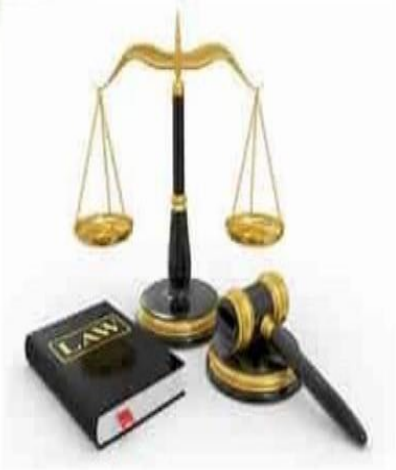
الرقم الدولي : ISSN: 2075-7220

الرقم الدولي العالمي : ISSN: 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية



مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الثاني 2025 السنة السابعة

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

Second issue 2025 Seventeenth 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 كريل	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	—
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	—
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	—
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	—
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	—

ت	عنوان البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
1	دراسة نقدية لتشريعات الاحداث في العراق	استاذ متمرس. جعفر عبد الامير الياسين	1 - 42
2	الحجز على اموال المدين وبيعها وفق قانون تحصيل الديون الحكومية العراقي رقم (56) لسنة 1977المعدل	أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان محمد عبد عوده المسعودي	43 - 79
3	السياسة الخارجية الامريكية ازاء الصراع الصهيوني – الفلسطيني	أ.د.علاء عبد الحسن العنزي	80 - 108
4	تطور مفهوم الطعن قبل إستنفاد محكمة اول درجة ولايتها	أ.د.ضمير حسين ناصر المعموري م.م.احمد عدي حاتم	109 - 138
5	الغرامة المدنية (دراسة في الرؤية الفرنسية للتعويض العقابي)	ا. د. محمد جعفر هادي	139 - 193
6	مفهوم المسؤولية الجزائية عن انشاء حزب خلافاً لأحكام قانون الاحزاب السياسية (دراسة مقارنة)	أ.م.د. حوراء احمد شاكر الباحث سحر جريان عطية	194 - 229
7	الاجراءات الإدارية لحماية حق المؤلف وبراءات الاختراع	أ.م.د. عبد الحسين عبد نور هادي آية كاظم جواد كاظم	230 - 268
8	التنظيم القانوني لشروط منح إجازة السلاح (دراسة مقارنة)	أ.م.د. أمين رحيم حميد الباحث نوره هادي جاسم	269 - 298
9	جريمة قَرْصَنَة المُصنَّف الأَصيل – دراسة في القانون العراقي	م.د.صفاء عبد الواحد عبود أ.م.د.احمد هادي عبد الواحد	299 - 339
10	اختصاصات البرلمان التركي في ظل دستور 1982، والعراقي في ظل دستور 2005	م.د.فراس مكي عبد نصار	340 - 363
11	مكافحة الفساد الاداري عبر تقنيات الذكاء الاصطناعي	م.د.مشتاق طالب ناصر م.د.كاظم خضير محمد	364 - 390
12	جريمة الإبادة الجماعية في القانون الدولي " دراسة تحليلية للحالة الفلسطينية "	م.م.منتظر فلاح مرعي	391 - 417
13	جريمة اغراء طفل على التسول	م.م.شيماء احمد شاكر	418 - 441
14	المدد الحتمية في الدستور العراقي النافذ لسنة 2005	أ.م.د.احمد محسن جميل	442 - 461
15	يمين الفرقة دراسة تحليلية في الإثبات المدني	أ.م.د. أوان عبد الله الفيضي	462 - 482
16	أثر الضبط الإداري في تحقيق أهداف الضبط المالي (دراسة مقارنة)	م.د.رافد علي لفتة الجبوري	483 - 506
17	الإشكاليات القانونية لحماية الاختراع المبتكر بالذكاء الاصطناعي وسبل معالجتها (دراسة تحليلية مقارنة)	م.د.عدي حسين طعمه	507 - 538
18	جريمة الاعلان عن افلام مخلة بالحياء أو الآداب العامة (دراسة في القانون العراقي)	م.محمد حمزة عويد جاسم	539 - 578
19	عقد الترخيص باستخدام براءة الاختراع في القانون العراقي	م.م.ايمان عباس مهدي	579 - 607
20	واقع الاقتصاد العراقي في ضوء رباعية التنمية المُستدامة	م.م.ياسمين احمد رشيد	608 - 633
21	مدى حرية القاضي الإداري في تكوين القناعة الوجدانية	م.م.لمى فيصل جوني	634 - 661
22	جريمة ترويج النقود المزيفة في القانون العراقي	م.م مرتضى سليم حبيب	662 - 700
23	مفهوم الحقوق السياسية لمنتسبي قوى الأمن الداخلي	الباحث علي طالب خليف أ.م.د.أركان عباس حمزة الخفاجي	701 - 734

مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الثاني

السنة السابعة عشر

2025

البريد الالكتروني

https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

يمين الفرقة دراسة تحليلية في الإثبات المدني

أ.م. د. أوان عبد الله الفيضي
كلية الحقوق – جامعة الموصل
awan.alfaithy@gmail.com

تاريخ استلام البحث:2025/2/27 **تاريخ قبول النشر:2025/4/15** **تاريخ النشر:4/6/2025**

الملخص: لا شك هذه الدراسة مهمة لأنها وجدت لتحمي الحق من الضياع، فأهميتها تنبع من كون هذه اليمين تعد من الوسائل القانونية التي وجدت من أجل حماية حقوق الفتاة الصغيرة التي بلغت فقامت باختيار نصيبها عندما كبرت وبلغت واختارت افساخ نكاحها الذي أمضي عليها من غير وليها المجبر عندما كانت قاصرة ، فالعقد من غير الولي كان في أصله ضعف تأتى منه اختيار الفسخ لرفع ضرر خفي. لهذه الأهمية فإن هذه الدراسة تهدف إلى إزالة الإشكاليات المتعلقة بيمين الفرقة يمين من اختارت نفسها عند البلوغ، والإجابة عن استفسارات واسئلة تعرض في ساحة المحاكم عموماً، ويندرج في هذه الإشكاليات تساؤلات فرعية، عن المبرر القانوني لتوجيهها، وماهي فوائدها ، وهل يقوم القاضي بتوجيهها من دون حاجة إلى طلب من أحد، وهل يعد توجيهها إجراء أصلي في الدعوى ، وإذا ما قصر في توجيهها فهل حكمه يكون موجباً للنقض.

الكلمات المفتاحية: يمين، الفرقة، إثبات، مدني.

Right of the band an analytical study in civil proof

Awan Abdullah Mhmood Alfaidhi
College of Law - University of Mosul

Abstract: There is no doubt that this study has great importance because it was legislated to protect rights from loss. The importance of this study stems from the fact that this oath is one of the legal means that were found to protect the rights of a young girl who reached puberty and chose herself upon puberty, and requested the annulment of her marriage contract that was signed by her without her coercive guardian when she was a minor. The contract without the guardian was originally weak, from which the choice of annulment came to be made to remove hidden harm. Due to this importance, this study aims to remove the problems related to the oath of separation, the oath of a woman who chose herself upon puberty, and to answer questions that are raised and posed in the arena of law, judiciary and courts in general. These problems include a group of sub-questions, about the legal reason for directing it, what are its benefits, and whether the judge directs it without the need for a request from anyone, and whether directing it is an original procedure in the lawsuit, and if he fails to direct it, is his ruling subject to cassation.

Keywords: right, band, proof, civil.

مقدمة

تعد يمين الفرقة إحدى الوسائل القانونية المعروفة في حماية الحقوق للفتاة الصغيرة التي بلغت فقامت واختارت نفسها وطالبت بإجراء الفرقة، بفسخ عقد نكاحها الذي أمضاه عليها غير الأب والجد عندما كانت قاصرة ، فالعقد من غير الولي كان في أصله ضعف تأتى منه اختيار الفسخ ، واختيار الصغيرة لنفسها جاء إما أن يكون للإزالة اضرار خفية لحقت بها، أو لوجود خلل في عقد تزويجها فظل خفياً حتى وصولها لأهلية تقاضي بنفسها أي اهليتها الاجرائية أي وهي صلاحيتها لمباشرة إجراءات التقاضي على الوجه الذي يعتد بها قانونا أي صلاحيتها لمباشرة الدعوى القانونية، وهذه الأهلية هي شرط لمباشرة الإجراءات القضائية في الدعوى ، وهذه الأهلية بالطبع تتوافر لمن بلغت سن الرشد بإكمالها الثامنة عشرة من عمرها، فهو إذن حق خاص أحتفظ به المشرع لها حتى تبلغ رشدها، ويراد بالاختيار هنا طلب فسخ عقد الزواج ، ويكون ذلك بدعوى تقام في المحكمة المختصة، وبعد الإثبات وحلف اليمين، تقضي المحكمة بالتفريق بين الزوجين.

فما دام إن غير وليها المجبر كان قد زوجها قبل أن تبلغ سن الرشد ، فان لها أن تسمح لنفسها بالاختيار وتطالب بفسخ عقد نكاحها حتى لو كان زوجها كفوا وبمهر أمثالها ، وذلك من بعد ان تقيم بينتها على ادعائها وإثبات ادعائها، فيقوم القاضي بتوجيه هذه اليمين كإجراء أصلي في الدعوى ، ويتم التفريق بينها وبين زوجها وتنتهي رابطة الزواج بينهما.لذلك فإن الدراسة تحاول وبشكل عام الإجابة عن تساؤلات عديدة تتعلق بفلسفة هذه اليمين ؟ ومدلولها وخصائصها وماهي مدى مشروعيتها ، وموقف التشريع الإسلامي والقوانين منها، وماذا تمتاز عن غيرها، وكيف يتم توجيهها وما هي آثارها؟...مستخدمين في ذلك على المنهج التحليلي الاستنباطي الوصفي .

وتمتاز هذه اليمين بأنه يكتنفها بعض الغموض وهذه تعد أحد أسباب اختيارنا لهذا الموضوع الذي لم يتطرق إليه أحد قبلنا، إذ لم يبحث هذا الموضوع بصورة كافية ومتخصصة بحيث يجمع مسائله من الكتب، فالموضوع لم يأخذ حقه من العناية والدراسة، والدراسات التي تناولته تكاد تكون معدومة تماما، وهذه هي حقيقة صعوبات البحث، ومحاولتنا هذه قد تفتح الافاق لمحاولات غيرها تأتي بعدها لعلها مجتمعةً تحقق ما نَصْبوا إليه وبما يرضي الله تعالى خدمةً للإسلام والمسلمين وللعدالة والحق والعلم.

وأخيراً فقد قسم البحث إلى ثلاثة مباحث، تناول المبحث الأول:- ماهية يمين الفرقة، في مطلبين، الأول: مدلول يمين الفرقة، والثاني: خصائص يمين الفرقة ، فيما عالج المبحث الثاني:- مشروعية يمين الفرقة وتمييزها من غيرها، وذلك عبر مطلبين، الأول: مشروعية يمين الفرقة ، والثاني: تمييز يمين الفرقة عن غيرها، بينما اشتمل المبحث الثالث:- القواعد القانونية ليمين الفرقة، في مطلبين، الأول: شروط يمين الفرقة، والثاني: آثار يمين الفرقة، وكانت هناك خاتمة تضمنت اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

المبحث الأول

ماهية يمين الفرقة

بداية ينبغي تحديد يمين الفرقة، وذلك لمعرفة مدلولها، لأنها تعد حقيقة من الألفاظ المشتركة التي تعبر عن معان متعددة ، والفقهاء المسلمون أصلا لم يخصوا لليمين عموما الواقعة في الدعوى أمام القاضي بتعريف خاص، إذ أن المقصود عموما باليمين هي حلف لإثبات الواقعة المتنازع عليها أو لنفيها تؤدى من الخصم الذي وجهت إليه بالصيغة التي تقررها المحكمة، وقد أنفرد القانون العراقي عن باقي القوانين الأخر بذكر هذه اليمين صراحة، حيث أن أغلب التشريعات لم تنص عليها، وتتميز هذه اليمين بعدة خصائص، لذا وجب معرفتها في هذا المبحث ، وذلك ضمن المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول/ مدلول يمين الفرقة.

المطلب الثاني/خصائص يمين الفرقة.

المطلب الأول

مدلول يمين الفرقة

تقتضي دراسة موضوع مدلول يمين الفرقة توضيح معناها لغة، لما للتعريف اللغوي من أهمية كبيرة في المساعدة على فهم معناها الاصطلاحي ، لذا ينبغي أن نتناولها في هذا المطلب ، فضلا عن مدلولها الاصطلاحي حيث أن هذه اليمين تعد حق خاص أحتفظ به المشرع للصغيرة حتى تبلغ رشدها ، لذا ينبغي أن نتطرق أيضا إلى مدلولها في المعنى الاصطلاحي في هذا المطلب، وذلك على النحو الآتي:-

الفرع الأول/مدلول يمين الفرقة لغة.

الفرع الثاني/مدلول يمين الفرقة شرعا.

الفرع الثالث/مدلول يمين الفرقة قانونا.

الفرع الأول

مدلول يمين الفرقة لغة

تعد اليمين من الألفاظ المشتركة التي تدل على معان متعددة ، وهو في أصل وضعه إنما جعل ليدل على القوة والقدرة والقسم [1] ، وقد سميت بذلك لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل شخص منهم بيمينه على يمين صاحبه[2] ، ومن ذلك قوله سبحانه وتعالى: **(لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِاليمين ثُمَّ لَقَطَعْنَا مِنْهُ الوتين)** [3] ، وقوله سبحانه أيضا: **(لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ)** [4] .

أما الفرقة فهي جاءت من: " [فرق] فَرَقْتُ بين الشيئين أَفْرُقُ فرقا وفرقانا، وفرقت الشيء تفريقا وتَفْرِقَةً، فانْفَرَقَ وافْتَرَقَ وتَفَرَّقَ...والفرقان: القرآن، وكل ما فُرِّقَ به بين الحق والباطل فهو فُرْقانٌ ...والفُرْقَةُ: الاسم من فارقْتُهُ مُفارقَةً وفراقا، والمفرق: وسط الرأس، وهو الذى يفرق فيه الشعر، وكذلك مَفْرِقُ الطريق ومَفْرَقَهُ، للموضع الذي يتشعب منه

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

طريقٌ آخر، وقولهم للمفرِقِ مفارِقٌ، كأنَّهم جعلوا كلَّ موضع منه مَفْرِقاً، فجمعوه على ذلك، وفَرَقَ له الطريق، أي اتَّجه له طريقان" [5] ، وبهذا فان المقصود بيمين الفرقة لغة هو القسم بالله على التفريق .

الفرع الثاني

مدلول يمين الفرقة شرعا

حقيقة الفقهاء المسلمون لم يخصوا اليمين عموما الواقعة في الدعوى أمام القاضي بتعريف خاص، فقد كانوا يعرفون اليمين عموما تعريفا جامعا يشمل جميع أنواعها لذا فقد عرفت بأنها " تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم الله تعالى أو صفة من صفاته " [6] ، كما عرفت أيضا بأنها
" توكيد الشيء بذكر اسم أو صفة لله تعالى " [7] .

وبهذا يمكننا أن نؤكد هنا على شمولية هذه التعريفات جميعها وعدم اختصاصها بيمين الفرقة موضوع البحث والدراسة، ولما كان مما يشترط في التعريف أن يكون جامعا مانعا أي بجمع صفات المعرف به ويمنع في نفس الوقت من دخول صفات غيره فيه مع الإيجاز في العبارة والاقتصاد في اللفظ .

لذا وجدنا أنه من الأكمل بتقديرنا أن يكون لهذه اليمين تعريفها المستقل وعدم الاقتصار على تعريف اليمين عموما ، وذلك لأنها تعد باب مستقل من أبواب الفقه الإسلامي ومبحث مهم من مباحث النظام القضائي، وهي في الواقع غير اليمين العامة التي يتحدث عنها الفقهاء في أبواب الأيمان والنذور في كتب الفقه الإسلامي، ذلك لأنها تبحث عادة في وسائل الإثبات وضمن أبواب القضاء، ولها من الشروط والأحكام ما ليس لليمين الأخر، فهي مستقلة تماما في أحكامها وفي تطبيقاتها العملية.

وبهذا يتضح لنا مما تقدم أنه لإمكانية تعريف يمين الفرقة شرعا لابد من ملاحظة أن هناك تعريفان هما :- الأول:- تعريفا عاما وهو(عموم القسم لتوكيد أمر)، وثانيا:- تعريفا خاصا وهو (اليمين التي تكون للخصومات والدعاوى القضائية).

وأخيرا فإن تعريفنا المختار ليمين الفرقة شرعا هو " حلف لتأكيد الشيء بطلب من المحكمة وبذكر اسم أو صفة لله تعالى بصفة وبشرائط مخصوصة الى المدعية التي بلغت إذا طلبت فسخ عقد زواجها الذي أتمه غير وليها أي غير الأب والجد والتفريق بينها وبين زوجها وأثبتت دعواها على أنها اختارت نفسها وقت بلوغها " .

وتعريفنا المتواضع الشرعي هذا يشمل التعريفان التعريف العام والخاص، كما نجد أن تعريفنا الشرعي المختار قد تناول بيان ماهية اليمين: فهي عبارة عن (تأكيد الشيء) كما بين ركنها : وهو أن يكون بذكر (اسم أو صفة لله تعالى) وأشار إلى شروطها الخاصة : بقوله (بشرائط مخصوصة)، وقيد هذا الحلف بأهم ما يميزه : الا وهو (أن يكون بطلب من القاضي) ، الى الصغيرة التي بلغت إذا طلبت فسخ عقد زواجها الذي أتمه غير وليها أي غير الأب والجد والتفريق بينها وبين زوجها وأثبتت دعواها على أنها اختارت نفسها وقت بلوغها.

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

الفرع الثالث

مدلول يمين الفرقة قانونا

إن المقصود عموما باليمين هي حلف لإثبات الواقعة المتنازع عليها أو لنفيها تؤدى من الخصم الذي وجهت إليه بالصيغة التي تقررها المحكمة ، وينبغي هنا أن تؤدى صيغة اليمين بالعبارة بأن يقول الحالف (أحلف بالله العظيم) ثم يذكر الواقعة المراد الحلف عليها، ويجوز أن تكون الكتابة الدالة على ذلك أو بالإشارة المفهومة من الأخرس أن كان لا يعرف الكتابة، ويجب هنا الإشارة أيضا إلى أنه ينبغي على الواقعة " المراد حلف اليمين عليها" أن تتعلق بشخص الحالف، وإلا انصبت على مجرد علمه بها، وللقاضي أن يعدل من صيغة اليمين بحيث تنسب على الواقعة المراد إثباتها، ولا يجوز توجيه اليمين على واقعة مخالفة للقانون وللنظام العام أو الآداب العامة، كما أنه لابد من التأكيد على أن العبرة في الحلف على الحقوق هي بنية المحلف لا بنية الحالف[8] .

وقد أنفرد قانون المرافعات العراقي عن باقي القوانين الأخرى بذكرها صراحة ، إذ أن أغلب التشريعات المدنية لم تأخذ بيمين الفرقة بالنص عليها في قوانينها كقانون الأحوال الشخصية العراقي وقانون الأثبات العراقي[9]، وقانون الإثبات المصري والبينات الأردني والبينات السوري وأصول محاكمات لبناني والقانون الفرنسي، التي جاءت خالية منها [10] ، فنص قانون المرافعات العراقي الوحيد صراحة على يمين الفرقة في المادة/ 308 – 2 منه [11] ، إذ جاء في نصها " تحلف المحكمة اليمين من تلقاء نفسها في الحالتين: -1- .... -2- إذا زوج غير الأب والجد الصغيرة للكفء وبمهر المثل وبلغت فاختارت نفسها بالبلوغ، وطلبت فسخ عقد الزواج والتفريق بينها وبين زوجها وأقامت البينة على دعواها، فتحلف اليمين بالصيغة التالية: – والله إني اخترت نفسي وقت بلوغي– " .

ومن النص أعلاه يمكننا توضيح أنه إذا ما زوج " غير الأب أو الجد" بنتا صغيرة قبل أن تبلغ سن الرشد ، فإن لها أن تختار من نفسها وتطالب بفسخ عقد نكاحها وحتى لو كان زوجها كفء بها وبمهر أمثالها من النساء ، وذلك من بعد أن تقيم البينة على دعواها وإثبات ادعائها ، توجه لها المحكمة هذه اليمين ، كإجراء أصلي بالدعوى ، وترفع رابطة زواجها ويفرق بينهما.

وهكذا يمكننا أن نحدد تعريف قانوني خاص لهذه اليمين بأنها : " عبارة عن يمين قانونية وجوبية تقوم المحكمة بتوجهها من نفسها للمدعية التي تطالب بفسخ عقد نكاحها بسبب إبرامه في حال صغرها من غير وليها أي غير الأب والجد والتفريق بينها وبين زوجها وأثبتت دعواها على أنها اختارت نفسها وقت بلوغها " .

مطلب الثاني

خصائص يمين الفرقة

تتميز يمين الفرقة بعدة خصائص يمكن إجمالها بالنقاط الآتية:-

1- أنها يمين أصلها من الفقه الإسلامي وأن القانون اقتبسها منها .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

2- أنها يمين قانونية تعد من وسائل الإثبات القانونية المعروفة، وتكون بالعادة في دعوى مدنية تحلف حصرا بمجلس القضاء ، لأنها يمين قضائية وهذا يعد ميزة لهذه اليمين تميزها عن الأيمان غير القضائية الأخر التي لا تحدث أمام قضاء المحكمة ، فالاتفاق يخضع فيها للقواعد العامة وهي عادة كثيرة الحدوث وينتج عن ادائها ما اتفق عليه الطرفان من نتائج .

3- أن هذه اليمين خاصة بالصغيرة متى ما اختارت نفسها عند البلوغ ، لأنها تؤدى من قبل الصغيرة التي بلغت إذا ما طلبت فسخ عقد زواجها الذي أتمه غير وليها أي غير الأب والجد والتفريق بينها وبين زوجها، وأثبتت دعواها على أنها اختارت نفسها وقت بلوغها.

4- أنها توجه من قبل المحكمة ومن تلقاء نفسها حصرا، إذ يطلب القاضي من المدعية أن تحلف اليمين على أنه – والله إني اخترت نفسي وقت بلوغي – وذلك بعد أن أثبتت دعواها.

5- أنها يمين متممة وجوبية فهذه اليمين برأينا نوع خاص من صور اليمين المتممة حيث توجه بأحوال مخصصة، ونحن قد ألحقنا هذه باليمين المتممة لأنها تجيء لإكمال دليل يراه القانون غير كاملاً فيحتاج اكماله، إضافة إلى أنها توجه من قبل القاضي، لذا تسمى بيمين قانونية لأن القانون هو الذي شرعها وبذلك فهي وجوبية، فالقاضي مجبر بتوجيهها في أحوال معينة إلى أحد الخصوم بالذات الذي يعينه القانون، وليس له تلك السلطة التقديرية في توجيهها من عدمه، فيكون القاضي ملزما من نفسه على توجيه هذه اليمين ، وهنا فان هذا الدليل حقيقة هو ناقص في الدعوى برأي القانون ويجب ان يتم تعزيزه باليمين المتممة الوجوبية.

6- أن الهدف من هذه اليمين هو لرفع ضرر لحق بالمتزوجة في صغرها ، أو لأن خلل في عقد نكاحها بقي خفياً حتى وصولها لأهلية التقاضي ، فالعقد كان من غير الولي فكان في أصله ضعيف ، تأتى منه اختيار الفسخ لرفع ضرر خفي .

7- إن غاية هذه اليمين هو اظهار الحق فهي يمين من أجل حماية الحقوق من الضياع، وتعد من أهم الوسائل القانونية التي شرعت لحماية الحق، لذلك شرعت هذه اليمين لحماية الحقوق من الضياع وعدم الاعتداء عليها.

المبحث الثاني

مشروعية يمين الفرقة وتمييزها من غيرها

إن دراسة مشروعية يمين الفرقة تشمل البحث عن مشروعيتها قانونا وشرعا ، فقد نص قانون المرافعات العراقي عليها بوضوح ليس له مثيل ، كما دلت على مشروعيتها من الناحية الشرعية بأن هناك العديد من الخيارات التي وردت ومنها خيار البلوغ، فإن للبكر الصغيرة وقت بلوغها أن تختار وأن تعترف بفسخ عقد زواجها الذي باشره غير الأب أو الجد، فلابد من أن ترفع ذلك الأمر إلى القضاء طالبة الحكم لها بذلك، كما أن هذه اليمين تتشابه وتختلف في بعض من المواضع والأمور عن الأيمان الأخر، فكان علينا توضيح أهم الفروق بينها وبين غيرها من الأيمان، لذلك وجب تناولها وفق المطلبين الآتيين:-

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

المطلب الأول/ مشروعية يمين الفرقة .

المطلب الثاني/ أوجه الشبه والاختلاف بين يمين الفرقة وبعض ما يقترب منها.

المطلب الأول

مشروعية يمين الفرقة

بادي ذي بدء لابد من توضيح أن مشروعية يمين الفرقة تشمل مشروعيتها قانونا وهو ما بيناه في نص القوانين الواردة انفا فلا داعي لذكرها واعادتها مرة أخرى.

اما مشروعيتها في الفقه الإسلامي فمن المعلوم من الناحية الشرعية أن هناك من الخيارات ما يدعى خيار الإجازة ولكنه لا يرد عادة إلا في باب النكاح [12] ، وخيار البلوغ هذا هو حق وهذا الحق يكون للصغير والصغيرة اذا بلغ كلا منهما وكان قد زوجهما غير الأب والجد مثلا [13] ، فللصغيرة إذا بلغت وهي بكر واعترفت فسخ عقد زواجها الذي باشره غير الأب أو الجد، أن تبادر إلى ذلك فتختار نفسها فور وقت بلوغها، إن كانت عالمة بالزواج قبل بلوغها سن الرشد أو وقت بلوغ علمها به بعد البلوغ إن لم تكن تعلم به ، ولا يمتد هذا الخيار إلى نهاية مجلس بلوغها أو مجلس علمها ، فلو سكتت قليلا غير مكرهة على السكوت بطل خيارها ، لأن سكوتها يعتبر رضا منها بالزواج، فلا يقبل منها بعد ذلك دعوى الفسخ، لسقوط حقها في الخيار– ولا يقبل الاعتذار بجهلها إن لها حق الخيار أو جهل وقته ، فإذا اختارت قائلة : فسخت العقد أو اخترت نفسي فلا يتم الفسخ بمجرد اختيارها، بل لابد من أن ترفع الأمر إلى القضاء طالبة الحكم بفسخ الزواج، ثم يصدر القاضي حكما بفسخه، فما دام القاضي لم يفسخ العقد فالزوجية قائمة بين الزوجين بكل آثارها، حتى لو مات أحدهما ورثه الأخر وتأكد بموته وجوب المهر بتمامه، فتأخذه الزوجة إن كانت على قيد الحياة ويأخذه ورثتها إن كانت هي المتوفاة ، فإذا كانت الصغيرة ثيبا ثم بلغت وسكتت عن اختيار نفسها وقت بلوغها، فلا يسقط حقها في الخيار، إذ لا يعتبر سكوت الثيب رضا منها بالزواج، إنما يبطل حقها في فسخ العقد برضاها بالزواج صراحة بأن تقول : رضيت بالزواج أو دلالة كأن تطلب المهر أو النفقة، ومثل الثيب في هذا الحكم الفتى الصغير إذا زوجه غير الأب والجد [14] .

فقد ورد في الأثر عن عدي بن عدي الكندي عن أبيه عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال " الثيب تعرب عن نفسها والبكر رضاها صمتها " رواه الإمام أحمد في مسنده [15] ، وقال الشيخ الألباني : صحيح [16] .

كما ورد أيضا في كتاب تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق " عن أبي بردة عن أبي موسى أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فهو أذنها وإن أبت فلا جواز عليها، قلنا إنما يسير بذلك إلى زمان جواز الإذن وهو البلوغ، فسماها يتيمة بالاسم الذي كان لها، احتجوا بأن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم زوج امامة بنت حمزة من عمر بن أبي سلمة وكانت صغيرة وكان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ابن عمها، والجواب أنه إنما زوجها بولاية البنوة لا بالقرابة بدليل أن العباس أقرب منه إليها لأنه عم ولا ولاية لابن العم مع وجود العم والرجل المتزوج سلمة بن أبي سلمة لا عمر فقد غلط من قال عمر " [17] .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

وقد جاء أيضا في كتاب التحقيق في أحاديث الخلاف ما نصه أن " مسألة لا يجوز إنكاح الصغير والصغيرة اليتيمين، وقال الشافعي يجوز ذلك للجد وحده وعن أحمد يجوز لجميع العصبات، ويثبت لها الخيار إذا بلغت وهو قول ابي حنيفة " [18] .

المطلب الثاني

أوجه الشبه والاختلاف بين يمين الفرقة وبعض ما يقترب منها

بداية يمكننا تمييز يمين الفرقة من غيرها من الايمان " كالأيمان المتممة الجوازية " و" الأيمان المتممة الوجوبية " ، إذ أنهما يتشابهون ببعض من المواضع وكذلك يختلفون عنها ببعض من الأمور الأخر، لذلك فإنه يقتضي تفصيل مفصلا وذلك ضمن الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول/ أوجه الشبه والاختلاف بين يمين الفرقة وبين الأيمان المتممة الجوازية.

الفرع الثاني/ أوجه الشبه والاختلاف بين يمين الفرقة وبين الأيمان المتممة الوجوبية .

الفرع الأول

أوجه الشبه والاختلاف بين يمين الفرقة وبين الأيمان المتممة الجوازية

ينبغي بداية بيان أهم أوجه التشابه والاختلاف بين يمين الفرقة وبين " الأيمان المتممة الجوازية " ، وذلك على الشكل الآتي:-

أولا/ أوجه التشابه بينهما :-

1- إن كل من هذه الأيمان الحقت بتقديرنا باليمين المتممة، لأنها جاءت لإكمال دليل غير كامل ، وهو إما أن يعتبره القانون غير كاملاً فينبغي اكماله بيمين الفرقة المنصوصة عليها من قبل القانون ، أو قد يعده القاضي ناقصاً فيلزم اكماله أيضا بيمين متممة جوازية قضائية أخرى.

2- إن كلاهما تتفق في عدد من الجوانب، فيمين الفرقة – التي يمكننا عدها أحد صور الأيمان المتممة الوجوبية- تتفق مع الأيمان المتممة الجوازية في عدة أمور من أبرزها ، أنه لا يمكن ان ترد هذه اليمين على الطرف الآخر في الدعوى، لأنها تعتبر من انواع اليمين المتممة، ولذلك تطبق – المادة/ 123 من قانون الإثبات العراقي- عليها ، حيث ذكرت ما نصه " لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه المحكمة اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر " ، وتشابهها المادة/120 إثبات مصري، والمادة/ 124 بينات سوري، والمادة/70 بينات أردني، والمادة/ 252 أصول محاكمات لبناني، والمادة/ 349 مدني جزائري، والمادة/ 62 إثبات إماراتي [19] .

وبهذا يمكننا أن نبين أنهما – يمين الفرقة والأيمان المتممة الجوازية- ، يختلفان عن يمين أخرى هي " يمين الحاسمة " حيث تسمح أن يتم رد اليمين إلى الخصم الأخر ، ولأنهما توجهان من قاضي المحكمة ولا من الخصم ، ولأنهما أيضا يعدان وسيلة لتكميل قناعة قاضي الموضوع ، ولا احتكاماً لضمير الخصم في الدعوى حتى يسمح له بردها إلى خصمه ، كما هو بالنسبة لليمين التي تحسم الدعوى [20] .

ثانيا/ أوجه الاختلاف بينهما :-

1- تختلف يمين الفرقة عن " الأيمان المتممة الجوازية" حيث تكون المحكمة مجبرة في توجهها بالحالة التي وضعها القانون، ولا تمتلك سلطة تقديرية بتوجيهها من عدمها ، كما بالنسبة للأيمان المتممة الجوازية.

2- أن القاضي بيمين الفرقة ليس له اختيار أَي واحد من الطرفين لأداء هذه اليمين، إذ فرض له القانون اختيار الخصم مسبقاً وهو الصغيرة، بينما في اليمين المتممة الجوازية للقاضي ان يختار توجيهها إلى أي واحد من الطرفين، وذلك وتبعاً لرجحان كفته من التصديق ولمصلحته ، حيث يسمح لقاضي الموضوع توجيهها إلى أحد الطرفين بالدعوى سواء" اكان – المدعي أو المدعي عليه – كما إن نتيجة حلف يمين الفرقة أو النكول عنها مجبرة للقاضي ، وعلى عكس تلك الأيمان المتممة الجوازية.

3- أنه لا يمكن توجيه يمين الفرقة إلا عندما تكون الأدلة كاملة وأثبتت بالدعوى ، غير أن القانون يعدها أي الأدلة غير كاملاً فينبغي تتمتها بهذه اليمين ، في حين أنه في اليمين المتممة وهي من صور الأيمان المتممة الجوازية لا يمكن توجيهها إلا إذا كان هناك دليلا ناقصا ويشتمل وجوبا على مبدأ الثبوت القانوني، أي انه عبارة عن دليل قانوني غير كامل، من شأنه أن يجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال ، فيمكن عندئذ للمحكمة إتمام قناعتها الجزئية به، واكماله بيمين متممة ليكون بمثابة دليل كامل تبني المحكمة الحكم بالدعوى ، فالدليل حقيقة هنا هو مكتمل الإثبات في يمين الفرقة ، وفضلا عن ذلك يلزم القانون المحكمة أن تحلف هذه اليمين استثباتا للحق واظهاره

الفرع الثاني

أوجه الشبه والاختلاف بين يمين الفرقة وبين الأيمان المتممة الوجوبية

لاشك أنه يتوجب علينا بداية استعراض أهم اوجه التشابه والاختلاف بين يمين الفرقة وبين الأيمان المتممة الوجوبية، وذلك وفق التفصيل الآتي:-

أولا / أوجه التشابه بينهما:-

1- إن كلا منهما يمكن تصنيفهم برأينا من الأيمان المتممة الوجوبية لأنهم بالحقيقة أيمان قانونية منصوص عليها من القانون، فهم يلزمان القاضي على أن يوجهها ولا يملك سلطة تقديرية في توجيه تلك اليمين من عدمه، فيجبر قاضي المحكمة على ان يوجه تلك اليمين من صميم نفسه ، حيث يعتبر الدليل بالحقيقة ناقصا في الدعوى من وجهة نظر القانون ويلزم بذلك تعزيزه بيمين متممة وجوبية.

2- إن كل منهما تعدان يمين قضائية بمعنى انهم يكونان من ضمن الدعوى المدنية وهي تكون حصرا بمجلس القاضي ، فهم بالواقع حلف وتأكيد للشيء بإذن من المحكمة وبذكر لفظ الله جل شأنه بصفة وشروط مخصصة ، وهي خاصية تتميز هذه الأيمان بها عن باقي الأيمان غير القضائية الأخر، فهي تحلف من أحد الخصمين على صحة ما يدعيه خصمه وبطلب حصري من القاضي ، فالأيمان المتممة الوجوبية إما أن تكون بصورة يمين استظهارا للحق أو استحقاقا له أو يمين رد المبيع لعيب فيه .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

3- إن هذه الأيمان كلتاهما يمين قانونية وجوبية توجه من قبل المحكمة من صميمها إلى المدعي- ففي يمين الفرقة توجه الى الصغيرة التي قد كبرت إذا طلبت فسخ عقد نكاحها الذي أتمه غير وليها أي غير الأب والجد والتفريق بينها وبين زوجها وأثبتت دعواها على أنها اختارت نفسها وقت بلوغها- وفي يمين الاستظهار توجه إلى الذي يدعي حقه في تركة وتم إثبات حقه، وفي يمين الاستحقاق توجه إلى مستحق المال الذي اثبت حقه ، وفي يمين رد المبيع لعيب فيه فتوجه الى المشتري على أنه لم يرضَ بالعيب.

ثانيا / أوجه الاختلاف بينهما:-

1- ينبغي على القاضي توجيهه يمين الفرقة إلى المدعية من دون طلب من المدعى عليه ، وتحلف المحكمة من نفسها هذه اليمين للمدعية حيث بلغت واثبتت ادعائها وطلبت فسخ عقد زواجها الذي أتمه غير وليها أي غير الأب والجد والتفريق بينها وبين زوجها وأثبتت دعواها على أنها اختارت نفسها وقت بلوغها ، وهذا يختلف عن باقي الايمان الوجوبية الأخر كيمين الاستحقاق فتوجه الى الذي استحق المال، وكيمين الاستظهار التي توجه إلى مدعي الحق في التركة، وكيمين رد المبيع لعيب فيه فتوجه الى المشتري .

2- أن من أهم الآثار التي تترتب على حلف يمين الفرقة هي أنها إذا ما حلفت المدعية فإنها تكسب حقها ويحكم لها، لأن هذه اليمين هي بالواقع استثبات تحلفها المحكمة عن واقعة حتى تعزز ادلتها الأصلية التي استنبطتها وأخذت بها من الادلة المعروضة عليها ، فلا يصل إلى تحليفها إلا من بعد إثبات الحق ، أما إن قامت فنكلت عن اليمين ولم تحلف المدعية خسرت الدعوى ، فهذه اليمين هي قانونية ملزمة من القانون ، فالدليل هو غير كامل من وجهة نظر القانون، ولذلك فقد جاء فرض هذه اليمين قانونا ، وهي قد اتت من اجل اكمال دليل يعده القانون غير كاملاً وينبغي اتمامه ، فالمحكمة ملزمة عندئذ بتوجيه اليمين حسب أحوال ملائمة إلى أحد الأطراف بالتحديد وهو الذي يتم تعينه من قبل القانون، أما بالأيمان المتممة الوجوبية ، كيمين الاستحقاق فيحلف إلى الذي استحق المال، وكيمين الاستظهار فيحلف مدعي الحق في التركة، وكيمين رد المبيع لعيب فيه فيحلف المشتري .

المبحث الثالث

القواعد القانونية ليمين الفرقة

لاشك أن ليمين الفرقة أحكام وقواعد قانونية تميزها عن الأنواع الأخر من الأيمان ، فينبغي لتوجيه هذه اليمين- يمين من اختارت نفسها عند البلوغ - من أن تتوافر عادة شروط قانونية ، تبدأ عادة بتقديم طلب إلى المحكمة تطلب فيه من اختارت نفسها عند البلوغ فسخ عقد نكاحها والتفريق بينها وبين بعلها ، فإذا ما توافرت شروط هذه اليمين بالكامل وجهت المحكمة لها اليمين، فإن قامت من اختارت نفسها عند البلوغ بحلف هذه اليمين أنتجت آثارا معينة ، أما إن نكلت عن حلفها أنتجت آثارا أخر ، لذا نجد من الضروري أن نبحث في هذه الشروط وأن نتعرف عليها أولا، ومن ثم نتطرق ثانيا إلى الآثار المترتبة عن هذه اليمين وذلك وفقا للمطلبين الآتيين:-

المطلب الأول/ شروط يمين الفرقة.

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

المطلب الثاني/ آثار يمين الفرقة.

المطلب الأول

شروط يمين الفرقة

لابد لتوجيه يمين من اختارت نفسها عند البلوغ يمين الفرقة من توافر شروط عدة يمكننا توضيحها لتكون على النحو الآتي :-

1- أن يقدم طلب من قبل- الصغيرة التي قد بلغت- تطلب فيه من القاضي فسخ عقد نكاحها والتفريق بينها وبين بعلها .

2- أن تقيم – من اختارت نفسها عند البلوغ – البينة على ادعائها ، بأنه قد زوجها غير الأب والجد وهي صغيرة ، وأنها قد بلغت فاختارت نفسها عند البلوغ .

3- أن تفصح – المدعية – عن اختيارها ذلك صراحةً أو دلالةً في استعمال حقها باختيار نفسها ، وفسخ عقد نكاحها الذي أمضي عليه من غير وليها المجبر عندما كانت قاصرة ، فتحلف هذه اليمين بعد أن يوجهها القاضي لها ، والتي تكون بالصيغة القانونية الموضحة وهي :- " والله إني اخترت نفسي وقت بلوغي " .

ولهذا فإننا نرى هنا وجوب جعل يمين الفرقة من ضمن حالات التفريق القضائي ، وبالأخص في المادة /43 من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ [21] ، وذلك لتكون فقرة جديدة للمادة .

المطلب الثاني

آثار يمين الفرقة

لاشك أن يمين الفرقة هي يمين متممة قانونية وجوبية توجه من قبل المحكمة من تلقاء نفسها للصغيرة التي اختارت نفسها عند البلوغ وطلبت فسخ عقد نكاحها الذي أمضي عليها من غير وليها المجبر عندما كانت قاصرة ، فإذا ما توافرت شروط هذه اليمين ووجهت المحكمة اليمين فإن حلفتها انتجت آثارا وإن نكلت عن حلفها انتجت آثارا أخرى ، ولهذا ينبغي أن نبين الآثار المترتبة على توجيه يمين الفرقة وحلفها وكذلك الآثار المترتبة على عدم حلفها ، وذلك بعد أن نبين أن هذه اليمين أساسا هي يمين قانونية وجوبية أي أن القانون هو الذي طلب توجيهها ، فهو حق خاص احتفظ به القانون للصغيرة التي بلغت رشدها ، فأوجب القانون في هذه الحالة على القاضي أن يوجه هذه اليمين من تلقاء نفسه للمدعية وهي الصغيرة التي بلغت وإذا ما طلبت فسخ عقد زواجها الذي أتمه غير وليها أي غير الأب والجد، والتفريق بينها وبين زوجها وأثبتت دعواها على أنها اختارت نفسها وقت بلوغها .

فإذا حلفت الفتاة هذه اليمين حكم لها بالتفريق القضائي بينها وبين زوجها ، وذلك لأن العقد كان أساسا من غير الولي أي غير الأب والجد وهذا هو السبب الشرعي والقانوني لتوجيه هذه اليمين إذ كان في أصل العقد ضعيف ، ووصفناه بذلك لأنه أساسا العقد قد تم من غير الولي، وتأتى منه اختيار الفسخ لرفع ضرر خفي كان قد أصابها ،

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

ولذلك فإن الدليل في الدعوى يعد أساسا ناقص بنظر القانون ، وبموجب ذلك فقد شرعت هذه اليمين من قبل القانون لاستكمال دليل يراه القانون ناقصاً ويراد تكملته بدليل أخر هو اليمين لتقويته في عملية الإثبات .

فاختيار الصغيرة لنفسها ، إما أن يكون لإزالة الضرر الذي اصابها ، أو أن خلل في عقد نكاحها بقي خفياً حتى عندما بلغت أهلية التقاضي ، فهو إذن حق خاص أحتفظ به المشرع لها حتى تبلغ رشدها ، ويراد بالاختيار هنا طلب فسخ عقد الزواج ، ويكون ذلك بدعوى تقام في المحكمة المختصة ، وبعد الإثبات وحلف اليمين ، تقضي المحكمة بالتفريق بين الزوجين ، فاختيارها إذن جاء بناءً عن إرادتها المنفردة الخالية من عيوب الارادة او الرضا [22] ، بأن تفصح عن ذلك صراحةً أو دلالةً في استعمال حقها باختيار نفسها ، وفسخ عقد نكاحها الذي أمضي عليه من غير وليها المجبر عندما كانت قاصرة ، فتحلف هذه اليمين بعد أن يوجهها القاضي لها ، واليمين الموجه إليها هذه هي في الحقيقة يمين قانونية وجوبية على القاضي أن يوجهها لها من دون طلب منها إذ أوجبها الشرع والقانون بالتحديد [23] .

أما إذا ما نكلت الزوجة وامتنعت عن الحلف ، فهنا نكولها يعد دلالة أكيدة على أنها كانت راضية على إمضاء عقد زواجها وإبقائها عليه حين بلغت رشيدة وحل أجل حقها في الاختيار ، فهي دلالة واضحة حتى ولو أتت بصورة غير مباشرة ، فالنكول بمثابة إقرار تم منها بأن اختيارها لم يكن صحيحاً ولا في موعده ، وأنها غير محقة في دعواها ، وإن نكلت خسرت ما توجهت به اليمين [24] .

الخاتمة

تتضمن ما توصلنا إليه نتائج وتوصيات في الدراسة ، ويمكننا استعراضه أهمها وفقا كما يأتي:-

اولا/ النتائج :-

1- اتضح لنا أن هناك نوعان اساسيان لليمين المتممة وذلك من حيث السلطة التقديرية للمحكمة في توجيهها، الأولى:- تشمل "الأيمان المتممة الجوازية القضائية" ، فيجوز للمحكمة ان توجهها وفق سلطتها المقدرة والقناعة الخاصة بالأدلة المقدمة أمامها، والثانية:- هي " الأيمان المتممة الوجوبية القانونية" ، فتكون المحكمة مجبرة على توجيهها طالما تحققت الحالة التي حددها القانون لها، وهي أنها لا تمتلك بالتحديد سلطة تقديرية في التوجيه من عدمه .

2- خلصنا إلى أن هذه الأيمان المتممة الوجوبية تتكون من صور متنوعة وفي العديد من التشريعات القانونية المختلفة ، وقد جمعناها بتقديرنا -ومنها موضوع دراستنا هذه وهي يمين الفرقة- فألحقناها بصور اليمين المتممة، لأنها تجيء لاستكمال دليل يراه القانون غير كاملاً فيريد أن يكمله بها ، ولذا فالمحكمة هنا ملزمة بتوجيهها إلى أحد الطرفين بالتحديد وهو الذي ينص عليه القانون ، وأيضا هي ملزمة بالنتيجة اذا حلفها أو بالنكول عن حلفها ، وبهذا سميناها باليمين المتممة الوجوبية القانونية.

3- توصلنا إلى أهم أوجه التشابه والاختلاف بين يمين الفرقة والإيمان المتممة الجوازية والإيمان المتممة الوجوبية، ووجدنا أن المحكمة في يمين الفرقة ملزمة بتوجيه هذه اليمين إلى أحد الاطراف وهي المدعية التي بلغت وطلبت فسخ عقد زواجها الذي أتمه غير وليها أي غير الأب والجد والتفريق بينها وبين زوجها وأثبتت دعواها على أنها اختارت نفسها وقت بلوغها، وبالتالي فالمحكمة هنا ملزمة في هذه الحالة بالأخذ بنتيجة حلفها ، وبعكس اليمين المتممة الجوازية القضائية .

ثانيا/ التوصيات :-

1- نوصي بتعديل المادة/121 من قانون الإثبات العراقي لتصبح كالآتي:- " يشترط في توجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل بحيث يتوافر فيها مبدأ الثبوت القانوني ".

2- نقترح ان يتم إضافة فقرات جديدة هي رابعاً وخامساً إلى المادة/ 124 إثبات عراقي وبنقل المادة/ 308 – أولاً وثانياً من " قانون المرافعات العراقي" ، وبأن تكون كفقرات رابعاً وخامساً من المادة أعلاه ، وعليه فإننا بهذا قد جمعنا كل من صور الأيمان المتممة الوجوبية القانونية في نص مادة قانونية واحدة وبالقانون الملائم لها وهو " قانون الإثبات" ، وهو مكانها الاصح مع باقي انواعها الأخرى بدل من هذا الشتات لها ، كما أن وقوعها ضمن قانون المرافعات لا يكون مناسباً ويخلو من أي فائدة تذكر، فالمعلوم أن اليمين عموماً تعد من طرق الإثبات القضائية وتطبيقاتها هي بقانون الإثبات، خاصة وأنه يتناول صور الأيمان المتممة الجوازية والوجوبية، وعليه تصبح المادة/ 124من " قانون الإثبات العراقي" على النحو الآتي:- " تحلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية: أولاً- ... ثانياً – .. . ثالثا – ... رابعا – إذا زوج غير الأب والجد الصغيرة للكفء وبمهر المثل وبلغت فاختارت نفسها بالبلوغ وطلبت فسخ عقد الزواج والتفريق بينها وبين زوجها وأقامت البينة على دعواها فتحلف اليمين بالصيغة التالية:- والله إني اخترت نفسي وقت بلوغي- ".

وبهذه الصيغة القانونية تصبح المادة اعلاه بفقراتها الأربعة تجمع الأحكام الخاصة لليمين المتممة الوجوبية القانونية بمادة واحدة بدل تشتتها في نصوص القانونين وتجمعها أيضا في قانون واحد وهو المناسب اليها اي قانون الإثبات ، وهذا هو موضعها مع بقية صورها الأخر ، كما ان وجودها في قانون المرافعات ليس ملائماً ويخلو من أي فائدة تذكر، فاليمين عموماً تعد إحدى طرق الإثبات القضائية المعروفة وأن تطبيقاتها وتواجدها الاصح يكون في قانون الإثبات، لأنه يتناول الأحكام الخاصة لليمين المتممة الجوازية القضائية والأحكام الخاصة لليمين المتممة الوجوبية القانونية.

3- نقترح إضافة يمين الفرقة وجعلها من ضمن حالات التفريق القضائي التسعة المنصوص عليها في المادة /43 من قانون أحوال شخصية عراقي، وذلك لتكون فقرة جديدة للمادة / 43 ولتصبح على الشكل الآتي :-

" للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: .....-10- إذا زوج غير الأب والجد الصغيرة للكفء وبمهر المثل وبلغت فاختارت نفسها بالبلوغ...".

4- نؤكد على الباحثين القانونين بتكثيف البحوث الشرعية المقارنة بالقوانين خاصة فيما يتعلق بالإثبات المدني وطرقه

الهوامش

1- ينظر : الجرجاني، التعريفات ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1403هـ/1983م، ص259 ؛ ابن منظور الأفريقي، لسان العرب، ج3، ط3 ، دار صادر ، بيروت ، 1414هـ، ص461.

2- ينظر : الفارابي، " الصحاح وتاج اللغة وصحاح العربية" ، ج6، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1407هـ/1987م، ص2221(باب اليمين).

3- سورة الحاقة/ 45-46.

4- سورة المائدة/ 89.

5- ينظر : الفارابي، مرجع سابق ، ج4، ص1540 و1541(باب افرق).

6- محي الدين النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين ج11، ط2، ، مكتب الإسلامي ، لبنان، 1405هـ، ص3 .

7- العسقلاني المصري الشافعي ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج11، المحقق محي الدين الخطيب، دار المعرفة ، لبنان ، من دون سنة طبع، ص516.

8- للمزيد من التفصيل تنظر : المادة/ 129 و133و134و135و136و137و138 من قانون الإثبات اليمني النافذ رقم 21 لسنة 1992 المعدل بالقانون رقم 20 لسنة 1996 .

9- ينظر : قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم 188 لسنة 1959 المعدل ؛ وقانون الإثبات العراقي النافذ رقم 107 لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم 46 لسنة 2000 ؛ وللمزيد من التفصيل تنظر: جريدة الوقائع العراقية ، تصدر عن وزارة العدل العراقية ، ع/ 3837 في 2000/7/31، ص450 .

10- ينظر : قانون الإثبات المصري النافذ رقم 25 لسنة 1968 معدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 والقانون رقم 18 لسنة 1999 ؛ قانون البينات السوري النافذ رقم 359 لسنة 1947 المعدل بالمرسوم رقم 14 لسنة1979 والمعدل بالقانون لسنة 2014 ؛ وقانون بينات أردني النافذ رقم 30 لسنة 1952 المعدل ؛ وقانون أصول محاكمات لبناني النافذ رقم 90 لسنة 1983 المعدل بالقانون رقم 529 لسنة 1996 والمعدل بالقانون رقم 3800 لسنة 2000 ؛ القانون المدني الفرنسي النافذ 1804المعدل بالمرسوم رقم 131 لسنة 2016 ؛ قانون مرافعات فرنسي النافذ رقم 1123 لعام 1975 معدل بمرسوم رقم 1436 وصادر في 2002/12/3 .

11- للمزيد من التفصيل تنظر : المادة / 308 من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم 83 لسنة1969 المعدل بالقانون رقم 83 لسنة 2001 .

12- شفيق أيوب ، وسائل وبحوث ، خيار الشرط في الفقه الإسلامي ، معهد الدراسات العربية العالمية ، 1961 ، ص64.

13- ينظر: حسين خلف الجبوري، الزواج وبيان أحكامه في الشريعة الإسلامية ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف، 1392هـ/1972م، ص142.

14- ينظر: بدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون ، ج1 الزواج والطلاق، دار النهضة العربية، بيروت، 1967، ص 153.

15- أحمد بن حنبل ، مسند الإمام أحمد، ج29، المحقق : شعيب الأرناؤوط وآخرين، بإشراف: د عبد الله بن عبد المحسن، ط1، مؤسسة الرسالة، 1421 هـ /2001 م، ص260(مسند الشاميين ، باب حديث عدي بن عدي الكندي ، حديث رقم 17722).

16- ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزياداته، ج1، المكتب الإسلامي، من دون مكان وسنة طبع ، ص591 (باب فعل في المحلى ب أل من هذا الحرف ، رقم الحديث 3084).

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

17- شمس الدين الحنبلي، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، ج4، المحقق : سامي بن محمد وآخرون، ط1، أضواء السلف ، الرياض، 1428هـ / 2007 م ، ص317(كتاب النكاح ، باب لا يجوز لأحد إنكاح الصغير والصغيرة اليتيمين ، رقم الحديث 2705) ؛ وجمال الدين ابو الفرج الجوزي، التحقيق في أحاديث الخلاف، ج2، المحقق: مسعد عبد الحميد، ط1، دار كتب علمية ، بيروت، 1415، ص265 و266(كتاب النكاح ، باب الحديث الثاني، رقم الحديث 1720) .

18- جمال الدين أبو الفرج الجوزي، التحقيق في أحاديث الخلاف، المرجع السابق،ج2، ص265 (كتاب النكاح ، باب لا يجوز لأحد إنكاح الصغير والصغيرة اليتيمين ، رقم الحديث 1718)؛ وشمس الدين الحنبلي ، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، المرجع السابق، ج4، ص315 (كتاب النكاح ، باب مسألة 618 : لا يجوز لأحد إنكاح الصغير والصغيرة اليتيمين ، رقم الحديث 2702) .

19- للمزيد من التفصيل تنظر : المادة /120 من قانون الإثبات المدنية التجارية المصري ؛ المادة/124 من قانون البينات السوري ؛ والمادة/70 من قانون البينات الأردني؛ والمادة/ 252 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /349 من القانون المدني الجزائري النافذ رقم 75-85 لسنة 1975 المعدل ؛ والمادة /62 من قانون الإثبات الاتحادي للمواد المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة النافذ رقم 10 لسنة 1992 المعدل.

20- مما تجدر الإشارة إليه أن ما ذكرناه وفي تقديرنا المتواضع يعد هو الفرق الجوهري والأساسي الذي يميز اليمين المتممة عن اليمين الحاسمة – التي تنتهي بها الدعوى بتوجيه المدعي اليمين إلى المدعى عليه، إذا عجز عن إثباته الحق الذي له – وللمزيد من التفصيل حول الفروق بين اليمينين ينظر: د. رزق الله انطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ط5، مطبعة دمشق، 1962، ص 625.

21- تنظر: المادة /43 من قانون أحوال شخصية عراقي .

22- للمزيد من التفاصيل حول عيوب الرضا ينظر : أ. د . مصطفى ابراهيم الزلمي ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد، ط 8 ، مراجعة الأستاذ د. أحمد عبد الوهاب البنجويني مركز دراسات برلمان كوردستان ، أربيل ، 2012 ، ص 104 ؛ د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ، القانون المدني وأحكام الالتزام ، ج 2 ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1980 ، ص 75 وما بعدها.

23- للمزيد من التفاصيل ينظر : محمد شفيق العاني ، أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، ط 2 ، بدون مكان وسنة طبع ، ص 148.

24- ينظر : مهدي صالح محمد أمين ، أدلة القانون غير المباشرة ، الإقرار واليمين والقرائن ، بغداد ، 1987 ، ص 144.

المـراجـع والمصادر

القرآن الكريم

اولاً/ كتب الحديث الشريف وشرحه :-

1- جمال الدين أبو الفرج الجوزي، التحقيق في أحاديث الخلاف، ج2 ، المحقق: مسعد عبد الحميد محمد السعدني، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1415هـ .

2- شمس الدين الحنبلي ، تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، ج4 ، المحقق : سامي بن محمد وآخرون، ط1، أضواء السلف ، الرياض، 1428هـ / 2007 م .

3- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزياداته، ج1 ، المكتب الإسلامي، من دون مكان وسنة طبع .

4- أحمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد ، ج29 ، المحقق: شعيب الأرناؤوط وآخرين، بإشراف: د عبد الله بن عبد المحسن، ط1، مؤسسة الرسالة، 1421 هـ / 2001 م .

ثانياً/ كتب الفقه الإسلامي المبارك:-

1- العسقلاني المصري الشافعي ، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج11، المحقق: محي الدين الخطيب، ، دار المعرفة ، لبنان ، من دون سنة طبع .

2- محي الدين النووي ، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج11، ط2، مكتب الإسلامي ، لبنان ، 1405هـ .

ثالثاً/ كتب الباحثين في الفقه الإسلامي المبارك:-

1- بدران ابو العينين بدران ، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية والمذهب الجعفري والقانون، ج1 الزواج والطلاق، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت – لبنان، 1967 .

2- حسين خلف الجبوري، الزواج وبيان أحكامه في الشريعة الإسلامية ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف، 1392هـ/1972م .

3- شفيق أيوب، وسائل وبحوث، خيار الشرط في الفقه الإسلامي ، معهد الدراسات العربية العالمية ، 1961 .

4- أ. د . مصطفى ابراهيم الزلمي ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد ، ط8 ، مراجعة الأستاذ د. أحمد عبد الوهاب البنجويني مركز دراسات برلمان كوردستان ، اربيل ، 2012 .

رابعاً/ كتب اللغة والمصطلحات والمعاجم :-

1- الجرجاني، التعريفات ، ط1، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1403هـ/1983م .

2- الفارابي، " الصحاح وتاج اللغة وصحاح العربية " ، ج4، ،ج6 ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، ط4، دار العلم للملايين، بيروت، 1407هـ/1987م .

3- ابن منظور الأفريقي، لسان العرب ، ج3، ط3 ، الدار صادر ، بيروت ، 1414هـ.

خامساً / الكتب القانونية والعامة

1- د. رزق الله انطاكي، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ط5، مطبعة دمشق ، 1962.

2- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ، القانون المدني وأحكام الالتزام ، ج 2 ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، 1980 .

3- محمد شفيق العاني ، أصول المرافعات والصكوك في القضاء الشرعي، ط 2 ، من دون مكان وسنة طبع .

4- مهدي صالح محمد أمين ، أدلة القانون غير المباشرة ، الإقرار واليمين والقرائن ، بغداد ، 1987 .

ساساً / الدوريات :-

1- جريدة الوقائع العراقية ، تصدر عن وزارة العدل العراقية ، ع/ 3837 في 2000/7/31 .

سابعاً / متون القوانين العربية :-

1- قانون الإثبات العراقي النافذ رقم 107 لعام1979 معدل بالقانون رقم 46 لسنة 2000.

2- قانون مرافعات مدنية عراقي النافذ رقم 83 لعام1969 معدل بالقانون رقم 83 لسنة2001.

3- قانون أحوال شخصية عراقي النافذ رقم 188 لعام 1959 المعدل.

4- قانون إثبات مصري النافذ رقم 25 لعام 1968 معدل بالقانون رقم23 لعام 1992 والقانون رقم 18 لعام 1999.

5- قانون البينات السوري النافذ رقم 359 لسنة 1947 المعدل بالمرسوم رقم 14 لسنة1979 والمعدل بالقانون لسنة 2014 .

6- قانون البينات الأردني النافذ رقم 30 لسنة 1952 المعدل بالقانون رقم37لسنة 2001 والقانون رقم 16 لسنة 2005 والقانون رقم22 لسنة 2017.

7- قانون أصول المحكمات المدنية اللبناني النافذ رقم 90 لسنة 1983 المعدل بالقانون رقم529 لسنة1996 والمعدل بالقانون رقم 3800 لسنة 2000 .

8- قانون الإثبات اليمني النافذ رقم 21 لعام1992 معدل بالقانون رقم20 لعام 1996 .

9- قانون المدني الجزائري النافذ رقم 75-85 لعام 1975 المعدل .

10- قانون الإثبات الاتحادي للمواد المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة النافذ رقم 10 لسنة 1992 المعدل.

ثامناً / متون القوانين الاجنبية :-

1- القانون المدني الفرنسي النافذ 1804المعدل بالمرسوم رقم131 لسنة 2016 .

2- قانون مرافعات فرنسي النافذ رقم 1123 لعام 1975 معدل بمرسوم رقم 1436 صادر في 2002/12/3 .