

حيث صحة الوقائع التي وردت بالورقة . ونضيف مسألة ثالثة لها هنا أهمية خاصة : (ج) ومن حيث صحة التاريخ الذي تحمله الورقة .

١١٤ - (١) أهمية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث صحتها

ممن وقع عليها : هي نفس الحجية فيما بين الطرفين على النحو الذي قدمناه . فتعتبر الورقة العرفية ، بالنسبة إلى الخلف العام (الوارث والموصى له بجزء من التركة) والخلف الخاص والدائن ، صادرة من صاحب التوقيع إلى أن ينكر - صاحب التوقيع لا الغير - صدورها منه دون حاجة إلى أن يظن فيها بالتزوير^(١) . أما إذا اعترف بالورقة أو سكت ، فقد أصبحت الورقة حجة عليه وعلى الغير معاً ، وإذا أراد هو ، أو أراد الغير ، إنكارها بعد ذلك فلا سبيل إلا الطعن بالتزوير^(٢) .

وإذا احتج بالورقة العرفية بعد موت صاحب التوقيع على الوارث أو الموصى له أو الخلف الخاص أو الدائن ، فإن هؤلاء لا يطلب منهم إنكار صريح ، كما كان يطلب من صاحب التوقيع ، لإسقاط حجة الورقة العرفية ، بل يكفي من أى منهم ، حتى لا تكون الورقة حجة عليه إلا بعد التحقيق ، أن يحلف بيميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق .

(١) ونص التفتين الجديد أدق في هذا المعنى من نص التفتين القديم . فقد كان النص القديم يفرض بالأب لا تكون الأوراق العرفية «حجة على غير المتعاقدين بها إلا إذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً» ، فكان النص يوم أن الورقة العرفية لا تكون حجة في جميع مشكلاتها على الغير إلا إذا كانت ثابتة التاريخ . أما نص التفتين الجديد فيفرض بالأب تكون «الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت» ، فهي إذن في غير التاريخ حجة على الغير دون حاجة لتاريخ ثابت . وقد كان المشروع الأول الذي وضعه الأستاذ استنويت في الإثبات يتضمن نصاً صريحاً في هذا المعنى ، ولكن حذف هذا النص في المشروع التمهيدي اكتفاء باستنباط الحكم من مضمون نص المادة ٣٩٥ (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٤ مكررة ص ٩٠ وفقرة ٦٣ ص ٨٦ هاشم رقم ١) .

(٢) انظر مقالاً للأستاذ سليمان مرقس في قوة المهررات العرفية في الإثبات منشوراً في مجلة القانون والاقتصاد السنة ١٤ ص ٢٥٩ . وسنعود للإشارة إلى هذا المقال القيم .

وهذا بعد كل ما يستطيع أن يؤكد ، فلا يطلب منه أكثر من ذلك^(١).

١١٥ - (ب) هبة الورقة العرفية بالنسبة الى الغير من حيث صفة

الوقائع التي وردت بها : وهنا الحجية أيضاً هي نفس الحجية فيما بين الطرفين على النحو الذي قدمناه . فللوارث مثلاً أن يثبت صورية الوقائع الواردة في الورقة العرفية وفقاً للقواعد المقررة في الإثبات . وكذلك يفعل الخلف الخاص والدائن ، ويلاحظ هنا أن كلام من هذين يعتبر من الغير في الصورية ، فله أن يثبتها بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن^(٢) .

ولهؤلاء جميعاً أن يدفعوا التصرف القانوني الذي تثبته الورقة العرفية بجميع الدفع الموضوعية والشكلية التي كانت لصاحب التوقيع . فلهم أن يطلبوا إبطال

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « فليس في الوسخ ، إزاء ما يفرق هذين المركزين ، إلا أن يباح للوارث أو الخلف الاكتفاء بنوع علمه بأن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة لمن تلقى عنه حقه ، دون أن يقف موقف الإنكار صراحة . على أنه رؤى من الأنسب اقتفاء أثر المادة ١٢٢٣ من التقنين الكندي ، فنص على وجوب تعزيز إقرار الوارث أو الخلف بيمين يؤديها درهماً لما يحتمل من تعسف هذا أو ذاك في استعمال الرخصة المأخوذة له . وقد آثر المشروع استعمال عبارة التقنين الهولندي ، فنص على أنه يكفي من الوارث أو الخلف أن يقرر أنه لا يعلم أن الإمضاء لمورثه ، دون أن يجتزى من الوارث بنوع العلم بإمضاء مورثه . فإذا أنكرت نسبة الورقة العرفية صراحة ، أو نفي الوارث أو الخلف علمه بذلك ، زالت عنها مؤقتاً قوتها في الإثبات ، وتعين على من يريد التمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها باتباع الإجراءات الخاصة بتحقيق الخطوط . وقد جرى القضاء المصري على ذلك رغم خلو التقنين الراهن من نص خاص في هذا الشأن (استئناف مغلط ٧ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٦٩) (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٩ - ص ٣٧٠) .

(٢) انظر الأستاذ سليمان مرقس في مقاله في قوة المحررات العرفية في الإثبات (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧) ، وقد جاء فيها ما يأتي : « . . . حتى بالنسبة لهؤلاء الأشخاص المقصودين بالغير في المادة ٢٢٨ (م ٣٩٥ جديد) يكون المحرر العرفي حجة بذاته ، ولا يحتاج إلى ثبوت تاريخه بوجه رسمي إلا لإمكان الاحتجاج بتاريخه فقط . فتلا إذا صرفنا النظر عن أحكام قانون التسجيل يكون الدائن المرتهن من الغير الذين يجوز لهم التمسك بالمادة ٢٢٨ بالنسبة لعقد البيع العرفي الصادر من الراهن ، فلا يمكن الاحتجاج عليه بتاريخه البيع ، ولكن هذا لا يمنع المشتري من الاحتجاج عليه بمحصل البيع ومن اعتبار نفسه حائزاً للمقار المرهون ، مع ما يترتب على ذلك من ثبوت حق التطهير له ومن وجوب اتخاذ الإجراءات ضده » (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٥٦ - ص ٢٥٧) .

التصرف لنقص الأهلية أو للغلط أو للتدليس أو الاكراه أو الاستغلال ، وهم أن يدفعوا ببطان التصرف لعدم مشروعية المثل أو السبب أو لعدم استيفاء الشكل ، ولم أن يتمسكوا بانقضاء الالتزام بالوفاء أو بغيره من أسباب الانقضاء ، إلى غير ذلك من الدفوع .

أما صحة التاريخ الذي تحمله الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير فله شأن آخر ، وهو ما نتقل الآن إليه .

١١٦ - (ج) صيغة الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير من حيث

صحة التاريخ الذي تحمله الورقة : هذه هي أهم مسألة في حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير . فالورقة العرفية تحمل تاريخاً معيناً ، يفترض فيها بين الطرفين أنه هو التاريخ الصحيح حتى يثبت العكس . فهل للتاريخ هذه الحجية بالنسبة إلى الغير ؟

ظاهر أن هذا لا يمكن التسليم به . فقد يكون الطرفان متواطئين في تقديم التاريخ أو في تأخيرها لتحقيق غرض معين . بتواطآن في تقديم التاريخ حتى يتفاديا مثلاً الطعن بالدعوى البوليصية من دائن تاريخ سنده متقدم على البيع الذي تشهد به الورقة العرفية فيقدمان تاريخ الورقة حتى يكون البيع أسبق من سنده الدائن فلا يستطيع هذا أن يطعن في البيع بالدعوى البوليصية . أو يقدمان تاريخ البيع حتى لا تطعن الورثة بأنه وقع في مرض الموت . وقد يتواطآن في تأخير التاريخ حتى يتفاديا الطعن في التصرف بنقص الأهلية ، فيؤخرا تاريخ الورقة ليخفيا أن أحد المتعاقدين كان قاصراً وقت التعاقد (١) .

فالمعقول إذن ألا يكون تاريخ الورقة العرفية حجة على الغير إلا إذا كان ثابتاً على وجه قاطع ، وعلى هذا جرى نص القانون . وحتى نتناول هذه المسألة بالبحث نستعرض أولاً نص القانون ، ثم نحدد ثانياً من هو المقصود بالغير ، ثم نبين ثالثاً ما هي الأوراق العرفية التي تخضع لتطبيق القاعدة ، ثم نتكلم أخيراً في الطرق التي يصبح بها التاريخ ثابتاً في هذه الأوراق .

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٩٣ ص ٨٨ .

١١٧ - (أولاً) النصوص القانونية: تنص المادة ٣٩٥ من

التقنين المدني على ما يأتي :

- ١ - لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت . ويكون تاريخ الورقة ثابتاً : (أ) من يوم أن تقيّد بالسجل المعد لذلك (ب) من يوم أن يثبت مضمونها في ورقة أخرى ثابتة التاريخ (ج) من يوم أن يؤثر عليها موظف عام مختص (د) من يوم وفاة أحد من لهم على الورقة أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة ، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلّة في جسمه ، وبوجه عام من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه .
- ٢ - ومع ذلك يجوز للقاضي تبعاً للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني القديم المادتين ٢٢٨-٢٢٩/٢٢٩-٢٩٤ (٢)

- (١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٣٠٥ من المشروع التمهيدى على الوجه الآتي :
- ١ - لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت . ٢ - ويكون لها تاريخ ثابت : (أ) من يوم أن تقيّد بالسجل المعد لذلك (ب) من يوم أن يثبت مضمونها في ورقة أخرى ثابتة التاريخ (ج) من يوم أن يؤثر عليها موظف عام مختص أو عضو من أعضاء الهيئة القضائية (د) من يوم وفاة أحد من لهم على الورقة خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة يكون معترفاً بها ، أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلّة في جسمه . (هـ) من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوع هذا الحادث .
- ٣ - ومع ذلك يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات . وفي لجنة المراجعة أدمجت الفقرتان الأولى والثانية في فقرة واحدة ، وعدل صدر المادة للوصول إلى المعنى المقصود فأصبح : « لا تكون الورقة العرفية حجة على الغير في تاريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت » ، وأدمج البند (هـ) في البند (د) مع إضافة عبارة تجعل البند (هـ) المدمج حكماً عاماً بعد تخصيصه . وأصبح النص بذلك مطابقاً لما استقر عليه نهائياً في التقنين الجديد ، وأدمج في المشروع النهائي تحت رقم ٤٠٨ . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة الشيوخ تحت رقم ٣٩٥ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٢ و ص ٣٧٥ - ص ٣٧٦) .
- (٢) كانت المادة ٢٢٨/٢٢٩ من التقنين المدني القديم تنص على ما يأتي : « لكنها (المهررات الغير الرسمية) لا تكون حجة على الغير المتعاقدين إلا إذا كان تاريخها ثابتاً ثبوتاً رسمياً » . وكانت المادة ٢٩٤/٢٢٩ تنص على ما يأتي : « ثبوت التاريخ يكون إما بتقيّد المهررات المذكورة في سجل محوياً بتأريخها أو ملخصها فقط إذا كانت مؤشراً عليها بما يفيد حصول التسجيل . وكذلك »

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون الينبات السوري المادة ١١ ،
وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٦ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني
المادة ١٥٢ ، وفي التقنين المدني للمملكة المتحدة الليبية المادة ٣٨٢ (١) - ويقابل

= يكون التاريخ ثابتاً إذا كان في المهررات خط أو إمضاء أو ختم ثابت لإنسان توفى أو كانت
عليه إشارة من أحد المأمورين العموميين المختصين بذلك أو من أحد القضاة وغيرهم .
ولم يستحدث التقنين الجديد شيئاً . ولكن النص الجديد جاء أدق في الصياغة ، فنبوت التاريخ
لازم لحجية التاريخ وحده ، وسبل إثبات التاريخ أكثر تنوعاً وأوسع إحاطة . هل أن التقنين
الجديد لم يفعل إلا أنه قنن القضاء المصري في كل هذا .

(١) التقنينات المدنية العربية : قانون الينبات السوري م ١١ . ١ - لا يكون السنه
المادى حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت . ٢ - ويكون له تاريخ ثابت : (أ) من
يوم أن يصادق عليه الكاتب العدل . (ب) من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة
التاريخ . (ج) من يوم أن يؤشر عليه حاكم أو موظف مختص . (د) من يوم وفاة أحد من لهم
على السند أثر ثابت أو معترف به من خط أو توقيع أو ختم أو بصمة أصبع ، أو من يوم أن
يصبح مستحيلاً على أحد هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسده . (هـ) من يوم وقوع أى حادث
آخر يكون قاطعاً في أن السند قد صدر قبل وقوعه . ٣ - ومع ذلك يجوز للمحكمة تباعاً
للظروف ألا تطبق هذه المادة على الوصولات . ٤ - لا تشمل أحكام هذه المادة الأستناد
والأوراق التجارية ولو كانت موقعة أو مظهرة من غير أن تجار لسبب مدنى ، وكذلك أستناد
الاستقراض الموقعة لمصلحة تاجر برهن أو بدون رهن مهما كانت صفة المقرض .
وقد وقع القانون السوري في عدم الدقة التي وقع فيها المشروع التمهيدى للتقنين المصري :
فالسند العرفى لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت ، وذلك بالنسبة إلى تاريخه
وحده لا بالنسبة إلى مشتملاته .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٦ (مطابقة لنص التقنين المصري فيما عدا فروقاً لفظية طفيفة)
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٥٢ - لا يعد السند ذو التوقيع الخاص صحيح
التاريخ إلا بالنظر إلى المتعاقدين ، ولا يعد صحيح التاريخ بالنظر إلى الغير إلا من يوم إخضاه
لمعاملة التسجيل أو من يوم إثباته في سند رسمى أو من يوم وفاة أحد الموقعين أو من يوم إدراج
خلاصته في سند رسمى - إن أحكام هذه المادة لا تشمل المواد التجارية ، فالرهونات التجارية
والسفاتج والسندات المكتوبة لأمر والتحاويل (الشكات) تعد من المواد التجارية عند تطبيق
الفقرة السابقة وإن تكن موقعة أو مظهرة من غير التجار لسبب مدنى ، وكذلك السندات ذات
التوقيع الخاص المختصة بعمليات تسليم عملها التاجر إما على المكشوف أو مقابل رهن أية
كانت صفة المقرض .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٢٨٢ (مطابقة لنص التقنين المصري الجديد)
ويتبين من استعراض هذه النصوص ألا فرق في الأحكام . في هذه المسألة ما بين التقنينات
المدنية العربية المختلفة ، وقد أحسن القانون السوري واللبناني صنفاً في النص صراحة على الخروج
الأوراق والرهون التجارية من أحكام هذه المادة .

في التفتيش المدنى الفرنسى المادة ١٣٢٨ (١).

١١٨ - (ثانياً) مع هو المقصود «بالغير» في تاريخ الورقة العرفية:

ليس «الغير» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية هو نفس «الغير» بالنسبة إلى حجة البيانات الأخرى الواردة في هذه الورقة . فقد رأينا أن الغير في الحالة الثانية هو بوجه عام الخلف العام والخلف الخاص والدائن ، أى كل شخص يجوز أن يسرى في حقه التصرف القانونى الذى تشهد به الورقة العرفية ومن ثم يجوز أن يحتج عليه بها . أما الغير بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية فهو أخص من ذلك . ويجب أن نستمد تحديد منطقتيه من الوضع الذى هو فيه .

ويحسن قبل أن نحدد هذا «الغير» أن نحدد أولاً من لا يعتبر «غيراً» ، ثم ننقل بعد ذلك إلى تحديد «الغير» .

١١٩ - مع «الغير» «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية :

لا يعتبر «غيراً» ، فيحتج عليه بتاريخ الورقة العرفية وذلك إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ، كل من كان ممثلاً في التصرف الذى تشهد به الورقة . ومن ثم لا يعتبر «غيراً» :

(١) الطرفان في الورقة العرفية ، فهذان يكون التاريخ العرفى للورقة حجة عليهما . فإذا كان أحدهما قاصراً أو محجوراً عليه ، واتفق الطرفان على تأخير التاريخ حتى لا ينكشف أن التصرف قد صدر وقت القصر ، أو على تقديمه حتى لا ينكشف أن التصرف قد صدر وقت الحجر ، كان التاريخ المؤخر أو المقدم حجة عليهما ، إلا أن يثبت ذو المصلحة منهما أن التاريخ غير صحيح . ولما كان

(١) وتنص المادة ١٣٢٨ من التفتيش المدنى الفرنسى على ما يأتى : «السندات العرفية لا يكون لها تاريخ ثابت يحتج به على الغير إلا من يوم تسجيلها ، أو من يوم وفاة من وقعها أو وفاة أحد من وقعها ، أو من يوم أن أدرج مضمونها في أوراق رسمية حررها موظفون عامون وذلك كحاضر وضع الأختام أو محاضر الجرد » .

(Les actes sous seing privé n'ont de date certaine contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaire).

تأخير التاريخ أو تقديمه قد وقع هنا تهرباً من أحكام القانون ، فانه يجوز إثبات ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن (١).

(٢) الأصيل إذا كان أحد أطراف الورقة العرفية هو نائبه ، سواء كانت النيابة اتفاقية كالوكيل أو قضائية كالحارس القضائي أو قانونية كالولي والوصي والقيم . فتاريخ الورقة العرفية التي بوقعها النائب يكون حجة على الأصيل ولو لم يكن تاريخاً ثابتاً ، إلا إذا أثبت الأصيل عدم صحة التاريخ وأنه قدم مثلاً حتى لا ينكشف أن التصرف صدر في وقت كانت النيابة فيه قد انقضت ، وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن بسبب ما انطوى عليه تقديم التاريخ من الغش . وهو لا يعتبر هـ . آء لأنه كان ممثلاً في التصرف الذي أبرمه النائب لحسابه ، فيكون التاريخ العرفي لنا التصرف حجة عليه إلى أن يثبت أنه غير صحيح (٢) .

(١) ديولوب ٢٩ فقرة ٥١٢ - فقرة ٥١٢ - لوران ٥ فقرة ٢٢٠ - فقرة ٢٢٢ و ١٩ فقرة ٢٩٦ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٩ - فقرة ٢٣٥٠ - الأستاذ سليمان مرعش في مقاله في قوة المهررات العرفية في الإثبات - مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٩٦ - محكمة استئناف مصر في ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٤٧ ص ٧٠ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٤٨ ص ٧٢ (يجوز لقيم هل المجهور عليه ، كما يجوز للمجهور عليه نفسه إذا زالت عنه أسباب الحجر ، أن يظن في صحة التواريخ الموضوعة على العقود العرفية التي لم يكن لها تاريخ ثابت سابق هل الحجر ، إلا أن عبء الإثبات في جميع ذلك يقع على عاتق القيم أو المجهور عليه ، فلهما إقامة الدليل بكافة الطرق القانونية بما فيها البينة والقرائن على وقوع الغش في المهررات المشار إليها بتقديم أو تأخير التواريخ الموضوعة عليها) .

كذلك التاريخ العرفي لمخالصة تمت ما بين شخص قد بلغ سن الرشد ووصيه يكون حجة على الأول ، إلى أن يثبت عدم صحة التاريخ وأنه آخر حتى لا يقع في مدة سابقة هل الفصل نهائياً في الحساب وفقاً للمادة ٣٥ من قانون المحاكم المسبية .

انظر مثلاً آخر أورده بودرى وبارد لشخص رتب لإيراداً لشخص آخر مدى حياة شخص ثالث ، بورقة تاريخها غير ثابت يسبق موت الشخص الثالث بأكثر من عشرين يوماً ، فيكون هذا التاريخ حجة على الدائن بالإيراد إلى أن يثبت أنه قدم ليسكون سابقاً على الموت بهذه المدة تطبيقاً لأحكام المادة ١٩٧٥ من التقنين المدني الفرنسي (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٥٠ - ص ٨٠) .

(٢) ديولوب ٢٩ فقرة ٢١٦ - لوران ١٩ فقرة ٣٠١ - أوبري ورو ١٢ ص ٢٤٢ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٥١ - بلانبول وريير وجابولد ٧ ص ١٤٨٣ - بيدان وپرو ٩ =

(٣) الوارث وكل خلف عام كالموصى له بحصة من التركة . ذلك أن الخلف العام يعتبر ممثلاً في جميع العقود التي يبرمها السلف ، فتسرى في حقه هذه التصرفات أياً كان تاريخها إلى يوم موت المورث . وما دام أنه كان ممثلاً في التصرف ، فلا يعتبر « غيراً » بالنسبة إلى تاريخه . فالبيع المدون في ورقة عرفية الصادر من المورث يكون حجة في تاريخه العرفي على الوارث كما هو حجة على المورث ، ومن ثم لا تعتبر العين المبيعة جزءاً من التركة يمتد إليها حق الوارث^(١) . وإذا باع شخص داراً بورقة عرفية غير ثابتة التاريخ ، وكان محجوراً عليه للسلفه ولكن تاريخ الورقة سابق على تسجيل قرار الحجر ، فإن هذا التاريخ يكون حجة على السفيه وعلى ورثته جميعاً ، ولا يستطيع أحد منهم أن ينقض هذه الحجية إلا إذا أثبت أن التاريخ قد قدم عمداً حتى يصور البيع واقعاً في وقت لم يكن فيه البائع محجوراً عليه ، وأن التاريخ الحقيقي كان بعد تسجيل قرار الحجر (م ١١٤ - ١١٥ لمدني) . ولما كان تقديم التاريخ في هذه الحالة يعتبر غشاً ، فيجوز للوارث إثبات عدم صحته بجميع الطرق^(٢) .

فقرة ١٢٢١ من ٢٠٠ - ص ٢٠١ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٩٦ - استئناف مختلط ٦ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٥ - ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٨ م ٢١ ص ٦٨ - ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٤٥٢ - ٧ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤١١ - ٩ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٦٥ .

(١) نقض مدني ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجلة القانون والاقتصاد ١١-٢٣-٢٢ .

(٢) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ العرفي للسند الموقع عليه من المورث حجة على ورثته ، ما لم يطنوا في صحة التاريخ بمصولة غشاً سهواً أو عمداً أو ما لم يطنوا بتزويره (١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ الحاماة ٨ رقم ٥٤٧ ص ٩٠٧) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأنه وإن كان للوارث الصادر لمصلحته التصرف أن يتمسك في وجه باقي الورثة بالتاريخ العرفي الذي وضعه المورث ، إلا أن هؤلاء الورثة الحق في أن يشبوا بكافة الطرق القانونية ومنها قرائن الأحوال أن هذا التاريخ لا يتفق مع الحقيقة وأنه وضع بقصد الإيهام لجعل صدور التصرف في وقت بعيد عن للشبهات (١٤ يناير سنة ١٩٣٤ الحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٠ ص ٥٥٠) . وقضت محكمة النقض بأن الموصى له بحصة في التركة لا يعتبر « غيراً » في معنى المسادة ٤٢٨ (٢٩٥ جديد) إذا هو ادعى أن المقدم الصادر من الموصى إنما صدر بعد طلب الحجر عليه وبأن تاريخه متأخر للحقيقة ، إذ هو خلف عام يدعى ما كان يملك سلفه ممثلاً في شخص القيم عليه أن يدعيه . ولكن لما كان هذا الادعاء ادعاءً بفسخ واحتمال عمل القانون ، كان إثباته بأي طريق من طرق الإثبات جائزاً له جوازه لسلفه ، وكان عليه عبء الإثبات لأنه مدع والبيته على من ادعى ، فإن هو أثبت

والوارث لا يعتبر « غيراً » بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية كما قدمنا، يستوى في ذلك أن يدفع البيع الصادر من مورثه بمقولة إنه صدر بعد تسجيل قرار الحجر للسفنه ، أو بمقولة انه صدر من المورث وهو في مرض الموت . في الحالتين معاً يكون التاريخ غير الثابت حجة عليه . وفي الحالتين معاً يستطيع أن يثبت عدم صحة التاريخ بجميع طرق الإثبات ، ما دام أن هذا التاريخ قد قدم غشاً لإخفاء أن البيع إنما صدر بعد تسجيل قرار الحجر أو صدر في مرض الموت . ولا يعتد - في صدد حجبة التاريخ - بأن الوارث في حالة الحجر إنما يهاجم البيع باعتبارده خلفاً لمورثه فيستمد منه هذا الحق كما لو كان المورث هو الذي يهاجم البيع ، وهو في حالة مرض الموت إنما يهاجم البيع بمقتضى حق له خاص (droit propre) استمده من القانون ضد المشتري والوارث جميعاً . لا يعتد بهذا الفرق ، قلنا ، في صدد حجبة التاريخ ، وإنما يمتد به في صدد سريان البيع . فاذا أثبت الوارث أن البيع قد صدر بعد تسجيل قرار الحجر ، جاز له ، باسم مورثه ، أن يطلب إبطال البيع للسفنه . أما إذا أثبت أن البيع قد صدر في مرض الموت ، جاز له ، باسم مورثه ، أن يطلب عدم سريان البيع في حقه فيما زاد على ثلث التركة . وهذا بخلاف حجبة التاريخ ، فيستوى فيها أن يهاجم الوارث التصرف الصادر من مورثه المحجور بمقتضى حق استمده منه وخلفه عليه ، أو يهاجم التصرف الصادر من مورثه وهو في مرض الموت بمقتضى حق شخصي استمده من القانون . ففي الحالتين توافرت له المصلحة في مهاجمة التصرف . وإذا كانت هذه المصلحة قد استمدتها من مورثه في الحالة الأولى ومن شخصه في الحالة الثانية ، فإن هذا لا يمنع من أنه ليس « غيراً » في الحالتين ، فيحتج عليه فيهما معاً بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر من مورثه

سقطت حجة التاريخ العرفي للعقد، وإن لم يثبت بقيت هذه الحجة (نقض مدني ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٤٧ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٤٨ ص ٥٠٧) . هذا ويلاحظ أن الموصي له بحصة من التركة إذا لم يستطع إثبات التاريخ الحقيقي ، فقامت حجة التاريخ العرفي في حقه ، يستطيع ، مع التسليم بأن التصرف صدر قبل تسجيل قرار الحجر ، أن يتسكك بالمادة ١١٥ فقرة ٢ مدني فيثبت أن التصرف كان نتيجة استغلال أو تواطؤ (وفي حالة الحجر للجنون أو التمه يتسكك بالمادة ١١٤ فقرة ٢ فيثبت أن حالة الجنون أو التمه كانت شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها) . انظر أيضاً بودري وبارد ٤ فقرة ٢٢٥٣ - فقرة ٢٢٥٤ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦ وهامش رقم ١٠٦ .

إلا، أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح (١).

والذى أوقع اللبس في هذه المسألة هو الخلط ما بين «الغيرية» في سريان التصرف «والغيرية» في ثبوت التاريخ. فالوارث، في تصرفات مورثه الصادرة في مرض الموت، يعتبر «غيراً» من ناحية سريان هذه التصرفات في حقه، فهى لا تسرى عليه فيما يجاوز ثلث التركة. ولا يعتبر «غيراً» من ناحية ثبوت التاريخ،

(١) وما نقرره في هذه المسألة يخالف ما سبق أن قررناه في الموجز (فقرة ٦٣٨ ص ٦٩٩)، ويخالف ما أجمع عليه الفقه في مصر من أن الوارث يعتبر «غيراً» في التصرفات الصادرة من مورثه في مرض الموت: انظر الأستاذ محمد كامل مرسى في تصرفات المريض مرض الموت فقرة ٢٣ ص ٢٩٧ - الأستاذ حلى بهجت بدوى في أصول الالتزامات فقرة ٢٠٠ ص ٢٩٦ - الأستاذ شفيق شحاتة في الالتزامات (بالفرنسية) ص ١٠٩ - الأستاذ محمد حل عرفة في حجية المهررات العرفية بمجلة القانون والاقتصاد ١٠ ص ١٦٤ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢١٩ ص ٢٢٤ (وهو يعتبر الوارث من الغير ولكن يلقى عليه عبء إثبات التاريخ الصحيح، وفي هذا القول تناقض يرجع إلى أن الوارث من أتى عليه عبء إثبات التاريخ الصحيح فقد صار التاريخ للمرفق حجة عليه إلى أن يثبت عدم صحته، وهذا معناه أنه لا يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى هذا التاريخ العرفي).

وقد أخذ الفقه المصري يتحول عن هذا الرأي الخاطئ الذى يذهب إلى اعتبار الوارث من الغير في التصرفات الصادرة من مورثه في مرض الموت. ويرجع الفضل في هذا التحول إلى الأستاذ سليمان مرقس، فقد أثبت في مقالته القيم: (قوة المهررات العرفية في الإثبات وحجية تاريخها على الوارث الذى يملن فيها بصدورها في مرض الموت: مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٧ - ص ٣٠٤)، خطأ الرأي الشائع في الفقه المصري، ثم خلص من ذلك إلى التنبه لما لهذا الرأي الخاطئ من أثر عملي سوء، فقال: «إن الأخذ بهذه النظرية (النظرية التى تعتبر الوارث في تصرفات المريض مرض الموت من الغير) يترتب عليه أن كل شخص يموت عقب مرض كان يخشى منه هلاكه - وهذا هو الغالب في الموت - ولو لم يطل هذا المرض غير أيام قليلة، لا يمكن الاحتجاج على ورثته بتاريخ المهررات العرفية التى صدرت منه طوال حياته إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمى. ومعنى ذلك أنه يتعين على كل من يتعامل مع آخر بورقة عرفية أن يسجل تاريخها في الحال، خشية أن يمرض المتعامل معه قبل موته مباشرة، ولو بعد عمر طويل، فيتمتع الاحتجاج على ورثته بتاريخ هذه الورقة. وبتعبير آخر أن القول بأن وارث المريض مرض الموت يعتبر من الغير بالنسبة لتاريخ المهررات الصادرة من المورث يجعل من الناحية العملية تسجيل التاريخ ضرورة لازمة في كافة المهررات العرفية وفي جميع الأحوال. فيصبح شرط تسجيل التاريخ قاعدة عامة، خلافاً لما قصد المشرع من جعله شهادة استثنائية. ولا يخفى ما يظوى عليه هذا التصحيح من إرهاب للمتعاملين ومن عرقلة للمعاملات» (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٩٩ - ص ٣٠٠). انظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١.

فيحتاج عليه بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر من مورثه إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح^(١).

أما القضاء المصري في هذه المسألة فهو متردد مضطرب . بدأ يأخذ بالرأى الصحيح . ثم رجع عنه إلى الرأى الخاطيء . ثم وقف بين الرأيين . فهو من الناحية العملية على هدى من أمره إذ يجعل تاريخ التصرف الصادر في مرض الموت حجة على المورث إلى أن يثبت عدم صحته ، وهو من الناحية الفقهية يبلو أنه خلط - ولا يزال يخلط - بين « الغيبة » في سريان التصرف و « الغيبة » في ثبوت التاريخ^(٢).

وقد سار الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في كتابه الإثبات (ص ١٣٩ - ص ١٤٣) على هذا الرأى الصحيح ، وختم بيانه في هذه المسألة بالعبارة الآتية : « يخلص من هذا أن الوارث يعتبر بحسب الأصل خلفاً هاماً لمورثه ، يسرى في حقه ما كان سارياً في حق مورثه . ولكن الشارع جعل حق الوارث متعلقاً بالتركة من وقت مرض الموت . فخوله حق الطعن في تصرفات مورثه أثناء هذا المرض . وبهذا يصبح الوارث من الغير بالنسبة إلى أثر هذه التصرفات ، فلا تنفذ في حقه إلا بالقدر الذي تنفذ به الوصية . ولكن لا يعتبر من الغير بالمعنى المقصود في المادة ٢٩٥ مدني ، فهكأن تاريخ التصرف العرفي حجة عليه بوصفه خلفاً هاماً ، إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ . ولما كان الغرض من تغيير التاريخ في هذه الحالة هو النش والاحتياط على القانون ، فإنه يجوز للوارث أن يجتنب هذا الاحتياط بجميع الطرق القانونية » (الإثبات ص ١٤٣) .

(١) وصري أن هذا يصدق أيضاً على الدعوى البولصية . فالدائن ، في طعنه بالدعوى البولصية على التصرف الصادر من المدين ، يعتبر « غيراً » من ناحية سريان هذا التصرف في حقه ، فلا يسرى عليه . ولا يعتبر « غيراً » من ناحية ثبوت التاريخ ، فيحتاج عليه بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر من المدين إلى أن يثبت أن هذا التاريخ غير صحيح .
وهيئين من ذلك أن الوارث ، بالنسبة إلى التصرفات الصادرة في مرض الموت ، والدائن ، بالنسبة إلى الدعوى البولصية ، إنما يعتبران من الغير في خصوص سريان أثر المقد لافي خصوص ثبوت التاريخ .

(٢) نقول إن القضاء المصري في هذه المسألة سر بمراحل ثلاث :
في المرحلة الأولى كان يأخذ بالرأى الصحيح ، ويقرر أن الوارث في تصرفات مورثه في مرض الموت لا يعتبر من « الغير » من حيث تاريخ التصرف ، فيحتاج عليه بهذا التاريخ إلى أن يثبت عدم صحته . فقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن التاريخ العرفي للتصرف صدر من المورث في مرض الموت حجة على ورثته لأنهم يمثلونه (٢٤ مايو سنة ١٩٢٢ الهامة : رقم ٦٣٥ ص ٨٤٧) - وقضت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ العرفي للمقد الصادر من المورث في مرض موته حجة على الوارث باعتباره متلقياً حقه من المورث (١٩ مارس سنة ١٩٢٢ الهامة : ٣

وتأثر التقنين المصرى الجديد بهذا القضاء فى مرحلته الأخيرة . فنصت الفقرة الثانية من المادة ٩١٦ على ما يأتى : « وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بجميع

رقم ٥ ص ١٥) . وقضت هذه المحكمة أيضاً بأن الوارث يخلف المورث فى كل ماله وما عليه بالنسبة إلى الحق الموروث ، وبأن العقد العرفى الصادر من المورث فى مرض الموت حجة على الوارث ، وبأن للوارث ما كان لمورثه وعليه ما عليه فللوارث الطعن فى تاريخ هذا العقد باعتبار أنه وضع خطأ بطريق العمد أو السهو ، فإذا هو لم يطعن وجب الأخذ بالتاريخ العرفى (١٠ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٥٧ ص ٩٠٧) .

وفى المرحلة الثانية رجع عن هذا الرأى الصحيح إلى الرأى الخاطى الذى ساد بعد ذلك فى الفقه المصرى . وكان الحكم الصادر من محكمة استئناف مصر فى دوائرها المجتمعة هو المؤذن بهذا التحول ، مع أن هذا الحكم لا يعرض « للغيرية » من ناحية ثبوت التاريخ بل يعرض لها من ناحية سريان التصرف . فقد فصل فى مسألة اختصاص القضاء الشرعى أو القضاء الوطنى عند الطعن فى الوقف بوقوعه فى مرض الموت ، فجاء فى أسباب حكمه ما يأتى : « ... أن الوقف (فى مرض الموت) فى ذاته صحيح ، وأن الواقف أهل للتصرف بالتبرع وغيره . ولكن لأمر خارج عنه وعن ذاتية عقده رتب الشارع ثم القانون حكماً لنفاذ الوقف أراد به صيانة حق الوارث ، لا بصفته وارثاً بل بمورثه فى كل حقوقه وعهوده ، بل بصفته أجنبياً (tiers) تعلقت له فى ذمة الواقف حقوق ، شأنه فى ذلك شأن الدائن الذى سن القانون حمايته دعوى إبطال التصرفات من وقف أو بيع أو غير ذلك ... » . (استئناف مصر الدوائر المجتمعة فى ٥ أبريل سنة ١٩٢٨ المحاماة ٨ رقم ٤٦٠ ص ٧٥٥) . وظاهر أن الحكم عندما عرض لوارث الواقف فى مرض الموت بصفته أجنبياً (tiers) إنما يتحدث عنه فى معرض نفاذ الوقف فى حقه لا فى معرض ثبوت التاريخ . ومع ذلك نوهت بعض المحاكم أن الدوائر المجتمعة لهكمة الاستئناف عنت أن يكون الوارث « غيراً » حتى فى تاريخ التصرف الصادر من المورث فى مرض موته . فقضت محكمة استئناف مصر بأن التاريخ العرفى للتصرف المطعون فيه لا عبء به مطلقاً بعد أن صدر حكم الدوائر المجتمعة بتاريخ ٥ أبريل سنة ١٩٢٨ الذى قطع بأن الوارث الذى يطعن ضد سائر الورثة بمرض الموت يعتبر أجنبياً تعلقت له فى ذمة المورث حقوق (٢٧ مايو سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٥٢٧ ص ٩٧٦) . وكان قد صدر قبل ذلك ، بل وقبل حكم الدوائر المجتمعة ، حكم من محكمة مصر الكلية الوطنية فى هذا المعنى الخاطى ، يقضى بأن الوارث الذى يعطيه القانون حق الطعن فى تصرفات مورثه بمرض الموت يكسب بذلك من جانب المشرع نفسه حقاً شرعياً يجعله ينقلب من طبقة الخلف إلى طبقة الغير ، فلا يحتاج عليه إلا بالأوراق ثابتة التاريخ (٢٩ مايو سنة ١٩٢٧ المحاماة ٩ رقم ٥٣٩ ص ٩٩٦) . وتوالت الأحكام ، بعد صدور حكم الدوائر المجتمعة ، تجعل الوارث « غيراً » فى التاريخ العرفى لتصرفات مورثه الصادرة فى مرض الموت ، فلا يكون هذا التاريخ حجة عليهم ، ولا يكلفون بإثبات عدم صحته . ولا يحتاج عليهم إلا بالتاريخ الثابت : استئناف مصر ١٢ فبراير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٤٠ ص ٦٨٢ - ١٤ يونية سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ١٩٨ ص ٤١٥ - محكمة الاسكندرية الكلية الوطنية ١٦ فونبر سنة ١٩٢٩ المحاماة ١٠ رقم ٢٨٣ ص ٥٦٨ -

الطرق . ولا يمتنع على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً .
فالأصل أن الوارث يمتنع عليه بتاريخ التصرف الصادر من مورثه ، ولو لم

= محكمة الجيزة الجزئية ٢٣ مايو سنة ١٩٣٩ الهامة ٢٠ رقم ٢٣٩ ص ٦٨٦ . وقد احتج بعض
هذه الأحكام بأن الوارث ذا التصيب المضمون (héritier réservataire) في القانون الفرنسي
يعتبر « غيراً » في التاريخ العرفي للهبات التي تصدر من مورثه ، ولكن الصحيح أن الوارث
لا شأن له في ذلك ، والمهوب لهم فيما بينهم هم الذين يعتبرون من « الغير » .

وفي المرحلة الثالثة — وهي المرحلة الحالية — وقف القضاء المصري موقفها صحيحاً من
الناحية العملية ، ولكنه غير واضح من الناحية الفقهية . وقد بدأت محكمة استئناف مصر هذا
الموقف بأن قضت بأن الوارث يعتبر في حكم الغير بالنسبة إلى جميع التصرفات الصادرة من
المورث إضراراً بحقوقه المكتسبة بحكم القانون — وهذا صحيح ، ومعناه أن الوارث يعتبر
« غيراً » من حيث سريان هذه التصرفات لا من حيث عدم الاحتجاج بالتاريخ العرفي . ولكن
المسألة بنت على ما قدمته أن الوارث لا يصح ، والحالة هذه ، أن يمتنع عليه بالتاريخ العرفي
الموضوع على التصرفات الصادرة من المورث إضراراً به — وهذا خطأ ، لأن الوارث
لا يعتبر « غيراً » من حيث التاريخ ، ليمتنع عليه إلا بالتاريخ العرفي . ثم عكست المحكمة بأن للوارث
الحق في أن يثبت بكافة الطرق ومنها قرائن الأحوال أن التاريخ لا يطبق مع الحقيقة وأنه وضع بقصد
الإيهام بصدور التصرف في وقت بعيد عن الشبهات — وهذا خطأ آخر من وجهة نظر المحكمة ، لأن
الوارث ما دام قد اعتبر « غيراً » في تاريخ التصرف فلا يصح الاحتجاج عليه بالتاريخ العرفي ولا يجوز
تكليفه لإثبات عدم صحة هذا التاريخ إذ هو لا يصح عليه إلا بالتاريخ الثابت . ولكن الصيغة
أرادت أن يكون هذا الخطأ الثاني له صحيحاً خطأً الأول من الناحية العملية ، فصار التاريخ العرفي
يمتنع به على الوارث ثم أجهز للوارث أن يثبت عدم صحته . وكان الواجب حينئذ أن يعتبر
الوارث من الناحية الفقهية حلفاً لا غيراً من حيث التاريخ العرفي ، ولكن المحكمة سمت مع ذلك
« غيراً » وإن كانت قد استلقت له محالين الخلف (الظر محكمة استئناف مصر ١٤ يناير
سنة ١٩٤٤ الهامة ١٥ رقم ٢٩٠ ص ٥٥٠) ، وعلى هذه التوجه — وهذا التجهيز الظهري
الخطأ — توالت الأحكام بعد ذلك ، فشككت محكمة استئناف مصر مرة أخرى بأن « الأصل أن
الوارث يعتبر حلفاً لمورثه ، وعلى ذلك تكون المهررات العرفية الصادرة من المورث صحيحة عليه .
إلا أن هناك حالات يكون الوارث فيها من الغير بالنسبة للتصرفات الصادرة من مورثه ، ففي هذه
الحالات ، لأجل أن يستفيد الوارث — باعتباره من الغير — بالثبوت الواردة في المادة ٢٢٨ مدني
(٣٩٥ جديد) التي تمنع الاحتجاج بالمهررات غير الرسمية هل غير المعاقدين إلا إذا كان تاريخها
ثابتاً ثبوتاً رسمياً ، يجب عليه أن يثبت أنه من الأغيار الذين يحول لهم القسانون التملك بهذه
القرينة ، لا أن يفرض نفسه لرضا في مركز الغير ويتسلك بهذه القرينة بغير إثبات ما يدعيه .
فإذا طعن وورثة في سند صادر من مورثهم لزوجه اعتماداً على أن السند محمور في مرض الموت ،
مهم في هذا الوضع وإن كانوا يعتبرون من الغير بالنسبة للتصرف الصادر من مورثهم في مرض
موته ، إلا أنهم في طعنهم هذا يكونون في مركز المدعين ، ومن ثم فقد وجب عليهم أن يثبتوا أن
التصرف المطعون فيه قد وقع فعلاً في مرض الموت » (٢٢ فبراير سنة ١٩٣٦ المجموعة الرسمية ٣٧ =
(م ١٤ الوسيط — ج ٢)

يكن هذا التاريخ ثابتاً . ولكن إذا ادعى أن التصرف قد صدر من مورثه وهو في مرض الموت ، كانت له مصلحة في إثبات عدم صحة التاريخ وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق ، ومنها البينة والقرائن ، لما بنطوى عليه تقديم تاريخ التصرف

ص ٦٩) . ولم تفعل محكمة النقض إلا أن جارت هذا الاتجاه ، خلافا لما ظنه الأستاذ سليمان مرقس (مقالته في قوة المهررات العرفية في الإثبات المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٣٠٢ - ص ٣٠٤ وكتابه في أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١) . فقضت بأن الوارث يعتبر في حكم الغير فيما يختص بالتصرفات الصادرة من مورثه في مرض الموت إضراراً بحقه المستمد من القانون - ونبادر إلى القول بأن هذه « غيرية » من حيث نفاذ التصرف ، ولكن محكمة النقض بنت عليها « غيرية » من حيث حجبية التاريخ ، فقضت على ما قدمته بأن الوارث أن يطعن على هذا التصرف ، وأن يثبت مطاعنه بجميع طرق الإثبات ، وإذا لم يكن التاريخ المدون بالتصرف ثابتاً رسمياً فإن له ، مع تمسك الوارث الذي صدر لمصلحته هذا التصرف بتاريخه العرفي ، أن يثبت حقيقة هذا التاريخ بجميع طرق الإثبات أيضاً (نقض مدني ٢٣ يناير سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٧١ ص ٨٧٩) . ولم يتحرر هذا الموقف كثيراً في الأحكام التالية . فقد عادت محكمة النقض تقول : « إن الوارث لا يعتبر في حكم الغير فيما يختص بالتصرف الصادر من مورثه إلا إذا كان هذا التصرف واقفاً في مرض الموت إضراراً بحقه الشرعي في الميراث ، فإذا كان التاريخ المدون بالتصرف غير ثابت رسمياً وكان سابقاً على بدء هذا المرض ، فإن كل ما للوارث هو أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ غير صحيح وأن إبرام العقد إنما كان في مرض الموت (نقض مدني ١٨ ديسمبر سنة ١٩٤١ المحاماة ٢٢ رقم ٢٢٧ ص ٩٩١) . والواقع أن محكمة النقض لا تزال في موقف غير واضح من الناحية الفقهية . وهي ، وإن كانت من الناحية العملية قد عاجلت الموقف بما عاجلته محكمة استئناف مصر فجملت التاريخ العرفي حجة على الوارث وأجازت له أن يثبت بجميع طرق الإثبات عدم صحته ، لم تجعله مع ذلك خلفاً من حيث التاريخ العرفي . ومنعها من التصريح بهذا الأمر في وضوح ما لاحت من الشبهة . ذلك أن الوارث « غيره » من حيث سرمان التصرف ، فهل يستتبع ذلك أن يكون « غيراً » من حيث حجبية التاريخ العرفي؟ وهل معنى « الغيرية » هنا يقتصر على أن التاريخ العرفي يكون حجة عليه إلا إذا تولى إثبات عدم صحته ؟ لا يبدو من أحكام محكمة النقض أنها تجيب على هذين السؤالين بالنفي إجابة صريحة ، وكان هذا هو الواجب : انظر محكمة النقض ١٣ فبراير سنة ١٩٤١ مجموعة عمر ٣ رقم ١٠١ ص ٣٢٢ - وقارن ١٥ أبريل سنة ١٩٤٣ مجموعة عمر ٤ رقم ٤٩ ص ١٣٢ - وانظر ٣٠ فبراير سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٥٠٤ ص ١١٠٦ . ولذلك لم يدهشنا - كما أدهش الأستاذ سليمان مرقس وهو يمتدح كما قدمنا أن محكمة النقض تأخذ بالرأي الصحيح الذي يقول به - أن تعود المحكمة فتقرر أن الوارث لا يعتبر في حكم الغير إلا إذا كان طعنه على التصرف الصادر من مورثه هو أنه ، وإن كان في ظاهره يبعاً منجزاً ، إلا أنه يخفى في حقيقته وصية إضراراً بحقه في الميراث ، أو أنه صدر في مرض موت المورث فيعتبر إذ ذاك في حكم الوصية ، لأنه في هاتين صورتين يستمد الوارث حقه من القسانون مباشرة حماة له من تصرفات مورثه التي قصد بها الاحتيال على قواعد الإرث التي تعتبر من النظام العام (نقض مدني ٢١ ديسمبر سنة ١٩٥٠ -

من غش أريد به الإخلال بحقه الشخصي في الميراث . إلى هنا ونصر التقنين
الحديد مستقيم . لكن تأتي بعد ذلك العبارة الأخيرة : « ولا يحتج على الورثة
بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً »^(١) . وهي عبارة غير صحيحة على
إطلاقها . إن أريد بها - كما هو ظاهر العبارة - إن التاريخ العرفي للتصرف
الصادر من المورث لا يحتج به على الورثة ، فهذا غير صحيح ، وقد رأينا أن
هذا التاريخ حجة على الوارث إلى أن يثبت عدم صحته . وإن أريد بها - كما
هو التأويل المستخلص من سياق النص - أن التاريخ العرفي لا يحتج به على الوارث
إلى الحد الذي يمنعه من إثبات العكس بل يجوز له مادام التاريخ غير ثابت أن

= الهاماة ٣١ رقم ٢٨٥ ص ٩٨٤) . انظر في هذه المسألة مقال الأستاذ سليمان مرقس في
مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة عشرة ، وكتابه في أصول الإثبات ص ٩٧ هامش
رقم ١ ، والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٣٩ - ص ١٤٢ .
عل أننا - إنصافاً لهكنا العليا - ننقل حكماً واحداً لها يبدو أنها فيه قررت الرأي
الصحيح في هذه المسألة . فقد قضت بأن الوارث - بحكم كونه خلفاً عاماً لمورثه - لا يمكن
أن يعد من « الغير » في معنى المادة ٢٢٨ مدني (٣٩٥ جديد) ، بل حكمه - بالنسبة إلى
المهررات غير الرسمية التي يكون المورث طرفاً فيها - حكم مورثه . فتاريخها يكون - بحسب
الأصل - حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ثبوتاً رسمياً ، سواء كانت صادرة إلى وارث أو إلى
غير وارث . ولكن إذا ادعى الوارث أن تصرف المورث كان غشاً واحتيالا على القانون
إضراراً بحقه الشرعي في الميراث ، فظن فيه بأنه صدر في مرض الموت وأن تاريخه غير صحيح ،
فيجوز له أن يثبت مدعاه ، ويكون عليه عبء الإثبات إذ هو مدع والبيئة على من ادعى ،
وتتعلق له كل طرق الإثبات إذ المضرورة بالنفس لم تكن له خيرة فيه فلا وجه لتضييق عليه في
ثباته بمصره في طريق دون طريق . فإذا كانت المحكمة حين قضت ببطلان البيع الصادر من
المورث إلى بعض ورثته قد أسست ذلك على أن المدعين الذين يطعنون في العقد بصدوره في مرض
الموت ، وهم ورثة للبائع ، لا يجازون بتاريخ عقد البيع غير المسجل بزم أنهم من الغير ،
وجعلت التحقق من قيام حالة مرض الموت منوطاً بالتاريخ الثابت ثبوتاً رسمياً دون التاريخ
الأول (العرفي) ، غير آبهة للدفاع من صدر لهم العقد بعدم قيام حالة مرض الموت في ذلك
التاريخ غير الثابت رسمياً ، فإن حكمها بذلك يكون مخالفاً للقانون ، إذ هذا التاريخ يكون
حجة على هؤلاء الورثة إلى أن يثبتوا عدم صحته (نقض مدني ٢١ أكتوبر سنة ١٩٤٨ مجموعة
عمر ٥ رقم ٣٢٩ ص ٦٤٨) . ولكن لا مناص من الإشارة إلى أن هذا الحكم القيم سبقته
وتلك الأحكام التي أسلفنا ذكرها .

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيلي في خصوص هذه العبارة ما يأتي :
« ولا يحتج عليهم بتاريخ التصرف إلا إذا كان ثابتاً لأنهم يعتبرون من الغير بالنسبة له » (مجموعة
الأعمال التحضيرية ٦ ص ٢٩٨) .

يقم الدليل على عدم صحته ، فهذا صحيح ، ولكن فيم الحاجة إلى إيراد هذا الحكم البديهي ، فمن المسلم أن كل شخص يكون التاريخ العرفي حجة عليه ، ولو كان هو المتعاقد نفسه ، يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ (١) .

(٤) الدائن العادي . فهو لا يعتبر « غيراً » في تاريخ الورقة العرفية التي صدرت من مدينه ، ويكون هذا التاريخ حجة عليه . ذلك أنه لا يدعى حقاً خاصاً على مال بالذات لمدينه ، فليس له إلا حق الضمان العام على جميع أموال المدين . فكل تصرف يبرمه المدين في أمواله يسرى في حق الدائن العادي ، إذ ينقص التصرف من هذا الضمان العام أو يزيد فيه ، فيعتبر الدائن ممثلاً في التصرف ، ويكون التاريخ العرفي حجة عليه كما هو حجة على المدين . على أن الدائن العادي ، بوجه عام ، لا يعنيه تاريخ التصرف الصادر من مدينه ، فسواء صدر هذا التصرف قبل نشوء حقه أو بعد ذلك ، فاللتصرف سار في حقه ، وينقص من ضمانه العام أو يزيد فيه حسب الأحوال . مثل ذلك أن يبيع المدين داراً يملكها ، فخرج هذه الدار من ملكه انتقص من ضمان الدائن ، وهبوطي في ذلك أن يكون البيع قد صدر قبل نشوء الدائن أو بعده ، ومن ثم كان التاريخ العرفي الذي تحمله ورقة البيع حجة على الدائن بقدر ما هي حجة على المدين . ويستطيع الدائن - كما يستطيع المدين - أن يثبت عدم صحة التاريخ العرفي إذا كانت له مصلحة في ذلك . وفي المثل السابق لا مصلحة له . وتكون له مصلحة لو أن المدين باع الدار وهو محجور عليه وقدم تاريخ البيع إلى وقت سابق على تسجيل قرار الحجر ، فهذا التاريخ العرفي حجة على الدائن كما هو حجة على المدين ، ويستطيع كل منهما - المدين بمقتضى حقه الأسبق والدائن باستعمال حق مدينه إذا كان هناك عمل لذلك - أن يثبت تقديم التاريخ بجميع الطرق كما قدمنا لأبطال البيع الذي صدر من المدين وهو محجور عليه (٢) .

(١) انظر في هذا المعنى الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٩٧ هامش رقم ١ : الدكتور عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٤٢ - ص ١٤٣ .

(٢) والدائن العادي ، بالنسبة إلى دائن عادي آخر ، كل ضحاً ليس من الغير ، إذ لا تفاضل بينهما بالتاريخ ، والمقدم لا يجب المتأخر ، بل الاثنان سواسية في الرجوع على المدين . وإذا دفع دائن عادي بأن حق دائن عادي آخر قد سقط بالتقدم فتاريخ الأوراق العرفية التي يتمسك بها الدائن العادي الآخر لرد هذا الدفع لا يشترط فيها أن تكون ثابتة بتاريخ لتكون حجة على الدائن العادي الأول ، لأن هذا ليس من الغير (بيدان وبرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠١) .

وزي من ذلك أن الدائن العاقد قد يعنيه التاريخ الذي صدر فيه تصرف مدينه ، ولكن لا يكون غيراً مادام المدين قد مثله في هذا التصرف ، بل لأن له مصلحة تحول له ، مع بقاء التاريخ العرفي حجة عليه ، أن يثبت عدم صحته . ويتحقق ذلك في دعويين : الدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية .

أما في الدعوى غير المباشرة فالدائن يطالب بحق لمدينه المعسر ، تعتمد هذا المدين عدم المطالبة به لإضراراً بدائنه ، أو في القليل أهمل في المطالبة غير مبال بما يترتب على هذا الإهمال من مساس بالضمان العام الذي لدائنه على أمواله . هنا يتقدم الدائن ، نالياً عن المدين والنيابة أضيفت عليه بحكم القانون ، لمطالبة مدين مدينه بهذا الحق . فهو يعمل بمقتضى ماله من ضمان عام على أموال مدينه ، ولا يزال نالياً في هذه المرحلة التمهيدية لم يجتزها إلى مرحلة التنفيذ ، ومن ثم لا يكون الدائن في هذه الحالة غيراً ، بالنسبة إلى تاريخ الأوراق العرفية الصادرة من مدينه إلى مدين المدين . فاذا تقدم مدين المدين ، في الدعوى غير المباشرة ، بورقة عرفية صادرة من المدين للمدين إبراءه من الدين مثلاً ، كان التاريخ العرفي لهذه الورقة حجة على الدائن كما هو حجة على المدين . فالدائن ليس غيراً ، بالنسبة إلى تاريخ هذه الورقة ، ولا يشترط أن يكون هذا التاريخ ثابتاً ليكون حجة عليه ، وذلك لسببين : أولهما أن الدائن إنما يعمل نالياً عن المدين ، فاحتج به على المدين محتج به على الدائن . والسبب الثاني أن الدائن في الدعوى غير المباشرة لم يفعل غير أن يحافظ على ضمانه العام ، فهو لم ينتقل كما قدمنا إلى مرحلة التنفيذ كما هو شأن الدائن الحاجز الذي انتقل بالحجز إلى هذه المرحلة ، فإذا سلم أن الدائن الحاجز يصبح بالحجز غيراً ، كما سنرى ، فإن ذلك لا يستلزم أن يكون الدائن الذي يباشر الدعوى غير المباشرة من الغير^(١) . على أنه يلاحظ أن الدائن إذا لم يكن

= أما الدائن المرتهن فهو من الغير بالنسبة إلى دائن مرتين آخر ، إلا إذا كان التفاضل بينها لا بشروط التاريخ كما في المنقول ، بل بالقيد كما في العقار ، فعند ذلك نخرج من منطقة ثبوت التاريخ إلى منطقة القيد كما سنرى (انظر في هذه المسألة بودري وهارد ، فقرة ٢٣٦١ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٤٠٢) - بلانيول وريبير وجابولاد ٧ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٦ - ص ٩٢٧ .

(١) انظر في أن الدائن لا يكون غيراً ، في الدعوى غير المباشرة لاروميير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٣٥ - ديولومب ٢٩ فقرة ٥٤٢ - لوران ١٩ فقرة ٢٢٦ وفقرة ٢٢٨ - هيك ٨ فقرة ٢٥٠ - بودري وهارد ٤ فقرة ٢٣٥٨ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠١ - =

وغيره في الدعوى غير المباشرة ، وأنه يحتج عليه بالتاريخ العرفي للورقة المثبتة للأبراء الصادرة من مدينه، إلا أنه يستطيع - كما يستطيع المدين - أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ وأنه قدم حتى يقع الإبراء في وقت سابق على رفع الدعوى غير المباشرة . وله في هذه الحالة أن يثبت تقديم التاريخ بجميع الطرق ومنها البينة والقرائن لما انطوى عليه من الغش . وعند ذلك يستطيع أن يطعن في الإبراء بالدعوى البولصية ليجعله غير ساري في حقه .

= الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٢٩ ص ١٢٩ - استئناف مختلط ٣ يورنة سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٤٦٣ .

ولهيب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن الدائن في الدعوى غير المباشرة يعتبر من « الغير » ، لأن الدائن يرفع هذه الدعوى لمصلحة نفسه فيصبح له حق خاص على موضوعها ، واستعمال الدعوى غير المباشرة « يجعل حق الدائن يتعلق بالمال موضوع هذه الدعوى ، فيصبح هذا المال مهبوساً عن المدين تحت يد القضاء ، فلا يجوز للمدين أن يعصرف فيه ولا أن يعمل بشأنه أي عمل يضر الدائن ، أو بمباراة أخرى كما يقول لابه يترتب على رفع الدعوى غير المباشرة ما يترتب على الحجز من آثار . وما دام الأمر كذلك فيكون مركز الدائن رافع الدعوى غير المباشرة كركز الدائن الحاجز حجراً تنفيذياً ، وبالتالي فإنه يشبه مركز الخلف الخاص من حيث إنه يعتبر في حكم خلف المدين على الحق موضوع الدعوى بالنسبة لتصرفات المدين السابقة على رفع الدعوى ، ويعتبر من الغير بالنسبة للتصرفات اللاحقة فيضره مجرد تقديم تاريخ هذه التصرفات . وهو لذلك يجب أن يعتبر - خلافاً للرأي السائد - من الغير الذين لا تكون المحررات العرفية حجة عليهم بتاريخها إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتاً بوجه رسمي » (الأستاذ سليمان مرقس في مقاله قوة المحررات العرفية في الإثبات مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٨ - وانظر أيضاً كتابه في أصول الإثبات فقرة ٦٧ ص ١٠٣) .

وسرى أن الأستاذ سليمان مرقس لا يعتبر الدائن في الدعوى البولصية من الغير ، وهو على حق فيما ذهب إليه من ذلك . ويتعذر التسليم بعد هذا بأن يكون الدائن في الدعوى غير المباشرة من « الغير » بينما هو في الدعوى البولصية ، والدائن فيها لا يمثل المدين بتاتا ، يعتبر « خلفاً » . ويؤسس الأستاذ سليمان مرقس ما ذهب إليه من اعتبار الدائن في الدعوى غير المباشرة « غيراً » على أنه يكون بمثابة الدائن الحاجز . ولنا من هذا الرأي . فالدائن في الدعوى غير المباشرة لا يزال كما قدمنا في المرحلة التمهيدية التي تسبق التنفيذ ، ولم يصل بعد إلى مرتبة الدائن الحاجز الذي بدأ التنفيذ فعلاً . والمدين في الدعوى غير المباشرة لم تغل يده عن التصرف في ماله ، بخلاف المدين في الحجز فإن يده منفلولة عن التصرف منذ توقيع الحجز . وتنتهي الدعوى غير المباشرة إلى دعوى الحق في مال المدين فيبدأ عند ذلك الدائن في التنفيذ عليه بالحجز ، أما الحجز فيؤدي مباشرة إلى أن يستوفى الدائن حقه من المال المحجوز (انظر في هذا المعنى الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٣٩ وهامش رقم ٢) . ويخشي الأستاذ سليمان مرقس من القول بأن الدائن في الدعوى غير المباشرة لا يعتبر من الغير لأن « القول بهذا الرأي يسمح للمدين الذي رفع دأته الدعوى باسمه أن يتواطأ =

وننتقل الآن إلى الدعوى البولصية . وفيها أيضاً لا يعتبر الدائن من «الغير» . فهو ، وإن لم يكن يعمل في هذه الدعوى - كما كان يعمل في الدعوى غير المباشرة - ككاتب عن المدين ، بل يعمل باسمه الشخصي ، إلا أنه لا يزال دائماً عادياً لم ينتقل بعد إلى مرحلة التنفيذ . صحيح هو يعمل بمقتضى حق خاص أعطاه له القانون ، ولكن شأنه في ذلك هو شأن الوارث الذي يظن في تصرفات مورثه الصادرة في مرض الموت ، كلاهما يعمل بمقتضى حق خاص به ، وهذا الحق الخاص هو الذي تقوم عليه مصلحته في الظن . ولا يزال الدائن الذي يباشر الدعوى البولصية واقفاً عند مرحلة التمهيد للتنفيذ ، شأنه في ذلك شأن الدائن الذي يباشر الدعوى غير المباشرة ، كلاهما يعمل بمقتضى حق الضمان العام ، وكلاهما دون مرتبة الدائن الحاجز الذي انتقل بالحجز إلى مرحلة التنفيذ . وفي المثال المتقدم إذا أبرأ المدين مدينه من الدين بورقة هرفية تاريخها غير ثابت ، كان هذا التاريخ حجة على الدائن ، لا عند مباشرته الدعوى غير المباشرة فحسب ، بل أيضاً عند مباشرته للدعوى البولصية . ويستطيع الدائن هنا أيضاً أن يثبت عدم صحة التاريخ ، بجميع الطرق ، ليصل إلى إثبات أن تاريخ الإبراء متأخر - لأن تاريخ مباشرته للدعوى غير المباشرة كما كان يفعل عندما كان يباشر هذه الدعوى - بل عن تاريخ نشوء حقه وهو الآن يباشر الدعوى البولصية . ونرى من ذلك أن الدائن في الدعوى البولصية ليس «غيراً» ، فيحتاج عليه بالتاريخ العرفي لتصرف مدينه ، إلى أن يثبت عدم صحته^(١) . ونطبق هذا الحكم على مثل آخر :

= مع مدينه ، فيعطيه محرراً عرفياً مدينه لهاصة أو لإبراء أو استبدال أو مقاصة ، فيحتاج بها مدين المدين على الدائن ، ويفوت عليه بذلك المصلحة التي كان يسمى إليها من وراء استعمال الدعوى غير المباشرة « (مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٦) . ويبدو أن هذه الحشية لا محل لها ، فإن المدين إذا تواطأ مع مدينه على هذا النحو ، استطاع الدائن أن يظن في التصرف بالدعوى البولصية وقد توافرت شروطها ، فالمدين مصر ، والتصرف مقرر وتال لحق الدائن ، والتواطؤ موجود .

(١) وهذا الرأي يخالف إجماعاً يكاد ينعقد عليه الفقه الفرنسي: ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٥٠ - لوران ١٦ فقرة ٤٦١ - هيك ٧ فقرة ٢١٩ - بودرى وبارد ١ فقرة ٦٩١ و ٤ فقرة ٢٢٦٠ - كولان وكابيتان ومورانديير ٢ ص ٧٤٩ - بلانبول وريبير وراودان ٧ فقرة ٩٥٧ - بيدان ويزو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠٢ - دي باج ٣ فقرة ٢٢٧ (الفقه البلجيكي) ، وإجماعاً مائلاً يكاد ينعقد عليه الفقه المصري : دي هلتس فقرة ٦٨ - الأستاذ عبد السلام ذمى في الأدلة ١ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٥ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٢١ - ص ٢٢١ -

بيع المدين بورقة عرفية سيارة يملكها، فيطعن الدائن في هذا التصرف بالدعوى البولصية . فلا الدائن يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية، ولا المشتري يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن . أما أن الدائن لا يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية فلما قدمناه . وينبغي على ذلك أن هذا التاريخ يكون حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ، وذلك إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم غشاً ليكون سابقاً على حقه تفادياً للدعوى البولصية : وإما أن المشتري لا يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن ، فذلك لأن المشتري قد تركز حقه في السيارة التي اشتراها ولم يتركز حق الدائن في هذه السيارة بالذات، إذ هي لا تعدو

= الأستاذ محمد حل عرفة في مقاله في صحيفة المحررات العرفية مجلة القانون والاقتصاد ١٠ ص ١٦٧
— الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٥ — الموجز فقرة ٦٣٨ (وقد كني في
الموجز لساير هذا الإجماع) . النظر أيضاً بحكمة الاستئناف المختلطة ١٣ فبراير سنة ١٩١١ م ١٢٣
ص ١٩٨ .

ولحين هنا ، في مخالفتنا لهذا الإجماع ، نوافق الأستاذ سليمان مرقس فيما ذهب إليه من أن
الدائن لا يعتبر «غيراً» في الدعوى البولصية (النظر مقاله المعروف في مجلة القانون والاقتصاد ١٤
ص ٢٧٩ = ص ٢٨٢ وكتابه في الإثبات ص ١٠٤ هامش رقم ٢) . وإليه يرجع الفضل ،
هنا أيضاً ، في تحرير المسألة وتجليتها ، لا ضد إجماع الفقه المصري فحسب ، بل أيضاً ضد إجماع
الفقه الفرنسي . وما يتقدم به لتأييد رأيه ما يأتي : «إن القول بأن الدائن في هذه الحالة (حالة
الدعوى البولصية) يخاصم مدينه ويتهجم بالفتن ويطلب اعتبار تصرفه غير نافذ في حقه لا يتعين أن
يترتب عليه اعتبار الدائن من الغير بمعنى المادة ٢٤٨ (٢٩٥ جديد) ، وذلك لأنه إذا كان يكفي
لاعتبار الدائن من الغير في الصورية أن يخاصم مدينه ، فالأمر ليس كذلك في عرف المادة ٢٢٨ ،
ولأن الدائن إذا اتهم المدين بالفتن ، فذلك إلا للاستحصال على حكم باعتباره من الغير بالنسبة
لنفاذ أثر التصرف المطعون فيه . وأن مجرد طلبه ذلك يؤكد أنه ليس من الغير ما دام لم يحصل على
هذا الحكم . فهو عنه رفع الدعوى لا يزال يعتبر في حكم الخلف ، ويكون تاريخ المحرر العرفي
المثبت للتصرف المطعون فيه حجة عليه إلى أن يثبت عدم صحته» (مجلة القانون والاقتصاد ١٤
ص ٢٨١) .

والحجة الرئيسية التي يتقدم بها أصحاب الرأي القائل باعتبار الدائن من الغير في الدعوى
بولصية هي أن الدائن يرفع هذه الدعوى بمقتضى حق له خاص استنده من القانون لا من مدينه ،
وهو هذا الحق يهاجم المدين لا يمثله . وقد رأينا — عند الكلام في مرض الموت — أن هذا
الحق الخاص لا يقبل الخلف فيكون «غيراً» ، فهو لم يقلب الوارث «غيراً» إذ يهاجم التصرف
الصادر من مورثه في مرض الموت . وإنما يقتصر على أن يجعل الدائن «مسيبحة» في الطعن .
ولولا وجود هذه المصطلحة لما استطاع أن يهاجم تصرف مدينه في الدعوى البولصية، و٦٧ =

أن تكون داخلة في ضمانه العام وليس له عليها حتى الآن حق الدائن الحاجز .
فليس ثمة تعارض بين حق الدائن وحق المشتري الذي تركز في السيارة بعينها ،
وهذا التعارض شرط في « الغير » كما سنرى . وينبني على أن المشتري لا يعتبر
« غيراً » بالنسبة إلى تاريخ نشوء حق الدائن أن هذا التاريخ يكون ، هو أيضاً ،
حجة عليه ولو لم يكن ثابتاً ، وذلك إلى أن يقيم الدليل على أنه قد قدم غشاً
ليكون سابقاً على تاريخ بيع السيارة تمكيناً للدائن من مباشرة الدعوى
البولصية (١) .

مورثه في مرض الموت . وهذه المصلحة تارة يستعدها من شخصه بمقتضى الحق الخاص الذي منحه
إياه القانون كما نرى الآن في الدعوى البولصية وكما رأينا في مرض الموت ، وطوراً يستعدها
من سلفه بعد أن يخلقه عليها كما رأينا من قبل في حالة الحجر وفي حالة الدعوى غير المباشرة .
عل أن أنصار الرأي القائل بأن الدائن يعتبر من الغير في الدعوى البولصية يختلفون فيما
بينهم . فالأستاذ عبد المنعم فرج الصدة مثلاً يذهب إلى أنه « إذا لم يكن تاريخ التصرف لها
سابقاً على الدين فلا يحتاج به على الدائن ويعتبر لاحقاً للدين » (الإثبات ص ١٣٤) . وهو في
هذا الرأي منطبق مع مذهبه ، فمقتضى القول بأن الدائن يعتبر من الغير هو ألا يكون تاريخ التصرف
المطعون فيه حجة عليه إذا لم يكن ثابتاً . أما الأستاذ أحمد لمبات فلا يرى « القول بأن تصرف
المدين لا يسرى على الدائن العادي إلا إذا كان ثابت تاريخ قبل الدين » ، لأن الأصل أن الدائن
العادي مقيد بجميع تصرفات مدينه السابقة واللاحقة لادين ، وبالتالي تابعة للتاريخ وغير ثابتة
التاريخ ، فلا يصح استثناء شيء منها إلا إذا ثبت أن هناك غشاً (الإثبات ١ ص ٢٢٩) . وهنا
يجعل الأستاذ نشأت الدائن من « الغير » في الدعوى البولصية ، ولكنه في الوقت ذاته يبيح لمن تصرف له
المدين أن يحتاج عليه بالتاريخ العرفي إلى أن يثبت الدائن عدم صحة هذا التاريخ . وفي هذا تناقض
رأينا له نظيراً في الاحتجاج بالتاريخ العرفي للتصرف الصادر في مرض الموت (انظر في الرد
على الأستاذ أحمد لمبات أصول الإثبات للأستاذ سليمان مرقس ص ١٠٤ هامش رقم ٢ والإثبات
للأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٣٤ هامش رقم ٢) .

(١) ويتبين من ذلك أن الدائن في الدعوى البولصية إما أن يكون تاريخه ثابتاً أو غير ثابت .
فإذا كان تاريخه ثابتاً ، وكان تاريخ التصرف المطعون فيه ثابتاً أيضاً ، فلا بد لنجاح الدعوى
البولصية من أن يكون تاريخ الدائن هو الأسبق . وإن كان تاريخ التصرف غير ثابت احتج به
بالرغم من ذلك على الدائن ، إلى أن يثبت هذا أن التاريخ الصحيح متأخر عن تاريخه الثابت -
وإذا كان تاريخ الدائن غير ثابت ، فإن كان تاريخ التصرف ثابتاً ، جاز للتصرف له أن
يثبت بجميع الطرق أن التاريخ العرفي للدائن غير صحيح وأن التاريخ الحقيقي يتأخر عن تاريخ
التصرف . أما إذا لم يكن هناك تاريخ ثابت للدائن ولا للتصرف له ، فلكل منهما أن يثبت
بجميع الطرق أن تاريخه هو الأسبق ، ولا تنجح الدعوى البولصية إلا إذا كان الدائن هو الذي
يتمكن من إثبات ذلك (قارن الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٩ - وقارن
أيضاً نظرية العقد المؤلف ص ٧٨٤ هامش رقم ٢) .

١٢٠ - من يعتبر « غيراً » بالنسبة الى تاريخ الورقة العرفية :

بعد أن استعرضنا من لا يعتبر « غيراً » بالنسبة الى تاريخ الورقة العرفية ، ننقل الآن إلى من يعتبر « غيراً » . ونبادر إلى القول إن « الغير » ، الذي يتطلب القانون أن يكون تاريخ الورقة العرفية ثابتاً ليكون حجة عليه ، يجب ألا يكون ممثلاً في التصرف الذي تشهد به الورقة . وقد رأينا أن الأصل والوارث والدائن العادي كلهم ممثلون في التصرف فلا يعتبرون من « الغير » .

ولم يبق الآن إلا الخلف الخاص ، وهو من انتقل إليه من السلف مال معين بالذات . ويسرى في حقه ، كما رأينا في الجزء الأول من هذا الوسيط^(١) ، تصرفات السلف المتعلقة بهذا المال إذا كانت سابقة على انتقال المال إلى الخلف ، ولا تسرى إذا كانت لاحقة . فتاريخ التصرف إذن له أهمية بالغة ، بل هو المحور الذي يدور عليه سريان التصرف في حق الخلف أو عدم سريانه . ولما كان من اليسر على السلف أن يضيغ على الخلف حقه ، بأن يعطى لغيره حقاً يتعارض مع هذا الحق ، وحتى يجعل تصرفه سارياً على الخلف يؤخر تاريخ التصرف بحيث يصبح سابقاً على تاريخ انتقال المال للخلف ، لذلك اشترط القانون ، تقادياً لهذا الغش الذي يعظم ضرره بقدر ما يسهل وقوعه ويقدر ما يصعب تجنبه ، أن يكون تاريخ التصرف ثابتاً حتى يحتج به على الخلف .

فالغير إذن في تاريخ الورقة العرفية هو الخلف الخاص . والخلف الخاص هو الذي يتلامم وضعه مع « الغيرية » فيما نحن بصددده : شخص يخلف آخر في مال معين بالذات ، وتكون تصرفات السلف نافذة في حقه على هذا المال قبل تاريخ معين ، فلا يكون تاريخ هذه التصرفات حجة عليه إلا إذا كان ثابتاً وسابقاً على هذا التاريخ .

ويلحق بالخلف الخاص ، في هذه « الغيرية » ، الدائن إذا تركر حقه في مال للمدين معين بالذات . فيصبح « غيراً » بالنسبة الى تاريخ التصرفات التي تصدر من المدين في هذا المال . ولا يتركز حق الدائن في مال للمدين معين بالذات إلا إذا حجز الدائن على هذا المال . والحجز هو الحلقة الأولى في مرحلة التنفيذ . أما

(١) الوسيط الجزء الأول فقرة ٢٥٠ ص ٥٤٨ .

قبل الحجز ، حتى لو باشر الدائن الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البولصية ، فإنه لا يزال في مرحلة سابقة على مرحلة التنفيذ ، وإن كانت تمهد لها . ذلك أن الدائن في الدعوى غير المباشرة وفي الدعوى البولصية لم يتركز حقه بعد على مال للمدين معين بالذات ، بل هو لا يزال يستعمل حقه في الضمان العام على أموال مدينه ، فلا يعتبر من الغير كما قدمنا . فإذا انتقل إلى مرحلة التنفيذ بأن حجز على المال الذي باشر بالنسبة إليه الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البولصية اعتبر من الغير . ووضعه ، كوضع الخلف الخاص ، يتلاءم مع هذه «الغيرية» . فهو مثله قد تركز حقه في مال معين بالذات هو المال الذي حجزه ، ويخشى من تلاعب المدين في هذا المال بالتصرف فيه وتقديم تاريخ التصرف ليصير سابقاً على الحجز ، فاشترط القانون ليسرى التصرف في حق الدائن الحاجز أن يكون ثابت التاريخ وسابقاً على تاريخ الحجز .

أما الدائن لمدين شهر إفلاسه أو إحصاره فهذا لم يصل بعد إلى مرحلة التنفيذ ، ومن ثم لا يكون غيراً بالنسبة إلى تاريخ التصرفات التي تصدر من مدينه المفلس أو المعسر .

ونرى من ذلك أن الغير ، بالنسبة إلى تاريخ الورقة العرفية ، هو الخلف الخاص ، ويلحق به الدائن الحاجز^(١) ، ولا يعتبر غيراً دائن المدين المفلس أو المعسر . فتكلم لي كل من هؤلاء .

(١) ونحن نؤثر أن نقف عند هذا التمهيد العمل للغير . أما التمهيدات الفقهية فكثيرة : (١) من ذلك ما تقدم به أوبري ورو من أنه يعتبر غيراً « كل من لم يكن طرفاً في الورقة العرفية التي يراد تقدير حجتها في الإثبات ، ويكون له باسمه الخاص ، بمقتضى القانون أو بمقتضى اتفاق أبرم أو شرط وضعه أحد طرفي الورقة ، حقوق عينية أو شخصية يتعرض وجودها أو سلامتها للخطر لو سرى عليه ما تشهد به الورقة من تصرف قانوني أو واقعة قانونية » (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥)

«... tous ceux qui n'ont pas figuré dans l'acte sous seing privé dont il s'agit d'apprécier la force probante, et qui se trouvent, soit en vertu de la loi, soit en vertu d'une convention passée ou d'une disposition faite par l'une des parties signataires, investis, en leur propre nom, de droits réels ou personnels dont l'existence ou l'efficacité serait compromise, si la convention ou le fait juridique constaté par cet acte pouvait leur être opposé.» =

١٢١ - الخلف الخاص يعتبر من الغير : نفرض أن صاحب سيارة

باعها من آخر بعقد ثابت التاريخ ، فالمشترى يكون ، في هذه السيارة ، خلفاً

(ب) ومن ذلك أيضاً ما نراه في كولان وكايتان ومورانديير من أن « الغير في معنى المادة ١٣٢٨ هم الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافاً في التصرف ، وكسبوا من أحد المتعاقدين حقوقاً يضرها هذا التصرف الذي تشهد به الورقة العرفية لو أن أسبقية التصرف قد ثبتت » (كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٤٩ من ٥٠١ - انظر أيضاً جان ماري أوصل (Aussel) رسالة في الغير في القانون المدني الفرنسي مونبلييه سنة ١٩٥٢ من ٢٢٩ - ص ٢٤٢) .

“Les tiers de l'article 1328, ce sont les personnes n'ayant pas figuré dans l'acte et ayant acquis de l'un des contractants des droits auxquels porterait préjudice l'acte relaté par l'écrit privé, si l'antériorité de cet acte était établie” .

(ج) ومن ذلك أيضاً التحديد الذي يقول به الأستاذ سليمان مرقس من « أن الغير بالمعنى المقصود في المادة ٢٢٨ (٣٩٥ جديد) يشمل كل شخص لم يكن طرفاً في المهر العرفي ولا مثلاً فيه ، وكان حاصله بمقتضى عمل قانون صادر لمصلحته من أحد موقعي المهر أو بمقتضى نص القانون حل حق خاص متعلق بحال معين من أموال الشخص الملزم بهذا المهر ، بحيث يؤثر في حقه هذا ، التصرف المدون في المهر العرفي ، لو صحح أن تاريخه سابق حل تاريخ هذا الحق » (المقال المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٨٦) .

(د) هذا وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن الغير في حكم المادة ٢٢٨ من القانون المدني (٣٩٥ جديد) التي لا تعتبر المهرات العرفية غير ثابتة التاريخ ثبوتاً رسمياً حجة عليه هو الشخص الذي ليس طرفاً في المهر العرفي ويعطيه القانون أو الاتفاق مع طرفي المهر حقاً ذاتياً منها أو شخصياً يصير في خطر من جهة قيامه أو التمتع به إن سرى عليه حكم ما يثبت بالمهر العرفي (استئناف مصر ٢٩ أبريل سنة ١٩٣٦ الهامة ١٧ رقم ٩٥ ص ٢١٠ - انظر في هذا المعنى بودري وهارد ٤ فقرة ٢٣٦٢) .

(هـ) ويذهب بيدان وپرو (جزء ٩ فقرة ١٢٢١) إلى أنه يشترط في الشخص ليكون « غيراً » شرطان : (أولاً) ألا يكون طرفاً في الورقة العرفية أو مثلاً فيها (ثانياً) وأن يتسك بحق يضره التصرف الذي تشهد به الورقة لو كان سابقاً عليه .

وبعد فهذه جملة صالحة من خير ما قيل في تجديد « الغير » ، ويمكن أن يضاف إليها غيرها بما قيل في ذلك ، ولكننا لا نزال نؤثر أن نقول : إن « الغير » في ثبوت التاريخ هو الخلف الخاص والدائن الحاجز حل النجو الذي قدمناه .

ومن الخير ألا نتوسع في رسم منطقتي الغير في ثبوت التاريخ ، وألا نتشدد في هذه القاعدة . فهي قاعدة كان يمكن الاستغناء عنها ، والاكتفاء بإلقاء عبء إثبات الأسبقية في التاريخ حل المدعي . حل أن القاعدة ليست قديمة ، ولم تعرف في القانون الفرنسي القديم إلا في النصف الأول من القرن السابع عشر . وحتى بعد أن عرفت لم يكن لها من الأهمية والشأن في القانون الفرنسي القديم ما أضى عليها بعد ذلك في القانون الفرنسي الحديث (انظر في ذلك بودري وهارد ٤ فقرة ٢٣٤٦) .

خاصاً للبائع . ولا يحتج عليه بأى تصرف آخر في السيارة يصدر من البائع إذا كان تاريخه غير ثابت . فلو أن بائع السيارة باعها مرة أخرى إلى مشتر ثان ، فإن المشتري الأول يكون من الغير بالنسبة إلى تاريخ هذا التصرف . ومن ثم فإن تاريخ البيع الثاني إذا كان عرفياً لا يحتج به بتاتاً على المشتري الأول ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا البيع الثاني قد صدر بعد البيع الأول ، حتى لو كان تاريخه سابقاً على ذلك . وإذا كان تاريخ البيع الثاني ثابتاً ، احتج به على المشتري الأول . فإن كان سابقاً على تاريخ عقده ، فضل المشتري الثاني ، وإلا فضل المشتري الأول (١) . فإذا لم يكن تاريخ البيع الأول ثابتاً ، وكان البيع الثاني تاريخه هو الثابت ، تشمل المشتري الثاني لأنه هو الذي يعتبر «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ البيع الأول ، ولا يكون هذا التاريخ حجة عليه لأنه تاريخ غير ثابت . فإذا لم يكن لأى من البيعين تاريخ ثابت ، لم يعتبر أى من المشتريين «غيراً» فيحتج على كل منهما بالتاريخ العرفي الصادر للآخر ، ولكن يكون لكل منهما أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ ليبدل بذلك على أنه هو صاحب التاريخ الأسبق . وغنى عن البيان إن كل هذا إنما يكون إذا لم يسلم البائع السيارة لأحد من المشتريين ، فإن تسلمها أحدهما ملكها ، إما بعقد البيع إذا كان هو السابق ، وإما بالحيازة في المنقول إذا كان هو اللاحق .

وقد أورد التقنين المدني جملة من التطبيقات التشريعية للخلف الخاص الذى يعتبر من الغير ، نذكر منها :

١ - نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٠٤ على أنه « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة اختياراً أو جبراً الى شخص آخر ، فلا يكون الإيجار نافذاً في حق هذا الشخص إذا لم يكن له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذى نقل الملكية » . فهنا انتقلت ملكية العين المؤجرة إلى خلف خاص ، فلا يحتج عليه بتاريخ الإيجار إلا إذا كان ثابتاً .

٢ - نصت المادة ١١١٧ على أنه « يشترط لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير ،

(١) على أنه إذا كان تاريخ كل من المشتريين ثابتاً فى يوم واحد ، ولم يعرف أيهما أسبق ، فالمكلف منهما بإثبات أسبقية يعتبر عاجزاً عن هذا الإثبات ، ويفضل عليه صاحبه . ويذهب الأستاذ أحمد نشأت أن لكل منهما أن يثبت أنه صاحب التاريخ الأسبق ، كما فى حالة ما إذا لم يكن لأى منهما تاريخ ثابت (الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٣٤ وفقرة ٢٩٦) .

إلى جانب انتقال الحيازة ، أن يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً ، وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن . فإذا ارتهن المنقول دائنان ، متعاقبان ، كان كل منهما «غيراً» بالنسبة إلى تاريخ الآخر ، فلا يحتاج عليه إلا بالتاريخ الثابت ، ومن ثم كان التاريخ الثابت هو الذى يحدد مرتبة الدائن المرتهن .

٣ - نصت المادة ٣٠٥ في حوالة الحق على أنه «لا تكون الحوالة نافذة قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن بها ، على أن نفاذها قبل الغير . بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ . فالمحال له خلف خاص في الحق الذى انتقل إليه من المحيل ، ولا يحتاج عليه في حوالة أخرى صادرة من المحيل إلا بالتاريخ الثابت لهذه الحوالة . فان تمت الحوالة الأخرى بإعلان إلى المدين فهذا الإعلان تاريخه ثابت لا محالة . وإن تمت بقبول المدين ، فالتاريخ الثابت لهذا القبول هو الذى يعتد به .

٤ - نصت المادة ١١٢٣ على أنه «١- لا يكون رهن الدين نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقاً للمادة ٣٠٥-٢ - ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون ، ونحسب للرهن مرتبة من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول» . وليس رهن الدين إلا تطبيقاً لحوالة الحق . فصاحب الحق يتصرف فيه بالحوالة يبيعاً أو رهناً أو بأى تصرف آخر . وهنا أيضاً المحال له ، وهو الدائن المرتهن ، خلف خاص في الحق الذى ارتهنه من صاحبه ، ولا يحتاج عليه في رهن آخر صادر من صاحب الحق إلا بالتاريخ الثابت على النحو الذى قلناه في حوالة الحق .

وبحسن ، قبل أن نترك والخلف الخاص ، أن نلاحظ أننا لم نجعله في الأمثلة التى قلناها خلفاً خاصاً في عقار ، بل جعلناه مشترى أو مرتهنناً لمنقول أو دين ، لأن انعقاد يستلزم إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ ، هى التسجيل أو القيد ، وسنرى أنه يشترط في التجرد وللغيرية ، ألا يكون القانون قد تطلب إجراءات أخرى إلى جانب التاريخ الثابت (١) .

(١) أما المستأجر فلا يعتبر خلفاً خاصاً لمؤجر ، إذ لم ينتقل إليه حق عين على العين المؤجرة . ومن ثم لا يكون «غيراً» بالنسبة إلى مستأجر آخر لنفس العين ، ولا تكون المفاضلة =

١٢٢ - الرأى المحاجز يعتبر من الغير : قدمنا أن الدائن المحاجز ، في المال المحجوز ، يكون في وضع الخلف الخاص على هذا المال . وهو وإن لم يكن كالخلف الخاص ذا حق عيني في المال المحجوز إذ لا يزال حقه شخصياً ، إلا أنه ركز حقه في هذا المال بالحجز ، وأصبح القانون يحميه من تصرفات مدينه التالية للحجز كما يحمي الخلف الخاص (١) . ومن ثم يصبح «غيراً» في تاريخ الورقة العرفية الصادرة من المدين لتشهد على تصرفه في المال المحجوز ، فلا يحتاج عليه بهذا التاريخ إلا إذا كان ثابتاً ، ولا يحتاج عليه بالتاريخ العرفي ، بل يفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن هذا التاريخ تال للحجز فلا ينفذ التصرف في حقه حتى لو كان التاريخ العرفي المدون في الورقة سابقاً على الحجز . ويستوى فيما قدمناه أن يكون الحجز على منقول أو على دين للمدين في ذمة الغير (حجز ما للمدين لدى الغير) أو على عقار .

أما في الحجز على المنقول فتتص المادة ٥٠٨ من تقنين المرافعات على أنه «تصبح الأشياء محجوزة بمجرد ذكرها في محضر الحجز ولو لم يعين عليها حارس» . فكل تصرف يصدر من المدين في المال المحجوز بعد حجزه على هذا النحو لا يكون تاريخه حجة على الدائن المحاجز إلا إذا كان ثابتاً وسابقاً على توقيع الحجز . فان

= بين المتأجرين المتددين لعين واحدة بالأسبقية في التاريخ الثابت كما تكون المفاضلة بين المشترين المتددين لمنقول واحد فيما أسلفنا . . . وقد وضعت المادة ٥٧٣ من التقنين المدني قاعدة أخرى للمفاضلة ، فنصت على ما يأتي : ١٥ - إذا تمدد المتأجرون لعين واحدة فضل من سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش ، فإذا كان مستأجر عقار قد سجل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد عقد إيجاره ، فإنه هو الذي يفضل . ٢ - فإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المتأجرين فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم إلا طلب التمويض . (قارن الأستاذ أحمد نشأت في الإتيات ١ فقرة ٢٢٧) .

(١) قارن ما يقول الأستاذان أوبري ورو في معنى أن الدائن المحاجز يعتبر من «الغير» : «إن الدائن الذي يحجز على أموال مدينه إنما يستعمل حقاً يستمد من القانون لا من المدين . فهو يمثل ضد المدين . ومن الواضح أنه يكون من «الغير» من حيث أنه يدافع عن الحجز بما يجلب من نفع ربما ينتج من أثر ضد تصرفات المدين» . (أوبري ورو ١٢ ص ٢٢٧ هامش رقم ١٢١ - انظر أيضاً : لاروسبيو ٦ م ١٢٢٨ فقرة ١٨ - ومولوب ٢٩ فقرة ٥٤٨ - توليه ٨ فقرة ٢٥١ - فقرة ٢٥٢) .

كأن التاريخ غير ثابت ، أو كان ثابتاً ولكنه نال لتوقيع الحجز ، فإن التصرف لا ينفذ ، حق الدائن الحاجز .

وفي حجز ما للمدين لدى الغير يحصل الحجز باعلان إلى المحجوز لديه يناه فيه الدائن الحاجز عن الوفاء بما في يده إلى المحجوز عليه أو تسليمه إياه (م ٥١٧ مرافعات) . ومن ذلك الوقت يصبح الدائن الحاجز «غيراً» ، وكل تصرف يصدر من المدين في الحق المحجوز لا يكون تاريخه حجة على الدائن الحاجز إلا إذا كان ثابتاً سابقاً على توقيع الحجز . فإذا أبرز المحجوز لديه ورقة عرفية تتضمن إبراءه من الدين أو قبولاً منه بحالة صدرت من المحجوز عليه أو غير ذلك من التصرفات وكان تاريخ هذه الورقة العرفية غير ثابت أو كان ثابتاً ولكنه نال لتوقيع الحجز ، فإن التصرف لا ينفذ في حق الدائن الحاجز . وهناك رأى يذهب إلى أن الدائن الحاجز في حجز ما للمدين لدى الغير لا يعتبر «غيراً» ، ولكن هذا الرأي أصبح اليوم مرجوحاً بعد صدور التقيين المدنى الجديد وفيه نصان يقضيان بجعل الدائن الحاجز في مرتبة نضاهى مرتبة الخلف الخاص مع مراعاة طبيعة حقه من أنه ليس بحق عيني . النص الأول يجعل الدائن الحاجز يشترك مع المحال له إذا سبق حجزه الحوالة ، إذ تقضى الفقرة الأولى من المادة ٣١٤ بأنه «إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة إلى الحاجز بمثابة حجز آخر» . وهذا النص ، وكان موجوداً في تقنين المرافعات القديم ، يعتبر فوق ذلك أن الدائن الحاجز هو من الغير بالنسبة إلى المحال له . والنص الثانى يجعل حجز ما للمدين لدى الغير مانعاً من المقاصة بالدين المحجوز ، إذ تقضى المادة ٣٦٧ بأنه ١٥ - لا يجوز أن تقع المقاصة أضراراً بحقوق كسبها الغير . ٢ - فإذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين ، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه ، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة أضراراً بالحاجز . ولا يكون ذلك إلا إذا كان للدائن الحاجز حق كسبه على الدين المحجوز يمنع من وقوع المقاصة ، وهذا الحق قد صرح به النص : «حقوق كسبها الغير» ، وهو ذاته الذى يجعل الدائن الحاجز في مرتبة نضاهى مرتبة الخلف الخاص مع مراعاة طبيعة حقه من أنه حق شخصى لاحق عيني كما قدمنا (١) .

(١) وقد انقسم الفقه الفرنسى في اعتبار الدائن «غيراً» في حجز ما للمدين ، فمن الفقهاء =

وفي الحجز على العقار يكسب الدائن الحاجز على العقار المحجوز حقوقاً صريحة واضحة تجعله في مرتبة الخلف الخاص وتمنحه الحماية ذاتها فيعتبر «غيراً»،

= من يذهب إلى هذا الرأي : أوبري ورو ١٢ فترة ٧٥٦ وهامش رقم ١٢٢ - لاروميير ٦ م ١٣٢٨ فترة ٢٢ - هيك ٨ فترة ٢٥١ - ديمولوب ٢٩ فترة ٥٥١ - لوران ١٩ فترة ٣٢٤ (بلجيكي) - بودري وبارد ٤ فترة ٢٣٦٠ ص ٩١ - بيدان وپرو ٩ ص ٣٠٢ هامش رقم ٤ - دي باج ٣ ص ٧٤٣ (بلجيكي) . ومنهم من يذهب إلى عكس ذلك : توليه ٨ فترة ٢٥١ - ديرانتون ١٣ فترة ١٣٣ - ماركاديه ٥ م ١٣٢٨ . وزى من ذلك أن الأغلبية في الفقه الفرنسي تعتبر الدائن « غيراً » . وكذلك الحال في الفقه المصري : دي هلتس تحت لفظ actes فترة ٧٩ - الأستاذ سليمان مرقس في مقاله في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧١ - ص ٢٧٣ وفي كتابه أصول الإثبات ص ١٠٢ - ١٠٣ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٣٠ هامش رقم ١ - الأستاذ محمد حامد فهمي في التنفيذ فترة ٢١٨ ، وانظر عكس ذلك الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فترة ٢٢٣ - فترة ٢٢٤ .

أما القضاء الفرنسي فيذهب إلى أن الدائن في حجز ما للمدين لا يعتبر « غيراً » ، ودفعه إلى هذا الموقف رغبته في أن يجعل المخالفات الصادرة من المدين المحجوز عليه إلى المدين المحجوز لديه صارية في حق الدائن الحاجز ولو لم تكن ثابتة التاريخ . ولكن المخالفات لها شأن آخر ، فسرى أنها بمقتضى نص صريح تسرى بتاريخها العرفي في حق « الغير » ولو لم يكن هو الدائن في حجز ما للمدين ، وذلك لاعتبارات عملية . ويلجأ القضاء الفرنسي في تبرير موقفه إلى القول بأن مركز الدائن الحاجز في حجز ما للمدين يعدل مركز الدائن الذي يرفع الدعوى غير المباشرة على مدين مدينه . والفرق واضح بين المركزين : فالدائن الذي يرفع الدعوى غير المباشرة إنما يعمل باعتباره نائباً عن المدين ، ورفع الدعوى ليس من شأنه أن يغفل يد المدين عن التصرف في حقه ، وما ينتج من الدعوى لا يصل إليه الدائن مباشرة بل لا بد من الحجز عليه . أما الدائن الحاجز فيحجز بمقتضى حق له خاص وهو في ذلك يهاجم المدين لا ينوب عنه ، ثم إن الحجز يغفل يد المدين عن التصرف في حقه المحجوز عليه لدى مدين المدين ، وما ينتج من الحجز يصل إليه الدائن مباشرة دون حاجة إلى إجراء آخر . ولا فرق ما بين الحجز التنفيذي وحجز العقار من جهة وحجز ما للمدين لدى الغير من جهة أخرى : كل هذه حجوز يدخل بها الدائن في مرحلة التنفيذ ، وما حج ما للمدين لدى الغير إلا ضرب من الحجز التنفيذي تكيف على نحو يتلاءم مع طبيعة الدين المحجوز عليه (بودري وبارد ٤ ص ٩١ ناقلاً عن لاروميير) . قارن الأستاذ أحمد نشأت ١ في الإثبات فترة ٢٢٣ - فترة ٢٢٤ .

ومع ذلك فقد تأثرت بحكمة الاستئناف المختلطة بالقضاء الفرنسي ، إذ قضت بأن الحاجز إنما يمثل مدينه في الدعوى التي يرفعها على المحجوز لديه بشبوت دين المدين في ذمته ، ولذلك لا يكون له إلا سلوك طرق الإثبات الجائزة للمدين ، كما يجوز للمحجوز لديه أن يحتج عليه بالأوراق العرفية الصادرة من المحجوز عليه ولو لم يكن تاريخها ثابتاً قبل الحجز (استئناف مختلط ٢ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٤٠ - ٣١ يناير سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٥٠ - انظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٣٠ هامش رقم ٢) .

ولا يحتج عليه بتاريخ التصرف الصادر من المدين الا اذا كان ثابتا . فان كان التاريخ غير ثابت ، أو كان ثابتا ولكنه تال للحجز ، لم يسر التصرف في حق الدائن الحاجز ، شأنه في ذلك شأن الخلف الخاص . وتطبيقا لهذه القاعدة تنص الفقرة الأولى من المادة ٦١٥ من تقنين المرافعات على أنه ويترتب على تسجيل التنبية اعتبار العقار محجوزاً . ثم تنص الفقرة الأولى من المادة ٦١٦ من هذا التقنين على أنه ولا ينفذ تصرف المدين أو الخائر في العقار ولا ما يترتب عليه من رهن أو اختصاص أو امتياز في حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا في حق الدائنين المشار اليهم في المادة ٦٣٧ ، ولا الراسى عليه المزداد ، اذا كان التصرف أو الرهن أو الاختصاص أو الامتياز قد حصل شهره بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية^(١) ثم تنص المادة ٦٢١ على أن عقود الإيجار الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبية تنفذ في حق الحاجزين والدائنين المشار اليهم في المادة ٦٣٧ والراسى عليه المزداد ، وذلك بغير اخلال بأحكام القانون المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشهر . أما عقود الإيجار غير الثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبية

(١) قضت محكمة النقض — قبل صدور تقنين المرافعات الجديد — بأن تسجيل التنبية بنزع الملكية لا ينشئ للدائن العادى نازع الملكية حقا عينيا على العقار يميز له (باعتباره غيرا) أن يمسك بعدم تسجيل التصرفات الصادرة من المدين قبل تسجيل التنبية في صدد الاحتجاج بعدم نفاذ تلك التصرفات عليه ، بل كل ما في الأمر أن هذا الدائن يصبح بهذا التسجيل من يشملهم لفظ « الغير » الذين أشارت إليهم المادة ٢٢٨ من القانون المدنى (٣٩٥ جديد) ، فلا يصح الاحتجاج عليه بالمعقود العرفية إلا إذا كان تاريخها ثابتا قبل تاريخ تسجيل التنبية . أما إذا كان التصرف موضوع النزاع له تاريخ ثابت سابق على تسجيل التنبية ، فإنه يعتبر تصرفا نافذا بالنسبة للدائن العادى ومانعا له من التنفيذ على العين المتصرف فيها ، ولا يجوز له طلب إبطاله إلا إذا أثبت حصوله تواطؤا بين المتصرف والمتصرف له إضرارا بحقوقه هو ، وهذا حتى على فرض أن تسجيل التنبية يمنع المدين من التصرف في العقار الجارى نزع ملكيته (نقض مدنى ٩ يناير سنة ١٩٢٢ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ٣ ص ٧٣ — مجموعة عمر ١ رقم ٩٢ ص ١٦٥) . أما إذا كان المباشر للتنفيذ دائنا له حق مقيد ، فكانت محكمة النقض (نقض مدنى ١٩ ديسمبر سنة ١٩٢٥ مجموعة عمر ١ رقم ٣٠٩ ص ٩٨٨) تعتبره « غيرا » في معنى قانون الشهر ، فكل تصرف للمدين لم يشهر قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية لا يكون ساريا في حقه . وقد قضى تقنين المرافعات الجديد (م ٦١٦) على هذا الخلاف ، إذ جعل مناط سرمان تصرف المدين في حق الدائن في الحق المقيد وفي حق الدائن العادى على السواء هو شهر التصرف قبل تسجيل التنبية (الأستاذ محمد حامد فهمى في التنفيذ فقرة ٣٤١ وما بعدها — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٣٢ هامش رقم ١) .

فلا تنفذ في حق من ذكروا الا اذا كانت من أعمال الإدارة الحسنة . وتنص
أخيراً المادة ٦٢٤ على أن المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها يحتج بها
على الدائن الحاجز والدائنين المشار اليهم في المادة ٦٣٧ والراسى عليه المزداد ،
اذا كانت ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، وذلك بغير اخلال بأحكام
القانون المتعلقة بالمخالصات الواجبة الشهر ، فاذا لم تكن ثابتة التاريخ قبل
تسجيل التنبيه فلا يحتج بها الا لمدة سنة ،^(١).

ويلاحظ أن الدائن المرتهن في الرهن الرسمي ، في خصوص الإيجار الصادر من
الراهن وفي خصوص المخالصات عن الأجرة المعجلة والحوالة بها ، يعامل معاملة
الدائن الحاجز . (م ١٠٤٥ و ١٠٤٦ مدني) ، لأن الراهن لا تغل يده بالرهن
الرسمي عن إيجار العقار المرهون ولا عن قبض الأجرة المعجلة والحوالة بها ،
فيصبح شأن الدائن المرتهن في هذه التصرفات شأن الدائن العادي ، وكالدائن
العادي أيضاً لا يكون له حق خاص على العقار المرهون يتعارض مع الإيجار
وقبض الأجرة والحوالة بها إلا إذا بدأ التنفيذ فسجل التنبيه^(٢) . أما الدائن المرتهن
في الرهن الحيازي فعليه أن يستثمر الشيء المرهون استثماراً كاملاً ويتولى إدارته
(م ١١٠٤ و ١١٠٦ مدني) ، ومن ثم يتعارض وضعه هذا مع حق الراهن في
الإيجار وقبض الأجرة ، فيعتبر «غيراً» في هذه التصرفات منذ تسلم الشيء المرهون ،
ولا يحتج عليه بالتاريخ إلا إذا كان ثابتاً^(٣) .

(١) ويلاحظ أن توقيع الدائن لأي حجز من هذه الحجز الثلاثة — الحجز التنفيذي وحجز
مالدين والحجز العقاري — لا يمنع سائر الدائنين من التدخل في إجراءات الحجز ، متى
تدخلوا أصبحوا هم أيضاً من «الغير» ، شأنهم في ذلك شأن الدائن الحاجز الأول (مقال الأستاذ
سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٣ - ص ٢٧٤ — الأستاذ عبد المنعم
لرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٣ — استئناف مختلط ٧ يونية سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٢) .
(٢) أما إذا تعارض حقه كدائن مرتهن مع حق شخص آخر ، كدائن مرتهن ثان أو مشتر
أو نحو ذلك ، فإنه يصبح من الغير بالنسبة إليه . ولكن لما كان القانون يستوجب هنا إجراء
آخر غير ثبوت التاريخ ، القيد أو التسجيل ، فإن المفاضلة بينهما تكون ، لا بالأسبقية في
التاريخ ، بل بالأسبقية في القيد أو التسجيل . ولذلك يحسن إخراج هذه الحالة من منطقة الغير ،
وقصر المنطقة على الحالات التي يستوجب فيها القانون ثبوت التاريخ دون أي إجراء آخر ، وقد
سهلت الإشارة إلى ذلك .

(٣) والدائن الحاجز يعتبر من «الغير» بالنسبة إلى دائن ذي حق مقيد ، كدائن مرتهن ودائن
له حق اخصاص . فلا يسرى في حق الدائن الحاجز هذا الحق المقيد إلا إذا كان شهره (وهو طبعاً
ثابت التاريخ) سابقاً على توقيع الحجز . وكل من يهل يهل الدائن المرتهن يعتبر للدائن الحاجز =

١٢٣ - الدائن اذا افلس مدينه أو أحمركه يعتبر من الغير :

منى أفلس المدين التاجر وشهر إفلاسه ، رفعت يده عن إدارة أمواله (م ٢١٦ تجارى) . وتصرفاته ، فى خلال المدة السابقة على الحكم بشهر الإفلاس منذ العشرة الأيام السابقة على تاريخ توقفه عن الدفع ، الخاصة بتبرعات أو بوفاء ديون غير حالة على أى وجه كان هذا الوفاء أو بوفاء ديون حالة بغير النقود أو الأوراق التجارية أو بترتيب حقوق رهن أو اختصاص على أمواله ، تكون كلها باطلة (م ٢٢٧ تجارى) . أما وفاء الديون الحالة بنقود أو أوراق تجارية والمعاوضات فتكون قابلة للإبطال إذا وقعت بعد تاريخ التوقف عن الدفع (م ٢٢٨ تجارى) - ولكن بالرغم من كل ذلك لا نرى أن دائن التفليسة يعتبر من الغير فى التصرفات

= بالنسبة إليه من «الغير» . فإذا أدى كفيل للمدين ، فى دين مضمون برهن ، الدين للدائن المرتهن وحل محله فى رهنه ، فان عقد الكفالة الذى يستند إليه فى الحلول لا يمتنع بتاريخه على الدائن الحاجز إلا إذا كان تاريخا ثابتا سابقا على وفاته للدين (ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٥٣ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٦١ - الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٣٢ - الأستاذ سليمان مرقس فى مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٥) . كذلك الدائن صاحب حق الاختصاص إذا كان حقه ، فى ظل التقنين المدنى القديم حيث كان ذلك جائزا ، مبنيا على حكم غيابي قبله المحكوم عليه فامتنع سقوطه بانقضاء ستة شهور ، فان هذا الدائن لا يمتنع على الدائن الحاجز بتاريخ الورقة العرفية التى تثبت قبول المحكوم عليه الحكم النيابي إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا (استئناف محتلط ٦ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ١٩٨ - ٢٥ مارس سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٩٩ - الأستاذ أحمد نشأت فى الإثبات ١ فقرة ٢٣١ - الأستاذ سليمان مرقس فى مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٤) .

وهناك دائن اعتبره القانون فى حكم الدائن الحاجز ، فيحظر من الغير كالدائن الحاجز . ذلك أن المادة ٨٤٢ فقرة أول من التقنين المدنى الجديد نصت على ما يأتى : « لدائني كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة حيناً أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم . وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ، ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من الدائنين فى جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم . ويجب على كل حال إدخال الدائنين المقيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة . ويستفاد من هذا النص أن دائن الشريك إذا عارض فى أن تتم إجراءات القسمة بغير تدخله ، فكل قسمة تم بعد هذه المعارضة ولا يدخل فيها الدائن لا تكون نافذة فى حقه . لذلك يكون الدائن المعارض بمثابة الدائن الحاجز بالنسبة إلى تاريخ القسمة ، وهذا بحكم نص القانون . فلا يمتنع إذن بتاريخ القسمة على الدائن المعارض إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا وسابقا على معارضته . أما إذا كان التاريخ غير ثابت فلا يمتنع به على الدائن المعارض ولو كان سابقا على معارضته ، وتكون القسمة فى هذه الحالة غير نافذة فى حق هذا الدائن .

الصادرة من المدين المفلس . فالحكم بشهر الإفلاس ليس إلا تمهيداً للتنفيذ الجماعي . ودائن المفلس ، بمجرد شهر إفلاس مدينه ، لم يدخل بعد في مرحلة التنفيذ ، كما دخل الدائن الحاجز . والإفلاس لا يعدل الحجز ، وكل ما نتج عنه أن غلت يد المفلس في إدارة أمواله ، وحل محله الدائنون الذين تكتلوا في مجموعة يمثلها السنديك . وهذا لا يغير من مركزهم كدائنين عاديين لم يصلوا بعد إلى مرحلة التنفيذ ، فهم لا يزالون يستعملون حقهم العام في الضمان ، شأنهم في ذلك شأن الدائن الذي يباشر الدعوى البولصية .

ومن ثم يكون التاريخ العرفي للتصرفات الصادرة من المدين المفلس حجة على دائنيه ، ولو كانت تصرفات مدنية (أى غير تجارية) . ويكون لهؤلاء ، بداهة الحق في إثبات عدم صحة هذا التاريخ وإثبات التاريخ الحقيقي لهذه التصرفات ، فيعطى عندئذ لكل تصرف حكمه القانوني : ما صدر في المدة المشتبه فيها ، وما صدر بعد توقف المدين عن الدفع ، وما صدر بعد الحكم بشهر الإفلاس (١) .

= وقد عالج الأستاذ سليمان مرقس ، في مقاله المنشور بمجلة القانون والاقتصاد (١٤ ص ٢٧٥) ، هذه المسألة في ظل التقنين القديم . ولاحظ أن الدائن ، إذا رفع دعوى القسمة باسم مدينه بدلا من أن يعارض طالبا التدخل ، فإنه لا يعتبر من «الغيره» وفقا للرأى السائد (لا لرايه هو) . فيحتج عليه بالتاريخ غير الثابت لأى تصرف أجراه المدين في نصيبه الشائع ، ومن ذلك إجراء القسمة ذاتها . ويستطيع المدين إذن أن يحتج بالتاريخ العرفي لقسمة انفرد بها دون تدخل دائنه بالرغم من رفع الدائن دعوى القسمة باسم مدينه ، ولا يستطيع ذلك إذا عارض الدائن . ويميب الأستاذ سليمان مرقس على هذه النتيجة أنها تجعل لمعارضه الدائن أثرا أبلغ من رفعه للدعوى غير المباشرة . ولستأ نرى بأسا في ذلك ، فإن الدائن إذا اختار الدعوى غير المباشرة فقد اختار أن يعمل نائباً عن مدينه ، فعليه أن يحتمل أثر جميع تصرفات مدينه ومنها إجراء القسمة دون تدخله . أما إذا اختار الدائن أن يتدخل في القسمة التى يجرها مدينه ، فهو لا يعمل في هذه الحالة باسم مدينه ، بل يعمل باسمه الشخصى ، وقد خوله القانون في هذه الحالة بنص صريح أن يتدخل في إجراءات القسمة وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقه .

(٦) والرأى الذى يذهب الى أن الدائن للمدين المفلس لا يعتبر من «الغيره» هو الرأى الراجح في الفقه والقضاء الفرنسين : بونيهه فقرة ٦٩٧ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ فقرة ٢٣٦ - لارومبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٣٦ - ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٤٣ - بلانيول وريبير وجابولد فقرة ١٤٨٤ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢١ ص ٣٠١ - ليون كان وريينو ٧ فقرة ٤٧٧ - محكمة النقض الفرنسية ١٥ يوزية سنة ١٨٤٣ سيريه ٤٣ - ١ - ٤٦٧ - ٤ - يولية سنة ١٨٥٤ دالوز ٥ - ١ - ٢٢٣ - ٢٨ - يوزية سنة ١٨٧٥ دالوز ٧٥ - ١ - ٤٦٩ - محكمة =

وكالإفلاس الإعسار . وقد نصت المادة ٢٥٧ من التقنين المدني على أنه متى سجلت صحيفة دعوى الإعسار ، فلا يسرى في حق الدائنين أى تصرف للمدين يكون من شأنه أن ينقص من حقوقه أو يزيد في التزاماته ؛ كما لا يسرى في حقهم أى وفاء يقوم به المدين . ويتبين من ذلك أن حكم شهر الإعسار له أثر حكم شهر الإفلاس في غل يد المدين عن التصرف في أمواله . ولكننا لا نرى - هنا أيضاً - أن دائن المدين المعسر يعتبر من الغير في التصرفات الصادرة من مدينه . فالحكم بشهر الإعسار ، كالحكم بشهر الإفلاس ، ليس إلا تمهيداً للتنفيذ ، ولم يدخل الدائنون بعد في مرحلة التنفيذ لمجرد الحكم بشهر إعسار مدينهم . بل لعل لإنعدام «الغيرية» في الإعسار أولى منه في الإفلاس ، إذ ليس في الإعسار تصفية جماعية كما في الإفلاس ، بل يبقى كل دائن موكولاً إلى الإجراءات الفردية التي يتخذها وحده ، فلا يتكفل الدائنون في مجموعة يمثلها السنديك . وما الإعسار ، على الوجه الذي نظم به في التقنين المدني الجديد ، إلا الدعوى البولصية ، أحكم تنظيمها ، ورتبت مراحلها ، وحددت مواعيدها ، ويسر فيها عبء الإثبات ، فانضبطت آثارها ، ووضحت معالمها . فاذا كان الدائن في الدعوى البولصية لا يعتبر من «الغير» كما قلنا ، فليس غريباً إلا يعتبر أيضاً من «الغير» في الإعسار . ومن ثم يكون التاريخ العرفي للتصرف الصادر من المدين المعسر حجة على دائته . ويكون للدائن الحق في إثبات التاريخ الحقيقي لهذا التصرف ، فان كان لاحقاً لتسجيل صحيفة دعوى الإعسار ، لم يسر في حقه (١) .

= استئناف الجزائر ١٨ فبراير سنة ١٨٨٨ دالوز ١٨٨-١-٤٧٣ - محكمة باستيا ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٠٣ دالوز ١٩٠٥-٢-٣٦١ . انظر عكس ذلك : لوران ١٩ فقرة ٢٣٠ - فقرة ٣٣١ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٦٠ ص ٩٢ - تالير فقرة ١٦٧٩ - وقارن حكم محكمة النقض الفرنسية ٢٧ يناير سنة ١٨٨٦ المنشور في حوليات القانون التجاري سنة ١٨٨٦ - ١٨٨٧ ص ٢١ في الهامش .

ويذهب جمهور الفقهاء في مصر إلى الرأي المكسي ، فيقولون بأن الدائن المدين المفلس يعتبر من الغير : الأستاذ محمد صالح في الإفلاس والصلح الوافي فقرة ٦٠ - الأستاذ سليمان مرقس في مقاله المنشور في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٧٨ ص ٢٧٩ وفي كتابه أصول الإثبات فقرة ٦٧ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٢٧ . وبميل الأستاذ أحمد نشأت (الإثبات ١ فقرة ٢٢٨) إلى عدم اعتبار دائن المدين المفلس من «الغير» .

(١) وهناك «غير» أجنبي أصلاً (penitus extranei) لا يمتنع في تاريخ الورقة =

١٢٤ - الشروط الواجب توافرها في « الغير » : ويخلص مما قلناه أن « الغير » في ثبوت التاريخ لا يعدو أن يكون الخلف الخاص أو الدائن الحاجز . ويشترط في « الغير » ، خلفاً كان أو دائناً ، شروط ثلاثة :

(١) أن يكون هو نفسه ذا تاريخ ثابت . وقد رأينا فيما أسلفناه أن الخلف الخاص ، حتى لا يحتج عليه بغير التاريخ الثابت ، يجب أن يكون تاريخه هو ثابتاً ، فاذا تنازع المشتريان للمنقول ، ولم يكن أى من البيعين ثابت التاريخ ، كان تاريخ كل منهما حجة على المشتري الآخر ، ولكل من المشتريين أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ . فاذا لم يكن « الغير » خلفاً خاصاً ، كان دائناً حاجزاً ، ومن الواضح أن الدائن الحاجز له دائماً تاريخ ثابت .

= العرفية . فلو أن علياً أجر داراً لمحمد ، فإن صاحب الدار المجاورة - إذا لم يكن وارثاً لأى من المتعاقدين ولا دائناً له ولا خلفاً خاصاً في الدار لعل - يكون غيراً أجنبياً أصلاً عن عقد الإيجار . فلا يمينه تاريخ الورقة العرفية التي تشهد بالعقد ، أمو تاريخ ثابت أم غير ثابت ، وإذا كان غير ثابت فهل هو تاريخ صحيح أو تاريخ قدم أو آخر ، فمعد الإيجار لا يسرى في حقه أصلاً ولم يتحقق أى احتمال في أن يسرى في حقه . لذلك إذا قلنا إن تاريخ الإيجار ولو كان غير ثابت حجة عليه ، أو قلنا بل هو ليس حجة ، فالقولان سياتى في حقه ، ولن يختلف مركزه في قول عنه في الآخر . فلا جدوى إذن من إتمام هذا « الغير » في مسألة التاريخ الثابت للنظر فيما إذا كان يعد « غيراً » أو لا يعد ، فانه خارج بناتاً عن هذه الدائرة (ديمولومب ٢٩ فقرة ٥٢٦ - بوتيه فقرة ٦٩٩ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٤٨ - الأستاذ سليمان مرقس في مجلة القانون والاقتصاد ١٤ ص ٢٦٨ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢١٧) .

عل أنه قد يقع أن هذا « الغير » - وهو أجنبى أصلاً عن العقد كما رأينا - يرى نفسه في وضع يتأثر فيه بالعقد ، إذ يستطيع اتخاذ سبباً لكسب حق ، أو يصبح العقد بحكم ظروف لاحقة سبباً للانتقاص من حق له . عند ذلك قد يمينه تاريخ العقد ، أمو ثابت أم غير ثابت ، وهل قدم أو آخر . وفي رأينا أنه يظل ، حتى في هذه الأحوال ، خارجاً عن نطاق « الغيرية » التي لا يحتج فيها إلا بالتاريخ الثابت . ومن ثم يحتج عليه بالتاريخ العرفى للورقة ، وله أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ بجميع الطرق إذا كان هناك غش . ونأتى بأمثلة توضح ذلك :

١ - هب أن علياً في المثل المتقدم باع داره من محمد بدلا من أن يذجرها . فصاحب الدار المجاورة يبنى أجنبياً أصلاً عن البيع كما هو أجنبى أصلاً عن الإيجار . ولكنه يسرى نفسه في وضع يتأثر فيه بهذا البيع ، إذ يستطيع اتخاذ سبباً - وهو جار - لكسب حق وهو أخذ الدار المبيعة بالسفحة . فهل يحتج عليه بالتاريخ العرفى للبيع في هذه الحالة ، ويفرض في هذا التاريخ أنه صحيح ، حتى يثبت بجميع الطرق أنه قدم ليقع البيع في وقت لم يكن هو فيه مالكا للدار المجاورة المشفوع بها ، يفرض أن طرفى الورقة قد تواطأ على تقديم التاريخ احتيالا منهما =

(٢) أن يكون القانون لا يتطلب إجراءات أخرى غير ثبوت التاريخ . ومن أجل ذلك تركنا عمداً ، كما سبقت الإشارة ، عند الكلام في الخلف الخاص ، مشترى العقار والمرتهن له . ذلك أن القانون يتطلب في بيع العقار إجراء آخر هو التسجيل ، وفي رهن العقار إجراء آخر هو القيد . ومن ثم كانت المفاضلة بين المشتري لعقار واحد ليست بالأسبقية في التاريخ الثابت بل بالأسبقية في التسجيل ، وكانت المفاضلة بين المرتهنين لعقار واحد ليست هي أيضاً بالأسبقية في التاريخ الثابت بل بالأسبقية في القيد .

= لمنعه من الأخذ بالشفعة ؟ أو يعتبر أن هذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه عبء إثبات عدم صحته ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البيع لاحق لتملكه للدار المجاورة ، ويتمسك بوجود أن يكون التاريخ ثابتاً ليكون حجة عليه ؟ ظاهر أن الرأي الأول — يحتج عليه بالتاريخ العرفي إلى أن يثبت عدم صحته — هو الرأي الصحيح .

٢ — وهب أن علياً الذي باع الدار من محمد لم يكن يملكها . فالمالك الحقيقي للدار يعتبر « غيراً » أجنبياً أصلاً عن هذا البيع ، لا يسرى عليه ولا يتأثر به . ولكن هذا البيع ، بحكم ظروف لاحقة ، أصبح سبباً للانتقاص من حقه ، بل لزواله . فقد حاز محمداً الدار ، وهو حسن النية ، وفي يده البيع ، وهو سبب صحيح ، وبقي حائزاً للدار خمس سنوات هي مدة التقادم القصير ، فلك الدار بهذا التقادم . نعرف أن الفقرة الثالثة من المادة ٩٦٩ من التفتين المدني الجديد تشترط أن يكون السبب الصحيح « مسجلاً طبقاً للقانون » . ولكن هذا شرط حادث . ففي القانون الفرنسي لا يشترط التسجيل ، وكان الأمر كذلك في عهد التفتين المدني المصري القديم لاسيما في العهد السابق على العمل بقانون التسجيل (قبل أول يناير سنة ١٩٢٤) . فنفرض أننا لا نزال في هذا العهد السابق حتى يستقيم لنا الفرض . فهل يحتج على المالك الحقيقي بالتاريخ العرفي للبيع ، ويرجع إلى خمس سنوات مضين عند بدء الحيازة ، إلى أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ قد قدم عمداً ليساير الحيازة في مبدئها وأن البيع لم يصدر في الحقيقة إلا بعد ذلك ؟ أو يعتبر أن هذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه عبء إثبات عدم صحته ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن البيع تال لبده الحيازة ، ويتمسك بوجود أن يكون تاريخ البيع ثابتاً ليكون حجة عليه ؟ ظاهر هنا أيضاً أن الرأي الأول — يحتج عليه بالتاريخ العرفي للبيع إلى أن يثبت عدم صحته — هو الرأي الصحيح . ومع ذلك فقد أجمع الفقه الفرنسي على الرأي المكسي (أوبري ورو طبعة خامسة جزء ٢ فقرة ٢١٨ ص ٥٤٧ - جيلوار فقرة ٥٦٧ - هيك ١٤ فقرة ٤٥١ - بودرى وتيسيه ٢٨ فقرة ٦٧٧ - بلانيول وريبير وبولانجيه ١ فقرة ٣١٦٦ - محكمة النقض الفرنسية ١٨ يناير سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠١ - ١ - ٤١٥ - انظر مع ذلك بوتيه فقرة ٩٩) . على أن الأمر ، إذا نظر إليه من الناحية العملية ، يبدو ميسور الحل . فمحمد الذي يتمسك بالتقادم سيثبت أنه حاز الدار خمس سنوات وكان في يده سبب صحيح منذ البداية ، وفي هذا إثبات لتاريخ البيع . فكيف يقال له بعد ذلك : لا يجوز لك أن =

(٣) أن يكون « الغير » ، خلفاً كان أو دائناً ، حسن النية . فإذا أسرع المشتري الثاني للمنقول في إثبات تاريخ البيع الصادر له وهو يعلم أن البيع الأول سابق على عقده وان لم يكن ثابت التاريخ ، فالمفاضلة لأول وهلة بين المشتريين تقضى بتفضيل المشتري الثاني ثابت التاريخ على المشتري الأول غير ثابت التاريخ . ولكن إذا استطاع المشتري الأول أن يثبت علم المشتري الثاني وقت شرائه المنقول بسبق بيعه من آخر ، فإنه يثبت بذلك أن المشتري الثاني ليس حسن النية . فيختل في هذا المشتري الثاني شرط من شروط « الغير » ومن ثم يحتاج عليه بتاريخ البيع الأول وان لم يكن ثابتاً (٦) .

= تثبت صحة هذا التاريخ العرفي ، ولا يجوز أن نتحج على المالك الحقيقي إلا بالتاريخ الثابت ، وهو انما يثبت واقعة مادية هي صدور البيع في تاريخ معين ! فليس المالك الحقيقي هو الذي يثبت عدم صحة التاريخ العرفي ، بل المتمسك بالتقدم هو الذي يثبت صحته ، وفي الفرضين لا يشترط أن يكون التاريخ ثابتاً . هذا ونلاحظ أن البيع في هذا المثل ، وفي المثل السابق أيضاً ، إنما ينتج أثره ، بالنسبة إلى المالك الحقيقي أو بالنسبة إلى صاحب الدار المجاورة ، باعتبار واقعة مادية (fait matériel) لا باعتبار تصرفاً قانونياً (acte juridique) .

٣ - وهب أن العقد الذي تم بين علي ومحمد هو عقد قرض ، فافترض على من محمد مبلغاً من النقود بورقة عريفية تاريخها غير ثابت . لاشك في أن زيدا - وهو شخص لا هو خلف عام ولا خلف خاص ولا دائن - يعتبر « غيراً » أجنبياً أصلاً عن القرض ، فلا يعنيه تاريخه في شيء . ولكن قد يقع ، بحكم ظروف لاحقة ، أن زيدا يتأثر بهذا القرض انتقاصاً من حقوقه (وفي المثل السابق كان التأثير عن طريق زوال الحق إطلاقاً) ، فيهب له على مالا ، ويشترط في الهبة أن يوفى زيد الموهوب له بديون الواهب الموجودة وقت الهبة . فهل يحتاج على زيد في هذه الحالة بالتاريخ العرفي للقرض ، وهو سابق على الهبة ، فيلتزم زيد بوفاء هذا القرض ، إلا أن يثبت أن التاريخ العرفي للقرض قد قدم عمداً ليكون سابقاً على الهبة وأن التاريخ الحقيقي لاحق لا سابق ؟ أو يعتبر زيد أن هذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه ، فلا يكلف نفسه عبء إثبات عدم صحته ، ويفرض فرضاً غير قابل لإثبات العكس أن القرض تال للهبة ، ويتمسك بوجود أن يكون تاريخ القرض ثابتاً ليكون حجة عليه ؟ ظاهر هنا أيضاً أن الرأي الأول - يحتاج عليه بالتاريخ العرفي للقرض إلى أن يثبت عدم صحته - هو الرأي الصحيح (قارن في هذه المسألة أوبري وروو ١٢ ص ٢٣٣) .

(١) وقد أورد الأستاذ سليمان مرقس في مقاله المنشور بمجلة القسانون والاقتصاد (١٤ ص ٢٨١ - ص ٢٨٢) تطبيقاً حسناً لهذا الشرط . فهو بعد أن قرر أن الدائن في الدعوى البولصية لا يعتبر « غيراً » ، استثار اعتراضاً على هذا الرأي فقال : « وقد يعترض على هذا الرأي بأن الدائن يستطيع ، بدلا من الالتجاء إلى الدعوى البولصية حيث تكفه بإثبات عدم صحة تاريخ المحرر المثبت للتصرف الذي أضربه ، أن يتجاهل حصول هذا التصرف ويوقع الحجز على المسال المتصرف فيه باعتبار أنه لا يزال مملوكاً لمدينه ، فيترتب له بالحجز حق خاص =

١٢٥ - (ثالثاً) الأوراق العرفية التي تخضع لقاعدة ثبوت

التاريخ : يخضع لقاعدة ثبوت التاريخ كل ورقة عرفية تعد للإثبات مقدماً كدليل كامل ، على أن يكون الدليل الكتابي واجباً ، وعلى أن يستثنى من ذلك الحالات .

ومن ثم لا تسرى هذه القاعدة في الأحوال الآتية :

١ - إذا لم تكن هناك ورقة عرفية أصلاً لإثبات التصرف القانوني . وذلك كما لو وجد تصرف قانوني غير مكتوب وأشير إليه في البيانات الواردة في ورقة رسمية ، فلا يقال إن لهذا التصرف القانوني تاريخاً ثابتاً هو تاريخ الورقة الرسمية ، لأن التصرف ذاته غير ثابت في ورقة عرفية .

٢ - إذا كانت هناك ورقة عرفية دليلاً كتابياً على التصرف ، ولكن هذه الورقة لم تعد مقدماً للإثبات . فدفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية لا تسرى عليها قاعدة ثبوت التاريخ . أما الرسائل فإذا أعدت مقدماً للإثبات سرت عليها القاعدة ، وكذلك إذا لم تعد مقدماً للإثبات متى صلحت أن تكون دليلاً كتابياً

== على المال المحجوز عليه يجعله في حكم الغير بمعنى المادة ٢٢٨ (م ٣٩٥ جديد) ، فيكفيه أن يتمسك بعدم ثبوت تاريخ المهرر المثبت للتصرف إذا أريد الاحتجاج به عليه . فيكون هذا المذهب في تفسير القانون مشجعاً للدائنين على أن يسلكوا الطريق المعوج الذي يفتحه لهم سوء النية . ولكن يرد على ذلك . . . بأنه إذا كان الدائن حاصلًا على سند تنفيذي وأوقع الحجز بمقتضى هذا السند وتمسك بالمادة ٢٢٨ بصفته حاجزاً حتى لا يكون تاريخ التصرف العرفي حجة عليه ، فإن المتصرف إليه بهذا المهرر يجوز له أن يثبت علم الدائن بهذا التصرف قبل توقيع الحجز ، فيثبت بذلك سوء نيته . ومتى ثبت سوء نية الدائن فإنه لا يجوز له أن يستفيد من المادة ٢٢٨ ، لأن المشرع لا يمكن أن يحسى سوء النية ، ولا أن يكون قد أراد بالمادة ٢٢٨ (م ٣٩٥ جديد) حماية الأشخاص الذين يتخفون القانون ستاراً لارتكاب الفس .

انظر في أن سوء النية هو مجرد علم « الغير » بسبق وجود الورقة التي يراد أن يحتج بها عليه : بودري وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٤ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٣٥ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٦٨ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٣١ . وكثير من الفقهاء في فرنسا يذهبون إلى أنه لا يكفي مجرد العلم بسبق وجود الورقة ، بل يجب أيضاً أن يكون « الغير » قد ارتكب غشاً كأن يكون قد تواطأ مع من صدرت منه الورقة لإضرارها بحق من يحتج بها : أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٤٥ - ص ٢٤٦ وهامش رقم ١٣٧ - لارو مبيير ٦ م ١٣٢٨ فقرة ٣٩ - بلانول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٥ .

كاملاً فانها تخضع لقاعدة ثبوت التاريخ استثناء مما تقدم (١).

٣- إذا كانت هناك ورقة عرفية ، ولكنها ليست دليلاً كاملاً . وذلك كبدأ الثبوت بالكتابة ، فهو ، كقاعدة عامة لا يشترط فيه التاريخ الثابت على النحو المقرر في الدليل الكامل ، ليكون حجة على الغير . وسنعود إلى هذه المسألة عند الكلام في مبدأ الثبوت بالكتابة (٢).

(١) وهذا ما يبدو أن الفقه الفرنسي يذهب إليه ويقرره دون مناقشة : انظر أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٠ (ثالثاً) ص ٢٩٧ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٧ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٥٠٥ - دي باج (بلجيكي) ٣ فقرة ٧٩٢ - انظر أيضاً في هذا المنه الأستاذ أحمد نشات في الإثبات ١ فقرة ٢٧٩ - والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٣٢ ص ١٤٥ - ص ١٤٦ .

ونحن نتردد في التسليم بهذا الاستثناء . ذلك أن ثبوت التاريخ إنما اشترطه القانون في الأوراق العرفية حتى يتفادى هذا الشرط تواطؤ أطراف الورقة على تقديم التاريخ الحقيقي أو تأخيرها . وهذا يقع أكثر ما يقع في الأوراق التي تعد مقدماً للإثبات ، ففيها يتوجه الطرفان إلى هذه الحيلة وتنبأ لهم الفرصة في تغيير التاريخ الحقيقي . أما الورقة العرفية التي تستخدم للإثبات عرضاً دون أن تكون قد أعدت في الأصل لهذا الغرض ، فقل أن لا يخطر في بال من حررها ، إذا عني بالكتابة تاريخها ، أن يقدم هذا التاريخ أو يؤخره . وإذا وقع ذلك ، أو وقع أن محرر الورقة أخطأ غير عامد في التاريخ ، ففي هذه الأحوال النادرة لا يوجد مانع من القول بأن التاريخ العرفي للورقة - حتى لو كانت رسالة - يبقى حجة على الغير ، والغير بطبيعة الحال أن يثبت بجميع الطرق أن التاريخ العرفي الذي تحمله الرسالة غير صحيح (انظر الأستاذ سليمان هجرس في أصول الإثبات فقرة ٦٦ ، وقارن بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٩) .

(٢) ذلك أن مبدأ الثبوت بالكتابة يكون في الغالب ورقة لم تعد للإثبات مقدماً ، وقد ذكرنا أن الأوراق التي لم تهيأ للإثبات لا يشترط فيها ثبوت التاريخ . أما في فرنسا فيقع كثيراً أن ورقة عرفية تهيأ للإثبات دليلاً كاملاً ثم لا تصلح إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، وذلك كالورقة التي تشهد على عقد ملزم للجانبين ولا تحرر من نسخ تتعدد بتعدد ذوى المصالح المتميزة ، وكالورقة التي تشهد على عقد ملزم لجانب واحد ولا تحمل عبارة الاعتماد المعروفة ، فهذه وتلك يشترط فيهما ، حتى كبدأ ثبوت بالكتابة ، ثبوت التاريخ ليكون هذا التاريخ حجة على الغير ، لأنهما أعدتا مقدماً للإثبات . فالمعبرة إذن بالأعداد مقدماً للإثبات لا بأن الورقة دليل كامل أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، فهناك دليل كامل لا يشترط فيه ثبوت التاريخ لأنه لم يعد مقدماً للإثبات كالدفاتر والأوراق المنزلية ، وهناك على العكس من ذلك مبدأ ثبوت بالكتابة يشترط فيه ثبوت التاريخ لأنه كان قد أعد مقدماً للإثبات كالورقة العرفية التي لم تتعدد نسخها في القانون الفرنسي (قارن أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٢٣ هامش رقم ١٠١ (ثالثاً) - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٤٨٦ - دي باج ٣ فقرة ٨٩٣ ثالثاً - قارن أيضاً الأستاذ سليمان هجرس في أصول الإثبات فقرة ٦٦ ص ٩٣ - ص ٩٤ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٣٢ ص ١٤٥) .

٤ - إذا كانت هناك ورقة عرفية تعتبر دليلاً كاملاً ، ولكن الدليل الكتابي يكون غير واجب. ويتحقق ذلك في المسائل التجارية ، فهذه يجوز فيها دائماً الإثبات بالبينة والقرائن ، فإذا وجدت ورقة عرفية اتخذت دليلاً كتابياً فلا يشترط أن يكون تاريخها ثابتاً ليكون حجة على الغير^(١) . ويتحقق ذلك أيضاً في الورقة العرفية المعدة لإثبات التزام قيمته لا تزيد على عشرة جنيهات ، لأن الإثبات الكتابي هنا أيضاً غير واجب^(٢) . ويتحقق ذلك أخيراً فيما إذا كانت الورقة العرفية تثبت واقعة مادية لا تصرفاً قانونياً ، أو تصرفاً قانونياً يسرى في حق الغير باعتباره واقعة مادية^(٣) ، ففي إثبات الوقائع المادية لا يجب الدليل الكتابي .

٥ - إذا كانت الورقة العرفية التي يقدمها الخصم دليلاً كتابياً كاملاً هي مخالصة من دين ، فلا يشترط في المحالصات التاريخ الثابت لتكون حجة على الغير بتاريخها . وقد كان القضاء المصري في ظل التقنين المدني القديم^(٤) ، وكذلك

(١) ويترك الأمر فيها لتقدير القاضي : أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ مكررة ص ٢٤٧ . ويرجع في ذلك إلى الدفاتر التجارية والمراسلات وغيرها . أما المسائل التجارية التي أوجب القانون فيها الإثبات بالكتابة ، كالرهن التجاري (م ٧٦ تجارى) ، فيجب أن يكون التاريخ ثابتاً ليكون حجة على الغير (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٣٧٧ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٧٤) .

(٢) انظر عكس ذلك چوسران ٢ فقرة ١٩١ - الأستاذ سليمان مرفس في أصول الإثبات فقرة ٦٦ ص ٩٤ هامش رقم ٣ - وغنى عن البيان أنه في الصور الأخرى التي لا يكون فيها الدليل الكتابي واجباً ولم توجد ورقة عرفية للإثبات - كما إذا وجد مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بقوة قاهرة - لا محل لاشتراط التاريخ الثابت لأن الورقة العرفية ذاتها غير موجودة . وهذا الفرض يرد إلى الحالة الأولى حين لا تكون هناك ورقة عرفية أصلاً لإثبات التصرف القانوني ، وقد سبق ذكرها .

(٣) وذلك كالأشلة التي أوردناها في حالة الغير الأجنبي أصلاً (penitus extranei) حين يحتاج عليه بتصرف قانوني باعتباره واقعة مادية (البيع باعتباره عنصراً من عناصر الأخذ بالشفعة أو باعتباره سبباً صحيحاً في التقادم القصير : انظر ص ٢٣٠ هامش رقم ١) .

(٤) استئناف مصر ٢٢ يناير سنة ١٩٣٦ المحاماة ١٧ رقم ٥٧ ص ١١٦ - استئناف مختلط ٧ نوفمبر سنة ١٩٠١ م ١٤ ص ٦ - محكمة الفشن ١٧ فبراير سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥٧ . ومع ذلك إذا عملت محاسبة بين الغير وصاحب الإيصالات غير ثابتة التاريخ ، فلا يجوز لصاحب الإيصالات الادعاء بإيصالات أخرى قد سها عليه إدخالها في الحساب ، وإنما يجوز الأخذ بها إذا كانت ثابتة التاريخ وسابقة على تاريخ المحاسبة (محكمة مصر الوطنية ٢٤ أبريل سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٧١ ص ٨٢١) .

القضاء في فرنسا ، يستثنى المخالصات من قاعدة ثبوت التاريخ ، لما في اشتراط التاريخ الثابت في المخالصات من صعوبات عملية (١) . فمن اشترى داراً مؤجرة سرى في حقه المخالصات بالأجرة الصادرة من البائع للمستأجر ولو لم تكن ثابتة التاريخ ، إلا إذا كانت الأجرة عن مدة مستقبلية تزيد على ثلاث سنوات فيشترط التسجيل . والدائن الذي يحجز تحت يد مدين المدين حجز ما للمدين لدى الغير يحتاج عليه بالتاريخ العرفي للمخالصات الصادرة من المدين ، فتسرى هذه المخالصات في حقه إذا كان تاريخها سابقاً على الحجز (٢) . وفي جميع الأحوال يجوز للغير الذي يحتاج عليه بالتاريخ العرفي للمخالصة أن يثبت بجميع الطرق أن هذا التاريخ غير صحيح وأنه قدم أو أخر غشاً من طرفي المخالصة للاضرار بحقه . وقد أقر التقنين المدني الجديد هذا الاستثناء بنص صريح ، فنصت الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ على أنه «يجوز للقاضي ، تبعاً للظروف ، ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات » . فجعل النص التقدير إلى القاضي في خصوص المخالصات ، إن رأى أن هناك صعوبات عملية كافية تمنع من توافر التاريخ الثابت لم يطلبه ، وإلا أخضع المخالصات كغيرها من الأوراق العرفية للقاعدة العامة وطلب فيها التاريخ الثابت لتكون حجة بهذا التاريخ على الغير (٣) و (٤)

(١) ولأن المخالصات تعتبر عادة عملاً من أعمال الإدارة ، وهذا بخلاف الوفاء مع الحلول أو الإبراء من الدين أو التجديد أو الصلح أو نحو ذلك فهذه أعمال تصرف : انظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٣٣ - ص ٢٣٥ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٤ ص ٩٢٦ - وانظر في أن المحجوز لديه لا تحوط شبهة إذا قدم مخالصة حتى بعد توقيع الحجز ، وتحوط الشبهة المبالغة فيه في حوالة الحق إذا لم يقدم المخالصة عند إعلانه بالحوالة أو عقب هذا الإعلان ، إلى أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٣٧ - ص ٢٣٨ وهامش رقم ١٢٢ .

(٣) انظر الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٣٣ - هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وقد سبق أن أشار البعض بوجود استثناء المخالصات من أحكام ثبوت التاريخ بمقتضى نص خاص استناداً إلى ما جرى عليه القضاء . وقد أقر القضاء من عهد بعيد عرف التعامل في عدم اشتراط قيد المخالصات اقتصاداً للتفقات - بيد أن نطاق هذا العرف يتناول المخالصات العادية فحسب دون المخالصات التي ترتب حقا في الحلول . ولذلك احتاط المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٨٣) فجعل للقاضي سلطة تقديرية تمتد في أعمالها بما يعرض من ظروف ، وقد رؤى احتذاء هذا المشروع (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٤ - ص ٢٧٥) .

=

(٤) هذا وهذا هذه الأحوال الخمس هناك حالتان :

١٢٦ - (رابعاً) الطرق القانونية التي يصبح بها التاريخ ثابتاً :

الأصل أن التاريخ العرفي للورقة جزء من هذه الورقة العرفية ، فمضمونه هو أيضاً جزء من الاتفاق الذي تشهد به هذه الورقة . فطرفا الورقة قد اتفقا ، فيما اتفقا عليه ، على أن يكون تاريخ اتفاقهما هو كذا . ومن ثم كان هذا التاريخ العرفي حجة عليهما ، شأنه شأن سائر أجزاء الاتفاق (١) . ولكل منهما أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ بالطرق المقررة قانوناً كما سبق القول . أما الغير ، على التحديد الذي بسطناه ، فهذا التاريخ العرفي ليس حجة عليه . بل إن هناك قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس أن هذا التاريخ العرفي ، بالنسبة إلى الغير ، ليس صحيحاً . ولا يستطيع الطرفان إثبات التاريخ الصحيح في مواجهة الغير إلا بطريق من الطرق التي عينها القانون ، وهي الطرق التي يصبح بها التاريخ ثابتاً فيكون حجة على الغير .

= (في إحداهما) قد يوجد التاريخ الثابت ، ومع ذلك لا يكتفى ليكون حجة على الغير . وهي الحالة التي سبق أن ذكرناها عندما يتطلب القانون إجراء آخر للحجية على الغير ، كالتسجيل والقيّد وإعلان الحوالة أو قبولها . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « إن المادة ٥٣٠ من المشروع لا تطبق إذا كان الغير قد كفلت له الحماية بمقتضى نصوص خاصة ، كالنصوص المتعلقة باشتراط التسجيل أو التسليم في تملك المنقولات » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٢) .

(وفي الحالة الأخرى) على العكس من الحالة الأولى قد لا يوجد التاريخ الثابت ، ومع ذلك يكتفى التاريخ العرفي ليكون حجة على الغير . ويتحقق ذلك إذا لم يتمسك الغير بوجود أن يكون التاريخ ثابتاً ونزل عن حقه في ذلك على نحو واضح لا لبس فيه . وذلك أن قاعدة ثبوت التاريخ إنما وضعت لحماية الغير ، فهي ليست قاعدة من النظام العام . ومن ثم يجوز للغير عدم التمسك بها والتسليم بالتاريخ العرفي الذي يحتج به عليه (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٦ ص ٢٤٥ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٨٦ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢٢ ص ٣٠٤) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « إن المادة ٥٣٠ من المشروع لا تطبق ... إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمننا أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقته للواقع » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٧٢) .

(١) وهناك فرق بين طبيعة التاريخ العرفي الذي تحمله الورقة العرفية وطبيعة التاريخ الرسمي فالتاريخ الأول جزء من الاتفاق كما قدمنا ، فهو جزء من التصرف القانوني . أما الثاني فواقعة مادية يشهد بها الموظف العام الذي تولى توثيق التاريخ : أنظر في هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ فقرة ٥٦ ص ١٢٧٠ هامش رقم ١٠١ .

وقد ذكر التقنين الجديد من هذه الطرق خمسة على وجه التحديد ، ثم عمم بعد هذا التخصيص فذكر أن التاريخ يكون ثابتاً من يوم وقوع أى حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . ومن ثم يكون التاريخ ثابتاً على وجه من الوجوه الآتية :

(١) من يوم أن تقيد الورقة العرفية بالسجل المعد لذلك . وقد نظمت اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق الطريق العادى لإثبات التاريخ على هذا الوجه . فنصت المادة ٣١ من هذه اللائحة على أن تقوم مكاتب التوثيق بعد أداء الرسم المقرر بإثبات تاريخ المحررات العرفية بكتابة محضر يثبت فيه تاريخ تقديم المحرر ورقم إدراجه في الدفتر المعد لذلك ، ويجتم بخاتم المكتب ، ويوقعه الموثق . ذلك أن هناك في مكتب التوثيق دفترأ تدرج فيه المحررات التي أثبت تاريخها بأرقام متتابعة ، ويبين في هذا الدفتر أسماء ذوى الشأن ومحال إقامتهم وموضوع المحرر وأداء الرسم ، ويوقعه الموثق وصاحب الشأن عند تسلم المحرر (م ٣٢ من اللائحة) ، كما يوجد دفتر هجائى للفهارس (م ٣٣ من اللائحة) . ويسلم مكتب التوثيق شهادة لمن يطلبها بحصول إثبات تاريخ الورقة العرفية (م ٣٤ من اللائحة) .

هذه هي الإجراءات العادية لإثبات التاريخ من طريق قيد الورقة العرفية بسجل معد لذلك . وتوجد طرق أخرى لقيد الورقة العرفية في سجل رسمى فيكون تاريخها ثابتاً من يوم هذا القيد ، نذكر منها طريقتين : التصديق على التوقيعات والتسجيل .

وقد نظم قانون التوثيق أيضاً التصديق على التوقيعات . فقضت المادة ٢١ من لائحته بأن يقوم الموثق بالتصديق على توقيعات ذوى الشأن في المحررات العرفية ، بحضور شاهدين بالغين عاقلين معروفين له يتأكد بشهادتهما من شخصية ذوى الشأن . ويوقع هؤلاء أمام الموثق على الورقة العرفية ، ويكتب الموثق محضراً في ذيل الورقة يذكر فيه أسماءهم ومحال إقامتهم وحصول التوقيع منهم أمامه وأسماء الشهود ومهنتهم ومحال إقامتهم . ويوقع هذا المحضر الشهود والموثق ، ثم يوضع عليه خاتم المكتب ورقم إدراجه في دفتر تدرج فيه محاضر التصديق على التوقيعات بأرقام متتابعة (م ٢٤ - ٢٥ من اللائحة) . وعند إتمام

التصديق تسلم الورقة العرفية إلى صاحب الشأن ، وبصبح تاريخ المحضر المدون
ذيلها هو تاريخها الثابت .

والتسجيل إجراء آخر لإثبات التاريخ ، عن طريق قيد الورقة العرفية
في سجل معد لذلك . وهنا القيد يكون كاملاً ، ويتم التسجيل الآن بالتصوير
الفوتوغرافي . فكل ورقة عرفية مسجلة تكون ثابتة التاريخ من يوم تسجيلها
على الأقل . بل إنه لما كان التسجيل لا يكون إلا بعد التصديق على التوقيع ،
فتاريخ الورقة المسجلة يثبت من يوم التصديق على التوقيع ، ولا يتأخر إلى
يوم التسجيل .

(٢) من يوم أن يثبت مضمون الورقة العرفية في ورقة أخرى ثابتة التاريخ .
وذلك بأن تذكر الورقة العرفية ، مع تحديد موضوعها تحديداً معيناً لها مانعاً للبس ،
في ورقة رسمية — لأن الورقة الرسمية ثابتة التاريخ بحكم رسميتها كما قدمنا — أو
في أية ورقة عرفية تكون ثابتة التاريخ بوجه من الوجوه القانونية . وعند ذلك
تكسب الورقة العرفية تاريخاً ثابتاً هو التاريخ الثابت للورقة الأخرى التي جرى
فيها ذكر الورقة الأولى^(١) . مثل ذلك أن يذكر في ورقة تثبت عقد بيع — رسمية

(١) وفي فرنسا — حيث اقتصر النص على ذكر الورقة الرسمية لإثبات مضمون الورقة
العرفية بها كطريق من طرق إثبات التاريخ ، ولم يذكر النص إلى جانب الورقة الرسمية الورقة
العرفية ثابتة التاريخ كما ذكر نص التقنين المصري ذلك — غلب الرأي القائل بأن الموظف العام
يجب أن يكون قد اطلع على الورقة العرفية عند إيراد مضمونها في الورقة الرسمية (انظر لوردان ١٩
فقرة ٢٨٥ — دى باج ٢ فقرة ٧٩٧) . أما في مصر — حيث يجوز إثبات تاريخ ورقة عرفية
عن طريق ذكر مضمونها في ورقة عرفية أخرى تكون ثابتة التاريخ — فلا يشترط إذن الاطلاع
على الورقة العرفية الأولى لا عند إيراد مضمونها في الورقة العرفية الثابتة التاريخ ولا عند إيراد
مضمونها في الورقة الرسمية (انظر الأستاذ سليمان مرتس في أصول الإثبات فقرة ٧١ مكرر
ص ١١٠ — ص ١١١) . وإيراد مضمون ورقة عرفية في ورقة أخرى ثابتة التاريخ يجعل تاريخ
الورقة الأولى ثابتاً ، ولكن لا يعنى من تقديم الورقة ذاتها ولا يكتب بمضمونها الوارد في الورقة
الأخرى ، فالاتفاق الشفوي لا يكسب تاريخاً ثابتاً إذا ورد مضمونه في ورقة ثابتة التاريخ
(الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات ص ١٥٣ — ص ١٥٤) .

وقد قضت محكمة النقض بأن ورود المهر العرفي في محرر ثابت التاريخ من شأنه أن
يجعله ثابت التاريخ من يوم ثبوت التاريخ الذي ورد فيه (نقض مدني ٦ أبريل سنة ١٩٥٠
مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١٠٦ ص ٤١٤) .

أو عريفية مصدق فيها على التوقيع - توكيل عرفي صادر من البائع الى وكيله يبيع بالنيابة عنه، فهذا التوكيل العرفي اذا كان غير ثابت التاريخ يصبح، بذكره في ورقة البيع ثابتة التاريخ، ذا تاريخ ثابت هو تاريخ ورقة البيع^(١).

(٣) من يوم أن يؤشر على الورقة العريفية موظف عام مختص. مثل ذلك أن تقدم الورقة العريفية في قضية فيؤشر عليها القاضي أو كاتب الجلسة، أو تقدم في تحقيق فيؤشر عليها المحقق، أو تقدم في جرد رسمي فيؤشر عليها مندوب الجرد، أو تقدم لصرف نقود بها فيؤشر عليها مندوب الخزنة العامة. وتكسب المراسلات المسجلة تاريخاً ثابتاً هو تاريخ ختم مصلحة البريد إذا أمكن التثبيت منه بالرجوع إلى السجلات الرسمية التي سجلت فيها هذه المراسلات. أما المراسلات غير المسجلة فلا يثبت تاريخها من ختم مصلحة البريد، لأنه لا توجد سجلات رسمية يمكن الرجوع إليها للتثبيت من صحة التاريخ. والتاريخ الذي يضعه المحكمون في أحكامهم لا يعتبر تاريخاً ثابتاً^(٢)، وكذلك تأشير الخبير على ورقة عريفية وذكره الورقة في محضر أعماله لا يكسبها تاريخاً ثابتاً، لأن المحكمين والخبراء لا يعتبرون موظفين عامين ولا يمكن التثبيت من صحة التاريخ الذي وضعوه على الورقة العريفية^(٣). هذا ما لم يكن الخبير موظفاً عاماً، كما هو شأن الخبراء والموظفين في وزارة العدل.

(٤) من يوم وفاة أحد من لم على الورقة العريفية أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أصبع. أما الخط والإمضاء المعترف بصدورهما من الشخص المتوفى فأمرهما واضح، ذلك أن الورقة العريفية التي تحمل خطأ أو إمضاء لشخص متوفى لا بد أن تكون قد صدرت قبل وفاة هذا الشخص، فتاريخها

(١) ولكن التاريخ الثابت لتوكيل لا يكسب التصرفات ذات التاريخ اللاحق التي أبرمت بناء على هذا التوكيل تاريخاً ثابتاً (استئناف مختلط ١٠ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٤٩).
كذلك موت الموكل لا يجعل لتصرف أمضاء الوكيل نهاية عنه تاريخاً ثابتاً (استئناف مختلط ٢٣ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ١٩٦).

(٢) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بعدم اعتبار التاريخ الذي يضعه المحكمون في أحكامهم ثابتاً ثبوتاً رسمياً، فيجوز الطعن فيه بكل الطرق القانونية بما فيها قرائن الأحوال (٨ نوفمبر سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٢٨).

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦٧١ و ص ٦٧٢. انظر عكس ذلك الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٨٨.

ثابت من وقت الوفاة^(١) . ويستوى أن يكون الشحص المتوفى طرفاً في الورقة أو شاهد أو كفيلاً أو غير ذلك ، فالحكمة قائمة في جميع هذه الأحوال^(٢) . على أن مجرد وجود خط لشخص متوفى في الورقة لا يكفي لإثبات التاريخ ، بل يجب أيضاً أن تكون الورقة قد وقعت منذ وجود هذا الخط ، إذ يحتمل أن يعهد إلى شخص في كتابة ورقة عرفية فيكتبها ، ولكنها تبقى مشروعاً دون توقيع إلى أن يتوفى الكاتب ، ثم يوقع ذوو الشأن الورقة بعد وفاته ، فلا تكون الورقة ثابتة التاريخ من يوم الوفاة . وهذا ما لم تكن الورقة تعتبر دليلاً من غير توقيع ، كالتأشير على سند الوفاء .

بني الختم وبصمة الأصبع . أما أن الختم يثبت تاريخ الورقة التي تحمل بصمته ، فأمر كان مقرراً في التقنين المدني الأهلي السابق ، وتابعه في ذلك التقنين المدني الجديد . وهو محل للنظر ، إذ أن بقاء الختم بعد وفاة صاحبه واحتمال التوقيع بهذا الختم بعد الوفاة شيء يقع . وقد كان التقنين المدني المختلط لا يذكر أن ختم المتوفى يثبت تاريخ الورقة العرفية^(٣) . ومهما يكن من أمر فانه يجوز ، بالرغم من وجود بصمة الختم في الورقة ، لإثبات أن التوقيع بالختم لم يتم إلا بعد الوفاة^(٤) .

(١) بشرط أن يكون وقت الوفاة ثابتاً ، كأن تدل عليه شهادة مستخرجة من سجل الوفيات (استئناف مختلط ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢) .

(٢) استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٥٦—٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٥ .

(٣) وقد جرى القضاء المختلط على عدم الاعتراف بثبوت التاريخ عن طريق بصمة ختم المتوفى ، ولو ثبت أن الختم قد أهدم بمجرد الوفاة (استئناف مختلط ٧ فبراير سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٥٠ — ٢٠ نوفمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ٨ — انظر أيضاً : ١٥ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٧٢ — أول أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٥٨ — ١٦ يونية سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٤٥٠) .

(٤) وهذه مسألة واقع تقدرها محكمة الموضوع (نقض مدني ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٢٠ ص ٢٠٦) . وما يدل على سهولة التحايل على إثبات التاريخ عن طريق بصمة ختم المتوفى أن قانون التسجيل الصادر في سنة ١٩٢٣ — وقد نص على استثناء المهررات العرفية من أحكامه متى كان تاريخها ثابتاً قبل العمل به — لم يكده يصدر حتى بادرت الناس إلى إثبات تواريخ عقودها عن طريق تزوير بصمة ختم لشخص متوفى ، وظلوا على هذا النحو مدة طويلة . فصدر القانون رقم ٣٠ لسنة ١٩٤٢ يقضى بأنه لا يقبل بعد ٣١ ديسمبر سنة ١٩٤٢ تسجيل المهررات المتقدم ذكرها والتي لا يستند في إثبات تاريخها إلا إلى وجود إمضاء أو ختم فيها لإنسان =

وبصمة الأصبع أدق من بصمة الختم ، فهي أقرب إلى إثبات تاريخ الورقة العرفية التي تحمل هذه البصمة لشخص متوفى . على أن احتمال توقيع الورقة العرفية ببصمة شخص متوفى بعد وفاته لا يزال قائماً وإن كان احتمالاً بعيداً ، وهو أبعد على كل حال من احتمال التوقيع بالختم بعد وفاة صاحبه (١) .

(٥) من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد ممن لهم على الورقة العرفية أثر معترف به من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة أصبع أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه . والمثل المألوف لهذه الحالة أن تبريد شخص في تاريخ معروف ، فتكون الورقة العرفية التي وقعها بيده قبل أن تبريد ذات تاريخ ثابت هو تاريخ هذا البر . وهذا صحيح بالنسبة إلى الخط والإمضاء وبصمة الأصبع . أما الختم فيمكن التوقيع به بعد تبريد اليد ، بل بعد تبريد اليدين معاً ، إذ يجوز أن يوقع به غير صاحبه ، فلا تكسب الورقة منه تاريخاً ثابتاً في المثال المتقدم . وقد تكون العلة في الجسم التي تستحيل معها الكتابة شيئاً آخر غير البر كالشلل .

وقد عمم التقنين المدني الجديد بعد التخصيص كما قدمنا ، فذكر أن الورقة العرفية تكون ثابتة التاريخ من يوم وقوع أى حادث آخر - غير الحوادث التي تقدم ذكرها - يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه . مثل ذلك الجنون العارض ، فقد يوقع شخص سليم العقل ورقة عرفية ، ثم يصاب بالجنون بعد ذلك ، فن يوم ثبوت عزله في مستشفى أو في مكان آخر يكون تاريخ الورقة ثابتاً ، مع أن الجنون ليس علة في الجسم - وهذا ما اقتصر النص على ذكره - بل هو علة في العقل (٢) .

= توفى . والظاهر من التسوية بين الإمضاء والختم في مظنة التزوير أن الناس لجأوا أيضاً إلى تزوير إمضاءات المتوفين كما زوروا أختامهم . وانتقلت أحكام هذا القانون الأخير إلى قانون الشهر العقاري الذي حل محل قانون التسجيل (انظر في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١١٣ هامش رقم ١) .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٧٠ - ص ٦٧١ .

(٢) كما يمكن في ثبوت التاريخ تقديم الورقة في قضية بحيث تتناولها المرافعة ولو لم يؤثر عليها بما يفيد ذلك (محكمة الاسكندرية الوطنية ٢١ يناير سنة ١٩٣١ الهامة ١١ رقم ٤٨٩ ص ٩٧٥ - انظر أيضاً محكمة النقض الدائرة المدنية في ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١) . ويعتبر التاريخ الثابت للورقة في هذه الحالة وقت تقديمها إلى المحكمة ، =

وقد كان التقنين المدني السابق يفسره الفقه والقضاء على النحو الذي قدمناه . فهو ، بالرغم من أنه لم يورد في المادة ٢٢٩/٢٩٤ إلا بعض طرق إثبات التاريخ - قيد الورقة في سجل عام وأثر معترف به لشخص متوفى وتأشير على الورقة من موظف عام مختص - فلن هذه الطرق لم تحمل على أنها وردت على سبيل الحصر . ومن ثم لا يكون هناك فرق بين التقنين القديم والتقنين الجديد في طرق إثبات التاريخ (١) .

وثبت ذلك بشهادة من قلم الكتاب (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٤٥ ص ٥٥) . وقد قضت محكمة النقض أيضاً بأن العقد إذا ذكره الطرفان مبدءاً في إعلانات رسمية ، فإنه يكسب التاريخ الثابت لهذه الإعلانات (نقض مدني ١٣ أبريل سنة ١٩٢٣ مجموعة عمر ١ رقم ٢١٩ ص ٢٥٥) .

ويمكن القول أن ثبوت علم « الغير » بالورقة البرقية ، يجعل لها تاريخاً ثابتاً له حجته على هذا الغير من وقت طمعه بالورقة . وما يساعد على هذا القول ما قدمناه من أن قاعدة ثبوت التاريخ ليست من النظام العام ، فيجوز أن يعترف « الغير » بصحة التاريخ غير الثابت أو ينزل عن التمسك بوجود أن يكون التاريخ ثابتاً . أما في فرنسا فيصعب القول بذلك ، لأن طرق إثبات التاريخ هناك المذكورة على سبيل الحصر (أضرب في هذا الطريق من إثبات التاريخ بلايول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٨٤٥ - بيدان وبيرو ٩ فقرة ١٢٢٢ ص ٢٠٤) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وقد توسع التقنين الإيطالي في بيان الوسائل التي تقدمت الإشارة إليها . وذكر من بينها بوجه خاص حالة طرود عجز جسامان يحول دون الكتابة (كثير الأعضاء أو الشلل الكلي) . أما التقنين المراكشي (م ٤٢٥) والمشروع الفرنسي الإيطالي (م ٢٨٣) فقد آثرا سرد هذه الوسائل على سبيل المثال ، حتى يتيسر للقاضي أن يعتمد بسائر ما لم يرد في النص من الأمارات البينة الدالة على أسبقية تاريخ الورقة البرقية . بيد أنه ينبغي التنويه بأن كفاية الفرض الذي كان يرمى إليه التقنين المصري والتقنين الفرنسي ، وسد ذرائع التحكم ، يوجبان على القاضي عدم الاجتزاء بتأسيس حكمه على وقائع يترجح معها مجرد احتمال مطابقة التاريخ للواقع ، ويقتضيانه تسبب حكمه وإسناده إلى وقائع قاطعة . ولذلك استظهر المشروع دلالة المقصود في هذا الشأن فنص على أن التاريخ يكون ثابتاً (من يوم وقوع أى حادث مماثل من حيث الطبيعة يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوع هذا الحادث) ، محتدياً مثال المادة ٤٢٥ من التقنين المراكشي « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٤) .

(١) وتأييداً لذلك قضت محكمة النقض بأن وسائل إثبات التاريخ الواردة بالمادة ٢٢٩ مدني (قديم) ليست واردة بها على وجه الحصر . فإذا قدمت ورقة ما في قضية ، وتناولتها المرافعة بالجلسة التي نظرت فيها تلك القضية ، فهذا يكفي لاعتبار تاريخ الورقة ثابتاً من يوم تلك الجلسة (نقض مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٧٦ ص ٨٢١ وهو الحكم الذي سبقته الإشارة إليه) . وقضت محكمة الأسكندرية الكلية الوطنية بأن المادة ٢٢٩ مدني (قديم) لم تذكره

أما التقنين المدني الفرنسي فقد اقتصر على طرق ثلاثة لإثبات التاريخ، ذكرها على سبيل الحصر ، وهي :

- (١) تسجيل الورقة العرفية وفقاً لإجراءات معينة (enregistrement)
- (٢) ذكر مضمون الورقة العرفية في ورقة رسمية (٣) توقيع معترف به من شخص متوفى ، طرفاً كان أو شاهداً (١).

ومتى ثبت التاريخ على وجه من الوجوه المتقدمة الذكر في التقنين المدني المصري ، صار هذا التاريخ الثابت هو الحجة على الغير ، لا التاريخ العرفي الذي يسبقه . ولكن تصبح حجته على الغير أقوى من حجة التاريخ العرفي على طرفي الورقة ، ذلك أن الغير لا يستطيع أن يدحض حجة التاريخ الثابت

= طرق إثبات التاريخ على سبيل الحصر ، وعلى ذلك يجوز أن يكسب المحرر تاريخاً لهاً إذا ورد ذكره في محرر رسمي (٢٥ يونيو سنة ١٩٢٩ الهامة ٩ رقم ٦٠٧ ص ١١٢٢) . ولقد قلقت المحكمة أيضاً بأن المشرع المصري ، على خلاف المشرع الفرنسي ، يعتبر وسائل إثبات التاريخ المنصوص عليها أمثلة يجوز القياس عليها (٢١ يناير سنة ١٩٣١ الهامة ١١ رقم ٤٨٥ ص ٩٧٥) . ولقد قلقت محكمة الاستئناف المختلطة بشهوت التاريخ من ذكر أن الورقة قلقت لخزافة المحكمة لتحصيل الرسوم (أول مارس سنة ١٨٩٣ م ٥ ص ١٢٨) وبشبهت تاريخ عملية ورد ذكرها في دفتر من دفاتر التجار المنتظمة (١٩ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٠١) وقد ورد في الموجز للمؤلف (ص ٦٧١ - ص ٦٧٢) في هذا المعنى ما يأتي : « على أن الطرق الثلاثة المتقدمة لم تذكر على سبيل الحصر ، فكل طريق آخر يمكن للتثبت به من تاريخ السند العرفي يصلح طريقاً لإثبات تاريخ هذا السند » .

ومع ذلك فقد قلقت محكمة الاستئناف المختلطة في بعض أحكامها بأن وسائل إثبات التاريخ (في التقنين السابق) قد وردت على سبيل الحصر : استئناف مخطاط ٩ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٣٧٥ - ٣٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٨ . ولقد قلقت محكمة أهر حصر بأن الشرع من ضياع عقد في إحدى الصحف ليس من طرق إثبات التاريخ المنصوص عليها قانوناً ، وهي على الرأي الراجح واردة في المادة ٢٢٩ مدني (قديم) على سبيل الحصر (٣٠ يناير سنة ١٩٣٤ الهامة ١٥ رقم ٢/٢٨ ص ٦١) . ولعل هذا يفسر ما ورد في المذاكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى من أن « وسائل إثبات التاريخ . . . وردت في التقنين المصري (م ٢٩٤ مختلط) والتقنين الفرنسي (م ١٣٢٨) على سبيل الحصر ، تيسيراً لتثبت الغير من ذلك ، ودفعاً لتحكم القضاء . بيد أن الفقه ينهى على مذهب الحصر هذا جموده ، ولا سيما أنه يقتضى بطبيعة الحال عدم التوسع في تفسير النصوص » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٤) .

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٤٢ - ص ٢٤٤ - بودرى وبارو ٤ لفرة ٢٣٦٩ - بلانويول وروبير وجابولد ٧ لفرة ١٤٨٥ ، والظر أيضاً لفرة ١٤٨٣ حيث يلقنون السياسة للتقنينية في حصر طرق إثبات التاريخ .

إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، أما من كان طرفاً في الورقة فيستطيع أن يدحض حجية التاريخ العرفي بإثبات أن هذا التاريخ غير صحيح دون حاجة إلى الطعن بالتزوير . وإذا قام تنازع بين ورقتين لهما تاريخ ثابت في يوم واحد ، فإن أمكن تعيين الورقة الأسبق فضل صاحبها . ويتحقق ذلك إذا كان طريق ثبوت التاريخ بالقيء في السجل ، وعينت ساعة القيد أو أعطيت الورقتان رقمين متسلسلين ، فالورقة الأسبق في الساعة أو في الرقم المتسلسل هي التي يفضل صاحبها . وإذا لم يمكن تعيين الورقة الأسبق ، كما لو كانت الورقتان قد وقعها شخص واحد توفي واتخذ تاريخ وفاته تاريخاً ثابتاً لكل من الورقتين ، فصاحب الورقة المكلف بإثبات أسبقيته يتقدم عليه صاحب الورقة الأخرى لأن الأول قد عجز عن إثبات هذه الأسبقية (١) .

المطلب الثالث

حجية الورقة العرفية فيما يتعلق بالصورة

١٢٧ - الأصل ألا هجئة لصورة الاوراق العرفية : رأينا فيما تقدم

ان صور الأوراق الرسمية لها قوة متفاوتة في الإثبات ، مع أن الصورة لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة والتوقيع هو الذي تتركز فيه قوة الإثبات . وتعليل ذلك كما رأينا يرجع إلى أن صورة الورقة الرسمية هي أيضاً ورقة رسمية يقوم بتحريرها موظف رسمي مختص ، فتضمني عليها رسميتها من الثقة ما يجعل لها قيمة في الإثبات تتفاوت قوة وضعفاً .

أما صورة الورقة العرفية فليست لها في الأصل أية قيمة في الإثبات ، ولو كبداً ثبوت بالكتابة . فهي لا تحمل توقيع من صدرت منه الورقة . وهي في الوقت ذاته ليست ورقة رسمية حتى تضمني عليها رسميتها شيئاً من الثقة . ولا قيمة لصورة الورقة العرفية إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجوداً ، فيرجع إليه ، وتكون الحجية للأصل لا الصورة . أما إذا كان الأصل غير

(١) أوبري ورو ١٢ ص ٢٤٦ - وانظر أيضاً الأستاذ سليمان مرقس ، أصول الإثبات فقرة ٧٥ ، والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٠ .

موجود ، فلا سبيل للاحتجاج بالصورة ، لما قدمناه من أنها لا تحمل التوقيع ومن أنها ليست ورقة رسمية ، ولجواز أن تكون الصورة محرفة أو أن يكون الأصل مزوراً فلا يتيسر الاهتداء إلى التزوير بالاختصار على الصورة (١) . وهذا صحيح حتى لو كانت الصورة المأخوذة من الأصل صورة فوتوغرافية (٢) .

وغنى عن البيان أن صور الصور للورقة العرفية ليست لها هي أيضاً . من باب أولى ، أية قيمة في الإثبات .

(١) استئناف مختلط ٢٥ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٧ - ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢١١ - ٢٩ مارس سنة ١٩٠٥ م ١٧ ص ١٨٥ - ٣ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٨٣ - ٩ ديسمبر سنة ١٩١٥ م ٢٨ ص ٥٤ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٥٥ - ٥ ديسمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٨٥ - ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٦ - ١٧ يونيو سنة ١٩٢٤ م ٣٦ ص ٤٣٩ - ٢٣ يونيو سنة ١٩٢١ م ٤٣ ص ٤٦١ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ٧١ . محكمة جرجا ١٦ يونيو سنة ١٩٠٤ المجموعة الرسمية رقم ٤٥ .

هل أن محكمة الاستئناف المختلطة قد قضت بأنه إذا ثبت وجود مستند في ملف الدعوى بمحكمة أول درجة ، وقد اختنق هذا المستند من الملف فيما بعد ، فإن ترجمة هذا المختنق ، المصدق عليها من السلطة المختصة والتي قدمت إلى محكمة أول درجة قبل المرافعة ، يصح أن يكون لها من قوة الإثبات أمام محكمة الاستئناف ما للأصل المفقود (استئناف مختلط ٩ مايو سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢٢٨) . هذا ويجب تقديم أصل الورقة كدليل للإثبات إلى محكمة الموضوع . فإذا قدمت صورة فوتوغرافية لعقد عرفي لم يسجل ، واستبعدتها محكمة الموضوع ، لا تكون قد خالفت القانون . وإذا أريد بعد ذلك تقديم الأصل لأول مرة أمام محكمة النقض ، فلا يصح ذلك لأنه لا يجوز قبول مستندات جديدة أمام محكمة النقض (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٠٧ ص ٦١٢ - المحاماة ٢٩ رقم ٢١٠ ص ٣٩٤) .

انظر أيضاً في هذا الموضوع أوبري ورو ١٢ ص ٢٨٠ - بونيه ٢ فقرة ٧٩٣ - ديولومب ٢٩ فقرة ٦٧٧ - فقرة ٦٨٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٠٧ .

(٢) وقد يقال إن الصورة الفوتوغرافية أدل على الأصل من الصورة المكتوبة . وهذا صحيح ، ولكن التصوير الفوتوغرافي لا يثبت كل شبة ، ولا يمكن حتى معه التحقق من أن الأصل غير مزور . فالصورة الفوتوغرافية غير الورقة الأصلية التي تظهر في حالتها الطبيعية ، بما قد يشوبها من عيوب . هذا إلى أن فن التصوير الشمسي ، وإن كان قد تقدم إلى حد تمكنه من نقل الأصل بأمانة كافية ، إلا أنه ، كما تقول محكمة استئناف مصر (١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢٨١ ص ٥٤٨) ، قد تقدم أيضا إلى حد قد يجعل تلك الصور بعيدة كل البعد عن الدلالة على الحقيقة التي يراد إثباتها بهذه الصور . وقد قضت محكمة النقض بأنه لا تثريب على المحكمة إذا هي لم تر الأخذ بصورة شمسية لورقة أريد التذليل بها في الدعوى (نقض مدني ٢٩ أبريل سنة ١٩٤٨ المحاماة ٩٩ رقم ٢١٠ م ٣٩٤ وقد سبق الإشارة إلى هذا الحكم) .

١٢٨ - استناداته تكون فيها لصورة الورقة العرفية فبميز في

الإثبات : على أن هناك استثنائين من المبدأ الذي قدمناه تكون فيهما لصورة الورقة العرفية قيمة معينة في الإثبات :

(الاستثناء الأول) في حالة التسجيل ، فقد تكون لصورة الورقة المسجلة قيمة في الإثبات (١). ونميز في ذلك بين عهدين : العهد السابق على قانون التسجيل (رقم ١٨ و ١٩ لسنة ١٩٢٣) وعهد قانون التسجيل (الذي حل محله القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالشهر العقاري) .

في العهد الأول كان التسجيل يتم بنقل صورة حرفية من الورقة المقلمة للتسجيل في سجل عام ، ثم يختم الأصل بختم يدل على حصول التسجيل ويعاد إلى صاحبه . فإذا أعطيت صورة من الورقة المسجلة كانت هذه الصورة رسمية ، لأن موظفاً عاماً مختصاً كان هو الذي ينقل هذه الصورة ، لاهن الأصل فهو عند صاحبه كما قدمنا ، ولكن عن الصورة الرسمية لهذا الأصل العرفي وهي الصورة المدونة في السجل العام . ولما كانت صورة الصورة هذه هي صورة رسمية لصورة رسمية ، فقد كان القضاء في البداية يعتمدها ، في حالة فقد الأصل ، كدليل كامل أو على الأقل كبداً ثبوت بالكتابة (٢). ثم رجع عن ذلك ، وأنكر حجية هذه الصورة الرسمية حتى كبداً ثبوت بالكتابة ، لما رأى ما لجأ إليه بعض الناس من تقديم أوراق مزورة للتسجيل وإعدام الأصل المزور ، والتقدم بعد ذلك بصورة رسمية منقولة عن الصورة المدونة في السجل العام ، فلا يظهر التزوير لا في صورة الصورة ولا في الصورة الأصلية ، إذ أن الموظف العام لم يكن من اختصاصه ولا

(١) ومهما يكن من قيمة للتسجيل ، فإن الخصم الذي ينكر صحة ورقة عرفية مسجلة أو ينكر صحة التوقيع الذي تحمله ليس في حاجة إلى الالتجاء لإجراءات الطعن بالتزوير (استئناف مخطوط ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٧٨) . هذا وبعد أن أصبح ضرورياً في التسجيل الصديق على التوقيع ، لم يعد في الإمكان إنكار التوقيع إلا عن طريق الطعن بالتزوير .

(٢) استئناف مخطوط ١٩ مارس سنة ١٩٠٣ م ١٥٠ ص ٢٠٣ - ٩ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٧١ - ٣٠ أبريل سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ١٩٥ - ١١ مايو سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ٣١٦ - ١٢ نوفمبر سنة ١٩١٨ م ٣١ ص ١٩ .

في إمكانه التحقق من سلامة الأوراق التي تقدم للتسجيل^(١) .
وفي العهد الثاني ، عهد قانون التسجيل ثم الشهر العقاري وهو العهد الحالي ،
اتخذ المشرع احتياطات دقيقة . وتتلخص هذه الاحتياطات في وجوب التصديق
على التوقيع قبل تسجيل المحرر ، وفي هذا ضمان كاف لعدم تزوير الأوراق
ولصحة صدورها من موقعها ، ثم في طريقة التسجيل ذاتها فقد صار الأصل هو
الذي يحفظ بمكتب الشهر ويعطى لأصحاب الشأن صور فوتوغرافية من هذا
الأصل . هذه الصور الفوتوغرافية ، التي تمكن إعادة أخذها فيما بعد متقولة دائماً
عن الأصل وأعطائها لأصحاب الشأن إذا احتاجوا إليها ، هي صور رسمية دقيقة
من أصل محفوظ في مكتب السجل العقاري ، فقيمتها في الإثبات لا شك فيها .
ذلك أنه إذا كان الأصل موجوداً وهو الغالب ، ولم ينازع الخصم في مطابقة الصورة
الفوتوغرافية للأصل ، اكتفى بالصورة دليلاً كاملاً في الإثبات^(٢) . فان نازع
الخصم في المطابقة ، أمكنت مضاهاة الصورة على الأصل المحفوظ بمكتب الشهر ،
وكانت الحجية للأصل للصورة . أما إذا فقد الأصل - وهذا نادر ولكنه يقع

(١) نفض مدني أول ديسمبر سنة ١٩٤٩ دار النشر لأحكام النقض المدنية ١-١٣-٤٨
استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٧٧ - ٤ أبريل سنة ١٩٢٢ م ٢٤
ص ٢٩٢ - ٩ مارس سنة ١٩٢٦ م ٢٨ ص ٢٧٧ .
عل أنه عندما أطلت محكمة الاستئناف المختلطة نقضت بأن صورة الورقة المسجلة لا تصلح
للإثبات حتى كبدأ ثبوت بالكتابة ، قضت مع ذلك بأن الصورة الرسمية لورقة عرفية مسجلة
تصلح لإثبات مبدأ الحياة التي تؤدي إلى التملك بالتقادم (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩١٦
م ٢٩ ص ٧٤) .

ويلاحظ أنه إذا فقد الأصل بقوة قاهرة ، وأمكن الخصم إثبات ذلك ، جاز له الإثبات
بالبينة دون حاجة لاستخدام صورة الورقة المسجلة حتى كبدأ ثبوت بالكتابة . وقد قضت محكمة
الاستئناف المختلطة بأن صورة الورقة العرفية المسجلة وغير المصدق على التوقيع فيها لا قيمة لها
في إثبات صحة الورقة العرفية ذاتها ، ولا تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كان
عدم تقديم الأصل يرجع إلى أنه قد فقد أو إلى أي سبب آخر كاف لتبرير ذلك (استئناف مختلط
٩ مايو سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ١٤٣) . ويؤخذ على هذا الحكم أنه جعل صورة الورقة العرفية
المسجلة ، في حالة فقد الأصل ، مبدأ ثبوت بالكتابة ، وهو في غير حاجة إلى ذلك ، ويكفي
أن يستأنس بالصورة باعتبارها مجرد قرينة تشكل بالبينة أو بقرائن أخرى ، لأن الدليل الكتابي
غير واجب في هذه الحالة .

(٢) استئناف مصر ١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ الهامة ١٤ رقم ٢/٢٨١ ص ٥٤٨ -
٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ الهامة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦ .

أحياناً لقوة قاهرة كحريق أو سرقة - فإن دقة الصورة الفوتوغرافية ورجحان سلامة الأصل من التزوير بعد التصديق على التوقيع ، كل ذلك يسمح باعطاء هذه الصورة الفوتوغرافية قوة لإثبات كاملة أو في القليل يجعلها مبدأ ثبوت بالكتابة^(١) .

(الاستثناء الثاني) في حالة ما إذا كانت صورة الورقة العرفية مكتوبة بخط المدين ، فتكون هذه الصورة بعض القيمة في الإثبات . ويلاحظ أن هذه الصورة المكتوبة بخط المدين لا تحمل توقيعه ، وإلا صارت إما نسخة ثانية ، لا مجرد صورة ، فتكون لها حجية الأصل كالنسخة الأولى ، وإما سنداً مؤيداً (acte recognitif) وسيأتي بيان قيمته في الإثبات . فالصورة التي نحن بصدددها هي إذن مكتوبة بخط

(١) الموجز للمؤلف لفقرة ٦٤١ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٢٠٠ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ٧٧ . الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٢ .

ومع ذلك قضت محكمة استئناف مصر بأنه ليس بين الأدلة الكتابية التي نص عليها القانون المدنى الصورة الشمسية للأوراق . والقانون المدنى لا يعترف إلا بالصورة الرسمية التي يحررها موظف يختص بتحريرها ، ولا يعترف بقيمة ما لصور العقود العرفية ، حتى لو كانت مسجلة وكانت صورها محررة بمعرفة موظف من موظفى قلم التسجيل . ذلك لأن الدليل الكتابى العرفى لا يهض حجة إلا إذا كان بذاته صادراً من نسب إليه . فالصور الشمسية ، وهي ليست بكتابة مخطوطة باليد بل هي صورة آلية من وضع يد غير الهد التي يصح أن تكون كاتبة للأصل المأخوذة عنه تلك الصورة ، لا يصح مطلقاً أن تعتبر دليل إثبات ، لأنها ورقة وإن نقلت الكتابة بإثبات صورتها إلا أنها غير الورقة الأصلية التي تظهر فيها حالتها الطبيعية وما يشوبها من عيوب . وأن وإن كان قانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ قد جعل قيمة قانونية للصور الشمسية الصادرة من قلم التسجيل والمأخوذة من الأصل الموقع عليه من المتعاقدين والمحفوظ في هذا القلم ، فذلك لأنه عند إنكار العقد المقدم صورته يمكن الرجوع حالاً إلى الأصل المحفوظ بقلم التسجيل ويحقق إنكاره ، فالحجية لا تكون في الحقيقة للصورة الشمسية بل للأصل المحفوظ في قلم التسجيل (١٨ أبريل سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٤ رقم ٢/٢٨١ ص ٥٤٨ ، وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) .

ثم قضت بعد ذلك بأن الصورة المستخرجة من دفاتر التسجيل لعقد عرفى لا يصح أن تعتبر في ذاتها دليلاً كتابياً أو مبدأ ثبوت بالكتابة . ويجعل للقاضي على أى حال حق النظر في درجة اعتمادها (م ٢٣١ مدنى) . وإن كان هناك رأى يقول بجواز اعتبار صورة العقد العرفى المسجل كبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مصدقاً في أصل العقد على إضفاء الصادر منه تصديقاً رسمياً (٢١ أبريل سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/٢٦٣ ص ٥٥٦ - وقد سبقت الإشارة أيضاً إلى هذا الحكم - ويبدو منه ميل المحكمة إلى إعطاء صورة الورقة العرفية المسجلة إذا كان مصدقاً على التوقيع فيها قيمة ما في الإثبات . وهذه بداية في تطور القضاء يرجى أن تبلغ عايتها) .

للمدين ولا تحمل توقيعه . ويمكن في هذه الحالة اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة لأنها صادرة من المدين ما دامت بخطه ، وتستكمل بالبينة أو القرائن (١).

على أنه ليس من الضروري أن تكون صورة الورقة العرفية مكتوبة بخط المدين نفسه لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة ، بل يكفي أن تكون صادرة من نائب المدين . مثل ذلك أن يعلن محضر - وهو نائب المعلن - ورقة عرفية إلى المعلن إليه . فالصورة التي يتركها المحضر بخطه (أو المفروض أنها بخطه لأنها صادرة منه) تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة يتمسك به الخصم ضد المعلن ، إذ أن هذه الصورة مكتوبة بخط نائب المدين وهو المحضر ، فكأنها صادرة من المدين (٢) .

١٢٩ - السند المؤيد وقبته في الإثبات : وبين الأصل والصورة يوجد

سند ، لاهو مجرد صورة (copie) لأنه يحمل توقيع المدين ، ولاهو نسخة ثانية (exemplaire) من الأصل لأنه غير معاصر للأصل بل يكتب بعده . فهو إذن أضعف من الأصل ، وأقوى من الصورة . هذا هو السند المؤيد أو السند الجديد (acte recognitif, titre nouvel) وهو سند يتضمن إقراراً بحق سبق إثباته في محرر يسمى بالسند الأصلي (acte primordial) . ويتميز السند المؤيد عن مطلق الإقرار بالحق بأنه لا يتضمن إقراراً على إطلاقه ، بل يشير إلى أن الحق المقربه قد سبق إثباته في سند أصلي . ومن ثم إذا تعارض السند المؤيد مع السند الأصلي ، كان السند الأصلي هو المعتبر . ولو كان السند المؤيد إقراراً محضاً لأخذ به دون السند الأصلي (٣) .

والسند المؤيد ، على هذا النحو ، يصلح من الناحية القانونية لقطع التقادم ، ومن الناحية العملية لتوفير دليل الإثبات عند فقد السند الأصلي إذا كان هذا

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤١ .

(٢) استئناف مختلط ١١ نوفمبر سنة ١٩٢٧ م ٥٠ ص ١٦ - انظر أيضاً في هذا المعنى بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٧ - محكمة النقض الفرنسية ١٦ يونية سنة ١٨٩٠ دالوز ٩١-١-٩٧ .

(٣) وتعيين ما إذا كان السند مطلق إقراراً أو هو سند مؤيد مسألة موضوعية لا تعقيب فيها لهجة النقض (نقض فرنسي ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٩ سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٤٦٢ - أول يونية سنة ١٩٠٨ سيريه ١٩٠٨ - ١ - ٣٢٨ - أوبري ورو ١٢ ص ٢٨١ هامش رقم ١) .

معرضاً للفقد . ويغلب أن يكون ذلك في الديون الطويلة الأجل وفي الإيرادات المؤبدة ، حيث يحتاج الدائن من وقت إلى آخر أن يحصل على سند مؤيد لسنده الأصلي لقدم العهد بالسند الأصلي ، فيقطع التقادم ويجدد الدليل (١) .

وقد نصن التقنين المدني الفرنسي نصاً يقرر قيمة السند المؤيد في الإثبات . فنصت المادة ١٣٣٧ من هذا التقنين على ما يأتي : «السندات المؤيدة لا تعنى من تقديم السند الأصلي ، إلا إذا كان نص السند الأصلي قد دون خصيصاً في السند المؤيد . وما اشتمل عليه السند المؤيد زائداً على السند الأصلي ، أو ما اختلف معه فيه ، فليس له من أثر . ومع ذلك يعنى الدائن من تقديم السند الأصلي إذا وجدت جملة من السندات المؤيدة المتطابقة ، تدعمها الحيازة ، ويكون تاريخ أحد هذه السندات يرجع إلى ثلاثين سنة » (٢) .

ويتبين من هذا النص أن السند المؤيد ، في التقنين الفرنسي ، لا يصلح في ذاته دليلاً كاملاً . وهناك فرضان : (الفرض الأول) أن السند الأصلي موجود . وفي هذه الحالة لا يكون السند المؤيد دليلاً أصلاً ، بل يجب على الدائن إبراز السند الأصلي . فإذا كان هناك خلاف بينه وبين السند المؤيد فالعبرة بالسند الأصلي ، إلا إذا تبين من الظروف أن السند المؤيد ليس في حقيقته إلا تجديدياً للدين فتكون العبرة بالدين الجديد . (الفرض الثاني) أن السند الأصلي غير موجود . وفي هذه الحالة لا يكون للسند المؤيد قوة في الإثبات كدليل كامل (٣) ، ولكنه يكون مبدأً ثبوت بالكتابة يستكمل بالبيينة

(١) وكان السند المؤيد واسع الانتشار في القانون الفرنسي القديم ، حيث كانت الإيرادات والمرتبات المؤبدة مألوفة إلى حد كبير (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠١ ص ٩٤٨) .
(٢) وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي .

Art. 1337 : Les actes récongnitifs ne dispensent point de la représentation du titre primordial, à moins que sa teneur n'y soit spécialement relaté. Ce qu'ils contiennent de plus que le titre primordial, ou ce qui s'y trouve de différent, n'a aucun effet. Néanmoins, s'il y avait plusieurs reconnaissances conformes soutenues de la possession et dont l'une eût trente ans de date, le créancier pourrait être dispensé de représenter le titre primordial.

(٣) إلا في حقوق الارتفاق ، وإلا إذا كان السند المؤيد هو في حقيقته تجديد للدين .

وبالقرائن . ومع ذلك قد يكون دليلاً كاملاً في حالتين : (١) إذا كان نص السند الأصلي مدوناً بأكمله في السند المؤيد (٢) إذا تعددت السندات المؤيدة ، وكانت متطابقة ، ودعمتها الحيازة ، وكان أحدها يرجع تاريخه إلى ثلاثين سنة على الأقل . فيجوز للقاضي في هذه الحالة . إذا كان السند الأصلي قد فقد ، أن يعد السندات المؤيدة دليلاً كاملاً ، ويترك ذلك إلى تقديره . وهذه الأحكام ينتقدها الفقه في فرنسا^(١) ، لأنها لا تتفق مع القواعد العامة .

فان هذه تقضى - وهذا ما يجب اتباعه في مصر ما دام لا يوجد نص في هذه المسألة - بأنه إذا وجد سند مؤيد لسند سابق ، اعتد بالسند المؤيد كدليل إثبات كامل ، إذ هو موقع من المدين وليس مجرد صورة لورقة عرفية ، سواء في ذلك اشتمل على نص السند الأصلي أو لم يشتمل ، وتعددت السندات المؤيدة أياً كان تاريخها أو لم تتعدد . ولكن لما كان السند المؤيد يشير إلى سند أصلي ، فالمفروض أن السند المؤيد مطابق للسند الأصلي ، إلى أن يثبت المدين العكس ببراهنه السند الأصلي . وبهذا تقضى المادة ٢٩٢ من المشروع الفرنسي الإبطالي . وقد كان المشروع التمهيدي للتعنين الجديد يحتوي على نص مماثل ، إذ كانت المادة ٥٣٧ من هذا المشروع تنص على ما يأتي : «السند المؤيد لسند سابق يكون حجة على المدين . على أنه يجوز للمدين أن يثبت عدم صحة هذا السند بتقديم السند الأصلي . ولكن لجنة المراجعة حذف هذا النص ، ويغلب أن يكون ذلك اكتفاء بالقواعد العامة^(٢) .

(١) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٠ مكررة ص ٢٨١ - ص ٢٨٥ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٥٠٦ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ فقرة ١٥٠١ - فقرة ١٥٠٣ ص ٩٤٨ - ص ٩٤٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٤ هامش رقم ١ . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في خصوص هذا النص ما يأتي : «السند المؤيد لسند سابق أو السند الجديد هو ما يتضمن إقراراً بحق سبق إثباته في محضر يلقب اصطلاحاً بالسند الأصلي . فالسند المؤيد لا يعتبر من قبيل الصور ، ولا يستحدث جديداً على وجه الإطلاق ، لأنه يحمل توقيع من يجوز الاحتجاج به قبله . وتنحصر أهمية هذا السند عملاً في قطع التبادم وتوفير دليل الإثبات عند فقد السند الأصلي وتمرضه لاحتمال الفقد . ويفرق التعنين الفرنسي ، فيما يتعلق بحجية السند المؤيد ، بين حالة اشتمال هذا السند على صيغة السند الأصلي ، وبين حالة خلوه من هذه الصيغة . ولا يحمل السند الجديد حجية في الحالة الثانية إلا إذا قدم السند الأصلي . بيد أن =

الفرع الثاني

الأوراق العرفية غير الممدة للإثبات

١٣٠ - بياض هذه الأوراق : رأينا فيما تقدم أن الورقة العرفية التي تعد للإثبات لا تكون دليل إثبات كامل إلا إذا كان موقعاً عليها ، وأن التوقيع هو الذي يضمن على الورقة حجيتها . على أنه توجد بعض أوراق عرفية لم تعد مقدماً للإثبات ، ومع ذلك يجعل لها القانون بنص خاص حجية معينة ، ولا يشترط فيها أن يكون موقعاً عليها .

وقد نص التقنين المدني الجديد على أربعة أنواع من هذه الأوراق العرفية غير الممدة للإثبات ، وجعل لكل نوع منها قيمة في الإثبات معينة ، وهي :

(١) الرسائل والبرقيات .

(٢) دفاتر التجار .

(٣) الدفاتر والأوراق المنزلية .

(٤) التأشير ببراءة ذمة المدين (١) .

السند المؤيد ينطوي في هذه الحالة على إقرار كتابي موقع عليه ، فلا محل إذن لاشتراط تقديم السند الأصل من الدائن . ولذلك رأى المشروع إزام المدين بتقديم السند الأصلي عند النزاع ، مقتدياً في ذلك بالمادة ٢٩٢ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٤ هامش رقم ١) . ويلاحظ أن القانون السوري استبقى هذا النص تحت رقم المادة ١٣ من قانون البيئات .

هذا ويستطيع المدين ، إذا لم يقدم السند الأصلي ، إثبات عكس ما جاء بالسند المؤيد ، ولكن طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات ، فلا يجوز له أن يثبت ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة .

(١) انظر في طريق خاص لإثبات التوريدات المنزلية بحفر علامات على شقي عصا مشطورة إلى قسمين (tailles) ، وكان هذا الطريق معروفاً في فرنسا عندما كانت الكتابة غير منتشرة ، أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٩ ص ٢٧٧ - ص ٢٧٨ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٧٨ - فقرة ٢٤٨٥ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٥٨ ص ٩٥٦ - ص ٩٥٧ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤٣ - فقرة ١٢٤٤ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٤١ - كولان وكايتان ومورانديير ٢ فقرة ٧٦٥ - چوسران ٢ فقرة ١٦١ فقرة ٨٦ هامش رقم ١ . والسبب في بقاء هذا الطريق للإثبات المذكوراً في الفقه الفرنسي بعد اندثاره في العمل أن التقنين المدني الفرنسي ، وقد وضع في سنة ١٨٠٤ ، أفرد له نصاً خاصاً هو المادة ١٣٣٣ .

ولمّا أشرنا إلى هذا الطريق الخاص للتدليل على أن للعرف دوره في رسم طرق الإثبات .

المبحث الأول

الرسائل والبرقيات

١٣١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٣٩٦ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - تكون للرسائل الموقع عليها قيمة العرفية من حيث الإثبات .

٢ - وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب

التصدير موقفاً عليه من مرسلها ، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك .

٣ - وإذا أعدم أصل البرقية ، فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس^(١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري

المادة ١٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٧ ، وفي تقنين أصول المحاكمات

المدنية اللبناني المواد ١٦٢ - ١٦٦ ، وفي التقنين المدني للمملكة المتحدة الليبية

المادة ٣٨٣^(٢) - ولا يوجد في التقنين المدني الفرنسي نص مقابل .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣١ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١ - تكون للرسائل قيمة العرفية من حيث الإثبات . ٢ - وتكون للبرقيات

هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقفاً عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية

مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . وفي لجنة المراجعة أضيفت في الفقرة الأولى

بعبارة « تكون للرسائل » عبارة « الموقع عليها » ، ليخرج من نطاق النص الرسائل غير الموقع

عليها . ثم أضيفت فقرة ثالثة على الوجه الآتي : « وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا

لمجرد الاستئناس » . وصارت المادة رقمها ٤٠٩ . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس

الشيوخ تحت رقم ٣٩٦ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٦ -

ص ٣٨٠) .

(٢) نصوص التقنينات العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ١٢ . ١ - تكون

لرسائل قوة الأسناد للعادية من حيث الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحداً =

ونتكلم في قيمة الرسالة (lettre missive) في الإثبات ، ومتى يحتاج بها المرسل إليه ، ومتى يحتاج بها الغير ، ثم في قوة البرقية في الإثبات .

١٣٢ - قيمة الرسالة في الإثبات : تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : ولم يعرض تقنين من التقنينات (١) للرسائل بوصفها ضرباً من ضروب الأدلة الكتابية ، وقد يلتمس للتقنين

= بإرسالها . ٢ - وتكون للبرقيات هذه القوة أيضاً إذا كان أصلها المودع في دائرة البريد موقفاً عليه من مرسلها . وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك . ٣ - يقبل من الذي أرسل كتاباً مضموناً وأثبت وصوله للمرسل إليه بوصول دائرة البريد أو بوصول من المرسل إليه إبراز النسخة المحفوظة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وتعد هذه النسخة صحيحة ما لم يثبت العكس .

التقنين المدني المراق م ٤٥٧ : تطابق نص التقنين المصري مع تحوير لفظي طفيف .
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٢ : ان الكتاب البريدي يصلح حجة على موقعه لمصلحة المرسل إليه ، ما لم يثبت الأول أنه لم يرسله ولم يكلف أحداً إرساله - م ١٦٣ : إذا لم يكن الكتاب سرياً حق للمرسل إليه أن يستعمله وأن يتنازل للغير عن هذا الحق . وفي المواد التجارية لا تكون الكتب سرية على الإطلاق - م ١٦٤ : في المواد المدنية لا يجوز إبراز الكتاب السري إلا باتفاق المرسل والمرسل إليه ، وإلا كان إبرازه عملاً غير مباح يستهدف فاعله للحكم ببطل العطل والضرر ، وعلاوة على ذلك فإن المحكمة لا تعتد بأي كتاب بريدي يبرز لديها بخلاف الأصول . م ١٦٥ : إن مرسل الكتاب المضمون الذي يثبت وصوله بسند إيصال من دائرة البريد أو من المرسل إليه يقبل منه إبراز النسخة المحفوظة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وتعد هذه النسخة صحيحة ما لم يتم البرهان على العكس - م ١٦٦ : من حصل ، طبقاً لأحكام المادة السابقة ، على حكم ملائم لمصلحته بناء على إبرازه نسخة كتاب ، ثم ظهر الأصل فيما بعد فاتفق منه أن هذه النسخة المزعومة غير صحيحة ، يحكم عليه بضمف قيمة الضرر الذي نتج عن عمله الاحتياي .

التقنين المدني للملكة المتحدة الليبية م ٣٨٣ : تطابق نص التقنين المصري .
ويتبين من النصوص المتقدمة أنه فيما عدا نص المادة ١٦٦ من تقنين المحاكمات المدنية اللبناني الذي يقضى بضمف قيمة التعويض عن العمل الاحتياي الذي يتضمنه النص - وفي هذا ضرب من العقوبة لم ير قانون البيئات السوري أن يجازى فيه التقنين اللبناني - لا تختلف أحكام القوانين المدنية العربية عن أحكام القانون المدني المصري ، إلا أن القانونين السوري واللبناني أفاضوا في تفصيلات يمكن للوصول إليها عن طريق تطبيق القواعد العامة .

(١) هذا يصدق على التقنينات الغربية . أما التقنينات العربية فقد رأيناها تحتوى نصوصاً تحدد قيمة الرسائل من حيث الإثبات .

الفرنسي بعض العذر في إغفالها إذا روعي أن التعامل بالرسائل كان في سنة ١٨٠٤ بالغ الندرة... بيد أنه من المسلم أن التعامل بالرسائل أخذ يتزايد نصيبه من الأهمية ، حتى أصاب من سعة النطاق بسطة جديدة بالاعتبار . وليس شك في أن هذا الضرب من التعامل قد اضطرد بوجه خاص في المسائل التجارية ، لكن المتعاملين من التجار لم يستشعروا ضرورة لحكم تشريعي جديد نظراً لانتفاء قيود الإثبات في هذه المسائل . على أن التعامل بالرسائل شمل الروابط المدنية أيضاً ، ومن عجب أن يستشعر واضعو المشروع الفرنسي الإبطالي ضرورة تشييه البرقية بالورقة العرفية في المادة ٤٨٤ دون أن يشيروا إلى الرسائل ،^(١) .

وقد كان الفقه والقضاء في مصر^(٢) ، في ظل التقنين السابق وبالرغم من انعدام النص ، يذهبان إلى أن الرسالة متى وصلت إلى المرسل إليه صارت ملكه ، وله أن يستخدمها كدليل إثبات على حق يدعيه عند المرسل ، حتى لو تضمنت سراً فيخبر المرسل بين أن يقدم الرسالة إلى القضاء بالرغم من احتوائها لهذا السر أو أن يبسر له المرسل الإثبات من طريق آخر غير الرسالة . وقد ترتفع السرية عن الرسالة بعد وجودها إذا نشرت وعرفها الجمهور ولو عن طريق دعوى جنائية انتهت بحكم بالبراءة^(٣) . ثم إن ماورد في الرسالة إذا كان بخط المدين أو كان موقفاً عليه منه يعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة أو دليلاً كاملاً ، على أن يترك ذلك إلى تقدير القاضي ، فإن الرسالة ليست في الأصل معدة للإثبات ، وما يدونه المرسل بها لا يلتزم فيه من الاحتياط ما يلتزمه في الورقة العرفية التي تعد مقدماً للإثبات ، فيجب أن يكون هذا محلاً للاعتبار^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٧ .

(٢) انظر الموجز للمؤلف فقرة ٦٥١ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٥٥ - الأستاذ سليمان مرقص في أصول الإثبات فقرة ٨٨ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٤٦ - نقض مدني ١٢ نوفمبر سنة ١٩٤٢ المحاماة ٢٤ رقم ١٣ ص ٢٨ - ١٨ نوفمبر سنة ١٩٤٣ المحاماة ٢٦ رقم ١٨١ ص ٤٦٩ - ٢٧ يناير سنة ١٩٤٤ المحاماة ٢٦ رقم ١٩٦ ص ٤٩٦ - استئناف مختلط ١١ أبريل سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٤٠ .

(٣) أوبري ورو ١٢ ص ٢٩٣ - ص ٢٩٤ - بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٦٥ مكررة - بلانيول وريبير وجاهولد ٧ فقرة ١٥٠٤ - نقض فرنسي ١٩ يونيو سنة ١٨٩٥ داليز

١-٢٠-٩٦ .

(٤) وهذا هو أيضاً ما يذهب إليه الفقه الفرنسي ، فهو يعتبر ، دون نص على ذلك في

(١٧ الوسيط - ج ٢)

أما التقنين الجديد فلم يترك الأمر إلى تقدير القاضى ، بل نص صراحة على أن «تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات» (١) . وكان التقنين الجديد جريئاً في إرادته لهذا النص ، فلم يسبقه إليه تقنين آخر كما تقول المذكرة الإيضاحية . وقد سلب القاضى حريته في التقدير ، فلم يعد هذا يستطيع ، إذا رأى أن المرسل لم يحتط في رسالته ولم يقصد إلى أن ينتج جميع الآثار القانونية التي تترتب على ما كتبه في هذه الرسالة ، أن يرفع عن الرسالة حجيتها أو أن ينتقص من هذه الحجية كما كان يستطيع في ظل التقنين السابق . فتي كانت الرسالة موقعة من المرسل ، استوفت شرائط الورقة العرفية ، وصار

= التقنين المدنى الفرنسى ، أن الرسالة قد تكون ، تبعاً للظروف وحسب تقدير القاضى ، دليلاً كاملاً أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو تكون مجرد الاستئناس (أوبرى ورو ١٢ ص ٢٩٥ - ص ٢٩٦ - لاروبيير ٦ م ١٣٣١ فقرة ١٤ - ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٦٣ - هيك ٨ فقرة ٢٥٦) . ويلهب الأساتذة بلانيول وريبير وجابولد إلى أن الرسالة ليست طريقاً خاصاً للإثبات ، بل هي تخضع للقواعد العامة ، فإن كانت موقعة كانت لها حجية الورقة العرفية المعدة للإثبات ، وإن لم تكن موقعة ولكنها بخط المرسل كانت مبدأ ثبوت بالكتابة ، وإلا كانت مجرد الاستئناس . ويقولون إنه يجب التمييز ما بين حجية الرسالة ومقدار ما تشتمل عليه من المعلومات . فالرسالة لها الحجية الكاملة ، شأنها في ذلك شأن أية ورقة عرفية أخرى ، ولا تخضع في هذه الحجية لتقدير القاضى . أما مشتملات الرسالة الموقعة فهي التي تخضع لتقدير القاضى . فقد تكون وافية إلى حد يجعل الرسالة دليلاً كاملاً ، وقد تكون ناقصة إلى حد لا يجعل من الرسالة إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، وقد تكون مقتضبة إلى حد لا يجعل الرسالة صالحة إلا لمجرد الاستئناس (انظر بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٥ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٧٢ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٣٩ - ص ٣١٥ - انظر أيضاً الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٩) . ولكن مع القول بأن مشتملات الرسالة تخضع لتقدير القاضى ، فإنه يجب كذلك التسليم بأن حجية الرسالة ذاتها ، عند انعدام النص ، تخضع هي أيضاً لتقدير القاضى . فقد تكون الرسالة موقعة ، وتكون مشتملاتها وافية ، ومع ذلك يرى القاضى أن الظروف التي كتبت فيها الرسالة لا تسمح بإعطائها حجية كاملة ، وهو في ذلك لا يقدر مشتملات الرسالة إذ هي وافية كما قدمنا ، ولكنه يقدر الحجية ذاتها .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد أقر القضاء والفقهاء ما تواضع عليه المتعاملون في هذا الشأن ، وأنشأ طائفة من القواعد استلهما فيها المبادئ المتعلقة بالأوراق العرفية ، رغم غلو التشريع من النص . وقد استندنا في ذلك إلى : (أ) أن التسانون لم يشترط شكلاً خاصاً في المحررات العرفية ، إلا ما استثنى منها بالنص . (ب) وأن الرسائل يتوافر فيها الشرطان الجوهريان اللذان تستمد منهما حجية الورقة العرفية وهما الخط والتوقيع . فن الأنسب ، والحال كذلك ، أن تدرج الرسائل بين طرق الإثبات بالكتابة ، =

لها حجيتها ، حتى لو كانت لم تستوف شرطاً جوهرياً هو أن تكون قد أعدت مقدماً للإثبات فان هذا الإعداد السابق من شأنه أن يفرض على المرسل الاحتياط والتعن . بالرغم من ذلك أصبحت الرسالة الموقعة في التقنين الجديد ، كما قدمنا ، بمنزلة الورقة العرفية المعدة للإثبات ، ولها قيمة الدليل الكامل . فهي حجة على المرسل من حيث صلورها منه ، إلا أن ينكر توقيعه أو خطه على النحو الذي قدمناه في الأوراق العرفية المعدة للإثبات . وهي أيضاً حجة على المرسل بصحة المدون فيها ، إلا أن يثبت العكس بالطرق المقررة ، وهو لا يستطيع أن يثبت ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة . وهي أخيراً حجة على المرسل من حيث قيام التصرف القانوني الذي تشهد به الرسالة ، على أن له أن يدفع هذا التصرف بجميع الدفع الموضوعية والشكلية التي يسمح بها القانون (١) .

= وأن يعين مدى حجيتها ، وما ينبغي أن يتوافر فيها من الشرائط الشكلية ، نزولاً على مقتضى القواعد العامة من ناحية ، وتمشياً مع نية المتعاقدين من ناحية أخرى — ويجب ، فيما يتعلق بالشكل ، أن يجتمع في الرسالة الشرطان الجوهريان الواجب توافرها في الأوراق العرفية ، وهما الخط والتوقيع . وغنى عن البيان أن توافر هذين الشرطين يكفي من هذه الناحية دون حاجة إلى أي شرط آخر . أما فيما يتعلق بحجية الرسائل ، فنرى رأي فريق من الفقهاء أنها تترك لتقدير القاضي ، لأن مضمون الرسالة لا يعدو أن يكون مبدأً ثبوت بالكتابة ، قد يعتبر من قبيل الإقرار في غير مجلس القضاء . بيد أن مذهب القضاء قد تطور في هذا الشأن ، فعقدت المحاكم إلى إقرار مبدأ التعاون في تحصيل الأدلة ، وأجازت للقاضي أن يأمر بتقديم الأدلة التي تثبت حيازة الخصوم لها وإعراضهم عن استعمالها ، إذا اقتضى ذلك حسب سير العدالة (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٩ م ٤٢ ص ٦٦) . وقد أقيم المبدأ الذي تقدمت الإشارة إليه على ما ينبغي أن يسود التعامل من حسن النية في تحصيل الدليل . فإذا تم التعاقد بالمراسلة كان من واجب كل من المتعاقدين أن يقدم إلى القاضي ما يكون لديه من الأدلة الكتابية ، لأن الإثبات في هذه الحالة لا يتناح إلا بمقارنة الرسائل المتبادلة . وليس ثمة ما يدعو إلى الإشفاق من إقرار حجية الرسائل . فإذا امتنع أحد المتعاقدين عن تقديم الرسالة الموجهة إليه ، فللقاضي أن يلزمه بذلك . ثم إن اشتراط ازدواج النسخ الأصلية في بعض التقنيات يقصد منه إلى تحقيق المساواة بين طرفي التعاقد ، وهو غرض لا يفوت بدهاء من جراء إقرار هذه الحجة . ويراعى أخيراً أن العمل جرى على الاحتفاظ بصور الرسائل ، ولا سيما أنها غالباً ما تكتب بالآلة الكاتبة متى كانت متعلقة بماملة من المعاملات ولو كانت مدنية بطبيعتها . وتفريعاً على ذلك عمد المشرع إلى إقرار حجية الرسائل والتسوية في الحكم بينها وبين سائر الأوراق العرفية (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٧ - ص ٣٧٩) .

(١) وقد قدمنا (انظر فقرة ١٢٥) أن الرسالة يجب أن يكون تاريخها ثابتاً ليكون هذا =

والذى لا يزال يفرق في نظرنا بين الرسالة الموقعة والورقة العرفية المعدة للإثبات ، حتى في ظل التقنين الجديد ، هو أن القاضى عند تفسيره للعبارات الواردة في الرسالة الموقعة - إذا كانت هذه الرسالة لم تعد مقدماً للإثبات ويندر أن تعد لهذا الغرض في غير المسائل التجارية - لا بد أنه ملق بالإلى أن كاتب هذه العبارات لم يصطنع الحيلة المألوفة عند من يقصد أن يرتبط بعباراته ارتباطاً قانونياً ، فيفسر الرسالة بما يتلاءم مع الجو الذى كتبت فيه .

أما إذا كانت الرسالة غير موقعة ولكنها مكتوبة بخط المرسل ، فهى تصلح مبدأ ثبوت بالكتابة كما كان الأمر في التقنين السابق . وصورة الرسالة لاحجية لها كصورة أية ورقة عرفية (١) .

١٣٣ - متى يجوز للمرسل البه أنه يخرج بالرسالة : من حق المرسل

إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء ليستخلص منها دليلاً لصالحه ضد المرسل متى كانت له مصلحة مشروعة في ذلك (٢) . فإذا تضمنت الرسالة اتفاقاً تم بينه وبين

= التاريخ حجة على الغير ، وأن هذا هو ما أجمع عليه الفقه في فرنسا . ورأينا أنه قد يحسن التمييز ما بين الرسالة التى أعدت مقدماً للإثبات ، وهذه لا يحتج بتاريخها على الغير إلا إذا كان ثابتاً ، وبين الرسالة التى لم تعد مقدماً للإثبات ، وهذه تكون ، كسائر الأوراق العرفية التى لم تعد مقدماً للإثبات ، حجة بتاريخها العرفى على الغير إلى أن يثبت عدم صحة هذا التاريخ . ونبرز في هذه المناسبة مانص عليه قانون البيئات السورى (م ١٢ فقرة ١) من أن الرسالة تكون لها قوة السند في الإثبات ما لم يثبت موقعها أنه لم يرسلها ولم يكلف أحداً بإرسالها (نظر أيضاً المادة ١٦٢ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني وقد سبق إيرادها) .

أما قيمة الرسالة المعجلة (lettre recommandée) في الإثبات ، فالظاهر أن هذه الرسالة تكون حجة بما تحتويه على من أرسلت إليه ، ولا يملك المرسل إليه الانتقاص من هذه الحجية برفضه تسليم الرسالة . ويجوز للمرسل إثبات مشتملات الرسالة بالقرائن ، أيا كان السبب في ضياعها (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٧ - ص ٩٥٥ - ص ٩٥٦) . وقد رأينا أن الفقرة الثالثة من المادة ١٢ من قانون البيئات السورى تنص على أن «يقبل من الذى أرسل كتاباً مضموناً وأثبت وصوله للمرسل إليه بوصول دائرة البريد أو بوصول من المرسل إليه إبراز النسخة المحفوظة لديه إذا رفض المرسل إليه إبراز الأصل . وتعد هذه النسخة صحيحة ما لم يثبت العكس (انظر أيضاً المادة ١٦٦ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية وقد تقدم ذكرها) .

(١) استئناف مختلط ١٦ ديسمبر سنة ١٩٢٤ م ٣٧ ص ٦٥ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٦ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٣٠ .

(٢) بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢٨ - ص ٣١٠ (وفى ص ٣٠٩ هامش رقم ١ يحدد هذان الفقهاء تحديداً دقيقاً نطاق المسألة التى نحن بصددنا) .

المرسل، أو التزاماً تعهد به المرسل، أو مخالصة، أو إبراء، أو إقراراً، أو نحو ذلك، كان للمرسل إليه مصلحة مشروعة في أن يقدم الرسالة دليلاً على ماتقدم. وكذلك إذا تضمنت الرسالة جريمة في حق المرسل إليه كتهديد أو احتيال أو قذف أو سب، أو كانت دليلاً على جريمة هو مجنى عليه فيها كجريمة الزنا^(١)، كان له أن يقدمها إلى القضاء دليلاً للإثبات.

على ألا يكون في كل هذا انتهاك لحرمة السرية. فإذا كانت هناك سرية تنتهك، ولم ينبه المرسل إليه المرسل حتى يبسر له الإثبات من طريق آخر على النحو الذي سبق أن بيناه، فلا يجوز للمرسل إليه أن يقدم الرسالة إلى القضاء، وإن فعل جاز للمرسل أن يطلب استبعادها، وله الرجوع على المرسل إليه بالتعويض^(٢).

(١) وفي جريمة الزنا لا يتقيد الحق في تقديم الرسالة دليلاً على هذه الجريمة بأى قيد، لا بإذن المرسل، ولا بوجوب احترام سرية الرسالة، ولا بوجوب الحصول على الرسالة بطريق مشروع. على أن عدم التقيد بشرط مشروعية الحصول على الرسالة محل خلاف في فرنسا، والرأى الغالب هو وجوب التقيد بهذا الشرط. وقد قضت محكمة النقض المصرية، في دعوى طلاق بين زوجين فرنسيين بسبب زنا الزوجة، بوجوب أن تكون وسيلة الزوج في الحصول على الرسائل المثبتة لجريمة الزنا على الزوجة وسيلة مشروعة، فلا يجوز أن يحصل على هذه الرسائل من طريق غير مشروع، وهو السرقة، بأن يكسر في غيبة الزوجة درجاً خاصاً بها توجد فيه هذه الرسائل. وما قالت محكمة النقض في أسباب حكمها ما يأتي: «ولما كان طرفا الدعوى فرنسيين، والةانون الواجب التطبيق في هذا الخصوص هو القانون الفرنسي، سواء فيما يتعلق بموضوع الدعوى أو الدليل المقبول فيها، وكان ما قرره الحكم من قبول هذه الخطابات والمفكرات كدليل إثبات أيما كانت الوسيلة التي حصل بها الزوج هاجها، مع تمسك الزوجة بأن حصوله عليها كان بطريق السرقة، هو تقرير غير صحيح انبنى عليه القضاء في الدعوى. وكان الواجب على المحكمة تمحيص دفاع الطاعنة لتقول ما إذا كانت وسيلة الزوج في الحصول على هذه المهررات مشروعة فتقبلها كدليل في الإثبات، أم غير مشروعة فلا تقبلها». (نقض ملغى ٨ يناير سنة ١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٥٠ ص ٣٤٩). انظر في هذه المسألة الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٨ ص ١٦٥ - ص ١٦٦ وهامش رقم ١ من ص ١٦٦. انظر أيضاً الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٦٥. وفي القانون الفرنسي بودرى وبارد ٤ فقرة ٦٧: ٢ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٢٨ ص ٣١١ - ص ٣١٢.

(٢) انظر المادتين ١٦٣ و ١٦٤ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني، وقد سبق ليرادها (انظر فقرة ١٣١ في الهامش). ويلاحظ أن المادة ١٦٤ من هذا التقنين نصت على أنه «في المواد المدنية، لا يجوز إبراز الكتاب السرى إلا باتفاق المرسل والمرسل إليه». ونصت المادة ١٦٣ على أنه «في المواد التجارية لا تكون الكتب سرية على الإطلاق».

وينتقل حق المرسل إليه في الرسالة كدليل إثبات إلى ورثته من بعده . فلهم استعمالها كخلف له في نفس الحدود التي يجوز فيها ذلك للمرسل إليه : لمصلحة مشروعة وبشرط عدم انتهاك حرمة السرية .

وهذه الأحكام إنما هي تطبيق للقواعد العامة ، وكان معمولاً بها في ظل التقنين السابق .

١٣٤ - متى يجوز للغير أنه بمنح بالرسالة : ولا يقتصر حق

الاحتجاج بالرسالة على المرسل إليه وورثته، بل يمتد هذا الحق إلى الغير ، وهو كل شخص غير المرسل إليه وورثته تكون له مصلحة مشروعة في الاحتجاج بها . مثل ذلك أن تتضمن الرسالة إقراراً من المرسل يفيد الغير ، أو تتضمن اشتراطاً لمصلحة هذا الغير . ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة ليس مستمداً من أنها ملك للمرسل إليه ومن أنه في الاحتجاج بها إنما يستعمل ملكه ، ولكنه مستمد من أن الرسالة تنطوي على دليل إثبات ، فمن كان في حاجة إلى هذا الدليل لإثبات دعواه أمام القضاء جاز له أن يطلب تقديم الرسالة . ويتبين من ذلك أن حق الاحتجاج بالرسالة مستمد ، لا من حق الملك ، بل من الحق في الإثبات وهو الحق الذي رسمنا مداه فيما تقدم (١) .

وهو حق ضيق في التشريع المصري . فقد رأينا أن تقنين المرافعات الجديد (٢٥٣م) يجيز للخصم - وهو هنا الغير - أن يطلب إلزام خصمه - وهو هنا المرسل إليه إذا كانت الدعوى قائمة بينه وبين الغير - بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى ، ومن ذلك الرسالة التي تتضمن دليلاً لمصلحة الغير ، إذا كانت الرسالة محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتة لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة أو استند إليها خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى . ويجب فوق ذلك ألا يكون في

(١) والفقه في فرنسا يميز بين حق ملكية الرسالة وحقوق أخرى تنصب على الرسالة ولكنها لا تحتل بحق الملكية المادية ، وذلك كحق السرية في الرسالة (le droit secret) ، وحق تقديم الرسالة دليلاً للإثبات (le droit à la preuve) ، وحق الملكية المعنوية في الرسالة (propriété littéraire) ، وغير ذلك من الحقوق المتنوعة (انظر في هذه المسألة جنى : في الحقوق المتعلقة بالرسائل - تعليق بارتان على أوبري ورو ١٢ ص ٢٨٩ هامش رقم ٤ مكرر - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٦) .

تقديم الرسالة انتهاك لحرمة السرية، وإلا وجب أيضاً استئذان المرسل قبل تقديمها، هذا ما لم يكن المرسل نفسه هو الخصم الذي طلب تقديم الرسالة

وهذا كله لو كانت الرسالة في يد المرسل إليه كما هو الغالب . ولكنها قد تقع في يد الغير الذي له مصلحة مشروعة في الاحتجاج بها . فان وقعت في يده بطريقة غير مشروعة ، كأن كان قد أخذها خلسة أو احتيالا^(١) ، فلا يجوز له تقديمها بتاتاً ، وإذا قدمها وجب استبعادها . أما إذا وقعت في يده بطريقة مشروعة^(٢) ، فلا يجوز له كذلك تقديمها إلا باذن المرسل إليه مالك الرسالة ، ما لم يكن له فيها حق الإثبات في الأحوال التي قدمناها فيجوز له تقديمها بغير إذن المرسل إليه^(٣) . وفي جميع الأحوال لا يجوز تقديم الرسالة اذا كان في تقديمها انتهاك لحرمة السرية إلا بعد استئذان المرسل^(٤) . ولا تعتبر الرسالة سرية لمجرد أنها موجهة لشخص غير الذي يحتاج بها^(٥) ، بل السرية ترجع إلى موضوع الرسالة نفسه ، وقاضى الموضوع دوالذي يقدر ذلك^(٦) .

١٣٥ - فرة البرقية في الإثبات : والبرقية قوتها في الإثبات كقوة الرسالة الموقعة ، بشرط أن يكون أصل البرقية المودع في مكتب التصديره وقاعاً عليه

- (١) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ ص ٩٥٠ هامش رقم ٥ .
(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ولو فرض على نقيض ما تقدم أن رسالة وجهت إلى شخص ثالث ، وتمكن أحد الطرفين من تقديمها بعد الحصول عليها بطريق مشروع ليستخلص منها دليلاً على ما يدعى قبل الطرف الآخر ، فحجية مثل هذه الرسالة تترك للتقدير القاضى ، وله أن يسترشد في شأنها بالأحكام الخاصة بما يصدر من الإقرارات في غير مجلس القضاء » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٩) . وتنصرف هذه العبارة إلى حجية الرسالة أى قيمتها في الإثبات ، لا إلى الحق في تقديمها إلى القضاء .
(٣) قارن أوبرى ورو ١٢ ص ٢٨٩ - ص ٢٩١ .
(٤) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٩١ - ص ٢٩٢ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ ص ٩٤٩ - ص ٩٥٢ .
(٥) قارن أوبرى ورو ١٢ ص ٢٩٢ - ص ٢٩٣ .

(٦) بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٦٦ . والحق في السرية لا يستند إلى حق ملكية الرسالة ولا إلى اتفاق بين المرسل والمرسل إليه ولا إلى الحق في الإثبات ، وإنما يستند إلى الحرمة الشخصية . انظر في هذه المسألة تعليق بارتان على أوبرى ورو ١٢ ص ٢٩٢ هامش رقم ١٥ والأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٤٦ . وانظر أيضاً بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٤ والموجز للمؤلف فقرة ٦٥٢ .

من المرسل . ذلك أن البرقية هي أصل وصورة . فالأصل يكتبه المرسل عادة بخطه ويوقعه ، وهو يحفظ في مكتب التصدير لمدة معينة هي ثلاثة أشهر من تاريخ صدور البرقيات الداخلية وعشرة شهور من الشهر التالي لصدور البرقيات الخارجية وخمسة عشر شهراً من الشهر التالي لصدور البرقيات اللاسلكية (١) . والصورة يكتبها عامل البرق الذي يتلقى البرقية في مكان وصولها ، ويرسل بها إلى المرسل إليه . فلا يكون اذن في حيازة المرسل إليه كدليل للإثبات إلا هذه الصورة . وهي في ذاتها ، كصورة لورقة عرفية ، ليست لها قيمة في الإثبات . وإنما تفترض مطابقتها للأصل مادام الأصل لا يزال موجوداً بمكتب التصدير . فإذا ادعى المرسل أن هذه المطابقة غير متوافرة ، فعليه أن يطلب من مصلحة التلغرافات تقديم الأصل ، وتضاهي عليه الصورة . فان تحقق التطابق ، كان للبرقية حجية الورقة العرفية : من حيث صحة صدورها من مرسلها إلى حد الإنكار ، ومن حيث صحة الوقائع الواردة بها إلى حد اثبات العكس ، ومن حيث قيام التصرف القانوني الذي تشهد به مع جواز دفعه بجميع الدفع الموضوعية والشكلية ، وكذلك من حيث جواز تمسك المرسل إليه وتمسك الغير بالبرقية على النحو الذي بسطناه في الرسالة . ولكن هذه الحجية مستمدة ، لامن الصورة ، بل من الأصل الذي وجدت الصورة مطابقة له . ويعتبر تاريخ البرقية تاريخاً ثابتاً ، لأن خاتم المكتب الذي يحتم به الأصل يحمل تاريخ الإرسال ويمكن التأكد من صحة التاريخ بالرجوع إلى دفتر معد لذلك (٢) . فإذا لم تكن الصورة مطابقة للأصل ، فالعبرة بالأصل الموقع من المرسل لا بالصورة التي يكون التحريف قد تسرب إليها من عامل البرق .

أما إذا كان الأصل الموقع عليه قد أعدم بعد انقضاء المدة المعينة (٣) ،

(١) انظر المادة ٧٦ من دليل التلغرافات .

(٢) وكذلك صورة البرقية ، فإنها تحتم أيضاً في مكتب جهة الوصول بحتم مؤرخ (انظر في هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٧٥ — الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٠ ص ١٧١) .

(٣) وإذا خشي المرسل إليه من إعدام الأصل قبل قيام النزاع المحتمل ، كان له أن يلجأ إلى دعوى تحقيق الخطوط الأصلية ، فيختصم مرسل البرقية ليقر بصدورها منه ، وفقاً للاجراءات التي قررها تقنين المرافعات وقد سبقت الإشارة إليها (انظر الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٧٢٢ — فقرة ٣٧٤ — عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٥٠ ص ١٧١) .

أو كان غير موجود بأن سرق أو احترق أو ضاع أو فقد لأي سبب آخر ، فلا عبرة بالصورة ، لأن الحجية إنما هي كما قدمنا مستمدة من الأصل . ولا تصلح الصورة في هذه الحالة إلا لمجرد الاستثناس ، وهذا ما تنص عليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ٣٩٦ وقد تقدم ذكرها . ولا تعتبر الصورة مبدأ ثبوت بالكتابة لأنها ليست بخط المرسل ، ولا يعتد بأنها صدرت من موظف عام لأنه ليس من شأنه أن يتحقق من شخصية مرسل البرقية ، ويقع كثيراً أن يكتب البرقية ويتولى إرسالها شخص غير صاحبها (١) .

بقيت حالة ما إذا كان الأصل غير موقع عليه من المرسل . وهذه تخضع للقواعد العامة ، إذ لم يرد نص خاص في شأنها . وتقضى القواعد العامة في هذه الحالة أن تكون العبرة بالأصل لا بالصورة كما قدمنا . فإذا لم يوجد الأصل غير الموقع ، فالصورة لا تصلح إلا لمجرد الاستثناس وفي كثير من الحنذر لأن الأصل لم يقع عليه . وإذا وجد الأصل غير الموقع ، فهو أيضاً لا يكون دليلاً كاملاً لانعدام التوقيع ، ولكنه قد يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان مكتوباً بخط المرسل (٢) .

(١) الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٣٤ هامش رقم ٥ .
(٢) قارن في كل هذا في الفقه الفرنسى بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٧٥ - فقرة ٢٤٧٧ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٠٦ ص ٩٥٥ - هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع التمهيدى في شأن البرقيات ما يأتي : « أما البرقيات ، وهى التى تكفلت الفقرة الثانية ببيان حكمها ، فهى تختلف عن الرسائل من حيث إيجاز المضمون وسرعة الإبلاغ . بيد أن ثمة farkاً آخر يتصل بكيفية الإبلاغ . فالمرسل إليه لا يتسلم أصل البرقية ، بل يتسلم صورة منها يتولى تحريرها موظف مصلحة التلغرافات فى المكتب المختص بتلقى مضمون الرسالة . ومن المسلم أن صور الأوراق العرفية لا تتوافر لها أى حجية فى الإثبات . بيد أنه رؤى من الأنسب أن يفترض القانون مطابقة الصورة المسلمة إلى المرسل إليه لأصلها ، إذ ليس لموظف مكتب التلغراف المختص مصلحة فى تغيير مضمون هذا الأصل . وبهذا تنحصر احتمالات مغايرة الصورة للأصل ، بوجه عام ، فيما قد يقع من هذا الموظف من خطأ . ولهذا العلة أجزئ لنى الشأن أن يقيم الدليل على اختلاف الصورة عن أصلها ، وهو أمر يسير يكفى فيه تقديم الأصل المحفوظ فى مكتب الإرسال . ولا يكون نصيب البرقية من الحجية معادلاً لنصيب الأوراق العرفية منها إلا بتوافر شرط جوهرى هو توقيع المرسل على الأصل . بيد أن تخويل مصلحة التلغرافات حق إعدام أصول البرقيات بعد انقضاء فترة قصيرة من الزمن يجعل حجية الرسائل البرقية أدنى إلى التوقيع وحظها من الاستقرار أقل مما يتوافر للرسائل البريدية . وقد سوى التقنين المراكشى (المواد ٤٢٨-٤٣٠) =

على أن الأحكام نفسها التي أوردتها التقنين الجديد في شأن البرقيات ليست إلا تطبيقاً للقواعد العامة، وقد كان معمولاً بها في ظل التقنين السابق دون نص^(١).

المبحث الثاني

دفاتر التجار

١٣٦ - النصوص القانونية: تنص المادة ٣٩٧ من التقنين المدني

على ما يأتي :

١ - دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار ، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يميز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة .

٢ - وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه^(٢).

= والمشروع الفرنسي الإيطالي (المادة ٢٤٨) بين البرقيات وبين سائر الأوراق العرفية من حيث الحجية» (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٧٩ - ص ٣٨٠).

(١) وقد جاء في الموجز للمؤلف (فقرة ٦٥١) شرحاً للقانون القديم ما يأتي : «ولا تعتبر البرقية دليلاً إلا إذا أمكن الرجوع إلى الأصل المكتوب بخط المدين أو الموقع عليه منه» . هذا وقد قضت محكمة الموسكى بأنه لا يجوز إعطاء صور التفرقات للغير لأنها معتبرة من الأوراق المحصوية التي قد تكون سرية (١٩ مايو سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ١١٤ ص ١٦٤) .

أما إثبات التعاقد بالتليفون فتسرى عليه القواعد العامة (انظر في هذه المسألة الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ١ فقرة ٣٧٦) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣٢ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق لما استقر في التقنين الجديد مع عدم إيراد عبارة «وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة» الواردة في آخر الفقرة الأولى . وفي لجنة المراجعة أضيفت هذه العبارة حتى يقتصر حكم النص على ما يجوز إثباته بالبينة : وأصبحت المادة رقمها ٤١٠ في المشروع النهائي . ووافق مجلس النواب عليها ، ثم لجنة مجلس الشيوخ بعد استبدال كلمة «المثبتة» بكلمة الواردة في الفقرة الأولى ، وأصبح رقم المادة ٣٩٧ . ثم وافق مجلس الشيوخ على المادة كما أقرتها لجنته (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨١ وص ٣٨٣ - ص ٣٨٤) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق . ولكن التقنين التجاري اشتمل على نصوص طبقها القضاء واستخلص منها الأحكام التي تضمنتها المادة ٣٩٧ من التقنين المدني الجديد ، فيما عدا حكماً واحداً استحدثته هذه المادة وهو الحكم الخاص بالبيانات الواردة في دفاتر التاجر متعلقة بما ورده لغير التاجر ، وقد نقل هذا الحكم عن المادة ١٣٢٩ من التقنين المدني الفرنسي .

ويقابل هذا النص في التقنينات العربية : في قانون البيئات السوري المواد ١٤ و١٧ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٨ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المواد ١٧٠-١٧٢ ، وفي التقنين المدني للمملكة المتحدة لليبية المادة ٣٨٤^(١) ،

== وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في صدد هذا النص ما يأتي : « جمع المشروع في هذه المادة ما ورد من الأحكام في المادتين ٢٨٥ و٢٨٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي . ويراعى أن هذه الأحكام قد استقيت من المادتين ١٣٢٩ و١٣٣٠ من التقنين الفرنسي ، والمادتين ١٣٢٨ و١٣٢٩ من التقنين الإيطالي ، والمادة ١٣٢٨ من التقنين الإسباني ، والمادتين ٤٣٣ و٤٣٨ من التقنين المراكشى . وقد نصت المسادة ١٩١٩ من التقنين الهولندى على أن الدفاتر التجارية تكون حجة على غير التجار بكية ما تم توريده من البضائع ونوعها متى توافرت الشروط الثلاثة الآتية : (١) أن يكون التاجر قد اعتاد أن يبيع إلى غير التاجر نسيئة (٢) أن تكون الدفاتر محررة وفقاً لأحكام القانون (٣) أن يؤكد الدائر صحة دعواه بأداء يمين على ذلك . ويستخلص من هذه النصوص مع اختلافها في التعبير أن حجية الدفاتر التجارية ليست بمجرد ما مطلقاً بأى وجه من الوجوه ، ويراعى أن هذه الحجية لا تثبت إلا للدفاتر التي يتعين على التاجر إمسакها وفقاً لأحكام المواد ١١ و١٢ و١٣ من تقنين التجارة المصرى ، وهو دفتر اليومية ودفتر صور الخطابات (الكوبيا) ودفتر الجرد . وقد قصد من إلزام تاجر بإمساك هذه الدفاتر ، واشتراط ترقيمها وتأشير الموظفين المختصين على أوراقها ، إلى رعاية مصلحة المشتغلين بالتجارة ، والأصل جواز التمسك بدفاتر التاجر قبله ، باعتبار أنها من قبيل الأوراق غير الموقع عليها التي تصدر من جانب واحد ، وأن وجوب إمسакها روعيت فيه مصلحة التاجر نفسه . بيد أنه لا يجوز للتاجر أن يستند إلى هذه الدفاتر كدليل لإثبات الالتزام قبل نزول يتعاقد معه من غير التجار ، إذ من المتلغ أن يصطنع الإنسان دليلاً لنفسه » (المادة ١٠٨ من تقنين السويسرى) . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٢) .

(١) نصوص التقنينات العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ١٤ : دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . إلا أن البيانات الواردة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يميز للمحكمة أن توجه اليمين المتضمنة لأى من الطرفين - م ١٥ : دفاتر التجار الإجبارية تكون حجة : ١ - على صاحبها سواء أكانت مستظمة أم لم تكن ، ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئها ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه . ٢ - لصاحبها في المعاملات =

وبقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٢٩ و ١٣٣٠^(١).

المطلب الأول

الدفاتر التجارية

١٣٧ - مسألتاه : نبحت هنا : (أولاً) ما هي الدفاتر التجارية وكيف

تنظم (ثانياً) متى يجوز للقاضي الأمر بتقدمها ومتى يجوز له الأمر بالاطلاع عليها.

= المختصة بتجارته، إذا كانت منتظمة وكان الخلاف بينه وبين تاجر - م ١٦ : إذا تبانت القيود بين دفاتر منتظمة لتاجرين ، جاز للقاضي أن يقرر إما تهاثر البيتين المتعارضتين وإما الأخذ بأحدهما دون الأخرى على ما يظهر له من ظروف القضية - م ١٧ : يجوز للقاضي في الدعوى القائمة بين التجار أن يقبل أو أن يرد البينة التي تستخلص من الدفاتر التجارية غير الإجمالية أو من الدفاتر الإجمالية غير المنتظمة ، وذلك على ما يظهر له من ظروف القضية - وهذه النصوص لا تختلف في أحكامها عن أحكام القانون المصري إلا في بعض تفصيلات تظهر في مواضعها ، على أن نصوص قانون البيئات السوري أدق صياغة وأكثر تفصيلاً من نص التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٨ : ١ - دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . غير أن البيانات الواردة فيها مما ورده التجار تصلح أساساً يميز المحكمة أن توجه اليه المصلحة لأي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة . ٢- أما قوة هذه الدفاتر فيما بين التجار فتتبع فيه أحكام قانون التجارة - وتطابق الفقرة الأولى من هذا النص النص المصري . وينظر في أحكام قانون التجارة العراقي فيما يتعلق بالفقرة الثانية .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٧٠ : أن الدفاتر التجارية الإجمالية تصلح حجة : (أولاً) على منظمها لمصلحة أي شخص سواء كانت منتظمة حسب الأصول أم لا ، ولكن الفريق الذي يدل بها لا يحق له أن يستفيد منها إلا إذا قبل بجميع مترجياتها . (ثانياً) بين التجار لمصلحة منظمها حسب الأصول في المعاملات المختصة بتجارته - م ١٧١ : إذا تبانت للقيود في دفتر تاجر كان كلاهما منتظماً حسب الأصول ، حق للقاضي أن يقرر ، حسب مقتضى الحال ، إما تهاثر البيتين المتعارضتين وإما الأخذ بواحدة دون الأخرى - م ١٧٢ : أن البينة التي تستند في الدعاوى القائمة بين التجار من دفاتر تجارية غير إجبارية أو من دفاتر تجارية إجبارية منتظمة على خلاف الأصول يجوز للقاضي أن يقبلها أو أن يردّها حسب مقتضى الحال . وظاهر أن قانون البيئات السوري قد استمد نصوصه من نصوص تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، فالقانون السوري والقانون اللبناني مطابقان في هذه المسألة ، فيما عدا المادة ١٤ من قانون البيئات السوري فقد استمدت من الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ من التقنين المدني المصري ولا نظير لها في التقنين اللبناني .

التقنين المدني للمملكة المتحدة اليبية م ٣٨٤ : مطابقة لنص المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٢٩ : دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار في =

١٣٨ - ماهى الدفاتر التجارية وكيف تنظم : لانظيل في بحث هذه المسألة فهى من مسائل القانون التجارى . وبحسبنا هنا أن نذكر أن التقنين التجارى أوجب على التجار ، تنظيمًا لحساباتهم وتيسيراً عليهم فى الإثبات ، أن يمسكوا دفاتر معينة كانت ، بحسب المواد ١١-١٣ من التقنين التجارى التى ألفاها القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ ، ما يأتى (١) :

(١) دفتر اليومية : (livre-journal) : كانت المادة ١١ من التقنين التجارى تنص على أنه يجب على كل تاجر أن يكون له دفتر يومية يشتمل على بيان ما له وما عليه من الديون يوماً فيوماً ، وعلى بيان أعمال تجارته ، وبيان ما اشتراه أو باعه أو قبله أو أحاله من الأوراق التجارية، وعلى بيان جميع ما قبضه وما دفعه . ويكون مشتملاً أيضاً على المبالغ المنصرفة على منزله شهراً فشهراً إجمالاً بغير بيان لمفرداتها .

ونرى من ذلك أن دفتر اليومية هذا يدون فيه التاجر كل العمليات التى يجرىها فى يومه ، دون تمييز بين ما هو متعلق بتجارته وما هو غير متعلق بها ، حتى الهبات والصدقات التبرعات ، وحتى المبالغ المنصرفة على منزله وإن كان يذكرها إجمالاً شهراً فشهراً . ولكن أهم ما يدون فى دفتر اليومية هو ما يتعلق

= البيانات الواردة فيها بشأن التوريدات ، وذلك فيما عدا ما ينص عليه فى الميم - م ١٣٣٠ : دفاتر التجار حجة عليهم ، ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه . وهذا هو النص فى أصله الفرنسى :

Art. 1329 : Les registres des marchands ne font point, contre les personnes non marchandes, preuve des fournitures qui y sont portées, sauf ce qui sera dit à l'égard du serment.

Art. 1330 : Les livres de marchands font preuve contre eux; mais celui qui en veut tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention.

(١) رأينا أن ثبتت نصوص المواد ١١ - ١٤ من التقنين التجارى بالرغم من أن القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ استبدل بها نصوصاً جديدة ، لأن الدفاتر التجارية التى نظمت فى ظل النصوص القديمة ستبقى إلى مدة طويلة تستخدم للإثبات ، وذلك لهدائة العهد بالتشريع الجديد . ومن ثم وجب استمرار النظام السابق فى إيجاز .

بأعمال التجارة ، فيدون التاجر ، يوماً فيوماً ، ما اشتراه أو باعه ، وما قبضه أو دفعه ، وما استجده من حقوق أو استحدثه من ديون ، وما قبله من الأوراق التجارية أو أحاله منها ، وكل بيان يتعلق بأى عمل تجارى آخر أجراه .

(٢) دفتر المراسلات (livre - copie des lettres) : وكانت المادة ١٢ من التقنين التجارى تنص على أنه « يجب على التاجر أن يقيد في دفتر مخصوص صور ما يرسله من الخطابات المتعلقة بالأشغال ، وأن يجمع ما يرد إليه منها في كل شهر ويضعه في ملف على حدته » .

والأمر هنا مقصور على المراسلات المتعلقة بأعمال التجارة ؛ دون المراسلات المتعلقة بالشؤون الخاصة . فيقيد التاجر في دفتر المراسلات صور جميع المراسلات التى أصدرها متعلقة بعمله التجارى ، سواء كانت خطابات أو برقيات أو قوائم (factures) أو تذاكر نقل (lettres de voiture) أو تذاكر شحن (connais- sements) أو غير ذلك . ويحفظ بما يتلقاه من مراسلات ، أى بالأصول ذاتها ، جامعاً ما يرد إليه منها كل شهر في ملف على حدة (en liasse) . وهذه المراسلات - ما أصدره وما تلقاه - قد تكون مصدراً لإثبات كثير من العقود والأعمال التجارية .

(٣) دفتر الجرد (livre des inventaires) : وكانت المادة ١٣ من التقنين التجارى تنص على أنه « يجب على كل تاجر أن يجرد كل سنة أمواله المنقولة والثابتة ، ويحصر ما له وما عليه من الديون ، ويقيد صورة قائمة الجرد المذكور في دفتر بعد لذلك زيادة على الدفترين المذكورين في المادتين السابقتين » .

فالجرد إذن هو حصر سنوى لأموال التاجر المنقولة والثابتة ، وكذلك حصر سنوى لما للتاجر وما عليه من الديون : وتفيد صورة من قائمة هذا الجرد في دفتر الجرد (١) .

(١) هذه كانت هي الدفاتر التجارية الإلزامية طبقاً للتقنين التجارى . ويوجد إلى جانبها دفاتر اختيارية (facultatifs) أو إضافية (auxiliaires) درج كبار التجار حل إمساكها . أهمها : (١) دفتر الأستاذ (Grand Livre) ، وترحل إليه العمليات المدونة في دفتر اليومية منظمة ، لا بحسب تاريخ وقوعها كما هي الحال في دفتر اليومية ، ولكن بحسب أسماء العملاء أو نوع العمليات . فيكون لكل عميل ، أو لكل نوع من العمليات . حساب مستقل له وصيده . =

وكانت المادة ١٤ من التقنين التجارى تنص على أنه « يجب أن تكون هذه الدفاتر خالية من كل فراغ أو بياض أو كتابة فى الحواشى ، عدا ما يترك من البياض فى الدفتر الذى تقيد فيه صور الخطابات بطريق الطبع . ويلزم قبل بدء الكتابة فى اليومية ودفتر الجرد أن تنمر كل صحيفة منهما ، وتوضع على كل ورقة بدون مصاريف علامة الأمور الذى تعينه المحكمة الابتدائية لذلك ، وفى آخر كل سنة يضع هذا الأمور أيضاً فى الدفتري المذكورين وفى دفتر صور الخطابات التأشير اللازم بحضور التاجر الذى يقدمها ، بدون أن يجوز للمأمور المذكور بأى وسيلة كانت الاطلاع على مضمون الدفاتر المقدمة له ولا حجزها عنده . وقد قصد بنمبر الصفحات منع التاجر من اعدام بعض هذه الصفحات ، ومن وضع علامة (paraphe) الأمور - ويكون غالباً رئيس قلم الكتاب بالمحكمة - عليها منع التاجر من تحشير صفحات جدد إلا إذا زور علامة المأمور فيعاقب على جريمة التزوير ، ومن وضع التأشير فى نهاية الدفتر منع التاجر من إضافة صفحات جديدة إلا إذا عرض نفسه هنا أيضاً لعقوبة التزوير . وتنص المادة ١٥ من التقنين التجارى على أن « الدفاتر التى يجب على من يشتغل بالتجارة اتخاذها لان تكون حجة أمام المحاكم ما لم تكن مستوفية للاجراءات السالف ذكرها . فاذا استوفت الدفاتر التجارية هذه الإجراءات ، كانت منتظمة ، وكان لها من الحجية ما سذكروه فيما يلى . على أن الدفاتر غير المنتظمة ، وهى التى لم تستوف هذه الاجراءات كلها أو بعضها ، لا يزال لها بعض الحجية كما سنرى .

هذا وقد ألغى المشرع المصرى ، بمقتضى القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ المنشور فى الرقعة المصرية (العدد ٦٤ مكرر الصادر فى ٦ أغسطس سنة ١٩٥٣) ، المواد ١١-١٤ من التقنين التجارى وهى المواد التى تقدم ذكرها ، واستبدل بها نصوصاً جديدة تنظم دفاتر التجار تنظيمًا أدق وأكثر مساهرة للنظم الحديثة فى إدارة الأعمال . وقد أصبح بموجب هذا القانون الجديد واجباً على التاجر أن يمسك من الدفاتر التجارية العدد الذى تستلزمه طبيعة تجارته وأهميتها ، بحيث

= (ب) دفتر المشتريات والمبيعات (livre de magasin) ، لقيد السلع التى تدخل المخازن والتى تخرج منها و (ج) دفتر للخزينة (livre de caisse) ، لقيد المبالغ الداخلة والخارجة . (د) دفتر للأوراق التجارية (l'échéancier) ، لقيد مواعيد استحقاق هذه الأوراق .

لا يقل عدد هذه الدفاتر عن اثنين : (١) دفتر اليومية الأصلي وتقييد فيه جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية . ويتم هذا القيد يوماً فيوماً . ويجوز استعمال دفاتر يومية مساعدة ، ويكتفى في هذه الحالة بتقييد إجمالي للعمليات في دفتر اليومية الأصلي في فترات منتظمة من واقع هذه الدفاتر . (٢) دفتر الجرد : وتقييد فيه تفاصيل البضاعة الموجودة في آخر السنة المالية ، أو بيان إجمالي عنها إذا كانت التفاصيل واردة بدفاتر وقوائم مستقلة . وعند ذلك تعتبر هذه الدفاتر والقوائم جزءاً متمماً للدفتر المذكور . ويحتفظ التاجر بصور من المراسلات والبرقيات التي يصدرها وبأصول ما يرد إليه منها ، ويقوم هذا مقام دفتر المراسلات . وقد استبقى قانون سنة ١٩٥٣ تنمير الصفحات وتوقيع الموثق الواقع في دائرة اختصاصه المحل التجاري (بدلا من رئيس قلم كتاب المحكمة) على كل ورقة (١) .

(١) وهذه هي أهم نصوص القانون رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ :

م ١ : على كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركز المالى بالدقة وبيان ماله وما عليه من الديون المتعلقة بتجارته . ويجب أن يمسك على الأقل الدفترين الآتين : (١) دفتر اليومية الأصل (٢) دفتر الجرد . ويعنى من هذا الالتزام التجار الذين لا يزيد رأس مالهم على ثلثمائة جنيه .

م ٢ : تقييد في دفتر اليومية الأصلي جميع العمليات المالية التي يقوم بها التاجر وكذلك مسحوباته الشخصية ، ويتم هذا القيد يوماً بيوم وبالتفصيل . ويجوز للتاجر أن يستعمل دفاتر يومية مساعدة لإثبات تفاصيل الأنواع المختلفة من العمليات المالية — ويكتفى في هذه الحالة بتقييد إجمالي هذه العمليات في دفتر اليومية الأصلي في فترات منتظمة من واقع هذه الدفاتر . فإذا لم يتبع هذا الإجراء وجب إخضاع هذه الدفاتر للأحكام الواردة في المادتين الخامسة والسادسة من هذا القانون .

م ٣ : تقييد في دفتر الجرد تفاصيل البضاعة الموجودة لدى التاجر في آخر سنته المالية أو بيان إجمالي عنها إذا كانت تفاصيلها واردة بدفاتر قوائم مستقلة . وفي هذه الحالة تعتبر تلك الدفاتر أو القوائم جزءاً متمماً للدفتر المذكور . كما تقييد بالدفتر صورة من الميزانية العامة للتاجر في كل سنة إذا لم تقييد في أى دفتر آخر .

م ٤ : على التاجر أن يحتفظ بصورة طبق الأصل من جميع المراسلات والبرقيات التي يرسلها لأعمال تجارته وكذلك جميع ما يرد إليه من مراسلات وبرقيات وفواتير وغيرها من المستندات التي تتصل بأعمال تجارته . ويكون الحفظ بطريقة منظمة تمهل معها مراجعة القيود الحسابية ، وتكفل عند اللزوم التحقق من الأرباح والخسائر .

م ٥ : يجب أن تكون الدفاتر المنصوص عليها في هذا القانون خالية من أى فراغ أو كتابة في الحواشي أو كشط أو تحشير فيما دونها . ويتعين قبل استعمال دفترى اليومية والجرد أن تنمر كل صفحة من صفحاتها وأن يوقع على كل ورقة فيهما الموثق الواقع في دائرة اختصاصه المحل =

فالقانون التجاري إذن ألزم التجار اتخاذ دفاتر منتظمة يسجلون فيها ما لهم من الحقوق وما عليهم من الديون ، ويقيدون جميع ما يرتبط بأعمالهم التجارية . وقد جعل لعدم انتظام هذه الدفاتر جزائين : جزاء مدنياً هو سلب هذه الدفاتر من كثير من قوتها في الإثبات ، وجزاء جنائياً إذا أفلس التاجر ودفاتره غير منتظمة^(١) .

١٣٩ - نصرت دفاتر التجار والاطمئنان عليها : ولما كان من أهم أغراض دفاتر التجار هو أن تكون أدلة للإثبات ، فقد نص التتبن التجاري على وسيلتين لتحقيق هذا الغرض : أولاً تقديم هذه الدفاتر (représentation) والأخرى الاطلاع عليها (communication)^(٢) .

أما التقديم ، فقد نصت عليه المادة ١٨ من التتبن التجاري على الوجه الآتي : ويجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها في أثناء الخصومة بتقديم الدفاتر لتستخرج منها ما يتعلق بهذه الخصومة . وهذه الوسيلة جائزة في جميع المنازعات التجارية والمدنية ، سواء كان الخصم الآخر تاجراً أو غير تاجر ، لإطلاق النص .

التجاري . ويجب على التاجر أن يقدم إلى الموثق هذين الدفتريين في خلال شهرين من آخر كل سنة مالية للتأشير عليهما بما يفيد اتهامها وذلك بحضور التاجر ودون حجز هذين الدفتريين لدى الموثق . فإذا انتهت صفحات هذين الدفتريين تعين على التاجر أن يقدمهما إلى الموثق للتأشير عليهما بما يفيد ذلك بعد آخر قيد . كما يتعين على التاجر وورثته في حالة وقف نشاط المهل التجاري تقديم الدفتريين المشار إليهما إلى الموثق للتأشير عليهما بما يفيد ذلك . ويكون التوقيع والتأشير في الحالات المتقدمة بغير رسوم .

٦ م : يمد في كل مكتب توثيق وفروعه سجل يدون فيه الموثق ما قام به بالنسبة إلى كل دفتر من دفاتر التاجر من الإجراءات المنصوص عليها في المادة الخامسة ، ويثبت فيه كذلك إقراراً من صاحب الشأن بأن هذه الدفاتر هي أول دفاتر له أو أن دفاتره السابقة قد أقيمت .

٧ م : على التاجر وورثته الاحتفاظ بالدفاتر المنصوص عليها في هذا القانون مدة عشر سنوات تبدأ من تاريخ إقفالها . ويجب عليهم كذلك حفظ المراسلات والمستندات والصور المشار إليها في المادة الرابعة مدة عشر سنوات .

٨ م : كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذاً له يعاقب مرتكبها بغرامة لا تقل عن عشرين جنياً ولا تزيد على مائتي جنياً .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٦ ص ٦٧٧ .

(٢) ويشمل ذلك الدفاتر الإلزامية والدفاتر الاختيارية .

وللمحكمة أن تلجأ إليها من تلقاء نفسها دون طلب من الخصوم . والغرض منها محدود : هو أن تطلع المحكمة - دون الخصوم - على دفاتر التاجر ، لا في جميع أجزائها ، بل في الجزء الذي وردت فيه البيانات المتعلقة بالخصومة . وقد تطلع المحكمة على هذا الجزء بنفسها ، أو بواسطة خبير تندبه لذلك وهو الغالب . ويقع اطلاع المحكمة أو الخبير على الدفتر بحضور التاجر صاحبه وتحت رقابته . ويجوز للمحكمة ، إذا كانت الدفاتر التي أمرت بتقديمها في مكان بعيد ، أن تطلب من أقرب محكمة القيام بهذه المهمة (Commission rogatoire) فتقوم بها وتحرر تقريراً بذلك ترسله إلى المحكمة الأولى^(١) .

وأما الاطلاع ، فقد نصت عليه المادة ١٦ من التقنين التجاري على الوجه الآتي : « لا يجوز للمحكمة ، في غير المنازعات التجارية ، أن تأمر بالاطلاع على الدفترين المتقدم ذكرهما (اليومية والمراسلات) ولا على دفتر الجرد إلا في مواد الأموال المشاعة أو مواد التركات وقسمة الشركات وفي حالة الإفلاس . وفي هذه الأحوال يجوز للمحكمة أن تأمر من تلقاء نفسها بالاطلاع على تلك الدفاتر . والاطلاع أوسع مدى من التقديم ، وأشد خطراً . إذ هو يتم بتقديم الدفاتر إلى الخصم أو إلى قلم الكتاب لتقديمها إلى الخصم ، فيستطيع هذا أن يطلع على جميع محتوياتها بما قد تشتمل عليه من أسرار . ولكنه أضيق نطاقاً : فانه إذا جاز للمحكمة أن تأمر بالاطلاع من تلقاء نفسها دون طلب من الخصم وهذه هي الحال في التقديم ، فانها لا تأمر بذلك إلا في المنازعات التجارية وفي بعض المنازعات المدنية . وينتقد فقهاء القانون التجاري إطلاق حرية المحكمة في الأمر بالاطلاع في جميع المنازعات التجارية ، لأن في الاطلاع إفشاء لسر التاجر ، وكان الواجب في نظرهم أن يلتزم المشرع المصري نص المادة ١٤ من التقنين التجاري الفرنسي وهي لا تجيز الاطلاع إلا في مواد التركات والذمم المشتركة الناشئة عن الزواج بمقتضى نظام اختلاط الأموال وقسمة الشركات والإفلاس^(٢) . ولكن لامناس من احترام النص الصريح ، وإجازة الأمر بالاطلاع : (أولاً) في جميع المنازعات التجارية . (ثانياً) في بعض المنازعات

(١) انظر في هذه المسألة : استئناف مخطوط ٩ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٢٦ .

(٢) انظر الأستاذ محسن شفيق في القانون التجاري المصري الأسكندرية ١٩٤٩ ص ٩٠٠ -

المدنية ، وهذه هي : (١) مواد الأموال المشاعة . والنص الفرنسي لهذه العبارة هو : communauté أى نظام اختلاط الأموال ، وليس الشيوع (indivision). فإذا تزوج التاجر على مقتضى نظام اختلاط الأموال (régime de communauté) ، ودخل متجره في الذمة المشتركة ، ثم انحلت رابطة الزوجية ووجبت تصفية هذه الذمة ، جاز للمحكمة أن تأمر باطلاع الخصم - الزوجة أو ورثتها أو الزوج أو ورثته - على الدفاتر التجارية ليقرر نصيبه من الذمة المشتركة^(١). - (٢) مواد الشركات . فإذا توفي التاجر وقام نزاع بين ورثته على تقسيم التركة ، جاز للمحكمة إلزام الورثة الذين يحوزون دفاتر مورثهم التجارية باطلاع بقية الورثة عليها ، حتى يستطيع كل منهم أن يقدر نصيبه من التركة . وهذا الحق مقصور على الورثة والموصى لهم بحصة من التركة ، دون الموصى له بعين معينة أو الأجنبي . - (٣) قسمة الشركات . فإذا انحلت الشركة ، جاز للمحكمة أن تأمر باطلاع كل شريك على الدفاتر التجارية للشركة ليتبين مقدار نصيبه . وهذا الحق مقصور على الشركاء ، فلا يشمل دائني الشركة . وقد نصت المادة ٥١٩ من التقنين المدني الجديد ، بالنسبة إلى الشركات المدنية ، على أن «الشركاء غير المديرين ممنوعون من الإدارة ، ولكن يجوز لهم أن يطلعوا بأنفسهم على دفاتر الشركة ومستنداتها ، وكل اتفاق على غير ذلك باطل» . ويسرى هذا النص على الشركاء المتضامنين والشركاء الموصين في شركات التوصية البسيطة والشركاء عموماً في شركات الخاصة ، أما الشركاء المساهمون سواء في شركات المساهمة أو شركات التوصية بالأسهم فلا يجوز لهم طلب الاطلاع على دفاتر الشركة لكثرة عددهم ولتفادي تعطيل أعمال الشركة أو ذبوع أمرارها ، ومع ذلك يجوز للمحكمة استثناء أن تأمر باطلاع الشريك المساهم على دفاتر الشركة متى كانت له مصلحة جديدة في هذا الاطلاع^(٢) .

ونصت المادة ٦٩١ من التقنين المدني الجديد على أنه ١٥ . إذا نص العقد على أن يكون للعامل فوق الأجر المتفق عليه أو بدلا منه حق في جزء من أرباح رب العمل ، أو في نسبة مئوية من جملة الإيراد أو من مقدار الإنتاج أو من قيمة ما يتحقق من وفر أو ما شاكل ذلك ، وجب على رب العمل أن يقدم إلى العامل بعد كل

(١) ويرى بعض فقهاء القانون التجاري نعيم النص ليشمل جميع الأموال الشائعة (الأستاذ

عل الفرنسي في القانون التجاري ١ فقرة ١٥٧ ص ١٧٧)

(٢) الأستاذ محسن شفيق في القانون التجاري المصري ١ ص ٩٠٣ .

جرد بياناً بما يستحقه من ذلك . ٢ - ويجب على رب العمل فوق هذا أن يقدم إلى العامل ، أو إلى شخص موثوق به يعينه ذوو الشأن أو يعينه القاضى ، المعلومات الضرورية للتحقق من صحة هذا البيان، وأن يأذن له فى ذلك بالاطلاع على دفاتره . ومع ذلك نرى أن حق اطلاع الشركاء على دفاتر الشركة ثابت لهم فى أحوال ثلاثة : إذا انحلت الشركة ، أو وهى قائمة للشركاء غير المديرين ، أو عند اشتراط أن يكون للعامل جزء من الأرباح أو الإيراد أو مقدار الإنتاج أو نحو ذلك . ٤ - حالة الإفلاس . فللسنديك الحق فى الاطلاع على دفاتر المفلس حتى يتمكن من تأدية مهمته . ولا يجوز للدائن ، بصفته الفردية ، أن يطلب هذا الاطلاع ، إلا إذا عين مراقباً - وهذا ويمكن الآن إضافة حالة خامسة ، إذ يجوز لمصلحة الضرائب الاطلاع على دفاتر المولين لتقدير الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية (قانون رقم ١٤ لسنة ١٩٣٩) (١) .

وإذا أمرت المحكمة بتقديم الدفاتر أو بالاطلاع عليها ، وامتنع الخصم من تنفيذ أمر المحكمة ، فإن المادة ٢٥٧ من تقنين المرافعات الجديد تجيز للمحكمة أن تستخلص من هذا الامتناع معنى الاعتراف بالدين . وكذلك يجوز للمحكمة أن تجبر الخصم على التنفيذ بطريق التهديد المالى (astreintes) (٢) .

المطلب الثانى

قوة الدفاتر التجارية فى الإثبات

١٤٠ - ضحية الدفاتر التجارية : للدفاتر التجارية حجبية فى الإثبات حددها

(١) انظر فى كل هذا : استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ١١١ - ٢ يونية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٥ - ٩ يونية سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٧ - ٣٠ أبريل سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٢٥٢ - أول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٧ . هذا والمحكمة غير ملزمة بإجابة الخصم إذا طلب الأمر بالاطلاع على دفاتر خصمه أو بتقديمها إذا رأت أن هناك من الأدلة ما يبنى عن هذه الدفاتر (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة فقرة ١٥٥ ص ١٨٠ - قارن الأستاذ سليمان مرقس فقرة ٩٥ . وانظر حكم محكمة النقض الدائرة المدنية فى ١١ ديسمبر سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٤ رقم ٢٩ ص ١٨٣) .

(٢) الأستاذ محسن شفيق فى القوانين التجارية المصرى ١ ص ٨٩٧ - الأستاذ عبد المنعم

فرج الصدة فقرة ١٥٥ ص ١٨٠ .

القانون . وتتلخص هذه الحجية في مسألتين : (١) دفتر التاجر حجة عليه
(٢) وقد يكون حجة له .

١٤١ - دفتر التاجر هجزي عليه : رأينا أن الفقرة الثانية من المادة ٣٩٧
من التتئين المدني تقضى بأن تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار ،
ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً
لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه .

فالقاعدة الجوهرية في هذه المسألة إذن أن دفتر التاجر حجة عليه . ذلك أن
هذا الدفتر هو بمثابة إقرار منه مكتوب . والتاجر إما أن يكون قد كتبه بخطه
أو باملأته ، أو في القليل كتب الدفتر باشرافه وتحت رقابته ، فهو صادر عنه
على كل حال . ومن ثم يكون هذا الدفتر حجة عليه ، سواء كان خصمه تاجراً
أو غير تاجر ، وسواء كان النزاع تجارياً أو مدنياً . مثل أن يكون خصمه تاجراً
في نزاع تجارى أن يرد في دفتر يومية التاجر أو في دفتر المراسلات بيان بأن تاجر
جملة ورد له مقداراً معيناً من البضاعة بسعر معين ، فهذا البيان حجة على
التاجر صاحب الدفتر لمصلحة تاجر الجملة ، وسرى أن دفتر تاجر الجملة في
مثل هذا النزاع قد يضاهى هو أيضاً على دفتر التاجر الأول . ومثل أن يكون
الخصم تاجراً في نزاع مدنى أن يرد في دفتر اليومية مثلاً بيان عن صفقة عقدها
التاجر مع تاجر مثله وقبل فيها شراء عقار بثمن معين ، فهذا البيان يكون حجة
على التاجر المشتري لمصلحة التاجر البائع ، والنزاع هنا مدنى لأنه يتعلق بشراء
عقار في غير عمل تجارى . ومثل أن يكون الخصم غير تاجر أن يرد في دفتر
يومية التاجر مثلاً بيان بتوريد سلعة بثمن معين إلى عميل له غير تاجر ، فهذا
البيان حجة على التاجر ، وليس حجة على العميل إلا إذا توافرت شروط معينة
سيأتى ذكرها فيما يلي .

على أننا إذ نقرر أن دفتر التاجر حجة عليه على النحو الذى قدمناه ينبغى
الأنفعل أن في هذا خروجاً على القواعد العامة في الإثبات من ناحيتين :
(١) أن دفتر التاجر ورقة عرفية غير موقعة من التاجر ، بل يغلب ألا تكون
مكتوبة بخطه ، وقد يقع فيه من الأخطاء ما لا قبل للتاجر بملافاته . (٢) أن هذا

الدفتري هو في حوزة التاجر ، ويلزمه القانون كما رأينا أن يقدمه ليستخلص منه دليل ضده ، فهو إذن يجبر على أن يقدم دليلاً على نفسه . من أجل هذا روعي في هذا الدليل أمران :

(الأمر الأول) أنه جوازي للقاضي ، فله أن يأخذ به وله أن يطرحه .
والمادة ١٧ من التقنين التجاري ، وسيرد ذكرها ، صريحة في معنى الجواز^(١) .
والقاضي يأخذ بهذا الدليل إذا وقع في نفسه أنه ارتفع عن الشبهات ، كأن تكون الدفاتر منتظمة ، وأن يكون الدفتري الذي ورد فيه الدليل من الدفاتر الإلزامية التي تمكن مضاهاتها بنظائرها عند التاجر الآخر ، وأن يلمس القاضي العناية والدقة في إمساك الدفتري ، بل قد يكون البيان مكتوباً بخط التاجر نفسه . على أنه يجب ألا يفهم من ذلك أن الدفتري إذا كان اختيارياً^(٢) ولم يكن مكتوباً بخط التاجر لا يستخلص القاضي منه دليلاً ضده ، فإن هذا جائز ، وتقدير الأمر مرده إلى القاضي نفسه ومبلغ اقتناعه بقوة الدليل . بل إن الدفاتر قد لا تكون منتظمة ، وبالرغم من أن المادة ١٥ من التقنين التجاري تقضي بأن الدفاتر لا تكون حجة أمام المحاكم ما لم تكن مستوفية للإجراءات^(٣) ، فإن القاضي قد يقتنع بالبيان الوارد في الدفتري لأنه لا يشعر بأي افتعال بل يبعث على الاطمئنان ، فيأخذ بهذا الدليل^(٤) .

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الاستدلال على التاجر بدفاتره ليس حقاً مقررأً لحصم التاجر واجباً على المحكمة إنالته إياه متى طلبه ، بل إن الشأن فيه — بحسب نص المادة ١٧ من القانون التجاري — أنه أمر جوازي للمحكمة ، إن شامت أجابته إليه ، وإن شامت اطرحته وكل أمر يجعل القانون فيه للقاضي خيار الأخذ والتترك فلا حرج عليه إن مال لجانب دون الآخر من جانبي الخيار ، ولا يمكن الادعاء عليه في هذا بمخالفته للقانون (نقض مدني ١٦ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٤ ص ٧٧٦) .

(٢) وقد سبق أن ذكرنا ما هي الدفاتر التجارية الاختيارية ، ومن أهمها دفتري الأستاذ ودفتري المشتريات والمبيعات ودفتري الخزانة ودفتري الأوراق التجارية .

(٣) انظر أيضاً المادة ١٧ من التقنين التجاري .

(٤) نقض مدني ٨ أبريل سنة ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٢٩٧ ص ٥٨٨ — وقد رأينا أن المادة ١٧ من قانون البنات السوري تنص على هذا الحكم صراحة في الدعوى القائمة بين التجار ، فتقول : « يجوز للقاضي في الدعوى القائمة بين التجار أن يقبل أو أن يرد البينة التي تستخلص من الدفاتر التجارية غير الإلزامية أو من الدفاتر التجارية الإلزامية غير المنتظمة ، وذلك على ما يظهر له من ظروف القضية » . انظر أيضاً المادة ١٧٢ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني وقد تقدم ذكرها .

وكل ما يترتب على عدم انتظام الدفتر قانوناً هو أن القاضى يستطيع أن يجزىء الدليل . فإذا كان قد ورد فى دفتر غير منتظم أن التاجر استورد بضاعة معينة وقد دفع ثمنها ، فهذا البيان دليل ضده على أنه استورد البضاعة ، ولكن يجوز لمن ورد البضاعة أن يستبعد من هذا الدليل ما يتعلق بدفع الثمن ، فيكون بذلك قد أثبت من الدفتر نفسه أن البضاعة وردت ، وعلى التاجر صاحب الدفتر أن يثبت أن الثمن قد دفع . أما لو كان الدفتر منتظماً ، فقد قضت المادة ٣٩٧ من التقنين المدنى بأنه لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منه دليلاً لنفسه أن يجزىء ما ورد فيه ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه . ففى المثل المتقدم ، فى حالة انتظام الدفتر ، يجب على من ورد البضاعة أن يأخذ البيان الوارد فى الدفتر كاملاً ، فيكون هذا البيان دليلاً على توريد البضاعة وعلى دفع الثمن فى وقت واحد . فان أنكر ورود البضاعة أنه قبض الثمن ، فعليه هو - لا على التاجر صاحب الدفتر المنتظم - أن يثبت ذلك (١) .

(والأمر الثانى) أن القاضى إذا رأى أن يأخذ بالدليل المستخلص من الدفتر ، فان لصاحب الدفتر ، ولو كان دفتره منتظماً ، أن يثبت عكس ما ورد فيه ، وذلك بجميع الطرق حتى بالبينة أو بالقرائن . ولا يعترض على هذا الحكم بأنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، فان الوارد بالدفتر ليس دليلاً كاملاً لأنه ورقة عرفية غير موقعة كما قدمنا ، وإنما هو قرينة قابلة لإثبات العكس ، هذا إلى أنه إذا كان النزاع تجارياً فان جميع طرق الإثبات جائزة فيه (٢) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٣ فقرة ٣ - ويجوز كذلك لمورد البضاعة أن يطرح البيان الوارد فى الدفتر بشقيه ، ويتولى إثبات أنه ورد البضاعة بدليل من عنده . وحينئذ يكون على التاجر صاحب الدفتر إثبات أنه دفع الثمن . هذا ويختلف قانون البيئات السورية فى حكمه فى هذه المسألة . فقد رأينا أن المادة ١٥ من هذا القانون تقضى بأن دفاتر التجار الإلجبارية تكون حجة على صاحبها ، سواء أكانت منتظمة أم لم تكن ، ولكن لا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجزىء ما ورد فيها ويستبعد ما كان مناقضاً لدعواه (انظر أيضاً فى هذا المعنى المادة ١٧٠ من تقنين أصول المحاكمات المدنية البناني) . ويفهم من ذلك أن حكم عدم جواز تجزئة البيان الوارد فى الدفتر يشمل الحالتين ، حالة انتظام الدفتر وحالة عدم انتظامه . أما فى التقنين المصرى ، فقد رأينا أن عدم جواز التجزئة لا يكون إلا فى حالة انتظام الدفتر .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٦٢ .

١٤٢ - قد يكون دفتر التاجر مهمز له : الأصل أن الشخص لا يجوز له أن يصطنع دليلاً لنفسه ، حتى لو كان تاجراً ، وحتى لو كانت دفاتره منتظمة . فكل ما ورد في دفتر التاجر ، كقاعدة عامة ، لا يصلح أن يكون دليلاً له لأنه صادر منه . بل هو لا يكون مبدأً ثبوت بالكتابة لأنه غير صادر من خصمه . وإنما يكون دليلاً ضده هو على النحو الذي قدمناه . ومع ذلك فقد أباح القانون أن يكون دفتر التاجر حجة له استثناءً في حالتين اثنتين :

(الحالة الأولى) في الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر^(١) . وقد رأينا أن في هذه الدعاوى يكون دفتر التاجر حجة عليه ، لأنها فحسب بل وفي الدعاوى التجارية ما بين تاجر وغير تاجر وفي الدعاوى المدنية إطلاقاً . فإذا وقفنا من هذه الأنواع الثلاثة عند الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر ، وقررنا أن دفتر التاجر يكون حجة عليه ، وجب أن نستكمل الحكم فنقرر أن دفتر التاجر - في الدعاوى التجارية ما بين تاجر وتاجر - كما يكون حجة عليه قد يكون حجة له . وتنص المادة ١٧ من التقنين التجاري في هذا الصدد على ما يأتي : « ويجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الإثبات في دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية . إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً » . ففي المثل الذي قدمناه إذا ورد في دفتر يومية التاجر أو في دفتر المراسلات مثلاً بيان بأن تاجر جملة ورد له مقداراً معيناً من البضاعة بسعر معين ، فهذا البيان كما قدمنا حجة على التاجر صاحب الدفتر لو كان هو الذي ينكر وقوع الصفقة أو لا يسلم بكمية البضاعة أو بمقدار الثمن . وقد يكون هذا البيان نفسه حجة له على تاجر الجملة لو أن هذا التاجر الأخير هو الذي ينكر شيئاً من ذلك . والأخذ بهذا الدليل على هذا النحو متروك لتقدير القاضي ، فإن النص لا يوجب الأخذ به بل يقول : « يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية » .

ومما يسر على القاضي الأخذ بهذا الدليل حجة للتاجر أن الدعوى تجارية

(١) استئناف مختلط ٣٠ مايو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٥٨ - ١٧ يونية سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٢٤٠ - فإذا كان النزاع واقعاً بين تاجرين ولمكنه متعلق بعمل مدني ، كسراء التاجر أثنائاً لمنزله الخاص ، فلا يجوز اعتبار دفاتر أي من التاجر حجة له (أوبري ورو ١٢ ص ٢٦٠ هامش رقم ٩ - الأستاذ محسن شفيق في القانون التجاري المصري ١ ص ٩١١) .

ما بين تاجر وتاجر . فعند تاجر الجملة هو أيضاً دفاتر تجارية ورد فيها البيان الوارد في دفاتر التاجر الأول . فما على القاضى إلا أن يضاهاى ما بين الدفاتر . فان تطابقت اطمان إلى هذا التطابق في الأخذ بالدليل . وإن لم تتطابق . فان كانت دفاتر أحد التاجرین منتظمة رجح أن يأخذ القاضى بها . ومع ذلك قد يأخذ بالدفاتر غير المنتظمة في هذا البيان بالذات . ويرجحها على الدفاتر المنتظمة . وإن كانت دفاتر كل من التاجرین منتظمة أو غير منتظمة . كان القاضى حراً في أن يأخذ بدفاتر هذا أو بدفاتر ذاك ، وقد لا يأخذ بهذه ولا بتلك . وينلمس الدليل من طريق آخر (١) .

وبلاحظ فيما قدمناه أمران : (١) أن القاضى قد يأخذ بدفتر غير مستظم لتاجر حجة له ، مع أن المادة ١٧ من التقنين التجارى تشترط لجواز قبول الدفاتر للإثبات أن تكون منتظمة . وقد قدمنا أن هذا الشرط لم يراع عند ما أخذ القاضى بالدفتر غير المنتظم حجة على التاجر ، فلا يراعى هنا أيضاً عند أخذه بالدفتر غير المنتظم حجة للتاجر متى رأى أن البيان يبعث على الاطمئنان ولا يشعر بأى افتعال ، فان كل هذه البيانات ليست إلا قرائن بسيطة لا تقيد القاضى في الأخذ بها . (٢) ولما كانت البيانات قرائن بسيطة ، فانه يجوز دائماً ، عند أخذ بيان في دفتر تاجر حجة له ، أن يثبت خصمه عكس هذا البيان بجميع الطرق ، حتى بالبينة والقرائن لما قدمناه من الاعتبارات .

(الحالة الثانية) في دعوى التاجر على غير التاجر بالنسبة إلى البيانات الواردة في دفتر التاجر عما ورد له لغير التاجر . وقد رأينا أن الفقرة الأولى من المادة ٣٩٧ تقول في هذا الصدد ما يأتى : « دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار . غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورد له التجار تصلح أساساً يميز للقاضى أن يوجه اليين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة » .

(١) قارن أوبرى ورو ١٢ ص ٢٦١ . هذا وقد أورد قانون البينات السورى نصاً في هذه المسألة يقرر هذا الحكم فيما يتعلق بالدفاتر المنتظمة لكل من التاجرین فنصت المادة ١٦ من هذا القانون — كما رأينا — على ما يأتى : « إذا تباينت القيود بين دفاتر منتظمة لتاجرین ، جاز للقاضى أن يقرر إما تهاز البيتين المتعارضتين وإما الأخذ بإحدهما دون الأخرى على ما يظهر له من ظروف القضية » (انظر أيضاً في هذا المعنى المادة ١٧١ من تقنين أصول المحاكمات المدنية البنى ، وقد تقدم ذكرها) .

فالأصل إذن ألا يكون دفتر التاجر حجة له ، لا على التاجر ، ولا على غير التاجر من باب أولى^(١) . على أنه كما جاز استثناء أن يكون دفتر التاجر حجة له على التاجر فيما قدمناه ، يجوز كذلك استثناء أن يكون دفتر التاجر حجة له على غير التاجر ولكن بشروط أشد ، إذ يجب توافر الشروط الآتية : (١) أن يكون محل الالتزام سلعة وردها التاجر لعميله غير التاجر ، كالحجاز يورد الخبز « والبقال » يورد « خزين » المنزل^(٢) . (٢) أن يكون الالتزام مما يجوز إثباته بالبينة بالنسبة إلى العميل غير التاجر ، أى لا تجاوز قيمته عشرة جنيهات . وهذا الشرط أضافته لجنة المراجعة ، فقد كان المشروع التمهيدي لا يشتمل عليه محتدياً في ذلك التقنين الفرنسى (م ١٣٢٩) . وقانون البينات السورى (م ١٤) لا يشتمل هو أيضاً على هذا الشرط . (٣) أن يكمل الدليل باليمين المتممة بوجهها القاضى إلى التاجر الذى يحتج بدفتره ، فلا تجوز التكملة هنا بالبينة أو بالقرائن^(٣) .

فاذا توافرت هذه الشروط ، فانه يبقى بعد ذلك أمران : (١) أن الأخذ بهذا الدليل جوازى للقاضى ، فله أن يأخذ به أو لا يأخذ ، كما هى الحال فى سائر الأدلة التى تستخلص من دفاتر التجار . وهو لا يأخذ به غالباً إذا كان الدفتر غير منتظم . (٢) أن للقاضى أن يسمح لغير التاجر بنقض الدليل المستخلص ضده من دفتر التاجر ، ويكتفى فى هذا النقض البينة أو القرائن . بل إن للقاضى أن يستنبط من القرائن فى نقض هذا الدليل ما يكتفى معه بتوجيه اليمين المتممة

(١) وهذا الأصل لا يتعلق بالنظام العام ، فيستطيع غير التاجر أن يقبل صراحة أو ضمناً (بعدم الاعتراض) الاحتجاج عليه بدفاتر التاجر (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة ص ١٧٨) .
(٢) فلا يجوز أن يكون دفتر التاجر حجة له على غير التاجر فى سداد قرض أو تنفيذ التزام غير توريد السلع (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٠ ص ٩٣٦) . كذلك لا يحتج بدفاتر التاجر على مصلحة الضرائب ، والمحكمة ألا تتخذ دفاتر الممول أساساً لتقدير الضريبة عليه إذا لم تطمن إلى صحة البيانات الواردة فيها بناء على أسباب سائفة ذكرتها (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٧ ص ١٨١ - ١٦ ديسمبر ١٩٤٨ مجموعة عمر ٥ رقم ٣٥٣ ص ٦٨٤) .

(٣) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٥٨ هامش رقم ٤ - هذا ويذهب الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة (ص ١٧٧ - ص ١٧٨) إلى أن القاضى ، وهو فى نصاب البينة ، يستطيع أن يتخذ دفتر التاجر دليلاً كاملاً باعتباره قرينة كافية لا تحتاج إلى يمين متممة . ونرى - أمام صراحة النص - أن القاضى إذا أخذ بدفتر التاجر لابد أن يوجه إليه اليمين المتممة ، وإلا اطرح الدفتر وأخذ بالبينة أو بقرائن أخرى .

إلى غير التاجر لا إلى التاجر ، لتضيد الدليل لا لتأييده (١) .
ويلاحظ أن هذا الحكم وحده - دون سائر الأحكام التي قدمناها - هو
الذي استحدثه التقنين المدني الجديد ، نقلا عن التقنين المدني الفرنسي (٢) .

المبحث الثالث

الدفاتر والأوراق المنزلية

١٤٣ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٩٨ من التقنين المدني
على ما يأتي :

ولا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه إلا في الحالتين
الآتيتين :

- ١ - إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً .
- ١ ب - إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام

(١) انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٣
فقرة ٢ .

(٢) فقد كانت حجية دفاتر التجار في ظل التقنين السابق على مقتضى الأحكام التي فصلناها ،
إلا هذا الحكم : استئناف أمل ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٢١ المجموعة الرسمية ٢٣ رقم ٧٧ - محكمة
استئناف مصر ٣٠ مايو سنة ١٩٣٥ المجموعة الرسمية ٣٧ رقم ١٠ ص ٢١ - استئناف مختلط
٢١ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٧٤ - ١٤ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٤١٤ - ١١ ديسمبر
سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٨٣ - ٢٠ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ٢٢٨ - ٢١ ديسمبر سنة ١٨٩٣
م ٦ ص ٧٥ - ٥ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣١٨ - ٢٧ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٤٢ -
٢٨ نوفمبر سنة ١٩٢٨ م ٤١ ص ٥٩ - ١٣ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٨ - ٩ أبريل
سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٤١٤ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ - ٦ ديسمبر
سنة ١٩٣٢ م ٤٥ ص ٥٤ - ٦ ديسمبر سنة ١٩٣٢ م ٤٦ ص ٦٦ - ١٣ فبراير سنة ١٩٣٤
م ٤٦ ص ١٦٢ - ١٣ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٩٦ - ١٤ يناير سنة ١٩٣٦ م ٤٨
ص ٧٤ - ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٥٧ .

ومن ثم تكون العبرة في سريان هذا الحكم الجديد بتاريخ ورود البيان في دفتر . فإن كان
تاريخه قبل يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ سرت أحكام التقنين السابق ولا يكون البيان حجة
لتاجر ، وإلا سرت أحكام التقنين الجديد وكان البيان حجة للتاجر بالشروط التي بسطناها .

السند لن أثبتت حقاً لمصلحته^(١) . ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق .
ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري
المادة ١٨ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٥٩ ، وفي تقنين أصول المحاكمات
المدنية اللبناني المادة ١٦٩ ، وفي التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة
المادة ٣٨٥^(٢) . ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٣١^(٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣٣ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
« ١ - لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن صدرت منه . ٢ - ولكنها تكون حجة
عليه : (١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (ب) إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في
هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت الأوراق حقاً لمصلحته » . وفي لجنة المراجعة حذفت
الفقرة الأولى لأنها مجرد تقرير للقواعد العامة ، وعُدل النص على الوجه الذي استقر في التقنين
الجديد تحت رقم المادة ٤١١ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس
الشيوخ تحت رقم المادة ٣٩٨ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمار التحضيرية ص ٣ ص ٣٨٥-٣٨٧)
(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ١٨ : ١ - لا تكون
الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن صدرت عنه . ٢ - ولكنها تكون حجة عليه : (١) إذا
ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (ب) إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق
أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته » . (وهذا النص يطابق نص المشروع التمهيدي
للتقنين المدني المصري السابق ذكره) .

التقنين المدني العراقي م ٤٥٩ : يطابق نص التقنين المدني المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ١٦٩ : « أن السجلات والأوراق العيلية تصلح حجة
على منشئها وعلى خلفائه العموميين : ١ - عندما تفيد حصول إيفاء ما ٢ - عندما تثبت
ديناً لغيره » .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٥ : يطابق نص التقنين المدني المصري .

ويتبين من النصوص المتقدمة أنه لا يوجد خلاف في هذه المسألة بين أحكام التقنين المدني
المصري وأحكام التقنينات المدنية العربية الأخرى .

(٣) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٣١ : « لا تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لمن
كتبها . ولكنها تكون حجة عليه : (١) في جميع الأحوال التي تذكر فيها صراحة استيفاء دين .
(٢) إذا ذكرت صراحة أنه قصد بما دون فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته » .

وهذا هو النص في أصله الفرنسي : Art. 1331 : Les registres et papiers domes-

tiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre
lui : 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement
reçu; 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite
pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils
énoncent une obligation.

وبتبيين من هذه النصوص أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون بوجه عام حجة لصاحبها . ولكنها قد تكون حجة عليه . فعندنا مسائل ثلاث : (١) ما هي الدفاتر والأوراق المنزلية (٢) الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصاحبها (٣) الدفاتر والأوراق المنزلية قد تكون حجة على صاحبها .

١٤٤ - ما هي الدفاتر والأوراق المنزلية : الدفاتر والأوراق المنزلية

نشمل ما ألف الناس تدوينه في مذكرات خاصة عن شؤونهم المالية والمنزلية : ما قبضوه أو دفعوه من مال ، وما أنفقوا على معيشتهم ، وما قاموا به من ضروب التعامل ، وما ارتبطوا به من التزامات ، وما لهم من حقوق عند غيرهم وما عليهم من ديون ، وما ينوون القيام به من أعمال ومشروعات .

وليس لهذه الدفاتر والأوراق المنزلية شكل خاص أو أغراض معينة أو أسماء معروفة كما رأينا ذلك في دفاتر التجار . ولا يلتزم أحد بتدوين هذه الدفاتر والأوراق أو بحفظها كما يلتزم التجار بامساك الدفاتر التجارية على النحو الذي يبيناه .

فتارة تكون الأوراق المنزلية دفاتر كاملة منظمة كدفاتر الحساب ، وهذه تبعث عادة على الاطمئنان عند تقدير قوتها في الإثبات . وطوراً تكون في صورة «أجندات» ويوميات . وأخرى تكون في صورة مذكرات بعضها يكتب في دفاتر وبعضها في أوراق متشورة . وهذه الدفاتر والأوراق قد تكون موقعة من صاحبها ، والغالب ألا تكون موقعة . والأصل أن صاحبها يكتبها بخطه ، ولكن قد يعهد في كتابتها إلى أمين سر خاص أو إلى كاتب في خدمته . وقد تكتب بالمداد أو بالرصاص أو بالآلة الكاتبة . والبارز في شأنها أنها دفاتر وأوراق خاصة كتبها صاحبها ، دون أن يتقيد بشكل معين ، محتفظاً بها للرجوع إليها عند الاقتضاء (١) .

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في شأن النص الذى نحن بصدده ما يأتى : « صاغ المشروع هذه المادة على مثال المادة ١٣٣١ من التقنين الفرنسى والمادة ١٣٣٠ من التقنين الإيطالى والمادة ٢٤٣٩ من التقنين البرتغالى والمادة ١٢٢٨ من التقنين الأسبانى والمادة ٤٣٨ من التقنين المراكشى والمادة ١٩١٨ من التقنين الهولندى والمادة ٢٨٧ من المشروع الفرنسى الإيطالى . وليس يقتصر نطاقها على الدفاتر ، بل يتناول كذلك الأوراق المنزلية ، أى المهررات الخاصة بالمنطقة بنهر التجار ، كدفاتر الحساب والأجندات والمذكرات » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٥) .

١٤٥ - الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لصالحها : والأصل

أن أحداً لا يستطيع أن يصطنع دليلاً لنفسه . ومن ثم لا تكون هذه الدفاتر والأوراق المنزلية حجة لصالحها ، إذ هي صادرة منه . بل هي لا تكون مبدأً ثبوت بالكتابة لمصلحته ، لأنها غير صادرة من خصمه . فإذا قدم الدائن دليلاً على حقه دفترًا منزلياً أثبت فيه هذا الحق ، أو قدم المدين دليلاً على براءة ذمته من الدين ورقة منزلية أثبت فيها أنه وفي به ، فلا يجوز أن يؤخذ هذا دليلاً لاعتراض وجود الحق ولا على براءة الذمة ، بل لا يجوز اعتباره مبدأً ثبوت بالكتابة كما قدمنا (١) . ويترتب على ذلك أن المدين إذا دفع بتقادم الدين ، فلا يجوز لدائنه أن يتمسك بانقطاع التقادم بحجة أنه أثبت في أوراقه المنزلية أن المدين كان يقوم بدفع أقساط الدين أو بدفع فوائده مما يعد اعترافاً بالدين قاطعاً للتقادم (٢) .

على أنه قد يقع أن يكون ما دون في الأوراق المنزلية قرينة قضائية على صحة ادعاء الدائن ، كما لو كان طبيياً واعتاد أن يدون في مذكراته الخاصة على نحو منظم ما يقوم به من زيارات للمرضى ، ولو فيما يجاوز نصاب البيئة لقيام المانع الأدبي . ولا تعدو القرينة هنا أن تكون قرينة قضائية يؤخذ بها أو لا يؤخذ ، وهي على كل حال قابلة لإثبات العكس (٣) . ثم إنه يجوز أن يقبل الخصم الاحتكام

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ولا يلزم آحاد الناس ، عرفاً أو قانوناً ، بتدوين حساباتهم في دفاتر أو أوراق ، على نقيض ما تقدم بشأن التجار . وبدهى أن انتفاء هذا الإلزام لا يتيح بوجه من الوجوه اعتبار هذه الأوراق وتلك الدفاتر طريقاً من طرق الإثبات . بل ولا يتيح الاستعانة بها بوصفها مبدأً ثبوت بالكتابة لصالح من حررها . ولذلك نعت الفقرة الأولى من المادة ٥٣٣ من المشروع (وقد رأينا أنها حذفت في المشروع النهائي لأنها مجرد ترديد للقواعد العامة) على أن الدفاتر والأوراق المنزلية لا تكون حجة لمن صدرت منه » . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٥ - ص ٣٨٦) .

(٢) وقد قضت محكمة النقض بأن من يدعى براءة الذمة فعليه إقامة دليلها . والإنسان لا يستطيع أن يتخذ من عمل نفسه دليلاً لنفسه محتج به على الغير . فدفر الناظر المثبت لحساب الوقف ومقدار ما يستحقه كل من المستحقين لا يعتبر دليلاً لورثته على المستحقين بقبضهم قيم استحقاقهم ما دام لا توقيع لهم على هذا الدفتر يثبت هذا القبض (نقض مدني ٢٠ يولية سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٩٠ ص ٨٨٣) - انظر أيضاً أوبري ورو ١٢ ص ٢٦٨ - ص ٢٦٩ .

(٣) الموجز للمؤلف بفقرة ٦٤٩ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة بفقرة ١٥٨ ص ١٨٤ - محكمة مصر المختلطة ٢٣ نوفمبر سنة ١٩١٤ جازيت ٥ رقم ١٤ ص ٢٩ - كذلك قد يجد القاضى =

رضاه إلى ما دون في مذكرات خصمه وأوراقه المنزلية ، فإذا كانت هذه المذكرات والأوراق قد دونت بقدر كاف من العناية والدقة جاز أن تكون دابلاً لصاحبها^(١) .

وليس في كل ما قدمناه إلا تطبيق للقواعد العامة لاحاجة فيه إلى نص . ولم يشتمل التقنين القديم ولا التقنين الجديد^(٢) على نص في ذلك . فالأحكام في هذه المسألة واحدة في ظل التقنينين .

١٤٦ - الدفاتر والأوراق المنزلية قد تكون حجة على صاحبها :

أما أن تكون الدفاتر والأوراق المنزلية حجة على صاحبها ، فهذا جائز من ناحيتين : ناحية تطبيق القواعد العامة وناحية وجود نص خاص يقضى بذلك .

ولكن قد نتساءل - قبل الدخول في هذه التفصيلات - كيف يتأتى أن يبرز الشخص دفاتر وأوراقاً منزلية تكون حجة عليه ، وهو لا يجبر أن يقدم دليلاً على نفسه ؟ يحدث ذلك ، بحكم القانون ، في الحالات التي يجوز فيها للخصم إلزام خصمه بتقديم أية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده . ويتحقق هذا في حالة ما إذا كانت الأوراق المنزلية مشتركة بين الخصمين كما هو الأمر في الشركات والشركات ، وفي حالة ما إذا كان الخصم قد استند إليها في أية مرحلة

= في البيانات التي تحتويها الدفاتر والأوراق المنزلية سبيلاً من سبل الاستنثار المتعددة التي لا تقيد القاضي في شيء . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ومع ذلك فليس ثمة ما يحول دون اعتماد القاضي بالدفاتر والأوراق التي تقدمت الإشارة إليها ، باعتبارها قرائن تضاف إلى وثائق أخرى أو عناصر أدلة سبق تقديمها ، وفقاً للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن . وقد عرضت الفقرة الثالثة من المادة ١٩١٨ من التقنين الهولندي لهذا الوضع بالتحديد ، فقضت بأز للقاضي فيما عدا ذلك من الأحوال أن يحكم بما يقضى به القانون . ولم ير وجه لإيراد نص مماثل ، لأنه لا يبعد أن يكون مجرد تطبيق للقواعد العامة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٦) .

(١) أوبري ورو ١٢ ص ٢٦٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٢ ص ٩٤١ - استئناف مختلط ٢٧ يناير سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ١٤١ . ويجوز كذلك أن تكون حجة لصاحبها في المسائل التجارية وفي كل ما يمكن إثباته بالقرائن القضائية إذا رأى فيها القاضي قرائن مقننة (بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٣٧ ص ٣٢٣ - ص ٣٢٤) .

(٢) وقد قدمنا أن المشروع التمهيدى كان يشتمل على نص حذف في لجنة المراجعة لعدم الحاجة إليه . وقد اشتمل التقنين الفرنسي (م ١٣٣١ الفقرة الأولى) على نص تقدم ذكره .

من مراحل الدعوى (م ٢٥٣ من تقنين المرافعات) . ويحدث ذلك أيضاً ، بحكم الواقع ، في محضر حصر التركة ، إذ يدون في المحضر عادة ما ورد من بيانات في دفاتر المورث وأوراقه المنزلية عما له من حقوق وما عليه من ديون وعن بعض التفاصيل التي تتعلق بتركته . وفي غير ذلك لا يجوز إلزام الشخص بتقديم دفاتره وأوراقه المنزلية أو الأمر بالاطلاع عليها ، كما جاز في دفاتر التجار على ما رأينا^(١) .

فاذا تقدمت الأوراق المنزلية إلى القضاء عن طريق من الطرق المتقدمة ، فإن القواعد العامة تقضى بأن ما ورد فيها من البيانات قد يعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة ضد صاحبها إن كانت قد كتبت بخطه . وقد يعتبرها القضاء دليلاً كاملاً إذا كانت تحمل توقيع صاحبها وكانت لا تدع مجالاً للشك في صحتها . فالأمر متروك لتقدير القضاء ، إذ قد لا يطمئن القاضي إلى حجية ورقة منزلية لم تعد للإثبات وقد وقعها صاحبها على عجل أو عن خطأ أو قبل أن يتم الأمر الذي ورد البيان في شأنه^(٢) . وفي كل هذا لا فرق ما بين التقنين الجديد والقديم^(٣) .

ولكن التقنين الجديد استحدث - فوق ما تقدم ذكره - نصاً يقضى بأن الدفاتر والأوراق المنزلية تكون حجة على من صلرت منه في حالتين : (١) إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً (٢) وإذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٢ - ص ٢٧٣ والهامش رقم ١٦ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٤ ص ٩٤٣ - وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه لا يمكن إيجاب ديوان الأوقاف على تقديم دفاتره لكي يثبت المستأجر بمقتضاها أنه قد دفع الأجرة (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٤) ، وكذلك الأمر بالنسبة إلى الدوائر الزراعية (٢٥ أبريل سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٣١٠) ، وبالنسبة إلى دفاتر ناظر الوقف فلا يجبر على تقديمها ليثبت المستأجر من الوقف أنه وفي بالأجرة (١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٣) . وقضت محكمة مصر الكلية الأهلية في دائرتها الاستئنافية بأن الأوراق الخصوصية أو المنزلية هي ملك لصاحبها ، فلا يجوز إجباره على تقديمها والحكم عليه بذلك . وتدخّل في عداد الأوراق الخصوصية دفاتر كل مصلحة من المصالح حتى العمومية منها إذا كانت متعلقة بحسابها الخاص من مصرف وإيراد والتي تسجل فيها أفعالها الخصوصية بصفتها شخصاً أدبياً ، وكذلك ما يكون بينها وبين فروعها من المخابرات وأزمائل (٢ ديسمبر سنة ١٨٩٩ المجموعة الرسمية ١ ص ١٥٩)

(٢) الموجز للمؤلف فقرة ٦٥٠ .

(٣) استئناف مختلط ١٧ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٢ .

في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته^(١) .
والجديد في هذا النص أنه ليس من الضروري أن تكون الأوراق في هاتين
الحالتين تحمل توقيع صاحبها ، وإلا جاز أن يكون ذلك دليلاً كاملاً بالتطبيق
للقواعد العامة من غير حاجة إلى نص خاص . بل ليس من الضروري أن تكون
هذه الأوراق مكتوبة بخط صاحبها ، ويكفي أن تكون مكتوبة بخط أمين سره
أو كاتب عنده أو مدير لأعماله ، بل قد تكون مكتوبة بخط المدين الذي كتب
البيان لصالحه إذا كان قد فعل ذلك تحت بصر الدائن وبموافقته . وبالرغم من أن
الأوراق غير موقعة ولا مكتوبة بخط صاحبها ، فهي تصلح مع ذلك أن تكون
دليلاً كاملاً ضده باستيفاء الدين أو بالمديونية . وهذا هو وجه الاستثناء من القواعد
العامة ، ومن ثم قامت الحاجة إلى نص خاص ينشئ هذا الحكم .

ولا بد في تطبيق هذا الاستثناء من أن يذكر صاحب الأوراق صراحة أنه
استوفى الدين إذا كان دائناً ، أو أنه قصد أن يعترف بدين عليه لا يوجد به سند
في يد الدائن وأن تقوم الأوراق مقام هذا السند غير الموجود إذا كان مديناً .
ولا يكفي أن يفهم ذلك ضمناً من البيان الذي يكتبه واو كان موقعاً منه^(٢) .
وإذا ذكر صراحة أنه استوفى الدين ، ثم محاً ما كتبه أو شطبه بحيث أصبح غير
مقروء ، فإن حجية البيان تزول . أما إذا بقي البيان المشطوب مقروءاً ، فإنه
يستمر حافظاً لحجيته . وهذا بخلاف البيان الذي يذكر فيه صاحبه صراحة أنه
يعترف بدين عليه وقد قصد أن تقوم الأوراق مقام السند ، فإن محو هذا البيان
أو شطبه يزيل حجيته ، سواء أصبح البيان غير مقروء أو بقي مقروءاً . والفرق
بين الحالتين أن الاعتراف بالدين أمر ذو خطر ، فأى محو أو شطب يلحقه يكفي
لإزالة حجيته حتى لو بقي مقروءاً بعد المحو أو الشطب^(٣) . وإذا كان البيان

(١) انظر المادة ١٣٣١ من التقنين المدني الفرنسي ، التي تقدم ذكرها ، ونص التقنين
المصري مأخوذ منها - ويلاحظ أن الدائن إذا كتب مخالصة ، ولكن استبقاها عنده ، فلا يكون
لها دلالة الورقة المنزلة الخاصة التي يذكر فيها أنه استوفى الدين ، إذ استبقاؤه للمخالصة مع أنها
أعدت لتسليمها لمدين قرينة على أن الوفاء لم يتم (الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات
فقرة ١٥٩ ص ١٨٥) .

(٢) والأعمال التفسيرية للتقنين الفرنسي صريحة في هذا المعنى (بودرى وبارد ،
فقرة ٢٤٤٠) .

(٣) أوبري ورو ١٢ ص ٢٧٠ - ص ٢٧١ - بلانيول وديبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٢
ص ٩٤٢ .

المكتوب تتعارض أجزاءه وينقض بعضها بعضاً ، كان على القاضى أن يفسره بما يزيل هذا التعارض (١) . ولا يجوز تجزئة البيان والأخذ بجزء منه دون جزء ، فإذا جاء فى البيان أن الدائن قد استوفى الدين مقاصة فلا يجوز أن يتمسك المدين بأن الدين قد استوفى نقداً ، بل يجب أن يستبعد البيان بحملته ويتقدم لإثبات أنه وفى الدين نقداً (٢) .

على أن الحجية التى أضفاها القانون على البيان الوارد فى الأوراق المنزلية ليست مطلقة . بل يجوز لصاحب هذه الأوراق أن يثبت أن البيان الوارد فيها غير صحيح ، وأنه إنما كتب خطأ أو قبل أن يتم الأمر الذى ورد البيان فى شأنه أو نحو ذلك . ويجوز إثبات ذلك بجميع الطرق ، حتى بالبيئة أو بالقرائن . ولا يقال هنا إنه لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابة ، فإن البيان المكتوب ليس ورقة عرفية موقعة ولم يعد مقدماً للإثبات ، فيجوز إثبات عكسه بغير الكتابة . وسنعود إلى هذه المسألة بتفصيل أوفى (٣) .

المبحث الرابع

التأشير ببراءة ذمة المدين

١٤٧ - **النصوص القانونية** : تنص المادة ٣٩٩ من التقنين المدنى على ما يأتى :

١٠ - التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧٢ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧١ - ص ٢٧٢ - هذا وسرى فى الإقرار أن هذا لو كان إقراراً لتجزأ .

(٣) انظر فى هذا المعنى أوبرى ورو ١٢ ص ٢٧١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٣ ص ٩٤٢ - ص ٩٤٣ - بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٣٥ - الأستاذ عهد المنم فرج الصدة فى الإثبات فقرة ١٥٩ ص ١٨٧ - وانظر عكس ذلك الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٤٥ هامش رقم ٣ . وانظر فى حجية الأوراق المشورة واختلاف الفقه الفرنسى فى تقديرها بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٤٦ .

هذا وبعد أن بينا الاستثناء الذى استحدثه التقنين الجديد ، بقى أن نذكر أن ليس له من أثر

إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته .

٢ - وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٠/٢٩٥ (٢) .

= رجمي . فهو لا يسرى على البيان الذي يدون في ورقة منزلية في تاريخ سابق على يوم ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ . فلو أن دائناً كتب في مذكراته الخاصة ، قبل هذا التاريخ ، أنه استوفى دينه ، لم يكن هذا البيان دليلاً كاملاً ضده ، بل هو لا يعتبر إلا مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كتب بخطه . أما إذا كتب الدائن البيان في تاريخ غير سابق على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، سرت أحكام التقنين الجديد وكان البيان دليلاً كاملاً ضده على النحو الذي بيناه فيما تقدم .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٣٤ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :
١٥ - إذا كتب الدائن في ذيل سند أو على هامشه أو في ظهره ما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، كانت هذه الكتابة حجة عليه إلى أن يثبت العكس ، ولو لم تكن الكتابة مضمادة منه ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته . ٢ - وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن هذه الكتابة على الوجه المبين بالفقرة السابقة ، في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة ، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين . وفي لجنة المراجعة عدلت الفقرة الأولى تعديلاً يستفاد منه عدم ضرورة صدور الكتابة من يد الدائن نفسه ، وبهذا تكون العبارة بمجرد التأشير ، ويعتبر بقاء السند في حيازة الدائن قرينة على أنه هو الذي كتب التأشير أو الذي أمر بكتابته فهو على كلا التقديرين صادر منه . وأثيرت مسألة شطب التأشير سواء كان الدائن قد وقع أو لم يوقعه ، وقد رؤى ترك الحكم للقواعد العامة . ثم عدلت الفقرة الثانية تعديلاً يجعل المعنى أوضح . وأصبح النص النهائي المادة هو النص الذي استقر في التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٤١٢ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٣٩٩ ، ثم وافق مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٧ - ٢٨٨ و ص ٢٩٠ - ٢٩١) .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في صدد هذا النص ما يأتي : « ليس في هذه المادة من جديد إذا قورنت بما يقابلها في التقنينات الأجنبية . فلأحكامها نظير في المادة ١٣٣٢ من التقنين الفرنسي والمادة ١٣٣١ من التقنين الإيطالي والمادة ٢٤٣٨ من التقنين البرتغالي والمادة ١٩٢٠ من التقنين الهولندي والمادة ١٢٢٨ من التقنين الكندي . وقد نصت المادة ٢٩٥/٢٣٠ من التقنين المصري والمادة ٤٣٩ من التقنين المراكشي على هذه الأحكام ذاتها ، مع تحفظ قوامه إباحة إقامة الدليل العكسي » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨) .

(٢) كانت المادة ٢٣٠/٢٩٥ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « التأشير على سند الدين بما يفيد براءة المدين يكون حجة على الدائن ولو لم يكن مضمناً منه ، إلا إذا أثبت الدائن خلاف ذلك » .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٦٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية للبناني المادة ١٦٧ ، وفي التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة المادة ٣٨٦^(١) - ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٣٢^(١) .

(١) نصوص التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٩ :
١ - التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس ، ولو لم يكن التأشير مؤرخاً أو موقفاً منه ، مادام السند لم يخرج قط من حيازته . ٢ - وكذلك يكون الحكم إذا كتب الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند أو في الوصل وكانت النسخة أو الوصل في يد المدين . (وهذا النص يتفق مع نص التقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٦٠ : الفقرة الأولى من هذه المادة مطابقة للفقرة الأولى من المادة ٣٩٩ من التقنين المدني المصري . وكذلك الفقرة الثانية في كل من التقنينين مطابقة للأخرى ، فيما عدا أن التقنين العراقي يغفل ذكر لفظ (المخالصة) .

تقنين أصول المحاكمات المدنية للبناني م ١٦٧ : إن ما يكتبه الدائن من العبارات التي تفيد براءة الذمة على سند دين بقى في حوزته ، أو على نسخة من هذا السند أو على سند إيصال في حوزة المديون ، يثبت الإيفاء ، ما لم يتم البرهان على العكس . وليس من الضروري أن تكون تلك العبارات مؤرخة أو ممضاة (وهذا النص يتفق مع نص التقنين الفرنسي ويكاد يتفق مع نص التقنين المصري) .

(ملاحظة : أما المادة ١٦٨ من تقنين أصول المحاكمات المدنية للبناني فتقابلها المادة ٣٤٩ من التقنين المدني المصري ، ولها مكان آخر) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٨٦ : مطابقة لنص التقنين المدني المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٣٢ : « إذا كتب الدائن في ذيل سند أو على هامشه أو في ظهره ما يستفاد منه براءة ذمة المدين ، كانت هذه الكتابة حجة عليه ، ولو كانت غير موقعة منه ولا مؤرخة ، ما دام السند لم يخرج قط من حيازته . وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن هذه الكتابة في ظهر نسخة أصلية أخرى من السند أو في مخالصة أو على هامشها أو في ذيلها ، ما دامت هذه النسخة في يد المدين » .

وهذا هو الأصل في نصه الفرنسي :

Art. 1332 : L'écriture mise par le créancier à la suite, en marge ou au dos d'un titre, qui est toujours resté en sa possession, fait foi, quoique non signée par lui, lorsqu'elle tend à établir la libération du débiteur. Il en est de même de l'écriture mise par le créancier, au dos, en marge ou à la suite du double d'un titre ou d'une quittance, pourvu que ce double soit entre les mains du débiteur.

١٤٨ - **مآلته** : ويستخلص من نص التقنين الجديد - وقد احتذى

فيه نص التقنين للمدني الفرنسي - أن التأشير على سند بما يفسر براءة ذمة المدين ، دون توقيع من الدائن ، يكون قرينة على الوفاء . وهي بعد قرينة قابلة لإثبات العكس . والذي يقف بالدائن عادة عن التوقيع هو أن يكون الوفاء جزئياً . فيدفع المدين الفوائد أو قسطاً من الدين ، ومن ثم يكتفى الدائن بالتأشير بذلك لما في سند الدين الذي بيده ، وإما في نسخة أصلية أخرى للسند في يد المدين ، وإما في محالصة يحتفظ بها المدين ليؤشر فيها الدائن تبعاً بما يقوم به المدين من دفعات متوالية^(١) . ولا يوقع الدائن هذا التأشير براءة ذمة المدين^(٢) انتظاراً

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية المشروع التمهيدي في هذا الصدد ما يأتي : « وقد جرت العادة بأن يؤشر الدائن بالوفاء الجزئي أو الكلي على سند الدين ويستبقه في حيازته (الفقرة الأولى) أو بأن يؤشر بذلك على نسخة أصلية أخرى من هذا السند أو على محالصة تكون في يد المدين (الفقرة الثانية) » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٨٨) .

(٢) ونطاق البحث هنا مقصور على تأشير الدائن براءة ذمة المدين . أما التأشير بأمر آخر ، من الدائن أو من المدين ، فخارج عن نطاق هذا البحث . غير أن الفقه الفرنسي يبحث عامة - مفتتياً في ذلك أثر فقهاء القانون الفرنسي القديم مثل بواسو (Boiceau) وبوتيه (Pothier) - حالة تأشير المدين بالزيادة في التزامه أو باستحداث دين جديد في ذمته . ثم يبحث حالة تأشير الدائن باستحداث دين في ذمته هو . والمفروض طبعاً أن كل هذه التأشيرات مكتوبة في سند الدين ، وأنها غير موقعة وإلا كانت دليلاً كاملاً لا محل لافراده بالذكر .

أما حالة تأشير المدين بالزيادة في التزامه أو باستحداث دين جديد في ذمته ، فقد ميز في صدها بواسو ، ومن بعده بوتيه ، بين فرضين : (أولاً) إذا كان الالتزام الجديد ليس إلا ملحقاً بالالتزام الأصل الثابت في السند ، كأن كان إقراراً بفوائد للالتزام الأصل أو تمهداً بدفع الالتزام الأصل في ميعاد معين أو على أقساط محددة أو قبولاً لشرط فاسخ أو لشرط جزائي أو اعترافاً بإضافة إلى الالتزام الأصل جدت بعد نشوء هذا الالتزام أو نحو ذلك ، فعندئذ يكون تأشير المدين حجة عليه ، وينسحب التوقيع الذي يحمله الالتزام الأصلي على هذا الالتزام الملحق . (ثانياً) إذا كان الالتزام الجديد مستقلاً كل الاستقلال عن الالتزام الأصل ولا علاقة له به ، فعندئذ يكون تأشير المدين بهذا الالتزام الجديد ليس بحجة عليه لأنه غير موقع منه ، ويحتمل أن يكون مشروعاً لم يتم ، ويصح على كل حال أن يكون مبدأً ثبوت بالكتابة مادام مكتوباً بخط المدين . وغنى عن البيان أن التأشير ، في الفرضين المتقدمين ، إذا كان مكتوباً بخط الدائن لا بخط المدين ، لا يكون حجة على المدين إطلاقاً .

وأما حالة تأشير الدائن باستحداث دين في ذمته هو فلا تقاس على حالة تأشير براءة ذمة المدين ، لأن الحالة الأخيرة وردت في شأنها نص خاص استثنائي فلا يجوز القياس عليها . ومن =

لوفاء ببقية الدين ، فاذا تم الوفاء بالدين كله أعطى المدين مخالصة نهائية ، أو سلمه سند الدين^(١) . على أن هذا لا يمنع من أن يكون التأشير ببراءة ذمة المدين من الدين كله .

وقد رأينا أن نص التقنين الجديد يميز بين حالتين : (١) التأشير على سند في يد الدائن (٢) التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين . فنبحث كلا منهما .

= ثم لا يكون التأشير في الحالة الأولى إلا مبدأ ثبوت بالكتابة ، ما دام مكتوباً بخط الدائن ، وليس في هذا إلا تطبيق للقواعد العامة .

وفي مصر تطبق القواعد العامة في هذه الحالات وغيرها مما لم يرد فيه نص خاص . ولا يجوز القياس على الحكم المنصوص عليه في المادة ٣٩٩ من التقنين المدني ، لأن هذه المادة نص استثنائي لا يجوز تطبيقه في غير الحالتين اللتين ورد فيهما . ومن ثم لا يكون التأشير غير الموقع حجة على من صدر منه هذا التأشير ، ويصح أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان بخطه . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ثم إن هذه الحجية لا تتوافر إلا إذا قصد من التأشير إلى إثبات براءة ذمة المدين ، أما ما عدا ذلك مما يؤثر به على سند الدين فلا تكون له حجية في الإثبات إلا في حدود القواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٩٠) .

(انظر في هذه المسألة بودري وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٧ - فقرة ٢٤٥٨ - بونيه فقرة ٧٥٤ - ديملومب ٢٩ فقرة ٦٦٠ - لاروميير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٢ - لوران ١٩ فقرة ٣٦٢ - الموجز للمؤلف فقرة ٦٤٥ - الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات فقرة ٢٧٠ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٠٢ - الأستاذ عبد المنعم فرج الصدة في الإثبات فقرة ١٦٦) .

هذا وإذا أشر الدائن بما يفيد براءة ذمة المدين ، ولكنه أضاف إلى ذلك أن المدين شغل ذمته بدين آخر له ، كان التأشير حجة عليه بالنسبة إلى براءة ذمة المدين ، ولا يكون حجة له بالنسبة إلى شغل ذمة المدين بدين آخر ، بل يجب على الدائن بالرغم من هذا التأشير أن يحمل عبء إثبات هذا الدين الجديد . وإلى هذا المعنى تشير المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى حين تقول : « ويراهى أن التأشير تقتصر حجيته على الدائن وحده ، ولا يجوز أن ينهض دليلاً لصالحه على وجه الإطلاق ، إذ من المتنع أن يصطنع دليلاً لنفسه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٢ ص ٣٨٩ - ص ٢٩٠) .

(١) وقد جعل التقنين المدني السابق فعلاً من تسليم سند الدين إلى المدين قرينة على الوفاء تقبل لإثبات العكس (انظر المادتين ٢١٩ - ٢٢٠/٢٨٤ - ٢٨٥ من هذا التقنين) . ولما كان تسليم سند الدين إلى المدين عملاً مادياً لا يشتمل على ورقة مكتوبة ، فقد أغفلنا الكلام في هذه القرينة هنا ونحن في صدد بحث الأوراق المكتوبة ، وسنبحثها في موضعها عند الكلام في القرائن .

المطلب الأول

التأشير على سند في يد الدائن

١٤٩ - شرطه : بشرط ، حتى تتوافر الحجية للتأشير على سند في يد الدائن ، شرطان : (١) أن يكون هناك تأشير ببراءة ذمة المدين على سند الدين . (٢) أن يبقى السند دائماً في حيازة الدائن .

١٥٠ - الشرط الاول - تأشير ببراءة ذمة المدين على سند

المدين : يجب أن يكون التأشير مكتوباً في سند الدين ذاته . فاذا كتب في ورقة أخرى غير هذا السند ، في صورة للسند أو في ورقة مستقلة عنه ، لم تقم قرينة الوفاء . ذلك أن أصل السند هو الذي يحتاج به الدائن ، ويطلب المدين بمقتضاه . فالتأشير ببراءة ذمة المدين في هذا الأصل بالذات يمنع الدائن أن يبرز السند لمطالبة المدين به دون أن يكون التأشير ببراءة ذمة المدين ثابتاً في نفس السند الذي يطلب به . أما إذا كتب التأشير في صورة للسند أو في ورقة مستقلة عنه ، فإنه يسهل على الدائن إخفاء هذه أو تلك ، ثم يطلب المدين بمقتضى السند الأصلي وهو لا يحمل أى تأشير . ولهذا يحرص المدين على أن يكون التأشير في سند الدين ذاته . ومن هنا تقوم قرينة الوفاء .

ويكتب التأشير في أى مكان من السند ، في ذيله أو على هامشه أو في ظهره أو في أى مكان آخر (١) .

(١) وكان المشروع التمهيدى - كما رأينا - ينص على أن التأشير يكون في الذيل أو على هامش أو في الظهر ، فعذفت هذه العبارة في المشروع النهائى ، وأصبح النص مطلقاً لا يتقيد بمكان دون آخر . هذا وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يأتى : « ويرامى أن المشروع لا يتطلب توافر أى شرط شكل في مثل هذا التأشير ، فهو لا يشترط بيان تاريخ التحرير أو وضع توقيع الدائن . وهو لا يشترط إرادته في مكان معين من السند أو النسخة الأصلية أو الخالصة ، فقد يرد في ذيل الورقة أو على هامشها أو في ظهرها (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٨٩) .

ويكون مضمون هذا التأشير هو براءة ذمة المدين . وأية عبارة تفيد هذا المعنى تكفي ، فلا يشترط لفظ معين . فالتأشير بأن ذمة المدين قد برئت من الدين ، أو أبرئت ، أو أن الدين قد انقضى ، أو أن المدين قد قام بالوفاء ، أو أنه قد تخالص ، أو أنه قام بوفاء مبلغ كذا ، أو بوفاء قسط معين ، أو نحو ذلك من العبارات التي تفيد براءة ذمة المدين براءة كلية أو جزئية ، كل هذا يصلح أن يكون تأشيراً بالمعنى المقصود .

ولا يكون التأشير موقعاً من الدائن كما قدمنا ، وإلا لصلح أن يكون دليلاً كاملاً دون حاجة إلى نص . وكونه غير موقع من الدائن هو الذي يكشف عن وجه الاستثناء في هذه المسألة ، إذ يكون القانون قد جعل من ورقة صادرة من شخص معين دليلاً كاملاً على هذا الشخص مع أن الورقة غير موقعة منه .

بل ليس ضرورياً أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن . وهذا هو أيضاً حكم التقنين المدني السابق (م ٢٣٠/٢٩٥)^(١) . أما التقنين المدني الفرنسي (م ١٣٣٢ فقرة أولى) فقد اشترط أن يكون التأشير مكتوباً بخط الدائن^(٢) . ولم ير التقنين المدني المصري الجديد - أسوة بالتقنين المدني المصري القديم - أن يضع هذا

(١) الموجز المؤلف فقرة ٦٤٤ .

(٢) وهذا هو الرأي السائد في الفقه الفرنسي . وهناك من الفقهاء في فرنسا من يكتب بأحد الشرطين ، كتابة التأشير بخط الدائن أو حيازة الدائن للسند ، فإذا كان الدائن حائزاً للسند ولم يكن التأشير بخطه ، أو كان التأشير بخطه ولم يكن حائزاً للسند ، فإن هذا يكفي لقيام قرينة الوفاء ، وهذا ما كان بوتيه (الالتزامات فقرة ٧٦١) يقول به (تولييه ٨ فقرة ٣٥٣ - ديرانتون ١٣ فقرة ٢١٣) . ويعني هذا الفريق من الفقهاء على نص التقنين المدني الفرنسي عدم الدقة وأنه إنما أراد أن ينقل رأى بوتيه فأخطأه التوفيق . بل هناك من يرى أحد الشرطين ضرورياً دون الآخر : إما أن حيازة الدائن للسند دون كتابة التأشير بخط الدائن هو الضروري (دلفنكور ٢ ص ٦١٧ - ص ٦١٨ وهو في هذا يتفق مع التقنين المصري) ، وإما أن الضروري هو كتابة التأشير بخط الدائن دون حيازة الدائن للسند (ماركاديه م ١٣٣٢ فقرة ١ - فقرة ٣) . والصحيح في الفقه الفرنسي أن كلا من حيازة الدائن للسند وكتابة التأشير بخط الدائن ضروري لقيام قرينة الوفاء ، كما هو صريح نص التقنين الفرنسي (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٨ ص ٢٧٤ هامش رقم ١٨ - لارومبيير ٦ م ١٣٣٢ فقرة ٣ - ديمولومب ٢٩ فقرة ٦٤٥ - فقرة ٦٤٧ - لوران ١٩ فقرة ٣٥٨ - فقرة ٣٥٩ - هيك ٠٨ فقرة ٢٥٣ - بوتيه فقرة ٧٤٩ - فقرة ٧٥٠ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٤٥٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٤٩٥ ص ٩٤٤ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٢٤١ ص ٣٢٧ هامش رقم ١) .