سماع من يرى سماع شهادته إظهاراً للحقيقة ولو لم يستشهد به أحد من الخصوم كما سنرى تفصيلا فى الكلام على شهادة الشهود) ورفض المحكمة طلب الإحالة على التحقيق مسألة موضوعية [3] . هذا فضلا عن حق القاضى فى توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه طبقاً للماده ١١٩ من قانون الإثبات لأى من الخصمين كما سنرى تفصيلا فى الكلام على هذه اليمين. على أنه مما تجدر ملاحظته كما تقدم القول أنه ليس من وظيفة القاضى أن يبين الخصوم حقوقهم وطرق إثباتها ، والخصم هو المكلف ببيان الواقعة التى يريد إثباتها وبتعيين دليله عليها وقد قررت محكمة النقض

---

(١) Testus unus testus nulius

(٢) وحق حكمة فى ذلك أمر جوازى متروك لتقديرها — انظر وقارن مجموعة المكتب الفنى ١٥ رقم ١٦٢ ص ١١٤٦

(٣) المرجع السابق رقم ١٨٥ ص ١٢٨٨

أن تحديد الخصم لأدلته تتحلل به المحكمة من تحرى ثبوت الدعوى عن طريق آخر وقالت إنه إذا كان دفع الخصم الدعوى بصورية العقد استناداً إلى عبارة صدرت من خصمه أمام المحكمة قد صيغ فى قوله إن تلك العبارة إن لم تكن كافية بذاتها لإثبات الصورية فإنها على الأقل تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة يخول إثبات الصورية بالبينة ، فإن تحديده لأدلته على هذه الصورة تتحلل به المحكمة من تحرى ثبوت الدعوى من طريق آخر ، فإذا هى عرضت للعبارة التى تمسك بها ولم تر فيها دليلا على الصورية ولا مبدأ ثبوت لها ثم رأت من جانبها أنه ليس هناك محل لإحالة الدعوى إلى التحقيق فلا يصح له أن ينعى عليها أنها خالفت القانون بزعم أنها لم تمكنه من إثبات دعواه بالبينة[1] .

وقررت محكمة النقض أيضا أنه ليس لمحكمة الموضوع أن تتناول فى بحثها الدعوى المطروحة أمامها إلا مؤسسة على الأسباب التى أقام عليها المدعى دعواه وليس لها أن تغير سبب الدعوى من تلقاء نفسها فإذا كان الأساس القانونى الذى بنى عليه المدعى دعواه هو الوكالة أو الفضالة فليس للمحكمة أن تغير ذلك الأساس من تلقاء نفسها وتبحث الدعوى على أساس استحقاق المدعى للتعويض مقابل ثمن المبانى التى أقامها على أرض المدعى عليه[2] .

٥١ مكرر — ويستفاد من ذلك أن دور القاضى فى الأدلة سلبى بمعنى أنه يستقبل الدليل عن الخصم ولا يقدمه له إذ أن مأموريته قاصرة على نظر الحق الذى يتمسك به الخصم فى الدعوى وعلى الأدلة التى يقدمها وأن يكون الإثبات بالدليل الذى أباحه القانون لإثبات ذلك الحق . أى أنه ليس من وظيفة القاضى أن يبين للخصم حقوقه وطرق إثباتها إنما الخصم هو المكلف ببيان الواقعة التى يريد إثباتها

---

(١) مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض جزء ٣ ص ٣٨٠ رقم ١٢٠ / ١ .
(٢) المجموعة الرسمية ٣٩ رقم ١٤٩ .

ويقدم الدليل القانونى عليها ، ولا يصح للقاضى أن يقدم له دليلا من عنده . على أن القانون قد أجاز له استثناء أن يوجه اليمين المتممة لأى من الخصمين من تلقاء نفسه ليبنى على ذلك حكمه فى الدعوى أو فى قيمة ما يحكم به بشرط أن لا يكون هناك دليل كامل ، وإلا تكون الدعوى خالية من أى دليل طبقا للمادة ١١٩ من قانون الإثبات (والمادة ٤١٥ الملغاة من القانون المدنى ، وسنرى ذلك تفصيلا فى الكلام على اليمين المتممة فى الجزء الثانى إن شاء الله) .

٥١ مكررا — هذا ولا يصح للقاضى أن يبنى حكمه على علمه الشخصى وقد تحدثت عن ذلك تفصيلا فيما سبق .

٥١ مكرر ب — وتقدير الأدلة التى تقدم من الخصوم من حق قاضى الموضوع بلا رقابة عليه من محكمة النقض متى كان استناده إليها سائغا متفقا مع مدلولها إلا أنه إذا أقيم الحكم على دليل غير جائز قانونا كما إذا بنى على شهادة شهود فيما يجب إثباته بالكتابة فإن محكمة النقض تنقض الحكم لمخالفة القانون . وسنرى ذلك تفصيلا عند الكلام على كل دليل .

٥٢ — علمنا مما تقدم أن الأدلة هى : الكتابة — شهادة الشهود — الإقرار — اليمين — القرائن — المعاينة .

ومما يصح اعتباره من الأدلة استجواب الخصم بمعرفة خصمه أو بمعرفة القاضى لأن ذلك قد يؤدى إلى الإقرار بحق المدعى به أو ببعضه .

ماينشأ عن عدم اتباع قواعد الإثبات ومراقبة محكمة النقض .

٥٢ مكرر — إنه وإن كان لقاضى الموضوع تقدير الدليل بلا معقب عليه من محكمة النقض مادام مايستند إليه من شأنه أن يؤدى عقلا إلى النتيجة التى انتهى إليها إلا أنه إذا لم يراع قواعد الإثبات التى وضعها القانون فخالفها أو أخطأ

فى تطبيقها أو فى تأويلها فإن حكمه يكون قابلا للنقض . فمثلا إذا استنتج القاضى استنتاجاً مقبولا عقلا صحة الدعوى من شهادة الشهود والقرائن حيث يجوز الإثبات قانوناً بالشهود والقرائن كان حكمه غير قابل للنقض . أما إذا أجاز الإثبات بالشهود والقرائن حيث يجب قانوناً الإثبات بالكتابة كان حكمه قابلا للنقض . وسنرى تطبيقات كثيرة لهذه القاعدة عند شرح الأدلة[1].

فالحكم بربا فاحش مثلا وإن بنى على كتابة أو شهادة شهود أو قرائن يكون مستوجباً النقض، وكذلك الحكم الذى يخالف قرينة قانونية قاطعة .

وكذلك يخضع قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض فى بيان من يجب أن يحمل عبء الإثبات من الخصوم ومن يكون عليه النفى . وكذلك فى كيفية تنقل عبء الإثبات ، ويخضع قاضى الموضوع أيضاً لرقابة محكمة النقض فى كون الواقعة محرم إثباتها قانوناً أولا أو هى فى حكم الثابت الذى لا يحتاج لإثبات أو ليست كذلك[2].

ويكون الحكم قابلا للنقض أيضاً إذا أخذت المحكمة بدليل أو تحقيق فى دعوى أخرى دون أن يضم إلى الدعوى أو دون أن يناقشه الخصوم إذا ضم[3].

ولا نتكلم الآن على كل دليل فى باب على حدة .

---

(١) وانظر تطبيقات أخرى كثيرة فى كتاب النقض فى المواد المدنية والتجارية للأستاذ حامد فهمى والدكتور محمد حامد فهمى ص ١٣٤ — ١٦٢ رقم ٣٨ — ٤٧ وص ٢١٣ رقم ٧٠ وص ٢٣٧ رقم ٧٨ . وانظر مجموعة المكتب الفنى ٨ رقم ٢٧ ص ٣٧٨ — ٢٧٩ ورقم ٧٤ ص ٦٥٣ — ٦٥٤ من كتاب الدكتور حامد فهمى ومحمد حامد فهمى إننا لاحظ ما قلناه فى النقرة ٤٧ مكرر من أن الخصوم يمكنهم أن يقبلوا جدل حمل الإثبات على أحدهم بدل الآخر .

(٢) المرجع السابق ص ١٣٠ رقم ٤٠ وهامشه .

(٣) قارن أوبرى جزء ١٢ ، ٧ : ٩ ص ٩٨ وأحكام النقض التى أشار إليها.

الباب الأول

الكتابة

٥٣ — القاعدة فى الإثبات فى المواد المدنية أن يكون بالكتابة إلا ما استثنى وهذا مفهوم من الفقرة الأولى من المادة ٦٠ من قانون الإثبات التى نصت على أنه « فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرين جنيها أو كان غير مقدر القيمة فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » ، ومن المادة ٦١ التى نصت على أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها (أ) فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل على دليل كتابى (ب) إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة (ج) إذا طالب أحد الخصوم فى الدعوى بما تزيد قيمته على عشرين جنيها ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة ، ومن المادة ٦٢ التى نصت على أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة ، ومن المادة ٦٣ التى نصت على أنه يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى (ا) إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الوصول إلى دليل كتابى (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه . وكانت المادة ٢١٥/٢٨٠ من القانون المدنى القديم تنص على أنه فى جميع المواد ماعدا التجارية إذا كان المدعى به عبارة عن نقود أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرش ديوانى أو غير متدرة القيمة فالأخصام الذين لم يكن لهم مانع منعهم عن الاستحصال على كتابة مثبتة للدين أو للبراءة لا يقبل منهم الإثبات بالبينة ولا بقرائن الأحوال — يلاحظ قبل

كل شيء أن عبارة جميع المواد الواردة فى أول هذه المادة كان يقصد بها جميع الارتباطات أو التصرفات القانونية الناشئة عن تعاقد أى التى تحصل بإرادة واتفاق الطرفين المتعاقدين كالبيع والشراء ، أو الناشئة عن إرادة منفردة كالنازل عن حق ارتفاق ، أما الحوادث المادية فتثبت بغير الكتابة لأنها بحسب طبيعتها لا يمكن أن تحصل بالكتابة ولو أخذت بتعهد مكتوب كالتعهد بعدم فعل شيء[1] كما إذا تعهد صاحب قطعة أرض فضاء لجاره بأنه عند بناء منزل عليها بترك خمسة أمتار بينه وبين جاره فضاء ثم بنى فى هذه المسافة فإن هذا الفعل يمكن إثباته بالمعاينة وشهادة الشهود ويلاحظ أيضاً أن عبارة (نقود أو أوراق) كان يقصد بها أى شيء له قيمة نقوداً كان أو أوراقاً أو غير ذلك كما هو ظاهر من النسخة الفرنسية من القانون[2] ومن عبارة (أو غير مقدرة القيمة) لأن النقود تكون دائماً مقدرة القيمة ، والأوراق تكون عادة كذلك وإلا فيكون الشارع قد أهمل كافة الأشياء التى يقع عليها النزاع عدا النقود والأوراق ، وهذا غير معقول . وقد قال الشارع الفرنسى فى المادة ١٣٤١ بجلاء تام « أى شيء » ويلاحظ كذلك أن كلمة دين كان يقصد بها أى تعهد[3] . وقد جاءت المادة ٦٠ من قانون الإثبات مقرة كل هذا كما تقدم وقالت صراحة فى الفقرة الأولى : 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 مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك . وكانت المادة ٤٠٢ من القانون المدنى القائم بمعنى المادة ٦٢ إثبات وكانت المادة ٤٠٣ من القانون المدنى القائم تنص أيضاً

---

(١) قارن نقض مجموعة القواعد القانونية جزء ٣ ص ٧٥ رقم ٣٤ .

(٢) التى استعملت كلمة valeurs أى كل شيء له قيمة وتطلق أيضا على الاوراق ذات القيمة كالسندات والأسهم.

(٣) راجع النسخة الفرنسية من القانون .

على جواز الإثبات بالبينة فى حالة فقد الدائن السند لسبب أجنبى لا يد له فيه ، أى بمعنى المادة ٦٣ إثبات سالفة الذكر .

٥٤ — نرى من تلك المود ٦٠ — ٦٣ إثبات أن الشارع قد جعل القاعدة فى الإثبات الكتابة إلا (أ) فى المواد التجارية لأنها تستدعى السرعة فى المعاملة[١] . مهما كانت القيمة (مع ملاحظة ماسيأتى عن الدفاتر التجارية) وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كان الحكم قد أثبت قيام الشركة بين شريكين للاتجار فى المصنوعات والأحجار الكريمة وأن أحدهم تسلم خاتماً ثمينا لاستبداله بآخر أكبر منه فإن هـذا الشريك يكون قد تسلم الخاتم بوصفه تاجراً لإجراء عمل تجارى ولا يكون الحكم قد خالف القانون إذا جاء الإثبات بالبينة وقرائن الأحوال[٢] (ب) إذا كانت القيمة ألفى قرشاً فأقل لأنها قيمة ضعيفة ، أما إذا كانت القيمة غير مقدرة فيجب الإثبات بالكتابة (ج) إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة (د) إذا منع مانع أدبى أو مادى من الحصول على كتابة . (هـ) إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه .

والوقائع المادية لا يمكن إثباتها بالكتابة بطبيعتها بل يصح تغليبها فى بعض الأحوال على الكتابة . وقد قررت محكمة النقض أن محكمة الموضوع بما لها من سلطة فى تقدير الأدلة إذا أخذت بشهادة الشهود فى ثبوت وضع يد المشترى ورجحتها على المستندات المقدمة ممن يطعن فى عقد الشراء فلا رقابة لمحكمة النقض عليها[٣] وقد زاد القانون المدنى القديم على ذلك حالة وجود سند الدين تحت يد المدين فإنه اعتبر ذلك قرينة على التخالص تغنى عن مخالصة كتابية إلا إذا أثبت

---

(١) وبعض المواد التجارية يجب إثباتها بالكتابة لأهميتها .

(٢) مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ص ٧٣٢ والسنة ١٣ ص ٧٥٤ ومجموعة الربع قرن ص ٤٣ القواعد ١٢٨ ، ١٢٩ ، ١٣٠

(٣) مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ص ٩٠٣ ، ٧ ١٧ والسنة ١٧ ص ١٤٠٩ ومجموعه الربع قرن ص ٢٩ ، ٣٠ القاعدتان ١١٠ ، ١١٦ .

المدين بأى دليل أن ذلك كان لسبب آخر غير التخلص (المادة ٢١٩ و ٢٢٠/٢٨٤ و ٢٨٥ كما نص فى المادة ٢٢١/٢٨٦) على أن الشروع فى الوفاء يصح أن يكون عنـــد الاقتضاء سبباً للقاضى فى أن يأذن بالإثبات بالبينة ، كما نص فى المادة ٢٢٢/٢٨٧ على أن دفع الفوائد يسمح بإثبات أصل الدين بغير كتابة . وسأتكلم عن هذه الأحوال الثلاث وعن عدم إيراد القانون المدنى القائم وقانون الإثبات لها.

هذا وسنرى أحوالا أخرى يجيز فيها الشارع فى قانون الإثبات وفى القانون المدنى الحالى والقديم الإثبات بغير الكتابة أو يوجب إثباتها بالكتابة إطلاقاً عند الكلام على أدلة الثبوت تفصيلا ، ويوجب فى بعض الأحوال أن تكون الكتابة رسمية .

٥٥ — ولقد أحسن الشارع فى جعل القاعدة فى الإثبات الكتابة ، إلا ما استثناه لأسباب معقولة ، أو لتعذر الحصول على كتابة ، وذلك للعيوب التى تعترى شهادة الشهود من محاباة وانتقام ورشوة وفساد ذمة وكذب ومبالغة ، أو مجرد خطأ أو نسيان أو عدم دقة الملاحظة أو اشتغال الذهن بأمر آخر[1]. وكثيراً

---

(١) وقد جاء فى مجموعه الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٩٥ : وليس يقتصر الأمر فى توجيه تقييد الاثبات بالبينة على خطر إغراء الشهود والادلاء بالشهادة زورا بل هو يجاوز ذلك بوجـــه خاص إلى ما يقع من أخطاء الشهود بسبب ماقد 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 لايعتبر أهم خطر يعرض بشأن الاثبات بالبينة وإنما يتمثل هذا الخطر فى انتفاء ضمانات فعلية لاحيلة للقانون فيها . فقد أسفرت أحدث الدراسات النفسية كما أسفرت تجارب القضاء عن تناقض أقوال من يسمعون من الشهود فى يوم وقوع الحادث ، مع القطع بتوافر حسن النية فيهم . فأى ضمان يكفل صحة الشهادة ودقتها إذا سمع الشهود بعد ذلك بعشر سنوات أو أكثر وأنى لذى الشأن ببقاء الشهود على قيد الحياة وإلمامه بمصائرهم، إذا قدر إجراء التحقيق بعد زمن طويل ؟ والحق أن ما يعتوو الشأن من المحررات عند إنشاء التصرف =

ما تختلف أقوال الشهود عن حادثة واحدة عقب حدوثها ولو أنهم لا يقصدون إلا قول الحق فما بالك إذا مضى على الحادثة وقت طويل كما هى الحال فى الدعاوى، ويلاحظ القضاة ذلك كثيراً كما أثبته علم النفس[١] ولا يخفى أن القرائن أضعف من شهادة الشهود لأنها أدلة غير مباشرة يستنتج بها الحق استنتاجاً . وما أكثر خطأ المرء فى استنتاجاته كما سبق أن قلت .

ولا يخفى أيضاً أن الكتابة تحصل فى وقت لا نزاع فيه ، تقرر فيه الحقائق على طبيعتها[٢] ، فعند تقديمها للقضاء تنطق بتلك الحقائق التى سبق إثباتها بدون غرض أو تحيز أو خطأ أو نسيان الخ .. كالشهود الذين يسمعون عند النزاع . ولذلك يتقيد القاضى بالكتابة مالم يثبت أنها مزورة أو يثبت عكسها بالكتابة كذلك . أما شهادة الشهود والقرائن فإن للقاضى مطلق الحرية فى تقديرها تقديراً سائغاً ، وقد قررت محكمة النقض أن تقدير أقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه وجدان قاضى الموضوع ولا سلطان عليه فى ذلك إلا أن يخرج بها عما يؤدى إليه مدلولها[٣] .

حتى فى الأحوال الجائز فيها الإثبات بغير الكتابة يحسن كثيراً أن يكون التعاقد بالكتابة إن أمكنت ، وكلما كان العقد جلياً صريحاً دقيقاً مفصلا كلما كان قريباً من الإقرار القضائى يأخذ به القاضى .

= القانونى كفيل بتحاشى هذه الأخطار جميعها، فإذا قرن ذلك بشيوع انعقاد التصرفات بالكتابة، وبأصل الاطمئنان إليها فى تقاليد العمل والتشريع ظهر وجه الإبقاء على تقييد الإثبات بالبينة ولإيثار الكتابة .

(١) انظر الهامش السابق .

(٢) وقد سماها الفرنسيون كما سبق أن قلت Preuve Preconstiuée أى الدليل المتخذ أو الموجود مقدما .

(٣) مجموعة المكتب الفنى س ٢٠ ص ١٥٢٧ ، ١٦٠٧، ١٦٤٩ و س ١٥ ص ٤٣ ، ٢٨٩ ، ٣٩٥ .

إلا أنه قد يلاحظ أن الكتابه عرضة للتزوير ؛ كما أن الشاهد عرضة لفساد الذمة والكذب والخطأ الخ ، ولكن عيب التزوير كشفه أسهل من كشف عيوب شهادة الشهود . وقد بين قانون المرافعات الإجراءات اللازمة لكشفه وأباح الطعن فى الورقة بالتزوير أو بمجرد إنكار توقيعها — على أن إباحة التوقيع بالختم عندنا بسبب تفشى الأمية مع الأسف الشديد مما يشجع على نوع سهل من التزوير إذ الأمى قد يخدع فى محتويات العقد ثم إن الختم بطبيعته قابل للانفصال عن صاحبه وخصوصاً إذا كان قليل الاحتياط . وعند الوفاة وبعدها يستطيع بعض الأقارب أو غيرهم الحصول عليه دون كبير عناء .

٥٦ — وقد اتبعت معظم الشرائع قاعدة فى الإثبات الكتابة ، وأمر بذلك القرآن الكريم (يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب وليملل الذى عليه الحق وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيئاً فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء إن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى ولا يأب الشهداء إذا مادعوا ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى أن لا ترتابوا إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شىء عليم وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى أؤتمن أمانته وليتق الله ربه ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه والله بما تعملون عليم) .

وقال القرطبي[1] عن قوله تعالى .. « ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً إلى أجله » أن هذا النهى عن السآمة إنما جيء لتردد المداينة عندهم فخيف عليهم أن يملوا الكتب ويقول أحدهم هذا قليل لايحتاج إلى كتبة فأكد تعالى التخصيص والتحصين فى القليل والكثير . وقال القرطبي أيضاً عن قوله تعالى « ذلكم أقسط عند الله وأقوم للشهادة وأدنى أن لاترتابوا » يعنى أن يكتب القليل والكثير ويشهد عليه « وأقوم للشهادة » أى أصح وأحفظ « وأدنى » معناه أقرب « وترتابوا » تشكوا، وقال علماؤنا إلا ما كان قيراط ونحوه لنزارته وعدم التشوف إليه إقراراً أو إنكاراً . وجاء فى القرطبى كذلك عن قوله تعالى « وليكتب بينكم كاتب بالعدل » . قال عطا وغيره ، واجب على الكاتب أن يكتب (كما هى الحال فى الموثق الآن) وقال الشعبي ، ذلك إذا لم يوجد كاتب غيره . وقال الحسن ذلك واجب عليه فى الموضع أو الجهة أو المكان الذى لايقدر عليه كاتب غيره فيضر صاحب الدين إن امتنع . وقوله تعالى « بالعدل » أى بالحق المعد له أى لا يكتب لصاحب الحق أكثر مما قال ولا أقل، وقال « بينكم » ولم يقل أحدكم لأنه لما كان الذى له الدين يتهم بالكتابة الذى عليه الدين وكذلك العكس شرع الله كاتباً غيرهما لايكون فى قلبه ولا قلمه موادة لأحدهما على الآخر وقال مالك رحمه الله ـ لايكتب الوثائق بين الناس ، إلا عارف بها ، عدل فى نفسه ، مأمون . وقوله تعالى « ولا يأب كاتب أن يكتب » نهى الله الكاتب عن الإباء .

ظاهر من ذلك أن العلماء قد جعلوا الآية الكريمة قاصرة على حالة واحدة وهى حالة ما إذا كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر فى الذمة نسيئة ، وقولهم أن العين عند العرب ما كان حاضراً والدين ما كان غائباً ، وأن الله تعالى قد بين

---

(١) جزء ٣ ص ٤٧٦ وما بعدها حيث تجد تفصيلات ممتعة فى تفسير الآية الكريمة .

هذا المعنى بقوله « إلى أجل مسمى » أى أن السلم إلى الأجل المجهول غير جائز كما تقدم ، وأنه ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم المدينة وهم يستلفون فى الثمار السنة والسنتين والثلاث فقال « من أسلف فى ثمر فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » . ماجاء فيما تقدم تأييداً لتلك الحالة ـ هذا كله مع أن الآية الكريمة مطلقة غير مقيدة بأى قيد وإنها تشمل جميع أنواع المداينات بدليل أن الخطاب موجه للكافة « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين » والتداين فيه معنى التقابل ، فالمداينة كما قد تكون فقط لطرف على الطرف الآخر كذلك قد تكون متبادلة بين الطرفين كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار الخ ..وإذا كان إثنان قد تعاقدا على أن يبيع أحدهما للآخر ثمار نخلة بسعر معين للقدح يدفعه المشترى عند تسلمه للثمر ، ألا يكون البائع مديناً بالثمر والمشترى مديناً بالثمن . يؤخذ من ذلك أنه لا يمكن القول بقصر الآية على حالة واحدة وهى حالة ما إذا كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر فى الذمة نسيئة استناداً إلى قوله تعالى « إلى أجل مسمى » واستناداً إلى قوله صلى الله عليه وسلم « من أسلف فليسلف فى كيل معلوم » والظاهر أن العلماء قالوا بما قالوا متأثرين بحالة واحدة كانت سائدة فى زمنهم وهى حالة ما إذا كان احد العوضين نقداً مقبوضاً والآخر مؤجلا.

وقيل أيضاً إن الفقهاء قد اختلفوا فيما إذا كانت الكتابة واجبة . فقال بعضهم بالوجوب ، وهذا مذهب عطا وابن جريج والنخعى واختاره محمد بن جرير الطبرى وقيل الأمر محمول على الندب والاستحسان فإن ترك فلا بأس ، وهذا قول جمهور العلماء استناداً على قوله تعالى « وأشهدوا إذا تبايعتم »[1] ولكن يجب أن يلاحظ أن الكتابة وردت بصيغة الأمر « ياأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه الخ » أما عبارة « وأشهدوا إذا تبايعتم » . فقد وردت بعد

---

(١) راجع تفسير لباب التأويل فى معانى التنزيل للخازن ، المطبعة الخيرية بمصر جزء أول ص ٢١٣ وما بعدها .

«إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها» مما يعتبر أن الشهادة مقصورة على الأحوال التجارية . وقال القرطبي أن الله أمرنا بالكتابة لكي لا ننسى وإن بعض الناس ذهبوا إلى أن كتب الديون واجب على أربابها فرض بهذه الآية الكريمة بيعاً كان أو قرضاً وهو ما اختاره الطبرى .

ويجب أن لا ننس أن أولئك العلماء الذين قالوا بالندب والاستحسان فقط قد أثرت عليهم حسن ذمة الناس فى عهدهم وتدينهم شهوداً كانوا أو متعاقدين وكان ذلك العهد قريباً من قوله عليه الصلاة والسلام (الدين المعاملة) وهذا أبلغ ما يمكن أن يقال للحض على الصدق والإخلاص والوفاء فى المعاملة ، وجرى العمل على ذلك فى الشريعة الإسلامية ، ولليمين فيهما أهمية عظمى . ولكن فى المدة الأخيرة بدأ الشارع فى لائحة المحاكم الشرعية بمراعاة وجوب الإثبات بالكتابة وقد حتمها فى المسائل الهامة كالوصية والزواج والطلاق فضلا عن الوقف[1] .

٥٦ مكرر — ولقد طبقت إحدى محاكم الدول الأجنبية هذه القاعدة (أى أن الأصل فى الإثبات أن يكون بالكتابة) تطبيقاً حكيما ولو أنه قد يبدو ضيقاً فقد قررت محكمة بروكسل فى ١٨ من ديسمبر سنة ١٨٢٨ أن الشارع أباح الإثبات بالشهود فى بعض الأحوال لإحلال ذلك محل الكتابة فإذا قرر الطرفان بأن هناك عقداً تحرر بموضوع الاتفاق لا يصح إثبات هذا الاتفاق بالشهود ولو كانت قيمة العقد أقل من ١٥٠ فرنكا (عشرة جنيهات فأقل عندنا)[2] . اللهم إلا إذا ثبت ضياع العقد بقوة قاهرة كما هى القاعدة فى جميع العقود المكتوبة ولو زادت القيمة على عشرين جنيهاً كما سنرى فيما بعد . فيجوز الإثبات هنا بالشهود من باب أولى .

---

(١) راجع المواد ٩٨ و ٩٩ و ١٣٧ من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ .

(٢) راجع تعليقات داللوز على المادة ١٣٤١ رقم ١٧٢ Dalloz codes annotés .

قيمة الشيء المتنازع عليه :

٥٧ — تقدم أن الإثبات يجب أن يكون بالكتابة إذا كانت قيمة الشيء المتنازع عليه أكثر من عشرين جنيها [1] . هذا والعبرة بالقيمة وقت حصول التعاقد لا وقت تنفيذه ، لأن الكتابة تكون فى ذلك الوقت أى وقت حصول العقد حيث يجب أو لا يجب تحرير سند كتابى . وكانت المادة ٤٠٠ فقرة ثانية الملغاة من القانون المدنى تنص صراحة على أن الالتزام يقدر باعتبار قيمته وقت صدور التصرف .

ويلاحظ أنه جاء فى المادة ٢١٥/٢٨٠ من القانون المدنى السابق : (إذا كان المدعى به عبارة عن نقود أو أوراق تزيد قيمتها عن ألف قرش) ويفهم من ظاهر هذه العبارة أن العبرة لا بالقيمة وقت التعاقد ، ولا وقت وجوب التنفيذ ، وإنما وقت رفع الدعوى . وهذا غير معقول مطلقاً لأن القاعدة وضعت لملاحظتها وقت التعاقد ، ولا يمكن أن يكون الأمر غير ذلك ، إذ لا يستطيع الناس التنبؤ بما عساه أن يحصل من ارتفاع أو انخفاض فى قيم الأشياء التى يتعاقدون عليها . فإذا تعاقد شخص مع آخر على شيء قيمته عشرة جنيهات أو أقل بغير كتابة ، فله الحق قانوناً فى ذلك ، فإذا ارتفعت قيمة الشيء بعد ذلك وألزمناه بالإثبات بالكتابة فقد أضررنا به بسبب استعمال حق خوله إياه القانون وبسبب أمر لا دخل له فيه.

والشارع السابق نفسه فى المادة عينها يعزز هذا التفسير إذ قال (إن لم يكن لهم

---

(١) وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٩٧ على المادة ٤٠٠ أن التقنين الفرنسى حدد هذه القيمة أولا بمائة وخمسين فرنكا وكذلك القانون البلجيكى ، ثم رفعت فى فرنسا إلى ٥٠٠ فرنك سنة ٢٥ وفى بلجيكا إلى ٢٠٠٠ فرنك سنة ٣٨ وفى إيطاليا رفعت من ٥٠٠ ليرة إلى ٢٠٠٠ سنة ٢٢ وجعلها المشروع الفرنسى الإيطالى ٢٠٠٠ ليرة أو فرنك .

مانع منعهم عن الاستحصال على كتابة)والكتابة تكون وقت التعاقد لا وقت رفع الدعوى ، وكذلك المانع .

والنسخة الفرنسيه من القانون السابق لم تسىء التعبير إلى هذا الحد بل قالت (إذا كان الأمر يتعلق بما قيمته أكثر من ألف قرش) .

أما القانون الفرنسى فأوضح إذ نص فى المادة ١٣٤١ بما يأتى : يجب تحرير عقد رسمى أو عرفى متى زادت القيمة عن مائة وخمسين فرنكا الخ ولا شك أن المقصود بذلك القيمة وقت تحرير العقد(١) .

وجاء قانوننا المدنى واضحاً كل الوضوح إذ قال كما تقدم فى الفقرة الثانية من المادة ٤٠٠ الملغاة « ويعتبر الالتزام باعتبار قيمته وقت التصرف » ثم جاءت المادة ٦٠ من قانون الإثبات ونصت بمثل ذلك تماماً .

٥٨ — وهذه القاعدة كما تتمشى فى حالة الزيادة تتمشى فى حالة النقص أيضاً وقد تقدم أنه إذا كانت القيمة وقت حصول التعاقد عشرين جنيهاً أو أقل يجوز الإثبات بالشهود ولو ارتفعت القيمة بعد ذلك لأن القانون لم يخالف وقت التعاقد . وإذا كانت القيمة وقت التعاقد أكثر من عشرين جنيها ولم يكتب سند أو عقد فقد خولف القانون ، فإذا نزلت قيمة الشىء بعد ذلك ، فلا يصح الإثبات بالشهود إذ لا يصح للمرء أن يستفيد بسبب مخالفته للقانون وبسبب النقص الطارىء بعد التعاقد .

ويترتب على ذلك أيضاً أنه إذا كانت قيمة الدين ٣٠ جنيهاً مثلا ووفى المدين منها عشرة قبل رفع الدعوى لا يمكن للدائن أن يثبت اشتغال ذمة المدين بالعشرين

---

(١) تعليقات دالوز على المادة ١٣٤١ رقم ١٥٤ و ١٠٥ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٣٠

الأخرى إلا بتقديم دليل كتابى ، وكذلك إذا استحق من الدين عشرون جنيها فقط . إذ لا يصح أن يستفيد الدائن من مخالفته للقانون وقت التعاقد وتقصيره فى أخذ كتابة بالدين ومن وفاء المدين لجزء منه[1] أو من تقسيط الدين أيضاً عندما يطالب الدائن المدين بقسط لا تتجاوز قيمته عشرين جنيها .

وقد أحسن القانون المدنى القائم إذ قال صراحة كما تقوم القول فى المادة ٤٠١ (ب) الملغاه إنه لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . ثم نصت المادة ٦١ من قانون الإثبات بمثل ذلك تماما .

٥٨ مكرر — يصح إذاً أن نقرر ما يأتى :

العبرة بقيمة العقد وقت التعاقد ؛ فإذا زادت أو نقصت أو وُفى أو نفذ جزء منه ، فإن هذا لا يؤثر على وجوب أو عدم وجوب تقديم دليل كتابى .

٥٩ — قالت المادة ٦٠ إثبات (٤٠٠ فقرة ثانية الملغاة من القانون المدنى) ويجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الإلتزام على عشرين جنيها لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل .

وقد جاء هذا النص مطلقاً لم يفرق بين حالة ما إذا كانت الفوائد والملحقات معروفة من وقت التعاقد وحالة ما إذا كانت غير معروفة ، فيسرى على الحالتين ولم يكن لهذا النص نظير فى القانون المدنى السابق وأرى أن هذا النص المستحدث استثناء لا مبرر له من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة فيما يتعلق بحالة ما إذا كانت قيمة الفوائد أو الملحقات معروفة من وقت التعاقد وأنه بإضافتها إلى الأصل تزيد

---

(١) والمادة ١٣٤٤ من القانون المدنى الفرنسى قد نصت صراحة على ذلك أى على عدم جواز الأثبات بالبينة

القيمة على عشرين جنيها ..وقد سبق أن قلت إن العلة فى عدم تأثير الزيادة التى تطرأ بعد العقد أنه لا يمكن التنبؤ بها ، ولكن إذا عرفت كالفوائد المتفق عليها وجب اعتبارها أنها جزء مما حصل الاتفاق عليه. فمثلا أقرض شخص آخر عشرين جنيها أو أقل بفائدة قدرها ٥٪ سنوياً ، بعد سنوات ثلاث يصير المبلغ أكثر من عشرين جنيها ، يجب إثباته بالكتابة . وقد نص على ذلك الشارع الفرنسى صراحة فى المادة ١٣٤٢ من القانون المدنى . وقد انتقد بعض الشراح هذا النص[١] بحجة أنه لا يمكن للدائن أن يعرف ما إذا كان المدين سيتأخر فى دفع الفوائد أم لا . ولكن لا يخفى أنه من السهل عليه أن يطالب بالدين قبل أن يزيد بالفوائد على عشرين جنيها أو يحصل على كتابة[٢] هذا إذا كان الدين تحت الطلب أو لميعاد سنة أو سنتين لا يزيد بعدهما مع الفوائد على عشرين جنيها أما إذا كان الدين لمدة ثلاث سنوات أو أكثر يصير بعدها أكثر من عشرين جنيها ، فلا عذر للدائن فى عدم تحرير سند كتابى وقت القرض . ولا يصح للدائن تبعاً لذلك أن يهرب من وجوب الإثبات بالكتابة بالمطالبة بالدين فقط دون الفائدة ولا بالفائدة فقط دون الدين[٣] ويرى البعض[٤] أن الدائن لا يمكنه الإثبات إلا بالكتابة ولو كانت الفوائد قد دفعت قبل رفع الدعوى وذلك حتى فى الحالة الأولى أى حالة ما إذ كان الدين تحت الطلب أو ميعاد وفائه سنة أو سنتين بحيث لا يزيد مع الفوائد على عشرين جنيها . ولكنى أرى أنه إذا كان المدين فى هذه الحالة يدفع الفوائد قبل صيرورة المبلغ معها أكثر من عشرين جنيها يكون للدائن الإثبات بالشهود والقرائن ، لأن الدين فى الأصل مع فوائده

---

(١) راجع بلانيول الموجز جزء ٢ تعليقا على رقم ١١٢٨ فى الهامش ـ الطبعة الخامسة ص ٣٧٩ ودى هلتس رقم ٢٥ على الاثبات ص ٤٣٨ .

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٥٤١ وأوبرى جزء ١٢ §٧٦٢ ص ٣٢١ الهامش رقم ٢٨

(٣) بودرى تعهدات رقم ٣٥٤١ .

(٤) المرجع السابق

عن تلك المدة المتفق عليها لا يزيد على عشرين جنيها ، ومما يعزز ذلك أن نفس ذلك البعض يرى أن الدائن يمكنه أن يثبت الدين بشهادة الشهود والقرائن إذا رفع الدعوى قبل أن تبلغ الفوائد مع الأصل أكثر من ذلك[1] .

ومما لا يصح أن يكون موضع خلاف أن الفوائد التى تستحق بعد رفع الدعوى لا تؤثر مهما بلغت[2] .

وينبنى أيضاً على ما تقدم أن الشرط الجزائى المعين المقدار المشروط من أجل التأخير فى الوفاء يجب احتسابه مع قيمة العقد . فمثلا تعهد شخص بأن يسلم آخر قطناً قيمته عشرين جنيها أو أقل فى ظرف شهر ، وفى حالة التأخير يدفع له خمسة قروش يومياً ، يجب أن يكون هذا التعهد بالكتابة إذا بلغت قيمة العقد مع الشرط الجزائى أكثر من عشرين جنيها[3] ولكن لا يصح احتساب تعويض الضرر الناشىء عن التأخير فى الوفاء غير المتفق عليه بشرط جزائى[4] . وليس هناك تناقض بين الحالتين كما يرى البعض[5] لأن الشرط الجزائى المعين المحدد يمكن ضمه بعملية جمع بسيطة ، وقد شمله الاتفاق مع موضوع العقد وصار به العقد عقداً مركباً ، أما التعويض غير المتفق عليه بشرط جزائى فلم يشمله الاتفاق ، فضلا عن أنه غير معروف وقت العقد ، وهو خاضع لظروف مختلفة (وقد لا يحصل ضرر إطلاقاً) ، ولا يصح أن يستفيد المدين من تقصيره

---

(١) نفس المرجع .

(٢) أوبرى جزء ١٢ § ٧٦٢ ص ٣٢١ الهامش ٢٧ وتعليقات داللوز على المادة ١٣٤٢ رقم ٤ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٤٣ .

(٣) دمولومب جزء ٣٠ رقم ٤٠ رقم ٤٠ وهيك جزء ٨ رقم ٢٨٣ Huc ولوران جزء ١٩ رقم ٤٥٥ Laurent وأوبرى جزء ١٢ § ٧٦٢ ص ٣٢١ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٤٤ وتعليقات داللوز على المادة ١٣٤٢ رقم ٩ .

(٤) بودرى تعهدات رقم ٢٥٤٤ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٦٢ ص ٣٢١ .

(٥) بلانيول الموجز جزء ٢ تعليقا على رقم ١١٢٨ فى الهامش الطبعة الخامسة ص ٣٧٩ .

الذى لم يتوقعه الدائن فلم يشترط تعويضاً جزائياً من أجله ، والتقصير يصح إثباته بكافة طرق الإثبات[١] . أما الشرط الجزائى المتفق عليه نظير عدم القيام بالتعهد أو عدم تنفيذه (لا لمجرد التأخير فى الوفاء) لا يصح إضافته على قيمة التعهد ، لأنه ليس ملحقاً له . والعبرة به أو بقيمة التعهد لأن المتعهد له لا يستطيع للطالبة إلا بأحدهما[٢] فإذا كان أحدهما أكثر من عشرين جنيها لا يصح إثباته إلا بالكتابة . ويجب ألا ننسى دائماً أن القاعدة الأساسية فى الإثبات هى أن يكون بالكتابة إلا فى أحوال استثنائية ذكرها القانون .

وإنما من الجائز أن يحتج بالمادة ٢٨/٣٠ من قانون المرافعات القديم التى نصت على أن الدعاوى تقدر باعتبار قيمة الطلب ولا يضاف إلى هذه القيمة مايكون مستحقاً قبل رفع الدعوى من الخسائر وللمصاريف وغيرها من الملحقات . ولكن يجب أن يلاحظ أن هذه المادة وضعت فى قانون المرافعات من أجل الاختصاص والاستئناف لا لأجل تحديد طرق الإثبات .

ومع ذلك فقد خالف قانون المرافعات الجديد حكم هذه المادة إذ نصت المادة ٣٦ منه على أنه « تقدر قيمة الدعوى باعتبارها يوم رفع الدعوى ويدخل فى التقدير ما يكون مستحقاً يومئذ من الفوائد والتعويضات والمصاريف وغيرها من الملحقات المقدرة القيمة . وكذا طلب ما يستجد من الأجرة بعد رفع الدعوى إلى يوم الحكم فيها » .

وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جزء ٣ ص ٣٩٩ عن المادة ٤٠٠ التى جاءت مثلها ٦٠ إثبات أنه غنى عن البيان أن النص الوارد فى

---

(١) أنظر بودرى تعهدات رقم ٢٥٤٤ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٦٢ ص ٣٢٢ هامش ٣٠ وبونييه الجزء الأول رقم ١٦٠ Bonnier .

(٢) داللوز الأبجدى تحت لفظة تعهدات رقم ٤٦٨٦ Dalloz Répértoire .

المشروع يعتبر أدنى إلى العقل والمنطق لأن تقدير وجوب الحصول على دليل كتابى مهيأ ينبغى أن يناط بقيمة التصرف عند انعقاده .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية المذكورة أيضاً أن التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى والتقنين الهولندى تقرر جميعاً وجوب إضافة الفوائد إلى أصل الدين عند تقدير قيمة النزاع بينما ينص المشروع الفرنسى الإيطالى على جواز الإثبات بالبينة حيث لاتجاوز هذه القيمة نصاب الشهادة إلا من جراء إضافة الفوائد .

٦٠ — أما إذا كانت الملحقات لا يمكن تحديدها وقت التعاقد فالعبرة على أى حال بقيمة الأصل[1] كما هى الحال فى الضرر الذى ينشأ عن عدم تنفيذ عقد ، وفى الشركة المدنية إذا كان رأس مالها لا يزيد عن عشرين جنيها ، تحت أحكام القانون المدنى السابق حيث كانت الشركات المدنية خاضعة للقواعد العامة ، فإنه يسوغ للشريك أن يثبت قيام الشركة أو نصيبه فى الربح بشهادة الشهود ولو كان أكثر من عشرين جنيهاً . والآن فيجب إثبات كل شركة عقدت بعد العمل بالقانون المدنى الحالى بالكتابة مهما كانت القيمة أى ولو كانت عشرين جنيها أو أقل وإلا كان العقد باطلا . وهذا طبقاً للمادة ٥٠٧ التى نصت على أنه « يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلا ، وكذلك يكون باطلا كل مايدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى أفرغ فيه العقد الخ » إنما يلاحظ أنه يندر أن تعقد شركة قيمتها عشرة جنيهات أو أقل .

٦١ — وتطبيقاً لذلك رأى بعضهم[2] أنه إذا اشترك جماعة فى شراء ورقة

---

(١) لاروميير على المادة ١٣٤١ رقم ١٥ ودمولومب جزء ٣٠ رقم ٣٥ وبونييه جزء أول رقم ١٦٤ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٦٢ ص ٣١٩ — ٣٢٠ وهو يشير إلى برافار فى القانون التجارى (موجز) ص ٤٣ و ٤٤ Bravard وتربلنج Troplong فى الشركة جزء أول رقم ٢٠٢ وراجع أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٤٣١ وهو يشير إلى كلميه دى سانتير جزء ٥ رقم ٣١٥ Colin et de Santerre V. 315 bis XIII وراجع أيضا تعليقات دالوز على المادة ١٣٤١ رقم ١٥٨ و ١٥٩ وعلى المادة ١٣٤٤ رقم ١٤ و ١٥ .

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٥٣١ وقارن المرجع التالى .

نصيب فى عهد القانون المدنى السابق لا تزيد قيمتها على عشرة جنيهات وكسبت، يصح لكل شريك إثبات ذلك بشهادة الشهود مهما بلغ نصيبه من الربح ولكن ليس من المكن الموافقة على ذلك ، لأنه إذا كانت الورقة من الأوراق التى لا تكون لها قيمة بعد السحب ولم يكن الغرض من شرائها إلا مجرد الكسب، كان المبلغ المؤمل اكتسابه هو موضوع العقد إذ لا يبقى هناك أصل له قيمة يصح اعتبار الكسب ملحقاً له . فإذا كان معروفاً وقت الاشتراك أن الكسب يزيد على عشرة جنيهات كانت قيمة العقد كذلك ، وإلا كان لا قيمة له بالمرة ، لأن الورقة عند السحب إما أن تكسب المبلغ المؤمل اكتسابه ، وإما أن تصبح ولا قيمة لها مطلقاً . وحتى (تحت حكم القانون المدنى السابق) إذا اعتبرت الورقة أصلا فالملحق المؤمل معروف من وقت التقاضى بأنه يزيد على عشرة جنيهات . وقد تقدم القول بأن الملحقات المعروفة من وقت التعاقد تحتسب على أن الغرض من العقد هنا هو موضوعه أى المبلغ المؤمل اكتسابه بما أن الورقة فى ذاتها لا قيمة لها فيما عدا ذلك كما سبقت الإشارة . وهذا بخلاف قيم الشركات الأخرى، فمثلا إذا اشترك فلاحان فى ماشية للافادة من نتاجها ولبنها وسمنها فإن الماشية هنا فى ذاتها لها قيمتها يصح اعتبارها أصلا والنتاج واللبن والسمن ملحقات ، أما ورقة النصيب لا يصح اعتبارها أصلا بمعنى الكلمة كما تقدم القول بما أن قيمتها محصورة فى المبلغ المؤمل اكتسابه . لنفرض أن شخصاً ساعده الحظ واكتسب بضعة آلاف من الجنيهات بورقة من هذا النوع اشتريت فى عهد القانون السابق ، فمن الصعب أن نسمح لآخر بأن يأتى بشاهد أو شاهدين على أنه شريكه فى هذه الورقة . وقد رأينا عيوب شهادة الشهود وخطرها . وكلما زاد المبلغ كلما اشتد الخطر خصوصاً وأن المبلغ كسب حظ لا كسب كد وتعب . لذلك أرى أنه يجب إثبات الشركة فى مثل هذه الأحوال بالكتابة .

وقد قررت محكمة النقض فى ذلك أنه إذا كان المتعاقدون قد رموا باتفاقهم

إلى غرض معين وتحقق هذا الغرض ثم تنازعوا بعد ذلك على الاتفاق ذاته من حيث وجوده فإن العبرة فى تقدير قيمة النزاع فى صدد تطبيق قواعد الإثبات تكون بقيمة ذلك الغرض، ولو كانت قيمة ما ساهم به المتعاقدون جميعهم مما يجوز فيه الإثبات بالبينة[1].

---

(١) انظر مجموع الـ ٢٥ عاما إثبات ٧٦، ومجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض جزء ٣ ص ٤٠٢ رقم ١٣٤ والمحاماة ٢٣ ص ٧٠ وكان موضوع الدعوى أنه حصل أن أعلنت جمعية المواساة بالاسكندرية عن عملية نصيب طرحت فيها عمارة لتكون من نصيب صاحب الرقم الأول. وبعد أن أسفر السحب عن هذا الرقم الرابح للعمارة ادعى شخص أنه اشترك مع حامل الورقة التى تحمل هذا الرقم فى شرائها ورفع عليه دعوى ليحكم له باستحقاقه لنصف العمارة وطلب إحالة الدعوى على التحقيق ليثبت الشركة بشهادة الشهود والمحكمة الابتدائية رفضت هذا الطلب. ولكن محكمة الاستئناف قبلته وقضت بإحالة الدعوى على التحقيق ومحكمة النقض نقضت حكم محكمة الاستئناف وقالت « وحيث أن مما يجب ملاحظته أولا أنه إذا رمى المتعاقدون فى اتفاق إلى غرض معين تحقق فيما بعد ثم تنازعوا فى الاتفاق فى ذاته من حيث وجوده كانت العبرة فى تقدير موضوع النزاع لتطبيق قواعد الاثبات بقيمة ذلك الغرض الذى تحقق ولو ادعى الخصم أن قيمة ما ساهم به المتعاقدون جميعا فى سبيل ذلك هو من النصاب الجائز إثباته بالبينة. وحيث أن المستفاد من أوراق الدعوى أن مارمت اليه جمعية المواساة فى إصدارها ورق النصيب الذى كان منه الورقة التى ربحت العمارة هو على منوال ما ترمى إليه الجهات الخيرية بوجه عام من إصدارها أوراق النصيب طبقا للقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٠٥ وهو ينحصر فى غرضين (أولهما) استفادة هذه الجهات من جزء من المبالغ المتجمعة لانفاقها فى أوجه نافعة (وثانيهما) فوز بعض مشترى هذه الأوراق بالجوائز المدونة بها حثا لهم على شرائها وتشجيعا لهم على اقتنائها بثمن بخس بأمل الفوز بإحدى الجوائز ومؤدى هذه العملية أن كل مشتر لورقة أو أكثر يساهم بجزء ضئيل بنسبة ما اشتراه فى الأعمال الخيرية للجهات المرخص لها باصدار ورقة النصيب كما يساهم فى الأوراق التى تربحها الأرقام المسحوبة. وبهذا الوضع تكون الجائزة عبارة عن مساهمة من صاحب الورقة نفسه ببعض ما دفعه ثمنا لشرائها وبعض ما دفعه غيره من الذين اقتنوا ورقة النصيب وارتضوا من بادىء الأمر أن يجعلوا هذه المساهمة عرضة للتضحية مقابل مالديهم من أمل الربح. وتكون النتيجة فى ذلك أن الورقة الرابحة تستحيل بمجرد إعلان نتيجة السحب إلى صك بالجائزة المخصصة لدرجة سحبها ويكون من حق حامل الورقة مطالبة الجهة التى أصدرت ورقة النصيب بتلك الجائزة نقودا كانت أو عينا معينة وحيث أنه بناء على ما تقدم تكون الجائزة هى فى الواقع موضوع التعاقد والغرض المقصود منه سواء بين مشترى الورقة والهيئة التى أصدرت ورق النصيب أن بينه وبين من يدعى مشاركته فيها أما ورقة النصيب الرابحة فهى سند الجائزة ومظهرها الوحيد ولا تكون الجائزة مستحقة بدون وجودها. وأما قيمة الورقة المدفوعة نعلا فلا وجود لها فى ذاتها إذ أصبحت مستهلكة فى الجوائز وفى الأغراض التى من أجلها أصدرت أوراق النصيب. ولما كانت أوراق النصيب غير إسمية فهى لا تعدو أن تكون سندا لحامله بقيمة الجائزة المربوحة. وإذ كانت العبرة =

هذا ويلاحظ أن المادة ٦٠ إثبات (المادة ٤٠٠/٢ الملغاة من القانون المدنى) قالت إنه يجوز الإثبات بالبينة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرين جنيها لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل — أى أن هذه المادة تفرض أن الأصل له قيمة فى ذاته تضم إليها قيمة الملحقات ، وورقة النصيب لا قيمة لها فى ذاتها تضم إليها قيمة الكسب إن كسبت . على أنه يجب أن يلاحظ أيضاً أن المادة ٥٠٧ من القانون المدنى قد قضت على هذا الخلاف إلى حد عظيم إذ نصت كما سبق على أنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلا ، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى أفرغ فيه ذلك العقد ، غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ، ولا يكون له أثر بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان[1] .

وإذا كانت الورقة من الأسهم أو السندات التى لها قيمة ذاتية بعد السحب كقبله ، ولها فائدة أو ربح سنوى وكانت قيمتها عشرين جنيها أو أقل وكان من الجائز أن تكسب مبلغاً طائلا كسندات البنك العقارى فقد قيل إن العبرة

= فى ملكية هذا الضرب من السندات بحيازتها فان صاحب الحق فى المطالبة بالجائزة هو من تكون بيده تلك الورقة الرابحة فاذا ما ادعى أحد استحقاق الجائزة كلها أو بعضها بعد السحب فى غير حالتى السرقة أو الضياع تعين مراعاة أحكام القانون تبعا للقيمة المطلوبة لا بالنسبة للمحكمة المختصة فحسب بل بالنسبة لقواعد الإثبات أيضا بحيث إذا كانت قيمة المدعى به متجاوزة ألف قرش كان الإثبات بالكتابة أمراً لامناص منه عملا بالمادة ٢١٥ من القانون المدنى (السابق) . وحيث أنه لما توضح تكون محكمة الموضوع بقضائها باحالة الدعوى إلى التحقيق بناء على تقدير قيمة الورقة الرابحة بثمن شرائها لا بقيمة الجائزة المكسوبة قد أخطأت فى تكييف وقائع الدعوى وفى تطبيق القانون على التكييف الصحيح » .

(١) انظر الخاتمة فى الجزء الثانى

بقيمة الورقة إذ الأرباح المؤملة ليست من موضوع العقد[1] . ولكن لا أستطيع الموافقة أيضاً على أن هذه الأرباح لا تدخل فى غرض المتعاقدين إلا إذا ثبت أن قصدهما الوحيد هو مجرد حفظ المال أو استثماره بهذه الوسيلة ، وإثبات ذلك فى غاية الصعوبة إن لم يكن مستحيلا لمنافاته لطبيعة الأشياء لقلة فائدة الاستثمار وحدها عنها فى الأوراق المالية الأخرى قلة عظيمة تجعلها ضئيلة جداً .

٦٢ — هذا وقد تقدم أن كل عقد آخر غير الشركه — لا تزيد قيمته على عشرين جنيها لم يوجب الشارع إثباته بالكتابة[2] — نشأ عن عدم تنفيذه ضرر قيمته أكثر من ذلك يجوز الإثبات بالشهود إذ لا يصح أن نضر المتعهد له بسبب عدم وفاء المتعهد .

٦٣ — أما إذا كانت قيمة العقد أكثر من ذلك وكان الربح أو قيمة التعويض المطلوبة لعدم التنفيذ عشرين جنيها أو أقل وجب الإثبات بالكتابة[3] . إذ العبرة بقيمة العقد وقت التعاقد لا بقيمة الربح ولا بقيمة التعويض الذى يمكن تخفيضه للوصول إلى الإثبات بالشهود ، وإذا سمحنا بإثبات الربح أو التعويض بشهادة الشهود لأنه لا يزيد على عشرين جنيها ، فقد أثبتنا العقد الأصلى ضمناً بالشهود مع أن قيمته أكثر من عشرين جنيها .

كذلك من يرفع دعوى بفائدة قدرها عشرين جنيها أو أقل لدين قدره

---

(١) قارن الحكم المشار إليه فى داللوز الدورى ٢٧ — ١ — ٣٦ و ٤٠ Dalloz Périodique حيث قرر فى أمر ورقة من هذا النوع أنه لا يصح احتساب الأرباح المؤملة «les bénéfices espérés lesquelles n'entrent pas dans l'objet même «du contrat de société.

(٢) انظر ماسيلى شرحه فيما يتعلق بالعقود الواجب إثباتها بالكتابة ولو لم تتجاوز القيمة عشرين جنيها .

(٣) تعليقات دالوز على المادة ١٣٤٤ رقم ١٢ و ١٣٤١ رقم ١٣٦ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٢٧ والمراجع المشار إليها .

أكثر من عشرين جنيها ، يجب إثبات وجود الدين بالكتابة[1] ، ولكن المدين يستطيع إثبات دفع مثل هذه الفائدة بشهادة الشهود لأن الأمر محصور فى إثبات براءة ذمته منها . كذلك دفع الربح أو التعويض إذا لم يزد على عشرين جنيها .

تجزئة التعهد :

٦٤ — وتجزئة التعهد الذى تزيد قيمته على عشرين جنيها إلى أجزاء قيمة كل جزء منها عشرين جنيها أو أقل لا يجيز إثبات الجزء بشهادة الشهود والقرائن . فلا يجوز مثلا لشخص له دين قدره إثنا وعشرين جنيها أن يرفع دعوى بثمانية عشر ويثبت ذلك بشهادة الشهود ما دام واجباً عليه تحرير عقد مكتوب وقت التعاقد لأنه يستطيع بعد ذلك أن يرفع دعوى بالأربعة الباقية ويثبت ذلك بشهادة الشهود أيضاً ، فتكون النتيجة إثبات مبلغ يزيد على عشرين جنيها بشهادة الشهود الأمر الممنوع قانوناً[2] ولا يخفى أنه يمكن بهذه الوسيلة تجزئة مبلغ كبير إلى عشرات من الجنيهات . وقد نصت الفقرة ب من المادة ٦١ إثبات (المادة ٤٠١ الملغاه من القانون المدنى) صراحة على أنه لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة . ولا يجوز أيضاً إذا طبق القانون السابق فصل الأصل عن ملحقاته المعروفة كالفوائد المتفق عليها فى العقد والشرط الجزائى المشترط من أجل التأخير فى الوفاء ، فلا يصح إثبات الأصل دون الملحق أو العكس بشهادة الشهود إذا كان كل منهما عشرين جنيها أو أقل وكان مجموعهما أكثر من عشرين جنيها إذ كان يجب الإثبات بالكتابة[3] .

---

(١) تعليقات دالوز على المادة ١٣٤٤ رقم ١٢ وما أشار إليه .

(٢) قارن مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثانية ص ٣٤٠ والجدول العشرى الأول لهذه المجموعة رقم ٢٤٩٣ .

(٣) بودرى تعهدات رقم ٢٥٤١ وتعليقات دالوز على المادة ١٣٤٢ رقم ٣ وراجع رقم ٥٩ (من هذه الرسالة) وما بعده .

أما حسب قانون الإثبات طبقاً للمادة ٦٠ (المادة ٤٠٠ / ٢ مدنى الملغاة) فالعبرة بقيمة الأصل فقط كما تقدم ، وأظن أنه كان من الأوفق جعله على النحو الذى ذكرته احتراماً للقاعدة الأساسية فى الإثبات وهى وجوب الإثبات بالكتابة إلا ما استثنى.[1] .

نرى من ذلك كله أن العبرة بقيمة التعهد لا بقيمة الطلب . ولذلك لو مات دائن عن دين قيمته أكثر من عشرين جنيها ، وأصاب كل وارث من الدين عشرين جنيها أو أقل ، لا يصح له الإثبات بالشهود بحجة أن ما يطالب به لا يتعدى عشرين جنيهاً[1] أما إذا ورث شخص دينين من مورثين مختلفين قيمة كل منهما عشرين جنيهاً أو أقل يسوغ له إثبات كل منهما بالشهود إذا زاد مجموعهما على عشرين جنيها حتى لو كانا على مدين واحد ، لأن كلا من الدينين مستقل عن الآخر ولم يتعد النصاب ، وقد كان كل من المورثين المذكورين وقت المداينة فى حل من عدم أخذ كتابة بالدين . وقد نصت على هذه الحالة صراحة المادة ١٣٤٥ من القانون المدنى الفرنسى ضمن ما نصت عليه كما سنرى فيما بعد .

تعديل الطلب :

٦٥ — كذلك إذا رفع شخص دعوى بأكثر من عشرين جنيها لا يصح له أن يعدل طلبه إلى عشرين جنيهاً أو أقل ليمكنه الإثبات بالشهود ؛ لأن العبرة كما قلت بقيمة التعهد لا بقيمة الطلب ، ورفعه الدعوى أولا بأكثر من عشرين جنيهاً دليل على أن قيمة التعهد كذلك ، وتعديل طلبه إلى أقل ، دليل على أنه قصد

---

(١) انظر المادة ١٣٤٢ من القانون المدنى الفرنسى وما جاء عنها فى الفقرة ٥٩ .

(٢) يلاحظ أن تصيبه جزء من الدين الأصلى وقد تقدم أن التجزئة غير جائزة . راجع بودرى تعهدات رقم ٢٥٣٣ وبونييه جزء أول رقم ١٦٤ وتوليه Toullier جـ ٩ رقم ٥١ وأوبرى جـ ١٢ § ٧٦٢ ص ٣١٧ هامش ١٧ وهو يشير إلى زكاريا § ٧٥٨ رقم ١١ Zachariae وراجع أيضاً تعليقات دالوز على المادة ١٣٤٤ رقم ٧ .

بذلك الإثبات بالشهود حيث لا يجوز ذلك . وقد نصت المادة ٦١/ج إثبات على ذلك صراحه إذ قالت أنه لا يجوز الإثبات بالشهود «إذا طالب أحد الخصوم فى الدعوى بما تزيد قيمته على عشرين جنيها ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد على هذه القيمة» وكانت المادة ٤٠١ الملغاه من القانون المدنى تنص على ذلك (كالمادة ١٣٤٣ من القانون المدنى الفرنسى) . ولم ير الشارع فى القانون المدنى السابق حاجة لمثل هذ النص لأن الأمر ظاهر والحيلة لا تجوز على القانون ولا على القاضى . إنما إذا كان تقدير قيمة الدعوى عند رفعها قد بنى على خطأ ؛ فليس هناك ما يمنع من التعديل لأنه لا يمكن اعتبار ذلك أكثر من إقرار ، والإقرار يمكن العدول عنه إذا بنى على خطأ[1] كما إذا رفع شخص دعوى بثلاثة أرادب من القمح كانت قيمتها الحقيقية وقت التعاقد عشرين جنيهاً أو أقل ، وقدرها خطأ بأكثر من عشرين جنيهاً ويجب أن يلاحظ أن عبء الإثبات هنا يقع على عاتق المدعى لأن المادة ٦١/ج إثبات المذكورة جعلت من ذلك قرينة قانونية غير قاطعة على أن قيمة التعهد أكثر من عشرين جنيهاً ثم أراد تعديل طلبه إلى عشرين جنيهاً أو أقل هرباً من وجوب الإثبات بالكتابة .

هل العبرة دائما بقيمة التعهد ؟

٦٦ — ينبنى على أن العبرة بقيمة التعهد لا بقيمة الطلب ، أنه إذا رفع شخص دعوى بعشرين جنيهاً أو أقل باعتباره قسطاً أو جزءاً باقياً من دين كان أكثر من عشرين جنيهاً ، يجب عليه أن يثبت الدين بالكتابة ، وقد نصت المادة ٦١ب إثبات الملغاة (الفقرة ب من المادة ٤٠١ من القانون المدنى) صراحة كما تقدم على أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على عشرين

---

(١) بلانيول الموجز ج ٢ رقم ٢٥٣٩ وأوبرى ج ١٢ ص ٧٦٢ ص ٣١٢ وص ٣١٨ الهامش ٢٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٣٦ و ٢٥٣٧ وتعليقات داللوز على المادة ١٢٤٢ رقم ٦ .

جنيهاً إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة. وبهذا المعنى المادة ١٣٤٤ من القانون المدنى الفرنسى .

ولكن قد يقال فى حالة تطبيق القانون المدنى السابق الذى لم يرد فيه نص كنص المادة ٦١ ب إثبات ونقداً لهذا النص إن أمر الإثبات فى هذه الحالة قاصر على مبلغ لم يتعد عشرين جنيها ، ولا يؤثر إلا عليه ، بخلاف الحال فى التجزئة ، وقد استند أحد شراح القانون المدنى السابق على المادة ٢٨/٣٠ من قانون المرافعات السابق التى جاء فيها أن الدعوى تقدر بالمبلغ الباقى من الدين لا بالدين بتمامه[1] إنما يرد على ذلك بأن المادة المذكورة هى من قواعد قانون المرافعات ، وشرعت من أجل الاختصاص والاستئناف كما سبق القول وكما هو ظاهر من المادة ٣١ من قانون المرافعات الجديد وهى التى حلت محل المادة ٣٠ من القانون السابق ونصت كما تقدم القول على أنه فى الأحوال التى يعين فيها القانون اختصاص المحكمة على أساس قيمة موضوع الدعوى تقدر هذه القيمة باعتبارها يوم رفع الدعوى الخ . فلا يصح أن تؤثر على أصل الحق الذى هو من خصائص القانون المدنى ، والطلب مبنى على دين قيمته أكثر من عشرين جنيهاً أى مفروض قانوناً أنه قد تحررت به كتابة وقت حصوله ، ومن عادة الدائن أن يحتفظ بسند الدين حتى يوفى وليس من المعقول أن يمزق السند قبل ذلك . ويلاحظ أن ذلك الشارح قد وافق تحت أحكام القانون المدنى السابق على ضم الفوائد والشرط الجزائى إلى الأصل ، أى على أن العبرة بقيمة التعهد وملحقاته المعروفة ، مع أن المادة ٢٨/٣٠ من قانون المرافعات القديم نفسها لا تحتسب الملحقات عند تقدير الدعوى[2] وقد فرقت

---

(١) هلتن جزء أول ص ٤٠٩ Halton

(٢) هلتن جزء أول ص ٤٠٧ و ٤٠٨ . وانظر المستشار عزيز كحيل (إثبات الحقوق المدنية) ص ١٨٤ والدكتور عبد السلام ذهنى فى المداينات جزء أول) ص ٣٠٨ فإنهما يريان أن العبرة بالأصل لا الباقى وقد أشار الأول منهما إلى حكم صادر من محكمة الاستئناف المختلطة فى ٣٠ من يناير سنة ١٨٩٠ .

المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدنى بين أحكام الإثبات وأحكام الاختصاص [1] ويلاحظ أخيراً (ومن باب أولى) أنه لا يصح فى حالة تطبيق القانون المدنى السابق أيضاً أن يكون هناك محل لأى خلاف إذا رفعت الدعوى بقسط من دين مهما قلت قيمته، وكان الدين كله أو جزء منه تزيد قيمته على عشرين جنيهاً متنازعاً فيه فإنه فى هذه الحالة يجب الإثبات بالكتابة ويعزز ذلك أن المادة ٤٠ من قانون المرافعات الجديد نصت على أنه إذا كان المطلوب جزءاً من حق قدرت الدعوى بقيمة هذا الجزء إلا إذا كان الحق كله متنازعاً فيه ولم يكن الحق المطلوب باقياً منه فيكون التقدير باعتبار قيمة الحق بأكمله.

٦٧ — إنما إذا أخذ الدائن وعداً جديداً من المدين بدفع الباقى من دين، أو اعترف المدين بهذا الباقى أمام شهود كان عشرين جنيهاً أو أقل، فقد قبل وحكم فى فرنسا بأنه يصح الإثبات بالشهود [2] ولا أستطيع الموافقة على ذلك لأن الحالة الثانية لا تغير من الأمر شيئا، وعن الحالة الأولى قد يقال إن هناك تعهداً جديداً ولكن الواقع والحقيقة غير ذلك لأن الوعد الجديد أو التعهد الجديد ليس إلا عن جزء من التعهد الأصلى الذى تزيد قيمته على عشرين جنيها وواجب إثباته بالكتابة.

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية ٢ المطبوعة فى سنة ١٩٤٢ ص ٧٠٧ الواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤٠٣ حيث قالت إن أحكام الاثبات تختلف عن أحكام الاختصاص فيما يتعلق بالاجتزاء فاذا اجتزأ المدعى من دعواه بالمطالبة بعشرة جنيهات امتنع الاثبات بالبينة وثبت الاختصاص للقضاء الجزئى. على أن هذا الاختصاص لا يجعل الاثبات بالبينة جائزاً أمام القاضى الجزئى لأن مناط التقرير فى الاثبات هو قيمة الاقرار بأكمله وقت نشوئه. ثم ان أحكام الاثبات تختلف عن أحكام الاختصاص فيما يتعلق بالبقية الباقية فالأصل سواء فيما يتعلق بالاختصاص أم فيما يتعلق بالاثبات أن تقدير الطلب يناط بقيمة الالتزام بأسره دون تجزئة أو تبعيض. ولكن الاختصاص يثبت للقاضى الجزئى إذا كان لطالب، هو البقية الباقية من دين متى كانت هذه البقية داخلة فى حدود اختصاصه رغم أن الدين بتمامه يجاوز هذه الحدود. أما الاثبات بالبينة فلا يجوز على فيض ذلك ولو كانت البقية الباقية من الدين أقل من عشرة جنيهات متى كان أصل الدين بأسره يجاوز هذا القدر

(٢) دمولومب جـ ٢٠ رقم ٥٥ وأوبرى جـ ١٢ ص ٧٦٢ ص ٣١٧ هامش رقم ١٩ ودورانتون جـ ١٣ رقم ٣٢١ Duranton ومركديه على المادة ١٣٤٤ رقم ٣ Marcadé وقارن لاروميير على المادتين ١٢٤٣ و ١٣٤٤ رقم ١٦ وتعليقات دالوز على المادة ١٣٤٤ رقم ١٦ و ١٧.

٦٨ — إلا أنه إذا دفع جزء من قيمة التعهد وقت حصوله فالعبرة بالباقى كما إذا اشتريت كتباً من كتبى بمبلغ إثنين وعشرين جنيها ودفعت له ثمانية وبقى فى ذمتك أربعة عشر جنيها وسلمت أنت بذلك فإنه يستطيع إثبات الباقى بشهادة الشهود [1] إذ أن ذمتك لم تشغل من الأصل إلا بمبلغ أربعة عشر جنيها، ولم يثق بك الكتبى إلا فى هذا المبلغ، وقيمة التعهد بالنسبة إليه (أى تعهدك له) لم تزد عليه فكان فى حل من أن لا يطلب كتابة.

٦٩ — وإذا كان الخلاف بين المتعاقدين واقعاً على مبلغ عشرين جنيها أو أقل وكانت قيمة التعهد أكثر من ذلك، وجب الإثبات بالكتابة تبعاً لقيمة التعهد [2].

٧٠ — والعبرة بقيمة التعهد أيضاً إذا أراد الدائن قطع التقادم باثبات دفع المدين لمبلغ قدره عشرين جنيها أو أقل، كما إذا رفع دائن دعوى مبلغ خمسة وعشرين جنيهاً وقدم سنداً بذلك، وتبين من تاريخه أن الدين قد سقط بمضى المدة، وأراد إثبات دفع المدين لخمسة جنيهات قبل ذلك أى قبل مضى المدة، بشهادة الشهود، فإن القاضى لا يسمح له بذلك. ومثل ذلك أيضاً ما إذا رفع الدعوى بعشرين جنيها أو أقل، فأثبت المدين أن أصل الدين خمسة وعشرين جنيها وأنه قد سقط بمضى المدة، فليس للدائن أن يثبت بشهادة الشهود أن المدين دفع خمسة جنيهات قبل مضى المدة، ليتوصل بذلك إلى قطع التقادم وقد قررت محكمة الاستئناف أنه إذا أراد الدائن قطع التقادم باثبات دفع المدين لمبلغ فى خلال مدة التقادم فإن العبرة فى تعيين طريقة الإثبات تكون بقيمة الدين

---

(١) ماركاديه على المادة ١٣٤٤ رقم ٣ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٣٢ ودمولومب جزء ٣٠ رقم ٥٥ و ٥٦ وتعليقات دالوز على المادة ١٢٤٤ رقم ١٨ وعكس ذلك لاروميير على المادتين ١٣٤٣ و ١٣٤٤ رقم ١٧ ولوران ج ١٩ رقم ٤٤٨.

(٢) دورانتون ج ١٣ رقم ٣١٨ وأوبرى ج ١٢ ص ٧٦٢ ص ٣٩٨ وتعليقات دالوز على المادة ١٣٤٤ رقم ١٢ و ١٣.

بصرف النظر عن قيمة المبلغ المدفوع [1] وكذلك بالنسبة لفائدة الدين لا يصح إثباتها بشهادة الشهود مهما قلت إذا كان المقصود بذلك قطع تمام دين تزيد قيمته على عشرين جنيها .

٧٠ مكرر — وما تقدم يسرى أيضاً إذا أريد تجنب بطلان عقد كما إذا اقترض قاصر مبلغا أكثر من عشرين جنيها ، وأراد الدائن أن يثبت أنه دفع له بعد البلوغ عشرين جنيها أو أقل [2] .

تعدد التعهدات قبل شخص واحد كيف نقدرها ؟

٧١ — هل إذا تعددت العهدات بتعدد أسبابها بين شخصين وزاد مجموع قيمها على عشرين جنيها يجب الإثبات بالكتابة ؟

لنفرض مثلا أن شخصاً رفع على آخر دعوى بمبلغ اثنين وعشرين جنيها مدعيا أنه اقترض منه ثلاثة جنيهات ، ثم اشترى منه أردبين من الفول نسيئة بمبلغ تسعة جنيهات ، ثم أخذ منه أردبين من القمح كذلك بمبلغ عشرة جنيهات ، هل يصح الإثبات بشهادة الشهود ، أو يجب الإثبات بالكتابة ما دام المبلغ المدعى به

---

(١) انظر المجموعة الرسمية ٣٩ ص ٨٧ رقم ١٦٧ وكانت الدعوى متعلقة بسقوط إيجار لمضى خمس سنوات على استحقاقه ولم ينازع الخصم فى ذلك وإنما ذهب إلى دفع جزء من الايجار خلال تلك المدة . ولكن يلاحظ أن المحكمة علمت حكمها بأن قيمة المبلغ المدفوع تتعداه إلى الإقرار بقيمة الدين كله وليس هذا وحده هو التعليل الصحيح وإنما التعليل الصحيح الشامل هو أن العبرة بقيمة التعهد وقت حصوله حيث يجب أولا يجب أن يكون بالكتابة سواء أوقع تأثير ذلك على ما قيمته أكثر من عشرين جنيها أو أقل . وانظر أرنتز ج ٣ رقم ٣٨٣ Arntz ولارومبيير على المادة ١٣٤١ رقم ١٤ ودمولومب ج ٣٠ رقم ١٩ ومركديه على المادة ١٣٤١ رقم ٣ وهيك ج ٨ رقم ٣٨٣ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٤٥ ولوران ج ١٩ رقم ٤٥٧ وأوبرى ج ١٢ § ٧٦٢ ص ٣١٥ هامش ١٣ وهو يشير إلى تروبلج (مضى المدة) ج أول ص ٢١ و ج ٢ ص ٦٢٢ ، وراجع أيضا مجلة الحقوق السنة الخامسة عشرة ص ١٣٩ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة السابعة والعشرين ص ٨٤ والجدول العشرى الثالث رقم ٤٤٩ وتعليقات دالوز على المادة ١٣٤٢ رقم ١١ وعلى المادة ١٣٤١ رقم ١٠٩ و ١١٠ و ١١١ .

(٢) وقد قررت محكمة الزقازيق أنه لاعبرة فى تقدير قيمة الدعوى بقيمة الطلب إذا كان الفصل فيها يستلزم تناول البحث فى صحة عقد أو بطلانه بل يجب أن يكون التقدير بقيمة العقد كله — المحاماة ٢٢ ص ٧٢٤ رقم ٢/٢٤٦ .

قد زاد على عشرين جنيها ؟ قد أجابت على ذلك المادة ٦٠ إثبات فى الجزء الأخير منها (المادة ٤٠٠/٣ الملغاه من القانون المدنى) بأنه إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهود فى كل طلب لا تزيد قيمته على عشرين جنيها ولو كانت هذه الطلبات فى مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشئوها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة .

ولم يكن عندنا نص كهذا فى القانون المدنى السابق وهذا ـ أى عدم النص أصوب على ما أرى أو أن يكون الأمر مقصوراً على حالة ما إذا كانت الطلبات ناشئة عن مصادر مختلفة وكان هذا ثابتاً كما سنرى فيما بعد .

لأننا إذا سمحنا بالإثبات على أساس أن هذه الطلبات ناشئة عن مصادر متعددة ومن طبيعة واحدة قد نخالف قاعدة الإثبات بالكتابة والمادة ٦٠ من قانون الاثبات (المادة ٤٠٠/ ا الملغاة من القانون المدنى التأم) بطريقة غير مباشرة ، لأن الشهود بدلا من أن يقرروا وجود تعهد واحد قيمته أكثر من عشرين جنيها (الأمر الممنوع قانوناً اثباته بالشهود) يستطيعون القول بوجود ثلاثة تعهدات مختلفة من طبيعة واحدة (ولو كانت قروضاً مالية) قيمة كل منها لا تزيد على عشرين جنيها ، ولا يخفى أن من أهم الأسباب التى حملت الشارع على جعل القاعدة فى الإثبات بالكتابة عدم الثقة بالشهود لعيوبها التى سبق ذكرها . ولذلك نصت المادة ١٣٤٥ من القانون الفرنسى صراحة على وجوب الاثبات بالكتابة ولو ادعى أن تلك الطلبات ناشئة عن أسباب مختلفة فى أوقات مختلفة ، وقال بعض شراح القانون الفرنسى أيضاً إن الشارع إذ اشترط الكتابة فيما زاد على ١٥٠ فرنكا أراد تجنب كثرة المنازعات والقضايا ، فإذا أجيز لمن يطلب مبلغاً أكثر من ذلك أن يثبت وجود تعهدات مختلفة تقل قيمة كل منها

عن ذلك بشهادة الشهود فإن الشارع لا يصل إلى غرضه [١]

على أنه قد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية (جزء ٣ آخر ص٣٩٩) للقانون المدنى على المادة ٤٠٠ فقرة ثالثة (الملغاه من القانون المدنى التى هى مثل المادة ٣/٦٠ إثبات) ، أن أحكامها تخالف المواد ١٣٤٥ من التقنين الفرنسى والتقنين الإيطالى و ١٢٣٧ من التقنين الكندى و ٢٩٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى و ٢٨/٣٠ من تقنين المرافعات المصرى (السابق) وليس من شك أن حكم هذه الفقرة يتفق مع قاعدة تقدير الالتزام باعتبار قيمته وقت تمام انعقاده كلما اتحد الخصوم وكان النزاع متعلقاً بالتزامات من طبيعة واحدة تمت فى « أوقات مختلفة » لا فى وقت واحد . على حد تعبير التقنين الفرنسى . فكل التزام من هذه الالتزامات يجـــوز إثباته بالبينة متى كانت قيمته لا تتجاوز عشرة جنيهات . وإننى أرى أن هذا القول لا يكفى رداً على النقد الذى قد تقدم والذى تؤيده التشريعات الأجنبية المذكورة ، وهذا هو نص المادة ١٣٤٥ من القانون المدنى الفرنسى . إذا طلب شخص فى دعوى جملة طلبات ليست ثابتة بالكتابة وزاد مجموع قيمتها على ١٥٠ فرنكا لا يقبل منه الإثبات بالبينة ولو ادعى أن تلك الطلبات ناشئة عن أسباب مختلفة فى أوقات مختلفة إلا إذا كانت هذه الديون قد آلت إليه بالميراث أو بالهبة أو بأى سبب آخر من أشخاص مختلفين . ولكن من جهة أخرى يستطيع الدائن — بدلاً من أن يرفع دعوى واحدة — أن يرفع ثلاث دعاوى الواحدة بعد الأخرى مدعياً لكل دعوى سبباً يختلف عن الآخر فيمكنه الإثبات بالشهود . قد عالج ذلك الشارع الفرنسى محتاطاً — بأن نصت المادة ١٣٤٦ من القانون المدنى عندهم ضرورة رفع دعوى

---

(١) بودى تعهدات رقم ٢٥٤٨ وانظر أيضا بلانيسول الموجز طبعة خامسة ج ٢ رقم ١١٢١ وتعليقات داللوز على المادة ١٣٤٥ رقم ١ . وقد سارت محكمة المنصورة على ذلك أى على عدم الاثبات بالشهود فى حكمها المشار إليه فى الجدول العشرى الأول للمحاماة ص ١٢ رقم ٥٣ ب.

واحدة بجميع التعهدات التى ليست ثابتة بالكتابة وإلا فكل دعوى من هذا القبيل ترفع بعد ذلك تكون غير مقبولة . إذن إذا عدلت الفقرة الثالثة من المادة ٦١ إثبات وأصبحت كالمادة ١٣٤٥ من القانون المدنى الفرنسى والتقنينات الأخرى المذكورة من قبل أصبح من الضرورى وضع مادة كالمادة ١٣٤٦ من القانون المدنى الفرنسى أيضا . وإننى أرى إجراء هذا التعديل ووضع مادة كالمادة ١٣٤٦ المذكورة احتراماً لقاعدة الإثبات بالكتابة ومنعاً للاحتيال عليها .

ولكن الأستاذ السنهورى رداً على كل ذلك وهو من المسئولين عن وضع القانون المدنى الحالى يقول إن التقنين المصرى الجديد (أى القانون المدنى الحالى) ومن قبله التقنين المصرى القديم لم ير ما يدعو إلى كل هذا الحذر الذى استتبع كل هذا التعقيد فسكت التقنين القديم ولم يورد نصاً مماثلا للنص الذى رأيناه فى التقنين المدنى الفرنسى ونص القانون الجديد صراحة على الرجوع إلى القواعد العامة فى هذه المسألة حتى لا يقع أى لبس فيها . وإذا حاول الدائن أن يتهرب من الدليل الكتابى بتجزئة الدين الواحد وهو ما أراد التقنين الفرنسى أن يتوقاه فإن الباب مفتوح أمام المدين لإثبات هذا التحايل بجميع الطرق[1] . وإننى أرى أن عدم ورود نص فى القانون القديم لا يسمح بالخروج عن القاعدة الأساسية فى الإثبات بالكتابة بل يوجب الخضوع لها ، وكيف يثبت المدين هذا التحايل ؟ هل بشهادة الشهود وقد تقدم الكلام عن عيوبها أو يقدم دلائل كتابية ضد نفسه . ثم أنه يجب أن يلاحظ أن المادة ٦٠ إثبات بعد أن نصت على أنه « إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة فى كل طلب لا تزيد 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 » ، بعد أن

---

(١) الوسيط جزء ٢ ص ٣٩٣ — ٣٩٤

قالت المادة ٦٠ ذلك قالت « وتكون العبرة فى الوفاء إذا كان جزئياً بقيمة الالتزام الأصلى » ومفاد ذلك أن كل تعهد فى الحالة الأولى يجوز إثباته بشهادة الشهود أما كل وفاء فى الحالة الثانية فلا يجوز إثباته بشهادة الشهود إذا زادت قيمة التعهد على عشرين جنيها ولا يخفى أن ما يثبت به التعهد يثبت به التخلص منه وما الوفاء إلا نوع من التخلص من التعهد فكان يجب على واضعى القانون أن يسووا بين الحالتين والحالة الثانية هى التى تتفق والقاعدة الأساسية فى الإثبات وهى أنه يجب أن يكون بالكتابة إلا ما استثنى . وفضلا عن ذلك فقد نصت المادة ٦١ ب إثبات أيضاً على أنه لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها « إذا كان المطلوب هو الباقى أو جزءاً من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة »

٧١ مكرر — على أنه إذا ثبت للقاضى قطعاً أن هناك تعهدات مختلفة ، فلا يكون هناك محل لنقد النص الجديد ورفض سماع الشهود كما إذا اعترف المدين بأحد التعهدات أو وجه الدائن اليمين الحاسمة عنه للمدين فنكل عنها وكانت قيمة الباقى لا تزيد على عشرين جنيهاً ، فإنه يجوز إثبات باقى التعهدات بشهادة الشهود وكذلك يكون للدائن الحق فى استجواب المدين للوصول إلى اعترافه . وكما إذا كان لخادم مرتب شهرى (أقل من عشرين جنيها) جاز للمخدوم أن يثبت أن ذلك الخادم كان يقبض مرتبه كل شهر بشهادة الشهود والقرائن ولو طالب الخادم بأجرة شهور تزيد على عشرين جنيهاً[1] . كذلك فى حالة ما إذا منع الدائن مانع مادى من الاستحصال على كتابة فى أحد التعهدات، أو كان عنده سند وضاع بسبب قهرى ، أو كان سبب أحد الديون جنحة أو شبه

---

(١) وقد حكم بأنه يجوز لناظر الوقف الذى يدعى بأن أحد المستحقين يقبض شهريا استحقاقه من الوقف أن يثبت ذلك بالبينة ولو كان المتجمد فى ذمة الناظر مبالغ أكثر من ألف قرش لأن هذه الحالة أشبه بدين ناشىء عن سندات متعددة يجوز إثبات كل منها على حدته بالبينة متى كانت قيمته لا تزيد على ألف قرش — الاستقلال السنة الثالثة ص ٣٢٧ .

عقد ، فإنه إذا كانت قيمة التعهدات الأخرى لا تزيد على عشرين جنيهاً صح الإثبات بالشهود[١] ولكن هل يصح أن نفرق بين حالة ما إذا كان مثل ذلك التعهد هو آخر التعهدات وحالة ما إذا كان قبله (أى قبل الأخير) ؟ إنه إذا كان آخر التعهدات ، فالعذر واضح ، وعلى شرط أن يكون مجموع التعهدات السابقة طبعاً عشرين جنيهاً أو أقل . أما إذا كان مثل ذلك التعهد قبل التعهد الأخير ، فإنه يصح أن يقال أنه كان فى استطاعة الدائن أن يأخذ كتابة ، ما دام قد رأى عند حصول التعهد الأخير أن ماله عند مدينه سيزيد على عشرين جنيهاً ، ولم يكن هناك ما يمنعه من ذلك ، كما قال أحد شراح القانون الفرنسى[٢] . ولكن الرأى السائد فى فرنسا هو جواز الإثبات بالشهود ولو كان التعهد الذى منع مانع من الحصول على كتابة به أو ضاع بسبب قهرى أو كان سببه جنحة أو شبه جنحة أو شبه عقد قد حصل قبل الأخير . ويلاحظ أن مثل هذا التعهد قد لا تعرف قيمته الحقيقية إلا أخيراً ، ولا يكون إثباته عادة بشهادة الشهود فقط بل يثبت أيضاً بأمور أخرى كما سنرى فى الكلام على شهادة الشهود[٣] .

ولا يحتسب التعهد التجارى أيضاً[٤] لأنه بطبيعته قابل للاثبات بالشهود .

٧٢ — أما إذا تلقى شخص ديوناً مختلفة عن أشخاص مختلفين بالميراث أو الهبة أو بأى سبب آخر قدر كل دين منها عشرون جنيهاً أو أقل جاز الإثبات بالبينة، ذلك لأن مصادر هذه الديون مختلفة يقيناً ولم يكن للطالب يد فيها . وبعد أن

قالت المادة ١٣٤٥ من القانون المدنى الفرنسى على أنه إذا طلب شخص فى دعوى جملة طلبات ليست ثابتة بالكتابة وزاد مجموعها على ١٥٠ فرنكا لا يقبل منه الإثبات بالبينة ولو ادعى أن تلك الطلبات ناشئة عن أسباب مختلفة — قالت إلا إذا كانت هذه الديون قد آلت إليه بالميراث أو الهبة أو بأى سبب آخر من أشخاص مختلفين .

٧٣ — وفى الوفاء نصت المادة ٦٠ إثبات فى آخرها على أن « تكون العبرة فى الوفاء إذا كان جزئياً بقيمة الإلتزام الأصلى أى أنه إذا كانت قيمة الوفى به لا تزيد على عشرين جنيهاً يجب الإثبات بالكتابة إذا كانت قيمة الإلتزام الأصلى يزيد على ذلك المبلغ . وقد تحدثت عن هذه المادة تفصيلا فيما سبق . وقلت إنها تتفق والقاعدة الأساسية فى الإثبات وهى أنه يجب أن يكون بالكتابة إلا ما استثنى .

وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة (سابقاً) طبقاً للقانون المدنى السابق إنه لا يصح إثبات وقائع وفاء مختلفة بشهادة الشهود وإن كان كل منها قيمته أقل من عشرة جنيهات ما دام مجموعها يزيد على عشرة جنيهات[1] .

وعلى أى حال لا يصح للدائن تطبيقا للقانون المدنى السابق والقائم وقانون الإثبات إثبات واقعة وفاء لا تزيد قيمتها على عشرين جنيها بشهادة الشهود كما سبق إذا كان الدين يتجاوز عشرين جنيها ، كما لا يصح قطع التقادم بإثبات واقعة دفع فوائد لا تزيد قيمتها على عشرين جنيها إذا كانت قيمة الدين تزيد على ذلك .

كيف تقدر قيمة الشيء المتنازع عليه ؟ :

٧٤ — قد رأينا أهمية قيمة الدعوى فى الإثبات من جهة كونها تزيد أو لا تزيد على عشرين جنيها ، فمن المهم أيضا أن نعرف كيف تقدر هذه القيمة . إذا كان موضوع الدعوى مبلغا من المال فالأمر سهل لأنه يقدر نفسه بنفسه . إنه أما إذا كان شيئا آخر ، فإن من مصلحة المدعى إذا لم يكن بيده سند كتابى ، أن يقدر قيمته بعشرين جنيها أو أقل ، ومن مصلحة المدعى عليه تقديره بأكثر من عشرين جنيها . فى مثل هذه الأحوال يحقق القاضى القيمة إما بنفسه بمعاينة الشيء ، أو الأخذ بأسعار البورصة والبيوت المالية فى القطن والحبوب وأسهم الشركات وسندات ديون الحكومات ، أو بتعيين خبير إذا لم يستطع المعاينة بنفسه أو كانت المسألة تحتاج لمعاينة فنية .

أما إذا كان موضوع الدعوى غير مقدر القيمة أى ذا قيمة غير محدودة ، فحكمه حكم ما كانت قيمته أكثر من عشرين جنيها طبقاً للمادة ١/٦٠ إثبات (المادة ١/٤٠٠ من القانون المدنى القائم والمادة ٢١٥ / ٢٨٠ من القانون المدنى السابق) إذ نصت المادة ١/٦٠ إثبات على أنه « 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 الخ أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » وذلك لأن الأصل فى الإثبات أن يكون بالكتابة . ومثل ذلك حق البناء على أرض أو عدمه ، أو تنازل مستأجر عن التعويض الواجب له بسبب إجراء هدم وتعمير فى المنزل المؤجر . على أن الأمر متروك للقاضى فإن أمكنه تقدير قيمة الدعوى بعشرين جنيها أو أقل أمكن الإثبات بالشهود[1] .

---

(١) راجع تعليقات دالوز على المادة ١٣٤١ رقم ١٤٦ — ١٥١ ويلاحظ أن القانون =

هل يصح إثبات مايخالف الكتابة بشهادة الشهود ؟

٧٥ — إذا كان موضوع الخلاف أكثر من عشرين جنيها ، بديهى أنه لايصح إثباته إلا بالكتابة كما إذا ذكر فى عقد بيع أن الثمن ماية جنيه وكان مؤجلا مثلا ، فادعى المشترى أن هذا الثمن صورى لرفع قيمة الشيء ، وأن الثمن الحقيقى سبعون جنيها فقط ، أو إذا ذكر فى العقد أن الثمن وقدره أكثر من عشرين جنيها مقبوض وادعى البائع أنه مؤجل . ومن باب أولى لايصح إثبات مايهدم العقد كله . كما إذا ادعى بائع أن البيع صورى غير جدى صدر منه لغرض آخر أو هربا من دائنيه ولم يتبض ثمناً ما . وسيأتى الكلام مفصلا على هذا فيما بعد [1] .

٧٦ — أما إذا كان موضوع الخلاف عشرين جنيها أو أقل فلا يخلو الحال من أحد أمرين ، إما أن تكون قيمة العقد أكثر من عشرين جنيها ، — سبق أن قلت أن العبرة بهذه القيمة . فمثلا اشترى شخص ساعة وكتب على نفسه سنداً بأن يدفع ثمنها خمسة وعشرين جنيها فى ميعاد معين ، فلا يصح له أن يدعى أن حقيقة الثمن إثنا وعشرين جنيها إلا إذا قدم كتابه [2] كذلك لايصح لمقاول أن

= الفرنسى لم ينص على هذه الحالة كالشارع المصرى وإنما جرى القضاء فى فرنسا على ذلك بناء على أن الأصل فى الاثبات أن يكون بالكتابة على أنه قيل وحكم عندهم بأن للقاضى بمقتضى سلطته المطلقة فى التقدير أن يقدر الحق بأقل من نصاب الكتابة إذا رأى ذلك — انظر بودرى تعهدات رقم ٢٥٣٦ ورقم ١٤٩ — ١٥١ من مرجع دالوز المتقدم .

(١) انظر الفقرات التى تتحدث عن إثبات الصورية .

(٢) انظر الحقوق السنة الخامسة عشرة رقم ٩٧ حيث جاء أنه من المقرر قانونا أنه لايجوز أن يثبت بالبينة ما يخالف الوارد فى العقود إذا كانت قيمة العقد تزيد على النصاب وانظر أيضاً المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٧ رقم ٩٩ وسنة ١٩١٦ رقم ١١٩ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الأولى ص ٩٥ و ١٦٨ و ٢٥٣ والسنة الثانية ص ٢٣١ والسنة الثالثة ص ١٠٦ والسنة الرابعة ص ٤٨ والسنة السادسة ص ٢٤٢ والسنة الرابعة عشرة ص ١٠٦ والسنة العشرين ص ٤٦ والسنة الواحدة والعشرين ص ٢٦٤ والسنة الثانية والعشرين ص ٣٦٥ والسنة الخامسة والعشرين ص ٣٧٩ و ٣٨٠ والمجموعة الرسمية المختلطة السنة الثانية ص ٩٢ والسنة الثالثة ص ٣٠١ والرابعة ص ٢٤٨ والتاسعة ص ١٤٧ .

يدعى تعديل بعض الشروط شفويا بعد تحرير العقد مهما كانت قيمة هذا التعديل — وقد نصت المادة ٦٥٨ من القانون المدنى القائم صراحة على أنه إذا أبرم عقد المقاولة بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعاً إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذوناً به منه واتفق مع المقاول على أجره ويجب أن يحصل هـذا الاتفاق كتابة إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد أتفق عليه مشافهة .

ولا معنى لتحتيم الشارع الكتابة فى أمر إذا كان يمكن إثبات ما يخالفه بشهادة الشهود بالادعاء بأن ذلك حصل قبل العقد أو أثناء تحريره أو بعد ذلك .

٧٧ — وأما إذا كانت قيمة العقد ذاته عشرين جنيها أو أقل ، فقد أباح الشارع عدم الكتابة ولم يحتمها ، فإذا التجأ الطرفان إليها ، فإن هـذا دليل على أنهما لم يتركا الأمر لمجرد الثقة بينهما أو للشهود الذين قد يكونون حضروا الاتفاق وإنما حكما بينهما الكتابة منعاً لغيرها فى أمرها لأنها أقوى فى الإثبات ، فلا يجوز إثبات ما يخالفها بدليل أضعف منها أى بشهادة الشهود مهما قلت قيمة العقد[1] ، وبعبارة أخرى القاعدة فى الإثبات أو الأصل فى الإثبات أن يكون بالكتابة ،

---

(١) وقال المستشار عزيز كحيل فى كتابه « إثبات الحقوق المدنية » ص ٨٨ أن الشارع رجح الكتابة على شهادة الشهود فلا يصح لأحد أن ينفى بواسطتهم ما تدون كتابة حتى فى الأحوال التى يقبل فيها الاثبات بالشهود وقال المستر هلتن ج ١ ص ٤٠٦ إن الشارع المصرى (فى القانون المدنى السابق) لم ينص على القاعدة الفرنسية لأن الأمر ظاهر . وراجع ايضاً المداينات ج ١ ص ٣٩١ للدكتور عبد السلام ذهنى . وانظر المحاماة ١٣ ص ١١٩ رقم ٦ وقارن مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الرابعة ص ٤٨ والسنة الرابعة عشرة ص ١٠٦ والسنة العشرين ص ٤٦ — وقارن أيضاً الحكم المشار إليه فى رقم ٥٦ مكرر وانظر أيضا بودرى تهوتان رقم ٢٥٧٣ ولوران ج ١٩ رقم ٧٣ ؛ ولارومبيير ج ٦ ص ٤١٨ على المادة ١٣٤١ رقم ٢٣ ودمولومب ج ٣٠ رقم ٧٩ .

فإذا اتبع الطرفان القاعدة أو الأصل عند التعاقد فيما يجوز إثباته بالشهود استثناءً وجب احترام ذلك وعدم الإخلال به ووجب تقديم دليل كتابى كالتعاقد ذاته. وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦١ إثبات على أنه (لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها فيما يخالف أو يجاوز مااشتمل عليه دليل كتابى) وجاء فى المذكرة الايضاحية للقانون المدنى جزء ٢ المطبوعة فى سنة ١٩٤٢ ص٧٠٥ والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤٠٢ أن هذا الحظر ليس إلا تطبيقاً للمأثور من « صدارة الكتابة على البينة » ووسيلة لكفالة احترام الدليل الكتابى[١].

ولم يكن هناك نص صريح كهذا فى القانون المدنى السابق ولكن حكمه كان مقرراً فقهاً وقضاءً كما تقدم[٢] ويلاحظ أن الأمر لا يصح أن يكون مقصوراً على موضوع العقد بل يشمل تاريخه أيضاً فلا يصح إثبات مايخالف التاريخ المكتوب إلا بالكتابة مادام التاريخ المكتوب له شأن كما إذا كان يترتب على صحته سقوط أو عدم سقوط الحق بالتقادم.

٧٧ مكرر — على أنه يجوز إثبات مايخالف الكتابة بمبدأ ثبوت بالكتابة إذا عززته الشهود والقرائن لأنه بذلك يقوم مقام الكتابة كما سنرى فى الكلام

---

(١) وجاء فى المذكرة الايضاحية المشار إليها أيضا ويقصد بالدليل الكتابى المحررات الرسمية والعرفية والرسائل فهذه المحررات وحدها هى التى لاتقبل الاثبات بالبينة لنقض الثابت فيها أو الاضافة إليها. وقد يكون قوام الاضافة الادعاء بصدور تعديلات شفوية قبل انعقاد الالتزام أو بعده أو فى وقت معاصر له. ومهما يكن من أمر هذه الاضافة فلا يجوز إثباتها بالبينة مهما كانت صورتها، فمن ذلك الادعاء بوصف من الأوصاف المعدلة لحكم الالتزام كشرط أو أجل، أو اشتراط خاص بأداء فوائد أو بالتجديد ولايجوز كذلك نقض الثابت بالكتابة من طريق البينة، فلا يجوز الادعاء مثلا بعدم مطابقة شرط من شروط المحرر للحقيقة وإقامة الدليل على ذلك بالبينة، كما لو أريد اثبات أن حقيقة المبلغ المقترض ليست مائة جنيه على ما هو ثابت بالكتابة بل أكثر.

(٢) راجع الهامش الذى قبل السابق وانظر المادة ١٣٤١ من القانون المدنى الفرنسى.

على هذا الموضوع فى الفقرة رقم ٤٣٤ مكرر ، على أنه ليس هناك مايمنع الطرفين أن يتفقا على أن إثبات مايخالف العقد لا يكون إلا بكتابة كاملة موقعة وليس فى هذا الاتفاق مايخالف النظام العام بل هو اتفاق على الأحسن لمنع أى نزاع بين الطرفين ، بل هو رجوع إلى الأصل فى الإثبات وهو أن يكون الإثبات بالكتابة والمقصود بالكتابة هنا الكتابة الكاملة الموقعة من جميع أطراف التعاقد .

٧٨ — وقد تقدم أن الفقرة الأولى من المادة ٦١/١ إثبات (المادة ٤٠١) من القانون المدنى القائم) نصت صراحة على أنه لايجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها . فمثلا إذا كان هناك عقد قرض بغير فائدة ، فلا يصح للمقرض أن يدعى أنه اتفق على الفائدة شفوياً قبل أو أثناء أو بعد تحرير العقد ، أو كان هناك تعهد بتسليم ماية قنطار من القطن فى ميعاد معين ، فلا يصح للمتعهد أن يدعى أن هناك اتفاقاً شفوياً على أنه فى حالة التأخير عن هذا الميعاد يدفع المتعهد جنيها عن كل يوم يمضى بلا تسليم . وكذلك لايصح للمتعهد أن يدعى أن هناك اتفاقاً شفوياً على ميعاد للتسليم غير المذكور فى العقد . وذلك مهما كانت قيمة العقد ومهما كانت قيمة موضوع النزاع[1] .

عدم ذكر تاريخ العقد :

٧٩ — إنما إذا لم يذكر التاريخ الذى تحرر فيه العقد كيف السبيل إلى إثباته ؟ هل نقول إنه لايمكن إثباته بشهادة الشهود لأن ذلك إثبات لما لم يرد بالعقد ؟ إن التاريخ فى ذاته حادثة طبيعية لامحل للتعاقد أو الاتفاق عليه ، ولا هو من ضمن شروط العقد ، والممنوع هو إثبات مالم يرد بموضوع التعاقد ذاته .

---

(١) راجع الهامش الذى قبل الهامش السابق وقارن الفقرات ٧٠ — ٧٢

والأصل فى التصرف أنه يعتبر صحيحاً متى استوفى شروط صحته فيرتبط به المتصرف ولو لم يذكر تاريخه . ومما يؤيد جواز إثبات التاريخ بشهادة الشهود المادة ٣٠ من القانون المدنى القائم التى نصت على أنه تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الإثبات بأى طريقة أخرى . ولا يخفى أن المفروض فى إثبات الولادة أو الوفاة وضع تاريخ لها . إذاً لامانع من إثبات تاريخ عقد بشهادة الشهود[1] (هذا إلا فى الأحوال التى يجب أن يكون العقد فيها ثابت التاريخ) بل يجوز إثبات الساعة والدقيقة فى الأحوال التى تحتاج إلى اسبقية[2] كما إذا باع تاجر غرفة أثاث لشخص على أن يرسلها إليه فى منزله ثم حضر عقب ذلك شخص آخر ورغب فى شرائها بثمن أكثر وقبل البائع ، فإنه يجوز للأول أن يثبت بجميع الطرق أنه اشتراها قبله ببضعة دقائق . ولكن إذا سلم التاجر غرفة الأثاث إلى المشترى الثانى وكان هذا حسن النية لايعلم بسبق بيعها للأول لايمكن للمشترى الأول أن يستردها منه لأن القاعدة فى المنقول أن الحيازة بحسن نية سند للملكيه . ولا يخفى أنه فى العقار يفضل الأسبق فى التسجيل ولو بدقيقة ، سواء كان حسن النية أو لا .

٨٠ — مما تقدم يصح أن نقرر أنه لا يقبل الإثبات بشهادة الشهود فيما يخالف تعاقداً مكتوباً أو فيما لم يرد به ولو كانت قيمته عشرين جنيها أو أقل ، وقد نصت المادة ١٣٤١ من القانون المدنى الفرنسى على مثل هـذا صراحة أيضاً بما يأتى : لايصح قبول شهادة الشهود لإثبات مايخالف العقود ومالم يرد بها عن

---

(١) انظر أوبرى ورو جـ١٢ § ٧٦٣ ص٣٣٦ هامش ١٢ وتوليه جـ ٩ رقم ٢٢٤ وكاربنتير Carpentier جـ ٣١ على الاثبات بالشهود رقم ١٩٥ — ٢٠١ وعكس ذلك بودرى تعهدات رقم ٢٥٧٢ وإنما قيل هنا إن أغلب الشراح (الفرنسيين) يرون الاثبات بالشهود .

(٢) اوبرى ١٢ رقم ٧٦٣ وما اشار إليه من فقه وقضاء .

وقائع يدعى بأنها حصلت قبل العقد أو أثناء تحريره أو بعد ذلك ولو كانت قيمة العقد أقل من مايةوخمسين فرنكا . وهذه المادة مستمدة من القانون الرومانى[١] .

٨٠ مكرر — إنما يجب أن يلاحظ أنه لا يعتبر إثباتاً لما يخالف الكتابة إثبات تفصيلات ما يحتويه موضوع العقد[٢] ، كما إذا باع شخص لآخر عزبة يجوز للمشترى إثبات مابها من آلات رى ومخازن ومساكن للزراع ومواشى أيضاً ـ خصوصاً إذا قال بمحتوياتها ـ وذلك بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن ويسهل الإثبات فى مثل هذه الحالة بالمعاينة .

٨٠ — مكرر ١ — على أنه فى المواد التجارية التى الأصل فيها أن تثبت بجميع الطرق بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن يصح إثبات مايخالف الكتابة بشهادة الشهود والقرائن . اللهم إلا إذا اشترط أنه لا يصح إثبات مايخالف الكتابة إلا بالكتابة . وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أن مبدأ عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة بشهادة الشهود ليس صحيحاً فى المسائل التجارية[٣] .

هل يصح إثبات الوفاء أو الإبراء الجزئى بشهادة الشهود ؟ :

٨١ — قد نصت المادة ٦٠ إثبات صراحة كما سبق أن ذكرت فى الفقرة الأخيرة على أن « تكون العبرة فى الوفاء إذا كان جزئيا بقيمة الالتزام الأصلى » وقلت إن الوفاء ليس إلا نوعا من التخلص من التعهد فتكون العبرة بقيمة التعهد .

---

(١) Contra Scriptum testimonium, non scriptum testimonium haud profertur.

(٢) قارن أوبرى ٢٢ رقم ٧٦٣ ص ٣٣٥ ـ ٣٣٦ وأحكام النقض التى أشار إليها .

(٣) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٦ ص ٥٦ .

ولكن قيل أن الوفاء أو الإبراء واقعة أخرى مغايرة لواقعة التعهد ، لا تخالف ما جاء به ولا تعدله ولا تضيف إليه شيئاً لم يرد به ، وإنما تؤيده وتؤيد وجوده كما هو وتحترم جميع محتوياته وشروطه ولا يخفى أن الوفاء ليس إلا تنفيذاً للتعهد والإبراء تنازل من المتعهد له عن التعهد . فإذا رفع شخص دعوى بمبلغ من المال مثلا ، يصح للمدين أن يثبت بشهادة الشهود أنه دفع مبلغ عشرين جنيها أو أقل ولو كان الدين أكثر من ذلك ، أو دفعه كله إذا لم يزد على عشرين جنيها وكان ثابتاً بالكتابة ، أو أن الدائن أبرأه من مثل ذلك ، إذ ليس فى هذا أية مخالفة لما فى العقد أو أى تعديل فيه أو أى إضافة إليه . إن إثبات الوفاء أو الإبراء أمر مستقل عن إثبات التعهد يخضع لقواعد الإثبات العامة . فإذا كان موضوع الوفاء أو الابراء أكثر من عشرين جنيها لا يصح إثباته إلا بالكتابة ، وإن كان عشرين جنيهاً فأقل يصح إثباته بالشهود ولو كانت قيمة العقد أكثر من عشرين جنيها أو كان التعاقد بالكتابة وفى هذا المنحى قضت محكمة النقض بأنه إذا أنكر البائع الوفاء بالثمن واعترض على إثبات واقعة الوفاء التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات بغير الكتابة ، فإنه لا يجوز إثبات هذا الوفاء بالبينة متى انتهت المحكمة إلى عدم وجود دليل كتابى أو مبدأ ثبوت بالكتابة [1] .

٨٢ — ويقول البعض إن الادعاء بدفع جزء من الدين تجزئة للتعهد ، وتجزئة التعهد غير جائزة [2] كما تقدم القول .

---

(١) كابيتان الطبعة الثانية ج ٢ ص ٢٣٥ ودمولومب ج ٣٠ ص ٨٧ ودورانتون ج ١٣ رقم ٣٣٤ ومركديه على المادة ١٣٤١ رقم ٥ و٦ وبلانيول الموجز ج ٢ رقم ١١٣٩ وبونيه تعهدات رقم ٧٥٩ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٦٨ وأوبرى ج ١٢ § ٧٦٣ ص ٣٣٤ وقد أشار إلى دلفنكور Delvincourt ج ٢ ص ٦٢٣ وزكاريا Zachariae § ٧٥٩ رقم ٥ . راجع أيضا تعليقات دالوز على المادة ١٣٤١ رقم ٣٠٤ و ٣٠٥ و ٣٠٦ ، ومجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص ٧٤٣ ق ١١٤

(٢) الاستقلال السنة الثانية ص ٢٨٧ والسنة الرابعة ص ٢٨ ، والحقوق السنة الثانية والعشرين رقم ٦٩ وانظر أيضا المجموعة الرسمية ، سنة ١٩٠٧ رقم ٢٢ .

إثبات استبدال تعهد جديد بتعهد مكتوب أو الصلح أو المقاصة في تعهد مكتوب :

٨٣ — إن إثبات استبدال تعهد جديد بتعهد مكتوب هو عبارة عن إثبات ما يخالف العقد فيجب أن يخضع للقاعدة السابقة المذكورة في الفقرات ٧٥ و٧٦ و٧٧ أي أن التعهد المكتوب لا يصح أن يثبت استبدال غيره به إلا بالكتابة مهما كانت قيمته [١] .

٨٤ — وأما الصلح فإنه يجب في جميع الأحوال طبقاً للمادة ٥٥٢ من القانون المدني القائم إثباته بالكتابة أو بمحضر رسمي ولو كانت قيمة التعاقد الأصلي عشرين جنيها أو أقل وكان غير ثابت بالكتابة وهذا منعا لأي نزاع بدليل قاطع، إنما يجوز إثباته بمبدأ ثبوت بالكتابة إذا أكملته الشهود والقرائن كما سنرى في الفقرة رقم ٩٠ وفي الجزء الثاني في الفقرة رقم ٧٧٦ فراجعهما وراجع التعليق على ذلك . وإذا طبق القانون المدني السابق فإن الصلح يخضع للقواعد العامة السابقة ، ولا يخفى أن من شأنه أن يحدث تغييراً كلياً أو جزئياً في العقد فلا يصح إثباته إلا بالكتابة مادام التعهد الأصلي ثابتاً بالكتابة ولو كانت قيمته عشرين جنيها فأقل [٢] وإذا لم يكن ثابتاً بالكتابة وكانت القيمة عشرين جنيها أو أقل جاز (إذا طبق القانون المدني السابق) إثبات الصلح بغير الكتابة .

---

(١) انظر بودري تعهدات رقم ٢٥٦٨ ولارومبيير ج ٦ على المادة ١٣٤١ رقم ٢١ وبلانيول الموجز ج ٢ رقم ١١٣٩ وعكس ذلك كايتان ج ٢ ص ٢٢٥ طبعة ثانية وقارن مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الواحدة والعشرين ص ٢٦٤ .

(٢) ولكن محكمة الاسكندرية فرقت بين الوقائع السابقة والمعاصرة للعقد والوقائع اللاحقة وأجازت إثبات الوقائع اللاحقة بالطرق العادية مهما كان نوع هذه الوقائع توفاء أو إبراء أو استبدالا أو صلحا — المحاماة ٦٨ ص ١٠٥٨ . وهذا الحكم يخالف كل ما تقدم بالنسبة للوقائع اللاحقة ، أما عن الوقائع السابقة والمعاصرة فأمرها سهل إذ لو كانت صحيحة لضمت ما كتب .

٨٥ — أما المقاصة فتنشأ عن دين آخر للمدين على الدائن ، فإثبات ذلك يخضع للقواعد العامة . أى أنه إذا كان الدين المرفوع به الدعوى ثابتاً بالكتابة يصح إثبات الدين الذى للمدعى عليه على المدعى بالشهود إذا كان عشرين جنيها أو أقل . ولاشك فى أن الدين الذى تحصل المقاصة بواسطته واقعة قانونية أخرى مخالفة كل المخالفة للدين محل النزاع [1] .

إزالة اللبس أو الغموض الواقع فى التعهد المكتوب :

٨٦ — هل إذا وجد فى العقد لبس أو غموض يصح للقاضى أن يستنير بشهادة الشهود ؟

لقد خشى البعض أن يؤدى ذلك إلى التأثير على محتويات العقد ، فيثبت ما يخالفه ، أوما لم يرد به ، واكتفى بوضع الشارع المواد الخاصة بتفسير العقود [2] ولكن إذا تصفحنا هذه المواد لانجدها تحرم الاستعانة بالشهود فى استجلاء غوامض العقد . وإن ما يخشاه ذلك البعض لا محل له مع وجود القاضى الذى يكون من السهل عليه أن يوقف شهادة الشهود عند حدها . فمن جهة لا يترك لها أن تأتى بما يخالف العقد أو ما لم يرد به ، ومن جهة أخرى لا يأخذ بها فيما يتعارض فيه مع قواعد التفسير التى نصت عليها تلك المواد ، وتكون النتيجة أننا نستفيد من شهادة الشهود ولا نضار .

وقد نصت المادة ١٥٠ من القانون المدنى القائم (والمادة ١٣٨/١٩٩ من القانون المدنى السابق) على أن يكون تفسير العقود وفقاً للعرف الجارى وقد

---

(١) راجع بلانيول الموجز ج ٢ رقم ١١٣٩ .

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٥٧٠ بعد أن قال إن أغلب الشراح يبيحون شهادة الشهود وقد أشار هو إلى مواد القانون المدنى الفرنسى التى تقابلها المادتان ١٥٠ و١٥١ من القانون المدنى الجديد عندنا (والمواد ١٣٨ — ١٤٠ / ١٩٩ — ٢٠١ من القانون المدنى السابق) .

قضت محكمة النقض بأنه لا يوجد ما يمنع من أن يتفق العاقدان على ما يخالف العرف الجارى ويكون اتفاقهما ملزماً لهما ، فلا يجوز للمتعاقد الاستناد إلى العرف للتحلل من التزامات يفرضها عليه التعاقد الذى تم بينه وبين الطرف الآخر فى العقد[1] وقد لا يستطيع القاضى معرفة حقيقة العرف الجارى فى جهة من الجهات إلا بسماع شهود أهل تلك الجهة . وقد رأى أغلب شراح القانون الفرنسى ومحكمة النقض الفرنسية ومحكمة لكسمبرج العليا جواز سماع شهادة الشهود فى تفسير العقود لإزالة اللبس أو الغموض [2] وهذا التفسير من شأن محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض مادام مؤسساً على أسباب من شأنها أن تبررة . وقد قررت محكمة النقض عندنا أنه إذا قدم أحد الخصمين ورقة لإثبات أن الخصم الآخر هو الذى كان واضعاً يده على الأطيان فى سنة كذا فوجدت المحكمة أن هذه الورقة غامضة العبارة فأجرت تحقيقا لإزالة الغموض ومعرفة حقيقة السنة المتنازع فى وضع اليد فيها على الأطيان فإن هذا التحقيق من شأن المحكمة ما دام يستلزمه التفسير الذى هو من شأنها . وإذا قررت المحكمة بعد هذا التحقيق والتفسير أن الخصم الفلانى هو الذى كان واضعاً يده على تلك الأطيان فى السنة المتنازع على وضع اليد عليها فإن هذا الثبوت أمر موضوعى لارقابة لمحكمة النقض عليه [3]

تصحيح الخطأ الحسابى أو المادى فى عقد .

٨٧ — هل يصح الإدعاء بوجود خطأ مادى أو حسابى والاستعانة بالشهود على إثبات ذلك ؟

---

(١) مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ص ٩٢١ ق ١٤٧

(٢) كما قال بذلك بودرى تعهدات فى أول رقم ٢٥٧٠ ، وقد أشار إلى أغلب شراح القانون الفرنسى المعروفين . وإلى جملة أحكام وراجع أيضا أوبرى جزء ١٢ § ٧٦٣ ص ٣٣٥ والهامش ١٠ .

(٣) الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٣٨ رقم ٢٠٨ ومجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ص ٢٤٧ ق ٣٩ والسنة ١٩ ص ١٥٠٤ ق ٢٢٩ والسنة ١٨ ص ٣٠٠ ، ٤٦١ ، ١١٤٧ ، ١٢٩٢ القواعد ٤٦ ، ٧٠ ، ١٧٠ ، ١٩٦ .

أن الخطأ المادى أو الحسابى إما أن يستفاد من نفس العقد ومحتوياته وظروف الأحوال أى بدون التجاء إلى الشهود ، أو لا . ففى الحالة الأولى يملك القاضى إصلاح الخطأ ، كما إذا ذكر فى عقد بيع قطعة أرض مساحتها ألف متر أن سعر المتر جنيهان ونصف ، وعند ذكر جملة الثمن قيل خمسة آلاف جنيه ، أو كان البيع يتناول جملة عقارات كل منها بثمن معين وحصل خطأ فى جمع مفردات أثمانها ، أو كتب فى عقد أن زيداً باع عمرو ألف قنطار من القطن بمبلغ خمسين ألف جنيه ومعلوم للكافة أن سعر القنطار خمسة عشر جنيها أو حسب السعر الرسمى . أما إذا لم تدل عبارة العقد ولا ظروف الأحوال على حصول الخطأ المدعى به فإنه يكون من الخطر الجسيم الإذن بإثباته بشهادة الشهود لأن ذلك تكون نتيجته قبول شهادة الشهود لإثبات ما يخالف العقد[١] . وقد قررت محكمة النقض أنه متى كان اعتماد كشف حساب بطريق الكتابة فلا يصح قانوناً إثبات وجود خطأ مادى غير ظاهر من الكشف نفسه إلا بدليل كتابى مثله[٢] وقررت محكمة النقض أيضاً أن الخطأ فى ذات الأرقام المثبتة بحساب مقاولة يجوز طلب تصحيحه متى كان الغلط ظاهراً فى الأرقام الثابتة فى كشف الحساب المعتمد من قبل أو متى كانت أرقام هذا الكشف قد نقلت خطأ من ورقة أخرى معترف بها أو كانت غير مطابقة لأرقام أخرى ثابتة قانوناً[٣] .

كما قضت محكمة النقض بأن مجال تطبيق المادة ١٢٣ من القانون المدنى القائم

---

(١) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٥٧١ حيث أشار إلى لوران جزء ١٩ رقم ٤٧٩ ودورانتون ١٣ رقم ٣٣٧ وقال أن البعض يرى أيضا أنه يجوز إثبات الخطأ المادى أو الحسابى بالشهود ولو كان العقد رسمياً ، وإشار إلى دمولومب وبونييه . وإنى أرى أنه لايصح أن يكون هناك شك فى ذلك ما دام الأمر ظاهرا وواضحا على النحو المتقدم لأن محرر العقد الرسمى ليس منزها عن مثل هذا الخطأ الذى يقوم الدليل عليه بنفسه وانظر أيضا أوبرى جزء ١٢ § ٧٦٥ ص ٣٧١ـ ٣٧٢ .

(٢) المحاماة ١٥ ص ٥٨٠ رقم ٢٧٥ / ٣ .

(٣) مجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ٩٢٤ رقم ٢٩٧ / ٢ .

الغلط فى الحساب وغلطات القلم ، أى الأخطاء المادية التى تقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة بذاتها ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد ، فلا يدخل فى هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلا من ختم آخر ، لأن الورقة لا يمكن أن تكشف بذاتها عن هذا الخطأ ولأن تصحيحه يترتب عليه إسناد الورقة إلى غير الموقع عليها وهو ما يخالف نص المادة ٣٩٤ من القانون المدنى القائم التى تقضى بأن الورقة العرفية تعتبر صادرة ممن وقعها[١] .

هذا ولا يصح التمسك بوجود خطأ مادى فى حساب أمام محكمة النقض فإن مثل هذا الخطأ تصححه محكمة الموضوع إذا مارفع أمره إليها[٢] .

إثبات الإكراه أو التدليس أو التحايل

٨٧ مكرر — إن الإكراه أو التدليس مانعان بطبيعتهما من الحصول على مستند كتابى بهما لذلك يسوغ إثباتهما بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن وهما يخضعان للأحكام العامة فى عيوب الرضا التى تجيز إبطال العقد طبقاً للمواد ١٢٠ — ١٢٨ — ٤١٩ مدنى كما سنرى فى الباب الثانى الخاص بشهادة الشهود فى الفقرة ٤١٠ وما بعدها ولقد قضت محكمة النقض بأن للوارث إثبات التحايل على مخالفة قواعد الإرث بكافة الطرق باعتباره من الغير فى هذه الحالة[٣] .

إثبات السبب غير الوارد بالعقد — هل يجوز بالشهود ؟ :

٨٧ مكرر (١) — يجب أن يلاحظ أولا أنه إذا كان التعهد لا سبب له أو كان سببه غير مشروع كان باطلا طبقاً لنص المادة ١٣٦ من القانون المدنى.

---

(١) مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ص ١١١ رقم ١٩ .
(٢) مجموعة القواعد القانونية جزء أول من ١٠٧٦ رقم ٣٣٧ / ٢ .
(٣) مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص ١٧٣٠ ق ٢٤٨ .

القائم (المادة ١٤٨/٩٤ من القانون المدنى السابق) التى نصت على أنه « إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً » وإنما يجب أن نلاحظ أيضاً أنه إذا لم يذكر فى العقد سبب للالتزام لا يعتبر أن لا سبب له بل يعتبر أن له سبباً مشروعاً إلا إذا ثبت العكس . وهذا طبقاً للفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من القانون المدنى القائم التى نصت على أن « كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك » وهذه الفقرة لم يكن لها مقابل فى القانون المدنى السابق ولكن تقرر حكمها فقهاً وقضاءً[1] ويجب أن يلاحظ كذلك أنه إذا ذكر سبب فى العقد يجب أن يعتبر أن هذا السبب هو السبب الحقيقى له حتى يثبت أنه سبب صورى وإذا ثبت ذلك لا يبطل العقد وإنما يمكن لمن يدعى أن له سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ذلك . فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ سالفة الذكر على أن « يعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » . وهذه الفقرة لم يكن لها مقابل فى القانون المدنى السابق ولكن القضاء سار على حكمها وكذلك الفقه .

ومؤدى ذلك كله (أولا) أنه إذا ذكر فى العقد سبب مشروع يصح للمدين ولكل ذى مصلحة أن يثبت أنه لا سبب له أو أن سببه غير مشروع ، وإذا ثبت ذلك كان العقد باطلا بمقتضى المادة ١٣٦ من القانون المدنى القائم (المادة ١٤٨/٩٤ من القانون السابق) و (ثانياً) إذا لم يذكر فى العقد سبب للالتزام يفترض أن له سبباً مشروعاً إلا إذا ثبت غير ذلك (أى أن سببه غير مشروع أو أن لاسبب له) وهذا طبقاً للفقرة الأولى سالفة الذكر من المادة ١٣٧

---

(١) انظر الفقرة رقم ٤٢ مكرر ومجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٢٢٩ — ٢٣٠

من القانون المدنى القائم . وعبء الإثبات هنا يقع على عاتق المدين أيضاً أو ذى مصلحة فى ذلك ما دام القانون يفترض أن له سبباً مشروعاً . وهذا الافتراض يقضى به العقل لأن الشخص لا يربط نفسه بتعهد عادة إلا فى مقابل سبب مشروع فإذا ادعى أن السبب غير مشروع أو أن العقد لا سبب له وجب عليه أن يقيم الدليل على ذلك . وإنه إن كانت الفقرة الأولى المذكورة من المادة ١٣٧ من القانون المدنى القائم لم يكن لها مقابل فى القانون السابق إلا أن القضاء قد جرى على حكمها وكذلك الفقه كما تقدم (ثالثاً) إذا ذكر سبب مشروع فى العقد يعتبر أنه السبب الحقيقى إلا إذا ثبت أنه صورى وعبء الإثبات يقع على عاتق المدين . والمدين أو ذو المصلحة يهمه ذلك بما أنه يريد إثبات خلاف الظاهر فى العقد ، وإذا أثبت أن ذلك السبب صورى كان للدائن ولكل ذى مصلحة أن يثبت أن للعقد سبباً آخر مشروعاً . ويقع عبء الإثبات على الدائن أو ذى المصلحة مادام المدين أو ذو المصلحة قد أثبت أن السبب المذكور فى العقد ليس سببه الحقيقى . وهذا كله طبقاً للفقرة الثانية من المادة ١٣٧ من القانون المدنى القائم سالفة الذكر . وإنه وإن كانت هذه الفقرة لا مقابل لها فى القانون المدنى السابق أيضاً إلا أن القضاء قد جرى على حكمها كما تقدم .

هل يجوز الإثبات بالشهود فى جميع هذه الأحوال ؟ يجوز فى البعض فقط على النحو الآتى :

إذا ذكر فى عقد مكتوب سبب له مشروع وأراد المدين أن يثبت أن لا سبب له لا يستطيع ذلك إلا بالكتابة لأنه إثبات لما يخالف الكتابة والسبب المذكور فى هذه الحالة يكون صورياً والصورية لا تثبت بين العاقدين إلا بالكتابة أيضاً كما سنرى فى الفقرتين رقم ٢٦٠ و ٢٦١ . أما غير المدين فإنه يمكنه إثبات الصورية بشهادة الشهود والقرائن كما سنرى . إلا أنه إذا أراد المدين أن يثبت

أن السبب الحقيقى غير شرعى أى مخالف للنظام العام أو الآداب لإخفاء ربا فاحش أو دين قمار مثلا بذكر سبب مشروع كذباً حتى لا يبطل العقد فإن فى هذا غشاً للشارع ، وكل غش يصح إثباته بشهادة الشهود والقرائن كما سنرى فى الفقرتين رقم ٢٦٢ و ٤١٤ مكرر . ولغير المدين ذلك من باب أولى .

وقد تقدم القول بأنه إذا ذكر سبب مشروع فى العقد يجب أن يعتبر أن هذا السبب هو السبب الحقيقى له حتى يثبت المدين بالكتابة أنه سبب صورى وإذا أثبت أو ذو مصلحة ذلك لا يبطل العقد إنما يمكن لمن يدعى أن للعقد سبباً آخر مشروعاً غير السبب الذى ذكر فيه أن يثبت ذلك طبقاً للفقرة الثانية سالفة الذكر من المادة ١٣٧ من القانون المدنى القائم . إنما لا يجوز للدائن أن يثبت ذلك إلا بالكتابة لأن ذلك إثبات لما يخالف الكتابة التى تقدم بها المدين فضلا عن أن الصورية بين المتعاقدين لا تثبت إلا بالكتابة كما تقدم . أما الغير أى غير الدائن والمدين فإنه يمكنه إثبات الصورية بالشهود والقرائن كما تقدم ، وفى هذه الحالة يجوز للدائن والغير — من باب أولى — أن يثبت بشهادة الشهود والقرائن كذلك أن للعقد سبباً آخر مشروعاً لأن كل ما يثبت بالشهود والقرائن يجب أن يُسمح عدلا بنفيه بالشهود والقرائن كذلك . وقد نصت المادة ٦٩ إثبات (المادة ١٩٢ مرافعات سابق) على ذلك صراحة إذ قالت على أن « الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق » وبهذا المعنى المادة ١٨١ من قانون المرافعات القديم . على أنه إذا أثبت الغير صورية السبب بالكتابة (أى بكتابة صادرة من الدائن) لا يمكن لهذا أن يثبت أن للعقد سبباً آخر مشروعاً إلا بالكتابة .

وإذا لم يذكر فى العقد سبب للالتزام ، يفترض القانون أن له سبباً مشروعاً طبقاً للفقرة الأولى من المادة ١٣٧ من القانون المدنى القائم كما تقدم إلا إذا قام

الدليل على خلاف ذلك. هنا جعل القانون تعهد المدين أو مجرد التزامه قرينة قانونية على أن للعقد سبباً مشروعاً إذ يندر أن يلزم شخص نفسه بالتزام دون أن يكون هذا الالتزام سبب مشروع يقابله . وهذه القرينة غير قاطعة بدليل أن الشارع أباح إثبات مايخالفها . والقرائن القانونية غير القاطعة يجوز للمدين ولغيره من باب أولى إثبات مايخالفها بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن كما سنرى فى الكلام عليها ، وقد تقدم بأنه يجوز إثبات السبب غير المشروع دائماً بشهادة الشهود وكذلك يجوز إثبات أن التعهد لا سبب له بشهادة الشهود والقرائن كذلك [1] .

هل يصح إثبات مايخالف الكتابة بمبدأ ثبوت بالكتابة ؟ :

٨٧ — مكرر ب — إن مبدأ الثبوت بالكتابة دليل كتابى ناقص . ولكن إذا كملته الشهود والقرائن أصبح كالدليل الكتابى الكامل كما سنرى فى الكلام عليه تفصيلا . إذن مبدأ الثبوت بالكتابة وجده لا يقبل لإثبات ما يخالف الثابت بالكتابة لأنه دليل كتابى ناقص . إنما إذا كملته الشهود والقرائن أصبح كالدليل الكتابى الكامل فى قوته فيدحضه . ولا يصح إثبات مايخالفه إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة تكمله الشهود والقرائن .

---

(١) وجاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٢٣١ أن أحد أعضاء لجنة المراجعة أثار المسألة الآتية : إذا كان هناك سند مكتوب لم يذكر سبب الالتزام فيه وافترض بمقتضى الفقرة الأولى (من المادة ١٣٧ من القانون المدنى القائم) أن له سبباً مشروعاً وأراد المدين أن يثبت أن الالتزام سببه غير مشروع أو أنه ليس له سبب ففى الحالة الأولى وهى حالة اثبات السبب غير المشروع لاشك فى جواز الاثبات بالبينة أما فى الحالة الثانية وهى حالة اثبات انعدام السبب هل يجوز اثبات ذلك بالبينة أيضا ؟ فأجاب الدكتور السنهورى أن الوارد فى الفقرة الأولى هو فى الواقع قرينة قانونية يجوز اثبات عكسها وعلى ذلك يجوز اثبات العكس بالبينة سواء اريد اثبات أن السبب غير مشروع أو أن السبب لا وجود له فاكتفت اللجنة بهذا الإيضاح .

عدم سريان القاعدة على بعض الأوراق :

٨٨ — ويلاحظ أن قاعدة — عدم إثبات مايخالف الكتابة أو مالم يرد بها إلا بكتابة مثلها — لاتسرى :

(أولا) إلا على العقود بمعنى الكلمة أى التى حررت برضاء الطرفين لإثبات ارتباط قانونى بينهما . فالدفاتر والأوراق الخصوصية وإن كان مايكتب فيها يعتبر حجة ضد صاحبها إلا أن له أن يثبت مايخالفها بشهادة الشهود والقرائن[١] فإذا أثبت شخص فى دفاتره أو أوراقه أو مذكراته الخصوصية ارتباطاً قانونياً مع آخر، جاز له أن يثبت بشهادة الشهود والقرائن أن ذلك نشأ عن خطأ أو كان مشروع تعاقد لم يتم وليس معنى هذا أن ما أثبته يعتبر حجة على الطرف الآخر حتى يثبت هذا الطرف مايخالفه ، إذ لاقيمة له ضده لأن القاعدة فى ذلك أنه لايصح لشخص أن يخلق لنفسه بنفسه مستنداً ، أو يتمسك بمستند من صنع نفسه . وانظر ذلك تفصيلا فى الكلام على قوة المحررات التى ليست عقوداً فى الفقرات رقم ٣٣٤ وما بعدها .

(ثانياً) على مالا يعد مستنداً أو دليلا كاملا ، كالورقة التى تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة فقط ، وسنرى بعد أن الورقة التى تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة لا تكفى وحدها للإثبات ، إنما يصح لمن يتمسك بها أن يكملها بشهادة الشهود والقرائن ، وكل ماجاز إثباته بشهادة الشهود والقرائن جاز عدلا وقانوناً إثبات مخالفته أو نفيه بشهادة الشهود والقرائن أيضاً بمقتضى المادة ٦٩ إثبات — ١٩٢ من قانون المرافعات السابق (المادة ١٨١ من القانون القديم) كما قلت فى الفقرة السابقة. فيصح إذن إثبات مايخالف مبدأ الثبوت بالكتابة بشهادة الشهود والقرائن[٢]

---

(١) أوبرى جزء ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٧١ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٦٩ و ٢٤٤٤ ودمبولومب جزء ٢٩ رقم ٦٣٤ .

(٢) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٥٦٩ ولارومبيير جزء ٦ ص ٤١٩ .

ومن السهل أن يلاحظ أنه إذا احتوت ورقة جزءاً يعد دليلا كتابياً كاملا وجزءاً آخر يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة فقط لا يصح إثبات مايخالف الجزء الأول بشهادة الشهود والقرائن ويصح إثبات مخالفة الجزء الآخر بها .

(ثالثاً) إذا كان هناك غش أو تدليس[1] إذ ليس فى الاستطاعة أخذ كتابة بذلك على الغاش أو المدلس ، وكذلك إذا كان هناك إكراه أو تسلط على الإرادة كما سنرى فى باب شهادة الشهود وفى الفقرات رقم ٤١٠ ومابعدها .

(رابعاً) وفى المسائل التجارية يجوز إثبات مايخالف عقداً مكتوباً أو مالم يرد به بشهادة الشهود . ولكن انظر أيضاً الفقرة رقم ٣٨٩ ومابعدها .

وسنرى كل ذلك تفصيلا عند الكلام على نوعى العقود (الرسمية والعرفية) وشهادة الشهود والمسائل والدفاتر التجارية والمذكرات الخصوصية .

٨٨ مكرر — وهل إذا وجد تأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين يصح للدائن أن يثبت مايخالف هذه البراءة بشهادة الشهود والقرائن ؟

إن هـذا التأشير ليس دليلا كتابياً كاملا لأن القانون ذاته أباح إثبات مايخالفه إذ نصت المادة ١٩ إثبات ـ الفقرة الأولى من المادة ٣٩٦ الملغاة من القانون المدنى ـ (المادة ٢٣٠/٢٩٥ من القانون المدنى القديم) على أن « التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعاً منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته » ومفاد هذا النص أن الشارع جعل ذلك التأشير قرينة قانونية غير قاطعة على براءة ذمة المدين من الدين . والقرائن القانونية غير القاطعة قابلة لإثبات ما ينقضها بشهادة الشهود والقرائن إذن يجوز للدائن أن يثبت بالشهود والقرائن أن للتأشير سبباً آخر غير

---

(١) لوران جزء ١٩ رقم ٥٨٤ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٦٩ وأحكام النقض التى أشار إليها .

براءة ذمة المدين ، كما سنرى تفصيلا فى الكلام على هذا التأشير فى الفقرات رقم ٣٠٣ — ٣٠٨[1] .

عدم سريان القاعدة على الغير :

٨٩ — لاتسرى أيضاً هـذه القاعدة (أى قاعدة عدم إثبات ما يخالف الكتابة أو مالم يرد بها إلا بكتابة مثلها) على الغير الذى ليس فى وسعه الحصول على كتابة[2] ، كما إذا باع المدين لأحد أقربائه عقاراً له بيعاً صورياً هرباً من ديونه أو اتفق البائع والمشترى على رفع الثمن صوريا لمنع الشفيع عن الأخذ بالشفعة[3] أو حصل تعديل فى عقد الخ[4] وسنرى هذا تفصيلا فيما بعد أيضاً عند الكلام على الصورية .

وجوب الإثبـــات بالكتابة ولو كانت القيمة لا تزيد على عشرين جنيها :

٩٠ — ذكرت فى الفقرة ٥٣ أنه إذا كانت القيمة عشرين جنيها أو أقل يصح الإثبات بشهادة الشهود (والقرائن) ؛ ولكن يجب أن لانأخذ بها القول على إطلاقه فإن هناك مايجب إثباته بالكتابة مهما كانت القيمة .

(أ) للوطن المختلط — نصت المادة ٤٣ من القانون المدنى القائم صراحة

---

(١) يرى الدكتور سليمان مرقص فى كتابه أصول الاثبات الطبعة الثانية فى الفقرة رقم ٢٠٢ ص ٣٧٦ أن القانون اعتبر فى المادة ٣٩٩ فقرة أولى مدنى القائم أن التأشير على السند ببراءة ذمة المدين من الدين كله أو بعضه دليلا كتابيا على البراءة لا يجوز اثبات عكسه إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها . وسأتحدث عن هذا الرأى تفصيلا فى الفقرة رقم ٣٠٨ .

(٢) مجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص ١٧٧٠ فى ٢٥٥ .

(٣) انظر المجموعة الرسمية سنة ١٩١٠ رقم ٦٣ وسنة ١٩٠٥ رقم ٥٥ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثانية والعشرين ص ٣٦٥ .

(٤) انظر بودرى فقرات رقم ٢٥٦٩ والمراجع وأحكام النقض الكثيرة التى أشار إليها .

على أنه يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين . ولا يجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة[١] .

(ب) الشركات المدنية — طبقاً للمادة ٥٠٧ من القانون المدنى القائم . وقد كانت خاضعة للقواعد العامة تحت أحكام القانون المدنى السابق ، وهذا هو نص المادة ٥٠٧ المذكورة : يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا وكذلك يكون باطلا كل مايدخل على العقد من تعديلات دون أن تستوفى الشكل الذى أفرغ فيه ذلك العقد . غير أن هذا البطلان لايجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان[٢] .

(ج) الصلح — نصت المادة ٥٥٢ من القانون المدنى القائم على أن الصلح لايثبت إلا بالكتابة أو بمحضر رسمى . ولم يكن هناك نص كهذا فى القانون المدنى السابق فكان من مقتضى ذلك خضوع الصلح أيضاً للقواعد العامة. ولكن المحاكم المختلطة سابقاً جرت على وجوب إثبات الصلح بالكتابة . بل تطرفت وقضت بأنه لايجوز إثبات الصلح بالشهود ولو كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة[٣] مع أن القضاء الفرنسى أجاز ذلك[٤] بالرغم من كون المادة ٢٠٤٤ من القانون المدنى الفرنسى أوجبت إثبات الصلح بالكتابة كالمادة ٥٥٢ من قانوننا المدنى . والقاعدة أنه يجوز الإثبات بالشهود فيما يجب إثباته بالكتابة مادام هناك مبدأ ثبوت بالكتابة[٥] .

---

(١) انظر الفقرة رقم ٧٦٦ مكررا فى الجزء الثانى .
(٢) انظر الفقرة رقم ٧٧٣ فى الجزء الثانى .
(٣) تعليقات بورللى على المادة ٦٥٣ من القانون المدنى المختلط رقم ٢ و ٣ والمجموعة الرسمية المختلطة السنة العاشرة ص ٢٠٩
(٤) داللوز ٧٩ — ١ — ١٢٨ و ٩٩ — ٢ — ١٤٩ وسيرى ١٩٠٨ — ١ — ٩١
(٥) وانظر رقم ٨٤ والجزء الثانى رقم ٧٧٦ .

(د) العقد الذى يقرر المرتب مدى الحياة — نصت المادة ٧٣٤ من القانون المدنى القائم على أن العقد الذى يقرر المرتب مدى الحياة لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع وظاهر من قول المادة أن العقد لا يكون صحيحاً الخ ... أن الكتابة هنا ركن لانعقاد العقد لاطريق إثبات فقط وعلة ذلك أن العقد يسرى لمدة طويلة عادة . ويلاحظ أن الفرق بين العقد الذى لا ينعقد إلا بالكتابة والعقد الذى لا يثبت إلا بالكتابة أن الأول لا يجوز إثباته بالاستجواب للحصول على إقرار أو بتوجيه اليمين الحاسمة ، أما الآخر فيجوز إثباته بذلك كما هى الحال فى الصلح والكفالة . وفى كل عقد يقول الشارع أنه لا يثبت إلا بالكتابة[1] .

(د مكرر) عقد التأمين — يجب أن يكون دائماً بالكتابة كما هو ظاهر من نصوصه[2] ولم يتحدث القانون المدنى السابق عن عقد التأمين ولكن محكمة الاستئناف المختلطة سابقاً أوجبت أن يكون بالكتابة طبقاً للعرف الذى جرت عليه الشركات[3] .

(هـ) الكفالة — نصت المادة ٧٧٣ من القانون المدنى القائم أيضاً على أنه لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلى بالبينة . ولم يكن هناك نص مثل هذا فى القانون المدنى السابق أى أن الكفالة كانت خاضعة لقواعد الإثبات العامة بمعنى أنه يجوز إذا طبق القانون المدنى السابق إثباتها بالبينة إذا كانت قيمة الالتزام المكفول لا تتجاوز عشرين جنيها[4] .

---

(١) وانظر الجزء الثانى رقم ٧٩٣ .

(٢) انظر الجزء الثانى رقم ٧٩٤ والمواد ٧٠٠ و٧٥٦/ ٣ و٧٥٨ / ٢ و٧٥٩ و٧٦٠ و٧٦٣ من القانون المدنى القائم .

(٣) وانظر الجزء الثانى رقم ٧٩٥ .

(٤) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٠ ص ٣٥٦ .

(هـ مكرر) ملكية الأسرة — نصت المادة ٨٥١ من القانون المدنى القائم على أن لأعضاء الأسرة الواحدة الذين تجمعهم وحدة العمل أو المصلحة أن يتفقوا كتابة على إنشاء ملكية للأسرة . وتكون هذه الملكية إما من تركة ورثوها واتفقوا على جعلها كلها أو بعضها ملكا للأسرة ، وإما من أى مال آخر مملوك لهم أتفقوا على إدخاله فى هذه الملكية[1] .

(و) فى الشفعة — العلم بالبيع — كان يجوز إثبات علم الشفيع بالبيع تحت أحكام القانون المدنى السابق بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك البينة طبقاً للمادة ٢٠ من قانون الشفعة السابق . ولكن طبقاً للمادة ٩٤٠ من القانون المدنى القائم أصبح لا يجوز إثبات هذا العلم إلا بإنذار رسمى يوجه إلى الشفيع من البائع أو المشترى وهذا الإنذار وحده هو الذى يوجب عليه أن يعلن رغبته فى الشفعة إلى كل من البائع والمشترى خلال ١٥ يوماً من تاريخه وإلا سقط حقه[2] .

(ز) التصرفات فى العقارات على العموم يجب أن تكون بعقود مسجلة طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ سنة ١٩٤٦ ولقانون التسجيل السابق رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٣٣ والتسجيل يستوجب الكتابة .

إنما يلاحظ أنه يندر جداً فى أغلب الأحوال المتقدمة أن لا تزيد القيمة على عشرين جنيهاً .

(ح) على أنه فى إجارة الأشياء — كان يجب طبقاً للقانون المدنى السابق أن يثبت العقد بالكتابة أو بالإقرار أو باليمين ، وإنما إذا بدىء فى التنفيذ بناء على اتفاق شفوى ولم يوجد سند مخالصة بالأجرة ، فتقدر الأجرة بمعرفة أهل الخبرة

---

(١) انظر الفقرة رقم ٧٩٦ مكرر د فى الجزء الثانى .
(٢) وانظر الفقرة رقم ٤٨٥ مكرر والجزء الثانى رقم ٧٩٩ .

وتعين المدة بحسب عرف البلد (المادة ٣٦٢/٤٤٦) وعند الكلام على مبدأ الثبوت بالكتابة سنرى هل يمكن تطبيقا لأحكام القانون المدنى السابق إثبات عقد الإيجار بورقة تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة أم لا[١] أما القانون المدنى القائم فلم يأت بمثل هذه المادة بأخضع عقد الإيجار للقواعد العامة[٢] .

(ط) كل عقد أو تخالص يبيح الشرع إثباته بالشهود يشترط الطرفان أن لا يثبت إلا بالكتابة ، كما إذا اتفق شخصان على أن جميع المعاملات التى تحصل بينهما يجب إثباتها بالكتابة ولا يصح إثباتها بشهادة الشهود ولو كانت القيمة عشرين جنيهاً أو أقل ، وكما إذا اقترض شخص من آخر مبلغاً من المال لا يزيد على عشرين جنيهاً بسند اشترط فيه أن لا عبرة بوفاء إلا إذا كان ذلك بإيصال[٣] .

(ى) وهكذا كل عقد أو حالة يشترط الشارع فيها الإثبات بالكتابة كالجمعيات[٤] والوصية[٥] وكل عقد يشترط القانون تسجيله أوقيده لأن التسجيل أو القيد يستلزم الكتابة .

(ك) أما الولادة والوفاة فإنهما يثبتان أصلا بالسجلات الرسمية المعدة لذلك ولكن إذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ماأدرج بالسجلات جاز الإثبات بأية طريقة أخرى[٦] ، وقد نصت على ذلك المادة ٣٠ مدنى صراحة .

---

(١) انظر رقم ٤٣٣ . وقررت محكمة فرفيه بلجيكا أن التنبيه بالاخلاء المقول بحصوله بالكتابة يجوز إثباته بإيصال البوستة المثبت لإرساله مسجلا وعلى المرسل إليه أن يثبت أن المظروف لم يكن بداخله ذلك — الجدول العشري الأول للمحاماه ص ٩ رقم ٣٣ .

(٢) وانظر الجزء الثانى رقم ٧٧٧ .

(٣) انظر رقم ٩٣ .

(٤) انظر الجزء الثانى رقم ٧٦٦ مكرر ب

(٥) انظر الفقرة ١٨٨ ورقم ٧٩٧ و٧٩٨ فى الجزء الثانى .

(٦) انظر الفقرة رقم ٢٩٤ والجزء الثانى رقم ٧٩٦ مكرر .

وجوب إثبات بعض المسائل التجارية بالكتابة

٩٠ مكرر — وإن كان الأصل فى المسائل التجارية أنه يجوز إثباتها بغير الكتابة إلا أن الشارع رأى وجوب إثبات بعضها بالكتابة لأهميتها كما سنرى فيما يلى :

(ا) الشركات التجارية (راجع المادتين ٤٠ / ٤٦ و ٤٦ / ٥٢ من قانون التجارة) — انظر الفقرتين رقم ٣٨٢ و٣٨٣ ولاحظ اختلاف الرأى فيما يتعلق بشركات المحاصة .

(ب) شروط استخدام قبودان السفينة وضباطها وملاحيها (راجع المادة ٦٥/٦٥ من قانون التجارة البحرى) .

(جـ) عقد إيجار السفينة (٩٠/٩٠ تجارى بحرى) .

(د) القرض البحرى (راجع المادتين ١٤٩ و ١٥٠/١٤٩ و ١٥٠ تجارى بحرى)

(هـ) عقد التأمين (السيكورتاه) البحرى (١٧٤/١٧٤ تجارى بحرى) .

(و) وهكذا فى كل ما يشترط فيه الشارع الإثبات بالكتابة .

وكانت المادة ٧٦ من قانون التجارة تنص على أنه « إذا رهن تاجر أو غيره شيئاً تأميناً على عمل من أعماله التجارية فيثبت الرهن بالنسبة للمتعاقدين وغيرهم بالطرق المقررة فى القانون المدنى الخ ... » وقد صدر القانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ بتعديل المادة المذكورة على الوجه الآتى: يثبت الرهن الذى يعد ضماناً لدين تجارى بكافة طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير الخ ... انظر الفقرة رقم ٣٨٨ مكرر .

وجوب اثبات بعض العقود بكتابة رسمية مهما كانت قيمتها أيضاً

٩١ — وهناك عقود لا يكفى فيها الإثبات بالكتابة بل يجب أن تكون الكتابة رسمية مهما كانت قيمتها وإلا كانت باطلة .

(ا) فالهبة تكون باطلة إذا لم تحصل بعقد رسمى أو تحت ستار عقد آخر إنما إذا كانت فى منقول تتم بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية . وهذا طبقاً للمادة ٤٨٨ من القانون المدنى القائم (والمادتين ٤٨و٤٩/٧٠و٧١ من القانون المدنى السابق) . والوصية من سنة ١٩١١ يجب أن تكون بورقة رسمية أو تكون كلها مكتوبة بخط الوصى وعليها إمضاؤه أو مصدقاً على توقيعه رسمياً كما سنرى فى الفقرة ٧٩٧ .

(ب) وكذلك الرهن العقارى التأمينى أو الرهن الرسمى كما سماه القانون المدنى القائم يجب بأن يكون بعقد رسمى وإلا فلا ينعقد ، وهذا طبقاً للمادة ١٠٣١ (والمادة ٥٥٧/٦٨١ من القانون المدنى القديم) .

(ج) وبيع السفينة كلها أو بعضها يجب أن يكون بعقد رسمى وإلا كان لاغياً (٣/٣ تجارى بحرى) .

(د) الوعد أو التوكيل بإبرام عقد يوجب القانون انعقاده بورقة رسمية — يجب أن يكون الوعد أو التوكيل بورقة رسمية كذلك . وهذا طبقاً للمواد ١٠١/٢ و ٤٩٠ و ٧٠٥ من القانون المدنى القائم .

(ه) وكانت المادتان ١٩٠/٢٥٤ و ١٩١/٢٥٥ من القانون المدنى السابق تنصان على أن الاتفاق على نقل التأمينات الشخصية (والعينية كما يؤخذ من النص الفرنسى للمادة ١٩١/٢٥٥ مع المادتين ١٨٩ / ٢٥٣ و ١٩٠ / ٢٥٤ إذا لم يكن

هناك محل للتفرقة فضلا عن أهمية التأمينات العينية بل هى أولى بذلك) عند استبدال التعهد لا ينفذ على غير المتعاقدين إلا إذا كان حاصلا مع الاستبدال فى آن واحد بوثيقة رسمية . وقد كان المشروع الأول للقانون المدنى القائم — المادة ٤٩٤ (مقتصراً على التأمينات العينية) يستلزم أن يكون ذلك بورقة رسمية أيضاً[1] . ولكن المشروع الذى تقدمت به الحكومة للبرلمان وبه صدر القانون — المادة ٢/٣٥٧ اكتفى بالتسجيل إذ قالت هذه المادة الفقرة الثانية : ولا يكون الاتفاق على نقل التأمينات العينيه نافذاً فى حق الغير إلا إذا تم مع التجديد[2] فى وقت واحد ، هذا مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالتسجيل .

(و) ولا يجوز إيجاد شركة المساهمة طبقاً للمادة ٤٠/٤٦ من قانون التجارة إلا بمرسوم يصدر بالتصديق على الشروط المندرجة فى عقد الشركة وبالترخيص بتشكيلها .

(ز) وكانت المادة ١٣٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية تنص على أنه يجب أن يكون الوقف على يد حاكم شرعى بالقطر المصرى أو مأذون من قبله . وطبقاً للمادتين الأولى والثانية من قانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ يجب أن يصدر إشهاد به لدى رئيس المحكمة الابتدائية الشرعية أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين الذين يعينهم وزير العدل لهذا الغرض بالمحكمة المذكورة كما سنرى تفصيلا فى الفقرة رقم ٨١٢ فى الجزء الثانى . وذلك مقصور على الوقف الخيرى إذ قد ألغى الوقف الأهلى ، وقد قررت محكمة النقض أنه لا يكفى أن يستند مدعى

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية ٢ لمشروع القانون المدنى المطبوعة سنة ١٩٤٢ ص ٦٠٧ . والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٢٥٦ .

(٢) استبدل القانون المدنى الجديد بعبارة (استبدال الدين بغيره) فى القانون المدنى السابق عبارة (التجديد والإنابة) فى القانون المدنى الجديد .

موقف عقار إلى مجرد الإشارة فى قسمة عوائده إلى أنه كذلك ولا إلى عقد قسمة بين ورثة المالك أصلاً للعقار يذكر فيه أن هذا العقار يبقى مدرسة كما هو لا تتناوله القسمة بل يجب أن يحصل العقد بإشهاد شرعى يسجل ليسرى على الغير (فى الدعوى دائن لأحد الورثة) [1] .

(ح) ونصت المادة ٧٠ من القانون المدنى القائم على أن إنشاء المؤسسة يكون بسند رسمى أو بوصية والمؤسسة كما عرفتها المادة ٦٩ هى شخص اعتبارى ينشأ بتخصيص مال مدة غير معينة لعمل ذى صفة إنسانية أو دينية أو علمية أو فنية أو رياضية أو لأى عمل آخر من أعمال البر والنفع العام دون قصد إلى ربح مادى . ونصت المادة ٧٢ على أنه متى كان إنشاء المؤسسة بسند رسمى جاز لمن أنشأها أن يعدل عنها بسند رسمى آخر وذلك إلى أن يتم شهرها وفقاً لأحكام المادة ٥٩ [2]

(ط) وهكذا كل ما يشترط القانون تحريره رسمياً أو بشكل خاص .

هل يمكن الاتفاق على الإثبات بالشهود فيما زاد على عشرين جنيها أو هل يعد ذلك مخالفا للنظام العام والآداب .

٩٢ — أجابت المادة ٦٠ إثبات (١/٤٠٠ الملغاه من القانون المدنى) على إمكان الاتفاق على الإثبات بالشهود ولو زادت القيمة على عشرين جنيها إذ قالت « 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 مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » ولم يكن هناك نص كهذا الجزء الأخير

---

(١) أنظر حكم النقض الصادر فى ٢٠ مايو سنة ١٩٤٣ فى الطعن رقم ٥٠ سنة ١٢ القضائية ـ المجموعة الرسمية ٤٣ ص ٤٣١ رقم ٢٣٦ .

(٢) وانظر رقم ٧٦٦ مكرر ج فى الجزء الثانى .

فى القانون المدنى السابق يبيح الإثبات بالشهود . ولكن يجب أن يلاحظ أن أهم سبب حمل الشارع على تحتيم الإثبات بالكتابة فى الحقوق المهمة التى تزيد قيمتها على عشرين جنيها هو خوفه من فساد ذمة الشهود أو نسيانهم أو خطأهم أو اختلاف مشاهداتهم أو عدم وجود دقة الملاحظة فيهم ، أو شهادتهم زورا . وقد منع بذلك أمرين ضارين (الأول) كثرة القضايا بغير موجب ارتكانا على شهادة الشهود (الثانى) فساد أخلاق الخصوم والشهود بهذه الشهادة — فساد أخلاق الخصوم بالادعاء باطلا ارتكاناً على شهادة الزور وفساد أخلاق الشهود بإغرائهم على الشهادة زوراً إذ لا يخفى أن إجازة الإثبات بالشهود فى الحقوق كبيرة القيمة مما يحمل على الإغراء على شهادة الزور بشتى الطرق . ولا شك فى أن كثرة المنازعات أمام القضاء بغير موجب تضر بالمصلحة العامة إذ وهى تعطل القضاة وتجهدهم وتؤخر سير القضايا فتضر بحسن سير العدالة فيصح اعتبار ذلك مخالفا للنظام العام . وبديهى أن فساد الأخلاق مناف لحسن الأخلاق والقاعدة أنه لا يصح الاتفاق على مايخالف النظام العام ، أو مايخالف الآداب ، أو ماينافى حسن الأخلاق ، ويترتب على ذلك أنه إذا اتفق شخصان على أن الإثبات يكون بينهما بالشهود فيما زاد على عشرين جنيهاً لا يصح أن يقبل منهما هذا الاتفاق على اعتبار أنه مخالف للنظام العام ومناف لحسن الأخلاق ، ويجب الإثبات بالكتابة ، وعلى هذا الرأى أغلب شراح القانون الفرنسى وبعض أحكامهم [1] وقضت به محكمة النقض البلجيكية ومحكمة ليبج ومحكمة

---

(١) أنظر دمولومب جزء ٣٠ رقم ٢١٣ — ٢١٧ ومارکديه على المادة ١٣٤٨ رقم ٨ ولارومبيير على المادة ١٣٤٧ رقم ١ ولوران ج ٩ رقم ٣٩٧ وبودرى تعهدات رقم ٢٥١٨ وهو يشير الى بوجول ج ٣ ص ٢٦٨ Poujol وبونسين مرافعات ص ٢٢٣ Boncenne وتوليه ج ٤ ص ٥٣١ Taulier وميرلان Mérlin Rep. Vo Preuve Sect. 11 3 § N, 28 s واجع أيضاً أوبرى ج ١٢ § ٧٦١ ص ٢٩٩ (ومن يشير إليهم فى الهامش رقم ٥) وقد استند هو ودمولومب على أسانيد تشريعية قديمة وحديثة وقارن سيرى ٦١ — ٢ — ٩٣ و ٦٧ — ٢ — ٨٧ .

لكسمبرج[1] ومن مقتضى ذلك أن يرفض القاضى الإثبات بالشهود من نفسه رغم اتفاق سابق على ذلك بين الطرفين بل قيل أيضاً أو إذا طلبه أحدهما أثناء سير الدعوى وقبل ذلك الطرف الآخر صراحة أو ضمناً بالسكوت وعدم المعارضة[2] وقد قررت لجنة المراقبة القضائية (فى عهد القانون المدنى السابق عندنا) أن إثبات تعهد تتجاوز قيمته ألف قرش لا يكون إلا بالكتابة ولو قبل الطرف الآخر، ويجب على القاضى من نفسه أن يرفض الإثبات بالشهود[3]. كذلك قررت محكمة استئناف مصر أنه من المتفق عليه علماً وقانوناً أن الإثبات بالكتابة فيما زاد على ألف قرش هو أمر من النظام العام وأن للمحكمة أن تحكم بعدم جواز الإثبات بالبينة فى هذه الأحوال حتى ولو قبل الخصوم الإثبات كما أن لها أن تحكم بذلك فى أية حالة كانت عليها الدعوى[4] ولكن القضاء الفرنسى (أغلبه) خالف ذلك مع بعض الشراح فى حالة القبول أثناء سير الدعوى كما قرر أنه لا يجوز التمسك بعدم جواز الإثبات بالشهود لأول مرة أمام محكمة النقض وذلك بحجة أن هذه القاعدة — قاعدة الإثبات بالكتابة، لا تحمى إلا مصالح خاصة للأفراد فإن شاؤوا تنازلوا عنها ويظهر أنه لم يفصل فى حالة الاتفاق مقدما[5] وقد يقال أيضاً أنه إذا كان للانسان أن يتنازل عن الحق ذاته تنازلا مطلقاً أو مقيداً فله من باب أولى أن يتنازل عن طريق من طرق

---

(١) كما جاء فى بودرى تعهدات رقم ٢٠١٨ هامش ١ وقد أشار إلى عدة أحكام.

(٢) أنظر المراجع المشار إليها فى الهامشين السابقين.

(٣) مجموعة مذكرات ومنشورات لجنة المراقبة رقم ٣٤٨ وانظر أيضاً حكم الاستئناف فى المحاماة ١٧ ص ١٩٥٣ رقم ٥٣٥.

(٤) الجدول العشرى الثانى المحاماة ص ٢٣ رقم ١١٠.

(٥) كولان وكاپيتان جزء ٢ الطبعة الثانية ص ٢٢٥ — ٢٢٦ وانظر بودرى تعهدات رقم ٢٠١٨ هامش ١ والأحكام الكثيرة التى أشار إليها، وكذا أوبرى فى الموضع السابق وبلانيول الطول جـ ١ رقم ١٤٢٩ ص ٧٦٤ وهيك جـ ٨ رقم ٣٩ ودورانتون جـ ١٣ رقم ٣٠٧ وآرنتز جـ ٢ رقم ٣٧٩.

إثباته . وقد قررت محكمة النقض عندنا من قبل صدور القانون المدنى القائم أن السكوت عن التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة قبل البدء فى سماع الشهادة يسقط له إذ الأصل أن الذى يدعى عليه بحق ما كما يملك الاعتراف به لصاحبه فيعفيه من إقامة الحجة عليه به ، يملك التنازل صراحة أو دلالة عن حقه فى مطالبة المدعى بالإثبات بطريق خاص قانعاً منه بغيره لأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام[1] ثم قررت محكمة النقض أيضاً أن عدم جواز الإثبات بالبينة فى الأحوال التى يجب فيها الإثبات بالكتابة ليس من النظام العام ، فإذا طالب شخص بمبلغ يزيد على الحد الجائز إثباته بالبينة والقرائن مستنداً إلى عقد رهن إدعى سرقته منه فى حادثة جنائية وطلب إثبات ذلك بالبينة ولم يدفع المدعى عليه بعدم جواز ذلك ولم يعارض فى جواز هذا الإثبات عند تنفيذ الحكم الصادر بإحالة الدعوى إلى التحقيق ، فذلك يعتبر قبولا منه لجواز الإثبات بالبينة يمتنع معه على المحكمة الاستئنافية أن تتعرض من تلقاء نفسها لإثارة هذا الدفع[2] (إنما يجب أن يلاحظ هنا أنه حتى إذا دفع المدعى عليه بعدم جواز الإثبات بالبينة فإن المدعى يمكنه أن يطلب رفض هذا الدفع إذا أثبت حصول سرقة العقد بدون إهمال منه لأن ضياع السند بسبب قهرى مسوغ للاثبات بالشهود والقرائن كما سنرى فى الفقرة ٤٥٧ وما بعدها) . وقررت محكمة النقض الجنائية كذلك أن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام وإذن فيصح إثبات العقود التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات بالبينة بقبول المدعى عليه ذلك صراحة أو ضمناً ، فإذا كانت المحكمة قد سارت فى إثبات

---

(١) أنظر الجدول العشرى الأول للمحاماة ص ٩ رقم ٣٧ .

(٢) المحاماة ١٩ رقم ٢٢ ومجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض ج ٢ ص ٣١٦ رقم ١٠٧ . ومجموعات أحكام المكتب الفنى السنة ١٩ ص ١٣٥٤ ق ٢٠٤ والسنة ١٨ ص ١١٠٢ ، ١١٣٥ ، ١٢٠٧ القواعد ١٦٥ ، ١٦٨ ، ٢٥٧ والسنة ١٧ ص ١٧٣٥ ق ٢٤٩ والسنة ١٦ ص ١٣٨٤ ق ٢١٧ .

الدعوى بالشهود ولم يبد من المتهم اعتراض على ذلك إلا بعد سماع شاهدين ففى ذلك ما يفيد قبوله ابتداء الإثبات بالبينة ولا يجوز له بعد ذلك أن يحتج بعدم جواز ذلك[١] على أن تنفيذ الحكم وسماع شهادة الشهود ومناقشتهم مع سبق الاعتراض على جواز الإثبات بالشهود لا يمنع من التمسك بعدم جواز الإثبات بالبينة[٢] وقررت محكمة النقض الجنائية أيضاً أن عدم اعتراض المتهم أمام محكمة الموضوع على إثبات عقد قيمته أكثر من عشرة جنيهات بشهادة الشهود مسقط لحقه فى الطعن[٣].

ظاهر مما قررته محكمة النقض أن أحكامها كانت مقصورة على حالة قبول الإثبات بالبينة صراحة أو ضمناً أثناء سير الدعوى. ولكن المادة ٦٠ إثبات (كالمادة ٤٠٠/١ القانون المدنى الملغاة) جاءت مطلقة إذ قالت «فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرين جنيهاً أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك». وظاهر من هذا القول المطلق أن القانون سوى بين الاتفاق الحاصل مقدماً عند التعاقد أو قبله وقبل رفع الدعوى، والاتفاق أو الرضا صراحة أو ضمناً الحاصل بعد رفع الدعوى. على أن سنده فى ذلك كما هو ظاهر من المذكرة الإيضاحية ٢ المطبوعة فى سنة ١٩٤٣ ص ٧٠٣ والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص٣٩٣ — ٣٩٤ هو حكم النقض الصادر فى ٧ أبريل

---

(١) مجموعة القواعد القانونية (جنائى) جـ ٥ ص ١١٢ ـ ١١٣ رقم ٢/٦٥ وانظر أيضاً ص ٢٧٥ رقم ٢/١٥٢ وص ٥٦٥ رقم ٢٩٥ وص ٦٠٤ رقم ٣٣٥. ومجموعة أحكام المكتب الفنى الجنائية السنة ١٩ ص ١٠٦٢ ق ٢١٧.

(٢) أنظر حكم النقض الصادر فى أول يونيه سنة ١٩٤٤ فى الطعن رقم ١١٦ سنة ١٩١٣ القضائية.

(٣) أنظر الحكم الصادر فى ٢٣ من مارس سنة ١٩٤٨ المشار إليه فى مجلة التشريع والقضاء السنة الثانية ص ١١ رقم ٨ (ب).

سنة ١٩٣٨ وهو الحكم الثانى فيما سبق ذكره القول فى الهامش أنه نشر فى المحاماه ١٩ رقم ٢٢ وفى مجموعة القواعد القانونية جزء ٢ ص١٣٦ رقم ١٠٧[1]، وهذا الحكم خاص بحالة الرضا دلالة بعد رفع الدعوى وأثناء سيرها . وكان يحسن بالشارع فى القانون المدنى القائم أن يفرق بين حالة الرضا صراحة أو دلالة أثناء سير الدعوى ، وبين حالة الاتفاق مقدماً عند التعاقد أو قبله ويحرم هذه الحالة حيث يخشى أن يقصد المتعاقدان أو أحدهما المضاربة بالشهود . والمضاربة بالشهود لا شك تكثر المنازعات أمام القضاء على غير أساس وتفسد الأخلاق بالادعاء باطلا وبالإغراء على شهادة الزور كما قدمنا فتخالف النظام العام والآداب وحسن الأخلاق . ولكن أحد شراحنا يقول : أجل أنه قد يفهم من هذا النص أن المشرع قد خالف أحكام المحاكم فى هذا الشأن فأوغل فى اعتبار القاعدة المذكورة غير متعلقة بالنظام العام ، ولم يكتف باعتبارها كذلك فيما يتعلق بجواز التنازل عن التمسك بها أثناء سير الدعوى بل اعتبرها كذلك حتى فيما يتعلق بجواز الاتفاق سلفاً على مخالفتها ، غير أننا نرى بالعكس من ذلك أن عبارة « مالم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » لم يقصد بها الاتفاق السابق الذى يعقد سلفاً وقت إبرام التصرف لأن هذا الفرض نادر بل صعب تصوره ، إذ أن الاتفاق المذكور إما أن يتصور تدوينه كتابة وفى هذه الصورة يغلب أن يفضل العاقدان تدوين التصرف الأصلى ، وإما أن يتصور عدم ثبوته بالكتابة فيكون ثبوته غير متصور لعدم جواز إثباته بالبينة ، ولا يكون ثمة محل للنص على حكمه ، ومتى استبعدنا هذا الفرض أمكن أن نصرف حكم المادة ٤٠٠ إلى الفرض الغالب عملا وأن نفسر عبارة « ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك » بأن المقصود بها إنما هو حالة رضا المدعى عليه صراحة أو ضمناً

---

(١) راجع ماسيلى بيانه بشأن ماجاء بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٣ ص ٢٩٨ .

فى أثناء سير الدعوى بأن يكون الإثبات بالبينة بدلا من الإثبات بالكتابة بـ
ومما يؤيد ذلك أن واضعى التقنين المدنى القائم كانوا يتوخون قبل كل شىء
تقنين أحكام المحاكم المصرية ، بل إنهم فى هذه المسألة بالذات استشهدوا على
صواب مانصوا عليه بحكم صادر من محكمة النقض المصرية فى ٧ إبريل سنة
١٩٣٨ . هذا مايراه أحد شراحنا الأفاضل[1] ولكن ألا يجوز عند التعاقد أن
يتفق الطرفان كتابة على أنه يجوز إثبات كل إخلال به أو كل خلاف فيه
أو كل اتفاق على ما يخالفه أو كل تنفيذ أو وفاء بشهادة الشهود مهما بلغت
قيمته . ثم لماذا نقصر أمر عدم التصور على واقعة بذاتها ؟ ألا يمكن أن نتصور
أن يتفق إثنان يريدان التعامل مع بعضهما عدة مرات — أن يتفقا كتابة على
أن يجوز مستقبلا إثبات كل تعاقد يحصل بينهما بشهادة الشهود مهما بلغت قيمته
وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية مايؤيد أن واضعى القانون والمادة ٤٠٠/١ قد قصدوا
إطلاق النص كما قدمت ولم يقصدوا قصر الأمر على حالة رضا المدعى عليه صراحة
أو ضمنا أثناء سير الدعوى طبقاً لحكم محكمة النقض السالف الذكر الصادر
فى ٧ من إبريل سنة ١٩٣٨ . فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى مجموعة الأعمال
التحضيرية جزء ٣ ابتداء من أسفل صفحة ٣٩٧ السطر الأخير : 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 . ثم قالت
المذكرة كما تقدم : وقد ذهب فريق من الفقهاء تبعته طائفة من أحكام القضاء فى
بلجيكا بوجه عام إلى إلحاق هذه القواعد بالنظام العام باعتبار تعلقها بالنظام القضائى
وإنشائها للوصول إلى أمثل طريق لحسم المنازعات . ومؤدى رأى هذا الفريق أن
قواعد الإثبات لا يجوز استبعادها أو تعديلها بمقتضى اتفاق خاص . وذهب فريق

---

(١) الدكتور سليمان مرقس فى كتابه أصول الإثبات الطبعة الثانية ص ٣٧١ ـ ٣٧٣ .

آخر إلى أن قواعد الإثبات لا تكفل إلا حماية مصالح خاصة ، ويجوز فى منطق هذا الرأى للمتعاقدين أن يعدلوا فيها باتفاقهم (انظر استئناف مختلط ٣١ مايو سنة ١٩٢٢ ب ٣٤ ص ٤٤٠ وهو الإتفاق على الاقتصار فى الإثبات على الكتابة دون غيرها) فى بعض الأحوال . وتعرض الاتفاقات الخاصة بتعديل الوقائع التى يجرى إثباتها وتعديل عبء الإثبات بوجه خاص فى عقود التأمين وعقود الإذعان . أما طرق الإثبات فالخلاف بشأنها يعرض بصدد الشهادة والقرائن . والظاهر أن القضاء الفرنسى قد جرى فيما يتعلق بالإثبات على إقرار صحة الاتفاقات المعدلة له لأن نصاب الشهادة فى التقنين الفرنسى وهو ١٥٠ فرنكا ، أى ما يعادل جنيهاً مصريا (والآن ١٥٠ مليم) قد أصبح ضئيلا جداً وانتهى الأمر بذلك إلى الإلزام بتحصيل الدليل الكتابى فى جميع المنازعات وقد اقترح لعلاج هذه الحالة حظر الاتفاق على خلاف الأحكام الخاصة بعبء الإثبات ورفع نصاب الشهادة . وقد أجيبت هذه الرغبة فصدر فى سنة ١٩٢٨ قانون رفع نصاب الإثبات بالشهادة إلى ٥٠٠ فرنك فى فرنسا وصدر فى بلجيكا فى سنة ١٩٣٨ قانون رفع هذا النصاب إلى ألفى فرنك وقد جعل المشروع الفرنسى الإيطالى نصاب البينة ألفى فرنك أو ليرة . وقد كان المشروع أى مشروع القانون المدنى القائم عندنا بين أن يرفع قيمة نصاب البينة وبين أن يجيز الاتفاق على مخالفة قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة ولا سيما بعد أن قضت محكمة النقض بجواز هذا الاتفاق (٧ إبريل سنة ١٩٣٨) وقد رؤى التمشى مع مذهب القضاء على أن أمر الخيار 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 بالاثبات .

هذا ما جاء فى المذكرة الإيضاحية وبالرغم من كونها استندت إلى حكم محكمة

(١) وقال الدكتور سليمان مرقس فى المرجع السابق ص ٣٧٢ ـ ٣٧٣ « ولم يكن هذا الحكم صادراً » .

النقض الصادر فى ٧ من إبريل سنة ١٩٣٨ الذى خصص بحالة التنازل صراحة أو دلالة عن الحق فى المطالبة بالإثبات بالكتابة أثناء سير الدعوى فإنها (أى المذكرة الإيضاحية) لم تخصص بهذه الحالة بل ظاهر من عباراتها المتقدمة أنها قارنت بين انخفاض قيمة النقد ورفع نصاب الشهادة فى فرنسا وبلجيكا وإيطاليا والمشروع الفرنسى الإيطالى ، ثم قالت إن مشروع قانوننا المدنى الجديد كان بين أن يرفع قيمة نصاب البينة وبين أن يجيز الاتفاق على مخالفة قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة ثم استأنست المذكرة بحكم محكمة النقض قائلة «لاسيما بعد أن قضت محكمة النقض بجواز هذا الاتفاق وقد رؤى التمشى مع مذهب القضاء » ثم قالت المذكرة بعد ذلك مباشرة « على أن أمر الخيار فى هذا الشأن لايزال موكولا للاستحسان فليس ثمة مايحول دون العدول عن هذا المذهب والنص على رفع نصاب الشهادة مع حظر الاتفاق على خلاف القواعد المتعلقة بالإثبات ، وكل ذلك يدل على أن المادة ٦٠ إثبات (الفقرة الأولى من المادة ٤٠٠ من القانون المدنى الملغاة) قصد بها وضع قاعدة عامة لاتخصص بحالة قبول الآثبات بالشهود صراحة أودلالة أثناء سير الدعوى فقط ، بل جاءت عبارة نصها وإطلاقه مؤيدة لذلك أيضاً[1] . هذا ولم يكن من العسير فى شىء على واضعى القانون المدنى ثم قانون الإثبات حسبما لكل خلاف أن يستبدلوا عبارة « ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » بعبارة « مالم يحصل الرضا بشهادة الشهود صراحة أودلالة أثناء سير الدعوى» . بل ربما كان الأفضل أن يكون الرضا صريحاً أثناء سير الدعوى خصوصاً بالنسبة لمن ليس له محام إذ قد يظن أنه ملزم بتنفيذ حكم الإحالة إلى التحقيق ، ولا يصح أن يعتبر الرضا ضمنا بمثابة قانون لا يصح

---

(١) قال الأستاذ السنهورى رداً على الدكتور سليمان مرقس أنه يواجه نصاً مطلقاً لايميز بين اتفاق تم بعد قيام النزاع واتفاق تم قبل ذلك فكلاهما جائز بصريح النص ـ الوسيط ص ٣٦٨ هامش (٢) .

الاعتذار بجهله لأنه ليس مقرراً إلا قضاء . وذلك مراعاة للاحترام الكامل للقاعدة الأساسية فى الإثبات ، من وجوب أن يكون بالكتابة ، وهى القاعدة المقررة فى جميع القوانين الحديثة وفى القرآن الكريم منذ أربعة عشر قرناً فى آية ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ﴾ الخ .

هل يجوز الاتفاق على عدم جواز سماع شهادة الشهود فيما تجوز الشهادة فيه ؟

٩٣ — قلت فى الفقرة ٩٠ (ط) إنه يجب أن يثبت بالكتابة كل عقد أو تخالص اتفق الطرفان على عدم جواز إثباته إلا بها ولو كان يجوز قانونا إثباته بشهادة الشهود . والحكمة فى ذلك أن الإثبات بشهادة الشهود استثناء من القاعدة الأصلية التى من مقتضاها أن الأصل فى الإثبات أن يكون بالكتابة . وهذا الاستثناء قد وضع لمصلحة المتعاقدين لعدم ضياع وقتهم أو تكبدهم مصاريف فى تحرير عقود قيمتها ضئيلة ، فإذا تنازلوا عن ذلك برضائهم واتفاقهم واتخذوا القاعدة الأصلية التى وضعها الشارع والتى هى أفضل بكثير لاتقاء الخطر الذى ينجم عن شهادة الشهود ، أساساً لمعاملتهم، فإنهم بذلك لا يخالفون النظام العام ويجب احترام اتفاقهم[1] وقد جرى القضاء المصرى والفرنسى على ذلك[2] بل

---

(١) قارن الفقرة رقم ٧٧ (من هذه الرسالة) .

(٢) راجع حكم محكمة الأقصر الجزئية فى المجموعة الرسمية سنة ١٩٢١ رقم ٦٠ والمحاماة السنة الأولى رقم ٣٤ وهو للمؤلف وكتاب القضاء المصرى تعليقاً على المادة ٢١٥ / ٣٨٠ مدنى ص ١٠٦ والأحكام المشار إليها وتعليقات جلاد على المادة المذكورة ٣ ص ١٢٧ تحت عنوان (لا يجوز إثبات بالبينة) رقم ١٩ والمجموعة الرسمية سنة ١٩٠٧ رقم ١٠ و ١١ ومرجع القضاء رقم ١٢٧٦ — ١٢٨٠ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٤ ص ٤٤٠ وتعليقات ريفيير وفوستان هيلى وبول بونت على القانون المدنى الفرنسى المادة ١٣٤١ حرفى (d) و (e) ص ٢١٥ الطبعة الثالثة والخمسين وهذه التعليقات خاصة بأحكام محكمة النقض H· F· Riviére, Faustin Hélie Paul Pont.

يصح الاتفاق على الإثبات بالكتابة وبطريقة خاصة[1] .

وكثيراً ما يحصل تعديل فى قواعد الإثبات وعبئه فى العقود التى تعقدها الشركات والمصالح المحتكرة لبعض المرافق العامة كشركات الماء والنور ومصلحة السكة الحديد وفى العقود التى تعقدها شركات التأمين ، ولكن انظر المواد ٦٦٨ — ٦٧٣ من القانون المدنى القائم الخاصة بالتزام المرافق العامة والمواد ٧٤٧ — ٧٥٠ وما بعدها عن التأمين .

سلطة محكمة الموضوع ورقابة محكمة النقض فيما يتعلق بالإثبات

٩٤ — إن مسألة بحث الدليل وقوته والاقتناع أو عدم الاقتناع به مسألة موضوعية بحتة ، أى أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تقدير الدليل ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك — هذا مادام الدليل الذى تبحثه هو الدليل الذى أباحه القانون للواقعة المتنازع عليها ، ومادام الحكم يبنى على أسباب متناسقة غير متناقضة من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها عقلا ، فإذا كانت الدعوى مما يجوز فيه الإثبات بشهادة الشهود والقرائن كان للقاضى دون رقابة عليه من محكمة النقض تقدير قيمة هذه الشهادة وهذه القرائن مادام تقديره سائغاً ، وقد قررت محكمة النقض أن قاضى الموضوع وحده هو صاحب الحق فى تقدير مايقدم إليه

---

(١) وقد قررت محكمة الاستئناف أنه إذا جازت البينة بين تاجرين (مقاول ومقدم عمال) فإن هذا لا يمنع من اتفاقهما على أن يكون الدليل بينهما بالكتابة وبطريقة خاصة (كشف موقع عليه من وكيل الأول بتصديق المهندس) ولكن إذا لم يحترم المقاول هذا الاتفاق فقدم تأييداً لدعواه كشفاً غير مصدق عليه من المهندس اعتبر المقاول متنازلا عن شرط الإثبات بالطريقة الخاصة المتفق عليها وجاز لمقدم العمال إثبات الوفاء بجميع طرق الإثبات — أنظر الجدول العشرى الأول للمحاماة ص٩ رقم٣٥ . ولاحظ المادة ٥ من قانون العمل رقم٤١ لسنة ١٩٤٤ التى نصت على أنه يجب أن يكون العقد المبرم بين صاحب العمل ومتعهد توريد العمال بالكتابة فى جميع الأحوال الخ . وانظر الفقرة رقم ٧٨٤ فى الجزء الثانى .

من بينات وفى فهم مايقوم فيها من قرائن ولا رقيب عليه فيما يحصله[1] مادام من شأن ذلك أن يؤدى إلى النتيجة التى ينتهى إليها عقلا كما تقدم . وقد قررت محكمة النقض أيضاً فيما يتعلق بالمسائل التجارية التى يجوز فيها الأخذ بشهادة الشهود أن محكمة الموضوع بما تملكه من السلطة فى تقدير أدلة الدعوى إذا أخذت بشهادة الشهود فى ثبوت وضع يد المشترى ورجحتها على المستندات المقدمة ممن يطعن فى عقد الشراء فلا رقابة لمحكمة النقض عليها[2] ، كما قررت أن النشاط التجارى جائز إثباته بالقرائن وتقدير كفاية الأدلة أو عدمها من شأن محكمة الموضوع مادامت لاتخرج عما هو ثابت بالأوراق[3] كما يصح ترجيح الأدلة المادية على الكتابة كما هى الحال فى مسألة وضع اليد المتقدمة . وقد قررت محكمة النقض على وجه العموم أن من حق قاضى الموضوع وهو فى مقام الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفى فى الدعوى أن يأخذ ببعضها ويطرح البعض الآخر[4] وإذا أخطأ القاضى فى بعض الوقائع وكان حكمه صحيحا من وقائع أخرى بأدلة قانونية فإن خطأه ذلك لايؤثر على سلامة حكمه ، وقررت محكمة النقض أن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى بحث الدلائل والمستندات المقدمة تقديماً صحيحاً وفى موازنة بعضها بالبعض الآخر وترجيح ماتطمئن نفسه لترجيحه منها ، وفى استخلاص مايرى أنه هو واقعة الدعوى دون أن يكون لمحكمة النقض أية رقابة عليه فى ذلك ولو أخطأ فى نفس الأمر لأنه أخطأ فى فهم الواقع فى الدعوى لافى حكم القانون ، ومحكمة النقض لاتنظر إلا فى المسائل القانونية ولا يستثنى من هذه القاعدة إلا صورة واحدة هى أن يثبت القاضى مصدراً للواقعة التى يستخلصها يكون وهمياً لاوجود له ، أو يكون موجوداً ولكنه مناقض لما أثبته ، أو غير مناقض ولكن يستحيل عقلا

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ص٤١٥ والسنة ١٩ ص١٤، ٤٦٠، ٥٠١، ٩٦٧، ١٤٢٦

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ص٤١٩ ومجموعة القواعد القانونية ٢ ص٤٣٧ رقم ٣/١٤٢

(٣) مجموعة المكتب الفنى ٣ - ١ ص ٥٨١ رقم ٨٨

(٤) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ص ٤٢٥ .

استخلاص الواقعة كما فعل هو[١] كما قررت محكمة النقض أنه إذا كانت الواقعة التى أوردها الحكم ليست من الوقائع التى استخلصت المحكمة ثبوتها فإنه لامحل لتعييب الحكم بإيرادها[٢] على أنها قررت أيضاً أنه إذا كان الطعن مبنياً على أن الحكم لم يستوف وقائع الدعوى ولا أسباب قضائه فيما قضى به فلابد من تبيين النقطة الموضوعية أو القانونية المهمة فى الدعوى التى يكون الحكم قصر فى إثباتها وتخريج قضائه عليها وإلا كان غير مقبول[٣] — وهذا أمر عام يسرى على جميع الأحكام فى المسائل الموضوعية وقررت محكمة النقض أن لمحكمة الموضوع سلطانها المطلق فى استخلاص مانقتنع به وما يطمئن إليه وجدانها متى كان استخلاصاً سائغاً ولا مخالفة فيه للثابت فى الأوراق ، وهى فى مقام الموازنة بين أدله الإثبات والنفى لها أن تأخذ ببعضها وتطرح البعض الآخر غير خاضعة فى ذلك لرقابة محكمة النقض[٤] ، وقررت محكمة النقض أيضاً أن بيان دلالة الورقة الصادرة من المدين فى اعترافه بالدين محل النزاع وفيما يترتب على ذلك من الأثر فى قطع التقادم هو من المسائل الموضوعية التى لاتخضع لرقابة محكمة النقض[٥] وتقدير أقوال الشهود مرهون بما يطمئن إليه وجدان القاضى لاسلطان عليه فى ذلك إلا أن يخرج بها عما يؤدى إليه مدلولها[٦] .

---

(١) مجموعة القواعد القانونية ص ٣٢٨ رقم ١٦٨ وانظر أيضاً ص ٦٣٠ رقم ٢٣٥ ، ٢ ص ٤٢٧ رقم ١٤٣ .

(٢) مجموعة المكتب الفنى ص ٧٨٩ رقم ٤/٨٧ .

(٣) مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٦٥٢ رقم ٣٣٩

(٤) مجموعة المكتب الفنى ١٥ ص ٩٨٧ رقم ١٤٧ وانظر أيضاً ص ١٠٤٥ رقم ١٥٥ وأشار الحكم إلى ١٤ ص ٢١ وانظر ١٥ ص ١٢٣٠ رقم ١٧٨ .

(٥) المجموعة المذكورة ١٥ ص ١٠٥٠ رقم ١٥٦ وانظر أيضا ص ١٢٧٤ رقم ١٨٢

(٦) المجموعة المذكورة ١٥ ص ٢٨٩ رقم ٤٣ ، ٤٩ وص ٣٩٥ رقم ٦٦ وص ١٢٣٠ رقم ١٧٨ والمجموعة المذكورة ١٦ ص ٥١٨ رقم ٨٥ واستنباط القرائن القضائية فى الدعوى وتقدير أقوال الشهود عنها من المسائل الموضوعية التى يستقل بها قاضى الموضوع ويعتمد عليها فى تكوين عقيدته لا رقابة عليه فى ذلك من محكمة النقض متى كان ذلك بأسباب سائغة .

المجموعة المذكورة ص ٥٩٤ رقم ٩٧ وانظر أيضاً ص ١٧٨ رقم ٢٧ وص ٩٥٣ رقم ١٥٣ وص ٩٦٦ رقم ١٥٣ .

والسنة ١٨ ص ١٥٢٧ ، ١٦٠٧ ، ١٦٠٩

وقررت محكمة النقض فى حكم آخر أنه إذا حصلت محكمة الاستئناف من المستندات التى عول عليها الدائن فى إثبات دينه المطالب به أن واقعة الدعوى هى أن والد القصر هو المدين شخصياً وأنه لاوجه لمساءلة القصر عن هذا الدين فلا رقابة فى ذلك لمحكمة النقض لأن الآمر فيه واقعى بحت[1] وقررت أن لقاضى الموضوع أن يأخذ من أدلة الدعوى بما يرتاح إليه ويطرح ما لا يقتنع به وليس عليه أن يرد على كل مايثيره الخصوم من تفصيلات فى نقط النزاع ، بل يكفى أن يذكر الأسباب التى اعتمد عليها فى تكوين اعتقاده بماقضى به[2] بل أن لمحكمة الموضوع أن تستند فى أسباب حكمها على أسباب حكم آخر ولو لم يصبح نهائياً لاعلى أنه يحوز قوة الشىء المحكوم به بل لأنها مقتنعة بها أيضاً كما قضت محكمة النقض بأن حق محكمة الموضوع فى الاستناد إلى أمر تقرر فى حكم آخر شرط أن يكون الحكم المستند إليه قد سبق صدوره ومودعاً بملف الدعوى وأصبح من ضمن مستنداتها . فإذا ماأحالت المحكمة الاستئنافية إلى ما استخلصته من استئناف آخر منظور أمامها وغير منضم للقضية التى فصلت فيها كان حكمها قاصراً .

كما قضت بأن لمحكمة الاستئناف إذا ماقضت بتأييد الحكم المستأنف أن تحيل على ماجاء فيه من بيان وقائع الدعوى والأسباب التى أقيم عليها متى كانت تكفى

---

(١) مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض جزء أول مدنى ص ٤٠١ رقم ١/١٨٢ ومجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ٤١٤ .

(٢) المحاماة ١٩ رقم ٢/١٥٠ ومجموعة القواعد القانونية جزء ٢ ص ٣٩٨ رقم ٢/١٢٨ ومجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ٤١٨ ومجموعة المكتب الفنى ١٠ ص ١٦٥ رقم ٢/٢٥ وقررت محكمة النقض أيضا أنه ادعى شخص أن آخر شاركه فى استئجار أطيان وأن الإجارة انتهت بالخسارة فأنكر المدعى عليه الاشتراك معه ولم يجب عن الخسارة بشىء فأحالت المحكمة القضية إلى التحقيق لإثبات قيام الاشتراك وحصول الخسارة ثم مع ثبوت الاشتراك رفضت الدعوى لعجز المدعى عن إثبات الخسارة فهذا الحكم لا يجوز الطعن فيه بدعوى مخالفة المحكمة فيه لقواعد الإثبات إذ اعتبرت المدعى مع تسليم خصمه بالخسارة مكلفاً بإثباتها . وذلك لأن إنكار الخصم قيام الشركة المدعاة ينطوى فيه عدم تسليمه بالخسارة — المجموعة المذكورة جزء ٢ ص ٤٥١ رقم ٢/١٥٣

الحجة ولم يكن الخصوم قد استندوا أمام محكمة الاستئناف إلى أوجه دفاع جديدة تخرج فى جوهرها عما قدموه لمحكمة أول درجة [1] على أن محكمة النقض قررت من جهة أخرى أن قاضى الدعوى لا يجوز له قانوناً أن يطرح مايقدم له تقديماً صحيحاً من الأدلة أو الأوراق المؤثرة فى حقوق الخصوم دون أن يبين فى حكمه مايبرر هذا الإطراح بأسباب خاصة ، فإذا هو سكت بغير علة ظاهرة فى حكمه عن بحث المستندات التى لم يختلف طرفا الخصومة لاعلى حجيتها ولا على دلالتها الظاهرة فإن حكمه يكون باطلا لقصور أسبابه . ولايجديه إن يقال إنه فعل ذلك من طريق تأويل الدليل أو تفسير الورقة ، فإن سلطته فى تفسير الأوراق والمستندات وفى العدول عن معناها الظاهر إلى المعنى الذى يريد الأخذ به ليست سلطة مطلقة بل هى مقيدة بوجوب إيراد الأسباب التى يستند إليها فى ذلك حتى يتسنى لمحكمة النقض مراقبة ما إذا كان قد أخذ فى تفسيره باعتبارات معقولة أم لا [2] وقررت محكمة النقض كذلك أنه إذا كان النزاع على تعرف النية الحقيقية للمتعاقدين قائماً بين أجنبى عن العقد وطرفيه أو بينه هو وأحدهما فللأجنبى أن يثبت بجميع الطرق هذه النية دون تقيد بألفاظ العقد وعباراته مهما كانت صراحتها ، فإذا طعن أحد الورثة فى تصرف صادر من مورثة بأنه وصية فى الواقع لا بيع كما هو مذكور فى العقد فهذا الوارث وهو من طبقة الغير فيما يختص بهذا التصرف له أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن نية المورث لم تكن إلا الإيصاء وأن البيع الذى نص عليه العقد لم يكن فى الواقع منجزاً بل مضافاً إلى مابعد الموت والحكم الذى لا يجيز ذلك متعللا بصراحة ألفاظ العقد يكون مخالفاً للقانون متعيناً نقضه [3] وقررت محكمة النقض أخيراً أيضاً ثابتة على مبدأ أن تقدير الدليل أمر

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ٤٣٥ ومجموعة القواعد القانونية ٣ ص ٢٣٩ رقم ١١ ومجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ص ٦٤٢ والسنة ١٩ ص ٣٩٠ والسنة ١١ ص ٣٨٣

(٢) مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض جزء أول مدنى ص ١١٥٥ رقم ١/٣٧٥ وانظر أيضا جزء ٢ ص ٥١ رقم ٢٢ .

(٣) المجموعة المذكورة جزء ٢ ص ٩٩٢ رقم ٦٩ وانظر أيضا جزء أول ص ٢٢٧ رقم ١٢٦ وص ٣٢٧ رقم ١٦٧ وجزء ٢ ص ٤٢٧ رقم ١٠٤٢ وجزء ٣ ص ١١ رقم ٤ وص ١٤١ رقم ٤٧ وص ١٧٧ رقم ٥٢ وص ٣٣١ رقم ٦٦ وص ٢٥٩ رقم ٣/٧٢ .

موضوعى أنه مادامت المحكمة حين رجحت ماشهد به شهود الصادر لمصلحته العقد محل الدعوى على شهادة شهود الطاعن فيه من أن السند حرر من المورث وهو فى حال صحته قبل وفاته بمدة طويلة ، قد أقامت قضاءها بذلك على أدلة سائغة استخلصتها من وقائع ما أثبته التحقيق أمام محكمه الدرجة الأولى ، فإنها لاتكون قد تعدت سلطتها فى تقدير الأدلة المقدمة فى الدعوى والأخذ بما اطمأنت إليه منها[1] وانظر أيضاً رقم ٥٢ مكرر فيما يتعلق بعبء الإثبات والوقائع المحرم إثباتها أو التى تعد فى حكم الثابت .

٩٤ مكرر — ويجب أن يلاحظ أنه إذا كان الفصل فى الدعوى يترتب على دليل معين وكان هذا الدليل غير موجود فى الأوراق يجب على المحكمة أن لاتفصل فى الدعوى حتى يقدم هذا الدليل وإلا كان الحكم قائماً على غير أساس من الواقع ومن القانون إلا إذا تغيرت ظروف الدعوى بحيث يمكن الاستغناء عن هذا الدليل . فاذا كان موضوع الدعوى المطالبة بتعويض بسبب فعل جنائى فصل فيه من المحكمة الجنائية فإنه لايصح الفصل فى الدعوى حتى يقدم الحكم الجنائى ، وكذلك إذا كان الفصل فى الدعوى يترتب على حكم مثبت للوراثة أو على أى مستند يكون فاصلا فى الدعوى . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا قضت المحكمة بوجوب تقديم دليل معين فلايجوز لها أن تتخطى ماقضت به من ذلك مادامت ظروف الدعوى لم تتغير عما كانت عليه حين قضت بما قضت به ، ثم قالت فإذا أوقفت المحكمة قضية لتقديم حكم بالوراثة فيمتنع عليها بعد ذلك أن تقبل تعجيل القضية للمرافعة من غير أن يقدم لها حكم الوراثة الذى أوجبت تقديمه كما قضت بأن لمحكمة الاستئناف أن تعدل عن تنفيذ حكم الاستجواب الذى

---

(١) مجموعة دار النقض السنة الأولى ص ٢٦٩ رقم ٢١ وانظر أيضا ص ٢٨٥ رقم ٩٦ وص ٤٦٠ رقم ١١٧ .

أصدرته متى رأت فى أوراق الدعوى والأدلة القائمة فيها والتى أشارت إليها فى حكمها ما يغنيها عن تنفيذ حكم الاستجواب المذكور ويكفى لتكوين عقيدتها وهذا يعتبر منها بياناً لسبب عدولها عن ذلك الحكم [1] .

ويجب أن يلاحظ أيضاً أن دعوى إثبات الحالة قد شرعت لتهيئة دليل غير موجود فلا يجوز رفضها إلا إذا سمحت بذلك شروط التعاقد وظروف الدعوى وإلا كان ذلك حرماناً للمدعى من دليل دعواه .

وقد قررت محكمة النقض أنه مادام الغرض من دعوى إثبات الحالة هو توفير الدليل وتهيئته للانتفاع به مستقبلا فإنه إذا دفع أمام المحكمة بعدم قبول تهيئة الدليل على يدها ورأت هى أن الدفع فى محله لما اتفق عليه الطرفان فى العقد مراعاة لمصلحة خاصة كان فصلها فى ذلك قضاء فى دفع موضوعى مبناه الاتفاق وظروف التعاقد [2] وقررت محكمة النقض أيضاً فى خصوص عقد إيجار أن النص فى العقد على إعفاء المؤجر من كل مسئولية تنشأ عن الرى وعطل آلته وتغيير طريقه هو شرط صحيح قانوناً ملزم للمستأجر [3] ، ويترتب على ذلك أنه إذا رفع المستأجر دعوى إثبات حالة عن عطل آلة الرى الموجودة بالأرض ورفضتها المحكمة كان حكمها صحيحاً . هذا ومن جهة أخرى لا يصح التمسك بعدم رفع دعوى إثبات الحالة لتهيئة الدليل فى الأحوال المستعجلة وإن أوجب القانون أخطار الخصم بها لأن هذا الوجوب لا يمنع من درء ضرر حال فمثلا نصت المادة ٥٨٥ مدنى على أنه « يجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله كأن تحتاج العين إلى ترميمات مستعجلة أو ينكشف بها عيب » فليس مؤدى هذا

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما دعوى ٥٧ ومجموعة القواعد القانونية ١ ص ٢٣٩ رقم ١٣٣ ومجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ص ٦٣٢

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما نقض ٦٢٩ .

(٣) المجموعة المذكورة إيجار ٣٧ ، ومجموعة المكتب الفنى ٦ ص ١٢٧ رقم ٢/١٦ .

النص أن يكون لزاما على المستأجر أن يرفع دعوى لإثبات حالة العين قبل قيامه بالإصلاحات[١] .

٩٤ مكرر ا — أما إذا لم تراع المحكمة حكم القانون فى الدليل وأخذت بشهادة الشهود والقرائن حيث يجب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة الدعوى على عشرين جنيها ولم يكن هنالك مايسوغ القانون إثباته بغير الكتابة فإن محكمة النقض تنقض الحكم لأن لها الرقابة التامة على تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً - وقد قررت محكمة النقض أن لقاضى الموضوع أن يأخذ بالدليل المقدم له إذا اقتنع به وأن يطرحه إذا تطرق الشك إلى وجدانه لافرق بين دليل متأخر إلا أن يكون للدليل حجية معينة فى القانون[٢] .

هل الكتابة لازمة للإثبات فقط :

٩٤ مكرر ب — قد يرى مما تقدم أن الكتابة شرعت للاثبات فقط . وهذا هو الأصل فيها حقيقة . وإنما ليس هناك مايمنع قانوناً من أن يشترط أن لايتم العقد بصفة نهائية إلا باجراء آخر كما إذا اتفق شخصان تعاقد كتابة بورقة عرفية واشترطا أن يكون انعقاد العقد بصفة نهائية معلقاً على تحريره بورقة رسمية . وقد يحصل فى التعاقد بالمراسلة أن يتفق الطرفان أو يشترط أحدهما عدم انعقاد العقد بصفة نهائية إلا إذا حرر عقد صريح لافى صورة خطاب . وقد يحصل أيضاً فى البيع بالمزاد أن يدفع المزايد التأمين المطلوب ويرسو عليه العطاء ، ومع ذلك لاينعقد العقد إلا باستيفاء شروط معينة وقد قررت محكمة النقض أنه وإن كان الأصل أن اشتراط الكتابة فى العقود الرضائية إنما يكون لمجرد

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما إجارة ٣٥ ومجموعة المكتب الفنى ٦ ص ٨٣٨ — ٨٣٩ رقم ٣/١٠٩ .

(٢) مجموعة القواعد القانونية ١ ص ٣٩٢ رقم ١٥٧ والسنة ١٨ ص ١٣١٦ .

إثباتها إلا أنه ليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من اشتراط تعليق انعقاد العقد على أمر آخر إذ ليس فى هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام . واستخلاص قصد المتعاقدين من هذا الشرط هو مما يستقل به قاضى الموضوع . وإذن فمتى كان الواقع هو أن الطاعن أقام الدعوى على المطعون عليه يطالبه برد ما دفعه إليه من تأمين وبتعويضه عما لحقه من ضرر وما فاته من ربح من جراء فسخ العقد المقول بإبرامه بينهما ، وكان الحكم إذ قضى برفض الدعوى فى خصوص التعويض قد أقام قضاءه على أن من بين شروط المناقصة التى قبلها الطاعن أن التعاقد لا يتم بين الطرفين إلا بتوقيع الطاعن على العقد الخاص بها وأنه هو الذى تخلف عن توقيع العقد وتكملة التأمين رغم التنبيه عليه مرتين من المطعون عليه بالحضور لهذا الغرض مما اضطر هذا إلى إلغاء المناقصة ، وأن العقد لم يتم بين الطرفين وأن الطاعن هو المتسبب فى عدم إتمامه لا يكون محقاً فى طلب التعويض — متى كان الحكم قد أقام قضاءه على ذلك فإن الطعن عليه بمخالفة القانون والخطأ فى تطبيقه يكون على غير أساس[1].

---

(١) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الثانية ص ٢٩١ رقم ٨٠ وجاء فى هذا الحكم أن واقعة الدعوى تتحصل فى أن بنك التسليف الزراعى (المطعون عليه) أعلن عن مناقصة لنقل محاصيل التموين بمركز منوف فتقدم الطاعن بعطائه فى ١٩٤٥/٥/٣١ ورسا العطاء عليه ودفع لذلك تأمينا مقداره ٢٠٠ جنيه وفى ٤٥/٦/٢٦ أخبره البنك برسو العطاء عليه وكلفه بالحضور إلى مقره بمنوف لتحرير العقود اللازمة لهذه العملية وتكملة التأمين وذلك تنفيذاً لشروط المناقصة . ورفضت محكمة الموضوع الدعوى مؤسسة قضاءها على أن الطاعن تخلف عن تحرير العقد النهائى بينه وبين المطعون عليه ومن ثم لا يكون ثمة تعاقد قد أبرم بين الطرفين.

نوعا المحررات

المحررات نوعان : رسمية، وغير رسمية أو عرفية[1]

المحررات الرسمية :

٩٥ — كانت المادة ٢٢٦/٢٩١ من القانون المدنى الأهلى السابق تعرف المحررات الرسمية بأنها هى التى تحرر بمعرفة المأمورين المختصين بذلك[2] وكذلك المادة ٢٩١ من القانون المدنى المختلط السابق .

وقال الشارع الفرنسى فى المادة ١٣١٧ مدنى ما ترجمته : « العقد الرسمى هو ما تحرر بمعرفة المأمورين العموميين الذين لهم حق التحرير فى المكان الذى كتب فيه العقد بالشروط المقررة أو حسب القواعد الموضوعة لذلك » .

٩٥ مكرر — والذى يلاحظ على هذه التعاريف أن المادة ٢٢٦/٢٩١ من القانون المدنى السابق عندنا قالت (المأمورين المختصين) ولم تفصل فى ذلك ولم تذكر وجوب توفر الاختصاص بالنسبة لنوع المحرر وبالنسبة لمكان التحرير . كذلك لم يذكر الشارع الفرنسى صراحة وجوب توافر اختصاص الموظف بالنسبة لنوع المحرر . ولم يقل القانون السابق عندنا شيئاً عن (الشروط المقررة أو القواعد الموضوعة لذلك) مع أن بعض هذه القواعد إذا لم يراع كان العقد باطلا أو اعتبر عقداً عرفياً كما سنرى . وكل ما فى الأمر أن الحكومة أصدرت المصرية أمراً عالياً فى ٢٦ من يناير سنة ١٨٧٦ بتعليمات لكتبة المحاكم المختلطة ومن ضمنها الشروط اللازم توافرها فى تحرير العقود الرسمية[3] وهذا الأمر العالى

---

(١) فى فرنسا يسمون العقود الرسمية Actes authentiques والعقود العرفية Actes sous-seing privé

(٢) officiers con petents كما جاء فى النص الفرنسى .

(٣) بورلالى بك ص ٦١٨ — ٦٢٠ المواد ١٢٤ — ١٣٦ من التعليمات المذكورة .

لم تكن له قوة القانون على المحاكم المختلطة إذا لم توافق عليه الدول، فضلا عن أنه لم يكن هناك نص ببطلان العقد فى حالة المخالفة. فالمحاكم الأهلية والمختلطة كانت حرة فى تقدير ما ينتج عن عدم مراعاة هذه التعليمات. على أن أغلبها جوهرى لا يمكن أن يكون للعقد كيان بدونه كما سنرى، وكتبة المحاكم المختلطة المكلفون بتحرير هذه العقود كان يجب عليهم احترام هذه التعليمات بما أنهم موظفون تابعون للحكومة المصرية.

أراد الشارع أن يعالج كل ذلك فأصدر قانون التوثيق رقم ٦٧ لسنة ١٩٤٧ لوضع الشروط اللازم توافرها لتحرير الأوراق الرسمية، ثم قال فى المادة ٣٩٠ من القانون المدنى الملغاة « الورقة الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه » ويلاحظ أن هذه المادة قد استبدلت بكلمتى (المأمورين المختصين) فى المادة ٢٢٦ / ٢٩١ من القانون المدنى السابق عبارة (موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية) والظاهر من كلمتى المأمورين[1] المختصين أن الأمر كان مقصوراً على الموظفين العموميين بالمعنى الأخص[2]. ومما قد يلاحظ على التعريف الجديد أن الشارع لم يُفصل فى اختصاص الموظف ولم يقل بوجوب اختصاصه بالنسبة لنوع المحرر ومكان التحرير.

٩٦ — ومما يلاحظ أيضاً أن القانون المدنى السابق والقائم لم يقولا (العقود الرسمية) كالشارع الفرنسى بل قالا (المحررات الرسمية)[3] أو الورقة الرسمية كما تقدم — ولفظة المحررات أو الورقة عامة، تشمل العقود، كما تشمل

---

(١) officiers كما جاء فى النسخة الفرنسية.

(٢) انظر الفقرة رقم ٩٩.

(٣) وجاء فى النسخة الفرنسية للقانون السابق écrits authentiques.

فالأوراق السياسية كالمعاهدات ، والأوراق التشريعية كالقوانين ، والأوراق الإدارية الصادرة من الوزارات وفروعها كالقرارات الوزارية ودفاتر المواليد والوفيات والشهادات الدراسية ودفاتر التسجيل ، والأوراق القضائية كالأحكام ومحاضر التحقيق ومحاضر الجلسات وأوراق المحضرين . وجميع المحررات الرسمية تعتبر حجة بما فيها ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير . وعلى الطاعن إثبات مايدعيه من حصول تزوير فيها . أما المحررات العرفية فهى التى يحررها المتعاقدون دون دخل لموظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية بحكم صفته فيكفى فيها إنكار التوقيع ليكلف المتمسك بها بإثبات صحته (أى صحة التوقيع) كما سنرى بعد إلا إذا كان مصدقاً عليه من موظف عمومى مختص فإنه لا يكفى إنكاره بل يجب الطعن فيه بالتزوير لأن هذا التصديق الذى يثبت فيه الموظف المختص أن فلاناً وقع أمامه بيان رسمى . والتزوير فى المحررات الرسمية على العموم جناية ، أما التزوير فى المحررات العرفية فجنحة . ولكن الظاهر من المادة ٢٢٧/٢٩٢ من القانون المدنى السابق أنه قصد بلفظة محررات العقود التى تنشىء ارتباطات تعاقدية بدليل قوله فى هذه المادة والمحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها مالم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء . كذلك وإن لم تقل المادة ٣٩٠ من القانون المدنى الملغاة العقود الرسمية بل قالت : الورقة الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية ماتم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه ، ويفهم من المواد التالية وخصوصاً المادة ٣٩٣ التى قالت : يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل الخ — أن الشارع كان واضعاً نصب عينه العقود الرسمية ، ثم جاءت المادة ١٠ من قانون الإثبات مثل المادة ٣٩٠ تماماً .

٩٧ — بعد ما تقدم يمكن تعريف الورقة الرسمية بما يأتى :

الورقة الرسمية هى كل ورقة صادرة من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية مختص بتحريرها من حيث نوعها ومن حيث مكان التحرير حسب القواعد المقررة قانوناً يثبت فيها ما تلقاه من ذوى الشأن أو ما تم على يديه .

أركان الورقة الرسمية :

٩٨ — من التعريف الذى ذكرته فى الفقرة السابقة أرى أنه يشترط توفر ثلاثة أركان فى الورقة لتكون رسمية :

(ا) أن يكون تحريرها بمعرفة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة .

(ب) أن يكون الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عمومية مختصاً بتحريرها من حيث نوعها ومن حيث مكان التحرير .

(ج) أن يكون التحرير حسب القواعد المقررة قانوناً[1] .

الركن الأول — الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عمومية :

٩٩ — الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عمومية هو كل شخص جعلته الحكومة جزءاً من مسئوليتها ليقوم بقسط من واجبها نحو الأمة ؛ سواء أكان ذلك بأجر كالمدير والقاضى أو بغير أجر كالمأذون والعمدة . وقد قررت محكمة النقض أن عبارة كل موظف من موظفى الحكومة له شأن فى تنفيذ قانون

---

(١) يسمى بعض الناس العقود المصدق على توقيعها أو المسجلة عقودا رسمية وهذا خطأ لأن العقد لا يكون رسميا إلا إذا توافرت فيه هذه الأركان أما العقد المصدق عليه فيحرره طرفاه أو أطرافه بدون حضور موثق ثم يصدق الموثق على مجرد التوقيع عليه أمامه . وتسجيل العقد لا يجعله رسميا كذلك ، وإنما يشهره فقط وقد يكون العقد رسميا ولا يسجل كما إذا لم يتقدم به من يهمه الأمر إلى مكتب الشهر العقارى بعد تحريره ومثل هذا العقد لا ينقل الحق العينى حتى يسجل وقد لا تكون هناك حاجة لتسجيل ورقة رسمية كما إذا كانت توكيلا .

القرعة غير قاصرة على الموظفين العموميين بالمعنى الأخص وإنما تشمل أيضاً الأشخاص الذين يكلفون أحياناً بالاشتراك فى الأعمال الخاصة بتنفيذ قانون القرعة بأى صفة رسمية فتشمل هذه العبارة حينئذ العمد سواء اعتبروا موظفين عموميين بالمعنى الأخص أو لم يعتبروا كذلك[1]

والأوراق التى يحررها الموظف أو المكلف بخدمة عمومية تعتبر رسمية حتى إذا نقل أو أوقف أو عزل ما دام لم يخطر بذلك[2]. ثم إنه ليس الأمر مقصوراً على موظفى السلطة العامة أو الحاكمة بالذات بل كل هيئة أو جهة أو مصلحة تابعة لحكومة يعتبر موظفوها أو مستخدموها موظفين عموميين كموظفى ومستخدمى وزارة الأوقاف[3] والجامعات والمتاحف ودور الآثار والمكتبات العامة وموظفى مجالس المديريات[4] والمجالس البلدية[5] والسكة الحديد والبوستة[6] والتلغرافات والتليفونات والسلخانات[7] وكذلك كل مستخدم فى الحكومة ولو كان خارج الهيئة[8] أو مستخدما باليومية[9]. والمكلف بخدمة عامة هو كل شخص ليس

---

(١) الفهرست الثانية للمجموعة الرسمية ص ١٧٩ رقم ١٢٦٢ وهى تشير إلى المجموعة المذكورة ١٣ رقم ٣/١٧ وانظر أيضا الفهرست المذكورة وهى تشير إلى المجموعة ١٥ رقم ٣

(٢) انظر أوبرى ج ١٢ ص ١٥٦ هامش ٣٢٢ ص ٧٥٥ وبودرى تعهدات رقم ٢٠٧٠ و ٢٠٧٣.

(٣) قارن نقض جنائى فى الفهرست العشرية الثانية للمجموعة الرسمية رقم ١٢٦٦ حيث يشير إلى المجموعه المذكورة ١٧ رقم ٦٠.

(٤) قارن نقض جنائى فى الفهرست العشرية الثانية للمجموعة الرسمية رقم ١٢٦٥ حيث يشير إلى المجموعة المذكورة ١٥ رقم ١١٧ / ١.

(٥) قارن نقض جنائى فى المجموعة الرسمية سنه ١٩١٢ ص ١٤٠ رقم ٧٠

(٦) قارن نقض جنائى فى الفهرست الثانية للمجموعة الرسمية رقم ١٢٦٤ حيث يشير إلى المجموعة المذكورة ١٥ رقم ١٢٢.

(٧) الفهرست العشرية الأولى للمجموعة الرسمية رقم ٩٠٩٣ وهو يشير إلى المجموعة المذكورة ٩ رقم ٢٣ نقض.

(٨) الفهرست العشرية الثانية للمجموعة الرسمية رقم ١٢٦٤ وهو يشير إلى المجموعة المذكورة ١٥ رقم ١٢٢ نقض.

(٩) الفهرست العشرية الأولى للمجموعة الرسمية رقم ١٠٩٠ وهو يشير إلى المجموعة المذكورة السنة الأولى رقم ٢٧٩ استئناف.

موظفاً أو مستخدماً عاما يكلف بخدمة عامة كالخبير فيما يندب له[1] ورئيس الحانوت فيما يتعلق بمحاضر الوفاة[2] وأنه وإن كان الأصل المكلف بخدمة عامة لا يأخذ حكم الموظف إلا إذا كان مكلفاً بها من جهة حكومية ، إلا أنه متى كان لاشك فى أن خدمته عامة وكان مكلفاً بها من هيئة معترف بها من الحكومة وخصوصاً إذا كانت هذه الهيئة دينية فإنه يأخذ حكم الموظف أو المستخدم العام وتعتبر أوراقه رسمية كالقسيس فيما يتعلق بعقد الخطبة وعقد الزواج . وقد قررت محكمة جنايات أسيوط أن عقد الخطبة الذى يحرره القسيس المختص هو عقد رسمى لأن له أثراً فى إثبات الزوجية التى تتم بمقتضى إكليل يحدد ميعاده فى ذلك العقد ويتم بغير وثيقة أخرى وإنما يكون إتمامه موجباً لتسجيل عقد الخطبة بمعرفة القسيس الذى حرره ومن تلقاء نفسه . فإثبات وقائع غير صحيحة فى ذلك العقد يكون جريمة تزوير فى أوراق رسمية[3] .

والموظفون من قبل الحكومة على العموم تعتبر أوراقهم رسمية فيما هو من اختصاصهم كالقضاة فيما يتعلق بالأحكام وكتبة الجلسات فيما يتعلق بمحاضر الجلسات والمحضرون فيما يتعلق بالإعلانات وتنفيذ الأحكام الخ .

١٠٠ — وإذا غلبت الحكومة الشرعية على أمرها ، وعينت السلطة الغاصبة موظفاً ، تعتبر محرراته رسمية لأنه موظف فى الواقع . وإذا قلنا ببطلان أعماله فإن

---

(١) الفهرست العشرية الأولى للمجموعة الرسمية رقم ١٠٩٢ وهو يشير إلى المجموعة المذكورة ٩ رقم ٢٣ استئناف .

(٢) الفهرست العشرية الأولى للمجموعة الرسمية رقم ١٠٩٤ وهو يشير إلى المجموعة المذكورة ٩ رقم ٦ نقض

(٣) الفهرست العشرية الأولى للمحاماة رقم ٤٢٤١ وهى تشير إلى المحاماة ٤ رقم ٥٧٣ وكذلك كتبة المجالس المحلية فيما يتعلق بمحاضر جلسات المجالس المحلية أسوة بكتبة جلسات المحاكم

ذلك من شأنه تعطيل مصالح الناس وإيقاف حركة دولاب الأعمال لعدم وجود غيره ، فإذا ما حرر أوراقاً كان للناس فيها حقوق ، أو عليهم واجبات مدنية ، وجب احترامها وخصوصاً أن تحرير العقود لا يحصل إلا بمحض رغبة واختيار الطرفين المتعاقدين . ولا شك فى أنه من المصلحة العامة والخاصة اعتبار مثل هذه الأوراق والعقود رسمية . وفى الشريعة الإسلامية يصح قضاء القاضى الذى ولته سلطة غاصبة[1] .

١٠١ — وإذا فرضنا أن الحكومة عينت موظفاً ليس حائزاً للشروط المقررة قانوناً ، فإن محرراته تعتبر رسمية لأنه لا يستمد حق التحرير من شروط التوظف إنما من أمر التعيين[2] كما إذا عين موظف دون السن القانونية ، أو عين أجنبى حيث يجب أن يعين وطنى .

١٠٢ — ثم إن الحكومة فى إدارتها للبلاد لا تقوم بأعمال الولاية العامة فقط كالتشريع والقضاء والضبط الإدارى ، بل تقوم أيضاً بأعمال تشبه أعمال الأفراد والشركات كإدارتها للسكك الحديدية ونقل الركاب والبضائع وإدارتها للتلغرافات والتليفونات والبوستة والمؤسسات والهيئات التابعة للقطاع العام ، فهل تعتبر أوراق هذه المصالح أوراقاً رسمية ؟ نعم كما تقدم لأن الحكومة فى كل أعمالها تمثل المصلحة العامة ، وكل ما تجره من الغنم والكسب من مثل هذه المصالح التجارية يصبح من نقود الميرى ، ونقود الميرى من الأموال العامة لا يصح التصرف فيها إلا بقيود وضوابط خاصة فى سبيل المصلحة العامة . ويترتب على ذلك أن كل تزوير يقع يعتبر تزويراً فى أوراق رسمية[3] واختلاس أموالها جناية لأنها تعتبر أموالا أميرية .

---

(١) قارن جودنو Goodnow على القانون الادارى المقارن ج ٢ ص ٢٥ تحت عنوان Officêrs do fâcto عند الانجليز .

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٠٧٣ ولوران ج ١٩ رقم ١٠٧ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٥ ص ١٥٧ ودورانتون ج ١٣ رقم ٧٧ وبونييه ج ٢ رقم ٤٧٠ .

(٣) وانظر الفقرة رقم ٩٩ وشرح القانون المدنى للمرحوم فتحى زغلول ص ٣٩٧ والهامش التالى .

١٠٣ — وكما تدير الحكومة الأملاك العامة كالطرق والشوارع والقلاع والحصون ، فإنها تدير أملاك الميرى الخاصة التى تستغلها كما يستغل الفرد أملاكه. فهل تعتبر المحررات الخاصة بإدارة هذه الأملاك محررات رسمية ؟ نعم أيضاً لأن إيرادات هذه الاملاك ، وثمن ما تبيعه الحكومة من أعيانها وثمارها ، كل ذلك يدخل فى خزانه الحكومة ويصبح من نقود الميرى التى لا تصرف إلا فى الشئون العامة (١).

الموظفون المخصصون بتحرير العقود الرسمية :

١٠٤ — ولما كانت العقود الرسمية هى أهم الأوراق الرسمية فيما يختص بالمعاملات المدنية وهى التى تهمنا هنا وجب أن أبين بنوع خاص من هم الموظفون الذين يستطيعون تحريرها .

إلى أن أنشئت المحاكم المختلطة ثم الأهلية فى ظل النظام القضائى السابق كانت المحاكم الشرعية هى المختصة دون غيرها بتحرير العقود الرسمية ، وظلت مختصة بذلك ، وكان إذا أريد تحرير عقد رسمى (إشهاد) فى المحكمة الكلية فيكون ذلك لدى الرئيس أو من يحيله عليه من القضاة أو الكتاب ، وفى المحاكم الجزئية لدى القاضى أو من يحيله عليه من الكتاب (٢).

---

(١) قارن حكم محكمة النقض المنشور فى المجموعة الرسمية سنة ١٩٧١ رقم ٤ وقد جاء فيه : وحيث أن الحكومة تقوم فى الإدارة بتأدية قسمين من الأعمال ترمى بهما إلى غرض واحد وهو الإدارة العامة للبلاد وإن اختلفت الصور الظاهرة فى تأديتهما وهذه الأعمال على اختلاف أنواعها يجريها موظفون عموميون لا تتغير صفتهم بتغير نوع العمل ولا صفة الأوراق التى يثبتون فيها أعمالهم على اختلاف أنواعها فالقسم الأول من تلك الأعمال يتعلق بسلطة الأمر والنهى « Actes d'autorité » (مايعبر عنه بأعمال الولاية) والقسم الثانى ما يتعلق بادارة الأموال عمومية كانت أو خصوصية Actes de gestion وكلا القسمين من أعمال الموظف العمومى . أما تقسيم الأموال إلى عمومية وخصوصية وإن بنى عليه اختلاف فى القواعد المدنية الخاصة بكل منهما فلا تأثير له على صفة الموظف العمومى المكلف بتأدية تلك الأعمال .

(٢) راجع المادة ٣٦٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها الصادر بها قانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ ،

ولما أنشئت المحاكم المختلطة سنة ١٨٧٥ نص فى المادة ٣٣ من لائحة ترتيبها على اعتبار كتاب المحاكم الابتدائية بمثابة موثقين أى محررين للعقود الرسمية[١].

ولما أنشئت المحاكم الأهلية فى سنة ١٨٨٣ نص فى المادة ٤٨ من لائحة ترتيبها على أنه يلزم أن يكون بطرف كتاب المحاكم الإبتدائية دفاتر للرهونات والتسجيل والقيد، ويجب عليهم تحرير كافة العقود والمشارطات، ولكن هذه المادة لم يعمل بها ولم توجد الدفاتر المنوه عنها، وجرى العمل على تحرير العقود بمعرفة كتاب المحكمة المختلطة أو فى المحاكم الشرعية.

فكان الموظفون والمستخدمون المختصون بتحرير العقود الرسمية هم قضاة وكتاب المحاكم الشرعية وكتاب المحاكم المختلطة دون غيرهم.

وفى سنة ١٩٤٧ صدر القانون رقم ٤٨ ونصت المادة ٢٠ منه على أن سماع إشهادات الوقف عدا إشهادات الحرمان هى من اختصاص رئيس المحكمة الابتدائية الشرعية التى بدائرتها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة أو من يحيلها عليه من القضاة أو الموثقين الذين يعينهم وزير العدل لها الغرض بالمحكمة المذكورة دون غيرهم. ونصت المادة ٣ على أن سماع الإشهاد المشتمل على الحرمان الوارد بالفقرة الأولى من المادة ٢٧ وسماع الإشهاد بالرجوع فى الوقف الصادر قبل العمل بهذا القانون أو بالتغيير فى مصارفه من اختصاص هيئة التصرفات بالمحكمة التى بها أعيان الوقف كلها أو أكثرها قيمة دون غيرها، ونصت الفقرة الثانية من المادة ٤ على أن قرار هيئة التصرفات الصادر بسماع أو رفض الإشهاد الذى تختص بسماعه يكون من التصرفات التى يجوز استئنافها.

---

(١) فى فرنسا لا يقوم بذلك موظفو المحاكم إنما يقوم بذلك من يسمونهم Notaires لهم مكاتبهم الخاصة وهم أشبه بالمأذونين عندنا من حيث اعتبارهم فى ذلك موظفين أو مكلفين بخدمة عمومية.

ثم صدر قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ الذى سرى من أول يناير سنة ١٩٤٨ فقضى على هذه الاختصاصات المتباينة ووحد الجهات المختصة بالتوثيق وقرر إنشاء مكاتب خاصة لذلك تحرر فيها جميع العقود . ونصت المادة ١١ من هذا القانون على أن تلغى أقلام التوثيق بالمحاكم الوطنية والمختلطة ويحال إلى مكاتب التوثيق جميع أصول العقود الموثقة والوثائق والتقارير المتعلقة بها، ونصت المادة الأولى على أنه يقوم بالتوثيق موثقون وموثقون مساعدون يعينون بقرار من وزير العدل . إلا أنه لاعتبارات خاصة بالمحاكم الشرعية — كما جاء فى المذكرة التفسيرية لمشروع القانون — قد احتفظ لهذه المحاكم بتوثيق المحررات المتعلقة بالوقف الخيرى أو بمواد الأحوال الشخصية ، على أنه فيما يتعلق بالوقف ، وما يلحق به من تحكير (وقد ألغى[1]) فما لانزاع فيه أن ما كان فيه ذا صفة مدنية كإجارة الوقف يوثق فى المكاتب الجديدة . والمقصود بالأحوال الشخصية كما جاء فى المذكرة التفسيرية أيضاً مسائل الزواج والطلاق وما يتعلق بها والإقرار بالنسب ونفيه . هذا بالنسبة للمسلمين، أما غير المسلمين فإن مكاتب التوثيق هى التى توثق المحررات المتعلقة بأحوالهم الشخصية (ولكن الواقع بخلاف ذلك بالنسبة للمصريين والأمر باق على حاله حتى يتم التشريع الخاص بأحوالهم الشخصية (انظر المواد ١٤ و ١٥ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ فيما يعتبر من الأحوال الشخصية ويتعلق بمواد الولاية على المال) وبالنسبة للاجانب يكون لهم الخيار فى توثيق محرراتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية لدى مكاتب التوثيق أو لدى جهاتهم القنصلية تطبيقاً لقواعد القانون الدولى الخاص .

الركن الثانى — أن يكون تحرير الورقة من اختصاص الموظف الخ .

١٠٥ — وهذا الاختصاص يجب أن يتوفر (أولا) بالنسبة لنوع المحرر

---

(١) انظر الفقرة رقم ٨٠٢ فى الجزء الثانى .

فمثلا القاضى يحرر الأحكام ، والمحضر يعلنها وينفذها ويحرر الإعلانات ومحاضر التنفيذ ، والمأذون يحرر عقود الزواج بين المسلمين أو بين مسلم وكتابية ، وقضاة المحاكم الشرعية وكتابها يحررون العقود الرسمية التى بقيت فى اختصاصهم أى المتعلقة بالوقف الخيرى أو بالأحوال الشخصية ، والموثقون يحررون سائر العقود الرسمية الأخرى كما تقدم ويصدقون على العقود العرفية ، فلا يستطيع قاض أن يعلن أو ينفذ حكما ، ولا يستطيع محضر أن يعقد زواجا ، ولا يستطيع مأذون أن يحرر عقداً رسمياً . (ثانياً) يجب أن يتوفر الاختصاص بالنسبة للمكان أيضاً فلا يصح لموثق معين فى جهة أن يحرر عقداً رسمياً فى جهة أخرى .

ويلاحظ أن الاختصاص هنا خاص بالجهة المعين فيها الموثق لا الجهة التى يقيم فيها المتعاقدان أو التى يقع فيها موضوع العقد ، بمعنى أنه يصح للموثق أن يحرر عقداً أو يصدق على عقد يقيم أربابه أو يقع موضوعه فى جهة أخرى مادام هو يقوم بذلك فى مكتب التوثيق المعين به كما سنرى فى الفقرة رقم ٦١١ تفصيلا[1]

وكل عمل يعمله الموظف خارج دائرة اختصاصه من حيث نوع المحرر أو من حيث المكان لا يعتبر رسمياً ويكون حكم الموظف بالنسبة له حكم أى فرد من غير الموظفين . فالمحضر إذا أثبت فى الإعلان أن المعلن اعترف بمديونيته لطالب الإعلان لا يكون هذا الاعتراف حجة على المعلن لأنه ليس من اختصاص المحضر سماع إقراره هذا . إنما إذا وقع المعلن الإقرار يعتبر حجة عليه ولكن

---

(١) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٠٧١ والمراجع التى أشار إليها وقد قيل هنا .

L'officier doit avoir la compétence réelle et la compétence territoriale.

لا يعتبر الإعلان ورقة رسمية فى هذا الصدد ولا تزيد قيمته على ورقة عرفية . على أنه إذا كان الإقرار منصباً على ماقيمته عشرين جنيهاً أو أقل وكان لم يوقعه المعلن جاز استشهاد المحضر بصفته الشخصية على صدور الإقرار من المعلن . وجاز اعتبار الإعلان قرينة موضوعية إذا عززتها قرائن أخرى إن تعذر استشهاد المحضر أو توفى . وكذلك الموثق كما سنرى إذا حرر عقداً ليس من اختصاصه تحريره يعتبر عقداً عرفياً إذا وقعه المتعاقدون . وإذا كان القانون أو الاتفاق يشترط لصحة العقد أن يحرر رسمياً كالهبة أو أى اتفاق آخر كان العقد باطلا لاقيمة له [1] . ولكن محضر حصر التركة وإن كان ورقة رسمية فإنه لم يجعل قانوناً لإثبات تاريخ الوفاة لأن إثبات هذا التاريخ ليس من اختصاص موظف المحكمة الحسبية الذى يحرر محضر حصر التركة . فإذا ذكر شخص من أهل المتوفى أمامه تاريخاً للوفاة وأثبت ذلك فى محضره فإن هذا لايغنى عن تقديم شهادة رسمية بتاريخ الوفاة محررة بمعرفة الموظف المختص بذلك [2] . وإذا ذكر

---

(١) انظر الفقرة رقم ١٢٥ .

(٢) انظر حكم النقض الصادر فى ٨ من فبراير سنة ١٩٤٥ فى الطعن رقم ٧٩ سنة ١٤ القضائية . وهل كان للمحاكم الشرعية فى ظل التشريع السابق أن تحرر العقود الرسمية بين الوطنيين والأجانب ؟ إن المحاكم الشرعية كانت محاكم البلاد الأصلية وكانت وحدها مختصة بتحرير العقود بين جميع المتعاقدين من أى جنس بغير تفريق . ولم تحرم عليها ذلك المادة ٣٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة بل كان نصها مقصورا على أن العقود التى يحررها كتاب المحاكم الابتدائية المختلطة تعتبر رسمية . أى أن كل ما عمله الشارع هو أن أباح لموظفين آخرين تحرير العقود الرسمية . « الدكتور عبد السلام ذهنى المداينات جزء أول ص ١٢٧ » واللوائح الشرعية المتتابعة حتى اللائحة الأخيرة الصادر بها القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ لم تقيد المحاكم الشرعية بالاقتصار على تحرير العقود بين الوطنيين . ولايخفى أن عملية التوثيق أى تحرير العقود ليست من الأعمال القضائية . وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة جواز تحرير العقود الرسمية بين الوطنيين والأجانب فى المحاكم الشرعية (راجع مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة الثالثة ص ١٥٨ « اقرأ تعليقات الحكم » . ويلاحظ فوق ذلك أن الدولة العلية أى الدولة العثمانية (تركيا الآن) لما كانت مصرتابعة لها ، عند ما أباحت للأجانب تملك العقارات فى بلادها ، حتمت عليهم الخضوع للقوانين المحلية فيما يختص بها . ونصت المادة الثانية من القانون العثمانى الصادر فى ٧ من =

في محضر التركة أن التركة جميعها سلمت إلى أحد الورثة ،إن هذا لايدل على الاستلام لأنه ليس مما أعد محضر حصر التركة لإثباته

الركن الثالث ـ أن يكون التحرير طبقا للقواعد المقررة قانونا

١٠٦ — إن شروط تحرير كل ورقة مبينة فى القوانين واللوائح الخاصة بكل مصلحة .

أما فيما يختص بالعقود الرسمية فقد كانت هناك القواعد المبينة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة التى صدر بها القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٣١[1] وأخيراً صدر قانون التوثيق رقم ٦٨/٤٧ .

القواعد المبينة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والاجراءات المتعلقة بها

١٠٧ — تكتب الإشهادات (أى العقود الرسمية) بالمضابط (دفاتر مخصصة لذلك) المرقومة الصفحات والمختومة بختم رئيس المحكمة أو نائبه أو

= صفر سنة ١٢٨٤ الموافق ٩ من يونيه سنة ١٨٦٧ على أنه يجب مراعاة كافة القوانين واللوائح الخاصة بالتصرفات العقارية (راجع قاموس جلاد الفرنسى الجزء الرابع ص ٧٧ . ولما الغيت الامتيازات الأجنبية بالوثائق الموقعة بمونترو فى ٨ من مايو سنة ١٩٣٧ (معاهدة مونترو) نصت المادة الثانية من هذه الوثائق على أنه مع مراعاة مبادىء القانون الدولى يخضع الأجانب للتشريع المصرى فى المواد الجنائية والمدنية والتجارية والادارية والمالية وغيرها الخ ،وكان يجوز لكتاب المحاكم المختلطة أن يحرروا عقودا رسمية بين الوطنيين وبعضهم . إن كتاب المحاكم المختلطة كانوا موظفين تابعين للحكومة المصرية كموظفى المحاكم الشرعية ، والمادة ٣٣ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة لم تفيد هؤلاء الكتاب كما تقدم القول بوجوب تحرير العقود بين الأجانب وبعضهم أو بين الوطنيين والأجانب فقط (راجع الحكم المشار إليه فى الفقرة السابقة « مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة الثالثة ص ١٥٨ ») . وكما قلت ليس التوثيق عملا قضائيا . وقد جرى العمل من عهد إنشاء المحاكم المختلطة حتى آخر سنة ١٩٤٨ حيث عمل بقانون التوثيق من أول يناير سنة ١٩٤٨ على أن الوطنيين يحررون كل عقودهم تقريبا فيما بينهم أمام المحاكم المختلطة وقد أقرت ذلك محكمة الاستئناف الأهلية (راجع المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٨ رقم ١٩ والحقوق السنة الواحدة والعشرين ص ٢٦٦ والشرائع السنة الخامسة رقم ٣٠) .

(١) انظر الفقرة رقم ١٠٤ ، والفقرة ٩٥ أيضا فيما يختص بغير ذلك .

قاضى المحكمة الجزئية وختم المحكمة (المادة ٣٦٨ من اللائحة) ثم يعرض الكاتب تفصيل ما كتبه بالمضبطة من صيغة الإشهاد على من باشره من القضاة أو على من أذنه بمباشرته منهم (المادة ٣٦٩ من اللائحة) .

١٠٨ — وبعد استيفاء كتابة الصيغة وقراءتها يضع كل من ذوى الشأن والشهود إمضاءه أو ختمه على المضبطة وكذا من باشر الصيغة وكاتب الإشهاد (المادة ٣٧٠ من اللائحة) .

وقد نصت المادة ٣٦٣ من اللائحة قبل ذلك على أن ضبط الإشهادات هو كتابتها بدفاتر المضابط ، وتحرير سنداتها هو كتابة صورها بالأوراق المتموغة مطابقة لأصلها ، وتسجيل السند أو الحكم هو كتابة مابه حرفيا بالسجلات أو حفظ صورته الشمسية .

وتمضى جميع السندات الشرعية وصورها التى تكتب بالأوراق المتموغة بإمضاء رئيس المحكمة وتختم بختمه الذاتى فى المحاكم الكلية . وفى المحاكم الجزئية تمضى وتختم من قضاتها . وفى جميع الأحوال تمضى من الكاتب وتختم بختم المحكمة (المادة ٣٧١ من اللائحة) .

وعند نهاية العمل فى كل مضبطة وسجل يقدم الدفتر إلى رئيس المحكمة فى المحاكم الكلية وإلى القاضى فى المحاكم الجزئية ليكتب عليه ما يفيد نهاية العمل فيه إلى ذلك الموضع ، ويصح إمضاءه وختمه على ما يكتبه (المادة ٣٧٢ من اللائحة) .

١٠٩ — وقد نصت المادة ٣٦٥ على أنه يجب أن تشمل المحررات المقدمة للتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضوعها جميع البيانات اللازمة أو المفيدة فى الدلالة على شخصية الطرفين وتعيين العقار بالذات وعلى الأخص أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم وكذلك محل إقامة الطرفين وبيان الناحية

واسم ورقم الحوض وأرقام القطع إذا كانت واردة فى قوائم فك الزمام وكذلك حدود ومساحة القطع بأدق بيان مستطاع ويجب (فى عقود البيع والبدل [1]) ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك تاريخ ورقم تسجيل عقده إذا كان مسجلا .

إذا كان قد صدر إشهاد سابق عن العقار نفسه وجب التأشير على سجله بالاشهاد الجديد ، وإن كان مسجلا بجهة أخرى أى فى محكمة أخرى وجب إخطارها بذلك لإجراء ما ذكر ، وعلى كل حال فعلى المحكمة التى صدر بها الإشهاد أن ترسل ملخصه إلى المحكمة الكائن بدائرتها العقار لتسجيله (المادة ٣٧٣ من اللائحة) .

١١٠ — ويلاحظ على هذه اللائحة أنه لم ينص فيها صراحة على أمور كثيرة كوجوب التأكد من شخصية المتعاقدين والشهود ، وتوفر الأهلية فيهم وذكر اسم كاتب العقد وتاريخه . إنما ذلك متروك لأحكام الشريعة الغراء ، وقد جرى العمل على استيفاء كل ذلك ، كما أنه على القاضى أن يتحقق من وجوب مطابقة العقد للنصوص الشرعية وملاحظة توفر أركانه .

القواعد المقررة فى قانون التوثيق

ولائحته التنفيذية

١١١ — نصت المادة الأولى من قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ على أن تنشأ مكاتب تتولى توثيق المحررات التى يقضى القانون أو يطالب المتعاقدون

---

(١) بعد قانون التوثيق لاتوثق المحاكم الشرعية سوى المحررات المتعلقة بالوقف أو بمواد الأحوال الشخصية — انظر الفقرة رقم ١٠٤ . وذكر أصل الملكية الخ يلزم فى الوقف كما لايخفى .

وثيقها وتتبع هذه المكاتب مصلحة الشهر العقارى ويعين عددها ومقر كل منها واختصاصها بقرار من وزير العدل .

وقد تقدم الكلام فى الفقرة رقم ٩١ على العقود التى يقضى القانون بوجوب تحريرها رسمياً أى توثيقها . أما العقود التى يوجب القانون توثيقها فالمتعاقدون أحرار فى توثيقها أو عدم توثيقها والاكتفاء بتحريرها عرفية والتصديق عليها من الموثق . ولابد من التنبيه هنا كما جاء فى المذكرة التفسيرية إلى أنه لم يُرد بتحديد اختصاص كل مكتب إجبار ذى الشأن على أن يتقدم بتحريره إلى مكتب بعينه بل له أن يتقدم به إلى أى مكتب يشاء لتوثيقه ، وإنما أريد من هذا التحديد منع الموثق فى أحد المكاتب من أن يباشر مأمورية التوثيق خارج دائرة اختصاص هذا المكتب . وقد نصت المادة ٤ صراحة على أنه لايجوز للموثق أن يباشر عمله إلا فى دائرة اختصاصه ، وإذا فعل ذلك كان عقده باطلا لأن اختصاصه بتحرير العقود الرسمية محدود بدائرة المكتب المعين فيه . وفى فرنسا يعتبر العقد باطلا كذلك ويوقف الموثق عن عمله ثلاثة أشهر ، وفى حالة العود يلزم بكافة التعويضات وذلك طبقاً للمادتين ٦ و ٦٨ من قانون الموثقين الصادر فى ٢٥ فنتوز السنة الحادية عشر (١٦ من مارس سنة ١٨٠٣) المعدل فى سنتى ١٩٠٢ و ١٩٠٧ .

١١٢ — هذا وقد صدر قرار وزير العدل المشار إليه فى المادة الأولى المذكورة من قانون التوثيق بتعيين عدد مكاتب التوثيق ومقر كل منها واختصاصه فى ٢١ من أكتوبر سنة ١٩٤٧ للعمل به من أول يناير سنة ١٩٤٨ .

ونصت المادة الثانية على أن يتناول اختصاص كل مكتب من مكاتب التوثيق المديرية أو المحافظة التى يقع فى دائرتها . ونصت المادة الثالثة على أن تتبع مكاتب التوثيق فروع فى مختلف الجهات التى بها محاكم جزئية أو مأموريات

للشهر العقارى ويعين اختصاص كل منها وفقاً للجدول المرافق وقد أرفق بهذا القرار كشف ببيان الفروع واختصاصها وعددها ومن هذا يرى التيسير العظيم الذى استحدثه التشريع الجديد للناس فيما يختص بالتوثيق بعد أن كان مقصوراً تقريباً على المحاكم المختلطة فى مصر والأسكندرية والمنصورة ـ وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية أنه اقتضى الحال أن تلحق بالمكاتب الرئيسية فى المحافظات وعواصم المديريات فروع فى مختلف الجهات التى بها محاكم جزئية أو مأموريات للشهر حتى لايكبد جمهور المتعاملين مشقة فى الانتقال إلى المكتب الواقع فى عاصمة المديرية لإجراء ما كان يتم فى المحاكم الجزئية أو الشرعية فى المراكز (إشارة إلى التصديق على توقيعات العقود العرفية وإثبات التاريخ) وامتنع عليها إجراؤها اعتباراً من تاريخ تنفيذ النظام الجديد . ويجب أن يلاحظ أن الأمين العام للشهر العقارى والتوثيق أصدر تعليمات قال فيها إن المأموريات تتولى فقط توثيق بعض المحررات البسيطة مثل التوكيلات والإقرارات الفردية وعقود البيع كما تتولى التصديق على توقيعات المحررات العرفية وإثبات تاريخ المحررات العرفية غير الواجبة الشهر وإعطاء الشهادات بحصول التصديق على التوقيعات وإثبات التاريخ فى المحررات العرفية . إنما يلاحظ أيضاً أن القرار الوزارى لم يحرم على الفروع توثيق أى عقد فإذا حرر موثق الفرع عقداً ليس مما ذكر فى التعليمات يكون العقد صحيحاً لا باطلا مادام فى دائرة اختصاص الموثق إلا أن الأمين العام يستطيع مؤاخذة الموثق تأديبياً لمخالفة تعليماته .

١١٣ — والمادة الثانية من قانون التوثيق نصت على أن مكاتب التوثيق تقوم بما يأتى :

(١) تلقى المحررات وتوثيقها (٢) إثبات المحررات الرسمية فى الدفاتر المعدة لذلك (٣) وضع الصيغة التنفيذية على صور المحررات الرسمية الواجبة التنفيذ

(٤) حفظ أصول المحررات التى تم توثيقها وموافاة المكتب الرئيسى بصور منها (٥) إعداد فهارس للمحررات التى توثق (٦) إعطاء الصور التى تطلب من المحررات الموثقة (٧) التصديق على توقيعات ذوى الشأن فى المحررات العرفية (٨) إثبات تاريخ المحررات العرفية (٩) إعطاء الشهادات بحصول التصديق على التوقيعات أو إثبات التاريخ فى المحررات العرفية .

ومفهوم هذه المادة أنه يجب على مكتب التوثيق (١) القيام بعملية التوثيق لمن يطلب ذلك (٢) وإثبات المحررات الرسمية بعد توثيقها فى الدفاتر المعدة لذلك (٣) ووضع الصيغة التنفيذية على صور المحررات الرسمية ، وهذه الصيغة مبينة فى الفقرة رقم ١٦٦ . وهى لاتوضع على كل صورة وإنما توضع فقط على صور المحررات الواجبة التنفيذ أى القابلة للتنفيذ والتى تعطى لمن له مصلحة أو حق فيه (٤) وحفظ أصول المحررات التى تم توثيقها وموافاة المكتب الرئيسى بصور منها . وهذا ـ كما جاء فى المذكرة التفسيرية ـ تحوط لابد منه إذ مهما بلغت المحافظة على أصول هذه المحررات فإنه لايؤمن ضياعها أو سرقتها أو إتلافها ففى هذه الأحوال يمكن أن تحل الصور محل الأصل (٥) وإعداد فهارس للمحررات التى توثق . وطبقاً للمادة ١٢ يصدر مرسوم بلائحة تنفيذية تشتمل على بيان عملية التوثيق كما تقدم وتنظيم دفاتره ودفاتر الفهارس والصور وعلى التنظيم الداخلى لمكاتب التوثيق وسير العمل بها (٦) وإعطاء الصور التى تطلب من المحررات الموثقة ـ لمن له حق فى ذلك كما سيلى عند الكلام على المادتين الثامنة والتاسعة (٧) والتصديق على توقيعات ذوى الشأن فى المحررات العرفية ـ (٨) وإثبات تاريخ المحررات العرفية (٩) وإعطاء الشهادات بحصول التصديق على التوقيعات أو إثبات التاريخ فى المحررات العرفية ـ لمن له حق فى ذلك قياساً على إعطاء صور المحررات الرسمية إذا لم يرد فى القانون نص خاص بذلك كالمادتين الثامنة والتاسعة الخاصتين بإعطاء هذه الصور .

١١٤ — ونصت المادة الثالثة على أن تتولى مكاتب التوثيق جميع المحررات عدا ما كان منها متعلقاً بالوقف أو الأحوال الشخصية ومع ذلك توثق بهذه المكاتب المحررات المتعلقة بالأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المسلمين. وقد سبق أن قلت فى الفقرة رقم ١٠٤ نقلا عن المذكرة التفسيرية إنه قد احتفظ للمحاكم الشرعية بتوثيق تلك المحررات ـ أى المتعلقة بالوقف، والأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين، على أنه فيما يتعلق بالوقف وما يلحق به من تحكير (وقد ألغى الحكر) فمما لا نزاع فيه أن ما كان منه ذا صفة مدنية كإجازة الوقف يوثق فى المكاتب الجديدة وأن المقصود بالأحوال الشخصية فى هذا المقام هو مسائل الزواج والطلاق وما يتعلق بها والاقرار بالنسب ونفيه هذا بالنسبة إلى المسلمين، أما غير المسلمين فإن مكاتب التوثيق هى التى توثق المحررات المتعلقة بمواد الأحوال الشخصية ولكن سبق أن قلت أيضاً فى الفقرة المذكورة إن الواقع غير ذلك وإن الأمر باق على حاله حتى يتم التشريع الخاص بأحوالهم الشخصية. إلا أنه بالنسبة إلى الأجانب يكون لهم الخيار فى توثيق محرراتهم المتعلقة بأحوالهم الشخصية لدى مكاتب التوثيق أو لدى جهاتهم القنصلية تطبيقاً لقواعد القانون الدولى الخاص.

١١٥ — ونصت المادة الرابعة كما تقدم القول فى الفقرة رقم ١١٢ على أنه لا يجوز الموثق أن يباشر عمله إلا فى دائرة اختصاصه ـ راجع الفقرة المذكورة.

١١٦ — ونصت المادتان الخامسة والسادسة على أنه يجب على الموثق قبل إجراء التوثيق أن يتثبت من أهليه المتعاقدين ورضائهم وأنه إذا اتضح للموثق عدم توفر الأهلية أو الرضاء لدى المتعاقدين أو إذا كان المحرر المطلوب توثيقه ظاهر البطلان كان للموثق أن يرفض التوثيق ويعيد المحرر إلى ذوى الشأن بكتاب موصى عليه مع إبداء الأسباب. وجاء فى المذكرة التفسيرية أنه لا شك فى أن منح الموثق هذه السلطة من مقتضيات ما توخاه المشروع (أى مشروع القانون)

من ضبط المحررات ومراعاة صحتها والدقة فيها لما يتمتع به من خصائص ومميزات ولا يتحقق ذلك إذا كانت وظيفة الموثق تنحصر فى تلقى إرادة ذوى الشأن دون التأكد منها أو مراجعتهم فيها ، والمقصود بالأهلية هنا بلوغ سن الرشد والعقل وأن لايكون العاقد محكوما عليه بعقوبة جنائية (مدة العقوبة فقط) وإن كان يجوز له الإيصاء والوقف وأن لايكون هناك أى مانع قانونى آخر كأن يكون العاقد وصياً لم تأذن له المحكمة الحسبية بالتعاقد فيما يلزم الإذن به . على أن القانون لم يبين كيف يمكن للموثق أن يتثبت من أهلية المتعاقدين ، هل يكلفهم بتقديم مايدل على عدم الحجر عليهم أو على بلوغهم سن الرشد ؟ هذا كثير لأن الموثق لايمكنه أن يتثبت من ذلك فعلا إلا إذا قدم له المتعاقد (إذا لم يكن يعرفه شخصياً ولم يكن متأكداً من حالته) شهادات من جميع المجالس أو المحاكم الحسبية بالقطر المصرى ومن الخارج فى بعض الأحوال بأنه لم يحجر عليه مثلا ؟ ! وإذن يجب على الموثق أن يوثق إلا فى حالة الشك كما إذا بدا له من حالة المتعاقد أنه عديم الأهلية أو علم أنه محجور عليه أو قاصر فيجب عليه أن يتثبت من ذلك بالطريقة التى يراها والأمر متروك لفطنته . ويؤيد ذلك أن المادة ٥ من اللائحة التنفيذية نصت على أنه يجوز للموثق أن يطلب للتحقق من أهلية المتعاقدين تقديم مايؤيد تلك الأهلية من مستندات كشهادة ميلاد أو شهادة طبية أو أى مستند آخر . وإذا مثل العاقد وصى أو قيم وجب على الموثق أن يكلفه بتقديم إذن الجهة المختصة له بالتعاقد فيما يجب الإذن به . وسنرى أيضاً فى الكلام على المادة ٧ من اللائحة أنه يجب على الموثق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين بالغين عاقلين معروفين له . فيمكن للموثق أن يستأنس برأيهما فى بلوغ العاقد عاقلا . على أن نص المادة ٥ يسمح للموثق كما تقدم فى حالة الشك بأن يطلب من العاقد أن يقدم له ما يعزز هليته . ويلاحظ أنه إذا تقدمت له متعاقدة أجنبية متزوجة وجب عليه أن يتثبت

من أهليتها حسب قانون بلدها بأن يكلفها بتقديم ما يثبت ذلك أو يحضر زوجها معها أو تقدم إقراراً رسمياً منه يفيد قبوله التوثيق . أما إذا كان العقد ظاهر البطلان كأن كان مخالفا للنظام العام أو الآداب أو حسن الأخلاق فمن السهل على الموثق الامتناع عن التوثيق . فلا يصح مثلا أن يوثق عقداً نص فيه على ربا يزيد عن الحد الأقصى المسموح به قانونا أو عقداً سببه علاقة غير شريفة بين رجل وخليلته . ويجب على الموثق أن يمتنع عن التوثيق أيضا إذا لاحظ أن هناك إكراها أو غشاً أو غلطا لأن كلا من أولئك مبطل للعقد . وكل ذلك يقتضى أن يكون الموثق من رجال القانون الفطنين .

١١٧ — وقد يرفض الموثق التوثيق بغير حق . لذلك نصت المادة السابعة من القانون على أنه لمن يُرفض توثيق محرره أن يتظلم إلى قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع فى دائرتها مكتب التوثيق وذلك فى خلال عشرة أيام من إبلاغ الرفض إليه وله أن يطعن فى القرار الذى يصدره القاضى أمام غرفة المشورة بالمحكمة الابتدائية وقرار القاضى أو غرفة المشورة لا يحوز قوة الشىء المقضى به فى موضوع المحرر . وجاء فى المذكرة التفسيرية أنه بديهى أن التظلم (أى التظلم إلى قاضى الأمور الوقتية أو التظلم من قراره بالطعن فيه أمام غرفة المشورة) يكون بعريضة يبين فيها صاحب الشأن أوجه تظلمه . ثم أن الشارع لم يرد سد الطريق فى وجه المتعاقدين ويمنع تعاقدهم وتنفيذ تعهداتهم إلى ما شاء الله فقال إن قرار القاضى أو غرفة المشورة لا يحوز قوة الشىء المحكوم فيه فى موضوع المحرر ، ومعنى هذا أنه يصح للمتعاقدين أن يطلبوا توثيقه مرة أخرى بعد تعديله أو زوال سبب الرفض الخ أو أن يلجأوا إلى القضاء العادى ليقضى فى أمرهم بما يراه حقا وعدلا .

١١٨ — وقد تقدم القول فى الفقرة رقم ١١٣ بأن على مكاتب التوثيق

حفظ أصول المحررات التى تم توثيقها وموافاة المكاتب الرئيسية بصور منها فلا يعطى المتعاقدون إلا صوراً كذلك، ولذلك نصت المادة الثامنة على أنه لا تسلم صور المحررات التى تم توثيقها إلا لأصحاب الشأن . ولكن يجوز تسليم صورة من المحرر للغير بعد الحصول على إذن من قاضى الأمور الوقتية بالمحكمة التى يقع التوثيق فى دائرتها — ذلك لأن المحررات خاصة فى الأصل بأربابها ، ولكن قد يكون للغير مصلحة فيها كشخص يريد أن يتعاقد مع أحد الطرفين أو دائن يريد أن يثبت الصورية أو يرفع الدعوى البوليصية أو يستعمل حق مدينه الخ إلا أن القانون لم يعطه حق التظلم من قرار قاضى الأمور الوقتية بالرفض كما فعل فى المادة السابعة التى تكلمت عليها فى الفقرة السابقة لكن مثل هذا القرار لا يحوز قوة الشىء المحكوم فيه على كل حال فيصح تجديد الطلب إذا زال ما منع القاضى من الإذن كما يصح الإلتجاء إلى القضاء العادى[1] .

١١٩ — والصورة التى تعطى للعاقد تكون صورة تنفيذية إذا كان له مصلحة فى التنفيذ كما سيرى فى الفقرة رقم ١٧٠ . ولا تعطى إلا صورة تنفيذية واحدة خوفاً من التنفيذ مرتين أو اتخاذ إجراءات ضارة بالعاقد الأخر — إلا أنه قد تضيع الصورة التنفيذية الأولى أو تتلف قبل أن يفيد منها صاحبها الفائدة المقصودة من التعاقد الرسمى ، لذلك كله نصت المادة ٩ على أنه لا يجوز تسليم صورة ثانية من المحرر إلا بقرار من قاضى الأمور المستعجلة ، وهذا القرار لا يحوز قوة الشىء المحكوم فيه أيضاً بمعنى أنه لا يصح الالتجاء إلى القضاء العادى كما يصح الالتجاء إلى قضاء الأمور المستعجلة نفسه إذا تغيرت ظروف الدعوى أو قدمت أدلة جديدة[2] .

---

(١) انظر الفقرة رقم ٦٣٨ .

(٢) انظر الفقرة رقم ٦٤٣ .

١٢٠ — ومبالغة فى الحرص على أصول المحررات الرسمية والدفاتر والوثائق المتعلقة بها نصت المادة العاشرة على أنه لا يجوز أن تنقل من مكاتب التوثيق أصول المحررات التى تم توثيقها ولا الدفاتر أو الوثائق المتعلقة بها بل يجب أن تبقى بالمكاتب دائماً . وقد تقدم القول فى الفقرتين رقم ١١٣ و ١١٧ بأن على مكاتب التوثيق حفظ أصول المحررات التى تم توثيقها وموافاة المكتب الرئيسى بصور منها وأن لا يعطى للمتعاقدين إلا صور منها كذلك وقد جاء فى المذكرة التفسيرية : وإمعاناً فى المحافظة على أصول المحررات التى توثق نص على عدم جواز نقل هذه الأصول أو الوثائق المتعلقة بها أو الدفاتر الخاصة بإجراء التوثيق ولا يرد على ذلك بأن لهذه المحررات صوراً بالمكتب الرئيسى فإن وجود هذه الصور لا يمكن أن يبرر أى تهاون فى المحافظة على أصول المحررات التى تحوى توقيعات ذوى الشأن والشهود والموثق لما قد يتعرض لها أثناء النقل من العبث أو الضياع . ولكن قد تضطر المحاكم قبل الفصل فى دعوى إلى الاطلاع على أصل المحرر وخصوصاً إذا طعن فيه بالتزوير . لذلك قالت المادة العاشرة أيضاً بعد ما تقدم : على أنه يجوز للسلطات القضائية الاطلاع عليها . ولكنها فرضت على السلطة القضائية التى ترى الاطلاع على أصل المحرر القيام بإجراء فيه ما يمكن من الاحتياط ، فقالت بعد ذلك : فإذا أصدرت سلطة قضائية قراراً بضم أصل محرر موثق إلى دعوى منظورة أمامها وجب أن ينتقل القاضى المنتدب إلى المكتب ويحرر كاتب المحكمة بحضوره صورة مطابقة لأصل المحرر ويعمل بذيلها محضر يوقعه القاضى والموثق وكاتب المحكمة ثم يضم الأصل إلى ملف النزاع وتقوم الصورة مقام الأصل لحين رده . ومما يلاحظ أن هذا النص جاء قاصراً على المحررات ذاتها ولم يتناول الدفاتر والوثائق المتعلقة بها مع أن الاطلاع عليها جائز أيضاً بمقتضى ما قبل ذلك مما يفيد أن الشارع أوجب تحرير صور المحررات فقط ، ويفيد فى الوقت ذاته أحد أمرين (أولهما) أنه لا يصح نقل هذه الدفاتر

والوثائق ويجب على المحكمة أن تنتقل إلى مكتب التوثيق للاطلاع عليها » (والآخر) أن تأمر المحكمة بضمها دون تحرير صور لها لكثرة ما فيها. وأرى أن الأمر الأول هو الأولى بالاتباع حرصاً على الدفاتر والوثائق وخصوصاً أن الدفاتر تهم المجموع والوثائق قد تهم الكثيرين — على أنه إذا كان يراد الاطلاع على وثيقة واحدة أو اثنتين يصح نقلهما وتحرير صورتين لهما قياساً على المحرر ذاته. على أن العمل قد جرى نظراً لشدة حرص الشارع على المحررات الأصلية على الاكتفاء بالصور الشمسية والصور الخطية ما دامت المحكمة لا ترى فيها شبهة ما فى أنها لا تختلف عن الأصل فى شىء ولا يقصد من إنكارها إلا مماطلة ومضايقة الخصم وضياع الوقت. إنما يجب أن يلاحظ أن هناك فرقاً بين الصور الشمسية والصور الخطية فى أن هذه يجوز فيها الخطأ والنسيان وليس فيها صور التوقيعات كالصور الشمسية كما يسهل فيها التزوير. وإن كانت الصور الشمسية يمكن التحايل فيها فلا يكون الأمر سهلا كما هى الحال فى الصور الخطية. هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية « أن مجرد إنكار مطابقة الصورة للأصل يكفى للإلزام بتقديم الأصل ولو لم يكن هذا الإنكار معززاً بدليل. بيد أن العمل قد جرى على الاعتداد بحجية الصور الخطية والشمسية واعتبارها مطابقة للأصل متى انتفت كل شبهة فى حقيقة هذه المطابقة »، « فإذا انتفى كل شك فى أن الإنكار لا يقصد منه إلا اطالة أمد النزاع كان للقاضى ألا يأمر باستحضار الأصل. وليس من شك فى تخويل القاضى سلطة التقدير فى هذا الشأن. ولا شك فى أن شيوع طريقة التصوير الشمسى يقضى على الكثير من أسباب الخطأ فى الصور التى تنقل بالخط أو بالآلة الكاتبة[1].

١٢١ — وتنص المادة الحادية عشرة على إلغاء أقلام التوثيق بالمحاكم

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٦١.

الوطنية والمختلطة وإحالة جميع أصول العقود الموثقة والوثائق والدفاتر المتعلقة بها إلى مكاتب التوثيق . ومن المفهوم بداهة — كما جاء فى المذكرة التفسيرية أن إجراء موجب الإلغاء وتنظيم ما يتعلق به موكول إلى وزير العدل هذا وقد تقدم القول بأن المادة ٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية السابقة التى قررت التوثيق فى هذه المحاكم لم يعمل بها فلا توجد بها محررات رسمية ولا دفاتر ولا وثائق متعلقة بها — إلا ما كان من إقرارات رسمية فى بعض الحالات ، فتنقل وما يتعلق بها إلى مكاتب التوثيق الجديدة . وتقدم القول أيضاً بأن المادة الثالثة تنص على أن المحاكم الشرعية تظل متولية ما كان متعلقاً بالوقف والأحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين الخ . فلا تلغى منها أقلام التوثيق الخاصة بذلك ولا تنقل منها الدفاتر والوثائق المتعلقة بذلك أيضاً ويلغى ماعداها أى أقلام التوثيق الداخل فى اختصاص مكاتب التوثيق الجديدة وتنقل المحررات والدفاتر والوثائق المتعلقة بذلك إلى هذه المكاتب ، وإن كانت المادة ١١ لم تنص على ذلك إلا أن القانون فى مجموعه وخصوصاً المادة الثالثة يوحى به ضمناً . وقد جاء فى المذكرة التفسيرية أنه لما كان قد احتفظ بالمحاكم الشرعية كجهة توثيق فى الحالات المعينة التى سبقت الإشارة إليها فقد اكتفى بأن يلغى من أقلام التوثيق من هذه المحاكم كل مايدخل ضمن اختصاص مكاتب التوثيق الجديدة وبهذا يمتنع على أقلام كتاب المحاكم الشرعية توثيق أى محرر لا يدخل فى نطاق المسائل التى استبقيت لها .

١٢٢ — ونصت المادة الثانية عشرة كما تقدم على أنه يصدر مرسوم بلائحة تنفيذية تشتمل على بيان عملية التوثيق وتنظيم دفاتر ودفاتر الفهارس والصور وعلى التنظيم الداخلى لمكاتب التوثيق وسير العمل بها .

١٢٣ — والمادة الثالثة عشرة نصت على أنه يلغى كل نص يتعارض مع هذا القانون — وإن كان هذا مفهوماً لأنه إذا تعارض نصان يعمل بالنص المتأخر .

ثم إن هذا القانون كما قالت المذكرة التفسيرية وإن كان لم يوحد جهات التوثيق توحيداً كلياً للاعتبارات التى سبق بيانها إلا أنه قد خطا خطوة كبيرة فى سبيل هذا التوحيد وحقق بذلك أمنية طالما جالت بالخواطر .

١٢٤ — هذا وقد صدر مرسوم اللائحة التنفيذية فى ٣ نوفمبر سنة ١٩٤٧ للعمل به من أول يناير سنة ١٩٤٨ أيضاً .

وهذا المرسوم لم يتعرض لحكم مخالفة نصوصه أو نصوص القانون ـ بطلان المحرر أو الاكتفاء بتأديب الموثق ، فأمر البطلان أو عدمه متروك إذاً لتقدير المحاكم حسب قيمة المخالفة ومدى تأثيرها على كيان العقد وصحته . وقد بينت وسأبين هذا المدى بقدر الإمكان كما سنرى . وكان يحسن أن يصدر بدل هذا المرسوم قانون يبين الحالات المستوجبة للبطلان كما هى الحال فى بعض الشرائع الأجنبية ، كالقانون الفرنسى الصادر فى ٢٥ فنتوز سنة ١١[1] الموافق ١٦ من مارس سنة ١٨٠٣ المعدل بقانون ١٢ من أغسطس سنة ١٩٠٢ وقانون ٢٩ من مارس سنة ١٩٠٧ ، وكذلك الجزاءات التى توقع على الموثقين بسبب المخالفة لأهمية ذلك . وحتى صدور هذا التشريع يخضعون للجزاءات التأديبية العامة .

يلاحظ أنه فيما يتعلق بالأحوال الشخصية والوقف تتبع لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ وقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بما أن توثيق ذلك لازال من اختصاص المحاكم الشرعية[2] .

١٢٥ — وقد جاء فى المادة الأولى من اللائحة التنفيذية أن التوثيق يقوم به موثقون أو موثقون مساعدون يعينون بقرار من وزير العدل

---

(١) 25 Ventose an XI

(٢) انظر الفقرات رقم ١٠٧ وما بعدها .

وجاء فى المادة الثانية أنهم يؤدون قبل مباشرة أعمالهم يميناً أمام وزير العدل بأن يقوموا بأعمال وظائفهم بالذمة والصدق ، ولا تخفى على أحد أهمية أعمالهم وقوة العقود الرسمية وصورها بالنسبة للمتعاقدين وغيرهم[1] ولا شك فى أنه إذا حرر العقد موظف آخر ليس موثقاً أو موثقاً مساعداً لا يعتبر العقد رسمياً لأن الموظف الآخر ليس من اختصاصه تحرير العقد الرسمى ، وكذلك إذا حرر العقد موثق أو موثق مساعد خارج دائرة اختصاصه[2] أو حرره فى دائرة اختصاصه دون أن يحلف اليمين لأنه لا يسوغ له التوثيق قبل تأديتها إذ قررت المادة كما تقدم أنه يؤدى اليمين قبل مباشرته العمل .

١٢٦ — ونصت المادة الثالثة على أنه لا يقوم للموثق بتوثيق محرر إلا إذا دفع الرسم المستحق عنه . وإذا أهمل الموثق ذلك أرى أن لا يؤثر إهماله فى صحة العقد وإن كان يدعو إلى مؤاخذة الموثق تأديبياً وإلى إلزام الطرف الواجب عليه دفع الرسم بأدائه بضمانة الموثق .

١٢٧ — ونصت المادة الرابعة على أنه لا يجوز للموثق أن يباشر توثيق محرر يخصه شخصياً أو تربطه بذوى الشأن فيه صلة مصاهرة أو قرابة إلى الدرجة الرابعة . وذلك لرفع مظنة المحاباة أو التأثير فى إدارة أحد المتعاقدين كما جاء فى المذكرة التفسيرية . وهذه المادة تماثل المادة ١٢٧ من تعليمات المحاكم المختصة التى سبق التحدث عنها والتى كانت تحرم على الموثق أن يحرر عقداً تكون زوجته طرفا فيه أو أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أياً كانت الدرجة أو من الحواشى إلى الدرجة الرابعة بدخول الغاية أو يحرر عقداً تكون له أو لمن ذكروا مصلحة فيه . وأرى أنه إذا خولف ذلك يكون العقد باطلا لأن العقد الرسمى

---

(١) راجع الفقرات رقم ١٤٣ وما بعدها .

(٢) راجع الفقرتين رقم ١١٢ ورقم ١١٥ .

لا يكسب صفته الممتازة التي تجعله نافذاً في مقام حكم في نزاع على عقد عرفي إلا لتحريره بمعرفة موظف محايد لا مصلحة له أو لأحد أقاربه أو أصهاره المذكورين فيه . والمادتان ٨ و٦٨ من القانون الفرنسي المشار إليه في الفقرة رقم ١٢٤ تقضيان بالبطلان، إنما هذا لا يمنع من اعتبار العقد عقداً عرفياً كالعقد الذي يحرره الطرفان فيما بينهما ومما يلاحظ على المادة أنها لم تذكر الزوج أو الزوجة في تحريم التوثيق للآخر وهم أولى في ذلك من الأصهار وكانت المادة ١٢٧ من تعليمات المحاكم المختلطة كما تقدم تحرم على الموثق أن يحرر عقدا تكون زوجته طرفاً فيه .

١٢٨ — ونصت المادة الخامسة على أنه يجوز للموثق أن يطلب للتحقق من أهلية المتعاقدين تقديم ما يؤيد تلك الأهلية من مستندات كشهادة ميلاد أو شهادة طبية أو أي مستند آخر[1] وكلما تطلب القانون الذي يحكم الأهلية الإذن في التعاقد فعلى الموثق أن يطلب الدليل على صدور هذا الإذن[2] فيجب عليه مثلا إذا أراد وصي تحرير عقد بتصرف من التصرفات المبينة في المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أن يطلب منه إذن المحكمة بمباشرة هذا التصرف .

١٢٩ — والمادة السادسة نصت على أنه إذا تم التعاقد بواسطة وكيل كان على الموثق أن يتأكد من أن مضمون المحرر المطلوب توثيقه لا تجاوز فيه لحدود الوكالة . وبديهي أنه يجب على الموثق أن يتثبت من حصول الوكالة أولا ثم يتثبت من أنها تبيح التعاقد المطلوب تحريره وإلا كان التعاقد باطلا لحصوله من غير ذي صفة . وليكون العقد تاما في ذاته يجب على الموثق أيضاً أن يرفق التوكيل به . ولكن إهمال هذا الإرفاق لا يبطل العقد إذ يمكن إثبات الوكالة

---

(١) انظر الفقرة رقم ١١٦ .

(٢) قارن الفقرة السابقة .

فيما بعد . والمادتان ١٣ و٦٨ من قانون التوثيق الفرنسى المذكور تكتفيان بتغريم الموثق . وكانت المادة ١٣ من تعليمات المحاكم المختلطة توجب إرفاق التوكيل بالعقد وذكر ذلك فيه . ويجب أن يكون التوكيل رسمياً إذا كان العقد من العقود التى يجب تحريرها رسمياً كالهبة والرهن التأمينى طبقاً للمادة ٧٠٠ من القانون المدنى.

١٣٠ — والمادة السابعة تنص على أنه يجب على الموثق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين عاقلين معروفين له أو أن تكون شخصيتهما ثابتة بسند رسمى . وذلك تحاشياً من التلاعب وتفادياً من وقوع التزوير ما أمكن كما جاء فى المذكرة التفسيرية . والمادة الثامنة تنص على أنه لا يجوز توثيق محرر إلا بحضور شاهدين كاملى الأهلية مقيمين بالمملكة المصرية لهما إلمام بالقراءة والكتابة ولا صالح لهما فى المحرر المطلوب توثيقه ولا تربطهما بالمتعاقدين أو الموثق صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة . ويجوز للموثق أن يكتفى بالشاهدين المنصوص عليهما فى المادة السابقة متى توافرت فيهما هذه الشروط . وقد جرى العمل على ذلك وعلى الشاهدين أن يوقعا المحرر مع أصحاب الشأن والموثق. وقد جرى العمل من قديم ولا زال جارياً مع الأسف بعد قانون التوثيق الجديد على تخصص بعض الكتبة العموميين ونحوهم ممن يوجدون أمام كل مكتب توثيق فى أداء شهادة المعرفة وشهادة التعاقد ولو كانوا لا يعرفون المتعاقدين من قبل . ولا شك فى أن هذا يسمح بوقوع التزوير بانتحال الغير شخصية المتعاقدين إذ لا هم لمثل ذينك الشاهدين إلا أن يقبضا أجرة الشهادة . وتجب معالجة ذلك[1] . وحكمة الشارع فى اشتراط تلك الشروط فى شاهدى العقد ظاهرة وهى كما جاء فى المذكرة التفسيرية أن يكونا

---

(١) وأرى أن يكلف العاقدان باحضار شاهدين من غير محترفى الشهادة يعرفانهما شخصيا ويكون مع كل منهما بطاقة شخصية تؤيد أنهما ليسا من محترفى الشهادة ، وتؤيد ثقة الموثق بهما إن لم يكن يعرفهما ، كما أن على الموثق أن يطلب من المتعاقدين تقديم بطاقات شخصيتهم إن لم يكن يعرفهم ، وأن يدون أرقام البطاقات والجهات الصادرة منها وتواريخها فى العقد — والاحوط طلب البطاقات وتدوينها فى جميع الأحوال وينبغى إصدار تشريع فى هذا الصدد وكفالة جعل البطاقات جديرة بالاعتماد لأن بعض الجهات لا تعتمد البطاقات الحالية .

شاهدى عدل إذا ما أثير نزاع حول العقد . هذا وحضور الشاهدين وقت تحرير العقد ليس ضروريا ويكفى حضورهما وقت تلاوته وتوقيعه لأن الغرض هو أن يشهدا بموافقة المتعاقدين على مادون فيه . وكان العمل جاريا على ذلك أمام المحاكم المختلطة إذ كان العقد يقدم للموثق مكتوبا جاهزا وهو يكتفى بتلاوته على المتعاقدين والشاهدين بل كان يكتفى فى بعض الأحيان بتلاوته على العاقدين ثم يوقعه الشاهدان المحترفان دون حضور التلاوة — وكذلك يحصل الآن[1] . وقد عدلت المادة ٩ من قانون الموثقين فى فرنسا الصادر فى ١٢ من أغسطس سنة ١٩٠٢ إلى أن حضور الشاهدين وقت تحرير العقد أصبح غير لازم . ولكن يجب أن يلاحظ أن عدم توقيعهما العقد يبطله كتوقيع للموثق والمتعاقدين . لأن العقد لا يتم إلا بكل ذلك . ولا يخفى أيضا أن عدم توقيع المتعاقدين يبطل العقد حتى باعتباره عقداً عرفياً[2] . هذا وقد فات اللائحة التنفيذية أن تنص على أنه إذا كان أحد المتعاقدين أمياً أو منعه مانع من التوقيع وجب على الموثق إثبات ذلك فى العقد ليقوم ذلك مقام التوقيع وإلا كان العقد باطلا [3] — على أن عدم وجود هذا النص لا يمنع الموثق من القيام بذلك بل هو واجب عليه لتمام العقد . وإنه وإن كان يكفى التوقيع بالختم أو ببصمة الإبهام كما يؤخذ من المادتين ٣٩٤ و ٣٩٥ من القانون المدنى القائم وطبقاً للقانون المدنى السابق أيضاً [4] إلا أن العاقد قد لا يكون له ختم أو يكون عاجزاً عن أن يبصم لبتر يديه أو لعاهة أخرى أو

---

(١) انظر الهامش السابق ويجب على الموثق تلاوة العقد على العاقدين أمام الشاهدين تحقيقا للغرض الذى قصد إليه الشارع .

(٢) قارن المادتين ١٤ و ٦٨ من قانون التوثيق الفرنسى .

(٣) انظر مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٧ ص ٢٩٥ والمادتين ١٤ و ٦٨ من قانون التوثيق الفرنسى . وكانت المادة ١٢٢ من تعليمات المحاكم المختلطة تنص على وجوب إثبات ذلك فى العقد .

(٤) انظر الفقرة رقم ١٨٩ .

لسبب آخر كمرض جلدى فى يده [1] .

ومما تجدر ملاحظته أن المادة ٧ من اللائحة التنفيذية اشترطت فى شاهدى المعرفة أن يكونا بالغين عاقلين فقط ولم تشترط بالنسبة لهما كما اشترطت المادة ٨ بالنسبة لشاهدى العقد أن يكونا كاملى الأهلية مقيمين فى القطر المصرى لهما إلمام بالقراءة والكتابة لا تربطهما بالمتعاقدين أو بالموثق صلة نسب أو علاقة قرابة لغاية الدرجة الرابعة ولا يكون لهما صالح شخصى فى المحرر المطلوب توثيقه ـ ذلك لأن شاهدى المعرفة ليسا كشاهدى العقد لازمين لتمامه وإنما هما واسطة تعارف فقط بين الموثق والمتعاقدين وقد يثق الموثق بتقريب أو صهر له أمى غير كامل الأهلية أكثر من غيره . على أننى أرى أن شرط الإقامة فى القطر المصرى فى شاهدى العقد ليس جوهرياً ، وكذلك شرط الإلمام بالقراءة مادام العقد يتلى على المتعاقدين فى حضورهما ويوقع المتعاقدان أمامهما . بل حكم بأنه ليس من الضرورى أن يكون شاهدا العقد حائزين للأهلية [2] وفى الواقع قد يحجر على شخص أو يحكم عليه بحكم يحرمه من حقوقه المدنية فى بلد ؛ فينتقل منه إلى بلد آخر يجهله أهلها ويسير فيها سيراً حسناً يحسن معه اعتقاد الناس فيه فيولونه ثقتهم ، أو أن يكون الشاهد دون سن الرشد بقليل ومظهره يدل على أنه بلغ هذه السن [3] .

---

(١) هل يصح للموثق أن يجبره على عمل ختم ؟ أظن لا .

(٢) أنظر إثبات الحقوق المدنية للمستشار عزيز كحيل ص ٩٥ حيث أشار إلى حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر فى ١٨٩١/١١/٢٢ . راجع أيضا مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٦ ص ٥١ والجدول العشرى الأول لهذه المجموعة رقم ٦٦ ؛ ٣٤ وقد جاء فيه أنه لا يوجد نص فى القوانين المختلطة يقضى بالبطلان إذا كان الشهود ليس عندهم أهلية التصرف . ولكن يلاحظ أنه لا نص بالبطلان فى أى حالة ما فى تعليمات المحاكم المختلطة كما تقدم فى الفقرة رقم ٩٥ وقد جاء فى نفس الحكم أن هذه التعليمات التى تمنع قبول الشهود الذين يكونون من أقارب الطرفين ولو أنها بأمر عال إلا أن الدول لم توافق عليها فلا يترتب على مخالفة ذلك بطلان العقد .

(٣) قارن أوبرى ج ١٢ § ٧٥٥ ص ١٦٣ والمراجع والأحكام التى أشار إليها .

١٣١ — والمادة التاسعة توجب أن يكون المحرر مكتوباً بخط واضح خالياً من الإضافة والتحشير أو الكشط كما توجب أن يشمل عدا البيانات الخاصة بموضوعه مايأتى : (١) ذكر السنة والشهر واليوم والساعة التى تم فيها التوثيق بالأحرف . (٢) اسم الموثق ولقبه ووظيفته . (٣) بيان ما إذا كان التوثيق قد تم بالمكتب أو فى مكان آخر طبقاً لنص المادة ١٣ من هذه اللائحة التى نصت على أنه يتم التوثيق أصلا فى المكتب وفى مواعيد العمل المقررة رسمياً على أنه إذا كان أحد المتعاقدين فى حالة لا تمكنه من الحضور إلى المكتب جاز للموثق أن ينتقل لإجراء التوثيق فى محل إقامته بعد قيامه بدفع الرسم المقرر (٤) أسماء الشهود (٥) أسماء أصحاب الشأن وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم وصناعاتهم ومحال ميلادهم وإقامتهم وأسماء وكلائهم ، أو من عاونهم إن وجدوا .

وأضيف إلى ذلك أنه يجب ذكر المبالغ ووحدات موضوع العقد كالأمتار والأفدنة والقراريط والأسهم بالأرقام والكتابة منعاً للتلاعب والتزوير فى الأرقام ،وإذا بقى من السطر مالا يكفى للكلمة التالية أوترك منه جزء للبدء بسطر جديد وجب ملء مابقى أو ماترك بشرطة حتى لايضاف شىء فيما بعد . وإذا أريد حذف بعض كلمات أو تغييرها قبل توقيع العقد توضع شرطات تحتها ويشار فى آخر العقد إلى أن الكلمات التى تحتها شرطات وعددها كذا وأولها كلمة كذا وآخرها كلمة كذا تعتبر لاغية وتكتب الكلمات المراد وضعها . وإذا أريد زيادة بعض كلمات فى موضع فتكتب فى آخر العقد مع بيان موضع الزيادة بإشارة خاصة أو نحوها (كرقم (١) و (٢) الخ) . أما إذا ظهرت الحاجة إلى شىء من ذلك بعد توقيع العقد يجب اتباع ذلك أيضاً مع إعادة التوقيعات على ما يكتب . وكل حذف أو زيادة أو تغيير يحصل دون مراعاة ذلك لا يلتفت إليه ويعتبر كأن لم يكن . وكان يحسن أن

تنص على ذلك اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق أو تعليمات التوثيق على الأقل كما فعل قانون التوثيق الفرنسى فى المادتين ١٥ و ١٦ والمادة ١٣٤ من تعليمات المحاكم المختلطة .

ولا يخفى أن كتابة العقد بخط واضح دون إضافة أو كشط أو تحشير من شأنها إبعاد شبهة التزوير عن العقد كما جاء فى المذكرة الإيضاحية[١] وذكر تاريخ العقد بالسنة والشهر واليوم والساعة بالأحرف يمنع التلاعب والتزوير فى الأرقام على أن ذكر التاريخ أو بعضه بالأرقام فقط ، وكذلك المبالغ وكافة وحدات موضوع العقد لا يبطل العقد ، الذى يبطله (فى فرنسا) عدم ذكر التاريخ إطلاقاً الخ وقد نص قانون التوثيق الفرنسى على هذا فى المادتين ١٢ و ٦٨[٢] وعاقب الموثق الذى يهمل كتابة التاريخ بالأحرف بغرامة قدرها مائة فرنك بالمادة ١٣ وكذلك المبالغ . على أننى أرى أن عدم ذكر التاريخ إطلاقا أو عدم ذكر بعضه لا يبطل العقد إلا إذا كان جوهرياً بالنسبة لانعقاده أو لتقادمه أو لاختصاص الموثق أو لأى أمر آخر متعلق بكيان العقد ولم تمكن معرفة التاريخ بصفة قاطعة من أى سبيل آخر فى العقد . أما ذكر إسم الموثق ولقبه ووظيفته فهو ضرورى للتحقق من اختصاصه بتحرير العقد على أن إغفال ذلك لا يبطل العقد إذ يغنى عنه توقيع الموثق وإن كان موجباً للومه وتأديبه لأن ذلك أول شىء يجب أن يعنى به ولا يهمله عند بدء تحرير العقد . والمادة ١٢ من قانون التوثيق الفرنسى تعاقب الموثق الذى يهمل ذلك بغرامة قدرها ١٠٠ فرنك أما عن بيان ما إذا كان التوثيق قد تم بالمكتب أو فى مكان آخر فإن الغرض من ذلك هو الاطمئنان إلى أن الموثق لم يخالف المادة ١٣ (من اللائحة التنفيذية التى توجب

---

(١) ونصت المادة ١٣ من قانون التوثيق الفرنسى على معاقبة الموثق بغرامة ١٠٠ فرنك إذا لم يراع ذلك .

(٢) وانظر أوبرى ورو جـ١٢ § ٧٥٥ ص ١٦٤ وبودرى تعهدات رقم ٢١٩٣ — ٢١٩٥ .

أن يكون التوثيق فى المكتب وفى مواعيد العمل المقررة رسمياً (وهذا يظهر من كتابة الساعة التى حصل فيها التوثيق) إلا إذا كان أحد المتعاقدين فى حالة لاتسمح له بالحضور إلى المكتب فيجوز عندئذ للموثق أن ينتقل إلى محل إقامته لإجراء التوثيق وذلك بعد دفع الرسم المقرر للانتقال كما تقدم وعليه إثبات هذا الانتقال وسببه فى الدفاتر المعدة لذلك ـ وفى العقد طبعاً . وليس من الضرورى فى هذه الحالة أن يحصل التوثيق فى مواعيد العمل الرسمية بل يستحسن أن يكون الانتقال فى غير مواعيد العمل الرسمية ليكون الموثق دائما فى مكتبه فى مواعيد العمل الرسمية لتحرير العقود فى كل وقت فى غضون هذه المواعيد وتلقى طلبات الانتقال . والمادة ١٣ لم تحرم ذلك . وإذا خالف الموثق ذلك كله أو بعضه كأن أجرى العقد فى مكتبه فى غير المواعيد الرسمية أو انتقل بلا موجب لا يكون ذلك مبطلا للعقد وإن كان قد يدعو لمؤاخذته تأديبيا لما قد يكون فى ذلك من محاباة أو غرض . وكانت المادة ١٢٥ من تعليمات المحاكم المختلطة تنص على أنه ليس لكاتب المحكمة أن يحرر عقداً خارج المحكمة إلا بإذن رئيسها ويجب أن يذكر ذلك فى العقد وقد قلت فى طبعة السابقة إننى لا أرى محلا للقول ببطلان العقد إذا خالف الكاتب ذلك ويكتفى بمجازاته إداريا .

أما عن وجوب ذكر أسماء الشهود فان العقد الرسمى كما تقدم القول لا يتم إلا بأولئك الشهود وإنه وإن كانت المادة لا تتطلب إلا ذكر أسماء الشهود فانه يحسن بل يجب أن تذكر أسماؤهم وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم وصناعاتهم ومحال إقامتهم للتأكد من شخصية الشاهد والرجوع إليه إذا ما أثير نزاع حول العقد — على أن إغفال ذكر أسماء الشهود الخ فى صلب العقد لا يبطله إذا وقعوا العقد وعرفوا من توقيعاتهم .

ثم إن ذكر أسماء أصحاب الشأن أى المتعاقدين وذكر أسماء آبائهم وأجدادهم

لآبائهم وصناعاتهم ومحال ميلادهم وإقامتهم هو بالبداهة من أهم ما يجب أن يحتويه العقد لبيان المتعاقدين بيانا كافيا لا يترك مجالا للبس أو تخمين إذ قد يحصل أن إثنان من عائلة واحدة أو من عائلتين مختلفتين اسما واحداً ولقباً واحداً ، على أن التقصير فى ذكر شيء من ذلك لا يؤثر فى كيان العقد إذا لم يؤثر فى معرفة حقيقة المتعاقد الذى وقع العقد وذكر اسم الوكيل ضرورى كذلك متى كان التعاقد حاصلا بواسطة وكيل ، ويحسن هنا أيضاً وإن كانت المادة لم تنص على ذلك أن يذكر اسم الوكيل واسم والده واسم جده وصناعته ومحل إقامته للتحقق من شخصيته بقدر الإمكان إذ من الجائز عند تشابه الأسماء أن يستعمل التوكيل شخص آخر فيسيء إلى الموكل وخصوصا إذا كان الموكل يعطى الوكيل سلطة واسعة . وإغفال ذكر اسم الوكيل فى صلب العقد لا يبطله أيضا إذا أمكنت معرفته من توقيعه . كذلك أوجبت المادة ٩ ذكر اسم من يعاون المتعاقد إشارة إلى الحالة المنصوص عليها فى المادة ١٢ التى ينص على أنه إذا كان أحد المتعاقدين ضريراً أو كفيف البصر أو أبكم أوأصم وجب على الموثق أن يذكر من استعانته بمعين يوقع المحرر معه . ويحسن هنا أيضا أن يذكر اسم والد المعين واسم جده وصناعته ومحل إقامته للتحقق من شخصيته بقدر الإمكان كذلك للرجوع إليه إذا ما أثير نزاع حول العقد . وعدم ذكره فى صلب العقد لا يبطله كذلك إذا أمكنت معرفته من توقيعه .

١٣٢ — ونصت المادة العاشرة على أنه يجب على الموثق قبل توقيع ذوى الشأن على المحرر المراد توثيقه أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته وأن يبين لهم الأثر القانونى المترتب عليه دون أن يؤثر فى إرادتهم ويوقع هو وأصحاب الشأن المحرر والمرفقات . وإذا كان المحرر مكونا من عدة صفحات وجب على الموثق أن يرقم صفحاته وأن يوقعها جميعا مع أصحاب الشأن

وتلاوة العقد على المتعاقدين واجب مهم على الموثق ليتأكد من أن العقد قد جاء وفق رغبتهما وخصوصا إذا كان المتعاقدون أو أحدهم أميا . وكذلك بيان الأثر القانونى الذى يترتب على العقد ليتبين المتعاقدون بوضوح — كما جاء فى المذكرة التفسيرية — النتائج التى قد تترتب على تعهداتهم . ثم إنه يجب إثبات هذه التلاوة فى العقد وخصوصا إذا كان أحد المتعاقدين أميا . وأرى أن إهمال تلاوة العقد أو إهمال إثبات هذه التلاوة لا يبطل العقد لأن المفروض فى المتعاقدين أنهم لا يوقعون العقد إلا بعد الوقوف على ماجاء فيه ، وحتى إذا كان أحد المتعاقدين أمياً فإن المفروض فيه أنه لا يوقع بختمه أو ببصمة إبهامه إلا بعد الوقوف على ماجاء فى العقد ممن يثق بهم وإن كان إهمال التلاوة أو إهمال إثباتها فى العقد مما يساعد على الطعن فى العقد بالتزوير[1] وإذا كان العقد مكوناً من أكثر من صفحة وجب على الموثق أن يرقم كل صفحة ويوقعها مع أصحاب الشأن كما تقدم — على أن يكفى توقيع آخر كل ورقة مكونة من صفحتين . ولا يخفى أن إهمال ذلك يسمح بتغيير كل ورقة لم توقع . وكل ورقة لا توقع تكون باطلة إلا أنه إذا كان العقد لا يستقيم بدونها وتؤيدها باقى محتوياته يصح للقاضى أن يأخذها بها والأمر متروك لتقديره . ومفاد ذلك أنه إذا لم يحصل التسليم بما جاء فيها لا يصح تنفيذ العقد دون قضاء القاضى .

١٣٣ — ونصت المادة الحادية عشرة على أن المحررات توثق باللغة العربية فإذا كان أحد المتعاقدين يجهل هذه اللغة أولا يجيدها استعان بمترجم بالغ يقدمه المتعاقدان ، ويجب أن يوقع المترجم على العقد مع المتعاقدين والشهود والموثق[2] .

---

(١) وإهمال إثبات تلاوة العقد فى فرنسا معاقب عليه بغرامة مائة فرنك طبقا للمادة ١٣ من دستور الموثقين ولم ينص على البطلان .

(٢) وتحرير العقد بغير اللغة العربية لغة البلاد الرسمية يبطله وتوقيع المترجم لازم كتوقيع الشاهد وإلا كان العقد باطلا إذا أنكره من يجهل اللغة العربية .

١٣٤ — والمادة الثانية عشرة تنص كما سبقت الإشارة إلى ذلك، على أنه إذا كان أحد المتعاقدين ضريراً أو كفيف البصر أو أبكم أو أصم وجب على الموثق أن يتثبت من تقريراته بشخص بالغ يقدمه إليه هذا المتعاقد ويوقع العقد معه [1]

وقد سبق التحدث عن المادة الثالثة عشر فى الفقرة رقم ١٣٠ .

والمواد من ١٤ إلى ٢٠ خاصة ببيان دفاتر التوثيق وطرق العمل فيها وكيفية تنظيمها ووجوب حفظ أصول المحررات وتسليم الصور لأصحاب الشأن وإرسال صورة من كل محرر إلى المكتب الرئيسى بالقاهرة لحفظها فيه ، وباقى المواد خاص بالتصديق على التوقيعات وإثبات التاريخ وتكفى مراجعتها ومقارنة مواد التصديق بمواد التوثيق .

وفى سنة ١٩٥٥ ألغيت المحاكم الشرعية والمجالس الملية بالقانون رقم ٤٦٢ / ١٩٥٥ وأحيلت أعمال التوثيق التى كانت تقوم بها هذه المحاكم إلى مكاتب التوثيق وصدر القانون ٦٢٩ / ١٩٥٥ بتعديل المادة ٣ من قانون التوثيق بجعل اختصاص مكاتب التوثيق يتناول جميع العقود عدا عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمصريين المسلمين فهذه يستمر المأذونون فى توثيقها ، أما توثيق عقود الزواج المتعلقة بالمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة فيقوم بها موثقون منتدبون خصيصاً لذلك بقرار من

---

(١) وعدم توقيع هذا الشخص — هل من شأنه أن يبطل العقد كعدم توقيع الشاهد والمترجم ؟ إنه فى الواقع مكمل للمتعاقد الذى قدمه ومكمل لإرادته بل هو مفصح عنها فتوقيعه جوهرى إذن ، وعدمه يجعل العقد قابلا للابطال وخصوصا إذا كان المتعاقد أعمى أصم أو أعمى أبكم أو أصم أبكم وكان أميا وربما كان هذا الشخص ألزم للمتعاقد من الشاهد ، وانظر المادة ١١٧ من القانون المدنى الجديد . التى تنص على أنه إذ كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمه أن تعين مساعدا قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك .

وزير العدل وهو يختارهم من بين رجال الدين الذين كان ذلك يدخل فى إختصاصهم قبل إلغاء المجالس الملية .

وتنفيذا لهذا التعديل التشريعى نص البند (أولا) من منشور التوثيق رقم ٤ / ١٩٥٦ على أن تتولى مكاتب التوثيق عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك الخاصة بالمسلمين إذا كان طرفا العقد أجنبيين أو كان أحد الطرفين أجنبياً وكذلك العقود الخاصة بغير المسلمين إذا كان طرفا العقد مصريين مختلفى الطائفة والملة أو كان أحدهما أو كلاهما أجنبيا ولو اتحدا طائفة أو ملة ، وكذلك تختص مكاتب التوثيق بجميع أنواع الإشهادات الأخرى ولو كانت متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية خلاف الزواج والطلاق ، كالوقف والرجوع فيه وإشهار الإسلام وباقى المسائل المتعلقة بأمور الزوجية كالإقرار بالنفقه أو قبضها والإقرار بالبنوة [1] .

١٣٥ — وبديهى أنه يجب على المتعاقدين والموثق أن يلاحظوا ذكر موضوع العقد بالدقة والتفصيل والوضوح لسهولة تنفيذه ، وإذا كان عقاراً يذكر نوعه وموقعه ومساحته وحدوده وأطواله ومشتملاته ، والناحية ورقم الحوض ورقم القطعة والزمام إذا كان أطيانا ، والقسم والشارع والحارة والرقم إن وجد إذا كان من المبانى أو من أراضى البناء . وبهذا المعنى المادة ٣٦٥ من لائحة المحاكم الشرعية وكانت المادة ١٣ خامساً من تعليمات المحاكم المختلطة . وانظر المادة ٢٢ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (ثالثاً) وسيرد ذكرها فى الفقرة رقم ١٨٣ وهى سارية على جميع التصرفات العقارية سواء حصلت بعقد رسمى أو بعقد عرفى . وانظر أيضا المادة ٣٠ (خامسا) .

---

(١) راجع كتاب الأدلة الخطية للدكتور سليمان مرقس وقد أشار إلى محب الدين سعد وفؤاد غالى فى المرجع فى أحكام الشهر والتوثيق سنة ١٩٦٢ ص٨٤٦ .

بطلان العقد الرسمى وما يترتب عليه :

١٣٦ — إذا حرر العقد غير موظف أو حرره موظف غير مختص ، كان باطلا ، كذلك إذا لم يراع شرط من الشروط الجوهرية لتحرير العقد كما رأينا أو بعبارة أخرى يعتبر العقد باطلا إذا لم يراع الركن الأول والركن الثانى من أركان العقد الرسمى وهما المنصوص عنهما قانونا [1] والشروط الجوهرية من شروط تحرير العقد التى هى عبارة عن الركن الثالث .

١٣٧ — ما الذى يترتب على بطلان العقد الرسمى ، هل يكون العقد بلا قيمة بالمرة أو يعتبر عقداً عرفياً ؟ .

إن هناك تصرفات حتم الشارع أن تكون بعقود رسمية كالهبة إلا إذا كان الموهوب منقولا وسلم بالفعل كما سبق القول فى الفقرة رقم ٩١ (المادة ٤٨٨ من القانون المدنى القائم والمادتان ٤٨ و٤٩ / ٧٠و٧١ من القانون المدنى السابق) والرهن العقارى (المادة ١٠٣١ من القانون المدنى القائم والمادة ٥٥٧/ ٦٨١ من القانون المدنى السابق) وبيع السفينة كلها أو بعضها (٣/٣ تجارى بحرى) فلا تعتبر هذه التصرفات موجودة قانوناً إذا حصلت بعقد غير رسمى أى بعقد عرفى . فإذا كان العقد الرسمى باطلا فلا قيمة له بالمرة وكأن هذه التصرفات لم تكن أصلا [2] .

١٣٨ — أما فيما عدا ذلك فيعتبر العقد عرفياً ما دام عليه توقيع الطرفين إذا كان تبادلياً ، أو عليه توقيع الطرف الملتزم إذا كان فردياً ، لأنه لا يشترط

---

(١) راجع الفقرات قم ٩٩ — ١٠٥ .

(٢) دمولومب ج ٢٩ رقم ٢٦٧ ولوران ج ١٩ رقم ٨٩ وبودرى تعهدات رقم ٢٠٩٧ ولارومبير على المادة ١٣١٨ رقم ١٣ . ومثل ذلك أيضاً نقل التأمينات الشخصية والعينية عند استبدال التعهدات تحت أحكام القانون المدني السابق كما قلت فى الفقرة رقم ٩١ .

الصحة في العقد العرفي إلا أن يكون موقّعاً عليه من المتعاقدين كما سنرى في الكلام على العقود العرفية، ويعتبر الموظف في هذه الحالة كأي شخص آخر يصح أن يوكل إليه تحرير عقد.

١٣٩ ــ وإذا كان أحد المتعاقدين لا يعرف القراءة والكتابة، فلم يوقّع العقد، وأثبت المحرر ذلك، هل يكون للعقد قيمة باعتباره عقداً عرفياً؟

لا قيمة لما يثبته المحرر ما دام عمله قد أبطل. ولا يصح أن يوثق بموظف عمل عملاً ليس من اختصاصه، أو أهل بشرط من الشروط الجوهرية لتحرير العقد وقد قلت إنه يصبح كأي شخص آخر يحرر عقداً عرفياً. وإثبات مثل هذا الشخص في عقد عرفي أن أحد الطرفين لا يعرف القراءة والكتابة أو ليس معه ختم، لا يفيد شيئاً ولو شهد على ذلك عدة شهود. بل يشترط التوقيع حتماً في العقود العرفية (أما في العقود الرسمية الصحيحة فإن الشارع يثق بالصفة الرسمية التي للموظف[١].

١٤٠ ــ قلت إن العقد الرسمي الباطل يعتبر عقداً عرفياً إذا كان موقعاً من الطرفين إذا كان تبادلياً. فإذا وقعه البعض دون البعض، فلا قيمة له لأنه ليس من العدل أن تترك الموقع تحت رحمة غير الموقع، إن شاء تمسك بالعقد وإن شاء لم يتمسك. وإذا التزم جماعة معاً بأمر واحد ولو بالتضامن، فإن إمضاء البعض دون البعض لا يكفي، لأن من أمضى لم يمض إلا اتكالاً على اشتراك الباقين معه في الالتزام[٢] حتى ولو أعفى المتعهد له من لم يوقعوا[٣].

---

(١) قارن المستشار عزيز كحيل (إثبات الحقوق المدنية) ص ١٠٤

(٢) أوبري جزء ١٢ § ٧٥٥ ص ١٨٣ و١٨٤ ودمولومب جزء ٢٩ رقم ٢٦٦ وحكم النقض في سيري ٩١ ـ ١ ـ ٣٩٢ وعكس ذلك رومبيير جزء ٤ على المادة ١٣١٨ رقم ٩ وتوليه Teullier جزء ٨ رقم ١٣٨.

(٣) حكم النقض فرنسي في سيري ٩١ ـ ١ ـ ٢٩٢. ويلاحظ أن المادة ١٣٢٥ من القانون المدني

١٤١ — قلت أن العقد الرسمي الباطل إذا كانت عليه التوقيعات اللازمة يعتبر عقداً عرفيا ، ولكن إذا اتفق المتعاقدان مبدئيا على وجوب تحرير عقد رسمي لنفاذ التعهد المتفق عليه ، فالعقد الرسمي الباطل لا قيمة له [١] وإنما إذا اتفقا على تحرير العقد الرسمي لمزاياه فقط ، وكان باطلا أخـذ به باعتباره عقدا عرفيا [٢] .

١٤٢ — سنرى فيما بعد أن العقد العرفي يجب أن يكون تاريخه ثابتا ليسري على الغير . وهذا يتم من يوم أن يقيد العقد بالسجل المعد لذلك أو من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ ، أو من يوم أن يؤشر عليه

في العقود التبادلية أن يحرر منها نسخ بقدر عدد المتعاقدين أو تكون هناك نسخة لكل جماعة اتحدت مصلحتهم وفي العقود الرسمية لا تحرر إلا نسخة واحدة، فهذا يبطل العقد الرسمي لم يكن هناك إلا هذه النسخة فهل يعتبر العقد باطلاً باعتباره عقداً عرفياً أيضاً؟ أن الطرفين عندما تعاقدا أمام الموثق وجها كل فكرتهما إلى تحرير عقد رسمي ولم يتوقعا بطلانه فلم يستوفها أركان العقد العرفي وبناء على ذلك يعتبر مثل هذا العقد عقداً مرفوضاً صحيحاً رغم عدم تعدد النسخ. وإنما إذا حرر العقد غير موظف أو حرره موظف غير مختصاً بتحرير العقود كمحضر أو كتاب للموثق فلا يكون له قيمة إلا إذ روعيت المادة ١٣٢٥ لأن المتعاقدين لا يعذرون في هذه الحالة بما أن من كلفوه بتحرير العقد لا صفة لهم مطلقاً في تحرير العقود الرسمية. ولكن يعذرون إذا كان الموثق معزولاً أو مرقوفاً وهم لا يعلمون بذلك. وكذلك قيل عن العقد الذي يكون للموثق مصلحة شخصية فيه فإنه في هذه الحالة (أي حالة بطلان العقد الرسمي الذي يحرره) يفقد صفته الرسمية ولا يكون هناك موظف رسمي يغني عن مراعاة المادة ١٣٢٥ وما قلته عن هذه المادة يسري على المادة ١٢٣٦ التي نصت على أنه إذا التزم شخص لآخر بمبلغ من المال أو بشيء ممكن تقديره يجب أن يكون السند كله بخطه أو يكتب مع الإمضاء **bon ou approuvé** مع كتابة المبلغ والشيء وكيله (راجع في هذا الوضوح أو بري جزء ١٢ § ٧٥٥ وما بعدها وبودري تعهدات رقم ٢٠٩٧ وما بعده وكابيتان جزء ٢ الطبعة الثانية ص ٢٠٦) وهاتان المادتان لا نظير لهما عندنا فالعقد الرسمي الباطل يعتبر دائماً عقداً عرفياً ولو لم يراع فيه ذلك ما دام موقعاً عليه سواء أكان تبادلياً أم فردياً وسواء أحرره محرر عقود غير مختص أو موظف آخر أو غير موظف (راجع مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة السابعة ص ٤٢).

(١) بودري تعهدات رقم ٢٠٩٧ ودمولومب جزء ٢٩ رقم ٤٦٧ ولوران جزء ١٩ رقم ٩٨.

(٢) فلرن المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٤ رقم ١٠٥.

موظف عام مختص ، الخ طبقا للمادة ٣٩٥ من القانون المدنى القائم (المادة ٢٢٩/ ٢٩٤ من القانون المدنى القديم) فهل كتابة العقد الرسمى الباطل ووضع تاريخه بمعرفة محرره تجعل التاريخ ثابتا رسميا ؟ .

إن الموظف فى هذه الحالة أى حالة بطلان العقد الرسمى لا قيمة له ، ويعتبر كأى شخص آخر كلفه الطرفان بكتابة عقد عرفى . وبناء عليه يعتبر العقد الرسمى الباطل عقداً عرفياً بسيطا بغير تاريخ ثابت إلا إذا أثبت تاريخه على النحو المتقدم أو تسجل[1].

قوة العقود الرسمية ومزاياها

١٤٣ — نصت المادة ١١ إثبات (المادة ٣٩١ من القانون المدنى للغاة) على أن المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره مالم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا . وكانت المادة ٢٢٦/٢٩١ من القانون المدنى السابق تنص على أن المحررات الرسمية أى التى تحررت بمعرفة المأمورين المختصين بذلك تكون حجة على أى شخص مالم يحصل الادعاء بتزوير ما هو مدون بها بمعرفة المأمور المحرر لها .

ومعنى ذلك أن العقد الرسمى يعتبر حجة بما فيه على الطرفين وورثتهما وخلفائهما وعلى الغير. ويكفى لذلك أن يكون العقد صادراً عن موظف مختص سليما لا كشط فيه ولا محو ولا تحشير ولا غير ذلك من العيوب المادية وإلا كان للمحكمة أن تسقط

---

(١) قارن بلانيول الجزء الثانى رقم ١٤٧ وبودرى تعهدات رقم ٢١٠٠. وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أن المتعاقد الذى يحرره موظف غير مختص لا يكون ثابت التاريخ (مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثانية ص ١٢٠) .

قيمته أو تنقص منها[1] حسب الأحوال . وإذا كانت صحة العقد محل شك فى نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذى صدر عنه ليبدى مايوضح حقيقة الأمر فيه[2] ومتى كان العقد الرسمى موقعاً من المتعاقدين لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير . وهذا بخلاف العقد العرفى فإنه يكفى إنكار توقيعه ليكلف المتمسك بإثبات صحة التوقيع . وبعبارة أخرى يعتبر العقد الرسمى حجة بنفسه دون حاجة للاقرار به بخلاف العقد العرفى الذى لا يعتبر حجة إلا إذا حصل الإقرار به صراحة ، أو دلالة بعدم إنكار توقيعه . وإذا لم ينكر توقيعه يكفى لحجيته ـ كما قلت بالنسبة للعقد الرسمى ـ أن يكون سليما لا كشط فيه ولا محو ولا تحشير ولاغير ذلك من العيوب المادية وإلا كان للمحكمة أن تنقص من قيمته أو تسقطها . وإذا كانت صحة العقد محل شك فى نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو محرره ليبدى مايوضح حقيقة الأمر فيه[3] ثم إن العقد العرفى وإن كان حجة على جميع الناس بمحتوياته إلا أن تاريخه ليس حجة على غير المتعاقدين وورثتهم وخلفائهم إلا إذا كان ثابتاً كما تقدم القول وكما سنرى تفصيلا.

١٤٤ — وليس الأمر قاصراً على ذلك فقط ، فإن العقد الرسمى يمكن تنفيذه كحكم واجب النفاذ طبقاً للمادة ٢٨٠ من قانون المرافعات (المادة ٤٥٧ من قانون المرافعات السابق — المادة ٣٨١/٤٣٤ من قانون المرافعات القديم) .

---

(١) أنظر الفقرة الأولى من المادة ٢٦٠ من قانون المرافعات التى نصت على أن « للمحكمة أن تقدر مايترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى الورقة من إسقاط قيمتها فى الإثبات أو إنقاصها » .

(٢) انظر الفقرة الثانية من المادة ٢٦٠ من قانون المرافعات التى تنص على أنه إذا كانت صحة الورقة محل شك فى نظر المحكمة جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذى صدرت عنه أو الشخص الذى حررها ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيها .

(٣) انظر الهامشين السابقين .

أما العقد العرفى فلا يمكن تنفيذه إلا بعد التقاضى وضياع كثير من الوقت والجهد والمصاريف .

١٤٥ — على أن هناك مزية ثالثة للعقود الرسمية ، وهى أن صورها لها قوة فى الإثبات كما سنرى بخلاف صور العقود العرفية .

١٤٦ — ولم يقرر الشارع هذه القوة وهذه المزايا للعقد الرسمى عبثاً ، بل لأنه محرر بمعرفة موظف رسمى محايد لا مصلحة له فى أن لا يخالف الواقع فى تحرير العقد بالقيود والضمانات التى رأيناها . وليس كل شخص يستطيع أن يكون موثقاً إلا إذا كان مستوفياً لشرائط خاصة من حيث السير والسلوك والكفاية للوظيفة وأهليته للثقة به ، هذا فضلا عن وجوب حصول التعاقد أمام شاهدين يوقعان العقد أيضاً مع الموثق والعاقدين إلا إذا كان هناك بطاقات شخصية مع المتعاقدين . والتزوير فى عقد رسمى ليس أمراً هيناً ، ومعاقب عليه بعقوبات شديدة ، إذ يعتبر جناية عقوبتها الأشغال المؤقتة أو السجن (المواد ٢١١ و ٢١٢ و ٢١٣ و ٢١٤ من قانون العقوبات) والتزوير فى العقد العرفى جنحة معاقب عليها بالحبس مع الشغل (٢١٥ ـ ٢٢١ عقوبات) .

لأفصل فيما تقدم قليلا ولأبدأ بالكلام على قوة العقود الرسمية بالنسبة للطرفين من حيث الإثبات ثم من حيث التنفيذ ، ثم على قوتها بالنسبة للغير (من حيث الإثبات فقط لأن العقد لا ينفذ إلا على من كان طرفاً فيه) .

قوة العقد الرسمى بالنسبة للطرفين من حيث الإثبات

١٤٧ — إن العقد الرسمى يعتبر حجة ودليلا قاطعاً على حصول التعاقد الثابت فيه لا يستطيع أحد الطرفين أن ينكر شيئاً مما جاء به ، لا من حيث

التوقيعات الموقع بها عليه، ولا من حيث محتوياته ولا من حيث حصوله أمام الموظف المحرر له ، إلا بالادعاء بحصول تزوير فيه . إنما يلاحظ أن محتويات العقد قسمان ـ مايثبته المحرر بناء على معرفته أو مشاهدته أو سماعه شخصياً ، وما يثبته بناء على مايقرره الخصوم . فالقسم الأول يشمل إثبات الموظف أنه هو المحرر للعقد فى تاريخ كذا فى مكان كذا وأن الطرفين والشهود وقعوه أمامه وأن المشترى مثلا دفع الثمن للبائع أمامه أو أن البائع أقر باستلام الثمن . أى يشمل كل أمر من الأمور التى يمكن عقلا تصور تأكد المحرر منها شخصياً وبحيث إذا ثبت عكس ما أثبته حكمنا بأنه غير صادق ومزور ليس أهلا للثقة التى ميزه الشارع بها ، أما القسم الثانى فهو عبارة عن الأمور التى لا يستطيع المحرر وليس مطلوباً منه أن يتحقق منها شخصياً وقت تحرير العقد كحالة المتعاقدين والوقائع التى يقررونها . فمثلا عن حالة المتعاقدين كما إذا اعتبر العاقد بالغاً سن الرشد أو ليس مريضاً مرض الموت متمتعاً بقواه العقلية وليس به عته « والعته نقص فى الفهم لا كالجنون[1] » . وكذلك عن الوقائع التى يقررونها كما إذا أقر البائع أنه تسلم الثمن نقداً وكان فى الواقع لم يتسلمه أو تسلم به كمبيالات . والقسم الأول من محتويات العقد هو الذى لا يمكن إثبات عكسه إلا بالطعن فيه بالتزوير لأنه من عمل الموظف شخصياً وهو مسئول عن صحته . ولا يصح حتى توجيه اليمين الحاسمة ممن يجب عليه الطعن بالتزوير[2] أو الاستجواب أو التمسك بمبدأ ثبوت بالكتابة ولا التكليف ولا طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق وذلك حكم

(١) راجع المقال المنشور فى أول السنة الرابعة فى المحاماة (وهو للمؤلف) .

(٢) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة التاسعة والعشرون ص ١٩٩ والجدول العشرى الثالث رقم ٤٤١٨ وانظر أيضا الفقرة رقم ٥٦٧ من هذه الرسالة وانظر بودرى تعهدات رقم ٢٠٧٧ والمراجع وأحكام النقض الكثيرة التى أشار إليها وبلانيول الطول ج ٧ رقم ٤٥٢ ص ٧٨٧ .

لإثبات مايخالف ما جاء فى العقد[١] . أما القسم الثانى فلا ، لأن الموظف لا يمكنه التأكد من صحته حال تحرير العقد . ويمكن إثبات القصر بشهادة الميلاد ، والعته والسفه بشهادة الشهود وقرار الحجر ، ومرض الموت بشهادة الشهود والأطباء . كذلك يمكن إثبات مايخالف ما قرره الخصوم فى العقد بالطرق القانونية المعتادة دون حاجة للطعن بالتزوير لأن الموظف المحرر للعقد فى حالة إقرار البائع أمامه بتسلم الثمن مثلا ليس مسؤولا عن صحة هذا الإقرار ، وإنما هو مسئول فقط عن كونه حصل أمامه . فإذا قرر البائع أنه لم يحصل منه هذا الإقرار يجب عليه الطعن بالتزوير وأما إذا قال إنه أقر حقيقة بذلك ولكن إقراره كان صورياً أمكنه إثبات ذلك بالطرق القانونية المعتادة . وهذا لاينافى الثقة بالموظف[٢] وقد جرى القضاء المصرى والفرنسى على ذلك وتقرر أنه يجب قصر مالا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير على الأمور التى تحقق منها الموظف المحرر بنفسه ، أما باقى مرويات الحجة فإنه من المتفق عليه أنه يصح الطعن فيه بالأدلة والقرائن المعتادة[٣] .

وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٤٠٤ من مشروع القانون المدنى القائم كما أقرها مجلس النواب تنص وفق ذلك على أن الورقة الرسمية حجة على الناس

---

(١) اوبرى ١٢ رقم ٧٥٥ ص ١٧٢ والهامش رقم ٥٦ والمراجع والأحكام التى أشار إليها .

(٢) كابيتان ج ٢ الطبعة الثانية ص ٢١١ وبلانيول المطول ج ٧ رقم ١٤٥٤ ص ٧٨٩ ومركديه على المادة ١٣١٩ رقم ١ ودمولومب ج ١٩ رقم ٣٧١ وبودرى تعهدات رقم ٢٠٧٧ و ٢٠٧٨ وآرنتز ج ٣ رقم ٣٠٦ و ٣١٠ ولاروميير على المادة ١٣١٩ رقم ٧ـ٩ وباقى المراجع والأحكام المشار إليها فى هذه الكتب .

(٣) نوفل السنة الخامسة عشرة ص ١٣٣ واستئناف فى المحاماة ٦ ص ١٣٧ رقم ١٠٠ واستئناف مختلط فى الجدول العشرى الأول للمحاماة ص ٢١ رقم ١٩٠ ومجلة التشريع والقضاء المختلط السنة الأولى ص ١٦٤ والسنة الثانية ص ١٠٨ والسنة الرابعة ص ١٩٩ والسنة السادسة ص ٢٣٣ والسنة الخامسة والعشرين ص ٣٣٠ والسنة التاسعة والعشرين ص ٤٨٩ وسيرى ٨٧ — ١ — ٢٠٦ و ٨٩ — ١ — ١٦١ و ١٩٠٤ — ١ — ٢٧٠ و ١٩١٣ — ١ — ٢١٥ ودالوز ١٩٠١ — ١ — ٢٤٧ و ١٩٢٢ — ١ — ١٩٥ .

كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ما لم يثبت تزويرها ، وكانت الفقرة الثانية تنص على أن ماورد على لسان ذوى الشأن من بيانات يعتبر صحيحاً حتى يقوم الدليل على مايخالفه . وقد صارت الفقـــرة الأولى من المشروع المادة ٣٩١ الملغاة من القانون . وجاء فى تقرير لجنة مجلس الشيوخ أنها حذفت الفقرة الثانية اكتفاء بالقواعد العامة وهذه القواعد تقضى بما تقضى به الفقرة الثانية من المشروع وتؤدى مؤداها كما تقدم ، هذا فضلا عن أن قول الفقرة الأولى من المشروع (المادة ٣٩١ من القانون كما صدر) إن الورقة الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها إذا وقعت من ذوى الشأن فى حضوره تؤيد ذلك بل تتضمنه . وقد قررت محكمة النقض أن الطعن بالتزوير فى العقد الرسمى لايكون إلا فى البيانات التى دونها به الموظف المختص بتحريره عن الوقائع والحالات التى شاهد حصولها أو تلقاها عن العاقدين ، فإذا كان العقد خالياً من أى بيان عن حالة البائع العقلية فالقول بأنه قد تم أمام مأمور العقود الرسمية الذى لايقبل تحريرها لو كان العاقد ذاغفلة أو مجنوناً وأنه لذلك لايقبل الطعن فيه من هذه الجهة إلا بالتزوير قول غير سديد[1].

وسبق أن رأينا أن محتويات العقد قسمان : القسم الأول الذى لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير عن الأمور التى قام بها المحرر شخصياً أو وقعت من العاقدين فى حضوره كما جاء فى المادة ١١ إثبات ـ كما إذا أقر البائع أنه قد تسلم الثمن من المشترى فإن هذه حجة فى أن الإقرار قد حصل ولا يجوز إنكار حصوله إلا بالطعن والتزوير ولكن المحرر ليس مسئولا عن صحته إذ من الجائز أن يكون غير صحيح وأنه إقرار صورى فقط ، وكذلك إذا أثبت الموثق أن المشترى قد دفع

---

(١) مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٤/٧١ ص ١٩٤ . وانظر أيضاً المجموعة الرسمية سنة ١٩٣٨ ص ١٠٠ رقم ٤/٣٧ .

الثمن فإن هذا دليل على أن ذلك قد حصل فعلا ولا يجوز إنكار حصوله إلا بالطعن بالتزوير إنما هذا لا يمنع البائع من أن يثبت بطرق الإثبات العامة أنه كان قد أعطى الثمن للمشترى قبل تحرير العقد ليدفعه أمام الموثق أثناء العقد .

والقسم الثانى عبارة عن الأمور التى لا يستطيع المحرر وليس مطلوبا منه أن يتحقق منها ولا يمكنه التأكد منها شخصياً وقت تحرير العقد وأن هذه الأمور تخضع للقواعد العامة فى الإثبات دون حاجة للطعن بالتزوير الخ .

١٤٨ — كذلك لا ضرورة للطعن بالتزوير فيما يستنتجه المحرر استنتاجا كالأمور التى يستخلصها من إشارات متعاقد أبكم أصم [١] .

١٤٩ — ومن البديهى أن أقرر بعد ذلك أنه ليس هناك ما يمنع أحد طرفى العقد الرسمى من أن يثبت بالأدلة المعتادة دون حاجة للطعن بالتزوير أنه حصل تعديل فى العقد بعد تمامه باتفاق عرفى خاص بينهما بدون حضور الموثق [٢] . هذا إلا إذا اشترط أنه لا يصح إجراء أى تعديل إلا بعقد رسمى أيضا .

هل يعتبر العقد الرسمى من النظام العام ؟

١٥٠ — قيل ويعتبر ثبوت الحجية الكاملة — أى التى لا تقبل النقض إلا عن طريق الطعن بالتزوير — لهذا النوع الأول (أى القسم الأول كما رأينا فى الفقرة ١٤٧) متعلقا بالنظام العام فلا يجوز الاتفاق على إثبات عدم صحة هذه البيانات بالطرق العامة [٣] ، ولكنى أرى أنه لا يصح اعتبار ذلك من النظام العام لأنه ليس فيه ما يخالف القانون فى شىء كالربا الفاحش والاتجار فى المخدرات بل

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٠٨٨ ودالوز ٥٧ — ٢ — ١٧٣ .

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٠٨٠ والمراجع والأحكام التى أشار إليها .

(٣) الدكتور سليمان مرقس — الأدلة الخطية ص ١٣٧ رقم ٥٨ وأشار إلى إدوار عيد ج ١ ص ١٦٩ نبذة ٨٩ وجاء فى بلانيول ج ٧ ص ٧٨٧ — ٧٨٠ رقم ٤٥٢ .

بالعكس أن العقد الرسمى أمر محمود لاستقرار الحقوق بين المتعاقدين والناس جميعاً وعدم المنازعة فيها بقدر الإمكان ، بدليل قول المادة ١١ إثبات أن المحررات الرسمية حجة على الناس كافة ، وبدليل عدم إمكان إثبات مايخالفها إلا بطريق الطعن بالتزوير ، وعدم اكتفاء الشارع بمجرد الإنكار وتكليف الطرف الآخر بالإثبات .

١٥٠ مكرر — هل يصح اعتبار العقد الرسمى مبدأ ثبوت بالكتابة ؟ لاشك فى أنه فيما يتعلق بالقسم الثانى من العقد الذى يجوز إثبات مايخالفه بالطرق العادية يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة إذا صلح لذلك طبقاً لما سنراه تفصيلا فى الكلام على موضوع الإثبات بالكتابة ، وذلك لأن الموظف لايستطيع معرفة صحة الوقائع التى ذكرت أمامه إذ أن العقد لم يجعل من أجل هذه الوقائع .

أما القسم الأول فلا يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا طعن فيه بالتزوير وثبت تزويره فإنه يصح اعتباره فيما ثبت تزويره مبدأ للثبوت بالكتابة إذا صلح لذلك كما تقدم[1]

١٥١ — وما قلته عن العقد الرسمى يصح قوله عن باقى المحررات الرسمية فمثلا أعمال المحضر الشخصية لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير ، أما ما أثبته عن الغير فيصبح إثبات مايخالفه بغير حاجة إلى الطعن بالتزوير[2] فإذا أثبت المحضر أنه وجد منزل المعلَن مقفلا ولم يجد من يتسلم الإعلان ، لايمكن الطعن فى ذلك

---

(١) أنظر الفقرة ١٤٧ التى تحدثت عن القسم الأول والقسم الثانى من العقد .

(٢) الجدول العشرى الأول لمجموعة التشريع والقضاء المختلط رقم ٣٤٥١ والجدول الثانى رقم ٣٢٨٠ والثالث رقم ٤٤٢٢ وعكس ذلك الجدول الأول رقم ٣٤٥٢ .

إلا بالتزوير ، وإذا أثبت أنه سلم الإعلان لشخص قال إنه قريب المعلن ومقيم معه وأنه غائب فإنه لا يجوز الطعن إلا بالتزوير فيما أثبته المحضر من أنه سلم الإعلان لذلك الشخص وفى أن الشخص المذكور قرر أنه قريب المعلن ومقيم معه وأنه غائب ، أما كون ذلك الشخص قريب المعلن ومقيما معه وأن المعلن كان غائبا فيمكن إثبات ما يخالفه دون حاجة للطعن بالتزوير .

١٥٢ — وتقرير الخبير ومحضر أعماله يعتبران من الأوراق الرسمية فيما يتعلق بما يثبته الخبير مما يتحقق منه شخصيا فى حدود مأموريته لأنه من المكلفين بخدمة عمومية إذ يندبه القاضى أو يختاره الخصوم بحكم القانون لبحث ما يحتاج لكفاية فنية ليست متوفرة فى القاضى . ولذلك لا يصح الطعن فيما يثبته من ذلك إلا بالتزوير . أما ما عدا ذلك ، وآراؤه فى الدعوى التى يستخلصها من إجراءاته وأعماله ، كل ذلك يجوز للخصوم إثبات ما يخالفه وتخطئته بكل وسيلة[1] ويؤيد ما تقدم أن المادة ١٠٤ من قانون العقوبات اعتبرت الخبير مكلفا بخدمة عمومية واعتبرته مع المادة ١٠٣ فى حكم الموظف فيما يتعلق بالرشوة .

١٥٣ — وأحكام المحكمين ومحاضرهم هل تعتبر أوراقا رسمية لا يصح الطعن فيها إلا بتزوير فيما يتحققون منه شخصياً كذلك ؟ يصح قياس المحكمين على الخبراء لأن الخصوم يختارونهم بحكم القانون أيضاً ليحلوا محل القضاة . وقد اعتبرتهم المادة ١٠٤ من قانون العقوبات كالخبراء من المكلفين بخدمة عمومية.

---

(١) وقد قالت محكمة الاستئناف فى حكمها المنشور فى مجلة المحاكم ١٤ ص٣٨٨٣ : لقد أجمع علماء القوانين وأحكام المحاكم على أنه لا يجوز الطعن فى محاضر أعمال الخبير شكلا إلا بطريق الطعن بالتزوير لا بالطريق الاعتيادى ذلك لأن هذه المحاضر معتبرة كالأوراق الرسمية . وانظر داللوز العملى ج ٦ على الخبرة رقم ٢٢٠ وما أشار إليه من أحكام وشراح وجارسونيه ج ٢ الطبعة الثالثة رقم ٣٦٣ وما أشار إليه من عدة أحكام وشراح كذلك — إلا أنه قال إن رودييز (Podiere) ج ١ ص ٤٢٤ يخالف ذلك .

واعتبرتهم مع المادة ٢٠٣ فى حكم الموظفين أيضا فيما يتعلق بالرشوة [١]

١٥٣ مكرر — وشهادة الميلاد تعتبر ورقة رسمية . وكذلك صورتها الرسمية المستخرجة من دفتر المواليد . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كان الحكم قد اعتمد فى تقدير سن الطاعن على الشهادة المستخرجة بمعرفة صراف البندر الذى وند فيه من واقع دفتر المواليد باعتبار أنها شهادة رسمية فى خصوص ماأعدت له وذلك بناء على أن الطاعن هو الذى قدم طلب هذه الشهادة إلى المديرية ودفع الرسوم المستحقة عليها فأحالته المديرية إلى انصراف فاستخرج الشهادة من واقع دفتر المواليد الذى كان معروفاً بالأورنيك ، ثم اعتمدت المديرية هذه الشهادة بالتوقيع عليها بختمها وبالتأشير بعبارة « تعتمد لجهة لزومها » فهذا الحكم لا يكون قد أخطأ فى الإثبات إذ هذه الشهادة تقوم مقام شهادة الميلاد [٢] .

وقضت محكمة النقض الجنائية بأنه يعتبر من الأوراق الرسمية نسخة الحكم الأصلية ، والإعلام الشرعى المثبت لتاريخ وفاة المورث ، وملخص شهادة الوفاة ، وعقد الزواج ، ودفتر الاشتراكات الكيلومترى الصادر من هيئة السكك الحديدية ، وأذون صرف دفاتر السكك الحديد ، وكشف العائلة الذى يحرر للاعفاء من الخدمة العسكرية متى كان موقعاً من شيخ الحارة ومعتمداً من مأمور القسم ومختوماً بخاتم الجمهورية ، وكذلك الإخطارات الخاصة بالإعفاء من القرعة العسكرية السابقة على صدور قانون ٥٠٥ لسنة ١٩٥٥ ، وورقة الفيش التى يندب أحد عساكر البوليس لأخذ البصمات عليها ، والشهادات التى يحررها أعضاء اللجنة القروية بصرف كميات خيش من بنك التسليف الزراعى إعمالا للأمر

---

(١) وقد اختلف فى ذلك شراح القانون والمحاكم فى فرنسا وظهرت أربعة آراء فى الموضوع ثلاثة منها يصح أن يرجح منها اعتبار أحكام المحكمين ومحاضرهم من الأوراق الرسمية التى لا يصح جحد ماجاء فيها إلا بطريق الطعن بالتزوير — أنظر تفصيلات ذلك فى تعليقات دالوز على قانون العقوبات المادة ١٠٢٢ من رقم ١ إلى رقم ٣٠ .

(٢) مجموعة الـ ٢٥ عاما إثبات ٩٣ ومجموعة المكتب الفنى ٢ — ٤٣ — ٢٣٩ .

رقم ١٩٣ الصادر فى ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٤١ ، والشهادات الإدارية التى يحررها العمد لإثبات من يتوفى من أصحاب التكاليف قبل سنة ١٩٢٤ ، واستمارات طلب صرف نقود لمتعهد من السلفة المستديمة رقم ٦٢ مكرر ع . ح ، كما قضت بأنه يعتبر تزويراً فى محرر رسمى التزوير الحاصل فى حوالة البريد فى وجهها الذى يحرره الموظف المختص بمكتب التصدير ، والتغيير فى السجلات والبطاقات وكافة المستندات والوثائق والسجلات والشهادات المتعلقة بتنفيذ القانون رقم ٢٦٠ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الأحوال المدنية ، والتغيير فى البيان الخاص بمحل إقامة المدعى عليه فى صحيفة الدعوى بعد اتخاذ إجراءات الإعلان على يد المحضر[١] .

كما قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن إعلانات الوفاة والوراثة التى تعارفت المجالس الملية لمختلف الطوائف على ضبطها لا تخلو من حجية سواء اعتبرت أوراقاً رسمية أو عرفية[٢] .

١٥٤ — أما محضر البيع الذى يحرره السمسار المكلف ببيع بضائع متنازع عليها لا يصح اعتباره محضراً رسمياً يجب الطعن فيه بالتزوير بل يمكن إثبات ما يخالفه بجميع الطرق[٣] والسمسار لا يختار بحكم القانون كالمحكمين ولا هو مكلف قانوناً بخدمة عمومية كالخبير .

١٥٤ مكرر — وكذلك دفتر الختام لا يعتبر من الأوراق الرسمية لأن الختام يصنع ختما لكل طالب بأى اسم[٤] .

---

(١) مجموعات المكتب الفنى لمحكمة النقض (الدائرة الجنائية) السنة ١٩ ص ١٨١ ، ٧٤٠ والسنة ١٨ ص ٧٧١ والسنة ١٧ ص ١٢٦٧ والسنة ١٦ ص ٨٩٥ والسنة ١٤ ص ١٠١٨ والسنة ١٢ ص ٩٥٠ والسنة ١٠ ص ٤٤٦ والسنة ٩ ص ٧٣٦ ، ١٠١١ والسنة ١١ ص ٤٥٧ والسنة ٨ ص ٧ ، ٤٥٢ والسنة ٧ ص ٧٦٢ .

(٢) مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص ٥٤ .

(٣) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٤ ص ١٧٨ .

(٤) وقد قضت محكمة النقض بأن دفتر الختام ليس من قبيل الأوراق الرسمية ولا حجية له فى إثبات أن المنسوب إليه الختم المطعون فيه هو الذى طلب إلى الختام أن يصنعه (راجع مجموعة الـ ٢٥ عاما إثبات مدنى ١٠٠) .

١٥٥ — ويلاحظ أن المحاضر الجنائية على العموم سواء فى ذلك المحاضر التى يحررها رجال البوليس أو أى مأمور من مأمورى الضبط القضائى أو أعضاء النيابة أو قاضى التحقيق ولو أنها أوراق رسمية إلا أنه يمكن إنكار ماأثبت فيها دون حاجة للطعن بالتزوير ، فيما ينسب للمتهمين أو الشهود من أقوال وكذلك المعاينات والرسوم وأعمال الخبراء ، وإثبات مايخالفها بجميع الطرق تحقيقاً لحرية الدفاع . وقد نصت المادة ٣٠٠ من قانون الإجراءات الجنائية أنه « لا تتقيد المحكمة بما هو مدون فى التحقيق الابتدائى أو فى محاضر جمع الاستدلالات إلا إذ وجد نص يخالف ذلك»[1] ثم نصت المادة ٣٠٢ على أنه « يحكم القاضى فى الدعوى على حسب العقيدة التى تكونت لديه بكامل حريته » وقد قررت محكمة النقض أن محاضر التحقيق التى يحررها رجال البوليس أو النيابة وما تحويه هذه المحاضر من اعترافات المتهمين ومعاينات المحققين وأقوال الشهود هى عناصر إثبات تخضع فى كل الأحوال لتقدير القاضى وتحتمل الجدل والمناقشة كسائر الأدلة . فللخصوم أن يفندوها دون أن يكونوا ملزمين بسلوك الطعن بالتزوير وللمحكمة بحسب ماترى أن تأخذ بها أو تطرحها . وإذن فإذا أنكر المتهم الاعتراف المعزو إليه فإنه يكون من واجب المحكمة أن تحقق دعواه وتقدرها فتأخذ بالاعتراف إذا ثبت صدقه وصدوره عنه وتطرحه إذا ثبت لديها أنه فى الواقع لم يصدر عنه وذلك من غير أن تكون مقيدة بالقواعد المدنية التى توجب الأخذ بما تضمنته الأوراق الرسمية إلا إذا ثبت عن طريق الطعن بالتزوير تغيير الحقيقة فيها[2]

---

(١) فمثلا نصت المادة ٣٠١ من قانون الإجراءات الجنائية الجديدة على أنه « تعتبر المحاضر فى مواد المخالفات حجة بالنسبة للوقائع حتى يثبتها المأمورون المختصون إلى أن يثبت ما ينفيها » وجاء فى آخر المادة ٤٠٢ أن الأصل اعتبار أن الإجراءات قد روعيت أثناء الدعوى ومع هذا فلصاحب الحق أن يثبت بكافة الطرق أن تلك الإجراءات أهملت أو خولفت وذلك إذا لم تكن مذكورة فى محضر الجلسة ولا فى الحكم فإذا كانت ذكرت فى أحدهما أنها اتبعت فلا يجوز إثبات عدم اتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير .

(٢) مجموعة القواعد القانونية لأحكام النقض جنائى جزء ٦ ص ٩٥ رقم ٧٠ وانظر أيضاً ص ٣٦٦ رقم ٢٧٨ وكذلك ص ٩٤ رقم ٦٩ وص ٢٨٣ رقم ٢١٣ والمجموعة المذكورة جزء ٥ ص ٦٠٠ رقم ٣٢٦/٢ .

وقررت محكمة النقض أيضاً أن المحاضر التي تحررها المحكمة لإثبات مايقع من الجرائم بالجلسة ولو أنها محاضر رسمية حجة بما يثبت فيها إلا أن حجيتها لا يمكن أن تكون حائلا بين المتهمين بهذه الجرائم وبين إبداء دفاعهم على الوجه الذى يرونه مهما كان متعارضاً مع الثابت بتلك المحاضر ، كما أنها لا تمنع القاضى من أن يقضى فى الدعوى على الوجه الذى يطمئن إلى صحته من أى طريق من طرق الإثبات فله إذن أن يأخذ بما هو ثابت بهذه المحاضر كما هو الشأن فى سائر الأدلة[1] .

وإذا نسب لشخص إقرار مدنى فى محضر من تلك المحاضر يمكنه إنكار توقيعه دون أن يكون ملزماً بالطعن بالتزوير[2] لأن المحاضر الجنائية لم تجعل لإثبات المسائل المدنية .

وعلى العموم إذا أثبت الموظف أمراً فى ورقة لم تجعل لإثباته لا يعتبر ذلك دليلا على حصول هذا الأمر[3] . لاحظ أيضاً ماجاء فى الفقرة رقم ١٠٥ .

كيفية الطعن بالتزوير وتأثيره على الدعوى :

١٥٦ — قد نظم قانون الإثبات الجديد فى المواد ٤٩ ـ ٥٩ المقابلة للمواد ٢٨١ ـ ٢٩١ من قانون المرافعات السابق كيفية الطعن بالتزوير والإجراءات الواجب اتباعها وما يترتب على ذلك . فقد نصت المادة ٦٩ على « يكون الادعاء بالتزوير فى أية حالة تكون عليها الدعوى بتقرير فى قلم الكتاب ، وتبين فى هذا التقرير كل مواضع التزوير المدعى بها وإلا كان باطلا . ويجب أن يعلن مدعى

---

(١) المجموعة المذكورة جزء ٥ ص ٢٧٨ رقم ١٥٤ .

(٢) قارن المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٣ رقم ٥٧ والمحاماة السنة الثالثة رقم ١٦٨ .

(٣) وقد قررت محكمة الاستئناف أن محضر حصر التركة الذى يثبت فيه أن التركة جميعها سلمت إلى بعضهم لا يعتبر دليلا على الاستلام الذى ينكره من نسب إليه ولو أن هذا المحضر رسمى إذ الاستلام خارج عما وضع المحضر لإثباته وهو حصر التركة فقط .

التزوير خصمه فى الثمانية الأيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التى يطلب إثباته بها وإلا جاز الحكم بسقوط ادعائه » ونصت المادة ٥٠ على أنه «على مدعى التزوير أن يسلم قلم الكتاب المحرر المطعون فيه إن كان تحت يده ، أو صورته المعلنة إليه . فإن كان المحرر تحت يد المحكمة أو الكاتب وجب إيداعه قلم الكتاب » . ونصت المادة ٥١ على أنه « إذا كان المحرر تحت يد الخصم جاز لرئيس الجلسة بعد اطلاعه على التقرير أن يكلف فوراً أحد المحضرين بتسلم ذلك المحرر أو بضبطه وإيداعه قلم الكتاب . فإذا امتنع الخصم عن تسليم المحرر وتعذر ضبطه اعتبر غير موجود ولا يمنع هذا من ضبطه فيما بعد إن أمكن » ونصت المادة ٥٢ على أنه « إذا كان الادعاء بالتزوير منتجاً فى النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لاقتناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره ورأت أن إجراء التحقيق الذى طلبه الطاعن فى مذكرته منتج وجائز أمرت بالتحقيق . ونصت المادة ٥٣ على أن « يشتمل الحكم الصادر بالتحقيق على بيان الوقائع التى قبلت المحكمة تحقيقها والإجراءات التى رأت إثباتها بها وعلى سائر البيانات المذكورة فى المادة ٣٢ »[١] .

ونصت المادة ٥٤ على أن « يجرى التحقيق بالمضاهاة طبقاً للأحكام المنصوص عليها فى الفرع السابق[٢] ويجرى التحقيق بشهادة الشهود وفقاً للقواعد المقررة لذلك » ونصت المادة ٥٥ على « أن الحكم بالتحقيق عملا بالمادة ٥٢

---

(١) التى نصت على أن يشتمل منطوق الحكم الصادر بالتحقيق على : (ا) ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق (ب) تعيين خبير أو ثلاثة خبراء (ج) تحديد اليوم والساعة اللذين يكون فيهما التحقيق ، وجاء فى تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس الأمة عن هذه الفقرة كما رأت استبدال كلمة تحديد بكلمة تعيين الواردة فى البند ج من المادة ٣٢ من المشروع لأنها أدق وإبقاء للنص كما هو وارد فى المادة ٢٦٤ من قانون المرافعات المشار إليه .

(٢) وهذا الفرع خاص بانكار الخط أو الامضاء أو الختم أو البصمة كما سنرى فيما بعد .

يقف صلاحية المحرر للتنفيذ دون إخلال بالإجراءات التحفظية » ونصت المادة ٥٦ على أنه « إذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير فى ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لاتقل عن ٢٥ جنيهاً ولا تجاوز ١٠٠ جنيه ولا يحكم عليه بشىء إذا ثبت بعض ماادعاه »[1] .

ونصت المادة ٥٧ على أن « للمدعى عليه بالتزوير إنهاء إجراءات الادعاء فى أية حالة كانت عليها بنزوله عن التمسك بالمحرر المطعون فيه . وللمحكمة فى هذه الحالة أن تأمر بضبط المحرر أو بحفظه إذا طلب مدعى التزوير ذلك لمصلحة مشروعه »[2] ونصت المادة ٥٨ على أنه « يجوز للمحكمة — ولو لم يدع أمامها

---

(١) وجاء فى كتاب المرافعات للأستاذ أبو الوفا ص ٧٨٢ أنه يتعين الحكم بالغرامة ولو لم تجر المحكمة تحقيقاً قبل صدور الحكم برفض دعوى التزوير ، وإنما أصدرته بناء على اقتناعها بصحة الورقة من واقع ظروف الدعوى والمستندات المقدمة فيها « مرجع القضاء ٨٣٠٨ وجلاستون رقم ٦٤٤ » . وكانت المادة ٢٩١ /٣٣٢ من القانون القديم « الملغى » المقابلة للمادة ٢٨٨ من القانون السابق تنص على الحكم بالغرامة فى حالة سقوط حق مدعى التزوير فى ادعائه وفى حالة عجزه عن إثباته ، فقيل فى ظل ذلك القانون أنه لا يجوز الحكم بالغرامة إلا فى هاتين الحالتين ، فإذا تنازل مدعى التزوير عن دعواه ولو كان بعد صدور الحكم الابتدائى عليه امتنع الحكم عليه بالغرامة « استئناف مصر ٢٢ / ٢ / ١٩٣٠ المحاماه ١١ ص ٨٢١ واستئناف مصر ١٥ / ١٢/ ٣٨ المحاماه ٢٠ ص ٣٠٢ — وقيل أن التنازل أو الصلح لا يمنع الحكم بالغرامة متى تبين للمحكمة أن المدعى عجز عن إثبات دعواه ويتفادى الحكم عليه بالغرامة ، وذلك لأن غرض الشارع من تقرير هذه الغرامة هو مجازاة المماطلين سيئى النية الذين يتسرعون لمجرد المطل وإنكار الحق بالطعن بالتزوير بدون تروٍ وقبل أن يتحققوا من صحة مايدعونه « استئناف أسيوط ١٢ ديسمبر ٣٦ المحاماه ١٧ ص ٧٥٢ مرجع القضاء رقم ٨٣٠٥ — ٨٣٢١ » .

ولكن لما شرع قانون المرافعات السابق نصت المادة ٢٨٨ على أن الحكم بالغرامة يكون إذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير فى ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة مقدارها ٢٥ جنيهاً ، ولما شرع قانون الإثبات الجديد نصت المادة ٥٩ على أنه إذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير فى ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن ٢٥ جنيها ولا تزيد عن ١٠٠ جنيهاً .

(٢) هذه المادة تقابل المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات السابق مقابلة حرفيه وقد أضافت كلمة « عليه » بعد كلمة « للمدعى » لسقوطها من الاصل . هذا وليس من الضرورى أن يطلب المدعى عليه إنهاء الاجراءات صراحة بل يكفى أن يتنازل عن التمسك بالورقة المطعون =

بالتزوير بالإجراءات المتقدمة — أن تحكم برد أى محرر وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور ، ويجب عليها فى هذه الحالة أن تبين فى حكمها الظروف والقرائن التى تبينت منها ذلك » .

وقد قضت محكمة النقض بأن مدعى التزوير يتحمل عبء إثبات مايدعيه. وبأنه يجب تحديد مواضع التزوير المدعى به فى تقرير الادعاء بالتزوير وإلا كان التقرير باطلا ، وأنه ليس لمدعى التزوير أن يضيف إلى مذكرة شواهد التزوير أو فى دفاعه أمام المحكمة مواضع أخرى للتزوير غير التى حددها فى التقرير . وبأن قاضى الموضوع غير ملزم بالالتجاء إلى تحقيق الخطوط بطريق المضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما إلا إذا لم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدته ؛ وأن للقاضى أن يحكم بصحة الورقة أو بردها وبطلانها بشرط بيان الظروف أو القرائن التى استند إليها ، وأن له الاعتماد على المضاهاة التى يجريها بنفسه دون أن يتقيد بأوراق المضاهاة المنصوص عليهما فى المادة ٢٦٩ من قانون المرافعات السابق. كما قضت بأن لمحكمة الموضوع الحكم برد وبطلان ورقه من تلقاء نفسها ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المرسومة له . وبأن المحكمة غير ملزمة بأن تقبل للمضاهاة كل ورقة رسمية لم يثبت تزويرها متى وجدت من بعض الأوراق الصالحة للمضاهاة ما يكفى لإجرائها . وقضت كذلك بأن مناط قبول الأوراق العرفية للمضاهاه أن يحصل اتفاق الخصوم عليها . وبأنه ليس فى نصوص المواد ٢٦٤ — ٢٦٦ من قانون المرافعات السابق مايوجب حصول الاستكتاب بحضور

= بتزويرها . وقد قررت محكمة النقض أن نزول المتمسك بالورقة المطعون فيها بالتزوير عن التمسك بها يوجب وقف المرافعة فى مادة التزوير ولا يلزم للحكم بذلك أن يطلب المدعى عليه ذلك صراحة — مجموعة القواعد القانونية لمحمود عمر ص ٧٨٦ . وجاء هنا فى الهامش أن المادة ٢٨٩ من قانون المرافعات السابق نقلت من المادة ٢٨١ من قانون المرافعات القديم وعبرت بانهاء إجراءات إدعاء التزوير بدل من التعبير بوقف المرافعة .

الخبير المنتدب لإجراء المضاهاة وإلا كان الاستكتاب باطلا ، بل إن نص المادة ٣/٢٦٩ من القانون المذكور صريح فى أن الخط أو الإمضاء أو بصمة الأصبع الذى يكتب أمام القاضى يقبل للمضاهاة فى حالة عدم اتفاق الخصوم، ولم تشترط هذه المادة حضور الخبير إجراء هذا الاستكتاب . كما قضت بأن الحكم بقبول بعض شواهد التزوير والأمر بتحقيقها دون البعض ، مؤداه إرجاء الفصل — إلى ما بعد انتهاء التحقيق — فى موضوع الادعاء بالتزوير على أساس جميع شواهد التزوير . وبأنه يجوز إنهاء إجراءات الادعاء بالتزوير فى أية حالة تكون عليها الدعوى بالنسبة لأى ورقة من الأوراق المطعون فيها وذلك بالنزول عن التمسك بها ، ويترتب على هذا النزول عدم جواز الاستناد إلى هذه الورقة فى إثبات الأمر الذى قدمت من أجله وبالتالى تصبح الإجراءات التى اتخذت بشأنها للادعاء بتزويرها منهية بالنسبة لها . كما قضت بأن نزول الخصم عن التمسك بالورقة المطعون عليها بالتزوير والقضاء بإنهاء إجراءات الادعاء بتزوير هذه الورقة بناء على هذا النزول يحول بين المحكمة الاستئنافية وبين معاودة البحث فى أمر تزويرها. وقضت بأنه إذا ماحكم بإنهاء إجراءات الادعاء بالتزوير فى حالة اقتصاره على جزء من الورقة ، فإنه يكفى أن ينزل المدعى عليه بالتزوير عن التمسك بهذا الجزء الذى تناوله الادعاء مع بقائه متمسكا بباقى أجزاء الورقة مادامت الورقة مما تقبل التجزئة . وبأن النزول عن التمسك بالورقة بعد الادعاء بتزويرها يجعلها غير موجودة وغير منتجه لأثر قانونى . كما قضت بأنه متى أضحى الادعاء بالتزوير غير منتج فى النزاع فإن ذلك يقتضى من المحكمة أن تحكم بعدم قبوله ولا تبحث ما أسفر عنه تحقيقه ولا توقع على مدعى التزوير أية غرامة إذ لايجوز توقيع الغرامة المنصوص عليها فى المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات السابق إلا إذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير فى ادعائه أو برفضه ، ولاتتعدد الغرامة فى هذه الحالة بتعدد المدعين بالتزوير . كما قضت بعدم إلزام المدعى بالتزوير بتلك الغرامة

فى حالة النزول عن الادعاء بالتزوير . وبأن شرط إعفاء مدعى التزوير من تلك الغرامة ثبوت بعض ماادعاه من تزوير لا ما يكون قد أبداه على سبيل الاحتياط من دفاع موضوعى آخر . وقضت بأن الورقة المطعون عليها بالتزوير أو الإنكار صميم الخصومة ومدارها وإغفال قاضى الدعوى الاطلاع عليها يبطل الحكم . وبأنه لايلزم أن يتصدى الحكم بالتزوير بطريقة المحو فى الورقة وشخص مرتكب التزوير . كما قضت بأن الحكم برد وبطلان عقد البيع المطعون فيه بالتزوير لايعنى بطلان الاتفاق ذاته وإنما بطلان الورقة المثبتة له فيجوز إثبات الاتفاق بدليل آخر مقبول قانوناً[1] .

١٥٧ — ويجوز لمن يخشى أن يحتج عليه بورقة مزوره مستقبلا أن يختصم من بيده تلك الورقة ومن يفيد منها بدعوى أصليه ترفع بالأوضاع المعتادة لسماع الحكم بتزويرها وتراعى المحكمة فى تحقيق هذه الدعوى والحكم فيها القواعد المنصوص عليها فى هذا الفرع والفرع السابق عليه (الخاص بإنكار الخط أو أو الامضاء أو الختم أو البصمة) كما سنرى فيما بعد . وهذا كله طبقاً للمادة ٥٩ إثبات .

١٥٧ مكرر — وتقدير الدليل فى التزوير بصفة عامة سواء كان هناك ادعاء بالتزوير أو حكمت به المحكمة من تلقاء نفسها وإن كان مما يستقل به قاضى الموضوع إلا أن هذا مشروط بأن يكون قضاؤه مبنياً على أسباب سائغة من شأنها أن تؤدى عقلا إلى النتيجة التى انتهى إليها . وقد قررت محكمة النقض أن تقدير ما إذا كان الدليل منتجاً فى إثبات التزوير وإن كان يستقل به

---

(١) مجموعات المكتب الفنى المدنية السنة ٢٠ ص ١١١ ، ٣١٠ ، ٣٨٢ والسنة ١٩ ص ٥٩٩ ، ٨٧٠ ، ٩٢٤ ، ٩٧٥ ، ١٠٤٥ ، ١١٨٤ ، ١٢٦٣ ، ١٣٠٧ والسنة ١٨ ص ١٥٦ ، ٢٢٣ ، ٦٦٥ ، ٦٧٢ ، ١٧٩٦ والسنة ١٦ ص ١١٠٦

خاضى الموضوع إلا أنه هـذا مشروط بأن يكون قضاؤه مبنياً على أسباب تكفى لحمله[1].

١٥٨ — وليس الطعن بالتزوير بالأمر الهين ، لتأثيره فى سير الدعوى وعلى المتمسك بالورقة المطعون فيها . ولذلك فضلاعن أنه إذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير فى ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لاتقل عن خمسة وعشرين جنيها ولا تجاوز مائة جنيه) ولا يحكم عليه بشىء إذا ثبت بعض مدعاه طبقاً للمادة ٥٦ إثبات . هذا ويستطيع الخصم مطالبته بتعويض فى نظير مالحق قضيته من التأخير وسمعته من الضرر[2] ولولا ذلك لطعن فى كل قضية تقريباً بالتزوير بسوء نية لتعطيل سيرها ولمعاكسة الخصم ، أو بغير سوء نية عن خفة وطيش .

١٥٩ — وقد لايطعن الخصم ذو المصلحة فى الورقة بالتزوير إهمالا منه أو خشية العجز عن الإثبات أوخوفاً من نتائج الرفض ، لكن المحكمة قد تتحقق من حالة الورقة أو من ظروف الدعوى وملابساتها وباقى أوراقها أنها مزورة ، فلها فى هذه الحالة ولولم يطعن فى هذه الورقة بالتزوير ، أن تحكم بردها وبطلانها أى استبعادها وعدم التعويل عليها ويجب عليها فى هذه الحالة أن تبين فى حكمها الظروف والقرائن التى تبينت منها ذلك وهذا طبقاً للمادة ٥٨ إثبات سالفة الذكر . ويجب عليها كما فى حالة الطعن بالتزوير أن تبعث بالورقة إلى النيابة العمومية

---

(١) مجموعة المكتب الفنى ٢ — ٨١ — ٤٤١ .

(٢) نصت المادة ٢٤٦ من قانون المرافعات الفرنسى وهى المقابلة للمادة ٥٦ إثبات عندنا على جواز المطالبة بالتعويضات ولم تنص مادتنا على ذلك اكتفاء بقاعدة أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض كما قالت المادة ١٦٣ من القانون المدنى . وكانت المادة ١٥١ من القانون المدنى القديم تنص على أن كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر . ولا فرق بين « كل فعل » الواردة فى هذه المادة و« كل خطأ » الواردة والمادة ١٦٣ الحالية إذ ليس هذا الا تعديلا لفظيا كما جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية (فى لجنة المراجعة) جزء ٢ ص ٣٥٤ — ٣٥٥ .

لإجراء شئونها[1] وكانت المادة ٢٩٠ من قانون المرافعات السابق تنص أيضاً على أنه يجوز للمحكمة ولو لم يدع أمامها بالتزوير أن تحكم برد أية ورقة أو بطلانها إذا ظهر لها بجلاء من حالتها أومن ظروف الدعوى أنها مزورة. ويجب عليها فى هذه الحالة أن تبين فى حكمها الظروف والقرائن التى استبانت منها ذلك وبهذا المعنى كانت المادة ٢٩٢/٣٣٣ من قانون المرافعات القديم. وإذا لم تبين المحكمة ذلك كان حكمها قاصراً مستوجباً النقض[2].

١٦٠ — وكانت المادة ٢٧٨/٣١٩ من قانون المرافعات القديم تنص على إيقاف الحكم أى الدعوى ثم تعجيلها طبقاً للمادة ٢٩٠/٣٣١. ولكن الشارع فى قانون المرافعات السابق وفى قانون الإثبات لم ير حاجة لمثل هذا النص. وجاء فى المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات السابق (المادة ٢٩٠ الملغاه المقابلة للمادة ٥٩ إثبات): «ولم يجد المشروع أى داع للنص على إيقاف الدعوى بسبب الادعاء بالتزوير، لأن هذا الادعاء لايعدو أن يكون وسيلة دفاع فى ذات موضوع الدعوى. فالسير فى تحقيقه لا يكون إلا من قبيل المضى فى إجراءات الخصومة الأصلية شأنه فى ذلك شأن أية منازعة عارضة كدفع مانع من قبول الدعوى أو كأية منازعة فى واقعة من وقائعها يحتاج إثباتها إلى تحقيق يتوقف عليه الحكم. والحق أنه كلما كان الادعاء بالتزوير منتجاً فى أصل النزاع لا يتصور إمكان الحكم فى الدعوى قبل الفصل فى أمر النزاع الخ».

---

(١) راجع منشور لجنة المراقبة القضائية رقم ٢٤ سنة ١٨٩٣ المنوه عنه فى مجموعة مذكرات ومنشورات لجنة المراقبة من سنة ١٨٩١ إلى سنة ١٩١٣ تحت رقم ٢٤٧.

(٢) انظر حكم النقض فى مجموعة أحكام النقض ٦ — ١١٩٢ — ١٧٩ و٧ — ١٢٥ — ١٠ ولا توجد مادة فى قانون المرافعات الفرنسى تقابل المادة ٨٠ إثبات عندنا ولكن الأحكام متفقة مع الشراح على جواز الرد والبطلان واستبعادالورقة دون حاجة للطعن بالتزوير (بودرى تعهدات رقم ٢٠٩٤). وقد قررت محكمة النقض أنه إذا رأت المحكمة الحكم برد وبطلان ورقة دون حاجة إلى ادعاء بتزوير وقضت به موازنة بين الأدلة المقدمة من الخصمين ومرجحة ما طمأنت إلى الأخذ به فيها فان حكمها لايكون مخطئا فى القانون من هذه الناحية — المحاماة ١٧ ص ١٧١ رقم ٨٣. وانظر أيضا الفقرة رقم ٢١٤ (من هذه الرسالة).

١٦١ — وكانت المادة ٢٨١/٣٢٢ من قانون المرافعات القديم تنص على أن للمحكمة أن تأمر بحفظ الورقة أو بضبطها إذا طلب ذلك مدعى التزوير سواء كان ذلك لأجل التمسك بما يؤول فيها من المنفعة أو لأجل تمزيقها. ولم يكن القول بالتمزيق صواباً ، فإذا تبين للمحكمة أن هناك تزويراً ، فإنه فى هذه الحالة يجب عليها أن ترسل الورقة إلى النيابة العمومية للتحقيق ، لأن التزوير جريمة كما لا يخفى بل جريمة من أهم الجرائم وأخطرها .

١٦٢ — ودعوى التزوير المدنية — كما هو ظاهر مما جاء فى الفقرة ١٥٧ تكون إما عرضية أى فرعية[1] ، وإما أصلية، والفرق بين النوعين أن الدعوى الفرعية تحصل أثناء سير الدعوى التى يتمسك فيها الخصم بالسند المطعون فيه بالتزوير ، أما دعوى التزوير الأصلية فإنها ترفع قبل رفع دعوى بالسند خشية التمسك به فيما بعد كما قلت فى الفقرة ١٥٧ . وهذه الدعوى نادرة الحصول بل كان مختلفاً فى جواز رفعها[2] . ولكن محكمة النقض قررت أنه لا يوجد فى القانون أى قيد يحتم رفع دعوى التزوير الأصلية من طريق الدعوى العمومية فقط ولا يوجد أى مبرر فى الفقه يدعو للأخذ بهذا الرأى بل إن الاعتراضات القائمة عليه تكفى لإطراحه . وقد تحول دون دعوى التزوير أمام المحاكم الجنائية وفاة مرتكب التزوير . فالمنع من رفع دعوى تزوير أصلية أمام المحكمة المدنية يفوت على مدعى التزوير المصلحة فى التعجيل بتقديم الأدلة التى يكون قد حصل عليها بحيث إذا انتظر حتى يقدم خصمه الأوراق المطعون فيها ضاع عليه ذلك . فدعوى التزوير الأصلية أمام المحاكم المدنية هى إذن دعوى صحيحة ، ثم أن لها نظيراً فى القانون وهى دعوى الاعتراف بصحة الخط أو الإمضاء أو الختم المنصوص

---

(١) Faux civil incident

(٢) « راجع المرحوم الدكتور عبد الحميد أبو هيف فى المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٢٠ . والدكتور عبد الفتاح السيد — الوجيز فى المرافعات رقم ٦٧٢ » .

عليها فى المواد ٢٥١ مرافعات وما يليها من قانون المرافعات القديم[١] . وقد أقر قانون المرافعات السابق هذا المبدأ وشرعه فى المادة ٢٩١ ثم فى المادة ٥٩ إثبات كما قلت فى الفقرة رقم ١٥٧ .

١٦٣ — وهناك الطعن فى الورقة بالطريق الجنائى بأن تبلغ النيابة العمومية عن التزوير أو برفع جنحة مباشرة إذ لم يكن التزوير جناية . وقد عبر عنه فى فرنسا بدعوى التزوير الأصلية[٢] وعبر عن دعوى التزوير المدنية بدعوى التزوير المدنية الفرعية[٣] ، ولكن كما رأينا يصح أن تكون دعوى التزوير المدنية أصلية ، كما يصح أيضاً أن تحصل الدعوى الجنائية أثناء السير فى الدعوى المدنية فتكون فرعية[٤] .

ويترتب على رفع الدعوى الجنائية إيقاف الفصل فى الدعوى المدنية (إن كان هناك دعوى مدنية) لأن الحكم الجنائى يؤثر على المدنى كما سنرى فى باب القرائن القاطعة عند الكلام على قوة الشىء المحكوم به ، فوجب إذاً انتظار الفصل فى الدعوى الجنائية .

أما مجرد تبليغ النيابة أو الشروع فى التحقيق فلا يلزم القاضى المدنى بإيقاف الدعوى ، والأمر متروك له ، فإذا وجد أن الادعاء بالتزوير على غير أساس ولا أمل فى نجاحه ، سار فى الدعوى المدنية ، وإلا انتظر تصرف النيابة ثم الفصل فى الدعوى الجنائية ؛ هذا والحكم المدنى لا يؤثر على الجنائى على أى حال كما سنرى أيضاً .

---

(١) مجموعه القواعد القانونية ج ٢ رقم ١٧٥ ص ٥٣٤ فى الأسباب .

(٢) Faux Principal

(٣) Faux incident civil

(٤) راجع بودرى تعهدات رقم ٢٠٩١ .

ولا تأثير مطلقاً للصفة الجنائية للتزوير وحدها على سير المحكمة المدنية فى تحقيقه . وقد قررت محكمة النقض أن المحكمة المدنية حين ترفع إليها دعوى تزوير فرعية فى أثناء خصومة مدنية تكون مختصة بتقدير الوقائع المقدمة إليها لإثبات التزوير وهى فى تقديرها إنما تبحث تلك الوقائع من الوجهة المدنية دون الجنائية وليس عليها إذن أن توقف الحكم فى أمر رفع إليها وهو من خصائصها . والظاهر من أسباب هذا الحكم وسبب الطعن بالنقض أنه لم تكن رفعت الدعوى الجنائية ولا بلغت النيابة وشرعت فى التحقيق[1] . ثم إن دعوى التزوير المدنية لا يؤثر عليها سقوط الدعوى الجنائية ، كما إذا كان المزور قد توفى أو مضى على التزوير ١٥ عاماً أو أكثر . ويسرى على دعوى التزوير المدنية ما يسرى على الدعاوى المدنية من وقف للخصومة وانقطاع وسقوط وانقضاء وترك وتنازل وصلح .

ويجب التمسك بالتزوير أمام محكمة الموضوع ولا يجوز التمسك به أمام محكمة النقض لأول مرة إلا إذا طرأ أمامها ، وإذا أعلن بعض المدعى عليهم بالتزوير فى الميعاد القانونى دون البعض الآخر فأن هذا البعض الآخر يستفيد من ذلك الإعلان لأن الحق غير قابل للتجزئة .

١٦٤ — ويجب أن يلاحظ أخيراً أنه قد يحصل تغيير فى الحقيقة خطأ بدون قصد التزوير . ولكن هذا لا يمنع الطعن فى العقد بالتزوير لإثبات حصول ذلك الخطأ . فإذا برأت المحكمة الجنائية للموثق من تهمة التزوير لعدم وجود أدلة كافية على ارتكاب جريمه تزوير ، فإن هذا لا يمنع من الطعن بالتزوير بالطريق

---

(١) المجموعة الرسمية ٣٤ رقم ٢٥٨ ص ٣٣٤ وهذا ماجاء فى وجه الطعن ، تضمنت أدلة التزوير وقائع جنائية متعددة يتوقف ثبوت التزوير على ثبوتها ... وقد طلب الطاعنان إيقاف الفصل فى دعوى التزوير حتى يفصل فى تلك المسائل من الجهات المختصة .

المدنى لإثبات أن وقوع التعيير فى الحقيقة كان نتيجة خطأ[1]

قوة العقد الرسمى من حيث التنفيذ :

١٦٥ — قلت فى رقم ١٤٤ إن العقد الرسمى (المذيل بالصيغة التنفيذية) شأنه شأن الحكم الواجب التنفيذ أى يمكن تنفيذه بلاحاجة لرفع دعوى واستصدار حكم كما هى الحال فى العقد العرفى ، وذلك لأن الالتزام ثبت رسمياً بتحرير العقد أمام موظف عمومى مختص . وإنما يجب أن يكون العقد الرسمى محرراً عن أشياء معينة خالية من النزاع إذ لايجوز التنفيذ الجبرى إلا بسند محقق الوجود ومعين المقدار وحالة الأداء كما جاء فى الماده ٢٨٠ مرافعات . ولا يجوز التنفيذ إلا بعد مضى يوم على الأقل قبل الشروع فيه بعد إعلان الحكم لنفس المدين أو فى موطنه الأصلى وإلا كان باطلا طبقاً للمادة ٢٨١ .

الصيغة التنفيذية :

١٦٦ — هى العبارة التى يضعها مكتب التوثيق على صور المحررات الرسمية الواجبة التنفيذ كما جاء فى المادة الثانية من قانون التوثيق . وكان يضعها فى التشريع السابق كاتب المحكمة . ونص هذه الصيغة كما جاء فى المادة ٣١ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ والمادة ٣٠ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية السابق (والمادة ١١٩ من لائحة الإجراءات الداخلية للمحاكم المختلطة فى عهد التشريع السابق) هو : يجب على المحضرين المطلوب منهم تنفيذ هذا السند أن يبادروا إلى تنفيذه ، وعلى النائب العمومى ووكلائه أن يساعدوهم ، وعلى رؤساء

---

(١) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٠٩١ هامش رقم ١ وحكم النقض الذى أشار إليه وعكسه حكم تولوز المشار إليه أيضاً .

وضباط العساكر ومأمورى الضبط والربط أن يعاونوهم على إجراء التنفيذ وباستعمال القوة الجبرية متى طلبت منهم المساعدة والمعاونة بصورة قانونية . وقد صارت المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات الحالى .

وسبق أن قلت فى الفقرة ١٠٤ إنه لم تكن تحرر عقود رسمية فى المحاكم الأهلية فى عهد التشريع السابق ، ولكن كان يمكن لأقلام كتاب هذه المحاكم أن تضع الصيغة التنفيذية على العقود المحررة فى المحاكم الشرعية بين وطنيين لعدم وجود أقلام للتنفيذ بها بالرغم من أنه كان فى إمكانها أن تحرر العقود الرسمية بين جميع المتعاقدين وطنيين وأجانب كما قلت فى الفقرة رقم ١٠٥ . وإذا كان العقد بين وطنيين وأجانب كانت توضع الصيغة التنفيذية بمعرفة المحاكم المختلطة وينفذ العقد محضر مختلط[1] . على أن العمل قد جرى كما رأينا فى هامش الفقرة رقم ١٠٥ على أن كل العقود تقريباً ماعدا الوقفيات كانت تحرر فى المحاكم المختلطة حتى ولو كانت بين وطنيين . وقد أقر ذلك القضاء الأهلى والمختلط[2] وكان يصح أيضاً فى هذه الحالة أى حالة ما إذا كان العقد بين وطنيين ، وضع الصيغة التنفيذية بمعرفة المحاكم المختلطة[3] كما كان يصح وضعها بمعرفة المحاكم الأهلية[4] وقررت المحاكم المختلطة أنه فى حالة وضع الصيغة بمعرفة المحاكم المختلطة يصح التنفيذ بمعرفة

---

(١) راجع المرحوم الدكتور عبد الحميد أبو هيف (طرق التنفيذ والتحفظ) رقم ٦٥ والمراجع التى أشار إليها وكذلك الدكتور عبد السيد (التنفيذ) رقم ٧٢ .

(٢) راجع الفقرة رقم ١١٢ والأحكام المشار إليها فيها وراجع أيضا المجموعة الرسمية سنة ١٩١٥ رقم ٤٠ الحيثية الأولى وسنة ١٩١٧ رقم ١٠٤ وراجع أيضا اجازيت السنة الأولى ص ١٥٨ وعكس ذلك الحقوق السنة الواحدة والعشرين ص ٢٦٥ .

(٣) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثالثة ص ١٥٨ والسنة الرابعة ص ١٠٨ والسنة الثانية عشرة ص ٢٣ وراجع عكس ذلك حكم محكمة مصر المستعجلة المختلطة فى الجازيت السنة الأولى ص ١٥٨ الذى قرر أن العقد الذى يحرر بين وطنيين فى المحكمة المختلطة لاتوضع عليه الصيغة التنفيذية فى هذه المحكمة وإنما توضع بمعرفة المحاكم الأهلية لأن هذا من النظام العام فيمكن إذاً إلغاء الصيغة التنفيذية الموضوعة بمعرفة المحكمة المختلطة وإيقاف التنفيذ .

(٤) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الرابعة ص ١٠٨ .

المحضر المختلط ولكن قد كان من الممكن أن يحصل إشكال فى التنفيذ فيرفعه هذا المحضر إلى المحكمة المختلطة مع أنها لم تكن مختصة بفض المنازعات بين الوطنيين لذلك قلت فى الطبعة السابقة إنه من الواجب أن يكون التنفيذ بمعرفة المحضر الأهلى[١] إلا إذا كان هناك صالح لأجنبى كأن كان العقار المبيع موهوناً له[٢] وقد قررت محكمة الاستئناف أن لأقلام كتاب المحاكم المختلطة أن تقوم بتحرير العقود الرسمية بين الوطنيين ، والمحاكم الأهلية ملزمة بتنفيذ مثل هذه العقود[٣] وكانت الحجة فى إمكان تحرير العقود الرسمية بين الوطنيين أمام المحاكم المختلطة ووضع الصيغة التنفيذية عليها فى المحاكم المختلطة أو الأهلية أن ذلك ليس من الأعمال القضائية . ولا خلاف فى أنه إذا قام نزاع بين الطرفين فالمحاكم الأهلية كانت هى المختصة بالفصل فيه لأن المحاكم المختلطة لم تكن مختصة بما كان يقوم بين الوطنيين من منازعات[٤] .

قوة العقود الرسمية بالنسبة لغير الطرفين :

١٦٧ — نصت المادة ٣٩١ الملغاة من القانون المدنى القائم المقابلة للمادة ١١ إثبات كما تقدم على أن المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها

---

(١) انظر الجازيت السنة الأولى ص ١٥٨ والسنة الثالثة ص ١٩٦ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثانية عشرة ص ٢٣ .

(٢) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثانية عشرة ص ٢٣ .

(٣) المجموعة الرسمية سنة ١٩١٧ ص ١٨٥ رقم ١٠٤ وقررت محكمة قنا الابتدائية أن قلم كتاب المحكمة الأهلية مختص بوضع الصيغة التنفيذية على عقد رسمى حرر بين وطنيين إذ هو الذى يلجأ إليه لتنفيذ هذا العقد إذا مست الحاجة إلى تنفيذه — المجموعة الرسمية سنة ١٩١٥ ص ٦٧ رقم ٤٠ .

(٤) راجع مجلة التشريع والقضاء المختلط السنة الثانية عشرة ص٢٣ والجازيت السنة الأولى ص ١٥٨ والثانية ص١٩٦ وكان هناك رأى آخر يقول بعدم جواز تحرير العقود الرسمية بين الوطنيين أمام المحاكم المختلطة وعدم جواز وضع الصيغة التنفيذية عليها فى هذه الحالة المحاكم الأهلية « راجع الحقوق السنة الواحدة والعشرين ص ٢٦٥ والشرائع السنة الثالثة ص ٣٨٢ » .

من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره مالم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً . وكانت المادة ٢٢٦/٢٩١ من القانون المدنى السابق تنص على أن المحررات الرسمية التى تحررت بمعرفة المأمورين المختصين بذلك تكون حجة على أى شخص مالم يحصل الادعاء بتزوير ماهو مدون بها بمعرفة المأمور المحرر لها . أى تكون حجة على الطرفين وعلى الغير[1] . والمقصود بالغير هنا من لم يكن طرفاً فى العقد ولا متلقياً للحق عنه كالوارث والمشترى ، فإن حكمهما حكم الطرف الذى تلقيا عنه الحق . فإذا باع شخص عيناً سرى هـذا البيع على وارثه . وإذا رهن شخص عقاراً ثم باعه لآخر سرى الرهن على المشترى وليس معنى كون العقد الرسمى حجة على الغير أنه إذا باع زيد ملك عمرو لخالد بعقد رسمى سقط حق عمرو فى الملكية . هذا غير معقول فضلا من أن المادة ١٥٢ من القانون المدنى القائم نصت على أن العقد لا يرتب التزاماً فى ذمة الغير وكانت المادة ١٤٢/٢٠٣ من القانون المدنى السابق تنص على أنه لا يترتب على المشارطات ضرر لغير عاقديها . وإنما معنى ذلك أن الغير أسوة بالمتعاقدين لا يستطيع أن يطعن فى العقد الرسمى فيما كان الموظف مسئولا عن صحته شخصياً — إلا بالتزوير[2] فمثلا باع زيد لعمر عقاراً وأثبت الموثق أن زيداً أقر أمامه بأنه باع العقار لعمرو وأنه تسلم الثمن منه أو أثبت دفع عمرو للثمن أمامه ، فلا يستطيع دائن لزيد أن يثبت أن زيداً لم يقر بتسلم الثمن أو أنه لم يتسلم الثمن أمام الموثق ، كما أثبت هذا العقد ، إلا إذا طعن فى العقد بالتزوير . إنما له أن يثبت أن إقرار زيد أو تسلمه للثمن أمام الموثق كان صورياً بقصد الهرب من دين له ، وقد سبق أن قلت فى الفقرة

---

(١) وقد نصت المادة ١٣٤ من لائحة المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أن الأوراق الرسمية سواء كانت سندات أو محررات تكون حجة على أى شخص كان فيما يدون بها الخ .

(٢) راجع الفقرة رقم ١٤٧ وهوامشها .

وقم ١٤٧ إن إحد الطرفين يستطيع إثبات الصورية فمن باب أولى يمكن ذلك للغير . إنما يلاحظ أن المتعاقد لا يمكنه أن يثبت صورية عقد مكتوب إلا بالكتابة لأن ذلك إثبات لما يخالف العقد[1] أما غير المتعاقدين فليس فى وسعه الحصول على كتابة ، لذلك يصح له أن يثبت الصورية بجميع طرق الإثبات ، وسأتكلم عن الصورية وإثباتها بشيء من التفصيل فيما بعد عند الكلام على ورقة الضد .

١٦٨ — قد رأينا إلى الآن أن العقود الرسمية تحرر فى مكاتب التوثيق والمحاكم الشرعية وأنها كانت تحرر فى عهد التشريع السابق فى أقلام كتاب المحاكم المختلطة ، وفى المحاكم الشرعية بصفة إدارية . ولكن قد يحصل أن يحرر عقد تكون له قوة العقد الرسمى أمام القاضى بصفته القضائية فى الجلسة . وكانت المادة ٦٨ من قانون المرافعات الأهلى القديم التى كانت تقابلها المادة ١٤ من لائحة ترتيب المحاكم المختلطة فى القسم الأول الخاص بالمواد المدنية والتجارية والمواد ٩٧ — ١٠٥ من لائحة الإجراءات الداخلية للمحاكم المختلطة تنص على أنه يجب على القاضى الجزئى أن يسعى فى المصالحة بين الأخصام فى أول جلسة يحضرون فيها أمامه ، فإن تيسر حصول الصلح بينهم يحرر محضراً بما وقع الاتفاق عليه وبعد تلاوته يضع عليه كل من الأخصام إمضاءه أو ختمه ، ويكون المحضر المذكور فى قوة سند واجب التنفيذ ، وعلى الكاتب أن يسلم صورة منه بالكيفية والأوضاع المقررة فيما يتعلق بالأحكام ، أى تعطى صورة مذيلة بالصيغة التنفيذية. على أنه لكثرة القضايا أمام المحاكم الجزئية قد جرى العمل على أن لا يسعى القاضى فى مصالحة الأخصام لما يستازمه ذلك من وقت وجهد . ولكن هذا لم

---

(١) راجع رقم ٧٥ — ٧٧

يكن ليمنع الخصوم من أن يتصالحوا أمام المحكمة فيحرر القاضى محضراً بالصلح يكون فى قوة سند واجب التنفيذ الخ[1] .

ولم يكن الأمر قاصراً عملا على إجراء الصلح أمام المحاكم الجزئية ، بل جرى العمل أيضاً على إمكان حصوله أمام المحاكم الابتدائية والاستئنافية ، فى أية حالة كانت عليها الدعوى . ولا يخفى أن لكل خصم أن يقرر مايريد أمام القضاء ، وأن يتنازل عن حقه أو عن جزء منه أو يتصالح على حقه أو على جزء منه ، أو يسلم لخصمه بحقه أو بجزء منه من نفسه أو صلحاً . ولا شك فى أن ذمة القاضى ترتاح راحة تامة بانتهاء النزاع بين الطرفين برضائهما واتفاقهما . ولم يأت قانون المرافعات السابق بمادة مثل المادة ٦٨ من قانون المرافعات القديم ، ولكن المادة ١٢٤ (من قانون المرافعات السابق رقم ٧٧/٤٩) نصت طبقاً لما جرى عليه العمل على أن للخصوم أن يطلبوا إلى المحكمة فى أية حالة تكون عليها الدعوى إثبات ما اتفقوا عليه فى محضر الجلسة ويوقع عليه منهم أو من وكلائهم . فإذا هم كانوا قد كتبوا ما اتفقوا عليه أُلحق المكتوب بمحضر الجلسة وأُثبت ما احتواه فيه . ويكون لمحضر الجلسة فى الحالتين قوة السند التنفيذى واعتباره ، وتعطى صورته وفقاً للقواعد المقررة لإعطاء صور الأحكام . ويلاحظ أن الصلح الذى يتفق عليه الخصوم حسب هذا النص لا يصدر حكم باعتماده كما كانت الحال فى عهد قانون المرافعات السابق ، وإنما كما جاء فى المادة ١٢٤ المذكورة يثبت فى محضر الجلسة أو يلحق به ويكون للمحضر فى الحالتين قوة سند واجب التنفيذ . وبذلك أيضاً نصت المادة ١٠٣ من قانون المرافعات الحالى رقم ٦٨/١٣ .

ثم أن البيوع الاختيارية أو الجبرية التى تحصل بالمزاد أمام المحاكم يكون لها هذا الشأن وهى تحرر فى صيغ الأحكام — أحكام رسو المزاد . وكذلك أحكام

---

(١) انظر رقم ٦٣١ فى الجزء الثانى .

الشفعة وهى ليست إلا بيعاً صادراً من البائع إلى الشفيع بحكم القاضى . ومثل أحكام الشفعة أحكام رد الحصة الشائعة للشريك إذا باعها شريك غيره لأجنبى قبل القسمة وذلك فى المنقول الشائع أو فى المجموع من المال المشترك ـ طبقاً للمادة ٨٣٣ من القانون المدنى القائم التى تقابلهـــا المادة ٤٦٢ من القانون المدنى السابق (مع ملاحظة اختلاف النصين) .

الطعن فى الأوراق الرسمية الأخرى :

١٦٩ — سبق أن قلت إن المادة ٢٢٦/٢٩١ من القانون المدنى السابق استعملت لفظة (محررات) رسمية لا (عقود) رسمية فقط ، والقانون المدنى القائم استعمل عبارة (الورقة الرسمية) فى المادة ٣٩٠ وقانون الإثبات سماها « المحررات الرسمية » فكل المحررات الرسمية سياسية كانت أو تشريعية أو قضائية أو إدارية لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير ، مع ملاحظة التفريق بين محتويات الورقة الرسمية التى هى من عمل الموظف شخصياً ، وباقى مرويات الورقة كما ذكرت فى رقم ١٤٧ . وقد سبق أن قلت أيضاً إنه إذا ذكر المحضر عند إعلان ورقة أنه وجد منزل الشخص المراد إعلانه مقفلا ولم يجد من يتسلم الإعلان لا يمكن الطعن فى ذلك إلا بالتزوير ، وإذا أثبت أنه سلم الإعلان لشخص قال أنه يقيم مع المعلَن فيمكن إثبات غير ذلك أى عدم صدق ذلك الشخص فيما قاله للمحضر من أنه يقيم مع المعلن بشهادة الشهود (راجع الفقرة رقم ١٥١) . وكذلك إذا أثبت القاضى فى محضر جلسة أن المدين اعترف بالدين فلا يمكنه أن ينكر صدور هذا الاعتراف منه إلا بالطعن بالتزوير إنما إذا أثبت أن الشهود قالوا إنه اعترف فليس هناك ما يدعو للطعن بالتزوير ، أى أن له أن يثبت أنه لم يعترف أمام أولئك الشهود دون أن يطعن بالتزوير . بل للقاضى أن لا يأخذ بشهادة أولئك الشهود إذا لم يقتنع بصحتها دون أن يكلف المدين بإثبات ذلك .

وهكذا كل ورقة رسمية مستوفية للأركان الثلاثة المتقدمة الذكر فى الفقرات رقم ٩٨ وما بعدها تعتبر حجة على الكافة ولا يمكن الطعن فيما كان من عمل الموظف شخصياً إلا بالتزوير .

قوة صور العقود الرسمية :

١٧٠ — قلت فى الفقرة رقم ١٤٥ إن هناك مزية ثالثة للعقود الرسمية ، وهى أن صورها لها قوة فى الإثبات بخلاف صور العقود العرفية . ولأفصل فى ذلك قليلا .

إن أصول العقود الرسمية ذاتها طبقاً للمادة الثانية من قانون التوثيق تحفظ بالمكتب الذى وثقت فيه ولا تعطى إلا صور منها طبقاً للمواد ٢ و ٨ و ٩ وكانت المادة ١٤١ من تعليمات المحاكم المختلطة الصادر بها الأمر العالى فى ٢٧ من يناير سنة ١٨٧٦ تنص على أنها لا تسلم لأحد مطلقاً بل تودع فى المحكمة ولا تعطى إلا صور منها . وتنص الماده ٣٦٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أن ضبط الإشهادات (أى الوثائق والعقود الرسمية) هو كتابتها بدفاتر المضابط وتحرير سنداتها هو كتابة صورها الخ .

والصورة المذيلة بالصيغة التنفيذية لا تعطى إلا لمن يعتبر دائناً فى العقد أى من كان له التزام قبل آخر يجب عليه القيام له به ، أى من تعود عليه منفعة من تنفيذه كالمشترى مثلا فإن له أخذ صورة عليها الصيغة التنفيذية لتنفيذ العقد وتسلم المبيع . أما المتعاقد الذى ليس فى حاجة لتنفيذ كالبائع الذى قبض كل الثمن ولم يحتفظ بأى شرط يحتاج لتنفيذ فإنه يُعطى صورة ليس عليها الصيغة التنفيذية . وكلتا الصورتين يطلق عليها أنها من الصور الأصلية أو الصور الأولى التى تعطى

عقب تحرير العقد مباشرة بمعرفة محرره عادة سواء كانت تنفيذية أو غير تنفيذية[1].

١٧١ — فإذا تمسك شخص بعقد رسمى أمام القضاء فإنه لا يستطيع أن يقدم إلا صورة منه ، فإذا لم يسلم بها الخصم صراحة أو ضمناً بالسكوت وعدم المنازعة فيها وجب الرجوع إلى الأصل ، بدون إلزامه ببيان ما يدعوه إلى عدم التسليم بالصورة ، ولا ببيان أى فرق بينها وبين الأصل ، لأن الصورة خالية من التوقيعات الأصلية . وما دام الأصل موجوداً وهو الذى عليه توقيع الخصم المنازع وغيره فلا يكون المعول إلا عليه[2] ولا تستطيع المحكمة أن ترفض طلب الرجوع إلى الأصل بحجة أن الصورة طبق الأصل ومحررة بمعرفة موظف ، وأن فى ذلك تعطيلا لسير القضية ، هذا ولو كانت الصورة المقدمة هى الصورة الأولى أى الصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية[3] وقد نصت المادة ١٢ من قانون الإثبات صراحة على أنه « إذا كان أصل المحرر الرسمى موجوداً فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذى تكون

---

(١) grosses ou premieres expeditions وانظر المادة ١٣٣٥ من القانون المدنى الفرنسى التى بعد أن نصت على أن الصور التنفيذيه grosses أو الصور الأولى premiéres expeditions تكون لها قوة أصل العقد عند فقده — قالت إن الصور التى تؤخذ عن الأصل بعد ذلك تكون لها قوه الأصل إذا مضى عليها ثلاثون عاما ، مما يدل على أن المقصود من قولها الصور التنفيذية أو الصور الأولى — الصور التى تعطى للمتعاقدين عقب تحرير العقد سواء كانت تنفيذيه أو غير تنفيذية ، وانظر فى هذا الموضوع بودرى تعهدات رقم ٣٤٩١ ودمولومب جزء ٢٨ رقم ٦٩٠ وتوليبه جزء ٨ رقم ٤١٨ — ٤٢١ وماركديه على المادة ١٣٣٥ رقم ١ .

(٢) قارن لاروميير على المادة ١٣٣٤ رقم ٢ ودمولومب جـ ٢٩ رقم ٦٧٨ و ٦٨٠ وكابيتان جزء ثان ص ٢١٧ الطبعة الثانية وبلانيول جزء ثان رقم ١١٣ ص ٤١ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٨٧ وأوبرى جـ ١٢ § ٧٦٠ ص ٢٧٩ .

(٣) انظر دمولومب جـ ٢٩ رقم ٦٨٠ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٦٠ ص ٢٧٩ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٨٧ ولاروميير على المادة ١٣٣٤ رقم ٣ و ٤ وحكم النقض فى سيرى ٢٩ — ١ — ٣٠٥

فيه مطابقة للأصل . وتعتبر الصورة مطابقة للأصل مالم ينازع فى ذلك أحد الطرفين ، وفى هذه الحالة (حالة منازعة أحد الطرفين فى مطابقة الصورة للأصل) تراجع الصورة على الأصل وكانت المادة ٣٩٢ من القانون المدنى مثل ذلك تماما .

١٧٢ — أما إذا لم يوجد الأصل كأن ضاع أو هلك فإن الشارع فرق بين ثلاثة أنواع من الصور : الصور الأولى أى الصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية ، والصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية ، ومايؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصورة الأصلية .

نصت المادة ١٣ من قانون الإثبات على أنه إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمى كانت الصورة حجة على الوجه الآتى : (أ) يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل (ب) ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز فى هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التى أخذت منها (ج) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف . وجاء فى المذكرة الإيضاحية المطبوعة فى سنة ١٩٤٢ ص ٦٩٤ والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٦٥ تعليقاً على المادة ٣٩٣ مدنى التى كانت كالمادة ١٣ إثبات أن على من يتمسك بالصورة الخطية أو الشمسية إقامة الدليل على فقد الأصل ، فإذا وفق إلى تحصيل هذا الدليل ثبت للصورة استثناء من أحكام القواعد العامة حجية على التفصيل الآتى : (أ) يكون للصور التنفيذية والصور الأولى حجية الأصل إذا صدرت هذه أو تلك من موظف عام مختص ، وكان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل . (ب) ويكون للصورة الخطية أو الشمسية المأخوذة من الصور التنفيذية أو الصور الأولى ذات

الحجية إذا صدرت من موظف عام مختص وفى هذه الحالة يجوز للطرفين أن يطلبا إحضار الصور التنفيذية أو الصور الأولى كما يجوز للقاضى أن يأمر بإحضارها . ثم قالت المذكرة : أما مايؤخذ بعد ذلك من الصور الخطية أو الشمسية فيكون للقاضى سلطة تقديرية « تبعاً للظروف » وتقتصر قيمته على مجرد الاستئناس وبعبارة أخرى يكون للقاضى أن يعتد بهذه الصور ولكن باعتبارها مجرد قرائن فحسب . أما المقتطفات (المستخرجات) والصور الجزئية فللقاضى سلطة تقديرها ، وغنى عن البيان أن هذه المقتطفات والصور تقتصر قيمتها على الشق الذى ينقل فيها عن الأصل[1] .

ظاهر من ذلك أن واضعى القانون لم يلاحظوا فى الفقرة (ا) إلا أن تكون الصورة فى مظهرها الخارجى لا تسمح بالشك فى مطابقتها للأصل كأن تكون خالية من أى عيب ظاهرى ولكنها قد تكون مع ذلك مخالفة للأصل مخالفة كلية أو جزئية ، لذلك أرى أنه إذا ادعى الخصم شيئاً من ذلك لا يصح اعتبار المحرر أكثر من مبدأ ثبوت بالكتابة أو مستند ضاع على صاحبه بقوة قاهرة بما أن ضياعه من مكتب التوثيق يعتبر قوة قاهرة بالنسبة لصاحبه والنتيجة تكون واحدة وهى أن يكون لصاحب المحرر حق إثبات مطابقته للأصل بجميع طرق الإثبات . وجاء فى مناقشات لجنة القانون المدنى القائم عن المادة ٣٩٣ من القانون القائم المقابلة للمادة ١٣ إثبات أن رأى اللجنة اتجه أولا إلى استبعاد حكم الفقرة (ا) منها لأن فى بقائه خطورة إذ قد تكون الورقة خالية من الشوائب فى مظهرها الخارجى ولكنها لا تطابق الأصل . وعدم وجود هذا الأصل سيكون حائلا دون تحقيق صحتها ، وإعطاؤه قوة الأصل فيه خطورة كبيرة . ولقد كان هذا

---

(١) انظر المذكرة الايضاحية جزء ٢ المطبوعة سنة ١٩٤٢ ص ٦٩٥ أو مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٦٥ .

هو رأى الرئيس والأستاذ العشماوى الذى أضاف إلى هذا الرأى المشترك أن تكون للصورة الرسمية الأصلية قوة مبدأ الثبوت بالكتابة . وقد عدلت اللجنة عن هذا الرأى بعد أن بينت الحكومة من واقع المراجع القانونية صحة ماذهب إليه مدلول الفقرة ا [1] .

ولم يبين واضعو القانون أيضاً فى الفقرة (ا) قيمة الصورة الأصلية الرسمية إذا كان مظهرها الخارجى يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل لوجود عيب ظاهرى فيها . فى هذه الحالة أظن أنه قد يصح اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ، كذلك لم يبين القانون فى الفقرة (ب) حكم صورة المحرر الرسمى المأخوذة من الصورة الأصلية إذا طلبت مراجعتها على الصورة الأصلية فوجدت مفقودة هى الأخرى كالأصل — فى هذه الحالة أظن أنه لامفر من اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة أو على الأقل يعتد بها لمجرد الاستئناس كالفقرة (ح) وإذا فقدت بقوة قاهرة يجوز الإثبات بجميع الطرق .

هذا وقد كان القانون المدنى السابق يفرق بين نوعين من الصور فقط — الأولى ، وما عدا ذلك من الصور ، فالصورة الأولى تنفيذية أو غير تنفيذية كانت تقوم مقام الأصل تماماً لأنها تعطى عقب تحرير العقد وبمعرفة الموظف المحرر له عادة كما قدمت وهذا هو سر قوتها . وكان يستنتج ذلك من المادة ٢٣١/٢٩٦ التى كانت تنص على أنه إذا قدم الخصم صور سندات غير صورها الواجبة التنفيذ وهى صورها الأولى (وفى النسخة الفرنسية أهلى ومختلط والمادة ١٣٣٥ من القانون المدنى الفرنسى الصور التنفيذية أو الصور الأولى [2]) ولم يقدم الأصل وكانت الصور المذكورة محررة بمعرفة أحد المأمورين العموميين فللقاضى النظر فى درجة اعتماد تلك الصور ، وعلى كل حال فإنها تعتبر فى مقام

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٦٦ .

(٢) انظر الجزء الثانى من الفقرة ١٧٠ .

مبادىء ثبوت بالكتابة . فيستنتج من هذا النص أن الصورة الأولى تنفيذية كانت أو غير تنفيذية لم يكن للقاضى أن ينظر فى درجة اعتمادها وعليه اعتبارها فى قوة الأصل وأن ماعدا الصور الأولى المذكورة كانت المحكمة حرة فى تقدير قوتها إلا أنه يجب عليها اعتبارها مبادىء ثبوت بالكتابة .

١٧٣ — ويلاحظ أن ما استحدثه القانون المدنى القائم — وبالتالى قانون الإثبات زيادة عما جاء فى المادة ٢٣١/٢٩٦ المذكورة أو مخالفاً له هو أنه أعطى الصور المأخوذة من الصور الأصلية أى الصور التنفيذية أو الصور الأولى حجية هذه الصور إلا أنه أجاز لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الأصل الذى أخذت منه أى على الصور الأصلية التى أخذت منها (ولم يبين ما الحكم إذا لم توجد هذه الصور الأصلية) وأن مايؤخذ من صور للصور المأخوذة من الصور الأصلية لا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف باعتبارها مجرد قرائن فقط ، ولم يبين حكم الصور التى تؤخذ عن أصل الورقة بعد الصور التنفيذية أو الصور الأولى كما جاء فى المادة ٢٣١ / ٢٩٦ من القانون السابق التى أعطتها هى والصور المذكورة فى ب و ج من المادة ٣٩٣ من القانون المدنى الجديد قوة مبدأ الثبوت بالكتابة على الأقل . ولكن الدكتور سليمان مرقس قال[1] أنه لا بد فى فهم المادة ٣٩٣ من القانون المدنى العام وتطبيقه من تعيين المقصود بالصور الرسمية الأصلية أهى الصور الرسمية الأولى تنفيذية أو غير تنفيذية أم هى الصور الرسمية المنقولة مباشرة عن الأصل سواء كانت صوراً تنفيذية أو صوراً أولى غير تنفيذية أو صوراً تالية للصور الأولى أو صوراً حررها القاضى المنتدب لتسليم الأصل من مكتب التوثيق وفقاً للمادة ١٠ من قانون التوثيق ؟ ثم قال قد يتبادر إلى الذهن أن المعنى الأول هو المقصود وأن المشرع أراد بذلك أن

---

(١) فى كتابه أصول الإثبات الطبعة الثانية ص ٦٧ وما بعدها تبع رقم ٥٢ مكرر .

يفرق كما فعل القانون الفرنسى والتقنين المصرى الملغى (أى القديم) بين الصور الأولى وغيرها من الصور التالية ، وقد يجد هذا التفسير سنداً له فى العبارة الفرنسية للمادة ٥٣٦ من المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى (أصل المادة ٣٩٣ المذكورة) حيث كانت تقضى بأن « يكون للصور التنفيذية أو للصور الأولى حجية الأصل » وكذلك فى المذكرة الإيضاحية المتعلقة بهذه العبارة فقد أخذ الأستاذ نشأت بهذا التفسير فى الطبعة الخامسة من رسالة الإثبات . ثم قال الدكتور سليمان غير أننا مع ذلك — ومع أننا نحبذ من الناحية التشريعية التفرقة بين قيمة الصور الأولى تنفيذية كانت أو غير تنفيذية وبين غيرها من الصور التالية لها التى تنقل عن الأصل مباشرة[1] — لا يسعنا الموافقة على هذا التفسير ونميل بالعكس من ذلك إلى تفسير عبارة الصور الرسمية الأصلية بمعنى الصور المنقولة مباشرة عن الأصل سواء كانت صوراً أولى أو صوراً تالية للأولى . وذكر الدكتور سليمان سببين : الأول أن القول بأن المقصود بالصور الرسمية الأصلية إنما هو الصور الأولى فقط وبأن المشرع أراد بذلك إقرار التفرقة القديمة بين الصور الأولى والصور التالية لها كان يقتضى أن يقابل المشرع بين النوعين وأن يضع لكل منهما حكما أو على الأقل أن ينص على حكم النوع الثانى منهما كما فعل التقنين الملغى فى المادة ٢٣١/٢٩٦ لأن هذا الحكم الأخير هو الذى فيه خفاء يحتاج إلى النص . أما حكم النوع الأول فكان يمكن أن يستنبط من حكم النوع الثانى بطريق الأولوية كما فى ظل التقنين الملغى . ولكن الواقع أن نص المادة ٣٩٣ مدنى جديد إذا صرفت عبارة الصور الرسمية الأصلية الواردة فى الفقره (أ) منه إلى الصور الأولى يكون خالياً من تعيين حكم الصور التالية للأولى . ولا شك فى أن ذلك نقصاً وعيباً تشريعياً مما يجب أن ينزه الشارع

---

(١) وذكر فى الهامش ما يبرر ذلك قائلا لاتخلو هذه التفرقة من فائدة الخ .

عنه . أما إذا فسرت تلك العبارة بمعنى الصور المنقولة مباشرة عن الأصل فإن حكم الفقرة (أ) المذكورة يشمل الصور التالية للأولى والصورة التى يحررها القاضى المنتدب لتسلم الأصل من مكتب التوثيق ، فلا يكون ثمة نقص أو عيب تشريعى ، ويبين أن المشرع لم يقصد فى المادة ٣٩٣ المقابلة بين الصور الأولى وبين غيرها وإنما قصد تقسيم الصور — من حيث نقلها عن الأصل مباشرة أو غير مباشرة — إلى ثلاث درجات لكل منها قيمة معينة فى الإثبات ، أقواها الصور الأصلية وهى كل صورة تنقل مباشرة عن الأصل ، تليها صور الصور الأصلية ثم ما يؤخذ بعد ذلك من صور عن صور الصور الأصلية . والسبب الآخر الذى ذكره الدكتور سليمان هو أن الأعمال التحضيرية تؤيد هذا التفسير ، إذ أن المادة ٣٩٣ مدنى أصلها المادة ٥٣٦ من المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى الذى وضع أصلا باللغة الفرنسية ثم ترجم إلى اللغة العربية وكانت عبارتها الفرنسية تقول les grosses et toutes expeditions وهى منقولة عن المادة ٢٩١ من المشروع الفرنسى الايطالى ولكنها ترجمت (فى المشروع التمهيدى) بعبارة « يكون للصورة التنفيذية أو للصورة الأولى حجية الأصل » فى حين أن لفظ exped ition يقصد به كل صورة منقولة عن الأصل ومع أن واضع النص لو قصد به الصور الأولى فقط لسماها premieres expéditions كما فى التقنين الملغى ، بل الظاهر أن واضع النص أراد أن ينفى كل شبهة فى ذلك فلم يكتف بأن يقول les grosses et expeditions بل قال les grosses et toutes expeditions وقد لاحظ واضعو المشروع عند عرضه على لجنة المراجعة هذا الانحراف فى الترجمة العربية فاستبدلوا به النص الذى استقر فى المادة ٣٩٣ مدنى وقالوا فى سبب الاستبدال إنه تحوير لفظى أدل على المعنى المقصود .

ولكن يجب أن نلاحظ مايأتى :

(أولا) أن ما كان معروضاً على لجنة المراجعة التى نظرت فى المادة ٥٣٦ من المشروع التمهيدى قبل السلطة التشريعية على ماهو ظاهر من مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٦٣ — ٣٦٥ هو النص العربى للمادة ٥٣٦ المذكورة التى جاء فيها « يكون للصورة التنفيذية أو الصورة الأولى حجية الأصل » ولما تليت هذه المادة اقترح الدكتور السنهورى تعديلات لفظية تجعل المعنى أدق الخ فوافقت اللجنة وأصبح النص النهائى « يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الإصل » الخ وبهذا صدر القانون المدنى القائم — المادة ٣٩٣. وفى الواقع إن هذه العبارة أوكد من عبارة المادة ٥٣٦ من المشروع التمهيدى السالفة الذكر إذ لم تقتصر على قول «الصورة التنفيذية أوالصورة الأولى » الواردة فى هذه المادة ٥٣١ بل قالت . « الصورة الرسمية الأصلية تنفيذية أو غير تنفيذية أى الصورة التى تؤخذ عقب العقد مباشرة سواء كانت تنفيذية أو غير تنفيذية . وقد تقدم القول بأن من له مصلحة فى التنفيذ يأخذ صورة تنفيذية ومن ليست له مصلحة فى التنفيذ يأخذ صورة غير تنفيذية وذلك عقب تحرير العقد ويعطى هذه الصورة محرر العقد عادة وبأن هذا كله هو سر قوتها . حقيقة قيل فى المذكرة الإيضاحية أن المادة ٥٣٦ من المشروع منقولة عن المادة ٢٩١ من المشروع الفرنسى الايطالى ومع التسليم بأن نص المادة ٥٣٦ المذكورة باللغة الفرنسية هو كنص المادة ٢٩١ من المشروع الفرنسى الايطالى — فإن هذا لايمنع عند الترجمة بمعرفة واضعى المشروع المصريين من أن يعدلوا مايرون تعديله من النص الذى نقلوا عنه وليس من الضرورى أن يكون النقل حرفيا بل إن المادة ٢٩١ من مشروع القانون الفرنسى الإيطالى تزيد فقرة رابعة عن المادة ٥٣٦ من مشروعنا ، ثم إن نص هذه المادة صريح قاطع بلا أى لبس ونص المادة ٣٩٣ من القانون المدنى كما صدر أصرح وأقطع فى الدلالة على أن المقصود هو الصور الأصلية أى الصور الأولى. والفرق عظيم جداً وجوهرى بين هذين النصين والنص الفرنسى

المادة ٥٣٦ من المشروع الذى يقول الصور التنفيذية وكل الصور التى تؤخذ عن الأصل مما لا يصح معه أن يقال أنه حصل خطأ فى الترجمة ، ولا شك فى أن لجنة المراجعة وعلى رأسها الدكتور السنهورى الذى كان يرأس الهيئة التى وضعت المشروع كان ملما بالنص الفرنسى للمادة ٥٣٦ وكذلك أعضاء اللجنة .

(ثانياً) لاشك فى أن هناك فرقاً بين الصور التى تعطى عقب تحرير العقد بمعرفة محرره عادة وبين الصور التى تعطى بعد ذلك بزمن يقصر أو يطول بمعرفة موظف آخر وقد سلم الدكتور سليمان بهذه التفرقة كما تقدم .

(ثالثاً) ليس النقص الذى قال عنه الدكتور سليمان إنه ينزه الشارع عنه هو النقص الوحيد فى القانون بل ليس هو النقص الوحيد فى المادة ٣٩٣ ذاتها من القانون المدنى الملغاة . فإنها وإن كانت أعطت للصور المأخوذة من الصور الأصلية حجية هذه الصور إلا أنها فرضت وجود هذه الصور الأصلية بدليل أنها أجازت لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الأصل الذى أخذت منه أى الصورة الأصلية . ولكن إذا فقدت هذه الصورة أيضاً وكان أصل الورقة مفقوداً ماذا يكون الحكم ؟

وعلى أى حال يجب العمل الآن فى نهضتنا الحاضرة بالمادة ١٣ من قانون الإثبات الجديد بدون تقيد بالتشريعات الأجنبية مادامت قد نصت صراحة فى الفقرة الأولى على « أن يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجة الأصل متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل لأنها تحرر عقب العقد وبمعرفة محرره غالباً . ولكن يصح أن يلاحظ فى هذه الحالة أيضاً أن الاكتفاء بالمظهر الخارجى للصورة الأولى تنفيذية أو غير تنفيذية وأنها حررت عقب العقد وبمعرفة محرره غالباً لا يقطع فى أن الصورة كتبت كالأصل تماماً ولم يحصل فيها أى تغيير بمعرفة محررها أو موظف آخر ، على أن

القاضى قد يستطيع بواسطة الخبراء أن يولى ثقة أكبر للصورة الشمسية التى عليها توقيعات المتعاقدين والشهود والموثق .

وفيما يتعلق بالصورة التى يحررها القاضى المنتدب لتسلم الأصل من مكتب التوثيق وفقاً للمادة ١٠ من قانون التوثيق التى تنص على أنه إذا أصدرت سلطة قضائية قراراً بضم أصل محرر موثق إلى دعوى منظورة أمامها وجب أن ينتقل القاضى المنتدب إلى مكتب التوثيق ويحرر بحضوره صورة مطابقة لأصل المحرر ويعمل بذيلها محضر يوقعه القاضى والموثق وكاتب المحكمة ثم يضم الأصل إلى ملف النزاع وتقوم الصورة مقام الأصل لحين رده (وبمعنى هذه المادة، المادة ٢٧١ من قانون المرافعات الجديد والمادة ٢٦٥/٣٠٦ من قانون المرافعات السابق والمادة ١٤٣ من تعليمات المحاكم المختلطة سابقاً) — فإن تلك الصورة وإن لم تحرر عقب تحرير العقد بمعرفة محرره كالصورة الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية يصح أن تعتبر فى قوة الأصل تماماً فى حالة فقده لما حوته من ضمانات لتحريرها فى حضور القاضى وتوقيعه وتوقيع كاتب المحكمة والموثق، ولاشك فى أن لهذه الصورة قيمة أكبر من الصورة التى يحررها موثق أو موظف وحده فى مكتب التوثيق. ثم انه لايخفى أن للخصوم الحق فى الحضور وقت عملية تحرير الصورة ومراقبة مطابقتها للأصل فإذا أثبت القاضى حضورهم وموافقتهم على الصورة أو عدم اعتراضهم كان لاوجه مطلقاً للطعن فيها فيما بعد . وإذا لم يحضر الخصوم بعد إعلانهم قانوناً فالضمانات المتقدمة كافية فى ذاتها ويعتبر الخصوم قابلين تحرير الصورة فى حضور القاضى ومحترمين توقيعه وتوقيع كاتب المحكمة والموثق . هذا وقد نصت المادة ١٣٣٥ فقرة أولى من القانون المدنى الفرنسى صراحة على إعطاء هذه الصورة قوة الأصل فى حالة فقده متى كان الخصوم حاضرين أو أعلنوا قانوناً .

العقود العرفية

١٧٤ — العقد العرفى هو كل عقد غير رسمى لم يتدخل فى تحريره موظف حامحكم وظيفته (إذ لامانع من أن يحرره موظف بصفته الشخصية كأى شخص يطلب إليه تحرير عقد) ولا يشترط لصحة تحرير العقد العرفى إلا شرط واحد وهو توقيعه . فإذا كان عقداً تبادلياً كالإيجار أو الشركة وجب أن يوقعه الطرفان، وإذا كان فردياً كاقرار بدين يكتفى بتوقيع الطرف الملتزم ، أى المقر . إلا أن هناك أوراقاً عرفية قد تكون لها قيمة بدون توقيع . من ذلك مانصت عليه المادة ٣٩٩ من القانون المدنى القائم وقد جاء فيها : « التأشير على سند بما يستفاد منه براءة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولولم يكن التأشير موقعاً منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته . وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءه ذمة المدين فى نسخة أصلية للسند أو فى مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين » وسيأتى الكلام على ذلك ونظائره فى الفقرات رقم ٣٠٢ وما بعدها .

وليس من الضرورى أن تحصل جميع التوقيعات اللازمة على العقد العرفى فى وقت واحد ، بل يصح أن تحصل فى أوقات متتابعة[1] .

١٧٥ — والتوقيع لا يغنى عنه شىء ، فلاتغنى عنه علامة اعتاد الموقع التوقيع بها ، ولا إمضاء مختصرة كوضع حرف من الاسم وحرف من اللقب ، أوالاسم دون اللقب ، حتى ولو كان هناك شهود على العقد . بل يجب أن يكون التوقيع شاملا للاسم واللقب بكل حروفهما . وإنما جرت العادة عند بعض الأوربيين أن يوقع الواحد منهم بالحرف الأول من الاسم وباللقب كاملا . ولاتغنى عن التوقيع

---

(١) انظر بلانيول المطول جزء ٧ رقم ١٤٥٨ ص ٧٩٤ .

أيضاً كنية هزلية أو تهكمية[1] وإنما يصح أن يكون التوقيع بالاسم المشهور المعروف للجمهور مع اللقب ولو كان هذا الاسم مختلفاً عن الاسم الوارد فى شهادة الميلاد ، إنما الأحسن للعاقد الآخر أن يذكر الاسم الوارد فى شهادة الميلاد مع اللقب ويذكر « الشهير بفلان » منعاً لكل لبس . أما إذا وقع شخص باسم وهمى لا وجود له فإنه قد يعتبر مرتكباً لجريمة نصب إذا توافرت شروطها فضلا عن مسئوليته عن أى ضرر يحدث للطرف الآخر. وإذا وقع شخص باسم شخص آخر يعتبر مزوراً ضده باتفاقه مع الطرف الآخر إن كان يعلم ذلك . أما إذا كان الطرف الآخر سليم النية يجهل أن المتعاقد معه انتحل اسم شخص آخر يصح اعتبار هذا المتعاقد مرتبطاً شخصياً بالتعاقد. ويصح التوقيع بالختم أو ببصمة الأصبع كما سنرى فى الفقرتين ١٨٩ و ١٩٠ . ومن البديهى أنه لا قيمة للتوقيع بأختام بعض المصالح والوزارات والبنوك والشركات والمؤسسات والجمعيات والمحلات التجارية بل يجب أن يوقع الشخص المخول له التوقيع باسمه ولقبه إذ لا يخفى أن أختام هذه الجهات قد تكون فى متناول غير المخول لهم التوقيع . والعقد الخالى من التوقيع لا قيمة له ، ولا يعتبر حتى مبدأ ثبوت بالكتابة ولو كان عليه شهود[2] إلا إذا كان بخط الملتزم كما سنرى عند الكلام على الأوراق التى تعتبر مبادىء ثبوت بالكتابة فى باب شهادة الشهود .

١٧٦ — والعقد العرفى غير خاضع لشكل من الأشكال أو شرط من الشروط كالعقد الرسمى . وهو يحرر حسب العرف، ولذا سمى عرفياً[3] يصح أن

---

(١) أوبرى جزء ١٠ § ٦٦٦ ص ٦٠٩ هامش ٧ وجزء ١٢ § ٧٥٦ ص ١٨٥ هامش ٣ ودمولومب جزء ٢٩ رقم ٢٣٥ وبودرى تعهدات رقم ٢٢٦١ ولوران جزء ١٩ رقم ٢٠٠.

(٢) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٢٦١ وبلانيول الموجز جزء ثان رقم ٦٠ طبعة خامسة وأوبرى جزء ١٢ § ٧٥٦ ص ١٨٥ وكابيتان جزء ثان ص ٢٠٢ طبعة ثانية ودمولومب جزء ٢٩ رقم ٣٥٦ ولاروميير على المادة ١٣٤٧ رقم ١٣ .

(٣) ويسمى فى فرنسا acte sous seing privé بخلاف العقد الرسمى الذى يسمى acte sous seing public أو acte authentique

حرره أحد أصحاب العقد ، أو أحد الشهود ، أو شخص لامن هؤلاء ولا من هؤلاء ، وبأية لغة إلا العقود التى يطلب التصديق عليها فإنه يجب أن تكون باللغة العربية كالعقود الرسمية — حتى لقد قيل أنه يمكن تحريره بلغة اصطلاحية يكون مع الطرفين مفتاحها [1] أو بلغة ميتة ، أو باصطلاحات محلية بحيث تكون مفهومة [2] بالحبر ، أو بالقلم الرصاص — وإنما جرت العادة أن يكون بالحبر ، وهذا أبلغ فى الحيطة لأن تحريره بالقلم الرصاص قد يسمح ، إذا ساعدت ظروف الأحوال ، بإثبات أنه لم يكن عقداً تاماً وإنما كان مشروع عقد [3] فضلا عن سهولة التغيير والتزوير فيه والكتابة بالحبر أثبت مع الزمن على أى حال . وكما يصح أن يكتب العقد بخط اليد يصح أن يكون بالآلة الكاتبة أو مطبوعاً . ويشترط فقط فى كل ذلك أن يكون العقد قد وقعه الطرف الملتزم [4] .

١٧٧ — يترتب على ذلك أى على أن العقد العرفى غير خاضع لشكل من الأشكال أو قيد من القيود أنه ليس من الضرورى حتما التوقيع على مايزاد عليه فى الهامش أو فى أسفل العقد ، وليس ممنوعاً أيضاً التحشير أو الكتابة بين السطور ، وتقدير ذلك متروك للقاضى . فمثلا إذا كانت تلك العبارات لايستقيم المعنى إلا بها ، وتدل باقى محتويات العقد على ضرورتها ، يأخذ بها القاضى . وخصوصاً إذا كانت تلك العبارات موجودة فى كل نسخ العقد إذا تحررت منه جملة نسخ وكان تحت يد كل من المتعاقدين نسخة فيها شىء من ذلك [5] أى

(١) بلانيول الموجز جزء ثان رقم ٥٨ طبعة خامسة وبودرى تعهدات رقم ٢٢٦٥ وهيك جزء ٨ رقم ٢٣٦ .

(٢) لاروميير على المادة ١٣٢٥ رقم ١ وبودرى تعهدات رقم ٢٢٦٥ ودمولومب جزء ٢٩ رقم ٣٦٧ .

(٣) دمولومب جزء ٢٩ رقم ٣٦٧ ولاروميير على المادة ١٣٢٥ رقم ٤ وبودرى تعهدات رقم ٢٢٦٤ .

(٤) بلانيول الموجز جزء ثان رقم ٥٨ وبودرى تعهدات رقم ٢٢٦٤ وهيك جزء ٨ رقم ٢٣٦ .

(٥) وبلانيول الموجز ج ٢ رقم ٦٢ ولوران ج١٩ رقم ٢٠٦ ودمولومب ج٢٩ رقم ٣٦٦ وبودرى تعهدات رقم ٢٢٦٦ وأوبرى ج١٢ § ٧٥٦ ص ١٨٦ — ١٨٧ ودالوز ٩٦ — ٢ — ٣٢ وسيرى ١٩٠٦ — ١ — ٣١٧ وقارن دالوز ٤٥ — ٤ — ٤١٧ .

كما إذا وجدت الزيادة فى نسخة المتمسك بها، وفى نسخة المتمسك بها ضده، وفيما عدا ذلك من النسخ إن كان هناك غيرها فى التعاقد . وكذلك إذا كانت بخط الخصم الذى يراد التمسك به ضده ، يصح أن يأخذ بهـا القاضى مادامت لاتناقض باقى محتويات العقد ولا تخل بمعناه . وإن كانت الكتابة التى بخط الخصم الذى يراد التمسك بها ضده إضافة على العقد (بغير توقيع) تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة كما سنرى فى الكلام على هذا الموضوع .

١٧٨ — كذلك ليس من الضرورى كما قلت عن العقد الرسمى ذكر الكلمات المشطوبة والتوقيع على ذلك . فهذه الكلمات فى العقد العرفى تعتبر لاغية ويفرض أن الشطب حصل وقت التعاقد مادام لايؤثر على التعاقد وخصوصاً إذا وجد فى كل نسخ العقد إلا إذا ظهر من ظروف العقد أن هذا الشطب نشأ عن إهمال أو عدم حرص أو حصل غشاً أو بسبب حادثة[١] .

١٧٩ — كذلك لايشترط عند ذكر المبالغ أن تكون بالكتابة والأرقام ويكفى أن تكون بالأرقام فقط أو بالكتابة فقط[٢] وإنما لتجنب النزاع يحسن دائماً أن تكون بالكتابة مع الأرقام أو بالكتابة فقط ، إذ قد تسهل إضافة رقم بعد تحرير العقد ، فإن صفراً على يمين ١٠٠ يجعلها ١٠٠٠ ويصعب إثبات التزوير فى مثل هذه الحالة إلا إذا استفيد من ظروف العقد وقيمة المبيع أو المكان المستأجر مثلا وحالة المتعاقدين . على أن إهمال ذكر المبلغ بالكتابة حتى فى العقد الرسمى لايصح أن يترتب عليه بطلان العقد لأن ذلك ليس من الأمور الجوهرية كما سبق القول فى الفقرة رقم ١٣١[٣] .

١٨٠ — حتى التاريخ ليس من الضرورى وضعه فى العقد العرفى . إنما يمكن إثبات التاريخ الحقيقى للعقد ، كما إذا أريد اعتباره باطلا لأنه تحرر فى وقت كان الملتزم فيه عديم الأهلية مثلا[٤] أو أن الحق قد سقط بمضى المدة . إلا أن هناك

---

(١) لاروميير على المادة ١٣٢٥ رقم ٣ وبودرى تعهدات رقم ٢٢٦٦

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٢٦٦ .

(٣) وانظر بودرى تعهدات رقم ٢٢٦٦ رابعا .

(٤) راجع أوبرى جـ ١٢ § ٧٥٦ ص ١٨٦ وبودرى تعهدات رقم ٢٢٦٦ و ٢٢٦٧ ودورانتون جـ ١٣ رقم ١٢٧ و ١٢٨ وتوليه جـ ٨ رقم ٢٥٨ ولوران جـ ١٩ رقم ٢٠٥ وبلانيول الموجز جـ ٢ رقم ٦٤ (طبعة رابعة) وحكم محكمة باريس فى سيرى ١٩١٧ — ٢ — ١٣٤ .

حالات استثنائية نص القانون فيها على وجوب وضع التاريخ كما سيلى فى رقم ١٨٣ وما بعده . وفى غير هذه الحالات والحالات التى يجب أن يكون التاريخ فيها ثابتاً ، يجوز إثبات التاريخ بشهادة الشهود لأن التاريخ حادث طبيعى وليس جزءاً من التعاقد أو الارتباط القانونى كما تقدم القول [١] .

١٨١ — كذلك محل العقد ليس من الضرورى ذكره [٢] .

١٨٢ — وليس واجباً أيضاً أن يتلى العقد على المتعاقدين عند التصديق عليه ولو كان الموقع أمياً [٣] أو أعمى ، إلا أن عدم قراءته فى هاتين الحالتين مما يساعد على إثبات الغش [٤] . وأرى أنه فى هذه الحالة أى إذا كان الملتزم أمياً أو أعمى يجب أن يتلوه الموثق عليه ويثبت ذلك فى المحضر .

استثناءات :

١٨٣ — وليست قاعدة عدم خضوع العقد العرفى لشكل من الأشكال أو شرط من الشروط إلا توقيعه قاعدة عامة، إذ أنه يجب بنصوص خاصة التصديق على توقيعات المتعاقدين والشهود ، فمثلا قد نصت المادة ٢٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على وجوب التصديق على توقيعات ذوى الشأن إن كانت عرفية ونصت المادة ٢٢ على أنه يجب أن تشتمل طلبات الشهر على مايأتى

---

(١) راجع رقم ٧٩ من هذه الرسالة .

(٢) دورانتون ج ١٣ رقم ١٢٧ ولاروميير على المادة ١٣٢٥ رقم ١ وبودرى تعهدات رقم ٢٢٦٨ .

(٣) دمولومب ج ٢٩ رقم ٣٦٤ وتوليه ج ٨ رقم ٢٥٨ ولاروميير على المادة ١٣٢٥ رقم ٤ وبودرى تعهدات رقم ٢٢٦٨ .

(٤) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٢٦٨ وحكم محكمة ليج الذى أشار إليه فى داللوز ٨٨ — ٢ — ١٨ وقد رأينا أن عدم تلاوة العقد الرسمى ليست مبطلة إلا فى بعض الأحوال (انظر الفقرة رقم ١٣٠) فمن باب أولى يكون الحال كذلك فى العقد العرفى .

وذلك فضلا عما يتطلبه القانون فى أحوال خاصة (أولا) البيانات الدالة على شخصية كل طرف وعلى الأخص اسمه ولقبه وسنه وجنسيته ومحل إقامته واسم أبيه وجده لأبيه (ثانياً) بيان صفات من يقومون مقام غيرهم ومدى سلطانهم (ثالثا) البيانات اللازمة والمفيدة فى تعيين العقار وعلى الأخص بيان موقعه ومساحته وحدوده ، فإن كان من الأراضى الزراعية وجب ذكر اسم الناحية والحوض ورقم القطعة وإن كان من أراضى البناء أو من العقارات المبنية وجب ذكر اسم القسم والشارع والحارة والرقم إن وجد (رابعاً) موضوع المحرر المراد شهره وبيان المقابل أو مقدار الدين إن وجد (خامساً) البيانات الخاصة بالتكليف إذا كان موضوع المحرر يقتضى تغييراً فى دفاتر التكليف (سادسا) البيانات الخاصة بأصل حق الملكية أو الحق العينى محل التصرف وذلك فى العقود والإشهادات وأحكام صحة التعاقد ويجب أن تشتمل هذه البيانات على اسم المالك السابق أو صاحب الحق العينى وطريقة انتقال الملكية أو الحق العينى منه ورقم وتاريخ شهر عقد التملك إن كان قد شهر (سابعاً) بيان الحقوق العينية المقررة على العقار المتصرف فيه وعلى الأخص ارتفاقات الرى والصرف ويجب أن يقرن الطلب بالأوراق المؤيدة للبيانات المذكورة فى الفقرات ثانياً وخامساً وسادساً . وكل عقد يشهر (أى يسجل) يوضع تاريخ تسجيله ، وقبل ذلك يوضع تاريخ التصديق على توقيعه . وكانت المادة ٣ من قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ تنص على مثل ذلك ـ أى على أنه يجب أن تشمل المحررات المقدمة للتسجيل خلاف البيانات الخاصة بموضوعها جميع البيانات اللازمة أو المفيدة فى الدلالة على شخصية الطرفين ، وتعيين العقار بالذات وعلى الأخص (ا) أسماء الطرفين وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم وكذلك محل إقامة الطرفين (ب) بيان الناحية واسم ونمرة الحوض ونمر القطع إذا كانت واردة فى قوائم فك الزمام وكذلك حدود ومساحة القطع بأدق بيان مستطاع .

ويجب فى عقود البيع والبدل ذكر أصل الملكية واسم المالك السابق وكذلك تاريخ ونمرة تسجيل عقده إذا كان مسجلا (وفى المبانى كذلك يجب تعيينها تعييناً تاماً وذكر مواقعها وحدودها ومساحاتها الخ) . وكانت المادة الرابعة تنص على أن المحررات العرفية التى لاتشتمل على البيانات السابقة لايمكن تسجيلها إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من قاضى الأمور الوقتية . ونصت المادة ١٩ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى المذكور على أنه «تقدم المحررات وقوائم القيد التى يراد شهرها لمكاتب الشهر المختصة من نسخة أصلية محررة بالمداد الأسود على ورق خاص مدموغ يطلب من مكاتب الشهر ومأمورياته » . إنما يجب أن يلاحظ أن كل ذلك ليس لازماً لإثبات حصول التعاقد وإنما هو لازم للشهر فقط . ونصت المادة ١٧/٢ من القانون المدنى القائم على أنه يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة إلى مابعد الموت . وكانت المادة ٧٨/٥٥ من القانون المدنى السابق معدلة بالقانون رقم ٢٦ سنة ١٩٤٤ تنص على أنه تراعى فى صيغة الوصية الأحكام المقررة لذلك فى قانون بلد الموصى . وكانت المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ تنص على أنه لاتسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيصاء أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ فلا تسمع فيها دعوى ماذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ماذكر . وجاءت المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بمعنى المادة ٩٨ المذكورة ، وأجازت أيضاً أن تكون الوصية أو الرجوع فيها قد كتب فى ورقة عرفية غير مكتوبة بخط الموصى إذا كان قد صدق على

توقيعه رسمياً . ويلاحظ أن ذلك لازم لانعقاد الوصية صحيحة ولجواز سماع الدعوى عند إنكارها .

١٨٤ — ونصت المادة ٤٨/٥٤ من قانون التجارة على أن ملخص عقد شركة التضامن أو شركة التوصية يسلم إلى قلم كتاب كل من المحاكم الابتدائية التى يوجد فى دائرتها مركز الشركة وكل فرع من فروعها ليسجل فى السجل المعد لذلك ويعلن بلصقه لمدة ثلاثة أشهر فى اللوحة المعدة فى المحكمة للاعلانات القضائية . كذلك تذكرة نقل البضائع يجب أن تكون مؤرخة وأن يبين فيها جنس ووزن أو حجم الأشياء المراد نقلها طبقاً للمادة ٩٦/١٠١ .

١٨٥ — ونصت المادة ١٠٥/١١٠ من قانون التجارة أيضاً على أن يبين فى الكمبيالة اليوم والشهر والسنة اللاتى تحررت فيها والمبلغ المراد دفعه واسم من يلزمه الدفع والميعاد والمحل اللذان يجب الدفع فيهما ويذكر فيها أن القيمة وصلت ، وإذا كتب من الكمبيالة عدة نسخ أى نسخة أولى وثانية وثالثة ورابعة وهكذا يذكر فى كل واحدة منها عددها ، وفى هذه الحالة تقوم النسخة الواحدة مقام الجميع ، كما أن الجميع يقوم مقام نسخة واحدة . ونصت المادة ١٣٤/١٤١ من قانون التجارة أيضاً على أن يؤرخ تحويل الكمبيالة ويذكر فيه أن قيمتها وصلت ويبين فيه اسم من انتقلت الكمبيالة تحت إذنه ويوضع عليه إمضاء المحيل أو ختمه . ونصت المادة ١٩٠/١٩٧ من قانون التجارة كذلك على أن يبين فى السند الذى تحت إذن تاريخ اليوم والشهر والسنة المحرر فيها المبلغ الواجب دفعه واسم من تحرر تحت إذنه والميعاد الواجب الدفع فيه، ويذكر فيه أن القيمة وصلت ويوضع عليه إمضاء أو ختم من حرره ، وأما السند الذى لحامله فيشتمل على البيانات المذكورة إلا إسم من يدفع إليه المبلغ ، وتنتقل

الملكية فيه بدون كتابة التحويل .

وهكذا يراعى ما ينص عليه الشارع فى كل حالة أخرى .

وتوجد فى فرنسا ثلاثة استثناءات فى المسائل المدنية ، لننظر فيما إذا كانت تتبع عندنا أم لا .

١٨٦ — (الأول) أن العقد إذا كان تبادلياً لا يكون صحيحاً إلا إذا حررت منه نسخ أصلية بقدر عدد المتعاقدين ، ويذكر ذلك وعدد النسخ فى كل نسخة وإذا اتحدت مصلحة جماعة يكفى أن تكون لهم نسخة واحدة كما إذا باع جملة شركاء عقاراً لهم (المادة ١٣٢٥ من القانون المدنى الفرنسى) إنما فى بعض العقود التبادلية إذا نفذ أحد الطرفين التزامه وقت تحرير العقد، ليس من الضرورى أن تحرر نسخة لأجل الطرف الآخر ، كما فى عقد البيع مثلا إذا دفع المشترى كل الثمن للبائع ولم يحتفظ هذا لنفسه قبل المشترى أو غيره بأى حق من الحقوق ، فإنه أى البائع ليس فى حاجة لنسخة من العقد[1] أما إذا سلم البائع الشىء للمشترى فهذا لا يغنيه أى لا يغنى المشترى عن نسخة من العقد وذلك ليلزم البائع بضمان المبيع فى حالة منازعة آخر له فيه[2] وكذلك فى الصلح إذا وفى أحد الطرفين جميع التزاماته لا يكون الطرف الآخر فى حاجة لنسخة العقد[3] .

---

(١) مورلون ج ٢ رقم ١٥٤٨ ومركديه على المادة ١٣٢٥ رقم ٤ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٣٩٩ — ٤٠٠ وتولييه ج ٨ رقم ٢٣٧ وبونييه ج ٢ رقم ٦٩١ ودرانتون ج ١٣ رقم ١٤٦ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ١٩٤ وبودرى تعهدات رقم ٢٢٧٧ ولوران ج ١٩ رقم ٢٢٣ ولاروميير ج ٦ ص ٥٠ على المادة ١٣٢٥ رقم ٢٢ وحكم النقض فى سيرى ١٩٠٦ — ١ — ٣١٧ .

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٢٧٧ ولوران ج ١٩ رقم ٢٢٣ وعكس ذلك توليه ج ٨ رقم ٣٢٨ ولاروميير ج ٦ ص ٤٩ على المادة ١٣٢٥ رقم ٢١ .

(٣) سيرى ١٩٠٢ — ١ — ٣١١ كما أشار إلى ذلك أوبرى فى الموضوع السابق فى الهامش وأنظر أيضا حالات هذا الكتاب نفس الموضع .

وليس من الواجب العمل بذلك (أى بهذا الاستثناء الأول) عندنا ما دام الشارع لم ينص عليه[1] . هذا فضلا عن أن عدم مراعاة ذلك فى فرنسا وإن أبطل سند التعاقد فإنه لا يبطل التعاقد ذاته الذى يمكن إثباته بغير ذلك السند[2] فيمكن توجيه اليمين الحاسمة للخصم المنازع ، ويمكن استجوابه ، ويمكن الإثبات بالشهود إذا كانت القيمة لا تتعدى النصاب القانونى ، أو بكتابة أخرى إذا تعدت القيمة ذلك[3] ، وقد جاء فى تعليقات داللوز على المادة ١٣٤٧ رقم ٣٣١ وما بعده أنه اختلف فى اعتبار العقد فى هذه الحالة مبدأ للثبوت بالكتابة أم لا . ولكن الرأى الراجح اعتباره مبدأ للثبوت بالكتابة ، وقد ثبت القضاء فى فرنسا أخيراً على ذلك — تعليقات داللوز على المادة المذكورة رقم ٣٣٥ . ولا يوجد شرط تعدد النسخ فى كثير من القوانين الأخرى كالقانون الإيطالى والأسبانى والبرتغالى[4] . على أنه قد جرى العمل عندنا باتباع هذا الاستثناء أى تعدد النسخ لأن النسخة التى تكون تحت يد أحد الطرفين هى مستنده الوحيد إذا ما قصر خصمه فى تعهده ، ولا يمكن لخصم أن يجبر خصمه على تقديم مستند تحت يده ليتمسك به عليه ولاحظ ماجاء فى الفقرة رقم ٤٦ مكرر ، إنما إذا وجد المستند فى المحكمة صدفة ، أو قدمه الخصم ، يصح التمسك به . وعند تعدد النسخ ليس من الضرورى أن يوقع كل طرف جميع النسخ ، ويكفى أن يوقع كل طرف

---

(١) وقد قرر القضاء المختلط عدم ضرورة ذلك إذ لم تشترطه الشريعة الإسلامية ولا القوانين المصرية (المجموعة الرسمية المختلطة السنة الثالثة ص ٥٥ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة السادسة ص ١٢٠) .

(٢) أوبرى جـ١٢ § ٨٥٦ ص ١٩٩ وقد قال فى الهامش رقم ٣٦ إن الشراح متفقون فى هذه النقطة عدا دمولومب وانظر أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٢٨٨ .

(٣) أوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ١٩٩ وسيرى ٥٩ — ٢ — ٥٤٢ .

(٤) ولكنه موجود فى قانون الجمهورية الأرجنتين التى أخذت فى هذا الموضوع بالقانون الفرنسى وأقوال الشراح وأحكام المحاكم كما ذكرت وصاغت كل ذلك فى تشريعها (فى المواد ١٠٢٢ و ١٠٢٣ و ١٠٢٤ و ١٠٢٥) انظر بودرى تعهدات رقم ١٢٧٢ .

وحده النسخة التى يأخذها الطرف الآخر[١] فمثلا يوقع المؤجر النسخة التى يأخذها المستأجر، وهذا يوقع النسخة التى يأخذها المؤجر .

وطبقاً للمادة ١٩ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ يحرر العقد من نسخة واحدة أصلية تحرر بالمداد الأسود على ورق خاص مدموغ تطلب من مكاتب الشهر ومأموريانه) وهذه النسخة يوقعها جميع المتعاقدين بطبيعة الحال) وتعد من النسخة الأصلية صورتان فوتوغرافيتان تسلم إحداهما للطالب بعد التأشير عليها بمطابقتها للأصل وترسل الأخرى لدار المحفوظات بالمكتب الرئيسى .

١٨٧ — (الثانى) أما الاستثناء الثانى فهو أن المادة ١٣٢٦ من القانون المدنى الفرنسى نصت على أنه إذا كان هناك تعهد فردى بدفع مبلغ من النقود أو بتسليم أشياء يمكن تقديرها يجب أن يكون السند كله بخط المدين أو الملتزم بالتسليم أو على الأقل يجب أن يزيد على إمضائه عبارة الموافقة مقرونة بذكر قيمة المبلغ أو كمية الأشياء بالكتابة[٢]

وما قلته عن الاستثناء السابق بخصوص ما يتبع فى مصر أقوله هنا[٣] إذ لم يرد به نص عندنا أيضاً وخصوصاً أن عدم مراعاة ذلك فى فرنسا لا يبطل التعهد ، إذ لم ينص القانون الفرنسى على بطلان العقد كما نص فى الاستثناء الأول . فليس عندهم ما يمنع من اعتباره مبدأ للثبوت بالكتابة تصح تكملته بالشهود والقرائن أو اليمين المتممة[٤] .

---

(١) أنظر بودرى تعهدات رقم ٢٢٨٠ والمرجع والأحكام الكثيرة التى أشار اليها فى الهامش .

(٢) Bon ou approuvé pour.., (٢)

(٣) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة السادسة ص ١٢٠ .

(٤) بودرى تعهدات رقم ٢٣٣١ ودمولوب ج ٢٩ رقم ٤٩٣ ودرانتون ج ١٣ رقم ١٨٩ وما بعده . وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢١٤ هامش ٨٤ وما أشار إليه من كتب الشراح والأحكام الكثيرة وكابيتان ج ٢ ص ٢٠٨ طبعة ثانية وما أشار إليه من أحكام .

١٨٨ — (الثالث) أما الاستثناء الثالث فهو الوصية ، فإنها فى فرنسا يجب أن تكون بعقد رسمى أو مكتوبة كلها ومؤرخة وممضاة من الموصى وإلا كانت باطلة (المادتان ٩٦٩ و ٩٧٠ من القانون المدنى الفرنسى) وكانت المادة ٩٨ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ تنص كما سبق القول فى الفقرة رقم ١٨٣ على أنه لا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الإيصاء أو الرجوع عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى . وأما الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ ، فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك تدل على ما ذكر ، وظاهر من هذا أن المادة ٩٨ المذكورة كانت مشابهة — عند الإنكار بعد الوفاة — للتشريع الفرنسى فيما يتعلق بالحوادث الواقعة منذ سنة ١٩١١ هذا وقد جاءت المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ كما سلف القول فى الفقرة رقم ١٨٣ بمعنى المادة ٩٨ المذكورة ، وأجازت أيضاً أن تكون الوصية أو الرجوع عنها قد كتب فى ورقة عرفية غير مكتوبة بخط الموصى إذا كان قد صدق على توقيعه رسمياً — وانظر الجزء الثانى رقم ٧٩٧ .

التوقيع على العقد بالامضاء أو الختم أو بصمة الإبهام :

١٨٩ — نصت المادة ٤٥ من قانون الإثبات على أنه « يجوز لمن بيده محرر غير رسمى أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء ويكون ذلك بما هى أصلية بالإجراءات المعتادة » ظاهر من هذه المادة أنه يجوز التوقيع بالختم أو بصمة الأصبع كالتوقيع بالإمضاء .

وكان يمكن أن يقال عن الوقائع السابقة أنه حسب ظاهر نص المادة ٢٢٧/٢٩٢ من القانون المدنى السابق إنه يجب أن يكون التوقيع بالإمضاء —

إذ نصت هذه المادة على أن المحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء ، كذلك المادتان ١٣٢٣ و ١٣٢٤ من القانون المدنى الفرنسى ، وعند شراح القانون الفرنسى والقضاء لا يغنى التوقيع بالختم عن الإمضاء ولو كان هناك شهود على العقد[١] ولكن الأمية فى مصر بمزيد الأسف الشديد هى الغالبة . ولذلك أقر الشارع المصرى من قبل التشريع الجديد فى مواد أخرى وأقرت المحاكم المصرية أهلية ومختلطة التوقيع بالختم كما كان متبعاً فى القرن السادس عشر فى فرنسا[٢] فقد نصت المادة ٢٢٩/٢٩٤ من القانون المدنى السابق على أن التاريخ يكون ثابتاً إذا كان فى المحررات خطأ أو إمضاء أو ختم لإنسان توفى ، وجاء فى المادة ٢٥١/٢٩٠ من قانون المرافعات القديم أنه يجوز لمن بيده سند غير رسمى أن يكلف من عليه ذلك السند بالحضور أمام المحكمة ولو لم يحل ميعاده لأجل اعترافه بأن هذا السند بخطه أو إمضائه أو ختمه الخ . ونصت المادة ٢٥٤/٢٩٣ من قانون المرافعات القديم أيضاً على أنه فى حالة إنكار ذلك أو فى حالة وجود سند غير رسمى فى خصومة موقوف الحكم فيها على صحته وأنكر الخصم الخط أو الإمضاء أو الختم المشتمل ذلك السند عليه تأمر المحكمة بإجراء التحقيق . وجاء فى المادة ٣٤٠ عقوبات (كل من أوتمن على ورقة ممضاة أو مختومة على بياض فخان الأمانة وكتب فى البياض الذى فوق الختم الخ . .) وكذلك تعاقب المادتان ٢١١ و ٢١٥ ع على تزوير الأختام كتزوير الإمضاء[٣] ، وقد قررت محكمة النقض أن المادة ٢٢٧ من

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٢٦١ وبلانيول الموجز ج ٢ رقم ٦٢ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٣٥٥ والمراجع والأحكام التى أشاروا اليها .

(٢) بلانيول الموجز ج ٢ رقم ٦٢ .

(٣) وانظر أيضا لائحة المواليد والوفيات السابقة الصادر بها القانون رقم ٢٣ فى ١١ من أغسطس سنة ١٩١٢ والمجموعة الرسمية سنة ١٩٠٠ ص ٢١ والمجموعة الرسمية المختلطة السنة الثالثة ص ٢٨ ومجموعة التشريع والقضاء للمختلط السنة السادسة ص ٢٣٢ والسنة السابعة ص ٨١ ، وقد أقرت هذه الأحكام المختلطة الختم ولو كان الخصوم من جنسيات مختلفة مادام العقد حصل فى مصر — لتنفيذه فى مصر (الحكم الأول) .

القانون المدنى السابق إذا كان لم يرد بها ذكر لفظ (الختم) معطوفاً على الكتابة أو الإمضاء) فإن هذا قصور منها ؛ علته ـ هو مجرد السهو عن تكميل حكمها عند نقله عن القانون المختلط المنقول عن القانون الفرنسى ، وليست العلة فيه أن الشارع المصرى يرى المغايرة فى الحجية بين الأوراق الممضاة والأوراق المختومة وإلا لما فهم تماماً كيف أنه عند إصدار قانونى المرافعات والعقوبات بعد شهرين قد ذكر لفظ (الختم) معطوفاً على لفظى الإمضاء والكتابة فى جميع المواد التى وضعها فى الفرع الخاص بتحقيق الخطوط وفى المواد الخاصة بجريمتى التزوير وخيانة الأمانة وكيف يهتم هذا الاهتمام ، ويسوى بينه وبين الإمضاء فى تلك المواد إن لم يكن للختم فى نظره قوة الامضاء تماماً . ويؤكد هذا السهو فوق ذلك عن لفظ الختم فى المادة ٢٢٧ المذكورة أن الشارع لم يلبث أن كشف صراحة عن مبدئه فى التسوية فى الحجية بين الأوراق المختومة والأوراق الممضاة وذلك عند وضعه لائحة المحاكم الشرعية فى سنة ١٨٩٧ التى تكلم فيها عن حجية الإقرار الكتابى إذ قرر فى المواد ٢٦ و ٢٧ و ٨، أن السند الممضى أو المختوم حجة بما فيه على صاحب الإمضاء أو الختم وأنه إذا أنكره (أى أنكر موضوعه) فلا يقبل منه الإنكار . أما إذا أنكر كون السند له (أى أنكر خطه أو ختمه) فيقبل إنكاره أو لا يقبل حسبما يظهر من التحقيق . وعند تعديل تلك اللائحة وتكميلها بالقانون رقم ٣١ سنة ١٩١٠ قد قرر ذلك المبدأ أيضاً بالمادة ١٣٥ بالنص الآتى : « الأوراق الغير الرسمية تكون حجة على من يكون موقعاً عليها بامضائه أو ختمه » وعند وضعه اللائحة الشرعية الجديدة بالقانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ قد نقل إليها المادة ١٣٥ المذكورة برقمها ونصها ، ولا ريبة فى أن هذه النصوص التشريعية صريحة فى أن مبدأ الشارع المصرى هو التسوية بين الأوراق المختومة وبين الممضاة وأن من الخطأ الاعتماد فى كشف مراده على ظاهر

نص المادة ٢٢٧ من القانون المدنى السابق[1] . ويضاف إلى ذلك أن المادة ٦ من قانون التسجيل السابق رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ نصت على أنه يجب التصديق على إمضاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل ، وهذا القانون معتبر ملحقاً للقانون المدنى .

وقد جاء القانون المدنى القائم ونص فى الفقرة الثانية من المادة ٣٩٠ الملغاة والتى تقابلها المادة ١٠ إثبات على أنه إذا لم تكسب الورقة صفة الرسمية لا يكون لها إلاقيمة الورقة العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بامضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم . ونصت المادة ٣٩٤ الملغاة والتى تقابلها المادة ١٤ إثبات على أنه : تعتبر الورقة العرفية صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . ونصت المادة ٢٢٧ من قانون المرافعات السابق على أنه يجوز لمن بيده ورقة غير رسمية أن يختصم من تشهد عليه تلك الورقة ليقر بأنها بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه الخ . وانظر أيضاً المادة ٣٩٥ / الملغاة من القانون المدنى القائم والمواد ٢٦١ و٢٦٢ و٢٦٨ و٢٦٩ و٢٧٧ و٢٧٩ و٢٨٠ من قانون المرافعات السابق .

١٩٠ — وظاهر فى المادتين اللتين ألغيتا من القانون المدنى القائم وهما المادتان ٣٩٠ و٣٩٤ والمادة ٢٧٧ من قانون المرافعات السابق وباقى المواد المذكورة أنها أقرت التوقيع ببصمة الأصبع أيضاً . ونصت كذلك المادة ٢٢٥ من قانون العقوبات على أنه « تعتبر بصمة الأصبع كالإمضاء فى تطبيق أحكام هذا الباب » أى باب التزوير[2] كما قضت محكمة النقض بأن بصمات راحة اليد

---

(١) مجموعة القواعد القانونية ج ١ رقم ١٧٤ / ٥ أول ص ٣٤٨ .

( ) وانظر حكم النقض الجنائى فى الجزء السادس من مجموعة القواعد القانونية ص ٤٦٢ رقم ٣٣٨ ، ومجموعة المكتب الفنى المدنية السنة ١٤ ص ١٠٠٦ .

ذات حجية مطلقة فى تحقيق الشخصية كبصمات الأصابع [1] . وسبق أن أقر الشارع فى عهد التشريع السابق هذا النوع من التوقيع فى المادة الأولى من لائحة المواليد والوفيات الصادر بها القانون رقم ٢٣ فى ١١ من أغسطس سنة ١٩١٢ التى نصت على أنه عند التبليغ بولادة أو وفاة يجب قيد اسم المبلغ ولقبه وسنه وصناعته ومحل إقامته وأن يوقع بالإمضاء أو بالختم . فإن لم يكن له ختم وكان لا يعرف القراءة والكتابة يبصم بإبهام يده اليمنى بالحبر فى أسفل القيد وأنه وإن كانت لائحة المواليد والوفيات الجديدة الصادر بها القانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ قالت إن المبلغ يوقع القيد — إلا أنه لا يصح أن نفهم من ذلك أنها لا تعتمد بصمة الأصبع أو الختم بعد أن اعتمدت ذلك اللائحة السابقة . ولو كان غرض الشارع الخروج عن القانون السابق فيما يتعلق بالتوقيع لذكر ذلك صراحة وإنما ذلك منه إجمال للتوقيع بأنواعه المختلفة سواء كان بالإمضاء أو الختم أو البصمة ، هذا فضلا عن أن القانون المدنى القائم وقانون المرافعات السابق قد أقرا التوقيع بالختم وببصمة الأصبع صراحة كما تقدم . ولا يخفى أن بصمة الإبهام أحسن بكثير من الختم ، لأن الختم قد يفقد ، وقد يسرق ، وسهل فصله عن صاحبه . أما الإبهام فلا . وقد أثبت العلم أن البصمات لا تتشابه إلا نادراً جداً . وقد حكم فى عهد القانون المدنى القديم بأن بصمة الأصبع على المستندات تعتبر بمثابة الإمضاء أو الختم ، وعليه يقضى بالغرامة القانونية على من يطعن بالتزوير فى البصمة المنسوبة إليه ورفض طعنه ومن أنكر بصمته وثبت صحتها [2] ، ولما شرع قانون التسجيل السابق رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٢٣ للعمل به أمام المحاكم الأهلية والمختلطة السابقة نصت المادة ٦ منه على أنه يجب التصديق على إمضاءات وأختام الطرفين الموقع بها على المحررات العرفية المقدمة للتسجيل . وقررت الجمعية العمومية لمحكمة الاستئناف

---

(١) مجموعة المكتب الفنى الجنائية السنة ١٨ ص ٥١٨ .

(٢) المجموعة الرسمية سنة ١٩١٥ رقم ٣٠ ورقم ١٠٤ .

المختلطة فى ٥ من مارس سنة ١٩٢٦ قبول بصمات الأصابع فى التوقيع على العقود المراد التصديق عليها وذلك من الأشخاص الأميين الذين ليس لديهم أختام واعتبار هذه البصمات كالإمضاءات بشرط أخذ صورة طبق الأصل من هذه البصمات على سجل خاص مع توقيع الشهود وذلك فى حالة إجراء عملية التصديق فى جهة خلاف أقلام الرهون المختلطة أو المأموريات التابعة لها [1] وعلى أى حال أصبح التوقيع ببصمة الإبهام مقبولا صراحة بمقتضى القانون المدنى وقانون المرافعات ، وأقر ذلك كله قانون الإثبات ، ونص صراحة فى المادة ٤٥ على بصمة الأصبع والختم كما تقدم .

التوقيع على العقد التبادلي والعقد الفردى :

١٩١ — ثم إن العقد كما سبق القول إذا كان تبادلياً وجب أن يوقعه الطرفان ، أما إذا كان فردياً فيكفى أن يوقعه الطرف الملتزم . وكذلك إذا كان العقد تبادلياً وانتهى التزام أحد الطرفين وقت تحريره كعقد البيع فى عهد القانون المدنى السابق وقبل قانون التسجيل السابق رقم ١٨/١٩/١٩٢٣ إذا دفع المشترى الثمن ولم يشترط البائع أى شرط عليه أو يحفظ لنفسه أى حق قبله أو قبل الغير ، لم يكن لازماً أن يوقعه المشترى ؛ وكان يصح أن يكتفى بتوقيع البائع فقط أسوة بالعقود الفردية بما أنه أصبح وحده الطرف الملتزم [2] . وقد كانت المحاكم المختلطة تشذ عن ذلك أولا وحتمت توقيع المشترى وقررت أن عقد بيع العقار غير الموقع عليه من المشترى لا يسرى على الغير ولو تسجل لأن التسجيل لا يكمل نقصا فى

---

(١) انظر كتاب شهر التصرفات العقارية للدكتور كامل مرسى سنة ١٩٣٩ ص ٣١٨ تابع رقم ٢٢٦ ومنشور محكمة الاستئناف المختلطة الذى أشار إليه وهو رقم ١٦١١ ـ ٥٠ بتاريخ ١٣ / ٤ / ٢٦ .

(٢) انظر الفقرة رقم ١٨٦ .

عناصر العقد [1] وقالت إن هذا العقد يجبر البائع فقط على التسليم للمشترى [2] ثم عادت فقررت أنه إذا أخذ البائع الثمن يصح العقد الموقع عليه منه فقط ويسرى على الغير إذ أن استلام الثمن يغنى عن توقيع المشترى [3] وقررت أيضاً أن تسجيل المشترى للعقد واستلام الأرض يفيدان قبوله الشراء [4] وقرر حكم آخر أن رضاء المشترى بالعقد غير الموقع عليه منه يستفاد من تسجيله العقد ونقل التكليف ودفع الضرائب [5] إنما لا شك فى أن دفع الثمن وحده دليل قاطع على قبول المشترى للشراء سواء تسلم الأرض أو لم يتسلمها ويجب على البائع أن يسلمها . أما التسجيل فكان لازما لنقل الملكية بالنسبة للغير ، ونقل التكليف كان يتبع ذلك ، ودفع الضرائب يجبر عليه المشترى على أنه بعد قانون التسجيل رقم ١٨/١٩/١٩٢٢ ثم بعد قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ ـ طبقاً للمادة الأولى من قانون التسجيل السابق والمادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى ـ وجب تسجيل جميع التصرفات العينية لنقل الحق أو تغييره أو زواله حتى بين المتعاقدين ولا يمكن تسجيلها إلا بعد التصديق على توقيع الطرفين طبقا للمادة ٦ من قانون التسجيل أو توقيع ذوى الشأن طبقاً للمادة ٢١ من قانون تنظيم الشهر العقارى مما يدل على وجوب توقيع الطرفين أو ذوى الشأن فى جميع ذلك على أى حال وفى كل ما اشترط القانون تسجيله . كما أنه فى العقود الرسمية يجب دائماً توقيع

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة السابعة ص ٥٦ والسنة الثامنة ص ٥٣ .
(٢) » » الثامنة ص ٩٩ بالايطالية .
(٣) » » الثامنة ص ١٤٨ والسنة الثالثة عشرة ص ١٠٣ والسادسة عشرة ص ٧ .
(٤) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة التاسعة ص ٣٠٥ و ٣٤٨ .
(٥) » » » ص ٣١٠ .
وانظر أيضا المستشار عزيز كحيل (إثبات الحقوق المدنية) ص ١١٣ — ١١٤ .
واظر فى هذا الموضوع L'etude de M, Levi « De la valeur légale en Egypte des actes de vente Immobiliére sous-seing prive ne portant pas la signature de l'acheteur.

الطرفين أو جميع ذوى الشأن سواء كان العقد متعلقاً بحق عينى أو شخصى كما تقدم القول .

حرية التعاقد بعقد عرفى :

١٩٢ مكرر — كل شخص حر فى تعاقده — أن يحرر عقداً عرفياً أو رسمياً . فإذا كان عرفيا حررة كما يشاء بأى شكل بدون قيد ولا شرط إلا التوقيع فيما خلا الاستثناءات المذكورة فى الفقرات رقم ١٨٣ و ١٨٤ و١٨٥ وإذا كان رسمياً وجب أن يستوفى أركانه الثلاثة (رقم ٩٨ — ١٠٦) إلا أن هناك عقوداً حتم الشارع أن تكون رسمية وإلا تعتبر لاغية كالعقود المبينة فى الفقرة رقم ٩١

على أنه يحسن تحرير عقد رسمى عند كل تعاقد هام لمزايا العقد الرسمى من حيث الإثبات ومن حيث التنفيذ كما تقدم فى الفقرة رقم ١٤٣ وما بعدها .

وقد جرى العمل نظراً لهذه المزايا أن تحرر مصالح الحكومة ووزارة الأوقاف والشركات وبعض الأفراد عقودهم بصفة رسمية وخصوصاً عقود البيع والإيجار . ولا يخفى أن هذا مما يسهل تسلم العين أو الحصول على باقى الثمن والإيجار عند استحقاقه .

التوقيع على بياض[1] :

١٩٣ — لما كان لا يشترط لتحرير العقد العرفى وصحته أى شرط إلا توقيع المتعهد سواء كتب العقد هو بنفسه أو كتبه شخص آخر جاز أن يكون هذا التوقيع على بياض . وإنما لا يحصل مثل ذلك إلا عند وجود الثقة التامة بمن تسلم إليه ورقة من هذا النوع . وهو أمر يدل على أى حال على عدم حذر صاحبه ،

---

(١) فى فرنسا يسمون ذلك blanc-seing

لأنه حتى إذا كان الشخص المسلمة له الورقة إبناً أو زوجاً أو صديقاً أو وكيلا أميناً أو أى شخص آخر جذير بهذه الأمانة ، فإنه من الجائز أن يفقدها فتقع فى يد من يستغلها ولا يرحم صاحبها .

ويجب تجنب التوقيع على بياض بقدر الإمكان لما قد ينجم عن ذلك من المضار والمنازعات . وقد شرع الشارع الفرنسى المادة ١٣٢٦ مدنى المذكورة فى الفقرة رقم١٨٧ التى تقضى وجوب كتابة التعهد الفردى بمبلغ من النقود أو بتسليم شىء ممكن تقديره بخط المدين كله الخ للتخفيف من مضار سوء استعمال الورقة الموقعة على بياض[1] إذ أنها تدرأ ذلك الخطر عن التعهد . وقد كانت بعض المحاكم الفرنسية قديماً تحكم ببطلان التوقيع على بياض[2] ولكن المادة١٣٢٦المذكورة التى شرعت لتجنب سوء استعمال الورقة الموقعة على بياض كما قلت أجازت ذلك ضمناً . هذا فضلا عن أن المادة ٤٠٧ من قانون العقوبات الفرنسى أقرتها ضمناً أيضاً بأن نصت على عقاب من خان الأمانة فى ذلك .

وقد كان من الممكن لعدم وجود نص عندنا كنص المادة ١٣٢٦ الفرنسية أن يقال بعدم جواز التوقيع على بياض . ولكن المادة ٣٤٠ من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ نصت أيضاً على عقاب كل من اؤتمن على ورقة ممضاة أو مختومة على بياض فخان الأمانة . هذا فضلا عما تقدم من أنه لا يشترط لتحرير العقد العرفى سوى التوقيع وأن الأصل فى العقود العرفية حرية التعاقد وعدم التقيد بأى شكل أو بأى شرط .

---

(١) كابيتان ج ٢ ص ٢٠٨ طبعة ثانية وبودرى تعهدات رقم ٢٣٠٣ وأوبرى، ج ١٢ § ٧٥٦ هامش ٥ ص ١٨٥ .

(٢) بلانيول المطول ج ٧ رقم ١٤٥٩ ص ٧٩٥ وما أشار إليه وأوبرى فى الموضع المشار إليه فى الهامش السابق .

١٩٤ — والورقة الموقعة على بياض عندما تملأ أى عندما يكتب فى البياض الذى فوق التوقيع سند بدين أو غير ذلك من السندات والعقود تصبح قيمتها كأية ورقة أخرى كتبت ثم وقعت ، إلا أن للمدين الحق فى أن يثبت أن ما كتب لم يكن هو المتفق عليه . ولكن لا يمكنه إثبات ذلك أى إثبات ما يخالف ما كتب فى الورقة إلا بالكتابة كما إذا أعطى شخص آخر شيكات موقعة على بياض ليصرف من البنك ما يلزم صرفه لمصلحته أو لمصلحة متسلم الشيكات فى حدود مبلغ معين وأخذ عليه كتابة بذلك . ولا يمكنه الإثبات بالشهود ولا بالقرائن إلا إذا كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة[1] اللهم إلا إن كان هناك غش أو طرق احتيالية أمكن الحصول بها على تلك الورقة[2] وفى هذا المنحى قضت محكمة النقض (الدائرة المدنية) بأن تغيير الحقيقة فى الأوراق الموقعة على بياض ممن استؤمن عليها نوع من خيانة الأمانة . ومن ثم فلا يجوز إثبات عكس ما هو ثابت بها بغير الكتابة متى كان من وقعها قد سلمها اختياراً . أما إذا وقع المطعون ضده الورقة على بياض ثم حصل عليها الطاعن ممن سلمت إليه بطريقة ما وأثبت فيها الإقرار المدعى بتزويره ، فإن هذه الواقعة تعتبر تزويراً لا خيانة أمانة ، إذ لا يشترط لاعتبار الواقعة تزويراً الحصول على الورقة الموقعة على بياض بطريقة الاحتيال بل يكفى الحصول عليها بأية طريقة كانت ، وفى هذه الحالة يجوز إثبات التزوير المدعى به بطرق الإثبات كافة[3] ، وعلى عكس هذا قضت (الدائرة الجنائية) بأن تسليم الورقة الممضاة على بياض واقعة مادية لا تقتضى من صاحب الإمضاء إلا إعطاء إمضائه المكتوب على تلك الورقة إلى شخص يختاره ، وهذه الواقعة المادية منقطعة الصلة بالاتفاق

---

(١) قارن الفقرات رقم ٧٥ — ٧٧ وانظر دمولومب جزء ٢٩ رقم ٣٦١ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٥٦ ص ١٨٥ — ١٨٦ .

(٢) بلانيول المطول فى الهامش الذى قبل السابق والحكم الذى أشار إليه . وانظر الفقرات رقم ٤١٠ — ٤١٢ (من هذه الرسالة) .

(٣) مجموعات المكتب الفنى المدنية السنة ١٨ ص ٦٦٥ والسنة ١٧ ص ١٣٩٩ والسنة ١٢ ص ٢١٢ .

الصحيح المعقود بين المسلم وأمينه على مايكتب فى تلك الورقة بحيث ينصرف إليه الإمضاء وهذا الاتفاق هو الذى يجوز أن يخضع لقواعد الإثبات المدنية كشفاً عن حقيقته، أما مايكتب تزويراً فوق الإمضاء فهو عمل محرم يسأل عنه مرتكبه جنائياً متى ثبت للمحكمة أنه قارفه[1] ولا يمكن أيضاً رفع الدعوى العمومية لخيانة هذه الأمانة طبقاً للمادة ٣٤٠ عقوبات وإثبات ذلك بالشهود والقرائن إلا إذا كان هناك كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، ولو أن القاعدة أن الجرائم يصح إثباتها بشهادة الشهود والقرائن — ذلك لأن قواعد الإثبات يجب أن لاتختلف فى المسألة الواحدة مادام الأساس تعاملا مدنياً ، حيث لايمنع مانع من أخذ كتابة . ولا يخفى أنه من السهل على من يعطى آخر ورقة مختومة على بياض أن يأخذ عليه كتابة بها ويمافوض إليه كتابته فيها وهذه الحالة كحالة خيانة الأمانة فى الوديعة، فإن خيانة الأمانة فى الوديعة مما نص عليه فى المادة ٣٤١ عقوبات لاتثبت جنائياً إلا إذا ثبتت الوديعة ، والوديعة لاتثبت إلا بالكتابة إذا كانت قيمة الشىء المودع أكثر من عشرين جنيها كما سنرى عند الكلام على إثبات الجنح وأشباه الجنح فى باب شهادة الشهود . ولا يخفى أنه إذا اختلفت قواعد الإثبات فى المدنى والجنائى فى الشىء الواحد كان هناك تناقض فى الأحكام . فمثلا إذا دفع شخص فى دعوى مدنية بخيانة الأمانة فى ورقة مختومة على بياض — هى الورقة التى قامت عليها الدعوى ، ولم يقدم كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، لا يقبل دفعه . فإذا رفعت النيابة الدعوى العمومية طبقاً للمادة ٣٤٠ عقوبات وأجزنا الإثبات بالشهود ، قد تحكم المحكمة على المتهم بالعقوبة أى تثبت عليه الفعل الذى لا يمكن أن يثبت مدنيا[2] .

---

(١) مجموعات المكتب الفنى الجنائية السنة ٢٠ ص ٣٨ والسنة ١٢ ص ١٤٣ .

(٢) قارن لاروميير على المادة ١٣٤٨ رقم ٢٥ و ٢٦ وانظر آخر هذا الرقم وأوبرى جـ ١٢ § ٧٦٥ حرف (b) ص ٣٦٩ وسيرى ٣١ — ١ — ١٨٨ و ١٩٢ و ٤٤ — ٢ — ٣٢١ و ٤٢ — ٢ — ١٢ و ٤٦ — ١ — ٧٥٧ و ٤٨ — ١ — ٣٢١ و ٧٩ — ١ — ٤٦١ و ١٩٠٥ — ٢ — ٧١ وقارن أيضا سيرى ٩٦٤ — ١ — ٢٤٥ وانظر عكس ذلك هيل وشوفو Hélie et Chauveau فى العقوبات جزء ٥ رقم ٢٢٦٦ ص ٤٦٦ طبعة سادسة .

١٩٥ — وإذا تعاقد من سلمت إليه الورقة مع الغير بناء على ما كتب فيها وكان ظاهرها غير معيب ، وكان هذا الغير حسن النية ، فإن عقده يسرى على صاحب الورقة[١] ولو أثبت هذا أن ما كتب فيها هو خلاف المتفق عليه .

١٩٦ — ولكن إذا لم تكن الورقة الممضاة أو المختومة على بياض مسلمة للخائن من صاحبها وإنما حصل عليها بأية طريقة ، وكتب فى البياض الذى فوق الإمضاء أو الختم سند دين أو مخالصة أو غير ذلك من السندات التى يترتب عليها حصول ضرر لنفس صاحب الإمضاء أو الختم أو لما له فإنه يعد مزوراً طبقاً للجزء الأخير من المادة ٣٤٠ عقوبات ويصح إثبات ذلك بشهادة الشهود والقرائن وإذا تعاقد هذا المزور مع الغير فإن هذا الغير لا يمكنه التمسك بالورقة ولو كان حَسن النية لأن عقده لم يبن على سوء استعمال الورقة ممن اؤتمن عليها بل بنى على جريمة تزوير لا يصح أن يكون صاحب الإمضاء مسؤولا عنها كما إذا قصر وائتمن شخصا ليس محلا للثقة[٢] .

١٩٦ — ويلاحظ أخيراً أن السند المحرر على بياض الخالى من ذكر اسم المستفيد يعتبر كالسند لحامله تماما بالنسبة لانتقال الملكية بالمناولة من يد إلى يد دون حاجة إلى تحويل بالتظهير ومن حق حامله أن يطالب بقيمته[٣] .

---

(١) انظر دمولومب جزء ٢٩ رقم ٣٦١ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٥٦ ص ١٨٦ وبلانيول المطول جزء ٧ رقم ١٤٥٩ ص ٧٩٦ .

(٢) انظر بلانيول المطول فى الموضع السابق وبونييه ج ٢ رقم ٦٧٢ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٣٦٢ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ١٨٦ وقارن حكم النقض الجنائي الفرنسى فى سيرى ٢٩ — ١ — ٣٢٢ ، وقارن أيضا سيرى ٣٠ — ٣ — ٣٠ .

(٣) انظر مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الخامسة ص ٧٥٢ رقم ١١٢ / ٢ . والسنة ٢٠ ص ١٧٠ .

قوة العقود العرفية

١٩٧ — إن هناك فرقا عظيما بين قوة العقد العرفى والعقد الرسمى ، فالعقد العرفى كما رأينا لا قوة تنفيذية له مطلقا ، بل يجب استصدار حكم نهائى واجب التنفيذ و من حيث الإثبات ، فهو أضعف بكثير من العقد الرسمى ، لأن المتعهد إذا أنكر التوقيع إنكاراً بسيطا يكلف المتعهد له بأن يثبت صحته أى صحة التوقيع . إلا إذا كان التوقيع مصدقا عليه من موظف عمومى مختص فإنه لا يكفى مجرد إنكاره كما تقدم القول فى الفقرة رقم ٩٧ بل يجب الطعن فيه بالتزوير إذ تعتبر عملية التصديق الحاصلة من موظف عمومى مختص تحريراً رسميا . وبعبارة أخرى ليس للعقد العرفى سوى قوة مؤقتة فى الإثبات حتى يقر به المتعهد صراحة أو ضمناً بالسكوت[1] أن ينكره ويثبت المتعهد له صحة توقيعه . ويمكن القول أيضاً بأنه ليس إلا قرينة وقتية على وجود الحق تتعزز بالاعتراف به أو بعدم جحوده أو إثباته بعد ذلك . والسبب فى كل ذلك أن العقد العرفى لم يتحرر إلا بمعرفة شخصين عاديين لا يميز الشارع بينهما ولا يفضل أحدهما على الآخر . ولما كان الأصل عدم التعهد فإذا لم يعترف المتعهد بالتعهد المنسوب إليه فى الورقة العرفية صراحة أو ضمناً بعدم إنكاره فلا يعتبر الشارع أن هناك تعهداً صدر منه حتى يثبت مدعيه وجوده ، أما العقد الرسمى فإنه يحرر بمعرفة موظف مختص جائز للثقة العامة يجب احترام تحريره حتى يثبت العكس . إنما يترتب على القول بأن العقد العرفى يعتبر ذا قوة مؤقتة أو قرينة وقتية على وجود الحق حتى ينكره المتعهد ، أنه إذا رفعت به دعوى ولم يحضر المتعهد يحكم عليه غيابيا . أى أن العقد العرفى ليس فاقداً لقوة الإثبات أصلا كما كان الحال فى فرنسا قديما بقانون صدر

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٣٣٧ ودورانتون ج ١٣ رقم ١١٣ وأوبرى ج١٢ § ٧٥٦ ص ٢١٧ وسيرى ٣٥ — ١ — ٥٨٤ و ١٦ — ٢ — ٧ .

فى ديسمبر سنة ١٦٨٤ حيث كان المتعهد له يكلف باثبات التعهد قبل إنكاره من المتعهد [١] وإلا كان فى هذه الحالة لامعنى للتصريح به قانونا، وأكثر العقود عرفية . ويصح القول بأن عدم حضور المتعهد فيه إقرار ضمنى بحصول التعهد وإلا لبادر بالحضور لإنكاره . وظاهر من ذلك أنه ليس على المتعهد سوى مجرد الإنكار فيحمل المتعهد له عبء الإثبات . أما فى حالة الطعن بالتزوير فإن المتعهد هو الذى يحمل عبء الاثبات . وسنرى أن المتعهد فى العقود العرفية إن شاء اكتفى بمجرد الإنكار وإن شاء طعن بالتزوير .

والعقود العرفية كالعقود الرسمية لها قوة بالنسبة للطرفين ولها قوة بالنسبة للغير (من حيث الإثبات) .

قوة العقود العرفية بالنسبة للطرفين

١٩٨ — إن هناك أمراً واحداً إذا توفر كانت قوة العقد العرفى بالنسبة للطرفين من حيث الإثبات كقوة العقد الرسمى [٢] ، وهو أن لا ينكر المدين توقيعه أو ينكره ويثبت الدائن صحته . وذلك مستفاد من نص المادة ١٤ من قانون الإثبات التى قالت « يعتبر المحرر العرفى صادراً ممن وقعه مالم ينكر صراحة ماهو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ويكفى أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق . ومن احتج عليه بمحرر عرفى وناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع » . وكانت المادة ٣٩٤ من القانون المدنى القائم التى هى مثل المادة ١٤ إثبات فيما عدا

---

(١) بلانيول الموجز ج ٢ رقم ٦٨ طبعة خامسة وبودرى تعهدات رقم ٢٣٣٩ .
(٢) مع ملاحظة ما سيأتى فى الفقرتين رقم ٢٠٤ و ٢٠٥ .

الجزء الأخير منها وهو « ومن احتج عليه بمحرر عرفى . . . الخ » .

وكانت المادة ٢٢٧/٢٩٢ من القانون المدنى السابق تنص على أن المحررات غير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة[1] أو الإمضاء[2] ونصت المادة ١٣٢٢ من القانون المدنى الفرنسى صراحة على أن العقد العرفى يعتبر حجة كالعقد الرسمى[3] بين المتعاقدين والورثة والخلف . إنما يجب أن يلاحظ أن جميع محتويات العقد العرفى هى من عمل الطرفين ، وليس فيها جزء يثبته الموثق بناء على معرفته أو مشاهدته أو سماعه شخصياً مما لا يصح الطعن فيه إلا بالتزوير . وجزء يكتبه الموثق بناء على مايقرره الطرفان أمامه يصح إثبات مايخالفه بالطريق القانونى دون حاجة للطعن بالتزوير كما سبق أن قلت فى الفقرة رقم ١٤٧ . فيصح إذن إثبات عكس ما يرد بالعقد العرفى بالطريق القانونى دون حاجة للطعن بالتزوير . فإذا جاء فى عقد بيع مثلا أن البائع تسلم الثمن كله جاز له أن يثبت بالكتابة أن تقريره ذلك كان صورياً أو أنه تسلم بدل الثمن غلالا أو عرضاً آخر ظهر أنه معيب أو مغشوش أو أنه تسلم بدل الثمن أو بعضه شيكا لم يجد له رصيداً . وكذلك فيما يتعلق بتاريخ العقد يصح له

---

(١) قد يقال أنه لامعنى لإنكار الكتابة (وحدها) إذا كانت بغير توقيع إذ لا قيمة لها بدونه فضلا عن أنه لايشترط عندنا كما هى الحال فى فرنسا أن تكتب بعض السندات (كل السند أو جزء منه) بخط المدين (انظر رقم ١٨٧) وقد يقال إن الشارع المصرى نقل هذه اللفظة (الكتابة احتياطا عن المادة ١٣٢٣ مدنى الفرنسية بدون مراعاة الفرق بيننا وبينهم لكن يجب أن نلاحظ أن الورقة قد تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة كما سنرى إذا كانت بخط المنسوبة له، ولو لم يكن عليها توقيعه وقد تعتبر أيضا سنداً كاملا بدون توقيع كالتأشير بمعرفة الدائن على سند الدين بما يفيد براءة المدين (راجع فقرة رقم ٣٠٢ وما بعدها) .

(٢) راجع الفقرة رقم ١٨٩ .

(٣) والنص الفرنسى للمادة ٢٢٧ / ٢٩٢ من القانون المدنى السابق عندنا كانت تنص على ذلك صراحة أيضا إذ جاء فيها بعد أن تحدثت المادة السابقة عن قوة العقد الرسمى :
Les écrits sous seing privé font la meme preuve etc.

أن يثبت أنه قدم أو أخر دون حاجة للطعن بالتزوير . فإذا عجز عن إثبات شيء من ذلك أصبحت قوة العقد العرفى كقوة العقد الرسمى من حيث الإثبات كما قلت فيما تقدم .

١٩٨ مكرر — ويجب أن يكون إنكار توقيع العقد العرفى صريحاً لا مراوغة فيه[1] إذ لامعنى لأن لايعرف الإنسان توقيعه أو خطه عندالاطلاع عليه . وكذا السند وسر شروعه . فلا يكفى أن يقول المدين لا أعرف ما إذا كان هذا توقيعى أو خطى أم لا — كلفوا الدائن بالإثبات . لأننا إذا قلنا بذلك فكأننا سلمنا بأن العقدفاقد لقوة الإثبات . وقد نصت على ذلك المادة ١٤ إثبات وكذلك كانت المادة ٣٩٤ مدنى كما تقدم ونصت المادة ١٣٢٣ من القانون المدنى الفرنسى على أنه « يجب على المدين أن يعترف بالإمضاء أو ينكرها إنكاراً صريحاً» . ويجب أيضاً على المدين أن يطلب الاطلاع على الورقة بمجرد ظهورها والتمسك بها وإلا أمكنه أن يعطل سيرالدعوى بإنكار التوقيع بعد أن تكون قد قطعت مراحلها وقاربت نهايتها . (إنما يجب أن لا ننسى أن مجرد السكوت قد يعتبر قرينة موضوعية فقط على صحة التوقيع يجوز إثبات مايخالفها بجميع الطرق) . ومن باب أولى يعتبر التوقيع صحيحاً إذا ناقش المدعى عليه بعض محتويات السند دون إنكار لأن فى هذا اعترافاً ضمنياً بالتوقيع .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية لهذه المادة « أضاف المشروع فى المادة ١٤ منه إلى المادة ٣٩٤ المقابلة لها فى القانون المدنى فقرة جديدة تنص على أن من يحتج عليه بمحرر عرفى فيناقش موضوعةلايقبل منه بعد ذلك إنكار الخط أوالإمضاء

---

(١) الجازيت السنة السابعة ص٤ وانظر بودرى تعهدات رقم ٢٣٤٠ والمراجع التى أشار اليها .

أو الختم أو البصمة المنسوبة له عليه ، وذلك سداً من المشرع لباب المطل والكيد .ذلك أن مناقشة موضوع المحرر يتعين لتكون جادة منتجة أن تكون وليدة الاطلاع على هذا المحرر . وهو مايمكن من التحقيق من نسبة الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة لمن يشهد عليه المحرر إذ أن من اليسير على هذا الأخير بمجرد هذا الاطلاع التحقق من هذه النسبة فإذا لم ينكرها فور اطلاعه على المحرر وخاض فى مناقشة موضوعه فإن ذلك منه إنما يفيد تسليمه بصحة تلك النسبة فإن عاد بعد ذلك إلى إنكارها وقد سارت الدعوى شوطاً بعيداً على أساس صحة المحرر فإنه يكون ذلك منه استشعاراً بضعف مركزه فى الدعوى واستغلالا لنصوص القانون من نقل عبء الإثبات إلى المتمسك بالورقة ورغبة فى الكيد والمطل وهو مالا يجوز تمكينه منه » وجاء فى تقرير لجنة الشئون التشريعية بمجلس الأمة « هذا ولم يدخل المشروع على قواعد الإثبات الموضوعية المقررة فى القانون المدنى جديداً إلا فى أمور قليلة تفصيلية أهمها تضمين المشروع فقرة جديدة أضيفت إلى المادة الرابعة عشرة منه المأخوذة بنصها عن المادة ٣٩٤ من القانون المدنى ومفادها أن « من احتج عليه بمحرر عرفى وناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع » وهو نص سائغ ، ولكن ينبغى أن لا يتجاوز حدوده،فإنه يسقط حق الخصم فى إنكار الخط أو الإمضاء ، ولكن لا يسقط حقه فى الطعن على المحرر بالتزوير من جهة صلبه أو توقيعه .

١٩٩ — وإنما هناك حالة لا يستطيع فيها المرء أن يقطع بصحة أو عدم صحة التوقيع . فخلفاء المدين الذين كالورثة يمكنهم أن يقولوا أننا لانعرف

ما إذا كان هذا التوقيع توقيع المورث أم لا . وهذا كاف لتكليف الدائن بالإثبات[١] وهذا منصوص عليه أيضاً فى المادة ١٣٢٢ من القانون المدنى الفرنسى . ولم ير الشارع عندنا فى القانون المدنى السابق حاجة للنص على هذه الحالة والتى تقدمتها لأن الأمر واضح ظاهر . ولكن القانون المدنى القائم نص على ذلك صراحة أيضاً فى المادة ٣٩٤ سالفة الذكر . إنما يشترط أن يحلف الخلف يميناً بأنه لا يعلم أن التوقيع توقيع السلف ، إذ قالت المادة ١٤ إثبات «أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ويكفى أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هى لمن تلقى عنه الحق » . وهذا الشرط فى محله وخصوصاً بالنسبة بالوارث — ذلك لأنه من الجائز أن يكون الوارث أو الخلف عالماً بأن الخط أو الإمضاء الخ خط المورث أو السلف أو إمضاؤه الخ أو عالماً بحصول التعاقد أو حصل التعاقد أمامه ، ومع ذلك ينكر تعسفاً[٢] قلت إنه فيما يتعلق بالدين نفسه يجب أن يحصل الإنكار بمجرد ظهور الورقة . إلا أنه بالنسبة للوارث أو الخلف فإن عدم الإنكار بمجرد ظهور الورقة قد يكون تريثا حتى يتحقق من الأمر ولكن يجب أن يكون سكوته لمدة معقولة بعد أن يكون قد أبدى جهله أو شكه فى صحة التوقيع عند ظهور الورقة وطلب مهلة للتحقيق من ذلك . إنما إذا طعن الوارث أو الخلف بالتزوير ولم يدع مجرد جهل التوقيع وقع عليه عبء الإثبات[٣] .

---

(١) هلتن جزء أول ص ٤١٧ ودوهلس جزء أول ص ٧٧ والجازيت السنة السابعة ص ٤

(٢) وجاء فى المذكرة الإيضاحية : على أنه رؤى من الأنسب اقتفاء أثر المادة ١٣٢٣ من التقنين الكندى فنص على وجوب تعزيز إقرار الوارث أو الخلف (أى تقرير عدم العلم) بيمين يؤديها درءا لما يحتمل من تعسف هذا أو ذاك فى استعمال الرخصة المخولة له .

(٣) انظر الفقرة رقم ٤٢ مكرر وحكم النقض المشار إليه فيها .

إنكار الكتابة أو التوقيع وإجراءات التحقيق لإثبات صحة ذلك :

٢٠٠ — عندما ينكر المدين الكتابة أو التوقيع المنسوب له على عقد عرفى أو يقول الوارث أو الخلف إنه لا يعلم به ويحلف على ذلك كما تقدم يحيل القاضى الدعوى على التحقيق ليثبت الدائن صدور الكتابة أو التوقيع من المدين ولو لم يطلب الدائن ذلك (أى الإحالة على التحقيق) لأن من حق القاضى أن يجرى ذلك من نفسه[1] ولا يمنعه عن ذلك غياب الدائن . هذا إلا إذا استطاع القاضى تكوين عقيدته فى الدعوى من وقائعها دون حاجة إلى تحقيق كما سنرى فيما يلى فى الفقرتين رقم ٢٠٢ و ٢٣٠ . إنما إذا تنازل الدائن عن التمسك بالورقة فلا محل للاحالة على التحقيق طبعاً .

٢٠١ — وتحصل هذه الاجراءات عادة بصفة فرعية أى أثناء نظر دعوى أصلية كما إذا رفع شخص على الآخر دعوى يطالبه بدين مستحق بمقتضى سند فأنكر المدين الكتابة أو التوقيع . وإنما أجاز الشارع حصول تلك الإجراءات بدعوى أصلية أيضاً إذ نصت المادة ٤٥ إثبات (٢٧٧ من قانون المرافعات السابق) على أنه يجوز لمن بيده محرر غير رسمى أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر ليقر بأنه بخطه أو بإمضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الأداء ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة[2] .

وإجراءات التحقيق فى الحالين واحدة وهى منصوص عليها فى قانون

---

(١) أوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢١٨ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٤١ وسيرى ٣٤ — ١ — ٦٤٩ و ٣٧ — ١ — ٢٠١ و ٧٢ — ١ — ٢٢٧ و ٩٤ — ١ — ٢٤٠ .

(٢) وانظر الفقرة رقم ٢٠٨ وما بعدها فيما يختص بالطعن بالتزوير ومتى يجب الطعن بالتزوير ولا يكفى الإنكار .

الاثبات فى المواد ٣٠ ـ ٤٨ (المواد ٢٦٢ ـ ٢٨٠ من قانون المرافعات) وسأتكلم عليها فيما بعد .

هل يمكن للقاضى أن يحكم بصحة الورقة بدون تحقيق ؟

٢٠٢ ـــ نعم هذا ممكن وهذا يستفاد بسهولة من المادة ٣٠ إثبات التى نصت على أنه « إذا أنكر من يشهد عليه المحرر خطه أو إمضاءه أو ختمه أو بصمة إصبعه أو أنكر ذلك خلفه أو نائبه وكان المحرر منتجا فى النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة فى شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة أصبعه أمرت المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما » فإنه ظاهر بوضوح من قول المادة أنه إذا كان المحرر منتجا فى النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة فى شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة أمرت المحكمة بالتحقيق . وظاهر من ذلك أيضاً أنه إذا كفت وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة بصحة الخط .. إلخ ، حكمت بذلك بدون تحقيق ، وأنه وإن كان القانون المدنى السابق وقانون المرافعات القديم لم ينصا على ذلك فقد تقرر فقهاً وقضاء أنه ليس هناك مايمنع القاضى من الحكم بصحة الورقة بدون تحقيق إذا أقنعته ظروف الدعوى ومستنداتها وقائعها بذلك وظهر له أن الإنكار ليس الغرض منه إلا التكيد للخصم والمماطلة والتسويف[1] . ومما يؤيد ذلك أن المادة ٩ إثبات (١٦٥ من قانون المرافعات

---

(١) انظر حكم دوائر الاستئناف مجتمعة فى المحاماة ٩ رقم ٥٢٤ وكتاب المرافعات للمرحوم الدكتور أبو هيف ص ٥٩٣ رقم ٨٣٧ والأحكام والمراجع التى أشار إليها وكابيتان ج ٢ ص ٢١١ طبعة ثانية وبودرى تعهدات ٢٣٤١ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢١٨ ويشير فى الهامش ٩٤ إلى بونسين فى المرافعات ج ٣ ص ٤٨٦

Boncenne. Theorie de la procedure civile.

وشوفو على كاريه مرافعات أيضا

Chauveau, sur Carré, Loi de procédure civile, 1' quest' 803 ter.

وزكاريا § ٧٥٢ رقم ٣٠ وعكس ذلك روتر Rauter مرافعات رقم ١٩٨ وانظر أيضا =

السابق) التى وردت فى الأحكام العامة للإثبات ، وتسرى على السندات الرسمية والعرفية نصت على أن « للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول فى المحضر ، ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة هذا الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك فى حكمها » . ومعنى ذلك أنه يجوز لها أن تحكم بصحة الورقة إن لم تأمر بإجراءات أخرى ، وسنرى فى الفقرة ٢٠٣ أنه يصح رفض دعوى التزوير والحكم بصحة الورقة بدون تحقيق فمن باب أولى يجوز ذلك فى حالة الإنكار .

هل يمكن الحكم بعدم صحة الورقة بدون تحقيق ؟

٢٠٣ — أنه يمكن الحكم بعدم صحة الورقة بدون تحقيق فى حالتين (الأولى) حالة ما إذا أنكر من يشهد عليه المحرر خطه أو إمضاؤه الخ وكفت وقائع الدعوى ومستنداتها لتكوين عقيدة المحكمة بعدم صحة الخط أو الإمضاء ... الخ ، كما يستفاد من المادة ٣٠ إثبات المذكورة فى مفهومها المخالف وقد قررت محكمة النقض أن محكمة الموضوع ليست ملزمة بإجابة الخصوم إلى ما يطلبونه من إحالة القضية إلى التحقيق وإنما هى ملزمة إذا رفضت مثل هذا الطلب أن تبين فى حكمها لم رفضته[1] . (والحالة الثانية) أنه طبقاً للمادة ٥٨ من قانون الإثبات يجوز

= مجلة القضاء السنة الثالثة ص ٤٣٦ و ٦ ص ١٦٢ والمجموعة الرسمية ٧ ص ٩١ والشرائع ٢ ص ٢١١ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤ ص ٤٤ و ص ١١٢ و ٥ ص ١٧١ و ٦ ص ٥٩ وأحكام النقض الفرنسية الكثيرة المشار اليها فى بودرى تعهدات رقم ٢٣٤١ هامش ١ .

(١) المحاماة ١٧ ص ٨٤ رقم ٤٥ . وانظر كتاب المرافعات للمرحوم الدكتور أبو هيف ص ٥٩٣ رقم ٩٣٧ وحكمى الاستئناف المختلط المذين أشار إليهما وبودرى تعهدات رقم ٢٣٤١ وأوبرى ج ١٣ § ٧٥٦ ص ٢١٨ وكابيتان ج ٢ ص ٢١١ وسيرى ٣٦ — ١ — ٤٧٠ و ٣٧ — ١ — ١٩٩ و ٤٣ — ١ — ٦٨٥ و ٨٥ — ١ — ٤٧٧ ودالوز ٨٥ — ١ — ٢٠٩ وعكس ذلك روتر مرافعات رقم ١٩٨ ومجموعة التشريع والقضاء ، المختلط ٣٠ ص ٦٢ وقارن حكم النقض فى مجموعة القواعد القانونية جزء أول رقم ٣٦٥ .

المحكمة ولو لم يدع أمامها بالتزوير أن تحكم برد أى محرر وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور[1] .

ما الذى يترتب على صحة التوقيع ؟

٢٠٤ — قلت فى الفقرة رقم ١٩٨ إنه إذا لم ينكر المدين توقيعه أو أنكره وثبتت صحته يعتبر العقد العرفى بالنسبة للطرفين فى قوة العقد الرسمى من حيث الإثبات ـ هذا من جهة المحتويات المادية للعقد ، ويترتب على ذلك أنه لا يصح الطعن فى ذلك إلا بالتزوير[2] . كما إذا ادعى المدين أنه حصل فى العقد تغيير أو حذف أو إضافة . ولا يصح للغير أيضاً أن يدعى بشىء من ذلك إلا بالطعن بالتزوير[3] إنما يجب أن يلاحظ أنه لا يمكن اعتبار الورقة العرفية من حيث الطعن بالتزوير كالورقة الرسمية فى سائر الأحوال .

٢٠٥ — فإنه عن المحتويات المعنوية للعقد أى من جهة صحة إقرارات الخصوم فيه فقد تقدم القول فى الفقرة رقم ١٤٧ فى الكلام على العقد الرسمى إن الوقائع المذكورة فيه بعضها من عمل الموظف المحرر شخصياً وبعضها من عمل الطرفين ، فالنوع الأول هو الذى لا يطعن فيه إلا بالتزوير . والنوع الثانى يجوز إثبات ما يخالفه بالطرق المباحة قانونا بغير حاجة للطعن بالتزوير . ولكن لا يخفى أن كل ما فى العقد العرفى هو من عمل الطرفين ، فمثلا إذا ذكر فى العقد العرفى أن البائع تسلم الثمن يصح إثبات ما يخالف ذلك بالطرق القانونية المباحة بغير طعن بالتزوير ، وأن هذا القول كان صورياً . أما إذا أثبت الموظف المحرر للعقد الرسمى أن البائع أقر بتسلم الثمن فلا يصح أن ينكر البائع إقراره هذا إلا بالطعن

---

(١) مجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص ٦٧٣ والسنة ١٦ ص ٦٧٨ .
(٢) أوبرى جـ ١٢ § ٧٥٦ ص ٢١٩ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٤٢ .
(٣) قارن رقم ١٦٧ (من هذه الرسالة) .

بالتزوير[1] إنما لا ننسى أنه يصح له بغير طعن بالتزوير أن يثبت أن ذلك الإقرار كان صورياً ، إذ أن هذا لا ينقض ما أثبته المحرر من أن البائع أقر أمامه بتسلم الثمن[2] على أنه يجب أن يلاحظ أن الصورية لا تثبت بين الطرفين إلا بالكتابة حيث يجب قانون الإثبات بها كما سنرى[3] أما غير المتعاقدين فإنه يمكنه إثبات الصورية بطرق الإثبات كافة إذ ليس فى إمكانه أخذ كتابة بها كما سنرى أيضاً[4] .

٢٠٦ — وكذلك تاريخ العقد فإنه فى العقد الرسمى من عمل الموظف شخصيا لا يصح الإدعاء بأنه ليس التاريخ الحقيقى إلا بالطعن بالتزوير ، أما فى العقد العرفى فإنه من عمل المتعاقدين ، فيصح لأحدهما أن يثبت صوريته وأن يثبت التاريخ الحقيقى كما يصح لغيرهم على سفيه أن يثبت أن السند الذى يتمسك به آخر على المحجور عليه المشمول بقوامته تحرر بعد الحجر ، وأن تاريخه قدم إلى ما قبل الحجر ، لإمكان المطالبة به . وفى هذه الحالة يمكن الإثبات بجميع طرق الإثبات ، لأن ذلك مبنى على غش[5] ويلاحظ أن تاريخ العقد العرفى يعتبر صحيحا حتى يقوم الدليل على عدم صحته . وقد قررت محكمة النقض أن التاريخ العرفى المعترف به من المورث يكون حجة على الوارث حتى يقيم الدليل على عدم صحته ، فإذا

---

(١) قارن نقض فى المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٦ رقم ٣ ودالوز ١٩١٢ — ١ — ١٦٥ وسيرى ١٩١٣ — ١ — ٢١٥ .

(٢) انظر الحكم الفرنسى السابق والفقرة رقم ١٤٧ (من هذه الرسالة) .

(٣) فى الفقرة رقم ٢٦٠ وانظر أيضا الفقرات ٧٥ — ٧٧ ومجموعة المكتب الفنى المدنية السنة ١٨ ص ٤٧٨ والسنة ١٥ ص ٨٦ .

(٤) فى الفقرات رقم ٢٥٢ و ٢٥٣ و ٤١٤ .

(٥) قارن الفقرة رقم ٨٠ ولوران جـ ١٩ رقم ٢٧٢ و ٢٦٥ وبلانيول الموجز جـ ٢ رقم ٧٣ طبعة خامسة وبوردى تعهدات رقم ٢٢٤٣ وأوبرى جـ ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٢٠ ودمولومب جـ ٢٩ رقم ٥٠٨ وانظر أيضا الفقرة رقم ٢١٩ (من هذه الرسالة) .

كان الوارث لم يقدم الدليل على عدم صحة ذلك التاريخ ولم يطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق ليثبت بجميع الطرق القانونية صدور العقد فى تاريخ آخر ، فإن أخذ المحكمة بالتاريخ الوارد فى العقد لا تكون فيه مخالفة للقانون [1] أما غير المتعاقد أو غير خلفه أو غير من يمثله فلا يسرى عليه تاريخ العقد العرفى إلا إذا كان ثابت التاريخ بوجه رسمى كما سنرى — على أنه يجب أن لا ننسى أن المتعاقد نفسه إذا كان ذا أهلية ، أو من يمثله أو خلفه لا يمكنه أن يطعن فى التاريخ إلا بالتزوير إذا ادعى حصول تغيير مادى فيه أو حذف أو إضافة ما دام لا ينكر التوقيع على العقد أو أنكره وثبتت صحته .

والخلاصة أن ما لا يقبل الطعن إلا بالتزوير فى العقد العرفى الصحيح هو محتوياته المادية عند حصول تغيير أو زيادة أو حذف فيها .

ما الذى يترتب على عدم إثبات صحة التوقيع :

٢٠٦ مكرر — وإذا عجز مدعى الالتزام عن إثبات صحة التوقيع تصبح الورقة ولا قوة لها ولا يعبأ بها القاضى ويرفض الأخذ بها وقد يترتب على ذلك اعتبار من تمسك بها مرتكبا لجريمة التزوير .

جزاء إنكار التوقيع بغير حق :

٢٠٧ — إذا أنكر شخص توقيعه وثبتت صحته ، لا يصح أن يترك بغير جزاء لسوء نيته ولتعطيله سير القضية ، وتأخيره تنفيذ التعهد ، وتضييعه وقت القضاء ، بخلقه نزاعا لا أساس له ، ولتأثير ذلك على سمعة المتمسك بالورقة ، لذلك نصت المادة ٤٣ إثبات على أنه إذا حكم بصحة كل المحرر فيحكم على من أنكره

بغرامة لاتقل عن عشرة جنيهات ولا تجاوز خمسين جنيهاً (وكانت الغرامة فى المادة ٢٧٥ من قانون المرافعات السابق أربعة جنيهات إلى خمسة عشر وكانت أربعة جنيهات فقط حسب نص المادة ٢٧٢/٣١٣ من قانون المرافعات القديم[١]) ويشترط توفر سوء النية فى الإنكار فإذا كان المنكر هو وكيل صاحب المحرر ثم حضر صاحبه واعترف بصحة توقيعه قبل الشروع فى التحقيق فإنه لايحكم عليه بالغرامة[٢] هذا ويحكم بالغرامة ولو كان المنكر غير محررها كالوارث، إلا إذا اقتصر على عدم الاعتراف بصحة توقيع المورث بدون أن يجحده، أى بقوله أنه لا يعرف ما إذا كان هذا توقيع مورثه أم لا ـ إلا إذا ثبت من التحقيق أنه كان يعرف أن التوقيع هو توقيع المورث ـ هذا فضلا عما لصاحب الورقة من حق مطالبة المنكر بتعويض الضرر المادى والضرر الأدبى لما لحق به من إنكار التوقيع بغير حق. ويلاحظ أنه لايحكم بغرامة إلا إذا حكم بصحة كل الورقة كما قالت المادة ٤٣ إثبات المقابلة ٢٧٥ من قانون المرافعات السابق (المادة ٢٧٢ من القديم) أما إذا حكم بصحة بعضها وعدم صحة البعض الآخر لا يحكم على المنكر بشىء بما أنه ثبت بعض ما ادعاه.

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمادة ٤٣ إثبات عن سبب رفع الغرامة حرص الشارع على ضمان سلوك الدفع بالإنكار (أو الادعاء بالتزوير كما سنرى فى الفقرة التالية عن المادة ٥٦) لخطورة هذا المسلك بما يترتب عليه من تعطيل فى الدعوة ووقف لصلاحية المحرر المطعون عليه بالتزوير للتنفيذ عن الحكم بتحقيق الإدعاء بتزويره.

(٢) انظر مذكرة لجنة المراقبة القضائية المؤرخة فى ٢٥ من مارس سنة ١٨٩٩ رقم ٤ قرارات عمومية ومنشورة فى مجلة القضاء السنة السادسة ص ١٢٣ — وقارن الحكم المشار إليه فى مجلة القضاء السنة الرابعة ص ١١٦ حيث جاء فيه أنه من المتفق عليه عند علماء القانون أن السبب الوحيد للحكم بالغرامة القانونية على منكر ختمه الموقع به على العقد المحكوم بصحته كونه استعمل سوء النية عند الإنكار ولكن لو حضر المنكر بنفسه واعترف قبل الشروع فى التحقيق بختمه الذى كان أنكره وكيله فيدل ذلك على أنه لم يستعمل سوء النية عند الإنكار وحينئذ فلا يمكن اعتباره كمنكر استمر فى إنكاره حتى حكم بصحة العقد فيحكم عليه بالغرامة القانونية

ويلاحظ أيضاً من جهة أخرى أنه إذا حكم بسقوط حق مدعى التزوير فى ادعائه أو برفضه حكم عليه بغرامة لا تقل عن ٢٥ جنيها ولا تجاوز مائة جنيه ولا يحكم عليه بشىء إذا ثبت بعض ماادعاه وقد نصت على ذلك المادة ٥٦ إثبات (وكانت الغرامة ٢٥ جنيهاً طبقا للمادة ٢٨٨ من قانون المرافعات السابق وعشرين جنيها طبقا للمادة ٢٩١ من قانون المرافعات القديم) وجاء فى المذكرة الإيضاحية للمادة ٥٦ إثبات عن سبب زيادة الغرامة ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للمادة ٤٣ كما تقدم والمادة ٥٦ إثبات تقول كما تقدم إذا حكم بسقوط حق المدعى بالتزوير فى ادعائه أوبرفضه (وكانت المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات بذات النص كما تقدم ، أى أن المادة ٥٦ إثبات تشترط أن لا يحكم بالغرامة إلا بعد الحكم بسقوط حق مدعى التزوير فى ادعائه أو برفضه والظاهر أيضاً من كل ذلك على أى حال أن مجرد التنازل عن الادعاء بالتزوير أو العجز عن الإثبات لا يكفى لتوقيع الغرامة بل لابد أن يكون ذلك بعد صدور حكم بسقوط حق المدعى بالتزوير أو برفضه للتأكد من سقوط الحق وعدم التزوير ، وفى جميع الأحوال لا يكفى التنازل عن الادعاء بالتزوير أو الصلح لأنهما لا يدلان على سقوط حق المدعى أو عدم حصول التزوير .

هل يصح تعدد الغرامة ؟

٢٠٨ — إذا حصل الطعن فى أكثر من سند مما قدم فى الدعوى وكان الطاعن واحداً كما إذا قدمت عدة كمبيالات موقعة من شخص آخر فطعن فيها كلها أوحكم بصحتها كلها فهل تتعدد الغرامة بتعدد الكمبيالات — فى هذه الحالة لاتتعدد الغرامة لأن الطعن منصب على توقيع شخص واحد على جميع الكمبيالات .

وإذا كان هناك سند واحد موقع من أكثر من مدين وطعنوا فيه جميعاً وحكم بصحة التوقيعات كلها تتعدد الغرامة لأن كلا منهم مسئول عن التوقيع

المنسوب له . وإذا طعن فيه البعض دون البعض أو حكم بصحة البعض دون البعض تتعدد الغرامة بالنسبة لمن طعن ولا يحكم بشيء ضد من لم يطعن . ولكن إذا كان هناك فى هذه الحالة تضامن بين المدينين فى سداد قيمة السند ، هل يؤاخذ من لم يطعن بالتضامن فى الغرامة كما يؤاخذ فى قيمة سند الدين كلها ؟ أظن لا لأن ليس فى السند طبعاً اتفاق على التضامن فى الغرامة ، وليس فى القانون نص على هذا التضامن . وإذا كان هناك أكثر من وارث للموقع وأنكر التوقيع كل الورثة فالغرامة لا تتعدد لأن الطعن منصب على ورقة واحدة ويحكم بها على الورثة معاً دون تضامن ما دام ليس هناك اتفاق عليه ، ولا نص فى القانون[1] ، وإذا أنكر بعض الورثة دون البعض فلا يحكم إلا على من أنكر دون أن يتضامن معه من لم ينكر .

هل يمكن الطعن بالتزوير فى المحرر العرفى بدل الإنكار ؟

٢٠٩ — إنه وإن كان إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الأصبع يقتصر على الأوراق العرفية إلا أن الطعن بالتزوير كما يجوز فى الأوراق الرسمية يجوز كذلك فى الأوراق العرفية . وقد نصت المادة ٢٩ إثبات صراحة على أن إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الأصبع إنما يرد على الأوراق غير الرسمية أما ادعاء التزوير فيرد على جميع الأوراق الرسمية وغير الرسمية (وبهذا المعنى المادة ٢٦١ من قانون المرافعات السابق والمواد ٢٥١ ـ ٢٥٤ / ٢٩٠ ـ ٢٩٣ و٢٧٣ / ٣١٤ من قانون المرافعات القديم) فبدلا من أن يكتفى الملتزم بانكار التوقيع المنسوب إليه يستطيع الطعن بالتزوير . والواقع أن كل توقيع ليس صادراً

---

(١) وقد قضت محكمة النقض فى هذا الشأن بأن مناط الحكم بالغرامة المنصوص عليها فى المادة ٢٨ من قانون المرافعات السابق هو الحكم بسقوط حق مدعى التزوير فى ادعائه أو برفضه فلا تتعدد الغرامة فى هذه الحالة بتعدد المدعين بالتزوير [مجموعة المكتب الفنى المدنية السنة ٢٠ ـ ٣٨٢] .

من المنسوب له يكون مزوراً عليه . كذلك يصح له أن يدعى بحصول تزوير فى صلب العقد — فى المبالغ المذكورة فيه أو فى وحداته أو فى شروطه الخ . ويلاحظ أن الغرامة التى توقع على المنكر بغير حق هى من عشرة جنيهات إلى خمسين كما تقدم . أما الغرامة التى يجازى بها الطاعن بالتزوير فإنها من خمسة وعشرين جنيها إلى مائة . ولذلك يلجأ أغلب الناس إلى الإنكار فقط . وإنما الطعن بالتزوير أشد كما لا يخفى ، ويكون عادة قرينة على تأكد الطاعن من مركزه وثقته من نفسه وأنه جاد فى الطعن ، لا مشاكس ولا مماطل فى الحق ، إذ يتحمل الطاعن عبء الإثبات بخلاف المنكر الذى يلقى حمل الإثبات على عاتق خصمه كما تقدم القول فى الفقرة ١٩٧ . وقد ينتج عن ذلك أن يخشى مدعى الالتزام عاقبة أمره فيتنازل عن التمسك بالسند .

متى لا يصح مجرد الإنكار ويلزم الطعن بالتزوير؟

٢١٠ — وهناك توقيع لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير ، وإن كان على عقد عرفى ، وهو التوقيع المصدق عليه من موظف عام مختص أى من موثق مختص أو من الكاتب الذى كان مختصا بذلك فى قلم كتاب المحكمة قبل قانون التوثيق ، فإن التوقيع يصبح رسمياً بهذا التصديق كما تقدم القول لأن الموظف يقرر أن فلاناً وقع أمامه ، وهذه الواقعة من عمل الموظف شخصياً فلا يصح للمدين أن ينكر التوقيع بعد ذلك إلا بالطعن بالتزوير ويكلف هو بإثبات ذلك . وكذلك ما يكتبه الموثق فى دفتر التصديقات من ملخصات . وقد قررت محكمة النقض أن الشهادة التى تستخرج ، من دفتر التصديقات على الإمضاءات والأختام الموقع بها على المحررات العرفية هى صورة رسمية لما يدون فى هذا الدفتر من ملخص للمحرر وليست صورة للورقة العرفية ، ولذلك فإنه يجوز الاستناد إليها فى إثبات ما

العقد[١] . أما الأوراق التى تقدم لكاتب الشهر العقارى والمساحة فإنه يكفى مجرد إنكار توقيعها لأن الموظف الذى يتلقاها ليس من وظيفته التثبت من شخصية أصحابها ولا تكون هذه الأوراق حجة بما فيها إلا بالنسبة للبيان الفنى الذى يضيفه الموظف المختص . وقد قررت محكمة النقض أن الطلب الذى يقدم لمصلحة المساحة لمراجعة عقد من العقود أو استمارة التغيير التى تحررها المساحة لا يعتبر أيهما من الأوراق المعدد لإثبات شخصية الموقعين عليها وليس من مهمة الموظف القائم بها إثبات هذه الشخصية ولا تكون هذه الأوراق حجة بما فيها إلا بالنسبة للبيان الفنى الذى تضمنته هذه الأوراق[٢] .

هل يلزم الطعن بالتزوير فى التوقيع على عقد عرفى بختم عند الاعتراف بصحة الختم وإنكار التوقيع به ؟

٢١١ — ومما يستلفت النظر أن محكمة النقض قررت فى حكمها الصادر فى ٢٦ من أبريل سنة ١٩٣٤[٣] أنه إذا اعترف شخص ببصمة ختمه وأنكر التوقيع به لا يمكنه الطعن إلا بالتزوير ، ولا يكفى مجرد الإنكار وذلك للأسباب الآتية :

ومن حيث أن القانون المصرى جعل للختم قوة الإمضاء فى حجية الأوراق فسوى بينهما فى حكم المادتين ١٨٩ و ١٩٣ من قانون العقوبات القديم (تقصد

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات رقم ٩٨ ومجموعة القواعد القانونية ٢ ص ٢٧٩ — ٢٨٠ رقم ٢٨٧ .

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ١٠١ ومجموعة المكتب الفنى ٦ رقم ١٠٩ ص ١١٩٢ ١١٩٣ .

(٣) مجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ص ٤٠٤ ومجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض الجزء الأول مدنى ص ٣٤٦ رقم ١٧٤ والفقرتين رقم ١٨٩ و ١٩٠ من هذه الرسالة.

قانون سنة ١٨٨٣) والمادتين ١٧٩ و ١٨٣ من قانون العقوبات الحالى (يقصد قانون ١٩٠٤ . وهاتان المادتان كالمادتين ١٨٩ و ١٩٣ من قانون سنة ١٨٨٣ مقابلتان للمادتين ٢١١ و٢١٥ من قانون العقوبات الحالى (الصادر فى ٣١ من يوليو سنة ١٩٣٧) فاعتبر مرتكباً لجريمة التزوير من يوقع على محرر بختم غير ختمه سواء أكان هذا الختم مزوراً تقليداً لختم صحيح أم كان ختما صحيحاً استعمله المزور بغير علم صاحبه ورضائه . كما اعتبر خائناً للأمانة كل من ائتمن على ورقة ممضاة أو مختومة على بياض فكتب فى البياض الذى فوق الختم أو الإمضاء سند دين أو مخالصة أو غير ذلك من السندات الخ ، فإذا لم تكن الورقة الممضاة أو المختومة على بياض مسلمة للخائن وإنما استحصل عليها بأية طريقة كانت فإنه يعد مزوراً ويعاقب بعقوبة التزوير (المادة ٣١٤ من قانون عقوبات سنة ١٨٨٣ و ٢٩٥ من قانون سنة ١٩٠٤ — ٣٤٠ من قانون سنة ١٩٣٧) وكما سوى بينهما فى أحكام قانون العقوبات ، كذلك سوى بينهما فى أحكام قانون المرافعات (القديم) فى المواد ٢٥١ وما بعدها لغاية المادة ٢٧٢ الواردة فى باب تحقيق الخطوط وفى المواد ٢٧٣ لغاية المادة ٢٩١ الواردة فى باب دعوى التزوير ، فجعل لمن بيده سند غير رسمى أن يكلف من عليه السند بالحضور أمام المحكمة لأجل الاعتراف بأن هذا السند بخطه أو إمضائه أو ختمه ، فإذا اعترف بأنه بخطه أو إمضائه أو ختمه صدقت المحكمة على هذا الاعتراف .. أما إذا أنكر الخط أو الإمضاء أو الختم المشتمل ذلك السند عليه تأمر المحكمة بالتحقيق بالمضاهاة ويجوز لها سماع شهادة الشهود فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم على الورقة المقتضى تحقيقها ممن نسبت إليه ...

ومن حيث أن المفهوم من هذه المواد أن الاعتراف المشار إليه فيها هو الاعتراف بذات الإمضاء أو ببصمة الختم ، وأن الإنكار هو إنكار ذات الإمضاء

أو نفس بصمة الختم كذلك ، وأن ما أجيز من سماع البينة على حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم إنما قصد به تحقيق ما إذا كانت الإمضاء أو الختم هو لصاحبه أم لا ، وذلك عند عدم وجود أوراق المضاهاة أو عند عدم الاطمئنان إلى تقرير خبير المضاهاة المعين فى الدعوى . كما يفهم أن المقصود من الحكم الذى يصدر بصحة الورقة التى صار تحقيقها إنما هو الحكم بصحتها محمولا على صحة ثبوت الإمضاء أو الختم لمن تسلمت إليه الورقة التى صار تحقيقها بعد إنكارها .

ومن حيث أنه يتبين مما تقدم أن القانون المصرى أقام حجية الأوراق على شهادة ذات الإمضاء أو الختم الموقع به عليها ، فمتى اعترف الخصم الذى تشهد عليه الورقة بأن الإمضاء أو الختم الموقع به على تلك الورقة هو إمضاؤه أو ختمه أو متى ثبت ذلك بعد الإنكار بالدليل الذى يقدمه المتمسك بالورقة ، فلا يطلب من هذا المتمسك أى دليل آخر لاعتماد صحة الورقة وإنكار اعتبارها حجة بما فيها على خصمه صاحب الإمضاء أو الختم ، ولا يستطيع هذا الخصم التنصل مما تثبته عليه الورقة إلا إذا بين كيف وصل إمضاؤه هذا الصحيح أو ختمه هذا الصحيح إلى الورقة التى عليها التوقيع به وأقام الدليل على صحة ما يدعيه من ذلك ، فإن هذه هى منه دعوى تزوير بحتة .

ومن حيث أن محكمة الاستئناف إذ اعتبرت أنه ما كان من ورثة المرحوم... من إقرار بأن بصمة الختم الموقع به على ... هى بصمة ختم مورثة مورثهم ... ومن زعم بأن هذه لم توقع بختمها هذا بنفسها وإنما وُقع به بعد وفاتها . . . وإذ رتبت على ذلك أن يكون الطاعن هو المكلف بالإثبات ... تكون قد أخطأت فى تفسير القانون وتطبيقه (أولا) لأن القانون لا يعرف إنكار التوقيع بالختم بل لا يعرف إلا إنكار بصمة الختم كما سلف الذكر (ثانيا) لأن المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات — إذا أجازت للمحكمة سماع شهادة الشهود على حصول

الكتابة أو الإمضاء أو الختم على الورقة المقتضى تحقيقها ـ لا ترمى إلا إلى إثبات الإمضاء أو الختم المنكورة بصمته . وهذا ظاهر من مقارنة مواد الباب بعضها ببعض ، ومن أن الشارع نقل حكم هذه المادة إلى المادة ١٥١ من قانونى المحاكم الشرعية الصادرين فى سنتى ١٩١٠ و ١٩٣١ بالنص الآتى « وإذا لم يتيسر المضاهاة أو لم يكن للمتمسك دليل آخر جاز إثبات الإمضاء أو الختم عند الإنكار بشهادة من عاينوا الخصم فى حالة التوقيع على السند بإمضائه أو ختمه » فدل بهذا النص الصريح على أن المادة ٢٧٠ لا ترمى إلا إلى إثبات الإمضاء المنكورة أو الختم المنكورة بصمته لا إلى إثبات التوقيع بعد الاعتراف بالختم .

وقد سارت محكمة النقض على هذا المبدأ فى أحكامها الصادرة فى ٢٤ من مايو سنة ١٩٣٤ و ٢٥ من إبريل سنة ١٩٣٥[١] و ١٧ من يونية سنة ١٩٣٧[٢] و ٣ من فبراير سنة ١٩٣٨[٣] ويظهر أن المحاكم تتبع هذا المبدأ إلى الآن .

---

(١) المجموعة المذكورة ص ٤٠٩ رقم ١٨٥ وص ٧٢١ رقم ٢٥٤ .

(٢) المجموعة المذكورة ج ٢ ص ١٧٧ رقم ٦٥ .

(٣) المجموعة المذكورة ج ٢ ص ٢٧٢ رقم ٩١ بل أن المحكمة بعد أن قررت فى هذا الحكم « أن التمسك بتطبيق حكم من أحكام القانون هو من الأسباب القانونية البحتة التى يجوز إبداؤها لأول مرة لدى محكمة النقض إذ هو لا يعد من الأسباب الجديدة لأن الخصوم يعتبرون بطرح دعواهم أمام القاضى إنهم يطلبون إليه أن يفصل فيها وفقاً لأحكام القانون ، فمن الواجب عليه أن يبحث ولو من تلقاء نفسه عن حكم القانون فى واقعتها وينزل هذا الحكم عليها » قالت « فمن أنكر عليه خصومه التوقيع على العقد الذى يتمسك به مع اعترافهم بصحة هذا التوقيع (وكان التوقيع بختم) وقبل أن يثبت صحته ثم قضى ضده برد وبطلان العقد ، يجوز له أن يحتج لدى محكمة النقض بأن الطريق الذى كان على خصومه أن يسلكوه فى الدعوى إنما هو الطعن بالتزوير ولو لم يكن قد تمسك بذلك أمام محكمة الموضوع ، هذا مع أن محكمة النقض قررت مراراً أن السكوت عن التمسك بالدفع بعدم جواز الاثبات بالبينة قبل البدء فى سماع الشهود مسقط له ، إذ الأصل أن الذى يدعى عليه بحق ما كما يملك الاعتراف به لصاحبه فيعفيه من إقامة الحجة عليه به يملك التنازل صراحة أو دلالة عن حقه فى مطالبة المدعى بالإثبات بطريق خاص قانعا منه بغيره لأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام — انظر الفقرة رقم ٩٢ (من هذه الرسالة) .

ظاهر مما تقدم أن محكمة النقض ساوت بين بصمة الختم الصحيح والامضاء الصحيح . ولكنى أرى أن الأمر لا يكون كذلك كما هو ظاهر من نصوص القانون التى تمسكت بها محكمة النقض وغيرها من النصوص كما سيلى ، إلا إذا كان الباصم على الورقة بالختم هو صاحب الختم نفسه أو حصل ذلك بعلمه ورضائه ، لأن الأمضاء الصحيح لا يحصل إلا من نفس صاحبه . أما إذا سرق الختم أو ضاع من صاحبه مثلا (وكل يوم نرى فى الجرائد ـ ختمى فقد منى الخ) فوقع به آخر دون علمه ورضائه ، لا يمكن القول بأن هذا التوقيع به صحيح كالإمضاء الصحيح . كذلك إذا ائتمن صاحب الختم آخر على ختمه كما يحصل بين بعض الأقارب أو سلمه إليه لأى غرض من الأغراض فاستعمله فى غير هذا الغرض أو وقع به على سند خلسة . إن الختم ذاته قابل للانفصال عن صاحبه كما تقدم بخلاف الإمضاء ، ومن السهل الحصول عليه بمعرفة قريب أو مساكن خصوصاً عند الوفاة وبعدها . وختم كل شخص فى الدار يكاد يكون فى متناول جميع أهل الدار . وختم المرأة المصرية خصوصاً فى الأرياف هو فى متناول يد زوجها أو أخيها أو أبيها إن لم يكن هو الحامل له .

ولا بد أن يكون الشارع قد قصد توقيع صاحب الشأن بنفسه سواء أوقع بإمضائه أم وقع بختمه ، بل قد بين عن هذا القصد كما نرى فيما يلى :

(أولا) إن قانون العقوبات كما قال حكم النقض فيما تقدم قد اعتبر مرتكباً لجريمة التزوير من وقع على محرر بختم غير ختمه سواء أكان هذا الختم مزوراً تقليداً لختم صحيح أم كان ختما صحيحاً استعمله المزور بغير علم صاحبه ورضائه . فهنا فى هذه الحالة الأخيرة قد اعتبر الشارع الأمر تزويراً رغم كون الختم صحيحاً كما لو كان الختم مزوراً أو الامضاء مزوراً ، وذلك لأنه لم يوقع بالختم صاحبه ، ولم يحصل ذلك بعلمه ورضائه . وبعبارة أخرى قد سوى الشارع بين

التوقيع بامضاء مزور، والتوقيع بختم مزور ، والتوقيع بختم صحيح بغير علم صاحبه ورضائه . وليس معنى هذه التسوية أنه يجب الطعن بالتزوير متى كان الختم صحيحاً ولولم يوقع به صاحبه ، وإنما معناها أن التوقيع بختم صحيح لا يكون توقيعاً صحيحا ولا تكون له قوة الامضاء فى حجية الأوراق إلا إذا وقع بالختم صاحبه كالإمضاء التى لاتحصل إلا من يد صاحبها ، وإلا كان التوقيع بالختم الصحيح مزوراً كما إذا زورت الإمضاء أو زور الختم . وكما هو ظاهر بوضوح من أسباب حكم النقض سالف الذكر ليس من ينكر أن الإمضاء إمضاؤه أو الختم ختمه فى حاجة للطعن بالتزوير ويمكنه الاكتفاء بمجرد الإنكار . فكذلك من وجد ختمه على ورقة وأنكر التوقيع به ، لأن العبرة بالتوقيع بمعرفة صاحب الشأن لا بمجرد وجود بصمة ختمه على الورقة ولو حصل ذلك من آخر بغير إذنه.

(ثانياً) وفضلا عن ذلك فإنه فى مادة خيانة الأمانة التى ذكرها حكم النقض أيضاً ، وكذلك فى مواد قانون المرافعات التى أشار إليها ، قد ذكر الشارع لفظ (مختومة) أو (الختم) معطوفاً دائماً عطف مثلية بحرف أوعلى لفظ (ممضاة)أو لفظى (الخط أو الإمضاء) فقد قالت المادة ٣٤٠ عقوبات : كل من أئتمن على ورقة ممضاة أو مختومة على بياض الخ . وقالت المادة ٢٥١ مرافعات (سابق) : يجوز لمن بيده سند غير رسمى أن يكلف من عليه ذلك السند بالحضور أمام المحكمة ولولم يحل ميعاده لأجل الاعتراف بأن هذا السند بخطه أو إمضائه أو ختمه إلخ . وبهذا المعنى المادة ٢٧٧ من قانون المرافعات السابق التى نصت على أنه يجوز لمن بيده ورقة غير رسمية أن يختصم من تشهد عليه تلك الورقة ليقر بأنها بخطه أو بامضائه أو بختمه أو ببصمة أصبعه الخ. وقالت المادة ٢٤٥ (من قانون المرافعات القديم) ... وأنكر الخصم الخط أو الإمضاء أو الختم ومثلها المادة ٢٨٠ من قانون المرافعات السابق ، والختم لا يكون مثل إمضاء الشخص أو خطه إلا إذا وقع به صاحبه أو بعلمه ورضائه .

(ثالثاً) وهذا يقع فى الموضوع على ما أرى : قالت المادة ٢٧٠ من قانون المرافعات (القديم) — وقد جاءت فى باب تحقيق الخطوط لا فى باب دعوى التزوير — قالت المادة المذكورة :

لا تسمع شهادة الشهود إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم على الورقة المقتضى تحقيقها ممن نسبت إليه الخ . ومثلها المادة ٢٧٤ من قانون المرافعات السابق التى أضافت التوقيع ببصمة الأصبع . وعبارة المادتين القديمة والجديدة وقول كل منهما ممن نسبت إليه ظاهر منه أنه يصح إنكار التوقيع بختم صحيح ، فتحال الدعوى إلى التحقيق ليثبت المتمسك بالورقة حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم ممن نسبت إليه الورقة . يؤكد هذا المعنى النص الفرنسى للمادة ٢٧٠ من قانون المرافعات القديم إذ قالت ماترجمته تماماً : إن الشهود لا يسمعون إلا عن الوقائع التى تثبت أن الورقة المقتضى تحقيقها كتبت أو أمضيت أو ختمت بمعرفة الشخص الذى نسبت إليه الخ[1] .

(رابعاً) قالت محكمة النقض أيضاً فى تلك الأسباب : فجعل (تقصد القانون — المادة ٢٥١ من قانون المرافعات القديم التى تقابلها بالمادة ٢٧٧ من قانون المرافعات السابق السالفة الذكر) لمن بيده سند غير رسمى أن يكلف من عليه السند بالحضور أمام المحكمة لأجل الاعتراف بأن هذا السند بخطه أو إمضائه أو ختمه فإذا اعترف بأنه بخطه أو إمضائه أو ختمه صدقت المحكمة على هذا الاعتراف الخ . وبديهى أن المحكمة لا تصدق على هذا الاعتراف ، إلا إذا اعترف المدين بصدور السند منه وأنه وقعه بنفسه أو أذن بذلك . أما إذا أنكر

---

(١) وهذا هو النص الفرنسى :

Les terroins ne seront entendus que sur les faits qui tendront à établir que la piece à verifier a été ecrite, signée ou cachetée par la partie à laquelle elle est attribuée etc.

هذا التوقيع وأنكر الدين فكيف تصدق المحكمة على اعترافه ؟ وهذه المادة متفقة مع قاعدة أن السند العرفى لا يعتبر دليلا إلا إذا اعترف به صاحب التوقيع صراحة أو ضمناً أو أنكره وثبت صدوره منه[1] وهذه القاعدة تتفق مع المادة ٢٢٧/٢٩٣ من القانون المدنى (السابق) التى قالت : والمحررات الغير الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها مالم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء[2] (وبهذا المعنى المادة ٣٩٤ من القانون المدنى القائم) .

(خامساً) ثم إن محكمة النقض قالت كما تقدم إن الشارع المصرى قد نقل حكم المادة ٢٧٠ (من قانون المرافعات القديم التى تقابل المادة ٢٧٤ من قانون المرافعات السابق التى سبقت الإشارة إليها) . إلى المادة ١٥١ من قانون المحاكم الشرعية الصادرين فى سنتى ١٩١٠ و ١٩٣١ بالنص الآتى (وإذا لم تتيسر المضاهاة ولم يكن للمتمسك دليل آخر جاز إثبات الإمضاء أو الختم عند الإنكار بشهادة من عاينوا الخصم فى حالة التوقيع على السند بإمضائه أو ختمه) فدل بهذا النص الصريح على أن المادة ٢٧٠ لاترمى إلا إلى إثبات الإمضاء المنكورة أو الختم المنكورة بصمته لا إلى إثبات التوقيع بعد الاعتراف بالختم . ولا أرى الأمر كذلك إذ أن الظاهر لى من المادة المذكورة — ونصها هو كما تقدم تماماً فى القانونين المذكورين أنه لا يكفى وجود بصمة ختم صحيح على الورقة بل يلزم أن يعاين الشهود الخصم وهو يوقع بختمه ، وهذا مستفاد بوضوح من قول المادة ١٥١ المذكورة : بشهادة من عاينوا الخصم فى حالة التوقيع الخ .

---

(١) انظر الفقرة رقم ١٩٧ وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أن إنكار المديونية لايحتاج لطعن بالتزوير — مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٨ ص ٤٣٦ كما قررت أن المدعى عليه لايكلف باثبات عندما ينكر الدعوى مجرد إنكار بسيط ، وعلى المدعى إثبات دعواه — المجموعة المذكورة ٤٢ ص ٢٣ .

(٢) أو الختم — انظر الفقرة رقم ١٨٩ .

وفضلا عن ذلك فإن محكمة النقض قد سبق أن قررت فى ٢٧ من أبريل سنة ١٩٣٤ مايعزز الرأى المخالف لأحكامها تلك — قررت أن دلالة وجود أختام لمتوفين بورقة على ثبوت تاريخ هذه الورقة هى — من جهة ثبوت كون هذه الأختام قد جبرت بعد وفاة أصحابها أم لم تجبر فعلا ثم استعملت بعد الوفاة فى التوقيع على الورقة — مسألة موضوعية تقدرها محكمة الموضوع بحسب ماتراه من ظروف الدعوى وملابساتها[1] .

أما محكمة الاستئناف فإنها قد قررت أولا أنه يوجد فرق عظيم بين الاعتراف بالإمضاء والاعتراف بالختم . فإن الاعتراف بالإمضاء يشمل حتما أن الإمضاء هى إمضاء المعترف وأنه هو الذى وقع به السند . أما الاعتراف بالختم فلا يشمل حتما أن صاحب الختم وقع بنفسه لجواز أن يضيع الختم أو يسرق فيوقع به شخص آخر على السند . ولهذا فمتى حصل إنكار التوقيع كان ذلك إنكاراً للختم ويجب تكليف المدعى بالالتزام بإثبات التوقيع[2].

ثم قررت ما قررته محكمة النقض بناء على أنه ليس للمحكمة بمقتضى المادة ٢٥٤ مرافعات (القديم) أن تأمر بإجراء تحقيق إلا فى حالة إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم فى عقد عرفى . ومن ثم فالخصم الذى يعترف بأن ختمه هو الموقع به على مثل هذا العقد مع إنكاره التوقيع بنفسه لا يجوز له طلب إجراء التحقيق بل يتحتم عليه الطعن بالتزوير فى ذلك العقد[3] وقد سبق الكلام على المادة ٢٥٤ هذه مع غيرها وعطف لفظ (الختم) عطف مثلية على لفظى (الإمضاء أو الخط) وأن معنى الختم هنا هو الذى يوقع به صاحبه كالإمضاء أو الخط الذى يكتبه صاحبه

---

(١) المحاماة ١٣ ص ١٢٠٥ رقم ٦١٤ .
(٢) المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٥ ص ٧١ رقم ٣٤ انظر الأسباب
(٣) المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٣ رقم ٥٥ .

ثم أيدت محكمة الاستئناف هذا المبدأ بحكمين آخرين مقررة أنه إذا اعترف الخصم بأن الختم الموقع به على الورقة هو ختمه الحقيقى فليس له أن يطعن فيه بطريق الإنكار وإنما يكون له فقط طريق الطعن بالتزوير[١]

ثم قررت عكس ذلك — قررت أنه إذا اعترف الشخص ببصمة الختم الموقع به على ورقة عرفية وأنكر فى الوقت ذاته أنه هو الذى وقع بنفسه بهذا الختم أو أنكر أن التوقيع حصل على علم منه وبرضائه ، قام هذا الإنكار قانوناً وعدلا مقام إنكار التوقيع بالإمضاء وترتب على ذلك قانوناً إلزام الشخص المتمسك بالورقة بإثبات صحة هذا التوقيع أى إثبات أن الختم المعترف بصحته وقع به من نفس صاحبه أو بعلمه ورضائه[٢].

بعد ذلك قررت محكمة الاستئناف أيضاً أن الاعتراف بالختم لا يمنع دعوى الإنكار لأن الختم منفصل عن صاحبه فيجوز التوقيع به بدون علمه بخلاف الإمضاء فإن الاعتراف بها مع إنكارها لا يتصور[٣]..

ثم قررت كذلك أنه يجوز للمدين إنكار توقيعه بختمه على سند الدين بالرغم من اعترافه بصحة الختم دون الالتجاء إلى دعوى التزوير ، ويصبح على الدائن فى هذه الحالة إثبات صحة التوقيع[٤] .

ثم عرضت المسالة على دوائر محكمة الاستئناف مجتمعة فقررت أن الدليل القانونى الكامل المستفاد من الختم لا يتحقق إلا بالاعتراف ببصمته و بالتوقيع به

---

(١) أنظر الحكمين المنشورين فى المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٥ ص ٣٤ و ٣٥ رقم ٢٠ .
(٢) المحاماة ٧ رقم ٨٢ .
(٣) المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٧ رقم ٧٥ .
(٤) المحاماة ٨ رقم ٥٤٤ — ولمحكمة الاستئناف رأى ثالث قديم (المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٣ ص ١٤٤ رقم ٦٣) إذ قررت أن (الاعتراف بصحة ختم موقع به على ورقة =

معاً . فإذا كان الاعتراف بالتوقيع يستلزم حتما الاعتراف بالبصمة فإن العكس غير صحيح . ولذلك فلا مانع قانوناً يمنع من الاعتراف ببصمة الختم مع إنكار التوقيع به . وبما أن المتمسك بالورقة هو المكلف بتقديم الدليل كاملا على دعواه فعليه هو إثبات توقيع خصمه بالختم عند إنكاره كيما يتم له الاستدلال[1]

ومحكمة الاستئناف المختلطة قررت أولا أنه يجب على من يدعى ديناً أن يثبت صحة سنده وأن صحة الختم لا تكفى إلا إذا ثبت أن المدعى عليه هو الذى

= عرفية مع إنكار صاحبه توقيعه بنفسه عليه لا يترتب عليه تشابه بين مثل هذه الورقة وورقة عرفية لم يحصل إنكار الخط والامضاء فيها فلا يلزم إذاً أن يكون طريق الطعن فى مثل هذه الورقة هو طريق الطعن بالتزوير . ومع ذلك فالاعتراف بصحة الختم يؤخذ منه قرينة على أن صاحبه هو الذى وقع به ولكن هذه القرينة يكفى لإسقاطها إقامة ذى الشأن البرهان على خلافها) . ولكنى أرى أن هذا أمر جديد أو تشريع لا اجتهاد ، إذ لم يذكر القانون فى هذا الصدد إلا إنكار التوقيع فلا يكلف المنكر بإثبات والإثبات على خصمه أى إثبات توقيعه ، أو أن يطعن المنسوب له التوقيع بالتزوير فيكلف بإثبات هذا التزوير . وعدم تكليف منكر العقد العرفى بالاثبات هو القاعدة كما سبق القول .

(١) المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٩ رقم ١٠٦ والمحاماة ٩ رقم ٥٢٤ وقد جاء فى الأسباب: وحيث أن المادة ٢١٤ (مدنى سابق) وضعت قاعدة عامة لبيان طريقة إثبات الديون والتخلص منها وهى أنه يجب على الدائن إثبات دينه وعلى المدين إثبات براءته من الدين (المادة ٣٨٩ من القانون المدنى الجديد) وقد نصت المادة ٢٢٧ (مدنى سابق) على أن المحررات الرسمية تكون حجة على المتعاقدين بها مالم يحصل إنكار الكتابة أو الامضاء (المادة ٣٩٠ من القانون المدنى الجديد) ومعنى ذلك أن الدليل القانونى الكامل المستفاد من الكتابة أو الامضاء الموقع به على المحررات العرفية لا يتحصل إلا إذا اعترف الخصم بأنه هو نفسه الكاتب أو نفسه الممضى فإن أنكر أنه الكاتب أو أنه الممضى فلا تكون الورقة حجة عليه ويجب على من يتمسك بها إثبات كتابته أو إمضائه بالطريق القانونى .

ومن حيث أن المادة ٢٢٧ المذكورة لم تتعرض لحكم الختم (انظر الفقرة رقم ١٨٩ من هذه الرسالة) ولكن البداهة تقضى بأن الدليل القانونى المستفاد منه لا يتحقق إلا بالاعتراف ببصمته والتوقيع به معا وأنه إذا كان الاعتراف بالتوقيع يستلزم حتما الاعتراف بالبصمة فإن العكس غير صحيح أى أن الاعتراف بالبصمة لا يستلزم الاعتراف بالتوقيع وذلك لانفصال الختم عن صاحبه وإمكان غيره التوقيع به فى غفلة عنه ، ولذلك فلا مانع من الاعتراف ببصمة الختم مع إنكار التوقيع به .

وقع بنفسه[1] كما قررت قبل ذلك أن الاثبات فى تحقيق الأختام لا يقبل إلا فى نقطة واحدة وهى أن المنسوب له الختم هو الذى وقع به[2].

ثم قررت فى خمسة أحكام أخرى بمعنى حكم محكمة النقض[3] ومما يلاحظ أن أحدها[4] تطرف وقرر أيضاً أنه لا يصح الطعن إلا بالتزوير المعنوى ، فسد بذلك الباب إثبات أن الشخص لم يوقع بنفسه مع أنه ليس بعسير إثبات هذا النفى بإثبات واقعة إيجابية وهى وجوده فى جهة أخرى وقت تحرير السند والتوقيع عليه[5] . أو إثبات ذلك بأدلة أخرى ، والأربعة الأحكام الأولى لم تأت بأسباب أكثر مما يتلخص فى أنه إذا كان الختم صحيحاً غير منكور لا يصح الطعن إلا بالتزوير لأن وجود الختم الصحيح قرينة على أن صاحبه قد وقع به . أما الحكم الخامس فقد جاء فيه ما يأتى : حقيقة يوجد فرق بين الإمضاء والختم ، ومن يعترف بإمضائه يعترف فى الوقت نفسه بأنه وقع بها بنفسه أما من يعترف بختمه لا يعترف حتما بأنه وقع بنفسه . ولكن فى مصر بخلاف التشريع الفرنسى يوجد نظام[6] شديد ودقيق لعمل الأختام وكسرها بعد الوفاة ، الأمر الذى تنتج عنه قرينة قوية كافية على أن التوقيع بالختم كان بمعرفة صاحبه ، وبطريقة الطعن بالتزوير فقط يمكن هدم هذه القرينة ، ولا يصح لمن يرتكب خطأ خطيراً بترك ختمه ينفصل عنه أن يتمسك بهذا الخطأ ليجبر من فى مصلحته العقد على إثبات العكس الأمر المستحيل فى أغلب الأحوال .

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٨ ص ٢٨٧ وقارن ٩ ص ٢٧٢ و ٣٨ ص ٤٢٦ و ٤٥ ص ٢٣ .

(٢) المجموعة المذكورة ٧ ص ١٣٨ .

(٣) المجموعة المذكورة ٢٤ ص ١٢ و ٢٩ ص ١٤٢ و ٣٠ ص ١٠٦ و ٣٢ ص ١٣٣ و ٤٣ ص ٣٠٢ .

(٤) المجموعة المذكورة ٤٢ ص ١٢٣ .

(٥) راجع الفقرة رقم ٤٤ .

(٦) réglen antation

ظاهر من هذا الحكم أنه بنى قضاءه على سببين (الأول) النظام — الشديد والدقيق — المتبع فى مصر لعمل الأختام وكسرها بعد الوفاة (الثانى) خطأ المدين — خطأ خطيراً — فى ترك ختمه ينفصل عنه . هذا مع اعتراف الحكم بأن الختم ليس كالإمضاء على النحو المتقدم .

أما عن النظام (الشديد الدقيق) المتبع عندنا فى عمل الأختام وكسرها بعد الوفاة ، فهو عبارة عن لائحة نقاشى الأختام الصادرة فى ٤ من يناير سنة ١٨٩٤ التى جعلت عمل الختم من اختصاص ختام وجعلت هذا الختام تحت رقابة شيخ الختامين بأن يفتش هذا على دفتره كل ثلاثة شهور على الأقل وأوجبت على كل نقاش أن يعرض دفتره على الشيخ أو على المديرية أو المحافظة عندما يطلب منه ذلك — المواد ٤ و ٧ و ٨ من اللائحة المذكورة . ولا أظن أن هذه اللائحة وهذه الضمانات يصح أن يعبر عنها بأنها نظام شديد ودقيق . وعلى كل حال لا يهمنا فى موضوعنا إن كانت كذلك أم لا ، لأن ذات الختم معترف به . إنما الذى يهمنا هل هناك نظام شديد ودقيق لكسر الختم بعد الوفاة ؟ وهل هناك أيضاً نظام شديد ودقيق يمنع ضياع الختم أو سرقته خصوصاً بمعرفة أحد أهل الدار أو غيرهم عند الوفاة أو بعدها واستعمال الغير له ؟ أما عن النظام الشديد الدقيق المتبع فى كسر الختم بعد الوفاة فلم أجد عنه شيئاً فى اللوائح — إلا ماجرت به العادة عند البعض أو بناء على طلب حانوتى أو حلاق صحة متنور نوعا أوله مصلحة ، من طلب ختم المتوفى و (جبره) بعد الوفاة خصوصاً فى حالة وجود قصر . وحتى يكسر الختم عند أولئك البعض قد يكون فى متناول كثيرين . وعن النظام الشديد الدقيق الذى يمنع ضياع الختم أو سرقته وخصوصاً بمعرفة أهل الدار أو غيرهم عند الوفاة فلا وجود له ، هذا فضلا عما جرت به العادة فى الأرياف على الخصوص من استعمال أختام النساء بواسطة رجال العائلة كالأزواج والإخوة والأبناء والآباء .

بقيت مسألة خطأ المدين (خطأ خطيراً) فى ترك ختمه ينفصل عنه . هل هذا

الخطأ الخطير يتوفر فى حالة السرقة بغير إهمال من صاحب الختم وخصوصاً إذا وقعت من أهل الدار وعلى الأخص فى حالة الاحتضار أو عند الوفاة أو بعدها ؟ وهل هناك خطأ خطير مع العادة المتبعة عند النساء المشار إليها فيما تقدم ؟

وزادت المحكمة على ذلك أن محكمة الاستئناف الأهلية بعد أن أصدرت أحكاماً متعارضة انتهت إلى رأيها . وهذا مخالف لما سبق ذكره عن أحكام محكمة الاستئناف الأهلية مع ملاحظة أن هذا الحكم المختلط قد صدر بعد تلك الأحكام التى أشرت إليها وبعد حكم الدوائر المجتمعة .

أما قول المحكمة باستحالة إثبات حصول التوقيع من نفس صاحب الختم فى أغلب الأحوال ، فإن هذا قول أخشى أن يكون مبالغاً فيه وخصوصاً وأن التعاقد الصحيح يكون غالباً مصحوباً بشهود لاسيما إذا كان الملتزم أمياً يختم ولا يمضى كما يكون مصحوباً أيضا بظروف تؤيد شهادة الشهود أو تؤيد بذاتها صحة العقد . والغالب كذلك أن يكون الصادر له السند هو المتمسك به فيسهل عليه الأمر . والحكم يبنى على الغالب . ويظهر أن المحكمة قد تأثرت بموضوع الدعوى التى كانت مطروحة أمامها عندما قالت بتلك الاستحالة . وتلك الدعوى تتلخص فى أنه كان هناك عقد بيع مسجل نسب صدوره من أخت لأخيها مؤيد بعقد قسمة موقع عليه من جميع الورثة ونزع دائن أجنبى ملك الأخ على مقتضى عقد البيع وعقد القسمة وأنكرت الأخت أنها وقعت العقدين بختمها محتجة بأن أخاها الذى كان يساكنها وقع عليهما بغير علمها . وحقيقة كان مركز الأجنبى حرجا لو تواطأ الأخ والأخت وباقى الورثة ، ولكن ذلك فى نظرى (مع عدم استحالة ما دفعت به الأخت) ربما كان يسمح للمحكمة بأن تقضى بصحة العقدين بالرغم تحقيق إذا أيدته ظروف الدعوى[1] . وهذا القضاء لم يكن ليقفل الباب دون

(١) انظر الفقرة رقم ٢٠٢ .

الأخت كلية إذ كان لها بعده أن تطعن بالتزوير وخصوصاً مع عدم سبق حصول تحقيق[١] وعلى أى حال لا يصح أن تقف صعوبة الإثبات حائلا دون مراعاة الواقع فى الغالب ودون تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً — وقد نصت المادة ٣١١ مرافعات مختلط كالمادة ٢٧٠ مرافعات أهلى تماماً — النص الفرنسى — (من القانون السابق التى تقابلها المادة ٢٧٤ من القانون الجديد كما تقدم) على أن الشهود لا يسمعون إلا عن الوقائع التي تثبت أن الورقة المقتضى تحقيقها كتبت أو أمضى أو ختم بمعرفة الشخص الذى نسبت إليه[٢].

وبعد خمسة الأحكام المذكورة عادت محكمة الاستئناف المختلطة وحكمت على مقتضى رأيها الأول ثانياً[٣] ثم عدلت عنه إلى الرأى الثانى مرة أخرى[٤] ثم أصدرت حكما يعزز الرأى الأول إذ قررت أن العقد غير الموقع عليه بإمضاء وإنما موقع عليه بختم فقط لا يعتبر ثابت التاريخ بوفاة صاحب الختم[٥] وهذا مطابق للمادة ٢٩٤ مدنى مختلط (سابقاً) التى نصت ضمن ما نصت عليه على أن ثبوت التاريخ يكون أيضاً بوجود خط أو إمضاء لشخص توفى على الورقة ولم تقل كالمادة ٢٢٩ مدنى أهلى (من القانون السابق) المقابلة لها أن ثبوت التاريخ يكون كذلك بوجود ختم ثابت لمتوفى على الورقة — على أن النص الأهلى مع قوله ختم ثابت لإنسان توفى لا يمنع وجوب أن يكون قد وقع بالختم صاحبه قبل الوفاة. وقد سبق أن رأينا حكما لمحكمة النقض معززاً لذلك[٦] ثم عدلت

---

(١) انظر الفقرتين رقم ٢٠٨ و ٢١٢ .

(٢) Cachetée par la partie à laquelle elle est attribuée

(٣) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٤ ص ٣٧٢ .

(٤) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٥ ص ٢٦ .

(٥) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٧ ص ١٥٠ وقبل ذلك ٩ ص ٢٧٢ .

(٦) وهو الحكم الذى قرر أن دلالة وجود أختام لمتوفين بورقة على ثبوت تاريخ هذه الورقة هى — من جهة ثبوت كون هذه الأختام قد جبرت بعد وفاة أصحابها أم لم تجبر فعلا ثم استعملت بعد الوفاة فى التوقيع على الورقة — مسألة موضوعية تقدرها محكمة النقض بحسب ماتراه من ظروف الدعوى وملابساتها — المحاماة ١٣ ص ١٢٠٥ رقم ٦١٤ .

محكمة الاستئناف المختلطة مرة ثالثة إلى الرأى الثانى[1] ونتيجة ذلك أن الرأى الذى رجح فى القضاء المختلط هو كرأى محكمة النقض وقد تقدم نقد القضاءين .

وفى ختام هذه المسألة أستلفت النظر مرة أخرى إلى ما يأتى :

(أولا) ظاهر من مواد قانون المرافعات وقانون العقوبات التى سبق ذكرها أن الشارع لم يماثل بالإمضاء الصحيح إلا التوقيع بختم صحيح بمعرفة نفس صاحب الختم أو بإذنه ورضائه .

(ثانياً) نصت المادة ٢٧٠ مرافعات أهلى[2] و ٣١١ مرافعات مختلط سابقاً صراحة على أن الشهود يسمعون فقط على الوقائع التى تثبت أن الورقة المقتضى تحقيقها كتبت أو أمضيت أو ختمت بمعرفة الشخص الذى نسبت إليه .

وقد قالت المادة ٢٧٤ من قانون المرافعات السابق : لا يسمح بشهادة الشهود إلا فيما يتعلق بإثبات حصول الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع على الورقة المقتضى تحقيقها ممن نسب إليه .

(ثالثاً) نصت المادة ٢٥١ مرافعات قديم والمادة ٢٧٨ مرافعات سابق على أنه إذا اعترف المدين بخطه أو إمضائه أو ختمه على السند صدقت المحكمة على اعترافه أو تثبت المحكمة إقراره . وبديهى أن المحكمة لا تصدق على اعترافه أو تثبت إقراره إلا إذا اعترف بصدور السند منه وأنه وقع عليه بإمضائه أو وقع عليه بختمه بنفسه أو أذن بذلك .

(رابعاً) ظهر غرض الشارع أيضاً فى المادة ١٥١ من لائحة المحاكم الشرعية

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥٠ ص ٣٧ .
(٢) وخصوصاً النص الفرنسى

التى نصت على جواز إثبات الإمضاء أو الختم عند الإنكار بشهادة من عاينوا الخصم فى حالة التوقيع على السند بإمضائه أو ختمه .

(خامساً) المادة ٢٩٤ مدنى مختلط (من القانون السابق) لم تعتبر وجود ختم ثابت لإنسان توفى على ورقة كافياً لإثبات تاريخها كالخط أو الإمضاء . والمادة المقابلة ٢٢٩ مدنى أهلى (من القانون السابق) لا تمنع أن يكون وجود ختم ثابت لإنسان توفى كافياً لإثبات التاريخ ضمن طرق إثبات التاريخ إذ قالت « أو ختم ثابت لإنسان توفى » وبهذا المعنى المادة ٣٩٥ من القانون المدنى الجديد.

(سادساً) الختم قابل للانفصال عن صاحبه بمختلف الطرق كما تقدم خصوصاً عند الوفاة . وهذا عامل مادى جوهرى له خطره لا يمكن تجاهله .

(سابعاً) لا يوجد نظام شديد ودقيق لعمل الأختام وكسرها بعد الوفاة ومنع انفصالها عن أصحابها كما قالت المحكمة المختلطة فى أحد أحكامها كما تقدم .

(ثامناً) لا يوجد خطأ خطير أو غير خطير من المدين فى ترك ختمه ينفصل عنه فى كثير من الأحوال خصوصاً عند الوفاة أو السرقة عند عدم إهمال المجنى عليه أو غير ذلك مما تقدم .

(تاسعاً) من القواعد الأساسية فى الإقرار القضائى كما سنرى أنه لا يصح تجزئته . فإذا أقر شخص بأن الختم ختمه ولكن لم يوقع به لا يصح تجزئة إقراره هذا ، ويلزم خصمه بالإثبات .

(عاشراً) صعوبة إثبات صحة التوقيع فى بعض الأحوال لا يصح أن تقف حائلا دون تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً وتطبيق المادة ٢٧٠ / ٣١١ من قانون المرافعات السابق وقد أصبحت المادة ٢٧٤ من القانون الجديد التى تستوجب أن يكون التوقيع بمعرفة صاحب الختم كما تقدم .

وقد قرر شراح قانون المرافعات الذين أبدوا آراءهم فى هذا الموضوع أنه يجب على المتمسك بالورقة إذا لم يقر بها المدين أن يثبت أن المدين هو الذى وقعها بختمه[1] .

على أننى أقرر أخيراً أننى لا يمكننى أن أنكر الحرج الذى قد يصيب المتمسك بالسند فى بعض الأحوال وخصوصاً إذا كان غير من صدر له ومضت على السند مدة طويلة كما هى الحال مع الوارث أو وارث الوارث. وإنه وإن كان يخفف من ذلك أنه قد يمكن للقاضى أن يحكم بصحة الورقة بدون تحقيق كما تقدم فى الفقرة رقم ٢٧٢ ، إلا أنه مع مراعاة ما سلف بيانه لا يمكن حمايته وحماية خصمه حماية تامة وضبط الأمر إلا بتشريع خاص يقضى مثلا — وخصوصاً فيما زادت قيمته على عشرين جنيهاً — بعدم اعتماد الختم إلا إذا صدق على التوقيع به من صاحبه تصديقاً رسمياً — مع جعل رسم التصديق بسيطاً يتناسب مع قيمة الورقة ، أو يوقع الورقة شاهدان يعرفان القراءة والكتابة بالإمضاء لا بالختم .

هذا ولم تقض المادة ٣٨٤ من القانون المدنى القائم على الخلاف المتقدم إذ نصت على أن الورقة العرفية تعتبر صادرة ممن وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . ولم تنص على وجوب الطعن بالتزوير فى الحالة التى ذكرتها محكمة النقض ، بل إن عبارة (ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة) تفيد إنكار ما نسب إليه من أنه كتب أو أمضى أو ختم أو بصم بنفسه على الورقة لأن التوقيع بالختم كما سبق القول لا يمكن أن يكون كالخط أو الإمضاء أو البصمة.

---

(١) انظر كتاب المرافعات المدنية للمرحوم الدكتور أبو هيف رقم ٢٥٨ ص٦٠٧ والوسيط فى المرافعات للدكتور عبد الفتاح السيد الطبعة الثانية ص٥٨٨ رقم٦٦٤ والجزء الثانى من قواعد المرافعات للأستاذ العشماوى ص ٣٤٣ رقم ٤٨٩

إلا إذا وقع بالختم صاحبه[1]. ثم أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى القائم[2] لم تتحدث عن هذا الأمر ولا عن ذلك الخلاف الذى استطال أمام المحاكم. وكذلك المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات ولا عن هذا النقد الطويل لمحكمة النقض الذى أيدنى فيه الأستاذ سليمان مرقس[3]. على أن مما يؤيد ماذهبت إليه أن المادة ٢٢٩ من القانون المدنى السابق التى كانت تحكم حكم النقض كانت تنص على أن التاريخ يكون ثابتاً إذا كان فى المحرر خطأ أو إمضاء أو ختم ثابت لإنسان متوفى.

ونصت المادة ٣٩٥ من القانون المدنى القائم على أن يكون التاريخ ثابتاً من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة أثر معترف به من خط وإمضاء أوختم أوبصمة (أى بصمة الأصبع) مما يفيد أن الختم يجب أن يكون ثابتاً صدوره من المتوفى أو بإذنه أو أثر معترف به من خلفائه. وقد اكتفى الأستاذ السنهورى[4] بأن قال وبعد إنشاء محكمة النقض اطردت أحكام هذه المحكمة على عكس ماقضت به محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة، ويمكن القول بأن القضاء قد استقر الآن فى مصر على أن من يقر ببصمة ختمه لايجوز له أن ينكر التوقيع بالختم إلا إذا سلك طريق الطعن بالتزوير ثم ذكر أحكاماً أخرى لمحكمة النقض بهذا المعنى فى صفحات ١٩٢ — ١٩٤ فى الهامش وكانت المادة ٢٦٢ من قانون المرافعات السابق

---

(١) يعزز — هذا النص العربى للمادة ٢٧٠ مرافعات أهلى (سابق) فراجعه مع النص الفرنسى المشار إليه فى ص ٢٤٤ فى الهامش (١).

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ عن المادة ٣٩٤ ص ٣٦٧ وما بعدها.

(٣) وقد استعرض الدكتور سليمان مرقس فى كتابه أصول الإثبات فى المواد المدنية الرأيين وقال فى هامش الفقرة ٦٢ ص ٨٥ الطبعة الثانية «وقد بسط المستشار أحمد نشأت فى رسالة الاثبات أوجه الخلاف بسطا وافيا وأفاض فى تفنيد الرأى الذى استقرت عليه محكمة النقض تفنيدا مقنعا وانتهى إلى تأييد الرأى الآخر.

(٤) الوسيط ٢ ص ١٩٢ فى الهامش تبع الفقرة ١١١.

وقد استعملت تعبير محكمة النقض فى كونها قالت : إذا أنكر من تشهد عليه الورقة خطه أو إمضاءه أو ختمه أو بصمة أصبعه الخ إلا أنه :

(أولا) لم تتحدث المذكرة التفسيرية بشىء أيضاً عن ذلك الخلاف الجوهرى.

(ثانياً) الخط أو الإمضاء الصحيح لا يكون إلا بمعرفة نفس صاحب الخط أو الإمضاء وكذلك بصمة الإصبع الصحيحة . أما بصمة الختم فقد تكون بصمة الختم الصحيح ولكن قد لا يحصل التوقيع بمعرفة صاحب الختم لإمكان تصور انفصال الختم عنه لسبب ما كما تقدم . والمساواة فى الحكم بين هذه التوقيعات المختلفة تقتضى أن يكون التوقيع بالختم حاصلا بمعرفة صاحب الختم نفسه كالإمضاء أو بصمة الأصبع ، أو بإذنه على الأقل .

هل يصح الطعن بالتزوير فى التوقيع بعد الإنكار والتحقيق ؟

٢١٢ — نصت المادة ٥٤ من قانون الإثبات على أنه « يجرى التحقيق بالمضاهاة طبقاً للأحكام المنصوص عليها فى الفرع السابق (الخاص بإثبات الأوراق عند الإنكار) . ويجرى التحقيق بشهادة الشهود وفقاً للقواعد المقررة لذلك » . ونصت المادة ٢٨٦/٣٢٧ من قانون المرافعات القديم على أنه تراعى فى إثبات التزوير القواعد المقررة فى تحقيق الخطوط (عند الإنكار) فمادام الأمر كذلك فلا معنى لإباحة الطعن بالتزوير بعد تحقيق الإنكار ، إذ يكون فى ذلك إعادة للتحقيق فى أمر قد فصل فيه وحاز قوة الشىء المحكوم به . ولكن البعض قال بجواز ذلك . وهذه النقطة خلافية فى فرنسا . ويظهر أن الرأى الراجح هو إمكان الطعن بالتزوير[1] وإننى لا أوافق على هذا الرأى إلا إذا كان الطعن بالتزوير

(١) راجع المرحوم الدكتور عبد الحميد أبو هيف (مرافعات) رقم ٨٦٣ هامش ١ و ٢ والدكتور عبد الفتاح السيد (مرافعات) رقم ٦٦٩ ص ٥٩٣ وجلاسون جزء أول رقم ٧٣٠ Glasson وجارسونية ج ٢ رقم ٢٧٦ Garsonnet .

يتناول وقائع جديدة لم يتناولها التحقيق الذى حصل عند الإنكار . أو توافرت أدلة جديدة[1] .

٢١٢ مكرر — على أنه ليس هناك مايمنع من الطعن بالتزوير أثناء إجراءات التحقيق فتوقف هذه الإجراءات وتتبع إجراءات الطعن بالتزوير[2] .

٢١٢ مكرر أ — والعجز عن إثبات صحة صدور عقد أنكر لا يدل بذاته على أن العقد مزور . والحكم برده وبطلانه لا يكون إلا بعد دعوى تزوير . وقد قررت محكمة استئناف مصر أن عدم تمكن المدعى من إثبات صدور عقد ممن هو منسوب إليه لا يؤخذ منه حتما أن العقد مزور وأن الحكم برده وبطلانه لا يكون إلا بعد دعوى تزوير يقيمها من نسب ذلك العقد إليه[3] .

هل يصح رفض دعوى التزوير والحكم بصحة الورقة بدون تحقيق ؟ .

٢١٣ — نعم يصح ذلك لأن المادة ٥٣ إثبات تنص على أنه « إذا كان الادعاء بالتزوير منتجاً فى النزاع ولم تكف وقائع الدعوى ومستنداتها لإقناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره ورأت أن إجراء التحقيق الذى طلبه الطاعن فى مذكرته منتج وجائز أمرت بالتحقيق » . وكانت المادة ٢٨٤ / ٣٢٥

---

(١) وقد قررت محكمة استئناف اسيوط أنه يجوز الطعن بالتزوير فى ورقة سبق الحكم بصحتها واتباع إجراءات تحقيق الخطوط أو بعد الأقرار بها متى توافرت أدلة جديدة على تزويرها المجموعة الرسمية سنة ٣٣ ص ٩٤ وحكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يصح الطعن بالتزوير بعد التحقيق بشرط توفر أدلة تكفى لهدم الأدلة التى سبق تحقيقها المجموعة ٤٦ ص ٢٦٦ .

(٢) انظر حكم الاستئناف المختلط م ٤٤ ص ٣٤٣ .

(٣) المجموعة الرسمية ١٠ سنة ١٩٠٩ ص ٢٣ رقم ٩٨ إذ ادعى المدعى أنه اشترى من المدعى عليه عقارا وقدم إثباتا لدعواه عقد بيع انكر المدعى عليه صدوره منه وعجز المدعى عن إثبات صحة التعاقد بالمضاهاه والشهود وقضت محكمه أول درجة برده وبطلانه فقالت محكمة الاستئناف وحيث أن ذلك الشخص أنكر العقد ولم يطلب رده وبطلانه ولم يدع بالتزوير فتكون محكمة أول درجة قد حكمت بشىء لم يطلبه الإخصام .

من قانون المرافعات القديم تنص أيضاً على أنه إذا قبلت المحكمة أدلة التزوير تأمر بإثباتها إلى الخ . وكانت المادة ٢٨٢/٣٢٣ تنص على أنه لا تقبل المحكمة من الأدلة فى دعوى التزوير إلا ما يكون متعلقاً بها وجائز القبول بالنظر لإثباتها وبالنظر لما يترتب على الثبوت بالنسبة للحكم فى الدعوى الأصلية .

وظاهر من ذلك بطريق مفهوم المخالفة ومن المادة ٥٣ إثبات أن للمحكمة أن ترفض دعوى التزوير وتحكم بصحة الورقة دون تحقيق إذا اقتنعت بذلك من وقائع الدعوى ومستنداتها .

وقد قررت محكمة النقض أن لقاضى الموضوع السلطان المطلق فى تقدير الأدلة لا سيما ما يختص منها بدعاوى التزوير ولا رقابة لأحد عليه فى ذلك مادام الدليل الذى يأخذ به مقبولا قانوناً . فله أن يحكم — ولا معقب على حكمه — بقبول دعوى التزوير أو برفضها بناء على مجرد اطلاعه على الورقة المطعون فيها وعلى ما يستظهره من ظروف الدعوى وملابساتها[1] وقررت أيضاً أنه لا تقبل دعوى التزوير الفرعية وتبحث أدلتها إلا بعد بحث المحكمة لما يكون للادعاء بالتزوير من أثر فى الدعوى الأصلية حتى إذا وجدته منتجا قبلت دعوى التزوير وبحثت أدلتها[2] . وقررت كذلك أن الإثبات بجميع طرقه بما فيها شهادة الشهود والقرائن جائز فى دعوى التزوير ، ومادام ذلك جائزاً فإن لقضاة محكمة الموضوع السلطة فى تقدير الأدلة التي يأخذون بها وليس عليهم أن يستجيبوا لطلب الطاعن إحاله الدعوى إلى التحقيق متى وجدوا فى أوراق الدعوى من البيانات ما أقنعهم بصدور العقد المطعون فيه ، وكانت الأسباب التى بنوا عليها اقتناعهم بذلك من شأنها أن تؤدى إلى ما قضوا به[3] وقررت محكمة النقض أخيراً أن القانون أطلق

---

(١) مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ١٣٣ رقم ٥٩ وانظر أيضا ص ٢٨٩ رقم ١٥٢ .

(٢) مجموعة القواعد القانونية ج ١ ص ٧٠٧ رقم ٢٥١ وانظر أيضا ج ٢ ص ٤٢٨ رقم ٩٤٥

(٣) أنظر الحكم الصادر فى ١٧ من أكتوبر سنة ١٩٤٦ فى الطعن رقم ١١٢ سنة ١٥ القضائية .

الحرية لقاضى الموضوع فى تقدير أدلة التزوير ولم يلزمه بإجراء تحقيق متى كان قد اطمأن إلى عدم جدية الدليل وكانت أسبابه لما قضى به تؤدى إلى ما انتهى إليه. كما قررت أنه إذا كانت المحكمة لم تر فيما ساقه الطاعن من قرائن على ما ادعاه من تزوير السند المطالب بقيمته ما يقنعها باستعمال الرخصة المخولة لها قانونا فى القضاء برده وبطلانه، بل استخلصت من ظروف الدعوى وملابساتها أن الادعاء بالتزوير غير جدى، وكان تقديرها فى هذا الخصوص فى حدود سلطتها الموضوعية ولا عيب فيه، فإن النعى عليها بعدم أخذها بالقرائن المشار إليها يكون على غير أساس[1].

وقررت محكمة النقض أيضا بعد ذلك أن لمحكمة الموضوع سلطة تقدير أدلة التزوير دون الاستعانة برأى خبير وإن جاز لها ذلك عند الاقتضاء، وللمحكمة أن تقضى بصحة الورقة بغير تحقيق متى رأت أن وقائع الدعوى ومستنداتها كافية لإقناعها بصحة الورقة[2]. كما قررت أن ندب خبير فى الدعوى من الرخص المخولة لقاضى الموضوع فله وحده تقدير لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء بغير معقب عليه متى كان تقديره سائغا قائما على أساس يبرره[3].

هل يصح الحكم برد وبطلان ورقة دون طعن بالتزوير ودون تحقيق ؟

٢١٤ — لقد نصت المادة ٥٨ من قانون الإثبات صراحة على أنه « يجوز للمحكمة ولو لم يدع أمامها بالتزوير بالإجراءات المتقدمة أن تحكم برد أى محرر

---

(١) أنظر الحكم الصادر فى ٩ من فبراير سنة ١٩٥٠ فى الطعن ٧٦ سنة ١٨ القضائية والحكم الصادر فى ٢٤ من ديسمبر سنة ١٩٥٣ فى الطعن ٧ سنة ٢١ القضائية ومنشور فى مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الخامسة ص ٢٩٧ رقم ٢/٤٦ .

(٢) مجموعة المكتب الفنى لسنة ١٣ ص ٦٧٦ رقم ١٠٢ العدد ٢ والسنة ٢٠ ص ٣٨٢.

(٣) مجموعة المكتب الفنى لسنة ١٤ ص ٣٩٨ رقم ٦٢ .

وبيطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور ، ويجب عليها فى هذه الحالة أن تبين فى حكمها الظروف والقرائن التى استبانت منها ذلك[1] وكانت مثل ذلك المادة ٢٩٠ مرافعات سابق، ونصت المادة ٢٩٢/٣٣٣ من قانون المرافعات القديم على أنه يجوز للمحكمة أن تحكم برد وبطلان أى ورقة يتحقق لها أنها مزورة ولو لم تقدم لها أى دعوى بتزوير تلك الورقة . وذلك لأنه قد يكون التزوير ظاهراً لا يحتاج إلى دعوى به أو تحقيق أو خبير ، كما إذا كانت هناك جملة إمضاءات لشخص مسلم بها من الخصمين على أوراق رسمية ونسبت لذلك الشخص إمضاء أخرى تختلف كل الاختلاف عن تلك الإمضاءات ؛ كأن كانت بخط جيد ، وتلك الإمضاءات تدل على أن كاتبها لم يتعلم إلا مبادىء الكتابة فقط أو إلا أن يرسم اسمه رسماً ولا يعرف من الكتابة غير هذا الرسم .

٢١٤ مكرر — وتقدير ما إذا كان الدليل منتجاً أو غير منتج مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فيها ما دام الحكم مؤسساً على أسباب من شأنها أن تؤدى إليه[2] .

كيفية الطعن بالتزوير :

٢١٤ مكرر أ — وكما يحصل إنكار التوقيع بصفة فرعية أو أصلية كما قلت فى الفقرة رقم ٢٠١ ، كذلك قد تكون دعوى التزوير فرعية أو أصلية كما قلت فى الفقرتين رقم ١٦١ و١٦٢ فى الكلام على الطعن بالتزوير فى الأوراق الرسمية فراجعهما .

---

(١) قارن الفقرة السابقة وأحكام النقض المشار إليها فيها وانظر الفقرة رقم ١٥٩ .

(٢) وقد قررت محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢٦ من يناير سنة ١٩٥٠ فى الطعن رقم ٨٤ س . ق ١٨ أنه وإن كان تقدير هل الدليل منتج أو غير منتج فى إثبات التزوير هو مما يستقل به قاضى الموضوع إلا أن هذا مشروط بأن يقيم قضاءه بذلك على أسباب سائغة . ومجموعات المكتب الفنى السنة ١٨ ص ٦٦٥ والسنة ١٧ ص ٧٤٠ والسنة ١٥ ص ١١٧٩

٢١٤ مكرر ب ــ ولحكمة الموضوع الحق فى إطراح مايقدم لها من أوراق للضاهاه ولو كانت رسمية بشرط أن تقيم ذلك على أسباب سائغة ، ويكون من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهت إليه [1] .

قوة العقود العرفية بالنسبة للغير

٢١٥ — نصت المادة ١٥ إثبات على أن « لا يكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه إلا أن يكون له تاريخ ثابت » وكانت المادة ٣٩٥ من القانون المدنى القائم تنص على ذلك أيضاً .

وخلاصة ذلك أن العقد العرفى حجة على الغير ، كما هو حجة على المتعاقدين ، إلا أن تاريخه لا يسرى على الغير إلا إذا كان ثابتاً ومتى ثبت سرى منذ هذا التاريخ الثابت على الغير أى على من تعاقد مع العاقد الآخر ولا ننسى وجوب التسجيل فى التصرفات العقارية لتكون حجة على الغير وعلى الطرفين أو لتكون حجة على الغير فقط فى بعض الأحوال كما مر علينا .

وأضافت المادة ١٥ إثبات (٣٩٥ الملغاة من القانون المدنى القائم بأنه «ويكون المحرر تاريخ ثابت (أ) من يوم أن تقيد بالسجل المعد لذلك (ب) من يوم أن يثبت مضمونها فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ (ج) من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص (د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه (هـ) ، من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه ، ومع ذلك يجوز للقاضى تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات » (وسيأتى الكلام تفصيلا عن هذه العبارة فيما يتعلق بالمخالصات فى الفقرة رقم ٢٧٦) .

---

(١) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة ١٤ من ١٠٠٦ رقم ١٤٣ .

ولكن هل يجب أن يكون التاريخ ثابتاً رسمياً ؟ أنه وإن كان النص الفرنسى للمادة ٢٢٨/٢٩٣ من القانون المدنى السابق لم يذكر لفظة (رسميا) كما جاء فى النص العربى واكتفى بقوله تاريخاً ثابتاً [١] إلا أن نص المادة ٢٢٩/٢٩٤ عربى وفرنسى (من القانون المدنى السابق أيضاً) الذى بين طرق إثبات التاريخ [٢] قد يصح أن يؤخذ منه ذلك ولكن سنرى فى الكلام على هذه الطرق تحت أحكام القانون المدنى السابق أنها لم تذكر على سبيل الحصر [٣] وأنه إذا لم يقم أى شك فى ثبوت تاريخ ورقة يعمل بهذا التاريخ . وقد أحسنت المادة ٣٩٥ من القانون المدنى الحالى صنعا إذ اكتفت بقولها كما تقدم (أن يكون للورقة تاريخ ثابت) دون أن تقول كما قال النص العربى للمادة ٢٢٨/٢٩٣ من القانون المدنى السابق (أن يكون التاريخ ثابتاً ثبوتاً رسمياً) هذا فضلا عما جاء فى المادة ١٥ إثبات والمادة ٣٩٥ مدنى قبلها من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة أثر معترف به أو من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه أو من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .

ولأبين أولا من هو الغير ثم أتكلم عن طرق إثبات التاريخ .

---

(١) date certaine

(٢) وهى إما بقيد المحررات المذكورة فى سجل عمومى بتمامها أو ملخصها فقط إذا كان مؤشرا عليها بما يفيد حصول التسجيل ، وكذلك يكون التاريخ ثابتاً إذا كان فى المحررات خط أو إمضاء أو ختم ثابت لإنسان توفى أو كانت عليها إشارة من أحد المأمورين العموميين المختصين بذلك أو من أحد القضاة أو نحوهم .

(٣) انظر الفقرة رقم ٢٩٩ مكرر .

من هو الغير :

٢١٦ — الغير هو كل شخص لم يكن طرفاً فى العقد ، ولكنه نال من أحد المتعاقدين ، أو اكتسب بمقتضى القانون كما سنرى فيما يلى ، حقاً شخصياً أو عينياً بحيث يضره العقد إذا قدم تاريخه . ولذلك قرر الشارع عدم سريان تاريخ العقد عليه إذا كان ثابتاً ، فمثلا اشترى زيد منقولا من عمرو ولم يتسلمه ، أصبح له الحق فى تسلمه فى أى وقت . ولكن نازعه خالد فى ذلك ، بحجة أنه اشترى من عمرو قبله ، وقدم عقداً يدل على ذلك ، فإن هذا العقد لا يسرى على زيد إلا إذا كان ثابت التاريخ إذ من الجائز أن يكون خالد قد اشترى بعد زيد وتواطأ مع عمر على تقديم التاريخ . ولكن قد يقال أنه من الجائز أن يكون تاريخ عقد خالد صحيحاً ولم يقدم فما ذنبه! إن القانون أراد بذلك الاحتياط لمنع التواطؤ الذى قد يقع فى المعاملات بين المتعاقدين ولا يستطيع الغير منعه . ولذلك نصت المادة ١٥ إثبات على أن « لا يكون المحرر العرفى حجة على الغير فى تاريخه إلا أن يكون له تاريخ ثابت » وكانت المادة ٣٩٥ من القانون المدنى مثل ذلك وكذلك كانت المادة ٢٢٨ من القانون المدنى السابق . هذا ويكون للمحرر تاريخ ثابت إذا كان باحدى الطرق المبينة فى المادة ١٥ إثبات المذكورة . هذا كله إذا كان زيد المشترى الثانى قد تسلم فى المثل المتقدم الشىء عند شرائه بحسن نية ، أى وهو يجهل سبق البيع لخالد وأصبح مالكا دون الأول بمقتضى قاعدة أن الحيازة فى المنقول سند الملكية ولا يؤثر فى ذلك أن يكون خالد قد أثبت تاريخ عقده[1] .

وقد ضرب القانون لنا مثلا حسناً على حالة بالذات فى الغير وإثبات التاريخ إذ نصت المادة ٦٠٤ من القانون المدنى القائم على أنه « إذا انتقلت ملكية العين

---

(١) أنظر الفقرة رقم ٢٣٦ وقارن الفقرات ٢٣٤ و ٢٣٥ و ٢٣٧ و ٢٧٧ .

مؤجرة اختياراً أو جبراً إلى شخص آخر فلا يكون الإيجار نافذاً فى حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية» . على أن هذه المادة نصت أيضاً على أنه يجوز لمن انتقلت إليه الملكية أن يتمسك بعقد الإيجار ولو كان هذا العقد غير نافذ فى حقه . وجاء فى المادة ٣٨٩ / ٤٧٤ من القانون المدنى السابق أن الإيجار يفسخ ببيع الشىء المستأجر إذا لم يكن لسند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمى سابق على تاريخ البيع . ونصت المادة ٥٩٦ من القانون المدنى القائم على أن المستأجر من الباطن يكون ملزماً بأن يؤدى للمؤجر مباشرة مايكون ثابتا فى ذمته للمستأجر الأصلى وقت أن ينذره المؤجر . ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلى مالم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت (التاريخ) ثم وقت الإيجار من الباطن .

وقد كانت الفقرة الثانية من المادة ٦٢٥ من مشروع الحكومة الذى تقدمت به إلى البرلمان هكذا : «ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلى مالم يكن ذلك قد تم وفقاً للعرف وبسند ثابت التاريخ » . وقد أقر مجلس النواب هذا النص بالمادة ٦٢٤ من مشروعه . (أنظر ص ٢٢١ من تقرير لجنة الشيوخ ـ الجدول المبين فيه المادة كما وردت فى مشروع الحكومة وكما أقرها مجلس النواب وكما عدلتها لجنة الشيوخ وجاء فى هذا الجدول تحت عبارة (المشروع كما وافقت عليه اللجنة) أن المادة المذكورة أصبحت المادة ٥٩٦ . وكتبت الفقرة الثانية كما يأتى : ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلى مالم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن . ولكن قد جاء فى بيان سبب التعديل فى ص ١٧ من تقرير لجنة

الشيوخ تعليقاً على المادة ٦٢٤ من مشروع مجلس النواب ما يأتى : استبدلت اللجنة بالعبارة الأخيرة من الفقرة الثانية ونصها «.ما لم يكن ذلك قد تم وفقاً للعرف وبسند ثابت التاريخ » عبارة « ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو لاتفاق ثابت التاريخ تم وقت الإيجار من الباطن » وقد راعت اللجنة فى ذلك أن تفرق بين الوفاء الذى يقع قبل توجيه إنذار المؤجر الأصلى وبين الوفاء الذى يتم بعد ذلك. فالثانى لايكون صحيحاً على إطلاقه . أما الأول فيكون صحيحاً إذا كان العرف قد جرى به أو كان قد تم تنفيذاً لاتفاق وإن تاريخه ثابت تم وقت الإيجار من الباطن، وترك موضوع إثبات التاريخ ومقتضياته للقواعد العامة. ويظهر بوضوح من هذا الذى قالته اللجنة أن عبارة « لاتفاق ثابت التاريخ » الواردة فى ص ١٧ من التقرير فى بيان سبب التعديل جعلت فى الجدول ص ٢٢١ « لاتفاق ثابت » فقط وسقطت لفظة «التاريخ» مما لايؤثر فى وجوب أن يكون الاتفاق ثابت التاريخ . وعند طبع القانون كما صدر نقلت المادة (٥٩٦) عن الجدول فقط ص ٢٢١ ولم يراع شرح التعديل وسببه فى ص ١٧ . هذا ويلاحظ أن التقرير الإضافى للجنة مجلس الشيوخ لم يمس هذه المادة بأى تعديل آخر ، وكذلك مناقشات مجلس الشيوخ فى جلستى ٢٢ و ٢٨ من يونية سنة ١٩٤٨ — انظر مضبطتى الجلستين الحادية والأربعين والثانية والأربعين .

على أنه يصح أن يستفاد من عبارة « أو لاتفاق ثابت تم وقت الإيجار من الباطن » أنه يجب أن يكون الاتفاق ثابت التاريخ ولكن سبق قول لجنة الشيوخ فى ص ١٧ « لاتفاق ثابت التاريخ » وحذف لفظة « التاريخ » من القانون كما صدر مما يثير الشك — لولا ملاحظة ماجاء فى تقرير اللجنة عن سبب التعديل وعدم طروء تعديل آخر ، وعلى أى حال تقضى القواعد العامة بأن يكون التاريخ ثابتاً لأن المؤجر يعتبر من الغير بالنسبة للمستأجر الأصلى والمستأجر من الباطن .

٢١٧ — وليس معنى الغير من لا تربطه أية علاقة قانونية بأحد المتعاقدين كما قد يتبادر إلى الذهن من ظاهر اللفظ ، فإن هذا لا شأن له . فإذا تصرف زيد فى شىء ملك عمرو فإن هذا التصرف لا يسرى على عمرو ولو حصل بعقد ثابت التاريخ أو مسجل تسجيلا تاماً أو بعقد رسمى ، لأن العقد لا يرتب التزاماً فى ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً (المادة ١٥٢ من القانون المدنى القائم) أو لأن المشارطات لا يترتب عليها ضرر لغير عاقديها (١٤٢ / ٢٠٣ من القانون المدنى السابق) وما الغير فى الحقيقة هنا بمعناه القانونى إلا بعض خلفاء المتعاقدين — فلنر من الخلفاء ومن منهم يعتبر من الغير . ويحسن أن أذكر بادىء ذى بدء أنه لا يعتبر من الغير من يكون ممثلا كوكيل أو وصى أو ولى ولا خلفه العام أى الوارث والموصى له بحصة من التركة والدائن العادى عند مباشرة دعوى مدنية ، وفى بعض أحوال أخرى كما سنرى فيما بعد[1] .

وقد قضت محكمة النقض باعتبار المشترى من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من البائع إلى مشتر آخر ، فيجوز له إثبات صورية هذا التصرف بكافة طرق الإثبات (المادة ٢٤٤ مدنى) . وباعتبار الوارث من الغير فى التصرفات الماسة بحقه فى التركة عن طريق الغش والتحايل على مخالفة أحكام الإرث ، وحقه فى الطعن فى تصرف المورث وإثبات صحة طعنه بكافة الطرق . وباعتبار وكيل

---

(١) وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٧٣ على المادة ٣٩٥ التى تحدثت عن حجية الورقة على الغير إذا كانت ثابته التاريخ « إن أحكام هذه المادة لاتنطبق إلا على الغير ، ويقصد بذلك كل من لم يكن طرفا فى الورقة العرفية بطريق مباشر أو غير مباشر ، متى تمسك قبل من يحتج بتاريخ هذه الورقة بحق يضار فيما لو ثبتت صحة هذا التاريخ فى مواجهته ويستخلص من ذلك أن هذه الأحكام لاتطبق على من يكون بشخصه أو بنائبه طرفا فى الورقة العرفية ، ولا على من يخلف هـذا أو ذاك خلافة عامة من طريق الميراث أو الوصية ولا على الدائنين عند مباشرتهم لدعاوى مدينهم (الدعوى غير المباشرة) إذ ليس لهـؤلاء من الحقوق أكثر مما لهذا المدين .

الدائنين فى تفليسة المدين من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة لعقد صدر باسم زوجة المدين وعدم تقيده فى إثبات الحقيقة بعبارات العقد ونصوصه . وباعتبار الشفيع من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع سبب الشفعة وعدم الاحتجاج عليه إلا بالعقد الظاهر . وباعتبار الدائن الشخصى للمتصرف من الغير فى الصورية سواء كان حقه سابقاً على التصرف أو لاحقاً له فيجوز له إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات . كما قضت بأن الغير فى حكم المادة ١٠ من قانون الشهر العقارى هو من يلغى حتماً عينيا على العقار الشائع على أساس أنه ما زال مملوكا على الشيوع وقام بشهر هذا الحق قبل شهر سند القسمة، وبأن من حق الغير إثبات ما يخالف الثابت كتابة بكافة طرق الإثبات[١] .

ولكن أليس فى مقدور الوكيل أو الوصى أو القيم أو الولى بعد أن تنتهى مدة وكالته أو وصايته أو قوامته أو ولايته أن يتواطأ مع آخر ويعقد معه عقداً يقدمان تاريخه إلى ما قبل ذلك ؟ فى مثل هذه الحالة يكون للموكل أو لمن بلغ الرشد أو لمن انتهت القوامة عليه أو الوصى أو القيم الآخر أن يثبت التواطؤ وتقديم التاريخ[٢] بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن لأن التواطؤ نوع من الغش والغش يجوز إثباته بجميع الطرق ، وقد يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين طبقاً للمواد ٢٣٦ وما بعدها من القانون المدنى . كما يجوز له أن يطلب إشهار إعسار مدينه طبقاً للمواد ٢٤٩ وما بعدها وقد يكتسب الأجنبى عن التعاقد حقاً قبل المتعاقدين كما هى الحال فى الشفعة .

من هم الخلفاء ؟

٢١٨ — الخلف بالمعنى العادى هو من يحل محل آخر يسمى السلف .. والخلف قانوناً هو من يحل محل آخر فى حقوقه وتعهداته أو فى بعضها، وهو نوعان. عام وخاص[١] .

الخلف العام

الخلف العام هو من يحل محل آخر فى جميع حقوقه وتعهداته ويعتبر ممثلا بالسلف فى كل ذلك ، كالوارث لأنه يحل محل المورث فى جميع أمواله وحقوقه. إلا ما كان شخصياً كحق الانتفاع المنصوص عليه فى المادة ٩٨٥ من القانون المدنى القائم (والمادة ١٦/٣٣ من القانون المدنى السابق) ويحل محله أيضاً فى جميع تعهداته بقدر الأموال التى ورثها ، والوصى له نصيب فى التركة إذ يصبح كالوارث وكالدائن العادى[٢] لأن أموال مدينه بصفة عامة تعتبر رهناً لدينه فيستطيع أن يخلفه فيها أو فى بعضها . ويجب عليه احترام جميع تصرفاته . وقد نصت المادة ٢٣٤ من القانون المدنى القائم على أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وأن جميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون . ونصت المادة ٦٧٩/٥٥٥ من القانون المدنى السابق على أنه يجوز للدائنين العاديين أن يستوفوا ديونهم من جميع أموال مدينهم لكن مع مراعاة الإجراءات المقررة فى القانون .

وقد قضت محكمة النقض بأن وارث المحجور عليه فى رفعه دعوى الحساب.

---

(١) فى فرنسا يسمى الخلف Ayant cause وهذا الاسم أطلقه Dumoulin فالخلف العام ayant cause à titre universel والخلف الخاص ayant cause à titre particulier والأصيل أى صاحب الحق الأصلى Autexur (بودرى تعهدات رقم ٢٣٥٢) .

(٢) creancier chirograhaire .

على القيم بعد وفاة المحجور عليه يعتبر خلفاً عاماً لا يملك من الحقوق أكثر مما كان لسلفه . كما قضت بأن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين بل تتجاوز إلى من يخلفهما خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية ولم يستثن من ذلك إلا العلاقات القانونية الشخصية البحتة (المادة ١٤٥ مدنى)[١] .

الخلف الخاص

الخلف الخاص هو من تلقى حقاً خاصاً ، كالمشترى ، فإنه يكتسب حق الملكية على عين خاصة[٢] ، أو المرتهن ، فإن حقه يتعلق بشىء معين . ومثل هذا لا يخلف الأصيل إلا فى حقوقه وتعهداته السابقة الخاصة بالشىء المبيع أو المرهون كما سنرى .. فمن من هؤلاء هو الغير المقصود بالمادة ١٥ إثبات (المادة ٣٩٥ من القانون المدنى القائم والمادة ٢٢٨/٢٩٣ من القانون المدنى السابق) .

من هو الغير من بين الخلفاء : الغير فى الخلف العام :

٢١٩ — أما الوارث فهو كالمورث سواء بسواء ، لا يمكنه أن يطعن فى العقد العرفى الصادر من المورث ، ولا فى تاريخه ، إلا بما كان يستطيع المورث الطعن به (إلا إذا كان قد تلقى حقاً خاصاً من المورث فإنه يكون فى ذلك خلفا خاصاً أيضاً بالنسبة لهذا الحق كأى شخص آخر لا بصفته وارثاً) وبعبارة أخرى تسرى على الوارث جميع تصرفات المورث سواء أكانت ثابتة التاريخ أم لا . ولو كان من شأنها أن تنقص من نصيبه فى الميراث . وقد قررت محكمة النقض أن التاريخ العرفى المعترف به من المورث يكون حجة على الوارث حتى يقيم الدليل على عدم صحته . فإذا كان الوارث لم يقم الدليل على عدم صحة ذلك التاريخ ولم

---

(١) مجموعة المكتب الفنى المدنية السنة ١٧ ص ٨٥٢ والسنة ١٩ ص ٢٥٤ .
(٢) مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ص ٤٥٤ .

يطلب إحالة الدعوى على التحقيق ليثبت بجميع الطرق القانونية صدور العقد فى تاريخ آخر فإن أخذ المحكمة بالتاريخ الوارد فى العقد لا تكون فيه مخالفة للقانون[1] فالوارث ليس له أن يعتبر نفسه من الغير بالنسبة لتصرف صدر عن مورثه يضر بحقه فى الإرث إنما له أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن التصرف حصل فى وقت السفه إلا إذا كان ثابت التاريخ قبله . وقد قررت محكمة النقض أن الوارث خلف عام لمورثه لا يستطيع أن يسلك سبيلا فى الإثبات إلا ما كان لمورثه أن يسلكه ولا يغير من ذلك أن يكون التصرف المنجز الصادر من المورث من شأنه أن يقلل نصيب الوارث فى التركة إذ هذا الإقلال لا يعتبر إضراراً بحق الوارث يصبح معه الوارث من الغير .

٢٢٠ — أما الدائن العادى فالقاعدة أن جميع تصرفات المدين تسرى عليه أيضاً كما تسرى على المدين ذاته[2] لأنه خلف عام يحل محل الأصيل أى مدينه فى حقوقه وتعهداته ، ولا يمكنه أن يمنعه من اشتغال ذمته بأى تعهد أو أى دين فى أى وقت ، فيجب عليه احترام كل تصرفاته سواء أكانت سابقة أم لاحقة للدين. ومادام الأمر كذلك فلا يهمه أن يعرف متى حصلت هذه التصرفات بالضبط[3] أى لا يهمه أن يعرف التاريخ الحقيقى لها وبعبارة أخرى تسرى عليه تصرفاته سواء كانت ثابتة التاريخ أم لا .

إنما يلاحظ هنا أن تعهدات مدينه فى حالة السفه لا تسرى عليه مادامت لا تسرى على مدينه ذاته .

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جزء ٣ ص ٢٢٢ رقم ١٠١ .
(٢) بلانيول الموجز ج ٢ رقم ٧٦ طبعة خامسة وقد قال إن القضاء ثابت على ذلك واستشهد بحكم النقض المشار إليه فى داللوز ٩١ — ١ — ٤٧ .
(٣) بودرى تعهدات رقم ٢٣٥٣

ولكن هذه القاعدة فيما يختص بالدائن العادى ليست مطردة، وهناك أحوال يعتبر فيها الدائن العادى من الغير وهذه أهمها :

٢٢١ (أ) — نصت المادة ٢٣٧ من القانون المدنى القائم على أن « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف فى حقه إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد فى التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة فى إعساره وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها فى المادة التالية » أى المادة ٢٣٨ التى نصت على أنه « إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطوياً على غش من المدين ، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ، ويكفى لاعتبار التصرف منطوياً على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر ، كما يعتبر من صدر له التصرف عالماً بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر . أما إذا كان التصرف تبرعاً فإنه لا ينفذ فى حق الدائن ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشاً. وإذا كان الخلف الذى انتقل إليه الشىء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ هذا التصرف إلا إذا كان الخلف الثانى يعلم غش المدين، وعلم الخلف الأول بهذا الغش، إن كان المدين قد تصرف بعوض ، أو كان هذا الخلف الثانى يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول إن كان المدين قد تصرف له تبرعاً » . ونصت المادة ١٤٣ / ٢٠٤ من القانون المدنى السابق على أن للدائنين الحق فى جميع الأحوال فى طلب إبطال الأفعال الصادرة من مدينيهم بقصد ضررهم وفى طلب إبطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق إضراراً بهم)[1]

---

(١) دعوى الأبطال هذه تسمى عادة الدعوى البولصية Action Paulienne كما يسمونها فى فرنسا .

فإذا ادعى دائن شيئاً من ذلك لا يصح القول بأن المدين يمثله فتسرى عليه جميع تصرفاته — مع ملاحظة أن الدائن يعمل ضد المدين أى أنه خصم له فى هذه الحالة ، وهو يستمد حقه من القانون مباشرة ضده وضد من تصرف له فيعتبر الدائن العادى فى ذلك من الغير بمعنى خاص هو أن لا يسرى عليه التصرف إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل دينه ، وإلا كان له الحق فى أن يثبت أن التصرف قد تم بقصد ضرره بطرق الإثبات كافة — إذ أن هناك غشاً وقع من المتعاقدين والغش ليس من الميسور إثباته بالكتابة . هذا إذا كان التصرف بعوض . أما إذا كان تبرعاً فيكفى مجرد حصول الضرر ولو لم يكن هناك غش من المتعاقدين ولا عبرة بكون التصرف يحمل تاريخاً عرفياً سابقاً على الدين ، لأنه ليس أسهل من تقديم التاريخ العرفى. هذا ولا أرى القول بأن تصرف المدين لا يسرى على الدائن العادى إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل الدين كما فى حالة الغير بمعنى الكلمة الذى تحدثت عنه فى الفقرة رقم ٢١٦ ، لأن الأصل أن الدائن العادى مقيد بجميع تصرفات مدينه السابقة واللاحقة للدين، وبالتالى ثابتة التاريخ وغير ثابتة التاريخ، فلا يصح استثناء شىء منها إلا إذا ثبت أن هناك غشاً[1] إذ الغاش لا يصح أن يستفيد من غشه فى حالة التصرف بعوض ، أو إذا ثبت مجرد حصول ضرر للدائن إذا كان التصرف تبرعاً .

ويقول الأستاذ السنهورى فى الوسيط ٢ ص ٢١٧ أن الأستاذ أحمد نشأت — مشيراً إلى الطبعة الخامسة من رسالة الإثبات ص ٢٢٦ — « لا يرى القول بأن تصرف المدين لا يسرى على الدائن العادى إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل الدين لأن

---

(١) قارن كابيتان ج ٢ ص ٢١٥ طبعة ثانية وبودرى تعهدات رقم ٢٣٦٠ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٣٥ حرف (C) وقد قال دمولومب (ج ٢٩ رقم ٥٥٠) ومن الوقت الذى يبدأ فيه الدائنون باستعمال هذه الدعوى لا يصح التمسك ضدهم بورقة إلا إذا كانت ثابتة التاريخ وقد أشار إلى حكم النقض المنشور فى سيرى ٢٥ — ١ — ٣٤٤ .

الأصل أن الدائن العادى مقيد بجميع تصرفات مدينه السابقة واللاحقة للدين. وبالتالى ثابتة التاريخ وغير ثابتة التاريخ فلا يصح استثناء شىء منها إلا إذا ثبت أن هناك» غشاً، ثم يقول الأستاذ السنهورى عقب ذلك «وهنا يجعل الأستاذ نشأت الدائن من الغير فى الدعوى البولصية ولكن فى الوقت نفسه يبيح لمن تصرف له المدين أن يحتج عليه بالتاريخ العرفى إلى أن يثبت الدائن عدم صحة هذا التاريخ وهذا تناقض رأينا له نظيراً فى الاحتجاج بالتاريخ العرفى للتصرف الصادر فى مرض الموت». ولم يلاحظ الأستاذ السنهورى أن ماقلته هو «ولا أرى القول بأن تصرف المدين لايسرى على الدائن إلا إذا كان ثابت التاريخ كما فى حالة الغير بمعنى الكلمة، ومعنى هذه العبارة أن الدائن العادى يعتبر غيرا بمعنى خاص فقط فى حالة ما إذا ثبت أن هناك غشاً [1] وفضلا عن ذلك فإن عبارتى كما ذكرها الأستاذ السنهورى خصوصاً قولى فلا يصح استثناء شىء منها إلا إذا ثبت أن هناك غشاً تفيد أن القاعدة أو الأصل هو أن الدائن العادى لا يعتبر من الغير فلا يصح أن يقال أنه لاتسرى عليه تصرفات مدينه إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل الدين لأنه فى الأصل مقيد بجميع تصرفات مدينة السابقة واللاحقة سواء كانت ثابتة التاريخ أو غير ثابتة التاريخ، ولكنه يعتبر من الغير استثناء إذا ادعى أن هناك غشاً فيجرز له إثبات هذا الغش وعدم صحة التاريخ العرفى السابق على التصرف بجميع طرق الإثبات . والشارع ذاته قد نص صراحة على هذا الاستثناء فى الدعوى البولصية فى المادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ مدنى سالفتى الذكر. أما عن قول الأستاذ السنهورى أن لهذا التناقض نظير فى الاحتجاج بالتاريخ العرفى للتصرف فى مرض الموت فقد تحدثت عنه تفصيلا فيما تقدم فى الفقرة ٢١٩ ومابعدها وفى

---

(١) راجع ما قلته عن تصرف المورث فى مرض الموت بالنسبة للورثة فى الفقرة ٢١٩ وما بعدها .

الصفحات ٢٢٢ — ٢٢٤ من الطبعة الخامسة وفى الصفحات ٢٦٨ — ٢٧١ من الطبعة السادسة .

٢٢١ مكرر — ويلاحظ أخيراً أن الدائنين العاديين لا يعتبر أحدهم من الغير بالنسبة للآخر مهما كانت تواريخ ديونهم لأن كلا منهم له حق عام على ثروة المدين وليس له حق خاص على شيء أو جزء معين منها . أما الدائنون المرتهنون فإن كلا منهم يعتبر غير النسبة للآخرين فتكون العبرة بأسبقية القيد فيما يتعلق بالعقار أو بالحيازة بحسن نية فى المنقول .

وقد قيل أن الدائن العادى ليس من الغير بالنسبة لدائن عادى آخر إذ لا تفاضل بينهما فى التاريخ والمتقدم لا يحجب المتأخر بل الإثنان سواسية فى الرجوع على المدين. وإذا دفع دائن عادى بأن حق دائن آخر قد سقط بالتقادم فتاريخ الأوراق العرفية التى يتمسك بها الدائن الآخر لرد هذا الدفع لا يشترط فيها أن تكون ثابتة التاريخ لتكون حجة على الدائن العادى الأول لأن هذا ليس من الغير .

أما الدائن المرتهن فهو من الغير بالنسبة لدائن مرتهن آخر[1] ولكن فيما يتعلق بالدفع بتقادم حق دائن آخر إذا كان المدين لم يتمسك بالتقادم بحسن نية ولم يتواطأ مع الدائن الذى كان يمكن أن يتمسك ضده بالتقادم ولم يقصد إلا تخليص ذمته من الدين الذى لم يقم بوفائه فعلا — هل يصح لدائن غيره أن يتمسك بهذا التقادم ؟ أظن لا .

ولكن هل يجب أن يكون تاريخ الدين ثابتاً قبل التصرف ؟

إن الكلام على ذلك تفصيلا موضعه فى الكلام على دعوى عدم نفاذ التصرف أو دعوى الإبطال المذكورة ، والمسألة مختلف فيها بين الشراح فى فرنسا . ولكن

---

(١) انظر الوسيط للاستاذ السنهورى جزء ٢ هامش ٢ ص ٢١٢ — ٢١٣ وقد أشار الى بيدان وبرو وبودرى وبلانيول وجابولد .

الرأى الراجح أنه ليس من الضرورى أن يكون تاريخ الدين ثابتاً [1] وقد جرى القضاء المصرى والقضاء الفرنسى على ذلك [2] وخالفهما القضاء البلجيكى [3]

إنما يلاحظ كما هو ظاهر مما تقدم أن إثبات حصول الغش من المدين وعلم من تصرف له المدين بهذا الغش أو علم خلف ثان بغش المدين وغش الخلف الأول الذى تصرف له المدين ليس ضرورياً إلا فى العقود التى بمقابل . أما العقود التبرعية فيكفى أن يثبت الدائن أنه حصل له ضرر بسببها أو أن الخلف الثانى الذى تصرف له الخلف الأول بعوض كان يعلم أن المدين وقت تصرفه للخلف الأول كان معسراً كما هو واضح من المادة ٢٣٨ من القانون المدنى القائم . وكانت المادة ١٤٣/٢٠٤ من القانون السابق تنص على أن للدائنين الحق فى إبطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم وإبطال ما حصل منهم من التبرعات أو ترك الحقوق إضراراً بهم [4] أى أنه لم يشترط قصد الضرر فى أحوال التبرعات .

وإذا كان المدين معسراً وأهمل فى المطالبة بحق له ضد الغير يستطيع الدائن العادى أن يرفع دعوى ضد من عليه الحق بالنيابة عن المدين لأنه يترتب على إهمال المدين فى المطالبة بحقه نقص فى أمواله ، وأمواله كلها للدائنين عليها حق عام ضماناً لأموالهم ، ومن باب أولى يستطيع الدائن العادى رفع هذه الدعوى إذا

---

(١) أوبرى ج ٤ § ٣٢٣ هامش ١٥ ص ٢٢٠ — ٢٢٢ ودمولومب ج٢٥ رقم ٢٣٤ وبودرى تعهدات رقم ٦٩١ ولاروميير على المادة ١١٦٧ رقم ٢٢ وعكس ذلك لوران ج١٦ رقم ٤٦١ وهيك ج ٧ رقم ٢١٩ و ج ٨ رقم ٢٥١ .

(٢) المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٢ رقم ٩٤ ص ٢٤٨ والشرائع السنة الثانية رقم ١٧٨ استئناف والحقوق السنة الثالثة عشرة ص ١٩٢ استئناف أيضا وقارن مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثانية والعشرين ص ٢٠٣ والسنة الثلاثين ص ١٤١ وانظر سيرى ٢٨ — ١ — ٢٧٩ و ٦٤ — ١ — ٤٥٢ و٣٦ — ٢ — ٤٨١ و٥٥ — ٢ — ٤٩٥ وداللوز ٢٢ — ٢ — ٦٠٩ .

(٣) بودرى تعهدات رقم ٦٩١ هامش ١ .

(٤) à leur prejudice كما جاء فى النسخة الفرنسية من القانون السابق .

تعمد المدين المعسر عدم المطالبة بدينه ما دام لا فائدة له منه أو تواطأ مع مدينه على ذلك — وهذه الدعوى تسمى الدعوى غير المباشرة لأنها ليست مرفوعة من صاحب الحق مباشرة — ويترتب على ذلك أن الدائن لا يعتبر غيراً لأنه يمثل المدين . فإذا رفع مدين المدين الدعوى بمخالصة غير ثابتة التاريخ فلا يصح له أن يقول إنها لا تسرى عليه مادامت غير ثابتة التاريخ قبل دينه — إنما له أن يثبت عدم صحة التاريخ وأن تاريخها قدم إلى ما قبل الإعسار وقبل رفع الدعوى غير المباشرة — وإلا فتسرى عليه بتاريخها كما تسرى على المدين ذاته . ويصح القول أنه يعتبر غيراً بهذا المعنى كما رأينا فيما يتعلق بمرض الموت والدائن العادى فى الدعوى البولصية . وسنرى فى الفقرة ٢٢٢ أنه إذا نال الدائن العادى حقاً خاصاً على شىء بمقتضى القانون أصبح من الغير بالنسبة لهذا الشىء كمن يحجز على منقولات لمدينه تنفيذاً لحكم فإنه لا يصح التمسك ضده بأى تصرف حصل فى هذه المنقولات من المدين بحجة أنه قد حصل قبل الحجز إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تاريخ محضر الحجز . فلا يصح أن نقيس على هذه الحالة حالة من يرفع الدعوى غير المباشرة المذكورة ولو حكم له مادام لم يحجز على شىء معين توطئه لتنفيذ الحكم [1] .

٢٢٢ — (ب) إذا نال الدائن العادى حقاً خاصاً على شىء بمقتضى القانون أصبح من الغير بالنسبة لهذا الشىء . فمن حجز على منقولات لمدينه تنفيذاً لحكم لا يصح التمسك ضده بأى تصرف حصل فى هذه المنقولات من المدين بحجة أنه

---

(١) انظر بودرى تعهدات فقرة ٢٣٥٨ حيث يقول ما يفيد إن الدائن الذى يستعجل حقوق مدينه ودعاواه لايعتبر من الغير وهـ و يشير إلى لاروميير ٦ ص ١٤٤ على المادة ١٣٢٨ رقم ٣٥ وديمولومب ١٩ رقم ٥١٢ ولوران ١٩ رقم ٣٢٦ و ٣٢٨ وهيك ٨ رقم ٢٥٠ وقارن أوبرى ورو ٨ ص ٢٥٥ وحكم نقض فى سيرى ٧٥ — ١ — ٣٠٩ ودالوز الزمنى ٧٥ — ١ — ٤٦٩

قد حصل قبل الحجز إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تاريخ محضر الحجز [1] .

والدائنون المقيدة حقوقهم على عقار يعتبرون من الغير بالنسبة لتأجير العقار بمعرفة المدين على الوجه الآتى :

قد نصت المادة ١٠٤٥ من القانون المدنى القائم على أن الإيجار الصادر من الراهن فى الرهن التامينى لا ينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما إذا لم يكن الإيجار ثابت التاريخ على هذا الوجه أو كان قد عقد بعد تسجيل التنبيه ولم تعجل فيه الأجرة فلا يكون نافذاً إلا إذا أمكن اعتباره داخلا فى أعمال الإدارة الحسنة . وإذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على تسع سنوات فلا يكون نافذاً فى حق الدائن المرتهن إلا لمدة تسع سنوات ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن . ونصت المادة ١٠٤٦ على أن لا تكون المخالصة بالأجرة مقدماً لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية . أما إذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة فى حق الدائن المرتهن ما لم تكن مسجلة قبل قيد الرهن وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات . ونصت المادة ٤٠٨ من قانون المرافعات على أنه « مع مراعاه أحكام القوانين الأخرى فى شأن إيجار العقارات تنفذ عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فى حق الحاجزين والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشهر . (أى التى تزيد مدة الإيجار فيها

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٣٦٠ وقالم بهذا أفتى بونييه تعهدات رقم ٧٥٠ وأن الاتفاق عام على هذه النقطة وانظر أيضا أوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٣٧ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٥٤٨ .

على تسع سنوات) أما عقود الإيجار غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا تنفذ فى حق من ذكروا إلا إذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة » على أن المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها على الدائن الحاجز والدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ومن حكم بإيقاع البيع عليه متى كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، وذلك بغير إخلال بأحكام القانون المتعلقة بالمخالصات الواجبة الشهر (أى التى تزيد فيها مدة التخالص على ثلاث سنوات) فإذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها عليهم إلا لمدة سنة . ونصت المادتان ٥٤٣/٦١٢ و٥٤٤/٦١٣ من قانون المرافعات القديم على أنه لا يعمل بالإيجارات السابقة على تسجيل ورقة التنبيه إلا إذا كان تاريخها ثابتاً بوجه رسمى أو ظهر أنها حاصلة من باب حسن الإدارة ولم تدفع الأجرة أو بعضها مقدماً [1] والفرق بين هذه التشريعات ظاهر .

ويلاحظ هنا أن تسجيل تنبيه نزع الملكية لم يكن ينشىء للدائن قبل قانون التسجيل السابق وقانون تنظيم الشهر العقارى وقبل تشريع المادة ٦١٦ من قانون المرافعات الملغى التى سيرد ذكرها — حقاً عينياً على العقار يجيز له باعتباره غيراً أن يتمسك بعدم تسجيل التصرفات الصادرة من المدين قبل تسجيل التنبيه . بل كل ما فى الأمر أن هذا الدائن كان يصبح بهذا التسجيل ممن شملهم لفظ الغير الذين أشارت إليهم المادة ٢٢٨/٢٩٣ من القانون المدنى القديم فلا يصح الاحتجاج عليه بالعقود العرفية إلا إذا كان تاريخها ثابتاً قبل تاريخ تسجيل التنبيه ، إذا كان للتصرف موضوع النزاع تاريخ ثابت سابق على تسجيل التنبيه الصادر من دائن عادى فإنه يعتبر تصرفاً نافذاً بالنسبة لهذا الدائن وما نعاً له من التنفيذ على العين

---

(١) وانظر فى هذا الموضوع بودرى تعهدات رقم ٢٣٦ وأوبرى جـ١٢ § ٧٥٦ وسيرى ٥٤ — ١ — ٤٦٩ .

المتصرف فيها ولا يجوز له طلب إبطاله إلا إذا أثبت حصول تواطؤ بين المتصرف والمتصرف له إضراراً بحقوقه [1] ومنطق هذا القول كان سليما بالنسبة للتصرفات الصادرة من المدين قبل قانون التسجيل رقم ١٨ سنة ١٩٢٣ وقانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ . أما بعد سريان هذين القانونين فملكية المشترى مثلا لا تنتقل إلا بالتسجيل ، ويكون لدائن البائع نزعها إلا إذا سجل المشترى البيع الصادر إليه طبقاً لأحكام القانونين المذكورين قبل انتهاء إجراءات نزع الملكية وتسجيل العقد الناشىء عنها [2] . ونصت المادة ٦١٦ من قانون المرافعات الملغاة على أنه «لا ينفذ تصرف المدين أو الحاجز فى العقار ولا ما يرتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين . ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة ٦٣٧ (السالفة الذكر) من قانون المرافعات الملغى ولا الراسى عليه المزاد إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية » . ثم نصت المادة ٤٠٥ من قانون المرافعات الجديد . على أنه « لا ينفذ تصرف المدين أو الحائز أو الكفيل العينى فى العقار ولا ينفذ كذلك ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص ، أو امتياز حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا فى حق الدائنين المشار إليهم فى المادة ٤١٧ ولا من حكم بإيقاع البيع عليه إذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية .

٢٢٢ حـ ــ أما إذا كان الرهن حيازياً فإن من حق المرتهن أن يضع يده على العقار المرهون ويستثمره فلا يصح للراهن أن يؤجره للغير بعد الرهن . أما إذا تخلى المرتهن عن حقه فى الحيازة وخرج الشىء المرهون من حيازته بإرادته فإن

---

(١) أنظر حكم النقض فى مجموعة القواعد القانونية جـ ١ ص ١٦٥ رقم ٩٣ .
(٢) وانظر تعليق المجموعة المذكورة على الحكم المذكور فى الهامش السابق .

الرهن لا يؤثر على من يستأجره من المالك فقد نصت المادة ١١٠٩ من القانون المدنى القائم على أنه « يجب لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون الشىء المرهون فى يد الدائن أو الأجنبى الذى ارتضاه المتعاقدان » ونصت المادة ١١١٠ على أن « يخول الرهن الدائن المرتهن الحق فى حبس الشىء المرهون عن الناس كافة دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون . وإذا خرج الشىء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق فى استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة » ولكن يستفاد من قول المادة ١١١٠ « دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون » أنه إذا كان الراهن قد أجر الشىء للغير بعقد ثابت التاريخ قبل الرهن فإن هذا الرهن يسرى على الدائن» ، يؤيد ذلك أن بيع العقار يسرى تأجيره على المشترى إذا كان عقد الإيجار ثابت التاريخ .

٢٢٢ د — ويلاحظ أن عقد الرهن الحيازى فى العقارات لا يسرى فى حق الغير إلا بالحيازة وأشهاره بطريق القيد طبقاً للاحكام الخاصة بعقد الرهن الرسمى (أى التأمينى) ونصت المادة ١١١٤ من القانون المدنى القائم على أنه « يشترط لنفاذ الرهن العقارى فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن ، ويسرى على هذا الغير الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى » أى بالإشهار بطريق القيد . أما فى المنقول فإنه يكفى لنفاذ الرهن فى حق الغير أن يكون ثابت التاريخ مع الحيازة فقد نصت المادة ١١١٧ مدنى على أنه « يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً ، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن . وبما أن الحيازة فى المنقول سند للملكية يكون للمرتهن إذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه فى الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف فى الشىء المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق

الذى كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن . وهذا كله طبقاً للمادة ١١١٨/٢ .

٢٢٢ هـ — ويلاحظ أخيراً أنه يجب على الدائن أن يبذل فى حفظه وصيانته من العناية مايبذله الشخص المعتاد وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه ـ أى أنه يقع عليه عبء إثبات ذلك ـ وأن الراهن يضمن هلاك الشيء المرهون أو تلفه إذا كان الهلاك أو التلف راجعاً لخطئه أو ناشئاً عن قوة قاهرة — أى أن عبء إثبات ذلك يقع على عاتق الدائن المرتهن ـ وهذا كله طبقاً للمادتين ١١٠٢ و١١٠٣ مدنى .

وإذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون فإنه يكون باطلا طبعاً إنما يصح إذا أقره المالك الحقيقى بعقد رسمى أى بكتابة رسمية أمام الموثق ، ويقع عبء إثبات ذلك على الراهن أو إذا أصبح العقار مملوكا للراهن بمقتضى عقد مسجل ناقل للملكية ويقع عليه عبء إثبات ذلك . وقد نصت المادة ١٠٣٣ على أنه « إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية ، وإذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن .

وإذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، كل هذا ودون الإخلال بحقوق الغير .

٢٢٣ — (ج) ما الحكم فى حالة حجز ما للمدين لدى الغير ؟

إذا فرضنا أن زيداً يداين بكراً ، وبكراً يداين خالداً ، وأوقع زيد حجزاً تحت يد خالد على ما لبكر عنده من النقود أو الأوراق أو المنقولات طبقاً

للمادة ٥٤٣ من قانون المرافعات السابق « التى تنص على أنه يجوز لكل دائن بدين محقق الوجود حال الاداء أن يحجز ما يكون لمدينة لدى الغير من المبالغ أو الديون ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط وما يكون له من الأعيان المنقولة فى يدالغير » وتقابل هذه المادة فى قانون المرافعات الجديد المادة ٣٢٥ التى تنص على أنه « يجوز لكل دائن بدين محقق الوجود حال الأداء أن يحجز ما يكون لمدينه لدى الغير من المنقولات أو الديون ولو كانت مؤجلة أو معلقة على شرط - هل يمكن لخالد أن يتمسك بمخالصة من بكر غير ثابتة التاريخ ؟ قد يصح القول بأن هذه الحالة هى كالأحوال السابقة إذ يستعمل الدائن حقاً خوله إياه القانون ، وغرض الحاجز من هذا الحجز هو الوصول إلى حقه كغرض الحاجز حجزاً تنفيذياً فيجب أن تكون المخالصة ثابتة التاريخ قبل الحجز . وهذا رأى فريق من شراح القانون الفرنسى (١) .

ولكن يجب أن يلاحظ من جهة أخرى أن الدائن فى الحجز تحت يد مدين مدينه لا يعمل باسمه ، وإنما يعمل باسم مدينه ويستمد حقه منه طبقاً للمادة ٢٣٥ من القانون المدنى القائم التى نصت على أن لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز . ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الاعسار ولا يشترط إعذار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب إدخاله ضمن الدعوى . وكانت المادة ١٤١/٢٠٢ من القانون المدنى السابق تنص على أن للدائنين بمقتضى مالهم من الحقوق على عموم أموال مدينهم أن

---

(١) لوران ج ١٩ رقم ٣٤٢ ولارومبير على المادة ١٣٢٨ رقم ٢٢ وهيك جزء ٨ رقم ٢٥١ وحكم لمحكمة بروكسيل فى ٣١ / ١٢ / ١٨١٩ منشور فى داللوز الأبجدى عن التعهدات رقم ٣٩٨٢ وسيرى ٥١ — ٢٠٩١ حكم التماس ، وانظر أيضا أوبرى ١٢ رقم ٧٦٥ ص ٢٣٨ هامش ١٢٢ حيث يشير إلى جملة أحكام نقض والتماس واستئناف .

يقيموا باسمه الدعاوى التى تنشأ عن مشارطاته أو عن أى نوع من أنواع التعهدات ماعدا الدعاوى الخاصة بشخصه[1] . إذاً ليس الدائن فى هذه الحالة شخصاً أجنبياً أى (غيراً) يعمل باسم نفسه كالحاجز حجزاً تنفيذياً الذى يعمل ضد المدين ، لاعنه ولا باسمه ، ولا يمكن أن يعتبر أنه مستمد حقه منه . ولذلك قد اعتبر فريق آخر من شراح القانون الفرنسى الدائن الحاجز بالنسبة للمحجوز لديه خلفاً عاماً للمدين تسرى عليه جميع تصرفاته[2] كما تسرى على المدين . أى أنهم لم يروا استثناءه من الدائنين العاديين كالحاجز حجزاً تنفيذياً الذى يعمل باسم نفسه ضد المدين مباشرة . وهذا هو الرأى الذى ساد فى فرنسا[3] على أن هذا لا يمنع الدائن الحاجز من إثبات الغش بتقديم التاريخ بأى طريق من طرق الإثبات ، ولا يخفى أن الورقة العرفية لها قيمتها بين المتعاقدين دون حاجة إلى إثبات تاريخها. وقد قرر القضاء المصرى أن المخالصة العرفية الصادرة من المدين لمدينه تسرى على الدائن الحاجز تحت يد مدين ولو لم يكن تاريخها ثابتاً رسمياً إلا إذا أثبت الدائن الغش وتقديم التاريخ أى أثبت أن التخلص حصل بعد الحجز وقدم تاريخه إلى ما قبله[4] .

---

(١) الدعوى التى من هذا النوع يطلق عليها فى فرنسا Action oblique .

(٢) دورانتون ج ١٣ رقم ١٣٣ وتولييه ج ٨ رقم ٢٥١ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٣٧ ويشير فى ص ٢٣٨ هامش ١٢٢ إلى Chauveau sur Carré Quest, 1967 ويشير بودرى تعهدات رقم ٢٣٦٠ إلى روجر فافار على الحجز تحت اليد رقم ٥٦٨ وبيوش على الحجز تحت يد رقم ١٨١ Roger Fayard. Rep. Vo acte Sous Seing prive § 4 n. 1 : et Bioehe. Dic. de proc. saisie arret Vo n. a 181 ومار كديه ج ٥ على المادة ١٣٢٨ وأحكام كثيرة نقض وغيرها .

(٣) انظر تعليقات داللوز على المادة ٥٧٤ مرافعات رقم ١٤ و ١٧ و ٢٠ و ٢١ وانظر أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٣٧٠ حرف B حيث قال أن هذا الرأى وهو الذى غلب فى القضاء ولكنه لم يوافق على ذلك .

(٤) المجموعة الرسمية سنة ١٩١٦ رقم ٥٧ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الرابعة عشرة .

ومما يؤيد كل ذلك أنه لا يمكن أن يطلب من مدين المدين أن يتحقق وقت التخالص من أن دائنه عليه دين لآخر قد يوقع الحجز لديه بسببه أم لا وإن ظهر له أن عليه ديناً لآخر يحتاط لذلك ويثبت تاريخ التخالص ولا يمكن طبعاً أن يطلب منه أن يتنبأ بأن دائنه سوف لا يكون مديناً لآخر قد يوقع الحجز لديه. وقيل أيضاً إن المخالصة تسرى على الدائن ولو لم يظهرها المحجوز تحت يده (مدين المدين) أو يتمسك بها وقت الحجز[1] ولكن لا يمكن لأحد أن ينكر أن ذلك يعد قرينة قوية على أن المخالصة ليست سابقة على الحجز إلا إذا هدم هذه القرينة أمر آخر. وفوق ما تقدم راجع ما سيأتى فى الفقرة رقم ٢٧٦.

ولكن الأستاذ السنهورى يقول[2] إن الرأى القائل بأن الدائن الحاجز فى حجز ما للمدين لدى الغير لا يعتبر غيراً — هذا الرأى أصبح اليوم مرجوحاً بعد صدور التقنين المدنى الجديد (القانون المدنى القائم) وفيه نصان يقضيان بجعل الدائن الحاجز فى مرتبه تضاهى مرتبة الخلف الخاص مع مراعاة طبيعة حقه فى أنه ليس بحق عينى — النص الأول يجعل الدائن الحاجز يشترك مع المحال له إذا سبق حجزه الحوالة إذ تقضى الفقرة الأولى من المادة ٣١٤ بأنه « إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة فى حق الغير كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر ». وهذا النص — وكان موجوداً فى تقنين المرافعات القديم — يعتبر فوق ذلك أن الدائن الحاجز هو من الغير بالنسبة إلى المحال له. والنص الثانى يجعل حجز ما للمدين لدى الغير مانعاً من المقاصة بالدين المحجوز إذ تقضى المادة ٣٦٧ بأنه « ١ — لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق كسبها الغير ٢ — فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ثم أصبح المدين دائناً لدينه ، فلا يجوز له أن

---

(١) أوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٣٨.

(٢) الوسيط جزء ٢ فقرة ١٢٢ ص ٢٢٤.

يتمسك بالمقاصة إضراراً بالحاجز » ولا يكون ذلك إلا إذا كان للدائن الحاجز حق كسبه على الدين المحجوز يمنع من وقوع المقاصة . وهذا الحق قد صرح به النص : « حقوق كسبها الغير » وهو ذاته الذى يجعل الدائن الحاجز فى مرتبة تضاهى مرتبة الخلف الخاص مع مراعاة طبيعة حقه من أنه حق شخصى لا حق عينى كما قدمنا . ثم قال الأستاذ السنهورى فى بالهامش تعليقاً على ذلك : وقد انقسم الفقه الفرنسى فى اعتبار الدائن غيراً فى الحجز ما للمدين ، فمن الفقهاء من يذهب إلى هذا الرأى ومنهم من يذهب إلى عكس ذلك ، ثم قال ونرى فى ذلك أن الأغلبية تعتبر الدائن غيراً وكذلك الفقه المصرى ، وأشار إلى سليمان مرقس وعبد المنعم فرج ومحمد حامد فهمى ثم قال أما القضاء الفرنسى فيذهب إلى أن الدائن فى حجز ما للمدين لا يعتبر غيراً ودفعه إلى هذا الموقف رغبة فى أن يجعل المخالصات الصادرة بين المدين المحجوز عليه سارية فى حق الدائن الحاجز ولو لم تكن ثابتة التاريخ ، ولكن المخالصات لها شأن آخر فسنرى أنها بمقتضى نص صريح تسرى بتاريخها العرفى فى حق الغير ولو لم يكن هو الدائن فى حجز ما للمدين ، وذلك لاعتبارات عملية . ويلجأ القضاء الفرنسى فى تبرير موقفه إلى إلى القول بأن مركز الدائن الحاجز فى حجز ما للمدين يعدل مركز الدائن الذى يرفع الدعوى غير المباشرة على مدين مدينه والفرق واضح بين المركزين فالدائن الذى يرفع الدعوى غير المباشرة إنما يعمل باعتباره نائباً عن المدين ورفع الدعوى ليس من شأنه أن يغل يد المدين عن التصرف فى حقه وما ينتج من الدعوى لا يصل إليه الدائن مباشرة بل لابد من الحجز عليه ، أما الدائن الحاجز فيحجز بمقتضى حق له خاص وهو فى ذلك يهاجم المدين لا ينوب عنه . ثم إن الحجز يغل يد المدين عن التصرف فى حقه المحجوز عليه لدى مدين المدين ، وما ينتج من الحجز يصل إلى الدائن مباشرة دون حاجة إلى إجراء آخر ولا فرق ما بين

الحجزى التنفيذى وحجز العقار من جهة وحجز ما للمدين لدى الغير من جهة أخرى . كل هذه حجوز يدخل بها الدائن فى مرحلة التنفيذ وما حجز ما للمدين لدى الغير إلا ضرب من الحجز التنفيذى تكيف على نحو يتلاءم مع طبيعة المدين المحجوز عليه (وهنا استند الأستاذ السنهورى إلى بودرى ناقلا عن لاروميير) ولكن يجب أن يلاحظ من جهة أخرى أن الفقرة الأولى من المادة ٢٣٥ من القانون المدنى القائم تنص صراحة كما تقدم على أن « لكل دائن ولو لم يكن حقه مستحق الأداء أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة أو غير قابل للحجز » وأوجبت الفقرة الثانية إدخال المدين خصما فى الدعوى لتأكيد تمثيله له وأن الفقرة الثانية تنص على أنه «لا يكون لاستعمال الدائن لحقوق مدينة مقبولا إلا إذا أثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب إعساره أو أن يزيد فى هذا الإعسار » . « ولا يشترط إعذار المدين ولكن يجب إدخاله خصما فى الدعوى » . وظاهر من هذه المادة بفقرتيها أن الدائن يرفع الدعوى بصفته نائباً عن مدينه الذى يقصر أو يهمل فى استعمال حقوقه ، ولذلك لا يشترط إعذاره إنما يجب إدخاله خصما فى الدعوى ليثبت فقط إنه لم يقصر أو يهمل الخ . فإذا لم يثبت ذلك تتحقق نيابة الدائن عنه بحكم القانون لأنه لا صلة فى الأصل بين الدائن ومدين مدينه أما المادتان ٣١٤ و ٣٦٧ مدنى الخاصتين بالحوالة والمقاصة ، فإنه فى الحوالة قد أشرك الدائن مع المحال كما يقول الأستاذ السنهورى ولا يكفى هذا لأن يصبح الرأى الآخر مرجوحاً ، وفى المقاصة يلاحظ أنه إذا أصبح مدين المدين دائناً للمدين بعد إعلانه بالحجز لا يصح أن يتمسك بالمقاصة ضد الحاجز لأن الحاجز قد اكتسب حقه قبله بمجرد الإعذار . وعلى أى حال يمكن القول بأن المادتين ٣١٤ ، ٣٦٧ المذكورتين قد شرعتا استثناء من المادة ٢٣٥ ولا تكفيان لاعتبار الرأى الآخر مرجوحا مع صراحة نص المادة ٢٣٥ .

٢٢٤ — ولكن هل يترتب على ذلك أن المحجوز لديه يمكنه أن يتمسك أيضاً قبل الدائن (الحاجز) بإبراء المدين إياه من الدين أو باستبدال بالدين أو المقاصة فيه ولو لم يكن شيء من ذلك ثابت التاريخ إلا إذا أثبت الدائن أن هناك غشاً وأن ذلك حصل بعد الحجز وقدم تاريخه إلى ما قبل الحجز ؟ أما الإبراء فهو تبرع، ويمكن للدائن طبقاً للمادة ٢٣٨ من القانون المدنى القائم (المادة ١٤٣/٢٠٤ من القانون المدنى السابق) إبطاله سواء أكان ثابت التاريخ أم لا وسواء وقع الحجز أم لا ، مادام هذا الإبراء يضر به . أما إذا كان هذا الإبراء لا يضر به أرى أنه يسرى على الحاجز ولو لم يكن ثابت التاريخ . كذلك باقى أنواع التخلص كالاستبدال والمقاصة ، إلا إذا ثبت الغش ، إذ لا محل للتفريق بين أنواع التخلص[1] الدفع وغيره .

٢٢٥ — (د) فيما يختص بتحويل وبيع الديون والحقوق كانت المادة ٣٤٩ من القانون المدنى الأهلى السابق تنص على أنه لا تنتقل ملكيتها للمحال أو المشترى إلا إذا رضى المدين بذلك كتابة ولا يصح الاحتجاج بذلك على غير المتعاقدين إلا إذا كان تاريخ الورقة المشتملة على رضاء المدين ثابتا بوجه رسمى ولا يسوغ ذلك الاحتجاج إلا من هذا التاريخ فقط وكل هذا بدون إخلال بأصول التجارة فيما يتعلق بالسندات والأوراق التى تنتقل الملكية فيها بتحويلها . فمثلا إذا كان زيد يداين عمروا ، وعمرو يداين بكراً ، وباع عمرو هذا الدين الذى له

---

(١) انظر مذكرة رودير A. Rodière فى سيرى ٧٤ — ٢ — ٢٢٧ وقد أشار إلى أحكام ومراجع كثيرة وقارن أوبرى جـ ١٢ § ٧٥٦ هامش 122. bis ص ٢٣٩ بشأن المقاصة وسيرى ٩١ — ١ — ٣٠٥ ويخالف ذلك بودرى تعهدات رقم ٢٣٧٨ ودمولومب جـ ٢٩ رقم ٥٤١ اللذان قالا إن طرق التخلص الأخرى لا يمكن اعتبارها كالدفع الذى هو عمل من أعمال الإدارة وبه ينتهى كل شيء، وانظر أيضا لارومبيير جـ ٦ على المادة ١٣٢٨ رقم ٢١ و ٢٢ و ٢٤ .

على بكر لخالد برضاء بكر كتابة ، وأثبت تاريخ ذلك رسمياً ، ثم جاء زيد وأوقع حجزاً تحت يد بكر ، فيكون لخالد أن يتمسك بشرائه الدين ما دام قد أثبت تاريخ رضاء المدين بكر رسمياً قبل الحجز . أما إذا لم يثبت تاريخ رضاء المدين رسمياً أو أثبت التاريخ بعد الحجز ، فإن هذا البيع لا يسرى على الدائن الحاجز وهو زيد . ويمكنه دون خالد الحصول على الدين من المحجوز لديه وهو بكر . وذلك لأن الدائن الحاجز هو من الغير بالنسبة للمتعاقدين فى بيع الدين ، وليس لخالد أن يتمسك بالشراء ما دام تاريخه لم يثبت رسمياً قبل الحجز[1] .

هذا فى القانون الأهلى السابق كما تقدم ، أما فى القانون المدنى المختلط السابق فإن الديون كانت تنتقل ملكيتها بمجرد رضاء البائع والمشترى أو المحيل والمحال (المادة ٤٣٥ مدنى) بلا حاجة لرضاء المدين . ويسرى ذلك على الغير من يوم إعلان المدين أو إثبات تاريخ رضائه رسمياً . ولكن إذا كان الدائن والمدين وطنيين فلم يكن الدين ينتقل إلا برضاء المدين (٤٣٦ مدنى)[2] .

وجاء القانون المدنى القائم ونص فى المادة ٣٠٣ على أن للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء المدين . ونصت المادة ٣٠٥ على أن الحوالة لا تكون نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون القبول ثابت التاريخ .

---

(١) قارن كابيتان جـ ٢ ص ٥٠١ طبعة ثانية وداللوز ٨٥ — ١ — ٤٠٥ و ٩٩ — ١ — ٢٤١ وسيرى ٨٦ — ١ — ٧٧ و ١٩٠٠ — ١ — ٧٣ .

(٢) وقد غالى الشارع الفرنسى فى أمر الرضاء كثيراً ولم يكتف باثبات تاريخه رسميا بل نصت المادة ١٦٩٠ على وجوب تحرير عقد رسمى بهذا الرضاء وليس ظاهرا وجه الحكمة فى ذلك ولهذا السبب لم يستعمل أحد مطلقا هذه الطريقة لكثرة مصاريفها واكتفى الناس بالاعلان على يد المحضر (بلانيول الموجز جـ ٢ رقم ١٦١٣ ص ٥٣٤ طبعة خامسة) وقد قال كابيتان جـ ٢ ص ١٤٨ طبعة ثانية) إن الشارع بالغ فى ذلك .

ومفاد ذلك أن الحوالة لا تسرى على الغير إلا من يوم إعلان المدين أو من يوم تاريخ قبوله الثابت كما كان الحال فى القانون المدنى المختلط .

٢٢٦ — إنما يلاحظ الفرق بين دائن المحيل والمحال . فالمحال حكمه حكم المحيل أى أن المدين يستطيع أن يتمسك ضده بمخالصة صادرة له من دائنه المحيل غير ثابتة التاريخ على النحو الذى سنراه فى الفقرة ٢٧٦ إلا إذا أثبت المحال الغش وتقديم التاريخ قبل الحوالة . هذا ولو أن المحال خلف خاص للمحيل لا خلف عام والخلف الخاص يعتبر دائماً من الغير كما سيأتى . وهذه المسألة خلافية بين الشراح فى فرنسا ويظهر أن الرأى الراجح هو كما تقدم وهو الذى سار عليه القضاء على أن البعض يرى رأياً وسطاً وهو أنه يجب على المدين أن يتمسك بالمخالصة بمجرد إعلانه بالحوالة [1] .

٢٢٧ — (هـ) إن الدائن طبقاً للمادة ٢٣٥ من القانون المدنى القائم السالفة الذكر (١٤١/٢٠٢ من القانون المدنى السابق) يستطيع أن يرفع باسم مدينه دعوى قسمة لفرز حصته فى مال مشترك على الشيوع ، فى هذه الحالة تسرى عليه تصرفات المدين كما تسرى على المدين ذاته لأنه يعمل باسمه أى بصفته نائباً عنه وليس شخصاً أجنبياً (غيراً) . ولكن إذا رفع المدين دعوى القسمة ، أو رفعها أحد الشركاء الآخرين ، ودخل الدائن خصما فى الدعوى لمراقبتها ، حتى لا يحصل تواطؤ يضربه ، فإنه إنما يدخل فيها باسمه لا باسم المدين . فيعتبر من الغير ولا تسرى عليه تصرفات المدين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل رفعه الدعوى أو دخوله فيها [2] .

---

(١) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٣٧٨ وقارن آخر الفقرة رقم ٢٢٣ (من هذه الرسالة)
(٢) لوران ج ١٩ رقم ٣٢٦ و ٣٢٧ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٦٠ آخر الفقرة ودالوز ٥٣ — ١ — ٣٢٥ .

هذا وقد نصت المادة ٨٤٢ مدنى الفقرة الأولى على أن « لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم ، وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة » .

يترتب على ذلك أن الدائن يعتبر من الغير ولا تسرى عليه القسمة إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل معارضته ، على أن هذا لا يمنعه إذا لم يعارض من أن يطعن بالغش طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٨٤٢ المذكورة التى نصت « أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها إلا فى حالة الغش » . وهذا الطعن يكون طبقاً للمادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ (الدعوى البولصية) .

٢٢٨ (و) وقد قيل إن تصرفات المفلس المدنية[1] لا تسرى على الدائنين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل إشهار الإفلاس . وذلك قياساً على الحجز التنفيذى ، لأن إشهار الإفلاس حجز لمصلحة الدائنين ، فيجب اعتبار هؤلاء كالحاجزين . وقد رأينا أن كل تصرف بعد الحجز لا يعتد به إلا إذا كان تاريخه ثابتاً قبل الحجز[2] ولكن إشهار الافلاس فى الواقع ليس إلا منعاً للمدين من إدارة أمواله . وقد نصت المادة ٢١٦ من قانون التجارة على أن « الحكم باشهار الإفلاس يوجب بمجرد إصداره رفع يد المفلس من تاريخ هذا الحكم عن إدارة جميع أمواله الخ »

---

(١) أما التصرفات التجارية لما تستدعيه من السرعة والاقتصاد فهى غير خاضعة لقواعد إثبات التاريخ إلا إذا اشترط الشارع الكتابة كما سنرى فى رقم ٢٣١ . ويمكن الوقوف على حقيقتها من كشوف البضائع والمراسلات والدفاتر التجارية التى لها قيمة فى الإثبات كما سنرى أيضا .

(٢) لوران ج ١٩ رقم ٣٣٠ — ٣٣١ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٦٠ وهو يشير الى تروبلنج فى البيع ج ٢ رقم ٩١١ ، وتلر فى التجارى رقم ١٦٧٩ Thaller Tr. elem. ودالوز ٥٩ — ١ — ٩٧ و ٤٦ — ٢ — ٢٠٤ .

فيترتب على ذلك أن تسرى على الدائنين تصرفات المفلس الصادرة من قبل إشهار إفلاسه ولو كانت غير ثابتة التاريخ إلا إذا ثبت الغش أى إلا إذا ثبت أن التصرف حصل بعد إشهار الإفلاس وقدم تاريخه إلى ماقبل ذلك . وهذا هو الرأى الراجح فى فرنسا[1] وقدقيل إن إشهار الإفلاس ليس معناه إلا منع المدين من إدارة أمواله وجعل ذلك من حق مجموعة الدائنين . فليس لهم إبطال معاملة حصلت بحسن نية قبل الافلاس[2] وبعبارة أخرى لايعتبر الدائنون من الغير فى هـذه الحالة وتؤيد ذلك المادة ٢٢٨ من قانون التجارة التى سيلى الـكلام عليهـا فى الفقرة ٢٢٩ مكرر والواقع أنه لاذنب لشخص تعامل بحسن نية مع تاجر لايعلم عن حالته شيئاً وقد يكون ظاهر الثراء ثم أفلس بعد زمن طويل أوقصير إلا إذا نال الدائنون حقاً من قبل القانون مباشرة كما نرى فى الفقرة التالية ، فإنهم يعتبرون من الغير لاتسرى عليهم إلا التصرفات الثابتة التاريخ .

٢٢٩ — نصت المادة ٢٢٧ من قانون التجارة على أنه إذا حصل من المدين بعد الوقت الذى عينته المحـكمة أنه وقت وقوفه عن دفع الديون أوفى ظرف الأيام العشرة التى قبله عقد تبرع بنقل ملـكية منقول أو عقار أو إذا وفى ديناً لم يحل أجله بنقود أو بحوالة أو ببيع أو بتخصيص مقابل للوفاء أو بمقاصة أو بغير ذلك يكون جميع ما أجراه من هذا القبيل لاغياً ولايعتد به بالنسبة لزوكية المداينين ، وكذلك كل دين حل ميعاده ودفعه بغير نقود ولا أوراق تجارية . ويكون أيضاً لاغياً ولايعتد به كل رهن عقار من عقارات المدين أومنقول من منقولاته وكل مايتحصل عليه دائن من الاختصاص بأموال مدينه لوفاء دينه إذا حصل ذلك فى

---

(١) كما قال بودرى فى الموضع السالف وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٣٦ والأحكام الـكثيرة التى أشار إليها وليون كان جزء رقم ٢٨١٧ Lyon Caen المختصر ، والمطول ج ٧ رقم ٤٧٧ ودومب ج ٢٩ رقم ٥٤٣ ولاروميير على المادة ١٣٢٨ رقم ٣٦ .

(٢) لاروميير على المادة ١٣٢٨ رقم ٣٦ وانظر المـادة ٢١٦ / ٢٢٤ تجارى عندنا .

المواعيد المذكورة آنفاً لوفاء ديون استدانها المدين قبل تلك المواعيد . فروكية المداينين تعتبر من الغير بما أن الشارع أعطاها من قبله مباشرة حقاً خاصاً لإلغاء تصرفات معينة . فهى بمقتضى القانون تعمل ضد المدين وضد من تصرف له المدين معاً . فلا يمكن أن يعتبر الدائنون فى هذه الحالة خلفاء للمدين . وينبنى على ذلك أنه يجب أن لا تكون هذه التصرفات حجة على روكية الدائنين إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل الوقت الذى عينته المحكمة بأنه وقت الوقوف عن دفع الديون بأكثر من عشرة أيام (١) .

٢٢٩ مكرر — على أن المادة ٢٢٨ قالت بعد ما ذكرته فى المادة ٢٢٧ «وكل ماأجراه المدين غير ماتقدم ذكره من وفاء ديون حل أجلها أو عقد عقود بمقابل بعد وقوفه عن دفع ديونه وقبل صدور الحكم عليه بإشهار إفلاسه يجوز الحكم ببطلانه إذا ثبت أن الذى حصل على وفاء دينه أو عقد معه ذلك العقد كان عالماً باختلال أشغال المدين المذكور وفى كل الأحوال يجب أن يحكم ببطلان تلك العقود إذا كان القصد منها إخفاء هبة أو حصول منفعة زائدة عن المعتاد لمن عقد مع المفلس المذكور » ومفاد ذلك أن الدائنين لا يعتبرون هنا من الغير إذا كان من قبض دينا حل أجله أو عقد عقداً مع المدين بمقابل كان سليم النية لا يعلم باختلال أعمال المدين فيسرى عليه ذلك ، وإنما طبقاً للفقرة الثانية من المادة المذكورة يجب الحكم ببطلان تلك العقود إذ القصد منها إخفاء هبة أو حصول منفعة زائدة عن المعتاد لمن عقد معه المفلس المذكور . ونصت المادة ٢٢٩ — «ويحكم ببطلان كل عقد ينقل الملكية على وجه التبرع فى أى وقت حصل إذا كان المفلس عالماً فى ذلك الوقت بترب وقوع أشغاله فى سوء الحال ولو كان الذى حصل له التبرع لم يعلم ذلك إلا إذا كان التبرع هبة زواج إلا مبالغة فيها» .

---

(١) ليون كان المطول ج ٧ رقم ٤٧٨ .

ونصت المادة ٢٣٠ على أنه « وكذلك يصير إلغاء جميع الأعمال والمشارطات وفى أى وقت وقعت إذا ثبت أنها حصلت من الطرفين مع سوء القصد إضراراً بالداينين ووجد الضرر بالفعل ».

٢٢٩ مكررا — والحكم بالإعسار المدنى لا يجعل الدائن من الغير كالحكم بإشهار الافلاس فيجوز للمدين التصرف فى أمواله بغير رضاء الدائنين على أن يكون ذلك بثمن المثل إلا أنه يجب أن يودع المشترى الثمن خزانة المحكمة حتى يوزع وفقاً لإجراءات التوزيع . وهذا طبقاً للمادة ٢٥٨ .

ولكن إذا سجلت صحيفة الدعوى الإعسار فلا يسرى فى حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد فى التزاماته كما لا يسرى فى حقهم أى وفاء يقوم به المدين وهذا طبقاً للمادة ٢٥٧ . على أنه لا يجوز أن يحتج على الدائنين الذين لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل وهذا طبقاً للمادة ٢٥٦ وإنما يجب أن يلاحظ أن دين الدائن يجب أن يكون ثابت التاريخ قبل تسجيل صحيفة دعوى الإعسار حتى لا يحتج عليه بالاختصاص [1] .

٢٣٠ — (ز) إذا حصل تضارب بين مصالح الدائنين يعتبرون من

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ عن المادة ٢٥٦ ص ٦٨٨ حيث قيل انه ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة دعوى الإعسار لا ينفذ أى اختصاص يترتب على عقارات المدين فى حق دائنيه ذوى الديون ثابتة التاريخ قبل هذا التسجيل . وقد أريد بهذا النص ضمان المساواة بين الدائنين السابقة حقوقهم على تلك الدعوى على نحو يقيلهم من عناء التزاحم والتدافع . ويكون لحق الاختصاص فيما عدا ذلك جدواه بالنسبة للدائنين من أصحاب الحقوق السابقة على الدعوى فيما لو انتهت حالة الإعسار (المادة ٣٤٩ من المشروع) فلمن يحصل منهم على هذا الحق أن يحتج به على من تنشأ ديونهم بعد انتهاء حالة الاعسار ـ قارن القسم الثانى من الفقرة ٢٢٢ فيما يختص بنزع الملكية .

الغير بالنسبة لبعضهم البعض[1] ولدينا مثل بنص القانون ، فقد جاء فى المادة ١١١٧ من القانون المدنى القائم أنه يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا . وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن . ونصت المادة ٥٤٩/٦٧٢ من القانون المدنى السابق على أنه لا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا كان بسند ذى تاريخ ثابت مشتمل على بيان المبلغ المرهون عليه وبيان الشيء المرهون بياناً كافيا. فالدائن المرتهن لا يمكنه أن يتمسك بأفضليته على غيره من الدائنين فيما يختص بالشيء المرهون إلا إذا كان الرهن ثابت التاريخ ، إذ يخشى أن يتواطأ أحد الدائنين مع المدين وهو فى حالة عسر وينال منه حق رهن شيء معين بفى بدينه كاملا ، فلا يجد باقى الدائنين بعد ذلك ما يكفى لسداد ديونهم أو بعضها .

٢٣١ — (ح) إذا صدر حكم غيابى لدائن على مدينه ولم ينفذه فى ظرف ستة شهور من يوم صدوره فإنه يبطل ويعد كأنه لم يكن طبقاً للمادة ٣٩٣ من قانون المرافعات الجديد (المادة ٣٤٤/٣٨٩ من قانون المرافعات القديم) . فإذا كان الدائن قد أخذ بمقتضى هذا الحكم اختصاصاً على عقار لمدينه طبقاً للمادة ٥٩٥ من القانون المدنى السابق فإن الاختصاص يبطل أيضاً وهذا من مصلحة باقى الدائنين إذ تزول أفضلية ذلك الدائن عليهم . ولكن يمكن للدائن المحكوم له أن يتجنب سقوط الحكم الغيابى وسقوط الاختصاص معه إذا حصل من المدين قبل مضى ستة الشهور المذكورة على ما يفيد قبوله الحكم الغيابى . فإن هذا القبول بطبيعة الحال يمنع بطلان الحكم وبالتالى الاختصاص . ولكن من الجائز

---

(١) راجع أوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٣٩ وهامش ١٢٣ وبودرى تعهدات رقم ١٣٦١ وقد قال كلاهما إنه لا أفضلية لدائن إلا إذا كان عقده ثابت التاريخ فى الوقت المناسب En temps utile

أن لا ينفذ الدائن المحكوم له الحكم فى ظرف ستة الأشهر ، فيسقط ، ويسقط معه الاختصاص ، ثم يتواطؤ بعد ذلك مع المدين المحكوم عليه ويأخذ عليه ورقة تفيد الرضاء ويقدم تاريخها إلى ما قبل مضى تلك المدة . لذلك وجب أن تكون مثل هذه الورقة ثابتة التاريخ قبل مضى ستة الأشهر . لتسرى على باقى الدائنين الذين لهم مصلحة فى سقوط الاختصاص [1] .

ولكن المادة ١٠٨٥ من القانون المدنى القائم لا تجيز أخذ اختصاص إلا بمقتضى حكم واجب التنفيذ والحكم الغيابى أو الابتدائى لا يجوز تنفيذه مادام الطعن فيه بالمعارضة أو الاستئناف جائزاً إلا إذا كان النفاذ المعجل منصوصا عليه فى القانون أو مأموراً به فى الحكم . وذلك بمقتضى المادة ٤٦٥ من قانون المرافعات السابق [2] والتى تقابلها المادة ٢٨٧ من قانون المرافعات الجديد .

٢٣٢ — (ط) كذلك فى حلول الكفيل محل الدائن فى التأمينات ، يجب أن تكون الكفالة ذات تاريخ ثابت قبل الدفع ويجب أن تذكر الكفالة فى إيصال الدفع أو يذكر فيه الاتفاق مع الدائن على الحلول محله فى التأمينات .

لنفرض أن هناك دائناً مرتهنا ، وهناك كفيل للدين أى ضامن ، وفى هذه الكفيل الدين ، له الحق فى أن يحل محل الدائن فى الدين وفى التأمينات أى الرهن .

---

(١) نارن هيك ج ٨ رقم ٢٥٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٦١ ولوران ج١٦ رقم٣١٩ وقد أشار بودرى إلى حكمين بلجيكيين أحدهما من محكمة النقض والآخر من محكمة الاستئناف .

(٢) وكان مشروع القانون المدنى القائم فيما يتعلق بأخذ حق الاختصاص كالمادة ٥٩٥ من القانون المدنى السابق أى تجيز أخذ اختصاص بمقتضى حكم غيابى غير واجب التنفيذ ووافق على ذلك مجلس النواب ولكن لجنة الشيوخ أضافت عبارة قابل للتنفيذ أو واجب التنفيذ كما جاء فى المادة ١٠٨٥ أخيرا حتى تقصر حق الاختصاص على الدائن الذى يكون بيده حكم قابل للتنفيذ . وقالت اللجنة وبذلك لا يكون هناك مجال لتفاضل الدائنين فيما بينهم بمجرد المبادرة إلى رفع الدعوى بل تكون الأفضلية معقودة للدائن الذى يملك التنفيذ . ويكون حق الاختصاص بمثابة ضمان للدائن فى استيفاء دينه وأداة تيسير بالنسبة إلى المدين لأن من يحصل على حق الاختصاص قد يرتضى إرجاء التنفيذ ما دام قد أمن بالاختصاص على حقه . انظر تقرير لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ص ٢٥ رأس العامود الثانى .

فى هذه الحالة — طبقاً للمادة ٧٩٩ من القانون المدنى القائم التى نصت على أنه إذا وفّى الكفيل الدين كان له أن يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفى الدائن كل حقه من المدين . وبهذا المعنى المادة ٦١٧/٥٠٥ من القانون المدنى السابق . ولكن لا يصح للكفيل أن يتمسك بالحلول فى الرهن محل الدائن ويتميز بالشىء المرهون عن باقى الدائنين إلا إذا توفر شرطان (الأول) أن تكون الكفالة ثابتة التاريخ قبل الدفع (الثانى) أن يشار إليها فى الإيصال الذى أخذه الكفيل من الدائن عند الدفع أو إلى أنه (أى الكفيل) اتفق مع الدائن على أن يحل محله فى الرهن ، أى أن لا يكون الإيصال بسيطاً لا ذكر فيه للكفالة[1] . وذلك لأنه من الجائز أنه لم تكن هناك كفالة ما ، أو كانت هناك كفالة وفى دينها وانتهى أمره وأصبح للدائنين الآخرين الحق فى الاستيلاء على ديونهم من العين الموهونة ، فعمل عقد كفالة من جديد وقدم تاريخه بالاتفاق مع الدائن والمدين والكفيل ليحرم بذلك أولئك الدائنين من العين المرهونة . ويصح أن نقيس على هذه الحالة حالة كل من يدعى الحلول محل دائن فى التأمينات طبقاً للمادة ٣٢٦ من القانون المدنى القائم (المادة ٢٢٥/١٦٢ من القانون المدنى السابق)[2] وكذلك حالة ما إذا اقترض المدين مالا وفّى به الدين وأحل المقرض محله فى التأمينات طبقاً للمادة ٣٢٨ من القانون المدنى القائم المادة ٢٢٧/١٦٤ من القانون المدنى السابق)[3] .

---

(١) راجع دمولومب ج ٢٩ رقم ٥٥٣ ولاروميير ج ٤ على المادة ١٣٢٨ رقم ٣٣ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٦١ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٤٠ وقد أشار إلى بونييه وبون Pont فى الامتياز والرهون وحكم نقض وأحكام أخرى استئنافية كما أشار إلى حكمين آخرين استئنافيين عكس ذلك .

(٢) راجع أوبرى جزء ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٤٠ ولاحظ حكم النقض الذى أشار إليه سيرى ٩٤ — ١ — ٢٨٠ .

(٣) قارن المادة $\frac{١٢٥٠}{٢}$ من القانون المدنى الفرنسى التى اشترطت حصول ذلك أمام الموثق notaire .

وهكذا فى كل حالة يوجب القانون أو القواعد القانونية أن يكون للورقة تاريخ ثابت لتسرى على الغير .

الغير والخلف الخاص

٢٣٣ — إن الخلف الخاص يعتبر دائماً من الغير ، قلت فى الفقرة رقم ٢١٨ إن الخلف الخاص هو من تلقى حقاً خاصاً كالمشترى والمرتهن . فهو خلف للأصيل فى تصرفاته السابقة على نفس الشيء لأنه يجب عليه احترامها كما كان يحترمها الأصيل ذاته . فإذا اشترى شخص شيئاً سبق رهنه من البائع ، فإنه يجب عليه احترام الرهن . وإذا اشترى شخص عقاراً عليه حق ارتفاق، وجب عليه احترام هذا الحق . ولا يمكن لإنسان أن يكتسب حقاً على شيء إلا بالحالة التى كان عليها فى يد صاحبه ، أو بعبارة أخرى لا يمكنه أن يكتسب حقوقا على الشيء أكثر من الحقوق التى كانت لصاحبه عليه . أما تصرفات الأصيل اللاحقة فإنها بالبداهة لا يصح أن تسرى عليه . وله كل الحق فى عدم احترامها : فإذا باع زيد شيئاً لعمرو فى أول يناير ثم باعه لبكر فى أول فبراير ، فإن لعمرو أن لا يعبأ بالبيع الثانى لأن الملكية سبق أن انتقلت إليه (ولكن لاحظ الفقرات رقم ٢٣٦ و ٢٣٧ و ٢٣٨ فيما يتعلق بالمنقول وتسلمه بحسن نية ، والحقوق الشخصية ، والحقوق العينية ووجوب تسجيلها) ولكن ليس هناك ما يمنع بكراً من أن يتواطأ مع زيد ويقدم تاريخ عقده على تاريخ عقد عمرو أى يجعله قبل أول يناير ، فيظهر بذلك أن بكراً اشترى أولا إذ ينطبق على عمرو بالنسبة لعقد البيع لبكر التعريف الذى عرفت به الغير فى رقم ٢١٦ لأنه لم يكن طرفاً فى العقد ونال من زيد حقا عينياً على الشيء المبيع بحيث يضره العقد الذى اشترى به بكر إذا قدم تاريخه . لذلك نصت المادة ٣٩٥ من القانون المدنى القائم على أن الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير إلا منذ تاريخها الثابت . ونصت المادة ٢٢٨/٢٩٣ من القانون المدنى السابق على أن

المحررات غير الرسمية لاتكون حجة على غير المتعاقدين إلا إذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتا رسميا وذلك لمنع مثل بكر من أن يعبث بحقوق مثل عمرو . ونتيجة ذلك أن الخلف الخاص يعتبر خلفاً بالنسبة لتصرفات الأصيل السابقة فقط على التصرف الذى حصل له لأنه يجب عليه احترامها ، ويعتبر غيراً بالنسبة لتصرفاته اللاحقة لأن له نقضها . وقد طبق الشارع هذه القاعدة فى المادة ٦٠٤ من القانون المدنى القائم (المادة ٣٨٩/٤٧٤ من القانون المدنى السابق) كما ذكرت فى الفقرة رقم ٢١٦ ، إذ نص على أنه إذا اشترى شخص شيئاً ، فادعى آخر أنه استأجره من الأصيل ، فلا يقام لقوله وزن إلا إذا كانت إجارته ثابتة التاريخ قبل الشراء ، وذلك خوفا من أن يكتب عقد الإيجار بعد الشراء ويقدم تاريخه إلى ما قبله .

٢٣٤ — ويترتب على ذلك أنه فى حالة تزاحم شخصين على شىء واحد وكان عقد أحدهما ثابت التاريخ دون الآخر ، فيعمل بالعقد ذى التاريخ الثابت . وإذا كان عقد كل منهما ثابت التاريخ فيعمل بالعقد الذى أثبت تاريخه أولا . أما إذا لم يثبت كل منهما تاريخ عقده فمن يثبت أنه حصل له التعاقد أولا يعمل بعقده ، لأن من تصرف فى حق من الحقوق لا يملك التصرف فيه مرة أخرى . ويصح الإثبات فى هذه الحالة بشهادة الشهود ، لأن التصرف الثانى بالنسبة للتعاقد الأول واقعة مادية لا يمكن الحصول على كتابة بها[1] فضلا عما فى ذلك من الغش الحاصل من المتصرف فى الشىء بالتصرف فيه مرة أخرى . بل إثبات التاريخ لا ينفع عند سوء النية كما سنرى فى الفقرة رقم ٢٧٧ . ولا يخفى أنه فى حالة عدم وجود تاريخ ثابت على كل من العقدين يكون مركز المدعى عليه أحسن من مركز المدعى لأن هذا هو الذى يكلف بالإثبات، ولذلك يجتهد كل منهما فى أن يكون مدعى عليه لا مدعيا .

(١) انظر وقارن الفقرة رقم ٢٩٦ .

وقد يتفق أن يثبت تاريخ العقدين فى يوم واحد . فإن كانا مرقومين طبقاً للمادة ٣١ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق ، فصاحب الرقم الأسبق هو الذى يعمل بعقده . فقد نصت المادة ٣١ المذكورة على أن يكتب محضر يثبت فيه تاريخ تقديم المحرر ورقم إدراجه فى الدفتر المعد لذلك ويختم بخاتم المكتب ويوقعه الموثق . وجرى العمل على وضع التاريخ والرقم على المحرر . وفى العقود الرسمية يبين الرقم ووقت التحرير بالساعة والدقيقة (١) .

ولاشك فى أن الشخص الأوفر نشاطاً الأسرع إلى تلبية أحكام القانون أولى بالرعاية . على أنه قد يثبت تاريخ عقدين فى يوم واحد دون بيان رقم أو وقت كما فى حالة وفاة الموقع عليهما ، فحكمهما حسبما أرى حكم عقدين لم يثبت تاريخ كليهما إذ لا امتياز لأحدهما على الآخر ومن أثبت أنه قد حصل له التعاقد أولا يعمل بعقده (٢) .

٢٣٥ — ويلاحظ أنه يجب أن يكون صاحب العقد الثانى حسن النية فى جميع الأحوال ، ولا يعلم بتعلق حق شخص آخر قبله بذات الشىء ، حتى يمكنه أن يتمسك بقاعدة إثبات التاريخ المتقدمة ، أما إذا لم يكن حسن النية وكان يعلم بالتصرف السابق ، فلا عبرة بعقده ذى التاريخ الثابت سواء أأثبت مزاحمة تاريخ عقده أم لم يثبته مطلقاً ، إذا لا يصح أن يستفيد الغاش من غشه (٣) .

---

(١) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٣٨٤ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٤٦ ودمولومب جزء ٢٩ رقم ٥٨٦ ومجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص ٢٩٠٥ .

(٢) انظر وقارن الفقرة رقم ٣٩٦ أيضاً (من الرسالة) ولاروميير على المادة ١٣٢٨ رقم ٥٦ وأوبرى فى الموضع السابق فى الهامش .

(٣) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٣٧٣ و ٢٣٧٤ وحكمى النقض اللذين أشار إليهما وأوبرى فى الموضع السابق ص ٢٤٥ ودمولومب جزء ٢٩ رقم ٥٧٩ و ٥٨٠ ولاروميير جزء ٦ على المادة ١٣٢٨ رقم ٣٩ ولوران جزء ١٩ رقم ٢٨٩ وحكمى النقض فى سيرى ٨٧ — ١ — ١٧٥ و ٨٢ — ١ — ١٢٩ وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أيضا أن أحكام المادتين ١٣٢٨ و ١٧٤٣ من القانون المدنى إنما شرعت لحماية الغير من خطر تقديم تاريخ الأوراق العرفية ، وهذه الأحكام ليست من الأحكام النظامية التى يجوز لكل شخص أن يتمسك بها ولو كان سىء النية — الجدول العشرى الأول للمحاماة ص ١٦ رقم ٩٦ .

٢٣٦ — وهذا كله مع عدم الإخلال بما قلته فى الفقرة رقم ٣٢ والفقرة رقم ٢١٦ بخصوص الحق العينى المتعلق بمنقول بالنسبة للغير ، فإن القواعد المتقدمة لا تسرى إلا إذا كان الشىء المبيع مثلا لا يزال تحت يد البائع ، أما إذا سلمه المشترى الثانى وكان هذا حسن النية ، ولا يعلم بالبيع السابق ، فلا يمكن المشترى الأول أن يتمسك ضده بعقده ، ولو كان ثابت التاريخ قبل شراء الثانى لأن الحيازة فى المنقول سند الملكية كما تقدم القول .

٢٣٧ — ومما يشبه ذلك ما نصت عليه المادة ٥٧٣ من القانون المدنى القائم من أنه « إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة فضل من سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد عقد إيجاره ، فإنه هو الذى يفضل » . وكانت المادة ٤٤٨/٣٦٥ من القانون المدنى السابق تنص على أنه « فى حالة تعدد المستأجرين لعقار واحد يقدم من وضع يده أولا (ولو كان غيره استأجر قبله وأثبت تاريخ عقده قبل وضع يده) ولكن إذا سجل أحد مستأجرى العقار سند إيجاره قبل وضع يد غيره عليه أو قبل انتهاء الإيجار المحدد فهو الذى له الأولوية » . لأن فى ذلك الإشهار الكافى ، ويجب على المستأجر فى الأحوال الهامة أن يكشف فى دفاتر التسجيل عن تصرفات المؤجر إذ ربما يكون قد أجر للغير وسجل هذا الغير عقده أو ربما يكون قد باع العقار المؤجر أو رتب عليه حق انتفاع لآخر .

٢٣٧ مكرر — ومما يشبه ذلك أيضاً أنه فى رهن المنقول — لا يكفى لسريانه على الغير أن يكون ثابت التاريخ بل يجب أن يكون الشىء المرهون فى حيازة المرتهن لأنه إذا لم يكن فى حيازته كان الغير معذوراً فى اعتقاده أنه ليس مرهوناً ، ولا يخفى أن إثبات التاريخ ليس نوعاً من الإشهار كما أن الحيازة

وحدها ليست كافية فى الدلالة على الرهن فى تاريخ ثابت لجواز نقل الحيازة مع تقديم التاريخ ولذلك نصت المادة ١١١٧ من القانون القائم (المادة ٥٤٩/٦٧٢مع المادة ٥٤١/٦٦٤ من القانون المدنى السابق) على أنه « يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً . وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن» .

ونصت المادة ١١٢٣ فى الفقرة الثانية على أن رهن الدين لا يكون نافذاً فى حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون وتحتسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للاعلان أو القبول المشار إليه فى الفقرة الأولى التى نصت على ألا يكون رهن الدين نافذاً فى حق الدائن إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقاً للمادة ٣٠٥ الخاصة بالحوالة .

٢٣٨ — ويلاحظ ما قلته فى الفقرتين رقم ٣٠ و ٣١ بخصوص الحقوق العينية العقارية فإن قواعد إثبات التاريخ المتقدمة لا تفيد فيها والعبرة بالأسبقية فى التسجيل بل تمنع المادة ٣١ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق إثبات تاريخ المحررات واجبة الشهر بطريق التسجيل أو القيد .

فإذا حصل تزاحم بين مشترين لعقار واحد من شخص واحد ، فمن سجل عقده أولا كان صاحب الحق فى العقار . وإذا رتب شخص حق ارتفاق على عقار له ثم باعه فلا يمكن لصاحب حق الارتفاق التمسك به قبل المشترى إلا إذا كان عقده مسجلا قبل تسجيل عقد البيع ، وهكذا فى الحقوق العينية العقارية كافة ، فإن العبرة دائماً بالأسبقية فى التسجيل . والعقد غير المسجل ولو كان ثابت التاريخ أو كان رسمياً [1] لاقيمة له قبل الغير بل لاينقل الحق حتى فيما بين

---

(١) رسمية العقد تثبت التاريخ لأنه (أى التاريخ) من وضع موظف رسمى مختص .

الطرفين طبقاً لقانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ (وقانون التسجيل رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٢٣ قبل ذلك) إلا إذا كان مقرراً للحق كما رأينا فى الفقرة رقم ٣١ .

أى أن التسجيل ليس بلازم إلا بالنسبة للغير فقد نصت المادة ٩ من قانون الشهر العقارى على أن « جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشىء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ويدخل فى هذه التصرفات الوقف والوصية ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوى الشأن ولا بالنسبة لغيرهم ولا يكون للتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية من ذوى الشأن » .

ونصت المادة ١٠ على أن « جميع التصرفات والأحكام النهائية المقررة لحق من الحقوق العينية العقارية الأصلية يجب كذلك تسجيلها ويترتب على عدم التسجيل أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير . يترتب على ذلك أنه إذا اشترى شخص عقاراً وهو يعلم أن البائع سبق أن باعه لآخر وسجل عقده قبل ذلك الآخر ينفذ عقده رغم ذلك العلم لأن العبرة قانوناً بالتسجيل وأسبقيته وقد قيل إن نظام التسجيل وإن كان لم يشرع فى الأصل إلا لحماية الأشخاص الذين لا يعلمون بسبق التصرف فى المبيع ، ولكن الشارع وضع نظاماً عاماً رجح أنه يحقق للغرض الذى رمى إليه ، وهذا النظام يجب اتباعه بكل دقة ولو إستفاد منه أشخاص لم يكن من قصد الشارع حمايتهم . ولا نزاع فى أن القاعدة التى تعتبر حجر الزاوية فى نظام التسجيل هى أن غير المتعاقدين لا يفرض أنهم عالمون بالتصرف السابق إلا إذا كان عقد المشترى السابق مسجلا وإن

الأخذ بغير هذا الرأى يفتح المجال للمنازعات والخصومات ويرهق القضاء لأن مسألة العلم وعدمه مسألة ذهنية باطنية يصعب التحقق منها ، وإن الأخذ بعلم المشترى الثانى أو جهله بسبق التصرف يزعزع الثقة العقارية إذ لا سبيل إلى إثبات العلم إلا بشهادة الشهود وهى على ماهى عليه[1] . بل قالت محكمة النقض ولو كان العلم ناشئاً عن توقيع المشترى على العقد السابق كشاهد لأن هذا التوقيع لا يعتبر إقراراً منه بانتقال ملكية المبيع إلى من صدر له ذلك العقد وإن صح هذا التوقيع دليلا على علم صاحبه بسبق التصرف إلى الغير فإنه لا يحول دون كسب ملكية المبيع بعد ذلك بمقتضى عقده الذى بادر إلى تسجيله فصح سنداً لنقل الملكية إليه ولو كان فى ذلك متواطئاً مع بائعه[2] والمحكمة محقة فى هذا طبقاً لنص المادة ٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى سالفة الذكر لأن الملكية كانت لا تزال باقية للبائع بعد تسجيل المشترى الأول . على أن هذا لا يمنع المشترى الأول من مطالبة البائع بالتعويضات اللازمة طبقاً لنص المادة ٩ أيضاً بالتضامن مع المشترى الثانى لتواطئه معه تواطؤاً لا شك فى ثبوته — بل أرى أيضاً أنه فى هذه الحالة يجوز له إثبات العلم ضد المشترى الثانى بشهادة الشهود لأن تواطؤه مع البائع غش والغش يجوز إثباته بجميع الطرق .

٢٣٩ — وهناك حق شخصى جعله الشارع فى مرتبة الحق العينى بالنسبة للغير بمعنى أنه لا يسرى على الغير إلا إذا كان مسجلا . فلا يكفى إثبات التاريخ للتمسك به ضد الغير كغيره من الحقوق الشخصية . فقد نصت المادة ١١ من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ على أنه يجب تسجيل الإيجارت

---

(١) انظر كتاب البيع للمرحوم نجيب الهلالى وحامد زكى ص ٢٥٠ والمراجع التى أشار إليها .

(٢) مجموعة المكتب الفنى السنة التاسعة ١٩٥٨ رقم ٢/٣٦ ص ٣٣٠ — ٣٣١ .

والسندات التى ترد على منفعة العقار إذا زادت مدتها على تسع سنوات والمخالصات والحوالات بأكثر من أجرة ثلاث سنوات مقدماً ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك . ويترتب على عدم تسجيلها أنها لا تكون نافذة فى حق الغير فيما زاد على مدة تسع سنوات بالنسبة للايجارات والسندات وفيما زاد على أجرة ثلاث سنوات بالنسبة إلى المخالصات والحوالات . وكانت المادة ٦١٣/٧٤٠ من القانون المدنى السابق تنص على أنه يلزم تسجيل عقد الإيجار الذى تزيد مدته على تسع سنين وسند الأجرة المعجلة أى المدفوعة مقدماً الزائدة على ثلاث سنوات حتى يمكن أن يكون ذلك حجة على غير المتعاقدين . فإذا اشترى شخص عقاراً لا يمكن لمستأجر لهذا العقار أن يتمسك بعقد إيجار تزيد مدته على تسع سنوات إلا إذا كان مسجلا ولو كان ثابت التاريخ قبل الشراء ولا يمكن أيضاً للمستأجر أن يتمسك بدفع الأجرة عن مدة تزيد على ثلاث سنوات مقدماً إلا إذا كان سند الدفع مسجلا أيضاً ولا عبرة بإثبات التاريخ قبل الشراء .

٢٤٠ — ويجب أن يلاحظ أن القواعد المتقدمة عن إثبات التاريخ والتسجيل لا تسرى فى حالة نزع ملكية عقار للمنفعة العامة . فالمستأجر لعقار بعقد ذى تاريخ ثابت أو بعقد مسجل قبل نزع ملكية العقار لا يمكنه أن يتمسك بإجارته ، وقد بين قانون نزع الملكية للمنفعة العامة كيفية استيلاء كل ذى حق على العقار على ما يعوضه حقه[1] .

ورقة الضد

وهل تسرى على الغير إذا كانت ثابتة التاريخ

والصورية

٢٤١ — ورقة الضد[1] أو عقد الضد هو عقد يكتب سراً بين متعاقدين ليمحو أثر عقد ظاهر أو يعدل فيه ، أو بعبارة أخرى ليمحو أثر العقد الظاهر كلياً أو جزئياً ، كما إذا أراد مدين تهريب شيء له من دائنه ، فيبيعه بيعا صورياً لآخر ويأخذ عليه ورقة ضد تفيد الصورية وأن الشيء لا زال على ملكه ، فورقة الضد هنا تمحو أثر العقد الظاهر محواً كلياً ، أو كما إذا تعاقد شخص مع آخر على أن يبيعه عقاراً بمبلغ ١٠٠٠ جنيه ، ولمنع الجار عن الأخذ بالشفعة يذكر فى العقد أن الثمن ١٥٠٠ جنيه ، وتكتب ورقة ضد بأن الثمن الحقيقى ١٠٠٠ جنيه فإن ورقة الضد هنا عدلت فى العقد الظاهر وهو عقد البيع تعديلا جزئياً بأن خفضت الثمن من ١٥٠٠ جنيه إلى ١٠٠٠ .

وقد يخفض الثمن الحقيقى أيضاً لإنقاص رسوم التسجيل . ويحصل كثيراً أن يبيع والد لولده أو قريب لقريبه بضعة أفدنة بيعاً صورياً ليكون عنده نصاب العمدية أو المشيخة . وقد يعمد بعض أصحاب الأملاك إلى رفع إيجارات أملاكهم رفعاً صورياً بفكرة تحسينها والحصول على أجرة أكثر من ساكن لاحق ، أو ثمن مرتفع عند بيعها الخ .

---

(١) وتسمى بالفرنسية Contre lettre لأن العقد كان يسمى قديماً lettre (بودرى تعهدات رقم ٢٣٨٦) وتسمى أيضاً acte occultre أو acte secret أى عقد خفى أو سرى أما العقد الظاهرى فيسمى acte apparent أو acte ostensible ويسمى أيضاً acte simulé أى عقد صورى .

ظاهر مما تقدم أن العقود الصورية قد تحوى غشاً أو تغييراً للحقيقة يساعد على الغش[1] . ولذلك منعتها القوانين الفرنسية القديمة ، بل كانت تعاقب على الصورية وتحرير ورقة الضد فى بعض الأحوال بغرامة كبيرة[2] ولكن الشارع الفرنسى الحالى لا يمنعها ، بل تنص المادة ١٣٢١ من القانون المدنى الفرنسى على أن أوراق الضد لا تأثير لها إلا على المتعاقدين ولا تؤثر على الغير . وقد أباح القانون المدنى القائم عندنا الصورية بالمادتين ٢٤٤ و ٢٤٥ كما سنرى فيما يلى وقال فى المادة ٢٤٢ : إذا أبرم عقد صورى الخ ، وقال فى المادة ٢٤٥ إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر الخ . ونصت المادة ٤٨٨ على أن الهبة تكون بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر . وقد جرى العمل والقضاء على إقرار الصورية من قبل تشريع القانون القائم كما سنرى فى الفقرة رقم ٢٤٥ وما بعدها وقد أجازها القانون المدنى السابق صراحة أيضاً كالقانون القائم بالمادة ٤٨/٧٠ التى نصت على أنه إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر لا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كانا حاصلين بعقد رسمى وإلا كانت الهبة لاغية .

٢٤٢ — ورقة الضد تكتب عادة فى نفس الوقت الذى يكتب فيه العقد الظاهر . ولكن ليس هناك ما يمنع من كتابتها بعده بعد أن يكون قد اتفق على كتابتها مع الاتفاق على عمل العقد الظاهر . وقد قيل إنه إذا لم يكن هناك اتفاق مادى[3] بين الورقتين وجب أن يكون هناك اتفاق ذهنى[4] .

---

(١) وأنظر الفقرتين رقم ٤١٤ و ٤١٤ مكرر .

(٢) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٣٨٦ رقم ١ و ٢ و ٣ .

(٣) Simultanéité matérielle .

(٤) Simultanéité intellectuelle انظر بودرى تعهدات رقم ٢٣٩٧ وأوبرى فى الموضع السالف ص ٢٤٩ ودمولومب ٢٩ رقم ٣٤٢ والمراجع الأخرى التى أشار إليها بودرى .

وقد قررت محكمة النقض أن لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة تفسير العقود وتقدير الوقائع أن تقرر أن العقد محل الدعوى وإن صدر فى يوم تال لعقد آخر بينه وبين العقد الآخر معاصرة ذهنية، وأن العقد الآخر وإن وصف بأنه تراد أو تفاسخ هو فى حقيقته حسبما انعقدت عليه نية الطرفين ورقة ضد تفيد صورية العقد الأول[1].

٢٤٣ — ويجب أن نلاحظ أنه ليس من الضرورى أن يكون العقد الظاهر عقداً صورياً دائماً . بل قد يكون عقداً جدياً وورقة الضد التى تحرر بعده تكون هادمة أو معدلة له . فى هذه الحالة لاتسرى هذه الورقة على الغير وتسرى على الطرفين فقط كالورقة التى تكتب ضد عقد صورى . وإنها وإن كانت لاتعتبر ورقة ضد بمعنى الكلمة إلا أنه يجب أن تشبه بها . وإذا كان العقد الظاهر هو الذى يسرى على الغير ولو كان صورياً فمن باب أولى وبالطبع إذا كان جدياً[2].

٢٤٤ — على أنه يجب الحذر من الخلط بين العقد الصورى وورقة الضد وبين عقد ظاهر جدى تلاه اتفاق ظاهر آخر جدى لاصورية فيه . فى هذه الحالة يسرى الاتفاق الجديد على الغير مادام ليس فيه غش . فقد يحصل تعاقد ثم يتفق الطرفان جدياً على تعديله أو إلغائه واعتبارة كأن لم يكن . وقد يبرىء الدائن المدين من دينه لقرابة أو تبرعاً لظرف من الظروف ، أو يعفى المؤجر المستأجر من أجرة أطيانه أو بعضها لأن الحظ خانه فى الزراعة . وقد يعدل الثمن تعديلا جدياً كما إذا باع شخص لآخر تحفة فنية بمبلغ كبير على اقتناع منهما كليهما بأن المشترى سيبيعها بثمن أعلى ثم ظهر لهما أنها لا يمكن أن تباع إلا بثمن أقل

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما ص ١٢٠٠ ورقة الضد رقم ٢ ومجموعة أحكام النقض التى أصدرتها دار النشر السنة الأولى ٤٩ — ٥٠ رقم ١٣ ص ٤٨ — ٤٩ .

(٢) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٣٩٨ والمراجع التى أشار اليها .

بوالقاضى يمكنه أن يقف على حقيقة الأمروهل هناك عقد جدى أو صورى واتفاق جديد أو ورقة ضد من ظروف الدعوى وتعرف نية المتعاقدين وقت التعاقد الأصلى . والمسألة موضوعية بحتة لارقابة لمحكمة النقض عليها[1] ولكن إذا اضطربت المحكمة فى حكمها وقررت أنه ليس هناك صورية أو ورقة ضد وبنت ذلك على سبب يتجلى منه العكس، كما إذا قالت إنه لايمكن فصل الاتفاق الجديد الذى عمل بعقد عرفى عن الاتفاق الأول الذى حرر به عقد رسمى وهما معاً يكونان عقداً غير قابل للتجزئة — وهذا من خصائص ورقة الضد — يصح القول بأنه حصل خطأ فى تطبيق القانون مع اضطراب فى الأسباب يسمحان بنقض الحكم[2].

٢٤٤ مكرر — ويجب الحذر أيضاً من الخلط بين الصورية وبين تعاقد دفع إليه غرض آخر غير الغرض العادى المباشر من التصرف فى ذاته . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كان التعاقد قد صدر وليد اتفاق بين المتعاقدين لغرض معين ، فمثل هذا الأساس الذى يفيد جدية التعاقد من حيث هو يتنافى مع القضاء بصورية التعاقد تلك الصورية التى تقضى أن يكون العقد لا وجود له فى حقيقة الواقع[3]

---

(١) أوبرى جزء ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٥٠ ودمولومب جزء ٢٩ رقم ٣١٠ وبونييه جزء ٢ رقم ٥١٣ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٩٢ .

(٢) انظر وقارن بودرى تعهدات رقم ٢٣٩٢ حيث أشار إلى حكم النقض المنشور فى سيرى ٩٨ — ١ — ٢٢٥ ومذكرة المسيوتسبيه بالموافقة عليه وحكم النقض المنشور فى داللوز ٩٨ — ١ — ٥٠٥ ومذكرة المسيولوبنز بالموافقة عليه كذلك .

(٣) المجموعة الرسمية ٤٣ ص ١٢٨ رقم ٧٥ وقالت المحكمة « إن الثابت بالحكم المطعون فيه أنه استند بصفة أساسية فى قضائه بصورية العقد الصادر للطاعن إلى أنه لم يحرر إلا لمناسبة كفالته للبائع فى صداق زوجة ابنه التى رفعت الدعوى بقيمة الصداق على المدين والكفيل واستصدرت حكما بدينها ثم بدأت فى مباشرة إجراءات التنفيذ على أموال الكفيل وحده وعندئذ ولهذه المناسبة حرر هذا العقد تأمينا للطاعن على ماهو معرض له من دفع المهر بصفته ضامنا فى وفائه. ومن حيث أنه يبين مما تقدم أن الأساس الذى بنى عليه الحكم لايمكن أن ينتج القول بصورية العقد ، وكل مايمكن أن يؤدى إليه القول بصورية الثمن الذى قرر البائع أنه تسلمه نقدا فى حين أنه عوض عما قد يلزم الطاعن بوفائه للزوجة بصفته ضامنا للبائع له » . وقيل أيضا أنه لاصورية فى عقد جدى حتى ولو لم يكن ذلك العقد إلا وسيلة للوصول إلى غرض آخر ليس هو الغرض المباشر للعقد كما إذا عقد مسلم على زوجة ثانية يريد بذلك تخفيض النفقة التى يحكم بها للزوجة الأولى . وقد يحمل الزوج والده على رفع دعوى نفقة عليه حتى ينقص من مقدار مايحكم به للزوجة . فهذه الدعوى لاتكون صورية — انظر الدكتور عبد الرزاق السنهورى — نظرية العقد الجزء الأول طبعة ١٩٣٤ رقم ٧٥٤ ص ٨٣٠ .

وقد يبيع مدين داره بيعاً جدياً ليمنع دائنه من نزع ملكيتها ، فلا يمكن الطعن في هذا البيع بالصورية ولو أنه يمكن الطعن فيه بالدعوى البولصية إذا توافرت شروطها[1] .

سريان ورقة الضد على المتعاقدين

وعدم سريانها على الغير

٢٤٥ — والقاعدة أن ورقة الضد تسرى على المتعاقدين كما تقدم ، لأن الاتفاق قانون المتعاقدين — مادامت ورقة الضد تحوى اتفاقاً جائزاً قانوناً وسبباً مشروعاً لا مخالفة فيه للنظام العام أو الآداب . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٢٤٥ من القانون المدنى القائم إذ قالت : إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى (أى العقد المستور أو ورقة الضد) . وكانت المادة ١٤٨/٩٤ من القانون المدنى السابق تنص على أنه يشترط لصحة التعهدات والعقود أن تكون مبنية على سبب صحيح جائز قانوناً . فإذا توفر هذا الشرط فى ورقة الضد وجب احترامها إلا إذا منع الشارع الصورية صراحة كما فعل فى المادة ٤٢٢/٣٣٩ من القانون المدنى السابق المعدلة بالقانون رقم ٥٠/٤٩ سنة ١٩٢٣ إذ نص على أنه إذا كان البيع الوفائى مقصوداً به إخفاء رهن عقارى فإن العقد يعتبر باطلا لا أثر له سواء بصفته بيعاً أو رهناً ، هذا مع أن البيع الوفائى كان مباحاً كالرهن . ولكن القانون المدنى القائم قد ألغى بيع الوفاء إذ نصت للمادة ٤٦٥ منه على أنه إذا احتفظ البائع عند البيع بحق استرداد المبيع خلال مدة معينة وقع البيع باطلا . وهذا ما رأته لجنة مجلس الشيوخ ووافقها المجلس وبه صدر القانون[2] ولكن لا يصح أن تسرى ورقة الضد على

---

(١) انظر الفقرة رقم ٢٥٨ .

(٢) وقالت اللجنة فى تقريرها : وقد رأت اللجنة بالإجماع أن هذا النوع من البيع لم يعد يستجيب لحاجة جدية فى التعامل إنما هو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان تبدأ ستاراً لرهن وينتهى الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس الخ .

للغير إذا أراد لأن العبرة بالنسبة للغير هى بالعقد الظاهر فقط لا بالعقد الخفى الذى يعمل عادة سراً بين المتعاقدين دونه وهو ورقة الضد . وقد نصت المادة ١٣٢١ من القانون المدنى الفرنسى صراحة كما سبق القول على أن أوراق الضد لاتأثير لها إلا على المتعاقدين ولا يصح التمسك بها ضد الغير . وذلك لمنع الغش الذى قد يحصل بتركه جاهلا لها . ولم ير الشارع المصرى فى القانون المدنى السابق حاجة لوضع مثل هذا النص لأن الأمر بين . وقد قرر ذلك القضاء المختلط فى أوائل سنيه فى ٥ يونيه سنة ١٨٧٩[١] ثم عدل عن ذلك وقرر فى ١٨ من ديسمبر سنة ١٨٨٤ أن القوانين المصرية ليس فيها مادة كالمادة ١٣٢١ من القانون المدنى الفرنسى ، ولذلك للقضاة الحق فى تقدير ما إذا كانت ورقة الضد تسرى أو لاتسرى على الغير[٢] ولكنه عاد وقرر ثانياً فى ١١ من فبراير سنة ١٨٩٢ أن ورقة الضد لاتسرى على الغير واستمر على ذلك[٣] ولما شرع القانون المدنى القائم نصت المادة ٢٤٤ صراحة على أن لدائنى المتعاقدين والخلف الخاص أن يتمسكوا بالعقد الصورى متى كانوا حسنى النية كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم .

وقد قررت محكمة النقض من قبل القانون المدنى القائم أنه من المقرر قانوناً أن ورقة الضد لايحتج بها إلا فيما بين المتعاقدين وأن للغير أن يتمسك بالعقد الظاهر وذلك سواء كانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم غير ثابتة مادامت هى لم تسجل ، فمتى كان العقد صريحاً فى أنه بيع لارهن فلا يجوز قانوناً التمسك قبل

---

(١) المجموعة الرسمية المختلطة السنة الرابعة ص ٣٧٦ .

(٢) المجموعة الرسمية المختلطة السنة العاشرة ص ٢٣ وقارن المجموعة الرسمية (الأهلية) سنة ١٩٠٨ رقم ٤٥ .

(٣) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الرابعة ص ١٠٨ والسنة الثامنة ص٤٣ والسنة الرابعة عشرة ص ٢٣٢ والسنة الثامنة والعشرين ص١٦٣ وأنظر أيضا السنة الخامسة والثلاثين ص١٨ حيث تقرر أن العقد الصورى لايؤثر إلا على المتعاقدين ولاتأثير له على الغير .

٢٤٦ — وعندما يكون هناك عقد ظاهر وعقد مستتر حتى ولو أجاز القانون الصورية صراحة كما هى الحال فى هبة العقار ، إذ أجاز أن تكون فى صورة عقد آخر ، يجب أن تتبع أحكام العقد المستتر لأنه هو العقد الذى أرادة الطرفان . فيجب أن تتوافر أركان الهبة وشروط صحتها ، ويجوز الرجوع فيها إلا إذا وجد مانع . . . ، ويجوز إبطالها بالدعوى البولصية دون إثبات الغش لأنها تبرع . ولا تنصب إجازة الشارع وصفها بعقد آخر إلا على الشكل فقط أى أنه ليس بلازم أن تحصل بعقد رسمى كما يجب فى الهبة الصريحة . وإذا كان العقد المستتر لاسبب له أو كان سببه غير شرعى فإنه لا يكون له وجود قانونى[٢] والعقد الظاهر هل يجب أن تتوافر شروط صحته ؟ أرى أنه لاموجب لذلك بين المتعاقدين لأن العبرة بينهما بالعقد الحقيقى المستتر . أما بالنسبة للغير حيث يعمل بالعقد الظاهر يلزم أن يكون هذا العقد مستوفياً شروطه . فإذا ذكر فى عقد بيع رسمى أن البائع وهب المشترى الثمن بطل هذا البيع بالنسبة للغير لعدم توفر ركن الثمن وصح بالنسبة للعاقدين على أنه هبة . وإذا لم يحرر عقد رسمى بطل بالنسبة للعاقدين أيضاً لأنه لا يعتبر هبة فى صورة بيع[٣] .

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما الجزء الثانى من ١٢٠٠ ورقة الضد رقم ٤ .

(٢) انظر بلانيول المطول ج ٦ رقم ٣٣٥ ص ٤٦٢ وماأشار إليه من مراجع وأحكام وآراء أخرى ومجموعة التشريع والقضاء المختلط ٢٦ ص ٢٨٢ ، وجاء فى المادة ٤٩ من مشروع القانون الفرنسى الايطالى أنه فى حالة الصورية لاتأثير للعقد الظاهر فيما بين المتعاقدين ويعمل بالعقد المستتر الذى قصداه إذا توافرت شروط صحته .

(٣) الدوائر المجتمعة لمحكمة الاستئناف — المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٤٢ واستئناف فى المجموعة المذكورة ٢٥ رقم ٧٠ وبنى سويف الابتدائية فى دات المجموعة ٢٢ رقم ١٢٩ .

وقيل إن هذه المسألة — مسألة وجوب توافر شروط العقد الظاهر وعدم توافرها مختلف فيها فى فرنسا ، ويميل القضاء المختلط إلى عدم وجوب توافرها [1]

٢٤٧ — والغير فى الصورية له معنى آخر غير المعنى الذى عرفناه . فهو كل شخص آخر — غير المتعاقدين وورثتهما أو الموصى له أو الموهوب له منهما بالتركة أو بحصة منها — تكون بينه وبين أحد المتعاقدين علاقة قانونية تجعل له مصلحة فى التمسك بالعقد الظاهر الصورى — أو العقد الخفى الصحيح [2] . فالدائنون العاديون مثلا يعتبرون هنا من الغير [3] فإذا باع شخص لآخر شيئاً بيعاً صورياً هرباً من ديونه ، وأخذ على المشترى ورقة ضد تدل على الصورية ؛ وعلى أن الشيء لا يزال على ملكه ، فإن لدائنى المشترى العاديين الحق فى التمسك بالعقد الظاهر وهو عقد البيع له ، لأن ورقة الضد من شأنها إنقاص ثروة مدينهم ، حسب العقد الظاهر لهم ، وكذلك الخلف الخاص أى من نال حقاً عينياً من المشترى كدائن مرتهن أو مشتر [4] وقررت محكمة النقض أن المشترى يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة إلى مشتر آخر من نفس البائع له يزاحمه فى

---

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى نظرية العقد نفس الجزء والطبعة هامش ص ٨٣٧ والمراجع التى أشار إليها .

(٢) يقول الدكتور سليمان مرقس فى كتابه أصول الاثبات رقم ٢٠٩ ص ٣٨٨ الطبعة الثانية مايفيد أن الغير هم الذين يجوز لهم فى جميع الأحوال إثبات الصورية بكافة الطرق . ولكن هذا القول يقصر الغير على من يريد أن يتمسك بأن العقد الظاهر صورى أى على من يريد أن يتمسك بالعقد الخفى الصحيح مع أن هناك من يمكنهم التمسك بالعقد الظاهر الصورى . على أن هؤلاء إذا تعارضت مصلحتهم مع مصلحة من يتمسكون بالعقد الخفى يفضلون عليهم إذ العبرة أصلا بالعقد الظاهر كما سنرى فى الفقرة رقم ٢٤٨ .

(٣) انظر أوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٥٣ ومابعدها والمراجع والأحكام الكثيرة التى أشار إليها وكذلك بودرى تعهدات رقم ٢٤٠٦ و ٢٤٠٩ و ٢٤١٠ .

(٤) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثامنة والعشرين ص ١٦٣ وانظر أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٤٠٩ والمراجع وأحكام النقض الكثيرة وغيرها التى أشار إليها .

الملكية[1] وكذلك لدائنى البائع التمسك بالعقد الخفى لأن العقد الظاهر الصورى من شأنه إنقاص ثروة مدينهم . وكذلك الخلف الخاص للبائع كمشتر بالنسبة لمشتر آخر صورياً من نفس البائع له[2] وقد نصت المادة ٢٤٤ من القانون المدنى القائم صراحة كما تقدم القول على أن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يتمسكوا بالعقد الصورى متى كانوا حسنى النية كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر . ولكن لا يصح للغير التمسك بعدم تأثير ورقة الضد عليه إذا حصلت قبل عقده وكان يعلم بها عند تعاقده كما تقدم القول وكما سنرى فى الفقرة رقم ٢٦٧ عن وجوب توفر حسن النية تفصيلا[3] .

٢٤٧ مكرر — وكل شخص لم يكن طرفاً فى العقد ولا ممثلا فيه يعتبر من الغير ويصح له أن يتمسك بالصورية ولو كان هـذا الشخص قد باع فى الأصل العين موضوع النزاع بيعاً صورياً . فمثلا إذا باع زيد لعمرو منزله بيعاً صورياً ثم مات عمرو فباع وارثه المنزل لآخر بيعاً صورياً أيضاً — يعتبر زيد من الغير بالنسبة لعقد البيع الصادر من وارث عمرو . ويترتب على ذلك أنه يجوز له إثبات صورية هذا العقد بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن وإن كان واجباً عليه إثبات صورية عقده بالكتابة كما سنرى فيما يلى . وقد قررت محكمة النقض أن البائع الصورى لمورث البائع يعتبر من الغير بالنسبة للعقد الصادر

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما الجزء الثاني صورية ٢٩ ومجموعة المكتب الفنى ٢ ص ٢٧ رقم ٢/٤ والسنة ٢٠ ص ٢٧٠ .

(٢) انظر حكم النقض فى مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة الثانية ص ٢٧ رقم ٤ حيث تقرر أن المشترى يعتبر من الغير بالنسبة إلى عقد بيع آخر صادر من نفس البائع له .

(٣) وجاء فى المادة ٤٩ من مشروع القانون الفرنسى الايطالى : ويجوز للغير ولدائنى المتعاقدين أن يتمسكوا بالعقد الظاهر متى كانوا حسنى النية وجاء فى المادة ٥٠ أن العقد المستتر الذى لا يقرر القانون بطلانه يسرى على المتعاقدين وعلى خلف كل منهما ولا يسرى على الغير ولكن للغير أن يتمسك به .

من هذا البائع لأنه لم يكن طرفاً فيه ولا ممثلا[1] بل يصح أن يعتبر الوارث من الغير إذا ادعى أن مورثه تصرف تصرفاً أضر بحقه الشرعى كما سنرى فى الفقرتين رقم ٢٥٤ و ٤١٤ مكرر .

٢٤٨ — إنما يلاحظ أن الغرض من القول بأن ورقة الضد لا تسرى على الغير هو أنها لا تضر الغير ، ولكن له أن يستفيد منها إذا كان خلفاً لمن كانت الورقة فى مصلحته[2] ولذلك قالت المادة ٢٤٤ السالفة الذكر كما تقدم : « كما أن لهم (أى لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص) أن يتمسكوا بالعقد المستتر (أى ورقة الضد) ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم » . فالدائن العادى للبائع يمكنه التمسك بصورية عقد البائع وبورقة الضد كما قلت فى الفقرة رقم ٢٤٧ ليستطيع التنفيذ بدينه على العين المبيعة . وكذلك كل من نال حقاً على العين بعد بيعها صورياً يستطيع التمسك بصورية البيع حتى لا يؤثر فى التصرف الصادر له . وإذا باع شخص لآخر عقاراً ، وأنقص فى العقد من ثمنه الحقيقى ، ليوفر على المشترى بعض رسوم التسجيل ، وكتبت ورقة ضد بالثمن الحقيقى ، فلدائنى البائع التمسك بورقة الضد هذه لأنها تفيدهم . ثم إنه من جهة أخرى لدائنى المشترى ومن يتصرف لهم المشترى الحق فى التمسك بالعقد الظاهر كما تقدم إذ المفروض أنهم تعاملوا معه اعتماداً على أن المبيع أصبح جزءاً من ثروته الضامنة لديونه ، بل أنهم يفضلون على دائنى البائع ، لأن العبرة بالعقد الظاهر بالنسبة لغير المتعاقدين وهكذا فى كل حالة تتعارض فيها مصلحة دائنى

---

(١) مجموعة دار النشر السنة الأولى ص ٤٨ رقم ١٣/٥ .

(٢) انظر كابيتان جزء ٢ ص ٣١٧ طبعة ثانية ودمولومب جزء ٢٩ رقم ٣٤٨ و ٣٤٩ ولارومبيير على المادة ١٣٢١ رقم ١١ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٥٧ ص ٢٥٧ وحكم النقض الذى أشار إليه سيرى ٧١ — ١ — ١٥١ وبودرى تعهدات رقم ٢٤١٧ والمراجع التى أشار إليها .

المتصرف مع مصلحة دائنى المتصرف له يفضل العقد الظاهر[1] وقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٤ من القانون المدنى القائم صراحة على أنه إذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين .

إنما يجب أن لا ننسى أنه يلزم أن يكون من يتمسك بالعقد الظاهر حسن النية أى لا يعلم بالصورية قبل تعاقده أى لا يعلم بورقة الضد أى العقد المستتر وهو العقد الحقيقى كما قلت فى آخر الفقرة رقم ٢٤٧ كما سنرى فى الفقرة رقم ٢٦٧ .

٢٤٩ — ولا يعتبر مدين المتنازل من الغير ، فلا يجوز له أن يحتج بصورية التنازل مادام أن دائنه قد رضى بأن يحل المتنازل إليه محله فى الوفاء له ولأن الاحتجاج بالصورية لا يكون إلا من الغير الذين هم دائنو المتنازل ، والمدين ليس منهم[2] إنما يلاحظ أنه حسب القانون المدنى الأهلى السابق (المادة ٣٤٩) لم يكن التنازل نافذاً على المدين إلا إذا كان الدين قابلا للتحويل وإلا وجب رضاء المدين بهذا التنازل فإذا كان الدين قد نشأ بين مصريين لم يكن يصح التنازل عنه للغير إلا برضاء المدين ولكن القانون المدنى القائم قد أباح للدائن بالمادة ٣٠٣ أن يحول حقه إلى شخص آخر دون حاجة إلى رضاء المدين إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام[3]

٢٥٠ — ولا يجوز لأحد الطرفين أن يتمسك بورقة الضد إذا تعدى

---

(١) أنظر بلانيول المطول جـ ٦ ص ٤٦٧ رقم ١٣٩٠ والمراجع التى أشار إليها فى الهامش (وبعضها عكسى) ودالوز ١٩١٣ — ١ — ٤٣٣ واستئناف مختلط فى مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٢ ص ٩٣ و ٢٩ ص ٢١٥ وأسيوط الابتدائية فى المحاماة ٢ ص ٨٨٧ رقم ٤٣٨ و ٩ ص ٤٣٧ رقم ٢٥ وعكس ذلك أيضا والتون جـ ٢ ص ٣٩ واستئناف مختلط ٢٤ ص ١٧٠ و ٢٥ ص ٢١٤ و ٢٧ ص ٣٩٦ .

(٢) استئناف مختلط — فهرست المجموعة الرسمية الأهلية للسنة الأربعين رقم ١٠١

(٣) أنظر الفقرة رقم ٢٢٥ .

أثرها إلى الغير . وقد قررت محكمة النقض طبقاً للمادة ٣٤٩ من القانون المدنى الأهلى السابق أنه إذا حكم لزيد بدين له على بكر فحول الحكم إلى خالد ، وكان خالد مديناً لبكر بمبلغ محكوم به نهائياً وأعلن بكر خالداً بتنبيه نزع ملكه فعارض فيه خالد بناء على أنه أصبح دائناً لبكر بموجب التحويل الصادر إليه من زيد وطلب المقاصة بمقدار دينه فحكم برفض المعارضة وحول خالد الحكم إلى صاحبه زيد ليقوم بتنفيذه باسمه (أى باسم زيد) وفى نفس الوقت أقر زيد فى ورقة مستقلة بأن هذا التحويل صورى الغرض منه التنفيذ باسم زيد على المبالغ المستحقة لبكر ، فهذه الورقة لا يصح أن يتعدى أثرها إلى غير الطرفين فيها وهما زيد وخالد. فلا يجوز الاعتداد بها فى حق بكر وإلا يعد قابلا — على الرغم منه — حوالة الحكم الصادر ضده لمصلحة زيد إلى خالد[1] إنما يلاحظ كما قلت فى الفقرة السابقة أن المادة ٣٠٣ من القانون المدنى القائم أباحت الحوالة بغير رضاء المدين فى مثل حالتنا هذه تطبيقاً لهذه المادة لا يحكم برفض معارضة خالد فى تنبيه نزع الملكية إذ يجوز لزيد أن يحول دينه على بكر لخالد بدون رضاء بكر ، هذا متى كان أعلنه بالحوالة .

٢٥١ — والصورية كما قد تكون فى العقود كذلك قد تكون فى الأحكام ، إذ قد يقر شخص لآخر بحق أمام القضاء إقراراً صورياً أو لا ينازعه فى تعاقد صورى فيكون حكمه حكم أى عقد صورى يصح الطعن فيه بنفس الطرق التى يطعن بها فى العقود . وقد قررت محكمة النقض أن الصورية كما تكون فى العقود يصح أن تتصور فى الأحكام وبخاصة أحكام رسو المزاد التى لا تتعدى مهمة القاضى فيها مجرد مراقبة استيفاء الإجراءات الشكلية ثم إيقاع البيع لمن يظهر أن المزاد رسا عليه[2].

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ ص ١٧٨ رقم ٥٣ .

(٢) نقض فى المحاماة ٢٢ ص ٦٥٣ رقم ٢/٢٢٤ وكان موضوع الدعوى أن إبنا لم يتدخل =

٢٥١ مكرر — واستثناء مما تقدم تسرى ورقة الضد على الغير إذا كانت مسجلة ، ولا ضرورة للتسجيل فيما بين الطرفين المتعاقدين كما سنرى فى الفقرتين رقم ٢٦١ مكرر أ و رقم ٢٦٨ .

إثبات الغير للصورية :

٢٥٢ — ويجب أن نلاحظ أنه يجوز لغير المتعاقدين إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات ومنها البينة والقرائن[1] إذ ليس فى إمكانه أخذ كتابة بها فضلا عن أن ورقة الضد تكون عادة سرية بين الطرفين ، وقد تكون ضد هذا الغير بالذات . فالدائن مثلا يمكنه كما سبق أن قلت أن يثبت بشهادة الشهود والقرائن أن مدينه باع أشياء له بيعاً صورياً ليتجنب الحجز عليها وبيعها وفاء لدينه ، والشفيع يمكنه أن يثبت أن الثمن المبين فى العقد جعل أكثر من الثمن الحقيقى لتعجيزه عن الأخذ بالشفعة . وقد نصت المادة ٢٤٤ من القانون المدنى القائم صراحة على أن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم . وكما تكفى شهادة الشهود وحدها لإثبات الصورية كذلك تكفى

= فى إجراءات بيع أرض لوالده كمشترجاد بل كان مسخرا من قبل والده بمعاونة أخيه الذى كفله فى رسو المزاد ليطيل أمد تلك الاجراءات حتى يتمكن الوالد من وفاء دينه واستبقاء الأرض ملكا له وقد قام بذلك فعلا بعد زيادة العشر ووفى بنفسه الدائنين حقوقهم وبذلك أصبح حكم رسو المزاد على الإبن كأن لم يكن .

(١) انظر حكم النقض فى مجموعة دار النشر السنة الأولى ص ١٣٣ رقم ٣/٣٩ والمجموعة الرسمية سنة ١٩١٠ رقم ٦٣ وسنة ١٩١٥ رقم ٥٥ واستئناف مختلط فى المحاماة ١٦ ص ١١٤ رقم ٥٤ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثالثة ص ١٧٥ والسنة السادسة ص ١٥ وص ٧٢ والسنة الحادية عشرة ص ١٥٠ والرابعة عشرة ص ٦٩ والخامسة عشرة ص ١٨١ وص ٣٠٠ والسادسة عشرة ص ١٠١ — وانظر أيضا السنة الثامنة والعشرين ص ٢٠٧ و ٢٥٤ والسنة التاسعة والعشرين ص ٢٠٦ والجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٣٥ رقم ١٩٠ ورقم ١٨٨ وانظر كذلك بلانيول الموجز جزء ٢ رقم ١٢٠٧ طبعة خامسة وبودرى تعهدات رقم ٢٤١٧ والمراجع الكثيرة التى أشار إليها وكذلك الحكم وظاهر أنه لا خلاف فى هذه النقطة وانظر كذلك الفقرة رقم ٤١٤ (من هذه الرسالة) .

القرائن وحدها اتباعاً للقواعد العامة فى الإثبات . وقد قررت محكمة النقض إن المشترى يعتبر من الغير فى أحكام الصورية بالنسبة لمشتر آخر من نفس البائع له يزاحمه فى الملكية أنه إذا أقام الحكم قضاءه بصورية عقد صورته تدليسيه على القرائن وحدها فإنه لا يكون قد خالف قواعد الإثبات[1] ولم يكن للمادة ٢٤٤ المذكورة مقابل فى القانون المدنى السابق ، ولكن قضاء الاستئناف الأهلى والمختلط قد جرى على حكمها[2] . ولكن محكمة النقض قررت فى ٢٧/٣/٤٧ أنه إذا جاز لغير المتعاقدين إثبات صورية العقد بأى طريقة من طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن حتى ولو كانت قيمة محل التعاقد تزيد على ألف قرش فإنه فيما بين المتعاقدين ، لا يجوز إثبات الصورية إلا بالكتابة متى زادت قيمة الالتزام على ذلك المبلغ ، والخلف الخاص لا يعتبر من الغير بالنسبة إلى العقود التى تكون قد صدرت من سلفه قبل انتقال الشىء محل التعاقد إليه ، بل يعتبر أنه كان ممثلا فى تلك العقود لسلفه ، ومن ثم يسرى فى حقه بشأنها ما يسرى فى حق سلفه فلا يجوز له إثبات صوريتها إلا بالكتابة . وعلى ذلك فإذا كان بائع العقار قد صدر منه عقد بيع ثان لمشترآخر فإنه لا يصح والمشترى الثانى خلف للبائع أن تستدل المحكمة له بشهادة الشهود والقرائن على صورية عقد البيع الصادر من سلفه إلى المشترى الأول قبل البيع الصادر منه إليه هو فإن فعلت كان حكمها مخالفاً للقانون[3] . وظاهر من المادة ٢٤٤ من القانون المدنى القائم أنها نصت على ماذهبت إليه محكمة النقض إذ نصت صراحة أنه « إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم » ، وقد سبق لمحكمة النقض أن أجازت إثبات الصورية بالقرائن كما تقدم القول ، وبما أن الوارث يعتبر من الغير إذا ادعى أن مورثه تصرف تصرفاً صورياً أضر بحقه فى الميراث فإنه

---

(١) مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة الثانية ص ٢٧ رقم ٢/٤ وانظر أيضا السنة الثالثة ص ٦٦٥ رقم ٢/١١٤ .

(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٦٣٦ .

(٣) مجموعة الـ ٢٥ عاما اثنات ٨٣ وصورته ٢٨ .

يجوز له إثبات ذلك بالشهود أو القرائن كما إذا طعن فى عقد بيع صادر من المورث لآخر بأن حقيقته وصية جعلت فى صورة بيع منجز أو بأنه صدر فى مرض الموت[١] .

٢٥٢ مكرر — هل إذا شهد شخص على عقد يمكنه أن يطعن فيه بالصورية ؟ نعم إذا كانت لى مصلحة فى ذلك لأنه بذلك يأخذ حكم أحد المتعاقدين وقد قررت محكمة النقض أنه ليس هناك ما يمنع محرر عقد البيع بخطه ووقع عليه بصفته شاهداً من أن يطعن فيه بالصورية ، ومتى كان هذا الطعن موجهاً ضد طرفى العقد اللذين اشتركا معه فى الصورية لا ضد غيرهما ممكن ويمكن أن تضار مصلحتهم بصورية يجهلونها[٢] .

٢٥٣ — إنما يجب على القاضى أن لا يقضى بالصورية إلا إذا قامت أدلة قوية عليها لا تدع مجالا للشك فى صحتها لأن ذلك جائز بالنسبة إلى الحقوق العظيمة القيمة وقليلها على السواء ، أى أنه يجب على القاضى أن لا يكتفى بقرينة أو قرائن ضعيفة[٣] أو مجرد شهادة بعض شهود لا تعززها ظروف الدعوى ، وسنرى عيوب شهادة الشهود والقرائن فى البابين الخاصين بذلك . فمجرد القرابة بين البائع والمشترى لا تكفى إلا إذا اقترنت بظروف أحوال تؤيد الصورية[٤] وكذلك الزوجية[٥] وكذا تصرف المفلس لقريب له[٦] . على أنه لما كان من المعتاد فى حالة بيع ثمار حديقة مثلا أن يعين المشترى مندوبين من طرفه لملاحظة الثمار حتى يحل أوان قطفها ، ففى حالة حجز هذه الثمار ضد مالك الحديقة إذا لم يجد المحضر مندوبا

(١) أنظر الفقرة رقم ٤١٤ مكرر وأحكام النقض المشار إليها فى الهامش ٣ ص ٣٨٨ .

(٢) مجموعة القواعد القانونية جزء ٣ ص ٥١ رقم ٢٢ .

(٣) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥٤ ص ٣٢ . وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أنه قد يكتفى بالقرائن لإثبات صورية التصرفات التى تحصل من محجور عليه للسفة والتبذير دون الاحتياج إلى سماع الشهود ، الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٣٦ رقم ١٩٥ .

(٤) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥٣ ص ١٥٧ . على أنه يصح اعتبار العقد الذى يصدر من شخص متهم فى جناية أو جنحة لأحد أقاربه أو زوجه عقدا صوريا مقصودا به الهرب من التعويض الواجب للمجنى عليه بصرف النظر عن كون الحكم لم يصدر عليه إلا بعد ثبوت تاريخ ذلك العقد إذ الحكم لم يكن إلا مظهرا لما وجب من ضمان بذمة المحكوم عليه منذ ارتكاب الجريمة — استئناف مصر المحاماة ١٠ ص ٤٤٢ رقم ٢٢٠ .

(٥) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥١ ص ١٨٠ .

(٦) المحاماة ٢٠ ص ٨٥٣ رقم ٢/٢٤٢ استئناف مختلط .

أو مندوبين عن المشترى ، فهذا يعتبر قرينة كافية على صورية البيع[1] وشهادة الشهود وحدها لا تكفى لإثبات صورية الثمن والمبالغة فيه لمنع الشفيع مثلا عن الأخذ بالشفعة أو لاقتضاء مبلغ أكبر من الثمن الحقيقى ، بل يجب ملاحظة حالة العقار وصقعه والتحقق من قيمته بالمعاينة أو بندب خبير وما إذا كان هناك مايحمل المشترى على الشراء بالثمن المسمى فى العقد الخ[2] إلا أنه ممايستلفت النظر أن محكمة الاستئناف قررت أنه إذا قدم الشفيع شهادة من البائع تدل على أن الثمن المسمى فى العقد أكثر من الحقيقة فإنه يترتب على ذلك وجود شك عند المحكمة فى صحة الثمن المذكور ، وهذا الشك يسوغ للمحكمة أن تحلف المشترى اليمين المتممة على أنه اشترى حقيقة بالمبلغ الوارد فى العقد ودفعه بأكمله للبائع[3] . ومفاد هذا أن المحكمة مالت إلى تصديق الثمن المسمى فى العقد وإلى عدم الأخذ بشهادة البائع ، ولكن على أى أساس ؟ وأرى أنه يحسن بالقاضى قبل الالتجاء إلى هذه اليمين أن يجتهد فى التحقق من الثمن بالوسائل المتقدمة ، فإذا رأى أن هذه الوسائل لاتساعد على تصديق شهادة البائع وفى الوقت ذاته لم ير نفسه مطمئناً تمام الاطمئنان إلى الأخذ بالثمن المسمى فى العقد ، كان له أن يوجه تلك اليمين[4] .

٢٥٤ — وليس من الضرورى أن تكون الصورية تدليسية أى أنه ليس من الضرورى أن يثبت الغير توفر نية التواطؤ والغش ضده عند المتعاقدين[5]

---

(١) المحاماة ٢١ ص ٢٣٦ رقم ٨٨ استئناف مختلط .

(٢) انظر مرجع القضاء الجزء الثانى على القانون المدنى رقم ٢٢٢٤ وقد أشار إلى حكم الاستئناف فى الشرائع ص ١٨٨ وأحكام الاستئناف المختلط فى مجموعة التشريع والقضاء المختلط ١٤ ص ٢٤٣ و ١٦ ص ١٨١ و ١٧ ص ٣١٦ و ١٩ ص ٢٠٤ و ٢١ ص ٨٨ و ٢٥ ص ٤٠٠ و ٣٠ ص ١١٢ .

(٣) المرجع السابق رقم ١٢٢٥

(٤) أنظر الفقرتين رقم ٥٩١ و ٥٩٦ (فى الجزء الثانى من هذه الرسالة) .

(٥) أوبرى فى الموضع السابق ص ٢٥٦ والمرجع التى أشار إليها وبودرى تعهدات رقم ٢٤١٦ وحكم النقض الذى أشار إليه فى سيرى — ٩٣ — ١ — ١٩٣ ودالوز ٩٣ — ١ — ٢٤٣

فإذا باع والد لولده بعض أطيانه بيعاً صورياً ليكون عنده نصاب العمدية ، فإن هذا لا يمنع دائنى الوالد من اقتضاء ديونهم من تلك الأطيان . وقدقررت محكمة النقض أن الحكم بصورية عقد لا يستلزم إثبات سوء نية الطرفين فيه ومع ذلك إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعييبه به[1] بل للدائن أن يطلب إبطال البيع الصورى الصادر من مدينه ولو كان دينه لاحقاً لذلك البيع ، لأن دعواه هذه يرمى بها إلى غرض واحد وهو أن يثبت أن الشىء المقول ببيعه لم يخرج عن ملك المدين (ولا يخفى أن أموال المدين كلها تعتبر كأنها رهن ديون الدائنين لأنه يجوز لهم أن يستوفوا ديونهم من جميع أموال مدينهم بمقتضى المادة ٢٣٤ من القانون المدنى القائم — ٥٥٥/٦٧٩ من القانون المدنى السابق) وليس قصده إبطال تصرفات حقيقية تمت قبل أن يصبح دائناً[2] ومن المقرر فى فرنسا أيضاً أن الغيرليس ملزماً بأن يثبت أنه وقت تعاقده كان يعلم بالعقد الظاهر الذى محته أو عدلته ورقة الضد وأنه اعتمد عليه فى تعاقده[3] .

٢٥٥ — وتسجيل العقد الصورى لا يعطيه أية قوة بما أنه عقد غير حقيقى لا يخرج المبيع عن ملك المدين . فإذا اشترى شخص عقاراً شراء صورياً وسجل عقده واشترى آخر نفس العقار شراء جدياً وسجل عقده بعد ذلك أو لم يسجل مطلقاً جازله التمسك بصورية العقد الأول رغم تسجيله ، بل جاز ذلك لأى دائن عادى للبائع . وقدقررت محكمة النقض أن القانون لا يمنع المشترى الذى لم يسجل

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ٥٥٣ رقم ٣/١٨١ .

(٢) المجموعة الرسمية سنة ١٩١٥ رقم ٨١ وهناك إشارة إلى تعليقات جلاد على القانون المدنى ١٤٣ رقم ١٧ و٢٣ والاستقلال السنة الرابعة ص ٤٥٣ ودالوز ١٩٠٦ — ٣ — ١٦٤ وتعليقات سيرى على القانون المدنى جزء ثان ص ٥٦٩ — قارن أيضا رقم ٢٧١ (من هذه الرسالة) .

(٣) أنظر بودرى تعهدات رقم ٢٤١٦ وأويرى فى الموضع السالف ص ٢٥٦ — ٢٥٧ وحكم النقض الذى أشار إليه فى سيرى ٤١ — ١ — ٢٦٧ ودمولومب جزء ٢٩ رقم ٣٤٥ ولارومبيير على المادة ١٣٢١ رقم ٩ .

عقده من أن يتمسك بصورية عقد المشترى الآخر الذى سجل عقده صورية مطلقة ليتوصل بذلك إلى محو هذا العقد من الوجود لكى يحكم له هو بصحة عقده ولكى يسجل هذا الحكم فتنتقل إليه ملكية العين المبيعة له ، ذلك لأنه بصفته دائناً للبائع فى الالتزامات المترتبة على عقد البيع الصادر له . من جهة القيام بجميع الإجراءات اللازمة لنقل الملكية يكون له أن يتمسك بتلك الصورية لإزالة جميع العوائق التى تصادفه فى سبيل تحقيق رغبته[1] ، وقررت محكمة النقض أيضاً أنه متى كان العقد صورياً ـ صورية مطلقة ـ كان لا وجود له قانوناً فتسجيله وعدمه سيان . ولذلك لكل دائن أن يتجاهل العقد الصورى رغم تسجيله ولو كان دينه لاحقاً له[2] وقررت أخيراً أن التسجيل لا يمكن أن يوجد للعقد الصورى آثاراً قانونية لم تكن له ، فيقف فى مضمار المفاضلة مع عقد جدى صادر من نفس البائع ولو كان غير مسجل[3] .

٢٥٦ — وليس حق طلب إبطال التصرف الصورى قاصراً على الدائنين السابقين أو اللاحقين بل هذا حق أى شخص له مصلحة فى ذلك ، فضامن المدين يستطيع إبطال تصرف صورى صدر من مدينه إذ قد يرجع عليه بالدين المضمون[4] ولا يخفى أن جميع أموال المدين تعتبر رهناً لديونه كما سلف القول .

٢٥٧ — هذا ولا يصح للغير أن يتمسك بعدم سريان ورقة الضد عليه أمام محكمة النقض لأول مرة[5] بل يجب عليه أن يتمسك بذلك أمام محكمة الموضوع

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جزء ٢ رقم ١٣٥ ص ٤٠٥ وجزء ٣ رقم ٨١ ص ٢٨٥ وراجع الحكم الذى قرر القاعدة أولا فى جزء ٢ ص ١٠٦ رقم ٣/٧٦ وراجع أيضا جزء أول ص ٩٧٥ رقم ٣٠٨ .

(٢) الحكم الصادر فى ٢٥ من نوفمبر سنة ١٩٤٣ فى الطعن رقم ٣٨٠ سنة ١٣ القضائية ومجموعة المكتب الفنى السنة ١٦ ص ٥٥ ٦ والسنة ١٥ ص ٧٥ والسنة ٧ ص ٢٠٥ .

(٣) مجموعة دار النشر ص ١٣٣ رقم ٣٩ .

(٤) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥١ ص ٣٢٦ .

(٥) انظر أوبرى فى الموضع السابق ص ١٥٧ وحكم النقض الذى أشار إليه فى سيرى ٨٨ — ١ — ٣٢٥ وقارن أيضا المحاماة ١٣ ص ٩٩٤ رقم ٤٩١ .

وإلا سقط حقه فى ذلك . وكذلك التمسك بالصورية كما سيلى فى الفقرة رقم ٢٦٢ .

٢٥٨ — ويجب الحذر من الخلط بين دعوى الصورية والدعوى البولصية ، لأن هذه الدعوى البولصية يشترط لنجاحها إثبات سبق دين الدائن على التصرف وأنه مستحق الأداء وإثبات توفر نية الغش عند المتعاقدين وقصدهما إلحاق الضرر بالدائن وإثبات عسر المدين الناشىء عن التصرف . أما فى دعوى الصورية لا شىء من ذلك ولا شرط من هذه الشروط يلزم توفره بل يكفى إثبات الصورية وحدها مجردة عن كل شىء ممن له مصلحة فى ذلك سواء كان دينه سابقاً أم لاحقاً كما تقدم[1] مؤجلا أو تحت شرط موقف — يكفى أن يكون الدين خالياً من النزاع[2] .

٢٥٩ — ويجب أيضاً الحذر من الخلط بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة فإن الدائن فى دعوى الصورية يعمل باسمه ويعتبر من الغير فيستطيع أن يثبت الصورية بطرق الإثبات كافة بما فى ذلك البينة والقرائن كما سلف القول . أما فى الدعوى غير المباشرة فإنه يعمل باسم المدين ولذلك قيل أنه يجب عليه الإثبات بنفس الطرق التى يستطيع المدين الإثبات بواسطتها أى الإثبات بالكتابة فيما زاد على عشرين جنيهاً مثلا[3] ولكن هل يستطيع الدائن دائماً الحصول على سند الالتزام أو الدين أو صورة رسمية منه تقوم مقامه ؟ إذا كان ذلك ليس فى مقدوره فى بعض الأحوال كما إذا كان السند عرفياً غير مسجل ولم يسلمه

---

(١) استئناف فى المحاماة ١٣ ص ١٧٤ رقم ٧٤ واستئناف مختلط فى مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٢ ص ٢٤٨ و ٣٦ ص ٣١١ و ٤٤ ص ٢٨ و ٤٩ ص ١١٩ و ٥٠ ص ٦١ و ٥١ ص ٣٢٤ .

(٢) انظر بودرى تعهدات رقم ٧٣٢ وأوبرى ج ٤ § ٣١٣ ص ٢٤٠ هامش ٤٨ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط ١٢ ص ٥٠ .

(٣) الدكتور السنهورى — نظرية العقد ص ٨٥٦ رقم ٧٦٦ وقد أشار إلى معظم الشراح الفرنسيين المعروفين ديمولومب ولوران ولاروميير وبودرى وبلانيول وريبير ورودان وكولان وكابيتان — وأيضا ولتن على القانون المصرى .

له مدينه وأنكر المدين الدين فماذا يفعل ، هل يعتبر من الغير ؟ أرى أن ذلك يعد نوعاً من الغش يكون غالباً نتيجة تواطؤ بين المدين ومدينه فيجوز الإثبات بجميع الطرق . وفى الدعوى غير المباشرة يجب إثبات إعسار المدين وقد تقدم القول بأن هذا ليس بلازم فى دعوى الصورية . ولا يشترط فى الدعويين إثبات أسبقية الدين على التصرف كما يلزم ذلك فى الدعوى البوليصية إلا أنه يجب أن يكون الدين مستحق الآداء فى الدعوى غير المباشرة[1] .

إثبات الصورية بين المتعاقدين :

٢٦٠ — أما أمر إثبات الصورية بين المتعاقدين فهذا خاضع للقواعد التى رأيناها فى الفقرات رقم ٧٥ وما بعدها ، أى أنه لا يصح لأحد المتعاقدين أن يثبت صورية العقد الذى تحررت به كتابة إلا بكتابة مثلها[2] بما أنه يرغب فى أن يثبت ما ينقض كل العقد أو بعضه وهذا مفهوم بطريق الاستنتاج العكسى من قول المادة ٢٤٤ من القانون المدنى القائم إن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كان المستأجر يطعن فى عقد الإيجار بالصورية والمؤجر يدفع بعدم جواز الإثبات فلا يجوز للمحكمة — ما دام الإيجار ثابتاً بالكتابة ولا يوجد لدى المستأجر دليل كتابى على دعواه — أن تقضى بصورية العقد بناء على مجرد القرائن وإلا كان قضاؤها باطلا لاستناده إلى دليل غير جائز الأخذ به فى

---

(١) انظر تفصيلات الفروق بين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية فى كتاب نظرية العقد للدكتور السنهورى ص ٨٤٨ وما بعدها .

(٢) المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٧ رقم ٩٩ وسنة ١٩١٠ رقم ٦٠ وسنة ١٩١٥ رقم ٥٥ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة السادسة ص ٢٤٢ والعاشرة ص ٩٥ والحادية عشرة ص ٢٩٠ والجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٣٥ رقم ١٩٠ .

الدعوى[1] ولا يصح التمسك بأن الورقة الصورية ليست إلا إقراراً كاذباً لا يلزم إثبات ضده إلا بالكتابة ما دامت الورقة تحوى تعهداً مدنياً ، ومثل هذا التمسك لا يكون الا محاولة يقصد بها الإفلات من حكم القانون . وقررت محكمة النقض إنه إذا تمسك المدين بأن الإيصال المحرر عليه بقبض ثمن المنقولات التى تعهد بصنعها هو والفاتورة الموقع عليها منه أيضاً ببيان مفردات تلك المنقولات إنما حررا خدمة للمدعية لتقدمهما للمجلس الحسبى ليرخص لها فى صرف المبلغ الوارد بالإيصال فاعتبرت المحكمة هذا دفعاً منه بالصورية ولم تأخذ به على أساس أن الصورية لا تثبت بين المتعاقدين إلا بالكتابة وهو لم يقدم كتابة ما ، فإنها لا تكون قد أخطأت فى تطبيق القانون[2] .

والصورية تثبت عادة بورقة ضد تكتب فى الوقت الذى يكتب فيه العقد الصورى ، ولكن ليس هناك مايمنع من إثباتها بورقة تكتب فيما بعد كإقرار يحرره المشترى الصورى للبائع بالصورية بعد العقد ، كما يصح أن يثبت المتصرف صورية التصرف بخطاب يرسله له المتصرف إليه فيما بعد . أو بأية وسائل أو أوراق أخرى سابقة أو لاحقة أو معاصرة للتصرف. وقد قررت محكمة النقض أن عقد القرض يجوز إثبات صورية سببه بالأوراق الصادرة من المتمسك به فإذا كانت سندات الدين مذكوراً فيها أن قيمتها دفعت نقداً ثم اتضح من الرسائل الصادرة من مدعيه الدين إلى مدينها فى مناسبات وظروف مختلفة قبل تواريخ السندات وبعدها وأنها كانت تستجدى المدين وتشكر له إحسانه عليها وتبرعه لها فهذه الرسائل يجوز اعتبارها دليلا كتابياً كافياً فى نفى وجود قرض حقيقى[3] .

---

(١) مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٤٨٥ رقم ١٧٧ ومجموعة المكتب الفنى السنه ١٧ ص ٣٠٥ : ١ .

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ٨١ وصورية ٢٤

(٣) مجموعة ال ٢٥ عاما صورية ٢٠ ومجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ١٣٨ رقم ٢/٦٧ وقررت محكمة النقض أيضا أنه إذا كان الحكم لم يعتمد فى إثبات صورية عقد البيع محل =

٢٦١ — وكما تثبت الصورية بالكتابة تثبت بما يقوم مقامها ، أى بمبدأ الثبوت بالكتابة الذى تكمله الشهود والقرائن أو أحد هذين الدليلين[1] والاعتراف كتابة بتحرير ورقة ضد يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان من شأن هذه الكتابة أن تجعل ما يراد إثباته قريب الاحتمال[2] .

٢٦١ مكرر — إنما عدم وجود كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة لا يمنع من توجيه اليمين الحاسمة ، ولا من استجواب الخصم للوصول إلى إقراره كما سنرى فى الكلام على الإقرار واليمين الحاسمة .

= الدعوى على شهادة من واقع دفتر التصديق على التوقيعات بل اطلعت المحكمة على كتابه مدونة فى الدفتر المذكور بها امضاء المقروقم به أمام الكاتب المختص فإنه يكون قد اعتمد على سند كتابى صالح للاحتجاج به على الموقع وعلى خلفائه لا على صورة محرر عرفى مجرد من أى قيمة فى الاثبات بمجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ٩٢ وصورية ٢١ جلسة ٤٩/١٢/١ — بل صورة رسمية لذلك يحررها موظف مختص تكفى — قارن حكم النقض الذى صدر قبل ذلك فى ٤٠/١٢/٥ الذى قرر أن الشهادة التى تستخرج من دفتر التصديقات على الإمضاءات والأختام الموقع بها على المحررات العرفية هى صورة رسمية لما يذون فى هذا الدفتر من ملخص للمحرر وليست صورة للورقة العرفية . ولذلك فانه يجوز الاستناد إليها فى اثبات هذا العقد — بمجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ٨٩ وبمجموعة القواعد القانونية ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩ — ٢٨٠ .

(١) نقض فى مجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ٦٦٠ رقم ٢٤١ والجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٣٤ رقم ١٨٧ . رفعت الدعوى بموجب سند أقر فيه المدعى عليه بقبضه مبلغا من المال على سبيل الأمانة ثم رفع المدعى عليه الدعوى بصورية هذا السند قائلا أن قيمته هى مجموع مبالغ دفعتها له المدعية عن استحقاقه فى وقف هى ناظرة عليه وإن زوج المدعية ووكيلها طلب إليه أن يحرر السند المرفوعة به الدعوى ويقدم تاريخه ويذكر فيه أنه أمانة وذلك لصلحة زوجته المدعيه فى دعوى مرفوعة عليها من بعض أخواتها وأنه فى نظير ذلك يرد لها إيصالات المبالغ المذكورة وقد استند المدعى عليه فى دفعه هذا إلى تلك الإيصالات المعترف بها من المدعية والمؤشر عليها من زوجها ووكيلها بما يفيد سبق وجودها لديها واستردادها منها . ومحكمة النقض رأت أن لا مخالفة للقانون إذا أعتبرت محكمة الموضوع هذه الايصالات مبدأ ثبوت بالكتابة تجيز تكمله الدليل على الصورية بالبينة والقرائن فيما بين العاقدين لأن الايصالات وإن كانت صادرة من المدعى عليه إلا أنها معترف بها من المدعية ومؤشر عليها من وكيلها بما يجعل ثبوت المدعى به قريب الاحتمال فى نظر المحكمة — وانظر أيضا الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٣٤ رقم ١٨٧ ومجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص ١٠٣٥

(٢) قارن الفقرة رقم ٤٣٢ مكرر (من هذه الرسالة) وحكم النقض المشار إليه فيها .

٢٦١ مكرر (١) — وإذا بُنى الحكم على عدم جواز إثبات صورية عقد بالبينة والقرائن فلا يعيبه عدم تحدثه عن القرائن التى قدمت لإثبات الصورية كما لا يعيبه أن يكون قد تحدث عن بعضها تحدثا غير سائغ . وقد قررت محكمة النقض أنه متى كان الحكم مؤسساً على عدم جواز إثبات صورية العقد بالبينة والقرائن — لقيام دعوى الصورية بين المتعاقدين — فلا يعيبه عدم تحدثه عن القرائن المسوقة فى سبيل إثبات الصورية كما لا يعيبه أن يكون تحدثه عن بعضها غير سائغ[1] .

٢٦١ مكرر ب — ولا يجب تسجيل ورقة الضد فيما يجب التسجيل فيه لإثبات الصورية فيما بين الطرفين أى أن ورقة الضد غير المسجلة تسرى على المشترى الصورى مثلا ولو كان عقد البيع الصادر له مسجلا . وقد قررت محكمة النقض أنه لا يلزم أن تكون ورقة الضد مسجلة فيما بين الطرفين ولو كتبت فى صيغة تفاسخ[2] إلا أن ورقة الضد المسجلة تسرى على الغير كما سنرى فى الفقرة رقم ٢٦٨ ، ولا تأثير بداهة لعدم إثبات التاريخ فيما بين الطرفين . ولا تأثير لإثبات التاريخ بالنسبة للغير كما سنرى فى الفقرة رقم ٢٦٦ .

٢٦٢ — هذا ويجوز إثبات الصورية بين المتعاقدين بشهادة الشهود والقرائن لمن وقع عليه الضرر منهما إذ كان الغرض منها غش الشارع والهرب من أحكام القانون أو مخالفة النظام العام والآداب أو أى إخفاء لسبب غير مشروع ، كما سنرى فى شهادة الشهود فى الباب الثانى فى الفقرة ٤١٤ مكرر . وكذلك إذا وقع غش من أحد الطرفين على الآخر يجوز إثبات الصورية بالشهود وبالقرائن ، كما إذا اتفقت سيدة مع شخص على أن تبيعه عقاراً مملوكا لها بيعاً صورياً وأن تأخذ منه

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات رقم ٨٠ .

(٢) مجموعة دار النشر السنة الأولى ص ٤٨ رقم ١٣

ورقة ضد تثبت الصورية ، ولما صدر منها عقد البيع سلمها ورقة الضد وعليها توقيع توهمت أنه توقيعه فى حين أنه لم يكن هو الذى وقع بإمضائه على هذه الورقة غشاً منه لها بل الذى وقعها شخص آخر غيره[1] وانظر أيضاً الفقرة ٤١٢ مكرر .

ومن المقرر أنه إذا كانت الصورية تدليسية يستوى فيها الغير مع من كان طرفاً فى العقد فى إمكان إثبات الصورية بجميع طرق الإثبات لأن الغاش لا يكتب صكا ضد نفسه مقراً بالغش ، وقد قررت محكمة النقض أن صورية البيع التدليسية تثبت بالقرائن فى حق كل من مسه التدليس ولو كان طرفاً فى العقد . فإذا توفرت القرائن المثبتة للتدليس والاحتيال على استصدار هذا العقد صورياً واقتضت محكمة الموضوع مع ذلك ممن صدر منه العقد وجود مبدأ ثبوت بالكتابة كيما تحقق الصورية التى يقول بها كان حكمها خاطئا وجاز لمحكمة النقض أن تستخلص ثبوت هذه الصورية التدليسية من الأوراق والتحقيقات التى كانت

---

(١) أنظر حكم النقض فى المجموعة الرسمية ٩ رقم ٣٨ ومجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ١٩٩ رقم ٧٣ وقالت المحكمة أنه لما تبين للسيدة ذلك رفعت عليه الدعوى طالبة ثبوت ملكيتها للعقار موضوع التعاقد دون أن تطلب أولا فسخ العقد ، وقضت المحكمة بإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ونفى واقعة الغش المدعى بها ، وثبت لها منه أن توقيع المدعية على عقد البيع كان تحت تأثير هذا الغش المفسد لرضاها فحكمت المحكمة بالبطلان وثبوت الملكية — كان هذا الحكم صحيحا ، ولا محل للقول بأن الغش قد وقع بعد تمام العقد والتعلل بشأن الوقت الذى سلمت فيه ورقة الضد إذ أن المحكمة قد اعتبرت العملية التى تمت بين طرفى الخصومة عملية واحدة اتصلت وقائعها بعضها ببعض ، وأن الغش قد وقع من مبدئها إلى نهايتها — كما لا يعتبر أن المحكمة قد أمرت بتحقيق ما لا يجوز تحقيقه إذ قضت به لإثبات وقائع الغش ولا خلاف فى أن هذه الوقائع مما يجوز إثباته بالبينة وغيرها — كما لا محل للقول أيضا ببطلان الحكم لقضائه بالملكية مع عدم طلب المدعية الحكم بفسخ العقد الصادر منها لأن قضاء المحكمة ببطلان ذلك العقد لابتنائه على تدليس يستلزم القضاء ببقاء الملكية لمن دلس عليها ، وانظر أيضا حكم النقض فى مجموعة القواعد القانونية جـ ٢ ص ٢٠٠ رقم ٤ .

معروضة على محكمة الموضوع[1] .

٢٦٢ مكرر — ويجوز للقيم وإن كان يمثل السفيه أن يثبت بشهادة الشهود والقرائن أن السفيه كان قد تعاقد تعاقداً صورياً قبل الحجر ، إذ يصح اعتبار القيم هنا من الغير لأنه نصب بحكم القانون لحفظ مال محجوره ، فله الحق فى حمايته من تصرف شخصيته السابقة السفيهة تصرفاً صورياً يضر بماله لو اعتبر جدياً وخصوصاً أن هـذا التصرف قد يكون مشوباً بالغش من جانب المتصرف له[2] .

هذا ولا يصح الطعن بالصورية لأول مرة أمام محكمة النقض[3] .

٢٦٣ -- والوارث حكمه حكم المورث أى أنه لا يجوز إثبات صورية عقد مكتوب بين مورثه وبين الغير إلا بالكتابة . هذا حتى إذا كان التصرف المنجز الذى صدر من المورث للغير ينقص من نصيب الوارث فى التركة وأن هذا

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما صورية ٣٣ ومجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ٧٠٨ رقم ٢٥٢ وانظر أيضا مجموعة ال ٢٥ عاما صورية ٣٢ ومجموعة القواعد القانونية جزء ٢ ص ٢٠٠ رقم ٧٤ وقررت محكمة النقض أيضا أنه متى كان الحكم قد تحدث عن صورية عقد الايجار الصادر إلى الطاعن من المطعون عليه الثالث بوصفه وكيلا عن المطعون عليه الأول انما قصد الصورية التدليسية المبنية على الغش والتواطؤ بين طرفى العقد إضرارا بالموكل فانه لا يكون قد خالف القانون إذا استند فى اثباتها إلى القرائن التى فصلها — مجموعة ال ٢٥ عاما صورية ٣٤ ومجموعة المكتب الفنى ٢ ص ٦٦٥ رقم ١١٤ .

(٢) وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أنه لا يشترط أخذ دليل كتابى لإثبات الصورية على من كان تعاقد مع السفيه . فالشارع وقد أجاز الحجر إنما أجازه حماية للسفيه من نفسه فكأن القيم وإن كان يمثل المحجور عليه قد وضع فى مركز الغير الذى يجوز له الاستعانة بكل نوع من الأدلة لإثبات الصورية كما يعرف ذلك فى الدعوى البولصية على اعتبار أن القيم إنما هو من طريق الحيطة فى دقة تصوير الحماية القانونية يمثل المحجور عليه الآن ضد ذلك السفيه السابق قبل الحجر — الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٣٦ رقم ١٩٥ .

(٣) المحاماة ١٣ ص ٩٩٤ رقم ٤٩١ .

النقض لا يعتبر إضراراً بحقه فيجعله من الغير لأن حق الوارث فى التركة لا ينشأ إلا بعد وفاة مورثه ، وقد قررت محكمة النقض أن الوارث خلف عام لمورثه لا يستطيع أن يسلك فى الإثبات سبيلا ما كان لمورثه أن يسلكه . ولا يغير من هذا أن يكون التصرف المنجز الصادر من المورث من شأنه أن يقلل نصيب الوارث فى التركة وإن هذا الإقلال لا يعتبر إضراراً بحق الوارث يصبح معه الوارث من الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث . فحق الوارث فى التركة لا ينشأ إلا بعد وفاة مورثه ، وعلى ذلك فالحكم الذى يقرر بأنه لا يجوز لوارث الراهن أن يثبت بكل طرق الإثبات فى مواجهة المرتهن صورية عقد الرهن بحجة أن للصورية لا تثبت بين العاقدين إلا بالكتابة لا يكون مخطئاً فى تطبيق القانون[1] .

ولكن إذا كان التصرف حاصلا لوارث آخر يجوز إثبات الصورية بجميع الطرق — ذلك لأن الوارث بالنسبة للأجانب يستمد حقه من المورث فلا يملك من الحقوق أكثر منه . أما بالنسبة لوارث آخر فإنه يستمد حقه فى الإرث بعد وفاة المورث من الشريعة الغراء والقانون ضد الوارث الذى حصل له التصرف فيعتبر من الغير بالنسبة له[2] .

ويجوز أن يكون التصرف حاصلا لغير وارث فى مرض الموت مقصوداً به

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ٨٤ وصورية ٣٠ .

(٢) انظر المحاماة ٩ رقم ١٢٣ ورقم ٢٠٩ ورقم ٣٩١ و١٥ القسم الثانى ص ٥٥٠ رقم ٢٦٠ وقد قرر هذا الحكم أنه وإن كان للوارث الصادر لمصلحته التصرف أن يتمسك فى وجه باقى الورثة بالتاريخ العرفى الذى وضعه المورث إلا أن لهؤلاء الورثة الحق فى أن يثبتوا بجميع الطرق القانونية ومنها قرائن الأحوال أن هذا التاريخ لا يتفق مع الحقيقة وأنه وضع بقصد الإيهام بصدور التصرف فى وقت بعيد عن الشبهات وانظر أيضا المحاماة ١٧ ص ٧٦٢ رقم ٣٧٧ الجدول العشرى لأول للمحاماة ص ١٧ رقم ٧٩ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٢ ص ٥٢٨ .

التبرع فيأخذ حكم الوصية ويكون للورثة إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات إلا إذا كان التصرف ثابت التاريخ قبل مرض الموت . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٩١٦ مدنى وأوضحت أيضاً أنه إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك كل هذا مالم توجد أحكام خاصة تخالفه طبقاً للمادة ٩١٧ — وسنتحدث عن كل ذلك تفصيلا فى الكلام على الوصية .

وقد قررت محكمة النقض أن الوارث حكمه حكم المورث فلا يجوز له إثبات صورية سند صادر من مورثه إلى الغير إلا بالكتابة إلا إذا طعن فى هذا السند بأنه ينطوى على الإيصاء أو أنه صدر فى موت مورثه[1] كما يجوز أن (يكتب) والد لولده عقداً ببيع بعض أفدنة ليمكن تعيينه عمدة فيسوغ لأخوة المشترى ولأى وارث من ورثة والده أن يثبت صورية العقد بجميع الطرق ، إلا أن محكمة الاستئناف قررت أنه لا يجوز إثبات الصورية بغير الكتابة إلا إذا كان العقد يخفى سبباً غير مشروع . أما الادعاء بأن عقد البيع حرر لتكملة النصاب المقرر للعمدية أو المشيخة فليس من هذا القبيل[2] .

ولكن (أولا) قد يصح اعتبار السبب غير مشروع هنا أيضاً لأن الشارع قصد أنه لا يصح أن يكون شخص عمدة أو شيخاً إلا إذا كان يملك النصاب الذى قرره ملكية حقيقية تؤهله أمام الناس لهذا المنصب ومقوماته .

---

(١) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الخامسة ص ٢٩٧ رقم ٣/٤٦ . ومجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ٨٥ وصورية ٣١ .

(٢) المجموعة الرسمية ٣٤ سنة ٣٣ ص ١٧٠ رقم ٩ وقررت محكمة النقض أيضا . . . مجموعة المكتب الفنى السنه الحادية عشرة سنة ٦٠ رقم ٣/٦٨ ص ٤٣٢ — ٤٣٣ ومجموعة ال ٢٥ عاما صورية ٣٦ و ٣٧ و ٣٩ .

(وثانياً) على أى حال لا محل هنا للبحث فيما إذا كان السبب مشروعاً أو غير مشروع ما دام يمكن إثبات أن العقد صورى لأن الشارع لا يريد من منع الصورية إلا عدم حرمان الورثة من نصيبهم الشرعى إذا زادت قيمة الوصية عن النصاب المقرر لها . ولذلك نصت المادة ٩١٧ مدنى نصاً مطلقاً من كل قيد غير عابئة بالسبب إذ قالت : « إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بأية طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية ما لم يقم دليلا يخالف ذلك »[1] .

هذا ويلاحظ أنه فى مثل هذه الحالة لا يشترط أن يكون المورث والوارث الذى تصرف له المورث قد قصدا الإضرار بباقى الورثة وإنما كان قصدهما متجها فقط إلى أن يصل الوارث الذى تصرف له المورث إلى العمدية ، أو المشيخة . وقد قررت محكمة النقض بصفة عامة أن الحكم بصورية العقد لا يستلزم إثبات سوء نية الطرفين فيه ومع ذلك إذا كان الحكم قد استظهر هذا الأمر فلا يصح تعييبه به[2] .

هذا وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن الوارث يعتبر فى حكم الغير فيما يختص بالتصرف الصادر من مورثه إلى وارث آخر إضرار بحقه فى الميراث فيجوز له إثبات خلاف العقد بكل طرق الإثبات[3] .

---

(١) ولم يكن لهذه المادة مقابل فى القانون المدنى السابق . وجاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ص ٣٠١

(٢) مجموعة القواعد القانونية جزء ٢ ص ٥٥٣ رقم ٣/١٨١ وانظر الفقرة رقم ٢٥٤ (من جده الرسالة) .

(٣) انظر مجموعة الـ ٢٥ عاما اثبات ٠ ١ و ١٢١ و ١٢٤

٢٦٤ — ولمحكمة الموضوع كامل السلطة فى أن تقرر ما إذا كان العقد صورياً أو جدياً لأن هذا أمر موضوعى لا رقابة لمحكمة النقض عليه . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا استعرضت المحكمة الموضوعية أدلة الدعوى واستنتجت منها استنتاجا سايما أن البيع صورى كان هذا أمراً متعلقاً بفهم الواقع فى الدعوى ولا رقابة عليها لمحكمة النقض[1] وقد قررت محكمة النقض أيضاً أن للغير أن يثبت الصورية بجميع طرق الإثبات ومنها القرائن وتقدير القرائن من الأمور الموضوعية التى لا رقابة لمحكمة النقض عليها متى كان هذا التقدير سائغاً[2] هذا ولا يعد رداً على الطعن من الغير بصورية عقدقول الحكم إن أحد العاقدين أقر بصحته ، وذلك لأنه طرف فيه[3] وقررت محكمة النقض كذلك أنه إذا كان دفع الخصم بصورية عقد استناداً إلى عبارة صدرت من خصمه أمام المحكمة قد صيغ فى قوله « أنها (أى العبارة) إن لم تكن كافية لإثبات الصورية فإنها على الأقل تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة تخول إثبات الصورية بالبينة » فإن تحديده لأدلته على هذه الصورة تتحلل به المحكمة من

---

(١) المحاماة ٢٠ ص ٧١ رقم ٣٠ ومجموعة القواعد القانونية جـ ٣ ص ٥٥٣ رقم ٢/١٨١ وانظر وقارن الفقرة رقم ٢٤٢ من هذه الرسالة وهامشيها الأخيرين وانظر أيضا حكمى النقض الصادرين فى ٢/٣/ ٤٤ و ٣/٢/٤٤ الصادرين فى الطعنين ٥٦ و ٦٧ سنة ١٣ القضائية .

(٢) انظر مجموعة دار النشر للجامعات السنة الأولى ١٣٣ رقم ٣/٣٩ ومجموعة المكتب الفنى السنة العاشره سنة ٥٩ ص ٦٤ رقم ١٨ .

(٣) أنظر حكم النقض الصادر فى ٦/٤/١٩٤٤ فى الطعن رقم ١٠٢ سنة ١٣ القضائية المنشور فى مجموعة ال ٢٥ عاما صورية ٦٣ حيث قالت المحكمة . . . .

« إذا كان البائع قد قرر أنه بعد أن باع له القدر المذكور عاد فرد إليه الثمن ، وحصل منه على إقرار بالغاء البيع ، فإن هذا التفاسخ وإن كان يمكن أن يعتبر عائقاً دون تنفيذ العقد الصادر منه إلا أنه إذا كان المشترى الأخير قد تمسك لدى المحكمة بصورية هذا التفاسخ لاصطناعه بعد رفع دعواه للاضرار به ، فإنه يكون واجبا على المحكمة أن تتحدث عن هذه الصورية بما يكشف عن حقيقة الأمر وإلا كان حكمها قاصر الأسباب ولا يعد رداً على الدفع بصورية تعاقد ما قول الحكم أن أحد طرفيه قد أقر بصحته .

تحرى ثبوت الدعوى من طريق آخر . فإذا هى عرضت للمعارضة التى تمسك بها ولم تر فيها دليلا على الصورية ولا مبدأ ثبوت بالكتابة ثم رأت من جانبها أنه ليس هناك محل لإحالة الدعوى إلى التحقيق فلا يصح أن ينعى عليها أنها خالفت القانون بزعم أنها لم تمكنه من إثبات دعواه بالبينة [١]

٢٦٥ — ولا بُد للطعن بالصورية من توفير المصلحة كما هى الحال فى كل دعوى . فلا يقبل الطعن بصورية عقد ما لم تكن للطاعن مصلحة من وراء إسقاط العقد ، فإذا كان المدعى عليه فى دعوى الصورية قد وجه هو الآخر مطاعن إلى العقد الذى يتمسك به المدعى فانه يكون لزاما على المحكمة أن تنظر هذه المطاعن وتبحثها لكى تتثبت من وجود مصلحة للمدعى ولا يصح أن تقبل الطعن قضية مسلمة مع غض النظر عن قيمة عقده [٢] ولا شك فى أنه إذا كان دين الدائن مدعى الصورية صوريا تنعدم مصلحته فى الطعن على تصرف للمدين صدر منه لآخر بالصورية [٣] ومثل هذا الدين لا يعتبر دائنا فى الواقع . هذا وقد نصت المادة ٢٤٤ من القانون المدنى القائم صراحة على أن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص أن يثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى اضر بهم . فإذا لم يكن هناك ضرر لا يصح ذلك الإثبات لانعدام المصلحة .

---

(١) انظر مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٣٨١ رقم ١/١٢٠ وقد قررت محكمة النقض « متى كانت المحكمة إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين إثبات صورية العقد الثابت كتابة إلا بالكتابة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة السائغة التى أوردتها انتفاء المانع الأدبى فإن الذى قررته فهو صحيح فى القانون .

مجموعة ال ٢٥ عاما صورية ١٨ .

(٢) مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٤٢٢ رقم ٢/١٢٩ .

(٣) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥١ ص ١٨٥ .

إثبات تاريخ ورقة الضد — عدم تأثيره على الغير:

٢٦٦ — لننظر بعد ذلك فيما إذا كان إثبات تاريخ ورقة الضد يؤثر فى أمر عدم سريانها على الغير ، أى هل تسرى ورقة الضد على غير المتعاقدين إذا كانت ثابتة التاريخ ؟ إن القاعدة التى تقدمت عن ورقة الضد فى الفقرة رقم ٢٤٥ مطلقة إذ لم تفرق بين حالة ما إذا كانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أو غير ثابتة التاريخ[1] ولا يخفى أن إثبات التاريخ ليس فيه إشهار للعقد حتى يستطيع الغير إذا شاء أن يعلم بعقد الضد كما هى الحال إذا كان العقد مسجلا . فاذا باع زيد مثلا منزله لعمرو ، وأخذ عليه ورقة ضد تفيد أن البيع صورى ، وثبت تاريخ هذه الورقة ، ثم استدان عمرو من خالد مبلغا من المال ، فلخالد الحق أن يتمسك بالعقد الظاهر ببيع المنزل لمدينه عمرو أى أن له الحق فى اعتباره ملكه بناء على العقد الظاهر ، إذ لا يصح مؤاخذته بالعقد المستتر ولو كان ثابت التاريخ لأن ثبوت تاريخ عقد ليس فيه إشهار له كما قلت . ولا يخفى أن المقرض يلاحظ ويتحرى دائما حالة المستقرض قبل إقراضه ، فيفرض أن خالداً علم بيسر عمرو وبملكيته للمنزل بمقتضى العقد الظاهر وأنه أقرضه اعتماداً على ذلك .

وقد سار القضاء المصرى والفرنسى على ذلك أى على أنه لا تأثير لورقة الضد على الغير ولو كانت ثابتة التاريخ [2] وأقرت ذلك محكمة النقض وقالت إنه من المقرر قانونا أن للغير التمسك بالعقد الظاهر سواء كانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أم لا ، وقررت أنه إذا باع شخص عقاراً بيعاً صورياً وأخذ من المشترى ورقة ضد

---

(١) وكذلك المادة ١٣٤١ من القانون المدنى الفرنسى .

(٢) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الرابعة ص ١٠٨ والسنة الثامنة ص ٤٣ والسنة العاشرة ص ٩٥ وتعليقات دالوز على المادة ١٣٢١ من القانون المدنى الفرنسى رقم ٧٥ و ٧٨ و ٧٩ و ٨٠ وسيرى ٦٣ — ١ — ٢٢٠ و ٧٤ — ٢ — ١٥٣ .

تفيد أن حقيقة العقد رهن وثبت تاريخ هذه الورقة بوفاة أحد الموقعين عليها لا يمكن الاحتجاج بها على طلب الشفعة [١]

حسن النية وعدمه :

٢٦٧ — سبق أن قلت فى الفقرة رقم ٢٤٧ إنه لا يصح للغير التمسك بعدم تأثير ورقة الضد عليه إذا حصلت قبل عقده وكان يعلم بها عند تعاقده ، لأنه فى هذه الحالة لا يكون حسن النية فى تعاقده . ولا يخفى أن علة عدم مؤاخذته إلا بالعقد الصورى هو أعتقاده صحته واعتماده عليه فى تعاقده . فإذا كان يعلم عند تعاقده أن العقد صورى غير حقيقى ، لا يكون له وجه فى التمسك به ، ويسرى عليه العقد الحقيقى أى ورقة الضد . والقانون لا يحمى إلا من كان حسن النية . وقد قررت محكمة النقض أن ورقة الضد يصح أن يواجه بها الغير ولو كانت غير مسجلة حتى ثبت علمه بها [٢] . أما إذا كان لا يعلم بورقة الضد فإن من حقه أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان حسن النية ولا يصح التمسك ضده بورقة الضد [٣] . وقد قررت محكمة النقض أن للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر متى كان هذا فى مصلحته ولا يجوز أن يحاج بما يضره من عقد مستتر [٤] . وقالت المادة ٢٤٤

---

(١) أنظر حكم النقض فى الطعن رقم ٢٧ سنة ١٤ القضائية .

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما . ورقة العقد ١ ومجموعة أحكام النقض التى أصدرتها دار النشر السنة الأولى رقم ٤/١٣ ص ٤٨ — ٤٩

(٣) مجموعة ال ٢٥ عاما ورقة الضد ١ ومجموعة أحكام النقض التى أصدرتها دار النشر السنة الأولى رقم ٤/١٣ ص ٤٨ ـ ٤٩ .

(٤) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الخامسة ص ٣١٤ رقم ٤٨ ، وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كان المشترى الثانى قد تمسك أمام المحكمة بأنه كان حسن النية عندما اشترى من المشترى الصورى معتمدا على عقده الظاهر جاهلا ورقة الضد التى هو غير بالنسبة لها ومع ذلك اغفلت المحكمة بحث هذا الأمر مع ما لحسن النيه أو عدمه من الأهمية قانونا فى تحديد حقوق المشترى من أحد طرفى العقد الصورى فإن حكمها يكون قاصرا — انظر مجموعة ال ٢٥ عاما ورقة الضد ٥ .

من القانون المدنى القائم صراحة إن لدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى الخ . وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة فى عهد القانون المدنى السابق الذى لم يكن فيه مثل هذا النص أولا بأنه لا يقبل من الطرفين أن يثبتا أن الغير كان عالماً بالصورية[1] ثم عدلت عن ذلك وقضت بأن من يتعامل مع المتصرف له الصورى بحسن نية لا تضره الصورية إذ يعتبر أنه بحث مستندات المتصرف له فوجدها كافية فتعاقد معه[2] ثم قررت أن مسألة معرفة ما إذا كانت صورية عتمد ناقل الملكية تؤثر أم لا على المشترين اللاحقين والدائنين المسجلة حقوقهم هى أمر يتعلق بحسن أو سوء نية هؤلاء[3] وحكمت محكمة الاستئناف الأهلية أيضاً بأنه ليس للمدين بسند تحت الإذن فى حوالة مدنية أن يقيم الدليل فى وجه المحال على صورية السبب الظاهر فى ورقة الدين متى كان المحال يجهل المعاملة السابقة التى أخفى سببها عليه ويعتقد أن السبب الظاهر حقيقى ، كما لا يجوز للمدين أن يتمسك ضد المحال الحسن النية بأى دفع من الدفوع ما دام السند محرراً فى الأصل لحامله أو تحت إذن الدائن[4] ومما تقرر فى فرنسا كذلك علما وقضاء أنه إذا كان الغير يعلم بورقة الضد لا يمكنه أن يتمسك بعدم تأثيرها عليه[5] إنما يجب أن يلاحظ أنه يكفى أن يكون المتعاقد حسن النية وقت تعاقده فقط . فاذا ما علم بالصورية بعد ذلك فان هذا لا يؤثر عليه ، ويظل له الحق فى التمسك بالعقد الصورى.

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثامنة ص ٤٣ والجدول العشرى الأول لهذه المجموعة رقم ٣٤٨٨ وقارن تعليقات داللوز على المادة ١٣٢١ مدنى فرنسى رقم ٧٥ .

(٢) انظر مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٢ ص ٩٣ و ٣٩ ص ٢١٥ و ٣٧ ص ٤٢٠ .

(٣) المحاماة ١٣ ص ٦٠٨ رقم ٣١٠ .

(٤) المحاماة ١٧ ص ١١٥ رقم ٥٦ .

(٥) انظر أوبرى جزء ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٥٥ ودمولومب جزء ٢٩ رقم ٣٤٧ ولا رومبيير على المادة ١٣٢٩ رقم ١٠ وأحكام النقض فى سيرى ٤٨ — ١ — ٤٨١ و ٩٠ — ١ — ٢٠٨ و ٩٣ — ١ — ١٩٣ وانظر الهامش الأخير للفقرة رقم ٢٢٠ (من هذه الرسالة).

إذ لا تصح مؤاخذته بأمر كان يجهله وقد اعتمد فى تعاقده بحسن نية على ما كان ظاهراً له[1] ويفرض دائماً أن الغير لا يعلم بالصورية ويجب على خصمه إثبات علمه بها أى إثبات علمه بما يخالف العقد الظاهر . وقد تقدم فى الفقرة رقم ٣٧ أن من يريد مخالفة الظاهر عليه الإثبات . هذا ويجوز إثبات هذا العلم بجميع طرق الإثبات بما أنه واقعة أجنبية بالنسبة لمن يريد إثباتها[2] .

تسجيل ورقة الضد وتأثيره على الغير :

٢٦٨ — ذهب البعض إلى أن تسجيل ورقة الضد لا يجعلها تسرى على الغير فى الحقوق العينية العقارية . فإذا باع زيد لعمرو منزله ، وتسجل عقد هذا البيع وكتبت ورقة ضد تفيد صوريته وتسجلت أيضاً ، فيمكن لمن اشترى من عمرو بعد ذلك بناء على رأى أولئك البعض أن لا يعبأ بورقة الضد المسجلة. وأهم حجة لهم فى ذلك أن ورقة الضد تبقى ورقة ضد رغم تسجيلها وهى ورقة مشوبة بالغش ، والتسجيل لا يمحو أثر الغش[3] ولكن يجب أن نلاحظ أن الغش لم يقع من الطرفين فى ورقة الضد ، وإنما وقع فى العقد الصورى الذى لم يكن عقداً جدياً ، وورقة الضد قضت على هذا الغش وأعادت الحالة إلى ما كانت عليه . وإذا قيل إن الغش واقع فى التستر ، فإن هذا التستر قد محاه التسجيل الذى أوجده الشارع للاشهار ليس إلا . ومن الواجب على كل من أراد شراء

---

(١) استئناف فى المحاماة ٨ ص ٣١٧. وستئناف مختلط فى مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٨ ص ٢٤٠ و ٤٤ ص ٢٥ و ٣٨ ونقض فرنسى فى سيرى ١٩٠٠ — ١ — ٧٢ وبلانيول المطول ج ٦ ص ٤٦٦ رقم ٣٣٧ وأوبرى ج ٨ § ٢٦٨ .

(٢) ويقول الأستاذ السنهورى فى الوسيط ٢ ص ١١٠٢ أنه واقعة مادية وأن حكمة الاستئناف المختلطة قد شذت عن ذلك فى قضائها بأنه لا يجوز لطرفى العقد الصورى أن يثبتا بالبينة علم الغير بالصورية

(٣) بودرى تعهدات رقم ٢٤١٢ ومذكرة تسبيبه التى أشار إليها — فى سيرى ٩٨ — ١ — ٢٢٥ وأوبرى فى الموضع السابق ص ٢٥٣ .

عقار من آخر مثلا أن يكشف فى السجلات لمعرفة ما إذا كانت العين ملك المتصرف فيها وهل لا زالت فى ملكه أم لا . ولو كشف المشترى من عمرو فى المثل المتقدم فى السجلات لوجد أن ملكيته قد زالت بورقة الضد المسجلة .. ومما يعزز ذلك أنه عرضت على محكمة النقض الفرنسية حالة كتبت فيها ورقة الضد قبل التصرف للغير ولكنها سجلت بعد تسجيله فقضت للغير لأن تسجيله أسبق[1] وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة صراحة أن ورقة الضد المسجلة تسرى على الغير[2] وقررت محكمة النقض أخيراً أن ورقة الضد لا تسرى على الغير سواء كانت ثابتة التاريخ أم لا مادامت لم تسجل[3] . ولا يخفى أن إثبات التاريخ لا يشهر .

وقد قيل أن تسجيل ورقة الضد أو العقد المستتر يعتبر قرينة غير قاطعة يجوز إثبات ما ينقضها أى إثبات عدم العلم بورقة الضد أو العقد المستتر[4] ولكن التسجيل لم يشرع إلا للاشهار وإشعار الكافة به ولا يمكن فى الأحوال العادية إثبات عدم العلم به ، فلا محل للتفرقة بين إشهار وإشهار . وقد يصح القول بأن محكمة النقض قضت ضمناً بعدم جواز إثبات عدم العلم بالتسجيل إذ قررت كما تقدم القول أن ورقة الضد لا تسرى على الغير سواء كانت ثابتة التاريخ أم لا ما دامت لم نسجل .

---

(١) قال ذلك بودرى فى الموضع السابق وأشار إلى الحكم المذكور ومذكرة لوينز التى تؤيد ذلك ويشير بودرى أيضا إلى فلندان على التسجيل رقم ١٦٧ Flandin وفرديه على التسجيل كذلك رقم ١٥٩ Verdier .

(٢) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٣ ص ١٨٨ .

(٣) حكم النقض الصادر فى ٢٣ من نوفمبر سنة ١٩٤٤ فى الطعن رقم ٢٧ سنة ١٤ القضائية وقد سبقت الإشارة إليه فى موضع آخر .

(٤) ديموج جزء أول ص ٢٦٤ رقم ١٦١ .

٢٦٩ — وإنما لا يصح أن تسرى ورقة الضد على جميع أنواع الغير إذا تسجلت . بل تسرى فقط على من يجب عليهم الكشف فى السجلات مثل كل من أراد أن ينال حقاً عينياً عقارياً . أما من عدا هؤلاء كالدائنين العاديين فليس من الواجب عليهم الكشف فى السجلات فلا يؤاخذون إلا بالعقد الظاهر . فإذا باع زيد لعمرو منزله ، ثم أخذت عليه ورقة ضد ، فإن هذه الورقة لا تسرى على دائنى عمرو العاديين ولو تسجلت ، لأنه ليس هناك ما يجبرهم على الكشف فى السجلات[1] .

٢٧٠ — ويجب أن يلاحظ أن وجوب التسجيل فى المسائل العينية العقارية ، وقاعدة أن الحيازة فى المنقول سند الملكية ، يغنيان كثيراً عن قاعدة عدم سريان ورقة الضد على الغير . لأن ورقة الضد عادة وهى فى الأصل سرية حسب طبيعتها تبقى فى طى الخفاء ولا تسجل . فإذا اشترى شخص عقاراً من المشترى الصورى المسجل لعقده فلا حاجة به للتمسك بقاعدة عدم سريان ورقة الضد على الغير لأنه عندما يكشف فى السجلات يجد أن العقار لا زال باقياً على ملك المشترى الصورى ، ما دامت ورقة الضد لم تسجل . وكذلك فى المنقول فإنه إذا انتقل إلى حيازة المشترى الصورى وتصرف فيه ، فمن حصل له التصرف يمكنه أن يتمسك بقاعدة أن الحيازة فى المنقول سند الملكية ولا حاجة به إلى التمسك بقاعدة عدم سريان ورقة الضد عليه — هذا مع ملاحظة ما تقدم عن حسن النية وعدمه فى الفقرتين رقم ٢٤٧ و ٢٦٧ .

٢٧١ - ويجب علينا أن لا ننسى قاعدة أن أموال المدين على العموم (حسبما هى ظاهرة عليه للناس) تعتبر كأنها رهن لدائنيه طبقاً للمادة ٢٣٤ من

---

(١) يخالف ذلك لوران فى مذكرته المشار إليها ويرى أن تسرى ورقة الضد المسجلة على الدائنين العاديين أيضا بحجة أنه إذا كان التسجيل يسرى على الخلف الخاص فانه يجب أن يسرى على الخلف العام من باب أولى ، وهذا رأى كلامى فقط ، إذ لا محل للقياس من باب أولى هنا . ويخالفه بودرى تعهدات رقم ٢٤١٣ قائلا أن سريان التسجيل على الخلف الخاص لا يستلزم سريانه على الخلف العام وهو غير مخطىء فى عدم الكشف على السجلات ويشير إلى مذكرة تسيبه سالفة الذكر .

القانون المدنى القائم (المادة ٥٥٥/٦٧٩ من القانون المدنى السابق) فإذا فرضنا أن زيداً أقرض عمرو مبلغاً من المال، ثم باع بكر لعمرو هذا منزله بيعاً صورياً ، وأخذ عليه ورقة ضد ، فإن لزيد الحق فى التمسك بهذا البيع الصورى ضد البائع ، لأن تلك القاعدة لا تفرق بين أموال المدين التى اكتسبها قبل الدين والأموال التى اكتسبها بعده[١] — والعبرة بالعقد الظاهر بالنسبة لغير المتعاقدين كما تقدم القول[٢] .

٢٧٢ — ويلاحظ أخيراً أن عبء إثبات الصورية يقع على عاتق من يدعيها لأن الأصل فى التعاقد الصحة[٣] وقد سبق القول بأن من يدعى خلاف الظاهر عليه الإثبات[٤] والظاهر هنا هو العقد الصورى ، أما ورقة الضد فهى خفية سرية عادة .

٢٧٣ — ويلاحظ أيضاً أنه وإن كان الدفع بالصورية ليس من النظام العام إلا أن لمحكمة الموضوع الحق فى بحث جدية كل ورقة تقدم فى الدعوى ولو لم يتمسك الخصم بالصورية إذا كان ذلك لازماً للفصل فى الدعوى[٥] ولا يخفى أن العقد الصورى لا وجود له قانوناً بالنسبة للطرفين فللمحكمة أن تتجاهله .

وما دامت المحكمة لا تخالف قاعدة الإثبات بالكتابة فيما يجب إثباته بالكتابة ، فإن القول بالصورية يكون من حق محكمة الموضوع دون معقب عليها من محكمة النقض إذا أقامت حكمها على أسباب من شأنها أن تؤدى إلى القول بها[٦] .

---

(١) وقد قررت محكمة النقض الفرنسية فى حكمها المنشور فى سيرى ٩٣ — ١ — ٩٩٣ أنه يكفى أن يكون للدائنين العاديين مصلحة فى عدم سريان ورقة الضد عليهم عند إرادة التمسك بها ضدهم .

(٢) أنظر الفقرتين رقم ٢٤٥ و ٢٤٩ .

(٣) قارن استئناف فى المحاماة ١٦ ص ٣٠٠ رقم ١٢٧ .

(٤) أنظر الفقرة رقم ٣٧ .

(٥) أنظر حكم النقض فى الطعن رقم ١١٨ سنة ١٣ القضائية .

(٦) المحاماة ٢٧ ملحق رقم ١ (مدنى) ص ٣٤٦ رقم ١٤٦ وقارن ص ٢٩١ رقم ١٢٠ .

أحوال لايجب فيها إثبات التاريخ

٢٧٤ — سبق أن قلت إن المادة ٤٠٠ الملغاة من القانون المدنى والتى تقابلها المادة ٦٠ إثبات (٢١٥ / ٢٨٠ من القانون المدنى السابق) تنص على جواز الإثبات بالبينة فى المسائل التجارية وذلك للسرعة فى العمل والاقتصاد فى الوقت والمصاريف اللذين تقتضيهما المعاملات التجارية . فإذا كان الشارع لايشترط كتابة ما ، فبداهة لامحل لوجوب إثبات التاريخ ، ولو تحررت كتابة ، لأن التعاقد نفسه يصح إثباته بشهادة الشهود ، فمن باب أولى تاريخة فقط . ثم أنه يجب أن يلاحظ أن القاضى فى المسائل التجارية يمكنه أن يتثبت من التاريخ الحقيقى لمعاملة تجارية من الكشوف والمراسلات ، والدفاتر التجارية على الأخص التى شرط القانون التجارى لها شروطاً تجعلها كافية غالباً لمعرفة التاريخ الحقيقى (المواد ١١ / ١٨ — ١٢ / ١٩ من القانون التجارى)[1] ويلاحظ أن الدفاتر التجارية لا تعتبر إذاً دليلا فى المسائل المدنية بين تاجرين إلا باعتبارها قرائن وبشروط معينة كما سنرى فى الفقرة ٣١٢ وما بعدها ، وكانت المادة ٣٤٩ من القانون المدنى الأهلى السابق التى تكلمت على بيع الديون وتحويلها تنص على أنه لا يصح الاحتجاج بالبيع على غير المتعاقدين إلا إذا كان تاريخ الورقة المشتملة على رضاء المدين به ثابتا بوجه رسمى ، ولا يسوغ ذلك الاحتجاج إلا من التاريخ المذكور فقط وكل هذا بدون إخلال بأصول

---

(١) أنظر بودرى تمهدات رقم ٢٣٧٧ وهو يشير فى الهامش إلى الكتب التجارية باردسى جزء ٢ رقم ٢٤٦ Pardessus وديلامار ولبوانفان جزء أول رقم ١٣٩ Delamarre et Lepoitvin ورينوار فى التفاليس جزء أول ص ٥٢١ Pencuard ومسيه جزء ٤ رقم ٢٤٢٩ Massé وليون كان ورينو مختصر جزء أول رقم ٦٠٧ والمطول الجزء الثانى رقم ٥٨ وفالابريج رقم ٢٢٣ Valabrégue وغيرها ويشير أيضا لشراح القانون المدنى المعروفين دمولومب وأوبرى ولارومبير وهيك وتوليه وبونييه وزكاريا وأحكام عديدة . ويظهر أنه لاخلاف على هذه النقطة .

التجارة فيما يتعلق بالسندات والأوراق التى تنتقل الملكية فيها بتحويلها . ولم ير القانون المدنى القائم فى المادة ٣٠٥ (التى أجازت الحوالة بإعلان المدين دون حاجة لرضائه) لزوماً لوضع مثل هذه العبارة : بدون إخلال بأصول التجارة الخ اكتفاء بأحكام قانون التجارة .

ولكن المسائل التجارية التى حتم الشارع إثباتها بالكتابة يجب أن تخضع لقواعد إثبات التاريخ ، لأن اشتراط الشارع الكتابة فيها دليل على أنه لا يريد استثناءها من تطبيق القواعد المدنية وهذا هو الرأى الراجح فى فرنسا[1] ومما كان يعزز ذلك ما نصت عليه المادة ٧٦/٨٢ تجارى قبل تعديلها بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ من أنه : إذا رهن تاجر أو غيره شيئاً تأميناً على عمل من الأعمال التجارية فيثبت الرهن بالنسبة للمتعاقدين وغيرهم بالطرق المقررة فى القانون المدنى . وهذا التعديل هو : يثبت الرهن الذى يعد ضماناً لدين تجارى بكافة طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير .

٢٧٤ مكرر — والدفاتر والأوراق المنزلية والمذكرات الشخصية التى يكتبها صاحبها لضبط أعماله ومصالحه الشخصية والتى لا تعتبر حجة لصاحبها إلا فى إحوال نادرة باعتبارها قرائن كما سنرى فى الفقرة ٣٢٤ وما بعدها لا يثبت تاريخها بداهه .

٢٧٥ — (ب) وأسوة بما قلته فى الجزء الأول من الفقرة السابقة ، ليس

---

(١) مسيه ج ٤ رقم ٢٤٣٦ تجارى ودوفور فى التجارى البحرى ج ٢ رقم ٥٠٧ Dufour وليون كان ورينو مختصر جزء أول رقم ٦٠٨ ومطول ج٣ رقم 58 ter وفالابريج رقم ٢٣٣ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٧٧ وهو الذى أشار لما تقدم فى الهامش وقال عكس ذلك باردیسی ج ٢ رقم ٦٠٧ وجزء أول رقم ٢٤٦ وبواستل الطبعة الثالثة رقم ٤٤٠ والوزيه طبعة ثالثة رقم ١٦٧٩ Alauzet

واجباً إثبات التاريخ فيما لا تتجاوز قيمته عشرين جنيها فى المعاملات المدنية إذا تحررت به كتابة ، لأن الشارع لم يحتم الكتابة لإثبات نفس التعاقد طبقاً للمادة ١٦٠ إثبات والمادة ٤٠٠ الملغاة من القانون المدنى القائم ٢١٥/٢٨٠ من القانون المدنى السابق[1] . فيجوز إثبات التصرف وتاريخه بشهادة الشهود والقرائن وهذا هو الرأى الراجح أيضاً فى فرنسا . على أنه إذا أثبت التاريخ تكون له قوته . ولا يلزم إثبات تاريخ ورقة تدل على أمر مادى لأن الأفعال المادية وتواريخها يجوز إثباتها بشهادة الشهود والقرائن أيضاً وكذلك كل تصرف قانونى يعتبر واقعة مادية بالنسبة للغير بالمعنى الذى رأيناه فى الفقرة ٢١٧ ، فمثلا التاريخ غير الثابت فى عقد بيع يسرى على الشفيع إلا إذا أثبت أنه قدم إلى ما قبل تملكه العين التى يشفع بها .

٢٧٦ — (ج) أما عن المخالصات فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٥ إثبات على أن يجوز للقاضى تبعاً للظروف أن لا يطبق حكم هذه المادة (أى وجوب أن يكون للورقة تاريخ ثابت لتسرى على الغير) . ومعنى ذلك أن الشارع يجيز للقاضى أن يجعل المخالصة تسرى على الغير ولو كانت غير ثابتة التاريخ . كما يجوز له أن يوجب إثبات التاريخ تبعاً للظروف . وجاء فى المذكرة الإيضاحية ٢ المطبوعة سنة ١٩٤٢ ص ٦٧٩ ومجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ على المادة ٣٩٥ ص ٣٧٤ ورقم ٣ أن البعض أشار بوجوب استثناء المخالصات من أحكام ثبوت التاريخ بمقتضى نص خاص استناداً إلى ما جرى عليه القضاء وأن القضاء قد أقر من عهد غير بعيد عرف التعامل فى عدم اشتراط قيد المخالصات اقتصاداً للنفقات بيد أن نطاق هذا العرف

---

(١) هيك ج ٨ رقم ٢٥٦ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٧٥ . وانظر عكس ذلك أصول الاثبات للدكتور سليمان مرقس الطبعة الثانية ص ٩٤ هامش (٤) تبع الفقرة ٦٦ هو بشيرات جوسران جزء ٢ نبذة ١٩١ .

يتناول المخالصات العادية فحسب دون المخالصات التى ترتب حقاً فى الحلول . ولذلك احتاط المشروع الفرنسى الإيطالى (المادة ٣٨٢) فجعل للقاضى سلطة تقدير يقيد فى إعمالها بما يعرض من ظروف وقد رؤى احتذاء مثل هذا المشروع . ولكن يلاحظ أن النص عندنا يعطى القاضى سلطة غير محدودة فيحسن به بل يجب عليه أن يقيد نفسه بما جاء فى هذه المذكرة التى تبين غرض واضعى القانون . والواقع أنه لا يصح القول بإثبات تاريخ كل مخالصة مهما كانت قيمتها تسهيلا للمعاملات اليومية ، وقد يكون الدين مقسطاً على عدة أقساط ، وإذا وجب ذلك لكان جالباً للحرج والتضييق[1] ولم يكن فى القانون المدنى السابق مثل نص الفقرة الثانية المذكورة من المادة ٣٩٥ الملغاة من القانون المدنى القائم . والتى تقابلها المادة ١٥ إثبات وقد جرى القضاء كما جاء فى المذكرة التفسيرية المشار إليها استثناء المخالصات من أحكام إثبات التاريخ . وإنما يلاحظ أنه لا يمكن بحسب القانون المدنى الأهلى السابق (المادة ٣٤٩) أن يقدم المدين مخالصة فى حالة الحوالة ، لأنه كان يشترط قبوله لصحة الحوالة ، فإذا كان المدين قد قبل الحوالة ، كان ذلك دليلا على بقاء الدين فى ذمته[2] . ولاحظ ما قلته عن القانون المدنى القائم والقانون المختلط السابق فى الفقرتين رقم ٢٢٥ و ٢٢٦ حيث لا يشترط حتما

---

(١) قارن لاروميير على المادة ١٣٢٨ رقم ٢٣ وسيرى ٢٥ — ٥ — ١٤٩ و ٤١ — ٢ — ٥٠٣ و ٤٢ — ٢ — ٣١٣ وقارن أيضا ماركديه على المادة ١٣٢٨ رقم ٥ ودورانتون ج ١٦ رقم ٥٠٤ وسيرى ٤١ — ١ — ٧٥٦ و ٤٣ — ٢ — ٣٥٥ وداللوز ٤ ، ٥ — ٥٩٢ وسيرى ١٩١٠ — ١ — ٣٧٢ وانظر عكس ذلك بودرى تعهدات رقم ٢٣٧٨ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٣٣ ولكنهما قررا أنه جرت عادة ثابتة بعدم إثبات التاريخ فى المخالصات ويقول بودرى وعبثا يحتج الانسان على القضاء فى ذلك وانظر القضاء السنة الثانية ص ٣٥٥ وأيضاً مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الرابعة عشرة ص ٦ والجدول العشرى الأول للمحاماة ص ١٦ رقم ٧١ .

(٢) هذا إلا إذا قرر وقت قبول الحوالة أنه لم يبق من الدين إلا جزء منه فيمكنه أن يقدم مخالصة بالجزء الآخر .

قبول المدين الحوالة ويكون مجرد إعلانه كما تقدم فيجوز له فى هذه الحالة تقديم مخالصة .

ولكن إذا كان السند المحول تحت إذن ، أى يجوز للدائن تحويله متى شاء وإلى من يشاء ، بدون توقف صحة ذلك على قبول المدين ، فإن المدين لا يمكنه أن يقدم إيصالا أو مخالصة ، لأن الواجب عليه عند الدفع طلب إثبات ذلك على ظهر سند الدين نفسه ، إذ لا ذنب للمحال فى قبوله بحالته مادام تحت الإذن[1] .

والكلام على ذلك تفصيلا موضعه فى الكلام على عقد الحوالة .

٢٧٧ — (د) لا يمكن للغير أن يتمسك بقواعد إثبات التاريخ إلا إذا كان حسن النية كما سبق أن رأينا فى الفقرة رقم ٢٣٥ . فإثبات التاريخ غير مجد وغير لازم إذا كان الغير سيىء النية، كما إذا اشترى شخص منقولا من آخر وهو يعلم أنه بيع لغيره قبله ، فحتى لو أثبت تاريخ عقده دون ذلك الآخر ، أو قبله ، فإنه لا يمكنه أن يتمسك به عليه ، لأن ما حصل منه غش ، ولا يصح أن يستفيد الغاش من غشه كما تقدم القول .

أحوال لا فائدة فيها من إثبات التاريخ :

٢٧٨ — ولا ننسى أن هناك أحوالا لا فائدة فيها من إثبات التاريخ، وقد تقدم الكلام عليها فى الفقرات رقم ٢٣٦ (الخاصة بقاعدة الحيازة فى المنقول سند للملكية) و٢٣٧و٢٣٨ و٢٣٩و ٢٤٠ الخاصة بوضع يد المستأجر ومايجب تسجيله .

ولا يكفى إثبات التاريخ وحده فى رهن المنقول رهنا حيازيا بل يجب أيضاً لسريان هذا الرهن على الغير أن يكون الشىء المرهون فى حيازة المرتهن كما قلت فى الفقرة رقم٤٣٧ مكرر بشىء من التفصيل ، إذ قلت إن القانون صريح فى ذلك

---

(١) المستشار عزيز كحيل (إثبات الحقوق المدنية) ص١٢٤ والمجموعة الرسمية سنة ١٩٠٨ رقم ٨٨ وسنة ١٩٢١ رقم ١٠٦ والحقوق السنة السادسة والعشرين ص ١١ .

بمقتضى المادة ١١١٧ من القانون المدنى القائم الخ . كما أنه لا يكفى قيد رهن العقار رهناً حيازياً بل يجب لنفاذ الرهن فى حق الغير أن تنتقل الحيازة إلى يد الدائن أو إلى أجنبى يرتضيه الطرفان كما سنرى فى الفقرة رقم ٨٨ .

هل يجب إثبات التاريخ فى الخطابات :

٢٧٩ — إن الخطاب كما سنرى لا يخلو حاله من أحد أمرين ، إما أن يحوى ارتباطاً قانونياً أو تعاقداً أم لا . فإذا حوى تعاقداً ، كان لابد من إخضاعه لقواعد إثبات التاريخ لأنه يكون كعقد عرفى . وإذا لم يكن فيه تعاقد لا حاجة بداهة إلى ذلك . وقد نصت المادة ٣٩٦ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٦ إثبات صراحة على أن تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات . ويفهم من هذا أن الخطاب إذا حوى تعاقداً يأخذ حكم العقد العرفى من حيث الإثبات ومن حيث إثبات التاريخ تبعاً لذلك . وسنرى فى الفقرة رقم ٣٨٥ أن ختم البوستة لا يكسب خطاباً أو تذكرة بوستة غير مسجلة تاريخاً ثابتاً ومتى تكسب التذكرة المسجلة تاريخاً ثابتاً . والمادة ٢٢٨/٢٩٣ من القانون المدنى السابق لم تقصر أمر إثبات التاريخ على العقود ، بل أشارت إلى لفظة (المحررات) المستعملة فى المادة السابقة ، وقالت : لكنها لا تكون حجة على غير المتعاقدين إلا إذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً . ولا يخفى أن لفظة (محررات) فى هذه المادة تشمل العقود كما تشمل الخطابات إذا كان فيها تعاقد . وقد اختلف فى فرنسا فى هذا الأمر . لأن المادة ١٣٢٨ من القانون المدنى الفرنسى المقابلة ٢٢٨/٢٩٣ المذكورة عندنا قالت (العقود [1]) ولم تقل المحررات [2] فرأى

---

(١) Les actes .

(٢) Les ecrits .

بعضهم أن تلك المادة لا تسرى على الخطابات ، لأنها لم تذكر إلا العقود التى تحرر لإثبات ارتباط قانونى [1] وقال البعض الآخر إن الخطابات التى تحوى تعاقداً لا يمكن أن تسرى على الغير إلا إذا كانت ثابتة التاريخ [2] وقال فريق ثالث أنه إذا كان معظم الخطابات لا يمكن اعتبارها عقوداً إلا أن هناك خطابات يقصد بها التعاقد لأن كثيراً من المعاملات يحصل بالمكاتبة فلا معنى لعدم سريان قواعد إثبات التاريخ على هذه الخطابات [3] فإذا كان هذا الرأى المائل للرأى الثانى — ووجاهته ظاهرة يأخذون به فى فرنسا وهو الرأى الراجح عندهم علماً وعليه القضاء مع أن المادة الفرنسية قالت (العقود) فمن باب أولى يصح الأخذ به عندنا فى أحوال تطبيق القانون المدنى السابق حيث أحسنت المادة ٢٢٨/٢٩٣ المذكورة إذ استعملت لفظة (محررات) . وقد تقدم القول بأن المادة ٣٩٦ من القانون المدنى القائم نصت صراحة إلى أن للرسائل الموقعة قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات . والقول بغير ذلك أى بأن قاعدة إثبات التاريخ لا تسرى على الخطابات من شأنه أن يجعل الخطاب الذى يحوى تعاقداً أقوى من التعاقد الذى يحصل بحضور الطرفين المتعاقدين وكتابته فى شكل عقد . وعلى أى حال لا يمكن قانوناً أن نؤاخذ الغير بتعاقد سواء حصل بعقد حاز شكل العقد العادى وحضر تحريره الطرفان أو حصل بالمكاتبة ضمن خطابات ، إلا إذا كان ثابت التاريخ لأن العبرة بحقيقة الأمر لا بشكله ـ على أنه من النادر عملا إثبات تاريخ الخطابات وقليل إجراء التعاقد بها فيما عدا المعاملات التجارية حيث لا يجب إثبات التاريخ .

---

(١) أنظر لوران ج ١٩ رقم ٢٩١ وحكم محكمة بروكسل المشار إليه فى بودرى تعهدات رقم ٢٣٧٩ .

(٢) أنظر أوبرى ج ١٢ § 760 ter ص ٢٩٧ وحكم النقض الذى أشار إليه ومذكرة المسيو ناكيه Naquet وماسيه على القانون التجارى ج ٤ — ٢٤٦٠ .

(٣) بودرى تعهدات رقم ٢٣٧٩ وهو يشير إلى هيك جزء ٨ رقم ٢٥٦ وحكم النقض المنشور فى سيرى ١٩١٢ — ١ — ١٢١ وداللوز ١٩٠٠ — ١ — ٤٤٩ .

اعتبار الورقة غير ثابتة التاريخ قرينة :

٢٧٩ مكرر — وإنه وإن كانت الورقة غير ثابتة التاريخ لا تسرى على الغير طبقاً لما تقدم إلا أنه ليس هناك ما يمنع القاضى من اعتبارها قرينة قضائية لأن القانون كما سنرى فى الكلام على هذه القرائن لا يمنعه من استنباطها من أى شىء حتى من تحقيقات باطلة[1] . وقد نصت المادة ٤٠٧ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٠٠ إثبات صراحة على أنه « يترك للقاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون » . وقد قررت محكمة النقض أنه متى كانت المحكمة قد ذكرت أن الخطاب الذى استند إليه المدعى لم يقم عليه قضاؤها على اعتبار أنه مستند ثابت التاريخ يحاج به المدعى عليهم وإنما اتخذت منه مجرد قرينة تعزز أقوال الشهود على وضع يد المدعى عليه على الأرض موضوع النزاع بوصفه مالكا لها، فإنها لا تكون قد جاوزت سلطتها فى تقدير الأدلة[2] .

طرق إثبات التاريخ

٢٨٠ — نصت المادة ٣٩٥ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٥ إثبات على أنه « لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير فى تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت ويكون تاريخ الورقة ثابتا (أ) من يوم أن تقيد بالسجل المعد لذلك (ب) من يوم أن يثبت مضمونها فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ (ج) من يوم أن يؤشر عليها من موظف عام مختص (د) من يوم وفاة أحد ممن لهم على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى

---

(١) انظر الفقرة رقم ٧٥٠ فى الجزء الثانى .

(٢) مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة الثانية ص ٤٧٨ — ٤٧٩ رقم ٣ .

جسمه وبوجه عام من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً فى أن الورقة صدرت قبل وقوعه الخ » .

ولأتكلم على كل من هذه الحالات بشىء من التفصيل .

(ا) قيد الورقة فى السجل المعد لذلك

٢٨١ — قد نصت المادة الثانية (ورقم ٨ منها) من قانون التوثيق رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ على أن تقوم مكاتب التوثيق بإثبات تاريخ المحررات العرفية . ونصت المادة ٣١ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق المذكور الصادر بها مرسوم فى ٣ من نوفمبر سنة ١٩٤٧ للعمل به ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٨ على أن تقوم مكاتب التوثيق بعد أداء الرسم المقرر بإثبات تاريخ المحررات العرفية بكتابة محضر يثبت فيه تاريخ تقديم المحرر ورقم إدراجه فى الدفتر المعد لذلك ويختم بخاتم المكتب ويوقعه الموثق . والمفهوم بداهة أن يكتب المحضر المذكور على ذات المحرر حتى يصبح له تاريخ ثابت . وقد جرى العمل على كتابة التاريخ والرقم على المحرر وختمه بخاتم المكتب . وسيلى الكلام على الدفتر المشار إليه وما يذكر فيه . وهذا هو الطريق الأصلى العادى الذى يقصد به إثبات التاريخ لذاته ، إذ قد يثبت تاريخ ورقة دون قصد كما سنرى فيما يلى . وقد جاء فى آخر المادة ٣١ المشار إليها أنه لا يقبل إثبات تاريخ المحررات واجبة الشهر — أى المحررات الواجبة الشهر بطريق التسجيل التام أو القيد بمقتضى المواد ٩ وما بعدها من قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ — وذلك لإجبار أربابها على إشهارها أى تسجيلها أو قيدها لتحقيق الغرض الذى توخاه الشارع من وجوب اشهار تلك الحقوق الهامة التى ذكرتها تلك المواد . ولا يخفى أن التصديق على عقد يعطيه تاريخاً ثابتاً هو تاريخ التصديق بمعرفة الموظف المختص . أو معلوم أنه لا يمكن إشهار عقد بطريق التسجيل أو القيد إلا بعد التصديق على توقيع المتعاقدين . وكذلك تحرير عقد

رسمى يعطيه تاريخاً ثابتاً من يوم تحريره لأن تاريخ هذا العقد هو من عمل الموظف المختص بتحريره .

ويلاحظ أن حسن العلاقات الدولية قد يقضى باحترام التاريخ الثابت فى بلد أجنبى ، وكذلك باحترام تاريخ التسجيل والقيد . ولكن القانون لا يقصد إلا سجلات الدولة التى شرعته . والأمر يحتاج قطعا لكل شك لاتفاق دولى صريح وخصوصاً بين الدول التى يتعامل أفرادها مع بعضها كثيراً . على أننى أرى أنه ليس هناك ما يمنع القاضى من اعتماد التاريخ الثابت وتاريخ التسجيل أو القيد فى جهة أجنبية إذا وجد أن تشريعها وإجراءاتها وتأشيراتها ودفاترها مما يستوجب ثقته [1] .

٢٨٢ — ونصت المادتان ٣٢و٣٣ من اللائحة التنفيذية المذكورة لقانون التوثيق على أن يعد بكل مكتب دفتر تدرج فيه المحررات التى أثبت تاريخها بأرقام متتابعة ويبين فيها أسماء ذوى الشأن ومحال إقامتهم وموضوع المحرر وأداء الرسم ويوقعه الموثق وصاحب الشأن عند تسليم المحرر وعلى أن يعد بكل مكتب دفتر هجائى للفهارس تدرج فيه أسماء ذوى الشأن فى المحررات التى تم إثبات تاريخها ورقم إدراجها فى الدفتر المشار إليه فيما تقدم وتاريخه . ونصت المادة ٣٤ على أن تسلم مكاتب التوثيق شهادات لمن يطلبها بحصول إثبات تاريخ المحررات العرفية بعد أداء الرسم المقرر .

---

(١) وبعض شراح القانون الفرنسى يرون أن الأخذ بالتاريخ الثابت الخ فى بلد أجنبى يتعارض مع مبدأ سيادة الدولة على أنه قد حكم بعكس هذا الرأى فى بلجيكا — بودرى تعهدات رقم ٢٣٦٣ . ولا أرى أن أمر العقود والمعاملات المدنية والتجارية هو مما يتعلق بسيادة الدولة

(ب) إثبات مضمون الورقة

فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ

٢٨٣ — قد يذكر مضمون عقد غير ثابت التاريخ فى عقد ثبت تاريخه . يترتب على ذلك أن الأول يعتبر ثابت التاريخ فى اليوم الذى أثبت فيه تاريخ العقد الآخر ، كما إذا باع زيد لعمرو شيئاً مما لا يلزم تسجيل عقده ولم يثبت تاريخ هذا العقد ثم باع عمرو هذا الشيء لبكر وذكر فى هذا العقد الصادر لبكر مضمون العقد الصادر من زيد لعمرو لبيان مصدر ملكية عمرو وأثبت تاريخ العقد الصادر لبكر من عمرو ، فإن العقد الأول الصادر لعمرو يعتبر ثابت التاريخ فى اليوم الذى أثبت فيه تاريخ العقد الصادر لبكر . وكذلك ذكر مضمون ورقة فى عقد رسمى أو عقد عرفى صدق على توقيعاته يجعل تاريخ تلك الورقة ثابتاً من يوم تحرير العقد الرسمى (الذى يثبت فيه الموثق المختص تاريخ تحريره) أو من يوم التصديق على توقيعات العقد العرفى (الذى يثبت الموظف المختص تاريخه) . إنما كتابة على ورقة متموغة من زمن قديم لا تجعل لها تاريخاً ثابتاً يتفق مع قدم الورقة [1] لجواز بقائها عند شخص مدة طويلة ثم كتابتها بعد ذلك . وكذلك لا عبرة بداهة بكتابة عقد أو مضمون عقد فى ذيل العقد الذى أثبت تاريخه أو على ظهره مهما كان قديما . وأخيراً يجب أن يكون المضمون الذى يذكر فى الورقة ثابتة التاريخ من شأنه أن يعين العقد الأول تعيينا كافيا . ولا ضرورة لأن يكون مكتوبا كله كاملا مادام الشارع قال « مضمون الورقة » [2] .

---

(١) دمولومب ج ٢٩ رقم ٥٦٩ ولارومبيير على المادة ١٣٢٨ رقم ٤٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٦٩ وهو يشير إلى حكم نقض فى دالاوز الأبجدى تحت لفظة obligations رقم ٣٨٨٠ وتحت لفظة Enregistrement رقم ٥٦٠٠ .

(٢) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٢٦٥ وما أشار إليه فى الهامش من أحكام لمحكمة النقض

(ج) التأشير على الورقة

من موظف عام مختص

٢٨٤ — قد تقدم ورقة لموظف عام مختص أثناء تأدية وظيفته فيؤشر عليها بأن يكتب عليها مثلا : تقدمت هذه الورقة من فلان وبعد أن اطلعنا عليها رددناها له أو أرفقناها بالأوراق ، ويضع تاريخ ذلك ، كما إذا عرض عقد من عقود الأمانة على وكيل نيابة فى تهمة تبديد أو سند على قاضى فى دعوى مدنية أو عقد له شأن فى الضرائب على مأمور الضرائب وأشر عليه بمعنى ذلك ووضع تاريخ هذا التأشير . فى هذه الحالة يكون هذا التاريخ تاريخاً ثابتاً للورقة المذكورة . وفوق ذلك يذكر الموظف عادة مضمون الورقة فى محضر عمله الذى استدعى الاطلاع على تلك الورقة . فإذا لم يكتب تاريخ إشارته على الورقة يعتبر تاريخ ذكر مضمونها فى المحضر تاريخاً ثابتاً لها . وإذا كان مضمون الورقة أو صورتها مما يلزم إثباته فى محضر الموظف يجب أن يتوفر هذا الأمر أيضاً . ولا يكفى مجرد التأشير على الورقة إذ قد يتواطأ شخص مع موظف على أن يؤشر له على ورقة بتاريخ قديم[1] لأنه يجب أن يرتفع كل شك فى صحة التأشير وتاريخه . على أن مجرد التأشير يكفى فى بعض الأحوال كما إذا أشر الموظف المختص على صحيفة دعوى بالرسوم المستحقة عليها وكتب تاريخ إشارته[2] وقد يعتبر أن للورقة تاريخاً ثابتاً ولو لم يؤشر عليها من الموظف إذا ذكر مضمونها بالإيضاح الكافى فى محضره فإن التاريخ الذى يضعه الموظف فى محضره لهذا المضمون يعتبر تاريخاً

---

(١) قارن الحالة المذكورة فى رقم ٢٨١ وهى حالة قيد الورقة فى السجل المعد لذلك حيث لم يكلف الشارع باثبات تاريخ تقديم الورقة عليها بل شرط أيضا اثباته فى الدفتر الخاص المذكور فى الفقرة رقم ٢٨٢ الذى أوجب القانون أن يذكر فيه رقم المحرر المتتابع وأسماء ذوى الشأن ومحال إقامتهم وموضوع المحرر وبوقع ذلك الموثق وصاحب الشأن فضلا عن دفتر فهرس هجائى الخ .

(٢) المحاماة ١١ ص ١٠٩٢ رقم ٥٦٤ استئناف مختلط .

ثابتاً للورقة. ويمكن قياس هذه الحالة السابقة ب المذكورة فى الفقرة ٣٨٣ وهى حالة إثبات مضمون ورقة فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ[1] .

٢٨٥ — إنما ختم البوستة لا يكسب تذكرة عادية تاريخاً ثابتاً ، إذ ليس الغرض منه إثبات التاريخ . والعامل المختص ليس من الموظفين المختصين بإثبات التاريخ . وهو لا يقيد التذكرة فى سجل خاص كما رأينا فى رقم ٢٨ . ولا يمكن اعتبار ذلك تأشيراً منه أثناء تأدية وظيفته لأن كل وظيفة منحصرة فى عملية الختم ولا يثبت أنه ختم أو أطلع على التذكرة فى أوراق أخرى أجرى فيها عملا بحكم وظيفته وفضلا عن ذلك فإن الذى يقوم بعملية ختم المراسلات العادية (هو فراش المكتب وهو من الخدمة السايرة) ومن السهل تغيير رقم أو وقوع خطأ فى رقم من أرقام التاريخ ، وكثيراً ما لوحظ ذلك . وليس هناك دفتر للمراسلات العادية للرجوع إليه عند الحاجة . والظاهر أن الغرض الجوهرى من عملية ختم البوستة هو لمنع استعمال طابع البريد مرة أخرى ولأمور داخلية يقتضيها نظام العمل فى المصلحة وانتظام سفر المكاتبات وتوزيعها فى مواعيدها . والخطاب المظروف من باب أولى لا يكسب تاريخاً ثابتاً لأن ختم البوستة فضلا عما تقدم لا يكون إلا على الظرف ومن الجائز أن يوضع مظروف فى غير ظرفه .

---

(١) قال الدكتور سليمان مرقس فى تابه أصول الاثبات الطبعة الثانية هامش ٣ ص ١١١ تبع رقم ٧١ مكرر إن نشأت كان يرى فى الطبعة الرابعة أن مجرد التأشير لا يكفى بل يجب أن يقترن بذكر الورقة فى محضر العمل الذى كان يؤديه الموظف أو فى الأوراق المتعلقة بذلك العمل ولكن يظهر أنه عدل عن ذلك أخيرا فى الطبعة الخامسة ؟ والذى قلته فى الطبعة الرابعة هو « يجب أن يلاحظ أن الأمر ليس مقصورا على التأشير وإنما تذكر الورقة أيضا فى محضر أو أوراق العمل الذى كان يؤديه الموظف، فمثلا يقال فى محضر تحقيق أو محضر جلسة أنه تقدمت من فلان ورقة تتضمن كذا وكذا » وهذه العبارة لا تستلزم حتما وجوب ذلك، وما قلته فى الطبعة الرابعة مبنى على الغالب ولذلك قلت فى الطبعة الخامسة قبل أن يصدر الدكتور سليمان كتابه « وفوق ذلك بذكر الموظف عادة مضمون الورقة فى محضر عمله الذى استدعى الاطلاع على تلك الورقة فاذا لم يكتب تاريخ إشارته على الورقة يعتبر تاريخ ذكر مضمونها فى المحضر تاريخا ثابتا لها »

أما فيما يختص بالتذكرة المسجلة فأرى أنه يصح للقاضى أن يأخذ بتاريخ ختم البوسطة إذا تأكد منه بالرجوع إلى دفتر الإيصالات فى مكتب التصدير الثابت فيه اسم المرسل واسم المرسل إليه والرقم المسلسل للمراسلة الموضوع عليها ، وإمضاء المستخدم المختص الذى ختم التذكرة وتصديق الرئيس المختص ، وبالرجوع أيضاً إلى دفتر الوارد فى جهة الورود الذى عليه ختم مكتب الورود والتاريخ الذى يحتويه وإمضاء المستخدم المختص وإمضاء رئيسه ، والإطلاع كذلك على الحافظة التى ترسل بها مراسلات كل جهة من مكتب التصدير وعليها ختم هذا المكتب بما فيه التاريخ أيضاً وختم مكتب الورود وفيه التاريخ كذلك وتوقيع المستخدمين المختصين ورؤسائهم ، ومن الرجوع أيضاً إلى الإيصال الذى سلمت التذكرة بمقتضاه إلى المرسل إليه ، وهذا الإيصال يكتب فيه التاريخ بخط من تسلم التذكرة أو المستخدم المختص الذى يوقعه، ويبين فيه رقم التصدير ورقم الورود ، ويلصق فى دفتر خاص ، ويمكن الرجوع فوق ذلك إلى المراسلات السابقة واللاحقة وتواريخها وأرقامها الثابتة فى الدفاتر المذكورة عند حدوث أقل شك بعد كل ذلك . ولا أظن أنه إذا اتفقت كل هذه البيانات المتعددة التى يثبت بعضها بعضاً، يمكن القول بأن التاريخ غير ثابت . هذا كله عن تذاكر البريد المكشوفة التى يكون عليها ذاتها ختم البوسطة . أما الخطابات المظروفة فإن الختم لا يكون إلا على الظرف كما سلف القول، فلا يمكن التحقق من أن الخطاب الذى يتمسك به صاحبه كان فى ذلك الظرف أو غيره . وإذاً لا يمكن القول بأن للخطاب تاريخاً ثابتاً[1] .

---

(١) قارن فى هذا الموضوع أوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٤٤ وهيك ج ٧ رقم ٢٥٥ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٥٧١ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٦٩ و ٢٤٧٣ وسيرى ٧٤ — ٢ — ٢٢٥ ودالوز ٤٥ — ٢ — ١١٨ حيث قيل إن ختم البوستة لا يثبت التاريخ بغير تفصيل ولا تفريق ولكن لا ننسى أن طرق إثبات التاريخ قد ذكرت عندهم على سبيل الحصر . بخلاف الحال عندنا كما هو ظاهر مما تقدم ومن المادة ٣٩٥ من القانون المدنى القائم .

٢٨٦ — والتلغرافات تعتبر ثابتة التاريخ على النحو الذى سنراه فى الفقرة رقم ٢٧٥.

٢٨٧ — ومجرد وجود بصمة ختم ذى تاريخ لأى مصلحة على ورقة لا يكفى لإثبات تاريخها[١] إذ قد يختم بالختم شخص غير مسئول فضلا عن عدم إثبات ذلك فى محضر أو سجل أو أوراق أخرى . وقس على ذلك أختام البنوك والشركات والهيئات إن تضمنت التاريخ .

٢٨٧ مكرر — وغياب شخص مدة طويلة ولو تقرر قضاء أو سجنه لا يكفى لاعتبار ورقة وقعها ثابتة التاريخ فى الوقت السابق على غيابه أو على سجنه[٢] إذ ليس من المستحيل توقيعها من الغائب فى مكان ما أو من المسجون بطريقة ما .

٢٨٨ — هل تأشير الخبراء أو المحكمين على الأوراق التى تقدم لهم أثناء القيام بأعمالهم ، ويذكرونها فى محاضرهم ، يكسب تلك الأوراق تاريخاً ثابتاً ؟ إذا كان الخبير من الخبراء الموظفين التابعين لوزارة العدل ، لاشك أن تأشيره على ورقة يجعل تاريخ تأشيره ثابتاً لأن أوراقه أوراق رسمية . وإذا كان الخبير ليس من الخبراء الموظفين بوزارة العدل فإنه يأخذ حكمهم لأن الأوراق التى يحررها فى حدود مأموريته تعتبر أوراقاً رسمية ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير[٣] ذلك لأن هذا الخبير يندبه القاضى أو يختاره الخصوم بحكم القانون لأداء خدمة عمومية تحقيقاً للعدالة ويحلف اليمين أمام المحكمة ، يؤيد ذلك أن المادة ١١١ من قانون

---

(١) قارن رقم ٢٨٥ فيما يتعلق بختم البوستة وانظر دمولومب ج ٢٩ رقم ٧١ ولارومبيير على المادة ١٣٢٨ رقم ٥٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٦٩ .

(٢) أنظر أواخر الفقرة رقم ٢٩٩ مكرر وبودرى تعهدات رقم ٢٣٦٩ وقد أشار إلى أوبرى ولارومبيير وقال إن توليبية يرى العكس .

(٣) لاحظ ماجاء فى الفقرة رقم ١٤٧ .

العقوبات تعتبره مع المادة ١٠٣ فى حكم الموظف فيما يتعلق بالرشوة . ومن المتفق عليه علماً وقضاء أنه لايجوز الطعن فيما يثبته الخبير إلا بطريق الطعن بالتزوير[١]. وكذلك المحكمون لأن الخصوم يختارونهم بمقتضى القانون أيضاً ليقوموا مقام القضاة واعتبرتهم المادة ١١١ مع المادة ١٠٣ من قانون العقوبات كذلك فى حكم الموظفين فى صدد الرشوة ولكن بالنسبة لتاريخ حكم المحكمين أى بالنسبة للتاريخ الذى يضعه المحكمون لأحكامهم، ومحكمة الاستئناف حكمت بأن التاريخ الذى يضعه المحكمون فى أحكامهم لايعتبر ثابتاً ثبوتاً رسمياً فيجوز الطعن فيه بكل الطرق القانونية بما فيها قرائن الأحوال[٢] . والمسألة مختلف عليها فى فرنسا[٣] والواقع أن المحكمين قد يكتبون مسودة حكمهم دون أن يهتموا بوضع تاريخها ، وعند وضعها النهائى يكونون قد نسوا متى وضعوها وإذا يجب أن تخضع هذه المسألة لظروف الأحوال .

٢٨٩ — ويلاحظ أخيراً أن التأشير على المحرر من الموظف يجب أن يكون أثناء قيامه بعمل من اختصاصه كما إذا كان المحرر لقاض أو عضو نيابة أثناء تحقيق مدنى أو جنائى ، أو على عريضة دعوى بمعرفة الموظف المختص فى المحكمة بتقدير الرسوم أو أدائها ، أو عند جرد تركة بمعرفة موظف المحكمة الحسبية المختص . أما إذا أشر الموظف على ورقة أثناء عمل ليس من اختصاصه فلا قيمة لإشارته مهما كانت وظيفته . كما إذا أشر قاض على سند ليقدم للمحكمة فى دعوى منظورة أمامه .

---

(١) وانظر الفقرة ١٥٢ .

(٢) المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٢٨ وقد جاء فى هذا الحكم أن المسألة خلافية فى فرنسا وجاء فى جارسونيه ٢ طبعة ثالثة هامش رقم ٣٦٣ ص ٦٢٣ أن الرأى الراجح فى فرنسا فيما يتعلق بالتبراء هو أن محاضرهم تعتبر ذات تاريخ ثابت .

(٣) تعليقات دالوز على قانون المرافعات المادة ١٠٢٢ رقم ١ — ٣٠ ورقم ٣١ — ٤٦ .

٢٩٠ — وليس للتأشير على الورقة صيغة خاصة . وأى عبارة تفيد اطلاع الموظف على الورقة كافية[1] إنما تكتب عادة العبارة المتقدمة الذكر فى الفقرة رقم ٢٨٤ وفى بعض الأحيان يكتفى بإرفاقها بأوراق العمل الذى يجريه الموظف والتأشير بهذا الإرفاق وتاريخه .

(د) وفاة أحد ممن وقعوا الورقة أو استحالة التوقيع

٢٩١ — وأخيراً إذا توفى أحد ممن لهم على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه أو إذا وقع أى حادث آخر يكون قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه ـ لاشك يعتبر يوم الوفاة أو الاستحالة الخ تاريخاً ثابتاً للورقة لأنه من المستحيل أن تحرر الورقة بعد الوفاة أو بعد الاستحالة الخ . وبذلك نصت المادة ٣٩٥ الملغاة من القانون المدنى القائم صراحة ومقابلها نص المادة ١٥ إثبات فإذا باع زيد منقولا لعمرو وتوفى قبل أن يسلمه إياه ثم باعه الوارث لبكر الذى لم يتسلمه أيضاً ولم يثبت تاريخ عقد كل من عمرو وبكر بإحدى الطرق السابقة يعتبر تاريخ وفاة زيد تاريخاً ثابتاً لعقد عمرو ويفضل حق عمرو على حق بكر لأنه من المستحيل كما تقدم أن يحرر زيد عقده لعمرو بعد وفاته ويقدم تاريخه إلى ماقبل الوفاة .

٢٩٢ — ثم إنه ليس ضرورياً كما هو ظاهر من المادة ٣٩٥ المذكورة ونص المادة ١٥ إثبات (التى تماثلها المادة ٢٢٩/٢٩٤ من القانون المدنى السابق) ومن قولها : من يوم وفاة أحد ممن له على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة الخ ، أن تكون الكتابة أو الإمضاء أو الختم أو البصمة لأحد

---

(١) وقررت محكمة الاستئناف المختلط كما تقدم القول أن الرقم الرسمى وإثبات دفع الرسم على هامش عقد يكفيان لإثبات تاريخه — المحاماة ١١ ص ١٠٩٢ رقم ٥٦٠ .

المتعاقدين أو من يمثله ويكفى أن يكون ذلك لضامن أو شاهد على العقد[١]. لأن وفاة الضامن أو الشاهد مثلا تثبت قطعاً أن كتابته أو توقيعه على العقد كان قبل الوفاة لا بعده أى أنها تثبت حتما أن العقد تحرر قبل وفاته . وبعبارة أخرى ليس من الضرورى أن يكون المتوفى هو أحد المتعاقدين أو من يمثله وتكفى وفاة شاهد على العقد أو ضامن ليكون للعقد تاريخ ثابت هو تاريخ حصول هذه الوفاة . وقد قررت محكمة النقض أنه لا حرج على المحكمة فى أن تحيل الدعوى إلى التحقيق للاستدلال على ثبوت التاريخ لعقد بوفاة أحد شهوده قبل العمل بقانون التسجيل مادام المتمسك به ضده لم ينكر توقيع هذا الشاهد المتوفى بل قرر أنه يجهل ذلك[٢] .

٢٩٣ — إنما الكتابة وحدها إذا كانت لشخص لم يوقع العقد لا تثبت التاريخ ، إذ من الجائز أن يكتب إنسان مشروع عقد يوقعه الطرفان والشهود بعد وفاته ، فلا يصح اعتبار تاريخ وفاة الكاتب للعقد تاريخاً ثابتاً لتمام التعاقد ، أى أنه ما دام كاتب العقد لم يوقعه بصفته متعاقداً أو شاهداً أو ضامناً فلا عبرة بوفاته أو حياته فيما يختص بإثبات التاريخ[٣] ولكن اعتبرت الكتابة مبدأ

---

(١) انظر بونييه جزء ٢ رقم ٧٤٠ ودمولومب جزء ٢٩ رقم ٥٥٨ ولاروميير على المادة ١٣٢٨ رقم ٣ ؛ وبودرى تعهدات رقم ٢٢٦٤ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٥٦ هامش ١٣٠ ولوران جزء ١٩ رقم ٢٨٤ ويشير لاروميير إلى زكاريا جزء ٨ ص ٢٥٩ طبعة رابعة. وانظر أيضا الأحكام المشار إليها فى بودرى . كذلك سيرى ٢٧ — ١ — ٤٥٣ .

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١٠٥ ومجموعة القواعد القانونية ص ٤٢٧ رقم ٢/١٤٢.

(٣) قارن دمولومب جزء ٢٩ رقم ٥٥٩ ولاروميير على المادة ١٣٠٨ رقم ٤٥ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٤٢ هامش ١٣٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٢٦٤ ولذلك قد اقتصر الشارع الفرنسى فى المادة ١٨٢ على ذكر الامضاء — التوقيع بالختم لاقيمة له عندهم كما سبق أن رأينا — ويجب أن لاننسى أن الكتابة وحدها بغير توقيع قد يكون لها قوة العقد الكامل كما رأينا فى رقم ١٧٤ وكما سيأتى فى رقم ٢٠٢ ومابعده ويكفى لاثبات التاريخ أن تكون مثل هذه الكتابة بخط إنسان توفى .

للثبوت بالكتابة فإنه يصح اعتبار تاريخ الوفاة تاريخاً ثابتاً لها كما سنرى فى الفقرة رقم ٢٩٩ . هذا وقد يكتفى القانون فى بعض الأحوال بالكتابة دون توقيع كالحالة التى نصت عليها المادة ٣٩٩ الملغاة من القانون المدنى القائم ويقابلها المادة ١٩ إثبات التى نصت على أن التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً الخ وكذلك إضافة على تعهد بخط المدين قد يكتفى بها دون توقيع كما سنرى تفصيلا فى الفقرات ٣٠٢ — ٣١٢ فإذا توفى الدائن أو المدين يعتبر تاريخ وفاته تاريخاً ثابتاً لتأشير الدائن أو لإضافة المدين .

٢٩٤ — قد قلت ما تقدم على اعتبار أنه لا نزاع فى تاريخ الوفاة الثابت عادة فى الدفاتر الرسمية ، وعلى اعتبار أن الكتابة أو التوقيع بالإمضاء أو الختم المنسوب للمتوفى لانزاع فيه أيضاً . أما إذا لم تقيد الوفاة فى دفتر الوفيات الرسمى، وهذا نادر الآن ، أو تبين عدم صحة ما أدرج بالدفتر ، فلا مفر من إجازة إثباتها بالشهود لأنها واقعة مادية لا يمكن إثباتها بالكتابة عادة مادامت لم تقيد فى الدفتر المعد لذلك[1] وقد نصت المادة ٣٠ من القانون المدنى القائم صراحة كما قلت فى الفقرة رقم ٧٨ على أن الولادة والوفاة تثبتان بالسجلات المعدة لذلك ، فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الإثبات بأية طريقة أخرى . وإذا طعن فى الكتابة أو التوقيع ، بالتزوير أو الإنكار ، فلابد من إجراء التحقيق بالطرق المعتادة التى سبق الكلام عليها . على أنه قد يكون من الصعب إثبات الكتابة أو الإمضاء إذا لم توجد أوراق مسلم بها من الطرفين ، عليها إمضاء أو خط المتوفى ، أو أوراق رسمية للمضاهاة عليها ، لأنه

---

(١) وانظر الجزء الثانى من هذه الرسالة رقم ٧٦٦ مكرر وبودرى تعهدات رقم ٢٣٦٤ فى الهامش ودمولومب جزء ٢٩ رقم ٥٦٠ ولاروميير على المادة ١٣٢٨ رقم ٤٣ آخر الفقرة ،

لا يمكن استكتاب المتوفى، وأصعب من ذلك إثبات التوقيع بالختم، لأنه قد يكون من السهل الحصول عليه بعد الوفاة بطريقة ما، وقد قررت محكمة النقض كما تقدم القول أن دلالة وجود أختام لمتوفين بورقة على ثبوت تاريخ هذه الورقة هى من جهة ثبوت كون هذه الأختام قد جبرت بعد وفاة أصحابها أو لم تجبر فعلا ثم استعملت بعد الوفاة فى التوقيع على الورقة — مسألة موضوعية تقدرها محكمة الموضوع بحسب ما تراه من ظروف الدعوى وملابساتها[1]. ولا يخفى أنه ليس من الصعب على أحد من أهل الدار أن يوقع بالختم بعد الوفاة وقبل جبر الختم وعلى أى حال التوقيع بالختم بعد الوفاة مسألة مادية يجوز إثباتها بجميع الطرق.

٢٩٥ — وإذا وقع شخص بصمة إبهامه وتوفى وكانت له بصمة ثابتة رسمياً أو مسلم بها على ورقة أخرى، فيسهل الإثبات — بتكليف خبير فنى بإجراء مضاهاة البصمة المنسوبة للمتوفى على بصمته الثابتة رسمياً أو المسلم بها، فإن وجدت هى بعينها اعتبر تاريخ الوفاه تاريخاً ثابتاً للعقد المبصوم[2]. ولا شك فى أن بصمة الأصبع أضمن من بصمة الختم لأنها لا تحصل إلا بمعرفة صاحبها — على أنه من الجائز أن يبصم بها أحد آخر عقب الوفاة إذا أثبت العلم أن الأنسجة لا تتغير بعد الوفاة بمدة ما.

٢٩٦ — قلت فى الفقرة رقم ٢٨٠ إن وفاة الموقع على العقد تجعل تاريخ الوفاة تاريخاً ثابتاً للعقد فيسرى هذا العقد على الغير، ولكن إذا فرضنا أنه صدر عقدان من شخص واحد، ثم توفى، فكل من العقدين أصبح ثابت

---

(١) المحاماة ١٣ ص ٣ ١٢ رقم ٦١٤.

(٢) انظر الفقرة رقم ١٩٠.

التاريخ يوم الوفاة ، فأى العقدين يفضل على الأخر ؟ فمثلا إذا باع زيد منقولا لعمرو ولم يسلمه له ، ثم باعه لبكر ولم يسلم له أيضاً ، ثم توفى ، فقد ثبت تاريخ كل من العقدين فى وقت واحد بوفاة زيد ، فمن منهما ـ عمرو أو بكر ـ يكون له الأولوية فى الاستيلاء على ذلك المنقول؟ إنه إذا سلمه الوارث لأحدهما ، وكان هذا حسن النية ، أى لا يعلم بسبق البيع لغيره ، صح التسليم لأن الحيازة فى المنقول سند الملكية[1] أما إذا لم يحصل تسليم لأيهما ، فإن من أثبت أنه حصل له البيع أولا كان صاحب الحق فيه ، لأن البائع بعد هذا البيع أصبح غير مالك للمنقول فبيعه ثانياً باطل ، ويمكن الإثبات بالشهود والقرائن (أى ليس ضرورياً الإثبات بالكتابة) لأن البيع الثانى واقعة مادية بالنسبة للمشترى الأول يتعذر عليه الحصول على كتابة بها ـ فضلا عن توفر الغش عند تقديم التاريخ . ولقد قال البعض إن المسألة لا حل لها[2] وقيل إن من يطالب رسمياً بتسليم الشىء أولا ، كان هو صاحب الحق فيه . وإذا طالبا به معاً ، فلا يسع المحكمة إلا الحكم بالتسليم لكل منهما ويفضل من طلب التنفيذ أولا . فإذا طلباه معاً فقد قضى كل منهما على حق الآخر ولم يبق له إلا مطالبة البائع بالتعويض المناسب[3] وأننى لا أزال أرى أن العقدين يعتبران فى قوة واحدة كأن لم يثبت تاريخ أيهما[4] إذ لا امتياز لأحدهما على الآخر ، فمن أثبت أنه حصل له التعاقد أولاً عمل بعقده.

٢٩٧ — ويجب أن نفرق بين الموقع على الورقة وبين صاحب الورقة .

---

(١) راجع رقم ٣٢ .

(٢) أشار دمولومب فى الجزء التاسع والعشرين رقم ٥٨٥ إلى M. Marinier (cb. 1, N. 90)

(٣) دمولومب جزء ٢٩ رقم ٥٨٥ وانظر أيضا فى بعض ذلك لاروميير ع١ المادة ١٣٢٨ رقم ٥٥ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٨٤ .

(٤) راجع رقم ٢٣٤ (من هذه الرسالة) .

فإن وفاة الموكل لا تكسب عقداً أجراه الوكيل تاريخاً ثابتاً ولو كان فى حدود وكالته[1] إذ ليس هناك ما يمنع من أن يحرر الوكيل العقد بعد وفاة الموكل ويقدم تاريخه إلى ما قبل وفاته .

٢٩٨ — ويلاحظ أخيراً أن مجرد وجود بصمة ختم لا تكفى لإثبات التاريخ إلا إذا ثبت أن الموقع بالختم صاحبه أو حصل التوقيع بعلمه ورضائه أو بإذنه لجواز التوقيع به من الغير بعد الوفاة كما تقدم[2] . ومما يؤيد ذلك أن المادة ٦ من قانون التسجيل السابق رقم ١٨/١٩ لسنة ١٩٢٣ نصت على وجوب التصديق على إمضاءات وأختام الطرفين ، وأن المادة ١٤ كانت تنص على أن هذا القانون لا يسرى على المحررات التى ثبت تاريخها قبل تاريخ العمل به أى قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ طبقاً للمادة ١٧ . فلجأ الكثيرون إلى التوقيع بختم منسوب لشخص توفى قبل ذلك التاريخ سواء كان الختم صحيحاً احتفظ به بعد الوفاة أو مقلداً أو مصطنعاً ، ولذلك صدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ الذى أضاف فقرة للمادة ١٤ المذكورة حرمت قبول عقد للتسجيل بعد ٣١ من ديسمبر سنة ١٩٤٢ يكون موقعاً بختم منسوب لشخص متوفى بزعم أن هذا مثبت لتاريخه[3] ولما شرع قانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ نصت المادة ٢٣ منه بمعنى الفقرة التى أضافها القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ إذ قالت « لا يقبل من المحررات فيما يتعلق بإثبات أصل الملكية أو الحق العينى وفقاً للأحكام السابقة إلا » وذكرت تحت رقم ٣ « المحررات التى ثبت تاريخها من غير طريق وجود توقيع أو ختم لإنسان توفى » وانظر أيضاً المادة ٥٧ .

---

(١) راجع مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الخامسة والعشرين ص ١٤٩ والجدول العشرى الثالث لهذه المجموعة رقم ٤٤٣٦ .

(٢) قارن حكم النقض المشار إليه فى الفقرة رقم ٢٩٤ ولكن أنظر أيضاً حكم النقض المذكور فى الفقرة رقم ٢١١ وتعليق عليه .

(٣) انظر المذكرة الايضاحية لهذا القانون .

٢٩٨ مكرر — نصت المادة ٣٩٥ (د) وتقابلها المادة ١٥ إثبات أيضاً على أن الورقة العرفية يكون تاريخها ثابتاً من يوم أن يصبح مستحيلا على الموقع أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه وبوجه عام من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . وذلك كما إذا شل مرض يدى شخص بعد أن وقع أو حصل له حادث بسبب مصادمة قطار أو سيارة أو سقوط طائرة نشأ عنه ما استلزم بتر يديه أو حرقهما ، ولا يخفى أن شلل اليدين أو بترهما أو حرقهما هو موت لهما فلا يستطيع الشخص أن يوقع بعد ذلك بإمضائه أو بصمته فوجب اعتبار العقد ثابت التاريخ قبل حصول ذلك فقط . أما التوقيع بالختم فإنه ممكن بواسطة الغير كما تقدم فى الفقرة ٢٩٤ بالرغم من استحالة التوقيع باليد أو بصمة الأصبع، وقد تقدم القول أيضاً فى الفقرة ٢٨٧ مكرر أن غياب شخص مدة طويلة ولو قرره حكم أو سجنه لا يكفى لاعتبار ورقة وقعها ثابتة التاريخ فى الوقت السابق على غيابة أو سجنه إذ ليس من المستحيل توقيعها من الغائب فى مكان ما أو من المسجون بطريقة ما . وقد قيل أيضاً قد يوقع شخص سليم العقل ورقة عرفية ثم يصاب بالجنون بعد ذلك فمن يوم ثبوت عزله فى مستشفى أو فى مكان آخر يكون تاريخ الورقة ثابتاً[1] ولكن ربما لا يكون من المستحيل أن يوقع بإمضائه أو يبصم بإصبعه إلا إذا كان جنونه مطبقاً بحيث يمنعه من ذلك فى كل وقت ، ويجب على كل حال للتأكد من الأمر أن يستعان بعلم الطب ولخبراء فى هذا الأمر .

ويلاحظ أن المادة ٣٩٥ قالت من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً

ومعنى هذا أن تكون الاستحالة مطلقة لا تسمح بأى احتمال ، وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية أنه يجب على القاضى عدم الاجتزاء بتأسيس حكمه على وقائع يترجح

(١) الاستاذ السنهورى الوسيط ٢ رقم ١٢٦ ص ٢٤٣ .

معها مجرد احتمال مطابقة التاريخ للواقع ، ويجب عليه تسبيب حكمه وإسناده إلى وقائع قاطعة ولذلك إستظهر المشروع دلالة المقصود فى هذا الشأن فنص على أن التاريخ يكون ثابتاً من يوم وقوع أى حادث مماثل من حيث الطبيعة قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوع هذا الحادث[1] . ويلاحظ أيضاً أن الشارع قد جعل الأمر فى قوة حالة الوفاة فى نفس المادة حيث قال من يوم الوفاة أو من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً ... الخ هذا ومن أشبه الأمور بالوفاة أن يقع الإنسان فى غيبوبة لا يفيق منها حتى يموت ، فنى هذه الحالة تعتبر الورقة ثابتة التاريخ من قبل الغيبوبة .

٢٩٨ مكرر أ — وبدهى أنه لا يجوز بحال إثبات تاريخ عقد عرفى ليسرى على الغير بواسطه الشهود والقرائن أو إثبات أن التاريخ الموضوع فيه هو تاريخه الحقيقى[2] وإلا كان لا فائدة من النص على وجوب إثبات التاريخ بالطرق المذكورة .

ما قيمة ورقة تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة فقط ولكنها ثابتة التاريخ

٢٩٩ — إن الورقة التى تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة فقط هى دليل كتابى ناقص ، ولكنها تحل محل الدليل الكتابى التام إذا كملتها الشهود والقرائن . فإذا كانت تلك الورقة ثابتة التاريخ بإحدى الطرق التى نص عليها القانون وكملتها الشهود والقرائن أصبحت وكأنها كتبت كاملة من أول الأمر ، ولها ذلك

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٧٤ .

(٢) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٣٧٠ وما أشار إليه وظاهر أنه لا خلاف فى ذلك فى فرنسا .

التاريخ الثابت[1] إذ لا يمكن تصور تقديم التاريخ بعد شهادة الشهود وقيام القرائن . ويرى الأستاذ السنهورى أنه إذا كانت هناك ورقة عرفية ولكنها ليست دليلا كاملا . وذلك لمبدأ ثبوت بالكتابة فهو كقاعدة عامة لا يشترط فيه التاريخ الثابت على النحو المقرر فى الدليل الكامل ليكون حجة على الغير ولكن أليس فى هذا إعطاء الورقة التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة فقط حجية أقوى من الورقة التى حوت الدليل الكامل. ويقول الأستاذ السنهورى أيضاً[2]: يميز الفقه فى فرنسا بين ورقة عرفية موقع عليها وقد أعدت للاثبات ولكنها لا تصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة وذلك كالورقة العرفية التى لم تتعدد نسخها أو لم تحمل عبارة الاعتماد المعروفة ، وبين ورقة عرفية لم يوقع عليها ولم تعد للاثبات وتصلح مع ذلك أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة — وذلك كدفاتر التجار والسجلات والأوراق المنزلية والمذكرات الشخصية . فنى الحالة الأولى لا يكون تاريخ الورقة حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً وفقاً للطرق التى سبق بيانها فى ثبوت التاريخ ، وذلك بالرغم من أن الورقة ليست إلا مجرد ثبوت بالكتابة . وفى الحالة الثانية يكون تاريخ الورقة حجة على الغير دون حاجه إلى أن يكون تاريخها ثابتاً وللغير أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح بجميع الطرق لأنه ليس طرفاً فى الورقة ، ولما كانت الحالة الأولى لا تتحقق فى مصر إذ هى ترجع إلى أحكام فى التقنين الفرنسى أغفلها التقنين المصرى — تعدد النسخ وعبارة الاعتماد — فإنه يمكن القول أن مبدأ الثبوت بالكتابة فى القانون المصرى

---

(١) وقد قال بودرى تعهدات رقم ٢٣٧٠ أنه لا يقبل اثبات التاريخ بالشهود وإنما يقبل الاثبات بالشهود إذا كان مبدأ الثبوت بالكتابة ثابت التاريخ وأشار الى لارومبيير وأوبرى وديمولومب وحكم نقض وأربعة استئناف وقال أن عكس ذلك توليه وزشاريا وحكم المحكمة بوردو .

(٢) الوسيط جزء ٢ رقم ص ١٢٥ وهامش ٢.

يكون تاريخه حجة على الغير دون حاجة إلى أن يكون ثابتاً . والغير الذى ينازع فى صحة هذا التاريخ يستطيع أن يثبت عدم صحته بجميع الطرق حتى بالبينة أو القرائن لأنه من الغير وليس طرفاً فى الورقة التى يحتج بهـا عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة كما سبق القول . أما دفاتر التجار فلها أحكام خاصة بمقتضى القانون كما سنرى فى الكلام عليها .

إثبات التاريخ فى التشريع السابق :

المادة ٢٩٩ مكرر — هذا وقد نصت المادة ٢٢٩ / ٢٩٤ من القانون المدنى السابق عن طرق إثبات التاريخ بما يأتى : ثبوت التاريخ يكون إما بقيد المحررات المذكورة فى سجل عمومى بتمامها أو ملخصها فقط إذا كان مؤشراً عليها بما يفيد حصول التسجيل ، وكذلك يكون التاريخ ثابتاً إذا كان فى المحررات خط وإمضاء أو ختم[1] ثابت لإنسان توفى أو كانت عليها إشارة من أحد المأمورين العموميين المختصين بذلك أو من أحد القضاة أو نحوهم .

وقيد المحرر بتمامه[2] يكون بنقله حرفياً فى السجل كما يحصل فى البيع مثلا مع التأشير عليه بما يفيد تسجيله ووضع تاريخ تسجيله ورقمه . وقبل قانون التسجيل السابق وقانون تنظيم الشهر العقارى كان المتعاقدان يكتبان العقد بمعرفتهما ثم يقدم للتسجيل مباشرة دون التصديق على توقيعهما ثم يعاد مسجلا إلى من قدمه . أما الآن فلا تسلم إلا صور منه على النحو السابق ذكره فيما تقدم . وقيد

---

(١) إنما يلاحظ أن المادة ٢٩٤ من القانون المدنى السابق المختلط لم تذكر الختم ولذلك قررت المحاكم المختلطة أن بصمة شخص توفى لايصح تشبيهها بالكتابة أو الامضاء — انظر الجدول العشرى الثانى ص ٢٧٣ رقم ٣٤٧٩ والثالث ص ٤٠٣ رقم ٤٤٣٩ بل قررت ذلك ولو عدم الختم بعد الوفاة الجدول الخامس ص ٤٧٥ رقم ٣٤ .

(٢) Transcription

المحرر ملخصاً يكون بنقل البيانات الهامة فى السجل[1] كما يحصل فى الرهن مثلا وكانت تتبع نفس الطريقة المتقدمة . وكان يحصل إثبات التاريخ كما يحصل الآن طبقاً للمادة ٣١ من اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق . وظاهر من النص السابق أيضاً أن التاريخ كان يعد ثابتاً إذا كان فى المحرر خط أو إمضاء أو ختم ثابت لإنسان توفى أو كانت عليها إشارة من أحد المأمورين العموميين المختصين بذلك أو من أحد القضاة أو نحوهم . وواضح مما تقدم عن النص الحالى أن القانون زاد على ذلك البصمة أو من يوم أن يثبت مضمون الورقة فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ أو من يوم أن يصبح مستحيلا على صاحب الخط أو الإمضاء أو البصمة أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه أو إذا وقع أى حادث يكون قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .

وخيراً فعل القانون القائم بالنص صراحة على كل ذلك . وقد قلت فى الطبعة السابقة عن القانون المدنى السابق أن الطرق المذكورة فى المادة ٢٢٩/٢٩٤ لم تذكر على سبيل الحصر كما فعل القانون الفرنسى فى المادة ١٣٢٨ إذ استعمل أداة الحصر إذ قالت المادة ٢٢٩/٢٩٤ : ثبوت التاريخ يكون إما بقيد المحررات الخ أما المادة ١٣٢٨ من القانون المدنى الفرنسى فإنها قالت أن العقود العرفية لا يكون تاريخها ثابتاً إلا من يوم قيدها الخ . ولذلك قرر جمهور شراح القانون الفرنسى وقضاتهم أن الطرق المذكورة فقط هى التى يمكن اعتبار التاريخ ثابتاً بواسطتها[2] وفضلا عن ذلك

---

(١) Inscription

(٢) أنظر أبرى جزء ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٤٣ وقد أشار إلى جملة مراجع وأحكام نقض واستئناف — على أنه قال أن الشارحين توليه وبرانس وحكما لمحكمة أكس يرون أن هذه الطرق لم تذكر على سبيل الحصر ورد عليها بخطورة ذلك على الحقوق وقد قالت محكمة الاسكندرية إنه بمقارنة نص المادة ١٣٢٨ من القانون المدنى الفرنسى بنص المادة ٢٢٩ من القانون المدنى الأهلى يتبين أن المشرع المصرى على خلاف الفرنسى يعتبر وسائل إثبات التاريخ المنصوص عليها أمثلة يجوز القياس عليها — الجدول المصرى الثانى للمحاماة ص ٢٩ رقم ١٥٦ .

لم يشترط النص الفرنسى للمادة ٢٢٨/٢٩٣ من القانون المدنى السابق أن يكون للورقة تاريخ ثابت رسمياً كما جاء فى النص العربى للمادة المذكورة بل قيل أن يكون للورقة تاريخ ثابت فقط (١) وقد بنيت على اعتبار أن الطرق التى قالت بها المادة ٢٢٩/٢٩٤ من القانون المدنى السابق لم تذكر على سبيل الحصر ، أن الورقة إذا ذكرت فى محضر موظف مختص بالإيضاح الكافى تكتسب تاريخاً ثابتاً ولو لم يؤشر عليها . وقد حكم بأن ذكر الورقة فى محضر جنائى يكسبها تاريخاً ثابتاً (٢) وقررت محكمة النقض أن وسائل إثبات التاريخ الواردة بالمادة ٢٢٩ مدنى ليست واردة بها على سبيل الحصر فإذا قدمت ورقة فى قضية وتبادلتها المرافعة بالجلسة التى نظرت فيها تلك القضية فهذا يكفى لاعتبار تاريخ الورقة ثابتاً من يوم الجلسة (٣) وقد قررت محكمة النقض أيضاً أن العقد يكتسب تاريخاً ثابتاً رسمياً إذا ذكره العاقدان وأوردا تاريخه وتفاصيله فى إنذارات رسمية تبادلاها (٤).

وقد أحسن الشارع فى القانون المدنى السابق كل الإحسان فى جعل المادة ٢٢٩/٢٩٤ المشار إليها كما تقدم أى كونها لم تذكر طرق إثبات التاريخ على سبيل الحصر لأن هناك أحوالا أخرى لا يكون فيها أقل شك فى وجود ورقة فى وقت معين . وقد اضطر بعض الشراح الفرنسيين إلى تقرير بعض مسائل تخالف البداهة بسبب كون طرق الإثبات قد ذكرت عندهم على سبيل الحصر . واضطر آخرون إلى مخالفة النص كما سنرى فيما يلى .

---

(١) Date certaine

(٢) المجموعة الرسمية المختلطة السنة الثامنة والعشرين ص ٢٢١ وما بعدها ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الخامسة عشرة ص ٢٠٣ .

(٣) المحاماة ١٦ ص ١٣١ رقم ٥٩ ومجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ٨٣١ رقم ٢٧٦ وقارن الفقرة السابقة وانظر أيضا حكم محكمة اسكندرية فى المحاماة ١١ ص ٩٣٥ حيث قارن كما قارنت بين المادتين ٢٢٩/٢٩٤ عندنا و ١٣٢٨ مدنى فرنسى وقرر بأن تقديم عقد فى قضية يكسبه تاريخا ثابتا ولو كان خاليا من إشارة عليه تفيد ذلك . ومع ذلك انظر الجدول العشرى للمحاماة ص ١٦ رقم ٧٢

(٤) مجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ٢٠٥ رقم ٣/١١٩ .

ولولا ذلك ما أمكن اعتبار ذكر عقد عرفى بالتفصيل الوافى فى عقد رسمى دون التأشير عليه كافياً لجعل تاريخ العقد الرسمى تاريخاً ثابتاً لذلك العقد العرفى ، ولما أمكن أيضاً اعتبار مثل ذلك العقد ذا تاريخ ثابت إذا ذكر فى عقد عرفى آخر أثبت تاريخه بإحدى الطرق المذكورة فى المادة السالفة الذكر ، مع أنه من البديهى أن نقول أنه يجب اعتبار التاريخ الثابت للعقد الثانى تاريخاً ثابتاً للعقد الأول[1] ولما أمكن كذلك القول بأنه إذا ثبت بتر أو شلل يدى شخص فى أوراق رسمية، فإن تاريخ البتر أو الشلل الثابت فى هذه الأوراق يعتبر تاريخاً ثابتاً لكل ورقة أمضى عليها ذلك الشخص[2] ولا شك فى أن بتر اليدين أو شللهما هو موت لهما فيصح أن يقاس على وفاة الإنسان نفسه فى كون التاريخ يعتبر ثابتاً ، ولذلك كما يصح أن يثبت البتر أو الشلل من أوراق رسمية كتحقيق أو نحوه يصح أن يثبت من أوراق مستشفى أميرى أو غير أميرى إذا كان منتظما مع شهادة رجاله[3] .

وقد نص القانون المدنى القائم وقانون الإثبات على كل ذلك إذ جعل المادة ٣٩٥ الملغاة وتقابلها المادة ١٥ إثبات صريحة فى عدم الحصر فإنه (أولا) لم يقل كما قال النص العربى للمادة ٢٢٨/٢٩٣ من القانون المدنى السابق فى النسخة العربية إن المحرر لا يسرى على الغير إلا إذا كان تاريخه ثابتاً ثبوتاً رسمياً بل اكتفى بأن يكون للورقة تاريخ ثابت (وثانياً) قال فى المادة ٣٩٥ المذكورة والمادة ١٥ إثبات عن طرق إثبات التاريخ بمعنى ما جاء فى المادة ٢٢٩/٢٩٤ من القانون السابق وأضاف إلى ذلك البصمة أو من يوم أن يثبت مضمون الورقة

---

(١) وقد قال بذلك بعض الشراح الفرنسيين رغم كون طرق إثبات التاريخ وقد وردت عندهم على سبيل الحصر (انظر دمولومب ج ٢٩ رقم ٥٦٣ ولاروميير على المادة ١٣٢٨ رقم ٤٩)

(٢) ولأن طرق الاثبات فى المادة الفرنسية جاءت على سبيل الحصر فانها ضيقت على معظم الشراح فقالوا إن حالة شلل اليدين أو بترهما لاتكسب الورقة تاريخا ثابتا (بودرى تعهدات رقم ٢٣٦٩ والشراح الذين أشار إليهم) ولكن توليه ج ٦ رقم ٢٤٢ خالفهم .

(٣) قارن الفقرة رقم ٢٩٤ (من الرسالة) فيما يختص بتاريخ الوفاة .

فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء (أى ممن لهم على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة) أن يكتب أو يبصم لعلة فى جسمه وبوجه عام من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً فى أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .

على أنه مما يستلفت النظر أن محكمة الاستئناف المختلطة سبق أن حكمت بأن الدفتر التجارى المنتظم يكسب تعاملا جاء فيه تاريخاً ثابتاً [1] ولكن هذا كان تطرفا لا مبرر له ، لأن المادة ٢٢٩/٢٩٤ من القانون المدنى السابق قالت إن ثبوت التاريخ يكون إما بقيد المحررات فى سجل عمومى . وليس الدفتر التجارى سجلا عمومياً ، ولا يتولى أمر تحريره موظف مكتسب للثقة العامة لا مصلحة شخصية له فى إثبات العقود فى السجلات كما للتاجر فى إثبات المعاملات فى دفتره [2] كما أنه لا يمكن اعتبار القيد فى الدفتر التجارى من قبيل الحوادث المقصودة بالمادة ٣٩٥ الملغاة من القانون المدنى القائم والمادة ١٥ إثبات كما هو ظاهر من سياق كلامها . ولا يصح أيضاً كما تقدم اعتبار ورقة ذات تاريخ ثابت قبل سجن من وقعها [3] لأنه لا يستحيل مع السجن أن يوقع مسجون ورقة وهو فى السجن إذ يمكنه ذلك بمساعدة أحد عمال السجن أو إهماله أو عدم التفاته . كذلك إذا ثبتت غيبة شخص غيبة منقطعة ولو قضائياً [4] لا يصح اعتبار ورقة وقعها ذات تاريخ ثابت قبل غيابه لأنه لا يستحيل مع ذلك وجود الشخص فى مكان ما .

---

(١) الجدول العشرى الثانى لمجموعة التشريع والقضاء المختلط رقم ٣٢٥٤ وانظر عكس ذلك دمولومب ج ٢٩ رقم ٥٧٠ والحكم الذى أشار إليه .

(٢) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٣٦٩ . .

(٣) لاروميير على المادة ١٣٢٨ رقم ٥٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٦٩ .

(٤) أوبرى ج ١٢ § ٧٥٦ ص ٢٤٤ وبودرى تعهدات رقم ٢٣٦٩ ولاروميير على المادة ١٣٢٨ رقم ٥٠ .

هل لصور العقود العرفية قوة :

٣٠٠ — سبق أن قلت إن صور العقود الرسمية لها قوة فى الإثبات بخلاف صور العقود العرفية . وبينت ماهية هذه القوة لمختلف الصور [١] وذلك لأن صور العقود الرسمية تستمد قوتها من كون العقود الأصلية حررها موظف حائز للثقة اللازمة . تحقق من شخصية المتعاقدين ، والصور يحررها موظف حائز للثقة كذلك .

أما العقود العرفية فلا تستمد قوتها إلا من توقيعات المتعاقدين وهى غير موجودة فى صورها . ولذلك لا قيمة لهذه الصور كدليل كتابى [٢] وقد قدرت محكمة النقض أن التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الختم أو الأصبع هو المصدر القانونى الوحيد لإضفاء الحجية على الورقة العرفية وفقاً لما تقضى به المادة ٣٩٠ مدنى [٣] إنما إذا كانت الصورة بخط الملتزم يجوز اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة على أن يكون واضحاً أنها صورة عقد لا صورة مشروع عقد . وإذا كانت موقعه فإنها تقوم مقام الأصل ولو لم تكن بخط الملتزم لدلالتها على أنها صورة عقد قد تم بين الطرفين . فإذا لم تكن بخط الملتزم أو غير موقعه منه ولم يسلم بها الملتزم فإنه يجب الرجوع إلى الأصل إن كان موجوداً وإلا فلا قيمة لها . وقد قررت محكمة النقض أن الأصل هو أنه لا حجية لصور الأوراق العرفية ولا قيمة لها فى الإثبات

---

(١) راجع الفقرات رقم ١٧٠ ومابعدها .

(٢) انظر الجدول العشرى الأول للمحاماة ص ٢٢ رقم ١٠٤ و ١٠٦ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٧ ص ٦٦ على أنه إذا لم ينكر الخصم مطابقة الصورة للاصل جاز للمحكمة اعتبار عدم الانكار اعترافا ضمنيا بالمطابقة . وقد حكمت محكمة النقض الفرنسية بأن عدم إنكار واقعة ما يمكن أن يؤول كاعتراف بصحة الواقعة — الجدول العشرى الأول للمحاماة ص ٢٢ رقم ١٠٦ ب .

(٣) مجموعة المكتب الفنى ٧ سنة ٥٦ ص ٥٧٢ رقم ١/٧٨ والسنة ٢٠ ص ١١١ .

إلا بمقدار ما يهدى إلى الأصل إذا كان موجوداً فيرجع إليه ، أما إذا كان غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ هى لا تحمل توقيع من صدرت منه [١] وإذا لم تأخذ محكمة الموضوع بصورة عقد لا يصح تقديمه لمحكمة النقض لأن كل المستندات الموضوعية يجب تقديمها لمحكمة الموضوع ولا يصح تقديمها لمحكمة النقض لأول مرة [٢]. هذا وليس للصورة قيمة حتى ولو كانت قد تحدرت بمعرفة موظف مختص كما إذا كان العقد قد سجل على الطريقة القديمة قبل قانون التسجيل السابق وقبل قانون الشهر العقارى إذ كان يكتفى كما تقدم القول بتحرير عقد عرفى بمعرفة المتعاقدين غير مصدق على توقيعاته ثم يقدم للتسجيل وبعد تسجيله ينقله بتمامه فى الدفاتر لذلك أو قيده ملخصاً فى الدفاتر المعدة لذلك أيضاً يرد إلى من قدمه . وذلك لأن العقد الأصلى لم يحرره موظف ، ولم يكن هناك ما يمنع شخصاً من تزوير توقيع لشخص آخر على عقد وإعدام العقد بعد تسجيله أو يمتنع عن تقديمه [٣] . ولكن طريقة التسجيل الجديدة المتبعة تنفيذاً لقانون تنظيم الشهر العقارى رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ والتى اتبعت قبل ذلك بقانون التسجيل السابق رقم ١٨/١٩ سنة ١٩٢٣ (طبقاً لمنشور الحقانية رقم ٥٠٥١ سنة ١٩٢٣) من مقتضاها أن يكتب العقد على ورق خاص بحبر خاص ليمكن أخذ صورة منه بالفوتوغرافية ويبقى الأصل فى قلم التسجيل ولا تعطى إلا صورة منه . فيمكن الرجوع دائماً إلى الأصل . وإذا فرضنا أنه ضاع لسبب أجنبى لا يد لصاحبه فيه فالصورة الفوتوغرافية يصح أن تقوم مقامه باعتبارها قرينة على صحتها إذ يأخذها موظف على حقيقتها عادة لا مصلحة له فى إجراء تغيير أو تصليح فيها [٤] .

---

(١) مجموعة المكتب الفنى ٧ سنة ٥٦ ص ٥٧٢ رقم ٢/٧٨ والسنة ١٩ ص ١٠٨٨

(٢) قارن حكم النقض المذكور فى هامش الفقرة التالية .

(٣) قارن أوبرى ١٢ رقم ٧٦٠ ص ٢٨٠ ومن أشار إليهم وبودرى تعهدات رقم ٢٩٥ ومن أشار إليهم . وقد كانت محكمة الاستئناف المختلطة فى أول الأمر تعتبر أن الصورة لها حجية ـ مجموعة التشريع والقضاء المختلط ١٥ ص ٢٠٣ و ٢٠ ص ١٧٢ ثم عدلت عن ذلك .. المجموعة المذكورة ٣٤ ص ١٧٧ و ٣٨ ص ٢٧٧ .

(٤) retouche وانظر الفقرة رقم ٤٥٧ والفقرة ٤٦١ .

هذا فضلا عن أن المادة ٢٩ من قانون تنظيم الشهر العقارى (المادة ٦ من قانون التسجيل السابق) نصت على وجوب التصديق على التوقيعات قبل التسجيل ، وهذا مايمنع تقديم عقود زور توقيعها لأقلام التسجيل ، اللهم إلا إذا طعن فى عملية التصديق الرسمية ذاتها بالتزوير كأن ادُّعى بأن الشخص الذى حضر أمام الموظف الذى صدق على الإمضاء هو غير المتعاقد وتسمى باسمه . وقد قررت محكمة النقض أن الشهادة التى تستخرج من دفتر التصديقات على الإمضاءات والأختام للوقع بها على المحررات العرفية هى صورة رسمية لما يدون فى هذا الدفتر من ملخص للمحرر وليست صورة للورقة العرفية ، ولذلك فإنه يجوز الاستناد إليها فى إثبات هذا العقد[1].

٣٠١ — إنما الصورة الفوتوغرافية لعقد من غير هذا النوع أو لأية ورقة عرفية أخرى لايمكن الاعتماد عليها كدليل كتابى إذ لايخفى أنه قد يصور شخص عقداً أو سنداً ويحتفظ بالصورة بعد وفاء التعهد وتسليم الأصل للمدين أو إعدامه ، وقد يصور وجه الورقة بعد إثبات الوفاء كلياً أو جزئياً على ظهرها . بل قد تقدم فى التصوير الشمسى إلى حد يجعل الصورة بعيدة عن الحقيقة[2] على أنه يصح

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جـ ٣ ص ٢٧٩ رقم ١/٢٧٩.

(٢) وقد قررت محكمة استئناف مصر أنه ليس بين الأدلة الكتابية التى نص عليها القانون المدنى الصور الشمسية للأوراق . والقانون المدنى لا يعترف إلا بالصور الرسمية التى يحررها موظف مختص بتحريرها ولا يعترف بقيمة ما لصور العقود العرفية حتى ولو كانت مسجلة وكانت صورها محررة بمعرفة موظف من موظفى التسجيل ذلك لأن الدليل الكتابى العرفى لا ينهض حجة إلا إذا كان بذاته صادراً ممن نسب إليه . فالصور الشمسية وهى ليست بكتابة مخطوطة باليد بل هى صورة آلية من وضع يد غير اليد التى يصح أن تكون كاتبة الأصل المأخوذ عنه عند تلك الصورة — لا يصح مطلقاً أن تعتبر دليل إثبات لأنها ورقة وإن مثلت الكتابة بإثبات صورتها إلا أنها غير الورقة الأصلية التى تظهر فيها حالتها الطبيعية وما يشوبها من عيوب . وإنه وإن كان قانون التسجيل قد جعل قيمة قانونية للصور الشمسية الصادرة من قلم التسجيل والمأخوذة عن الأصل إلا أنه عند إنكار العقد المقدم صورته يمكن الرجوع حالا إلى الأصل — الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٣٤ رقم ١٨٦ — ولاحظ ما تقدم فى الفقرة السابقة عن فقد الأصل =

بداهة استجواب الخصم للحصول على إقراره بصحة الصورة وعدم الوفاء بالتعهد المبين بها إذ يجوز للخصم استجواب خصمه دون أن يقدم دليلا . ثم أن للقاضى حيث لايجب الإثبات بالكتابة ويجوز الإثبات بجميع الطرق بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن أن يستند إلى صورة فوتوغرافية إذا اقتنع بصحتها فى ظروف الدعوى. وقد قررت محكمة النقض أن العبرة فى المسائل الجنائية إنما تكون باقتناع قاضى الموضوع بأن إجراء من الإجراءات يصح أو لا يصح أن يتخذ أساساً لكشف الحقيقة ، ومادام هذا الأساس الذى اعتمد القاضى عليه لاينافى حكما من أحكام القانون فهو فى حل من الاعتماد عليه خصوصاً إذا كانت الظروف قد حالت بين القاضى وبين الوسائل الأخرى التى كان يصح الاعتماد عليها فى الأحوال العادية . فإذا اتخذ خبير من الصور الشمسية للمستندات المفقودة أساساً للمضاهاة ورأت المحكمة أن هذه الصور تصلح أساساً لها وأن تلك المضاهاة تنتج حقاً النتيجة التى انتهى إليها الخبير والتى تجعل المحكمة تثق ثقة تامة بما قرره ، فلا حرج على المحكمة فى ذلك [1] وظاهر من أسباب الحكم أن خبيراً سابقاً كان قد اطلع على أصل المستندات ورأى نفس النتيجة ، ويصح أن يؤخذ من ذلك أنه هو الذى صورها .

٣٠١ مكرر — ولاقوة تنفيذية للعقد العرفى سواء كان مصدقاً على توقيعاته أو غير مصدق عليها ، ولا يمكن تنفيذه إلا بعد حكم واجب النفاذ — ذلك

= وقد قررت محكمة النقض أن القانون لا يوجب على القاضى أن يعتبر فى الدعوى بصورة شمسية لعقد (وكان فى الدعوى عقداً عرفياً لم يسجل) فلا يكون الحكم إذ استبعدها قد خالف القانون وأن تقديم أصل العقد لمحكمة النقض بعد تقديم الصورة الشمسية لمحكمة الموضوع لا يبنى لأنه لا تقبل مستندات جديدة فى الطعن لم تكن من قبل تحت نظر محكمة الموضوع حكم ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ فى الطعن رقم ٥٠ سنة ١٧ القضائية . وانظر أيضاً استئناف مختلط فى مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٦ ص ٤٣٩ .

(١) المحاماة ١٥ القسم الأول ص ٣٤٩ رقم ٢/١٨٠ .

لأن العقد العرفى هو من عمل طرفين لا يميز الشارع بينهما ولا يفضل أحدهما عن الآخر . وهذا بخلاف العقد الرسمى الذى يحرره موظف عمومى مختص لا مصلحة له فى تحريره وتوضع عليه الصيغة التنفيذية بخلاف العقد العرفى الذى لا توضع عليه هذه الصيغة . ولا يغير من الأمر شيئاً التصديق على العقد العرفى لأن هذا التصديق مقصور على صحة التوقيعات لا على صحة محتويات العقد كما هو مفروض فى العقد الرسمى .

محررات ليست موقعة قد تكون لها حجية

٣٠٢ — نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٩٩ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ٩ إثبات على أن « التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً مادام السند لم يخرج قط من حيازته . وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع مايستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة، وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين » وكانت المادة ٢٣٠ /٢٩٥ من القانون المدنى السابق على أن التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين منه يكون حجة على الدائن ولو لم يكن ممضى منه إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك.

ومما يشبه ذلك إضافة على عقد بخط المدين بغير توقيع .

ونصت المادة ١٧/١٨ تجارى على أنه يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً . ونصت المادة ٣٩٧ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٧ إثبات على أن دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التاجر ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين

المتمهة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة . وتكون هذه الدفاتر حجة على هؤلاء التجار ، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه .

والدفاتر والأوراق المنزلية والمذكرات الخصوصية لها حجية فى الحالتين المذكورتين فى المادة ٣٩٨ كما سنرى فيما يلى :

كذلك الرسائل البريدية والبرقية قد تكون لها حجية طبقاً للمادة ٣٩٦ المقابلة للمادة ٦ إثبات . وكذلك الرسائل التليفونية .

لأتكلم على كل مما تقدم على حدة .

براءة المدين المؤشر بها على سند الدين أو مخالصة

٣٠٣ — إن تأشير الدائن على سند الدين أو مخالصة مما يفيد براءة المدين من الدين أو من جزء منه لاشك يصح اتخاذه دليلا على صحة ذلك إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً مادام السند لم يخرج قط من حيازته أى أن الشارع جعل هذا التأشير قرينة قانونية غير قاطعة على صحة ماجاء به قابلة لإثبات ما ينقضها بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن هذا ولا يشترط أن يكون هذا التأشير موقعاً أو مؤرخاً[1] كما جاء فى المادة ٣٩٩ وقد تقدم القول فى

---

(١) وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى القائم جزء ٣ ص ٣٨٦ ويراعى أن المشروع لا يتطلب أى شرط شكلى فى هذا التأشير فهو لا يشترط بيان تاريخ التحرير أو وضع توقيع الدائن وهو لا يشترط إيراده فى مكان معين فقد يرد فى ذيل الورقة أو على هامشها أو على ظهرها . وقابل المادة ١٣٣٢ من القانون المدنى الفرنسى ولو كانت الكتابة غير موقعة ولا مؤرخة وسواء كانت فى ذيل السند أو على هامشه أو على ظهره .

الفقرة رقم ١٨٠ بأنه ليس من الضرورى أن يوضع تاريخ للعقد العرفى فراجعها. وقد كانت المادة ٢٣٠/٢٩٥ من القانون المدنى السابق تنص على أن « التأشير بالبراءة على سند الدين يكون حجة على الدائن ولو لم يكن ممضى منه إلا إذا ثبت خلاف ذلك » كأن يكتب على سند دين بمبلغ خمسين جنيها أن هذا المبلغ قد وصل أو وصل منه عشرون جنيها[1] وقد اشترطت المادة الفرنسية المقابلة أى المادة ١٣٣٢ من القانون المدنى الفرنسى شرطين (الأول) أن يكون التأشير بالبراءة بخط الدائن (الثانى) أن يكون السند قد وجد دائماً تحت يده . ولكن مادتنا السابقة ٢٣٠/٢٩٥ لم تشترط سوى التأشير على سند الدين بالبراءة وم تشترط أن تكون هذه البراءة بخط الدائن نفسه ، كما أنها لاتشترط وجود السند تحت يده دائماً ، مكتفية بإباحتها له أن يثبت مايخالف حصول البراءة ، إذ فرضت أن الأصل هو أن السند لا يفارق صاحبه وأنه لايحصل تأشير عليه إلا بمعرفته أو بناء على أمره — إلا إذا أثبت العكس[2] ثم جاءت المادة ٣٩٩ الحالية وحذت حذو المادة ١٣٣٢ من القانون المدنى الفرنسى وقالت مادام السند لم يخرج قط من حيازته ويلاحظ أن المادة ٣٩٩ لم تشترط هى أو المادة ٢٣٠ القديمة أن يكون التأشير بخط الدائن .

---

(١) وقد قال بيجو بريمنو Bigot-Prèamenau dans L'Expose' des motifs (بودرى تعهدات رقم ٢٤٤٨) إن كتابة ذلك على السند ذاته نوع من الإقرار أمام القضاء لا تصح تجزئته Avoir mis atte écriture sur le titre mème, c,est lui en avoir donné la force : Cést une Sorte de declaration faite à la justice, sous les yeux de laquelle ce que a été ainsi écrit sur le titre, ne peut plus en être divisè.

(٢) ولكن المسيو دوهلتس يرى أنه يجب أن يكون التأشير بخط الدائن (جزء ثالث قرائن رقم ٢٠) ، وقد قال المستشار عزيز كحيل فى إثبات الحقوق المدنية ص ١٥٤ (لا لزوم لأن يكون التأشير بخط الدائن بل يجوز أن يكون بخط أى إنسان كان حتى بخط المدين وهذا مقبول لأن الدائن ما دام السند تحت يده لا يسمح بالطبع لأحد أن يكتب عليه ما يفيد زوال الدين أو بعضه إلا إذا كان ذلك حصل حقيقة) ولابد أن يكون الشارع قد راعى شيوع الأمية عندنا . قد يقال أنه من السهل على شخص أن يصل إلى الورقة ويؤشر عليها ولكن الأسهل أخذها أو تزييفها .

ويلاحظ أن المادة الفرنسية لم تبح إثبات العكس مما يفهم منه أنها اعتبرت ذلك قرينة قانونية قاطعة على البراءة كما يستفاد من مقارنة هذه المادة بالمادة ١٢٨٣ التى نصت على أن تسليم المدين الصورة التنفيذية لسند تفيد براءته حتى يثبت العكس . ولذلك اشترطت توفر الشرطين المذكورين ، لكن انظر الفقرة ٣٠٨ فيما يختص بجواز إثبات حصول التأشير خطأ . وقد قيل إن وجود السند فعلا تحت يد الدائن دليل على أنه كان فى حيازته دائماً إلا إذا أثبت العكس[١] .

ورغم اشتراط المادة الفرنسية توفر ذينك الشرطين صراحة ، شرط التأشير بخط الدائن، وشرط وجود السند تحت يده دائماً، فقد قال بعض شراح القانون الفرنسى إن توفر أحدهما كاف ، وأن الشارع الفرنسى أساء التعبير عند ما أراد نقل رأى بوتييه[٢] وقيل إنه يجب أن لا يعول على الشرط الثانى وإنما لابد من توفر الشرط الأول[٣] وقيل أيضاً يشترط فقط أن يكون السند قد وجد دائماً تحت يد الدائن ولا يهم سواء أكان التأشير بخطه أم لا[٤] ولكن أكثر الشراح احترموا النص ، وقالوا عن وجوب توفر وجود السند دائما تحت يد الدائن مع وجوب أن يكون التأشير بخطه إنه من الجائز أن يكون قد أشر عليه بالبراءة وأعطاه لآخر لتحصيله من المدين كما يحصل عادة من التجار ولم يدفع المدين الدين ، وعن وجوب توفر شرط التأشير بخطه مع الحيازة الدائمة أنه من الجائز أن يؤشر الغير على السند أثناء غياب الدائن أو مرضه[٥] . ولكن الشارع

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٤٥١ . ولكن أنظر أيضاً الفقرة ٣٠٨ من هذه الرسالة .

(٢) دورانتون ج ١٣ رقم ٢١٣ و ٢١٤ وتوليه ج ٨ رقم ٣٥٣ وانظر بوتييه تعهدات رقم ٧٦١ .

(٣) مركديه على المادة ١٣٣٢ رقم ١ و ٢ و ٣ .

(٤) أشار بودرى تعهدات رقم ٢٤٥٠ فى الهامش إلى دلفنكور ج ٢ ص ٦١٧ و ٦١٨ (Sect ler § 1 notes)

(٥) بودرى تعهدات رقم ٢٤٥٠ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ هامش ١٨ ص ٢٧٤ وهيك ج ١٠ رقم ٢٥٣ وآرنتز ج ٣ رقم ٣٤٢ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٤٤ وما بعده ولارومبيير على المادة ١٣٣٢ رقم ١ وقد أشار بعض هؤلاء خصوصا بودرى وأوبرى إلى شراح آخرين كثيرين .

عندنا فى القانون المدنى السابق قد احتاط لذلك وقال (إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك) فيمكن للدائن بناء على ذلك أن يثبت ـ ولو كان التأشير بخطه ـ أنه أعطى السند لوكيله أو كاتبه لتحصيله فلم يدفع المدين شيئاً ، ويمكنه أيضاً أن يثبت أن التأشير الذى ليس بخطه قد حصل أثناء مرضه أو غيابه أو خلسة فى أى ظرف آخر . ولقد خفف بعض شراح القانون الفرنسى من تحتيمهم وجود سند الدين دائماً تحت يد الدائن بقولهم إنه لا يمنع من اعتباره حائزاً كون السند قد خرج من تحت يده بسبب وديعة أو وكالة أو رهن أو لتقديمه للقضاء[1] وقولهم إن تأشير الدائن بخطه يعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة ولو لم يوجد السند تحت يده فيمكن للمدين إثبات البراءة بالشهود والقرائن[2] وهذا بعكس الحال عندنا إذا اعتبر الشارع مجرد التأشير قرينة قانونية غير قاطعة على التخلص حتى يثبت الدائن العكس أى أن عبء الإثبات يقع فى هذه الحالة على عاتق الدائن لا على عاتق المدين .

وقد تأثر واضعو مشروع القانون المدنى القائم عندنا فى أول الأمر بالقانون الفرنسى (المادة ١٣٣٢ مدنى) واشترطوا فى أول الأمر فى المادة ٤٥٣/١ من المشروع (أصل المادة ٣٩٩/١ من القانون المدنى الحالى) توفر شرطى أن يكون التأشير بخط الدائن وأن يكون السند وجد دائماً تحت يده . وإنما أباحوا إثبات العكس . ولكن لجنة المراجعة رأت عدم ضرورة صدور الكتابة من يد الدائن نفسه وقالت وبهذا تكون العبرة بمجرد التأشير ويعتبر بقاء السند فى حيازة الدائن قرينة على أنه هو الذى كتب التأشير أو الذى أمر بكتابته فهو على كلا التقديرين صادر منه[3] وعلى ذلك نصت المادة ٣٩٩ فقرة

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٤٥١ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٥٠ ولاروميير على المادة ١٣٣٢ رقم ٥ .

(٢) أوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ هامش ١٨ ص ٢٧٥ والمراجع التى أشار اليها .

(٣) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٩٠ .

أولى من القانون كما صدر على أن « التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً ما دام السند لم يخرج قط من حيازته » . ومما يصح أن يؤخذ على هذه المادة أنه إذا كان التأشير بخط الدائن نفسه ألا يكفى هذا لأن يكون قرينة على البراءة بالرغم من خروج السند من حيازته ـ حتى يثبت العكس وألم يكن الأحسن أن يقال أن يكون التأشير بخط الدائن أو أن التأشير بخط الدائن أو أن يكون السند قد وجد دائماً فى حيازته ـ مادام ممكناً إثبات العكس .

٣٠٣ مكرر ـ وعلى أى حال التأشير لا يكون خالياً من كل فائدة إذا كان بخط الدائن ولم يكن السند فى حيازته دائماً إذ أنه فى هذه الحالة يصح أن يعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة فيجوز للمدين أن يكمل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن طبقاً للقاعدة العامة فى مبدأ الثبوت[1] .

٣٠٤ ـ ويجب أن يلاحظ مما تقدم فى الفقرة رقم ٣٠٣ أنه بما أن تأشير غير الدائن يعتبر أنه حصل بأمر من الدائن ما دام السند لم يخرج من حيازته أى من حيازة الدائن ـ فلا يكلف المدين بإثبات صدور هذا الأمر للمؤشر أو توكيله بذلك مادام القانون عندنا اعتبر مجرد التأشير سواء حصل من الدائن أو من غيره قرينة قانونية غير قاطعة على البراءة . بل فى فرنسا حيث تشترط المادة ١٣٣٢ من القانون المدنى أن يكون التأشير بخط الدائن تقرر أن للمدين إثبات الوكالة فى هذه الحالة بجميع طرق الإثبات بناء على أنه ليس فى إمكان المدين الحصول على كتابه[2] ـ هذا مع أن الوكالة عندهم مثلها عندنا خاضعة فى أمر الإثبات للقواعد العامة التى تقضى بوجوب الإثبات بالكتابة متى تجاوزت القيمة مبلغاً معيناً[3]

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٨٩ .

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٤٥٠ فى الهامش وقد أشار إلى توليه ولا رومبير وديمولومب.

(٣) بودرى وفاهل الكفالة والصلح رقم ٤٦٣ و ٤٧٩ .

ويجب أن يلاحظ أيضاً أنه إذا وجد السند فى حيازة الغير طالباً من المدين دفع قيمته بحجة أن الدائن وكله فى قبضها أى أنه إذا جاء شخص للمدين بسند دين عليه لآخر وطلب منه دفع قيمته بحجة أن الدائن وكله بذلك يجب على المدين أن يطلب منه دليلا كتابياً على ذلك إذا كانت القيمة تتجاوز عشرين جنيهاً[١] .

٣٠٥ — ويلاحظ أنه من الوجهة العملية إذا كان التأشير ليس بخط الدائن أو وكيله أو عامله المختص ووجد السند عند الغير كان من السهل جداً على الدائن أن يثبت أن ذلك التأشير ليس سببه البراءة ، وإذا كان التأشير بخط الدائن أو وكيله أو عامله المختص ووجد السند دائماً فى حيازته كان من الصعب عليه أن يثبت أن لذلك التأشير سبباً آخر غير البراءة. ووجود السند فعلا تحت يد الدائن قرينة على حيازته له دائماً إلا إذا أثبت غير ذلك[٢] على أنه يحسن أن يلاحظ أن التأشير على سند تحت الإذن بما يفيد براءة المدين ولو كان لا يزال تحت يد الدائن لا يصح للمدين أن يتمسك به فى المواد التجارية إذ جرت العادة بين التجار على أن يؤشر الدائن بهذه البراءة عند الاستحقاق ليستطيع المحضر إعلان البروتستو أو ليكلف الدائن من يحصل له قيمة السند من المدين[٣] .

٣٠٦ — ثم إن سند الدين قد يكون من نسختين أصليتين إحداهما تحت يد الدائن والأخرى تحت يد المدين ، كما إذا كان الالتزام تبادلياً ، فإذا أشر الدائن بخطه على النسخة التى تحت يد المدين بما يفيد براءة ذمته يجب أن يأخذ هذا التأشير من باب أولى حكم تأشير الدائن على النسخة التى تحت يده كما إذا أشر البائع أو المرتهن على النسخة الأصلية التى تحت يد المشترى أو الراهن بأنه

---

(١) أنظر الفقرة رقم ٧٨٥ مكرر فى الجزء الثانى (من هذه الرسالة) .
(٢) وانظر بودرى تعهدات رقم ٢٤٠١ .
(٣) انظر الجازيت السنة الأولى ص ١٥٨ .

تسلم قسطاً أو جزءاً من الثمن ، وكذلك التأشير على مخالصة تحت يد المدين . وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الثانية من المادة ٣٩٩ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٩ فقرة ثانية من قانون الإثبات إذ قالت « وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة وكانت للنسخة أو المخالصة فى يد المدين » ولم يكتف الشارع بصورة من السند بل قال نسخة أصلية أخرى أى نسخة للسند موقعة كالنسخة التى بيد الدائن[1] ، ولكن ليس معنى هذا أن تأشير الدائن بخطه على صورة غير أصلية لا يكون له قيمه كلية ، بل يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة ما دام هو بخط الدائن ، وإذا وقع عليه كانت له قيمة كاملة كأى تخالص مستقل . هذا والفرق بين تأشير الدائن على النسخة الأصلية التى تحت يدالدائن والنسخة الأصلية تحت يد المدين أن التأشير فى الحالة الأولى يعتبر إقراراً غير قضائى وفى الحالة الثانية يعتبر مخالصة[2] ، ويجب أن يلاحظ من الوجهة العملية أنه يكون من الصعب جداً على الدائن أن يثبت أن لإشارته بخطه على نسخة أصلية أو مخالصة تحت يد المدين سبباً آخر غير البراءة لأن هذا التأشير هو بمثابة مخالصة أو مخالصة أخرى أعطيت للمدين — اللهم إلا إذا ادعى الدائن أن المدين أوهمه بأنه سيؤدى له دينه فأشر له بما يفيد براءته ثم استولى على الورقة رغماً عنه، فض الأداء فاتخذالدائن فى الحال مايلزم من إجراءات

---

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٨٨ حيث قيل ويراعى أن المشروع قد عنى باستظهار ما يقصد بكلمة نسخة ، فليس يقصد بها مجرد صورة أخرى من سندالدين ، وإنما شفعت هذه الكلمة بنعت أصلية تعيينا لدلالة المقصود.

(٢) وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية فى الموضع السابق أن علة الاعتداد بالتأشير المتقدم ذكره فى الاثبات أن الدائن فى الحالة الأولى يدلى بإقرار غير قضائى لايمكن استبعاده من السند الذى يتقدم به لاستيداء حقه وأن ما يصدر من الدائن فى الحالة الثانية يكون فى الواقع بمثابه مخالصة تبقى بيد المدين .

ضد المدين فى مثل هذه الحالة كأن يكون قد استغاث بالمحيطين به ولجأ إلى الجهات المختصة . قيل إنه لم يكن هناك فى القانون المدنى السابق نص على هذا النوع من التأشير أى تأشير الدائن على نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة فى يد المدين (الفقرة الثانية من المادة ٣٩٩)[1] .

٣٠٦ مكرر — ويجب أن نلاحظ أن التأشير المذكور فى الفقرة الأولى من المادة ٣٩٩ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٩ فقرة أولى من قانون الإثبات تعد أن يكون حجة على الدائن لا حجة له بمعنى أن إذا أشر على سند الدين بإن المدين دفع جزءاً منه فإن هذا التأشير منه لا يقطع المدة بالنسبة للدين إذا كانت قد مضت عليه المدة القانونية المسقطة له . فقد يكون الدين قد سقط بمضى المدة فيحتال الدائن لتفادى ذلك بأن يؤشر على سنده بأن المدين دفع جزءاً صغيراً منه ويضع لذلك تاريخاً يقطع المدة وللمدين أن يثبت هذا الاحتيال بجميع طرق الإثبات لأنه واقعة مادية بالنسبة له لا علم له بها ولا يخفى أنه لا يصح للمرء أن يخلق لنفسه بنفسه دليلا[2] . ذلك إذا كان التأشير على سند الدين الذى فى يد الدائن ، أما إذا كان على النسخة الأصلية الأخرى التى فى يد المدين أو على مخالصة جزئية فى يده الأمر المنصوص عليه فى الفقرة الثانية من المادة ٣٩٩ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٩ فقرة ثانية

---

(١) وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية أن المادة ٢٣٥/٢٩٥ من القانون المدنى القديم نصت على هذه الأحكام ذاتها أى أحكام المادة ٣٩٩ الحالية والقوانين الأجنبية (المذكورة فى المجموعة) مع تحفظ قوامه إثبات العكس .

(٢) وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٨٩ : ويراعى أن التأشير تقتصر حجيته على الدائن وحده ولايجوز أن ينهض دليلا لصالحه على وجه الاطلاق إذ من الممتنع على ذى الشأن أن يصطنع دليلا لنفسه ثم أن هذه الحجية لاتتوافر إلا إذا قصد من التأشير إلى براءة ذمة المدين أما ما عدا ذلك مما يؤشر به على سند الدين فلا تكون له حجية فى الاثبات إلا فى حدود القواعد العامة . ومتى تحدد المقصود من التأشير على هذا الوجه اعتبر حجة بما فيه إلى أن يثبت العكس

من قانون الإثبات فإن ذلك دليل على أن التأشير صحيح وتاريخه صحيح إذ يفترض حصوله أمام المدين ويكون حجة عليه فى قطع المدة إلا إذا أثبت أن ذلك حصل بطريق الغش حيث يجوز له الإثبات بجميع الطرق .

٣٠٦ مكرر أ — هل تأشير وكيل الدائن على النسخة الأصلية التى فى يد المدين أو على مخالصة جزئية تحت يده يعتبر كتأشير الدائن ؟ قد يقال أنه مادام القانون قد اشترط فى هذه الحالة أن يكون التأشير بخط الدائن إذ قالت الفقرة الثانية من المادة ٣٩٩ « إذ أثبت الدائن بخطه » فإنه لا يفيد تأشير وكيله ، ولكن الوكالة جائزة فى جميع الحقوق ويقوم الوكيل مقام الموكل ولذلك أرى أن تأشير وكيل الدائن يعتبر كتأشير الدائن على أن تكون الوكالة ثابتة طبقاً للقواعد العامة أى ثابتة بالكتابة فيما يجب إثباته بالكتابة[1] فإذا أنكر الدائن وكالة من أشر وقع على المدين أو أى ذى شأن عبء الإثبات .

٣٠٧ — هل إذا وجد تأشير الدائن مشطوباً يعمل به ؟ من السهل أن نقول أنه إذا كان السند تحت يد الدائن فلا قيمة للشطب لأنه يستطيع ذلك فى أى وقت . يمكن القول أيضاً بأنه من الجائز أن يكون الدائن قد أشر على السند وأعطاه لآخر لتحصيله فلم يدفع المدين فشطب الدائن إشارته . ومن الجائز أيضاً أن يكون الدائن قد أشر على السند بعد وعد المدين إياه بالدفع ولم يدفع فشطب كذلك إشارته . ولذلك اختلف شراح القانون الفرنسى ، فالبعض وعلى رأسهم بوتييه يرون أن الشطب لا يؤثر[2] وإنما الرأى الثانى أرجح[3] أما

---

(١) انظر الفقرة رقم ٧٨٥ عن إثبات الوكالة فى الجزء الثانى وليست هذه الحالة مثل الحالة المذكورة فى الفقرة ٣٠٤ الخاصة بالسند الذى يكون تحت يد الدائن لأنه من السهل على المدين أن يتواطأ مع شخص على التأشير ثم يطلب الاثبات بالشهود .

(٢) بوتييه تعهدات رقم ٧٦١ ولوران ج ١٩ رقم ٣٦١ ولارومبير على المادة ١٢٣٢ رقم ١٠

(٣) أوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٧٦ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٥١ وتوليبه ج ٨ رقم ٣٥٦ وبوتييه ج ٣ رقم ٧٥٣ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٥٥ والأحكام التى أشار إليها فى الهامش وأشار أوبرى أيضا إلى حكمى النقض فى سيرى ٢٠ — ١ — ٨٤ و ٢٩ — ١ — ٧ .

عندنا فإن المادة ٣٩٩ من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٩ من قانون الإثبات (المادة ٢٣٠/٢٩٥ من القانون المدنى السابق) قد حلت لنا هذا الاشكال لأنها أباحت للدائن أن يثبت أن لإشارته سبباً آخر غير الدفع . وبما أن الأصل أن الدائن لا يؤشر على سند الدين الذى تحت يده إلا إذا دفع له فعلا ماتأشر به ، فيجب إذاً أن نعتبر مثل هذه الإشارة دليلا عليه ولو كانت مشطوبة لأنه يملك الشطب فى أى وقت — إلا إذا أقام الدليل على أن الشطب سببه أن التأشير صدر عن غلط منه أو لأنه كان أعطى السند لآخر لتحصيله فلم يحصله ، أو أشر بعد وعد المدين الذى لم ينفذ وعده فشطب إشارته .

٣٠٧ مكرر — وإذا كان السند تحت يدالمدين ووجدت الإشارة مشطوبة فلا شك أن الشطب يذهب أثر الإشارة لأنه يعتبر فى هذه الحالة أنه حصل بموافقة المدين[١] إلا إذا أثبت أنه حصل بطريق الغش[٢] .

٣٠٨ — ويجب أن يلاحظ فى ختام هذا البحث أنه يمكن إثبات ما يخالف الإشارة بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن لأنها قرينة قانونية غير قاطعة[٣] كما قدمت ، وفى فرنسا حيث لم تنص المادة ١٣٣٢ من القانون المدنى عندهم على جواز إثبات العكس أجمع الشراح على جواز إثبات أن التأشير حصل خطأ بشهادة الشهود أو القرائن إذا كان السند تحت يد الدائن وليس هناك إجماع إذا كان تحت يد المدين ولكن الرأى الراجح حق جواز

---

(١) أنظر أوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٧٦ وقد قال فى الهامش ٢٠ أنه لا خلاف فى ذلك على وجه العموم وأنظر أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٤٥٥ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٥٦ وبونييه ج ٢ رقم ٧٥٣ وبونييه تعهدات رقم ٦٧٢ ودورانتون ج ١٣ رقم ٤٢٠ .

(٢) وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٩٠ أنه « أثيرت مسألة شطب التأشير سواء كان الدائن وقعه أو لم يوقعه وقد ترك الحكم للقواعد العامة » .

(٣) أنظر الفقرة رقم ٧٤٥ (من هذه الرسالة) فى الجزء الثانى .

هذا الإثبات فى كلتا الحالتين مادام الدائن لم يوقع التأشير[1] . هذا ويرى الدكتور سليمان مرقس أن مؤدى نص المادة ٣٩٩ فقرة أولى مدنى القائم أن التأشير الذى يوجد على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين تكون له — بشرط أن لا يثبت خروج السند من حيازة الدائن — حجة مزدوجة كما فى التقنين الملغى ، أى حجيته بصدوره من الدائن وبسلامته المادية ، وحجيته بحقيقة المدون به . وذلك إلى أن يثبت العكس فيجوز للدائن أن يدحض الحجية الأولى بكافة الطرق ويكون ذلك بأن يثبت مثلا ولو بالبينة أو القرائن أن التأشير قد وضعه على السند شخص معين دون علمه أو أنه قد حصل فيه تحريف. فإذا لم يستطع دحض تلك الحجية ، ثبتت أيضاً للتأشير حجية الورقة الموقعة بحقيقة ما دون بها ، أى أن براءة ذمة المدين تعتبر ثابتة بالكتابة إلى أن يثبت العكس، ويكون إثبات العكس بالكتابة أو بما يقوم مقامها ، كأن يبرز الدائن كتابة من المدين يستعمله فيها ، أو يعترف فيها بأنه لم يدفع المبلغ أو يعتذر فيها من عدم دفعه إياه إلى المحصل الذى أرسل الدائن معه[2] ثم أشار الدكتور سليمان[3]، إلى ما قاله بعض شراح القانون الفرنسى من أن التأشير يعتبر قرينة قانونية قاطعة وإلى ما قالته كثرتهم من جواز الإثبات بجميع الطرق ، ثم قال إنه يرى أن النص الخاص بالتأشير على سند الدين لا يقتصر على إنشاء قرينة قانونية على البراءة وإنما هو يعطى هذه الكتابة غير الموقعة قيمة الكتابة الموقعة بدليل أن

---

(١) أنظر بودرى تعهدات رقم ٢٤٥٦ ومن أشار اليهم والحكم المشار إليه فى الهامش ومما يلفت النظر أن شراح القانون الفرنسى بعد أن قرروا أن القرينة القانونية غير القاطعة يمكن دحضها بجميع طرق الاثبات حتى بالشهود والقرائن إذا كانت طبيعتها لاتنافى ذلك قرروا فيما يختص بتأشير الدائن على سند الدين أنه يجوز اثبات ما يخالفه بالشهود والقرائن — بودرى المرجع السابق وأوبرى ١٢ § ٧٥٩ ص ٢٧٧ إلا أن البعض قصر ذلك على حالة ما إذا كان السند تحت يد الدائن — أوبرى فى الموضع السابق ويلاحظ أن المادة ٣٩٩ من قانوننا الجديد سوت بين الحالتين .

(٢) أنظر أصول الاثبات الطبعة الثانية ص ١٥١ تبع رقم ٩٩ .

(٣) فى كتابه السابق هامش ٢ ص ١٤٨ .

النص قد ورد فى باب العقود العرفية لا فى باب القرائن القانونية وأنه عبر عن هذا التأشير بأن يكون حجة كما عبر عن الكتابة العرفية وأن التأشير متى توافرت شروطه تكون له حجية مزدوجة الخ . ولكن (أولا) القانون المدنى الفرنسى فى المادة ١٣٣٢ التى وردت فى الباب السادس (الخاص بالإثبات) من الكتاب الثالث الخاص بالالتزامات على وجه العموم لم تنص على جواز إثبات العكس ولذلك رأى بعض الشراح كما يقول الدكتور سليمان أن التأشير قرينة قانونية قاطعة على البراءة[1] ومع ذلك رجح الرأى الذى قال بجواز إثبات حصول التأشير خطأ[2] مع ملاحظة أن المادة ١٣٣٢ المذكورة تشترط أن يكون التأشير بخط الدائن فليس هناك محل لإثبات أن التأشير وضعه غيره . وأظن أن إثبات وقوع الخطأ منه يستوجب حتما أن يثبته له المدين بأن يكتب له كتاباً يستمهله فيه أو يعترف فيه بعدم دفع المبلغ أو يعتذر فيه عن عدم الدفع للمحصل الذى أرسل الدائن معه السند مؤشراً عليه بالسداد كما يتوقع الدكتور سليمان ، وأليس من الجائز أن يحصل هذا الاعتذار شفهاً لمن أرسل الدائن معه السند فرده لصاحبه (ثانياً) المادة ٣٦٩ من القانون المدنى القائم عندنا التى وردت أيضاً فى الكلام على إثبات الالتزام من الباب السادس من الكتب الأول الذى تحدث عن الالتزام بوجه عام قاطعة فى أن القرينة غير قاطعة فى الأمرين — حجية التأشير بصدوره من الدائن (أو بأمره إذ لم تشترط المادة أن يكون التأشير بخط الدائن كالمادة ١٣٣٢ من القانون المدنى الفرنسى) وبحجيته المادية بحقيقة المدون به إذ قالت المادة ١٣٣٢ المذكورة « التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس أى أن التأشير بذلك كله قرينة قانونية غير قاطعة كما قدمت على صدوره من الدائن وعلى حقيقة المدون به أى أن له هذه الحجية المزدوجة وكل قرينة قانونية غير قاطعة يجوز إثبات عكسها

(١) هامش (٢) ص ١٤٨ .

(٢) أنظر الفقرة ٣٠٨ (من هذه الرسالة) .

بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن وقد قال الدكتور سليمان بذلك ولو كان ما تعفى القرينة من إثباته عملا قانونياً تجاوز قيمته ألف قرش كالوفاء فى قرينة براءة الذمة[1] (ثانياً) حتى لو كان التأشير موقعاً فإنه لا يغير من الأمر شيئاً مادام السند لا زال فى حيازة الدائن أو رد له لعدم الدفع للمحصل ويلاحظ أن للمادة ٣٩٩ قالت « ولو لم يكن التأشير موقعاً » أى سواء كان التأشير موقعاً أوغير موقع . وقد لا يكتفى الدائن بمجرد التأشير، ويوقع الإشارة أيضاً وخصوصاً إذا أرسل السند مع آخر لتحصيله لإقناع المدين بأن التأشير بأمره إذا لم يكن بخطه (ثالثاً) أما كون المادة ٣٩٩ لم ترد فى باب القرائن فليس هناك فى القانون باب خاص بالقرائن ، والقرائن القانونيه جميعها القاطعة وغير القاطعة مبعثرة فى القانون كل فى الموضوع التابعة له إلا ما جاء فى المواد ٤٠٤ — ٤٠٧ من القانون المدنى القائم فى باب الإثبات قاصراً على تعريف القرينة وعلى قرينة قوة الشىء المحكوم به القاطعة . فقد اقتصرت المادة ٤٠٤ على تعريف القرينة القانونية بأنها تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك . والمادة ٤٠٥ نصت على أن الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة الخ . والمادة ٤٠٦ نصت على أنه لا يرتبط القاضى المدنى بالحكم الجنائى إلا فى الوقائع التى فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً . أما المادة ٤٠٧ فإنها تحدثت عن القرائن القضائية فقط . وكذلك عبارة المادة ٢٣٠/٢٩٥ من القانون المدنى السابق تقطع بأن القرينة بشقيها غير قاطعة إذ قالت إن « التأشير بالبراءة على سند الدين حجة على الدائن ولو لم يكن ممضى منه إلا إذا ثبت خلاف ذلك .

---

(١) أصول الاثبات الطبعة الثانية ص ٢٧٦ رقم ١٦٤ .

والقانون المدنى السابق لم يخصص بابا للقرائن كذلك ، ونص على قرينة التأشير المذكورة فى المادة ٢٣٠/٢٩٥ فى باب الإثبات مع قرينة الشىء المحكوم به فقط فى المادة ٢٣٢/٢٩٧ وكل القرائن عداهما نص القانون على كل منها فى الموضوع التابعة له كذلك . على أنه من الوجهة العملية كما قلت فى الفقرة ٣٠٥ إذا كان ثابتا أن السند لم يخرج قط من حيازة الدائن وأن التأشير صدر منه وأنه سليم ماديا يكون من الصعب عليه أن يثبت بشهادة الشهود والقرائن أن للتأشير سبباً غير البراءة — إلا إذا أثبت أن التأشير قد حصل منه على السند خطأ إذ ظنه سند آخر يشبهه فى الموضوع أو فى الاسم الخ . ولعل هذه الصعوبة هى التى حدت بالدكتور سليمان مرقس بأن يقرر ما قرره عن الحجية المزدوجة . هذا والمذكرة الإيضاحية لم تتعرض لهذه النقطة التى أثارها الدكتور سليمان مع أن المادة ٣٦٩ قالت ما دام السند لم يخرج قط من حيازته كما قال الدكتور فى صدر كلامه[1] .

إضافة على تعهد بخط المدين بغير توقيع :

٣٠٩ — إن كل ما تقدم خاص بتأشير الدائن ولم يتكلم الشارع عن إضافة قد يكتبها المدين بخطه على عقد بغير أن يوقع عليها . فماذا عسى أن تكون قيمتها ، إن هذه الإضافة لا يخلو حالها من أحد أمرين ، إما أن تكون ملحقة بالعقد الأصلى وإما أن تكون تعهداً جديداً .

٣١٠ — فان كانت ملحقة بالعقد الأصلى ، أو مكملة له من باب أولى ، فإنه يصح أن تسرى على المدين ، كما إذا كتب فى أسفل سند دين بمبلغ مائة جنيه أنه أخذ أيضاً عشرة جنيهات ، أو لم ينص فى التعهد الأصلى على فائدة أو شرط جزائى فأضاف شيئاً من ذلك ، أو لم يذكر ميعاد الوفاء فأضافه .

---

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٨٨ وما بعدها .

والأمر متروك للقاضى حسبما يرى من ظروف الأحوال . والراجح أنه يأخذ بالإضافة المكملة خصوصاً فى الحالة الأخيرة . وعلى أى حال يجب اعتبار ذلك على الأقل مبدأ للثبوت بالكتابة ضد المدين .[1] .

٣١١ — أما إذا كانت الإضافة عبارة عن تعهد جديد لا علاقة له بالتعهد الأصلى ، فإن المدين لا يؤاخذ بها إذ من الجائز أنها كانت مشروعا فقط لهذا التعهد ولم يتم فلم يوقع عليها على أنه يصح للقاضى اعتبارها مبدأ للثبوت بالكتابة ضد المدين [2] كما سنرى فى الكلام على مبدأ الثبوت بالكتابة .

٣١٢ — وإذا حصلت مثل هذه الإضافة أو تلك بمعرفة الدائن وكانت ضده فأرى أنها تأخذ حكم إحدى الحالتين السابقتين ، ولا يصح أن تطبق المادة ٣٩٩ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٩ إثبات (٢٣٠ / ٢٩٥ من القانون المدنى السابق) لأن هذه المادة لم تنص إلا على التأشير بما يفيد براءة المدين من الدين موضوع التعهد [3] أما إذا كانت إضافة الدائن ضد المدين ، فمن البديهى أن أقول إنه لا قيمة لها ما دام المدين لم يوقع عليها إذ لا يصح لشخص أن يخلق لنفسه بنفسه مستنداً .

الدفاتر التجارية

٣١٢ مكرر — قد تحدث قانون التجارة فى الفصل الثالث من الباب الأول (المواد ١١ — ١٨) عن الدفاتر التجارية التى يجب أن تكون لدى

---

(١) إن الشراح الفرنسيين ميالون لاعتبار القاضى ملزما باعتبار مثل هذه الاضافة سارية على المدين راجع بودرى تعهدات رقم ٢٤٥٧ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٦٠ وبوتيية تعهدات رقم ٧٦٣ و٧٦٤ وبودرى يشير إلى Boiceau 2e par. chap. 11 n. 3

(٢) راجع المراجع السابقة .

(٣) لاروميير على المادة ١٣٣٢ رقم ٢ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٥٨ ولوران ج ١٩ رقم ٣٦٢

التاجر والشروط اللازم استيفاؤها لها ثم رأى الشارع أن يلغى المواد ١١ ، ١٢ ١٣، ١٤ ويستبدل بها قانونا أوفى بالغرض منها لأهمية هذه الدفاتر لضبط الأعمال التجارية التى تهم الصالح العام أكثر مما تهم الصالح الخاص . وقد رأى الشارع فى الوقت نفسه عدم إرهاق صغار التجار بأمر هذه الدفاتر وحفظها نظراً لما تستلزمه من مصاريف ومشاغل لا قبل لهم بها . وهذا القانون هو القانون رقم ٣٨٨ لسنة ٥٣ فقد نصت المادة الأولى منه على أنه على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التى تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالى بالدقة وبيان ماله وما عليه من الديون المتعلقة بتجارته . ويجب أن يمسك على الأقل دفترين هما دفتر اليومية الأصلى ودفتر الجرد ويعفى من هذا الالتزام التجار الذين لا يزيد رأسمالهم على ثلاثمائة جنيه .

ونصت المادة الثانية من القانون ٣٨٨ لسنة ٥٣ المذكور على أنه تقيد فى دفتر اليومية الأصلى جميع العمليات المالية التى يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية ويتم هذا القيد يوما بيوم بالتفصيل . ويجوز للتاجر أن يستعمل دفاتر يومية مساعدة لإثبات تفاصيل الأنواع المختلفة من العمليات المالية. ويكتفى فى هذه الحالة بتقييد إجمالى لهذه العمليات فى دفتر اليومية الأصلى فى فترات منتظمة من واقع هذه الدفاتر ، فإذا لم يتبع هذا الإجراء وجب إخضاع هذه الدفاتر للاحكام الواردة فى المادتين الخامسة والسادسة من هذا القانون .

وكانت المادة ١٣ من قانون التجارة تنص على أن يجب على كل تاجر أن يجرد كل سنة أمواله المنقولة والثابتة ويحصر ما له وما عليه من الديون ويقيد صورة الجرد المذكور فى دفتر يعد لذلك زيادة عن الدفترين المذكورين فى المادتين السابقتين .

ونصت المادة ٤ على أنه على التاجر أن يحتفظ بصورة طبق الأصل من جميع

المراسلات والبرقيات التي يرسلها لأعمال تجارية ،وكذلك جميع ما يرد إليه من مراسلات وبرقيات وفواتير وغيرها من المستندات التى تتصل بأعمال تجارية ويكون الحفظ بطريقة منتظمة تسهل معها مراجعة القيود الحسابية ، وتكفل عند اللزوم التحقيق من الأرباح والخسائر .

ونصت المادة ٣ على أنه تقيد فى دفتر الجرد تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر فى آخر سنته المالية أو بيان إجمالى عنها إذا كانت تفاصيلها واردة بدفاتر وقوائم مستقله . وفى هذه الحالة تعتبر تلك الدفاتر أو القوائم جزءا متمما للدفتر المذكور . كما تقيد بالدفتر صورة من الميزانية العامة للتاجر فى كل سنة إذا لم تقيد فى أى دفتر آخر . وكانت المادة ١٤ من قانون التجارة تنص على أنه يجب أن تكون هذه الدفاتر خالية من كل فراغ أو بياض أو كتابة فى الحواشى عدا ما يترك من البياض فى الدفتر الذى تقيد فيه صور الخطابات بطريق الطبع ويلزم قبل بدء الكتابة فى اليومية ودفتر الجرد أن تنمر كل صحيفة منها وتوضع على كل ورقة بدون مصاريف علامة المأمور الذى تعينه المحكمة الابتدائية لذلك . وفى آخر كل سنة يضع هذا المأمور أيضا فى الدفترين المذكورين وفى دفتر صور الخطابات التأشير اللازم بحضور التاجر الذى يقدمها بدون أن يجوز للمأمور المذكور بأى وسيلة كانت الاطلاع على مضمون الدفاتر المقدمة له ولا حجزها عنده . ونصت المادة ٥ من القانون رقم ٣٨٨ سنة ٥٣ سالف الذكر على أنه يجب أن تكون الدفاتر المنصوص عليها فى هذا القانون خالية من أى فراغ أو كتابة فى الحواشى أو كشط أو تحشير فيما دون بها . ويتعين قبل استعمال دفترى اليومية والجرد أن تنمر كل صفحة من صفحاتهما وأن يوقع على كل ورقة فيهما الموثق الواقع فى دائرة اختصاصه المحل التجارى . ويجب على التاجر أن يقدم إلى الموثق هذين الدفترين فى خلال شهرين من آخر كل سنة مالية

للتأشير عليهما بما يفيد انتهاءها وذلك بحضور التاجر ودون حجز هذين الدفترين لدى الموثق . فإذا انتهت صفحات هذين الدفترين تعين على التاجر أن يقدمهما إلى الموثق للتأشير عليهما بما يفيد ذلك بعد آخر قيد . كما يتعين على التاجر وورثته فى حالة وقف نشاط المحل التجارى تقديم الدفترين المشار إليهما إلى الموثق للتأشير عليهما بما يفيد ذلك . ويكون التوقيع والتأشير فى المحلات المتقدمة بغير رسوم .

ونصت المادة ٦ على أن يعد فى كل مكتب توثيق وفروعه سجل يدون فيه الموثق ماقام به بالنسبة إلى كل دفتر من دفاتر التاجر من الإجراءات المنصوص عليها فى المادة الخامسة ، ويثبت فيه كل ذلك إقراراً من صاحب الشأن بأن هذه الدفاتر هى أول دفاتر له أو أن دفاتره السابقة قد أقفلت .

ونصت المادة ٧ أنه على التاجر وورثته الاحتفاظ بالدفاتر المنصوص عليها فى هذا القانون مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ إقفالها . ويجب عليهم كذلك حفظ المراسلات والمستندات والصور المشار إليها فى المادة الرابعة مدة عشر سنوات .

ونصت المادة ٨ على أن كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذاً له يعاقب مرتكبها بغرامة لا تقل عن عشرين جنيها ولا تزيد على مائتى جنيه .

والتقصير فى اتخاذ تلك الدفاتر وفى مراعاة ما جاء بهذه المواد يجيز اعتبار التاجر مرتكبا لجنحة الافلاس بتقصير طبقاً للمادة ٣٣٤ عقوبات ، إذا أخفى التاجر دفاتره أو أعدمها يعتبر متفالسا بالتدليس طبقاً للمادة ٣٢٨ عقوبات ويعاقب بالسجن .

ونصت المادة ١٥ من قانون التجارة على أن « الدفاتر التى يجب على من يشتغل بالتجارة اتخاذها لا تكون حجة على المحاكم ما لم تكن مستوفية للاجراءات السالف ذكرها . ونصت المادة ١٦ على أنه لا يجوز للمحكمة فى غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفاتر التجارية إلا فى مواد الأموال المشاعة أو مواد التركات وقسمة الشركات وفى حالة الافلاس ، وفى هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر . ونصت المادة ١٧ على أنه يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات فى دعاوى التجارة المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانونا . أى الشارع اعتبر انتظام الدفاتر التجارية أى استيفاءها للشروط المقررة قانونا قرينة قانونية على صحة ما جاء بها . وقد رأينا فى الفقرة رقم ٥٤ وسنرى فى الفقرة رقم ٣١٣ وفى الفقرة رقم ٣٨٢ وما بعدها أن الشارع استثنى المواد التجارية من قاعدة الإثبات بالكتابة مهما كانت القيمة إلا ما نص عليه . ولذلك من المقرر فى جميع الأحوال أن يأخذ القاضى بالدفاتر التجارية المنتظمة إلا إذا أثبت المدين عكس ما فيها بدليل جدى [1] وإثبات العكس جائز بجميع الطرق بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن [2] ولا يصح القول بأن ما فى الدفاتر التجارية ثابت بالكتابة لأن هذه الكتابة حاصلة من الدائن وغير موقعة من المدين ولذلك لا يمكن اعتبار ما فيها أكثر من قرينة قانونية غير قاطعة . والقرائن القانونية غير القاطعة قابلة لإثبات العكس بجميع الطرق . ونصت المادة ١٨ على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها فى أثناء الخصومة بتقديم الدفاتر لتستخرج منها ما يتعلق بهذه الخصومة .

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥٤ ص ٢٤٠ وأشير هنا إلى هذه المجموعة ٤٦ ص ٦٦ و ٥٠ ص ١٢٨ وانظر أيضا ٥٣ ص ١٧٩ . وانظر أيضا المحاماة ٢١ ص ١٠٦١ رقم ٤٤١ والمراجع التى أشير اليها .

(٢) أنظر أوبرى جزء ١٢ § ٧٥٧ ص ٢٦٢

وشرح ذلك تفصيلا من خصائص شراح قانون التجارة. وأكتفى هنا بأن أقول إنه لا يجوز الأخذ بالدفاتر التجارية فيما بين التجار فى مواد تجارية إلا إذا كانت مستوفية للشروط المقررة قانونا كما هو ظاهر من المادة ١٧ / ١٨ تجارى المذكورة وذلك بالتفصيل الآتى (أولا) إذا كانت دفاتر التاجر الدائن مستوفية للشروط المقررة قانوناً ودفاتر التاجر المدين غير مستوفية لها، يصح للقاضى أن يأخذ بدفاتر الدائن (ثانياً) وإذا كان العكس صح الأخذ بدفاتر المدين (ثالثاً) إذا كانت دفاتر كل منها مستوفية للشروط واتفقت فلا كلام ، أما إذا اختلفت فكل تسقط حجة الأخرى [1] وأرى أنه إذا اتفقت دفاتر الطرفين يجب على القضاة الأخذ بها إلا إذا أثبت المدين التخالص بدليل كتابى [2] ، ولا يكون ذلك جائزاً لهم فقط كما جاء فى ألفاظ المادة ١٧ / ١٨ تجارى التى قالت بصفة عامة أنه يجوز الأخذ بالدفاتر التجارية إذا كانت مستوفية للشروط المقررة قانونا [3] .

وإذا تمسك شخص سواء كان تاجراً أو غير تاجر بما أثبته تاجر فى دفاتره يصح لهذا أن يثبت حتى بمجرد القرائن أن ذلك حصل منه خطأ [4] هذا وقد

---

(١) انظر المستشار عزيز كحيل (إثبات الحقوق المدنية) ص١٤٧ وأوبرى جزء ١٢ §٧٥٧ ص٢٦٠ والجدول العشرى الثانى لمجموعة التشريع والقضاء المختلط رقم٢٢٠٧ و٢٢٠٩ وهو يشير إلى المجموعة المذكورة السنة الحادية عشرة رقم ٢٠٠ والخامسة عشرة رقم ٣٤٢ وانظر أيضا أوبرى جزء ١٢ §٧٥٧ ص ٢٦٠ — ٢٦١ .

(٢) وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أنه لاشك فى أنه إذا كانت لدى المدين مخالصة صريحة عن دينه لا يمكن التمسك ضده بدفاتر الدائن ولا بدفاتره — مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥٥ ص ١٦٧ .

(٣) وقد قيل إنه ولو أن المادة ١٧ من القانون التجارى لا تلزم القضاة بالأخذ بالدفاتر التجارية كدليل قاطع لاثبات أو نفى الخصومة التى تقع بين تاجرين فى معاملات تجارية بل جعلت ذلك جوازيا فان القضاء بين الأهلى والمختلط قد استقرا على الأخذ بالدفاتر المذكورة التى استوفيت شرائطها القانونية وظهر عند مراجعتها أنها دفاتر لم يحصل تلاعب فيها وخصوصا إذا كانت القرائن القضائية التى تحيط بالقضية تؤكدها وتؤيدها أو كانت دفاتر الخصم غير قانونية وغير منتظمة متلاعبا فيها أو لم تكن له دفاتر تجارية — المحاماة ٢١ ص ١٠٦١ رقم ٤٤١ المراجع المشار اليها .

(٤) أوبرى جزء ١٢ § ٧٥٧ ص ٢٦٢ .

حكم بأنه إذا صدر حكم لتاجر على تاجر بدين يمكن لهذا إثبات تخلصه من الدين بعد الحكم بدفاتر خصمه [١] .

٣١٢ مكرر (أ) — إنما إذا تمسك تاجر بدفاتر تجارية غير منتظمة أوخذ بها ، لأن تمسكه بها يعتبر إقراراً منه بصحة ما جاء بها هذا ولو سبق الحكم بعدم التعويل عليها بين الطرفين . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كانت المحكمة فى دعوى حساب بين تاجرين قد أصدرت حكما تمهيديا بندب خبير لاجراء الحساب بينهما وقضت فى هذا الحكم بأن دفاتر محلهما التجارى لا يعول عليها فى الاثبات إلا بقدر ما يؤيدها من أوراق أخرى ثم أصدرت بعد ذلك حكما آخذت فيه مقدم هذه الدفاتر بما هو وارد فيها وحدها فحكمها الأخير لا يكون فيه افتيات على حجية الحكم السابق إذ ذلك الحكم إنما يحتج به ويفيد منه من نازع فى حجيه الدفاتر . أما من قدمها وأقام دعواه على أساسها فليس له أن يحتج به أو أن يفيد منه [٢] .

وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كان الطاعن هو الذى تمسك بالدفاتر رغما عن عدم استيفاء الشروط المبينة بالمادة ١٤ من قانون التجارة وإذا كان الحكم المطعون فيه قرر الأخذ بها على اعتبار أنها حجه إلى حد ما بين التجر الوطنيين الذين لا يعتنون ولا يهتمون بشؤن الإدارة وتنسيق الدفاتر وتنظيمها وأن هذا المبدأ ينطبق على العدل وقد جرت عليه غالبية المحاكم ، وإذا كان

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥٥ ص ٥٦ .

(٢) المحاماة ٢٩ ص ٣٧٦ رقم ٢٠٣ حكم صادر فى ٨ من أبريل سنة ١٩٤٨ الذى جاء فى أسبابه « ومن هذا يبين أن مورث الطاعن إذا أقام دعواه إنما استدل عليها بدفاتر المحل المشترك بينه وبين أخيه وأن أخاه مورث المطعون عليهم هو الذى كان ينازع فى حجية هذه الدفاتر فاذا كانت المحكمة قد فصلت فى مدى هذه الحجية وقالت إن الدفاتر لا يعول عليها إلا بقدر ما تؤيدها أوراق أخرى فقضاؤها إنما يحتج به ويفيد منه من نازع فى حجية الدفاتر ، أما من أقام دعواه على أساسها فليس له أن يفيد من هذا القضاء وفقا لمؤاخذته بما هو ثابت بها » .

المطعون عليه هو الذى عارض فى صحتها فليس للطاعن أن يفيد من ذلك .

٣١٢ مكرر (ب) — والتمسك بالدفاتر التجارية المنتظمة محله أن يكون الخصم تاجراً أيضا، أما إذا كان غير تاجر كمصلحة الضرائب مثلا فإن للمحكمة أن لا تأخذ بها إذا لم تطمئن إلى صحة البيانات الواردة بها ولها أن تطلب تقديم المستندات التى تؤيدها، وقد قررت محكمة النقض أن دفاتر التاجر المستوفية للشروط المقررة قانونا محل الاحتجاج بها على خصمه التاجر وليست كذلك مصلحة الضرائب فإنه متى كانت المحكمة لم تطمئن إلى صحة البيانات الواردة بها فى دفتر الطاعن للأسباب السائغة التى أوردتها فقد كانت على حق فى عدم اتخاذها أساساً لتقدير الضريبة[1].

قوة الدفاتر التجارية فى المسائل المدنية :

٣١٣ — ويجب أن أبين هنا ما هى قوة هذه الدفاتر فى المسائل المدنية سواء أكانت بين تاجر وغير تاجر أم بين تاجر وتاجر. إن الشارع لم يسوغ الأخذ بالدفاتر المستوفية للشروط فى المعاملات التجارية إلا لأن القاعدة فى هذه المعاملات طبقا للمادة ٤٠٠ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ٦٠ إثبات (والمادة ٢١٥ / ٢٨٠ من القانون المدنى السابق) هى أنه يجوز إثباتها بالشهود وبالقرائن فلم تأت المادة ١٧ / ١٨ تجارى بشىء جديد إلا فى أنها اعتبرت استيفاء الدفاتر التجارية للشروط المقررة قانونا ، قرينة قانونية غير قاطعة على صحة ما هو وارد بها[2] ، فأجازت للقاضى الأخذ بها إلا إذا أثبت التاجر المدين عكس ما فيها وإلا فيكون الشارع قد سوى بينها وبين التعهدات الكاملة الموقعة من الطرف الآخر ، وهذا غير مقبول عقلا .

---

(١) الحكم الصادر فى ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٤٨ فى الطعن رقم ١١٥ س ق ١٧ .

(٢) وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أن قوة إثبات الدفاتر التجارية الغير ممسكة متى ثبت أن العمل جار فيها بنظام كما تأيدت صحتها بقرائن أخرى موكول كله لمطلق تقدير المحاكم المحاماة ١٥ القسم الثانى ص ٢٣٠ رقم ١١٠ .

٣١٤ — والقاعدة أنه لا يصح للمرء أن يخلق لنفسه بنفسه دليلا أو مستنداً[١] إنما استثنى الشارع المعاملات التجارية للاعتبار المتقدم وأباح للقضاة الأخذ بما فى الدفاتر التجارية المستوفية للشروط، ولو أن الدليل يكون صادراً من الطرف المتمسك بها وغير موقع من الطرف الآخر. ولا ننسى أنه فى الوقت نفسه يصح أن يعمل بدفاتر الخصم المستوفية للشروط كما قدمت . فإذا كان الحق المدعى به غير وارد فيها فلا قيمة لوروده فى دفاتر الدائن .

٣١٥ — يترتب على ذلك أنه يجب عدم الأخذ بذلك فى المعاملات المدنية وعدم إعطاء أية قيمة للدفاتر التجارية مستوفية كانت للشروط أو غير مستوفية لها فى إثبات أى تعهد مدنى[٢] لأن القاعدة فى المسائل المدنية أن يكون الإثبات بالكتابة إذا ما زادت القيمة على عشرين جنيها — إلا فى أحوال استثنائية كما رأينا فى الكلام على الإثبات بالكتابة . إنما يجب أن أفصل فى ذلك قليلا . إن التعهد المدنى إما أن يكون بين تاجر وغير تاجر وإما أن يكون بين تاجر وتاجر وأتكلم أولا عن إثبات تعهد مدنى على غير تاجر لتاجر .

إثبات تعهد مدنى على غير تاجر لتاجر بالدفاتر التجارية :

٣١٦ — لا قيمة لما يرد من التعهدات المدنية فى دفاتر تاجر ولو كانت منتظمة كما قلت ما دام غير موقع من الخصم وصادراً فقط من التاجر المتمسك بالحق المدعى به . وإلا فكأننا أجزنا الإثبات بالقرائن فى المسائل المدنية الأمر الممنوع قانوناً إلا فيما استثنى . ولقد قيل بحق إنه لا يصح اعتبار دفتر التاجر فى مثل هذه

---

(١) Nul ne peut se créer un titre à-lui même.

(٢) أنظر لاروميير على المادتين ١٣٢٩ — ١٣٣٠ رقم ٦ ودمولومب ج٢٩ رقم ٥ ٦٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٢٢ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٧ ص ٢٠٧ .

الأحوال حتى قرينة على وجود الحق الوارد به ، لأن ذلك لا يزيد عن ادعاء تحريرى بما كتب فى الدفتر ، ولا يصح أن نميز ادعاءاً مكتوباً بحق من الحقوق على ادعاء شفوى به [١] . وفضلا عن ذلك فإننا إذا جعلنا لدفاتر التاجر قوة فى مثل هذه الحالة ، نكون قد وضعنا غير التاجر فى مركز أسوأ من مركز التاجر ، إذ ليس له دفاتر يحاج بها خصمه وينفى بها ما فى دفاترة كما لو كان تاجراً . وقد تقدم القول بأن دفاتر التاجر المستوفية للشروط المقررة قانونا محل الاحتجاج بها على خصمه التاجر وليست كذلك مصلحة الضرائب [٢] .

٣١٧ — ويعتبر فى حكم التعهد المدنى التعهد التجارى الذى قد يتعهد به غير التاجر للتاجر صدفة أو عرضاً ، فلا يصح إثباته بدفاتر التاجر الدائن ، وذلك لأن المدين ليس له دفاتر يوجه بها دفاتر الدائن التاجر ويتمسك بها عليه . وأن عملا تجاريا يجريه غير التاجر صدفة أو عرضاً ، ولا يجعله تاجراً [٣] ويلاحظ أن المادة ١٧/١٨ تجارى لا تكتفى بأن يكون العمل تجاريا ، بل تشترط أيضاً أن يكون بين تاجر وتاجر . وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يعتبر تاجراً من يقوم ببعض أعمال تجارية دون أن يحترف بالتجارة [٤] ولكن غير التاجر يقوم بعمليات عديدة من عمليات البورصة يعتبر فى حكم التاجر بسبب التكرار

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٤٢٢ وهو يشير فى الهامش إلى : Bigot-Préameneu, Exposé des motifs Fenet XII 296; Locré XIII, p. 399, al.3 ولكن لاحظ رقم ٣٢١ (من هذه الرسالة) .

(٢) أنظر الفقرة رقم ٣١٢ (من هذه الرسالة) .

(٣) دمولومب ج ٢٩ رقم ٦٠٥ ولارمبيير على المادتين ١٣٢٩ و ١٣٣٠ رقم ٦ وهنا يشير إلى زكاريا الطبعة الرابعة ج ٨ ص ٢٦٩ وانظر أيضا بهذا المعنى أوبرى ج ١٢ § ٧٥٧ ص ٢٥٨ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٢٢ وهنا يشير فى الهامش إلى بردسى (تجارى) جزء أول رقم ٢٥٧ Pardessus ومورلون ج ٢ رقم ١٥٧١ .

(٤) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثانية والعشرين ص ١٠٩ وانظر أيضا السنة الخامسة عشرة ص ٣٢٥ والسنة الثامنة والعشرين ص ٢٥١ .

ويصح مؤاخذته بدفاتره ودفاتر غرمائه [١]

٣١٨ — ولا يعذر التاجر الدائن أى لا يمكنه أن يتمسك بدفاتره ، ولو أن المدين كان تاجراً سابقاً وترك التجارة دون أن يعلم الدائن بذلك ، وإنه ليكفى أن يكون المدين غير تاجر وقت التعاقد حتى ولو لم يعلم للناس أنه ترك حرفته [٢] وقد تقدم القول بأن المادة ١٨/١٧ تجارى لا تشترط أن يكون التعهد تجاريا بل يجب أن يكون بين تاجر وتاجر (وقت التعهد) إلا أن الأمر يكون محل نظر إذا ترك المدين الدائن يعتقد وقت التعهد أنه لا زال تاجراً وكان التعامل من جنس المعاملات التى كان يجريها معه لما كان تاجراً ، وخصوصا إذا كان قد ترك التجارة من وقت قصير ، إذ فى ذلك غش والغش يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات كما سنرى .

٣١٩ — ولكن هل يمكن اعتبار الدفاتر التجارية المستوفية للشرط فى هذه الأحوال مبادىء ثبوت بالكتابة ؟

إن الورقة لا يصح أن تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة ضد شخص إلا إذا كانت بخطه أو كان عليها توقيعه إلا فى بعض الأوراق الرسمية التى تغنى رسميتها عن التوقيع كما سنرى فى الكلام على مبدأ الثبوت بالكتابة . إذاً لا يمكن اعتبار الدفاتر التجارية مبادىء ثبوت بالكتابة يصح تكملة إثبات ما فيها بشهادة الشهود والقرائن وما هى فى الحقيقة فى الأحوال التجارية إلا قرائن كما سبق القول ، أباح الشارع للقضاء الأخذ بها بالقيود التى مر ذكرها . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة سابقا حكمت مراراً باعتبار الدفاتر التجارية مبادىء

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثامنة عشرة ص ٢٨٠ .

(٢) لاروميير على المادتين ١٣٢٩ و ١٣٣٠ آخر رقم ٦ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٢٢ .

ثبوت بالكتابة [١] وهذا شذوذ لا مبرر له إذ لا يصح مطلقاً التمسك على شخص بورقة لم تصدر منه . وهو مخالف للقاعدة المذكورة فى الفقرة رقم ٣١٤ ويجب عدم التأثر بهذه الأحكام على الإطلاق . ولم تستقر محكمة الاستئناف المختلطة على ذلك [٢] ويكاد يكون هناك إجماع على هذه المسألة فى فرنسا أى على عدم اعتبار الدفاتر التجارية مبادىء ثبوت بالكتابة [٣] ولم يشذ عن ذلك إلا القليل [٤] .

٣٢٠ — هذا وقد نصت المادة ١٣٢٩ من القانون المدنى الفرنسى على أن دفاتر التجار لا تنهض دليلا ضد غير التجار بالنسبة للبضائع التى يوردونها إليهم إلا لتوجيه اليمين المتممة [٥] فقط ولعل هذه المادة هى سبب الخطأ الذى وقعت فيه محكمة

---

(١) راجع الأحكام التى أشار اليها المستشار عزيز كحيل فى كتابه إثبات الحقوق المدنية ص ٤٩

(٢) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥ ص ٢٩٤ .

(٣) مركديه على المادة ١٣٢٩ رقم ٢ ودمولومب جـ ٢٩ رقم ٦٠٩ و ٦١٠ وبونييه جـ ٢ رقم ٧٨٠ ولوران جـ ١٩ رقم ٣٣٩ ولارومبيير على المادتين ١٣٢٩ و ١٣٣٠ رقم ١٦ وأوبرى جـ ١٢ § ٧٥٧ هامش ٤ ص ٢٥٨ و ٢٥٩ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٢٥ وهو يشير إلى بونسين (مرافعات) جـ ٤ ص ١٨٦ و ١٨٧ ودفرجييه على توليه Duvergier sur Toullier جـ ٨ رقم ٣٦٩ نوتة ١ والوزية (مرافعات) جزء أول رقم ١٠٥ Aluzet وبوالى على المادة ١٣٨٩ Boileux وبرافار (تجارى) ص ٣٢ ومورلون جـ ٢ رقم ١٥٧٣ وماسيه وفرجيه على زكاريا جـ ٣ § ٥٩١ نوتة ٦ Massé et vergé sur Zacharine وتبرى جـ ٣ رقم ٣٨٨ وانظر ليون كان ورينو (تجارى مختصر) جزء أول رقم ٦١٥ والمطول جـ ٣ رقم ٧٣ وآخرين كثيرين وانظر أيضا سيرى ٣٨ — ١ — ٤٣٧ داللوز ٣٨ — ١ — ٩٩٩ وسيرى ٣٧ — ٢ — ٣٤ .

(٤) توليه جـ ٨ رقم ٣٦٩ وأشار بودرى إلى كتابين آخرين .

(٥) الشارع الفرنسى قال (اليمين) فقط وإنما لابد أن يكون المقصود بها اليمين المتممة لأن اليمين الحاسمة لا يمكن توجيهها إلا من الخصم ، وبدون وجود أى مستند أو كتابة أو دفتر ولا نزاع فى ذلك فى فرنسا — بودرى تعهدات رقم ٢٤٢٣ والمراجع الكثيرة والأحكام التى أشار إليها .

الاستئناف المختلطة فى أحكامها المشار إليها أولا فاعتبرتها مبادىء ثبوت بالكتابة لأنه لا يجوز توجيه اليمين المتممة فى الحقوق التى تزيد قيمتها على عشرة جنيهات إلا إذا كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة أى كتابة صادرة ممن يراد الإثبات ضده . ولكن هذا استثناء من قاعدة أنه لا يصح للمرء أن يخلق لنفسه دليلا أو مستنداً التى ذكرتها فى الفقرة رقم ٣١٤ ولم يأت القانون المدنى السابق عندنا بمثل هذا الاستثناء ، فلا يمكننا الأخذ به فى أحوال تطبيقه — وذلك لأنه من القواعد القانونية أن الاستثناء لا يكون إلا بنص [1] وقد قررت محكمة مصر الابتدائية الأهلية تطبيقا للقانون السابق [2] (أنه من الأصول المقررة أن الإنسان لا يتخذ دفاتره حجة على غيره فى إثبات دينه إذ أن هذه تكون ذريعه لأن يكتفى بالمحررات التى يستحدثها من قبل نفسه على الغير بدون علمه وأن القاعدة لو جعلت مطردة فى جميع الأحوال لكانت عائقاً فى سبيل تقدم وتسهيل المعاملات التجارية ولذلك استثنى القانون جواز الإثبات فيها بالدفاتر واشترط أن يكون بكيفيات مخصوصة كما هو منصوص بالمادة ١١ وما يليها من قانون التجارة ومع ذلك فقد جعل القانون فرقاً بين ما إذا عامل تاجر تاجراً غيره فى مواد تجارية وما إذا عامله فى خلافها من المواد المدنية المحضة ولو كان تاجراً مثله فتكون دفاتره فى الحالة الأولى حجة يتمسك بها وليست كذلك فيما عداها وأن القانون المصرى قد صرف النظر عما هو منصوص عنه فى القانون الفرنسى بالمادة ١٣٢٩ التى يؤخذ من فهمها بطريق الاحتمال أن دفاتر التجار تكون من مبادىء الإثبات بالكتابة المجوزة للتكليف باليمين المتممة) .

ومما يعزز ذلك أنه لا يصح اعتبار الدفاتر التجارية مبادىء ثبوت بالكتابة وأنه لا يصح أن نحذو حذو الشارع الفرنسى (المادة ١٣٢٩) فى اعتبارها

---

(١) قارن آخر هذه الفقرة وبودرى تعهدات رقم ٢٤٢٤ .

(٢) القضاء السنة الثانية ص ٤٧ .

مبادى ثبوت بالكتابة مجوزة لتوجيه اليمين المتممة أن شراح القانون الفرنسى قالوا أن للقاضى أن يوجه هذه اليمين المتممة لأى من الطرفين (وهذا ظاهر من إطلاق النص) أى لا توجه اليمين للتاجر صاحب الدفاتر فقط بل يجوز توجيهها للمدين أيضاً كما قررت محاكمهم[1] مما يضعف من شأن تلك الدفاتر كثيراً بالنسبة للتاجر . ويلاحظ فوق ذلك أن الأمر قاصر عندهم على اليمين المتممة ولا تعتبر الدفاتر مبادىء ثبوت بالكتابة عندهم كما تقدم من حيث إمكان تكملة الإثبات بالشهود والقرائن لأن النص استثنائى ولم يذكر إلا اليمين[2] .

٣٢١ — هذا كله فيما يختص بالمعاملات التى تزيد قيمتها على عشرين جنيهاً . أما المعاملات التى لا تتعدى قيمتها عشرين جنيهاً ، فيصبح إثباتها بالشهود والقرائن طبقاً للمادة ٦٠ من قانون الإثبات فيجوز للقاضى إذاً أن يعتبر الدفتر التجارى قرينة قضائية على صحة ما هو وارد به من هذا النوع من المعاملات المدنية ذلك لأن القاضى حر فى استنباط القرائن القضائية التى تسمى أيضاً القرائن الموضوعية لأن القاضى يستنبطها من موضوع الدعوى وقد نصت المادة ٤٠٧ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٠٠ إثبات صراحة على أنه يترك للقاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون » وليس هناك ما يمنعه من الأخذ بها وحدها أو بمعاونة قرائن أخرى أو شهود أو يوجه اليمين المتممة كما سنرى عند الكلام على هذه اليمين طبقاً للقواعد العامة[3] ولكن المادة ٣٩٧ من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٧ إثبات تنص على أن « دفاتر التجارة لا تكون

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٤٢٣ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٧ ص ٢٥٨ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٠٨ وسيرى ٩٢ — ١ — ٥٧٧ ودالاوز ٩٣ — ١١ — ٤٨٦ .

(٢) أنظر بودرى تعهدات رقم ٢٤٢٥ والمراجع التى أشار إليها وكذلك الأحكام — على أنه قد أشار إلى مرجعين آخرين وحكم وعكس ذلك .

(٣) أنظر الفقرة رقم ٥٩٤ فى الجزء الثانى .

حجة على غير التجار . غير أن البيانات الواردة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة » . فهل يفهم من ذلك أن الشارع لا يريد اعتبار دفاتر التاجر فى هذه الحالة إلا أساساً لتوجيه اليمين المتممة إن رأى القاضى ذلك ولا يصح اعتبارها قرينة قضائية تكفى للاثبات وحدها أو بمعاونة قرائن أخرى أو شهود — هذا مع ملاحظة أن القواعد العامة تسمح للقاضى كما تقدم بتوجيه اليمين المتممة إذا وجد أن القرائن القائمة فى الدعوى لا تكفى وحدها للاثبات . إن ما قصده واضعو القانون هو الشذوذ عن القاعدة العامة بمعنى أنه — حسبما جاء فى المذكرة الإيضاحية — إذا كانت الدفاتر منتظمة صح للقاضى الاستناد إليها فى توجيه اليمين فإن لم تكن كذلك امتنع على القاضى قبولها بهذا الوصف إلا أن تستخلص منها مقومات القرينة . وفى هذه الحالة الأخيرة تسرى الأحكام المتعلقة بالقرائن من حيث وجوب استكمالها بأدلة أخرى ومن حيث قبول الإثبات بمقتضاها[1] .

ولكن يؤخذ من هذا القول إن الدفاتر إذا كانت منتظمة يصح للقاضى توجيه اليمين المتممة ، وإذا كانت غير منتظمة لا يصح له ذلك وإن كان يصح له الأخذ بمقتضاها وحدها باعتبارها قرينة أو بعد استكمالها بأدلة أخرى . ومؤدى ذلك أن الدفاتر غير المنتظمة يصح للقاضى اعتبارها أقوى فى الإثبات من الدفاتر المنتظمة ؟! ولذلك أرى أن واضعى القانون كانوا فى غنى عن الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ من القانون المدنى القائم — كما فعل القانون المدنى السابق اكتفاء بالقواعد العامة وترك أمر اليمين لتقدير القاضى وفطنته . والسبب فى تلك التفرقة غير المنطقية على

---

(١) أنظر المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص٣٨٣ . ولكن خان هذه المذكرة التوفيق فى قولها إن الدفاتر التجارية المنتظمة يعد ما ورد بها مبدأ ثبوت بالكتابة لأن مبدأ الثبوت بالكتابة يجب أن يصدر عن المراد الاثبات ضده — أنظر الفقرة ٣١٩ .

ما اعتقد أن شراح القانون الفرنسى قالوا بعدم توجيه اليمين المتممة إلا إذا كانت الدفاتر منتظمة[1] ولكن نص المادة ١٣٢٩ من القانون المدنى الفرنسى لم يفرق بين الحقوق التى تزيد قيمتها عما يجوز إثباته بالبينة والقرائن ، والحقوق التى تزيد قيمتها على ذلك ويجب إثباتها بالكتابة . وقد قال أولئك الشراح إن القانون أجاز استثناء توجيه اليمين المتممة فى المادة ١٣٢٩ دون أن يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة[2] مما يدل على أنهم يرون أن الشارع كان واضعاً نصب عينه الحقوق التى تزيد قيمتها على نصاب الشهادة . إلا أن الفقرة الأولى من مادتنا خصصت بالحقوق التى يجوز إثباتها بالبينة والقرائن فقط أى التى لا تتجاوز قيمتها عشرين جنيها ولا يخفى أنه لا يجوز توجيه اليمين المتممة فيما تزيد قيمته على عشرين جنيها طبقاً للقواعد العامة عندنا وفى فرنسا كما سنرى فى الكلام على اليمين المتممة إلا إذا كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة فلا أقل من أن تكون الدفاتر التى اعتبرها القانون الفرنسى استثناء مجوزه لتوجيه اليمين المتممة منتظمة[3] إذ من المقرر أن الدفاتر التجارية لا تعتبر كما تقدم القول مبادىء ثبوت بالكتابة مجوزة لاستكمال الإثبات بشهادة الشهود أو القرائن[4] . ولاشك أن القاضى يميل لتوجيه اليمين المتممة فى الحقوق التى لا تتجاوز قيمتها عشرين جنيها إذا كانت دفاتر التاجر منتظمة أكثر مما إذا كانت غير منتظمة . وإذا كان انتظامها لازماً بين تاجر وتاجر فى المسائل التجارية فمن باب أولى فى المسائل المدنية بين تاجر وغير تاجر[5] .

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٤٢٣ والمراجع التى أشار إليها .

(٢) أنظر بودرى تعهدات آخر الفقرة رقم ٢٧٧٠ .

(٣) جاء فى بودرى تعهدات آخر الفقرة رقم ٢٧٧٠ كما تقدم أن القانون أجاز استثناء توجيه اليمين المتممة فى المادة ١٣٢٩ دون أن يكون هناك مبدأ ثبوت بالكتابة — اكتفاء بقوة الدفاتر التجارية .

(٤) المرجع السابق رقم ٢٤٢٥ .

(٥) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٤٢٣ والمراجع التى أشار اليها وتعليقات دالوز على المادة ١٣٢٩ رقم ٢٦ .

وظاهر من نص الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ المذكورة والملغاة والتى تقابلها المادة ١٧ إثبات (أولا) أنها لا يمكن أن تطبق إلا بالنسبة لما يورده التجار لعملائهم (ثانياً) أن تقدير هذه الدفاتر متروك للقاضى إن شاء جعل لها قيمة وإن شاء لم يجعل حسب ظروف كل دعوى ، ولذلك قيل فى النص « تصلح أساساً يجيز للقاضى توجيه اليمين المتممة » (ثالثاً) أن القاضى إذا رأى أن لها قيمة فى الإثبات يجوز له أن يوجه اليمين المتممة استكمالا لدلالتها على الالتزام وقيمته . والأصل أنه يوجه اليمين للتاجر ما دام يرى أن لها قيمة فى الإثبات إلا أنه يجوز له أن يوجهها للعميل حسب ظروف الدعوى كما إذا كانت حالة العميل من شأنها أن تحمل القاضى على أن يثق به أكثر من ثقته بالتاجر ودفاتره (رابعاً) أن ذلك لا يكون إلا فيما يجوز إثباته بالبينة أى فيما لا تتجاوز قيمته عشرين جنيها . إذ يعتبر النص الدفاتر مع اليمين من القرائن التى يصح أن يثبت بها ما يثبت بالبينة[1] ، وقيل أنه إذا كان التاجر صاحب الدفاتر المنتظمة حسن السمعة يجعل القاضى أن يوجه إليه هو اليمين دون العميل[2] وقيل توجه اليمين حسب الظروف

---

(١) وجاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٨٣ ان المادة ٥٣٢ من مشروع القانون المدنى القائم (وهى التى صارت المادة ٣٩٧ من القانون كما صدر) قد عقدت ذلك بشروط ثلاثة « أولها يتعلق بمحل الالتزام فحكم النص لا ينطبق إلا على ما يورده التاجر ، والثانى يتصل بحجية الدفاتر فهى موكولة لتقدير القاضى . وهو مطلق الخيار فى اقرارها أو رفضها ، وفقا لما يتبين من عناصر الدعوى . ولهذه العلة جملت صيغة النص جوازية . والثالث خاص بقيمة هذه الحجية فليست تلك الدفاتر سوى عنصر من عناصر ، ولذلك يتعين على القاضى ، متى قرر قبولها ، أن يستكمل دلالتها بتوجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الطرفين » ولما عرض المشروع على لجنة المراجعة اقترح الدكتور السنهورى اضافة عبارة « وذلك فيما يجوز اثباته بالبينة » ويحسن أن أذكر أنه جاء فى المادة ١٩١٩ من التقنين الهولندى أن الدفاتر تكون حجة على غير التجار بكمية ما تم توريده من البضائع ونوعها متى توافرت الشروط الثلاثة الآتية : (أولا) أن يبيع لغير التاجر نسيئة (ثانيا) أن تكون الدفاتر محررة وفقاً لأحكام القانون أى أن تكون منتظمة (ثالثا) أن يؤكد الدائن صحة دعواه بأداء يمين على ذلك — مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٨٢ . إنما يلاحظ أن هذه المادة لم تقيد قيمة المدعى به بما يجوز اثباته بالبينة كما أنها تلزم القاضى بتحليف التاجر اليمين دون المدين .

(٢) تعليقات دالوز على المادة ١٣٢٩ رقم ٢٤ والمراجع المشار إليها .

ومركز كل منها . وقيل يفضل على وجه العموم توجيه اليمين للمدعى عليه [١] والأمر متروك لفطنة القاضى على كل حال .

وكل ذلك لا يمنع من إثبات عكس ما فى الدفاتر التجارية بجميع الطرق بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن ولا ننسى أن الدفاتر التجارية ولو كانت منتظمة لا تعتبر إلا قرائن على صحة ما جاء بها . فكل ما يثبت بها لمصلحة المتمسك بها ضد خصمه ما هو إلا دليل يجوز نفيه بكافة طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن . وقد قررت محكمة النقض أنه يجوز نفى ما يثبت بالدفاتر التجارية لمصلحة المتمسك بها ضد خصمه بكافة طرق الإثبات [٢] .

٣٢٢ — وليس عدم جواز الاثبات بالدفاتر التجارية ضد غير التاجر من النظام العام . فغير التاجر يصح أن يوافق صراحة أو ضمناً على الأخذ بدفاتر التاجر . والموافقة ضمناً تكون كما إذا وافق على أن تفحص الدفاتر بمعرفة خبير عينه هو ليتبين ما إذا كان التاجر محقاً أم لا ، ويترتب على ذلك أيضاً أنه لا يصح لغير التاجر أن يتمسك بعدم سريان دفاتر التاجر عليه أمام محكمة النقض لأول مرة [٣] .

إثبات تعهد مدنى على تاجر لتاجر بالدفاتر التجارية :

٣٢٣ — إن التعهد المدنى لتاجر على تاجر يأخذ الأحكام المتقدمة ، أى أنه لا يثبت أيضاً بدفاتر التاجر الدائن رغماً عن المدين ، لأن العبرة بنوع التعهد لا بصفة المدين ، أى أنه يكفى أن يكون التعهد مدنياً سواء أكان المدين تاجراً أم غير تاجر . ويلاحظ أن التاجر الذى يتعهد بتعهد مدنى ليس مجبراً على إثباته فى دفاتره ، ولا إثبات أى شىء يتعلق به ، فمركزه فى ذلك كمركز غير التاجر [٤]

---

(١) المرجع السابق رقم ٢٥ والمراجع المشار إليها .

(٢) مجموعة أحكام النقض للمكتب الفنى السنة السابعة ٥٦ ص ٥٣ — ٥٥ والسنه ٢٠ ص ٧٣٢ والسنه ١٧ ص ١٥٩٢ .

(٣) أنظر وقارن بودرى تعهدات رقم ٢٤٢٦ وحكمى النقض اللذين أشار إليهما .

(٤) راجع المادة ١٨/١٧ تجارى وباقى المواد الخاصة بالدفاتر من المادة ١٢/١١ الى ١٧/١٦ والمستشار عزيز كحيل ص ١٤٩ وبودرى تعهدات آخر رقم ٢٤٢٢ .

هذا فضلاعن أن المادة ١٧/١٨ تجارى صريحة فى أن الذى قد يثبت بالدفاتر التجارية لا يكون إلا من المواد التجارية .

٣٢٤ — إنما إذا وجد التعهد المتنازع عليه مقيداً فى دفاتر التاجر المدين أخذناه بما فى دفاتره كما سنرى فى المبحث الآتى :

٣٢٥ — وقياساً على ما جاء فى المادة ٣٩٧ فقرة أولى الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٧ إثبات يجوز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة للتاجر الدائن أو للتاجر المدين فيما يورده التاجر الدائن للتاجر المدين مما لا علاقة له بتجارة المدين كالحاجات المنزلية وذلك إذا كانت القيمة لا تتجاوز عشرين جنيهاً . وقد سبق أن قلت إن العبرة بنوع التعهد لا بصفة المدين .

هل يصح أن تعتبر الدفاتر التجارية حجة ضد التاجر فى المعاملات المدنية ؟

٣٢٦ — لم يرد نص فى القانون المدنى السابق على ذلك ولكن غير معقول أن يقيد تاجر فى دفاتره أنه ملزم لآخر بالتزام مدنى دون أن يكون ذلك قد حصل بالفعل[1] وقد نصت المادة ١٣٣٠ من القانون الفرنسى على أن دفاتر التاجر تعتبر حجة عليه . وأرى أن الشارع المصرى لم يأت بمثل هذا النص فى القانون المدنى السابق لأن الأمر ظاهر — على أن المادة ٣٩٧ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٧ إثبات قالت صراحة فى الفقرة الثانية : وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار . ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضا لدعواه .

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٤٢٧ وهو يشير إلى فينيه ج ١٣ ص ٢٩٥ Fénet ولوكرى ج ١٢ ص ٣٩٩ رقم ١٩٧ Locré

٣٢٧ — وتعتبر دفاتر التاجر حجة عليه ولو كانت غير مستوفية للشروط أى غير منتظمة كما هو ظاهر من النص السابق إذ عمم أن دفاتر التجار تعتبر حجة عليهم ثم خصص أنها إذا كانت منتظمة لا يصح تجزئة ما فيها ، وذلك لأنه لا يصح أن يستفيد التاجر من تقصيره فى استيفاء الشروط الواجبة قانوناً [١] حتى لقد قيل وحكم بأن ذلك يسرى ولو كان التاجر فى حالة إفلاس [٢] كما قيل وحكم أيضاً بأنه يؤخذ بدفاتر التاجر ضده ولو كتبها شخص آخر غيره (وغير كاتبه) بل ولو كان قد كتبها خصمه فى الدعوى لأنه من الطبيعى أن يستنتج أن ذلك لم يحصل إلا بناء على أمره أو على الأقل برضائه [٣] وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية أن دفاتر التاجر تعتبر حجة عليه منتظمة كانت أو غير منتظمة لأنها بمثابة إقرار صادر منه [٤] .

٣٢٨ — وقد قيل أيضاً أنه لا يصح لمن يتمسك بالدفاتر التجارية أن يجزىء ما فيها بالنسبة له ولو كانت غير منتظمة فيأخذ بما كان له ويطرح جانباً ما كان عليه أسوة بالاعتراف إذ لا تصح تجزئته كما سنرى فى الكلام على الإقرار لأن الأمر على أى حال لا يخرج عن كونه إقراراً [٥] وقيل أن للقاضى أن لا يأخذ بما للتاجر

---

(١) أوبرى جـ ١٢ § ٧٥٧ هامش ٦ ودورانتون جـ ١٣ رقم ١٩٨ ودمولومب جـ ٢٩ رقم ٦١٤ ولاروميير على المادة ١٣٣٠ رقم ١٨ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٢٧ وهو يشير إلى مراجع كثيرة وديلامار ولبواتفان جزء أول ص ٢٨٢

Delamarre et Lepoitvin- Contrat de Commission

وبرافار فيريير وديمانجيا جزء أول ص ١٢٣ —

Bravard Veyriéres et Demangeat, Droit Commercial.

وقارن أيضا حكم النقض فى سيرى ٣٧ — ١ — ٤٦ .

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٤٢٧ وأوبرى فى الموضع السابق ص ٢٦٠ وقد أشاروا إلى سيرى ٢٦ — ٢ — ٦ ودالوز الأبجدى تحت كلمة إفلاس Faillite رقم ٦٠٩ .

(٣) دمولومب جـ ٢٩ رقم ٦١٥ ولاروميير على المادتين ١٣٢٩ و ١٣٣٠ رقم ١٨ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٢٨ والحكم الذى أشار إليه فى سيرى ٥١ — ٢ — ٧٣٧ وقال بودرى أيضا أن هذا مارآه بوتيه Pothier فى التعهدات رقم ٧٥٨ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٨٣ .

(٥) لاروميير على المادتين ١٣٢٩ و ١٩٣٠ رقم ٢٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٣٠ وتوليه جـ ٨ رقم ٣٨٨ ودمولومب جـ ٢٩ رقم ٦١٧ ولوران جـ ١٩ رقم ٣٤٣ .

ويأخذ بما عليه [1] فى حالة ما إذا كانت الدفاتر غير منتظمة . وكما قلت فى الطبعات السابقة إننى أميل إلى هذا الرأى لأن مثل تلك الدفاتر لا يمكن أن تكون محل ثقة تامة دائماً بالنسبة لما يكتبه التاجر فيها لمصلحته ، أما ما يكتبه ضد مصلحته فى أى ورقة فهو إقرار تام لا شبهة فيه . إنما أرى أنه إذا كتب التاجر ما عليه وماله على شخص واحد فى عبارة واحدة فى دفتره غير المستوفى للشروط لا تصح تجزئة ذلك مطلقاً هذا وقد تقدم القول بأن المادة ٣٩٧ الملغاة من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ١٧ فقرة ثانية من قانون الإثبات نصت (فى الفقرة الثانية) على أنه إذا كانت دفاتر التجار منتظمة لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ، ويستبعد ما كان مناقضا لدعواه ويفهم من هذا النص كما تقدم أن التجزئة جائزة إذا كانت الدفاتر غير منتظمة لأن المادة اقتصرت على منع التجزئة إذا كانت الدفاتر منتظمة فبطريق اللزم العكسى التجزئة غير ممنوعة إذا كانت الدفاتر غير منتظمة . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية بعد أن قالت إن دفاتر التاجر تعتبر حجة عليه منتظمة كانت أو غير منتظمة ، لأنها بمثابة إقرار صادر منه — « ويتفرع على ذلك وجوب تطبيق القواعد المتعلقة بالاقرارات فى هذا الشأن ، ولاسيما قاعدة امتناع تجزئة الإقرار متى كانت دفاتر التاجر منتظمة أما إذا كانت هذه الدفاتر غير منتظمة فللقاضى أن يقدر مضمونها دون أن يتقيد فى ذلك بقاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار . وقد استظهر المشروع هذا الحكم بإضافة عبارة إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة إلى نص الفقرة الثانية من المادة ٥٣٢ » وهذه الفقرة من المشروع هى عين الفقرة الثانية من المادة ٣٩٧ من القانون المدنى القائم كما صدر ، أى أن المذكرة الإيضاحية قصدت من عبارة أنه إذا كانت الدفاتر منتظمة لا تجوز تجزئة ما فيها — قصدت جواز التجزئة إذا كانت الدفاتر غير منتظمة.

---

(١) كابيتان ج ٢ طبعة ثانية ص ٢٠٠ وقد أشار إلى حكم النقض فى دالوز ٦١ — ١ — ١٩٥ وسيرى ٦١ — ١ — ٧٠٨١ .

هل يصح إجبار التاجر على تقديم دفاتره للتمسك بها عليه ؟

٣٢٨ مكرر — أما فى المسائل التجارية فإنه واضح من المادة ١٦ من قانون التجارة (الأهلى) أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بالاطلاع عليها [١]، إذ قالت لا يجوز للمحكمة فى غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفترين المتقدم ذكرهما (دفتر اليومية ودفتر الخطابات) ولا دفتر الجرد إلا فى الأموال المشاعة الخ » — ذلك للقيمة التى أعطاها القانون لدفاتر الطرفين بالنسبة للمسائل التجارية كما مر علينا ، ولكن هل يجب على المحكمة أن تأمر بذلك إذا طلب الخصم ؟ إنه ما دام الأمر جوازيا بالنسبة للمحكمة فلا يكون وجوبيا . فكما يجوز لها أن تأمر بتقديم الدفاتر يجوز لها أن لا تأمر بذلك محافظة على أحوال التاجر وأسراره إذا وجدت المحكمة من الأدلة فى الدعوى ما يغنيها عن ذلك بما لها من سلطة التقدير . وقد قررت محكمة النقض أن الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقاً مقرراً لخصم التاجر واجباً على المحكمة أن نالته إياه متى طلبه بل الشأن فيه بحسب نص المادة ١٧ من القانون التجارى (يقصد المادة ١٦ / ١٧) أنه أمر جوازى للمحكمة إن شاءت أجابته وإن شاءت أطرحته وكل أمر يجعل القانون فيه للقاضى خيار الأخذ أو الترك فلا حرج عليه إن مال لجانب دون الآخر من جانبى الخيار ولا يمكن الادعاء عليه فى هذا بمخالفة القانون [٢] — ويلاحظ أن المادة ١٧/ ١٨ نصت على أنه « يجوز للقضاء قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات فى دعاوى التجارى المتعلقة بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً » والمستفاد من هذا النص أنه يجوز قبول الدفاتر التجارية لأجل إثبات الحق المدعى به إذا قدمها صاحبها مستنداً عليها ولم تتعرض المادة لوجوب أو جواز الأمر بالاطلاع عليها . والمادة ١٦ / ١٧ هى التى يؤخذ منها أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بالاطلاع على دفاتر الخصم فى المنازعات التجارية . وظاهر من ذلك أن محكمة النقض قد قصدت هذه المادة وأن سبب ذكرها المادة ١٧ خطأ

(١) يلاحظ معنى كلمة اطلاع هذه الفقرة ٣٣٠ .

(٢) الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٣٨ رقم ٢٠٩ .

أنها المادة المختلطة التى تقابل المادة ١٦ فى قانون التجارة الأهلى . وقررت محكمة النقض أيضا أن لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة التقدير أن تطرح طلب تقديم الدفاتر التجارية أو الإحالة على التحقيق متى كانت قد كونت عقيدتها فى الدعوى من الأدلة التى اطمأنت إليها [١] .

٣٢٩ — أما فيما يختص بالمسائل المدنية فالامر غير واضح . وهناك قاعدة أنه لا يصح إجبار شخص على أن يقدم مستنداً ضد نفسه [٢] ولكن إذا سلمنا باعتبار الدفاتر التجارية حجة على صاحبها فى المسائل المدنية وخصوصاً أن القانون المدنى القائم قد نص صراحة فى الفقرة الثانية من المادة ٣٩٧ وتقابلها المادة ١٧ فقرة ثانية من قانون الإثبات على أن دفاتر التاجر تعتبر حجة عليه ، فإنه قد يقال أن هذا يستلزم إمكان إرغامه على تقديمها للاطلاع عليها عند اللزوم ، وإلا فلا فائدة من تقرير ذلك على أنه قد يقال من جهة أخرى إن المادة ١٦/١٧ المذكورة من قانون التجارة نصت على أنه لا يجوز للمحكمة فى غير المنازعات التجارية أن تأمر بالاطلاع على الدفاتر التجارية إلا فى مواد الأموال الشائعة أو مواد التركات وقسمة الشركات وحالة الإفلاس . وفى هذه المادة تحديد للاحوال المدنية التى يمكن الاطلاع فيها على الدفاتر التجارية . ولا يخفى أن للتاجر أسراراً يبغى كتمانها فلا يصح استكشافها بالاطلاع على دفاتره ، إلا إذا نص القانون على ذلك كما فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة ١٦/١٧ المشار إليها . ومن هذا الرأى بعض الشراح عندنا [٣] .

٣٣٠ — إنما يجب علينا أن نلاحظ أن معنى كلمة اطلاع الورد فى المادة

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١٠٩ ومجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الرابعة ص ٢٣٣ رقم ٣٨ .

(٢) Nen o tenetur edere contra se. Personne n'est tenu de produire contre soi .

ولكن أنظر فيما يختص تطبيق هذه القاعدة فى بعض أحوال الفقرة رقم ٤٦ والفقرة رقم ٣٤٤

(٣) والمستشار عزيز كحيل (اثبات الحقوق المدنية) ص ١٥٠ واستشهد جملة أحكام مختلطة ذكر تواريخها .

١٦ /١٧ من قانون التجارة كما هو ظاهر من النسخة الفرنسية هو توصيل وتخلى التاجر عن الدفاتر لخصمه[١] للاطلاع عليها وعلى وجميع محتوياتها إذا شاء، ويكون هذا التخلى للخصم مباشرة أو بواسطة إيداعها فى قلم كتاب المحكمة أو عند شخص ثالث أو بأية طريقة أخرى تراها المحكمة إذا لم يتفق الطرفان على طريقة ما وللمحكمة أن تعين مدة الاطلاع والأشخاص الذى يجوز لهم الاطلاع بما أن للقاضى أن يأمر أو لا يأمر بالاطلاع حسب ظروف كل دعوى[٢] وهذا الاطلاع غير جائز بلا شك فى المسائل المدنية لأن الأصل احترام الأسرار التجارية. لذلك نص الشارع على استثناء بعضها فقط بما جاء فى المادة ١٦ / ١٧ المذكورة مواد الأموال المشاعة ومواد التركات وقسمة الشركات. إنما يجب علينا أن نلاحظ من جهة أخرى أن هناك المادة ١٨/١٩ من القانون التجارى نفسه وقد نصت على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها فى أثناء الخصومة (بتقديم) الدفاتر لتستخرج منها ما يتعلق بهذه الخصومه . إذاً لفظة (تقديم) التى جاءت فى هذه المادة يقصد منها الشارع غير ما يقصده من لفظة (اطلاع) الواردة فى المادة ١٦/١٧ قبلها ، ويلاحظ فوق ذلك أن الشارع لم يقيد الأمر بالتقديم هنا فى المادة ١٨/١٩ بالمسائل التجارية أو بمسائل مدنية معينة ، كما فعل فى المادة١٦/١٧ ، مما يفهم منه أن للقاضى أن يأمر (بتقديم) الدفاتر فى جميع الأحوال مدنية كانت أو تجارية بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه . أما معنى لفظة (تقديم) كما هو ظاهر من النسخة الفرنسية من القانون[٣] ، ليس التخلى عن الدفاتر وإيداعها فى قلم الكتاب مثلا ليطلع القاضى أو الخصم على ما يشاء فيها وإنما فقط مجرد عرضها على المحكمة للاطلاع على الموضوع المتعلقة به الخصومة بحضور صاحبها ليمكنه التأكد من قصر الإطلاع على هذا الموضوع فقط ، ولا يجوز تعيين خبير لفحصها إذ لا يصح إلزام صاحبها بالتخلى عنها . اللهم إلا إذا عين الخبير لفحص

---

(١) حيث قيل Communication

(٢) ليون كان المطول جزء أول طبعة خامسة ص ٢٧٢ رقم 293 e

(٣) إذ قيل representation

الموضوع المتعلقة به الخصومة فقط بحضور صاحبها دون تسليمه الدفاتر وتركها له [١] . وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة مراراً بتقديم الدفاتر التجارية فى المسائل المدنية [٢] نعم أنها قد حكمت أيضاً بعدم جواز الأمر بالتقديم أو الاطلاع إلا بين التجار فى المسائل التجارية ، ولكن هذه الأحكام لم تفرق بين الأمرين — التقديم والاطلاع — وتبين معنى كل منهما [٣] مع أن كل منهما ورد فى مادة على حده ولا يخفى أن الأمر بالتخلى عن الدفاتر بالإطلاع على جميع محتوياتها يغنى عن الأمر بتقديمها لاستخراج ما يتعلق بمسألة معينة فقط ، فلو كان لا فرق

---

(١) قال بودرى تعهدات رقم ٢٤٣١ إنه يمكن استخراج الدليل من الدفاتر التجارية بطريقتين — الاطلاع Communication والتقديم representation والطريقة الثانية من قواعد التشريع العام droit commun أما الطريقة الأولى ففير مسموح بها إلا استثناء فى المواد المذكورة فى المادة ١٤ (التى تقابل المادة ١٧/١٦ عندنا) على سبيل الحصر وأن التقديم لا يوجب التخلى عن الدفاتر وإنما فقط مجرد عرضها أو إبرازها وإظهارها exhibiton بحيث لا يمكن الاطلاع عليها إلا فى مواضع معينة . أما الطريقة الأخرى Communication فهى تسليم الدفاتر والتخلى عنها بحيث يمكن الاطلاع عليها كلها ولذلك لم يسمح الشارع بذلك إلا فى أحوال محدودة. وقد أشار بودرى إلى مراجع كثيرة شراحا وأحكاما ومما جاء فى ذلك أن لفظة Communication معناها التخلى عن الدفاتر للخصم مباشرة أو بواسطة قلم الكتاب ، والمقصود من لفظه representation أن القاضى أو الخبير المعين من قبله هو الذى يطلع على الدفاتر دون الخصم ولكن بودرى يقول أن تفسيره هو المقبول على وجه العموم . وانظر أيضا بمعنى بودرى ليون كان المطول جزء أول طبلة خامسه ص ٣٦٣ رقم ٢٩٣ وص ٣٧٨ رقم ٣٠٠ .

(٢) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثانية عشرة ص ٢٢٤ وقد أشار هذا الحكم إلى المجموعة المذكورة السنة الأولى ص ٣٤٥ والسنة التاسعة ص ٢١٨ والجدول العشرى الثانى لهذه المجموعة رقم ٢٢١٤ كذلك انظر مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الخامسة عشرة ص ٨٦ وص ١٤٦ والجدول العشرى الثانى رقم ٢٢١٨ و ٢٢١٩ والمجموعة أيضا السنة الواحدة والعشرين ص ٣٨٥ والرابعة والعشرين ص ٢٥٢ و ٣٢٦ والجدول الثالث رقم ٣٣١٧ و ٣٣٢٠ و ٣٣٢١ على التوالى وانظر أيضا المجموعة المذكورة السنة الأولى ص ٧٤ والجدول الأولى رقم ٢٥٤١ وقد أشار المستشار عزيز كحيل (اثبات الحقوق المدنية) ص ١٥٠ — ١٥١ إلى أن أحكاما للمحاكم المختلطة قضت بأن للمحاكم الحق فى استحضار دفاتر التاجر ليستخرج منها ما هو متعلق بالقضية

(٣) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة السابعة عشرة ص ٢٢١ والجازيت السنة السادسة رقم ٤٢٨ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط أيضا السنة الثامنة والعشرين ٢٦٤

بين التقديم والاطلاع ، ولم يجعل التقديم من أجل المسائل المدنية على الإطلاق ، بل المسائل التجارية والمسائل المدنية المذكورة فى المادة ١٦/١٧ تجارى فقط ، لاكتفى الشارع بجواز الأمر بالاطلاع ، لأنه أعم من التقديم ويشمله ويغنى عنه كما قلت .

يؤخذ مما تقدم أن المادة ١٦/١٧ من قانون التجارة توجب على التاجر فى المسائل التجارية وفى المسائل المدنية المذكورة فيها إذا أمرت المحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم ، أن يتخلى التاجر عن دفاتره لاطلاع الخصم على مايشاء فيها وإيداعها فى قلم كتاب المحكمة أو غيره لهذا الغرض إذا كان هناك داع لذلك ، ويصح تعيين خبير لفحصها . أما فى المسائل المدنية الأخرى فالمادة ١٨/١٩ لا تلزم التاجر إلا بعرض الدفاتر على المحكمة إذا أمرت ، لاستخراج مايتعلق بالخصومة فقط بحضور التاجر بحيث لا يجوز الاطلاع على غير ذلك . ولا يصح مطلقاً إجبار التاجر على مفارقتها والتخلى عنها وإيداعها فى قلم الكتاب أو عند أى شخص آخر وتسليمها لخبير لفحصها .

وإذا أمرت المحكمة بالاطلاع على الدفاتر أو بتقديمها لاستخراج ما يتعلق بالخصومة فقط ورفض الخصم الخضوع لهذا الأمر فإن المادتين ٢٠و٢٤ من قانون الإثبات تسمحان للمحكمة باعتبار مايريد الخصم إثباته من الاطلاع أو التقديم صحيحاً،فقد نصت المادة ٢٠ على أنه « يجوز للخصم إلزام خصمه بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده (أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه (ب) أو إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه ، ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما للتبادلة (حـ) إذا استند خصم إليه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى » ونصت المادة ٢٤ على أنه « اذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر فى الموعد الذى حددته المحكمة

أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة اعتبرت صورة المحرر التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله وموضوعه » (انظر الفقرة رقم ٣٣٣) . هذا ويجوز للمحكمة أن تصدر حكما تهديدياً ضد من تكون الدفاتر تحت يده عند لزوم ذلك ، فقد نصت المادة ٢١٣ مدنى فقرة أولى « إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم[1] إلا إذا قام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ ويدفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك » كما نصت المادة ٢١٤ « إذا تم التنفيذ العينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعياً فى ذلك الضرر الذى أصاب الدائن والعنت الذى بدا من المدين هذا ومن المسائل التى ذكرتها المادة ١٦/١٧ غير التجارية هى مواد الأموال المشاعة ومواد التركات وقسمة الشركات وفى حالة الإفلاس . وليس المقصود بالأموال المشاعة هنا الأموال التى على الشيوع كما يفهم من لفظة « مشاعة » بل المقصود اختلاط أموال التاجر مع أموال زوجته كما يؤخذ من النص الفرنسى للمادة ١٦/١٧ المذكورة عن الأموال المشاعة[2] . أى نظام اختلاط أموال الزوجين إذا تم الزواج على مقتضى هذا النظام ، فإذا انفصل الزوجان بالطلاق أو الوفاة ولزمت التصفية جاز للمحكمة أن تأمر باطلاع الزوجة أو ورثتها أو الزوج أو ورثته على الدفاتر ليقف كل منهما على نصيبه من الأموال المشتركة ، وأما عن التركات التى يتركها التجار فكل وارث للتاجر وكل موصى له منه بحصة فى التركة مثل الربع أو الثلث له الحق فى الاطلاع على الدفاتر تحت يد من تكون ليقف على مقدار نصيبه . أما الموصى له بعين معينة أو بمقدار معين من المال أو الأجنبى الذى يدعى حقاً ما قبل التاجر فلا يكون له إلا أن يطلب تقديم الدفاتر لفحص ما يتعلق بذلك فقط إذا وجد .

---

(١) وانظر الجزء الثانى رقم ٦٤٠ .

(٢) Régime de communauté

وفيما يتعلق بالشركات التجارية إذا انحلت الشركة يكون لكل شريك أن يطلب الاطلاع على دفاتر الشركة تحت يد من تكون ليقف على مقدار نصيبه من أموالها ، أما المنازعات التى تحصل بين الشركاء قبل الانحلال فأنها تدخل بداهة فى نطاق المنازعة التجارية . وأما فيما يتعلق بالشركات المدنية فقد نصت المادة ٥١٩ مدنى على أن الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها وكل اتفاق على غير ذلك باطل . ولكن هذا ليس أمراً ميسوراً بالنسبة للشركاء المساهمين فى شركات المساهمة وشركات التوصيه بالأسهم لكثرة عددهم إذا إجيب طلب الاطلاع لكل منهم كان ذلك مجلبة لتعطيل أعمال الشركة وإفشاء أسرارها . ولذلك يحسن بالقاضى أن لا يسمح بالاطلاع إلا عند الضرورة بقدر الإمكان .

أما فى شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة وشركات المحاصة فيجوز لكل شريك متضامن وكل شريك موصى وكل شريك فى شركة المحاصة الاطلاع .

وفى حالة الافلاس يجوز للسنديك بصفته وكيلا عن دائنى التاجر أن يطلع على دفاتره ، ولا يخفى أنه لا يستطيع العناية بمأموريته إلا بذلك وليس لأى دائن الحق فى ذلك لأن السنديك يمثله — هذا إلا إذا عين أحد الدائنين مراقباً إذ لا يمكن أن تكون الرقابة مجدية إلا إذا تمكن من الاطلاع .

وقد يفهم من المادة ١٦ / ١٧ من قانون التجارة أنه لا يمكن الاطلاع على دفاتر التجار إلا فى الأحوال المذكورة فى هذه المادة لاستعمالها أداة القصر بقولها « لا يجوز الاطلاع . . . . إلا » ولكن هذا لا يمنع الشارع بداهة من أن ينص بعد ذلك على الأحوال التى يراها تستوجب ذلك كما فعل بالنسبة

لمصلحة الضرائب إذ نصت المادة ٤٠٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩ المعدلة بالقرار رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٩ على أنه « يكون لموظفى مصلحة الضرائب الفنيين من درجة مساعد مأمور فأعلى حق الاطلاع » .

ونصت المادة ٤٥ من تلك اللائحة على أنه « لا يجوز لموظفى مصلحة الضرائب بأى حال من الأحوال استعمال حق الاطلاع فى غير الأغراض المتصلة بربط الضرائب » وهاتان المادتان واردتان فى الكتاب الرابع تحت أحكام عامة لكل الضرائب ، ومفاد ذلك أنه يجوز الاطلاع على دفاتر التجار والشركات وأرباب المهن التجارية والصناعية وكل ممول خاضع للضريبه ، وأوجب القانون أيضاً على رب العمل أن يطلع العامل على دفاتره إذا نص العقد على أن له نصيباً من الأرباح أو الايراد أو الإنتاج فقد نصت المادة ٦٩١ على أنه إذا نص العقد على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق فى جزء من أرباح رب العمل أو فى نسبة مئوية من جملة الايراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شا كل ذلك، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل جرد بيانا بما يستحقه من ذلك . ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل أو إلى شخص موثوق به يعينه ذوو الشأن أو يعينه القاضى المعلومات الضرورية للتحقق من هذا البيان وأن يأذن له فى ذلك بالاطلاع على دفاتره .

هل يجب على القاضى إجابه طلب الاطلاع أو التقديم دائما ؟

إنه فيما يتعلق بالدفاتر التجارية فالأمر جوازى بالنسبة له كما هو واضح من المادة ١٦ / ١٧ من قانون التجارة بالنسبة لما ذكر فى هذه المادة أى بالنسبة للمنازعات التجارية واختلاط أموال زوجه التاجر مع أموال زوجها وتركات

التجار وقسمة الشركات وفى حالة الافلاس إذ نصت على أنه لا يجوز للمحكمة فى غير هذه الأحوال أن تأمر بالاطلاع أى يجوز لها فى هذه الأحوال أن تأمر بالاطلاع ، ومادام الأمر جوازياً فلها أن تأمر بالاطلاع وكذلك بالنسبة للتقديم طبقاً للمادة ١٨/١٩ إذ نصت على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بالتقديم . فللمحكمة إذن أن لا تأمر بالاطلاع أو التقديم إذا رأت أنه لا مصلحة لمن طلب ذلك أو أن طلبه غير جدى أو أنه غير مجد فى الدعوى أو أمكنها أن تكون عقيدتها فيها من عناصر أخرى ومتى ثبت ذلك بناء على أسباب سائغة لا يكون حكمها قد خالف القانون ، ولكن قد يقال أن المادة ٢٠ من قانون الإثبات والتى تقابلها المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات الملغى تعطى الحق للخصم فى إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها[1] . ومع وجود هذا النص فإنه مادام الأمر متعلقاً بثبوت الواقعة محل النزاع يكون لقاضى الموضوع الحق فى أن لا يأمر بإلزام الخصم بذلك إذا رأى أن الدعوى ليست فى حاجة له وبنى ذلك على أسباب سائغة .

وفيما يتعلق بالشركات المدنية قد يؤخذ من المادة ٥١٩ مدنى أيضاً أن الشريك إذا أراد الاطلاع يجب على المحكمة أن تمكنه من ذلك لأن المادة المذكورة جعلت الجواز للشريك لا للمحكمة إذ نصت على أنه يجوز للشركاء أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها وكل اتفاق على غير ذلك باطل ، ولكن قد يقال إن المادة ٢٠ إثبات تعطى الحق للشريك أيضاً فى إلزام خصمه بتقديم ورقة مشتركة بينهما إلا أنه كما تقدم عن الدفاتر التجارية لقاضى

---

(١) انظر الفقرة ٣٣٣ .

الموضوع الحق فى أن لا يأمر بهذا الإلزام إذا رأى أن الدعوى ليست فى حاجة له ما دامت تقيم حكمها على أسباب سائغة .

وقد قررت محكمة النقض أنه وإن كانت المادة ٢٥٣ مرافعات تجيز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أى ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده إلا أن الفصل فى هذا الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لتقدير قاضى الموضوع فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته[1]

ويمكن القول بمثل ذلك بالنسبة لرب العمل والعامل ولو أن المادة أوجبت الاطلاع على رب العمل وبالنسبة لمصلحة الضرائب .

٣٣١ — ولم يراع البعض[2] الفرق بين التخلى عن الدفاتر وترك الخصم يطلع على ما يشاء فيها وبين مجرد تقديمها لاستخراج ما يتعلق بالخصومة وعدم التخلى عنها ، وجعل (التقديم) مثل (الاطلاع) ، وقال إن المادة ١٨ / ١٩ زائدة ومكررة ، إذ لا يتصور أن الشارع بعد أن يبين فى المادة ١٦/١٧ الأحوال المخصوصة التى لا يجوز فى غيرها (استحضار) دفاتر التجار ، يأتى فى المادة التى بعدها ويخالف ذلك البيان . فلو كان مراده التعميم الظاهر فى المادة ١٨/١٩ لما أتعب نفسه بالبيانات التى فى المادة ١٦/١٧ . وقال أيضاً أن هذا التكرار ناشىء عن أن محرر القانون المصرى أراد أن يجمع فى المادة ١٦/١٧ نصوص ثلاث مواد من القانون الفرنسى وهى ١٢و١٤و١٥ ، ففعل ثم نسى وظن أنه لا يحرر إلا المادة ١٤ فجاء بعدها بالمادتين ١٢ و ١٥ (فرنسى) فى المادتين ١٧/١٨ و ١٨/١٩

---

(١) مجموعة الـ ٢٥ عاماً إثبات ٥ ومجموع المكتب الفنى ٤ ص ١٩٣ رقم ٢٩ ومجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ص ٥١٢ .

(٢) المستشار عزيز كحيل (إثبات الحقوق المدنية) ص ١٥١

عندنا . ولكن إذا تصفحنا المواد الفرنسية نجد أن المادة ١٢ لا علاقة لها بالاطلاع والتقديم بل نصت على أن الدفاتر التجارية يجوز قبولها للاثبات فى المسائل التجارية ، وهى تقابل المادة ١٧/١٨ عندنا فقط ولم تمس شيئاً مما هو وارد فى المادة ١٦/١٧ عندنا الخاصة بالإطلاع ، ثم نجد أن المادة ١٤ الفرنسية تقابل المادة ١٦/١٧ عندنا[١] والمادة ١٥ الفرنسية تقابل المادة ١٨/١٩ عندنا[٢] .

٣٣٢ — وإذا كان هناك شيء زائد فهو لفظة (التجارية) التى وردت فى المادة ١٩ تجارى مختلط ولم ترد فى المادة ١٨ أهلى حيث جاء فى المادة المختلطة أنه يجوز للمحكمة (التجارية) أن تأمر من تلقاء نفسها فى أثناء الخصومة بتقديم الدفاتر لتستخرج منها ما يتعلق بالخصومة . ولا يمكن أن يكون المقصود بهذه اللفظة أن يكون أمر التقديم قاصراً على المنازعات التجارية[٣] لأن المنازعات التجارية نص على جواز (الاطلاع) فيها بالماده ١٧ مختلط المقابلة للمادة ١٦ أهلى وقد سبق أن قلت فى رقم ٣٣٠ إن (الاطلاع) يغنى عن (التقديم) وهو أعم وأشد . وإذا قيل إن الشارع المختلط قد قصد بذلك أنه إذا عرضت مسألة مدنية على المحكمة التجارية أثناء نظر قضية تجارية فلها أن تأمر بتقديم الدفاتر ، فإن هذا القول مردود بأنه لا يصح تحريم ذلك على المحاكم المدنية لأن العبرة بنوع القضية لا بنوع المحكمة[٤] ومما يعزز ذلك أى مما يعزز أن لفظة (التجارية) فى المادة ١٩

---

(١) وأتت بلفظة Communication

(٢) وأتت بلفظة Representation

(٣) المستشار عزيز كحيل (اثبات الحقوق المدنية) ص١٥١ .

(٤) قال المستشار عزيز كحيل أيضا (إثبات الحقوق المدنية) ص ١٥٢ إن الشاع المختلط ذكر لفظة (التجارية) فى المادة المختلطة لأن هناك محاكم تجارية ومحاكم مدنية ولم يذكر الشارع الأهلى هذه اللفظة لأن الهيئة التجارية فى المحاكم الأهلية لاتختلف عن الهيئة المدنية . ولكن المادة ١٥ من القانون التجارى الفرنسى المقابلة للمادة ١٩/١٨ عندنا لم تذكر لفظة (التجارية) أيضا مع أن هناك فى فرنسا الهيئات التجارية والهيئات المدنية وعلى هذه المادة يرتكنون فى فرنسا على جواز الأمر بتقديم الدفاتر التجارية فى المسائل المدنية . راجع بودرى تهدات رقم ٢٤٣١ =

مختلط زائدة ولا لزوم لها وأنه ليس الغرض قصر جواز الأمر بتقديم الدفاتر على المسائل التجارية أن المحاكم المختلطة نفسها حكمت مراراً كما قلت فى رقم ٣٣٠ بجواز الأمر بتقديم الدفاتر التجارية فى المسائل المدنية . وفوق ذلك فإننا إذا تأملنا فى المادة ١٧ مختلط لوجدنا أيضاً أنها ذكرت المحكمة (التجارية) بلا داع لأن سياق المادة يستدعى عدم ذكر لفظة (التجارية) بما أن الشارع أباح الاطلاع أيضاً فى المسائل المدنية المبينة بها . والمادة ١٦ الأهلى المقابلة لها لم تذكر لفظة (التجارية) . كذلك الماده ١٤ الفرنسية ، ولا المادة ١٥ الفرنسية المقابلة للمادة ١٩ مختلط نفسها .

٣٣٣ — وإذن لا يصح القول مطلقاً بأن المادة ١٩ مختلط قصدت عدم إمكان التمسك بالدفاتر التجارية فى المسائل المدنية ، أو بعبارة أخرى قصدت أن لا تكون الدفاتر التجارية حجة على التاجر صاحبها فى المسائل المدنية للأسباب السابق ذكرها ، ولأنه إذا تعهد تاجر لآخر بتعهد مدنى وأثبته فى دفاتره فيعذر ذلك الآخر إذا اكتفى بذلك ولم يطلب كتابة أخرى لنفسه لأنه يعلم أن التاجر واجب عليه قانوناً أن تكون له دفاتر وأن يحافظ عليها . وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أنه فى المسائل التى تعتبر مدنية من ناحية غير التاجر للمحكمة السلطة التامة فى أن تأمر بتقديم[1] الدفاتر التجارية لمعرفة حقيقة المسألة المتنازع عليها[2] بل قررت أيضاً أنه يمكن للمحكمة من تلقاء نفسها[3] أن تأمر بتقديم الدفاتر التجارية حتى فى المسائل المدنية[4]

= حيث قال إنه لا فرق فيما يتعلق بالتقديم أو الاطلاع representation on communication على دفاتر التاجر أن يكون النزاع أمام محكمة تجارية أو مدنية وإن نوع المحكمة لا يؤثر على قوة هذه الدفاتر .

(١) La production

(٢) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥٤ ص ١٠ .

(٣) fice

(٤) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٢ ص ٢٨٧ .

٣٣٣ مكرر — ويلاحظ بعد ما تقدم أنه وإن كان للخصم أن يطلب الاطلاع على الدفاتر التجارية أو تقديمها إلا أن إجابة هذا الطلب أمر جوازى للمحكمة طبقا للمادتين ١٦ / ١٧ و ١٧ / ١٨ من قانون التجارة. هذا وقد نصت المادة ٢٠ من قانون الإثبات كما تقدم على أنه « يجوز للخصم فى الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى ، يكون تحت يده : (١) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه (٢) إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه . ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة (٣) إذا استند إليه خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى » . قد يقال بأن المادة ٢٠ إثبات المذكورة قد أحدثت تعديلا هاماً فى المادتين ١٦/١٧و ١٨/١٩ من قانون التجارة بأن أوجبت على القاضى إجابة طلب الاطلاع على الدفاتر التجارية أو تقديمها فى الدعاوى التجارية أو الدعاوى المدنية فى الأحوال المذكورة كما يستفاد من قولها يجوز للخصم أن يطلب إلزام خصمه . ولكن كما تقدم فى الفقرة ٣٣٠ لقاضى الموضوع الحق فى أن لا يأمر بالاطلاع أو التقديم . هذا ويلاحظ أن كلمة تقديم فى المادة ٢٠ تشمل كلمتى الإطلاع والتقديم اللتين مر ذكرهما فيما يتعلق بالدفاتر التجارية بعد أن أصبح التشريع عندنا لا يتقيد بمعانى الألفاظ الفرنسية والتشريع الفرنسى .

ثم إنه ظاهر من المادة ٢٠ المشار إليها أنه يجب أن يكون ما فى الدفاتر منتجاً فى الدعوى [1] ولكى يتمكن القاضى من الوقوف على ذلك نصت

---

(١) فمثلا إذا كان ما فى الدفاتر غير متعلق بالدعوى أو يراد إثبات عقد هبة عقار أو رهنه كانت تقديمها غير منتج فى الحالة الأولى لعدم التعلق بالدعوى، وفى الحالة الثانية لأن هبة العقار أو رهنه يجب أى يحصل بعقد رسمى.

المادة ٢١ من قانون الإثبات[1] أيضاً على أنه يجب أن يبين الطالب (١) أوصاف المحرر الذى عينه (٢) فحوى المحرر بقدر ما يمكن من التفصيل (٣) الواقعة المراد التى يستدل به عليها ثم قيل فى (٥) وجه إلزام الخصم بتقديمه كما نصت تلك المادة فى (٤) على أنه يجب على الطالب أيضاً أن يبين الدلائل والظروف التى تؤيد أنه تحت يد الخصم .

ويراعى ما يلى :

نصت المادة ٢٢ على أنه لا يقبل الطلب إذا لم تراع فيه أحكام المادتين السابقتين ونصت المادة ٢٣ على أنه إذا أثبت الطالب طلبه أو أقر الخصم بأن المحرر فى حيازته أو سكت أمرت المحكمة بتقديم المحرر فى الحال أو فى أقرب موعد تحدده . وإذا أنكر الخصم ولم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب وجب أن يحلف المنكر يميناً بأن المحرر لا وجود له أو أنه لا يعلم بوجوده ولا مكانه وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به . ونصت المادة ٢٤ على أنه إذا لم يقم الخصم بتقديم المحرر فى الموعد الذى حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة اعتبرت صورة المحرر التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها . فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكله أو بموضوعه . ونصت المادة ٢٥ على أنه إذا قدم الخصم محررا للاستدلال به فى الدعوى فلا يجوز له سحبه بغير رضاء خصمه إلا بإذن كتابى من القاضى أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة فى ملف الدعوى يؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل ونصت المادة ٢٦ على أنه يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم

---

[1] قارن المادة ٢٠٤ من قانون المرافعات السابق

محرر تحت يده وذلك فى الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى المواد السابقة

ونصت المادة ٢٧ على أنه « كل من حاز شيئا أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقا متعلقا به متى كان فحص الشيء ضروريا للبت فى الحق المدعى به من حيث وجوده ومداه . فإذا كان الأمر متعلقا بسندات أو أوراق أخرى فللقاضى أن يأمر بعرضها على ذى الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء ، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها فى إثبات حق له .

على أنه يجوز للقاضى أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة فى الامتناع عن عرضه

ويكون عرض الشيء فى المكان الذى يوجد فيه وقت طلب العرض ما لم يعين القاضى مكانا آخر ، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدما ، وللقاضى أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض » .

الدفاتر والأوراق الخصوصية (١)

٣٣٤ — إن كثيرين من الناس يحررون لأنفسهم مذكرة خصوصية بمعاملاتهم وإيراداتهم ومصروفاتهم وبحوادث حياتهم أيضاً فى بعض الأحيان وقد تكتب هذه المذكرات فى أوراق متفرقة أو فى دفاتر . وفى بعض الأحيان يكون موقعاً عليها ، وغالباً لا يكون موقعاً عليها . هذه هى الدفاتر والأوراق

---

(١) يعبرون عنها فى فرنسا بالدفاتر والأوراق المنزلية Des registres et papiers domestiques

الخصوصية [١] وهذه الدفاتر والأوراق قد تحوى التزاماً التزم به آخر لصاحب الدفاتر والأوراق ، أوالتزم هو به لآخر ؟

أما إذا حوت التزاماً التزم به آخر لصاحبها فلا قيمة لها بناء على قاعدة أنه ليس لشخص أن يوجد لنفسه بنفسه مستنداً . وقد قررت محكمة النقض أن من يدعى براءة فعليه إقامة دليلها والإنسان لا يستطيع أن يتخذ من عمل نفسه دليلا لنفسه يحتج به على الغير فدفتر الناظر المثبت لحساب الوقف ومقدار ما يستحقه كل من المستحقين لا يعتبر دليلا لورثته على المستحقين بقبضهم قيم استحقاقهم ما دام لا توقيع لهم على هذا الدفتر [٢] . وقررت محكمة النقض أيضاً أن مجرد إعلان شخص فقد ختمه فى إحدى الصحف لا ينهض دليلا على صحة هذه الواقعة ولا يعتبر حجه على التمسك بورقة مختومة بهذا الختم [٣] وقد نصت المادة ١٣٣١ من القانون المدنى الفرنسى صراحة تطبيقا لهذه القاعدة على أن الأوراق الخصوصية لا تكون حجة لصاحبها .

وإذا حوت التزاما التزم به صاحبها لآخر فلا يمكن للغير أن يتمسك بها بناء على قاعدة أنه لا يصح إجبار شخص على تقديم مستند ضد نفسه [٤] وخصوصا أنه ليس من الواجب على الإنسان قانونا وعرفا أن تكون له مذكرات ، كما يجب على التاجر أن تكون له دفاتر فى الشئون التجارية . وقررت محكمة النقض

---

(١) قارن لوران ج ١٩ رقم ٣٤٤ ولارومبيير على المادة ١٣٣١ رقم ١ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦١٩ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٦٧ وبودرى تعهدت رقم ٢٤٣٢

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١ — ومجموعة القواعد القانونية ١ ص ٨٨٣ رقم ٣/٢٩٠

(٣) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ٢ — ومجموعة أحكام النقض السنة الأولى ص ٢٠٧ رقم ٥

(٤) أنظر فيما يختص بعدم تطبيق هذه القاعدة فى بعض الأحوال الفقرة رقم ٤٦ مكرر والفقرة ٣٣٣ مكرر والفقرة رقم ٣٤٤ والفقرة رقم ٣٥٠ .

على أنه لا يجبر خصم على أن يقدم دليلا يرى أنه ليس فى مصلحته فإن من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه [1] .

على أن الأمر يحتاج إلى شىء من التفصيل . وقد تعتبر هذه المذكرة حجة لصاحبها ، وقد تعتبر حجة عليه .

قد تعتبر المذكرات الخصوصية حجة لصاحبها :

٣٣٥ — سنرى فيما بعد أنه يصح إثبات التعهدات بشهادة الشهود والقرائن ولو زادت قيمتها على عشرين جنيها إذا منع مانع أدبى من أخذ كتابة بها طبقا للمادة ٦٠ من قانون الإثبات / ٤٠٠ الملغاة من القانون المدنى القائم (٢١٥ / ٢٨٠ من القانون المدنى السابق) فيصح للقاضى أن يأخذ بمذكرات الطبيب مثلا باعتبارها قرائن قضائية أى موضوعية على صحة دعواه فضلا عن أن الظروف تمنعه أدبياً عن طلب كتابة بكل زيارة [2] .

٣٣٦ — ويصح فيما عدا ذلك أن يستأنس القاضى بالمذكرات الخصوصية فتساعد على تقوية أدلة أخرى تبعاً للظروف باعتبارها قرائن قضائية أى موضوعية ، كلما جاز الأخذ قانوناً بالقرائن . ويكون من باب المبالغة القول بفقدانها حتما لكل قوة . ولا يخفى أن القاضى حر فى استنباط أية قرينة موضوعية . وقد تقرر ذلك

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ٣ — ومجموعة القواعد القانونية ٢ ص ١٦٠ رقم ٥٠

(٢) أنظر بلانيول المطول جـ٧ سنة ١٩٣١ رقم ١٤٩٢ وأوبرى جـ ١٢ § ٧٥٨ ص٦٨ والجازيت السنة الخامسة رقم ٢٩ حيث جاء فى هذا الحكم أن القضاء ثابت على ذلك والسنة العاشرة رقم ٣٠ وسيرى ٨٩ — ٢ — ٤٥ وقارن أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٤٣٣ والمراجع الأحكام الكثيرة التى أشار إليها .

فى فرنسا فقها وقضاء[1] بالرغم من كون المادة ٢٣٤١ من القانون المدنى الفرنسى نصت على أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لمن كتبها . وخيراً فعل الشارع عندنا بعدم إيراد مثل هذا النص مادام القاضى حراً فى استنباط القرائن الموضوعية .

٣٣٧ — إنما لا يصح فيما يجب إثباته بالكتابة اعتبار المذكرات الخصوصية مبدءاً للثبوت بالكتابة بحيث يسوغ معها سماع الشهود والالتفات إلى القرائن[2] . لأنها فى ذاتها ليست دليلا كتابياً ناقصاً يصح أن يكمل بالشهود والقرائن ، ولا يمكن اعتبار ورقة مبدأ للثبوت بالكتابة ضد شخص إلا إذا كانت بخطه أو عليها توقيعه أو فى حكم ذلك كما سنرى فى الكلام على مبدأ الثبوت بالكتابة فى الفقرة رقم ٤٣٢ وما بعدها .

٣٣٨ — كذلك لا يصح اعتبارها مبدأ للثبوت بالكتابة بحيث يصح معها توجيه اليمين المتممة[3] إذ لا يصح كما قلت اعتبارها دليلا ناقصاً فتتمه

---

(١) انظر دمولومب ج ٢٩ رقم ٦٢٥ وهيك ج ٨ رقم ٢٦٠ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٦٨ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٣٣ ولوران ج ١٩ رقم ٣٤٨ وأحكام النقض الفرنسية فى سيرى ٨٢ — ١ — ٢٠٠ ودالوز ٨٢ — ١ — ٥٨ وسيرى ١٩٠٤ — ١ — ٧٦ الذى أشار إلى مراجع أخرى و ١٩٠٤ — ١ — ٥١٢ وقارن الفقرة رقم ٣١٣ (من هذه الرسالة) وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أن الدفاتر المنزلية التى تحرر يوميا بطريقة تدل على صدق ما هو مدون فيها لا تستبعد استبعاداً كليا وهى تحتوى على كل حال على دليل de plus فى مصلحة صاحبها — مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٠ ص ١٤١ وانظر أيضا سيرى ٤٨ — ١ — ٥٠١ و ٤٨ — ١ — ٥٩٢ و ٨٢ — ١ — ٤٩٣ و ٤٢ — ١ — ٦٣٥ و ٤٤ — ١ — ٧٤٤

(٢) هيك ج ٧ رقم ٢٦٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٣٣ وأوبرى ج ٢ § ٧٥٨١ ص ٢٦٨ وحكم النقض الفرنسى المشار إليه — فى سيرى ١٢ — ١ — ٧٠٤ .

(٣) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٨٦ ولارومبيير على المادة ١٣٣١ رقم ٣ ولوران ج ١٩ رقم ٣٤٧ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٦١ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٣٣ =

هذه اليمين ولا يصح قياسها فى ذلك على الدفاتر التجارية المنتظمة فيما يجوز إثباته بالبينة طبقاً لنص المادة ١٧ من قانون الإثبات (٢٩٧ الملغاة من القانون المدنى العام)[١] لأن هذا النص استثنائى لا يقاس عليه ، ومقصور على الدفاتر التجارية وخاص بما يورده التجار . وفى فرنسا حيث نص أيضاً فى المادة ١٣٢٩ على أن تلك الدفاتر التجارية يصح اعتبارها مبدأ للثبوت بالكتابة من حيث إمكان توجيه اليمين المتممة تقرر أن الدفاتر والأوراق الخصوصية لا يمكن اعتبارها مثلها لعدم النص عليها[٢] .

٣٣٩ — ولا يصح أن يثبت بها الدائن أن مدينه دفع له جزءاً من دينه لقطع مضى المدة[٣] ، خصوصاً وأن هذا من عمله هو .

٣٤٠ — إنما إذا كانت هذه الأوراق منتظمة بشكل يحمل على الثقة بها ثقة تامة يصح أن تعتبر حجة لصاحبها إذا اتفق خصمه معه على الرجوع إليها[٤] .

= ودمولومب جـ ٢٩ رقم ٦٢٤ ودورانتون جـ ١٣ رقم ٦٢١ وتوليه جـ ٨ رقم ٤٠٠ وانظر حكم النقض المشار إليه فى داللوز الأبجدى تحت كلمة تعهدات رقم ٥٣٢١ .

وقد قال بعض شراح القانون عندنا إنه يجوز الاعتماد على الأوراق الخصوصية لأجل توجيه اليمين المتممة من جانب المحكمة وزاد على ذلك فى الهامش أنها تعتبر حينئذ شبه سند ، ولكن لا يمكن التسليم بذلك مطلقا لأن تلك الأوراق ليست فى ذاتها دليلا — وقد أشار إلى كابيتان جـ ٢ ص ٢٢٠ حرف (أ) الطبعة الأولى فراجعته فوجدت الأمر بالعكس أى كما قلت .

(١) انظر الفقرة رقم ٣٢١ (من هذه الرسالة) .

(٢) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٤٣٣ والمراجع والأحكام التى أشار إليها .

(٣) قارن الفقرة رقم ٣٠٩ مكرر وانظر دمولومب جـ ٣٩ رقم ٦٢٨ وأوبرى جـ ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٦٩ وهو يشير فى الهامش إلى فلكس وهنريو Foelix et Henrion des rentes foncières p. 440 not,ter وفازى Vazeille Des presription s 1,215 وتر وبانج (مضى المدة) جـ ٢ رقم ٦٢١ وسيرى ٤٢ — ١ — ٧١٩ وانظر أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٤٣٨ .

(٤) أوبرى جـ ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٦٩ وحكم النقض الفرنسى فى سيرى ٧٧ — ١ — ٣٣٨ .

وليس فى اتفاق الطرفين على ذلك مخالفة للنظام العام[1] ويصح أن يوافق الخصم على الأخذ بما فى تلك الأوراق والدفاتر ضمناً كما تقدم فى الفقرة رقم ٣٢٢ على الدفاتر التجارية بالنسبة لغير التاجر[2] .

يصح أن تكون الأوراق الخصوصية حجة على صاحبها

٣٤١ — يصح أيضاً أن تكون الأوراق الخصوصية حجة على صاحبها فى بعض الأحوال عندما يكون الأمر بيناً لا لبس فيه . ويصح اعتبارها مبدأ للثبوت بالكتابة ضده إذا لم يكتف القاضى بها[3] ولكن لا يمكن إجبار صاحبها على تقديمها كما سبق أن رأينا بما أن القانون أو العرف لا يقضى بتحريرها . إنما إذا قدمها راضياً مختاراً ، ووجد أنه أثبت فيها تخلص مدينه من دينه أو من جزء منه ، سواء بالوفاء أو الإبراء أو الاستبدال الخ[4] فليس هناك ما يمنع من الأخذ بذلك ، لأنه لا يعقل أن شخصاً يثبت ذلك فى أوراقه أو دفاتره الخصوصية من غير أن يكون قد حصل فعلا . وقيل إن ذلك يعد فى قوة اعتراف منه[5] .

٣٤٢ — كذلك إذا أثبت شخص مثلا فى أوراقه أو دفاتره الخصوصية أنه اقترض من آخر مبلغاً من النقود ورفض هذا أن يأخذ عليه سنداً فأثبت ذلك

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٤٣٤ وبلانيول المطول فى الموضع السابق ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٢٥ مكرر داللوز ٧٧ — ١ — ٢٥٤ وسيرى ٧٦ — ١ — ٤١٩ .

(٢) انظر بودرى فى الموضع السابق .

(٣) قارن المجموعة الرسمية المختلطة السنة الثالثة عشرة ص ١٤٠ .

(٤) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٤٣٦ وما أشار إليه .

(٥) انظر دمولومب ج ٢٩ رقم ٦٢٦ وبودرى فى الموضع السابق وقد أشار إلى بوتييه أيضا .

ليحل محل السند ، فإن تلك العبارة لا شك تعتبر حجة على صاحبها . ولا يكفى مجرد ذكر الدين دون القول بأنه إنما أثبته فى الدفتر ليحل محل سنده ، لأن مثل هذا الذكر المجرد يكتبه المدين عادة لنفسه كمذكرة ، ومن المتبع أن يسلم الدائن سند الدين للمدين عند الوفاء أو يعطيه مخالصة به ، وقد يهمل المدين شطب تلك المذكرة[1] ولكن لا ننسى أن تلك المذكرة المجردة يصح أن تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة تجوز تكملته بالشهود والقرائن كما تقدم فى الفقرة السابقة[2] .

وبهذا كله تقضى القواعد العامة ـ على أن المادة ٣٩٨ الملغاة من القانون المدنى القائم ثم المادة ١٨ من قانون الاثبات ـ ولم يكن هناك نص فى القانون المدنى القديم ـ نصت صراحة على ما تقدم قائلة : لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا فى الحالتين الآتيتين : (أ) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته . وهذا النص مطابق لنص المادة ١٣٣١ من القانون المدنى الفرنسى . إنما يجب أن يلاحظ أنه إذا ثبت الدائن فى أوراقه الخصوصية أن مدينه دفع له جزءاً من دين فانه لا يستطيع أن يقطع بذلك مضى المدة بالنسبة لباقى الدين . كما تقدم فى الفقرة رقم ٣٣٩ . ويجب أن نلاحظ أيضا أنه يجب أن تكون الكتابة بخط صاحب الأوراق إن لم تكن موقعة منه أو بخط وكيله أو مدير أعماله أو كاتم سره أو كاتبه أو أى نائب عنه . كما سنرى فى الفقرة رقم ٣٤٥ والفقرة ٣٤٦ ، ويجب أن يلاحظ كذلك أنه فيما عدا

---

(١) أنظر لوران جـ ١٩ رقم ٣٥٣ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٣٩ ودمولومب جـ ٢٩ رقم ٦٦٠

(٢) أنظر بودرى تعهدات رقم ٢٤٤٢ والمراجع التى أشار إليها ، كذا حكم النقض الذى أشار إليه .

الحالتين المذكورتين فى المادة ١٨ إثبات يصح أن تعتبر الدفاتر والأوراق المنزلية قرائن تضم إلى وثائق أخرى أو عناصر أدلة أخرى سبق تقديمها وفقاً للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن [١].

٣٤٣ — أما إذا لم يقدم الأوراق أو الدفاتر الخصوصية صاحبها راضيا مختاراً فمع مراعاة ما سيلى فى الفقرة التالية ، لا يمكن إجباره على تقديمها على أنه قد رأى بعض شراح القانون الفرنسى أنه يمكن إلزامه بتقديمها وإلا كان نص المادة ١٣٣١ المذكورة عندهم نصاً ميتاً [٢]. ورأى البعض الآخر أن هذا الإلزام يكون مقصوراً فقط على حالة ما إذا ادعى المدين الدفع [٣] ولكن الرأى الراجح علما وقضاء أن ذلك غير ممكن لأنه لا نص يسمح بذلك كالمادتين ١٥ و ١٧ تجارى المقابلتين للمادتين ١٦ / ١٧ و ١٨ / ١٩ تجارى عندنا [٤] اللتين جاءتا استثناء لقاعدة أنه لا يمكن إجبار شخص على تقديم مستند ضد نفسه [٥] ولا يخفى أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه وقد قررت محكمة النقض كما تقدم أنه لا يجبر خصم على أن يقدم دليلا يرى أنه ليس فى مصلحته فإنه من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة وليس لخصمه أن يلزمه تقديم

---

(١) وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ٣ ص ٣٨٦

(٢) lettre morte راجع لوران ج ١٩ رقم ٣٥٥ و٣٥٦

(٣) دورانتون ج ١٣ رقم ٢١٠ وتوليه ج ٨ رقم ٤٠٤ ومركديه على المادة ١٣٣١ رقم ٦ .

(٤) رقم ٣٢٨ ومابعده .

(٥) بودرى تعهدات رقم ٢٤٤٧ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٧٢ ولاروميير على المادة ١٣٣١ رقم ١٢ وهيك ج ٨ رقم ٢٦٢ وارنتز ج ٣ رقم ٣٤١ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٣٦ و٦٣٧ ويشير بودرى الى بوجول ج ٥ ص ١٥٨ Poujol وكلية دى سانتير ج ٥ رقم ٢٩٥ وبلانيول جزء ثال رقم ٢١٦ الطبعة الأولى وقارن أيضا بونييه ج ٢ رقم ٧٤٦ وانظر نالوز ٤٩ — ٥ — ٦٢٧ وسيرى ٥٠ — ٢ ٥١ وقارن سيرى ٧٥ — ١ — ٤٢٤

مستند يملكه ولا يريد تقديمه[١] وقررت محكمة مصر بهيئة استئنافية أن الأوراق الخصوصية أو المنزلية هى ملك لصاحبها فلا يجوز إجباره على تقديمها والحكم عليه بذلك ، وتدخل فى عداد الأوراق الخصوصية دفاتر كل مصلحة من المصالح (فى موضوع الحكم الأوقاف) إذا كانت متعلقة بحسابها الخاص من مصرف وإيراد والتى تسجل فيها أعمالها الخصوصية بصفتها شخصاً أدبياً ، وكذلك ما يكون بينها وبين فروعها من المخابرات والرسائل[٢] وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أنه لا يمكن الخروج عن قاعدة أنه لا يصح إجبار شخص على تقديم مستند ضد نفسه إلا فيما يتعلق بالدفاتر التجارية طبقاً للمادتين ١٧ و ١٩ تجارى (مختلط) فلا يصح أن نقيس عليها الدفاتر الخصوصية ، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن إلزام الأوقاف بتقديم دفاترها لإثبات أن مستأجراً دفع لها ماعليه من الإيجار[٣] وتقرر ذلك أيضاً بالنسبة لوزارة الزراعة[٤] وبالنسبة لدائرة[٥] وتقرر كذلك أنه بين طرفين ليسا من التجار لا يمكن التمسك بالدفاتر الخصوصية لأن ذلك يخالف قاعدة أنه لا يمكن إجبار شخص على تقديم مستند ضد نفسه[٦] .

٣٤٤ — على أنه إذا كانت الأوراق الخصوصية ملك الطرفين المتنازعين

---

(١) مجموعه القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض ج ٢ ص ١٦٠ رقم ٥٠ ومجموعة ال٢٥ عاما اثبات ٥ .

(٢) المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٠ ص ١٥٩.

(٣) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثالثة ص٨٤

(٤) استئناف فى المحاماة ١٣ ص٤١٧ رقم ٢١١/ ٣

(٥) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الأولى ص٣١٠ .

(٦) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الرابعة عشرة ٣٤ وانظر ايضا السنة الثالثة عشرة ص ٢٨٦ .

فإنه يصح الأمر بتقديمها كأوراق تركة أو شركة[١] أو وكيل فيما يتعلق بوكالته لأنها تعتبر ملكا مشتركا بين الورثة أو بين الشركاء أو بين الوكيل والموكل[٢] فيصح إلزام الوارث الذى تحت يده أوراق التركة أو الشريك الذى تحت يده أوراق الشركة تقديم هذه الأوراق ليتمسك بها باقى الورثة أو باقى الشركاء ضده، كذلك يصح إلزام الوكيل بتقديم أوراقه الخصوصية فيما يتعلق بشئون الوكالة ليتمسك بها الموكل. وقد جرى القضاء عندنا على ذلك، وقرر أنه يمكن لخصم أن يطلب تقديم أوراق التركة الخصوصية التى هى ملك لجميع المتخاصمين فى الدعوى[٣] وأية ورقة أو مستند يقدم من أحد الخصوم فى دعوى يجوز التمسك به ضده فى الدعوى نفسها أو فى دعوى أخرى لاعلاقة لها بها[٤].

إنما يجب أن يلاحظ أن المادة ٢٠ إثبات قد نصت صراحة كما سبق القول على أنه يجوز للخصم فى الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أى محرر منتج فى الدعوى يكون تحت يده: (١) إذا كان القانون يجبر مطالبته بتقديمه أو تسليمه (٢) إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه، ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان محرراً لمصلحة الخصمين أو كان مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة. (٣) إذا استند إليه خصمه فى أية مرحلة من مراحل الدعوى[٥] ولكى

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٤٤٧ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ ص ص ٢٧٣ وحكم النقض فى سيرى ١٩٠٩ — ١ — ١٢٨ وأيضا سيرى ٧٦ — ٢ — ١٣٩ و٧٨ — ١ — ٤٤٤ ودالوز ٢٨ — ١ — ٨٠. وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أنه فى نزاع مدنى محض وبين أشخاص ليسوا تجارا لايجوز الأمر بتقديم المستندات الخاصة كالدفاتر المنزلية مثلا إلا إذا كانت ملكا مشتركا للطرفين — المحاماة ١١ ص ١٠٨٨ رقم ٣٥٧ / ٤ وقالت أيضا لايمكن لخصم أن يتمسك بدفاتر خصمه فى نزاع مدنى إلا إذا كانت مشتركة بينهما — مجموعة التشريع والقضاء ٤٣ ص ٢٢٠ و ٤١ ص ١٦٢

(٢) سيرى ٨٠ — ٢ — ٢١٤ ودالوز ٨٠ — ٢ — ٩١

(٣) مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة السادسة عشرة ص ٢٥٠ وانظر أيضا السنة الثانية عشرة ص ٢٢٤ والسنة السابعة عشرة ص ٢٣١.

(٤) استئناف فى المحاماة ٨ ص ١٧٥ رقم ١٣٠.

(٥) انظر الفقرة ٣١٣ مكرر وهامشها.

تحت المحكمة على تعلق الواقعة المراد إثباتها بالدعوى وجواز إثباتها وإنتاجها ووجود المحرر تحت يد الخصم نصت المادة ٢١ على أنه « يجب أن يبين فى هذا الطلب (١) أوصاف المحرر الذى يعينه (٢) فحوى المحرر بقدر مايمكن من التفصيل (٣) الواقعة التى يستدل بها عليه (٤) الدلائل والظروف التى تؤيد أنه تحت يد الخصم (٥) وجه إلزام الخصم بتقديمه » ونصت المادة ٢٢ على أنه «لايقبل الطلب إذا لم تراع فيه أحكام المادتين السابقتين» وإذا لم تذكر فى الطلب البيانات الواجب ذكرها بمقتضى المادة ٢١ لا تعيره المحكمة التفاتاً . ومن باب أولى إذا اقتصر الأمر على الاشارة إلى المحرر أثناء المرافعة أو فى مذكرة ولم يطلب تقديمه صراحة . وقد قررت محكمة النقض أن ما أجازته المادة ٢٥٣ مرافعات سابق التى أصبحت الآن المادة ٢٠ إثبات ، للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى مشروط بما أوجبته المادة ٢٥٤ مرافعات سابق التى صارت الآن ٢١ إثبات من بيان أوصاف الورقة التى يعنيها وفحواها بقدر مايمكن من التفصيل والواقعة التى يستشهد بها عليها والدلائل والظروف التى تؤيد أنها كانت تحت يد الخصم ووجه إلزامه بتقديمها . فإذا كان الخصم فى دعوى تعويض ، له أن يطلب صراحة إلى محكمة الموضوع إلزام خصم آخر فى الدعوى بتقديم ورقة أشار إليها هو فى مذكرته فإن المحكمة لاتكون ملزمة بالرد على أمر لم يطلب إليها صراحة وعلى الوجه المبين فى القانون[1] .

ونصت المادة ٢٣ على أنه «إذا أثبت الطالب طلبه وأقر الخصم بأن المحرر فى حيازته أو سكت ، أمرت المحكمة بتقديم المحرر فى الحال أو فى أقرب موعد تحدده . وإذا أنكر الخصم ولو لم يقدم الطالب إثباتاً كافياً لصحة الطلب وجب أن يحلف للمنكر يميناً « بأن المحرر لاوجود له أو أنه لايعلم بوجوده ولا مكانه

---

(١) مجموعة المكتب الفنى ٧ / ٥٦ رقم ٢/١٠ ص ٩٥

وأنه لم يخفه أو لم يهمل البحث عنه ليحرم خصمه من الاستدلال به » . ونصت المادة ٢٤ على أنه « إذا لم يقم الخصم بتقديم الورقة فى الموعد التى حددته المحكمة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة اعتبرت صورة المحرر التى قدمها خصمه صحيحة مطابقة لأصلها ، فإن لم يكن خصمه قد قدم صورة من المحرر جاز الأخذ بقوله فيما يتعلق بشكلها أو بموضوعها » . ونصت المادة ٢٥ على أنه « إذا قدم الخصم محرراً للاستدلال به فى الدعوى فلا يجوز له سحبه بغير رضاء خصمه إلا بإذن كتابى من القاضى أو رئيس الدائرة » : ونصت المادة ٢٦ على أنه « يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن فى إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده وذلك فى الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها فى المواد السابقة »[1] .

وظاهر مما تقدم أن محكمة الموضوع لها أن ترفض طلب إلزام الخصم بتقديم ورقة تحت يده إذا رأت بناء على أسباب مبررة أنها غير متعلقة بالدعوى أو غير جائز إثباتها أو غير منتجة فيها ، أو أن الطلب غير جدى . وقد قررت محكمة النقض أن تقدير الدلائل أو المبررات التى تجيز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده هو نظر موضوعى يتعلق بتقدير الأدلة مما يستقل به قاضى الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فيه[2] .

---

(١) وجاء فى المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات السابق فى شأن النصوص المقابلة للمواد سالفة البيان أن هذه النصوص جديدة اقتبسها المشرع من القانون التركى والقانون الألمانى ملاحظا أنه إذا كان القانون المدنى أو التجارى يجيز للخصم مطالبة خصمه بتقديم ورقة منتجة فى الدعوى أو بتسليمها إليه إذا كانت الورقة مشتركة بين الخصمين كما لو حررت لمصلحتهما أو كانت مبينة لالتزاماتها أو حقوقها المتبادلة أو كان الخصم نفسه سبق أن تمسك بالورقة فى مرحلة من مراحل الدعوى فينبغى أن توجد وسيلة تخول من يجوزها على تقديمها أو لمنعه من إعنات خصمه بحبسها كى يحرمه من فرصة الاستدلال بها . وقارن الفقرة رقم ٤٦ مكرر (من هذه الرسالة) والفقرة رقم ٣٥٤ .

(٢) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الرابعة ص ١٨٣ رقم ٢٩ والسنة ١٩ ص ٩٥١ ، والسنة ١٢ ص ٢١٢ ، ٤٠٤

وقررت أيضاً بالنسبة للدفاتر التجارية بأن لها أن تطرح طلب تقديمها متى كانت قد كونت عقيدتها فى الدعوى من الأدلة التى اطمأنت إليها[1].

وقد قررت محكمة النقض أنه وإن كانت المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات — والتى تقابل المادة ٢٠ إثبات — تجيز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة فى الدعوى تكون تحت يده إذا توافرت إحدى الأحوال الثلاثة الواردة فيها ، إلا أن الفصل فى هذا الطلب باعتباره متعلقاً بأوجه الإثبات متروك لتقدير قاضى الموضوع فله أن يرفضه إذا تبين له عدم جديته . وإذن فمتى كانت المحكمة إذ رفضت إجابة طلب الطاعن إلزام المطعون عليه بتقديم دفاتر الوقف لإثبات وفائه للأجرة التى ادعى أنه قام بدفعها قد قررت بالأدلة المبررة التى أوردتها وبما لها من سلطة التقدير الموضوعية فى هذا الخصوص أنه طلب غير جدى فإن النعى عليها بمخالفة القانون يكون على غير أساس[2] .

وقد يؤخذ من المادة ٢٤ إثبات أنه إذا لم يقدم الخصم الورقة أو امتنع عن حلف اليمين المذكورة فى المادة ٢٣ إثبات يجب على المحكمة أن تحكم ضده ولكن لا يمكن تقييد محكمة الموضوع بأمر يتعلق بتقدير الدليل كما تقدم . فلها بالرغم من ذلك أن تحكم لمصلحته إن كان هناك مايبرر ذلك من أسباب من شأنها أن تؤدى إلى ذلك . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كانت محكمة الموضوع قد اتخذت إجراء من إجراءات تحضير الدعوى بأن كلفت أحد الخصوم بتقديم ورقة من الأوراق فلم يقدمها وادعى عدم وجودها عنده فإن لها أن تحكم فى موضوع الدعوى لمصلحة الخصم الذى يترجح لديها أنه هو المحق ، وبحسبها أن تكون قد دونت فى حكمها حجج الطرفين واعتمدت فى ترجيح مارجحته منها

---

(١) مجموعة المكتب الفنى السنة ١٢ رقم ٢٧/٤ ص٢١٢

(٢) مجموعة المكتب الفنى لاحكام النقض السنه السادسة ٥٤ — ٥٥ رقم ٨٨/٢ ص ٦٦٣ — ٦٦٤ .

على أسباب مقبولة ليكون حكمها هذا بعيداً عن رقابة محكمة النقض لأن الاجتهاد فى ذلك كله داخل فى فهم الواقع فى الدعوى مما لاشأن فيه للقانون[1]

٣٤٥ — ويجب أن يلاحظ أن الأوراق الخصوصية لتكون حجة على صاحبها ، يلزم أن تكون بخطه أو موقعاً عليها منه ، فإذا وجدت ورقة لدى دائن تثبت تخلص مدين له من دينه ولم تكن بخطه ولا توقيعه ، فلا يمكن للمدين أن يتمسك بها[2] إذ لا يخفى أنه من السهل دس مثل هذه الورقة بين أوراق الدائن .

٣٤٦ — ولكن إذا كانت الكتابة بخط وكيل صاحبها أو مدير أعماله أو كاتم سره أو كاتبه أو أى نائب عنه تعتبر كأنها صادرة منه[3] وقيل بل إذا كانت بخط المدين ذاته وكانت تدل على تخلص ، تسرى على الدائن إذا كانت قد حصلت تحت بصره أو بإذنه وموافقته[4] . ولكن هل من السهل على المدين إثبات ذلك إذا أنكر الدائن ؟ وألا يجوز أن يكون فى مقدور المدين أن يصل إلى أوراق الدائن فيدس بينها ورقة بخطة خصوصاً إذ كانت بينهما علاقة تسمح بذلك ، ثم يدعى أنه كتبها تحت نظر الدائن أو بإذنه وموافقته . وعلى أى حال فإن الأمر متروك لقاضى الموضوع فى كل ذلك .

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما جزء أول اثبات رقم ٦ ومجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ١٠٨٢ رقم ٢/٢٤٢ وانظر أيضا مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات رقم ٧ جلسه ٧/١١ /٤٨ .

(٢) أوبرى جـ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٧٠ ودمولومب جـ ٢٩ رقم ٦٣٢ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٤٣ ودرراتون جـ ١٣ رقم ٢٠٥ ولاروميير على المادة ١٣٣١ رقم ٩ ولوران جـ ١٩ رقم ٣٤٥ وحكم النقض المشار إليه فى سيرى ٤٣ — ١ — ٧٠٤ وداللوز الأبجدى تحت كلمة تعهدات رقم ٤٢٦٠ .

(٣) دمولومب جـ ٢٩ رقم ٦٣٢ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٤٣ وأوبرى جـ ١٢ § ٧٥٨ ص ١٧٠ ولاروميير على المادة ١٣٣١ رقم ٩ وسيرى ٦٥ — ١ — ٦٣ و ٢٢ — ١ — ٢٦١ .

(٤) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٤٤٣ وما أشار إليه فى الهامش ومن ذلك حكم النقض فى سيرى ٦٥ — ١ — ٦٣ وداللوز ٦٥ — ١ — ١٦٠ .

٣٤٧ — وعلى أى حال فإن صاحب الورقة يمكنه أن يثبت بالشهود والقرائن القوية أن ما أثبته أو أثبت فى أوراقه الخصوصية لم يحصل عن حقيقة وأنه نشأ عن خطأ مثلاً أو كتب عن أمر لم يتم ، وليست فى هذا أية مخالفة لقاعدة أنه لا يمكن إثبات ما يخالف الكتابة إلا بكتابة مثلها ، لأن المقصود بالكتابة فى هذه القاعدة هو العقود أو السندات بمعنى الكلمة — الرسمية أو العرفية الموقعة من الطرفين أو من الطرف المتعهد على الأقل ، وتكون فى حيازة الطرفين أو المتعهد له حيازة شرعية ، وكذلك ما يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة وكان فى حيازة المتعهد له حيازة شرعية أيضاً وكملته الشهود والقرائن ، أما المذكرات الخصوصية التى يكتبها صاحبها لشخصه لا يمكن اعتبارها عقوداً أو سندات لأنها تصدر عنه وحده ولا تكتب ليتمسك بها الطرف الآخر ولا تسلم إليه لهذا الغرض [1] .

٣٤٨ — أما الطرف الذى يتمسك بما فى أوراق الطرف الآخر الخصوصية إذا قدمت أو أمر بتقديمها عند جواز ذلك كما هى الحال فى أوراق التركات والشركات الخ ، فإنه ليس مكلفاً بتقديم دليل آخر على الدفع أو على مديونية صاحب الأوراق له مادام ذلك ظاهراً فيها [2] وإنما لا يمكنه أن يجزىء ما يوجد فى تلك الأوراق [3] فإذا وجد فيها أن صاحب الأوراق اقترض منه ألف جنيه ووجد فيها أيضاً أنه رد له هذا المبلغ ، فإنه لا يستفيد شيئاً ، لأنه لا يمكنه أن يأخذ بما جاء فى مصلحته ويطرح ما جاء ضده .

٣٤٩ — ولكن إذا فرضنا فى هذه الحالة المتقدمة أنه وجد أن صاحب الأوراق الخصوصية أثبت فيها أنه دفع لمن تمسك بها ١٥٠٠ جنيه بدل

---

(١) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٤٤٤ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٣٥ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٧١ وبونييه ج ٢ رقم ٧٤٢ .

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٤٤٤ .

(٣) دمولومب ج ٢٩ رقم ٦٣٤ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٧١ وبونييه ج ٢ رقم ٧٤٣ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٤٥ .

١٠٠٠ جنيه ، هل يمكنه أن يطالب بالفرق وهو ٥٠٠ جنيه بدعوى فرعية مثلا؟ لا يمكن ذلك ، وأعود إلى القول بأن الأوراق الخصوصية لا يمكن أن تعتبر حجة لصاحبها [1] .

٣٥٠ — هل إذا وجد ما فى الأوراق الخصوصية مشطوباً أو حوول محوه تكون له قيمة؟ يجب أن نفرق بين الحالتين المذكورتين فى رقم ٣٤١ و٣٤٢ .

إذا أثبت شخص فى أوراقه الخصوصية أن مديناً له دفع ما عليه مثلا فالشطب أو محاولة المحو لا تؤثر ما دامت الورقة تظل مقروءة [2] لأن الدائن لا يثبت ذلك أولا إلا إذا كان قد حصل بالفعل عادة والمدين يستفيد من ذلك بمجرد حصوله ويكتسب حقاً فى التخلص من دينه ، فلا يملك الدائن بعد ذلك حرمانه من حقه المكتسب . وبعبارة أخرى لا يصح أن يملك الدائن بعد الدفع أن يضيع حق المدين — إلا أن له طبعا أن يثبت أن لهذا الشطب سببا يجعل ما كتبه عديم القيمة ما دام يجوز أصلا أن يثبت أن ما كتبه (بدون أى شطب) نشأ عن خطأ أو عن عدم تمام الدفع كما قلت فى رقم ٣٤٧ .

أما إذا أثبت شخص فى أوراقه الخصوصية أنه اقترض من فلان مبلغ كذا ، وأبى فلان أن يأخذ عليه سنداً ، فكتب هذه المذكرة لتحل محل السند ، ثم شطب ذلك أو أراد محوه ، فإن هذا الشطب أو المحو يؤثر ولو ظلت العبارة

---

(١) انظر دمولومب ج ٢٩ رقم ٦٢٩ والحكم الذى أشار إليه وآتي ببعض أسبابه وانظر أيضا مركدية على المادة ١٣٣١ رقم ٤ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٧١ ولاروميير على المادة ١٣٣١ رقم ٦ .

(٢) بونييه ج ٢ رقم ٨٤٢ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٣٣ ولاروميير على المادة ١٣٣١ رقم ١٠ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٧٠ ودورانتون ج ١٣ رقم ٢٠٨ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٣٧ وما أشار إليه فى الهامش وبلانيول المطول فى الموضع السابق .

مقروءة لأنه يدل على الدفع أى أنه وفّى دينه [1] ومثل من يكتب تلك العبارة لا يظن أنه يشطبها أو يمحوها بغير دفع لأن له ذمة أبت عليه إلا أن يثبت على نفسه بنفسه دينا لآخر دون أن يكون ثابتاً عليه بوجه آخر . والفرق واضح بين هذه الحالة والحالة السابقة .

وعلى أى حال ليس للدائن فى هذه الحالة ،أو المدين فى الحالة الأخرى ، الحق فى أن يتضرر من ذلك ، لأنه قصر فى أخذ سند بالدين ، أو مخالصة تدل على الدفع أو سند الدين نفسه مع أن ذلك كان فى وسعه .

٣٥١ — وإن الإنسان ليشعر بأن المذكرات الخصوصية المكتوبة على أوراق منفصلة مبعثرة هنا وهناك [2] لا يمكن أن تكون لها قيمة كالمذكرات المدونة فى دفاتر بانتظام وترتيب بحسب تواريخ حصول مسائلها ولضبط الأعمال والتصرفات والإيرادات والمصروفات الخ ، والرجوع إليها عند اللزوم .

وذلك لأن المذكرات التى تكتب على أوراق منفصلة ، ليست ثابتة . وكتابتها على أوراق منفصلة لاتدل على عناية صاحبها بما فيها والاهتمام بها وبنية المحافظة عليها . ولكن لا يمكن على أى حال أن نقول أنه لا يمكن اعتبارها إطلاقاً ، وإنما تكون للقاضى حرية أوسع فى تقديرها ولا يمكن القول بعدم جواز اعتبارها مبدأ للثبوت بالكتابة ضد صاحبها [3] وقد تكون عبارتها قاطعة

---

(١) بلانيول المطول فى الموضع السابق ودورانتون ج ١٣ رقم ٢٠٨ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٤٣ ولاروصبيير على المادة ١٣٣١ رقم ١٠ وأوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٧٠ وقد أشار مقارنا إلى سيرى ٦٦ — ١ — ٤٠١ فيما يختص بشطب دائن لدين له وانظر أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٤٩٢ وقد أشار إلى بوتييه ومركدية .ولوران وهيك وبوتييه

(٢) يعبرون عنها فى فرنسا بلفظ feuilles volantes « أوراق طائرة » .

(٣) أوبرى ج ١٢ § ٧٥٨ ص ٢٧٢ والمراجع التى أشار إليها وسيرى ٥٤ — ٢ — ١٣١ وقد قال دمولومب ج ٢٩ رقم ٦١٩ إن لفظة أوراق وعبارة دفاتر منزلية الواردتين بالمادة ١٣٣١ من القانون المدنى الفرنسى مترادفتان تاريخيا واستشهد تعريفا قانونيا قديما لبوتييه والمادة ١٤١٥ حيث جاء فيها (أوراق منزلية) فقط مما استنتج منه هذا الشارح =

فى الأمر كما إذا وجدت ورقة مكتوب فيها (إننى استلمت مبلغ كذا من فلان أمس مما لى عليه) لاشك فى أن هذه العبارة وحدها كافية لإثبات الدفع دون حاجة لأى دليل آخر لأن كلمة أمس تدل على حصول الدفع حتما . كذلك إذا وجدت ورقة مكتوب فيها (أن فلاناً أقرضنى مبلغ كذا وأبى أن يستلم سنداً على بهذا المبلغ فكتبت هذه المذكرة لكى يعمل بها الورثة بعد وفاتى) فإن هذه العبارة أيضاً كافية وحدها لإثبات القرض ولا يعيبها ولا التى قبلها كونهما كتبتا فى أوراق منفصلة[1]

٣٥٢ — وفيما عدا ما تقدم يصح للقاضى كما سبق أن قلت أن يتخذ مما فى الدفاتر والأوراق الخصوصية قرينة قضائية أى موضوعية لتعزيز دليل أو تكملته كما فى حالة مبدأ الثبوت بالكتابة ، أو فى حالة ما إذا كانت القيمة عشرين جنيهاً أو أقل ، أو إذا كان هناك مانع من الكتابة الخ . وبعبارة أخرى يجوز للقاضى أن يتخذ من الدفاتر والأوراق الخصوصية قرينة موضوعية كلما جاز له الأخذ بالبينة والقرائن[2] .

= أنها ترادف (دفاتر منزلية) . ثم قال أنه على أى حال لا يمكن منع القاضى من اعتبارها إطلاقا وقال لاروميير تعليقا على المادة ١٣٣١ رقم ١٣ إنه لا يمكن أن تقوم مثل هذه الأوراق دليلا وحدها على صحة مافيها وليس من المحتم فى جميع الأحوال اعتبارها مبدأ للثبوت بالكتابة وترك ذلك للقاضى وفرق بين ما إذا كانت الورقة موقعا عليها أم لا وبين ما إذا كانت عند الدائن أو المدين وبين ما إذا كانت مخالصة أو دينا .

أنظر أيضا فى هذا الموضوع والآراء المختلفة فيه حيث فرق البعض بين الأوراق والدفاتر وساوى البعض الآخر بينها — بوتييه تعهدات رقم ٧٥٩ و ٧٦٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٤٦ وبونييه ج ٢ رقم ٧٤٤ وكذلك انظر توليه ج ٨ رقم ٥٣٧ Toullier و Taulier IV. P. 491 et Zacharae § 754. note 4V وسيرى ٧٤ — ٢ — ١٤ كما أشار إلى ذلك أوبرى وكذلك بلانيول المطول فى الموضع السابق .

(١) أنظر مركديه على المادة ١٣٣١ رقم ٤ و ٥ .

(٢) أنظر بودرى تعهدات رقم ٢٤٢٣ والمراجع والاحكام الكثيرة التى أشار إليها وبلانيول المطول ج ٧ سنة ١٩١١ رقم ١٤٩٢ .

٣٥٣ — إن الشارع فى القانون المدنى السابق لم يتكلم عن الخطابات لأن الناس كانت تتراسل نادراً فيما سبق لصعوبة المواصلات . ولذلك كان يندر التعامل بالمراسلة[1] هذا فضلا عن أن الخطابات لا يقصد بها التعاقد عادة . ولكن الخطاب إذا حوى تعاقداً ، فليس هناك ما يمنع من الأخذ به ، لأن التعاقد فى الحقيقة ما هو إلا اتحاد إرادة كل من المتعاقدين ، وليس من الضرورى أن يحصل هذا الاتحاد فى مجلس واحد أو بشكل خاص . ولا شك فى أن الخطابات أقوى من الدفاتر التجارية والخصوصية مادامت من الطرف الملتزم . فإذا أرسل شخص إلى آخر خطابا يعرض فيه أن يبيعه شيئاً بمبلغ كذا ، فأجابه بعتك هذا الشىء بمبلغ كذا الذى قلت به ، أو أجابه موافقاً على البيع بأية صيغة أخرى انعقد البيع . وقد قررت محكمة النقض أنه قد يتم إيجاب وقبول بمقتضى خطابين[2] وكلما كان الخطاب واضحاً فى أمر تعاقد ، كلما قرب من العقد بمعنى الكلمة . هذا وقد نصت المادة ١٦ من قانون الإثبات (٣٩٦ الملغاة من القانون المدنى القائم) صراحة على أن تكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفى من حيث الإثبات . إنما يجب أن يلاحظ أن العقد يكون عادة أوفى ، لأنه يحرر بحضور الطرفين بعد مناقشة وأخذ ورد وإملاء كل منهما شروطه . ويجب أن يلاحظ أيضاً أن التعاقد بالمراسلة لا يصح فيما أوجب الشارع فيه تحرير عقد رسمى كالهبة والرهن العقارى وبيع السفينة ، لأن العقد الرسمى يشترط أن يكون تحريره بمعرفة موظف رسمى مختص

---

(١) أنظر الهامش الأخير للفقرة التالية وما جاء فى المذكرة الايضاحية .

(٢) أنظر فيما يختص بانعقاد إيجار الحكم الصادر فى ١٩٤٤/١/٢٧ فى الطعن رقم ٧١ سنة ١٣ القضائية وفيما يختص بانعقاد صلح الحكم الصادر فى ١٩٤٣/١١/١٨ فى الطعن رقم ٣٨ سنة ١٣ القضائية وفيما يختص بتسوية نهائية الحكم الصادر فى ٤٢/١/١٢ فى الطعن رقم ١٣ سنة ١٢ القضائية ومجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص ٧١

(الموثق) بحضور الطرفين بشروط وأوضاع معينة كما تقدم . على أن للخطابات شأن كبير فى المسائل التجارية ، وكثير من العقود التجارية يعقد بالمراسلات . ومن المقرر فى المسائل التجارية أن الخطابات تقوم مقام الإنذارات[1] وإنه وإن كان فسخ العقد لا يجوز الحكم به إذا لم يثبت طالبه تقصير الطرف الآخر بتكليفه بالوفاء رسمياً إلا أن العرف التجارى جرى على جواز إثبات ذلك بالخطابات[2] .

٣٥٤ — وإذا لم يعبر الخطاب بوضوح وجلاء عن تعاقد كامل فيصح للقاضى اعتباره مبدأ للثبوت بالكتابة[3] كذلك إذا كان غير موقع عليه ، مادام مكتوباً بخط المنسوب إليه صدوره منه ، أو موقع عليه منه بالاسم فقط دون اللقب أو بكنية ، أو بعلاقة قرابة كلفظ (أخوك) أو (ابن عمك)[4] .

وجدير بالذكر ما جاء فى المذكرة الإيضاحية ٢ المطبوعة فى سنة ١٩٤٢ ص ٦٨٢ الواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص ٣٧٨ من أن مذهب القضاء قد تطور فى هذا الشأن (أى شأن الخطابات) فعمدت المحاكم إلى إقرار

---

(١) المحاماة ٢ ص ١٢١٣ رقم ٥٠٨ / والمراجع المشار إليها.

(٢) المحاماة ٢١ ص ٩١٤ رقم ٣/٤٨٣

(٣) بلانيول للوجز جزء ثان رقم ١٠٨ الطبعة الخامسة وبودرى تعهدات رقم ٢٤٧٢ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٦٣ ولارومبير على المادة ١٣٣١ رقم ١٤ وأوبرى ج ١٢ § 760 Tet ص ٢٩٥ وقد قال هؤلاء الشراح إن الخطابات متروك تقديرها للقاضى فله حسب الأحوال — أن يعتبرها أدلة كاملة أو يعتبرها مبادىء ثبوت بالكتابة أو لا يعتبرها أصلا وانظر أيضا هيك ج ٨ رقم ٣٥٦ كذلك أحكام النقض المشار إليها فى سيرى ٧٨ — ١ — ١٢١ و١٩٥ — ١ — ١٧٤ و ١٩٠٠ — ١ — ٢٢٢ (عن اعتبار الخطاب دليلا كاملا) وسيرى ٩٢ — ١ — ٥٥٧ و ٩٦ — ١ — ٣٥٤ و١٩١٠ — ٢ — ٣٠٢ (عن اعتباره مبدأ للثبوت بالكتابة) .

(٤) بودرى تعهدات رقم ٢٤٧٠ وإشير فى الهامش إلى فاليرى رقم ٣٠٣ Valery Des contrats par correspondance Paris, 1895 وأوبرى المشار إليه فى الهامش السابق .

مبدأ التعاون فى تحصيل الأدلة وأجازت للقاضى أن يأمر بتقديم الأدلة التى تثبت حيازة الخصوم لها وإعراضهم عن استعمالها إذا اقتضى ذلك حسن سير العدالة . وقد أقيم المبدأ[1] على ماينبغى أن يسود التعامل من حسن النية فى تحصيل الدليل . فإذا تم التعاقد بالمراسلة كان من واجب كل من المتعاقدين أن يقدم إلى القاضى ما يكون لديه من الأدلة الكتابية لأن الإثبات فى هذه الحالة لا يتاح إلا بمقارنة الرسائل المتبادلة، وليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من إقرار حجية الرسائل فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تقديم الرسائل الموجهة إليه فللقاضى أن يلزمه بذلك . . . ويراعى أخيراً أن العمل جرى على الاحتفاظ بصور الرسائل . ولا سيما أنها كثيراً ما تكتب بالآلة الكاتبة متى كانت متعلقة بمعاملة من المعاملات ولو كانت مدنية بطبيعتها وتفريعاً على ذلك عمد المشروع إلى إقرار حجية الرسائل والتسوية فى الحكم بينها وبين سائر الأوراق العرفية[2] .

---

(١) وأشارت المذكرة إلى حكم الاستئناف المختلط المنشور فى مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٢ ص ٦٦ . وانظر الفقرة رقم ٤٧ مكرر والفقرة رقم ٢٤٤ .

(٢) قارن الجزء الثانى من الفقرة ٣٤٤ وجاء فى المذكرة الايضاحية ٢ أيضا ص ٦٨٠ الواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٧٧ أنه لم يعرض تقنين من التقنينات للرسائل بوصفها ضرباً من ضروب الأدلة الكتابية وقد يلتمس للتقنين الفرنسى بعض العذر فى إغفالها إذا ما روعى أن التعامل بالرسائل كان فى سنة ١٩٠٤ بالغ الندرة . وقد ذهب بعض من تصدوا لشرح هذا التقنين إلى عدم جواز تشبيه الرسائل بالأوراق العرفية تعريفاً على رأيهم فى مجافاة التوسع فى تفسير القواعد المتعلقة بطرق الاثبات بين أنه من المسلم أن التعامل بالرسائل أخذ يتزايد نصيبه من الأهمية ، حتى أصاب من سعة النطاق بسطة جديرة بالاعتبار وليس شك فى أن هذا الضرب من التعامل قد اضطرد بوجه خاص فى المسائل التجارية ، لكن المتعاملين من التجار لم يستشعروا ضرورة لحكم تشريعى جديد نظراً لانتفاء قيود الاثبات فى هذه المسائل على أن التعامل بالرسائل شمل الروابط المدنية أيضا ، ومن عجب أن يستشعر واضعوا المشروع الفرنسى الايطالى ضرورة تشبيه البرقية بالورقة العرفية فى المادة ٤٨٤ ، دون أن يشيروا إلى الرسائل . وقد أقر الفقه والقضاء ماتواضع عليه المتعاملون فى هذا الشأن وأنشأ طائفة من القواعد استلهما فيها المبادىء المتعلقة بالأوراق العرفية ، رغم خلو التشريع من النص . وقد استند فى ذلك إلى : (ا) أن القانون لم يشترط شكلا خاصا فى المحررات العرفية إلا ما استثنى منها بالنص . (ب) وأن الرسائل يتوافر فيها الشرطان الجوهريان اللذان تستمد منهما حجية الورقة العرفية =

وكما يكون الخطاب دليلا لمن قدمه قد يكون دليلاً عليه فإذا قدم شخص خطاباً كمستند له فانه يصح للمحكمة أن تستدل ببعض ماجاء فيه على ماهو ضده وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كان الطاعن قد قدم إلى المحكمة ضمن مستنداته خطاباً مرسلا له من المطعون عليه فإنها لا تكون قد أخطأت إذا استخلصت من هذا الخطاب دليلا قبل الطاعن ، ذلك أن تقديم الطاعن للخطاب مستنداً له فى الدعوى يفيد تمسكه بما ورد فيه فيصح الاحتجاج عليه بمضمونه كما قضت محكمة النقض بأن للرسائل الموقع عليها قوة الدليل الكتابى من حيث الإثبات ، فتكون حجة على المرسل بصحة المدون فيها إلى أن يثبت هو العكس بالطرق المقررة قانوناً للاثبات[1] .

من له الحق فى استعمال الخطاب أو من يملك الخطاب :

إن للمرسل إليه الحق فى التمسك بالخطاب أمام القضاء وكذلك الغير بالصور الآتية :

تمسك المرسل إليه بالخطاب :

٣٥٥ — لا شك فى أن المرسل إليه له الحق فى أن يتمسك بالخطاب لأن المرسل قد ملكه إياه بإرساله إليه وتسليمه له بواسطة مصلحة البريد أو غيرها

= وهما الخط (أى الكتابة) والتوقيع . ويلاحظ على المذكرة الايضاحية قولها أنه لم يعرض تقنين من التقنينات للرسائل بوصفها ضرباً من ضروب الأدلة الكتابية مع أن المادة ١٢ من قانون البينات السورى والمادة ٤٥٧ من القانون المدنى العراقى والمواد ١٦٣ — ١٦٦ من أصول المحاكمات اللبنانية والمادة ٣٨٣ من القانون المدنى الليبى ، كل هذه المواد قد تحدثت عنها كالمادة ٣٩٦ من القانون المدنى عندنا التى صارت المادة ١٦ اثبات (انظر الاستاذ السنهورى الوسيط ٢ ص ٢٥٥ رقم ١٣١ ولعل المذكرة تقصد التقنينات الأجنبية) .

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ٩٠ ومجموعة المكتب الفنى ٤ ص ١٠٤ رقم ١٣٤ والسنة ١٩ ص ١٤٣٢ والسنة ١٧ ص ٧١ والسنة ١٦ ص ٥٧ .

إذ يأخذ ذلك على الأقل حكم هبة المنقول التى تتم بالقبض[1] وقيل إنه يصح للمرسل إليه التمسك بالخطاب ولو حوى أمراً سرياً مع تعاقدرغم كون السر يبقى بطبيعته على ملك صاحبه ولا تعتبر عند المرسل إليه إلا وديعة أئتمن عليها[2] وذلك لأن المرسل إذا كان سيء النية يمكنه دائماً أن يكتب عن أشياء سرية ليمنع المرسل إليه من التمسك بالخطاب عند حصول نزاع على ذلك التعاقد الذى تم به ، ويجعل الخيار لنفسه فى تنفيذه . ولا يصح أن نساعد على الغش[3] وقد يكون فى الخطاب إقرار صريح بدين أو تخالص ويرى البعض عكس ذلك[4]

---

(١) انظر فى هذا الموضوع بودرى تعهدات رقم ٢٤٦٠ والمراجع والأحكام التى أشار اليها وبلانيون المطول جزء ٧ سنة ١٩٣١ رقم ١٥٠٤

(٢) وقد حكم بان ملكية الخطاب وإن كانت تنتقل الى المرسل إليه بمجرد وصول الخطاب اليه إلا أن هذه الملكية ليست مطلقة بل هى مقيدة فى حالة ما إذا تضمنت المراسلة أموراً سرية إذ لا يجوز إفشاؤها ولا يجوز له أن يقدمها مستنداً له فى دعوى ضد المرسل إلا إذا كانت له مصلحة ظاهرة فى تقديمها — المحاماة ١٦ ص ٦١٦ رقم ٢٧٠ وانظر فى عدم صحة إذاعة أسرار الخطابات لاعتبارات اجتماعية أقرتها العادة بلانيول المطول فى الموضع السابق والمراجع التى أشار اليها ومنها حكم للمحكمة العليا فى انجلترا .

(٣) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٤٦١ وبلانيول الموجز جزء ٢ رقم ١٠٩ طبعة خامسة والمطول جزء ٧ سنة ١٩٣١ رقم ١٥٠٤ حيث قال إنه إذا حصل تعارض بين حق السر وحق الإثبات فضل الأخير وقارن لاروميير على المادة ١٣٣١ رقم ١٤ وبودرى يشير الى روسو رقم ٥٦ Rousseau. Tr. théor. et Prat. de la correspondence par lettres missives et telegrams 2 édit. Paris 1877 وتيسيه رقم ٧٣ Tissier. La Propiété et inviolabilité des lettres missives (thése) Paris, 1885, Giraiut, Hanssens' Du Secrets des lettres, Bruxelles 1890. وهانسنز Tr. des contrats par correspondence Paris ١٣٩ وجول ص I egris, Du secret letires missives etc. 1894 ١٥٠ ولجرى رقم 1890 de le propriété

(٤) هيك جزء ٨ رقم ٢٥٦ bis ويشير بودرى تعهداب ٢٤٦١ إلى مرلان الابجدى تحت كلمة خطاب رقم ٦ وكذلك فافار دى لانجلاند تحت كلمة خطاب رقم ٢٥٨ Favard. de langlade رولاد دى فلارج ايجدى أيضا تحت كلمة خطاب رقم ٧ Rolladd Villargues Répert وفاليرى السابق الإشارة اليه رقم ٣٤١ وسيرى ١٩٠١ — ١ — ٤٥٤ ودالوز ٩٧ — ١ — ٣٨٥ وقال إن هذا كان رأى الشراح القدماء . وقررت محكمة طنطا إن ملكية المرسل اليه مقيدة بأن السر يبقى ملكا للمرسل فلا يجوز للمرسل اليه نشر الرسالة لأن مركزه كمركز المودع لديه الملتزم بالرد وليس للمرسل اليه فى هذه الحالة أن يقدم الرسالة للقضاء — المحاماة ٢١ ص ٥٧ رقم ٣٩ .

وأرى الرأى الأول ، إنما أرى أيضاً أنه يجب على المرسل إليه قبل تقديمه الخطاب للمحكمة أن ينذر المرسل بأنه إذا لم ينفذ التزامه سيقدم الخطاب للقضاء رغم مافيه من سر ، فإذا لم يفد ذلك كان المرسل إليه فى حل من التمسك بالخطاب وعدم احترام السر . وهذا يوفق بين وجوب كتمان السر واحترامه ، أى بين مصلحة المرسل — وبين مصلحة المرسل إليه . ومن الجائز أن يكون المرسل حسن النية فى كتابته عن ذلك السر . وأرى فوق ذلك أنه يصبح للمرسل أن يطلب عدم تقديم الخطاب حتى يعرض الأمر على المحكمة بصفة سرية ويتناقش الطرفان أمامها فيما جاء به عدا مافيه من سر ، فإن وجدت المحكمة أن مافيه عدا السر منتج ، أباحت تقديمه وإلا فلا تسمح بذلك . وللمحكمة أيضاً فى حالة تقديمه بغير إذنها أن تأمر باستبعاده بناء على طلب المرسل . إذا لم ترفائدة منه للمرسل إليه خصوصاً إذا ظهر لها أنه لم يقدم إلا من باب النكاية[1] وليت الشارع ينص على وجوب عدم تقديم خطاب فيه أمر سرى كمستند فى دعوى إلا بعد أن تأذن بذلك المحكمة المختصة بنظر تلك الدعوى ، بعد مناقشة الطرفين فيما حواه عدا السر ، لأن مجرد تقديمه وإيداعه فى ملف القضية كاف لإذاعة السر ولو أمرت المحكمة باستبعاده فيما بعد، والأحسن أن تسمح المحكمة بتقديم صورة تقرها مما فيه عدا السر .

٣٥٦ — ويمتنع على المرسل إليه أيضاً أن يستعمل الخطاب إذا جاء فيه أنه ليس له الحق فى استعماله كدليل ولو كان خالياً من أى سر[2] وقد يذكر المرسل أنه لا يعد نفسه مرتبطاً بشىء مما جاء فيه حتى يحرر عقد يوقعه الطرفان أو حتى يحصل بصفة رسمية ، وذلك لأن المرسل إليه لا يصبح مالكا للخطاب ملكية مطلقة إلا إذا لم يرد به أى قيد وجاء خالياً من كل تحفظ[3] .

---

(١) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٤٦١ وحكم محكمة بروكسل الذى أشار اليه وسيرى ٧٣ — ١ — ٣١٣ و٩٦ — ٢ — ٢٤٨ ودالوز ٩٧ — ١ — ٢٠٩ .

(٢) انظر بلانيول المطول ج ٢ سنة ١٩٣١ رقم ١٥٠٤ ص ٨٤١ — ٨٤٢ .

(٣) انظر أوبرى جزء ١٢ § 760 Ter ص ٢٨٥ — ٢٨٦ حيث جاء فيه Sans réserves وانظر أيضا ما أشار اليه من مراجع وأحكام .

٣٥٦ مكرر — وفى الأحوال التى تكون فيها الخطابات ملك المرسل إليه تنتقل ملكيتها بطبيعة الحال إلى ورثته كما كان يملكها هو بالقيود التى مرت علينا .

٣٥٦ مكرر أ — ويلاحظ أن الخطابات لا تحوى عادة سراً فى المسائل التجارية بل إن بعض القوانين رأت أنها لا تحوى سراً إطلاقاً، فقد نصت المادة ١٦٣ من قانون أصول المحاكمات اللبنانية على أنه فى المواد التجارية لا تحوى الكتب سرية على الإطلاق[1] ولكن قد يتضمن خطاب فى مسألة تجارية سراً كما إذا طلب تاجر من دائنه التاجر تأجيل دفع قسط من أقساطه التجارية لمسألة عائلية تعد فى ذاتها سراً من الأسرار . فى هذه الحالة يراعى ماتقدم عن المسائل المدنية بل قد تتوطد الثقة بين تاجرين فتتضمن بعض مكاتباتها التجارية بعض أسرارهما .

تمسك الغير بالخطاب :

٣٥٧ — أما الغير فليس له حق فى استعمال الخطاب الذى ليس فيه سر ، إلا إذا سلمه إليه المرسل إليه صاحب الخطاب وإذنه بذلك[2] فإذا حصل على

---

(١) السنهورى الوسيط ٢ هامش الفقرة ١٣١ من ٢٥٦ .

(٢) دمولومب ج ٢٩ رقم ٦٦٤ وأوبرى ج ١٢ § 760 Ter ص ٢٨٩ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٦٣ . ومن هذا القبيل ماقررته محكمة النقض من أن الايصال المعطى من البائع لمن استرد منه عقد البيع الذى كان قد أودعه إياه يجوز للمشترى أن يعتمد عليه فى إثبات حصول البيع له إذا كان حصوله عليه برضاء المودع لديه — انظر الفقرة رقم ٢٢ مكرر من هذه الرسالة للالمام بباقى ماقاله الحكم لأهمية ذلك . إنما إذا حصل الغير على خطاب بطريق مشروع بغير واسطة المرسل إليه هل له تقديمه للقضاء بغير أذنه ؟ ليس من العدالة منع شخص من الوصول إلى حقه ما دام ليس فى الخطاب من سر تضر المرسل إذاعته ومادام لاينشأ عن ذلك ضرر للمرسل إليه صاحب الخطاب ، تؤيد ذلك المذكرة الايضاحية فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٩ حيث قيل أنه إذا فرض أن رسالة وجهت إلى شخص ثالث وتمكن أحد الطرفين من تقديمها بعد الحصول عليها بطريق مشروع ليستخلص منها دليلا على مايدعى =

الخطاب بطرق غير مشروعة[1] أو حتى بسبب خطأ المرسل إليه[2] فليس له استعماله . إنما إذا كان هذا الغير شريكا للمرسل إليه فى خطاب أمكنه تقديمه بغير إذنه[3] بشرط أن لايكون قد حصل عليه بطرق غير مشروعة[4] وإذا كان الخطاب ليس تحت يده أمكنه إلزام المرسل إليه بتقديمه للقضاء بمقتضى المادة ٢٠ من قانون الإثبات[5] وتستفاد شركة الغير مع المرسل إليه فى الخطاب من

= قبل الطرف الآخر، فحجية مثل هذه الرسالة تترك لتقدير القاضى وله أن يسترشد فى شأنها بالأحكام الخاصة بما يصدر من الإقرارات فى غير مجلس القضاء . ولكن الأستاذ السنهورى يرى فى الوسيط ٢ ص ٢٦٣ رقم ١٣٤ أنه لايجوز تقديم الرسالة إلا بإذن المرسل إليه ما لكها ولو وقعت فى يد الغير بطريق مشروع — مالم يكن له فيها حق الاثبات فى الأحوال التى قدمناها (أى فى الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٢٥٣ من قانون المرافعات التى أصبحت ١٦ إثبات) على أنه قد يكون من الصعب أن تعتبر الرسالة أنها وقعت فى يد الغير بطريق مشروع إلا إذا سلمها له صاحبها المرسل إليه أو أحد ذويه أو رجاله باذنه أو كان أعطاها الشخص آخر أو أرسلها إليه فسلمها للغير

(١) لاروميير على المادة ١٣٣١ رقم ١٤ وأوبرى ج ١٢ § 760 Ter ص ٢٩٠ ويشير فى الهامش رقم ٥ إلى ميرلان أبجدى تحت لفظة خطاب رقم ٦ وانظر أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٤٦٣ وبلانيول المطول فى الموضع السابق وأحكام النقض فى سيرى ٥٣ — ١ — ٦٤٩ و٨٧ — ١ — ٢٦٤ وانظر أيضا سيرى ٦٢ — ٢ — ٤٦ وقارن سيرى ٩٠ — ٢ — ٣٠٢ وقارن الجدول العشرى الخامس لمجموعة التشريع والقضاء المختلط ص ٤٧٥ رقم ٢٧ وانظر المحاماة ١٦ ص ٦١٦ رقم ٢٧ حيث قررت محكمة الأسكندرية أنه إذا ثبت أن مقدم الخطاب حصل عليه بطريق غير مشروع وجب فى جميع الأحوال استبعاده حتى لايعتبر قبوله إقراراً لتلك الوسائل الأثيمة التى كانت سببا فى الحصول عليه ولكى تتنزه إجراءات القضاء عن كل مايشوبها أو يدنسها مما لايتفق مع الآداب السامية والأخلاق القويمة .

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٤٦٣ وأوبرى ج ١٢ § 760 Ter ص ٢٩٠ ودالوز ٧٦ — ١ — ١٨٣ وسيرى ٢٧٥ — ٢ — ٣٤ وأيضا سيرى ٧٥ — ١ — ١٩٧ .

(٣) أوبرى ج ١٢ § 760 Ter ص ٢٩١ ولاروميير على المادة ١٣٣١ رقم ١٤ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٦٤ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٦٤ وحكم النقض فى سيرى ٤٤ — ١ — ٢٣٦ وانظر أيضا سيرى ٥٤ — ٢ — ٤٢٠ ودالوز ٥٥ — ٢ — ٣١ .

(٤) أوبرى ج ١٢ § 760 Ter ص ٢٩١ وقد أشار إلى ماسيه فى القانون التجارى ج ٤ رقم ٢٤٦٥ سيرى ٤٤ — ١ — ٢٣٦ و ٥٠ — ١ — ٧٠٥ و ٦٥ — ١ — ٣٣ ، وانظر أيضا بودرى تعهدات ٢٤٦٤ والمراجع والأحكام التى أشار إليها .

(٥) انظر الفقرة رقم ٣٤٤ (من هذه الرسالة) .

موضوع الخطاب أو من خطابات أخرى أرسلت إليه وأشير إليها فيه[1] وكذلك من باب أولى إذا كان الخطاب كتب من أجله أو ليبلغ إليه[2] .

٣٥٨ — وإذا أراد الغير استعمال الخطاب بغير إذن المرسل إليه ، جاز لهذا منعه ، وإذا استعمله جاز له سحبه من أوراق الدعوى بدون بحث فيما إذا كان الخطاب فيه سر أم لا ، لأن فى ذلك افتئاتاً على حق ملكية المرسل إليه للخطاب[3] وليس من الضرورى أن يكون الإذن بتقديم الخطاب صريحاً بل يصح أن يكون ضمنياً أيضاً كما إذا سلم المرسل إليه الخطاب للغير وتركه عنده مدة[4] أو علم بوجود الخطاب عنده ولم يعترض[5] .

٣٥٩ — على أنه قد لايكون هناك ما يدعو الغير فى بعض الأحيان إلى استئذان المرسل إليه فى التمسك بالخطاب إذا تقدم الخطاب من المرسل إليه فى دعوى كان فيها هذا الغير ، كما إذا رفع زيد على عمرو دعوى ، فأدخل عمرو بكراً بصفته ضامناً فى الدعوى ، فقدم بكر خطاباً أرسله إليه عمرو يثبت به حق زيد على عمرو

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٤٦٤ وأوبرى ج ١٢ 760 Ter ص ٢٩١ ودمولومب ج ٢٩ رقم ٦٦٤ .

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٤٦٤ والمراجع الكثيره التى أشار إليها شراحا وأحكاما وسيرى ٦٥ — ١ — ٣٣ و٧٢ — ٢ — ٣٨ .

(٣) بونييه ج ٢ رقم ٦٩٤ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٦٣ وأوبرى ج ١٢ 760 Ter ص ٢٩١ ويشير بودرى إلى ماسيه المشار اليه ج ٤ رقم ٢٤٦٣ — ٢٤٦٤ وفانييه ص ٩٧ Vanier Des lettres missives. rev. prat. Année 1860XXL وروسو السابق الاشارة إليه رقم ٨٤٠ وكذلك تسييه ص ٧٨ وجيرول رقم ١٤٠ ولجرى رقم ١٠٠ وهانسز رقم ٢٦ وبيريه رقم ٨٢ وانظر أيضا سيرى ٢٣ — ١ — ٣٩٤ و٦٤ — ٢ — ١٤٣ ودالوز ٩٦ — ١ — ٢٠ .

(٤) قارن داللوز ٦٩ — ٢ — ٢٩٩ .

(٥) انظر بودرى رقم ٢٤٦٣ وقد أشار إلى تسييه السابق الاشارة إليه رقم ٧٨ وكذا لجرى ص ١٠٠ وهانسز رقم ٢٢٥ وبيريه رقم ٨٢ وإلى حكم من محكمة ليون الصادر فى ٢٩ من أكتوبر سنة ١٩٠١ .

فلزيد الحق فى التمسك بهذا الخطاب الذى تقدم فى الدعوى إذ لا حاجة به لطلب إذن بذلك[1] ولا يخفى أنه بتقديم بكر للخطاب أصبح الخطاب مشتركا بينه وبين زيد[2] وتعلق به حق زيد .

٣٦٠ — ولا حاجة لإذن من المرسل إليه أيضاً إذا كان الخطاب لم يرسل إليه بصفته الشخصية ، بل أرسل إليه بسبب وظيفته مثلا ، كما إذا أرسل خصم فى دعوى خطابا للقاضى ، فإنه يمكن لشخص آخر خارج عن الخصومة أن يتمسك بهذا الخطاب فى دعوى أخرى يرفعها على مرسل الخطاب أو من تلقى الحق عنه[3] .

٣٦١ — وما دام الخطاب لا يحوى سراً لا يصح للمرسل أن يعترض على الغير فى استعماله مادام قد أذنه أو رضى بذلك المرسل إليه[4] إلا إذا كان المرسل قد قيد فيه المرسل إليه فى ذلك ومنعه من أن يستعمل الغير خطاباته أو يستفيد منها شيئاً[5] .

٣٦٢ — أما إذا كان الخطاب فيه أمور سرية فلا يمكن للغير استعماله

---

(١) انظر استئناف فرنسى فى دالوز ٧٠ — ٢ — ٢٢٢ وكان موضوع الدعوى أن تعهد شخص لآخر شفهيا بنقل بعض أمتعه على باخرة بخارية وأرسل للشركة من شركات النقل يخبرها بذلك وأن تتعهد فى نقل تلك الأمتعة على باخرة بخارية لا باخرة شراعيه فبدلتها الشركة على باخرة شراعية فغرقت فرفع صاحب الأمتعة دعوى على المتعهد له فأدخل هذا الشركة ضامنة فى الدعوى فقدمت الخطاب المرسل اليها من المتعهد فأجازت المحكمة لصاحب الأشياء أن يثبت به تعهد متعهد النقل له بنقل الأمتعة على باخرة بخارية لا باخرة شراعية .

(٢) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٤٦٤ والمراجع والأحكام التى أشار اليها وقرن حكم النقض الفرنسى فى سيرى ٤٠٢ — ١ — ٤٩٠ .

(٣) انظر سيرى ٥ — ٢ — ٤٢٠ وقد أشير هنا إلى مراجع أخرى وانظر أيضا أحوالا أخرى لا مانع فيها يمنع الغير من التمسك بالخطاب فى سيرى ٧٠ — ١ — ٣١٣ و ٢ : — ١ ٤٩٠ و ٢٢ — ٢ — ٢٨ وأشير هنا فى الهامش إلى مراجع أخرى .

(٤) أنظر أوبرى جـ ١٢ Ters 790 ص ٢٩٢ وحكم النقض الذى أشار إليه المنشور فى سيرى ٢٢ — ١ — ٣٤١ .

(٥) قارن الفقرة رقم ٣٥٦ .

حتى ولو أذن بذلك المرسل إليه ، بل لا بد من رضاء المرسل أيضاً . وأقل اعتراض من هذا كاف لعدم إمكان التمسك به بحيث لا يسوغ للمحكمة أن تلتفت إليه[1] بل قيل حتى ولو ادعى مقدمه أنه يريد أن يثبت به غشاً أو تدليساً[2] وذلك لأن ملكية المرسل إليه للخطاب ليست مطلقة بل هى مقيدة بما فيه من الأسرار[3] التى تبقى على ملك صاحبها . وإنما أرى أنه إذا لم يكن فى الخطاب من سر سوى ما يثبت به الغش والتدليس فإنه يمكن لغير المرسل إليه التمسك

---

(١) أنظر دمولومب ج ٢٩ رقم ٦٦٤ وأوبرى ج ١٢ § 760 Ter ص ٢٩١ وبودرى تعهدات رقم ٢٤٦٥ ولاروميير على المادة ١٢٣١ رقم ١٤ وهيك ج ٨ رقم 256 bis ويشير بودرى إلى روسو الذى سبقت الاشارة اليه رقم ٤٧ وكذلك تسيبه ص ٧٨ — ٧٩ وجيرول رقم ١٤٠ وهانسز رقم ٢٩٦ ولجرى رقم ١٠٠ وفاليرى رقم ٣٤٦ وأيضا بيريه رقم ٨٨ Péret, L'inviolabilité du secret des lettres 1895 ودالوز ٦٤ — ٢ — ١٥١ و ٩١ — ٢ — ٢٦٦ و ٩٣ — ٢ — ٥٥٨ وسيرى ٥٧ — ٢ — ٢٢ و ٥٨ — ١ — ٥٣٥ ولكن قد حكم أيضاً بأن للغير أن يتمسك بالخطاب رغم اعتراض المرسل والمرسل إليه إذا لم يكن قد وصل إليه بطريقة غير شرعية دالوز ٧٨ — ١ — ٦ وسيرى ٧٨ — ١ — ٢٠١ وقارن مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الأولى ص ٢٦٤ .

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٤٦٥ وأوبرى ج ١٢ § 760 Ter ص ٢٩٢ وبودرى يشير إلى روسو السابق الذكر رقم ٤٥ — ٤٦ وهانسز رقم ٢٣١ . وإنه إن كان من الواجب أن تلين قاعدة وجوب احترام الأسرار فى المسائل الجنائية مراعاة للصالح العام فلا يمكن سريان ذلك حتى مع وجود غش أو تدليس فيما يختص بالصالح الخاص دالوز ٥٨ — ١ — ٢٠٩ و ٦٢ — ١ — ٥٢١ وسيرى ٦٩ — ٢ — ١١٣ ودالوز ٧٦ — ١ — ١٨٣ .

(٣) أوبرى ج ١٢ § 760 Ter ص ٢٨٥ وما بعدها والمراجع التى أشار إليها كذا بودرى تعهدات رقم ٢٤٦٠ والمراجع الكثيرة التى أشار إليها شراحاً وأحكاماً وقد جاء فيه أنه لا يمكن اعتبار الخطاب وديعة إذ لا يمكن للمرسل استرداده ولا ملكا مشتركا بين المرسل والمرسل إليه إذ ليس هناك ما يساعد على افتراض أن المرسل قصد الشركة . إذاً لم يبق إلا اعتبار المرسل إليه مالكا . إنما هناك أحوال لا يمكن اعتبار المرسل اليه فيها مالكا كما إذا طلب المرسل رد الخطاب أو إحراقه دالوز ٨٢ — ١ — ٧٣ أو كما إذا كان الخطاب مرسلا من تاجر لعامل عنده دالوز ٧٥ — ٢ — ٩٥ و ٩٠ — ٢ — ١٧ ولذلك لا يسوغ لمثل هذا أن يتصرف فيه ويجوز للتاجر استرداده — مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الرابعة ص ١٣٤ . ولكن حكم أيضاً بأنه يجوز لمن سلم إليه العامل الخطاب أن يثبت أنه ليس فيه شيء سرى — نفس المجموعة السنة السابعة ص ١١٢ — وانظر فى ذلك بودرى تعهدات =

بالخطاب إذا أذنه بذلك المرسل إليه[1] .

ويجب على من يتمسك بالخطاب الذى يحوى سراً أن يثبت رضاء المرسل والمرسل إليه ولا يمكن استنتاج رضائهما الضمنى من حيازته للخطاب[2] . وإنما لا حاجة لهذا الرضا إذا فقد الخطاب سريته كأن كان قد تناولته مرافعات علنية جدية فى قضية أخرى كما إذا حصل ذلك أمام محكمة الجنايات[3] بما أن ما فيه من الأسرار أصبح معروفاً مشهوراً لدى الجمهور .

٣٦٣ -- ومسألة سرية الخطاب ليست من النظام العام لأن السر مصلحة خاصة لصاحبه فإذا كان المرسل حاضراً فى الدعوى وتمسك المرسل إليه والغير بالخطاب فقبله المرسل وناقشه لا يصح للمحكمة استبعاده أو عدم الأخذ بما يستفاد منه . وإذا حصل ذلك (أى قبول الخطاب ومناقشته) أمام المحكمة الابتدائية لا يصح التمسك بالسرية أمام المحكمة الاستئنافية . وكذلك لا يصح التمسك بها

= رقم ٢٤٦٥ فى الهامش والمراجع التى أشار إليها . وملكية الخطاب تنتقل إلى الورثة وحكمها معهم حكمها مع المورث. إنما إذا كان الخطاب سرياً ، يمكن للمرسل استرداده عند وفاة المرسل إليه ويمكنه أن يمنع الورثة من استعماله وحتى من الاطلاع عليه لأنه ائتمن على سره المورث لا الورثة ـ داللوز ٩٧ ـ ٢ ـ ٢٠٩ وقد أشار إلى هذا الحكم بودرى وهو يخالفه مشيراً إلى أحكام استئنافية أخرى وكتابين . ولكنى مع ذلك أرى أن العلة المتقدمة سليمة .

(١) قارن سيرى ٤٩ ـ ٢ ـ ٤٥٩ حيث تقرر أنه لامحل لاحترام سر الخطاب إذا كان هناك غش أو تدليس ويمكن التمسك به خصوصاً إذا كان قد عرف فى دعوى أخرى وقد أشار هذا الحكم إلى حكم صادر من محكمة النقض فى ٤ ابريل سنة ١٨٢١ ومذكرة كتبت عنه وحكم نقض آخر صادر فى ١٣ يونية سنة ١٩٢٣ وحكم من محكمة ليموج فى ١٧ يونية سنة ١٨٢٤ وحكم من محكمة باريس فى ١٢ مايو سنة ١٨٢٩ وانظر أيضاً سيرى ٧٣ ـ ١ ـ ٣١٣ والمذكرة المكتوبة على هذا الحكم وسيرى ٧٧ ـ ٢ ـ ١٦١ لمعرفة إلى أى حد تمنع سرية الخطاب من التمسك به .

(٢) قارن أوبرى فى الموضع السابق ص ٢٩٣ ـ ٢٩٤ وما أشار إليه وبودرى تعهدات رقم ٢٤٦٥. وقد أشار إلى هانس السابق الاشارة إليه رقم ٢٣٣ ـ ٢٣٥ وكذا لجرى رقم ١٠٠ وبيريه رقم ٨٩ .

(٣) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٤٦٥ الذى يشير إلى تسبيه رقم ٧٠٢ وبيرية رقم ٧٤ وداللوز ٩٦ ـ ١ ـ ٢٠ وقد قال بودرى a été ainsi d'une réelle publicité

أمام محكمة النقض إذا حصل ما تقدم أمام المحكمة الابتدائية أو الاستئنافية . إنما يلاحظ أنه لا يكفى مجرد السكوت على تقديم الخطاب ولا يصح للقاضى أن يعتبره رضاء ضمنياً إذ يجب التأكد من الرضا وعدم التمسك بالسرية ، وإذا حصل التمسك بالخطاب أمام محكمة الدرجة الأولى أو أمام المحكمة الاستئنافية بدون علم صاحب الخطاب جاز له الاعتراض على التمسك به لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية أو أمام محكمة النقض[1] .

٣٦٤ — وكون الخطاب يعد محتوياً سراً أم لا مسألة موضوعية متروكة لمطلق تقدير محكمة الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك[2] ويمكن استنتاج ذلك من عبارة الخطاب والغرض منه وأسباب تحريره وصفة المرسل إليه الخ . وقد قيل وحكم فى فرنسا بأنه إذا أرسل الخطاب لمصلحة شخص آخر غير المرسل إليه وسلمه المرسل إليه لهذا الشخص ليس من المناسب القول بسرية هذا الخطاب[3] والخطاب المرسل من مجهول لا يمكن أن يعتبر سرياً إذ ليس هناك مودع للسر ما دام المرسل يخفى نفسه وكيف يعد المرسل إليه شخصاً لا يعرفه بالمحافظة على السر . هذا فضلا عن أن التخفى ليس جديراً باحترام سره ، فإذا اشتبه المرسل إليه فى شخص بأنه المرسل للخطاب يمكنه أو لمن يسلمه الخطاب استعماله والتمسك به ضده[4] .

---

(١) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٤٦٥ وما أشار إليه .

(٢) انظر أوبرى فى الموضع السابق ص ٢٩٢ وقد أشار إلى دمولومب ولاروميير وأحكام النقض فى سيرى ٤٢ — ١ — ٤٩٠ و ٦٥ — ١ — ٣٣ و ١٩٠٩ — ١ — ٢٥٣ وانظر أيضاً بودرى تعهدات رقم ٢٤٦٦ والمراجع والأحكام التى أشار إليها .

(٣) بودرى تعهدات رقم ٢٤٦٦ وقد أشار إلى ماسيه وبوتيبه وأوبرى ولا روميير ومحكمى النقض فى سيرى ٥٠ — ١ — ٧٠٥ و ٦٥ — ١ — ٣٣ ودالوز ٥٠ — ٢ — ٢٠٩ و ٦٤ — ١ — ٢٤٧ .

(٤) انظر بودرى فى نفس الموضع والمراجع والأحكام الكثيرة التى أشار إليها .

٣٦٥ — و الخطابات التى يراد بها إثبات الزنا فإنه يجوز التمسك بها فى جميع الأحوال مدنيـــــاً وجنائياً مراعاة لحرمة عقد الزواج ومحافظة على الأسرة التى هى أساس كيان المجتمع إذ لا يصح أن يقام وزن بجانب ذلك لحرمة سرية الخطابات . فلكل من الزوجين حق البحث والتفتيش فى أمتعة زوجه أو زوجته للحصول على دليل الزنا[1] .

---

(١) وقد قيل فى فرنسا كما قالت إحدى محاكمنا الجزئية إن الأصل فى المحررات والمكاتيب الخاصة أن لها حرمة لا يجوز المساس بها وأنه لا يمكن تقديم خطاب ما إلى القضاء إلا برضاء من أرسله وقبوله غير أن القضاء والفقه رأيا أن هذا المبدأ إذا طبق فى قضايا الطلاق والتفرقة المبنية على الادعاء بوقوع الزنا من الزوجة يجعل إثبات هذا الزنا عسيرا إن لم يكن مستحيلا ويمنع الزوج من أن يقدم للقضاء ما يكون قد وصل إليه من المراسلات التى تبودلت بين الزوجة وشريكها . وبرر القضاء وشراح القانون المدنى والقانون الجنائى هذا الرأى بأن حرمة عقد الزواج والمحافظة على كيان الأسرة التى هى أساس كيان المجتمع يجب أن تصغر أمامها حرمة المراسلات الخاصة وأن للزوج بما له من الولاية على زوجه بصفته رئيس الأسرة الحق فى مراقبة سلوك زوجته والاطلاع على المحررات التى تتبادلها مع الغير وتفتيش متاعها للحصول على الأدلة التى تؤيد أو تنفى شكوكه والتى تثبت الجريمة التى تلحق شرفه أو التى توصله إلى انكار ابن منسوب إليه زورا — المحاماة ٢١ ص ١١٦ رقم ٦٤ وقد أشار الحكم إلى بلانيول وريبرت جزء ٢ رقم ٥٧٤ وجارسون ص ٩١٠ رقم ١٤٠ و ١٤٢ وشوفو وهيلى جزء ٤ ص ٣٩٢ ولبواتفان ص ٨٩٣ رقم ٥٠ وإذا كان للزوج حق تفتيش متاع زوجته يكون له بلا شك كسر الدرج الخاص بها مثلا للبحث عن الخطابات التى تدل على الزنا وهذا من قبيل التفتيش لا أكثر ، هذا فضلا عما سنراه تفصيلا فيما يلى : جاء فى دالموز العملى جزء ٧ ص ٦٥٨ وما بعدها رقم ٧٦ وما بعده تحت لفظة خطاب lettre missive إن بعض الفقهاء يرون أنه ليس للزوج أن يتمسك أمام القضاء فى قضية طلاق أو تفريق بخطابات زوجته التى أرسلتها إلى الغير ولكن هذا الرأى لم يؤخذ به لا فقها ولا قضاء ، ثم قال إن للزوج الحق فى الاستيلاء على مراسلات زوجته وتقديمها للقضاء لإثبات الزنا مهما كانت شديدة السرية وخاصة أن الزنا جريمة قابلة للاثبات بجميع الطرق وأشار إلى جملة مراجع فقهية ثم قال إن القضاء أيد هذا المذهب وقرر أن للزوج الحق فى التحقيق والبحث لاكتشاف أدلة ما يثلم شرفه ويخل إخلالا خطيرا بواجبات الزوجية ، وأشار إلى ثلاثة أحكام لمحكمة النقض وحكم لمحكمة روان . ثم قال إن فقهاء كثيرين يرون أن للزوج الحق فى الاستدلال بمراسلات زوجته أمام القضاء مهما كانت الطرق التى يستعملها فى الحصول عليها ولو كانت من طرق الغش والاختلاس ولكن القضاء لم يتبع ذلك فأحكام كثيرة قضت بأنه ليس للزوج الحق فى الحصول على مراسلات زوجته بطرق تدليسية وأحكام أخرى ورأيها هو الذى سادعلى ما يظهر (كما يقول دالموز) قضت بأنه لا يكفى لرفض قبول تمسك الزوج بمراسلات زوجته أن يكون =

التمسك بالخطاب ضد غير المرسل :

٣٦٦ — إذا كان الخطاب ليس فيه أمر سرى ، يمكن للمرسل إليه أن يتمسك به ضد غير المرسل ، ويمكن لغير المرسل إليه أن يتمسك به ضده أيضاً إذا أذنه المرسل إليه . أما إذا كان الخطاب فيه سر فلا يمكن للمرسل إليه أن يقدمه ضد غير المرسل بدون إذن المرسل[1] ويمكن أيضاً لهذا الغير أى غير المرسل أن يعترض على تقديمه ويطلب استبعاده من الأوراق[2] وأرى أنه يجوز له ذلك

= قد حصل عليها بطرق يلام عليها répréhensibles بل يلزم أن تكون هناك جريمة وقررت أن للزوج أن يتمسك بخطاب كتبته زوجته يكون قد اختلسه من شقيقتها (وأشار إلى حكم لمحكمة بروكسل وقال قارن حكما لمحكمة النقض المدنية) وأن يتمسك بخطاب كتبته زوجته للغير ولو حصل عليه بالقوة (وأشار إلى حكم لمحكمة نيم) أو خطاب كتبته زوجته للغير وسلمه هذا الغير للزوج (وأشار إلى حكم لمحكمة بيرانسون) أو خطاب لم يثبت أنه حصل عليه بطرق غير قانونية illicite (وأشار إلى حكم لمحكمة برجييه) أو خطاب أرسلته الزوجة لغير وسلم للزوج خطأ (وأشار إلى حكم لمحكمة الجزائر) ثم قال أن محكمة النقض قررت أن للزوج الحق فى التمسك بخطاب اشتراه من شريكها يبلغ من المال وأشار إلى حكمين وأحكام أخرى صادرة من محاكم باريز وبوردو وأورليان ودائرة العرائض بمحكمة النقض . وجاء فى بودرى تعهدات رقم ٢٤٧٦ وهامشه مثل ذلك وقال أن محكمة النقض قررت أنه ليس للزوج أن يحصل على خطاب من مكتب البريد تكون زوجته قد كتبته للغير لأنه بذلك يرتكب سرقة معاقبا عليها لاسرقة بين زوجين غير معاقب عليها . وجاء أيضاً فى بلانيول المشار إليه آنفا فى حكم المحكمة الجزائية (أى بلانيول وريبرت المطول جزء ٢ ص ٢٧٤ — ٢٧٦) أنه ليس للزوج أن يتمسك بخطاب حصل عليه بواسطة جريمة لأنه لايصح للانسان أن ينتفع بما ينتج عن جريمة (وأشار إلى حكم لمحكمة النقض وحكم آخر) وقال فى الوقت نفسه أن القضاء قد قرر أن للزوج الحق فى الاستيلاء على خطاب اختلسه من زوجته وأشار إلى جملة أحكام منها حكم لمحكمة النقض قرر أن للمحكمة الحق فى رفض الخطابات التى حصل عليها الزوج par un acte deloyal وجاء أيضا فى جارسون على المادة ٣٣٧ عقوبات رقم ١٤٠ أن لقاضى التحقيق أن يفتش فى اى مكان على الخطابات التى تثبت الزنا حتى فى مكتب البريد . وجاء فى جارو أنه حكم notamment بأنه يمكن إثبات زنا الزوجة بخطابات ولو كان قد حصل عليها بطريقة يلام عليها بشرط أن لاتكون جنائية (وأشار إلى حكم نقض) .

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٤٦٢ وهو يشير إلى تعليقه السابق الذكر ص ٧٥ وكذا هانرى رقم ٢١٦ ولجرى رقم ٩٩ وبيريه رقم ٨٤ — ٨٧ .

(٢) انظر بودرى فى الموضع السابق وقد أشار إلى داللوز ٩٠ — ٢ — ١٧٦ وداللوز ٩٥ — ٢ — ٥٣٧ .

ولو رضى المرسل والمرسل إليه ما دام السر يتعلق به[1] .

المراسلات البرقية

٣٦٧ — إن التلغراف الذى يسلم للمرسل إليه ليس كالخطاب وارداً إليه من المرسل رأساً وعليه توقيعه ، بل وليس دائماً صورة صحيحة للأصل الذى كتب، وما هو إلا ترجمة مكررة — ترجمة ما كتبه المرسل إلى الاصطلاحات التلغرافية فى مكتب الصادر ، ثم ترجمة هذه الاصطلاحات إلى الألفاظ العادية فى مكتب الوارد . فمن الجائز حصول خطأ فى التلغراف عند الترجمة أو عند تبليغ الاصطلاحات التلغرافية ذاتها أو تلقيها وخصوصاً إذا مر التلغراف على أكثر من مكتب .

لذلك يجب الرجوع دائماً إلى الأصل ما دام موجوداً إذا لم يوافق المرسل على شىء مما ورد فى ورقة التلغراف التى تسلمها المرسل إليه وكان يتوقف على ذلك الفصل فى الدعوى .

٣٦٨ — ولكن أصول التلغرافات لا تحفظها المصلحة إلا لمدة معينة ثم تعدمها ، وهذه المدة هى ثلاثة شهور للتلغرافات الداخلية من تاريخ صدورها ، كما نصت على ذلك المادة ٧٦ من دليل التلغرافات ، وعشرة شهور بالنسبة للتلغرافات الخارجية من الشهر التالى للشهر الذى أرسلت فيه ، وخمسة عشر شهراً كذلك بالنسبة للتلغرافات اللاسلكية . فبعد ذلك أى بعد إعدام أصل التلغراف، إذا أنكر المرسل صدوره منه فلا قيمة للتلغراف كدليل كتابى لأنه ليس عليه

---

(١) وانظر فى ملكية الرسائل وانتقالها وحقوق مالك الرسالة والملكية الأدبية والرسائل السرية والتمسك بالرسائل فى الدعاوى — كتاب الملكية والحقوق العينية تأليف الدكتور محمد كامل مرسى جزء أول الطبعة الثالثة ص ٣٤٦ رقم ٣٥٥ وما بعدها وشرح القانون المدنى الجديد — الحقوق العينية والأصلية جـ ٢ طبعة ١٣٦٨ — ١٩٤٦ ص ٢٦٤ — ٢٧٢ فقرة ٢١٢ — ٢١٨ .

توقيعه ، ولا حق كمبدأ للثبوت بالكتابة لأنه ليس بخطه . ولا يصح اعتباره كصورة رسمية لعقد رسمى بناء على أن الأصل استلمه موظف ، والصورة حررها موظف أيضاً ، إذ فضلا عن جواز حصول الخطأ فيه على النحو المتقدم فى الفقرة السابقة ، فإنه ليس هناك شيء من ضمانات العقد الرسمى ، فموظف التلغراف فضلا عن أنه لا شأن له بالعقود الرسمية وصورها ولا اختصاص له فيها وعمله بعيدعنها فإنه لا يتحقق من شخصية المرسل ، وهو يقبل الأصل من أى إنسان ، وليس هناك شهود أيضا ، ولا يراعى فيه استيفاء أى شرط من باقى شروط تحرير العقد الرسمى . أما إذا اقتصر المرسل على المنازعة فى بعض عبارات التلغراف، فيكون للقاضى حرية واسعة فى تقدير قيمته حسب ظروف كل دعوى ، ولا أرى بأساً من جواز اعتباره مبدء للثبوت بالكتابة ، إذ أن الاعتراف ببعض ما فيه يدل على صدوره منه فيعتبر مستنداً كتابياً غير واف .

٣٦٩ — إنما يمكن للمرسل إليه بمقتضى المادة ٧٩ من دليل التلغرافات أخذ صورة صحيحة من أصل التلغراف . ولو أن هذه الصورة لا يتوقع حصول خطأ فيها ، لأن ألفاظها تنقل عن الأصل مباشرة ، إلا أنه لا يمكن التحقق بها من صدور الأصل من المرسل . فإذا كان الأصل موجوداً وجب الرجوع إليه وما دامت صورة العقد الرسمى لاقيمة لها مع وجود الأصل بمجرد عدم تسليم من يراد التمسك بها ضده كما سبق القول[1] فمن باب أولى صورة أصل تلغراف ، أما إذا كان الأصل قد أعدم ، وأنكر المرسل صدوره منه ، فلا قيمة لهذه الصورة مطلقاً لأنها ليس عليها توقيعه ، ولا يمكن اعتبارها كصورة عقد رسمى مبدءاً للثبوت بالكتابة، لخلو الأصل من ضمانات العقد الرسمى كما رأينا فى الفقرة السابقة . وإذا اعترف المرسل بصدور أصل للتلغراف منه ونازع فقط فى بعض عباراته

---

(١) راجع رقم ١٧١ .

فيكون نزاعه هذا ضعيفاً بما أن الصورة منقولة عن الأصل وتعتبر الصورة فى هذه الحالة مبدءاً للثبوت بالكتابة على الأقل ولا يخفى أن اعترافه بصدور الأصل منه كما قلت فى الفقرة السابقة يقوم مقام التوقيع[1] .

٣٧٠ - هذا كله فيما يتعلق بالحقوق التى يجب إثباتها بالكتابة ، أما فيما يجوز إثباته بالشهود والقرائن ، يصح للقاضى اعتبار التلغرافات وصور أصولها قرائن موضوعية على صحة ما جاء بها ، كما يصح أن تكمل مبدأ الثبوت بالكتابة فيما يجب إثباته بالكتابة .

٣٧١ — ولم يكن فى قانوننا المدنى السابق نص عن قوة التلغراف اكتفاء بأن الأصل الموقع من المرسل له قوة الورقة العرفية . ولكن المادة ٣٩٦ من القانون المدنى القائم نصت فى الفقرتين الثانية والثالثة صراحة على أن تكون للبرقيات قيمة الورقة العرفية إذا كان أصلها المودع فى مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها ، وأن تعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس . وجاء قانون الإثبات ونص فى المادة ١٦ منه على ما جاء بالمادة ٣٩٦ سالفة البيان .

وهذا النص الجديد لم يأت بشىء يخالف ما تقدم إلا قوله « وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك » ومعنى هذه العبارة أنه إذا تمسك خصم ببرقية كان لخصمه أن يثبت أنها مخالفة للأصل . وهذا يعطيه الحق فى أن يطلب من المحكمة أن تأمر مصلحة التلغرافات بتقديم الأصل . على أن قول المادة أيضا « وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس » يدل على أن الخصم يستطيع إثبات العكس بطلب الرجوع إلى الأصل إذا كان موجوداً

---

(١) قارن فى هذا الموضوع بودرى تعهدات رقم ٢٤٧٥ و ٢٤٧٦ والمراجع التى أشار إليها

وإذا لم يوجد لا يمكن اعتبار ورقة التلغراف مطابقة لأصلها ولا يصح إلا الاستئناس بها باعتبارها قرينة موضوعية حيث يجوز الإثبات بالقرائن . يؤيد ذلك أنه جاء في المذكرة الإيضاحية ٢ المطبوعة في سنة ١٩٤٢ صفحة ٦٨٣ والواردة في مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٧٩ أنه رؤى من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة الصور المسلمة إلى المرسل إليه لأصلها ، إذ ليس لموظف مكتب التلغراف المختص مصلحة في تغيير مضمون هذا الأصل ، وبهذا تنحصر احتمالات مغايرة الصورة للأصل بوجه عام فيما قد يقع من هذا الموظف من خطأ ، ولهذه العلة أجيز لذي الشأن أن يقيم الدليل على اختلاف الصورة عن أصلها وهو أمر يسير يكفي فيه تقديم الأصل المحفوظ في مكتب الإرسال ولا يكون نصيب البرقية من الحجية معادلا لنصيب الأوراق العرفية إلا بتوافر شرط جوهري هو توقيع المرسل على الأصل بيد أن تخويل مصلحة التلغرافات حق إعدام أصل البرقيات بعد انقضاء فترة قصيرة من الزمن يجعل حجية الرسائل البرقية أدنى إلى التوقيت وحظها من الاستقرار أقل مما يتوافر للرسائل البريدية ثم إنه لابد أن يكون المقصود من قول المادة إنه إذا أعدم الأصل فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس أن البرقية لا يصح أن تعتبر أكثر من قرينة حيث يجوز الأخذ بالقرائن :

من يمكنه التمسك بالتلغراف .

٣٧٢ – نصت المادة ٧٧ من دليل التلغراف طبعة ١٩٢٧ بالإنجليزية على أن أصول التلغرافات أو صورها لا يصح إظهارها إلا لمرسلها أو المرسلة إليه فقط بعد إثبات شخصية طالب الاطلاع عليها منهما أو لوكيل مفوض من أي منهما[1]

---

(١) يعتبر دليل التلغراف جائزا قوة القانون لأن المادة ٥ من الأمر العالي الصادر في ١٨ من نوفمبر سنة ١٩٠٥ (القانون رقم ٢٥ سنة ١٩٠٥) الذي أنشيء به مجلس إدارة السكة الحديد خولت لهذا المجلس وضع القواعد التي تتبع في إدارة وتشغيل السكك الحديد والتلغرافات الأميرية وتعديلها وإلغائها وقد كان ذلك من اختصاص وزارة الأشغال إذ كانت السكك الحديد والتلغرافات تابعة لها بدليل ما نص عليه في المادة الأولى من القانون المذكور من أنه تبقى مصلحتا =

ونصت المادة ٧٨ من الدليل على أن المحاكم الجنائية يمكنها أن تطلب تسليمها أصول التلغرفات ، وأن أعضاء النيابة يمكنهم أن يحصلوا على صورها ويمكنهم أيضاً طلب الأصول بإذن كتابى من القاضى الجزئى .

ونصت المادة ٧٩ على أن مرسل التلغراف أو المرسل إليه أو الوكيل عن أحدهما له الحق فى أخذ صورة رسمية من التلغراف سواء كانت طبق الأصل أو طبق النسخة التى سلمت إلى المرسل إليه بشرط أن يقدم طلباً بذلك فى بحر المدة المقررة لحفظ الأوراق .

فيفهم من هذه المواد أن المحاكم المدنية لا يمكنها أن تطلع على أصول

= السكك والتلغرافات الأميريتان تابعتين لنظارة الأشغال بشرط مراعاة أحكام هذا القانون وأن يشكل لمجلس إدارة — وأخذ القانون يبين اختصاصات هذا المجلس . وقد صدر دليل التلغرافات وصدق عليه من المجلس المذكور فى ١٢ من نوفمبر سنة ١٩٠٦ وطبع فى سنة ١٩٠٧ ثم طبع فى سنة ١٩١٠ بعد أن صدق عليه فى ١٣ من أبريل سنة ١٩١٠ ثم طبع فى سنة ١٩١٣ بعد أن صدق عليه فى ٢١ من يونيه سنة ١٩١٢ كما رأيت فى أوراق رسمية فى وزارة المواصلات (ولم أستطيع العثور على واحدة من هـذه الطبعات) . ولما فصلت مصلحة السكة الحديد والتلغرافات عن وزارة الأشغال بانشاء وزارة المواصلات بالقانون رقم ٧ سنة ١٩١٩ ألغى مجلس الادارة بالقانون رقم ٦ سنة ١٩١٩ وأصبح ذلك من اختصاص وزارة المواصلات التى حلت محل وزارة الأشغال فى إدارة السكك الحديدية والتلغراف ، وقد صـدق وزيرها على طبعة سنة ١٩٢٠ المنقحة فى ٤ من ديسمبر سنة ١٩٢٠ وهى التى أشرت إليها . هذا فضلا عن أن المادة ٧٠ من لائحة التلغراف الدولى العام تطابق المـادة ٧٧ فى دليل التلغرافات عندنا ولا يخفى أن الاتفاقات الدولية تأخذ حكم التشريع ، والمادة الثانية من هـذا الاتفاق عبارة عن تعهد الحكومات الموقعة عليه بإجراء كل مايلزم للمحافظة على سرية التلغرافات وسرعة إرسالها . وقد حكمت محكمة مصر الابتدائية الأهليـة بهيئة استئنافيه فى القضية رقم ٧٣٠ سنة ١٩٢٠ (حكم غير منشور) برفض إعطاء صورة تلغراف للغير (بناء على طبعة سنة ١٩٠٧ السالفة الذكر المصدق عليها فى ١٢ من نوفمبر سنة ١٩٠٦) وزادت على ذلك أن مصلحة التلغرافات بصفتها أمينة على مايعهد إليها من التلغرافات لايمكن إجبارها على إبراز تلك التلغرافات إلا بالشروط التى أعلنتها فى لوائحها لقبول الاشارات فيلزمها المحافظة عليها ولايصح الاخلال بها لفائدة شخص أجنبي عن المرسل والمرسل إليه وخصوصا أن هذه التلغرافات تعد من الأوراق الخاصة بهما ولا يجوز طبقا للقواعد العـامة الاطلاع عليها أو على صور منهـا بواسطة شخص أجنبى إلا برضاء أربابها .

التلغرافات إلا برضاء المرسل أو المرسل إليه ، وكذلك لا يمكنها الحصول على صورها إلا بواسطة أحدهما .

فإذا تمسك المرسل إليه ضد المرسل أو المرسل ضد المرسل إليه بالتلغراف يستطيع أن يجعل المحكمة تطلع على الأصل ويستطيع أن يقدم صورته .

أما الغير فلا يملك ذلك إلا برضائه أى برضاء المرسل إليه أو رضاء المرسل وهذا نادر إذ قلما يسمح للغير بالتمسك بأصل التلغراف أو صورته ضده[1] .

٢٧٣ — ولما كان الأصل كما قلت لا يحفظ إلا لمدة وجيزة وبدونه لا قيمة للتلغراف أو الصورة مالم يسلم المرسل بصدور التلغراف منه ، وذلك لأنه ليس على التلغراف أو الصورة توقيع المرسل ، أرى أنه يحسن بالمرسل إليه ، إن كان التلغراف يقرر له حقاً يخشى أن ينازعه فيه المرسل فيما بعد ، أن يرفع عليه دعوى لأجل الحصول على اعترافه بأن الأصل صادر منه طبقاً للمادة ٤٥ من قانون الإثبات ٢٧٧ من قانون المرافعات السابق (المادة ٢٥١/٢٩٠ من قانون المرافعات القديم) وفى حالة الاعتراف تثبت المحكمة إقراره طبقاً للمادة ٤٦ من قانون الإثبات ٢٧٨ من القانون المرافعات السابق (المادة ٢٥٢ / ٢٩١ من قانون المرافعات القديم) ويعتبر مقراً إذا سكت أو لم ينكر أو لم ينسبه إلى سواه طبقاً للمادة ٤٦ إثبات وإذا لم يحضر يحكم بصحة الأصل حكما غيابياً قابلا للمعارضة طبقاً للمادة ٤٧ إثبات ٢٧٩ من قانون المرافعات السابق أيضاً (المادة ٢٥٣/٢٩٢ من قانون المرافعات القديم) أما إذا أنكر فيجرى التحقيق طبقاً للمادة ٤٨ إثبات ٢٨٠ وقانون المرافعات السابق (المادة ٢٥٤/٢٩٣ من قانون المرافعات القديم) . إنما يلاحظ أن المادة ٤٥ من قانون الإثبات قالت : يجوز لمن يبده محرر غير رسمى أن يحتصم من يشهد عليه ذلك المحرر بأنه بخطه الخ .

---

(١) راجع حكم محكمة مصر الأهلية المشار إليه فى هامش الفقرة السابقة حيث رفضت إعطاء صورة تلغرافية للغير بدون موافقة المرسل أو المرسل إليه .

ولكن لا صعوبة فى اعتبار أصل التلغراف كأنه ورقة غير رسمية أو سند غير رسمى تحت يد المرسل إليه ما دام يمكنه أن يطلب إظهاره لنفسه أو لوكيل من قبله متى شاء طبقاً للمادة ٧٧ من دليل التلغراف كما قلت فى رقم ٣٧٢ ، هذا فضلا عن النص الفرنسى للمادة ٢٥١/٢٩٠ من قانون المرافعات القديم لم يقل : يجوز لمن بيده سند ألخ كالنص العربى وإنما قال: يجوز لمن فى صالحه سند ألخ[1] وهذا التعبير لا يترك مجالا للشك فى إمكان رفع تلك الدعوى للوصول إلى اعتراف الخصم بأصل التلغراف وكان يحسن بالقانون الجديد أن يعبر بهذا التعبير . هذا وليس هناك ما يمنع غير المرسل إليه بناء على ما سبق بيانه أن يفعل مثل ذلك إذا رضى المرسل إليه .

٣٧٤ — وهناك حل آخر إذا وجد النزاع فعلا بين المرسل والمرسل إليه بشأن التلغراف وقربت نهاية مدة الحفظ ، فإن المرسل إليه يمكنه أن ينذر وزارة المواصلات رسميا بأن لا تعدم الأصل حتى تطلع عليه المحكمة وتتحقق مما فيه ومما إذا كان صادراً من المرسل أم لا . وقد جرى العمل على ذلك كثيراً وحفظت مصلحة التلغرافات الأصول مدة أطول . وإنه إن كان من حقها بمقتضى ما تقدم أن تعدم الأصل بعد مدة معينة ، إلا أنه لا يسوغ لها أن تسىء استعمال هذا الحق ، إذا تبين لها أن ذلك قد يضر بمن له حق مقرر على الأصل . كذلك يمكن لغير المرسل إليه أن يجرى ذلك بموافقة المرسل إليه .

هل يعتبر التلغراف ثابت التاريخ ؟

٣٧٥ — إن التلغراف عند ما يرسل من مكتب الصادر ، يختم على أصله بختم المكتب الذى يحتوى على تاريخ اليوم الذى يرسل فيه ، مع كتابة الوقت بالساعة والدقيقة ، ويرقم أيضاً ، ويعطى به إيصال عليه ذلك الختم مبين فيه

---

(١) Le bénéficiaire d'un titre

الرقم المذكور ووقت التصدير . وجميع التلغرافات الصادرة فى يوم واحد من مكتب واحد تقيد فى حافظة ويبين أمام كل منهما رقمه وأجرته ، وتختم الحافظة بالختم ذى التاريخ . وكذلك عند ما يصل التلغراف لمكتب الجهة المرسل إليها فإنه يختم عليه بالختم المؤرخ ، ويكتب عليه وقت التصدير ووقت الورود بالساعة والدقيقة . فإن اتفقت هذه التواريخ ، يصح القول بأن التلغراف له تاريخ ثابت يسوغ الأخذ به ، وخصوصاً أن التاريخ يكتب فى كثير من الأحيان بالخط فى التلغرافات الواردة ، مع العلم بأن المسئول عن تركيب الختم موظف داخل الهيئة والبصم بالختم من أعمال وظيفته ، ومع ملاحظة أن جميع تلك الأعمال يراجعها الرؤساء المختصون .

ولا يمكن مع هذه القيود تشبيه ختم التلغراف بختم البوستة على التذاكر العادية وإنما يمكن تشبيهه بختم البوستة على التذاكر المسجلة [1] .

وقد سبق القول بأن طرق إثبات التاريخ لم تذكر عندنا على سبيل الحصر فى قانون الإثبات والقانون المدنى القائم والقانون السابق أيضاً بعكس ما حصل فى التشريع الفرنسى [2] وهذا الأمر يسمح لنا كما تقدم أيضاً باعتبار ورقة ذات تاريخ ثابت كلما تأكدنا من وجودها فى ذلك التاريخ وخصوصاً إذا تأكدنا من ذلك بأدلة كتابية رسمية .

التعاقد بالتليفون

٣٧٦ — ومن البديهى أن أقول إن التعاقد بالتليفون هو تعاقد شفوى لاقيمة له حيث يجب الإثبات بالكتابة . بل هو أضعف من التعاقد الشفوى

---

(١) راجع الفقرة رقم ٢٨٥ .

(٢) راجع الفقرة رقم ٢٩٩ مكرر . ولذلك من المقرر فى فرنسا أن ختم التلغراف لايكسبه تاريخا ثابتا — انظر بودرى تعهدات رقم ٣٤٧٧ وما أشار إليه .

لأنه لا يمكن التأكد من الصوت دائماً وقد ينتحل المتحدث اسم غيره ، ولا يمكن أن يكون أمام شهود إلا إذا كان هناك مثلا شخص مستمع للحديث من آلة أخرى ومتأكد من صوت المتعاقدين . ولذلك لا يثبت التعاقد بالتليفون غالبا عند إنكاره إلا بالقرائن — حيث يجوز ذلك . على أنه يمكن استجواب المنكر للحصول على إقراره ويمكن أن توجه إليه اليمين الحاسمة . ثم أنه قد جرت العادة أن يحصل تأكيد كتابى من الطرفين عقب المحادثة التليفونية ، أو تحصل كتابة من طرف واحد تفيده ، أو تعتبر قرينة ضد الطرف الآخر . وكثيراً ما يجرى التعاقد بالتليفون فى المسائل التجارية وتعقبه كتابة أو يعقبه التنفيذ مباشرة . ولا ننسى أن المسائل التجارية يمكن إثباتها بالشهود والقرائن إلا ما استثنى [1] كما يجوز إثباتها بالدفاتر التجارية المنتظمة [2] هذا وقد توسعت المحاكم المختلطة فى كيفية إثبات عمليات البورصة لكثرة حصولها بالتليفون وقررت أنه فى حالة عدم وجود سند كتابى على العميل (وهو يميل بطبيعته إلى التنصل من العملية فى حالة النزول) يمكن للوكالة التى أجرت العملية إقامة الدليل ضده من عناصر الدعوى وتنفيذ العملية الثابت فى دفاترها المنتظمة وكعوب أوراق التنفيذ [3] كما قررت فى حكم آخر أنه فى عمليات البورصة كالمسائل التجارية يجوز الإثبات بالقرائن التى تدل على أن العملية نفذت كعدم احتجاج العميل عندما يصل إليه الحساب الذى يتضمن العملية وقيدها فى دفتر الوكالة التى أجرتها [4] .

هذا وقد اعتمد القانون المدنى القائم التعاقد بالتليفون صراحة على النحو

---

(١) انظر الفقرتين رقم ٣٨٢ و ٣٨٣ .
(٢) انظر الفقرة رقم ٣١٢ وما بعدها .
(٣) الجدول العشرى الخامس لمجموعة التشريع والقضاء المختلط ١٠٤ بورصة رقم ٧ .
(٤) المرجع السابق ص ١٠٤ بورصة رقم ٨ وانظر فى هذا الموضوع حكم استئناف باريس فى هامش الفقرة رقم ٣٩٢ (من هذه الرسالة) .

الآتى فى المادة ٩٤ : إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل .

ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد .

وجاء فى المذكرة الإيضاحية ٢ المطبوعة سنة ١٩٤٢ ص١٨ والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٢ ص٤٢ : فيلاحظ أن الإيجاب إذا وجه لشخص حاضر، وجب أن يقبله من فوره . وينزل الإيجاب الصادر من شخص إلى آخر بالتليفون أو بأية وسيلة مماثلة منزلة الإيجاب لشخص حاضر . وقد أخذ المشروع فى هذه الصورة عن المذهب الحنفى قاعدة حكيمة فنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يحصل قبل افتراق المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه فى الفترة التى تقع بين الإيجاب والقبول . وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع فى هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية فى اتحاد مجلس العقد .

الباب الثانى

شهادة الشهود

٣٧٧ — سبق أن قلت إن شهادة الشهود لها عيوب كثيرة . فقد يشهد لإنسان زوراً محابياً أومنتقماً أومرتشياً ، أولمجرد كراهة بينه وبين من يشهد ضده ، أو لمجرد الميل إلى الكذب أو المبالغة أو لمجرد إغرائه والتسلط على إرادته . وقد يشهد أيضاً بغير الحق بسبب خطأ أونسيان ، وقد يكون ضعيف الذاكرة أوليس دقيق الملاحظة أو يكون وقت المشاهدة مشغول الذهن بأمر آخر أو يفكر فى شأن له فيفوته من أمر الشهادة مايهم ، هذا فضلا عن أن مضى وقت طويل بين تحمل الشهادة وأدائها مما يساعد على النسيان . وقد يموت الشاهد أثناء ذلك ، أو يصعب العثور عليه لهجرته إلى بلد آخر الخ [1] . لذلك كانت القاعدة أن الإثبات يجب أن يكون بالكتابة إلا فيما استثنى لأسباب قوية . وليست هذه القاعدة مفيدة فقط لتجنب أخطار الشهادة الكاذبة أو غير الصحيحة ، بل هى مفيدة أيضاً لتجنب كثرة القضايا التى تكون على غير أساس وإشغال المحاكم بما تعجز عنه ، لسهولة حصول كل من الطرفين على شهود كلما عظمت قيمة الدعوى أو كلما تغالى مدع فى دعواه أو تعنت . لذلك ولغيره مما مر علينا فى الفقرة رقم ٩٢ لازلت أقول إن تلك القاعدة يجب أن تعتبر من النظام العام بمعنى أنه لا يجوز للطرفين المتعاقدين الاتفاق مقدماً على الإثبات بالشهود فيما لا يقبل فيه الإثبات بالبينة قانوناً — راجع الفقرة رقم ٩٢ المذكورة .

---

(١) انظر الفقرة رقم ٥٥ وهامشها .

لذلك كله حصر الشارع جواز الإثبات بالشهود فى أحوال معينة إذ نصت المادة (٤٠٠ مدنى — ٦٠ إثبات) على أنه « فى غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على عشرين جنيها أو غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود فى إثبات وجوده أو انقضائه مالم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

ونصت المادة ٦١ إثبات (٤٠١ مدنى) على أنه « لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على عشرين جنيها فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابى (ب) إذا كان المطلوب هو الباقى أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة (ج) إذا طالب أحد الخصوم فى الدعوى بما تزيد قيمته على عشرين جنيها ثم عدل عن طلبه إلى ما لا يزيد عن هذه القيمة . ونصت المادة ٦٢ إثبات (٤٠٢ مدنى) على أنه « يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة » ونصت المادة ٦٣ إثبات (٤٠٣ مدنى) على أنه « يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى (ا) إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى (ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه[1] .

٣٧٨ — وليست المحكمة مجبرة على سماع الشهود فيما يجوز لخصم إثباته بالبينة إذا كونت اعتقادها فى الدعوى من وقائعها[2] . وقد قررت محكمة النقض

---

(١) وقد كانت المواد ٤٠٠ — ٤٠٢ مدني تستعمل لفظه « بينة » بدل شهادة الشهود وكان المقصود بها شهادة الشهود كما هو ظاهر من المواد السابقة التى تحدثت عن الإثبات بالكتابة . والمادتين ٤٠٤ و ٤٠٧ اللتين تحدثتا عن القرائن والمادتين ٤٠٨ و ٤٠٩ اللتين تحدثتا عن الاقرار والمواد ٤١٠ — ٤١٧ اللتين تحدثتا عن اليمين، هذا وإن كانت البينة « لغة » معناها الدليل إطلاقاً إذ يقال بأن الأمر أى وضح (المصباح المنير ص ٨٧) كذلك قال قانون الإثبات صراحة « شهادة الشهود » .

(٢) مجموعة دار النشر للجامعات السنة الاولى ص ٣٨٥ رقم ٩٦ / ٢ وانظر أيضاً مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الرابعة ص ٥٧٥ رقم ٢/٨٨ وص٩٦٥ رقم ٩٢ وص٦٨٧ رقم ١٠٤ (ولاحظ ماجاء فى الفقرتين رقم ٤٧٧ و ٤٧٨) .

أن محكمة الموضوع ليست ملزمة بإحالة الدعوى على التحقيق متى توافر لديها من العناصر ما يكفى لتكوين عقيدتها للفصل فيها[١] إذ لها أن تقضى بمقتضى قرائن الأحوال فيما لها أن تقضى فيه بالشهود[٢] وكذلك لاتسمع شهادة الشهود إذا كان مايراد إثباته عديم الاحتمال[٣] أو وجدت أن الوقائع المتمسك بها ليست متعلقة بالدعوى ولا جائزة القبول أو ليست منتجة فيها[٤] أو إذا مضى وقت طويل يتعذر معها سماع الشهود على الوجه المطلوب. إنما مجرد التخوف من فساد ذمة الشهود لا يصح أن يرتب عليه حرمان مدعى الحق من إثبات دعواه بالبينة[٥] ولا يصح رفض سماع شاهد على افتراض الأقوال التى سيدلى بها[٦].

إنما يجب على المحكمة إذا رفضت طلب التحقيق أن تبين أسباب رفضها وأن تكون هذه الأسباب سائغة، وإلا كان حكمها قاصرا. وقررت محكمة النقض أن محكمة الموضوع ليست ملزمة بإجابة الخصوم إلى ما يطلبونه من إحالة القضية إلى التحقيق وإنما هى ملزمة إذا رفضت مثل هذا الطلب أن تبين فى حكمها لم رفضته ؟[٧] ويجب أن يكون هذا البيان مبرراً لرفض

---

(١) أنظر الفقرة رقم ٤٧٧ وأوبرى جـ ١٢ § ٧٦١ ص ٣٠٢ وهو يشير الى Chauveau sur Carré, Lois de procédure, ques 1. 973 ter
وبونسين مرافعات جـ ٤ ص ٢٢٤ وانظر أيضاً كابيتان جـ ٢ ص ٢٢٢ — ٢٢٣ وسيرى ٤٧ — ١ — ٨١ و ٨٢ — ١ — ٢٠٥ و ٨٥ — ١ — ١٠٨ و ١٩٠٥ — ١ — ٢٨٩ ودالوز ١٩٠٤ — ١ — ١٧٣.

(٢) انظر الفقرة رقم ٧٤٧ وهامشها فى الجزء الثانى.

(٣) أوبرى فى الموضع السابق والأحكام التى أشار إليها فى سيرى ٢٧ — ١ — ٤٨٧ و ٥٥ — ١ — ٨١٧ و ٧٧ — ٢ — ٢٥٦ و ٦٤ — ٢ — ١٣٧.

(٤) انظر المادة ١٥٦ من قانون المرافعات الجديد (المادة ١٨٧/٢٠٣ من قانون المرافعات السابق والمادة ٢٥٣ مرافعات فرنسى).

(٥) استئناف مصر فى الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ١٤ رقم ١١٧.

(٦) نقض ١٤ فبراير سنة ١٩٤٩ فى مجلة التشريع والقضاء السنة الأولى ص ٣٧٤ رقم ٢٥٠

(٧) مجموعة الـ ٢٥ عاماً إثبات ١٧٩ و ١٨٠ و ١٨٦ ومجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ١٠٩٦ رقم ٣٥٠ وجزء ٢ ص ٨٣ رقم ٣٢ ومجموعة المكتب الفنى ٧ سنة ٥٦ رقم ١٤٥/٣ ص ١٠٢٢ — ١٠٢٣ والسنة ٢٠ ص ١٨٢ والسنة ١٤ ص ١٠٤ والسنة ١٨ ص ٤٠١، ٥٨٩.

الطلب[1] . ولكن الرد ليس لازماً فى الأحوال التى يكون واضحاً فيها أن طلب التحقيق لا محل له ، إنما إذا طلب الخصم إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات دفاع جوهرى قد يتغير به وجه الرأى فى الدعوى فلم يعرض الحكم لهذا الدفاع فإنه يكون مشوبا بالقصور[2] . هذا والمحكمة الاستئنافية ليست ملزمة بإعادة سماع الشهود الذين سمعوا أمام محكمة الدرجة الأولى إلا إذا رأت ذلك ضرورياً لمصلحة الدعوى . وقررت محكمة النقض أن القانون لا يوجب على المحكمة الاستئنافية أن تعيد التحقيق الذى تم لدى محكمة الدرجة الأولى إلا إذا قدرت هى ضرورة ذلك وهو لا يوجب عليها مواجهة الشهود بعضهم ببعض ولا لفت نظر الخصوم إلى ما فى شهادة شهودهم من نقص ليستكملوه[3] .

هذا ولا يصح طلب سماع الشهود أمام محكمة النقض كما لا يجوز طلب إعادة شهادتهم أو استكمال نقص فى شهادتهم أو مناقشتهم . وقررت محكمة النقض أن مناقشة أقوال الشهود للوصول إلى مجادلة الحكم المطعون فيه وفى تقديره لهذه الأقوال غير جائز أمام محكمة النقض[4] ويجب على محكمة الموضوع أن تبين فى حكمها موضوع الشهادة وما استخلصته منها استخلاصاً من شأنه أن يؤدى إلى ما انتهت إليه فلا يصح لها إذن أن تقول إن الدعوى ثابتة من شهادة الشهود دون أن تفصل ذلك . وقد قررت محكمة النقض أنه متى كان الحكم إذ قضى بثبوت الوفاة والوراثة قد أخذ بأسباب الحكم الابتدائى الذى وقف فى تسبيب قضائه عند حد القول بأن المدعى أثبت دعواه بالبينة الشرعية وأن الدعوى ثبتت بذلك

---

(١) مجموعة المكتب الفنى ٩ سنة ٥٨ ص ٦١٧ رقم ٧٨ حيث قالت المحكمة إن ما قالت به محكمة الموضوع لا يصلح ردا على طلب إعادة الدعوى إلى التحقيق ويكون الحكم إذ رفض هذا الطلب دون سبب مقبول معيباً بالقصور .

(٢) المرجع السابق ص ٢٢٣ رقم ٢/٢٩ .

(٣) مجموعة الـ ٢٥ عاماً استئناف ١٧٥ ومجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ص ٣٤٩ والسنة ١٨ ص ١٦٠٧ .

(٤) مجموعة المكتب الفنى ١٠/٩٩ رقم ٤/١٣٢ ص ٨٦٦ — ٨٦٨ .

دون أن تبين ماهية هذه البينة ومؤداها وما هى الحقيقة التى ثبتت للمحكمة من هذه البينة التى أسست عليها قضاءها فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور[١] .

٣٧٨ مكرر — ويجب على الشاهد أن يحلف يميناً بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق وإلا كانت شهادته باطلة . وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٨٦ إثبات (المادة ٢١٢ من قانون المرافعات السابق) . وكانت المادة ٢٠١ من قانون المرافعات القديم لا تنص صراحة على البطلان. ولكن كان من المقرر أن أقوال الشاهد التى تؤدى بغير يمين لا يجوز اعتبارها دليلا يصح الاستناد إليه . على أن مثل هذه الأقوال لا تكون معدومة الأثر إطلاقاً بمعنى أنه يصح اعتبارها قرينة قضائية إذ يصح للقاضى استنباط القرينة القضائية من أى تحقيق ولو كان باطلا[٢] وقد قررت محكمة النقض[٣] فى شأن شهادة شاهد لم يؤد اليمين — أن لقاضى الموضوع أن يستنبط القرينة التى يعتمد عليها من أى تحقيق قضائى أو إدارى ومن شهادة شاهد لم يؤد اليمين أمام النيابة فى التحقيق الذى أجرته .

٣٧٨ مكرر ١ — هذا ويجب أن يكون الحلف قبل أداء الشهادة ليخشى الشاهد الله سبحانه وتعالى المحلوف به فلا يقرر إلا ما كان حقا ، وهذا مستفاد من قول المادة ٨٦ إثبات ٢١٢ من قانون المرافعات السابق (المادة ٢٠١ من قانون المرافعات القديم) « على الشاهد أن يحلف يمينا بأن يقول الحق الخ » وهذا يستلزم أن يكون القول بالحق بعد اليمين وكانت المادة ٢٠١ من قانون المرافعات القديم تنص صراحة على الحلف قبل استجوابه . فإذا لم يحلف الشاهد

---

(١) مجموعة المكتب الفنى ٩/٥٨ رقم ٦٧ ص ٥٤٦ .

(٢) انظر الفقرة ٧٥٠ فى الجزء الثانى .

(٣) فى حكمها الصادر فى ٢ من مارس سنة ١٩٥٠ فى الطعن رقم ١١١ سنة ١٨ القضائية منشور فى مجموعة أحكام النقض السنة الأولى (دار النشر) ص ٢٩٧ رقم ٧٨ وقارن حكم النقض فى مجموعة المكتب الفنى رقم ٩/٥٨ ص ٧٨٦ رقم ١٠٤ .

اليمين قبل آداء الشهادة وحلف بعدها على أنه إنما شهد بالحق فإن هذا الحلف اللاحق لا يصحح البطلان السابق الذى وقع بمجرد سماع أقواله بغير يمين . وقد نصت المادة ٢٨٣ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد صراحة على أنه « يجب على الشهود الذين بلغت سنهم أربع عشرة سنة أن يحلفوا يميناً قبل آداء الشهادة على أنهم يشهدون بالحق ولا يقولون إلا الحق ، وفى بعض الأحوال لا ينص القانون على وجوب حلف الشاهد فتعتبر شهادته على سبيل الاستدلال . وقد قررت محكمة النقض أنه لا تثريب على اللجنة الجركية إذا سمعت شهوداً على سبيل الاستدلال دون حلف يمين اكتفاء منها بالمحاضر المكتوبة والفواتير المثبتة للتهريب إذ لا نص يوجب عليها تحليف الشهود اليمين قبل سماع أقوالهم وإلا كان الإجراء باطلا[1] . إنما هذا لا يمنع ذوى الشأن من طلب سماع الشهود أمام المحكمة بعد تأدية اليمين . وقد قررت محكمة النقض أيضاً فى الحكم السابق أنه لا تثريب على المحكمة إذا كونت اعتقادها بإدانة الطاعنين فى تهمة التهريب من الأدلة التى استمدتها من محضر اللجنة وأوراق الدعوى الأخرى ولم تر حاجة إلى إعادة سماع الشهود متى كان الطاعنان لم يقدما ما يثبت أنهما طلبا إليها سماعهم . وقررت محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية ببطلان شهادة الشاهد الذى حلف بعد أداء الشهادة[2] ولكن محكمة النقض عندنا (الدائرة الجنائية) قررت أنه إذا فات المحكمة تحليف الشاهد قبل أداء الشهادة ثم تداركت ذلك بعد إدلائه بها وحلفته اليمين على أنه إنما شهد بالحق فتعويلها على هذه الشهادة لا عيب فيه[3] .

---

(١) مجموعة الـ ٢٥ عاماً حمارك ١٦ ومجموعة المكتب الفنى ٤ ص ٨٦٥ رقم ٢/١٣٢ .

(٢) انظر لبوانفان على المادة ١٥٥ تحقيق جنايات رقم ٣٢ و ٣٣ وقد أشار إلى حكم النقض المذكور .

(٣) مجموعة القواعد القانونية جنائى جزء ٣ ص ١٥ رقم ٣/١٦ وهذا الحكم صدر فى ظل قانون تحقيق الجنايات السابق حيث لم تكن تنص المادة ١٤٥ على أن يكون الحلف قبل أداء الشهادة ، ولكنها على أى حال كانت تنص على أنه يجب على الشهود أن يحلفوا يمينا على أنهم يقولون الحق مما يفيد أنه يجب أن تسبق اليمين الشهادة .

وإننى لا أستطيع الموافقة على هذا الحكم إلا إذا اعتبرت مثل هذه الشهادة قرينة قضائية تعزز أدلة أخرى . ومن الخطر الشديد أن يبنى حكم جنائى على مثل هذه الشهادة وحدها . على أى حال فيما يتعلق بالمواد المدنية قد نصت المادة ٨٦ إثبات (٢١٢ من قانون المرافعات السابق) صراحة على بطلان شهادة الشاهد إذا لم يحلف وظاهر منها كما تقدم أن الحلف يجب أن يكون قبل أداء الشهادة إذ قالت « على الشاهد أن يحلف يميناً بأن يقول الحق وإلا يقول إلا الحق وإلا كانت شهادته باطلة » وقد تقدم القول أيضاً بأن الحلف اللاحق لا يصحح البطلان السابق فلا يصح اعتبار الشهادة التى تؤدى بغير يمين أو شهادة الشاهد الذى يحلف بعد أداء الشهادة أكثر من قرينة موضوعية لا يصح الاعتماد عليها وحدها .

هذا ولا يصح التمسك بالبطلان أمام محكمة النقض لأول مرة إذا كان ممكناً التمسك به قبل ذلك ، بل يصح القول بأنه إذا كان للخصم محام ولم يعترض على عدم تحليف الشاهد قبل أداء الشهادة سقط الحق فى التمسك بذلك فيما بعد[1]

ويجب على أى حال أن لا يتأثر القاضى باليمين فيصدق الشاهد بيمينه بل له مطلق الحرية فى تقدير شهادته كما سنرى فى الفقرة رقم ٣٧٩ مكرر ج فهناك من الناس من يصدق بغير يمين وهناك من يكذب بعد أداء أكثر من يمين . وقد قيل صدق القسم بالرجل ولا تصدق الرجل بالقسم . وقيل من يحلف كثيراً يخشى كثيراً[2] .

---

(١) قارن المادة ٣٣٣ من قانون الإجراءات الجنائية الجديد والمذكرة التفسيرية لهذا القانون فى الكلام على أوجه البطلان .

(٢) وقد حصل أن أخذت المحكمة الشرعية فى سماع شاهد بعد حلف اليمين وفى أثناء تأدية شهادته حلف مرة أخرى بأن ماقاله صحيح . ولما سألته المحكمة عن سبب حلفه المرة الثانية قرر أن قصده أن تثق المحكمة بكلامه . فقالت المحكمة إن المنصوص عليه شرعاً أن حرص الشاهد =

ومما يستلفت النظر فيما يتعلق بسن من يجب أن يحلف وعدم جواز تحليف الصغير أن المادة ٦٤ من قانون الإثبات نصت على أنه « لايكون أهلا للشهادة من لم تبلغ سنه خمس عشرة على أنه 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 الأربع 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 لأن 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 عشرة سنة لأن هذه المادة قالت « يجب على كل شاهد تجاوز سن الأربع عشرة سنة أن يحلف الخ » وحسب المادة ١٩٩ كان لا يجوز تحليف الصغير بدليل قولها تسمع أقواله على سبيل الاستدلال فقط ، أما المادة ٢٠١ فإنها اقتصرت 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 قضتا على الخلاف الذى وقع بين المادتين ١٩٩ و ٢٠١ من قانون المرافعات القديم فى الأمرين المذكورين وأوجبت المادة ٢٠٤ عدم تحليف من لم تبلغ سنه أربع عشرة سنة إذ قالت « تسمع أقوال من لم تبلغ سنه ١٤ سنه بغير يمين وعلى سبيل

= على قبول شهادته مانع من قبولها إلا أن يكون من جملة العوام فانهم يتسامحون فى ذلك . لكن الشاهد متعلم فلا عذر له فى ذلك ولم تعول المحكمة على شهادته — هذا ماجاء فى جريدة أخبار اليوم الصادرة فى ١٤/٦/ ١٩٥٢ تحت عنوان تسقط شهادته لأن حلف مرتين .

الاستدلال فقط » وقالت المادة ٢١٢ « يجب على الشاهد أن يحلف الخ » ولم تقل من تجاوز ١٤ سنة وقد جاء قانون الإثبات ونص صراحة على عدم أهلية من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة للشهادة ، وأنه إذا ماسمعت أقواله 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 يمينا الخ » ولكنها قالت فى الفقرة الثانية « ويجوز 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 [1] .

إنما يجب أن نلاحظ أخيراً إنه إذا حلف القاضى الصغير الذى لم يبلغ من العمر أربع عشرة سنة لايصح أن يترتب على ذلك أى بطلان مادامت المحكمة لاتعتمد فى حكمها على شهادته وحدها وتعتبرها على سبيل الاستدلال فقط ، إذ تكون اليمين فى هذه الحالة تزيد لاضرر منه بل قد ينفع ذلك فى حفز الصغير المميز إذا

---

(١) وكانت المادة ١٤٥ من قانون تحقيق الجنايات السابق الواردة فى الكلام على محاكم المخالفات التى كانت تسرى على محاكم الجنح بمقتضى المادة ١٦٠ وعلى محاكم الجنايات بمقتضى المادة ٤٤ من قانون تشكيل محاكم الجنايات كالمادة ٢٠١ من قانون المرافعات السابق وكانت المادة ٩٢ من قانون تحقيق الجنايات السابق تنص بالنسبة لقاضى التحقيق على أن كافة القواعد المقررة قانونا فيما يتعلق بالشهود فى المواد المدنية تتبع فى المواد الجنائية إلا إذا وجد نص يخالف ذلك . وكانت المادة ٣١ تنص بالنسبة للنيابة على أنه يجب على الشهود أن يحلفوا اليمين مع عدم الاخلال بحقها فى سماع أى شخص على سبيل الاستدلال .

كان متدينا ونشأ فى بيئة صالحة على التدقيق فى شهادته بما قد يعزز الأدلة القائمة فى الدعوى تعزيزا كافيا أو قد يؤدى إلى الاهتداء إلى أدلة أخرى قوية .

وهناك هيئات لا يوجب الشارع الحلف أمامها قبل أداء الشهادة أو دونها وإلا كانت الشهادة باطلة كما جاء فى المادة ٨٦ إثبات / المادة ٢١٢ من قانون المرافعات السابق . فان سمعت هذه الهيئات شهادة الشهود دون يمين وأخذت بها لا بطلان . وقد قررت محكمة النقض كما تقدم أنه لا تثريب على اللجنة الجمركية إذا سمعت شهودا على سبيل الاستدلال دون حلف يمين اكتفاء منها بالمحاضر المكتوبة والفواتير المثبتة للتهريب إذ لا نص يوجب عليها تحليف الشهود اليمين قبل سماع أقوالهم وإلا كان الإجراء باطلا . كما أنه لا تثريب على المحكمة إذا كونت عقيدتها بادانة الطاعنين فى تهمة التهريب من الأدلة التى استمدتها من محضر اللجنة وأوراق الدعوى الأخرى ولم تر حاجة إلى إعادة سماع الشهود متى كان الطاعنان لم يقدما ما يثبت أنهما طلبا إليها سماعهم [1] .

صيغة القسم

٣٧٨ مكرراً (ب) — صيغة اليمين أو القسم . لم تبين المادة ٨٦ من قانون الإثبات (٢١٢ من قانون المرافعات السابق) الواردة فى فصل شهادة الشهود هذه الصيغة واقتصرت على قولها إن على الشاهد أن يحلف يمينا بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق وإلا كانت شهادته باطلة ، ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانته إن طلب ذلك . ولكن نصت المادة ١٢٧ من قانون الإثبات المقابلة للمادة ١٨٠ من قانون المرافعات السابق على أن

---

(١) مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة الرابعة ص ٨٩٠ رقم ١٣٢/ ٢ . والسنة ١٩ جنائى ص ٨٤٩ والسنة ١٨ جنائى ص ٨٠٢ .

يقول الحالف « أحلف » الخ ونصت المادة ١٢٨ إثبات (١٨١ مس قانون المرافعات السابق) على أن لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة فى ديانته إذا طلب ذلك[١] ونصت المادة ٢٠١ من قانون المرافعات القديم الواردة فى فصل شهادة الشهود على أنه يجب على كل شاهد تجاوز سن الأربع عشرة سنة أن يحلف يمينا قبل استجوابه ونصت المادة ١٧١ الواردة فى فصل اليمين الحاسمة على أنه يجوز للخصم المطلوب تحليفه أن يؤدى اليمين على حسب الأصول المقررة بديانته إن طلب ذلك[٢] . ونصت المادة ١٧٢ على أنه فى الأحوال الأخرى تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف « أحلف » الخ ونصت المادة ٧٩ من قانون تحقيق الجنايات السابق على أنه يجب على الشهود أن يحلفوا يميناً على أنهم يشهدون بالحق ولا يقولون غيره .

ومفاد كل ذلك أن الصيغة القانونية لليمين أو القسم هى أن يقول الشاهد « أحلف » ولا يخفى أن كلمة أحلف[٣] فيها معنى القسم ولكن جرى العمل أمام المحاكم الأهليه على أن يقول الحالف « والله العظيم أشهد بالحق ولا أقول غير الحق » وجرى العمل أمام المحاكم المختلطة سابقا وفقاً لنص المادة ١٩٥ من قانون المرافعات المختلط على أن يرفع الشاهد يده اليمنى ويقول « أحلف » . وحسب أحكام الشريعة الغراء يكفى أن يقول الشاهد « أشهد » لأن هذا اللفظ يتضمن اليمين، وجرت على ذلك المحاكم الشرعية حتى صدر قانون ٣٠ مايو سنة ١٩٢٦ فنسخ اشتراط الشهادة وجاء بدلها باليمين[٤] وقد نصت المادة ١٧٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادر بها القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على أنه متى حضر الشهود بين يدى القاضى سمع شهادة كل منهم على انفراد بعد أن يسأله عن اسمه

---

(١) و(٢) من المهم أن تنظر الفقرة رقم ٥٣٣ .

(٣) je le jure كما جاء فى النسخة الفرنسية .

(٤) كتاب طرق الاثبات الشرعية للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم طبعة ١٩٣٩ — ١٩٤٠ ص ١٣٦ — ١٤٠ .

ولقبه وصنعته ووظيفته ومحله ونسبه وجهة اتصاله بالخصوم بالقرابة أو الاستخدام أو غيرهما وبعد أن يحلف اليمين الشرعية . ولم تبين اللائحة صيغة خاصة لليمين . ولكن جرى العمل أيضاً أن يكون الحلف بالله العظيم . وقد قيل إن معنى اليمين القوة ثم أطلقت على الجارحة والحلف فسميت إحدى اليدين باليمين لزيادة فى قوتها على الأخرى وسمى الحلف بالله تعالى يميناً لأنه يتقوى به أحد طرفى الخبر وهو الصدق (١) . ولكن لا يوجد فى المذكرة التفسيرية لقانون المرافعات السابق ما يدل على أن الشارع قصد ذلك وخصوصاً أنه ذكر فى المادة ١٨٠ أن يقول الحالف « أحلف » وكذلك المادة ١٧٢ من القانون القديم . ولذلك قد يصح القول بأنه ليس فى القانون ما يوجب على الشاهد أن يقول والله العظيم ويكفى أن يقول أحلف أو أقسم أن أقول الحق الخ ولكن من جهة أخرى يجب على الشاهد أن يحلف بما يصدق به وأقوى ما يصدق به هو أن يقسم بالله العظيم — كما جرى العمل أمام المحاكم الأهلية والشرعية . ويحسن بالشارع أن ينص على ذلك صراحة .

ولكن قد يوجه الخصم إلى الشاهد يميناً غير اليمين القانونية كأن يطلب منه الحلف بالمصحف الشريف أو بولى من أولياء الله . فى هذه الحالة يصح للشاهد أن يرفض الحلف . ولكن هذا الرفض لا يمنع المحكمة من أن ترى فيه قرينة قضائية على عدم صدق الشاهد . وقد قررت محكمة النقض الدائرة الجنائية أنه وإن كان للشاهد إذا ما طلب إليه الحلف بغير اليمين القانونية أن يمتنع عن ذلك، إلا أن هذا لا يمنع المحكمة من أن تعد الامتناع قرينة على عدم صدق الشاهد فى أقواله ، فإذا كانت المحكمة قد رأت فى عدم إجابة الشاهد والدة المجنى عليه إلى ما طلبت من الحلف على المصحف ما يدعو إلى عدم تصديقه فإنها لا تكون قد خالفت القانون فى شىء (٢) .

---

(١) المرجع السابق ص ٤٢٥ .
(٢) مجموعة القواعد القانونية جزء ٥ جنائى ص ١٧٢ رقم ٩٦ .

وانظر فى هذا الموضوع وقارن الفقرات رقم ٥٣٠ وما بعدها الواردة فى الكلام على اليمين الحاسمة لأهمية ذلك كثيراً .

٣٧٨ مكرر (ج) — ويلاحظ أن صيغة اليمين « أن يقول الشاهد الحق وألا يقول غير الحق » صيغة ناقصة لأنه من الجائز أن يعلم الشاهد أمراً يفيد الدعوى ولا يسأل عنه . وهذا يستوجب أن يضاف إلى الصيغة « ويقول كل الحق » وأرى أنه يجب على القاضى حتى تحصل هذه الإضافة فى القانون أن يسأل القاضى الشاهد عن كل ما يعرفه خاصاً بالدعوى أو متعلقا بها .

هذا ويصح للقاضى أو المحامى فى بعض الأحوال أن لا يحصر أسئلته فى نطاق الدعوى إذا أراد بها استدراج الشاهد أو الخصم إلى الحقيقة . فمثلا حصل فى أمريكا أن رفع شخص دعوى ضد شركة سكة حديد مطالباً إياها بتعويض بسبب حادث نشأ عنه على زعمه أنه لا يستطيع أن يرفع ذراعه إلى أعلا من كتفه وكان يرفعه إلى هذا الحد متصنعاً الألم الشديد . فتلطف به محامى الشركة وسأله ألم تكن رياضيا عند ما أصابك الحادث بلاشك، فسأله ألم تشترك فى مسابقات، فقال وقد حصلت على جوائز كثيرة ورفع ذراعه إلى أعلا من رأسه إذ كان إعجابه بنفسه قد أنساه مركزه فى الدعوى [1] .

٣٧٩ — ويجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصياً متحققاً ما يشهد به بحواس نفسه [2] وقال عليه الصلاة والسلام « إذا علمت مثل الشمس فاشهد » كما إذا حضر البيع بنفسه وسمع الإيجاب والقبول ورأى دفع الثمن . أما ما علم به من الغير به فلا تقبل شهادته فيه . ولا يعتبر شاهداً قانونا إلا من عرف شخصيا

---

(١) انظر جورف وقد أشار إلى باكون Bacon ص ١٥ .

(٢) دورانتون ج ١٤ رقم ٢٣٩ وبودرى تعهدات رقم ٢٥١٢ وأوبرى ج ١٢ § ٧٦١ ص ٣٠٣ وتوليه ج ١٣ رقم ٤ ، ويسمون الشاهد فى فرنسا Témoin oculaire إذا رأى témoin auriculaire إذا سمع .

ما حصل . وتسمى شهادة من علم بالأمر من الغير شهادة سماعية [١] وهذه الشهادة لا يعول عليها ، لأنها لا تنشأ عن إدراك مباشر . ولا يخفى أن الأخبار كثيراً ما تتغير عند النقل ، على أن القول بعدم قبول شهادة السماع يجب أن لا يؤخذ على إطلاقه فإنه إذا مات الشاهد الأصلى الذى شاهد الأمر بنفسه أو استحال سماع شهادته لأى سبب آخر ، يصح للقاضى أن يأخذ بشهادة من سمع منه مباشرة إذا كان عدلا موثوقا به . وكثيراً ما يحصل فى المسائل الجنائية أن يسلم المجنى عليه فى جريمة قتل الروح قبل أن يصل إليه المحقق ولكنه يكون قبل ذلك قد قال عن الجانى لمن حضروا على استغاثته أو قبل حضور المحقق ، فيصح للقاضى أن يأخذ بشهادة هؤلاء متى اعتقد صحتها من باقى ظروف الدعوى وملابساتها . والقانون لم ينص على عدم الأخذ بشهادة السماع [٢] لذلك يمكن القول بأن للقاضى أن يأخذ بها إذا اقتنع بها إقناعا تاما واستحال سماع الشاهد الأصلى . وقررت محكمة النقض أنه لا تثريب على المحكمة إذا أخذت بأقوال شاهد لا علاقة له بالحادث للاستئناس بها فى تعرف كيفية وقوعه [٣] وإذا رأت المحكمة سماع شهادة السماع وأخذت بأقوال الشاهد لا يصح القول بعدم صحة هذه الشهادة لأول مرة أمام محكمة النقض إذ كان يجب التمسك بذلك أمام محكمة الموضوع . وقد تقدم القول فى الفقرة رقم ٣٧٨ مكرر بأنه لا يصح طلب سماع الشهود أو إعادة سماع شهادتهم أو استكمال النقص فى شهادتهم لأول مرة أمام محكمة

---

(١) par oui dire ويسمون الدليل المستقى من الشهرة العامة La preuve par commune renommée وانظر مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٣ ص ٢٨١ .

(٢) أنظر حكم النقض فى المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٩ ص ١٩٥ رقم ٨٤ وتفصيلات شيقة لهذا الموضوع فى كتاب فن القضاء للقاضى الفرنسى ج رانسون ترجمة المرحوم المستشار محمد رشدى ص ٢٤٧ — ٢٦١ . ومجموعات المكتب الفنى الجنائية السنة ١٩ ص ٧٢٩ والسنة ١٤ ص ٨٣ ، ٨٩٤ .

(٣) مجموعة دار النشر السنة الأولى ص ٧ رقم ٣ ج .

النقض لأن كل ذلك من اختصاص محكمة الموضوع[١].

ويترتب على ماتقدم وجوب سماع شهادة الشاهد المباشر إذا كان موجوداً. وإذا كان الشخص المنقول عنه مجهولا لا حيلة فى الأمر إذ لا يصح أن يقام حكم على شهادة شاهد بما سمعه من مجهول[٢] إنما قد تؤدى هذه الشهادة إلى الاهتداء إلى أدلة صحيحة خصوصاً فى المسائل الجنائية إذا أدت إلى أدلة مادية. وقد يصل المحقق بذلك إلى اعتراف المتهم.

وهناك شهادة بالتسامع، وهى تختلف عن الشهادة السماعية التى تتعلق بأمر معين نقلا عن شخص معين شاهد هذا الأمر بنفسه، وهذه الشهادة « شهادة بالتسامع » ولو أنها تتعلق بأمر معين إلا أنها ليست نقلا عن شخص معين شاهد الأمر بنفسه إذ يقول الشاهد سمعت كذا أو أن الناس يقولون كذا وكذا عن هذا الأمر دون أن يستطيع إسناد ذلك لأشخاص معينين، فلا يصح للقاضى أن يأخذ بها ما لم ينص القانون على ذلك، ولا يوجد مثل هذا النص عندنا. إلا أن المادة الأولى من القانون المدنى قالت فى الفقرة الثانية أنه « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة)، والعرف قد جرى بالسماح بشهادة التسامع فى بعض الأحوال طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما نقض ٤٣٠، ٤٣١ ومجموعة القواعد القانونية جزء ٣ ص ٣٨٦ رقم ١٢٦ ومجموعة المكتب الفنى ٣ ص ٣٩٦ رقم ٣/٣٧ وقارن هذه بالمجموعة ص ٣ رقم ٢/٨.

(٢) وقد قررت محكمة النقض أنه لايصح للمحكمة أن تؤسس حكمها على شهادة منقولة عن مجهول ـ مجموعة القواعد القانونية جزء ٣ جنائى ص ٥٥٠ رقم ٢/٤٤٤

(٣) وقررت محكمة النقض أنه يجب على المحكمة سؤال شهود النفى ولو كانوا قد سئلوا فى التحقيق الابتدائى إذا طلب الدفاع سماعهم لما قد يكون فى موقفهم وفى كيفية أدائهم للشهادة من أثر فى رأى القاضى فى صدد القوة التدليلية للشهادة. ولا يجوز للمحكمة أن تصرف النظر عن سماعهم ولو بحجة تسليمها بتاجاء فى أقوالهم فى التحقيقات ـ مجموعة القواعد القانونية جزء ٤ جنائى ص ١٧٦ رقم ٢/١٨٦.

فقد جاء فى المبسوط [1] تحت عنوان باب الشهادة فى النسب وغيره أنه لا تجوز الشهادة والقضاء بالتسامع ثم استحسنها فقال (وهذه فصول أربعة النسب ، والنكاح ، والقضاء ، والموت ، وفى القياس لا تجوز الشهادة على شىء منها بالتسامع لأن الشهادة لا تجوز إلا بعلم وإنما يستفيد العلم بمعاينة السبب أو بالخبر المتواتر ، فأما التسامع فلا يفيد العلم وقال الله تعالى (ولا تقف ماليس لك به علم) وحكم المال أخف من حكم النكاح فإذا كانت الشهادة على المال بالتسامع لا تجوز ، ففى النكاح أولى . وفى القياس ، القاضى والشاهد سواء ، ثم لا يجوز للقاضى أن يقضى بالتسامع وكذلك لا يجوز للشاهد — إلا أنا استحسنا جواز الشهادة فى هذه الأشياء الأربعة لتعامل الناس فى ذلك واستحسانهم ، ألا ترى أنا نشهد عمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب رضى الله عنهما ماتا ولم ندرك شيئاً من ذلك ونشهد أن فاطمة رضى الله عنها زوجة على رضى الله عنه وأن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنه ونشهد أن شريحاً كان قاضياً ، ونشهد أنهم قد ماتوا ولم ندرك شيئاً من ذلك . ثم هذه الأسباب يقضون بها على ما يشتهر ، فإن النسب يشتهر فيها بالتهنئة وفى الموت بالتعزية والنكاح بالشهود والوليمة والقضاء بالمشهور فنزلت الشهرة منزله العيان فى إفادة العلم بخلاف الأموال وغيرها يوضحه أن هذه الأمور قل ما يعاين سببها حقيقة ، فسبب النسب الولادة ولا يحضرها إلا القابلة وسبب القضاء تقليد السلطان ولا يعاين ذلك إلا الخواص من الناس والميت أيضاً قل ما يعاينه كل أحد والنكاح كذلك إنما يحضره الخاص من الناس ، فإن لم تجز الشهادة عليها بالتسامع أدى إلى الحرج بخلاف البيوع وغيرها) ثم قال أن الشهادة على أصل الوقف بالتسامع جائزة . ولكن على شرائط الوقف لا تجوز لأن أصل الوقف يشتهر

---

(١) جزء ١٦ ص ١٤٩ — ١٥٠ .

فأما شرائطه فلا تشتهر . بل أن أوراقاً رسمية تحرر عندنا بناء على الشهادة بالتسامع كالإعلام الشرعى بالوراثة ومحضر حصر التركة الذى تبين فيه أموال التركة ومالها وما عليها والورثة الموجودون أو الغائبون ، على أنه يمكن إثبات مايخالف ذلك بكافة الطرق طبقاً للقواعد العامة . وهناك ماسمى بالشهادة بالشهرة العامة وهى مبنية على ما اشتهر بين الناس دون أن يقول الشاهد أنه سمع من شخص معين ، ويصح إدخال بعض ما جاء فى المبسوط عن الشهادة بالتسامع تحت باب الشهادة بالشهرة العامة كالإعلام الشرعى بالإرث الذى يصدر من الجهة المختصة ومحضر حصر التركة الذى تبين فيها أموال التركة ومالها وماعليها من الديون غير الثابتة بمستندات والورثة الغائبين غير المعروف محل إقامة لهم .

ويلاحظ أخيراً أنه فى المسائل التجارية والمسائل المدنية التى يجوز فيها الأخذ بالشهود والقرائن يصح الأخذ بشهادة التسامع والشهرة العامة باعتبارها قرينة قضائية فقط إذا عززتها ظروف الدعوى وقرائنها الأخرى ، إذ لا يصح الأخذ بها وحدها وإلا كان الحكم مبنياً على شهادة الشهود فقط وهى ممنوعة على القاضى إلا إذا كان هناك نص كما تقدم . وقد سبق أن قلت أن للقاضى أن يحكم بمقتضى ما يحصله بخبرته من الشئون العامة المفروض علم الكافة بها ، وهذا يسمح له بأن يأخذ بالشهرة العامة لأن صفة القضاء لا تمنعه من أن يكون أحد أفراد الجمهور الذى يسمع بهذه الشهرة[1] .

وجوب تأدية الشهادة شفها

٣٧٩ مكرر — ويجب أن تؤدى الشهادة شفها أمام المحكمة أو القاضى مباشرة وجها لوجه لأنه إذا كذب اللسان أو سكت حيث يجب الكلام فإن

(١) انظر الفقرة التالية من هذه الرسالة فيما يختص بقضاء القاضى علمه الشخصى وهامش

هيئة المرء وحالته وطريقة شهادته قد تنم عن الحقيقة أو تساعد على اكتشافها أو تساعد على تقدير الشهادة (المادة ٩٠ إثبات [1]) ويجب أيضاً أن لا يعتمد الشاهد فى شهادته إلا على ذاكرته ولا يصح أن يسمح له بتلاوة شهادته من ورقة مكتوبة أو يستعين بأية مذكرة إلا إذا كانت شهادته منصبة على أمر معقد أو لمعرفة أرقام وتواريخ مثلا بعد إذن المحكمة أو القاضى . حيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى (المادة ٩٠ إثبات) والأصل فى التحقيق وسماع الشهود أن يكون بمعرفة هيئة المحكمة إنما يجوز لها طبقاً للمادة ٧٢ إثبات ـ عند الاقتضاء ـ أن تندب أحد قضاتها لإجرائه .

وجوب تأدية الشهادة بحضور الخصوم

٣٧٩ مكرر أ ـ ويجب أيضاً أن تؤدى الشهادة فى حضور الخصوم وإلا كانت باطلة ، ولا يخفى أن لكل خصم فى الدعوى الحق فى سؤال الشاهد ومناقشته ، وقد نصت المادة ٨٧ إثبات على أن «يكون توجيه الأسئلة إلى الشاهد من المحكمة أو القاضى المنتدب . ويجيب 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» إنما إذا كان أحد الخصوم يعلم قانوناً بتاريخ الجلسة المحددة لسماع الشاهد وتغيب يوم هذه الجلسة لا يمكنه التمسك بأن الشاهد سئل فى غيبته إلا إذا كان سبب غيابه عذراً شرعياً منعه من حضور الجلسة . وفى هذه الحالة يكون له الحق فى إعادة سماع الشاهد فى حضرته ومناقشته .

وإذا انتهى خصم من استجواب الشاهد فلا يجوز له إبداء أسئلة جديدة

---

(١) وقررت محكمة النقض أنه يجب على المحكمة سؤال شهود النفى ولو كانوا قد سئلوا فى التحقيق الابتدائى إذا طلب الدفاع سماعهم لما قد يكون فى موقفهم وفى كيفية أدائهم للشهادة من أثر فى رأى القاضى فى صدد القوة التدليلية للشهادة . ولا يجوز للمحكمة أن تصرف النظر عن سماعهم ولو بحجة تسليمها بما جاء فى أقوالهم فى التحقيقات ـ مجموعة القواعد القانونية جزء ٤ جنائى ص ١٧٦ رقم ٢/١٨٦ .

إلا بإذن المحكمة أو القاضى (المادة ٨٨ إثبات) ولرئيس الجلسة أو لأى أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما رآه من الأسئلة مفيداً فى كشف الحقيقة .

ونصت المادة ٨٤ إثبات على أن يؤدى كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقى الشهود الذين تسمع شهادتهم . ونصت المادة ٩١ إثبات مثل المادة ٢١٧ مرافعات سابق على أن « تثبت إجابات الشهود فى المحضر ثم تتلى على الشاهد ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها وإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه فى المحضر »، ولكن مع الأسف لا يتبع ذلك عملا لكثرة القضايا فى أغلب المحاكم فوق طاقة القضاه .

٣٧٩ مكرر ب — وكما قلت فى الفقرتين ١٥، ١٦ يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها بشهادة الشهود متعلقة بموضوع الدعوى منتجة فيها جائزاً قبولها . ويجب أيضاً أن يكون جائزاً قانوناً إثباتها بشهادة الشهود . إنما يصح كما قلت فى آخر الفقرة ٣٧٨ مكرر ب[1] أن يخرج استجواب الشاهد عن نطاق الدعوى إذا كان مقصوداً بذلك استدراجه إلى الوقوف على الحقيقة . ولا يصح للقاضى كما قلت تفصيلا فى الفقرة الثانية أن يقضى بعلمه الشخصى . وعليه فى هذه الحالة أن يقدم نفسه شاهداً كأى شخص آخر[2] .

وكون الواقعة متعلقة بموضوع النزاع منتجة فيها واضح أنه مسألة موضوعية يجب ترك تقديرها لقاضى الموضوع فلا يصح الطعن فى هذا التقدير — ما دام سائغاً — بطريق النقض إلا إذا أسس على تقدير خاطىء للنتائج القانونية المترتبة على الوقائع محل الإثبات بحيث يكون هناك مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو فى تأويله[3] . أما إذا كانت الواقعة غير جائز إثباتها لاستحالتها أو لأنها

---

(١) انظر الفقرة المذكورة .
(٢) أنظر الفقرة المذكورة أيضاً .
(٣) انظر أوبرى § ١٦٧ ص ٣٠١ ـ ٣٠٢ .

غير قابلة بطبيعتها للاثبات فإن الحكم لا يمكن أن يكون سائغاً فيصح الطعن فيه لعدم معقولية تنفيذه أو إذا كانت الواقعة غير جائز إثباتها قانوناً فإنه يصح الطعن لمخالفة القانون[١] .

حرية القاضى فى تقدير شهادة الشهود

٣٧٩ مكرر ج — وللقاضى مطلق الحرية فى الأخذ أو عدم الأخذ بشهادة الشاهد الذى لا يطمئن إلى شهادته حسبما يرى من ظروف الدعوى ما دام عدم اطمئنانه هذا سائغاً عقلا . ولا عبرة بكثرة الشهود أو قلتهم كما أنه لا عبرة بمراكزهم فى الهيئة الاجتماعية ما دامت شهادتهم لا تتفق مع ظروف الدعوى ولا توحى بالثقة بها[٢] ، وحتى إذا اتفق الطرفان على شهادة شاهد معين فإن شهادته لا تقيد القاضى ولو أن ذلك يوحى باطمئنان الطرفين إليه وثقتهما به وبأنه شاهد عدل ـ ذلك لأنه لا يصح أن يتفق الطرفان على طريقة للاثبات تقيد المحكمة . والمحكمة أن تأخذ بشهادة غيره ، بل للطرفين أن يستشهدا غيره[٣] .

وقد قررت محكمة النقض أن مجرد تراضى طرفى الخصومة على أن يشهدوا شخصاً معيناً ثقة فيه واطمئناناً إليه ـ ذلك لا يكون اتفاقاً على قاعدة للاثبات فى الدعوى تتقيد بها المحكمة ويتحتم عليها الفصل فيها بمقتضى هذه الشهادة فهو لا يمنع الخصوم من أن يشهدوا غير من تراضوا على شهادته ولا المحكمة من الأخذ بشهادة سواه .

---

(١) انظر الفقرة ١٦ من هذه الرسالة .

(٢) وجاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء أول ص ٣٩٦ أن البينة تترك لتقدير القاضى ويكون له كامل السلطة فى تقدير قيمتها أيا كان عدد الشهود وأيا كانت صفاتهم .

(٣) انظر مجموعة الـ ٢٥ عاماً إثبات ١٩٧ ومجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٦٥٧ رقم ٣٣٥ .

هذا وإذا اتفقت شهادة الشهود فى جوهر الأمر الذى شهدوا به لا عبرة باختلافهم فيما عدا ذلك . وقد قررت محكمة النقض أنه متى كانت أقوال الشهود التى اعتمد عليها الحكم فى قضائه بصحة التوقيع من شأنها أن تؤدى إلى ذلك فلا يعيب الحكم اختلاف أقوال هؤلاء الشهود فى أمر ثمن الصفقة[1] ولا ننسى أن قاضى الموضوع لا يخضع لرقابة محكمة النقض ما دام تقديره له ما يبرره ولا يخرج عما تحتمله أقوالهم وتقدير أقوال الشهود على العموم من حق محكمة الموضوع لا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك ما دام الحكم مبنياً على أسباب سائغة عقلا كما تقدم . وقد قررت محكمة النقض أنه لا تثريب على المحكمة إذا هى لم تأخذ بأقوال شهود أحد الخصوم كما أنها غير ملزمة بتصديق الشاهد فى كل أقواله ، فلها أن تطرح منها مالا يطمئن إليه وجدانها ، إذ أن تقدير الشهادة واستخلاص الواقع منها يستقل به قاضى الموضوع وبحسب الحكم أن يكون قد أقيم على أسباب من شأنها أن تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها[2] ويمكن لمحكمة الدرجة الثانية أن تستخلص من شهادة الشهود عكس ما استخلصته منها محكمة الدرجة الأولى متى كان هذا الاستخلاص سائغاً عقلا[3] هذا وليس من

---

(١) مجموعه دار النشر السنة الأولى ص ١٢٥ ـ ١٢٦ . وقررت محكمة النقض أيضاً أنه متى كانت المحكمة قد حددت موضوع النزاع وأصابت فى وزن الحجج التى تقدمت لها فى الدعوى وخرجت من ذلك بحكم سديد فى منطوقه كاف فى أسبابه لا لبس فيه ولا غموض فليس يطعن على هذا الحكم أن يكون قد أخطأ فى ذكر عدد الشهود أو فى ذكر علاقة أحدهم بأحد طرفى الخصومة أو أخطأ فى ذكر إن أحد الخصوم حلف اليمين فى دعوى أمام المحكمة الشرعية ، وهو لم يحلفها إلى غير ذلك مما لايتصل بجوهر النزاع ولا يؤثر فى سلامة الحكم فيما قضى به ـ مجموعة الـ ٢٥ عاماً إثبات ٢٢٤ ومجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ٣٠٨ رقم ١٦٢ .

(٢) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الرابعة ص ١٥٤ رقم ٢٥ . والسنة السابعة رقم ١٣١/٢ ص ٩١٤ ـ ٩١٥ والسنة الثانية رقم ٥٠ ص ٢٦٠ .

(٣) أنظر المجموعة المذكورة ص ٥٠٠ رقم ٧٣/٢ ومجموعة الـ ٢٥ عاماً إثبات ٢١٧ حيث قررت محكمة النقض أن للمحكمة الاستئنافيه أن تكتفى بمراجعة أقوال الشهود فى التحقيق وتستخلص منها ماتطمئن إليه ولو كان مخالفاً لما استخلصته المحكمة الابتدائية التى سمعتهم كما أن من حقها ألا تأخذ من أقوال الشاهد إلا ماترى صدقه وهى إذا أخذت ببعض الشهادة ولم تأخذ ببعض لايصح النعى عليها أنها مسخت هذه الشهادة .

الضرورى أن ترد المحكمة صراحة على شهادة كل شاهد لم تطمئن إليها فإن فى أخذها بشهادة بعض الشهود دون البعض بناء على أسباب سائغة رداً ضمنياً بعدم اطمئنانها إلى شهادة البعض الآخر . وقررت محكمة النقض أيضاً أنه لما كان من حق قاضى الموضوع وهو فى مقام الموازنة بين أدلة الإثبات وأدلة النفى فى الدعوى أن يأخذ ببعضها ويطرح البعض الآخر غير خاضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض ، وكان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه على ما استخلصه من أقوال الشهود من أن العقد جدى لا صورى ، وكان هذا الذى استخلصه هو استخلاص سائغ لا مخالفة فيه للثابت بالأوراق ، وكان اتخاذ الحكم لهذه الأقوال أساساً لقضائه فيه الرد الضمنى الكافى والمبرر لإطراحه ماعداها من أدلة الدعوى . لما كان ذلك ، كان ما ينعاه الطاعن على المحكمة من عدم الرد على القرائن التى ساقها دليلا على الصورية المدعاة لا مبرر له[1] .

وقررت محكمة النقض الدائرة الجنائية أن وزن أقوال الشهود وتقدير الظروف التى يؤدون فيها شهادتهم وتعويل القضاء على أقوالهم مهما وجه إليهم من المطاعن وحام حولهم من الشبهات أو عدم تعويله عليها كل ذلك متروك لمحكمة الموضوع تنزله المنزلة التى تراها وتقدره التقدير الذى تطمئن إليه دون رقابة لمحكمة النقض عليها فى تقديرها اللهم إلا إذا كان هذا التقدير مالا يسلم به العقل[2] ولا يغيب عن بالنا أن تقدير شهادة الشهود أخطر بكثير فى المسائل الجنائية منه فى المسائل المدنية بل فى غاية الخطورة لأن الأخذ أو عدم الأخذ بشهادة الشهود جائز فى جميع المواد الجنائية حتى فى أخطر الجنايات ، أما فى المسائل المدنية فإنه لا يسمع الشهود إلا فيما لا تتجاوز قيمته عشرين جنيهاً كما تقدم وفى أحوال استثنائية كما تقدم أيضاً . وقررت

---

(١) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الرابعة ص ١٧٦ رقم ٢٨ .

(٢) مجموعة أحكام النقض جزء ٣ جنائى ص ٣٢٤ رقم ٢٤٢ . ومجموعة المكتب الفنى للأحكام الجنائية السنة ٢٠ ص ٣٨ ، ١٤٥ ، ٢٦٦ ، ٦١٦ ، ٦٤٣ ، ٨٤٥ .

محكمة النقض الدائرة الجنائية كذلك أن الأخذ بأقوال الشهود منوط بتصديق إياهم واطمئنانها إليهم ولا سلطان لأحد على المحكمة فى تكوين عقيدتها مما يدلى به الشهود أمامها مادامت هى لاتخرج فى ذلك عما تحتمله أقوالهم ولا يضير المحكمة الاستئنافية أن تذهب فى تقدير أقوال الشهود مذهباً مخالفاً لتقدير المحكمة الابتدائية ولا يكون عليها فى هذه الحالة أن تفند الأسباب التى اعتمدت عليها المحكمة الابتدائية فى وجهة نظرها إنما يكفى أن تكون وجهتها هى قائمة على مايبررها(١) على أنه قد يقال إن محكمة النقض المدنية قررت أيضاً من جهة أخرى أن الاطمئنان إلى صدق الشاهد مرده إلى وجدان القاضى فهو غير ملزم بإبداء أسباب لتبريره(٢) أى أنه يكفى وجدان القاضى فقط بدون بيان الأسباب التى تبرر هذا الوجدان ولكن لا يصح تجزئة الحكم والأخذ بألفاظ عبارته الأخيرة فقط إذ أنه ظاهر من مجموع الحكم أن المحكمة تقصد أنه متى كانت أقوال شهود المطعون عليها الأولى تؤدى إلى النتيجة التى انتهى إليها الحكم وتكفى لتبريره ويصح إطراح أقوال شهود الطاعنين بلا حاجة للرد عليها ، وقد قررت محكمة النقض فى حكم آخر أنه لا تثريب على محكمة الموضوع إن هى صدقت شاهداً فى بعض أقواله دون البعض الآخر لأن هذا مما تتناوله سلطتها فى تقدير الأدلة متى كانت قد أوردت جميع أقواله وأشارت إلى ما فيها من تناقض ثم عولت على ما تصدقه منها فليس فيما فعلته مسخ لأقوال الشاهد (٣)

وقررت محكمة النقض أيضاً أنه لما كان تقدير أقوال مختلف الشهود

---

(١) المحاماة ٢٧ ص ٨٤٦ رقم ٣٤/ ٢ .

(٢) مجموعة أحكام النقض التى أصدرتها دار النشر الأولى ص ٢٨٩ رقم ٢/٧٦ .

(٣) أنظر حكم النقض فى مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة الثانية ص ٢٦٠ رقم ٥٠ والسنة الثالثة ص ١ رقم ١ وأنظر أيضا ص ٤٦٢ رقم ٨٥ حيث تجد أن محكمة النقض قررت أيضا أن لمحكمة الموضوع وهى تباشر سلطتها فى تقدير شادة الشهود أن تاخذ بنتيجة دون أخرى ولوكانت محتملة وأن تكتفى فى تكوين عقيدتها بشهادة الشهود المدونة بمحضر التحقيق الذى أجرته محكمة الدرجة الأولى بغير حاجة إلى إجراء تحقيق جديد .

مرهونا بما يطمئن إليه وجدان المحكمة منها وجب أن يكون سلطان المحكمة في ذلك مطلقاً غير محدود إلا أن تخرج بهذه الأقوال إلى ما لا يؤدى إليه مدلولها[١] ، على أنه جاء فى المبدأ الذى وضعته مجموعة أحكام النقض ١٠ رقم ١٣٢/٤ ص ٨٦٨ على رأس الحكم أن محكمة النقض قررت أيضاً أن مناقشة أقوال الشهود للوصول إلى محاولة الحكم المطعون فيه وتقديره لهذه الأقوال غير جائز أمام محكمة النقض ـ مما يؤخذ منه أنه لاتصح مناقشة ماشهد به الشهود الذين شهدوا أمام محكمة الموضوع إطلاقاً مع أن محكمة النقض قالت فى الأسباب ص ٨٧٥ أن شهود المدعى عليها أكدوا فى شهادتهم أنه كان هناك عقد استخدام محرر بين الشركة وبين المدعى وأنه كانت هناك لائحة معلقة ، وهما يتضمنان أن المدعى ونظراءه يصرف لهم من حصيلة ١٠٪ بما يوازى ٥٠ بنطا لا ستين بنطا ، وأن هذه المستندات التهمتها النيران فى حريق القاهرة سالف الذكر ، وهؤلاء الشهود على علم تام بأحوال الشركة لأن الأول يعمل سكرتيراً لها وعليه مراجعة عقود الاستخدام كما يقول فى شهادته ، وباقى الشهود يعملون موظفين فى أقلام الحسابات والاستعلامات ، وترى المحكمة أن شهادتهم محل ثقتها ولم يقم من جانب المدعى ما ينفيها أو يحرجها . وقد قررت محكمة النقض قبل ذلك أن لمحكمة الموضوع استخلاص ماتراه من أقوال الشهود فى خصوص الواقعة المطلوب تحقيقها وإقامة قضائها على ما استخلصته متى كان سائغاً وغير مخالف للثابت بغير معقب من محكمة النقض[٢] .

بل قررت محكمة النقض أنه إذا كان ما استخلصته المحكمة من أقوال بعض الشهود لا يتفق وما جاء على ألسنتهم وكان حكمها غير مبنى على أقوال هؤلاء

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ٢٢٢

(٢) المكتب الفنى ٧ سنه ٥٦ ص ٣١٠ رقم ٢/٤٨ والأحكام التى سبقت الاشارة إليها بهذا المعنى . وانظر أيضا مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ٢١٤ و ٢١٥ ومجموعة المكتب الفنى ٢ ص ٤٦٢ رقم ٨٥ و ٣ ص رقم ١ .

الشهود وحدهم بل مستنداً إلى أقوال شهود آخرين وإلى قرائن أخرى فى الدعوى فإن الحكم يكون بمنأى عن النقض لقيامه على أدلة تكفى لحمله[1] .

ويصح للمحكمة أن تأخذ بشهادة الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً للخصم الذى استشهد به لأن القانون لم يجعل القرابة سبباً لرد الشاهد . وقد نصت المادة ٨٢ إثبات (٢٠٣ من قانون المرافعات السابق) على أنه « لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأى سبب آخر الخ » وبهذا المعنى كانت المادة ١٩٨ من قانون المرافعات الأسبق . إنما لا شك فى أن قرابة الشاهد أو مصاهرته للخصم الذى يشهد له تدفعه للميل إلى الشهادة لمصلحته . ولذلك يجب على القاضى أن يحتاط فى الأخذ بها وأن يراعى ظروف الدعوى وقرائنها . وقد قررت محكمة النقض أنه متى كان الحكم لم يطرح شهادة شهود الطاعن القائلين بوضع يده على القناة موضوع النزاع لمجرد قرابتهم له وإنما أطرحها على ما صرح به بسبب ما أثارته هذه القرابة من شك فى صدق أقوالهم ولسبب ما توافر فى الدعوى من قرائن على صدق شهود المطعون عليه ، فإن الطعن على الحكم استنادا إلى أنه أخطأ فى تطبيق القانون على الواقعة يكون على غير أساس[2] .

وقررت محكمة النقض أيضاً ضمن ماقررته أن عدم ذكر علاقة أحد الشهود بأحد طرفى الخصومة لا يؤثر فى سلامة الحكم متى كانت المحكمة قد حددت موضوع النزاع وأصابت فى وزن الحجج التى تقدمت وخرجت بذلك إلى حكم سديد فى منطوقه كاف فى أسبابه[3] بل ليس من الضرورى ذكر أسماء الشهود

---

(١) مجموعة المكتب الفنى ٧ سنة ٥٦ رقم ٦/٩٢ ص ٧٠١ — ٧٠٣ .

(٢) مجموعة المكتب الفنى محكمة النقض السنة الثانية ص ٢١٩ رقم ٤٢ .

(٣) انظر حكم النقض السابق الاستشارة إليه فى مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ٢٢٤ ومجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ٣٠ رقم ٢٦٢ .

وأقوالهم فى الحكم بل يكفى ذكر مضمون أقوالهم ما دام يكون من شأن هذا المضمون أن يؤدى إلى ما انتهت إليه . وقد قررت محكمة النقض أنه لا يعيب الحكم عدم ذكر أسماء الشهود فى تحقيق أجرته وعدم إيراد نصوص أقوالهم وحسبه أن يورد مضمون هذه الأقوال[1] .

٣٧٩ مكرر د — هذا والإذن لأحد الخصوم فى الدعوى بإثبات مايدعيه بشهادة الشهود يستلزم حتما أن يكون للخصم الآخر نفى ذلك بشهادة الشهود كذلك ، وقد نصت المادة ٦٩ إثبات ١٩٢ من قانون المرافعات السابق على أن « الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذه الطريقة » وبهذا المعنى المادة ١٨١ مرافعات قديم . وهذا من حق الخصم الذى أذن بالإثبات ضده بشهادة الشهود ولو لم يذكر الحكم الصادر بالإحالة إلى التحقيق أن يكون له النفى فيسوغ له أن يطلب من المحكمة سماع شهوده إن كان له شهودا[2] وإذا رفض القاضى ذلك وإذا لم يسمعهم كان حكمه باطلا ، لأن سماعهم ضرورى لظهور الحقيقة ويعتبر ذلك حرماناً جوهرياً من حق الدفاع ، وقد قالت المادة ٧٣ إثبات كما تقدم أن الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائما أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق ، إنما يلاحظ أن البطلان هنا ليس من النظام العام لأنه شرع لمصلحة الخصوم فقط ، فإذا لم يتمسك الخصم به أمام محكمة الموضوع لا يجوز له أن يتمسك به أمام محكمة النقض لأول مرة ولا يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها[3] على أن للمحكمة أن تأخذ بشهادة شهود الإثبات

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ٢٣٧ ومجموعة (دار النشر) ص ١٤٤ رقم ١/٤٢ ومجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص ١٥١ .

(٢) انظر مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١٩٦ وقارن النقض فى مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة الثانية ص ١٩١ رقم ٣٧

(٣) انظر المجموعة السابقة للمكتب الفنى السنة الثانية ص ١٩١ رقم ٣٧

دون ذكر أسباب عدم أخذها بشهود النفى مادام حكمها سائغاً . وقد قررت محكمة النقض أنه متى كان ما استخلصته من أقوال الشهود غير مناقض لما هو ثابت فى محضر التحقيق كان قضاءها سليماولا على المحكمة أن تبرر سبب أخذها بأقوال شهود الإثبات دون النفى ، إذ أن ذلك منوط بتصديقها إياهم واطمئنانها إليهم بغير رقابة عليها[1] وللمحكمة أن تأخذ بشهادة شهود النفى دون شهود الإثبات بالقيود المتقدمة .

٣٧٩ مكرر هـ — ولا يصح الأخذ بشهادة شاهد إلا إذا سمعت فى مجلس القضاء . فكل شهادة تسمع فى غير مجلس القضاء لا يصح أن يقام الحكم عليها ولو أديت أمام خبير ندبته المحكمة فى الدعوى وذلك حتى إذا حلّف الخبير الشاهد وإلا كان الحكم باطلا[2] وقد نصت المادة ١٤٨ إثبات (٢٣٨ من قانون المرافعات السابق) على أن « يسمع الخبير أقوال الخصوم وملاحظاتهم . ويسمع بغير يمين أقوال من يحضرونهم أو من يرى هو سماع أقواله إذا كان الحكم قد أذن له فى ذلك » وبهذا المعنى كانت المادة ٢٢٨/٢٦٣ من قانون المرافعات الأسبق ، على أن ذلك لا يمنع المحكمة من أن تعتبر هذه الشهادة قرينة قضائية معززة لقرائن أو لأدلة أخرى . وقد قررت محكمة النقض أنه لا تثريب على المحكمة إن هى اتخذت من أقوال الشهود الذين سمعهم الخبير قرينة ضمن قرائن أخرى لنفى وضع يد مدعى الاستحقاق على العقارات موضوع النزاع[3] وقد قررت

---

(١) مجموعة (دار النشر) السابقة رقم ٢/٤٢ ومجموعات المكتب الفنى الجنائية السنة ١٩ ص ٣٠٠ ، ٤٣٠ والسنة ١٧ ص ٣٩٣ .

(٢) انظر الفقرة رقم ٣٧٩ مكرر والفقرة ٧٥٠ من الجزء الثانى وقارن حكم النقض فى المحاماة ٣١ ص ١٤٩٧ رقم ٤٣٨ .

(٣) مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنه الثانية ص ٣١ — ٢٢ رقم ٢/٣ وص ٤٠٨ رقم ٤٦ وانظر أيضا المحاماة ٣١ ص ٩٤٤ رقم ٢/٢٦٥ ومجموعة المكتب الفنى السنه ٢٠ ص ١١٠١ .

محكمة النقض أيضاً أنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد استند فى تقريره عجز الطاعن عن إثبات دعواه إلى جملة قرائن منها ما استخلصه من أقوال الشهود الذى سمعهم الخبير وكان الطاعن لم يوجه لدى محكمة الموضوع طعناً إلى التحقيق الذى أجراه هذا الخبير بإذن من المحكمة فإن ماينعاه الطاعن عن الحكم يكون على غير أساس(١) .

٣٧٩ مكرر و — ويلاحظ بأن القول بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تقدير أقوال الشهود مشروط بأن لايكون هذا التقدير مبنياً على سبب مخالف للثابت فى أوراق الدعوى . وقد قررت محكمة النقض أنه متى كانت محكمة الموضوع إذ قضت برد وبطلان العقد المطعون فيه بالتزوير قدصرحت بأن سبب عدم اطمئنانها إلى أقوال الشهود المدعى عليها فى دعوى التزوير هو أن هذه الأخيرة قد سكتت عن الرد على ماجرحت به شهادتهم واستنتجت المحكمة من هذا السكوت صحة هذا التجريح وكان الثابت أن الطاعنة لم تسكت عن الرد على تجريح شهودها ، فإن الحكم يكون مبنياً على سبب لاسند له من الأوراق ممايبطله ويستوجب نقضه(٢) .

ومما يستلفت النظر أن محكمة النقض قررت فى حكم لها أن تقدير الدليل لايحوز قوة الأمر المقضى فلا تثريب على المحكمة المدنية إذا هى أخذت بشهادة شهود سمعتهم بعد أن كانت المحكمة الجنائية قد تشككت فى صحة شهادتهم وصار حكمها الذى لم تعتد فيه بهذه الشهادة نهائيا(٣) .

ومعنى ذلك أنه إذا حكمت المحكمة الجنائية بالبراءة بناء على عدم أخذها

---

(١) المحاماة ٣١ ص ٩٧ : ١ رقم ٤٣٨ وانظر أيضا الفقرة رقم ٣٧٩ مكررى .

(٢) مجموعة الـ ٢٥ عاماً إثبات ٢٢٣ ومجموعة المكتب الفنى ٥ ص ٩٨٠ رقم ١٥١ .

(٣) مجموعة الـ ٢٥ عاماً إثبات ٢٢٥ ومجموعة القواعد القانونية جزء ٥ ص ١٤٣ رقم ٥٦ .

بشهادة الشهود يصح للمحكمة المدنية أن تحكم للمجنى عليه بتعويض الضرر الذى أصابه من تلك الجناية أو الجنحة أو بعبارة أخرى تثبت عليه ارتكاب الجناية أو الجنحة بطريقة غير مباشرة فيكون وقع ذلك على المجتمع سيئاً(١) . والقاعدة أن الحكم الجنائى يسرى على المدنى ، وقد اختلفت الآراء فى هذا الصدد ، ولكن الذى رجح هو احترام هذه القاعدة كما رأت محكمة النقض أيضاً(٢) وقد فطن قانون الإجراءات الجنائية الأخير ونصت المادة ٤٥٦ صراحة على أن يكون للحكم الجنائى الصادر من المحكمة الجنائية فى موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو بالإدانة قوة الشىء المحكوم فيه أمام المحاكم المدنية فى الدعاوى التى لم يكن قد فصل نهائياً فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانونى ونسبتها إلى فاعلها . ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بنى على انتفاء التهمة أو عدم كفاية الأدلة ، ولا تكون له هذه القوة إذا كان مبنياً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون .

٣٧٩ مكرر ز ـ والخصم كما يؤخذ مما قلناه فى الفقرة رقم ٥١ هو المكلف بإثبات دعواه وتقديم دليله عليها فهو الذى يعين للمحكمة شهوده وليس للمحكمة أن تسمع شاهداً لم يستشهده وإنما إذا سمعته دون أن يعترض الخصم على سماع شهادته وأخذت بها جاز لها ذلك . وإذا اعترض الخصم على سماع شهادته وبالرغم من ذلك سمعته المحكمة وأخذت بشهادته كان حكمها معيباً مستوجباً نقضه ، ولكن إذا حصل الاعتراض أمام محكمة الدرجة الأولى ولم يتمسك الخصم أمام محكمة الدرجة الثانية بأن محكمة الدرجة الأولى أهملت اعتراضه وسمعت الشاهد وأخذت بشهادته ليس له أن يثير ذلك أمام محكمة النقض . وقد قررت هذه المحكمة أنه متى كان الطاعن ينعى على الحكم المطعون فيه الخطأ

---

(١) انظر الفقرة ٦٧٦ مكرر من الجزء الثانى من هذه الرسالة .

(٢) انظر الفقرة ٧١٦ مكرر من الجزء الثانى من هذه الرسالة وهامشها .

فى تطبيق القانون من وجهين (أولها) أن المحكمة لم تتبع قواعد الإثبات وطرق التحقيق المقررة قانوناً لأنها أمرت من تلقاء نفسها باستدعاء شاهد لم يستشهد أحد من الخصوم كما أنها لم تأبه لاعتراض الطاعن عليه ومضت فى سماع شهادته ثم أخذت بها فى قضائها وبذلك تكون قد استحدثت دليلا فى الدعوى غير صادر من الخصوم (والثانى) أن الشاهد الذى استدعته هو فى حقيقته خصم فى الدعوى ممثل فى شخص المطعون عليه الأول الذى تلقى عنه ملكية الأرض موضوع النزاع والملزم قبله بالضمان مما تكون معه شهادته غير مقبولة . وكان يبين من أوراق الدعوى أن محكمة الدرجة الأولى كلفت المدعى عليه فى الدعوى بإعلان شاهد معين فيها وقبل أن تشرع فى سماع شهادته اعترض الطاعن عليه بمقولة أنه هو البائع للمطعون عليه الأول وضامن له ولذا فلا تتوافر فيه الصلاحية الواجب توافرها فى الشاهد ولكن المحكمة مضت فى سماع شهادته وجاء بحكمها فى هذا الخصوص أنه لاعبرة باعتراض الطاعن الآنف بيانه لأن للمحكمة الحق فى سماع شهادة من ترى فى شهادته إظهاراً للحقيقة ، ومن ثم يكون الطعن موضوع النعى واردين على الحكم الابتدائى وإجراءات محكمة الدرجة الأولى مما كان يتعين معه على الطاعن أن يتمسك بهما لدى محكمة الدرجة الثانية . ولما كان الطاعن لم يقدم إلى هذه المحكمة مايثبت ذلك فلا يجوز إثارتهما أمام محكمة النقض ويكون هذا السبب غير مقبول بوجهيه[1].

٣٧٩ ح - هذا ويجب أن لاتستند المحكمة فى حكمها إلا على شهادة الشهود الذين يشهدون فى القضية التى تنظرها ، أما شهادة الشهود فى قضية أخرى فإنه وإن كان لايصح الأخذ بها فإنه يصح اعتبارها من القرائن القضائية لأن القاضى ليس مقيداً فى استنتاجه القرينة بدائرة النزاع المطروح أمامه فله أن يستنتج القرينة من

---

(١) انظر مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الرابعة ص ٧٤ ـ ٧٦ رقم ١٣ / ٤ ويلاحظ أن الدعوى كانت دعوى منع تعرض والحكم كله مكتوب فى المجموعة .

قضية أخرى أو من تحقيق مدنى أو جنائى أو إدارى بل قيل أن له أن يبحث عن القرينة فى تحقيقات باطلة — كما سنرى تفصيلا فى الفقرة ٧٥٠ من الجزء الثانى من هذه الرسالة فى الكلام على القرائن القضائية .

٣٧٩ ط — وإنه وإن كان الأصل هو أن الخصم هو المكلف بإثبات دعواه إلا أن المادة ٧٠ إثبات (١٩٠ مرافعات) فقرة أولى نصت على أن « للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود » « متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة » ذلك لأنه متى طرحت الدعوى على المحكمة وجب عليها الفصل فيها فإذا رأت أنه لا يمكن ذلك إلا بعد إحالتها إلى التحقيق لا يسوغ منعها عن ذلك . وقالت الفقرة الثانية من المادة « كما يكون لها فى جميع الأحوال كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعى للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة » ويلاحظ أن هذه العبارة الأخيرة لم تكن موجودة فى المادة ١٩٠ مرافعات أصل المادة ٧٠ إثبات ، ولكن من السهل فهمها لأنها تدخل فى نطاق الفقرة الأولى من المادة وحكم الاثنين واحد . ويلاحظ أنه إذا طلب الخصم الإثبات بشهادة الشهود يجب عليه أن يبين الوقائع التى يريد إثباتها كتابة أو شفاها فى الجلسة (٦٨ إثبات) وعلى المحكمة سواء كان طلب الإثبات بالشهود مقدماً من الخصم أو كان الأمر بالإثبات صادراً منها أن تبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها وإلا كان باطلا ، وتبين كذلك فى الحكم اليوم الذى يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذى يجب أن يتم فيه ـ ٧١ إثبات ـ وذلك ابتغاء سرعة الفصل فى القضايا وعدم إطالة أمد التحقيق . والحكمة فى وجوب بيان كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها وإلا كان الحكم باطلا ، أنه يجب أن تكون كل واقعة متعلقة بالدعوى وأن يكون التحقيق منتجاً فيها ولذلك يجب بيان كل واقعة بالدقة والضبط لحصر

التحقيق فيها [1] . ويجب أن يكون التحقيق أمام المحكمة إنما يجوز لها ـ عند الاقتضاء ـ أن تندب أحد قضاتها لإجرائه ـ ٧٢ إثبات ـ ، وذلك إذا رأت ذلك ، كافياً حتى لا تشغل أوقات كل أعضاء الهيئة بالتحقيق فى كل قضية ويترتب على هذا سرعة الفصل فى القضايا .

٣٧٩ مكرر ى -- هذ ويجب أن يستمر التحقيق 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 ـ مادة ٧٣ إثبات .

شهادة الصغير والمحكوم عليه بعقوبة جنائية :

٣٧٩ مكرر (ك) — هذا ولا يصح الأخذ بشهادة من لا يبلغ عمره خمس عشرة سنة كاملة . وتسمع أقواله على سبيل الاستدلال فقط بغير يمين كما تقدم فى الفقرة رقم ٣٧٨ مكرر طبقاً للمادة ٦٤ إثبات (٢٠٤ من قانون المرافعات) التى نصت على أنه لا يكون أهلا للشهادة من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنة على أنه يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين ولكن على سبيل الاستدلال (وبهذا المعنى كانت المادة ١٩٩ من قانون المرافعات السابق) وكانت السن ١٤ سنة فى قانون المرافعات السابق ، ومفاد ذلك أنه لا يصح أن يبنى القاضى حكمه على شهادته أو أقواله وحدها وله فقط أن يسترشد بها لتعزيز شهادة شاهد بالغ أو أى دليل قانونى آخر .

والعبرة بالسن وقت أداء الشهادة أى وقت سماعها لا وقت تحملها كما هو ظاهر من نص المادة ٦٤ إثبات إذ قالت « لا يكون أهلا للشهادة من لم تبلغ سنه خمس عشرة سنه الخ » وقد قررت محكمة النقض أن العبرة فى سن الشاهد فى صدد

---

(١) انظر المذكرة التفسيرية عن المادة ١٩١ مرافعات أصل المادة ٧١ إثبات

حلفه اليمين هى سنه وقت أداء الشهادة وبوقت [1] ولكن يجب أن يلاحظ أن صغر سن الشاهد وقت تحمل الشهادة قد يكون من شأنه أن يضعف من قوة تصور الصغير للواقعة التى يشهد بها على حقيقتها وخصوصاً أنه قد يمضى وقت طويل بين تحمل الشهادة وأدائها .

وإذا لم تكن سن الصغير ثابتة بورقة رسمية كشهادة الميلاد أوشهادة التطعيم يكون لقاضى الموضوع تقدير سنه حسب مظهره وأقواله وأقوال والديه أوطبيب فإذا رأى من ذلك أن سنه لم تبلغ خمس عشرة سنة فلم يحلفه ولم يعترض أحد الخصوم على ذلك ثم ظهر أن سنه كانت خمس عشر عاماً أو أكثر لا يكون الحكم باطلا [2] .

٣٧٩ مكرر (ل) — ويسمع على سبيل الاستدلال أيضاً المحكوم عليه بعقوبة جنائية مدة العقوبة طبقاً للمادة ٢٥ من قانون العقوبات التى نصت على أن « كل حكم بعقوبة جنائية يستازم حتما حرمان المحكوم عليه من الحقوق والمزايا الآتية .. ثالثاً الشهادة أمام المحاكم مدة العقوبة إلا على سبيل الاستدلال » وظاهر من هذا النص (أولا) أنه لا يكفى أن يكون المحكوم عليه ارتكب جناية بل يجب أن يكون محكوماً عليه بعقوبة جناية ، فإذا ما ارتكب شخص جناية وحكم عليه بعقوبة جنحة أى بأقل من عقوبة السجن استعمالا للرأفة به فلا ينطبق عليه النص ، ويجب تحليفه اليمين (ثانياً) أن يكون عدم تحليفه مقصوراً على مدة العقوبة فإذا وفى مدة العقوبة أو صدر عفو عن العقوبة كلها أو بعضها وكان قد وفى البعض الآخر أو صدر عفو عن الجريمة وجب تحليفه اليمين . وما هو جدير

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جزء ٦ جنائى ص ٢٤٤ رقم ١٧٧ / ٢ . ومجموعة المكتب الفنى الجنائيه السنة ١١ ص ١٥٤ .

(٢) انظر داللوز العملى على لفظة يمين رقم ١٩٥ وقارن جارو تحقيق جنايات جزء ٢ رقم ٤٠٦ ولبواتفان على المادة ٢٥٥ تحقيق جنايات رقم ٢٩ والأحكام التى أشاروا اليها .

بالملاحظة أنه يؤخذ من نص المادة ٢٥ من قانون العقوبات أن الشارع اعتبر الشهادة حقاً أو مزية كالقبول فى خدمة الحكومة أو التحلى برتبة أو نيشان المنصوص عليهما فى أولا وثانياً ، مع أن الشهادة واجب والامتناع عنها معاقب عليه بمقتضى المادة ٧٨ من قانون الإثبات(٢٠١ من قانون المرافعات السابق) . فالأمر على حقيقته لا يتعدى عدم الثقة بمجرم حكم عليه بعقوبة جناية لأن من يرتكب جناية يحكم عليه من أجلها بعقوبة جناية لا يتورع من أن يرتكب جنحة شهادة الزور . أما من يرتكب جناية ويحكم عليه بعقوبة جنحة أى بالحبس فقط من باب استعمال الرأفة معه فإن جريمته لا تتنافى عادة مع عدم كمون الشر فى نفسه ومع عدم حسن الذمة كما إذا كانت الجريمة عاطفية أو سببها التفريط فى العرض أو غضب شديد تعذر المحكمة معه المتهم ، أو كانت الجريمة فجائية كمن يفاجىء زوجته فى وضع غير لائق مع آخر . وقد نصت المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات على أن « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بالحبس » أى أن الشارع اعتبر قتل الاثنين فى هذه الحالة جنحة من أول الأمر دون استعمال الرأفة . على أنه من جهة أخرى من سبق الحكم عليه لارتكابه جنحة شهادة الزور أو اليمين الكاذبة وإن كان القانون لا يمنع تحليفه اليمين إلا أنه قلما يوثق بشهادته حتى بعد وفاء العقوبة . وكذلك من سبق الحكم عليه لارتكابه جنحة سرقة أو نصب أو خيانة أمانة يجب أن تسمع شهادته بمزيد من الحذر لأن من يختلس مال الغير لا يبعد عليه أن يختلس حق الغير فى صدق الشهادة وقد يشهد زوراً فى مقابل مبلغ من المال يأخذه حراماً كذلك ممن يشهد لمصلحته . هذا وإذا تتبعنا النص الحرفى للمادة ٢٥ من قانون العقوبات وقولها إن المحكوم عليه يحرم من الشهادة « مدة العقوبة » لترتب على ذلك نتيجة غير معقولة بالنسبة للمحكوم عليه بالإعدام الذى لا تستغرق مدة عقوبته بضع ثوان يستحيل أن يشهد فى أثنائها . وهذه النتيجة غير المعقولة هى أنه يستطيع أن يشهد ويستطيع أن يحلف فى المدة التى تمضى بين الحكم وبين التنفيذ (أى مدة العقوبة)

بالرغم من الحكم عليه بأشد عقوبات الجناية . إذن لامفر من اعتبار مدة إيداعه في السجن من وقت الحكم حتى التنفيذ مدة عقوبة لأن هذه المدة ليست إلا توطئة لتنفيذ العقوبة ، فلا شك أنه يصح اعتبارها مدة عقوبة . وعلى أى حال مثل هذا الشخص يكون غالباً فى حالة لا يصح فيها الاعتماد على أقواله سواء حلف أو لم يحلف .

٣٧٩ مكرر م ـ وقد نصت المادة ١٤٨ إثبات (٢٣٨ من قانون المرافعات السابق) كما تقدم على أن يسمع الخبير أقوال الخصوم وملاحظاتهم ـ ويسمع بغير يمين ـ من يحضرونهم أو من يرى هو سماع أقواله إذا كان الحكم قد أذن له فى ذلك (وبهذا المعنى المادة ٢٢٨ من قانون المرافعات القديم) ونصت المادة ١٣٤ من قانون الإثبات (١٨٨ من قانون المرافعات السابق أيضاً) على أنه يجوز لقاضى الأمور المستعجلة أن يندب أحد الخبراء للانتقال والمعاينة وسماع الشهود بغير يمين . مثل هذه الشهادة أو تلك لا يصح أيضاً الاستناد عليها وحدها فى الحكم فى الدعوى كما سبق القول أى أنها ليست دليلا قانونياً تصح إقامة الحكم عليه وإنما يصح أن تستأنس بها المحكمة فى الأخذ بما جاء فى تقرير الخبير نتيجة لأعماله التى قام بها فى حدود مهمته[1] هذا ولا يصح للخبير أن يحلف الشهود

---

(١) أنظر الفقرة رقم ٣٧٩ مكرر هـ وقد قررت محكمة النقض فى الطعن رقم ٦٤ سنة ١١ القضائية فى ١٠ من مايو سنة ١٩٤٢ أن التحقيق الذى يلوح للمحكمة أن تتخذه سندا أساسيا فى حكمها هو التحقيق الذى تجريه وفق أحكام القانون المفصلة فى المادة ١٧٧ ومايليها من قانون المرافعات (السابق) التى تقابلها المواد ١٨٩ ومابعد من قانون المرافعات الجديد ، فقد تضمنت هذه الأحكام وجوب حصول التحقيق أمام المحكمة ذاتها أو أحد القضاة الذى تندبه خصيصا لذلك كما أوجبت تحليف الشاهد اليمين متى زادت سنه على ١٤ سنة وجاءت كفيلة ببيان القواعد والاجراءات التى يجب اتباعها فى التحقيق أما مايكون من الخبير وسماع الشهود بترخيص من المحكمة فلا يمكن والحالة هذه عدة تحقيقا بالمعنى القانونى يصح للمحكمة أن تستمد منه وحده اقتناعها وتتخذه دليلا تبنى عليها حكمها بل هو لا يعدو أن يكون عنصرا من العناصر التى يستهدى بها الخبير فى أداء مهمته على الوجه الأكمل . ولذا فقد نصت المادة ٢٢٨ (من قانون المرافعات السابق) التى تقابلها المادة ٢٣٨ من قانون المرافعات الجديد . على عدم تحليف الخبير الشهود اليمين وعلى هذا الأعتبار يكون تقدير المحكمة لأقوال هؤلاء الشهود على أساس انضمامها إلى غيرها =

ولا يكون الحلف إلا أمام المحكمة وإذا حلف الخبير الشهود تكون اليمين زائدة ولا تزيد من قيمة أقوالهم . وانظر الفقرة رقم ٧٦٠ مكرر فى الجزء الثانى .

من هم غير أهل للشهادة :

٣٧٩ مكرر ك — وهناك من هم غير أهل للشهادة لعدم التمييز . فإن المادة ٨٢ إثبات (المادة ٢٠٣ من قانون المرافعات السابق) بعد أن قالت « لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم » كما تقدم فى الفقرة رقم ٣٧٩ مكرر ج قالت « إلا أن يكون غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأى سبب آخر » . أى أنه إذا كان حدثا لا يميز (بسبب صغر سنه كثيراً) أو شيخا هرما لا يميز بسبب كبر سنه كثيراً كذلك أو مريضاً مرضاً يمنعه عن التمييز سواء كان المرض عقلياً أو جسمانياً شديداً أو فاقد التمييز لأى سبب آخر كالبله ، لا يكون أهلا للشهادة ولا على سبيل الاستدلال . وكانت المادة ١٩٨ من قانون المرافعات القديم أوضح فى هـذا المعنى إذ كانت تقول « إلا إذا كان غير قادر على التمييز سواء كان ذلك بسبب زيادة كبر أو صغر سنه أو بسبب مرض فى جسمه أو فى قواه العقلية أو غير ذلك من الأسباب التى من هذا القبيل » هذا وكل حكم يقام على شهادة أحد هؤلاء يكون باطلا بطبيعة الحال .

من يمنعهم القانون عن الشهادة :

٣٧٩ مكرر ن — وهناك فريق من الناس يمنعهم القانون من الشهادة

= من الأعمال التى نيط بالخبير أداؤها فى دائرة مهمته الفنية أو معاينته الشخصية للماديات التى أرادت المحكمة الاستعانة بها على كشف حقيقتها . ولا يصح للمحكمة أن تعول عليها وحدها دون غيرها مما تضمنه تقرير الخبير .

فقد نصت المادة ٦٥ إثبات (٢٠٦ من قانون المرافعات السابق) : « الموظفون والمكلفون بخدمة عامة لا يشهدون ولو بعد تركهم العمل عما يكون قد وصل إلى علمهم فى أثناء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانونى ولم تأذن السلطة المختصة فى إذاعتها ، ومع ذلك فلهذه السلطة أن تأذن لهم فى الشهادة بناء على طلب المحكمة أو أحد الخصوم » ونصت المادة ٦٦ فقرة أولى (٢٠٧ مرافعات سابق) على أنه « لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته ، مالم يكن ذكرها له مقصوداً به ارتكاب جناية أو جنحة »[1] . ونصت الفقرة الثانية من المادة ٦٦ المادة (٢٠٨ مرافعات سابق) «ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم» وسنرى فى الفقرة رقم ٣٧٩ مكرر ط أنه لا يجوز الجمع بين صفتى الشاهد والقاضى ولا بين صفتى الشاهد وكاتب الجلسة ولا بين صفتى الشاهد والمترجم إنما يجوز الجمع بين صفتى الشاهد والمحامى على النحو المذكور فى هذه الفقرة . ونصت المادة ٦٧ إثبات (٢٠٩ مرافعات سابق) على أنه لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية ولو بعد انفصالها إلا فى حالة رفع دعوى

---

(١) كما إذا قال صاحب دعوى لمحامية إنه اتفق مع زيد من الناس على أن يشهد له زورا يوم الجلسة أو إنه سيقتل خصمه إذا حكم له ونزعت الأطيان المتنازع عليها من تحت يده فانه يجب على المحامى ولو أن موكله قد أعلمه بذلك من طريق مهنته أن يبلغ ذلك للجهات المختصة لمنع وقوع الجريمة . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا استطلع أحد المتهمين رأى محاميه فى ارتكاب جريمة وهى الاتفاق مع أحد الشهود على أن يشهد له زورا فهذا الأمر ولو أنه سر علم به المحامى بسبب مهنته إلا أن من حقه بل من واجبه أن يفشيه لمنع وقوع الجريمة وفقا للمادة ٢٠٥ من قانون المرافعات (السابق المقابلة للمادة ٢٠٧ من القانون الجديد) فاذا أخذت المحكمة بمعلومات المحامى عن تلك الواقعة واستندت اليها فى التدليل على أن المتهم موكله كان يسعى فى تلفيق شهادة فلا يمكن إسناد الخطأ إليها فى ذلك — مجموعة القواعد القانونية جزء ٢ جنائى ص ٢٢٩ — ٢٣١ رقم ١٧٧/٤ .

من أحدهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر » .

وإذا شهد أحد أولئك بأمر يجب عليه كتمانه كانت شهادته باطلة إذ لا يصح أن تعتبر دليلا قانونياً بما أن القانون منع هذه الشهادة بل إن القانون يعاقب على مثل هذه الشهادة إلا فيما يتعلق بالزوج والزوجة بمقتضى المادة ٣١٠ من قانون العقوبات التى تنص على أن « كل من كان من الأطباء أو الجراحين أو الصيادلة أو القوابل أو غيرهم مودعا إليه بمقتضى صناعته أو وظيفته سر خصوصى ائتمن عليه فأفشاه فى غير الأحوال التى يلزمه القانون فيها بتبليغ ذلك يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة شهور أو بغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً مصرياً . ولا تسرى أحكام هذه المادة إلا فى الأحوال التى لم يرخص فيها قانوناً بإفشاء أمور معينة كالمقرر فى المواد ٢٠٢ و ٢٠٣ و ٢٠٤ و ٢٠٥ من قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية » وهذه المواد هى مواد قانون المرافعات القديم التى تقابلها المادتان ٢٠٦ و ٢٠٧ السابق ذكرهما والمادتان ٥٥ و ٦٦ من قانون الاثبات . أما المادة ٢٠٩ من قانون المرافعات السابق الخاصة بالزوجين فتقابلها المادة ٢٠٧ من قانون المرافعات القديم التى لم تذكرها المادة ٣١٠ من قانون العقوبات أى لا عقاب على الزوج أو الزوجة إذا خالف المادة ٢٠٩ من قانون المرافعات السابق التى تقابلها المادة ٦٧ إثبات (أو كان خالف المادة ٢٠٧ من قانون المرافعات القديم) .

ويترتب على كل ذلك أنه إذا أقيم الحكم على شهادة من تلك الأنواع ، يكون باطلا بما أنه أقيم على أمر ممنوع قانوناً (بل ومعاقب عليه فى أغلب الأحوال) لا يصح اعتباره دليلا قانونياً كما قلنا .

٣٧٩ مكرر (س) — وإذا كانت الشهادة غير ممنوعة قانوناً وكان الشاهد أهلا للشهادة وجب عليه أن يشهد وإلا عوقب على الامتناع عن الشهادة كما

تقدم ووجب على القاضى أن يسمعه — هذا ولو كان الشاهد أبكم أو أصم مادام يستطيع الحلف والتعبير عن مراده بالإشارة . وإن إدراك القاضى لمعنى إشارات الأبكم أمر موضوعى يرجع لتقديره ولا معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض (١) إنما إذا كان الأصم أو الأبكم فقط يعرف الكتابة أو القراءه فيجب سؤاله بالكتابة أو شفهاً ليجيب بالكتابة . لأن الكتابة أفصح من الإشارة وأوكد فى التعبير عن الإرادة . لذلك نصت المادة ٨٣ إثبات (٢٠٥ من قانون المرافعات السابق) على أن « من لا قدرة له على الكلام يؤدى الشهادة إذا أمكن أن يبين عن مراده بالكتابة أو بالإشارة » (وكانت المادة ٢٠٠ من قانون المرافعات القديم بهذا المعنى) ونصت المادة ١٢٩ إثبات (١٨٢ من قانون المرافعات السابق) أيضاً الواردة فى الكلام على اليمين الحاسمة على أنه « يعتبر فى حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها » ولم يكن لهذه المادة مقابل فى قانون المرافعات القديم .

٣٧٩ مكرر ص — وقد استحدث قانون المرافعات السابق فقانون الاثبات حكما حصيفاً محافظة على دليل الشهادة من الضياع قبل أوان الاستمساك به . فقد نصت المادة ٩٦ إثبات (المادة ٢٢٢ مرافعات سابق) على أنه « يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه أن يطلب فى مواجهة ذوى الشأن سماع ذلك الشاهد ، ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة إلى قاضى الأمور المستعجلة وتكون مصروفاته كلها على من طلبه وعند تحقق الضرورة يحكم القاضى سماع الشاهد متى كانت الواقعة مما يجوز إثباته بشهادة الشهود » فمثلا إذا كان الشاهد أجنبياً غير مقيم وأزمع العودة إلى وطنه قبل استحقاق الالتزام أو كان غير أجنبى إنما كان على سفر

---

(١) انظر حكم النقض فى مجموعة القواعد القانونية جزء ٣ جنائى ص ١٥ رقم ٢/١٦

طويل أو كان شيخاً أو مريضاً تخشى وفاته ألخ فإنه يكون من باب المحافظة على الدليل. الالتجاء إلى قاضى الأمور المستعجلة لسماع أقواله إذا تحقق من ضرورة ذلك. وكانت الواقعة مما يجوز إثباته بشهادة الشهود (بطبيعة الحال) كما جاء فى نص المادة ٩٦ إثبات (المادة ٢٢٢ المذكورة)[١] هذا ولما كان الغرض من ذلك هو مجرد المحافظة على الدليل من باب الاحتياط نصت المادة ٩٧ إثبات (٢٢٣ مرافعات سابق) على أنه « لا يجوز فى هذه الحالة تسليم صور من محضر التحقيق ولا تقديمه إلى القضاء إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظره جواز إثبات الواقعة بشهادة الشهود . ويكون للخصم الاعتراض أمامها على قبول هذا الدليل كما يكون له طلب سماع شهود نفى لمصلحته » . وياحبذا لو كان الشارع نص صراحة أيضاً فى المادة ٩٦ إثبات (٢٢٢ مرافعات سابق) على حق سماع شهود نفى أمام قاضى الأمور المستعجلة إذا قضت الضرورة بذلك مثل ما قضت لصاحب الطلب . نعم قد يقال إن لهذا القاضى بل يجب عليه سماع شهود نفى عند الضرورة طبقاً للمادة ٦٩ اثبات (المادة ١٩٢ من قانون المرافعات السابق) التى نصت على أن « الإذن لأحد الخصوم باثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق » ولكن المادة ٢٢٤ من قانون المرافعات السابق قالت « تتبع فى هذا التحقيق أى تحقيق قاضى الأمور المستعجلة المنصوص عليه فى المادة ٢٢٢) ، القواعد المتقدمة عدا مانص عليه فى المواد ١٩٢ و ١٩٣ و ١٩٤ و ١٩٥ و ٢٢٠ » وقالت المادة ٩٨ إثبات « تتبع فى هذا التحقيق القواعد المتقدمة عدا ما نص عليه فى المواد ٦٩ ، ٧٢ ، ٧٣ ، ٧٤ ، ٩٤ على أننى أرى بالرغم من كل ذلك أن المادة ٩٦ إثبات كما تبيح لمن طلب الشهادة لسبب من الأسباب المذكورة الالتجاء إلى قاضى الأمور المستعجلة كذلك تبيح للطرف

---

(١) وجاء فى المذكرة التفسيرية أن القانون الجديد (أى القانون السابق) قد وكل هذا الطلب إلى قاضى الأمور المستعجلة لأنه أقرب إلى وظيفته ويحكم القاضى بسماع الشاهد عند تحقيق الضرورة التى تستوجب المبادرة إلى سماعه متى كانت الواقعة المشهود عليها مما يجوز إثباته بشهادة الشهود .

الآخر أن يطلب الاستشهاد بشهود نفى لسبب من الأسباب المذكورة أيضاً لأن المادة ٩٦ إثبات (٢٢٢ مرافعات سابق) جاءت مطلقة إذ قالت « يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد على القضاء (أى قضاء الموضوع) الخ » والماده ٩٨ إثبات (٢٢٤ مرافعات سابق) لا تطبق إلا إذا لم يتوفر سبب من تلك الأسباب .

٣٧٩ مكرر (ط) — وأخيراً يحسن التنبيه إلى أنه لا يجوز الجمع بين صفتى الشاهد والقاضى ولا بين صفتى الشاهد وكاتب الجلسة ولا بين صفتى الشاهد والمترجم . وإنما يجوز الجمع بين صفتى الشاهد والمحامى على النحو الآتى :

قد تقدم القول بأن لا يصح للقاضى أن يقضى بعلمه الشخصى وبأنه إذا علم بأمر ترتب عليه حق للغير قـــدم نفسه لذى الحق ليستشهد به أمام قاض آخر فيستطيع الخصم مناقشة ذاكرته على الأقل فضلا عن أن القاضى ليس إلا بشراً كسائر الناس غير معصوم من الخطأ والنسيان ولا منزهاً عن الغرض . والقاضى الذى يشهد فى دعوى لاشك يكون متأثراً بشهادته فلا يصح مطلقاً أن يجلس للفصل فيها . وهذا الأمر بديهى تقضى به طبيعة الأشياء فليس هو فى حاجة إلى نص فى القانون(١)

وكذلك لا يصح الجمع بين صفتى الشاهد فى دعوى وكاتب الجلسة الذى يجب عليه أن يحرر محضر الجلسة طبقاً للأقوال التى تبدى أمامه من شهادة شهود ومناقشات ومرافعات كما يجب عليه أن يحافظ على أوراق الدعوى ومستنداتها ، إذ يخشى كثيراً أن تؤثر شهادته عليه فتحمله على الإخلال بشىء من ذلك .

وكذلك لا يصح الجمع أيضاً بين صفتى الشاهد والمترجم فى الدعوى لأن المترجم يجب أن يترجم مايقال أمامه وفق حقيقته فإن شهد كان متأثراً بشهادته

---

(١) انظر ذلك تفصيلا فى الفقرة الثانية (من هذه الرسالة) .

فى الترجمة ، وفى هذا من الخطر مافيه على صحة الحكم فى الدعوى وخصوصاً إذا كان القاضى والخصوم يجهلون اللغة التى يترجمها .

ويترتب على ذلك أن الحكم يكون باطلا إذا حصل جمع بين صفتى الشاهد والقاضى أو بين صفتى الشاهد وكاتب الجلسة أو بين صفتى الشاهد والمترجم .

٣٧٩ مكرر (ق) — ولا يصح الجمع بين صفتى الشاهد وخصم فى الدعوى يقرر أمراً لمصلحة الخصم الأصلى لأن المحكمة لم تحل الدعوى إلى التحقيق ولم يعلن كشاهد ولم يحلف يمين الشهادة وقد قررت محكمة النقض أنه متى كان الحكم قد أقيم فيما أقيم عليه على أقوال خصم حكمت المحكمة بادخاله فى الدعوى فإن فى هذا مخالفة لقواعد الإثبات إذ لا يصح اعتبار أقواله شهادة والمحكمة لم تحل الدعوى إلى التحقيق ولم يسمع فيها بهذا الوصف كما أن مجرد أقواله لا تعتبر حجة فى الإثبات يواجه بها خصم آخر اعترض على إدخاله فى الدعوى[1]

أما المحامى فليس هناك مايمنعه من الشهادة لمصلحة موكله ولذلك يستطيع أن يجمع بين صفتى الشاهد والمحامى فى هذه الحالة[2] . والقاضى يقدر كلا شهادته ومرافعته قدرها . ومما يؤيد ذلك أن القانون كما تقدم فى الفقرة رقم ٣٧٩ مكرر لم يمنع المحامى إلا من أن يشهد بما علمه من طريق مهنته بواقعة أو بمعلومات إلا إذا طلب منهم ذلك من أسرها إليهم مالم يكن ذكرها لهم مقصوداً به فقط ارتكاب جناية أو جنحة . وهذا طبقاً للماده ٦٦ إثبات (المادتين ٢٠٧ و ٢٠٨ من

---

(١) مجموعة المكتب الفنى ٧ سنة ٥٦ ص ٢٨٨ رقم ٤١ .

(٢) انظر داللوز العملى على كلمة شهود رقم ١٠٠ و ١٠١ وتعليقات داللوز على المادة ١٥٦ من قانون تحقيق الجنايات رقم ١٠٢ وانظر عكس ذلك تعليقات داللوز على المادة ١٥٦ المذكورة رقم ٩٩ و ١٠٠ حيث قيل أن محامى المتهم يصير طرفا فى الدعوى كالمتهم الذى وكله . هذا ولا يستطيع المحامى بطبيعة كونه معاوناً للقضاء على تحقيق العدالة أن يقبل أن يترافع فى دعوى لصالح شخص يكون قد سبقت صلاحيته لأداء الشهادة ضده فى هذه الدعوى .

ويحسن بالمحامى أيضاً بقدر الإمكان أن يحمى ذمته من كل شبهة بالامتناع عن الجمع بين الشهادة والمرافعة لصالح الموكل ويكتفى بواجب الشهادة إذا رأى أن شهادته ضرورية لاحقاق الحق .

قانون المرافعات السابق (والمادة ٢٠٥ من قانون المرافعات القديم) وذلك بطبيعة الحال إذا كان فى هذه الشهادة ما يضر بموكله .

ويجب أن لا ننسى أيضاً أن المادة ٦٦ فقرة ثانية إثبات (٢٠٨ من قانون المرافعات السابق) كالمادة ٢٠٦ من قانون المرافعات القديم أوجبت على المحامى أن يشهد بما أسر إليه إذا طلب ذلك من أسرها إليه على أن لا تخل ذلك بأحكام قوانين أخرى . وقد نصت المادة ١٣١ من قانون المحاماة رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ للمحامى أن يمتنع عن أداء الشهادة عن الوقائع أو المعلومات التى علم بها عن طريق مهنته إلا إذا ذكرها له بقصد ارتكاب جناية أو جنحة .

٣٨٠ — والإثبات بالشهود يحوى أمرين (الأول) الإجراءات التى تتبع فى سماع شهادة الشهود (والثانى) المسائل التى يجوز فيها الإثبات بالشهود .

إجراءات سماع الشهود

٣٨٠ مكرر — نصت المادة ٦٨ إثبات على أنه « على الخصم الذى يطلب الإثبات بشهادة الشهود أن يبين الوقائع التى يريد إثباتها كتابة أو شفاها فى الجلسة » فلا يصح لطالب الإثبات بالشهود أن يأخذ شهوده معه أو يدعوهم للحضور إلى المحكمة من تلقاء نفسه ويطلب منها سماعهم ، بل يجب عليه أولا أن يعرض الأمر على المحكمة ويبين الوقائع التى يريد استشهادهم عليها كتابة أو شفها فى الجلسة ، وللمحكمة أن تقبل هذا الطلب وتحيل الدعوى إلى التحقيق أو ترفضه ، كما إذا رأت أن القانون لا يجيز إثبات الواقعة بشهادة الشهود . وإذا قررت المحكمة سماع الشهود تقدر مصروفات الشهود ومقابل تعطيلهم بناء على طلبهم ، ويعطى الشاهد صورة من أمر التقدير تكون نافذة على الخصم الذى استدعاه — وقد نصت المادة ٩٢ على ذلك — والإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق — وهذا طبقاً

للمادة ٦٩ ، وللمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود متى رأت فى ذلك فائدة للحقيقة وهذا طبقاً للفقرة الأولى من المادة ٧٠ ، كما يكون للمحكمة فى جميع الأحوال كلما أمرت بالإثبات بشهادة الشهود أن تستدعى للشهادة من ترى لزوم لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة ـ وهذ طبقاً للفقرة الثانية من المادة ٧٠ المذكورة ، وجاء فى المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات أن المشروع أضاف هذه الفقرة إلى نص المادة ١٩٠ مرافعات سابق ليتيح للقاضى استدعاء من يرى سماع شهادته إظهاراً 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 إعمالا لحكم الفقرة الأولى أو استجابة لطلب الخصوم وقد قصد المشرع بهذه الإضافة توكيد الدور الإيجابى للقاضى ومنحه مزيدا من الفاعلية فى توجيه الدعوى فى إحدى مراحلها الهامة حتى يتمكن من تحرى الحقيقة واستخلاصها نقية مما يغلفها به مسلك الخصوم حسبما تمليه عليهم مصلحة كل منهم الخاصة فى الإثبات . ويجب على المحكمة أن تبين فى منطوق الحكم الذى يأمر بالإثبات بشهاده الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها وإلا كان باطلا ، وتبين كذلك فى الحكم اليوم الذى يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذى يجب أن يتم فيه وذلك لتفادى تعطيل القضية بسبب إحالتها إلى التحقيق . كما جاء فى المذكرة التفسيرية للمادة ١٩١ مرافعات التى كانت تقابل الماده ٧١ إثبات . . وليس من الضرورى أن نذكر ذلك فى منطوق الحكم إذا ذكر فى الأسباب فلا يكون هناك محل للبطلان لأن الأسباب هى الأصل والمنطوق نتيجة لها . وقد نصت المادة ٧٢ على أن « يكون التحقيق أمام المحكمة ويجوز لها ـ عند الاقتضاء أن تندب أحد قضاتها لإجرائه ولا شك فى أنه إذا أحال المنطوق إلى الأسباب بأن قالت المحكمة بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الوقائع الواردة فى الأسباب تعتبر المنطوق متضمناً لما جاء

فى الأسباب والمسألة بهذا الوضع لاتستأهل البطلان ونصت المادة ٥ على أن « الأحكام الصادرة بإجراءات الإثبات لايلزم تسبيبها مالم تتضمن قضاء قطعيا ويجب إعلان منطوق هذه الأحكام إلى من لم يحضر جلسة النطق بها وكذلك يجب إعلان الأوامر الصادرة بتعيين تاريخ إجراء الإثبات وإلا كان العمل باطلا . ويكون الإعلان بناء على طلب قلم الكتاب بميعاد يومين » وكان قانون المرافعات السابق يعتبر النطق بالحكم إعلاناً لجميع الخصوم ، ولكن الشارع أراد التأكد من علم الجميع به (انظر القانون السابق والمذكرة التفسيرية) . هذا وقد نصت المادة ٣ الواردة فى الأحكام العامة على « أنه إذا ندبت المحكمة أحد قضاتها لمباشرة إجراء من إجراءات الإثبات وجب عليها أن تحدد أجلا لايجاوز ثلاثة أسابيع لمباشرة هذا الإجراء ، ويعين رئيس الدائرة عند الاقتضاء من يخلف القاضى المنتدب » وذلك لتفادى تعطيل الفصل فى القضية أيضاً كما تقدم بالنسبة للهيئة . هذا ويلزم تعيين من يخلف القاضى المنتدب عند الاقتضاء إذ قد يمنعه مانع ما من القيام بالتحقيق فى الميعاد المحدد أو يرد ويحكم برده أو يتنحى من تلقاء نفسه لعلاقة بينه وبين أحد الخصوم ويتبع ذلك منطقياً فى حالة ندب القاضى الجزئى . ونصت المادة ٤ على أنه « إذا كان المكان الواجب إجراء الإثبات فيه بعيداً عن مقر المحكمة جاز لها أن تندب لإجرائه قاضى محكمة المواد الجزئية الذى يقع هذا المكان فى دائرتها وذلك مع مراعاة الميعاد المنصوص عليه فى المادة السابقة » . ونصت المادة ٧٣ على أن « يستمر التحقيق إلى أن يتم سماع 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 حاضراً من الشهود بالحضور فى تلك الجلسة إلا إذا أعفتهم المحكمة أو القاضى صراحة من الحضور . ونصت المادة ٦ من الأحكام العامة على أنه « كلما استلزم إتمام الإجراءات أكثر من

جلسة أو أكثر من يوم ذكر فى المحضر اليوم والساعة اللذان يحصل التأجيل إليهما ولا محل لإخبار من يكون غائباً بهذا التأجيل » وذلك لأنه يجب عليه ما دام قد أعلن طبقاً للمادة ٥ أن يتتبع إجراءات التحقيق .

ونصت المادة ٧٤ على أنه « إذا طلب أحد الخصوم خلال الميعاد المحدد للتحقيق مد الميعاد حكمت المحكمة أو القاضى المنتدب على الفور فى الطلب بقرار يثبت فى محضر الجلسة .

وإذا رفض القاضى مد الميعاد جاز التظلم إلى المحكمة بناء على طلب شفوى يثبت فى محضر التحقيق وتحكم فيه المحكمة على وجه السرعة ، ولا يجوز الطعن بأى طريق فى قرار المحكمة .

ولا يجوز للمحكمة ولا للقاضى المنتدب مد الميعاد لأكثر من مرة واحدة ونصت المادة ٧٥ على أنه « لا يجوز بعد انقضاء ميعاد التحقيق سماع شهود بناء على طلب الخصوم » .

ونصت المادة ٧٦ على أنه « إذا لم يحضر الخصم شاهده أو لم يكلفه الحضور فى الجلسة المحددة قررت المحكمة أو القاضى المنتدب إلزامه بإحضاره أو بتكليفه الحضور لجلسة أخرى ما دام الميعاد المحدد لإتمام التحقيق لم ينقض فإذا لم يفعل سقط الحق فى الاستشهاد به . ولا يخل هذا بأى جزاء آخر يرتبه القانون على هذا التأخير » .

ونصت المادة ٧٧ على أنه « إذا رفض الشهود الحضور إجابة لدعوة 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 فى أحوال الإستعجال نقص هذا الميعاد وتكليف الشاهد الحضور ببرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة أو القاضى المنتدب »

ونصت المادة ٧٨ على أنه « إذا كلف الشاهد الحضور تكليفاً صحيحاً ولم يحضر حكمت عليه المحكمة أو القاضى المنتدب بغرامة مقدارها مائتا قرش ويثبت الحكم فى المحضر ولا يكون قابلا للطعن. وفى أحوال الاستعجال الشديد يجوز أن تصدر المحكمة أو القاضى أمراً بإحضار الشاهد .

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

ونصت المادة ٧٩ على أنه « يجوز للمحكمة أو للقاضى المنتدب إقالة الشاهد من الغرامة إذا حضر وأبدى عذراً مقبولا » .

ونصت المادة ٨٠ على أنه « إذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانونى من أداء اليمين أو من الإجابة حكم عليه طبقاً للأوضاع المتقدمة بغرامة لا تجاوز عشرة جنيهات » .

ونصت المادة ٨١ على أنه « إذا كان للشاهد عذر يمنعه من الحضور جاز أن ينتقل إليه القاضى المنتدب لسماع أقواله فإذا كان التحقيق أمام المحكمة جاز لها أن تندب أحد قضاتها لذلك ، ويدعى الخصوم لحضور تأدية هذه الشهادة ويحرر محضر بها يوقعه القاضى المنتدب والكاتب » .

ونصت المادة ٨٤ على أنه « يؤدى كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقى الشهود الذين لم تسمع شهادتهم » .

ونصت المادة ٨٥ على أنه « على الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه وأن يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها إن كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم ويبين كذلك إن كان يعمل عند أحدهم » .

ونصت المادة ٨٧ على أنه « يكون توجيه الأسئلة إلى الشاهد من المحكمة أو القاضى المنتدب . ويجيب الشاهد أولا عن أسئلة الخصم الذى استشهد به ثم من أسئلة الخصم الآخر دون أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة » .

ونصت المادة ٨٨ على أنه « إذا انتهى الخصم من استجواب الشاهد فلا يجوز له إبداء أسئلة جديدة إلا بإذن المحكمة أو القاضى » .

ونصت المادة ٨٩ على أنه « لرئيس الجلسة أو لأى من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة مايراه من الأسئلة مفيداً فى كشف الحقيقة » .

ونصت المادة ٩٣ على أنه « يشتمل محضر التحقيق على البيانات الآتية :

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

(ب) أسماء الخصوم وألقابهم وذكر حضورهم أو غيابهم وطلباتهم .

(ج) أسماء الشهود وألقابهم وصناعاتهم 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 إجابة الشاهد عن كل سؤال .

(و) توقيع الشاهد على إجابته بعد إثبات تلاوتها وملاحظاته عليها .
(ز) قرار تقدير مصروفات الشاهد إذا كان قد طلب ذلك .
(ح) توقيع رئيس الدائرة أو القاضى المنتدب والكاتب .

ونصت المادة ٩٤ على أنه « 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 » .

ونصت المادة ٩٥ على أنه « بمجرد انتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لإتمامه يعين القاضى المنتدب أقرب جلسة لنظر الدعـــوى ويقوم قلم الكتاب بإخبار الخصم الغائب » .

ونصف المادة ٩ من الأحكام العامة على أنه « للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ، ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك فى حكمها » .

ونصت المادة ٧ على أنه « تقدم المسائل العارضة المتعلقة بإجراءات الإثبات للقاضى المنتدب وما لم يقدم له منها لا يجوز عرضه على المحكمة .

وما يصدره القاضى المنتدب من القرارات فى هذه المسائل يكون واجب النفاذ وللخصوم الحق فى إعادة عرضها على المحكمة عند نظر القضية مالم ينص القانون على غير ذلك » .

ومفاد ذلك أنه يجب تقديم المسألة العارضة للقاضى المنتدب وللمحكمة أيا كانت المسألة سواء كانت متعلقة بإجراءات الإثبات والتحقيق أو متعلقة

بموضوع الدليل وقبوله وعدمه ومالم يقدم له لا يجوز عرضه على المحكمة عند نظر الدعوى ، ويكون قرار القاضى المنتدب واجب النفاذ لا تجوز المعارضة فيه أمام المحكمة ولكن يجوز للخصوم إعادة العرض على المحكمة عند نظر القضية عند إحالتها من القاضى إلى المحكمة طبقاً للمادة ٨ التى نصت « على القاضى المنتدب إذا أحال القضية على المحكمة لأى سبب أن يعين لها أقرب جلسة مع إعلان الغائب من الخصوم بتاريخ الجلسة بوساطة قلم الكتاب » والغرض من كل ذلك إنجاز التحقيق فى أقصر وقت ممكن وعدم إعطاء أية فرصة للخصوم لتعطيله .

ونصت المادة ٩ على أن « للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر ، ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك فى حكمها » وظاهر أن هذه المادة أطلقت سواء كان الحكم بإجراء التحقيق تحضيرياً أو تمهيديا بعد أن كان الفقه والقضاء قد قررا تطبيقاً لحكم المرافعات القديم التفريق بين الحكم التمهيدى والحكم التحضيرى فمثلا ، إذا أقر المدعى عليه بمسئوليته عن الفعل الذى وقع فيه ولم يوافق على مقدار التعويض الذى طلبه المدعى وعينت المحكمة خبيراً لتقدير قيمة التعويض ، هذا الحكم يكون تحضيريا وهو الذى كان يمكن العدول عنه تطبيقاً للقانون القديم إذ يكون الموضوع قد انتهى بإقرار المدعى عليه بمسئوليته عنه ، أما إذا كان المدعى عليه قد أنكر مسئوليته عن الضرر كان الحكم بتقدير التعويض تمهيدياً لأنه يدل على أن المحكمة رأت مسئوليته عن الفعل ولم يبق إلا تقدير التعويض . وكان يرى أنه لذلك يحوز قوة الشىء المحكوم فيه

لأنه يتضمن الحكم فى الموضوع فيجب تنفيذه والتقيد به وعدم العدول عنه.[1] ولكن الشارع فى قانون المرافعات الملغى المادة ١٦٥ وقانون الإثبات الجديد المادة ٩ رأى أنه يمكن للمحكمة العدول سواء كان الحكم تمهيدياً أو تحضيرياً إذا اكتشفت أن هناك أدلة أخرى فى الدعوى تغنى عن التحقيق سواء لمصلحة المدعى أو المدعى عليه ورأت أيضاً أنه إذا أجرت المحكمة التحقيق وجاء فى مصلحة المدعى جاز لها أن لا تأخذ بنتيجته إذ قالت المادة أيضاً « ويجوز لها أن لا تأخذ بنتيجته » ، هذا بشرط أن تبين أسباب العدول عن التحقيق أو أسباب عدم الأخذ بنتيجته كما إذا أحيلت الدعوى إلى التحقيق لإثبات الملكية بوضع اليد المدة الطويلة فعجز عن إثبات وضع يده هذه المدة ثم أمكنه تقديم عقد يثبت ملكيته، وقالت المادة ٩ أيضاً وإلا كان حكمها قاصراً مستوجباً لنقضه فى جميع الأحوال لأن هذا الشرط أمر جوهرى يجب تحقيقه فلا يصح أن لا يكون بلا أسباب سائغة .

وقال الأستاذ أبو الوفا فى ص ٧٣٤ بأنه إذا قضت المحكمة بجواز الإثبات قانوناً بطريق معين أو عدم جوازه كان حكماً قطعياً ولا يجوز لها أن تعدل عنه كما إذا رفضت إثبات واقعة بشهادة الشهود لأن القانون المدنى لا يجيز واستشهد بحكم لمحكمة النقض فى ١٥ / ٢ / ١٩٦٢ قرر أنه إذا حكم بإحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات الصورية المطلقة فبهذا يكون قد حسم النزاع على وسيلة الإثبات ، وهذا قضاء يحوز حجية الأمر المقضى به فى هذا الخصوص ولا محل للعدول عن هذا الشق القطعى فى الحكم . ولا أستطيع الموافقة

---

(١) وفى هذا المعنى المرحوم الأستاذ محمد حامد فهمى وحكم النقض الصادر فى ١٠/١١/١٩٣٢ الذى أشار إليه وقال أن الأستاذ الفرنسى جلاسون يشك فى جواز عدول المحكمة عن الحكم التحضيرى فى جميع الأحوال بغير قيد أو شرط ، وانظر أيضا الأستاذ أحمد أبو الوفا ص ٧٣٢ رقم ٤٢٧ والمراجع المشار إليها .

على ذلك لأن نص المادة ٩ مطلق يشمل كل شيء يتعلق بالتحقيق بالنسبة لجميع إجراءات الإثبات بما فيها الاثبات بالشهود إذ جاء فيه « للمحكمة أن تعدل عن إجراءات الإثبات » ولم تعبأ بما رآه الفقه والقضاء من تقسيم الأحكام إلى تحضيرية وتمهيدية ويبين من إهمالها هذا التقسيم أنها لا تأخذ به ، وإن كل تحقيق تأمر به يصح لها أن تعدل عنه ، وأليس من الجائز أن تكتشف المحكمة بعد الحكم ورقة تدل على عدم الصورية أو يقدم الخصم ورقة تدل على ذلك .

المسائل التي يجوز فيها الإثبات بالشهود

وكلما جاز الأخذ بالشهود جاز الأخذ بالقرائن كما تقدم وكما سنرى في الكلام على القرائن .

٣٨١ — يجوز الاثبات بالشهود فيما يأتي :

(١) المواد التجارية .

(٢) ما قيمته عشرين جنيها فأقل .

وقد نصت على هاتين الحالتين الفقرة الأولى من المادة ٦٠ إثبات (٤٠٠ الملغاة من القانون المدني القائم بالطريق العكسي إذ قالت : في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على عشرين جنيها أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك [1] ، (وبهذا المعنى المادة ٢١٥/ ٢٨٠ من القانون المدني السابق) .

---

(١) وقد سبق التحدث عن هذه العبارة الأخيرة (ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك) في الفقرة رقم ٩٢ .

ويصح أن يلحق بذلك المانع بحكم العادة والعرف والتقاليد ـ مع التحفظ .

(٣) مامنع مانع عن الاستحصال على كتابة به سواء كان المانع مادياً أو أدبياً وهذه الحالة نصت عليها المادة ٦٣ إثبات (٤٠٣ الملغاة من القانون المدنى القائم) (المادة ٢١٥ ـ ٢٨٠ من القانون المدنى السابق) .

(٤) عندما يكون هناك مبدأ للثبوت بالكتابة — طبقاً للمادة ٦٢ إثبات، ٤٠٢ الملغاة من للقانون المدنى القائم (المادة ٢١٨/٢٨٣ من القانون المدنى السابق) .

(٥) إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه — طبقاً للمادة ٦٣ إثبات (٤٠٣ الملغام من القانون المدنى القائم ـ المادة ٢١٨/٢٨٣ من القانون المدنى السابق) .

(٦) عند تخلف الخصم عن الحضور لاستجوابه بغير عذر مقبول أو امتناعه عن الإجابة طبقا للمادة ١١٣ إثبات (١٧٣ من قانون المرافعات السابق) التى نصت على أنه إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانونى جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك . والمبرر القانونى لعدم الإجابة كأن تكون الواقعة المراد الاستجواب عنها غير متعلقة بالدعوى المادة ٢ إثبات (المادة ١٥٦ مرافعات سابق) وتقابل المادة ١٧٣ من قانون المرافعات السابق المادتان ٦١ / ١٨١ و ١٦٢ / ١٨٢ من قانون المرافعات القديم راجع هاتين المادتين لبعض خلاف فى الحكم بينهما وبين المادة ١٧٣ كما سنرى بعد [1] .

(٧) الحوادث المادية لأنها بطبيعتها غير قابلة للاثبات بالكتابة .

---

(١) وانظر الفقرة رقم ٤٤٦ .

(٨) نفى قرينة الوفاء المستفادة من التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين طبقا للمادة ١٩٠ إثبات ٣٩٩ الملغاة من القانون المدنى القائم (المادة ٢٣٠ / ٢٩٥ من القانون المدنى السابق .

(٩) نفى جميع القرائن القانونية غير القاطعة والقرائن القضائية أو الموضوعية لأن هذه القرائن بطبيعتها أضعف من الكتابة فيجوز دحضها بشهادة الشهود والقرائن .

(١٠) خسارة المقامرة والرهان — يجوز استردادها فى خلال ثلاث سنوات ويجوز إثباتها بجميع الطرق ولو زادت قيمتها على عشرين جنيها ـ طبقا للمادة ٧٣٩ من القانون المدنى القائم ولم يكن الاسترداد جائزا تحت أحكام القانون المدنى السابق الذى لم يكن فيه نص كهذا .

(١١) كل سبب غير مشروع وفيه احتيال على القانون .

(١٢) الولادة أو الوفاة إذا لم توجد ثابتة فى السجل المعد لذلك أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجل .

ونص القانون المدنى السابق على أربع أحوال أخر .

١ — نفى قرينة السداد الناشئة عن وجود سند الدين أو صورته الواجبة التنفيذ تحت يد المدين وهذا مستفاد من المادتين ٢١٩ و ٢٢٠ / ٢٨٤ و ٢٨٥ وهذا نص الأولى : إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده أو صورته الواجبة التنفيذ إلى المدين . ونصت الثانية بما يأتى : ومع ذلك يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين ، وهاتان المادتان لا نظير لهما فى القانون المدنى القائم أو قانون الإثبات كما سنرى عند التكلم على هذه المسائل بالتفصيل .

٢ — والشروع فى الوفاء — نص على أنه يصح أن يكون عند الاقتضاء

سبباً للقاضى فى أن يأذن بالاثبات بالبينة (المادة ٢٢١ / ٢٨٦) وقد استغنى الشارع عن إيراد مثل هذه المادة بحق كما سنرى .

٣ — دفع الفوائد — كونها سبباً لجواز إثبات أصل الدين بغير الكتابة (المادة ٢٢٢ / ٢٨٧) وقد استغنى الشارع عن إيراد مثل هذه المادة بحق كما سنرى أيضاً :

٤ — التنازل الضمنى عن حق الشفعة والعلم بالبيع كما سنرى فيما يلى .

ولأتكلم على كل ما تقدم بشىء من التفصيل .

١ — المواد التجارية

٣٨٢ — استثنى الشارع المواد التجارية أى المعاملات التجارية التى تحصل بين تاجر وتاجر[1] من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة مها بلغت قيمتها ، وذلك بمقتضى المادة ٦٠ إثبات ٤٠٠ فقرة أولى الملغاة من القانون المدنى القائم ، والمادة

---

(١) فضلا عما جاء فى المادة ٢١٥ / ٢٨٠ من القانون المدنى السابق من استثناء المواد التجارية إطلاقا فان المادة ٢٢٤ / ٢٩٩ من القانون المذكور نصت أيضا على أن عقود البيع والشراء وغيرها من العقود فى المواد التجارية يجوز إثباتها بالنسبة للمتعاقدين وغيرهم بكافة طرق الاثبات بما فيها الاثبات بالبينة وبقرائن الأحوال . ولكن القانون المدنى الجديد تجنب هذا التكرار واكتفى بالمادة ٤٠٠ فقرة أولى التى حلت محل المادة ٢١٥ / ٢٨٠ من القانون المدنى السابق . أما فى القانون الفرنسى فقد جاء فى المادة ١٣٤١ مدنى المقابلة للمادة ٢١٥ / ٢٨٠ من القانون المدنى السابق عندنا والمادة ١/٤٠٠ من القانون المدنى الجديد (مع مراعاة ما ينص عنه فى القوانين التجارية) بدل عبارة (فى جميع المواد ما عدا التجارية) عندنا ، ونصت المادة ١٠٩ تجارى فرنسى على أن المشتروات والمبيعات التجارية تثبت بشهادة الشهود وكذلك المادة ٤٩ بالنسبة لشركة المحاصة . (المادتان ٥٠ و ١٩٩ حسب قانون ٢٤ من يونية ١٩٢١) ولكن من المتفق عليه عندهم علما وقضاء عدم قصر جواز الاثبات بالشهود على ذلك وجواز الاثبات بالشهود فى جميع المسائل التجارية — أنظر أوبرى جزء ١٢ § 760 bis ص ٢٣٧ هامش ١ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٧٥ و ٢٥٧٦ وانظر أيضا الفقرة ٣٩٠ من هذه الرسالة . وقد بين قانون التجارة فى المادتين ١ و ٢ وشراح هذا القانون من هو التاجر وما هى الأعمال —

٢١/٢٨٠ من القانون المدنى السابق) وهذا ما قالته المادة 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 » . ومفاد ذلك أن المواد التجارية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات لا بالكتابة فقط مهما بلغت قيمتها . وذلك للسرعة التى تقتضيها المعاملات التجارية ، إذ لا يخفى أن التاجر لا يستفيد من حرفته ولا يربح ما يكفيه إلا إذا كثرت صفقاته بقدر الإمكان ، ثم إن المعاملات التجارية وهى تنفذ بسرعة بطبيعتها لا يخشى معها نسيان الشهود ، هذا فضلا عن الثقة التى يجب أن تسود بين التجار لمصلحتهم جميعاً . ولا ننسى ما للدفاتر التجارية المنتظمة من قوة كما رأينا فى الفقره رقم ٣١٢ .

٣٨٢ مكرر — ولا يقبل من التاجر أن ينكر حصول التصرف أو يدعى أنه لا يتجر فى البضاعة محل التصرف ليهرب من الإثبات بشهادة الشهود . وقد قررت محكمة النقض أنه متى كان طرفا النزاع تاجرين فلا جناح على المحكمة إن هى أحالت الدعوى على التحقيق ليثبت المدعى صدور بيع منه إلى المدعى عليه وقيمة الأشياء المبيعة ذلك لأن الإثبات فى المواد التجارية جائز بكافة طرق الإثبات وقد اعتبر القانون التجارى فى الفقرة التاسعة من المادة الثانية منه عملا تجارياً جميع العقود والتعهدات الحاصلة بين التجار والمتسببين والسماسرة الخ ما لم تكن العقود والتعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بناء على نص العقد . ولا يخرج تصرف التاجر عن هذا الاعتبار إنكاره للتصرف أو ادعاؤه أنه لا يتجر فى البضاعة المدعى

= التجارية ولما كان لابد من أن يكون العمل تجاريا وفى الوقت نفسه أن يكون بين تاجرين يخرج من ذلك التعامل المدنى بين تاجرين كشراء تاجر من تاجر دارا للسكنى وكشراء تاجر عقارا بواسطة سمسار يعتبر تاجرا فان السمسار يجب أن يثبت وساطته بالكتابة ما دامت القيمة تزيد على عشرة جنيهات — المحاماة ١٩ ص ٥٩٥ رقم ٢٤٢ ويترتب على ذلك أنه يعتبر فى حكم التعهد المدنى التعهد التجارى الذى قد يتعهد به غير التاجر صدفة دون أن يحترف التجارة كما رأينا فى الفقرة رقم ٣١٧ .

بشراتها إذ ليس من شأن هذا الادعاء لو صح أن يجعل التصرف مدنياً[1].
وقررت محكمة النقض أيضاً أنه إذا أجازت المحكمة إثبات الدين الناشىء بين الشركاء فى شركة تجارية عند تصفية هذه الشركة بالبينة والقرائن على أساس أنه دين تجارى فإنها لا تكون قد خالفت القانون[2].

٣٨٣ — ولكن هناك من العقود التجارية مايطول أمدها وتعظم أهميتها ولذلك أوجب الشارع إثباتها بالكتابة. فشركات المساهمة لا يجوز إيجادها إلا بمرسوم يرخص بتشكيلها ويصدق على شروط عقدها الذى يجب أن يكون بكتابة رسمية أو غير رسمية مصدق على توقيعها إلا إذا كانت لا تطرح أسهمها للاكتتاب العام فيكفى أن تكون بمحرر رسمى دون حاجة إلى مرسوم. وشركات التضامن والتوصية يجب أن يكون عقدها بكتابة رسمية أو غير رسمية وإنما إذا كانت شركة التوصية بالأسهم يجب أن يكون عقدها غير الرسمى مصدقاً على توقيعه. والشركات ذات المسئولية المحدودة لايكون عقدها صحيحاً إلا إذا تم بمحرر رسمى وكل ذلك طبقاً للمادتين ٤٠/٤٦ و٤٦/٥٢ من قانون التجارة والمواد ١ و٥ و٥٥ من القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ كما سنرى تفصيلا فى الفقرة رقم ٧٧٣ مكرر ج فى الجزء الثانى[3].

---

(١) مجموعة الـ ٢٥ عاما اثبات ١٢٨ ومجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الخامسة ص ٤٥٨ رقم ٦٨.

(٢) مجموعة الـ ٢٥ عاما اثبات ١٢٩ ومجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٣٨ / ٢ ص ٣٨٢ — ٣٨٣.

(٣) وقررت محكمة الاستئناف (فى المحاماة ١٧ ص ٣٠٦ رقم ١٤٩) أنه من المتفق عليه أن الشركة التجارية أياً كان نوعها — التى ليس لها عقد مكتوب يجوز إثبات وجودها بين الشركاء بالبينة فى الأحوال الاستثنائية المقررة بالقانون المدنى (دالوز العملى جزء ١.١ ص ٩٣ لبذة ٦٥٧ و ٦٥٩ فقرة ٤) كما إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة. كما أنه من المقرر قضاء جواز إثبات وجود الشركة بالبينة حتى ولو كانت شركة تضامن لا شركة محاصة إذا كان الاثبات قاصرا على وجودها فى الماضى قصد تصفية العلاقات الماضية وأشير إلى نقض فرنسى فى دالوز ١٩٠٩ — ١ — ٤٤٤ واستئناف مختلط فى الجدول العشرى ١٨٩٨ — ١٩٠٨ ص ٣٨٧.

أما شركات المحاصة فقد اختلف فى أمرها فقد نصت المادة ٦٣ / ٦٩ من قانون التجارة بما يأتى : يجوز إثبات وجود شركات المحاصة بابراز الدفاتر والخطابات ، قيل إن هذا النص صريح فى أن يكون الإثبات بالدفاتر والخطابات (دون البينة والقرائن) ولا محل للقياس على القانون الفرنسى لأن المادة ٤٩ من القانون (يقصد المادتين ٥٠ و ١٠٩ حسب قانون ٢٤ يونيو سنة ١٩٢١) قد أباحت الاثبات بالبينة زيادة على الدفاتر والخطابات[١] وقيل إن المادة ٦٣ ـ ٦٩ من قانون التجارة قد حصرت طرق الإثبات فى الدليلين المذكورين[٢] وقيل إن نص المادة ٦٣ ـ ٦٩ تجارى على جواز إثبات وجود شركات المحاصة بابراز الدفاتر والخطابات لا يدل على حظر إباحة الاثبات بالبينة إذ لو كان المشرع قد قصد ذلك فعلا لما كان ثمة ما يمنعه من النص عليه ولأن فى استنتاج ذلك من ظاهر المادة ما يتنافى مع الروح التى أباح بها المشرع جواز الاثبات بالبينة فى المواد التجارية[٣] ، وإن قانون التجارة نص على وجوب إثبات شركات المساهمة والتضامن والتوصية بالكتابة وهذا يدل على أن شركات المحاصة تخضع لقاعدة الإثبات بالبينة وهى قاعدة الإثبات فى المسائل التجارية، وأضاف الشارع إلى ذلك الدفاتر والخطابات[٤] . ثم قررت محكمة الاستئناف بعد ذلك أن المادة ٦٣ / ٦٩ المذكورة لم تأت بصيغة النهى والمنع حتى يقصر الاثبات على الدفاتر والخطابات مما يؤخذ منه أن ما نصت عليه جاء على سبيل البيان لا على سبيل الحصر والإلزام فضلا عن أن شركات المحاصة تقوم بأعمال

---

(١) بنى سويف فى المحاماة ٩ ص ٥٢٩

(٢) استئناف فى المجموعة الرسمية ١٣ ص ١٢٢ ودمنهور فى المحاماة ٥ ص ٥٢ والمجموعة الرسمية ٢٢ ص ١١٨ .

(٣) دمياط فى المحاماة ١٧ ص ٣٤٩ .

(٤) استئناف فى المحاماة ٨ ص ٩١٢ .

تجارية من طبيعتها بالبينة[١] . وإننى أوافق على هذا الرأى ، وعلى جواز إثبات شركات المحاصة بالبينة ما دام الشارع لم يوجب إثباتها بالكتابة بالمادتين ٤٠ / ٤٦ و ٤٦ / ٥٢ كما فعل بالنسبة لباقى الشركات أى شركات المساهمة وشركات التضامن وشركات التوصية وما دام من الجائز أصلا إثبات المسائل التجارية بشهادة الشهود والقرائن . ويلاحظ أن المادة ٦٣/ ٩٩ من قانون التجارة لم تذكر الدفاتر والخطابات على سبيل الحصر ولا على سبيل الإلزام كما فعلت المادتان ٤٠/٤٦ و ٤٦/٥٠ بالنسبة إلى باقى الشركات ، فقد قالت المادة ٦٣/٦٩ ، يجوز إثبات وجود شركات المحاصة بابراز الدفاتر والخطابات وقالت المادة ٤٠/٤٦ لا يجوز إيجاد شركة المساهمة إلا بأمر يصدر من الجناب الخديوى (بمرسوم[٢]) بالتصديق على الشروط المندرجة فى عقد الشركة وبالترخيص بتشكيلها . وقالت المادة ٤٦/٥٠ : ويكون عقد شركات التضامن وشركات التوصية بالكتابة ويجوز أن تكون مشارطة كل منهما رسمية أوغير رسمية . فقول المادة ٦٣/٦٩ يجوز إثبات وجود شركات المحاصة بابراز الدفاتر والخطابات لا ينفى قبول أوجه الإثبات الأخرى وشهادة الشهود والقرائن التى هى القاعدة فى الإثبات فى المسائل التجارية — القاعدة التى وضعتها الفقرة الأولى من المادة ٦٠ إثبات (٤٠٠ الملغاة من القانون المدنى القائم (والمادتان ٢١٥/ ٢٨٠ و ٢٣٤/٢٩٩ من القانون المدنى السابق) ومما يؤيد ذلك أنه من المقرر فى فرنسا أنه يجوز إثبات شركات المحاصة بالقرائن[٣] مع أن المادتين

---

(١) المحاماة ١٦ ص ٣٩٣ و١٨ ص ٧٢١ وبهذا المعنى الاسكندرية الابتدائية فى المحاماة ٢١ ص ٦٠٠ والمنصورة الابتدائية فى المجموعة الرسمية ٣٥ ص ٢٤٢ رقم ٢٧ وبنى سويف فى المحاماه ٤ ص ٤١ وميت غمر فى المحاماة ٦ ص ٥٥ وبور سعيد فى المحاماة ١٢ ص ٤٥٣ .

(٢) والآن بقرار من مجلس الوزراء .

(٣) ليون كان المطول جزء ٢ طبعة خامسة رقم ١٠٥٥ وأحكام النقض التى أشار إليها .

٥٠ و ١٠٩ من قانون التجارة الفرنسى نصت على جواز الإثبات بالعقود والفواتير المقبولة والخطابات والدفاتر والبينة ولم تذكر القرائن . ويلاحظ أيضاً أن المادة ٥٠ تجارة فرنسى قالت أن إثبات شركة المحاصة يكون بالطرق المنصوص عنها فى الماده ١٠٩ وهذه المادة نصت على أن البيوع والمشتروات التجارية تثبت بالعقود والفواتير المقبولة والخطابات والدفاتر والبينة فى الأحوال الجائز فيها ذلك، والمادة التى كانت مقابلة لها عندنا فى القانون المدنى السابق وهى المادة ٢٤٣/٢٩٩ التى استغنى القانون المدنى القائم عنها مكتفياً بالمادة ٤٠٠/١[1] نصت على أن عقود البيع والشراء وغيرها من العقود فى المواد التجارية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة وقرائن الأحوال ولم تذكر الخطابات والدفاتر ، ويظهر أن الشارع عندنا أراد أن يوفق بين نصنا ونصهم عند وضع القانون التجارى فيما يتعلق بشركات المحاصة فكمل الماده ٢٣٤/٢٩٩ من القانون المدنى السابق بالمادة ٦٣/٦٩ تجارى التى أجازت الإثبات بالدفاتر والخطابات أيضاً . وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة أولا بعدم جواز إثبات شركات المحاصة بالبينة[2] ، ثم مالت إلى الاثبات بالبينة[3] وقد قيل إن نص المادة ٦٣ من قانون التجارة إلى تجيز إثبات شركات المحاصة بابراز الدفاتر والخطابات يدل على أنه غير جامع وغير مانع فهو وارد على سبيل التمثيل لمجرد كون وسائل الإثبات هذه أكثر شيوعاً فى هذه الشركات ، لا على سبيل الحصر ومن ثم يجوز إثباتها بالبينة

---

(١) انظر هامش الفقرة رقم ٣٧٢ .

(٢) المجموعة الرسمية المختلطة ١١ ص ٣٨ و ١٢ ص ١٠٢ .

(٣) إذ قررت أنه يمكن إثبات وجود شركة محاصة بين شخصين بشهادة الشهود إذا عززت ذلك واقعة معينة . وكانت هذه الواقعة فى الدعوى أن وجد حساب مفتوح فى أحد البيوت التجارية باسم المدعى والمدعى عليه — انظر مجموعة التشريع والقضاء المختلط ١٨ ص ٢٩٧ و ٢٩٨ ولم أعثر على أحكام أخرى فى المجموعات العشرية الثانية والثالثة والرابعة والخامسة

خصوصاً وقد نصت المادة ٦٤ على أنه لا يلزم فى شركات المحاصة التجارية اتباع الإجراءات المقررة للشركات الأخرى ولأن ذكر المشرع الفرنسى لجواز الإثبات بالبينة إنما هو من قبيل تحصيل الحاصل ، لأن جميع المواد التجارية يجوز إثباتها بالبينة مهما بلغت قيمتها إلا ما استثنى بنص خاص ولذلك أغفل الشارع المصرى ذكر هذا الجواز أى جواز الإثبات بالبينة باعتبارها من نافلة القول لا بقصد الشذوذ عن القاعدة الفرنسية[1] هذا ، وقد قررت محكمة النقض أنه يجوز إثبات شركات المحاصة بالبينة جريا على أحكام القانون العام فضلا عن أن قانون التجارة لم يوجب الكتابة للاثبات إلا بالنسبة إلى عقود شركات التضامن والتوصية والمساهمة[2] .

٣٨٤ — ونصت المادة ٣/٣ من قانون التجارة البحرى على أن بيع السفينة كلها أو بعضها يلزم أن يكون بسند رسمى وإلا كان البيع لاغياً[3] . والسفن التى يلزم أن يكون بيعها بمقتضى عقد رسمى هى السفن البحرية . أما المراكب التى تجرى فى النيل وترعه فتباع بالطرق العادية ، وقانون تسجيل المراكب رقم ١٣ لسنة ١٩١٧ وقرار وزارة المواصلات الصادر فى ٢٥ من سبتمبر

---

(١) المجموعة الرسمية ٤٠ رقم ٩١

(٢) حكم ٧ من فبراير سنة ١٩٤٦ المحاماة ٢٧ ملحق رقم ١ مدنى ص ٢٣٦ رقم ٩٦

(٣) وقد تشدد الشارع عندنا فى ذلك ونقل الاثبات فى مادة تجارية من الاثبات بالشهود والقرائن إلى ضرورة أن يكون بالكتابة وبسند رسمى — وبين السفن ما هو كبير وما هو صغير — مع أن البيوع العقارية مهما كانت قيمتها لا يشترط فيها السند الرسمى . ويلاحظ أن المادة ١٩٥ تجارة فرنسى المقابلة لمادتنا اكتفت بأن يحصل العقد بالكتابة سواء كانت رسمية أو غير رسمية . وقالت محكمة المنصورة أنه إذا تقرر البطلان المطلق لمثل هذا العقد كان من حق كل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وكل ما للمتعاقد الآخر هو أن يطالب خصمه بتعويض — المحاماة ٢٣ ص ٢٤٧ رقم ١١٢ / ١ و ٢ .

وانظر فى هذا البيع شرح القانون البحرى للدكتور محمد كامل ملش الطبعة الثانية الجزء الأول ص ٢٤٢ رقم ٣٦٨ وما بعده حيث قال أن المشروع الجديد للقانون البحرى يتطلب الكتابة فقط دون حاجة لأن تكون رسمية .

سنة ١٩١٧ اللذان يوجبان تسجيل المراكب التى تجرى فى النيل (لا تسجيل عقود البيع) الغرض منهما أنه لا يصح لمركب أن تسير قبل تسجيلها كالحصول على رخصة لاستعمال سيارة وغير ذلك . ولا تخضع المراكب الحربية ولا سفن النزهة لقانون التجارة البحرى لأن هذا القانون كما هو ظاهر من اسمه خاص بالسفن التجارية إلا أن مشروع قانون التجارة البحرى الجديد يخضع سفن النزهة لأحكامه[1] .

٣٨٥ — ونصت المادة ٩٠ / ٩٩ من هذا القانون على أن مشارطة إيجار السفينة يلزم أن تكون محررة بالكتابة . وكما يصح أن تكون هذه الكتابة بعقد رسمى يصح أن تكون بعقد عرفى إذ لم يحتم الشارع حصولها بعقد رسمى .

والكتابة ليست لازمة هنا لشرعية العقد إذ أن عقد الايجار هنا ليس من العقود الشكلية وليست الكتابة ركناً من أركانه ، فيجوز الإثبات بالإقرار أو اليمين كما فى الأحوال المدنية العادية التى تجب فيها الكتابة ولا يجوز الإثبات بالشهود والقرائن[2] ولا يلزم إثبات أجرة سفر الأشخاص بالكتابة كمشارطة إيجار السفينة . وقد نصت المادة ١٣٤ / ١٣٤ تجارة بحرى على أنه تعين أجرة سفر المسافة بمشارطة أو بتذكرة مرور يجوز أن تكتب لحاملها

---

(١) انظر شرح القانون التجارة والبحرى تأليف الدكتور محمد كامل أمين ملش ص ٦٨ رقم ٦١ و٦٢ ـ الطبعة الأولى . وص ٦٢ رقم ٤٥ من الطبعة الثانية الجزء الأول .

(١) أنظر المرجع السابق الطبعة الاولى ص ١٤٧ رقم ١٣٩ والاحكام المختلطة التى أشار إليها وانظر الطبعة الثانية الجزء الاول ص ٢٧٠ رقم ٢٩٨ حيث تجد تفصيلا وافيا لهذا وما يذكر فيه . وانظر أيضا فيما يتعلق بقوة سندات الحمولة فى الاثبات الطبعة الاولى ص ١٥٩ رقم ٢٤٧ وكذلك ص ٢٧٩ رقم ٣٠٩ فى الطبعة الثانية جزء أول .

أو باسم المسافر وإذا حصل السفر ولم يوجد شرط بالكتابة بمقدار الأجرة تعين بالقياس على أجرة المثل ، وفى حالة عدم اتفاق الطرفين يحصل التعيين بمعرفة المحكمة .

وفيما يتعلق بنقل البضائع عند عدم استئجار سفينة كاملة ، أو جزء معين منها (إذ يأخذ هذا حكم استئجار السفينة الكاملة) لا تحرر مشارطة وإنما يحل سند الحمولة (بوليسة الشحن) محلها أى محل المشارطة ، وهذا السند عبارة عن وثيقة يسلمها ربان السفينة لذى الشأن دليلا على تعهده بنقل البضائع المبينة بها (المادة ٣٦/٣٦ بحرى) وقد جرى العرف على تحرير سند الحمولة وإمضائه بمعرفة شخص ينوب عن الربان ويحصل ذلك قبل شحن البضائع . ولا تقتصر فائدة سند الحمولة على الإثبات بل يمكن بمقتضاها رهن البضائع أو بيعها أثناء الطريق ويعتبر الربان فى هذه الحالة عدلا أى أميناً على البضائع للمرتهن أو المشترى [1] وطبقاً للمادة ٩٩/٩٩ بحرى كما يصح أن يحرر سند الحمولة باسم شخص معين ، كذلك يجوز أن يحرر تحت الإذن أو لحامله . وتنص المادة ١٠٠/١٠٠ بحرى على أن يكتب من سند الحمولة أربع نسخ على الأقل نسخة منها للشاحن ونسخة للمرسل إليه ونسخة للربان ونسخة لمالك السفينة أو لمن طقمها [2] ويضع كل من الشاحن والربان إمضاءه على النسخ الأربع المذكورة فى ظرف ٢٤ ساعة بعد الشحن . وقيل فى المادة أربع نسخ على الأقل إذ قد يلزم أن يكتب من سند الحمولة أكثر من ذلك ، وهذا لدرء خطر الضياع خصوصاً فى أزمان الحروب البحرية فتكتب عدة نسخ يرسل منها إلى المرسل إليه نسخ متفرقة فى سفن مختلفة . وقد جرت

---

(١) انظر الكتاب السابق ص ١٥٨ رقم ١٤٦ الطبعة الاولى ـ والطبعة الثانية جزء أول ص ٣٢٩ رقم ٣٠٨ عن فوائد سند الحمولة وما يصلح دليلا له أى ما يثبت به .

(٢) أى مجهز السفينة arn ateur .

العادة بأن يوضع شرط فى سند الحمولة من مقتضاه أن يعتبر التسليم صحيحاً لمن يقدم إحدى النسخ وتصبح باقى النسخ عديمة القيمة ولو حصل التسليم لغير صاحب البضاعة بشرط أن يكون الربان حسن النية طبعا ومعتقداً صحة التسليم . وقد أصبح هذا الشرط فى العرف البحرى مفترضاً وسارياً ولو لم يكتب [١] .

وإذا ألقيت بعض البضائع فى البحر عند الخطر بقصد نجاة السفينة يحرر الربان محضراً طبقاً للمادة ٢٤٧/٢٤٧ تجارة بحرى . ويعتبر هذا المحضر دليلا على صحة ما جاء فيه حتى يثبت العكس بجميع طرق الإثبات لأن الأمر تجارى [٢] .

٣٨٦ — وجاء فى المادة ٦٥/٦٥ أن شروط استخدام ربان السفينة وضباطها وملاحيها تثبت بدفتر أسماء البحريين الذى يحرر طبقاً للفقرة الثانية من المادة المذكورة أو تثبت تلك الشروط بمشارطة المتعاقدين فإن لم توجد مشارطة بالكتابة ولم تذكر شروط الاستخدام فى الدفتر المذكور يعتبر أن المتعاقدين أرادوا اتباع عرف المحل الذى حصل فيه الاستخدام .

٣٨٧ — ونصت المادة ١٥٠/١٥٠ تجارة بحرى أيضاً على أن مشارطة الاقتراض البحرى تكون بسند رسمى أو غير رسمى . إنما إذا حصلت بسند غير رسمى يجب على المقترض أن يتحصل على التصديق على عقد القرض ويسجله فى ظرف عشرة أيام من تاريخه بقلم كتاب المحكمة الابتدائية (بمكتب التوثيق الآن) أو أمام الحاكم المحلى المبين فى المادة ١٥١/١٥١ — أنظر المادة ١٥٢/١٥٢ .

وطبقاً للمادة ١٥٣/١٥٣ إذا حصل القرض البحرى بغير سند رسمى أو سند

---

(١) انظر كتاب الدكتور ملش المشار إليه ص ١٥٨ رقم ١٤٥ الطبعة الاولى والطبعة الثانية جزء أول ص ٢٧٧ و ص ٣٨٧ رقم ٣٠٦ و ٣٠٧ .

(٢) أنظر المؤلف المذكور ص ٢٠٧ رقم ٢٣٨ الطبعة الاولى ، والطبعة الثانية جزء أول ص ٢٧٩ رقم ٣٠٧ وحكم الاستئناف المختلط الذى أشار إليه .

مصدق عليه كما تقدم تزول عن المشارطة صفة الاقتراض البحرى وينقلب إلى قرض عادى ويزول حينئذ امتياز القرض فى الأشياء الضامنة للوفاء بدينه ويكون المقترض ملزماً دون غيره بدفع أصل المبلغ مع فوائده القانونية .

٣٨٨ — وكذلك نصت المادة ١٧٤ / ١٧٤ من القانون نفسه على أن عقود تأمين السفن أو البضائع تكون بعقد رسمى أو غير رسمى .

وكما تقدم فى إيجار السفينة ليس عقد التأمين من العقود الشكلية أيضاً أى أن الكتابة ليست ركناً من أركانه . وإنه وإن كان لا تقبل فى إثباته شهادة الشهود والقرائن إلا أنه يجوز إثباته بالإقرار واليمين[1] .

٣٨٨ مكرر — وكانت المادة ٧٦ من قانون التجارة تنص على أنه « إذا رهن تاجر أو غيره شيئاً تأميناً على عمل من الأعمال التجارية فيثبت الرهن بالنسبة للمتعاقدين وغيرهم بالطرق المقررة فى القانون المدنى والأوراق المتداول بيعها يثبت رهنها أيضاً بتحويلها تحويلا مستوفياً للشرائط المقررة قانوناً ومذكوراً فيه أن تلك الأوراق سلمت بصفة رهن . أما سندات الشركات التجارية أو المدنية التى يصح التنازل عنها بكتابة فى دفاتر الشركة سواء كان بسهام أو بحصص فى الأرباح أو من السندات المحررة بأسماء أربابها فيثبت رهنها أيضاً بالتنازل عنها بصفة تأمين ويذكر ذلك التنازل فى دفاتر الشركة . وأما رهن الديون المذكورة فى المادة ٥٤٩ من القانون المدنى (السابق التى حلت محلها المادة ١١٢٣ من القانون المدنى القائم) فيثبت بالنسبة لغير المتعاقدين بالطرق المقررة فى المادة المذكورة » . والمادة ١١٢٣ من القانون المدنى القائم تنص على أنه » لا يكون رهن الدين نافذاً فى حق المدين إلا باعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله وفقا للمادة ٣٠٥ ولا يكون نافذا فى حق الغير

---

(١) انظر شرح القانون البحرى للدكتور ملش ص ٣٠٦ رقم ٣٧٨ الطبعة الأولى ، والطبعة الثانية الجزء الثانى ص ٥١٩ ر ٦٥٩ .

إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للاعلان أو للقبول . واستحدث القانون المدنى القائم المادة ١١٢٤ التى نصت على أن « السندات الرسمية والسندات الأذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التى رسمها القانون لحوالة هذه السندات على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان . ولكن الشارع عدل المادة ٧٦ من قانون التجارة بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ بالنص التالى : — يثبت الرهن الذى يعد ضمانا لدين تجارى بكافة طرق الإثبات المقبولة فى المواد التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير . ومع ذلك يكون رهن الصكوك الاسمية كتابة بمقتضى تنازل يذكر فيه أنه على وجه الضمان ويؤشر به على الصك نفسه ويقيد فى سجلات المؤسسة التى أصدرت الصك وتحدد مرتبة الدائن المرتهن من تاريخ ذلك القيد . ويكون رهن الصكوك الإذنية بتظهير يذكر فيه مايفيد أن القيمة للضمان. أما رهن الديون التى لا يجوز نقل الحق فيها بالمناولة أو بالتنازل عنها بطريق القيد أو بالتظهير فيخضع للأحكام المقررة فى القانون المدنى [1] .

٣٨٨ مكرر (١) وهناك ورقة تجارية لا يكفى أن تكون مكتوبة بل يجب أن تستوفى شروط معينة كالكمبيالات طبقاً للمواد ١٠٥ ـ ١٠٨ تجارى والسندات الإذنية طبقاً للمادة ١٨٩ تجارى والحوالات وأوامر الدفع التجارية .

وإن أجازة الشارع الإثبات بالشهود فى المسائل التجارية على العموم عدا لها استثنى لا تمنع طبعاً من التعاقد كتابة .

---

(١) وانظر فيما يتعلق بالمادتين ١١٢٣ و ١١٢٤ من القانون المدنى الجديد الفقرة رقم ٨٠٩ مكرر فى الجزء الثانى ولا يخفى أن شرح المادة ٧٦ من قانون التجارة من خصائص شراح هذا القانون .

هل يمكن إثبات مايخالف الكتابة أو مالم يرد بها بالشهود فى المسائل التجارية ؟

٣٨٩ — سبق أن رأينا فى المسائل المدنية فى الفقرة رقم ٧٥ وما بعدها أنه لا يمكن إثبات مايخالف الكتابة أو ما لم يرد بها إلا بكتابة مثلها حتى ولو كانت قيمة العقد عشرين جنيهاً فأقل . وعللت ذلك بأن الطرفين لم يتركا الأمر لمجرد الثقة بينهما أو للشهود ، وإنما حكما بينهما الكتابة منعا لتدخل غيرها فى أمرها لأنها أقوى فى الإثبات ، فلا يصح إثبات ما يخالفها بحجة أضعف منها أى بشهادة الشهود . فهل يمكن القول بذلك فى المسائل التجارية التى يجوز فيها أصلا الإثبات بالشهود كالمسائل المدنية التى لا تزيد قيمتها عن عشرين جنيهاً .

إن الأسباب التى ذكرتها فى الفقرة رقم ٣٨٢ والتى حملت الشارع على أجازة الإثبات بالشهود فى المسائل التجارية وخصوصاً السرعة التى تقتضيها المعاملات التجارية تبرر جواز إثبات أمر واحد من ذلك بالشهود وهو الاتفاق الذى لم يرد بالعقد وحصل بعده . أما أن يثبت أحد المتعاقدين اتفاقا لم يرد بالعقد سابقا على الكتابة أو حاصلا فى أثنائها بشهادة الشهود فلا مبرر له إذ لم يكن هناك ما يمنع من ضمه إلى ما كتب [1] ولكن محكمة النقض قررت أنه إذا استبانت المحكمة

---

(١) وقال المستشار عزيز كحيل فى هذا الموضوع فى كتابه إثبات الحقوق المدنية ص ١٧٩ بمثل ما قلت عن المسائل المدنية — إنه إذا وجدت الكتابة (فى المسائل التجارية) كانت هى المعول عليها لأن المتعاقدين الذين يحررون عقودهم بالكتابة فى الأحوال التى يجوز فيها الإثبات بالشهود يعتبرون أنهم أرادوا منع تدخل غيرهم فى عملهم ، ثم قال : وقد وجدنا للمحكمة الاستئنافية المختلطة أحكاماً مطابقة للرأيين (أى جواز وعدم جواز الإثبات بالشهود) والذى يظهر من خطتها أنها أميل إلى الثانى منهما . قارن أيضاً حكم محكمة الاستئناف المختلط الذى قرر أنه إذا كان العقد ثابتاً بالكتابة لا يجوز إثبات التخلص إلا بالكتابة — الجدول العشرى المختلط الأول رقم ٤٣٢٤ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الرابعة ص ١١١ . ورأيى أن هذا الحكم قد تطرف فى الأمر لأن التخلص واقعة قانونية مستقلة عن واقعة التعهد (راجع ما قلته فى الفقرات ٨١ — ٨٣ بالنسبة للمسائل المدنية وهو أولى بالاتباع فى المسائل التجارية وانظر كذلك فى هذه النقطة بقطة التخلص أوبرى ج ١٢ § 763 bis ص ٣٢٩ وحكم النقض الذى أشار إليه فى سيرى ٧١ — ١ — ١٠٩ .

من ظروف الدعوى التجارية وملابساتها إن الادعاء بحصول اتفاق يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة مرجح كان لها أن تقضى بإحالة الدعوى إلى التحقيق للاثبات بالبينة . ومظاهر من الحكم أن المراد كان إثبات صحة أمر زعم الخصم أنه حصل وقت العقد المكتوب[1] . وعلى أى حال يمكن إثبات صورية العقد ذاته أو أن لا سبب له بين التاجرين المتعاقدين بشهادة الشهود طبقاً للقاعدة العامة فى المسائل التجارية ، وهذا بخلاف المسائل المدنية التى لا يمكن فيها إثبات صورية عقد مكتوب بين المتعاقدين إلا بالكتابة ، ويجوز أيضاً إثبات التخلص من الدين التجارى الثابت بالكتابة بشهادة الشهود مهما كانت قيمته [2] إنما يجب أن لا ننسى أنه فى المسائل التجارية التى يجب إثباته بالكتابة يجب إثبات ما يخالفها بالكتابة أيضاً لأن كل شىء بصددها يجب أن يكون مكتوبا[3] . وسبق أن قلت أنه فى الجرائم التى يكون أساسها عقد مدنى يجب أولا إثبات هذا العقد بالكتابة إذا زادت قيمته على عشرين جنيها كما هى الحال فى جريمة خيانة الأمانة ولكن إذا كان عقد الأمانة حاصلا بين تاجرين أو بين تاجر وغير تاجر يجوز إثباته ضد التاجر بشهادة الشهود [4] الذى يعتبر العقد تجاريا بالنسبة له .

٣٩٠ — أما فى فرنسا فهناك نصان يكادان يكونان صريحين فى هذا الموضوع ، من مقتضاهما جواز الإثبات بالشهود فى ذلك على الإطلاق (الأول) أن المادة ١٣٤١ مدنى التى نصت على عدم جواز الإثبات بالشهود فيما زاد عن مائة وخمسين فرنكا وفيما يخالف الكتابة أو مالم يرد بها جاء فى آخرها ، وكل

---

(٢) انظر مجموعة المكتب الفنى ٨ سنة ٥٧ ص ٤٧٩ رقم ٥١ .

(٣) انظر عكس ذلك حكم محكمة الاستئناف المختلطة المذكورة فى الهامش السابق وردى عليه.

(٤) انظر حكم النقض فى مجموعة المكتب الفنى ٧ سنة ٥٦ رقم ٢/٦٦ ص ٤٩٦ — ٤٩٧ فى شأن شركة تضامن .

(٥) انظر أوبرى ٢٢ § ٧٦٣ مكرر ص ٣٣٧ — ٣٣٨ وحكم النقض الذين أشار إليها ولاحظ الفقرة ٣٩٢ من هذه الرسالة .

ذلك مع عدم الإخلال بما هو مذكور فى القوانين عن المسائل التجارية (الثانى) أن المادة ٤١ من قانون التجارة الفرنسى نصت على أنه لا يقبل الإثبات بالشهود فيما يخالف عقود الشركات أو ما لم يرد بها ولو كانت القيمة أقل من ١٥٠ فرنكا . فيفهم من المنع بالنسبة للشركات الإباحة فيما عداها وبناء على هذين النصين وعلى العادات التجارية القديمة فى فرنسا قرر الشراح والقضاة عندهم جواز إثبات كل ما يخالف الكتابة فى المسائل التجارية وما لم يرد بها بشهادة الشهود[١] وقد قيل وحكمت محكمة النقض الفرنسية[٢] بجواز إثبات التخلص بالشهود ـ وهذا لا أنازع فيه طبعاً إذ أن التخلص واقعة قانونية مستقلة عن واقعة التعهد كما سبق أن قلت[٣] وإن ذلك كله لا يسرى على أى حال من الأحوال التى أوجب الشارع أن تحرر عقود كتابية فيها[٤] لأن كل شىء بشأنها يجب أن يكون ثابتاً بالكتابة . هذا وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أن قاعدة عدم جواز إثبات مايخالف الكتابة بالشهود والقرائن لاتطبق على المواد التجارية[٥] .

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٥٧٦ ودمولوسب ج ٢٠ رقم ١٠٤ ولارومبير على المادة ١٣٤١ رقم ٣٧ وبونييه جزء أول رقم ١٤٥ وتولييه ج ٩ رقم ٢٣٣ وهيك ج ٨ رقم ٢٩١ ومارکديه على المادة ١٣٤٨ رقم ٧ وأوبرى ج ١٢ 367 bis ص ٢٣٨ وهامش ٣ وهويشير إلى برافار Bravard. Manuel de droit eon.mercicl chap VII ويدانيها على برافار فى التجارى ج ٣ رقم ٣٦٥ فى الهامش وأنظر أيضا ليون كان ج ٣ رقم ٧٨ وانظر أحكام النقض فى سيرى ٨٤ ـ ١ ـ ١٥٤ و ١٩٠٥ ـ ١ ـ ١٤ و ٤٥٤ و ١٩٠٤ ـ ١ ـ ٣٥٦ و ١٩٠٠ ـ ١ ـ ٧٥ وأنظر عكس ذلك سيرى ١٨ ـ ٢ ـ ١٥٦ ـ حكم محكمة باريس فى ١٥ مارس سنة ١٩٢٨ وسيرى ٢٠ ـ ٢ ـ ٣٠٢ حكم محكمة Angers فى ٤ يونية سنة ١٨٣٩ .

(٢) أنظر أوبرى فى الموضع السابق ص ٣٤٩ وحكم النقض الفرنسى الذى أشار إليه فى سيرى ٨٣ ـ ١ ـ ١٠٩ .

(٣) راجع الفقرات رقم ٨١ ـ ٨٣ وهامش الفقرة رقم ٣٨٩ .

(٤) أوبرى ج ١٢ 367 bis ص ٢٣٩ ـ ٣٤٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٧٧ وقارن رقم ٢٧ (من الرسالة) .

(٥) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥٥ ص ١٣٠ . ومجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض لسنة ٢٠ ص ٧٣٢ لسنة ١٣ ص ٧٥٤ .

هل يمكن لتاجرين أن يتفقا على أن الإثبات بينهما لا يكون إلا بالكتابة ؟

٣٩١ — جواز الإثبات بالشهود فى المواد التجارية استثناء من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة ، وقد جعل لمصلحة التجار أنفسهم . فإذا تنازلوا عن ذلك واتفقوا على العمل بالقاعدة فلا شك أن هذا الاتفاق يسرى . فلو تعاقد تاجران واتفقا على أن الإثبات بينهما لا يكون إلا بالكتابة وجب احترام مثل هذا الاتفاق[١] وقد قرر القضاء أنه إذا نص فى عقد تجارى على أن براءة الذمة لا تثبت إلا بتسليم السند أو بمخالصة كتابية فالإثبات لا يمكن حصوله بالبينة[٢].

ما الذى يتبع فى العقود المختلطة :

٣٩٢ — إن العقد إذا كان تجارياً بالنسبة لأحد الطرفين ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر ، فإنه يمكن الإثبات بالشهود ضد الطرف الأول ويجب الإثبات بالكتابة ضد الطرف الآخر[٣] أى تتبع القواعد التجارية فى الإثبات مع من

---

(١) راجع الفقرة رقم ٩٦ .

(٢) المجموعة سنة ١٩٠٥ رقم ٧ وقانون الجدول العشرى المختلط الأول رقم ٣٥٢٤ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الرابعة ص ١١١ وهو المشار إليه فى هامش الفقرة رقم ٣٨٩ (من هذه الرسالة) .

(٣) انظر المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٣ رقم ٧٣ وقد جاء فى هذا الحكم أن الأعمال التجارية مبنية على الذمة والأمانة والمجموعة الرسمية سنة ١٩٠٢ رقم ٧٨ والقضاء السنة الثالثة ص ١٧٤ والجدول العشرى الأول للمحاماة ص ٧ رقم ٢٥ و ص ٨ رقم ٢٦ ورقم ٣٠ استئناف باريس وص ١٣ رقم ٥٥ المحاماة ٢ ص ١٧٩ و ٣ ص ١٨ و ٨ ص ٣٩١ و ١١ ص ٥٢٣ وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأن عقد المقاول تجارى بالنسبة للمقاول يجوز إثباته ضده بالشهود (الجدول العشرى الثالث رقم ٤٤٨٦ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة السابعة والعشرين ص ٢٨٢) وقررت أيضا أن العقد المدني يخضع دائما لقواعد الاثبات المدنية ولو كان مرتبطاً بعقد تجارى إذ لا يؤثر هذا الارتباط على الصفة القانونية لكل منها — مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٨ ص ٢٤٢ . =

كان العمل تجاريا بالنسبة له وتتبع القواعد المدنية مع الآخر . فإذا فرضنا أن مزارعاً باع من محصوله ١٠٠ إردب قمح لتاجر غلال ، فإنه يمكنه أن يثبت تسليمه الغلال للتاجر بشهادة الشهود ، ويجب على التاجر أن يثبت تسلم المزارع للثمن بالكتابة ما دام يزيد على عشرين جنيها . وقد قررت محكمة النقض أن الصفة التجارية للعمل لا تؤثر على قواعد الإثبات الواجب الأخذ بها ما دام المدعى عليه ليس تاجراً[1] وقررت أيضاً أنه لا يجوز لمقاول أن يثبت بالبينة على صاحب العمل المتعاقد معه أنه أذنه بإجراء أعمال زائدة على المتفق عليه فى عقد

= وراجع أيضا لاروميير على المادة ١٣٤١ رقم ٤٠ ودمولومب ج ٣٠ رقم ١٠٤ وأوبرى ج ١٢ § 763 bis ص ٣٤١ وهو يشير إلى برافار وديمانيجا على القانون التجارى ج ٢ ص ٤٦١ Bravard et Demangeat وانظر كذلك ليون كان ج ٣ رقم ٨٧ وأحكام النقض فى داللوز ٦٢ — ١ — ٤٧٢ وسيرى ٧٥ — ١ — ٣٧٥ و ٨٧ — ١ — ١٥٣ وانظر أيضا داللوز ٩٣ — ٢ — ٣٣١ وسيرى ٧٨ — ٢ — ٢٤٧ — وقارن بونييه جزء أول رقم ١٧٤ ولكن انظر ماسيه على القانون التجارى Masse ج ٤ رقم ٢٥٤٣ وبوستل Bostel مختصر القانون التجارى رقم ٤٣٧ وانظر كذلك أوبرى ج ١٢ § ٧٥٧ هامش ص ٢٦٠ .

(١) المحاماة ١٨ ص ١٥ وقررت محكمة استئناف باريس أنه وإن كان العرف قد جرى على تبادل أذونات البورصة بيعا وشراء إما شفها أو بالتليفون بدون استصدار كتابة فى الحال من العميل إلا أن هذا العرف لا يؤخذ به ولا يكون حجة إلا فيما بين البنوك والمصارف بعضها مع بعض أو بين البنوك وبعض عملائها المعروفين للبنك تماما . أما إذا كانت الصفقة انعقدت مع شخص عادى لا هو بالبنك ولا بالتاجر المعروف وجب اتباع طرق الاثبات العادية معه وعدم الحيدة عنها فاذا ادعى البنك أنه تلقى الاذن بالبيع أو الشراء شفها أو بالتليفون من خصمه ولم يقدم مبدأ ثبوت بالكتابة ولم تكن هناك قرائن واضحة ترجح صدق قول البنك وجب رفض الدعوى — الجدول العشرى الأول للمحاماة ص ١٢ رقم ٥٢ وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أنه إذا كانت صفة العملية مدنية كبيع عقارى ولو حصل من تاجر فان الدليل الوحيد المقبول عن دعوى تعويض سمسار أوحد تدخله يجب أن يكون بالكتابة — المحاماة ١٥ القسم الثانى ص ٤٢ رقم ٢٥٤ وقد قيل فى الهامش إن هذا مبدأ مقرر وأشير إلى جملة أحكام فى مجموعة التشريع والقضاء المختلط وقارن حكم محكمة الاستئناف الأهلية الذى قرر أنه إذا كان السند تحت الاذن موقعا عليه من تاجر كان عملا تجاريا يقتضى نص المادة ٢ من قانون التجارة إلا أن هذه القرينة ليست قاطعة فيجوز نفيها وإثبات أن سبب الدين مدنى محض تجرى عليه أحكام القانون المدنى خصوصا فيما يتعلق بسقوط الحق فى المطالبة بالدين — الجدول العشرى الأول المحاماة ص ١٣ رقم ٥٦ .

المقاولة لأن عمل المقاولة لا يعتبر تجارياً بالنسبة لصاحب البناء حتى يباح الإثبات بهذا الطريق[1] وقد قننت المادة ٦٥٨ من القانون المدنى القائم هذا المبدأ مع شيء من الإيضاح إذ نصت على أنه « إذا أبرم العقد (أى عقد المقاولة) بأجر إجمالى على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل ، فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة فى الأجر ولو حدث فى هذا التصميم تعديل أو إضافة إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على أجره. ويجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة ، إلا إذا كان العقد الأصلى ذاته قد اتفق عليه مشافهة » .

وإن كان العقد بين تاجرين ولكن لعمل مدنى لا تتصل بالتجارة أو بالنسبة لأحدهما تتبع وسائل الإثبات المدنية بالنسبة للتاجر الذى يعتبر العمل مدنياً من ناحيته . وقررت محكمة النقض أن اعتبار عقد السمسرة عملا تجارياً بطبيعته من جانب واحد هو جانب السمسار دائماً محترفاً كان أو غير محترف ومدنية كانت الصفقة التى توسط فى إبرامها أو تجارية ، عدم انضباط هذا الوصف إلا فى شأن السمسار وحده لا يتعداه اختلاف الوضع بالنسبة للعمل باختلاف ما كان تاجراً أو غير تاجر وتبعا لطبيعة الصفقة التى يطلب السمسار التدخل فى إبرامها ، مؤدى ذلك الرجوع فى الإثبات إلى القواعد القانونية العامة ومن مقتضاها أنه متى كان التعاقد بين تاجرين ولأعمال تجارية اتبعت فى إثباته وسائل الإثبات التجارية . أما إن كان بين تاجر وغير تاجر أو بين تاجرين لأعمال لا تتصل بالتجارة أو مدنية بطبيعتها اتبعت وسائل الإثبات التجارية بالنسبة للتاجر ووسائل الإثبات المدنية بالنسبة لغير التاجر أو بالنسبة للتاجر الذى يعتبر العمل مدنياً من ناحيته[2] .

---

(١) مجموعة إلى ٢٥ عاماً إثبات ٧٧ ومجموعة القواعد القانونية جزء ٢ ص ١٦٤ رقم ٥٦/١.
(٢) المكتب الفنى السنة ١١ ص ٦٣٥ رقم ١٠٣ .

٣٩٢ مكرر — هذا ويجوز إثبات المعاملات التجارية بالشهود ولو ضد الغير ولا يحتاج الأمر إلى أن يكون هناك تاريخ ثابت كما هى الحال فى المسائل المدنية التى تستلزم وجود تاريخ ثابت — ما دام القانون يجيز إثبات المسائل التجارية بالشهود على الإطلاق مهما كانت القيمة. وكانت المادة ٢٣٤/٢٩٩ من القانون المدنى السابق تنص صراحة على أن « عقود البيع والشراء وغيرها من العقود فى المواد التجارية يجوز إثباتها بالنسبة للمتعاقدين وغيرهم بكافة طرق الإثبات بما فيها الإثبات بالبينة وبقرائن الأحوال ».

العبرة فى الإثبات بنوع التعامل لا بنوع المحكمة المطروح أمامها النزاع :

٣٩٣ — من الجائز أن يطرح نزاع تجارى أمام محكمة مدنية، فيسوغ إثباته بالشهود، ومن الجائز أن يطرح نزاع مدنى أمام محكمة تجارية، فيكون الإثبات بالكتابة ما دامت القيمة أكثر من عشرين جنيهاً. وذلك لأن العبرة بنوع التعامل، لا بنوع المحكمة[1] ويلاحظ أن الدائرة المدنية كانت إلى وقت قريب جداً هى الدائرة التجارية أيضاً فى المحاكم الأهلية، ولكن فى المحاكم المختلطة والفرنسية توجد دوائر خاصة للمسائل المدنية ودوائر خاصة للأحوال التجارية من زمن طويل.

وقد يكون الشخص محترفاً التجارة فعلا وينكر ذلك أو يجرى شخص

---

(١) أنظر دمولومب جزء ٣٠ رقم ١٠٣ وبونييه جزء أول رقم ١٤٨ ولاروميير على المادة ١٣٤١ رقم ٤١ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٧٨ وأوبرى جزء ١٢ — ص ٣٤٠ وسيرى ١٩٠٩ — ١ — ٧٧ و١٩٠٨ — ٢ — ٨ و ٥١ — ٢ — ٨٠٦ وانظر أيضا مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٨ ص ٢٤٢ واستئناف باريس فى الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٣٠ وتعليق المجلة عليه.

معاملات تجارية ثم يهجر التجارة ، يصح إثبات كل ذلك بجميع الطرق لأن الاحتراف بالتجارة واقعة مادية بالنسبة للغير .

(٢) ما قيمته عشرون جنيها فأقل :

٣٩٤ — إن الشارع لم يرتحتيم الإثبات بالكتابة فيما زهدت قيمته ولو كان التعاقد مدنياً بحتاً ، لأن تحرير عقد كتابى ، خصوصاً بين أميين ، يستلزم بعض المصاريف ، ويضيع شيئاً من الوقت ، وقد لا تتناسب تلك المصاريف ، ولا الوقت الذى يضيع ، مع قيمة العقد . ولا يخفى أيضاً أن شهادة الزور لا تخشى كثيراً هنا لأن قيمة العقد لا تسمح بإرشاء الشهود . ولا يميل شاهد للانتقام من خصم بأن يشهد عليه كذباً فيما ليس له تأثير شديد عليه . والأمر لا يستحق شهادة الزور أيضاً للمحاباة . هذا فضلا عن أن الخطأ أو النسيان يكون قليل الوقوع فى القيم البسيطة . ومهما كانت شهادة الشهود والقرائن قوية لا يجوز أن يثبت بها ما قيمته أكثر من عشرين جنيها فى جميع الأحوال ولو فى سبيل المصلحة العامة . وقد قررت محكمة النقض أنه لا يصح الاعتماد على القرائن لإثبات تنازل المدعى عن أرض شارعين قيمتها تزيد على عشرة جنيهات (عشرين الآن)[1] . بل أن القانون استوجب الكتابة ولو كانت القيمة أقل فى بعض الأحوال كالهبة العقارية والرهن العقارى والوقف والشركات والصلح والكفالة وملكية الأسرة والتحكيم[2] . وقد رأينا فى الكلام على المواد التجارية أنه وإن كانت القاعدة أنه يجوز الإثبات بالشهود والقرائن مهما كانت القيمة إلا أن الشارع فرض الكتابة فى شركات المساهمة والتضامن والتوصية ... الخ مهما كانت القيمة ، ولكن من النادر أن يكون شىء من ذلك قيمته أقل من عشرين جنيها .

---

(١) مجموعة الـ ٢٥ عام اثبات ٧٨ ومجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٣٩٨ رقم ١٩٦

(٢) كما سنرى فى الجزء الثانى من هذه الرسالة

القيمة التى يأخذ بها القضاء :

٣٩٥ — قد سبق أن تكلمت عن ذلك فى باب الإثبات بالكتابة ، وعلى أن العبرة بالقيمة وقت التعاقد ، وأنه إذا زادت أو نقصت بعد ذلك ، فإن هذا لا يؤثر على جواز أو عدم جواز الإثبات بالشهود ، إلا إذا كانت الزيادة معروفة محدودة من وقت التعاقد كالفائدة والشرط الجزائى المشترط للتأخير فى الوفاء تحت أحكام القانون المدنى السابق ولكن لاحظ ما جاء فى الفقرة رقم ٥٩ من المادة ٢/٤٠٠ الملغاه من القانون المدنى القائم والتى تقابلها المادة ٢/٦٠ من قانون الإثبات .

هل العبرة بقيمة التعهد دائما :

٣٩٦ — سبق أيضا أن تكلمت عن ذلك فى باب الإثبات بالكتابة ، وقلت إنه إذا رفع شخص دعوى بمبلغ عشرة جنيهات أو أقل باعتباره قسطاً أو جزءاً باقياً من دين كان أكثر من عشرين جنيها ، لا يصح الإثبات بالشهود ، وقد قال البعض إلا إذا أخذ الدائن وعداً جديداً من المدين يدفع الباقى أو اعترف به المدين أمام شهود ، وقد انتقدت ذلك . وقلت أيضا إنه إذا دفع جزء من قيمة التعهد وقت حصوله ، فالعبرة بالباقى وإذا حصل خلاف بين المتعاقدين على ما قيمته عشرون جنيها أو أقل وكانت قيمة التعهد أكثر من ذلك لا يصح الإثبات بالشهود والعبرة بقيمة التعهد إذا أراد الدائن قطع التقادم بإثبات دفع المدين لمبلغ قدره عشرون جنيها أو أقل .

الادعاء بوجود تعهدات مختلفة :

٣٩٧ — كذلك سبق أن تحدثت عن ذلك فى قانون الإثبات والقانون المدنى القائم والسابق .

كيفية تقدير القيمة :

٣٩٨ — تقدم الكلام عن ذلك أيضاً فى باب الإثبات بالكتابة ، وقلت إنه إذا لم يكن موضوع الدعوى مبلغاً من المال فالقاضى يقدر القيمة إما بنفسه أو بواسطة خبير ،وإذا كان موضوع الدعوى غير مقدر القيمة فلايجوز الإثبات بالشهود [١] .

٣٩٩ — وقد سبق أن رأينا كذلك أنه لا يصح الإثبات بالشهود فيما يخالف العقد المكتوب أو ما لم يرد به ، مهما كانت قيمة الخلاف ، ومهما كانت قيمة العقد ذاته [٢] وقست على ما يخالف العقد الاستبدال (والصلح تحت أحكام القانون المدنى السابق) [٣] إلا أن الوفاء يصح إثباته بالشهود ما دامت القيمة المدعى بوفائها عشرين جنيها أو أقل مهما كانت قيمة العقد [٤] وكذلك المقاصة [٥] : إلا أن قاعدة عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة لا تطبق على المسائل التجارية إلا إذا اشترط ذلك [٦] .

٣٩٩ مكرر — ورأينا أنه يجوز الاتفاق على عدم جواز سماع الشهود فيما تجوز الشهادة فيه [٧] .

٣٩٩ مكرر (أ) — ورأينا هل يمكن الاتفاق على الإثبات بالشهود فيما زاد على ألفى قرش [٨] .

---

(١) راجع رقم ٧٠ .
(١) « « ٧٥ — ٨٠ .
(٣) « « ٨٣ و ٨٤ .
(٤) « « ٨١ و ٨٢ .
(٥) « « ٨٥ ولاحظ ماجاء فى رقم ٩٢ و ٩٣ .
(٦) أنظر الفقرة رقم ٨٠ مكرر .
(٧) انظر الفقرة رقم ٩٣ .
(٨) انظر الفقرة رقم ٩٢ .

٤٠٠ — ورأينا أيضاً أنه يصح إزالة اللبس أو الغموض فى تعهد مكتوب بشهادة الشهود [١] أما تصحيح الخطأ المادى أو الحسابى فلا إلا إذا كان الخطأ مستفاداً من نفس العقد ومحتوياته فيصححه القاضى [٢] .

٤٠١ — وقد تقدم كذلك ذكر التعهدات التى لا يصح إثباتها بالشهود ولو كانت قيمتها عشرين جنيهاً أو أقل ، حتى أنه يشترط فى بعضها أن تكون بعقود رسمية [٣] .

(٣) موانع الاستحصال على كتابة :

٤٠٢ — لا شك فى أنه إذا منع الدائن مانع من الاستحصال على كتابة فيما زادت قيمته على عشرين جنيهاً وفى كل ما يجب إثباته بالكتابة ، وجب أن يسمح له بالإثبات بالشهود ، وإلا أضعنا حقه مع أنه لم يقصر فى شىء ما دام لم يكن فى استطاعته أخذ مستند كتابى . وقد قيل لا تكليف بالمستحيل أو لا قبل لأحد بالمستحيل . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٤ إثبات ٤٠٣ من القانون المدنى القائم على أنه يجوز أيضاً الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى . وقالت المادة ٢١٥/٢٨٠ من القانون المدنى السابق فالأخصام الذين لم يكن لهم مانع منهم عن الاستحصال على كتابة مثبتة للدين أو للبراءة لا يقبل منهم الاثبات بالبينة ولا بقرائن الأحوال .

ولكن الشارع لم يعرف لنا المانع الذى يستوجب ذلك إلا بقوله فى قانون الإثبات القانون المدنى القائم مانع مادى أو أدبى ولم يذكر تبعاً لذلك لموانع

---

(١) راجع رقم ٨٦ .
(٢) » ٨٧ ولاحظ ما جاء فى رقم ٨٨ و ٨٩ .
(٣) راجع رقم ٩٠ و ٩١ .

على سبيل الحصر ولا ذكر موانع على سبيل التمثيل[1] فترك بذلك حرية واسعة للقضاء فى التقدير حسبما يرى من ظروف كل تعاقد . إنما لا يصح التساهل فى هذا التقدير ، لأن ذلك استثناء من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة ، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه .

فيجب أن أبين بعض الضوابط لتقريب معنى المانع من الذهن . ـ المانع إما مادى وإما أدبى كما قال قانون الإثبات والقانون المدنى القائم صراحة فى الفقرة الأولى من المادة ٦٣/٤٠٣ المتقدمة الذكر . ومن قبيل المانع الأدبى المانع بحكم العادة .

وجاء فى لمذكرة الإيضاحية للقانون المدنى القائم ٢ لمطبوعة فى سنة ١٩٤٢ والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤١٢ أن المادة ١٣٤٨ من التقنين الفرنسى والإيطالى والمادة ٢٩٩ من المشروع الفرنسى والإيطالى تنصان على جواز الإثبات بغير الكتابة كلما امتنع على « الدائن » أن يحصل على دليل كتابى لإثبات الالتزام . ونصنا الجديد والسابق أيضاً يفضلان هذا النص إذ لم يجعل الأمر مقصوراً على الدائن . فقد قالت المادة ٦٣ من قانون الإثبات ٤٠٣ من القانون المدنى القائم يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى إذا وجد مانع الخ . وعبارة يجوز الإثبات بشهادة الشهود بهذه الصيغة العامة يفيد منها الدائن والمدين كلفظ الأخصام فى المادة ٢١٥ / ٢٨٠ من القانون المدنى السابق التى قالت بعبارة أصرح « فالأخصام الذين لم يكن لهم

---

(١) قد نص الشارع الفرنسى فى المادة ١٣٤٨ مدنى على بعض أحوال . ولكنها ليست على سبيل الحصر وإنما على سبيل التمثيل — بونييه جزء أول رقم ١٧٢ ودمولومب جزء ٣٠ رقم ١٥٠ ولا زومبير على المادة ١٣٤٨ رقم ٢ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٦٥ ص ٢٦٦ ولوران جزء ١٩ رقم ١٤٥ وهيك جزء ٨ رقم ٢٩٦ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٢٠ وسيرى ٧١ـ١ـ ٩٧ و ١٩٠٤ ـ ١ ـ ٧٢ و ٧٦ـ ١٤٨ و ٨٩ ـ ١ ـ ٣٥٩ و ١٩٠٧ — ١ — ٢٢٣ .

مانع منعهم عن الاستحصال على كتابة مثبتة للدين أو للبراءة لا يقبل منهم الإثبات بالبينة ولا بقرائن الأحوال » ومفاد ذلك أنه كما يستطيع الدائن إثبات الالتزام يستطيع المدين إثبات التخلص منه وذلك بشهادة الشهود إذا وجد مانع مادى أو أدبى .

المانع المادى

٤٠٣ — المانع المادى هو الأمر الذى يمنع بطبيعته من الحصول على مستند كتابى وقت حصول سبب الالتزام . فمن ذلك الجنحة ، وشبه الجنحة ، وشبه العقد ، والإكراه والغش والخطأ ، والصورية ، والوديعة الاضطرارية ، وما يشبهها[1] .

---

(١) وجاء فى المذكرة الايضاحية الواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤١١ : أما فيما يتعلق بخصائص الاستحالة (أى استحالة الكتابة) فيراعى أن الاستثناء يرد على قاعدة حظر الاثبات بالبينة . وهذه القاعدة تطبق بشأن التصرفات القانونية ، دون الوقائع القانونية. ويستخلص من ذلك أن هذا الاستثناء لا يطبق إلا على التصرفات القانونية ، وهى التى تنفرد بوجوب استعمال الكتابة فى إثباتها . ويتفرع على هذا ما يأتى (ا) إن استحالة الحصول على دليل كتابى فى هذه الحالة ليست مطلقة بل هى نسبية عارضة (ن) إن 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 (ح) أن 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 ، لأن أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح تدخل فى عداد الوقائع القانونية التى لا يسرى بشأنها تقييد الاثبات بالبينة بل البينة بالنسبة لها جائزة على وجه الدوام شأنها من هذا الوجه شأن وقائع التدليس والغش والصورية والربا وقد أحسن التقنين المصرى (أى القانون المدنى السابق فى المادة ٢٢٥/ ٢٨٠) والمشروع الفرنسى الايطالى بإغفال الأمثلة التى تضمنتها التقنينات المختلفة فى هذا الشأن . أما فيما يتعلق بطبيعة الاستحالة فقد صرح النص بأنها إما أن تكون مادية ؛ وإما أن تكون معنوية وتفترض الاستحالة المادية أن التصرف القانونى نشأ فى ظروف لم يكن لدى الشأن فسحة من الوقت أو وسيلة للحصول على دليل كتابى ومن قبيل ذلك ما ينشأ من التصرفات عن الكوارث أو الحوادث الفاجئة أو النكبات أو الحرائق أو حوادث الغرق: ويورد التقنين الفرنسى والتقنين =

الجنحة وشبه الجنحة

٤٠٤ — إن الجنح وأشباه الجنح مانعة بطبيعتها من أخذ مستند كتابى بها . فلا يمكن لشخص اعتدى عليه أو على ماله أو أصيب خطأ أو حصل له أى فعل نشأ عنه ضرر له (انظر المواد ١٦٣ — ١٧٨ من القانون المدنى القائم الخاصة بالعمل غير المشروع والمواد ١٥١ — ١٥٣ / ٢١٢ — ٢١٦ من القانون المدنى السابق) أن يكون لديه دليل كتابى بذلك ، إذ أن الفعل بحسب طبيعته وظروفه لا يمكن ماديا أن يقترن بكتابة ، ولا يتوقع ممن وقعت منه جنحة أن يكتب على نفسه سندا بذلك وبمسؤليته عنه . لذلك يسوغ الإثبات بالشهود[1] وكذلك الضرر الذى نشأ عن الفعل ورابطة السببية بين الفعل والضرر . ويلاحظ أن الجنح وأشباه الجنح يكون لها عادة آثار مادية تثبت أيضا بالكشف الطبى والمعاينة ودعوى إثبات الحالة الخ .

٤٠٥ — على أن هناك جنحاً يكون أساسها تعاملا مدنياً ولا تحصل إلا بعد عقد . فيجب إذاً إثبات وجود العقد أولا طبقاً للقواعد المدنية المعتادة ، ثم إثبات الجنحة بجميع الطرق ، أو بعبارة أخرى لا يمكن إثبات هذا النوع من الجنح على منكر العقد إلا بعد إثبات العقد بالكتابة إذا كانت القيمة أكثر من

= الايطالى فى معرض التمثيل الوديعة الاضطرارية وقد شبهت بها وديعة نزلاء الفنادق .

هذا ما جاء فى المذكرة الايضاحية . لكن هذا التحليل لا ينفى أن المانع من الإثبات بالكتابة فى أشباه العقود والجنح وأشباه الجنح — هو مانع مادى كما هى الحال فى الوديعة الاضطرارية : وكذلك الإكراه والغش والخطأ : والصورية (بالنسبة للغير) إلا أن الاكراه قد لا يكون مادياً وكذلك الغش والتدليس . وعلى كل حال لا يمكن اعتبار المانع فى جميع تلك الاحوال أدبيا لأن المانع الأدبى سببه كما سنرى رابطة بين المتعاقدين كرابطة القرابة أو التبعية أو الرابطة بين الطبيب ومريضه أو الوكالة المجانية الخ . وفعل الجنحة وشبه الجنحة وما عداهما مما ذكر لا يمكن ماديا بحسب طبيعته وبحسب ظروفه أن تقترن به كتابة .

(١) وانظر المستشار عزيز كحيل (إثبات الحقوق المدنية) ص ١٧٩ والدكتور عبد السلام ذهنى (المعاينات) جزء أول ص ٢٩٩ والمجموعة الرسمية سنة ١٩١٣ رقم ١٠١ — وقد نصت على ذلك المادة ١٣٨٤ من القانون المدنى الفرنسى . وانظر أيضا المجموعة الرسمية سنة ١٩١٢ رقم ١٠١ والجدول العشرى المختلط الأول رقم ٣٥١٠ و ٣٥١١ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الرابعة ص ١٠٢ والسنة الخامسة ص ١٦١ .

عشرين جنيها . وذلك فى غير الأحوال التجارية وباقى الأحوال التى استثناها القانون كما تقدم . فجريمة خيانة الأمانة المنصوص عليها فى المادة ٣٤١ عقوبات لا تكون إلا بعد عقد وديعة ، أو إجارة ، أو عارية استعمال ، أو رهن ، أو وكالة ولذلك يجب أولا إثبات هذا العقد بالكتابة حيث يجب ذلك حتى يحكم على الفاعل جنائياً بالعقوبة ، ومدنياً بقيمة الشىء ، والتعويضات اللازمة ما دام المدعى عليه ينكر حصول العقد ، وذلك طبعاً بعد إثبات واقعة الاختلاس بجميع الطرق بما فى ذلك الشهود والقرائن[1] ، وهذا هو نص المادة ٣٤١ عقوبات : كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو أمتعة أو بضائع أو نقوداً أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تمسك أو مخالصة أو غير ذلك إضراراً بمالكيها أو أصحابها أو واضعى اليد عليها وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن أو كانت سلمت له بصفة كونه وكيلا بأجرة أو مجاناً بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها فى أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره يحكم عليه بالحبس ، ويجوز أن يزاد عليه غرامة لا تتجاوز ١٠٠ جنيه مصرى . وقد قررت محكمة النقض أنه قد تكون المسؤولية جنائية أو تقصيرية ومع ذلك يكون الإثبات بالكتابة حتما بالنسبة للعقد المرتبط

---

(١) دمولومب جزء ٣٠ رقم ١٦٢ و١٦٧ وتوليبه جزء ٩ رقم ٢٤٥ — ١٥٦ ولوران جزء ١٩ رقم ٥٥٦ ولارومبير على المادة ١٣٤٨ رقم ٢٦ وأبرى جزء ٢٢ § ٧٦٥ ص٣٦٩ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٢٦ وهيك ج ٨ رقم ٢٩٧ — وانظر أيضا المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٠ ص ٢٥٨ وسنة ١٩١٧ رقم٨٣ والقضاء السنة الخامسة ص ١٨٣ والحقوق السنة الثالثة عشرة ص ٣٤٢ والسنة الثامنة عشرة ص ٢٢ والسنة التاسعة والعشرين ص ٣٤١ — وسيرى ٧٥٧٥ — ١ — ٢٣٨ و٨١ — ١ — ٥٢ و٩٢ — ١ — ٤٣١ و٩٨ — ٢ — ١٣٧ ودالوز ١٩٠٠ — ١ — ٤٨٣ وأنظر أيضا حكم محكمة مصر المختلطة فى المحاماة ٢٠ ص٣٩٧ رقم ١٤٨ الذى قرر أن العبرة بقيمة الشىء المرهون لا بقيمة القرض وقال إن الدليل على وجود وديعة أو رهن عند النظر فى تهمة تبديد أشياء مودعة أو مرهونه خاضع للقيود الواردة بالقانون المدنى ولذلك لا يقبل الإثبات بالبينة على وجود رهن حين تكون قيمة الشىء المرهون — لا قيمة القرض المتفق عليه — زائدة على عشرة جنيهات .

بها إذا كانت قيمته تزيد على ألف قرش فى غير المواد التجارية والأحوال الأخرى المستثناه كما هى الحال فى جريمة خيانة الأمانة[1] .

ولكن إذا وقعت جريمة الاختلاس من غير المودع لديه كما إذا وقعت من خادمه فلا محل لتكليف المخدوم أو صاحب الشيء بإثبات عقد الوديعة مدنياً لأن الخادم لم يحصل بينه وبين صاحب الشيء أو بينه وبين مخدومه عقد أمانة وكل ما هناك هو أنه أمين على جميع مافى منزل مخدومه بحكم وظيفته . ولذلك يجوز الإثبات من الخادم بجميع الطرق مهما كانت قيمة الشيء وبالتالى تجوز مساءلة السيد بالتضامن مع الخادم عن قيمة الشيء لا بناء على عقد الوديعة بل بناء على مسئوليته عن أعمال خادمه التى يرتكبها أثناء تأدية وظيفته . والمفروض هنا أن السيد لم ينكر الوديعة ، وإذا كان الشيء المودع يحتوى على جملة أشياء كصندوق مقفل يجوز لصاحبه أن يثبت محتوياته ضد الخادم وضد السيد بجميع الطرق مادام السيد قد سلم بالإيداع[2] .

---

(١) مجموعة الـ ٢٥ عاما مسئولية ٦٢ ومجموعة القواعد القانونية جـ ٣ ص ٧٥ رقم ١/٣٤ وقد قررت الدائرة الجنائية لمحكمة النقض أن الجرائم على اختلاف أنواعها إلا ما استثنى منها بنص خاص — جائز إثباتها بكافة الطرق القانونية ومنها البينة وقرائن الأحوال : فواقعة الاختلاس أو التبديد يجوز اثباتها دواما بكافة الطرق القانونية . أما اذا كان عقد الائتمان الذى تفرعت عنه فى واقعة الاختلاس أو التبديد غير ثابت مبدئيا فلا يجوز بطبيعة الحال إثباته أمام المحكمة الجنائية إلا بنفس الطريقة التى يجوز إثباته بها أمام المحكمة المدنية لأن واقعة الائتمان فى ذاتها واقعة مدنية صرف فضلا عن أنها واقعة قائمة بذاتها ومستقلة عن واقعة الاختلاس أو التبديد بل وسابقة عليها فى الترتيب الزمنى — مجموعه الـ ٢٥ عاما الجزء الثانى مدنى ص ١٢٤٦ إثبات رقم ١٢ ، ١٣ فى الملحق بالقواعد القانونية التى قررتها الدائرة الجنائية فى المواد المدنية والتجارية وما يتصل بها ، ومجموعة القواعد القانونية جنائى جزء ٣ ص ٥٨٣ رقم ٤٥٠ .

(٢) وقد قررت محكمة النقض أن الدعوى المرفوعة على سيد وخادمه بطلب الحكم عليهما متضامنين بأن يدفعا إلى المدعية مبلغاً تعويضا لها عن عبث الخادم بحلى كانت فى علبة استودعتها السيد هى دعوى متضمنة فى الواقع دعويين الأولى أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم وفيها يدور الإثبات بينه وبين المدعيه على وقوع الجريمة وإثبات الجريمة جائز قانونا بأى طريق من طرق الإثبات ، فهى دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التى وقعت عليها الجريمة كانت وديعة . وهذا ليس من شأنه أن يغير =

إنما يصح إثبات العقد بالشهود إذا كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة[١] .
وقس على ما تقدم خيانة الأمانة فى الورقة الموقعة على بياض[٢] وقد سبق أن تكلمت على ذلك[٣] .

٤٠٦ — كذلك إذا طالب شخص آخر بدين قيمته أكثر من عشرين جنيها ، ولم يكن لديه مستند كتابى ، فوجه لخصمة اليمين الحاسمة ، فحلفها ، فلا يمكن إثبات كذب اليمين ومعاقبته جنائياً إلا إذا ثبت الدين ، والدين لا يثبت إلا بالكتابة ، وبعبارة أخرى لا يمكن إثبات كذب اليمين بشهادة الشهود[٤]

٤٠٦ مكرر — ولا يصح اعتبار جريمة الإقراض بالربا الفاحش كجريمة خيانة الأمانة بمعنى أنه يجب إثبات الربا الفاحش بالكتابة إذا تجاوزت قيمة القرض عشرين جنيهاً ، لأن واقعة الربا الفاحش منفصلة عن واقعة القرض ذاته ،

= من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية موجهة إلى السيد وأساسها أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة فى حال تأدية وظيفة عنده . وهذه ليس مطلوبا فيها إثبات عقد الوديعة على السيد . ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينة والقرائن — مجموعة القواعد القانونية الجنائية جزء ٥ رقم ١٩٨/٢ ص ٤٣٢ — ٤٣٣ ، ومجموعة ال ٢٥ عاما مسئولية رقم ٦٣ .

(١) المجموعة الرسمية سنة ١٩١٦ رقم ٣ وسنة ١٩٢٠ رقم ٢٨ والحكمان صادران من محكمة النقض وتعليقات جارسون على المادة ٤٠٨ رقم ٦٤٩ والأحكام التى أشار اليها .

(٢) دمولومب ج ٣٠ رقم ١٦٨ ولوران ج ١٩ رقم ٥٥٦ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٢٦ .

(٣) راجع الفقرة رقم ١٩٤ من هذه الرسالة .

(٤) انظر الفقرتين ٥٥٧ و ٥٥٨ (من هذه الرسالة فى الجزء الثانى) ولاروميير على المادة ١٣٤٨ رقم ٢٦ ودمولومب ج ٣٠ رقم ١٦٩ وتوليبه ج ١٠ رقم ٣٨٨ والكتب الجنائية جاسون على المادة ٣٦٦ رقم ٢٤ و ٢٥ وشوفو وهيلى ج ٤ ص ٤٢٨ ومانجان عن الدعوى العمومية Mangin جزء أول رقم ١٧٣ ولجرافراند على التشريع الجنائى جزء أول ص ٤١ Legravrand وانظر أيضا المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٢ رقم ٧٥ وسنة ١٩١٧ رقم ١١ وسيرى ٤٥ — ١ — ٤٨٠ و ٥٣ — ١ — ٤١ ودللوز ٥٢ — ٧ — ٥٠٤ و ٧٨ — ١ — ٤٤٢ و ٨٢ — ٢ — ١٤٣ ودللوز الأبجدى تحت كلمة تعهدات رقم ٥٣٧٣ وانظر عكس ذلك بوتيته جزء أول رقم ٣٢٧ وروتر فى العقوبات Reutee جـ ٢ ص ٥٠٠ ودللوز الأبجدى تحت كلمة تعهدات رقم ٤٨٩٥ وسيرى ٢٥ — ١ — ١١٩ .

وهى بذاتها جريمة جنائية مستقلة عن القرض ، ولا يقبل أن المقرض يثبتها ضد نفسه مقدماً بالكتابة ـ على أن محكمة النقض قالت أن عقد الإقراض بالربا الفاحش يعتبر فى جملته واقعة واحدة هى التى يتكون منها الفعل الجنائى المعاقب عليه فيجرى عليها مايجرى على نظائرها من المسائل الجنائية من طرق الإثبات ، ويجوز إذن إثباتها وإثبات الاعتياد عليها بكافة الطرق القانونية ومنها البينة ولو زادت قيمة القرض على ألف قرش[1] . هذا ـ وقد يكون الفعل الجنائى فى ذاته مثبتاً للحق المدنى كما فى جريمة إتلاف سند فيصح إثبات إتلاف هذا السند ولو زادت قيمته على عشرين جنيها بشهادة الشهود ، إذ لا سبيل إلى إثبات هذه القيمة بعد التمزيق إذا لم يبق من السند ما يدل عليها . وقد قررت محكمة النقض أنه مادام القانون قد أجاز إثبات وقوع الفعل الجنائى بكل الطرق القانونية بما فيها شهادة الشهود فنى جريمة إتلاف سند قيمته أكثر من عشرة جنيهات إذ اعتمد الحكم فى ثبوت وجود السند وتمزيقه على شهادة الشهود فلا غبار عليه . لأن إثبات الفعل الجنائى وهو تمزيق السند هو فى الوقت ذاته إثبات لوجود ذات السند والأمران متلازمان لا انفصام لأحدهما عن الآخر[2] .

٤٠٦ مكرر أ — وقد يكون هنا تعهد مكتوب قيمته تزيد على عشرين جنيهاً أو يكون غير محدد القيمة ولكن عدم تنفيذه والإخلال به قد يكون أمراً مادياً فيجوز إثباته بالبينة والمعاينة كما إذا تعهد شخص بعدم البناء على أرض على مسافة خمسة أمتار من أرض جاره ثم خالف هذا التعهد وبنى فى هذه المسافة وقد قررت محكمة النقض فى حكمها السابق الإشارة إليه[3] إن الدليل لا ارتباط له

---

(١) انظر حكم النقض السابق الإشارة إليه فى مجموعة ال ٢٥ عاما الجزء الثانى مدنى ص ١٢٤٦ إثبات ١٣٢١٢ فى الملحق الخاص بالقواعد القانونية التى قررتها الدائرة الجنائية فى المواد المدنية والتجارية وما يتصل بها ومجموعة القواعد القانونية جنائى جزء ٣ ص ٥٨٣ رقم ٤٥٠ .

(٢) انظر مجموعة ال ٢٥ عاما المذكورة فى الهامش الذى قبل السابق — إثبات ١٤ ومجموعة القواعد القانونية جنائى جزء ٤ ص ٣٤٩ رقم ٢٧١ .

(٣) فى مجموعة القواعد القانونية جزء ٣ ص ٧٥ رقم ٣٤ .

قد شرع عبثاً[١] وإنما إذا دفع شخص لآخر خطأ مبلغاً معتقداً أنه دين مستحق عليه هو ولم يكن هناك دين عليه وهو ما يعبر عنه بدفع ماليس مستحقاً[٢] (المادة ١٨١ من القانون المدنى القائم والمادة ١٤٥ من القانون المدنى السابق) ثم أراد استرداد مادفع ، فلا يسوغ له إثبات الدفع بشهادة الشهود إذا كانت القيمة أكثر من عشرين جنيها ، بما أنه لم يكن هنا مايمنعه من أخذ مخالصة بما دفع[٣] .

وأساس المواد المتقدمة الذكر هو القاعدة الرومانية القديمة — لا يصح الإثراء على حساب الغير[٤] . والمقصود بالإثراء على حساب الغير هو أن يستفيد شخص أية فائدة مادية على حساب غيره . وقد اعتنق القانون الفرنسى القديم هذه القاعدة أوهذه النظرية ولكنهاجاءت فى القانون الحالى كما فى قانوننا السابق غير كاملة فى مواد متفرقة ، وإنما قد أدى اجتهاد العلماء والقضاة إلى تجديدها حتى عادت قاعدة مسلما بها — هذا وقد أحياها قانوننا المدنى القائم صراحة فى الفصل الرابع من الباب الأول من الكتاب الأول بعنوان (الإثراء بلا سبب) فى المواد ١٧٩ — ١٩٧ .

الاكراه والتدليس والغلط :

٤١٠ — أن هذه الأمور مانعة بطبيعتها أيضاً من أخذ مستند كتابى

---

(١) أرنتز ج ٣ رقم ٣٩٣ ولارومبيير على المادة ١٣٤٨ رقم ١٣ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٢٥ ودمولومب ج ٣٠ رقم ١٦٠ وأوبرى ورر ج١٢ § ٧٦٥ ص ٣٦٨ .

(٢) Paiement de l'indu

(٣) أوبرى ج ١٢ § ٧٦٥ ص ٣٦٧ ودمولومب ج ٣٠ رقم ١٥٨ وبونييه جزء أول رقم ١٥٤ ولا رومبيير على المادة ١٣٤٨ رقم ١٢ ودووانتين ج ١٣ رقم ٢٥٨ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٢٥ .

(٤) Nul ne droit s'enrichir aux depens d'autrui

يدل عليها . لذلك يسوغ إثباتها بالشهود[1] وهى تجيز إبطال العقد طبقاً للمواد ١٢٠ ـ ١٢٨ من القانون المدنى القائم (المواد ١٣٣ ـ ١٣٦ / ١٩٣ ـ ١٩٦ من القانون المدنى السابق) وقد نصت المادة ٤١٩ فقرة ثانية من القانون المدنى القائم أيضاً (المادة ٢٥١/٣١٧ من القانون المدنى السابق) على أنه إذا ذكر فى عقد البيع أن المشترى عالم بالمبيع ، سقط حقه فى طلب إبطال البيع بدعوى عدم علمه به إلا إذا أثبت تدليس البائع .

٤١١ — ولمحكمة الموضوع القول الفصل فى تقدير وقائع الإكراه وتأثيرها على العاقد[2] ولكنها تخضع لرقابة محكمة النقض فى تقدير ما إذا كانت وسائل الإكراه مشروعة أو غير مشروعة — ذلك لأن الفصل فى مشروعية أو غير مشروعية أمر من الأمور يجب أن يخضع لرقابة محكمة النقض الواجب عليها مراقبة تطبيق أحكام الشارع تطبيقاً صحيحاً . وقد قررت محكمة النقض أن لقاضى الموضوع السلطة التامة فى تقدير درجة الإكراه من الوقائع وهل هو شديد ومؤثر فى الشخص الواقع عليه أو لا ولا رقابة لمحكمة النقض عليه فى ذلك . أما تقدير كون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة أو غير مشروعة فما يدخل تحت رقابة محكمة النقض لأن هذا التقدير يكون هو الوصف القانونى المعطى لواقعة معينة يترتب على ما قد يقع من الخطأ فيها الخطأ فى تطبيق القانون[3] وكذلك التدليس فإن تقدير وقائعه وتأثيرها على العاقد من خصائص محكمة الموضوع . أما تقدير

---

(١) دمولومب جـ ٣٠ رقم ١٧١ — ١٧٢ ولارومبيير على المادة ١٣٤٨ رقم ١٥ وبونييه جزء أول رقم ١٤١ وأوبرى جـ ١٢ § ٧٦٥ ص ٣٧١ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٣٤ وانظر سيرى ١٩٠٤ — ١ — ٥٠٥ ودالوز ١٩٠٣ — ١ — ٢٠١ ودالوز ٩٦ — ١ — ٢٣٠ وأوبرى جـ ١٢ § ٧٦٥ ص ٣٧١ — ٣٧٢ وحكم النقض الذى يشير إليه فى سيرى ٧١ — ١ — ٩٧ وراجع ما قلته فى رقم ٨٧ بخصوص الخطأ المادى أو الحسابى .

(٢) وقد قررت محكمة النقض أن تقدير وسائل الإكراه وجسامتها وتأثيرها فى نفس العاقد هى أمور موضوعية يستقل بالفصل فى شأنها قاضى الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض مادام حكمه مسببا سببا كافيا — انظر الحكم الصادر فى الطعن رقم ٨٠ سنة ١٤ القضائية .

(٣) مجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ١٢٠ رقم ٣/٣٥٥ وانظر أيضا ص ٩٢٣ رقم ٢٩٧

ما إذا كانت واقعة الغش حيلة مشروعة أو غير مشروعة يجب أيضاً أن تخضع فيه محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض . ولمحكمة الموضوع الفصل فيما إذا كان هناك غش أم لا وفى تأثيره على العاقد حتى بدون إحالة على التحقيق لسماع الشهود مادام فى القضية من القرائن والظروف ما يكفى لذلك . وقد قررت محكمة النقض أن لقاضى الموضوع سلطة تامة فى استخلاص عناصر الغش من وقائع الدعوى وتقدير مايثبت به هذا الغش ومالا يثبت دون رقابة عليه من محكمة النقض وذلك مادامت الوقائع تسمح به[1] وقد قررت محكمة النقض أن أساس صحة الأوراق سلامة الرضا المتبادل من كل عيب ، والغش من الأسباب المفسدة للرضا ، ولمحكمة الموضوع القول الفصل فى تقدير القرائن والأدلة التى يسوقها أحد الخصوم فى الدعوى طعناً على الورقة المنسوبة إليه وإثباتاً لما حصل فى ظروف تحريرها من غش مؤثر فى الرضا . فإن رأتها جدية ووجدتها كافية حكمت فى الدعوى على أساسها ، وإن لم تجدها كافية أمرت بالتحقيق فيها[2] . وقالت محكمة النقض فى حكم آخر إن محكمة الموضوع ذكرت القواعد الآتية : (أ) إنه يشترط فى الغش والتدليس المشار إليهما فى المادة ١٣٦ — من القانون المدنى السابق التى تقابلها المادة ١٢٥ من القانون المدنى القائم أن يكون ما استعمل لخدع المتعاقد حيلة غير مشروعة (ب) إن مجرد الكتمان لا يكفى اعتباره غشاً وتدليساً مالم يقترن بحيل غير مشروعة - على أن المادة ١٢٥ من القانون المدنى القائم نصت فى فقرتها الثانية على أنه يعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا

---

(١) مجموعة المكتب الفنى ٧ سنة ٥٦ رقم ٢٣/٢ ص ١٦٨ - ١٦٩ .

(٢) مجموعة القواعد القانونية جزء أول مدنى ص ١١١٨ رقم ٣٦٥ والمحاماة ١٧ ص ١٢٦ رقم ٨٣ . وقررت محكمة النقض أيضا فى ٣٠ من مارس سنة ١٩٥٠ و ٦ من أبريل سنة ١٩٥٠ فى الطعنين رقم ٩٣ و ١٣٩ سنة ١٨ القضائية أن المحكمة ليست ملزمة باحالة الدعوى إلى التحقيق لسماع بينة على وقائع استيقنت من العناصر القائمة فى الدعوى عدم صحتها - أو صحتها.

ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هـذه الملابسة[1]

(ج) إن الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بالتهديد المفزع فى النفس والمال أو باستعمال وسائل ضغط أخر لا قبل للانسان باحتمالها والتخلص منها ويكون من نتيجة ذلك حصول خوف شديد يحمل الإنسان على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً ، أما مجرد النفوذ الأدبى أو هيبة الأقارب فلا يكفى وحده لبطلان العقد بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل اكراه أخرى غير مشروعة. وهذه القواعد الثلاث صحيحة قانوناً وقد فند الحكم على أساسها ما ادعته الطاعنتان من أنهما كانتا واقعتين تحت أى تأثير مبطل للرضاء بالصلح الحاصل بين الطرفين وإذ كان ماقاله الحكم فى هذا الصدد متعلقاً بتقدير سائغ سليم فلا معقب على محكمة الموضوع فيه[2] كذلك فيما يتعلق بالغلط لا رقابة لمحكمة النقض فيما يتعلق بالواقع مادام الحكم مسبباً تسبيباً كافياً ولها الرقابة فيما يتعلق بالغلط فى القانون .

٤١٢ — إنما يجب أن يلاحظ أن التعاقد الذى يدعى شخص أنه غش أو دلس عليه فيه يجب إثباته بالطرق المعتادة إذا كانت قيمته أكثر من عشرين جنيها[3] إلا إذا كان الاتصال شديداً بين طرق الخداع وموضوع الالتزام حتى تعذر تحرير سند كتابى كما فى حالة النصب المعاقب عليه بالمادة ٣٣٦

---

(١) ظاهر مما تقدم من حكم محكمة النقض السابق المذكور أنه لا فرق عندنا بين الغش والتدليس، ومما يؤيد أن القانون عندنا ساوى بين الغش والتدليس المذكورين فى المادة ١٣٦ من القانون المدنى السابق المقابلة للمادة ١٢٥ من القانون القائم أن المادة ٢٣٨ مدنى القائم قالت : « إذا كان تصرف المدين بعوض اشترط لعدم نفاذه فى حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش .. الخ » . ويلاحظ أن المادة ١٦٧ مدنى فرنسى المقابلة للمادة ١٢٥ عندنا استعملت كلمة Fraude وهى كما جاء فى قاموس الاصطلاحات القانونية للاستاذين حسين فؤاد ومحمد عبدالله خداع ، غش ، تدليس.

(٢) المجموعة الرسمية ٤٣ رقم ١٨٥ ص ٣٢٧ .

(٣) بودرى تعهدات رقم ٢٦٣٤ ولا رومبيير على المادة ١٣٤٨ رقم ١٦ و ١٢ وأوبرى جـ ١٢ § ٧٦٥ ص ٣٧٢ وحكم النقض الفرنسى الذى يشير إليه فى سيرى ٤٠ — ١ — ٨٤٨

عقوبات[1] وعلى أنه يجوز الإثبات بالبينة فيما يشبه النصب وفيما قام على الغش لأنهما ماينـدرج تحت مايتعذر الحصول فيه على دليل كتابى كما فى حالة ما إذا حصل شخص على نقود يزيد مقدارها عما تجوز البينة فيه من امرأة على سبيل إحضار زوجها الغائب غيبة مريبة[2] إنما لايصح أن يؤذن بإثبات الغش بالشهود إلا إذا توافرت ظواهره وكانت هناك قرائن قوية عليه[3] .

ولا شك فى أن التزوير نوع من الغش يجوز إثباته بطرق الإثبات كافة بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن . ويصح لإثبات تزوير عقد إثبات حصول تصرف لادخل لطرفى الخصومة فيه بشهادة الشهود وإن كان يجب إثباته بالكتابة فيما بين العاقدين . وقد قررت محكمة النقض أنه فى تعويل محكمة الموضوع على ماقرره الشهود من حصول تصرف من المورثة فى بعض أطيانها قبل وفاتها لاغبار عليه قانوناً لأن هذه الشهادة كانت عن واقعة لا دخل لطرفى الخصومة فيها ، ولم يكن تحدث المحكمة عنها لإثبات حق لأحد منهما أو نفيه بناء عليها ، بل لتعرف الظروف التى أحاطت بالعقد المطعون فيه ليس إلا ؛ فلا مأخذ على المحكمة والحالة هذه إن هى استندت إلى البينة بغية تكوين رأى لها فى الطعن الموجه ضد العقد المذكور دون تقيد بالدليل الكتابى[4] .

٤١٢ مكرر — حتى الصورية فيما بين الطرفين وإن كان الأصل فيها أنه يجب إثباتها بالكتابة إلا أنه يمكن كما تقدم فى الفقرة رقم ٢٦٢ إثباتها بشهادة

---

(١) انظر أبرى جـ ١٢ ٢٦٥ ص ٣٧٢ — ٣٧٣ هامش ١٩ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٣٤ والجدول العشرى المختلط الثالث رقم ٤٤٦٤ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الخامسة والعشرين ص ١١٤ وسيرى ٦٩ — ١ — ٢٤٠ ٨٦ — ١ — ٢٤١ و ١٩٠٦ — ١ — ٥٧ .

(٢) انظر حكم النقض فى المحاماة ٩ ص ٧٢٩ والجدول العشرى الأول ص ٨٠ رقم ٣٨

(٣) مجلة المحاكم السنة الحادية عشرة ص ٢١٧٢ والجدول العشرى الأول المختلط رقم ٣٥١٦ و ٣٥١٧ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثالثة ص ١٧٢ والسنة الرابعة ص ٦٤ .

(٤) المجموعة الرسمية ٤٣ ص ٤٢ رقم ١٢٩ .

الشهود والقرائن إذا وقع غش من أحد الطرفين على الآخر كما إذا باع زيد لعمرو منزلا بيعا صوريا وأخذ منه ورقة ضد لإثبات الصورية ثم ظهر أن هذه الورقة وقعها شخص آخر غير المشترى وتمسك هذا بأن البيع كان جدياً وأنه لم يعط البائع أية ورقة[1] .

والغبن الفاحش فى التعاقد قد يسمح للطرف المغبون وخلفه وكل ذى صفة أن يطلب بطلان التعاقد ويثبت هذا الغبن بجميع الطرق بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن لأنه لا يؤخذ به أية كتابة ، والمقصود بالغبن الفاحش هنا فى عقود المعاوضة إذا كان التزام الطرف الآخر لا يتعادل البتة مع ما حصل عليه من فائدة ويتبين أن الطرف المغبون قد أبرم العقد لطيشه أو لهوى جامح . على أنه يجوز للطرف الآخر أن يتجنب إبطال العقد إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن . كما أنه يجب أن ترفع دعوى الغبن فى غضون سنة واحدة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة وذلك لأن الأصل هو احترام التعاقد الموقع من

---

(١) انظر حكم النقض فى مجموعة القواعد القانونية جزء ٢ ص ١٩٩ رقم ٧٣ حيث قالت المحكمة : اتفق شخصان لغرض ما على إنشاء عقد بيع صورى يبقى تحت من صوراه مشتريا مقابل تسليمه زميله ورقة كاشفة عن الصورية فغش أولهما الثانى بأن سلمه ورقة عليها توقيع باسمه لم يكتبه هو وإنما كتبه شخص آخر باتفاقه معه ، وحصل هذا التسليم بعد أن وقع الثانى على عقد البيع أمام الموظف الرسمى . ثم طعن البائع بصورية العقد والغش ، فحكمت المحكمة بجواز إثبات الغش بالبينة والقرائن ثم قضت بابطال البيع . طعن المشترى فى الحكم بأن الواقعة التى اعتبرتها المحكمة غشا واعتمدت عليها ، وهى تسليم ورقة الضد ، قد حصلت بعد تمام عقد البيع مما ينافى قولها بأن التوقيع على هذا العقد كان تحت تأثير الغش ، كما أن المحكمة خالفت القانون إذ جازت الاثبات بالبينة ضده على أساس أن ورقة الضد تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة مع أنها لم تصدر منه . ومحكمة النقض رفضت الطعن لما تبينته من أن الأمر بالتحقيق لم يؤسس على وجود مبدأ الثبوت بالكتابة ، بل كان لاثبات ما يجوز إثباته بالبينة وغيرها وهى وقائع الغش المدعاة فلما ثبت لمحكمة الموضوع أن الغش قد وقع فعلا اعتبرت ما وقع من طرفى الخصومة عملية واحدة متصلة وقائمها بعضها ببعض ، وأن الغش قد لابسها من مبدئها إلى نهايتها مما لا عبرة معه بالوقت الذى سلمت فيه ورقة الضد . ومجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ص ٢٧٠ والسنة ١٢ ١٢٧١ ص ١٠٣٥ .

الطرفين برضائهما . وقد نصت المادة ١٢٩ من القانون المدنى على أنه « إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بينا أو هوى جامحاً جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص من التزامات هذا المتعاقد ، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة ، ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » .

٤١٣ — والتسلط على الإرادة[1] يصح اعتباره نوعاً من الغش مبطلا للعقد تطبيقاً لقواعد العدالة فيصح إثباته بالبينة والقرائن ، وقد تتسلط زوجة شابة جميلة عن إرادة زوجها الشيخ فيبيعها صورياً كل أو بعض عقاراته احتيالا على قواعد الميراث وحرمان كل أو بعض الورثة من حقهم الشرعى . وقد ينشأ عن هوى جامح بالزوجة خصوصاً إذا كانت جميلة أيضاً . وربما لا توجد قرائن وأدلة كافية لاعتبار ذلك وصية خصوصاً إذا كانت الزوجة ذات أموال تستطيع أن تدفع ثمن مثل هذه العقارات . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كان الحكم قد بنى قضاؤه ببطلان عقد البيع على فساد رضاء البائع لكونه متقدماً فى السن ومصاباً بأمراض مستعصية من شأنها أن تضعف إرادته فيصير سهل الانقياد وخصوصاً لأولاده المقيمين معه الذين صدر العقد لهم فإنه لا سبيل إلى الجدل فى ذلك لدى محكمة النقض لتعلقه بتقدير محكمة الموضوع لوقائع الدعوى[2] .

---

(١) Capratation

(٢) انظر حكم الاستئناف فى المحاماه ١٧ ص ١١٧١ رقم ٥٨٧ وحكم النقض الذى أشار إليه

(٢) مجموعه القواعد القانونيه جزء ٣ ص ٢٩٦ رقم ٨٩

غش[1] الغير والصورية :

٤١٤ — وكذلك غير المتعاقدين له الحق فى أن يثبت الغش الضار به كما فى دعوى الإبطال المعروفة بالدعوى البولصية المنصوص عليها فى المادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ من القانون المدنى القائم (المادة ١٤٣/٢٠٤ من القانون المدنى السابق)[2] وكذا دعوى الصورية[3] بشهادة الشهود كما سبق أن قلت ، بما أنه يمكن بداهة أن يحصل على مستند كتابى بذلك[4] .

٤١٤ مكرر — وقد تقدم القول بأنه لا يجوز إثبات صورية عقد مكتوب بين المتعاقدين إلا بالكتابة ولكن إذا قصد بالصورية غش الشارع والاحتيال على أحكام القانون أو إخفاء لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب ، كما إذا أريد الاتفاق على شىء يحرمه القانون ويكون مضراً بأحد طرفى التعاقد ، ففى مثل هذه الحالة يجوز لمن وقع عليه الضرر منهما أن يثبت ذلك بشهادة

---

(١) عبر القانون المدنى السابق فى النسخة الفرنسية عن التدليس أو الغش الذى يقع من أحد الطرفين على الآخر بلفظة dol والغش الذى يقع من الطرفين على الغير بلفظة fraude. انظر المادتين ١٣٤ و ١٤٣ وقد حذا فى ذلك حذو الشارع الفرنسى فى المادتين ١١٠٩ و ١١٦٧ . أما القانون القائم عندنا فانه قد عبر عن النوع الأول بلفظة تدليس وعن النوع الآخر بلفظة غش — فى المادتين ١١٥ و ٢٣٨ .

(٢) Action Pauliene انظر دمولومب جزء ٣٠ رقم ١٧٨ وجزء ٣٥ رقم ٢٠٤ ولا رومبير على المادة ١٣٤٨ رقم ٢٨ وعلى المادة ١١٦٧ رقم ٤١ وأوبرى جـ ١٢ § ٨٦٥ ص ٣٧٣ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٣٥ وتوليه جـ ٩ رقم ١٦٤ وداللوز ٩٣ — ٢ — ٣٤٦

(٣) Action en déclaration de simulation وانظر لوران جـ ١٩ رقم ٤٧٥ وبودرى تعهدات رقم ٣٥٦٩ ودمولومب جـ ٣٩ رقم ٩٤ وأوبرى جـ ١٣ § ٧٦٥ ص ٤٧٣ وانظر الأحكام المشار إليها فى هامش رقم ٢٢٢ وانظر أيضاً داللوز ٨٧ — ١ — ٤٩٨ و ٤٩٩ وسيرى ٨٩ — ١ — ٤٠٧ .

(٤) انظر الفقرة رقم ٢٥٢ وما بعدها .

الشهود[١] والوارث فى ذلك حكمه حكم المورث لا يمكنه إثبات صورية عقد عقده المورث إلا بالكتابة لأنه خلف عام لمورثه إلا إذا قصد بالصورية غش الشارع أو الاحتيال على أحكام القانون أو إخفاء كسب غير مشروع فيجوز للوارث أيضاً إثبات الصورية بجميع طرق الاثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن . وقد قررت محكمة النقض أن الوارث الذى يطعن فى تصرف صادر من مورثه لوارث آخر فى صورة بيع منجز بأن حقيقته وصية وأنه قصد به الاحتيال على قواعد الإرث المقررة شرعاً إضراراً بحقه فيه يجوز له إثبات هذا الاحتيال بأى طريق من الطرق القانونية ، فلا على المحكمة فيما تقضى به من إحالة الدعوى إلى التحقيق لتمكين الطاعنين فى التصرف من إثبات حقيقة الواقع فيه بشهادة الشهود[٢] ومايحرمه القانون من الربا الفاحش ، لأن تحديد الفائدة من النظام العام ، ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه[٣] وقد قررت محكمة النقض فى ظل القانون السابق أنه

---

(١) أنظر الفقرة رقم ٢٦٢ وبلانيول المطول ج ٦ رقم ٤١ ـ وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أنه يعتبر غشا عمل رهن فى صورة بيع لتحايل على قانون خمسة الأفدنة — مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٤٣ ص ٣١٤ . ويعتبر غشا كذلك إقراض شخص مبلغا ويكتب أن المبلغ أمانة تهديداً للمدين بالمحاكمة الجنائية إذا لم يدفع الدين — المحاماة ٨ ص ٨٧ رقم ٩٠ وقررت محكمة استئناف مصر أن العلم بقيام حالة السفه والإقدام على التعامل مع السفيه وقت قيامها للاستفادة منها والرغبة فى الهروب من أحكام القانون كل هؤلاء من الوقائع faits التى يصح إثباتها بجميع الطرق القانونية ومنها البينة والقرائن مادام ليست هناك كتابة تقطع بسوء النية أو دليل يقطع بحسنها — الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٢٣ رقم ١١٤ وانظر أيضا هذا الجدول ص ٣٠ رقم ١٦٤ .

(٢) انظر الفقرة ٢٦٣ وانظر الأحكام السابق الاشارة إليها فى مجموعة أحكام النقض التى أصدرتها دار النشر للجامعات المصرية السنة الأولى ص ٤٩٤ رقم ١٢٤ ومجموعة المكتب الفنى السنة الثانية ص ٢٤٩ — ٢٥٠ رقم ٢/٤٩ وانظر أيضا ص ١٩٥ رقم ٣٨ .

(٣) لارمبير على المادة ١٣٤٨ رقم ١٩ ودمولومب ج ٣٠ رقم ١٨٧ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٣٦ وأوبرى ج ١٢ § ٧٦٥ ص ٣٨٠ والقضاء السنة الثانية ص ٥٠٥ والسنة السادسة ٣٣٧ والحقوق السنة الثامنة عشرة ص ٢٣١ والمجموعة الرسمية سنة ١٩٣٠ ص ٣٢٤ وسنة ١٩٣٢ ص ٧٠ والجدول العشرى المختلط الأول رقم ٢٥١٨ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثانية ص ٩٧ والجدول ذاته رقم ٣٠٢٠ والمجموعة ذاتها السنة الرابعة ص ٣٧ =

يجوز إثبات الصورية بين المتعاقدين بالقرائن إذا قصد بها التحايل على القانون وكان موضوع الدعوى إخفاء رهن فى صورة بيع وفائى (وقد ألغى القانون القائم هذا البيع كما قلت فى الفقرة رقم ٢٤٥) للاستيلاء على ربا فاحش ثم تملك الأطيان بغير اتخاذ الإجراءات التنفيذية وبثمن بخس[١] إنما يجب أن يلاحظ فى حالة القرض أن القرض ذاته خاضع فى الإثبات للطرق المعتادة[٢] وأن مجرد الادعاء بالربا الفاحش لا يكفى لقبول الإثبات بالشهود بل يجب أن تكون هناك قرائن قوية على وجوده[٣] ومثل الربا الفاحش دين الميسر فإنه غير شرعى لمخالفته للآداب والنظام العام كذلك. والميسر سبب غير صحيح للتعهد، فإذا تملك شخص على آخر بسند دين عادى ذكر فيه سبب صحيح (والقيمة وصلتنى نقداً) جاز للمدين أن يثبت بشهادة الشهود أن سبب الدين هو الميسر[٤] وكذلك الاقتراض

= والجدول المذكور رقم ٢٥٢١ والمجموعة نفسها السنة العاشرة رقم ٤٨ والسنة ٣١ ص ١٣٦ حيث قيل إن العقد ليس دليلا إلا على التعهد المبين فيه وليس دليلا على السبب الذى ذكر فيه إذ من الجائز أن يكون هذا السبب صوريا يخفى سببا غير شرعى ويجوز اثبات هذا السبب بكافة الطرق وخصوصا الشهود والقرائن وداللوز ٧٦ — ١ — ١٠٤ وسيرى ٧٥ — ١ — ١٦ وداللوز ٨٤ — ١ — ٤٢٧ .

(١) انظر حكم النقض الصادر فى ٢٥ من مايو سنة ١٩٤٤ فى الطعن رقم ١٢ لسنة ١٤ القضائية .

(٢) الشرائع السنة الخامسة رقم ٨٢ .

(٣) المجموعة الرسمية سنة ١٩١٣ رقم ٨٩ وسنة ١٩١٧ رقم ٦٩ والحقوق السنة الثامنة عشرة ص ٩٣ والاستقلال السنة الثالثة ص ١٦٢ والشرائع السنة الأولى رقم ٢٧٠ ورقم ٤٠٥ والسنة الثانية رقم ٥٠ ورقم ١٨٩ والسنة الرابعة رقم ١٤٦ والجدول العشرى الأول المختلط رقم ٢٥١٩ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الخامسة ص ١٣٤ والسنة التاسعة ص ٣٧ والسنة الثالثة عشرة ص ١٩٦ والسنة الثامنة عشرة ص ٢١٤ .

(٤) أوبرى ج ١٢ § ٧٦٥ ص ٣٨٠ ودورانتون ج ١٨ رقم ١٠٧ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٣٦ ودمولومب جزء ٣٠ رقم ١٦٨ وأنظر أيضا المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٣ رقم ٧٧ والحقوق السنة الثامنة عشرة ص ٢٤٥ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة التاسعة ص ١٩٤ والسنة الرابعة عشرة ص ١٣٤ والسنة ٣١ ص ١٣٩ وداللوز ٥٧ — — ٤٤١ .

أثناء اللعب[١] ما دام المقرض يعلم بأن الغرض من القرض هو الاستمرار فى اللعب . وقد نصت المادة ٧٣٩ من القانون المدنى القائم صراحة على أنه يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان وأنه لمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق . ومؤدى ذلك أن المدين يستطيع عدم أداء الدين بل ويستطيع أيضاً استرداد مادفعه فعلا فى خلال ثلاث سنوات وأن يثبت أن سبب الدين هو الميسر وذلك بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن . وقد كان الاسترداد غير جائز تحت أحكام القانون المدنى السابق . بل جعل النص القائم جواز الاسترداد من النظام العام فحرم الاتفاق على ما يخالفه إذ قال « ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك » أى يقضى بعدم الاسترداد[٢] . ومثل ذلك أيضاً دين يكون سببه فتح محل للدعارة ، أو الاتجار فى الحشيش ، أو فى مقابل أن تكون امرأة خليلة ، وكل دين يكون سببه غير صحيح أوغير جائز قانوناً فلا يذكر فى سند الدين ، يجوز إثبات سببه بجميع الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن . وليت الشارع نص على جواز الاسترداد فى جميع هـــذه المسائل — وخصوصاً أن بعضها إن لم تكن كلها أشد مخالفة للآداب والنظام العام من الميسر .

وقد يقصد بالصورية غش الشارع فيما يجب دفعه للخزانة العامة هرباً من دفع الرسوم الواجب دفعها قانوناً كما إذا خفض الثمن فى عقد بيع عقار للوصول بذلك إلى خفض رسوم التسجيل . لا شك بناء على ما تقدم فى أنه يصح إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن وثمن الأراضى

---

(١) كابيتان ج ٢ ص ٣٠٣ طبعة ثانية ودالوز ٩٢ — ١ — ٥٠٠ وسيرى ٩٢ — ١ — ٥١٣ .

(٢) انظر الفقرة ٧٩١ من الجزء الثانى .

للمماثلة والمعاينة وتقارير الخبراء . ولكن لعدم تأخير التسجيل حتى يثبت الثمن الحقيقى وتوفيراً لإجراءات التحقيق وما يستلزمه من وقت يقدر ثمن الأطيان عند التصديق على العقد على أساس ضريبتها السنوية مضروبة فى ٦٠ وثمن العقارات المبنية على أساس قيمتها الإيجارية السنوية المتخذة أساساً لربط العوائد عليها مضروبة فى ١٥ ، وهذا على الأقل . أما إذا كان الثمن المسمى فى العقد أكثر من ذلك فهو الذى تقدر عليه الرسوم — على أنه فى حالة ارتفاع أثمان العقارات ارتفاعاً كبيراً بسبب الحرب مثلا قد يقع غبن كبير على الخزانة لأن الضريبة أو العوائد لا تتغير كثيراً عادة تبعاً لهذا الارتفاع . فيجب إجراء تعديل فى القانون فى هذا الشأن .

٤١٤ مكرر أ — وإذا طلب شخص العقار بالشفعة فى هذه الحالة هل العبرة بالنسبة له أى هل العبرة بالنسبة للشفيع تكون بالثمن الصورى أو بالثمن الحقيقى المتفق عليه بين البائع والمشترى ؟ إن القاعدة فى العقود الصورية أنها هى التى يعمل بها بالنسبة للغير مادام حسن النية[1] لأنها هى العقود الظاهرة له . ولكن من جهة أخرى القاعدة فى الشفعة أن الشفيع يحل محل المشترى وأنه يجب عليه أن يأخذ العين المطلوبة بالشفعة بثمنها الحقيقى . فقد نصت المادة ٩٣٥ من القانون المدنى القائم على أن الشفعة رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية ونصت المادة ٩٤٢ فقرة ثانية على أنه يجب على المشترى أن يودع خزانة المحكمة كل الثمن الحقيقى الذى حصل به البيع . ونصت المادة ٩٤٥ على أن يحل الشفيع قبل البائع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته (ونصت المادة ١٣ من قانون الشفعة السابق على أن يحل الشفيع بالنسبة للبائع محل المشفوع منه (— أى المشترى — فى كافة ما كان له وعليه من الحقوق . ونصت المادة ١٤ على أن إعلان رغبة الأخذ بالشفعة

(١) الفقرة رقم ٢٦٧ .

يجب أن يكون مشتملا على عرض الثمن وملحقاته الواجب دفعها قانوناً والمقصود بالثمن هنا هو الثمن الحقيقى بحكم حلول الشفيع محل المشترى) . ثم إنه إذا أخذ الشفيع بالثمن المخفض كان ذلك إثراء على حساب المشترى بلا سبب يقره القانون فأرى ونحن فى خصوص الشفعة تغليب قاعدتها وقاعدة عدم الإثراء على حساب الغير على قاعدة أن العبرة بالعقد الظاهر بالنسبة لغير المتعاقدين ، وخصوصاً أن الشفيع لا يضره الأخذ بالثمن الحقيقى ، وهذا الثمن يكون عادة متفقاً مع قيمة العين أو أقل أو أكثر قليلا . بل إنه ما دام القانون يحل الشفيع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته ويلزمه بأداء الثمن الحقيقى ـ ولا شك فى أن المشترى يجب عليه دفع الثمن الحقيقى ـ يمكن القول بأن الشفيع لا يعتبر من الغير بالمعنى الذى قصده القانون فى الصورية . ولا أرى أنه يمكن تشبيه هذه الحالة بالأحوال الأخرى التى يؤخذ فيها بالعقد الظاهر حيث يؤثر عدم الأخذ على حق للغير تقرر له ضد المشترى صورياً مثلا. هذا وقد يكون التخفيض كبيراً إلى حد غير معقول يجعل الشفيع نفسه يحس به فيقوم ذلك مقام علمه بأنه صورى فلا يصح له أن يتمسك به لأنه لا يكون حسن النية فى هذا التمسك(١) فمثلا بسبب الحرب ارتفع ثمن الفدان فى بعض الجهات إلى خمسمائة جنيه أو أكثر بعد أن كان ثمنه قبل الحرب إذا أسس على الضريبة السنوية كان يمكن جعله مائة جنيه أو أقل(٢) فإذا باع شخص عشرين فدانا بمبلغ عشرة آلاف جنيه أمكنه جعل ثمنها الصورى ألفى جنيه . فكيف يمكن تضحية قاعدة وجوب الأخذ بالثمن الحقيقى فى الشفعة ونحن فى خصوصها وقاعدته عدم صحة الإثراء على حساب الغير . هذا لا شك فيه منافاة صارخة للعدالة والقانون ، إذ يجب أن يلاحظ كما تقدم أن القانون يحل الشفيع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته ويلزمه بالثمن الحقيقى وإنه لذلك يصح

---

(١) أنظر الفقرة رقم ٢٦٧ المذكورة .

(٢) كانت أقصى ضريبة للفدان ١٦٤ قرشا تضرب فى ٦٠ لاستخراج قيمة الفدان كما تقدم.

أن لا يعتبر الشفيع من الغير بالمعنى الذى قصده الشارع بصدد الصورية كما تقدم هذا وقد حصل فعلا أن بيعت ٧ ف و ٩ ط و١٧ س بمبلغ قيل فى العقد الابتدائى إنه ١٥٩١ ج و ٨٥٠ م وذكر فى العقد النهائى الذى سجل أن الثمن ٤٠٠ ج وقدر الخبير ثمن الفدان الواحد بمبلغ ٢١٥ جنيه ورأت محكمة الموضوع ابتدائياً واستئنافياً الأخذ بالثمن المبين فى العقد الابتدائى على اعتبار أنه الثمن الحقيقى وأسقطت حق الشفعاء بالشفعة إذ لم يقبلوا الأخذ به بناء على أن هذه الصورية تبيح التحقق من صحة الثمن وأن هذا يتفق وحق الشفعة فهو تمليك العقار المبيع جبراً على المشترى بالثمن الذى دفعه فعلا مع ملحقاته ، وبناء على أسباب أخرى كما قالت محكمة النقض . فطعن الشفعاء فى الحكم بطريق النقض واستندوا إلى وجهين (الأول) أن الطاعنين إذ طلبوا القضاء لهم بأن يأخذوا بالشفعة الـ ٧ ف و ٩ ط و ١٧ س التى باعها المطعون عليه الأول لباقى المطعون عليهم بثمن قدره أربعمائة جنيه قد اعتمدوا على ما جاء بعقد البيع المؤرخ ٢٢ من سبتمبر سنة ١٩٤٣ والمسجل فى ٢٦ أكتوبر الذى أطلعوا عليه فهو وحده حجة عليهم دون العقد الابتدائى المؤرخ أول سبتمبر سنة ١٩٤٣ الذى قدمه المشترون وجاء فيه أن الثمن ١٥٩١ ج و٨٥٠م وهو غير مسجل ولا هم اطلعوا عليه وقت طلب الشفعة فلا يعتبر حجة عليهم (والوجه الآخر) أن الحكم المطعون فيه بقضائه هذا قد خالف قواعد النظام العام والآداب العامة لما يترتب عليه من تشجيع على التلاعب والغش والتخلص من بعض رسوم التسجيل إضرارا بخزانة الدولة . وقالت محكمة النقض[1] عن الوجه الأول «ومن حيث أن ما ذهب إليه الحكم المطعون فيه رداً على ما دفع به الطاعنون من عدم الاحتجاج عليهم بالعقد الابتدائى وتمسكهم بالثمن المدون بالعقد النهائى المسجل مناف للقواعد القانونية المقررة فى باب الصورية . فإنه لما كان الثابت أن هناك عقداً ظاهراً يقول

---

(١) فى حكمها الصادر فى ١٤ أبريل سنة ١٩٤٩ فى الطعن رقم ١٣٢ سنة ١٧ القضائية .

الطاعنون إنه هو الذى علموا به وحده وبنوا عليه طلبهم الأخذ بالشفعة وهو العقد النهائى المسجل ، وآخر يقولون إنه كان مستتراً عنهم وقت الطلب وهو العقد الابتدائى الذى قدمه المشترون أثناء سير الدعوى واعتمده الحكم ، ولما كان العقدان يختلفان فى بيان ثمن الصفقة فهو فى العقد الابتدائى الذى يقول الطاعنون إن أمره كان خافياً عليهم وقت الطلب أكثر من العقد الظاهر وهم يتمسكون بما جاء فى العقد الأخير حتى ولو كان صوريا كما أثبته الحكم ، ولما كان الشفيع بحكم أنه صاحب حق فى أخذ العقار بالشفعة هو على ماجرى به قضاء هذه المحكمة فى الطعن رقم ٢٧ س ق ١٤ من طبقة الغير بالنسبة إلى ورقة الضد المحررة بين البائع والمشترى ، ولما كانت ورقة الضد لا يحتج بها إلا بين المتعاقدين وبين خلفهم العام ، أما غيرهم من ذوى الحقوق الذين لم يعلموا بها وقت أن نشأت حقوقهم فلهم أن يتمسكوا بالعقد الظاهر وهذا سواء كانت ورقة الضد ثابتة التاريخ أو غير ذلك متى كانت لم تسجل ـ لما كان ذلك الاحتجاج على الطاعنين بعقد البيع الابتدائى الذى هو ورقة ضد العقد المسجل غير جائز قانوناً ، وإذ كان الحكم قد خالف هذه القاعدة دون أن يذكر شيئاً عن علم الطاعنين أو عدم علمهم بحقيقة الثمن حين طلبوا الشفعة فقد تعين نقضه بغير حاجة إلى بحث الوجه الآخر من الطعن »[1] . ظاهر من ذلك أن محكمة النقض التفتت إلى قاعدة الصورية دون أن تلتفت إلى قاعدة الشفعة التى نحن فى خصوصها كما تقدم ودون قاعدة عدم الإثراء على حساب الغير بلا سبب قانونى ، ورأت أن الشفعاء لا يلزمون بالثمن الحقيقى إلا إذا ثبت علمهم به ـ أى إلا إذا ثبت سوء نيتهم فى التمسك بالثمن الصورى . ومع احترامى لهذا الحكم لا أزال أرى أنه يجب على القضاء عدم إهدار قاعدة وجوب الأخذ بالثمن الحقيقى التى وردت فى خصوص الشفعة التى نحن الآن

---

(١) وقد يؤخذ من هذا الذى قاله الحكم أن المحكمة ترى أيضا أن الشفعة تجوز ولو كان البيع صوريا مادامت ترى الأخذ بالعقد الظاهر وسأرد على ذلك فى الفقرة التالية .

بصددها وحلول الشفيع محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته كما تقدم، وكذلك عدم إهدار قاعدة عدم الإثراء على حساب الغير بلاحق ولاسبب قانونى ، ولا ننسى صحة عدم اعتبار الشفيع من الغير بحكم حلوله محل المشترى وعدم إمكان تشبيه هذه الحالة بالأحوال الأخرى التى يجب فيها الأخذ بالعقد الصورى حيث يؤثر عدم الأخذ به على حق للغير الخ . وليس من حق الشفيع كالمشترى الذى يحل محله أن يأخذ العين بأقل من ثمنها الحقيقى بل من واجبه أن يأخذها بهذا الثمن دون غيره بحكم القانون ، فإذا كان تقرير الخبير قد جاء مؤيداً بالأسباب الأخرى التى أشارت إليها محكمة النقض وبظروف الدعوى وقرائنها كانت محكمة الموضوع على حق حسبما أرى فى عدم الأخذ بالثمن الصورى .

ثم أنه إذا كان الثمن الصورى المذكور فى العقد غير معقول كأن كان نحو ربع قيمة العقار أو أقل وأراد الشفيع انتهاز فرصة صوريته وأخذ العقار بهذه القيمة يصح اعتباره سيىء النية فى تصميمه على ذلك حتى لو أخذنا بأحكام الصورية دون أحكام الشفعة كما تقدم .

ومما يلاحظ فى هذه الدعوى أن الطاعنين أنفسهم يقرون ضمنا فى الوجه الثانى من وجهى الطعن بأن المطعون ضدهم ذكروا ثمنا صوريا مخفضا للتخلص من بعض رسوم التسجيل إذ قالوا إن الحكم المطعون فيه بقضائه هذا قد خالف قواعد النظام العام والآداب العامة لما يترتب عليه من تشجيع على التلاعب والغش والتخلص من بعض رسوم التسجيل إضراراً بخزانة الدولة. هذا وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أيضا عدم جواز إثبات الثمن الحقيقى فى الشفعة فى هذه الحالة ، بناء على أنه يكون مخالفاً للآداب والنظام العام أن يستفيد المشترى من عمله غير المشروع الذى اشترك فيه مع البائع لإدخال الغش على الخزانة العامة[1] وأظن أنه من السهل الرد

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٦ ص ١٧٠ .

على ذلك (أولا) بأن فى مريان الثمن المسمى فى العقد على المشترى رغم كونه أقل من الثمن الحقيقى ـ وقد يكون أقل منه بكثير بسبب ارتفاع الأثمان ارتفاعاً كبيراً بسبب الحرب وما بعدها ـ عقابا له قد يكون بالغاً ، ولا عقوبة بلا نص . ولا يخفى أن الشارع لما أراد فرض عقوبات مدنية نص على ذلك صراحة كما فعل فى حالة إنكار التوقيع أو الطعن بالتزوير بغير حق (وثانياً) بأن الشفيع لا يصح أن يستفيد من الغش الذى لم يكن هو المقصود به والذى لا علاقة له به وإلا كان ذلك إثراء على حساب الغير أى على حساب المشترى بغير حق (ثالثاً) بأن الأخذ بالثمن الحقيقى واجب قانوناً فى خصوص الشفعة كما تقدم ولا يصح للمحاكم أن تخالف هذا الواجب مهما كان مركز بعض الخصوم فى الدعوى من الوجهة الأدبية. على أنه يصح فرض عقوبة جزاء تخفيض الثمن تخفيضاً صورياً إضراراً بخزانة الدولة كأن يلزم المشترى مع البائع بالتضامن بدفع غرامة مساوية لرسوم القيمة الحقيقية أو أكثر مع إلزامه بدفع هذه الرسوم كما هى الحال فى الرسوم الجمركية مثلا . وقد قررت محكمة أسيوط بهيئة استئنافية أنه من القواعد الأساسية فى الشفعة أن للشفيع الحق فى أخذ العين المشفوع فيها بعد دفعه الثمن والمصاريف ولكن إذا اتضح أن ثمنها المندرج بالحجة الشرعية أقل من الثمن الحقيقى تخفيضاً لرسوم البيع وجب على الشفيع حينئذ أن يدفع الثمن بحسب تقدير أهل الخبرة [1] وجاء فى التعليق على هذا الحكم أن القضاء المختلط يقرر أن الشفيع يأخذ العين بالثمن الموضح بالعقد ولو كان زهيداً مادام الثمن غير صورى إلا إذا كانت خسة الثمن راجعة لأسباب خاصة لاشك فيها [2] .

ومما يؤيد ماذهبت إليه أنه لاخلاف فى أن الشفيع يستطيع أن يثبت بجميع طرق الإثبات أن الثمن المبين فى العقد قد بولغ فيه أى فد زيد عن حقيقته لتعجيزه

---

(١) مرجع القضاء على القانون المدنى ج ٢ ص ٣٥٠ رقم ١٢٢٠ .

(٢) انظر هامش المرجع السابق حيث أشير إلى مجموعة التشريع والقضاء المختلط ١٨ ص ٢٣٩

عن الأخذ بالشفعة [١] ونفس حكم المختلط الذى سبقت الإشارة إليه [٢] والذى قرر أنه لايصح للمشترى فى حالة خفض الثمن إثبات الثمن الحقيقى قرر أنه فى حالة الزيادة يجوز للشفيع إثبات الثمن الحقيقى . ـ على أنه قد حكم بأنه لا يكفى أن يطلب إثبات ذلك بالبينة فقط ، والواجب أن المحكمة لاتحيل الدعوى على التحقيق إلا إذا وجدت فى الدعوى قرائن قوية على صحة ادعاء الشفيع . ومن القرائن القوية معاينة خبير تدل على أن العقار لايساوى أكثر من الثمن الذى يقول به طالب الشفعة وأنه لاتوجد أسباب خاصة تحمل المشترى على شرائه بأكثر من قيمته [٣] وانظر فيما يتعلق بإثبات الثمن الحقيقى باليمين الحاسمة ولمن توجه ـ إلى البائع أم إلى المشترى ـ الفقرة رقم ٥٤٣ فى الكلام على اليمين الحاسمة .

٤١٤ مكرر ب ـــ وبناء على ماتقدم يصح القول بأنه لاشفعة فى البيع الصورى بما أن الشفيع يحل محل المشترى فى جميع حقوقه والتزامه بحكم القانون ولا يصح اعتباره غيراً بمعنى الكلمة فى صدد الشفعة . ولاشك فى أن المشترى الصورى لايملك العين المبيعة وتبقى على ملك صاحبها . فكيف يملكها من يحل محله ؟ وفى الواقع مادامت العين لاتخرج عن ملك البائع الصورى أى ليس هناك بيع صحيح ولا عقار مبيع ففيم تكون الشفعة ومم يتضرر الشفيع مادام شريكه الأصلى أو جاره الأصلى لم يتغير؟ هذا وقد قررت محكمة مصر أنه من المقرر قانونا أن حق الشفعة يثبت بمجرد حصول البيع ولكن بشرط أن يكون البيع تاماً صحيحاً فإذا ثبت أن البيع الذى بنى عليه طلب الشفعة بيع صورى فلاشفعة فيه [٤]

---

(١) انظر مرجع القضاء على القانون المدنى ج ٢ ص ٣٥١ رقم ١٢٢٢ — ١٢٢٤ والملحق ص ١٢٣٩ رقم ٤٧٢٥ وقد أشير فى رقم ١٢٢٤ فى مرجع القضاء إلى جملة أحكام وانظر أيضا مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٦ ص ١٧٠ و ٤٢ ص ٥٥٠ .

(٢) فى مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٦ ص ١٧٠ .

(٣) انظر مرجع القضاء السالف الذكر رقم ١٢٢٤ والأحكام المختلفة التى أشار إليها وأيضا ٣٦ رقم ١٧٠ .

(٤) ملحق مرجع القضاء ص ١٣٢٢ رقم ٤٦٩٦ .

إنما إذا رفع الشفيع الدعوى معتقداً بحسن نية أن البيع جدى يُلزم البائع والمشترى متضامنين بمصاريف دعواه وتعويض مناسب .

الوديعة الاضطرارية [1] :

٤١٥ — الوديعة الاضطرارية هى التى تحصل فى أحوال اضطرارية بسبب كارثة أو حادث فجائى كحريق أو غرق أو ثورة أو إغارة أو نهب أو أى حادث آخر غير متوقع أو أى خطر . ويجوز إثباتها بشهادة الشهود والقرائن مهما كانت قيمة الشىء المودع لأن الظروف لا تسمح بأخذ مستند كتابى [2] لا وقت عند المودع ولا وسيلة حاضرة لديه فى مثل هذه الأحوال . وقد قررت محكمة النقض أنه يعد مانعا قهريا يمنع من الحصول على كتابة إصابة المودع بشلل نصفى فجائى اضطر معه للانتقال إلى المستشفى [3] .

٤١٦ — وإن المودع مكلف بإثبات خمسة أمور (أولا) وقوع الحادثة (ثانيا) أن تكون الحادثة التى وقعت أضطرته للايداع بحيث لم تترك له فرصة للاختيار . وقد قررت محكمة النقض الدائرة الجنائية أنه إذا سلم أحد لاعبى القمار

---

(١) انظر أيضا فى هذا الموضوع الجزء الثانى الفقرات رقم ٧٨٨ — ٧٨٩ مكررا .

(٢) وقد سمى المرحوم فتحى زغلول هذه الوديعة فى كتابه شرح القانون المدنى ص ٣١٢ بالوديعة اللازمة وسماها الدكتور عبد السلام ذهنى فى المداينات جزء أول ص ٤٠٠ الوديعة غير الاختيارية وسماها القانون الفرنسى فى المادة ١٣٤٨ مدنى الوديعة الضرورية depot necessaire وسماها القانون الرومانى الوديعة البائسة أو وديعة البائس depositum miserabile. وسميتها الوديعة الاضطرارية لأنها تحصل فى أحوال يضطر إليها الانسان فيها اضطراراً وسماها الدكتور كامل مرسى فى الطبعة الثالثة الوديعة اللازمة وفى الطبعة الأخيرة (١٩٤٩) الوديعة اللازمة أو الاضطرارية ثم سمتها المذكرة الايضاحية الوديعة الاضطرارية (مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٥ ص ٢٦٦) .

وقد نص الشارع الفرنسى صراحة فى المادة ١٣٤٨ مدنى المذكورة والمادة ١٩٥ أيضا على جواز اثباتها بالشهود .

(٣) المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٨ رقم ٩٣ . وحكم بأنه إذا أودع شخص آخر صندوقا فيه مبلغ يزيد على ألف قرش معتقداً أن فيه مواد مخدرة وذلك أثناء تفتيش البوليس لمنزله للبحث عن هذه المواد يجوز الاثبات بالشهود لأن هذا الظرف يمنع من الحصول على كتابة — المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٦ رقم ٣١ .

محفظة نقوده لشخص آخر حتى ينتهى من اللعب مع آخرين ثم ادعى أنه لما فتحها بعد أن استردها وجد النقود التى بها ناقصة فهذه الواقعة لا تنتج سوى أن تسليم المحفظة لم يكن إلا على سبيل الوديعة الاختيارية ولا شىء فيها من الاضطرار [1] (ثالثا) الإيداع ذاته (رابعاً) عدم إمكانه تجنب ضياع الشىء بغير هذه الوسيلة [2] (خامساً) قيمة الوديعة [3] .

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جزء ٢ جنائى ص ٢٢٣ رقم ٢٥٦ . ولكن محكمة النقض قررت أيضا أنه إذا سلم شخص إلى شخص آخر له به صلة عمل عند مبيتهما معا فى غرفة واحدة باحدى القرى مامعه من النقود ليحفظه لديه إلى الصباح فأخذه المستلم وفر فعمله هذا يعتبر خيانة أمانة . ومتى ثبت أن إيداع المجنى عليه نقوده لدى الجانى كان إيداعا اضطراريا ألجأته اليه ظروف طارئة فمن الجائز إثبات حصوله بالبينة . والثابت فى الحكم المطعون فيه أن المجنى عليه مندوب عن أحد البنوك وأن المتهم كان يعمل سمساراً لدى البنك وكان يرافق المندوب فى أسفاره واضطرتهما الظروف إلى المبيت فى منزل باحدى القرى ، فرأى المجنى عليه أن يسلم مامعه من من النقود إلى زميله خوفا من توجه الأطماع اليه لما هو معروف عنه من أنه مندوب البنك ومعه من النقود مايثير المطامع — مجموعة القواعد القانونية جزء ٣ جنائى ص ٤٨١ رقم ٣٧٨ . وإننى أرى أن مندوب البنك كان لديه متسع من الوقت ليطلب إيصالا من السمسار ولا يمكن القول بأنه كان هناك مانع أدبى ويظهر أن محكمة النقض تأثرت من فرار السمسار واقتنعت من ذلك ومن باقى ظروف الدعوى بصدق مندوب البنك وبالتالى بصحة الايداع ويلاحظ أنه لا يمكن تشبيه هذه الحالة بالأحوال التى تعد اضطرارية . وكانت المادة ١٠١٢ من مشروع القانون المدنى تنص على أنه إذا كان المودع قد اضطر أن يودع الشىء درءاً لخطر نشأ عن حريق أو تهدم بناء أو نهب أو غرق أو أغارة أو ماشابه ذلك من الحوادث جاز له أن يثبت الوديعة بجميع طرق الاثبات مهما بلغت قيمة المبلغ المودع — مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٥ ص ٢٦٥. وظاهر من قول هذه المادة « وماشابه ذلك » أن ماعدا ماذكر فى المادة يجب أن يكون فى قوة ماذكر بها . وقد عرفت المذكرة الايضاحية الوديعة الاضطرارية بأنها هى التى يقوم بها الوديع فى ظروف يخشى معها خطر داهم على الشىء فتضطره لأن يودع الشىء على عجل عند أول شخص يستطيع أن يكل إليه بالوديعة وقد ذكرت بعض الظروف التى تدعو إلى ذلك على سبيل المثال فقط — مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٥ ص ٢٦٦ . هذا ولما تليت المادة ١٠١٢ المذكورة من المشروع على لجنة المراقبة رأى الدكتور السنهورى حذفها اكتفاء بالقواعد العامة فوافقت اللجنة على ذلك — المجموعة المذكورة ص ٢٦٧ . وقد عرفت المادة ١٩٤٩ من القانون المدنى الفرنسى الوديعة الاضطرارية Le depot nécessaire est celui qui. a éte forcé par quelque accident tel qu'un in-cendie; une ruine, un pillage un naufrage, ou autre evenemen timprévu.

(٢) دورانتون ج ١٣ رقم ٣٦٤ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٢٨ ولاروميير على المادة ١٣٤٨ رقم ٢٩ ولوران ج ١٩ رقم ٥٦٦ .

(٣) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٦٢٨

هذا ولم يتحدث القانون المدنى السابق ولا القائم عن الوديعة الاضطرارية وجواز إثباتها بالشهود والقرائن كما فعل الشارع الفرنسى فى المواد ١٣٤٨ و١٩٤٩ و١٩٥٠ لأن الأحوال الاضطرارية تغنى عن ذلك بطبيعتها إذ هى فى الواقع من الموانع المادية والأدبية معا [١] المنصوص عنها فى المادة ٦٣ إثبات (٤٠٣ الملغاة) من القانون المدنى القائم (المادة ٢١٥/ ٢٨٠ من القانون السابق) وقد كانت المادة ١٠١٢ من المشروع الأول للقانون المدنى القائم كالمادتين ١٣٤٨ و ١٩٥٠ من القانون المدنى الفرنسى تنص على أنه « إذا كان المودع قد اضطر أن يودع الشيء درءاً لخطر نشأ عن حريق أو تهدم بناء أو نهب أو غرق أو إغارة أو ما شابه ذلك من الحوادث ، جاز له أن يثبت الوديعة بجميع طرق الإثبات مهما بلغت قيمة الشيء المودع ». وأغفلت لجنة المراجعة هذه المادة اكتفاءاً بالقواعد العامة [٢] .

٤١٧ ــ ويصح أن نشبه بالوديعة الإضطرارية وديعة النزل ، أى وديعة المسافر لما معه فى النزل الذى ينزل فيه سواء كان فندقاً أو خانا (وكالة) أو (بنسيونا) [٣] لأنه ليس لدى صاحب النزل من الوقت ما يمكنه من جرد أمتعة كل قادم وذاهب وعمل قائمة بها والتوقيع عليها وعمل التعديلات اللازمة كلما دخل المسافر النزل وخرج منه وأضاف شيئا إلى أمتعته أو أخذ منها شيئا. وقد يتكرر ذلك فى اليوم الواحد عدة مرات ولا يخفى أنه قد يحضر إلى الفندق أو الخان ويسافر منه عشرات كل يوم ، وأن عدداً عظيما من المسافرين يحملون أشياء كثيرة مختلفة. حقيقة ليست هناك استحالة مادية لإجراء ذلك ، ويمكن لصاحب منزل أن يستخدم

---

(١) ... ت المذكرة الإيضاحية باعتبار حالة الوديعة الاضطرارية استثناء من قاعدة الاثبات بالكتابة فيما تجاوز قيمته ١٠ جنيهات وذلك لوجود المانع من الاستحصال على كتابة وقت الإيداع ــ انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٥ ص٢٦٦ — ٢٦٧ .

(٢) انظر الهامش الأول لهذه الفقرة حيث أشير إلى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٥ ص٢٦٦ .

(٣) وقد نص على ذلك الشارع الفرنسى صراحة فى المادة ١٣٤٨ مدنى ثانيا وقد سماها شراح القانون الفرنسى وديعة الفنادق Depot d'hotellerie

عدداً كبيراً من المستخدمين للقيام به ولكن المسافر نفسه ليس لديه الوقت الكافى، فضلا عن أن مرتبات أولئك المستخدمين لابد وأن تحسب عليه ، ولا يخفى أن المسافر يلزمه أن يقتصد فى وقته ونفقاته بقدر الإمكان .

وليس من الضرورى أن يسلم المسافر أمتعته لنفس صاحب النزل ، بل يكفى أن يتسلمها أحد المستخدمين ابتداء من المستخدم الذى ينتظر مع عربة الفندق على المحطة [1] أو يضعها المسافر نفسه فى غرفته ، إذ لا يخفى أن جميع مستخدمى النزل يعاونون صاحب النزل فى مهمته وهو مسئول عنهم ، هذا فضلا عن أن [illegible] الأمناء الحقيقيون على الغرف وما فيها من أمتعة وأثاث للمستأجرين ، ولا يمكن لصاحب المنزل أن يقوم باستلام أمتعة المسافرين كافة . وليس الأمر مقصوراً على مسئولية صاحب النزل عن نفسه وخدمه ، بل هو مسئول أيضاً عن فعل أى شخص آخر من النازلين فى النزل أو من غيرهم إذ يجب عليه أن يراقب نزله وما يحصل فيه وهو الأمين على ما فيه من أمتعة لأى مسافر . وقد نصت صراحة على هذا النوع من الوديعة وعلى تشبيهه بالوديعة الاضطرارية المادتان ١٩٥٢ و١٩٥٣ من القانون المدنى الفرنسى وكذلك المادة ١٠١٣ من مشروع القانون المدنى القائم كانت تنص فى الفقرة الأولى على أن « سريان أحكام المادة السابقة (أى المادة ١٠١٢ من المشروع التى تكلمت عنها فى الفقرة رقم ٤١٦ الخاصة بالوديعة الاضطرارية وقلت إن لجنة المراجعة أغفلتها اكتفاء بالقواعد العامة وقالت « تسرى أيضاً على وديعة الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء فى الفنادق والخانات وما ماثلها (والبنسيونات) التى يقيمون فيها » وكانت الفقرة الثانية من هذه المادة ١٠١٣ تنص : يكون أصحاب الفنادق والخانات فيما يجب عليهم من عناية بحفظ هذه الأشياء وملاحظتها مسئولين حتى عن فعل كل رائح أو غاد فى الفندق أو الخان. وقيدت

---

(١) الجدول العشرى الأول لمجموعة التشريع والقضاء المختلط ص ٨٦ رقم ١٠٦٧ وبودرى على الشركة والقرض والوديعة رقم ١١٩٥ و١١٩٨ وما أشار إليه .

الفقرة الثالثة مسئوليتهم فيما يتعلق بالنقود والاوراق والماتليت المادة ١٠١٣ المذكورة من المشروع أمام لجنة المراجعة اقترح الدكتور السنهورى حذف الفقرة الأولى لتعلقها بمادة محذوفة (المادة ١٠١٢ من المشروع) [١] وأصبحت الفقرة الثانية من المادة ١٠١٣ الفقرة الأولى ـ المادة ٧٢٧ من القانون المدنى كما صدر [٢] وقد نصت هذه المادة على أن : « يكون أصحاب الفنادق والخانات وما ماثلها فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان » . ثم قالت الفقرة الثانية « غير أنهم لا يكونون مسئولين فيما يتعلق بالعقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يجاوز خمسين جنيهاً مالم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهده فى ذمتهم أو يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم » . هذا ويجوز إثبات الرفض والتسبب فى وقوع الضرر بخطأ جسيم بجميع الطرق بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن لأن ذلك واقعة مادية بالنسبة للنزيل [٣] . وليس بلازم كما تقدم أن يسلم المسافر أمتعته لصاحب الفندق أو الخان شخصياً أو يخبره بها أو يسلمها لخادمه أو يخبره بها أو يضعها فى غرفته بل يكفى أن يضعها فى أى مكان فى الفندق أو الخان أو فى ملحق له أو فى أى محل آخر أعده صاحب الفندق أو الخان لوضع أمتعة المسافرين [٤] وليس الأمر مقصوراً على الأمتعة التى يحضرها المسافر معه ، بل يعتبر وديعة أيضاً ما يرسله إلى الفندق قبل حضوره أو ما يضعه فى الفندق بعد حضوره [٥] وقد جرت عادة كثير من المسافرين على أن يشتروا

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٥ ص ٢٦٩ — ٢٧٠

(٢) وانظر الفقرتين رقم ٧٨٨ و ٧٨٩ (من هذه الرسالة) ولا رومبيير على المادة ١٣٤٨ رقم ٣١ ولوران ج ١٩ رقم ٥٦٧ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٢٩ .

(٣) انظر أيضاً فيما يتعلق بالمسئولية الجزء الثانى من هذه الرسالة رقم ٧٨٩ .

(٤) انظر وقارن بودرى على الشركة والقرض والوديعة رقم ١١٩٨ والمرجع والأحكام التى أشار إليها .

(٥) المرجع السابق رقم ١١٩٦ وما أشار إليه .

أشياء كثيرة أثناء إقامتهم فى الفندق بل ربما قدموا من بلادهم لهذا الغرض وحده . وانظر الفقرة رقم ٧٨٩ فى الجزء الثانى .

٤١٨ — وقس على ذلك استئجار الغرف المفروشة[١] وعربات النوم فى السكة الحديد[٢] .

٤١٩ — وقس على ذلك أيضا إيداع المعاطف والعصى وغيرها فى المحلات المخصصة لذلك فى المسارح وغيرها من الملاهى والمحلات العمومية[٣] وايداع الملابس وغيرها فى الحمامات العمومية كذلك[٤] .

٤١٩ مكرر — ولا يصح أن يقاس على ذلك إيداع أى شىء فى مطعم أو فى قهوة لدى صاحب المطعم أو صاحب القهوة أو أحد الخدم[٥] فان مثل هذا الإيداع ما هو إلا وديعة اختيارية يجب أن تخضع للقواعد العامة ، إلا إذا كان المطعم أو القهوة أعد خصيصا للمبيت به[٦] بالنسبة لمن يبيت به ، وكذلك إذا ذهب شخص إلى فندق لمجرد تناول طعام أو شراب أو لزيارة صديق أو مقابلة نزيل لأى غرض فان إيداعه أحد رجال الفندق شيئا يخضع للقواعد العامة ، إنما إذا كان هناك مواضع مخصصة فى الفندق أو المطعم أو القهوة لتعليق الملابس مثلا أو لوضع العصى لمن يرتادونها لمجرد تناول طعام أو شراب فان صاحب الفندق أو المطعم أو القهوة يمكن الإثبات ضده بشهادة الشهود .

---

(١) سيرى ١٩١٠ — ١ — ٤٣١ انظر أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٦٣٠ وما يشير إليه فى الهامش من الأحكام والشراح

(٢) قارن بودرى فى الموضوع السابق وانظر عكس ذلك دالوز ٩٨ — ١ — ٥٠٢ ولكن لا أرى محلا للتفرقة

(٣) بودرى تعهدات رقم ٢٦٣٠

(٤) بودرى تعهدات رقم ٢٦٣٠ والأحكام التى أشار إليها فى الهامش .

(٥) بودرى على الشركة والقرض والوديعة رقم ١٢٤١ والمراجع والأحكام الكثيرة التى أشار إليها ولكن انظر أيضا بودرى تعهدات رقم ٦٢٣٠ وما أشار إليه .

(٦) المرجع الأول فى الهامش السابق .

٤٢٠ — وليس الأمر مقصوراً على الوديعة الاضطرارية وما شبه بها . بل فى كل حالة لا يمكن توقعها ويتعذر فيها أخذ مستند كتابى ، يمكن الإثبات بالشهود وبعبارة أخرى كل ما يقع من ظروف وأحداث مفاجئة غير متوقعة يمكن إثباته بالشهود[١] فمثلا إذا أعارت سيدة جارة لها أثناء حريق داهمها لرداء أو معطفا يستر جسدها أو يقيها شر البرد تزيد قيمته على عشرين جنيها يمكنها إثبات هذه العارية بشهادة الشهود ؛ أو كنت فى سفر فى الخارج وأقبل صديق أراد شراء تذكرة العودة فى آخر وقت ، من ميناء القيام فلم يجد حافظة نقوده فاقترض منك مبلغاً يزيد على عشرين جنيها ، يمكنك إثبات هذا القرض بالشهود على أنه لا يكفى أن تكون الحادثة غير متوقعة بل يجب أن يكون متعذراً إنشاء الدليل الكتابى عليها أيضا ، فاذا توفر الأمر الأول دون الثانى كان ذلك غير كاف ، وكذلك إذا حصل إهمال نشأ عن عدم إمكان تحصيل الدليل الممكن تحصيله . كما إذا نفقت مواشى فى عهدة حارس قضائى بحادثة فأهمل التبليغ عنها فلم تعاين ولم يحرر محضر كتابى بذلك[٢]

٤٢٠ مكرر — ويلاحظ أخيراً أن إثبات رد الوديعة الاضطرارية وماشابهها يجب أن يخضع للقواعد العامة بما أنه ليس هناك اضطرار أو شبه اضطرار يمنع من أخذ كتابة بها إذا كانت القيمة تزيد على عشرين جنيها[٣]

المانع الأدبى

٤٢١ — وكما يكون المانع ماديا يكون أدبياً . كما نصت على ذلك صراحة

---

(١) وقد نصت المادة ١٣٤٨ مدنى فرنسى ثالثا على ذلك أيضا .

(٢) انظر لارومبير على المادة ١٣٤٨ رقم ٣٩ ودمولومب ج ٣٠ رقم ١٩٩ ولوران ج ١٩ رقم ٥٧٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٢٣ وحكم النقض الذى أشار إليه فى سيرى ٧٥ — ١ — ٢٣٩ .

(٣) انظر الجزء الثانى الفقرة ٧٨٩

المادة ٦٣ إثبات (٤٠٣ الملغاة) من القانون المدنى القائم . ولقد قيل إنه ليس من الضرورى أن تكون هناك استحالة مطلقة مادية بل يكفى أن تكون هناك استحالة نسبية أدبية [١] ولم يقيد الشارع المانع فى القانون المدنى السابق بأن يكون ماديا . وقد أطلق إذ قال فى المادة ٢١٥/٢٨٠ (فالأخصام الذين لم يكن منعهم مانع الخ) . فرابطة الزوجية يصح اعتبارها مانعا أدبيا يحول دون أخذ أحد الزوجين سنداً على الآخر [٢] وكذلك البنوة والأبوة [٣] وقد حكم بأن صلة القرابة بين ابن الأخت أو بنت الأخت والخالة مانع أدبى [٤] وكذلك بالنسبة لابن الأخ وعمته [٥] وكذا بالنسبة للزوجة ووالد زوجها [٦] وصلة التابعية والمتبوعية بين السيد وخادمه تعتبر من الموانع الأدبية أو المعنوية التى تمنع أحدهما من أخذ كتابة على الآخر [٧] كما هى الحال فى المرتب وقيمته وشروطه

---

(١) والقضاء والشراح مجمعون على ذلك فى فرنسا — انظر بودرى تعهدات رقم ٢٦٢١ وأوبرى ج ١٢ § ٧٦٥ ص٢٦٦ وبونييه جزء أول رقم ١٧٢ ولاروميير على المادة ١٣٤٨ رقم ٤ وبلانيول المطول ج ٧ سنة ١٩٣١ رقم ١٥٣٩ ص ٧٧٨ ودمولومب ج٣٠ رقم١٤٨ ولوران ج ١٩ رقم ٥٦٧ وهيك ج ٨ رقم ٢٩٥ والمرجع والأحكام الكثيرة المشار اليها فى هذه الكتب .

(٢) المجموعة الرسمية سنة ١٩١٩ رقم ٩٩ والحقوق السنة التاسعة ص ٢٠٩ والسنة الخامسة والثلاثين ص ٩٨ والقضاء السنة الثانية ص ١٦٢ والاستقلال السنة الثالثة ص ١٢٥ أو المجموعة الرسمية سنة١٠٢٩ ص٢٤٩, والمحاماة ٤ ص ٢٥٠ و ٦ ص١٧٣ ومجموعة القواعد القانونية الجزء الأول ص ١٠٧ رقم ٢/٤٨ بل قد حكم بأن الخطبة وحدها يصح اعتبارها مانعا أدبيا كما فى حالة الجهاز إذا أرسلته الخطيبة لمنزل خطيبها قبل تمام عقد الزواج — المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٦ ص ١٨٥ رقم ٣/١١٥ والمحاماة ٦ ص ٢٣٢ و ٧ ص ١٧ و ٩ ص٥٣

(٣) المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٦ رقم ٣٢ والمحاماة ٤ ص ١٣٨ حتى ولو كان العقد الصادر من الأب صوريا مكتوبا كما سرى فى الفقرة رقم ٤٢٤

(٤) المجموعة الرسمية سنة ١٩٠٠ ص ٢٠٨ وسنة ١٩٣١ ص ٣١٥

(٥) المجموعة الرسمية ١٩٣١ص ٢١٩ والمحاماة ٩ ص ٨٤٩

(٦) الفرائض السنة الأولى رقم ٨٦ .

(٧) الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٥٨ ص ١٣ وقد قيل هنا أن هذا طبق للمادتين ١٣٤١ و٣٤٨ من القانون المدنى الفرنسى والمادتين ٢١٥ و ٢٨٠ من القانون المدنى المختلط السابق .

وقبضه أوعدم بضه لأكثر من شهر ولو زادت القيمة على عشرين جنيها وكذلك ما يأخذه لشراء الحاجات المنزلية وغير ذلك حسب الظروف والأحوال وقد قيل ، إن الاستحالة قد تكون مبنية على صلة وقتية أو ظروف طارئة كما رأينا فى الكلام على الوديعة الاضطرارية فى رقم ٤٢٠ .

وقد قررت محكمة الاستئناف المختلطة أن مركز الشخص الاجتماعى قد يكون مانعا أدبيا يمنع التاجر من استصدار كتابة من عميله[١] ولا تعتبر الأخوة مانعا أدبيا غالبا[٢] إلا إذا كان الملتزم أخا أكبر فى منزلة الوالد . كما جرت التقاليد فى بعض العائلات خصوصا فى الصعيد فى أن تعتبر الأخوة مانعا أدبيا بين الأخت وأخيها خصوصا الذى يقضى لها مصالحها وتلجأ إليه عند الحاجة . وقد قررت محكمة النقض (الدائرة الجنائية) أن تقدير المانع من الحصول على سند بالكتابة هو من المسائل التى يفصل فيها قاضى الموضوع فإذا كانت المحكمة قد قضت بجواز إثبات الوديعة بالبينة بناء على ما رأته من أن فى صلة الأخوة بين المدعية بالحق المدنى والمدعى عليه وفى التجائها إلى منزله عند حصول خلاف بينها وبين زوجها وقيامه لنصرتها — فى ذلك ما يمنعها من أخذ سند كتابى عليه بالمصوغات التى تستودعها إياه فلا معقب لمحكمة النقض عليها فيما ارتأته[٣] والعلاقة بين المرء وعديله ليست مانعاً أدبياً[٤] ولا بين

---

(١) محكمة الاستئناف المختلطة السابقة والواقعة التى صدر فيها هذا الحكم هى أن أحد (الباشوات) وقد كانت له مكانة أدبية عظيمة أوصى محلا تجاريا كبيرا بصنع أثاث لمنزل أحد أبنائه وبعد وفاته تمسك بعض الورثة بعدم وجود دليل كتابى — انظر الجدول العشرى المذكور ص ١٤ رقم ٦٠٢ حيث أشير إلى الحكم الصادر فى ٢٣/١١/٢٢ ولكن قارن الفقرة رقم ٤٢٥ من هذه الرسالة .

(٢) القضاء السنة الثانية ص ٤٥ والحقوق السنة العاشرة ص ٢٥ والشرائع السنة الأولى رقم ٢٤٩ على أن محكمة النقض (الدائرة الجنائية) قررت أنه إذا رأى قاضى الموضوع أن لعلاقة الأخوة بين المودع والمودع لديه ولاعتبارات أخرى أوردها فى حكمه توفر هذا المانع المسوغ لاثبات الوديعة بالبينة فلا معقب على قضائه فى ذلك — الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٢٣ رقم ١١٢ .

(٣) مجموعة القواعد القانونية جزء ٦ جنائى ص ٢ رقم ٢ .

(٤) المجموعة الرسمية سنة ١٨٩٩ ص ٢٥٩ .

الشخص وزوجة عمه [١] أو بينه وبين صهره أو خطيب ابنته [١] إنما يجب أن يلاحظ أنه لا ينبغى الأخذ بكل ما تقدم على إطلاقه ، ولكل دعوى ظروفها ، فقد يعتاد حتى الزوجان أو الابن والأب فى بعض العائلات والطبقات على عدم التعاقد إلا بالكتابة ، فمثل هؤلاء لا يصح أن يقبل منهم الإثبات بالشهود فيما زاد على عشرين جنيها — وقد قررت محكمة استئناف مصر أن الزوجية لا تعتبر مانعا أدبيا من طلب سند مكتوب بالوفاء لأن الأصل ثابت بالكتابة [٣] وقالت محكمة النقض فى حكم لها إنه لامحل لإحالة الدعوى على التحقيق لإثبات الصورية استناداً إلى أن المشترية كانت وقت البيع زوجة البائع ، ذلك لأن الملابسات والمستندات المقدمة من المورث والست عز وما يستخلص من أقوال الشهود فى دعوى التزوير المضمومتين تنادى جميعا بانتفاء الثقة بينهما وقيام الغدر ، الأمر الذى يزيده وضوحا ذلك الإقرار المؤرخ فى ٢١ من فبراير سنة ١٩٤٢ المقضى برده وبطلانه والذى كان يستند إليه المورث فى إثبات اعتراف الست عز بصورية العقد موضوع الطعن والإقرار الثانى المؤرخ فى ١٥ من مارس سنة ١٩٤٤ . وإنه متى تقرر هذا بين أن المانع الأدبى كان منتفيا وجوده بين الطرفين [٤] — هذا وقد تكون الأخوة إطلاقا أو المصاهرة أو مجرد الخطبة فى بعض البيئات والأوساط والظروف مانعا أدبيا يسمح بالاثبات بالشهود والقرائن [٥] وتقرر أيضا أن علاقة البنوة والأخوة يجوز معها أن يثبت بالبينة أن بعض الخصوم أذن لبعض فى إجراء عقد بدل مع آخرين [٦] وقررت محكمة النقض أن اعتبار علاقة

---

(١) المحاماة السنة الثالثة رقم ٧١ .
(٢) استئناف فى المحاماة ٢٠ ص ٣٠٦ رقم ١١٤ .
(٣) الجدول العشرى الثانى ص ٣٩ رقم ٢٠٤ .
(٤) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الخامسة ص ٣١٨ آخر رقم ٤٨ .
(٥) لارن بودرى تعهدات رقم ٢٦٢١ والأحكام التى أشار إليها .
(٦) الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٣٩ رقم ٢١٥ .

الزوجية مانعاً أدبياً أم لا من الأمور الموضوعية التى تختلف فى الدعاوى بحسب ظروفها ، والقضاء فيها لا يخضع لرقابة محكمة النقض [1] وقررت أيضاً أن مسألة كون القرابة المدعاة مانعة من الحصول على دليل كتابى أو غير مانعة هى من المسائل الواقعية التى تملك محكمة الموضوع التقدير فيها بلا معقب عليها من محكمة النقض [2] وقررت محكمة النقض كذلك أن قيام المانع الأدبى الذى يحول دون الحصول على كتابة عند لزومها فى الاثبات يجيز الاثبات بالبينة ، وتقدير قيام هذا المانع يدخل فى نطاق الوقائع ويفصل فيه قاضى الموضوع بلا رقابة عليه من محكمة النقض [3] ، فإذا رأت المحكمة من ظروف الدعوى أن القرابة بين الخصمين هى التى منعت أحدهما من الحصول على سند الوديعة التى أئتمن الآخر عليها فاجازت له الاثبات بالبينة فلا تثريب عليها فى ذلك [4] وقررت أن القول بأن درجة القرابة التى يصح أن تكون مانعة من الحصول على كتابة مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض قول غير سديد لأن المادة ٢١٥ (من القانون المدنى السابق) لم تعين المانع ، وبالتالى لم تضع له قيوداً ما بل جاء نصها عاما مطلقا كما هو ظاهر من صيغتها مما يدل على أن الشارع ترك تقدير المانع لقاضى الموضوع بحسب مايتبينه من ظروف المعاملة وأحوالها ، فقد تكون صلة مانعة فى حالة وغير مانعة فى غيرها [5]

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جزء ٣ ص ٤٧ رقم ٢١ ولاحظ ماجاء فى الفقرة رقم ٤٢٦ (من هذه الرسالة) .

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١٣٦ و ١٤٣ و ١٤٤ و ١٤٥ ، ١٤٧ و مجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ٥٣٦ رقم ٢/٢١٩ وص ٩٥٤ رقم ٣/٢٠٠ وانظر أيضا ص ٩٠٧ رقم ٢/٤٨ والمحاماة ١٥ قسم أول ص ٢٠٩ رقم ٩٨ والمحاماة ١٦ ص ١٣٧ رقم ٦١ .

(٣) مجموعة المكتب الفنى السنة ١٩ ص ١٥١٧ والسنة ١٧ ص ٥٥ والسنة ١٣ ص ٤٥٥ والسنة ١٢ ص ٦٨

(٤) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١٣٨ و ١٤١ ومجموعة القواعد القانونية ص ٣٩٦ رقم ٢/١٤٤ والمحاماة ٢١ ص ٢١١ رقم ١٠١ وانظر المحاماة ٢٣ ص ٢٠ رقم ١/١٢ والحكم الصادر فى الطعن رقم ٦١٦ سنة ١٣ القضائية .

(٥) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١٤٢ ومجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٥٥ رقم ٢/١٩٦ والحكم الصادر فى الطعن رقم ٤٢ سنة ١٤ القضائية . وانظر أيضا مجموعة المكتب الفنى لأحكام =

كذلك القانون المدنى القائم لم يضع قيوداً أو شروطاً لما يعتبر مانعاً أدبياً ومالا يعتبر ، وكذلك قانون الإثبات ، وقررت محكمة الاستئناف أن المادة ٢١ مدنى لم تتناول تعريف الظروف التى تحول دون حصول أحد الخصوم على دليل كتابى مثبت للدين ، فقاضى الموضوع هو المرجع الأخير فى تقرير ما إذا كانت ظروف كل دعوى على حدتها يتكون منها هذا المانع ، ومن ثم يجوز فيها الإثبات بالبينة . وليست حالة الصلات العائلية فى ذاتها من حيث تعيين درجة القرابة بالدقة التى يترتب عليها بطريقة مطردة المانع الأدبى الذى يحول دون الحصول على كتابة مثبته للدين أو التخلص منه ، بل قد يوجد ذلك المانع ولو كانت القرابة بعيدة فى الظاهر تبعاً لطبيعة الصلات العادية بين الخصوم من محبة وإخلاص[1] وقررت محكمة الاستئناف أيضاً أن الموانع الأدبية التى تسمح بالإثبات بالبينة والقرائن تخضع لظروف الدعوى أيضاً لا لشدة القرابة فقط ـ فإذا زوجت سيدة ابن خالتها من ابنتها بغير مهر وجهزت هى ابنتها وأقامت الابنة وزوجها عندها ليسرها ـ هذه الظروف كلها تمنع الزوج أدبياً من مطالبة حماته بكتابة إذا أودعها مالا أثناء إقامته وزوجته عندها[2] بل قررت محكمة النقض أنه إذا كان الحكم المطعون فيه لم يستند فى إحالة الدعوى إلى التحقيق لمجرد كون المطعون ضده زوج أخت الطاعنة بل استند إلى ذلك وإلى ظروف الدعوى واستخلص منها فى حدود سلطته فى تقدير الوقائع استخلاصا سائغا وجود مانع أدبى حال دون المطعون عليه على دليل كتابى يثبت تخالصه من المبالغ التى سلمها للطاعنة وفند كل ما قدمته

= النقض السنة الخامسة ص٣١٤ رقم ٢/٤٨ حيث قررت المحكمة أنه متى كانت المحكمة إذ قررت أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين اثبات صورية العقد الثابت بالكتابة إلا بالكتابة قد استخلصت فى حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة السائغة التى أوردتها انتفاء المانع الأدبى ، فان الذى قررته هو صحيح فى القانون .

(١) المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٧ رقم ١/٧٦ و٢ انظر حكما آخر فى المحاماة ٢٠ ص٩٣ رقم ١٠٠ .

(٢) المحاماة ٢٢ ص ٣٢١ رقم ١٢٧

الطاعنة من قرائن للاستدلال بها على وجوب تقديم دليل كتابى فلا تثريب عليه فى ذلك[1] وعلاقة الخاطب بالمخطوبة تعتبر من للوانع الأدبية التى تحول دون الحصول على سند كتابى من أحد الطرفين[2] .

وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أن الخطبة مانع أدبى كالزوجية وقالت أن ذات المانع الأدبى الذى يحول دون الاستحصال على كتابة أثناء قيام الزوجية يوجد بلاشك فى الوقت السابق على عقد الزواج[3] بل قررت أن رغبة الزوجة فى العودة إلى زوجها لتنفذ منها مما آلت إلى حالتها من الناحية الأدبية من شأنها أن تضعف قوتها أمام مطلقها مما يحول بينها وبين مطالبته بكتابة تثبت ديونه وتعهداته لها بمناسبة زواجهما الثانى[4] . وجاء فى المذكرة الإيضاحية ٢ لمشروع القانون المدنى المطبوعة فى سنة ١٩٤٢ والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤١٣ أن الاستحالة المعنوية ترجع إلى ظروف نفسية وهى تقدر بعلاقات الخصوم وقت انعقاد التصرف ، ومرجع الأمر فى تقرير هذه الاستحالة مع ما ينطوى فى هذا التقدير من دقة هو القاضى ولكن عليه أن يسبب تقديره . وتختلف التطبيقات القضائية فى هذا الشأن باختلاف ما يتواضع عليه الناس من الناحيتين الخلقية والاجتماعية فى البلاد ، ولذلك كانت صلة الاستحالة المعنوية بالسنن الجارية والعرف والتقاليد جد وثيقة ، فعرف البلد هو المعيار الذى يعتد به القاضى فى تقديره ، متى كان هذا العرف مستقراً مقطوعا بوجوده . وعلاقة القرابة تعتبر مانعاً أدبياً وتقدير ذلك من شأن قاضى الموضوع بشرط أن يبين الأسباب السائغة لذلك .

---

(١) المحاماة ٢٧ ص ١٠٥ رقم ٤٢٠ .
(٢) ولقد اشير هنا إلى حكم نقض باريز الصادر فى أول مايو ١٩١١ .
(٣) المحاماة ٩ ص ٥٣ رقم ٣٣ .
(٤) مجلة التشريع والقضاء السنة الأولى ص ٥١ رقم ٤٠ .

٤٢١ مكرر — أن كل ما تقدم خاص بالقرابة أو الصلة أو العلاقة التى لا نزاع فيها بين الخصمين أما إذا نازع الخصم المطلوب الإثبات ضده فى ذلك ، ورأت المحكمة من ظروف الدعوى أن الادعاء غير جدى فلها أن ترفض إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات قيام المانع الأدبى . وقد قررت محكمة النقض أن قيام المانع الأدبى لا يوجب على المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه المتمسك بهذا المانع ، بل يجيز لها ذلك ، ومن ثم فإنه لا تثريب عليها إن هى رفضت الإحالة على التحقيق متى كان قد بان لها من ظروف الدعوى عدم الجد فى هذا الادعاء[1] .

٤٢١ مكرر أ — وإذا أخطأت المحكمة فى القانون فى جزء من حكمها غير متعلق بالمانع الأدبى فإن هذا الخطأ لا يمنع من إحالة الدعوى إلى التحقيق بوجود المانع الأدبى ، لأنه ما دام الحكم يكون سليما فيما انتهى إليه لا يهم خطأه فى ناحية من نواحيه . وقد قررت محكمة النقض أنه ما دام الحكم قد أجاز الإثبات بالبينة لوجود المانع الأدبى من الحصول على دليل كتابى فلا يجدى النعى عليه بأنه قد قبل إثبات التخالص من الدين المطالب به مجزءاً أجزاء يقل كل منهما عن عشرة جنيهات ـ احتيالا على القاعدة الأصلية فى الإثبات لأنه لا يضير الحكم أن يكون قد تضمن أسبابا قانونية غير سليمة متى كان فيه من الأسباب الأخرى ما يبرر قضاءه[1] . ويلاحظ أن هذا الحكم قد صدر قبل القانون المدنى القائم الذى أباح بالمادة ٤٠٠ (الملغاة والتى تقابلها المادة ٦٠/٣ من قانون الإثبات) إثبات وقائع الوفاء المختلفة بشهادة الشهود متى كانت قيمة كل وفاء لا تزيد على

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١٤٦ ومجموعة المكتب الفنى ٦ ص ١٠٩٩ رقم ٢/١٤٣ ومجموعة المكتب الفنى السنة ٢٠ ص ٧٣٢

(٢) انظر مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١٤٠ ومجموعة القواعد القانونية جزء ٤ ص ٣/١٤٤ ص ٢٩٦ — ٢٩٧

عشرة جنيهات . على أن محكمة النقض قد طبقت نفس المبدأ فى قضية أخرى بعد القانون المدنى القائم فى مسألة أخرى مماثلة ، وفى ختام ما قررته أن الأساس الثانى مما يستقيم به الحكم وحده فى قضائه بجواز التحقيق بالبينة[1] .

٤٢٢ — والوكالة المجانية تعتبر مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على دليل كتابى من الوكيل[2] بل قررت محكمة النقض أيضاً فى حالة ما إذا كان الوكيل مأجوراً أن للمحكمة تقدير الظروف التى تمنع من الاستحصال على أدلة كتابية لإثبات التعهدات . فمن اتهم وكيلا بالأجرة بتبديد مبلغ غير جائز إثباته بالبينة كان لقاضى الموضوع السلطة فى تقدير الظروف التى منعت الدائن من استصدار كتابة . وجاء فى الأسباب أنه تبين للمحكمة أنه ليس من المعقول إلزام المجنى عليه بالحصول على إيصال[3] . وعلاقة الطبيب بالمريض تعتبر مانعاً أدبياً قوياً يمنع الطبيب من طلب كتابة بزياراته ويصح الأخذ بسجلاته ومذكراته[4] ولو كانت غير منتظمة[5] باعتبارها قرائن . كما تمنع هذه العلاقة المريض وذويه من طلب كتابة من الطبيب بما يأخذه من أتعاب . والمحامى أثناء المرافعة إذا قدم مستنداً للقاضى ممنوع أدبياً من طلب كتابة به[6] أما العلاقة بين المحامى وعميله فليست

---

(١) انظر الفقرة ٧٣ من هذه الرسالة ومجموعة ال٢٥ اثبات ١٤٤ ومجموعة المكتب الفنى ٢ رقم ٤٧ ص ٢٤٠ — ٢٤١

(٢) نقض فى المجموعة الرسمية سنة ١٩١٨ رقم ١٥ والشرائع السنة الخامسة رقم ٧٠ والحقوق السنة الثالثة والثلاثين رقم ٢٣٣ .

(٣) المحاماة ٧ ص ٣٢٤ رقم ٢٢٣ .

(٤) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤١٣ وراجع الفقرة رقم ٣٣٥ (من هذه الرسالة) والمراجع المشار إليها فى الهامش وانظر أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٦٢١ وحكم النقض الذى أشار إليه فى داللوز ١٩٠١ — ١ — ٢٠٦ وباقى الأحكام ، والجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٥٨ ص ١٤ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط ٢ ص ٢٣٧ و ٤١ ص ٣٢٦ .

(٥) استئناف مختلط فى المحاماة ١٣ ص ١٣٢٠ رقم ٦٦٧ والجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٥٨ ص ١٣ — ١٤ عن احكام المحاكم الفرنسية

(٦) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٦٢١ والتعليق على ذلك فى الهامش .

مانعاً أدبياً[١] والشركة لا تعتبر مانعاً أدبياً بين الشركاء[٢] .

٤٢٣ — ويحسن أن يلاحظ أنه إذا كان الدين ثابتاً بالكتابة يجب أن يكون الوفاء بهذا الدين عند ادعائه (أى ادعاء الوفاء) ثابتاً بالكتابة أيضاً رغم وجود علاقة قوية بين الطرفين ، لأنه إذا لم تمنع هذه العلاقة من الحصول على سند كتابى بالدين لا يصح أن تمنع من الحصول على كتابة بالبراءة من هذا الدين نفسه . وقد قررت محكمة الاستئناف كما تقدم القول أن الزوجية لا تعتبر مانعاً أدبياً من طلب سند كتابى بالوفاء ما دام أصل الدين ثابتاً بالكتابة فلا يجوز إثبات الوفاء بالبينة[٣] .

٤٢٤ — وصورية عقد مكتوب يحسن التشدد فيها مهما كانت درجة القرابة إلا فى ظروف استثنائية لأنه ما دام قد حصل عقد صورى بالكتابة كان من السهل غالباً طلب ورقة ضده . وقد قررت محكمة الاستئناف أنه لا يصح إثبات صورية عقد بيع محرر من أخ لأخيه بالبينة لأن الأخوة لا تمنع من كتابة عقد تثبت فيه هذه الصورية . أما الأبوة فإنها تعتبر مانعاً أدبياً يشفع للوالد بأن لا يأخذ ورقة ضد من ابنه لإثبات صورية عقد بيع[٤] والابن إذا كتب عقداً صورياً لأبيه يخجل من طلب ورقة ضد منه وقد حكمت محكمة الاستئناف بأن صلة الخادم بمخدومه[٥] تعتبر مانعاً أدبياً .

٤٢٥ — ويجب الحذر من الخلط بين المانع الأدبى ، والحياء والذوق أو اللياقة ، فإن كل ذلك لا يغنى عن الدليل الكتابى . وقد بلغ بهم فى فرنسا أن تشددوا فى ذلك حتى أوجبوا على الموهوب له أن يأخذ إبصالا بما يدفعه للواهب

(١) نقض فى الحقوق ٧ ص ٢٢٥ .
(٢) استئناف فى المحاماة ٦ ص ٢٣٤ رقم ١٨٨ .
(٣) المحاماة ١٩ ص ٦٩١ .
(٤) استئناف المحاماة ٤ ص ١٣٧ رقم ٩٤ .
(٥) المحاماة ٩ ص ٤٨ رقم ٢٧ .

الذى وهبه الهبة مشترطاً عليه دفع مرتب له مدى الحياة[1]. وجاء فى المذكرة الإيضاحية السالفة الذكر ص ٧١٤ والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤١٣ : وبديهى أنه ليس يسوغ الاجتراء فى هذا الصدد بأواصر الصداقة أو مقتضيات اللياقة بمجردها .

٤٢٦ — وإنه وإن كان لمحكمة الموضوع كما هو واضح مما تقدم سلطة مطلقة فى تقدير سائر الموانع الأدبية بدون رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك[2] لأن ذلك من المسائل الواقعية التى تختلف باختلاف الظروف وعلاقات المتعاقدين بعضهم ببعض وأحوالهم الأدبية والاجتماعية والعرف الجارى بينهم ولا يمكن اعتبار هذه المسألة من المسائل القانونية لأن القانون لم يعرف المانع الأدبى ولم يضع له أى ضابط — إلا أن الحكم يجب أن يكون مسبباً بأسباب تؤدى إلى نتيجته عقلا وإلا صح نقضه لخلوه من الأسباب ، فإذا ارتكن الحكم على علاقة الأخوة بمجردها دون أن يبحث فى هل كان الدليل الكتابى معتذراً أم لا اعتبر الحكم خالياً من الأسباب[3] .

وقالت المذكرة الإيضاحية[4] « وإذا كان القاضى هو المرجع فى تقدير الظروف المانعة إلا أن من واجبه أن يبين هذه الظروف عند تسبيب الاستحالة المادية . أما الاستحالة المعنوية التى تحول دون الحصول على كتابة فلا ترجع إلى ظروف مادية بل ترجع إلى ظروف نفسية وهى تعقد بعلاقات الخصوم وقت

---

(١) انظر الفقرة ٤١٢ ولوران جزء ١٩ رقم ٥٧٧ ولارومبيير على المادة ١٣٤٧ رقم ٥ وهيك جزء ٨ رقم ٢٦٥ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٢١ والمراجع والأحكام التى أشار إليها

(٢) انظر الفقرة رقم ٤٢١ وبلانيول المطول المشار إليه وأحكام النقض التى أشار إليها وبودرى تعهدات رقم ٢٦٢٢ وتوليه جزء ٩ رقم ٢٠٣ وانظر عكس ذلك لوران جزء ١٩ رقم ٥٧٧ .

(٣) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٦٢٢ وحكم النقض الذى أشار إليه .

(٤) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤١٣ .

عقاد التصرف . ومرجع الأمر فى تقدير هذه الاستحالة مع ما ينطوى فى هذا التقدير من دقة هو القاضى ولكن يتعين عليه أن يسبب تقديره .

٤٢٦ مكرر — ولا يصح التمسك بالمانع الأدبى أمام محكمة النقض لأول مرة ما دام تقدير توفره أو عدم توفره متروكا لمحكمة الموضوع . وقد قررت محكمة النقض أنه إذ كان الطاعن لم يتمسك لدى محكمة الموضوع بتعذر الحصول على دليل كتابى بسبب قرابة يدعيها فلا يقبل منه الطعن فى حكمها بأنه أخطأ إذ لم تعتبر هذه القرابة مانعاً من الحصول على دليل كتابى [١] .

المانع بحكم العادة والعرف والتقاليد

٤٢٧ — وقد أقرت المحاكم أيضاً كذا العلماء المانع بحكم العادة . والعادة قد تقتضيها ضرورة أو تنشأ عن مانع أدبى لا يبلغ الدرجات المتقدمة أو تنشىء هى مانعاً أدبياً .

٤٢٨ — جرت عادة التجار بأن لا يأخذوا من مستخدميهم وصولات بالمبالغ التى يسلمونها لهم فى كل وقت لمقتضيات التجارة . فإذا اختلس مستخدم مبلغا يزيد على عشرين جنيها أمكن للتاجر الإثبات بالشهود [٢] .

٤٢٩ — كذلك اعتاد تجار الأشياء المنزلية على توريدها لأرباب المنازل دون طلب سند كتابى عندما تزيد قيمتها على عشرين جنيها [٣] .

٤٣٠ — واعتاد أصحاب النزل على عدم أخذ مستندات بما يقدمونه للنازلين عندهم من المآكل وغير ذلك من الطلبات والقروض الصغيرة التى يقرضونهم إياها [٤] .

---

(١) الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٣٩ رقم ٢١٣ .

(٢) المجموعة الرسمية سنة ١٩١٨ رقم ١١٤ والشرائع السنة الخامسة رقم ٧٨ والحقوق السنة الرابعة والثلاثين ص ٧٥ والمحاماة ٥ ص ٧٥٧ .

(٣) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٦٢١ وحكم المحاماة السابق .

(٤) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٦٢١ والأحكام التى أشار إليها فى الهامش وقد قال عكس ذلك لوران جزء ١٩ رقم ٥٧٩ وبعض أحكام أشار إليها أيضا .

٤٣١ — وقد قبل إثبات الوديعة بالبينة فى قضية امرأة كانت ساكنة عند أخرى واعتادت أن تودع عندها مصاغها مساء وتأخذها صباحا ، وذلك عندما أنكرته الثانية صباح يوم [1] وكذلك إعارة الجواهر والحلى والأوانى المنزلية بين الأقارب والأصدقاء والجيران ، وإعارة المواشى وآلات الزراعة ، قد جرت العادة والآداب والمروءة وكرم الطبع والوفاء على أن تتم بدون سند كتابى ، فيجوز إثباتها بالبينة [2] وقالت محكمة النقض فى حكم لها أن محكمة الموضوع حين قبلت من المدعى إثبات عقد الوديعة بالبينة قالت «قد ثبت للمحكمة من مطالعة الأوراق ومناقشة الشهود بالجلسة أن المجنى عليهما وغيرهما من أهالى البلدة اعتادوا إيداع أوراق عند والد المتهم دون حصولهم منه على كتابة لأنه خطيب مسجد القرية ولما آنسوه فيه من أمانة ومروءة ووفاء فضلا عن أنه كانت تربطه بالمجنى عليهما صلة القربى وقد وجد عنده فعلا بعد وفاته أربعون عقداً لبعض أهالى البلدة دون أن يكون لديهم كتابة مثبتة لإيداعها عنده ، لأن المانع الأدبى هو شعور المودعين ومن بينهم المجنى عليهما بالاحترام . فوالد المتهم بحكم كونه خطيب مسجدهم وموضع ثقتهم وما جرى به العرف والعادة بالقرى فى الأحوال المماثلة ، مما يحول دون الحصول على كتابة . ومن ثم يجيز هذا المانع الإثبات بالبينة وقرائن الأحوال » ثم قالت محكمة النقض : ولما كان تقدير المانع من الحصول على كتابة متعلقاً بموضوع الدعوى تفصل فيه المحكمة وجوداً وعدما وتبعاً لوقائع كل دعوى وملابساتها فإنه بعد أن قالت محكمة الموضوع بوجود هذا المانع لدى المدعى بالحق المدنى اعتماداً على الأسباب التى ذكرتها

(١) القضاء السنة الرابعة ص ٢٤٢ والحقوق السنة الثامنة عشرة ص ٣٠٢ .

(٢) أسيوط الجزئية فى الجدول العشرى السنة الأولى للمحاماة ص ١٥ رقم ٦٣ حيث أشير إلى السنة الرابعة ص ٩٤١ رقم ٧١٦ وقد حكمت المحكمة أن ذلك تقديراً لعادات البلاد وطبائع الأهالى حتى لا تتصادم الأحكام مع تلك العادات خصوصا إذا كانت مبنية على الوفاء وكرم الطبع والمروءة كعادة إعارة الأوانى والحلى بين الجيران أو إعارة المواشى وآلات الزراعة والدواب فى القرى .

لاتقبل المناقشة فى ذلك أمام محكمة النقض[1] ولم تجر عادة الخياطين بأن يأخذوا كتابة بالملابس التى يطلب منهم إعدادها فيجوز الإثبات بالبينة أيضاً وبالقرائن ودفاتر الخياط باعتبارها قرائن[2] وكذلك عما يعطى لهم من أقمشة لتفصيلها . وقد تقدم أنه قد جرت العادة أيضاً بعدم تحرير مستندات كتابية فيما يتعلق بمرتبات الخدم[3] .

٤٣١ مكرر — ثم أن طبيعة التصرف قد تقضى بعدم أخذ مستند كتابى كما هى الحال فى المطاعم والمآدب التى تقام فيها[4] .

ويلاحظ أنه فى هذه الأحوال أو فى بعضها هناك مانع أدبى أيضاً كما تقدمت الإشارة إلى ذلك فى الفقرة رقم ٤٢١ فى هامشيها السابع والثامن .

وظاهر مما تقدم أن العرف (والتقاليد) يجب أن يكون لها اعتبار[5] وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية[6] كما تقدم « وتختلف التطبيقات القضائية فى هذا الشأن باختلاف مايتواضع عليه الناس من الناحيتين الخلقية والاجتماعية فى البلاد ، ولذلك كانت صلة الاستحالة المعنوية بالسنين الجارية والعرف والتقاليد جد وثيقة . فعرف البلد هو المعيار الذى يعتد به القاضى فى تقديره متى كان العرف مستقراً مقطوعاً بوجوده . وبديهى أن مجرد الصداقة ومقتضيات اللياقة لاتكفى وحدها لاعتبارها مانعاً أدبياً .

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جزء ٦ جنائى رقم ١٠٥ ص ١٥٢ الحاشية الثانية .
(٢) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤١٣ واستئناف مختلط فى مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣٧ ص ١٣٧ — ١٣٨ و٤٦ ص ٢٦٤ والمحاماة ٨ ص ١١٣ رقم ٧٦ .
(٣) و (٤) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤١٣ وانظر الفقرة ٤٢١ فيما يتعلق الخادم بالمخدوم .
(٥) وقد قيل والعرف فى الشرع له اعتبار قائما عليه الحكم قد يدار .
(٦) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤١٣ .

(٤) مبدأ الثبوت بالكتابة :

٤٣٢ — نصت المادة ٦٢ من قانون الإثبات / ٤٠٢ الملغاة من القانون المدنى القائم على أنه « يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة » ومن هذه المادة يمكن تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه عبارة عن كتابة صادرة ممن يراد الإثبات ضده ليست سنداً كاملا بما يراد إثباته وإنما تجعله قريب الاحتمال . وكانت المادة ٢١٧/٢٨٢ من القانون المدنى السابق تقضى بما يأتى: ومع ذلك فالإثبات بالبينة أو بقرائن الأحوال يجوز قبوله إذا كان الدين أو التخلص منه صار قريب الاحتمال بورقة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات ضده . وهذه الورقة أى الكتابة المدونة فيها هى التى تعتبر مبدءاً للثبوت بالكتابة . وقد تشعر عبارة هذه المادة بأن الأمر كان مقصوراً على إثبات الدين أو التخلص منه وأنها لا تسرى على ماعدا ذلك مثل مايخالف العقد أو مالم يرد به أو مد أجل الدين أو تقسيطه الخ . ولكن لا معنى لهذا التفريق[1] لأن مبدأ الثبوت بالكتابة إذا عززته شهادة الشهود والقرائن يقوم مقام الكتابة الكاملة فى أى شىء . ويسوغ لنا أن ننتقد الشارع السابق على قصور هذه المادة كما انتقدناه على المادة ٢١٥ / ٢٨٠ من القانون المدنى التى رأينا أنها تشمل كل شىء يصح أن يكون موضوع نزاع[2] ولذلك عالجت المادة ٤٠٢ من القانون المدنى القائم المادة ٦٢ ،إثبات هذا القصور كما تقدم وأطلقت الحكم إذ أجازت الإثبات بالبينة فى كل ما يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت

---

(١) قارن المادة ١٣٤٧ مدنى فرنسى وبودرى تعهدات رقم ٢٥٨٠ .

(٢) قارن الفقرة رقم ٥٣ من هذه الرسالة .

بالكتابة ولم تقصر ذلك على إثبات الدين أو التخلص منه كما فعلت ألفاظ المادة ٢١٧/٢٨٢ من القانون المدنى السابق . ثم إنه حسب أحكام القانون المدنى السابق لم يكن لمبدأ الثبوت بالكتابة قيمة فى الايجار لأن المادة ٣٦٣/٤٤٦ من القانون المذكور حددت طرق الاثبات فى الايجار بأن ذكرتها على سبيل الحصر حيث قالت : عقد الايجار الحاصل بغير كتابة لا يجوز إثباته إلا بإقرار المدعى عليه به أو بامتناعه عن اليمين إذا لم يبتدأ فى تنفيذ العقد المذكور ، وأما إذا ابتدىء فى التنفيذ ولم يوجد سند مخالصة بالأجرة فتقدر الأجرة بمعرفة أهل الخبرة وتعين المدة بحسب عرف البلد . وعلى ذلك سار القضاء الأهلى والمختلط وقال به بعض الشراح عندنا وهو الرأى الراجح فى فرنسا[1] وقد قيل عكس

(١) المجموعة الرسمية ١٩٠٦ رقم ١٠٩ والمحاكم السنة السابعة عشرة ص ٣٧٤٩ والحقوق السنة الواحدة والعشرين ص ٢٩٠ والمحاماة ٨ ص ٨٨١ رقم ٢٩٠ و١٠ ص ٧٢٨ رقم ٣٥٢ والحقوق ٣٠ ص ٢٠ والمحاماة ١٤ ص ٣٠٣ والمجموعة الرسمية سنة ١٩٢٦ رقم ١٠٩ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة السادسة ص ١٤٢ والسنة التاسعة ص ٤٤ والعاشرة ص ٣٢٢ والجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ١٨ رقم ٨٢ وجرانمولان على العقود رقم ٣١٩ ودى هلنس على الايجار رقم ٣١ وانظر أيضا الهامش التالى عن الرأى فى فرنسا وآخر الفقرة ٤٨٤ من هذه الرسالة) والهامش فيما يتعلق بعدم إمكان البدء فى التنفيذ إلا بالكتابة أيضا ويظهر من حكم محكمة النقض الصادر فى ٢٦ من فبراير سنة ١٩٤٨ — المحاماة ٢٩ ص ١٢٩ رقم ١٠١ — أنها لم تعتبر جواز اثبات الايجار بمبدأ الثبوت بالكتابة إذ قررت أنه إذا قضت المحكمة بأن المدعى أجاز الاجارة الصادرة منه اجازة ضمنية استخلصتها من الوصول المقدمة ومن مقدار قيمتها بالنسبة للأجرة الشهرية ومن سكوت الطاعن عدة سنين عن المطالبة ومن قول اخوته باقراره الاجارة ، ولكنها لم توضح فى حكمها هل اعتمادها بهذه الوصول إنما كان على اعتبار أنه كتابة دالة بذاتها على قبول الطاعن الأجرة أم على اعتبار أنه مبدأ ثبوت بالكتابة تكملة القرائن التى أوردتها أم على اعتبار أنه مجرد قرينة ألا تعلو فى المرتبة على تلك القرائن بحيث لايفهم من الحكم هل التزمت المحكمة فى اثبات الاجارة الضمنية بعقد الايجار قواعد الاثبات العامة الواردة فى المواد ٢١٥ وما بعدها (من القانون المدنى السابق) أم قاعدة الاثبات الخاصة المنصوص عنها فى المادة ٣٦٣ (من القانون المدنى السابق) وإن كانت قد التزمت القواعد العامة فما الطريق الذى سلكته أهو طريق الاثبات بالكتابة أو مايقوم مقامها أم الاثبات بالبينة والقرائن وهذا من الحكم قصور يعجز محكمة النقض عن مراقبته من جهة لمخالفته للقانون أو نزوله على أحكامه . ويظهر من هذا كله الذى قالته محكمة النقض أنها لوكانت تقر مبدأ الثبوت بالكتابة فى الايجار يسهل عليها أن تقيم الحكم على أن محكمة الموضوع كان يسوغ لها أن تعتبر أن الوصول المقدمة ومقدار قيمتها بالنسبة للاجرة الشهرية مبدأ ثبوت بالكتابة كملته قرينة سكوت المؤجر عدة سنين ومن شهادة إخوته باقراره الاجارة .

ذلك[1] أى يقبل مبدأ الثبوت بالكتابة فى الايجار . ولكن هذا الرأى مردود بأن طرق الاثبات المتقدمة قد ذكرت على سبيل الحصر بدليل قول المادة : عقد الايجار الحاصل بغير كتابة لا يجوز إثباته إلا الخ . فقد استبعدت الإثبات بالبينة صراحة ولا يمكن أن يقصد الشارع بالكتابة إلا الكتابة الكاملة التى يثبت بها التعاقد دون حاجة إلى دليل آخر كما يثبت بالاقرار أو بالامتناع عن اليمين . وهذا هو نص المادة كاملا « عقد الايجار الحاصل بغير كتابة لا يجوز إثباته إلا بإقرار المدعى عليه أو بامتناعه عن اليمين إذا لم يبتدأ فى تنفيذ العقد المذكور » ولكن القانون المدنى القائم حذف هذه المادة أى لم يأت بمثلها فأخضع بذلك عقد الايجار للقواعد العامة كما سبق أن قلت فى الفقرة رقم ١٠ ، فيقبل إذاً مبدأ الثبوت بالكتابة فى الايجار ولم يعد هناك محل لذلك الخلاف .

٤٣٣ — ويلاحظ أن المادة ٦٢ إثبات / ٤٠٢ الملغاة من القانون المدنى القائم قالت : يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة . وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة (المادة ٢١٧/٢٨٢ من القانون المدنى السابق) . ومفاد ذلك أن مبدأ الثبوت بالكتابة وحده لا يكفى بل يجب أن يستكمل بشهادة الشهود ومتى تم ذلك كانت له قوة الاثبات بالكتابة . وقد قررت محكمة النقض أن مبدأ الثبوت بالكتابة يقوم فى التعهدات المدنية على وجه العموم مقام الاثبات

---

(١) الاستقلال السنة الثالثة ص ٢٧٤ والمداينات للدكتور عبد السلام ذهنى جزء أول ص ٣٧٢ والايجار للدكتور السنهورى رقم ٩٨ وقد اختلف شراح القانون الفرنسى والقضاء ولكن الرأى الراجح كثيراً هو ماذكرت أى أنه لاقيمة لمبدأ الثبوت بالكتابة وكادت المحاكم أن تجمع عليه — انظر تعليقات دالوز المادة ١٧١٥ مدنى رقم ٤٨ — ٥٤ والمراجع والاحكام العديدة التى أشير إليها وانظر دالوز العملى على كلمة preuve رقم ١٢١٨ حيث قال إن هذا الرأى قد دعمته محكمة النقض .

بالكتابة إذا كملته الشهود والقرائن[١] وإذا سكت من كان فى مصلحته مبدأ الثبوت بالكتابة ولم يطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لسماع الشهود واقتصر على التمسك بمبدأ الثبوت بالكتابة ، كان للقاضى أن لا يأخذ بالورقة لأنها ليست فى ذاتها دليلا يصح الأخذ به قانوناً . وقد قررت محكمة النقض أن حكم محكمة الموضوع يكون على صواب إذا اعتبر أن الوصولات ليست دليلا كاملا على تعاقد وأنها لا تعدو أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، وإذ قضى برفض دعوى الطاعن بناء على أنه لم يطلب إحالة الدعوى على التحقيق استكمالا للاثبات[٢] .

٤٣٤ — وبدهى أن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يعتد به كلما كانت الكتابة شرطاً لصحة التعاقد بحيث يكون باطلا إذا لم يتحقق هذا الشرط ولو كانت القيمة عشرين جنيهاً أو أقل كما هى الحال فيما يجب أن يكون بعقد رسمى[٣] أو بشكل خاص كالوصية[٤] لأن الكتابة الرسمية أو الكتابة بشكل خاص ليس مجرد دليل وإنما هى شرط لقيام التعهد ووجوده قانوناً[٥] . أما إذا اشترطت

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ١٥٠ ومجموعة القواعد القانونية جزء ٤ رقم ١٢٥/٤ ص ٣٣٨ — ٣٣٩ .

(٢) مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٢٩٨ رقم ١٣٨ .

(٣) انظر الفقرة رقم ٩١ .

(٤) نصت المادة ٢ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ على أنه لا تسمع عند الانكار الدعوى بها أو بالرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١١ إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع وأما منذ سنة ١٩١١ فلا تسمع الدعوى إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه . ونصت المادة ١٧ فقرة ثانية من القانون المدنى الجديد على أنه يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الايصاء ، أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية ، وكذلك الحكم فى شكل سائر التصرفات المضافة الى مابعد الموت .

(٥) وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤٠٦ « أما فيما يتعلق بنظام تطبيق هذا النص (أى المادة ٤٠٢) فليس من شك فى أنه لا يسرى حيث تكون الكتابة شرطا =

الكتابة كدليل فقط صح اعتبار مبدأ الثبوت بالكتابة كما هى الحال فى شركة التضامن أسوة باشتراط الكتابة فيما زادت قيمته على عشرين جنيها ، وقد قررت محكمة النقض أن عقد شركة التضامن ليس من العقود الشكلية حتى يبطل إذا لم تحرر به كتابة بل حكمه حكم سائر التعهدات التى يشترط فيها الإثبات بالكتابة إذ أن المادة ٤٦ من قانون التجارة لم تنص على وجوب الكتابة إلا لبيان نوع الدليل الذى يقبل لإثبات وجود شركة التضامن كما نصت المادة ٢١٥ من القانون المدنى السابق (المقابلة للمادة ٤٠٠ من القانون المدنى القائم) والمادة ٦٠ من قانون الاثبات على وجوب الاثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التعهد على ألف قرش . ولما كان مبدأ الثبوت بالكتابة يقوم فى التعهدات المدنية مقام الإثبات بالكتابة إذا أيدته الشهود والقرائن فمن باب أولى فى مسألة تجارية لأن القاعدة فى المواد التجارية أنه يجوز الإثبات بغير الكتابة[1] .

٤٣٤ مكرر — إذا اتفق الطرفان على أن الإثبات لا يكون بينهما إلا بالكتابة فإن هذا لا يمنع من الأخذ بمبدأ الثبوت بالكتابة إذا أكملته الشهود والقرائن لأنه فى هذه الحال يقوم مقام الكتابة كما تقدم . وقد قررت محكمة النقض أن لمبدأ الثبوت بالكتابة ما للكتابة من قوة فى الإثبات متى كملته البينة يستوى فى ذلك أن يكون الإثبات بالكتابة مشترطاً بنص القانون أو

= من شروط صحة الالتزام يترتب البطلان على تخلفه ولو كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات (المقصود أن تكون القيمة عشرة جنيهات أو أقل طبقا للمادة ٤٠٠ فقرة أولى) كما هو شأنه فى المحررات الرسمية . ذلك أن 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 أثير فى الفقه بصدد الالتزامات التى يشترط فيها القانون الكتابة دون أن ينص على البطلان ولا سيما بالنسبة للايجار (طبقا للقانون السابق . وقد أصبح الآن كباقى العقود) ونرى أن الالتزام يترتب صحيحاً فى هذه الحالة ولكن لا يمكن اثباته إلا بالإقرار أو اليمين لأن البينة قد استبعدت صراحة بالنص الخ .

(١) انظر حكم النقض الصادر فى ١٩٤٤/٤/٢٧ فى الطعن رقم ٩٤ سنة ١٣ القضائية ومجموعة المكتب الفنى السنة ١٧ ص ١٨٢ .

باتفاق الطرفين[1] ولكن ليس فى القانون مايمنع من اشتراط الكتابة الكاملة كما قلت فى الفقرة رقم ٧٧ تفصيلا ، وقد يلجأ الطرفان إلى ذلك حتى لايدعى بأن مايراد اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة لم يكن إلا مشروع عقد .

٤٣٤ مكررا — هذا ولا يصح التمسك بمبدأ ثبوت بالكتابة أو طلب أحالة الدعوى على التحقيق لتكملة الإثبات لأول مرة أمام محكمة النقض . وقد قررت محكمة النقض أنه لايجوز الطعن على الحكم بمخالفته لقواعد الإثبات لعدم عده ورقة من الأوراق مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كان الطاعن قد طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق على أساس أن الورقة صالحة لذلك[2] .

أركان مبدأ الثبوت بالكتابة :

٤٣٥ — من المادة ٦٢ من قانون الإثبات ٤٠٢ الملغاة من القانون المدنى القائم المادة (٢١٧/٢٨٢ من القانون المدنى السابق) ومن التعريف المتقدم للورقة التى تعتبر مبدء « للثبوت بالكتابة » يسهل القول بأنه يجب توفر ثلاثة أركان فى الورقة حتى يصح اعتبارها مبدأ للثبوت بالكتابة (الأول) أن تكون هناك كتابة (الثانى) أن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم الذى يراد الإثبات ضده أو من يمثله كالوكيل أو الوصى فى حدود وكالته أو وصايته (الثالث) أن تجعل مايراد إثباته قريب الاحتمال .

وهذه الأمور الثلاثة عندما تتوافر فى ورقة تقلل كثيراً من الخوف من شهادة الشهود والقرائن لأن أساس الحق ثابت بالكتابة .

---

(١) مجموعة المكتب الفنى ٨ سنة ٥٧ ص ٩١٧ رقم ١٠٤

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١٤٨ ومجموعة القواعد القانونية جزء ٣ ص ٢٩٤ رقم ٨٦ وانظر أيضا مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١٤٩ ومجموعة القواعد القانونية جزء ٥ رقم ١٣٨ ص ٢٩٨ — ٢٩٩ .

الركن الأول — أن تكون هناك كتابة :

٤٣٦ — لم يشترط الشارع نوعاً خاصاً من الكتابة ، بل أية كتابة يصح أن تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة ، أى أنه ليس من الضرورى أن تكون قد كتبت من أجل الإثبات[١] ، وفى الغالب لو كتبت من أجل ذلك لاستوفيت . فخطاب يصح أن يعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة [٢] إذا لم يمكن اعتباره سنداً كاملا . ومذكرة يكتبها الإنسان فى أوراقه الخصوصية أو فى دفاتره التجارية يصح اعتبارها مبدءاً للثبوت بالكتابة أيضاً ، وأية كتابة بغير توقيع ، وكذلك التوقيع وحده على كتابة بخط شخص آخر ، وكذلك أقوال تدون فى أوراق قضائية ولو لم توقع كما سنرى فى الفقرة رقم ٤٢٦ وما بعدها ، وإذا أخذ أحد ضباط القرعة قيمة البدل العسكرى من والد مقترع وبددها وزور شهادة معافاة باسم المقترع المذكور ، فإن هذه الشهادة المزورة تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة بالنسبة لاستلام المبلغ [٣] وإذا ادعى شخص على آخر دينا فقدم المدين ورقة تفيد أنه بعد تاريخ استحقاق الدين داين الدائن بدين بمقتضى ورقة قدمها فإن هذه الورقة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة تبيح له تخلصه من الدين المدعى عليه به

---

(١) قارن لفظة ورقة الواردة ٢١٧/٢٨٢ مدنى سابق بما جاء فى المادة ١٣٤٧ مدنى فرنسى المقابلة acte par écrit ومع ذلك فان من المقرر فى فرنسا أنه ليس من الضرورى أن تكون الورقة قد كتبت لاثبات عقد acte — انظر بودرى تعهدات رقم ٢٥٨٣ وما أشار إليه .

(٢) رفع أخ ضد أخيه دعوى بمطالبته بمصاريف دعوى كانت مرفوعة منه لصالحهما معاً وبناء على عقد اتفاق محرر بينهما فأبرز المدعى عليه جملة خطابات صادرة من أخيه المدعى يفيد بعضها قيامه بدفع بعض هذه المصاريف والبعض الآخر بمطالبته بكمالة رسوم الاستئناف وخلافها وتمسك الأخ بهذه المستندات باعتبار أنها تجعل التخالص من الدين المدعى به قريب الاحتمال. فقررت محكمة استئناف مصر أن تلك الخطابات تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة عن التخالص — الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٢٤ رقم ١١٦

(٣) انظر حكم النقض المنشور فى المجموعة الرسمية سنة ١٩١٦ رقم ٣

بالبينة[1] . بل هى تجعل التخالص قريباً جداً من الاحتمال بل قد تكفى الظروف بالاستناد إليها وحدها مع تلك الظروف . وقد قررت محكمة النقض أن الايصال المعطى من البائع لمن يسترد منه عقد البيع الذى كان قد أودعه إياه يجيز للمشترى أن يعتمد عليه فى إثبات حصول البيع له متى كان قد حصل عليه برضاء المودع لديه[2] .

وقد قالت المادة ٤٠٢ من القانون المدنى القائم : « كل كتابة » وجاء فى المذكرة الإيضاحية المطبوعة فى سنة ١٩٤٢ ص ٧٠٩ والوارد فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤٠٧ : « الشرط الأول وهو وجود كتابة أو محرر عام الدلالة فلفظ الكتابة يصرف إلى أوسع معانيه فهو يشمل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع ، ولذلك استعمل النص عبارة « كل كتابة » وقد تكون هـذه الكتابة سنداً أو مذكرة شخصية أو مجرد علامة

---

(١) وبذلك قضت محكمه جرجا الجزئية — الجدول العشرى الأول للمحاماه ص ٦١

(٢) مجموعة القواعد القانونية ٣ رقم ٢/٧٨ ص ٢٧٩ — ٢٨٠ ومجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١٥٢ و١٥٣ ومجموعة المكتب الفنى ٤ ص٨٤٨ رقم ١٢١ .

وجاء فى المحاماة ٣ ص ٢٧٦ رقم ٢٠٩ : اتفق شخصان على أن يزايد أحدهما فى جلسة المزاد باسمه ، وفى الواقع على ذمته وذمة شريكه فزايد ورسا المزاد عليه . ثم قام نزاع فى الثمن فادعى الشريك أنه لم يأذن شريكه بالمزايدة مطلقا بلاقيد بل حدد له سعرا جاوزه ولم يتحدد اتفاقهما بالكتابة ، فحكمت محكمة الاستئناف بجواز اثبات الاتفاق بشهادة الشهود بناء على أن الخصوم تجار والعمل تجارى ، واعتبرت أيضا أن الايصال الذى تحرر من إحدهما بقبض مبلغ على ذمة المزايدة مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز الاثبات بالبينة واعتبرت الدعوى بوجود المنكر فى جلسة المزاد من المسائل المادية التى يجوز فيها سماع البينة لعدم إمكان الحصول على كتابة عنها وجاء فى أسباب الحكم أن الاتفاق كان بين ثلاثة لكل منهم الثلث على أن يزايد المستأنف باسمه وفى الواقع على ذمته وذمة شريكيه وانحصر النزاع فيما إذا كان المستانف وقت الاتفاق قيد باقصى ثمن لايتعداه فى المزايدة كما يدعى المستانف عليهما (شريكاه) أو أن المستانف كان مطلقا من كل قيد فى الثمن كما يدعى وادعى المستانف أيضا أن المستأنف عليهما كانا حاضرين بجلسه المزاد وتزايد بحضورهما ولم يعترضا عليه وطلب إثبات هذه الواقعة بالبينة أيضا ، وظاهر مما جاء فى القاعدة التى وضعت للحكم أن المستأنف عليهما انكرا عليه ذلك . أى أن الدعاوى أحيلت إلى التحقيق ليثبت المستأنف أن المستأنف عليهما لم يقيداه بحد أقصى للثمن وأنهما كانا حاضرين فى جلسة المزاد ولم يعترضا عليه .

ترمز للاسم[1] أو توقيعاً أو غير ذلك » .

٤٣٦ مكرر — ويجب أن تكون الكتابة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة متعلقة بالواقعة المراد إثباتها . وقد قررت محكمة النقض أنه ليس لمن يدعى صورية الشركة التى بين شخص وآخرين أن يتخذ من هذه الصورية مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز له أن يثبت بالبينة والقرائن الشركة التى يدعى بها بينه هو وبين هذا الشخص لأن تلك الصورية ليس من شأنها — حتى لو صحت — أن تجعل الشركة التى يدعيها قريبة الاحتمال[2] .

والمحكمة الموضوع أن تستنتج تعلق الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة بالواقعة المراد إثباتها من ظروف الدعوى وليس لمحكمة النقض رقابة عليها فى ذلك متى كان حكمها سائغاً . وقد قررت محكمة النقض أنه متى كان الواقع هو أن الطاعن أقام الدعوى على المطعون عليهم وطلب الحكم بالزامهم بمبلغ معين بموجب سند ذكر فيه أن هذا المبلغ سلم إليهم على سبيل القرض فدفع المطعون عليهم الدعوى بأنه المبلغ المطالب به ليس قرضا وإنما هو ثمن حصة فى ماكينة اشتروها من الطاعن بموجب عقد بيع محرر فى تاريخ تحرير السند ، وكان الحكم المطعون فيه إذ اعتبر عقد البيع مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز للمطعون عليهم تكملة إثبات دفاعهم بالبينة قد قرر أن هذا العقد هو ورقة صادرة من الطاعن ومحرره مع السند موضوع الدعوى فى مجلس واحد علاوة على اتحادهما فى خط الكاتب لهما والشهود الموقعين عليهما والمداد المحررين به كما أنه يستبعد أن يشترى المطعون عليهم حصة الطاعن فى الماكينة وأن يدفعوا إليه الثمن ويقترضوا

---

(١) ولا تكفى أن علامة يقول الخصم أنها ترمز للاسم بل يجب عليه أن يثبت أنها كذلك إذا أنكرها الشخص المراد الاثبات ضده وكذلك لا يكفى الختم المطموس الذى لا تمكن نسبته لشخص معين — المحاماة ١٥ القسم الثانى ص ٦٢ رقم ٢٩

(٢) مجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٦١٤ رقم ٢٣١

فى نفس مجلس العقد المبلغ المحرر به السند . إذا قرر الحكم ذلك فإنه يكون قد استند إلى أدلة مسوغة تؤدى إلى النتيجة التى رتبها عليها وليس فيما قرره مخالفة للقانون[1] .

٤٣٦ مكررا — هذا والكتابة المثبتة للشروع فى الوفاء أو بدء التنفيذ أو دفع الفوائد أو الإيراد يصح اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة وقد كانت المادة ٢٢١/٢٨٦ من القانون المدنى السابق تنص على أن دفع الفوائد يكون سبباً لجواز إثبات أصل الدين بغير الكتابة . وجاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤٠٧ : ومن أمثلة الأوراق التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة المحررات المثبتة لبدء التنفيذ أوللوفاء بالفوائد أوالإيرادات وقد قرر لها التقنين السابق المادتين ٢٢١و٢٢٠/٢٨٦ و٢٨٧ ولما كان الملحوظ فى أحكام هاتين المادتين أنها ليست سوى تطبيق للقاعدة العامة لذلك لم نر ضرورة للنص عليهما إذ فى تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة مايغنى عنها .

٤٣٧ — ومن البديهى أن تكون الورقة موجودة فعلا ، وأن يقدمها صاحب المصلحة المحكمة ، ولا يصح إثبات تحريرها بشهادة الشهود والقرائن وإلا كان الإثبات كله بذلك . على أنه إذا اعترف الخصم كتابة بتحرير ورقة بكذا بحيث تجعل هذه الكتابة الحق المراد إثباته قريب الاحتمال قام هذا الاعتراف المكتوب مقام وجود الورقة ويجوز لإثبات بالشهود والقرائن كما إذا أرسل شخص خطابا يقرر فيه تحرير ورقة ضد وضياعها[2] .

٤٣٧ مكرر — وتوفر الركن الأول أى أن تكون هناك كتابة أو عدم

---

(١) مجموعة المكتب الفنى ٤ ص ٥٧٠ رقم ٨٧ .

(٢) قارن الفقرة ٤٦٢ مكرر وحكم النقض المشار إليه فيها والفقرة رقم ٤٤٧ — وحكم النقض المشار إليه فيها أيضا .

توفره مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض، وذلك لأنه يترتب على ذلك ما إذا كان الدليل القانونى الذى نص عليه القانون للإثبات قد توفر أم لا[١].

الركن الثاني — أن تكون الكتابة صادرة من الخصم :

٤٣٨ — يجب أن تكون الكتابة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات ضده. فكتابة صادرة من آخر مهما كانت علاقته بالمطلوب الإثبات ضده لا تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة، لأنها لا تزيد عن شهادة مكتوبة ولو كانت العلاقة علاقة بنوة[٢] أو زوجيه[٣] أو اشتراك فى ملك مشاع أو ميراث[٤].

وقد قررت محكمة النقض أن شرط الاستدلال بالكتابة أن تكون مذيلة بتوقيع من نسبت إليه. أما المحرر الخالى من التوقيع فلا قيمة له إلا إذا كان مكتوبا بخط المطلوب الاثبات عليه، ففى هذه الحالة يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة. وعلى ذلك إذا كان الثابت أن المشترية لم توقع الورقة المتضمنة إقرارها بأن عقد شرائها صورى بل كان الذى وقعها والدها الذى لم يكن نائباً عنها، فإنه لا يصح أن تتخذ المحكمة من تلك الورقة دليلا كاملا على صورية ذلك العقد فى حالة ما يكون إثبات الصورية غير جائز إلا بالدليل الكتابى[٥].

---

(١) انظر أوبرى ١٢ رقم ٧٦٤ هامش ٥٨ وقد أشار إلى دورانتون وبونييه وعدة أحكام نقض والتماس.

(٢) ولكن لاحظ لوران جزء ١٩ رقم ٣٩٦ ولارومبيير على المادة ١٣٤٧ رقم ١٤ وبودرى تعهدات رقم ١٥٩٠ والحكم الذى أشار فى سيرى ٤١ — ١ — ١٠

(٣) قارن أوبرى جزء ١٢ § ٧٦٤ ص ٣٥٧ مع ملاحظة الفرق بيننا وبينهم فى علاقة الزوجين فى الأموال وقارن أيضا دمولومب جزء ٣٠ رقم ١٣٦ ولارمبيير على المادة ١٣٤٧ رقم ٨ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٠٣ وما أشار إليه هؤلاء الشراح من الأحكام.

(٤) لارومبيير على المادة ١٣٤٧ رقم ٨ ودمولومب جزء ٣٠ رقم ١٣٦ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٠٣ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٦٤ ص ٣٥٧ — ٣٥٨ وسيرى ٦٧ — ٢ — ٤٩ والنقض ٩٩ — ١ — ١٣٣

(٥) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ٩٤ ومجموعة القواعد القانونية ٥ رقم ٢٧٩ / ٢ ص ٣٨٧ — ٣٨٩.

٤٣٩ — وإنما الكتابة الصادرة ممن يمثل الشخص يصح اعتبارها مبدءً للثبوت بالكتابة ، كما إذا صدرت ورقة من الوكيل فى حدود وكالته سواء كانت الوكالة اتفاقية كالوكيل العادى الذى ينصب باتفاق الطرفين الموكل والوكيل أو كانت الوكالة شرعية كالولى الشرعى ، أو قضائية كالوصى والقيم . أما إذا كانت الورقة خارج حدود وكالته فلا يصح اعتبارها مبدءاً للثبوت بالكتابة إلا إذا كانت صادرة بإذن خاص[1] . وإذا أخذت محكمة الموضوع بورقة بناء على أنها صادرة من الوكيل دون أن تبين أنه حررها فى حدود وكالته كان حكمها معيباً مستوجباً نقضه . وقد قررت محكمة النقض أنه لكى يعتبر المحرر الصادر ممن ينوب عن الخصم المطلوب الإثبات عليه كوكيل أو وصى مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن يكون قد صدر منه فى حدود نيابته . فإذا كان الحكم قد اقتصر فى اعتباره الاقرار سالف الذكر مبدأ ثبوت بالكتابة على كونه صادراً من أحد القصر والوكيل عن الوصية دون أن يبين ما إذا كان هذا الاقرار قد صدر فى حدود وكالة الجد عن الوصية من ناحية وفى حدود سلطتها كوصية على القصر من ناحية أخرى ، فإنه يكون قاصر البيان قصوراً يستوجب نقضه[2] .

٤٤٠ — ولا حاجة إلى القول بأن الكتابة الصادرة من السلف تقيد

---

(١) الجدول العشرى الأول للمحاماة ص ١١ رقم ٤٥ والجدول العشرى المختلط الثالث لمجموعة التشريع والقضاء المختلط رقم ٤٤٦١ والمجموعة المذكورة السنة العشرين ص ١٦٧ والسنة السادسة والعشرين ص ٣٦٧ والمجموعة الرسمية المختلطة ١٣ ص ١٤٠ وانظر فى هذا الموضوع بودرى تعهدات رقم ٢٦٠٢ حيث أتى ببعض تطبيقات . وقد قررت محكمة استئناف مصر أن ناظر الزراعة لا يعتبر وكيلا عن المالك . فتصرفاته فى غير الأعمال الزراعية هى أعمال تمهيدية خاضعة لقبول المالك أو رفضه ولو أعطى الناظر المذكور لنفسه صفة وكيل دائرة ولا يمكن اعتبار الورقة من مثل هذا الشخص مبدأ ثبوت بالكتابة تتيح الاثبات بالبينة فى حق المالك لأنه تشترط أن تكون الأوراق التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة صادرة من نفس الخصم المراد الاثبات ضده وهى صادرة من شخص لا صفة له فى إصدارها بالتوكيل . الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٣٩ رقم ٢١٨

(٢) مجموعة احكام النقض التى أصدرتها دار النشر السنة الأولى ص ٦٢ رقم ١٧ .

الخلف . وقد سبق القول بأن الخلف يعتبر ممثلا بالسلف . فمثلا الورقة الصادرة من المورث تقيد الوارث . والورقة الصادرة من المدين تقيد الدائن العادى كما تقيد الدائن الذى يستعمل حقوق مدينه طبقاً للمادة ٢٣٥ مدنى ، وقد نصت المادة ٢٣٦ صراحة على أن « يعتبر الدائن فى استعمال حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل فى أموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه » .

هذا مع ملاحظة وجوب أن تكون الورقة ثابتة التاريخ فى بعض الأحوال كما تقدم عند الكلام على الغير والخلفاء . فمثلا الدائن العادى عند استعماله الدعوى البولصية طبقاً للمادتين ٢٣٧ ، ٢٣٨ لا تسرى عليه الأوراق الصادرة من مدينه إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل ذلك[١] والخلف الخاص على العموم لاتسرى عليه ورقة إلا إذا كانت ثابتة التاريخ[٢] إلا أن الأوراق التى تكون بمثابة وصولات ليس من الضرورى أن تكون ثابتة التاريخ لتسرى على الغير[٣] .

٤٤٠ مكرر — وأقوال المحامى أثناء المرافعة أو فى مذكراته يصح أن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إن لم تكن دليلا كاملا ، والأوراق التى يعلنها المحضرون بناء على طلب الخصوم يصح اعتبارها كذلك مبدأ ثبوت بالكتابة من هؤلاء الخصوم وكذلك محاضر الحجز ، بل إن محاضر الحجز الإدارية التى توقع بناء على طلب المؤجر على زراعة المستأجر تعتبر قانوناً أنها صادرة من المؤجر فيصح اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة[٤] .

٤٤٠ مكررا — هذا وقد يكون تمثيل الشخص غير مباشر كما إذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة وكان مرخصاً له بذلك من الموكل ، فالورقة الصادرة من النائب عن الوكيل فى هذه الحالة يصح اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ضد الموكل . وقد أباح القانون هذه الإنابة بالمادة ٨٠٧ من القانون المدنى القائم

وخلاصة ماتقدم أنه يجب أن تكون الورقة صادرة من الخصم أو ممن يمثله أو سلفه .

٤٤١ — وجزء من التوقيع قد يكفى إذا منعت إتمامه قوة قاهرة ، كشلل مجائى او وفاة فجائية ، فإن العقد الذى لم يتم التوقيع عليه فى هذه الحالة يصح اعتباره مبدءاً للثبوت بالكتابة[1] .

٤٤٢ — وليس من الضرورى أن تكون الورقة موقعاً عليها . إنما يشترط فى هذه الحالة أن تكون بخط المراد الإثبات ضده (أو من يمثله) فإيصال بخط الدائن بغير توقيع يصح أن يعتبر مبدءاً للثبوت بالكتابة[2] وكذلك سند دين

---

(١) وجاء فى بودرى تعهدات رقم ٢٥٩٠ أن الحرف الأول من الإمضاء مع علامة أو إمضاء مختصرة Parafe يكفيان ولكن الامضاء المختصرة وحدها لاتكفى وكذلك التوقيع بالصليب أو أى علامة ولو كان ذلك بحضور شهود وقعوا على الورقة — وانظر أيضا أوبرى ١٢ فقرة ٧٦٤ ص ٣٥١ هامش ١٥ وحكم محكمة باريز الذى أشار إليه فى سيريه ٤٢ — ٢ — ١٠

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٥٩٠ وتوليه جزء ٩ رقم ١٢٩ ودورانتون جزء ١٣ رقم ٣٥٠ وتعليقات داللوز على المادة ١٣٤٧ رقم ٣٢٨ وداللوز الأبجدى تحت كلمة تعهدات رقم ٤٨٢١ .

غير موقع عليه من المدين[1] ووعد أو تعهد بالبيع[2] وغير ذلك من العقود[3] والدفاتر والأوراق المنزلية[4] .

٤٤٣ — يؤخذ مما تقدم أنه لاعتبار الورقة مبدءاً للثبوت بالكتابة يجب إما أن تكون موقعاً عليها ممن يراد الإثبات عليه أو ممثله ، وإما أن تكون بخطه ، وإلا فلا قيمة لها مطلقاً ولو وجدت بين أوراقه[5] — هذا مع ملاحظة ما سيأتى فى الفقرة رقم ٤٤٥ وما بعدها . فإذا وجد إيصال يدل على دفع دين بين أوراق الدائن ليس بخطه أو توقيعه ، لا يمكن اعتباره مبدءاً للثبوت الكتابة لصالح المدين أو وجد سند بدين فى أوراق المدين ليس بخطه أو توقيعه فإنه لا يمكن اعتباره مبدءاً للثبوت بالكتابة لصالح الدائن ، أو وجد إيصال حديث من الدائن بجزء من دين مضت عليه المدة فى أوراق المدين فإنه لا يصح اعتباره مبدأ للثبوت بالكتابة ضد المدين لقطع التقادم، إذ من الجائز فى كل هذه الأحوال أن يكون الإيصال أو السند قد دس على من وجد عنده[6] .

٤٤٤ — وليس من الضرورى أن يدل صلب الورقة دلالة صريحة أو بطريق مباشر على نوع الالتزام أو التخلص منه . فإنه إذا وجد بين أوراق مأمور كشف توزيع بتخصيص مبالغ لأشخاص نكبوا بحريق وعليه توقيعه ، فإن هذا الكشف يصح أن يعتبر مبدءاً للثبوت بالكتابة لإثبات أن مجموع

---

(١) المجموعة الرسمية سنة ١٩١٣ رقم ٦٠

(٢) ـرى تعهدات رقم ٢٥٩٠ والحكم الذى يشير إليه فى سيرى ٣٥ ـ ٢ ـ ١٧٧

(٣) تعليقات داللوز على المادة ١٣٤٧ رقم ٣٢٥ والمراجع التى يشير إليها .

(٤) استئناف مصر فى الحقوق ١٢ ص ٩١ — وانظر الفقرتين رقم ٣٤١ و ٣٤٢ من هذه الرسالة .

(٥) قارن بونيه جزء أول رقم ١٦٨ ولاروميير على المادة ١٣٤٧ رقم ١٠ وأوبرى . جزء ١٢ § ٧٦٤ ص ٣٥٠ والنقض فى سيرى ٤٣ — ١ — ٧٠٤ .

لمبالغ المبينة به سلمت إليه لتوزيعها على المنكوبين فاختلسها[1] . كذلك مسألة ضابط القرعة التى تقدم ذكرها فى الفقرة رقم ٤٣٦ . وإذا داين شخص آخر فى دين ثم قدم المدين ورقة تفيد أنه بعد تاريخ استحقاق دينه داين الدائن فإن مثل هذه الورقة تعتبر مبدءاً للثبوت بالكتابة بالنسبة لتخلصه من دينه كما تقدم فى الفقرة رقم ٤٣٦ فراجعها . وقررت محكمة النقض أنه إذا قدرت نفقة زوجة على زوجها بمبلغ معين (٢٠ جنيه) بمقتضى محضر صلح حرر بينهما ثم استظهرت المحكمة من وقائع الدعوى المرفوعه من الزوجه فى شأن هذه النفقة أن الزوجه قبلت أن تقبض من زوجها مبلغ ستة جنيهات شهرياً وأنها كانت تقبض هذا المبلغ كل شهر حوالى خمس سنوات بمقتضى شيكات محولة لأمرها وإذنها وأنها لم تعترض أى اعتراض خلال هذه المدة وإنما كان اعتراضها بعد وفاة الزوج ، وبناء على ذلك قضت المحكمة برفض طلب ماتجمد من النفقة ، فإنها لا تكون قد اعتمدت على مجرد قرائن فحسب بل أيضاً على الشيكات التى وقعتها الزوجة حين قبضت قيمتها ، مما مفاده أن المحكمة اعتمدت على مبدأ ثبوت بالكتابة استكملته بتلك القرائن التى أوردتها والتى من شأنها أن تؤدى إلى ما استخلصته ولا خطأ منها فى ذلك[2] .

٤٤٤ مكرر — إنما يجب أن تدل الورقة المراد التمسك بها على الحق المراد إثباته ذاته ولو كان متفرعاً من حق آخر ثابت بالكتابة ، فإذا اشترى شخص عزبة ولو بثمن إجمالى ولم يذكر فى العقد إلا الأطيان فلا يمكن اعتبار هذا العقد مبدءاً للثبوت بالكتابة بالنسبة للمواشى وآلات الزراعة . وكذلك عقد المقاولة المكتوب

---

(١) نانسى بودرى تعهدات رقم ٢٥٩٠ والحكم الذى أشار إليه فى الهامش .
(٢) مجموعة أحكام النقض التى أصدرتها دار النشر السنة الأولى ص ٢١ رقم ٦ .

لا يصح اعتباره مبدأ للثبوت بالكتابة عن زيادة فى مصاريف البناء المتفق عليه فى عقد المقاولة [1]

إنما إذا اشترى زيد عقاراً وجاء فى العقد أن البائع تملك هذا العقار من آخر بعقد بيع مؤرخ فى كذا دون أن يذكر أن زيدا أطلع على هذا العقد، وكان ثابتاً فى هذا العقد الأخير أن على العقار حقوق ارتفاق أو قيوداً معينة، لا يصح اعتبار ذكر هذه الحقوق أو القيود فيه مبدءا للثبوت بالكتابة لإثبات علم زيد بها لأنه لم يوقع العقد الذى اشترى به البائع له وليس بخطه [2] وقيل عكس ذلك ولكن فى الوقت نفسه أجيز توجيه اليمين المتممة على عدم الاطلاع على العقد الأصلى وعدم العلم بتلك الحقوق أو القيود [3].

٤٤٥ — قلت إنه يجب أن تكون الورقة بخط الخصم أو بتوقيعه حتى يمكن اعتبارها مبدءا للثبوت بالكتابة. ولكن قد تعتبر الورقة مبدءا للثبوت بالكتابة ولو كانت لا بخط الخصم ولا عليها توقيعه.

فالعقد الرسمى إذا كان فيه نقص أو غموض وليس عليه توقيع لجهل الملتزم الكتابة أولأى سبب آخر وأثبت الموثق ذلك [4] يعتبر مبدءا للثبوت بالكتابة، إذ لا يخفى أنه لولا هذا النقص أو الغموض لاعتبر عقداً كاملا لأن رسمية العقد

---

(١) وقررت محكمة استئناف مصر أنه لا يصح اعتبار عقد المقاولة مبدء للثبوت بالكتابة بالنسبة لزيادة فى مصاريف العمل لأن مبدأ الثبوت بالكتابة يجب أن يكون متعلقا بالأمر المطلوب إثباته — الجدول العشرى ثانى للمحاماة ص ٤٠ رقم ٢٢١.

(٢) انظر حكم استئناف مصر فى المجموعة الرسمية سنة ١٩١١ رقم ٣ الذى قرر أنه إذا لم يعلم البائع المشترى بجميع حقوق الارتفاق أو الحقوق العينية الخفية الموجودة على المبيع وقت البيع كان البائع ملزما بالضمان ولا يكفى لبطلان ملزوميته بذلك أن يكون المشترى بحيث كان يمكنه العلم بها إذ يجب أن يكون قد علم بها بالفعل وبناء عليه اذا كانت حقوق الارتفاق والحقوق العينية مبينة فى العقد الذى انتقلت بواسطته ملكية المبيع إلى البائع فلا يعد مجرد ذكر تاريخ ورقم تسجيل هذا العقد فى عقد البيع دليلا على علم المشترى بهذه الحقوق كما أنه لا يعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة يجيز اثبات علمه بها.

(٣) حكم استئناف مصر فى الحقوق ٢٤ ص ٢٣٧.

(٤) أنظر الفقرة رقم ١٣٠ (من هذه الرسالة).

تغنى عن التوقيع . إنما إذا اعتبر العقد الرسمى باطلا فى هذه الحالة فلا يصح اعتباره مبدء للثبوت بالكتابة لأنه يصبح كأية ورقة عرفية [١] ليست بخط الملتزم ولا عليها توقيعه . ولكن قيل إنه إذا أمضى العقد بعض المتعاقدين دون البعض الآخر فإنه يعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة ضد من أمضى [٢] إنما لا أستطيع الموافقة على ذلك إذا كان العقد تبادليا ووقع طرف دون الآخر ، — لأنه تجب المساواة بين الطرفين [٣] ولا يصح ترك من وقع تحت رحمة من لم يوقع — أو كان التعهد بالتضامن ووقع بعض المتعهدين دون البعض لأن من وقع لم يوقع إلا اتكالا على تضامن الباقين معه فى التعهد [٤] فلا تبقى إلا حالة ما إذا كان التعهد ليس بالتضامن ولا تبادلياً ، فيعتبر العقد مبدء للثبوت بالكتابة ضد من وقع عن نصيبه فيه .

٤٤٦ — وكذلك الأوراق القضائية — محاضر الجلسات ، محاضر الاستجواب ، محاضر التحقيق الخ — تقوم رسميتها والثقة بها مقام التوقيع أو الخط . فيصح اعتبار ما فيها مبدءاً للثبوت بالكتابة ضد الخصم صاحب الأقوال التى أثبتت فيها حتى ولو رفض التوقيع [٥] (هذا إذا لم يعتبر ذلك إقراراً قضائياً

---

(١) انظر رقم ١٢٩ (من هذه الرسالة) ومارکديه على المادة ١٣٤٧ رقم ٣ ولارومبير على المادة ١٣٤٧ رقم ١٨ و ١٩ وتوليه ج ٩ رقم ٨٦ ودالوز الأبجدى تحت كلمة تعهدات رقم ٤٨١٢

(٢) راجع بودرى تعهدات رقم ٢٥٩٣ وأوبرى ج ٦ § ٧٦٤ هامش ٢٤ ص ٣٦٠

(٣) ومع ذلك انظر بودرى تعهدات رقم ٢٥٩٣ وما أشار إليه ضد ذلك ومعه .

(٤) قارن رقم ١٣٠ (من الرسالة) وقد قال بودرى تعهدات رقم ٢٥٩٣ إنه إذا كان يحتمل من التوقيع ما ينفى ذلك كان للقاضى سلطة مطلقة فى تقدير هذا الاحتمال واعتبار العقد مبدء للثبوت بالكتابة ضد من وقع . وقد أشار بودرى إلى مراجع أخرى وحكم نقض .

(٥) قارن أوبرى ج ٦ § ٧٦٤ الهوامش ١٩ — ٢٥ ص ٣٥٢ — ٣٥٣ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٩٤ و ٢٥٩٥ والمراجع العديدة التى أشار إليها شراحا وأحكاما وكذلك ما أشار إليه أوبرى ، والمجموعة الرسمية سنة ١٩٠٨ رقم ١٠٥ وسيرى ٨٠ — ١ — ٢٠٥ ودالوز ٩٧ — ١ — ٢٦٦ واستئناف مونبلييه فى المحاماة ١١ ص ١٠٩٣ رقم ٥٦٧ وقررت محكمة استئناف مصر أن الصور المستخرجة من دفاتر التسجيل لعقد عرفى مسجل لا يصح أن تعتبر فى ذاتها دليلا كتابيا أو مبدأ ثبوت بالكتابة لأن القانون السابق لا يعترف إلا بصورة =

كاملا مستوفياً لشروطه كما سنرى فى باب الإقرار فى الجزء الثانى) لأن إثبات تلك الأقوال فى الأوراق القضائية يدل على صدورها ممن نسبت إليهم ولا يمكنهم إنكارها إلا بالطعن بالتزوير ، ويعتبر المحضر المشتمل على أقوال الخصم كمحرر صادر منه[1] ، أما رفض التوقيع على عقد رسمى فمعناه عدم الرضا مطلقاً بالتعاقد إذ لا تعاقد بدون توقيع إلا لعذر شرعى كجهل الكتابة ويجب أن يثبت ذلك فى العقد كما تقدم[2] . وأكثر من ذلك أنه إذا رأت المحكمة استجواب شخص عن وقائع متعلقة بالدعوى ، وامتنع عن الإجابة ، أو لم يحضر فى اليوم المحدد بغير عذر مقبول ، فإن للمحكمة أن تأذن بإثبات الوقائع المراد الاستجواب عنها بشهادة الشهود والقرائن ولو كانت الحالة مما لا تجيز القوانين الإثبات فيها بذلك وهذا طبقاً للمادة ١١٣ من قانون الإثبات (١٧٣ من قانون المرافعات السابق) أى أن للمحكمة أن تعتبر ذلك أساساً للاثبات بالبينة ، وبعبارة أخرى يصح القول بأن المحضر الذى أثبت فيه ذلك أى الامتناع عن الإجابة أو عدم الحضور يعتبر مبدءاً للثبوت بالكتابة[3] وقد كانت المادتان ١٦١/١٨١ و ١٦٢/١٨٢ من

= العقد الرسمى (غير الصورة الواجبة التنفيذ) ويعتبرها فى مقام مبدأ ثبوت بالكتابة ويجعل للقاضى على أى حال حق النظر فى درجة اعتمادها (مادة ٢٣١ من القانون المدنى السابق) وإن كان هناك رأى قضائى يقول بجواز اعتبار صورة العقد العرفى المسجل كمبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مصدقا فى أصل العقد على إمضاء الصادر منه تصديقا رسميا — المحاماة ١٥ القسم الثانى ص ٥٥٦ رقم ٢٦٣ — ولاحظ أيضا الفقرة رقم ٣٠٠ من هذه الرسالة .

(١) وقد قررت محكمة استئناف مصر أن المحضر المشتمل على أجوبة الخصم الذى حصل استجوابه يعتبر كمحرر صادر منه ويكون حجة عليه فاذا كان فيه اعتراف صريح أو ما يؤخذ منه ذلك حكم عليه بمقتضاه وإذا كانت الأجوبة المدونة به غير كافية لاثبات الدعوى ورأى القضاة فيها قرب احتمال صحتها اعتبر محضر الاستجواب مثابة مبدأ ثبوت بالكتابة يصح إتمامه بالشهود وبقرائن الأحوال — المحاماة ١٢ ص ٦١ رقم ٤٠ .

(٢) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٥٩٢ .

(٣) انظر رقم ٤٦٨ (من هذه الرسالة) وقد نصت المادة ٣٣٠ مرافعات فرنسى على أنه يصح فى هذه الحالة اعتبار ما أريد الاستجواب عليه أمرا محققا وقد قال الشراح الفرنسيون أنه إذا كان الشارع قد أجاز اعتبار ما أريد الاستجواب عليه أمرا محققا فمن باب أولى يصح اعتبار الامتناع وعدم الحضور مبدء للثبوت بالكتابة — انظر دمولومب ج ٣٠ رقم ١٢٥ و ١٢٧ بودرى تعهدات رقم ٢٩٥ ولوران ج ١٩ رقم ٢٠٥ وتوليه ج ٩ رقم ١١٧ وانظر الأحكام التى أشار اليها بودرى فى الهامش وقارن حكم النقض فى المحاماة ١٧ ص ٦٦ رقم ٣٧ .

قانون المرافعات القديم تجيز للقاضى أيضاً فى حالة الامتناع عن الإجابة اعتبار الواقعة المراد الاستجواب عنها ثابتة فى حق الخصم إذ قالت المادة ١٦١/١٨١ إن للقاضى النظر فيما يحتمله ذلك ، وقالت المادة ١٦٢/١٨٢ إنه فى حالة امتناع الخصم المقتضى استجوابه أن تحكم بأن هذا الامتناع مما يؤذن بإثبات الوقائع المبينة عليها الأسئلة بالبينة . وقالت المذكرة التفسيرية لمشروع قانون المرافعات السابق أنه قد اقتضى أن لا يجازى الخصم الذى لا يحضر لاستجوابه بأن تعتبر الواقعة ثابتة فى حقه لأن المفروض أنه لا يعلم مقدماً بتفصيل ما سيوجه إليه من الأسئلة حتى يقدر نتيجة حضوره . ولم تتعرض المذكرة لحالة الحضور والامتناع عن الإجابة أو عدم الحضور بغير عذر مقبول إذ جعلت المادة ١٧٣ من قانون المرافعات السابق حكمه حكم الحضور والامتناع . وقد قررت محكمة النقض أيضاً فى قضية خيانة الأمانة أن أقوال المتهم فى التحقيق يصح أن تكون مبدء للثبوت بالكتابة بالنسبة لعقد الأمانة إذا احتوت تناقضاً أو تبايناً يدل على سوء النية ولم تكن هذه الأقوال واضحة بحيث يمكن اعتبارها إقراراً صريحاً[1] وكذلك غموض الإجابة أو إبهامها[2] وقررت كما قلت فى الفقرة رقم ٤٤٠ مكرر أن محاضر الحجوز الإدارية التى توقع بناء على طلب المؤجر على زراعة المستأجر تعتبر قانوناً أنها صادرة من المؤجر وهى بذلك تصلح للاحتجاج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة فى شأن بيع الأشياء المحجوزة بالقدر وبالثمن الوارد بها ، فإذا استكملتها محكمة الموضوع بما تذكره فى حكمها من القرائن واستنتجت منها وجوب خصم

---

(١) المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٠ ص ٤٨ رقم ٢٨ وداللوز العلمى جـ ٩ ص ٤٥٧ على كلمة دليل رقم ١١٥٨ بل قيل إن أجوبة المتهم على العموم أمام النيابة أو قاضى التحقيق أو فى الجلسة يصح اعتبارها مبدأ الثبوت بالكتابة — المرجع السابق رقم ١١٥٧ و ١١٥٩ ولكن قد يكون ذلك من باب الدفاع فقط . وامتناع المدعى المدنى عن الاجابة عن الأسئلة الموجهة إليه من النيابة لا يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة أو لا يمكن قياسه على امتناع أحد الخصوم فى دعوى مدنية .

(٢) داللوز العملى جزء ٩ ص ٤٥٧ على كلمة دليل رقم ١١٥٣ واستئناف الفهرست العشرية الأولى للمجموعة الرسمية ص ٤ رقم ٣٤

قيمة الحاصلات حسبما جاء فى محاضر الحجز فهذا الاستخلاص مما يدخل فى حاصل فهم الواقع فى الدعوى ولا رقابة فيه لمحكمة النقض على محكمة الموضوع[1] ، أما الشهادة المستخرجة من دفتر إثبات التاريخ فلا يصح اعتبارها مبدءا للثبوت بالكتابة لأنها ليست صادرة ممن يراد الإثبات ضده ولا تدل إلا على ملخص موجز جداً للورقة سواء أكانت هذه الورقة صحيحة أم لا ، وبخط المنسوبة إليه أو توقيعه الصحيح أم لا[2] وكذلك الشهادة المستخرجة من دفتر التصديقات . إنما إذا لم تكتف المحكمة بالشهادة المستخرجة بما هو مدون بدفتر التصديق على التوقيعات أى لم تعتمد فى الإثبات على صورة المحرر عرفى مجردة عن أية قيمة من الإثبات بل على ما أطلق عليه من كتابة دونت فى دفتر التصديق على الامضاءات وتحمل إمضاء للمقر وقع به أمام الكاتب المختص يكون اعتمادها على سند كتابى صالح للاحتجاج به على الموقع وعلى خلفائه[3] والشهادة الرسمية المستخرجة من قلم العقود بالمحكمة المختلطة سابقاً الدالة دلالة صريحة على أن هناك عقد بيع صدر من زيد لعمرو وأن البيع هو بثمن قدره كذا وأن زيداً الصادر منه البيع هو الذى قدم بنفسه العقد الذى تسلمه من قلم الكتاب بتاريخ كذا ـ هذه الشهادة مفادها أن بقلم العقود

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ١٠٧٦ رقم ٣٣٩ وقد قررت محكمة مصر أنه يصح أن يكون مبدأ للثبوت بالكتابة المحرر الذى يحرره قص بدار البطريركية مشتملا على اعتراف زوجة المورث بأن المنزل موضوع النزاع اشترته من مال زوجها المورث رغم إنكار صمتها على هذا المحضر ـــ الجدول العشرى الأول للمحاماة ص١٢ رقم ٤٩ .

(٢) استئناف مصر والزقازيق فى الجدول العشرى الأول للمحاماة ١٢ رقم ٥٠ وص ٦١ رقم ٤٧ وحكمت محكمة الاستئناف المختلطة السابقة بأنه لا يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يبيح للدائن الذى يريد أن يحل محل مدينه فى دعواه أن يثبت بالبينة صدور عقد لصالح هذا المدين بالاستناد على شهادة مستخرجة من سجلات محكمة أهلية تثبت التصديق على امضاءات الطرفين فى عقد بيع مع عدم بيان واضح عن الأعيان المبيعة كما أنه لم يكن مبينا بها أكثر من قيمة الثمن بغير ذكر لدفعه من عدمه ولا مذكورا بها أيضا الشروط التى يحرر العقد على أساسها ـ المحاماة ٦١ ص ١٠٨٩ رقم ٢/٥٥٨ .

(٣) نقض فى المحاماة ٣٠ ص ٧٠٨ رقم ٣٥١ الحيثية الرابعة .

بالمحكمة المختلطة إيصالا موقعا عليه من زيد يفيد تسلمه لذلك العقد وأن هذا العقد صادر منه بالبيع لعمرو بمبلغ كذا . ولاشك أن ذلك الإيصال المستفاد حتما من عبارة الشهادة الرسمية التى هى فى ذاتها حجة لم يطعن فيها بأى مطعن هو ورقة صادرة من زيد دالة على ما كان منه من البيع لعمرو بالثمن المذكور . وهذا الإيصال وإن كان لا يفيد قطعا أن الثمن الوارد بعقد البيع الذى تسلمه زيد قد دفعه عمرو له فعلا أو أنه كان ثمنا مؤجلا إلا أن جريان العادة الغالبة بأن المشترى يدفع الثمن ، ذلك يقرب الاحتمال بأن هذا الثمن دفع فعلا ، وإذن هذا الإيصال المدلول عليه حتما بتلك الشهادة الرسمية هو مبدأ ثبوت بالكتابة يقرب احتمال صحة تسليم زيد لمبلغ الثمن ويجيز بحسب القانون تكميل الاستدلال بالبينة والقرائن. وقد قررت ذلك محكمة النقض . وكان موضوع الدعوى المطالبة برد الثمن المبين فى الشهادة لبيع العقار المنوه عنه بها لآخر بعقد مسجل[1] .

هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ، لمشروع القانون المدنى المطبوعة فى سنة ١٩٤٢ ص ٧١٠ والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٣٠٨ « أن الفقه والقضاء فى فرنسا وبلجيكا ومصر قد استقرا على أن إقرارات الخصوم التى يدلون بها وتدون تحت إشراف موظف مختص أو قاض بأمر بإثباتها يكون حكمها حكم المحررات الصادرة منهم ولو لم تكن مدونة بخطهم أو موقعاً عليها منهم . ويتعين بداهة فى هذه الحالة أن يكون الموظف العام مختصاً بتلقى مثل هذه الإقرارات ؛ وأن يكون للقاضى ولاية الأمر بإثباتها . وغنى عن البيان أن ما يصدر من الخصوم من إقرارات على هذا الوجه يكون بمنزلة مبدأ ثبوت بالكتابة ، إذا كان من شأنه أن يجعل الالتزام المدعى به قريب الاحتمال وقد حفلت أحكام القضاء بكثير من التطبيقات فى هذا الصدد فمن ذلك الإقرارات التى يدلى بها

---

(١) انظر مجموعة القواعد القانونية السابق الاشارة إليها ص ٦٥٣ رقم ٢٤٠ .

فى محضر جرد أو حصر تركة أومناقضة أوقسمة (المجموعة الرسمية المختلطة ٤ ص ٩١) والبيانات التى تدون فى ورقة من أوراق المحضرين (المجموعة المذكورة ٤ ص ٣٨٨) والإقرارات التى تصدر فى استجواب عن وقائع (مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٢ ص ٣٩٤ و ٣٠ ص ٢٤٣) والإقرارات أو الشهادة التى يدلى بها ذوو الشأن أمام قاضى التحقيق أو القاضى المدنى أو الجنائى (المجموعة المذكورة ٢٠ ص ١٦٢) وما يثبت من أقوال أو إقرارات فى حكم من الأحكام (المجموعة الرسمية المختلطة ص ٣٠٩).

٤٤٧ — ثم إنه قد يقبل شخص ورقة كتبها غيره أو يستعملها ا يدل على تسليمه بما فيها عنه . فى هذه الحالة أيضا يصح اعتبار الورقة مبدأ للثبوت بالكتابة ضده ولو أنها ليست بخطه ولا عليها توقيعه وليست رسمية ، والاستعمال قبول ضمنى يقوم مقام قبول صريح حصل بالكتابة أو بصفة رسمية[1] وقد قررت محكمة النقض أن الورقة التى توجد فى حيازة المتهم يصح فى القانون اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان قد بدا منه ما يدل على أنه قبلها أن استعملها أو تملكها، إذ فى هذه الحالة يصح اعتبارها صادرة منه وإن كانت غير محررة بخطه . ولذلك فإذا تمسك صاحب الشأن بأن الورقة التى ضبطت فى دولاب المتهم يصح اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة فإنه يجب على المحكمة أن تتحدث عن ظروف وجود هذه الورقة عند المتهم وعن مبلغ اتصاله بها هل كان قد رآها واطلع عليها ووافق على ما جاء بها أم لا . فإذا هى لم تفعل واكتفت فى عدم الاعتداد بها كمبدأ ثبوت بالكتابة بقولها أنها ليست محررة بخطه فإنها تكون قد قصرت فى ذلك[2].

---

(١) انظر بوترى تعهدات رقم ٢٥٩٨ حيث تكلم عن هذه النقطة تفصيلا وأشار الى جلة أقوال وأحكام وانظر بلانيول المطول ج ٧ سنة ١٩٣١ رقم ١٥٣٣ ص ٨٧٣ وقد أشار الى حكم فى سيرى ١٩٣٠ — ١ — ٢٢٤ .

(٢) مجموعة القواعد القانونية جزء ٦ جنائى ص ٣٠٧ رقم ٢/٢٣٢ — أنظر الأسباب .

٤٤٧ مكرر — وإذا تمسك شخص بمستند صدر له من آخر يفيد تسليمه بسبق وجود ورقة ضد صادرة منه فإنه يصح اعتبار ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة ضده يجيز إثبات ما احتوته تلك الورقة بشهادة الشهود والقرائن . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا قدم شخص ضمن مستنداته مستنداً صادراً له من آخر يقرر فيه أنه كانت بيده ورقة صادرة له من هذا الشخص خاصة ببيع قدر من الأرض وأنه وقد أصبح هذا البيع نهائيا ، فإن ورقة الضد التى ضاعت منه تعتبر لاغية ولا يعمل بها إذا ظهرت ، فأجازت المحكمة لهذا الآخر أن يثبت ما احتوته هذه الورقة بقرائن الأحوال ، فانها لاتكون قد خالفت القانون إذ أن تمسك ذلك الشخص بالمستند الذى قدم يفيد تسليمه بسبق وجود ورقة الضد وبضياعها وبأن موضوعها خاص بالبيع الذى هو محل لدعوى[1] .

٤٤٨ — والخلاصة أنه لاعتبار الورقة مبدء للثبوت بالكتابة ، يجب أن تكون بخط الخصم أو من يمثله ، أو عليها توقيعه ، أو أن تكون رسمية تغنى رسميتها عن التوقيع ، أو أن يكون قد قبلها أو استعملها استعمالا يدل على تسليمه بما فيها عنه ؛ أو يكون قد سلم بسبق وجودها وبضياعها .

والمفهوم من ذلك أن الورقة التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تكون قد صدرت من الخصم المطلوب الإثبات ضده . وقد قررت محكمة النقض بناء على ذلك أنه إذا صدر حكم ابتدائى بناء على طلب أحد الدائنين بصورية عقد أبرمه مدينه ثم قضت محكمة الاستئناف بالغائه وعدم قبول دعوى المدعى فهذا الحكم لايصلح مبدأ ثبوت بالكتابة فى دعوى صورية العقد التى يرفعها المدين (أو ورثته) فيما بعد على من أصدر له التصرف (أو ورثته) .

---

(١) مجموعة أحكام النقض التى أصدرتها دار النشر للجامعات ص ١٦٢ رقم ٤٧ .

ولكن فى بعض الأحوال قد يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة ضد من قدمها لصالح خصمه الآخر كما إذا رفع شخص دعوى على آخر بدين قيمته أكثر من عشرين جنيها دون أن يقدم دليلا مكتوبا فيقوم المدعى عليه بتقديم مخالصة مزورة عن هذا الدين فان هذه المخالصة المزورة يصح اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ضده لصالح المدعى بالدين . وكذلك يصح أعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لتاريخها إذا لم يكن التاريخ الصحيح ثابتاً من التزوير[1]

٤٤٨ مكرر ١ — وأخيراً ليس من الضرورى أن يكون صدور الورقة ممن يراد التمسك بها ضده صدوراً حقيقياً بل يصح أن يكون صدورها اعتباريا كما إذا أملى شخص على آخر ورقة ولم يوقعها إذا كان ذلك الشخص أمياً فتعتبر الورقة صادرة منه مادام مسلما باملائها ، أما إذا لم يسلم بهذا الإملاء فلا يصح إثباته بشهادة الشهود وإلا كان إثبات الحق ذاته قائما على شهادة الشهود وحدها.

٤٤٩ — والقواعد الخاصة بإنكار التوقيع والطعن بالتزوير وإثبات التاريخ بالنسبة للغير تسرى على هذه الأوراق كما قلت بالنسبة للسندات الكاملة[2] ولا يصح إحالة الدعوى على التحقيق لسماع الشهود باعتبار الورقة مبدء للثبوت بالكتابة إلا بعد تحقيق الإمضاء أو الخط أو الختم المنكور أو المطعون فيه بالتزوير[3] لأن الورقة لاتعتبر مبدء للثبوت بالكتابة فيسوغ سماع الشهود إلا إذا كان لانزاع فى صدورها من المطلوب الإثبات عليه . ويجب أن لاننسى أن أساس الإثبات هو الورقة لا الشهود ، وإنما أجاز الشارع سماع الشهود لإزالة

---

(١) انظر مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١٦٦ وحكم محكمة النقض فى مجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ٧٥٠ رقم ٢٦٠

(٢) انظر لاروميير على المادة ١٣٤٧ رقم ٢٥ وبودرى تعهدات رقم ٢٩٨٩ ودمولومب ج ٣٠ رقم ١١٨ .

(٣) المراجع المذكورة .

الابهام أو الغموض الموجود فى الورقة أو تكملة النقص — ولذلك كان الخطر من سماع الشهود ضعيفا لأن الحق لا يثبت بالشهود وإنما هو ثابت أساسه بسند كتابى[1] وقد تقدم هذا المعنى فى الفقرة رقم ٤٣٥.

٤٤٩ مكرر — هذا وتوفر الركن الأول أو توفر الركن الثانى أى أن تكون هناك كتابة أو أن تكون هذه الكتابة صادرة من الخصم أو ممن يمثله — توفر هذا الركن أو ذاك هو من المسائل القانونية التى تخضع لرقابة محكمة النقض[2] ولكن إذا حكمت محكمة الموضوع باعتبار ورقة مبدأ ثبوت بالكتابة بناء على أنها صادرة من الخصم وأحالت الدعوى إلى التحقيق لتكملة الإثبات بالبينة وقبل الخصم هذا الحكم وطلب التأجيل لإعلان شهوده لا يقبل منه الطعن بالنقض[3].

الركن الثالث — يجب أن يكون ما يراد إثباته قريب الاحتمال بالورقة

٤٥٠ — يجب أن يكون الحق المراد إثباته قريب الاحتمال بالورقة حتى يمكن اعتبارها مبدءا للثبوت بالكتابة، وإلا فكأننا أبحنا الإثبات بالشهود،

---

(١) قارن بلانيول الموجز جزء ثان رقم ١١٢٥ ص ٣٧٨ الطبعة الخامسة.

(٢) المحاماة ٢٩ ص ١١٤٦ رقم ٥٢٤ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٦٤ ص ٣٦٤ هامش ٥٨ وبودرى تعهدات رقم ٢٦١٤ والمراجع وأحكام النقض الكثيرة التى أشار اليها وبلانيول المطول جزء ٧ رقم ١٣٥٤ ص ٨٧٥ سنة ١٩٣١.

(٣) مجموعة القواعد القانونية جزء ٢ ص ٥٧٣ عن الوجه الثانى من الطعن رقم ١٨٧ فقد جاء: وحيث أن ماتنعاه الطاعنات على محكمة الاستئناف فى اعتبارها الخطابات الصادرة من مورثهن بطلب باقى ثمن الصفقة من مورث المدعى عليهم مبدأ ثبوت بالكتابة على خلاف مايقضى به القانون — هذا النعى غير مقبول لأنه مما تجب ملاحظته أن المحكمة أصدرت فى ١٢ من يونيه سنة ١٩٣٧ حكما قضى باعتبار هذه الأوراق مبدأ ثبوت بالكتابة وأمرت بتكملته بالبينة. وقد قبلت الطاعنات هذا الحكم ونفذنه من غير قيد ولاشرط بأن طلبن التأجيل لإعلان شهودهن كما يدل على ذلك ماذكره الحكم المطعون فيه، فلايقبل إذن منهن الطعن على ذلك بعد قبولهن اياه.

مع أن الغرض من سماح الشارع بسماع الشهود هنا هو تكملة النقص أو تفسير الغموض أو الإبهام الواقع فى الدليل الكتابى . وقد قررت محكمة النقض أن محضر الاستجواب لا يمكن اعتباره مبدءا للثبوت بالكتابة لمجرد كونه محضر استجواب بل يجب أن يتضمن قولا صادراً ممن يراد الإثبات ضده يجعل الحق المراد إثباته بالبينة قريب الاحتمال مما لا يتوافر بداهة فى الإنكار المطلق [1] .

وقد تختلف درجة الاحتمال بين القوة والضعف .

ويلاحظ أن المادة ٤٠٢ الملغاة من القانون المدنى القائم نصت فى الفقرة الثانية على أن يكون « وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال » وقد نص قانون الإثبات على ذلك أيضاً بالمادة ٦٢/٢ ولكن الأستاذ السنهورى يرى أنه يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها مرجحة الحصول لا ممكنة الحصول فحسب وبنى على ذلك أن الورقة المثبتة لوجود اتفاق لا تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة على تنفيذ هذا الاتفاق ومن ثم لا تصلح الورقة المثبتة للدين مبدأ ثبوت بالكتابة لمصلحة الدائن لإثبات قطع التقادم عن طريق دفع الأقساط المستحقة والفوائد [2] . ولكن يجب أن يلاحظ أن مسألة قرب الاحتمال مسألة متروك تقديرها لقاضى الموضوع كما سيرى فى الفقرة ٤٥٤ بل قد ذهب كبار علماء القانون فى فرنسا إلى أنه يكفى أن يرمز فى قليل أو كثير مباشرة إلى الواقعة المدعاه . [3]

٤٥١ — فورقة شطب الرهن تكاد تكون دليلا كاملا على دفع الراهن مبلغ الرهن ، لأنه لا يظن أن الدائن المرتهن يشطب رهنه إلا إذ تسلم دينه الذى

---

(١) انظر حكم النقض الصادر فى الطعن رقم ٥٣ سنة ١٣ القضائية وانظر أيضا أحكام النقض المذكورة فى الفقرة رقم ٤٥٤ .

(٢) الوسيط رقم ٢٢١ ص ٤٣٥ حيث قال قارن ديباج ٢ فقره ٧٩٥ .

(٣) انظر الوسيط تعهدات رقم ٢٦١١ والمراجع التى أشار إليها .

جعلت العين المرهونة تأميناً له وكذلك شطب امتياز البائع يدل على تسلمه باقى الثمن .

وإيصال بقسط متأخر من دين له دلالة قوية على الوفاء بالأقساط التى سبقته فيصح اعتبار الايصال مبدء للثبوت بالكتابة بالنسبة لتلك الأقساط ، وكذلك كان قرينة قضائية كل إيصال بأجرة شهر متأخر عن مكان مستأجر ولم يكن هناك نص على حكمه بالنسبة للشهور السابقة فى القانون المدنى السابق ولكنه اعتبر قرينة قضائية ودليل قوى على دفع أجرة الشهور التى تقدمته ، ويعتبر مبدء للثبوت بالكتابة على الأقل بالنسبة لدفع أجرة الشهور السابقة إلا إذا ذكر فيه أن المؤجر يحتفظ بحقه فى أجرة شهر أو شهور سابقة وأنها لا تعتبر مدفوعة إلا إذا قدمت الإيصالات الخاصة بها ، أو ذكر أن ذلك تحت التحقيق ، وهذا يحصل عادة إذا تغير من له صفة فى استلام الأجرة . أما القانون المدنى القائم فقد نصت المادة ٥٨٧ منه على أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . ومفاد هذا النص أن الوفاء بقسط متأخر من الأجرة أصبح قرينة قانونية بعد أن كان قرينة قضائية فقط على الوفاء بما قبله من أقساط حتى يثبت العكس حتى لا يضطر المستأجر لأن يحتفظ بإيصلات دفع الأجرة مدة خمس سنوات ويكفيه أن يحتفظ بالإيصال الأخير[1] وبهذا أعفى المستأجر من إتمام إثبات الوفاء بالأقساط السابقة وحُمل المؤجر إثبات العكس إذا أدعى عدم الوفاء

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ٤ ص ٥٤٣ عن المادة ٨٧ من القانون الحالى ومجموعة التشريع والقضاء المختلط ١٣ ص ٥٠ و١٦ ص ٢٤١ و٢٠ ص ١١٦ و٣٧ ص ٩٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٠٩ والأحكام التى أشار إليها فى الهامش ولاروميير فى المادة ١٣٤٧ رقم ٣١ ودالوز ٨٢ — ١ — ٤١٤ .

بها . على أن المادة الجديدة لا تمنع المؤجر من الاحتفاظ بحقه فى الأقساط السابقة كما تقدم .

وكان يجدر بالشارع أن يجعل الوفاء بأى قسط متأخر من أى دين قرينة قانونية أيضا على الوفاء بما قبله من أقساط أسوة بأقساط الإيجار ، وقد يرى أنه يصح القياس على أقساط الإيجار بما أن هذه لا تخرج عن كونها دينا هى الأخرى ولكن انظر الفقرة رقم ٦١٥ وهامشيها حيث نرى أنه لا يصح القياس على القرينة القانونية .

وقد قررت محكمة النقض أن الفاتورة الصادرة من أحد المحلات التى تعامل الشركة والتى وقعها أحد الشريكين تعتبر بلا شك مبدأ ثبوت بالكتابة فى إثبات الشركة ما دام من شأنها أن تجعل ثبوت قيامها فى حقة قريبة الاحتمال ، فإذا اكملت هذه الفاتورة بشهادة الشهود والقرائن فإن شركة التضامن يثبت قيامها بين الشريكين (١)

وقد يتم إيصال عن تعاقد ولا يستكمل أركان هذا التعاقد ، فيعتبر مبدء للثبوت بالكتابة بالنسبة للتعاقد كاملا مستوفى الأركان (٢) .

وكما تقدم فى الفقرة رقم ٤٣٦ إذا رفع شخص على آخر دعوى بدين فقدم المدعى عليه ورقة تفيد مديونية المدعى له بعد استحقاق دينه يصح اعتبار هذه الورقة مبدء للثبوت بالكتابة بالنسبة إلى واقعة تخلص المدعى عليه من دينه وكذلك مسألة ضابط القرعة المذكورة فى الفقرة رقم ٤٣٦ وكذلك مسألة ما إذا أودع شخص عند آخر عقد بيع صدر له من ثالث ثم استرده منه

---

(١) مجموعة الـ ٢٥ عاماً إثبات ٢٥٧ ومجموعة القواعد القانونية ٤ رقم ١٢٥/٤ ص ٣٣٨ — ٣٣٩ راجع الفقرة ٤٣٦ المذكورة .

(٢) نقض فى ١٦ من يناير سنة ١٩٤٧ — المحاماه ٢٨ ص ٢٦ رقم ٢٠ .

بإيصال المذكورة فى الفقرة ٤٤٤ ، وكذلك مسألة المأمور المذكورة فى نفس الفقرة .

وقررت محكمة النقض كما تقرر فى الفقرة ٤٤٨ مكرر أن ثبوت تزوير تاريخ ورقة وأن أصل تاريخها الصحيح هو ما قرره مدعى التزوير — ذلك يعتبر حتما مبدء للثبوت بالكتابة يجيز له الاستدلال بالبينة والقرائن لإقناع المحكمة بصحة نظريته هو عن الورقة[1]

وصور العقود الرسمية على النحو الذى جاء والفقرتين ١٧٢ و ١٧٣ يصح اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة .

٤٥٢ — وهناك احتمال متوسط فى حالة الوعد كتابة ببيع أو شراء شىء معين إذ يصح اعتبار ذلك مبدء للثبوت بالكتابة بالنسبة لتمام البيع أو الشراء . وقيل إن هناك احتمالا متوسطاً أيضاً فى حالة ما إذا كتب شخص لآخر ورقة يعرض عليه فيها أن يشترى منه شيئاً معيناً ، فإن هذه الورقة يصح أن تعتبر مبدء للثبوت بالنسبة لتمام البيع . وكذلك إذا عرض شخص على آخر كتابة أن يبيعه شيئا ، فإن الورقة تعتبر مبدء للثبوت بالكتابة بالنسبة لتمام الشراء[2]

ولايخفى أنه فى الحالة الأولى قد يكتب الآخر لصاحب العرض بالشراء وينكر هذا حصول ذلك . وكذلك فى الحالة الثانية يجوز أن يكتب المعروض عليه الشراء بالقبول وينكر العارض ذلك . أما من يعرض البيع أو الشراء كتابة

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ٧٥١ رقم ١٦٠ وانظر ملخصاً وافياً للدعوى فى الهامش .

(٢) دورانتون ج ١٣ رقم ٣٤٥ وتوليه ج ٩ رقم ٩١ و ٩٥ و ٩٦ ولارومبيير على المادة ١٣٤٧ رقم ٣٠ وأوبرى ج ١٢ § ٧٦٤ ص ٣٦٢ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٠٨ والأحكام التى أشار إليها فى الهامش .

لا يصح له أن يعتبر مجرد عرضه دون قبول مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لإتمام الشراء أو البيع .

وليس من المهم أن يكون الثمن لم يذكر فى تلك الورقة فى حالة القبول ، فإنه يمكن إثباته بالشهود[١] وإنما لا يصح أن تعتبر الورقة مبدأ للثبوت بالنسبة لواقعة دفع الثمن[٢] .

وكذلك الورقة التى يعد فيها المشترى البائع بأنه سيدفع له ثمن بضائع (تحت التسليم) يصح اعتبارها مبدءاً للثبوت بالكتابة بالنسبة لحصول التسليم[٣] وحكم كما تقدم القول فى هامش الفقرة رقم ٤٣٦ بأن الخطابات التى يرسلها شخص لأخيه معترفاً فى بعضها بقيامه بدفع بعض مصاريف دعوى رفعها اصالحهما معاً ومطالباً فى البعض الآخر بتكملة رسوم الاستئناف يصح اعتبارها مبدء للثبوت بالكتابة عن تخالص الأخ المرسلة إليه تلك الخطابات من نصيبه فى مصاريف تلك الدعوى[٤] .

وقيل إنه إذا أرسل شخص لآخر خطابا يطلب منه فيه دفع مبلغ لثالث ، يصح اعتبار الخطاب مبدء للثبوت بالكتابة بالنسبة لدفع المبلغ من المرسل إليه إلى الشخص الثالث أو بالنسبة لمديونية المرسل لهذا الشخص المطلوب الدفع إليه[٥] والحالة الأولى محل نظر إذ ليس هناك ما يمنع المرسل إليه من أخذ إيصال من الشخص الثالث .

---

(١) لارومبير على المادة ١٣٤٧ رقم ٣٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٠٨ .

(٢) دورانتون ج ١٣ رقم ٣٤٥ وقد قال توليه ج ٩ رقم ٩٣ و ٩٤ يمكن ذلك حسب الظروف . وانظر أيضاً لارومبير على المادة ١٣٤٧ رقم ٢٠ :

(٣) أوبرى جزء ١٢ § ٧٦٤ ص ٣٦٢ وتوليه ج ٩ رقم ١٠٧ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٠٨ ولارومبير على المادة ١٣٤٧ رقم ٣٠ .

(٤) استئناف مصر فى المحاماة ١٨ ص ٢٢٧ :

(٥) بودرى تعهدات رقم ٢٦٠٨ ولارومبير على المادة ١٣٤٧ رقم ٣٠ والمراجع التى يشير إليها فى الهامش وأوبرى ج ١٢ § ٧٦٤ ص ٣٦٢ ودورانتون ج ١٣ رقم ٣٤٧ .

وورقة فيها اعتراف من مدين باشتغال ذمته بدين بغير تعيين مقداره تعتبر مبدء للثبوت بالكتابة بالنسبة لمقدار الدين . وكذلك إيصال باستلام دائن جزءاً من الدين بغير ذكر قيمته ، تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة بالنسبة للمبلغ المدفوع[1] .

ورفعت دعوى بموجب سند آقر فيه المدعى عليه بقبضه مبلغاً على سبيل الأمانة ثم دفع بصورية هذا السند قائلا إن قيمته هى مجموع مبلغ دفعتها له المدعية من استحقاقه فى وقف هى ناظرة عليه وأن زوج المدعية ووكيلها طلب إليه أن يحرر السند الذى رفعت به الدعوى ويقدم تاريخه ويذكر فيه أنه أمانة وذلك لمصلحة زوجته المدعية فى دعوى مرفوعة عليها من بعض أخواتها وأنه فى نظير هذا يرد له إيصالات المبالغ المذكورة . وقد استند المدعى عليه فى دفعه هذا إلى تلك الإيصالات المعترف بها من المدعية والمؤشر عليها من زوجها ووكيلها بما يفيد سبق وجودها لديه واستردادها منه — ومحكمة النقض رأت أنه لا مخالفة للقانون إذا اعتبرت محكمة الموضوع هذه الايصالات مبدء للثبوت بالكتابة يجيز تكملة الدليل على الصورية بالبينة والقرائن فيما بين العاقدين لأن الإيصالات وإن كانت صادرة من المدعى عليه إلا أنه معترف بها من المدعية ومؤشر عليها من وكيلها بما يجعل ثبوت المدعى به قريب الاحتمال فى نظر المحكمة[2].

وانظر ما تقدم فى الفقرة رقم ٤٤٦ عن الشهادة المستخرجة من مصلحة الشهر العقارى أو من قلم العقود الرسمية بالمحكمة المختلطة سابقا . وقررت محكمة استئناف مصر كما تقدم أنه إذا طالب أخ أخاه بمصاريف دعوى كانت مرفوعة لصالحهما

---

(١) لاروميير على المادة ١٣٤٧ رقم ٣٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٠٨ وأوبرى جـ ١٢ § ٧٦٤ ص ٣٦٢

(٢) مجموعة القواعد القانونية السالفة الذكر ص ٦٦٠ رقم ٢٤١ وجزء ٣ ص ٢١٧ رقم ٣/٩٩

معا وبناء على عقد اتفاق محرر بينهما فقدم المدعى عليه خطابات صادرة من المدعى يفيد بعضها قيامه بدفع بعض هذه المصاريف والبعض الآخر بمطالبته بتكملة رسوم الاستئناف وخلافه ، فإن هذه الخطابات تجعل التخالص من الدين المدعى به قريب الاحتمال وتعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة[1] .

وليس من الضرورى أن يكمل الإثبات بشهادة الشهود فقط ، بل يكفى أن يكمل بالقرائن أيضاً[2] ، أو بالشهود والقرائن من باب أولى ، والقاعدة أن كل ما يجوز إثباته بالشهود يجوز إثباته بالقرائن ولا عبرة بحرفية المادة ٦٢ إثبات (٤٠٢ مدنى) التى يؤخذ منها على قصر الإثبات بالشهود حيث قالت « يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة » كما سنرى فى الفقرة ٤٥٤ وفى الكلام على القرائن فى الجزء الثانى .

ولا يخفى أن الإقرار يقوم مقام الكتابة إن لم يكن أقوى منها كما سنرى فى الكلام على الإقرار ، فإذا أقر شخص بإيداع حقيبة مقفلة أودعت لديه فى حالة اضطرارية بالنسبة للمودع فإنه يجوز اعتبار هذا الإقرار كمبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لمحتويات هذه الحقيبة ، أما إذا كانت الوديعة اختيارية فلا يمكن اعتبار مثل هذا الإقرار مبدأ ثبوت بالكتابة لأنه لم يكن هناك مانع يمنع من أخذ إيصال لجميع محتوياتها ، وإذا أودع شخص أثناء لعبه القمار لدى آخر محفظة نقوده دون عد ما فيها ثم ادعى عند استردادها أنها ناقصة واعترف المودع لديه بتسلم المحفظة ولكنه قرر أنه ردها كما هى دون أن يفتحها ، فإن اعترافه هذا لا يمكن عده مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لما كان فى المحفظة من نقود لأن الوديعة هنا

---

(١) المحاماة ١٨ ص ٢٢٧ رقم ١١٩

(٢) انظر حكم النقض فى مجموعة دار النشر السنة الأولى ص ١٧ رقم ٥ حيث قررت المحكمة جواز استكمال مبدأ ثبوت بالكتابة بالقرائن .

لم تخرج عن كونها وديعة اختيارية[١] . ولا يمكن بحال اعتبار انشغاله باللعب اضطرارياً فضلا عن عدم مشروعيته .

٤٥٣ — وهناك احتمال ضعيف فى حالة ما إذا أرسل دائن لمدينه خطاباً يستفهم فيه منه عما إذا كان وفاء دينه أو جزء منه لمضى وقت طويل ، فإنه يصح اعتبار الخطاب فى هذه الحالة مبدءً للثبوت بالكتابة لصالح المدين بالنسبة لدفع الدين[٢] وقررت محكمة استئناف مصر أنه إذا ادعى ورثة أنهم أودعوا ثمن ما باعوه من أطيان عند أحدهم ليشترى لهم به أطياناً أخرى ، ثم توفى المودع لديه وطالب المدعون تركته بأموالهم وقدموا خطابات بإمضائه تدل على اهتمامه بأمورهم وعلى إظهار الرغبة فى شراء أعيان أخرى فإن هذه الخطابات فضلا عن صلة القرابة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة فيما يتعلق بإيداع الثمن[٣] ويظهر أن المحكمة تأثرت أيضاً بالقرابة وهى مانع أدبى فى بعض الأحوال والظروف كما رأينا فى الكلام على هذا المانع .

وأضعف من ذلك ما إذا أرسل شخص لآخر خطاباً يقول له فيه سأحقق رغبتك فى الموضوع، فإنه قد قيل إنه يصح اعتبار الخطاب مبدءً للثبوت بالكتابة لصالح المرسل إليه بالنسبة لوديعة يطلب ردها من المرسل[٤] وأرى أن هذا غير كاف إذا لم تساعد ظروف الأحوال على صحة ذلك .

٤٥٣ مكرر — وقد تقدم القول فى الفقرة ٤٤٦ بأن الأقوال التى تدون فى محضر رسمى يصح اعتبارها مبدأ للثبوت بالكتابة ـ هذا طبعاً إذا كان مادون

---

(١) انظر مجموعة القواعد القانونية جنائى جزء ٢ ص ٣٢٣ رقم ٢٥٦ .
(٢) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٦١١ والأحكام التى أشار إليها فى الهامش .
(٣) المحاماة ٩ ص ٨٤٩ رقم ٤٦٦
(٤) لاروميير على المادة ١٣٤٧ رقم ٣١ ومايشير إليه وبودرى تعهدات رقم ٢٦١١ والحكم الذى يشير إليه وكذا الشراح .

يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال وإلا فلا يصح اعتبار ذلك المحضر مبدءاً للثبوت بالكتابة أيضاً[1] .

٤٥٣ مكرر أ — هذا وليس بلازم أن يستفاد مبدأ الثبوت بالكتابة من ورقة واحدة بل يكفى أن يتكون هذا المبدأ من جملة أوراق إذا اجتمعت معا ، ذلك لأن نص المادة ٦٢ إثبات (٤٠٢ الملغاة من القانون المدنى القائم) جاء مطلقاً لقوله « وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها ... تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة » . وقد أزال هذا التعبير اللبس الذى كان موجوداً فى المادة ٢٨٢/٢١٧ من القانون المدنى السابق حيث قيل « إذا كان الدين أو التخلص منه صار قريب الاحتمال بورقة صادرة من الخصم » على أن كلمة ورقة هنا تدل على نوع الدليل لا على العدد . وقد قررت محكمة استئناف مصر أنه لا يشترط فى مبدأ الثبوت بالكتابة أن يستمد من ورقة واحدة بل يجوز أن يستمد من جملة أوراق مجتمعة ، حتى ولو كانت كل ورقة منها لا تكفى بمفردها . كما أنه لا يشترط أن ينصب مضمون الأوراق مباشرة على نفس الواقعة المراد إثباتها أو على أحد عناصرها ، بل يجوز أن تقتصر دلالتها على إمكان اتخاذها بداية يسلك القاضى منها سبيله فى الاستنتاج لتكوين عقيدته فيكفى مثلا أن تكون العلاقة بين موضوع الورقة وبين الواقعة المراد إثباتها علاقة مشابهة فحسب كما هو الشأن فى العلاقة بين بيانات عقد الزواج الأول وبيانات عقد الزواج الثانى فيما

---

(١) وقد قررت محكمة استئناف مونبلييه بفرنسا أنه يشترط أن تكون هذه الأقوال من شأنها أن تجعل الواقعة المدعى بها قريبة من الصحة وإن كان لا يشترط أن تبلغ مبلغ الاعتراف الكامل الصريح فإذا كانت تصريحات المدعى عليه الذى ينكر الصفة النهائية للعقد الذى باع بمقتضاه محصول العنب تدل باعترافاتها الجزئية وبعدم معقوليتها وبما هو ظاهر فيها من تعمد المدعى عليه السعى للتخلص من الصفقة التى تعاقد عليها سعياً للاستفادة من ارتفاع الأسعار عقب التعاقد، فللقضاة أن يعتبروا بحق أن هذه التصريحات من شأنها محتملة أن تجعل ادعاء المدعى قريباً من الصحة — الجدول العشرى الثانى المحاماة ص ٤٠ رقم ٢٢٣ .

يختص بمعجل الصداق وإقرار المستأنف فى محضر الصلح بأن ما جاء عنه فى العقد الأول لا يطابق الواقع[1] وقد أيدت محكمة النقض ذلك إذ قررت أنه متى كان الواقع هو أن الطاعن أقام الدعوى على المطعون عليهم وطلب الحكم بإلزامهم بمبلغ معين بموجب سند ذكر فيه أن هذا المبلغ سلم لهم على سبيل القرض فدفع المطعون عليهم الدعوى بأن المبلغ المطالب به ليس قرضاً وإنما هو ثمن حصة فى ماكينة اشتراها من الطاعن بموجب عقد بيع محرر فى تاريخ تحرير السند وكان الحكم المطعون فيه إذ 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 فى مجلس واحد علاوة على اتحادهما فى خط الكاتب لهما والشهود الموقعين عليهما والمداد المحررين به ، كما أنه يستبعد أن يشترى المطعون عليهم حصة الطاعن فى الماكينة وأن يدفعوا إليه الثمن ويقترضوا فى نفس مجلس العقد المبلغ المحرر به السند — إذ قرر الحكم ذلك فإنه يكون قد استند إلى أدلة مسوغة تؤدى إلى النتيجة التى رتبها عليها وليس فيما قرره مخالفة للقانون[2] بل إذا قدمت فى الدعوى قصاصات ورق ألصقت مع بعضها فجعلت الحق المراد إثباته قريب الاحتمال — يصح اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة . وقد قررت محكمة النقض أنه 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 وخصوصاً ما يتعلق بالعين ومقدارها وحق استردادها ، مع اتحاد الخط والحبر والورق ووجود توقيع بصمة ختم المشترى على إحداها

---

(١) المحاماة ٣١ ص ٥٤٠ رقم ١٦١ — انظر الأسباب . وانظر أيضاً حكم الاستئناف المشار إليه فى الفقرة ٤٥٣ — فى المحاماة ٩ ص ٤٨٩ رقم ٤٦٦ وبلانيول المطول جزء ٧ رقم ١٣٥٢ .

(٢) مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الرابعة ص ١٠٧٠ رقم ٨٢ .

استدلت من ذلك على أن هـذه البقايا هى أجزاء لأصل واحد فاعتبرتها — لا ورقة كاملة — بل مبدأ ثبوت بالكتابة أكملته بما استخلصته من شهادة الشهود والقرائن التى أوردتها ، وبناء على ذلك قضت بأن العقد وإن كتب فى صورة عقد بيع بات هو فى حقيقته يخفى رهنا ، فذلك ليس فيه خطأ فى القانون[1] .

٤٥٤ — وهذا الركن الثالث أى مسألة ما إذا كان ما يراد إثباته قريب الاحتمال مسألة موضوعية بحتة أى أن لقاضى الموضوع كامل السلطة فى تقرير ما إذا كانت الورقة تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة أم لا . وقد قالت المادة ٢١٧/٢٨٢ من القانون المدنى السابق : ومع ذلك فالإثبات بالبينة أو بقرائن الأحوال يجوز قبوله إذا كان الدين أو التخلص منه صار قريب الاحتمال الخ . أى أن القاضى ليس مجبراً قانوناً على اعتبار ورقة مبدأ للثبوت بالكتابة ؛ فلذلك لا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فى أمر ذلك التقدير ما دام قائماً على أسباب من شأنها أن تبرره غير متعارض مع الثابت فى الدعوى[2] هذا ومن الجائز أن تكون الورقة مشروع عقد لم يتم الاتفاق عليه وعدل عنه[3] ولا يخفى أن قرب الاحتمال من

---

(١) مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة السادسة ص ٨٧ رقم ١٧ .

(٢) انظر نقض فى مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٣١٧ رقم ٣/٩٩ ومجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الخامسة ص ٢٩٧ رقم ٤/٤٦ ولا خلاف فى ذلك فى فرنسا — انظر أوبرى ج١٢ § ٧٦٤ ص٣٦٤ هامش٥٩ والمراجع والأحكام العديدة التى أشار إليها كذلك بودرى تعهدات رقم ٢٦٤١ والهامش وبلانيول المطول ج٧سنة١٩٣١ رقم١٥٣٤ص٨٧٥ .

(٣) مجموعة أحكام النقض التى أصدرتها دار النشر للجامعات السنة الأولى ص ٣٨٥ رقم ٩٦ حيث قررت المحكمة أن تقدير ما إذا كانت الورقة المتمسك بها تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة من حيث كونها تجعل الإثبات قريب الاحتمال أو لا تجعله كذلك هو اجتهاد فى فهم الواقع مما يستقل به قاضى الموضوع . فمتى كانت المحكمة قد حصلت فى منطق سليم من أوراق الدعوى وأقوال الخصوم فيها أن التعاقد لم يتم وأن الورقة المتمسك بها كمبدأ ثبوت بالكتابة إنما تشير إلى مشروع عقد عدل عنه فلا سبيل إلى الجدل فى ذلك .

شأن قاضى الموضوع بطبيعته . ولم يغير نص المادة ٤٠٢ من القانون المدنى القائم (للقابلة للمادة ٦٢ اثبات) من ذلك بقوله « يجوز الإثبات بالبينة فيما يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ للثبوت» إذ لم يقصد بهذا النص جعل الإثبات بالبينة من حق الخصم وجبر القاضى على قبوله بدليل ما جاء فى المذكرة الايضاحية جزء ٢ المطبوعة سنة ١٩٤٢ ص ٧٠٨ والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤٠٥ من أن المشروع (أى مشروع المادة ٤٠٢ المذكورة) استلهم فى هذا النص أحكام المادة ٢١٧ / ٢٨٢ من التقنين المصرى (أى القانون المدنى السابق التى نصت على أن الاثبات بالبينة أو بقرائن الأحوال يجوز قبوله الخ) والمادة ١٣٤٧ من التقنين الفرنسى وبدليل ماجاء فى ص ٧١ من المذكرة الايضاحية المذكورة وص ٤٠٧ من مجموعة الأعمال التحضيرية المذكورة من أن قرب الاحتمال موكول تقديره الى القاضى ، وليس فى هذه المذكرة ما يشعر عن قرب أو عن بعد بأن الشارع فى القانون الجديد قصد إلزام القاضى بقبول الاثبات بالبينة ، هذا فضلا عن أن قبول الاثبات على وجه العموم حيث يجوز ذلك هو من حق قاضى الموضوع[1] .

وقد قررت محكمة النقض أيضا أن محكمة الموضوع لا تخضع لرقابة محكمة النقض فى تفسير العقود على العموم، ومن ذلك اعتبار ورقة مبدء للثبوت بالكتابة إذا استرشدت فى ذلك بظروف الدعوى وملابساتها معتمدة على اعتبارات معقولة.[2] وقررت كذلك أنه إذا تعرضت المحكمة لما ادعاه الطاعن من وجود مبدأ ثبوت بالكتابة يجيز الاثبات بالبينة استناداً إلى تحقيقات أجرتها النيابة وفندت المحكمة

---

(١) انظر الفقرتين رقم ٤٧٧ و ٤٧٨ .

(٢) مجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ٣٨٤ رقم ١٥١

بأسبابها هذا الذى يدعيه وكان من شأنها (أى الأسباب) أن تؤدى إلى ما انتهت إليه فلا يصح النعى على حكمها بالقصور[١] . وقررت كذلك أن تقدير الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من حيث كونها تجعل أو لا تجعل الاثبات قريب الاحتمال هو اجتهاد فى فهم الواقع يستقل به قاضى الموضوع[٢] . وإذا قالت محكمة الموضوع عن ورقة هى فى حقيقتها مبدأ ثبوت بالكتابة إنها دليل قاطع فى الدعوى ثم أقامت حكمها على قرائن أخرى من شأنها أن تؤدى إلى صحة حكمها فإن وصفها للورقة بأنها دليل قاطع لا يعيب حكمها[٣]

ولمحكمة الموضوع أن تقرر أن الورقة التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ليست إلا مشروع عدل عنه وقد قررت محكمة النقض أنه متى كانت المحكمة قد حصلت فى منطق سليم من أوراق الدعوى وأقوال الخصوم فيها أن التعاقد لم يتم وأن الورقة المتمسك بها كمبدأ ثبوت بالكتابة إنما تشير إلى مشروع عقد عدل عنه فلا سبيل إلى الجدل فى ذلك[٤] .

وقد قررت محكمة النقض (بعد القانون الحالى) على أن قضاءها قد جرى على أن تقرير ما اذا كانت الورقه التى يراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة تجعل الإثبات قريب الاحتمال أو لا تجعله هو اجتهاد فى فهم الواقع يستقل به قاضى الموضوع متى أقام قضاءه على استخلاص سائغ[٥]

إنما كون أن هناك ورقة مكتوبة وأنها صادرة من الخصم أو من يمثله أم لا

---

(١) المحاماة ٢٧ ملحق رقم ١ (مدنى) ص ٥٠ رقم ٢٠ .

(٢) مجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٥٦٦ رقم ٢٨٨

(٣) نقض فى مجموعة الـ ٢٥ عاما اثبات ٣٩٩ ومجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٥٥٢ رقم ٢٧٨ .

(٤) مجموعة أحكام النقض التى أصدرتها دار النشر للجامعات ص ٣٨٥ رقم ٩٦ .

(٥) المكتب الفنى السنة ١١ رقم ١٠٣ ص ٦٣٦ /٢ وانظر أيضاً السنة ١٤ رقم ١٧٥ ص ١٢١٨ حيث قررت المحكمة أن لمحكمة الموضوع سلطة تقدير ما إذا كانت الكتابة الصادرة من الخصم من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال أو لا تجعله بشرط أن يقام التقدير على أسباب منتجة عقلا .

ومجموعة المكتب الفنى السنة ١٨ ص ٧٤٣ والسنة ١٧ ص ١٤٠٩ والسنة ١٢ ص ٢١٢

فإن ذلك من المسائل القانونية التى تخضع لرقابة محكمة النقض [1] كما تقدم فى الفقرة رقم ٤٤٩ مكرر ـ راجعها أيضاً .

٤٥٥ ـ مما تقدم يمكن القول بأن الورقة التى تعتبر مبدء للثبوت بالكتابة نوعان (الأول) الورقة التى تحتوى كل البيانات اللازمة للتعاقد وإنما لا يمكن اعتبارها عقداً كاملا لعيب أو نقص فيها ، كالعقد الرسمى أو العرفى الذى فيه إبهام أو غموض أو نقص ، أو لأنها ليست عقداً بمعنى الكلمة كمذكرة خصوصية الخ (الثانى) الورقة التى تنم عن التعاقد فقط وتجعل حصوله محتملا ، كشطب رهن وكالوعد بالبيع والشراء ، وعرض البيع والشراء ، وإرسال خطاب بطلب مبلغ من المال الخ . وعلى أى حال يجب أن تكون الورقة كما تقدم بخط المطلوب الإثبات ضده أو من يمثله أو موقعة منه أو ممن يمثله ، أو رسمية تغنى رسميتها عن التوقيع ، أو أن يكون قد قبلها أو استعملها استعمالا يدل على تسليمه بما فيها أو أن يكون قد سلم بسبق وجودها وبضياعها .

٤٥٥ مكرر — ويلاحظ أخيراً أنه ليس من الضرورى أن يذكر الحكم صراحة أنه أخذ بورقة على اعتبار أنها مبدأ ثبوت بالكتابة إذ ليس القاضى ملزما بذكر القاعدة القانونية التى أقام حكمه عليها . بل يكفى أن يكون الحكم قد استند إليها مع قرائن ساقها فى الدعوى دون أن يذكر أنه استند إلى مبدأ ثبوت بالكتابة كملته تلك القرائن . وقد قررت محكمة النقض أنه لا تثريب على المحكمة إن هى اتخذت من الخطابات الصادرة من مورثة الخصوم إلى مستأجر أطيان الروكية التى كانت تقوم بإدارتها لاسيما الخطاب الذى تطالب المستأجر المذكور بمبلغ سبق أن طالبته به فى خطاب سابق لحاجتها الشديدة إليه

---

(١) انظر أوبرى جزء ١٢ § ٧٦٤ ص٣١٤ هامش ٥٨ وبودرى تعهدات رقم ٣٦١٤ والمراجع والأحكام الكثيرة التى أشار إليها ويلانيول المطول فى الموضع السابق .

في العمارة — لا تثريب على المحكمة إن هي اتخذت منه مبدأ ثبوت بالكتابة يقرب احتمال أن المال الذى أنفق فى شراء الأرض وبناء العمارة التى يدعى الطاعن أنها كانت مملوكة للمورثة إنما كان من مال الزوجية ولحسابها . ومتى كانت المحكمة قد استكملت مبدأ الثبوت هذا بقرائن عديدة ساقتها ومن شأنها أن تؤدى إلى ما استخلصته منها فإن حكمها يكون مطابقا للقانون وإن لم تذكر القاعدة القانونية التى أقام قضاءه عليها إذ يحسبه أن يكون الذى انتهجه موافقاً للتطبيق القانونى الصحيح (١) .

٤٥٥ مكررا — إنما يجب أن يلاحظ أن الورقة يجب أن تكون قد قدمت فى الدعوى وموجودة فى ملفها وإلا كان الحكم مبنيا على عدم — إلا إذا أقر الخصم المطلوب الإثبات ضده بها وبماهيتها ، ولما جاء فيها بحيث يمكن للقاضى أن يقدر ما إذا كان يصح اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة أم لا .

وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كان الحكم حين تحدث عن مبدأ الثبوت بالكتابة قد اقتصر على إقرار المراد الإثبات ضده ، بوجود ورقة ضد ولكن لم يبين ما هو هذا الإقرار ولا فى أية ورقة ورد وهل هو يجعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال وكيف ذلك ، فإن خلوه من هذا يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون إذ لا يتسنى لها بدون هذا البيان التحقق من وجود مبدأ ثبوت بالكتابة بالمعنى المراد فى المادة ٢١٧ من قانون المرافعات فيكون متعيناً نقضه لقصوره (٢) .

---

(١) مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة الثانية ص ٤٤٦ رقم ٦٦ ، ومجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ١٥٩ وانظر أيضا فى هذا المعنى مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ١٦١ ومجموعة أحكام النقض (دار النشر) السنة الأولى ص ٢١ رقم ٦ .

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ١٦٩ ومجموعة القواعد القانونية ٥ ص ٣٨٧ — ٣٨٩ رقم ٣/١٧٩ .

الورقة التى يراد بها إثبات ما يخالف الكتابة يجوز اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة

والورقة التى يراد بها إثبات ما يخالف الكتابة يجوز أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة قابلا لأن يكمل بالشهود والقرائن شأنها فى ذلك شأن كل كتابة يرى القاضى أنه يصح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، وقد تقرر فقها وقضاء فى فرنسا أنه لا يصح أن تكون الورقة ذاتها التى يراد إثبات ما يخالفها أو يجاوزها هى مبدأ الثبوت بالكتابة بل يجب أن يكون مبدأ الثبوت بالكتابة ورقة أخرى صادرة فى تاريخ تال لهذه الورقة التى يراد إثبات ما يخالفها [1] .

السكوت والأفعال يجوز اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة

والسكوت والأفعال يجوز اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت ذات دلالة على الوفاء ومرتبطة بورقة متعلقة بالدعوى [2] ولا شك فى أن مجرد التوقيع على ظهر شيك يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إن لم يكن دليلا كاملا على استلام قيمة هذا الشيك إلا إذا حصل هذا التوقيع بطريق الغش أو بطريقة احتيالية .

وما يكتب فى ورقة موقعة على بياض يعتبر أمرا ثابتا بالكتابة ، فالادعاء بتغيير ما كتب فيها يجب إثباته بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة مؤيدا

---

(١) الأستاذ السنهورى فى الوسيط ٢ رقم ٢١٥ ص ٤٢٦ وقد أشار إلى بعض الشراح وحكم نقض فى الهامش .

(٢) استئناف فى المحاماة ١٠/ص ١٥٦

بالشهود والقرائن إلا إذا كان من تمسك بالورقة قد حصل عليها من الموقع بطريق الغش أو بطرق احتيالية . ولا يمكن رفع الدعوى الجنائية وإثبات جريمة خيانة الأمانة بشهادة الشهود ولو أن القاعدة فى الجرائم أنه يصح إثباتها بجميع الطرق، وقد تحدثت عن ذلك تفصيلا فى الفقرة ١٩٤ فى طبعة سنة ١٩٥٥ فراجعها . وقد قررت محكمة النقض فى حكم (١) أن الأصل فى الأوراق الموقعة على بياض أن تغيير الحقيقة فيها ممن استؤمن عليها هو نوع من خيانة الأمانة ، ومن ثم فإنه يرجع فى إثباته إلى القواعد العامة دون تعطيلها أيه لا يجوز إثبات عكس ما هو ثابت 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 خلاف التسليم الاختيارى .

مبدأ ثبوت الكتابة السلبى

٤٥٦ — إن كل مارأيناه هو عبارة عن مبادىء ثبوت بالكتابة إيجابية أى أن الورقة تدل بشكل إيجابى على الحق المراد إثباته . ولكن قد تدل عليه الورقة أيضاً بشكل سلبى أى أن لايذكر الحق فى ورقة تحتويه عادة ، فتعتبر الورقه فى هذه الحالة مبدأ للثبوت بالكتابة كذلك ، كما إذا مات رجل وترك قصراً فجردت أمواله بحضور جميع ورثته الراشدين ولم يذكر فى محضر الجرد دين موجود به سند ، فيصح اعتبار محضر الجرد فى هذه الحالة مبدءً للثبوت بالكتابة لصالح المدين عن التخلص من الدين بالنسبة لأولئك الورثة على الأقل وكذلك يصح القول بمثل هذا بالنسبة لدين لشركة صفيت وقسمت ولم يذكر الدين فى محضر

---

(١) فى ١٦/٣/٩ منشور فى مجموعة المكتب السنة ١٢ رقم ٤/٢٧ ص ٢١٢ — ٢١٣ .

التصفية أو القسمة ولا تخصص به أحد الشركاء [1] وقد قررت محكمة النقض إنه إذا قررت نفقة لزوجة ثم قبلت أقل منها شهريا لمدة خمس سنوات بانتظام دون اعتراض حتى توفى زوجها يصح اعتبار ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة على قبولها تخفيض النفقة [2] وقررت أيضا ما يفيد أنه إذا استند المدعى عليه فى إثبات وفاء دين إلى محضر صلح صادر من المدعى بعد تاريخ الدين ولم تذكر فيه مديونية المدعى عليه جاز اعتبار هذا المحضر مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء [3] ويؤيد ذلك قانونا ما رأيناه فى الفقرة ٤٤٦ تفصيلا من أن الشارع قد نص فى المادة ١٧٣ من قانون المرافعات السابق التى تقابلها المادة ١١٣ من قانون الإثبات على أنه إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانونى جاز للمحكمة أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود والقرائن فى الأحوال التى ما كان يجوز فيها ذلك (وكانت المادة ١٦٢/١٨٢ من قانون المرافعات القديم تقول إنه فى حالة امتناع الخصم المقتضى استجوابه يسوغ للمحكمة أن تحكم بأن هذا الامتناع مما يؤذن بإثبات الوقائع المبنية عليها الأسئلة بالبينة ولو كانت الحالة مما لا تجوز القوانين الإثبات فيها بذلك) ومفاد ذلك أن المحضر الثابت فيه الامتناع عن الإجابة يعتبر مبدء للثبوت بالكتابه . ومن المقرر علما وقضاء فى فرنسا أن إنكار الخصم المستجوب فى بعض المواقف أو غموض إجابته أو سكوته عن الإجابة

---

(١) قارن بودرى تعهدات رقم ٢٦١٢ وحكم النقض الذى أشار إليه فى الهامش وانظر دالوز ٩٥ — ٢ — ١٣٢ وقررت محكمة استئناف مصر أنه ليس من الضرورى أن يكون مبدأ الثبوت بالكتابة ايجابيا دائما بل يصح أن يكون سلبيا أيضا ينتج من عدم ذكر أمر فى ورقة تحتويه عادة — المحاماة ١٨ ص ٢٢٨ رقم ١٢٠ .

(٢) انظر الحيثية الثالثة من الحكم المنشور فى مجلة المحاماة ٣٠ ص ٤٩٢ رقم ٢٧١ .

(٣) مجموعة المكتب الفنى لمحكمة النقض السنة الرابعة ص ٨٤٨ رقم ١٢١ .

أو رفضها أو تعارض أقواله — يصح اعتباره مبدءا للثبوت بالكتابة[1] .

وقد سبق القول فى الفقرة ٤٥٥ بأن الورقة التى فيها إبهام أو غموض أو نقص يصح أن تعتبر مبدءا للثبوت بالكتابة والشيك الموقع على بياض يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة .

(٥) فقد السند لسبب أجنبى أو لسبب قهرى :

٤٥٧ — إذا حرر المتعاقدان سنداً كتابياً بتعاقدهما فقد قاما بالواجب عليهما قانوناً ولم يقصرا . فإذا ضاع السند بقوة قاهرة أو حادث جبرى أى بسبب أجنبى لا يد لصاحبه فيه ، كان ذلك ولاشك عذراً يسمح بالإثبات بغير الكتابة[2] ولذلك نص الشارع فى المادة ٦٣ ب من قانون الإثبات ، (٤٠٣ ب الملغاة من القانون المدنى القائم) على أنه « يجوز الاثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابى إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه » والمقصود من عبارة هذه المادة كالمقصود من عبارة ضياع السند بسبب قهرى الواردة فى المادة ٢١٨ / ٢٨٣ من القانون المدنى السابق كما سنرى فى الفقرة رقم ٤٦١ . ويجب احترام النص حتى ولو شرط عدم الأخذ إلا بالدليل الكتابى أو شرط أن لا عبرة بضياع السند بسبب قهرى[3] .

---

(١) دالوز العملى جزء ٩ ص ٤٥٧ على كلمة دليل رقم ١١٤٧ و ١١٥٢ و ١١٥٣ و ١١٥٦ و ١١٥٨ وقررت محكمة استئناف أسيوط أنه يجوز اعتبار الكوت أو الأفصال إذا كانت ذات دلالة على الوفاء ومرتبطة بورقة متعلقة بالدين مبدأ ثبوت بالكتابة — المحاماة ١٠ ص ١٥٦ .

(٢) Cas fortuit ou force majeure وبمجموعة المكتب الفنى السنة ١٢ ص ٤٨٥

(٣) ولكن محكمة النقض الفرنسية حكمت بأنه إذا اشترط عدم الأخذ إلا بدليل الكتابى =

ويصح نقد صياغة المادة ٤٠٣ ب الملغاة من القانون المدنى القائم وكذلك المادة ٦٣ ب من قانون الإثبات فى قولها « إذا فقد الدائن سنده » إذ لا شك فى أن المادة تنطبق على المدين أيضاً إذا فقد سند تخالصه من الدين كما سنرى تفصيلا فى الفقرة رقم ٤٦٦ وكان يلزم أن تقول المادة المذكورة إذا فقد الدليل الكتابى لسبب أجنبى لا يد لصاحبه فيه .

ويجب إثبات أمرين (أ) سبق وجود السند (ب) فقده لسبب أجنبى

(أ) سبق وجود السند :

٤٥٨ — يجب على المتمسك بالسند أن يثبت سبق وجوده وما احتواه وأنه كان مستوفياً شرائطه القانونيـــة [1] وأنه كان رسمياً حيث يجب أن يكون رسمياً ، ومستوفياً شكله إذا كان من العقود الشكلية . ولـكن إذا أعدم السند من يراد التمسك به ضده يجب أن نفرض أنه كان مستوفيا لـكل شرائطه وشكله لأنه لولا ذلك لما أقدم على إعدامه [2] .

وليس لازما أن يشهد شهود فقد السند بسبب قهرى بأنهم كانوا شهوداً

= فان هذا الشرط يسرى على المتعاقدين — انظر أوبرى جـ ١٢ § ٧٦٥ هامش 33 bis ص ٣٨١ والحكم الذى أشار إليه فى سيرى ٨٥ — ١ — ٣٧٤ — ولـكننى أرى أن هذا الشرط لا يتفق مع طبيعة ضياع السند بسبب قهرى ويجب تضحيته حتى ولو اشترط صراحة أن لا عبرة بضياع السند بسبب قهرى لأن كل مقهور معذور ولا يصح تكليف أحد بالمستحيل A l'impossible nul n'est tenu وقال أوبرى إن ذلك أقصى ما يمكن استنتاجه من حرية الطرفين المتعاقدين المطلقة فى الاتفاقات وأنه يشك فى صحة هذا الاستنتاج .

(١) دمولومب جـ ٣٠ رقم ٢٩٢ ولوران جـ ١٩ رقم ٥٧٤ وبودرى تعهدات رقم ٢٩٤٦ ولارومبيير على المادة ١٣٤٨ رقم ٤٩ وأوبرى فى الموضع المتقدم ص ٣٨٤ .

(٢) لاروميير على المادة ١٣٤٨ رقم ٤٨ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٤٦ وقارن دمولومب جـ ٢١ رقم ٣٢ ودالوز ٨١ — ٢ — ١٥٢ .

السند ووقعوه ، أو بأنهم رأوه وقرأوا محتوياته بل يكفى أن يشهدوا بمضمون السند ومحواه وضياعه بسبب الحادث الاجنبى الذى ستراه فى الفقرة ٤٦١ [١] .

٤٥٩ — وإنما إذا ادعى مودع سند أن المودع لديه أو وكيله هو الذى أعدم أو أخفى السند ، فيجب عليه إثبات عقد الوديعة أو الوكالة بالطرق المعتادة أى يجب الإثبات بالكتابة ما دام الحق واجب إثباته بالكتابة [٢] . ولا يخفى أن عقد الوديعة أو عقد الوكالة سابق على واقعة تبديد السند ومنفصل عنها — إلا إذا كان الإيداع أو التوكيل نتيجة غش أوطرق احتيالية بغية الحصول على السند لإعدامه [٣] أو إذا كان تسليم السند لمجرد الاطلاع عليه ورده أو لدفع قيمته فى الحال [٤] فإنه يسوغ الاثبات بالشهود وقد قررت محكمة النقض أنه متى كان الواقع فى الدعوى هو أن المدين قد احتال على الأمين على السند المثبت لحق الدائن بحجة تقديمه لأحدى الجهات الحكومية وردة ، إلا أنه لم يرده وادعى فقده فإن ضياع السند على هذه الصورة لسبب أجنبى لا دخل للدائن فيه يجيز الإثبات بغير الكتابة وفقاً للمادة ٤٠٣ من القانون المدنى الجديد المقابلة للمادة ٢١٨ من القانون القديم [٥] وكذلك إذا كان المدعى أجنبياً بالنسبة للعقد الذى تم بموجبه تسليم السند لمن أعدمه وذلك للمطالبة بتعويض الضرر الذى ينشأ عن

---

(١) وانظر أوبرى فقرة ٧٦٥ ص ٣٨٢ هامش ٣٠ .

(٢) أوبرى ج ١٢ § ٧٦٥ ص ٣٨٣ — ٣٨٤ ودمولومب — ج ٣٠ رقم ٢٠٨ ولاروميير على المادة ١٣٤٨ رقم ٤٣ ودالوز ٤٠ — ١ — ٤٥ وسيرى ٧٢ — ٢ — ٢٧٦ وانظر أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٦٠٥ والمراجع والأحكام التى أشار إليها .

(٣) انظر بودرى تعهدات رقم ٢٦٤٥ وأوبرى فى الموضع المتقدم ص ٣٨٤ وفالون رقم رقم ٤١٣ (من هذه الرسالة) .

(٤) لاروميير على المادة ١٣٤٨ رقم ٤٤ وأوبرى فى الموضع المتقدم ص ٣٨٣ ودالوز ٧١ — ١ — ٧٠ و ٢٧١ و ٧٩ — ٥ — ٣٦٩ وسيرى ٧٢ — ١ — ٩٤ و ٩٥ .

(٥) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ١٣٤ ومجموعة أحكام النقض المكتب الفنى ٦ رقم ١٢٧ ص ٨٩٢ — ٨٩٣ .

إعدام السند [1] كما إذا كان هناك سند وعد بالبيع سلمه البائع لآخر فأعدمه فإنه يسوغ للمشترى إثبات إعدام ذلك الآخر لسند الوعد بشهادة الشهود [2] .

إنكار المدين للسند إنكار لتوقيعه :

٤٦٠ — إنه إذا أنكر المدين سبق وجود السند المدعى به ، هذا معناه إنكار توقيعه . يخيل أن لا سبيل إلى تحقيق ذلك أى تحقيق صحة التوقيع مادام السند غير موجود . ولكن يجب أن نسمح للقاضى بسماع شهادة الشهود على سبق وجود السند وعلى توقيعه أيضاً ، وإلا أصبحت المادة ٦٣/٢ من قانون الإثبات القائم ٤٠٣ / ٢ / الملغاة من القانون المدنى القائم أو المادة ٢١٨ / ٢٨٣ من القانون المدنى السابق معطلة لا فائدة منها . وغير معقول أن ينص الشارع على حق قد يستحيل استعماله [3] .

(ب) فقد السند لسبب أجنبى :

٤٦١ — لا يكفى أن يثبت الإنسان سبق وجود السند ، ولا أنه فقده وبحث عنه طويلا فلم يجده . بل يجب عليه أن يثبت أن فقده كان لسبب أجنبى لا يد له فيه لا يمكن إسناده إليه ولا اعتباره مسئولا عنه ، كصاعقة أو حريق أو فيضان أو سرقة بغير إهمال منه [4] أو اغتصاب [5] . وعليه هو أن يثبت ذلك

---

(١) قارن أوبرى ج ١٢ § ٧٦٥ ص ٣٨٤ وقد أشار إلى حكم نقض فى سيرى ٢٥ — ١٠ — ١٧٢ ودالوز ٨٥ — ١ — ٢٨٠ وحكم لمحكمة نانسى فى سيرى ٧٣ — ٢ — ٣١٠ ودالوز ٧٤ — ٢ — ٢٣٢ وانظر أيضا لاروميير على المادة ١٣٤٨ رقم ٤١ .

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٦٤٥ وقد أشار إلى الحكمين المشار إليهما فى الهامش السابق

(٣) قارن لوران ج ١٩ رقم ٥١٤ وتوليه ج ٩ رقم ٢١٥ وبودرى تعهدات رقم ٢٦٤٧ و ٢٦٤٨ .

(٤) انظر حكم النقض الذى سبق ذكره — فى مجموعة القواعد القانونية جزء ٣ ص ٤٨٥ رقم ١٧٦ .

(٥) وإذا ادعى شخص أن السند ضاع بقوة قاهرة ولم يبين ماهية هذه القوة القاهرة لا يجاب طلبه الإثبات بالشهود والقرائن — الحقوق ٩ ص ١٩٨ .

السبب الأجنبى وأن فقد السند قد تسبب عنه . فلا يكفى أن يثبت أنه حصل اغتصاب مثلا، بل عليه أن يثبت أيضاً أن الاغتصاب وقع على السند[1] . ويكفى أن يكون الحادث جبرياً بالنسبة له ولو وقع بإهمال الغير أو بعبارة أخرى يكفى أن يكون فقده لسبب أجنبى لا يد له فيه كما قالت المادة الجديدة صراحة، كما إذا قدم سنداً للمحكمة وضاع أو أعدم خطأ[2] أو سلمه لمحام فى قضية وفقد من المحامى أو كاتبه أو عامله[3] أما إذا كان هناك إهمال من جانب صاحب السند فهذا لا يبرر الإثبات بالشهود ، كتمزيق السند أو إلقائه فى النار خطأً أو ضياعه أثناء نقل أمتعته من مكان إلى آخر أو حتى سرقته بسبب تركه فى محل معرضا للسرقة[4] إذ أنه لا يكفى إثبات ضياع السند بل يجب أن يثبت ضياعه بقوة قاهرة أو بأى سبب آخر لا يد له فيه كما تقـدم ، ولا يخفى أن القوة القاهرة لا تثبت عادة بشهادة الشهود فقط . بل تثبت أيضاً بآثار مادية وقرائن قوية كما هى الحال فى الحريق والفيضان والسرقة والاغتصاب الخ أو تثبت من أوراق الغير الذى حصل الحادث بإهماله كأوراق المحكمة أو المحامى فى المثلين المتقدمين . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كان المدعى يقول إن الدين الذى رفع به الدعوى ثابت بسند ضاع فى حادث سرقة فإن هذا الدين يكون بمقتضى المادة ٢١٨ من القانون المدنى السابق (المقابلة للمادة ٤٠٣ الملغاة من القانون القائم ، المـادة ٦٣ من قانون الإثبات) جائزاً إثباته بالبينة أو القرائن ما دام الحادث لم يكن راجعاً إهمال من

---

(١) ولـكن انظر أيضا الفقرة التالية .

(٢) داللوز ٥٨ ـ ٢ ـ ١٩٤ و٩٧ — ٢ — ٢٤٧ .

(٣) قارن دمولب ج ٣٠ رقم ٢٠٩ ولاروميير على المادة ١٣٤٨ رقم ٤٥ وبودرى تعهدات رقم ٣٠٦٤٣ وانظر الشرائع السنة السادسة رقم ١٣ والاستقلال السنة الخامسة ص ١٦٢

(٤) انظر المجموعة الرسمية سنة ١٩١٧ رقم ١٢٠ والشرائع السنة الخامسة رقم ٥٦ ورقم ١٠١ والحقوق السنة الثامنة ص ٢٧٤ والسنة الثالثة والثلاثين ص ٢٢٩ والمحاماة ٩ ص ٤١٦ رقم ٢٣٦ ومجموعة التشريع والقضاء ٣٢ ص ٢٠٧ واظر أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٦٤/٢ ولوران ١٩ رقم ٥٧١ ودمولومب ٣ رقم ٢٠٣ .

جانبه [1] . وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أن الحادث القهرى يفترض ظرفاً قوامه الصدفة المحضة بعيداً عن كل خطأ أو إهمال أو حادث لا يمكن دفعه أو التنبؤ به ، فإذا غادر شخص محل إقامته وترك مفتاح دولاب فيه، حيث كانت السندات المسروقة مودعة فى حراسة خادم صغير ، فإنه يكون قد أخطأ وعلى الأقل قد أهمل إهمالا يبعد فكرة الحادث القهرى [2] .

وليست محكمة الموضوع مجبرة دائماً على الإحالة على التحقيق لإثبات ضياع سند بسبب قهرى فلها أن ترفض ذلك إذا رأت أن الادعاء كاذب غير جدى بشرط أن تقيم حكمها على أسباب يكون من شأنها تبرير هذا الرفض [3]

هذا والمقصود من قول المادة ٤٠٣ ب الملغاة من القانون المدنى القائم إنه يجوز الإثبات بالبينة « إذا فقد الدائن سنده الكتابى لسبب أجنبى لا يد له فيه » هو كالمقصود من عبارة الضياع بسبب قهرى الوارد فى المادة ١٨/٢٢٣ عن القانون المدنى السابق إذ جاء فى المذكرة الإيضاحية ٢ المطبوعة فى سنة ١٩٤٢

---

(١) مجموعة القواعد القانونية جزء ٣ ص ٤٨٥ رقم ١٧٦ .

(٢) المحاماة ٢٠ ص ١٢٥٨ رقم ٥٥٦ /٢ وقررت محكمة مصر التجارية الجزئية الأهلية أنه يشترط أن يكون الحادث خارجا عن عمل الشخص وأن لا ينسب إليه أى خطأ أو إهمال فى حصوله وأن لا يكون قادراً على التنبؤ به أو تلافيه أو تخفيف آثاره ورتبت على ذلك أن أمين النقل مسئول عن غرق مركبه لإهمال صيانتها وعدم إجراء الاصلاح اللازم لها قبل سفرها محملة بالبضائع المسلمة إليها لنقلها وقالت أنه من المبادىء المقررة قانونا أن أمين النقل مسئول عن ضياع أو تلف البضاعة المسلمة إليه لنقلها إلا إذا ثبت أن الضياع أو تلف البضاعة حصل بحادث قهرى أو بخطأ صاحب البضاعة . وهذا لا يكلف باثبات خطأ أمين النقل بل على أمين النقل إثبات عدم حصول خطأ منه إذ الأصل أنه هو المسئول عن ضياع البضاعة أو تلفها حتى لو حصل ذلك بحادث جبرى أو بقوة قاهرة مادام قد سبق الحادث أو عاصره خطأ منه ـ المحاماه ٢١ ص ٨١ رقم ٥٣ وانظر أيضا الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٢٣ رقم ١٠٩ .

(٣) وقررت محكمة النقض أنه اذا رفضت المحكمة طلب الاحالة إلى التحقيق لاثبات وجود سند كتابى ضاع بسبب قهرى مقيمة قضاءها بذلك على عدم جدية هذا الادعاء لما أوردته من أسباب مبررة لوجهة نظرها فلا مخالفة فى ذلك لحكم المادة ٢١٨ من القانون المدنى (السابق) (المقابلة للمادة ٤٠٣ الملغاة من القانون القائم ٦٣ إثبات) انظر مجموعة الـ ٢٥ عاماً إثبات ١٣٣ ومجموعة القواعد القانونية ٥ رقم ٣١٩ ـ ٢ ص ٧٤٠ ـ ٧٤١ .

ص ٧١٥ والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ آخر صفحة ٤٠٣ أنه يشترط أن يكون الفقد راجعاً إلى سبب لا يد للمدعى فيه ومؤدى هـذا أن يكون الفقد قد نشأ « من جراء حادث جبرى أو قوة قاهرة » .

٤٦٢ — وليس من الضرورى إثبات هلاك السند بالذات بل يكفى أن يكون ذلك مرجحاً أو ثابتاً بصفة عامة كحريق يلتهم منزلا وما فيه من الأوراق ولو أنه فى هذه الحالة ليس من المستحيل أن يكون السند محل النزاع قد استخلص أو بقى سالماً[1] .

٤٦٢ مكرر — هل اعتراف الخصم بسبق وجود سند وبضياعه يغنى عن إثبات فقده بقوة قاهرة ؟ إن الاعتراف سيد الأدلة فاعتراف الخصم بسبق وجود سند وبضياعه يغنى عن إثبات فقده بقوة قاهرة فيجوز إثبات ما احتواه ذلك السند بشهادة الشهود والقرائن إنما يجب أن يكون هذا الاعتراف بالكتابة أو أمام المحكمة ومما يعتبر إقراراً قانونياً كما سنرى فى الكلام على الإقرار ولا يصح إثبات الإقرار بالشهود والقرائن (ما دامت القيمة تتجاوز عشرين جنيها) وإلا كان الاثبات كله بذلك ولا يخفى أن مثل هذا الاعتراف يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة[2] .

---

(١) انظر أوبرى جزء ١٢ § ٧٦٥ ص ٣٨٢ ودمولومب جزء ٣٠ رقم ٢١٠ ولارومبيير على المادة ١٢٤٨ رقم ٤٤ ودورانتون جزء ١٣ رقم ٣٦٨ وتوليه جزء ٩ رقم ٢٠٩ وانظر أيضا بودرى تعهدات رقم ٢٦٤٤ حيث قال ومتى ثبتت القوة القاهرة يميل القضاة حسب قوة القرائن المستخلصة منها إلى شىء من التساهل فى أمر ضرورة إثبات هلاك السند (بالذات) وانظر أيضا الجدول العشرى الثانى للمحاماة ص ٢٣ رقم ١٠٩

(٢) انظر وقارن الفقرة رقم ٤٣٧ ، ورقم ٤٤٧ مكرر وحكم النقض المشار إليه وهو المشار إليه فى مجموعة دار النشر للجامعات ص ١٦٢ رقم ٤٧ .

هل يمكن إثبات القوة القاهرة أولا أو سبق وجود السند أولا أو يمكن إثبات الأمرين معا ؟

٤٦٣ — يرى البعض إثبات القوة القاهرة أولا [١] إذ لا فائدة من إثبات سبق وجود السند إذا لم تكن هناك قوة قاهرة، وقد يقال بوجوب إثبات سبق وجود السند أولا إذ لا فائدة أيضا من إثبات القوة القاهرة إذا لم يكن هناك سند ، والبعض يرى إثبات الأمرين معاً [٢] وأنني أميل إلى هذا الرأى لأن الأمرين لازم إثباتهما معا ولا يمكن فصلها بما أن إثبات أحدهما دون الآخر لا فائدة منه وهما ركنا الإثبات فى هذا الموضوع فيجب أن يتوافر معاً. وقد لا يمكن فصل أحدهما عن الآخر فى بعض الأحوال كما إذا طاب مدين من دائنه سند الدين ومزقه ولم يكن هناك غير شهود التمزيق الذين رأوا السند الذى لم يكن أحد يعلم بسبق وجوده من قبل. وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كان الفعل الجنائى جريمة إتلاف سند يجوز إثباته بجميع الطرق القانونية بما فيها الشهود ويترتب على ذلك حتما جواز إثبات وجود السند وكل ما حواه بالطرق عينها لأن واقعة الإتلاف وواقعة وجود السند واقعتان غير منفصلتين فإثبات الإتلاف إثبات لذات السند فى الوقت نفسه [٣]

---

(١) بودرى تعهدات رقم ٢٦٤٣ ـ ٢٦٤٨ والحقوق السنة الثامنة ص ٢٧٣ والجدول العشرى المختلط الأول رقم ٣٥١٢ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط ٣ ص ٣٤٣ و٥ ص ١٧١ و ص ٢٥١ و ٢٨ ص ٣٠٨ ولنتز جزء أول رقم ١٦٤٧ ـ Lantz وبورللى على المادة ٢٨٣ مدنى مختلط رقم ٣ وتعليقات دالوز على المادة ١٣٤٨ رقم ٢٠٠ و ٢٢٢ .

(٢) أوبرى جزء ١٢ § ٧٦٥ ص ٣٨٢ والجدول العشرى المختلط الأول رقم ٣٥١٤ و ٣٥١٥ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الخامسة ص ١٧١ حيث حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يمكن اثبات القوة القاهرة وسبق وجود السند وضياعه بالقوة القاهرة فى وقت واحد وبهذا المعنى حكم آخر فى ص ٢٥١ ولنتز جزء أول رقم ١٦٥٠ .

(٣) المجموعة الرسمية ٤٠ ص ١٩٧ رقم ٧١ .

وقررت محكمة الاستئناف المختلطة أنه يشترط لقبول الإثبات بالبينة فى حالة فقد السند أن يقيم المدعى الدليل بادىء ذى بدء على قيام الحادث القهرى الذى يدعيه ووجود السند المترتب عليه الاتفاق من قبل وضياعه أيضاً بسبب قهرى [1] .

مبدأ ثبوت بالكتابة وفقده لسبب أجنبى :

٤٦٤ — هل إذا كانت هناك ورقة تعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة وضاعت بقوة قاهرة يمكن الإثبات بالشهود أم تسرى المادة ٦٣ إثبات (٤٠٣ / ٢ الملغاة من القانون المدنى القائم ، والمادة ٢١٨ / ٢٨٣ من القانون المدنى السابق) فقط على ضياع السند الكامل .

قيل إن القاضى هو الذى يقدر الورقة وما فيها ليرى ما إذا كان يمكنه أن يعتبرها مبدء للثبوت بالكتابة أم لا لأنها ليست قاطعة فى التعاقد ، ولا يتسنى له ذلك إذا كانت الورقة غير موجودة ، كما قيل إن صاحب السند الكامل قد سلح نفسه بدليل كامل طبقاً للقانون،أماصاحب مبدأ الثبوت بالكتابة فقد أخطأ فى عدم تسليح نفسه بذلك الدليل الكامل . ورتبوا على ذلك أنه لا يصح لشخص أن يثبت بالشهود أنه كانت هناك ورقة تعتبر مبدء للثبوت بالكتابة وضاعت بقوة قاهرة [2] ولكن مبدأ الثبوت بالكتابة قد يكون قريباً جداً من السند الكامل أو واضحا وموجزاً بحيث لايتشكك الشهود فى مضمونه كورقة شطب رهن أو حق امتياز تعذر الحصول على صورة رسمية منه ، أو إيصال بقسط متأخر من دين [3] فى مثل هذه الأحوال أرى أنه يصح إثبات ضياعه

---

(١) مجموعة التشريع والقضاء المختلط ٥١ ص ٢١٤ والجدول العشرى الثانى للمحاماة ص٢٢ رقم ٨ : ١ .

(٢) لوران جزء ١٩ رقم ٤٩٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٨٥ وقد أشار الى حكم النقض المنشور فى داللوز ٥٦ — ١ — ١٩٧ .

(٣) قارن الفقرة رقم ٤٥١ (من هذه الرسالة) .

بقوة قاهرة . ثم إنه إذا اتفق الطرفان المتنازعان على محتويات الورقة أمكن للقاضى التقدير والسماح للدائن بتكملة الإثبات بالشهود إن رأى وجها لذلك [1]

٤٦٥ — وبهذه المناسبة يصح التساؤل هل إذا ضاع السند بغير سبب قهرى يمكن الإثبات بالشهود إذا كان هنا مبدأ ثبوت بالكتابة ؟ قد اختلف فى ذلك فى فرنسا فالبعض قال نعم [2] والبعض قال لا يمكن ذلك إلا إذا أثبت ضياع السند بسبب قهرى [3] ولا أتردد فى الإجابة بنعم لأنه يجوز الإثبات بالشهود ولو لم يوجد إلا مبدأ للثبوت بالكتابة فمن باب أولى إذا كان قد وجد أيضاً سند كامل وضاع لأى سبب بغير قوة قاهرة . بل إذا اعترف خصم بسبق وجود ورقة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة لاشك أن اعترافه يقوم مقامها مادام هذا الاعتراف مكتوبا أو يعد اعترافا قانونياً [4] .

٤٦٦ — ويجب أن يلاحظ أنه ليس الدائن فقط هو الذى يستطيع أن يثبت ضياع سند الدين بسبب قهرى، بل المدين أيضاً يمكنه أن يثبت ضياع إيصال بالدفع بسبب قهرى سواء كان التخلص به كلياً أم جزئياً . وليس الأمر مقصوراً على ضياع سند دين أو مخالصة من دين بل يشمل سنداً بأى تعهد أو بأى نوع من أنواع التخالص منه، أو أى سند اكتسب به المدين أية فائدة كما إذا قسط له الدائن الدين أو وسع له فى الأجل ، إذ لا محل للتفريق بين سند الدين وسند التخلص منه أو أى سند آخر بأى تعهد أو بأى ارتباط قانونى أو تخلص منه ، والقاعدة أنه

---

(١) انظر الهامش الذى قبل السابق ودالوز ٥٠ — ١ — ٢٣٤ وسيرى ٥٠ — ١ — ٧١٧ ودالوز الأبجدى على التعهدات رقم ٤٧٥٤

(٢) تعليقات دالوز على المادة ١٣٤٨ رقم ٢٠٥ ودالوز الأبجدى تحت كلمة تعهدات رقم ١٩٢١ و١٩٣٠ ولارومبيير على المادة ١٣٤٨ رقم ٤٢ ولوران جزء ١٩ رقم ٥٧٦

(٣) تعليقات دالوز على المادة ١٣٤٨ رقم ٢٠٦ ودالوز ١٧٣ — ١ — ١٩٤٢

(٤) انظر الفقرة رقم ٤٦٢ مكرر .

لا يصح تكليف أحد بالمستحيل[1] وقد كان كذلك نص المادة ٢١٨/٢٨٣ من القانون المدنى السابق إذ لم تذكر لفظة الدائن بل أشارت صراحة إلى ورقة الدين أو التخلص منه الواردة فى المادة السابقة عليها وهى المادة ٢١٧/٢٨٢ فقد قالت هذه المادة إن الإثبات بالبينة أو بقرائن الأحوال يجوز قبوله « إذا كان الدين أو التخلص منه صار قريب الاحتمال بورقة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات عليه » ثم قالت المادة ٢١٨/٢٨٣ وكذلك يجوز الإثبات بما ذكر إذا وجد دليل قطعى على ضياع السند بسبب قهرى وقد تأثرت المادة ٢/٤٠٣ الملغاة من القانون المدنى القائم بالمادة ١٣٤٨ من القانون المدنى الفرنسى، وكذلك الحال بالنسبة لقانون الإثبات بمادته ٢/٦٣ كما تقدم القول التى قالت إذا فقد الدائن الخ وبالرغم من هذا فقد عمم الحكم عندهم على جميع أنواع الارتباطات القانونية أو التخلص منه[2].

٤٦٧ — ويلاحظ أخيراً أن أفق الإثبات بشهادة الشهود فى حالة ضياع السند بقوة قاهرة أوسع من أفق الإثبات عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو عند وجود مانع مادى أوأدبى لأن مبدأ الثبوت بالكتابة لا يصلح عند وجوب تحرير عقد من العقود الشكلية[3] وكذلك لا يصح إثبات أنه كان هناك مانع مادى أو أدبى من تحرير عقد شكلى . أما فى حالة ضياع السند بقوة قاهرة فإن المفروض أن السند الشكلى سبق وجوده فيجوز إثبات ذلك وإثبات ضياعه بقوة قاهرة بشهادة الشهود[4] إذا لم يتيسر إثباته بصورة منه[5] وجاء فى المذكرة

---

(١) A l'impossible nul n'est tenu

(٢) بودرى تعهدات رقم ٢٦٥١ وما أشار إليه وتعليقات داللوز على المادة ١٣٤٨ رقم ٢٢٦ و٢٣٦ وداللوز الأبجدى تحت كلمة تعهدات رقم ٤٩٢٦ و ٤٩٢٣ . وانظر الفقرة رقم ٥٣ (من هذه الرسالة) .

(٣) انظر الفقرة رقم ١٣٤ .

(٤) انظر أوبرى ج ١٢ § ٧٦٥ ص ٣٨٤ والمراجع التى أشار إليها .

(٥) انظر الفقره رقم ١٧٠ .

الإيضاحية [١] أنه غنى عن البيان أن نطاق تطبيق هذا الاستثناء أرحب من نطاق سابقه (أى وجود مانع مادى أو أدبى) لأن الدليل الكتابى سبق أن وجد ، وليست المسألة مسألة امتناع تحصيل الدليل ، بل امتناع تقديمه . ولذلك تجوز إقامة الدليل بالبينة على وجود سند وصية أو عقد شكلى فقد من جراء حادث جبرى أو قوة قاهرة .

(٦) امتناع الخصم عن الإجابة أو تخلفه عن الحضور لاستجوابه :

٤٦٨ — أجازت المادتان ١٠٥ ، ١٠٦ من قانون الإثبات (١١٦ و١٦٧ من قانون المرافعات السابق) للمحكمة أن تستجوب من ترى استجوابه من الخصوم ، كما أجازتا لكل من الخصوم أن يطلب استجواب خصم آخر . وهاتان المادتان تبيحان للمحكمة الاستجواب من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم ولو كانت قيمة الدعوى أكثر من عشرين جنيها وقد تقدم القول فى الفقرة رقم ٤٤٦ طبقا للمادة ١١٣ إثبات (١٧٣ مرافعات سابق) بأنه إذا رأت المحكمة استجواب شخص عن وقائع متعلقة بالدعوى وامتنع عن الإجابة أو لم يحضر فى اليوم المحدد بدون عذر مقبول فإن للمحكمة أن تأذن بإثبات الوقائع المراد الاستجواب عنها بشهادة الشهود ولو كانت الحالة مما لا تجوز فيها القوانين الإثبات فيها بذلك إلى آخر ما جاء فى الفقرة المذكورة فراجعها وراجع أيضاً الفقرة رقم ٤٥٦ وانظر أيضاً الفقرة رقم ٥٢٦ .

(٧) الأفعال المادية

٤٦٩ — إن الأفعال المادية [٢] هى كل ما عدا الارتباطات القانونية [٣]

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٤١٤ .

(٢) Faits materiels

(٣) Faits juridiques

التى تنشأ عن تعاقد أى التى تحصل باتفاق ورضاء الطرفين المتعاقدين . وهى تحصل بفعل طرف بإرادته أو بغير إرادته وإنما بدون إرادة واتفاق الطرف الآخر كالجنح وأشباه الجنح وشبه العقد، وقد سبق التحدث عن ذلك فى الفقرات ٤٠٤ — ٤٠٩ ومن الأفعال المادية وضع اليد واغتصاب قطعة أرض واستثمارها بدون عقد وسكنى منزل بدون عقد كذلك واستمرار حيازة الأطيان المرهونة بعد دفع الدين المرهونة من أجله، وكذا استمرار حيازة الأطيان أو المساكن المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار [١] وحيازة المورث لمال وإخفاء بعض الورثة مال المورث أو جزءاً منه عن البعض الآخر [٢] وسد فتحة رى أو مصرف مما يترتب عليه الحرمان من الرى أو غرق الأرض [٣] الخ الخ . والأفعال المادية كلها قابلة للاثبات بغير الكتابة لتعذر إثباتها بالكتابة كما لا يخفى [٤]

وقررت محكمة النقض أيضا أن دخول العين المتنازع عليها فى سند تمليك المدعى أو فى سند تمليك المدعى عليه واقعة مادية من الجائز إثباتها بطرق الإثبات كافة ، ومن ثم فلا على المحكمة إن هى استندت فى ذلك إلى الدليل المستمد

---

(١) الجدول العشرى المختلط الأول رقم ٣٥٠٤ .

(٢) انظر حكم النقض المذكور فى الفقرة رقم ٤٧١ .

(٣) انظر حكم النقض المنشور فى مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الرابعة ص ٥٨٠ رقم ٨٩ ومجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ١١٤ .

(٤) فارن أوبرى جـ ١٢ § ٧٦٢ ص ٣٠٩ — ٣١٢ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٢٠ وبلانيول الموجز جـ ٢ رقم ١١٠٩ ودمولومب جـ ٣٠ رقم ١٣ و١٤ و١٥ ولوران جـ ١٩ رقم ٤٠٥ — ٤٠٨ وهيك جـ ٨ رقم ٢٨٠ وارنتز جـ ٣ رقم ٣٨١ ودالوز ٨٨ — ١ — ٤٨١ وسيرى ٨٨ — ١ — ٤٢٤ ودالوز ٩٣ — ١ — ٣١٦ وسيرى ٩٢ — ١ — ٣٠٤ ودالوز ٩٨ — ١ — ١٠٤ وسيرى ١٩٠٢ — ١ — ٥٢٨ .

وانظر أيضا القضاة السنة السادسة ص ٣١٨ والحقوق السنة الرابعة عشرة ص ٢٠٥ والجدول العشرى المختلط الأول رقم ٣٥٠٤ والثانى رقم ٣٢٧٨ ومجموعة التشريع والقضاء المختلطة السنة التاسعة ص ١٩٦ والحادية عشرة ص ٢٣٩ والتاسعة عشرة ص ٢٢٩ والخامسة العشرين ص ٤٤ .

(٥) انظر الحكم الصادر فى ٢١ من يناير سنة ١٩٤٣ فى الطعن رقم ٤١ سنة ١٢ القضائية

من تقرير خبير فى دعوى أخرى بين نفس الخصوم متى كانت الوقائع التى حققها الخبير فى الدعوى السابقة هى نفس الوقائع المطلوب تحقيقها فى الدعوى الثانية ، وكان الخبير قد أجرى المأمورية التى كلف بها فى حضور الخصوم ولم يعيبوا ما قام به من تحقيقات فى شىء سوى أن ما قام به كان إجراء فى دعوى أخرى [1] .

هذا وقد يحصل ارتباط قانونى تنشأ عنه واقعة مادية ، وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كانت المحكمة قد تبينت من وقائع الدعوى أن الشريكين فى ماكينة 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 أحدهما إلى استغلالها بطريقة المهايأة الزمنية إذا كانت هذه هى الطريقة الوحيدة الممكنة ، فإنه لا يكون هناك حرج فى عدم التعويل على الطريقة الواردة فى العقد بعد ثبوت العدول عنها ويجوز للمحكمة أن تثبت حصول الانتفاع بطريقة أخرى معينة بجميع وسائل الإثبات إذ الأمر أصبح متعلقا بواقعة مادية [2] .

٤٦٩ مكرر — يمكن إثبات الأفعال المادية بأى دليل ولو لم يشهد بها شهود فيمكن إثباتها بالقرائن بطريق الاستنباط من مستندات أو أوراق أخرى مثلا ولا يخفى أن كل ما يمكن إثباته بالشهود يمكن إثباته بالقرائن (انظر الفقرة رقم ٧٤٦ من الجزء الثانى) . وقد قررت محكمة النقض أنه لما كان وضع اليد واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات وكان القانون لا يشترط

---

(١) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١١٦ ومجموعة أحكام النقض المكتب الفنى ٦ ص ٥٢ رقم ٦٢ .

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما إثبات ١١١ ومجموعة القواعد القانونية ٤ ص ٤٥ رقم ١٩ .

مصدراً معيناً يستقى منه القاضى الدليل فإنه لا حرج على المحكمة إذا هى أقامت قضاءها فى هذا الخصوص على ما استخلصته من أوراق أو مستندات تمليك أو حتى من أقوال وردت فى شكوى إدارية [١].

٤٩٦ مكرراً — ثم إن المسائل المادية فى ذاتها قد تنهض دليلا على التنازل عن بعض الحقوق تنازلا ضمنياً كما فى حالة حقوق الارتفاق المتبادلة بين سكان حى من الأحياء من حيث المساحات التى تبنى والمساحات التى تترك والارتفاع الذى لا يصح تجاوزه الخ ، إذا أهملوا هذه الحقوق وقاموا بأعمال مادية يؤخذ منها أنهم لم يعودوا يتمسكون بها وأن كلا منهم استرد حريته فى إقامة مبانيه على النحو الذى يراه [٢] .

وقد يكون هناك تعهد قيمته تزيد على عشرين جنيها أو يكون غير محدد القيمة ولكن عدم تنفيذه أو الإخلال به قد يكون أمراً مادياً فيجوز إثباته بالبينة والمعاينة كما إذا تعهد شخص بعدم البناء على أرضه على مسافة خمسة أمتار من أرض جاره ثم خالف هذا التعهد وبنى فى هذه المسافة [٣] وقد يدل فعل مادى على قيام تعاقد تزيد قيمته على عشرين جنيها كما هى الحال فى التوكيل الضمنى . فإذا اشترى زيد بصفته وكيلا عن عمرو أرضا من بكر ثم بنى (عمرو) عليها منزلا فإن هذا الفعل المادى الصادر عنه يتضمن توكيله زيداً فى شراء الأرض . وكذا إذا باشر شخص إصلاح أرض لآخر فإن هذا يدل على أنه قبل توكيل الآخر له فى إصلاح هذه الأرض [٤] .

---

(١) انظر مجموعة المكتب الفنى لأحكام النقض السنة الرابعة ص ٥٠٠ رقم ٧٣ والفقرة رقم ٧٥٠ (من هذه الرسالة) فى الجزء الثانى .

(٢) انظر حكم النقض فى المجموعة الرسمية ٤٣ ص ٣٨٩ رقم ٢١٥ .

(٣) انظر الفقرة رقم ٤٠٦ مكرر وحكم النقض المذكور فيها .

(٤) انظر الفقرة رقم ٧٨٧ فى الجزء الثانى .

والتخلص من دين حاصل بارتباط قانونى تزيد قيمته على عشرين جنيها قد يجوز إثباته بشهادة الشهود إذا نشأ هذا التخلص عن فعل مادى كما هى الحال فى عقد الإيجار إذا استولى المؤجر على المحصول فى نظير الإيجار . وقد قررت محكمة النقض أنه إذا كان المدعى عليه يستند فى براءة ذمته من الدين لا على تصرف قانونى بل على واقعة مادية هى استيلاء المؤجر على الزراعة التى كانت قائمة بالعين المؤجرة وأن قيمة ما استولى عليه يزيد على قيمة الإيجار المطالب به فإنه لا تثريب على المحكمة إن هى أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذه الواقعة حتى ولو كان الإيجار الذى يتمسك المستأجر ببراءة ذمته منه يزيد على نصاب البينة[1] .

الحوادث الطبيعية :

٤٧٠ — أما الحوادث الطبيعية فى ذاتها كالغرق الذى ينشأ عن فيضان أو الحريق الذى يحدث بسبب صاعقة ، فقد يتبادر إلى الذهن أنه لا يترتب عليها التزام لطرف على آخر فلا محل لإثباتها . ولكن قد تترتب عليها نتائج قانونية كما رأينا فى الكلام على فقد السند بقوة قاهرة[2] والوديعة الاضطرارية[3] ففى مثل هذه الأحوال يصح إثباتها بغير الكتابة وبشهادة الشهود والقرائن والمعاينة وإنما يجب أن يلاحظ أن أهم طريق من طرق إثبات هذه الحوادث هو المعاينة التى سأتكلم عنها فى آخر الكتاب . ومن الحوادث الطبيعية أيضاً مرض الموت فإنه يؤثر على التصرفات التى تحصل فى أثنائه ، لذلك جاز إثباته بغير الكتابة أيضاً[4] وبشهادة الأطباء .

---

(١) مجموعة الـ ٢٥ عاما إثبات ١١٥ ومجموعة المكتب الفنى ٦ ص ٥٥ رقم ٤ .

(٢) الفقرة رقم ٤٦١ .

(٣) الفقرة رقم ٤١٥ .

(٤) الحقوق السنة الرابعة عشرة ص ١٣٨ والقضاء السنة السادسة ص ٢٣٧ .

ومن الحوادث الطبيعية كذلك الولادة والوفاة فإن لم يكن ذلك ثابتاً فى السجلات المعدة لذلك جاز إثباته بأى دليل آخر كشهادة الشهود والأطباء . وقد نصت المادة ٣٠ من القانون المدنى القائم صراحة على أن الولادة والوفاة تثبتان بالسجلات المعدة لذلك ، فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجلات جاز الإثبات بأية طريقة أخرى[١] .

وقد سبق أن رأينا أنه يجوز إثبات تاريخ العقد العرفى بشهادة الشهود فى الحالات التى لا يوجب فيها الشارع كتابة التاريخ أو أن يكون ثابتاً رسمياً وذلك لأن التاريخ كما سبق أن قلت حادث طبيعى وليس جزءاً من التعاقد والارتباط القانونى .

٤٧١ — وبالجملة كل مالا يمكن أن يكون بعقد بين طرفين يجوز لأحدهما إثباته ضد الآخر بشهادة الشهود والقرائن . ومن هذا القبيل ما يخلفه مورث لورثته من عقار ومنقول ونقد واستيلاء بعض الورثة أو الغير عليه أو على شىء منه ، فإنه يجوز لأى وارث أن يثبت ما تركه المورث واستيلاء بعض الورثة عليه أو على بعضه بشهادة الشهود والقرائن ، لأنه لا سبيل له إلى الإثبات بالكتابة . وقد قررت محكمة النقض أن ما يخلفه مورث ما لورثته مما كان فى حيازته مادياً من عقار ومنقول ونقد وكذلك استيلاء وارث ما على شىء من مال التركة عقاراً كان أو منقولا أو نقداً ، كل ذلك من قبيل الوقائع التى لا سبيل لإثباتها إلا بالبينة . وإنما الذى يطلب فيه الدليل الكتابى هو العمل القانونى التعاقدى الذى يراد أن يكون حجة على شخص ليس عليه أو على من هو مسؤول قانوناً عنهم دليل قانونى يدل عليه[٢] .

الأعمال البشرية :

٤٧٢ — والأعمال البشرية هى التى تنشأ عن فعل الإنسان . وقد يترتب عليها التزام ضد فاعلها كما فى الجنح وأشباه الجنح . وقد يترتب عليها التزام لمصلحة فاعلها كبعض أعمال الفضولى[١] .

ومن الأعمال المادية البشرية التى يترتب عليها التزام ضد فاعلها الاغتصاب أو استثمار قطعة أرض بدون استئجار[٢] والاستمرار فى الأمكنة المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار[٣] كما تقدم فى الفقرة رقم ٤٦٩ .

ومن الأعمال البشرية التى تفيد صاحبها وضع اليد إذ قد تثبت به الملكية[٤] والخدم التى تؤدى[٥] .

الأمور المختلطة :

٤٧٣ — وكما تكون بعض الأمور مادية فقط ، أو تعاقدية فقط ، كذلك قد يكون هناك أمور أخرى تتكون من عنصر مادى[٦] وعنصر قانونى أى تعاقدى[٧] فكيف يمكن إثباتها ؟ يكون إثبات العنصر المادى بشهادة الشهود ، والعنصر القانونى أى التعاقدى طبقاً للقواعد العامة[٨] فمثلا إذا كان وضع اليد

---

(١) انظر الفقرتين ٤٠٤ و ٤٠٧ .
(٢) انظر القضاء المدنى السادسة ص ٣١٨ والحقوق السنة الرابعة عشرة ٢٠٥ .
(٣) الجدول العشرى المختلط الأول رقم ٣٥٠٤ .
(٤) الحقوق السنة الرابعة عشرة ص ٢٠٥ والقضاء السنة السادسة ص ٣١٨ .
(٥) الجدول العشرى المختلط الثانى رقم ٣٢٢٨ .
(٦) élément matériel
(٧) élément juridique
(٨) لوران جزء ١٩ رقم ٤٣٢ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٢١ والجدول العشرى الخامس =

بمعرفة مدعيه مدة ما فإنه أمر مادى بحت . ولكن إذا ادعى أنه وضع يده أيضاً مدة أخرى بواسطة شخص آخر مستأجر منه ، وأنكر هذا عليه ذلك وقال إنه وضع يده لحسابه فله أن يثبت وضع اليد بمعرفته بشهادة الشهود ، وأن يثبت عقد الإيجار بالكتابة[1] طبقاً للقواعد العامة . كذلك إذا حصل غلط فى عقد فإن ذلك يعتبر أمراً مادياً يثبت بالشهود وإنما العقد الذى حصل فيه الغلط يجب أن يثبت طبقاً للقواعد العامة[2] . وفى الجرائم التى يكون أساسها تعاقداً مدنياً كخيانة الأمانة فإنه يجب إثبات العقد بالكتابة إذا زادت القيمة عن عشرين جنيها كما تقدم ثم إثبات التبديد بجميع الطرق .

الاشتباه فى بعض الأحوال بين الأعمال المادية والأعمال القانونية [3] :

٤٧٤ — قد يشتبه الأمر على الإنسان فى بعض الأحيان فيخلط بين الأعمال المادية والأعمال القانونية . فمثلا قد يظن البعض أن القسمة من الأمور المادية التى يمكن إثباتها بشهادة الشهود . ولكن ليس هناك ما يمنع مطلقا أن تحصل القسمة بعقد . لهذا لا يصح إثباتها بالشهود ويجب أن تخضع للقواعد العامة للاشتراطات القانونية . وقد قررت محكمة الاستئناف أن القسمة حادثة تقبل أن تكون بعقد فتعتبر من قبيل العقود[4] ، ولقد حدثت حالة دقيقة فى

= مجموعة التشريع والقضاء المختلط ص ٤٧٧ حيث يشير إلى المجموعتين ٤٢ ص ٥٠٣ و ٤٣ ص ٣١٤

(١) أوبرى جزء ١٢ § ٧٦٢ ص ٣١٢ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٢١ ولوران جزء ١٩ رقم ٤٣٢ وهيك جزء ٨ رقم ٢٨٠ ولكن بودرى أشار إلى مراجع أخرى عكس ذلك وحكم استئناف .

(٢) دمولومب جزء ٣٠ رقم ٦٧ وهيك جزء ٧ رقم ٢٨٠ وبودرى تعهدات رقم ٢٥٢١ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٦٢ ص ٣١٣ ولوران جزء ١٩ رقم ٤٣٣ ودورانتون جزء ١٣ رقم ٣٥٩

(٣) faits matériels و actes juridiques

(٤) الحقوق السنة الخامسة عشرة ص ٥٧٧ ومجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثامنة عشرة ص ٥٦ .

فرنسا ـ دفعت شركة تأمين مبلغ التأمين بعد حريق ، ثم رفعت دعوى تسترد بها المبلغ من المؤمن بحجة أن حقه فى التأمين كان قد سقط ، فدفع المؤمن الدعوى بأن الشركة تنازلت عن التمسك بهذا السقوط الذى كانت تعرف سببه وقت الدفع ، وطلب أن يسمح له بإثبات ذلك بشهادة الشهود ، فقالت الشركة إن التنازل عمل قانونى أى تعاقدى ، فإذا كانت قيمته أكثر من ١٥٠ فرنكا لا يصح إثباته بالشهود ، فرفض طلبه المؤمن . ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم بحق بناء على أن المؤمن لا يريد أن يثبت التنازل الذى لا يدعيه إلا استنتاجاً ، إنما يريد أن يثبت أنه وقت دفع التعويض له كانت الشركة تعلم بسبب سقوط حقه ، وواقعة العلم هذه واقعة مادية غير قانونية أو تعاقدية إذ هى ليست تعهداً ولا تخلصا ولا أى شىء آخر مما يجب إثباته بالكتابة ، فيصح إثباتها بالشهود[1] .

٤٧٥ — وقد ينشأ الأمر الواحد عن فعل مادى أو عن فعل قانونى أو تعاقدى فإذا نشأ عن فعل مادى جاز إثباته بالشهود ، وإذا نشأ عن فعل قانونى أو تعاقدى وجب إثباته بالكتابة إذا زادت القيمة على عشرين جنيهاً . فمثلا قطع مضى المدة بالنسبة لواضع اليد على أرض يمكن أن يحصل بحادث مادى وهو الاستيلاء على الأرض بمعرفة المالك أو من يمثله ، فيجوز إثباته بالبينة . كما أن قطع المدة قد ينشأ عن عمل قانونى أو تعاقدى كدفع واضع اليد أجرة للأرض للمالك فإنه فى هذه الحالة يجب على المالك أن يثبت دفع الأجرة بالكتابة

---

(١) انظر حكم النقض المنشور فى سيرى ٧٤ — ١ — ٣٦٥ وقد خبذ أوبرى فى الوضع السابق ص ٣١٠ هامش ٥ هذا الحكم وأشار إلى أحكام أخرى فى سيرى ٨١ — ٢ — ٢٠٨ و٨٨ — ١ — ٤٢٤ و ١٩٠٢ — ١ — ٥٢٣ و٩٧ — ١ — ٤٢٦ وعكس ذلك سيرى ١٩٠٦ — ١ — ٤٨٨ .

مادامت قيمة الأرض تزيد على عشرين جنيهاً [1].

شهادة الشهود لاتكفي وحدها للاثبات فى بعض المسائل المادية :

٤٧٦ – إن شهادة الشهود قد لاتكفى وحدها للاثبات فى بعض الأحوال المادية . فعند حصول حريق أو غرق مثلا ، لا يكتفى القاضى عادة بسماع بضع شهود على ذلك ، بل يكون هناك محضر معاينة من الجهة المختصة يثبت مادياً ماحصل ، أو يعاين القاضى بنفسه أو بواسطة خبير حسب الأحوال والظروف . وفى الجنح وأشباه الجنح إذا حصل إتلاف لمال تحصل معاينته ، وإذا حدث قتل أو جرح يكشف طبياً على القتيل أو الجريح . وقد تحصل المعاينة بدعوى إثبات الحالة فى بعض الأحوال المتقدمة وغيرها ، أو كما إذا أجر شخص لآخر قطعة أرض واشترط عليه أن يزرع نصفها قمحاً ونصفها برسيما لتحسين هذا النصف ، فزرعها كلها قمحاً ، فإن المؤجر يرفع دعوى إثبات حالة للمعاينة قبل انتهاء الزراعة وحصدها وزوال آثارها ، وكما إذا أرسل شخص لآخر أشياء أو خضروات تالفة أو فاسدة فإنه يبادر بإجراء ما يلزم لإثبات حالتها ، وفى وضع اليد المكسب للملكية لا يصح أن يكتفى القاضى بمجرد شهادة الشهود وإلا أمكن لشخص أن يملك عقاراً ذا قيمة عظيمة بهذا الدليل الضعيف، ولذلك يجب أن تعزز شهادة الشهود بأمور أخرى كتقديم قسائم المال أو العوائد التى تدل على أن مدعى وضع اليد كان يدفعها عن العقار موضوع النزاع ، أو يثبت أنه أنشأ مسقى أو أقام آلة من آلات الرى برخصة باسمه ، أو أدخل النور أو الماء أو اتصل بالمجارى باسمه ، أو أحدث بناء أو تغييراً فى العقار ، إذ أن

---

(١) قارن الفقرتين رقم ٤٨٤ و٤٨٥ وأوبرى جزء ١٢ § ٧٦٢ ص ٣١٤ والمراجع والأحكام التى أشار إليها

وضع اليد على العقار بصفة مالك يستلزم شيئاً من ذلك مع مرور الزمن[1]

والخلاصة أنه إذا كان الفعل المادى يمكن إثباته بدليل آخر أقوى من شهادة الشهود من نوع الأدلة المتقدمة فلابد من توفر هذا الدليل ، لعيوب شهادة الشهود كما سبق أن رأينا ، وإذا اكتفى الخصم بتقديم مستندات للدلالة على وضع يده دون خصمه يجب على المحكمة فحص هذه المستندات لما قد يكون لها من الدلالة وإلا كان حكمها قاصراً[2] .

٤٧٧ — ويجب أن لا ننسى أخيراً كما تقدم القول فى الفقرة رقم ٣٧٨ أن المحكمة ليست مجبرة على إجابة طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق للاثبات بالبينة حيث يجوز ذلك . ولها رفض مثل هذا الطلب إذا كونت اعتقادها فى الدعوى من أدلة أو قرائن أخرى ولو ضد طالب الإحالة إلى التحقيق إنما عليها أن تبين أسباب ذلك . وقد قررت محكمة النقض أن محكمة الموضوع ليست ملزمة بإجابة الخصوم إلى مايطلبونه من إحالة القضية إلى التحقيق وإنما هى ملزمة إذا رفضت مثل هذا الطلب أن تبين فى حكمها لم رفضته[3] وقررت محكمة النقض أيضا أنه مادامت المحكمة قد وجدت من الأدلة التى استندت إليها ما يكفى لتكوين اعتقادها بوجود حق ارتفاق المشترى وكان من شأن هذه الأدلة أن

---

(١) قارن مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة الثامنة والعشرين ص ٥٦ والسنة الثلاثين ص ٢٢٣ والسنة الثانية والثلاثين ص ١٢ .

(٢) مجموعة ال ٢٥ عاما اثبات ١٧٩ ومجموعة القواعد القانونية جزء أول ص ١٠٩٦ رقم ١/٣٥٠ وجاء فى الأسباب أن محكمة الموضوع رفضت طلب الطاعن الاحالة إلى التحقيق لاثبات عدم وضع يد خصميه وأن الأرض كانت بوراً إذ شهد جميع الشهود سواء فى البوليس أو أمام المحكمة فى قضية الجنحة بأن خصميه كانا واضعى اليد من مدة طويلة وقد بحثت محكمة الجنح هذه النقطة باسهاب وسردت الأدلة القاطعة التى تأخذ بها هذه المحكمة — المحاماة ١٧ ص ٨٤ ومجموعة المكتب الفنى السنة ١٤ ص ٤ ١ والسنة ١٣ ص ٦٧٦ .

(٣) مجموعة أحكام النقض المكتب الفنى ٨ سنة ٥٧ ص ٨٩٠ رقم ١٠٠ . وانظر أيضا حكمى النقض الصادرين فى ٣٠ من مارس سنة ١٩٥٠ و٦ من أبريل سنة ١٩٥٠ فى الطعنين رقم ٩٣ و١٣٩ سنة ١٨ القضائية .

تؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها فإنه لا تثريب عليها إن لم تجب الشفيع إلى طلب إحالة الدعوى إلى التحقيق لنفى هذا الحق[1] .

٤٧٨ — وإذا قضت المحكمة فى أمر بناء على شهادة الشهود وجب عليها أن لا تقتصر فى أسباب حكمها على الإشارة إلى شهادة هؤلاء الشهود بل يجب عليها أن تبين ما استدلت به من شهاداتهم على ماقضت به وإلا كان حكمها باطلا بطلاناً جوهرياً يستوجب نقضه إذا كان الطعن فيه بطريق النقض جائزاً . فلا يصح للمحكمة أن تقول مثلا إنه ثبت لها من شهادة الشهود كذا وكذا أو ثبت لها من شهادة فلان وفلان كذاوكذا بل يجب عليها أن تبين ما شهد به هؤلاء الشهود وما استدلت به من شهاداتهم على ثبوت الحق الذى قضت به . وهذا القول يسرى على جميع الأحكام سواء كانت مبنية على شهادة الشهود أو على غيرها من الأدلة إذ يجب على المحكمة أن تذكر فى حكمها الحجج الواقعية والقانونية التى تقيم عليها قضاءها ولا تكتفى بأن تقول إنه ثبت لها من المستندات أو من قرائن الدعوى كذا وكذا . وقد نصت المادة ١٠٣ من قانون المرافعات القديم على أن الأحكام التى تصدر من المحاكم الابتدائية ومن محاكم الاستئناف يلزم أن تكون مشتملة على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت لاغية . ونصت المادة ٣٤٧ من القانون السابق على أنه يجب أن تكون الأحكام مشتملة على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت باطلة

---

(١) مجموعة المكتب الفنى بمحكمة النقض السنة الأولى ص٧٤ — ٧٦ رقم ٣ وقررت محكمة النقض كذلك أنه إذا كان الحكم لم يحفظ لنظار وقفين حقهم فى الرجوع بقيمة إنقاض ومخلفات كانت بعين الوقف وقت التأجير على أساس أنه كان من اللازم إثبات حالتها وقتئذ حتى يمكن الرجوع بها ، فانه لايكون قد خالف قواعد الاثبات إذا هو لم يقم قضاءه على أساس أنه لايجوز الاثبات فى هذه الحالة إلا بدليل معين بل إقامة على عدم جدوى الاثبات بالبينة وهذا أمر يتعلق بتقدير الدليل فى الدعوى مما يستقل به قاضى الموضوع — مجموعة دار النشر للجامعات السنة الأولى ص ١٨٦ رقم ٣/٥٤ .

ونصت المادة ١٧٦ من قانون المرافعات الجديد على أنه « يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التى بنيت عليها وإلا كانت باطلة » وهذه الأسباب بطبيعة الحال يجب أن يكون من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهت إليه المحكمة وتطمئن من يطلع على الحكم وأصحاب الشأن فيه والكافة أن المحكمة قد فحصت الأدلة التى قدمت إليها وحصلت منها ما تؤدى إليه. والأمر لا يكون كذلك إذا اقتصر الحكم على مجرد الإشارة إلى الأدلة دون بيان ماهيتها وما يستخلصه الحكم منها . والكلام على وجوب تسبيب الأحكام تسبيباً صحيحاً مفصل فى كتب المرافعات والنقض وأحكام محكمة النقض [1]:

(٨) نفى قرينة الوفاء المستفادة من التأشير على سند الدين مما يفيد براءة المدين .

لقد تقدم القول عن هذه القرينة وعلى أنه يجوز إثبات ما يخالفها أى أثبات عدم الوفاء بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن فى الفقرات رقم ٣٠٣ - ٣٠٨ فراجعها .

(٩) إثبات ما يخالف القرائن القانونية غير القاطعة والقرائن الموضوعية .

وكذلك يجوز إثبات ما يخالف القرائن القانونية غير القاطعة والقرائن القضائية أى الموضوعية بجميع طرق الإثبات بما فى ذلك البينة والقرائن . وذلك لأن تلك القرائن غير القاطعة أضعف من الكتابة كما تقدم القول ، فيجوز دحضها بالبينة والقرائن الأخرى [2] .

---

(١) انظر كتاب النقض للمرحوم الأستاذ حامد فهمى وأحكام النقض فى مجموعة القواعد القانونية تحت عنوان حكم — تسبيبه .

(٢) وانظر الفقرة رقم ٢٤٥ فى الجزء الثانى .

(١٠) خسارة المقامرة والرهان[1]

٤٧ — ويجوز إثبات خسارة المقامرة والرهان لاستردادها فى غضون سنوات ثلاث من أدائها بجميع طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن ومهما كانت قيمة الخسارة . وقد استحدث الشارع هذا الحكم فى المادة ٧٣٩ من القانون المدنى القائم التى نصت على أنه «يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان . ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه فى خلال ثلاث سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك . وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق » وخيراً فعل هذا النص الجديد لأن كسب المقامرة أو الرهان لا سبب له فى الواقع — لأن سببه ليس عملا جدياً اجتهادياً مشروعاً بل سببه الحظ فقط ولذلك كان الاتفاق الخاص بهما باطلا بطلانا أصلياً لا تلحقه الإجازة ، وقد أجاز الشارع الاثبات بجميع الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن لأن طبيعة المقامرة أو الرهان وكل عمل غير مشروع تنافى التعاقد الكتابى . هذا وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع تنقيح القانون المدنى المطبوعة سنة ١٩٤٣ ص ٦٤٥ والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٥ ص ٣٠١ أن المقامرة والرهان يتوقفان على الحظ . لذلك كان الاتفاق الخاص بهما باطلا لمخالفته للآداب والنظام العام . والبطلان مطلق لا ترد عليه الإجازة . واستثناء من القاعدة التى تنص على أنه لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه إلا إذا كان هو فى التزامه لم يخالف الآداب ، أجاز المشروع توثيقاً فى تحريم المقامرة ، أن يسترد الخاسر ما دفعه للرابح ، وتسهيلا لاستعمال هذا الحق أجاز المشروع أيضاً أن يكون إثبات الدفع بجميع الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن حتى ولو كان المبلغ المدفوع يزيد على عشرين جنيها . والقاعدة التى تقضى بجواز الاسترداد تعتبر من النظام العام ، فلا يجوز الاتفاق على ما يخالفها . وبذلك سد

---

(١) انظر أيضا الفقرتين رقم ٧٩١ و٧٩٢ فى الخاتمة .

للمشروع الطريق على التحايل ، إذ أجاز الاسترداد ، وحرم الاتفاق على عدم جوازه وأجاز إثبات الدفع بجميع الطرق . وغنى عن البيان أن الحق فى الاسترداد ينتقل إلى الورثة . واستعمال الورثة لهذا الحق بعد موت مورثهم أكثر احتمالا من استعمال المورث للحق فى حياته . ويلاحظ أنه يجب على الورثة استعمال الحق فى خلال ثلاث سنوات من الدفع أيضاً لا من تاريخ وفاة المورث ، وأنه يجوز لهم الإثبات كذلك بجميع طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن . وكان مشروع المادة ٧٣٩ المذكورة كما هو ظاهر فى المذكرة الايضاحية يقضى بالاسترداد فى خلال سنة من الدفع ولكن رؤى عند وضع النص النهائى أن يكون الاسترداد فى خلال ثلاث سنوات حتى ينفسح الوقت أمام الورثة .

على أن القانون المدنى القائم استثنى فى المادة ٧٤٠ الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصياً فى الألعاب الرياضية . ولكنه أعطى القاضى الحق فى أن يخفض قيمة الرهان إذا كان مبالغاً فيها وكذلك استثنى فى المادة المذكورة ما رخص فيه قانوناً من أوراق النصيب(١) .

(١١) كل سبب غير مشروع وفيه احتيال على القانون

٤٧٩ مكرر — وكل سبب غير مشروع وفيه احتيال على القانون يجوز

---

(١) جاء فى المذكرة الايضاحية المذكورة ص ٦٤٦ والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٥ ص ٣٠٣ أن المشروع لم يستثن من تحريم المقامرة والرهان إلا حالتين (١) إذا كان الأمر متعلقا بمباراة فى الألعاب الرياضية . أو فى ألعاب يكون من شأنها تقوية الجسم واستكمال أسباب الصحة ، بشرط أن يكون عقد الرهان بين المتبارين أنفسهم فى هذه الألعاب ، حتى يكون هذا وسيلة لتشجيعهم . أما الرهان من غير اللاعبين ، إذا كان مبالغاً فيه يجوز للقاضى تخفيضه بالقدر الذى تتحقق فيه فكرة التشجيع دون زيادة (إنما يلاحظ فى هذه النقطة أن النص جاء مطلقا فيما يتعلق بحق التخفيض أى أنه يعطى القاضى الحق فى تخفيض قيمة الرهان أيضا فيما بين المتبارين أنفسهم (٢) ويستثنى من ذلك أيضا ما رخص فيه قانونا من أوراق النصيب . وهذا هو نص المادة ٧٤٠ : (١) يستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصيا فى الألعاب الرياضية . ولكن للقاضى أن يخفض قيمة هذا الرهان إذا كان مبلغا فيه (٢) ويستثنى أيضا ما رخص فيه قانونا من أوراق النصيب . وقد كان النص هكذا فى المشروع الذى جاء فى المذكرة الايضاحية المذكورة) وانظر الفقرة ٧٩٢ من الجزء الثانى

إثباته بجميع الطرق بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن كما تقدم فى الفقرات رقم ٤١٤ مكرر .

(١٢) الولادة والوفاة

٤٨٠ — والولادة أو الوفاة إن لم توجد ثابتة فى السجل المعد لذلك أو تبين عدم صحة ما أدرج بالسجل — جاز إثباتها بجميع الطرق بما فى ذلك البينة والقرائن(١) .

هذا وقد كان القانون المدنى السابق ينص على أربع أحوال أخر يجوز فيها الإثبات بالبينة .

(١) نفى قرينة الوفاء المستفادة من وجود سند الدين أو صورته الواجبة التنفيذ تحت يد المدين

(٢) الشروع فى الوفاء .

(٣) دفع الفوائد .

(٤) التنازل الضمنى عن حق الشفعة .

(١) نفى قرينة الوفاء المستفادة من وجود سند الدين أو صورته الواجبه التنفيذ تحت يد المدين :

٤٨١ — لم يأت قانون الإثبات ومن قبله القانون المدنى القائم بمادتين كالمادتين ٢١٩/٢٨٤ و٢٢٠/٢٨٥ من القانون المدنى السابق المستفاد منهما أن وجود سند الدين أو صورته الواجبة التنفيذ تحت يد المدين يعد قرينة على تخلص المدين من دينه ما لم يثبت الدائن أن ذلك كان لسبب آخر غير التخلص من الدين ، وذلك بجميع طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن — إذ قد نصت المادة ٢١٩ / ٢٨٤ من القانون المدنى السابق على أن إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده

---

(١) انظر الفقرة رقم ٩٠ ك والفقرة رقم ٢٩٤ ورقم ٧٦٦ مكرر .

أو صورته الواجبة التنفيذ إلى المدين. ونصت المادة ٢٢٠/٢٨٥ على أنه مع ذلك يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند أو صورته الواجبة التنفيذ تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين. وبعبارة خرى يمكن فى أحوال تطبيق القانون المدنى السابق (أو إذا أضاف الشارع إلى قانون الاثبات نظير المادتين ٢١٩/٢٨٤ و٢٢٠/٢٨٥ فى القانون المدنى السابق كما أرجو لما سنراه بعد) يمكن نفى قرينة الوفاء المترتبة على وجود سند الدين تحت يد المدين أو صورته الواجبة التنفيذ بشهادة الشهود أو القرائن. وليلاحظ أن ما يجوز إثباته بشهادة الشهود أو القرائن ليس الدين فإنه سند موجود وإنما فقط ما ينفى قرينة الوفاء المستفادة من وجود هذا السند تحت يد المدين. ولا يخفى أن هذه القرينة معقولة لأن الدائن لا يترك سند دينه ودليل حقه يفلت من بين يديه إلا إذا استوفى دينه أو تخلص منه المدين بأى نوع آخر من أنواع التخلص. وإنما قد يفقد السند أو يخرج من تحت يد الدائن ويوجد فى حيازة المدين لأى سبب آخر غير التخلص من الدين، لذلك قال الشارع فى المادة ٢٢٠/٢٨٥ إنه يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين. وقد تقدم القول بأن ما يجوز إثباته بالبينة يجوز إثباته بالقرائن.

وقد نسب إلى الدكتور سليمان مرقس[1] إننى فسرت (فى الطبعة الرابعة نبذة ٣٩٦ وما بعدها) نص المادة ٢٢٠/٢٨٥ «بأن المشرع اعتبر تلك القرينة كمبدأ ثبوت بالكتابة من حيث أنه يجيز الاثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة» ثم يقول (عن نفسه) «غير أنى لا أرى فى هذه القرينه شيئاً من ذلك بل أراها قرينة عادية شأنها شأن غيرها من القرائن القانونية غير القاطعة فهى تعفى المدين مؤقتاً من إثبات الوفاء إلى أن يتمكن الدائن من إثبات عدم الوفاء» وأنا لم أفسر المادة ٢٢٠/٢٨٥ المذكورة ذلك التفسير. وهذا ماقلته فى الطبعة

---

(١) فى كتابه أصول الإثبات الطبعة الثانية ص ٤٢٠.

الرابعة فى الفقرة رقم ٣٩٦ حرفيا « يستفاد من هاتين المادتين (٢١٩/٢٨٤ فى ٢٢٠/٢٨٥) أن الشارع جعل من وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة قانونية غير قاطعة على تخلصه من الدين بحيث يجوز للدائن أن يثبت بالبينة أن وجود السند أو صورته (لواجبة التنفيذ) تحت يد المدين كان لسبب آخر غير التخلص من الدين وبعبارة أخرى يمكن نفى قرينة السداد المترتبة على وجود سند الا ن تحت يد المدين أو صورته الواجبة التنفيذ بشهادة الشهود أو حتى بالقرائن . وليلاحظ أن مايجوز إثباته بشهادة الشهود أو القرائن ليس الدين فإن سنده موجود وإنما فقط ماينفى قرينة الوفاء المستفادة من وجود هذا السند تحت يد المدين » ولم أذكر غير ذلك مما قاله الدكتور سليمان بعد الفقرة رقم ٣٩٦ ولم أخرج عن ذلك فى الطبعة الخامسة رقم ٤٨١ التى كانت تحت يد الدكتور .

وقد نسب الدكتور سليمان إلى الدكتور السنهورى أيضاً فى الموجز فى الالتزامات نبذة ٦٨٩ مانسبه إلىّ مع أن الدكتور السنهورى قال صراحة « أن القانون يستخلص من وجود السند تحت يد المدين قرينة على أن الدين قد انقضى وإلا لبقى السند فى يد الدائن ولما انتقل إلى يد المدين ومع هذا فإن هذه القرينة غير قاطعة بل يجوز للدائن أن يثبت أن وجود سند الدين تحت يد المدين إنما كان لسبب آخر غير انقضاء الدين » والذى أشكل على الدكتور سليمان أن الدكتور السنهورى قال بعد ذلك « إلى هنا لاشىء يتصل بالقاعدة التى نبحثها لكن إذا فرضنا أن الالتزام الذى قامت القرينة المتقدمة الذكر دليلا على انقضائه تزيد قيمته على عشرة جنيهات ، فقد كان منطق القواعد العامة يقتضى أنه لايجوز دحض هذه القرينة بالبينة ، ولكن القانون أجاز ذلك كما رأينا فى النصوص المتقدمة . ومن ذلك نرى أننا بصدد استثناء خاص يختلف عن الاستثناءات المتقدمة . فليس المباح هنا إثبات وجود الالتزام الذى تزيد قيمته على عشرة جنيهات بالبينة لوجود قرينة تجعل الأمر قريب الاحتمال كما فى الاستثناءات السابقة بل المباح

هو دحض قرينة انقضاء الالتزام الذى تزيد قيمته على عشرة جنيهات بالبينة لأن هذه القرينة التى قامت دليلا على انقضاء الالتزام ليست من القوة بحيث تعدم أثر السند المكتوب الذى يثبت وجود الالتزام وهو الآن فى يد المدين الخ »[١] .

٤٨٢ — ويجب طبقاً لأحكام القانون المدنى السابق توفر أربعة شروط حتى يمكن القول بتخلص المدين من الدين .

(الأول) يجب أن يحصل التسليم من الدائن باختياره وإرادته ، فإذا وقع السند تحت يد المدين عن طريق السرقة أو الغصب أو النصب أو الضياع أو خيانة الأمانة من الغير أو الغلط أو الغش ، فإن قرينة الوفاء تنعدم . وليس من الضرورى أن يحصل التسليم من الدائن شخصياً ، ويكفى أن يحصل من وكيله أو ممن يمثله أو من أى شخص له صفة فى التسليم كما إذا أعطى الدائن السند لشخص لتحصيل قيمته وتسليمه للمدين ولا بد من توفر الصفة[٢] . وقيل لا يكفى أن يكون من سلم السند مكلفاً بقبض قيمته بل يجب أن يكون له صفة فى الإبراء من الدين أو فى الصلح[٣] ولكن تسليم المكلف بالقبض سند الدين للمدين ألا يدل على الدفع[٤] ؟

ومجرد عدم وجود السند مع الدائن لا يكفى للدلالة على التخلص من الدين ، بل يجب أن يكون هناك تسليم لسند الدين إلى المدين . فإذا كان الدين ثابتاً فى عقد آخر كعقد بيع وكان عبارة عن جزء من الثمن كتب به سند مستقل . فإن عدم

---

(١) انظر الموجز فى نظرية الالتزامات الدكتور السنهورى رقم ٦٨٩ ص ٧١٦ — ٧١٧

(٢) قارن الفقرة رقم ٣٠٤ والمراجع المشار إليها وانظر بودرى تعهدات رقم ١٧٨٠ والحكم الذى أشار إليه .

(٣) دالوز العملى جزء ٨ على التعهدات رقم ١٠٧٨

(٤) قارن المرجع السابق رقم ١٠٨٦ وأنظر أوبرى جزء ٤ § ٣٢٣ ص ٣٤١ والهامش ٣٧ والمرجع الكثيرة التى أشار اليها وفيها أحكام نقض واستئناف .

وجود هذا السند فى يد الدائن لفقده مثلا لايدل على التخلص . وقررت محكمة استئناف مصر أن القاعدة المدونة فى المادتين ٢١٩ و ٢٢٠ من القانون المدنى هى أن إثبات التخلص من الدين يكون بتسليم سنده إلى المدين مالم يثبت الدائن أن وجود السند تحت يد المدين كان لسبب آخر غير تخلصه من الدين ، فالتخلص إنما يستنتج من تسليم السند للمدين لا من مجرد عدم وجوده بيد الدائن لأن القانون يفترض أن الدائن لا يسلم السند للمدين باختياره إلا إذا كان لايريد التمسك به وذلك وفاء أو إبراء . أما مجرد عدم وجود السند تحت يد الدائن فيجوز أن يكون لأنه فقده فلا يكفى أن يثبت أن السند غير موجود تحت يده بل يجب أن يثبت المدين أن الدائن أو من له صفة فى التسليم سلمه إليه[1] .

(الثانى) يجب أن يكون التسليم للمدين أو من يمثله ، فإذا كان المدين شركة وسلم الدائن السند لأحد الشركاء بصفته الشخصية فإن هذا لايعد قرينة على التخلص[2] .

(الثالث) أن يكون التسليم واقعاً على سند الدين ذاته أو صورته الواجبة التنفيذ ، فإذا فرضنا أن هناك ديناً برهن ، وسلم الدائن للمدين الشىء المرهون فإن هذا لا يعد قرينة على التخلص ، بل دليلا فقط على تنازل الدائن عن الرهن (وله إثبات العكس) وقد نصت المادة ١٢٨٦ من القانون المدنى الفرنسى على ذلك صراحة أى على أن تسليم الشىء المرهون لا يعتبر قرينة على التخلص من الدين . ورأى الشارع المصرى بحق أنه لاحاجة به إلى مثل هذا النص لأن الأمر ظاهر .

(الرابع) أن يكون التسليم بنية تخليص المدين من الدين ، فإذا سلم رجل طاعن فى السن مريض سند الدين للمدين وسط أوراق أخرى بقصد إيداعها

---

(١) المحاماه ١٣ ص ١٢٣٢ .

(٢) بودرى تعهدات رقم ١٧٨٠ (c) والحكمين اللذين أشار إليهما فى الهامش وانظر ضا داللوز العملى ج ٨ على التعهدات رقم ١٠٨٧ وما أشار إليه .

عنده ، فإن هذا غير كاف [١] وتسليم صورة السند الواجبة التنفيذ ليس فى قوة تسليم السند ذاته إذ من الجائز أن يسلم الدائن المدين الصورة ليطمئنه على أنه أرجأ التنفيذ ، ويجوز للدائن أن يطلب صورة أخرى [٢] .

ويجب أن نقيس على صورة السند الواجبة التنفيذ الصورة التنفيذية لحكم أيضا ، فإن تسليم الصورة التنفيذية لحكم يعتبر قرينة على التخلص مما حكم به حتى يثبت المحكوم له ما ينقض ذلك [٣] وهذا بالرغم من وجود السند الأصلى فى حيازة الدائن لأن الصورة التنفيذية للحكم تقوم مقامه [٤] .

والذى عليه حمل إثبات عدم توفر شرط من هذه الشروط هو الدائن لأن مجرد وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة قانونية (غير قاطعة) على التخلص كما هو ظاهر من المادة ٢٢٠/٢٨٥ المذكورة [٥] .

ومسألة ما إذا كان تسليم سند الدين قد وقع اختياراً من الدائن وبقصد تخليص المدين من الدين أم لا ، مسألة موضوعية لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تقديرها بدون رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك [٦] .

---

(١) انظر بودرى تعهدات رقم ١٧٨١ والحكم المشار إليه فى الهامش الصادر من محكمة باريز فى ٢٨ من ديسمبر سنة ١٩٠٠ وانظر بلانيول المطول جـ ٧ ص٦٣٩ آخر رقم١٣٠٨ حيث قيل أن الدائن يجب أن يكون مدركا تمام الادراك en pleine conaissance (de cause أنه يخلص المدين من دينه وأن لايكون ذلك معلقا على شرط . وانظر ما أشار إليه فى الهامش وقد قيل هنا أيضا ولاتهم عودة السند إلى الدائن مادام كان سلمه إلى المدين باختياره

(٢) بلانيول المطول جـ ٧ ص ٦٤٠ رقم ١٣٠٩

(٣) قارن لاروميير على المادة ١٢٨٣ رقم ٤ وهيك جـ ٨ رقم ١٣٥ ودمولومب جـ ٢٨ رقم ٤٢٧

(٤) انظر بودرى تعهدات رقم ١٧٧٨ والمراجع التى أشار إليها (ومنها مرجع عكسى) ودالوز العملى جـ ٨ على التعهدات رقم ١٠٨٧ وحكم النقض والمراجع التى أشار إليها كذلك .

(٥) وانظر بلانيول الموجز جـ ٢ رقم ٦١٦ وبودرى تعهدات رقم ١٧٨١ ودمولومب جـ ٢٨ رقم ٤٢٠ — ٤٢٢ وتوليه جـ ٧ رقم ٣٢٤ ولاروميير على المادة ١٢٨٢ رقم ١١ وهيك جـ ٨ رقم ١٣٦ .

(٦) انظر بودرى تعهدات رقم ١٧٨٠ و ١٧٨١ وأحكام النقض التى أشار إليها فى سيرى ٧٣ — ١ — ١٦٠ ودالوز ٧٣ — ١ — ٤٧٧ و ٧٨ — ١ — ٢٩٢ وسيرى ٩٠ — ١ — ٥٢٤ ودالوز ٩١ — ١ — ٢٦٣ .

ويلاحظ أخيراً أن تسليم الدائن سند الدين للمدين اختياراً وبقصد تخليصه من الدين كما يكون سببه دفع المدين للدين كذلك قد يكون سببه إبراء الدائن له من دينه . وهناك فرق بين الحالتين بالنسبة لدائني الدائن وبالنسبة للمدين نفسه إذا كان مدينا بالتضامن مع غيره وبالنسبة للكفيل إذا كان تسليم السند قد حصل له ـ فدائنو الدائن يمكنهم إبطال الإبراء الصادر من مدينهم إذا أضر بهم طبقا للمادة ١٤٣/٢٠٤ مدنى (سابق ـ ٢٣٧و٢٣٨ جديد)[1] التى نصت على أن للدائنين الحق فى جميع الأحوال فى طلب إبطال الأفعال الصادرة من مدينهم بقصد ضررهم وفى طلب إبطال ما حصل منهم من التبرعات وترك الحقوق إضراراً بهم ، كذلك المدين المتضامن الذى سلمه الدائن سند الدين إذا كان قد دفع الدين يصح له الرجوع على زملائه المتضامنين معه ، وإذا كان إبراء فلا . ومثله الكفيل إذا كان قد دفع الدين يجوز له الرجوع على المدين وإلا فلا . ولكن من هو المكلف بإثبات سبب التسليم فى هذه الأحوال ـ الدفع أو الإبراء ـ المدين أم دائن الدائن أم المدين المتضامن أم الكفيل ؟ المدعى أو الطالب فى كل حالة هو المكلف بالإثبات طبقا للقواعد العامة . فدائن الدائن هو المكلف بإثبات الابراء ، والمدين المتضامن هو المكلف بإثبات الدفع وكذا الكفيل[2] وليس على المدين فى الحالة الأولى أن يثبت الدفع ولا على المدينين المتضامنين الآخرين فى الحالة الثانية أن يثبتوا الإبراء فى وجه زميلهم . وكذلك ليس على المدين فى الحالة الثالثة أن يثبت الإبراء فى وجه الكفيل ، وإنما لهم ذلك إذا أرادوا كما أن لهم نفى ما يثبته خصمهم .

٤٨٣ — ولا ننسى أن القانون المدنى القائم لم يأت بمادتين كالمادتين

---

(١) الخاصة بالدعوى المعروفة بالدعوى البولصيه .

(٢) انظر بودرى تعهدات رقم ١٨٧١ والمراجع التى أشار اليها .

٢١٩/٢٨٤ و ٢٢٠/٢٨٥ من القانون المدنى السابق ولم تتحدث المذكرة الإيضاحية المطبوعة فى سنة ١٩٤٢ ، ولا المذكرة التى تقدمت بها الحكومة للبرلمان ولا محاضر مجلس النواب ولا محاضر مجلس الشيوخ عن سبب ذلك . وهاتان المادتان لهما نظائر فى معظم القوانين القديمة والحديثة ـ المادتان ١٢٨٢ و ١٢٨٣ من القانون المدنى الفرنسى والمادة ١٢٧٩ من القانون الايطالى والمادة ١٤٧٥ من القانون الهولندى و ١١٣٠ و ١١٣١ من قانون موناكو و ١٦٥٤ من قانون شيلى و ٩١١ و ٩١٢ من قانون الأرجنتين و ١٠٥٣ من القانون البرازيلى ، وكذا القانون المكسيكى وضع راؤول دى لاجراسرى ص ١٢٨ وقانون فنزويلا وضع المؤلف المذكور ص ١٨٢ . وقررت ذلك ضمنا المادة ١١٨٧ من القانون الأسبانى والمادة ٣٧٠ من القانون اللبنانى . بل إن المادتين ٢٠٩ و ٢١٠ من مشروع القانون الفرنسى الإيطالى هما كالمادتين ٢١٩ / ٢٨٤ و ٢٢٠/ ٢٨٥ عندنا .

ولعل الشارع فى قانون الإثبات ومن قبله فى القانون المدنى القائم اكتفى بالمادة ٤٠٣/٢ الملغاة (المقابلة للمادة ٦٣ إثبات) الخاصة بضياع السند بسبب قهرى أى لسبب أجنبى لا يد لصاحبه فيه ورأى أنها تغنى عن المادتين ٢١٩/٢٨٤ و ٢٢٠/٢٨٥ من القانون المدنى السابق . ولكن هناك أحوالا لا يمكن فيها تطبيق المادة ٦٣ إثبات المذكورة كحالة ضياع السند بسبب إهمال صاحبه أو خطئه أو حتى سرقته بسبب إهماله كما تقدم فى الفقرة رقم ٤٦١ ، وكحالة النصب أو الغش أو خيانة الأمانة من الغير المشار إليها فى الفقرة السابقة حيث لا يعتبر ذلك قوة قاهرة . نعم قد يقال إنه من الوجهة العملية لا يقدم المدين السند إذا وقع فى يده بطريقة غير مشروعة ويكتفى بانكار الدين استناداً إلى عجز الدائن عن الإثبات لفقد سند دينه ، ولكن هذا أمر مردود (أولا) بأنه يجوز أن يكون قد صدرت من المدين بعض خطابات للدائن يخشى اعتبارها دليلا أو مبدأ دليل بالكتابة فيريد أن

يدحض ذلك بتقديم سند الدين ذاته ويتكل على صعوبة أو أمل عدم إمكان الدائن إثبات الضياع أو السرقة الخ . (ثانيا) بأنه قد يكون رجلا بسيطاً ويريد أن يظهر بمظهر الموفى لدينه أمام من يعلمون بأمر مديونيته ما دام ليس بيده مخالصة (ثالثا) بأنه ليس كل شخص يعلم بأن ضياع سند الدين بسبب إهمال صاحبه أو خطئه أو حتى سرقته بسبب إهماله الخ . لا يعد قوة قاهرة . وهذا محصور علمه غالبا فيمن درس القانون .

لذلك أرى أن يتدارك الشارع الأمر ويضيف إلى قانون الإثبات نصا بمعنى المادتين ٢١٩/٢٨٤ و٢٢٠/٢٨٥ من القانون المدنى السابق . ويلاحظ أنه لا يمكن اعتبار وجود سند الدين تحت يد المدين قرينة قضائية على التخلص من الدين فيما تجاوز قيمته عشرين جنيها . ولا يمكن اعتبار عدم وجود سند الدين تحت يد المدين نوعا من مبدأ الثبوت بالكتابة السابى بالنسبة لوفاء المدين بدينه لأن مبدأ الثبوت بالكتابة السابى يستوجب أن تكون هناك كتابة ناقصة [1] هذا فضلا عن أن عدم وجود السند الذى تحت يد الدائن قد يكون سببه فقده منه لا تسليمه للمدين لوفائه بالدين . وعلى أى حال لاشك فى أن ما نصت عليه المادتان ٢١٩ و ٢٢٠/٢٨٤ و ٢٨٥ من القانون المدنى السابق يصح اعتباره قرينه قضائية الآن .

الشروع فى الوفاء :

٤٨٤ — كانت المادة ٢٢١/٢٨٦ من القانون المدنى السابق تنص على أن الشروع فى الوفاء أو البدء فى التنفيذ يصح أن يكون عند الاقتضاء سبباً للقاضى فى أن يأذن بالإثبات بالبينة .

---

(١) انظر الفقرة رقم ٤٥٦ .

وهذه الحالة أى حالة الشروع فى الوفاء أو البدء فى التنفيذ تشبه — فى نظر القانون السابق — مبدأ الثبوت بالكتابة بجامع وجود أمر يدل أو يشير إلى التعاقد بغير أن يكون دليلا كاملا عليه فسوغ الشارع تكملة الإثبات بالشهود .

ولكن كيف يمكن إثبات البدء فى التنفيذ ؟ هل يمكن إثباته بالشهود أم نخضع فى ذلك للقواعد العامة ، أى يجب الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التعاقد المراد إثباته على عشر جنيهات فى ظل القانون السابق .

قد يقول البعض إنه يمكن التفريق بين حالتين ، حالة ما إذا كان الشروع فى الوفاء أو البدء فى التنفيذ أمراً مادياً كبدء مقاول فى بناء بيت ، وحالة ما إذا لم يكن كذلك كدفع مدين جزءاً من دينه ، وإنه فى الحالة الأولى البدء فى التنفيذ سهل ثبوته بالشهود وبالمعاينة ، ويسوغ إثبات المقاولة وقيمتها وشروطها بعد ذلك بشهادة الشهود [1] . أما إذا لم يكن البدء فى التنفيذ أمراً مادياً كدفع جزء من الدين ، فلا يصح إثبات دفع هذا الجزء بشهادة الشهود مهما كانت قيمته لإثبات الدين — إذا كانت قيمته أكثر من عشرة جنيهات لأن الأمر سينتهى

---

(١) انظر وقارن أصول الاثبات فى الطبعة الثانية للدكتور سليمان مرقس ص٤٢١ رقم ٢٢٩ وحكم محكمة اسكندرية الذى قرر أنه إذا كان البدء فى التنفيذ أمراً مادياً كالبدء فى البناء فيجوز إثباته بالبينة والمعاينة — الجدول العشرى الأول للمحاماة رقم ٣٣ وقارن استئناف فى المحاماة ١١ ص ١٥٥ رقم ٩٤ حيث تقرر أنه إذا كانت قيمة البدل أكثر من عشرة جنيهات فلا يجوز إثباته بالبينه إلا إذا وجدت قرائن تجعله قريب الاحتمال بورقة أو فعل صادر من الخصم كالشروع فى التنفيذ وذلك بوضع اليد مثلا على العين المتبادل عيها (وكانت مدة وضع اليد فى هذه الدعوى عشر سنوات) ولكن انظر عكس ذلك شبين الكوم فى المحاماه ١٢ ص٣٣٢ حيث قيل إنه لايجوز لأحد المتعاوضين أن يثبت حصول البدل بالبينة أو بقرائن الأحوال إذ كانت القيمة أكثر من عشرة جنيهات إلا فى الأحوال المنصوص عليها فى القانون ولو تنفذ البدل بوضع يد كل طرف على الشيء المتبادل وذلك عند حصول نزاع فى أصل البدل وأن مجرد وضع اليد كنتيجة للبدل المزعوم لايكفى وحده كدليل كامل أو ناقص يتمم بالشهود لرفع دعوى بصحة البدل أو إثبات حصوله أو التعاقد عليه ، والواقع أن وضع اليد وحده لايصلح أساسا لإثبات وجود عقد ما وقد يكون البدل مؤقتا ويطول أمده . ويظهر أن محكمة الاستئناف تأثرت بمدة العشر سنوات .

بإثبات كل الدين بشهادة الشهود[1] وقد رأى عكسه أحد شراح القانون عندنا[2] مستنداً على أن الإيصال بدفع جزء من الدين يكون مع المدين لا مع الدائن. وأرى أن هذه الحجة بعيدة عن أن تكون أساساً للسماح بإثبات دفع هذا الجزء بالبينة، ولا دخل لها فى هذا الأمر، إذا كان واجباً على الدائن أخذ سند بدينه. وإذا كنا لا نثق بالشهود فى تقرير الدفع فإننا لا نثق بهم أيضاً فى قولهم إن الدفع كان بإيصال، مادام المدين ينكر الدفع والدين. وذلك لو فرضنا أن للايصال أهمية فى الموضوع. وهل شهادة بعض شهود بأن الدائن تسلم جزءاً من دينه بإيصال أو بغير إيصال إذا كان المدين ينكر ذلك، وشهادة هؤلاء الشهود أو غيرهم بأن الدين الأصلى قدره أكثر من عشرة جنيهات، تنافى كون الدين كله قد ثبت بشهادة الشهود الأمر الممنوع قانوناً، أما إذا كان لدى الدائن كتابة تدل على دفع المدين جزءاً من دينه كما إذا كان قد وفى المدين هذا الجزء بحوالة بوستة أرسلها مع خطاب للدائن قال له فيه: مع هذا حوالة بوستة بمبلغ كذا أرجو خصمه من دينى فإنه يصح اعتبار ذلك مبدأ للثبوت بالكتابة، ولا حاجة للاستناد إلى البدء فى التنفيذ.

ولكن لو كان البدء فى التنفيذ أمراً مادياً لا يجوز الإثبات بالشهود وبالمعاينة دائماً لأن الخصم المطلوب الإثبات ضده إما أن يقر بأن البدء فى التنفيذ

---

(١) انظر كتاب أصول الاثبات المذكور فى نفس الموضع والجدول العشرى الأول للمحاماة ص ٩ رقم ٣٣ الذى قرر أيضا أنه إذا كان البدء فى التنفيذ غير مادى كدفع جزء من دين فلا يمكن فى هذه الحالة الاثبات بالبينة إذا زاد الدين على عشرة جنيهات، وقالت محكمة الاسكندرية أيضا هذا لا يمكن أن يعتبر شروعا فى الوفاء أو فى التنفيذ تجيز الاثبات بالبينة لأن البدء فى التنفيذ فى هذه الحالة أمر غير مادى يجيز الاثبات بالبينة وفقاً للقواعد العامة ـ المجموعة الرسمية ٢٨ ص ٢٠٢ رقم ٢/١٣١.

(٢) حالتين جزء أول ص ٣٢٤

المادى حصل كان نتيجة لاتفاق على عقد معين وأن النزاع منصب على التفصيلات وإما أن ينكر حصول أى اتفاق . فإن أقر بذلك يعتبر إقراره مبدأ ثبوت بالكتابة إذا استوفى شروطه ، وإن أنكر حصول أى اتفاق على عقد معين لا يصح اعتبار الفعل المادى مبدأ ثبوت وإلا كانت النتيجة إثبات العقد بشهادة الشهود والمعاينة وأليس فى وسع مقاول مثلا أن يقوم بدون علم ورضاء وموافقة صاحب قطعة أرض بالشروع فى إقامة دار عليها ويثبت بشهادة الشهود أن صاحب الأرض تعاقد معه على بناء الدار بمبلغ كذا وبشروط كذا وكذا . ولا يخفى أن الشروع فى البناء سهل إثباته بمجرد المعاينة . وإذا قلنا إن الأمر المادى يصح أن يكون أساساً لإثبات تصرف بالشهود يترتب على ذلك أن وضع اليد على عقار يمكن أن يثبت به وبشهادة شهود يأتى بهم واضع اليد على أن صاحب العقار تصرف فيه له بأن باعه إياه أو رهنه رهناً حيازياً أو أجره له مهما زادت قيمة ذلك على عشرين جنيها[1] . وفيما يتعلق بالدليل لا يصح أن يكون وضع يد كل من الطرفين على أرض الآخر بمقتضى بدل مؤقت أساساً لإثبات أن البدل نهائى بشهادة الشهود[2] وفيما يختص بالقسمة ألا يصح أن تكون مهيأة فقط ويريد أحد المتقاسمين أن يثبت بوضع يده وبالشهود على أن القسمة نهائية .

وخلاصة ذلك أنه لا يصح فى القانون اعتبار أى أمر مادى أو غير مادى بدء تنفيذ لعقد معين إلا إذا كان هناك كتابة أو مبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها

---

(١) وانظر المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٧ ص ٢٥٢ ، وقد قررت محكمة الاستئناف أن الدائن الذى يريد أن يحل محل مدينه فى دعواه ويدعى أن عقارا قد بيع فعلا إلى مدينه مع إنكار البائع لذلك ، يجب أن لا يقتصر على إثبات بدء التنفيذ كتسليم العقار مثلا لمدينه بل عليه أيضا أن يثبت أساس النزاع وهو أن البيع قد تم فعلا وإن لمدينه الحق فى مقاضاة البائع بتنفيذه بالتسجيل لنقل الملكية وأنه قد نفذ أو على استعداد أن ينفذ تعهده بدفع الثمن — المحاماة ١١ ص ١٠٨٩ رقم ٣/٥٥٨

(٢) انظر حكم شبين الكوم السابق الإشارة إليه فى هامش ص ٥٨٤ — المحاماة ١٢ ص ٢٣٢

أن تجعل هذا العقد قريب الاحتمال . ولذلك لم يكن الشارع فى حاجة لنص المادة ٢٢١/٢٨٦ من القانون المدنى السابق وقد تنبه لذلك واضعو القانون المدنى الجديد فلم يضعوا فيه مثل هذا النص وكذلك ليس للمادة ٢٢١/٢٨٦ المذكورة مقابل فى القانون المدنى الفرنسى . وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ٢ لمشروع تنقيح القانون المدنى المطبوعة فى سنة ١٩٤٢ ص ٧١٠ والواردة فى مجموعة الأعمال التحضيرية جزء ٣ ص ٧ ٤ : أن « ومن أمثلة الأوراق التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة المحررات المثبتة لبدء التنفيذ أو للوفاء بالفواتير أو الإيرادات وقد أفرد لها التقنين المصرى (أى القانون المدنى السابق) المادتين ٢٢١و٢٢/٢٨٦و٢٨٧، ولما كان الملحوظ فى أحكام هاتين المادتين أنها ليست سوى تطبيق للقاعدة العامة لذلك لم تر ضرورة للنص عليها . إذ فى تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة ما يغنى عنها » .

(٣) دفع الفوائد :

٤٨٥ — لم يرد نص فى قانون الإثبات ومن قبله فى القانون المدنى القائم أيضاً نظير المادة ٢٢٢/٢٨١ من القانون المدنى السابق التى نصت على أن « دفع الفوائد يكون سبباً لجواز إثبات أصل الدين بغير الكتابة » بناء على أن دفع الفوائد كالبدء فى التنفيذ يدل على وجود الدين ، ولا يخفى أن دفع الفوائد هو كدفع جزء من الدين أو هو نوع من الوفاء لا يصح إثباته بغير الكتابة إذا زادت قيمة الدين على عشرين جنيهاً ولو كان الوفاء بأقل من ذلك ، أما إذا كانت قيمة الدين لا تتجاوز عشرين جنيهاً أمكن إثبات الفوائد والدين بشهادة الشهود كما لا يخفى .

(٤) التنازل الضمنى عن حق الشفعة وعلم الشفيع بالبيع :

٤٨٥ مكرر — كان يجوز إثباتهما بالبينة والقرائن تحت أحكام قانون

الشفعة السابق . فقد نصت المادة ١٩ منه على أن حق الشفعة يسقط إذا حصل التنازل عنه صراحة أو ضمناً . ونصت المادة ٢٠ من القانون المذكور على أنه يجوز إثبات التنازل الضمنى عن الشفعة والعلم بالبيع بكافة طرق الإثبات المقررة فى القانون بما فيها الإثبات بالبينة . أما المادة ٩٤٠ من القانون المدنى القائم فقد نصت « على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشترى خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنذار الرسمى الذى يوجهه إليه البائع أو المشترى وإلا سقط حقه ، ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك » . ومفاد هذه المادة أن العلم بالبيع لا يصح إثباته ضد الشفيع إلا بإنذاره رسمياً من البائع أو المشترى . إنما نصت المادة ٩٤٨ على أنه إذا مضت أربعة شهور من يوم تسجيل عقد البيع يسقط حق الشفعة . ومفاد ذلك أن حق الشفعة يسقط ولو لم ينذر البائع أو المشترى الشفيع . كما أن حق الشفعة يسقط إذا نزل الشفيع عنه ولو قبل البيع طبقاً للمادة ٩٤٨ المذكورة أو قبل مضى الأربعة شهور المذكورة، وهذا النزول يجوز إثباته بجميع الطرق . وكان مشروع الحكومة يقول إذا حصل التنازل صراحة أو ضمناً ونوقشت هذه العبارة فى الأعمال التحضيرية وانتهى الأمر إلى حذفها لأنها تزيد تغنى عنه القواعد العامة[1] .

وقد كان قانون الشفعة السابق فى المادة ٢٠ يفرق بين التنازل الصريح والتنازل الضمنى إذ كانت تنص على أن التنازل الضمنى يصح إثباته بشهادة الشهود مما يفيد أن التنازل الصريح كان يجب إثباته بالكتابة ولا محل لهذه التفرقة الآن بعد ما تقدم عن الأعمال التحضيرية ، وإذا كان التنازل الضمنى يجوز إثباته بالشهود فمن باب أولى التنازل الصريح .

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٦ ص ٤٤٤

فهرست ترتيب الجزء الأول من رسالة الإثبات

مفصلا ومشتملا على ملخص لقواعد الإثبات الواردة فيه

للباحث المستعجل ولطلبة الحقوق

الجزء الأول

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
تقديم	٥	
مقدمة	٨	
تمهيد	١٣	١
مقارنة بين الإثبات العلمى والتاريخى والإثبات القضائى . ولا يصح للقاضى أن يقضى بعلمه الشخصى .	١٥	٢ — ٣
أدوار الإثبات القضائى فى العالم	٢١	
عهد ماقبل القضاء	٢١	٤و٥
عهد الدليل الإلهى	٢٢	٦ — ٩
عهد الدليل الإنسانى	٢٥	١٠
عدم سريان أدلة الإثبات على الماضى وسريان الاجراءات وقواعد الاختصاص	٢٦	١٠ مكرر
تعريف الإثبات وأهميته	٢٩	١١
مذاهب الإثبات	٢٩	١١ مكرر
أركان الإثبات :	٣٢	١٢
الركن الأول — واقعة متنازع عليها	٣٢	١٣
وهى إما أن تكون ارتباطا قانونيا أو تعاقدا ، وإما أن تكون حادثة مادية	٣٣	١٤
ويجب أن تكون متعلقة بموضوع الدعوى منتجة فيها	٣٣	١٥
وأن تكون جائزة القبول	٣٥	١٦
وإن تكون مصورة	٣٧	١٦ مكرر
الركن الثانى — نص فى القانون يجعل لهذه الواقعة أثراً قانونيا.	٣٧	١٧

الموضـوع	الصفحة	رقم الفقرة
ليس من الضرورى إرشاد القاضى إلى النص	٣٨	١٨
غموض النص وعدم وضوحه يفسره القاضى	٣٨	١٩
تطبيق قانون اجنبي — إثبات وجوده	٣٩	٢٠
وجوب مراعاة أحكام هذا القانون وإلا كان الحكم قابلا للنقض	٤٠	٢٠ مكرر
الحكم بمقتضى العرف أو الشريعة الإسلامية أو القانون الطبيعى وقواعد العدالة	٤٢	٢٠ مكرر أ ، ب ، ج
الركن الثالث — يجب أن يكون الإثبات بالدليل الذى أباحه القانون .	٤٤	٢١
مع اتباع الإجراءات المبينة فى قانون المرافعات .	٤٤	٢١ مكرر
القاعدة أن الارتباط القانونى أو التعاقد يثبت بالكتابة والحوادث المادية تثبت بغيرها	٤٥	٢٢
ويمكن التمسك بدليل تحت يد الغير إذا رضى بذلك .	٤٥	٢٢ مكرر
عبء الإثبات أو من المكلف بالإثبات	٤٦	٢٣
المكلف بالإثبات من أدى خلاف الثابت أصلا أو عرضاً أو خلاف الظاهر أو خلاف قرينة قانونية غير قاطعة أو خلاف قرينة قضائية — أمثلة لهذه القاعدة	٤٧ – ٦٩	٢٣ مكرر – ٣٨
القاعدة الرومانية	٧٠	٣٩
القاعدة الشرعية — القاعدة الإنجليزية .	٧٠	٤٠
القاعدة الفرنسية	٧١	٤١
وقد يرشدنا القانون دلالة أوصراحة على من المكلف بالإثبات .	٧١	٤٢
والمكلف بالإثبات يجب عليه إثبات توفر كل عنصر من عناصر دليله كعناصر وضع اليد ، إلا أن الالتزام الخالى من السبب يفترض أن له شيئا مشروعا حتى يثبت العكس .	٧٣	٤٢ مكرر و ٤٢ مكرر أ

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
ولكن ليس على المكلف بالإثبات إثبات أن الالتزام لم يلحقه عيب يبطله	٧٦	٤٢ مكرر ب
أهمية التكليف بالإثبات	٧٧	٤٣
إثبات النفي — ليس بمستحيل .	٧٨	٤٤
والواقعة المطلقة لا يمكن إثباتها ولو كانت إيجابية	٧٨	٤٤
الواقعة السلبية المحصورة يمكن إثباتها	٧٩	٤٥
عدم علم الشهود بواقعة إيجابية يصح أن يكون نفيا لها	٨١	٤٥ مكرر
قد ينص القانون على وجوب إثبات النفي كحارس الحيوان أو البناء إذا حصل منه ضرر للغير	٨١	٤٥ مكرر أ
نقل عبء الإثبات وتنقله	٨١	٤٦
إعفاء من الإثبات	٨٣	٤٦ مكرر
نوع من الإثبات — المادة ١٥٣ / ١ مدني	٨٧	٤٦ مكرر أ
هل قواعد عبء الإثبات من النظام العام ؟	٨٨	٤٦ مكرر ب
قيام المحكمة باجراءات الإثبات	٩٠	٤٦ مكرر جـ، د
إعلان أحكام إجراءات الإثبات	٩٢	٤٦ مكرر هـ
المسائل العارضة المتعلقة باجراءات الإثبات	٩٣	٤٦ مكرر و
طرق الإثبات أو الأدلة : والأدلة المؤقتة وإنصاف الأدلة .	٩٣	٤٧، ٤٧ مكرر
تقسيم الأدلة إلى قسمين أساسيين (الأول) الكتابة (الثاني) ماعداها	٩٤	٤٨
إثبات الحوادث المادية بغير الكتابة	٩٥	٤٨ مكرر
أدلة مباشرة وأدلة غير مباشرة	٩٥	٤٩
بعض الأدلة متروك تقديره للقاضي والبعض يجب عليه الأخذ به	٩٥	٥٠
القاضي يدير إجراءات الدعوى ، وله أن يمر بالإثبات بالبينة والخصم هو المكلف ببيان الواقعة ودليله عليها .	٩٦	٥١
ذكر الأدلة إجمالا .	٩٨	٥٢

الموضـوع	الصفحة	رقم الفقرة
ما ينشأ عن عدم اتباع قواعد الإثبات ومراقبة محكمة النقض	٩٨	٥٢ مكرر
الباب الأول : الكتابة	١٠٠	٥٣
المواد التى يجب إثباتها بالكتابة — إذا زادت القيمة على عشرين جنيها		
الحالات المستثناة من وجوب الإثبات بالكتابة	١٠٠	٥٣ و ٥٤
أفضلية جعل القاعدة فى الإثبات بالكتابة	١٠٣	٥٥
القرآن الكريم جعل القاعدة فى الاثبات الكتابة .		
وكذلك معظم الشرائع	١٠٥	٥٦
تطبيق حكم بلجيكى للقاعدة	١٠٨	٥٦ مكرر
قيمة الشىء المتنازع عليه :	١٠٩	٥٧
العبرة بالقيمة وقت حصول العقد ، ولا عبرة بالزيادة ، أو النقص الطارىء بعد ذلك أو الملحقات ، يجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت الزيادة لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل	١٠٩	٥٧ — ٥٩
أما إذا كانت الملحقات لا يمكن تحديدها وقت التعاقد فالعبرة بالأصل	١١٥	٦٠
أرباح الشركات — العبرة برأس المال	١١٥	٦٠
الاشتراك فى ورقة من أوراق النصيب يجب إثباته بالكتابة مهما قلت قيمة الورقة (حتى تحت حكم القانون المدنى السابق إذا كان المبلغ المؤمل اكتسابه أكثر من عشرة جنيهات)	١١٥	٦١ — ٦٣
تجزئة التعهد غير جائزة	١٢٠	٦٤
العبرة بقيمة التعهد ؛ لا بقيمة الطلب .		
« لا يصلح تعديل الطلب إلى عشرين جنيها أو أقل إلا إذا كان هناك خطأ »	١٢١	٦٥

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
العبرة بقيمة الدين ولورفعت الدعوى بقسط باقي منه الوعد الجديد أو الاعتراف بالباقي — عدم تاثيره إن لم يكن بالكتابة	١٢٢	٦٦
العبرة بالباقي إذا دفع جزء من قيمة التعهد وقت حصوله	١٢٤	٦٧
العبرة بقيمة التعهد لا بقيمة الجزء المختلف عليه	١٢٥	٦٨
العبرة بقيمة التعهد إذا أريد قطع التقادم أو تجنب بطلانه	١٢٥	٦٩
تعدد التعهدات قبل شخص واحد. جواز الاثبات بشهادة الشهود	١٢٥	و ٧٠
إذا كان كل منها قيمته عشرين جنيها أو أقل . ولكن تحت أحكام القانون المدنى السابق إذا كان مجموعها أكثر من عشرة جنيهات يجب الاثبات بالكتابه إلا إذا ثبت للقاضى قطعاً أن هناك تعهدات مختلفة حقيقية أو كان هناك تعهد تجارى أو اختلفت المصادر .	١٢٦	٧١ و ٧٢
وفى الوفاء تكون العبرة إذا كان جزئيا بقيمة الالتزام الأصلى	١٣٢	٧٣
كيف تقدر قيمة الشىء المتنازع عليه :		
إذا كان موضوع الدعوى مبلغا من المال فإنه يقدر نفسه بنفسه وللقاضى أن يأخذ بأسعار البورصة والبيوت المالية فى القطن والحبوب وأسهم الشركات وسندات الحكومة الخ وله أن يعاين الشىء بنفسه أو أن ينتدب خبيرا عند اللزوم وإذا كان لا يمكن تقدير قيمة موضوع الدعوى فتعتبر القيمة أكثر من عشرين جنيها .	١٣٣	٧٤
هل يصح إثبات مايخالف الكتابة بشهادة الشهود :	١٣٤	٧٥
لا . وإذا كان موضوع الخلاف أكثر من عشرين جنيها فالأمر بديهى .	١٣٤	٧٥
وإذا كان موضوع الخلاف عشرين جنيها أو أقل وقيمة العقد أكثر من عشرين جنيها لا يجوز الاثبات بالشهود إذ العبرة بقيمة العقد .	١٣٤	٧٦
وكذلك الحال ولو كانت قيمة العقد عشرين جنيها أو أقل لأن شهادة الشهود أضعف من الكتابة .	١٣٥	٧٧

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
يجوز اثبات مايخالف الكتابة عند الثبوت بالكتابة .	١٣٦	٧٧ مكرر
هل يصح اثبات مالم يرد بالعقد المكتوب بشهادة الشهود :	١٣٧	٧٨
لا . ولايصح إثبات حصول اتفاق شفوى على فائدة أو شرط جزائى قبل أو فى أثناء أو بعد تحرير العقد .	١٣٧	٧٨
إنما يصح إثبات التاريخ الذى يحرر فيه العقد بشهادة الشهود والقاعدة إنه لا يقبل الإثبات بالشهود فيما يخالف تعاقدا مكتوباً أو فيما لم يرد به .	١٣٧	٧٩
لايعتبر اثباتا لما يخالف الكتابة اثبات تفصيلات مايحتويه موضوع العقد	١٣٨	٨٠
ولكن فى المواد التجارية يصح اثبات ما يخالف الكتابة بشهادة الشهود إلا إذا اشترط عدم جواز ذلك	١٣٩	٨٠ مكرر
هل يصح إثبات الوفاء أو الإبراء بشهادة الشهود :	١٣٩	٨٠ مكرراً
العبرة بقيمة ما وفى أو أبرىء منه لأن التعهد وتنفيذه أو الإبراء منه واقعتان مستقلتان .	١٣٩	٨١
يقول البعض أن الادعاء بدفع جزء من الدين تجزئة له ليس صوابا .	١٤٠	٨١
إثبات الاستبدال بتعهد مكتوب لايكون إلا بالكتابة مهما كانت القيمة .	١٤١	٨٢
وكذا الصلح تحت حكم القانون المدنى السابق أما طبقا للقانون الحالى يجب الاثبات بالكتابة دائما ولو كان التعاقد شفويا .	١٤١	٨٣
إثبات الدين الذى تحصل به المقاصة خاضع للقواعد العامة .	١٤١	٨٤
تجوز إزالة اللبس أو الغموض الواقع فى تعهد مكتوب بشهادة الشهود .	١٤٢	٨٥
إذا كان الخطأ المادى أو الحسابى لايستفاد من نفس	١٤٢	٨٦

الموضـــوع	الصفحة	رقم الفقرة
العقد ومحتوياته وظروف الحوال لايجوز إثباته بالشهود	١٤٣	٨٧
إن الاكراه أو التدليس مانعان من الحصول على مستند كتابى	١٤٥	٨٧ مكرر
إثبات سبب العقد . متى كان إثباته بالشهود ؟ إذا ذكر سبب شرعى للعقد ، للمدين أن يثبت بجميع الطرق بما فى ذلك شهادة الشهود والقرائن أن السبب الحقيقى غير شرعى . وإذا لم يذكر فى العقد سبب له يفترض أن له سبباً مشروعا إلا أنه يكون للمدين أن يثبت أنه لاسبب له أو أن سببه غير مشروع وذلك بجميع الطرق الخ وفيما عدا ذلك يجب إثبات ما يخالف السبب المكتوب فى العقد بالكتابة . ولكن للغير أن يثبت بجميع الطرق	١٤٥	٨٧ مكرر أ
هل يصح إثبات ما يخالف الكتابة بمبدأ ثبوت بالكتابة	١٤٩	٨٧ مكرر ب
قاعدة عدم إثبات ما يخالف الكتابة او مالم يرد بها إلا بالكتابة لاتسرى إلا على العقود .	١٥٠	٨٨
لاتسرى على الدفاتر والأوراق الخصوصية . وما يعتبر مبدأ للثبوت بالكتابة . وإذا كان هناك غش أو تدليس .		
العقود التجارية — يمكن إثبات ما يخالفها بشهادة الشهود .	١٥٠	٨٨
التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين يجوز اثبات ما يخالفه بالشهود .	١٥١	٨٨ مكرر
لاتسرى تلك القاعدة على الغير .	١٥٢	٨٩
وجوب الإثبات بالكتابة ولو كانت القيمة عشرين جنيها أو أقل فى بعض الأحوال — الموطن المختار ، الشركات ، الصلح ، المرتب مدى الحياة ، التأمين ، ملكية الأسرة ، الشفعة ، التصرفات العقارية الخ . وهكذا كل عقد يشترط فيه القانون الاثبات بالكتابة .	١٥٢	٩٠
وجوب إثبات بعض المسائل التجارية بالكتابة — الشركات (إلا المحاصة) استخدام رجال السفن شروط عقد إيجار السفينة . القرض البحرى . عقد التأمين الخ .	١٥٧	٩٠ مكرر
وجوب اثبات بعض العقود بكتابة رسمية : الهبة ،		

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
الرهن العقارى التأمينى ، بيع السفينة ، الوعد أو التوكيل بإبرام عقد يجب تحريره رسمياً . نقل التأمينات (تحت حكم القانون المدنى السابق) شركة المساهمة (يجب صدور مرسوم) الوقف (إشهاد شرعى) . إنشاء مؤسسة الخ	١٥٨	٩١
هل يمكن الاتفـــاق على الاثبات بالشهود فيما زاد على عشرين جنيها — جوازه :		
أليس ذلك مخالفاً للنظام العام ومنافياً لحسن الأخلاق ، التفريق بين الاتفاق مقدماً ، والموافقة أثناء سير الدعوى وصحه جواز هذه الموافقة صراحة أو ضمنا .	١٦٠	٩٢
هل يجوز الاتفاق على عدم جواز سماع شهادة الشهود فيما تجوز الشهادة فيه ؟	١٦٩	٩٣
نعم ، لأنه رجوع إلى القاعـدة الأصلية التى من مقتضاها أن الأصل فى الاثبات أن يكون بالـكتابة .	١٦٩	٩٣
سلطة محكمة الموضوع ورقابة محـكمة النقض فى الإثبات — المسألة موضوعية مادام الدليل مباحا قانونا ، وقانونية إذا أخذت محـكمة الموضوع بدليل حيث يجب أن يؤخذ بآخر .	١٧٠	٩٤
هل الـكتابة لازمة للاثبات فقط	١٧٧	٩٤ مكرر ب
نوعا المحررات — المحررات الرسمية :		
تعريفها القانونى	١٧٩	٩٥
نقد هذا التعريف .	١٧٩	٩٥ مكرر
تعريف المؤلف .	١٨٢	٩٧
أركان الورقة الرسمية:	١٨٢	٩٧
الركن الأول ، أن يكون التحرير بمعرفة موظف عام أو شـــخص مكلف بخدمة عمومية أو موظف لدى هيئة معترف بها من الحـكومة وخصوصا الهيئات الدينية — تعريف الموظف العام أو الشخص المـكلف بخدمة عمومية		

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
ولا تأثير للنقل أو الإيقاف أو العزل الذى لم يخطر به الموظف .	١٨٢	٩٩
الموظف الذى عينته سلطة غاصبة محرراته رسمية .	١٨٤	١٠٠
الموظف غير الحائز لشروط التعيين محرراته رسمية .	١٨٥	١٠١
الموظف محرراته رسمية ، ولوكان فى محرارته عمل يشبه أعمال الأفراد والشركات وليس من أعمال الولاية العامة	١٨٥	١٠٢
الموظف فى إدارة أملاك الميرى الخاصة محرراته رسمية أيضاً	١٨٦	١٠٣
الموظفون المختصون بتحرير العقود الرسمية هم الموثقون وقضاة المحاكم الشرعية وكتابها فيما يتعلق بالوقف ، أو مواد الأحوال الشخصية . وكان قضاة المحاكم الشرعية وكتابها وكتاب المحاكم الابتدائية المختلطة هم المختصين بتحرير العقود الرسمية إلى قبل أول يناير سنة ١٩٤٨ .	١٨٦	١٠٤
الركن الثانى — أن يكون تحرير الورقة من اختصاص الموظف من حيث نوع المحرر ومن حيث مكان التحرير وإلا لا تعتبر رسمية .	١٨٨	١٠٥
الركن الثالث — أن يكون التحرير طبقا للقواعد المقررة قانونا لكل ورقة — شروط تحرير العقد الرسمى	١٩١	١٠٦
القواعد المبينة فى لائحة الإجراءات الشرعية ، تكتب الإشهادات بالمضابط ثم تعرض على القاضى الذى باشرها أوأذن بها .	١٩١	١٠٧
استيفاء الصيغة وقراءتها والتوقيع عليها من ذوى الشان والشهود والمحرر .	١٩٢	١٠٨
بيان شخصية الطرفين وتعيين العقار الخ .	١٩٢	١٠٩
التأشير والإخطار فى حالة صدور إشهاد سابق عن نفس العقار .	١٩٣	١٠٩
تتبع أحكام الشريعة الغراء فى وجوب التأكد من شخصية المتعاقدين والشهود والأهلية وذكر اسم كاتب العقد والتاريخ ومطابقة العقد للنصوص الشرعية وتوافر أركانه .	١٩٣	١١٠

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
القواعد المقررة فى قانون التوثيق ولائحته التنفيذية		
مكاتب التوثيق .	١٩٣	١١١
واجبات الموثق — تلقى المحررات وتوثيقها . إثبات المحررات فى الدفاتر . وضع الصيغة التنفيذية . حفظ أصول المحررات وموافاة المكتب الرئيسى بصور منها . إعداد الفهارس . إعطاء الصور . التصديق على توقيعات المحررات العرفية وإعطاء شهادات بذلك . إثبات تاريخ المحررات العرفية .	١٩٤ — ١٩٥	١١٢ — ١١٣
توثيق جميع المحررات عدا الوقف والأحوال الشخصية	١٩٧	١١٤
لايباشر الموثق عمله إلا فى دائرة اختصاصه .	١٩٧	١١٥
التثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهم ، وصحة التعاقد. ورفض التوثيق ، والتظلم من ذلك لقاضى الأمور الوقتية ثم لغرفة المشورة .	١٩٧	١١٦
جواز تسليم صورة المحرر للغير إذا كان له مصلحة فى ذلك بإذن قاضى الأمور الوقتية .	١٩٩	١١٨
الصورة التنفيذية تعطى للعاقد الذى له مصلحة فى التنفيذ ولاتعطى له صورة تنفيذية أخرى إلا بقرار من قاضى الأمور المستعجلة	٢٠٠	١١٩
عدم نقل أصول المحررات إلا بواسطة المحكمة للاطلاع عليها للفصل فى الدعوى — وذلك بعد أن ينتقل قاض إلى مكتب التوثيق لتحرير صورة توضع مكان الأصل حتى يعاد أقلام التوثيق بالمحاكم الأهلية والمختصة السابقة — والمحاكم الشرعية فيما عدا الأحوال الشخصية والوقف	٢٠١	١٢٠
اللائحة التنفيذية	٢٠٢	١٢١
التوثيق يقوم به موثقون ، أو موثقون مساعدون بعد دفع الرسم المستحق عنه .	٢٠٤	١٢٤
لايجوز للموثق تحرير عقد يخصه شخصيا أو صهرا أو قريبا فى الدرجة الرابعة .	٢٠٤	١٢٥
	٢٠٥	١٢٧

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
يجوز للموثق أن يطلب ما يؤيد أهلية المتعاقدين أو الإذن فى التعاقد أو الوكالة وحدودها .	٢٠٦	١٢٨
يجب على الموثق أن يتأكد من شخصية المتعاقدين بشهادة شاهدين عاقلين معروفين له أو بسند رسمى . ولا يجوز التوثيق إلا بحضور شاهدين كاملى الأهلية مقيمين بالجمهوريه المصرية لهما إلمام بالقراءة والكتابة لا تربطهما بالمتعاقدين أو الموثق صلة مصاهرة أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة ويصح أن يجتمع فى شاهدين جميع هذه الشروط	٢٠٧	١٣٠
يجب أن يكتب العقد بخط واضح خالياً من الاضافة والتحشير أو الكشط والتاريخ بالأحرف ، وإسم الموثق وأسماء الشهود وموضوع العقد ووحداته بالأرقام والحروف الخ	٢١٠	١٣١
وتجب تلاوة العقد ومرفقاته على المتعاقدين وبيان أثره القانونى . وإذا كان العقد مكوناً من أكثر من صفحة وجب توقيع كل صفحة .	٢١٣	١٣٢
يجب التوثيق باللغة العربية ، ومن يجهلها يستعين بمترجم	٢١٤	١٣٣
العاقد الضرير أو كفيف البصر أو الأبكم أو الأصم يجب على الموثق أن يتثبت من تقريراته بشخص بالغ يقدمه إليه العاقد المذكور ويوقع العقد معه	٢١٥	١٣٤
يجب ذكر موضوع العقد بالدقة والتفصيل والوضوح الخ	٢١٦	١٣٥
بطلان العقد الرسمى وما يترتب عليه :		
يكون العقد باطلا إذا حرره غير موظف أو موظف غير مختص أو إذا لم يراع شرطا من الشروط الجوهرية لتحريره	٢١٧	١٣٦
يترتب على بطلان العقد الرسمى أن لا تكون له قيمة فيما يجب تحرير عقد رسمى به .	٢١٧	١٣٧

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
فيماعدا ذلك يعتبر عقدا عرفيا إذا كان عليه التوقيعات اللازمة	٢١٧	١٣٨
لاقيمة للعقد الرسمى الباطل إذا لم يوقع عليه بسبب جهل الكتابة ولو أثبت المحرر ذلك فى العقد	٢١٨	١٣٩
لاقيمة للعقد الرسمى الباطل إذا كان تبادلياً موقعاً عليه من طرف دون الآخر . ولاقيمة للعقد الرسمى الباطل إذا كان المتعهدون متضامنين ووقع عليه البعض دون البعض ولو أعفى المتعهد له من لم يوقعوا .	٢١٨	١٤٠
لاقيمة للعقد الرسمى عند بطلانه إذا كان متفقاً على وجوب تحرير عقد رسمى .	٢١٩	١٤١
العقد الرسمى الباطل لايعتبر تاريخه ثابتاً	٢١٩	١٤٢
قوة العقود الرسمية ومزاياها:		
العقد الرسمى حجة بما فيه مالم يحصل الادعاء بتزويره . ويعتبر كحكم واجب التنفيذ . وصور العقود الرسمية لها قوة فى الاثبات كما سيأتى بعد .	٢٢٠	١٤٣ — ١٤٥
علة قوة ومزايا العقد الرسمى — تحريره بواسطة موظف محايد بالضمانات المتقدمة .	٢٢٢	١٤٦
قوة العقد الرسمى بالنسبة للطرفين من حيث الاثبات مايثبته المحرر شخصياً هو الذى لايطعن فيه بالتزوير ومايثبته بناء على ما يقرره الخصم يجوز إثبات مايخالفه بالطرق المعتادة بغيرحاجة للطعن بالتزوير .	٢٢٢	١٤٧
لاضرورة للطعن بالتزوير فيما يستنتجه المحرر استنتاجا، كما يستخلصه من إشارات أخرس .	٢٢٦	١٤٨
إذا حصل تعديل باتفاق عرفى فى العقد بعد تمامه يثبت بالأدلة المعتادة .	٢٢٦	١٤٩
قوة العقود الرسمية من النظام العام فلا يصح الاتفاق على اثبات مايخالفها بالطرق المعتادة .	٢٢٦	١٥٠

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
هل يصح اعتبار العقد الرسمى مبدأ ثبوت بالكتابة	٢٢٧	١٥٠ مكرر
باقى المحررات الرسمية — كالعقد الرسمى — لا يصح الطعن فيما أثبته المحرر شخصياً إلا بالتزوير الخ .	٢٢٧	١٥١
تقرير الخبير ومحضر أعماله يعتبران من الأوراق الرسمية — فى حدود مأموريته .	٢٢٨	١٥٢
وكذلك أحكام المحكمين ومحاضرهم .	٢٢٨	١٥٣
أنواع أخرى عن الأوراق الرسمية .	٢٢٩	١٥٣ مكرر
محضر السمسار المكلف ببيع بضائع متنازع عليها لا يعتبر رسمياً .	٢٣٠	١٥٤
دفتر الختام لا يعتبر من الأوراق الرسمية .	٢٣٠	١٥٤
والمحاضر الجنائية على العموم ولو أنها أوراق رسمية لاتعتبر رسمية من حيث عدم إمكان إثبات مايخالفها إلا بالطعن بالتزوير ويمكن إنكار ما فيها وإثبات ما يخالفه دون حاجة للطعن بالتزوير .	٢٣١	١٥٥
كيفية الطعن بالتزوير وتأثيره على الدعوى وعقاب من يسقط حقه فى التزوير أو يرفض طعنه وعدم عقابه إذا ثبت بعض مدعاه .	٢٣٢	١٥٦ — ١٥٨
يجوز للمحكمة أن تحكم برد وبطلان الورقة دون طعن بالتزوير	٢٣٨	١٥٩
يترتب على دعوى التزوير عدم الحكم فى الدعوى الأصلية حتى يفصل فى أمر التزوير	٢٣٩	١٦٠
إذا تبين للمحكمة أن هناك تزويراً ، فيجب عليها أن ترسل الورقة إلى النيابة العامة	٢٤٠	١٦١
دعوى التزوير إما فرعية وإما أصلية	٢٤٠	١٦٢
يصح الادعاء بالتزوير جنائياً . رفع الدعوى الجنائية يوقف الدعوى المدنية مجرد التبليغ والتحقيق لايلزم القاضى بالإيقاف .	٢٤١	١٦٣
وقوع تغيير فى الحقيقة خطأ من الموثق لا يمنع من الطعن بالتزوير	٢٤٢	١٦٤

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
قوة العقد الرسمى التنفيذية كقوة حكم واجب النفاذ .		
الإشكال فى تنفيذه يرفع لقاضى الأمور المستعجلة	٢٤٣	١٦٥
الصيغة التنفيذية ونصها	٢٤٣	١٦٦
قوة العقود الرسمية بالنسبة لغير الطرفين :		
حجيتها على الناس كافة .	٢٤٥	١٦٧
قد يحرر عقد رسمى أمام المحكمة ـ صلح ، تنازل .		
بيع جبرى أو اختيارى .	٢٤٧	١٦٨
الطعن فى الأوراق الرسمية الأخرى ـ لا يصح الطعن فيما كان من عمل الموظف شخصياً إلا بالتزوير.	٢٤٩	١٦٩
قوة صور العقود الرسمية :	٢٥٠	
أصول العقود تحفظ بمكتب التوثيق ولا تعطى إلا صور منها إذا لم يسلم الخصم بالصورة المقدمة يجب الرجوع إلى الأصل	٢٥٠	١٧٠
ولو كانت صورة أولى .	٢٥١	١٧١
الصور الأصلية أى الصور الأولى تنفيذية أو غير تنفيذية تقوم مقام العقد عند ضياعه أو هلاكه متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك فى مطابقتها للأصل . والصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية تعتبر مع جواز طلب مراجعتها على الصور الأصلية . وما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية لا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس	٢٥١	١٧٢
وأحكام الصور فى القانون السابق ومقارنة التشريعين .	٢٥٥	١٧٣
العقود العرفية :	٢٦١	
العقد العرفى ـ تعريفه ـ لا يشترط إلا توقيعه .	٢٦١	١٧٤
لا يغنى عن التوقيع شىء ، ويجب أن يكون بالاسم واللقب.	٢٦١	١٧٥
العقد العرفى غير خاضع لأى شكل أو شرط . ويحرر حسب العرف بمعرفة أى شخص . وبأية لغة .	٢٦٢	١٧٦
يترتب على ذلك أنه ليس من الضرورى التوقيع على ما يزاد عليه وليس ممنوعا التحشير ولا الكتابة بين السطور ـ معنى ذلك	٢٦٣	١٧٧
يصح الشطب أيضاً فى العقد العرفى ـ معنى ذلك	٢٦٤	١٧٨
لا يشترط أن تكون المبالغ بالكتابة ـ ضرر ذلك	٢٦٤	١٧٩

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
ليس من الضرورى أن يكون العقد العرفى مؤرخا — تأثير ذلك .	٢٦٤	١٨٠
محل تحرير العقد العرفى ليس من الضرورى ذكره .	٢٦٥	١٨١
ليس ضروريا أن يقرأ العقد العرفى قبل توقيعه .	٢٦٥	١٨٢
استثناءات ، كثير من العقود خاضع لبعض قيود — العقود التى تشهر أى تسجل . الوصية . بعض العقود التجارية . الشركات . تذكرة نقل البضائع . الكمبيالة . السند تحت الإذن . السند الذى لحامله . بعض العقود المدنية فى فرنسا ـ العقد التبادلى والتعهد الفردى والوصية .	٢٦٥-٢٧٢	١٨٣ - ١٨٨
التوقيع بالختم وبصمة الأصبع صحيح .	٢٧٢-٢٧٧	١٨٩ — ١٩٠
التوقيع على العقد التبادلى والعقد الفردى .	٢٧٧	١٩١
العقد التبادلى يجب التوقيع عليه من الطرفين إلا إذا انتهى التزام أحد الطرفين وقت تحريره ، ولكن إذا كان يشهر أى يسجل عادة لقانون التسجيل وقانون تنظيم الشهر العقارى يجب توقيع الطرفين . وإذا كان العقد فرديا يوقعه الطرف الملتزم .	٢٧٧	١٩١
حرية التعاقد بعقد عرفى ووجوب أن تكون بعض العقود رسمية وإلا كانت باطلة .	٢٧٩	١٩٢ مكرر
التوقيع على بياض — جوازه .	٢٧٩	١٩٣
لا يمكن إثبات مايخالف الورقة الموقعة على بياض عندما تملأ إلا بالكتابة . ولا يصح إثبات خيانة الأمانة فى الورقه الموقعة على بياض إلا بالكتابة — كذا الادعاء مدنياً .	٢٨١	١٩٤
إذا تعاقد من سلمت له الورقة الموقعة على بياض مع الغير وكان هذا الغير حسن النية فإن عقده يسرى على صاحب الورقة . ولو أثبت أن ما كتب فيها خلاف المتفق عليه .	٢٨٣	١٩٥

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
اختلاس الورقة الموقعة على بياض يصح إثباته بالشهود وإذا تعاقد مختلس الورقة مع الغير فإن عقده لا يسرى على صاحبها ولو كان ذلك الغير حسن النية .	٢٨٣	١٩٦
أثر السند المحرر على بياض الخالى من ذكر اسم المستفيد	٢٨٣	١٩٦ مكرر
قوة العقود العرفية :	٢٨٤	
لا قوة تنفيذية مطلقا للعقد العرفى ويجب استصدار حكم، وإذا أنكره المتعهد يجب على المتعهد له الإثبات .	٢٨٤	١٩٧
قوة العقد العرفى بالنسبة للطرفين تكون كقوة العقد الرسمى (من حيث الإثبات) إذا لم ينكر التوقيع ولا يكون إنكار التوقيع إلا صريحا .	٢٨٥-٢٨٨	١٩٨
إنما الخلفاء كالورثة يصح لهم أن يقولوا أنهم لا يعلمون ما إذا كان التوقيع توقيع المورث أم لا مع الحلف على ذلك .	٢٨٨	١٩٨مكرر ١٩٩
إجراءات التحقيق لإثبات صحة الكتابة أو التوقيع بصفة فرعية أو أصلية .	٢٩٠	٢٠٠ و ٢٠١
يصح للقاضى أن يحكم بصحة الورقة بدون تحقيق .	٢٩١	٢٠٢
يصح للقاضى أن يحكم بعدم صحة الورقة بدون تحقيق .	٢٩٢	٢٠٣
يترتب على صحة التوقيع على العقد العرفى أنه لا يمكن الطعن فى محتوياته المادية إلا بالتزوير عند حصول تغيير أو زيادة أو حذف . إنما يصح إثبات ما يخالف ما جاء فيه بالطرق القانونية المباحة دون حاجة للطعن بالتزوير .	٢٩٣-٢٩٤	٢٠٤ — ٢٠٦
أثر عجز مدعى الالتزام عن إثبات صحة التوقيع .	٢٩٥	٢٠٦مكرر
جزاء إنكار التوقيع بغير حق إذا حكم بصحة كل الورقة ـ غرامة من ١٠ إلى ٥٠ جنيها	٢٩٥	٢٠٧
هل يصح تعدد الغرامة ؟	٢٩٧	٢٠٨
هل يمكن الطعن بتزوير الورقة العرفية بدل الإنكار ؟ وجزاء الطعن بالتزوير بغير حق ـ غرامة قدرها خمسة وعشرون جنيها إذا لم يثبت شىء مما ادعاه الطاعن .	٢٩٨	٢٠٩
التوقيع المصدق عليه لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير .	٢٩٩	٢١٠

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
هل يلزم الطعن بالتزوير فى التوقيع على عقد عرفى يختم عند الاعتراف بصمة الختم وإنكار التوقيع به ؟ حكم النقض بذلك . نقده	٣٠٠	٢١١
هل يصح الطعن بالتزوير بعد الإنكار والتحقيق ؟ ـ يصح عن وقائع جديدة ويصح الطعن أثناء التحقيق .	٣١٩	٢١٢ و ٢١٢ مكرر
العجز عن إثبات صحة صدور عقد أنكر لايدل بذاته على أن العقد مزور .	٣٢٠	٢١٢ مكرر ا
هل يصح رفض دعوى التزوير دون تحقيق ؟ ـ نعم يصح ذلك	٣٢٠	٢١٣
هل يصح رد وبطلان ورقة دون طعن بالتزوير ودون تحقيق ؟ ـ نعم يصح ذلك .	٣٢٢	٢١٤
وتقدير دليل التزوير مسألة موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها	٣٢٣	٢١٤ مكرر
كيفية الطعن بالتزوير ـ يمكن بصفة فرعية وبصفة أصلية .	٣٢٣	٢١٤ مكرر ا
لمحكمة الموضوع الحق فى إطراح مايقدم لها من أوراق المضاهاة ولو كانت رسمية	٣٢٤	٢١٤ مكرر ب
قوة العقود العرفية بالنسبة للغير ووجوب إثبات تاريخها :	٣٢٤	٢١٥
من هو الغير ـ تعريفه : هو كل شخص لم يكن طرفا فى العقد ولكنه نال حقا قبل أحد العاقدين بمقتضى اتفاق أو بمقتضى القانون .	٣٢٦	٢١٦
وجوب إثبات تاريخ عقد الإيجار ليسرى على مشترى العين المؤجرة ووجوب إثبات تاريخ الأجرة المعجلة من المستأجر من الباطن ليسرى ذلك على المؤجر وسقوط لفظة « التاريخ » من عبارة « ثابت التاريخ » من المادة ٥٩٦ من القانون المدنى الجديد .	٣٢٧	٢١٦
ما الغير إلا بعض خلفاء المتعاقد .	٣٢٩	٢١٧
من هم الخلفاء ـ تعريف الخلف ـ هو من يحل محل آخر يسمى السلف .	٣٣١	٢١٨
الخلف العام ـ هو من يحل محل آخر فى جميع حقوقه وتعهداته كالوارث والدائن العادى	٣٣١	٢١٨

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
الخلف الخاص ـ هو من تلقى حقا خاصاً كالمشترى من هو الغير من بين الخلفاء ؟	٣٣٢	٢١٨
الغير فى الخلف العام : الوارث والموصى له بحصة من التركة والدائن العادى)	٣٣٢	٢١٩
أما الوارث فهو كالمورث سواء بسواء فلا يعتبر غيرا إلا أن له أن يثبت أن تصرفا ما حصل من مورثه فى وقت السفه .	٣٣٢	٢١٩
أما الدائن العادى فالقاعدة أنه كذلك أى أنه ليس من الغير ولكن لذلك استثناءات :	٣٣٣	٢٢٠
الدائن العادى يعتبر من الغير عند طلب إبطال التصرف الصادر من مدينه بقصد ضرره وإذا كان متبرعا أما إذا كان المتصرف له قد تصرف لآخر بعوض لا يمكن إبطال هذا التصرف إلا إذا ثبت علم هذا الآخر بقصد الضرر، أوعلم باعسار المدين إن كان التصرف تبرعاً .	٣٣٤	٢٢١
لايلزم أن يكون تاريخ الدين ثابتاً قبل التصرف .	٣٣٧	٢٢١ مكرر
إذا نال الدائن العادى حقاً خاصاً على شىء بمقتضى القانون أصبح من الغير كالحجز على المنقولات بالنسبة لتصرف فيها والإيجار لاينفذ فى حق الدائن المرتهن إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية .	٣٣٩	٢٢٢
هل حاجز ما للمدين لدى الغير يعتبر غيراً ؟ الرأى الراجح أنه لايعتبر غيراً لأنه يعمل باسم المدين فتسرى عليه المخالصة الصادرة من مدينه	٣٤٤	٢٢٣
كذا يسرى الإبراء (إلا إذا أضر به لأنه تبرع) والاستبدال والمقاصة إلا إذا ثبت الغش .	٣٥٠	٢٢٤
الحوالة لاتسرى على الغير إلا من يوم إعلان الدين أومن يوم قبوله الثابت التاريخ :	٣٥٠	٢٢٥

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
الفرق بين دائن المحيل والمحال . المحال حكمه حكم المحيل إذا رفع الدائن دعوى القسمة باسم مدينه فإنه لا يعتبر من الغير . وإنما إذا دخل فى دعوى القسمة المرفوعة من مدينه يعتبر من الغير .	٣٥٢	٢٢٦
الدائنون العاديون لا يعتبرون من الغير بالنسبة لتصرفات مدينهم المفلس فتسرى عليهم — إلا إذا ثبت الغش .	٣٥٣	٢٢٧
لا تسرى تصرفات المفلس بالنسبة لزوكية الدائنين إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل الوقت الذى عينته المحكمة أنه وقت وقوفه عن دفع ديونه .	٣٥٤	٢٢٨
لا يعتبر الدائنون من الغير إذا كان من قبض دينا حل أجله أو عقد أمع المدين بمقابل — فى الفترة ما بين وقوف المدين عن الدفع وقبل صدور الحكم بإشهار إفلاسه — بشرط أن يكون الدائن سليم النية لا يعلم باختلال أعمال المدين .	٣٥٥	٢٢٩ مكرر
الحكم بالإعسار المدنى لا يجعل الدائن من الغير كالحكم بإشهار الافلاس فيجوز للمدين التصرف فى أمواله بغير رضاء الدائنين على أن يكون ذلك بثمن المثل وأن يودع المشترى الثمن خزانة المحكمة .	٣٥٦	٢٢٩ مكرر ١
إذا حصل تنازع فى الأفضلية بين الدائنين يعتبرون من الغير بالنسبة لبعضهم البعض فلا يصح رهن المنقول بالنسبة لغير المتعاقدين إلا إذا كان ثابت التاريخ إلى جانب انتقال الحيازة .	٣٥٦	٢٣٠
رضاء المدين بالحكم الغيابى الساقط المأخوذ به اختصاص لا يسرى على باقى الدائنين إلا إذا كان ثابت التاريخ قبل مضى ستة أشهر من تاريخ الحكم .	٣٥٧	٢٣١
كذلك فى حلول الكفيل محل الدائن فى التأمينات يجب أن تكون الكفالة ثابتة التاريخ قبل الدفع ، ويجب أن		

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
تذكر فى الإيصال أو يذكر فيه الاتفاق على الحلول .	٣٥٨	٢٣٢
الغير والخلف الخاص ـــ الخلف الخاص يعتبر دائماً من الغير .	٣٦٠	٢٣٣
فى حالة تزاحم شخصين على شىء واحد يعمل بمن كان عقده ذا تاريخ ثابت أو من أثبت تاريخ عقده أولا ، أومن أثبت أنه حصل له التعاقد أولا إذا لم يثبت كل منهما تاريخ عقده ، أو أثبت تاريخ كل منهما فى وقت واحد .	٣٦١	٢٣٤
وجوب حسن النية مع إثبات التاريخ .	٣٦٢	٢٣٥
قاعدة أن الحيازة فى المنقول سند الملكية مع حسن النية	٣٦٣	٢٣٦
إذا تعدد المستأجرون لعقار واحد فيقدم واضع اليد ، ويفضل التسجيل على إثبات التاريخ .		
رهن المنقول لايسرى على الغير بمجر إثبات التاريخ بل يجب أن يكون أيضاً فى حيازة المرتهن	٣٦٣	٢٣٧
إثبات التاريخ لايفيد فى الحقوق العينية العقارية ، والعبرة بالأسبقية فى التسجيل	٣٦٣	٢٣٧ مكرر
حق شخصى فى مرتبة الحق العينى لايسرى إلا بالتسجيل: الإيجار لمدة تزيد عن تسع سنوات . والمخالصات والحوالات لمدة تزيد على ثلاث سنوات مقدما	٣٦٤	٢٣٨
قواعد إثبات التاريخ لاتسرى عند نزع الملكية للمنفعة العامة ـ	٣٦٦	٢٣٩
المستأجر يستحق تعويضاً	٣٦٧	٢٤٠
ورقة الضد والصورية :		
ورقة الضد والصورية . جوازهما قانونا . أو العقد المستتر والعقد الظاهر . والعقد الظاهر قد يكون جديا ، ويقصد من ورقة الضد هدمه أو تعديله ولكنها لاتسرى على الغير		
كورقة ضد عقد صورى	٣٦٨	٢٤١ـــ٢٤٣
يجب الحذر أيضاً من الخلط بين ورقة الضد و اتفاق جديد ظاهر .	٣٧٠	٢٤٤

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
يجب الحذر أيضا من الخلط بين ورقة الضد وبين تعاقد دفع إليه غرض آخر غير الغرض الظاهر من التصرف . كمن يبيع داره بيعا جديا لمنع آخر من نزع ملكيته . يمكن رفع الدعوى البولصية إذا توفرت شروطها .	٣٧١	٢٤٤ مكرر
ورقة الضد لا تسرى على الغير وتسرى على المتعاقدين.	٣٧٢	٢٤٥
يجب اتباع أحكام العقد المستتر .	٢٧٤	٢٤٦
معنى الغير فى ورقة الضد — كل شخص غير المتعاقدين أو ورثتهما أو الموصى له أو الموهوب له بالتركة ، أو بجزء شائع فيها .	٣٧٥	٢
وكل شخص لم يكن طرفا فى العقد ولا ممثلا فيه يعتبر من الغير ولو كان فى الأصل هو البائع للعين موضوع النزاع	٣٧٦	٢٤٧ مكرر
يصح للغير أن يستفيد من ورقة الضد ، إنما يفضل من يتمسك بالعقد الظاهر . إذا كان حسن النية .	٣٧٧	٢٤٨
مدين المتنازل لا يعتبر من الغير .	٣٧٨	٢٤٩
لا يجوز لأحد الطرفين أن يتمسك بورقة الضد إذا تعدى أثرها إلى الغير .	٣٧٨	٢٥٠
الصورية كما قد تكون فى العقود قد تكون فى الأحكام	٣٧٩	٢٥١
ورقة الضد تسرى على الغير إذا كانت مسجلة	٣٨٠	٢٥١ مكرر
الصورية يجوز للغير إثباتها بجميع الطرق ولو بالقرائن وحدها .	٣٨٠	٢٥٢
هل إذا شهد شخص على عقد يمكنه أن يطعن فيه بالصورية	٣٨٢	٢٥٢ مكرر
إنما لا يقضى القاضى بالصورية إلا بأدلة قوية لا تدع مجالا للشك .	٣٨٢	٢٥٣
للغير إبطال العقد الصورى ، وليس من الضرورى أن يثبت الغش .	٣٨٣	٢٥٤
تسجيل العقد الصورى لا يعطيه أية قوة .	٣٨٤	٢٥٥
طلب إبطال العقد الصورى حق لكل شخص له مصلحة فى ذلك ولو لم يكن دائنا سابقا أو لاحقا للعقد . ضامن		

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
المدين يستطيع إبطال تصرف صورى صدر من مدينه	٣٨٥	٢٥٦
لايصح للغير أن يتمسك بعدم سريان ورقة الضد عليه لأول مرة أمام محكمة النقض .	٣٨٥	٢٥٧
يجب الحذر من الخلط بين دعوى الصورية والدعوى البوليصية وبين دعوى الصورية والدعوى غير المباشرة . لا شرط لدعوى الصورية مادام من يرفعها له مصلحة فى إثباتها .	٣٨٦	٢٥٨ و٢٥٩
إثبات الصورية بين المتعاقدين خاضع للقواعد العامة	٣٨٧	٢٦٠ و٢٦١
يجوز الاستجواب وتوجية اليمين لإثبات الصورية	٣٨٩	٢٦١ مكرر
إذا بنى الحكم على عدم جواز إثبات صورية عقد بالبينة والقرائن فلا يعيبه أن يكون قد تحدث عن بعضها تحدثا غير سائغ ولا يعيبه عدم تحدثه عن القرائن التى قدمت لإثبات الصورية	٣٩٠	٢٦١ مكرر أ
لا يجب تسجيل ورقة الضد فيما يجب التسجيل فيه لإثبات الصورية .	٣٩٠	٢٦١ مكرر ب
إنما يجوز إثبات الصورية بالشهود عند غش الشارع أو مخالفة النظام العام والآداب أو إخفاء لسبب غير مشروع . وكذلك فى حالة السفه يجوز للقيم أن يثبت أن المحجور عليه تصرف صوريا قبل السفه .	٣٩٠	٢٦٢
لا يصح الطعن بالصورية لأول مرة أمام محكمة النقض	٣٩٢	٢٦٢ مكرر
والوارث حكمه حكم المورث فى إثبات الصورية . ولكن يمكنه الإثبات بجميع الطرق إذا كان التصرف لوارث آخر .	٣٩٢	٢٦٣
لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تقدير صورية أو جدية العقد .	٣٩٦	٢٦٤
لابد للطعن بالصورية من توفر المصلحة .	٣٩٧	٢٦٥
ورقة الضد لاتسرى على الغير ولو كانت ثابتة التاريخ	٣٩٨	٢٦٦
يشترط حسن النية وعدم العلم بورقة الضد للتمسك بعدم تأثيرها	٣٩٩	٢٦٧

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
ورقة الضد تسرى على الغير إذا كانت مسجلة — ذلك إذا كان الغير ممن يجب عليهم التكشف فى السجلات	٤٠١	٢٦٨ - ٢٦٩
وجوب التسجيل فى الحقوق العينية العقارية وقاعدة أن الحيازة فى المنقول سند الملكية يغنيان كثيراً عن قاعدة عدم سريان ورقة الضد على الغير لأن ورقة الضد سرية عادة فلاتسجل . وفى المنقول قاعدة الحيازة سند الملكية .	٤٠٣	٢٧٠
وقاعدة أن عموم أموال المدين رهن لدائنيه سواء اكتسبها قبل الدين أو بعده تمكن من التمسك بالصورية فى الحالتين	٤٠٣	٢٧١
إثبات الصورية يقع على عاتق مدعيها	٤٠٤	٢٧٢
لمحكمة الموضوع بحث جدية كل ورقة من تلقاء نفسها وإن كان الدفع بالصورية ليس من النظام العام	٤٠٤	٢٧٣
أحوال لايجب فيها إثبات التاريخ :	٤٠٥	
المسائل التجارية إلا ما تجب الكتابة فيه . ماتزيد قيمته على عشرين جنيها . المخالصات .	٤٠٥	٢٧٤ - ٢٧٦
لا يمكن التمسك بقواعد إثبات التاريخ عند سوء النية	٤٠٩	٢٧٧
أحوال لافائدة فيها من إثبات التاريخ . الحيازة فى المنقول سند الملكية . وضع يد المستأجر . عدم كفاية إثبات التاريخ فى رهن المنقول إذ يجب الحيازة أيضاً	٤٠٩	٢٧٨
يجب إثبات التاريخ فى الخطابات أيضا لتسرى على الغير إذا حوت تعاقداً	٤١٠	٢٧٩
اعتبار الورقة غير ثابتة التاريخ قرينة قضائية .	٤١٢	٢٧٩ مكررا
طرق إثبات التاريخ :	٤١٢	٢٨٠
(١) قيد الورقة فى السجل المعد لذلك .	٤١٣	٢٨١ و ٢٨٢
(٢) إثبات مضمون الورقة فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ .	٤١٥	٢٨٣
(٣) التأشير على الورقة من موظف عام مختص .	٤١٦	٢٨٤

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
ختم البوستة لا يكسب تاريخاً ثابتاً إلا إذا كان على تذكرة مسجلة .	٤١٧	٢٨٥
التلغراف يعتبر ثابت التاريخ على النحو الذى سنراه فى الفقرة ٢٧٥ .	٤١٩	٢٨٦
مجرد وجود بصمة ختم ذى تاريخ لأى مصلحة لا يكفى لإثبات تاريخها . وقس على ذلك أختام البنوك والشركات والهيئات .	٤١٩	٢٨٧
غياب شخص أو حبسه لايكفى لإثبات التاريخ .	٤١٩	٢٨٧ مكرر
تأشير الخبير فى حدود مهمته يكسب الورقة تاريخا ثابتاً ، وكذلك تأشير المحكمين .	٤١٩	٢٨٨
التأشير على المحرر من الموظف يجب أن يكون أثناء قيامه بعمل من اختصاصه .	٤٢٠	٢٨٩
ليس للتأشير على الورقه صيغة خاصة .	٤٢١	٢٩٠
(٤) وفاة أحد ممن له أثر على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة يكسب الورقة تاريخاً ثابتاً .	٤٢١	٢٩١
ليس من الضرورى أن يكون ذلك لأحد المتعاقدين ويكفى أن يكون لضامن أو شاهد .	٤٢١	٢٩٢
الكتابة وحدها دون توقيع لاتكفى لجواز أن تكون مشروع عقد (إلا إذا كانت صادرة من المتعاقد واعتبرت مبدأ ثبوت بالكتابة) .	٤٢٢	٢٩٣
إذا لم تقيد الوفاة فى الدفتر الرسمى فلامفر من الإثبات بالشهود لأن الوفاة حادثة مادية .	٤٢٣	٢٩٤
إذا طعن بالتزوير أو الإنكار لابد من إجراء التحقيقات المعتادة .	٤٢٤	٢٩٥
قد يأخذ عقدان تاريخا ثابتا فى وقت واحد بوفاة من صدرا منه فأيهما يفضل ؟ من أثبت أن عقده حصل أولا . يجب التفريق بين صاحب الورقة والموقع عليها . فوفاة	٤٢٤	٢٩٦

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
الموكل لاتكسب عقداً أجراه الوكيل تاريخا ثابتا .	٤٢٥	٢٩٧
مجرد وجود بصمة ختم لاتكفى لإثبات التاريخ إلا إذا ثبت أن الموقع بالختم صاحبه	٤٢٦	٢٩٨
(٥) يعتبر التاريخ ثابتا منذ أن يصبح مستحيلا التوقيع لأى سبب .	٤٢٧	٢٩٨ مكرر
بدهى أنه لا يجوز بحال إثبات تاريخ عقد أو إثبات أن التاريخ الموضوع حقيق بشهادة الشهود والقرائن .	٤٢٨	٢٩٨ مكرر أ
ما قيمة ورقة تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت ثابته التاريخ .	٤٢٨	
الورقة التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت ثابتة التاريخ تعتبر سنداً ثابت التاريخ إذا كملتها شهادة الشهود والقرائن .		
طرق إثبات التاريخ فى القانون المدنى السابق لم تذكر على سبيل الحصر ، ونص القانون الجديد على ذلك صراحة	٤٢٨	٢٩٩
الدفتر التجارى المنتظم لا يكسب ما قيد فيه تاريخا ثابتا	٤٣٠	٢٩٩ مكرر
السجن لايكسب ورقة أمضى عليها المسجون تاريخا ثابتا وكذلك الحكم بالغيبة المنقطعة	٤٣٤	٢٩٩ مكرر
قوة صور العقود العرفية :	٤٣٤	٢٩٩ مكرر
لا قيمة لصور العقود العرفية (ولو كانت مسجلة على الطريقة القديمة قبل قانونى التسجيل والشهر العقارى) لأن العقود العرفيه لاتستمد قوتها إلا من توقيعات المتعاقدين ولكن طريقة التسجيل الجديدة تجعل لصورة العقد العرفى قيمة .	٤٣٥	
لاقيمة للصور الفوتوغرافية للأوراق الأخرى — يجوز اعتبارها قرائن .	٤٣٥	٣٠٠
لاقوة تنفيذية للعقد العرفى .	٤٣٧	٣٠١
	٤٣٨	٣٠١ مكرر

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
محررات ليست عقودا قد تكون لها قوة العقود:		
(١) براءة المدين المؤشر بها على سند الدين — يعتبر ذلك دليلا على التخلص ولو لم يكن التأشير موقعاً — إلا إذا أثبت الدائن العكس .	٤٣٩	٣٠٢
(٢) تشبه ذلك إضافة على عقد بخط المدين بغير توقيع	٤٣٩	٣٠٢
(٣و٤) يجوز قبول الدفاتر التجارية المنظمة للاثبات	٤٣٩	٣٠٢
والدفاتر التجارية قد تكون لها حجية ، وكذا الدفاتر والأوراق الخصوصية .	٤٣٩	٣٠٢
(٥) الرسائل البريدية والبرقية قد تكون لها قوة العقود	٤٤٠	٣٠٢
(١) التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين دليل على صحة ذلك إذا كان السند قد وجد دائماً تحت يد الدائن — إلا إذا أثبت المدين العكس .	٤٤٠	٣٠٣
ليس من الضروري أن يكون التأشير موقعاً ولا مؤرخا وإذا كان التأشير بخط الدائن ولم يكن موجوداً في حيازته	٤٤٠	٣٠٣
يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة .	٤٤٤	٣٠٣ مكرر
تأشير غير الدائن يعتبر أنه حصل بأمر الدائن مادام السند لم يخرج من حيازته .	٤٤٤	٣٠٤
ومن الوجهة العملية إذا كان التاشير ليس بخط الدائن أو من يمثله ووجد السند تحت يد الغير تكون القرينة ضعيفة وبالعكس إذا كان بخطه ووجد تحت يده	٤٤٥	٣٠٥
لا تأثير للتأشير على سند تحت الإذن في المواد التجارية	٤٤٥	٣٠٥
تأشير الدائن على ورقة تحت يد المدين أقوى سواء كان التأشير على نسخة أصلية أخرى من السند أو مخالصة سابقة .	٤٤٥	٣٠٦
تأشير الدائن حجة عليه لا له ، فلا يقطع المدة إلا إذا كانت الورقة تحت يد المدين .	٤٤٧	٣٠٧ مكرر

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
تأشير الوكيل على الورقة التى تحت يد المدين كتأشير الأصيل على أن تكون الوكالة ثابتة طبقا للقانون .	٤٤٨	٣٠٦ مكرر
شطب التأشير — تأثيره . إذا كانت الورقة تحت يد الدائن لاتأشير للشطب إلا إذا أثبت العكس .	٤٤٨	٣٠٧
إذا كانت الورقة تحت يد المدين لاشك أن شطب إشارة البراءة يذهب تاثيرها إلا إذا أثبت المدين أنه حصل بطريق الغش .	٤٤٩	٣٠٧ مكرر
يمكن إثبات ما يخالف الإشارة بجميع الطرق .	٤٤٩	٣٠٨
(٢) إضافة على تعهد بخط المدين بغير توقيع — إذا كانت ملحقة بالعقد الأصلى أو مكملة له فلها قيمتها . تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة على الأقل . وإذا لم تكن الإضافة كذلك لايؤاخذ بها المدين وقد تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة .	٤٥٤	٣٠٩
إضافة الدائن كذلك بالنسبة له إذا كانت ضده ولا قيمة لها إذا كانت ضد المدين .	٤٥٤	٣١٢
(٣) الدفاتر التجارية — جواز اعتبارها أدلة فى المسائل التجارية إذا كانت منتظمة أى مستوفية للشروط المقررة قانونا .	٤٥٤	٣١٢ مكرر
إذا تمسك تاجر بدفاتر غير منتظمة أوخذ بها .	٤٦٠	٣١٢ مكرر
التمسك بالدفاتر التجارية المنتظمة محله أن يكون الخصم تاجرا أيضا .	٤٦١	٣١٢ مكرر
لا قيمة للدفاتر التجارية فى المسائل المدنية . قاعدة أنه لا يصح للمرء أن يخلق لنفسه بنفسه دليلا .	٤٦١	٣١٣ – ٣١٦
يعتبر فى حكم التعهد المدنى التعهد التجارى الذى قد يتعهد به غير التاجر للتاجر صدقة أو عرضا فلا يصح إثباته بالدفاتر ولكن غير التاجر الذى يقوم بعمليات عديدة من عمليات البورصة يعتبر فى حكم التاجر	٤٦٣	٣١٧

الموضـــوع	الصفحة	رقم الفقرة
لا يمكن للتاجر الدائن التمسك بدفاتره ولو أن المدين كان تاجرا وترك التجارة من غير أن يعلم الدائن إلا إذا ترك المدين الدائن يعتقد أنه لا زال تاجرا	٤٦٤	٣١٨
لا يصح اعتبار الدفاتر التجارية مبدأ ثبوت بالكتابة	٤٦٤	٣١٩
لا يصح اعتبار الدفاتر التجارية مبدأ ثبوت بالكتابة لتوجيه اليمين المتممة (مع ملاحظة ما سيلى) .	٤٦٥	٣٢٠
إذ كان الدين المدنى لا يزيد على عشرين جنيها يصح إثباته بالدفتر التجارى المنتظم باعتباره قرينة ، ويصح توجيه اليمين المتممة عما ورده التجار .	٤٦٧	٣٢١
ليس عدم جواز الإثبات بالدفاتر التجارية ضد غير التاجر من النظام العام فيصح الرضاء به صراحة أو ضمنا .	٤٧١	٣٢٢
التعهد المدنى على تاجر لتاجر لا يثبت بدفاتر التاجر الدائن.	٤٧١	٣٢٣
التعهد المدنى على تاجر لتاجر يثبت بدفاتر التاجر المدين.	٤٧٢	٣٢٤
للقاضى أن يوجه اليمين المتممة للتاجر الدائن أو للتاجر المدين.	٤٧٢	٣٢٥
يعتبر دفتر التاجر حجة عليه ولو كان غير منتظم . إنما لا يصح لمن يتمسك بدفتر التاجر أن يجزىء ما فيه إذا كان منتظما .	٤٧٢	٣٢٦ – ٣٢٨
يجوز للمحكمة أن تأمر بالاطلاع على الدفاتر التجارية فى المسائل التجارية وبعض المسائل المدنية .	٤٧٥	٣٢٨ مكرر
ويجوز للمحكمة أن تأمر بتقديم الدفاتر التجارية فى سائر المسائل المدنية ، ولاحظ الفرق بين كلمتى (اطلاع) و (تقديم)	٤٧٦	٣٢٩ – ٣٣٣
يجوز للخصم أن يطلب الاطلاع أو التقديم فى بعض الأحوال .	٤٨٧	٣٣٣ مكرر
(٤) الدفاتر والأوراق الخصوصية . لا تعتبر حجة لصاحبها ، لأنه لا يصح للمرء أن يخلق لنفسه بنفسه دليلا . ولا يصح التمسك بها على صاحبها وإجباره على تقديم مستند ضد نفسه .	٤٨٩	٣٣٤

الموضـــوع	الصفحة	رقم الفقرة
قـد تعتـبر المذكرات الخصوصية حجة لصاحبها كمذكرات الطبيب .	٤٩١	٣٣٥
يصح للقاضى أن يستأنس بالمذكرات الخصوصية باعتبارها قرائن .	٤٩١	٣٣٦
لا يصح اعتبار المذكرات الخصوصية مبدأ ثبوت بالكتابة لسماع الشهود والأخذ بالقرائن وتوجيه اليمين المتممة لأنها ليست دليلا كتابيا .	٤٩٢	٣٣٧ و ٣٣٨
لا يصح للدائن أن يقطع مضى المدة على مدينه بما أثبته فى دفاتره الخصوصية من أن مدينه دفع جزءا من دينه .	٤٩٣	٣٣٩
إذا كانت الدفاتر الخصوصية منتظمة يصح اعتبارها حجة لصاحبها إذا رضى خصمه بذلك .	٤٩٣	٣٤٠
يصح أن تكون الأوراق الخصوصية حجة على صاحبها، ويصح اعتبارها مبدأ للثبوت بالكتابة إنما لا يمكن إجباره على تقديمها .	٤٩٤	٣٤١ – ٣٤٣
يجوز إجبار الخصم على تقديم أية ورقة إذا أجاز القانون ذلك، أو كانت مشتركة. أو إذا استند إليها صاحبها ، أو ثبت أنها فى حوزته . وإذا لم يثبت ذلك وجب عليه الحلف وإلا صدق خصمه . ويصح إدخال الغير لتقديمها إن كانت تحت يده .	٤٩٧	٣٤٤
لا يمكن أن تكون ورقة خصوصية حجة على صاحبها إلا إذا كانت بخطه أو موقعاً عليها منه ، ولو وجدت بين أوراقه ، إنما تعتبر حجة عليه إذا كانت بخط وكيله أو كاتبه .	٥٠٢	٣٤٥ و ٣٤٦
يمكن لصاحب الأوراق الخصوصية إثبات مايخالفها بجميع الطرق .	٥٠٣	٣٤٧
لا يمكن لمن يتمسك بأوراق آخر الخصوصية أن يجزىء ما فيها على صاحبها .	٥٠٣	٣٤٨ و ٣٤٩
شطب مافى الأوراق الخصوصية – عدم تأثيره إذا		

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
كان المشطوب إقراراً بوفاء دين له على آخر إلا إذا أثبت أن هناك خطأ . تأثير الشطب إذا وقع على إقرار بدين عليه .	٥٠٥	٣٥٠
قوة المذكرات الخصوصية إذا كانت فى دفتر منتظمة وضعف قوتها إذا كانت فى أوراق منفصلة .	٥٠٦	٣٥١
يصح للقاضى أن يعتبر الدفاتر والأوراق الخصوصية قرينة فيما يجوز إثباته بالقرائن .	٥٠٨	٣٥٢
(ه) المراسلات البريدية : تكون للخطاب قوة العقد إذا كان وافياً فى التعاقد ، أو يجوز للقاضى اعتباره مبدأ للثبوت بالكتابة .	٥١٠	٣٥٣ و ٣٥٤
للمرسل إليه الحق فى التمسك بالخطاب ولو حوى أمراً سريا بعد إنذار المرسل بأنه سيتمسك به .	٥١١	٣٥٥
ليس له الحق فى ذلك إذا جاء فيه أنه ليس له الحق فى استعماله كدليل ، ولو كان خالياً من أى سر .	٥١٢	٣٥٦
تنتقل ملكية الخطاب لورثة المرسل إليه	٥١٤	٣٥٦ مكرر
لا يجوز لغير المرسل إليه التمسك بالخطاب الذى ليس له فيه سر إلا بإذن المرسل إليه صراحة أو ضمنا . وإذا أراد الغير استعمال الخطاب بدون إذن المرسل إليه جاز لهذا منعه	٥١٤	٣٥٧ و ٣٥٨
إنما لا حاجة لهذا الإذن إذا قدم المرسل إليه الخطاب فى الدعوى .	٥١٥	٣٥٩
ولا حاجة لهذا الاذن أيضا إذا كان الخطاب لم يرسل إليه بصفته الشخصية وأرسل إليه بسبب وظيفته .	٥١٦	٣٦٠
لا يصح للمرسل الاعتراض على استعمال الغير إلا إذا كان منع استعمال الغير . هذا إذا لم يكن فى الخطاب سر .	٥١٦	٣٦١
إذا كان فى الخطاب أمور سرية لا يمكن لغير المرسل اليه التمسك بالخطاب إلا بإذن المرسل اليه والمرسل أيضا ، انما اذا لم يكن فى الخطاب من سر سوى ما يثبت به الغش والتدليس فيمكن لغير المرسل إليه التمسك بالخطاب بإذن المرسل إليه فقط .	٥١٧	٣٦٢
سرية الخطاب ليست من النظام العام فيصح قبول المرسل التمسك به .	٥١٨	٣٦٣

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
كون الخطاب يعد محتويا سراً أم لا مسألة موضوعية ، والخطاب المرسل من مجهول لا يعتبر سريا .	٥١٩	٣٦٤
تستثنى مما تقدم الخطابات المثبتة للزنا . يمكن التمسك بها رغم سريتها .	٥٢٠	٣٦٥
جواز تمسك المرسل إليه بالخطاب ضد غير المرسل وجواز تمسك الغير ضده أيضا بإذن المرسل إليه — إذا لم يكن فية سر وجواز اعتراض غير المرسل إذا كان فيه سر ولو رضى المرسل والمرسل إليه	٥٢١	٣٦٦
(٦) المراسلات البرقية : العبرة بالأصل فقط . ويصح اعتبار الصورة مبدأ للثبوت بالكتابة فى بعض الأحوال واعتبارها قرينة فيما يجوز إثباته بالقرائن .	٥٢٢	٣٧١-٣ ٧
من يمكنه التمسك بالتغراف ؟ المرسل والمرسل إليه فقط ومن إذنه أحدهما . كذلك طلب الصور وللمحاكم الجنائية طلب الأصل وللنيابة طلب الصور — والأصل بإذن القاضى	٥٢٥	٣٧٢
يمكن قبل إعدام أصل التلغراف رفع دعوى للاعتراف بصحة التوقيع .	٥٢٧	٣٧٣
يمكن إنذار وزارة المواصلات بتأخير إعدام الأصل عن الميعاد القانونى ليتحقق المحكمة مما فيه .	٥٢٨	٣٧٤
هل يعتبر التلغراف ثابت التاريخ ؟ يصح .	٥٢٨	٣٧٥
التعاقد بالتليفون لا قيمة له إذا حصل تأكيد كتابى استثناءات فى المسائل التجارية وعمليات البورصة .		
وحيث يجوز الاثبات بالشهود والقرائن .	٥٢٩	٣٧٦
الباب الثانى : شهادة الشهود		
عيوب شهادة الشهود : محاباة . انتقام . رشوة . خطأ . نسيان . كراهية . مجرد كذب الخ .	٥٣٢	٣٧٧
ليست المحكمة مجبرة على سماع الشهود إذا كونت اعتقادها فى الدعوى من وقائعها ، أو إذا كان ما يراد إثباته عديم الاحتمال ، أو غير متعلق بالدعوى ولا جائز القبول .	٥٣٣	٣٧٨
يجب على الشاهد الحلف . قبل أداء الشهادة . من لم تبلغ سنه ١٥ سنه يسأل على سبيل الاستدلال .	٥٣٦	٣٧٨ مكرر

الموضـــوع	الصفحة	رقم الفقرة
صيغة القسم . الحلف بالله . النكول ، القسم بغير الله يصح اعتباره قرينة قضائية — وانظر الفقرات رقم ٥٣٠ وما بعدها .	٥٤١ ٥٤٤	٣٧٨ مكرر ب ، ج
يجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصياً ما حصل . لا علم به من الغير — إلا فى بعض الأحوال .		٣٧٩
وجوب تأدية الشهادة شفها أمام القاضى إلا إذا كانت الشهادة منصبة على أمر معقد أو معرفة أرقام وتواريخ .	٥٤٨	٣٧٩ مكرر
وجوب تأدية الشهادة فى حضور الخصوم.	٥٤٩	٣٧٩ مكرر أ
يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى منتجة فيها جائزاً قبولها .	٥٥٠	٣٧٩ مكرر ب
حرية القاضى فى تقدير شهادة الشهود حتى إذا اتفق على شاهد معين .	٥٥١	٣٧٩ مكرر ج
الإذن لأحد الخصوم بالإثبات بشهادة الشهود يستلزم سماع شهود نفى خصمه .	٥٥٧	٣٧٩ مكرر د
لا يصح الأخذ بشهادة شاهد إلا إذا سمعت فى مجلس القضاء .	٥٥٨	٣٧٩ مكرر هـ
يجب أن يكون تقدير الشهادة مبنياً على سبب ثابت فى الأوراق وإلا كان محلا للنقض.	٥٥٩	٣٧٩ مكرر هـ
الخصم هو الذى يعين للمحكمة شهوده . إذا سمعت شاهداً لم يعينه دون اعتراض خصمه جاز الأخذ بشهادته .	٥٦٠	٣٧٩ مكرر ز
وجوب الاستناد على شهادة الشهود فى ذات القضية التى تنظرها المحكمة وإن كان يصح اعتبار شهادة الشهود فى قضية أخرى من القرائن القضائية .	٥٦١	٣٧٩ مكرر ح
للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالاثبات بشهادة الشهود	٥٦٢	٣٧٩ مكرر ط
يجب أن يستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الاثبات والنفى فى الميعاد .	٥٦٣	٣٧٩ مكرر ى

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
شهادة الصغير والمحكوم عليه بعقوبة جناية	٥٦٣	
لا يصح الأخذ بشهادة من لا يبلغ عمره خمس عشرة سنة كاملة يسمع على سبيل الاستدلال المحكوم عليه بعقوبة جنائية مدة العقوبة .	٥٦٣	٣٧٩مكررك
	٥٦٤	٣٧٩مكررل
الخبير يسمع أقوال الخصوم بغير يمين .	٥٦٦	٣٧٩مكرر م
عدم الأهلية للشهادة لعدم التمييز لسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأى سبب آخر .	٥٦٧	٣٧٩مكررك
من يمنعهم القانون من الشهادة . الموظف . المحامى والطبيب وكل من يعلم شيئاً بحكم مهنته . الزوج .	٥٦٧	٣٧٩مكرر ن
وجوب الشهادة وعقاب الممتنع عنها .	٥٦٩	٣٧٩مكررس
جواز الاستشهاد بشاهد مقدما قبل التقاضى خوف فوات فرصة الاستشهاد به .	٥٧٠	٣٧٩مكررص
لا يجوز الجمع بين صفق الشاهد والقاضى . ولا بين الشاهد وكاتب الجلسة ولا بين الشاهد والمترجم . جواز شهادة المحامى لمصلحة موكله ، ولا يجوز الجمع بين صفق الشاهد وخصم فى الدعوى .	٥٧٢ ، ٥٧٣	٣٧٩مكررط، ٣٧٩ مكررق
الاثبات بالشهود ويحوى أمرين (الأول) الاجراءات التى تتبع فى سماع شهادة الشهود (الثانى) المسائل التى يجوز فيها الاثبات بالشهود .	٥٧٤	٣٨٠
اجراءات سماع الشهود	٥٧٤	٣٨٠ مكرر
المسائل التى يجوز فيها الاثبات بالشهود :	٥٨٣	٣٨١
(١) المواد التجارية . لا يقبل من التاجر أن ينكر حصول التصرف أو أنه لا يتجر فى البضاعة محل التصرف .		
ما يستثنى ـ الشركات . شركات المحاصة وجواز إثباتها بالشهود	٥٨٦	٣٨٢ ـ ٣٨٣
بيع السفينة يلزم أن يكون بسند رسمى .	٥٩٢	٣٨٤
مشارطة إيجار السفينة يلزم أن تكون بالكتابة .	٥٩٣	٣٨٥
شروط استخدام رجال السفينة ، بالدفتر أو المشارطة أو عرف المحل الذى حصل فيه الاستخدام .	٥٩٥	٣٨٦
الاقتراض البحرى يكون بكتابة رسمية ، أو كتابة عرفية مصدق عليها ومسجلة . وإلا اعتبر قرضا عاديا .	٥٩٥	٣٨٧

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
عقود تأمين السفية أو البضائع — بعقد رسمى أو غير رسمى : وليست شكلية أى يجوز إثباتها بالإقرار واليمين .	٥٩٦	٣٨٨
كيفية إثبات الرهون التجارية وتعديل المادة ٧٦ من قانون التجارة وشروط معينة فى إثبات الأوراق التجارية .	٥٩٦	٣٨٨ مكرر ، ٣٨٨ مكرر ١ .
إمكان إثبات ما يخالف الكتابة بالشهود فى المسائل التجارية ، وفى ذلك تفصيل .	٥٩٨	٣٨٩ ، ٣٩٠
يجوز لتاجرين أن يتفقا على أن الإثبات بينهما لا يكون إلا بالكتابة .	٦٠١	٣٩١
العقد المختلط بين تجارى ومدنى — إثباته بالكتابة ضد الطرف المدنى وبالشهود ضد التاجر .	٦٠١	٣٩٢
يجوز إثبات المعاملات التجارية ضد الغير بالشهود . لا حاجة لتاريخ ثابت .	٦٠٤	٣٩٢ مكرر
العبرة فى الإثبات بنوع التعامل لا بنوع المحكمة المطروح أمامها النزاع .	٦٠٤	٣٩٣
(٢) ما قيمته عشرون جنيها فأقل .	٦٠٥	٣٩٤
القيمة التى يأخذ بها القضاء . هى القيمة وقت التعاقد	٦٠٦	٣٩٥
هل العبرة بقيمة التعهد دائما ؟ إذا وفى جزء من التعهد وقت حصوله تكون العبرة بالباقى .	٦٠٦	٣٩٦
الادعاء بوجود تعهدات مختلفة وكيفية تقدير القيمة الخ مما مر فى الإثبات بالكتابة .	٦٠٦	٣٩٧ — ٤٠١
(٣) موانع الاستحصال على كتابة .	٦٠٨	٤٠٢
المانع المادى .	٦١٠	٤٠٣
الجنحة وشبه الجنحة .	٦١١	٤٠٤
الجنح التى يكون أساسها تعاملا مدنيا لا يثبت العقد أساسها إلا طبقا للقواعد المدنية كخيانة الأمانة واليمين الكاذبة	٦١١	٤٠٥ ، ٤٠٦

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
ماهو الرأى بالنسبة لجريمة الاقتراض بالربا الفاحش ، وجريمة إتلاف السند .	٦١٤	٤٠٦ مكرر
وقد يكون هناك تعهد مكتوب والإخلال به مادى فيجوز إثباته بالبينة .	٦١٥	٤٠٦ مكرر ١
شبه العقد — أعمال الفضولى .	٦١٦	٤٠٧
تعامل الفضولى مع الآخرين خاضع للقواعد العامة	٦١٧	٤٠
دفع دين شخص آخر يثبت بالشهود إذا تجرد الدائن حسن النية من سند الدين وإنما دفع مبلغ لآخر باعتقاد أنه دين له خاضع فى الإثبات للقواعد العامة .	٦١٧	٤٠٩
الإكراه والغش والغلط .	٦١٨	٤١٠
لمحكمة الموضوع الفصل فى ذلك ما دام الحكم مسببا تسبيباً كافيا . ولكنها تخضع لرقابة محكمة النقض فى تقدير ماإذا كانت وسائل الإكراه مشروعة أوغيرمشروعة وكذلك ما إذا كانت واقعة الغش حيلة مشروعة أو غير مشروعة .	٦١٩	٤١١
التعاقد الذى يدعى حصول الغش فيه يجب إثباته بالطرق المعتادة وشروط ذلك — إلا إذا كان الاتصال شديداً بين طرق الخداع وموضوع الالتزام كما فى النصب.	٦٢١	٤١٢
والصورية بين الطرفين إن وقع فيها غش تثبت بشهادة الشهود .	٦٢٢	٤١٢ مكرر
والتساط على الإرادة نوع من الغش يصح إثباته بالشهود.	٦٢٤	٤١٣
غش الغير والصورية .	٦٢٥	
جواز إثباتهما بالشهود.	٦٢٥	٤١٤
قد يقصد بالصورية غش الشارع كالوصية فى صورة بيع منجز والربا الفاحش ودين الميسر ، وفيما يجب دفعه للخزانة العامة — يجوز الإثبات بالشهود.	٦٢٥	٤١٤ مكرر
يجوز إثبات الثمن الحقيقى فى الشفعة سواء زيد الثمن فى العقد أو خفض بالشهود .	٦٢٩	٤١٤ مكرر أ

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
إذا كان البيع صوريا لاشفعة .	٦٣٥	٤١٤ مكرر ب
الوديعة الاضطرارية . إثباتها بالشهود	٦٣٦	٤١٥
ما يجب على المودع إثباته . الحادثة .. الإيداع ذات ـــه الضرورة . القيمة	٦٣٦	٤١٦
تشبه بالوديعة الاضطرارية وديعة المسافر لما معه فى النزل . كذلك وديعة المستأجر لما عنده فى غرفة مفروشة ، وفى عربات النوم فى السكة الحديد .	٦٣٨	٤١٧
وإيداع المعاطف والعصى وغيرها فى محلات الملاهى	٦٤١	٤١٨
وإيداع الملابس فى الحمامات العمومية .	٦٤١	٤١٩
لا يقاس على ذلك إيداع شىء فى مطعم أو قهوة .	٦٤١	٤١٩ مكرر
يقاس على الوديعة الاضطرارية كل حالة لا يمكن توقعها ويتعذر فيها أخذ مستند .	٦٤٢	٤٢٠
كتابى إثبات رد الوديعة الاضطرارية	٦٤٢	٤٢٠ مكرر
المانع الأدبى . القرابة التى قد تمنع كالأبوة والبنوة والعمومة الخؤولة والزوجية ، والقرابة التى قد لا تمنع . التابعية والمتبوعة من قبيل المانع الأدبى ، وكذلك مركز الشخص الاجتماعى .	٦٤٢	٤٢١
للمحكمة أن ترفض إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات قيام المانع الأدبى إذا رأت من ظروف الدعوى أن الادعاء به غير جدى ، وخطأ المحكمة فى القانون فى جزء من حكمها غير متعلق بالمانع الأدبى لا يمنع من الإحالة إلى التحقيق .	٦٤٩	٤٢١ مكرر
الوكالة المجانية مانع أدبى والطبيب يمنعه مانع أدبى عن طلب كتابة بعياداته . وكذا المحامى إذا قدم مستندا للمحكمة أثناء المرافعة يمنعه مانع أدبى عن طلب إيصال به	٦٥٠	٤٢٢
إذا كان الدين ثابتا بالكتابة . وفؤه يكون بالكتابة بالرغم من وجود العلاقة .	٦٥١	٤٢٣
وصورية عقد مكتوب يحسن التشدد فيها .	٦٥١	٤٢٤
يجب الحذر من الخلط بين المانع الأدبى والحياء والذوق .	٦٥١	٤٢٥
لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة فى تقدير الموانع الأدبية ولا يصح التمسك بالمانع الأدبى لأول مرة أمام محكمة النقض .	٦٥٢ ، ٦٥٣	٤٢٦ و ٤٢٦ م

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
المانع بحكم العادة والعرف والتقاليد .	٦٥٣	٤٢٧
التجار يعطون مبالغ لمستخدميهم لمقتضيات التجارة بدون إيصال	٦٥٣	٤٢٨
تجار الأشياء المنزلية يوردونها لأرباب المنازل بدون كتابة .	٦٥٣	٤٢٩
أصحاب النزل يقدمون المآكل والقروض الصغيرة للنازلين عندهم بدون كتابة .	٦٥٣	٤٣٠
الاعتياد على إيداع شيء عند آخر واستعارة الحلى والجواهر والأشياء المنزلية والمواشى وآلات الزراعة وتفصيل الملابس	٦٥٤	
ومرتبات الخدم وما يقدم فى المطاعم والمآدب .	٦٥٥	٤٣١ و ٤٣١ مكرر
(٤) مبدأ الثبوت بالكتابة .	٦٥٦	٤٣٢ .
ليس الأمر قاصراً على إثبات الدين أو التخلص منه بل يشمل كل نزاع .	٦٥٦	٤٣٢
لاقيمة لمبدأ الثبوت بالكتابة فى الإيجار تحت أحكام القانون المدنى السابق . القانون الجديد أخضع الإيجار للقواعد العامة	٦٥٧	٤٣٢
من كان مبدأ الثبوت بالكتابة فى مصلحته يجب عليه أن يطلب الإثبات بالبينة ، وإلا كان للقاضى أن لا يأخذ بالورقة .	٦٥٨	٤٣٣
مبدأ الثبوت بالكتابة لا يعتد به كلما كانت الكتابة شرطا لصحة التعاقد .	٦٥٩	٤٢٤
إذا اتفق الطرفان على أن الإثبات لا يكون بينهما إلا بالكتابة فإن هذا لا يمنع من الأخذ بمبدأ الثبوت بالكتابة . إذا أكملته الشهود والقرائن ـ ولا يصح التمسك بمبدأ ثبوت بالكتابة أو طلب إحالة الدعوى على التحقيق لأول مرة أمام محكمة النقض .	٦٦٠ و ٦٦١	٤٣٤ مكرر ٤٣٤ مكرراً
يجب توفر ثلاثة أركان فى الورقة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة .	٦٦١	٤٣٥

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
الركن الأول ـ ورقة مكتوبة . أى كتابة ، خطاب . مذكرة . أقوال فى تحقيق .	٦٦٢، ٦٦٥	٤٣٦، ٤٣٦ مكرر و٤٣٦ مكرر ا و٤٣٧، ٤٣٧ مكرر ا
الركن الثانى ـ كتابة صادرة من الخصم أو من يمثله أو من السلف .	٦٦٦، ٦٦٩	٤٣٨ ـ ٤٤٠
جزء من التوقيع قد يكفى لاعتبار الورقة مبدءاً للثبوت بالكتابة .	٦٦٩	٤٤١ مكرر ا
ليس من الضرورى أن تكون الورقة موقعاً عليها ، وإنما يجب أن تكون بخط المراد الإثبات عليه .	٦٦٩	٤٤٢
القاعدة أنه لاعتبار الورقه مبدءاً للثبوت بالكتابة يجب أن يكون موقعاً عليها منه أو ممن يمثله أو مكتوبة بخطه وإلا فلاقيمة لها ، ولو وجدت بين أوراقه .	٦٧٠	٤٤٣
ليس من الضرورى أن يدل صلب الورقة دلالة صريحة على نوع الالتزام باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ، وإنما يجب أن يدل على الالتزام .	٦٧٠، ٦٧١	٤٤٤ و٤٤٤
العقد الرسمى غير الموقع عليه لجهل الملتزم بالكتابة يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان فيه نقص أو غموض .	٦٧٢	٤٤٥
ما يثبت فى الأوراق القضائيه يصح اعتباره مبدأ للثبوت بالكتابة إن لم يكن إقراراً قضائياً مستوفياً شروطه . وتقوم رسمية هذه الأوراق مقام التوقيع .	٦٧٣	٤٤٦
وقد يقبل شخص ورقة كتبها غيره أو يستعملها استعمالا يدل على تسليمه بما فيها ـ يصح اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة .	٦٧٨	٤٤٧
إذا تمسك شخص بمستند يفيد سبق وجود ورقة ضد يصح اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لهذه الورقة .	٦٧٩	٤٤٧ مكرر

الموضـــوع	الصفحة	رقم الفقرة
الخلاصة أنه لاعتبار الورقة مبدءاً للثبوت بالكتابة يجب أن تكون بخط الخصم أو توقيعه أو أن تكون رسمية تغنى رسميتها عن التوقيع أو أن يكون الخصم قد قبلها أو استعملها أو تمسك بمستند يفيد سبق وجودها .	٦٧٩	٤٤٨
يصح أن يكون صدور الورقة ممن يراد التمسك بها ضده صدوراً اعتبارياً .	٦٨٠	٤٤٨ مكرر
تتبع قواعد الإنكار والطعن بالتزوير وإثبات التاريخ فى الأوراق التى تعتبر مبادىء ثبوت بالكتابة .	٦٨٠	٤٤٩
توفر الركن الأول والركن الثانى أى أن تكون هناك كتابة وأن تكون صادرة من الخصم من المسائل القانونية	٦٨١	٤٤٩ مكرر
الركن الثالث — يجب أن يكون ما يراد إثباته قريب الاحتمال . وتختلف درجة الاحتمال بين القوة والضعف .	٦٨١	٤٥٠
ورقة شطب الرهن تكاد تكون دليلا كاملا على دفع مبلغ الرهن . وكذلك شطب امتياز البائع .	٦٨٢	٤٥١
إيصال بقسط متأخر من دين دليل قوى على دفع ما قبله الخ (تلاحظ المادة ٥٨٧ من القانون المدنى القائم)	٦٨٣	٤٥١
الاحتمال المتوسط — عرض البيع أو الشراء وطلب مبلغ الخ .	٦٨٥	٤٥٢
الاحتمال الضعيف — استفهام الدائن من المدين عما إذا كان دفع الدين الخ .	٦٨٩	٤٥٣
الأقوال التى تدون فى محضر رسمى	٦٨٩	٤٥٣ مكرر
يصح أن يتكون مبدأ الثبوت بالكتابة من جملة أوراق أو قصاصات ورقة .	٦٩٠	٤٥٣ مكررا
للقاضى حرية واسعة فى اعتبار أن عدم اعتبار ورقة مبدأ للثبوت بالكتابة من حيث قرب الاحتمال ، والمسألة موضوعية . ولكن كون الورقة صادرة من الخصم أم لا مسألة قانونية تخضع لرقابة النقض كما تقدم .	٦٩٢	٤٥٤
يمكن مما تقدم إجمال الأوراق التى يصح اعتبارها مبادىء ثبوت بالكتابة تحت نوعين : الورقة التى تدل على تعاقد والورقة التى تنم عن تعاقد .	٦٩٥	٤٥٥

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
ليس من الضرورى أن يذكر الحكم صراحة أنه أخذ بورقة لأنها مبدأ ثبوت بالكتابة .	٦٩٥	٤٥٥ مكرر
الورقة التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تكون ضمن ملف الدعوى . السكوت والإمتثال يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة .	٦٩٦	٤٥٥ مكرر ١
السكوت والأفعال التى يجوز اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة	٦٩٧	
مبدأ الثبوت بالكتابة السلبى . كما إذا لم يذكر حق فى ورقة تحتويه عادة وامتناع الخصم عن الإجابة .	٦٩٨	٤٥٦
(٥) فقد السند لسبب أجنبى لا يد لصاحبه فيه ، أو لسبب قهرى . يشترط أمران (أ) سبق وجود السند (ب) الفقد بقوة قاهرة .	٧٠٠	٤٥٧
(أ) سبق وجود السند . يجب إثبات ذلك وأن السند كان مستوفياً شرائطه القانونية . ولكن إذا أعدم الملتزم السند يفرض أنه كان مستوفياً شرائطه القانونية .	٧٠١	٤٥٨
إذا ادعى مودع سند أن المودع لديه أعدم السند يجب عليه إثبات الوديعة بالطرق العامة .	٧٠٢	٤٥٩
إنكار سبق وجود السند إنكار لتوقيعه — وجوب السماح بإثبات سبق وجود السند والتوقيع عليه بشهادة الشهود .	٧٠٣	٤٦٠
(ب) الفقد لسبب أجنبى أو بقوة قاهرة — صاعقة أو حريق أو فيضان أو اغتصاب أو سرقة، ويكفى أن يكون الحادث جبريا بالنسبة لصاحب السند كما إذا ضاع سند من المحكمة أو من المحامى والضياع بإهمال لا يعد عذراً حتى السرقة بإهمال .	٧٠٣	٤٦١
ليس من الضرورى إثبات هلاك السند بالذات كما إذا التهمت حريق منزلا .	٧٠٦	٤٦٢
اعتراف خصم بسبق وجود سند أو ضياعه يغنى عن إثبات فقده بقوة قاهرة .	٧٠٦	٤٦٨ مكرر

الموضوع	الصفحة	رقم الفقرة
يصح إثبات الأمرين معاً ، سبق وجود السند وفقده لسبب أجنبي الخ .	٧٠٧	٤٦٣
فقد مبدأ الثبوت بالكتابة — عدم جواز إثبات ذلك بالشهود إلا فى بعض الأحوال	٧٠٨	٤٦٤
إذا ضاع السند بغير سبب قهرى يمكن الإثبات بالشهود إذا كان هناك مبدأ ثبوت بالكتابة .	٧٠٩	٤٦٥
ليس الدائن فقط هو الذى يمكنه أن يثبت ضياع سند الدين بسبب قهرى . المدين أيضاً يمكنه ذلك بالنسبة للتخلص من الدين . وأى تعهد وأى تخلص منه .	٧٠٩	٤٦٦
أفق الإثبات فى حالة ضياع السند بسبب قهرى أوسع منه فى حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو المانع لأنه يشمل العقود الشكلية .	٧١٠	٤٦٧
(٦) امتناع الخصم عن الإجابة أو تخلفه عن الحضور لاستجوابه يصح أن يكون أساساً للاثبات بالبينة .	٧١١	٤٦٨
(٧) الحوادث المادية — هى كل ما عدا الارتباطات القانونية الناشئة عن تعاقد . يصح إثباتها بغير الكتابة وهى إما أن تكون طبيعية أو بشرية .	٧١١ — ٧١٧	٤٦٩-٤٧٢
قد تكون بعض الأمور مختلطة — عنصر مادى وعنصر قانونى وجوب إثبات العنصر القانونى بالطرق المعتادة .	٧١٧	٤٧٣
قد يحصل اشتباه بين الأعمال المادية والأعمال القانونية . القسمة لا تعتبر من الأعمال المادية ، إذ ليس هناك ما يمنع أن تحصل بعقد .	٧١٨	٤٧٤
قد ينشأ الأمر الواحد عن فعل مادى أو فعل قانونى ، الفعل المادى يثبت بالبينة ، والقانونى بالكتابة إذا كانت القيمة أكثر من عشرين جنيهاً .	٧١٩	٥٤٧
شهادة الشهود قد لا تكفى وحدها فى إثبات بعض الأمور المادية المعاينة . إثبات الحالة أو راد المال .	٧٢٠	٤٧٦