المعيارُ الأمثل للمانع الأدبي في الإثبات المدني -دراسة مقارنة-

Effect of (perkins and Blyth) models for first grade Science Students of reflective thinking

م.د. صفاء مهدي محمد الطويل [١]

Lect. Safaa Mahdi Mohammad AL-Taweel

الخلاصة

إنَّ المانع الأدبي هو حالة نفسية تكتنف المتعاقد بحيث تمنعه من أخذ سند عادي أو رسمي من المتعاقد الآخر، وإنَّ هذه الحالة من الصعب تقديرها؛ إذ يقتضي تحرّي الظروف المحيطة في نفس المتعاقد للقول بأنه بلغ حدّاً يستحيل أو يـ صعب عليه أدبياً أنْ يأخذ دليلاً كتابياً من الطرف الآخر، لذا ذهبت القوانين إلى وضع معيارين لغرض تحديد المانع الأدبي، أولهما موضوعي يعتمد على تحديد درجة القرابة، وثانيهما نفسي يتعين على المحكمة استظهاره من خلال الظروف المحيطة بالمتعاقدين. وإنَّ الباحث حاول إيجاد معيار آخر يعتمدُ على أساسين أولهما تحديد درجة القرابة مع تحديد المبلغ، وثانيهما تحديد طبيعة التصرف القانوني؛ وبمعنى آخر فإنَّ مجموع هذين الأساسين يُشكلان معيار المانع الأدبي بشكلٍ دقيق، وذلك لاستثنائية هذا المانع من قاعدة الدليل الكتابي، وبتحققهِ يتم اللجوء إلى الاثبات بالشهادة، في الحالات التي يوجب فيها القانون الإثبات بالكتابة.

Abstract

The moral impediment is a psychological state that Surrounds the contractor, as it prevents him from taking on ordinary or official document, and that this psychological state is difficult to assess, as the Surrounding circumstances must be searched for in the same contractor must be Searched an extent that it was

[١]- جامعة أهل البيت - -/كلية القانون.

morally impossible for him to take written evidence from those who contracted with him, there for, two criteria appeared to determine the moral impediment the first is objective and depends on determining the degree of kinship, and the second is psychological subjective, which the court must memorize through the circumstances Surrounding the contracting parties. The researcher here is trying to find another criterion based on two foundations, the first of which is to determine the degree of kinship with the amount determined, and the second it to determine the nature of Legal behavior, in other words, the combination of these two foundations constitutes an accurate criterion for moral impediment. This is an exception to the rule of written evidence, and to achieve it, evidence by testimony is resorted to in cases where the law, requires evidence in writing.

المقدّمة

موضوع البحث

لقد حَدَّدَ قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدّل النصاب القانوني للإثبات بالشهادة وهو خمسةُ آلاف دينار، ولا يجوز إثبات التصرف القانوني أو انقضائه إلّا بالكتابة –كقاعدة عامة– إذا كانت قيمته تزيد على هذا المبلغ، بيد أنّه أجاز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بكافة طرق الإثبات، بما فيها الشهادة، حتى لو كانت قيمتُهُ تزيد على النصاب أعلاهِ إذا وُجِدَ مانعٌ أدبي بين طرفي التصرف القانوني.

ويُعرَّف المانع الأدبي بأنَّه السبب الشخصي النفسي الذي يُحيط بالظروف التي تمَّ فيها التعاقد بحيث لا يسمح لأحد المتعاقدين من الناحية الأدبية طلب دليل كتابي من المتعاقد الآخر، إمّا لوجود قرابة أو صداقة وثقى.

أهمية البحث

إنَّ هذا الموضوع من الأهمية بمكان بحيث يُشكِّلُ خرقاً كبيراً وخطيراً في قاعدة وجوب الإثبات بدليل كتابي، ليأتي استثناءً على هذه القاعدة وليجعل جواز الإثبات بالشهادة جائزاً، ورغم ذلك فإنَّ الشُرّاح العرقيين كانوا قد تناولوه لُماما ولم يحاولوا معالجته بشكلٍ دقيق، لا بل نستطيع القول بأنَّ كُلَّ مَنْ تناوله في الفقه العربي استعرض ما جاءت به القوانين من دون أنْ يأتِ برأيٍ يُعالجُ فيه كيفية تقليص آثار المانع الأدبي الخطيرة في ظلِّ تراجع قيمة الشهادة، كطريقٍ من طرق الإثبات، لذا لا بُدَ من تناوله ومعالجته بشكلٍ مختلف، وهذا هو هدف البحث.

إشكالية البحث

بما أنَّ المانع الأدبي هو حالة نفسية يمرُّ بها المتعاقد بحيث تمنعه من المطالبة بدليلٍ كتابي من الطرف الآخر، وإنَّ هذه الحالة من الصعب تقديرها، لذا ذهبت القوانين إلى وضع معيارين، قسمٌ منها أخذ بالمعيار الموضوعي، والقسم الآخر أخذ بالمذهب الشخصي، وإنَّ الاشكالية الرئيسة التي نثيرها في هذا البحث هو أيُّ هذين المعيارين هو الأفضل والأكثر ملاءمةً للمنطق القانوني السليم، وهل يمكن لنا الإتيان بمعيار آخر غير هذين

المعيارين بحيث يأتي مُتَّسِقاً مع استثنائية هذا المانع؟

منهجية البحث

سننهجُ في هذا البحث اسلوباً تحليلياً للنصوص القانونية ذات العلاقة بالمانع الأدبي. كما إنَّنا سنركنُ إلى المنهج المقارن، حيث لا نكتفي بدراسة النص العراقي بهذا الخصوص، بل ستتم المقارنة مع القانون الفرنسي، والمصري والسوري، وإنَّ هكذا موضوع يدفعنا إلى اعتماد المنهج التطبيقي لنقف عند القضاء المقارن والقضاء العراقي بهذا الشأن.

تقسيم البحث

لغرض الإحاطة بموضوع البحث، فإنَّنا سنتناوله عبر ثلاثة مباحث، نُخ ِّصص المبحث الأول، للمعيار الموضوعي للمانع الأدبي، والذي يعتمد بالأساس على درجة القرابة، فيما سيكون المبحث الثاني مُخ َّصَ صاً للمعيار الذاتي، والذي يترك تقدير وجود المانع الأدبي من عدمه للقضاء، وفي المبحث الثالث سنشرح المعيار الذي يرتأيه الباحث وهو معيار تحديد درجة القرابة وتحديد المبلغ، وطبيعة التصرف القانوني.

المبحث الأول: المعيار الموضوعي

ذهبت بعض القوانين محل المقارنة في تحديد وجود المانع الأدبي من عدمهِ – في مجال التصرفات القانونية أو الالتزامات التعاقدية – على أساس درجة القرابة التي تربط المتعاقدين. وهذه القرابة قد تكون قرابة نسبية، وقد تكون قرابة سببية. وسنوزع هذا المبحث على مطلبين، نعالج في المطلب الأول المانع الأدبي القائم على أساس القرابة النسبية بنوعيها، القرابة المباشرة، وقرابة الحواشي، فيما نُخَ صِّصُ المطلب الثاني للكلام عن المانع الأدبي القائم على أساس القرابة السببية.

المطلب الأول: المانع الأدبي القائم على أساس القرابة النسبية

بيَّنت بعضُ القوانين محل المقارنة على أنَّ وجود القرابة بين طرفي الالتزام التعاقدي يُعدُّ قرينة قانونية على وجود المانع الأدبي، وهذا ما ذهب إليه القانون السوري، الذي حدَّدَ درجة القرابة المعتبرة لوجود هذا المانع لغاية الدرجة الثالثة بالنسبة لقرابة الحواشي، أو ما بين الأصول والفروع مطلقاً[٢].

فقد بيَّنت الفقرة (أ) من المادة (٥٧) من قانون البيّنات السوري رقم (٣٥٩) لسنة ١٩٤٧ على جواز الاثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية، حتى لو كان المطلوب إثباتهُ تزيد قيمته على النصاب القانوني للإثبات بالكتابة في حال وجود مانع أدبي. ويُعدُّ مانعاً أدبياً –وفق هذا القانون– القرابة ما بين الأُصول والفروع، أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة.

ويُلاحظ على النص السوري إنه أطلق درجة القرابة ما بين الأصول والفروع، والتي تسمى بالقرابة المباشرة؛ أي قرابة الشخص مع والديه وجدَّيه مهما علوا، وسواءٌ أكانوا من جهة الأب أم من جهة الأم، وكذلك قرابة الشخص مع فروعه؛ أي مع أبنائه وبناته وأحفاده مهما نزلوا. فينهض المانعُ الأدبي ما بين الأُصول والفروع

[٢]– وكانت الفقرة (ب) من المادة (٤٩١) (الملغاة) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ تجيز الاثبات بالشهادة فيما لو كانت قيمة الالتزام تزيد على النصاب القانوني للإثبات بالكتابة، إذا كانت القرابة بين المتعاقدين لغاية الدرجة الرابعة.

مهما كانت درجة القرابة [٣].

أما بالنسبة لقرابة الحواشي، وهي الرابطة التي تقوم بين أشخاصٍ يجمعهم أصل مشترك دون أنْ يكون أحدهم فرعاً للآخر [٤]، فإنَّ قانون البيّنات السوري حددها لغاية الدرجة الثالثة، حيث اعتبر القرابة لغاية هذه الدرجة مدعاة للقول بوجود المانع الأدبي الذي يمنع المتعاقد من الحصول على دليل كتابي من المتعاقد الآخر من الناحية الأدبية.

واستناداً لذلك فإنَّ المانع الأدبي ينهض بحكم القانون إذا كان الالتزام التعاقدي ينحصر في قرابة الشخص مع إخوته وأخواته وأولادهم المباشرين، ولا يتعدى هذا المانع إلى أحفادهم، كما أنَّ هذا المانع يقوم بين الشخص وأعمامه وعمّاته وأخواله وخالاته ولا يتعداه إلى أبنائهم [٥].

إنَّ هذه القرابة المحدَّدة درجتها قانوناً تنهض كقرينة قانونية تفيد مَنْ تقررت لمصلحته هذه القرينة على وجود المانع الأدبي، بيد أنّ هذه القرينة هي قرينة قانونية بسيطة يجوز دحضها بكافة طرق الاثبات [٦].

وقد قضت محكمة التمييز السورية بأنَّ قرابة زوج أخت المدعي لا تُشكِّل مانعاً ادبياً يجيز الاثبات بالشهادة؛ لأنَّ الفقرة (أ) من المادة (٥٧) من قانون البيّنات حددَّت المانع الأدبي الناشيء عن قرابة أحد الزوجين لأقرباء الآخر وحصرته بالأبوين فقط، ولما كانت القرابة بين الطرفين في هذه القضية خارجة عن نطاق مدلول هذه المادة، فلا تكون من الموانع الأدبية التي تجيز الإثبات بالشهادة [٧].

فيما بيّنت المذكرة الإيضاحية لقانون البيّنات إنَّ حالات المانع الأدبي قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، فالمشرع لَمْ يَشأ أنْ يُسْلِبَ سلطة القاضي التقديرية في وجود المانع الأدبي من عدمه خارج نطاق الدرجة الثالثة.

وقد ذهبت محكمة التمييز السورية إلى أنَّ هناك نوعين من القرابة بقدر تعلق الأمر بالمانع الأدبي، النوع الأول هو تلك القرابة المحددّة في حد ذاتها في الفقرة (أ) من المادة (٥٧) من قانون البيّنات، ويُعد المانع الأدبي قائماً عند وجود مثل هذه القرابة بحكم القانون حتى يثبت زواله، أما النوع الثاني من القرابة فهو ما بين سائر الأقارب الآخرين الذين هم خارج نطاق القرابة المنصوص عليها قانوناً، ومَنْ يدّعي مِنْ هؤلاء وجود المانع الأدبي بينهم فما عليه إلّا أنْ يثبت ذلك، ولا يُعد قائماً بحكم القانون [٨]؛ ذلك أنَّ المانع الأدبي يدور وجوداً وعدماً مع وجود الثقة المتبادلة والروابط الودية والحميمة بين طرفي الالتزام أو التصرف القانوني والتي تؤدي إلى الحرج من طلب دليل كتابي من قبل أحد طرفي الالتزام أو التصرف، وهذا قد يحصل حتى خارج نطاق القرابة المحدَّدة قانوناً.

٣- علي رئيف الديوب، المانع الأدبي من الاثبات بالكتابة، بحث منشور في مجلة جامعة البعث السورية، المجلد ٣٨، العدد ٣١، ٢٠١٦، ص٩٩- ١٠٠.

٤- المادة (٣٧) من القانون المدني السوري المطابقة للمادة (٢/٣٩) من القانون المدني العراقي.

٥- علي رئيف الديوب، مصدر سابق، ص١٠١.

٦- د. سليمان مرقس، في طرق الاثبات، الجزء الرابع، قواعد تقييد الأدلّة وإطلاقها، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٤، بند ٤١٣، ص١٧١.

٧- تمييز سوري ١٩٥٦/٢/٢٨ نقلاً عن د. سليمان مرقس، مصدر سابق ذكره، ص١٧٢ هامش (١).

٨- رقم القرار ٩٨٣، الغرفة المدنية الثانية، في ١٩٩٠/٩/٢٤، نقلاً عن علي رئيف الديوب، مصدر سابق ذكره، ص٩٩.

المطلب الثاني: المانعُ الأدبي القائم على أساس القرابة السببية

لقد ذهبت بعض القوانين محل المقارنة التي أخذت بالمعيار الموضوعي إلى اعتبار الرابطة الزوجية تحول دون الحصول على دليل كتابي في الالتزامات التعاقدية التي تربط ما بين الزوجين؛ إذ إنَّ المانع الأدبي يظهر جليًّا وقويًّا ما بين الزوج وزوجه، نظراً لما تُنشيءُ هذه الآصرة من وضعٍ يستحيل معه الحصول على دليل كتابي لإثبات قرضٍ ما بين الزوجين، أو لإثبات الوفاء بالدين، أو لإثبات أيِّ تصرف قانوني آخر [٩].

وقد نَصَّت الفقرة (أ) من المادة (٥٧) من قانون البيّنات السوري على جواز الإثبات بالشهادة حتى لو كان المطلوب إثباتهُ تزيد قيمته على خمسمائة ليرة سورية في الالتزامات التعاقدية الناشئة بين الزوجين [١٠].

ويكفي لأحد طرفي الدعوى إثبات الرابطة الزوجية، كي تقوم القرينة القانونية على وجود المانع الأدبي الذي يُتيح الاثبات بالشهادة، بيد أنَّ الطرف الآخر باستطاعتهِ أنْ ينفي وجود هذا المانع بكافة طُرق الاثبات [١١].

ومن البديهي أنْ نقول إنَّه يُشترط لاعتبار القرابة الزوجية مانعاً أدبياً يُتيح الإثبات بالشهادة أنْ تكون الرابطة الزوجية سابقة على التصرف المراد اثباته، فإذا كان التصرف سابقاً لقيام الزوجية فلا يمكن اعتبار ذلك قرينة قانونية بجانب مُدّعي المانع الأدبي تُتيح له إثبات الالتزام التعاقدي بالشهادة.

ولم يعد القانون السوري مانعاً أدبياً علاقة الخطيب بخطيبته [١٢]، إلّا أنَّ القضاء السوري قد اعتبر ذلك مانعاً أدبياً يجيز قبول الإثبات بالشهادة، فقد قضت محكمة النقض السورية بأنَّ العلاقة بين الخطيب وخطيبته تفرض في الأصل صلة الود والمحبّة بينهما ما لم يقم دليل يثبت عكس ذلك، ومَنْ يّدعي العكس عليه اثبات ذلك، وللمحكمة أنْ تستخلص من قيام علاقة الخطوبة مانعاً أدبياً، ولها أنْ تُجيز إثبات الالتزام بالشهادة وفقاً لما جاء بالفقرة (أ) من المادة (٥٧) من قانون البيّنات [١٣].

وينهض المانع الأدبي أيضاً بالنسبة للعلاقات الصهرية القائمة بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر فقط، وهذا ما أخذ به قانون البيّنات السوري في الفقرة (أ) من المادة آنفة الذكر، إذْ أجاز الاثبات بالشهادة في الالتزامات التعاقدية، حتى وإنْ كان المطلوب إثباتهُ تزيد قيمته على النصاب القانوني للكتابة في العلاقة العقدية القائمة بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر فقط، ولم يُعد –هذا القانون– روابط المصاهرة الأخرى مانعاً أدبياً [١٤]، فلا يمتد إلى الالتزامات التعاقدية بين الزوج وأخ الزوج الآخر أو خاله، أو عمّه أو أولاد أيٍّ منهما.

ونؤكد هنا أيضاً بأنَّه لا مانع من قيام مانع أدبي خارج نطاق علاقة المصاهرة المحددة قانوناً؛ لأنَّ المانع

---

[٩]– د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجهٍ عام، الأثبات – آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع، بند ٣٣٧، ص٤٦١.

[١٠]– وهذا ما نصت عليه الفقرة (٤) من المادة (٢٥٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، وكذلك الفقرة (ب) من المادة (٤٩١) (الملغاة) من القانون المدني العراقي.

[١١]– محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، الجزء الأول، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٣، ص١٦٤.

[١٢]– خلاف ما هو عليه في قانون أُصول المحاكمات المدنية اللبناني، يُنظر الفقرة (٤) من المادة (٢٥٧) منه.

[١٣]– الهيأة العامة لمحكمة التمييز السورية، رقم القرار ٤٢٥ في ٢٠٠٠/١٠/٢١ نقلاً عن علي رئيف الديوب، مصدر سبق ذكره، ص٩٧، بيد أنّ قرار الهيأة العامة هذا قد جاء خلاف ما ورد بالفقرة (أ) من المادة (٥٧) من قانون البينات، إذ إن العلاقة بين الخطيب وخطيبته لم تعتبره الفقرة أعلاه مانعاً أدبياً، وإنَّ من يّدعي وجود هذه العلاقة ووجود الود والمحبة بينهما عليه إثبات ذلك، ولا يمكن اعتبار ذلك أصلاً، ومن ثم تطبيق قاعدة (البيّنةُ على من يّدعي خلاف الأصل)؛ لأنَّ المشرع السوري لم يعتبر علاقة الخطيب بخطيبته أصلاً لأغراض تطبيق المانع الأدبي، وإن هذا الكلام يصحُّ في القانون اللبناني الذي اعتبر علاقة الخطيب بخطيبته مانعاً من الحصول على دليل كتابي.

[١٤]– وهذا ما أخذت به الفقرة (ب) من المادة (٤٩١) الملغاة من القانون المدني العراقي، والفقرة (٤) من المادة (٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

الأدبي قد يكون حتى خارج نطاق هذه العلاقة، فالقرابة البعيدة المتمثلة بين الزوج وابنة أُخت الزوجة المقيمة في دار الزوج تعد من الموانع الأدبية التي تحول دون الحـ ـصول على دليل كتابي تثبت ما أنفقهُ على الحُلي والامتعة المشـــتراة لحســـابها [١٥]، بيدَّ أنَّه في هذه الحالة يقع عبء إثبات وجود هذا المانع على مُدَّعي المانع الأدبي، بعكس ما هو عليه الحال في الحالات المنـ ـصوص عليها قانوناً والتي تُعدُّ مانعاً أدبياً بحكم القانون؛ أي أنَّ الأحوال التي نصَّ عليها القانون تُعد قرينة قانونية تُغني مَنْ تقررت لمصلحته عن إثبات وجود المانع الأدبي، ومن يُريد إثبات عكس القرينة القانونية يقع عليه عبْ الإثبات، أمّا الروابط الأخرى غير المنـ ـصوص عليها ضـــمن حالات المانع الأدبي، فمن يدَّعي وجود مثل هذا المانع، كأنْ يكون شـــقيق الزوج، أو ابن عم مُدَّعي المانع الأدبي فيقع على هذا الأخير عبء الإثبات؛ لأنَّ هذه العلاقة، أو هذه الرابطة لم ينص عليها القانون ويعدها قرينة قانونية، وهنا تنطبق القاعدة القانونية التي تقضـــي بأنَّ البينة على من ادَّعى، أمّا في باب القرائن القانونية فتنطبق القاعدة التي تقضي بأنَّ البيّنة على مَنْ يدَّعي خلاف الثابت فرضاً.

المبحث الثاني: المعيار الذاتي

يقوم هذا المعيار على أســاس الســلطة التقديرية للقاضــي، فالقانون قد نَصَّ على أنَّ قيام المانع الأدبي بين طرفي الالتزام، أو طرفي التـ ـصرف القانوني يُجيز الإثبات بالشـــهادة فيما لو كان هذا الالتزام أو هذا التـ ـصرف يتوجب قانوناً إثباته بالكتابة وترك أمر اعتبار وجود هذا المانع من عدمه بيد المحكمة، عكس المعيار الموضوعي، الذي يعد المانع الأدبي قائماً بمجرد إثبات مَنْ يدَّعي وجود المانع الأدبي، القرابة المنصوص عليها قانوناً.

والســؤال الذي يتبادر إلى الذهن هو هل إنَّ ســلطة المحكمة التقديرية لا مُعقِّبَ عليها من محكمة التمييز؟ هذا ما ســنجيب عليه من خلال المطلبين الآتيين، إذْ ســنُخَـصِّص المطلب الأول للكلام عن الســلطة التقديرية للقاضي، وسنبحث في المطلب الثاني مدى رقابة محكمة التمييز على هذه السلطة.

المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي

أخذ بالمعيار الذاتي كُلٌّ من القانون الفرنســي والمـ ـصري والعراقي، فقد نَـصَّت المادة (١٣٤٨) من القانون المدني الفرنسي على جواز الاثبات بالشـهادة حتى لو كانت قيمة التـصرف القانوني تزيد على النـصاب القانوني إذا وجدت اســتحالة معنوية في أخذ الســند من الطرف الآخر فهو لم يحدد درجة قرابة أو مـ ـصاهرة لأغراض تطبيق المانع الأدبي، بل جاء النص مطلقاً.

كما نَـصَّت الفقرة (أ) من المادة (٦٣) من قانون الاثبات المـ ـصري رقم (٢٥) لســنة ١٩٦٨ المعدل على جواز الإثبات بشـهادة الشـهود فيما كان يجب اثباته بدليل كتابي إذا وُجِدَ مانعٌ أدبي يحول دون الحـ ـصول على دليل كتابي، وهذا ما نَصَّ عليه البند "ثانياً" من المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي.

ووفق هذه القوانين التي أخذت بهذا المعيار، فإنَّ المشـرع لم يُحدد المانع الأدبي على أســاس درجة القرابة، بل ترك أمر تقدير وجود هذا المانع إلى الســلطة التقديرية لمحكمة الموضــوع من خلال الظروف المحيطة بالالتزام أو التـ ـصرف القانوني، ويقع على عاتق مُدّعي وجود المانع الأدبي اثبات ذلك، بعكس ما هو عليه الحال بالنسـبة

[١٥]- نقض سوري، نقلاً عن محمد علي الصوري، مصدر سابق ذكره، ص١٨٠.

إلى المعيار الموضـوعي الذي أنشـأ المشـرع بموجبه قرينة بجانب مُدَّعي المانع الأدبي، ولا يحتاج هذا لأكثر من إثبات صلة القرابة التي يتطلبها المشرع.

ومن الجدير بالذكر إنّ القاضي هنا لا يستطيع من تلقاء نفسه أن يُقرّرَ وجود المانع الأدبي، حتى لو عَرف وجود رابطة قرابة قريبة جداً بين طرفي الدعوى وإلّا كان حُكْمُه عرضـةً للنقض، ما لم يتمسـك بذلك صـاحب الشأن؛ لأنَّ وسائل الاثبات هي ملك الخصوم وليست من النظام العام–كقاعدة عامة– [١٦].

ويميل القضاء إلى التوسع في الموانع الأدبية وفق هذا المعيار الذي يَتْرُكُ القاضي حُرًّا في تقدير كل حالة على حده [١٧]، دونما اعتبار لدرجة القرابة لوحدها، فالمانع الأدبي نسبي يرجع إلى الظروف التي تَمَّ فيها التعاقد [١٨]. وذهب القضـاء الفرنسـي إلى القول بأنّ تقدير وجود الاسـتحالة المعنوية (المانع الأدبي) متروك لتقدير قاضـي الموضوع بصورة مطلقة [١٩].

وقررت محكمة النقض المصرية بأنّ مسـالة كون القرابة المدعاة مانعة من الحصول على دليل كتابي أو غير مانعة هي من مسائل الواقع التي تملك محكمة الموضوع السلطة التقديرية في ذلك[٢٠].

كما قضت محكمة التمييز العراقية بأنَّ تقدير وجود المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي بالحق المتنازع فيه يُعدّ من المسـائل التي تملك محكمة الموضـوع سـلطة تقديرية واسـعة فيها، فالروابط العائلية بين الأشـقاء تُعد من الموانع الأدبية التي تحول دون الحـصول على دليل كتابي، وتُجيز الاثبات بالشـــهادة فيما كان يجب إثباته بالبيّنة التحريرية [٢١]. وإنَّ قيام الخطبة يُعدَّ مانعاً أدبياً يِصحُّ معه الركون إلى البيّنة الشـخصية لإثبات ما يجب إثباته بالكتابة [٢٢]. كما يجوز الاثبات بالشـــهادة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا كان الالتزام بين الإبن وأمّهِ [٢٣].

وبِصدد هذا المعيار فإنَّ على القاضـي التحرّي عن وجود مانع أدبي يمنع المتعاقد من الحصول على دليل كتابي، وعليه أنْ يأخذ بنظر الاعتبار درجة القرابة من حيث قربها وبعدها عن المتعاقدين، كما عليه أنْ يتحرّى عن أية ظروف أخرى تمنع المتعاقد من أخذ دليل كتابي، وأنْ يتلَّمس أثر الظروف المحيطة بالتعاقد في نفس المتعاقد لإمكان القول بأنّه قد بَلَغَ حدًا كان يسـتحيل معه أدبياً على المتعاقد أنْ يسـتحصل على دليل كتابي مِمَّن تعاقد معه. وإنَّ هذا الأثر يختلف من شـخصٍ إلى آخر [٢٤]، فلا يمكن وضـع ضـوابط لما يُعد مانعاً أدبياً.

١٦– علي رئيف الديوب، مصدر سبق ذكره، ص١١٨.

١٧– د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ٢٠٠٩، ص١٥٥.

١٨– نقض مصري، الطعن رقم ١٦٠ في ١٩٩٤/١/٩، نقلاً عن عز الدين الديناصوري، حامد عكاز، موسوعة التعليق على قانون الاثبات، الجزء الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣–٢٠١٤، ص٧٠٠.

١٩– نقض فرنسي، الغرفة المدنية الثالثة في ١٩٧٢/١٠/٢٤، مشار إليه في القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، طبعة دالوز، ٢٠٠٩، طبعة جامعة القديس يوسف، ٢٠١٢، ص١٣٠٨.

٢٠– رقم القرار ٢٠١٩، نقلا عن أحمد نشأت، رسالة الاثبات، الجزء الثاني، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٦٥٣.

٢١– رقم القرار ١١٣ / م١ / ١٩٧٦ في ١٩٧٦/٣/٢٤، مجموعة الأحكام العدلية العراقية، العدد الأول، السنة ٧، ص٣٥.

٢٢– رقم القرار ٨٠٦ / مدنية منقول / ٨٤– ٨٥ في ١٩٨٥/٧/٤، مجموعة الاحكام العدلية العراقية، العدد الثالث والرابع، ١٩٨٥، ص٦٨.

٢٣– قرار محكمة التمييز المرقم ٢٦٣ / استئنافية /٦٩ في ١٩٧٠/٣/٢٩، نقلاً عن ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٨، ص١٤.

٢٤– د. سليمان مرقس، مصدر سبق ذكره، بند ٤١٣، ص١٦٤.

وإنَّ تقدير وجود هذا المانع من عدمه يختلف من قاضٍ إلى آخر ومن حالةٍ إلى أُخرى، فعلاقة معينة بين طرفين متعاقدين قد تكون مانعاً أدبياً في حالة، وقد لا تكون كذلك في حالةٍ أُخرى، تبعاً للظروف التي تمَّ فيها التعاقد ومدى الأثر الذي تُحدثه هذه الظروف في نفس المتعاقد، فالقاضي هو الذي يسبرُ أغوار كل حالة حتى يستطيع أن يُبيّن ما إذا كانت ظروفها تجعل من المستحيل أدبياً على مُدّعي المانع الأدبي الحصول على كتابة (٢٥).

وعلى المحكمة عندما تقرر وجود المانع الأدبي من عدمه أنْ تُسَبِّبَ حُكمها بحيث تكون الأسباب التي ساقتها تؤدي إلى النتيجة التي خَلُصت إليها عقلاً، وإذا ركنت إلى العلاقة التي تربط المتعاقدين دون أنْ تبحث فيما إذا كانت هذه العلاقة مانعاً من الحصول على دليل كتابي، كان حكمها قد شابه قصور يتعيّن نقضُه (٢٦).

وقضت محكمة النقض المصرية بأنَّه إذا كان تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على الدليل الكتابي في الحالات التي يتطلب فيها القانون هذا الدليل هو من الأمور التي يستقلُّ بها قاضي الموضوع، إلّا أنَّه يتعين عليه في حال رفضه لشمول الحالة المعروضة عليه بالمانع الأدبي أن يُسبّب ذلك تسبيباً منطقياً (٢٧).

ومتى سمعت المحكمة شهود مدّعي المانع الأدبي بعد تأكدها من وجود مثل هذا المانع، فإنَّ عليها أنْ تفسح المجال لخصمه لدحض وجود مثل هذا المانع بكافة طرق الاثبات (٢٨)، وإذا استطاع الخصم دحض وجوده فعلى المحكمة إهدار المانع الادبي حتى لو كانت درجة القرابة بين الطرفين قوية.

ويستطيع المدين إثبات عدم وجود المانع الأدبي من خلال إثبات وجود عداوة بينه وبين مدّعي وجود المانع الأدبي في الفترة التي يدّعي فيها نشوء الالتزام أو التصرف القانوني، ومن ثم فلا يمكن القول بوجود المانع الأدبي إذا كانت تلك العداوة قائمة. ويمكن إثبات العداوة بكافة طرق الاثبات بِعدَّها واقعة مادية (٢٩).

والعداوة التي يُهدر بها المانع الأدبي، هي العداوة السابقة على التصرف القانوني، فالعبرة في الوقت الذي تمّ فيه التعاقد، فلو أبرم شخص عقداً مع آخر وكانت هناك صلة وثيقة بينهما، ثم نشأت بعد ذلك عداوة أو خصومة بينهما، فإنَّ هذا لا ينفي المانع الأدبي الذي كان متوافراً وقت نشوء الالتزام (٣٠).

كما أنَّ التعامل السابق بين الطرفين على أساس الكتابة يمنع من الاثبات بالشهادة فيما يجب إثباته بالكتابة عن تعامل لاحق، فإذا كان الأب وابنه، أو الشقيق مع شقيقه قد اعتادا على أنْ يجري التعامل بينهما بالكتابة فإنَّه لا يجوز الاحتجاج بوجود المانع الأدبي في تعامل لاحق للتعامل الجاري بينهما كتابةً، فإذا تبيّن أنّ التعامل بين الطرفين كان يجري بالكتابة، فلا يعود هناك مجال للتذرع بالمانع الأدبي لتبرير عدم الحصول على بيّنة خطيّة (٣١). كما أنَّه لا يجوز اثبات تسديد الدين بالشهادة ولو كان الطرفان أُخوة ما دام الدين مُثْبَتًا

٢٥- محمد علي الصوري، مصدر سبق ذكره، ص١٦٤- ١٦٥.
٢٦- د. سليمان مرقس، مصدر سبق ذكره، بند ٤١٣، ص١٦٨.
٢٧- نقض مصري في ١٩٨٠/١٢/٢٩، نقلاً عن عز الديناصوري، حامد عكاز، مصدر سبق ذكره، ص٦٩٦.
٢٨- حسن المؤمن، رسالة الاثبات، الجزء الثاني، الشهادة، القاهرة، ١٩٥١، ص٥٦٣.
٢٩- علي رئيف الديوب، مصدر سابق، ص١٠٩.
٣٠- علي رئيف الديوب، المصدر نفسه، ص١١٠.
٣١- إلياس ابو عيد، نظرية الاثبات في قانون أُصول المحاكمات المدنية والجزائية بين النص والاجتهاد والفقه – دراسة مقارنة، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٥، بند ١٩٠٤، ص٣٩٥.

لسندٍ كتابي [٣٢]، إذْ لا يجوز اثبات تسديد الدين ببيّنه شخصية اتجاه سند [٣٣]؛ لأنَّه لا يجوز الاثبات بالشهادة فيما يجاوز أو يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي [٣٤].

المطلب الثاني: مدى رقابة محكمة التمييز على السلطة التقديرية للقاضي

يذهب الفقه إلى أنَّ أمر تقدير وجود المانع الأدبي من عدمه هو من اختصاص محكمة الموضوع، ولا رقابة عليها من قبل محكمة التمييز (النقض)؛ إذْ إنّ تقدير ذلك موكول للقاضي، وتقديره موضوعي، ولا مُعقِّب على حكم محكمة الموضوع من قبل المحكمة العليا [٣٥]؛ لأنَّ هذا التقدير هو من المسائل الواقعية التي تختلف باختلاف الظروف وعلاقة المتعاقدين بعضهم ببعض، وأحوالهم الأدبية، والاجتماعية والعرف الجاري، ولا يمكن اعتبار هذه المسألة من المسائل القانونية؛ لأنَّ القانون لم يُعرّف المانع الأدبي ولم يضع له ضوابط [٣٦].

وقد ذهب القضاء المقارن إلى هذه الرأي، إذْ قضت محكمة النقض الفرنسية بأنَّ هناك سلطة مطلقة لقضاة الموضوع في تقدير المانع الأدبي، وهذا التقدير لا يخضع لرقابة محكمة النقض [٣٧].

كما ذهب القضاء المصري إلى الاتجاه ذاته عندما قضت محكمة النقض بأنَّ تقدير المانع الأدبي من الحصول على الدليل الكتابي هو من المسائل التي تَسْتَقِلُّ بها محكمة الموضوع من غير مُعقِّب من قبل محكمة النقض متى كان ذلك مبنياً على أسبابٍ مقبولة [٣٨]. كما قضت أيضاً بأنَّ صلة القرابة مهما كانت درجتها لا تعد في ذاتها مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على سندٍ كتابي، بل المرجع في ذلك إلى ظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع متى كانت ظروف الحال مستخلصة من أمور مؤدية إلى المانع الأدبي [٣٩].

وذهب القضاء السوري إلى ذات المنحى السابق، إذْ قضت محكمة التمييز بأنَّه لا يمنع قيام المانع الأدبي بين طرفي النزاع إذا كانت تربطهما علاقة حميمة، إذ إنَّ هذا يحول دون الحصول على دليل كتابي، وإنَّ هذا من الأمور الواقعية التي تستقلُّ بتقديرها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة التمييز [٤٠].

أما القضاء اللبناني فقد ذهب أيضاً إلى أنَّ قيام المانع الأدبي (الاستحالة المعنوية) متروك لتقدير قضاة الموضوع وخارج عن رقابة محكمة التمييز [٤١].

ولم يتطرق الشُرّاح العراقيون إلى مدى اعطاء الحرية لمحكمة الموضوع لتقدير وجود المانع الأدبي من عدمه، بيد أنَّ هناك مَنْ يذهب إلى أنَّ المشرع إذا كان قد منح حرية واسعة إلى قاضي الموضوع لاستخلاص وجود

٣٢– قرار محكمة التمييز المرقم ٢٥٥٩ / م٤ / ٧٦ في ١٩٧٧/١/٢، مجموعة الأحكام العدلية العدد الأول، السنة الثامنة، ص٤٩.

٣٣– قرار محكمة التمييز المرقم ٨١٣/م٤/١٩٧٣ في ١٩٧٣/٩/١٧، ينظر: ابراهيم المشاهدي، مصدر سبق ذكره، ص١٦.

٣٤– البند " أولاً " من المادة " ٧٩" من قانون الاثبات العراقي.

٣٥– د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الثاني، مصدر سبق ذكره، بند ٢٣٦، ص٤٦٠، وكذلك محمد علي الصوري، مصدر سابق، ص١٨٣– ١٨٤، وينظر أيضا د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص١٥٥.

٣٦– أحمد نشأت، مصدر سابق، ص٦٥٢.

٣٧– نقض فرنسي، رقم القرار ١٣٨ في ٢٠٠٠/٥/١٠، يُنظر القانون المدني الفرنسي، مصدر سابق، ص١٣٠٨، وكذلك نقض فرنسي، رقم القرار ١٤٧ في ٢٠٠٢/٦/٢٧ نفس المصدر، ص ١٣٠٨.

٣٨– نقض مصري في ١٩٦٢/٤/١٢. نقلاً عن عز الدين الدينا صوري، حامد عكاز، مصدر سابق، ص١٨٣ –١٨٤.

٣٩– نقض مصري في ١٩٥٥/٥/٥، وكذلك نقض مصري في ١٩٤٥/١/٢٥، المصدر السابق، ص٦٩٣– ٦٩٤.

٤٠– رقم القرار ٤٠١ في ٢٠٠٤/٤/١٢، الهيأة العامة لمحكمة التمييز السورية، يُنظر مجلة التشريع والقضاء العراقية، مجلة فصلية، السنة الرابعة، العدد الرابع، ٢٠١٢، ص٣٠٥.

٤١– رقم القرار ١١٧ في ١٩٤٩/١/٢٠، ينظر: محمد علي الصوري، مصدر سابق، ص١٨٤.

المانع الأدبي من عدمه فإنَّ هذا يجب أنْ لا يُتساهل فيه؛ لأنَّ ذلك استثناءً من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة، والاستثناء لا يجوز التوسع فيه [٤٢].

أما القضاء العراقي فإنَّ لمحكمة التمييز السلطة التقديرية على الحكم الصادر من محكمة الموضوع بخصوص وجود المانع الأدبي من عدمه؛ لأنَّ نصّ البند (٥) من المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية تُجيز لمحكمة التمييز نقض الحكم الصادر من محكمة الموضوع إذا أخطأ هذا الحكم في فهم الواقع، وهذا ما نلاحظه من خلال القرارات الصادرة من محكمة التمييز، ففي قضية كان الزوج قد ادّعى بأنَّه وضع لدى زوجته أمانة عبارة عن مبلغ من النقود وأنكرت الزوجة ذلك فقضت محكمة التمييز بجواز إثبات هذه الواقعة بالبينة الشخصية استناداً لأحكام البند "ثانياً" من المادة (١٨) من قانون الإثبات لوجود المانع الأدبي، إذ يحقُّ له في هذه الحالة إثبات دعواه بالبيّنة الشخصية وإنْ تجاوز المبلغ النصاب القانوني للإثبات بالشهادة [٤٣].

كما قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارٍ لها كانت قد نقضت بموجبه قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية بـ صفتها الأصلية جاء فيه بأنّ المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي يتحقق بين الزوجين، سواءٌ أكان ذلك أثناء فترة الخطوبة، أم بعد قيام الزوجية بينهما[٤٤].

المبحث الثالث: المعيار المحدد لدرجة القرابة والمبلغ وطبيعة التصرف القانوني (المعيار المُقترح)

يرتأي الباحث وجوب تحديد معيار أكثر دقةً وانضباطاً، وذلك لكون المانع الأدبي قد جاء استثناءً، وخلافاً للقاعدة العامة التي تقضي بتحديد نصابٍ معين لجواز الإثبات بالشهادة، وما زاد على هذا النصاب يتعين إثباته بالكتابة.

وهذا المعيار يعتمد على أساسين، الأساس الأول هو تحديد درجة القرابة وفق منظور آخر -كما سنرى- مع تحديد المبلغ وفق التفصيل الذي سنورده في المطلب الأول، والأساس الثاني هو تحديد طبيعة التصرف القانوني المشمول بالمانع الأدبي وفق ما سنوضحه في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الأساس المُحَدِّد لدرجة القرابة ومقدار المبلغ

لقد وجدنا أنَّ المانع الأدبي يعمل عمله في القوانين محل المقارنة لغاية الدرجة الثالثة، بالنسبة إلى القرابة النسبية، كما هو الحال في القانون السوري الذي أخذ بالمعيار الموضوعي في حين أنَّ القانون الفرنسي، وكذلك القانون المصري، ومثلهما القانون العراقي لم يحددوا درجة القرابة؛ لأنهم أخذوا بالمعيار الذاتي الذي هو أوسعُ نطاقاً من المعيار الموضوعي.

ولقد وجدنا أنَّ إطلاق المانع الأدبي دونما تحديد دقيق، أو تحديد درجة القرابة – لأغراض تطبيق هذا المانع – لغاية الدرجة الثالثة أو الرابعة إنما هو شرخٌ كبير جداً في قاعدة وجوب استحصال الدليل الكتابي لما زاد على

٤٢- محمد علي الصوري، مصدر سابق، ص١٥٧.

٤٣- رقم القرار ٥٤١/ مدنية منقول / ٨٧- ٨٨ في ١٩٨٧/١٢/٨، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، ١٩٨٧، ص٨٢.

٤٤- رقم القرار ١٧٥٩/ هيأة استئنافية منقول/ ٢٠١٧ في ٢٠١٧/١٢/١٤، مجموعة الأحكام القضائية، اعداد حيدر عودة كاظم، العدد الثاني، ٢٠١٨، دار الوارث للطباعة والنشر، ٢٠١٨، ص١٠٦.

النصاب القانوني للإثبات بالشهادة، لذا نرتأي – وفق هذا الأساس – تحديد درجة القرابة لغاية الدرجة الثانية بالنسبة للقرابة النسبية، وذلك لقوة أواصر العلاقة الحميمة التي تربط بين الأب والأم من جهة، وبين الإبن أو البنت من جهة أُخرى، كما أنَّ علاقة الأخوة هي الأُخرى تمنع من المطالبة بالدليل الكتابي، لوجود حرجٍ كبيرٍ واستحالة تكاد تكون مطلقة في أكثر الأحيان، كما أنَّ علاقة الشخص بجده أو جدتهِ – سواءٌ من ناحية الأب أم من ناحية الأم – هي الأخرى تكون سبباً شخصياً يحول دون مطالبة أيٍّ من الطرفين بدليل اثبات كتابي.

لذا فإنَّ المانع الأدبي يجب أنْ يعمل عمله –وفق رأينا– في إطار علاقة الأصول والفروع لغاية الدرجة الثانية، وفي إطار علاقة الأخوة بالنسبة لقرابة الحواشي [٤٥]، واعتبار هذه الرابطة بين طرفي التصرف القانوني هي من القرائن القانونية البسيطة التي تنهض بجانب مُدّعي المانع الأدبي، دون الحاجة إلى إثبات الصلة الوثيقة بينهما من جانبهِ، بيد أنَّه يجوز للطرف الآخر أنْ يدحض هذه القرينة القانونية بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة، كأنّ يدّعي وجود عداوة سابقة على تاريخ التصرف القانوني تمنع من إجراء هذا التصرف، أو لوجود تعامل سابق بينهما بأدلة كتابية.

أما خارج نطاق هذه الدرجة من القرابة النسبية فلا مانع من إثبات وجود المانع الأدبي وفق السلطة التقديرية للمحكمة شريطة تحديد المبلغ بمقدار مُحَدَّد، ونعتقد أنَّ المانع الأدبي إذا تحقَّق خارج نطاق الدرجة التي حدَّدناها آنفاً فيجب أنْ لا يعمل عمله إلّا بما لا يزيد على خمسمائة ألف دينار مع الأخذ بنظر الاعتبار ما سيرد ذكره في المطلب الثاني؛ لأنَّ المانع الأدبي هو استثناء خطير، ولا يمكن لنا قبول الاثبات بالشهادة بخصوص مبالغ كبيرة جداً، سيّما إنَّ الشهادة في الوقت الحاضر قد أخذت التشريعات تنظر إليها نظرة ريبة وشك بعد فساد الذمم [٤٦]. صحيحٌ إنَّ العامل النفسي هو عامل ضاغط على المتعاقدين في حال وجود علاقة قربى وثيقة، إلّا أنَّ اعتماد المشرع على الأساس الذي قلنا به يجعل الناس على بصيرةٍ من أمرهم في التعاقد، حتى لو كانوا أقرباء أو أصدقاء، إذ إنّ القانون لا بُدَّ أنْ يأخذ بزمام المبادرة وتبصير الناس بخطورة ما يقدمون عليه وحثهم على التعامل بالسندات، سواءٌ أكانت سندات رسمية أم سندات عادية.

وهناك نقطة في غاية الأهمية وهي إنَّ المشرع إذا أراد رعاية العامل النفسي والذاتي للمتعاقدين، لوجود حرج كبير من مطالبة أحدهما للآخر بدليلٍ كتابي لوجود صلة قُربى أو صداقة، وإنَّ طلبه للدليل يجعل الطرف الآخر ينظر إليه نظرة ازدراء أو عتاب، فإنَّ عدم طلبه لهذا الدليل وحدوث نزاع مستقبلي سيصل بالحال إلى ما هو أشد وأقسى في حال لو طلب منه الدليل.

وأمّا الرابطة السببية، وهي رابطة الزوج بزوجه، أو رابطة الزوج بأحد أبوي الزوج الآخر، فهي رابطة قوية حميمة ويتعين النص عليها باعتبارها مانعاً أدبياً، وتُعامل قانوناً، كرابطة الأصول والفروع بالنسبة للقرابة المباشرة

---

[٤٥]– تنص الفقرة (٢) من المادة (٣٩) من القانون المدني العراقي بأنه "يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل. وعند حساب درجة قرابة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر وكل فرع يعتبر درجة دون أنْ يُحسب الأصل المشترك".

[٤٦]– كانت المسائل التجارية يجوز اثباتها بالشهادة مهما بلغت قيمة التصرف القانوني، وذلك لسرعة التداول في البيئة التجارية، بيد أنَّ قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ قد جاء موحداً للقضايا المدنية والتجارية في مسائل الاثبات "ينظر المادة ١١ من القانون".

وتُشكِّل قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس. وكل علاقة أو رابطة سببية تتعدى الدرجة الأُولى [٤٧]، ويدّعى فيها الخصم وجود المانع الأدبي الذي منعه من الحصول على دليل كتابي، فإنَّ عليه اثبات ذلك ولا يمكن افتراض القرينة القانونية في هذه الحال؛ لأنّ القرينة القانونية هي وسيلة تغني من تقررت لمصلحته عن أي دليل من أدلة الاثبات [٤٨].

ولا بُدَّ من التذكير بأنّ المحكمة لا تأخذ بهذه القرينة واعتبار العلاقة القائمة بين طرفي الدعوى تشكل مانعاً أدبياً في إطار القرائن القانونية ما لم تفسح المجال للخصم من اثبات خلاف هذه القرينة بالطرق القانونية كافة، فإنْ لم يستطع إثبات خلاف ذلك ففي هذه الحالة لا يكون للمحكمة من محيد من الأخذ بالمانع الأدبي [٤٩]، وليس لها حق تقدير مطابقتها للواقع من عدمه؛ لأنَّ القرينة القانونية تقوم على الغالب الراجح، وإنَّ هذا الغالب هو قيام المانع الأدبي بين الأصول والفروع لغاية الدرجة الثانية أو بين الأخوة، أو بين الزوج وزوجه، أو بين أحدهما وأبوي الزوج الآخر، ويمكن دحض هذه القرينة القانونية بإقرار من تقررت القرينة القانونية لمصلحته، أو بنكولهِ عن اليمين، وكذلك بالكتابة، أو بمبدأ الثبوت بالكتابة معززة بالشهادة أو حتى بالقرائن القضائية [٥٠].

المطلب الثاني: الأساس المُحَدِّد لطبيعة التصرف القانوني

لكي نَحِدّ من عمل المانع الأدبي إلى أضيق نطاق، نظراً لاستثنائيته وخطورته في الواقع العملي، وعدم الركون إلى الاجتهاد القضائي في هذا المجال فإنَّنا نرتأي أنْ يتحدد نطاق عمل المانع الأدبي في إطار عقود القرض والوديعة والعارية، ولا نميل إلى إطلاق عمل المانع الأدبي في التصرفات القانونية كافة، أو في الالتزامات التعاقدية ككل. كما ذهبت إلى ذلك القوانين محل المقارنة، وكذلك الحال بالنسبة لقانون الاثبات العراقي.

وبذلك فإنَّنا نستبعد التصرفات القانونية من شمولها بالمانع الأدبي عدا ما تقدم ذكره، كالبيع والايجار والرهن وأي تصرف قانوني آخر، حتى لو كان التصرف القانوني قد جرى بين الزوج وزوجه، أو بين الأصول والفروع، أو بين الأخوة، فلابُدَّ من كتابة هذا العقد، إذْ لا يجوز إثبات عقد البيع الشفوي الجاري بين من تقدم ذكرهم عن طريق الشهادة، وذلك لخطورة واستثنائية المانع الأدبي، والذي لا يجوز التوسع في مثل هذا الاستثناء؛ ولأنَّ قبول مثل هذا الاستثناء من دون تحديد إطاره بوضوح قد يؤثّر على حقوق الغير.

ولقد أحسن القضاء العراقي صُنعاً عندما لم يُجز طلب تمليك العقار الذي بيعَ شفوياً خارج دائرة التسجيل العقاري في حال ما إذا تذرع المشتري بوجود مانع أدبي من استحصال سند عادي أو رسمي، لأنَّ طلب تمليك العقار الذي بيعَ خارج الدائرة المذكورة يُعد استثناءً من الأصل العام، والاستثناء لا يمكن التوسع في تفسيره أو القياس عليه، ومن ثُمَّ لا يجوز اثبات وقوع مثل هذا التصرف بالبينة الشخصية، لأنَّ هذا الطريق هو الآخر

٤٧- تنص الفقرة (٣) من المادة (٣٩) من القانون المدني بأنَّ (اقارب أحد الزوجين يُعتبرون من نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر).

٤٨- د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦، ص٢٢٥.

٤٩- د. سليمان مرقس، أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية من القانون المصري مقارناً بتقنينات البلاد العربية، القاهرة، دار الجليل للطباعة، الجزء الثاني، ١٩٨٦، بند ٢٨٧، ص١٢٢.

٥٠- د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٢٢٥.

استثناءً من الأصل في الإثبات [٥١].

وكانت محكمة استئناف صلاح الدين بصفتها التمييزية قد قضت أيضاً بأنَّ موضوع المانع الأدبي ورد استثناءً على القاعدة العامة ولا يجوز التوسع فيه، إذْ إنَّ المدعي هو إبن أُخت المدعى عليه الذي طلب المدعي فيها تمليكه العقار وفقاً لأحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧ المعدل بالقرار (١٤٢٦) لسنة ١٩٨٣، فالتصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن النصاب القانوني لا يجوز اثباته بالبينة الشخصية في مثل هذه الحالة [٥٢].

ومن نافلة القول، إنَّ التصرفات القانونية التي تستوجب شكلية معينة لا تنعقد ما لم تستوفِ الشكلية المطلوبة قانوناً، كالرهن التأميني، وبيع العقار، وبيع السيارة، والمكائن الواجب تسجيلها لدى دائرة الكاتب العدل.

والجدير بالإشارة إلى أنَّه إذا تحقق للمحكمة وجود المانع الأدبي سواءٌ عن طريق القرينة القانونية أم عن طريق القرائن القضائية وجب لها عند ذاك الاستماع إلى شهادة الشهود لإثبات الدين، وباعتقادنا أنَّه لا يجوز الركون إلى شهادة شاهد واحد مع يمين متممة لإثبات المانع الأدبي، لأنَّ هذا المانع جاء استثناءً على القاعدة العامة، ومن ثم يجب اثبات الدين عن طريق الشهود، وإنَّ توجيه اليمين المتَمِّمة بعد الاستماع إلى شهادة شاهد واحد سيصبح الأمر فيه كثيراً من الظنِّ الذي بوجوده لا يمكن للمحكمة أنْ تحكم بموجبه، وعلى المحكمة أنْ تدخل في تفاصيل القرض أو الوديعة أو العارية، وتسأل الشهود عن أدَقِّ التفاصيل، كي لا يكون الحكم قريباً على الظن منه إلى اليقين.

وهنا لابُدَّ أنْ ننوه إلى وجوب رفع سقف النصاب القانوني للاستماع للشهادة وجعله خمسين ألف دينار بدلاً من خمسة آلاف دينار. ولا يعتقد البعض بأنَّ رأينا هذا يُعد تناقضاً من قولنا السابق بأنَّ دور الشهادة قد تضاءل لفساد الذمم، بيد أنَّ ما نقوله هنا هو نابعٌ من اتاحة الفرصة لسهولة إثبات ما يجري في السوق مِنْ تعاملٍ بالنقد وخصوصاً بين الطبيب مع مريضه والخادم مع مخدومه وأيِّ تعاملٍ آخر على هذه الشاكلة، ثم إنَّ القوة الشرائية للدينار العراقي قد أصبحت ضئيلة ولا يُعقل أنْ يبقى نصاب الاثبات بالشهادة لحد خمسة آلاف دينار، كما أنه ليس من المعقول أنْ تُشترى ذمم الشهود من أجل هذا المبلغ الضئيل الذي ارتأيناه وهو خمسون ألف دينار.

لذا فإنَّنا نقترح في نهاية هذا المبحث تعديل البند ثانياً من المادة (١٨) من قانون الإثبات وجعله قاصراً على المانع المادي، واستحداث بند ثالث يُضاف إلى المادة (١٨) وجعل المانع الأدبي مقتصراً على الأصول والفروع لغاية الدرجة الثانية، وبالنسبة لقرابة الحواشي جعل هذا المانع مقتصراً على الأخوة فحسب، كما أن الرابطة الزوجية وعلاقة أحد الزوجين بوالدي الزوج الآخر تجعلنا نقول بوجود المانع الادبي، وما عدا ذلك لا يفعل هذا المانع فعله ولا يُرَتِّبُ أثره إلّا بحدود خمسمائة ألف دينار، وحدَّدنا سريان المانع الأدبي في كل

---

[٥١]– قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية، ٢٦٥/ حقوقية / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/٩/٣٠، مجلة التشريع والقضاء العراقية، السنة السادسة، العدد الاول، ٢٠١٤، مجلة فصلية، ص٢٢٧.

[٥٢]– رقم القرار ١٠٥/ حقوقية / ٢٠١٢ في ٢٠١٢/٧/٣٠، مجلة التشريع والقضاء العراقية، السنة الخامسة، العدد الثالث، ٢٠١٣، ص١٩٤.

الحالات على عقود القروض والوديعة والإعارة دون غيرها من التصرفات بغض النظر عن درجة القرابة.

الخاتمة

بعد أنْ أنهينا بحثنا الموسوم بـــ"المعيار الأمثل للمانع الأدبي في الاثبات المدني – دراسة مقارنة" فإنَّنا قد توصلنا إلى نتائج عدة ومقترحات عديدة، نوجزها بالآتي:

أولاً: النتائج:

إنَّ أهم النتائج التي توصلنا إليها هي ما يأتي:

١. لقد أخذتْ بعض القوانين محل المقارنة بالمعيار الموضوعي، والذي بموجبه ينهض المانع الأدبي على أساس درجة القرابة، وقد أخذ بهذا المعيار قانون البيّنات السوري.
٢. وقد اتجهت بعض القوانين الأُخرى محل المقارنة، كالقانون الفرنسي والقانون المصري إلى الأخذ بالمعيار الذاتي لتحديد المانع الأدبي وبموجبه يتحقق هذا المانع من خلال السلطة التقديرية للقاضي والذي عليه أنْ يَتَلَمَّس الظروف المحيطة بالالتزام العقدي أو التصرف القانوني ومدى العلاقة الحميمة بين طرفي الالتزام أو هذا التصرف.
٣. لقد أخذ قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ بالمعيار الذاتي، بعد أنْ هجرَ المعيار الموضوعي الذي كان قد تَبَنَّاه القانون المدني، عندما كان المشرع يعالج قواعد الإثبات في هذا القانون والتي أُلغيت بنفاذ قانون الإثبات أعلاه.
٤. ولقد توصَّل الباحث إلى تحديد معيار أكثر وضوحاً واكثر استقراراً معتمداً على معيار يعتمد أساسين، أولهما درجة القرابة، وعولجت بشكل يختلف عما جاء بالقوانين التي اعتمدت معيار درجة القرابة في تحديد المانع الأدبي وثانيهما تحديد طبيعة التصرف القانوني، إذْ تَمَّ اقصار المانع الأدبي على عقود القرض والوديعة والعارية دون غيرها من التصرفات القانونية.
٥. كما توصَّلنا إلى ضرورة رفع النصاب القانوني للإثبات بالشهادة وجعله خمسين ألف دينار بدلاً من خمسة آلاف دينار للأسباب التي ذكرناها في متن البحث.

ثانيا: المقترحات

أما عن أهم المقترحات التي اقترحناها هنا هي ما يأتي:

١. تعديل البند "ثانيا" من المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي ليُقرأ على الوجه الآتي:
"ثانياً: إذا وُجد مانعٌ مادي حال دون الحصول على دليل كتابي"
٢. استحداث بند "ثالث" في المادة "١٨" أعلاه وتكون على الشكل الآتي: [٥٣].
"ثالثاً: إذا وُجِدَ مانعٌ أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي. ويتحقق المانع الأدبي في الحالات الآتية:
أ. إذا كان التصرف بين الأُصول والفروع لغاية الدرجة الثانية، أو بين الحواشي لغاية الدرجة الثانية، أو

---

[٥٣]– استخدمنا هنا علامات الترقيم اتِّساقاً مع ما جاء بقانون الاثبات من حيث تقسيم البنود إلى حروف، ومن حيث استخدام الترتيب الأبجدي للحروف.

ما بين الزوجين أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر".

ب. إذا تحقق مانع أدبي بين طرفين عدا مَنْ ذكروا بالفقرة (أ) فلا يجوز اثبات التصرف القانوني بالشهادة إذا كانت قيمته تزيد على خمسمائة ألف دينار.

ج. تسري أحكام المانع الأدبي فقط على عقود القرض والوديعة والعارية، ولا يتعدى أثره على غير ذلك من التصرفات القانونية.

٣. تُقرأ عبارة (خمسين ألف دينار) بدلاً من (خمسة آلاف دينار) أينما وردت بالمواد (٧٧) و(٧٨) و(٧٩) من هذا القانون.

المصادر

أولاً: الكتب

١. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٨.

٢. أحمد نشأت، رسالة الاثبات، الجزء الثاني، القاهرة، ١٩٧٤.

٣. الياس أبو عيد، نظرية الاثبات في قانون أصول المحاكمات المدنية والجزائية بين النص والاجتهاد والفقه – دراسة مقارنة، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٥.

٤. حسين المؤمن، رسالة الإثبات، الجزء الثاني، الشهادة، القاهرة، ١٩٥١.

٥. حيدر عودة كاظم، مجموعة الأحكام القضائية، العدد الثاني، ٢٠١٨، دار الوارث للطباعة والنشر، ٢٠١٨.

٦. د. سليمان مرقس، في طرق الإثبات، الجزء الرابع، قواعد تقييد الأدلّة وإطلاقها، معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧٤.

٧. د. سليمان مرقس، أُصول الإثبات واجراءاته في المواد المدنية من القانون المصري مقارناً بتقنينات البلاد العربية، القاهرة، دار الجليل للطباعة، الجزء الثاني، ١٩٨٦.

٨. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجهٍ عام، الأثبات – آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.

٩. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، القيود الواردة على العمل، المقاولة، الوكالة والوديعة والحراسة، دار إحياء التراث العربي، ١٩٦٤.

١٠. عز الدين الديناصوري، حامد عكاز، موسوعة التعليق على قانون الاثبات، الجزء الثاني، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٣-٢٠١٤.

١١. د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٦.

١٢. د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ٢٠٠٩.

١٣. محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، الجزء الأول، مطبعة شفيق، بغداد،

١٩٨٣.

ثانياً: البحوث

١. علي رئيف الديوب، المانع الأدبي من الاثبات بالكتابة، بحث منشور في مجلة جامعة البعث السورية، المجلد ٣٨، العدد ٣١، ٢٠١٦.

ثالثا: الدوريات

١. مجموعة الاحكام العدلية العراقية.
٢. مجلة التشريع والقضاء العراقية.

رابعاً: القوانين العراقية

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٢. قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩المعدل.

خامساً: القوانين الاجنبية

١. القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدل.
٢. قانون البيِّنات السوري رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل.
٣. قانون الإثبات المصري رقم ٢٥٩ لسنة ١٩٦٨ المعدل.
٤. قانون أُصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل.