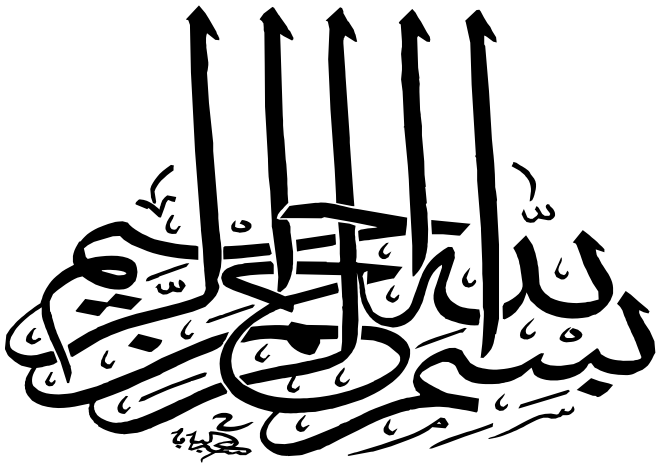
الأحكام الخاصة
لليمين المتممة الجوازية والوجوبية
فى الشريعة الإسلامية والقانون

دراسة تحليلية مقارنة معمقة فى الإثبات المدنى
معززة بالقرارات القضائية

دكتور
أوان عبد الله الفيضى
كلية الحقوق - جامعة الموصل

دار الفكر الجامعى
أمام كلية الحقوق - الاسكندرية
ت : ٤٨٤٣١٣٢

المقدمة



المقدمة :-

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ، ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هادي له ، وأشهد أن لا اله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ، قال تعالى بعد أعوذ بالله من الشيطان الرجيم بسم الله الرحمن الرحيم :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ﴿١٠٢﴾ ﴾ سورة آل عمران / ١٠٢ ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفۡسٖ وَٰحِدَةٖ وَخَلَقَ مِنۡهَا زَوۡجَهَا وَبَثَّ مِنۡهُمَا رِجَالٗا كَثِيرٗا وَنِسَآءٗۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِي تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلۡأَرۡحَامَۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيۡكُمۡ رَقِيبٗا ﴿١﴾ ﴾ سورة النساء / ١ ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوۡلٗا سَدِيدٗا ﴿٧٠﴾ يُصۡلِحۡ لَكُمۡ أَعۡمَٰلَكُمۡ وَيَغۡفِرۡ لَكُمۡ ذُنُوبَكُمۡۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدۡ فَازَ فَوۡزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾ ﴾ سورة الأحزاب/٧٠-٧١ ، أما بعد(*):

(*) الجدير بالذكر أن هذه تعد خطبة الحاجة التي علمها النبي محمد (ﷺ) لأصحابه ، وقد رواها الامام أبو داود في سننه ، وللمزيد من التفصيل ينظر: الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الازدي السجستاني (٢٠٢-٢٧٥هـ) ، كتاب السنن سنن أبي داود ، ط١، ضبط وتصحيح محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص٧ .

فان اصدق الحديث كتاب الله واحسن الهدي هدي محمد (ﷺ) وشر الامور محدثاتها ، وكل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار ، اوصيكم اخوة الايمان بتقوى الله وطاعته ولزوم عبادته وكثرة مخافته فان التقوى شعار المؤمنين ودثار المتقين ووصية الله تعالى فيا وفيكم اجمعين .

الحمد لله الذي جعل الأحكام على منهج شرعه القويم الهادي إلى الصراط المستقيم ، وعلم عباده مما لا يعلمون، وأفاض عليهم من أسرار حكمته من خزائن علمه المكنون، أحمده حمداً يتقرب به المتقربون ، وأشهد أن لا إله إلا الله شهادةً تنفع قائلها يوم لا ينفع مال ولا بنون ، وأشهد أن سيدنا محمداً رسول الله، خاتم النبيين وإمام المرسلين، سيد أنبيائه المنزل عليه هذا الشرع المبارك الطاهر والنور الباهي الباهر اللهم صلي وسلم وزد وبارك وانعم عليه وعلى اله وإخوته من الأنبياء والمرسلين صلوات ربي وسلامه عليه وعليهم أجمعين، وعلى أصحابه الغر الميامين والتابعين وتابع التابعين من الائمة المجتهدين ومن العلماء الأعلام والمشايخ العارفين الذين حملوا لواء الاسلام وحفظوا الشريعة والاحكام وجاهدوا في الله حق جهاده ماقتفت اثارهم السادة الأجلة ومن تبع منهجهم وسار على نهجهم ودعا بدعوتهم ومن اهتدى بهديهم واستنار بنورهم السني وجميع من سلف من علماء الامه وفقهائها المجتهدين وعنا معهم يارب العالمين ، اللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا وزدنا يارب العالمين علماً .. وبعد.

بعون الله تعالى سوف اقسم مقدمة هذه الدراسة على الفقرات الخمسة الاتية :

أولاً : المدخل التعريفي بموضوع البحث :-

ثانياً: الأسباب الموجبة للبحث وأهميته:-

ثالثاً: تساؤلات البحث:-

رابعاً: منهجية البحث:-

خامسا: خطة البحث:-

أولاً : المدخل التعريفي بموضوع البحث :-

ان اليمين المتممة بوصفها أحد الأيمان القضائية ، التي تؤدى أمام القضاء ، نظام مهم تقتضيه العدالة ، وعامل يساعد على تحقيقها ، أخذت دورها الكبير فعلا في التشريعات الوضعية كإجراء قضائي يستهدي به القاضي لتقصي الحقيقة وسد النقص الحاصل في الأدلة المقدمة في الدعوى ، ليتمكن من استكمال قناعته في الأدلة المقدمة ، التي تكاد لا تكفي للحكم وليست قاطعة ، و في الوقت نفسه لا يستطيع القاضي طرحها وعدم الأخذ بها ، لذلك ظهرت الحاجة إلى هذا الدليل الإضافي التكميلي الذي منحه القانون للقاضي ليرضى بالحكم الذي يصدره.

ولليمين المتممة صوراً عديدة ، تختلف في كثير من الجوانب ، و تتفق معها في جوانب أخرى ، و قد ألحقت كلها باليمين المتممة لكونها تأتي لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً ، فيريد أن يستكمله ، أو قد يراه القاضي ناقصاً فيحتاج إلى إكماله بما يملكه من سلطة تقديرية واسعة ودور إيجابي فعال في توجيه الدعوى ، أو ما يتعلق بها من أدلة ، وتحريه الوقائع لاستكمال قناعته ، وإكمال ما ينقص من الأدلة للتحرك سعياً وصولاً للحكم العادل ، بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون.

ثانياً: الأسباب الموجبة للبحث وأهميته:-

ونظراً لهذه الأهمية لصور اليمين المتممة ، باعتبارها وسائل تكميلية تكمل ما ينقص من الدليل القانوني ، الذي هو بمنزلة الأسلحة في معركة الخصومة بين المتخاصمين ، فقد عزمنا أن نخوض في بحث هذا الموضوع ، لعدم وجود اساسا دراسة تفصيلية خاصة به هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى وجدنا هناك نصوص قانونية متفرقة في عدة قوانين تتعلق بالموضوع ، ارتأينا جمعها في بحث خاص ومستقل ، وقد وجدنا أنه من الأنسب أن نصنف هذه الصور من اليمين المتممة ، ونقسمها تبعاً لسلطة القاضي التقديرية في توجيهها وتبعا لكونها ايمان قضائية او كونها ايمان قانونية ، وذلك من خلال مباحث ، نتعرف بالأول على الأيمان المتممة الجوازية (القضائية) ، ونبين في الثاني الأيمان المتممة الوجوبية (القانونية) ، ونستعرض في الثالث اوجه التشابه والاختلاف بين الاثنين اليمين المتممة الجوازية واليمين المتممة الوجوبية .

ولأجل هذا واستكمالاً لأهمية الموضوع الذي تجلت من خلال التساؤلات التي طرحت حوله ، إذ تحتل هذه الايمان سواء الجوازية ام الوجوبية أهمية خاصة لكون نطاق التعامل بها كثيرا في ساحات القضاء ، ويكاد يكون يوميا ، لذا تكمن الأسباب الحقيقية وراء اختياره وذلك نظراً لحاجتنا بصفة عامة إلى البحوث العلمية المستمرة والمتصاعدة بخصوص ذلك لتعايش الأحداث والتطورات العلمية، ولوضع الإجابات عن التساؤلات والنقاط على الحروف ، كما أن الحاجة الشديدة لبيان وإظهار هذه الايمان ومدى حجيتها في الاثبات المدني مع تكييفها الشرعي والقانوني خاصة في مثل هذا الزمان لكي يعلم الناس حكم الإسلام والشرع فيها ، ولعل ولاة الأمر أن يوجهوا أنظارهم إلى أحكام الشريعة الإسلامية وأن يجعلوا القوانين الوضعية مستمدة من أحكامها، فيحكمون شرع الله تعالى ويدعون ما سواه.

كما أن عدم بحث هذا الموضوع عن الايمان سواء الجوازية منها ام الوجوبية بحثاً كافياً دقيقاً متخصصاً، يجمع شتات مسائله من بطون أُمهات الكتب ويعتمد على التحليل والاستنباط والقياس والترجيح ، إذ اكتفى من كتب عنه بأسطر قليلة ونقل عبارات قليلة ، بل تكاد تنعدم تماماً الدراسات والبحوث فيه ، ومن ثم افتقار المكتبة العربية بما فيها العراقية إلى دراسة علمية شرعية قانونية شاملة معمقة ومقارنة في هذا الصدد، وهي تعد أيضاً من جملة الصعوبات العديدة التي تكتنف هكذا موضوع اختير من ضمن المواضيع الذي توصف بالسهل الممتنع ، وهذه المحاولة قد تنير الطريق لمحاولات أُخر تأتي بعدها لعلها مجتمعةً تحقق ما نَصْبوا إليه وبما يرضي الله تعالى خدمةً للعدالة والحق والعلم ، فضلاً عن المساهمة بإزالة الغموض وما شاب هذه الايمان عموماً من التباس وإشكالات وما أثيرت حولها من شبهات بشأن الخلط الحاصل بينها وتمييز بعضها عن بعض الاخر .

فان أصبت في ذلك فلله سبحانه وتعالى الحمد والشكر وله الثناء والمنة دائما وأبدا ، وان كانت الأخرى لا سمح الله فحسبي الله تعالى صدق اجتهادي ونيتي الخالصة لله وإخلاصي في ذلك ، داعيا الله تعالى ان يجعل هذا العمل في ميزان حسناتي يوم القيامة ، وان تكون الخطوة الأولى المباركة للرجوع لتطبيق شرع الله والعودة للحكم بما أنزل الله وفقا لما يرضي الله تعالى ، وأن يكون علما نافعا ينتفع به الناس خالصا لوجهه الكريم ، وأن يمن علي بالقبول ويجعله لنا ذخرا ويعظم لنا به أجرا ويضع عنا به وزرا انه سميع مجيب الدعاء.

ثالثاً: تساؤلات البحث:-

وبهذا تكمن أهمية هذه الدراسة من خلال الإجابة عن تساؤلات تثار وتطرح من أهل القانون عموماً، محاولين الإجابة عن صور اليمين المتممة وانواعها ، وإيجاد التقسيم والتصنيف المناسب لهذه الصور والانواع ، ماهية هذه الصور ؟ تعريفها وشروطها واثارها ؟ والفرق فيما بينها ؟ .

وبهذا فقد تركزت التساؤلات اساسا حول :ماهو المقصود باليمين المتممة الجوازية وما هي الصور الخاصة بها ، وما المقصود من اليمين المتممة الوجوبية وما هي صورها ، وما هي اهم نقاط التشابه والاختلاف فيما بينهما ، وبماذا تتميز هذه اليمين من خصائص تتميزها عن غيرها من الصور الاخرى ، ولما ادرجناها في تقسيمنا هذا ضمن اليمين المتممة ، ولم ندرجها ضمن الانواع الاخر من اليمين كاليمين الحاسمة ، وما هي اهم نقاط التشابه والاختلاف فيما بينها وبين اليمين الحاسمة ، وما هو موقف الشريعة الإسلامية منها ، فضلا عن موقف القوانين الوضعية المقارنة منها ، وما هو التكييف الشرعي والقانوني لها ...؟ .

رابعاً: منهجية البحث:-

أما عن المنهج المتبع في هذه الدراسة فهو أسلوب المنهج المقارن، فإلى جانب القانون المدني والإثبات والمرافعات المدنية العراقي ، كانت هناك قوانين مدار البحث مختلفة الأحكام، كقانون الإثبات المدنية والتجارية المصري والقانون المدني المصري ، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني وقانون حقوق العائلة اللبناني ، وقانون المدني السوري وقانون البيّنات السوري، ونظام المرافعات الشرعية السعودي، والقانون المدني الاردني وقانون البينات الأردني، والقانون المدني الجزائري وقانون الأسرة الجزائري ، وقانون الإثبات الاتحادي للمواد المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة وقانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة ، فضلاً عن القانون المدني الفرنسي في ضوء آخر التعديلات التي طرأت عليه ، مع الاستئناس ببعض القوانين العربية والأجنبية الأُخر عندما تكون هناك ضرورة لذلك ، كما حرصنا على ذكر موقف الفقه والقضاء في هذه التشريعات إن وجد لذلك سبيلاً، فضلاً عن الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي المبارك في ذلك .

كما تم الاعتماد أيضاً على المنهج التحليلي الذي يقوم اساسا على تحليل نصوص القوانين مدار البحث والقرارات والآراء الفقهية ومناقشتها وترجيح السديد منها ، فضلاً عن اعتمادنا على المنهج التطبيقي العملي الذي يقوم بالأساس على تعزيز المواقف التشريعية والفقهية بالأحكام القضائية الوثيقة بالموضوع ، وبيان مدى مطابقة المواقف الثلاثة من عدمها.

خامسا: خطة البحث:-

واستكمالا للموضوع وبغية تسليط الضوء عليه بأكمله ينبغي بيان هيكليته ، فقد قسمناه إلى ثلاث مباحث هي كألاتي : -

المبحث الاول : الذي استعرضنا فيه موضوع اليمين المتممة الجوازية ، حيث تضمن مطلبين ، المطلب الأول تناول بالتحديد : اليمين المتممة ، والمطلب الثاني تطرق الى موضوع : يمين التقويم .

ثم تناولنا ايضا في **المبحث الثاني** : اليمين المتممة الوجوبية وتضمن هذا المبحث سبعة مطالب ، استعرضنا في المطلب الاول : يمين الاستظهار ، والمطلب الثاني : يمين الاستحقاق ، والمطلب الثالث : يمين رد المبيع لعيب فيه ، والمطلب الرابع : يمين الشفعة ، والمطلب الخامس : يمين النفقه على الغائب ، والمطلب السادس : يمين الفرقة ، والمطلب السابع : يمين الاستيثاق .

ومن ثم خصصنا **المبحث الثالث** من هذه الدراسة : لأوجه التشابه والاختلاف بين اليمين المتممة الجوازية والوجوبية ، وذلك عبر مطلبين اثنين ، استعرض المطلب الأول : اوجه الاختلاف بين اليمين المتممة الجوازية والوجوبية، في حين بين المطلب الثاني: اوجه التشابه بين اليمين المتممة الجوازية والوجوبية .

ثم ختمنا الدراسة **بالخاتمة** التي تضمنت : اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها ، سائلين المولى عز وجل التوفيق والسداد وان يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم انه ولي ذلك والقادر عليه ، وانه نعم المولى ونعم النصير ، وانه على كل شيء قدير وبالإجابة جدير .

والحمد لله تعالى في البداية والنهاية مع التضرع اليه تعالى بدوام التوفيق والهداية انه حسبنا ونعم الوكيل ، وله الحمد والشكر وله الثناء والمنة دائما وأبدا ، ، وافضل الصلاة واتم التسليم على رسول الله صلاة يتبعها روح وريحان وبعقبها مغفرة وغفران بعدد حروف القرأن ، وعلى اله وصحابته ومن اهتدى بهديهم واتبعهم باحسان الى يوم الدين آمين يارب العالمين .

المؤلف

خادم الاسلام والمسلمين

الشيخ الدكتور أوان عبدالله الفيضي

المبحث الأول

اليمين المتممة الجوازية

ويتضمن هذا المبحث على

مطالبين هما على النحو الآتي :

المطلب الأول/اليمين المتممة

المبحث الأول
اليمين المتممة الجوازية

غني عن البيان ان اليمين المتممة هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لأحد الخصمين في الدعوى المدنية ليتمم بها اقتناعه ، ولهذا سميت باليمين المتممة رغبة من القاضي في تحري الحقيقة ليستكمل به دليلاً ناقصاً في الدعوى ، خاصة عندما يرى أن احد الخصوم قدم دليلاً غير كاف على دعواه ، وليتمم الدليل باليمين.

ويشترط لتوجيه اليمين المتممة الا تكون الدعوى خالية من أي دليل وان يكون بها مبدأ ثبوت قانوني يجعل الادعاء قريب الاحتمال وان كان لا يكفي بمجرده لتكوين دليل كامل فيستكمله القاضي باليمين المتممة ، ولقاضي الموضوع الحرية في تعيين من توجه اليه هذه اليمين من الخصوم وهو يراعي في ذلك من كانت ادلته ارجح ومن كان اجدر بالثقة فيه والاطمئنان اليه، ولذلك في لا يجوز توجيهها اذا كانت هي الدليل الوحيد في الدعوى ، أي في حالة انعدام الدليل ، أو كان الدليل كاملاً لا يحتاج إلى استكمال .

فاليمين المتممة ما هي الا نظام تقتضيه العدالة فضلا عن انها نظام توجيهي استثنائي من مبدأ حياد القاضي ازاء دعاوى الخصوم ، وقد شرعت لعلاج مساوئ نظام تقييد الدليل ، اذ جعلت للقاضي دوراً ايجابياً كبيراً في ادارة وتسيير الدعوى للكشف عن الحقيقة وتحريه وجه الحق فيها ، باكمال ما ينقص من أدلة الخصوم ، عندما يراها غير كافية ومتوفرة فيها مبدأ الثبوت القانوني ، فهي تساهم بحل النزاع ، وفي هذا فائدة للمحكمة وللطرفين المتنازعين فضلاً عن فائدته للمصلحة العامة .

وأهم ما يميز هذا النوع من الأيمان هو أنها جوازية ، أي انه يجوز للقاضي توجيهها أو عدم توجيهها ، إذ يمتلك هنا سلطة تقديرية واسعة ، بحسب قناعته بالأدلة المقدمة في الدعوى ، كما وأن هذه اليمين هي ملك للقاضي وحده ولهذا سميت باليمين القضائية ، وهو غير ملزم بالأخذ بنتيجتها ، لذلك فان الخصم الذي توجه اليه هذه اليمين المتممة ليس له الخيار الا بين حالتين ، اما أن يؤديها وأما أن يمتنع عن ادائها ولا يجوز له ردها ، فان حلفها انتجت اثاراً ، وان امتنع عن حلفها انتجت اثاراً مغايرة لتلك الاثار .

وتثار التساؤلات عن ماذا يشتمل هذا النوع من الأيمان ، وعن ماهية هذه اليمين المتممة ، وعن ماهية يمين خاصة أخرى هي يمين التقويم ، فما المقصود بهذه الأيمان ؟ ولماذا صنفنا هذه الايمان ضمن هذه اليمين المتممة الجوازية القضائية ؟ وماهي شروط توجيهها ؟ وماهي اهم الاثار الناتجة عن توجيهها ؟.

وللاجابة عن هذه التساؤلات وللاحاطة بتفاصيل الموضوع ودراسته تستلزم منا تقسيم هذا المبحث الى المطلبين الاتيين :

المطلب الأول: اليمين المتممة.

المطلب الثاني: يمين التقويم.

المطلب الأول
اليمين المتممة

تعد اليمين المتممة حقيقة إجراء تكميلي يقوم به القاضي عندما يعوزه الدليل ، حيث تكون الادلة المقدمة في الدعوى غير كافية للحكم ، فيوجهها القاضي من تلقاء نفسه للخصم الذي ليس لديه دليل كامل ، ليبني بعد ذلك حكمه في موضوع الدعوى .

فاليمين المتممة وسيلة تكميلية تكمل ما ينقص من الدليل القانوني ، ولكنها بالطبع لا تقوم مقامه ، ولذلك فبديهياً لا يجوز توجيهها اذا كانت هي الدليل الوحيد في الدعوى ، أي في حالة انعدام الدليل ، أو كان الدليل كاملاً لا يحتاج إلى استكمال ، وانما توجه الى أحد الخصمين ليكمل بها الدليل الناقص اذا ما توافر فيه مبدأ الثبوت القانوني ، فهو اما أن يؤديها وأما أن يمتنع عن ادائها ولا يجوز له ردها ، فان حلفها انتجت اثاراً ، وان امتنع عن حلفها انتجت اثاراً مغايرة لتلك الاثار .

واستكمالاً لبحث موضوع اليمين المتممة ، وتسليط الضوء عليه فان هذا الامر يقتضي تقسيم هذا المطلب إلى الفروع الآتية :

الفرع الأول : تعريف اليمين المتممة .
الفرع الثاني : شروط توجيه اليمين المتممة . .
الفرع الثالث : الآثار المترتبة على اليمين المتممة .
الفرع الرابع : الاستدلال على شرعية اليمين المتممة في الشريعة الإسلامية .
الفرع الخامس: التطبيقات القضائية عن اليمين المتممة .

الفرع الأول
تعريف اليمين المتممة

بادي ذي بدء لابد من معرفة ما المقصود باليمين المتممة في الاصطلاح اللغوي ، ثم بعد ذلك نوضح المعنى في الاصطلاح الشرعي والقانوني وذلك حسب التفصيل وضمن المقاصد الاتية :

المقصد الاول : مدلول اليمين المتممة في الاصطلاح اللغوي .
المقصد الثاني : مدلول اليمين المتممة في الاصطلاح الشرعي .
المقصد الثالث : مدلول اليمين المتممة في الاصطلاح القانوني .

المقصد الأول

مدلول اليمين المتممة في الاصطلاح اللغوي

غنـي عن التوضيح ان اليمين لغةً تعني : القدرة والقوة والقسم ، وقد قيل أنها سميت بذلك لأنهم كانوا بالجاهلية إذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم بيمينه على يمين صاحبه ، ولهذا سميت إحدى اليدين باليمين لأنها أقوى من الأخرى ([٢]) ، ومن ذلك قوله تعالى : ﴿ وَلَوْ تَقَوَّلَ عَلَيْنَا بَعْضَ الْأَقَاوِيلِ ﴿٤٤﴾ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِالْيَمِينِ ﴿٤٥﴾ ﴾ ([٣]) .

وقد جاء في تفسير الآية الكريمة انه : (ولو تقول علينا النبي بعض الأقاويل وذلك بان قال عنها ما لم نقله لنلنا منه عقاباً – باليمين – بالقوة والقدرة) ([٤]) ، كما جاء ايضا في تفسيرها انه : (ولو تقول علينا أي محمد (ﷺ) كما يزعمون مفتريا علينا .. لانتقمنا منه باليمين لانها اشد في البطش قال ابن عباس وهو : يناط القلب وهو العرق الذي القلب معلق فيه) ([٥]).

أما المقصود بالمتممة فتعني تمم أي أتم الشيء ، يتم تماماً وتممه واستتمه ([٦])، أي جعله تاماً على أمره ، أي بمعنى أمعناه أي بلغ أجله، فيقال تمم على الجريح أي أماته ، وأتم إلى المحل قصد ومضى ، وأتمت الحبلى إذا تمت أيام حملها ودنا ولادتها ، وأتم القمر امتلأ ، واستتم الشيء كمل أجزاءه ([٧]) .

([٢]) ينظر : محمد عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨١ ، ص٧٤٥.

([٣]) سورة الحاقة / الآية ٤٤-٤٥.

([٤]) جلال الدين السويطي وجلال الدين المحلى ، تفسير الإمامين الجليلين ، بقلم عبد الرحمن محمد، ملتزم الطبع ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص٥٠٢.

([٥]) الامام الحافظ عماد الدين ابو الفداء اسماعيل بن كثير الدمشقي(٧٧٤ هـ) ، تفسير القران العظيم ، ج ٨ ، علق عليه وخرج احاديثه هاني الحجاج، روجعت احاديث هذا الكتاب على كتب فضيلة العلامة ناصر الدين الالباني ، دار التوفيقية للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ١٤٣ ،

([٦]) ينظر : محمد عبد القادر الرازي ، مرجع سابق ، ص٥٧٩.

([٧]) ينظر : فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب ، ط٢٢ ، دار المشرق ، بيروت ، ١٩٧٨ ، ص٥٩.

المقصد الثاني
مدلول اليمين المتممة في الاصطلاح الشرعي

يقصد باليمين شرعاً بأنها، عقد يقوي به عزم الحالف على الفعل او الترك ([٨]) ، اما اليمين المتممة فلم يرد تعريف خاص بها في الفقه الإسلامي ، الا انها كانت معروفة فيه ، اذ عرفوا الائمة الشافعية والمالكية والحنابلة ، اليمين دليلاً تكميلياً للاثبات ، حيث انهم اجازوا الحكم بشاهد واحد مع يمين مكملة لنصاب الشهادة هي يمين المدعي ([٩]) .

الا أن هناك من لا يجيز ذلك وهم مذهب المانعين ، وقد قال بهذا الائمة الاحناف والاندلسيون من اصحاب مالك والاوزاعي والنخعي والشعبي والثوري والكوفيون والليث والحكم والزهري وجمهور اهل العراق اذ استدلوا في ذلك بأدلة من القرآن الكريم والسنة النبوية والمعقول ([١٠]).

وفي هذا الصدد فقد جاء عن الامام ابن قدامة المقدسي في المغني انه (قال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لان الله تعالى قال "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان" ، فمن زاد فقد زاد في النص والزيادة في النص نسخ ولان النبي (ﷺ) قال " البينة على من ادعى واليمين على من انكر " فحصر اليمين في جانب المدعي عليه كما حصر البينة في جانب المدعي) ([١١]) .

([٨]) تجدر الاشارة الى انه ثبتت مشروعية اليمين عموماً في الشريعة الإسلامية بالكتاب والسنة والاجماع ، وللمزيد من التفصيل راجع : عبد الرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، قسم المعاملات ، ج٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت، دون سنة طبع ، ص٥٧ وما بعدها .

([٩]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. ابو اليقظان الجبوري ، اليمين والاثار المترتبة عليها ، ط٢ ، دار الندوة الجديدة ، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص١٨٦ .

([١٠]) للمزيد من التفصيل ينظر : محمد رضا عبد الجبار العاني ، القضاء بشاهد واحد مع يمين المدعي في الشريعة والقانون ، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية التي تصدرها نقابة المحامين ، ع١ ،٢،٣،٤ ، ١٩٨٢ ، ص١٥٧.

([١١]) الامام موفق الدين عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي (٦٣٠هـ)، ، المغني والشرح الكبير ، ج١٢ ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع ، ١٩٧٢ ، ص١٠ .

وتبرير الائمة الاحناف أن اليمين لم تشرع من جانب المدعي مطلقاً ، وانما شرعت من جانب المدعي عليه ، كما ورد في الحديث الشريف ، فضلاً عن أن الله تعالى قد رسم طريق الإثبات في الاية الكريمة ، ولهذا فان جعل الشاهد الواحد ويمين المدعي طريقاً للاثبات من جانب المدعي يخالف ذلك ([١٢]) .

اما مذهب المجيزون ، فقد اجازوا القضاء بشاه د واحد مع يمين مكملة هي يمين المدعي وهم الكثرة من الفقهاء المسلمين ، اذ اجازوه جمهور الفقهاء والعلماء سلفاً وخلفاً ، وهو ما ذكره الائمة الشافعية والمالكية والحنابلة والامامية ([١٣]) والظاهرية ([١٤]) .

وقد اتفق المجيزون في القضاء بشاهد مع يمين أن يكون ذلك في الحقوق المالية ، فذكر الائمة الشافعية واحمد ومالك في الشاهد واليمين ، أن يكون ذلك في الامور المالية خاصة ، و هو بهذا لا يقع في حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عتاق ولا سرقة ولا قتل ([١٥]) .

و بهذا فاننا نتفق مع الرأي الذي يذهب الى أن الراجح هو مذهب الجمهور في جواز القضاء بشاهد واحد مع يمين تكميلية هي يمين المدعي في الاموال وما آل المال ([١٦]) ، فهذا فيه توسعه على القاضي ، وهو يسعى الى الوصول في احقاق الحقوق وردها إلى اهلها ، كما أن كل ما استدل به المانعون لا ينهض حجة لمنع القضاء بشاهد ويمين ، فالحق احق أن يتبع .

([١٢]) ينظر : موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي ، ج٢ ، يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الاسلامية ، القاهرة ، ص١٤٧.

([١٣]) ينظر: المحقق الحلي ، شرائع الاسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ، باشراف محمد جواد مغنية ، المجلد ٢ ، دار مكتبة الحياة للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٨ ، ص٢١٥ ، وما بعدها

([١٤]) ينظر : الامام ابن حزم الظاهري معجم فقه ابن حزم الظاهري ، المجلد ٢، لجنة موسوعة الفقه الإسلامي ، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٦ ، ص٥٣٥.

([١٥]) ينظر : الامام محمد بن ادريس الشافعي (١٥٠ –٢٠٤ هـ)، الام ، ج ٨، ط ٥ ، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ، مصر، ٢٠٠٨ ، ص ١٩٥ (كتاب اليمان والنذور والكفارات في الايمان ، باب اليمين مع الشاهد) .

([١٦]) ينظر: د. محي هلال السرحان ، القضاء في الاسلام ، محاضرات القيت على طلبة المعهد القضائي في بغداد – العراق لعام ٢٠٠٠–٢٠٠١ ، ص ١٢٥ وما بعدها .

وأخيراً يمكننا وضع تحديد خاص لليمين المتممة في الفقه الإسلامي بانها : يمين قضائية مكملة لادلة الدعوى يوجهها القاضي للمدعي عندما يكون لديه دليلا ناقصا اقتنع القاضي به .

المقصد الثالث

مدلول اليمين المتممة في الاصطلاح القانوني

يقصد باليمين قانوناً بانها " قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول او على انجاز ما يعد وسينزل عقابه اذا ما حنث" ([١٧]) ، وهذا اليمين قد تكون قضائية يتم ادائها امام القضاء ، كاليمين المتممة والحاسمة ، وقد تكون يمين غير قضائية يتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء .

اما المقصود باليمين المتممة فهي كما هو ظاهر من تسميتها تعرف بأنها : اليمين التي يوجهها القاضي لاحد الخصمين ليتمم بها اقتناعه ([١٨]) ، عندما يرى أن احد الخصوم قدم دليلاً غير كاف على دعواه ، وليتمم الدليل باليمين ([١٩]) .

وعرفتها محكمة النقض المصرية بانها : " اجراء يتخذه القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة ليستكمل به دليلاً ناقصاً في الدعوى ..." ([٢٠]) .

كما يمكننا تحديد تعريف خاص باليمين المتممة أنها : يمين توجهها المحكمة من تلقاء نفسها إلى أحد الخصمين ليكمل بها الدليل الناقص اذا ما توافر فيه مبدأ الثبوت القانوني ([٢١]) .

([١٧]) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ ، الاثبات واثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ ، ص٥١٤.

([١٨]) ينظر: د. احمد نشأت ، رسالة الاثبات ، ج٢ ، ط٧ ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص١٦٠.

([١٩]) ينظر: د عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ج٢ ، ص٥٧٣.

([٢٠]) قرار محكمة النقض المصرية رقم ٧ ، س٣٨ق ، ١٩٧٣ ، نقلا عن : مصطفى مجدي هرجة ، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، ج٢ ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٧ ، ص٢٧١.

([٢١]) ينظر : الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي ، اليمين المتممة في نطاق الدعوى المدنية دراسة مقارنة ، مجلة بحوث مستقبلية مركز الدراسات المستقبلية في كلية الحدباء الجامعة ، ع / ٩ ، تموز ، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤ ، ص ٤٨ .

وبالطبع هذا التعريف سيقودنا إلى توضيح معنى مبدأ الثبوت القانوني اولا ، وبالحقيقة والواقع فان هذا المصطلح يطلق عادةً على كل دليل قانوني ناقص يكون من شانه أن يجعل وجود الحق للمدعى به قريب الاحتمال ، حيث يجوز للقاضي استكمال قناعته الجزئية باكماله باليمين المتممة ، ليصبح بمثابة دليل كامل ويبني القاضي بعد ذلك حكمه في موضوع الدعوى ([٢٢]) .

وتجدر الاشارة هنا إلى انه تعريفنا المقترح يفضل على التعريفات الاخرى الواردة انفا وذلك لانه بتقديرنا انه ليس كل دليل ناقص توجه اليه المحكمة اليمين المتممة ، بل يقتصر الامر فقط على الذي يتوفر فيه شروط مبدأ الثبوت القانوني ، كما لو وجد في الدعوى دليل ناقص من شانه ان يجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال ، وتقدير ذلك مسالة مبنية بالتاكيد على قناعة القاضي التي هي جزء من نشاطه العقلي ، وهذه تأتي من اعتقاده وايمانه بصحة الدليل الناقص ، فاساس تكوين قناعة القاضي تتبع عادة من اعتقاده بصحة الدليل الناقص ، وتوافر شروط مبدأ الثبوت القانوني فيه ، عندها يصل القاضي إلى حد القناعة الجزئية التي لا تكفي عادة للحكم به ، بل تحتاج عندئذ إلى دليل آخر لاستكمال هذه القناعة واكمالاً لمبدأ الثبوت القانوني ([٢٣]).

اذ ليس من الضروري ان يكمل القاضي كل دليل ناقص في الدعوى المنظورة من قبله ، فالدليل الناقص يبقى ناقصا ويترك ، ولا يحق للقاضي ان يكمله الا اذا كان اكمالا لمبدأ الثبوت القانوني .

وقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق انه " .... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون ، حيث أن المحكمة قضت بعائدية الاثاث والحلي الذهبية للمدعية ، المميز عليها لانها اقتنعت بالبينات المقدمة اليها ورجحت بينة المدعية وعززتها باليمين المتممة الموجه لها ، لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزية ... " ([٢٤]) .

([٢٢]) للمزيد من التفصيل ينظر : الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي ، مبدأ الثبوت القانوني دراسة مقارنة في الاثبات المدني ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر – الامارات ، ٢٠١٢ ، ص١٩.

([٢٣]) ينظر: الشيخ د. اوان عبدالله الفيضي ، مبدأ الثبوت القانوني دراسة مقارنة في الاثبات المدني ، مرجع سابق ، ص٣١.

([٢٤]) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٤٨١٩/ م١/١٩٩٩ في ١٩٩٩/٣/١٧ (قرار غير منشور) .

فاذا كان الدليل الناقص غير متوافر فيه شروط مبدأ الثبوت القانوني ، ففي هذه الحالة يبقى الدليل ناقصاً ، ويهمل ولا يأخذ به القاضي ولا يستطيع اكماله ، ولهذا يمكن أن نعد اليمين المتممة بانها يمين متممة خاصة باكمال مبدأ الثبوت القانوني ([٢٥]) .

وبهذا تكون سلطة المحكمة في استكمال مبدأ الثبوت القانوني باليمين المتممة ، هي مسألة تقديرية تخضع لتقديرها وعلى وفق قناعتها ، فهي تستطيع أن ترفض استكمال الدليل الناقص اذا لم تتوافر لها القناعة الكافية بصحتة ، ولم تتوافر فيه شروط مبدأ الثبوت القانوني ([٢٦]) .

وتطبيقا لذلك فقد قضت محكمة تمييز العراق انه " ... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون للاسباب التي استندت اليها ذلك أن المحكمة قد رجحت بينة المدعية على بينة المدعي عليه بما لها من سلطة تقديرية وفق ما نستخلصه من ظروف الدعوى ، وقد عززت قناعتها باليمين المتممة التي ادتها المدعية..." ([٢٧]) .

كما قضت ايضا محكمة بداءة الموصل في قرار لها على انه "... ولاداء المدعية اليمين المتممة فيما يتعلق بالمصوغات ... عليه وبالطلب قررت المحكمة الحكم بالزام المدعى عليه سكفان عبد العزيز باداء المصوغات الذهبية ..."([٢٨]) .

وفي هذا الخصوص فقد قضت محكمة الاحوال الشخصية في الكاظمية التابعة الى رئاسة محكمة استئناف الكرخ الاتحادية " لدعوى المدعي وللمرافعة الحضورية العلنية حيث ادعى المدعي بان المدعي عليه زوجته الداخل بها شرعا بموجب حجة تصديق الزواج الخارجي المرقمة ٧٣٣ في ٢٠٠٥/٥/١٢ الصادرة من هذه المحكمة، وقد ورد فيه ان المدعي له من المدعي عليها الطفلة سارة تولد ٢٠٠٤/١/٢ دون علمه وانها لم تكن ابنته ونسبت اليه بشكل غير صحيح ولم تكن من فراش الزوجية مع المدعي عليها، لذا طلب دعوة المدعي عليها للمرافعة والحكم بنفي نسب الطفلة سارة ، اطلعت المحكمة على صورة حجة الزواج الصادرة من هذه المحكمة ولاحظت ان الحجة قد تضمنت العبارة الاتية – ولنا من فراش الزوجية الطفلة سارة تولد ٢٠٠٤/١/٢ – ومذيلة بتواقيع تعزى الى المدعي والمدعي عليها ، كما اطلعت على صورتي قيد الاحوال الشخصية المرقمتين ٢٨٢٢٩ في ٢٠٠٥/١١/٢٨ و ٣٠٢٦٦

([٢٥]) ينظر : الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي ، اليمين المتممة في نطاق الدعوى المدنية دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص ٤٩ .

([٢٦]) للمزيد من التفصيل ينظر : الشيخ د. اوان عبدالله الفيضي ، مبدأ الثبوت القانوني دراسة مقارنة في الاثبات المدني ، مرجع سابق ، ص٣١ ، وما بعدها.

([٢٧]) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٩٦/ م٣/٢٠٠٠ في ٢٠٠١/١/٢٢ (قرار غير منشور) .

([٢٨]) قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٩٧٢ /٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٨/٤ (قرار غير منشور) .

في ٢٠٠٥/١٢/٢٢ الصادرتين من احوال الرصافة والتي اشار فيها كون الطفلة سارة مسجلة بأسم والدها المدعي ووالدتها المدعي عليها، ومن الدفوع التي تقدم بها الطرفان حيث اجاب وكيل المدعي عليها بعدم صحة الادعاء وان الطفلة سارة هي ابنة المدعي وطلب رد الدعوى للاسباب التي ذكرها، وان المحكمة كانت قد استمعت الى البينة الشخصية التي تقدم بها المدعي المؤيدة لادعائه وتحليفه اليمين المتممة، وحيث ترى المحكمة ان هذه الاجراءات وان كانت قد تم اتخاذها لكن ذلك لا يغير من طبيعة الدعوى ولا يقف مانعا من ملاحظة الوقائع التي تم تثبيتها في محاضر الجلسات واعادة النظر في الاجراءات والتحقيقات التي اتخذها في الجلسات السابقة على وفق وما ينسجم واحكام القوانين والنصوص النافذة ، حيث ان للمحكمة السلطة التقديرية في تكييف الوقائع مع النصوص ومن ذلك وحيث ان ادعاء المدعي ينفي النسب يقابله اقرار قضائي بموجبه ثبت نسب الطفلة سارة الى المدعي والوارد في العبارة المسطرة في الحجة ونصها ما يلي :- ولنا من فراش الزوجية الطفلة سارة تولد ٢٠٠٤/١/٢ - وبما ان الاقرار بالبنوة يثبت به النسب على وفق احكام الفقرة (٢) من المادة /٥١ احوال شخصية مما يجعل من الرجوع عن الاقرار امر لا مسوغ له في القانون عملا بأحكام الفقرة ثانيا من المادة /٦٨ اثبات بالاضافة الى ان سماع البينة الشخصية لاثبات خلاف ما اشتمل عليه دليل كتابي غير وارد قانونا عملا باحكام الفقرة اولا من المادة /٧٩ اثبات وان الاقرار بالبنوة ثبت بالحجة الصادرة من هذه المحكمة التي تعتبر من قبيل السندات الرسمية المشار اليها في المادة /٢١ اثبات، لذلك اهدرت المحكمة البينة الشخصية المؤداة امامها ... لذلك ومما تقدم ومن الناحية القانونية والشرعية يتبين بان الادلة التي تقدم بها المدعي لا ترقى الى مستوى اليقين الذي بموجبه تؤسس المحكمة عقيدتها تجاه قبول اثبات خلاف ما اشتمل عليه السند الرسمي والدليل الكتابي ، المتمثل بحجة الزواج الصادرة من هذه المحكمة المتضمن الاقرار بالبنوة ، ولانكار المدعي عليها لادعائه وبالطلب قرر الحكم برد دعوى المدعي وتحميله الرسوم والمصاريف واتعاب محاماة لوكيل المدعي عليها المحامي ماجد الخيال مقدارها خمسة الاف دينار استنادا لاحكام المواد ٥٢ ف١ احوال شخصية و٢١ و ٥٩ و ٦٨ ف اولا وثانيا و٧٩ ف اولا اثبات و٦٣ محاماة و١٦١ و ١٦٣ و ٣٠٠ مرافعات حكما حضوريا قابلا للتمييز وافهم علنا في ٢٠٠٦/٣/١٤ الموافق ١٤/صفر/١٤٢٧هـ " [٢٩] .

([٢٩]) قرار محكمة الاحوال الشخصية في الكاظمية رقم / ٣٨٢٧ / ش/ ٢٠٠٥ في ١٤ /٣/ ٢٠٠٦ (قرار غير منشور) .

وبهذا فان اليمين المتممة يوجهها القاضي وحده وليس من حق الخصم ان يوجهها ، لانها ملك للقاضي وحده ، ولهذا يطلق عليها تسمية يمين القاضي ، اذ يقوم القاضي بتوجيهها الى أحد الخصمين بعد أن يرجح أدلتهم ، ولايشترط أهلية خاصة في الخصم الذي توجه اليه اليمين بل يكفي فيه أهلية التقاضي ([٣٠]) .

اما اذا تساوت الادلة فيوجهها القاضي للمدعي عليه لانه كما هو معروف فان الاصل براءة الذمة ([٣١])، وفي هذه الحالة لامحل لكي يفضل القاضي المدعي على المدعى عليه ، مادامت أدلة المدعي لم تترجح على أدلة المدعي عليه ، وبهذا لا يجوز توجيهها الى الخصمين معا ليرجح يمين أحدهما على يمين الأخر.

الا انه ينبغي الاشارة إلى أن القانون التونسي يجيز صراحة للقاضي بان يوجه هذه اليمين لكلا الخصمين معاً ، وذلك استنادا لاحكام المادة / ٥٠٨ من قانون الالتزامات والعقود التونسية لعام ١٩٠٦ المعدل ([٣٢]) ، في حين نرى أن قوانين اخرى كالقانون العراقي والمصري واللبناني ترك الخيار للقاضي في توجيهها للخصم الذي يراه ولكن لا يجوز توجيهها للخصمين معاً والا كان هذا التوجيه باطلاً سواء حلف الاثنان او نكلا او حلف احدهما ونكل الآخر .

وبهذا لا يمكننا التقيد بالقاعدة المعروفة – البينة على من ادعى واليمين على من أنكر– في موضوع اليمين المتممة في القوانين الوضعية كما لاحظنا انفا ، وإنما للمحكمة وحسب ظروف الدعوى وحيثيات القضية أن توجه اليمين للمدعي أو للمدعي عليه حسب ما يتراءى لها من صحة الدعوى ومقدار ما يوحيه إليها هذا الخصم أو ذاك من ثقة ، وبتعبير ادق حيث يتوافر هناك مبدأ الثبوت القانوني ويحتاج الى اكماله باليمين المتممة .

([٣٠]) ينظر: د. مفلح القضاة، الاثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لقانون الاثبات الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ لدولة الامارات العربية المتحدة ، دبي ، من دون سنة طبع ، ص ٣٧٨ ؛ ومحمد علي الصوري ، التعليق على مواد قانون الاثبات ، ج٣ ، مطبعة شفيق ، بغداد، ١٩٨٣ ، ص١١٨٦ .

([٣١]) تنظر : المادة /٦ من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠؛ والمادة / ٨ من مجلة الاحكام العدلية ؛ وللمزيد من التفصيل حول شرح هذه المادة ينظر : علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، ج ١، ط١ ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ١٩ .

([٣٢]) تنظر :المادة / ٥٠٨ من قانون الالتزامات والعقود التونسية لعام ١٩٠٦ المعدل ، والتي نصت على انه " للحاكم ان يوجه يمين الاستيفاء على احد الخصمين او عليهما " ويلاحظ في هذا الخصوص على انه يطلق عليها في هذا القانون تسمية يمين الاستيفاء .

بينما الملاحظ في القضاء بشاهد ويمين في الفقه الإسلامي ، انه اذا لم يتوفر للمدعي أدلة معتبرة ، لجؤوا إلى يمين المدعي عليه ، رجوعاً إلى القاعدة المعروفة اعلاه ، ومسلك الفقه الإسلامي هذا نابع أساساً من نظرته إلى يمين المدعي على انها طريق معتبرة للاثبات ([٣٣]) ، لا انها سلطة تقديرية للمحكمة أن شاءت لجأت اليه وان شاءت صدت عنه ، كما لاحظنا ذلك في القوانين الموضعية ، حيث أن اليمين فيها حق للمحكمة ، فهي تتولى توجيهها فقط ، ومن حق المدعي أن يمتنع عن ادائها ، ولا يلزمه القانون بادائها ، وامتناعه عن ادائها ايضاً لا يؤثر على سير الدعوى ، كما انه لا يسمح للمدعي أن يرد اليمين .

فالفقهاء المسلمون في القضاء بشاهد واحد مع يمين المدعي ، انما نظروا إلى هذه اليمين على انها حق للمدعي ، يلجأ اليه عند عدم وجود شاهدين ووجد هناك شاهد واحد فقط ، فاذا اراد اداء اليمين فليس للقاضي أن يمنعه لان الشارع الحكيم اقر لهذا الدليل الحجية في الاثبات عند عدم وجود دليل آخر ، فاليمين هنا اجبارية ([٣٤]) ، أي يجب على القاضي توجيهها اذا اراد المدعي الحلف وليس للقاضي أن يمنعه.

اما في القوانين الوضعية فاليمين جوازية ، اذ يجوز للقاضي توجيهها اذا اقتنع بصحة الدليل الناقص والمتوافر فيه مبدأ الثبوت القانوني ، اما اذا لم يقتنع القاضي بالدليل الناقص ولا يتوافر فيه مبدأ الثبوت القانوني فلا يوجه اليمين القاضي بل يترك الدليل الناقص ويهمل ويبقى ناقصا .

([٣٣]) ينظر : محمد رضا عبد الجبار ، مرجع سابق ، ص٢٠٦.

([٣٤]) للمزيد من التفصيل ينظر : محمد رضا عبد الجبار العاني ، مرجع سابق ، ص٢٠٥ وما بعدها .

الفرع الثاني
شروط توجيه اليمين المتممة

اما بخصوص الشروط الواجب توافرها لكي توجيه هذه اليمين ، فقد نصت عليها المادة /١٢٠ من قانون الاثبات العراقي بأنه : " على المحكمة أن توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل لتبني بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى او في قيمة ما تحكم به " كما نصت المادة /١٢١ منه أيضاً على انه " ويشترط لتوجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل والا تكون الدعوى خالية من أي دليل" وتطابقها في هذا الخصوص المادة /١١٩ من قانون الاثبات المدنية التجارية المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل ، والمادتين /٢٥٠ و ٢٥١ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل ، والمادة /١٢١ من قانون البينات السوري النافذ رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل، والمادة /٣٤٨ من قانون الأسرة الجزائري النافذ رقم ٨٤-١١ لسنة١٩٨٤ المعدل ، والمادة /٦٢ من قانون الإثبات الاتحادي للمواد المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة النافذ رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ المعدل ، والمادتين /١٣٦٦ و ١٣٦٧ من القانون المدني الفرنسي النافذ ١٨٠٤ المعدل ([٣٥]).

اما بخصوص قانون البينات الاردني النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل، فلم يرد فيه نص مماثل لذلك ، ولم يتضمن اجراءات توجيه هذه اليمين ، بل اقتصر الأمر على ورود اليمين المتممة في المادة /١٥ منه التي تكمل الدفاتر التجارية ، وهذا بتقديرنا نقص تشريعي ينبغي إكماله ([٣٦]).

([٣٥]) تنظر : المادة /١١٩ من قانون الاثبات المدنية التجارية المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل ؛ والمادتين /٢٥٠ و ٢٥١ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل ؛ والمادة /١٢١ من قانون البينات السوري النافذ رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل؛ والمادة /٣٤٨ من قانون الأسرة الجزائري النافذ رقم ٨٤-١١ لسنة ١٩٨٤ المعدل؛ والمادة /٦٢ من قانون الإثبات الاتحادي للمواد المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة النافذ رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ المعدل ؛ والمادتين /١٣٦٦ و ١٣٦٧ القانون المدني الفرنسي النافذ ١٨٠٤المعدل. **Code civil LiTec paris 2003.**

([٣٦]) تنظر : المادة / ١٥ من قانون البينات الاردني النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل.

وبهذا يمكننا ان نبين اهم الشروط الواجب توافرها لكي توجيه اليمين المتممة حسب نصوص المواد أعلاه وذلك على النحو الاتي ([٣٧]) :

١- الا يكون في الدعوى دليل كامل ، يعني أن لا تكون الدعوى ثابتة بدليل كامل يكفي لفض النزاع بين المتخاصمين .

٢- الا تكون الدعوى خالية تماماً من أي دليل ، فاليمين المتممة وسيلة تكميلية تكمل ما ينقص من الدليل القانوني ، ولكنها بالطبع لا تقوم مقامه ، ولذلك فبديهياً لا يجوز توجيهها اذا كانت هي الدليل الوحيد في الدعوى ، أي في حالة انعدام الدليل ، أو كان الدليل كاملاً لا يحتاج إلى استكمال .

وبتقديرنا يجب أن يكون الدليل ناقصاً ، فضلاً عن توافر مبدأ الثبوت القانوني فيه بأحد صوره المعروفة ، كما لو كان مبدأ الثبوت بالكتابة او بغير الكتابة او شهادة ناقصة او قرينة قضائية لم يطمئن إليها القاضي ، ولم تصل إلى درجة اقتناعه الكامل للحكم او غيرها من الصور ([٣٨]) .

وتجدر الإشارة إلى انه ورد في قرار لمحكمة النقض المصرية انه "يشترط لتوجيه اليمين المتممة الا تكون الدعوى خالية من أي دليل وان يكون بها مبدأ ثبوت يجعل الادعاء قريب الاحتمال وان كان لا يكفي بمجرده لتكوين دليل كامل فيستكمله القاضي باليمين المتممة ولقاضي الموضوع الحرية في تعيين من توجه اليه هذه اليمين من الخصوم وهو يراعي في ذلك من كانت ادلته ارجح ومن كان اجدر بالثقة فيه والاطمئنان اليه " ([٣٩]) .

([٣٧]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي، اليمين المتممة في نطاق الدعوى المدنية دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص ٥١ ؛ د . رضا المزغني ، احكام الاثبات ، معهد الادارة العامة ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٨٥، ص ٢٦٣ ؛ د. احمد عبد العال ابو قرين ، احكام الاثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، ط٣، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ،ص ١٤٤ .

([٣٨]) للمزيد من التفصيل حول صور مبدأ الثبوت القانوني ينظر : الشيخ د. أوان عبد الله الفيضي ، مبدأ الثبوت القانوني دراسة مقارنة في الاثبات المدني ، مرجع سابق ، ص٥٥ وما بعدها.

([٣٩]) قرار محكمة النقض المصرية رقم ٢٢٠س ، ٣٣ق ، ١٩٦٨/١٠/٢٩ ، اشار اليه مصطفى مجدي هرجة، مرجع سابق ، ج٢ ، ص٢٧٢.

وقد ورد في المذكرة الايضاحية السورية ايضا انه " تلجأ المحكمة الى تحليف اليمين المتممة استكمالاً لقناعتها حينما لا يكون في الدعوى دليل كامل ، اذ بوجوده لا يبقى مجال للجنوح اليها ولم يأخذ القانون بهذه اليمين الا اذا كانت الادلة في الدعوى لا تكفي وحدها للحكم فتكون هذه الادلة غير الكافية بمثابة مبدأ ثبوت وحينئذ يجوز للمحكمة أن توثق قناعتها بهذه اليمين وعلى ذلك لا يجوز توجيه هذه اليمين اذا وجد الدليل الكامل او خلت الدعوى من كل دليل" (٤٠) .

وتطبيقاً لذلك أيضاً ، فقد جاء في قرار عن دائرة التمييز لمحكمة الاستئناف العليا الكويتية انه ".. توجيه اليمين المتممة مشروط بحكم القانون بان لا يكون في الدعوى دليل كامل ، وإلا تكون خالية من أي دليل .. فيشترط لبلوغ الدليل الناقص الذي يجوز تكملته باليمين المتممة أن يتوفر فيه مبدأ الثبوت بالكتابة أو مبدأ الثبوت بغير الكتابة على حسب الأحوال ... فالدليل الناقص الذي يطلق حق المحكمة بتوجيه اليمين المتممة إلى الخصم المستند إليه ، لا يشترط فيه إلا أن يكون بمثابة مبدأ ثبوت في الدعوى من شانه أن يجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال..." (٤١) .

والجدير بالذكر انه يشترط ايضاً لتوجيه هذه اليمين فضلا عن الشروط المذكورة انفا ، أن تكون الواقعة موضوع اليمين منتجة في الدعوى ، أي أن يكون من شانها تكملة او تقوية ما تتضمنه الدعوى من ادلة ، فضلاً عن انه ينبغي الا تكون مخالفة للنظام العام (٤٢).

---

(٤٠) المذكرة الايضاحية لقانون البينات السوري رقم ٣٩٥ لسنة ١٩٤٧ المعدل .

(٤١) قرار عن دائرة التمييز بمحكمة الاستئناف العليا الكويتية رقم ١٩٧٤/٣٧ في ١٩٧٦/٣/٣ ، اشارت اليه : المجلة العربية للفقه والقضاء الصادرة عن الامانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب ، ع٨، س ١٩٨٨، ص١٧٨.

(٤٢) ينظر : د. انور سلطان ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص٢١١؛ ومحمود طهماز ، اصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ، أمالي ومحاضرات ، ج١ ، السنة الثالثة ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، جامعة حلب ، دون سنة طبع ، ص٢٨٣

وعلى الرغم من هذه الأهمية التي نراها في اليمين المتممة فان هناك من يرغب بحذف هذه اليمين ، اذ اشارت المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني المصري إلى انه " قد اشار بعض الفقهاء بوجوب حذف هذه اليمين المتممة لان المروءة متى توافرت فلا حاجة لليمين لصد الخصم عن المطالبة بغير المستحق وهي اذا انتفت لم يستشعر الخصم حرجاً من الحنث بها ثم أن القاضي لا يحتاج إلى اليمين لتمكين الاطمئنان من نفسه ، لأن من يخفق في إثبات دعواه يبوء بالخسارة ولا يستشعر القاضي حرجاً في القضاء لخصمه عليه لأن ينزل في ذلك على حكم القانون – في حين يؤكد البعض على استبقاء اليمين المتممة – لانها طريق اضطرارية ، فمن المعقول أن يمكن القاضي من الالتجاء اليها في ظل الضمانات التي يقررها القانون ، اذ أن القاضي لا يلجأ إلى اليمين المتممة الا في كثير من الحيطة والاعتدال بعد تقدير جدوى هذه اليمين تقديراً يعتد فيه بشخصية الخصم " ([٤٣]) .

وانطلاقا من ذلك فان اليمين المتممة بتقديرنا المتواضع ما هي الا نظام تقتضيه العدالة ، وعامل مهم يساعد على سيرها ، فهي نظام توجيهي استثنائي من مبدأ حياد القاضي ازاء دعاوى الخصوم ، وقد شرعت لعلاج مساوئ نظام تقييد الدليل ، اذ جعلت للقاضي دوراً ايجابياً كبيراً في ادارة وتسيير الدعوى للكشف عن الحقيقة وتحريه وجه الحق فيها ، باكمال ما ينقص من أدلة الخصوم، عندما يراها غير كافية ومتوفرة فيها مبدأ الثبوت القانوني ، فهي اذن تساهم بحل النزاع ، وفي هذا فائدة للمحكمة وللطرفين المتنازعين فضلاً عن فائدته للمصلحة العامة ([٤٤]).

([٤٣]) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٣ ، مطبعة احمد مخيمر ، مصر ، دون سنة طبع ، ص٤٦٠.

([٤٤]) الجدير بالذكر في هذا الصدد ان من اهم الصفات التي يجب ان يتحلى بها القاضي بتقديرنا المتواضع هي الحياد فحيث وجد الحياد وجدت العدالة والعدل ، وتختلف نظرة الفقه الاسلامي بالنسبة للحياد عنه في القوانين الوضعية ، ففي الفقه الاسلامي يعني حياد القاضي وجوب المساواة وعدم التحيز لاي طرف من الاطراف ، اما في التشريعات الوضعية الحديثة فهو يعني موازنة القاضي لادلة الخصوم وترجيح الاقوى منها ، ويعد مبدأ الحياد من اهم خصائص القضاء في الاسلام ، والفقه الاسلامي زاخر بالوقائع التي تدل بشكل لا يقبل الشك التزام القضاة بالمساواة بين الخصوم في الدعوى مهما كان مركزهم وعلا شأنهم ، وورد في القرآن والسنة ما يؤيد ذلك ، فقد جاء عن ام سلمى (ﷺ) ان رسول الله (ﷺ) قال ((من ابتلي بالقضاء بين المسلمين فليعدل بينهم في لفظه واشارته ومقعده)) رواه الامام ابو بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، ج١٠ ، ط١، من دون سنة طبع ، ص١٣٥ ؛ كما ورد ايضا عن ابي سعيد الخدري (ﷺ) قال ، قال رسول الله (ﷺ) : ((لايمنعن احدكم مخافة الناس ان يتكلم بحق اذا علمه)) ينظر : المرجع السابق ، ص٩٠ ؛ كما جاء بالاثر عن رسول الله (ﷺ) انه قال ((من ولي على عشرة فحكم بينهم بما احبوا او كرهوا جئ به يوم القيامة مغلواة يداه الى عنقه ، فان حكم بما انزل الله ولم يرتش في حكمه ولم يحف فك الله غله يوم لا غل الا غله ، وان

وبذلك نستنتج مما سبق ونخلص الى ان نص المادة / ١٢٠ من قانون الإثبات العراقي تحتاج الى تعديل ونقترح ان تكون المادة على النحو الاتي :

" للمحكمة أن توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل وإكمال مبدأ الثبوت القانوني إذا ما توافرت شروطه ، لتبني بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى " .

وبهذا فإن نص المادة أصبح أكثر دقة من السابق ، إذ ليس كل دليل ناقص توجه إليه اليمين المتممة ، بل يقتصر ذلك فقط على الذي يتوافر فيه شروط مبدأ الثبوت القانوني، كما خصصنا هذه المادة باليمين المتممة التي تكمل مبدأ الثبوت القانوني فقط ، إذ حذفنا عبارة " أو في قيمة ما تحكم به " الموجودة في نهاية نص المادة السابقة لأسباب عديدة منها ، أنها زائدة و تخص يمين التقويم التي تفترض أن موضوع الدعوى مقطوع بصحته وثابت ، لكن الخلاف قائم على تقدير مبلغ القيمة فقط ، وهذا ليس له علاقة باليمين المتممة التي تكمل مبدأ الثبوت القانوني ، فضلاً عن ذلك فإن المادة / ١٢٢ من قانون الإثبات العراقي ، جاءت مقتصرة وخاصة بيمين التقويم فقط وهي كافية لوحدها لبيان وتوضيح مفهومها كما سيتم بحث ذلك في المطلب الثاني عن يمين التقويم ، ونامل من المشرع العراقي ان ياخذ بهذا التعديل لما فيه رضا الله تعالى وبما يرضي الله تعالى خدمةً للعدالة والحق والعلم.

وفي هذا الصدد نقترح ايضا تعديل نص المادة / ١٢١ من قانون الإثبات العراقي لتكون على الشكل الآتي:

حكم بغير ما انزل الله وارتشى في حكمه وحابى فيه شدت يساره الى يمينه ثم رمي به في جهنم)) رواه الامام الحافظ ابي عبدالله الحاكم النيسابوري ، المستدرك على الصحيحين ، ج٤ ، المجلد الرابع ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٨ ، ص١٠٣ ؛ اما في القوانين الوضعية فقد تطرقت بشكل مباشر اوغير مباشر الى هذا المبدأ ، ومما يؤكد على اتجاه القوانين عموما نحو الزام القاضي بالحياد هو تحديد طرق الاثبات القانونية على سبيل الحصر ، الامر الذي لا يتمكن معه القاضي من الاستناد على طرق لم تنص عليه القوانين ، كذلك فان الزام القاضي بالحياد تظهر بوضوح في اتساع قواعد الاثبات باجراءات معينة مما يوجب على القاضي اتباع تلك الاجراءات المحددة سلفا ، وبهذا فقد تباينت لذلك ظهور هذا المبدأ في كل تشريع بحسب المذهب الذي يعتنقه من مذاهب الاثبات ، فنلاحظ على سبيل المثال لا الحصر ان المبدأ يظهر على اشده في المذهب المقيد القانوني ، بينما يتلاشى وجوده في المذهب الحر والذي يطلق يد القاضي في اتخاذ كل ما يراه من اجل الوصول الى الحقيقة ، في حين ان التشريعات الوضعية التي تاخذ بمذهب الاثبات المختلط يظهر فيه هذا المبدأ تارة ويختفي بل يكاد ينعدم تارة اخرى ؛ وللمزيد من التفصيل حول مبدا حياد القاضي ينظر : د. فارس علي عمر الجرجري ، مبدأحياد القاضي المدني دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، الامارات ، ، ٢٠١٢ ، ص ١٤.

" يشترط في توجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل و ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل بحيث يتوافر فيها مبدأ الثبوت القانوني وهو كل دليل ناقص كمبدأ الثبوت بالكتابة وبغير الكتابة أو أي صورة أخرى له وعلى حسب الأحوال بحيث يكون من شأنه أن يجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال " .

وبهذا حصرنا شروط توجيه اليمين فقط عند توافر مبدأ الثبوت القانوني ، كما أوضحنا مفهوم هذا المبدأ بحيث يستوعب كل حالاته وصوره ، و أوجدنا التنظيم المناسب له بصياغة نظرية مستقلة له بدل من هذا التشتت ، بحيث لا يصعب الرجوع إليه ليأخذ دوره المهم و المتميز في النظام القانوني للإثبات القضائي.

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على اليمين المتممة

إن الخصم الذي توجه اليه اليمين المتممة ليس له الخيار الا بين حالتين ، اما أن يؤديها وأما أن يمتنع عن ادائها ولا يجوز له ردها ، فان حلفها انتجت اثاراً ، وان امتنع عن حلفها انتجت اثاراً مغايرة لتلك الاثار ، واستكمالاً لبحث هذا الموضوع ، ينبغي علينا ان نتناول آثار حلف اليمين المتممة اولاً ، ومن ثم نتناول اثار النكول عن حلف اليمين المتممة ثانياً ، وذلك ضمن الفرعين الاتيين :

المقصد الأول : الآثار المترتبة على حلف اليمين المتممة .
المقصد الثاني : الآثار المترتبة على النكول عن حلف اليمين المتممة .

المقصد الأول

الاثار المترتبة على حلف اليمين المتممة

لاشك انه من الطبيعي جدا أن يحصل حلف اليمين المتممة من الخصم شخصياً ، فعلى من وجهت اليه هذه اليمين أن يؤديها بنفسه ولا يجوز له أن يوكل غيره في الحلف ، وذلك استناداً لاحكام المادة /١١٢ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه " تجري النيابة في طلب التحليف ولا تجري في اليمين" وتطابقها المادة /٦٨ من قانون البينات الاردني ، الا انه لا يوجد نص مماثل في القوانين المقارنة ([٤٥]) .

والملاحظ في هذا المجالً أن هذه المادة من القانون العراقي هي مقتبسة نصاً من الفقه الإسلامي ، وذلك عن طريق مجلة الاحكام العدلية التي كانت تاخذ بها في المادة /١٧٤٥ التي نصت على انه " تجري النيابة في التحليف ولكن لا تجري في اليمين بناء عليه لوكلاء الدعاوى ان يحلفوا الخصم ولكن اذا توجهت اليمين على موكليهم يلزم تحليف الموكلين بالذات ولا يصح تحليف وكلائهم " .

وقد جاء في شرح المادة انه " .. بما ان التحليف يترتب عليه مسؤولية معنوية فاذا عجز المدعي عن اثبات دعواه ولم يكن وليه ماذونا صريحا في سند التوكيل الذي في يده بطلب التحليف فلا يكون تكليفه المدعى عليه لليمين كتكليف الاصيل ولو طلب وكيل المدعي يمين المدعي عليه بصورة خارجة عن ماذونيته وقبل المدعي عليه اليمين فلا يلزم من ذلك سقوط المدعي الاصيل من دعواه ... ومثل الوكيل الوصي والمتولي وابو الصغير فانهم يملكون الاستحلاف ولا يحلف احد منهم الا اذا ادعي عليه العقد او صح اقراراه على الاصيل فانه يستحلف حينئذ كالوكيل بالبيع فان اقراراه صحيح على الموكل فكذا نكوله وكالوكيل بالخصومة في الرد بالعيب من جهة المالك فانه يستحلف لان اليمين رجاء النكول واقرار الوكيل على الموكل صحيح فكذا نكوله. درر.." ([٤٦]) .

كما نصت المادة /١٧٤٣ من مجلة الاحكام العدلية ايضا على انه " اذا قصد تحليف احد الخصمين يحلف باسمه تعالى بقوله والله او بالله مرة واحدة بدون تكرار " .

([٤٥]) تنظر : المادة /٦٨ من قانون البينات الاردني .

([٤٦]) سليم رستم باز، شرح المجلة، المطبعة الادبية، بيروت ،١٨٨٩، ص ١٠١٩ (الفصل الثالث – في بيان التحليف) ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر : علي حيدر ، مرجع سابق ، ج٤ ، ص٤٥١– ٤٥٢ .

وجاء في صدد شرح هذه المادة انه " وتغلظ اليمين بذكر صفاته تعالى مثل قوله والله الذي لااله الا هو عالم الغيب والشهادة هو الرحمن الرحيم الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي ادعاه هو كذا وكذا ولاشئ منه وهذا أي التغليظ اذا شاء القاضي لان احوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه وتغلظ عليه لعله يمتنع بذلك والاختيار في صفة التغليظ الى القاضي يزيد فيه ما شاء وينقص ما شاء الى انه يحتاط ويحترز من التكرار أي من عطف بعض الاسماء على البعض والا لتعدد اليمين ..." (٤٧).

كما نصت المادة /١٧٤٤ من مجلة الاحكام العدلية على انه " لا تكون اليمين الا بحضور الحاكم او نائبه ولا اعتبار بالنكول عن اليمين في حضور غيرهما " .

وقد جاء في شرحها انه " قال في الدر المختار قيدنا بتحليف الحاكم لانهما لو اصطلحا على ان يحلف عند غير قاضي ويكون برئيا فهو باطل لان اليمين حق القاضي مع طلب الخصم ولا عبرة ليمين ولا نكول عند غير القاضي .. قال في التنوير وشرحه للعلائي وصح في داء اليمين والصلح عنه لحديث ذبوا عن اعراضكم باموالكم ولا يحلف المنكر بعده ابدا وقيد بالفداء والصلح لان المدعي لو اسقط اليمين قصدا لان قال بريئت من الحلف او تركته عليه او وهبته لايصح وله التحليف بخلاف البراءة عن المال لان التحليف للحاكم وكذا اذا اشترى يمينه لم يجز لعدم ركن البيع " (٤٨) .

والغالب أن الخصم اذا حلف اليمين المتممة قضى لمصلحته ، الا انه لا تلزم المحكمة بعد أن يحلف الخصم هذه اليمين أن تقضي لمصلحته ، وذلك لان هذه اليمين لا تنهي النزاع ، بل هي طريق تحقيقي قد يصل منها القاضي إلى الاقتناع بالحكم لمصلحة من حلفها مستقلاً في ذلك عن ارادة الطرفين (٤٩) .

وقد يحدث أن القاضي وبعد تحليف اليمين المتممة ، او قبل صدور قرار الحكم أن يجد الادلة التي تقنعه ، بان ادعاء الطرف الذي حلف اليمين المتممة غير صحيحة ، فهنا بامكان القاضي أن يحكم ضد من حلف هذه اليمين ، بل وليس من الضروري ذلك كما ذهب اليه

---

(٤٧) سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص١٠١٧ (الفصل الثالث – في بيان التحليف) ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر : علي حيدر ، مرجع سابق ، ص ٤٤٩.

(٤٨) سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص ١٠١٨ (الفصل الثالث – في بيان التحليف ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر : علي حيدر ، مرجع سابق ، ص ٤٥٠ .

(٤٩) ينظر : د. احمد نشأت ، مرجع سابق ، جـ٢ ، ص١٧٤.

الاستاذ السنهوري ، فقد يعيد النظر في القضية بعد الحلف وقبل الحكم ويقتنع بغير ما كان مقتنعاً به عند توجيه اليمين المتممة ، فيقضي ضده من حلف [٥٠] .

ونلاحظ هنا الاتفاق مع نظرة فقهاء الشريعة الاسلامية ليمين المدعي عند القضاء بشاهد ويمين ، حيث وصفوها بانها يمين تقوية وتوكيد لشهادة الشاهد [٥١] ، اذ أن الأئمة الشافعية والمالكية والحنابلة قد فهموا أن اليمين تجب على اقوى المتداعين ، فاذا كان جانب المدعي عليه قوياً ، كما اذا لم توجد للمدعي أدلة ، فهنا يحلف المدعي عليه ، اما في حالة اذا كان جانب المدعي قوياً ، كما اذا كان له شاهد واحد في دعاوى الاموال ، فان المدعي يحلف مع شاهده ويقضي له [٥٢] .

المقصد الثاني

الاثار المترتبة على النكول عن حلف اليمين المتممة

([٥٠]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، جـ٢، ص٥٨٤.

([٥١]) ينظر : احمد بن محمد الصاوي المالكي ، بلغة السالك لاقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك ، ج٣ ، مصطفى البابي الحلبي واولاده ، مصر ، ١٩٥٢ ، ص٣٥١.

([٥٢]) ينظر : محمد الحبيب النجكاني ، النظرية العامة للقضاء والاثبات في الشريعة الاسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، دون سنة طبع ، ص٣٠٢.

إن النكول عن حلف اليمين المتممة كحلفها لا يقيد المحكمة ، لانه كما ذكرنا سابقا ان اليمين المتممة عبارة عن اجراء ودليل اثبات تكميلي ذو قوة محدودة في الاثبات ، فهي وسيلة يستخدمها القاضي لاكمال مبدأ الثبوت القانوني .

فعندما يوجه القاضي اليمين المتممة إلى الخصم ، اما أن يحلفها هذا الخصم او ينكل عنها ، فاذا نكل عنها فان الادلة الناقصة التي قدمها تبقى على حالها دون تغيير ، لأن المحكمة وجهت له اليمين من اجل استكمالها ، وعند نكوله تكون قد ازدادت الشكوك والريبة في صحة ادعائه ، وعند ذلك غالباً ما تحكم المحكمة ضده ، اما اذا وجدت المحكمة من خلال تدقيق اوراق الدعوى أن الادلة المبرزة كافية او قدمت ادلة جديدة لتكمل الادلة الناقصة الموجودة في الدعوى ، فتحكم المحكمة لمصلحة من نكل دون الاعتداد بنكوله ([٥٣]) .

الا انه قد يقوم من صدر الحكم ضده باستئناف الحكم ، وعند ذاك يكون لمحكمة الاستئناف الحرية في التقدير ، فقد تقضي هذه المحكمة لمصلحة من نكل على الرغم من نكوله ، وقد توجه اليه اليمين المتممة مرة اخرى فيحلفها او ينكل عنها ، وفي كلا الحالتين بالطبع يكون لها حق التقدير فهي لا تتقيد بما اصدرته محكمة الموضوع ، ولكن ينبغي عليها عند اصدار حكمها أن تسببه تسبباً مسوغاً ([٥٤]) .

وتجدر الاشارة إلى أن من وجهت اليه هذه اليمين لا يستطيع أن يردها على خصمه ، استناداً لاحكام المادة /١٢٣ من قانون الاثبات العراقي ، اذ نصت على انه " لا يجوز للخصم الذي وجهت اليه المحكمة اليمين المتممة أن يردها على الخصم الاخر" وتطابقها المادة /١٢٠ اثبات مصري والمادة /٢٥٢ اصول محاكمات لبناني والمادة /١٢٤ من قانون البينات السوري والمادة/٣٤٩ من القانون المدني الجزائري النافذ رقم ٧٥-٨٥ لسنة ١٩٧٥ المعدل ، والمادة /٦٢ اثبات لدولة الامارات العربية المتحدة ([٥٥]).

اما المادة /١٣٦٨ من قانون المدني الفرنسي فقد جاءت مختلفة عنهم من ناحية الصياغة فقط ، اذ نصت على انه " اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى احد

([٥٣]) تنظر : د. بدرية عبد المنعم حسونة ، شرح قانون الاثبات الإسلامي السوداني وتطبيقاته القضائية ، ط١، طبع مطابع اكاديمية نايف للعلوم الامنية ، الرياض ، ٢٠٠١ ، ص١٨٦.

([٥٤]) ينظر : د. عبدالرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ج٢ ، ص٥٨٦.

([٥٥]) تنظر : المادة /١٢٠ اثبات مصري ؛ والمادة /٢٥٢ اصول محاكمات لبناني ؛ والمادة /١٢٤ بينات سوري ؛ والمادة /٣٤٩ من القانون المدني الجزائري النافذ رقم ٧٥-٨٥ لسنة ١٩٧٥ المعدل ؛ والمادة /٦٢ اثبات لدولة الامارات العربية المتحدة .

الخصمين لا يجوز ردها من هذا الخصم على الخصم الآخر " وليس هناك بالطبع نص مماثل في قانون البينات الاردني كما اشرنا اليه سابقاً ([٥٦]).

وعليه يتضح لنا مما سبق أن الخصم الموجه اليه هذه اليمين – وعلى العكس من اليمين الحاسمة – لا يستطيع أن يردها على خصمه لان هذه اليمين ملك للقاضي وحده كما سبق لنا القول ، وله في هذا حرية تعيين الخصم الذي توجه اليه ، فالقاضي يقوم بتوجيهها وليس الخصم وذلك لانها وسيلة تكميلية لاقتناع القاضي وليست احتكاماً لضمير الخصم حتى يجوز لهذا ردها ليتحكم هو إلى ضمير خصمه.

ومن الجدير بالذكر إلى أن هذا بتقديرنا هو الفرق الجوهري والاساسي الذي يميز اليمين المتممة عن اليمين الحاسمة ، التي تنتهي بها الدعوى بتوجيه المدعي اليمين إلى المدعي عليه اذا عجز عن اثبات حقه ([٥٧]) .

وأخيراً تجدر الاشارة إلى أن هناك صوراً خاصة من اليمين المتممة مشابهة لها في امور ، ومختلفة عنها في امور اخرى ، توجه في احوال معينة ، وقد الحقت باليمين المتممة لكونها تاتي لاتمام دليل يراه القانون ناقصاً ، فيلزم أن يستكمله القاضي باليمين .

ومن هذه الصور الخاصة من اليمين المتممة هي : يمين الاستظهار ويمين الاستحقاق ويمين رد المبيع لعيب فيه ويمين الشفعة وغيرها مما سيرد شرحه مفصلا ضمن هذه الدراسة ، وهذه الايمان كانت معروفة ايضاً بالفقه الإسلامي ، حيث نصت عليها المادة /١٧٤٦ من مجلة الاحكام العدلية على انه " لا يحلف الا بطلب الخصم ولكن يحلف من قبل الحاكم في اربعة مواضع بلا طلب الاول اذا ادعى احد من التركة حقا واثبته فيحلفه الحاكم على انه لم يستوف في هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ولا ابرأه ولا احاله على غيره ولا اوفي من طرف احد وليس للميت في مقابلة هذا الحق رهن ويقال لهذا يمين الاستظهار الثاني اذا استحق احد المال واثبت دعواه حلفه الحاكم على انه لم يبع هذا المال ولم يهبه لاحد ولم يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه .الثالث اذا اراد المشتري رد المبيع لعيبه حلفه الحاكم على انه لم يرضى بالعيب قولا او دلالة كتصرفه تصرف الملاك على ما ذكر في مادة /٣٤٤ . الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بانه لم يبطل شفعته يعني لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه ويستحلف ايضا بلا طلب الخصم في مسالة خامسة وهي اذا طلبت المرأة فرض النفقة على

([٥٦]) تنظر : المادة / ١٣٦٨ من القانون المدني الفرنسي.

([٥٧]) للمزيد من التفصيل حول الفروق الاخرى بين اليمينين اليمين المتممة واليمين الحاسمة ينظر : د. رزق الله انطاكي ، اصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ، ط٥ ، مطبعة دمشق ، ١٩٦٢ ، ص٦٢٥.

زوجها الغائب تستحلف انه لم يطلقها زوجها ولم يترك لها شيئا ولا اعطاها النفقة وهذا على قول ابي يوسف المفتى به – تكملة عن البحر – " ([٥٨]) .

وقد جاء في هذا الخصوص ايضا ان " والتحليف في الموضع الاول من الخمسة المواضع بالاتفاق والتحليف في الاربعة المواضع الاخرى على قول الامام ابي يوسف .. " ([٥٩]) .

وهذه المادة قد اقتبستها المادة /١٢٤ من قانون الاثبات العراقي ، والتي تطابقها المادة /١٢٣ من قانون البينات السوري والمادة /٥٤ من قانون البينات ألاردني ، ولم يرد نص مماثل لهم في القوانين المقارنة الأخرى ([٦٠]) .

واخيرا نؤكد على انه سيتم شرح ذلك وتوضيحه مفصلا ضمن هذه الدراسة ، واردنا التنويه عنه مقدما ومن الله تعالى التوفيق والسداد انه ولي ذلك والقادر عليه .

الفرع الرابع

الاستدلال على شرعية اليمين المتممة في الشريعة الاسلامية

([٥٨]) للمزيد من التفصيل حول شرح هذه المادة ينظر : سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص١٠٢٠.

([٥٩]) علي حيدر ، مرجع سابق ، ص٤٥٣.

([٦٠]) ينظر : المادة /١٢٤ من قانون الاثبات العراقي والمواد المطابقة لها في القوانين المقارنة كالمادة /١٢٣ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /٥٤ من قانون البينات ألاردني.

ان الادلة الواردة في الفقه الاسلامي على مشروعية العمل باليمين المتممة كثيرة ، وقد توصلنا الى استنباطها والاستدلال عليها من ادلة الاحكام الشرعية الاصلية النقلية المتفق عليها، وهي الكتاب والسنة النبوية، وسيتم توضيح ذلك بالتفصيل ضمن المقصدين الآتيين :

المقصد الأول : الاستدلال على شرعية اليمين المتممة من كتاب الله تعالى .
المقصد الثاني: الاستدلال على شرعية اليمين المتممة من السنة النبوية .

المقصد الأول
الاستدلال على شرعية اليمين المتممة من كتاب الله تعالى

بداية فقد ورد على مشروعية اليمين عموما ادلة في كتاب الله تعالى القرآن الكريم ، فقد جاء في قوله تعالى : ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ ۖ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَٰثَةِ أَيَّامٍ ۚ ذَٰلِكَ كَفَّٰرَةُ أَيْمَٰنِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ ۚ وَٱحْفَظُوٓا۟ أَيْمَٰنَكُمْ ۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمْ ءَايَٰتِهِۦ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ ﴿٨٩﴾ ﴾ ([61]).

كما ورد في قوله تعالى :﴿ وَلَا تَجْعَلُوا۟ ٱللَّهَ عُرْضَةً لِّأَيْمَٰنِكُمْ أَن تَبَرُّوا۟ وَتَتَّقُوا۟ وَتُصْلِحُوا۟ بَيْنَ ٱلنَّاسِ ۗ وَٱللَّهُ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٤﴾ ﴾ ([62]) .

وقوله تعالى ايضا :﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُو۟لَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمْ فِى ٱلْءَاخِرَةِ وَلَا يُكَلِّمُهُمُ ٱللَّهُ وَلَا يَنظُرُ إِلَيْهِمْ يَوْمَ ٱلْقِيَٰمَةِ وَلَا يُزَكِّيهِمْ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٧٧﴾ ﴾ ([63]).

وقوله تعالى جل ذكره ﴿ لَّا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا كَسَبَتْ قُلُوبُكُمْ ۗ وَٱللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴿٢٢٥﴾ ﴾ ([64]).

وقوله جل ذكره ايضا: ﴿ وَأَوْفُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ إِذَا عَٰهَدتُّمْ وَلَا تَنقُضُوا۟ ٱلْأَيْمَٰنَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ ٱللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا ۚ إِنَّ ٱللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴿٩١﴾ ﴾ ([65]) .

وقوله تعالى :﴿ وَلَا تَشْتَرُوا۟ بِعَهْدِ ٱللَّهِ ثَمَنًا قَلِيلًا ۚ إِنَّمَا عِندَ ٱللَّهِ هُوَ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴿٩٥﴾ ﴾ ([66]).

([61]) سورة المائدة /آية ٨٩.

([62]) سورة البقرة / آية ٢٢٤.

([63]) سورة آل عمران /آية ٧٧.

([64]) سورة البقرة / آية ٢٢٥.

([65]) سورة النحل /آية ٩١.

وقوله جل جلاله ايضا : ﴿ وَأَقْسَمُوا۟ بِٱللَّهِ جَهْدَ أَيْمَٰنِهِمْ لَئِن جَآءَتْهُمْ ءَايَةٌ لَّيُؤْمِنُنَّ بِهَا ۚ قُلْ إِنَّمَا ٱلْءَايَٰتُ عِندَ ٱللَّهِ ۖ وَمَا يُشْعِرُكُمْ أَنَّهَآ إِذَا جَآءَتْ لَا يُؤْمِنُونَ ﴿١٠٩﴾ ﴾ (٦٧).

كما ورد في كتاب الله تعالى القرآن الكريم ما يدل على الاشارة الى اليمين المتممة في قصة الوصية في السفر في قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ عَلَيْكُمْ أَنفُسَكُمْ ۖ لَا يَضُرُّكُم مَّن ضَلَّ إِذَا ٱهْتَدَيْتُمْ ۚ إِلَى ٱللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ ﴿١٠٥﴾ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ شَهَٰدَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ حِينَ ٱلْوَصِيَّةِ ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِى ٱلْأَرْضِ فَأَصَٰبَتْكُم مُّصِيبَةُ ٱلْمَوْتِ ۚ تَحْبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعْدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِى بِهِۦ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَىٰ ۙ وَلَا نَكْتُمُ شَهَٰدَةَ ٱللَّهِ إِنَّآ إِذًا لَّمِنَ ٱلْءَاثِمِينَ ﴿١٠٦﴾ فَإِنْ عُثِرَ عَلَىٰٓ أَنَّهُمَا ٱسْتَحَقَّآ إِثْمًا فَءَاخَرَانِ يَقُومَانِ مَقَامَهُمَا مِنَ ٱلَّذِينَ ٱسْتَحَقَّ عَلَيْهِمُ ٱلْأَوْلَيَٰنِ فَيُقْسِمَانِ بِٱللَّهِ لَشَهَٰدَتُنَآ أَحَقُّ مِن شَهَٰدَتِهِمَا وَمَا ٱعْتَدَيْنَآ ۖ إِنَّآ إِذًا لَّمِنَ ٱلظَّٰلِمِينَ ﴿١٠٧﴾ ﴾ (٦٨) .

وجاء في تفسير الآية الكريمة : (قال عمر هذه اعضل ما في السورة من الأحكام، فاذا اطلعت على انهما الشاهدان استوجبا خيانة واخذهما ما ليس لهما أو باليمين الكاذبة أو بالشهادة الباطلة فاخران يقومان مقامهما في الايمان او في الشهادة من الذين استحق عليهم الايصاء فيحلفان الآخران اللذان يقومان مقام الشاهدين – ان للذي قال صاحبنا في وصيته حق وان المال الذي وصى به اليكما كان اكثر مما اتيتمان به وان هذا الاناء لمن متاع صاحبنا الذي خرج به معه وكتبه في وصيته وانكما خنتما – فيميننا أحق من يمينهما فصح ان الشهادة قد تكون بمعنى اليمين وما تجاوزنا الحق في قسمنا ان كنا حلفنا على باطل واخذنا ما ليس لنا) (٦٩) .

وتجدر الاشارة الى ان ملخص قصة الوصية في السفر وردت عن ابن عباس (ﷺ) قال : (خرج رجل من بني سهم مع تميم الداري وعدي بن بداء فمات السهمي بأرض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقدوا جام فضة مخوصاً بالذهب ، فاحلفهما رسول الله (ﷺ) ثم وجد الجام بمكة فقالوا اشترياه من تميم وعدي فقام رجلان من اولياء السهمي فحلفا لشهادتنا أحق من

---

(٦٦)سورة النحل / آية ٩٥.

(٦٧) سورة الانعام /آية ١٠٩.

(٦٨) سورة المائدة / آية ١٠٧

(٦٩) الامام ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، تفسير القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، جـ٣، ، دار الشعب ، القاهرة ، من دون سنة طبع ، ص٢٣٥٥، وللمزيد من التفصيل ينظر ايضا : سعيد حوى، الاساس في التفسير، المجلة ٣، ط ٣، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة القاهرة، ١٩٩١، ص ١٥٣٦-١٥٣٧ .

شـهادتهما وان الجـام لصـاحبنا ، قـال فنزلـت فـيهم ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ شَهَٰدَةُ بَيۡنِكُمۡ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلۡمَوۡتُ حِينَ ٱلۡوَصِيَّةِ ٱثۡنَانِ ذَوَا عَدۡلٖ مِّنكُمۡ أَوۡ ءَاخَرَانِ مِنۡ غَيۡرِكُمۡ إِنۡ أَنتُمۡ ضَرَبۡتُمۡ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَأَصَٰبَتۡكُم مُّصِيبَةُ ٱلۡمَوۡتِۚ تَحۡبِسُونَهُمَا مِنۢ بَعۡدِ ٱلصَّلَوٰةِ فَيُقۡسِمَانِ بِٱللَّهِ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ لَا نَشۡتَرِي بِهِۦ ثَمَنٗا وَلَوۡ كَانَ ذَا قُرۡبَىٰ وَلَا نَكۡتُمُ شَهَٰدَةَ ٱللَّهِ إِنَّآ إِذٗا لَّمِنَ ٱلۡأٓثِمِينَ ١٠٦ ﴾ مـن سـورة المائـدة /١٠٦ الآية) ([٧٠]) .

وبتقديرنا ان الشارع الحكيم جعل الايمان للمدعين عند ظهور اللوث ([٧١])، اي العلامة او القرينة الدالة على الصدق بخيانة الوصيين ، فشرع لهما ان يحلفا يمينا مكملة متممة ، وبهذا يقضي لهم ويستحقا لظهور اللوث ، كما شرع لمدعي الدم في القسامة ان يحلفوا ويستحقوا دم وليهم لظهور اللوث ، فكانت اليمين لقوتها بظهور اللوث ([٧٢])، وجاءت اليمين المتممة هنا من باب الحكم لهم بيمين القائمة مقام الشهود بقوة جانبهم ، كما حكم (ﷺ) للمدعي بيمينه لما قوى جانبية بالشاهد الواحد، فقوة جانب هؤلاء بظهور خيانة الوصيين كقوة جانب المدعي بالشهادة ، وهذا محض العدل ومقتضى اصول الشرع وموجب القياس الصحيح ان تكمل هذه القرينة الضعيفة من البينة غير الكاملة ونعززها باليمين المتممة لتصبح بمثابة دليل كامل في الدعوى والله تعالى اعلى واعلم ([٧٣]) .

المقصد الثاني

الاستدلال على شرعية اليمين المتممة من السنة النبوية

([٧٠]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام ابي داؤد سليمان الاشعث السجستاني الازدي ، سنن ابي داؤد ، مرجع سابق ، ص ٦١٠ (باب شهادة أهل الذمة وفي الوصية في السفر، رقم الحديث ٣٦٠٣) .

([٧١]) مما تجدر الاشارة اليه في هذا المجال ان المقصود باللوث هو الطي واللي والمطالبات بالحقاء ، وهي عند الامام الشافعي شبه الدلالة فلا تكون ببينة تامة بل ضعيفة وغير كاملة ، وللمزيد من التفصيل ينظر : ابو القاسم السمناني و روضة القضاء وطريق النجاة ، ج٣ ، تحقيق صلاح الدين الناهي ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٧٣ ، هامش ٢، ص ١٢٠٨ .

([٧٢]) للمزيد من التفصيل ينظر : ابو الحسن الراشداني المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، ج٤ ، مطبعة البابي الحلبي واولاده ، مصر ، ١٩٦٥ ، ص٢١٦ .

([٧٣]) ينظر: الامام ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، ، فتاوي رسول الله (ﷺ) ، تحقيق قاسم الشماعي الرفاعي ، مكتبة النهضة ، بغداد ، ١٩٨٨، ص١٤٢.

اما الاشارات التي وردت في السنة النبوية الشريفة عن اليمين المتممة فعديدة نذكر منها ، انه جاء في قوله تعالى : ﴿ إِنَّآ أَنزَلۡنَآ إِلَيۡكَ ٱلۡكِتَٰبَ بِٱلۡحَقِّ لِتَحۡكُمَ بَيۡنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُۚ وَلَا تَكُن لِّلۡخَآئِنِينَ خَصِيمٗا ١٠٥ ﴾ ([٧٤]) .

وذكر الامام القرطبي في تفسيره للاية الكريمة انه : (في هذه الايه تشريف للنبي محمد (ﷺ) وتكريم وتعظيم وتفويض اليه وتقويم ايضا على الجادة في الحكم بما اراه على قوانين الشرع اما بوحي ونص او بنظر جار على سنن الوحي ، وهذا اصل في القياس ويدل على ان النبي (ﷺ) اذا رأى شيئا اصاب لان الله تعالى اراه ذلك وقد ضمن الله تعالى لانبيائه العصمة) ([٧٥]) .

والقضاء بالشاهد واليمين هو مما اراه الله تعالى لنبيه (ﷺ) ، وقد حكم به كما ورد عن ابن عباس (رضي الله عنهما) : ((ان رسول الله (ﷺ) قضى بيمين وشاهد)) ([٧٦]) ، وعن ابن هريرة (رضي الله عنه) : ((قضى رسول الله (ﷺ) باليمين مع الشاهد الواحد)) رواه الامام الترمذي وقال عنه انه حديث حسن غريب ([٧٧]) .

وكذلك ما ورد عن سرق : ((ان النبي (ﷺ) اجاز شهادة الرجل ويمين الطالب)) ([٧٨]) ، وأحاديث كثيرة اخرى وردت في ذلك ، وقد استدل الامام الشافعي ومن معه بعدة احاديث رواها

([٧٤]) سورة النساء / الاية ١٠٥.

([٧٥]) الامام القرطبي، مرجع سابق، جـ ٣، ص ١٩٤٥.

([٧٦]) رواه : الامام ابو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٤ – ٢٦١ هـ) ، صحيح مسلم ، ط١ ، تحقيق وتخريج احمد زهو ة واحمد عناية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٤، ص ٧٢٨ (كتاب الاقضية ، باب اليمين مع الشاهد، رقم الحديث ٤٤٧٢) ؛ الإمام أبو داود، سنن أبي داود ، مرجع سابق ، ص٦١١ (كتاب الاقضية ، باب القضاء باليمين والشاهد، رقم الحديث ٣٦٠٥)؛ الحافظ أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (٢٧٥هـ)، سنن ابن ماجة، ضبط نصها احمد شمس الدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠٠٤، ص ٣٧٩(كتاب الاحكام ، باب القضاء بالشاهد واليمين ، رقم الحديث ٢٣٧٠) واللفظ للامام مسلم .

([٧٧]) الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي(٢٠٩–٢٩٧هـ) ، سنن الترمذي الجامع الصحيح ، ط١ ، حققه وأخرجه الشيخ خليل مأمون شيحه، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ، ٢٠٠٢، ص٥٦٣ (كتاب الاحكام ، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد ، رقم الحديث ١٣٤٣) ؛ كما جاء ايضا في سنن ابن ماجه انه ورد ((عن ابي هريرة (رضي الله عنه) ان رسول الله (ﷺ) قضى باليمين مع الشاهد)) ينظر : الامام ابن ماجه ، سنن ابن ماجة، مرجع سابق ، ص ٣٧٨(كتاب الاحكام ، باب القضاء بالشاهد واليمين ، رقم الحديث ٢٣٦٨).

([٧٨]) رواه : الامام ابن ماجه ، سنن ابن ماجة، مرجع سابق ، ص ٣٧٩(كتاب الاحكام ، باب القضاء بالشاهد واليمين ، رقم الحديث ٢٣٧١).

نيف وعشرون من الصحابة (ﷺ) عن رسول الله (ﷺ) انه قضى بشاهد ويمين : منها ما رواه احمد ومسلم وابو داود وابن ماجة عن ابن عباس، ان رسول الله (ﷺ) قضى بيمين وشاهد، ومنها ما رواه احمد والدار قطني عن علي بن ابي طالب (ﷺ) _ كرم الله وجهه _ ان النبي (ﷺ) قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق، ومنها ماروى عن ابي هريرة (ﷺ) ان النبي (ﷺ) قضى باليمين مع الشاهد الواحد، رواه ابن ماجة والترمذي وابو داود الى غير ذلك من الاحاديث ، لذا ذهب جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم الى جواز القضاء بشاهد ويمين ، والقول بان القضاء بشاهد واحد مع يمين مكملة هي يمين المدعي مخالفة لكتاب الله تعالى فهو قول غير صحيح ، لان عدم ذكر الشاهد واليمين في الكتاب ليس معناه عدم صحة القضاء بها، ولا سيما قد وردت بذلك السنة الصحيحة، اذا ليس من سنن الرسول (ﷺ) ما يخالف كتاب الله تعالى ([٧٩]) .

وقد ذكر الامام الشافعي واحمد ومالك وحدد القضاء في الشاهد واليمين انما يكون ذلك في الاموال خاصة ولا يقع في حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عتاق ولا سرقة ولا قتل ([٨٠]) .

وفي هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان هناك من لا يجيز القضاء بشاهد واحد ويمين المدعي ، وهم مذهب المانعين ، وقد قال بهذا الاحناف والاندلسيون من اصحاب مالك والاوزاعي والنخعي والشعبي والثوري والكوفيون والليث والحكم والزهري وجمهور اهل العراق، اذا استدلوا في ذلك بادلة من القران الكريم والسنة النبوية والمعقول ([٨١]) .

فالقضاء بشاهد واحد مع يمين المدعي يعني ان هذه اليمين الموجهة للمدعي هي بالحقيقة والواقع يمين مكملة لنصاب الشهادة ، فهي اذن يمين تقوية وتوكيد لشهادة الشاهد ، والائمة الشافعية والمالكية والحنابلة قد فهموا ان اليمين تجب على اقوى المتداعين، فاذا كان جانب المدعي عليه قويا، كما اذا لم توجد للمدعي ادلة كافية في الدعوى فهنا يحلف المدعي

([٧٩]) للمزيد من التفصيل ينظر : احمد ابراهيم ، طرق القضاء في الشريعة الاسلامية، المطبعة السلفية، القاهرة، ١٩٢٨ ص٢٧٠ وما بعدها.

([٨٠]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام محمد بن ادريس الشافعي، الام، مرجع سابق ، ج ٨ ، ص ١٩٥.

([٨١]) للمزيد من التفصيل ينظر : محمد رضا عبد الجبار العاني، القضاء بشاهد واحد مع يمين المدعي في الشريعة والقانون، مرجع سابق ، ص ١٥٧.

عليه اليمين ، اما في حالة اذا كان جانب المدعي قوياً كما اذا كان له شاهد واحد في دعاوى الأموال فان المدعي يحلف مع شاهده ويقضى له بالحق ([٨٢]) .

ونتفق مع الرأي الذي يذهب الى ان الراجح هو مذهب الجمهور في جواز القضاء بشاهد واحد مع يمين تكميلية، هي يمين المدعي في الأموال وما آل المال ([٨٣]) ، فهذا فيه توسعه على القاضي وهو يسعى الى الوصول في احقاق الحقوق وردها الى اهلها، كما ان كل ما استدل به المانعون حقيقة لا ينهض حجة لمنع القضاء بشاهد ويمين ، فالحق أحق أن يتبع والله تعالى اعلى واعلم .

ومما تجدر الاشارة في هذا الخصوص الى انه ذهبت طائفة اخرى من قضاة المسلمين رحمهم الله تعالى ، الى جواز الحكم بشهادة الشاهد الواحد فقط اذا علم صدقه من غير يمين المدعي، وقد ذهب الى هذا المذهب الفقيه ابن قيم الجوزية، محتجاً بان النبي (ﷺ) أجاز شهادة الواحد في قضية السلب لأبي قتادة، وفي شهادة المرأة الواحدة في الرضاع مع انها شهدت على فعل نفسها، وفي شهادة الاعرابي وحده على رؤية هلال رمضان ([٨٤]) .

الا انه بتقديرنا المتواضع ان الشريعة الاسلامية لم تقبل شهادة الواحد بمفردها الا في مواطن معدودة محددة ، وان النبي (ﷺ) لما حكم بالشاهد واليمين لم يشترط اليمين، بل قوى بها شهادة الشاهد، وقد قال الامام ابو داؤد في سننه : (باب اذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له ان يحكم به) ثم ساق حديث خزيمة بن ثابت، فجعل النبي (ﷺ) شهادة خزيمة بشهادة رجلين ([٨٥]) .

ومن الادلة الاخرى على مشروعية اليمين المتممة، ما قضى به رسول الله (ﷺ) في القسامة – قسامة الدماء – التي دلت عليها السنة الصحيحة وأقرتها ، اذ ورد في ذلك

([٨٢]) للمزيد من التفصيل ينظر : احمد بن محمد الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، مرجع سابق ، جـ٣، ص٣٥١ ؛ ومحمد الحبيب التجكاني، النظرية العامة للقضاء والاثبات في الشريعة الاسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي، مرجع سابق ، ص ٣٠٢.

([٨٣]) ينظر : د. محي هلال السرحان، القضاء في الاسلام ، محاضرات القيت على طلبه المعهد القضائي في بغداد – العراق لعام ٢٠٠٠-٢٠٠١ ، مرجع سابق ، ص١٢٥ وما بعدها.

([٨٤]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، تحقيق ، محمد محي الدين عبد الحميد المؤسسة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦١، ص٨٨ وما بعدها.

([٨٥]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام ابو داؤد سليمان الاشعث السجستاني الازدي ، مرجع سابق ، ص٦١١ (كتاب الاقضية، باب اذا علم الحاكم صدق شهادة الشاهد الواحد له ان يقضي بحكم به ، رقم الحديث ٣٦٠٤).

((عن ابي شهاب عن رجل من اصحاب رسول الله (ﷺ) من الانصار، ان رسول الله (ﷺ) أقر القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية)) ([٨٦]) .

وصورة القسامة ان يوجد قتيل في محله ولم يعلم قاتله، ويدعي وليه قتله على شخص أو جماعة أو توجد قرينة تشعر بذلك يقال لها اللوث ، أي علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة ، فاذا طالب الاولياء دمه بالقسامة وتوافرت شروطها اجيبوا الى طلبهم، وحلف خمسون من صالحي الحي يختارهم أولياء القتيل، فيحلف كل واحد منهم بأنه لم يقتله ولا يعلم قاتله، فاذا حلفوا حكم بالدية على أهل المحلة ومن نكل حبس حتى يحلف أو يقر، وفي قول يجب القصاص اذا ادعوا على شخص معين او استحقوا الدية اذا كانوا ادعوا على شخص غير معين ([٨٧]) .

وتجدر الاشارة الى انه اختلف العلماء في الشبه التي تثبت بالقسامة، فمنهم من جعل الشبهة اللوث، كما لو شهد شاهد واحد على اقرار المقتول قبل ان يموت ان فلان قتلني أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما أو تهديد أو نحو ذلك ، ومنهم من لم يشترطه كالهادوية والحنفية، فانهم قالوا اذا وجد الميت وبه اثر القتل في محل يختص بمحصور مبين تثبت به القسامة عندهم اذا لم يدع المدعي على غيرهم لأن وجود الجثة في المحلة قرينة على ان القتل حدث من سكانها ([٨٨]).

كما ان هناك من يبدأ بايمان المدعين في القسامة بخلاف غيرها من الدعاوى، لأن جانب المدعي اذا قوى بشهادة أو شبهة صارت اليمين له، وهنا الشبهة قوية فصار المدعي في القسامة مشابهاً للمدعي عليه المتأيد بالبراءة الاصلية، وهذا ما ذهب اليه الائمة الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية ([٨٩]) .

([٨٦]) رواه : الامام مسلم في صحيحه، مرجع سابق، ص ٧٠٧ (كتاب القسامة والمحاربين..، باب القسامة، رقم الحديث ٤٣٥٠)

([٨٧]) للمزيد من التفصيل ينظر : محمد الحبيب التجكاني، مرجع سابق ، ص٣٠٤

([٨٨]) للمزيد من التفصيل ينظر : أبي الحسن الراشداني المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، مرجع سابق ، جـ٤، ص٢١٦.

([٨٩]) ينظر : الامام الشافعي ، مرجع سابق ، ج ٧ ، ص٢٢٦(كتاب القسامة ، باب ٢ من يقسم ويقسم فيه وعليه) .

اما الهادوية والحنفية وآخرون، فذهبوا الى ان يحلف المدعي عليه، ولا يمين على المدعين والى هذا جنح البخاري وذلك لاختلاف الروايات ([٩٠]) .

كما انه قد ثبت عن الرسول الكريم (ﷺ) انه عرض القسامة أولاً على المدعين، فلما أبوا جعلها من جانب المدعي عليهم ([٩١]) ، كما أجاز (ﷺ) أيضاً لأولياء القتيل أن يقسموا على عين القاتل للوث – وان لم يروه – ولم يدفعه اليهم فلما انكشف الأمر بخلاف ذلك تعين الرجوع اليه، كما لو شهد عليه أربعة انه زنا بامرأة ، ولم يحكم برجمه اذا ظهر انها عذراء، أو ظهر كذبهم، فان الحد يدرأ عنه ولم يحكم به ([٩٢]) .

وهكذا فان الأئمة الأحناف يرون اليمين دائماً من جانب المنكر حتى في القسامة، فيحلفون المدعي عليه، أما القائلين بتحليف المدعي وهم الأئمة الشافعية والمالكية والحنابلة، فالقاعدة عندهم، ان اليمين تشرع من جهة اقوى المتداعين، فاي الخصمين ترجح جانبه، جعلت اليمين من جهته، فاذا كان جانب المدعي عليه قوياً، كما اذا لم توجه للمدعي ادلة، فهنا يحلف المدعي عليه، اما في حالة اذا كان جانب المدعي قوياً، كما اذا كان له شاهد واحد في دعاوى الاموال، فان المدعي يحلف مع شاهده ويقضي له، فيمين المدعي توصف بانها يمين تقوية وتوكيد شهادة الشاهد فهي مكملة لنصاب الشهادة، وكما ان المدعي ترجح جانبه بالشاهد الواحد، فشرعت اليمين من جهته، كذلك أولياء الدم ترجح جانبهم باللوث فشرعت اليمين من جهتهم وأكدت بالعدد، كذلك اللوث في الحدود، كالزوج في اللعان، اذ شرع الله تعالى الايمان في جانب المدعي، اذا احتاج الى ذلك وتعذرت عليه اقامة البينة الكاملة، وشهدت القرائن بصدقة، وشرع للمرأة الحد بنكولها مع يمينه ، وفي هذا نزل القرآن الكريم ، وجاءت به السنة النبوية الكريمة أيضاً ، فقد ثبتت مشروعية اللعان في الشريعة الاسلامية في الكتاب والسنة ([٩٣]) ، اذ ورد في قوله تعالى في سورة النور/ آية ٦–٩ : ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ

([٩٠]) ينظر : د.شوكت عليان، الوجيز في الدعوى والاثبات في الشريعة الاسلامية ، ط١ ، الدار العربية للطباعة، ١٩٧٨، ص١٣١.

([٩١]) ينظر : د. عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الموضعي، جـ ٢، القسم الخاص ٢، ط٢، مطبعة المدني، القاهرة، ١٩٦٤، ص٣٢٦.

([٩٢]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام ابن القيم الجوزية، الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص٧١ .

([٩٣]) تجدر الاشارة الى انه ثبتت مشروعية اللعان في الشريعة الاسلامية في الكتاب القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، وللمزيد من التفصيل حول أحاديث اللعان ينظر : الإمام مسلم في صحيحه، مرجع سابق ، ص٦١٥(كتاب اللعان).

ٱلۡكَٰذِبِينَ ٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ٩ ﴾ (٩٤) .

ولهذا نلاحظ انه بدأ أولاً بايمان الزوج لقوة جانبه ، ولأنه مدعي وايمانه قائمة مقام البينة، ولكن كانت دون الشهود الأربعة في القوة، وجانبه أرجح من جانب المرأة قطعاً لما رآه وتيقنه منها، وهي علامة ولوث على خيانة زوجته، ومكنت الزوجة من ان تعارض ايمانه وتدفعها بايمانها، فاذا نكلت لم يكن لايمانه ما يعارضها، فعملت عملها وقواها نكول المرأة، فحكم عليها بايمانه المتممة لنكولها، فاذا أبت أن تدفعها ترجح جانبه فوجب عليها الحد (٩٥) .

فالزوجة اذن لم تحد بمجرد التعان الزوج وايمانه، ولا بمجرد نكولها، بل بمجموع الأمرين معا وأكدت الايمان بكونها أربعاً، كما أكدت ايمان المدعين في القسامة بكونها خمسين – كما لاحظنا– ولتقوم الايمان مقام الشهود، فجعل ايمان الزوج عند ظهور علامة ولوث على خيانة زوجته، وهي بينة ضعيفة غير كاملة وأكملت بنكول الزوجة عن الايمان، وأصبح الدليل كاملاً للحكم عليها بالحد.

الفرع الخامس
التطبيقات القضائية عن اليمين المتممة

حقيقة التطبيقات القضائية عن اليمين المتممة كثيرة سواء في احكام القضاء والفقة الاسلامي ام في احكام القضاء العراقي فلو عدنا الى كتب الفقهاء المسلمين لوجدنا ان هناك التطبيقات القضائية العديدة حول اليمين المتممة المتضمنة أحكام القضاء المسلمين من السلف

---

(٩٤) سورة النور/ آية ٦–٩ .

(٩٥) ينظر : الامام ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكمية ، مرجع سابق ، ص١٣٨.

الصالح – رضوان الله تعالى عليهم– كما ان القضاء العراقي لا يخلو أيضاً من التطبيقات القضائية عن اليمين المتممة والمتمثلة بالقرارات الصادرة عن المحاكم العراقية.

وللإحاطة بالموضوع بصورة شاملة ودراسته دراسة تفصيلية ، فان ذلك يتطلب منا ان تقسيم هذا الفرع على المقاصد الآتية :

المقصد الأول: التطبيقات القضائية عن اليمين المتممة في أحكام القضاء والفقه الاسلامي .
المقصد الثاني: التطبيقات القضائية عن اليمين المتممة في أحكام القضاء العراقي .

المقصد الأول
التطبيقات القضائية عن اليمين المتممة
في أحكام القضاء والفقه الاسلامي

بداية لابد ان نستدرك ما ذكرناه سابقا عند حديثنا عن مشروعية اليمين المتممة في السنة النبوية الشريفة والتي فصلنا الحديث فيها عن أحاديث كثيرة وردت عن سيدي رسول الله (ﷺ)

في الحكم بما اراه الله تعالى على قوانين الشرع اما بوحي ونص او بنظر جار على سنن الوحي ، وهذا يدل على ان النبي (ﷺ) اذا رأى شيئا اصاب لان الله تعالى اراه ذلك وقد ضمن الله تعالى لانبيائه العصمة ، والقضاء بالشاهد واليمين هو مما اراه الله تعالى لنبيه ﷺ ، وقد حكم به (ﷺ) اول قاضي في الاسلام ، كما ورد ذلك عن ابن عباس (رضي الله عنه) ان رسول الله (ﷺ) قضى بيمين وشاهد، وعن ابن هريرة (رضي الله عنه) ، وكذلك ما ورد عن سرق وقد استدلينا بها على مشروعية الحكم والقضاء بالشاهد الواحد واليمين من السنة النبوية الشريفة ([٩٦]) .

وحقيقة فان هناك أحاديث كثيرة اخرى وردت في هذا المجال ، وقد بينا انه قد استدل الامام الشافعي ومن معه بعدة احاديث رواها نيف وعشرون من الصحابة (رضي الله عنهم) عن رسول الله (ﷺ) انه قضى بشاهد ويمين : منها ما رواه احمد ومسلم وابو داود وابن ماجة عن ابن عباس(رضي الله عنه) ، ان رسول الله (ﷺ) قضى بيمين وشاهد ([٩٧]) ، ومنها ما رواه احمد والدار قطني عن علي بن ابي طالب (رضي الله عنه) وكرم الله وجهه ، ان النبي (ﷺ) قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق، ومنها ماروى عن ابي هريرة (رضي الله عنه) ان النبي (ﷺ) قضى باليمين مع الشاهد الواحد، رواه ابن ماجة والترمذي وابو داود الى غير ذلك من الاحاديث ([٩٨]) .

لذا فقد ذهب جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم الى جواز القضاء بشاهد ويمين ، والقول بان القضاء بشاهد واحد مع يمين مكملة هي يمين المدعي مخالفة لكتاب الله تعالى فهو قول غير صحيح ، لان عدم ذكر الشاهد واليمين في كتاب الله تعالى القرآن الكريم ليس معناه عدم صحة القضاء بها ، لا سيما قد وردت بذلك السنة الصحيحة ، اذ ليس من سنن

([٩٦]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام مسلم ، صحيح مسلم ، مرجع سابق ، ص ٧٢٨ (كتاب الاقضية ، باب اليمين مع الشاهد، رقم الحديث ٤٤٧٢) ؛ والإمام الترمذي ، سنن الترمذي ، مرجع سابق ، ص٥٦٣ (كتاب الاحكام ، باب ما جاء في اليمين مع الشاهد ، رقم الحديث ١٣٤٤) ؛ والامام ابن ماجه ، سنن ابن ماجة ، مرجع سابق ، ص ٣٧٩ (كتاب الاحكام ، باب القضاء بالشاهد واليمين ، رقم الحديث ٢٣٧١).

([٩٧]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام مسلم ، صحيح مسلم ، مرجع سابق ، ص ٧٢٨ (كتاب الاقضية ، باب اليمين مع الشاهد، رقم الحديث ٤٤٧٢)؛ والامام ابو داؤد ، سنن ابو داؤد ، مرجع سابق ، ص٦١١(كتاب الاقضية ، باب القضاء باليمين والشاهد ، رقم الحديث ٣٦٠٥)؛ والامام ابن ماجه ، سنن ابن ماجة، مرجع سابق ، ص ٣٧٩(كتاب الاحكام ، باب القضاء بالشاهد واليمين ، رقم الحديث ٢٣٧٠) .

([٩٨]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام ابن ماجه ، سنن ابن ماجة ، مرجع سابق ، ص ٣٧٨ (كتاب الاحكام ، باب القضاء بالشاهد واليمين ، رقم الحديث ٢٣٦٨) ؛ والإمام الترمذي ، سنن الترمذي، مرجع سابق ، ص٥٦٢ (كتاب الاحكام ، باب ماجاء في اليمين مع الشاهد ، رقم الحديث ١٣٤٣) ؛ والامام ابو داؤد ، سنن ابو داؤد ، مرجع سابق ، ص٦١١ (كتاب الاقضية ، باب القضاء باليمين والشاهد ، رقم الحديث ٣٦٠٧).

رسول الله (ﷺ) ما يخالف كتاب الله تعالى مطلقا ([٩٩]) ، وقد ذكر الامام الشافعي واحمد ومالك وحدد القضاء في الشاهد واليمين انما يكون ذلك في الاموال خاصة ولا يقع في حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عتاق ولا سرقة ولا قتل ([١٠٠]) .

كما ذكر الفقيه العلامة ابن قيم الجوزية في كتاب الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، ان طرق القضاء والاثبات الاسلامي، لا يمكن حصرها وتحديدها بالبينة والاقرار واليمين والنكول والقسامة وعلم القاضي والقرينة الواضحة التي تجعل الأمر في حيز المقطوع به بل هي أي حجة تؤيد الدعوى ، وقد أوصلها في كتابه هذا الى سبعاً وعشرون طريقة ، واستدل عليها بما ورد من القرآن الكريم والأحاديث الصحيحة، أو فعل من أفعال الرسول الكريم (ﷺ) .

ومن طرق القضاء والاثبات كما يراها الفقيه الامام ابن القيم الجوزية رحمه الله تعالى، هو الحكم باليد مع يمين صاحبها، كما اذا ادعى عليه عيناً في يده فانكر فسأل أحلافه، فانه يحلف وتترك في يده لترجح جانب صاحب اليد، ولهذا شرعت اليمين من جهته، فان اليمين تشرع في جانب أقوى المتداعين، هذا اذا لم تكذب القرائن الظاهرة صاحب اليد، فان كذبتها لم يلتفت اليها، وعلم انها يد مبطلة، كما لو شاهد انسان يعدوا وبيده عمامة وعلى رأسه عمامة، وآخر خلفه حاسر الرأس ممن ليس شأنه أن يمشي حاسر الرأس، فان العلم المستفاد من القرينة أقوى من العلم المستفاد من اليد ([١٠١]) ، وهنا لا نقول لصاحب اليد القول قولك مع يمينك، لأنها تكذب القرائن الظاهرة، ولهذا لا يلتفت الى تلك اليد ([١٠٢]) .

ويترتب على ذلك ان قرينة صاحب اليد هي قرينة ضعيفة لا يستطيع القاضي ان يحكم بها لأنها دليل إثبات ناقص وضعيف ، ولكن اذا كانت من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال ولم تكذب اليد القرائن الظاهرة ، فيستطيع القاضي ان يكملها ويعززها بهذه اليمين المكملة المتممة ويحكم لصاحب اليد مع يمينه هذه .

([٩٩]) للمزيد من التفصيل ينظر : احمد ابراهيم ، طرق القضاء في الشريعة الاسلامية، مرجع سابق ، ص٢٧٠ وما بعدها.

([١٠٠]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام محمد بن ادريس الشافعي، الام، مرجع سابق ، ج ٨ ، ص ١٩٥.

([١٠١]) ينظر : الامام ابن القيم الجوزية (٧٥١هـ)، اعلام الموقعين عن رب العالمين ، جـ٢، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد طبع دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة طبع ، ص٣١٣ .

([١٠٢]) للمزيد من التفصيل ينظر : محمد سلام مدكور، القضاء في الاسلام، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٤، ص٧٥ وما بعدها.

وعلى هذا السياق فان تداعى اثنان شيئاً في يد احدهما، فالقول قول صاحب اليد بيمينه ([١٠٣]) ، حيث ان اليد قرينة من دلالات الظاهر على الملك، وكذلك فان القول قول الأب انه انفق على ولده الصغير مع اليمين ([١٠٤]) .

وهكذا يتضح لنا مما سبق انه قد يكون الشاهد طبيعياً – كما رأينا سابقاً– الذي يحلف مع المدعي في الأموال يميناً مكملة لنصاب الشهادة ، كذلك يمكن ان يكون هذا الشاهد معنوياً ايضا كما في مجال القرائن ، فاذا تداعى نجار وصباغ على منشاراً ، فالعرف يشهد ان المنشار يكون للنجار دون الصباغ ، فالعرف يعد هنا بمثابة شاهد معنوي ، فادعاء ما يوافق العرف يعتبر بمثابة شاهداً، ولكن لم تكتمل الشهادة نصابها لذلك يحلف معه من قام هذا العرف لمصلحته يميناً مكملة – متممة – لنصاب الشهادة ويقضى له.

وهذا ما اخذ به مذهب الائمة الحنابلة وأيضاً المالكية فنص عليه صاحب التبصرة ، فيما لو اختلف عطار ودباغ في العطر والجلد، او اختلف فقيه وحداد في نحو الجبة والكير، او نجار وخياط في المنشار والقدم، او الطباخ والخباز اذا تنازعا في القدر ونحو ذلك ، فالفقهاء يعتبرونها دليلاً أولياً يترجح بها زعم أحد المتخاصمين مع يمينه المكملة ([١٠٥]) ، كذلك شهادة العرف في تداعي الزوجين المتاع ([١٠٦]) ، كما اذا تنازعت الزوجة مع زوجها في شيء ادعاه كل منهما انه ملك له وكان الشان والعرف يشهد على ان مثل هذا الشيء يختص بالمرأة فانه يقضى لها به مع يمينها ([١٠٧]) .

وتطبيقاً لذلك ، لابد لنا ان نعرج على ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية العثمانية من نصوص مواد تؤيد ذلك، فقد نصت المادة /١٧٧١ منها على انه (إذا اختلف الزوج والزوجة في أمتعة الدار التي سكناها ينظر الى الامتعة فان كانت من الاشياء التي تصلح للزوج فقط كالبندقية والسيف او من الاشياء الصالحة لكل من الزوج والزوجة كالأواني والمفروشات

([١٠٣]) ينظر : احمد بن الحسين الشهير بابي شجاع ، فتح القريب المجيب في شرح الفاظ التقريب، شرح محمد بن قاسم العربي، دار المثنى للطباعة والنشر، بغداد، دون سنة طبع، ص٨٩ .

([١٠٤]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، الاشباه والنظائر على مذهب الامام ابي حنيفة النعمان، تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي وشركاؤه للنشر والتوزيع، القاهرة، دون سنة طبع، ص٢٤٧ .

([١٠٥]) للمزيد من التفصيل ينظر : مصطفى احمد الزرقاء، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، جـ٢، مطبعة طربين، دمشق، ١٩٦٨، ص٩١٩-٩٢١ .

([١٠٦]) ينظر : د.احمد فتحي البهنسي، نظرية الاثبات في الفقه الجنائي الاسلامي، ط ٣، دار نافع للطباعة والنشر، ١٩٧١، ص٢١٨ .

([١٠٧]) ينظر : الامام ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، مرجع سابق، ص٢٢٢ .

ترجح بينة الزوجة وان عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوج بيمينه يعني إذا حلف بان تلك الاشياء ليست لزوجته يحكم بكونها له واما في الاشياء الصالحة للنساء فقط كالحلي والبسة النساء فترجح بينة الزوج وإذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوجة مع اليمين الا ان يكون احدهما صانع الاشياء الصالحة للآخر أو بائعها فالقول له مع اليمين على كل حال مثلاً القرط حلي مخصوص بالنساء ولكن إذا كان الزوج صائغاً فالقول له مع اليمين) ([١٠٨]) .

وقد جاء في شرح هذه المادة انه (اذ اختلف الزوج والزوجة حال بقاء النكاح او بعد الفرقة سواء اكانا مسلمين او كان الزوج مسلما والزوجة كتابية سواء كانا كبيرين او صغيرين في اشياء الدار التي سكناها معا – البحر– ينظر الى الاشياء ولا فرق في الحكم الاتي فيما اذا كانت الدار ملكهما المشترك او كانت ملكا لاحدهما او مأجورة او مستعارة لان الاعتبار لليد وليس للملك – رد المحتار والبحر– والاشياء هي كالطعام والبر واثاث البيت والذهب والفضة والحكم في الغرفة هو على هذا الوجه ايضا فاذا كانت من الاشياء التي تصلح للزوج فقط كالبندقية والسيف والاسلحة الاخرى والعمامة والجبة والقلنسوة والسراويل والكتاب والحصان او من الاشياء التي تصلح لكل من الزوج والزوجة كالاواني والمفروشات والحيوانات الاخرى والنقود ترجح بينة الزوجة لان الزوجة هي خارجة معنى والزوج ذو يد على زوجته وعلى مافي يدها من المال وبحكم المادة /١٧٥٧ ترجح بينة الخارج – البحر والزيلعي – واذا عجز كلاهما عن البينة فالقول للزوج مع اليمين اذ لم يقر الزوج انه اشترى تلك الاشياء من زوجته او ان زوجته قد وهبيته وسلمته المال المذكور يعني اذا حلف الزوج بان تلك الاشياء ليست لزوجته يحكم بكونها له لان ظاهر الحال الذي هو اليد شاهد للزوج – الدرر والزيلعي–) ([١٠٩]) .

كما جاء ايضا في شرحها انه (وذلك لان الزوجة ومافي يديها في يد زوجها فكان زوجها ذا اليد وهي خارجة وبينة الخارج اولى قال في التكملة لكن هذا مقيد بما اذا كانت البينة على الملك المطلق فان كانت على النتاج وسبب ملك لايتكرر كانت البينة لذي اليد فينبغي ان يجري هذا هنا .. وفي الخانية لو اختلافا في البيت فبينة الزوجة اولى لانها خارجة والقول للزوج بيمينه لان البيت يصلح لهما وكذا لو اختلفا بعد الطلاق أي فالقول قول الزوج لانها صارت

([١٠٨]) للمزيد من التفصيل ينظر : المواد/ ١٧٧٢ و ١٧٧٤ و ١٧٧٦ و ١٧٧٧ و ١٧٨٠ من مجلة الأحكام العدلية وشرحها لدى : سليم رستم باز، شرح المجلة ، مرجع سابق ، ص ١٠٥٩–١٠٧٦ (الفصل الثالث – في القول لمن وتحكيم الحال).

([١٠٩]) علي حيدر ، مرجع سابق ، ص ٤٩٨ .

اجنبية بالطلاق فزالت يدها – حامدية– وفيها ما نصه ذكر في البحر انه اذا اختلف الزوجان في غير متاع البيت وكان في ايديهما فانهما كالاجنبيين يقسم بينهما، وبه علم ان العقار اذا لم يكونا ساكنيين فيه لم يدخل في مسمى متاع البيت لان الكلام في متاع البيت فقط ، واذا لم تقر المرأة ان هذا المتاع اشتراه زوجها فان اقرت بذلك سقط قولها لانها اقرت بالملك للزوج ثم ادعت الانتقال اليها فلا يثبت الانتقال الا بالبينة – بدائع – .... وكذا اذا كانت المرأة دللالة تبيع ثياب الرجال او تاجرة تتجر في ثياب الرجال والنساء او ثياب الرجال وحدها فالقول قولها بيمينها – درر – قال طحطاوي وقيد في اختلاف الزوجين احترازا عن اختلاف الاب والابن في ما في البيت قال في خزانة الاكمل قال ابو يوسف اذا كان الاب في عيال الابن في بيته فالمتاع كله للابن كما لو كان الابن في بيت الاب وعياله فمتاع البيت لللاب وقال محمد رجل زوج ابنته وهي وختنه في داره وعياله ثم اختلفوا في متاع البيت فهو للاب لانه في بيته وفي يديه ولهم ما عليهم من الثياب ، وللاحتراز عن اسكاف وعطار اختلفا في الة الاسكافة او العطارين وهي في ايديهما فانه يقضى بها بينهما ولا ينظر الى ما يصلح لاحدهما لانه قد يتخذه لنفسه او للبيع فلا يصلح مرجحا وللاحتراز عما اذا اختلف المأجر والمستأجر في متاع البيت فان القول فيه للمستأجر لكون البيت مضافا اليه بالسكنى) ([١١٠]) .

ومن طرق القضاء والإثبات أيضاً المعروفة في الفقه الاسلامي والتي تتعلق بتقديرنا باليمين المتممة ما يعرف – بالنكول مع رد اليمين– فالنكول وحده غير كاف في الحكم على الناكل ، بل يجب أن ترد اليمين على المدعي ليحلف فيستحق ما ادعى، وهو قول الأئمة الشافعية والمالكية واحدى الروايتين عن أحمد، وهو مروي عن كثير من الصحابة منهم : عمر (ﷺ) وعلي (ﷺ) وكرم الله وجهه ، وبه قال شريح والشعبي والنخعي وابن سيرين، في حين نلاحظ ان ما قاله الائمة الاحناف ، وهو الرواية الثانية عن أحمد وبه قضى عثمان (ﷺ) ان النكول كافٍ وحده للحكم على الشخص ولا ترد اليمين على المدعي، وذهب أيضاَ ابن حزم الظاهري الى انه لا يقضى عليه بالنكول، ولا ترد اليمين على المدعي، بل يحبس المدعي عليه حتى يقر او يحلف ([١١١]) ، فهنا يعد النكول بتقديرنا حجة ضعيفة عندهم ، فلم يقوى على

([١١٠]) سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص ١٠٥٨ . (الفصل الثالث – في القول لمن وتحكيم الحال).

([١١١]) راجع : أبو اسحق إبراهيم المعروف ابن ابي الدم الحموي الشافعي ، ادب القاضي ، تحقيق د. محي هلال السرحان، جـ ١، ط ١، مطبعة الارشاد، بغدا د، ١٩٨٤، ص٢٣٥ –٢٣٧ وللمزيد من التفصيل أيضاً حول اختلاف الفقهاء في كفاية النكول للقضاء به وحججهم في ذلك ينظر : مجيد حميد السماكية، حجية الاقرار في الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، ١٩٧٠، وص ١٦٩ وما بعدها.

الاستقلال بالحكم، فإذا حلف معها المدعي قوي جانبه، فاجتمع النكول من المدعي عليه واليمين المتممة من المدعي، فقاما مقام الشاهدين أو الشاهد واليمين.

وهكذا يتضح لنا مما تقدم ان الفقه الإسلامي المبارك زاخر بالعديد من التطبيقات القضائية عن اليمين المتممة، وهذا ان دل على شيء فانما يدل على ان الفقه الإسلامي كان يعرف اليمين المتممة وان الفقه الاسلامي كان المنبع والمصدر المهم لجميع المبادئ العادلة والسامية.

المقصد الثاني
التطبيقات القضائية عن اليمين المتممة
في أحكام القضاء العراقي

وردت تطبيقات عديدة لليمين المتممة في قرارات المحاكم العراقية ، يمكن إيضاح بعضها وكما يأتي :

فقد قضت محمكة التمييز الاتحادية في العراق على انه " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز فقد وجد انه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون وذلك لان المحكمة لم تستكمل تحقيقاتها الاصولية في الدعوى وصولا الى الحكم العادل والصحيح فيها، اذ اعتمدت المحكمة على اليمين المتممة التي قامت المحكمة بتحليفها الى المميز عليها / المدعية لاثبات الخلاف المستحكم به وفق المادة/ ٤١ من قانون الاثبات حسب الصيغة التي اقرتها المحكمة في محضر الجلسة ٢٠٠٨/٩/١٨ وحيث انه لا يجوز اثبات الخلاف المستحكم وفق المادة/ ٤١ من قانون الاثبات باليمين المتممة " ([١١٢]).

كما قضت في هذا الخصوص محكمة تمييز العراق على انه " ...ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون لأن محكمة الموضوع اتبعت قرار النقض واجراء الكشف مجدداً على ضوء القرار التمييزي ووجهت اليمين المتممة الى المدعي ... " ([١١٣]) .

كما جاء في قرار اخر لها انه " ... ولدى عطف النظر على الحكم المميز الصادر من محكمة استئناف نينوى جاء صحيحاً وموافق للقانون حيث ان المحكمة استندت في حكمها الى الشهادات المستمعة واليمين المتممة الموجهة للمدعية عن بعض الاثاث المدعى بها..." ([١١٤]) .

وفي قرار آخر لها نص على انه "... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون من حيث النتيجة حيث ان المحكمة اقتنعت بالبينة الشخصية ورجحت بينة المدعية وعززتها باليمين المتممة الموجهة لها لذا قرر تصديقه ورد الطعون التمييزيه ... " ([١١٥]) .

([١١٢]) قرار محكمة التميز الاتحادية في العراق رقم /٤٠٦٧/ شخصية اولى/ ٢٠٠٨ ت /٤١٣٣ في ٢٠٠٨/١٢/٢٣ (قرار غير منشور) .

([١١٣]) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٢٠٣٢/ م٢/١٩٩٢ في ١٩٩٢/٨/١٣ (قرار غير منشور) .

([١١٤]) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٢٠٣/ م١/ ١٩٩٣ في ١٩٩٣/٧/٢٨ (قرار غير منشور) .

([١١٥]) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٢٧٤٩/ م٢/١٩٩٣ في ١٩٩٤/٤/٥ (قرار غير منشور) .

كما جاء في قرار آخر لها انه "... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون حيث ان المحكمة رجحت بينة المدعية على بينة المدعي عليه وحلفتها اليمين المتممة...." ([١١٦]) .

وفي قرار آخر لها جاء فيه انه "... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون لأن المحكمة استندت الى قرار المدعي عليه وبينة المدعية ويمينها المتممة والى تقدير الخبير في تقدير الأثاث لذا قرر تصديقه ورد الطن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في شوال / ١٤١٧ هـ والموافق ١٩٩٧/٣/٨ م" ([١١٧]) .

وجاء في قرار آخر لها انه "... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح... فعلى المحكمة تعزيز بينة المدعية وتحليفها اليمين المتممة...." ([١١٨]) .

وفي قرار آخر لها جاء في حيثياته انه "... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون حيث ان المحكمة قد حكمت للمدعية بالاثاث والاغراض التي اثبتت عائديتها لها استناداً البالبينة الشخصية التي قدمتها واليمين المتممة التي ادتها...." ([١١٩]) .

وهكذا يتضح من هذه القرارات مدى اهمية اليمين المتممة بوصفها اجراء تكميلي قضائي يستهدي به القاضي ليبني حكمه في موضوع الدعوى.

المطلب الثاني
يمين التقويم (التقدير)

تعد يمين التقويم نوع خاص من اليمين المكملة والتي صنفناها في هذه الدراسة ضمن اليمين المتممة الجوازية ، وذلك تبعاً لسلطة القاضي التقديرية في توجيهها اذ يمتلك القاضي

([١١٦]) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٣٧٠/ م١/١٩٩٤ في ١٩٩٦/١/١٧(قرار غير منشور) .

([١١٧]) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٧٤٢/ م١/١٩٩٩ في ١٩٩٧/٣/٨(قرار غير منشور) .

([١١٨]) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٦٩٩/ م٣/١٩٩٨ في ١٩٩٨/٩/٢٤(قرار غير منشور) .

([١١٩]) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١١٢٠/ م٣/٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٦/٢٧(قرار غير منشور) .

السلطة التقديرية في توجيهها ، حيث ان اهم ما يميز هذا النوع من الأيمان عموما هو أنها جوازية أي انه يجوز للقاضي توجيهها ، أو عدم توجيهها ، حيث يمتلك هنا سلطة تقديرية واسعة ، بحسب قناعته بالأدلة المقدمة في الدعوى ، فضلا عن ان هذه اليمين هي ملك للقاضي وحده ، ولهذا سميت باليمين القضائية ، وصنفناها ضمن اليمين المتممة القضائية وهو غير ملزم بالأخذ بنتيجتها، فلا يتقيد بها القاضي اطلاقا لأنها يمين مكملة قضائية أي ملك للقاضي وحده فيمكنه أن يحكم بأقل من تلك القيمة .

ويمين التقويم يمكن ان توجه لتقدير قيمة شيء واجب الرد وتعذر رده فعلا ، مثل تقدير أشياء مسروقة أو مفقودة سواء كانت بحسن نية أم بسوء نية أم كانت مبددة ، ما دام أن من أؤتمن عليها كان مسؤول عنها ، أو مثلا في دعوى لاسترداد شيء أصبح رده عيناً مستحيلاً فيقضى بقيمتها ، أوما شاكل ذلك من بيع أو إيجار تم فسخه وتعذر رد المبيع أو العين المؤجرة بتقصير من المشتري أو المستأجر مثلا ، فيقضى بالقيمة للبائع أو المؤجر إذا ما استحال تقدير هذه القيمة بأي طريقة من الطرق ولو كان بطريقة الخبراء ، فيوجه القاضي إليه هذا النوع من اليمين المكملة ، ولكن على القاضي أن يحدد القيمة الحقيقية لها ، وليس القيمة الذاتية للمدعي ، فيحدد القاضي في هذه الحالة حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعي بيمينه ، وهذه القيمة التي يحلف بها المدعي لا يتقيد بها القاضي ، لأنها يمين مكملة ، فيمكنه أن يحكم بأقل من تلك القيمة او اكثر حسب سلطة القاضي وحسب مايتراءئ له .

ولغرض الاحاطة الشاملة بتفاصيل موضوع يمين التقويم دراستها دراسة مفصلة وتسليط الضوء عليها يستوجب منا بادئ ذي بدء ان نتطرق الى تعريف يمين التقويم ضمن الفرع الاول كما ينبغي منا ان نتناول اهم الشروط الواجب توافرها لتوجيه هذه اليمين في الفرع الثاني ، في حين يقتضي منا ايضا ان نستعرض اهم الاثار المترتبة على توجيه هذه اليمين ضمن الفرع الثالث وذلك على التفصيل الاتي :

الفرع الاول: تعريف يمين التقويم

الفرع الثاني: شروط توجيه يمين التقويم

الفرع الثالث: الاثار المترتبة على يمين التقويم

الفرع الاول

تعريف يمين التقويم

من الملاحظ أن هذه اليمين كانت معروفة منذ القدم اذ هي ليست وليدة العصر الحالي ، فقد جاء في قانون حمورابي ما يشابهها بالمادة / ١٢٠ منه والتي نصت على أنه " إذا أودع

أحد حبوبه في مستودع شخص آخر وقام خلاف بينهما على الكمية المودعة فإن المدعي أي مالك الحبوب يحلف أمام الإله ويصدق بيمينه وفي هذه الحالة يدفع إليه الوديع المدعى عليه الضعف " ([١٢٠]) .

كما ان هذه اليمين كانت معروفة بالفقه الإسلامي أيضاً كاليمين المتممة واليمين الحاسمة ، إذ نصت المادة / ١٧٨٠ من مجلة الأحكام العدلية على أنه (إذا اختلف المؤجر و المستأجر كما ذكر في المادة الآنفة بعد انقضاء مدة الإجارة ، فالقول للمستأجر مع اليمين وليس هناك تحالف) ، فالقول هنا للمستأجر فيما إذا كان الاختلاف في الأجرة ، أما إذا كان الاختلاف في المدة كأن ادعى المستأجر بعد الاستيفاء مدة أكثر مما ادعاه المؤجر ، لا يكون القول للمستأجر بل للمؤجر([١٢١]) .

وقد جاء في شرح المادة انه (وكذا اذا اختلافا بعد ما وصل المستأجر الى المكان الذي يدعي الايجار اليه- خانية- وذلك لان التحافل في البيع بعد قبض المبيع على خلاف القياس ولاتقاس الاجارة هنا عليه اذا هلاك المعقود عليه باستيفاء المنفعة يمنع التحلاف على اصل الامامين بخلاف ما في سورة المقييس حيث وجد المعقود عليه – مجمع الانهر – ثم اعلم ان كون القول للمستأجر محله في اذا كان الاختلاف في الاجرة فلو كان الاختلاف في المدة كأن ادعى المستأجر بعد الاستيفاء مدة اكثر مما ادعاه المستأجر لايكون القول للمستاجر بل للمؤجر-تكملة عن ابي السعود-) ([١٢٢]) .

كما نصت المادة / ١٧٨٢ من المجلة أيضاً على أنه (إذا اختلف المتبايعان بعد أن تلف المبيع في يد المشتري أو حدث فيه عيب مانع للرد ، لا يجري التحالف و يحلف المشتري فقط).

وقد ذكر في شرحها مایاتي : (اعلم ان لاتحالف لو اختلافا في الثمن اذا هلك بعد القبض ولاتحالف اذا اختلافا في المبيع بعد هلاكه او خروجه عن ملك المشتري او تعيبه بما لايرد به وحلف المشتري الا اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري فأنهما يتحالفان لقيام القيمة مقام العين وأما اذا كان المستهلك المشتري فأنه يعد قابضا ثم ان هذا اذا كان الثمن دينا فلو مقايضة تحالفا اجماعا لان المبيع كل منهما فكان العقد قائم ببقاء الباقي منهما فاذا حلفا يرد مثل الهالك

([١٢٠]) للمزيد من التفاصيل ينظر : د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٥٦.

([١٢١]) للمزيد من التفاصيل حول شرح المادة ينظر : علي حيدر ، مرجع سابق ، ص ٥١١.

([١٢٢]) سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص ١٠٧٦.

ان كان مثليا او قيمته ان كان قيميا ولا تحالف ايضا بعد هلاك بعض المبيع او خروجه عن ملك المشتري الا ان يرضى البائع بترك حصة الهالك اصلا فحينئذا يتحالفان كذا في الدر المختار وحاشيته للطحطاوي وفي التكملة وان وقع الاختلاف بين ورثة البائع والمشتري او بين ورثة احدهما والحي فان كان قبل قبض السلعة يتحالفان بالاجماع الا ان اليمين على الورثة على العلم وان كان بعد القبض فكذلك عند محمد وعندهما لايتحالفان والقول قول المشتري او ورثته بعد وفاته كما في شرح الطحاوي واذا اختلف المشتري مع الوكيل بقبض الثمن لايتحالفان اذ الوكيل بالقبض لايحلف وان ملك الخصومة عند الامام فيدفع المشتري الثمن الذي اقر به له واذا حضر الموكل المباشر للعقد وطالبه بالزيادة يتحالفان حينئذ) ([١٢٣]) .

اما في قانون الإثبات العراقي فقد نصت المادة / ١٢٢ منه على أنه " أولاً : لا يجوز للمحكمة أن توجه للمدعي اليمين المتممة لتحديد قيمة المدعى به إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى. ثانياً: و تحدد المحكمة في هذه الحالة حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعي بيمينه" وتطابقها في هذا المجال المادة / ١٢١ من قانون الاثبات المصري والمادة / ٢٥٣ من قانون أصول المحاكمات البناني والمادة / ١٢٢ من قانون البينات السوري والمادة / ٣٥٠ من قانون المدني الجزائري والمادة / ١٣٦٩ من قانون المدني الفرنسي ([١٢٤]) .

وموضوع هذه اليمين اساسا هو لتقدير قيمة شيء واجب الرد وتعذر رده ، مثل تقدير قيمة أشياء مسروقة أو مفقودة – بحسن نية أو بسوء نية – أو مبددة ، ما دام أن من أؤتمن عليها كان مسؤول عنها أو مثلا في دعوى لاسترداد شيء أصبح رده عيناً مستحيلاً ، فإذا ما كانت هنالك وديعة مثلاً أو عارية هلكت بتعدي ، فيقضى بقيمتها للمودع أو المعير ، كذلك حالة فقدان حقيبة لمسافر بتقصير الناقل أو فقدان محفظة أحد النزلاء في الفندق ، أو ما شاكل ذلك من بيع أو إيجار تم فسخه و تعذر رد المبيع أو العين المؤجرة بتقصير من المشتري أو المستأجر ، فيقضى بالقيمة للبائع أو المؤجر إذا ما استحال تقدير هذه القيمة بأي طريقة من الطرق – و لو بطريقة الخبراء – فلم يعد هناك مناص من الرجوع في قيمتها إلى المدعي ، فيوجه إليه القاضي هذه اليمين ، ولكن على القاضي اولا أن يحدد القيمة الحقيقية لها ، وليس

([١٢٣]) سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص ١٠٧٧ ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر : علي حيدر ، مرجع سابق ، ص ٥١٢.

([١٢٤]) للمزيد من التفصيل تنظر : المادة / ١٢١ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة / ٢٥٣ من قانون أصول المحاكمات البناني ؛ والمادة / ١٢٢ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ٣٥٠ من القانون المدني الجزائري ؛ والمادة / ١٣٦٩ من القانون المدني الفرنسي .

القيمة الذاتية للمدعي ([١٢٥]) ، فيحدد القاضي في هذه الحالة حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعي بيمينه ، وهذه القيمة التي يحلف بها المدعي لا يتقيد بها القاضي ، لأنها يمين مكملة ، فيمكنه أن يحكم بأقل من تلك القيمة ([١٢٦]) .

وتطبيقاً لذلك فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية أنه " ... ليس للمحكمة الحكم بقيمة المغصوب حسب تقدير المدعي بل عليها تقدير القيمة بمعرفة خبير أو بتوجيه اليمين المتممة ... " ([١٢٧]) .

وهكذا يمكننا تحديد تعريف لهذه اليمين بأنها: يمين قضائية جوازية يوجهها القاضي للمدعي لتقدير قيمة شيء واجب الرد وتعذر رده ، واستحال تقدير قيمته بأي طريقة أخرى.

الفرع الثاني
شروط توجيه يمين التقويم

من خلال التعريف يمكننا أن نحدد اهم الشروط الواجب توافرها لكي يتم توجيه هذه اليمين وهي بالتفصيل كالاتي ([١٢٨]):

١- أن يطالب المدعي استرداد شيء وأن يثبت دعواه.

٢- أن يتعذر رد الشيء أو يستحيل رده عيناً من المدعي عليه.

([١٢٥]) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، جـ ٢ ، ص ٥٩٥.

([١٢٦]) ينظر: د. أحمد أبو الوفا ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، ١٩٨٥ ، ص ٢٣٨.

([١٢٧]) قرار محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية رقم ١٢٤ / حقوقية / ٧٨ في ١٩٧٨/١/٢١ ، مجلة الأحكام العدلية ، وزارة العدل العراقية ، ع ١ ، س ٩ ، ١٩٧٨ ، ص ٢٣٢.

([١٢٨]) ينظر : الشيخ د. اوان عبدالله الفيضي ، صور اليمين المتممة دراسة مقارنة في الاثبات المدني ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ع٢٢ ، المجلد ٣، السنة ٩ ، ١٤٢٥هـ /٢٠٠٤ م ، ص ١٤٩ .

٣- أن يستحيل تقدير قيمة الشيء المطالب به بأي طريقة كانت من الطرق .

٤- أن يحدد القاضي القيمة الحقيقية للشيء وعندئذ يمكنه ان يوجه هذه اليمين.

وفي هذا المضمار فاننا نقترح تعديل نص المادة / ١٢٢ – أولاً من قانون الإثبات العراقي لتصبح بالصيغة الآتية:

" يجوز للمحكمة أن توجه للمدعي يمين التقويم لتحديد قيمة المدعى به إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى " .

وبهذا يكون نص المادة القانونية المقترحة من قبلنا أكثر وضوحاً وتحديداً وأسهل صياغةً من نص المادة السابقة .

الفرع الثالث

الاثار المترتبة على يمين التقويم

ابتداء فان يمين التقويم كما هو معلوم هي عبارة عن يمين قضائية جوازية يوجهها القاضي للمدعي لتقدير قيمة شيء واجب الرد و تعذر رده ، واستحال تقدير قيمته بأي طريقة أخرى ، وان هذه اليمين ينحصر توجهها إلى المدعي فقط الذي يطالب باسترداد الشيء ، وانها توجه عندما يكون موضوع الدعوى ثابتاً ، واقتصر الخلاف على قيمته فقط واستحال إثبات تلك القيمة.

وكما لاحظنا من خلال استعراضنا لاحكام هذه اليمين انه على القاضي أن يحدد القيمة الحقيقية لها ، و ليس القيمة الذاتية للمدعي ، فيحدد القاضي في هذه الحالة حداً أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعي بيمينه ، وهذه القيمة التي يحلف بها المدعي لا يتقيد بها

القاضي اطلاقا لأنها يمين مكملة ، فيمكنه أن يحكم بأقل من تلك القيمة، فاذا حلفها المدعي يحكم له باسترداد الشئ بالقيمة التي تم تقديرها كما اسلفنا ، ولكن القاضي هنا لايتقيد بموجبها فلهُ أن يحكم بأقل من المبلغ الذي حلف عليه الخصم أو بأكثر ، لا سيما إذا قدم أحد الخصمين بعد الحلف عناصر جديدة يستطيع أن يستهدي بها في تقدير قيمة الشيء ، فضلا عن انه من ضمن الاثار الاخرى التي تترتب على حلف هذه اليمين انه لا يجوز للمدعي ان يردها على المدعي عليه .

وهكذا وازاء ذلك يمكننا ملاحظة الفروق التي تميز هذه اليمين عن اليمين المتممة ، إذ تختلف معها في جوانب ، وتتفق معها في جوانب أخرى و يمكننا توضيحها على التفصيل الآتي ([١٢٩]) :

١- لا توجه اليمين المتممة إلا إذا كان الحق المطالب به غير ثابت ثبوتاً تاماً ، في حين أن يمين التقدير توجه عندما يكون موضوع الدعوى ثابتاً ، واقتصر الخلاف على قيمته فقط واستحال إثبات تلك القيمة.

٢- يجوز توجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصمين في الدعوى – المدعي أو المدعي عليه – تبعاً لرجحان كفة التصديق لمصلحة أحدهما ، بينما يتم توجه يمين التقدير إلى المدعي فقط الذي يطالب باسترداد الشيء، وبهذا فهي هنا تشبه ما عليه في صور الايمان المتممة الوجوبية من تحديد الخصم الذي سيوجه اليه اليمين سلفاً من قبل القانون .

٣- لا يجوز توجيه اليمين المتممة إلا إذا كان موضوع الدعوى ناقص الدليل وتوافرت فيه شروط مبدأ الثبوت القانوني ، بينما في يمين التقدير تفترض أن موضوع الدعوى مقطوع بصحته ، لكن الخلاف قائم على تقدير مبلغ القيمة فقط.

كما أن هذه اليمين تتفق مع أحكام اليمين المتممة في جملة امور يمكننا توضيحها على النحو الاتي :-

١- فمن حديث رد اليمين على المدعي عليه ، فنلاحظ ان كل من اليمين المتممة ويمين التقويم لايجوز ردها على المدعي عليه ، اذ أن من وجهت اليه اليمين لايستطيع أن يردها على خصمه ، استنادا لاحكام المادة/ ١٢٣ من قانون الاثبات العراقي ، التي نصت على أنه " لايجوز للخصم الذي وجهت اليه المحكمة اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر" والتي تطابقها المادة/١٢٠ من قانون الاثبات المصري والمادة/ ٢٥٢ من قانون اصول المحاكمات اللبناني

([١٢٩]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. أنور سلطان ، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٢١٣.

والمادة/ ١٢٤ من قانون البينات السوري والمادة / ٣٤٩ من قانون المدني الجزائري والمادة/ ٦٢ من قانون الاثبات لدولة الامارات العربية المتحدة (١٣٠) .

٢- كما وان القاضي لايتقيد بالنتيجة بموجب كل من اليمين المتممة ويمين التقويم ، فااليمين المتممة لا تلزم القاضي سواء ان كان قد حلف اليمين ام نكل عنها فهي لاتلزم القاضي بعد ان يحلف الخصم اليمين المتممة ان تقضي لمصلحته ، وذلك لان هذه اليمين لاتنهي النزاع ، بل هي طريق تحقيقي قد يصل منها القاضي الى الاقتناع بالحكم لمصلحة من حلفها مستقلا في ذلك عن ارادة الطرفين ، فاليمين المتممة كما لاحظنا عبارة عن اجراء ودليل اثبات تكميلي ذو قوة محدودة في الاثبات ، فهي وسيلة يستخدمها القاضي لاكمال مبدأ الثبوت القانوني .

كما ان يمين التقويم ايضا لا تلزم نتيجتها القاضي ، فلهُ أن يحكم بأقل من المبلغ الذي حلف عليه الخصم أو بأكثر (١٣١) ، لا سيما إذا قدم أحد الخصمين بعد الحلف عناصر جديدة يستطيع القاضي أن يستهدي بها في تقدير قيمة الشيء (١٣٢) .

٣- كما ان اليمينين يمكن تصنيفها ضمن اليمين الجوازية القضائية ، أي يمتلك القاضي وحده سلطة تقديرية في توجيهها او في عدم توجيهها .

٤- كما ان يمين التقويم او التقدير تتفق مع اليمين المتممة بانها كانت معروفة بالفقه الاسلامي ايضا مثل اليمين المتممة ، اذ نصت عليها المادة /١٧٨٠ و ١٧٨٢ من مجلة الأحكام العدلية (١٣٣) ، كما أن قانون الاثبات العراقي اخذ بها ايضاً في المادة /١٢٢ منه ، والتي تطابقها المادة /١٢١من قانون الاثبات المصري ، والمادة /٢٥٣ من قانون اصول المحاكمات البناني ، والمادة / ١٢٢ من قانون البينات السوري ، والمادة /٣٥٠ من القانون المدني الجزائري ، والمادة / ١٣٦٩ من القانون المدني الفرنسي (١٣٤) .

---

(١٣٠) تنظر : المادة /١٢٠ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٢٥٢ من قانون اصول المحاكمات البناني ؛ والمادة /١٢٤ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /٣٤٩ من القانون المدني الجزائري ؛ والمادة /٦٢ من قانون الاثبات لدولة الامارات العربية المتحدة .

(١٣١) تنظر : مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، مرجع سابق ، ج٣ ، ص٤٦٦.

(١٣٢) ينظر: د. عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، جـ ٢ ، ص ٥٩٦.

(١٣٣) للمزيد من التفصيل تنظر : المواد /١٧٨٠ و ١٧٨٢ من مجلة الاحكام العدلية ويمكن ان ينظر ايضا شرحها لدى : سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص١٠٧٦ ؛ وعلي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، مرجع سابق ، ج ٤ ، ص ٥١١- ٥١٣ .

(١٣٤) تنظر : المادة /١٢٢ من قانون الاثبات العراقي والمواد المطابقة لها في القوانين المقارنة ؛ كالمادة /١٢١ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /٢٥٣ من قانون اصول المحاكمات البناني ؛ والمادة /١٢٢ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /٣٥٠ من القانون المدني الجزائري ؛ والمادة /١٣٦٩ من القانون المدني الفرنسي.

المبحث الثاني

اليمين المتممة الوجوبية

ويتضمن هذا المبحث على سبعة مطالب هي على التفصيل الآتي :

المطلب الأول/يمين الاستظهار

المطلب الثاني/يمين الاستحقاق

المطلب الثالث/يمين رد المبيع لعيب فيه

المطلب الرابع/يمين الشفعة

المطلب الخامس/يمين النفقة على الغائب

المطلب السادس/يمين الفرقة

المبحث الثاني
اليمين المتممة الوجوبية

غني عن البيان ان هذه الايمان المتممة الوجوبية هي بالحقيقة يمين قانونية لانها مفروضة من قبل القانون ، كما انها يمين وجوبية لانها تلزم القاضي بتوجيهها وليس له سلطة تقديرية في توجيهها من عدم توجيهها ، فيلزم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه ، اذ يعد الدليل اساسا غير كامل بالدعوى بنظر القانون ويوجب تعزيزه بيمين متممة وجوبية ، هي اما ان تكون يمين الاستظهار على أن المدعي لم يستوف حقه بأي صورة من الصور ، فالمستحق للمال إنما يقدم دليلاً نسبياً على الملك ، فيبقى أن يعزز هذا الدليل بيمين متممة ومكملة جوبية قانونية هي يمين الاستظهار على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه ، او اما ان تكون هذه اليمين هي يمين الاستحقاق حيث يعزز الدليل الأصلي الذي استخلصه وأخذ به من البينة المقدمة إليه ، فمن يدعي ملكية أشياء محجوزة مثلاً ، عليه أن يثبت أولاً ملكيته لهذه الأموال ، فإذا ما أثبت المدعي استحقاقه ، تحلفه المحكمة من تلقاء نفسها يمين الاستحقاق على أنه لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه ، فهذه اليمين لا تعد دليلاً في الحكم ، ولا يصل إلى تحليفها إلا بعد ثبوت الاستحقاق ، او اما ان تكون يمين رد المبيع لعيب فيه او يمين الشفعة او يمين النفقة على الغائب او يمين الفرقة او يمين الاستيثاق .

فالدليل هو كامل الاثبات في هذه الصور من الايمان المتممة الوجوبية ، ومع ذلك يوجب القانون تحليف هذه الايمان ، لاستظهار الحق كما في يمين الاستظهار، او لاستحقاقه كما في يمين الاستحقاق ، او لثبوت رفض المبيع لعيب فيه كما في يمين رد المبيع لعيب فيه ، أو الثبوت حق الشفعة وعدم التنازل عنها بالاسقاط ، كما في يمين الشفعة .

وتعد هذه الايمان صورة خاصة من صور اليمين المتممة توجه عادة في أحوال معينة ، فهي تختلف عن اليمين المتممة الجوازية التي تم التطرق اليها سابق في كثير من المواضع ، وتتفق معها في مواضع أخرى ، وقد ألحقت هذهِ الصور باليمين المتممة لكونها تأتي لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً يراد استكماله ، فضلاً عن أنها توجه من قبل القاضي ، ويطلق عليها اليمين القانونية وذلك لان القانون هو الذي فرضها وبالتالي فهي وجوبية ، أي أن القاضي ملزم بتوجيهها في أحوال معينة إلى أحد الخصوم بالذات الذي يعينه القانون.

ويشمل هذا القسم من الأيمان الوجوبية القانونية على عدة أنواع من الصور ارتأينا جمعها ضمن هذا التصنيف وتحت هذا العنوان ومحاولين الاجابة عن تساؤلات عديدة تثار ضمن هذا الموضوع ، فما هي هذه الأيمان المتممة الوجوبية ؟ ولماذا اصبحت وجوبية ؟ ولماذا صنفناها في هذا التقسيم واطلقنا عليها اليمين المتممة الوجوبية القانونية ؟ وماهو مفهومها هذه الايمان و ماهو المقصود منها كل على حده ؟ ماهي شروط توجيهها ؟ وما هي اهم الاثار الناتجة عن توجيهها ؟ .

هذا ما سنتناوله بالبحث وما سنوضحه بهذه الدراسة تباعاً وذلك ضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول: يمين الاستظهار.

المطلب الثاني: يمين الاستحقاق.

المطلب الثالث: يمين رد المبيع لعيب فيه.

المطلب الرابع: يمين الشفعة.

المطلب الخامس: يمين النفقة على الغائب.

المطلب السادس: يمين الفرقة.

المطلب السابع : يمين الاستيثاق.

المطلب الأول
يمين الاستظهار

لاشك ان يمين الاستظهار هي يمين قانونية لانها مفروضة من قبل القانون ، فضلا عن انها يمين وجوبية لانها تلزم القاضي بتوجيهها وليس له سلطة تقديرية في توجيهها من عدم توجيهها ، فيلزم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه إلى مدعي الحق في مايتركه المتوفي من التركة الذي أثبت حقه ، بأنه لم يستوف حقه بنفسه فعلا ولا بغيره من المتوفي ولا أبراه ولا أحاله على غيره ، أو استوفى دينه من الغير وليس للمتوفي في مقابل هذا الحق رهن.

وهذه اليمين سميت بالاستظهار لان القاضي يستظهر الامر بهذه اليمين ، فلأجل الاحتياط يحلف القاضي المدعي بالحق في التركة على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من المتوفي بوجه من الوجوه ، فهي اذن حق للتركة لا للوارث بخصوصه ، ولأجل الاحتياط يستظهر القاضي الأمر بهذه اليمين ، فالقانون يعتبر هذا الدليل غير كامل بالدعوى ، ولذلك يوجب تعزيزه بيمين متممة وجوبية قانونية هي يمين الاستظهار على أن المدعي لم يستوف حقه بأي صورة من الصور ، فالمستحق للمال إنما يقدم دليلاً نسبياً على الملك ، فيبقى أن يعزز هذا الدليل بيمين متممة وجوبية قانونية هي يمين الاستظهار على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه.

وينبغي في هذا الخصوص التعرف على هذه اليمين ببيان تعريفها اولا ومن ثم التطرق الى شروط توجيهها، فضلا عن تناول اهم الاثار الناتجة عن توجيهها ، ولغرض الاحاطة الشاملة للموضوع وتسليط الضوء عليه ينبغي ان نقسم هذا المطلب على االفروع الاتية:

الفرع الاول: تعريف يمين الاستظهار .
الفرع الثاني : شروط توجيه يمين الاستظهار.
الفرع الثالث : الاثار االمترتبة على يمين الاستظهار.

الفرع الاول
تعريف يمين الاستظهار

عرفت هذه اليمين في الفقه الإسلامي ، بأنه إذا ادعى أحد حقاً في التركة و أثبته ، فلأجل الاحتياط يحلفه القاضي على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه و لا بغيره من المتوفى بوجه من الوجوه ، و لا أبراه و لا أحاله على غيره ، و لا استوفاه من طرف أحد نيابة عن المتوفى ، فهي حق للتركة لا للوارث بخصوصه ، ولأجل الاحتياط يستظهر القاضي الأمر بهذه اليمين ، فهي بالفقه الإسلامي إذن لا بد منها باتفاق الإمام أبو حنيفة و صاحبيه ([١٣٥]) ، إذ تسمى عندهم يمين الاستظهار وهي ليست جزءاً من الدليل وإنما هي شرط ، فلو حكم دون استحلاف لا ينفذ حكمه ، وتسمى هذه اليمين عند الأئمة المالكية ايضا بيمين القضاء ويمين الاستبراء ، أما في المذهب الشافعي فقد علل الشرواني في حاشيته هذا الحكم بقوله: – لكمال الحجة هنا– وهذا نص صريح باعتقادنا المتواضع على أن هذه اليمين هي ليست جزءاً من الدليل ([١٣٦]) ، – فهي بتصورنا أنها ليست يمين متممة تكمل الدليل الناقص المتوفر فيه مبدأ الثبوت القانوني والذي تم التطرق اليه سابقا في المبحث الاول عند تحدثنا عن اليمين المتممة بل هي يمين وجوبية مكملة ومتممة اخرى – لذلك لا يستحلف المدعي مع البينة الكاملة إلا أن تكون الشهادة على المتوفى ، فيستحلف على بقاء الحق في ذمته استظهاراً ([١٣٧]) .

وقد جاء في معين الحكام في الباب الرابع من القسم الثاني في انواع البينات من صفحة ١١٤ منه انه (.. مسالة يحلف الخصم فيها يمين الاستظهار بعد اقامة البينة فانه قال فيه : اذا قامت بينة للغريم وجد مالا يؤدي حقه عاجلا وعلله بقوله : لأن البينة انما شهدت على الظاهر ولعله غيب مالا ....– ثم قال في اخر الفصل المذكور : ضابط هذا الباب – ... أن كل بينة شهدت بظاهر فانه يستظهر بيمين الطالب على باطن الامر) ([١٣٨]) .

([١٣٥]) للمزيد من التفاصيل ينظر : أحمد إبراهيم ، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ، مرجع سابق ، ص ٢٣٧ و ما بعدها.

([١٣٦]) للمزيد من التفاصيل تنظر : موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي ، مرجع سابق ، جـ ٢ ، ص ١٤٩ و ما بعدها.

([١٣٧]) ينظر : المحقق الحلي ، مرجع سابق ، ص ٢١٢.

([١٣٨]) معين الحكام ، ص ١١٤ ، نقلا عن : الشيخ احمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت /١٣٥٧هـ–١٩٣٨) ، شرح القواعد الفقهية ، ط ٦، بقلم مصطفى احمد الزرقا – ابن المؤلف– قام بالتنسيق والمراجعة د. عبد الستار ابو غدة ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠١ ، ص ٣٨٩ .

وقد عالجت ايضا المادة / ١٧٤٦ – أولاً من مجلة الأحكام العدلية هذا الامر اذ نصت على انه (لا يحلف إلا بطلب الخصم ولكن يحلف من قبل الحاكم في أربعة مواضع بلا طلب الأول : إذا ادعى أحد من التركة حقاً و أثبته فيحلفه الحاكم على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ولا أبراه ولا أحاله على غيره ولا أوفى من طرف أحد وليس للميت في مقابله هذا الحق رهن ويقال لهذا يمين الاستظهار ...).

وجاء في شرح المادة المذكورة انه (أولا – اذا ادعى احد من التركة حقا كعين أو دين وأثبته فيحلفه القاضي على أنه لم يستوف هذا الحق أو أي مقدار منه قليلا أو كثيرا بنفسه أو بغيره بطريق الوكالة أو بطريق الأمر بالاستيفاء ولا أبراه من كل الدين أو من بعضه ولا قبل حوالة على غيره في كل الدين أو بعضه ولا أوفى كله أو بعضه من طرف أحد ، وليس للميت في مقابلة كل هذا الحق أو بعضه رهن حتى لو أن المتوفى قد أقر بذلك الحق في مرض موته ، فاذا حلف المدعي اليمين على هذا الوجه فيحكم له بالمدعى به واذا امتنع عن حلف اليمين فلا يحكم حتى أن المدعي لو اخذ حقه دون ان يحلف يمينا على هذا الوجه يسترد منه المبلغ ، ويقال لهذا اليمين يمين الاستظهار حيث يحتمل ان يكون الدائن قد اسقط حقه من الدين باستيفاء الدين ولم يعلم الشهود بذلك فشهدوا على طريق الاستصحاب فلزم احتياطا يمين الاستظهار – رد المحتار – وهذه اليمين ليست هو للوارث بل هي للتركة لأنه يحتمل وجود دائن للتركة او ظهور موصى له فيها فيجب على القاضي أن يحتاط صيانة للحقوق هؤلاء حتى لو أنه لو طلب ورثة المتوفي عدم تحليفه فيجب تحليفه – الهندية – وفي هذا الحال لو أدعى احد الورثة المتوفى العديدين على احد ورثة متوفى اخر دينا من التركة وأثبت ذلك ، فمقتضى هذه المادة أنه يجب تحليف الورثة الآخرين الشركاء في الأرث ولا يكفي تحليف المدعي فقط ، واذا كان التركة المدعى عليها صغار فتلزم يمين الاستظهار ايضا كما لو كان بعضهم صغارا وبعضهم كبارا تلزم يمين الاستظهار ولا يصح الحكم بلا يمين الاستظهار، كذلك اذا كان جميع ورثة المتوفى كبارا وادعى دائن في مواجهة الورثة المذكورين دينا من التركة وأثبته بالبينة فالظاهر أن القاضي يحلف المدعي يمين الاستظهار حتى لو طلب جميع الورثة عدم تحليف المدعي اليمين المذكورة ، كذلك اذا لم يكن للمتوفى أي وارث وأدعى المدعي دينه في مواجهة الوصي وأثبته تلزم يمين الأستظهار أيضا– الهندية والتنقيح– أما الدعوى التي تقام على كفيل المتوفى اذا أثبتها المدعي فالظاهر أنه لا يحلف المدعي يمين الاستظهار حيث ان الدعوى لم تكن على التركة ولا تنحصر يمين الاستظهار في طلب دين من التركة فلذلك اذا أثبت حق على التركة وثبت بالبينة يمين الاستظهار – رد المحتار –) ([١٣٩]).

([١٣٩]) علي حيدر ، مرجع سابق ، ص٤٥٣ .

كما جاء في شرح المادة ايضا أن : (هذه اليمين لا بد منها حتى ولو كان الميت قد أقر بالدين في مرض موته – در مختار – بل ولو أبى الوارث الخصم تحليف الدائن فلا بد أيضاً من تحليفه – بزازيه – لأنه حق الميت وهو مثل حقوق الله تعالى يحلف من غير دعوى وقيد بإثباته بالبينة لانه لو اقر به الوارث او نكل عن اليمين المتوجهة عليه لايحلف الدائن كما يعلم من مسألة اقرار الورثة بالدين ومما قدمناه من كون الاقرار حجة بنفسه بخلاف البينة تأمل لكن ذكر في خزانة ابي الليث خمسة نفر جاز للقاضي تحليفهم ثم قال ورجل ادعى دينا في التركة يحلفه القاضي بالله ما قبضه، فهذا مطلقا وما هنا مقيد بما اذا اثبته بالبينة وتعليليهم بانه حق الميت ربما يعكر على ما تقدم وقد يقال التركة ملكهم خصوصا عند عدم الدين على الميت وقد صادف اقرارهم ملكهم فانى يرد بخلاف البينة فانها حجة قائمة من غيرهم عليهم فيحتاط فيها ، واما الاقرار فهو حجة منهم على انفسهم فلا يتوقف على شئ اخر واقول ينبغي ان يحلفه القاضي مع الاقرار فيما اذا كان في التركة دين مستغرق لعدم صحة اقرارهم فيها والحال هذه فيحلفه القاضي بطلب الغرمة اذا اقام بينة وبغير طلبهم لكن اذا صدقوه شاركهم لانهم اقروا بان هذا الشئ الذي هو بينهم خاص بهم لهذا فيه شركة معنا بقدر دينه – تكملة – وفي الحامدية ومن ادعى دينا على الميت يحلف من غير طلب الوصي والوارث لان اليمين ليست للوارث ها هنا وانما هي للتركة وقد يكون له غريم اخر او موصى له فالحق في هذا شركة الميت فعلى القاضي الاحتياط في ذلك ولا يدفع للدائن شيئا حتى يستحلف وقال في البحر لم ار حكم من ادعى انه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف وينبغي ان يحلف احتياطا قال التمر تاشي ينبغي ان لايتردد في التحليف اخذا من قولهم الديون تقضى بامثالها لا باعيانها واذا كان كذلك فهو قد ادعى على الميت دينا وقال الرملي في حاشية البحر قد يقال انما يحلف في مسألة مدعي الدين على الميت احتياطا لاحتمال انهم شهدوا باستصحاب الحال وقد استوفى في باطن الامر واما في مسالة دفع الدين فقد شهدوا على حقيقة الدفع فانتفى الاحتمال المذكور فكيف يقال ينبغي ان لا يتردد في التحليف ، اقول وكلام الرملي هو الاوجه كما لايخفى على من تنبه ، ما في الحامدية وفي رد المحتار ان للوصي ان يدفع المال الى الدائن اذا اقر به الميت عنده كما نصوا عليه وتمامه في البيري) ([١٤٠]) .

وينبغي الاشارة الى ان من المستثنيات على هذه المادة انه (١- اذا ادعى احد بانه قد اوفى دينه للمتوفى حال حياته واثبت ذلك فلا تلزمه يمين الاستظهار لان الشهود الذين شهدوا على دفع الدين قد شهدوا على حقيقة الدفع فلا يحتمل ان تكون شهادتهم مبنية على الاستصحاب

([١٤٠]) سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص ١٠٢٠.

– رد المحتار – . ٢– اذا كان الورثة كبارا واقر جميعهم بان للمدعي حقا بالفعل في تركة المتوفى الوافية فلا تلزم يمين الاستظهار، اما اذا اقروا بان المتوفى مدين للمدعي فيلزم يمين الاستظهار – فتاوى ابي السعود في الدعوى– . ٣– اذا عجز المدعي عن اثبات مطلوبه من تركة المتوفى الوافية وكلف الورثة بحلف اليمين على عدم العلم فنكلوا عن الحلف فوجب الحكم عليهم فالظاهر انه تجب يمين الاستظهار على المدعي) ([١٤١]).

وقد اقتبست المادة / ١٢٤ من قانون الإثبات العراقي نص هذه المادة المذكورة أي المادة / ١٧٤٦ من مجلة الأحكام العدلية ، إذ نصت المادة / ١٢٤ من قانون الإثبات العراقي على أنه " تحلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية : أولاً– إذا ادعى أحد في التركة حقاً و أثبته فتحلفه المحكمة يمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه و لا بغيره من المتوفى بوجه و لا أبراه ولا أحاله على غيره و لا استوفى دينه من الغير و ليس للمتوفى في مقابله هذا الحق رهن ..." ([١٤٢]) ، وتطابقها المادة / ١٢٣ – أ من قانون البينات السوري ، أما المادة / ٥٤ من قانون البينات ألاردني فقد نصت على أنه " لا يحلف من وجهت إليه اليمين إلا بطلب خصمه و بعد صدور قرار المحكمة بذلك ولكن تحلفه المحكمة يمين الاستظهار وعند الاستحقاق ورد المبيع لعيب فيه ويمين الحكم بالشفعة و لو لم يطلب الخصم تحليفه " ، كما نصت المادة / ١٠٧ –٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٤٢١هـ المعدل على انه " للقاضي ان يوجه يمين الاستظهار وما في حكمها لاحد الخصمين عند الاقتضاء ولو لم يطلب الخصم ذلك " ، ولم يرد نص مماثل في القوانين المقارنة الاخرى ([١٤٣]).

فالغاية من هذه اليمين اذن قد اتضحت إذ أن هذا الحق ينطوي على شيء من الخفاء ، ومعه الدليل الذي يثبت هذا الحق ، فلا يواجه خصمه الحقيقي وهو المتوفي ليبدي هذا ما عنده من دفوع لهذا الحق ، والورثة قد يجهلون هذه الدفوع ، أو يجهلون بعضها ، لذلك عندما يقيم

([١٤١]) علي حيدر ، مرجع سابق ، ص ٤٥٤.

([١٤٢]) تجدر الاشارة في هذا الصدد الى ان هذه المادة /١٢٤ من قانون الاثبات العراقي قد تم تعديلها بالتعديل الرابع رقم ٣٦ لسنة ٢٠٠٠ ، المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، ع /٣٨٣٧ ، في ٢٠٠٠/٧/٣١ ، ص٤٥١ .

([١٤٣]) تنظر : المادة / ١٢٣ – أ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ١٠٧ من نظام المرافعات الشرعية السعودي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٤٢١هـ المعدل.

المدعي الدليل على حقه في التركة ، يعتبر القانون هذا الدليل غير كامل و يوجب تعزيزه بيمين متممة هي يمين الاستظهار على أن المدعي لم يستوف حقه بأي صورة من الصور ، فالمستحق للمال إنما يقدم دليلاً نسبياً على الملك ، فيبقى أن يعزز هذا الدليل بيمين متممة هي يمين الاستظهار على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه ([١٤٤]) .

وفي هذا السياق ينبغي الإشارة ان المادة / ٣٧ من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل أيضاً ألزمت المنفذ العدل بتحليف الدائن يمين الاستظهار من تلقاء نفسه في حالة وفاة المدين ، اذ نصت المادة / ٣٧ منه على ماياتي " اولا- على المنفذ العدل تحليف الدائن يمين من تلقاء نفسه في حالة وفاة المدين ..." ([١٤٥]).

وبهذا فقد اعطى قانون التنفيذ العراقي صلاحية وقف التنفيذ وتأخيره بقرار من قبل المنفذ العدل عند تحقق احدى الحالات الاتية: ١- كغموض الحكم المنفذ ([١٤٦]) ، ٢- او امتناع طالب التنفيذ عن الاستجابة لطلب مديرية التنفيذ وترك المعاملة ([١٤٧]) ، ٣- او وفاة المدين ([١٤٨])، وهي ماتعنينا هنا في هذا الموضوع عن تحليف المنفذ العدل للدائن يمين الاستظهار من تلقاء نفسه .

اذ قد يتوفى المدين خلال السير بالاجراءات التنفيذية وقبل اتمامها فعلى المنفذ العدل هنا ان يوقف التنفيذ ويؤخر اجراءاته من اجل تحليف الدائن يمين الاستظهار المنصوص عليها والمقررة في المادة /١٢٤ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، من تلقاء نفسه من دون طلب من ورثة المدين او الغير ، فأن تقدم الدائن وحلف يمين الاستظهار هذه فان مديرية التنفيذ تستمر باجراءات التنفيذ ، ذلك لأن وفاة المدين اثناء التنفيذ لاتبطل الاجراءات التنفيذية المتخذة بحقه قبل الوفاة ، فاذا كانت للمدين المتوفي اموال ظاهرة لم يقتسمها الورثة بعد فان التنفيذ يستمر عليها ، وفي حالة اقتسام الورثة للتركة فان التنفيذ يستمر بحق الورثة كل بنسبة نصيبه منها وذلك بعد تبليغهم بمذكرة الاخبار، اما اذا لم تكن للمدين اموال ظاهرة وانكر الورثة بعد وفاة مورثهم واثناء التنفيذ وضع يدهم على التركة كلها او بعضها وعجز الدائن في مديرية التنفيذ عن اثبات ان الورثة وضعوا يدهم عليها بدليل كتابي فان المنفذ العدل يفهم الدائن

([١٤٤]) ينظر : د. مفلح القضاة ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية طبقاً لقانون الإثبات الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ لدولة الإمارات العربية المتحدة ، مرجع سابق ، ص ٣٨٩.

([١٤٥]) تنظر : المادة / ٣٧ من قانون التنفيذ العراقي النافذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٧ ، المنشور في جريدة الوقائع العراقية ، ع/ ٤٠٤٢ في ٣/ ٧/ ٢٠٠٧ .

([١٤٦]) تنظر : المادة /١٠ من قانون التنفيذ العراقي .

([١٤٧]) تنظر: المادة /٥٠ من قانون التنفيذ العراقي .

([١٤٨]) تنظر: المادة /٣٧ من قانون التنفيذ العراقي.

بمراجعة المحكمة المختصة لاثبات عائدية تلك الاموال الى التركة ويقرر وقت التنفيذ الى نتيجة الدعوى ([١٤٩]).

وهكذا فان على المنفذ العدل اذا توفي المدين ان يؤخر التنفيذ لغرض تحليف الدائن يمين الاستظهار ، وفي حالة رفض او نكول الدائن عن حلف اليمين بعد تكليفه بادائها فان نكوله هذا يعد اقرارا منه باستيفاء الدين يستوجب التوقف نهائيا عن التنفيذ ، ولا يعد تخلف الدائن عن الحضور لاداء اليمين لعذر مشروع نكولا ، كما ان دعوى الدائن لاثبات عائدية اموال معينة الى تركة المدين اذا ردت ولم تكن للمدين تركة بتاتا ، فان على مديرية التنفيذ ان تتوقف عن التنفيذ نهائيا لعدم جواز مطالبة الورثة شخصيا بدين لاستقلال الذمم وعدم جواز توارث الالتزامات والديون ([١٥٠]) .

وتطبيقاً لذلك فقد جاء قديما في قرار محكمة التمييز العثمانية (انه ويمين الاستظهار لابد منه ولو كان الوارث المدعي عليه غائبا عن المحاكمة فيحلفه المدعي بحضور الوكيل المسخر وان ذهلت المحكمة عن ذلك وعلقت اليمين على وقوع الاعتراض فالحكم ينقض) ([١٥١]).

وبناءً على ذلك ايضا قضت محكمة التمييز العراقية انه : " لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك انه يترتب على المحكمة في حالة اصدار الحكم على تركة المتوفي ان تحلف المدعي من تلقاء نفسها يمين الاستظهار المقررة في المادة /١٢٤ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ هذا من جهة، ومن جهة اخرى فان من حق الوارث ان يدفع بعدم العلم من ان التوقيع المنسوب لمورثه يعود له فعلا من عدمه ويطلب اجراء المضاهاة عن عائدية التوقيع لمورثه فان ذلك لا يحول دون تقديمه دفوعا اخرى تتعلق باصل الدين لذا كان على المحكمة قبول الدفع المشار من قبل المميز وتكليفه بتقديم ما يثبته من الادلة فان عجز تمنحه حق تحليف خصمه اليمين القانونية..." ([١٥٢]) .

وكذلك قضت محكمة تمييز العراق على أنه "... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح و مخالف للقانون ... إذ أن المدعي توفي أثناء نظر الدعوى لذا فقد جاء

([١٤٩]) تنظر: المادة /٣٧ من قانون التنفيذ العراقي .

([١٥٠]) تنظر: المادة /٣٧ من قانون التنفيذ العراقي ؛ وينظر : د. سعيد عبد الكريم مبارك ، احكام قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠ ، ط ١ ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٩ ، ص١١٣ .

([١٥١]) قرار محكمة التمييز العثمانية ج. م. عد٧٧٦ مؤرخ في ٢٦ نيسان ٣١٠ ، نقلا عن : سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص ١٠٢١.

([١٥٢]) قرار محكمة التمييز العراقية رقم / ٦١٨ / مدنية ثالثة /١٩٨١ في ١٩٨١/٥/١١. نقلا عن: علي محمد ابراهيم الكرباسي، الموسوعة القانونية ١، قانون الاثبات ، ص٧٠.

حكمها غير صحيح فقرر نقضه و إعادة إضبارة الدعوى لمحكمتها لملاحظة ما تقدم و تحليف اليمين المنصوص عليها بالمادة / ١٢٤ من قانون الإثبات ..." ([١٥٣]) .

وفي قرار حديث لمحكمة بداءة الموصل جاء فيه " ادعت المدعية أن مورث المدعى عليهم هو ابنها كان قد استدان منها مبلغ إلا أنه فارق الحياة و لم يعد لها المبلغ و طلبت دعوتهما للمرافعة ... و استكمالاً لقناعة المحكمة فقد قامت بتحليف المدعية يمين الاستظهار عنها وقد جرت المرافعة بحضور الشخص الثالث مدير رعاية القاصرين في نينوى الذي أدخلته المحكمة الى جانب القاصرين استكمالا للخصومة واستمعت الى اقواله قامت المحكمة باحالة الدعوى الى خبير قضائي لاحتساب ما يقع على المدعي عليهم جميعا... " ([١٥٤]) .

وفي ضوء ماتقدم يمكننا تحديد تعريف لهذه اليمين بأنها : يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى مدعي الحق في التركة الذي أثبت حقه ، بأنه لم يستوف حقه بنفسه و لا بغيره من المتوفى و لا أبراه و لا أحاله على غيره ، أو استوفى دينه من الغير و ليس للمتوفى في مقابل هذا الحق رهن.

الفرع الثاني

شروط توجيه يمين الاستظهار

([١٥٣]) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٤٦٠ / م١ / ١٩٩٥ في ١٩٩٥/١٢/٣٠ (قرار غير منشور).

([١٥٤]) قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٨٢٩ / ٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٨/٥ (قرار غير منشور).

من خلال ما تقدم يمكننا أن نحدد اهم الشروط الواجب توافرها لكي يتم توجيه هذه اليمين وهي بالتفصيل غلى الشكل الاتي ([١٥٥]):

١- أن يدعي شخص حقاً في تركة ما .

٢- أن يثبت حقه.

٣- أن يحلف يمين أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه و لا بغيره من المتوفى بوجه من الوجوه و أبراه و لا أحاله على غيره و لا استوفى دينه من الغير و ليس للمتوفى في مقابل هذا الحق رهن.

الفرع الثالث

الاثار المترتبة على يمين الاستظهار

([١٥٥]) ينظر : الشيخ د. اوان عبدالله الفيضي ، صور اليمين المتممة دراسة مقارنة في الاثبات المدني ، مرجع سابق ، ص ١٥٦ .

كما لاحظنا خلال عرضنا لاحكام هذه اليمين انها يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى مدعي الحق في التركة الذي أثبت حقه ، بأنه لم يستوف حقه بنفسه و لا بغيره من المتوفى ولا أبراه و لا أحاله على غيره ، أو استوفى دينه من الغير و ليس للمتوفى في مقابل هذا الحق رهن.

فاذا ما توافرت شروط توجيه هذه اليمين توجه اليمين للمدعي الذي يدعي حقاً في تركة واثبت حقه ، فيحلف يمين أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه و لا بغيره من المتوفى باي وجه من الوجوه الممكنة ولا أبراه و لا أحاله على غيره و لا استوفى دينه من الغير و ليس للمتوفى في مقابل هذا الحق رهن ، فان حلفها يثبت له الحق في التركة كاثر لذلك ، لان الهدف من هذه اليمين استظهار الحق لان هذا الحق اساسا ينطوي على شيء من الخفاء ، و معه الدليل الذي يثبت هذا الحق ، فلا يواجه خصمه الحقيقي وهو المتوفى ليبدي هذا ما عنده من دفوع لهذا الحق ، و الورثة قد يجهلون هذه الدفوع ، أو يجهلون بعضها ، لذلك عندما يقيم المدعي الدليل على حقه في التركة ، يعتبر القانون هذا الدليل غير كامل ويوجب تعزيزه بدليل اخر هو يمين مكملة ومتممة هي يمين الاستظهار على أن المدعي لم يستوف حقه بأي صورة من الصور ، فالمستحق للمال إنما يقدم دليلاً نسبياً على الملك ، فيبقى أن يعزز هذا الدليل بيمين متممة هي يمين الاستظهار على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه المعروفة .

المطلب الثاني

يمين الاستحقاق

تعد يمين الاستحقاق هذه يمين استثبات يحلفها القاضي عن واقعة شخصية ويعزز الدليل الأصلي الذي استخلصه وأخذ به من البينة المقدمة إليه في الدعوى ، فهي اذن يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى المدعي الذي استحق المال و أثبت دعواه ، على أنه لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد ولم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه.

فمن يدعي ملكية أشياء محجوزة مثلاً ، عليه أن يثبت أولاً ملكيته لهذه الأموال ، فإذا ما أثبت المدعي استحقاقه لهذه الاشياء المحجوزة فينبغي بعد ذلك ان تحلفه المحكمة من تلقاء نفسها يمين للاستثبات والاستحقاق على أنه لم يبع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرجه من ملكه باي وجه كان من الوجوه الممكنة ، فيمين الاستحقاق لا تعد اصلا دليلاً في الحكم ولا يصل إلى تحليفها القاضي إلا بعد ثبوت الاستحقاق ، فهي يمين الزامية لانها تلزم القاضي بتوجيهها رغم اكتمال الدليل امامه لان المدعي في الحقيقة أثبت دعواه ، كما انه ليس للقاضي اية سلطة تقديرية في توجيهها او عدم توجيهها ، بل يلزم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه لان القانون يعد هذا الدليل غير كامل بالدعوى اصلا ، ويوجب تعزيزه بيمين متممة هي يمين الاستحقاق على أن المدعي لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرجه من ملكه.

ولغرض دراسة الموضوع مفصلا وتسليط الضوء على هذه اليمين وبيان تعريفها اولا ومن ثم التطرق الى شروط توجيهها ثانيا ، فضلا عن تناول اهم الاثار الناتجة عن توجيهها ثالثا، فان ذلك يستوجب منا ان نقسم هذا المطلب على الفروع الاتية :

الفرع الاول: تعريف يمين الاستحقاق .

الفرع الثاني: شروط توجيه يمين الاستحقاق .

الفرع الثالث: الاثار المترتبة على يمين الاستحقاق .

الفرع الاول

تعريف يمين الاستحقاق

ان يمين الاستحقاق يمين كانت معروفة أيضاً في الفقه الإسلامي مثل يمين الاستظهار ، اذ نصت عليها مجلة الأحكام العدلية في المادة / ١٧٤٦ – ثانياً بأنه (...الثاني: إذا استحق أحد المال و أثبت دعواه حلفه الحاكم على أنه لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه ...) ([١٥٦]).

وقد جاء في شرح مستثنيات هذه المادة انه (....٢– اذ استحق احد مالا وبناء على انكار المستحق عليه اثبت المدعي دعواه بالبينة فيحلف القاضي المدعي بأنه لم يبع ذلك المال ولم يهبه لاحد وانه لم يخرجه من ملكه بصورة من الصور فاذا حلف فيحكم للمستحق واذا نكر فترد دعوى الاستحقاق – البزازية في الاستحقاق– اما اذا اقر المستحق عليه بان المال المستحق هو للمدعي او طلب المستحق عليه عدم تحليف المستحق اليمين فالظاهر بانه لايحلف المستحق اليمين على الوجه المذكور وعلى حسب هذه الفقرة تلزم يمين الاستحقاق في قسم الاستحقاق الناقل للملكية اما في قسم الاستحقاق المبطل للملكية فلا تلزم ...) ([١٥٧]).

وقد نقلت المادة حرفياً إلى المادة / ١٢٤ من قانون الإثبات العراقي و التي نصت على أنه " ثانياً – إذا استحق أحد المال و أثبت دعواه ، حلفته المحكمة على أنه لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه ..." وتطابقها المادة / ١٢٣ – ب من قانون البينات السوري ، أما المادة / ٥٤ من قانون البينات ألاردني سالفة الذكر فقد جاءت مختلفة بالصياغة فقط ولم يرد نص مماثل في القوانين المقارنة الاخرى ([١٥٨]).

وهذه اليمين هي يمين استثبات ، يحلفها القاضي عن واقعة شخصية ، ويعزز الدليل الأصلي الذي استخلصه و أخذ به من البينة المقدمة إليه ، فمن يدعي ملكية أشياء محجوزة مثلاً ، عليه أن يثبت أولاً ملكيته لهذه الأموال ، فإذا ما أثبت المدعي استحقاقه ، تحلفه المحكمة من تلقاء نفسها هذه اليمين ، على أنه لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرجه من ملكه بوجه

([١٥٦]) الجدير بالذكر في هذا الخصوص ان المادة / ١٧٤٧ من مجلة الاحكام العدلية نصت على انه (اذا حلف المدعى عليه بطلب الخصم قبل ان يكلفه الحاكم فلا يعتبر يمينه ويلزم ان يحلف من قبل الحاكم مرة اخرى) أي انه (والمقصود انه لا يصح الا تحليف الحاكم وكذا لو حلفه الحاكم بدون طلب الخصم لا تعتبر يمينه ويحلف تكرارا بطلب الخصم الا في المواضع المستثناة في المادة السابقة وشرحها وفي الهندية الاستحلاف يجري في الدعاوي الصحيحة دون فاسدتها ...) وللمزيد من التفصيل ينظر : سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص ١٠٢١ ؛ وعلي حيدر ، مرجع سابق ،ج١ ، ص ٤٥٥ ؛ وتنظر في هذا المجال ايضا : المادة / ١٧٤٨ – ١٧٥٣ ؛ وينظر شرحها ايضا لدى : سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص ١٠٢١ – ١٠٢٨ ؛ وعلي حيدر ، مرجع سابق ، ج١ ، ص ٤٥٥– ٤٦٢ .

([١٥٧]) علي حيدر ، مرجع سابق ، ص٤٥٤ .

([١٥٨]) تنظر : المادة / ١٢٣ – ب من قانون البينات السوري؛ والمادة / ٥٤ من قانون البينات ألاردني .

من الوجوه ، فهذه اليمين لا تعد دليلاً في الحكم ، ولا يصل إلى تحليفها إلا بعد ثبوت الاستحقاق.

وتطبيقاً لذلك فقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق أنه " ... على المحكمة تحليف مدعية الاستحقاق يمين الاستحقاق ويمين الاستظهار إذا توفي المدعى عليه أثناء المرافعة وذلك قبل صدور حكمها على الورقة ..." ([١٥٩]) .

في هذا الصدد ايضا ، قضت محكمة التمييز الأردنية على " أن المادة / ٥٤ من قانون البينات ألاردني والمادة / ١٧٤٦ من المجلة توجبان على المحكمة في دعاوى الاستحقاق توجيه يمين الاستحقاق إلى المدعي دونما حاجة لطلب من المدعى عليه " ([١٦٠]) .

و أخيراً يمكننا تحديد تعريف خاص محدد لهذه اليمين بأنها: يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى المدعي الذي استحق المال و أثبت دعواه ، على أنه لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه.

الفرع الثاني

شروط توجيه يمين الاستحقاق

([١٥٩]) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٥٦٩ / حقوقية / ٦٣ ، المنشور في قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد ١ ، لسنة ١٩٦٣ ، ص ١٠٢.

([١٦٠]) قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٣٧٧ / ٧٢س ، ١٩٧٢ ، ص ١٦٠١ ، أشار إليه : د. مفلح القضاة ، مرجع سابق ، ص ٣٩١.

ابتداء لابد من ذكر ان القاضي ينبغي عليه في دعاوى الاستحقاق توجيه يمين الاستحقاق إلى المدعي دونما حاجة لطلب من المدعى عليه ، وان يحلف القاضي من تلقاء نفسه يمينا للمدعي الذي استحق المال وأثبت دعواه ، على أنه لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه ، ويعزز الدليل الأصلي الذي استخلصه فلا يصل إلى تحليفها إلا بعد ثبوت الاستحقاق، لذلك فانه يشترط لتوجيه هذه اليمين عدة شروط يمكننا توضيحها على النحو الآتي ([١٦١]):

١- أن يكون مدعي المال قد استحق المال و أثبت دعواه.

٢- أن يحلفه القاضي يميناً على أنه لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه.

الفرع الثالث

الاثار المترتبة على يمين الاستحقاق

([١٦١]) ينظر : الشيخ د. اوان عبدالله الفيضي ، صور اليمين المتممة دراسة مقارنة في الاثبات المدني ، مرجع سابق ، ص١٥٧ .

تعد يمين الاستحقاق كما ذكرنا يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى المدعي الذي استحق المال و أثبت دعواه ، على أنه لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرجه من ملكه باي وجه من الوجوه المعروفة .

واذا ما توافرت الشروط التي ذكرناها انفا لتوجيه هذه اليمين وذلك بان يكون مدعي المال قد استحق المال و أثبت دعواه في ذلك ، فيجب ان يحلفه القاضي يميناً على أنه لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرجه من ملكه باي وجه من الوجوه الممكنة .

فاذا حلف المدعي الذي استحق المال واثبت دعواه فانه يكسب حقه ويحكم له بالمال الذي يستحقه ، لان هذه اليمين هي بالحقيقة عبارة عن استثبات يحلفها القاضي عن واقعة شخصية لكي يعزز الدليل الأصلي الذي استخلصه وأخذ به من البينة المقدمة إليه ، فهذه اليمين لا تعد دليلاً في الحكم ، و لا يصل إلى تحليفها إلا بعد ثبوت الاستحقاق .

فالدليل هنا اساسا ناقص بنظر القانون ولهذا فرضت اليمين قانونا وسميت بهذا يمين قانونية ، فهي جاءت لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً ويراد استكماله ، فضلاً عن أنها توجه من قبل القاضي ، و بالتالي فهي وجوبية الزامية أي أن القاضي ملزم بتوجيهها في أحوال معينة إلى أحد الخصوم بالذات الذي يعينه القانون.

المطلب الثالث

يمين رد المبيع لعيب فيه

تعد يمين رد المبيع لعيب فيه يمين قانونية مفروضة من قبل القانون ، فضلا عن انها يمين وجوبية تلزم القاضي بتوجيهها وليس له سلطة تقديرية في توجيهها من عدم توجيهها ، فيلزم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه إلى المشتري إذا أراد رد المبيع لعيب ، و أثبت دعواه على أنه لم يرضَ بالعيب صراحةً أو دلالةً.

فالدليل اساسا هو كامل الاثبات في هذه الدعوى ، ومع ذلك يعده القانون غير كامل ويوجب تعزيزه وتحليف يمين متممة وجوبية هي يمين رد المبيع لعيب فيه ، وذلك لثبوت رفض المبيع لعيب فيه .

فالمشتري الذي يرد المبيع لعيب فيه ، ويقدم الدليل على هذا العيب ، يحتمل أن يكون قد رضي به ، لذلك فعليه أن يعزز دليله بيمين مكملة يحلفها على أنه لم يرض بالعيب صراحة بالقول أو دلالةً كقبضه المبيع بعد علمه بالعيب .

ويقوم القاضي بتوجيه هذه اليمين للمشتري بحكم القانون ، ودون حاجة إلى طلب من خصمه ، وإذا قصر القاضي في توجيهها ، فإن حكمه يكون موجباً للنقض من قبل محكمة التمييز او النقض .

وعلى ضوء ذلك ومن أجل الإحاطة الشاملة بتفاصيل الموضوع ، ينبغي أن نقسم هذا المطلب على الفروع الآتية:

الفرع الاول : تعريف يمين رد المبيع لعيب فيه .
الفرع الثاني : شروط توجيه يمين رد المبيع لعيب فيه .
الفرع الثالث : الاثار المترتبة على يمين رد المبيع لعيب فيه .

الفرع الاول

تعريف يمين رد المبيع لعيب فيه

ابتداء فان هذه اليمين عرفت في الفقه الإسلامي حيث نصت عليها مجلة الأحكام العدلية و ضمن نفس المادة / ١٧٤٦ – ثالثاً بأنه (...الثالث : إذا أراد المشتري رد المبيع لعيبه حلفه الحاكم على أنه لم يرضَ بالعيب قولاً أو دلالةً كتصرفه تصرف الملاك على ما ذكر في مادة ٣٤٤ ...).

وجاء في مستثنيات هذه المادة انه (.... ٣- اذا أراد المشتري رد المبيع بناء على عيبه وأنكر البائع العيب فأثبت المشتري مدعاه فيحلف المشتري من طرف القاضي قبل الحكم بالرد على أنه لم يرض بالعيب قولا أو دلالة كتصرفه تصرف الملاك على ما ذكر في المادة / ٣٤٤ فاذا حلف يحكم بالرد بالعيب واذا نكل يحكم برد الدعوى لأنه يحتمل أن يكون المشتري قد رضي بالعيب على ذلك الوجه المذكور ولم يستطع البائع الادعاء بذلك لعدم وقوفه على رضاء المشتري اما اذا قال البائع بأنه يعلم بأن المشتري لم يسقط خيار عيبه ولذلك لا يطلب تحليفه اليمين على هذا الوجه فالظاهر أنه لا يحلف المشتري ...) ([١٦٢]).

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة نقلت حرفياً إلى المادة / ١٢٤ – ثالثاً من قانون الإثبات العراقي ، والتي نصت على أنه " ثالثا – إذا أراد المشتري رد المبيع لعيب حلفته المحكمة على أنه لم يرضَ بالعيب صراحةً أو دلالةً " وتطابقها المادة / ١٢٣ – ج من قانون البينات السوري ، أما المادة / ٥٤ من قانون البينات ألاردني سالفة الذكر فجاءت صياغتها مختلفة ولم يرد نص مماثل في القوانين المقارنة الاخرى ([١٦٣]).

فالمشتري الذي يرد المبيع لعيب فيه ، ويقدم الدليل على هذا العيب ، يحتمل أن يكون قد رضي به ، فعليه أن يعزز دليله بيمين مكملة على أنه لم يرض بالعيب صراحة كقوله: رضيت ، أو دلالةً كقبضه المبيع بعد علمه بالعيب ، وتقوم المحكمة بتوجيه هذه اليمين للمشتري بحكم

([١٦٢]) علي حيدر ، مرجع سابق ، ص ٤٥٥.

([١٦٣]) تنظر : المادة / ١٢٣ – ج من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ٥٤ من قانون البينات ألاردني .

القانون ، و دون حاجة إلى طلب من خصمه ، و إذا قصرت المحكمة في توجيهها ، فإن حكمها يكون موجباً للنقض (١٦٤) .

وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ان " مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية شرطها ان تكون العيوب كامنة في مادة الشئ المبيع ذاته وموجودة فيه وقت تسلم المشتري له وان تنقص من قيمته بحسب الغرض الذي اعدله وان يثبت المشتري عدم استطاعته ان يتبينها بنفسه لو فحص المبيع بعناية الرجل المعتاد مالم يكن البائع قد اكد له خلو المبيع منها او تعمد اخفاءها غشا منه مادة٤٤٧ مدني " (١٦٥).

وبهذا يمكننا تحديد تعريف لهذه اليمين بأنها: يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه للمشتري إذا أراد رد المبيع لعيب ، و أثبت دعواه على أنه لم يرضَ بالعيب صراحةً أو دلالةً.

الفرع الثاني
شروط توجيه يمين رد المبيع لعيب فيه

---

(١٦٤) للمزيد من التفاصيل راجع : د. سليمان مرقس ، من طرق الإثبات ، الإقرار و اليمين و إجراءاتهما ، جـ ٢ ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٢٠٩.

(١٦٥) قرار محكمة النقض المصرية رقم ٦٨٢٦ لسنة ٦٢ ق في ٢٠٠٠/٤/٢٧ نقلا عن: المحامي فرج محمد علي ، عبء الاثبات ونقله ، دراسة فقهية قضائية للخصم المكلف بالاثبات – مرافعات – مدني –ضرائب – جمارك – طبقا لاحدث احكام محكمة النقض ، ط٢ ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٠٧.

مـن المعلـوم ان يمـين رد المبيـع يمـين يوجههـا القاضـي مـن تلقـاء نفسـه للمشـتري إذا أراد رد المبيـع لعيـب ، و أثبـت دعـواه علـى أنـه لـم يـرضَ بالعيـب صـراحةً أو دلالـةً ، فيقـوم القاضي بتوجيه هذه اليمين للمشتري بحكم القانون ، و دون حاجة إلى طلب من خصمه بشروط يمكن استنتاجها لتكون بالشكل الآتي ([١٦٦]) :

١- أن يطلب المشتري رد المبيع لعيب فيه.

٢- أن يقيم المشتري الدليل على هذا العيب و يثبت وجوده.

٣- أن يحلف يمين على أنه لم يرضَ بالعيب صراحةً أو دلالةً.

الفرع الثالث

الاثار المترتبة على يمين رد المبيع لعيب فيه

([١٦٦]) ينظر : الشيخ د. اوان عبدالله الفيضي ، صور اليمين المتممة دراسة مقارنة في الاثبات المدني ، مرجع سابق ، ص ١٥٩ .

من خلال استعراضنا لاحكام يمين رد المبيع تبين لنا ان هذه يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه للمشتري إذا أراد رد المبيع لعيب ، و أثبت دعواه على أنه لم يرضَ بالعيب صراحةً أو دلالةً.

فاذا طلب المشتري رد المبيع لعيب فيه واقام الدليل على هذا العيب واثبت وجوده فعليه ان يحلف يمينا على انه لم يرض بالعيب صراحة او دلالة ، فاذا حلفها حكم له برد المبيع لعيب فيه ، فكل ما في الامر ان المشتري عليه ان يقدم الدليل على هذا العيب ، وهذا اصلا دليلا ناقصا بنظر القانون لانه يحتمل أن يكون المشتري قد رضي به ، فعليه أن يعزز دليله بيمين مكملة على أنه لم يرض بالعيب صراحة ، كقوله: رضيت ، أو دلالةً : كقبضه المبيع بعد علمه بالعيب ، وتقوم المحكمة بتوجيه هذه اليمين للمشتري بحكم القانون من دون حاجة إلى طلب من خصمه الاخر ، وإذا لم يوجه القاضي هذه اليمين فإن حكمه يكون موجباً للنقض من قبل محكمة التمييز او محكمة النقض .

اما اذا رفض المشتري حلف هذه اليمين فلا يحكم له برد المبيع لعيب فيه وذلك لبقاء الدليل في نظر القانون ناقصا .

وقد جاء في هذا الخصوص في المادة / ١٧٤٦ – ثالثاً من مجلة الاحكام العدلية انه (.... فاذا حلف يحكم بالرد بالعيب واذا نكل يحكم برد الدعوى لأنه يحتمل أن يكون المشتري قد رضي بالعيب على ذلك الوجه المذكور ولم يستطع البائع الادعاء بذلك لعدم وقوفه على رضاء المشتري اما اذا قال البائع بأنه يعلم بأن المشتري لم يسقط خيار عيبه ولذلك لا يطلب تحليفه اليمين على هذا الوجه فالظاهر أنه لا يحلف المشتري ...) ([١٦٧]).

المطلب الرابع
يمين الشفعة

([١٦٧]) تنظر : المادة / ١٧٤٦ – ثالثاً من مجلة الاحكام العدلية .

تعد يمين الشفعة حقيقة يمين قانونية مفروضة من قبل القانون فضلا عن انها يمين وجوبية تلزم القاضي بتوجيهها وليس له سلطة تقديرية في توجيهها من عدم توجيهها ، فيلزم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه إلى الشفيع عند الحكم بالشفعة بأنه لم يبطل شفعته يعني لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه المعروفة ، و أثبت دعواه ، فالدليل اساسا هو كامل الاثبات في هذه الدعوى ومع ذلك يعده القانون غير كامل ويوجب تعزيزه وتحليف هذه اليمين المتممة الوجوبية وهي يمين الشفعة ، لثبوت حق الشفعة وعدم التنازل عنها بالاسقاط .

فالشفيع إذا طالب بالشفعة تحلفه المحكمة يمين الشفعة على انه لم يسقط شفعته باي وجه كان ، لذلك فعليه أن يعزز دليله بيمين مكملة يحلفها على أنه لم يبطل شفعته ، ويقوم القاضي بتوجيه هذه اليمين للشفيع بحكم القانون من دون حاجة إلى طلب من خصمه ، وإذا قصر القاضي في توجيهها فإن حكمه يكون موجباً للنقض من قبل محكمة التمييز او النقض .

ولغرض الاحاطة الشاملة للموضوع كما ينبغي وتسليط الضوء عليه ، يتطلب منا بادئ ذي بدء ان نسوق ليمين الشفعة هذه تعريفا ، ومن ثم نبين شروط توجيهها ، وكذلك نتطرق الى الاثار المترتبة عليها ، وهذا يتطلب أن نقسم هذا المطلب على الفروع الآتية:

الفرع الاول : تعريف يمين الشفعة .
الفرع الثاني : شروط توجيه يمين الشفعة .
الفرع الثالث : الاثار المترتبة على يمين الشفعة .

الفرع الاول
تعريف يمين الشفعة

ابتداء لابد من بيان ان الفقه الإسلامي كان قد عرف يمين الشفعة ايضا كما عرف الايمان السابقة الذكر من يمين الاستظهار والاستحقاق ورد المبيع لعيب فيه ، اذ نصت عليها مجلة الأحكام العدلية ضمن نفس المادة / ١٧٤٦ – رابعاً بأنه (... الرابع : تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بأنه لم يبطل شفعته يعني لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه ...).

وقد جاء في مستثنيات هذه المادة انه (... ٤– تحليف القاضي الشفيع عند الحكم له بالشفعة بأنه لم يبطل شفعته يعني لم يسقط شفعته بوجه من الوجوه فاذا حلف يحكم له بالشفعة والا ترد دعوى الشفعة اما اذا قال المشتري بأن الشفيع لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه وطلب عدم تحليفه اليمين فالظاهر لا يحلف الشفيع ...) ([١٦٨]) .

ولم يرد ذكر هذه اليمين في قانون الإثبات العراقي حيث اقتصرت المادة / ١٢٤ على ثلاث حالات التي ذكرناها سابقاً ، وقد عالجت التشريعات الوضعية عموما موضوع الشفعة ضمن اسباب كسب الملكية ، وبهذا فقد عرفتها المادة /١١٢٨ من القانون المدني العراقي بانها " الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة " ([١٦٩]) ، الا اننا نرى انه على الرغم من ان القانون المدني العراقي عرفها بانها حق الا انه عالجها ضمن اسباب كسب الملكية .

كما عرفت الشفعة أيضا بأنها رخصة ، وليس حق تملك كما ورد ذلك في التعريف السابق في اطار المادة /١١٢٨ من القانون المدني العراقي ، اذ عرفتها في سبيل ذلك المادة /٩٣٥ من القانون المدني المصري اذ نصت على أنها " الشفعة رخصة في بيع العقار تجيز الحلول محل المشتري في الاحوال والشروط المنصوص عليها في المواد الاتية " ([١٧٠]) .

وبهذا يتضح ان الشفعة هي حق تملك وهي ايضا رخصة تجيز لصاحبها ان يحل محل المشتري في الاحوال والشروط المنصوص عليها في القانون .

وعلى الرغم من ان بعض التشريعات الوضعية اقرت نظام الشفعة الا ان بعضها عملت على تضييق نطاقها لانها استثناء على حرية التصرف ، أي بتعبير اخر انها تعد وسيلة شاذة

([١٦٨]) علي حيدر و مرجع سابق ، ص ٤٥٥.

([١٦٩]) تنظر: المادة /١١٢٨ من القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

([١٧٠]) تنظر: المادة /٩٣٥–٩٤٨ من القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل ؛ وتنظر: المادة / ١٢٧٩ من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧ .

من وسائل كسب الملكية ، ([١٧١]) ، وهذا ماعمله بالتحديد مشروع القانون المدني العراقي بعد تعديل المادة /١١٢٩ بقرار مجلس الثورة العراقي المنحل بتاريخ ١٩٧٨/٢/٢٤ ، اذ اشار ان حق الشفعة ينحصر بالشريك في دار السكن الشائعة او الشقة السكنية ، وبهذا فان الشريك في العقار الشائع له الحق في اخذ الحصة الشائعة بيد المشتري وبأتخاذ الاجراءات التي حددها القانون للمحافظة على حقه في الشفعة وتملك المشفوع وهذه الاجراءات هي اولا :الاعلان عن الرغبة– فقد أوجب على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن عن رغبته للبائع والمشتري كليهما أو دائرة التسجيل العقاري عبر خمسة عشر يوما من تاريخ انذاره بالبيع انذارا رسميا من البائع أو المشتري، ثانيا:ايداع نصف الثمن الحقيقي– يجب على الشفيع عند رفعه الدعوى أن يودع فعلا في صندوق المحكمة التي يوجد العقار المشفوع في دائرتها مبلغا يساوي نصف الثمن الذي حصل الاتفاق عليه حقيقة بين البائع والمشتري والعلة في اشتراط الايداع نصف الثمن الحقيقي فعلا حتى لو كان الثمن مؤجلا فيما بين البائع والمشتري هي ضمان جدية طلب الشفعة من جهة والمحافظة على حقوق ذوي المصلحة من جهة اخرى، ثالثا: رفع دعوى الشفعة– فاذا أعلن

([١٧١]) الجدير بالذكر ان بعض الشراح ذهب ان الشفعة لاتعد سببا جديدا للتملك أي سببا حقيقيا لكسب الملكية لان الشفيع انما يملك العقار بسبب عقد جديد وكل ما يحدث ان الشفيع يبعد المشتري ليحل محله في ملكية العقار ينظر: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية ، ثانيا اسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية ، دراسة موازنة بالمدونات العربية، ط١ ، الاصدار الثالث ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، ١٩٩٩ ، ص١٦٣؛ وقد رد البعض الاخر على هذا القول بان فكرت العقد الجديد يمكن قبولها عندما تتم الشفعة بالتراضي مع المشتري ، اما اذا تمت الشفعة بحكم المحكمة وهو الغالب ، فلا يمكن قبولها لان الشفيع يمتلك المشفوع جبرا على المشفوع منه المشتري ، في حين ان العقود تبنى على مبدأ التراضي ، الا اننا نجد بان هذه الفكرة لا يمكن قبولها حتى في الحالة الاولى بدليل ان الشفيع يرجع على البائع وليس المشفوع منه بضمان الاستحقاق اذا استحق العقار المشفوع ؛ ينظر : د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية دراسة مقارنة ، ط ١، الاصدار الثالث ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، ٢٠٠٠، ص ١٨٥ ؛ في حين ذهب البعض الاخر وهو مانؤيده ، الى ان الشفعة واقعة قانونية تدخل في اسباب كسب الملكية ، اذ انها ليست بحقوق ، بل هي مصدر للحقوق ، اذ ان الشفعة لا ترتب اثرها في كسب الملكية الا بعد ابداء الشفيع رغبته في الاخذ بها وابداء الرغبة يعد من قبيل المكنات القانونية أي منزلة وسطى بين الحرية العامة والحق بالمعنى القانوني الدقيق ، ينظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٩ ، اسباب كسب الملكية ، طبعة منقحة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٣١؛ فالشفعة حقيقة هي واقعة مركبة اقترن فيها ارتباطيين بالعقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به وهذه هي واقعة مادية وبيع العقار المشفوع فيه باعلان الشفيع عن رغبته في الاخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني وهكذا تشمل هذه الواقعة على ثلاثة عناصر هي الارتباط بين العقارين ، وبيع العقار المشفوع فيه ، واعلان الشفيع عن ارادته ، ومتى تكاملت هذه العناصر الثلاث تصبح الشفعة سببا قانونيا يحدث اثره ، وللمزيد من االتفصيل ينظر : د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مرجع سابق ، ج٩ ، ص ٦٩١.

الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة يجب على المشتري أن يسلم بحق الشفيع في الشفعة والا فعلى الشفيع أن يرفع الدعوى على كل من البائع والمشتري والا سقط حقه أي انه يشترط لقبول الدعوى أن يختصم البائع والمشتري كليهما ([١٧٢]).

في حين ان الاجراءات تختلف في القانون المدني المصري اذ تبدأ عادة باعلان الشفيع عن رغبته بالاخذ بالشفعة وهذه تعد هي المرحلة الاولى ، ويجب ان يكون هذا الاعلان رسميا وان يوجه الى كل من البائع والمشتري استنادا الى المادة /٩٤٢ من القانون المدني المصري، اما المرحلة الثانية فهي ايداع الثمن اذ يجب على الشفيع في خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة ان يودع خزانة المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه كل الثمن الحقيقي الذي حصل به البيع مع مراعاة ان يكون هذا الايداع قبل رفع دعوى الشفعة فان لم يتم الايداع في هذا الميعاد على الوجه المتقدم سقط الحق بالاخذ بالشفعة استنادا الى احكام المادة /٩٤٢-٢ من القانون المدني المصري ، اما المرحلة الثالثة فهي رفع الدعوى وقيدها وذلك حيث لايسلم المشتري للشفيع بحقه في الشفعة ويكون رفع الدعوى وقيدها خلال ٣٠ يوما من تاريخ اعلان الرغبة ورفع الدعوى على البائع والمشتري انما يكون باعلان صحيفتها اليهما معا ولذلك يجب ان يتم اعلان صحيفة الدعوى الى البائع والمشتري في خلال الثلاثين يوما فاذا مضى دون ان يعلن احدهما سقط الحق في الشفعة ولو كان قد تم اعلان الاخر في الميعاد([١٧٣]).

اما المادة / ١٢٣ – د من قانون البينات السوري فقد نصت على أنه " إذا طالب الشفيع بالشفعة حلفته المحكمة بأنه لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه " وتوافقها المادة / ٥٤ من قانون البينات الاردني مع اختلاف بالصياغة فقط ([١٧٤]).

([١٧٢]) تنظر : المادة / ١١٣٨ – ١١٤٠ من القانون المدني العراقي ؛ اما بالنسبة لاجراءات الشفعة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي تقتصر على رفع الدعوى تنظر في ذلك : المادة /١٢٨٠ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي .

([١٧٣]) تنظر :المادة /٩٣٥-٩٤٨ من القانون المدني المصري ؛ وللمزيد من التفصيل ينظر: المحامي فرج محمد علي ، مرجع سابق ، ص ٣٧٥.

([١٧٤]) تنظر : المادة / ٥٤ من قانون البينات الاردني .

وتطبيقاً لذلك فقد قضت محكمة النقض المصرية انه" الشفيع بحكم انه صاحب حق في اخذ العقار بالشفعة يعتبر من طبقة الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع فيجوز له ان يثبت بكافة طرق الاثبات القانونية بما فيها البينة ان الثمن الوارد في عقد المشتري ليس خو الثمن الحقيقي للعين المشفوع فيها..." ([١٧٥])، وقضت ايضا ان " النزول الضمني عن الحق في طلب الاخذ بالشفعة يستلزم صدور عمل او تصرف من الشفيع بغير حتما رغبته عن استعمال هذه الرخص بان ينطوي على اعتبار المشتري مالكا نهائيا للمبيع"([١٧٦]) .

كما قضت محكمة التمييز الأردنية في هذا الخصوص على " إن تحليف الشفيع يمين الشفعة هي واجب على المحكمة و لو لم يطلب الخصم ذلك " ([١٧٧]) .

وعلى ضوء ذلك وتماشيا مع ما بيناه فانه يمكننا تحديد تعريف خاص لهذه اليمين بأنها: يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه للشفيع إذا طالب بالشفعة و أثبت دعواه ، على أنه لم يسقط شفعته بوجه من الوجوه.

الفرع الثاني
شروط توجيه يمين الشفعة

([١٧٥]) قرار محكمة النقض المصرية رقم ٣٧٢لسنة ٣٤ق ،جلسة ١٩٥٩/٤/٢ س١٠،ص٣٠٣ نقلا عن: المحامي فرج محمد علي ، مرجع سابق ، ص ٣٧٥.

([١٧٦]) قرار محكمة النقض المصرية رقم ٥٤٢٤لسنة ٦٣ق ،جلسة ١٩٩٤/١٠/١٩ نقلا عن:المرجع السابق،ص٣٧٥

([١٧٧]) قرار محكمة التمييز الاردنية رقم ٥٣٣ / ٨٤ ، مجلة المحامين الأردنيين ، ع ١١ ، س ٣٢ ، ١٩٨٤ ، نقلا عن : مالك جابر حميدي الخزاعي ، حجية اليمين في الدعوى المدنية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد ، ١٩٨٨ ، هامش (٤) ، ص ٢٠٥.

من المعلوم ان هذه اليمين مثل الأيمان الثلاثة التي سبق ذكرها أيضاً ، ينبغي لتوجيهها من المحكمة أن تتوافر عدة شروط يمكن توضيحها كما يأتي ([١٧٨]):

١- أن يطالب الشفيع بشفعته و يثبت هذا الحق.

٢- أن تحلفه المحكمة اليمين عند الحكم له بشفعته على أنه لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه ، ذلك أن الشفيع عندما يطالب بالشفعة يحتمل أن يكون قد أسقط شفعته ، فعليه أن يعزز مطالبته بيمين الشفعة على أنه لم يسقطها.

الفرع الثالث

الاثار المترتبة على يمين الشفعة

([١٧٨]) ينظر : الشيخ د. اوان عبدالله الفيضي ، صور اليمين المتممة دراسة مقارنة في الاثبات المدني ، مرجع سابق ، ص ١٦٠ .

ولبيـان الاثـار المترتبـة علـى هـذه اليمـين لابـد مـن معرفـة ان هـذه اليمـين هـي يمـين قانونية وجوبية الزامية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه الى الشفيع الذي يطاالب بالشفعة وأثبت دعواه ، فينبغي عليه ان يحلف على أنه لم يسقط شفعته بوجه من الوجوه المعروفة ، وذلك من اجل التاكد من انه لم يسقط شفعته فعلا ، فاذا حلف الشفيع هذه اليمين المذكورة حكم له بالشفعة.

اما في حالة نكلوله عن هذه اليمين ولم يحلفها ، فيسقط حقه في طلب الشفعة ، وذلك لان الدليل يبقى ناقصا في نظر القانون اذ يحتمل أن يكون الشفيع قد ابطل شفعته واسقط حقه فيها ، ولهذا اوجب القانون على الشفيع ان يحلف هذه اليمين ويعزز دليله بيمين مكملة هي يمين الشفعة على أنه لم يسقط شفعته .

فقد جاء في شرح المادة / ١٧٤٦ – رابعاً من مجلة الاحكام العدلية انه (.... فاذا حلف يحكم له بالشفعة والا ترد دعوى الشفعة ، اما اذا قال المشتري بأن الشفيع لم يسقط حق شفعته بوجه من الوجوه وطلب عدم تحليفه اليمين فالظاهر لا يحلف الشفيع ...) ([١٧٩]).

المطلب الخامس
يمين النفقة على الغائب

([١٧٩]) علي حيدر ، مرجع سابق ، ص ٤٥٥.

تعد يمين النفقة يمين قانونية مفروضة من قبل القانون كما انها يمين وجوبية لانها تلزم القاضي بتوجيهها وليس له سلطة تقديرية في توجيهها من عدم توجيهها ، فيلزم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه إلى الزوجة إذا طلبت فرض النفقة على زوجها الغائب وأقامت البينة على دعواها واثبتت دعواها ، تستحلف أن زوجها لم يطلقها ولم يترك لها شيئاً ولا أعطاها النفقة ابدا ، ولا شيئاً من جنسها ولم تكن ناشزاً ولا مطلقة انقضت عدتها.

فالدليل يعد كامل الاثبات في هذه الدعوى – دعوى الزوجة في طلب النفقة على زوجها الغائب – ، ومع ذلك يعده القانون غير كامل ويوجب تعزيزه بدليل اخر وتوجيه يمين مكملة تحلفها الزوجة على أن زوجها لم يطلقها ولم يترك لها شئ ولم يعطها النفقة .

فيقوم القاضي عندئذ بتوجيه هذه اليمين للزوجة بحكم القانون من دون حاجة إلى طلب من احد ، وإذا ما قصر القاضي في توجيهها ، فإن حكمه يكون موجباً للنقض من قبل محكمة التمييز او النقض .

ولغرض الاحاطة الشاملة للموضوع كما ينبغي وتسليط الضوء عليه بالتفصيل فان ذلك يتطلب منا بادئ ذي بدء ان نستعرض تعريف يمين النفقة على الغائب ، ومن ثم نسوق اهم الشروط الواجب توافرها لتوجيهها ، وكذلك نتطرق الى الاثار المترتبة على توجيهها ، وهذا يتطلب أن نقسم هذا المطلب على الفروع الآتية:

الفرع الاول : تعريف يمين النفقة على الغائب .
الفرع الثاني : شروط توجيه يمين النفقة على الغائب .
الفرع الثالث : الاثار المترتبة على يمين النفقة على الغائب .

الفرع الاول
تعريف يمين النفقة على الغائب

في البداية لابد من ذكر ان الفقهاء المسلمون كانو قد عرفو يمين النفقة على الغائب ، فقد ذكر يذلك الإمام أبي الليث السمرقندي وهو من فقهاء الحنفية في باب (من للقاضي تحليفهم من غير سؤال المدعي) عدة حالات وقد جاءت من ضمنها ما يأتي : (– ٥ – وديعة الغائب في يد رجل إذا طلبت امرأة الغائب النفقة فيها يحلفها القاضي بالله ما قبضت النفقة ثم يقضى لها بها) ([١٨٠]) .

كما أضاف الأستاذ سليم رستم باز في شرح للمادة / ١٧٤٦ من مجلة الأحكام العدلية ما يأتي: (...ويستحلف أيضاً بلا طلب في مسألة خامسة : وهي إذا طلبت المرأة فرض النفقة على زوجها الغائب تستحلف أنه لم يطلقها زوجها و لم يترك لها شيئاً و لا أعطاها النفقة و هذا على قول أبي يوسف المفتى به – تكملة عن البحر –) ([١٨١]) .

وجاء في مستثنيات هذه المادة انه (... ٥– اذا طلبت الزوجة تقدير النفقة على زوجها الغائب فيحلف القاضي الزوجة قبل الحكم بالنفقة على زوجها الغائب لم يطلقها وأنه لم يؤدها النفقة وأنه لم يترك مالا عندها (الواقعات) " ([١٨٢]) .

وقد اقتبسها فعلا المشرع العراقي في المادة / ٣٠٨ – ١ من قانون المرافعات العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل ، وأيضاً في المادة / ٢٩ – ١ من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ، اذ نصت المادة / ٣٠٨ – ١ من قانون المرافعات العراقي على أنه " تحلف المحكمة اليمين من تلقاء نفسها في الحالتين التاليتين: –١– إذا طلبت الزوجة النفقة في مال زوجها الغائب وأقامت البينة على دعواها ، تحلف اليمين بالصيغة التالية – والله إن زوجي لم يترك لي نفقة ولا شيئاً من جنس النفقة ولم أكن ناشزاً ولا مطلقة انقضت عدتي – " .

كما نصت المادة / ٢٩ – ١ من قانون الأحوال الشخصية العراقي على أنه " إذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة ، واختفى أو تغيب أو فقد ، حكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ إقامة الدعوى ، بعد إقامة البينة على الزوجية ، وتحليف الزوجة بأن الزوج لم يترك لها نفقة وأنها ليست ناشزاً ولا ومطلقة انقضت عدتها ، ويأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة " وتطابقها المادة / ٧٦ من قانون الاحوال الشخصية الاردني النافذ رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١ المعدل ، والمادة /٩٧ من قانون حقوق العائلة اللبناني عام

([١٨٠]) للمزيد من التفاصيل ينظر : أبي الليث بن إبراهيم السمرقندي ، خزانة الفقه و عيون المسائل ، دراسات إسلامية لاهم المخطوطات الإسلامية ، تحقيق د. صلاح الدين الناهي ، المجلد ١ ، بغداد ، ١٩٦٥ ، ص ٤٠٣.

([١٨١]) للمزيد من التفاصيل ينظر : سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص ١٠٢١.

([١٨٢]) علي حيدر ، مرجع سابق ، ص٤٥٥.

١٩١٧ والمعدل بقانون تنظيم المحاكم الشرعية ١٩٤٢ النافذ ، ولا يوجد نص مماثل في القوانين المقارنة الأخرى ([١٨٣]) .

وهكذا يتبين لنا مما تقدم أن هذه اليمين المكملة وجوبية ، توجهها المحكمة إلى المدعية بعد إقامتها البينة على دعواها ولا مناص إذن للزوجة من حلفها ، إذ أراد المشرع بها التحفظ على ذمة المدعى عليه الغائب الذي لم يعرف مصيره ، فإذا نكلت الزوجة عن حلف هذه اليمين ردت دعواها .

وبهذا فقد جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق أنه " ... ولدى العطف على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للشرع والقانون ... لذلك قرر نقض الحكم وإعادة الإضبارة إلى محكمتها لاتباع ما تقدم وتحليف المدعية اليمين القانونية المشار إليها في المادة / ٢٩ / أحوال شخصية / قبل الحكم لها بالنفقة " ([١٨٤]) .

وفي هذه الخصوص جاء ايضا في قرار لمحكمة الاستئناف الشرعية الاردنية انه " اذا كان المدعي عليه مجهول الاقامة لايكتفي في اثباتها على النكول من المدعي عليه وحلف المدعية اليمين على صحة دعواها ، بل لابد في اثباتها من البينة وفق ما نصت عليه المادة /١٢٥ احوال شخصية " ([١٨٥]) .

وعليه يمكننا تحديد تعريف لهذه اليمين بأنها : يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه للزوجة إذا طلبت النفقة في مال زوجها الغائب و أثبتت دعواها على أن زوجها لم يترك لها نفقة ولا شيئاً من جنسها ولم تكن ناشزاً ولا مطلقة انقضت عدتها.

([١٨٣]) للمزيد من التفصيل تنظر : المادة / ٣٠٨ من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل ؛ والمادة / ٢٩ من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ، والمادة / ٧٦ من قانون الأحوال الشخصية الأردني النافذ رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١ المعدل ؛ والمادة /٩٧ من قانون حقوق العائلة اللبناني عام ١٩١٧ والمعدل بقانون تنظيم المحاكم الشرعية ١٩٤٢ النافذ .

([١٨٤]) قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٥٥٩١ / هيئة الأحوال الشخصية / ٢٠٠١ في ٢٠٠١/٧/٢٥ (قرار غير منشور).

([١٨٥]) قرار محكمة الاستئناف الشرعية الاردنية رقم /٢١٦٤٥ في ١٩٨٠/٩/١٨ ، نقلا عن : احمد محمد علي ، القرارات الاستئنافية في الاحوال الشخصية ، جـ١ ، ط١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،الاردن ، ١٩٩٠ ، ص٢٣٥ .

الفرع الثاني
شروط توجيه يمين النفقة على الغائب

كما هو معلوم فان يمين النفقة على الغائب يمين يوجهها القاضي من تلقاء نفسه للزوجة إذا طلبت النفقة في مال زوجها الغائب وأثبتت دعواها على أن زوجها لم يترك لها نفقة ولا شيئاً

من جنسها ولم تكن ناشزاً ولا مطلقة انقضت عدتها ، لذلك فانه يشترط لتوجيه هذه اليمين عدة شروط يمكننا توضيحها بالشكل الآتي:

١- أن تطلب الزوجة النفقة من مال زوجها الغائب وتثبت دعواها.

٢- ان يكون زوجها فعلا قد اختفى أو تغيب أو فقد او كان مجهول الاقامة ، وبعد إقامة البينة على الزوجية ، تحلف المحكمة اليمين للزوجة بالصيغة التالية بالصيغة التالية :- والله إن زوجي لم يترك لي نفقة و لا شيئاً من جنس النفقة و لم أكن ناشزاً و لا مطلقة انقضت عدتي – ويأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة ، ويحكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ إقامة الدعوى .

الفرع الثالث

الاثار المترتبة على يمين النفقة على الغائب

مما لاشك فيه ان هذه اليمين قانونية وجوبية أي يوجب القانون من القاضي توجيهها ، فيوجهها القاضي من تلقاء نفسه للزوجة إذا طلبت النفقة في مال زوجها الغائب واقامت البينة

على دعواها هذه واثبتت دعواها بطرق الاثبات القانونية ، فينبغي عليها ان تحلف يمينا تسمى يمين النفقة على أن زوجها لم يترك لها نفقة و لا شيئاً من جنسها و لم تكن ناشزاً و لا مطلقة انقضت عدتها ، فاذا حلفت الزوجة هذه اليمين فيحكم لها بالنفقة ، ويحكم لها القاضي بالنفقة من تاريخ إقامة الدعوى ، ويأذن لها بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة .

اما اذا نكلت الزوجة ورفضت حلف هذه اليمين فتخسر دعواها في النفقة في مال زوجها الغائب ولا يحكم لها بشئ ، وذلك لان الدليل اساسا ناقص بنظر القانون ولهذا فرضت اليمين قانونا لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً ويراد استكماله ، فضلاً عن أنها توجه من قبل القاضي ، و يطلق عليها باليمين القانونية الوجوبية ، لأن القانون هو الذي فرضها و بالتالي فهي وجوبية أي أن القاضي ملزم بتوجيهها في أحوال معينة إلى أحد الخصوم بالذات الذي يعينه القانون ، وهي هنا الزوجة التي تطلب النفقة من مال زوجها الغائب إذ أراد القانون بها التحفظ على ذمة المدعى عليه الزوج الغائب الذي لم يعرف مصيره ، فإذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة ، و اختفى أو تغيب أو فقد او كان مجهول الاقامة ، حكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ إقامة الدعوى ، بعد إقامة البينة على الزوجية ، و تحليف الزوجة يمين النفقة على الزوج الغائب وبأن الزوج لم يترك لها نفقة و أنها ليست ناشزاً ولا ومطلقة انقضت عدتها ، و يأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة ايضا .

المطلب السادس

يمين الفرقة (يمين من اختارت نفسها عند البلوغ)

تعد يمين الفرقة او يمين من اختارت نفسها عند البلوغ يمين توجه للمدعية الفتاة الصغيرة التي بلغت فاختارت نفسها بالبلوغ وطلبت فسخ عقد نكاحها الذي امضي عليها من غير وليها

المجبر عندما كانت قاصرة ، ، فهي يمين قانونية مفروضة من قبل القانون ، فضلا عن انها يمين وجوبية الزامية تلزم القاضي بتوجيهها وليس له سلطة تقديرية في توجيهها من عدم توجيهها ، فيلزم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه إلى المدعية الفتاة الصغيرة التي بلغت وبعد إقامتها البينة على دعواها وإثبات ادعائها .

فالدليل في هذه الدعوى اساسا هو كامل الاثبات ، ومع ذلك يعده القانون غير كامل ويوجب تعزيزه بدليل اخر وتوجيه يمين مكملة تحلفها المحكمة للفتاة الصغيرة التي بلغت على انها اختارت نفسها بالبلوغ وطلبت فسخ عقد زواجها الذي اتمه غير وليها ، فيقوم القاضي بتوجيه هذه اليمين بحكم القانون ودون حاجة إلى طلب من احد ، إذ أوجبها الشرع والقانون ، فالسبب الشرعي والقانوني لتوجيه هذه اليمين ، هو أن العقد من غير الولي كان في أصله ضعف تأتى منه اختيار الفسخ لرفع ضرر خفي، فإذا ما قصر القاضي في توجيهها فإن حكمه يكون موجباً للنقض من قبل محكمة التمييز او النقض .

فإذا ما نكلت الزوجة ورفضت حلف يمين الفرقة ، فهنا يعد نكولها هذا قرينة ودلالة على أنها كانت راضية على إمضاء عقد زواجها ، وإبقائها عليه حين بلغت رشيدة ، وحل أجل حقها في الاختيار ، فالنكول بمثابة إقرار بأن اختيارها لم يكن صحيحاً ولا في موعده ، وأنها غير محقة في دعواها ، و إن نكلت خسرت ما توجهت به اليمين.

وعلى ضوء ذلك ومن أجل الإحاطة الشاملة بتفاصيل الموضوع ، ينبغي أن نقسم هذا المطلب على الفروع الآتية:

الفرع الاول : تعريف يمين الفرقة .
الفرع الثاني : شروط توجيه يمين الفرقة .
الفرع الثالث : الاثار المترتبة على يمين الفرقة .

الفرع الاول
تعريف يمين الفرقة

عالجت المادة / ٣٠٨ – ٢ من قانون المرافعات العراقي يمين الفرقة ، إذ جاء في نصها على أنه " تحلف المحكمة اليمين من تلقاء نفسها في الحالتين: –١– .... –٢– إذا زوج غير

الأب و الجد الصغيرة للكفء و بمهر المثل و بلغت فاختارت نفسها بالبلوغ و طلبت فسخ عقد الزواج و التفريق بينها و بين زوجها وأقامت البينة على دعواها فتحلف اليمين بالصيغة التالية: – والله إني اخترت نفسي وقت بلوغي– " .

فإذا ما زوج غير الأب و الجد الصغيرة قبل أن تبلغ سن الرشد ، فلها أن تختار نفسها و تطلب فسخ عقد زواجها ولو كان الزوج كفوءً وبمهر المثل ، و بعد إقامتها البينة على دعواها وإثبات ادعائها ، توجه لها المحكمة هذه اليمين ، كإجراء أصلي في الدعوى ، إذ تنصب على رفع الرابطة الزوجية و التفريق بين الزوجين.

فاختيار الصغيرة لنفسها ، إما ان يكون لرفع ضرر لحق بها ، أو لأن هناك خلل في عقد زواجها ظل خفياً حتى بلوغها أهلية التقاضي ، فهو اذن حق خاص احتفظ به المشرع لها حتى تبلغ رشدها ، و يراد بالاختيار هنا طلب فسخ عقد الزواج ، ويكون ذلك بدعوى تقام في المحكمة المختصة ، وبعد الإثبات وحلف اليمين ، تقضي المحكمة بالتفريق بين الزوجين ، فاختيارها اذن جاء بناءً عن إرادتها المنفردة الخالية من عيوب الارادة او الرضا ([١٨٦]) ، 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 يمين قانونية وجوبية على القاضي يوجهها لها من دون طلب منها إذ أوجبها الشرع والقانون ([١٨٧]) ، فالسبب الشرعي والقانوني لتوجيه هذه اليمين ، هو أن العقد من غير الولي كان في أصله ضعف ، تأتى منه اختيار الفسخ لرفع ضرر خفي.

فإذا ما نكلت الزوجة ورفضت حلف هذه اليمين ، فهنا في نكولها دلالة على أنها كانت راضية على إمضاء عقد زواجها وإبقائها عليه حين بلغت رشيدة وحل أجل حقها في الاختيار

([١٨٦]) للمزيد من التفاصيل حول عيوب الرضا ينظر : أ. د . مصطفى ابراهيم الزلمي ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية في نمط جديد ، ط ٨ ، مراجعة الاستاذ د. احمد عبد الوهاب البنجويني مركز دراسات برلمان كوردستان ، اربيل ، ٢٠١٢ ، ص ١٠٤ ؛ د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ، القانون المدني وأحكام الالتزام ، جـ ٢ ، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٠ ، ص ٧٥ و ما بعدها.

([١٨٧]) للمزيد من التفاصيل ينظر : محمد شفيق العاني ، أصول المرافعات و الصكوك في القضاء الشرعي، ط ٢ ، من دون سنة طبع ، ص ١٤٨.

، فالنكول بمثابة إقرار بأن اختيارها لم يكن صحيحاً ولا في موعده ، وأنها غير محقة في دعواها ، وإن نكلت خسرت ما توجهت به اليمين ([١٨٨]) .

و هكذا يمكننا أن نحدد تعريف خاص لهذه اليمين بأنها: يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه للمدعية الصغيرة التي بلغت إذا طلبت فسخ عقد زواجها الذي أتمه غير وليها أي غير الأب و الجد و التفريق بينها و بين زوجها و أثبتت دعواها على أنها اختارت نفسها وقت بلوغها.

الفرع الثاني
شروط توجيه يمين الفرقة

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

([١٨٨]) ينظر : مهدي صالح محمد أمين ، أدلة القانون غير المباشرة ، الإقرار و اليمين و القرائن ، بغداد ، ١٩٨٧ ، ص ١٤٤.

١- أن تطلب – الصغيرة التي بلغت – فسخ عقد زواجها والتفريق بينها و بين زوجها.
٢- أن تقيم البينة على دعواها ، في أنه قد زوجها غير الأب والجد عندما كانت صغيرة ، وأنها بلغت فاختارت نفسها بالبلوغ .
٣- أن تفصح 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 الاتية : والله إني اخترت نفسي وقت بلوغي.

وفي هذا المضمار فاننا نقترح اضافة يمين الفرقة وجعلها ايضا من ضمن حالات التفريق القضائي التسعة المنصوص عليها بالمادة /٤٣ من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ ولتكون فقرة عاشرة للمادة / ٤٣ ولتصبح على الشكل الاتي :

" للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: .....-١٠- إذا زوج غير الأب والجد الصغيرة للكفء و بمهر المثل وبلغت فاختارت نفسها بالبلوغ وطلبت فسخ عقد الزواج والتفريق بينها وبين زوجها وأقامت البينة على دعواها فتحلفها اليمين بالصيغة التالية – والله إني اخترت نفسي وقت بلوغي – " .

كما نقترح في هذا المضمار ايضا إضافة الفقرات رابعاً و خامساً إلى المادة / ١٢٤ من قانون الإثبات العراقي وذلك بنقل المادة / ٣٠٨ – أولاً و ثانياً من قانون المرافعات العراقي وجعلها كفقرات رابعاً وخامساً ضمن المادة / ١٢٤ ، اذ نصت المادة / ٣٠٨ – ١ من قانون المرافعات العراقي على أنه " تحلف المحكمة اليمين من تلقاء نفسها في الحالتين التاليتين :
-١- إذا طلبت الزوجة النفقة في مال زوجها الغائب وأقامت البينة على دعواها ، تحلف اليمين بالصيغة التالية – والله إن زوجي لم يترك لي نفقة ولا شيئاً من جنس النفقة ولم أكن ناشزاً ولا

مطلقة انقضت عدتي –٢– إذا زوج غير الأب و الجد الصغيرة للكفء و بمهر المثل و بلغت فاختارت نفسها بالبلوغ و طلبت فسخ عقد الزواج والتفريق بينها و بين زوجها وأقامت البينة على دعواها فتحلف اليمين بالصيغة التالية : – والله إني اخترت نفسي وقت بلوغي– " .

وبهذا نكون قد جمعنا صور الأيمان المتممة الوجوبية القانونية في نص مادة واحدة وفي القانون المناسب لها وهو قانون الإثبات ، وهذا هو موضعها الصحيح والملائم مع بقية صورها الأخرى بدل هذا التشتت لها ، كما أن وجودها ضمن قانون المرافعات ليس ملائماً ويخلو من الفائدة ، إذ كما هو معلوم أن اليمين عموماً تعتبر من طرق الإثبات القضائية حيث أن تطبيقاتها في قانون الإثبات ، خاصة وأنه يتناول صور الأيمان المتممة الجوازية والوجوبية ، وبهذا تكون المادة / ١٢٤ من قانون الاثبات العراقي قد اصبحت وفق الصيغة الآتية :

" تحلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية : أولاً– إذا ادعى أحد في التركة حقاً و أثبته فتحلفه المحكمة يمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه و لا بغيره من المتوفى بوجه و لا أبراه ولا أحاله على غيره و لا استوفى دينه من الغير و ليس للمتوفى في مقابله هذا الحق رهن . ثانياً – إذا استحق أحد المال و أثبت دعواه حلفته المحكمة على أنه لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه . ثالثا – إذا أراد المشتري رد المبيع لعيب حلفته المحكمة على أنه لم يرضَ بالعيب صراحةً أو دلالةً . رابعا – إذا طلبت الزوجة النفقة في مال زوجها الغائب وأقامت البينة على دعواها ، تحلف اليمين بالصيغة التالية – والله إن زوجي لم يترك لي نفقة ولا شيئاً من جنس النفقة ولم أكن ناشزاً ولا مطلقة انقضت عدتي . خامسا – إذا زوج غير الأب و الجد الصغيرة للكفء و بمهر المثل و بلغت فاختارت نفسها بالبلوغ و طلبت فسخ عقد الزواج و التفريق بينها و بين زوجها وأقامت البينة على دعواها فتحلف اليمين بالصيغة التالية : – والله إني اخترت نفسي وقت بلوغي– " .

وبهذا الشكل تكون المادة / ١٢٤ من قانون الاثبات العراقي قد اصبحت في فقراتها الخمسة تجمع الاحكام الخاصة لليمين المتممة الوجوبية القانونية في مادة واحدة بدل هذا التشتت الموجود للنصوص القانونية في عدة قوانين وتجمعهم ايضا في قانون واحد وفي القانون المناسب لها وهو قانون الإثبات ، وهذا هو موضعها الصحيح والملائم مع بقية صورها الأخرى بدل هذا الشتات ، كما أن وجودها ضمن قانون المرافعات ليس ملائماً ويخلو من الفائدة ، فاليمين عموماً تعد احدى طرق الإثبات القضائية المعروفة وأن تطبيقاتها مكان وجودها هو في قانون الإثبات ، خاصة وان قانون الاثبات يتناول الاحكام الخاصة لليمين المتممة الجوازية

القضائية والاحكام الخاصة لليمين المتممة الوجوبية القانونية ، وبهذا تكون المادة / ١٢٤ من قانون الاثبات العراقي قد اصبحت بالنسق الآتي: فهي تتناول أولاً يمين الاستظهار وثانيا ً يمين الاستحقاق و ثالثاً يمين رد المبيع لعيب فيه و رابعاً يمين النفقة على الغائب وخامساً يمين الفرقة.

الفرع الثالث

الاثار المترتبة على يمين الفرقة

لاشك ان يمين الفرقة يمين متممة قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه الى الفتاة الصغيرة التي بلغت اذا طلبت فسخ عقد نكاحها الذي امضي عليها من غير وليها المجبر عندما كانت قاصرة ، فاذا توافرت شروط هذه اليمين ووجهت المحكمة اليمين فان حلفتها انتجت

اثارا وان نكلت عن حلفها انتجت اثارا اخرى ، ولهذا ينبغي ان نبين الاثار المترتبة على توجيه يمين الفرقة وحلفها وكذلك الاثار المترتبة على عدم حلفها وذلك بعد ان نبين ان هذه اليمين اساسا هي يمين قانونية وجوبية أي ان القانون هو الذي طلب توجيهها فهو حق خاص احتفظ به القانون للصغيرة التي بلغت رشدها ، فاوجب على القاضي ان يوجه هذه اليمين من تلقاء نفسه للمدعية وهي الصغيرة التي بلغت وإذا طلبت فسخ عقد زواجها الذي أتمه غير وليها أي غير الأب و الجد، والتفريق بينها وبين زوجها وأثبتت دعواها على أنها اختارت نفسها وقت بلوغها .

فاذا حلفت الفتاة هذه اليمين حكم لها بالتفريق القضائي بينها وبين زوجها وذلك لان العقد كان اساسا من غير الولي وكان في أصله ضعف ، تأتى منه اختيار الفسخ لرفع ضرر خفي كان قد اصابها ، ولذلك فان الدليل في الدعوى يعد اساسا ناقص بنظر القانون ، ولهذا فرضت اليمين من قبل القانون لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً ويراد استكماله بدليل اخر هو اليمين لتقويته في عملية الاثبات .

اما اذا ما نكلت الزوجة وامتنعت عن الحلف ، فهنا في نكولها دلالة على أنها كانت راضية على إمضاء عقد زواجها وإبقائها عليه حين بلغت رشيدة وحل أجل حقها في الاختيار ، فهي دلالة واضحة حتى ولو اتت بصورة غير مباشرة ، فالنكول بمثابة إقرار بأن اختيارها لم يكن صحيحاً و لا في موعده ، وأنها غير محقة في دعواها ، و إن نكلت خسرت ما توجهت به اليمين ([١٨٩]) .

المطلب السابع
يمين الاستيثاق

تعد يمين الاستيثاق يمين قانونية وجوبية فهي يمين قانونية مفروضة من قبل القانون ، فضلا عن انها يمين وجوبية إجبارية ، يجب على المحكمة توجيهها من تلقاء نفسها ، دون حاجة إلى طلب الدائن ، توجهها إلى المدين فقط أو ورثته دون الدائن ، فإن حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتماً ، فهي تلزم القاضي بتوجيهها وليس له سلطة تقديرية في توجيهها من

([١٨٩]) ينظر : مهدي صالح محمد أمين ، مرجع سابق ، ص ١٤٤.

عدم توجيهها ، فيلزم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه إما إلى المدين ليحلف بأن ذمته غير مشغولة بالدين ، أو إلى ورثة المدين ليحلفوا بأن لا علم لهم بوجود الدين ، فهي خاصة بالحقوق التي تتقادم بسنة واحدة ، إذ أوجبت على القاضي توجيهها للمدعى عليه الذي أدى دينه فعلاً.

فهذه اليمين اساسا تعزز قرينة الوفاء التي تقوم لمصلحة المدين ، لانها مستمدة من انقضاء سنة واحدة على وجود الدين ، اما اذا ما نكل وامتنع المدين أو ورثته عن الحلف بعدم وجود الدين أو عدم العلم به ، عد ذلك النكول إقراراً لوجود الدين ، وألزم بالوفاء بالرغم من مضي السنة وخسر الدعوى .

ولغرض الاحاطة الشاملة للموضوع وتسليط الضوء عليه ، فان ذلك يتطلب منا بادئ ذي بدء ان نسوق تعريف يمين الاستيثاق ، ومن ثم نتعرف على الشروط الواجب توافرها ليتم توجيهها ، وكذلك يقتضي ان نتطرق ايضا الى الاثار المترتبة على توجيهها ، وهذا يتطلب منا أن نقسم هذا المطلب على الفروع الآتية:

الفرع الاول : تعريف يمين الاستيثاق .
الفرع الثاني : شروط توجيه يمين الاستيثاق .
الفرع الثالث : الاثار المترتبة على يمين الاستيثاق .

الفرع الاول
تعريف يمين الاستيثاق

توجه المحكمة يمين الاستيثاق إما للمدين ليحلف بأن ذمته غير مشغولة بالدين ، أو إلى ورثة المدين ليحلفوا بأن لا علم لهم بوجود الدين ، فهي اذن خاصة بالحقوق التي تتقادم بسنة واحدة ، إذ أوجب القوانين عموما على القاضي توجيهها للمدعى عليه الذي أدى دينه فعلاً ، وذلك استناداً لأحكام المادة / ٤٣١ من القانون المدني العراقي

النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل ، إذ نصت على أنه " -١- لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية : أ- حقوق الأطباء والصيادلة ... ب- حقوق التجار ... جـ- حقوق العملة ... -٣- ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة أن يحلف يميناً توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشغولة بالدين و توجه اليمين إلى ورثة المدينين أو أوليائهم إن كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين ... " ([١٩٠]) ، وتوافقها المادة / ٣٧٨ من القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل والمادة / ٣٧٥ من القانون المدني السوري النافذ رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ المعدل ، ولا يوجد نص مماثل في المادة / ٤٥١ و ٤٥٢ من القانون المدني الأردني النافذ رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦المعدل التي لم تتضمن حلف هذه اليمين واقتصرت على حق التقادم فقط ([١٩١]) .

وهذه اليمين تعزز قرينة الوفاء التي تقوم لمصلحة المدين ، فهي مستمدة من انقضاء سنة واحدة على وجود الدين ، فإذا ما نكل المدين أو ورثته عن الحلف بعدم وجود الدين أو عدم العلم به ، عد ذلك النكول إقراراً لوجود الدين ، وألزم بالوفاء بالرغم من مضي السنة ([١٩٢]) .

وهكذا نلاحظ ان هذه اليمين إجبارية اذ يجب على المحكمة توجيهها من تلقاء نفسها ، دون حاجة إلى طلب الدائن ، توجهها إلى المدين فقط أو ورثته دون الدائن ، فإن حلفها من وجهت إليه ، كسب الدعوى حتماً ، و لهذا يذهب جانب من الفقه ([١٩٣]) ، إلى اعتبار هذه اليمين

([١٩٠]) في هذا الخصوص تجدر الإشارة إلى أن النصوص القانونية المنظمة لحقوق و التزامات البعض من أصحاب الحقوق الواردة ذكرهم في المادة أعلاه ، قد شرعت قوانين خاصة تنظم حقوقهم و التزاماتهم ، فلم تعد حقوق المحامين و العمال تنقضي بمضي سنة بل بمضي ثلاث سنوات ، تنظر : المادة / ٦٥ من قانون المحاماة العراقي رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل ، و المادة / ١٤٥ من قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ المعدل.

([١٩١]) تنظر : المادة / ٤٣١ من القانون المدني العراقي ؛ المادة / ٣٧٨ من القانون المدني المصري النافذ رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل ؛ والمادة / ٣٧٥ من القانون المدني السوري النافذ رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ المعدل ؛ والمادة / ٣٥١ من قانون الموجبات والعقود اللبناني ؛ والمادة / ٤٥١ و ٤٥٢ من القانون المدني الأردني النافذ رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل .

([١٩٢]) ينظر: مهدي صالح محمد أمين ، مرجع سابق ، ص ١٣٧.

([١٩٣]) ينظر: د. أحمد نشأت ، مرجع سابق ، جـ ٢ ، ص ١٨١.

حاسمة و متممة في ان واحد ، فهي حاسمة من حيث نتيجتها ، و متممة من حيث توجيهها اذ يتم توجيهها من قبل المحكمة ، و يعبر عنها باليمين المتممة بحكم القانون.

كما أن هناك اتجاه آخر من الفقه يذهب إلى أن هذه اليمين ، هي حاسمة فقط ، لأن القاضي يلتزم بالحكم للحالف بما يدعيه ، و من حيث أنها تحسم النزاع ([١٩٤]) .

إلا أننا ومن خلال تقسيمنا لصور اليمين المتممة ، ارتأينا أن تكون يمين الاستيثاق ضمن هذا النوع من اليمين ، ألا وهو الأيمان المتممة الوجوبية القانونية و كأحد صورها ، فهي يمين مكملة إجبارية مفروضة بحكم القانون ، و القاضي يتقيد بأن يقضي لمن حلف أحد صور هذا النوع من الأيمان المتممة الوجوبية ، في حين أنه لا يتقيد بذلك في النوع الأول من الأيمان المتممة الجوازية كما لا حظنا سابقا عند تطرقنا اليها .

وهكذا يمكننا تحديد تعريف لهذه اليمين بأنها: يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه للمدعى عليه الذي يتمسك بعدم سماع الدعوى بمضي سنة على إن ذمته غير مشغولة بالدين و إلى ورثته – أو أوليائهم إن كانوا محجورين – بأن لا علم لهم بوجود الدين في حالة مضي سنة واحدة على وجود الدين في بعض الحقوق الخاصة المحددة قانوناً.

الفرع الثاني
شروط توجيه يمين الاستيثاق

لابد لتوجيه يمين الاستيثاق من شروط يجب توافرها ويمكننا تحديد اهم شروط توجيه هذه اليمين وذلك على النحو الاتي ([١٩٥]) :

١- أن يطالب المدين أو ورثته التمسك بالتقادم – أي عدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة على الدين –.

([١٩٤]) للمزيد من التفاصيل ينظر : د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ، مرجع سابق ، ، جـ ٢ ، ص ٣١٥ و ما بعدها.

([١٩٥]) ينظر : الشيخ د. اوان عبدالله الفيضي ، صور اليمين المتممة دراسة مقارنة في الاثبات المدني ، مرجع سابق ، ص ١٦٧ .

٢- أن يكون الدين خاص بالتقادم الحولي – سنة واحدة – والخاص ببعض الحقوق المنصوص عليها والمحددة قانوناً بالمادة.

٣- أن يحلف المدين يمين بأن ذمته غير مشغولة بالدين أو يحلف ورثته بأن لا علم لهم بوجود الدين.

الفرع الثالث
الاثار المترتبة على يمين الاستيثاق

مما لاشك فيه ان يمين الاستيثاق يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه للمدعى عليه الذي يتمسك بعدم سماع الدعوى بمضي سنة على إن ذمته غير مشغولة بالدين او إلى ورثته وأوليائهم إن كانوا محجورين ، بأن لا علم لهم بوجود الدين في حالة مضي سنة واحدة على وجود الدين في بعض الحقوق الخاصة المحددة قانونا.

فاذا توافرت شروط توجيه هذه اليمين وطالب المدين أو ورثته التمسك بالتقادم وهو عدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة على الدين، وكان الدين خاص بالتقادم الحولي سنة واحدة و الخاص ببعض الحقوق المنصوص عليها و المحددة قانوناً بالمادة المذكورة سابقا من القانون

العراقي ، فيجب على القاضي ان يوجه اليمين للمدين ، فاذا حلف هذه اليمين بأن ذمته غير مشغولة بالدين أو يحلف ورثته بأن لا علم لهم بوجود الدين حكم له وكسب الدعوى حتماً ، لانها بتقديرنا هذه اليمين مكملة إجبارية مفروضة بحكم القانون ، و القاضي يتقيد بأن يقضي لمن حلف هذا النوع من الأيمان المتممة الوجوبية ، فهي يمين تعزز قرينة الوفاء التي تقوم لمصلحة المدين ، لانها مستمدة من انقضاء سنة واحدة على وجود الدين .

اما اذا ما نكل وامتنع المدين أو ورثته عن الحلف بعدم وجود الدين أو عدم العلم به ، عد ذلك النكول إقراراً لوجود الدين ، و ألزم بالوفاء بالرغم من مضي السنة وخسر الدعوى .

المبحث الثالث

أوجه التشابه والاختلاف بين اليمين المتممة الجوازية و الوجوبية

ويتضمن هذا المبحث على مطالبين هما على التفصيل الآتي :

المطلب الأول/أوجه الاختلاف بين اليمين المتممه الجوازيه والوجوبية

المطلب الثاني/ أوجه التشابه بين اليمين المتممه الجوازيه والوجوبية

المبحث الثالث
أوجه التشابه والاختلاف
بين اليمين المتممة الجوازية والوجوبية

لاشك من وجود هدف وغاية من فكرة تقسيمنا لهذه الصور والانواع من اليمين المتممة المبينة في هذه الدراسة المتواضعة سواء في المبحث الاول ام بالمبحث الثاني ، ولابد ايضا ان يكون هناك قاعدة او معيار صحيح شرعي وقانوني في هذا التقسيم وبالشكل الموضح في هذه الدراسة.

فاهم ما يميز اليمين المتممة الجوازية هو أنها جوازية ، أي انه يجوز للقاضي توجيهها أو عدم توجيهها ، إذ يمتلك هنا سلطة تقديرية واسعة ، بحسب قناعته بالأدلة المقدمة في الدعوى ، كما وأن هذه اليمين هي ملك للقاضي وحده ولهذا سميت باليمين القضائية ، وهو غير ملزم بالأخذ بنتيجتها ، لذلك فان الخصم الذي توجه اليه هذه اليمين المتممة ليس له الخيار الا بين حالتين ، اما أن يؤديها وأما أن يمتنع عن ادائها ولا يجوز له ردها ، فان حلفها انتجت اثاراً ، وان امتنع عن حلفها انتجت اثاراً مغايرة لتلك الاثار .

في حين ان الايمان المتممة الوجوبية هي بالحقيقة يمين قانونية لانها مفروضة من قبل القانون ، كما انها يمين وجوبية لانها تلزم القاضي بتوجيهها وليس له سلطة تقديرية في توجيهها من عدم توجيهها ، فيلزم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه ، اذ يعد الدليل اساسا غير كامل بالدعوى بنظر القانون ويوجب تعزيزه بيمين متممة وجوبية ، هي اما ان تكون يمين الاستظهار على أن المدعي لم يستوف حقه بأي صورة من الصور ، واما ان تكون هذه اليمين هي يمين الاستحقاق حيث يعزز الدليل الأصلي الذي استخلصه وأخذ به من البينة المقدمة إليه ، واما ان تكون يمين رد المبيع لعيب فيه او يمين الشفعة او يمين النفقة على الغائب او يمين الفرقة او يمين الاستيثاق .

كما ان التقسيم والتفريق بين هذين النوعين اظهر اشكاليات حول امكانية انتساب بعض هذه الايمان الى اليمين الحاسمة ، اذ يقترب فعلا النوع الثاني من الأيمان المتممة الوجوبية إلى ما يعرف في القوانين عموما باليمين الحاسمة ، وهذا يقودنا الى التساؤل الذي يطرح نفسه على بساط البحث وهو هل يمكن للايمان المتممة الوجوبية ان تشابه اليمين الحاسمة او أن تكون مثلها أو ان تسمى باسمها او تنسب لها ، وماهي بالتحديد اوجه الاختلاف والتشابه بينهما ، ولماذا تم تقسيمها من قبلنا بالتقسيم الموضح بالبحث وجعلناها من ضمن اليمين المتممة

الوجوبية وليس من ضمن اليمين الحاسمة ، وماهو مدى التشابه والاختلاف بينهما ، ما هي اوجه الاختلاف والتشابه بين اليمين المتممة الجوازية واليمين المتممة الوجوبية ؟.

كذلك تساءلات وتساؤلات اخر عديدة تثار ونحن في صدد دراستنا هذه ، ويمكن الاجابة عنها بالتفصيل في هذا المبحث وذلك ضمن المطالب الاتية :

المطلب الاول : أوجه الاختلاف بين اليمين المتممة الجوازية والوجوبية .

المطلب الثاني : أوجه التشابه بين اليمين المتممة الجوازية والوجوبية .

المطلب الاول
اوجه الاختلاف بين
اليمين المتممة الجوازية والوجوبية

يمكننا ان نستنتج من فكرة تقسيمنا لانواع اليمين المتممة ومما سبق عرضه من الايمان الجوازية القضائية ، والايمان الوجوبية القانونية ان هناك فعلا فروق عديدة بينهما ، وهذه الفروق بتقديرنا تقرب النوع الثاني من الأيمان المتممة الوجوبية إلى ما يعرف في القوانين عموما باليمين الحاسمة ، إلا أنه لا يمكن للنوع الثاني من الأيمان المتممة الوجوبية ان تشابهها او أن تكون مثلها أو تسمى باسمها اليمين الحاسمة وبالتالي تبتعد عن النوع الأول من الأيمان المتممة الجوازية ، إلا إنه ينبغي الإشارة إلى أن مهمة هذه الأنواع من صور الأيمان المتممة الوجوبية ، هي التي تلحقها باليمين المتممة ، إذ تأتي دائما لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً ويريد أن يستكمله بها ، وبالتالي فهي تختلف عن اليمين الحاسمة في أمور أهمها ، أنها توجه من قبل القاضي حيث لا يملك أحد الطرفين حق توجيهها ، و بالتالي لا يجوز ردها إلى الخصم الآخر.

في حين إنها تتفق مع اليمين الحاسمة في نتيجتها ، لأن حلف اليمين أو النكول عنها حجة ملزمة للقاضي ، فلا يمكنه تجاهلها ، كما لاحظنا ذلك.

و بهذا يمكننا توضيح أهم الفروق بين النوعين من صور اليمين المتممة ، أي اليمين المتممة الجوازية و اليمين المتممة الوجوبية ، و ذلك على النحو الآتي:

١- تختلف الأيمان المتممة الوجوبية عن النوع الأول من الأيمان المتممة الجوازية ، في أن القاضي مجبر على توجيهها في الحالة التي حددها القانون ، فليس له تلك السلطة التقديرية في توجيهها أو عدم توجيهها ، كما هو الحال في الأيمان المتممة الجوازية.

٢- ليس للقاضي ضمن الأيمان المتممة الوجوبية أن يختار أياً من الخصمين لأداء اليمين ، بل حدد له القانون هذا الخصم سلفاً. في حين انه في اليمين المتممة الجوازية يكون للقاضي الخيارً في أن يوجهها إلى أحد الخصمين ، تبعاً لرجحان كفة التصديق لمصلحة أحدهما اذ يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصمين في الدعوى – المدعي أو المدعي عليه – تبعاً لرجحان كفة التصديق لمصلحة أحدهما ، باستثناء يمين التقويم اذ حدد القانون بينما يتم توجه يمين التقدير إلى المدعي فقط الذي يطالب باسترداد الشيء، وبهذا فهي هنا تشبه ما عليه في صور الايمان المتممة الوجوبية من تحديد الخصم الذي سيوجه اليه اليمين سلفاً من قبل القانون .

٣- إن نتيجة حلف اليمين أو النكول عنها ملزمة للقاضي في الأيمان المتممة الوجوبية ، وعلى عكس الأيمان المتممة الجوازية.

٤- لا توجه الأيمان المتممة الوجوبية إلا إذا كان هناك دليل كامل وأثبتت الدعوى ، و لكن القانون يعتبره ناقصاً فيوجب استكماله بأحد صور هذا النوع من الأيمان ، بينما لاحظنا في اليمين المتممة و التي هي ضمن الأيمان المتممة الجوازية ، أنها لا توجه إلا إذا وجد دليل ناقص يشتمل على مبدأ الثبوت القانوني، اي دليل قانوني ناقص، يكون من شأنه أن يجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال ، فيجوز للقاضي استكمال قناعته الجزئية به، وإكماله باليمين المتممة ليصبح بمثابة دليل كامل، ويبني بعد ذلك حكمه في موضوع الدعوى.

فالدليل اساسا هو كامل الإثبات في الأيمان المتممة الوجوبية ، و مع ذلك يوجب القانون على القاضي تحليف هذه الأيمان ، لاستظهار الحق كما في يمين الاستظهار ، أو لاستحقاقه كما في يمين الاستحقاق ، أو لثبوت رفض المبيع المعيب كما في يمين رد المبيع لعيب فيه ، أو لثبوت حق الشفعة و عدم التنازل عنه بالإسقاط كما في يمين الشفعة ، أو لثبوت عدم وجود النفقة أو أي شيء من جنسها كما في يمين النفقة على الغائب ، أو لثبوت اختيار القاصر التي بلغت لنفسها ورغبتها في فسخ عقد نكاحها الذي أتمهُ غير وليها ، كما في يمين من اختارت نفسها عند البلوغ ، أو للاستيثاق من أن ذمة المدين غير مشغولة بالدين ، أو لورثته أن لا علم لهم بوجود الدين ، كما في يمين الاستيثاق.

المطلب الثاني
اوجه التشابه بين
اليمين المتممة الجوازية والوجوبية

مما لاشك فيه ان اليمين المتممة باعتبارها أحد الأيمان القضائية التي تؤدى أمام القضاء لها صوراً خاصة أخرى تتميز بأنها لا توجه إلا في حالات معينة نص عليها القانون ، ويتم توجيهها إلى أحد الخصوم بالذات المحدد قانوناً ، كما في يمين الاستظهار والاستحقاق ورد المبيع لعيب فيه والشفعة والنفقة على الغائب والفرقة والاستيثاق ، وهذه الصور بالطبع تختلف عن اليمين المتممة في بعض الجوانب ، وتتفق معها في جوانب أخرى ، وقد ألحقت باليمين المتممة لكونها تأتي لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً ، فيريد أن يتممه ويستكمله بهذه الصور الخاصة من الأيمان المتممة الوجوبية القانونية المفروضة من قبل القانون ، أو قد يراه القاضي ناقصاً فيحتاج إلى إكماله باليمين المتممة الجوازية القضائية ، وبما يملكه من سلطة تقديرية واسعة ودور إيجابي كبير في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة و تحريه الوقائع لاستكمال قناعته وإكمال ما ينقص من الأدلة للتحرك سعياً وصولاً إلى الحكم العادل وبما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون.

وبهذا نرى ان كل من الأيمان المتممة الوجوبية مع الأيمان المتممة الجوازية تتفق في جملة جوانب أهمها ، أنها لا يجوز رد اليمين على الخصم الآخر لأنها تعد من صور اليمين المتممة وبذلك تنطبق عليها أحكام المادة / ١٢٣ من قانون الإثبات العراقي سالفة الذكر ، التي نصت على أنه " لايجوز للخصم الذي وجهت اليه المحكمة اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر " ، والتي تطابقها المادة /١٢٠ من قانون الاثبات المصري والمادة / ٢٥٢ من قانون اصول المحاكمات اللبناني والمادة / ١٢٤ من قانون البينات السوري والمادة / ٣٤٩ من القانون المدني الجزائري والمادة / ٦٢ من قانون الاثبات لدولة الامارات العربية المتحدة ([١٩٦]).

([١٩٦]) للمزيد من التفصيل في هذا الخصوص تنظر : المادة /١٢٠ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة / ٢٥٢ من قانون اصول المحاكمات البناني ؛ والمادة /١٢٤ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /٣٤٩ من القانون المدني الجزائري ؛ والمادة /٦٢ من قانون الاثبات لدولة الامارات العربية المتحدة .

وبهذا فهي ليست من ضمن اليمين الحاسمة التي تجيز رد اليمين على الخصم الاخر ، كما أنها توجه من قبل القاضي وليس الخصم ، لأنها وسيلة تكميل اقتناع القاضي ، و ليس احتكاماً لضمير الخصم ، حتى يجوز لهذا ردها ليحتكم هو إلى ضمير خصمه الذي يوجه إليه القاضي اليمين ، كما هو الحال في اليمين الحاسمة ([١٩٧]).

<u>– تم البحث بعون الله تعالى وفضله وتوفيقه –</u>

([١٩٧]) مما تجدر الإشارة إليه أن ماذكرناه بتقديرنا 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 إثبات حقه – و للمزيد من التفصيل حول الفروق بين اليمينين ينظر : د. رزق الله إنطاكي ، أصول المحاكمات في المواد المدنية و التجارية ، مرجع سابق ، ص ٦٢٥.

الخاتمة

وتتضمن الخاتمة ما يأتي:

النتائج والتوصيات

الخاتمة

تـم بعـون الله تعـالى وفضـلـه ومنـــه وكرمـــه ومســاعدته وتوفيقــه إكمـال وإتمـام هـذه الدراسـة المعمقـة ، وبهـذا ينتهـي المطـاف والكـلام فيهـا وبعـد أن بسـطت القـول فيهـا جهد استطاعتي مع ما يتعلق بها من التحليل والاستدلال والبرهنة واستعراض للنصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها ، واستعراض الآراء الفقهية التي طرحت حوله ومناقشتها للوقوف على الرأي الصائب والراجح منه ، فضلاً عن استعانتنا واعتمادنا في الدراسة على المنهج التطبيقي الذي يقوم بالأساس على تعزيز المواقف التشريعية والفقهية بالأحكام القضائية الوثيقة بالموضوع ، وبيان مدى مطابقة المواقف الثلاثة من عدمها، وهو الموضوع الذي عشت معه سنوات من عمري ، فما كان فيه من صواب فإلى الله تعالى وحده يرجع الفضل أولا وأخيرا وله المنة في توفيقي وسدادي إلى الحق والصواب .

وقد شملت الدراسة على بيان الاحكام الخاصة لليمين المتممة الجوازية والوجوبية في الشريعة الاسلامية والقانون دراسة مقارنة تحليلية معمقة في الاثبات المدني معززة بالقرارات القضائية ، ومن خلال هذه الدراسة اتضح لنا مدى أهمية هذه الصور الخاصة من اليمين المتممة ، بوصفها طريقاً من طرق الإثبات القضائية سواء في الاثبات القضائي الاسلامي ام القانوني ، وهي تختلف فيما بينها في جوانب وتتفق في جوانب أخر، وقد ألحقت كلها باليمين المتممة لكونها تأتي لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً فيريد أن يستكمله ، أو قد يراه القاضي ناقصاً فيحتاج إلى إكماله بما يملكه من سلطة تقديرية واسعة ودور إيجابي فعال في توجيه الدعوى أو ما يتعلق بها من أدلة ، وتحريه الوقائع لاستكمال قناعته وإكمال ما ينقص من الأدلة للتحرك سعياً وصولاً للحكم العادل بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون.

وقد اظهرت الدراسة ان هذا التقسيم لليمين المتممة والتفريق بين انواعها قد ولدت اشكاليات حول امكانية انتساب بعض هذه الايمان الى اليمين الحاسمة ، اذ يقترب النوع الثاني من الأيمان المتممة الوجوبية إلى ما يعرف في القوانين عموما باليمين الحاسمة ، وهذا قادنا الى الانطلاق والخوض في هذا المضمار للاجابة عن التساؤلات وحل الاشكاليات التي تتعلق بالموضوع .

وقد توصلنا في أثناء بحثنا هذا الى نتائج كثيرة ، فقمنا بتثبيتها في مواضعها من الدراسة ، وسأكتفي هنا بالإشارة إلى أهم تلك النتائج والتوصيات التي توصلنا اليها وذلك على الشكل الآتي:

أولاً : النتائج :-

ثانياً: التوصيات :-

أولاً: النتائج:-

١- تبين لنا ان اليمين المتممة بوصفها طريق من طرق الإثبات القانونية نظام مهم تقتضيه العدالة ، أخذت دورها المتميز كإجراء تحقيقي تكميلي قضائي ، يستهدي به القاضي لتقصي الحقيقة و سد النقص الحاصل في الأدلة المقدمة في الدعوى.

٢- تم التوصل إلى تصنيف صور اليمين المتممة وتقسيمها من حيث سلطة القاضي التقديرية في توجيهها ، إلى قسمين الأول: يشمل الأيمان المتممة الجوازية القضائية ، حيث يجوز للقاضي توجيهها من عدمه ، حسب سلطته التقديرية و قناعته بالأدلة المطروحة أمامه، أما القسم الثاني: فهي الأيمان المتممة الوجوبية القانونية ، حيث يكون القاضي مجبراً على توجيهها طالما تحققت الحالة التي حددها القانون ، أي لا يمتلك هنا تلك السلطة التقديرية في توجيهها من عدمه وبهذا توصلنا إلى تحديد تعريف مناسب لليمين المتممة ولكل صورة من صورها الخاصة ، فضلاً عن بيان شروط كل منهم وتحديد اثارهم ، وذلك لعدم وجود اساسا دراسة تفصيلية خاصة بهذا الموضوع ، كما وجدنا ان هناك نصوص قانونية متفرقة في عدة قوانين تتعلق بالموضوع ، ارتأينا جمعها في بحث خاص ومستقل يجمع شتات مسائله من بطون أُمهات الكتب ويعتمد على التحليل والاستنباط والقياس والترجيح ، لانه تكاد تنعدم تماماً الدراسات والبحوث فيه ، ومن ثم افتقار المكتبة العربية بما فيها العراقية إلى دراسة علمية شرعية قانونية شاملة معمقة ومقارنة في هذا الصدد، وقد وجدنا أنه من الأنسب أن نصنف هذه الصور من اليمين المتممة ، ونقسمها تبعاً لسلطة القاضي التقديرية في توجيهها وتبعا لكونها ايمان قضائية او كونها ايمان قانونية وذلك من خلال ثالث مباحث ، تعرفنا بالأول على الأيمان المتممة الجوازية (القضائية) ، وبينا في الثاني الأيمان المتممة الوجوبية (القانونية) ، واستعرضنا في المبحث الثالث منها اوجه التشابه والاختلاف بين الاثنين اليمين المتممة الجوازية والوجوبية .

٣- بينا أن القسم الأول من اليمين المتممة الجوازية تشتمل على صورتين هما: اليمين المتممة التي تكمل مبدأ الثبوت القانوني بجميع حالاته وصوره وحسب توافرها في الدعوى ، أي تكمل دليل ناقص توافرت به شروط مبدأ الثبوت القانوني ، حيث يكون القاضي مخير بين توجيه هذه اليمين من عدمه و حسب سلطته التقديرية وقناعته بالأدلة المقدمة ، فيكون له الخيار في أن يوجهها إلى أحد الخصمين ، تبعاً لرجحان كفة التصديق لمصلحة أحدهما ، وبالتالي فهو غير ملزم بنتيجتها فهذه اليمين ملك له ، ولهذا صنفناها في تقسيمنا ضمن اليمين المتممة القضائية ، كما بينا أن لليمين المتممة الجوازية صور خاصة أخرى هي يمين التقويم ، التي اشتملت على شروط خاصة بها لأجل توجيهها ، وتم بيان أهم الفروق بين هاتين الصورتين.

٤- وضحنا أن القسم الثاني من اليمين المتممة الوجوبية ، تشتمل على عدة صور متنوعة من عدة تشريعات قانونية تم جمعها ضمن هذا النوع ، وقد ألحقت هذه الصور باليمين المتممة لكونها تأتي لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً فيريد أن يستكمله بها ، ولذا فالقاضي ملزم بتوجيهها إلى أحد الخصمين بالذات الذي يعينه القانون ، وبالتالي فهو ملزم بنتيجة حلفها أو النكول عنها ، ولهذا اطلقنا عليها تسمية اليمين المتممة الوجوبية القانونية.

٥- استنتجنا أهم الفروق بين القسمين من صور اليمين المتممة ، ووجدنا أن القاضي في اليمين المتممة الوجوبية القانونية بالإضافة إلى أنه ملزم على توجيه اليمين ، فهو ملزم أيضاً بتوجيهها إلى أحد الخصوم بالذات وبالتالي ملزم بالأخذ بنتيجتها ، على عكس اليمين المتممة الجوازية القضائية ، كما لاحظنا مدى التفاوت بين القوانين المقارنة في الأخذ ببعض هذه الصور من الأيمان المتممة، وقد لاحظنا ان اقسام اليمين المتممة الوجوبية قد ألحقت باليمين المتممة لكونها تأتي لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً ، فيريد أن يتممه ويستكمله بهذه الصور الخاصة من اليمين المتممة الوجوبية المفروضة من قبل القانون ، أو قد يراه القاضي ناقصاً فيحتاج إلى إكماله باليمين المتممة الجوازية القضائية ، وذلك بتحريه للوقائع ولاستكمال قناعته ولإكمال ما ينقص من الأدلة من اجل التحرك سعياً وصولاً إلى الحكم العادل وبما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون.

٦- توصلنا الى الاستدلال على شرعية اليمين المتممة في الشريعة الاسلامية ، واستنباطها والاستدلال عليها من ادلة الاحكام الشرعية الاصلية النقلية المتفق عليها، وهي الكتاب والسنة النبوية، وذلك من خلال الاستدلال على شرعية اليمين المتممة بما ورد من كتاب الله تعالى وكذلك الاستدلال على شرعية اليمين المتممة بما ورود من الاحاديث الشريفة من السنة النبوية ، كذلك وضحنا اهم التطبيقات القضائية عن اليمين المتممة في أحكام القضاء والفقه الاسلامي ، واهم التطبيقات القضائية عن اليمين المتممة في أحكام القضاء العراقي ايضا .

٧- فصلنا عند حديثنا عن مشروعية اليمين المتممة في السنة النبوية الشريفة عن أحاديث كثيرة وردت عن سيدي رسول الله (ﷺ) في الحكم بما اراه الله على قوانين الشرع ، اما بوحي ونص او بنظر جار على سنن الوحي ، وهذا يدل على ان النبي (ﷺ) اذا رأى شيئا اصاب لان الله تعالى اراه ذلك ، وقد ضمن الله تعالى لانبيائه العصمة ، والقضاء بالشاهد واليمين هو مما اراه الله تعالى لنبيه ﷺ ، وقد حكم به (ﷺ) اول قاضي في الاسلام ، كما ورد ذلك عن ابن عباس (رضي الله عنه) ان رسول الله (ﷺ) قضى بيمين وشاهد، وعن ابن هريرة (رضي الله عنه) ، وكذلك ما ورد عن سرق وقد استدلينا بها على مشروعية الحكم والقضاء بالشاهد الواحد واليمين من السنة النبوية الشريفة .

وقد وضحنا ايضا ان هناك هناك أحاديث كثيرة اخرى وردت في هذا المجال ، وقد بينا انه قد استدل الامام الشافعي ومن معه بعدة احاديث رواها نيف وعشرون من الصحابة (ﷺ) عن رسول الله (ﷺ) انه قضى بشاهد ويمين : منها ما رواه احمد ومسلم وابو داود وابن ماجة عن ابن عباس(ﷺ) ، ان رسول الله (ﷺ) قضى بيمين وشاهد ، ومنها ما رواه احمد والدار قطني عن علي بن ابي طالب (ﷺ) وكرم الله وجهه ، ان النبي (ﷺ) قضى بشهادة شاهد واحد ويمين صاحب الحق، ومنها ماروى عن ابي هريرة (ﷺ) ان النبي (ﷺ) قضى باليمين مع الشاهد الواحد، رواه ابن ماجة والترمذي وابو داود الى غير ذلك من الاحاديث .

٨- انتهينا إلى استنتاج مفاده أن هناك أمورا كثيرة تنقض الإسلام وهي كثيرة الوقوع ، أما أكثرها وقوعا والتي تخص موضوع بحثنا وتتعلق بدراستنا هذه والتي يجب على المسلمين أن يحذروها ويتجنبوها هي إن من اعتقد أن هدي غير النبي محمد (ﷺ) أكمل من هديه (ﷺ) أو أن حكم غيره أحسن من حكمه (ﷺ) كالذين يفضلون حكم الطواغيت على حكمه (ﷺ) فهو كافر لا محال ومن ذلك ما يأتي :

أ- اعتقاد أن الأنظمة والقوانين الوضعية التي يسنها الناس أفضل من شريعة الإسلام المباركة ، أو أن نظام الإسلام لا يصلح تطبيقه في هذا القرن الحادي والعشرين وفي كل زمان ومكان ، أو أن الإسلام كان سببا في تخلف المسلمين ، أو انه خاص بعلاقة المرء بربه دون شؤون الحياة الأخر.

ب- الاعتقاد والقول بان إنفاذ حكم الله تعالى في الحدود أو أي عقوبة حدية أخرى لا يناسب العصر الحاضر .

ج- الاعتقاد بأنه يجوز الحكم بغير ما انزل الله تعالى في المعاملات الشرعية أو الحدود أو غيرهما ، وان لم يعتقد أن ذلك أفضل من حكم الشريعة ، لأنه بذلك يكون قد استباح ما حرم الله تعالى إجماعا ، وكل من استباح ما حرم الله تعالى مما هو معلوم من الدين بالضرورة كالزنا والخمر والربا والحكم بغير شريعة الله تعالى فهو كافر بإجماع المسلمين.

٨- انتهت الدراسة والبحث في هذا الموضوع وخرجت ببعض المقترحات التي ينبغي الأخذ بها ليحقق مقاصدها الشرعية والقانونية وسيتم توضيحها إن شاء الله تعالى لاحقا ضمن التوصيات انه تعالى الهادي إلى الحق والى سواء السبيل.

تلك هي بإيجاز تام أهم نتائج الدراسة وهو ما وفقنا الله تعالى إليه ، واني لأعتبر ما توصلت إليه من نتائج على كبر أهميتها وعظيم فائدتها وكثير عنائها بما كلفني من جهد ووقت ، ليس إلا خدمة متواضعة أقدمها للشريعة الإسلامية والدين والفقه الإسلامي وللمسلمين وتبصيرا للقوانين الوضعية ، فما وفقت فيه إلى الحق والصواب فإلى الله تعالى يرجع الفضل والمنة والثناء الحسن ، وما قد أكون أخطأت فيه لاسمح الله فمن نفسي ، وأستغفر الله العظيم وأتوب إليه توبة نصوحة ، فقد آبى الله تعالى الكمال إلا لنفسه ، وآبى العصمة إلا لرسوله الكريم (ﷺ) ، وقرر النقص على جملة البشر .

وما أجمل عبارة العماد الأصفهاني : إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه هذا إلا قال في غده ، لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدم هذا لكان أفضل ، ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم الصبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر ، وما أبلغ أيضا عبارة إمامنا الشافعي رحمه الله تعالى كما يرويها عنه الإمام المزني ، حيث قال قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين مرة ، فما من مرة إلا وكان يقف على خطأ ، فقال الإمام الشافعي ، أبيه .. آبى الله تعالى أن يكون كتابا صحيحا إلا كتابه ، سبحانك ياالله جل جلالك ياعظيم آمنت بك فاكتبنا مع الشاهدين والصالحين والحامدين .

ثانياً: التوصيات :-

أختم هذه الدراسة بالتوصيات الآتية أملين الأخذ بها وذلك فيما يرضي الله تعالى ، ونقترح أن يأخذ المشرع العراقي بالتعديلات الواردة على نصوص القوانين وذلك على النحو الاتي :

١ – تعديل نص المادة / ١٢٠ من قانون الإثبات العراقي لتكون بالشكل الآتي:

" للمحكمة أن توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه دليل كامل و إكمال مبدأ الثبوت القانوني إذا ما توافرت شروطه ، لتبني بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى " .

و بهذا فإن نص المادة أصبح أكثر دقة من السابق ، إذ ليس كل دليل ناقص توجه إليه اليمين المتممة ، بل يقتصر ذلك فقط على الذي يتوافر فيه شروط مبدأ الثبوت القانوني، كما خصصنا هذه المادة باليمين المتممة التي تكمل مبدأ الثبوت القانوني فقط ، إذ حذفنا عبارة " أو في قيمة ما تحكم به " الموجودة في نهاية نص المادة السابقة لأسباب عديدة منها ، أنها زائدة و تخص يمين التقويم التي تفترض أن موضوع الدعوى مقطوع بصحته وثابت ، لكن الخلاف قائم على تقدير مبلغ القيمة فقط ، وهذا ليس له علاقة باليمين المتممة التي تكمل مبدأ الثبوت القانوني ، فضلاً عن ذلك فإن المادة / ١٢٢ من قانون الإثبات العراقي ، جاءت مقتصرة وخاصة بيمين التقويم فقط وهي كافية لوحدها لبيان وتوضيح مفهومها.

٢ – تعديل نص المادة / ١٢١ من قانون الإثبات العراقي لتكون على النحو الآتي:

" يشترط في توجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل و ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل بحيث يتوافر فيها مبدأ الثبوت القانوني وهو كل دليل ناقص كمبدأ الثبوت بالكتابة وبغير الكتابة أو أي صورة أخرى له وعلى حسب الأحوال بحيث يكون من شأنه أن يجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال " .

وبهذا حصرنا شروط توجيه اليمين فقط عند توافر مبدأ الثبوت القانوني ، كما أوضحنا مفهوم هذا المبدأ بحيث يستوعب كل حالاته و صوره ، و أوجدنا التنظيم المناسب له بصياغة نظرية مستقلة له بدل من هذا التشتت ، بحيث لا يصعب الرجوع إليه ليأخذ دوره المهم و المتميز في النظام القانوني للإثبات القضائي.

٣– تعديل نص المادة / ١٢٢ – أولاً من قانون الإثبات العراقي لتصبح بالصيغة الآتية:

" يجوز للمحكمة أن توجه للمدعي يمين التقويم لتحديد قيمة المدعى به إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى " .

وبهذا يكون نص المادة القانونية أكثر وضوحاً وتحديداً وأسهل صياغةً من السابق .

٤– نقترح إضافة الفقرات رابعاً و خامساً إلى المادة / ١٢٤ من قانون الإثبات العراقي و ذلك بنقل المادة / ٣٠٨ – أولاً و ثانياً من قانون المرافعات العراقي وجعلها كفقرات رابعاً و خامساً ضمن المادة / ١٢٤ ، و بهذا نكون قد جمعنا صور الأيمان المتممة الوجوبية القانونية في نص مادة واحدة و في القانون المناسب لها وهو قانون الإثبات ، و هذا هو موضعها الصحيح والملائم مع بقية صورها الأخرى بدل هذا التشتت لها ، كما أن وجودها ضمن قانون المرافعات ليس ملائماً و يخلو من الفائدة ، إذ كما هو معلوم أن اليمين عموماً تعتبر من طرق الإثبات القضائية حيث أن تطبيقاتها في قانون الإثبات ، خاصة وأنه يتناول صور الأيمان المتممة الجوازية والوجوبية ، وبهذا تكون المادة / ١٢٤ من قانون الاثبات العراقي قد اصبحت وفق الصيغة الآتية:

" تحلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية : أولاً– إذا ادعى أحد في التركة حقاً و أثبته فتحلفه المحكمة يمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه و لا بغيره من المتوفى بوجه و لا أبراه ولا أحاله على غيره و لا استوفى دينه من الغير و ليس للمتوفى في مقابله هذا الحق رهن . ثانياً – إذا استحق أحد المال و أثبت دعواه حلفته المحكمة على أنه لم يبع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه . ثالثا – إذا أراد المشتري رد المبيع لعيب حلفته المحكمة على أنه لم يرضَ بالعيب صراحةً أو دلالةً . رابعا – إذا طلبت الزوجة النفقة في مال زوجها الغائب وأقامت البينة على دعواها ، تحلف اليمين بالصيغة التالية – والله إن زوجي لم يترك لي نفقة ولا شيئاً من جنس النفقة ولم أكن ناشزاً ولا مطلقة انقضت عدتي . خامسا – إذا زوج غير الأب و الجد الصغيرة للكفء و بمهر المثل و بلغت فاختارت نفسها بالبلوغ و طلبت فسخ عقد الزواج و التفريق بينها و بين زوجها وأقامت البينة على دعواها فتحلف اليمين بالصيغة التالية : – والله إني اخترت نفسي وقت بلوغي– " .

وبهذا الشكل تكون المادة / ١٢٤ من قانون الاثبات العراقي قد اصبحت في فقراتها الخمسة تجمع الاحكام الخاصة لليمين المتممة الوجوبية القانونية في مادة واحدة بدل هذا التشتت الموجود للنصوص القانونية في عدة قوانين وتجمعهم ايضا في قانون واحد وفي القانون المناسب لها وهو قانون الإثبات ، وهذا هو موضعها الصحيح والملائم مع بقية صورها الأخرى بدل هذا الشتات ، كما أن وجودها ضمن قانون المرافعات ليس ملائماً ويخلو من الفائدة ، فليمين عموماً تعد احدى طرق الإثبات القضائية المعروفة وأن تطبيقاتها مكان وجودها هو في قانون الإثبات ، خاصة وان قانون الاثبات يتناول الاحكام الخاصة لليمين المتممة الجوازية القضائية والاحكام الخاصة لليمين المتممة الوجوبية القانونية ، وبهذا تكون المادة / ١٢٤ من قانون الاثبات العراقي قد اصبحت بالنسق الآتي: فهي تتناول أولاً يمين الاستظهار وثانياً يمين الاستحقاق و ثالثاً يمين رد المبيع لعيب فيه و رابعاً يمين النفقة على الغائب و خامساً يمين الفرقة.

تتناول أولاً يمين الاستظهار وثانياً يمين الاستحقاق و ثالثاً يمين رد المبيع لعيب فيه و رابعاً يمين النفقة على الغائب و خامساً يمين الفرقة.

٥- نقترح إضافة يمين الفرقة وجعلها أيضاً ضمن حالات التفريق القضائي التسعة المنصوص عليها بالمادة / ٤٣ من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ ولتكون فقرة عاشرة ولتصبح على الشكل الآتي:

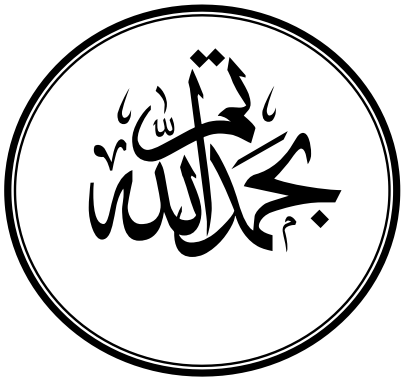
" للزوجة طلب التفريق عند توافر أحد الأسباب الآتية: .... -١٠- إذا زوج غير الأب و الجد الصغيرة للكفء و بمهر المثل و بلغت فاختارت نفسها بالبلوغ و طلبت فسخ عقد الزواج و التفريق بينها و بين زوجها و أقامت البينة على دعواها فتحلفها اليمين بالصيغة التالية – و الله إني اخترت نفسي وقت بلوغي – " .

تلك هي بإيجاز أهم النتائج والتوصيات والتي وفقنا الله تعالى إليها ، واني لأعتبر ما توصلت إليه من نتائج على كبر أهميتها وعظيم فائدتها وكثير عنائها بما كلفني من جهد ووقت ، ليس إلا خدمة متواضعة أقدمها للشريعة الإسلامية والدين والفقه الإسلامي وللمسلمين وتبصيرا للقوانين الوضعية ، وبعد أن بسطت القول فيها جهد استطاعتي مع ما يتعلق بها من التحليل والاستدلال والبرهنة واستعراض للنصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها ، واستعراض الآراء الفقهية التي طرحت حوله ومناقشتها للوقوف على الرأي الصائب والراجح منه، وهو الموضوع الذي عشت معه سنوات من عمري ، فما وفقت فيه إلى الحق والصواب فإلى الله تعالى يرجع الفضل والمنة والثناء الحسن اولا اوخيرا ، وما قد أكون أخطأت فيه لاسمح الله فمن نفسي ، وأستغفر الله العظيم وأتوب إليه توبة نصوحة دائمة مادامت السماوات والارض الى

يوم القيامة ، فلا بد للقلم من زلة ولابد للقول من خطل ، ولابد للإنسان من نسيان ، إذ هو ابن آدم وكل بني آدم خطاء ، فلا ندعي بلوغ الكمال لأن الكمال لله تعالى وحده جل وعلا، وإنما سعينا في هذه الدراسة إلى غاية نرجو بها ثواب الله تعالى اولا واخيرا ، ونأمل أن قد بلغنا منها مبلغا يحمد ، وموطئا يذكر ورضا من الله تعالى يدرك ، وبصمة خير نضعها في هذه الحياة الدنيا وفي الآخرة ، وان تكون لنا فيها صدقة جارية إلى يوم القيامة ، فقد آبى الله تعالى الكمال إلا لنفسه ، وآبى العصمة إلا لرسوله الكريم (ﷺ) ، وقرر النقص على جملة البشر .

وحسبي إلى الله تعالى أنني دائر في كل ذلك بين الأجر والأجرين إن شاء الله تعالى ، وأسأل الله تعالى الحي القيوم ، أن يصرف عنا الهوى ويجنبنا الخطل وأن يكرمنا بحسن القول والعمل ، وأن لا يقطعنا من الرجاء في رحمته وعفوه ومن الأمل ، وان يجعل هذا العمل في ميزان حسناتي يوم القيامة ، وان تكون فعلا الخطوة الأولى المباركة للرجوع وتطبيق شرع الله تعالى والعودة للحكم بما أنزل الله تعالى وفقا لما يرضي الله تعالى ، وأن يكون علما نافعا ينتفع به الناس خالصا لوجهه الكريم ، وأن يمن علي بالقبول ويجعله لنا ذخرا ويعظم لنا به أجرا ويضع عنا به وزرا ، انه سميع مجيب الدعاء فهو نعم المولى ونعم النصير، وما توفيقي إلا بالله تعالى عليه توكلت وهو رب العرش العظيم.

والله تعالى اسأل التوفيق والسداد والرضا الدائم عنا ، انه ولي ذلك والقادر عليه ، وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين وأفضل الصلاة وأتم التسليم على النبي الشفيع رسول الله محمد (ﷺ) صلاة يتبعها روح وريحان ويعقبها مغفرة ورضوان بعدد حروف القرآن وعلى اله وأصحابه ومن اهتدى بهديه إلى يوم الدين آمين يارب العالمين .



ثبت

المراجع والمصادر

للدراسة

ثبت المـــراجـــع الـــمصادر
للدراسة

وتشتمل ثبت المراجع والمصادر للدراسة عموما على مایاتي :
القرآن الكريم (كتاب الله تعالى ومعجزته الكبرى ، ودستور الإسلام الخالد) ،
أ- المصادر العربية :- ب- المصادر الاجنبية :- وذلك على النحو الاتي :-

القرآن الكريم

أ- المصادر العربية :-

وتتضمن المصادر العربية عموما على :
(اولا) كتب التفسير، (ثانيا) كتب الحديث الشريف ، (ثالثا) كتب الفقه الإسلامي ، (رابعا) كتب اللغة والمصطلحات ، (خامسا) الكتب القانونية ، (سادسا) الرسائل الجامعية ، (سابعا) البحوث العلمية ، (ثامنا) الدوريات ، (تاسعا) قرارات المحاكم القضائية غير المنشورة ، (عاشرا) التقنينات والقوانين العربية والاجنبية والمذكرات الايضاحية ، وهي اجمالا كما ياتي :-

اولا / كتب التفسير:-

١- جلال الدين السويطي وجلال الدين المحلى ، تفسير الإمامين الجليلين ، بقلم عبد الرحمن محمد، ملتزم الطبع ، مصر ، بدون سنة طبع .

٢- سعيد حوى. الاساس في التفسير، المجلة ٣، ط ٣، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة القاهرة، ١٩٩١.

٣- ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي، تفسير القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن، جـ٣، ، دار الشعب ، القاهرة ، من دون سنة طبع .

٤- الامام الحافظ عماد الدين ابو الفداء اسماعيل بن كثير الدمشقي (٧٧٤ هـ) ، تفسير القران العظيم ، ج٨ ، علق عليه وخرج احاديثه هاني الحجاج، روجت احاديث هذا الكتاب على كتب فضيلة العلامة ناصر الدين الالباني ، دار التوفيقية للطباعة ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

ثانيا / كتب الحديث الشريف:-

١ - الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الازدي السجستاني (٢٠٢-٢٧٥هـ) ، كتاب السنن سنن أبي داود ، ط١، ضبط وتصحيح محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٠.

٢- الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (٢٠٤-٢٦١هـ) ، صحيح مسلم ، ط١ ، تحقيق وتخريج احمد زهوة واحمد عناية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٤ .

٣- الحافظ أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (٢٧٥هـ)، سنن ابن ماجة، جـ ٢، تعليق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الحديث ، القاهرة ، من دون سنة طبع .

٤- الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (٢٠٩-٢٩٧هـ) ، ، صحيح سفن الترمذي ، تأليف محمد ناصر الالباني ، ط ١، جـ ٢، مكتبة التربية العربية لدول الخليج ، ١٩٨٨ .

٥- الامام ابو بكر احمد بن الحسين بن علي البيهقي ، السنن الكبرى ، ج١٠ ، ط١، من دون سنة طبع .

٦- الامام الحافظ ابو عبدالله الحاكم النيسابوري ، المستدرك على الصحيحين ، ج٤ ، المجلد الرابع ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٧٨ .

ثالثا / كتب الفقه الإسلامي :-

وتشتمل على : كتب الفقه الحنفي وكتب الفقه المالكي وكتب الفقه الشافعي وكتب الفقه الحنبلي وكتب الفقه الجعفري وكتب الفقه الظاهري وكتب الفقه العام ، وذلك وفق الصيغة الاتية :

أ- كتب الفقه الحنفي –

١- الامام زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم، الاشباه والنظائر على مذهب الامام ابي حنيفة النعمان، تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي وشركاؤه للنشر والتوزيع، القاهرة، دون سنة طبع.

ب- كتب الفقه المالكي –

١- احمد بن محمد الصاوي المالكي ، بلغة السالك لاقرب المسالك إلى مذهب الامام مالك ، ج٣ ، مصطفى البابي الحلبي واولاده ، مصر ، ١٩٥٢ .

ت- كتب الفقه الشافعي-

١- أبو الحسن الراشداني المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ ، جـ٤، مطبعة البابي الحلبي وأولاده ، مصر، ١٩٦٥، ص٢١٦.

٢- أبو اسحق إبراهيم المعروف ابن ابي الدم الحموي الشافعي، ادب القاضي، تحقيق د. محي هلال السرحان، جـ ١، ط ١، مطبعة الارشاد، بغدا د، ١٩٨٤.

٣- الامام محمد بن ادريس الشافعي (١٥٠ -٢٠٤ هـ)، الام ، ج ٧ و ج ٨ ، ط ٥ ، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع ، مصر، ٢٠٠٨ .

ث- كتب الفقه الحنبلي –

١- ابن قيم الجوزية(٧٥١هـ)، ، اعلام الموقعين عن رب العالمين،،جـ٢، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد طبع دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، دون سنة طبع، ص٣١٣

٢- ابن قيم الجوزية (٧٥١هـ)، ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، تحقيق ، محمد محي الدين عبد الحميد المؤسسة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٦١، ص٨٨ وما بعدها.

٣- ابن قيم الجوزية(٧٥١هـ)، ، فتاوي رسول الله ﷺ، تحقيق قاسم الشماعي الرفاعي ، مكتبة النهضة ، بغداد ، ١٩٨٨، ص١٤٢.
٤- موفق الدين عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامه المقدسي (٦٣٠هـ)، المغني والشرح الكبير ، ج١٢ ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع ، ١٩٧٢ ، ص١٠ .

ج- كتب الفقه الجعفري -

١- المحقق الحلي ، شرائع الاسلام في الفقه الإسلامي الجعفري ، باشراف محمد جواد مغنية ، المجلد ٢ ، دار مكتبة الحياة للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٨ .

ح – كتب الفقه الظاهري -

١- الامام ابن حزم الظاهري ، معجم فقه ابن حزم الظاهري ، المجلد ٢، لجنة موسوعة الفقه الإسلامي ، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٦ .

ج- كتب الفقه العام –

١- احمد ابراهيم ، طرق القضاء في الشريعة الاسلامية، المطبعة السلفية، القاهرة، ١٩٢٨ .
٢- احمد بن الحسين الشهير بابي شجاع، فتح القريب المجيب في شرح الفاظ التقريب، شرح محمد بن قاسم العربي، دار المثنى للطباعة والنشر، بغداد، دون سنة طبع.
٣- د.احمد فتحي البهنسي، نظرية الاثبات في الفقه الجنائي الاسلامي، ط ٣، دار نافع للطباعة والنشر، ١٩٧١.
٤- الشيخ احمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت /١٣٥٧هـ-١٩٣٨)، شرح القواعد الفقهية ، ط ٦ ، بقلم مصطفى احمد الزرقا - ابن المؤلف- قام بالتنسيق والمراجعة د. عبد الستار ابو غدة ، دار القلم ، دمشق ، ٢٠٠١.
٥- احمد محمد علي ، القرارات الاستئنافية في الاحوال الشخصية ، جـ١ ، ط١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،الاردن ، ١٩٩٠.

٦- ابو القاسم السمناني وروضة القضاء وطريق النجاة ، ج٣ ، تحقيق صلاح الدين الناهي ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٧٣.
٧- د. ابو اليقظان الجبوري ، اليمين والاثار المترتبة عليها ، ط٢ ، دار الندوة الجديدة ، بيروت ، ١٩٨٦ .
٨- أبو الليث بن إبراهيم السمرقندي ، خزانة الفقه و عيون المسائل ، دراسات إسلامية لاهم المخطوطات الإسلامية ، تحقيق د. صلاح الدين الناهي ، المجلد ١ ، بغداد ، ١٩٦٥.
٩- د. بدرية عبد المنعم حسونة ، شرح قانون الاثبات الإسلامي السوداني وتطبيقاته القضائية ، ط١، طبع مطابع اكاديمية نايف للعلوم الامنية ، الرياض ، ٢٠٠١ .
١٠- سليم رستم باز، شرح المجلة، المطبعة الادبية، بيروت،١٨٨٩.
١١- د.شوكت عليان، الوجيز في الدعوى والاثبات في الشريعة الاسلامية ، ط ١، الدار العربية للطباعة، الرياض ، ١٩٧٨.
١٢- عبدالرحمن الجزيري ، الفقه على المذاهب الاربعة ، قسم المعاملات ، ج٢ ، دار الكتب العلمية ، بيروت، دون سنة طبع .
١٣- د.عبد القادر عودة ، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الموضعي ، جـ ٢ ، القسم الخاص ٢، ط٢، مطبعة المدني، القاهرة، ١٩٦٤.
١٤- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، ج١ و ج٤ ، ط١ ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠١٠.
١٥- محمد الحبيب النجكاني ، النظرية العامة للقضاء والاثبات في الشريعة الاسلامية مع مقارنات بالقانون الوضعي ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، دون سنة طبع .
١٦- محمد سلام مدكور، القضاء في الاسلام ، دار النهضة العربية ، المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٤.
١٧- محمد شفيق العاني ، أصول المرافعات و الصكوك في القضاء الشرعي ، ط ٢ ، من دون سنة طبع.
١٨- د. محي هلال السرحان ، القضاء في الاسلام ، محاضرات القيت على طلبة المعهد القضائي لعام ٢٠٠٠-٢٠٠١ .
١٩- أ. د . مصطفى ابراهيم الزلمي ، المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية في نمط جديد ، ط ٨ ، مراجعة الاستاذ د. احمد عبد الوهاب البنجويني مركز دراسات برلمان كوردستان ، اربيل ، ٢٠١٢ .

٢٠- مصطفى احمد الزرقاء ، الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، المدخل الفقهي العام ، جـ ٢ ، مطبعة طربين، دمشق، ١٩٦٨.
٢١- موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي ، ج٢، يصدرها المجلس الأعلى للشؤون الاسلامية ، القاهرة ، ص١٤٧.

رابعا / كتب اللغة والمصطلحات :-

١- فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب ، ط٢٢ ، دار المشرق ، بيروت ، ١٩٧٨.
٢- محمد عبد القادر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٩٨١.

خامسا / الكتب القانونية :-

١- د. احمد عبد العال ابو قرين ، احكام الاثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء، ط٣، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .
٢- د. احمد نشأت ، رسالة الاثبات ، ج٢ ، ط٧ ، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٧٢ .
٣- الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي ،مبدأ الثبوت القانوني دراسة مقارنة في الاثبات المدني، دارالكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر – الامارات ، ٢٠١٢ .
٤- د.انور سلطان ، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، ١٩٨٤ .
٥- د. رزق الله انطاكي ، اصول المحاكمات ة في المواد المدنية والتجارية ، ط٥ ، مطبعة دمشق ، ١٩٦٢ .
٦- د.رضاالمزغني ، احكام الاثبات ، معهد الادارة العامة ، المملكة العربية السعودية ،١٩٨٥.
٧- د. سعيد عبد الكريم مبارك ، احكام قانون التنفيذ رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠، ط ١ ، كلية القانون ، جامعة بغداد ، ١٩٨٩.
٨- د. سليمان مرقس، من طرق الإثبات، الإقرار واليمين وإجراءاتهما ، جـ ٢ ،المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٧٠ .

٩- د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ .
١٠- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج٢ ، الاثبات واثار الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨ .
١١- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٩ ، اسباب كسب الملكية ، طبعة منقحة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤.
١٢- د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ، القانون المدني و أحكام الالتزام ، جـ ٢ ، دار الكتب للطباعة و النشر ، جامعة الموصل ، ١٩٨٠ .
١٣- د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الحقوق العينية دراسة مقارنة ، ط ١، الاصدار الثالث ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان –الاردن ، ٢٠٠٠.
١٤- د. فارس علي عمر الجرجري ، مبدأ حياد القاضي المدني دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، الامارات ، ، ٢٠١٢.
١٥- المحامي فرج محمد علي ، عبء الاثبات ونقله ، دراسة فقهية قضائية للخصم المكلف بالاثبات – مرافعات – مدني –ضرائب – جمارك – طبقا لاحدث احكام محكمة النقض ، ط٢ ، المكتب الجامعي الحديث ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩.
١٦- محمد علي الصوري ، التعليق على مواد قانون الاثبات ، ج٣ ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٨٣.
١٧- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية ، ثانيا اسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية ، دراسة موازنة بالمدونات العربية ، ط١ ، الاصدار الثالث، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ١٩٩٩ .
١٨- محمود طهماز، اصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ، أمالي ومحاضرات ،ج١، السنة الثالثة ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية ، جامعة حلب ، دون سنة طبع .
١٩- مصطفى مجدي هرجة ، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، ج٢ ، دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٨٧.
٢٠- د. مفلح القضاة ، الاثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لقانون الاثبات الاتحادي رقم١٠ لسنة ١٩٩٢ لدولة الامارات العربية المتحدة ، دبي ، دون سنة طبع .
٢١- مهدي صالح محمد أمين ، أدلة القانون غير المباشرة ، الإقرار و اليمين و القرائن ، بغداد ، ١٩٨٧.

سادسا /الرسائل الجامعية:-

١- مالك جابر حميدي الخزاعي ، حجية اليمين في الدعوى المدنية ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد ، ١٩٨٨.

٢- مجيد حميد السماكية ، حجية الاقرار في الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد، ١٩٧٠، .

سابعا / البحوث العلمية :-

١- الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي ، اليمين المتممة في نطاق الدعوى المدنية دراسة مقارنة، مجلة بحوث مستقبلية مركز الدراسات المستقبلية في كلية الحدباء الجامعة ، ع / ٩ ، تموز، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤ .

٢- الشيخ د. اوان عبدالله الفيضي ، صور اليمين المتممة دراسة مقارنة في الاثبات المدني ، مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، ع٢٢ ، المجلد ٣، السنة ٩، ١٤٢٥هـ /٢٠٠٤ م .

٣- محمد رضا عبد الجبار العاني ، القضاء بشاهد واحد مع يمين المدعي في الشريعة والقانون ، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية ، التي تصدرها نقابة المحامين مجلة القضاء العراقية ، ع١ و٢و٣و٤ ، س٣٧ ، ١٩٨٢.

٤- المجلة العربية للفقه والقضاء ، الصادرة عن الامانة العامة لمجلس وزراء العدل العرب ، ع٨، س١٩٨٨.

ثامنا/ الدوريات :-

وتشتمل الدوريات على : مجموعات الاحكام العدلية ، ومجلة قضاء محكمة تمييز العراق، وجريدة الوقائع العراقية ، وذلك على الوضع الاتي :

أ- مجموعة الاحكام العدلية ، يصدرها قسم الاعلام القانوني، وزارة العدل العراقية :-

١- مجلة الأحكام العدلية ، ع ١ ، س ٩ ، ١٩٧٨ .

ب- قضاء محكمة تمييز العراق:-

١- قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد ١ ، لسنة ١٩٦٣ .

ت- جريدة الوقائع العراقية :-

١- جريدة الوقائع العراقية ، وزارة العدل العراقية ، ع /٣٨٣٧ ، في ٢٠٠٠/٧/٣١ .
٢- جريدة الوقائع العراقية ، ، وزارة العدل العراقية ، ع/ ٤٠٤٢ في ٣/ ٧/ ٢٠٠٧ .

تاسعا/ قرارات المحاكم القضائية غير المنشورة :-

وتشتمل قرارات المحاكم القضائية غير المنشورة على : قرارات محكمة تمييز العراق ، وقرارات محكمة بداءة الموصل ، وقرارات محكمة الاحوال الشخصية ، وذلك على الشكل الاتي :

أ- قرارات محكمة تمييز العراق:-

١- قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٤٨١٩/ م١/١٩٩٩ في ١٩٩٩/٣/١٧ (قرار غير منشور)
٢- قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٩٦ / م٣ /٢٠٠٠ في ٢٠٠/١/٢٢ (قرار غير منشور) .
٣- قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٢٠٣٢/ م٢/١٩٩٢ في ١٩٩٢/٨/١٣(قرار غير منشور)
٤- قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٢٠٣/ م١/١٩٩٣ في١٩٩٣/٧/٢٨ (قرار غير منشور)

٥- قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٢٧٤٩/ م٢/١٩٩٣ في ١٩٩٤/٤/٥ (قرار غير منشور)
٦- قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٣٧٠/ م١/١٩٩٤ في ١٩٩٦/١/١٧(قرار غير منشور)
٧- قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٧٤٢/ م١/١٩٩٩ في ١٩٩٧/٣/٨(قرار غير منشور)
٨- قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١٦٩٩/ م٣/١٩٩٨ في ١٩٩٨/٩/٢٤(قرار غير منشور)
٩- قرار محكمة تمييز العراق المرقم ١١٢٠/ م٣/٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/٦/٢٧(قرار غير منشور)
١٠- قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٤٦٠ / م١ / ١٩٩٥ في ١٩٩٥/١٢/٣٠ (قرار غير منشور).
١١- قرار محكمة تمييز العراق المرقم ٥٥٩١ / هيئة الأحوال الشخصية / ٢٠٠١ في ٢٠٠١/٧/٢٥ (قرار غير منشور).
١٢- قرار محكمة التميز الاتحادية في العراق رقم /٤٠٦٧/ شخصية اولى/ ٢٠٠٨ ت /٤١٣٣ في ١٢/٢٣/ ٢٠٠٨ (قرار غير منشور) .

ب - قرارات محكمة بداءة الموصل :-

١- قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٨٢٩ / ٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٨/٥ (قرار غير منشور).
٢- قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٩٧٢ /٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/٨/٤ (قرار غير منشور) .

ت- قرارات محكمة الاحوال الشخصية :-

١- قرار محكمة الاحوال الشخصية في الكاظمية التابعة الى رئاسة محكمة استئناف الكرخ الاتحادية رقم / ٣٨٢٧ / ش/ ٢٠٠٥ في ١٤ /٣/ ٢٠٠٦ (قرار غير منشور) .

عاشرا /التقنينات والقوانين العربية والاجنبية والمذكرات الايضاحية :-

وتشتمل التقنينات والقوانين العربية والاجنبية والمذكرات الايضاحية على :

(١) / التقنينات الملغاة :- (٢)/ القوانين العربية :- (٣)/ القوانين الاجنبية :-

(٤)- المذكرات الايضاحية :- وذلك على الصيغة الاتية :

(١)/التقنينات الملغاة :-

١- مجلة الاحكام العدلية العثمانية الملغاة .

(٢)/ القوانين العربية :-

وتضم القوانين العربية على : القوانين العراقية والقوانين المصرية والقوانين اللبنانية والقوانين السورية والقوانين الامارات العربية المتحدة والقوانين الجزائرية والقوانين الاردنية والقوانين التونسية ، وذلك على النحو الاتي :-

أ - القوانين العراقية :-

١- قانون الاثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠.

٢- قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠المعدل بالقانون رقم ٢٥ لسنة ٢٠٠٧ .

٣- قانون المحاماة العراقي رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥ المعدل .

٤- قانون العمل العراقي رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ المعدل.

٥- القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٦- قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٧- قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

ب- القوانين المصرية:-

١- قانون الاثبات المدنية التجارية المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل.

٢- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

ت -القوانين اللبنانية:-

١- قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل .

٢- قانون حقوق العائلة اللبناني عام ١٩١٧ والمعدل بقانون تنظيم المحاكم الشرعية ١٩٤٢ النافذ .

ث - القوانين السورية :-

١- من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩ المعدل.

٢- قانون البينات السوري النافذ رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل .

ج- القوانين الامارات العربية المتحدة :-

١- قانون الإثبات الاتحادي للمواد المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة النافذ رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ المعدل.

٢- قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية المتحدة رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون الاتحادي رقم ١ لسنة ١٩٨٧.

ح- القوانين الجزائرية :-

١- قانون الأسرة الجزائري النافذ رقم ٨٤-١١ لسنة١٩٨٤ المعدل.

٢- القانون المدني الجزائري النافذ رقم ٧٥-٨٥ لسنة ١٩٧٥ المعدل .

خ- القوانين الأردنية:-

١- قانون البينات الاردني النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل.

٢- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ المعدل .

٣- قانون الأحوال الشخصية الأردني النافذ رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠١ المعدل.

د- القوانين التونسية :-

١- قانون الالتزامات والعقود التونسية لعام ١٩٠٦ المعدل.

(٣)- القوانين الاجنبية:-

١- القانون المدني الفرنسي النافذ ١٨٠٤المعدل. .

(٤)- المذكرات الايضاحية :-

١- المذكرة الايضاحية لقانون البينات السوري رقم ٣٩٥ لسنة ١٩٤٧ المعدل .

٢- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج٣ ، مطبعة احمد مخيمر ، مصر ، دون سنة طبع.

ب- المصادر الأجنبية :-

1- Code civil LiTec paris 2003