الإثبات عبئاً وحقاً
دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي

أ.د. عزيز كاظم جبر الخفاجي م. عمار محسن كزار

Summary

Evidencing process as a burden and as a right legal study with Islamic jurisprudence

when deliver his judgments, judge decides according to evidence that he has accepted. Opponent which adduces the more reliable evidence will ultimately win the case at issue. Hence all litigants will do their utmost to convince judges that their evidence is more reliable and admissible than the evidence of their opponents. Consequently, in every case there will be conflicting and contradicting evidence that judge has to evaluate and to outbalance contradicting evidence.

This study addresses the problem of contradiction of evidence in civil proceedings. The issue of contradiction of evidence is a logical-legal problem which faces judges in almost every case. The judgment is a multi-factor process based on three main elements; facts, law, and evidence. Without evidence , disputed rights cannot be protected and then they devoid the character of legal and enforceable right.

Due to the lack of provisions which address the issue of contradiction of evidence, the study relied on comparison between law and Islamic jurisprudence. The study discussed the attitude of Islamic jurisprudence and then it moved to the attitude of Iraqi and Egyptian laws.

thesis has been divided into two chapters with introductory section which has discussed the mean of evidence.

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أكرم الخلق أجمعين حبيب إله العالمين أبي القاسم محمد وآله الطيبين الطاهرين , أما بعد فإن مقدمة هذا البحث ستتضمن المحاور الآتية (موضوع البحث , أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره , خطة البحث) .

أولاً : موضوع البحث

إن الإنسان كائن إجتماعي بطبعه , إلا أنه مجبول على تغليب مصالحه الشخصية , إذ أن الطبيعة البشرية جبلت على حب الذات والأنانية وحادت عن الصراط السوي والمنهج القويم , فصار الطمع بما في أيدي الناس والإعتداء على حقوق الآخرين ومحاولة سلبها , شيئاً مألوفاً , لذا فقد إستلزم وجود المجتمع البشري وجود قواعد تحكم تصرفات أفراده وتنسق بين مصالحهم المتعارضة وتحسم ما قد ينشأ بينهم من خصومات ومد يد العون الى صاحب الحق , الذي لا يعد كذلك إلا اذا إستطاع أن يثبت حقه عن طريق أدلة الاثبات .

ثانياً : أهمية موضوع البحث وأسباب إختياره

من المعروف أن الإثبات هو عملية مركبة قائمة على ثلاثة أركان رئيسية تتمثل في كل من النص , والواقعة التي ينطبق عليها النص , والدليل الذي يثبت وجود الواقعة .

فمن دون دليل إثبات فلا يمكن حماية الحق المتنازع فيه , والحق بدون الحماية القانونية له , لا يعدو أن يكون مجرد إلتزام طبيعي في ذمة المدين , أي مقتصراً على عنصر المديونية , في حين أن توافر هذه الحماية يجعل الإلتزام مدنياً شاملاً لكل من عنصري المديونية والمسؤولية , ولذلك فقد قيل إن الدليل هو فدية الحق , وقيل أيضاً إن دليل الإثبات يحي الحق ويجعله مفيداً .

ثالثاً: خطة البحث

تقتضي دراسة موضوع الإثبات عبئاً وحقاً , تقسيم هذا البحث على مبحثين مسبوقة بتمهيد , أما التمهيد فسنخصصه للتعريف بالإثبات , وسنقسمه على فقرتين , نبين في الفقرة الاولى معناه اللغوي , ونوضح في الفقرة الثانية معناه الإصطلاحي .

أما المبحث الأول فسنخصصه لعبء الإثبات وسنقسمه على مطلبين , نبين في المطلب الأول تكليف المدعي بعبء الإثبات , ونوضح في المطلب الثاني تحديد المدعي في مجال الإثبات .

اما المبحث الثاني فسنخصصه للحق في الإثبات وسنقسمه على مطلبين , نبين في المطلب الأول مضمون الحق في الإثبات , ونوضح في المطلب الثاني قيود الحق في الإثبات.

ثم سنختتم هذا البحث بأهم ما سنتوصل اليه من نتائج وما قد يترتب عليها من مقترحات , والله الموفق .

تمهيد في التعريف بالإثبات

ان التعريف بالإثبات , يقتضي التطرق الى كل من معناه اللغوي والإصطلاحي , على النحو الذي سنبينه في الفقرتين التاليتين .

أولاً : الإثبات لغةً

الإثبات إسم مشتق من الفعل الماضي الثلاثي ثبت , فيقال ثبت الأمر والرأي وإستثبت : تأنى فيه ولم يعجل , وإستثبت في أمره إذا شاور وفحص عنه [١] .

ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ وَمَثَلُ الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاةِ اللَّهِ وَتَثْبِيتاً مِنْ أَنْفُسِهِمْ كَمَثَلِ جَنَّةٍ بِرَبْوَةٍ أَصَابَهَا وَابِلٌ فَآتَتْ أُكُلَهَا ضِعْفَيْنِ فَإِنْ لَمْ يُصِبْهَا وَابِلٌ فَطَلٌّ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾ [٢] .

قال الحسن ومجاهد : معناه أنهم يتثبتون أين يضعون صدقاتهم , وقال أبو علي : معناه توطيناً لنفوسهم على الثبوت على طاعة الله , واعترض على قول الحسن ومجاهد بأنه لم يقل وتثبتاً , وهذا ليس بشيء لأنه يجوز أن يقول القائل : يثبتوا أنفسهم تثبيتاً إذا كانوا كذلك فهم يتثبتون أين يضعون صدقاتهم [٣].

ثانياً : الإثبات إصطلاحاً

القد إستعمل فقهاء المسلمين مصطلح الإثبات بمعناه اللغوي , وهو اقامة الحجة , ويؤخذ من إستعمالاتهم أنهم يطلقونه على معنين عام وخاص , أما المعنى العام فهو إقامة الحجة مطلقاً سواء أكان ذلك على حق أم على واقعة , وسواء أكان أمام القاضي أم أمام غيره , وسواء أكان عند التنازع أم قبله , حتى أطلقوه على توثيق الحق وتأكيده عند إنشاء الحقوق والديون , وعلى كتابة المحاضر والسجلات والدعوى عند الكاتب العدل , أما المعنى الخاص فهو إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية [٤] .

أما بالنسبة الى فقهاء القانون , فيلاحظ أنهم قد إستعملوا الإثبات في معنين عام وخاص , شأنهم شأن فقهاء المسلمين , فالإثبات بصفة عامة هو تأكيد وجود أو صحة أمر معين بأي دليل أو برهان [٥] لذا

كان طبيعياً أن يكون للإثبات ميادين تتنوع بتنوع المجالات التي يراد فيها إقامة الدليل [٦] .

اما بالنسبة الى المعنى الخاص للإثبات وهو ما يطلق عليه بالإثبات القضائي . فهو لا يخرج عن معناه الخاص في الفقه الإسلامي ، وقد عرفه فقهاء القانون بتعاريف متعددة [٧] نستطيع من خلالها أن نعرف الإثبات بأنه إقامة الدليل أمام القضاء ، بالطرق التي حددها القانون ، على وجود واقعة قانونية متنازع عليها تعد أساساً لحق مدعى به بقصد الوصول الى نتائج قانونية معينة .

يتبين من هذا التعريف بأن الدليل يجب أن يقدم أمام القضاء [٨] ويتحدد بالطرق التي يتقيد بها كل من الخصوم والقاضي [٩] وأن الإثبات القضائي إنما ينصب على وجود واقعة قانونية ، فمحل الإثبات ليس هو الحق المدعى به ، ولكن محل الإثبات ينصب على المصدر القانوني الذي ينشئ الحق ، أي ينصب على الواقعة القانونية المنشئة للحق ، والواقعة القانونية التي نقصدها هنا هي الواقعة بالمعنى العام التي تنصرف الى كل واقعة مادية أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً [١٠] .

من ذلك مثلاً أن العمل غير المشروع واقعة قانونية مادية ، فهذه الواقعة هي التي تكون محلاً للإثبات .

إذا طالب الدائن المضرور المدين المسؤول بتعويض الضرر ، فليس الإلتزام بتعويض الضرر هو محل الإثبات ، كذلك من يدعي أن له حق ملكية على شيء معين فإن إثباته سيرد على الواقعة القانونية التي أنشأت له حق الملكية أو نقلته اليه ، ولكنه لن يثبت حق الملكية [١١] .

وهكذا فلا حق الملكية ولا الإلتزام ولا أي أثر قانوني ، بصالح أن يكون محلاً للإثبات ، لأنه فكرة معنوية تستعصي في ذاتها على إثبات أنها تخص الشخص ، ولكن الواقعة المسببة له ، تكون صالحة لأن يرد عليها الإثبات ، لذا فهي محل الإثبات ، ومع ذلك ، فقد تغلب العادة فيجري القلم بذكر إثبات الحق ، مع أن الحق هو أثر قانوني لواقعة أنشأته ، فتكون هي وحدها محلاً للإثبات [١٢] .

المبحث الأول : عبء الإثبات

إن الإثبات لا يعد واجباً على كل من الخصمين في آن واحد ، لأن ذلك معناه عدم إمكان الفصل في النزاع ، فكل منهما يلقي هذا الواجب على عاتق خصمه ، ومن ثم تعين أن يتم القاء عبء الإثبات على احد الخصمين [١٣] وإن تعيين من يتحمل عبء الإثبات من الخصمين يكاد يتوقف عليه في كثير من الأحوال ، مصير الدعوى من الناحية

العملية ، فقد يكون الحق متراوحاً بينهما ، لا يستطيع أي منهما أن يثبته أو أن ينفيه , فإلقاء عبء الإثبات على أحدهما معناه حكم عليه أو حكم لخصمه [١٤] .

وقد يضيع حق المحق اذا كلف القاضي خصماً بالإثبات حيث يجب تكليف الخصم الآخر [١٥] وإذا كان من المسلم أن المدعي هو المكلف بعبء الإثبات ، فإن التساؤل يُثارعن المقصود بالمدعي في مجال الإثبات , عليه فإننا سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نبين في المطلب الأول تكليف المدعي بعبء الإثبات ، ونوضح في المطلب الثاني تحديد المدعي في مجال الإثبات .

المطلب الأول : تكليف المدعي بعبء الإثبات

اذا عرض موضوع النزاع على القضاء ، كان على المدعي تقديم الدليل الذي يثبت صحة إدعائه ، وبعكسه فإن على القاضي رفض دعواه وإلا كان مخطئاً في قضائه , إذ إن تكليف المدعي بعبء الإثبات يعد من القواعد المتفق عليها في كل من مجالي الفقه الإسلامي والقانون ، على النحو الذي سنبينه تباعاً في الفرعين التاليين .

الفرع الأول: تكليف المدعي في مجال الفقه الإسلامي

إن القاعدة العامة في تحديد عبء الإثبات في مجال الفقه الإسلامي قررها النبي الاكرم (ص وآله) بقوله : (البينة على من إدعى واليمين على من أنكر) [١٦] .

قال السرخسي : قال النبي (ص وآله) : (البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه) وهذا وإن كان من أخبار الآحاد ، فقد تلقاه العلماء رحمهم الله بالقبول والعمل به ، فصار في حيز التواتر وعد هذا من جوامع الكلم ، على ما قاله عليه الصلاة والسلام (أوتيت جوامع الكلم واختصر لي إختصاراً) [١٧]

وإن الحكمة من تكليف المدعي بعبء الإثبات ، هي أن جانبه فيه من الضعف ما يفتقر الى تقوية فشرعت في حقه أقوى الحجتين ، من البينة واليمين ، ومن هنا كُلف المدعي بالبينة ، فهي الكفيلة برفع الضعف والوهن عن جانبه , أما المدعى عليه ، فالأصل وظاهر الحال يشهدان له ويقويان جانبه فشرعت في حقه الحجة الضعيفة ، وهي اليمين عند النكران [١٨] فإذا لم تكن للمدعي بينة ، فليس على المنكر الا اليمين ، وهو أما أن يحلف فتسقط الدعوى ، أو يرد الحلف على المدعي فإن حلف ثبت حقه وإن نكل إنتفى ، أو يقضى عليه , أي على المدعى عليه , بمجرد النكول [١٩] .

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية المقتبسة من الفقه الإسلامي بقاعدة البينة على من إدعى واليمين على من أنكر ، فقد نصت المادة (١٨١٨) منها على أنه (إن

أثبت المدعي دعواه بالبينة حكم القاضي له بذلك وإن لم يثبت يبقى له حق اليمين فان طلبه كلف القاضي المدعى عليه اليمين بناءً على طلبه) [٢٠] .

الفرع الثاني: تكليف المدعي في مجال القانون

لقد تأثر فقهاء القانون تأثراً كبيراً بالفقه الإسلامي , بشأن تحديد الطرف المكلف بالإثبات عند عرض النزاع أمام القضاء . فقد ذهبوا الى القول بأن المدعي هو المكلف بتقديم الأدلة . أما المدعى عليه فإنه يكلف بحلف اليمين إذا تعذر تقديم الدليل من قبل المدعي [٢١] .

اما بالنسبة الى موقف القانون . فقد نصت المادة (١/٤٤٨) من القانون المدني العراقي . المقتبسة من مجلة الأحكام العدلية . على أن (البينة على من إدعى واليمين على من أنكر) . وبعد أن تم الغاء المواد (٤٤٤ – ٥٠٥) من القانون المدني بنفاذ قانون الإثبات العراقي . فقد نصت المادة (١/٧) منه على نفس الصياغة .

اما بالنسبة الى موقف القضاء . فقد جسد القضاء العراقي الإطار العملي لقاعدة البينة على من إدعى واليمين على من أنكر . فقد قضت محكمة التمييز الإتحادية في أحد قراراتها بأنه (من الثابت بأن المدعين وآخرين شركاء على الشيوع في الشقة موضوع الدعوى وإن المميزة المدعى عليها قد عجزت عن إثبات دفعها من كونها مستأجرة للشقة المذكورة لذلك منحتها المحكمة حق تحليف المدعين اليمين الحاسمة إلا أن وكيلها رفض توجيه اليمين مما تعتبر خاسرة ما توجهت به اليمين وبذلك تعتبر المميزة غاصبة للشقة المذكورة مما يقتضي ردها الى صاحبها) [٢٢] .

المطلب الثاني: تحديد المدعي في مجال الإثبات

إذا حضر الخصوم أمام القاضي وجب عليه أن يعرف من هو المدعي ومن هو المدعى عليه لما يترتب على ذلك من تكليف أحدهما بالإثبات دون الآخر , فمسألة تحديد من هو المدعي ومن ثم معرفة من المكلف بالإثبات هي مسألة في غاية الخطورة والضرورة فلذلك يتوجب على كل قاضي عند نظره في النزاع المعروض عليه إكتشاف الفرق بينهما [٢٣] هذا وإن تحديد المقصود بالمدعي في مجال الإثبات يقتضي التطرق إلى مجال الفقه الإسلامي و القانون . وهذا ما سنبينه في الفرعين التاليين .

الفرع الأول: المقصود بالمدعي في الفقه الإسلامي

لقد إجتهد فقهاء المسلمين بشأن معرفة المدعي . وقد إستعانوا بالقواعد الفقهية في تمييزه عن المدعى عليه . لأن القضاء يدور على ذلك [٢٤] .

فالعبرة ليست بالذي يرفع الدعوى على غيره يطالبه بحق معين ، لأنه قد يحدث أن يدفع المدعى عليه الدعوى بدفع معين فيصبح مدعياً في هذا الدفع وعليه إقامة الدليل على صحة إدعائه [٢٥].

فإذا إدعى شخص ديناً على آخر وجب عليه إثباته ، فإذا دفع المدعى عليه الدعوى بالوفاء ، صار هو مدعياً وعليه إثبات دفعه ، فقد تدفع الدعوى بدعوى أخرى ، وفي هذه الحالة يصير المدعي الأول مدعى عليه في الدفع ، ثم مدعياً في دفع الدفع وهكذا[٢٦] .

لذلك فقد أدرك فقهاء المسلمين أهمية التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، ووضعوا القواعد والضوابط في التمييز بينهما بالرغم من إختلافهم فيها [٢٧] .

فقد قيل : (من عرف المدعي والمدعى عليه فقد عرف وجه القضاء) [٢٨] كما قيل أيضاً في هذا الصدد: (اعلم ان علم القضاء يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه لأنه أصل مشكل ولم يختلفوا في حكم ما لكل واحد منهما لكن الشأن في معرفة الدعوى والإنكار والمدعي والمنكر) [٢٩] .

وقد ذهب فقهاء المسلمين في صدد التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، الى آراء عديدة، إلا أننا يمكن أن نحصرها برأيين رئيسيين .

فقد ذهب الرأي الأول إلى أن المدعي هو الذي يُترك إذا تَرك الخصومة , أما المدعى عليه فهو في مقابلته , أي هو الذي لا يُترك إذا تَرك الخصومة [٣٠] .

إلا أن تعريف المدعي بأنه من يُترك إذا تَرك الخصومة ، لا ينطبق على الدعوى الثانية الناشئة من الدعوى الاولى ، فلو إدعى رجل ديناً على ذمة رجل ، فقال الثاني : قضيت ديني ، فإنه مدع بالنسبة إلى قضاء الدين مع أنه لو تَرك لم يُترك ، ويمكن أن يقال : المعروف إن المدعي هو المنشئ للدعوى إبتداءً وأما دعوى الخروج عن عهدة الدين فليس داخلاً في المعرف وإنما هو من لوازم الدعوى الاولى ، نظير دعوى الإعسار والوفاء ورد المغصوب والوديعة ونحوهما مما لا يُترك الشخص عن المطالبة بالحق لو تَرك [٣١] .

أما الرأي الثاني فقد ذهب الى أن المدعي هو من يلتمس خلاف الظاهر ، أما المدعى عليه فهو من يتمسك بالظاهر [٣٢] ويمكن أن يقال بأن تعريف المدعي بأنه الذي يكون قوله خلاف الظاهر فبالإمكان تأييده بأن معنى المدعي يجب أن نأخذه من العرف والعرف يرجع الى ما هو الظاهر لديه ، فمن يدعي خلافه يراه مدعياً ، ولكن الواقع أن الظاهر الذي ليس حجة لدى العرف لا يبنى عليه العرف ، ولا يفترض من يخالفه مدعياً لشيء جديد ، والظاهر الذي يكون حجة لديه يفترض من يخالفه مدعياً ، لا لأن كلامه خلاف الظاهر، بل لأن كلامه خلاف الحجة ، والحجة عند الشرع

إن تطابقت مع الحجة عند العرف اتحد المدعي لدى الشرع ولدى العرف ، وإن إختلفت معها إختلف المدعي لدى الشرع عن العرف ، لا بمعنى الاختلاف في تفسير معنى المدعي ، بل بمعنى الاختلاف في التطبيق ، فإن أراد من يفسر المدعي بمن خالف قوله الظاهر هذا المعنى ، فقد رجع ذلك الى التفسير المختار [٣٣] .

وقد وضع فقهاء المسلمين اصولاً وقواعد كلية عامة في تحديد الثابت أصلاً لتساعد القاضي في معرفة من المكلف بالاثبات ومن أهم هذه القواعد قاعدة الأصل براءة الذمة ، فالأصل أن يولد الانسان بريء الذمة من وجوب شيء عليه ، وكونه مشغول الذمة بحق خلاف الأصل ، ويرجع قول من يتمسك ببراءة ذمته ، لأنه يشهد له الأصل، وهو عدم شغلها ، حتى يقوم دليل على خلافه [٣٤] .

فإذا قدم المدعي دليله أصبحت مشغولية ذمة المدعى عليه ثابتة عرضاً ، أما الثابت فرضاً فالمقصود به ان الشارع الحكيم قد ينص لإعتبارات معينة تتعلق بأصحابها على حكم شرعي مأخوذ من القرائن أو من أصل معين ، فمن تمسك بهذا الحكم الشرعي فهو مدعى عليه ويقبل قوله ، ونفترض صدقه لأنه تمسك بمفترض شرعي ، ومن يدعي خلاف ذلك فادعاؤه يخالف هذا المفترض الشرعي فلتزمه البينة وذلك مثل الأمين فقد إفترض الشارع الحكيم الأصل فيه الصدق ، ويقبل قوله مع اليمين ، وكذا كل من جعل الشارع القول قوله من ولي أو وصي أو وديع [٣٥] .

وكإفتراض التبرع في مرض الموت بأنه هبة أو وصية وإفتراض الطلاق في مرض الموت بانه طلاق الفار من أحكام المواريث وإفتراض أن الولد للفراش ، فهذه الأمثلة تعد تمسكاً بالثابت فرضاً ، فمن تمسك به فهو مدعى عليه ويقبل قوله ونفترض صدقه لأنه تمسك بمفترض شرعي إلا إذا إستطاع المدعي إثبات عكس ذلك بالبينة [٣٦] .

الفرع الثاني: المقصود بالمدعي في مجال القانون

يلاحظ للوهلة الاولى أن لفظ المدعي لدى فقهاء القانون ، ينصرف الى الخصم الذي يبدأ بإجراءات الدعوى مطالباً غيره بحق معين ، فهو الذي يدعي أمراً معيناً ، ومن ثم يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه بحيث يضطلع بالدور الإيجابي في الدعوى ، بينما يبقى موقف خصمه المدعى عليه سلبياً [٣٧] .

غير أن هذا الموقف السلبي للمدعى عليه ينتهي اذا ما أثبت المدعي ما يدعيه ، إذ يفتح المجال للمدعى عليه لكي يجيب عن الدعوى ، فإذا سلم بإدعاء خصمه ، كان ذلك إقراراً منه ، يؤدي الى الحكم لصالح المدعي ، أما إذا نازع وحاول تفنيد إثبات خصمه ، كأن يدعي بأن ذمته برأت من الدين ، فعليه أن يثبت هذا الإدعاء بإبراز ما يفيد الوفاء ، فيتغير هنا موقف المدعى عليه ، ويصبح مدعياً وعليه إثبات ما يدعيه.

ويتضح من ذلك الفرق بين المدعي أصلاً في الدعوى ، والمدعي عرضاً وهو المدعى عليه الذي يصبح مدعياً في مجال الإثبات عند دفعه بأدعاء جديد [٣٨] .

وبذلك فإن المدعي في مجال الإثبات هو المدعي في الدعوى والمدعى عليه في الدفع ، فكلاهما مدع فيما يدعيه [٣٩] .

اما بالنسبة الى موقف القانون فقد كانت المادة (٤٤٨) الملغاة من القانون المدني العراقي تنص على ان (١- البينة على من إدعى واليمين على من أنكر . ٢- والمدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الاصل) [٤٠] .

وقد ورد النص نفسه في المادة (٧) من قانون الاثبات العراقي , والذي بصدوره تم إلغاء باب إثبات الالتزام من القانون المدني [٤١].

ويلاحظ أن المشرع العراقي قد وضع معياراً دقيقاً لتحديد المدعي ، وذلك بالنص في الشطر الأول من المادة (٢/٧) على أن (المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر) إلا أنه قد وقع في خلل عند تحديده للمدعى عليه وذلك بالنص في الشطر الثاني من المادة نفسها على أن (المنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل) وكأن الظاهر هو نفس الأصل ، في حين أن الظاهر أعم من الأصل ، وما الأصل إلا نوع من أنواع الظاهر , إذ أن للظاهر ثلاثة أنواع تتمثل بالظاهر أصلاً والظاهر عرضاً والظاهر فرضاً .

وحبذا لو تدارك المشرع العراقي هذا الخلل وذلك بتوحيد لفظ الظاهر عند تعريفه لكل من المدعي والمدعى عليه ، فيصبح نص المادة (٢/٧) على النحو الآتي (المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً ، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء ذلك الظاهر) .

ولغرض الإحاطة علماً بالظاهر وأنواعه فإن الدقة تقتضي تقسيم هذا الفرع على ثلاثة فقرات ، نتطرق لكل نوع من أنواع الظاهر في فقرة مستقلة .

أولاً : الظاهر أصلاً

الظاهر أصلاً هو ما كان ظاهراً بحسب أصله ، أي حسب طبيعة الأشياء ، ويمثل العادي والمألوف بين الناس فيعتمدون عليه في معاملاتهم [٤٢].

ومن المقرر أن الأصل يؤيده ظاهر الحال فلا يحتاج لتأييد آخر ، وخلاف الظاهر يتأرجح بين الصدق والكذب فيحتاج الى مرجح وهو البينة [٤٣] .

ولذلك يذهب الفقه الى القول بأن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الثابت أصلاً ، لا فرفق في ذلك بين من رفع الدعوى ، ومن رفعت عليه الدعوى [٤٤] ذلك أن من يتمسك بالثابت أصلاً ، وإن كان من الجائز ألا يكون على حق من ناحية الواقع والعدالة ، إلا أنه من ناحية القانون ومن أجل استقرار التعامل يجب أن يحمى ، فيترك

على الأصل دون أن يتكلف عناء أي إثبات ، أما من يدعي خلاف الأصل فهو يستحدث جديداً لا تدعمه قرينة بقاء الأصل على أصله ، فعليه أن يثبت هذا الجديد حتى يتمتع بحماية القانون [٤٥].

هذا وإن القول بالزام من يدعي خلاف الثابت أصلاً ، بأثبات ما يدعيه ، يحتاج الى توضيح ، إذ يختلف الأصل بإختلاف المسائل المراد إثباتها فالظاهر أصلاً يدخل في نطاق الحقوق الشخصية ، والحقوق العينية على حد سواء [٤٦].

فبالنسبة الى الحقوق الشخصية ، فمن يدعي أنه دائن لشخص آخر فإن عليه أن يثبت إدعاءه ، لأنه يدعي أمراً يخالف الثابت أصلاً ، فالأصل هو براءة الذمة [٤٧].

وحسناً فعل المشرع العراقي عندما نص في المادة (٦) من قانون الاثبات على أن (الأصل براءة الذمة) ، مقرراً نفس المبدأ الذي كانت تنص عليه المادة (٤٤٤) من القانون المدني العراقي ، التي تم إلغائها بصدور قانون الإثبات .

اما بالنسبة الى الحقوق العينية ، فالأصل أن من يمارس سلطة على شيء معين يكون صاحب الحق فيه كالحائز للعين فهو لا يطالب بإثبات ملكيته للعين لأن الظاهر هو مالكها فمن ينازعه في الملك عليه إثبات إدعائه لأنه يدعي خلاف الظاهر أصلاً [٤٨] فيثبت أنه رغم أن العين ليست في حيازته إلا أنه قد سبق له تملكها بسبب من أسباب إكتساب الملكية [٤٩].

ولقد نصت المادة (١/١١٥٧) من القانون المدني العراقي على أنه (من حاز شيئاً اعتبر مالكاً له , حتى يقوم الدليل على العكس) .

ثانياً : الظاهر عرضاً

الظاهر عرضاً هو ما أقام المدعي الدليل عليه بالطرق القانونية , خلافاً لما كان ظاهراً أصلاً [٥٠].

فإذا استطاع المدعي إثبات المصدر الذي أدى الى نشوء الدين في ذمة المدعى عليه , نكون حينئذ بصدد وضع ثبت على خلاف الظاهر أصلاً , وهذا ما يسمى بالظاهر عرضاً [٥١].

وبذلك فإن عبء الإثبات ينتقل من المدعي الى المدعى عليه عند إثبات المدعي لدعواه واتيان المدعى عليه بدعوى تدفع دعوى المدعي [٥٢] ولهذا يقال عادة على حد تعبير القاعدة الرومانية : إن صاحب الدفع مدع فعليه إقامة الدليل على ما دفع به [٥٣].

وقد جرى جانب من الفقه على إستعمال إصطلاح (الثابت فعلاً) بدلاً من (الظاهر عرضاً) [٥٤].

وتبريرهم في ذلك هو أن اللفظ الأول أدق وأبلغ في الدلالة على حقيقة المقصود به , فالواقعة التي يدعيها الخصم ويقيم الدليل على صحتها تكون ثابتة بالدليل فعلاً [٥٥] .

لذا فقد عدل الدكتور السنهوري عن إستخدام إصطلاح (الظاهر عرضاً) بعد إستخدامه في الموجز وبعد إستعمال محكمة النقض له [٥٦] .

في حين يؤيد جانب من الفقه إطلاق إصطلاح (الظاهر عرضاً) على هذا النوع من الظاهر , لأن المدعى عليه يمكن أن يقيم الدليل على ما يخالفه فيدحض ما أثبته المدعي [٥٧] ويعود الظاهر أصلاً الى حاله [٥٨] لذا يرى الدكتور سليمان مرقس أن لا مسوغ للعدول عن إصطلاح جرى عليه الفقه والقضاء ولاسيما أن عبارة الثابت فعلاً أقل أداء للمعنى للمقصود في هذا الصدد من إصطلاح الثابت عرضاً[٥٩].

ثالثاً : الظاهر فرضاً

الظاهر فرضا هو ما يفترض ظهوره عن طريق القرائن , وتعرف القرائن بوجه عام بأنها إستنباط أمر مجهول من أمر معلوم على أساس أن المألوف هو إرتباط الأمرين وجوداً وعدماً [٦٠] .

ومن هذا نرى أن القرائن ليست أدلة مباشرة , بل هي أدلة غير مباشرة تقوم على الإستنتاج , إستنتاج وقائع من وقائع أخرى , فلا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق , بل على واقعة أخرى اذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها [٦١] .

وإن هذا الإستنتاج قد يقوم به المشرع وقد يقوم به القاضي , لذلك كانت القرائن على نوعين , قانونية و قضائية , على النحو الذي سنبينه تباعاً .

١- القرائن القانونية

قد يصعب في حالات معينة بالنسبة لمن يقع عليه عبء الإثبات , إقامة الدليل على ما يدعيه , فيتدخل المشرع ويفترض ثبوت الواقعة التي يصعب إثباتها بمجرد ثبوت واقعة اخرى غيرها , وذلك عن طريق ما يسمى بالقرائن [٦٢] .

فالقرينة القانونية هي وسيلة يلجأ اليها المشرع في حالات معينة ليفترض ثبوت أمر معين يتعذر إقامة الدليل عليه عندما تتوافر ظروف معينة يقدر المشرع كفايتها لإستنباط هذا الأمر منها [٦٣] .

وبذلك يستطيع المدعي أن يتمسك بالقرينة متى توافرت الظروف التي يتطلبها القانون , فيغنيه ذلك عن تقديم الدليل الذي كان عليه تقديمه لولا وجود هذه القرينة[٦٤] .

ويقوم المشرع باستنباط القرائن تأسيساً على فكرة الاحتمال والترجيح , اي على فكرة الراجح الغالب الوقوع [٦٥] و ينص المشرع على نتيجة هذا الاستنباط في صيغة عامة مجردة تتضمن الشروط الواجب توافرها في التمسك بهذه القرينة[٦٦].

هذا وتنقسم القرائن القانونية بدورها على نوعين , قرائن قانونية قاطعة وقرائن قانونية بسيطة أو غير قاطعة [٦٧] .

والقرائن القانونية القاطعة تعفي من تقررت لصالحه نهائياً من عبء الإثبات [٦٨] وهي أما أن تتعلق بالمصلحة العامة أو بالمصلحة الخاصة [٦٩] .

فإذا كانت القرائن القانونية القاطعة متعلقة بالمصلحة العامة , فإنها تكون غير قابلة لإثبات العكس[٧٠] ومثال ذلك حجية الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي به[٧١] .

ويقصد بحجية الأمر المقضي أن الأحكام التي يصدرها القضاء تكون حجة فيما فصلت فيه [٧٢] فإذا صدر حكم في قضية ما فإن القانون يعد هذا الحكم عنواناً للحقيقة , حتى ولو لم يكن كذلك من ناحية الواقع [٧٣] وذلك لأن المصلحة العامة تقضي بأن الحكم النهائي قرينة على صحة ما قضى به لإنهاء الخصومة ولمنع تجدد النزاع بلا حدود ولا نهاية [٧٤] كما أن المصلحة العامة تقضي أيضاً باحترام الاحكام القضائية النهائية [٧٥] كما أنه لو سمح للخصوم بتجديد النزاع عن طريق دعوى مبتدأه وقام كل منهم بذلك , لكان إحتمال التناقض بين الأحكام التي يحصل عليها كل منهم ممكناً , فيصعب تنفيذ هذه الأحكام [٧٦] .

لذا فقد نصت المادة (١٠٥) من قانون الإثبات العراقي على أن (الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحدت أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً) كما نصت المادة (١٠٦) على انه (لا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة) .

ولقد قضت محكمة التمييز الإتحادية في العراق , في أحد قراراتها بأن (الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية والتي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا إتحد أطرافها وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً , ولا يجوز قبول دليل ينقض حجية الأحكام الباتة) [٧٧] .

أما إذا كانت القرائن القانونية القاطعة متعلقة بالمصلحة الخاصة , فإنها تكون قابلة لإثبات العكس [٧٨] ومثال ذلك سريان أحكام الوصية على تصرفات المريض مرض الموت [٧٩] .

وإن المقصود بمرض الموت هو المرض الشديد الذي يغلب على الظن موت صاحبه عرفاً أو بتقرير الأطباء ويلازمه ذلك المرض حتى الموت وإن لم يكن المرض معروفاً من الناس بأنه من العلل المهلكة [٨٠] . وإن تشخيص مرض الموت يتم عن طريق الطب الحديث , وقد يخضع ذلك لتقدير القاضي [٨١] .

والحكمة من تقييد حق المريض مرض الموت في التصرف , ترجع الى تعلق حق الوارث بمال مورثه بمجرد حصول مرض الموت فلا يملك المورث كامل التصرف في ماله الذي يعد في حكم المملوك للورثة , فخوفاً من الإيصاء في شكل تصرف آخر إفترض الشارع أن التصرف في مرض الموت المقصود به التبرع , قرينة على أنه وصية , ولذلك أعطاه حكم الوصية , والوصية لا تنفذ في حق الورثة إلا بقدر ثلث التركة[٨٢].

فقد نصت المادة (١١٠٩) من القانون المدني العراقي على أن (١- كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت , مقصود به التبرع أو المحاباة , يعتبر كله أو بقدر ما فيه عن محاباة تصرفاً مضافاً الى ما بعد الموت , وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له . ٢- ويعتبر في حكم الوصية إبراء المريض في مرض موته مدينه وارثاً كان أو غير وارث , وكذلك الكفالة في مرض الموت) [٨٣] .

هذا بالنسبة الى النوع الأول من أنواع القرائن القانونية , ألا وهو القرائن القانونية القاطعة , سواء كانت متعلقة بالمصلحة العامة أم بالمصلحة الخاصة , أما بالنسبة الى النوع الثاني من أنواع القرائن القانونية , والذي يتمثل بالقرائن القانونية البسيطة , فإنها لا تعفي من تقررت لصالحه نهائياً من عبء الإثبات , وإنما هي تنقل هذا العبء من الطرف الذي يتمسك بها الى خصمه [٨٤] متى نازع في الواقعة التي تمسك بها المدعي دون إثباتها , باعتبارها قرينة قررها القانون لصالحه[٨٥] كما أن حجية القرائن القانونية البسيطة نسبية , حيث يجوز لمن تقررت هذه القرينة ضد مصلحته أن يقيم الدليل على عكسها وفقاً للقواعد العامة في الإثبات [٨٦] وإن نجاح الخصم في إثبات هذا العكس يؤدي الى إرتداد عبء الإثبات الى من تقررت لصالحه [٨٧] وبعكسه يجب على القاضي أن يأخذ بحكم القرينة حتى ولو كانت لا تنطبق مع الواقع في القضية المعروضة , لأن دلالة القرينة القانونية يفرضها المشرع وليس للقاضي سلطة تقدير مدى مطابقتها للواقع [٨٨] .

وإن حكم محكمة الموضوع في القرائن القانونية يخضع لرقابة المحكمة المكلفة بمراقبة تطبيق القانون تطبيقاً صحيحاً , فإذا لم تأخذ محكمة الموضوع بقرينة

قانونية بسيطة لم يثبت ما يخالفها أو أخذت بها مع ثبوت ما يخالفها , كان الحكم مستوجباً نقضه [٨٩] .

ومن أمثلة القرائن القانونية البسيطة , ما نصت عليه المادة (٣٣) من قانون الإثبات العراقي من أن (١- التأثير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن الى أن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً منه مادام السند لم يخرج قط من حيازته . ٢- وكذلك يكون الحكم إذا أشر الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند في يد المدين) .

فمن طبيعة الإنسان وعادته أن لا يؤشر أو يترك غيره يؤشر على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين إلا إذا كان المدين قد وفى دينه , إلا إذا أثبت الدائن العكس [٩٠] وكذلك من طبيعة الإنسان وعادته أن لا يترك سند دينه للمدين إلا إذا أخذ دينه , مالم يثبت الدائن العكس [٩١] .

٢- القرائن القضائية

القرينة القضائية هي أمر يستنبطه القاضي من موضوع الدعوى وظروفها , لذا سميت بالقرائن الموضوعية [٩٢] فالقرينة القضائية هي دليل غير مباشر لأن الإثبات فيها لا يقع على الواقعة ذاتها مصدر الحق , وإنما على واقعة أخرى قريبة منها ومتصلة بها يستطيع القاضي أن يستنتج منها الواقعة المراد إثباتها [٩٣] .

وبذلك فإن الإثبات عن طريق القرائن القضائية يتطلب وجود عنصرين , أحداهما مادي والآخر معنوي , فالعنصر المادي يتكون من الوقائع الثابتة في الدعوى والتي تحقق القاضي من ثبوتها , أما العنصر المعنوي فهو الإستنباط الذي يقوم به القاضي على أساس العنصر المادي [٩٤] .

وقد نص قانون الإثبات العراقي على إشتراط هذين العنصرين في المادة (١/١٠٢) من خلال تعريفه للقرينة القضائية بالقول (القرينة القضائية هي إستنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة) .

ومن هنا يتضح الفرق بين القرينة القضائية والقرينة القانونية , فالقرينة القضائية من عمل القاضي , فهو الذي يقوم بإستنباطها من الوقائع المعروضة , أما القرينة القانونية فينص عليها المشرع [٩٥] .

كما أن قاضي الموضوع حر في أن يأخذ أو أن لا يأخذ بالقرينة القضائية ما دام حكمه سائغاً قائماً على أسباب من شأنها أن تؤدي اليه , أما القرينة القانونية فيجب الأخذ بها ما لم يثبت عكسها [٩٦] .

فقد نصت المادة (٢/١٠٢) من قانون الاثبات العراقي على أن (للقاضي إستنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة) .

ومن أمثلة القرائن القضائية , إستنباط صورية التصرف من خلال صلة القرابة , فالدائن الذي يطعن في صورية تصرف صدر من مدينه قد يستند في في طعنه إلى أن هناك علاقة قرابة بين المتصرف والمتصرف اليه [٩٧] فإقامة دعوى بين أب وإبنه بالإستناد الى سند الدين , ودفع دائن أحد الطرفين بوجود الصورية في التصرف بسبب وجود القرابة بينهما , فإن القاضي يستطيع عن طريق الإستنباط العقلي أن يستخلص من واقعة القرابة قرينة قضائية يستدل بها على الصورية [٩٨] .

فالواقعة المعلومة هي صلة القرابة , أما الصورية فهي الأمر المستنبط من صلة القرابة , فالقرابة قرينة على الصورية [٩٩] .

يتضح من خلال كل ما سبق أن عبء تقديم أدلة الاثبات يقع على من يدعي خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً , فإذا نجح المدعي في إثبات ما يدعيه إنتقل عبء الإثبات الى الطرف الآخر في الخصومة [١٠٠] فينقلب المدعى عليه في الدعوى مدعياً في الدفع [١٠١] فيستطيع بدوره أن ينفي إدعاءات خصمه وأن يثبت عكسها [١٠٢] وللقاضي أن يكون عقيدته من مجموع ما قدمه الخصوم من أدلة [١٠٣] .

وحبذا لو نص المشرع العراقي على تعريف لكل نوع من أنواع الظاهر , أصلاً وعرضاً وفرضاً , لما في ذلك من أهمية في تحديد المدعي وتمييزه من المدعى عليه , فبعد أن إقترحنا أن تكون صياغة نص المادة (٢/٧) من قانون الإثبات على النحو الآتي (المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً , والمنكر هو من يتمسك بإبقاء ذلك الظاهر) , بدلاً من النص الحالي الذي جاء فيه (المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل) لكون ان الظاهر أعم من الأصل , وما الأصل الا نوع من أنواع الظاهر .

لذا فإننا نقترح بأن يتم تعريف أنواع الظاهر كما يلي : (الظاهر أصلاً هو ما كان ظاهراً بحسب أصله وطبيعته) , (والظاهر عرضاً هو ما أقام المدعي الدليل عليه بالطرق القانونية , خلافاً لما كان ظاهراً أصلاً) , (والظاهر فرضاً هو ما يفترض ظهوره عن طريق القرائن) .

المبحث الثاني: الحق في الإثبات

بعد أن تبين لنا أن الإثبات يُعد عبئاً على الطرف الذي يدعي خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً, فإنما يجب التأكيد على أن الإثبات ليس عبئاً عليه فحسب بل هو حق له أيضا [١٠٤] .

فإذا أردنا أن نتحرى العدل فلابد من أن تتساوى كفتي ميزانه , فاذا ألقينا واجباً على أحد خصم , فلابد من إعطائه حقاً يمكنه من النهوض بذلك الواجب [١٠٥] .

إلا أن هذا الحق ليس حقاً مطلقاً بل إنه يتقيد بما يفرض من قيود [١٠٦] الأمر الذي يقتضي تقسيم هذا المبحث على مطلبين , نبين في المطلب الأول مضمون الحق في الإثبات , ونوضح في المطلب الثاني قيود الحق في الإثبات .

المطلب الأول: مضمون الحق في الإثبات

ان لكل خصم الحق في إثبات ما يدعيه أمام القضاء , فالمدعي من حقه أن يقدم جميع ما عنده من أدلة لإثبات ما يدعيه , وللمدعى عليه الحق في الرد والنفي , أي في إقامة الدليل على عكس ما يدعيه المدعي , وعلى القاضي أن يمكنها من ذلك وإلا كان مخلاً بحق الخصوم في الإثبات على نحو يجعل الحكم مشوباً بالقصور [١٠٧] .

وإن هذا المبدأ تمتد جذوره الى الفقه الإسلامي , ويستمد أصله من قضاء الرسول الأكرم محمد (ص وآله) وأصحابه عليهم السلام فيما عرض عليهم من خصومات , فقد روي عن الإمام علي عليه السلام أنه قال : (بعثني رسول الله (ص وآله) الى اليمن قاضياً , فقلت : يا رسول الله , ترسلني و أنا حديث السن , ولا علم لي بالقضاء ؟ فقال : إن الله سيهدي قلبك , ويثبت لسانك , فإذا جلس بين يديك الخصمان , فلا تقضين حتى تسمع من الآخر , كما سمعت من الأول , فانه أحرى أن يتبين لك القضاء) [١٠٨] .

وقد ورد عن إبن فرحون أنه قال : (ولا ينبغي للقاضي أن يدخل عليه أحد الخصمين دون صاحبه , لا في مجلس قضائه ولا في خلوته , ولا ينبغي له أن يجيب أحدهما في غيبة الآخر , إلا أن يظهر اللدد من الخصم الغائب) [١٠٩] .

ولذلك فقد ترك الفقه الإسلامي الأثر الكبير على تنظيم حق الخصوم في الإثبات في مجال القانون , سواء في ما يتعلق بحق المدعي في تقديم الدليل , أو في ما يتعلق بحق المدعى عليه في المواجهة بالدليل , على النحو الذي سنبينه في الفرعين التاليين .

الفرع الأول: حق المدعي في تقديم الدليل

يُستفاد من قول الرسول الأكرم محمد (ص وآله) لأمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام , الآنف الذكر , من أنه (فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول) [١١٠] أن المدعي هو الأحق بالإبتداء بالكلام , وبالتالي فهو الأحق بالإبتداء بتقديم الدليل الذي يثبت إدعاؤه , فإذا كان للمدعي شهود , فيجب على القاضي الإستماع لأقوالهم , وليس له أن يتعتع

الشاهد , وهو أن يداخل في تلفظه بالشهادة أو يعقبه لكلام , بل يجب عليه أن يكف عنه حتى ينتهي ما عنده , وليس للقاضي أن يعنت الشهود بأن يوقعهم في أمر شاق , وإذا أقيمت البينة على المدعى , فإذا كان القاضي عالماً بصدقها فيقضي بها ولا يجوز التأخير الحاكي عن المساهلة في الإنتصاف وأخذ الحق ودفعه لذيه [١١١] .

وإذا كان من المقرر أنه لا يجوز للقاضي أن يخل في حق المدعي في تقديم الدليل , فقد ذهب رأي من الفقه الاسلامي الى أن هذا الحق يتقيد بطرق محددة , وذلك لأنه إذا لم يتم تحديد أدلة الاثبات , كانت أرواح الناس وأموالهم عرضة للتلف والضياع , وهذا ما تقضي به المصلحة الراجحة [١١٢] .

وقد إختلف أنصار هذا الرأي حول الأدلة التي يمكن أن يلجأ اليها المدعي في إثبات دعواه , فذهب قول الى أنها ثلاثة بينة وإقرار ونكول [١١٣] .

في حين ذهب قول ثاني الى أنها سبعة , بينة وإقرار ويمين ونكول وقسامة وعلم قاض على المرجوح وقرينة قاطعة [١١٤] .

وإذا نظرنا الى حق المدعي في تقديم الدليل في مجال القانون , فإننا سنجده حقاً مكملاً لحقه في التقاضي , والذي يعد من الحقوق الدستورية [١١٥] .

فقد نصت المادة (٣/١٩) من دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ على ان (التقاضي حق مصون ومكفول للجميع) , وبالرغم من أهمية هذا الحق المكمل لحق التقاضي الذي نصت عليه الدساتير الدولية , الا أن غالبية التشريعات لم تنظمه بشكل دقيق ومتكامل , بل إن نصوص كل من قانون الإثبات العراقي والمصري لم تنص صراحة على هذا الحق .

وحبذا لو عالج المشرع العراقي هذا النقص وذلك بالنص على حق المدعي في إقامة الدليل , في قانون الإثبات , بشكل دقيق ومتكامل , على نحو يتناسب مع ماله من أهمية في الواقع العملي , ونقترح النص الآتي (على القاضي أن يمكن المدعي من ممارسة حقه في تقديم الدليل) .

ولما كان حق التقاضي على النحو السابق الذكر , فإنه لا يجوز للقاضي أن يصادر حق المدعي في تقديم الدليل , وإلا كان قراره عرضة للنقض [١١٦] .

ولكن يلاحظ أنه إذا كان من المقرر أنه لا يجوز للقاضي الإخلال بحق المدعي في أن يقيم الدليل على ما يدعيه , فإنما من المقرر أيضاً أن هذا الحق يتقيد بعدم جواز أن يثبت المدعي ما يدعيه الا بالطرق التي حددها القانون , فلا يجوز إبتداع وسيلة لإثبات الحق أو نفيه مادام القانون لا يعرفها كطريق للإثبات [١١٧] فقد حدد كل من

قانون الإثبات العراقي وقانون الإثبات المصري , أدلة الإثبات في كل من الدليل الكتابي والإقرار والإستجواب والشهادة والقرينة واليمين والمعاينة والخبرة [١١٨] .

الفرع الثاني: حق المدعى عليه في المواجهة بالدليل

إن حق المدعى عليه في المواجهة بالدليل يُستفاد أيضاً , شأنه شأن حق المدعي في تقديم الدليل , من قول الرسول الأكرم محمد (ص وآله) لأمير المؤمنين علي بن أبي طالب عليه السلام , من أنه (فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول) [١١٩] .

وقد قيل : إن كل موضوع تحررت الدعوى , هل للحاكم مطالبة المدعى عليه بالجواب بغير مسألة المدعي أم لا ؟ قال قوم : لا يطالبه بالجواب بغير مسألة المدعي , لأن الجواب حق المدعي , فليس للحاكم المطالبة به من غير مسألته , كنفس الحق , وهو الصحيح عندنا , وقال قوم : له مطالبته به من غير مسألة المدعي لأن شاهد الحال يدل عليه , لأن الإنسان لا يحضر خصمه الى الحاكم ليدعي عليه, وينصرف من غير جواب وهو قوي أيضاً [١٢٠] .

وهناك إحتمال ثالث وهو أن الجواب حق الخصم , ليدفع عن نفسه ما وجهه اليه المدعي , وهو يؤيد عدم الحاجة الى إجازة المدعي [١٢١] وهو ما نرجحه لأنه يستفاد صراحة من قول الرسول الأكرم (ص وآله) السالف الذكر .

واعمالاً لحق المدعى عليه في الدفاع , لم يجز الفقه الاسلامي للقاضي أن يفصل في الدعوى قبل إستيفاء بيانات الخصوم فيها , حتى ولو أدى ذلك الى تأجيل إصدار الحكم , وللفقهاء إجتهادات مختلفة في كيفية منح الأجل للخصم , وفي مدة الميعاد الذي يمنحه القاضي , والراجح في هذا الصدد أن المرجع في ذلك هو إجتهاد القاضي حسب ظروف كل خصومه والحق المتنازع عليه فيها [١٢٢] .

وإذا نظرنا الى حق المدعى عليه في المواجهة بالدليل , في مجال القانون , فإننا سنجده حقاً من الحقوق الدستورية , فقد نصت المادة (١٩/٤) من دستور جمهورية العراق على أن (حق الدفاع مقدس ومكفول في جميع مراحل التحقيق والمحاكمة) .

وبالرغم من أهمية هذا الحق الذي نصت عليه الدساتير الدولية , إلا أن أغلبية التشريعات لم تنظمه بشكل دقيق ومتكامل [١٢٣] بل إن نصوص كل من قانون الإثبات العراقي والمصري لم تنص صراحة على هذا الحق .

وقد تم التطرق اليه بشكل مقتضب في قانون المرافعات العراقي , إذ نصت المادة (١٥٧) منه على أنه (١- لا يجوز للمحكمة بعد أن تقرر ختام المرافعة أن تسمع توضيحات من أحد الخصوم إلا بحضور الخصم الآخر ولا أن تقبل مذكرات أو

مستندات من أحد الطرفين . ٢- يجوز للمحكمة فتح باب المرافعة مجدداً إذا ظهر لها ما يستوجب ذلك على أن تدون ما يبرر هذا القرار) [١٢٤] .

وحبذا لو عالج المشرع العراقي هذا النقص وذلك بالنص على حق المدعى عليه في المواجهة بالدليل , بشكل دقيق ومتكامل في قانون الإثبات , على نحو يتناسب مع ماله من أهمية في الواقع العملي , ونقترح النص الآتي (على القاضي أن يمكن المدعى عليه من ممارسة حقه في المواجهة بالدليل) . ولما كان هذا الحق من الحقوق الدستورية , فإن على القاضي أن يمكنه منه وإلا كان قراره عرضة للنقض [١٢٥].

وتطبيقاً لما تقدم , فقد قضت محكمة التمييز في العراق في أحد قراراتها بأن (البينة يجب إقامتها أمام الخصم الحقيقي لإفساح المجال له للمناقشة) [١٢٦] .

ولكن إذا كان من المقرر أنه لا يجوز للقاضي الإخلال بحق المدعى عليه في المواجهة بالدليل , فإنما من المقرر أيضاً أن هذا الحق يتقيد بالطرق التي حددها القانون , وفي الحدود التي يجيزها القانون , على النحو الذي بيناه في الفرع السابق عند حديثنا عن حق المدعي في تقديم الدليل .

المطلب الثاني: قيود الحق في الإثبات

سبق وأن رأينا أن حق الخصم في الإثبات , سواء بالنسبة لحق المدعي في تقديم الدليل, أو بالنسبة لحق المدعى عليه في المواجهة بالدليل , فإنه يتقيد بطرق وبحدود معينة , وبالإضافة الى ما تقدم فإن الخصم سواء أكان مدعيا أم مدعى عليه , فإنه لا يستطيع أن يصطنع دليلاً لنفسه , كما أنه ملزم بتقديم ما لديه من دليل ولو على نفسه , الأمر الذي يقتضي تقسيم هذا المطلب على فرعين , نبين في الفرع الأول القيد المتعلق بمنع الخصم من إصطناع الدليل لنفسه , ونوضح في الفرع الثاني القيد المتعلق بإلزام الخصم بتقديم الدليل على نفسه .

الفرع الأول: منع الخصم من إصطناع الدليل لنفسه

لما كان الإنسان غير مصدق بقوله إلا إذا كان قوله موافقاً لقرينة بقاء الأصل على أصله , فإن الذي يتفرع على ذلك أن من يدعي خلاف الأصل لا يكون مصدقاً بقوله وبالتالي لا يكون مصدقاً فيما يصطنعه لنفسه من دليل قولي أو كتابي [١٢٧] .

وإن هذا القيد يمثل مبدأ منطقياً تفرضه طبيعة الأشياء , إذ لو جاز أن يصطنع أي شخص دليلاً لنفسه ضد أي شخص آخر , لما أمن إنسان على نفسه أو ماله , ولتعرض كل شخص لادعاءات لا حصر لها يستطيع إثباتها أشخاص آخرون ضده , وفي هذا تعارض ليس مع المبادئ العامة في الإثبات بل مع العدل [١٢٨] .

كما أن هذا القيد يستقيم في منطقه وعدالته مع حديث الرسول الأكرم محمد (ص وآله) : (لو يعطى الناس بدعواهم , لادعى أناس دماء رجال وأموالهم) [١٢٩] .

ومن التطبيقات على هذا القيد في الفقه الإسلامي , هو عدم قبول شهادة من يجر بشهادته نفعاً أو يستدفع ضرراً [١٣٠] كشهادة الشريك فيما هو شريك فيه , وشهادة صاحب الدين للمعسر المحجور عليه , وشهادة السيد لعبده المأذون , لأن الشاهد عندئذ يكون مدعياً [١٣١] .

كما ذهب فقهاء القانون , اسوة بفقهاء المسلمين , الى أنه ليس للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه , ليحتج به على خصمه , سواء أكان ذلك مجرد أقوال أم ورقة صادرة منه [١٣٢] .

وتطبيقاً لذلك فقد نصت المادة (١/٢٨) من قانون الإثبات العراقي على أنه (لا تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها سواء أكانت منتظمة أم غير منتظمة حجة لصاحبها) .

كما نصت المادة (١/٢٩) من القانون نفسه على أنه (لا تكون القيود الواردة في الدفاتر غير الإلزامية والدفاتر والأوراق الخاصة حجة لصاحبها) .

فهذا القيد يمثل مبدأ منطقياً تفرضه طبيعة الأشياء , وإن الخروج عليه يتعارض مع المبادئ العامة في الاثبات بل مع العدل بشكل عام .

أما بالنسبة الى موقف القضاء , فقد قضت محكمة التمييز في العراق في أحد قراراتها بأنه (لا يحق للمدعي أن يعد الدليل لنفسه بنفسه , وإنما يترتب عليه تقديم البينة المثبتة لما يدعيه) [١٣٣] .

الفرع الثاني: الزام الخصم بتقديم الدليل على نفسه

يمكن أن يستدل على الزام الخصم بتقديم الدليل على نفسه , في مجل الفقه الإسلامي , من قوله تعالى :

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَى أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا ﴾ [١٣٤] فهذه الآية تدل على تحبيذ الإقرار بالحق والإلتزام به المؤثر في رفع النزاع تكويناً [١٣٥] .

وكذلك يمكن الإستدلال على هذا الإلزام , من خلال ما نقل عن الرسول الأكرم محمد (ص وآله) من أنه قال : (قل الحق ولو على نفسك) [١٣٦] .

فقد تقرر في فقه الشريعة أن على المدعى عليه واجبات تجاه المدعي والمجتمع وإن في مقدمة واجباته

هذه , وجواب الجواب على ما يدعيه المدعي , ومرد هذا الواجب , واجب آخر أعم منه هو واجب قطع الخصومة والمنازعة , وهذا لا يتم إلا من خلال الإقرار أو الإنكار [١٣٧] وما الإقرار إلا دليل يقدمه الخصم على نفسه .

ويرى الدكتور صلاح الدين الناهي أن الفقه الإسلامي سبق الفقه الوضعي في تقرير حق الخصم في الزام خصمه بتقديم وثيقة أو أي رسم آخر بيده له فيها أو فيه حق[١٣٨] .

وبالرغم من إتجاه غالبية آراء فقهاء القانون الى القول بعدم جواز الزام الخصم بتقديم الدليل على نفسه [١٣٩] إلا أن كل من التشريع العراقي والمصري , قد أخذا صراحة بمبدأ الزام الخصم بتقديم الدليل على نفسه , إمتثالاً لما أمر به الشرع الاسلامي .

فقد نصت المادة (١/٥٣) من قانون الإثبات العراقي على أن (للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد طرفي الدعوى تكليف الطرف الآخر بتقديم الدفتر أو السند الموجود في حيازته أو تحت تصرفه الذي يتعلق بموضوع الدعوى متى كان ذلك ضرورياً لضمان حسن الفصل فيها) .

كما نصت المادة (٥٨) القانون نفسه على أن (١- للمحكمة أن تلزم من كان تحت يده شيء بعرضه على من يدعي حقاً متعلقاً به متى كان ذلك ضرورياً لحسم الدعوى . ٢- إذا كان الأمر متعلقاً بسندات أو أوراق اخرى , فللمحكمة أن تأمر بعرضها على ذي الشيء وبتقديمها عند الحاجة اليها ولو كان ذلك لمصلحة شخص يريد أن يستند اليها في إثبات حق له) .

وحسناً فعل كل من المشرع العراقي والمصري في هذا الإتجاه , لأنه يُعد إمتثالاً لما أمر به الشرع الإسلامي , ولما تقضي به قواعد العدالة , دون الإلتفات لما ذهب اليه أغلبية فقهاء القانون بالقول بعدم جواز الزام الخصم بتقديم دليل على نفسه .

الخاتمة:

بعد أن إنتهينا بفضل من الله عز وجل من إكمال هذه الاطروحة , فإننا نستطيع أن نستخلص أهم النتائج التي توصلنا اليها والمقترحات التي قد تترتب عليها وذلك في النقاط الآتية :

١- لقد كان للشريعة الإسلامية الغراء فضل السبق في إرساء القاعدة العامة الأساسية في عبء الإثبات التي نص عليها الرسول الأكرم محمد (ص وآله) من أن البينة على من إدعى واليمين على من أنكر كما قام فقهاء المسلمين بإستخلاص قواعد وضوابط ومعايير أخرى متصلة بتلك القاعدة الأساسية المتعلقة بعبء الإثبات , تبين للقضاة الطرف المكلف بعبء الإثبات عن طريق تمييز

المدعي من المدعى عليه وهذا التفصيل والتحديد قد إقتبسته القوانين الوضعية ومنها قانون الإثبات العراقي , من الفقه الإسلامي , وإن إختلفت العبارات وتنوعت الإصطلاحات وتعدلت بعض الجوانب الجزئية لمراعاة مصلحة أو ملاحظة مبدأ أو إحترام حق منصوص عليه في القانون .

٢- إن المبادئ التي عُرضت في هذه البحث تدل على صلاحية الشريعة الإسلامية الغراء لكل زمان ومكان , إذ إن تعدد الأحكام وتنوع القواعد ليست سوى براهين على مرونة الفقه الإسلامي وثرائه , وإذا علمنا بأن الشريعة الإسلامية هي من مصادر القانون المدني , عندما كان إثبات الإلتزام يمثل الباب السادس من الكتاب الأول من القسم الأول منه , فلا مناص من النص على جعلها كذلك بالنسبة لقانون الإثبات , بعد أن أصبح قانوناً مستقلاً , وحبذا لو تدارك المشرع العراقي هذا النقص مسترشداً بما نص عليه القانون المدني .

٣- حسناً فعل مشرع قانون الإثبات العراقي عندما نص في الشطر الأول من المادة (٢/٧) على أن (المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر) , في حين خلا قانون الإثبات المصري النافذ من نص مماثل , إلا أن المشرع العراقي قد وقع في خلل عندما نص في الشطر الثاني من هذه المادة , أي المادة (٢/٧) , على أن (المنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل) , إذ إنه إعتبر الظاهر هو نفس الأصل , في حين أن الظاهر أعم من الأصل , وما الأصل إلا نوع من أنواع الظاهر , إذ إن للظاهر ثلاثة أنواع , تتمثل بالظاهر أصلاً والظاهر عرضاً والظاهر فرضاً . وحبذا لو تدارك المشرع العراقي هذا الخلل وذلك بتوحيد لفظ الظاهر عند تعريف كل من المدعي والمدعى عليه , ونقترح أن يكون نص المادة (٢/٧) على النحو الآتي (المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً , والمنكر هو من يتمسك بإبقاء ذلك الظاهر) , وفضلاً عما تقدم , حبذا لو نص المشرع العراقي أيضاً على تعريف لكل نوع من أنواع الظاهر لما في ذلك من أهميته في تحديد المدعي وتمييزه من المدعى عليه , ونقترح التعريفات الآتية : (الظاهر أصلاً هو ما كان ظاهراً بحسب أصله وطبيعته), (والظاهر عرضاً هو ما أقام المدعي الدليل عليه بالطرق القانونية , خلاف لما كان ظاهراً أصلاً) , (والظاهر فرضاً هو ما يفترض ظهوره عن طريق القرائن) .

٤- بالرغم من أن حق الخصوم في الإثبات هو من الحقوق الدستورية , إلا أن أغلبية التشريعات لم تنظمها بشكل دقيق ومتكامل , بل إن قانون الإثبات

العراقي , لم ينص صراحة على هذا الحق , وحبذا لو عالج المشرع العراقي هذا النقص وذلك بالنص عليه على نحو يتناسب مع ما له من أهمية في الواقع العملي , ونقترح النص الآتي (على القاضي أن يمكن الخصوم من ممارسة حقهم بالإثبات , سواء أتعلق ذلك بحق المدعي في تقديم الدليل , أم بحق المدعى عليه في المواجهة بالدليل) .

٥- **حسناً فعل مشرع قانون الإثبات العراقي عندما نص في المادة (١/٢٨) والمادة (١/٢٩) على منع الخصم من إصطناع الدليل لنفسه , وذلك لأن هذا القيد يمثل مبدأً منطقياً تفرضه طبيعة الأشياء , وإن الخروج عليه يمثل تعارضاً مع المبادئ العامة في الإثبات بل مع العدل بشكل عام .**

٦- **حسناً فعل المشرع العراقي , عندما أخذ صراحة بمبدأ الزام الخصم بتقديم الدليل على نفسه ,**

وذلك في المواد (٥٣ – ٥٨) من قانون الإثبات , تماشياً مع ما أمر به الشرع الإسلامي , ولما تقضي به قواعد العدالة , دون الإلتفات لما ذهبت اليه أغلبية آراء فقهاء القانون بالقول بعدم جواز الزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه .

الهوامش :

(١) انظر جمال الدين محمد بن مكرم إبن منظور الأفريقي المصري , لسان العرب , الجزء الأول , الطبعة الاولى , مؤسسة الأعلمي للمطبوعات , بيروت , ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م , ص ٤٦١ .

(٢) سورة البقرة , الآية ٢٦٥ .

(٣) الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي , التبيان في تفسير القرآن , الجزء الثالث , الطبعة الاولى , مؤسسة النشر الإسلامي , قم المقدسة , ١٤٢٤هـ , ص ٤٧٨ - ٤٧٩ .

(٤) انظر موسوعة الفقه الاسلامي , الجزء الثاني , الطبعة الاولى , ١٣٨٧ هـ , ص ١٣٦ . أشار اليها د. آدم وهيب النداوي , الموجز في قانون الإثبات , مكتبة السنهوري , بغداد , ١٤١٠هـ - ١٩٩٠ م ص ٢٣ . د. أسامة حجازي المسدي , الإثبات المقارن في الفقه الإسلامي والقانون السعودي والاماراتي , دار الكتب القانونية , مصر , ٢٠١٣ , ص ١٧ .

(٥) انظر د. محمد حسن قاسم , قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية , الطبعة الاولى , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت - لبنان , ٢٠٠٥ , ص ٧ .

(٦) انظر د. عصام أنور سليم , النظرية العامة للاثبات في المواد المدنية والتجارية , الطبعة الاولى , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت - لبنان , ٢٠١٠ م , ص ٩ .

(٧) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت - لبنان , ٢٠٠٣ , ص ٥ . د. محمد نصر محمد , أدلة الاثبات في الأنظمة المقارنة , الطبعة الاولى , مكتبة القانون والإقتصاد , الرياض , ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م , ص١٤ . د . محمد حسين منصور , قانون الاثبات - مبادئ الإثبات وطرقه , بلا مكان وسنة طبع , ص ٧ .

(٨) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص٦ . المحامي فرج محمد علي , عبء الإثبات ونقله - دراسة فقهية قضائية , الطبعة الاولى , المكتب الجامعي الحديث , الإسكندرية , ٢٠٠٤ , ص ٩ .

(٩) انظر د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٨ . وهذا بخلاف ما عليه الحال في الإثبات الجزائي , و بخلاف ما عليه في منهج الإثبات الحر . انظر د.أحمد حبيب السماك , نظام الاثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي , بحث منشور قي مجلة الحقوق , تصدر عن مركز دراسات الخليج والجزيرة العربية , العدد الثاني , السنة الحادية والعشرون , ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م , ص ١٣٠ - ١٣١, ص ١٤٥- ١٤٨.
(١٠) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٦ - ٧ .
(١١) انظر د. همام محمد محمود وغيره , النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية , الطبعة الاولى , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت - لبنان , ٢٠١٠ , ص ٩ - ١٠ .
(١٢) انظر د. عصام أنور سليم , مصدر سابق , ص ١٤ .
(١٣) انظر د. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة في الاثبات ، الاسكندرية , ١٩٧٣ , ص ٦٤١ . أشار اليه د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص ٦٥ .
(١٤) انظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٦٧ .
(١٥) انظر المستشار أحمد نشأت ، رسالة الإثبات , الجزء الأول , الطبعة السابعة , بلا مكان وسنة طبع ، ص٧٧ .
(١) الشيخ أبو بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي , السنن الكبرى , الجزء العاشر , الطبعة الاولى , مطبعة مجلس دائرة المعارف , الهند , ١٣٥٥ هـ , ص ٢٥٣ . انظر أيضا ما أشار إليه د. محمد الزحيلي ، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي ، الطبعة الثانية ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ،١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م ، ص ٥٤٥ .
(٢) صحيح البخاري ,ج ٤ , ص ١٨١ . أشار إليه القاضي عبد الرحمان شرفي , مصدر سابق , ص ٨٤ .
(١٨) انظر القاضي عبد الرحمان محمد عبد الرحمان شرفي ، تعارض البينات القضائية في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة , الطبعة الثانية , المكتب الإسلامي , بيروت , ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م ، ص ٨٤ . د. محمد الزحيلي ، القواعد الفقهية ، مصدر سابق ، ص ٥٤٥ .
(١٩) انظر الشيخ جعفر السبحاني ، نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء , الجزء الأول , الطبعة الثانية , مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام , إيران - قم , ١٤١٨ هـ - ١٣٧٦ ش ، ص ٣٦٩ - ٤١٤ .
(٢٠) انظر أ. علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، المجلد الرابع , الطبعة الاولى , دار الكتب العلمية , بيروت - لبنان , ٢٠١٠ ص ٥٨٦ - ٥٩٢ .
(٢١) انظر د. سليمان مرقس ، أصول الاثبات في المواد المدنية ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، المطبعة العالمية ، مصر , ١٩٥٣ , ص ٨٥ . آدم وهيب النداوي ، شرح قانون البينات والاجراء الاردني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان - الاردن , ١٩٩٨ ، ص ٥٦ . د . نبيل إبراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠، ص ٦٦ . أشار اليهم حسين رجب محمد , قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى المدنية - دراسة مقارنة , الطبعة الاولى , مكتبة السنهوري , بغداد ، ص ١٨٦ .
(٢٢) انظر قرارها رقم ٢٠١٣ ، الهيئة الإستئنافية عقار , ٢٠١٠ في ٢٠١٠/٦/٣٠ . منشور في النشرة القضائية , تصدر عن مجلس القضاء الاعلى في جمهورية العراق ، العدد الأول ، السنة الرابعة , ٢٠١١ ، ص ٧٤ .
(٢٣) سجى عمر شعبان آل عمرو ، دور الخصوم في الاثبات المدني , دار الكتب القانونية , مصر , ٢٠١٢ , ص ٣٢ .
(٢٤) انظر الشيخ الطرابلسي ، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من أحكام ، الطبعة الاولى ، مطبعة بولاق مصر, ١٣٠٠ هـ ، ص ٥٢ . أشار اليه د. عبد الله على الخياري ، مصدر سابق ، ص ٣٥٠ .
(٢٥) د. عبد الله علي الخياري , عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية - دراسة مقارنة , بحث منشور في مجلة الحقوق , تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت , العدد الرابع , السنة التاسعة والعشرون , ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥ م , ص ٣٥١ .
(٢٦) انظر أحمد إبراهيم ، موجز في المرافعات الشرعية ، مطبعة الفتوح الأدبية ، ١٣٣٤هـ - ١٩٢٥، ص ٣٢ . أشار اليه القاضي عبد الرحمان شرفي ، مصدر سابق ، ص ٨٨ .
(٢٧) انظر د. عبد الله علي الخياري ، مصدر سابق ، ص ٣٥١ - ٣٥٢ .

(٢٨) الشيخ ابي الحسن علي بن عبد السلام التسولي ، البهجة في شرح التحفة ، الجزء الأول ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ـ لبنان , ١٤١٨ هـ ـ ١٩٩٨ م ، ص ٤٤ . انظر أيضاً الشيخ محمد علي بن حسين مفتي المالكية ، تهذيب الفروق ، الجزء الرابع ، الطبعة الاولى ، مطبعة عيسى الحلبي , ١٣٤٦ هـ ، ص ١١٨ . ابن ماجزيء , القوانين الفقهية ، دار العلم للملايين ، بيروت ـ لبنان ، ١٩٦٨ ، ص ٢٩٨ . اشار اليهم د. عبد الله علي الخياري ، مصدر سابق ، ص ٣٥٠ .

(٢٩) الشيخ الطرابلسي ، معين الحكام ، ص٣٥٠. محمد بن يوسف اطفيش ، شرح النيل ، الجزء السادس ، مطبعة الباروني ، مصر , ١٣٤٣هـ ، ص ٥٤٠. اشار اليهما د. عبد الله علي الخياري ، مصدر سابق ، ص ٣٥٠ .

(٣٠) انظر الشيخ محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، الجزء الاربعون , الطبعة السادسة , دار الكتب الاسلامية , طهران , ١٣٩٨ ، ص ٣٧١ . انظر ايضا السيد كاظم الحسيني الحائري ، القضاء في الفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية ، مجمع الفكر الإسلامي ، قم المقدسة ، ١٤٢٣هـ ، ص ٢٥٥ .

(٣١) الشيخ جعفر السبحاني ، نظام القضاء والشهادة ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص ٤٢ ـ ٤٣ .

(٣٢) انظر الشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، الجزء الرابع , الطبعة الاولى ، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ـ لبنان ، ١٤١٨هـ ـ١٩٩٧م ، ص ٣٥٠.الشيخ زين الدين ابن نجيم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الحقائق ، الجزء السابع ، شركة علاء الدين للطباعة والتجليد بلا سنة طبع ، ص ١٩١ ـ ١٩٤. انظر ايضاً الشيخ احمد بن يحيى بن المرتضى ، البحر الزخار ، الجزء الرابع ، الطبعة الاولى , ١٣٦٦ هـ ـ ١٩٤٧ م ، ص ٣٨٦ . الشيخ العنسي اليماني الصنعاني ، التاج المذهب لأحكام المذهب , الجزء الرابع ، الطبعة الاولى ، ص٣ . اشار اليهما د.عبد الله الخياري ، مصدر سابق ، ص٣٥٦.

(٣٣) انظر السيد كاظم الحسيني الحائري ، مصدر سابق ، ص ٢٥٨ .

(٣٤) انظر د. محمد الزحيلي ، القواعد الفقهية ، مصدر سابق ، ص ١٣٥ ـ ١٣٨ .

(٣٥) انظر الشيخ برهان الدين أبي الوفاء إبراهيم بن فرحون المالكي ، تبصرة الحكام في أُصول الأقضية ومنهاج الاحكام , الجزء الاول ، طبعة خاصة ، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع ، الرياض ـ المملكة العربية السعودية , ١٤٢٣ هـ ـ ٢٠٠٣ م ، ص٢٨٣ ـ ٢٨٨ . انظر أيضاً الشيخ تقي الدين ابن دقيق العيد ، إحكام الأحكام شرح عمدة الاحكام ، الجزء الثاني ، مطبعة السنة المحمدية ، القاهرة ، ١٣٧٢ هـ ـ ١٩٥٣ م ، ص ٢٩٧ . ابن رجب الحنبلي ،القواعد الفقهية ، الطبعة الاولى ، مطبعة مكتبة الخفاجي ، مصر ، ١٣٥٣هـ ـ ١٩٣٣م ، ص ٣٣٩. أشار اليهما د. عبد الله علي الخياري ، مصدر سابق ، ص٣٦١ .

(٣٦) انظر د.محمد مصطفى الزحيلي , وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية, الجزء الثاني , الطبعة الاولى , مكتبة دار البيان , دمشق ـ بيروت , ١٤٠٢ هـ ـ ١٩٨٢ م , ص ٥٣٣ ـ ٥٤١ .

(٣٧) انظر د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٤٠ . د. عبد الله علي الخياري ، مصدر سابق ، ص ٢٨٨ . د. عصام أنور سليم ، مصدر سابق ، ص ٩٥ . د. همام محمد محمود وغيره ، مصدر سابق ، ص ٨٢.

(٣٨) انظر د. رضا المزغني ، أحكام الإثبات ، معهد الإدارة العامة ، الرياض , ١٩٨٥، ص ٤٤ . أشار اليه د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٤١ . انظر أيضاً د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٩٥ ـ ٩٦ . د. همام محمد محمود وغيره ، مصدر سابق ، ص ٨٢ ـ ٨٣.

(٣٩) انظر د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٤١ . حسين رجب محمد ، مصدر سابق ، ص ١٥٩ .

(٤٠) علماً أن هذه المادة مقتبسة من المادة (٧٦) و (٧٧) من مجلة الأحكام العدلية ، انظر أ. علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، المجلد الاول ، مصدر سابق ، ص ٦٨ ـ ٧١ .

(٤١) انظر د. عصمت عبد المجيد , شرح قانون الإثبات , الطبعة الثانية , المكتبة القانونية , بغداد , ٢٠٠٧ ، ص ٧٠ .

(٤٢) انظر د. عباس العبودي , شرح أحكام قانون الاثبات العراقي , الطبعة الثانية , دار الكتب للطباعة والنشر , , جامعة الموصل , ١٩٩٧ , ص ٥٤ .

(٤٣) انظر د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص ٧١ .

(٤٤) انظر د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٤١ . د. همام محمد محمود ، مصدر سابق ، ص ٨٤ . د. عبد الله علي الخياري ، مصدر سابق ، ص ٢٩٥ .
(٤٥) انظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء الثاني والثالث , الطبعة الثالثة الجديدة , نهضة مصر , ٢٠١١ ، ص ٧٠ - ٧١ .
(٤٦) انظر د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص٤٢. د. ياسر باسم ذنون السبعاوي , نظرية الرجحان وتطبيقاتها في أدلة الاثبات المدني , دار الكتب القانونية , مصر , ٢٠١٣ ، ص ٢٧٧ .
(٤٧) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره ، مصدر سابق ، ص ٤٠ . المستشار أحمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ٤٦ . د. محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .
(٤٨) انظر د. سعدون العامري ، موجز نظرية الإثبات ، الطبعة الاولى ، مطبعة المعارف ، بغداد , ١٩٦٦ , ص ٢٤ . أشارت اليه سجى عمر شعبان ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .
(٤٩) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره ، مصدر سابق ، ص ٤٢ .
(٥٠) انظر د. عباس العبودي , شرح أحكام قانون الإثبات العراقي , مصدر سابق , ص ٥٥ . د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٤١ .
(٥١) انظر د. ياسر باسم ذنون السبعاوي , مصدر سابق , ص ٢٧٨ . حسين رجب محمد خلف الزيدي , مصدر سابق , ص ١٦٣ . سجى عمر شعبان , مصدر سابق , ص ٤٥ - ٤٦ .
(٥٢) انظر د. عصمت عبد المجيد البكر , مصدر سابق , ص ٧٢ .
(٥٣) انظر القاضي عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي , مصدر سابق , ص ٨٩ .
(٥٤) انظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , مصدر سابق , ص ٧٦ . د. عصام أنور سليم , مصدر سابق , ص ٩٨ . د. همام محمد محمود وغيره , مصدر سابق , ص ٨٥ - ٨٦ .
(٥٥) انظر سجى عمر شعبان , مصدر سابق , ص ٤٦ .
(٥٦) انظر د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٤٥ - ٤٦ .
(٥٧) د. سليمان مرقس , أُصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية , مصدر سابق , ص ٨٦ . د. جميل الشرقاوي , الإثبات في المواد المدنية , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٧٦ , ص ٢٧ . أشارت اليهما سجى عمر شعبان , مصدر سابق , ص ٤٦ .
(٥٨) انظر حسين رجب محمد مخلف الزيدي , مصدر سابق , ص ١٦٣ .
(٥٩) أشار اليه محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٤٦ .
(٦٠) انظر د. محمد يحى مطر , وسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية , الدار الجامعية , بيروت , ١٩٩١ ص ٢٥٩. اشار اليه د. محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص ١٩١. انظر أيضاً د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق, ص ٣٣٧ .
(٦١) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٢٠٥ . د. محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص ١٩١ . د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٣٣٨ . والقرائن على العموم , ماعدا القرائن القانونية القاطعة , أقل ضمانا من غيرها لأنها إستنتاجات , و ما أكثر خطأ الانسان في إستنتاجاته , ولذلك يجوز إثبات ما يخالفها بجميع طرق الإثبات . انظر المستشار أحمد نشأت , رسالة الإثبات , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ١٨٧ .
(٦٢) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٤٣ . د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٤٦ . د. عبد الله علي الخياري , مصدر سابق , ص ٢٩٦ .
(٦٣) انظر د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٤٦ . د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص٤٣ .
(٦٤) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص٤٣ . د. محمد حسين منصور, مصدر سابق , ص٤٧-٤٨.
(٦٥) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٢١١ . د. محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص١٩٣ .
(٦٦) انظر د. محمد حسين منصور , مصدر سابق , ص ١٦٧ .

(٦٧) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٤٣ . د. محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص ٣٢ . د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٣٤٦ . د. همام محمد محمود وغيره , مصدر سابق , ص٩٢ .
(٦٨) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٤٣ . د. محمد نصر محمد, مصدر سابق , ص٣٢ .
(٦٩) انظر المستشار أحمد نشأت , رسالة الإثبات , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ٢٠١ .
(٧٠) انظر د. محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص ١٩٨. المستشار أحمد نشأت , رسالة الإثبات , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ٢٠٢ .
(٧١) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٤٣ . د. محمد نصر , مصدر سابق , ص ١٩٨ .
(٧٢) انظر د. توفيق حسن فرج و غيره , مصدر سابق , ص ٢٢٤ . محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص٢٠٧ . د. محمد . حسين منصور , مصدر سابق , ص ١٧٢ . د. محمد حسن قاسم , ص ٣٤٨ .
(٧٣) انظر د. محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص ٢٠٧ . د. محمد حسين منصور , مصدر سابق , ص١٧٢.
(٧٤) انظر المستشار أحمد نشأت , رسالة الإثبات , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ١٨٨ . د. محمد حسين منصور , مصدر سابق , ص ١٧٤ . د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ٣٤٩ .
(٧٥) انظر المستشار أحمد نشأت , رسالة الإثبات , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ١٨٨ .
(٧٦) انظر د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٣٤٩ . د. محمد حسين منصور , مصدر سابق , ص١٧٤ .
(٧٧) انظر قرارها رقم ٢١٧ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٢ بتاريخ ٢٠ / ١١ / ٢٠١٢ (غير منشور) .
(٧٨) انظر المستشار أحمد نشأت , رسالة الإثبات , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ٢٠١ . د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص٢١٧ . د. عصام أنور سليم , مصدر سابق , ص ١٠٥ .
(٧٩) انظر المستشار أحمد نشأت , رسالة الإثبات , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ١٩٠ .
(٨٠) انظر قرار محكمة النقض المصرية في (الطعن رقم ١٠١١ لسنة ٤٧ ق جلسة ٢٧ / ١٢ / ١٩٨٣) . منشور لدى المحامي فرج محمد علي , مصدر سابق , ص ١٣٥ .
(٨١) انظر د. مصطفى إبراهيم الزلمي , أحكام الميراث والوصية في الفقه الإسلامي المقارن والقانون , وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - جامعة بغداد , بدون سنة طبع , ص ١٤٤ .
(٨٢) انظر المستشار أحمد نشأت , رسالة الإثبات , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ١٩٠ . المحامي فرج محمد علي , مصدر سابق , ص ١٢٩ .
(٨٣) انظر د. أحمد الكبيسي , الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته , الجزء الثاني , مكتبة السنهوري , بغداد , شارع المتنبي , بدون سنة طبع , ص٣٧- ٣٨ . انظر أيضاً قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم ٢٥٤٥ / الهيئة المدنية عقار / ٢٠٠٨ بتاريخ ١٤ / ١٢ / ٢٠٠٨ (غير منشور) .
(٨٤) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٤٤ . د. عصمت عبد المجيد بكر , مصدر سابق , ص٧٢. . د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٤٨ .
(٨٥) انظر د. عبد الله علي الخياري , مصدر سابق , ص ٢٩٧ .
(٨٦) انظر د. همام محمد محمود وغيره , مصدر سابق , ص ٩٢ . د. عصام أنور سليم , مصدر سابق , ص ١٠٥ . د. محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص ١٩٧ . د. ياسر باسم ذنون , مصدر سابق , ص ٢٨٠ .
(٨٧) انظر د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٤٨ .
(٨٨) انظر د. محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص ١٩٧ .
(٨٩) انظر المستشار أحمد نشأت , رسالة الإثبات , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ٤١٥ .
(٩٠) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٤٤ . د. محمد حسين منصور , مصدر سابق , ص ٤٨ .
(٩١) انظر المستشار أحمد نشأت , رسالة الإثبات , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ١٨٨ . د. ياسر باسم ذنون , مصدر سابق , ص ٢٧٩ .

(٩٢) انظر د. محمد حسين منصور , مصدر سابق , ص ١٦٢ . المستشار أحمد نشأت , رسالة الإثبات , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ١٨٧ . د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٢٠٧ .
(٩٣) انظر د. محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص ٢٠٢ . د. محمد حسين منصور , مصدر سابق , ص١٦٢ .
(٩٤) انظر د. محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص ٢٠٣ . د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٣٣٩ . د. محمد حسين منصور , مصدر سابق , ص ١٦٣ . د. همام محمد محمود وغيره , مصدر سابق , ص ٢٦٥ . د. عصام أنورسليم , مصدر سابق , ص ٣١١ .
(٩٥) انظر د. محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص ٢٠٦ .
(٩٦) انظر المستشار أحمد نشأت , رسالة الإثبات , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص ٤٢٦ .
(٩٧) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٢٠٧ .
(٩٨) انظر د. محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص ٢٠٢ .
(٩٩) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٢٠٧ . د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص٣٣٩ .
(١٠٠) انظر د. محمد نصر محمد , مصدر سابق , ص ٣٣ . د. عبد الله علي الخياري , مصدر سابق , ص ٢٩٩ . د. همام محمد محمود وغيره , مصدر سابق , ص ٩٨ . د. ياسر باسم ذنون , مصدر سابق , ص٢٨١ .
(١٠١) انظر سجى عمر شعبان , مصدر سابق , ص ٤٩ .
(١٠٢) انظر محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٥٠ . د. مصطفى أحمد أبو عمرو وغيره , مصدر سابق , ص ٣٧ .
(١٠٣) انظر د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٥١ . د. توفيق حسن فرج و غيره , مصدر سابق , ص ٤٦ . د. محمد حسين منصور , مصدر سابق , ص ٥٢ .
(١٠٤) انظر د. عصام أنور سليم , مصدر سابق , ص ٤٠ . د. همام محمد محمود وغيره , مصدر سابق , ص ٣١ . د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٨٩ .
(١٠٥) انظر سجى عمر شعبان , مصدر سابق , ص ٦٩ .
(١٠٦) انظر د. عصمت عبد المجيد البكر , مصدر سابق , ص ٣٨ - ٤٠ . د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٩٩ - ١٢٦ . د. محمد حسين منصور , مصدر سابق , ص٢١ - ٢٨. د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٣٣ .
(١٠٧) انظر د. محمد حسين منصور , مصدر سابق , ص ١٩ - ٢٠ . د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٨٩ . المستشار أحمد نشأت , رسالة الاثبات , الجزء الأول , مصدر سابق , ص ٤٤ - ٤٥ . سجى عمر شعبان , مصدر سابق , ص ٥٥ - ٦٠ .
(١٠٨) الشيخ مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد ابن الأثير الجزري , جامع الأُصول في أحاديث الرسول , الجزء العاشر , مكتبة دار البيان , بلا مكان طبع , ١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م , ص ١٧٤ , انظر ايضا الشيخ محمد بن إسماعيل الصنعاني , سبل السلام الموصلة الى بلوغ المرام , الجزء الثامن , الطبعة الاولى , دار إبن الجوزي , الرياض - المملكة العربية السعودية , ١٤١٨هـ , ص ٥٧ - ٥٩ .
(١٠٩) الشيخ برهان الدين بن فرحون المالكي , مصدر سابق , ص ٣٧ - ٣٨ .
(١١٠) الشيخ مجد الدين المبارك بن الأثير الجزري , مصدر سابق , ص ١٧٤ .
(١١١) انظر الشيخ جعفر السبحاني , نظام القضاء والشهادة , الجزء الأول , مصدر سابق , ص ٢٩٠ - ٢٩٩.
(١١٢) انظر محمد حبيب التجكاني , النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي , دار الشؤون الثقافية العامة , بغداد , بلا سنة طبع , ص٢٠٥ . د. عبد الكريم زيدان , نظام القضاء في الشريعة الإسلامية , الطبعة الاولى , مطبعة العاني , بغداد , ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م , ص ١٥٥ .
(١١٣) انظر الشيخ زين الدين إبن نجيم الحنفي , مصدر سابق , ص ٧ .

(١١٤) انظر الشيخ علاء الدين بن علي الحصكفي , الدر المختار شرح تنوير الأبصار , الجزء الثاني , الطبعة الثانية , مطبعة مصطفى الحلبي , ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦ م , ص ٢٠٢. اشار اليه حسين رجب , مصدر سابق , ص ٥٠ .
(١١٥) انظر د. عصام أنور سليم , مصدر سابق , ص ٤٣ . د. همام محمد محمود وغيره , مصدر سابق , ص٣٣ .
(١١٦) انظر د. عصام أنور سليم , مصدر سابق , ص ٤٣ . د. همام محمد محمود وغيره , مصدر سابق , ص٣٤ .
(١١٧) انظر د. عصام أنور سليم , مصدر سابق , ص ٤٥ . د. همام محمد محمود وغيره , مصدر سابق , ص ٣٧ . د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ٩٠ - ٩٤ .
(١١٨) انظر المواد (١٨ - ١٤٦) من قانون الإثبات العراقي , وتقابلها المواد (١٠ - ١٦٢) من قانون الإثبات المصري (موافق) .
(١١٩) انظر الشيخ الجزري , مصدر سابق , ص ١٧٤ . الشيخ الصنعاني , مصدر سابق , ص ٥٧ .
(١٢٠) انظر شيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي , المبسوط في فقه الأمامية , الجزء الثامن , المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية , بلا مكان طبع , ١٣٥١ ش , ص ١٥٧. انظر ايضاً الشيخ جعفر السبحاني, نظام القضاء والشهادة , الجزء الأول , مصدر سابق , ص ٣٤٧ .
(١٢١) انظر الشيخ السبحاني , مصدر سابق , ص ٣٤٧ - ٣٤٨ .
(١٢٢) انظر د. محمد سلام مدكور , القضاء في الإسلام , دار النهضة العربية , القاهرة , ١٩٦٤ , ص ٥١ وما يليها . أشارت اليه د.آمال الفزايري , ضمانات التقاضي - دراسة تحليلية مقارنة , منشأة المعارف, الاسكندرية , ١٩٩٠, ص ٧٥ .
(١٢٣) انظر سجى عمر شعبان , مصدر سابق , ص ١٢٣ - ١٢٥ .
(١٢٤) انظر قرار محكمة استئناف بغداد - الرصافة رقم ٤٣ بتاريخ ١٥ / ١ / ٢٠٠٥ (غير منشور) .
(١٢٥) انظر د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٣١ . د. محمد حسين منصور, مصدر سابق , ص ٢٠ .
(١٢٦) انظر قرارها رقم ١١٤٥ / شرعية / ١٩٧٠ في ٨ / ٧ / ١٩٧٠ . منشور في النشرة القضائية , يصدرها المكتب الفني بمحكمة تمييز العراق , العدد ٣ , السنة الاولى , ١٩٧١ , ص ٩ . أشارت اليه سجى عمر شعبان , مصدر سابق , ص ١٢٢ .
(١٢٧) انظر د. عصام أنور سليم , مصدر سابق , ص ٤٧ . د. همام محمد محمود وغيره , مصدر سابق , ص٣٩ .
(١٢٨) انظر د. سمير عبد السيد تناغو , النظرية العامة في الإثبات , دار المطبوعات الجامعية , ١٩٩٧ , ص ٢٧ . أشار اليه د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ١٠١ .
(١٢٩) الشيخ أحمد بن شعيب النسائي , سنن النسائي , الجزء الثامن , الطبعة الاولى , دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع , بيروت - لبنان , ١٣٤٨ هـ - ١٩٣٠ م , ص ٢٤٨ .
(١٣٠) إذ يشترط في الشهود صفات سبع وهي البلوغ والعقل والاسلام والايمان والعدالة وطهارة المولد وارتفاع التهمة , ومن مواطن التهمة شهادة من يجر بشهادته نفعاً أو يستدفع ضرراً . انظر الشيخ جعفر السبحاني , نظام القضاء والشهادة , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص٢٠٧ -٣١٣. السيد كاظم الحائري , مصدر سابق , ص٢٩٧ -٥٤٨.
(١٣١) انظر الشيخ جعفر السبحاني , نظام القضاء والشهادة , الجزء الثاني , مصدر سابق , ص٢٦٣ - ٢٦٨. السيد كاظم الحائري , مصدر سابق , ص ٣٥٧ - ٣٧٦ .
(١٣٢) انظر د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , مصدر سابق , ص ٣٦ - ٣٨ . د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص ١٠١ . د. عصمت عبد المجيد البكر , مصدر سابق , ص ٣٨ - ٣٩ . د. محمد حسن منصور , مصدر سابق , ص ٢١ - ٢٢ . د. توفيق حسن فرج وغيره , مصدر سابق , ص ٣٧ .
(١٣٣) انظر قرارها رقم ١٧١٧ / ادارية / ١٩٨٤-١٩٨٥ في ١٢ / ١ / ١٩٨٥. مجلة الأحكام العدلية , العددان الأول والثاني ١٩٨٥ ص ٥٣ - ٥٤. منشور لدى د. عصمت عبد المجيد بكر , مصدر سابق , ص

٣٩. انظر أيضاً قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم ١٠٦٣ بتاريخ ٢٣ / ١١ / ٢٠١٠ (غير منشور).

(١٣٤) سورة النساء , الآية ١٣٥ .

(١٣٥) انظر السيد كاظم الحسيني الحائري , مصدر سابق , ص ٧٣١ .

(١٣٦) البحار ج ٧٧ , وهو الروضة من البحار باب ما جمع من مفردات كلمات الرسول صلى الله عليه وآله , ص ١٧١ . أشار اليه السيد كاظم الحسيني الحائري , مصدر سابق , ص ٧٣٢ .

(١٣٧) انظر الشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , الجزء السادس , الطبعة الاولى , المكتبة الحبيبية , باكستان , ١٤٠٩ هـ -١٩٨٩م , ص ٢٢٥ - ٢٢٦ , انظر أيضا الشيخ جعفر السبحاني , نظام القضاء والشهادة , الجزء الأول , مصدر سابق , ص ٣٤٩ - ٣٥٠ .

(١٣٨) مصدر سابق , ص ٤١ . انظر أيضاً د. عصمت عبد المجيد , مصدر سابق , ص ٤٠ .

(١٣٩) انظر د . عبد الرزاق أحمد السنهوري , مصدر سابق , ص ٣٨ - ٣٩ . د. محمد حسن قاسم , مصدر سابق , ص١٠٤ - ١٠٥. د. عصام أنور سليم , مصدر سابق , ص ٥٦ - ٥٧ د. همام محمد محمود وغيره , مصدر سابق , ص ٤٦ - ٤٧ . د. محمد حسين منصور , مصدر سابق , ص ٢٢ - ٢٣ .

المصادر

القران الكريم

أولاً – كتب اللغة والمصطلحات :

١- جمال الدين محمد بن مكرم إبن منظور الأفريقي المصري , لسان العرب , الجزء الأول , الطبعة الاولى , مؤسسة الأعلمي للمطبوعات , بيروت , ١٤٢٦هـ – ٢٠٠٥ م .

ثانياً – كتب التفسير :

١- الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي , التبيان في تفسير القرآن , الجزء الثالث , الطبعة الاولى , مؤسسة النشر الإسلامي , قم المقدسة , ١٤٢٤هـ .

ثالثاً – كتب الحديث :

١- الشيخ أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي , السنن الكبرى , الجزء العاشر , الطبعة الاولى , مطبعة مجلس دائرة المعارف , الهند , ١٣٥٥هـ .

٢- الشيخ أحمد بن شعيب النسائي , سنن النسائي , الجزء الثامن , الطبعة الاولى , دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع , بيروت – لبنان , ١٣٤٨هـ –١٩٣٠م .

٣- الشيخ مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن الأثير الجزري , جامع الأصول في أحاديث الرسول , الجزء العاشر , مكتبة دار البيان , بلا مكان طبع , ١٣٩٢هـ –١٩٧٢م .

٤- الشيخ محمد بن إسماعيل الصنعاني , سبل السلام الموصلة الى بلوغ المرام , الجزء والثامن , الطبعة الاولى , دار إبن الجوزي , الرياض – المملكة العربية السعودية , ١٤١٨هـ .
٥- الشيخ محمد بن إسماعيل البخاري , صحيح البخاري , الجزء الرابع , شركة ومكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده , مصر , ١٣٧٣هـ – ١٩٥٣ م .

رابعا – كتب الفقه الاسلامي :
١- الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي الطوسي , المبسوط في فقه الإمامية , الجزء الثامن , المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية , بلا مكان طبع , ١٣٥١ش .
٢- الشيخ جعفر السبحاني , نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية الغراء , الجزء الأول والثاني , الطبعة الاولى , مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام , إيران – قم , ١٤١٨هـ-١٣٧٦ش .
٣- السيد كاظم الحسيني الحائري , القضاء في الفقه الإسلامي , الطبعة الثانية , مجمع الفكر الإسلامي , قم المقدسة , ١٤٢٣هـ .
٤- الشيخ محمد حسن النجفي , جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام , الجزء الخامس والثلاثون والأربعون , الطبعة السادسة , دار الكتب الإسلامية , طهران , ١٣٩٨ .
١- الشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , الجزء السادس , الطبعة الاولى , المكتبة الحبيبية , باكستان , ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م .
٢- الشيخ علاء الدين بن محمد بن علي الحصكفي , الدر المختار شرح تنوير الأبصار , الجزء الثاني , الطبعة الثانية , مطبعة مصطفى الحلبي , ١٣٨٦هـ – ١٩٦٦ م .
٣- الشيخ زين الدين إبن نجيم الحنفي , البحر الرائق شرح كنز الدقائق , الجزء السابع , شركة علاء الدين للطباعة والتجليد , بلا سنة طبع .
١- الشيخ شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني , مغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج , الجزء الرابع , الطبعة الاولى , دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع , بيروت – لبنان , ١٤١٨هـ – ١٩٩٧ م .

١- الشيخ إبن رجب الحنبلي , القواعد الفقهية , الطبعة الاولى , مطبعة مكتبة الخفاجي , مصر , ١٣٥٣هـ - ١٩٣٣ م .
٢- الشيخ أبو محمد عبد اللّه بن أحمد بن محمد بن قدامة , المغني , الجزء الثاني عشر , دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع , بيروت - لبنان , بلا سنة طبع .
٣- الشيخ علاء الدين أبي الحسن علي بن إسماعيل المرداوي , الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف , الجزء الحادي عشر , الطبعة الاولى , دار إحياء التراث العربي , بيروت - لبنان , ١٣٧٧هـ - ١٩٥٧ م .
١- الشيخ برهان أبو الوفاء إبراهيم بن فرحون المالكي , تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومنهاج الأحكام , الجزء الأول , طبعة خاصة , دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع , الرياض - المملكة العربية السعودية , ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣ م .

خامسا - كتب الفقه الاسلامي الحديث والمقارن :
١- د. أحمد الكبيسي , الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته , الجزء الثاني , مكتبة السنهوري , بغداد , شارع المتنبي , بلا سنة طبع .
٢- د. أسامة حجازي المسدي , الإثبات المقارن في الفقه الإسلامي والقانون السعودي والاماراتي , دار الكتب القانونية , مصر , ٢٠١٣ .
٣- القاضي عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي , تعارض البينات القضائية في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة , الطبعة الثانية , المكتب الإسلامي , بيروت , ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م .
٤- د. عبد الكريم زيدان , نظام القضاء في الشريعة الإسلامية , الطبعة الاولى , مطبعة العاني , بغداد , ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .
٥- أ. علي حيدر , درر الحكام شرح مجلة الأحكام , المجلد الأول والرابع , الطبعة الاولى , دار الكتب العلمية , بيروت - لبنان , ٢٠١٠ .
٦- محمد حبيب التجكاني , النظرية العامة للقضاء والإثبات في الشريعة الإسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي , دار الشؤون الثقافية العامة , بغداد , بلا سنة طبع .

٧- د. مصطفى إبراهيم الزلمي , أحكام الميراث والوصية في الفقه الإسلامي المقارن والقانون , وزارة التعليم العالي والبحث العلمي - جامعة بغداد , بلا سنة طبع .
٨- د. محمد الزحيلي , القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي , الطبعة الثانية , مجلس النشر العلمي , الكويت , ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م .
٩- د. محمد الزحيلي , وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية , الطبعة الاولى , مكتبة دار البيان , دمشق - بيروت , ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢ م .
١٠- د. محمد مصطفى الزحيلي , وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية , الجزء الثاني , الطبعة الاولى , مكتبة دار البيان , دمشق - بيروت , ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢ م .

سادسا - الكتب والمؤلفات القانونية :
١- د. آدم وهيب النداوي , الموجز في قانون الإثبات , مكتبة السنهوري للكتب القانونية , بغداد , ١٤١٠ - ١٩٩٠ م .
٢- المستشار أحمد نشأت , الجزء الأول والثاني , الطبعة السابعة , بدون مكان وسنة طبع .
٣- د. آمال الفزايري , ضمانات التقاضي - دراسة تحليلية مقارنة , منشأة المعارف , الإسكندرية, ١٩٩٠ .
٤- د. توفيق حسن فرج وغيره , قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت - لبنان , ٢٠٠٣ .
٥- حسين رجب محمد مخلف الزيدي , قواعد الترجيح بين أدلة الاثبات المتعارضة في الدعوى المدنية - دراسة مقارنة , الطبعة الاولى , مكتبة السنهوري , بغداد , ٢٠١١ .
٦- سجى عمر شعبان آل عمرو , دور الخصوم في الإثبات المدني - دراسة مقارنة , دار الكتب القانونية , مصر , ٢٠١٢ .
٧- د. عباس العبودي , شرح أحكام قانون الإثبات العراقي , الطبعة الثانية , دار الكتب للطباعة والنشر , جامعة الموصل , ١٩٩٧ .
٨- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني الجديد , الجزء الثاني والثالث , الطبعة الثالثة الجديدة , نهضة مصر , ٢٠١١ .

٩- د. عصام أنور سليم , النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية , الطبعة الاولى , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت – لبنان , ٢٠١٠ .
١٠- د. عصمت عبد المجيد , شرح قانون الإثبات , الطبعة الثانية , المكتبة القانونية , بغداد , ٢٠٠٧ .
١١- المحامي فرج محمد علي , عبء الإثبات ونقله – دراسة فقهية قضائية , الطبعة الاولى , المكتب الجامعي الحديث , الإسكندرية , ٢٠٠٤ .
١٢- د. محمد حسن قاسم , قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية , الطبعة الاولى , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت – لبنان , ٢٠٠٥ .
١٣- د. محمد حسين منصور , قانون الإثبات – مبادئ الاثبات وطرقه , بلا مكان وسنة طبع .
١٤- د. محمد نصر محمد , أدلة الإثبات في الانظمة المقارنة , الطبعة الاولى , مكتبة القانون والإقتصاد , الرياض , ١٤٣٣هـ – ٢٠١٢ .
١٥- د. همام محمد محمود وغيره , النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية , الطبعة الاولى , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت – لبنان , ٢٠١٠ .
١٦- د. ياسر باسم ذنون السبعاوي , نظرية الرجحان وتطبيقاتها في أدلة الإثبات المدني , دار الكتب القانونية , مصر , ٢٠١٣ .

ساسعاً – البحوث والتعليقات :

١- د. أحمد حبيب السماك , نظام الإثبات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي , بحث منشور في مجلة الحقوق , تصدر عن مركز دراسات الخليج والجزيرة العربية , العدد الثاني , السنة الحادية والعشرون , ١٤١٨هـ – ١٩٩٧ م.
٢- د. عبد الله علي الخياري , عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية – دراسة مقارنة , بحث منشور في مجلة الحقوق , تصدر عن مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت , العدد الرابع , السنة التاسعة والعشرون , ١٤٢٦هـ – ٢٠٠٥ م .

ثامنا – القوانين :

١- الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥ .

٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٣- قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .
٤- قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠ .
٥- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ .

تاسعا - مراجع الأحكام القضائية :

١- النشرة القضائية , تصدر عن مجلس القضاء الأعلى في جمهورية العراق, العدد الأول , السنة الرابعة , ٢٠١١ .

الثاني عشر - القرارات القضائية غير المنشورة :

١- قرار محكمة استئناف بغداد / الرصافة رقم ٤٣ بتاريخ ١٥ / ١ / ٢٠٠٥ .
٢- قرار محكمة التمييز الإتحادية في العراق رقم ٢٥٤٥ / الهيئة المدنية / عقار / ٢٠٠٨ بتاريخ ١٤ / ١٢ / ٢٠٠٨ .
٣- قرار محكمة التمييز الإتحادية في العراق رقم ١٠٦٣ بتاريخ ٢٣ / ١١ / ٢٠١٠.
٤- قرار محكمة التمييز الإتحادية في العراق رقم ٢١٧ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠١٢ بتاريخ ٢ / ١١ / ٢٠١٢ .