الطبيعة القانونية لليمين الحاسمة دراسة مقارنة

م.د. عمار محسن كزار الزرفي

نبذة عن الباحث :
تدريسي في كلية القانون - جامعة الكوفة ، رئيس فرع القانون الخاص في كلية القانون جامعة الكوفة .

The legal nature of the critical right of the comparative study

Abstract:

It has set up laws successive elimination among the people , to save the rights and the administration of justice, and if the dispute to the judiciary was on the applicant to provide evidence that proves his claim , it could not do so does not cost a defendant , but was sworn in , and as stipulated in Article (7/1) of proof of Iraqi law No. 107 of 1979 by saying (on the evidence of the claimed and Yemen of Langerhans) .

But the right to direct the crucial right is not limited to one without the other discount rivals , the Article (114/1) of the Iraqi law of evidence that (for each of the two rivals with permission from the court to draw the crucial right to the other discount) .

If not available for any of the two rivals evidence to prove , whether the opponent is

from the suit does not have any evidence to prove Aaih or raised by the lawsuit does not have any evidence to prove him, he may ask the court to the crucial right guidance to his opponent , which is either swear and fall lawsuit , or attribute it to her face, or eliminated once to withdraw from.

The exception Iraqi law of evidence , like the Egyptian law of evidence , of any text shows the legal description of the critical right , and I've gone the direction of Fiqh that we should be for us to investigate the nature of the right of the text of the rules of civil law , has divided the owners of this trend on two opinions , he went first opinion the right to be critical of a contractual description , has divided supporters of this view , there are two views , it has been suggested that the crucial right is a kind of conciliation between the parties, as was also said that the crucial right close to the arbitration, While he went the other opinion that the crucial right of description is a contractual, has divided supporters of this view , there are two views , it has been suggested that the oath critical is the waiver of the right claimed , as was also said that oath policeman behaved, but this trend idiosyncratic did spared from criticism by both the two views, and on both of the two views.

The latest trend went from the Hadith that he should investigate the nature of the right side of jurisprudence based on the rules of justice because the right system requirements of justice to reduce the disadvantages of proof curricula, but justice itself also requires the inadmissibility of arbitrariness in directing the decisive oath, preferably Iraqi legislator text of this descriptions, including Mstonsa went to him the trend of jurisprudence , We propose to have the text of the article (114/1) as follows (for each of the two rivals with permission from the court to draw the crucial right to the other opponent, according to the requirements of justice) as well as to emphasize the inadmissibility of abuse in the oath should be in the text itself

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أكرم الخلق أجمعين حبيب إله العالمين أبي القاسم محمد وآله الطيبين الطاهرين ، وأما بعد فإن الحديث عن موضوع الطبيعة القانونية لليمين الحاسمة – دراسة مقارنة ، يقتضي بنا ان نمهد له بمقدمة تتضمن كل من المحاور الآتية (موضوع البحث ، أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره ، منهجية البحث ، خطة البحث) .

أولا : موضوع البحث

لقد اقامت الشرائع المتعاقبة القضاء بين الناس لحفظ الحقوق واقامة العدل ، وعندما ينظر القاضي في الدعاوى التي ترفع امامه ، فإنه يصدر احكامه بناءً على الأدلة التي تقدم اليه ، فمن دون دليل اثبات لا يمكن حماية الحق المتنازع عليه ، فإذا عُرض موضوع النزاع على القضاء ، كان على المدعي تقديم الدليل الذي يثبت صحة ادعائه ، فإن تعذر عليه ذلك فلا يكلف المدعى عليه الا بحلف اليمين .

وهذا ما يؤكده نبينا الاكرم محمد صلى الله عليه وآله وسلم بقوله (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) ، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة (٧ / اولا) من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وبالصياغة نفسها ، في حين نصت المادة (١) من قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بأن (على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه) .

الا ان حق توجيه اليمين الحاسمة ليس مقصورا على احد الخصمين دون الخصم الآخر ، فقد نصت المادة (١١٤/ اولا) من قانون الاثبات العراقي على ان (لكل من الخصمين بإذن من المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر) ، كما نصت المادة (١١٤) من قانون الاثبات المصري على انه (يجوز لكل من الخصمين ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر ، على انه يجوز للقاضي ان يمنع توجيهه اليمين اذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها) .

فإذا لم يتوفر لأي من الخصمين دليلاً للإثبات ، سواء اكان هذا الخصم هو من رفع الدعوى ولا يملك دليلا لإثبات ادعائه ام من رفعت عليه الدعوى ولا يملك دليلا لإثبات دفعه ، فله ان يطلب من المحكمة توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه ، وهو اما ان يحلف فتسقط الدعوى ، او يردها على من وجهها ، او يقضى عليه بمجرد النكول .

فتوجيه اليمين الحاسمة تصرف قانوني يريد به من يوجه اليمين ان يحتكم الى ضمير خصمه ويتحمل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية ، وهي بهذا الوصف ليست الا علاجا يحد من مساوئ تحديد الادلة واستدراك النقص الذي تسببه قواعد الاثبات ، وذلك دعما للحقيقة وتحقيقا للعدالة ، الا ان العدالة ذاتها تقتضي ايضا بأن لا يتعسف الخصم في طلب توجيه اليمين ، وان لا يتعسف القاضي في منع توجيهها

ثانياً : أهمية موضوع البحث وأسباب اختياره

اذا تخلف الدليل انهدم الركن الثالث من اركان الاثبات التي تتمثل في كل من النص ، والواقعة التي ينطبق عليها النص ، والدليل الذي يثبت وجود الواقعة .

ومن هنا ظهرت اهمية اليمين لتدارك هذا الاشكال وذلك منذ ان تطورت ذهنية الانسان وانفتحت على الاعتقاد بوجود قوة مسيطرة على هذا الكون تكافئ على الخير وتجازي عن الشر ، ويؤكد ذلك قوله تعالى ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ اللَّهُ وَلَا يَنْظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [آل عمران : ٧٧] .

وليست اليمين الكاذبة جريمة دينية فقط بل هي جريمة معاقب عليها قانوناً ، فإذا ثبت كذب اليمين بحكم جزائي فإن للخصم الذي اصابه ضرر منها ان يطلب التعويض ، دون اخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده بسبب اليمين الكاذبة .

وتعد اليمين الحاسمة من اهم ادلة الاثبات في القوانين الحديثة ، لأنها يمكن ان تعوض عن عدد من الادلة الاخرى اذا تخلف اي منها عن الدعوى ، في حين لا يصح ذلك لغيرها من الادلة وذلك بسبب علاقة كل دليل من ادلة الاثبات بموضوع معين من مواضيع الدعوى ، بحيث لا يمكن اثبات ذلك الموضوع الا بذلك الدليل ، فقد قيد القانون المدعي في اثبات ما يدعيه ، بالأدلة التي حددها القانون وفي الحدود التي يجيزها القانون ، فهناك تصرفات قانونية لا يمكن اثباتها الا بالكتابة ، وهناك وقائع قانونية لا يمكن اثباتها الا بالشهادة ولكن يجوز اللجوء الى اليمين اذا خلت الدعوى من هذين الدليلين.

ويتضمن طلب توجيه اليمين الحاسمة النزول عما عداها من ادلة الاثبات ، بالنسبة للواقعة التي يرد عليها اذا بقى طالبها مصراً على توجيهها ، وذلك سعيا وراء الاستقرار ، وبهدف الوصول الى الحقيقة القضائية وهي حقيقة نسبية قد تختلف عن الحقيقة الواقعية ، ولا مانع يمنع الخصوم من توجيه اليمين الحاسمة بعد تقديم ادلة اثبات اخرى ، او عند عدم نجاح هذه الادلة .

وفضلاً عن كل ما تقدم ، فإذا كانت اليمن الحاسمة لا توجه الى المدعى عليه الا بناءً على طلب من المدعي واذن من القاضي فإن تحديد الطبيعة القانونية لهذه اليمين ، يبين لنا حدود حق الخصم في طلب توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه ، وحدود سلطة القاضي في الاذن بتوجيه هذه اليمين من عدمه ، وبالرغم من اهمية هذا الموضوع الا انه لم يبحث بشكل وافٍ في مجال الدراسات القانونية ، الأمر الذي حدا بي الى اختياره محلاً للبحث .

ثالثاً : منهجية البحث

سيشمل نطاق البحث كل من الفقهين العراقي والمصري لما بينهما من ترابط موضوعي في الآراء . اما بالنسبة الى موقف القانون فسيكون في نطاق قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وقانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ كون ان القانون المصري يمثل احد مصدري التاريخيين للقانون العراقي ، كما سيتم التطرق الى بعض نصوص القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ والقانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ ،

بالإضافة الى قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وقانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ .

اما بخصوص الجانب العملي التطبيقي فسيتم اعتماد احكام القضاء العراقي واحكام القضاء المصري لتقارب القوانين في ذلك البلد مع القوانين العراقية ، وذلك استناداً الى المادة (٣/١) من القانون المدني العراقي رقم والتي نصت على انه (وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية) .

رابعاً : خطة البحث

تقتضي دراسة موضوع الطبيعة القانونية لليمين الحاسمة ، تقسيم هذا البحث على مبحثين مسبوقة بتمهيد ، أما التمهيد فسنخصصه للتعريف باليمين الحاسمة .

وأما المبحث الأول فسنخصصه لتكييف اليمين الحاسمة استناداً لقواعد القانون المدني وسنقسمه على مطلبين ، نبين في المطلب الأول الوصف التعاقدي لليمين الحاسمة ، ثم نوضح في المطلب الثاني الوصف غير التعاقدي لليمين الحاسمة .

اما المبحث الثاني فسنخصصه لتكييف اليمين الحاسمة استناداً لقواعد العدالة وسنقسمه على مطلبين ، نبين في المطلب الأول بأن اليمين الحاسمة تحد من مساوئ مناهج الاثبات ، ثم نوضح في المطلب الثاني عدم جواز التعسف في توجيه اليمين الحاسمة .

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

تمهيد في التعريف باليمين الحاسمة

اليمين وسيلة للإثبات منذ اقدم العصور ، ولقد تعددت اشكالها وطريقة ادائها في المجتمعات قديما بحسب العقائد والاديان والافكار التي تسودها ، وكانت سائدة عند العرب قبل الاسلام فأقرها الشارع الاسلامي الحنيف بما يتفق مع العقيدة السليمة ، وبقيت كذلك في الشرائع والقوانين حتى العصر الحاضر ، رغم تباين العقائد والافكار [١] .

ولقد وردت اليمين في لغة العرب على وجوه ، فيقال لليد اليمنى يمين [٢] واليمين من القسم والايمان جماعته ايضا [٣] وقيل انما سميت بذلك لأنهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه [٤] .

اما اصطلاحا فاليمين بوجه عام قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على انجاز ما يعد ، ويستنزل عقابه اذا ما حنث [٥] .

فاليمين تكون اما لتوكيد قول او لتوكيد وعد ، فاليمين لتوكيد قول هي اليمين التي تؤدى لتوكيد صدق الحالف فيما يقرره ، ومثال ذلك اليمين التي يحلفها المنكر ، واليمين لتوكيد وعد هي اليمين التي تؤدى لتوكيد انجاز وعد اخذه الحالف على نفسه ، ومثال ذلك اليمين التي يحلفها القضاة ورجال النيابة والخبراء والشهود وبعض الموظفين على ان يؤدوا اعمالهم بالأمانة والصدق أو ان يقرروا الحق فيما به يشهدون [٦] .

واليمين لتوكيد قول هي التي تعنينا هنا لأنها هي التي تدخل في منطقة الإثبات ، وهي اما ان تكون يمينا قضائية تؤدى امام القضاء ، او غير قضائية تؤدى خارج مجلس القضاء [٧] .

وتعرف اليمين القضائية بأنها اشهاد الله سبحانه وتعالى على صحة ما يدعيه الحالف ، او عدم صحة ما

يدعيه الخصم الآخر [٨] ويكون تأديتها بأن يقول الحالف : (اقسم بالله العظيم) ويؤدي الصيغة التي اقرتها المحكمة [٩] وقد اعتاد كثير من الناس على ان لا يخشوا الحلف بالله عز وجل وان يخشوا الحلف بكلام الله ، او بولي من اولياء الله ، ولكن لا يمكن قانوناً اجبارهم على الحلف بغير الصيغة التي نص

عليها القانون او طبقاً للأوضاع المقررة بديانتهم [١٠] .

ولا يجوز توجيه اليمين الا الى الخصم الاصلي في الدعوى ، فلا يجوز توجيهها للوكيل الا في واقعة خاصة به تدخل في نطاق توكيله ، ولا يجوز مطلقاً توجيه اليمين للوكيل عن واقعة خاصة بالموكل ، ولا يجوز لمدين المدين ان يوجه اليمين لدائن دائنه لأن دائن الدائن ليس الا وكيلاً عن الدائن انما يجوز له ان يدخل دائنه هو في الدعوى ثم يوجه له اليمين لأنه خصمه الاصلي في الدعوى [١١] .

اما اليمين غير القضائية فتخضع للقواعد العامة في الاثبات [١٢] والنتائج التي تترتب على حلفها هي النتائج التي اتفق عليها الطرفان ، ويندر ان يلجأ الخصوم الى الاتفاق على يمين غير قضائية [١٣] .

واليمين القضائية هي التي تهمنا في مجال البحث لأنها تخضع للقوانين الخاصة في الاثبات ، وتنقسم اليمين القضائية على نوعين حاسمة ومتممة ، واليمين الحاسمة هي اليمين التي يوجهها الخصم الى خصمه ليحتكم بها الى ضميره لحسم النزاع الذي لم يتوفر فيه دليل اثبات [١٤] .

وقد نصت المادة (١١٤/ اولا) من قانون الاثبات العراقي على ان (لكل من الخصمين بإذن من المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر) [١٥] .

وسميت بالحاسمة لأنها تؤدي الى حسم النزاع ، فإذا حلف من وجهت اليه اليمين حكم له وخسر من وجهها دعواه ، وان نكل كان بمثابة اقرار ضمني بالحق المطالب به وقضي به لخصمه [١٦] كما انه قد يعتمد موقف رد اليمين على من وجهها اليه ، وهو اما ان يحلف فيحكم له او ينكل فيحكم عليه [١٧] .

في حين نصت المادة (١١٤/ ثانيا) من قانون الاثبات العراقي على ان (اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى) [١٨] .

ونحن لا نتفق مع ما ورد في هذا النص من تعريف ، وذلك لأن الدعوى لا تنتهي باليمين الحاسمة بل

عندما يكتسب الحكم القضائي الدرجة القطعية ، وهو لا يكون كذلك الا اذا استنفذ جميع طرق الطعن بالأحكام [١٩] وحبذا لو استأنس المشرع العراقي بما ذهب اليه الفقه

من تعريف لهذه اليمين ، ونقترح ان يعرفها بأنها (قول يقسم فيه الخصم بالصيغة التي اقرتها المحكمة على صحة ما يدعيه او على عدم صحة ما يدعيه الخصم الآخر ، للفصل في النزاع الذي لم يتوفر فيه أي دليل) .

اما اليمين المتممة فهي اليمين التي يوجهها القاضي الى أي من الخصمين ليستكمل بها الادلة التي قدمها هذا الخصم ، وتكوين قناعته حتى يفصل في الحكم [٢٠] .

وقد نصت المادة (١٢٠) من قانون الاثبات العراقي على ان (للمحكمة ان توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل ، لتبني بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى او في قيمة ما تحكم به) [٢١] .

فهي كما يتضح من اسمها لا توجه الا اذا كان هناك دليل ناقص ويريد القاضي تكملته ، ولا توجه اذا لم يكن هناك دليل اصلاً [٢٢] ويحسن بالقاضي الا يلجأ اليها الا نادرا ، لأن اليمين المتممة في الواقع تخرج به عن وظيفته ، اذ ليس من وظيفة القاضي اصلا ان يضيف للخصم دليلا على الادلة التي قدمها في الدعوى ، وانما وظيفته تنحصر في تقدير الأدلة المقدمة اليه من الخصوم [٢٣] فبالرغم من ان قانون الاثبات العراقي قد وسع من سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة والزمه بتحري الوقائع لاستكمال قناعته وذلك بموجب المادتين الاولى والثانية منه المتعلقتين بأهداف هذا القانون [٢٤] بخلاف ما عليه الحال في قانون الاثبات المصري الذي خلا من نصين مماثلين ، وهذا اتجاه يحمد عليه المشرع العراقي وينتقد عليه المشرع المصري ، الا ان على القاضي ان يكون عقيدته من مجموع ما يقدمه الخصوم من ادلة [٢٥] ثم ان القاضي لا يحتاج الى اليمين لتمكين الاطمئنان من نفسه ، لأن من يخفق في اثبات دعواه يبوء بالخسارة ، ولا يستشعر القاضي حرجا في القضاء لخصمه عليه ، لأنه ينزل في ذلك على حكم القانون [٢٦] .

وبذلك فإن توجيه اليمين المتممة من القاضي ليس الا واقعة قانونية ، اذ هي عمل مادي محض ، ولا تنطوي على أي تصرف قانوني [٢٧] لذا فإن نطاق بحثنا ينحصر باليمين الحاسمة كونها تصرفا قانونيا

وبقدر ما يتعلق الأمر بموضوع البحث ، فقد نص القانون على تكليف من اقام الدعوى اثبات صحتها بالدليل الراجح ، فاذا اخفق في ذلك فإنه يكون معرضا لخسارة دعواه ولا يبقى امامه الا خيار اللجوء الى ضمير خصمه ، فيوجه اليه اليمين الحاسمة [٢٨] فإن حلفها الخصم فقد اثبت بذلك ان ضميره راضٍ بإنكار صحة الادعاء ، ولما كان هذا الادعاء لا دليل عليه ، لم يبقَ بد من رفضه ، وان نكل كان هذا النكول اقرار ضمني بصحة الادعاء ، فوجب الحكم عليه بمقتضى هذا الاقرار [٢٩] .

فقد نصت المادة (٧ / اولا) من قانون الاثبات العراقي على ان (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) ، في حين نصت المادة (١) من قانون الاثبات المصري بأن (على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه) ونحن نتفق مع ما استخدمه المشرع العراقي من مصطلحي (المدعي والمدعى عليه) ، بخلاف ما استخدمه المشرع

المصري من مصطلحي (الدائن والمدين) وذلك لأننا لا نزال في مجال الإثبات ، وبالتالي فلا يمكن ان يكتسب المدعي لصفة الدائن ولا المدعى عليه لصفة المدين ، حتى ننتهي من نطاق دائرة الإثبات ، فالأصل براءة الذمة [٣٠] .

ومن جهة اخرى فقد وضع المشرع العراقي معيارا لتمييز المدعي من المدعى عليه ، فقد نصت المادة (٧ / ثانياً) من قانون الإثبات العراقي على ان (المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل) ، في حين خلا قانون الإثبات المصري من نص مماثل .

والظاهر هو عبارة عن وضع او موقف ثابت في نظر الكافة فيُضن انه الوضع اوالموقف الحقيقي[٣١]

فسبب تكليف المدعي بالدليل هو تمسكه بخلاف الظاهر [٣٢] وسبب تكليف المدعى عليه باليمين هو احتمالية ان يكون الحق عكس الظاهر ، فهذا الظاهر لا يسنده الا ظناً قوياً ، فكانت الحاجة ضرورية

لهذه اليمين [٣٣] الا ان المشرع العراقي بعد ان وضع معياراً دقيقاً لتحديد المدعي في الشطر الأول من هذه الفقرة وذلك بقوله (المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر) [٣٤] فإنه قد وقع في خلل عند تحديده للمدعى عليه في الشطر الثاني من الفقرة نفسها ،وذلك بقوله (والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل) وكأن الظاهر هو الأصل نفسه ، في حين ان الظاهر اعم من الأصل وما الأصل الا نوع من انواع الظاهر اذ ان للظاهر ثلاثة انواع تتمثل بالظاهر أصلاً والظاهر عرضاً والظاهر فرضاً ، فالظاهر اصلاً هو ما كان ظاهرا بحسب اصله وطبيعته ، ويمثل العادي والمألوف بين الناس فيعتمدون عليه في معاملاتهم [٣٥] والظاهر عرضا هو ما اقام المدعي الدليل عليه بالطرق القانونية خلافا لما كان ظاهراً اصلا [٣٦] والظاهر فرضا هو ما يفترض ثبوته عن طريق القرائن القانونية القضائية [٣٧] .

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

فإذا قام المدعي بتقديم الدليل على ما يدعيه خلافا للظاهر اصلا انتقل عبء الاثبات الى الطرف الآخر في الخصومة [٣٨] فينقلب المدعى عليه في الدعوى مدعيا في الدفع [٣٩] ويستطيع بدوره ان ينفي ادعاءات خصمه وان يثبت عكسها [٤٠] فإن اثبت خلاف الظاهر عرضا ارتد عبء الاثبات على عاتق خصمه [٤١] وهكذا ينتقل عبء الاثبات بين كلا الخصمين الى ان يعجز احدهما عن الاثبات [٤٢] فلا يبقى امامه إلا ان يطلب توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه ، وبذلك فلا يشترط ان يكون المدعي هو رافع الدعوى ، او ان يكون المدعى عليه هو من رفعت عليه الدعوى [٤٣] .

ويتضح من ذلك الفرق بين المدعي اصلا في الدعوى ، وبين المدعي عرضا وهو المدعى عليه الذي يصبح مدعيا عند دفعه بادعاء جديد [٤٤] لهذا يقال على حد تعبير القاعدة الرومانية : ان صاحب الدفع مدع ، فعليه اقامة الدليل على ما دفع به [٤٥]

فالذي يوجه اليمين الحاسمة هو أي من الخصمين يكون عليه عبء اثبات واقعة قانونية فالمدعي وهو الذي عليه عبء اثبات الدعوى ، والمدعى عليه وهو الذي يثبت الدفع ، يستطيع أي منهما ان يوجه اليمين الى خصمه فيما يجب عليه هو ان يثبته ،فيستبدل بعبء الاثبات الاحتكام الى ضمير الخصم [٤٦]

ولما كانت اليمين الحاسمة من شأنها ان تفصل في النزاع الذي لم يتوفر فيه أي دليل للإثبات ، فإن التساؤل قد ثار حول الطبيعة القانونية لليمين الحاسمة ، وقد ذهب اتجاه من الفقه الى انه ينبغي تقصي طبيعة اليمين من الناحية الفقهية ، في نصوص قواعد القانون المدني .

في حين ذهب اتجاه آخر الى ان اليمين الحاسمة هي نظام مستمد من قواعد العدالة ، الأمر الذي يقتضي تقسيم هذا البحث على مبحثين ، نتناول في المبحث الأول تكييف اليمين الحاسمة استنادا لقواعد القانون المدني ، ونبين في المبحث الثاني تكييف اليمين الحاسمة استنادا لقواعد العدالة .

المبحث الأول: تكييف اليمين الحاسمة استنادا لقواعد القانون المدني

ذهب اتجاه من الفقه الى اننا ينبغي ان نتقصى طبيعة اليمين من نصوص قواعد القانون المدني ، فالحقوق تستند في وجودها الى القانون فكل الحقوق ترد الى القانون لأنه هو الذي ينظمها ويحميها ، ولكن القانون يعتبر المصدر غير المباشر لكل الحقوق ، اما المصدر المباشر للحقوق فيتمثل بالواقعة القانونية بمعناها الواسع ، وهي حادث يقع فيرتب عليه القانون اثراً ، سواء اكان الحادث من قبل الطبيعة ام من فعل الانسان ، وسواء اكان فعل الانسان عملاً مادياً ام تصرفا ارادياً ، ولقد اصطلح على تسمية الاحداث التي هي من فعل الطبيعة وكذلك الافعال اللاإرادية للإنسان بالوقائع القانونية بمعناها الضيق ، اما التصرفات والافعال الارادية للإنسان فقد اصطلح على تسميتها بالتصرفات القانونية ، اذ هي ليست وقائع مادية بل هي اعمال ارادية بحتة وهو اتجاه الارادة لإحداث نتائج قانونية معينة ، لذلك فإن مصدري الحق هما الوقائع القانونية والتصرفات القانونية [٤٧] .

والتصرف القانوني قد يكون من صادرا من جانبين اي عقدا ، وقد يكون صادرا من جانب واحد اي ارادة منفردة [٤٨] .

وتوجيه اليمين الحاسمة تصرف قانوني يريد به من يوجه اليمين ان يحتكم الى ضمير خصمه ويتحمل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية ، وقد ساوى القانون بين الطرفين من حيث احتكام كل منهما الى ضمير الآخر فأجاز لمن وجهت اليه اليمين ان يردها على

موجهها [٤٩] على النحو الذي نصت عليه كل من المادة (١١٤/ اولا) من قانون الاثبات العراقي ، والمادة (١١٤) من قانون الاثبات المصري السابق ذكرهما .

ولقد ثار الخلاف حول الوصف القانوني لهذا التصرف الذي يتمثل بتوجيه اليمين الحاسمة [٥٠] وقد انقسم اصحاب هذا الاتجاه على رأيين ، ذهب الرأي الأول الى ان اليمين الحاسمة ذات وصف تعاقدي في حين ذهب الرأي الآخر الى ان اليمين الحاسمة ذات وصف غير تعاقدي [٥١] على النحو الذي سنوضحه في المطلبين الآتيين .

المطلب الأول: الوصف التعاقدي لليمين الحاسمة

لقد ذهب رأي من اصحاب الاتجاه الاول ، الى ان اليمين الحاسمة ذات وصف تعاقدي ، وقد انقسم انصار هذا الرأي على قولين ، فقد قيل ان اليمين الحاسمة هي نوع من الصلح بين الطرفين ، كما قيل ايضاً ان اليمين الحاسمة قريبة من التحكيم ، على النحو الذي سنتطرق اليه في الفرعين الآتيين .

الفرع الأول: اليمين الحاسمة نوع من الصلح

لقد ذهب قول الى ان اليمين الحاسمة هي نوع من الصلح بين الطرفين ، على انه اذا اداها الخصم الموجهة اليه كان محقا في زعمه وكسب دعواه ، وان نكل عنها كان مبطلا وخسر دعواه ، واذا ردها

على خصمه كسب هذا دعواه اذا حلفها وخسرها ان نكل عنها [٥٢] .

وقد كان القضاء المصري قد جرى على ذلك ، قبل صدور القانون المدني المصري لسنة ١٩٤٨ [٥٣] .

ولكن مذهب الفقه والقضاء في هذا الشأن قد تعرض لنقد فريق من الفقهاء ، فالذي يقطع انها ليست بصلح ان الصلح يقتضي نزول كل من المتصالحين عن جانب من ادعائه ، ولكن هنا اما ان يقضى بالحق كله او يرفض كله ، فمن يوجه اليمين لا ينزل عن شيء دون شيء ، فهو اما ان يخسر كل دعواه او ان يقضى له بها كلها ، فاذا ما خسر دعواه او كسبها فليس ذلك مترتبا على ارادته ، بل هي النتيجة المحتمة لاحتكامه الى ضمير خصمه ، وضمير الخصم هو الذي حكم اما بخسارة الدعوى اذا حلف الخصم ، او بكسبها اذا نكل [٥٤] .

كما يشترط في الصلح رضاء الطرفين ، وهنا الخصم موجه اليمين يضطر الى توجيهها عند عجزه عن تقديم الدليل على دعواه ، والخصم الموجهة له اليمين مرغم على تأديتها او ردها على خصمه ولذلك سماها الرومان بالصلح الاضطراري او الصلح الجبري [٥٥] .

إضافة الى كل ما تقدم فإن من القواعد المقررة في القانون المدني انه لا يجوز الصلح الا في الحقوق المالية فقط ، فقد نصت المادة (٧٠٤) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ على انه (١- يشترط ان يكون المصالح عنه مما يجوز اخذ البدل في مقابلته ويشترط ان يكون معلوما ان كان مما يحتاج الى القبض والتسليم . ٢- ولا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام او الآداب ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية) .

في حين نصت المادة (٥٥١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ على انه (لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية او بالنظام العام ، ولكن يجوز الصلح على المصالح المالية التي تترتب على الحالة الشخصية) .

وبذلك فإذا كان الصلح يجوز في المسائل المالية الصرفة ، وفي قضايا الاحوال الشخصية المتعلقة بالحقوق المالية كتقدير نفقة او الاثاث الزوجية او المهر المؤجل ، فإنه لا يجوز في المنازعات المتعلقة بالحالة الشخصية الصرفة الناشئة من قضايا الاحوال الشخصية كالمنازعات المتعلقة بالنسب وصحة او بطلان الزواج والولاية على الصغار والوصاية عليهم لأنها تتعلق بالنظام العام [٥٦] في حين ان اليمين الحاسمة يمكن ان ترد على هكذا منازعات ، وبالتالي فلا مجال للقول بأن اليمين الحاسمة نوع من الصلح .

الفرع الثاني: اليمين الحاسمة قريبة من التحكيم

لقد ذهب قول آخر الى ان اليمين الحاسمة قريبة من التحكيم ، من جهة كون من يوجهها يحكم ذمة خصمه في النزاع [٥٧] .

والتحكيم اتفاق على اناطة حل ما ينشأ بين الافراد من خلاف على محكمين ليفصلوا فيه بعيدا عن اجراءات القضاء الاعتيادي [٥٨] .

انما يلاحظ ان الحكم او المحكم في عقد التحكيم شخص ثالث غير الطرفين المتنازعين ، ويجب ان يكون التحكيم برضاء الطرفين ، ومن توجه اليه اليمين لا يشترط رضاؤه بها ، بل هو مجبر على تأديتها او ردها على خصمه ، وفضلاً عن ذلك فإن احكام المحكمين يجوز استئنافها ما لم يكن متفقا على خلاف ذلك ، اما الحكم الناتج عن اليمين فلا يجوز استئنافه [٥٩] .

كما ان الحكم لا يفصل في النزاع وفقا لقواعد القانون التي يطبقها القضاء ، وانما على ضوء قواعد العدالة والانصاف التي يتباين الحل المستمد منها عن الحل الناتج عن تطبيق قواعد القانون على ذات النزاع [٦٠] وهذا بخلاف ما عليه الحال في اليمين الحاسمة التي تفصل في النزاع استنادا لقواعد قانون الاثبات ، وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة استئناف القاهرة بحكمها الصادر في ٩ / ٣ / ٢٠١١ بأن (تميز التحكيم بذاتيته يعني ان له تطبيقاته المستقلة عن القضاء وصياغته الفنية المغايرة ، وكذلك قواعده الخاصة التي تفرضها العملية التحكيمية ومقاصدها القائمة على مفاهيم ليست هي بالضرورة مفاهيم وقواعد القانون الذي يطبقه القضاء وان تشابهت في كثير من الاحيان ، ذلك ان هذا القانون الاخير لصيق بقضاء الدولة ويتعلق بتنظيم سلطة عامة من سلطاتها الجوهرية لإقامة العدل بين مواطنيها ، ومن ثم كانت المبادئ التي يقوم عليها تلاءم الاوضاع القضائية التي يحكمها في كل دولة ، اما القواعد التي تنظم التحكيم وتحكمه فلا بد ان تتلاءم هي الاخرى والبيئة التي يعمل في فلكها بحيث تكون مندمجة في هذه البيئة ومسايرة لها) [٦١] .

اضافة لما تقدم فقد نصت المادة (٢٥٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه (لا يصح التحكيم الا في المسائل التي يجوز فيها الصلح) [٦٢] وقد علمنا في الفرع السابق

ان الصلح لا يجوز الا في الحقوق المالية ، وبذلك فإن التحكيم لا يصح ايضا الا في الحقوق المالية ، في حين ان اليمين الحاسمة يمكن ان ترد على المنازعات غير المالية ، وبالتالي فإن القول بأن اليمين الحاسمة قريبة من التحكيم ، شأنه شأن القول السابق ، لا يرقى وصفا لتحديد الطبيعة القانونية لهذه اليمين ، الأمر الذي ينفي الوصف التعاقدي لها برمته .

المطلب الثاني: الوصف غير التعاقدي لليمين الحاسمة

لقد ذهب رأي آخر من اصحاب الاتجاه الأول الى ان اليمين الحاسمة ذات وصف غير تعاقدي ، وقد انقسم انصار هذا الرأي على قولين ، فقد قيل ان توجيه اليمين الحاسمة هو تنازل عن الحق المدعى به، كما قيل ايضاً ان توجيه اليمين تصرف شرطي ، على النحو الذي سنتطرق اليه في الفرعين الآتيين .

الفرع الأول: اليمين الحاسمة تنازل عن الحق المدعى به

لقد ذهب قول الى ان توجيه اليمين الحاسمة هو تنازل عن الحق المدعى به ، معلق على شرط هو تأديتها ، انما يستطيع من توجه اليه اليمين ان يردها على خصمه [٦٣] .

ولكن هذا القول لا يفسر حكم النكول عن اليمين ، ثم ان من يوجه اليمين لا يملك حقاً لكي يتنازل عنه بتوجيه اليمين معلقاً على شرط واقف هو حلف اليمين [٦٤] فهو بالالتجاء الى اليمين لا يتنازل عن شيء ما ، بل ان توجيه اليمين قد يتمخض لمنفعته [٦٥] فالخصم يأمل من توجيه نكول خصمه ، ليغنم من وراء ذلك ثبوت حقه كاملاً[٦٦].

اضافة لما تقدم فإن فكرة التنازل عن الحق قد وردت في قانون المرافعات ، فقد نصت المادة (٨٩) من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه (اذا تنازل الخصم اثناء الدعوى عن اجراء او ورقة من اوراق المرافعة صراحة اعتبر الاجراء او الورقة كأن لم تكن) [٦٧] ونصت المادة (٩٠) من القانون نفسه على انه (يترتب على التنازل عن الحكم التنازل عن الحق الثابت فيه) [٦٨] .

ومن المعلوم ان الخصم يلجأ الى توجيه اليمين الحاسمة عندما يفتقر الى أي دليل ، وبالتالي فإنه لا يتنازل عن أي اجراء او أي ورقة .

كما ان طلب توجيه اليمين وان كان يتضمن النزول عما عداها من ادلة الاثبات بالنسبة للواقعة التي يرد عليها اذا بقى طالبها مصرا على توجيهها [٦٩] فالمستفاد من توجيه اليمين ان الخصم يترك بتوجيه اليمين ما عداها من طرق الاثبات ولا يجوز له بعد ادائها ان يطلب الاثبات بدليل آخر [٧٠] الا انه لا يتضمن النزول عن الحق محل النزاع ، ولو كان موجه اليمين يريد التنازل ، لما لجأ الى القضاء اصلا ولما قام بتقديم طلب توجيه اليمين الى خصمه ، ولما اذن له القاضي بذلك ، ولما صدر القرار بقبول او برد دعوى المدعي ، وبالتالي فلا مجال للقول بأن اليمين الحاسمة تنازل عن الحق المدعى به .

الفرع الثاني: اليمين الحاسمة تصرف شرطي

لقد ذهب قول آخر الى ان توجيه اليمين تصرف شرطي ، اذ هو ارادة الخصم الذي يوجه اليمين في ان يحتكم الى ضمير خصمه بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية ، والاحتكام

على هذا النحو يعتبر تصرفا قانونيا يتم بإرادة منفردة ، اذ هو ينتج اثره بمجرد توجيه اليمين ، وان توجيه اليمين يجوز الرجوع فيه الى ان يقبل الخصم الذي وجهت اليه اليمين ان يحلف ، ولكن هذا ليس قبولا لإيجاب ، اذ ان الخصم الذي وجهت اليه اليمين لا يملك الا ان يقبل الحلف او ان يرد اليمين على من وجهها ، أي انه لا يملك الا قبول الاحتكام الى ضميره او ان يحتكم هو الى ضمير الخصم الذي وجه اليمين ، ومن ثم لا يكون توجيه اليمين تصرفا يحتاج الى قبول ، بل القبول هنا هو لجعل حق الخصم في ان يحلف اليمين او يردها حقا غير قابل للنقض كحق المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير عندما يقبل ما اشترط لمصلحته ، ونتوصل من هذا الى ان توجيه اليمين تصرف شرطي لأن الخصم انما يعلن ارادته في ان ينتفع بنظام استقل القانون بتقرير احكامه ، ولا يستطيع الخصم لهذه الاحكام تبديلا[٧١] .

وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري بصدد المادة ٤١٠ الملغاة

المقابلة والمطابقة للمادة ١١٤ من قانون الاثبات المصري النافذ ، ان القول بأن فكرة التصرف المنعقد بإرادة واحدة هي اساس النتيجة التي تسفر عنها اليمين ، وان اليمين حجة قاطعة لأن من يوجهها يلتزم بإرادته المنفردة الاحتكام الى ذمة خصمه ، يجافي المنطق ، والواقع ان القانون هو الذي يخول من يعوزه الدليل حق الاحتكام الى ذمة خصمه ، ولكنه عندما يمنحه هذا الحق يعين آثاره ، وهي تنحصر في قبول الطلب او الدفع او رفضه بحسب ما اذا كانت اليمين التي توجه او ترد تؤدى او ينكل عنها[٧٢]

انما الحقيقة ان هذا النقد الوارد في مذكرة المشروع التمهيدي لا يصيب بسهامه الا تكييف توجيه اليمين

الحاسمة بأنه تصرف قانوني ، ولكنه ليس في وسعه ان ينال من حقيقة تكييف هذا التوجيه بأنه تصرف

شرطي يستقل القانون بتحديد آثاره ، كلما ابدى الخصم ارادته في ولوج نظامه القانوني[٧٣] .

الا ان اهم ما يمكن ان يؤخذ على ما ذهب اليه اصحاب هذا القول انه لا يمكن تشبيه توجيه اليمين الحاسمة بفكرة الاشتراط لمصلحة الغير ، لأن الاشتراط لمصلحة الغير عقد يتم بين شخصين يشترط فيه احدهما ويقال له المشترط ، على الآخر ويقال له المتعهد ، حقا لشخص ثالث ويقال له المنتفع [٧٤]

فالاشتراط لمصلحة الغير تصرف قانوني يتم بين شخصين ، في حين ذهب اصحاب هذا القول الى ان توجيه اليمين يعتبر تصرفا قانونيا يتم بإرادة منفردة ، كما ان الاشتراط لمصلحة الغير يتعلق بثلاثة اشخاص ، في حين ان اليمين الحاسمة تتعلق بالخصمين الاصليين في الدعوى ، وان الاشتراط لمصلحة الغير يتمخض لمصلحة المنتفع ، في حين ان توجيه اليمين قد يتمخض لمصلحة الخصم الذي وجهها اذا قام الخصم الآخر بالنكول عنها ، وقد تتمخض لمصلحة الخصم الذي وجهت اليه اذا قام بأدائها ، وبالتالي فإن

القول بأن اليمين الحاسمة تصرف شرطي ، شأنه شأن القول السابق ، لا يرقى وصفا لتحديد الطبيعة القانونية لهذه اليمين ، الأمر الذي ينفي الوصف غير التعاقدي لها برمته .

المبحث الثاني: تكييف اليمين الحاسمة استنادا لقواعد العدالة

لقد ذهب اتجاه آخر من الفقه الى انه لا ينبغي تقصي طبيعة اليمين من الناحية الفقهية ، في نصوص القانون المدني ، لأن هذا الاتجاه لم يسلم من النقد بكلا الرأيين وعلى كلا القولين .

انما ينبغي تقصي طبيعة اليمين استنادا لقواعد العدالة ، لأن اليمين نظام تقتضيه العدالة للحد من مساوئ مناهج الاثبات ، الا ان العدالة ذاتها تقتضي ايضا عدم جواز التعسف في توجيه اليمين الحاسمة على النحو الذي سنوضحه في المطلبين الآتيين .

المطلب الأول: اليمين الحاسمة تحد من مساوئ مناهج الاثبات

تختلف قواعد الاثبات باختلاف المنهج الذي يختاره المشرع في تنظيمها ، الأمر الذي يترك اثره على نطاق ادلة الاثبات ، والوسيلة التي تحد من مساوئ تحديدها ، على النحو الذي سنتطرق اليه في الفرعين الآتيين .

الفرع الاول : نطاق الأدلة في مناهج الاثبات

يختلف نطاق الادلة باختلاف منهج الاثبات المعتمد ، وبحسب ما اذا كان مقيدا او مطلقا او مختلطا .

فبالنسبة الى منهج الاثبات المقيد فهو من جهة يحدد ادلة الاثبات على سبيل الحصر ، وهو من جهة اخرى يحدد قيمة كل دليل ، ويتقيد بذلك كل من الخصوم والقاضي [٧٥] على نحو يجعل دور القاضي دورا سلبيا ، الامر الذي قد يباعد بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية [٧٦] .

وبالنسبة الى منهج الاثبات المطلق فهو من جهة يطلق ادلة الاثبات فيترك الخصوم احرارا في تقديم الادلة ، وهو من جهة اخرى يمنح القاضي سلطة مطلقة في تقدير الادلة فيترك القاضي حرا في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم اليه [٧٧] على نحو يعطي القاضي دورا ايجابيا وحرية واسعة قد لا تخلو من التحكم ، الامر الذي قد يؤدي الى عدم استقرار المعاملات [٧٨] .

اما بالنسبة الى منهج الاثبات المختلط فإنه يتخذ موقفا وسطا بين المنهجين السابقين ، فهو من جهة يحدد ادلة الاثبات على سبيل الحصر ، وهو من جهة اخرى يحدد قيمة بعضها ويترك بعضها الآخر لتقدير القاضي [٧٩] على نحو يجعل دور القاضي دورا حياديا ، الامر الذي يقرب بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية ، ويحقق الاستقرار في المعاملات [٨٠] .

وقد اخذت اغلب القوانين الحديثة ومنها قانون الاثبات العراقي وقانون الاثبات المصري بمنهج الاثبات المختلط [٨١] وان من المبادئ المستقرة في اكثر الشرائع الحديثة التي اخذت بمنهج الاثبات المختلط ، ومنها قانون الاثبات العراقي ، هو مبدأ حياد القاضي [٨٢] ومن

مظاهر حياد القاضي وجوب المساواة بين الخصوم امام القضاء [٨٣] حيث يتوسط دور القاضي بين السلبية والايجابية ،اذ يباح للقاضي شيء من الحرية في توجيه الخصوم واستكمال الادلة الناقصة وفي استيضاح ما غمض منها ، الا انه يبقى مقيدا في اكثر الاحيان بوسائل الاثبات التي يمكنه قبولها وفي تقدير قيمتها الثبوتية [٨٤] فالمذهب المختلط لا يوسع دور القاضي في الاثبات الا الى المدى المحدود ، فالقاضي مقيد بقواعد قانونية في الاثبات تحد من حريته في البحث عن الحقيقة ، الا ان هذه القيود لا تعدمه كل سلطة في البحث عن الادلة واستكمالها وتقدير قيمتها ، اذ يبقى للقاضي ان يقوم ببعض التحقيقات ويجري المعاينات بنفسه او بواسطة خبير ، وله ان يقرر دعوة المتداعين لاستجوابهم حول الوقائع المتنازع عليها ، كذلك يجوز له ان يقرر تحليف احد الطرفين اليمين التكميلية لاستكمال دليل ناقص توفر لديه ، كما ان سماع الشهود لا يمكن ان يتم الا بموجب قرار يصدر عن القاضي ، واذا كان القاضي مقيدا في تقدير القيمة الثبوتية لبعض وسائل الإثبات كالإثبات الخطي الا انه يتمتع بالمقابل بسلطة تقدير واسعة بالنسبة للبعض الآخر من وسائل الإثبات كشهادة الشهود وتقارير الخبراء واستخلاص القرائن من الملف [٨٥] كما ان اليمين الحاسمة وان كانت توجه بطلب من الخصم الذي يعوزه الدليل ، الا انها لا توجه الى الخصم الآخر الا بإذن من القاضي [٨٦] وله ان يرفض ذلك اذا كان الخصم متعسفا في توجيهها [٨٧] .

الفرع الثاني: الحد من مساوئ تحديد الأدلة

قد تكون الحقيقة الواقعية ملء السمع والبصر ، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية يحكم القضاء الا اذا تم اثباتها بالأدلة التي حددها القانون [٨٨] وقد يكون الحق بجانب احد الخصوم ويكون القاضي مقتنعا بذلك لكنه لا يستطيع الحكم لصالحه لعدم توفر الدليل الذي يفرضه القانون [٨٩] وهذا ما يعبر عنه بالقول المشهور (مقتنع كقاضي ، وغير مقتنع كانسان) [٩٠] .

وعندما يعوز الخصم الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعواه ، لا يبقى امامه الا ان يحتكم الى ضمير خصمه ، فيوجه اليه اليمين الحاسمة ، وهذا هو الاسعاف الذي يتقدم به القانون الى الخصم الذي يعوزه الدليل القانوني ، بل هذه هي الكفارة التي يكفر بها القانون عن تشدده في اقتضاء ادلة قضائية معينة لا يغني عنها بديل ، فالقانون اذ يتشدد في اقتضاء ادلة معينة ، لا يصل الا الى الحقيقة القضائية وهي بعد حقيقة نسبية ، وذلك سعيا وراء الاستقرار ، ولكنه بعد ان يقضي واجب الاستقرار ، يرضى جانب العدل ، بتمكين من يعوزه الدليل القضائي من ان يحتكم الى ضمير خصمه الذي انكر عليه ما يدعيه من حق ، فيوجه اليه اليمين الحاسمة [٩١] .

وقد رأى المشرع موافقته على ذلك رغم عجزه عن تقديم الدليل على دعواه تحقيقا للعدالة [٩٢] فإعداء من فاته تحصيل الدليل المقرر من جراء اهمال او اسراف في الثقة ، قد يكون صحيحا ، رغم انتفاء هذا الدليل ولو ألتزمت الاحكام العامة في القانون ، لترتب عليها اخفاقه ، لكن العدالة تقتضي الترخيص له بالاحتكام الى ذمة خصمه ، بيد ان

حق الاحتكام الى الذمة قد اثبته القانون للخصم الآخر ايضاً ، واحتفظ له به ، اذ جعل له ان يرد اليمين ويحتكم بذلك الى ذمة من وجهها اليه ، ويتفرع على ذلك ان الخصمين ينزلان من هذا النظام المستمد من العدالة منزلة سواء ، لأن لكل منهما ان يحتكم الى ذمة الآخر على وجه التبادل ، وهي بهذا الوصف ليست الا علاجا يحد من مساوئ نظام تقييد الدليل [٩٣] تهدف الى تصحيح عبء الاثبات ، واستدراك النقص الذي تسببه قواعد الاثبات المنصوص عليها قانونا، وذلك دعما للحقيقة وتحقيقا للعدالة [٩٤] .

وقد خلا قانون الاثبات العراقي ، شأنه شأن قانون الإثبات المصري ، من أي نص يبين الوصف القانوني لليمين الحاسمة ، وحبذا لو نص المشرع العراقي على هذا الوصف ، مستأنساً بما ذهب اليه هذا الاتجاه من الفقه ، ونقترح ان يكون نص المادة (١١٤ / أولاً) كما يأتي (لكل من الخصمين بإذن من المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر ، استناداً لما تقتضيه العدالة) فضلا عن وجوب التأكيد على عدم جواز التعسف في توجيه اليمين ، وذلك في النص نفسه ، على النحو الذي سنبينه في المطلب اللاحق .

المطلب الثاني : عدم جواز التعسف في توجيه اليمين الحاسمة

ان العدالة التي تقتضي الحد من مساوئ مناهج الاثبات ، تقتضي ايضا عدم جواز التعسف في توجيه اليمين الحاسمة ، وان هذا التعسف قد يكون من جهة الخصم وذلك في طلب توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه ، وقد يكون من جهة القاضي وذلك في منع توجيهها الى الخصم الآخر ، على النحو الذي سنتطرق اليه في الفرعين الآتيين .

الفرع الأول: عدم جواز تعسف الخصم في طلب توجيه اليمين

لا يصح توجيه اليمين الا بناءً على طلب الخصم ، او ان يعرض على الخصم العاجز عن الاثبات بأن من حقه تحليف خصمه اليمين ان اراد ذلك ولا يجوز توجيهها من القاضي دون مطالبة الخصم [٩٥] بل ينبغي السؤال من المدعي فيما اذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه [٩٦] .

ولكن اذا كان لأي من الخصمين ممن يحمل عبء الإثبات توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه ، فإن للقاضي رقابة عليه في توجيه هذه اليمين [٩٧] فرغم ان اليمين الحاسمة ملك للخصم ولا تملك المحكمة توجيهها من تلقاء نفسها ، فإن الخصم لا يملك ان يوجهها مباشرة الى خصمه ، بل يجب ان يفعل ذلك عن طريق المحكمة ، أي ان يتقدم اليها بطلب توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه ابتغاء الوصول الى حقه الذي يعوزه الدليل على اثباته ، فتقوم هي بعد التحقق من توافر شروط اليمين بتوجيهها الى الخصم ، وما لم يتم ذلك فلا عبرة بحلف ولا يلتفت الى اليمين التي حلفها دون تكليف من المحكمة [٩٨]

فقد نصت المادة (١١٤ / اولاً) من قانون الاثبات العراقي على انه (لكل من الخصمين بإذن من المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر) ، في حين نصت المادة (١١٤) من قانون الاثبات المصري على انه (يجوز لكل من الخصمين ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر ، على انه يجوز للقاضي ان يمنع توجيهه اليمين اذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها) .

ولو قارنا بين النصين العراقي والمصري لوجدنا ان الثاني أكثر توفيقاً من الأول ، لأن تعليق توجيه اليمين على اذن القاضي يعطي للقاضي سلطة غير محدودة [٩٩] وبالتالي فإن التعسف قد يكون من القاضي في منع توجيه اليمين ، لا من الخصم في توجيهها ، اذا كان الطلب مستوفياً لشروطه [١٠٠] .

ولقد كان النص في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على ان توجيه اليمين الحاسمة لا يكون الا بإذن القاضي ، ولكن اللجنة التشريعية لمجلس النواب خشيت ان يكون النص على هذا الوجه معناه ان توجيه اليمين الحاسمة يكون دائماً معلقاً على اذن القاضي ، وارادت اللجنة ان تستبقي للمتقاضيين الحق في توجيه اليمين الحاسمة على ان يكون للقاضي منع توجيهها اذا رأى انها كيدية وان الخصم متعسف في توجيهها ، فعدلت النص في المادة (٤١٠) من القانون المدني المصري على هذا النحو ، وهو ما نصت عليه ايضاً المادة (١١٤) من قانون الاثبات المصري [١٠١] الذي بنفاذه تم الغاء باب اثبات الالتزام من القانون المدني المصري .

لذا فإن المشرع العراقي قد حاول ان يتدارك هذا الخلل ، فنص في المادة (١١٥ / ثانياً) من قانون الاثبات على ان (للمحكمة ان ترفض توجيه اليمين الحاسمة اذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها) ، وحبذا لو وحد المشرع بين كل من نص المادة (١١٤ / اولاً) والمادة (١١٥ / ثانياً) ، فيصبح نص المادة (١١٤ / اولاً) كما يأتي (لكل من الخصمين بإذن من المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر ، استناداً لما تقتضيه العدالة ، وللمحكمة ان ترفض توجيه اليمين الحاسمة اذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها) وذلك منعاً للتكرار ، وعلى نحو يبين بشكل واضح حدود سلطة القاضي في الاذن بتوجيه اليمين الحاسمة ، اسوة بما عليه الحال في قانون الاثبات المصري .

فإذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها غير محتملة الصدق ، او كذبتها مستندات الدعوى ، او كانت غير منتجة ، او كانت خالية من الدليل ولكن المدعي وجه اليمين مستغلاً في ذلك ورع خصمه وتحرجه من الحلف ، كان مدعي هذه الواقعة متعسفاً في توجيهها فيمنعه القاضي [١٠٢] .

اما اذا كانت الواقعة ثابتة دون حاجة الى الحلف ، فالذي يتعسف في توجيه اليمين هو الخصم الآخر ،

يوجه اليمين الى المدعي في الواقعة الثابتة ليحلف ان له الحق الذي يدعيه ، فلا يقبل القاضي في هذه الحالة توجيه هذه اليمين ، لأنه يستطيع الحكم بثبوت الحق المدعى بمقتضى الأدلة المقدمة دون حاجة الى تحليف المدعي اية يمين [١٠٣] .

الفرع الثاني: عدم جواز تعسف القاضي في منع توجيه اليمين

ليس من السهل منع توجيه اليمين الحاسمة إلا في الأحوال التي يبلغ فيها يقين القاضي درجة التأكيد ، بحيث يستطيع ان يجزم بأنه لا محل لليمين وان موجهها متعسف يقيناً في توجيهها ، وهذا أمر في غاية الصعوبة ، لذا يجب على القاضي ان يستعمل سلطته هذه بكل احتياط وتحفظ ولا يلجأ الى ذلك الا في الأحوال الاستثنائية ،

وعندما تكون الأدلة المقدمة في الدعوى ناطقة بأن الأمر المطلوب التحليف على عكسه ثابتاً ثبوتاً قاطعاً [١٠٤] .

وهذا التدقيق من جانب القاضي لن يضر الخصم الذي يبغي توجيه اليمين ، بل ان ذلك قد يفده بأن يقه من مسؤولية ربما انزلق اليها اذا كان في تصرفه في توجيه اليمين كيداً ، لأنه عند ذلك يتجنب مسائلته عن كافة الاضرار المادية والمعنوية التي قد تصيب الخصم الآخر [١٠٥] .

وان منع القاضي للخصم من توجيه اليمين بحجة الكيد ، هو من الامور الدقيقة التي تحتاج الى الكثير من الرؤية والحكمة وحسن الفهم ، لأن نية طالب اليمين الحاسمة من الامور النفسية الخفية التي لا يمكن الاهتداء اليها بسهولة ، ومن الصعب ان يحرم الانسان من حق الالتجاء الى ذمة خصمه راضياً بيمينه للظن بأنه يقصد الكيد ، ولا بد للقاضي في ممارسة هذه السلطة ان تكون نية الكيد ظاهرة من وقائع الدعوى ظهورا بيناً وقاطعاً في دلالته ، والا انقلب الامر الى تعسف من جانبه [١٠٦] .

واذا كان القاضي متعسفاً في منع توجيه اليمين من الخصم الذي يفتقر الى دليل ، فمن البديهي ان يكون قراره عرضة للنقض ، فقد قضت محكمة استئناف نينوى/ الهيئة التمييزية في احد قراراتها بأن (وكيل المدعى عليه دفع امام محكمة البداءة ان موكله قد سدد بدلات الايجار المستحقة عليه خارجياً للمدعي قبل تاريخ تبلغه بالإنذار المسير اليه من قبل وكيل المدعين ، لذا كان على المحكمة تكليفه بإثبات التسديد ، وفي حالة عجزه منحه حق تحليف المدعي المذكور اليمين الحاسمة لذا قرر نقض الحكم المميز من هذه الجهة واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم) [١٠٧] .

وقضت محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية بأن (وكيل المدعين (المميزين) طلب في محضر الجلسة المؤرخة في ٨ / ٤ / ٢٠١٠ من المدعى عليه (المميز عليه) بيان الشخص الذي كان يسلم اليه بدل الايجار وتضمين صيغة اليمين ذلك ، وان المدعى عليه دفع بأنه كان يسدد بدل الايجار الى المدعية (م . ي . ت) فكان يقتضي من المحكمة التحقق من دفع المدعى عليه والتثبت من مقدار بدل الايجار الذي يسدده الى المدعية المذكورة ، وكيفية التسديد ثم تستمع الى اقوالها حول صحة هذا الدفع وفي حالة عجزه عن اثبات كون بدل الايجار الذي كان يدفعه هو خمسة وسبعون الف دينار وليس مائة وخمسة وسبعين الف ، تسأله المحكمة عما اذا كان يطلب تحليف المدعية المذكورة اليمين الحاسمة بالصيغة التي تنطبق على الوقائع المطلوب الحلف عنها ، ولما كانت المحكمة قد ذهبت خلاف ما تقدم مما اخل بصحة حكمها المميز ، فقرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم) [١٠٨] .

فمن مجمل هذين القرارين يلاحظ ان احكام القضاء تكون عرضة للنقض اذا لم تراعي حق الخصم الذي يفتقر الى دليل في الالتجاء الى ذمة خصمه ، لأن التعسف يكون من القاضي في منع توجيه اليمين ، لا من الخصم في توجيهها .

وهذا ما استقر عليه اتجاه القضاء المصري أيضاً ، فقد قضت محكمة النقض المصرية في احد قراراتها بأن (مناط السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في استخلاص كيدية اليمين الحاسمة ومنع توجيهها ، او استخلاص عدم جدية الدفع بالجهالة ورفضه دون تحقيق صحة التوقيع المنسوب للمورث ان يكون هذا الاستخلاص سائغاً وله اصل ثابت في وقائع الدعوى ومستنداتها ، ولما كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من مجرد اقرار الطاعنة الاولى بصحة بصمتها على الورقة محل النزاع ان اليمين الحاسمة التي طلبت توجيهها الى المطعون ضده ، بشأن حقيقة مضمون هذه الورقة وقبضها الثمن المبين فيها ، يمين كيدية وان دفع الطاعنين بالجهالة بالنسبة لبصمة الختم المنسوبة لمورثها على العقد هو دفع غير جدي ، واخذ بالعقد بناءً على ذلك ، دون توجيه اليمين الحاسمة ولا يمين عدم العلم ، ودون تحقيق بصمة الختم المنسوبة للمورثة عليه ، في حين ان اقرار الطاعنة الاولى بصحة بصمة اصبعها على ورقة العقد وان كان يكفي حجة على انها ارتضت مضمون هذه الورقة والتزمت به ، الا انه وقد ادعت انه مختلس منها غشاً ، لا يبرر مصادرة حقها في اثبات هذا الادعاء ، ولا يفيد انها متعسفة في استعمال حقها هذا بالاحتكام الى ذمة اخيها باليمين الحاسمة ، كما انه لا يدل بحال على صحة بصمة الختم المنسوبة للمورثة لاختلاف الامرين وعدم ترتب احدهما على الآخر ، فإن الحكم يكون قد اخطأ في تطبيق القانون واقام قضاءه على اعتبارات غير سائغة وليس من شأنها ان تؤدي الى ما انتهى اليه وشابه بذلك فساد في الاستدلال) [١٠٩] .

وقضت محكمة النقض المصرية في قرار آخر بأن (اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي وان على القاضي ان يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها الا اذا بان له ان طالبها يتعسف في هذا الطلب ومحكمة الموضوع وان كان لها كامل السلطة في استخلاص كيدية اليمين فإنه يتعين عليها ان تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها ان تؤدي اليه ، وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه برفض توجيه اليمين الحاسمة للمطعون ضدها بخصوص علمها بواقعة بيع مورثها وقبضه الثمن على ما اورده بمدوناته من قوله ، وحيث انه عن الموضوع فإن يمين العلم المطلوب توجيهها الى ورثة المستأنف عليه تفترض حصول البيع والذي ثبت تزوير العقد الحاصل بشأنها وذلك بنقل التوقيع المنسوب للمرحوم بالكربون وقضي برد وبطلان عقد البيع سند الدعوى ، وكانت المحكمة ترى ان القصد من طلب توجيه اليمين انما اطالة امد النزاع ، الامر الذي تخلص معه انها يمين كيدية وترفض المحكمة توجيهها ، لما كان ذلك وكان رفض الحكم المطعون فيه توجيه اليمين الحاسمة تأسيسا على انها تتعارض مع ما قضت به المحكمة من رد وبطلان العقد مع ان ذلك لا يفيد بذاته كيدية اليمين لأن ضد القضاء لا يمتد اثره للتصرف ذاته الصادر من مورث المطعون ضدها لأن رد الورقة منبت الصلة عن صحة التصرف المثبت بها ، ومن ثم فإن الحكم يكون معيبا بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال بما يوجب نقضه لهذا دون حاجة لبحث باقي اسباب الطعن)[١١٠].

وبناءً على ما جاء في هذين القرارين ، فحقاً يستقيم لمحكمة النقض ان يستقر قضاؤها على ان اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضي ، وان على القاضي ان يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها الا اذا بان له ان طالبها يتعسف في هذا الطلب ، ومحكمة الموضوع وان كان لها كامل السلطة في استخلاص كيدية اليمين ، فإنه يتعين عليها ان تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها ان تؤدي اليه فإذا اقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد ان الوقائع المراد اثباتها منتفية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين فهذا منها قصور في التسبيب ، فإن كون الواقعة المراد اثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته ان اليمين كيدية [١١١] .

وحبذا لو نص المشرع العراقي على عدم جواز تعسف القاضي في منع توجيه اليمين الحاسمة ، ونقترح النص الآتي (يجب على القاضي ان يستعمل سلطته بمنع توجيه اليمين الحاسمة بكل احتياط وتحفظ ، ولا يلجأ الى ذلك الا عندما تكون الأدلة المقدمة في الدعوى ناطقة بأن الأمر المطلوب التحليف على عكسه ثابتاً ثبوتاً قاطعاً ، والا عد متعسفا في منع توجيهها) .

الخاتمة :

بعد أن انتهينا بفضل من الله عز وجل من إكمال هذا البحث ، فإننا نستطيع أن نستخلص أهم النتائج التي توصلنا اليها والمقترحات التي قد تترتب عليها وذلك في النقاط الآتية :

١- تعد اليمين من اهم ادلة الاثبات في القوانين الحديثة ، لأنها يمكن ان تعوض عن عدد من الادلة الاخرى اذا تخلف اي منها عن الدعوى ، في حين لا يصح ذلك لغيره من الادلة ، وذلك بسبب علاقة كل دليل من ادلة الاثبات بموضوع معين من مواضيع الدعوى بحيث لا يمكن اثبات ذلك الموضوع الا بذلك الدليل ، فقد قيد القانون المدعي في اثبات ما يدعيه ، بالأدلة التي حددها القانون وفي الحدود التي يجيزها القانون ، فهناك تصرفات قانونية لا يمكن اثباتها الا بالكتابة ، وهناك وقائع قانونية لا يمكن اثباتها الا بالشهادة ، ولكن يجوز اللجوء الى اليمين اذا خلت الدعوى من اي من الدليلين السابقين ، وذلك سعيا وراء تحقيق الاستقرار .

٢- تنقسم اليمين بشكل عام الى يمين لتوكيد قول ويمين لتوكيد وعد ، وتنقسم يمين توكيد القول الى يمين قضائية وغير قضائية ، وتنقسم اليمين القضائية الى يمين حاسمة ويمين متممة ، وان نطاق بحثنا ينحصر باليمين الحاسمة ، لأنها تؤدى لتأكيد صدق الحالف ، امام القضاء ، وتعد تصرفا قانونيا يريد به من يوجه اليمين ان يحتكم الى ضمير خصمه ويتحمل ما يترتب على ذلك من آثار قانونية .

٣- لقد نصت المادة (١١٤/ ثانيا) من قانون الاثبات العراقي على ان (اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى) . ونحن لا نتفق مع ما ورد في هذا النص من تعريف . وذلك لأن الدعوى لا تنتهي باليمين الحاسمة بل عندما يكتسب الحكم القضائي الدرجة القطعية وهو لا يكون كذلك الا اذا استنفذ جميع طرق الطعن بالأحكام . وحبذا لو استأنس المشرع العراقي بما ذهب اليه الفقه من تعريف لهذه اليمين . ونقترح ان يعرفها بأنها (قول يقسم فيه الخصم بالصيغة التي اقرتها المحكمة على صحة ما يدعيه او على عدم صحة ما يدعيه الخصم الآخر للفصل في النزاع الذي لم يتوفر فيه أي دليل) .

٤- لقد وسع قانون الاثبات العراقي من سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة والزمه بتحري الوقائع لاستكمال قناعته . وذلك بموجب المادتين الاولى والثانية منه المتعلقتين بأهداف هذا القانون اذ نصت المادة (١) على (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولا الى الحكم العادل في القضية المنظورة) ونصت المادة (٢) على (الزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته) بخلاف ما عليه الحال في قانون الاثبات المصري الذي خلا من نصين مماثلين . وهذا اتجاه يحمد عليه المشرع العراقي وينتقد عليه المشرع المصري .

٥- لقد نصت المادة (٧ / اولا) من قانون الاثبات العراقي على ان (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) . في حين نصت المادة (١) من قانون الاثبات المصري بأن (على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه) . ونحن نتفق مع ما استخدمه المشرع العراقي من مصطلحي (المدعي والمدعى عليه) . بخلاف ما استخدمه المشرع المصري من مصطلحي (الدائن والمدين) وذلك لأننا لا نزال في مجال الإثبات . وبالتالي فلا يمكن ان يكتسب المدعي لصفة الدائن ولا المدعى عليه لصفة المدين . حتى ننتهي من نطاق دائرة الإثبات . لأن الأصل براءة الذمة .

٦- لقد نصت المادة (٧ / ثانيا) من قانون الاثبات العراقي على ان (المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر . والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل) في حين خلا قانون الاثبات المصري من نص مماثل . وقد وضع المشرع العراقي معيارا دقيقا لتحديد المدعي . وذلك في الشطر الأول من هذه الفقرة والتي نصت على ان (المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر) والظاهر هو عبارة عن وضع او موقف ثابت في نظر الكافة فيُضن انه الوضع او الموقف الحقيقي . وهذا اتجاه محمود من المشرع العراقي ومنتقد من المشرع المصري .

الا ان المشرع العراقي قد وقع في خلل عند تحديده للمدعى عليه في الشطر الثاني من هذه الفقرة والتي نصت على ان (والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل) وكأن الظاهر هو الأصل نفسه ، في حين ان الظاهر اعم من الأصل ، وما الأصل الا نوع من انواع الظاهر ، اذ ان للظاهر ثلاثة انواع 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 (٧ / ثانياً) على النحو الآتي (المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء ذلك الظاهر) .

٧- إذا قام المدعي بتقديم الدليل على ما يدعيه خلافا للظاهر اصلا انتقل عبء الاثبات الى الطرف الآخر في الخصومة ، فينقلب المدعى عليه في الدعوى مدعيا في الدفع ، ويستطيع بدوره ان ينفي ادعاءات خصمه وان يثبت عكسها ، فإن اثبت خلاف الظاهر عرضا ارتد عبء الاثبات على عاتق خصمه ، وهكذا ينتقل عبء الاثبات بين كلا الخصمين الى ان يعجز احدهما عن الاثبات ، فلا يبقى امامه إلا ان يطلب توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه ، فالذي يوجه اليمين الحاسمة هو أي من الخصمين يكون عليه عبء اثبات واقعة قانونية فالمدعي وهو الذي عليه عبء اثبات الدعوى ، والمدعى عليه وهو الذي يثبت الدفع ، يستطيع أي منهما ان يوجه اليمين الى خصمه فيما يجب عليه هو ان يثبته ، فيستبدل بعبء الاثبات الاحتكام الى ضمير الخصم ، على النحو الذي نصت عليه المادة (١١٤ / اولا) من قانون الاثبات العراقي بالقول (لكل من الخصمين بإذن من المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر) .

٨- لقد خلا قانون الاثبات العراقي ، شأنه شأن قانون الإثبات المصري ، من أي نص يبين الوصف القانوني لليمين الحاسمة ، ولقد ذهب اتجاه من الفقه الى اننا ينبغي ان نتقصى طبيعة اليمين من نصوص قواعد القانون المدني ، وقد انقسم اصحاب هذا الاتجاه على رأيين ، ذهب الرأي الأول الى ان اليمين الحاسمة ذات وصف تعاقدي ، وقد انقسم انصار هذا الرأي على قولين ، فقد قيل ان اليمين الحاسمة هي نوع من الصلح بين الطرفين ، كما قيل ايضاً ان اليمين الحاسمة قريبة من التحكيم ، في حين ذهب الرأي الآخر الى ان اليمين الحاسمة ذات وصف غير تعاقدي ، وقد انقسم انصار هذا الرأي على قولين ، فقد قيل ان توجيه اليمين الحاسمة هو تنازل عن الحق المدعى به ، كما قيل ايضاً ان توجيه اليمين تصرف شرطي ، الا ان هذا الاتجاه الفقهي لم يسلم من النقد بكلا الرأيين ، وعلى كلا القولين .

ولقد ذهب اتجاه آخر من الفقه الى انه لا ينبغي تقصي طبيعة اليمين من الناحية الفقهية ، في نصوص القانون المدني ، بل استنادا لقواعد العدالة لأن اليمين نظام تقتضيه العدالة للحد من مساوئ مناهج الاثبات ، الا ان العدالة تقتضي ايضا عدم جواز التعسف في توجيه اليمين الحاسمة ، وحبذا لو نص المشرع العراقي على هذا الوصف ، مستأنساً بما ذهب اليه هذا الاتجاه من الفقه ، ونقترح ان يكون نص المادة (١١٤ / أولاً) كما يأتي (لكل من الخصمين بإذن من المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر ، استناداً لما تقتضيه العدالة) فضلا عن وجوب التأكيد على عدم جواز التعسف في توجيه اليمين ، في النص نفسه ، على النحو الذي سنبينه في النتيجة اللاحقة .

٩- اذا كان لأي من الخصمين ممن يحمل عبء الإثبات توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه ، فإن للقاضي رقابة عليه في توجيه هذه اليمين ، فقد نصت المادة (١١٤ / اولاً) من قانون الاثبات العراقي على انه (لكل من الخصمين بإذن من المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر) ، في حين نصت المادة (١١٤) من قانون الاثبات المصري على انه (يجوز لكل من الخصمين ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر ، على انه يجوز للقاضي ان يمنع توجيهه اليمين اذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها) .
ولو قارنا بين النصين العراقي والمصري لوجدنا الثاني أكثر توفيقاً من الأول ، وذلك تعليق توجيه اليمين على اذن القاضي يعطي للقاضي سلطة غير محدودة ، وبالتالي فإن التعسف قد يكون من القاضي في منع توجيه اليمين ، لا من الخصم في توجيهها ، لذا فإن المشرع العراقي قد حاول ن يستدرك هذا الخلل الواضح ، فنص في المادة (١١٥ / ثانياً) من قانون الاثبات على ان (للمحكمة ان ترفض توجيه اليمين الحاسمة اذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها) .
وحبذا لو وحد المشرع بين كل من نص المادة (١١٤ / اولاً) والمادة (١١٥ / ثانياً) ، فيصبح نص المادة (١١٤ / اولاً) كما يأتي (لكل من الخصمين بإذن من المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الآخر ، استناداً لما تقتضيه العدالة ، وللمحكمة ان ترفض توجيه اليمين الحاسمة اذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها) وذلك منعاً للتكرار ، وعلى نحو يبين بشكل واضح حدود سلطة القاضي في الاذن بتوجيه اليمين الحاسمة ، اسوة بما عليه الحال في قانون الاثبات المصري .
١٠- ليس من السهل منع توجيه اليمين الحاسمة إلا في الأحوال التي يبلغ فيها يقين القاضي درجة التأكيد ، بحيث يستطيع ان يجزم بأنه لا محل لليمين وان موجهها متعسف يقيناً في توجيهها ، وهذا أمر في غاية

الصعوبة ، وان منع القاضي للخصم من توجيه اليمين بحجة الكيد ، هو من الامور الدقيقة التي تحتاج الى الكثير من الرؤية والحكمة وحسن الفهم ، لأن نية طالب اليمين الحاسمة من الامور النفسية الخفية التي لا يمكن الاهتداء اليها بسهولة ، ومن الصعب ان يحرم الانسان من حق الالتجاء الى ذمة خصمه راضياً بيمينه للظن بأنه يقصد الكيد ، ولا بد للقاضي في ممارسة هذه السلطة ان تكون نية الكيد ظاهرة من وقائع الدعوى ظهورا بيناً وقاطعاً في دلالته ، والا انقلب الامر الى تعسف من جانبه ، واذا كان القاضي متعسفاً في منع توجيه اليمين من الخصم الذي يفتقر الى دليل ، فمن البديهي ان يكون قراره عرضة للنقض ، بحسب ما استقر عليه اتجاه القضاء العراقي والمصري ، وحبذا لو نص المشرع العراقي على عدم جواز تعسف القاضي في منع توجيه اليمين الحاسمة ، ونقترح النص الآتي (يجب على القاضي ان يستعمل سلطته بمنع توجيه اليمين الحاسمة بكل احتياط وتحفظ ، ولا يلجأ الى ذلك الا عندما تكون الأدلة المقدمة في الدعوى ناطقة بأن الأمر المطلوب التحليف على عكسه ثابتاً ثبوتاً قاطعاً ، والا عد متعسفا في منع توجيهها) .

المصادر:

أولاً – كتب اللغة والمصطلحات :

١- الخليل بن احمد الفراهيدي ، ترتيب كتاب العين ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، انتشارات اسوة ، قم ، ١٤٢٥ هـ ، ص ٢٠٠٠ .

٢- العلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ، الجزء الرابع ، الطبعة الاولى ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت – لبنان ، ١٤٢٦ هـ – ٢٠٠٥ م .

٣- العلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، الطبعة الثانية ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣ م .

٤- انظر الشيخ محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، معجم مختار الصحاح ، الطبعة الاولى ، دار صادر ، بيروت ، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٨ م .

ثانياً – الكتب القانونية :

١- المستشار احمد نشأت ، رسالة الاثبات ، الجزء الأول والثاني ، الطبعة السابعة ، بلا مكان وسنة طبع .

٢- د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مكتبة السنهوري ، بغداد – شارع المتنبي ، بدون سنة طبع .

٣- د. آدم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الاثبات ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ١٩٩٠م – ١٤١٠هـ

٤- د. اسامة حجازي المسدي ، الاثبات المقارن بين الفقه الاسلامي والقانون السعودي والاماراتي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٣ .

٥- المحامي الياس ابو عيد ، نظرية الاثبات في اصول المحاكمات المدنية والجزائية بين النص والاجتهاد والفقه – دراسة مقارنة ، الجزء الثاني ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٥

٦- د. آمال الفزايري ، ضمانات التقاضي – دراسة تحليلية مقارنة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٠ .

٧- د. توفيق حسن فرج وغيره ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٣ .

٨- حسين رجب محمد مخلف الزيدي ، قواعد الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة في الدعوى المدنية – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ .

٩- راميا الحاج ، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٨ .

١٠- د. رمضان ابو السعود ، اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٥ .

١١- سجى عمر شعبان آل عمرو ، دور الخصوم في الاثبات المدني – دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٢ .
١٢- المحامي سيد عباس عبد الكريم ، عبء الاثبات ونقله بين الفقه والقضاء ، الطبعة الثانية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر ، ٢٠٠١ ، ص ١٠ .
١٣- طه خضير القيسي ، حرية القاضي في الاقتناع ، الطبعة الاولى ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ٢٠٠١ .
١٤- د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات العراقي ، الطبعة الثانية ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٩٧ .
١٥- أ. عبد الباقي البكري وغيره ، المدخل لدراسة القانون ، طبعة جديدة منقحة ، مكتبة السنهوري ، بغداد – شارع المتنبي ، ٢٠٠٨ .
١٦- القاضي عبد الرحمن محمد شرفي ، تعارض البينات القضائية – دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة ، الطبعة الثانية ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، ١٤٢٠ هـ – ١٩٩٩ م .
١٧- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة الجديدة ، نهضة مصر ، ٢٠١١ .
١٨- د. عبد المجيد الحكيم وغيره ، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الأول والثاني ، مكتبة السنهوري ، بغداد – شارع المتنبي ، ٢٠٠٨ .
١٩- د. عصام انور سليم ، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الاولى ،
منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠ .
٢٠- د. عصمت عبد المجيد بكر ، شرح قانون الاثبات ، الطبعة الثانية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧
٢١- د.علي احمد الجراح ، قواعد الاثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠ .
٢٢- المحامي فرج محمد علي ، عبء الاثبات ونقله – دراسة فقهية قضائية ، الطبعة الاولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .
٢٣- د. محمد حسن قاسم ، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٥ .
٢٤- د. محمد حسين منصور ، قانون الاثبات – مبادئ الاثبات وطرقه ، بلا مكان وسنة طبع .
٢٥- د. محمد نصر محمد ، ادلة الاثبات في الانظمة المقارنة ، الطبعة الاولى ، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، ١٤٣٣ هـ – ٢٠١٢ م .
٢٦- د. محمد يحيى مطر ، وسائل الاثبات في القضايا المدنية والتجارية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩١ .

٢٧- د. محمود مختار عبد المغيث محمد ، البناء الفني لحكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض عليه – دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٤٣٣ هـ – ٢٠١٢ م .
٢٨- د. مصطفى احمد ابو عمرو وغيره ، الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الاولى منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠١١ .
٢٩- د. همام محمد محمود وغيره ، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠١٠ .
٣٠- د. ياسر باسم ذنون السبعاوي ، نظرية الرجحان وتطبيقاتها في ادلة الاثبات المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٣ .

ثالثاً – البحوث والتعليقات :

١– د. احمد حبيب السماك ، نظام الاثبات في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، تصدر عن مركز دراسات الخليج والجزيرة العربية ، العدد الثاني ، السنة الحادية والعشرون ، ١٤١٨ هـ – ١٩٩٧ م .

٢– د. عبد الله علي الخياري ، عبء الاثبات بين 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 ، ١٤٢٦ هـ – ٢٠٠٥ م .

٣– المستشار فايز السيد اللمساوي وغيره ، الصيغ النموذجية في دعاوي الاثبات ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، شارع علي عبد اللطيف ، ٢٠٠٩ .

رابعاً – القوانين :

أ – القوانين العراقية :

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ .
٢- قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ النافذ .
٣- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ النافذ .

ب – القوانين المصرية :

١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ النافذ .
٢- قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ النافذ .
٣- قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ النافذ .

خامساً – مراجع الأحكام القضائية :

١- المستشار سعيد احمد شعلة ، قضاء النقض في الاثبات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٨.

٢- النشرة القضائية ، تصدر عن مجلس القضاء الاعلى في جمهورية العراق ، العدد الثالث ، السنة الرابعة ، ٢٠١١ .

سادساً – القرارات القضائية غير المنشورة :

١- قرار محكمة استئناف نينوى / الهيئة التميزية رقم ٢٤٨ / بتاريخ ٦ / ١٠ / ٢٠٠٩ .
٢- قرار محكمة استئناف بغداد / الرصافة الاتحادية رقم ٥٧٢ بتاريخ ١٤ / ٦ / ٢٠١٠ .
٣- قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم ١٠٨٢ / هيئة استئنافية منقول / ٢٠١٢ بتاريخ ١٨ / ٦ / ٢٠١٢ .
٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم ١٣٥٨ / الهيئة المدنية منقول / بتاريخ ١ / ٨ / ٢٠١٢ .
٥- قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم ٢٠٧٤ / الهيأة المدنية منقول / بتاريخ ٢١ / ١١ / ٢٠١٢ .
٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم ٢٣٠٩ / الهيأة المدنية منقول / بتاريخ ٢٠ / ١٢ / ٢٠١٢ .

الهوامش

١) انظر د. اسامة حجازي المسدي ، الاثبات المقارن بين الفقه الاسلامي والقانون السعودي والاماراتي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٣ ، ص ٨٥ .

٢) انظر العلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي المصري ، لسان العرب ،الجزء الرابع ، الطبعة الاولى ، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ، بيروت – لبنان ، ١٤٢٦ هـ – ٢٠٠٥ م ، ص ٤٤٠١ .

٣) انظر الخليل بن احمد الفراهيدي ، ترتيب كتاب العين ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، انتشارات اسوة ، قم ، ١٤٢٥ هـ ، ص ٢٠٠٠ .

٤) انظر الشيخ محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي ، معجم مختار الصحاح ، الطبعة الاولى ، دار صادر ، بيروت ، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٨ م ، ص ٤٤٧ . انظر ايضا العلامة مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، الطبعة الثانية ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣ م ، ص ١١٤٣ .

٥) انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة الجديدة ، نهضة مصر ، ٢٠١١ ، ص ٥١٤ .

٦) انظر في اليمين على الماضي او على الحال او على الآتي في الفقه الاسلامي :طرق القضاء في الشريعة الاسلامية للأستاذ احمد ابراهيم ص٢٢٩ – ص٢٣٠ ، اشار اليه د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥١٤.

٧) انظر د.محمد نصر محمد ، ادلة الاثبات في الانظمة المقارنة ، الطبعة الاولى ، مكتبة القانون والاقتصاد ،الرياض، ١٤٣٣ هـ – ٢٠١٢ م ، ص ١٦٧ . د. محمد حسن قاسم ، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٧٧ .

٨) انظر د. محمد حسين منصور ، قانون الاثبات – مبادئ الاثبات وطرقه ،بلا مكان وسنة طبع ، ص ٢٢٣. د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص ٣٠٣ . د. محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ١٦٧ .

٩) المادة (١٠٨) من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، وتقابلها المادة (١٢٧) من قانون الاثبات المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ (موافق) .

[١٠] انظر المستشار احمد نشأت ، رسالة الاثبات ، الجزء الثاني ، الطبعة السابعة ، بدون مكان وسنة طبع ، ص ٧٢ .
[١١] انظر المستشار احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ٧٧ .
[١٢] انظر د. مصطفى احمد ابو عمرو وغيره ، الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠١١ ، ص ٢١٧ . د. توفيق حسن فرج وغيره ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٠٣ . د. محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ١٦٧ . د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ٣٧٧ .
[١٣] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥١٥ .
[١٤] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥١٥ . د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٢٣ . د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٣٧٨ .
[١٥] وتقابلها المادة (١١٤) من قانون الاثبات المصري (موافق) .
[١٦] انظر د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٢٤ . د. مصطفى احمد ابو عمرو وغيره ، مصدر سابق ، ص ٢١٩ .
[١٧] انظر المحامي الياس ابو عيد ، نظرية الاثبات في اصول المحاكمات المدنية والجزائية بين النص والاجتهاد والفقه - دراسة مقارنة ، الجزء الثاني ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٥ ، ص ١٦٤ .
[١٨] ولا يوجد ما يقابلها في قانون الاثبات المصري . انظر في هذا الصدد قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم ١٠٨٢ / الهيئة الاستئنافية مقول / ٢٠١٢ بتاريخ ٢٠١٢/٦/١٨ (غير منشور) .وقرارها رقم ١٣٥٨/الهيئة المدنية مقول / بتاريخ ١ / ٨ / ٢٠١٢ (غير منشور) . وقرارها رقم ٢٠٧٤ / الهيأة المدنية مقول / بتاريخ ٢١ / ١١ / ٢٠١٢ (غير منشور) . وقرارها رقم ٢٣٠٩ / الهيأة المدنية مقول / بتاريخ ٢٠ / ١٢ / ٢٠١٢ (غير منشور) .
[١٩] انظر المواد (١٦٨ - ٢٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ النافذ ، وتقابلها المواد (٢١١ - ٢٧٣) من قانون المرافعات والتحكيم في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ النافذ (موافق) .
[٢٠] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥١٥ . د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٣٨٨ . د. مصطفى احمد ابو عمرو وغيره ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ .
[٢١] وتقابلها المادة (١١٩) من قانون الاثبات المصري (موافق) .
[٢٢] انظر د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٢٣٨ . د. مصطفى احمد وغيره ، مصدر سابق ، ص٢٢٧.
[٢٣] انظر المستشار احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ١٦١ .
[٢٤] انظر طه خضير القيسي ، حرية القاضي في الاقتناع ، الطبعة الاولى ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، ٢٠٠١ ، ص ١٥ .
[٢٥] انظر د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٥١ . د. توفيق حسن فرج وغيره ، مصدر سابق ، ص ٤٦ . د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٥٢ . انظر ايضا في صدد انتقال عبء الاثبات المحامي فرج محمد علي ، عبء الاثبات ونقله - دراسة فقهية قضائية ، الطبعة الاولى ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ١٧ .
[٢٦] انظر د. عصام انور سليم ،النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ،الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠١٠ ، ص ٣٧٠ - ٣٧٢. د. همام محمد محمود وغيره ،النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت - لبنان، ٢٠١٠،ص ٢٩٨ - ٢٩٩.

[٢٧] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥١٩ ، ص ٥٧٤ . انظر ايضا د. مصطفى احمد ابو عمرو وغيره ، مصدر سابق ، ص ٢٢٧ - ٢٢٨ .
[٢٨] انظر حسين رجب محمد مخلف الزيدي ، قواعد الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة في الدعوى المدنية - دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص ١٨٧ .
[٢٩] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥١٦ .
[٣٠] المادة (٦) من قانون الإثبات العراقي ، ولا يوجد ما يقابلها في قانون الإثبات المصري .
[٣١] انظر د. رمضان ابو السعود ، اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٥ ، ص ٣٤٧ .
[٣٢] انظر المستشار احمد نشأت ، رسالة الاثبات ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص ٧٠. د. محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٩ - ٣٠ . د. عصمت عبد المجيد بكر ، شرح قانون الاثبات ، الطبعة الثانية ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ٧٠ - ٧١ .
[٣٣] انظر د. محمد فتح الله النشار ، احكام وقواعد عبء الاثبات ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، ٢٠٠٠ ، ص ١١٣ . اشار اليه حسين رجب محمد الزيدي ، مصدر سابق ، ص ١٨٤ .
[٣٤] انظر المستشار احمد نشأت ، رسالة الاثبات ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص ٧٠ . د. محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ٢٩ - ٣٠ ، د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص ٧٠ - ٧١ .
[٣٥] انظر د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات العراقي ، الطبعة الثانية ، دار الكتب للطباعة والنشر ،جامعة
الموصل ، ١٩٩٧ ، ص ٥٤ .
[٣٦] المصدر السابق ، ص ٥٥ . انظر ايضا د. توفيق حسن فرج وغيره ، مصدر سابق ، ص ٤١ .
[٣٧] انظر د. توفيق حسن فرج وغيره ، مصدر سابق ، ص ٢٠٥ . د. محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ١٩١ . د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ٣٣٨ . د. محمد يحيى مطر ،وسائل الاثبات في القضايا المدنية والتجارية ، الدار الجامعية ، بيروت ، ١٩٩١ ، ص ٢٥٩ . انظر ايضا في هذا الصدد د.علي احمد الجراح ، قواعد الاثبات بغير الكتابة في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان ، ٢٠١٠ ، ص ٥٤١ - ٦٢٤ .
[٣٨] انظر د. محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ٣٣ . د. عبد الله علي الخياري ،عبء الاثبات بين 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 ، ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م ، ص ٢٩٩ . د. همام محمد محمود وغيره ، مصدر سابق ، ص ٩٨ .
[٣٩] انظر سجى عمر شعبان آل عمرو ، دور الخصوم في الاثبات المدني- دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية، مصر ٢٠١٢ ، ص ٤٩ .
[٤٠] انظر د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٥٠. د.مصطفى احمد ابو عمرو وغيره ، مصدر سابق ،ص ٣٧.
[٤١] انظر د. ياسر باسم ذنون السبعاوي ، نظرية الرجحان وتطبيقاتها في ادلة الاثبات المدني ، دار الكتب القانونية ،
مصر ، ٢٠١٣ ، ص ٢٨١ .
[٤٢] انظر المحامي سيد عباس عبد الكريم ، عبء الاثبات ونقله بين الفقه والقضاء ، الطبعة الثانية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر ، ٢٠٠١ ، ص ١٠ .
[٤٣] انظر د. مصطفى احمد ابو عمرو وغيره ، مصدر سابق ، ص ٣٦ .

[٤٤] انظر د. رضا المزغني ، احكام الاثبات ، معهد الادارة العامة ، الرياض ، ١٩٨٥ ، ص ٤٤ . اشار اليه د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ٤١ . انظر ايضا د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٩٥ - ٩٦ .

[٤٥] انظر القاضي عبد الرحمن محمد شرفي ، تعارض البينات القضائية - دراسة فقهية قانونية تطبيقية مقارنة ،الطبعة الثانية ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م ، ص ٨٩ .

[٤٦] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥٢١ .

[٤٧] انظر أ. عبد الباقي البكري وغيره ، المدخل لدراسة القانون ، طبعة جديدة منقحة ، مكتبة السنهوري ، بغداد - شارع المتنبي ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٣٩ .

[٤٨] انظر د. عبد المجيد الحكيم وغيره ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الثاني ، مكتبة السنهوري ، بغداد - شارع المتنبي ، ٢٠٠٨ ، ص ١٥ .

[٤٩] انظر د. توفيق حسن فرج وغيره ، مصدر سابق ، ص ٣٠٤ . د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥١٦ - ٥١٧ .

[٥٠] انظر المحامي الياس ابو عيد ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ .

[٥١] انظر في هذا الصدد المستشار احمد نشأت ، رسالة الاثبات ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص ٧٧ - ٨٠ . د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٢٥٨ - ٢٥٩ .انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ،مصدر سابق ، ٥١٦ - ٥١٧ .

[٥٢] انظر المستشار احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ٧٧ - ٧٨ .

[٥٣] استئناف مختلط ٢٧ / ٥ / ١٩٠٣ ب ١٥ ص ٣١٩ / ٥ / ١٩٢١ ب ٣٣ ص ٣١٥ . وراجع مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ، مجموعة الاعمال التحضيرية ، ج ٣ ، ص ٤٤٥ . اشار اليهما د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣٤٥ . انظر ايضا د. همام محمد محمود وغيره ، مصدر سابق ، ص ٢٩٨ .

[٥٤] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥١٧ - ٥١٨ . انظر ايضاً المستشار احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ٧٨ .

[٥٥] انظر المستشار احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ٧٨ . د. عصمت عبد المجيد بكر ، مصدر سابق ، ص ٢٥٨ .

[٥٦] انظر د. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، مكتبة السنهوري ، بغداد - شارع المتنبي ، بدون سنة طبع ، ص ٢٩٥ - ٢٩٦ .

[٥٧] انظر المستشار احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ٧٧ . د. شمس الدين الوكيل ، دروس في الالتزامات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص ١٩٦ . اشار اليه د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٢٥٨. انظر ايضا ما نقله د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥١٧ .

[٥٨] د. آدم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص ٢٩٠ .

[٥٩] انظر المستشار احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ٧٧ . د. شمس الدين الوكيل ، دروس في الالتزامات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بلا سنة طبع ، ص ١٩٦ . اشار اليه د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٢٥٨.

[٦٠] انظر د. محمود مختار عبد المغيث محمد ، البناء الفني لحكم التحكيم ومدى رقابة محكمة النقض عليه - دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م ، ص ٣٧ .

[٦١] الدائرة (٧) تجاري ، القضية رقم ٧٠ لسنة ١٢٣ ق ، جلسة ٣/٩ /٢٠١١. المستحدث من احكام القضاء المصري في مسائل التحكيم ، مجلة التحكيم العربي ، العدد ١٦ - يونيو ٢٠١١ ، ص ١٩٢.اشار اليه د. محمود مختار عبد المغيث محمد ، مصدر سابق ، ص ١٠٦ .

[٦٢] ولا يوجد ما يقابلها في قانون المرافعات والتحكيم المصري النافذ .

[٦٣] انظر المستشار احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ٧٧ .
[٦٤] انظر د. عبد الله غزاي العزاوي ، شرح قانون الكتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨ ، بغداد ، ٢٠٠٠ ، ص ٩٠ . اشار اليه د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٢٥٨ - ٢٥٩ .
[٦٥] انظر د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣٤٥ . د. همام محمد محمود وغيره ، مصدر سابق ، ص ٢٩٨.
[٦٦] انظر سليمان مرقس ، اصول الاثبات ، ص ٦٠٠ - ٦٠١. احمد ابو الوفا ،المستحدث في قانون المرافعات الجديد وقانون الاثبات ، الاسكندرية ، ١٩٦٨ ، ص ٣٣٩ . عدنان احمد ولي العزاوي ، احكام اليمين في الاثبات ، مجلة الحقوقي ، العددان الاول والثاني ، ١٩٧٢،ص٩٠ .اشار اليهم د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٢٥٨.
[٦٧] وتقابلها المادة (١٤٤) من قانون المرافعات والتحكيم المصري النافذ (موافق) .
[٦٨] وتقابلها المادة (١٤٥) من قانون المرافعات والتحكيم المصري النافذ (موافق) .
[٦٩] انظر المادة (١١١ / اولا) من قانون الاثبات العراقي ، ولا يوجد ما يقابلها في قانون الاثبات المصري .
[٧٠] الطعن رقم ١٤٤٥ لسنة ٥٠ ق - جلسة ٢١ / ١١ / ١٩٨٤ - س ٣٥ -ع ٢ - ص ١٨٦٨) اشار اليه المستشار فايز السيد اللمساوي وغيره ، الصيغ النموذجية في دعاوي الاثبات ، الطبعة الاولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، شارع علي عبد اللطيف ، ٢٠٠٩ ، ص ٨٩ .
[٧١] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥١٦ - ٥١٧ .انظر ايضاً د. سليمان مرقس ، الاقرار واليمين واجراءاتهما . ص ١٢٠ ، واصول الاثبات للكاتب نفسه ، ص ١٩٧ . اشار اليه المحامي الياس ابو عيد ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ .
[٧٢] راجع مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٣ ، ٤٤٧ . اشار اليها د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣٤٧ - ٣٤٨ . انظر ايضا د. همام محمد محمود وغيره ، مصدر سابق ، ص ٣٠٠ - ٣٠١ .
[٧٣] انظر د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣٤٨ . د. همام محمد محمود وغيره ، مصدر سابق ، ص ٣٠١.
[٧٤] انظر د. عبد المجيد الحكيم وغيره ، الوجيز في نظرية الالتزام ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص ١٤٥ .
[٧٥] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٢٩ . د. توفيق حسن فرج وغيره ، مصدر سابق ، ص ١٨ - ١٩ . د. محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ١٧. د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ١٢ . د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣١ ، د. همام محمد محمود وغيره ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .
[٧٦] انظر د. توفيق حسن فرج وغيره ، مصدر سابق ، ص ١٩ . د. محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ١٧ . د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٨ - ٩ .
[٧٧] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٢٨ . د. محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ١٦. د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ١٠ . د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٢٩ .
[٧٨] انظر د. توفيق حسن فرج وغيره ، مصدر سابق ، ص ١٨ . د. محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ١٧ . د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ١١ . د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .
[٧٩] انظر د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ١٣ . د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص ١٩ - ٢٠ . د. محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ١٧ - ١٨ . د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣١ - ٣٥ .
[٨٠] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٢٩ . د. محمد نصر محمد ، مصدر سابق ، ص ١٣. د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٩ . د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣١ - ٣٣ . د. همام محمد محمود وغيره ، مصدر سابق ، ص ٢٣ - ٢٥ .
[٨١] المواد (١٨- ١٤٦) من قانون الاثبات العراقي ،وتقابلها المواد (١٠- ١٦٢) من قانون الاثبات المصري(موافق)
[٨٢] انظر د. آدم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الاثبات ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ١٩٩٠ م - ١٤١٠ هـ ، ص ٤٥ - ٤٦ . انظر ايضا في هذا الصدد د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٢٩ . د. محمد نصر

محمد ، مصدر سابق ، ص ١٣ . د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص ٩ ، د. عصام انور سليم، مصدر سابق ، ٣١ - ٣٣ . د. همام محمد محمود ، مصدر سابق ، ص ٢٣ - ٢٥ .

[٨٣] د. آمال الفزايري ، ضمانات التقاضي - دراسة تحليلية مقارنة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٠ ، ص٣٨.

[٨٤] انظر راميا الحاج ، مبدأ حياد القاضي المدني بين النظرية والتطبيق -دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، ٢٠٠٨ ، ص ٢٣٧ .

[٨٥] حلمي الحجار ، الوسيط في اصول المحاكمات المدنية ، ج ١، ص ١٢٨ بند ١٥١. اشارت راميا الحاج ، المصدر السابق ، ص ٢٣٧ - ٢٣٨ .

[٨٦] على النحو الذي نصت عليه المادة (١١٤/ اولا) من قانون الاثبات العراقي ، والشطر الاول من المادة (١١٤) من قانون الاثبات المصري (موافق) .

[٨٧] على النحو الذي نصت عليه المادة (١١٥ / ثانيا) من قانون الاثبات العراقي ، والشطر الثاني من المادة (١١٤) من قانون الاثبات المصري (موافق) .

[٨٨] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٢٩ . د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣١ . د. همام محمود ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .

[٨٩] انظر د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص ١٣ .

[٩٠] انظر د. احمد حبيب السماك ، نظام الاثبات في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، تصدر عن مركز دراسات الخليج والجزيرة العربية ، العدد الثاني ، السنة الحادية والعشرون ، ١٤١٨ هـ - ١٩٩٧ م ، ص ١٤٠ .

[٩١] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥١٥ - ٥١٦ .

[٩٢] انظر المستشار احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ٧٩ . د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٢٥٩ .

[٩٣] انظر د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣٤٥ - ٣٤٦ . د. همام محمد محمود وغيره ، مصدر سابق ، ص ٢٩٨ - ٢٩٩ .

[٩٤] انظر المحامي الياس ابو عيد ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ .

[٩٥] حسين عبد الهادي البياع ، شرح قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، بغداد ، ص ٩٢ . اشار اليه د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٢٦٠ . انظر ايضاً المحامي الياس ابو عيد ، مصدر سابق ، ص ١٦٤ - ١٦٥ . انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم ٢٤٠ / عقار / ٢٠١٠ المؤرخ في ٩ / ١١ / ٢٠١٠. منشور في النشرة القضائية ، تصدر عن مجلس القضاء الاعلى في جمهورية العراق ، العدد الثالث ، السنة الرابعة ، ٢٠١١ ، ص ٦٣ .

[٩٦] قرار محكمة التمييز المرقم ٢٤٣٦/ ش / ٨٦ - ٨٧ في ٢١ / ٥ / ١٩٨٧، مجموعة الاحكام العدلية العددان الاول والثاني ١٩٨٧ ، ص ٦٨ . قرار محكمة استئناف كركوك بصفتها التميزية المرقم ١٨٤ / ح / ١٩٨٧في ٢٣ / ٥ / ١٩٨٧ ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد السابق ، ص ١٩١ - ١٩٢ . اشار اليهما د.عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٢٦٠ .

[٩٧] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥٢٤ . المحامي الياس ابو عيد ، مصدر سابق ، ص ١٧١ - ١٧٢ . د. توفيق حسن فرج وغيره ، مصدر سابق ، ص ٣٠٧ .

[٩٨] انظر د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣٥١ . د.همام محمد محمود وغيره ، مصدر سابق ، ص ٣٠٣ .

[٩٩] انظر المستشار احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ١٤٩ . المحامي الياس ابو عيد ، مصدر سابق ، ص ١٧١ .

[١٠٠] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص٥٢٧ . المحامي الياس ابو عيد ، مصدر سابق ، ص ١٧١ .

[١٠١] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥٢٦ - ٥٢٧ . انظر ايضاً المستشار احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ١٤٨ - ١٥٠ .

[١٠٢] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥٢٧ . المستشار احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ١٤٢ ، ص ١٤٤ - ١٤٥. د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٢٦٢ . المحامي الياس ابو عيد ، مصدر سابق ، ص ١٦٨ . د. آدم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص ١٨٧ - ١٨٨ .

[١٠٣] انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص ٥٢٧ - ٥٢٨ . د. عصمت عبد المجيد ، مصدر سابق ، ص ٢٦٢ . المحامي الياس ابو عيد ، مصدر سابق ، ص ١٦٨ - ١٦٩ . د. آدم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص ١٨٨ .

[١٠٤] انظر المستشار احمد نشأت ، مصدر سابق ، ص ١٤٣ ، ص ١٤٦ .

[١٠٥] انظر د. آدم وهيب النداوي ، مصدر سابق ، ص ١٨٨ - ١٨٩ .

[١٠٦] المصدر نفسه .

[١٠٧] انظر قرارها رقم ٢٤٨ / بتاريخ ٦ / ١٠ / ٢٠٠٩ (غير منشور) .

[١٠٨] انظر قرارها رقم ٥٧٢ / بتاريخ ١٤ / ٦ / ٢٠١٠ (غير منشور) .

[١٠٩] الطعن رقم ٢٥٠٧ سنة ٥٦ في جلسة ٢٨ / ٣ / ١٩٨٩ س ٤٠ ع ١ ص ٨٧٧ . منشور لدى المستشار سعيد احمد شعلة ، قضاء النقض في الاثبات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٨ ، ص ٤٧٦ - ٤٧٧ .

[١١٠] الطعن رقم ٤٥٣١ سنة ٦١ ق جلسة ٤ / ١١ / ١٩٩٧ . المصدر السابق ، ص ٤٧٨ .

[١١١] انظر د. عصام انور سليم ، مصدر سابق ، ص ٣٥٣ . د. همام محمد محمود وغيره ، مصدر سابق ، ص ٣٠٦ - ٣٠٧ .