المانع من تقديم الدليل الكتابي أو (فقدان السند بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه)

The Obstacle from Written Document Presenting

عماد حسن سلمان
كلية القانون / جامعة ذي قار

Emad H. Salman
College of Law/ThiQar University

الخلاصة

قد يحصل المتعاقد على دليل كتابي، ثم يطرأ عليه ما يفقده هذا الدليل بسبب لايد له فيه، (اي دون تقصير منه) فلا يصح ان يضيع عليه حقه بسبب ذلك، اذ ليس من العدل ان تسد امام وجهه سبل الاثبات الاخرى ،بعد ان استحال عليه تقديم الدليل الكتابي، بل يسمح له الإثبات بالشهادة او القرينة القضائية، وهذا الحكم لاينطبق على الدائن فحسب، وانما ينطبق على المدين أيضا اذا فقد السند الذي يثبت قيامه بالوفاء.

Abstract

In some Legal act, the contractor may obtain a written document and then some external Force lead, without his own Fault, to lose his written document.

In order to prevent the closing of the contractor s Legal right enshrined in the document, some Legal schools, including the Iraqi legal system, permit to such contractor to proof the legal act by testimony or judicial presumption.
This rule does not apply to the creditor but the debtor as wall.

المقدمة

أذا حرر المتعاقدان دليلا كتابيا ،وهما بصدد تصرف اشترط القانون لإثباته الكتابة، فقد قاما بالواجب الملقى عليها ،فإذا ضاع ذلك الدليل بسبب قوة قاهرة ،كان ذلك بلا شك عذرا يبيح الإثبات بغير الكتابة.

فقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة التي تبنتها التقنيات الوضعية يتم النزول عنها لصالح الإثبات بالأدلة المقيدة (الشهادة والقرنية القضائية)والتي لن يتسنى اللجوء اليها لولا فقدان السند بالقوة القاهرة.وقد نص على هذا الاستثناء،المشرع العراقي في المادة ١٨/اولا منه(يجوز أن يثبت بجميع طرق الإثبات ما يجب إثباته بالكتاب في حالتين:

أولا: إذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه)

وتناولته نصوص القوانين العربية ،فقانون البينات السوري نص عليه في المادة ٥٧\ب،وقانون اصول المحاكمات اللبناني في المادة٢٥٧،والقانون المدني الليبي في المادة٣٩١،وقانون الاثبات المصري في المادة٦٣\ب. ونصوص جميع هذه القوانين متظافرة على انه يجوز لمن ضاع دليله الكتابي بسبب خارج عن إرادته الإثبات بالشهادة .

أهمية الموضوع

لقد فضلت التشريعات المدنية المعاصرة ،الدليل الكتابي على الشهادة ،وجعلت الاثبات به واجبا متى زادت قيمة التصرف القانوني على مبلغ معين تحدده، وكان الباعث لها على ذلك، آن الكتابة توفر من الضمانات أكثر مما توفره الشهادة ،التي هي عرضة للأخطاء الإنسانية كضعف الذاكرة وما يشوبها من محاباة وتقادم وفساد ذمة ،ولكن هذه التشريعات، رأت في الوقت ذاته ،إن التشدد في اقتضاء الدليل الكتابي والمبالغة في التشكيك في شهادة الشهود قد لا يوجد ما يبرره في حالات كثيرة وقد يلحق بالخصوم ظلما واضحا ،فيتم التحول من الدليل الكتابي صعب التحقق إلى الشهادة الأكثر يسرا بواسطة فكرة المانع من تقديم الدليل الكتابي

فموضوعنا من شأنه أن يخفف من غلو هذه القاعدة ، أذ انه يمثل استثناء عليها ، فبتحققه يمكن للخصم أن يثبت تصرفه القانون بالشهادة بدلا من دليله الكتابي الذي فقده ،وبذلك فهو يساهم في إيجاد دليل لشخص استجاب لحكم القانون واعد دليله الكتابي ،ولكن فقده لسبب خارج عن ارادته ،فيخلصه من المبدأ القاضي بان الحق الذي لم يقم عليه دليل يصبح عند المنازعة هو والعدم سواء .

كذلك فان عزوف المحاكم عن تطبيقه في كثير من القضايا التي يعد فيها الخصم دليله الكتابي ويوجد مانع يمنعه من تقديمه كان حافزا قويا للكتابة فيه ،فرغبتنا،في تفعيل تطبيق هذا الاستثناء في ارض الواقع ، وقلة الأحكام الصادرة استنادا له مع أهميته دفعتنا إلى دراسة وبحثه.

وأخيرا،فان جهل اكثرافراد المجتمع بهذا الاستثناء ،على الرغم من مساسه بحياتهم ،كان حافزا قويا للتوجه لدراسته بدقة ،خاصة وان طبيعة تطبيقه تتوقف على مطالبة الخصم به فالقاضي يبقى متمسكا بالأصل اذالم يسع الخصم التدليل على وجود حال يمكن بموجبها الاثبات بالشهادة بدلا من الدليل الكتابي ،الذي اعده ولم يقدمه لظروف لا يد له فيها ،فالأعم الاغلب من الحالات ،لايشير القاضي فيها –من تلقاء نفسه-الى وجود مانع يحول دون تقديم الدليل الكتابي ،ليجيز للخصم اثبات ما يدعيه بالشهادة ،وانما يقتضي الامر ان يطلب الخصم الاثبات بالشهادة لوجود المانع ،وبالتالي يكون الخصم اذا ما كان يجهل هذا الاستثناء معرضا لفقد ما يدعيه.

مبررات المانع من الدليل الكتابي

١-لقد جازت القوانين الاثبات بالشهادة في حال قيام المانع من اعداد الدليل الكتابي (المانع المادي والادبي)(١)اما هنا فقد حصل الخصم على الدليل الكتابي الذي يقتضي به القانون فهو قد استجاب لقاعدة وجوب الاثبات بالكتابة ،وبالتالي لحكم القانون واعد الدليل الكتابي ،ولكنه بعد حصوله على هذا الدليل فقده-(بسبب اجنبي ،قوة قاهرة ،قضاء وقدر، بالحادث الفجائي)-وكان فقدانه بسبب لا يد له فيه فمكان الضرورة في هذا الحال اكثر وضوحا ،لان الدليل الكتابي قد جاء فعلا ولكنه ضاع بغير تقصير من الخصم لذلك يجوز ان تحل الشهادة محل الدليل الكتابي (٢)

٢- ان المنطق والعقل يقضيان به، فليس من العدل ان يحرم الشخص من حقوقه بسبب فقدان الدليل الكتابي الذي أعده ،فقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة ،وان كانت لمصلحة المتقاضين، فإنها ذات قيد عظيم على كاهل المتخاصمين وينبغي التخلص من هذا القيد كلما تحققت ضمانات ،وفقدان السند بعد أعداد لسب لا يد لصاحبه فيه يمكن ان يكون ضمانة أذ ان سماع الشهادة لم يأت بصورة اعتباطية وإنما جاء بعد تحقق دليل كتابي مكتمل بكافة شروطه القانونية.

٣-ان العمل بهذا الاستثناء هو تطبيق للقاعدة العامة (لا يكلف المرء بالمستحيل).

وقد قال تعالى(لا يكلف الله نفسا الا وسعها) (٣).

ذلك إن المتعاقدين بعد ان حررا سندا كتابيا بتعاقدهما فيما اشترط القانون وجود الدليل الكتابي لإثباته، فقد اديا الواجب المترتب عليهما قانونا ، فإذا ما ضاع السند لسبب أجنبي كان ذلك – من غير شك –عذرا مما يسمح معه الإثبات بالشهادة .

وعلى العموم فان الاثبات بالشهادة في حالة فقدان السند على هذا الوجه يتحقق بتوافر شرطين هما اثبات وجود الدليل كتابي والثاني اثبات فقدان هذا الدليل الكتابي ، وسنفرد لكل منهما مبحثا خاصا به وسننهي بحثا بمجموعة من الاستنتاجات والمقترحات.

المبحث الأول

اثبات وجود دليل كتابي

ان الدليل الكتابي اما ان يكون سندا رسميا اوعاديا فاذا كان سندا رسميا،ففقده-عادة –فقد نسخة منه ،ويمكن اخذ نسخة اخرى بالرجوع الى اصل السند المحفوظ لدى الجهة الرسمية التي حررته،ولكن قد يفقد الاصل ايضا نتيجة حرب او حريق او اضطرابات ادت الى اتلاف الوثائق الرسمية ،فهنا فقط ،يمكن الحديث عن المانع من تقديم دليل كتابي بالنسبة للسند الرسمي.

اما السند العادي ،فاذا كان مشتركا بين طرفين اواكثر، فعادة ما تخول القوانين صاحبه الذي فقده،ان يطالب الطرف الذي بيده نسخة من هذا السند تقديمه في حالات معينة (٤).ولكن اذا لم تسمح القوانين للخصم الذي فقد نسخته الخاصة من هذا السند،او اذا كان السند ،من نسخة واحدة (كما هو الحال في سند الدين فيوقع من قبل المدين)،وفقدت فهنا تبرز اهمية هذا الاستثناء بالنسب الى السند العادي .

عموما ،يجب على المدعي التمسك بالدليل الكتابي المفقود ان يثبت بالشهادة انه كان يوجد سند مكتوب ،له اثر قانوني معين قد اعد لإثبات الالتزام او انقضاءه (٥)وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون البيانات السوري (يجب على ان يثبت أولا وجود الدليل الكتابي)(٦).

ولا نكتفي بهذا المقدارلابل يطلب من المدعي أن يثبت أيضا ان هذا السند كان مستوفيا لجميع الشروط التي يتطلبها القانون ،كما لو اوجب القانون بعض الشروط الشكلية لصحة العقد(كالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري بالنسبة لعقد بيع العقار)(٧)فيجب عليه ان يقيم الدليل عليها لان انعقاد مثل هذا التصرف معقود باستيفاء الشكل ولا عبرة للسند إذا كان التصرف لم ينعقد ويجوز للخصم إثبات سبق وجود السند واستيفاءه جميع الشروط بكافة الطرق بما في ذلك الشهادة ،كذلك يطلب من المدعي أن يقيم الدليل بجميع الطرق على ان السند المفقود كان يحمل توقيع الخصم ولكن ما الحكم لو أنكر الخصم التوقيع –توقيعه في السند المفقود- اعتمادا منه على استحالة تحقيق التوقيع بطريق المضاهاة طبقا للمادة٣٩منقانون الاثبات العراقي ؟

لقد قيل ان انكار التوقيع من قبل الخصم يجعل هذا الشرط منتفيا وبالتالي لا يمكن العمل بهذا الاستثناء والاثبات بالشهادة(٨)،غير ان جانب من الفقه يرى ان هذا الرأي غير مقبول لان انكار التوقيع يجب ان لايخل بتطبيق هذه القاعدة ،اذ العبرة في ذلك الى ما يتكون في عقيدة القاضي بما يدعيه المدعي ،فاذا ثبت وجود السند وضياعه (بسبب اجنبي)وما ورد من التزام فيه ،فلا عبرة لاعتراض المدعى عليه هذا اذ ان الاثبات في حالة ضياع السند يتناول سماع شهادة من شهد العقد وحضر التوقيع عليه وقي مزج وتوحيد هاتين الشهادتين ،مايكفي لتكوين عقيدة القاضي ورفع ما غمض في الدعوى (٩)

وبدورنا نرى وجاهة الرأي الاخير ،اذ ان المضاهاة لايمكن ان تتم بدون وجود السند الذي انكر ،لذلك فالأخذ بهذا المفهوم معناه تعطيل العمل بهذا الاستثناء،الذي يبيح الاثبات بالشهادة عند فقدان السند بسبب لادخل لإرادة صاحبه فيه ،وليس من المعقول ان ينص المشروع على حق لا يمكن تطبيقه بمجرد نكران الخصم –المتكرر غالبا- لذلك فأننا نقف مع الرأي الذي يجيز لمدعي الفقدان اثبات توقيع المدعي عليه بالشهادة أيضا .

ونشير بأن اثبات سبق وجود الدليل الكتابي ،يكون أخف نسبيا على عاتق مدعي الفقدان،اذاما عمد خصمه الذي يراد التمسك بالسند ضده الى اتلافه ويسمح للمدعي ان يثبت بالشهادة وطرق الاثبات الاخرى ،اذ يستخلص من ثبوت هذه الواقعة –بلا جدال قرينة مفادها(ان السند كان موجودا،وانه كان مستوفيا لشروطه القانونية والا لما اقدم على ذلك).

ويفترض ان السند قد استوفى الشكل الذي تطلبه القانون اذا كان المدين هو الذي اتلفه (١٠) ولكنه أي (عبءالاثبات)قد يكون شديدا ومركبا على مدعي الفقدان فيقتضي اثبات تصرف سابق على فقدان السند،فيجب عليه اثبات عقد الوديعة أو الوكالة بالطرق المعتادة ،اي يجب الاثبات بالكتابة،مادام الحق واجب اثباته بالكتابة،فعقد الوديعة أوعقد الوكالة سابق على واقعة تبديد السند ومنفصل عنها،الااذا كان الايداع أو التوكيل ،قد حصلا بطرق احتيالية ،ففي هذه الحالة يجوز الاثبات بالشهادة(١١) واذا كان فقدان الدليل الكتابي الكامل يمثل نطاقا رحبا للاثبات بالشهادة استثناء،فان الدليل الناقص يثير الشكوك ،بعبارة أخرى اذا ما فقد مبدأ الثبوت بالكتابة ،فهل يجوز للمدعي ان يطالب بتطبيق المادة ١٨/أولامن قانون الاثبات الخاصة بالإثبات بالشهادة استثناء لفقدان السند؟ ان مبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن الخصم ،والكتابة يجب ان تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال(١٢) ،وهي محل بنظر القاضي ،فالأخير يتحقق من وجود كتابة أولا وصدورها من الخصم ثانيا ،تلجئه الى المضاهاة في حالة انكاره –وان تجعل هذه الكتابة التصرف المدعى به قريب الاحتمال بنظر القاضي ثالثا،هذا كله اذا ما طالب الخصم –الذي لايملك دليلا كتابيا لاثبات تصرفاته القانونية –بوجود مبدأثبوت الكتابة ،واذا ما سلمنا بتحقق كل هذه الامور فأن هذا الدليل يعد دليلا ناقصا يجب استكماله بالشهادة ،والاخيرة قد تكون متحققة او غير متحققة لدى الخصم ،وقد يسمعها القاضي اولا يسمعها ،واذا سمعها قد يقتنع أولايقتنع بها .اذا ما تحققت كل هذه الامور اصبح مبدأالثبوت بالكتابة دليلا من ادلة الاثبات .

يتضح مما تقدم ان الكتابة الصادرة من الخصم والتي تجعل المدعى به قريب الاحتمال ،لاتعد مبدأثبوت بالكتابة ،الا اذا تعامل القاضي معها ووصفها بهذا الوصف ،لذلك فليس من المنطق ان نقول بإمكانية تطبيق استثناء فقدان الدليل الكتابي بقوة قاهرة (المانع من تقديم الدليل الكتابي) على مبدأ الثبوت بالكتابة ،مادام القاضي لم يصف هذه الكتابة بهذا الوصف. فالأمرغير منطقي لسبب واحد، لان الكتابة المعول عليها، غير موجودة لذلك فلا يوجد لدينا حتى هذه اللحظة ذلك الدليل الناقص.

ولكن اذا سلمنا بوجود مبدأ ثبوت بالكتابة بحكم القاضي ،وفقد لسبب كحريق مثلا شب في المحكمة ،فهل ينطبق عليه هذا الاستثناء المتعلق بفقدان الدليل الكتابي ؟ لاشك في ان المانع من تقديم الدليل الكتابي لا ينطبق الا على الدليل الكتابي الكامل اما الدليل الناقص (مبدأ الثبوت بالكتابة)فلا ينطبق عليه لان من فقد دليله الكتابي كان قد استجاب لحكم القانون وسلح نفسه بإعداد دليل كتابي ،ولكن لأسباب لا دخل له فيها فقد دليله،لذلك انطبق عليه حكم القانون ،أما من فقد دليله الناقص (مبدأ الثبوت بالكتابة)فأنه اخطأ لعدم الاستجابة لحكم القانون القاضي بإعداد دليل كتابي خاصة وان مبدأ الثبوت بالكتابة ان لم يتعرض للفقدان قد لا يكتمل ويصبح دليلا كاملا ،لذلك فهو لا يستفيد من التسهيل في اثبات تصرفه القانوني.

ومع ذلك يرى جانب من الفقه انه قد يكون مبدا الثبوت بالكتابة قريبا جدا من السند الكامل او واضحا وموجزا بحيث لا يتشكك الشهود في مضمونه كورقة شطب رهن او حق امتياز تعذر الحصول على صورة رسمية منه أو ايصال بقسط متأخر من دين ،ففي هذه الاحوال يرى انصار هذا الاتجاه انه يصح اثبات ضياعه بقوة قاهرة بواسطة هذا الاستثناء(١٣).

لاشك في اننا نبقى مصرين على ان فقدان الدليل الناقص لا ينطبق على فقدان الدليل الكامل لان غاية النص وهدفه جاء للثاني دون الاول ،كذلك مع فرض قبول هذا الرأي فإننا لانجد له قيمة عملية عندنا،لان مبدأ الثبوت بالكتابة موجود في اوراق الدعوى ومع وجود الشهادة في ذات الدعوى والقاضي لايسعى لإعمال نص المادة ٧٨من قانون الاثبات والعمل بمبدأ الثبوت بالكتابة وعدهدليل كامل في عشرات القضايا التي اطلعنا عليها (١٤)فكيف الحال،اذا ما فقد مبدا الثبوت بالكتابة ويقتضي ذلك ان يثبت القاضي فقدان مبدا الثبوت بالكتابة اولا،ومن ثم يعمل على استكماله بالشهادة وهذا مالا يمكن تقبله من قضائنا اطلاقا ،فضلا عن عدم موافقته لروح تشريع الاثبات في العراق .

الواقع من الامر ان يطالب به مدعي الفقدان لا يقتصر على اثبات انه كان لديه سندا، وفقده وانما يجب عليه ان يثبت مضمون السند أيضا.اذ لايكفي ان تشهد الشهود بقيام التصرف القانوني المدعى به ،لان الامر يتعلق بإجازة الاثبات بالشهادة لتحقق دليل كتابي وفقده ،فقيام التصرف قد يكون واقعا فعلا، ولكن اعداد دليل كتابي قد لا

يصدق تحققه ،لذلك يجب ان ترد الشهادة على اثبات دليل كتابي أولا، ومن ثم يتم البحث عن مضمون ذلك الدليل الكتابي المثبت للتصرف القانوني.

ولكن اذا ما تعذر وجود شهود على التعاقد ذاته، فهل تقبل الشهادة على رؤية السند؟ واذا قبلت فهل تكفي الشهادة بحصول العلم بوجوده او رؤيته دون الاطلاع على جميع محتوياته، وما دون فيه؟ أم تجب الشهادة على رؤية السند والاطلع على جميع محتوياته وما دون فيه؟.

لقد اختلف الفقه في ذلك فيرى جانب منه على انه يكفي اثبات ما تضمنه السند، سواء وردت الشهادة على رؤيته أو جاءت على حصول العلم به نتيجة الاخبار المتواترة (١٥)فيما يرى اتجاه اخر في الفقه انه لابد من شهود الرؤية على محتوى السند ومضامينه(١٦)،غير ان الرأي الراجح هو ان صاحب السند لا يكلف الا بإثبات ما اشتملت عليه الورقة من اشتغال ذمة المدين بالدين أو البراءة منه اذ العبرة بالشهادة هو ما يكفي لتكوين اعتقاد القاضي بصحة الطلبات سواء كانت الشهادة الواردة على رؤية او سماع أو تواتر(١٧).

المبحث الثاني

إثبات فقدان الدليل الكتابي بسبب لا دخل لصاحبه فيه

إن إثبات وجود دليل كتابي لا يفي ولا يضمن جواز الإثبات بالشهادة استثناء ،لا بل على من يدعي الفقدان ،ان يثبت ان فقدان الدليل الكتابي كان بسبب لا يد له فيه ،والملاحظ هنا،ان التشريعات المختلفة عبرت عن سبب فقدان السند بتعابير مختلفة ،فقانون اصول المرافعات الحقوقية الملغى اصطلح عليه، فقدان السند قضاء وقدرا (المادة٨٢ ثالثا)،وقانون الاثبات العراقي عبر عنه بفقدان السند بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه (المادة١٨\اولا)،وقانون البيانات السوري (اذا فقد الدائن سنده المكتوب لسبب لا يد له فيه)(المادة٥٧\ب)،وقانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني (السبب الاجنبي)(المادة٢٥٧)،اما القانون الفرنسي فقد استند الى مصطلح (حادث فجائي وقوة قاهرة في ان واحد)(المادة١٣٤٨\٤).

ولعل هذا الاختلاف في استخدام المصطلحات يدفعنا لان نبحث على اكثرها دقة واقربها لمضمون الموضوع الذي نحن بصدد معالجته ،وبدورنا نرى ان تعبير المشرع العراقي في قانون الاثبات (١٨)،افضل من مصطلحات القوانين الاخرى للأسباب الاتية:

١.وجود خلافات بين الفقهاء ، حول معانى السبب الاجنبي والقوة القاهرة والحادث الفجائي (١٩)،فهناك اراء فقهية ترى وجوب التفرقة بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة ،وعدو الحوادث الخارجية عن الشيء خروجا ماديا قوة قاهرة ،والحوادث التي ترجع الى امر داخلي كامن في الشيء ذاته كانفجار الة في مصنع وخروج قطار عن السكة حوادث فجائية ،ورتبوا على ذلك قصر دفع المسؤولية على القوة القاهرة دون الحادث الفجائي.

وهناك من يرى ان الحادث الجبري هو كل واقعة تحصل بسبب عمل الانسان سواء أكان ذلك بإرادته او بغير إرادته ،أما القوة القاهرة ،فهي الوقائع التي تحصل بفعل الطبيعة ،والسبب الأجنبي أعم من ذلك ،فهو يشمل القضاء والقدر والحادث الجبري والقوة القاهرة (٢٠).

٢.ان المصطلحات المذكورة(السبب الأجنبي،القوة القاهرة، الحادث الفجائي) تستخدم عند الحديث عن دفع المسؤولية أو التخلص منها ،لذلك فان القاضي يتشدد حتى يقضي بتحقق مثل هذا الامر ،لان أثره عظيم ،وهو التخلص من الالتزام ،بخلاف موضوعنا فالأمر لا يتعلق الا بالتخلص من مسؤولية تقديم دليل كتابي وأستبدالها بالشهادة ،وهو أمر لا يقتضي التشدد الذي يتطلبه في الحالة الأولى ،لذلك فان النص على المصطلحات المذكورة ،والأخذ بالمفهوم المتقدم يمثل- بلا شك—مبالغة كبيرة وعبا اكبر على عاتق مدعي الفقدان دون مبرر.

أما بالنسبة لمصطلح فقدان السند قضاء وقدرا فهو على النقيض مما تقدم فمفهومه يبدو فيه اليسر والسهولة في مسألة إثبات فقدان السند ليشمل حالات لم يكن يستوعبها أي مصطلح من المصطلحات المتقدمة.

لذلك كانت محكمة التميز في العراق صريحة في اتجاهها ورفضها للتساهل في مسألة الإثبات اذ قررت (إن محكمة الموضوع قررت بان سند الكمبيال الذي أعطاه المميز عليه للميز فقد منه قضاء وقدرا دون ان تلاحظ ان المادة المار ذكرها لا تنطبق على حادثة الضياع هذه وإنما وضعت لمقاصد أخرى كاحتراق دار صاحب السند وبضمنها السند او حدثت سرقة في داره وسرق المستند من قبل السارق مع بعض امتعة الاخرى فيجوز اذ ذاك استماع البينة الشخصية)(٢١)

٣.الواقع العملي لا يشير إلى الأخذ بمفهوم السبب الأجنبي أو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ،فقضاء الدول التي تأخذ بهذه المصطلحات ،يتساهل في امر تحقق السبب أولا ،ويأخذ بالظروف الشخصية التي تحيط بالملتزم ثانيا، في حين إن المصطلحات المذكورة تقضي أن يؤخذ بالظروف الموضوعية ،أي ان تقديرها لا يكون وفق مقدرة الشخص ذاته بل بحسب مقدرة المتوسط من الناس ،عند ما يوجد في مثل الظروف التي وجد فيها ذلك الشخص عند وقوع الفعل الضار (٢٢)وهذا دون شك مغالطة ،فالنص يقتضي مفهوم معين والتطبيق يكون بمفهوم أخر ،فهناك هوة بين النص وتطبيقه في تلك القوانين.

لذلك فان مصطلح المشرع العراقي ومصطلح المشرع السوري في قانون البيانات ،نراهما الاقرب الى الصحة في اطار هذا الاستثناء.

وعلى الرغم مما تقدم ،فقد سارت اقضية المحاكم على استخدام المصطلحات المذكورة وعدها مترادفة في المعنى ،ويكفي ان نذكر ان محكمة النقض المصرية ،استخدمت في قرار واحد لها ثلاث مصطلحات ،حيث قضت (ويشترط في هذه الحالة ان يكون الفقد راجعا الى سبب لايد للمدعي فيه ،ومؤدى هذا ان يكون الفقد قد نشأ من جراء حادث جبري او قوة قاهرة)(٢٣).

وينبني على ما تقدم فان كل حادث يقع رغم ارادة الانسان وعلى حين غرة مما لم يكن دائرا بخلده، أوهو ما يستحيل على المرء مقاومته ولم يكن ليخطر له على بال قوامه الصدفة وبعيد كل البعد عن كل خطأ شخصي او اهمال (٢٤)فانه يحقق المفهوم الذي جاء به المشرعان السوري والعراقي في قانوني الاثبات والبيانات .فالمفهوم الذي جاء به القانونان المذكوران بسيط لا يشترط سوى ان لا يكون لمدعي الفقدان خطأ او اهمال ولو وقع من الغير ،فالحادث الذي يقع بإهمال ولو من الغير ويسبب ضياع سند المدعي يعد سببا لا دخل لإرادة صاحبه فيه وعليه،فاذاضاع السند أو سرق بإهمال كاتب المحكمة أو من وكيل المدعي عد سبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه (٢٥).

وقد سار القضاء على ذلك ،فقد قضي (ان الحادث القهري يفترض ظرفا قوامه الصدفة المحضة بعيدا عن كل خطأ او اهمال أوعلى حادث لا يمكن دفعه أو التنبأبه)(٢٦)،(وان كان القانون لم يشر الا الى حالة ضياع السند بسبب قهري كحصول حريق أو اتلاف ،الا انه مما يجب ان يعتبر بحكم السبب القهري حصول سرقة السند أو تبديده)(٢٧).(وكالة المحامي وان كانت تستلزم منه المحافظة على ما يعهد به اليه موكله من مستندات الا ان اهماله في المحافظة عليها لا يمكن ان تنصرف اثارها الى الموكل لان الفقدان في هذه الصورة لم يكن من فعل الموكل أو نتيجة إهماله ومن ثم يتحقق به السبب الأجنبي)(٢٨).

بناء على ما تقدم فأن إهمال المدعي ذاته لا يحقق مفهوم فقدان السند بسبب لا يد لصاحبه فيه ومن باب أولى فانه لا يحقق مفهوم السبب الأجنبي أو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة كما لو مزق السند أو ألقاه في النار خطأ، أو أهمل في المحافظة عليه حتى ضاع منه، وكما لو فقد منه أثناء نقل أمتعته ،أو قصر ولم يحتط في حفظه حتى سرق منه ،كما لو تركه في محل معرض للسرقة، فلا يعد معذورا ولا يسمح

لـه أن يثبـت دعـواه بالشـهادة ،وقـد جـاء فـي حكـم قضـائي (فـي حالـة الادعـاء بضـياع السـند الكتـابي لا يمكـن قبـول الشـهادة فـي إثبـات مـا جـاء بـه الا اذا اثبـت ان الضـياع بسـبب قهـري لا بإهمـال صـاحب السـند)(٢٩)،وحكـم أيضـا (ان مغـادرة شـخص داره فـي حراسـة خـادم صـغير بعـد ان تـرك مفتـاح دولابـه فيـه حيـث كانـت السـندات المسـروقة مودوعـة فيـه يعتبـر خطـأ مـن جانبـه او علـى الاقـل يكـون فيـه اهمـال يبعـد فكرة الحادث القهري)(٣٠)

وجـاء فـي البنـد ١١٤ مـن المـذكرة الايضـاحية لقـانون البيانـات السـوري (يشـترط فـي اثبـات الالتـزام بالشـهادة فـي حالـة فقدان السـند المكتـوب ألا يكـون لصـاحب السـند يـد فـي فقدانـه ،أي أن يكـون نتيجـة حـادث جبري أو قوة قاهرة)(٣١).

وتعـد السـرقة والنصـب والاحتيـال سـببا لا يـد لصـاحبه فيـه ،بالنسـبة لمـدعي الفقـدان ،سـواء وقعـت الجريمـة عليـه مـن قبـل خصـمه أو مـن الغيـر ،لـذلك فـاذا ادعـى المـدعي ان سـند الـدين الـذي رفـع الـدعوى بـه، قـد ضـاع فـي حـادث سـرقة أو انتـزع منـه بـالقوة أو الحيلـة جـاز لـه الاثبـات بالشـهادة ،اذا مـا ثبتـت واقعـة السرقة أو انتزاع السند بالقوة أوالحيلة .

وبهـذا المعنـى سـارت محكمـة الـنقض المصـرية (متـى كـان الواقـع فـي الـدعوى هـو ان المـدين قـد احتـال علـى الامـين علـى السـند المثبـت لحـق الـدائن بحجـة تقديمـه لأحـدى الجهـات الحكوميـة الا انـه لـم يـرده وادع فقـده ،فـان ضـياع السـند علـى هـذه الصـورة لسـبب اجنبـي لا دخـل للـدائن فيـه يجيـز الاثبـات بغيـر الكتابة)(٣٢)

ومـدعي الفقـدان يجـب أن يعـين سـبب ضـياع السـند ، لكـي يقبـل منـه الأثبـات بالشـهادة وعليـه ، فـإذا أدعـى أحـد ضـياع السـند بسـبب لا يـد لـه فيـه ، ولـم يبـين ذلـك السـبب ، فـلا يجـوز للمحكمـة أن تقبـل الأثبـات بالشـهادة ، وقـد أكـدت محكمـة الـنقض المصـرية بـأن (لا يجـوز للمحكمـة أن تقبـل الأثبـات بالشـهادة ، مـادام المـدعي لـم يبـين سـبب الفقـدان)(٣٣) فـلا يجـوز للمحكمـة أن تكتفـي بقـول المـدعي هـذا ، بـل يجـب أن تتحقـق فـي الأمـر وتبحـث عـن كيفيـة ضـياعه أو فقدانـه ، بإدلـه مقنعـة ، وإلا فـلا يجـوز للمـدعي أن يثبـت مـا أدعاه بالشهادة.

وينبغـي التنويـه ،إلـى أنـه لا يشـترط فـي السـبب أن يكـون قـد أقتصـر علـى السـند المفقـود وحـده ، وإنمـا يجـوز ان يتنـاول اشـياء اخـرى معـه . وهـذا مـا يحـدث معـه فـي الغالـب ، كمـا لوحـدثت سـرقة فـي دار او اشـتعلت فيـه النـار فتناولـت السـند وغيـره ، لا بـل ان القاضـي قـد يعـد حصـول الحريـق فـي المكـان المحتمـل وجـود السـند فيـه قرينـة علـى ضـياعه والحـال ذاتـه بالنسـبة للسـرقة فالغالـب مـن الأمـور أن توجـد اثـار ماديـة تـدل عليهـا ، فالسـرقة مـثلاً إذا مـا تمسـك بهـا مـدعي الفقـدان ، يمكـن ان تـدل اوراق التحقيـق الرسـمي عنـد الشرطة عليها ،والحريق من الممكن ان يثبت بذات الطريقة وسجلات الدفاع المدني ايضاً.

وعلـى القاضـي ان يتخـذ الحيطـة والحـذر ، وهـو بصـدد إثبـات السـبب وإلا كـان مـن السـهل علـى مـن يـدعي بـذلك ان يـأتي بشـهود علـى حصـول التعاقـد ، ثـم فقدانـه بسـبب لا يـد لـه فيـه ، وتكـون النتيجـة حينئـذ إثبات التعاقد ذاته بالشهادة .

والأمـر لا ينتهـي عنـد هـذا الحـد ، لا بـل إن المـدعي يجـب عليـه ان يثبـت ان فقـدان السـند كـان حاصـلاً وقـت وقـوع سـبب الفقـدان ، بعبـارة اخـرى يجـب ان يكـون بـين السـبب الـذي يدعيـه وواقعـة فقـدان السـند مـن الصـلة مـا بـين السـبب والمسـبب ، أي ان يثبـت بكافـة طـرق الأثبـات ان هنـاك رابطـة سـببية مـا بـين الـواقعتين ، ممـا يعـد بجانبـه معـذوراً لسـبب لا يـد لـه فيـه ، والا كـان وقـوع السـبب لا صـلة لـه بضـياع السند(٣٤).

فقـد قضـت محكمـة الـنقض المصـرية بانـه (لمـا كانـت القـرائن التـي سـاقها الحكـم وان صـحت دلـيلاً على سبق وجود المحرر المذكور ومضمونه ، الا انها لا تؤدي الى ان فقده كان بسبب اجنبي) (٣٥).

وهنا يصح التساؤل ، هل يشترط ان يثبت أولاً سبق وجود الدليل الكتابي ام إثبات السبب الذي لا دخل لإرادة صاحبه فيه ام يمكن اثبات الامرين معاً؟

يرى البعض ان اثبات السبب الذي لا دخل لإرادة صاحبه فيه (القوة القاهرة) ، يجب ان يكون مقدما على اثبات وجود دليل كتابي ، اذ لا فائدة من اثبات سبق وجود السند اذا لم يكن هناك السبب الذي لا دخل لإرادة صاحبه فيه (٣٦).

ويرى اتجاه أخر بوجوب اثبات سبق وجود السند او لا ، اذ لا فائدة ايضاً من إثبات السبب الذي لا دخل لأراده صاحبه فيه اذا لم يكن هناك سند(٣٧).

فيما يرى اتجاه ثالث ، بانه من الممكن اثبات الأمرين معاً؛ لأن الأمرين لازم إثباتهما معاً ولا يمكن فصلهما اذ لا فائدة من إثبات أحدهما وهما ركنا الأثبات في الموضوع ، فيجب ان يتوافرا معاً(٣٨).

لاشك في ان المبررات التي ساقها الاتجاه الأخير منطقية وعملية ، اذ ان إثبات وجود السند او أثبات السبب قد لا يمكن فصل أحدهما عن الأخر في كثير من الحالات، اذ عادة ما يتحد السبب (السبب الذي لا يد لصاحبه فيه) بواقعة فقدان السند ، بصورة لا يمكن التفريق بينهما ، فحينئذ يندمج السبب بواقعة فقدان السند ويكفي اقامة الشهادة على هاتين الواقعتين لتثبت الواقعة الأخرى ، كما اذا طلب مدين من دائنة سند الدين ومزقه ولم يكن هناك غير شهود التمزيق الذين رأوا السند الذي لم يكن احد يعلم بسبق وجوده من قبل ، وكسرقة السند بإكراه او بالحيلة ،وقد قررت محكمة النقض المصرية (إذا كان الفعل الجنائي في جريمة إتلاف سند ، يجوز إثباته بجميع الطرق القانونية بما فيها شهادة الشهود ، يترتب على ذلك حتماً جواز الإثبات وجود السند وكل ما احتواه بالطرق عينها ،لان واقعة الاتلاف و واقعة وجود السند ، واقعتان غير منفصلتين ، فإثبات الاتلاف إثبات لذات السند في الوقت نفسه)(٣٩).

ويثار تساؤل حول حكم الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان على ان يكون الاثبات بينهما بالكتابة ، ثم يفقد السند المثبت للتصرف القانوني من الخصم بسبب لا دخل لأرادته فيه ، فهل يستفيد ذلك الشخص من منطوق المادة الثامنة عشر؟

الواقع ، ان الفقه يرى يرى انه لا يجوز ان يثبت صاحب السند المفقود بالشهادة واقعة سبق وجود السند وفقده بسبب اجنبي ، لان معنى ذلك إثبات التصرف القانوني بالشهادة ، وهذا مخالف للاتفاق المعقود بين الطرفين الموقعين عليه من عدم جواز الاثبات إلا بالكتابة ،وهو اتفاق جائز وغير مخالف للنظام العام، ولا يغير من ذلك ان كان السند قد فقد من صاحبه بسبب اجنبي ، لأن ذلك امر محتمل الوقوع ، وليس بالمستحيل ، فكان بإمكان المتعاقد اذا كان يرى ان شرط الكتابة قد يلحق به ضرر في المستقبل ان يشترط استثناء حالة فقدان السند بسبب اجنبي ، او ان يمتنع عن التعاقد اذا اصر خصمه - الطرف الاخر- على إبقاء هذا الشرط بدون تحفظ (٤٠).

إلا إننا نرى ، إن الاتفاق بهذه الصورة لا يمنع إطلاقاً من الإثبات بالشهادة في حالة فقدان السند بسبب لا دخل لا رادة صاحبه فيه ، وذلك للأسباب ألأتيه :

١. إن المادة الثامنة عشر أجازت الإثبات بجميع طرق الإثبات لما كان يجب إثباته بالكتابة في حالة فقدان السند بسبب لا دخل لا رادة صاحبه فيه ، ومعنى ذلك ان المشروع أنزل هذا الاستثناء منزلة الدليل الكتابي ، فالعبارة واضحة (ما كان يجب إثباته بالكتابة)،وقد حدد الاتفاق الدليل الكتابي ، لذلك تنهض الشهادة لإثبات التصرف في حالة فقدان السند ؛ لآن الاثبات لا يتعدى مضمون الشطر الاخير من المادة المذكورة ، اي ان التصرف كان يجب إثباته بالكتابة .

٢. إن محكمة التمييز في العراق تؤكد دائماً ، على إن الإثبات _ اذا كان بصدد تصرف واجب الإثبات بالكتابة_ يكون بالكتابة او ما يقوم مقامها ، اذا قضت (العقد المكتوب لا يمكن إثبات صوريته إلا بالكتابة او ما يقوم مقامها)(٤١). والإثبات بالشهادة في حالة فقدان السند إنما يقوم مقام الدليل الكتابي ، فاذا ما اتفقا على ان الاثبات يكون بالنسبة لتصرف معين ، بالدليل الكتابي ،فلا شك في ان الاتفاق لا يخرج ما يقوم مقام الدليل الكتابي .

٣.لقد اتفق الفقه ، على ان الاثبات بالشهادة في حالة فقدان السند يكون بمنزلة او بمثابة او بحكم الدليل الكتابي اي ان احدهما يقوم مقام الاخر لذلك ، فلا يخرج الاتفاق على ان يكون الاثبات بأحدهم الدليل الاخر(٤٢).

واخيراً لم يبق الا ان نشير الى ان محكمة الموضوع ، غير مجبرة دائماً على الاحالة على التحقيق لأثبات فقدان السند بالسبب الذي لا يد لصاحبه فيه ، فاذا كنا نطالب الخصم الذي يريد ان يستفيد من الاثبات بهذا الاستثناء التمسك بوجود مانع حال دون تقديم الدليل الكتابي فإن للمحكمة ، أن ترفض طلبه ، اذا رأت إن الادعاء كاذب غير جدي ، بشرط أن تقيم حكمها على اسباب يكون من شأنها تبرير هذا الرفض(٤٣).

حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه (اذا رفضت المحكمة طلب الإحالة الى التحقيق لإثبات وجود سند كتابي ضاع بسبب قهري مقيمة قضاءها بذلك على عدم جدية هذا الادعاء لما اوردته من اسباب مبررة لوجهة نظرها فلا مخالفة لذلك في حكم القانون)(٤٤).

وقضت محكمة التمييز في العراق(ان الجواز القانوني في الاثبات بالشهادة ليس للمحكمة تركه او عدم الاخذ به ما لم تستند على اسباب قانونية اخرى ، وكان على المحكمة ان تستمع الى البينة)(٤٥).

الخاتمة

ان الحقيقة القضائية التي تثبت بواسطة القضاء، لا يمكن القطع بأنها انعكاساً تام للحقيقة المنشودة ، وانما قد تكون مخالفة للحقيقة الواقعية ، ذلك ان قواعد الاثبات تتميز بخاصية التحول او نظرية الرجحان التي تجعل من تلك القواعد قاصرة عن التواصل لليقين المطلق ، وانما تبنى قناعة القاضي في الاساس على احتمال قوي بقدر الامكان ، يكفي للإقرار بوجود الحق المدعى به ، لذلك فان المشرع عند تنظيمه لقواعد الاثبات ، يسعى دائماً ان تكون الحقيقة القضائية اقرب ما يمكن من الحقيقة القضائية.

والاستثناءات التي ترد على قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة عموما - وفي طليعتها موضوع البحث _تعد بمثابة معدل اومصحح ضروري لقواعد الاثبات ، تجعل من الحقيقة القضائية التي تتميز بوجود فسحة للشك والاحتمال فيها مطابقة للحقيقة الواقعية ، فتعطي للقاضي دوراً إيجابياً ، لإجازة الاثبات بالأدلة المقيدة التي لم يكن من الممكن اللجوء اليها لولا وجود هذا الاستثناء ، لذلك يصبح حكم القاضي اكثر صلابة وتماسكا واقرب الى الحقيقة.

لذلك اخذت بالمانع من تقديم الدليل الكتابي او فقدان السند بسبب لا يد لصاحبه فيه معظم التشريعات المعاصرة ومنها التشريع العراقي ،الذي احسن وابدع في صياغة مضمون هذا الاستثناء في المادة الثامنة عشر من قانون الاثبات العراقي .

وعموما ، فأننا سننهي بحثنا بمجموعة من الملاحظات الاتية :

١. لقد ثبتت اهمية هذا الاستثناء ، وكونه وسيلة لتخفيف التشدد والافراط بالمطالبة بالدليل الكتابي ، فالأخير وان كانت ظروف معينة اقتضت فرضه كأصل عام ، الا ان دليل الشهادة ، كان سيد الادلة

في اوقات مضت ، فلا يستحق الجفاء ، حيث لا يتم الاثبات به في التصرفات القانونية الا اذا كانت قيمتها دون حد بسيط تحدده القوانين ، ففقدان السند بسبب لا يد لصاحبه فيه يمثل بلا شك عودة للشهادة التي ذكرها الله في محكم كتابه العزيز في اكثر من مائة وستين آية ، وتحولا من الدليل الاصلي - الدليل الكتابي الى الدليل الثانوي في نطاق الاثبات - الشهادة والقرينة القضائية - .

٢. لقد اجاد المشرع العراقي في صياغة مضمون المانع من تقديم الدليل الكتابي وتخير افضل واقصر وادق الالفاظ لمعالجة الموضوع ، ففي الوقت الذي ذهبت فيه القوانين العربية - (ومنها المادة ٤٩١ من القانون المدني العراقي الملغاة)- خلف القانون المدني الفرنسي الذي استعمل مصطلح الدائن (اذا فقد الدائن) ، في حين ان الاستثناء المذكور يشمل الدائن والمدين ، فكما يباح للدائن ان يثبت حقه بالشهادة او بالقرائن القضائية عند فقد سنده ، فكذلك يقبل من المدين الاثبات بنفس هذه الطرق عند فقد ورقة البراء او المخالصة ، ولذا يصح توجيه النقد الى هذه القوانين التي تقصر نطاق الاثبات لمصلحة الطرف الايجابي فقط (الدائن).

٣.اجاز قانون الاثبات العراقي الاثبات بكافة طرق الاثبات في حالة فقدان السند بسبب لا دخل لصاحبه فيه ، والمقصود بهذه الادلة المقيدة - الشهادة والقرينة القضائية -اما ادلة الاثبات الاخرى فهي غير مقصودة بالنص ، اما لان الاثبات بها جائز بصورة اصلية ، ووجودها يغني عن اللجوء لهذا الاستثناء ، كالإقرار او ان طبيعتها لا تسمح بالإثبات في مثل هذه الحالة كدليل الخبرة .

٤.ان الاثبات بالشهادة في حالة فقدان السند لا ينطبق الا على الدليل الكتابي الكامل (السند الرسمي والعادي).

٥.للقاضي أن يقضي من تلقاء نفسه الاثبات بالشهادة ، لان نصوص قانون الاثبات العراقي ، لا تتعارض اطلاقاً مع هذا الدور ، لا بل ان قيام القاضي بممارسة دوره الايجابي يمثل مسألة الزام في قانون الاثبات العراقي والاتجاه الحديث في القضاء العراقي.

٦.اتجاه القضاء للأثبات بالشهادة - في حالة فقدان السند بسبب لا يد لصاحبه فيه - دون القرائن القضائية في اكثر القرارات التي لمسناها.

٧.الشهادة في حالة فقدان الدليل الكتابي بسبب لا يد لصاحبه فيه تكون حجة لأثبات :

أ- التصرفات التي تزيد قيمتها عن خمسة آلاف دينار .

ب - ما يخالف الدليل الكتابي وما يجاوزه.

ج- اي عقد يشترط القانون ان يكون اثباته بالكتابة ولو لم تتجاوز قيمته خمسة آلاف دينار.

د- اي عقد شكلي.

٨- نطاق الاثبات بالشهادة في حالة فقدان السند ، يكون اوسع من نطاق الاثبات في حالة الاستثناءات الاخرى التي ترد على قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة .

فالعقد الشكلي لا يجوز اثباته بالشهادة والقرائن القضائية حتى عند قيام مانع حال دون الحصول على الدليل الكتابي المانع المادي او الادبي وحتى مع وجود مبدأ الثبوت بالكتابة.

اما هنا ، فيجوز اثبات العقد الشكلي بالشهادة والقرائن فعلاً ، فقد استكمل التصرف اركانه وقام صحيحاً ، ثم فقد السند بعد ذلك ، وليس من شأنه ان يؤثر في قيام التصرف.

ونشير بأن الاثبات بالدليل المقيد في حالة فقدان السند يكون بديلاً للدليل الكتابي ، ولا يكون مكملاً له كما في حال وجود مبدأ الثبوت بالكتابة .

٨- وجدنا ان الاثبات بالدليل المقيد في حال فقدان السند لا يعد من النظام العام ، فيجوز أن يشترط الاثبات بالدليل الكتابي حصراً ، لأثبات تصرفات معينه دون اللجوء الى ما يقوم مقامه ، ولكن تبقى الشهادة في حالة فقدان السند بمثابة او بحكم او بمنزلة الدليل الكتابي في حالة عدم وجود اتفاق بخلاف ذلك.

الهوامش

١-انظر المادة ١٨/ ثانياً من قانون الاثبات العراقي ، والمادة ٥٧ من قانون البينات السوري ، والمادة ٦٣ من قانون الاثبات المصري.

والجدير بالإشارة اليه ان المانع من تقديم دليل كتابي تكون فيه الاستحالة لاحقة على انعقاد التصرف و وجود الدليل الكتابي المثبت لهذا التصرف أما الاستحالة في المانع من اعداد دليل كتابي فهي استحالة معاصرة لانعقاد التصرف ، وعلى الرغم من هذا الاختلاف في وقت الاستحالة لا إن الأثر المترتب على الاستحالة المعاصرة للتصرف ينتج ذات الاثر ، بالنسبة للأستحالة اللاحقة على انعقاد التصرف ولعل هذا التقابل بين الحالتين هو الذي حدا بالمشرع الى أن يجمع بينهما في مادة واحدة.

أنظر: عبد الحي حجازي – الاثبات في المواد المدنية – القاهرة – ص ١١١ .

٢- انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – ج ٢ – نظرية الالتزام بوجه عام – الاثبات – اثار الالتزام – دار النشر للجامعات المصرية - القاهرة – ١٩٦٥ – ص ٤٦٦.

٣-سورة البقرة – الآية ٢٨٥.

٤- انظر المادة (٥٣) من قانون الاثبات العراقي .

٥- انظر .josserand – cours de droit civi positif – t2 – 1933 – p(370)

٦- انظر: ممدوح العطري واحمد الكوراني – قانون البينات في الفقه والاجتهاد – الكتاب الخامس – القسم الاول – المطبعة الحديثة – حماة – دون سنة طبع – ص ٣٧٢.

٧- انظر: جلال علي العدوي - اصول احكام الالتزام والاثبات – الاسكندرية – منشأة المعارف -١٩٩٦ – ص ٣٧٥، موسوعة القضاء والفقه للدول العربية – الجزء الثالث والاربعون – الدار العربية للموسوعات – بيروت – ص ٧٨١ ، عصمت عبد المجيد بكر – الوجيز في شرح قانون الاثبات – بغداد مطبعة الزمان – ١٩٧٧ – ص ٢٢٣.

٨- انظر حسين المؤمن – ج٢ – نظرية الاثبات – الشهادة - بغداد – ١٩٥١- ص٥٧٩.

٩- انظر: .dalloz – gode civil – edition – 100 – Paris – 2001 – p(450)

١٠- انظر: قيس عبد الستار عثمان – القرائن القضائية ودورها في الاثبات المدني – رسالة ماجستير – بغداد - مطبعة شفيق – ١٩٧٥ – ص ٣٨٤ ، وانظر: محمد حسن منصور – مبادئ الاثبات وطرقة – الاسكندرية – منشأة المعارف – ١٩٩٨- ص ٦٤٣.

وإذا ما كان المفقود سنداً رسمياً (ولم توجد نسخه منه لدى الجهة الرسمية)،فأن الصورة الرسمية قد تقوم مقامة ، أو تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، وفي هذه الحالة لا تكون في حاجة الى القاعدة التي نحن بصددها، فأن قبول الشهادة جائز بدونها اما اذا لم توجد صورة رسمية اصلا او وجدت ولكنها لا تصلح ان تكون على الاقل مبدأ ثبوت بالكتابة ، فعندئذ يكون للخصم فائدة من التمسك بقاعدة فقد السن المكتوب، بسبب لا دخل لصاحبه فيه ، ليتمكن من اثبات التصرف بالشهادة.

١١- انظر: احمد نشأت – مصدر سابق – ص٧١٦.

١٢- انظر المادة ٧٨ من قانون الاثبات العراقي النافذ.

١٣- انظر: احمد نشأت – رسالة الاثبات – ج١ – ط ٧ – دار الفكر العربي – القاهرة – ١٩٧٢ – ص٧٠٨.

١٤- لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر : عماد حسن سلمان – مبدأ الثبوت بالكتابة وأثره في النظام القانوني للأثبات – رسالة ماجستير – كلية الحقوق – جامعة النهرين – ص ٢٢٠.

١٥ – انظر: توفيق حسن فرج – قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية – مؤسسة الثقافة الجامعية – الاسكندرية – ١٩٨٢- ص١١٨.

١٦- انظر: حسين المؤمن – مصدر سابق – ص ٥٨٢.

١٧- رأي في الفقه اشار اليه حسين المؤمن . حسين المؤمن – مصدر سابق ص ٥٨٣.

١٨- وقد اختار المصطلح المذكور جنب من الفقه ، انظر: عباس العبودي - أحكام قانون الاثبات المدني العراقي – ١٩٩١- ص٣٠٩.

في ما فضل الدكتور أدمم وهيب النداوي السبب الاجنبي . انظر: ادم وهيب النداوي – الموجز في قانون الاثبات – بغداد – ١٩٩٠- ص ١٤٧.

١٩- انظر : د. سليمان مرقس – المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية – القسم الاول – الاحكام العامة – معهد البحوث والدراسات العربية – ١٩٧١ – ص ٤٩٢.

٢٠- انظر: عبد السلام ذهني – المداينات او التعهدات والالتزامات – ج١ – في الادلة او نظرية الاثبات – ط ٧ – دار الفكر العربي ١٩٧٢. ص ٤١١.

٢١- تميز العراق قرار رقم ٢٣٤ / حقوقية ثالثة / ١٩٦٧ في 25 /١٩٦٩/12- قضاء محكمة التمييز في العراق – يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز في العراق – المجلد الاول – بغداد – ١٩٦٩- ص ١٠٩.

٢٢- انظر: د. سليمان مرقس – المسؤولية – مصدر سابق – ص ٤٦٥ وما بعدها .

٢٣- نقض مصري :قرار رقم ٥٠٢ في ١٩٧٦/٦/٢٨ – الموسوعة الذهبية –د.حسن الفكهاني وعبد المنعم حسني –الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض

المصرية منذ نشأتها عام ١٩٣١ –الإصدار المدني –ج١-الدار العربية للموسوعات –القاهرة -١٩٨٢ –ص ١٤٤٧ .

٢٤- أنظر: محمد عبد اللطيف – قانون الأثبات في المواد المدنية والتجارية –ج ٢ – القاهرة ١٩٤٩ – ص٦٨ .

٢٥- انظر: د. جميل الشرقاوي - الأثبات في المواد المدنية – القاهرة – دار النهضة العربية - ١٩٧٦ –ص٩٦ ،وأنظر: عبد الودود يحيى – دروس في قانون الإثبات – القاهرة -١٩٧٠ – ص١١٢ .

٢٦- نقض مصري : قرار رقم ١٩٧ – س١٩ ق في ١٩٥١/١١/٢٢ ،الموسوعة الذهبية – مصدر سابق –ص١٤٤٤ .

٢٧- نقض مصري : قرار رقم ٣٤ في ١٩٦٠/١١/٣ – الموسوعة الذهبية – مصدر سابق ص٢٧٠ .

٢٨- نقض مصري : قرار رقم ٨٩٩ في ١٩٨١/١٢/١٠ – الموسوعة الذهبية – مصدر سابق – ص١٤٤٤ .

٢٩- نقض سوري: قرار رقم ١٢٣٥ في ١٩٦٥/٣/٢٣ – ممدوح العطري – مصدر سابق – ص٣٨٣ .

٣٠- نقض سوري: قرار رقم ٧٨٠ – أنس الكيلاني – الموسوعة القانونية السورية – المجلد الأول –ج٤ – مؤسسة العلاقات الاقتصادية والقانونية – دمشق – ١٩٧٦ ص٢٢٠ .

٣١- انظر ممدوح العطري – مصدر سابق –ص٣٧٢ .

٣٢- نقض مصري : قرار رقم ٤٥٠ في ١٩٥٥/٤/١٤ – الموسوعة الذهبية – مصدر سابق – ص٤٤٧ .

٣٣- نقض مصري : قرار رقم ٢٣٤ في ١٩٦٦/٦/١٦ – الموسوعة الذهبية – مصدر سابق – ص١٤٤٧ .

٣٤- انظر: سمير عبد السيد تناغو – النظرية العامة في الأثبات – القاهرة – ١٩٩٩ – ص١١٦ ، محمد حسن قاسم - الأثبات في المواد المدنية والتجارية – الدار الجامعية – بيروت – ٢٠٠٠ –ص١١٩ ، سليمان مرقس – أصول الأثبات في المواد المدنية – ط٢ – ١٩٥٢ – ص ٥٨٦ .

٣٥- نقض مصري : قرار رقم ٥٢ في ١٩٧٦/٦/٢٨ ، الموسوعة الذهبية – مصر سابق- ص١٤٤٤ .

٣٦- انظر Baudry-lacantinereie et Bard – traite theorigue et pratique des obligations 3d – paris – p(720).

٣٧- انظر:**38** -Dalloz – Godo civil – paris – 1993 -1994 p(990). انظر:
Aubrey et ray – de droit civil francais après lamethod de zachriae –paris – 1958 – p(410).

وانظر : أحمد نشأة – مصدر سابق – ص٧٠٧ .

٣٩- نقض مصري : قرار رقم ٥١٢ مجلة المحاماة المصرية – العدد الثاني – السنة الثالثة عشر – ص٤٢.

٤٠- انظر: محمد علي الصوري – التعليق المقارن على مواد قانون الأثبات – بغداد – مطبعة شفيق – ١٩٨٣ – ص١٥٦ .

٤١- تمييز العراق – قرار رقم ٥٨٥ /حقوقية ثالثة / ١٩٧٠ في ١٩٧٠/٥/٣١ – النشرة القضائية – المكتب الفني – العدد الثاني – السنة الأولى – ١٩٧١ – ص٨٧-٨٨ .

٤٢- انظر: عبد الحميد الشواربي – الأثبات بشهادة الشهود –الإسكندرية– منشأة المعارف – ١٩٩٦ – ص٣٣٢ ، د.محمد يحيى مطر – مسائل الأثبات في القضايا المدنية والتجارية – بيروت – ١٩٨٩ – ص٢٥٤ ، عباس العبودي – أحكام قانون الأثبات المدني العراقي – الموصل – دار للطباعة والنشر – ١٩٩١ – ص٣١٠ .

٤٣- أنظر: أنور سلطان – قواعد الأثبات في المواد المدنية والتجارية – الدار الجامعية للطباعة – ١٩٨٤ – ص١٢٩ ، وأنظر: أحمد أبو الوفا – الأثبات في المواد المدنية والتجارية – الدار الجامعية للطباعة – بيروت – ١٩٨٣ – ص١٥٦ .

٤٤- نقض مصري : قرار رقم ٥٣٥ – في ١٩٧٦/٥/١٥ –الموسوعة الذهبية – مصدر سابق –ص١٤٤٩ .

٤٥- تمييز العراق: قرار رقم ٥٨ / م ٨٤/٢ – ١٩٨٥ في ١٩٨٤/٨/٥ ، مجموعة الأحكام العدلية – يصدره قسم الأعلام القانوني في وزارة العدل – الأعداد (١-٤) – ص٩٠.

المصادر

أولا" / المصادر العربية

أ_ الكتب القانونية

د. أحمد أبو الوفا - الأثبات في المواد المدنية والتجارية – الدار الجامعية للطباعة – بيروت – ١٩٨٣ .

د. أحمد نشأة – رسالة الأثبات – ج١ – ط٧ – دار الفكر العربي – القاهرة – ١٩٧٢ .

د. ادم وهيب النداوي– الموجز في قانون الأثبات – بغداد – ١٩٩٠ .

د. أنور سلطان – قواعد الأثبات في المواد المدنية والتجارية – الدار الجامعية للطباعة – ١٩٨٤.

د. توفيق حسن فرج – قواعد الأثبات في المواد المدنية والتجارية – مؤسسة الثقافة الجامعية – الإسكندرية – ١٩٨٢ .

د. جلال علي العدوي – أصول أحكام الألتزام والأثبات –الإسكندرية– منشأة المعارف – ١٩٩٦ .

د. جميل الشرقاوي – الأثبات في المواد المدنية – القاهرة – دار النهضة العربية – ١٩٧٦.

د. حسين المؤمن – ج٢ – نظرية الأثبات – الشهادة – بغداد – ١٩٥١ .

د. سليمان مرقس – أصول الأثبات في المواد المدنية – ط٢ – ١٩٥٢.

د. سليمان مرقس –المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية – القسم الأول – الأحكام العامة – معهد البحوث والدراسات العربية – ١٩٧١ .

د. سمير عبد السيد تناغو – النظرية العامة في الأثبات – القاهرة – ١٩٩٩ .

د. عبد الحميد الشواربي – الأثبات بشهادة الشهود –الإسكندرية– منشأة المعارف – ١٩٦٦.

د. عبد الحي حجازي – الأثبات في المواد المدنية – القاهرة – دون سنة طبع .

د. عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – ج٢– نظرية الألتزام بوجه عام – الأثبات – اثار الألتزام – دار النشر للجامعات المصرية – القاهرة – ١٩٥٦.

د. عبد الودود يحيى – دروس في قانون الأثبات – القاهرة – ١٩٧٠ .

د. عصمت عبد المجيد بكر – الوجيز في شرح قانون الأثبات – بغداد مطبعة الزمان – ١٩٧٧ .

د. محمد حسن قاسم – الأثبات في المواد المدنية والتجارية – الدار الجامعية – بيروت – ٢٠٠٠.

د. محمد حسن منصور – مبادئ الأثبات وطرقه –الإسكندرية– منشأة المعارف – ١٩٨٨.

د. محمد عبد اللطيف قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية – ج٢- القاهرة – ١٩٤٩.

سلمان بيات – دروس في قانون الأثبات – بغداد – ١٩٧٠ .

عباس العبودي – أحكام قانون الأثبات المدني العراقي – الموصل – دار للطباعة والنشر – ١٩٩١.

عبد السلام ذهني – المداينات أو التعهدات والالتزامات– ج١ – في الأدلة أو نظرية الأثبات – ط٧ – دار الفكر العربي – ١٩٧٢.

عماد حسن سلمان – مبدأ الثبوت بالكتابة وأثره في النظام القانوني للإثبات – رسالة ماجستير- كلية الحقوق – جامعة النهرين – ٢٠٠٢.

قيس عبد الستار عثمان – القرائن القضائية ودورها في الأثبات المدني – رسالة ماجستير – بغداد – مطبعة – شفيق – ١٩٧٥.

د. محمد يحيى مطر – مسائل الأثبات في القضايا المدنية والتجارية – بيروت – ١٩٨٩.

د. محمد علي الصوري – التعليق المقارن على مواد قانون الأثبات – بغداد – مطبعة شفيق – ١٩٨٣.

ب- مجموعة الأحكام القضائية

أنس الكيلاني – الموسوعة القانونية السورية – المجلد الأول – ج٤- مؤسسة العلاقات الاقتصادية والقانونية – دمشق .

النشرة القضائية – المكتب الفني بمحكمة التمييز – المجلد السادس –بغداد– ١٩٦٩.

د. حسن الفكهاني وعبد المنعم – الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محمة النقض المصرية منذ نشأتها عام ١٩٣١ –الإصدار المدني – ج١ – الدار العربية للموسوعات – القاهرة .

قضاء محكمة التمييز في العراق – يصدرها المكتب الفني بمحكمة التمييز – المجلد السادس – بغداد – ١٩٦٩.

مجموعة الأحكام العدلية – يصدرها قسم الأعلام القانوني في وزارة العدل – الأعداد(١-٤).

ممدوح العطري وأحمد الكوراني – قانون البينات في الفقه والاجتهاد– الكتاب الخامس – القسم الأول – المطبعة الحديثة – حماة – دون ذكر سنة الطبع.

مجلة المحاماة المصرية .

ثانيا" : المصادر الاجنبية :-

Aubrey et ray – De droit civil francais après lamethod de zachriae – paris -1958.

Baudry – lacantinereie et Bard- traite theorique et Pratique des obligations – 3d – paris.

Dalloz – Code civil – edition – 100 - paris – 2001

Dalloz -Code civil – paris – 1993 – 1994 .

Josserand – cours de droid civil positif t2 – 1933.