آلية تفعيل اليمين الحاسِمة أمام القضاء في القانون العراقي

(دراسةً مقارنةً)

م.م محمد مصطفى رسول
كلية القانون
جامعة قرداغ

د. هادي محمد عبدالله
أستاذ القانون الخاص المساعد
كلية القانون والسياسة /جامعة السليمانية

---

(1) بحثٌ مستلٌ، بتصرفٍ بما يقتضي المقام، من رسالةِ ماجستير في القانون الخاص تحت عنوان (مدى أهمية اليمين في إحقاق االحق– دراسة مقارنة في الأثبات المدني) مقدمة الى كلية القانون و السياسة قسم القانون من جامعة السليمانية في الأول من تشرين الأول عام 2010 ، من السيد محمد مصطفى رسول، باشراف الدكتور هادي محمد عبدالله أستاذ القانون الخاص االمساعد.

المقدمة

أولاً :تحديد مشكلة الدراسة، وبيان أهميتها:

كان العدل، وسيبقى، محور حياة الإنسان ، وجوهر شرائعه، وسياج أمنه وحرياته المنيع ،كذلك سيبقى رائداً لقافلة الحياة على طريق الرخاء والتقدم . فالعدل يفوق في نظر مَنْ يعي أن للحياة ضرورات .

ولا يخفى على أحد مدى أهمية القضاء لإحقاق العدل، المتمثلة في فضِّ النزاعات والخصومات بين الأفراد من أجل إيصال الحقوق الى أهلها .أو كما وُصِفَ بأنه، ساحةً للعدل ولإحقاق الحق .لكن القضاء،وبغية الوصول الى مرامهِ في تحقيق العدل، يلتزم الأدلة المقدمة إليه والتي وردت قانوناً على سبيل الحصر. وإذا ما تعرضت حقوق الأفراد الى أي إعتداءٍ سعوا الى جمع الأدلة المثبتة لحقوقهم وتصرفاتهم ، وقديتعذر حصولهم على الدليل المناسب بسبب يرجع الى ظروفٍ مادية أو معنوية، كتهاونهم، أو لشدة إفراطهم في الثقة، قد تكون عائقةً تمنع من حيازة الدليل أو تهيئة الدليل المطلوب . وأحياناً يكون الدليل قد أُعدَّ وقت التصرف لكنه فُقِدَ في وقتٍ لاحقٍ فيكون بذلك حقاً مجرداً من دليلهِ. والحق المجرد من دليله قد يُعدُّ معدوماً من الناحية الواقعية، أو

يكون وجوده في خطر . وعند المنازعة يتعين إثبات وجود الحق أمام القضاء .و الحق الذي يعجز صاحبه عن إثباته يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء. وقد عبر الفقيه الألماني (إهرنج) عن هذا المضمون بعبارته الشهيرة (أن الدليل هو قوة الحق) .

وإذا كان إثبات الحق بهذه الأهمية، فإن الأمر يدق ويزداد غموضاً إذا ما عجز الخصم المكلَّف بالإثبات عن إقناع القاضي ،الذي يُعدُّ في مركزٍ أضعف من مركز خصمه الذي يقف على أرضٍ صلبةٍ ،لذا منح المشرع العراقي، بمقتضى المادة (118) من قانون الإثبات رقم (107) لسنة 1979،مِكْنة قانونية للمحكمة، متى ماعجز الخصم عن إثبات إدعائه أو دفعه، أن تسأله عمَّا إذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه،فإن طلب ذلك وكان حاضراً بنفسه حلَّفته المحكمة ،وفي حالة غيابه جاز لها إصدار الحكم غيابياً معلقاً على النكول عن اليمين عند الإعتراض بناءً على طلب الخصم، وإن كان الخصم الموجه إليه اليمين قد حضر بعض جلسات المرافعة.واليمين الحاسمة هي التي تنتهي بها الدعوى كما صرحت بذلك المادة(114/ثانياً)من القانون المذكور آنفاً، فموجه اليمين سيخسر الدعوى إذا حلفها الخصم الآخر ، عندئذ يتعين على القاضي أن يصدر حكمه

لصالح الحالف وضد مَنْ وجَّهها ، لأن القاعدة المهيمنة على الموضوع برمته هي (البينة على مَنْ إدعى واليمين على مَنْ أنكر) عندئذ سيكون تحت رحمة خصمه الذي يستفيد من عجزه عن الإثبات .ولكن هل كان الحالف صادقاً في حِلفهِ؟.إذا لم يكن كذلك فما القيمة القانونية لحكم القاضي؟ . وهل أصابت حقيقته القضائية التي توصل اليها، من خلال حلف الخصم اليمين الحاسمة ، الحقيقة الواقعية؟.وعلى الرغم من ذلك ، سوآء أصاب القاضي الحقيقة الواقعية أم لم يصبها، فأن التشريعات ،و كذلك الفقهاء، قد إختلفوا في كثيرٍ من أصول اليمين الحاسمة وجزئياتها،ولاسَّيما في آلية إستعمال اليمين أو أدآئها وتفعليها ومفاعيلها، وفي دور قاضي الموضوع فيها. ولأجل إجلاء حقيقة آلية تفعيلها ،وكشف الغمامة من على وجه دور القاضي فيها ، وبيان أحكامها بقدر تعلق الأمر بهذه الدراسة وموضوعها،فقد وقع إختيارنا على هذا الموضوع من محيط الفقه والتشريع لنغوص في أعماقه بياناً لِلألِئه.

ثانيا : أسباب إختيار الموضوع :

بالإضافة الى ماتقدم ، يمكن إجمال الأسباب التي دعتنا الى إختيار آلية اليمين الحاسمة أمام القضاء، موضوعاً لبحثنا، فيما يأتي :

1-لقد جاء تنظيم المشرع العراقي لليمين الحاسمة دقيقاً في بعض جوانبها ، إلاَّ أن جوانبها الأخرى كانت تخلو من الدقة ، فضلاً عن وجود بعضٍ من النقص التشريعي في ذلك التنظيم القانوني ، من أجل ذلك كان لابد من إلقاء الضوء على مكامن هذا الخلل مقارنة مع التشريعات الأخرى وصولاً الى تقيِّيمٍ دقيقٍ لهذا التنظيم .

2- إن بيان الجانب العملي لأهمية دور القاضي في اليمين الحاسمة يُعدُّ أمراً مهماً ، حيث أن أغلبية الدعاوى التي تنظرها المحاكم المدنية تحسم عن طريقها ، لذا تعيَّن بيان موقف القضاء العراقي، فضلاً على أن القضاء المقارن، الذي إتسم بالغموض والتعارض في بعض الأحكام التي أصدره عند معالجته لوقائع مختلفة .

3- يُدركُ كلَّ باحثٍ أن اليمين الحاسمة تحتل مكانةً مهمةً في العمل القضائي ،فالظاهر من الناحية العملية أن المحاكم المدنية تلجأ اليها بكثرةٍ لحسم الدعاوى المرفوعة أمامها . بل قد يحدث المبالغة في الإستعانة بها . فالعملية تجري بهذا الصدد تصاعدياً . في حين أن الوازع الديني والوجداني والأخلاقي لدى أكثرية الناس والتي لها الصلة الوثيقة بأهمية اليمين في إحقاق الحق قد ضعفت يوماً بعد يوم ،مما يقتضي ذلك أن تكون الإستعانة باليمين

الحاسمة أن تجري تنازليا . وعملية المد والجزر هذا وإيجاد توازن بينهما سبب آخر من أسباب إختياره .

تلك الأسباب وغيرها هي التي أوجدت الباعث الدافع لبحثه، وأثارت الهِمّة في الباحثين،وعقداالعزم ،مستعينين بالله تعالى، للخوض في غِماره .

ثالثاً : نطاق الدراسة :

تنحصر الدراسة في بيان آلية اليمين الحاسمة أمام القضاء، وماتتمتع به محكمة الموضوع من سلطات تقديرية حيالها، وهذه الآلية تكمن في مدى سلطة المحكمة في منع المحكمة توجيه اليمين الحاسمة متى ماأستخدمت لغير غرضها القانوني ،أوآليتها ومفاعيلها عند أدآئها ، أو عند ردِّها ، أوعند النكول عنها، وهذه المسائل هي التي تنتظمها هيكلية الدراسة .

رابعاً : منهجية البحث :

لقد إتبعنا في هذه الدراسة المنهج المقارن ، وذلك بمقارنة الموضوع في القانون العراقي من جهة وقوانين كل من مصر والأردن من جهةٍ أخرى ،بالإضافة الى الإستئناس بموقف كل من القانونين اللبناني والتونسي عند المقتضى، مع الإشارة الى موقف الفقه الإسلامي كلما تطلب الأمر ذلك .كما أبرزنا الأراء الفقهية التي أثيرت بهذا الشأن ومناقشتها وترجيح الرأي الأفقه

منها عند الإختلاف في مسألة ما، مع بيان أسباب الترجيح . وقد مزجنا ،في كل ذلك، الجانب النظري لموضوع هذه الدراسة بالتطبيق العملي الذي يقوم بتعزيزه موقف القضاء والفقه بما يبيّن السياسة التشريعية للمشرع العراقي والمقارن.

خامساً : هيكلية البحث:

إعتمدنا الهيكلية الآتية في هذه الدراسة :

المبحث الأول /آلية منع المحكمة توجيه اليمين الحا سمة وسلطتها فيه.

المبحث الثاني / آلية حلف الخصم اليمين الحاسمة .

المبحث الثالث / آلية ردِّ الخصم اليمين الحاسمة على خصمه .

المبحث الرابع / آلية نكول الخصم عن اليمين الحاسمة .

(الخاتمة)

المبحث الأول

آلية منع المحكمة توجيه اليمين الحاسمة وسلطتها فيه

من المعلوم أن للحق حدوداً موضوعية تتصل بمداه ونطاقه ، وحدوداً أخرى غائية تتصل بتحقيق هدفه أو غايته ممثلة في فكرة المصلحة أو الحكمة . والحدود الموضوعية يحددها المصدر المنشيء للحق فيضع قيوداً يحدد بها مداها ، ولا يجوز لصاحب الحق أن يتجاوزها وإلاَّ كان عمله غير مشروع .أما في شأن الحدود الغائية فإن القانون قد يترك للأفراد تحقيقها ويقرر رقابة القضاء على إستعمالها وتحقيقها وقد يضع مبدءً عاماً تتقيد به الحقوق بغايتها ، ومِنْ ثَمَّ، تتقيَّد الحقوق عند إستعمالها بتحقيق تلك الغاية[1].

وبما أن الحق في الإثبات يُعدُّ أحد الأسس الهامة التي كفلها المشرع للخصوم في الإثبات ، بحيث أصبحت عملية الإثبات هذه حقاً لهم ،وواجباً عليهم في الوقت ذاته ، لأنهم أصحاب المصلحة في المنازعة ، وبالتالي على كل من المتخاصمين أن يثبت حقه بالطرق التي يحددها القانون ، وعلى

[1]- د. نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، 1984 ، ص267 .

القاضـي أن يمكـنهم مـن إثبـات دعـواهم دون أن يقـف حـائلا بيـنهم وبـين الإثبـات[2]. كمـا يعتبـر مبـدأ حـق الخصـوم فـي الإثبـات أحـد مظـاهر الـدور الإيجابي لمبدأ حياد القاضـي فالدعوى هي ملك للخصوم ، تبدأ حياتها بطلب يوجهـه خصـم الـى خصـمه الآخـر ، يسـمى مقدم الطلـب بالمـدعي فيقـع عليـه عبـء إثبات ما يدعيه ، والطرف الآخر يسمى بالمدعى عليه ، ومن حقه أيضاً أن يدفع طلبات المدعي بكل الوسائل التي يملكها ، وهذا مايُعرف بمبدأ المجابهـة بالـدليل [3] . وعلـى القاضـي أن يقـف بـين هـذين الخصـمين موقفـا حيادياً ، وذلك بتمكين كل خصم من إثبات ما يدعيه ونفي إدعاء خصمه ، وإذا حال دون أن يمكن الخصم من هذا الحق ، كان مخلاًّ بحق الخصوم في الإثبات والدفاع ، الأمر الذي يُعرض حكمه للنقض[4].

وإذا كان الإثبات حقا للخصوم فليس لأي منهم أن يتعسف في إستعماله ، حيث أن التعسف في إستعمال الحق ليس قاصراً على نظرية العقد ، بل هو

---

[2] - أنظر : د. محمود عبد الرحيم الديب ، أسس الإثبات المدني طبقا للقانون المصري والقطري دراسة مقارنة للفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأسكندرية ، 2004 ، ص47 ؛ د. نبيل إبراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، في ضوء الفقه والقضاء ، دار الجامعة الجديدة ، 2008 ، ص25-26 .

[3] - أنظر : د. محمود عبد الرحيم الديب ،أسس الإثبات طبقاً للقانون المصري والقطري، ، ص48-49 .

[4] - أنظر : د. رمضان أبو سعود ، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، 2007 ، ص28 ؛ د. محمد حسين المنصور ، قانون الإثبات ، مبادئ الإثبات وطرقه ، دار الجامعة الجديدة . الاسكندرية ؛2004 ، ص19-20 ؛ د. نبيل إبراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ؛2008 ، ص26 .

نظرية عامة تطبق على الأحوال والوقائع كافة أومتى وُجِدَ حقٌ يراد إستعماله .[5]

ولاشك أنه يمكن إعمال هذه النظرية في مجال الإثبات كذلك ، لأن حق الإثبات هو حق للشخص بشرط عدم التعسف في إستعماله من قبل الخصم ، لغرض الكيد في خصمه والإضرار به . فمقتضى واجب الخصم هو سلوك إجرآءآت الإثبات بحسن نية [6] ولا يتعسف في إستعمال حق الإثبات ، إذ أن حق الإثبات غير مطلق بل هو مقيّد بعدم التعسف في إستعماله ، فتطبيقات

[5] - حيث تنص المادة (6) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على أن ((الجواز الشرعي ينافي الضمان ، فمن إستعمل حقه إستعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأعن ذلك من ضرر)) . وتنص الفقرة (1) من المادة (7) من القانون نفسه على أن ((من إستعمل حقه إستعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان)) ، إلاَّ أن البعض إنتقد وبحق نهج المشرع العراقي لأن المشرع عندما يقرر مبدأ عدم جواز إستعمال الحق إستعمالاً غير جائز وإلاَّ وجب عليه الضمان فلا داعي للنص على أنه من إستعمل حقه إستعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك لأن ذلك تحصيل حاصل ، كما أن ذلك هو مفهوم المخالفة لنص المادة السابعة. أنظر : الدكتور محمد سليمان الأحمد ، مناقشة بعض الأفكار الواردة في القانون المدني العراقي ، مجموعة من المحاضرات ، غير منشورة،والتي ألقاها على طلبة الماجستير -القسم الخاص في كلية القانون – جامعة السليمانية ، للسنة الدراسية 2007-2008.

[6] - حيث تنص المادة (5) من قانون الإثبات العراقي النافذ رقم 107 لسنة 1979 على أن ((القضاء ساحة للعدل ولإحقاق الحق مما يقتضي صيانته من العبث والإساءة ويوجب على المتخاصمين ومن ينوب عنهم الإلتزام بأحكام القانون وبمبدا حسن النية في تقديم الأدلة وإلاَّ عرض المخالف نفسه للعقوبة)) . فهذا النص يلزم المتخاصمين ومن ينوب عنهم بإحترام سوح القضاء ، والمقصود بإحترام سوح القضاء ليس الإعتداء أو الإخلال بهيبة المحكمة أو نظام الجلسة ، فهذه مسألة يتعلق بسلطة القاضي في المحافظة على هيبة الجلسة وإحترام ساحة القضاء ، بل المقصود هو أنه كل طلب أو دفع يتقدم به الخصوم ويكون مخالفا للحقيقة يقع تحت طائلة المسائلة ، أي يجب أن تكون المحكمة ميدانا لقول الصدق فقط ، أنظر : أستاذنا د. آدم وهيب النداوي ، طاولة مستديرة حول قانون الإثبات ، مقال منشور في مجلة العدالة ، وهي مجلة فصلية تصدرها مركز الأبحاث القانونية في وزارة العدل ، العدد الثاني ، السنة السادسة ، 1980 ، ص348 .

التعسف في إستعمال الحق تنتشر في جميع نواحي القانون ، منها قانون الإثبات ، فعلى الخصم أن لا يسئ ممارسة حقه في إثبات ما يدعيه بإستعمال وسائل كيدية أو إتخاذ إجراء بسوء نية[7].

وتطبيقا للمادة (7) من القانون المدني العراقي يعدّ الخصم متعسفاً في إستعمال حقه في الإثبات إذا لم يقصد بهذا الإستعمال سوى الإضرار بالغير ، أو كانت المصالح التي يرمي هذا الإستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية مقارنة بما يصيب خصمه من ضرر بسببها أو كانت تلك المصالح غير مشروعة[8].

ومن تطبيقات التعسف في إستعمال الحق في نطاق الإثبات هو عندما يطلب الخصم العاجز عن الإثبات توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه إذا كانت الواقعة المدعى بها غير محتملة الصدق أو كانت غير منتجة في

[7] - أنظر : د. إبراهيم نجيب سعد ، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، 1981 ، ص33 ، نقلا عن : سجى عمر شعبان آ ل عمرو ، دور الخصوم في الإثبات المدني ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون في جامعة الموصل ، 2001 ، ، ص131 .

[8] - حيث تنص الفقرة (2) من المادة (7) من القانون المدني العراقي ((ويصبح إستعمال الحق غير جائز في االاحوال الآتية :

أ-إذا لم يقصد بهذا الإستعمال سوى الإضرار بالغير . ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الإستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها . ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الإستعمال الى تحقيقها غير مشروعة)) ، تقابلها المادة (5) من القانون المدني المصري ، والفقرة (2)من المادة (66) من القانون المدني الاردني حيث تنص على أن ((ويكون إستعمال الحق غير مشروع : أ- إذا توفر قصد التعدي . ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة . ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر . د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة)) .

الدعوى أو غير صحيحة ، كأن تكذبها مستندات الدعوى أو كانت الواقعة ثابتة بطريق آخر من طرق الإثبات ولم تكن ثمة حاجة الى الحلف ومع ذلك يستغل المدعي تقوى خصمه وورعه وتحرجه من الحلف فيوجه اليه اليمين ، في مثل هذه الحالة ومثيلاتها يعتبر المدعي متعسفاً ويكون للقاضي أن يمنع توجيه اليمين[9].

بهذا الحكم أخذ المشرع العراقي فنص في الفقرة (ثانياً) من المادة (115) من قانون الإثبات العراقي النافذ على أنه ((للمحكمة أن ترفض توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها))[10].

[9] - أنظر : مهدي صالح محمد أمين ، أدلة القانون المباشرة ؛ مطبعة أوفست المشرق، بغداد ؛ 1987 ، ص112 . د. سمير عبد السيد تناغو ، احكام الالتزام والاثبات . منشأة المعارفف. الاسكندرية .2005 ، ص124 ؛ د. توفيق حسن فرج ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ،تحقيق عصام توفيق حسن فرح .منشورا ت الحلبي الحقوقية بيروت؛ لبنان. 2003 ص308 ؛ د. أنور سلطان ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ؛ دار الجامعة الجديدة للنشر ،الاسكندرية 2005 ص235 -236 .

[10] - تقابلها الشطر الوسط من المادة (114) من قانون الإثبات المصري ، والمادة (62) من قانون البينات الأردني حيث نصت على أنه ((يرفض توجيه اليمين إذا كانت واردة على واقعة غير منتجة أو غير جائز إثباتها باليمين)) .
وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على أنه ((والواقع أن من المروءات والذمم والعقائد الدينية ما قد يتيح لسيء النية إستغلال حرص خصمه على قضاء واجب أخلاقي أو ديني ، ولذلك رؤى تضمين النص حكما يعين على تحامي مثل هذا الإستغلال ، ويراعي من ناحية أخرى أن اليمين قد تقررت بوصفها طريقا من طرق الإثبات لإسعاف المدعي بالدليل عند تخلفه لا لنقص دليل تم تحصيله بطريق من سائر الطرق ، ولهذا يجب أن يتاح للقاضي أن يرفض توجيه اليمين إذا لم تكن مجدية ، ويقع ذلك حيث يقام الدليل على الواقعة التي يراد االإستحلاف عليها بطريق آخر)) ، أنظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج3 ، ص444.

فإذا كان الخصم عاجزاً عن الإثبات فليس له أن يطلب تحليف خصمه خلافاً للأوضاع المقررة في ديانة خصمه ، لأن ذلك يُعدُّ تعسفاً منه في طلب توجيه اليمين [11] .

وبهذاقضت محكمة تمييز إقليم كردستان العراق في حكمٍ لها بأن ((...المدعى عليه إضافة لوظيفته عجز عن إثبات كون الملك مستملك ، إضافة الى ذلك فإنه على فرض توجيه اليمين للمدعين وقيامهم بأداء تلك اليمين فهذا لا يغير من الأمر شيئاً وأن المالكين سوف لن يفقدوا ملكيتهم للعقار موضوع الدعوى ، إذن فليس هنالك أي مبرر قانوني يستوجب توجيه اليمين ، وأن توجيه اليمين بهذه الصورة ينطوي على تعسف وللمحكمة الحق في أن ترفض توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفا طبقا لأحكام المادة (115 /ثانيا) من قانون الإثبات ، عليه فإن إتجاه محكمة الموضوع بإلزام المدعى عليه –إضافة لوظيفته – بأجر المثل لصالح المدعين على النحو الوارد في قرار الحكم إتجاه سليم وراعت المحكمة في حكم القانون تطبيقا سليما لذا قرر تصديقه ...))[12].

[11] - رقم القرار 5 في 23 / 7 / 1980 ، منشور في مجموعة الأحكام العدلية ، العدد الثاني ، س13 ، 1982 ، ص151 .
[12] - رقم القرار 32 /الهيئة العامة /2008، في 2009/2/2 ، (غير منشور) .

أما إذا كانت الواقعة ثابتة بطرق الإثبات الأخرى دون حاجة الى الحلف ، فالذي يتعسف في توجيه اليمين هو الخصم الآخر (المدعى عليه) ، الذي يطالب بتوجيه اليمين الى المدعي في الواقعة الثابتة ليحلف أن له الحق الذي يدعيه ، فلا يقبل القاضي في هذه الحالة توجيه هذه اليمين ، لأنه يستطيع الحكم بثبوت الحق المدعى به بمقتضى الأدلة المعروضة التي تكفي لأن تكون سبباً للحكم بموجبها دون حاجة الى تحليف المدعي اليمين [13] .

ورقابة القاضي في هذه الحالة تخوّله القيام بدور إيجابي في الإثبات وهو ما يحرص المشرع على إنجازه والتوسع فيه ، ولا سيِّما في ظل نظام الإثبات المختلط الذي أخذت به التشريعات المقارنة، منها التشريع العراقي .

إلاَّ أنه يتعين على القاضي ، مادامت اليمين حقٌ للخصوم لا حقهُ ،أن يجيب طلب توجيهها ، إذ أن دوره يجب أن لا يمسَّ حق الخصوم في توجيه اليمين وإنما يقتصر على الرقابة في إستعمال هذا الحق ومنع التعسف فيه. فإذا إنعدم التعسف والكيد فإن القاضي لا يستطيع أن يحرم الخصم من توجيهها وإلاَّ إعتبر القاضي نفسه متعسفاً وجاز لمحكمة التمييز أن تمارس رقابتها على

[13] - أنظر : د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، الإثبات مناطه وضوابطه في المواد المدنية والتجارية ، في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف بالاسكندرية، 2002، ص415-416 .

قراراته .لذا فعلى المحكمة أن تمارس هذه السلطة بمنتهى الحيطة والحذر وأن تذكر في حكمها الأسباب التي دعتها الى منع توجيه اليمين[14].

يتضح مما تقدم بأن حق الخصم الذي يقع عليه عبء الإثبات في توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه أنه كسائر الحقوق ليس حقاً مطلقاً بل مقيداً بقيد عدم التعسف في إستعماله ، ويخضع في ذلك لرقابة قاضي الموضوع فله أن يرفض توجيه اليمين الحاسمة إذا رأى أن طالبها متعسف في توجيهها الى خصمه [15].

لكن على القاضي إذا رفض توجيه اليمين أن يسبب رفضه وأن يبين وجه التعسف في إستعمال حق توجيهها ، وأن يقيم إستخلاصه على إعتبارات من شأنها أن تفضي اليه . لذا فإن رقابة القاضي لمنع التعسف في توجيه اليمين،على نحو ما تقدم، تعتبر خطوة مهمة نحو إعطاء المزيد من الإيجابية لدوره في الإثبات [16] .

[14] - أنظر :أستاذنا د. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة مع نص قانون الاثبات والاحكام القضائية المدنية ؛ ط2، بغداد 1406 هـ ، ص251 وما بعدها ؛ د. جميل الشرقاوي ، الاثبات في المواد المدنية .دار النهضة العربية، 1982، ص187 ؛ د. أياد عبدالجبار الملوكي ، مرجع سابق ، ص99 .

[15] - أنظر: د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج2 ، ص526 ؛ د. عصام أنور سليم ، النظرية العامة للإثبات ،منشأة المعارف، الإسكندرية ،2005 ، ص317 .

[16] - أنظر : د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المرجع السابق ، ج2 ، ص528 .

وإعتبار الخصم متعسفا أو غير متعسف في توجيه اليمين مسالة موضوعية ترجع للسلطة التقديريةلمحكمة الموضوع تستنبطها من ظروف الدعوى وظروف الخصمين وما تقدم إليها من أوراق ومستندات . وعلى ذلك فإن تقدير كيدية اليمين وكونها تعسفية من عدمها هو من المسائل التي يستقل بها قاضي الموضوع غير خاضع فيها لرقابة محكمة التمييز ، متى ما أقام حكمه على أسباب سائغة [17] ، إلاَّ أن هذا التقدير يجب أن يكون منطقياً وليس مبنياً على محض التصورات الشخصية للقاضي ، بل أنه ملزم بأن يتحرى المنطق الدقيق في تفكيره الذي قاده الى إقتناعه [18] ، فالتقدير القضائي هو نشاط ذهني يقوم به القاضي إستنادا الى وقائع الدعوى والقواعد القانونية التي من الممكن أن تولِّد الأثر القانوني المترتب على هذه الوقائع[19].

[17] - وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن ((اليمين الحاسمة ملك الخصم لا ملك القاضي ويتعين على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا إذا بان له أن طالبها متعسف في طلبه ، ولأن كان لمحكمة الموضوع السلطة التامة في إستخلاص كيدية اليمين ، فإنه يتعين عليها إن تقيم إستخلاصها على إعتبارات من شأنها أن تؤدي الى ما إنتهت اليه)) ، رقم القرار 772 لسنة 1 ق – جلسة 1 / 3 / 2003 ، منشور لدى : د. عبد الحكم فودة ، اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، مرجع سابق ، ص147 .
وأنظر كذلك: د. عبدالوهاب العشماوي ، اجراءات الاثبات في المواد المدنية والتجارية .ط1 . دار الجيل للطباعة ؛ مصر . 1985 ، ص195 .

[18] - أنظر : د. هلالي عبدالله أحمد ، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي ، ط2 ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، (دون سنة نشر) ، ص613 .

[19] - أنظر : فتحي والي ، الوسيط في قانون المرافعات ، بلا مكان نشر ، 1980 ، نقلا عن : د. نبيل إسماعيل عمر ، إمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأسكندرية ، 2004 ، ص27 .

وبهذا الشأن جاء في الأسباب الموجبة لقانون الإثبات العراقي بأنه ((وقد جاء القانون بقواعد مستحدثة تتناسب والأهداف التي رمى إليها وأعطى السلطة التامة لقاضي الموضوع في تقدير حجية الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية كما أجاز للمحكمة الإفادة من التقدم العلمي في إستنباط القرائن والسماح لها برفض اليمين الحاسمة إذا كانت غير متعلقة بشخص مَنْ وجِّهت إليه وإعطائها سلطة تعديل اليمين)) .

إلاَّ أن منع القاضي للخصم من توجيه اليمين الحاسمة بحجة الكيد من الأمور الدقيقة التي تحتاج الى الكثير من الروية وحسن الفهم ، لأن نية الخصم الذي يوجه اليمين الحاسمة من الأمور النفسية الخفية التي لا يمكن الإهتداء إليها بسهولة ، ومن العسير أن يحرم الإنسان من حق الإلتجاء الى ذمة خصمه راضياً بيمينه للظن بأنه يقصد الكيد من تحليفه ، وإذا كان من حق القاضي أن يرفض توجيه اليمين الكيدية فلا بد، لممارسة هذا الحق، أن تكون نيّة الكيد ظاهرة من وقائع الدعوى ظهوراً قاطعاً لا أثر فيها للشك وإلاَّ إنقلب الأمر الى تعسف وظلم من القاضي نفسه[20] .

[20] - أنظر: ظافر الموصلي ، اليمين ، مقال منشور في مجلة محاماة المصرية ، العدد 8 ، س40 ، 1960 ، نقلا عن: د. آدم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الإثبات ، ط1،بغداد، ص361 . د. أياد عبدالجبار ملوكي ،قانون الإثبات ،بغداد، 2005 ، ص99 .

وهذا ماقضت به محكمة النقض المصرية بأن ((...اليمين الحاسمة ملك الخصم لا للقاضي وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلاَّ إذا بان له أن طالبها يتعسف في هذا الطلب ، ومحكمة الموضوع وإن كان لها كامل السلطة في إستخلاص كيدية اليمين فإنه يتعين عليها أن تقييم إستخلاصها على إعتبارات من شأنها أن تؤدي اليه ، فإذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منتفية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين فهذا منها قصور في التسبيب ، فإن كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية ...))[21].

وهذا التدقيق من جانب القاضي سوف لن يضر الخصم الذي يريد أن يوجه اليمين بل أن ذلك قد يقيه من مسئوليةٍ ربما إنزلق إليها إذا كان تصرفه في توجيه اليمين كيداً، لأنه عند ذاك تجب مسائلته عن الأضرار المادية والأدبية كافة التي قد تصيب الخصم[22].

[21] - الطعن رقم 703 في 7/ 1980/4 ، نقلا عن : إبراهيم سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص 1393 . وقضت أيضا بأن ((إستخلاص كيدية اليمين من سلطة محكمة الموضوع متى إستندت على إعتبارات سائغة ، وإن عدم تقديم طالب اليمين دليلا على صحة دعواه لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية)) ، الطعن رقم 378 في 6 / 4 / 1976 ، نقلا عن : المرجع السابق ، ص1394 .

[22] - أستاذناد. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ،مرجع سابق، ص253 .

المبحث الثاني

آلية حِلفِ الخصم اليمين الحاسمة

يجب على الخصم الذي وُجِّهَت اليه اليمين الحاسمة ولم يردَّها على خصمه ، أن يؤديها بنفسه ، لأن خصمه قد إحتكم الى ضميره فلا يصحُّ أن يوكِّل غيره في الحلف[23].

وتكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف (أقسم بالله العظيم) ويؤدي الصيغة التي أقرتها المحكمة [24] ، فإذا كان الخصم الموجهةإليه اليمين حاضراً بنفسه ولم ينازع في توجيهها ولا في تعلقها بالدعوى وجب عليه أن يحلفها فوراً، أو يردَّها على خصمه، وإلاَّ عُدَّ ناكلاً ، أما إذا كان غائباً فللمحكمة، وبناءً على طلب موجِّهِ اليمين، أن تصدر الحكم لصالح الأخير غيابياً بحق الخصم

[23] - أنظر : د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج2 ، ص552 ؛ د. قدري عبدالفتاح الشهاوي ، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية القاهرة 2006 ، ص432 .

[24] - أنظر : الفقرة (أولا) من المادة (108) من قانون الإثبات العراقي النافذ ، تقابلهاالمادة (127) من قانون الإثبات المصري ، والمادة (66) من قانون البينات الاردني حيث نصت على أنه ((تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف (والله) ويذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة))

الغائب معلقاً على النكول عن اليمين عند الإعتراض حتى لو كان هذا الخصم قد حضر بعض جلسات المرافعة[25].

وعليه، فإذا كان الخصم قد حضر في بعض جلسات المرافعة ثم تغيِّب وطلب المدعي بغيابه إصدار الحكم معلقاً على النكول عن اليمين عند إعتراض الخصم المتغيّب عن تلك الجلسة ، فتصدر المحكمة حكماً غيابياً بذلك ولا تصدره حضورياً على الرغم من حضور الخصم الغائب في جلسات سابقة ، لأن الحضور المقصود هنا هو الحضور المادي الشخصي وليس الحضور القانوني[26].

أما بموجب القانون المصري والأردني فإن لم يكن الخصم حاضراً في جلسة المرافعة ، وجب تكليفه على يد مُحْضِر للحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته ، فإن حضر وإمتنع دون أن ينازع ،فإنه يُعدُّ ناكلاً.

---

25 - أنظر : المادة (118) من قانون الإثبات العراقي ، لا مقابل لها لا في قانون الإثبات المصري ، ولا في قانون البينات الأردني .

26 - فعلى هذا تنص الفقرة (1) من المادة (55) من قانون المرافعات المدنية العراقي ذي الرقم 83 لسنة 1969 المعدل على أنه ((تعتبر المرافعة حضورية إذا حضر الخصم في أية جلسة ولو تغيب بعد ذلك)) ، تقابلها المادة (83) من قانون المرافعات في المواد المدنية والتجارية المصري ، والفقرة (2) من المادة (67) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ، مع ملاحظة بأن إعتبار المرافعة حضورية بحق الخصم إذا حضر في أية جلسة من جلسات المرافعة ولو تغيب بعد ذلك يشمل المدعي والمدعى عليه في القانونين العراقي والأردني ، في حين في القانون المصري أن هذا الحكم ينطبق على المدعى عليه فقط دون المدعي .

امـاأذا تخلـف بغيـر عـذرٍ ،فيعتبر ناكلاًأيضـاً[27] . وإن مسـالة وجـود عـذر قانوني للخصم منعته من الحضور من عدمه مسالة موضوعية متروك للسلطة التقديرية للقاضي متى أقام قضاءه على إعتبارات سائغة [28].

أما إذا نازع مَنْ وُجِّهَت اليه اليمين في جواز توجيهها إليه، أو في تعلقها بالدعوى ، أو نازع في موضوعها بأنه ليس منتجاً أو حاسماً، أو أن الواقعة المنطبق عليها اليمين لا تتعلق بشخصه، أو غير متعلقة بالدعوى، أو لأن طالبها لا يملك توجيهها، أو إعترض على صيغتها، أو طلب تعديلها، فعلى المحكمة أن تفصل في هذه المنازعة أو الإعتراض وأن تصدر حكماً بتوجيه

[27] - أنظر : المادة (124) من قانون الإثبات المصري ، تقابلها المادة (63) من قانون البينات الأردني حيث تنص على أنه ((إذا لم ينازع من وجهت اليه اليمين في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى وجب عليه إن كان حاضرا بنفسه ان يحلفها فورا او يردها على خصمه وإلا إعتبر ناكلا ، ويجوز للمحكمة أن تعطيه مهلة للحلف إذا رأت لذلك وجها فإن لم يكن حاضرا وجب ان يدعي لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته فإن حضر وامتنع دون أن ينازع أو لم يحضر بغير عذر إعتبر ناكلا)) .

[28] - قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها((... وكان من المقرر أن تقدير قيام العذر في التخلف عن الحضور بالجلسة المحددة لحلف اليمين هو مما يستقل به القاضي الموضوع متى أقام قضاءه على إعتبارات سائغة ، وكان يستفاد مما ساقه الحكم المطعون فيه أن الطاعن بعد أن أعلن لشخصه بصيغة اليمين وبالجلسة المحددة للحلف لم يحضر وحضر محاميه ولم تجد المحكمة فيما أبداه هذا الأخير من أسباب تتحصل في تذكرتين طبيتين تنطويان على أسماء عقاقير طبية عذرا يفيد مرض الطاعن الذي يبرر تخلفه عن الحضور فإنها إذا إعتبرته ناكلا لهذا السبب فهو إستخلاص سائغ يدخل في سلطتها الموضوعية تنحسر عنه رقابة محكمة النقض ويكون النعي عليه في هذا الخصوص في غير محله ....)) نقض مدني في 1984/2/9 ، نقلا عن : عبد المنعم حسنى ، موسوعة مصر للتشريع والقضاء ، ج2 ، ط1 ، مركز حسنى للدراسات القانونية ، 1986 ، ص242-243 .

اليمين أو رفضها[29]،لإن المنازعة في توجيه اليمين الحاسمة دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى ، إذا قبل القاضي هذا الدفع ، فسيؤدي الى رفض توجيه اليمين [30]. وإذا وجدت المحكمة أن المنازعة غير مجدية وجب عليها رفضها ، ويتعين عليها أن تبين في قرارها صيغة اليمين ، وعلى مَنْ وُجِّهت اليه اليمين أن يحلفها أو يردَّها على خصمه وإلاَّ عُدَّ ناكلاً [31]، ولا يجوز إعتبار الخصم ناكلاً عن اليمين قبل الفصل في منازعته بشان تلك اليمين[32].

أما إذا كان الخصم أخرساً، وبما أن إشارته المعهودة كالبيان باللسان ، فيعتدُّ في إيجابه وقبوله في الإلتزامات كافة بإشارته المعهودة ، كذلك أعتبر يمينه ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة ، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله يكون بها.

---

29 - أنظر : د. سليمان مرقس ، الإقرار واليمين وإجراءاتهما ، مرجع سابق ، ص163 ؛ د. عبدالحكم فودة ، الوافي في الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية ، دار الفكر،القاهرة،2006 ، ص194 .

30 - أنظر : أنور طلبة ، الوسيط في شرح قانون الاثبات، المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية،2004 ، ص640 .

31 - حيث تنص الفقرة (أولا) من المادة (119) من قانون الإثبات العراقي النافذ على أنه ((إذا نازع من وجهت اليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته وقررت تحليفه اليمين فعليها أن تبين في قرارها صيغة اليمين ، وعلى من وجهت اليه اليمين أن يحلفها أو يردها على خصمه ، وإلا إعتبر ناكلا ، مع مراعاة أحكام المادة (118)) ، تقابلها المادة (125) من قانون الإثبات المصري ، والمادة (64) من قانون البينات الأردني

32 - أنظر : محمد علي الصوري ، مرجع سابق ، ج3 ، ص1144 ؛ د. همام محمد محمود زهران ، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مرجع دار الجامعة الجديدة لنشر، الاسكندرية،2002 ، ص385 .

لذا جاءت المادة (110) من قانون الإثبات العراقي بالنص على أنه ((تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة ، أو بالكتابة إذا كان يحسنها))[33].

ويلاحظ على صياغة المادة (110) من قانون الإثبات المذكورة أنهاجاءت بصيغةٍ غير حاسمة ، إذ يتبين من قراءتها بأن الأخرس في حالة حلفه اليمين مخير بين أمرين ، إما أن يحلفها بإشارته المعهودة، أو بالكتابة إذا كان يحسنها ، وهذا لا ينسجم مع المنطق القانوني السليم ومع موقف التشريعات المقارنة ، التي تمتنع الحالف الأخرس أداء اليمين بإشارته المعهودة إذا كان يحسن الكتابة ، لأن التعبير عن الإرادة للحالف الأخرس كتابةً ،أوضح وأدق وأبلغ، من إشارته المعهودة .

عليه نقترح تعديل المادة (110) من قانون الإثبات النافذ ، بحيث تكون صياغته على النحو الآتي

((تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة ، إذا كان لا يعرف الكتابة ، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله يكون بها)).

[33] - تقابلها المادة (129) من قانون الإثبات المصري ، والمادة (67) من قانون البينات الأردني حيث تنص على أنه ((تعتبر في حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها))

فإذا حلف الخصم اليمين الحاسمة بالصيغة التي أقرتها المحكمة إنحسم النزاع لصالح الحالف . وأن الخصم موجه اليمين يُعدُّ خاسراً لدعواه سواء ، أصدق الحالف بيمينه أم كان فيها من الكاذبين ، ولا تسمع البينة بعد الحلف ، حيث لم يبقَ مسوّغ بعد حلف اليمين لتقديم أدلة جديدة لأن طالبها يعتبرتنازلاً عن هذا الحق، كما يعدُّ متنازلاً عن الحق المدعى به عند توجيه اليمين معلقاً على شرط تأديتها[34] .

وإستقر القضاء في العراق على ذلك ، فقضت محكمة تمييز العراق على ((.... وأن المميز عجز عن إثبات دفعه من كون الصك كان على سبيل الأمانة أودع لدى المميز عليه (المدعي) عن قيمة أرض وطلب تحليف المميز عليه اليمين الحاسمة عن هذه الجهة ، وان المميز عليه حلف اليمين وفق الصيغة التي قررتها المحكمة فيكون المميز ملزما بمبلغ الصك ، وحيث

[34] - أنظر : عبدالرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، ج2 ، مطبعة الزهراء . بغداد، 1990، ص690 ؛ د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، مرجع سابق ، ص309 ؛ د. نبيلة إسماعيل رسلان ، الاثبات، طنطا، كلية الحقوق 2001 ، ص298 ؛ د. عبدالوهاب العشماوي ، مرجع سابق ، ص200 ؛ د. توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص315 ؛ د. أحمد شوقي محمد عبدالرحمن ، الدراسات البحثية في قانون الإثبات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية، 2007 ، ص237 ؛ د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، الإثبات مناطه وضوابطه ، مرجع سابق ، ص432 .

أن الحكم المميز إلتزم بوجهة النظر القانونية المتقدمة يكون صحيحا وموافقا للقانون قرر تصديقه ....)) [35] .

وقضت محكمة تمييز إقليم كُردستان العراق في قرارٍ لها على أن (...ولدى عطف النظر على الحكم المميز تبين أنه صحيح وموافق للقانون ، وذلك لأن المميز (المدعى عليه) دفع بالتسديد وعجز عن إثبات دفعه المذكور وطلب توجيه اليمين الحاسمة للمميز عليه (المدعي) والذي حلفها بالصيغة التي صورتها المحكمة في جلسة المرافعة المؤرخة 2003/11/1 وحيث أن طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات عملا بأحكام المادة 111/أولا من قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 المعدل ، لذا وتأسيسا على ما تقدم يكون الحكم المميز متفقاً مع أحكام القانون فقرر تصديقه)[36].

---

[35] - قرار رقم 441 / مدنية أولى / 1991 في 6 / 11 / 1991 ، منشور لدى : إبراهيم المشاهدي ، مرجع سابق ، ص220 .
وأنظر أيضا : قرار رقم 362 / إستئنافية / 85-86 في 19 / 11 / 1986 والقرار رقم 188 / موسعة أولى / 87-88 في 29 / 2 / 1988، والقرار رقم 928 / مدنية أولى / 88 في 29 / 4 / 1989، والقرار رقم 1011 / مدنية أولى / 90 في 30 / 3 / 1991 .

[36] - رقم القرار 123 /الهيئة المدنية الأولى/2003 في 2003/12/28 ، (غير منشور) .
وقضت أيضا ((...تبين أن المحكمة إعتبرت المستأنف (المدعي) عاجزا عن إثبات دعواه ومنحته حق توجيه اليمين الحاسمة الى المستأنف عليه (المدعى عليه) وفق الصيغة المصورة في الجلسة البدائية المؤرخة 7/ 2 / 2006 وأن وكيل المستأنف طلب توجيهها وفق الصيغة المصورة ، وأن المستأنف عليه أداها ، وحيث أن اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى عملا بأحكام الفقرة ثانيا من المادة 114 من قانون الإثبات ، لذا يكون الحكم المميز صحيحا وموافقا للقانون قرر تصديقه ...)) ، قرار رقم40 / الهيئة المدنية الإستئنافية / 2006 في
11 / 10 / 2006 ، (غير منشور) .

المبحث الثالث

آلية ردّ الخصم اليمين الحاسمة على خصمه

للخصم الذي وُجِّهت اليه اليمين الحاسمة ، بدلاً من أن يحلفها، له أن يردَّها على موجِّهها .لذا فمَنْ وُجِّهت اليه اليمين يلتزم إلتزاماً أصلياً بحلفها ، وإلتزاماً بدلياً بردِّها على خصمه ، ويترتب على إعتبار الإلتزام بالردِّ ، إلتزامياً بدلياً لا إلتزاماً تخييرياً ، أنه إذا وجهت اليمين الى خصم فأصبح ملتزما بالحلف أصلاً وبالردِّ بدلاً ، ثم إستحال عليه تنفيذ الإلتزام الأصلي وهو الحلف ، بأن مات أو أُفلس أو حُجِر عليه ، فلا يصار الى الألتزام البدلي وهو ردُّ اليمين ، بل يسقط الإلتزامان معاً (الحلف والردّ) وتعود الحالة الى ماكانت عليه بين مَنْ وجَّه اليمين ومَنْ وُجِّهت اليه وتنحصر بينه وبين ورثة مَنْ وُجِّهت اليه اليمين عند موته .إذ لو كان الإلتزام بالردِّ إلتزاماً تخييرياً ، وإستحال تنفيذ الإلتزام الأصلي، وهو الحلف ، لوجب تنفيذ الإلتزام التخييري ، ولأعتبرت اليمين مردودة على الخصم الذي وجهها[37].

[37] - أنظر : د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج2 ، ص563 ؛ إلياس أبو عيد ، مرجع سابق ، ج2 ، ص224 ؛ د. قدري عبدالفتاح الشهاوي ، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص439 .

ويشترط أن تتوفر الشروط التي يتطلبها القانون لتوجيه اليمين في ردِّها أيضاً ، لأن ردَّ اليمين كتوجيهها تصرف قانوني صادر عن إرادةٍ منفردةٍ ، فيشترط والحالة هذه كمال أهلية التصرف والخلو من عيوب الإرادة من إكراه أو غلط أو تغرير مع غبن أو إستغلال[38].

والحكمة في إجازة الردِّ أن اليمين هي إحتكام الى ضمير الخصم الذي توجه اليه ، فيستطيع هذا الخصم أن يحتكم هو بدوره الى ضمير خصمه ،فالمشرع لم يرد أن يجعل الإحتكام الى العدالة كأساس لحسم النزاع حقاً قاصراً لأحد الخصوم دون الآخر في الدعوى ،حيث أنه من المقرر قانوناً أن إعطاء الحق لأحد الخصوم لإثبات واقعةٍ معينةٍ بالطرق المحددة قانوناً ، يقتضي دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق ذاته في نفي تلك الواقعة وبالطرق عينها [39] . ولكن حتى يصحُّ الردّ يجب أن تكون اليمين منصبة على واقعةٍ يشترك فيها الخصمان .

[38] - أنظر : د. عصمت عبدالمجيد بكر ، الوجيز في شرح قانون الإثبات ، مطبعة الزمان بغداد، 1997 ، ص298 ؛ محمد علي الصوري ، مرجع سابق ، ج3 ، ص1145 ؛ عزالدين الدناصوري ، وحامد عكاز ، مرجع سابق ، ص1131 .

[39] - أنظر : د. همام محمد محمود زهران ، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص412 .

أي أن تكون الواقعة متعلقة بشخص كل منهما كواقعة القرض أو الوفاء [40] فإذا قام النزاع بين البائع والمشتري على واقعة قبض الثمن ، ووجّه المشتري اليمين الى البائع عن هذه الواقعة ، جاز للبائع أن يردَّ اليمين على المشتري .

كما أن اليمين التي توجَّه من أحد الخصوم يجب أن تنصب على إدعاء الخصم الآخر ، ويقضي المنطق بعدم جواز الإستحلاف على صحةِ واقعةٍ مالم تكن متعلقة بشخص الحالف ، فإذا لم يكن الخصمان مشتركين في الواقعة ، بل كان يستقل بها مَنْ وُجِّهَت اليه اليمين فحسب ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يردَّ ها على خصمه ، لأنها تكون غير جائزة القبول في هذه الحالة لتعلقها بواقعةٍ ليست لها صلة بشخص مَنْ يُطلب إستحلافه [41] . فتوجيه الشفيع اليمين الى المشتري فيما يتعلق بمقدار الثمن المتفق للمبيع ، لايعطي المشتري الحق بأن يردَّ اليمين على الشفيع ، لأن واقعة قبض الثمن ومقداره

[40] - تنص الفقرة (ثانياً) من المادة (119) من قانون الإثبات العراقي النافذ على أنه ((لا يجوز ردّ اليمين إذا كانت منصبة على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها من وجهت اليه اليمين)) ، تقابلها الشطر الأخير من المادة (114) من قانون الإثبات المصري ، والفقرة (1) من المادة (57) من قانون البينات الاردني .

[41] - أنظر : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ،مرجع سابق ، ج3 ، ص445 .

لا تعتبر واقعة شخصية بالنسبة للشفيع ، لأن الأخير من الغير بالنسبة للإتفاق الخاص بمقدار الثمن المبرم بين طرفيه [42].

ومع ذلك، وحتى في الحالات التي لا تكون فيها الواقعة مشتركة بين الخصمين، يجوز لمَنْ وجِّهت اليه اليمين أن يردَّها على موجهها إذا إكتفى منه بيمين العلم ، أي إذا قبل منه حِلفه على عدم العلم لاعلى البتات ، فلو وجَّه الوارث اليمين الى مدين مورِّثه على أنه ليس مديناً ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يردَّ اليمين على الوارث ليحلفه على واقعة المديونية لأنه أجنبي عنها لكن يستطيع أن يطلب منه أن يحلف على عدم علمه بان الدين غير صحيح، أو سبق وفاؤه[43].

كذلك يشترط أن يكون الردَّ واقعاً على اليمين ذاتها التي وُجِّهت ، بحيث لو عُدِّلَت صيغتها المردودة ، لأصبح الردَّ توجيهاً ليمين جديدة متميزة عن الأصلية ويجوز ردَّها ثانيةً [44] . مثل ذلك أن يوجِّه المدعي اليمين الى المدعى عليه على أنه ليس في ذمته الدين المدعى به ، فيردَّ المدعى عليه

42 - الشفعة ،كما عرفتها المادة (1128) من القانون المدني العراقي ،((هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة)) ، تقابلها المادة (935) مدني مصري ، والمادة (1150) مدني أردني .

43 - أنظر : د. سليمان مرقس ، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري والمقارن، عالم الكتب القاهرة بلا سنة النشر ، ص662 ؛ د. جميل الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص190 ؛ د. محمد حسين المنصور ، الإثبات التقليدي والألكتروني ،دار الفكر الجامعي، الاسكندرية،2006 ، ص227 .

44 - أنظر : د. قدري عبدالفتاح الشهاوي ، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص440 ؛ د. مفلح عواد القضاة ، مرجع سابق ، ص230 .

اليمين معدلاً ، فبدلاً من أن يطلب من المدعي أن يحلف على أن الدين في ذمة المدعى عليه ، يطلب منه الحلف على أنه لم تقع مقاصة بين الدين المدعى به وحق يقابله في ذمة المدعي ، فإن ردَّ المدعى عليه اليمين معدلةً على هذا النحو يكون قد أقرَّ بمشغولية ذمته بالدين لكنه دفع بإنقضائه بعد ذلك بالمقاصة[45] . ولما كان هو المطالب بتقديم الدليل على وقوع المقاصة ، ولا دليل عنده على ذلك ، فهو يوجه يميناً أخرى جديدة الى المدعي في خصوص وقوعها وعندئذ للمدعي أ ن يردَّ اليمين الجديدة على المدعى عليه ليحلف أن له حقاً تقع به المقاصة[46] .

ويترتب على ردِّ اليمين أن يصبح مَنْ رُدَّت عليه في مركز الشخص الذي توجَّه اليه اليمين ، غير أنه لا يجوز له ردَّ اليمين ثانيةً على خصمه ، وإلاَّ لدار النزاع في حلقةٍ مفرغةٍ .

45 - والمقاصة بحسب المادة (408) من القانون المدني العراقي هي ((إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه)) . ونصت المادة (411) من القانون نفسه على أنه ((إذا أتلف الدائن عينا من مال المدين وكانت من جنس الدين سقطت قصاصا وإن كانت خلافه فلا تقع المقاصة بلا تراضيهما)) ، تقابلهما المادتين (343) و (349) من القانون المدني الأردني ، لا مقابل لهاتين المادتين في القانون المدني المصري ،وإن تطرق الى أحكام المقاصة من المادة (362) الى المادة (369) .

46 - أنظر : د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج2 ، بند295 ، ص565 ؛ إلياس أبو عيد ، مرجع سابق ، ج2 ، ص224 .

فإذا حلفها مَنْ رُدَّت عليه اليمين إنحسم النزاع لصالحه وكسب الدعوى[47] ، وإذا لم يحلفها عُدَّ ناكلاً فيخسر الدعوى[48]بالنسبة لما وجِّهت بشأنه اليمين .

وبهذا قضت محكمة تمييز العراق ((... وأن المدعى عليه الثاني طلب تحليف المدعي اليمين الحاسمة عن هذه الجهة وأن المميز (المدعي) ردّ اليمين على المدعى عليه الثاني وبعد صياغة اليمين من قبل المحكمة رفض المدعى عليه الثاني حلف اليمين فيكون قد خسر ما وجهت بشانه اليمين عملا بحكم المادة 119/ثالثا من قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 ....)) [49]

.

وبهذا الإتجاه قضت محكمة تمييز إقليم كردستان العراق بأنه ((... تبين أن المستأنف (المدعي) نكل عن أداء اليمين الحاسمة المردودة عليه والتي جاءت صيغتها بشكل مطابق لواقعة الدعوى ، وكل مَنْ ردَّت عليه

47 - راجع حكم محكمة تمييز إقليم كردستان التي قضت بأن ((المدعى عليه دفع الدعوى بتنازل المدعية عن بدلات الإيجار المدعى بها ولعجزه عن إثبات هذه الجهة منحته المحكمة حق تحليف المدعية اليمين الحاسمة فبادرت المدعية الى رد اليمين الى المدعى عليه والذي حلفها بموجب صيغتها المصورة في جلسة المرافعة ، وإن رد اليمين كتوجيهها يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات عملا بأحكام المادة 111/اولا من قانون الإثبات لذا فإن دعوى المدعية تكون موجبة للرد)) ، قرار رقم 81 / الهيئة المدنية / 2005 فـــــي24 / 5 / 2005 ، منشور لدى ، كيلاني سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص89 .
كما قضت محكمة إستئناف منطقة السليمانية في قرار لها ((... ولدى عطف النظر على القرار المميز تبين بأنه صحيح وموافق للقانون ... حيث لم يؤد المميز (المستأجر) اليمين الموجهة له وردها على المؤجر (المدعي) الذي أداها مما أعتبر المدعى عليه خاسرا بما توجهت به اليمين وأصبحت لدعوى المدعي ما يبررها لذا تقرر تصديق القرار المميز ...)) ، رقم القرار 23 /ت /2009 في 16 /3 /2009 ، غير منشور .
48 - أنظر : أستاذنا، د، سعدون العامري ،موجز نظرية الإثبات،بغداد،1966 ، ص124 ، د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مرجع سابق ، ص440 ، د. سمير عبدالسيد تناغو ، مرجع سابق ، ص125 .
49 - قرار محكمة التمييز رقم 468 / مدنية أولى / 92 في 1992/5/27،منشورلدى: إبراهيم المشاهدي، مرجع سابق ، ص221 .

اليمين فنكل عنها خسر ما توجهت به اليمين عملا باحكام الفقرة ثالثا من المادة 119 من قانون الإثبات ...))[50] .

المبحث الرابع

آلية نكولِ ِالخصم عن اليمين الحاسمة

[50] - قرار محكمة التمييز رقم 121 / الهيئة المدنية الإستئنافية / 2001 في 11 /6/ 2001 ، منشور لدى : كيلاني سيد احمد ، المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق للسنوات (2001-2005) ، مقررات الهيئة المدنية ، مرجع سابق ، ص85 .

النكول موقفٌ سلبيٌ يمتنع فيه الخصم عن حلف اليمين عندما توجَّه اليه . والنكول إما أن يقع ممَنْ وجِّهت اليه اليمين إبتداءً فلا يحلفها ولا يردَّها على خصمه فيعتبر ناكلاً[51] . أو يقع ممَّنْ رُدَّت عليه اليمين فلا يحلفها فيعتبر ناكلاً أيضاً[52].

ولكن هل يجوز إعتبار النكول عن اليمين سبباً للحكم ؟ فعند فقهاء الشريعة الإسلامية أقوال أربعة :

الأول : يذهب الى إن نكول المدعى عليه يعتبر بذاته طريقاً للقضاء عليه بالحق المدعى به ،سواء أكان نكولاً حقيقياً أم حكمياً . قال به الحنفية والحنابلة[53] .

---

51 - وراجع قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان العراق في ((أن المدعي بعد أن أظهر عجزه عن إثبات إدعائه بالبينات القانونية طلب توجيه اليمين الحاسمة الى المدعى عليه الذي نكل عن أداء اليمين الموجهة له ، كما رفض رد اليمين أيضا لذا يعتبر خاسرا ما توجهت به اليمين)) ، قرار رقم 18 / الهيئة المدنية / 1996 في 2 / 3 / 1996 ، منشور لدى : كيلاني سيد أحمد ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان العراق للسنوات (1993-1998) ، مقررات الهيئة المدنية ، مرجع سابق ، ص98 .

52 - حيث تنص الفقرة (ثالثاً) من المادة (119) من قانون الإثبات العراقي النافذ على أنه ((كل من وجهت اليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه ، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر ما توجهت به اليمين)) ، تقابلها المادة (118) من قانون الإثبات المصري ، والمادة (60) من قانون البينات الأردني .

53 - أنظر : زين الدين إبن نجيم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج7 ، ط2 . دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، دون سنة النشر، ص204 وما بعدها . كمال الدين محمد بن عبدالواحد ، شرح فتح القدير ، ج7 ، دار احياء التراث العربي ،بيروت – لبنان . دون سنة النشر، ص166 وما بعدها . شمس الدين أبا عبدالله محمد بن أبي بكر إبن القيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، إعتنى به هيثم خليفة الطعيمي ،

الثـاني : يـرى الشـافعية [54] أن نكـول المـدعى عليـه لا يعتبـر بذاتـه طريقـاً للقضاء ، بل يجب أن تردَّ اليمين على المدعي ، فإن حلفها حكم لـه القاضـي وإستحق المـدعى بـه بيمينـه لا بنكـول خصـمه ، وإن نكـل المـدعي صـرفهما القاضي وقد سقط حق المدعي من اليمين وليس له مطالبة خصمه .

الثالث :يقول المالكية[55] مثل قول الشافعية ، غير أنهم حدَّدوا القضايا التي تردَّ فيها الأَيمان فيما يثبت بشاهد ويمين ، أو شاهد وإمرأتين في غير أَيْمان التهمة .

الرابع : يرى الظاهرية [56] بأنه إذا نكل المدعى عليه فلا يقضي عليه بالنكول ولا تردَّ اليمين على المدعي ، وإنما يجبر المدعى عليه على الإقرار أو الحلف .

شـركة أبنـاء شـريف الأنصـاري للطباعـة والنشـر والتوزيـع ، بيـروت ، لبنـان ، 2006 ، ص115 .

[54] - أنظر : أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، ج2 ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت،لبنان ،1959ص320 ؛ حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة البخاري ، شرح ادب القاضي للخصاف ، ج2، تحقيق محيي هلال السرحان ، مطبعة الارشاد. بغداد. 1978 ، ص229 ؛ محمد بن إسماعيل الكحلاني ثم الصنعاني المعروف بالأمير ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام ، ج4 ، ط4 ، دار إحياء التراث العربي ، 1960 ، ص136 .

[55] - أنظر : إبن فرحون المالكي المدني ، تبصرة الحكام في اصول الاقضية ومناهج الأحكام. ج1. مطبعة مصطفى الحلبي . القاهرة، 1958 ، ج1 ، ص225 .

[56] - أنظر : إبن حزم الظاهري ، المحلى ، ج.9 ، دار الفكر للطبلعة والنشر والتوزيع. بيروت، لبنان،دون سنة النشر، ، ص373 وما بعدها

والرأي الراجح [57] هو القول الأول ، الذي أخذت به جميع التشريعات المقارنة ،بما فيها، القانون العراقي[58].

ومهما يكن من الأمر فإن النكول إما أن يكون صريحاً أو ضمنياً يستفاد من سلوك الخصم ، فيعتبر نكولاً صريحاً عن أداء اليمين من الخصم الذي وجِّهت اليه أو رُدَّت عليه فإمتنع عن حلفه صراحةً كأن يقول(لا أحلف). وقد يكون النكول دلالةً أو ضمنياً كأن يسكت الخصم الموجَّهة اليه اليمين دون أن يصرح بالإمتناع ، أو يتخلف بغير عذر عن الحضور في الجلسة المحددة لحلفها [59] .وتقدير قيام العذر في التخلف عن الحضور بالجلسة المحددة

57 - وإستدل كلّ فريق على رأيه بحجج وأدلة ، وإذا أردت الأطلاع فأنظر : : د. أحمد عبدالمنعم البهي ، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون ، ط1 ، (دون مكان النشر) ، 1965 ،ص49 وما بعدها ؛ د. محمد سمارة ، دراسات في الفقه المقارن ، ط1 ، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، أردن ، 2002 ، ص111 وما بعدها ؛ أبو اليقظان عطية الجبوري ، اليمين والاثار المترتبة عليها. دار الحرية للطباعة. بغداد 1979 ، ص170 وما بعدها ؛ د. أحمد فراج حسين ، ادلة الاثبات في الفقه الاسلامي. دار الجامعة الجديدة للنشر- الاسكندرية 2004 ، ص441 وما بعدها ؛ د. محمد الزحيلي ، مرجع سابق ، ج1 ، ص389 وما بعدها ؛ حسين المؤمن ، نظرية الاثبات . القواعد العامة، الاقرار واليمين ، دار الكتاب العربية- مصر 1984 ، ص210 وما بعدها ؛ د. فخري أبو صفية ، فقه القضاء ، ج1 ، دار الأمل للنشر والتوزيع ، إربد ، أردن ، 2001 ، ص136 وما بعدها ؛ علي مرهج أيوب ، القضاء الشرعي وفق المذهبين السني والجعفري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2008 ، ص243 وما بعدها ؛ د. جميل فخري محمد غانم ، اليمين القضائية . ط1. دار الحامد للنشر والتوزيع. عمان، اردن 2009 ، ص173 وما بعدها .

58 - أنظر : الفقرة (1) من المادة (119) من قانون الإثبات العراقي النافذ ، والمادة (118) إثبات مصري ، والمادة (60) بينات أردني

59 - أنظر: حسين المؤمن ، مرجع سابق ، ص209 ؛ د. مفلح عواد القضاة ، مرجع سابق ، ص229 . د. عصمت عبدالمجيد بكر ، الوجيز في شرح قانون الإثبات ، مرجع سابق ، ص295 .

لحلف اليمين يدخل في سلطة قاضي الموضوع التقديرية متى ما أقام قضاءه على أسبابٍ مقبولة [60]. كما أنه يعتبر من قبيل النكول كل موقف من الخصم ينمُّ عن تهربه من الحلف ، كما لو أعطى، بعد أن تقرر تحليفه اليمين، جواباً غامضاً أو ناقصاً أو مقصراً في أدائها بدافع الجهل أوالنسيان [61] . ويعتبر نكولاً عن اليمين تأخر الخصم المكلف بالحلف عن أدائها من يوم الى يوم بتأجيلات متعاقبة [62] .

أما بالنسبة للوكالة بالخصومة التي تقتضي تفويضاً خاصاً تخول الوكيل ممارسة حق توجيه اليمين الحاسمة أو ردّها أو قبولها ،لكنها لا تعطي له الحق في أن ينكل عن أداء اليمين الموجهة الى موكله ، بل يتعين أن يثبت النكول من الخصم نفسه الموجهة له اليمين ، وذلك لأن النيابة تجري في

وراجع بهذا الشأن ما قضت به محكمة تمييز إقليم كردستان في قرار لها ((بأن المدعي عجز عن إثبات دعواه وطلب توجيه اليمين الحاسمة التي منحته إياه المحكمة الى خصمه الذي ردها على المدعي وأنه تخلف عن الحضور لأدائها ، لذا إعتبرته المحكمة ناكلا عن أداء اليمين حكما ، عليه وإن من ردّت عليه اليمين فنكل عنها خسر ما توجهت به اليمين ....)) ، قرار محكمة التمييز رقم 243 / الهيئة المدنية / 1997 في 28 / 8 / 1997 ، منشور لدى : كيلاني سيد أحمد ، المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان العراق للسنوات (1993-1998) ، مقررات الهيئة المدنية ، مرجع سابق ، ص100 .

60 - الطعن رقم 574 سنة 42 ق – جلسة 6/ 4/ 1976 س27 ص871 ، نقلا عن : د. عبد الحكم فودة ، اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، مرجع سابق ، ص123 .

61 - أنظر : أستاذنا د. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، مرجع سابق ، ص255 . لإستاذنا أيضاً . شرح قانون البينات والإجراء ، مرجع سابق ، ص215 .

62 - راجع ما قضت به محكمة تمييز إقليم كردستان العراق ((...بأن وكيل المدعى عليه لم يقم بإحضار موكله لأداء اليمين الحاسمة الموجهة اليه رغم تأجيله المرافعة عدة مرات لهذا الغرض ، لذا يعتبر ناكلا عن أداء اليمين حكما ...)) ، رقم القرار 106 / الهيئة المدنية / 1997 في 1 / 4 / 1998 ، منشور لدى : كيلاني سيد أحمد ، مرجع سابق ، ص101 .

الإستحلاف ولا تجري في الحلف ، فلا يُعدُّ نكول الوكيل عن أداء اليمين نكولاً للشخص المطلوب تحليفه[63] .

والنكول عن اليمين يكون تكييفه بمثابة الإقرار بالمدعى به . فإذا نكل الخصم عن أداء اليمين الموجهّة اليه أو المردودة عليه يُحكم عليه عقب نكوله . فإذا كان مَنْ نكل هو مَنْ وجِّهت اليه اليمين كسب مَنْ وجه اليمين دعواه ، وإن كانت اليمين قد رُدَّت على الخصم الذي وجهّها ونكل عنها خسر دعواه . فالدعوى التي يحلف عليها يكسبها المدعي بنكول خصمه ، ويخسرها بردّ اليمين عليه ونكوله[64]. فطلب توجيه اليمين الحاسمة هو إحتكام الطالب الى ضمير خصمه لحسم النزاع كله أو في شقٍ منه، عندما يعوز مّنْ وجهّها الى الدليل لإثبات دعواه ، فإن حلفها مَنْ وجِّهت اليه قد أثبت إنكاره لصحة

63 - أنظر : مالك جابر حميدي الخزاعي ، مرجع سابق ، ص141-142 .

64 - أنظر : د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مرجع سابق ، ج2 ، بند 299 ، ص569 ؛ أحمد نشات ، مرجع سابق ، ج2 ، ص106 ؛أستاذنا د. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون البينات والإجراء ، مرجع سابق ، ص214 ؛ د. قدري عبد الفتاح الشهاوي ، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، مرجع سابق ، ص443 ؛ شفيق طعمة وأديب أستانبولي ، تقنين البينات في المواد المدنية والتجارية ، ج3 ، ط3 ، المكتبة القانونية ، دمشق ، 1997 ، ص1994 ؛ منير القاضي ، شرح المجلة ، في الدعوى والبيينات والقضاء، مطبعة الماني . بغداد،1949 ، ص134 ؛أستاذنا د. سعدون العامري ، مرجع سابق ، ص124-125 ؛ مهدي صالح محمد أمين ، مرجع سابق ، ص124.

الإدعاء فيتعين ردُّ دعواه ، ومَنْ نكل كان ذلك بمثابة إقرار ضمني بصحة الإدعاء ، ووجب الحكم عليه بمقتضى هذا الإقرار [65].

إلاَّ أن هناك مَنْ يرى بأن النكول عن اليمين يعدُّ بذلاً لا إقراراً ، وإستدل على قوله بأن كثيراً من الناس من شديدي التديّن لا يحلفون، سواء أكانوا صادقين أم كاذبين ، وحتى لو خسروا دعواهم وإن كانوا محقين فيها ، فإذا إعتبرنا النكول بمثابة الإقرار فكيف نفسر هذه الحالة ؟[66] .

ويبدو أن الأفقه هو ما ذهب اليه الراجح من الفقه بأن النكول عن اليمين يعدُّ إقراراً . بل يعتبر الحكم كأنه صادر من الناكل ، لأننا إذا إعتبرنا توجيه اليمين تحكيما لذمته ، فقد حُكِّمت ذمته عليه . وإذا إعتبرنا توجيه اليمين تنازلاً عن الحق موضوع النزاع معلقاً على تأديتها ، فإن عدم تحقق الشرط المعلق عليه التنازل يجعل التنازل كأن لم يكن. وإذا إعتبرنا توجيه اليمين صلحاً على أن يكون الحق في جانب الحالف ، أو ضدَّ الناكل ، فإن هذا الصلح يتمُّ ويصبح نهائياً بمجرد الحلف أو النكول . وإذا إعتبرنا توجيه اليمين عقداً قائماً بذاته غير مسمى تعلق الحكم على موجِّه اليمين أو رادّها، أوعليه عند نكوله

65 - الطعن رقم 1979 لسنة 71 ق جلسة 12 /6/ 2002 ، نقلا عن : د. عبدالحكم فودة ، اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، مرجع سابق ، ص124 .
66 - أنظر : مالك جابر حميدي الخزاعي ، مرجع سابق ، ص139 .

إذا ردَّها عليه او على نكول الخصم الآخر أو حلفه [67] .وبهذا المعنى قضت محكمة تمييز إقليم كردستان العراق بأن ((... قرار محكمة الإستئناف برد اللآئحة الإستئنافية بالنسبة للمستأنف (المميز عليه الأول – المميز متقابلا) ...فإنه هو الآخر صحيح وموافق للقانون ...لأنه لم يحضر أمام محكمة البداءة عند إعتراضه على الحكم الغيابي لأداء اليمين الحاسمة التي صدر الحكم الغيابي معلقا عليها وأنه لم يقدم معذرة مشروعة يبرر عدم حضوره فبذلك يعتبر ناكلا عن أداء اليمين وإقرارا منه بالدعوى ولا يجوز الرجوع عنه ...))[68] .

ومما تجدر الإشارة اليه بأن القضاء المصري مستقر على أن الحكم الصادر بناءً على النكول عن أداء اليمين يحوز قوة الشيء المحكوم فيه ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن المقررة قانوناً ، متى ما كان توجيهها والإعلان بها قد تم طبقا للقانون ، وإليكم أنموذجاً مما قضت به بهذا الإتجاه بأن ((... من المقرر أن الحكم الصادر بناء على النكول عن اليمين له قوة الشيء المقضي فيه ولا يقبل الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن في

67 -) أنظر : أحمد نشات ، مرجع سابق ، ج2 ، ص106-107 ؛ د. عبد الحكم فودة ، الوافي في الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية ، مرجع سابق ، ص240 .

68 - رقم القرار 61 / هيئة مدنية إستئنافية / 2004 في 30 / 11 / 2004 ، (غير منشور) .

الأحكام ، ما لم يكن الطعن مبنيا على مدى جواز اليمين أو تعلقها بالدعوى أو بطلان في الإجراءات الخاصة بتوجيهها أو حلفها ...)) [69] .

[69]- الطعن رقم 340 سنة 45 ق – جلسة 25 /3 /1980 س31ص883 ، نقلا عن : د. عبدالحكم فودة ، اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، مرجع سابق ، ص128 .
كماقضت بأن((... مناط عدم جواز الطعن في الحكم الصادر بناء على النكول عن اليمين أن يكون توجيهها أو النكول عنها قد تم بناء على إجراءات سليمة قانونا ، ولما كان البين من الصورة الرسمية لصحيفة الإستئناف أن الطاعنة تمسكت فيها ببطلان إعلانات الدعوى وتوجيه اليمين اليها لحصوله في غير موطنها الأصلي ، وكان الحكم المطعون فيه قد إستند في قضائه الى أن الطاعنة أعلنت قانونا باليمين فنكلت عنها ، دون أن يناقش دفاع الطاعنة مع أنه دفاع جوهري قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى ، مما يعيبه بالقصور في التسبيب ويتعين نقضه ...)) ، الطعن رقم 1746 س 49ص ، في 2 / 4 / 1980 ، نقلا عن : أنور طلبة ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما (1931 حتى 31 ديسمبر 1981) ، ج1 ، دار نشر للثقافة ، أسكندرية ، 1982 ، ص808 .

الخاتمة

بعد هذه الجولة العلمية في ((آلية تفعيل اليمين الحاسمة أمام القضاء)) فإننا توصلنا إلى نتائج وتوصيات نوجزها بالنقاط الآتية :

أولاً : النتائج :

1- إن اليمين الحاسمة ليست دليلاً يقدمه الخصم على صحة ما يدعيه ، وإنما هي وسيلة إحتياطية يلجأ اليها الخصم محتكماً الى ذمة خصمه وضميره ، لذا فإن اليمين الحاسمة تعدُّ إستثناءً من المبدأ الذي يقضي بأن ((البينة على المدعي)) ، وذلك لأن حسم النزاع يتوقف على الخصم الموجهةإليه اليمين وهو المدعى عليه، وليس على المدعي .

2- صيغة اليمين الحاسمة في القانونين العراقي والأردني مقتبسة من الفقه الإسلامي ، وهذا الطابع لليمين يسمى بالطابع الديني ، إلاَّ أن التشريع المصري إستبعد هذا الطابع مكتفياً بعبارة (أحلف) ولكن جرى العمل في محاكمها على أن يقول الحالف (والله العظيم) أو (أقسم بالله العظيم) ولا شك في أن هذا العرف قد نشأ عن رغبةٍ في إشعار الحالف بجلال الحلف حتى يتوخى الصدق فيما يحلف عليه .

3- أن اليمين الحاسمة خيار الخصم الذي يعوزه الدليل لإثبات ما يدعيه وليس خيار القاضي ، لذا فانه يجوز لكل من الخصمين أن يوجِّهها الى الخصم الآخر . فكل مَنْ يقع عليه عبء إثبات واقعة قانونية سواء أكان مدعياً أم مدعى عليه ، ولا يكون في إستطاعته تقديم دليل على ما يدعيه أن يوجه اليمين الحاسمة على أن يكون ذلك بإذن من القاضي .

4- إن النهج المتبع في القضاء المصري هو أن وضع صيغة اليمين من حق الخصم الذي يوجهها ، إلاَّ أن للمحكمة، التي لها حق الرقابة في توجيه تلك اليمين، الحق في أن تعِّل صيغتها التي عرضها الخصم من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم الموجهة اليه اليمين وتبعا لوقائع الدعوى ، بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها ، وحق المحكمة في التعديل قاصر على إيضاح عباراتها دون المساس بموضوعها ، أي بالشكل لا بالجوهر ، إلاَّ إن هذا النهج يختلف عما هو عليه الحال في القضاء العراقي ، حيث أن المحكمة تمنح الخصم العاجز عن الإثبات حق توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه، بالصيغة التي تقررها وتثبتها في المحضر ، وهذه الصيغة يجب أن تتفق مع وقائع الدعوى ، ثم تعرض المحكمة صيغة اليمين المصوَّرة على طرفي الدعوى ، ومن الممكن أن تعدل هذه الصيغة بناءً على طلب أي من الخصمين بحيث تنطبق على الوقائع المطلوب الحلف عليها .

5- حق الخصم العاجز عن الإثبات في توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه أنه كسائر الحقوق ليس حقاً مطلقاً بل مقيداً بقيد عدم التعسف في إستعمالها ، ويخضع في ذلك لرقابة قاضي الموضوع ، فله أن يرفض توجيه اليمين الحاسمة إذا رأى أن طالبها متعسفاً في توجيهها ، وإعتبار الخصم متعسفا أو غير متعسف مسالة موضوعية ترجع للسلطة التقديرية للقاضي غير خاضع فيه لرقابة محكمة التمييز متى ما أقام حكمه على أسباب سائغة .

6- النكول عن اليمين يكون بمثابة إقرار،بل هو إقرارٌ ضمني ، حكماً وتكيِّفاً ، فإذا نكل الخصم عن أداء اليمين الموجهة اليه أو المردودة عليه ، يحكم عليه عقب نكوله ، فإذا كان الناكل هو مَنْ وجهت اليه اليمين كسب مَنْ وجه اليمين دعواه ، وإن كانت اليمين قد ردَّت على الخصم الذي وجهها ونكل عنها خسر دعواه ، فالدعوى التي يحلف عليها يكسبها المدعي بنكول خصمه ، ويخسرها برد اليمين عليه ونكوله .

ثانياً : التوصيات:

نقترح على المشرع العراقي ما يأتي :

1- جاءت صياغة المادة (110) من قانون الإثبات النافذ بعيدةً عن التوفيق ، حيث منحت الأخرس في حالة حلفه اليمين الخيار بين أمرين ، إما أن يحلفها بإشارته المعهودة أو بالكتابة إذا كان يحسنها ، وهذا لا ينسجم مع المنطق القانوني السليم وموقف التشريعات المقارنة التي تمنع الحالف الأخرس أن يؤدي اليمين بإشارته المعهودة إذا كان يعرف الكتابة ، لأن التعبير عن الإرادة للحالف الأخرس كتابةً، إن كان يحسنها، أوضح وأدق وأبلغ من إشارته المعهودة ، لذا نقترح تعديل المادة (110) من قانون الإثبات النافذ على النحو الآتي :

((تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة ، فإذا كان يعرفها فحلفه ونكوله يكون بها))

2- نعتقد بأن ثبوت كذب اليمين بحكم جزائي يكون سبباً لإعادة المحاكمة إذا كان الحكم قد تأسس عليها وإكتسب درجة البتات ، طالما أن المشرع قد قصد من فتح طريق الطعن بإعادة المحاكمةالى تمكين المحكوم ضده من فرصة أخيرة لإصلاح الحكم،فقرر صوراً خاصة من الخطأ التي قد تقع فيها المحاكم في أحكامها الحاسمة ، وذلك تطهيراً لتلك الأحكام من الأخطاء قدر الإمكان ورغبة في إحقاق الحق .عليه نقترح الأخذ بثبوت كذب اليمين بحكم جزائي كسبب من أسباب إعادة المحاكمة وإضافتها الى الحالات الأربعة الأخرى الواردة في المادة (196)، من قانون المرافعات المدنية المعدل، حصراً ، بحيث تكون الفقرة (5) منها على الوجه الآتي :

(إذا كان الحكم قد إستند الى يمين حاسمة وقد ثبت كذبها بحكم جزائي مكتسب درجة البتات).

المصادر

أولاً : كتب الفقه الإسلامي :

1- إبراهيم بن علي بن فرحون المالكي المدني ، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، ج1 ، مطبعة مصطفى الحلبي ، القاهرة ، 1958 .

2- ابن قيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ط1 ، شركة أبناء شريف الأنصاري للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، 2006 .

3- د. أبو اليقظان عطية الجبوري ، اليمين والآثار المترتبة عليه ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1979 .

4- ابي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ، المهذب في فقه الإمام الشافعي ، وبذيل صحائفه النظم المستعذب في شرح غريب المهذب ، لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي ، ج2 ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، لبنان ، 1959 .

5- ابي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، المحلى ، ج9 ، الناشر دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، دون سنة نشر .

6- د. احمد عبدالمنعم البهي ، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون ، ط1 ، دون مكان نشر ، 1965 .

7- أحمد عبدالمنعم البهى ،من طرق الإثبات في الشريعة والقانون،ط1،بلا مكان للنشر،1965.

8- د. أحمد فراج حسين ، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأسكندرية ، 2004 .
9- د. جميل فخري محمد جانم ، اليمين القضائية ، ط1 ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، أردن ، 2009 .
10- حسام الدين عمر بن عبدالعزيز بن مازة البخاري المعروف بالصدر الشهيد ، كتاب شرح أدب القاضي للخصاف ، ج2 ، تحقيق محي هلال السرحان ، مطبعة الإرشاد ، بغداد ، 1978 .
11- زين الدين إبن نجيم الحنفي ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، ج7 ،ط2 ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ، دون سنة نشر .
12- علي مرهج أيوب ، القضاء الشرعي وفق المذهبين السني والجعفري ، ط1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2008 .
13- د. فخري أبو صفية ، فقه القضاء ، ج1 ، دار الأمل للنشر والتوزيع ، أربد ، الأردن ، 2001 .
14- كمال الدين محمد بن عبد الواحد ، شرح فتح القدير ، ج7 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، دون سنة نشر .
15- د. محمد الزحيلي ، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية ،ج1 ، الطبعة الشرعية ، مكتبة دار البيان ، بيروت ، 2007 .
16- محمد بن إسماعيل الكحلاني ثم الصنعاني المعروف بالأمير ، سبل السلام شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، ج4 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 1960 .
17- د. محمد سمارة ، دراسات في الفقه المقارن ، الناشر الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، أردن ، 2002 .

18- منير القاضي،شرح المجلة،ج1،ط1،الدعوى والبينات والقضاء،مطبعة العاني،بغداد،1949.

ثانياً: الكتب القانونية :

1- إبراهيم سيد أحمد ، التعليق على قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والجنائية في ضوء الفقه والقضاء ، ج3 ، ط2 ، دار الشادي ، القاهرة ، 2006 .

2- إبراهيم سيد أحمد ، اليمين الحاسمة فقها وقضاء ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 .

3- د. احمد شوقي محمد عبدالرحمن ، الدراسات البحثية في قانون الإثبات ، في الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، 2007 .

4- أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، ج2 ، الإقرار واليمين والقرائن بما في ذلك قوة الشيء المحكوم به والمعاينة ، مكتبة العلم للجميع ، بيروت ، لبنان ، قاهرة ، مصر ، 2005 . .

5- د. آدم وهيب النداوي ، دور الحاكم المدني في الإثبات ، دراسة مقارنة ، ط1 ، الدار العربية للطباعة والنشر ، بغداد ، 1976 .

6- د. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون البينات والإجراء ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع والفقه والقضاء العربي والغربي ، الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، أردن ، 1998 .

7- د. آدم وهيب النداوي ، شرح قانون الإثبات ، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة مع نص قانون الإثبات والأحكام القضائية الحديثة ، ط2 ، بغداد ، 1406 هـ .

8- إلياس أبو عيد ، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية ، بين النص والإجتهاد والفقه ، دراسة مقارنة ، ج2 ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2005 .

9- د. أنور سلطان ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأسكندرية ، 2005.

10- د. آياد عبدالجبار ملوكي ، قانون الإثبات ، المحاضرات التي ألقيت على طلبة المرحلة الرابعة بكلية القانون ، جامعة بغداد ، 2005 .

11- د. توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، قام بتنقيحه وإضافة ما جد من قضاء وتشريع عصام توفيق حسن فرج ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2003 .

12- د. جميل الشرقاوي ، الإثبات في المواد المدنية ، الناشر دار النهضة العربية ، 1982 .

13- حسين المؤمن ، نظرية الإثبات –القواعد العامة –الإقرار واليمين مدنيا وجنائيا وشرعا وقانونا ، طبع بدار الكتاب العربي ، مصر ، 1948 .

14- د. رمضان أبو سعود ، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة ، الأسكندرية ، 2007 .

15- د. سعدون العامري ، موجز نظرية الإثبات ، ط1 ، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1966 .

16- د. سليمان مرقس ، من طرق الإثبات –الإقرار واليمين وإجراءاتهما في تقنينات البلاد العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، 1970 .

17- د. سمير عبدالسيد تناغو ، أحكام الإلتزام والإثبات ، الناشر منشاة المعارف بالأسكندرية ، 2005 .

18- شفيق طعمة وأديب استانبولي ، تقنين البينات في المواد المدنية والتجارية ، ج3 ، الناشر المكتبة القانونية ، دمشق ، 1997 .

19- د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، ط1 ، الإصدار الثاني ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، أردن ، 2005 .

20- د. عبدالحكم فودة ، الوافي في الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية في ضوء مختلف الآراء الفقهية وأحكام محكمة النقض ، المجلد الرابع ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، المنصورة ، 2006 .

21- د. عبد الحكم فودة ، اليمين الحاسمة واليمين المتممة في ضوء مختلف الآراء الفقهية وأحكام محكمة النقض ، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع ، المنصورة ، 2006 .

22- عبدالرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، مع المباديء القانونية لقرارات محكمة تمييز العراق مرتبة على مواد القانون ، ج1 ، ج2 ، ج3 ، ج4 ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، 1990 .

23- د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج2 ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، الإثبات وآثار الإلتزام ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، 2000 .

24- عبد المنعم حسن .موسوعة مصر للتشريع والقضاء. ج2، ط1، اصدار مركزحسن للدراسات القانونية 1986.

25- د. عبدالوهاب العشماوي ، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط1 ، دار الجيل للطباعة ، مصر ، 1985 .

26- عزالدين الدناصوري وحامد عكاز ,التعليق على قانون الإثبات،ط 10،بلا مكان نشر،2004.

27- د. عصام أنور سليم ، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، 2005 .

28- د. عصمت عبدالمجيد بكر ، الوجيز في شرح قانون الإثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1997 .

29- د. قدري عبدالفتاح الشهاوي ، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006 .

30- د. قدري عبدالفتاح الشهاوي ، الإثبات مناطه وضوابطه في المواد المدنية والتجارية ، في التشريع المصري والمقارن ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، 2002 .

31- د. محمد حسين المنصور ، قانون الإثبات ، مباديء الإثبات وطرقه ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأسكندرية ، 2004 .

32- د. محمد حسين المنصور ، الإثبات التقليدي والألكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الأسكندرية ، 2006 .

33- محمد علي الصوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات ، ج1وج3 ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1983 .

34- د. محمد سليمان الأحمد ، مناقشة بعض الأفكار الواردة في القانون المدني العراقي ، مجموعة من المحاضرات ،غير منشورة، ألقاها على طلبة الماجستير –القسم الخاص في كلية القانون – جامعة السليمانية ، للسنة الدراسية 2007-2008 ،.

35- د. محمود عبدالرحيم الديب ، أسس الإثبات المدني طبقا للقانون المصري والقطري ، دراسة مقارنة للفقه الإسلامي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأسكندرية ، 2004 .

36- د. مفلح عواد القضاة ، البينات في المواد المدنية والتجارية ، دراسة مقارنة ، ط1 ، الإصدار الأول ، الناشر دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، أردن ، 2007 .

37- مهدي صالح محمد أمين ، أدلة القانون غير المباشرة ، مطبعة وأوفسيت المهرق ، بغداد ، 1987 .

38- د. نبيل إبراهيم سعد ، الإثبات في المواد في المواد المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1995 .

39- د. نبيل إبراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، في ضوء الفقه والقضاء ، دار الجامعة الجديدة ، 2008 .

40- د. نبيل إسماعيل عمر ، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، ط1 ، الناشر منشأة المعارف بالأسكندرية ، 1984 .

41- د. نبيل إسماعيل عمر ، إمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأسكندرية ، 2004 .

42- د. نبيلة إسماعيل رسلان ، الإثبات ، جامعة طنطا ، كلية الحقوق ، 2001 .

43- د. هلالي عبدالله أحمد ، الحقيقة بين الفلسفة العامة والإسلامية وفلسفة الإثبات الجنائي ، الناشر دار النهضة العربية ، القاهرة ، دون سنة نشر .

44- د. همام محمد محمود زهران ، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الأسكندرية ، 2002 .

ثالثاً : الرسائل الجامعية :

1- سجى عمر شعبان آل عمرو ، دور الخصوم في الإثبات المدني ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2001 .

2- مالك جابر حميدي الخزاعي ، حجية اليمين في الدعوى المدنية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة بغداد ، 1988 .

رابعاً : البحوث والمقالات القانونية :

1- د. آدم وهيب النداوي ، الطاولة المستديرة حول قانون الإثبات ، مجلة العدالة ، تصدرها وزارة العدل ، العدد الثاني ، السنة السادسة ، 1980 .

خامساً: الدوريات ومجموعات الأحكام القضائية :

1- إبراهيم المشاهدي ، المختار من قضاء محكمة التمييز ، قسم الإثبات ، بغداد ، 1999 .

2- أنور طلبة ، مجموعة المباديء القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاما (1931 حتى 31 ديسمبر 1981) ، ج1 ، دار نشر الثقافة ، أسكندرية ، 1982 .

3- عبد المنعم حسني ، موسوعة مصر للتشريع والقضاء ، ج2 ، ط1 ، إصدار مركز حسني للدراسات القانونية ، 1986 .
4- كيلاني سيد أحمد ، المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان العراق للسنوات(2001-2005) ، ط1 ، مطبعة مناره ، أربيل ، 2006 .
5- كيلاني سيد أحمد ، المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان العراق للسنوات (1993-1998) ط1 ، مطبعة جامعة صلاح الدين ، أربيل ، 1999 .

سادساً : قرارات المحاكم غير المنشورة :

أ- قرارات محكمة تمييز إقليم كردستان العراق :

1- 123 / الهيئة المدنية الأولى / 2003 في 28 / 12 / 2003 .
2- 61 / هيئة مدنية إستئنافية / 2004 في 30 / 11 / 2004 .
3- 40 / الهيئة المدنية الإستئنافية / 2006 في 11 / 10 / 2006 .
4- 108 / الهيئة المدنية الإستئنافية / 2008 في 12 / 8 / 2008 .
5- 170 / الهيئة المدنية الإستئنافية / 2008 في 15 / 10 / 2008 .
6- 32 / الهيئة العامة / 2008 في 2 / 2 / 2009 .

7- 91 / الهيئة المدنية الإستئنافية / 2009 في 12 / 4 / 2009 .

ب-قرارات محكمة إستئناف منطقة السليمانية :

1- 463 / ت / 2008 في 28 / 12 / 2008 .
2- 28 / ت / 2009 في 8 / 3 / 2009 .
3- 29 / ت / 2009 في 15 / 3 / 2009 .
4- 23 / ت / 2009 في 16 / 3 / 2009 .
5- 187 / س / 2008 في 31 / 3 / 2009 .
6- 54 / ت / 2009 في 19 / 4 / 2009 .
7- 79 / ت / 2009 في 26 / 4 / 2009 .

ج- قرار محكمة إستئناف منطقة أربيل – بصفتها التمييزية المرقم 354 / ت / 2008 في 4 / 12 / 2008 :

سابعاً : التقنينات العربية والمذكرات الإيضاحية :

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل .
2- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل . .
3- قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 المعدل .
4- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل .
5- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 المعدل .
6- قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم 25 لسنة 1968 المعدل .
7- قانون البينات الأردني رقم 30 لسنة 1952 المعدل .
8- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المعدل .

9- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم 24 لسنة 1988 المعدل .
11-مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مطبعة أحمد مخيمر ، مصر ، دون سنة نشر .

الملخص

في آلية تفعيل اليمين الحاسمة أمام القضاء في القانون العراقي والمقارن أهمية كبيرة في إحقاق العدل، بمايسعى الى تحقيقه من خلال الفصل في النزاعات، وإنهاء الخصومات، وحسماً لدعاوى، مستعيناً في ذلك بأحكام المرافعات المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 ، وماينص عليها قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 من أدلة إثبات التي تتراوح بين الأدلة الكتابية ، والأدلة الظرفية ،وقرائن الأحوال ، والخبرة القضائية . وأن التشريعات جميعها قررت أدلةً لإحقاق الحق، وتثبيت العدل، وألزمت المتقاضيين بها، وإذا ماإفتقد الحق الى الدليل فإنه يعدُّ ضعيفاً لأن الدليل هو قوة الحق، وأن الحق هو فدية الدليل، والحق الذي يفتقرالى الدليل يكون هو والعدم سواء. لإجل ذلك فإن التشريعات ، بما فيها قانون الإثبات العراقي ، قررت وسيلةً إحتياطية للخصم في الدعوى ألاَ وهي(اليمين الحاسمة) فنظمها في المادة (118) منه،يلجأ اليها الخصم متى ماعجز عن إثبات دعواه فعندئذٍ تسأله المحكمة عمَّا إذا كان يوجه اليمين الحاسمة الى خصمه من عدمه ؟ فإذا طلبها وكان خصمه حاضراً حلَّفته المحكمة ، وإن كان غائباً طلب الخصم إصدار الحكم معلقاً على النكول عن اليمين عند الإعتراض ، وأن الحكم يصدر غيابياً مادام الخصم الموجه اليه اليمين لم يكن حاضراً وإن كان حاضراً في الجلسات السابقة . ولكن ماآلية توجيه اليمين الحاسمة ؟ وما سلطة محكمة الموضوع في منعها؟ وما آلية حلفها ؟ وماآثار ذلك ؟ فهذه المسائل وغيرها من الإشكالات هي التي كانت موضوع دراستنا ، وغاية الأمر فيها هي الوصول الى أحكامها ، وآثارها القانونية ، والتحقيق في نواقصها ، وإيجاد الحلول لها .

Researcher :
hadi mohammed

كورتةي تويَذينةوة:

دادطا طرنطيةكي زؤري هةية لة ضةسثاندني دادثةروةريدا، هةولَ دةدات لة ريَطةي نةهيَشتي ناكؤكي و دوذمنايةتيةكان و ضارةسةركردني سكالاكان دا داد جيَبةجيَ بكات، لةوةشدا ثشت دةبةستيَت بة بةندةكاني دادطايكردن كة لةياساي دادطايية مةدةنيةكاني ذمارة 83ي سالَي 1969 دا هاتووة، لةطةلَ دةقةكاني ياساي (الاثبات) ي ذمارة 107 ي سالَي 1979 دةربارةي بةلَطةكاني سةلماندن كة بريتية لة جؤرةكاني سةلماندن بة تووسين، يان سةلماندن بة ثَيي بارودؤخ، نيشانةكاني حالَةتةكة و شارةزايي دادوريي.

هةموو ياساكان بريَاريان لةسةر داواي بةلَطة هيَنانةوة كردووة بؤ جيَبةجيَكردني دادوةريي و كاتي ئةنجامدانةكةي، طةر مافيَك بةلَطةي نةبوو ئةوا بة مافيَكي لاواز دادةنريَت، ضونكة بةلَطة دةبيَتة هيَز بؤ ماف، مافيش قورباني بةلَطةية، ماف لة كاتي دادوةريدا طةر ثشت ئةستوور نةبيَ بة بةلَطة دةكةويَتة خانةي نةبووانةوةو وةك ئةوية كة نةبيَت. بةلآم لةطةلَ ئةوةشدا، ياساكان، تةنانةت ياساي (الاثبات) ي عيَراقيش، شيَوازيَكي ئيحتياتيان بؤ لايةنةكاني سكالآ داناوة، كة ئةويش بريتية لة (سويَندي يةكلاكةرةوة) كة مادةي (118) ئةو ياسايةي ريَوشويَني بؤ داناوة. لةم حالَةتةدا ئةو لايةنةي نةتوانيَ بةبةلَطة داواكةي بسةلميَنيَت ثةناي بؤ دةبات، دادطا ثرسياري ليَدةكات، كة ئايا دةيةويَت سويَندي يةكلاكةرةوة ئاراستةي بةارنبةرةكةي بكات يان نا؟ طةر داواي كردوو بةرانبةرةكةشي ئامادة بوو، ئةوا دادطا سويَندي دةدات، طةر ئامادةش نةبوو ئةوا داواكار داوا دةكات داطا بريَاري خؤي بدات بة هةلَةسيَردراوي بة مةرجي نكولي كردن لة سويَند خواردن طةر ئةو بةرانبةرة بةو حوكمة رازي نةبوو. دادطا بة غيابي بريَار دةدات، ضونكة ئةو بةرانبةرةي سويَندي يةكلاكةرةوةي ئاراستة كرابوو رؤذي دادطاييةكة ئامادةي دادطاييةكة نةبووة.
بةلآم ميكانيزمي سويَندي يةكلاكةرةوة ضييية؟ ئايا دادطا ض دةسةلآتيَكي هةية بؤ ريَطة ثيَنةداني؟ ئايا ميكانيزمي سويَند دان و رةتكردنةوةكةي، يان نكولَي كردن لة سويَنددان ضييية؟ ض كاريطةرييةكي هةية؟ ئةم كيَشةو ثرسيارانة بابةتي ئةم تويَذينةوةيةمان بووة، مةبةست طةيشتنة بة

ئةحكامةكاني، زانيني كاريطةريية ياسايةكاني، ليَكؤلَينةوة لة كةموكورِيةكاني و دؤزينةوةي ضارةسةر بؤيان. تويَذةر

Summary

For the Elimination of great importance in achieving justice, Seeks to achieve through the chapter in the conflict, And end discounts, And the resolution of lawsuits, Drawing on so tightly arguments set forth in the Code of Civil Procedure No. 13, 1969 and the Mains Evidence Act No. 107 of 1979 in the evidence, ranging from written evidence, The circumstantial evidence, Evidence and conditions, And judicial experience, Legislation and that all evidence has decided to realize the justice and litigants time out, If not found right to the right directory is weak because the directory is the strength of the right, And that is the right ransom Guide, And right when the dispute ifnot found to be a guide and nowhere is whIn spite of that, the legislation, including the law of evidence of Iraq, I decided way back up the deductible in the case, namely the (right-critical) Venzationa in Article (118) thereof,
Resorted to an opponent when its cant broke prove his case then ask the court whether he directs the right summed crucial to whether or not to? If the request was his opponent present Hfatth Court, And that the request was absent opponent sentencing commenting on defendant on the right to object when, And that the judgment issued in absentia as long as the opponent against him right on the critical request was not present. But the crucial mechanism right? As enjoyed by the Court of the authorities to prevent them? Mechanism and its alliance or refund? Or to withdraw from all its alliance?and what the effect on it? These issues are the subject of our study, which was, The very thing which is to reach its verdicts, And effects of legal, The investigation into the shortcomings, And find solutions to them.