الرقم الدولي : ISSN: 2075-7220

الرقم الدولي العالمي : ISSN: 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الرابع / ملحق 2024 السنة السادسة عشر

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

Print ISSN : 2075-7220

Online ISSN : 2313-0377

Al-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and Political Science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Fourth issue/Appendix 2024 Sixteenth year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

هيئة تحرير المجلة

ت	الاسماء	الصفة	مكان العمل	الاختصاص العام	الاختصاص الدقيق
1	أ.د. فراس كريم شيعان	رئيس هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
2	م.د. هند فائز احمد	مدير هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
3	أ.د. اسراء محمد علي سالم	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
4	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون اداري
5	أ.د. حسون عبيد هجيج	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
6	أ.د. ضمير حسين ناصر	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
7	أ.د. وسن قاسم غني	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
8	أ.د. ذكرى محمد حسين	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون تجاري
9	أ.د. صادق محمد علي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
10	أ.د. اسماعيل نعمة عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
11	أ.م.د محمد جعفر هادي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
12	أ.م.د. رفاه كريم كربل	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
13	أ.م.د. قحطان عدنان عزيز	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دولي
14	أ.م.د. ماهر محسن عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
15	أ.م.د. اركان عباس حمزة	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دستوري
16	أ.د. مروان محمد محروس	عضواً	كلية الحقوق/جامعة البحرين	قانون	ــــــــــ
17	أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم	عضواً	اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان	قانون عام	قانون جنائي
18	أ.د. سهيل حدادين	عضواً	الجامعة الاردنية	قانون	ــــــــــ
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	ــــــــــ
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	ــــــــــ
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	ــــــــــ

ت	عنوان البحث	اسم الباحث	رقم الصفحة
1	حالات إعادة المحاكمة في القضاء الإداري العراقي (دراسة مقارنة)	أ.د.إسماعيل صعصاع غيدان م.م حسن صالح مهدي	39 - 1
2	إجراءات طلب إعادة المحاكمة في القضاء الإداري العراقي (دراسة مقارنة)	أ.د إسماعيل صعصاع غيدان م.م. حسن صالح مهدي	82 - 40
3	فكرة نشاط القاضي وحدود علاقتها بعنصر الواقع في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)	أ.د هادي حسين عبد علي الكعبي	112 - 83
4	وسائل تنفيذ الحماية المسلحة لقوافل المساعدات الانسانية وممارساتها	أ.د صدام حسين وادي الفتلاوي م. قاسم ماضي حمزة	140 - 113
5	إعداد التقارير كآلية قانونية دولية لحماية حقوق الاحداث الجانحين داخل السجون (دراسة مقارنة)	أ.د سرمد عامر عباس سحر علي سلمان علوان	168 - 141
6	الأطار المفاهيمي لجريمة استئصال عضو او نسيج من ميت خلافا للقانون (دراسة مقارنة)	ا.م.د عمار غالي عبد الكاظم الباحث حنان جابر عباس	203 - 169
7	مدى فعالية دور القاضي المدني في الحكم باليمين الحاسمة	م. م. مها خضر بهجت السماك الباحث نور محمد رحمن	227 - 204
8	الغائية في الطعن بالأحكام القضائية المدنية	أ.د. محمد علي عبده الباحث كمال رحيم عزيز	266 - 228
9	التقادم المسقط في القانون الإداري (دراسة مقارنة)	أ.م.د.بشار جاهم عجمي	297 – 267
10	روح القانون الجنائي: دراسة تحليلية في ضوء مبادئ العدالة الجنائية	أ.م.د.حيدر حسين علي الكريطي	332 - 298
11	المحكمة المختصة بمنازعات العقود المبرمة عبر شبكة المعلومات الدولية	م.عماد عبد الجليل راضي	372 - 333

مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الرابع/ ملحق

السنة السادسة عشر

2024

البريد الالكتروني

https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

مدى فعالية دور القاضي المدني في الحكم باليمين الحاسمة

م. م. مها خضر بهجت السماك (1)
جامعة بابل– كلية القانون
mhaalsemaak@gmail.com

الباحث نور محمد رحمن (2)
جامعة بابل– كلية القانون
noor.1994mihamned@gmail.com

تاريخ استلام البحث: 2024/9/25 تاريخ قبول النشر: 2024/12/31 تاريخ النشر: 2025/1/8

الملخص

نسعى للوصول في هذا البحث الى بيان فعالية ودور القاضي المدني في الاثبات باليمين الحاسمة، وبيان سلطة القاضي المدني التقديرية في الحكم باليمين الحاسمة، اليمين الحاسمة هي يمين يوجهها الخصم الى خصمه ليحسم بها النزاع، وهي اليمين التي تنتهي بها الدعوى، وهي وسيلة لا يلجأ اليها الخصم الا عندما يعوزه طريق اخر لأثبات ادعائه طلبا كان أو دفعا فلا يبقى امامه الا ان يحتكم الى ضمير خصمه فيطلب اليه حلف هذه اليمين حسما للنزاع، وانها نظام قانوني خاص وضعه المشرع لا سعاف الخصم الذي يعجز عن اثبات ما يدعيه، وبه يحتكم الى ضمير خصمه وذمته، واذا حلفها رفضت دعوى المدعي، واذا نكل عنها حكم عليه ،واذا ردها على خصمه فحلفها حكم له، والا حكم عليه .

الكلمات المفتاحية: اليمين الحاسمة، القاضي المدني، الحكم

The effectiveness of the role of the civil judge in ruling on the decisive oath

M. M . Maha Khader Bahjat Al Samma
University of Babylon/College of Law

Noor Mohammed Rahman
University of Babylon/College of Law

Summary

In this research, we seek to explain the effectiveness and role of the civil judge. In this research, we seek to explain the effectiveness and role of the civil judge in proving by the decisive oath, and to explain the discretionary authority of the civil judge in ruling by the decisive oath. The decisive oath is an oath directed by the opponent to his opponent in order to settle the dispute, and it is The oath with which the lawsuit ends, and it is a method that the opponent does not resort to except when he lacks another way to prove his claim, whether a request or a defense, so there is nothing left for him but to appeal to his opponent's conscience and ask him to take this oath to settle the dispute, and it is a special legal system. The legislator established it not as an aid to the opponent who is unable to prove what he claims, and by it he appeals to his opponent's conscience and responsibility. If he swears it, the claimant's claim is rejected, and if he refuses to do so, he is judged. If he returns it to his opponent and swears it, a judgment is ruled for him. Otherwise, he is judged.

Keywords: The decisive right ،Civil Judge ،Referee

المقدمة

اولاً: موضوع البحث

اليمين هي قسم بالله يصدر من أحد الخصمين على صحة ما يزعمه أو على عدم صحة ما يدعيه الخصم الاخر، ويمكن ان توجه هذه اليمين في شكل طلب أو دفع، وتعتبر اليمين من الوسائل المعتمدة في فض المنازعات، وهي "اخبار عن أمر مع الاستشهاد بالله تعالى على صدق الخبر" ، اليمين الحاسمة هي اليمين التي يوجهها أحد الخصوم أو المتداعين لخصمه الآخر حسماً للنزاع القائم بينهما إذا افتقد الدليل الذي يسمح به القانون لإثبات دعواه محتكماً لضمير وذمة ودين هذا الخصم. ولها قاعدة فقهية عظيمة كما جاء في الحديث الشريف: "البينة على من أدعى واليمين على من أنكر، وعلى إثر ذلك فإنه إذا أدى الخصم اليمين خسر خصمه دعواه وإذا نكل أي بمعنى تراجع أو امتنع عن تأدية اليمين كسبها خصمه (الذي طلب تأدية اليمين)، ولمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه، فإذا امتنع ذلك الخصم عن تأدية اليمين خسر دعواه وكسبها من رد اليمين إليه، وهي بذلك طريق غير عادي للإثبات نظمه القانون وحدد آثاره بما يحقق العدالة.

ثانياً: أهمية البحث

اليمين الحاسمة احد اهم طرق الاثبات ومن اكثرها استعمالاً في الدعوى، وتبرز اهمية هذا الموضوع بالنظر لما تمثله اليمين الحاسمة باعتبارها من ادلة الاثبات غير الكتابية، ولما يترتب عليها من الاثار التي تختلف عن الاثار التي يرتبها غيرها من ادلة الاثبات الاخرى.

ثالثاً: مشكلة البحث

هناك العديد من المشاكل التي تواجه القضية المعروضة أمام القضاء، ومن ضمن المشاكل التي تحدث هو قلة ادلة الاثبات، لذلك يتم اللجوء الى اليمين الحاسمة من قبل القاضي وسلطته التقديرية، ومن ضمن المسائل التي سنحاول معالجتها هي الاهلية لكل من طالب اليمين ومؤدي اليمين والآثار التي قد تعترض اليمين الحاسمة في حال رد اليمين و النكول عن اليمين ومدى سلطة القاضي التقديرية في ذلك.

رابعاً: منهج البحث

اعتمدنا في بحث هذا الموضوع على المنهج الوصفي (التحليلي) المستند على المنهج العلمي، والمنهج المقارن ويعتمد في هذه الدراسة على مبدأ المقارنة بين مدى الأثر القانوني المترتب على اليمين الحاسمة في القانون العراقي والقوانين المقارنة .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues

خامساً: خطة البحث

توزع البحث في هذا الموضوع الى مطلبين ستناول في المطلب الأول سلطة القاضي في توجيه اليمين الحاسمة من خلال فرعين، كرسنا الفرع الأول لشروط توجيه اليمين الحاسمة وخصصنا الفرع الثاني لسلطة القاضي التقديرية في الحكم وفقاً لليمين الحاسمة .

أما في المطلب الثاني فقد تناولنا اثار اليمين الحاسمة و سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين تناولنا في الفرع الاول حلف اليمين الحاسمة وفي الفرع الثاني النكول عن اليمين ورد اليمين، وانهينا البحث بخاتمة تضمنت أهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات.

المطلب الأول

سلطة القاضي في توجيه اليمين الحاسمة

ان القاضي عندما يعرض امامه النزاع تكون له سلطات تقديرية يمنحها القانون له ومن ضمن تلك السلطات توجيه اليمين الحاسمة عندما يعوز النزاع المعروض امامه دليلاً للأثبات ، لذا يتم الاحتكام إلى ذمة الخصم وضميره، حيث يُعد اليمين الحاسمة نظام قانوني مستمد من العدالة، وإذا حلف المدعى عليه اليمين اعتبر الطرف الآخر قد تنازل عن دعواه، لأن أداء اليمين في ظل توجيهات القانون يعني التخلي عن طرق الإثبات الأخرى، وقد نصت المادة (1/111) من قانون الإثبات العراقي على انه "طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الاثبات بالنسبة للواقعة التي يرد عليها اذا بقي طالبها مصرا على توجيهها"، وفي مقابل ذلك يعتبر المدعي عليه إذا نكل عن اليمين مقراً بصحة دعوى المدعي، فيكون قد خسر ما توجهت به اليمين بالرغم من كون اليمين الحاسمة. إذا كانت اليمين الحاسمة سلاحاً للخصم والذي لم يتمكن من تقديم دليل يثبت دعواه ، فلا يجوز له أن يوجه السلاح مباشرة إلى الخصم. وتؤدى اليمين القاضي تحت رقابة القاضي وإشرافه، ويظهر مما سبق أن اليمين خاصة بالخصوم فقط، فإنهم هم الذين يقررون اللجوء إلى اليمين، وإن الاحتجاج بالتزام الخصم وضميره ليس مطلقا ولا حدود له، بل له السيطرة على شروط قبول تعليمات القسم وكيفية تنفيذها، وإذا طلب الخصم تحليف اليمين مباشرة للطرف الآخر، فيجب أن يكون الطلب مستوفياً للشروط الموضوعية التي يجب توافرها، ويجب ألا يعطي الطرف الآخر تعليمات تعسفية، ويجب على القاضي أن يحكم باليمين، ولبيان هذا الموضوع بشيء من التفصيل سنقسم هذا المطلب الى فرعين نتناول في الفرع الأول شروط توجيه اليمين الحاسمة وفي الفرع الثاني سلطة القاضي التقديرية في الحكم وفقاً لليمين الحاسمة .

الفرع الأول

شروط توجيه اليمين الحاسمة

يستلزم لتوجيه اليمين الحاسمة توافر الشروط الاتية:-

اولاً: اليمين الحاسمة بإذن المحكمة

يجوز بعد إذن المحكمة لأي من الخصمين أن يحلف اليمين الحاسمة للخصم الآخر وفقاً للمادة / 114/اولاً من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل التي نصت على انه (اولاً: لكل من الخصمين بأذن المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الاخر ثانياً: اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى).

يتضح من هذا النص للقاضي ان يقدر ملائمة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها اذا قصد منها الكيد، وله ان يقدر:

أ- ملائمة توجيه اليمين وان يرفض توجيهها اذا قصد منها الكيد.

ب- للقاضي ان يقدر ضرورة توجيه اليمين وان يرفض توجيهها، اذا كانت الوقائع التي توجه بشأنها غير قريبة الاحتمال أو سبق ان اقام الدليل عليها بطرق اخرى من طرق الاثبات،[1].ولا يجوز أداء اليمين مباشرة إلا إذا طلبها الطرف الآخر وبإذن القاضي أو عرضت على الطرف الآخر الذي لا يستطيع إثبات سلطته في إلزام الطرف الآخر بأداء اليمين، ولا يجوز للقاضي أن يأمر بذلك دون موافقة الطرف الآخر،[2].وبدلا من ذلك ينبغي سؤال المدعي عما إذا كان يطلب من خصمه أداء اليمين الحاسمة [3].إذا منحت المحكمة للمدعي حق أداء اليمين للمدعى عليه، ولم يوافق وكيلاهما على أداء اليمين، فلا يجوز للمحكمة أداء اليمين من تلقاء نفسها.[4].وعلى الخصم الذي لا يستطيع الإثبات أن يطلب اليمين، وهو أمر ضروري ليقول "ليس لدي أي اعتراض على يمين المدعي" [5]ويمكن أداء اليمين الحاسمة في أي محكمة أو هيئة قضائية، على سبيل المثال قضت محكمة التمييز بأن ممثل المدعى عليه طلب إعادة يمين المدعي إلى مرحلة الاستئناف لأن الاستئناف يجب أن يسمح له بأداء اليمين. الاستئناف ينقل الدعوى إلى الحالة التي كانت عليها قبل الحكم الابتدائي[6].

ويعدُ المدعي غير قادر على الإثبات في الحالات الآتية: أ – إذا صرح بأنه عاجزاً عن الاثبات ولا بينة له. ب- أو ان الشهود في محل بعيد لا يعرف محل اقامتهم. ج- أو أن الشهود لا يحضرون للشهادة. د- اذا حضر شهوده وقدمهم لأداء الشهادة ولم يشهدوا له. هـ-اذا تناقص الشهود المحصورون في شهاداتهم الامر الذي يؤدي إلى زعزعة الثقة بشهادة من شهد لصالح المدعي. و- إذا أحضر الطرف الآخر شهوداً ردوا دعوى المدعي [7] .

وأن محكمة التمييز قضت في قرار لها جاء فيه إذا ثبت للمحكمة من سجلات المضاهاة إن التوقيع المرفق بعقد الإيجار يختلف عن توقيع المدعي الحقيقي ولا يخصه، فيجب على المحكمة أن تعتبر أن المدعى عليه في هذه القضية غير قادر على إثبات دفعه ومنحه الحق في أداء اليمين للمدعي[8] وتنص المادة 109 من قانون الإثبات العراقي على أنه "تحلف اليمين أمام المحكمة، ولا يعتبر أي تنازل خارج المحكمة كما جاء في المادة 111/ ثالثاً من قانون الاثبات العراقي على انه"تؤدي اليمين امام المحكمة ولا اعتبار بالنكول عن اليمين خارجها"كما نصت المادة 111/ثالثا من قانون الاثبات العراقي" لا يجوز تحليف اليمين الحاسمة امام محكمة التمييز ،ولا ارجاء تحليفها الى ما بعد النظر في القضية تمييزاً" ،وان للقنصل تحليف اليمين في القضايا الخاصة بالمحاكم العراقية وتعتبر اجراءاته كما لو جرت في المحاكم العراقية[9].وقد اختلفت الآراء الفقهية حول جواز توجيه اليمين الحاسمة امام القضاء المستعجل هناك رأيان ، فان الراي الاول يجوز ذلك على ان يقتصر اثر اليمين الحاسمة على التدبير المؤقت، في حين ان الراي الثاني ل لا يجوز ذلك لأن اليمين الحاسمة من شانها ان تحسم نزاعاً ونحن نرجح الرأي الاول لأنه اكثر ملائمة[10].وللمحكمة تعديل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم، وتجري المحكمة تعديلاً في هذه الصيغة سواء من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصم الاخر، ونصت المادة(115/اولا)من قانون الاثبات العراقي على انه"000للمحكمة ان تعدل صيغة اليمين بحيث تنطبق على الوقائع المطلوب الحلف عليها" وليس للمحكمة ان تدخل تعديلا على صيغة اليمين بما يخرج موضوعها عن الحدود المرسومة له في طلب الخصم، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الاتحادية "بان على المحكمة ان تقرر تعديل صيغة اليمين التي توجهها الى المدعي اذا طلب وكيل المدعي عليه تعديلها وكان محقاً في طلبه"[11] .

وُيعد الخصم صارفاً النظر عن توجيه اليمين إذا أصر على توجيهها بالصيغة التي طلبها والمتضمنة امور لا علاقة لها بالدعوى ،لأن المحكمة لا الخصوم هي التي تضع صيغة اليمين[12]،واذا كان الخصم متعسفاً في توجيه اليمين الحاسمة فان للمحكمة ان ترفض توجيهها(م115/ثانيا)من قانون الاثبات العراقي، كأن ترد اليمين على وقائع لا تحسم النزاع أو غير متعلقة بشخص الخصم أو لا يدخل في سلطته الحلف عليها، واذا نازع الخصم الذي وجهت إليه اليمين في جواز توجيهها، لأن موضوعها غير متعلق به او انه غير منتج في الدعوى أو غير حاسم أو اعتراض على صيغتها أو طلب تعديلها، ويجب على المحكمة ان تفصل في هذا الاعتراض، وان تصدر حكمها برفض اليمين أو بتوجيهها، ويجوز للخصم الذي وجه إليه اليمين ان يرجع عن منازعته في توجيهها مادامت المحكمة لم تفصل في هذا النزاع بعد، ولا يُعد الخصم ناكلاً قبل الفصل في منازعته، اما اذا توفرت شروطها وكان الخصم متعسفاً إذا كان يقصد الكيد أو اكتساب الوقت أو انصبت صيغة اليمين على وقائع بعيدة الاحتمال أو ثابتة ثبوتاً جلياً من المستندات المقدمة في الدعوى أو إن موجهها أراد أن يستغل ورع خصمه وشدة تدينه و اراد بتوجيه اليمين تشكيك الجمهور في ذمة الخصم واظهاره مظهر الحانث بيمينها و غير ذلك من

الاسباب التي تملك المحكمة تقديرها. رفضت المحكمة توجيهها، ومسالة التعسف في توجيه اليمين مسالة تقديرية متروكة للقاضي يقدرها من ظروف الدعوى[13].

ثانياً:- الاهلية

يشترط لتوجيه اليمين الحاسمة توافر الاهلية في الخصم سواء كان موجه اليمين أو من توجه اليه اليمين

1- اهلية موجه اليمين

ويجب أن يكون الخصم الذي يؤدي اليمين كامل الأهلية، أي أنه بلغ سن الرشد، وغير موقوف عن العمل بسبب جنون أو بله أو غفلة أو غباء. وبالرجوع إلى قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 نلاحظ أحكام المادة (7/43)نصت على انه "لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر" في ذلك سابعا/"التنازل عن التأمينات واضعافها والتنازل عن الحقوق والدعاوي وطرق الطعن القانونية في الاحكام[14]".

يرى البعض أن القدرة على التصرف في الحقوق التي هي محل اليمين لا تكفي، بل تقتضي القدرة على التبرع، فلا يحق للقاصرين القسم على الطرف الآخر، كما لا يجوز لهم رأي آخر هو أن القدرة على التصرف في الحقوق التي هي محل اليمين كافية في الاستدلال باليمين[15].

صحة يمين الرضا عمل قانوني ينص على الهوية أو الحضانة، ولذلك يجب أن يكون هناك رضا حقيقي بها ولا تشوبه عيوب، وإن الشتائم في حالة عدم الوعي، مثل حالة السكر أو التخدير أو التنويم المغناطيسي سواء كانت وهمية أو غير مقصودة، هي في الحقيقة مناشدة لضمير الشخص الذي يتم القسم عليه، والغرض منه هو ببساطة وصف النزاع والحصول على قرار بشأن النزاع وبالمثل، إذا تم اختراق التعليمات المحلفة عن طريق الخطأ أو الإكراه، فإن أيًا من هذه العيوب سيكون كافيًا لجعل التعليمات المحلفة غير صالحة حتى بعد قبول المعارضين الآخرين أو حتى بعد أن أقسمت عليها [16].

ولا يجوز توجيه اليمين إلى الوصي أو الوكيل إلا على نفسه أو منهم بنفسه أو بعلمه، أو دون أداء اليمين أثناء وظيفته لا يجوز أداء اليمين إلا بإذن خاص وبعد تبين عدم جواز أداء البينة، لأن اليمين فعل شخصي خاص بمن يحلف لأنه يعلم طبيعة الأمر الذي يحلف فيه. هو مخطوب. ويجب على الوكيل أن يؤدي اليمين، وأن يكون عالماً بعواقبها الدينية أمام الله عز وجل، وعواقبها الأخلاقية أمام الناس، وعواقبها الشرعية أمام خصومه، وليس للوكيل أن يوجه اليمين إلا بحكم صريح خاص بموجب المادة (52) الفقرة (2)، من قانون الإجراءات المدنية رقم 83 لسنة 1969 "الوكالة العامة المطلقة لا تخول الوكيل العام إلا بتفويض خاص ... أن يوجه أداء اليمين إما برفضها أو قبولها " ولكن ممثلي الدولة قد تتطلب الإدارات والإدارات الاجتماعية في الإجراءات أداء اليمين يجوز

لوكالات الدولة والإدارات الاجتماعية تعيين موظف حاصل على درجة البكالوريوس في القانون للمثول أمام المحكمة نيابة عنها [17].ويجوز للوزير المختص أو رئيس الجهة غير التابعة لوزارة، حسب تقديره، أن يعين موظفاً حاصلاً على درجة البكالوريوس في القانون لينوب عن الوزارة أو الجهة، أو محامياً إذا كانت الوزارة أو الجهة طرفاً.، مهما كانت قيمته[18]. وتنص المادة (112) من قانون الإثبات العراقي على ان تجري النيابة في طلب التحليف ولا تجري في اليمين .

2-اهلية من توجه اليه اليمين

ويجب أن يكون الخصم باليمين الحاسمة مختصاً بالتصرف في الحقوق المقررة، ويجب أن تكون اليمين موجهة إلى الخصم شخصياً وليس إلى من يمثله، لأن اليمين مناشدة للضمير ويدخل في ضمير الحالف ووجدانه، فلا يجوز توجيهه إلا على الخصم الأصلي الذي تتوفر فيه المؤهلات اللازمة لأداء اليمين، فلا يجوز توجيهه على الوكيل[19]،إذا حلف الرجل على ما يفعل فقد حلف على اليقين، وإذا حلف على ما فعل غيره حلف على ألا يعلم (المادة 117 من قانون الاثبات العراقي) فالاختيار بين القسم والإجابة والرجوع كالأمر، واليمين كالإقرار لا يتصرف في الحقوق لا يجوز أداء اليمين على القاصرين الذين لم يبلغوا سن الرشد إلا فيما يتعلق بالواجبات الإدارية الموكلة إليهم، ولا على الأشخاص المحظور عليهم بسبب الجنون أو البله أو الإهمال أو الندم، ولا يجوز أداء اليمين عليهم. الأشخاص الذين أوصيهم أو أخطط لهم، بصفتي وصيًا، من قبل ممثل، باستثناء الإجراءات التي يتخذها الممثل شخصيًا أو الإجراءات التي يمكن أن يتخذها نيابةً عنه ضمن النطاق المعتمد من قبل إدارة رعاية القاصرين، والعبرة في اهلية الخصم الحالف هو اهليته وقت الحلف لا وقت توجيه اليمين، فاذا حجر على شخص بعد توجيه اليمين إليه، وقبل الحلف، فانه يصبح غير اهل لأداء اليمين[20].ولا تجري النيابة في الحلف، فاذا وجهت اليمين الى الموكل فانه يلزمه ان يحلف بنفسه لان اليمين من الامور الشخصية الصرفة التي لا تجوز النيابة فيها، فالوكيل لا يحلف، والموظف لا يحلف اليمين في حالة عجز خصمه عن اثبات ادعائه بالنسبة للادعاء المتعلق بوظيفة الموظف، لان النكول عن اليمين اما بذل او اقرار والموظف لا يملكهما بالنسبة لأعمال وظيفته[21]،وقضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها" ان رئيس البلدية بصفته موظفا يكون قيامه بواجباته الرسمية مستندا الى ولاية قانونية فلا يصح اقراره بما لا يملك وكذلك لا توجه اليه اليمين"[22].

ثالثاً- محل اليمين

يشترط في توجيه اليمين تعلق اليمين بالوقائع او تعلق الوقائع بالخصم الذي توجه اليه اليمين

1- تعلق اليمين بالوقائع

ان موضوع اليمين واقعة يدعيها المدعي وينكرها المدعي عليه ويرتب على ثبوتها حق معين، وان يكون هذا الحق موضوع اليمين مباشرة، فيطلب المدعي من المدعي عليه أن يحلف بانه ليس مديناً له بمبلغ معين ويجب على من

يوجه لخصمه اليمين الحاسمة، ان يبين الوقائع التي يريد تحليفه عليها(م115/اولا–الاثبات) ويجوز ان توجه اليمين في ايه حالة كانت عليها الدعوى الا انه لا يجوز توجيهها عن واقعة مخالفة للنظام العام او الآداب (م116/اولا –اثبات)، ومن ثم فلا يجوز ان يكون موضوع اليمين جريمة جنائية او دين قمار او ربا فاحش او اتفاق على الدفع بالذهب او دفع مبلغ السرقفلية في ظل احكام قانون ايجار العقار رقم 87 لسنة 1979،حيث منعت المادة 21منه السرقفلية وعاقبت المادة4/23 منه من حصل على السرقفلية، وقد اجازت المادة(116/ثانيا)من قانون الاثبات للخصم المتضرر من الواقعة المخالفة للنظام العام او الآداب ان يطلب توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه وهذا الحكم مستحدث في قانون الاثبات، ويشترط أن تكون الواقعة موضوع اليمين منتجة في الدعوى بحيث تؤدي اليمين الى حسم النزاع وان لا يمنع القانون توجيه اليمين بشان هذه الواقعة، فاذا صدر فيها حكم مكتسب الدرجة القطعية فلا تقبل اليمين بشأنها، وكذلك يجب ان لا تكون الواقعة تصرفاً يشترط لانعقاده الكتابة أو منازعة في بيان من البيانات الواردة في السند الرسمي[23].

2–تعلق الوقائع بالخصم الموجهة الى اليمين

ينبغي أن تكون الواقعة متعلقة بالخصم الذي وجهت إليه اليمين الحاسمة، ويكون الحلف على البتات، اما اذا كانت الواقعة متعلقة بشخص اخر، فيكون الحلف على عدم العلم، وعلى هذا نصت المادة117 من قانون الاثبات{اذا حلف شخص على فعله يحلف على البتات واذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم}،لأن الخصم الذي يوجه اليمين يحتكم الى ضمير خصمه، لذلك ينبغي ان تكون الواقعة متعلقة بشخص هذا الخصم، فهو وحده القادر على تأكيد او نفي الواقعة، كأن يحلف بانه لم يقترض المبلغ الذي يطلبه المدعي[24].

وأذا لم تكن الواقعة متعلقة بشخص الخصم الذي وجهت اليه اليمين الحاسمة، فيجوز ان يتم توجيه اليمين اليه على مجرد علمه او عدم علمه بها، كأن يحلف الوارث مثلا انه لا يعلم ان موروثه كان مديناً، ومن ثم فان توجيه يمين عدم العلم للورثة صحيح طالما كانت الدعوى قد اقيمت على الورثة اضافة إلى تركة موروثهم[25].

الفرع الثاني

سلطة القاضي التقديرية في الحكم وفقاً لليمين الحاسمة

ان اليمين الحاسمة هي تلك اليمين التي توجه من أحد الخصمين الى الخصم الأخر بقصد حسم النزاع ، إذ يلجأ الخصم اليها في حالة عدم وجود دليل بالحق الذي يطالب به، وهي وسيلة يلتجئ اليها الخصم عندما يعدمه أو يعوزه الدليل المناسب للأثبات فيحتكم إلى ذمة وضمير خصمه [26]، إذ إن اليمين الحاسمة ذات طبيعة خاصة تؤدي الى استدراك النقص الذي تسببه طرق الاثبات المنصوص عليها في القانون في خدمة النزاع والدعوى[27]،وعلى الرغم من إن اليمين الحاسمة ملك الخصوم ولا يستطيع القاضي ان يوجهها من تلقاء نفسه،

الا انه لا يمكن للخصم من مباشرة هذا الحق إلا بأذن من القاضي، فيقوم الخصم بتقديم طلب الى القاضي بتوجيه اليمين الى خصمه من اجل الوصول إلى اثبات حقه الذي ينقصه الدليل[28]،فإذا كانت مستوفية لشرائطها وجب على القاضي قبولها وتكليف الخصم بأدائها وفوق ذلك لا ننسى بأن اليمين دليلاً من ادلة الاثبات مرجعه ذات الخصم الموجهة له وذمته ولا يصح حرمان الشخص من مثل هذا الدليل المباح له قانونا[29].

وان القانون المدني الفرنسي نص وفق المادة 1358 ان توجيه اليمين حق الخصم على ان لا يكون توجيهه الى الخصم مباشرة، وانما عن طريق القاضي والاخير غير ملزم بتوجيهها وان اليمين صلح وليس للقاضي ان يعترض على هذا الصلح ،لذلك خالف القضاء الفرنسي الفقه في هذا الشأن واعطى للقاضي السلطة التقديرية في قبول توجيه اليمين الامر الذي جعل توجيه اليمين يكون حسبما يراه القاضي من ظروف الدعوى ومركز الخصوم[30]

اما في العراق فقد نصت المادة 114 من قانون الاثبات العراقي {اولاً: لكل من الخصمين بأذن من المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الاخر} وهذا يعني بأن المشرع العراقي اعطى للقاضي السلطة التقديرية في أن يمنع توجيهها اذا كانت غير متعلقة بالشخص الذي يراد توجيه اليمين اليه أو كانت غير حاسمة ولا منتجة او كانت الاوراق والمستندات التي قدمها أحد الخصوم تدل على عدم صحة دعوى طالب اليمين أو اتضح إن الخصم كان غرضه في توجيه اليمين هو استغلال ورع وتدين الخصم الاخر[31]، كما انه على القاضي ان يراقب توجيه اليمين الحاسمة من حيث الوقائع على الا تكون الواقعة مخالفة للنظام العام وهذا ما اكدته المادة (115) من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه{ اولاً: يجوز توجيه اليمين الحاسمة في اية حالة كانت عليها الدعوى الا انه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب. ثانياً: لا يجوز للخصم المتضرر من الواقعة المخالفة للنظام العام او الآداب أن يطلب توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه"[32].

وان ابراز هذا الدور والتوسع فيه بإعطاء القاضي الحق في منع توجيه اليمين اذا كان هناك تعسف في توجيهها ، وهذا ما اكده قانون الاثبات العراقي{ للمحكمة ان ترفض توجيه اليمين الحاسمة ،اذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها}[33]والتعسف الذي يكشفه القاضي هو استغلال المدعي ورع وتقوى خصمه وتحرجه من اليمين وان الدعوى خالية من الدليل اوانها غير محكمة الصدق او ظاهر الحال يكذب المدعي وفي هذه يوجه المدعي اليمين لخصمه، وبهذه الحالة يستخدم القاضي سلطته التقديرية بمنع توجيه اليمين.

ومما تجدر الاشارة اليه إن سلطة القاضي التقديرية لاتقف عند حد تقدير الدليل في ذاته انما تمتد للأدلاء به وتأديته، وله سلطة تقديرية في رفض اليمين الحاسمة اذا كانت الوقائع المدعى بها غير محتملة التصديق او كان الغرض منها التشكيك في ذمة الخصم والكيد له واظهاره بمظهر الحانث في يمينه او تكذبها المستندات وبذلك يكون طلب اليمين على هذه الصورة من قبل سوء استعمال الحق[34].وبالإضافة الى ذلك أن القاضي يمتلك

السلطة التقديرية في تعديل صيغة اليمين وبالتالي يمكن للقاضي أن يعدل الصيغة التي يعرضها الخصم إذا جادل من وجهت اليه اليمين في توجيهها وقام بطلب تعديلها لأن الغرض من اليمين الحاسمة هو الوصول الى حسم الدعوى بحيث تتوجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها، ويكون هذا التعديل من تلقاء نفسه او بناء على طلب الخصم[35]،فيقوم القاضي بتعديل صيغتها وتصبح الواقعة المراد الحلف عليها محددة بوضوح ودقة وهذا ما نص عليه قانون الاثبات (يجب على من يوجه لخصمه اليمين الحاسمة ان يبين الوقائع التي يريد تحليفه عليها وللمحكمة أن تعدل صيغة اليمين بحيث تنطبق على الوقائع المطلوب الحلف عليها) [36] .

وسلطة القاضي في تعديل صيغة اليمين محدودة بتوضيح معناها وازالة الغموض واللبس فيها لتصبح متفقة مع نية موجهها وقاصرة على المسائل المرتبطة بموضوع النزاع والتي من شانها حسمه، لذلك لا يجوز للقاضي أن يدخل على صيغة اليمين من التعديل ما يخرج عن موضوعها عن الحدود المرسومة له في طلب اليمين وما يجعلها تتناول غير ما قصد اليه موجه اليمين فاذا فعل ذلك يكون قد تجاوز حدود سلطة في التقيد بالعمل في الحدود التي سماها له الطرفان، لأن اليمين لم تخرج عن كونها صلحا ولا يجوز تعديل موضوع او تغييره إلا باتفاق الطرفين[37]. وعلى القاضي بعد تعديلها ان يقوم بعرض تلك الصيغة المعدلة على طالب توجيه اليمين وقبل توجيهها، فان وافق بتك الصيغة التي قام القاضي بتعديلها كان له وان رفض امتنع القاضي عن توجيهها بتلك الصيغة، لأنها قد لا توضح غاية صاحبها، حيث ان توجيه اليمين الحاسمة لا تصح الا بموافقة الخصم الذي طلب توجيهها[38].

اما اذا حلف من وجهت اليه اليمين طبقاً للصيغة التي اقرتها المحكمة حسم النزاع بها نهائياً وتعين على القاضي اصدار حكمه، على موجه اليمين[39]، اما اذا امتنع من وجهت إليه اليمين عن الحلف كسب الخصم الذي وجه اليمين الدعوى حيث ان النكول عن اليمين الحاسمة بمثابة الاقرار، ولا يسمح لمن امتنع عن الحلف بعدئذ طلب السماح له بالحلف من جديد وانما يحكم مباشرة بعد نكوله اليمين[40].

المطلب الثاني

اثار اليمين الحاسمة

أن توجيه اليمين الحاسمة يعني التنازل عما سواها من البينات والأدلة ووسائل الإثبات وبالتالي فإن من يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه يقر بالعجز عن إثبات الواقعة المراد توجيه اليمين بشأنها ويعلن أنه يتنازل عن جميع وسائل الإثبات الأخرى ولا يجوز له بعد أن يحلف خصمه أو يرد إليه اليمين فيحلفها هو أو ينكل عنها لا يجوز له بعد ذلك أن يتقدم بوسائل إثبات أخرى لإثبات ذات الواقعة وإن من يوجه اليمين يعلن قبوله وإذعانه واعترافه بما يرد على لسان خصمه من قول مقترن باليمين بما يتعلق بالواقعة المراد توجيه اليمين بشأنها كذلك فإن من توجه

إليه اليمين لا يجوز له أن يرفض الاحتكام إليها فلا يجوز له أن يعلن رفضه لليمين وإنما حدد له القانون أحد ثلاثة مواقف يتخذها من اليمين وهذه المواقف هي إما القبول وإما الرد وإما النكول فمن توجه له اليمين بشروطها المذكورة أعلاه إما أن يحلفها وإما أن يردها على خصمه أو أن ينكل عن الحلف فلا يرد اليمين ولا يحلفها ، وإن من يحلف اليمين الحاسمة الموجهة إليه إن اليمين الحاسمة يدل اسمها على أنها حاسمة أي تحسم النزاع وذلك فيما يتعلق بالواقعة المراد توجيه اليمين الحاسمة بشأنها ذلك أنها توجه الحكم الصادر بالدعوى باتجاه إجباري وتوجيه اليمين يتضمن التنازل عما عداها من البينات بالنسبة الى الواقعة التي ترد عليها فلا يجوز للخصم ان يثبت كذب اليمين بعد ان يؤديها الخصم الذي وجهت اليه، او ردَّت عليه، فمن الواضح أن التوجيه الصحيح يؤدي إلى نتائج لذا سوف نقسم هذا المطلب على فرعين الفرع الاول :حلف اليمين الحاسمة والفرع الثاني يخصص النكول عن اليمين ورد اليمين.

الفرع الاول

حلف اليمين الحاسمة

نصت المادة 108 من قانون الاثبات العراقي على انه "اولاً: تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف (اقسم) ويؤدي الصيغة التي اقرتها المحكمة. ثانيا: يجوز لمن وجهت اليه اليمين ان يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانته اذا طلب ذلك" وان كلمة (اقسم) مجردة عن ذكر الله(سبحانه وتعالى) ولا تعد يميناً وانما يجب ان تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف (اقسم بالله) وتم تعديل نص البند (اولا)من المادة 108 بموجب القانون رقم (46) لسنة (2000) الى "تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف (اقسم بالله العظيم) ويؤدي الصيغة التي اقرتها المحكمة" وقد نهى الرسول (ص) عن الحلف بغير الله تعالى حيث قال "من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت" ان أصرار الطرف الآخر على توجيه اليمين بالشكل الذي يريده وكانت متضمنة أموراً لا علاقة لها بالدعوى، اعتبر متجاهلاً اليمين المباشرة لأن المحكمة، وليس الطرف الآخر، هي التي تحدد صيغة الدعوى [41].

ويؤدي الخصم اليمين بالصيغة التي يضعها الخصم موجه اليمين ويقرها او يعدلها القاضي، وعلى هذا نصت المادة (108/اولاً) المذكورة والمادة (115/اولاً) من قانون الاثبات العراقي انه يجوز للمحكمة أيضاً أن تعدل صيغة اليمين بحيث تنطبق على الوقائع التي تتطلب اليمين.

وحيث أنه عندما تخلص المحكمة، عند تحقيقها في موضوع النزاع، إلى أن الطرف الآخر غير قادر على إثبات ادعائه أو دفاعه، فإنها تعتبر الطرف الآخر ليس لديه أهلية إثباتية وتمنح الطرف الآخر الحق في أداء اليمين الحاسمة، وإدخال صيغة اليمين في المحضر والاستجواب بعد ما إذا كان حاضراً بشخصه أو من ينوب عنه،

يسأل هل سيتم أداء اليمين إذا وافق هو أو من ينوب عنه وحضر الطرف الآخر. ثم تسأله شخصيا إذا كان يوافق على أداء اليمين حسب الصيغة التي حددتها، وإذا وافق تؤدي المحكمة اليمين نيابة عنه[42].

تنص المادة 119 من قانون الإثبات على ما يلي: "اولا :اذا نازع من وجهت اليه اليمين في جوازها او في تعلقها بالدعوى، ورفضت المحكمة منازعته، وقررت تحليفه اليمين فعليها ان تبين في قرارها، صيغة اليمين وعلى من وجهة اليه اليمين ان يحلفها او يردها على خصمه، والا اعتبر ناكلاً، ومع مراعاة احكام المادة 118–ثانياً– لا يجوز رد اليمين اذا كانت منصبة على واقعة، لا يشترك فيها الخصمان، بل يستقل بها من وجهت له اليمين – ثالثا– كل من وجهت اليه اليمين فنكل عنها، دون ان يردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر، ما توجهت به اليمين –رابعا–لا يجوز للخصم ان يثبت كذب اليمين بعد ان يؤديها الخصم الذي وجهت اليه اليمين او ردت عليه، على انه اذا ثبت كذب اليمين بحكم جزائي فان 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 – خامساً– يجوز اداء اليمين بغياب من طلبها" وبالنظر إلى استقرار النص وإذا اختلفت الدعاوى في الدعوى الواحدة جاز للمحكمة أن تؤدي اليمين مرة واحدة (المادة 113 – الأدلة). وبعد أن يحلف الموكل اليمين، لا يجوز له أن يحلف اليمين. إذا تشاجر من خسر الدعوى مع من أدى اليمين مرة أخرى على نفس الموضوع، فلا يجوز لمن رد عليه اليمين أن يحلف مرة أخرى.

إذا كان الطرف الآخر حاضراً نيابة عنه فعلى المحكمة أن تأمره بإحضار موكله إلى الاجتماع في ميعاد محدد لأن اليمين شخصية وتتعلق بالموكل والتزاماته ولا يكون للوكيل صلاحية أداءها نيابة عنه. لأن أداء النائب اليمين حدث في وقت اليمين وليس أثناء اليمين (المادة 112 من قانون الإثبات).

والواقع أن الموكل قد يتغيب عن الاجتماعات المعينة له لأسباب النيابة كالسفر أو المرض، ويجوز للمحكمة في سبيل تفعيل هذا الحق أن تتغيب عن الاجتماعات المعينة له وإذا كانت إجراءات محكمة الاستئناف كذلك، ففي هذه الحالة يعتبر غيابه ثلاث مرات متتالية أو أكثر بمثابة تخلف عن أداء اليمين. وباعتبار أن الاستئناف هو مرحلة تقاضي، فإنه بعد صدور قرار الاستئناف لم يعد من الممكن للطرف الآخر أن يحلف اليمين، ويمكن الحكم بالتنازل عن اليمين بسبب الاعتراض. مرحلة، يكون للطرف الآخر مرحلة أخرى، وهي استئناف الحكم الغيابي، ويمكنه في هذه المرحلة أداء اليمين[43].إذا حلف الطرف الآخر يميناً جازياً، لم يعد من الممكن للطرف الآخر أن يثير أي دفاع أو يقدم أي دليل يثبت دعواه، لأن شرط اليمين الجازلية يتضمن ترك طرق الإثبات الأخرى وهو رغبة. أنه لا يجوز للمشرع أن ينال من حسم الدعوى وطلبها الاعتماد على حضور من يؤدي اليمين، فيمكنه تأخير ذلك بأعذار واهية، حيث قرر المشرع معالجة هذه المسألة في المادة 119 /فقرة 5 من قانون الاثبات

العراقي. وثبت أن أداء اليمين في غيبة الطالب جائز لأنه لا يضر ولا يمس حقوقه ما دام موافقاً على أداء اليمين.

وقد يقترح البعض أن يكون ثبوت اليمين الكاذبة بحكم جزائي سبباً لإعادة المحاكمة اذا كان الحكم قد تأسس عليها[44]، وإذا كان الحكم مبنيًا على ذلك الحكم ووصل إلى مستوى القطعية، فبالإضافة إلى تعويض الخسارة التي لحقت بالمجني عليه،. ونحن نؤيد هذا الرأي، واليمين الحاسمة من الأدلة القطعية، فيمينها أو نقضها عن اليمين قاطعة للخصم والقاضي. من حلف يحكم له، ومن تركه يحكم عليه. واليمين الحاسمة صحيحة مثل الاعتراف ولا تنطبق على الآخرين.

الفرع الثاني

النكول عن اليمين ورد اليمين

يجوز للخصم الذي توجه اليه اليمين ، أن لا يحلفها وانما يردها على من وجهها اليه ، ولكن يشترط أن تكون الواقعة موضوع اليمين مشتركة بين الطرفين ويشترط ان تتوفر الشروط التي يتطلبها القانون لتوجيه اليمين ، في رد اليمين ايضاً لأن رد اليمين كتوجيهها ، تصرف قانوني صادر عن ارادة منفردة ، فيشترط والحالة هذه كمال اهلية التصرف والخلو من عيوب الارادة .

ومن وجهت اليه اليمين ورفض ان يحلفها فورا ولم يردها ، او ردت عليه اليمين ورفض أن يحلفها، عد ناكلاً وثبت بذلك عليه الحق موضوع النزاع نهائياً لطرف الآخر موجه اليمين او ردها. ووجب على القاضي أن يقضي له. ومتى ردت اليمين الى من وجهها اصبح هذا ملزماً بالحلف ولا يجوز له رد اليمين ثانية على خصمه ، والا لدار النزاع في حلقة مفرغة فإذا حلفها كسب الدعوى واذا لم يحلف عد ناكلاً وخسر دعواه سوف نقسم هذه الفرع على فقرتين الاولى نكول اليمين والثانية رد اليمين.

اولاً: النكول عن اليمين

النكول عن اليمين يعني امتناع الخصم الذي وجهت إليه اليمين أو ردت عليه من حلفها، وبهذا نصت المادة 119/اولاً من قانون الاثبات العراقي انه على من وجهت إليه اليمين أن يحلفها أو يردها على خصمه وإلا أُعتبر ناكلاً، إذ يجب على الخصم تحديد موقفه من حلف اليمين التي وجهت إليه أما بحلفها أوردها على خصمه. أما في الحالة التي لم يكن فيها الخصم الذي وجهت اليه اليمين حاضراً في جلسة المرافعة وطلب وكيله امهاله لإحضاره في جلسة قادمة أو كان حاضراً وطلب امهاله إلى ميعاد اخر، فاذا تغيب ولم يحضر وكان عدم حضوره بدون معذرة مشروعة يُعد ناكلا عن ادائها وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية بان المحكمة قررت اعتبار المميز/المدعى عليه عاجزا عن اثبات صحة دفعه ومنحته حق توجيه اليمين الحاسمة للمميز عليه/ المدعي

وحسب الصيغة المثبتة في محضر الجلسة المؤرخة في 2010/12/20 وحيث ان المميز/المدعي عليه استمهل لتأدية اليمين المذكورة ، ثم تخلف عن حضور جلسات المرافعة لأكثر من جلسة وبذلك قررت المحكمة اعتباره قد اسقط حقه بتوجيه اليمين وعليه يكون قد خسر بما توجهت به اليمين استنادا لأحكام المادة 119/ ثالثاً من قانون الاثبات[45].

ولا يُعتبر المدعي عليه ناكلاً عن اداء اليمين التي تبلغ بصيغتها ولم يحضر لأدائها اذا كان تغيبه بسبب اعتراضه على الاختصاص المكاني للمحكمة[46]، كذلك لا يجوز اعتبار الخصم ناكلاً عن اداء اليمين، بناء على تبلغ زوجته بها، اذ يجب تبليغ صيغة اليمين إلى المراد تحليفه بالذات[47]، ويُعد النكول بمثابة الاقرار، وتكييفه القانوني في ذلك ولا يسمح للناكل بعدئذ طلب السماح له بالحلف من جديد، بل يحكم عليه عقب نكوله، وحجة اليمين في حالة النكول قاصرة على الناكل وورثته، فمن نكل من الشركاء في الشيوع، وكان نكوله حجة عليه دون سواه من سائر الشركاء ومن نكل من الورثة كان نكوله حجه عليه دون سائر الورثة، كما ان نكول احد المدينين المتضامنين حجة عليه دون سائر المدينين[48].

ثانياً:-رد اليمين

يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على طلب تحليفه وهذا ما قضت به المادة 119/اولا من قانون الاثبات العراقي، على من وجهت اليه اليمين أن يحلفها أو يردها على خصمه، وإلا اعتبر ناكلا، ورد اليمين لا يختلف عن توجيهها من حيث توفر اهلية التصرف فيه، وأن لا يشوب ارادته عيب من عيوب الادارة، باعتبار ان رد اليمين تصرف قانوني بإرادة منفردة، أن يجوز للخصم الذي توجه اليه اليمين، ان لا يحلفها وانما يردها على وجهها إليه، ولكن يشترط أن تكون الواقعة موضوع اليمين مشتركة بين الطرفين[49]. وقد نصت المادة (119/ثانيا)من قانون الاثبات العراقي على انه { لا يجوز رد اليمين اذا كانت منصبة على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها من وجهت له اليمين} [50]،وعليه يشترط لرد اليمين أن تكون منصبه على واقعة يشترك فيها الخصمان، فاذا كانت الواقعة يستقل بها من طلب تحليفه ففي هذه الحالة لا يجوز له ردها، فاذا وجه الشفيع اليمين الحاسمة للمشتري بخصوص حقيقة الثمن المبيع، فلا يجوز للمشتري ان يرد اليمين على الشفيع لعدم استطاعته التأكد من حقيقة الثمن واضف الى ذلك انه يُعتبر اجنبيا بالنسبة لهذا الاتفاق[51].ومن وجهت اليه اليمين رفض أن يحلفها فوراُ ولم يردها أو من ردت عليه اليمين ورفض أن يحلفها، يُعد ناكلاً عنها وثبت بذلك عليه الحق موضوع النزاع نهائياً للطرف الآخر موجه اليمين أو الخصم الذي ردها ،ووجب على القاضي ان يقضي له[52]، ومتى ردت اليمين إلى من وجهها أصبح هذا ملتزماً بالحلف ولا يجوز له رد اليمين ثانية على خصمه والا لدار النزاع في حلقة مفرغة، فاذا حلفها كسب الدعوى واذا لم يحلف يُعد ناكلاً وخسر دعواه[53].

الخاتـــــــــمة

بعد ان انتهينا من البحث في موضوع مدى فعالية دور القاضي في الحكم باليمين الحاسمة فقد توصلنا الى بعض النتائج والمقترحات اهمها ما يلي:

أولاً : النتائج

1- اليمين الحاسمة هي يمين يوجهها الخصم لخصمه عندما يعوزه دليل آخر حتى يحسم بها النزاع وبمقتضى توجيه اليمين يُعتبر الخصم الذي وجهها متنازلاً عن دعواه اذا حلف المدعى عليه، لآن توجيه اليمين بحكم القانون يعني التنازل عن طرق الاثبات الاخرى ، وفي مقابل ذلك يُعتبر القانون المدعى عليه إذا نكل عن اليمين مقراً بصحة دعوى المدعي فيكون قد خسر ما توجهت به اليمين.

2- لكل من الخصمين بأذن من المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الاخر للقاضي ان يقدر ملائمة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها اذا قصد منها الكيد وله ان يقدر ضرورة توجيه اليمين وان يرفض توجيهها، اذا كانت الوقائع التي توجه بشأنها غير قريبة الاحتمال أو سبق أن أقام الدليل عليها بطرق اخرى من طرق الاثبات، وانه لا يصح توجيه اليمين إلا بناءً على طلب الخصم وبأذن من القاضي أو أن يعرض على الخصم العاجز عن الاثبات بان من حقه تحليف خصمه اليمين إن اراد ذلك ولا يجوز توجيهها من القاضي دون موافقة الخصم.

3- يشترط في الخصم موجه اليمين ان يكون كامل الاهلية، اي بلغ سن الرشد دون ان يكون محجوراً عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه، فالصغير والمحجور عليه لا يجوز لأي منهم توجيه اليمين الحاسمة إلاعن طريق نائب عنه، ولدى الرجوع الى قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 نلاحظ ان المادة(43/سابعا) نصت{لا يجوز للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك سابعا/{التنازل عن التأمينات واضعافها والتنازل عن الحقوق والدعاوي وطرق الطعن القانونية في الاحكام، ينبغي ان يتوفر في الخصم الذي توجه إليه اليمين الحاسمة اهلية التصرف في الحق المدعى به وتوجه اليمين الى الخصم شخصياً ولا يجوز توجيهها الى ممثله لأن الحلف احتكام إلى ذمه الشخص، فاليمين تتعلق بضمير الحالف ووجدانه، فلا يجوز توجيهها إلا إلى الخصم الاصلي في الدعوى الذي يتمتع بالأهلية اللازمة لحلفها، وعليه فلا يجوز توجيهها إلى الوكيل ،واذا حلف شخص على فعله يحلف على البتات، واذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم.

4- ان موضوع اليمين واقعة يدعيها المدعي وينكرها المدعي عليه ويرتب على ثبوتها حق معين، وان يكون هذا الحق موضوع اليمين مباشرة، فيطلب المدعي من المدعي عليه ان يحلف بانه ليس مدينا له بمبلغ

مثلاً ويجب على من يوجه لخصمه اليمين الحاسمة ،ان يبين الوقائع التي يريد تحليفه عليها، ويجوز ان توجه اليمين في ايه حالة كانت عليها الدعوى، الا انه لا يجوز توجيهها عن واقعة مخالفة للنظام العام او الآداب وينبغي أن تكون الواقعة متعلقة بالخصم الذي وجهت اليه اليمين الحاسمة ويكون الحلف على البتات، أما إذا كانت الواقعة متعلقة بشخص آخر فيكون الحلف على عدم العلم.

5- أن المشرع العراقي اعطى للقاضي السلطة التقديرية بأن يمنع توجيهها اذا كانت غير متعلقة بالشخص الذي يراد توجيه اليمين إليه او كانت غير حاسمة ولا منتجة أو كانت الاوراق والمستندات التي قدمها أحد الخصوم تدل على عدم صحة دعوى طالب اليمين او اتضح ان الخصم كان غرضه في توجيه اليمين هو استغلال ورع وتدين الخصم الاخر.

6- وان كلمة (اقسم) مجردة عن ذكر الله(سبحانه وتعالى) ولا تُعد يميناً وإنما يجب أن تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف (اقسم بالله) وتم تعديل النص البند (اولا)من المادة 108 بموجب القانون رقم (46) لسنة (2000) الى {تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف (اقسم بالله العظيم) ويؤدي الصيغة التي اقرتها المحكمة}

7- النكول عن اليمين يعني امتناع الخصم الذي وجهت اليه اليمين أو ردت عليه من حلفها، اذ يجب على الخصم تحديد موقفه من حلف اليمين التي وجهت اليه اما بحلفها او ردها على خصمه، يجوز لمن وجهت اليه اليمين ان يردها على من طلب تحليفه ، ورد اليمين لا يختلف عن توجيهها من حيث توفر اهلية التصرف فيه، وان لا يشوب ارادته عيب من عيوب الادارة باعتبار ان رد اليمين تصرف قانوني بإرادة منفردة.

ثانياً: المقترحات

1- عدَّ العديد من شراح القانون اليمين الحاسمة ملك للخصوم وأورد المشرع نص المادة 115/أولا من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 اليمين الحاسمة هي ملك للخصوم ونصها ((يجب على من يوجه اليمين الحاسمة أن يبين الوقائع التي يريد تحليفه عليها وللمحكمة أن تعدل صيغة اليمين بحيث تنطبق على الوقائع المطلوب الحلف عليها))وهذا يعني إن من يضع صيغة اليمين هو الخصم طالب تحليف اليمين، إلا أن القضاة وكما رأينا في التطبيقات القضائية اعتادوا على اعتبارها حق لهم لذا نقترح على المشرع تحديد من له الحق في صياغة اليمين هل هي المحكمة أم الخصم.

2- أن تدرس مسائل صيغة اليمين الحاسمة دراسة تفصيلية.

3- أن يتوسع في دراسة مسألة تحديد الجانب الأقوى عند توجيه اليمين الحاسمة، ووضع قواعد واضحة ليسترشد بها القاضي.

4- أن يبحث موضوع اليمين الحاسمة من حيث مقارنتها مع بقية أدلة الإثبات بحسب نظام الإثبات العراقي وأن تدرس بقية أدلة الإثبات دراسة مقارنة وحاجة المكتبة العلمية لذلك .

5- ونرى انه بناءا على خطورة اليمين الحاسمة واثرها في حسم النزاع وتماشيا مع الدور التوجيهي للقاضي في ادارة الدعوى ،فانه يتعين الحكم الصادر بتوجيه اليمين فضلا عن بيان الصيغة المراد الحلف عليها وميعاد الحلف وان يوضح كذلك كافة النتائج المترتبة على كل المواقف التي يمكن ان يتخذها الخصم من وجهت اليه اليمين، وهذا تنبيها للخصم بخطورة هذا الاجراء حتى يفكر الخصم ملياً قبل توجيه اليمين ،وكذلك للخصم الآخر قبل ان يتخذ احد المواقف التي نص عليها القانون.

الهوامش

(1) مجموعة الاعمال التحضرية للقانون المدنى المصري، ج3،ص443-444.
(2)حسين عبد الهادي البياع، شرح قانون الاثبات العراقي،بغداد،1986، ص92.
(3)قرار محكمة التمييز العراقية المرقم 2436/ش/86-87في 1987/5/21،مجموعة الاحكام العدلية العددان الاول والثاني 1987، 68.وقرار محكمة استئناف كركوك بصفتها التمييزية المرقم 184/ح/1987في 1987/5/23م مجموعة الاحكام العدلية،ص191-192.
([4])قرار محكمة التمييز المرقم 867/م2/1989 في 1989/8/6.
([5])قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية المرقم18/ت.ب/1980في1980/2/7،مجلة الوقائع العدلية، العدد(26)1980م،ص457.
([6])القرار المرقم 462/استئنافية/87/86في 1987/12/22،مجموعة الاحكام العدلية، العدد الرابع 1978، ص85.
([7])الاستاذ مصطفى كاظم المدامغة، الاثبات باليمين، من بحوث مركز البحوث القانونية ،وزارة العدل ،1984،ص5.
([8])القرار المرقم1817/م2/1990في 1990/12/3،المشاهدى،قسم الاثبات، بغداد، مطبعة الجاحظ،1994،ص110.
([9])القرار التمييزي المرقم 823/ح/1966في1966/11/5،قضاء محكمة التمييز، المجلد الرابع،1969ص51.
([10])سليمان مرقس، اصول الاثبات في المواد المدنية، الطبعة الثانية، ج1،القاهرة، 1952،ص632.
([11])القرار المرقم 491/مدنية منقول/86/85في1986/7/31،مجموعة الاحكام العدلية، العددان الثالث والرابع1976،ص87-88.
([12])القرار التمييزي المرقم 256/م1/1979 في 1980/7/23،مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثالث السنة الحادية عشر،ص53.
([13])سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات، ج1،بغداد، مطبعة المعارف 1972،ص271.
([14])تسري احكام القانون رقم 78لسنة1980على (الصغير والمجنون والمحجور والغائب والمفقود)(م3)
([15])سليمان مرقس، اصول الاثبات، مصدر سابق، فقره 212،ص605،هامش رقم27.
([16])القاضي اياد احمد سعيد الساري، الواضح في قانون الاثبات، ط1، 2020،ص367.
([17])د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، المكتبة القانونية بغداد،2012،ص263.
([18])المادة (1/22)ثالثا –من قانون المحاماة رقم 173 لسنة 1965 المعدل بالقانون رقم (15)لسنة 1997،وانظر المادة(2/51)من قانون المرافعات.
([19])قرار محكمة التمييز الاردنية رقم (47)القضية 1986/798 في 1987/7/23،المجلة العربية، العدد العاشر 1989م، ص165-166.
([20]) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص264.
([21])قرار محكمة التمييز المرقم 178/م3/1972 في 1972/4/23،النشرة القضائية، العدد الثاني 1974م،ص206-207.
([22])القرار المرقم 1623/ح/1967في1967/11/26في 1967/11/26،مجلة القانون المقارن، العدد الثاني، ص277.
([23])انور سلطان، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، بيروت، الدار الجامعة للطباعة والنشر،1984م،ص198.
([24])اسماعيل نصيف جاسم، اليمين الحاسمة ودورها في الاثبات .بحث مقدم الى المعهد القضائي/الدراسات القانونية المتخصصة 1990م،ص74.
([25])القرار التمييزي المرقم193/استئنافية/170 في 1971/1/14،النشرة القضائية، العدد الاول،1972م،ص47.
([26]) محمد حسين منصور، قانون الاثبات، منشأة المعارف،الاسكندرية،1988م،ص224.

(27)د. الياس ابو عيد، نظرية الاثبات في اصول المحاكمات المدنية والجزائية بين النص والاجتهاد والفقه، دراسة مقارنة، ج2، منشورات زين الحقوقية، 2005م، ص162.
(28)د. ادم وهيب النداوي، موجز قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، 1990م،ص181.
(29) احمد نشأت، رسالة اثبات،ط7،دار الفكر العربي، القاهرة، 1972م،ص141.
(30)د.ادم وهيب النداوي، دور الحاكم في الاثبات المدني،ط1،الدار العربية للطباعة والنشر،بغداد،1976م،ص269.
(31)اياد عبد الجبار ملوكي، قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة الطبع، ص 99.
32)م116/اولا وثانيا/اثبات عراقي.م115/اثبات مصري(لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام. ويجب ان تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت اليه، فان كانت غير شخصية له، انصبت على مجرد علمه بها}.
(33)قرار محكمة النقض المصرية المرقم 703 لسنة 47 ق، في 1980/4/3م،محمد محمود المحامي، موسوعة الاثبات والبينات،1980، ص405.
(34) حسين المؤمن المحامي، نظرية الاثبات، القواعد العامة الاقرار واليمين مدنيا وجنائيا وشرعيا وقانونا،ج11،دار الكتاب العربي، مصر 1948،ص188.
(35) د. سليمان مرقس، موجز اصول الاثبات في المواد المدنية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1957م،ص144.
(36) م115/اولا/اثبات عراقي،م122و123/اثبات مصري.
(37)د. عبد الوهاب العشماوي اجراءات الاثبات في المواد المدنية والتجارية،ط1،دار الجبل للطباعة، 1985،ص 193-194.
(38)الياس ابو العيد، مصدر سابق،ص170.
(39) د. محمد حسن قاسم، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2008،ص385.
(40) د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الاثبات، مصدر سابق،ص217.
(41) القرار التمييزي المرقم 256/م1/1979 في 1980/7/23 م،مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثالث 1980 ص53.وانظر القرار التمييزي المرقم 33/م1/1979 في 1980/2/19،مجموعة الاحكام العدلية، العدد الاول 1980 م، ص72.
(42) توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات (البينات) في المواد المدنية والتجارية، بيروت، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، 1980.،ص178،المدخل للعلوم القانونية الاسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية 1976،ص 178-180.
(43) قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد 3328/الهيأة الاستئنافية العقار/ 2010،في 2011/11/2.
(44) قرار رقم 887/الهيأة الاستئنافية عقار/2011 في 2011/3/2..
(45) قرار رقم 887/الهيأة الاستئنافية عقار/2011 في 2011/3/2..
(46) القرار التمييزي المرقم 1218 /م/1974 في 1975/8/7، مجموعة الاحكام العدلية العدد الثالث 1975م، ص155..
(47) قرار محكمة استئناف منطقة البصرة بصفتها التمييزية، المرقم 314/ت.ص/1979 في 1979/12/16، مجلة الوقائع العدلية، العدد (15)1985، ص192.
(48) توفيق حسن فرج، مصدر سابق،ص180.
(49) القرار التمييزي المرقم 757/ح1970/4 في 1970/8/5، النشرة القضائية، العدد الثالث 1971،ص150.
(50) انظر المواد 116 بيانات سوري و114 اثبات مصري و57 بيانات اردني.
(51)د احمد عبد العال، احكام الاثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، دار النهضة، ط 3، 2006م، ص142-143.
(52)القرار التمييزي المرقم 1949 /م1976/3في 1976/12/27، مجموعة الاحكام العدلية، العدد الرابع 1970م، ص 225.
(53) سعدون العامري، الموجز نظرية الاثبات، بغداد، مطبعة المعارف، 1966م،ص124.

المـــــــصادر

أولاً: الكتب القانونية

1. اياد عبد الجبار ملوكي، قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة الطبع .
2. د احمد عبد العال، احكام الاثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، ط3، دار النهضة،2006.
3. د. احمد نشأت، رسالة الإثبات، ج2، ط7، القاهرة، 1972م .
4. د. ادم وهيب النداوي، دور الحاكم في الاثبات المدني،ط1، الدار العربية للطباعة والنشر،بغداد،1976م.
5. د. ادم وهيب النداوي، موجز قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، 1990م.
6. د. الياس ابو عيد، نظرية الاثبات في اصول المحاكمات المدنية والجزائية بين النص والاجتهاد والفقه، دراسة مقارنة، ج2، منشورات زين الحقوقية، 2005م.
7. القاضي إياد احمد سعيد الساري، الواضح في قانون الإثبات، ط1، 2020.
8. القاضي ليث راسم هندي، الزبدة في قضاء الإثبات، بغداد 2021م.
9. القاضي هامل العجيلي، شرح قانون الإثبات دراسة مقارنة في ضوء أراء الفقه وإحكام القضاء، مكتبة السنهوري، 2021م.
10. المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات والمحررات والأدلة الكتابية، دار النهضة العربية،القاهرة،1975م.
11. د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي،2003م.
12. حسين عبد الهادي البياع، شرح قانون الاثبات، بغداد،1986م.
13. د. سليمان مرقس، أصول الإثبات في المواد المدنية، الطبعة الثانية، القاهرة ، 1952 م.
14. د. سليمان مرقس، موجز اصول الاثبات في المواد المدنية، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1957م.

15. د. عبد الوهاب العشماوي اجراءات الاثبات في المواد المدنية والتجارية،ط1،دار الجبل للطباعة، 1985م.

16. د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، ط1، بغداد، 2007 م.

17. د. محمد حسن قاسم، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2008م.

18. سعدون العامري، الموجز نظرية الاثبات، مطبعة المعارف، بغداد،1966م.

19. سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام المرافعات، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1972م.

20. علي هادي جهاد ابو طبيخ، السلطة التقديرية للقاضي المدني في ادلة الاثبات (دراسة مقارنة)،ط1، مكتبة القانون المقارن،2022م.

21. محمد حسين منصور، قانون الاثبات، منشأة المعارف،الاسكندرية،1988م.

22. د. .نبيل إبراهيم سعد، الإثبات، دار الجامعة الجديدة،2020م.

ثانياً: البحوث العلمية

اسماعيل نصيف جاسم، اليمين الحاسمة ودورها في الاثبات، بحث مقدم الى المعهد القضائي/الدراسات القانونية المتخصصة 1990م.

خامساً: متون القوانين

1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.

2- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

3- قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968.

4- قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 المعدل .

5- قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل .

6- قانون الاثبات المصري رقم 18 لسنة 1999 .