الأثر القانوني لمبدأ الثبوت بالكتابة في تحديد مشروعية التصرفات القانونية في القانون العراقي ((دراسة مقارنة))

بحث مقدم من قبل
المدرس المساعد أشواق عبد الرسول عبد الأمير
جامعة كربلاء – كلية القانون

الخلاصة :-

من أدق المسائل القانونية في جميع القوانين الحديثة، قواعد الإثبات، وهي الطرق التي يثبت بها صاحب الحق حقه، إذا ما لجأ الى القضاء يطلبه من خصمه. وأن للكتابة في الإثبات أهمية كبرى في القوانين الوضعية. إذ يَعدّ المشرع أن الكتابة هي الأصل، والقاعدة في الإثبات وحجته في ذلك ان شهادة الشهود عرضة للخطأ لضعف الذاكرة، وعدم الدقة، كما إنها عرضة للمحاباة والانتقام، والرشوة ، وفساد الذمم ، ولا جدال أن الدليل الكتابي، يُعدَّ اليوم من أهم طرق الإثبات، بدليل النص عليه في كل تشريعات الإثبات، ولا نجد بين الفقهاء وأحكام القضاء، خلافاً على ذلك وترجع أهمية الكتابة هذه إلى أنها دليل يمكن تهيئته مقدماً ،وبذلك يسهم في تحقيق الأستقرار اللازم للتصرفات القانونية. ولمبدأ الثبوت بالكتابة أهمية بالغة في نطاق إثبات الدعوى إذ هو كل كتابة تصدر عن الخصم، يكون من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الأحتمال. وأن تحقق هذا الدليل منفرداً لا يكفي أن يكون دليلاً كاملاً على صحة الواقعة المراد إثباتها. بل يجب تكملته بالشهادة أو بالقرائن القضائية أو باليمين المتممة ليصبح دليلاً قانونياً كاملاً يعادل في قوته ما للدليل الكتابي من قوة في الإثبات.

Abstract:

The most precisely legal issue in all of modern act the act of proving, which is meaning the ways by it the owner proved his right, if he compel to the judge to receive his right from the party. The prove by the writing method have a high important in positive acts because of the legislator is to look at the origin and the base in prove, his proof is that hearsay evidence is a subject of week memory and imprecisely, always it's a target of favoritism, revenge and hush money. There is no adopt that writing evidence considered nowadays one of the most important evidence, this is showing by the act on it in all proving legation , and we did not find in any of the judgment of jurisprudent and judge judgment an opposite thought. The important of writing prove is that it can making it in the begging and because of that we can made the stability of the legal act. This way always an important method in the proving the suit m it may considered an legal evidence equal with the write evidence form the power that have in proving .

المقدمة :-

أولا: موضوع البحث :

الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون. وقد أصبح اليوم الإثبات بالدليل الكتابي هو الأصل والقاعدة في الإثبات، وما عداها من الأدلة هي الخلاف والاستثناء ومنها مبدأ الثبوت بالكتابة فلا يُعدَّ في نظر القانون من الأدلة الكاملة إلا إذا أكملته الشهادة أو القرائن القضائية أو بهما معاً ومن الجائز أيضا استكماله باليمين المتممة وحينذاك يصبح هذا المبدأ ((دليلاً قانونياً كاملاً)) يعادل في قوته ما للدليل الكتابي من قوة في الإثبات .

ثانياً: أهمية البحث وأسباب اختياره :

يهتم البحث بدراسة مبدأ الثبوت بالكتابة، لان لهذا المبدأ أهمية بالغة في نطاق إثبات الدعوى، متى أكملته الشهادة أو القرائن القضائية أو باليمين المتممة، إذ يصبح – عندئذ- دليلاً قانونياً كاملاً يعادل في قوته ما للدليل الكتابي من قوة في الإثبات، وكذلك فانه يعطي للمحكمة دوراً ايجابياً فعالاً ومؤثراً في مجال الإثبات، لان الدليل الناقص متى ضمت إليه الشهادة أو القرائن القضائية، أو اليمين المتممة أصبح دليلاً كاملاً وبذلك يجوز ان تثبت به مختلف التصرفات القانونية المدنية والتجارية مهما كانت قيمة هذه التصرفات.

ثالثاً: خطة البحث :

تتوزع الدراسة على ثلاثة مباحث خصصنا المبحث الأول لبيان مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة، وتضمن هذا المبحث مطلبين تناولنا في المطلب الأول تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة، وفي المطلب الثاني شروط مبدأ الثبوت بالكتابة، أما المبحث الثاني فخصصناه لبيان الطبيعة القانونية لمبدأ الثبوت بالكتابة، وسيكون على مطلبين يهتم المطلب الأول بدراسة عدم جواز الإثبات إلا بالكتابة والمطلب الثاني يتناول الإثبات فيما يجاوز الكتابة. أما المبحث الثالث بحثنا فيه دور القضاء في مجال مبدأ الثبوت بالكتابة ويحتوي على مطلبين يعالج المطلب الأول سلطة القاضي التقديرية في استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة. أما المطلب الثاني فيتناول استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة ((بالشهادة أو بالقرائن القضائية أو باليمين المتممة)). وسننهي البحث بخاتمة ندرج فيها ما سنتوصل إليه من نتائج ومقترحات وندعو المولى سبحانه وتعالى ان يسدد خطانا ويقبل عثراتنا وان يجعل أعمالنا خالصة لوجهة الكريم، وان يتقبلها بقبول حسن، انه على ما يشاء قدير وعليه توكلنا وبه نستعين انه حسبنا، وهو نعم المولى ونعم النصير ..

ولله الحمد والشكر .....

ومنه العون والأجر .....

المبحث الأول : مفهوم مبدأ الثبوت بالكتابة

لمبدأ الثبوت بالكتابة أهمية بالغة في نطاق إثبات الدعوى إذ قد يصبح دليلاً قانونياً كاملاً يعادل في قوته الدليل الكتابي من قوة في الإثبات.

وهذا الحكم هو ما تقرر أغلب القوانين كالقانون العراقي إذ نصت المادة (٧٨) من قانون الإثبات[١]. بأنه ((مبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الأحتمال)).

والمادة (٦٢) من قانون الإثبات المصري[٢] . التي نصت بأنه ((..... كل كتابة تصدر عن الخصم ويكون من شأنها ان تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة)).

وعليه سنتناول في هذا المبحث تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة في المطلب الأول، وشروط مبدأ الثبوت بالكتابة في المطلب الثاني.

المطلب الأول : تعريف مبدأ الثبوت بالكتابة

مبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن الخصم يكون من شأنها ان تجعل وجود الحق المدعى به قريب الأحتمال[٣].

ومبدأ الثبوت بالكتابة هو ترجمة للمصطلح الفرنسي :

((Le Commencement de prevue par e'crit))

وهو يعني حرفياً ((بداية الإثبات بالكتابة)) [٤] . أي وجود الكتابة للإثبات ولكن هذا الدليل لم يكتمل فيجب أكماله بشهادة الشهود أو بالقرائن ، أيا كان كانت قيمة التصرف المراد إثباته.

ويتوسع القضاء الفرنسي في تفسير فكرة ((بداية الإثبات بالكتابة)) وهو الأمر الملاحظ بوجود اتجاه نحو التوسع في الإستثناءات الواردة على ضرورة الإثبات بالكتابة[٥].
ويتحقق مبدأ الثبوت بالكتابة في كل كتابة أيا كان شكلها وأيا كان الغرض منها، فلا يشترط القانون صيغة محددة ، فالسند غير الموقع والدفاتر التجارية والسجلات والأوراق المنزلية والمراسلات الموقعة أو غير الموقعة، والمؤرخة أو غير المؤرخة والموجهة الى من يحتج بها أو الموجهة الى الغير ما دام يمكن تقديمها الى القضاء.
والتأشيرات على سند الدين ومحاضر الجرد ودفاتر الحساب والإيصالات والمخالصات والتأشيرات المدونة في هامش الأوراق والسندات والمذكرات الشخصية ولو كانت مدونة في أوراق منشورة وصور الأوراق الرسمية كل هذه تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة[٦].
ويصح إستنباط مبدأ الثبوت بالكتابة من مجموعة أوراق متفرقة لا من ورقة واحدة كما لو كانت الورقة الصادرة من الخصم تشير إلى ورقة أو أوراق أخرى غير صادرة عنه ولكنها هي دون الأوراق الأخرى التي تجعل الحق المدعى به قريب الأحتمال[٧].
وإذا أبرزت في الدعوى قصاصات ورق جمع بعضها إلى بعض بطريق اللصق وثبت لدى المحكمة أنها أجزاء لأصل واحد، فيجوز لها عندئذ أن تستخلص منها مبدأ الثبوت بالكتابة إذا كانت صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها، مدعياً كان في الدعوى التي رفعها أو مدعى عليه في الدفع الذي تقدم به[٨].
يصح ان تكون الورقة صادرة لا من الخصم نفسه، بل ممن يمثل الخصم وقت تحرير الورقة كالمورث فالورقة الصادرة من المورث تُعدُّ كأنها صادرة من الوارث، وتصلح ان تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يحتج بها على الوارث كما كان يحتج بها على المورث. ومثل من يمثله الخصم أيضاً المدين إذا استعمل الدائن حقوقه، فالورقة الصادرة من المدين تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ويحتج بها على الدائن[٩].
والورقة التي تصدر من الوكيل في حدود وكالته تُعدُّ كأنها صادرة من الموكل ، ويحتج بها عليه كمبدأ ثبوت بالكتابة بشرط ان يكون من شأنها جعل الواقعة المراد إثباتها مرجحة الوقوع. إذ لا يصح ان تكون محتملة أو ممكنة الحصول[١٠].
وعلى الرغم من تحقق مبدأ الثبوت بالكتابة، فوجوده منفرداً لا يكفي ان يكون دليلاً كاملاً على صحة الواقعة المراد إثباتها. بل يجب تكملته بالبينة أو بالقرائن أو بهما معاً، ليصبح دليلاً قانونياً يعادل في قوته ما للدليل الكتابي من قوة في الإثبات.

المطلب الثاني : شروط مبدأ الثبوت بالكتابة

يشترط التحقق مبدأ الثبوت بالكتابة وفقاً لنص المادة (٧٨) من قانون الإثبات العراقي، ثلاثة فروع مستقلة وكما يأتي :

الفرع الأول: الشرط الأول: وجود ورقة مكتوبة:

يقصد بالكتابة اللازمة لوجود بداية ثبوت بالكتابة أية ورقة مكتوبة لا تصلح دليلاً كتابياً يقوم بذاته لإثبات الواقعة المدعاة.
أما مجرد الأعمال المادية إيجابية كانت أو سلبية، ولو كانت ثابتة بالبينة أو القرائن، فلا تكفي ويترتب على ذلك ان تنفيذ الالتزام إذا أنطوى على أعمال مادية محضة كبناء منزل أو نقل بضاعة وثبت بغير الكتابة كما هو الشأن في هذه الأعمال، إذ تثبت عادة بالبينة أو بالقرائن أو بالمعاينة. فانه لا يصلح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة[١١].
ولكن عندما تسجل الأعمال المادية في ورقة مكتوبة، فعند ذلك تكون هذه الورقة المكتوبة – لا الأعمال المادية- هي مبدأ الثبوت بالكتابة[١٢].
أما الأوراق القضائية تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة حتى لو كانت أوراقاً في قضية أخرى، كالبيانات المدونة في محاضر التحقيق أو في مذكرة مقدمة في الدعوى والبيانات التي تقدم الى الدوائر العقارية و دوائر البريد والتي تدون في أوراق رسمية[١٣] .
ويجوز ان يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من الإنذار الذي وجهه المدعى عليه بواسطة كتاب العدل وعلى هذا الأساس قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق بان ((إقرار المدعي عليه بإشغال المأجور في إنذاره الموجه الى المدعى بواسطة الكاتب العدل. يعد مبدأ ثبوت بالكتابة على انشغال ذمة المدعي عليه بالأجرة المطالب بها، وعليه يجوز قبول الشهادة لإثبات الأجرة .....)) [١٤].

وهناك تساؤل حول مدى إمكانية عُدَّ الكلام المسجل على شريط التسجيل مبدأ ثبوت بالكتابة؟
نجد أن بعض المحاكم في فرنسا ذهبت إلى عَدَّ شريط التسجيل مبدأ ثبوت بالكتابة[١٥].
وقد انتقد هذا الرأي لأن تشبيه الأقوال المثبتة في المحضر بالأقوال المسجلة على شريط التسجيل لا يجوز عَدَّه ورقة مكتوبة[١٦].
كما أن التسجيل على الشريط من جهة أخرى فيه محاذير كثيرة، إذ من الميسور جداً التلاعب في أمثال هذه التسجيلات بأساليب مختلفة وطرق ملتوية، ثم انه يتعارض مع حق أساس من حقوق الفرد، وهو سرية حديثه مع غيره وهو حق يرتبط بكيانه الشخصي[١٧].
وثمة من قال على نحو أكثر دقة[١٨] ((بأنه يجوز للمحكمة أن تستخلص من الكلام المسجل على شريط التسجيل قرينة بسيطة تساهم إلى حد ما مع عناصر الإثبات الأخرى في تكوين قناعتها بالقدر الذي يؤكد مدى صحة الواقعة محل النزاع وحسب ما يتضح للمحكمة من أن الكلام المسجل بعيد عن شبهة التلاعب والتزوير ومنسجم مع وقائع الدعوى وظروفها.
ويجوز أن تعتمده قرينة كافية في إثبات الواقعة المتنازع فيها في الحدود التي لا تتعارض مع مقتضيات النظام العام، ذلك لان المحكمة ملزمة بالكشف عن الحقيقة وتحقيق العدالة للمواطنين وأن دورها الايجابي في الإثبات يحتم عليها القيام بذلك)).
ومن جانبنا نتفق مع ما ذهب إليه هذا الرأي فان الإتجاه السائد في الوقت الحاضر يميل إلى عَدّ مبدأ الثبوت بالكتابة واقعة مستقلة عن الكتابة وأن الكتابة ليست سوى وسيلة لإثباته.
بل بلغ الأمر حد الإستغناء عن إبراز الورقة المكتوبة ذاتها، إذا ثبت وجودها وكذلك متمماتها عن طريق الإقرار أو باليمين[١٩].
ويلاحظ أن تحقق هذا الشرط في مبدأ الثبوت بالكتابة وهو (وجود ورقة مكتوبة) أو عدم وجودها مسألة قانونية يخضع فيها القاضي إلى رقابة محكمة التمييز[٢٠]. لأنه يترتب عليها تطبيق القانون من حيث جواز أو عدم جواز الإثبات بالشهادة[٢١].

الفرع الثاني :الشرط الثاني : صدور الورقة من الخصم أو من يمثله:
والخصم هو المدعى عليه في الإثبات، وصدور الورقة منه يكون نتيجة توقيعها منه، ان كانت موقعة ، أو كتابتها بخطه ، وتعتبر الورقة الموقعة من نائبه أو المكتوبة بخطه، في حدود نيابته كأنها صادرة منه ، أما ما يصدر من الأوراق من أي شخص آخر مهما كانت صلته بالخصم كالزوج أو الولد، فلا تعتبر صادرة منه[٢٢].
والكتابة قد تنسب الى الخصم دون ان تكون موقعة منه أو مكتوبة بخطه وذلك فيما لو كانت أقوالا ثابتة في محضر إحدى الدعوى وصدور الورقة من الخصم أما ان يكون صدوراً مادياً أو صدوراً معنوياً[٢٣].
والصدور المادي يكون بتحرير الورقة بخط الخصم أو توقيعه عليها، وأي من الأمرين يكفي لان كلا من الخط والتوقيع خضع الى أصول التطبيق والتحقيق في حالة النزاع حول أي منها[٢٤].
فسند الدين المكتوب بخط المدين وغير الموقع منه يمكن ان يعد مبدأ ثبوت بالكتابة على وجود الدين، والإيصال المكتوب بخط الدائن وغير الموقع منه يصح ان يكون مبدأ ثبوت بالكتابة على وفاء الدين.
أما صدور الورقة من الخصم معنوياً، فيحصل عندما تكون الورقة غير موقعة من الخصم وغير مكتوبة بخطه وتعد مع ذلك صادرة عنه إذا سلم بما جاء فيها[٢٥].
كأن يكون الخصم أميا وأملى مضمون الورقة على شخص آخر قام بتحريرها[٢٦].
ويلاحظ ان الورقة قد تحرر من شخص آخر ولكن دون إملاء الخصم، فإذا تمسك بها الخصم معترفاً بمضمونها، فتعد صادرة عنه، وان لم تكن بخطه أو توقيعه[٢٧].
ويلاحظ ان الورقة لا تعد مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا اثبت صحتها وبعبارة أخرى إذا لم يذكرها الخصم الذي يحتج عليه بها ولم يطعن فيها بالتزوير[٢٨].
وان كون الورقة صادرة عن الخصم أو من يمثله تعد مسألة من مسائل القانون تخضع فيها محكمة الموضوع الى رقابة محكمة التمييز[٢٩].

الفرع الثالث :الشرط الثالث : جعل الحق المدعى به قريب الأحتمال

لا يكفي ان تكون الورقة المقدمة كمبدأ ثبوت بالكتابة من شأنها ان تجعل الواقعة المراد إثباتها محتملة. بل يجب ان تجعل هذه الواقعة مرجحة الحصول[٣٠].

وقرب الاحتمال على النحو المتقدم ليس من السهل الإمساك بها. غير ان الفقه والقضاء قد وضعا ضوابط معينة يمكن ان يسترشد بها القاضي في تقديره وهي :

أولاً ــ أن توجد ورقة تمثل دليلاً كتابياً ولكنها فقدت شرطاً أو أكثر من شروط صحتها.

ثانياً ــ أن توجد ورقة لا تمثل دليلاً كتابياً ولا تشير إلى الواقعة المراد إقامة الدليل عليها ولكنها تشير الى واقعة أخرى لها ارتباط بالواقعة المراد إثباتها[٣١] .

ثالثاً ــ أن توجد ورقة لا تمثل دليلاً كتابياً ولكنها تشير إلى الواقعة المراد إقامة الدليل عليها .

وعلى الرغم من هذه الضوابط فان جعل الواقعة المراد إثباتها قريبة الاحتمال أم خلاف ذلك ، تعتبر مسألة من مسائل الواقع تدخل في تقدير محكمة الموضوع[٣٢] .

وعلى هذا الأساس قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((تقدير الورقة المراد أعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من جهة كونها تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال أم لا يستقل به قاضي الموضوع ولا رقابة لمحكمة النقض متى بنُي الحكم على أسباب سائغة ولم تتعارض مع الثابت بالورقة)) [٣٣] .

وأن دلالة الورقة على كون المدعى به قريب الاحتمال يمكن إستنباطه بطريق مباشر أو غير مباشر، فإقرار المستأجر بإشغال المأجور الوارد في إنذاره الذي وجهه إلى المؤجر ويجعل واقعة إنشغال ذمة المستأجر بالأجرة المطالب بها من المؤجر قريبة الاحتمال أي مرجحة الحصول[٣٤] .

ويجوز أن يستفاد قرب الاحتمال، ليس مما دون بالورقة فحسب بل أيضا ما لم يدون بها أو من مسلك الشخص الذي صدرت عنه[٣٥].

وعلى هذا الأساس قضت محكمة استئناف أسيوط في مصر بأنه ((يجوز أعتبار السكوت أو الأفعال إذا كانت ذات دلالة على الوفاء ومرتبطة بورقة متعلقة بالدين مبدأ ثبوت بالكتابة)) [٣٦].

وقضت أيضاً بان ((سكوت الورثة عن ذكر دين مورثهم في محضر جرد التركة يصح أعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للتخلص من هذا الدين)) [٣٧].

وقضت كذلك بأن ((إذا أدعى الورثة أنهم تركوا ثمن ما باعوه من أطيان طرف أحدهم ليشتري لهم به أعياناً أخرى ، ثم توفي الوديع، وطالب المدعون تركته بأموالهم، وقدموا خطابات بإمضاء الوديع، لا تدل في ذاتها على أستلامه الثمن، ولكنها تدل على أهتمام كاتبها بأمور الورثة وعلى إظهار الرغبة في السعي في شراء أعيان أخرى فضلاً عن صلة القرابة فان هذه الخطابات تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة فيما يتعلق بإيداع الثمن)) [٣٨] .

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لمبدأ الثبوت بالكتابة:

يُعدُّ مبدأ الثبوت بالكتابة دليلاً قانونياً يعادل في قوته ما للدليل الكتابي من قوة في الإثبات[٣٩] . وبهذا فان مبدأ الثبوت بالكتابة أهمية كبرى في الإثبات تعادل الكتابة في القوانين الوضعية، إذ تَعدُّ القوانين ان الكتابة هي الأصل والقاعدة في الإثبات، وحجتها في ذلك ان شهادة الشهود عرضة للخطأ لضعف الذاكرة ، وعدم الدقة، كما أنها عرضة للمحاباة والأنتقام والرشوة وفساد الذمم[٤٠].

ولهذا أصبح الإثبات بالكتابة هو الأصل والقاعدة في الإثبات، وما عداها من الأدلة هي الخلاف والإستثناء[٤١] .

وقد أجازت معظم القوانين الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في حالة وجود مبدأ الثبوت بالكتابة في حالات الأصل أن يكون الإثبات فيها بالكتابة. وهذه الحالات تُعدَّ إستثناء من القاعدة العامة التي تستلزم الكتابة في الإثبات.

وعليه سنوضح في المطلب الأول من هذا المبحث عدم جواز الإثبات إلا بالكتابة . ونتناول في المطلب الثاني الإثبات فيما يجاوز الكتابة.

المطلب الأول : عدم جواز الإثبات إلا بالكتابة:

تُعدَّ الكتابة أهم طرائق إثبات التصرفات القانونية قديماً وحديثاً ، يقول الله عز وجل ((**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ**)) [٤٢] . وكما جعل الإسلام الكتابة وسيلة مطلقة في الإثبات في كل التصرفات القانونية ، سواء كان المبلغ كبيراً أو صغيراً، فان القانون قد أعطى للكتابة ذات القوة في الإثبات ولم يقيدها إلا بقيد

المبلغ أو النصاب الذي يجوز إثباته بها. وتفضل الكتابة الشهادة، إذ يمكن إعداد الدليل الكتابي قبل أن يثور أي نزاع كما أن الدليل الكتابي ليس عرضة النسيان أو التأثر بمرور الزمن مثل الشهادة، وإذا كانت الشهادة قديماً هي طريقة الإثبات المفضلة، فان الأمر في الوقت الحاضر قد تبدل. فقديماً كانت الذمم سليمة وصحيحة ويخاف الناس شهادة الزور وقول غير الحق أما الآن فقد خربت الذمم والناس تبيع دينها بعرض من الدنيا.
ولا شك أنه في مثل هذا الحال الذي نعيشه يفوق الدليل المستمد من الكتابة الدليل المستمد من الشهادة[٤٣].
وأن القاعدة العامة التي تنص عليها أغلب القوانين الوضعية بان الإثبات بالشهادة لا يجوز بالنسبة لما يخالف أو ما يجاوز الثابت بالكتابة حتى ولو كان ذلك فيما هو أقل من نصاب الإثبات.
لأنه إذا كان المتعاقدان قد عمدا إلى الكتابة فمعنى ذلك أنهما قصدا بذلك الحصول على دليل أقوى، ولذلك لا تجوز مخالفة ما قصدا إليه بإباحة الإثبات بدليل أضعف[٤٤].
وهذه القاعدة لا تنطبق إلا فيما بين المتعاقدين ، ومثل المتعاقدين الخلف العام، أما بالنسبة الى الغير، فلا يتقيدون بها، فيجوز للغير إثبات ما يخالف أو ما يجاوز الثابت كتابة بشهادة الشهود والقرائن، كم أن له ذلك أيضا حتى بالنسبة لوجود التصرف نفسه. ففي الحالتين يُعدُّ التصرف بالنسبة للغير واقعة مادية يجوز فيها الإثبات بكافة الطرق، فالشفيع مثلاً له أن يثبت الثمن الحقيقي بكافة الطرق، ويجوز للغير في الصورية أن يثبتها بكافة الطرق[٤٥].
ولتطبيق قاعدة عدم جواز الإثبات إلا بالكتابة في معظم القوانين يشترط أن يوجد دليلاً كتابياً، وان يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة. ولتطبيق قاعدة عدم جواز الإثبات إلا بالكتابة في معظم القوانين يشترط توافر الشرطين الآتيين:
(١) ان يوجد دليل كتابي: والمقصود بذلك وجود دليل كتابي كامل كالمحررات الرسمية والمحررات العرفية المعدة للإثبات، وكذلك الرسائل إذا كان موقعاً عليها[٤٦].
(٢) ان يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة:
فلا تصح الشهادة في إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة، فإذا أريد إثبات ان الثمن الثابت في ورقة غير صحيح وأن الثمن الحقيقي أقل مما هو مكتوب، كما يحدث ذلك بين المتعاقدين لمنح الشفعة مثلاً، فلا يصح الإثبات إلا بالكتابة[٤٧].
وكذلك لا تقبل شهادة الشهود لإثبات ما يجاوز الكتابة، كما إذا أراد أحد المتعاقدين أن يثبت ما يجاوز الثابت بالكتابة عن طريق تعديل تم شفوياً ويكون من شأنه ان يوسع نطاق ما هو مكتوب أو يضيف إليه وصفاً. فإذا كان مبلغ القرض الثابت بالكتابة مثلاً من غير فوائد، وأراد الدائن ان يثبت انه قد أتفق على فوائد لهذا القرض، فلا يجوز له ذلك إلا بالكتابة[٤٨].
ويلاحظ أن الدليل الكتابي يثبت تصرفاً مدنياً وهذا بديهي لأن المقرر في التصرفات التجارية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات. ويترتب على ذلك لو وجد دليلاً كتابياً يثبت تصرفاً تجارياً فانه يجوز، رغم ذلك إثبات ما يخالفه أو يجاوزه بكافة طرق الإثبات.
وقد يشترط لتطبيق القاعدة أن لا يكون هناك تحايلاً على القانون من اجل مخالفة قاعدة قانونية تتعلق بالنظام العام فإذا وجد مثل هذا التحايل جاز للكل، حتى لو كان طرفاً في التصرف، أو خلفاً له، ان يثبت ما يخالفه أو يجاوزه بكافة طرق الإثبات[٤٩].
وتطبيقاً لذلك يجوز للوارث أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن التصرف الصادر من مورثه وصية وليس بيعاً، إضرار بحقه في الميراث تحايلاً على أحكام الميراث[٥٠].
المطلب الثالث : الإثبات فيما يجاوز الكتابة
خروجاً على القاعدة العامة التي توجب الإثبات بالكتابة في التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها مبلغاً معيناً فقد أعفى المشرع المكلف بالإثبات عن تقديم دليل كتابي في حالات معينة تبررها الظروف المحيطة بالتصرف وتقتضيها قواعد العدل والإنصاف، فقد أجاز المشرع الإثبات بشهادة الشهود والقرائن في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة[٥١].
إذ مبدأ الثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو بالقرائن أو باليمين يكون دليلاً كاملاً في كل ما يجب إثباته بالكتابة، فيكون دليلاً كاملاً على :

١- تصرف قانوني تزيد قيمته على مبلغ معين لا يجوز إثباته إلا بالكتابة .
٢- ما يخالف الكتابة أو يجاوزها.
٣- تصرف قانوني أشترط القانون بنص خاص أن لا يكون إثباته إلا بالكتابة كالصلح والكفالة[٥٢].
ويتضح مما تقدم ان الطبيعة القانونية لمبدأ الثبوت بالكتابة هو اعتباره دليلاً قانونياً متى أكملته الشهادة أو القرائن القضائية أو اليمين المتممة، إذ يصبح – عندئذ- دليلاً قانونياً كاملاً يعادل في قوته ما للدليل الكتابي من قوة في الإثبات، وهذا ما قررته فعلاً المادة (٧٨) من قانون الإثبات العراقي إذ نصت على أنه ((يجوز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب تزيد قيمته على (٥٠٠٠) خمسة ألاف دينار إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة .....)) [٥٣] .ويتضح من المادة (٧٨) من قانون الإثبات العراقي انه (إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة جاز إثبات التصرف القانوني بالشهادة أو بالقرائن القضائية أو بهما معاً.
ويلاحظ أن المشرع العراقي أجاز الإثبات بهذين الطريقين على الرغم من كونه ينظر إليهما بعين الريبة والشك، لأنه يرى أنهما يكملان دليلاً ناقصاً، ومن ثم لا تكون الشهادة أو القرينة القضائية هي الدليل الوحيد في الدعوى المنظورة وهذا ما يخفف من الخطر الذي يكتنف الإثبات بالشهادة أو بالقرائن القضائية إلى حد ما[٥٤].
إذ قررت محكمة النقص في مصر ان مبدأ الثبوت بالكتابة يقوم في التعهدات المدنية على وجه العموم مقام الإثبات بالكتابة إذا أكملته الشهود والقرائن[٥٥].
وإذا سكت من كان في مصلحته مبدأ الثبوت بالكتابة فلم يطلب إحالة الدعوى الى التحقيق لسماع الشهود وأقتصر على التمسك بمبدأ الثبوت بالكتابة. كان للقاضي أن لا يأخذ بالورقة لأنها ليست في ذاتها دليلاً يصح الأخذ به قانوناً .
وقد قررت محكمة النقض المصرية ان حكم محكمة الموضوع يكون على صواب إذا اعتبر ان الوصولات ليست دليلاً كاملاً على تعاقد وأنها لا تعدو ان تكون مبدأ ثبوت بالكتابة، وإذ قضى برفض دعوى الطاعن بناء على انه لم يطلب إحالة الدعوى على التحقيق استكمالاً للإثبات[٥٦].
وان مبدأ الثبوت بالكتابة لا يعتد به كلما كانت الكتابة شرطاً لصحة التعاقد بحيث يكون باطلاً إذا لم يتحقق هذا الشرط كالوصية لان الكتابة الرسمية أو الكتابة بشكل خاص ليست مجرد دليل وإنما هي شرط لقيام الوصية ووجودها القانوني[٥٧]. أما إذا اشترطت الكتابة كدليل فقط صح اعتبار مبدأ الثبوت بالكتابة كما هي الحال في شركة التضامن.
وقد قررت محكمة النقض المصرية ان عقد شركة التضامن ليس من العقود الشكلية حتى يبطل إذا لم تحرر به كتابة بل حكمه حكم سائر التعهدات التي يشترط فيها الإثبات بالكتابة[٥٨].
ويتضح من قرارات محكمة النقض أن مبدأ الثبوت بالكتابة يقوم في التعهدات المدنية مقام الإثبات بالكتابة إذ أقترن بالشهادة أو بالقرائن القضائية ولمبدأ الثبوت بالكتابة أيضاً يقوم في التعهدات التجارية مقام الإثبات بالكتابة لأن القاعدة في المواد التجارية انه يجوز الإثبات بغير الكتابة.

المبحث الثالث : دور القضاء في مجال مبدأ الثبوت بالكتابة

إذا توافر في الدعوى مبدأ ثبوت بالكتابة وفقاً للشروط المذكورة ، فهل أن المحكمة ملزمة من تلقاء نفسها بإستكماله بالشهادة أو بالقرائن القضائية أم أن ذلك يخضع لسلطتها التقديرية حسب مقتضيات الدعوى المنظورة أمامها؟
ولغرض الإجابة على هذا التساؤل نعرض في هذا المبحث مطلبين ، نبين في المطلب الأول سلطة القاضي التقديرية في استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة، وفي المطلب الثاني إستكمال مبدأ الثبوت بالكتابة ((بالشهادة أو بالقرائن القضائية أو باليمين المتممة)).

المطلب الأول : سلطة القاضي التقديرية في استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة :

يستمد تطور دور القاضي في الإثبات من تطور النظر إلى فكرة الخصومة المدنية[٥٩].فالمبدأ التقليدي الذي كان يحكم هذه المسألة هو مبدأ أن الخصومة ملك للخصوم، فهم الذين يملكون البدء في المطالبة القضائية والسير في إجراءاتها أو وقفها أو تركها بإرادتهم. وهم أيضا الذين يقدمون الأدلة الى القاضي لتحقيقها. والقاضي ليس له إلا الفصل فيما يقدمه الخصوم من أدلة[٦٠].
فالمبدأ هو حياد القاضي، وبناءً على هذا تبدو الخصومة وكأنها نزال بين الخصوم يقف القاضي منه موقف الحكم الذي يراقب ما يحدث وما عليه في النهاية إلا أن يحدد من الفائز ومن الخاسر في هذا النزال. غير أن هذه النظرة

الطبقية الى الخصومة المدنية قد تغيرت في الوقت الحالي. فالقضاء وظيفة عامة لا يمكن ان يترك نشاطه للأفراد. إنما ينبغي أن يعطي القاضي دوراً فعالاً في هذا الخصوص[٦١].

ولا يخشى على عدل القاضي لو أنه تمتع بهذا الدور. فحياد القاضي لا يتنافى مع سلوكه الايجابي في توجيه سير الخصومة بما في ذلك أدلة الإثبات فيها. على العكس فان إعطاء القاضي هذا الدور الايجابي في الإثبات قد يمكنه من العمل على تحقيق وظيفة القضاء بحفظ حقوق الناس من الاعتداء وإغلاق جميع الأبواب أمام محترفي المماطلة وأرباب الحيل[٦٢].

يضاف إلى ذلك أنه لا تجوز المجادلة من جانب الخصوم أمام المحكمة في تقدير القاضي للأدلة إذ أن من المقرر أن تقدير أدلة الإثبات وإستخلاص الواقع منها مما يستقل به قاضي الموضوع. وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية بان ((تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها هو ما تستقل به محكمة الموضوع ولا سلطان لأحد عليها في ذلك .....))[٦٣].

ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة واسعة في تقدير كفاية الأدلة التي يبني عليها قضاءه دون أن يخضع للرقابة طالما تؤدي هذه الأدلة إلى نتيجة أستخلصها منها وانتهى إليها في حكمه. وبناء على ذلك فقد أستقر قضاء محكمة النقض المصرية على أن محكمة الموضوع غير ملزمة بإجابة الخصم إلى أي طلب يتعلق بالإثبات متى رأت من ظروف الدعوى والأدلة التي أستندت إليها ما يكفي لتكوين عقيدتها أو الرد إستقلالاً على كل ما يثيره الخصم[٦٤].

والواقع أن مبدأ الثبوت بالكتابة منفرداً يُعّد عديم الجدوى كدليل قانوني إذا لم يتم استكماله بالشهادة أو بالقرائن القضائية أو باليمين المتممة[٦٦].

ولمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في إستكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بالشهادة، والمحكمة أما ان تقتنع بشهادة الشهود وعندئذ تكون الواقعة المدعى بها ثابتة، وأما أن لا تقتنع بشهادتهم فتصبح الواقعة غير ثابتة، وبالتالي لا يكون لمبدأ الثبوت بالكتابة من أثر قانوني في مجال الإثبات، وعليه فلها استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بالقرائن القضائية فيجوز الإثبات بها في كل ما يجوز إثباته بالشهادة[٦٦].

وعليه فان القاضي يتمتع بدور إيجابي في تقدير الأدلة المتحصلة أمامه في الدعوى وذلك وفقاً لنص المادة (٨) من قانون الإثبات العراقي[٦٧].

كما أن المادة (٢) من القانون نفسه ألزمت القاضي بتحري الوقائع لإستكمال قناعته، ومن هذا نجد أن القرائن التي يستنبطها القاضي من الوقائع التي يتحراها في الدعوى يتم توصله إليها بالاعتماد على خبرته وفطنته وعلى ما يحصل له العلم به من الشؤون العامة التي يفترض أمام الناس كاملي الأهلية كافة بها أي الأمر الشائع الغالب[٦٨].

وأن القاضي عندما تقوده الضرورة إلى إستنتاج القرائن على أن يستعرض مستندات الخصوم المقدمة في الدعوى ويمعن النظر في الدفوع فأخذ بالأمارات و دلالاتها ويفسرها تفسيراً عقلياً ومقبولاً ليستكمل قناعته ويتخذ منها سبباً للحكم[٦٩].

ومع ذلك فله ان يستخدم وسائل التقدم العلمي في إستنباط تلك القرائن وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقي[٧٠].

ويكون للقاضي سلطة كاملة في تقدير قوة ما يستنبطه من القرائن ولا يتقيد بعدد معين منها، فقد تتحقق لديه قرينة واحدة يستند إليها في إستكمال مبدأ الثبوت بالكتابة. وقد يطلب الخصم من المحكمة إستكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بالشهادة أو بالقرائن القضائية أو بهما معاً، وللمحكمة السلطة التقديرية في قبول ذلك أو الرفض وإذا رفضت الطلب، فعلى المحكمة أن تبين الأسباب التي اعتمدت عليها في ذلك[٧١].

أما إذا لم يطلب الخصم من المحكمة استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة لأي سبب كان، فان ذلك لا يمنع المحكمة بما لها من دور ايجابي في الإثبات ان تأمر من تلقاء نفسها بتكملة هذا الدليل بالشهادة أو بالقرائن القضائية أو تكملته باليمين المتممة[٧٢].

فاليمين وسيلة عدل تيسر الدليل ولا تقيده وتقوي أحد طرفي الدعوى وتعفي الخصم من الإثبات، واليمين في الغالب من حق القضاء لما للمحكمة من حق الرقابة عليها وإقرار صيغتها وتعديلها وتؤدي أمامها، وللمحكمة ان ترفض توجيهها إذا كان الخصم متعسفاً بطلبها[٧٣].

و لا عبرة لليمين التي تؤدي دون إذن من المحكمة، ولليمين خصائص ومميزات تكون الأفضلية بها على بقية طرق الإثبات إذ تجعلها أكثر تطبيقاً أمام المحاكم في أعمالها اليومية وبالأخص في استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة وهذا ما سنتناوله في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني: استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة (بالشهادة أو بالقرائن القضائية أو باليمين المتممة).

ان مبدأ الثبوت بالكتابة يُعدُّ من الأدلة غير الكاملة فهو يوصف عادة بالدليل غير الكامل أو بالدليل الناقص(٧٤). وهذا ما نص عليه قانون الإثبات العراقي أجاز استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة أو بالقرائن القضائية أو باليمين المتممة.

فللمحكمة ان تأمر من تلقاء نفسها بتكملة هذا الدليل بالشهادة. وذلك استعمالاً لحقها المقرر في المادة (٨١) من قانون الإثبات العراقي(٧٥). والشهادة هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره(٧٦). ولأنها خبر، فإنها تحتمل الصدق والكذب ، ولكن تقوى أحتمال الصدق على أحتمال الكذب فيها، لأن الشاهد ليس له مصلحة في الكذب، فهو يحلف على صدق ما يقوله وانه يشهد بحق لغيره على غيره، وتعتبر شهادته قرينة قوية على صحة ما يشهد به، فالمفروض فيه أنه شاهد عدل، وأن كان أحتمال العكس لا ينتفي بها إنتفاءً تاماً(٧٧). كأن يقيم المدعي الدعوى لمطالبة خصمه بمبلغ خمسمائة ألف دينار ويدفع الخصم بالإنكار ثم أن المدعي يقدم للمحكمة رسالة صادرة من الخصم يطلب فيها إمهاله لمدة شهر لدفع الدين المترتب بذمته دون أن يحدد فيها مقدار هذا الدين، فللمدعي في هذه الحالة ان يثبت مقدار الدين بشهادة الشهود الذين كانوا حاضرين عد المبلغ ، وكذلك يجوز المحكمة استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بالقرائن القضائية التي نصت عليها المادة (١٠٢) من قانون الإثبات العراقي(٧٨).

والقرائن القضائية هي الوقائع التي يستنبطها القاضي مما يعرض أمامه من وقائع الدعوى التي ينظرها أو من وقائع دعوى أخرى، إذ انه من المسلم به أنه ليس ثمة ما يمنع في القانون من ان تستند المحكمة في حكمها الى ما قضي به في دعوى أخرى لم يكن الخصم طرفاً فيها إذا كان ذلك لمجرد تدعيم الأدلة التي سردتها لأن ذلك لا يعدو وأن يكون إستنباط لقرينة قضائية رأت المحكمة ما يؤيد وجهة نظرها(٧٩).

والحالات التي تجوز فيها القرائن القضائية للإثبات، فقد بينها قانون الإثبات العراقي وفق نص المادة (١٠٢). إذ لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي تجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود ، إذ ان القرائن القضائية تحاول الإثبات بشهادة الشهود وان الإثبات عن طريق القرينة القضائية يتطلب وجود عنصرين أساسيين(٨٠).

١- **عنصر مادي:** وهو وجود الواقعة الثابتة من وقائع الدعوى المتصلة بالواقعة المتنازع فيها.

٢- **عنصر معنوي :** هو فطنة القاضي وقدرته على استنباط الدلالة من الواقعة المعلومة لإثبات الواقعة غير المعلومة.

وإذ أن هذا الإستنباط يقوم على الأحتمال والترجيح، أو أنه قد يكون معرضاً للزلل، ولذلك جاز للمحكمة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة إثبات التصرف القانوني بالبينة الشخصية أو بالقرائن القضائية أو بهما معاً(٨١).

أي أن البينة والقرائن تأتي معززة لدليل كتابي ناقص فتكمله. وغني عن البيان انه يجوز للمحكمة استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة باليمين المتممة من تلقاء نفسها بدلاً من استكماله بالشهادة أو بالقرائن القضائية وذلك استناداً الى نص المادة (١٢٠) من قانون الإثبات العراقي(٨٢).

واليمين المتممة كما هو ظاهر من أسمها هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأي من الخصمين ، عندما يرى أن هذا الخصم قدم دليلاً غير كاف على دعواه ليتم الدليل باليمين(٨٣).

وقد منح القانون للقاضي دوراً ايجابيا في الإثبات فأباح له، إذا لم يقدم أي من الخصمين دليلاً كافياً على ما يدعيه، ان يختار منهما من يرجح عنده صدق قوله، فيوجه إليه يميناً يتمم بها أدلته غير الكافية.

ويشترط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليلاً كاملاً، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل(٨٤).

وعلى ذلك فإذا كان في الدعوى دليلاً كاملاً ، فلا محل لتوجيه هذه اليمين لان الغرض منها تكملة اقتناع القاضي. وما دام في الدعوى دليل كامل، فلا توجد حاجة إليها . وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل لان المقصود من توجيه اليمين هو تكملة الدليل وليس المقصود إحلال اليمين محل الدليل عند انعدامه . وأكدت محكمة التمييز الاتحادية في العراق هذا المعنى في بعض قراراتها إذ قضت ((.....يجوز استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة عن طريق اليمين المتممة)) (٨٥).

وقضت كذلك بأنه ((.....على المدعي إثبات العقد بدليل كتابي لان قيمته تزيد على خمسين دينار (أصبحت في قانون الإثبات خمسة ألاف دينار) ولعجزه عن الإثبات فللمحكمة أن تمنحه حق تحليف الخصم اليمين)) (٨٦).

وقضت أيضا بأنه ((جواز الإثبات بالقرائن القضائية ينحصر في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة لذا لا يصح الركون إلى تلك القرائن طالما المدعى به يزيد قيمته على عشرة دنانير (أصبحت في قانون الإثبات عشرة ألاف دينار) وحيث ان للمميز مدعي الاستحقاق تمسك بسندين عاديين تأريخهما غير ثابت فلا يكونان حجة على الغير .... وكان على المحكمة في هذه الحالة أن تعتبر المدعي عاجزاً على الإثبات وتمنحه حق تحليف المدعي عليه الحاجز- اليمين على عدم العلم .....)) (٨٧).

وقضت كذلك بأنه ((يشترط لتوجيه اليمين المتممة أن لا يكون في الدعوى دليل كامل وان لا تكون الدعوى خالية من أي دليل، وحيث أن البينة التي استمعتها المحكمة لم تؤيد دعوى المدعي ولم يشهد أي من الشاهدين على حصول الاتفاق بين الطرفين ونوعه ومقداره مما جعل الدعوى خالية من أي دليل ويتعذر معه توجيه اليمين المتممة)) (٨٨).

ونلاحظ مما تقدم أن إعطاء المحكمة حق توجيه اليمين المتممة للخصم الذي يتمسك بدليل ناقص يُعدّ مظهراً من مظاهر تعزيز الدور الايجابي للمحكمة في الإثبات بصيغة أكثر فاعلية، لأن توجيه اليمين هو أمر يخضع لتقدير المحكمة، ويؤدي إلى قيام دليل كامل تحسم به الدعوى، وبدون ذلك لا يكون لمبدأ الثبوت بالكتابة من أثر قانوني في مجال الإثبات لاسيما عند تعذر الإثبات بالشهادة أو بالقرائن القضائية بسبب عدم توافرها في الدعوى المنظورة.

الخاتمة :-

بعد أن انتهينا من بحث موضوع الأثر القانوني لمبدأ الثبوت بالكتابة في تحديد مشروعية التصرفات القانونية في القانون العراقي (دراسة مقارنة) توصلنا إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نوجز أهمها بالآتي :

١- أن القوانين الحديثة ومنها القانون العراقي قد جعل من الدليل الكتابي الأصل والقاعدة في الإثبات، وما عداها من الأدلة استثناء، ولا نجد بين الفقهاء وأحكام القضاء خلافاً على ذلك وترجع أهمية الكتابة هذه إلى إنها دليل يمكن تهيئته مقدماً وبذلك يسهم في تحقيق الأستقرار اللازم للتصرفات القانونية.

٢- مبدأ الثبوت بالكتابة (دليل كتابي غير كامل) هو كل كتابة تصدر عن الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الأحتمال ويشترط لتحقيق هذا الدليل أن تكون هناك ورقة مكتوبة وأن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه أو ممن يمثله وأن يكون من شأن هذه الورقة أن تجعل وجود التصرف القانوني قريب الأحتمال.

٣- أن مبدأ الثبوت بالكتابة معززاً بالبينة أو القرائن القضائية أو باليمين المتممة يكون دليلاً كاملاً في كل ما كان يجب إثباته بالكتابة، فيكون دليلاً كاملاً على تصرف قانوني تزيد قيمته على مبلغ معين لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، أو على ما يخالف الكتابة أو يجاوزها، وعلى تصرف قانوني أشترط القانون بنص خاص أن يكون إثباته بالكتابة كالصلح أو الكفالة.

٤- أن مبدأ الثبوت بالكتابة يعطي للمحكمة دوراً ايجابياً فعالاً ومؤثراً في مجال الإثبات، لان الدليل الناقص متى ضمت إليه الشهادة أو القرائن القضائية أو اليمين المتممة يصبح دليلاً كاملاً وبذلك يجوز ان تثبت به مختلف التصرفات القانونية المدنية والتجارية مهما كانت قيمة هذه التصرفات.

٥- أن مبدأ الثبوت بالكتابة يمنح قاضي الموضوع دوراً ايجابياً واضحاً وبارزاً بالنسبة للشروط المطلوبة لتحقيقه، ولاسيما الشرط المتعلق بكون الواقعة المدعى بها قريبة الأحتمال، وهنا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة تعتمد على خبرته الواسعة في القانون ومدى تتبعه للآراء الفقهية والقضائية ودرجة ذكائه وفطنته للوصول إلى النتيجة الحاسمة التي تجعل من قرب الاحتمال مرجح الحصول.

٦- أن استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بالشهادة أو بالقرائن القضائية أواليمين المتممةهي مسألة تقديرية تخضع لتقدير محكمة الموضوع فهي تستطيع أن ترفض استكمال مبدأ الثبوت بالكتابة عن طريق شهادة الشهود، إذا لم تتوافر لها القناعة الكاملة بصدق أقوال الشهود وأن تستكمل مبدأ الثبوت بالكتابة بالقرائن القضائية فإذا لم تتوافر قرينة أو قرائن قوية تساعدها على تكوين قناعتها التامة بصدق الواقعة موضوع النزاع، فللمحكمة الحق أن توجه اليمين المتممة إلى الخصم الذي ليس لديه دليل كامل لتبني بعد ذلك حكماً في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به

المصادر :-

(١) قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ (المعدل) .
(٢) قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨. تقابلها المادة (٥٦) من قانون البيانات السوري لسنة ١٩٤٧(موافق). والمادة (٧٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم (٦) لسنة ١٩٦٠.
(٣) المادة (٧٨) من قانون الإثبات العراقي.
(٤) F.TERRE,Introduction ge'ne'rale au droit,3'ed.Pre'cis Dalloz,1996, N^{0}599, P.488.
(٥) F.TERRE,Introduction ge'ne'rale au droit,op.cit.
(٦) د.عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، نظرية الالتزام بوجه عام (الإثبات- آثار الالتزام) ، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، بلا سنة طبع، ص٤٢٠. د.محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، أحكام الالتزام والإثبات، القاهرة، ١٩٩٥، ص١١٦.
(٧) د.قيس عبد الستار عثمان، شروط مبدأ الثبوت بالكتابة في القانون العراقي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٦، ص١٤.
(٨) أدوار عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، ج٢، بيروت، ١٩٦٢، ص١١٦. د.سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، بغداد، ١٩٦٦، ص٩٣.
(٩) د.محمود جمال الدين زكي، نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري، ج٢، أحكام الالتزام والإثبات، القاهرة، ٢٠٠١،ص٧٨.
(١٠) د.توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات حلبي الحقوقية، ٢٠٠٣، ص١٣٣. د.عابد فايد عبد الفتاح فايد، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص١٦٨.
(١١) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٢، مصدر سابق، ص٤١٧. أدوار عيد، قواعد الإثبات ،ج٢، مصدر سابق، ص١١٢. د.عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات، القاهرة، ١٩٧٠، ص١٠٧.
(١٢) د.احمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بيروت، ١٩٨٣، ص٦٦٢. د.قيس عبد الستار عثمان، مصدر سابق، ص١٧.
(١٣) أدوار عيد، قواعد الإثبات، ج٢، مصدر سابق، ص١١٦. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٢، مصدر سابق، ص٤٢١.
(١٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم(٥٧٢/مدنية رابعة/١٩٧٦) في (١٩٧٧/٣/١٦) منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول ، السنة الثانية، ١٩٧٧، ص١٠٢.
(١٥) استئناف ديجون في(١٩٥٥/٦/٢٩). جازيت دي باليه، ١٩٥٥. أشار إليه د.عبد الحي حجازي ، الإثبات في المواد المدنية، القاهرة، ١٩٥٧، ص١٠٢.
(١٦) المصدر نفسه، ص١٠٥.
(١٧) د.احمد فتحي سرور، أصول قانون الإجراءات الجنائية، القاهرة، ١٩٦٩، ص٥٩٦.
(١٨) د.قيس عبد الستار عثمان، مصدر سابق، ص٢٠. ومع هذا الرأي، أدوار عيد، قواعد الإثبات، مصدر سابق، ص٧. و د.محمد عبد اللطيف، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ج٢، القاهرة، ١٩٧٢، ص٧٥.
(١٩) د.احمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص١٤٨. د.عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، القاهرة، ١٩٩٤، ص٢٤٩. د.أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دراسة في القانونين المصري واللبناني، بيروت، ١٩٨٤، ص١٢٢.
(٢٠) د.فتحي والي، قانون القضاء المدني اللبناني، بيروت، ١٩٨٠، ص٧٥٩. د.حامد فهمي و محمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٢١٤- ٢١٥. د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٢، مصدر سابق، ص٤٢٧.
(٢١) د.سليمان مرقس، من طرق الإثبات، ج٤، قواعد الأدلة وأطرافها ، القاهرة، ١٩٧٤، ص١٣٣.
(٢٢) د.عادل حسن علي، الإثبات- أحكام الالتزام، بلا مكان طبع، ٢٠٠٧، ص٢٣٠.

(٢٣) د.عبد الحي حجازي، الإثبات في المواد المدنية، مصدر سابق، ص١٠٣. ادوار عيد ، قواعد الإثبات، مصدر سابق، ص١٢٢. د.قيس عبد الستار عثمان، مصدر سابق، ص٢٣.
(٢٤) محمد فهر شقفة، الإثبات بالبينة الشخصية في القضايا المدنية والتجارية والشرعية والجزائية، ط٤، مؤسسة النوري، دمشق، سوريا، ٢٠٠١، ص٧٥.
(٢٥) د.محمود جمال الدين زكي، أحكام الالتزام والإثبات، مصدر سابق، ص٧٨. محمد عبد الرحيم عنبر، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، بلا سنة طبع، ص١١٨.
(٢٦) د.عباس الصراف، شرح قانون عقد البيع في القانون المدني الكويتي، دار البحوث العلمية، الكويت، ١٩٧٥، ص٣٦٧.
(٢٧) د.محمود جمال الدين زكي، أحكام الالتزام والإثبات، مصدر سابق، ص٧٨. محمد فهر شقفة، الإثبات بالبينة الشخصية، مصدر سابق، ص٧٦.
(٢٨) د.عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات، مصدر سابق، ص١٠٥.
(٢٩) د.فتحي والي، قانون القضاء المدني واللبناني، مصدر سابق، ص٧٥٩. د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مطبعة السلام، ١٩٨٨، ص٢١١.
(٣٠) د.احمد أبو الوفا، التعليق على قانون المرافعات الجديد وقانون الإثبات، ج٢، الإسكندرية، ١٩٦٩، ص١١٥٦. ادوار عيد، قواعد الإثبات، مصدر سابق، ص١٣١. د.توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص١٣٣.
(٣١) د.عابد فايد عبد الفتاح، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص١٦٩.
(٣٢) د.عبد السلام ذهني بك، المداينات أو الأدلة، ج١، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٤٦٧. د.جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، القاهرة، ١٩٧٦، ص٤٣. د.آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، بغداد، ١٩٨٦، ص١٩٦.
(٣٣) نقض مصري في ١٩٦٧/٣/٣٠ . أشار إليه د.قيس عبد الستار، مصدر سابق، ص٣٠.
(٣٤) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٢، مصدر سابق، ص٤٢٩. د.احمد نشأت، رسالة الإثبات، ج١، القاهرة، ٢٠٠٨، ص٧٠٨.
(٣٥) د.سليمان مرقس، أصول الإثبات، مصدر سابق، ص٤١٥. د.عبد المنعم فرج، مصدر سابق، ص٢٥٥.
(٣٦) قرارها رقم(١٩٢٩/١٤٩٦) في(١٩٢٩/٤/١٧). أشار إليه د.سليمان مرقس، أصول الإثبات، مصدر سابق، ص٤١٥.
(٣٧) قرارها رقم ١٩٣٧/١٤٠ في ١٩٣٧/٦/٨. منشور في مجلة المحاماة، العدد ٢، السنة ١٨، ص٢٢٨.
(٣٨) قرارها رقم ١٩٤٠/١٥٠٦ في ١٩٤٠/٥/٢. أشار إليه د.سليمان مرقس، أصول الإثبات، مصدر سابق، ص٤١٥.
(٣٩) د.عابد فايد عبد الفتاح، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص١٦٥.
(٤٠) نصت المادة (٦٢) من قانون الإثبات المصري على انه ((يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة)).
(٤١) Ripert, Lare'gle morale dansles obligation civil, Paris,1990mP.14,N23.
(٤٢) سورة البقرة / الآية (٢٨٢).
(٤٣) د.أسامة روبي عبد العزيز، الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص٨٤.
(٤٤) د.توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات، مصدر سابق، ص١٧١.
(٤٥) د.عبد الرزاق السنهوري، ج٢، مصدر سابق، ص٣٨٩.
(٤٦) د.عادل حسن علي، الإثبات، أحكام الإلتزام، مصدر سابق، ص٢٢٩.
(٤٧) د.عابد فايد، نظام الإثبات، مصدر سابق، ص١٦٧. د.أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، مصدر سابق، ص١٤٠.
(٤٨) د.توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات، مصدر سابق، ص١٧٤.
(٤٩) د.محمود جمال الدين زكي، نظرية إلتزام في القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص٨٠.

(٥٠) د.أدوار عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص١١٨.
(٥١) د.أسامة روبي عبد العزيز، الوسيط في شرح قانون الإثبات العماني، مصدر سابق، ص١٨٦.
(٥٢) د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج٢، مصدر سابق، ص٤١٦.
(٥٣) تقابلها المادة (٥٦) من قانون البيانات السوري التي تنص((يجوز الإثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية حتى لو كان المطلوب تزيد قيمته على مائة ليرة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .....)) . والمادة (٧٦) من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي التي تنص ((استثناء من أحكام المادة السابقة يجوز الإثبات بالبينة (الشهادة) فيما زاد على خمسة ألاف روبية في الأحوال الآتية أولاً :إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة)). والمادة (١٣٤٧) من القانون المدني الفرنسي التي تنص ((١- ويستثنى من القواعد المتقدم ذكرها (أي من وجوب الدليل الكتابي، إثبات لتصرف قانوني تزيد قيمته على ٥٠٠٠ فرنكاً وفي إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها في الأحوال التي يوجد فيها مبدأ ثبوت بالكتابة)).
(٥٤) وقد جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بأنه ((متى وجد مبدأ ثبوت بالكتابة بشأن الالتزام المدعى به جاز الإثبات بالبينة، فهي بهذا الوصف تكمل ما يعتري الدليل المستخلص من هذا المبدأ من نقص وقصور وينهض لتوجيه هذا الحكم ما هو ملحوظ من ان مبدأ الثبوت يجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال ويعتبر هذا الوجه ضامناً كافياً للحد من الإخطار التي تكتنف الإثبات بالبينة ، ثم ان البينة لا تكون في هذه الحالة إلا دليلاً مكملاً متمماً)).مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٤، وزارة العدل ، مطبعة دار الكتاب العربي، مصر، بلا سنة طبع، ص٤٠٦.
(٥٥) د.احمد نشأت، رسالة الإثبات، ج٢، القاهرة، ٢٠٠٩، ص٦٥٩.
(٥٦) نقض مدني/ طعن رقم ٩١٦- جلسة ١٩٨٩/٥/١٤، ص٢٨٠.
(٥٧) د.احمد نشأت، رسالة الإثبات، ج١، مصدر سابق، ص٦٥٩.
(٥٨) نقض مدني – طعن رقم ٣٥٣- جلسة ١٩٧٠/٦/٢٦، ص١٠٩٠.
(٥٩) د.عابد فايد عبد الفتاح، نظام الإثبات، مصدر سابق، ص٣١.
(٦٠) د.توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات، مصدر سابق، ص٢٠٨.
(٦١) د.أسامة روبي عبد العزيز، مصدر سابق، ص٦٩. حسين المؤمن ، موقف الفقه الإسلامي من الإثبات بالأدلة الكتابية، بحث منشور في مجلة الكتاب، مجلة شهرية يصدرها اتحاد المؤلفين والكتاب العراقيين، العدد الثالث، السنة التاسعة، ١٩٧٥، ص٩١.
(٦٢) د.محمد عبد الظاهر حسين، الدور المنشئ للقاضي في إطار الروابط العقدية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨،ص٣٠.
(٦٣) نقض مدني- طعن رقم ٣٨٦- جلسة ١٩٦٧/١١/٧. ص١٦٠٧.
(٦٤) انظر في ذلك في قضاء المحكمة العليا المصرية: نقض مدني – طعن رقم ٦٠٩ – جلسة ١٩٩٠/٥/١٣، ص١١٠٨.
(٦٥) د.قيس عبد الستار عثمان، مصدر سابق، ص٣٣.
(٦٦) نصت الفقرة (٢) من المادة (١٠٢) من قانون الإثبات العراقي بأنه ((للقاضي إستنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة)).
(٦٧) نصت المادة (٨) من قانون الإثبات العراقي بأنه ((ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة. ومع ذلك فله أن يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض إلمام الكافة بها)).
(٦٨) مهدي صالح محمد أمين، أدلة القانون غير المباشرة ، مطبعة أوفسيت، بغداد، ١٩٧٨، ص١٨٥.
(٦٩) د.عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات ، مصدر سابق، ص١٢٧.
(٧٠) نصت المادة (١٠٤) من قانون الإثبات العراقي بأنه ((للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية)).
(٧١) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط ، ج٢، مصدر سابق، ص٣٣٠.
(٧٢) نصت المادة (١) من قانون الإثبات العراقي بأنه ((توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة)).

(٧٣) د.محمد عبد اللطيف، قانون الإثبات في المواد والتجارية ، مصدر سابق، ص٤٩. مهدي صالح محمد أمين، أدلة القانون غير المباشرة، مصدر سابق، ص١٤٧.
(٧٤) محمد الحبيب التجكاني، النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالقانون الوضعي، بغداد، ٢٠٠٠، ص٢١٩.
(٧٥) نصت المادة (٨١) من قانون الإثبات العراقي بأنه ((للمحكمة من تلقاء نفسها أن تستدعي للشهادة من ترى لزوم لسماع شهادته في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة متى رأت في ذلك فائدة للوصول إلى الحقيقة)).
(٧٦) د.عادل حسن علي، الإثبات – أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص٢٠٧.
(٧٧) د.صالح محسوب ، فن القضاء، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٢، ص٣٨.
(٧٨) نصت المادة (١٠٢) بأنه ((أولاً- القرينة القضائية هي استنباط القاضي، أمر غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة. ثانياً: للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة)).
(٧٩) د.أسامة روبي عبد العزيز، الوسيط، مصدر سابق، ص٢٣٠.
(٨٠) محمد الحبيب التجكاني، النظرية العامة ، مصدر سابق، ص٢٧٣. د.صالح محسوب، فن القضاء، مصدر سابق، ص٤٢.
(٨١) Julliot de la morandiere, Lantion d'order Piblic dans le droit private, course de doxtorat, Paris,1990, P.155.
(٨٢) نصت المادة (١٢٠) بأنه ((للمحكمة ان توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل، لتبني بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به)).
(٨٣) د.عادل حسن علي، الإثبات - أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص١٩٧.
(٨٤) د.توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات، مصدر سابق، ص٣٢٠.
(٨٥) قرارها رقم ٦١٨/ مدنية أولى/١٩٨٠ في ١٩٨٠/١/٢٠ . منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الأول، السنة الثالثة، ١٩٨٠، ص٦٠.
(٨٦) قرارها رقم ١٩٨٢/٣٢٦ في ١٩٨٢/٥/٤، أشار إليه مهدي صالح محمد أمين، أدلة القانون غير المباشرة، مصدر سابق، ص٢١٧.
(٨٧) قرارها رقم ٣٠٥٧/ صلحية/٥٩ الكرخ في ١٩٦٠/٤/٢٨ أشار إليه مهدي صالح، أدلة القانون، مصدر سابق، ص٢١٧.
(٨٨) قرارها رقم ١٦٦٨/ صلحية/١٩٦٥ في ١٩٦٥/١٢/١٣. قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٥، ص١٤٢.