



Kinship's Influence on the Application of the Moral Impediment in Civil Evidence A Comparative Analysis

Mahmoud Abdullah Hussein Al-Nuaimi

Prof. Dr. Ijiad Thamir Nayef Al-Dulaimi

Assistant Professor of Public International Law

Lecturer

College of Law - University of Mosul

ARTICLE INFORMATION

Received: 27 Sep, 2025

Accepted: 4 Oct, 2025

Available online: 03 Jan, 2026

PP :201-228

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE
UNDER THE CC BY LICENSE

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>



Corresponding author:

Mahmoud Abdullah Hussein Al-Nuaimi
Prof. Dr. Ijiad Thamir Nayef Al-Dulaimi

Email:

Mahmoud-law@gmail.com

Achvadaldolemy11@uomosul.edu.iq

Abstract

The Moral Impediment constitutes a personal circumstance and a statutory exception to the general rule that mandates written evidence for legal dispositions whose value exceeds the legal threshold. It is a moral, psychological, or incidental cause arising from the relationship between the two parties to a transaction, which precludes the claimant from obtaining a written instrument to prove their right, thereby creating a relative impossibility of procuring such evidence at the time of contracting. Consequently, the claimant is permitted to resort to testimony or parole evidence and all other methods of proof instead of written evidence, even though the value of the transaction exceeds the statutory limit. Kinship or affinity is recognized as one of the most prominent and common forms of the Moral Impediment, as the law presumes that the nature of a family, familial, or affinity relationship engenders a moral constraint that prevents one contracting party from demanding a written bond to prove a financial or other right from the other. Although kinship establishes a prima facie presumption of the impediment's existence, the authority to assess whether the Moral Impediment is present ultimately rests with the trial judge, who adjudicates the matter according to the facts and circumstances of each individual case, while considering the existence of any prior hostility or the parties' custom of written documentation in their dealings. The most significant legal effect of establishing the Moral Impediment is the admissibility of proof by testimony and presumptions, as the legal transaction that exceeds its legal threshold is converted from being mandatory to prove by writing to being admissible for proof by all methods of evidence (such as testimony, presumptions, admission, and the oath). This constitutes the primary effect of the exception.

Keywords: Moral Impediment, Kinship, Written Evidence, Testimony.



المانع الادبي في الإثبات المدني وأثر صلة القرابة في التمسك به (دراسة مقارنة)



محمود عبد الله حسين النعيمي
أ.د. إحياد ثامر نايف الدليمي
كلية الحقوق - جامعة الموصل

المستخلص:

يمثل المانع الأدبي طرفاً شخصياً واستثناءً قانونياً عن القاعدة العامة التي توجب الإثبات بالدليل الكتابي في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على النصاب القانوني، وهو سبب معنوي أو نفسي أو عرضي يطرأ على العلاقة بين طرفي التصرف، يحول دون تمكن المدعي من الحصول على دليل كتابي يثبت حقه، ويُنشئ استحالة نسبية للحصول على هذا الدليل وقت التعاقد، وبذلك، يُسمح للمدعي باللجوء إلى الشهادة أو البيعة الشخصية وكافة طرق الإثبات الأخرى بدلاً من الدليل الكتابي، على الرغم من أن قيمة التصرف تتجاوز النصاب القانوني. وتعدّ صلة القرابة أو المصاهرة من أبرز وأشهر صور المانع الأدبي، حيث يفترض القانون أن طبيعة العلاقة الأسرية أو العائلية أو علاقة المصاهرة تولد حرجاً معنوياً يمنع أحد المتعاقدين من مطالبة الآخر بسند كتابي لإثبات حق مالي أو غيره، وعلى الرغم من أن القرابة تُنشئ قرينة على وجود المانع، إلا أن سلطة تقدير وجود المانع الأدبي من عدمه تعود في نهاية المطاف إلى قاضي الموضوع الذي يثبت فيه وفقاً لظروف وملابسات كل دعوى على حدة، مع الأخذ في الاعتبار وجود خصومة سابقة أو اعتياد الأطراف على التوثيق الكتابي في تعاملاتهم. ويترتب على قيام المانع الأدبي الأثر القانوني الأهم وهو جواز الإثبات بالشهادة والقرائن، إذ يتحول التصرف القانوني الذي يتجاوز نصابه القانوني من كونه واجب الإثبات بالكتابة إلى جواز إثباته بكافة طرق الإثبات (كالشهادة والقرائن والإقرار واليمين)، وهذا هو الأثر الأساسي للاستثناء.

الكلمات المفتاحية: المانع الادبي، القرابة، الدليل الكتابي، الشهادة.

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية
KJHS

مجلة علمية، نصف سنوية
مفتوحة الوصول، محكمة

تاريخ تسلم البحث: ٢٠٢٥/٠٩/٢٧

تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٥/١٠/٠٤

تاريخ النشر: ٢٠٢٦/٠١/٠٣

المجلد: (٩)

العدد: (١٥) لسنة ٢٠٢٦م

جامعة الكتاب - كركوك - العراق



تحتفظ (TANRA) بحقوق الطبع والنشر للمقالات المنشورة، والتي يتم إصدارها بموجب ترخيص

(Creative Commons Attribution)

(CC-BY-4.0) الذي يتيح الاستخدام،

والتوزيع والاستنساخ غير المقيد وتوزيع

للمقالة في أي وسيط نقل، بشرط اقتباس

العمل الأصلي بشكل صحيح

" المانع الادبي في الإثبات المدني وأثر صلة

القرابة في التمسك به (دراسة مقارنة) "

(بحث مستل)

مجلة الكتاب للعلوم الإنسانية

<https://doi.org/>

P-ISSN:1609-591X

E-ISSN: (3005-8643) -X

kjhs@uoalkitab.edu.iq

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى إله وصحبه اجمعين؛ اما بعد: فان الالمام بموضوع الرسالة "القرابة وأثرها في الدعوى المدنية - دراسة مقارنة" يقتضي عرض مضامينه وفحواه على النحو الآتي:

اولاً: التعريف بموضوع البحث

صلة القرابة: "رابطة صلة إنسانية اجتماعية شرعية قانونية جماعية تثبت بسبب شرعي قانوني يترتب عليها أحكاماً شرعية قانونية عامة"، يتجسد اساسها الشرعي والقانوني بالنسب القائم على اساس صلة الدم المباشرة او غير المباشرة، او بالسبب القائم على اساس المصاهرة أو الرضاع، وان القرابة المعتبرة قانوناً هي قرابة النسب والمصاهرة ويلحق بها القرابة بسبب الرضاع، وقد وضع المشرع قواعد لاحتساب درجات القرابة لتحديد الاثار القانونية التي تترتب عليها، ولها دور في الاثبات المدني فبوصفها صورة من صور المانع الادبي الذي يجيز استبدال دليل الاثبات من الدليل الكتابي الى الاثبات بالشهادة، او يمنع الاثبات وفق ضوابط محددة.

اذ تؤثر صلة القرابة بشكل كبير في اجراءات التقاضي والتنفيذ بشكل عام وقد تتسبب في تعارض المصالح أو التأثير في مبدأ الحياد، والقرابة صلة بين شخص وغيره ناجمة عن النسب أو المصاهرة أو الرضاع وتكون مباشرة وغير مباشرة وهي من العوامل المؤثرة في صحة التقاضي وسير اجراءات الدعوى وانعقاد الخصومة، حيث يترتب على وجود قرابة حتى الدرجة الرابعة بين القاضي والخصم توافر سبب يمتنع معه على القاضي نظر الدعوى، كما أن توافر القرابة حتى الدرجة الرابعة بين أعضاء الهيئة القضائية أو بينهم وبين عضو الادعاء العام، أو محامي الخصم، تمنعهم من نظر الدعوى.

فضلا عن انه لا يجوز للممثل القانوني عموماً وللقریب منهم كالولي أو الوصي أن يجمع بين دعواه ودعوى القاصر الذي يمثله، فضلاً عن ان تمثيل بعض الورثة لغيرهم في الخصومة، يجعل لمن لم يمثّل الحق في الطعن باعتراض الغير.

فضلاً عن ذلك فإن القرابة النسبية توفر مانعاً من المطالبة وتوقف التقادم الساري، تطبيقاً لقاعدة لا تقادم بين الورثة، وفي مجال الإثبات فإن وجود القرابة بين الأطراف يوجد مانعاً أدبياً لأحدهم يجعله قادراً على الإثبات بكل الوسائل كون المانع الأدبي لا يمكن معه الحصول على الدليل الكتابي، فضلاً عن لها أثرها في قواعد التمثيل امام القضاء اذ من بين الوكلاء بالخصومة من تكون لهم صلة قرابة بمن يمثلونهم الى درجة معينة، فضلاً عن ان صلة القرابة تؤثر في المعاملة التنفيذية واجراءاتها وطرق التنفيذ في مرحلة التنفيذ الجبري.

ثانياً: أهمية موضوع البحث

تعد صلة القرابة عنصراً مهماً في حياة الافراد والمجتمعات، ولكنها قد تؤثر في سير العدالة في بعض الحالات وتثير الشكوك حول حيده ونزاهة اطرافها وتؤثر في نتيجة الدعوى وصحة الحكم الصادر فيها، اذ تكمن اهمية موضوع البحث في الحساسية التي تثيرها صلة القرابة سواء ما بين القضاة المشتركين في الهيئة القضائية أنفسهم أو ما بينهم وبين الخصوم أو ما بين الخصوم أنفسهم أو بينهم وبين الشهود في الدعوى أو من تربطهم بهم علاقة المديونية في مرحلة التنفيذ الجبري.

وما يترتب على وجودها من نتائج اذ يترتب على توافرها بدرجة معينة وجوب تنحي القاضي عن نظر الدعوى، فضلاً عن عدم جواز اشتراك قضاة تربطهم صلة قرابة لدرجة معينة من الاشتراك في هيئة قضائية واحدة،

والتخفيف من حدة قاعدة وجوب الإثبات بالدليل الكتابي إذ تعد مانعا ادبيا من الحصول عليه، فضلا عن جواز توكيل الاقارب لبعضهم ليكونوا ممثلين عنهم امام القضاء، وكذلك عن اثارها في مرحلة التنفيذ الجبري بعد صدور الحكم.

وتعد نظرية الإثبات من اهم النظريات القانونية على الاطلاق واكثرها تطبيقاً في الحياة العملية، بل ان المحاكم لا تنقطع عن تطبيقها يوميا لحسم ما يعرض عليها من دعاوى، ولا غرابة في ذلك، فالاثبات هو الاداة الضرورية التي تساعد القاضي في التحقق من الوقائع المعروضة عليه، والوسيلة العملية والقانونية التي يعتمد عليها الافراد في صيانه حقوقهم والحفاظ عليها، فالقانون في تنظيمه للمجتمع لا يكتفي بتقرير وتبيان حقوق وواجبات افراد هذا المجتمع وانما يضيفي عليها الحماية الضرورية لاستقرار المجتمع وتحقيق العدالة بين افراده، ولا ريب في ان وسيلة القانون في اصفاء هذه الحماية هي اعطاء كل صاحب حق دعوى يحمي بها حقه وتمكينه من اثبات ما يدعيه بكافة طرق الاثبات المقررة قانونا، ففاعلية كل حق تتوقف بالضرورة على امكانية اثباته عند التنازع عليه.

وإذا كان الإثبات هو حجر الزاوية في النظام القضائي بوجه عام، فإن المشرع لم يشأ أن يترك طرق الإثبات لارادة الخصوم واختيارهم، وانما فضل ان يحدد مقدماً طرق الاثبات الواجبة الاتباع، وعددها على سبيل الحصر، وهذا الحصر ليس ملزماً للخصوم فقط، وانما للقاضي ايضاً وإذا كانت احكام الاثبات بوجه عام هي ليست من النظام العام، ومن ثم يجوز استبدال وسيلة باخرى، وهذا لن يكون الا إذا وجدت أسباب تبرر هذا الاستبدال، ومن بين تلك الأسباب هي وجود القرابة التي تعد صورة من صور المانع الادبي، هذه القرابة شأنها ان تؤدي إلى استبدال دليل الاثبات الذي استلزمه القانون ونص على وجوده كدليل اثبات لتصرف قانوني أو التزام معين والانتقال إلى بقية ادلة الاثبات، وقد تكون القرابة مانعاً ادبياً في الحصول على أحد ادلة الاثبات بصورة مطلقة.

ثالثاً: اشكالية البحث

تتمحور مشكلة الدراسة في الوقوف على العراقيل التي تترتب على وجود صلة القرابة بين الخصوم أنفسهم أو بين الخصوم والشهود أو من تربطهم بهم علاقة مديونية، والنتائج التي تترتب عليها وكيفية ازالة آثارها، سواء على صعيد اجراءات الخصومة ام الاثبات.

فهي سلاح ذو حدين فمن جهة تعمل على الوقاية من بطلان الحكم القضائي أو الاجراءات القضائية التي تتخذ من دون الالتفات الى كون صلة القرابة مانعة من اتخاذها وسالبة لصلاحية من اتخذها، الا انها من ناحية اخرى تؤدي في حالة عدم الوقوف عندها الى اهدار الاجراءات القضائية التي تم اتخاذها مما يترتب عليه هدر الوقت والجهد والنفقات.

من هنا كان لا بد من الموازنة بين تلك الاثار والمحافظة على مبدأ الحياد وتوفير الضمانات اللازمة لعدالة وصحة الاجراءات القضائية التي يتم اتخاذها بما يجعلها بعيدة عن الطعن.

رابعاً: تساؤلات البحث

ان موضوع البحث يتسم بطابعه العملي الذي سيكون ميدانا غزيراً للتساؤلات التي تثير الفكر في البحث عن اجابات وافية لها، لذلك سنحاول من خلال البحث الاجابة عن بعض التساؤلات، التي تمثل الاجابة عنها معالجات لاشكاليته، ولعل من اهمها:

١. ما المقصود بالمانع الادبي في الاثبات المدني؟
٢. ما شروط تحقق المانع الادبي في الاثبات المدني؟

٣. ما معايير تحقق المانع الادبي في الاثبات المدني؟
٤. ما دور توافر صلة القرابة في اعمال المانع الادبي من الاثبات المدني؟
٥. الى اي درجة تكون القرابة مانعة من اتخاذ ادلة الاثبات الاصلية الت نص عليها القانون، والحكمة في ذلك؟
٦. ما الاثار التي تترتب على تحقق صلة القرابة في اعمال المانع الادبي في الاثبات المدني؟.

رابعاً: نطاق البحث

يتحدد نطاق البحث في بيان أثر صلة القرابة في الاثبات المدني ومدى عدها مانعاً ادبياً يوجب التحول من القاعدة الاصلية الى القاعدة الاستثنائية في الاثبات.

خامساً: هدف البحث

توضيح أثر صلة القرابة في الإثبات المدني: التركيز على كيفية تأثير القرابة على قواعد الإثبات، خاصة فيما يتعلق بالمانع الأدبي الذي يسمح بالإثبات بالشهادة بدل الدليل الكتابي.

خامساً: منهجية البحث

سنعتمد في اعداد هذا البحث على المنهج التحليلي من خلال تحليل القواعد القانونية التي تتعلق بموضوع البحث سواء أكان ذلك في التشريع العراقي أم المصري أم اللبناني، مع تحليل مواقف الفقه والقضاء المتيسرة في هذا المجال، وتحليل نصوص المواد القانونية ذات الصلة بالموضوع بغية الوقوف على مدى كفايتها واحاطتها بمشكلة البحث والتساؤلات الواردة آنفاً للوصول الى حلول قانونية في حال إذا كان هناك نقص تشريعي أعتري النصوص المنظمة لها.

وكذلك سنعتمد على المنهج المقارن بين قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل من جهة وقانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ واصول المحاكمات اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ من جهة اخرى، والقوانين الخاصة التي تضمن نصوصا تتعلق بموضوع البحث مع الاستئناس بنصوص القوانين المدنية في هذه الدول كلما دعت الحاجة الى ذلك، فضلا عن مقارنة اراء الفقهاء واحكام القضاء وبيان الصائب منها ووضع الحلول القانونية المناسبة للمشكل منها.

سادساً: خطة البحث

إقتضى البحث تقسيمه على ثلاثة فصول فضلاً عن المقدمة والخاتمة، التي ذكر فيها أهم النتائج وبعض التوصيات، وعلى النحو الآتي:

- المبحث الاول: مفهوم المانع الادبي في الاثبات المدني.
- المطلب الاول: التعريف بالمانع الادبي في الاثبات المدني.
- المطلب الثاني: شروط المانع الأدبي في الاثبات المدني وصوره.
- المبحث الثاني: معايير المانع الأدبي في الاثبات المدني وآثاره.
- المطلب الاول: معايير المانع الأدبي في الاثبات المدني.
- المطلب الثاني: آثار التمسك بالمانع الأدبي في اثبات التصرفات القانونية.

المبحث الاول

مفهوم المانع الادبي في الاثبات المدني

يعد المانع الأدبي حائلاً في كثير من التصرفات القانونية من الحصول على الدليل الكتابي، وذلك لدواعي الثقة المتولدة بين أطراف التصرف القانوني من علاقات القربى أو الزوجية أو الصداقة أو غيرها والتي تبنى في أساسها على جوهر الثقة المتبادلة بين الاطراف وللحيلولة دون ضياع الحقوق بسبب الثقة المفرطة بين الاطراف ولا اعتبارات انسانية واخلاقية دابت التشريعات^(١) على التلطيف من حدة قاعدة وجوب اثبات التصرفات القانونية بالكتابة عندما نكون أمام حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي.

ولهذا فإن القرابة بوصفها صورة من صور المانع الادبي تعد عذراً يسمح للطرف الذي قام لصالحه التحرر من قيد الدليل الكتابي^(٢) والانتقال بالاثبات إلى باقي وسائل الاثبات المحددة قانوناً، فما هو هذا المانع؟ وهل هناك شروط يجب توافرها لاعماله؟، ومن اجل الاجابة على هذه التساؤلات فاننا سنقسم هذا المطلب على النحو الآتي:

المطلب الاول: التعريف بالمانع الادبي.

المطلب الثاني: شروط المانع الأدبي وصوره.

المطلب الاول

التعريف بالمانع الادبي في الاثبات المدني

ان التعريف بالمانع الأدبي يستلزم منا بيان مجموعة من المسائل منها المقصود به، والحكمة منه، والاساس الذي يقوم عليه، ومن ثم تمييزه عن المانع المادي.

فعلى الرغم من اشارة المشرع العراقي للمانع^(٣) الأدبي الا انه لم يعرفه بعكس ما فعل بالنسبة لمبدأ الثبوت بالكتابة^(٤)، وبذلك يكون المشرع قد ترك عبء تعريفه إلى الفقه والقضاء، كذلك يمكن القول بوجود مانع بالمعنى المقصود في قانون الاثبات كلما تعذر الحصول على دليل كتابي وقت نشأة التصرف، فالمانع اذن يعني ان هناك عقبة قد حالت وقت ابرام التصرف دون كتابته وقد استحالت تخطي هذه العقبة^(٥).

ومن اجل هذا فقد اورد الشراح عدد من التعريفات للمانع الادبي، لكن مهما قيل من تعاريف لهذا المصطلح، فإن ذلك لا يعد اكثر من اختلاف في الصياغة منه إلى المضمون

(١) اشار المشرع العراقي في المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل على امكانية الاثبات بجميع طرق الاثبات ما كان يجب اثباته بالكتابة في حالتين وذكر في نص الفقرة ثانياً من هذه المادة "ثانياً: إذا اوجد مانع مادي أو ادبي حال دون الحصول على دليل كتابي" وبذات الاتجاه ذهب المشرع المصري في المادة (٦٣) من قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨؛ المادة (٤/٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم الاشتراعي رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣ وان كان المشرع اللبناني ذكر صور المانع الادبي.

(٢) الدليل الكتابي هو كل كتابة يمكن ان يستند عليها أحد الطرفين في اثبات حقه أو نفيه، ويأخذ بها في الاثبات بوصفه دليلاً كاملاً، ينظر: د. عباس عيودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، ط٢، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٧٧، ص١٤٢١.

(٣) تنظر: المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي، المادة (٦٣) من قانون الاثبات المصري، المادة (٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

(٤) فقد عرف المشرع العراقي مبدأ الثبوت بالكتابية في المادة (٧٨) من قانون الاثبات بانها ".... ومبدأ ثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها ان تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال".

(٥) ينظر: د. محمد المرسي زهرة، احكام الاثبات، في ضوء قانون الاثبات الاتحاد رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢ في المعاملات المدنية والتجارية، مطبوعات جامعة الامارات المتحدة، الامارات، ٢٠٠٥، ص٣٩٢.

فقد عُرف المانع الأدبي بأنه: "هو وجود ظروف نفسية كانت تربط الطرفين وقت التعاقد، ولم تكن تسمح من الناحية الادبية بمطالبة الآخر بكتابة التصرف القانوني"^(٦)، كما عرفه آخر بانه "حالة نفسية تنتج عن وجود علاقة قرابة أو عمل أو صداقة أو شراكة تعاصر نشوء التصرف وتمنع من الاعداد أو الحصول على دليل كتابي"^(٧).

يتضح من هذه التعاريف ان المانع الأدبي وثيق الصلة بالنفس الانسانية كونه يتعلق بظروف نفسيه غير ظاهرة أو ملموسة لا يستشعرها الا الشخص الذي يقع تحت تأثير تلك الظروف التي لا يعلم مضمونها ومدى تأثيرها في العلاقات بين الناس الا خالقها، ويكفي لوجود هذا المانع الأدبي وجود استحالة سببية ولا يشترط الاستعمال المطلق لاثبات المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي، لذلك فالمفهوم العام للمانع الأدبي هو استحالة الحصول على الكتابة وقت التعاقد، وهذه الاستحالة تنشأ كأثر لوجود المانع الأدبي، وهي شخصية تقتصر على شخص المتعاقد، ونسبته إذا انها ترجع إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد، وهذه الظروف قد تكون متغيره فهي لا تتعلق بطبيعة الواقعة محل الاثبات^(٨).

لذلك يمكن تعريف المانع الأدبي في ضوء ما تقدم بأنه: حائل معنوي نسبي تزامن مع انعقاد التصرف القانوني استلزم القانون لاثباته الدليل الكتابي، إذ تعذر الحصول على هذا الدليل كما يجيز بوجوده عدم التقيد بالدليل الكتابي، وامكانية الاثبات بوسائل الاثبات الأخرى كافة.

هذا التعريف ينسجم مع من وصف المانع الأدبي بانه المانع الذي ينتج عن اعتبارات اجتماعية أو معنوية ونفسية وهي تلك التي تحول دون مطالبة الشخص بدليل كتابي من الشخص المتعاقد معه^(٩).

اما عن الحكمة من تشريع المانع الأدبي، فإن حرص المشرع على استقرار المعاملات والحيلولة دون ضياع الحقوق بسبب الثقة المفرطة بين الاطراف، فقد اوردت التشريعات هذا الاستثناء لاعتبارات ادبية راعت فيها البعد الاجتماعي للقاعدة الاخلاقية في النص القانوني فضلا عن ان المنطق والعقل يقضيان بذلك الاستثناء إذ إنه من المحال ان يحرم الشخص من حقه لمجرد وجود مانع نفسي حال بينه وبين مطالبة الطرف الآخر بدليل كتابي لاثبات التصرف، كما ان الضرورة، تفرض على الواقع العملي الانتقال من الاصل إلى الاستثناء عند صعوبة الاتيان بالاصل، فاذا وجد مانع من الحصول على الكتابة لاثبات التصرف كان الواجب اثباته بالكتابة فلا مناص من النزول عند حكم الضرورة والسماح ان تحل القرائن وشهادة الشهود محل الكتابة في اثبات التعاقد^(١٠).

وقد كان المشرع واقعيًا في جواز الاثبات بغير الكتابة عند قيام المانع الأدبي تماشيًا مع ما تعرضه بعض العلاقات من اواصر المحبة والصلة والتي تكون بين الاطراف اعتبارات نفسية وادبية تمنع احدهما أو كلاهما

(٦) ينظر: باسل عبد الهادي ابراهيم احمد، الحالات المستثناة من الاثبات بالكتابة في المواد المدنية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، ٢٠١٨، ص ٦٨.

(٧) ينظر: د. احمد نشأت، رسالة الاثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٢٤٣.

(٨) ينظر: د. مفلح عواد القضاة، البيئات في المواد المدنية والتجارية، ط ١، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، دون سنة طبع، ص ١٧٥.

(٩) ينظر: د. عابد فايد عبد الفتاح، نظام الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٧٢.

(١٠) ينظر: علي رثيف الديوب، المانع الأدبي من الاثبات بالكتابة، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، العدد (٣١)، ٢٠١٦، ص ٩٥.

من مطالبة الآخر بدليل كتابي عما تم ابرامه من تصرف بينهما، إذ انه في بعض المجتمعات من المعيب مطالبة الابن اياه أو الزوج زوجته باثبات كتابي للدلالة على انعدام الثقة التي تضعف علاقات القرابة والزوجية^(١١). أما عن أساس المانع الادبي، فإنه يجد اساسه القانوني فيما اوردته التشريعات المقارنة بالنص عليه سواء بالتصريح به أو الاشارة اليه بصورة ضمنية^(١٢)، اما عن اساسه الذاتي فإن يقوم على فكرة اساسها (الثقة المتبادلة بين الاطراف) وهي فكرة نسبية وليست مطلقة، فهي تقتصر على الشخص الذي قام لصالحه المانع الأدبي فقط دون غيره وان تلك الاستحالة ترجع إلى الظروف الخاصة التي عاصرت التعاقد فقد يقوم المانع الأدبي بين شخصين في وقت ما وظروف معينة ثم يزول ذلك المانع بزوال تلك الظروف التي قام بسببها ذلك المانع^(١٣). ولذلك يرجح الكثير من الفقه^(١٤) إلى ان أساس المانع الأدبي انما هو فكرة (الثقة المتبادلة بين اطراف التصرف القانوني والتي استحالة معها نسبياً مطالبة الطرف الآخر بالدليل الكتابي الذي تطلبه القانون لاثبات التصرف القانوني لأنه يقوم على الاعتبار الشخصي.

وما دنا بصدد التعريف بالمانع الأدبي، فإنه لزاماً علينا ان نميز ما بين المانع الأدبي والمانع المادي الذي عرف بأنه الامر الذي يمنع بتطبيقه من الحصول على مستند كتابي وقت حصول سبب الالتزام^(١٥)، وهذه الظروف اما ان تكون طبيعية وهي التي تحصل بغير ارادة الانسان مطلقاً كالفيضانات والصواعق والمواليد والوفيات وقد تكون بشرية أو صناعية وهي ما تحصل بعمل الانسان بشكل ارادي أو غير ارادي كالجرائم والاعمال غير المشروعة التي لا تشكل جرائم والغصب وكل ما يقبل ان يكون بعقد^(١٦). يقترب المانع الأدبي من المانع المادي في نواحي، ويفترق عنه في نواحي اخرى، اما اوجه الاقتراب أو الشبه فهي:

١. ان كل من المانع المادي والمانع الأدبي يعد استثناء على الاصل، يُمكن هذا الاستثناء في امكانية الاثبات بغير الكتابة في المسائل والتصرفات التي استلزم القانون اثباتها بالدليل الكتابي.
٢. كل من المانع المادي والادبي يسريان على جميع التصرفات القانونية مهما بلغت قيمتها ولا يستثنى من ذلك تصرفات معينة.
٣. يتميز كل من المانع المادي والادبي بانهما حالة تخص ظروف شخص معين دون غيره وهي بذات الوقت لا تتعلق بطبيعة الواقعة محل الاثبات.
٤. كلاهما يخضعان في تقديرهما لسلطة محكمة الموضوع في الاخذ بهما أو رفضهما شريطه ان يكون الحكم مسبباً منطقياً لخضوعه لرقابة محكمة التمييز الاتحادية^(١٧).

(١١) ينظر: د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الاثبات، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص٢٠٧.

(١٢) تنظر: المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي، المادة (٦٣) من قانون الاثبات المصري، وقد حرص المشرع اللبناني بصورة ضمنية في المادة (٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية عندما ذكر عبارة (استحالة معنوية).

(١٣) ينظر: عز الدين الدناصوري، حامد عكاز، التعليق على قانون الاثبات، ط١، ج٢، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص٦٧٨.

(١٤) ينظر: د. محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، مطبعة شفيق بغداد، ١٩٨٣، ص٧٣٤؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، الاثبات في المواد المدنية، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٥٤، ص٢٦٧؛ عبد الحكم فودة، موسوعة الاثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية في ضوء الفقه والقضاء حتى سنة ١٩٩٥، ط١، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٧، ص١٢٧.

(١٥) ينظر: د. احمد نشأت، مصدر سابق، ص٦١٠.

(١٦) ينظر: عز الدين الدناصوري، مصدر سابق، ص٦٧٩.

(١٧) ينظر: د. سليمان مرقس، اصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنة بتقنيات سائر البلاد العربية، ج١، الادلة المطلقة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٢٤٧؛ د. احمد نشأت، مصدر سابق، ص٣٥١.

اما عن اوجه الافتراق أو الاختلاف فهي^(١٨):

١. يختلف المانع الأدبي عن المانع المادي في ان الاول مانع شخصي يتعلق بشخص اطراف العلاقة القانونية ويقصد به ان يكون سبب عدم الحصول على الدليل الكتابي توافر ظروف نفسية خاصة بعلاقات الخصوم وقت ابرام التصرف القانوني بينما يكون المانع المادي موضوعي ينشأ نتيجة ظروف خارجة عن التصرف المبرم بين الطرفين والتي تحول دورها ماديا من الحصول على الدليل الكتابي.
٢. يصعب اثبات المانع الأدبي في اغلب الاحيان على من ادعى به أمام القضاء، لأنه انما يثبت شيء كامن في النفس الانسانية بينما يسهل اثبات الظروف الطارئة في المانع المادي، لأنه انما يثبت واقعة مادية ملموسة.

نلاحظ في كل ما تقدم ان المانع الأدبي ما هو الا ظرف شخصي يتصل بشخص المتعاقدين يتعلق باسباب نفسية أو ادبية يطرأ على علاقة محددة غالبا ما تكون سبب القرابة أو الزواج أو المصاهرة يحول وجوده من توثيق التصرف القانوني المبرم بين الطرفين والذي اوجب القانون الدليل الكتابي في اثباته.

المطلب الثاني

شروط المانع الأدبي في الإثبات المدني وصوره

لما كان وجود المانع الأدبي عذراً يسمح للطرف الذي قام لصالحه التحرر من قيد الدليل الكتابي والانتقال بالاثبات إلى باقي وسائل الإثبات المحددة قانوناً، فإن الامر ليس بهذه البساطة، بل لابد من توافر جملة من الشروط لحصول ذلك، هذه الشروط تعطي مشروعية لعمل الاستثناء الذي جاء به المشرع، ولا بد من الإشارة إلى ثمة صورة للمانع الأدبي صرحت به بعض التشريعات كما سنرى والآخر اطلقها، لذلك سنقف بشيء من التفصيل على تلك الشروط واهم صور المانع الأدبي، وموقف التشريعات المقارنة منها فيما يأتي:

الفرع الاول: شروط تحقق المانع الادبي في الإثبات المدني.

الفرع الثاني: صور المانع الادبي في الإثبات المدني.

الفرع الاول

شروط تحقق المانع الادبي في الإثبات المدني

لابد من توافر جملة من الشروط لقيام هذا المانع والاخذ به من قبل القضاء وتقديره بصوره مستقلة ومن اهم هذه الشروط هي:

اولاً: وجود صلة بين الطرفين قبل ابرام التصرف القانوني:

يبني المانع الأدبي على الحياء والذوق الذي يقوم عند كثير من الناس، وهو من اهم واعظم الاخلاق التي تفتح جميع ابواب الخير للانسان، والحياء صفة حميدة يتصف بها الشخص المهذب الذي يلتزم بتعاليم الخلق العالي، ويستطيع من خلالها المحافظة والالتزام بتقاليد وعادات المجتمع الحسنة^(١٩).

(١٨) ينظر: محمد علي الصوري، مصدر سابق، ص ٧٣٥؛ د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص ٢٧١.
(١٩) الحياء والخجل في علم النفس، مقال منشور على شبكة الانترنت على الموقع <http://mahldoo3.com> تاريخ الزيارة ١٧/٥/٢٠٢٥.

ويقوم هذا الحياء بين من تربطهم اواصر القرابة كيفما كانت درجاتها بسبب الاعراف والتقاليد المتبعة في المجتمع، ولما للعلاقات الاسرية من قدسية لدى المجتمع والافراد^(٢٠).

لذا لا بد لنشوء المانع الأدبي من وجود صلة القرابة، ولو كانت لا تعد بذاتها مانعاً ادبياً من الحصول على الدليل الكتابي، وموكل تقديرها لقاضي الموضوع وفقاً لظروف كل حالة وملابساتها^(٢١) الا انه متى تمسك الخصم بوجود مانع ادبي هو صلة القرابة الوثيقة كرابطة الابوة أو الامومة حالت دون الحصول على دليل كتابي، فانه يعد دفعاً جوهرياً يتعين على محكمة الموضوع ان تبحثه وتقول كلمتها فيه والا كان حكمها قاصراً^(٢٢).

وكذلك يشترط لاعتبار القرابة أو الصلة بين المتعاقدين مانعاً ادبياً يتيح الاثبات بالشهادة ان تكون العلاقة سابقة للتصرف المراد اثباته أو معاصرة لها أي يجب ان يتوافر عنصر (التعاصر) بين رابطة الصلة والتصرف المراد ابرامه، فاذا كان التصرف المراد ابرامه سابقاً لقيام العلاقة بين الطرفين فلا يمكن اثباته بالشهادة أو بأي دليل آخر عدا الدليل الكتابي الا إذا وجد مانع آخر غير المانع الأدبي الا انه يمكن اثبات الوفاء بالالتزام أو الابراء منه بالشهادة إذا وقع ذلك بعد قيام العلاقة^(٢٣).

ثانياً: قيام الاستحالة النسبية التي تمنع من الحصول على الدليل الكتابي:

تتمثل الاستحالة النسبية بوجود الرابطة الادبية على اختلاف صورها هذه الرابطة على درجة من القوة بحيث ادت إلى استحالة مطالبة أحد اطراف التصرف القانوني بالدليل الكتابي الذي تطلبه القانون لاثبات هذا التصرف حيث ان الاثبات ينصب على واقعة معينة الا وهي العلاقة بين طرفي التصرف القانوني وثبوتها يثبت المانع الأدبي تلقائياً، ولا بد ان تكون تلك الاستحالة نسبية من حيث الاشخاص أو الزمان، وقد قيل انه ليس ضروريا وجود استحالة مادية مطلقة لأننا سنكون أمام مانع مادي موضوعي يتعلق بموضوع الاثبات لا علاقة له بطبيعة التصرف القانوني بل يكفي ان تكون هناك استحالة ادبية نسبية تتعلق بطرفي العلاقة^(٢٤).

ثالثاً: ان يكون المانع الأدبي حقيقي لا صوري:

تعني الصورية بأنها امر ظاهر غير حقيقي يستتر موقفاً خفياً حقيقياً يقوم على اتفاق مستتر، قد يمحو كل أثر للوضع الظاهر وقد يعدل احكامه^(٢٥) هذه الصورية كثيراً ما يلجأ اليها الشخص كلما اراد اخفاء حقيقة وضع ما قد يكون الهدف منها ايثار شخص ببعض امواله أو التهرب من دفع الضرائب أو التحايل على احكام القانون في اوضاع اخرى منها بتجنب الاثبات بالدليل الكتابي الذي استلزمه القانون والانتقال إلى ادلة الاثبات الاخرى التي يكون توفيرها واجادها اسهل في بعض الاحيان كما في شهادة الشهود.

هذه الصورية من الممكن ان تقع في غير دائرة العقود كما لو تحققت في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد كالابراء من دين بشرط ان توجه إلى شخص معين كما يمكن ان تقع في غير دائرة التصرف القانوني كما

(٢٠) ينظر: قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير قيمة الدليل الكتابي، بحث منشور في مجلة الفكر، العدد الثامن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد اخضير، الجزائر، ٢٠١٢، ص ١٠٠.

(٢١) وذلك لأن المانع الأدبي ينتج من اعتبارات معنوية نفسية واجتماعية تحول دون مطالبة أحد الاطراف للاخر بدليل كتابي، لمزيد من التفصيل ينظر: د. عايد فايد عبد الفتاح، مصدر سابق، ص ١٧٢.

(٢٢) حمدي احمد خليفة، المانع الادبي، مقال منشور على موقع نقابة المحامين في مصر على الموقع: <https://egylawsite.wordpress.com> تاريخ الزيارة ٢٠٢٤/٥/١٧.

(٢٣) ينظر: د. احمد نشأت، مصدر سابق، ص ٢٤٣.

(٢٤) ينظر: د. عايد فايد عبد الفتاح، مصدر سابق، ص ١٧٣.

(٢٥) ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشري، القانون المدني (احكام الالتزام)، ج ٢، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون مكان طبع، ١٩٨٩، ص ١٤٤.

لو وقعت في دائرة الاحكام، كالاحكام التي تقضي بايقاع البيع على شخص رسا عليه المزداد ويكون مشتريا لحساب غيره^(٢٦).

هذه الصورية يمكن اثباتها بالبينة الشخصية متى ما وجد المانع الادبي، كما لو باع الزوج لزوجته بعض المنقولات التي يملكها بعقد صوري ولم يستكتبها للثقة المتبادلة بينهما، تهرباً لهذه الاموال من الضمان العام لحقوق دائنيه، ثم انكرت الزوجة عليه هذا البيع، فهنا يستطيع ان يثبت صورية عقد البيع بجميع وسائل الاثبات لوجود المانع الأدبي من استحصال الدليل الكتابي الذي يثبت البيع^(٢٧).

لذلك يجب الا يكون المانع الأدبي صورياً أي غير حقيقي كما لو ادعى من تقرر لصالحه المانع ان هناك ظروف ادبية نشأت عن علاقة القرابة حالت دون مطالبة من تصرف له بالدليل الكتابي الذي يثبت التصرف وانه في الحقيقة قد اعتاد التعامل مع هذا الشخص التعامل بالكتابة في جميع التصرفات مهما بلغت قيمتها، فهنا يكون المانع صورياً، وليس حقيقياً وهذا الامر يترك تقديره للمحكمة.

رابعاً: التمسك بالمانع الأدبي أمام محكمة الموضوع:

لما كان القضاء المدني لا يباشر وظيفته بازالة التجهيل لقانون الا بناءً على طلب من كانت به الحاجة في حماية القضاء لحقوقه، وهذا يعني ان القاضي لا يبادر من تلقاء نفسه لأنه لو فعل ذلك لاخل بمبدأ الحياد ولاصبح خصماً وقاضياً في الوقت نفسه^(٢٨).

لذلك لا بد عند الدفع بوجود المانع الأدبي فإن عبء اثباته يقع على من يدعي وجوده^(٢٩). ثم بعد ذلك للمحكمة ان تقدر دفاعه، وتجزئ الاثبات بالبينة أو لاتجزئه^(٣٠).

ولا بد من الاشارة في هذا الصدد ان التمسك بقيام المانع الأدبي لتبرير عدم الحصول على الدليل الكتابي في الاحوال التي يوجبها القانون لاثبات التصرف من المسائل الواقعية التي يجب التمسك بها أمام محكمة الموضوع ومن ثم لا يجوز لمحكمة الموضوع ان تقرر من تلقاء نفسها قيام المانع وتقضي – تبعاً لذلك – بالاحالة للتحقيق لاثبات ما لا يجب اثباته الا بالكتابة، بل يجب على من يدعي وجود هذا المانع ان يتمسك به، فإن لم يتمسك به أمام محكمة الموضوع بقيام مانع لديه تعذر معه الحصول على دليل كتابي فلا يجوز له بعد ذلك الطعن في حكمها بمقولة انه اخطأ عندما لم يعتبر هذا المانع حائلاً دون الحصول على دليل كتابي^(٣١).

الفرع الثاني

صور المانع الادبي في الاثبات المدني

(٢٦) تنظر: المادة (٩٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
(٢٧) ينظر: د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١، ص ١١٩.

(٢٨) ينظر: د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٤٢٩.

(٢٩) ينظر: عصام احمد البهجي، احكام عبء الاثبات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٦٠.

(٣٠) ينظر: د. احمد نشأت، مصدر سابق، ص ٢٤٥.

(٣١) ينظر: د. محمد المرسي، مصدر سابق، ص ٤٠٤.

اما عن صور المانع الادبي، فكما سبق وان اشرنا إلى ان التشريعات المقارنة قد تبين موقفها حيال ذلك، فمنها من حدد تلك الصور، ومنها اطلق ذلك كما فعل المشرع العراقي^(٣٢)، والمشرع المصري^(٣٣)، في حين نجد المشرع اللبناني حدد صور المانع الادبي^(٣٤)، لذلك سنعرض هذه الصور ونبين أي من التشريعات كان الاجدر بالتأييد:

اولاً: العرف المتبع في بعض المهن:

من صور الموانع الادبية ما يقضي به العرف المتبع لدى بعض اصحاب المهن بعدم اعداد دليل كتابي، من ذلك ما جرى عليه العرف لدى اصحاب الفتاوى والمطاعم والمقاهي والطب فإن الطبيب في اكثر الظروف لا يحصل على دليل كتابي من المريض بما اتفقا عليه من حيث أخذ العلاج بل قد لا يتفقان أصلاً على الاجر، ويطلب الطبيب اجره بعد ذلك وفقاً للعرف الجاري دون ان يطلب منه تقديم دليل كتابي حتى لو زاد عن النصاب^(٣٥). وقد صرح بهذا المانع المشرع اللبناني^(٣٦) حيث اشار اليه بنص الفقرة الرابعة من المادة (٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية حيث جاء في النص عبارة "الاستحالة المعنوية وهي تنشأ عن العرف المتبع في بعض المهن"، اما عن بقية التشريعات المقارنة كالمشرع العراقي والمشرع المصري فلم يصرحا بذلك^(٣٧) الا ان هذا لا يعني عدم امكانية عدّ العرف المتبع لدى بعض المهن مانعاً ادبياً من الحصول على الدليل الكتابي.

ثانياً: علاقة القربي بين الزوجين:

تعد العلاقة الزوجية من اهم حالات المانع الأدبي التي تحول دون الحصول على دليل كتابي بين الزوجين في معاملاتهم المالية، فاذا ما ثبت هذه العلاقة تحتم على القاضي اعتبارها مانعاً من الحصول على الدليل الكتابي لاثبات تصرف قانوني كأثبات وفاء بدين ما بينهما أو اثبات قرض أو تصرف قانوني اخر^(٣٨). ويعدّ مدى اعتبار العلاقة الزوجية مانعة من الامور الموضوعية التي تختلف بحسب ظروفها، وان كان الاصل قيام المانع الأدبي الذي يمنع من الحصول على الدليل الكتابي الا انه فقد يعتاد الزوجان على كتابة تصرفاتها القانونية بشرط توافر عنصر الاعتیاد^(٣٩). فاحياناً لا تكون رابطة الزوجية متمسكة بالثقة بين الزوجين إذ ما اعتاد الزوجان على ربط معاملاتها بالدليل الكتابي، وعلى أي حال فإن وجود محرر كتابي بين الزوجين لا يمنع قيام المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي إذا توفرت شروطه^(٤٠). ومن اجل عدّ العلاقة الزوجية مانعاً ادبياً يتيح الاثبات بالشهادة ان تكون الزوجية سابقة للتصرف المراد اثباته بالشهادة وان الخلافات التي قد تنشأ بين الزوجين اثناء سير العلاقة الزوجية لا يمكن ان تعد احدی أسباب زوال المانع إذ ان الاخير يبقى قائماً على الرغم من وجود تلك الخلافات بين الزوجين في اغلب الاحيان، ولكن يجب

(٣٢) تنظر: المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي

(٣٣) تنظر: المادة (٦٣) من قانون الاثبات المصري.

(٣٤) تنظر: المادة (٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانية؛ وعلى سبيل الاستئناس ذهب بذات الاتجاه المشرع الاردني في المادة (٣٠) من قانون البيئات رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢

(٣٥) ينظر: سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٥٧١.

(٣٦) تنظر: المادة (٤/٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبنانية.

(٣٧) تنظر: المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي، المادة (٦٣) من قانون الاثبات المصري.

(٣٨) ينظر: سامي مقداد، الاثبات في المواد المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، ٢٠٠٨، ص ٢١٨.

(٣٩) ينظر: د. احمد عبد العال قروين، احكام الاثبات من المواد المدنية، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٢١٨.

(٤٠) ينظر: د. عبد الحميد الشواربي، الاثبات بشهادة الشهود، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦، ص ١٨٧.

ان لا ترقى تلك الخلافات إلى نشوء خصومة قضائية أو قطيعة بين الزوجين فاذا كان التصرف سابقاً لقيام الزوجية فلا يمكن اثباته بالالتزام أو البراء منه بالشهادة الا إذا وقع بعد قيام الزوجية^(٤١).
وقد عد المشرع اللبناني العلاقة بين الزوجين صورة من صورة المانع الأدبي في المادة (٤/٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية حيث ذكر عبارة (بين الزوجين أو بين أحد الزوجين) اما المشرع العراقي والمصري^(٤٢) فلم يصرحا بذلك.

ثالثاً: العلاقة بين الخطيب والخطيبة:

يظهر الخطيبان اثناء فترة الخطبة باحسن صورة حيث تكثر في هذه الفترة المجاملات ومحاوله اخفاء العيوب واظهار الفناعة بالطرق الاخرى والثقة المطلقة بذاتها، وقد تحصل ما بينهما في هذه الفترة معاملات مالية وتصرفات قانونية، ونتيجة لذلك قد يجد الخاطب نفسه أمام موقف محرج من الحصول على دليل كتابي لتلك التصرفات لاظهار حسن النية والوصول بهذه الخطبة إلى نهايتها الطبيعي بالزواج، ومن ثم يجسد المانع الأدبي بشكل صريح^(٤٣).

وعلى هذه الصور نص المشرع اللبناني في الفقرة الرابعة من المادة (٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية حيث جاء في نصها عبارة: "او بين الخطيب والخطيبة" اما المشرع العراقي والمصري لم يصرحا بذلك^(٤٤)، ومع ذلك فقد اشار القضاء المصري إلى ذلك في قرار لمحكمة النقض المصرية جاء فيه: "فترة الخطوبة وعلى ما جرى به العرف لها سمتها الخاصة التي تفرض على الخطيبين واسرتيهما سلوكاً حميماً اليه التودد والمجاملة لما للطرف الاخر، وهو ما لا يلائم للتعامل بالكتابة من شأن اداء المهر أو تقديم الشبكة وما في حكمها من الهدايا المتعارف عليها، فإن هذه الفترة تعد بذاتها مانعاً ادبياً يحول دون الحصول على دليل كتابي في هذا الخصوص ويجوز الاثبات بشهادة الشهود"^(٤٥).

رابعاً: المانع الأدبي بين الاقارب والنسب:

قرابة النسب تعد صورة من صور المانع الأدبي، وهي القرابة ما بين الاصول والفروع والحواشي حتى الدرجة الثالثة، وهذا ما نص عليه المشرع اللبناني في المادة (٤/٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية^(٤٦) حيث ذكر عبارة: "او علاقات القربى بين الاصول والفروع أو بين الحواشي حتى الدرجة الثالثة"، يلحظ من هذا النص ان المشرع اللبناني حدد القرابة حتى الدرجة الثالثة ومن ثم لا يجوز اعتماد هذه الصورة من المانع إذا كانت القرابة بعد الدرجة الثالثة، ومن هنا نتساءل ان المشرع العراقي والمصري لم يحددا ذلك فإن كان من الممكن عدّ القرابة بين الاصول والفروع والحواشي مانعاً ادبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي ومن ثم يجيز الاثبات بالشهادة أو بغيرها من ادلة الاثبات الاخرى، وهل ان القرابة مطلقة لم تحدد بدرجة أم لا لعدّها مانعاً ان تحدد بدرجة معينة، من هنا يجب على المشرع تلافي هذا النقص التشريعي وتحديد درجة القرابة إذ

(٤١) ينظر: د. انور سلطان، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية في القانونين المصري واللبناني، دون دار ومكان طبع، ٢٠٠٩، ص ١٧٠.

(٤٢) تنظر: المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي.

(٤٣) ينظر: علي رنيف الديوب، مصدر سابق، ص ٩٦.

(٤٤) تنظر: المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي، المادة (٦٣) من قانون الاثبات المصري.

(٤٥) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٠٦٩ سنة ٩٥ الصادر بتاريخ ١٠/١٠/١٩٩٣، مشار اليه لدى: سامي مقداد، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

(٤٦) ولم يصرح المشرع العراقي والمصري بذلك المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي المادة (٦٣) من قانون الاثبات المصري.

سنمنح بعدها صورة من صور المانع الادبي، ولا بد لنا قبل عرض الاقتراح الذي سنرجه إلى ما بعد ان نبين الصورة الاخيرة من صور المانع الادبي.

خامساً: المانع الأدبي وعلاقة المصاهرة:

تعد علاقة المصاهرة مانعاً ادبياً يحول دون الحصول على الدليل الكتابي، وهذا ما صرح به المشرع اللبناني في المادة (٤/٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية بعبارة "او بين أحد الزوجين ووالدي الزوج الاخر" ولم يصرح بذلك كل من المشرع العراقي ونظيره المصري^(٤٧).

يلحظ على ان المشرع اللبناني حصر قيام المانع الأدبي الذي يستند إلى المصاهرة بين الزوج والد ووالدة زوجته وبين الزوجة ووالد ووالدة زوجها على ان هذه المصاهرة تحول من الناحية النفسية اثبات المعاملات فيما بينهما بالكتابة^(٤٨)، ومن ثم يخرج من نطاق المانع الأدبي اخ واخت الزوجة والعكس لأن العلاقة فيما بينهم لا تشكل مانعاً أو سبباً يجيز الاثبات بالشهادة^(٤٩).

ومن خلال المقارنة بين موقف التشريعات، وكما سبق وان اشرنا إلى ان بعض التشريعات من صرح بهذه الصورة كالمشرع اللبناني على النحو الذي سبق الاشارة اليه، ومنها من لم يصرح بهذه الصورة، وانما اطلق الامر وترك تقدير وجود المانع الأدبي من عدمه إلى سلطة القاضي، فالمشرع العراقي قد اجاز بنص صريح الاثبات بطرق الاثبات كافة كلما وجد مانع يتعذر معه اعداد دليل كتابي يستوي بعد ذلك ان يكون المانع ادبي أو مادي، ولما كان التقدير يختلف من قاضٍ إلى آخر بالإضافة إلى اختلاف الظروف التي احاطت بتعذر الحصول على الدليل الكتابي، فاننا نرى ضرورة تحديد صور المانع الأدبي لعدة أسباب وهي:

١. التيسير على القاضي في التثبت من وجود المانع الادبي، في الحالات والصور التي ينص عليها المشرع بالإضافة إلى تجنب اختلاف التقدير وتجنب تناقض الاحكام.

٢. ان المانع الأدبي هو مانع نسبي نفسي.

٣. ان المانع الأدبي هو استثناء من الاصل وهذا الاستثناء يجب الا يتم التوسع فيه.

وبناءً على ما تقدم فاننا ندعو المشرع العراقي تعديل نص الفقرة ثانياً من المادة (١٨) من قانون الاثبات لتقرأ على النحو الآتي: "ثانياً: إذا وجد مانع مادي أو ادبي نشأ عن العرف المتبع في بعض المهن أو علاقات القرابة بين الزوجين وبين والاصول والفروع أو بين الحواشي حتى الدرجة الثانية أو علاقة المصاهرة ما بين اصول الزوجين أو بين الخطيب والخطيبة".

مما تقدم، يتضح لنا دور القرابة في قانون الاثبات وأثرها على قواعده لاسيما ادلة الاثبات، وما يتتب عليها من التحول من الدليل الكتابي إلى ادلة تتسم باليسر والسهولة في اثبات التصرفات القانونية.

المبحث الثاني

معايير تحديد المانع الأدبي في الاثبات المدني واثاره

لما كانت القرابة بوصفها صورة من اهم صور المانع الأدبي الذي يعد حالة نفسيه تكتنف المتعاقد بحيث تمنعه من اخذ سند عادي أو رسمي من المتعاقد الآخر، وان هذه الحالة من الصعب تقديرها إذ يقتضي تحري الظروف

(٤٧) تنظر: المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي، المادة (٦٣) من قانون الاثبات المصري.

(٤٨) ينظر: مفلح القضاة، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٤٩) ينظر: عبد القادر الفار، المدخل بدراسة العلوم القانونية، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ١٩٩٤، ص ١٦٩.

المحيطة في نفس المتعاقد للقول انه بلغ حداً يستحيل أو يصعب عليه ادبياً ان يأخذ دليلاً كتابياً من الطرف الاخر، لذلك بدأت المحاولات في وضع معايير منضبطة إلى حد ما لغرض تحديد المانع الادبي، الذي له الأثر البالغ في الإثبات من خلال الخروج عن الاصل العام للمحافظة على الحقوق والمراكز القانونية والعمل على استقرار المعاملات، وحفظ ما لصاحب الحق من حقوق وانصافه، لذلك ومن خلال هذا المطلب سنحاول ان نبين اهم تلك المعايير ومن ثم تنتقل إلى اهم اثار المانع الأدبي في الإثبات وعليه سنقسم هذا المطلب على الفرعين الاتيين:

المطلب الاول: معايير تحديد المانع الأدبي في الإثبات المدني.

المطلب الثاني: اثار التمسك بالمانع الأدبي في اثبات التصرفات القانونية.

المطلب الاول

معايير تحديد المانع الأدبي

معايير المانع الأدبي من خلال استقرار موقف القوانين المقارنة^(٥٠)، نجد انها تباينت في موقفها حول وضع معيار منضبط لتحديد المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي بسبب وجودة، والمعايير التي استند اليها لا تخرج عن واحدة من المعيارين، وهما المعيار الذاتي والمعيار الموضوعي، ولكل واحد من هذين المعيارين له ما تستند عليه من اسس ومبررات، لذلك سنبيين معا بشيء من التفصيل الموجز تجنباً للتكرار:

الفرع الاول: المعيار الذاتي للمانع الادبي في الإثبات المدني.

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي للمانع الادبي في الإثبات المدني.

الفرع الاول

المعيار الذاتي للمانع الادبي في الإثبات المدني

يقوم هذا المعيار على أساس السلطة التقديرية للقاضي، فالقانون قد نص على ان قيام المانع الأدبي بين طرفي الالتزام أو طرفي التصرف تجيز الإثبات بالشهادة أو غيرها من ادلة الإثبات فيما لو كان هذا الالتزام أو هذا التصرف يتوجب قانوناً اثباته بالكتابة، وترك امر اعتبار وجود هذا المانع من عدمه بيد المحكمة.

وبهذا المعيار أخذ المشرع العراقي والمصري^(٥١)، ومن ثم فإن هذه التشريعات لم تحدد المانع الأدبي على أساس درجة القرابة بل ترك امر تقدير وجود هذا المانع إلى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع من خلال الظروف المحيطة بالالتزام أو التصرف القانوني ويقع على عاتق مدعي وجود المانع اثبات ذلك^(٥٢).

والقضاء بموجب هذا المعيار يميل إلى التوسع في الموانع الادبية إذا يترك للقاضي الحرية في تقدير كل حالة على حدة^(٥٣)، دونما اعتبار لدرجة القرابة لوحدها، فالمانع الأدبي هو نفسي يرجع إلى الظروف التي تم فيها التعاقد^(٥٤).

(٥٠) ينظر: المادة (١٨) من قانون الإثبات العراقي، المادة (٦٣) من قانون الإثبات المصري (٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

(٥١) تنظر: المادة (١٨) من قانون الإثبات العراقي، المادة (٦٣) من قانون الإثبات المصري.

(٥٢) ينظر: علي رثيف الديوب، مصدر سابق، ص ١١٨.

(٥٣) ينظر: د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ١٥٥.

(٥٤) ينظر: عز الدين الدناصوري، حامد عكاز، مصدر سابق، ص ١٣٠٨.

وعلى ذلك قضت محكمة التمييز / العراقية في قرار لها جاء فيه^(٥٥): "ان تقدير وجود المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي بالحق المتنازع فيه يعد من المسائل التي تملك محكمة الموضوع سلطة تقديرية واسعة، فيها فالروابط العائلية بين الاشقاء تعد من الموانع الادبية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي، وتجزير الاثبات بالشهادة فيما كان يجب اثباته بالبينة التحريرية"، وفي قرار لها ايضا قضت بان^(٥٦): "قيام الخطبة يعد مانعاً ادبياً يصح معه الركون إلى البينة الشخصية لاثبات ما يجب اثباته بالكتابة"، وعلى هذا قضت محكمة النقض المصري في قرار لها جاء فيه: "ان مسألة كون القرابة المدعاة مانعة من الحصول على دليل كتابي أو غير مانعة هي من مسائل الواقع التي تملك محكمة الموضوع السلطة التقديرية فيها"^(٥٧).

وبصدد هذا المعيار فإن على القاضي واجب التحري عن وجود المانع الأدبي الذي منع الحصول على دليل كتابي وعليه ان يأخذ بعين الاعتبار درجة القرابة من حيث قربها وبعدها عن المتعاقدين، كما عليه ان يتحرى عن اية ظروف اخرى تمنع المتعاقدين من اخذ دليل كتابي، وان يلتمس أثر الظروف المحيطة بالتعاقد في نفس المتعاقد لإمكان القول بان المانع قد بلغ حدا يستحيل معه ادبياً على المتعاقدين ان يستحصل على دليل كتابي ممن تعاقده معه وان هذا الأثر يختلف من شخص إلى آخر^(٥٨).

فضلا عن ان الاخذ بهذا المعيار يجعل تقدير المانع الأدبي من حيث وجوده وعدمه يختلف من قاضي إلى اخر، ومن حالة إلى اخرى فما يعد مانعاً في تصرف قانوني قد لا يعد في ذات التصرف بسبب اختلاف الظروف التي احاطت بالتعاقد وابرام التصرف، ومن هنا يكون للقاضي الدور الفاعل في ذلك في استكمال قناعته، وهذا ما أكده المشرع العراقي والزام القاضي به^(٥٩).

وعلى المحكمة استناداً إلى هذا المعيار عند ما تقرر وجود المانع الأدبي من عدمه ان تسبب حكمها بحيث تكون الأسباب التي ساققتها تؤدي إلى النتيجة التي خلعت ليها عقلا، واذا ركنت إلى العلاقة التي تربط المتعاقدين دون ان تبحث فيما إذا كانت هذه العلاقة نابعة من عدم الحصول على دليل كتابي كان حكمها قد شابه قصور يتعين نقصه^(٦٠).

وبهذا قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها جاء فيه "اذا كان تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على الدليل الكتابي في الحالات التي يتطلب فيها القانون هذا الدليل من الامور التي يستقل بها قاضي الموضوع الا انه يتعين عليه في حالة رفضه لشمول الحالة المعروضة عليه بالمانع الأدبي ان يسبب ذلك تسبباً منطقياً"^(٦١). مما تقدم يبدو لنا ان الأسباب التي دعت إلى اعتماد المعيار الذاتي لتحديد وجود المانع الادبي، انما هي فلسفة المشرع في تأكيده لأهداف قانون الاثبات التي يسعى من خلالها إلى توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة^(٦٢)، وهذا الهدف انما يتجلى باعطاء القاضي السلطة التقديرية الواسعة في تقدير ظروف القضايا التي تعرض عليه،

^(٥٥) ينظر: قرار محكمة التمييز العراقية رقم القرار ١١٣/١١٣/١٩٧٦ في ١٩٧٦/٣/٢٤، مجموعة الاحكام العدلية العراقية، العدد الاول، السنة ٧، ص ٣٥.

^(٥٦) ينظر: قرار محكمة التمييز العراقية رقم ٢٦٣ / استئنافية / ٦٩ في ١٩٧٠/٢/٢٩ نقلا عن: ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٨، ص ١٦٤٠.

^(٥٧) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم ٢٠١٩، مشار اليه لدى، د. احمد نشأت، مصدر سابق، ص ٦٥٣.

^(٥٨) ينظر: د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٦٤.

^(٥٩) نصت المادة (٢) من قانون الاثبات العراقي على "الزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته".

^(٦٠) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٨٦٥.

^(٦١) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٨٠/١٢/٢٩، اشار اليه: عز الدين الديناصورى، حامد عكاز، مصدر سابق، ص ٦٩٦.

^(٦٢) تنظر: المادة (١) من قانون الاثبات العراقي.

وما يمكن ان يكون فيها مانعاً ادبياً حال دون الحصول على الدليل الكتابي من عدمه وصولاً إلى الحكم العادل في القضية.

الفرع الثاني

المعيار الموضوعي للمانع الادبي في الاثبات المدني

اتجهت بعض التشريعات^(٦٣) إلى اعتماد المعيار الموضوعي في تحديد المانع الأدبي الذي يجوز بوجوده اللجوء إلى تقديم ادلة الاثبات الأخرى غير الكتابة التي يستلزمها اثبات وجود أو انقضاء الالتزام أو التصرف القانوني وأساس هذا المعيار هو (القرابة) سواء اكانت قرابة نسبية أم قرابة سببية، اما بالنسبة للنوع الاول من القرابة وهي القرابة النسبية حيث اعتبر التشريع الذي تبنى هذا المعيار ان وجود القرابة بين طرفي الالتزام يعد قرينة قانونية^(٦٤)، على وجود المانع الادبي، فالمشرع هو من اوجد واستنبط هذه القرينة بمجرد وجود القرابة.

وهذه القرابة اما ان تكون مباشرة وهي القرابة ما بين الاصول والفروع حيث ان المشرع اللبناني قد اطلق درجة القرابة ما بين هؤلاء أي قرابة الشخص مع والديه وجديه مهما علو وسواء كانوا من جهة الاب أم جهة الام، وكذلك قرابة الشخص مع فروعه أي مع ابنائه وبناته واحفاده مهما نزلوا، فيها ينهض المانع الأدبي ما بين الاصول والفروع مهما كانت درجة القرابة^(٦٥).

اما بالنسبة لقرابة الحواشي وهي الرابطة التي تقوم بين اشخاص يجمعهم اصل مشترك دون ان يكون احدهم فرعاً للآخر^(٦٦)، فإن المشرع اللبناني حددها إلى 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 الادبية، واستناداً لذلك فإن المانع الأدبي ينهض بحكم القانون إذا كان الالتزام التعاقدية ينحصر في قرابة الشخص مع اخوته وأخواته واولادهم المباشرين ولا يتعدى هذا المانع إلى احفادهم، كما ان هذا المانع يقوم بين الشخص واعمامه وعماته واخواله وخالاته ولا يتعداه إلى ابنائهم^(٦٧).

وقد يكون المانع الأدبي قائم على أساس القرابة السببية، ومنها عدُّ الرابطة الزوجية تحول دون الحصول على دليل كتابي في الالتزامات التعاقدية التي تربط ما بين الزوجين، إذ ان المانع الأدبي يظهر جلياً وقوياً ما بين الزوجين نظراً لما تنشئ هذه الأصرة من وضع يستحيل معه الحصول على دليل كتابي لاثبات قرض مثلاً حصل ما بين الزوجين أو لاثبات الوفاء بدين أو لاثبات أي تصرف قانوني آخر^(٦٨).

لذلك من صور القرابة السببية هي المصاهرة فقد ينهض المانع الأدبي بالنسبة للعلاقات الصهرية القائمة بين الزوجين وابو الزوج الآخر فقط، وهذا ما اشار اليه المشرع اللبناني الذي سبق وان اشرنا اليه انه اعتمد المعيار الموضوعي في تحديد المانع الادبي^(٦٩).

^(٦٣) كالقانون اللبناني في المادة (٤/٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية وعلى سبيل الاستئناس تنظر: المادة (٥٧) من قانون البيانات السوري رقم (٣٥٩) لسنة ١٩٤٧.

^(٦٤) عرف المشرع العراقي القرينة القانونية في المادة (٩٨) من قانون الاثبات بانها "القرينة القانونية هي استنباط امر غير ثابت من امر ثابت" فهناك إلى جانبها قرائن قضائية يتولى القضاء استنباطها.

^(٦٥) ينظر: علي رثيف الديوب، مصدر سابق، ص ٩٩.

^(٦٦) تنظر: المادة (٢/٣٩) من القانون المدني العراقي.

^(٦٧) ينظر: علي رثيف الديوب، مصدر سابق، ص ١٠١.

^(٦٨) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج ٣، نظرية الالتزام بوجه عام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، ١٩٩٦، ص ٤٦١.

^(٦٩) تنظر: المادة (٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

ولا بد من الإشارة في هذا الصدد ان اعتماد هذا المعيار يعني من تقرر لمصلحته اثبات وجود المانع باعتبار ان هذه الحالات مقرر بحكم القانون، ومن يريد اثبات عكسها عليه الاثبات وطالما هي قرينة قانونية، فانه يمكن نقضها بالدليل العكسي ما لم ينص القانون على غير ذلك^(٧٠).

من خلال ما تقدم يتضح لنا ان هناك فروقات يمكن ملاحظتها ما بين المعيارين ابرزها:

١. إن التشريعات^(٧١) التي اعتمدت على المعيار الذاتي اعطت للقاضي دور ايجابي بارز وواضح في تحديد وجود المانع الأدبي من عدمه، بعكس التشريعات^(٧٢)، التي اعتمدت على المعيار الموضوعي فقد قيدت من هذا الدور.

٢. إن المعيار الموضوعي حدد صور المانع الأدبي وجعلها محددة على سبيل الحصر ومن ثم لا يجوز التوسع فيها أو اضافة صور اخرى لها بعكس من اعتمد المعيار الذاتي إذ اطلق الامر لسلطة القاضي التقديرية في تحديد تلك الصور واعتبار ما يمكن اعتباره مانعاً ادبياً حسب الظروف

٣. إن اعتماد المعيار الموضوعي الذي يقوم على أساس القرابة سواء النسبية أم السببية انما ينشأ عن قرينه قانونية بوجود المانع الادبي، اما المعيار الذاتي فإن القرينة المستنبطة من وجود المانع الأدبي هي قرينة قضائية.

ولما كان كل معيار من هذه المعايير له العديد من المزايا في تحديد المانع الادبي، فانه بالمقابل هناك بعض السلبيات والانتقادات حول كل معيار، فعلى سبيل المثال لا الحصر ان مزايا المعيار الموضوعي انه يجنب الاجتهاد القضائي في تحديد المانع وبالتالي يمنع تناقض الاحكام الا انه يعاب عليه انه يسلب الدور الايجابي من القاضي الذي يجب ان يتمتع به في ادارة الدعوى، وما يتعلق بها من ادلة، اما فيما يتعلق بالمعيار الذاتي فإن من مزاياه انه يحقق دوراً أكثر ايجابية للقاضي ويعطيه مرونة في اعتبار ما يعد مانعاً ادبياً من عدمه ولكن يعاب عليه ان يوسع من دائرة الموانع الادبية وهي تشكل استثناء من الاصل بالاضافة إلى تناقض الاحكام وتعاقبها. وفي ضوء ما تقدم هناك من حاول ايجاد معيار اكثر انضباطاً يحدد من خلالها وجود المانع الأدبي الذي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي، وهذا المعيار هو "معيار المحدد لدرجة القرابة والمبلغ، وطبيعة التصرف القانوني"^(٧٣).

يعتمد هذا المعيار على اساسيين: الاول هو تحديد درجة القرابة وفق منظور آخر حيث تحدد درجة القرابة إلى الدرجة الثانية بالنسبة للقرابة النسبية، وذلك لقوة او اصر العلاقة والمواد التي تربط الاب والام من جهة وبين الابن أو البنت من جهة اخرى، كما ان علاقة الاخوة هي الاخرى تمنع المطالبة بالدليل الكتابي لوجود حرج كبير واستحالة تكاد تكون مطلقة في اكثر الاحيان، كما ان علاقة الشخص بجده أو جدته سواء من ناحية الاب أم من ناحية الام هي الاخرى تكون سبباً يحول دون مطالبة أي من الطرفين بدليل اثبات كتابي.

لذلك يرى انصار هذا الاتجاه ان المانع الأدبي يجب ان يعمل عمله في اطار علاقة الاصول والفروع لغاية الدرجة الثانية، وفي اطار علاقة الاخوة بالنسبة لقرابة الحواش، وعدّ هذه الرابطة بين طرفي التصرف القانوني

(٧٠) تنظر: المادة (١٠٠) من قانون الاثبات العراقي حيث نصت "يجوز نقض القرينة القانونية بالدليل العكسي ما لم ينص القانون على غير ذلك".

(٧١) كالمشرع العراقي والمصري.

(٧٢) كالمشرع اللبناني وعلى هذا سار المشرع السوري والاردني وان كانت هذه التشريعات ليست محل المقارنة لكن تم الإشارة إليها على سبيل الاستثناء.

(٧٣) تنظر: د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٢٢٥؛ د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٢٢؛ سعدون العامري، موجز نظرية الاثبات دون دار نشر، بغداد، ١٩٨٩، ص ١٧٣.

هي من القرائن البسيطة التي تنهض بجانب مدعي المانع الأدبي دون الحاجة إلى اثبات الصلة الوثيقة بينهما من جانبه بيد انه يجوز للطرف الآخر ان يدحض هذه القرينة القانونية بكافة طرق الاثبات بما فيها الشهادة كان يدعي وجود عداوة سابقة على تاريخ التصرف القانوني تمنع من اجراء هذا التصرف أو لوجود تعامل سابق بينها بادلة كتابية.

صحيح ان العامل النفسي هو عامل ضاغط على المتعاقدين في حال وجود علاقة قريبي وثيقة الا ان اعتماد المشرع على الاساس الذي قلنا به يجعل الناس على بصيرة بخطورة ما يقدمون حتى لو كانوا اقرباء أو اصدقاء إذ ان القانون لا بد ان يأخذ بزمام المبادرة وتبصير الناس بخطورة ما يقدمون عليه وحثهم على التعامل بالسندات سواء اكانت سندات رسمية أم سندات عادية^(٧٤).

اما الرابطة السببية للقرابة فهي رابطة الزوج بزوجه أو رابطة الزوج باحد ابوين الزوج الآخر فهي رابطة قوية ويتعين النص عليها باعتبارها مانعاً ادبياً، وتُعامل قانوناً كرابطة الاصول والفروع بالنسبة للقرابة المباشرة وتشكل قرينة بسيطة قابلة لاثبات العكس وكل علاقة أو رابطة سببية تتعدى الدرجة الاولى^(٧٥)، ويدعي فيها الخصم وجود المانع الادنى الذي منعه من الحصول على دليل كتابي فإن عليه اثبات ذلك ولا يمكن افتراض القرينة القانونية هذه الحالة لأن القرينة القانونية هي وسيلة تعني من تقرررت لمصلحته عن أي دليل من ادلة الاثبات^(٧٦).

اما عن الاساس المحدد لطبيعة التصرف لكي يحد من عمل المانع الأدبي إلى اضيق نطاق نظراً لإستثنائية وخطورته في الواقع العملي يرى انصار هذا الاتجاه ان يحدد نطاق عمل هذا المانع الأدبي في بعض العقود دون سواها من التصرفات القانونية الاخرى وهذه العقود هي (القرض والوديعة والعارية)^(٧٧) وعدم اطلاق الامر، ولذلك سوف يتم استبعاد بعض العقود من شمولها بالمانع الأدبي وهي عقد البيع والايجار أو الرهن إلى غيرها من العقود، حتى لو كانت هذه التصرفات قد جرت ما بين الزوج وزجته أو بين الاصول والفروع فلا بد من الكتابة للاثبات.

ومن الجدير بالذكر ان موقف القضاء العراقي غير ثابت في قرارات التملك فتارة تعد القرابة بوصفها صورة من صور المانع الادبي سببا لاثبات التعهد ببيع العقار عن طريق البينة الشخصية، وتارة لا يقبل اثبات ذلك الا بالدليل الكتابي، فالنسبة إلى الاتجاه الاول نجد ان محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية قضت بأن: "ولدى عطف النظر على القرار المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون، حيث لوحظ بان محكمة البداية وفي قرارها لم تتبع ما ورد في القرار التمييزي بالعدد ٣٥٦/م/٢٠٠٨ في ٢٥/٩/٢٠٠٨، والمتضمن تحقق المحكمة عن استلام المدعى عليها (المعترض) بدل البيع من عدمه مع التنويه إلى ان العلاقة بين

^(٧٤) ينظر: د. محمد المرسي زهرة، مصدر سابق، ص ٤٠٣.

^(٧٥) تنص الفقرة ٣ من المادة (٣٩) من القانون المدني العراقي بان "اقرب أحد الزوجين يعتبرون من نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الاخر".

^(٧٦) ينظر: د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٢٢٥.

^(٧٧) القرض عرفه المشرع العراقي في المادة (٦٨٤) من القانون المدني بان "القرض هو ان يدفع شخص لآخر عينا معلومة من الاعيان المثلية، التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها"، اما الوديعة فهي عقد بمقتضاه يسلم شخص منقولا لشخص آخر لحفظه لديه ورده اليه عينا خلال مدة معينة، د. بشار عدنان مكاي، معجم تعريف المصطلحات القانون الخاص، ط ١، دار وائل للنشر، عمان - الاردن، ٢٠٠٨، ص ٢١٦، اما العارية عقد يسلم بمقتضاه شخص لآخر شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله مدة معينة ويرده أو مثله بدون مقابل، د. انوا سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، ١٩٨٣، ص ١٧٠.

طرفي الدعوى يحكمها نص الفقرة (ثانياً) من المادة (١٨) من قانون الاثبات باعتبار ان المعترضة (المدعى عليها) هي والدة زوجة المعارض عليه (المدعى) ولا يعني ذلك وجود تعهد لاحق بينهما نظم لاسباب حفظ الحقوق بين الطرفين لذا قرر نقض القرار المميز^(٧٨).

وقد احسن القضاء العراقي صنفاً عندما لم يعد طلب تملك العقار الذي بيع شفويّاً خارج دائرة التسجيل العقاري في حال إذ ما تدرع المشتري بوجود مانع ادبي من استحصال سند عادي أو رسمي، لأن طلب تملك العقار الذي بيع خارج الدائرة المذكورة يعد استثناءً من الاصل العام والاستثناء لا يمكن التوسع في تفسيره أو القياس عليه ومن ثم لا يجوز اثبات وقوع مثل هذا التصرف بالبينة الشخصية، لأن هذا الطريق هو الآخر استثناء من الاصل في الاثبات^(٧٩).

المطلب الثاني

آثار المانع الأدبي في الاثبات

ان تحقق المانع الأدبي باحد صورته وثبوت شروطه التي استلزمها القانون يعني ان هذا المانع ينتج آثاره في الخصومة المدنية هذه الآثار متنوعة ومتعددة نحاول ان نسلط الضوء عليها من خلال النقاط الآتية:

الفرع الاول: المنع النسبي من الاثبات المدني.

الفرع الثاني: المنع المطلق من الاثبات المدني.

الفرع الاول

المنع النسبي من الاثبات المدني

ان عدم امتلاك الدائن الدليل الكتابي الذي تطلبه القانون لاثبات التصرف القانوني بسبب وجود القرابة أو المصاهرة كصورة للمانع الادبي، لا يعني توقف اجراءات الدعوى ولا تعطي الحق للقاضي ردها مباشرة، إذ سمح المشرع الانتقال إلى سائر ادلة الاثبات الاخرى عند وجود هذا المانع^(٨٠)، خصوصاً وان بعض التشريعات المقارنة^(٨١)، قد اعطت الحق في تسيير اجراءات الدعوى للخصوم وحدهم سواء في اقامة الدعوى (عدا الحالات التي ينص فيها القانون على غير ذلك) وكذلك لهم الحق في السير باجراءات المحاكمة مع ما يترتب عليهم من اعباء وذلك طبقاً للصيغ والاشكال في المهل المحددة ويمكنهم من وضع حد للمحاكمة قبل ان تنقضي بصدور الحكم أو بمقتضى القانون^(٨٢).

فعملية الانتقال إلى الادلة الاخرى بسبب وجود المانع الأدبي لا يوقف سير الخصومة المدنية، بل ان على القاضي ان يسهر على حسن سيرها^(٨٣).

^(٧٨) ينظر: قرار محكمة استئناف بغداد/ الرصافة بصفتها التمييزية رقم ١٩٨/م/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٥/١٧؛ غير منشور.

^(٧٩) ينظر: قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية بصفتها التمييزية رقم ٢٦٥/حقوقية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٩/٣٠، مجلة الشريعة والقضاء العراقية، السنة السادسة، العدد الاول، ٢٠١٤، مجلة فصلية، ص٢٢٧.

^(٨٠) تنظر: المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي، المادة (٦٣) من قانون الاثبات المصري، المادة (٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

^(٨١) تنظر: المادة (٣٦٣) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني، لم يوجد مثل هذا النص في قانون المرافعات المدنية العراقي ولا المصري الا ان هذا لا يعني عدم تسير الخصومة من قبل الخصوم، بل ان المشرع العراقي جعل هذا التسيير واجب على الخصوم وفرض عليهم عند الاهمال جزاء اجرائي المواد (١/٥٤) (٢/٨٢) (٨٧) (٢/١٨٠) من قانون المرافعات المدنية وكذلك فعل المشرع المصري المواد (٨٢، ١٢٨، ١٣٤) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري.

^(٨٢) ينظر: د. ادور عيد، كريستيان عيد، الوجيز في اصول المحاكمات المدنية، ج١، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ص١٨٦.

^(٨٣) تنظر: المادة (٣٦٤) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

فمن اهم اثار وجود المانع الأدبي في الاثبات انه يؤدي إلى الخروج عن القاعدة العامة والاصل العام في الاثبات، وهذا الخروج يعطي الخصم امكانية الاثبات بجميع طرق الاثبات حتى بالنسبة إلى التصرفات التي يجب اثباتها بالكتابة^(٨٤)، والسؤال ما هي المسائل التي يجب اثباتها بالكتابة؟

اجاب المشرع العراقي على هذا السؤال بطريقة غير مباشرة عند النص على احكام الشهادة حيث اشار المادة (٧٧) في فقرتها الثانية من قانون الاثبات حيث جاء فيها "اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على (٥٠٠٠) خمسة الالف دينار أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز اثبات هذا التصرف أو انقضاءه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك"^(٨٥) من هذا النص يتضح لنا ان التصرف القانوني: إذا كانت قيمته اكثر من (٥٠٠٠) خمسة الف دينار، واذا كان التصرف القانون غير محدد القيمة، فإن اثباته لا يكون بالشهادة وانما يستلزم دليل كتابي.

ومن خلال استقرار النص المتقدم وتحليله تبين لنا ان المشرع يجيز الاثبات بالشهادة حتى لو كان قيمة التصرف اكثر من (٥٠٠٠) خمسة الف دينار أو كان غير محدد إذا وجد نص يقضي بخلاف ذلك^(٨٦)، ومن هذه النصوص ما جاء في الفقرة ثانيا من المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي والتي تقضي بوجود المانع الادبي^(٨٧).

فالمانع الأدبي حال دون الحصول على الدليل الكتابي ومن ثم سمح لمن قرر لمصلحته هذا المانع ان يخرج عن القاعدة العامة والاصل العام والاثبات بطرق الاثبات الاخرى لاسيما الاثبات بالشهادة^(٨٨).

فضلا عن ان المشرع العراقي^(٨٩) نظم نوعين من القرائن وهما: القرائن القانونية^(٩٠) التي عرفها بانها استنباط المشرع امر غير ثابت من امر ثابت، هذه القرينة تغني من تقرر لمصلحته عن أي دليل آخر من ادلة الاثبات، وهي تنقض بالدليل العكسي ما لم ينص القانون على غير ذلك^(٩١).

الى جانب هذا النوع من القرائن هناك القرائن القضائية^(٩٢)، والتي عرفها ايضا بانها استنباط القاضي امر غير ثابت من امر ثابت، وقد سبق وان اشرنا عند الحديث عن معايير المانع الأدبي وبيننا ان المعيار الموضوعي ينشأ عنه قرينة قانونية عن وجود المانع الأدبي بتواجد صور القرابة وما لها من آثار في وجود هذا المانع في عدم امكانية الحصول على الدليل الكتابي، وبيننا ان المعيار الذاتي ينشأ عنه قرينة قضائية على اعتبار ان ايجاد المانع من عدمه انما متروك لتقدير القاضي وسلطته في ذلك.

نضيف إلى ذلك وهو الذي يهمننا في ان المانع الأدبي له أثر في استنباط القرائن وعلى وجه الخصوص القرائن القضائية وان كان ذلك بطريقة غير مباشرة، فالمشرع العراقي في الفقرة من المادة (١٠٢) من قانون الاثبات

^(٨٤) تنظر: المادة (١٨) اثبات عراقي، المادة (٦٣) اثبات مصري، (٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.
^(٨٥) بالإضافة إلى نص المادة (٧٩) من قانون الاثبات العراقي، المادة (٦١) من قانون الاثبات المصري، المادة (٢٥٤) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

^(٨٦) كذلك عند وجود مبدأ ثبوت الكتابة فانه يجوز الاثبات بالشهادة، المادة (٧٨) من قانون الاثبات العراقي.
^(٨٧) تنظر: المادة (٦٣) من قانون الاثبات المصري، المادة (٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.
^(٨٨) تنظر: سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٢٠؛ عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص ٢٠٩؛ احمد نشأت، مصدر سابق، ص ٢٤٥؛ عبد الحكم فودة، مصدر سابق، ص ١٠١.

^(٨٩) تنظر: المواد (٩٨-١٠٤) من قانون الاثبات العراقي.
^(٩٠) ينظر: المادة (٩٨/اولا) من قانون الاثبات العراقي، المادة (٩٩) من قانون الاثبات المصري، المادة (٣٠١) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

^(٩١) تنظر: المادة (١٠٠) من قانون الاثبات العراقي
^(٩٢) تنظر: المادة (١٠٢) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

نص على "ثانياً – للقاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون وذلك في نطاق ما يجوز اثباته بالشهادة" نجد ان الشطر الاخير من نص المادة المشار اليها ان كل ما يمكن اثباته بالشهادة يمكن اثباته بالقرائن القضائية، وعلى هذا الاساس يمكن الاثبات بالقرائن القضائية عند وجود المانع الأدبي ونستدل بذلك على اساسيين وهي: الاول: ان المشرع العراقي ذكر في نص (١٠٢/ثانياً) من قانون الاثبات العراقي النافذ (في نطاق ما يجوز اثباته بالشهادة) وهنا جاء النص مطلقاً والمطلق يجري على اطلاقه أي بمعنى كل ما يجوز اثبات بالشهادة سواء من حيث الاصل أو من حيث الاستثناء والاستثنائية فيه المانع الأدبي الذي يجيز الاثبات بالشهادة بدلاً عن الدليل الكتابي.

الثاني: ان المشرع العراقي في المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي النافذ اشار إلى "يجوز ان يثبت بجميع طرق الاثبات" ومن بين طرق الاثبات، الاثبات بالقرائن عند وجود المانع الادبي.

الفرع الثاني

المنع المطلق من الاثبات المدني

الى جانب الاثار الاخرى التي تترتب على وجود المانع الادبي، فإن الاخير قد يكون مانعاً مطلقاً لقبول دليل الاثبات، وعلى وجه التحديد دليل الشهادة، فالمشرع العراقي^(٩٣) والتشريعات المقارنة^(٩٤)، منعت قبول الشهادة بصورة مطلقة لوجود المانع الأدبي وان لم تصرح به، وذلك عندما منع أحد الزوجين ان يفشي بغير رضا الآخر ما ابلغه اليه اثناء قيام الزوجية أو بعد انتهائها.

ان وجود مثل هذا النص يحسب للمشرع العراقي والتشريعات المقارنة، فالميثاق الغليظ الذي وضعه الله عز وجل بين الزوجين استلزم احترامه بشتى الطرق وان الحياة الزوجية اقدس من تكشف فيها الاسرار^(٩٥).

وعلى هذا الاتجاه سار المشرع المصري^(٩٦) ونظيره اللبناني^(٩٧)، الذي وسع من نطاق هذا المانع وشمل به الاصول والفروع، حيث جاء في نص المادة (٢٦٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية النافذ "لا تقبل شهادة الشهود بين الاصول والفروع وبين الزوجين ولو بعد انحلال عقد الزواج" ومثل هذا الموقف يحسب للمشرع اللبناني، ذلك ان صلة القرابة بين الفروع والاصول لا تقل اهمية وخطورة عن العلاقة ما بين الزوجين، لذلك ندعو المشرع العراقي إلى اعادة تعديل نص المادة (٨٧) من قانون الاثبات العراقي على غرار ما فعل المشرع اللبناني، سواء من حيث عبارات النص أو من حيث النطاق، فعبارات النص جاءت بعدم جواز الافشاء ولم يتطرق إلى الشهادة مع العلم ان النص ورد في الفصل الرابع من الباب الثاني والمتعلق بطرق الاثبات، لذلك نقترح ان يكون التعديل على النحو الآتي: "لا تقبل الشهادة بين الاصول والفروع ولا بين الزوجين اثناء قيام الزوجية وبعد انتهائها".

ولا بد من الاشارة الى ان عبء اثبات وجود المانع الأدبي المترتب على صلة القرابة يقع على عاتق من يدعيه، فالمشرع العراقي ونظيره المصري اجاز بنص صريح الاثبات بكافة طرق الاثبات كلما وجد هذا المانع، ولكن عبء اثبات وجوده يقع على عاتق من يدعيه، فإن استطاع اثبات وجوده ترك الامر لسلطة القاضي التقديرية لتقدير هذا الوجود من عدمه. بخلاف المشرع اللبناني^(٩٨) الذي حدد صور المانع الأدبي القائمة على القرابة،

(٩٣) تنظر: المادة (٨٧) من قانون الاثبات العراقي.

(٩٤) تنظر: المادة (٦٧) من قانون الاثبات المصري، المادة (٢٦٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

(٩٥) ينظر: علي رفيف، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

(٩٦) تنظر: المادة (٦٧) من قانون الاثبات المصري.

(٩٧) تنظر: المادة (٢٦٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

(٩٨) تنظر: المادة (٢٥٧) من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني.

وجعل وجودهما قرينة قانونية على وجود المانع الأدبي (الاستحالة المعنوية) وبالتالي هذه القرينة تغني من تقرر له عن أي دليل، وهذا يعني ان عبء الاثبات لا يقع على عاتق مدعي المانع الادبي الذي يستند إلى صلة القرابة، لأن المشرع قرر وجوده بالنص القانوني.

فاذا استطاع المدعي ان يثبت وجود المانع الأدبي فإن عبء الاثبات ينتقل بسبب ذلك إلى الطرف الآخر الذي يستطيع ان يثبت عدم وجود هذا المانع بجميع طرق الاثبات، لأنها واقعة مادية. وما دما بصدد اثار المانع الأدبي في الاثبات لا بد من بيان مدى رقابة محكمة الطعن على وجود هذا المانع من عدمه؟

تباين موقف القضاء في التشريعات المقارنة بشأن رقابة محكمة الطعن^(٩٩)، على قرار محكمة الموضوع بشأن وجود المانع الأدبي ونفيه، فوجد ان القضاء المصري واللبناني اشار إلى عدم جواز رقابة محكمة النقض على قرار محكمة الموضوع، فإن تقدير وجود المانع من عدمه موكل للقاضي وتقديره من المسائل الواقعية التي تختلف باختلاف الظروف وعلاقة المتعاقدين بعضهم ببعض، وأحوالهم الأدبية والاجتماعية، والعرف الجاري، ولا يمكن اعتبار هذه المسألة من المسائل القانونية لأن القانون لم يعرف المانع الأدبي ولم يضع له ضوابط^(١٠٠). وقد اكد القضاء المصري هذا الاتجاه في اكثر من قرار فجاء في قرار محكمة النقض بأن: "تقدير المانع الأدبي من الحصول على الدليل الكتابي هو من المسائل التي تستقل بها محكمة الموضوع من غير معقب من قبل محكمة النقض متى كان ذلك مبنياً على أسباب مقبولة"^(١٠١) كما قضت ايضاً في قرار لها (ان صلة القرابة مهما كانت درجتها لا تعد في ذاتها مانعاً ادبياً يحول دون الحصول على سند كتابي بل المرجع في ذلك إلى ظروف الحال التي تقدرها محكمة الموضوع حتى ان كانت ظروف الحال مستخلصة من امور مؤدية إلى المانع الادبي"^(١٠٢).

وفي ذات الاتجاه ذهب القضاء اللبناني بالقرار الصادر عن محكمة التمييز "ان قيام المانع الأدبي (الاستحالة المعنوية) متروك لتقدير قضاة الموضوع وخارج عن رقابة محكمة التمييز"^(١٠٣). اما عن امكانية اعطاء محكمة الموضوع تقدير وجود المانع الأدبي من عدمه في التشريع العراقي فإن محكمة الموضوع تملك الحرية الواسعة في ذلك مع الاشارة إلى عدم التساهل في تقديره لأنه استثناء من قاعدة وجوب الاثبات بالكتابة والاستثناء ولا يجوز التوسع فيه^(١٠٤).

بالمقابل فإن محكمة التمييز في العراق تملك السلطة التقديرية والرقابة على الحكم الصادر من محكمة الموضوع بخصوص وجود المانع الأدبي من عدمه، لأن نص البند (٥) من المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية تجيز لمحكمة التمييز نقض الحكم الصادر من محكمة الموضوع إذا اخطأ هذا الحكم في فهم الوقائع وهذا ما

(٩٩) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق؛ د. محمد علي السوري، مصدر سابق، ص ١٨٤؛ د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص ١٥٥.

(١٠٠) ينظر: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق؛ د. محمد علي السوري، مصدر سابق، ص ١٨٤؛ د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص ١٥٥.

(١٠١) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية في ١٢/٤/١٩٦٢، مشار اليه لدى عز الدين الدناصري، حامد عكاز، مصدر سابق، ص ٦٩٣.

(١٠٢) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية في ٥/٥/١٩٥٥، مشار اليه لدى عز الدين الدناصري وحامد عكاز، المصدر نفسه، ص ١٨٣.

(١٠٣) ينظر: قرار محكمة التمييز اللبنانية رقم القرار ١١٧ في ٢٠/١/١٩٤٩، مشار اليه لدى د. محمد علي السوري، مصدر سابق، ص ١٨٤.

(١٠٤) ينظر: د. محمد علي السوري، المصدر نفسه، ص ١٥٧.

نلاحظه من خلال القرارات الصادرة من محكمة التمييز، من ذلك ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها كانت قد نقضت بموجبه قرار محكمة استئناف بابل الاتحادية بصفتها الاصلية جاء فيه: "بان المانع الأدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي بين الزوجين سواء اكان ذلك اثناء فترة الخطوبة أم بعد قيام الزوجية بينهما"^(١٠٥).

مما تقدم يتضح لنا ان تقدير وجود المانع الأدبي من عدمه وان كان من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع الا ان هذا لا يعني عدم رقابة محكمة التمييز عليه سواء انه اورد القاضي أسباب لاثبات قيام هذا المانع أو نفيه، فإن هذه الأسباب تمتد اليها رقابة محكمة التمييز.

ومن اجل ان تكون الصورة واضحة عن مدى رقابة محكمة الطعن على قرار محكمة الموضوع بشأن وجود المانع الأدبي من عدمه وحتى يكون وجود تلك الرقابة اكثر انضباط في تحديد المانع الأدبي وعدم التعسف سواء في وجوده أو نفيه لا بد من النص على تلك الرقابة لذا نقترح ان يضاف إلى المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي النص الآتي كفقرة ثالثة: "ثالثاً: تخضع الأسباب التي يوردها القاضي لاثبات وجود المانع المشار اليه في الفقرة ثانياً من هذه المادة لرقابة محكمة التمييز".

الخاتمة

بعد ان انتهينا بحمد من الله وفضله من البحث في موضوع " المانع الادبي في الاثبات المدني وأثر صلة القرابة في التمسك به – دراسة مقارنة"، فاننا سطرنا مجموعة من النتائج والتوصيات التي نأمل من المشرع العراقي الأخذ بها، وذلك على النحو الآتي:

اولاً: النتائج

١. تبين لنا ان القرابة: "رابطة صلة إنسانية اجتماعية شرعية قانونية جماعية تثبت بسبب شرعي قانوني تترتب عليها أحكاماً شرعية قانونية عامة".
٢. يتجسد الاساس الشرعي والقانوني للقرابة بالنسب القائم على اساس صلة الدم المباشرة او غير المباشرة، او بالسبب القائم على اساس المصاهرة أو الرضاع.
٣. ان القرابة المعتمدة قانوناً هي قرابة النسب والمصاهرة ويلحق بها القرابة بسبب الرضاع.
٤. وضع المشرع قواعد لاحتساب درجات القرابة لتحديد الآثار القانونية التي تترتب عليها .
٥. ان للقرابة دوراً في الاثبات المدني فبوصفها صورة من صور المانع الادبي الذي يجيز استبدال دليل الاثبات من الدليل الكتابي الى الاثبات بالشهادة، او يمنع الاثبات وفق ضوابط محددة.
٦. المانع الادبي حائل معنوي نسبي تزامن مع انعقاد التصرف القانوني استلزم القانون لاثباته الدليل الكتابي، إذ تعذر الحصول على هذا الدليل كما يجيز بوجوده عدم التقيد بالدليل الكتابي، وامكانية الاثبات بوسائل الاثبات الأخرى كافة.
٧. أساس المانع الادبي، فإنه يجد اساسه القانوني فيما اورده التشريعات المقارنة بالنص عليه سواء بالتصريح به أو الإشارة اليه بصورة ضمنية، اما عن اساسه الذاتي فإن يقوم على فكرة اساسها (الثقة المتبادلة بين الاطراف) وهي فكرة نسبية وليست مطلقة.

(١٠٥) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم القرار ٢٠١٧/١٧٥٩ في ٢٠١٧/١٢/١٤ مشار اليه لدى: حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد الثاني، دار الوارث للطباعة والنشر، ٢٠١٨، ص١٠٦.

٨. ان المانع الأدبي ما هو الا ظرف شخصي يتصل بشخص المتعاقدين يتعلق باسباب نفسية أو ادبية يطراً على علاقة محددة غالباً ما تكون سبب القرابة أو الزواج أو المصاهرة يحول وجوده من توثيق التصرف القانوني المبرم بين الطرفين والذي اوجب القانون الدليل الكتابي في اثباته على خلاف المانع المادي.
٩. لتحقق المانع الادبي لا بد من وجود صلة بين اطراف العلاقة القانونية، واقرى هذه الصلات هي صلة القرابة، وان تكون حائلاً دون الحصول على دليل اثبات، وان يكون حقيقياً لا صورياً وان يتم التمسك به امام المحكمة المختصة
١٠. للمانع الادبي صور متعددة اقواها تلك القائمة على اساس وجود صلة قرابة سواء أكانت قرابة نسبية أم سببية.
١١. للمانع الادبي معيار ذاتي ترك المشرع تقديره لقاضي الموضوع، وآخر موضوعي اساسه توافر صلة قرابة سواء أكانت قرابة نسبية أم سببية.
١٢. من آثار وجود صلة القرابة وتحقق المانع الادبي في الاثبات المدني الانتقال الى دليل الاثبات الايسر، واجازة الاثبات بالقرائن وشهادة الشهود، فضلا عن المنع المطلق من الاثبات بالشهادة لتحقق الرابطة الزوجية، اذ منع أحد الزوجين ان يفشي بغير رضا الآخر ما ابلغه اليه اثناء قيام الزوجية أو بعد انتهائها.
١٣. ان عبء اثبات وجود صلة القرابة وتحقق المانع الادبي يقع على عاتق من يتمسك به تطبيقاً للقاعدة العامة في الاثبات من ان البينة على من ادعى.

ثانياً: التوصيات

١. ندعو المشرع العراقي تعديل نص الفقرة ثانياً من المادة (١٨) من قانون الاثبات لتقرأ على النحو الآتي: "ثانياً: اذا وجد مانع مادي او ادبي نشأ عن العرف المتبع في بعض المهن او علاقات القرابة بين الزوجين وبين والاصول والفروع او بين الحواشي حتى الدرجة الثانية او علاقة المصاهرة ما بين اصول الزوجين او بين الخطيب والخطيبة".
٢. ندعو المشرع العراقي اعادة تعديل نص المادة (٨٧) من قانون الاثبات العراقي على غرار ما فعل المشرع اللبناني، سواء من حيث عبارات النص او من حيث النطاق، فعبارات النص جاءت بعدم جواز الافشاء ولم يتطرق الى الشهادة مع العلم ان النص ورد في الفصل الرابع من الباب الثاني والمتعلق بطرق الاثبات لذلك نقترح ان يكون التعديل على النحو الآتي: "لا تقبل الشهادة بين الاصول والفروع ولا بين الزوجين اثناء قيام الزوجية وبعد انتهائها".
٣. ومن اجل ان تكون الصورة واضحة عن مدى رقابة محكمة الطعن على قرار محكمة الموضوع بشأن وجود المانع الأدبي من عدمه وحتى يكون وجود تلك الرقابة انضباط أكثر في تحديد المانع الأدبي وعدم التعسف سواء في وجوده او نفيه لا بد من النص على تلك الرقابة لذا نقترح ان يضاف النص الآتي الى المادة (١٨) من قانون الاثبات العراقي كفقرة ثالثة: "ثالثاً: تخضع الاسباب التي يوردها القاضي لاثبات وجود المانع المشار اليه في الفقرة ثانياً من هذه المادة لرقابة محكمة التمييز".

المصادر

اولاً: معاجم اللغة العربية

١. بشار عدنان مكاي، معجم تعريف المصطلحات القانون الخاص، ط١، دار وائل للنشر، عمان – الاردن، ٢٠٠٨.

ثانياً: كتب القانون

٢. ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني، منشورات مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٨.
٣. احمد عبد العال قروين، احكام الاثبات من المواد المدنية، ط٣، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
٤. احمد نشأت، رسالة الاثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢.
٥. ادور عيد، كريستيان عيد، الوجيز في اصول المحاكمات المدنية، ج١، المنشورات الحقوقية صادر، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤.
٦. انوا سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت - لبنان، ١٩٨٣.
٧. انور سلطان، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية في القانونين المصري واللبناني، دون دار ومكان طبع، ٢٠٠٩.
٨. حيدر عودة كاظم، مجموعة الاحكام القضائية، العدد الثاني، دار الوارث للطباعة والنشر، ٢٠١٨.
٩. سعدون العامري، موجز نظرية الاثبات دون دار نشر، بغداد، ١٩٨٩.
١٠. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١.
١١. سليمان مرقس، اصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية، ج١، الادلة المطلقة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
١٢. عابد فايد عبد الفتاح، نظام الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
١٣. عباس عبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، ط٢، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٧٧.
١٤. عبد الحكم فودة، موسوعة الاثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية في ضوء الفقه والقضاء حتى سنة ١٩٩٥، ط١، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ١٩٩٧.
١٥. عبد الحميد الشواربي، الاثبات بشهادة الشهود، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦.
١٦. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ج٣، نظرية الالتزام بوجه عام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الاردن، ١٩٩٦.
١٧. عبد القادر الفار، المدخل بدراسة العلوم القانونية، ط١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان – الاردن، ١٩٩٤.
١٨. عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، محمد طه البشري، القانون المدني (احكام الالتزام)، ج٢، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون مكان طبع، ١٩٨٩.
١٩. عبد المنعم فرج الصدة، الاثبات في المواد المدنية، مطبعة الحلبي، القاهرة، ١٩٥٤.

٢٠. عز الدين الدناصوري، حامد عكاز، التعليق على قانون الاثبات، ط١، ج٢، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية، ٢٠١٧.
٢١. عصام احمد البهجي، احكام عبء الاثبات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
٢٢. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الاثبات، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
٢٣. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.
٢٤. محمد المرسي زهرة، احكام الاثبات، في ضوء قانون الاثبات الاتحاد رقم (١٠) لسنة ١٩٩٢ في المعاملات المدنية والتجارية، مطبوعات جامعة الامارات المتحدة، الامارات، ٢٠٠٥.
٢٥. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، ٢٠٠٩.
٢٦. محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، مطبعة شفيق بغداد، ١٩٨٣.
٢٧. مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية، ط١، مطبعة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، دون سنة طبع.

ثالثاً: الرسائل الجامعية

١. باسل عبد الهادي ابراهيم احمد، الحالات المستثناة من الاثبات بالكتابة في المواد المدنية - دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الازهر، غزة، ٢٠١٨.
٢. سامي مقداد، الاثبات في المواد المدنية، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، ٢٠٠٨.

رابعاً: البحوث

١. علي رثيف الديوب، المانع الأدبي من الاثبات بالكتابة، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق، العدد (٣١)، ٢٠١٦.
٢. قروف موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير قيمة الدليل الكتابي، بحث منشور في مجلة الفكر، العدد الثامن، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد اخضير، الجزائر، ٢٠١٢.

خامساً: القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل.
٢. قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٣. قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨.
٤. قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم الاثرائي رقم (٩٠) لسنة ١٩٨٣.
٥. قانون البيانات السوري رقم (٣٥٩) لسنة ١٩٤٧.
٦. قانون البيانات الاردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢.

سادساً: القرارات القضائية غير المنشورة

١. قرار محكمة استئناف بغداد/ الرصافة بصفتها التمييزية رقم ٢٠٠٩/م/١٩٨ في ٢٠٠٩/٥/١٧؛ غير منشور.

