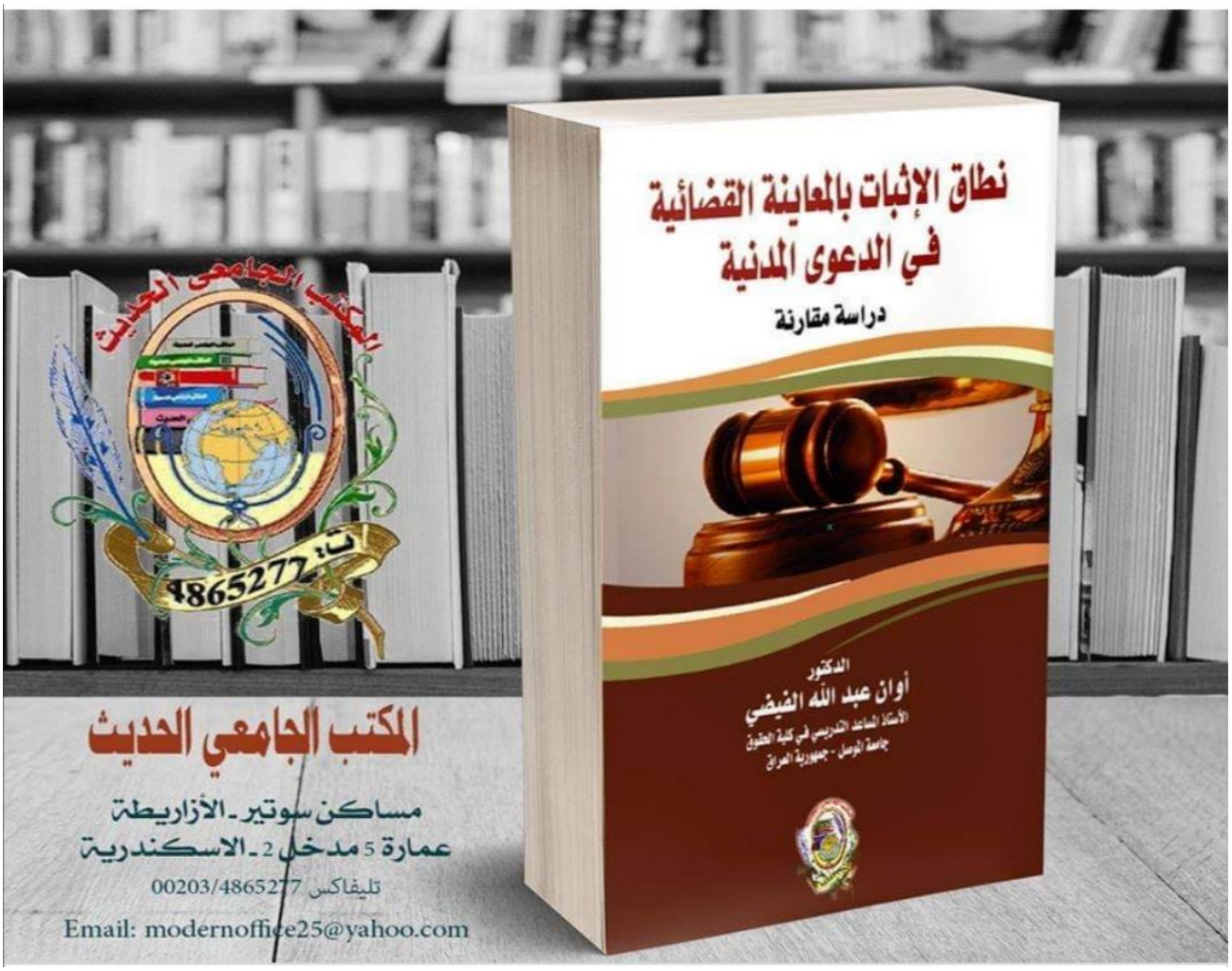

نطاق الإثبات بالمعاينة القضائية
في الدعوى المدنية
دراسة مقارنة
الدكتور
أوان عبد الله الضيفي
الأستاذ المساعد التدريسي في كلية الحقوق
جامعة الموصل - جمهورية العراق
المكتب الجامعي الحديث
4865277
المكتب الجامعي الحديث
مساكن سوتير - الأزاريطة
عمارة 5 مدخل 2 - الاسكندرية
تليفاكس 00203/4865277
Email: modernoffice25@yahoo.com

المقدمة

وتتضمن الآتي:-

أولا:- المدخل التعريفي بموضوع البحث.

ثانيا:- الأسباب الموجبة للبحث وأهميته.

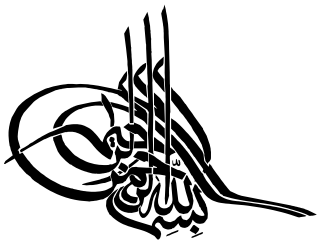
ثالثا:- هدف البحث وتساؤلاته.

رابعا:- نطاق البحث .

خامسا:- صعوبات البحث .

سادسا:- منهجية البحث.

سادبعا:- خطة البحث .



المقدمة

(إِنَّ الْحَمْدَ لِلَّهِ نَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ وَنَعُوذُ بِهِ مِنْ شُرُورِ أَنْفُسِنَا مَنْ يَهْدِ اللَّهُ فَلاَ مُضِلَّ لَهُ وَمَنْ يُضْلِلْ –يضلله– فَلاَ هَادِىَ لَهُ ، وَأَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ وَأَشْهَدُ أَنَّ مُحَمَّدًا عَبْدُهُ وَرَسُولُهُ ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالًا كَثِيرًا وَنِسَآءً ۚ وَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ ٱلَّذِى تَسَآءَلُونَ بِهِۦ وَٱلْأَرْحَامَ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا ﴿١﴾ ﴾ سورة النساء / ١ ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِۦ وَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسْلِمُونَ ﴿١٠٢﴾ ﴾ سورة أل عمران / ١٠٢ ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا ﴿٧٠﴾ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَٰلَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ ۗ وَمَن يُطِعِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ فَازَ فَوْزًا عَظِيمًا ﴿٧١﴾ ﴾ سورة الأحزاب/٧٠-٧١) (•) أما بعد :

فان اصدق الحديث كتاب الله وأحسن الهدي هدي محمد (ﷺ) وشر الأمور محدثاتها ، وكل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار .

أوصيكم إخوة الإيمان بتقوى الله وطاعته ولزوم عبادته وكثرة مخافته فان التقوى شعار المؤمنين ودثار المتقين ووصية الله تعالى فيا وفيكم أجمعين .

الحمد لله الذي اعز المسلمين بالإسلام ونور قلوبهم بصدق العقيدة وخالص الإيمان ، علم عباده مما لا يعلمون ، وأفاض عليهم من أسرار حكمته من خزائن علمه المكنون، أحمده حمداً كثيرا طيبا مباركا يتقرب به المتقربون ، وأشهد أن لا إله إلا الله شهادةً تنفع قائلها يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم ، وأشهد أن سيدنا وقائدنا وقدوتنا حبيبنا وشفيعنا وخاتم الأنبياء والمرسلين محمد (ﷺ) رسول الله إمام أنبيائه المنزل عليه هذا الشرع المبارك الطاهر والنور الباهي الباهر، اللهم صلي وسلم وزد وبارك وانعم على سيدنا محمد الذي قام

• الجدير بالذكر أن هذه تعد خطبة الحاجة التي علمها النبي محمد (ﷺ) لأصحابه ، وقد أخرجها الإمام أبو داود في سننه ، حيث حدثنا محمد بن كثير أنبأنا سفيان عن أبي إسحاق عن أبي عبيدة عن عبد الله بن مسعود في خطبة الحاجة في النكاح وغيره ح وحدثنا محمد بن سليمان الأنباري المعنى أخبرنا وكيع عن إسرائيل عن أبي إسحاق عن أبي الأحوص وأبي عبيدة عن عبد الله قال: (**عَلَّمَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خُطْبَةَ الْحَاجَةِ أن الْحَمْدَ لِلَّهِ نَسْتَعِينُهُ وَنَسْتَغْفِرُهُ....**)، ينظر: الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الازدي السجستاني (٢٠٢-٢٧٥هـ) ، كتاب السنن سنن أبي داود ، ضبط وتصحيح محمد عدنان بن ياسين درويش ، ط١، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ص٣٦٠ (كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح ، رقم الحديث٢١١٨).

بالدعوة إلى ربه وبلغ الناس ما نزل إليهم فأنار سبيل الرشاد وطمس معالم الضلال فأشرقت الأرض بالهدى المستقيم ودخل الناس في دين الله أفواجا يسترشدون برشده ويهتدون بهديه، وعلى اله وإخوته من الأنبياء والمرسلين صلوات ربي وسلامه عليه وعليهم أجمعين ، وعلى أصحابه الغر الميامين والتابعين الذين حملوا لواء الإسلام وحفظوا الشريعة والأحكام وجاهدوا في الله حق جهاده من العلماء الأعلام والمشايخ العاملين ما اقتفت أثارهم السادة الأجلة ، ومن سلك هذا المنهج السوي واستنار بهذا النور السني وتبع منهجهم وسار على نهجهم واهتدى بهديهم إلى يوم الدين ، وعلى جميع من سلف من علماء ألامه 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 الآتية :-

أولاً : المدخل التعريفي بموضوع البحث.

ثانياً : الأسباب الموجبة للبحث وأهميته.

ثالثاً : هدف البحث وتساؤلاته.

رابعاً : نطاق البحث.

خامساً: صعوبات البحث.

سادساً: منهجية البحث.

سابعاً : خطة البحث.

أولاً : المدخل التعريفي بموضوع البحث :-

إن المعاينة في مجال الإثبات عموماً والإثبات المدني خصوصاً تحتل أهمية كبيرة لكونها تعد أحد من أهم أدلة الإثبات المباشرة في المسائل المادية إن لم تكن أهمها على الإطلاق، التي تهدف إلى إثبات حالة معينة وإظهار حقيقة النزاع في أقرب وقت وأيسر نفقة، وذلك من خلال تكوين المحكمة الاعتقاد الصحيح والمناسب عن حقيقة المنازعة، فهي تعد الدليل الوحيد الذي يتم بغير واسطة، وذلك عندما يكون القاضي اعتقاده بملامسته للواقعة ذاتها واستخلاص الدليل من مشاهداته بنفسه مباشرةً، وهي بهذا تتميز من أدلة الإثبات الأُخر التي تتم بالواسطة، عندما يتوصل القاضي إلى الإلمام بالوقائع عن طريق ما يستخلصه من الدعوى وظروفها وما يقدم من المستندات والأقوال.

وتمتاز المعاينة بأن لها طابع اجرائي ، فهي تعد إجراء قضائي واختياري من جانب المحكمة في مسار الدعوى المدنية، في ظل موقف إيجابي لقاضي الموضوع ليتمكن معه من الوصول إلى الحقيقة في النزاع المعروض عليه، وبما يكفل أقصى تقارب بين الحقيقتين القضائية والواقعية، فقد تتم بدعوى أصلية بطلب انتقال المحكمة والكشف أمام القضاء المستعجل لإثبات حالة الشيء، ولإسعاف الخصوم بقرارات سريعة حماية لمراكزهم حماية مؤقتة دون المساس بأصل الحق تمهيداً لرفع دعوى أصلية تتعلق بالحق أمام القضاء مستقبلاً، وقد يتم اجراء المعاينة أيضاً بصفة فرعية بناءً على دعوى قائمة أصلاً أمام المحكمة ، فيجوز لها أن تقرر إجراء المعاينة في كل دعوى منظورة أمامها إذا كانت ظروف الدعوى تستوجب ذلك، ومتى رأت في هذا الإجراء مصلحة لتحقيق العدالة.

ويدور نطاق المعاينة القضائية عموماً حول الأشخاص والأموال، فضلاً عن الحقوق الأُخرى كحق الارتفاق، بل يمكن أن يكون محلاً للمعاينة أي شيء متنازع فيه يصلح أن يكون محلاً للمعاينة بتوافر شروط، فضلاً عما يشترط بشكل عام في الوقائع المراد إثباتها، إلا أنه غالباً ما يكون محل المعاينة المال الذي يشمل الأموال المنقولة وغير المنقولة، لاسيما في المسائل العقارية التي قد تقوم على منازعة على موقع عقار أو مشتملاته أو حدوده أو على حق مقرر له أو عليه كحق المجرى والمسيل أو حدوث نزاع يتعلق بوضع اليد عليه أو بخصوص تقدير الضرر الذي أصاب العقار نتيجة الحرق أو الهدم أو غير ذلك من المنازعات كالتجاوز على العقارات.

ومن المتصور أيضاً ورود المعاينة على الأشخاص على وفق شروط خاصة أنفرد بها قانون الإثبات العراقي عن بقية التشريعات الأُخرى ، من وجوب اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته وعدم المساس بحرية الشخص وشخصيته، فضلاً عن وجوب

استعانة المحكمة أثناء المعاينة بخبير طبي لمعاينة الشخص إذا كان تقدير المعاينة يحتاج إلى معرفة علمية أو فنية خاصة.

ثانياً: الأسباب الموجبة للبحث وأهميته:-

لأجل هذا واستكمالاً لأهمية الموضوع الذي تجلت من خلال التساؤلات العديدة التي طرحت حوله في ساحة القضاء والقانون، إذ يحتل هذا الدليل أهمية خاصة جدا لكون نطاق التعامل به يكاد يكون يومياً من قبل القضاة، لذا تكمن الأسباب الحقيقية وراء اختياره كموضوع للبحث والدراسة نظراً لحاجة القضاء بصفة عامة إلى البحوث العلمية المستمرة والمتصاعدة والمعمقة لتعايش الأحداث والتطورات العلمية، ولوضع الإجابات لكل ما يستجد من اجراءات ووسائل علمية لها علاقة بنظام الإثبات بالمعاينة وبالخبرة، هذه الوسيلة الاجرائية التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بكل ما هو مستجد من التطورات العلمية المتصلة بنظام الإثبات.

كما أن الحاجة الشديدة لبيان وإظهار نطاق المعاينة كاجراء قضائي خاصة في مثل هذا الزمان ليعلم الناس حكم الإسلام فيه ، وأن لكل حادثة مستجدة في النظام القضائي وغيره حكماً عادلاً، لعل ولاة الأمر أن يوجهوا أنظارهم إلى أحكام الشريعة الإسلامية وأن يجعلوا القوانين مستمدة من أحكامها، فيحكمون شرع الله ويدعون ما سواه.

خصوصا ان الباحث يجمع في هذا السياق بين العلم الشرعي والقانوني، وبالتالي إبراز دور الشريعة الإسلامية بصورة أساسية وقوانين الإثبات المستمدة منها وغير المخالفة لها في مدى معالجتها لهذا الموضوع ، وبيان أوجه الالتقاء والاختلاف بين الجانبين، ومحاولة إبراز جوانب النقص والضعف التي تعتري القوانين في محاولة وإيجاد الحلول المناسبة لمعالجة هذا النقص والضعف، ومن اجل خدمة للبحث العلمي في الفقه الإسلامي وبما يرضي الله تعالى ، وخدمةً للإسلام والمسلمين وللعدالة والحق والعلم ومحاولة مني لجمع أطراف هذا الموضوع وفلسفته ، والعمل على جمع جزئياته وشتاته في عمل متواضع يسهل الوصول إليه في كل ما يتعلق به .

فضلاً عن المساهمة بإزالة الغموض وما شاب هذا الموضوع عموماً من التباس وإشكالات وما أثيرت حوله من شبهات بشأن ورود نصوص الخبرة ضمن اجراء المعاينة، ومدى صحة ذلك وعلاقة اجراء المعاينة بالكشف والخبرة، والحدود الفاصلة بينهم وسبب تداخلهم معاً، فضلاً عن الخلط الحاصل بينهم سواءً في التشريعات أم بالفقه أم بالقضاء وتمييزهم عن بعض المفاهيم الأُخرى .

اذ ان احد اهم اسباب اختيارنا هذا الموضوع للبحث والدراسة هو ما أثيرت حوله من شبهات بشأن ورود نصوص الخبرة ضمن اجراء المعاينة، ومدى صحة ذلك ، لانها تعد مشكلة حقيقية بتقديرنا المتواضع ، وهي من ضمن مشكلات البحث الحالية، لعدم تمييز – لا اقول العوام بل

اصحاب الاختصاص الدقيق- بين الخبرة في المعاينة ، وبين الخبرة كدليل اثبات ومدى الفرق بينهما ، بل أن من اصحاب الاختصاص الدقيق (واتحفظ بذكر اسمه) ذكر في السمنار على الملأ ، أن المشرع العراقي أخطأ بايراده مواد الخبرة في المعاينة ، وهي دلالة على ضحالة المعلومات الخاصة بهذا الموضوع ، لذا كانت الحاجة ماسة الى بحث وتوضيح هذا الموضوع للجميع ولاصحاب الاختصاص قبل العوام .

ثالثاً: هدف البحث وتساؤلاته :-

تكمن أهمية هذه الدراسة من خلال الإجابة عن تساؤلات تثار وتطرح من أهل القانون والقضاء عموماً، فما المقصود باجراء المعاينة ، وما هي خصائصها واجراءاتها، وما موقف الشريعة الإسلامية من الإثبات بالمعاينة ، وما موقف القوانين الوضعية منها ، وما المقصود مصطلحي المعاينة والكشف، وما هو اوجه الشبه والاختلاف بينهما ، وهل يقتصر إجراء الكشف على القضاء المستعجل او ممكن اجراء الكشف في القضاء العادي أيضا، وهل يمكن إجراء المعاينة قبل اقامة الدعوى ، او لا يمكن اجراءها الا أثناء نظر الدعوى ، وهل يمكن استخدام تعبير المعاينة في القضاء المستعجل ، وما إجراءات المعاينة، وهل يمكن أن تكون المعاينة مخالفة للنظام العام والاداب او تمس حرية المدعى عليه او شخصيته، هل يجوز معاينة المدعى عليها رغماً عنها لاثبات انها ليست بكر او بانها مصابة بمرض، وهل يجوز الكشف عن المراة توصلا لاثبات حالة الحمل المستكن، او اثبات حالة البكارة او الثيوبة وما اليها مما يتصل بخصائص جسدها، وهل هذا يدخل في اختصاص القضاءالمستعجل، وهل اكراه المرأة على تنفيذ الحكم باثبات الحالة بطريقة التهديد المالي على الرغم من صدور الحكم التهديدي ضدها، وهل على قاضي الامور المستعجلة أن يقضي بعدم قبول الدعوى اذا عارضت المرأة في الكشف عن جسدها، سواء اكان الكشف مقصودا منه اثبات حالة المعاشرة الزوجية ام اثبات الزنا، ام التعرف على البكارة او الثيوبة او لبيان مايتعلق بالحمل المستكن او طريقة فض البكارة وماشابه ذلك، وسواء أكان النزاع متصلاً بطلاق ام باثبات نسب ام باثبات ميراث ، وما هي الشروط العامة في محل المعاينة سواءً أكان معاينة اموال ام معاينة اشخاص ، وما هي نطاق المعاينة في الفقه الاسلامي ؟ .

رابعاً: نطاق البحث:-

انصب البحث على نطاق الاثبات بالمعاينة القضائية بوصفها أحد أدلة الإثبات في الدعوى المدنية حصراً، فقد خرجت عن الدراسة كل المعاينات التي جاءت بها القوانين الأُخر، والتي لا تدخل ضمن الدعوى المدنية، إذ أن هناك أنواعاً عديدة من المعاينات في المسائل المدنية، ولها اجراءات عديدة الا انها لا تحدث بموجب دعوى مدنية ، ولا تحتل نفس أهمية المعاينة في الدعوى المدنية وتخرج عن نطاقها.

خامساً: صعوبات البحث :-

لقد واجه الباحث أثناء عمله في اعداد هذه الدراسة عن نطاق المعاينة القضائية في الإثبات القضائي المدني دراسة مقارنة عدة صعوبات يمكن ان نوجز اهمها على النحو الاتي :-

١. أن عدم بحث موضوع نطاق المعاينة القضائية بحثاً كافياً دقيقاً متخصصاً يجمع شتات مسائله من بطون أُمهات الكتب، فالموضوع لم يأخذ حقه من العناية والدراسة، فالدراسات التي تناولته تكاد تكون معدومة ، ومن ثم افتقار المكتبة العربية بما فيها العراقية إلى دراسة علمية قانونية شاملة ومقارنة في هذا المجال وهي تعد من جملة الصعوبات العديدة التي تكتنف هكذا موضوع اختير من ضمن أبواب القضاء الذي يوصف بالصعب الممتنع وليس بالسهل الممتنع، وهذه المحاولة قد تنير الطريق لمحاولات أُخر تأتي بعدها لعلها مجتمعةً تحقق ما نَصْبوا إليه وبما يرضي الله تعالى خدمةً للإسلام والمسلمين وللعدالة والحق والعلم..

٢. لا شك أن البحث حول موضوع معين كنطاق المعاينة لم تتطرق أحكامه في الفقه الاسلامي في باب معين ومحدد ، فيه من الصعوبة وبذل الجهد ما لا يخفى ، فألاحكام لم تأت جميعها تحت باب أو عنوان معين بل جاءت هذه الأحكام متفرقة ما بين الأسطر وتحت أبواب عدة ، بل أن بعض أحكام المعاينة لم يشر إليها إشارة واضحة مفصلة ، فمنها ما أشير إليه إشارة خفيفة جدا ، ومنها ما يقاس على غيره ، فكانت الحاجة إلى الوقوف على هذه الأحكام وجمعها وضبطها لجهل الكثيرين بما يتعلق بالمعاينة من أحكام ، فمن الضروري معرفة ما يتعلق باجراء المعاينة من أحكام لضبط تعاملاته وتصرفاته على الوجه الصحيح .

٣. تعدد أبعاد هذا الموضوع الفلسفي وعمقها ، فهو يدخل في مجال الاثبات والاجراءات القضائية وما يترتب على ذلك.

وبعون الله تعالى وتوفيقه فقد عمل الباحث على تذليل هذه الصعاب والتغلب عليها ، ويرجو من الله تعالى أن يكون قد وفق في ذلك فمن الله التوفيق والسداد.

سادساً: منهجية البحث:-

أما عن المنهج المتبع في هذه الدراسة فقد جاء بالصيغة الآتية :-

١- اعتمد الباحث على منهج التحليل والمقارنة، مستخدما المنهج التاريخي والوصفي، فقام بجمع المعلومات في هذا المجال ورصد تطورها التاريخي وإخضاعها للتحليل، وإجراء ما يلزم من مقارنات منبعها تعدد المجالات المعرفية التي تهتم بهذه القضية من الفقه المقارن والقانون والاجتماع .

٢- لقد اعتمد هذا البحث على دراسة آراء الفقهاء لذا اتبع الباحث الأسلوب الوصفي وتتبع آراء الفقهاء من المذاهب المختلفة مبتدأ بالمذاهب الأربعة ثم ما تيسر من مذاهب أخرى في المسائل ذات الصلة بهذا الموضوع أثناء جمع هذه الآراء من مصادرها الأصلية ، كما تم عرض آراء الفقهاء المختلفة وأدلتهم ومناقشة هذه الآراء والأدلة ودراستها دراسة موازنة وتقييم هذه الآراء وترجيح الرأي الأقوى حجة معتمدا على الدليل وربطه مع واقع الحياة وما يطرأ فيها من قضايا متعلقة بالموضوع ، وقد تم الرجوع إلى أمهات الكتب المعتمدة من كتب التفسير والحديث وشرحه والفقه وأصوله ومعاجم اللغة العربية والتراجم .

٣- اعتمد الباحث أيضا على أسلوب المنهج المقارن ، فإلى جانب قانوني الإثبات والمرافعات المدنية العراقي، كانت هناك جملة قوانين على مدار البحث مختلفة الأحكام ، كقانوني الإثبات والمرافعات المدنية والتجارية المصري، وقانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية اللبناني، وقانوني البيّنات وأصول المرافعات المدنية والتجارية السوري، ونظام المرافعات الشرعية السعودي، وقانوني البينات وأصول المحاكمات المدنية الأردني، فضلاً عن قانون المرافعات الفرنسي في ضوء آخر التعديلات التي طرأت عليها، 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.

٤- وكذلك تم الاعتماد أيضاً على المنهج التحليلي الاستنباطي الوصفي الذي يقوم على تحليل نصوص القوانين والقرارات والآراء الفقهية ومناقشتها وترجيح السديد منها سواء بالفقه الإسلامي أم بالقوانين الوضعية، فضلاً عن اعتمادنا على المنهج التطبيقي الذي يقوم بالأساس على تعزيز المواقف التشريعية والفقهية بالأحكام القضائية التطبيقية الوثيقة بالموضوع للمحاكم العربية ، وبيان مدى مطابقة المواقف الثلاثة من عدمها.

سابعاً: خطة البحث :-

استكمالا للموضوع وبغية تسليط الضوء عليه بأكمله لابد لنا من توضيح هيكليته ، فاقتضت دراسة الموضوع أن يأتي البحث بثلاث فصول تسبقها مقدمة ، ويليها خاتمة الدراسة تتضمن النتائج والتوصيات ومن ثم ثبت المصادر والمراجع وهي على بالترتيب على النحو الآتي : -

جاءت المقدمة لتوضح : المدخل التعريفي بموضوع البحث ، والأسباب الموجبة له وأهميته وهدفه وتساؤلاته ونطاقه وصعوباته ومنهجيته وخطة البحث .

وقد تناولنا في الفصل الأول :- ماهية الاثبات بالمعاينة القضائية ، وذلك ضمن مبحثين:-

المبحث الاول / تعريف المعاينة القضائية .

المبحث الثاني/ خصائص المعاينة القضائية .

وجاء الفصل الثاني :- تمييز المعاينة القضائية مما يشتبه بها من أوضاع قانونية، ليشتمل على اربع مباحث :-

المبحث الاول / تمييز المعاينة القضائية من الخبرة.

المبحث الثاني / تمييز المعاينة القضائية من الكشف المدني.

المبحث الثالث / تمييز المعاينة القضائية من علم القاضي الشخصي .

المبحث الرابع / تمييز المعاينة المدنية من الكشف الجنائي.

فيما تضمن الفصل الثالث: -محل االمعاينة القضائية، وذلك في مبحثين :-

المبحث الاول / الاثبات بالمعاينة القضائية للاشخاص.

المبحث الثاني / الاثبات بالمعاينة القضائية للاموال.

ثم اختتمنا الدراسة بالخاتمة : التي تضمنت أهم النتائج التي توصلنا إليها ، والتوصيات والمقترحات.

رافعين ايدي التضرع سائلين المولى عز وجل التوفيق والسداد انه ولي ذلك والقادر عليه ، انه على كل شيء قدير وبالإجابة جدير، فان كنت قد وفقت للصواب فذلك فضل الله سبحانه وتعالى ، وان كان غير ذلك فأستغفر الله العظيم من الخطأ والزلل ، والحمد لله المثيب للمجتهدين في كل أحوالهم ، والله ولي التوفيق والهادي إلى سواء السبيل .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين دائما وأبدا ، وأفضل الصلاة وأتم السلام على رسول الله وسيد المرسلين وإمام المتقين وخاتم الأنبياء والمرسلين سيدنا وحبيبنا وقدوتنا وقائدنا وفخرنا محمد(ﷺ) ، صلاة يتبعها روح وريحان ويعقبها مغفرة وغفران بعدد حروف القرآن ، وعلى آله وأصحابه ومن اهتدى بهديهم إلى يوم الدين آمين يارب العالمين .

الفصل الأول

ماهية الاثبات بالمعاينة القضائية

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين هما على النحو الآتي :

المبحث الأول/ تعريف المعاينة القضائية.

المبحث الثاني/خصائص المعاينة القضائية.

الفصل الأول

ماهية الاثبات بالمعاينة القضائية

مما لاشك فيه أن المعاينة عموما تعني ما يراه الشخص بعينه فهي آتية من العين ، وهي عبارة عن المشاهدة بالعين المجردة بالفحص والاجتهاد في معرفته ، واكتشاف علته ، وإذا كان الفقه الإسلامي لم يفرد بابا خاصا عن الإثبات بالمعاينة بوصفها طريقا من طرق القضاء الإسلامي والإثبات الإسلامي ، ولم يتضمن قواعد منضبطة حولها ، خلافا لطرق الإثبات القضائية الأخرى المعروفة بالفقه الإسلامي، كالبينة والإقرار واليمين، إلا أنه أورد أدلة عديدة على مشروعية العمل بها وذلك في الأدلة الأصلية التقلية في كتاب الله تعالى ، والسنة النبوية ، لأن الإثبات بالمعاينة القضائية أمر لابد أن توجبه معرفة الحقيقة وصولا إلى العدل والحق ، وهو بهذا هدف كل قضاء عادل، وهي لا تعدو أن تكون عبارة عن مشاهدة القاضي سواءً في مجلس القضاء أم خارجه للمحل المتنازع عليه ، والذي قد يسفر عن دليل يساعده للوصول إلى الحكم العادل في شأن موضوع النزاع .

فهي إجراء قضائي تلجأ إليه المحكمة من اجل مشاهدتها للموضوع المتنازع فيه ، متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة، وذلك للتحقق من صحة الأوصاف التي يدعيها صاحب الشأن فيه ، واتخاذها سبباً لحكمها في الدعوى المدنية المنظورة ، ولها في ذلك أن تستعين بخبير عدل أو أكثر أثناء قيامها بالمعاينة ، وبالتالي فإنها تخرج عن باقي المعاينات الغير قضائية التي تجري خارج الدعوى المدنية المنظورة وفي المسائل المدنية خاصة، التي لا تحدث بموجب دعوى مدنية .

ولهذا تتميز المعاينة القضائية بوصفها إحدى وسائل الإثبات المعهودة، التي تهدف إلى إثبات حالة معينة وإيضاح الحقيقة ، بمميزات وخصائص عديدة لأنها تعد دليل إثبات قانوني يتم بغير واسطة وغير ملزم للمحكمة ، فهي إجراء قضائي واختياري لها ، وقد تتم بدعوى أصلية أو بدعوى فرعية .

لذا تقتضي دراسة ماهية المعاينة القضائية توضيح تعريفها وذلك ببان معناها اللغوي واصطلاحي، وكذلك بيان أهم خصائصها، ومن اجل الإحاطة بذلك ينبغي تقسيم هذا الفصل على المبحثين الآتيين:-

المبحث الأول / تعريف المعاينة القضائية.

المبحث الثاني/ خصائص المعاينة القضائية.

المبحث الأول

تعريف المعاينة القضائية

بادئ ذي بدء لابد من بيان المقصود بالمعاينة القضائية لغة، إذ لا يستقيم الفهم والمعنى ما لم تتم الإحاطة بالمدلول اللغوي لها، ثم بيان معناها الاصطلاحي الشرعي والقانوني ، وهذا ما سيتم توضيحه وذلك ضمن المطالب الآتية:

المطلب الأول/ مدلول المعاينة في الاصطلاح اللغوي .

المطلب الثاني/ مدلول المعاينة في الاصطلاح الشرعي .

المطلب الثالث/ مدلول المعاينة في الاصطلاح القانوني .

المطلب الأول

مدلول المعاينة في الاصطلاح اللغوي

مما لا شك فيه أن المقصود عادة بالمعاينة لغة تعني ما يراه الشخص بعينه، فيقال عند المعاصرين عاين الطبيب المريض معاينة ، إي فحصه واجتهد في معرفة علته ([1]) ، فالمعاينه اذن اتية من العين، والعين والياء والنون هما اصل واحد صحيح يدل على عضو به يبصر وينظر ثم يشتق منه ، والاصل في جميعه ما ذكرناه ([2]) ، فالعين ما يدرك اذن باحد الحواس الظاهرة ويسمى بالصورة ، ويقابله المعنى أي ما لا يمكن ادراكه بالحواس كالصداقة والعداوة، وكذلك فالعين ما قام بنفسه جوهراً كان او جنساً ، ويقابله المعنى وهو ما قام بالغير كالاعراض ([3]) ، فهي اذن حاسة للبصر والرؤية وهي مؤنثة ([4])، وتكون عادة للانسان وغيره من الحيوان، قال ابن السكيت : العين التي يبصر بها الناظر([5]) ، والجمع اعين وعيون واعيان، فيقال لقيته عين عنَّه ، اذا رأيتهُ عياناً ولم يترك ([6]) ، وعينتُ فلاناً : اخبرته بمساوئه في وجهه ، وعاينت الشئ عياناً ، اذا رايتهُ بعينك ([7]) ، وفلان بعيني : أي احفظه واراعيه كقولك : هو بمرأى ومسمع ، قال الله تعالى : ﴿ ...فَإِنَّكَ بِأَعْيُنِنَا ... ﴾ ([8]) ، وقال تعالى أيضا :﴿ تَجْرِي بِأَعْيُنِنَا ... ﴾ ([9]) ، وقال تعالى :﴿ وَاصْنَعِ الْفُلْكَ بِأَعْيُنِنَا... ﴾ ([10]) ، أي بحيث نرى ونحفظ ، وفي قوله تعالى :

([1]) ينظر : فؤاد افرام البستاني، منجد الطلاب، ط٢٢، دار المشرق، بيروت، ١٩٧٨ م، ص٥١٠.

([2]) ينظر : ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا (ت : ٣٩٥ هـ)، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، من دون سنة طبع، المجلد ٤، ج٤، ص١٩٩.

([3]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.جميل صليبا، المعجم الفلسفي بالفاظ العربية والفرنسية والانكليزية واللاتينية، ، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٩٨٢ م ، ج٢، ص١١٤.

([4]) ينظر : العلامة الشيخ مجد الدين محمد الفيروز ابادي الشيرازي، القاموس المحيط، ،عالم الكتب، بيروت، من دون سنة طبع، ج٤، ص٢٥١.

([5]) ينظر: الإمام العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري الملقب بابن منظور (ت : ٧١١ هـ) ، لسان العرب المحيط، قدمه له العلامة الشيخ عبد الله العلايلي، إعداد وتصنيف يوسف خياط، دار لسان العرب، بيروت، من دون سنة طبع، المجلد٢، ص٩٤٦.

([6]) ينظر : العلامة الجوهري، الصحاح في اللغة والعلوم، تقديم العلامة الشيخ عبد الله العلايلي، اعداد وتصنيف نديم مرعشلي واسامة مرعشلي، دار الحضارة العربية، بيروت، من دون سنة طبع ، المجلد ٤، ص١٨٢.

([7]) للمزيد من التفصيل ينظر : اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، ط٣، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٤م ، ج٦، ص٢١٧٠ ومابعدها.

([8]) سورة الطور / ٤٨.

([9]) سورة القمر / ١٤.

([10]) سورة هود / ٣٧.

﴿ ...وَلِتُصْنَعَ عَلَىٰ عَيْنِيٓ ﴿٣٩﴾ ﴾ ([11])، أي بحفظي، ومنه عين الله تعالى عليك ، أي كنت في حفظ الله تعالى ورعايته ، قيل جعل ذلك حفظته وجنوده الذين يحفظونه ([12]) ، ويقال لا اطلب اثرا بعد عَيْنْ : أي بعد معاينة ([13]) ، وهو عبارة عن مثل يضرب لمن ترك شيئا يراه ثم تبع اثره بعد فوت عينه، كذلك يقال : صار خبر بعد عين ، أي بعد معاينة ([14]) ، وتقول لمن بعثته واستعجلته : بعين ما ارينَّك : أي كأني انظر اليك، وكان على القوم عيانه، اذا كان عياناً عليهم ، وتعينا عياناً ، يتعين لنا ، أي يتبصر ويتجسس ([15]) ، قال تعالى:﴿ ...أَمْ لَهُمْ أَعْيُنٌ يُبْصِرُونَ بِهَآ ... ﴾ ([16]) .

وبهذا تعني المعاينة لغةً : النظر، فعاينه معاينة وعياناً : أي رآه بعينهِ، ولقيتُه عياناً ومعاينه، لم اشك في رؤيتي اياه ([17]) ، ورايت فلانا عياناً أي مواجهة ([18]) ، وهكذا فان المعاينة هي بالمحصلة عبارة عن المشاهدة بالعين المجردة إي بفحصه والاجتهاد في معرفته .

المطلب الثاني
مدلول المعاينة في الاصطلاح الشرعي

([11]) سورة طه / ٣٩.

([12]) للمزيد من التفصيل ينظر : العلامة الراغب الاصفهاني (ت: ٤٢٥ هـ)، مفردات الفاظ القرآن ، ط٢، تحقيق صفوان عدنان داودي، دار العلم دمشق، الدار الشامية بيروت، ١٤٢٣ ، ص٥٩٨.

([13]) ينظر : ابو عبد الرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق د.مهدي المخزومي ود.ابراهيم السامرائي، سلسلة المعاجم والفهارس، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨١ م ، ج٢، ص٢٥٤.

([14]) ينظر : مجموعة من المؤلفين، المنجد في اللغة والاعلام، ط٣٨، دار المشرق للطباعة والنشر، بيروت ،٢٠٠٠ م، ص٥٤١.

([15]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام العلامة جار الله ابي القاسم محمود بن عمر الزمخشري (ت: ٥٣٨هـ) ، اسس البلاغة ، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت ، ١٩٦٥م ، ص٤٤٣.

([16]) سورة الاعراف / ١٩٥.

([17]) ينظر : ابراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، اشراف عبد السلام هارون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، المكتبة العلمية، طهران، من دون سنة طبع، ج٢، ص٦٤٧.

([18]) ينظر : العلامة الشيخ احمد رضا، معجم متن اللغة موسوعة لغوية حديثة، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٦٠ م ، المجلد ٤، ص٢٥٦

من اجل معرفة مدلول المعاينة شرعاً، لابد من معرفة مشروعيتها في كتاب الله تعالى، وفي السنه النبوية واحكام القضاة واقوال الفقهاء المسلمين، وهذا ما سنوضحه مفصلا وذلك حسب الفروع الآتية :

الفرع الاول/الاستدلال على مشروعية المعاينة في كتاب الله تعالى(القرآن الكريم).

الفرع الثاني/ الاستدلال على مشروعية المعاينة في السنة النبوية المطهرة .

الفرع الثالث/ الاستدلال على مشروعية المعاينة في احكام القضاة .

الفرع الرابع/ الاستدلال على مشروعية المعاينة في اقوال الفقهاء .

الفرع الاول

الاستدلال على مشروعية المعاينة في كتاب الله تعالى(القرآن الكريم)

لقد ورد في كتاب الله تعالى ما يدل على الأخذ بالمعاينة في آيات عديدة ، نذكر منها ما يأتي حسب التفصيل الآتي :-

اولا:- فقد جاء في محكم آياته وفي قوله تعالى:﴿ ...لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ ... ﴾ ([19]) ، وقوله جل وعلا :﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ... ﴾ ([20]) ، ومن هاتين الايتين الكريمتين نستدل على انه يجوز للقاضي ان يقف بما عنده من علم عن طريق الرؤيا بالمعاينه والمشاهدة ، وجاء ايضا في قوله تعالى:﴿ وَجَاءُوا أَبَاهُمْ عِشَاءً يَبْكُونَ ﴿١٦﴾ قَالُوا يَا أَبَانَا إِنَّا ذَهَبْنَا نَسْتَبِقُ وَتَرَكْنَا يُوسُفَ عِنْدَ مَتَاعِنَا فَأَكَلَهُ الذِّئْبُ وَمَا أَنْتَ بِمُؤْمِنٍ لَنَا وَلَوْ كُنَّا صَادِقِينَ ﴿١٧﴾ وَجَاءُوا عَلَى قَمِيصِهِ بِدَمٍ كَذِبٍ قَالَ بَلْ سَوَّلَتْ لَكُمْ أَنْفُسُكُمْ أَمْرًا فَصَبْرٌ جَمِيلٌ وَاللَّهُ الْمُسْتَعَانُ عَلَى مَا تَصِفُونَ ﴿١٨﴾ ﴾ ([21]).

وقد جاء في تفسير الآية انه " **وجاءوا عشاءً ليكونوا اقدر على الاعتذار في الظلمة، ولذا قيل لاتطلب الحاجة بالليل فان الحياء في العينين، ولاتعتذر بالنهار من ذنب فتتلجلج في الاعتذار، قال علماؤنا هذه الاية دليل على ان بكاء المرء لايدل على صدق مقاله، لاحتمال ان يكون تصنعاً ... وقالوا يا ابانا ذهبنا نستبق فيه سبع مسائل : الاولى قال القشيري نستبق أي في الرمي او على الفرس او على الاقدام... وتركنا يوسف عند متاعنا، أي عند ثيابنا واقمشتنا حارساً لها، وجاءوا على قميصه بدم كذب، فيه ثلاث مسائل، أي جاءوا على قميصه بدم مكذوب فيه، استدل الفقهاء بهذه الاية في اعمال الامارات في مسائل الفقه كالقسامة وغيرها، واجمعوا على ان يعقوب(عليه السلام) استدل على كذبهم بصحة القميص، وهكذا يجب على الناظر ان يلحظ الامارات والعلامات اذا تعارضت ... قال بل سولت لكم انفسكم امراً، فبكى يعقوب عند ذلك وقال اروني قميصه فاروه فشمه ثم جعل يقلبه فلا يرى فيه شقاً ولا تمزيقاً فقال صبرٌ جميل وهو الذي لا جزع فيه ولا شكوى، والله المستعان على احتمال ما تصفون من الكذب** " ([22]) .

ومن سياق الاية الكريمة يتضح لنا طريقة الاثبات بالمعاينة، اذ تعمدوا العودة الى ابيهم عشاءً ، فظلام الليل ستر لهم، لا يفضح ما قد يبدو على وجوههم من الكذب عند معاينه ابيهم لهم، ومشاهدته لهم بالعين المجردة ، لذا فقد وجدنا انهم دخلوا على ابيهم عشاءً ، أي في الظلام حتى لا يستطيع المشاهدة والمعاينة لهم ، واكتشاف كذبهم ، بقدرته العقلية والفكرية والاستنباطية، والاستدلال على الامارات الظاهرة على وجوههم ، كما انهم ايضا دخلوا على ابيهم يبكون، وشهدوا

([19]) سورة النساء / ١٠٥.

([20]) سورة الاسراء / ٣٦.

([21]) سورة يوسف / ١٦ – ١٨.

([22]) ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي (ت:٦٧١هـ) ، تفسير القرطبي الجامع لاحكام القرآن، ط١، تحقيق مصطفى البدري ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٠ م ، المجلد ٥، ج٩، ص٩٦ ومابعدها.

على مصرع يوسف (عليه السلام) فقدموا دليل الاثبات قميصه ملوثاً بدم شاة، فعاينه النبي يعقوب(عليه السلام) ولكنه ابطلها بشيء اخر اقوى منها، وهو ان الذئب لو اكل يوسف لكان القميص ممزقاً، فقال النبي يعقوب (عليه السلام) " **متى كان هذا الذئب حكيما ياكل يوسف ولا يخرق القميص!** " ([٢٣]) .

وبهذا نستنتج أن هناك اولا محاولة من قبل اولاد النبي يعقوب (عليه السلام) تمنع من معاينتهم من قبل ابيهم، وذلك لانهم دخلوا على ابيهم ليلا ، حتى لا يستطيع المعاينة واكتشاف الكذب من وجوههم .

كما نستنتج أيضا أن هناك معاينة جرت من قبل أبيهم النبي يعقوب (عليه السلام) للقميص وهو دليل مادي، إلا أنه أبطلها بقرينة عدم تمزق القميص، إذ أن المعاينة تعد من الإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات، فهي إجراء قد يسفر ويتمخض عن دليل، وما قد يسفر عنه هذا الإجراء قد يعد قرينة ، إذ أن وظيفة المعاينة حقيقة هي في العمل على تكوين القناعة للقاضي في شأن موضوع النزاع ومراكز الخصوم ، فضلاً عن أن العنصر الثاني من عناصر القرينة القضائية وهو العنصر المادي هو واقعة ثابتة يختارها القاضي بحرية واسعة سواءً أكان عن طريق المعاينة أو بواسطة الاستعانة بالخبراء الذين يتفق عليهم الخصوم أو يتم تعيينهم من القاضي أو بأية طريقة أخرى من طرائق الإثبات كالكتابة أو الشهادة ([٢٤]) .

ثانيا :- كما ورد ما يدل على الاثبات بالمعاينة في قوله تعالى: ﴿ وَٱسْتَبَقَا ٱلْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُۥ مِن دُبُرٍ وَأَلْفَيَا سَيِّدَهَا لَدَا ٱلْبَابِ ۚ قَالَتْ مَا جَزَآءُ مَنْ أَرَادَ بِأَهْلِكَ سُوٓءًا إِلَّآ أَن يُسْجَنَ أَوْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿٢٥﴾ قَالَ هِىَ رَٰوَدَتْنِى عَن نَّفْسِى ۚ وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَآ إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٢٦﴾ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٢٧﴾ فَلَمَّا رَءَا قَمِيصَهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُۥ مِن كَيْدِكُنَّ ۖ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ ﴿٢٨﴾ ﴾ ([٢٥]).

([٢٣]) ابو عبد الله محمد بن احمد الانصاري القرطبي (ت:٦٧١هـ) ، تفسير القرطبي الجامع لاحكام القرآن، مرجع سابق، ص٩٩.

([٢٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: أ. د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط٢، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٧ م ، ص٢٤٣.

([٢٥]) سورة يوسف / ٢٥- ٢٨.

فالشاهد في النزاع الذي دار بين زليخا والنبي يوسف عليه السلام ، راى ان يحكم على اساس المعاينة على الطبيعة لتحديد موقف كل من الطرفين، وهنا حدثت اول معاينة دل عليها القران الكريم ، لمعرفة ما اذا كان يوسف عليه السلام معتدياً فيصبح من الطبيعي ان يكون قميصه ممزقاً من الامام نتيجة مقاومة زليخا له، اما اذا كانت زليخا هي التي حاولت الاعتداء على يوسف عليه السلام وحاول هو الهرب منها، فيصبح من الطبيعي ان يكون قميصه ممزقاً من الخلف ، وكانت نتيجة المعاينة ان قميص يوسف عليه السلام ممزق من الخلف ، فتوصل بذلك الى تمييز الصادق منهما من الكاذب ، وبهذا يتضح أنه اجتمع دليلان الأول هو المعاينة القضائية المادية للحادث والثاني هو الاستدلال بالقرينة.

واخيرا ومن خلال الايتين الكريمتين في الاستدلال على مشروعية المعاينة في كتاب الله تعالى ، ينبغي لنا أن نذكر انه اذا جدلا سأل سائل : هل يستطيع أن يحكم القاضي وهو أعمى غير بصير ، فالجواب يكون نعم يستطيع ، الا أنه من الأفضل أن يكون مبصرا ، حتى يعتمد على المشاهدة والمعاينة المجردة ، لذلك نرى أن من شروط اختيار القاضي أن يكون مبصرا سليم الحواس ، اذ أن المعاينة القضائية مهمة جدا بالنسبة لباقي طرق الاثبات، لانها تعد من الإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات.

واذا سأل سائل آخر: هل أن القضاء هنا في الاية الكريمة هو الاثبات بالقرينة ، فيكون الجواب انه بدون المعاينة القضائية من قبل القاضي نفسه لا يمكن بتاتا أن يكون هناك اثبات بالقرينة القضائية ، وكما ذكرنا انفا من أن المعاينة تعد من الإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات، فهي إجراء قد يسفر ويتمخض عن دليل ، وقد لا يتمخض عن دليل ، وذلك بواسطة تكوين القناعة للقاضي في شأن موضوع النزاع ومراكز الخصوم ، فطريقة الاثبات هي اصلا واساسا تتم بالمعاينة القضائية اولا واخيرا ، فمن ثم يحكم القاضي من خلال مشاهدته للواقعة ومعاينته لها وفحصه اياها يتم اكتشافه لعلتها بواسطة طريقة القرينة القضائية ، فهذه تعد اساسا طريقة من طرق للاثبات بالمعاينة القضائية – وليس بطريقة المعاينة المشاهدة المحضة بل بالمعاينة القضائية – ، وفي كل الاحوال فان القاضي يعتمد في عملية المعاينة على التحليل للامور والامارات ليعتمد على ذلك في قضاءه ، فالاثبات بالمعاينة ياتي أولا بالمعاينة والمشاهدة لموقع النزاع ، ومن ثم يستخدم القاضي عقله وفكره بتحليلة للامور لتكوين القناعة في شأن موضوع النزاع ، فم دون الاثبات بالمعاينة لا يمكن أن يكون هنااك قرينة قضائية ، لأن المعاينة تعد من الإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات فاجتمع هنا دليلان الأول : هو المعاينة القضائية المادية للحادث ، والثاني : هو الاستدلال بالقرينة القضائية ، الا انه يمكن في حالة واحدة فقط ان يكون هناك قرينة من دون طريقة الاثبات بالمعاينة القضائية، وذلك كما هو الحال في القرائن القانونية .

واذا سأل سائل آخر : هل أن هل الشهادة بالشهود تعتمد على المعاينة القضائية ؟ فالجواب يكون نعم تعتمد على المعاينة القضائية ، فمن خلال ملاحظة القاضي للشاهد وتكوين قناعته بشهادته تتم من خلال المعاينة القضائية ، لأن المعاينة تعد من الإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات فاجتمع دليلان الأول هو المعاينة القضائية المادية للحادث ، والثاني هو الاستدلال بالقرينة القضائية – وهو ما ذكرناه في المثال المذكور انفا بالنسبة للاية الكريمة السابقة من أن اخوة يوسف عليه السلام تعمدوا العودة الى ابيهم عشاءً ، فظلام الليل ستر لهم، لا يفضح ما قد يبدو على وجوههم من الكذب عند معاينه ابيهم لهم ، وتكوين عقيدته بعد ذلك من خلال اكتشاف امارات الكذب على وجوههم – ، فالمعاينة القضائية تعد من الإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات، وهي إجراء قد يسفر ويتمخض عن دليل ، وما قد يسفر عنه هذا الإجراء قد يعد قرينة قضائية، إذ أن وظيفة المعاينة القضائية حقيقة هي في العمل على تكوين القناعة للقاضي في شأن موضوع النزاع ومراكز الخصوم .

الفرع الثاني

الاستدلال على مشروعية المعاينة في السنة النبوية المطهرة

إن الإشارات التي وردت في السنة النبوية عديدة نذكر منها ما يأتي :-

١- عند بزوغ فجر الرسالة الاسلامية كان النبي (ﷺ) هو الذي يتولى القضاء بين المسلمين بنفسه، كما كان من طرق القضاء والاثبات التي يتبعها النبي (ﷺ) هي طريقة معاينة الشئ ومشاهدته بنفسه ، اذ ورد عن ابي هريرة (رضي الله عنه) **(ان رسول الله ﷺ مر على صبرة طعام، فادخل**

يده فيها، فنالت اصابعه بللا، فقال: ما هذا ياصاحب الطعام؟ قال : اصابته السماء يارسول الله، قال: افلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس؟ من غشنا فليس مني) اخرجه الامام مسلم ([٢٦]).

وهكذا فقضاء الرسول (ﷺ) كان في السوق ولم يكن في مجلس القضاء، وقد عاين بنفسه صبرة طعام فوجد مظهرها من الاعلى غير مبلول، فاختبرها وفحصها الرسول (ﷺ) فوجد اسفلها مبلول، فقضى بناءً على مشاهدته للواقعة، وهذا بالطبع دليل على ان قضاء رسول الله (ﷺ) تم بناءً على طريقة الاثبات بالمعاينة القضائية .

٢ – كما ورد عن ابي سعيد الخدري(رضي الله عنه) انه قال : **(سمعت رسول الله ﷺ يقول : من راى منكم منكرا فليغيره بيده ، فان لم يستطع فبلسانه، فان لم يستطع فبقلبه، وذلك اضعف الايمان)** اخرجه الامام مسلم ([٢٧]) .

فالقاضي هنا ايضا مدعو الى ان يغير ما راى من منكر حتى لا يعصى رسول الله (ﷺ)، لان قيام البينه قد لا تتحقق الا بعد حين، فالقاضي عليه ان يقوم بالقسط، وليس من القسط ان يترك الظالم على ظلمه لا يغيره ، اذ للقاضي ان يغير كل منكر علمه وشاهده معاينة ، سواءً بيده أم بلسانه وان يعطي كل ذي حق حقه ([٢٨]) .

٣– وقد ورد في حديث آخر عن رسول الله (ﷺ) فيما اخرجه الامام مسلم في صحيحه، في تداعي ابني عفراء قتل ابي جهل يوم بدر، إذ ورد عن عبد الرحمن بن عوف انه قال: **(بينما انا واقف في الصف يوم بدر نظرت عن يميني وشمالي ، فاذا انا بين غلامين من الانصار ، حديثة اسنانهما ، تمنيت لو كنت بيناضلع منهما، فغمزني احدهماو فقال : يا عم هل تعرف ابا جهل ؟ قال : قلت: نعم ، وما حاجتك اليه ؟ يا أبن اخي ، قال : اخبرت انه يسب رسول الله ﷺ، والذي نفسي بيده!لئن رأيته ، لايفارق سوادي سواده حتى يموت الأعجل منا ، قال : فتعجبت لذلك ، فغمزني الاخر، فقال مثلها ، قال: فلم انشب ان نظرت الى ابي جهل يزول في الناس، فقلت الا تريان؟ هذا صاحبكما الذي تسألان عنه ؟ قال : فابتدراه فضرباه بسيفيهما حتى قتلاه ثم انصرفا الى رسول الله ﷺ فاخبراه فقال ايكما قتله ؟ فقال كل واحد منهما : انا قتلت فقال : هل مسحتما سيفيكما ؟ قال : لا فنظر في السيفين فقال: كلاكما قتله ، وقضى**

([٢٦])الإمام أبو الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري(٢٠٤-٢٦١ه) ، صحيح مسلم، ط١، تحقيق وتخريج أحمد زهوة وأحمد عناية، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٤ م ، ص٦٤ (كتاب الايمان، باب قول النبي ﷺ من غشنا فليس منا ، رقم الحديث ٢٨٤) .

([٢٧]) المرجع السابق، ص٤٩ (كتاب الايمان، باب كون النهي عن المنكر من الايمان ، رقم الحديث ١٧٧) .

([٢٨]) ينظر : د.عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الاسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، القسم الخاص، ط٢، مكتبة العروبة، القاهرة، ١٩٦٤ م ، ج٢، ص٤٣٢.

بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح – والرجلان : معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء –) اخرجه الامام مسلم ([٢٩]) .

فالرسول (ﷺ) بوصفه قاضياً تداعى امامه مجاهدان يدعي كل واحد منهما انه هو الذي قتل ابا جهل، ولما لم يكن لاي منهما بينة على دعواه ، اختار الرسول (ﷺ) من بين الوقائع المحيطه بالدعوى، واقعة واحدة هي وجود اثار الدم في السيف، حين قال ارياني سيفيكما، فلما عاين السيفين، نظر اليهما وقام بالمعاينة القضائية ، قال، هذا قتله وقضى له بسلبه، فاعتمد رسول الله (ﷺ) اولا واساساً على فحص ومعاينه الاثر الموجود بالسيف، لأن كلاً منهما عزم على قتل ابي جهل وحاول قتله ، وكان السلب فقط من نصيب معاذ بن عمرو بن الجموح ، لان ضربة سيفه هي التي اصابت في مقتل ابي جهل ([٣٠]) ، فكان الاستدلال من خلال المعاينة القضائية، وبهذا ترجيح قرينة أحد المتداعيين ضد الآخر .

٤- وقد جاء في الحديث النبوي الشريف المروي عن ام المؤمنين السيده عائشه (رضي الله عنها) انها قالت : **(كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة مني فأقبضه قالت : فلما كان عام الفتح أخذه سعد بن أبي وقاص وقال : ابن أخي ، قد عهد إلي فيه ، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه ، فتساوقا إلى النبيﷺ فقال سعد : يا رسول الله ، ابن أخي ، كان قد عهد إلي فيه ، فقال عبد بن زمعة : أخي وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه ، فقال رسول الله ﷺ هو لك يا عبد بن زمعة ثم قال النبي ﷺ : الولد للفراش وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة زوج النبي ﷺ : احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله)** أخرجه الشيخان ([٣١]).

([٢٩]) الامام مسلم، صحيح مسلم، مرجع سابق، ص٧٤٥ (كتاب الجهاد والسير، باب استحق القاتل سلب القتيل، رقم الحديث ٤٥٦٩) .

([٣٠]) في هذا المقام بين الائمة المالكية إنما اعطى السلب لاحدهما، لان الامام مخير في السلب يفعل فيه مايشاء، وقال الطحاوي السلب لايستحق بالقتل وانما يستحق بتعين الامام، وقد قضى النبي ﷺ بالسلب لمعاذ بن الجموح لانه اثخنهُ بالجراح فهو القاتل الفعلي ، وللمزيد من التفصيل ينظر : د.احمد فتحي البهنسي، نظرية الاثبات في الفقه الجنائي الاسلامي، ط٢، الشركة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠ م ، ص١٧٦.

([٣١]) الإمام أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري (١٩٤-٢٥٦ه) ، صحيح البخاري، ط١، تحقيق وتخريج احمد زهوة واحمد عناية، دار الكتاب العربي، بيروت، ٢٠٠٤ م، ص ٤٠٨ (كتاب البيوع ، باب تفسير المشبهات ، رقم الحديث ٢٠٥٣) ؛ وينظر : المرجع نفسه ، ص ٤٣٧ (كتاب البيوع ، باب شراء المملوك من الحربي وهبته وعتقه ، رقم الحديث٢٢١٨) ؛ والمرجع نفسه ، ص٤٨١ (كتاب في الخصومات ، رقم الحديث ٢٤٢١) ؛ والمرجع نفسه ، ص ٥٠١ (كتاب العتق ، باب أم الولد ، رقم الحديث ٢٥٣٣) ؛ والمرجع نفسه ، ص ٥٥٨ (كتاب الوصايا ، باب قول الموصي لوصيه تعاهد ولدي وما يجوز للوصي من الدعوى ، رقم الحديث ٢٧٤٥) ؛ والمرجع نفسه ، ص٨٦٦(كتاب المغازي ، رقم الحديث ٤٣٠٣) ؛ والمرجع نفسه ، ص١٣٦٦(كتاب الفرائض ، باب الولد للفراش حرة كانت أو امة ، رقم الحديث ٦٧٤٩) ؛ والمرجع نفسه ،

وفي هذا الشأن فقد قال الحافظ ابن عبد البر انه " **ولما كان لعبد بن زمعة شريك فيما ادعاه وهو أخته سودة ولم يعلم منها في ذلك تصديق له ألزم رسول الله ﷺ عبد بن زمعة ما أقر به في نفسه ولم يجعل ذلك حجة على أخته إذ لم تصدقه ولم يجعله أخاها وأمرها بالحجاب منه قال وأما قوله ﷺ هو لك يا عبد بن زمعة فمعناه هو لك يدك عليه لا انك تملكه ولكن تمنع بيدك عليه كل من سواك** " ([٣٢]) ، كما ذكر الإمام ابن القيم أن " هذا الحكم النبوي أصل في ثبوت النسب بالفراش " ([٣٣]) .

ويتضح لنا مما سبق أنه في هذه الدعوى التي اختصم فيها سعد بن ابي وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله (ﷺ) في ابن وليده زمعه، حيث قال سعد يارسول الله (ﷺ) ابن اخي عتبه بن ابي وقاص عهد اليّ انه ابنه انظر الى شبهه، وقال عبد بن زمعة هذا اخي يارسول الله (ﷺ) ، ولد على فراش ابي، فنظر رسول الله (ﷺ) الى شبهه فراى شبهاً بيناً بعتبة ، فقال : هو لك

ص ١٣٧٧(كتاب الحدود ، باب للعاهر الحجر ، رقم الحديث ٦٨١٧ و٦٨١٨) ؛ والمرجع نفسه ، ص ١٤٥٢ (كتاب الأحكام ، باب من قضي له بحق أخيه فلا يأخذه فان قضاء الحاكم لا يحل حراما ولا يحرم حلالا ، رقم الحديث ٧١٨٢) ؛ كما وينظر : الامام مسلم ، مرجع سابق ، ص ٥٨٩ (كتاب الرضاع ، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات، رقم الحديث ٣٦١٣و٣٦١٤) ؛ والإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (٢٠٩-٢٩٧ه) ، سنن الترمذي الجامع الصحيح ، حققه وأخرجه الشيخ خليل مأمون شيحه، ط١ ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٢٣ه/ ٢٠٠٢م ، ص٤٨٨ (كتاب الرضاع ، باب ما جاء أن الولد للفراش ، رقم الحديث ١١٥٧) ؛ والإمام الحافظ أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب ابن علي بن سنان بن دينار النسائي (ت: ٣٠٣ه) ، سنن النسائي المجتبى، اعتنى به عبد الغني مستو، المكتبة العصرية ، بيروت ، ٢٠٠٨ م ، ص ٥٥٢ (كتاب الطلاق ، باب إلحاق الولد بالفراش إذا لم ينفه صاحب الفراش ، رقم الحديث ٣٤٨٦و٣٤٨٧) ؛ الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الازدي السجستاني (٢٠٢-٢٧٥ه) ، كتاب السنن سنن أبي داود ، ضبط وتصحيح محمد عدنان بن ياسين درويش ، ط١، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، ١٤٢١ه /٢٠٠٠م ، ص٣٨٨ (كتاب الطلاق و باب الولد للفراش ، رقم الحديث ٢٢٧٠ و٢٢٧١) ؛ والإمام الحافظ أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (٢٠٧- ٢٧٥ه)، سنن ابن ماجة، ضبط نصها احمد شمس الدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ٢٠٠٤ م، ص٣٢٠ (كتاب النكاح ، باب الولد للفراش وللعاهر الحجر ، رقم الحديث ٢٠٠٤) واللفظ للامام للبخاري .

([٣٢]) أبو عمر يوسف بن عبدالله بن عبد البر بن عاصم ألنمري القرطبي (ت٤٦٣هـ) ، التمهيد لما في المؤطأ من المعاني والأسانيد ، تحقيق مصطفى بن احمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب ،١٣٨٧هـ ، ج٨ ، ص ١٩٠ (باب الحديث الخامس والثلاثون).

([٣٣]) الإمام شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (٦٩١-٧٥١ه) ، زاد المعاد في هدى خير العباد، شرح وتعليق الشيخ عبد العزيز بن باز رحمه الله والشيخ محمد حامد ألفقي رحمه الله ، ط١، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٨ م، المجلد ٣، ج٥ ، ص ٢٠٨ (فصل في حكمه (ﷺ) بالولد للفراش وان الأمة تكون فراشا وفيمن استلحق بعد موت أبيه) .

ياعبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر ([٣٤]) ، وهنا كان قضاء رسول الله (ﷺ) بناءً على الاثبات بالمعاينة القضائية بمشاهدته للواقعة امام عينيه وحكمه لها فترجيح قرينة أحد المتداعيين ضد الآخر .

٥ – كما ورد في الحديث الصحيح المروي عن ام المؤمنين السيده عائشه (رضي الله عنها) قالت : (**اصيب سعد يوم الخندق رماه رجل من قريش ، يقال له: ابن العرقة، رماه في الأكحل، فضرب عليه رسول الله ﷺ ، خيمة في المسجد ، يعوده من قريب ، فلما رجع رسول الله ﷺ من الخندق ، وضع السلاح ، فاغتسل ، فاتاه جبريل ، وهو ينفض رأسه من الغبار، فقالك وضعت السلاح ؟ والله ! ما وضعناه . اخرج اليهم ، فقال رسول الله ﷺ : فاين؟ فاشار الى بني قريظة ، فقاتلهم رسول الله ﷺ ، فنزلوا على حكم رسول الله ﷺ ، فرد رسول الله ﷺ الحكم فيهم الى سعد ، قال: فإني احكم فيهم ان تقتل المقاتلة ، وان تسبى الذرية والنساء ، وتقسم اموالهم**) اخرجه الامام مسلم ([٣٥]) .

وهكذا يتبين لنا من خلال ما ورد في الحديث الصحيح في قضية الاسرى من بني قريظة ، في انه لما حكم فيهم سعد ان تقتل المقاتلة وتسبي الذرية، فكان بعضهم يدعي عدم البلوغ فكان الصحابة يكشفون عن مؤتزرهم ويعاينوهم فيعلمون بذلك البالغ من غيره ([٣٦]) ، وبالتأكيد انصبت المعاينة القضائية هنا على معاينة الأشخاص .

([٣٤]) ينظر: موسوعة جمال عبد الناصر، مطابع الأهرام ، القاهرة، ١٣٩٠هـ، ج٢ ، ص١٦٩؛ محمد سلام مدكور، القضاء في الإسلام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٤م ، ص٩١.

([٣٥]) الامام مسلم، مرجع سابق، ص٧٥٣ (كتاب الجهاد والسير، باب جواز قتل من نقض العهد، وجواز انزال اهل الحصن على حكم حاكم عدل، اهل للحكم ، رقم الحديث ٤٥٩٨) .

([٣٦]) ينظر: موسوعة جمال عبد الناصر، مرجع سابق، ص١٧٠.

الفرع الثالث

الاستدلال على مشروعية المعاينة في أحكام القضاة

لا شك في أن الاحكام القضائية الواردة على مشروعية المعاينة في احكام القضاء الاسلامي عديدة ، الا اننا نوجز منها ما ياتي:-

اولا:- غني عن البيان ان الرسول (ﷺ) مارس القضاء بنفسه، وكذلك ولى غيره في عهده مهمة الفصل في بعض الخصومات " **فقد ذكر ابو عمر بن عبد البر في الاستيعاب عن جارية بن ظفر ﷺ، ان داراً كانت بين اخوين فاقاما حضاراً ثم ملكا وترك كل واحد منهما عقاباً، فادعى ورثة كل منهما ان الحضارة له دون الطرف الآخر، فاختصم الورثة الى النبي ﷺ فارسل حذيفه اليماني يقضي بينهما، فقضى بعائدية الجدار لمن وجد معاقد القمط، فاخبر النبي ﷺ فقال له احسنت او اصبت** " ([٣٧]) .

والملاحظ على هذه الواقعة ان القاضي حذيفة اليماني (ﷺ) قضي فيها بالرغم من عدم وجود دليل اثبات لكل من الطرفين ، اذ انه قضى بتقديرنا على اساس واقع الحال ، وذلك بانتقالهم

([٣٧]) ابراهيم نجيب محمد عوض، القضاء في الاسلام وتاريخه ونظمه، مطبوعات مجمع البحوث الاسلامية الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، القاهرة، ١٩٧٥م ، ص٣٩.

ومعاينة الجدار، فوجد معاقد القمط، وهي نوع من انواع الحبال تستخدم في البناء، حيث رأى من حالة معاقد القمط قرينة على سبق اليد، وهي تعد من قرائن الاحوال العرفية، إذ استقر العرف آنذاك على ان الحائط الذي تليه هذه المعاقد يعد دليلا على الملكية وعلى سبق وضع اليد، فالمعاينة القضائية هنا جرت على أموال غير منقولة، وذلك بانتقال القاضي إلى المحل المتنازع عليه، وأجرى المعاينة القضائية واكتشفمن بعد ذلك أن معاقد القمط قرينة على عائدية الجدار لصاحبه .

ثانيا:- ورد في اقضية الامام علي (ﷺ) نظير هذه القضية وهي: " **ان المضروب ادعى انه اخرس، وامر ان يخرج لسانه وينخس بابرة ويعاين، فان خرج الدم احمر فهو صحيح اللسان، وان خرج اسود فهو اخرس فعلاً** " ([٣٨]) ، ويشبه هذا ايضا ماذكره بعض القضاة ، من " **ان زوجين ترافعا اليه وادعى كل واحد منهما ان الاخر يغوط عند الجماع وتناكرا فامر ان يطعم احدهما لفتاً والاخر قثاء فعلم صاحب العيب بذلك** " ([٣٩]) ، من خلال الفحص والمعاينة القضائية.

ثالثا:- وقد جاء في الاثر أنه رفع الى بعض القضاة رجلا ضرب رجلا على هامته فادعى المضروب انه ازال بصره وشمه، فامر ان يفحص ويعاين بان يرفع عينيه الى قرص الشمس، فان كان صحيحا لم تثبت عينه لها وينحدر منهما الدمع، وأن يحرق قماش وتقدم الى انفه، فان كان صحيح الشم بلغت الرائحة خيشومه ودمعت عيناه ([٤٠])، كما لا يخفى ايضا ان مجلس القضاء كان ينعقد في ايام الدولة العباسية في المسجد غالبا، وفي دار الامارة احيانا، وفي دار الخصوم احيانا اخرى، وذلك اذا لزم معاينة المكان موضوع النزاع ([٤١]) ، وربما ذهب القاضي بنفسه وانتقل اليه وحده وقضى بحسب ما يظهر له نتيجة الكشف والمعاينة وربما استعان بغيره ايضاً ([٤٢]) .

رابعا:- وقد ورد ايضا في كتاب الولاة وكتاب القضاة للكندي، برواية محمد بن رمح ما نصه : " **قال كان بيني وبين جار لي مشاجرة في حائط فقالت لي امي: امضِ الى القاضي المفضل بن فضاله – في ولايته الثانية في خلافة هارون الرشيد تولى من سنة ١٧٤- ١٧٧ هـ- تسأله ان**

([٣٨]) الامام ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ط١، ترتيب وتبويب صالح احمد الشامي، المكتب الاسلامي، بيروت، ٢٠٠٢ م ، ص٨٦ .

([٣٩]) الامام ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، مرجع سابق، ص ٨٤.

([٤٠]) للمزيد من التفصيل ينظر : الامام ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، مرجع سابق، ص٨٦.

([٤١]) ينظر : د.عطية مشرفة، القضاء في الإسلام، ط٢، مطابع دار الغد، مصر، ١٩٦٦م ، ص١٥١.

([٤٢]) ينظر : ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، السلطة القضائية، ط١، دار النفائس، بيروت، ١٩٧٨، ص٥١٥.

يأتي ينظر الى هذا الحائط، فمضيت اليه واخبرته ، فقال اجلس لي بعد العصر حتى اوافيك ، فاتى فدخل الى دارنا فنظر الى الحائط ثم دخل الى دار جارنا فنظر اليه فقال: الحائط لجاركم وانصرف " [٤٣] .

خامسا :- كما جاء في الاثر أنه في بلاد الاندلس فقد روى الخشني في كتابه قضاة قرطبة في ترجمة الاسوار بن عقبة النصري قال : " **رايت للاسوار بن عقبة حكما خاصا به في حدود مقبرة الربض ومنتهى اقطارها وشهدت احمد بن بقي – وهو على القضاء يومئذ – قد ركب الى الموضع مع الفقهاء وذلك الحكم معه حتى امتحن الحدود واحتمل ماوجد في الحكم "** [٤٤] .

الفرع الرابع

الاستدلال على مشروعية المعاينة في اقوال الفقهاء

اما الاستدلال على مشروعية المعاينة من اقوال الفقهاء المسلمين فهي عديدة نذكر منها ما يأتي :-

١- فقد جاء فيما ذكره الائمة الحنفية انه : " **اذا وجد كناس في منزل رجل وعلى عنقه قطيفة يقول هي لي وادعاها صاحب المنزل فهي لصاحب المنزل، لان الواقع يشهد بذلك "** [٤٥] ، كذلك " **اذا اختلف رب الدار والساقي في القربة فالشافعية والحنابلة يجعلونها للسقا، وان اختلفا في الجرار فيجعلونها لصاحب الدار اخذ بمعاينة ظاهر الحال**" [٤٦] .

٢- وقد ذكر الامام ابن حزم الظاهري انه : " **واما نحن فنقول انه من البينة التي لا بينة أبين منها صحة علم الحاكم بصحة حقه، فهو في جملة هذا الخبر، بل انه قدم علم القاضي**

---

[٤٣] ابو عمر محمد بن يوسف الكندي، كتاب الولاة وكتاب القضاة ٣٥٠هـ، ص٣٨٧، وبه ذيل مأخوذ معظمه من كتاب رفع الاصر لابن حجر العسقلاني، بيروت، ١٩٠٨م ، نقلا عن: د.عطية مشرفة، مرجع سابق، ص١٥١.

[٤٤] كتاب قضاة قرطبة للخشني ص٧٥، نقلا عن: ظافر القاسمي، نظام الحكم، مرجع سابق، ص٥١٥.

[٤٥] د.احمد عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٥م ، ص١١٠.

[٤٦] المرجع السابق، ص١٠٩.

على سائر ادلة الاثبات، فهو عنده اقوى البينات، اذ يقول وفرض على الحاكم ان يحكم بعلمه لانه يقين الحق ثم بالاقرار ثم بالبينة " ([٤٧]).

٣- وجاء أيضا عن الامام السرخسي انه قال: " **اذا رأى القاضي وهو في مجلس القضاء او غيره رجلاً يزني او يسرق او يشرب الخمر ثم رفع اليه ، فله ان يقيم عليه الحد في القياس، لانه يتيقن باكتسابه السبب الموجب للحد عليه، والعلم الذي استفاده بمعاينة السبب فوق العلم الذي يحصل له بمشاهدة الشهود لان ذلك محتمل الصدق والكذب** " ([٤٨]) .

٤- وقد افاض في شرح ذلك ايضا الامام صاحب المبسوط فقال اذا " **رجل قذف رجل امام القاضي فله ان يضربه الحد ، وان لم يشهد به غيره ، لان العلم الذي يقع له بمعاينة السبب فوق العلم الذي يثبت له بشهادة الشاهدين، وفي حد القذف مضى حق العبد فهو كالقصاص وسائر حقوق العباد فالقاضي يقضي في ذلك بعلمه .... في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى، له ان يقضي بعلمه، لان علمه بمعاينة السبب لايختلف بعد ما قلد القضاء وقبله ....** " ([٤٩]) .

٥- اما صاحب البدائع فقد أبدع بحق إذ ذكر ما نصه من " **انه جاز له القضاء بالبينة فيجوز القضاء بعلمه بطريقة الاولى، وهذا لان المقصود من البينة ليس عينها بل حصول العلم بحكم الحادثة، وعلمه الحاصل بالمعاينة اقوى من علمه الحاصل بالشهادة، لان الحاصل بالشهادة علم غالب الراي واكثر الظن والحاصل بالحس والمشاهدة على القطع واليقين، فكان هذا اقوى والقضاء به اولى، الا انه لايقضى به في الحدود الخالصة، لان الحدود يحتاط في**

([٤٧]) الامام محمد علي بن حزم الاندلسي الظاهري، المحلى، بتصحيح محمد خليل حراس، مطبعة مصر، من دون سنة طبع ، المجلد ٦، ج٩، ص٥٢٠.

([٤٨]) الامام محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة أبو بكر السرخسي، المبسوط ، ط٢، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، من دون سنة طبع، المجلد٨، ج١٦، ص١٠٤(كتاب القاضي الى القاضي) .

([٤٩]) الامام محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة أبو بكر السرخسي، المبسوط ، مرجع سابق ، المجلد ٥، ج٩، ص١٢٤ .

درئها وليس من الاحتياط فيها الاكتفاء بعلم نفسه ، ولان الحجة في وضع الشيء هي البينة التي تتكلم بها " ([٥٠]) .

٦- وذكر الشيخ محمد الشربيني على متن المنهاج لابن زكريا النووي انه : " **لو عاين القاضي اللوث كان له اعتماده ولا يخرج على الخلاف في القضاء بالعلم** " ([٥١]) .

٧- وجاء عن الامام الشوكاني ما نصه : " **انه يجوز للحاكم ان يحكم بعلمه، لان شهادة الشاهدين او الشهود لا تبلغ الى مرتبة العلم الحاصل عن المشاهدة او مايجري مجراها، فان الحاكم بعلمه غير الحاكم الذي يستند الى شاهدين او يمين** ...." ([٥٢]) .

وهكذا يتضح لنا مما سبق ان علم القاضي الحاصل بالمعاينة والمشاهدة اقوى بلا شك من علمه الحاصل بالشهادة، لان العلم الحاصل بالشهادة علم ظني، والعلم الحاصل بالإحساس والمشاهدة والمعاينة علم يقيني، وهو اقوى من العلم الظني وبهذا فالحكم به اولى.

وبهذا نخلص مما تقدم الى انه بالرغم من ورود ادلة عديدة على مشروعية العمل بالاثبات بالمعاينة من خلال استدلالنا عليها من الادلة الاصلية النقلية في كتاب الله والسنة النبوية، وكذلك من خلال الاستدلال عليها من احكام القضاة وعمل الصحابة واقوال الفقهاء، فان الحقيقة ان الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي لم تفرد بابا خاصا عن الاثبات بالمعاينة بوصفها طريقا من طرق القضاء الاسلامي، أي ان طرق القضاء والاثبات الاسلامي لم تتضمن قواعد منضبطة حول المعاينة القضائية ، خلافا لطرق الاثبات الاخرى المعروفة بالفقه الاسلامي، كالبينة والاقرار واليمين، ومع ذلك فقد بينا من خلال البحث والتقصي والاستدلال والاستنباط والاستنتاج ان المعاينة بوصفها وسيلة ناجحة من وسائل التعرف على الحقيقة وكشفها، لم تكن غريبة عن القضاة المسلمين اذ تضمنت احكامهم تطبيقات عديدة لها .

([٥٠]) الامام علاء الدين ابو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء (ت: ٥٨٧هـ) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط١، طبع مطبعة الجمالية، مصر، ١٩١٠م، ج٧، ص٧ (كتاب ادب القاضي) .

([٥١]) الشيخ محمد الشربيني الخطيب، مغنى المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج على متن منهاج للامام ابي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي (ت: ٦٧٦ هـ) ، ط٢، مطبعة البابي الحلبي واولاده، مصر، ١٩٥٨م. ج٤، ص٣٩١ ؛ وفي هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان المقصود باللوث، هو القرينة الدالة الظاهرة على صدق المدعي، وقد اعتبرها الشارع الحكيم في اللقطة وفي النسب وفي استحقاق السلب اذا تداعى اثنان قتل الكافر وكان اثر الدم في سيف احدهما ادل منه في سيف الاخر، ومن ذلك مايستعمل الان من البحث في الاثار التي تتخلف عن المجرم كاثر قدميه ويده أي بصماته ومايتركه من ملابس، وللمزيد من التفصيل ينظر : محمد سلام مدكور، مرجع سابق، ص٩١.

([٥٢]) الامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، نيل الاوطار في شرح منتقى الاخبار من احاديث سيد الاخيار، دار الحديث، القاهرة، من دون سنة طبع، ج٨، ص٣١١.

وهكذا يتبين لنا ان الفقهاء المسلمين وان لم يحددوا تعريفاً خاصاً للمعاينة بوصفها دليلاً من أدلة الاثبات ويخصوها بدراسة مستقلة في مؤلفاتهم، فانهم قد اوردوا العديد من المسائل والتطبيقات التي اخذوا فيها بالمعاينة القضائية ، فالقرائن مثلا التي اجازوا الحكم بها يمكن ان تكون نتيجة الاثبات بالمعاينة القضائية، كذلك الحكم بعلم القاضي والحكم بالقيافة والقرعة والفراسة وغيرها، فضلا عن ان الاثبات بالمعاينة امر توجبه معرفة الحقيقة وصولا الى العدل والحق ، وهو هدف كل قضاء، فهي لا تعدو أن تكون مشاهدة القاضي سواءً في مجلس القضاء أم خارجه للمحل المتنازع عليه ، والذي قد يسفر عن دليل يساعده للوصول إلى الحكم العادل في شأن موضوع النزاع ([٥٣]).

المطلب الثالث

مدلول المعاينة في الاصطلاح القانوني

على الرغم من نص معظم القوانين على الاثبات بالمعاينة القضائية ، فانها لم تضع مدلولاً محدداً خاصاً بها، لان ذلك ليس من مهامها بل من اجتهاد الفقه ([٥٤]) ، إذ عرفها الاتجاه الغالب منه المعاينة القضائية بانها عبارة عن " **انتقال المحكمة لمشاهدة محل النزاع، ايا كانت طبيعته سواء اكان عقارا ام منقولا وبصفة عامة كل مايقع عليه النزاع، مما يظن ان تكون معاينته**

([٥٣]) للمزيد من التفصيل ينظر : الشيخ د.أوان عبد الله الفيضي ، المعاينة في نطاق الدعوى المدنية دراسة فقهية قانونية مقارنة ، مجلة الرافدين للحقوق ، مجلة فصلية علمية محكمة تصدر عن كلية القانون جامعة الموصل، ذو العقدة ١٤٢٤ هـ / كانون الاول ٢٠٠٣ م ، المجلد١ ، س٨، ع١٩، ص٤١.

([٥٤]) في هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان المادة / ١٦٠ من قانون الاثبات اليمني النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ المعدل نصت على انه " **للمحكمة او من تندبه من قضاتها او من قضاة المحاكم الاخرى ان تجري معاينة بان تنظر في الاشياء التي تفيد في اثبات الدعوى ، وتطلع عليها وتفحصها لكي تصل الى الحقيقة في شأنها ويجوز لها ان تستعين بخبير عدل او اكثر اثناء قيامها بالمعاينة** " ، وبهذا فقد ذكرت المادة القانونية أنه، **أولا:**- للمحكمة ، **وثانيا** :- أو من تندبه من قضاتها ، **ثالثا:**- أو من قضاة المحاكم الاخرى، ان تجري المعاينة القضائية ، وذلك بان تنظر في الاشياء التي تفيد في اثبات الدعوى، أي تشاهدها بنفسها وتعاينها وتفحصها ، وتطلع عليها وتفحصها لكي تصل الى الحقيقة في شأنها ، كما يجوز لها أيضا أن تستعين بخبير عدل او اكثر اثناء قيامها بالمعاينة القضائية .

مجدية " ([٥٥]) ، كما عرفت المعاينة القضائية ايضا بانهاعبارة عن " **مشاهدة المحكمة بنفسها محل النزاع للتحقق من صحة الاوصاف التي يدعيها صاحب الشأن فيه**" ([٥٦]) .

ويبدو لنا من ملاحظة التعريفين السابقين ان اصحاب التعريف الاول قد تأثروا فعلا بنصوص القوانين الوضعية، التي تنص على انها " **انتقال المحكمة لمعاينة المتنازع فيه ...**" ([٥٧]) ، ولكننا نرى انه قد لا تتطلب المعاينة مثل هذا الانتقال عادة ، ذلك انه اذا كان محل المعاينة شخصاً او منقولا ، فيمكن معاينته في جلسة المحكمة، اما اذا كان محل المعاينة عقارا او منقولا يتعذر او يصعب احضاره امام المحكمة لمعاينته، او كنا بصدد معاينة شخص حالت ظروف واعتبارات معينة من حضوره الى المحكمة لمعاينته فتتم المعاينة بانتقال المحكمة اليه ([٥٨]) .

([٥٥]) د.توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٢م ، ص١٨٦؛ د. رمضان ابو السعود، اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، مطابع الامل، بيروت، ١٩٨٥ م ، ص٣٧٦ ؛ المستشار مصطفى مجدي هرجة ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٧ م، ج٢، ص٢٨١.

([٥٦]) د.سليمان مرقس، من طرق الاثبات، شهادة الشهود والقرائن والمعاينة والخبرة، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، ١٩٧٤م ، ج٣، ص٣٨٦؛ د.احمد مسلم، اصول المرافعات التنظيم القضائي والإجراءات والاحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨م، ص٦٢٩؛ د. مفلح القضاة، الاثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لقانون الاثبات الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ لدولة الامارات العربية المتحدة، طبع مطابع بن جسمال، دبي، من دون سنة طبع، ص٣٩٧.

([٥٧]) تنظر: المادة / ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون ٤٦ لسنة ٢٠٠٠؛ والمادة / ١٣١ من قانون الاثبات المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل ؛ والمادة / ٣٠٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل؛ على خلاف المادة / ١٣٤ من قانون البينات السوري النافذ رقم ٣٥٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل ؛ والمادة / ١١٢ من نظام المرافعات الشرعية السعودي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٤٢١هـ المعدل والتي لم تنص على ذلك ؛ اما المقنن الاردني فقد نص في المادة / ٢-٦ من قانون البينات الاردني النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ المعدل على اعتبار أن المعاينة والخبرة وسيلة من وسائل الاثبات ، كما نصت المادة / ٧١ منه على انه تعتبر جزءاً من البينات والخبرة تجري وفقا للاحكام المنصوص عليها في قانون المحاكمات المدنية؛ ولم ينظم احكامها في قانون البينات، بل نظمها في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني النافذ رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ المعدل، تنظر : المادة / ٨٣- ١و ٢ منه ؛ كما تنظر : المادة / ١٧٩ من قانون المرافعات الفرنسي النافذ رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ المعدل، ينظر:

Nouveau code de procedure civil textex ajourau ler, October, 1986, litec, Paris.

([٥٨]) يلاحظ في هذا المضمار ان المادة / ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي قد صرحت على كون المعاينة ممكنة ان تتم من دون انتقال المحكمة ، والتي نصت على انه: " **للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب احد الخصوم ان تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو تندب لذلك احد قضاتها لمعاينته أو احضاره لديها في جلسة**

الا ان الملاحظ في الغالب الاعم ان المعاينة القضائية تتطلب ذلك الانتقال، وعليه نجد ان القوانين المقارنة اخذت بذلك، ونتيجة لما سبق فاننا نرجح التعريف الثاني للمعاينة القضائية على التعريف الاول لها، اذ الاصح والاوفق ان يقال فيها بانها عملية مشاهدة المحكمة للموضوع المتنازع فيه متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة، فيكون هذا التعريف مطلقاً، والمطلق بالطبع يجري على اطلاقه، أي شملنا المعاينة القضائية التي تجري في جلسة المحكمة، وكذلك في الانتقال الى المحل المتنازع فيه.

وبهذا يمكننا ان نعرف وسيلة الإثبات المعاينة القضائية بانها : عبارة عن اجراء قضائي تلجأ اليه المحكمة من اجل مشاهدتها للموضوع المتنازع فيه متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة، وذلك للتحقق من صحة الاوصاف التي يدعيها صاحب الشأن فيه واتخاذها سبباً لحكمها في الدعوى المدنية المنظورة ، ولها ان تستعين بخبير عدل او اكثر اثناء قيامها بالمعاينة ([٥٩]).

وعلى ذلك فانتقال المحكمة لرؤية حدود الارض أو العقار المتنازع عليه او أي منقول آخر، كالاطلاع على دفاتر أو مستندات وأوراق أو استلامها أو اخذ صورة منها، سيؤدي بالطبع الى توضيح الحقيقة للمحكمة وفهمها للدعوى المعروضة عليها، وبهذا يكون تعريفنا للمعاينة القضائية قد تميز عن باقي التعاريف بعدة خصائص نذكر منها ما يأتي ([٦٠]) :-

اولا:- فقد جمع تعريفا بين أن المعاينة تبدأ بإجراء قضائي تقوم به المحكمة من أجل مشاهدتها لموضوع النزاع، وبين إمكانية أن تتخذه سبباً لحكمها كدليل إثبات في الدعوى .

ثانيا:- إن تعريفا جاء مطلقاً أي شملنا المعاينة القضائية التي تجري في جلسة المحكمة، وكذلك في الانتقال إلى المحل المتنازع فيه .

ثالثا:- إن تعريفا يعطي للمحكمة السلطة التقديرية في هذا الإجراء من عدمه ، وذلك متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة أو للتحقق من صحة الأوصاف التي يدعيها صاحب الشأن فيه.

تعينها لذلك ، متى رات في هذا مصلحة لتحقيق العدالة " ، وبهذا نلاحظ من نص المادة انه قد جاء فيها ما نصه على انه "... **واحضارها لديها في جلسة تعينها لذلك...** " ، كذلك الحال بالنسبة إلى المادة / ٣٠٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة / ١٣٤ من قانون البينات السوري ، والمادة /١١٢ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة / ٨٣-٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ، والمادة / ١٥٧ من قانون المرافعات الفرنسي، في حين لم يرد نص مماثل في قانون الاثبات المصري .

([٥٩]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي، المعاينة في الدعوى المدنية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر- الإمارات ، ٢٠١٢ م ، ص٨٧.

([٦٠]) للمزيد من التفصيل ينظر: الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي، المعاينة في الدعوى المدنية دراسة مقارنة، ، دار الكتب القانونية، مرجع سابق، ص٨٧ .

رابعا:- أن تعريفا حدد المعاينة القضائية التي نحن بصدد دراستها ، فالتعريف قيد بهذه المعاينة القضائية فقط ، وبالتالي يخرج من التعريف باقي المعاينات التي تجري خارج الدعوى المدنية المنظورة ، إذ أن هناك أنواعا أخرى من المعاينة في المسائل المدنية خاصة، التي لا تحدث بموجب دعوى مدنية، وهي بهذا تخرج خارج نطاق تعريفنا المقترح .

اذ ان مهام الطبيب العدلي مثلا اجراء الكشف والمعاينة موقعياً ([٦١]) ، وهي تعد معاينة ليست قضائية وهي بالتالي تعد خارج الدعوى المدنية ، كما أن الطبيب له معاينة المريض وفحصه والاجتهد في معرفة علته وتشخيص مرضه ، كما أن للمعاين المساح الكشف او مسح او تثبيت حدود العقار ([٦٢]) ، كما قد يراد بالكشف تثبيت الاوصاف القائمة والقيمة الحقيقية للعقار([٦٣]) ، ويجوز في اثناء تثبيت الاوصاف القائمة والقيمة الحقيقية للعقار الاستعانة بخبير او اكثر اذا دعت الحاجة الى ذلك ([٦٤]) ، وكل هذه المعاينات ، هي معاينات مادية فنية بحتة تجري بالتأكيد تعد خارج الدعوى المدنية ، لانها تعد أنواعا أخرى من المعاينة في المسائل المدنية خاصة ، التي لا تحدث بموجب دعوى مدنية، وهي بهذا تخرج خارج نطاق تعريفنا المقترح اعلاه .

وبهذا يكون تعريفنا المقترح للمعاينة القضائية هو الاوفق والاصح بالنسبة لباقي التعريفات .

([٦١]) للمزيد من التفصيل تنظر: المادة / ١٤- و ، من قانون الطب العدلي العراقي النافذ رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٧ المعدل في الباب الثالث ، وفي المادة / ١٤- و ، التي نصت على ان " من مهام الطبيب العدلي اجراء الكشف والمعاينة موقعياً عند الاقتضاء " .

([٦٢]) للمزيد من التفصيل تنظر: المادة / ٥٣ و٥٥ من قانون الرسوم العدلية العراقي النافذ رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١ المعدل، اذ نصت المادة / ٥٣ منه على انه " يستوفى رسم مقطوع مقداره خمسة دنانير عن اجراء المعاملات الاتية : .. ثامناً : كشف او مسح او تثبيت حدود العقار .. " .

([٦٣]) للمزيد من التفصيل تنظر: المواد /٨٧ -٩٥ من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل، اذ نص قانون التسجيل العقاري على الاجراءات الشكلية للتسجيل في السجل العقاري وفي القسم الثالث الكشف والاعمال الفنية وفي المادة / ٨٧ التي نصت على انه " يراد بالكشف لاغراض هذا القانون تثبيت الاوصاف القائمة والقيمة الحقيقية للعقار " .

([٦٤]) للمزيد من التفصيل تنظر: المادة / ٨٩ من قانون التسجيل العقاري العراقي التي نصت على " جواز الاستعانة بخبير او اكثر اذا دعت الحاجة الى ذلك " ، كما نصت المادة /٩٠ منه أيضا على" تنظيم محضر للكشف يتضمن معلومات " .

المبحث الثاني

خصائص المعاينة القضائية

تتميز المعاينة القضائية عادة بوصفها احدى وسائل الاثبات المعهودة، التي تهدف الى اثبات حالة معينة وايضاح الحقيقة، بخصائص عديدة ومميزة، يمكننا تحديد اهمها وذلك عبر المطالب الآتية:

المطلب الأول / المعاينة القضائية دليل اثبات يتم بغير واسطة.

المطلب الثاني / المعاينة القضائية اجراء قضائي للمحكمة.

المطلب الثالث / المعاينة القضائية اجراء اختياري للمحكمة.

المطلب الرابع / المعاينة القضائية دليل غير ملزم للمحكمة.

المطلب الخامس / المعاينة القضائية دليل يتم بدعوى اصلية او بدعوى فرعية .

المطلب الاول

المعاينة القضائية دليل اثبات يتم بغير واسطة

تعد المعاينة القضائية من اهم ادلة الاثبات المباشرة في المسائل المادية، اذ انها وسيلة ناجحة للوقوف على حقيقة النزاع، من اجل اظهار الحقيقة في اقرب وقت وبأيسر نفقة، وذلك من خلال تكوين المحكمة الاعتقاد الصحيح عن حقيقة المنازعة .

والحقيقة أن الانسان البدائي لم يعرف بداية القانون ولا القضاء ولا نظم الاثبات السائدة حاليا وبالتسميات المعمول بها الآن، لان القوة كانت هي الوسيلة الوحيدة لفض النزاعات بينها، ثم ارتقت الجماعات الانسانية الاولى الى مرحلة اخرى أكثر تطوراً هي مرحلة التحكيم الذي يعد اللبنة الاولى لنشوء المحاكم ، فظهرت ادلة اثبات أُخر بدائية من خلال ايراد صور أُخرى للتحكيم، فكان الاحتكام الى مهارة الخصمين الفنية التي تعد اولى صور التحكيم، والاحتكام الى المبارزة والمصارعة والنزال ، فكانت تعقد بين الخصوم مسابقات سواءً بالشعر ام بالغناء ام غيرهما، ويعد الفائز فيها هو صاحب الحق، فيثبت حقه بمعاينة الحكام لهذه المسابقات، وقد يتم اللجوء الى وسائل أُخر تعتمد على المصادفة البحتة في الامور، كمراقبة الحشرات او الطيور اثناء حركتها، اذ تتوقف النتيجة على الاحتكام الى مجرد العوارض الطبيعية او الى اصوات الطيور او سلوك بعض الحيوانات أو ان يعرض كل من الخصمين طعاماً معيناً في مكان معين يمتاز بكثرة الغربان، فمن اكلت الغربان طعامه اعتبر خاسراً لما يدعيه من حق ، بناءً على معاينة الحكام ومشاهدتهم لهذه الوقائع، في حين كانت قبائل أُخر تعمد على نظام المحنة ، كأن يطلب من المدعي والمدعي عليه اختيار احد الطبقين الذي يكون في احدهما طعام مسموم، ومن يختار الطبق المسموم يعد مدانا ويخسر حقه ، ومن ذلك ان يطالب المجني عليه من المتهم ان يصمد امام الرماح التي يقذفها عليه، فان لم تصبه الرماح اعلنت براءته على الملأ، وان اصابه أي منها حكم بادانته، ومنها ايضاً ان يلقى المتهم في النهر لاثبات براءته، او ان يمسك كل من

الخصمين بشمعة في يده متساوية في الطول يتم ايقادها في وقت واحد ومعاينتها، فمن تنطفئ شمعته قبل شمعة خصمه يخسر دعواه، وهكذا لم يكن ظهور المعاينة القضائية وليد الصدفة، بل لقد عرفت الشرائع القديمة اساليب من الاثبات شبيهة بالمعاينة، سواءً المجتمعات الانسانية الاولى أو في التشريعات القديمة لوادي الرافدين، أم في القوانين الرومانية والاوربية القديمة، ام في النظام القضائي الاسلامي الفذ ([٦٥]) .

فطرق الاثبات عموماً هي عبارة عن وسائل مقبولة قانوناً، يلجأ اليها اطراف النزاع لاقناع القاضي بصحة الوقائع القانونية التي يدعونها ([٦٦]) ، اذ يقسم الفقهاء عموما ([٦٧]) ، هذه الطرق عادة الى تقسيمات متعددة، فمن حيث اتصال الدليل بالواقعة المراد اثباتها تنقسم الى طرق مباشرة، وهي التي تنصب مباشرة على الواقعة المنشئة للحق المدعى به، إذ يكوّن القاضي اعتقاده من ملامسته للوقائع ذاتها واستخلاص الدليل من مشاهداته، لا مما يقدمه الخصوم من الاقوال والمستندات، وهذا شأن ادلة الاثبات كالكتابة والشهادة والمعاينة والخبرة، وهناك طرق غير مباشرة لا تنصب مباشرة على تلك الواقعة، وانما تنصب على واقعة أخرى بديلة غير الواقعة الاصلية مثل القرائن واليمين والاقرار، كما ان هناك ادلة معدة او مهيأة للاثبات، وادلة غير معدة او مهيأة للاثبات، وأدلة مطلقة وادلة مقيدة، وأدلة ملزمة وغير ملزمة للقاضي ([٦٨]) .

فضلا عن انه يمكننا ان نقسم ادلة الاثبات عموماً وفق المنظور الحالي الى ادلة بواسطة وادلة بغير واسطة وادلة مختلطة ، اذ يعد الاثبات بالمعاينة الدليل الوحيد الذي يتم عادة بغير واسطة، وذلك عندما يكون القاضي اعتقاده بملامسته للواقعة ذاتها واستخلاص الدليل من مشاهداته بنفسه مباشرةً ، وهو يختلف عن الاثبات بالواسطة ، عندما يتوصل القاضي الى الالمام بالوقائع عن طريق ما يستخلصه من الدعوى وظروفها ، وما يقدم اليه من المستندات والاقوال، ويشمل هذا النوع من الاثبات الاقرار وتوجيه اليمين والقرائن .

اما النوع الثالث من ادلة الاثبات التي هي وسط بين الاثنين بواسطة وبغير الواسطة، وهو ما نسميه بتقديرنا بالاثبات بالادلة المختلطة بالواسطة وبغير الواسطة في آن واحد، وذلك عندما يعهد القاضي الى خبير بالفحص والمعاينة الفنية بدلاً من مباشرته بنفسه، لما لذلك الشخص من

([٦٥]) للمزيد من التفصيل حول التأصيل التاريخي للاثبات بالمعاينة ينظر: الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي، المعاينة في الدعوى المدنية دراسة مقارنة، ، دار الكتب القانونية، مرجع سابق، ص١٧ وما بعدها .

([٦٦]) ينظر : د.ادم النداوي، الموجز في قانون الاثبات، بيت الحكمة، جامعة بغداد، ١٩٩٠م ، ص٧١.

([٦٧]) ينظر: أ. د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، مرجع سابق ، ص٩٨ ؛ د.رضا المزغني، احكام الاثبات، مطابع معهد الادارة العامة، المملكة العربية السعودية، ١٩٨٥م، ص١٤٥ ومابعدها.

([٦٨]) للمزيد من التفصيل ينظر : المستشار انس الكيلاني، موسوعة الاثبات في القضايا المدنية والتجارية والشرعية، ط٢، دار الانوار للطباعة، دمشق، ١٩٨٩ م، ج١، ص٨١ ومابعدها.

الدراية الفنية التي تجعل معونته للقاضي ضرورية ومفيدة للوقوف على الحقيقة، فهذا النوع من الاثبات بالادلة يعتبر بغير الواسطة ، لان اعمال الخبير مقصود بها استكمال معلومات القاضي، وفي الوقت نفسه يعد اثباتاً بالواسطة لان القاضي يكون اعتقاده من مشاهدات شخص آخر يستعين به اثناء المعاينة وهو الخبير.

المطلب الثاني

المعاينة القضائية اجراء قضائي للمحكمة

ان من الخصائص التي تمتاز بها المعاينة القضائية انها اجراء ذا صفة قضائية، أي ان اللجوء الى المعاينة امر تقرره سلطة قضائية رسمية متخصصة، فيقرره القاضي المختص وحده ، اما بطلب من قبل الخصوم او بناءً على قرار يتخذه القاضي من تلقاء نفسه ، نظراً لحاجة الدعوى الى ذلك، كما انه اذا ما تطلب الامر الاستعانة بالخبراء في اثناء المعاينة نظراً لحاجة القاضي الى استشارة فنية او علمية او تقنية او حرفية ، فان القرار المتخذ بالاستعانة بالخبراء يعد ايضاً امراً تقرره سلطة قضائية بحتة ، أي القاضي المختص وحده ، نظراً لحاجة الدعوى الى رأي فني ومعاينة خاصة من قبل المعنيين .

كما أنه من المعلوم ان الاجراء القضائي يعد عملاً قانونياً يرتب عليه القانون مباشرة اثراً اجرائيا معيناً ويكون جزءً من الخصومة ([٦٩]) ، أي انه عبارة عن مسلك ايجابي سواءً أكان من جانب الخصوم ام من جانب المحكمة في رفع الدعوى الى القضاء او المرافعة فيها او تحقيق المرافعة او الحكم فيها ([٧٠]) .

وبهذا تعد المعاينة اجراء قضائياً لانها مسلك ايجابي، فهي اما ان تكون عن طريق العبارة بالتعبير عنه بالكتابة ، كما هو الحال في اتخاذ قرار المعاينة من قبل المحكمة، او قد تكون عن طريق السلوك الفعلي على نمط واحد من قبل المحكمة كقرار انتقال المحكمة لاجراء المعاينة على الشيء المتنازع عليه، وبطبيعة الحال فان اتخاذ قرار المعاينة يكون جزءاً من

([٦٩]) ينظر : د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧م ، ص٣٥٠.

([٧٠]) ينظر : د.ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل ١٩٨٨م ، ص١٢٩؛ د. ادم وهيب النداوي، فلسفة اجراءات التقاضي في قانون المرافعات، مطبعة التعليم العالي، جامعة بغداد، ١٩٨٨م، ص١٨.

الدعوى المدنية، أي ان هذه المعاينة بطبيعتها هي اجراء قضائي لانها تعد بالاساس جزءاً من مجموعة الاجراءات التي تتكون منها الخصومة.

وطبيعي فان الإجراء القضائي عموماً يرتب عليه القانون اثراً اجرائياً مباشراً في الخصومة ويتمثل هذا الاثر سواء ببدء الخصومة ورفع الدعوى او في المساهمة في سيرها او تعديلها او عرقلتها او انهائها او حتى التدخل والاختصام فيها بكل اشكال الدعوى الحادثة ، وتعد المعاينة اجراءً قضائياً من جانب المحكمة في مسار الدعوى المدنية في ظل موقف ايجابي من القاضي، ليتمكن من الوصول الى الحقيقة المتنازع عليها، ولا يحقق الوصول الى الحقيقة الواقعية الا من خلال هذه الوسيلة وهي اجراء المعاينة القضائية.

المطلب الثالث

المعاينة القضائية اجراء اختياري للمحكمة

الاصل أن المعاينة اجراء اختياري للمحكمة، أي ان المحكمة غير ملزمة باجابة طلبات الخصوم بطلب المعاينة، مادامت ترى في ادلة الدعوى المطروحة امامها من اقوال الخصوم وشهادات الشهود او المستندات الاخرى في الدعوى ما يمكنها من حسم النزاع من دون اللجوء الى المعاينة، وتطبيقا لذلك فقد نصت المادة / ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي على انه " للمحكمة من تلقاء نفسها او بناءً على طلب الخصوم ان تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه ..." ، وطبيعي ان صياغة المادة جاءت جوازية اختيارية للمحكمة في اجراء المعاينة من عدمها متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة ([٧١]) .

فضلا عن ان للمحكمة حتى في حالة اجابتها لطلب الخصوم بالقيام بالمعاينة، ان ترجع عن قرارها هذا، اذا تبين لها فيما بعد ان ادلة الاثبات في الدعوى تكفي في تكوين رأيها لحسم النزاع، وما ذلك في الواقع الا تطبيق للقواعد العامة متمثلاً في المادة / ١٧-٢ من قانون الاثبات العراقي والتي تقضي بان " **للمحكمة ان تعدل عما امرت به من اجراءات الاثبات بشرط ان تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة** "، وتقابلها المادة / ٩ من قانون الاثبات المصري ، والمادة / ١٣٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة /٩٩ من نظام المرافعات الشرعي السعودي، والمادة /١٨٣ من قانون المرافعات الفرنسي، في حين لم يرد نص مماثل في قانون البينات السوري والاردني ([٧٢]) .

على ان تقدير ادلة الدعوى وان كانت من حق قاضي الموضوع، الا انه لا يجوز للمحكمة ان ترفض طلب الخصوم بخصوص اجراء معين، ما لم يكن قرارها هذا قائما على اسباب مقنعة

([٧١]) تنظر: المادة /١٢٥ من قانون الإثبات العراقي ، والمواد التي تقابلها في القوانين المقارنة الأخرى المذكورة آنفاً.

([٧٢]) تنظر: المادة / ٩ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة / ١٣٧ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /٩٩ من نظام المرافعات الشرعي السعودي؛ والمادة /١٨٣ من قانون المرافعات الفرنسي.

وكافية، ومن ذلك فلا يجوز لها ان ترفض طلب احد الخصوم بالقيام بالمعاينة دون مبرر ظاهر مقبول، اذا كان ذلك هو الوسيلة الوحيدة في الاثبات التي هي حق لايسوغ قانوناً حرمانه منها .

وفي هذا الصدد فقد قضت المحكمة العليا في دولة الامارات العربية المتحدة بان " **من المقرر ان محكمة الموضوع وان كانت تملك في الاصل عدم الاستجابة لاجراء أي تحقيق يطلبه الخصوم، الا ان شرط ذلك ان ترى بما لها من سلطة التقدير ان لا حاجة بها اليها، او انه غير مجد بالنظر الى ظروف الدعوى وما انطوت عليه من ادلة ووقائع، وان تبين في حكمها الاسباب التي ادت الى رفضها اتخاذ التحقيق سواء بسماع البينة.. او ندب خبير او غيرها .. من الوسائل التي تطلبها الخصوم** " ([٧٣]) .

([٧٣]) قرار المحكمة العليا في دولة الامارات العربية المتحدة رقم/١١٢ في ١٩٨٤/٥/١٦، مجلة العدالة، وزارة العدل في دولة الإمارات العربية المتحدة، ١٩٨٤م، س١١، ع٤١، ص٨٠.

المطلب الرابع

المعاينة القضائية دليل غير ملزم للمحكمة

تعد المعاينة القضائية من ادلة الاثبات المباشرة ، وقد تكون في بعض الاحوال الدليل القاطع الذي لاغنى عنه في حسم النزاع اذا ما اقتنعت المحكمة بتقرير المعاينة، اما اذا لم تقتنع المحكمة بهذه المعاينة ، فيعد هذا التقرير غير ملزم لها بما ورد فيه من ملاحظات حول المعاينة ، لان المعاينة لم تسفر عن دليل مقنع لها، لذا فقد نصت المادة /١٣١ من قانون الاثبات العراقي على ان " للمحكمة ان تتخذ من تقرير المعاينة سبباً لحكمها " ولم يرد نص مماثل في القوانين المقارنة الاخرى .

فضلا عن ان التشريعات الوضعية عموما، قد منحت القاضي سلطة تقديرية في القيام بالمعاينة او عدمه، فضلاً عن حقه في العدول عن قرار القيام بالمعاينة، والحكمة التشريعية في ذلك ان القرارات المتعلقة باجراءات الاثبات تتفق كلها في طبيعتها، فهي لا تحسم النزاع ولا تحدد مراكز الخصوم نهائيا في الدعوى ([٧٤]) ، لذا فاننا نعد نتيجة المعاينة بانها دليل غير ملزم للمحكمة، وبامكان القاضي عدم الأخذ بها اذا لم تؤد المعاينة الى تكوين قناعته بصدد النزاع، الا انه ملزم بتسبب قرار الرفض هذا.

([٧٤]) تنظر: المادة /١٧ من قانون الاثبات العراقي ، والمواد المقابلة لها في القوانين المقارنة الاخرى المذكور آنفاً.

المطلب الخامس

المعاينة القضائية دليل يتم بدعوى اصلية او بدعوى فرعية

تمتاز المعاينة بأنها قد تتم بدعوى أصلية بطلب انتقال المحكمة والكشف أمام القضاء المستعجل لإثبات حالة الشيء، ولإسعاف الخصوم بقرارات سريعة حماية لمراكزهم حماية مؤقتة دون المساس بأصل الحق تمهيداً لرفع دعوى أصلية تتعلق بالحق أمام القضاء مستقبلاً، ولمنع ضياع الواقعة التي يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء ، وقد تتم المعاينة أيضاً بصفة فرعية بناءً على دعوى قائمة أصلاً أمام المحكمة ، فيجوز لها أن تقرر إجراء المعاينة في كل دعوى منظورة أمامها إذا كانت ظروف الدعوى تستوجب ذلك، ومتى رأت في هذا الإجراء مصلحة لتحقيق العدالة.

اذ يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء ، ان يطلب من القضاء المستعجل قبل اقامة دعوى الموضوع وبعد تبليغ ذوي الشان الانتقال للكشف وتثبيت الحالة بمعرفة القاضي او بواسطة خبير ، ويراعى في هذا الشان الاحكام المتعلقة بالخبرة والكشف، فتتم المعاينة بدعوى أصلية بطلب انتقال المحكمة والكشف أمام القضاء المستعجل لإثبات حالة الشيء ، وللمعاينة بصفة اصلية لمنع ضياع واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء، وينظم محضر بالكشف ويجب ان يشتمل تقرير الخبير على جميع المسائل التي اقتضاها اجراء الكشف وتثبيت الحالة وتحفظ صورة منه في قلم المحكمة ، ولكل من ذوي العلاقة ان يحصل على صورة مصدقة منه ، وفي حالة اقامة دعوى الموضوع يحكم على الطرف الذي يخسر الدعوى بنفقات الكشف والمعاينة، ويصح لمحكمة الموضوع ان تتخذ من تقرير الكشف سببا لحكمها ([٧٥]) .

كما يمكن ان تتم المعاينة بدعوى فرعية ويقصد بالمعاينة بدعوى فرعية، أي ان تكون المعاينة في اثناء دعوى قائمة اصلا امام المحكمة، إذ يجوز للمحكمة في كل دعوى منظورة امامها ان

([٧٥]) تنظر: المادة /١٤٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل ؛ والمادة /١٣٣ و١٣٤من قانون الاثبات المصري ؛ والمواد / ٣١١ و ٣١٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة / ٧٨ من قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية السوري النافذ رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٣ المعدل؛ والمادة / ١١٦ و٢٣٤-١ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ المادة /٣٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني ؛ المادة /٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسي.

تقرر اجراء المعاينة اذا كانت ظروف الدعوى تستدعيها، سواءً من تلقاء نفسها او بناءً على طلب الخصوم، وذلك بالانتقال إلى معاينة المتنازع فيه او ندب احد القضاة لهذه الغاية، او احضار الشيء المتنازع عليه في جلسة تعينها المحكمة، اذا كان نقله ممكنا ، ومتى رات في هذا الاجراء مصلحة لتحقيق العدالة ، استنادا إلى احكام المادة / ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي ([٧٦])، وغالبا ما تتم المعاينة بمناسبة دعوى مرفوعة امام المحكمة سواء كانت بناء على طلب احد الخصوم، ام اذا ارتات المحكمة ذلك بصدد وقائع متنازع عليها محل المعاينة، أي ليس بدعوى مبتدأ اصلا باجراءات اصلية، فتتم المعاينة في الاصل في الجلسة اذا كان محل المعاينة شخصا او منقولا يمكن نقله الى الجلسة، وقد تتم المعاينة بالانتقال الى حيث المال محل المعاينة عقارا كان او منقولا اذا لم يمكن نقله الى داخل الجلسة وهذا الاستثناء هو الغالب الاعم ([٧٧]) .

اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة، يتعذر على القاضي الالمام بها فله ان يستعين بخبير في اثنائها، اما اذا كان الامر بسيطا لا يحتاج الى كفاءات او معارف خاصة، فتقوم المحكمة بمعاينة الشيء المتنازع فيه بنفسها دون الاستعانة بخبير وهذا هو الاصل، اما اذا احتاجت المعاينة إلى مثل هذه الامور من معارف فنية خاصة فانه يتعذر على المحكمة القيام بها، كما في حالة المعلومات الهندسية او الطبية او تقدير ريع بستان او تحقيق ضرر في بناء او في بضاعة او كتحليل مادة كيميائية او تقدير مدى اصابة انسان، فلابد في مثل هذه الحالات وامثالها من ان تستعين المحكمة بخبير، اذ اشارت المادة / ١٣٠ من قانون الاثبات العراقي الى ان " **للمحكمة تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة ولها كذلك سماع من ترى لزوما للاستيضاح منه على الواقعة محل المعاينة وتتم دعوة هؤلاء للحضور بالطريقة التي تراها المحكمة مناسبة** "، وتقابلها المادة /١٣٢ من قانون الإثبات المصري ، والمادة /٣٠٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، والمادة /١٣٦ من قانون البينات السوري ، والمادة /١١٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة /٨٣-١ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني، والمادة /٢٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي ([٧٨]) .

([٧٦]) تنظر : المادة / ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي، والمواد التي تقابلها في القوانين المقارنة الأخرى المذكورة آنفاً.

([٧٧]) ينظر: د. همام محمد محمود زهران و د. نبيل ابراهيم سعد، اصول الاثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠١م، ص٣٥٠.

([٧٨]) تنظر: المادة /١٣٢ من قانون الإثبات المصري ؛ والمادة /٣٠٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /١٣٦ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١١٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة /٨٣-١ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ؛ والمادة /٢٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي.

وقد انفرد القانون العراقي عن باقي القوانين المقارنة الاخرى بالنص على وجوب الاستعانة بالخبرة اثناء معاينة الاشخاص ، اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة، إذ نصت المادة /١٢٦-٢ من قانون الاثبات العراقي على ان " **على المحكمة ان تستعين بخبير لمعاينة الشخص اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصةً** " .

كما اشترطت المادة /١٢٦ من قانون الاثبات العراقي، فضلا عن اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته، إنه اذا كان تقدير هذه المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة فعليها ان تستعين بخبير في ذلك، اذ نصت المادة /١٢٦ منه على انه " **ترد المعاينة على الاموال والاشخاص مع الاخذ بنظر الاعتبار ما يلي : - اولا- ان معاينة الشخص يجب ان تتم مع كل الاحتياط الواجب لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته** " .

ونستنتج مما تقدم ان القانون العراقي والقوانين المقارنة اجازت الاستعانة بالخبير في اثناء المعاينة، وعلى الرغم من تشابه نصوص القوانين ، فان القانون العراقي كان الافضل بالوضوح والشمول والصياغة الفنية.

الفصل الثاني

تمييز المعاينة القضائية مما يشتبه بها من أوضاع قانونية

ويشتمل هذا الفصل على المباحث الآتية :

المبحث الأول/ تمييز المعاينة القضائية من الخبرة .

المبحث الثاني/ تمييز المعاينة القضائية من الكشف المدني .

المبحث الثالث/ تمييز المعاينة القضائية من علم القاضي الشخصي .

المبحث الرابع/ تمييز المعاينة القضائية

الفصل الثاني

تمييز المعاينة القضائية مما يشتبه بها من أوضاع قانونية

من الطبيعي أن يوجد تشابه في بعض الأحيان بين المعاينة وبين أوضاع قانونية أخرى ، فهي تشبه الخبرة ، لان كلاهما يتضمن إجراءات قانونية عديدة ينبغي إتمامها ، فضلا عن أنهما من أدلة الإثبات، إلا أن المعاينة تختلف عن الخبرة في أنها تعد وسيلة لجمع الأدلة المادية لإثبات حالة معينة كإثبات الوجود المادي لحالة الأشياء والأشخاص، في حين أن الخبرة تعد وسيلة للتقدير الفني للأدلة المادية والمعنوية على حد سواء، فهي استشارة فنية للقاضي لمساعدته في تكوين قناعته عن الشيء المتنازع فيه، وتتضمن رأياً فنيا علميا شخصيا معللاً.

في حين تقترب المعاينة أيضا من الكشف بحيث يبدو أنهما شيئا واحدٌ في المسائل المدنية، فالكشف يعني رفع الغشاوة عن الشيء وإظهاره على حقيقته، دون محاولة الخوض بالتفاصيل لأنه إظهار الأمر الظاهر أو الخفي وتثبيت حاله فقط، ويقوم به القاضي إذا ما كان الأمر يحتاج إلى إظهار حقيقة الشيء ورفع الغشاوة عنه، واضبارة الكشف قد تعد مستقبلاً دليلاً للإثبات أيضاً ، فالكشف مجرد تثبيت واقع الحال من قبل القاضي أو الخبير سواءً بالقضاء المستعجل أم العادي ، أما المعاينة فلا يمكن إجراؤها إلا أثناء نظر الدعوى فقط، واتخاذها دليلاً للإثبات وسبباً للحكم.

والحقيقة أن الإثبات بالمعاينة يعني أن القاضي سوف يقف بنفسه على الوقائع المتنازع عليها ويشاهدها ليستخلص وجه الحق فيها ، لذا فهي تعد بحق من طرق الإثبات المباشرة لاتصالها المباشر بالواقعة محل الإثبات ، وهو في عمله هذا سوف يحكم بعلمه ومشاهدته وفهمه لها ، فيعد بهذا الإثبات عن طريقها ضربا من ضروب قضاء القاضي بعلمه ولكن المسموح به فقط .

وتقترب المعاينة كذلك من الكشف الجنائي على الرغم من وجود بعض الاختلافات الواضحة بينهما في العديد من الأمور، فتطلق كلمة الكشف على المعاينة في المسائل الجنائية، في حين أن هناك عدم تطابق بين المصطلحين في المسائل المدنية، إذ لكل منهما معناه الخاص المستقل به عن الآخر .

لذا فان دراستنا تقتضي منا توضيح هذه الأمور بشكل تفصيلي وتباعاً من خلال المباحث الآتية :-

المبحث الأول / تمييز المعاينة القضائية من الخبرة.
المبحث الثاني / تمييز المعاينة القضائية من الكشف المدني .
المبحث الثالث / تمييز المعاينة القضائية من علم القاضي الشخصي.
المبحث الرابع / تمييز المعاينة المدنية من الكشف الجنائي.

المبحث الأول
تمييز المعاينة القضائية من الخبرة

بادي ذي بدء فان الخبرة تعني " **اجراء تحقيقي واستشارة فنية تقوم بها المحكمة بقصد الحصول على معلومات ضرورية عن طريق اهل الاختصاص، وذلك للبت في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها اموراً علمية او فنية لاتستطيع المحكمة الالمام بها** " ([٧٩]).

وعلى هذا فهي ليست لازمة في كل دعوى، بل ان مدى لزومها يتوقف على مقتضيات موضوع الدعوى، وحالة الشئ المراد الوصول الى حقيقته من اجل معرفة بعض اوضاعه المادية التي يقتضي لمعرفتها الاستعانة بارباب الاختصاص من الخبراء للبت فيها ([٨٠]).

وعلى الرغم من ان كلاً من المعاينة والخبرة يعدان من ادلة الاثبات المباشرة التي نصت عليها العديد من القوانين ([٨١]) ، وانهما امران متلازمان، أو من النادر أن تكون هناك معاينة قضائية ، دون ان تستعين المحكمة برأي خبير، وبهذا صرحت غالبية القوانين ([٨٢])، في حين وصفها بعض الفقهاء بانها من الاجراءات العامة الخادمة لمختلف ادلة الاثبات ([٨٣]) .

فضلا عن ان كلاً من الخبرة والمعاينة تتضمن اجراءات قانونية عديدة ينبغي اتمامها، الا ان المعاينة تختلف عن الخبرة اساسا، في ان الاولى تعد وسيلة لجمع الادلة المادية لاثبات حالة معينة كإثبات الوجود المادي لحالة الاشياء والاشخاص، في حين ان الثانية هي وسيلة للتقدير الفني للادلة المادية والمعنوية على حد سواء، فهي استشارة فنية للقاضي لمساعدته في تكوين قناعته عن الشيء المتنازع فيه، وتتضمن رأياً فنيا علميا شخصيا معللاً، فالاصل ان المعاينة تتم بمعرفة القاضي نفسه في المسائل البسيطة التي لاتحتاج الى كفاءات فنية خاصة، الا ان القانون اجاز للمحكمة ان تستعين بخبير اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة بها، على ان مهمة الخبير في هذه الحالة لا تعد من قبيل المعاينة او الاثبات المادي للادلة، لان

([٧٩]) أ. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، مرجع سابق، ص٢٧٨.

([٨٠]) ينظر : المحامي حسين المؤمن، نظرية الاثبات، القرائن وحجية الاحكام والكشف والمعاينة والخبرة، مطبعة الفجر، بيروت، ١٩٧٧م، ج٤، ص٢٧٥.

([٨١]) تنظر : المادتان/ ١٢٥و ١٣٢ من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادتان / ١٣١ و١٣٥ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادتان / ٣٠٨ و ٣١٣ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادتان / ١٣٤ و١٣٨ من قانون البينات السوري ؛ والمادتان / ١١٢ و ١٢٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة / ٧١ من قانون البينات الاردني؛ والمادتان / ٢٤٩ و٢٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي.

([٨٢]) تنظر : المادة /١٢٦ –٢ ، والمادة / ١٣٠ من قانون الاثبات العراقي ؛ والتي تطابقها المادة / ١٣٢ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة / ٣٠٩ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة / ١٣٦ من قانون البينات السوري؛ والمادة / ١١٤ من نظام المرافعات الشرعية السعودي؛ والمادتان / ٨٣ و٨٤ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني؛ والمادة / ٢٣٢ من قانون المرافعات الفرنسي.

([٨٣]) للمزيد من التفصيل ينظر : د. رمضان ابو السعود، مرجع سابق، ص٣٧٥ ؛ د.أحمد مسلم، أصول المرافعات التنظيم القضائي، مرجع سابق، ص٦٢٩ وما بعدها.

ذلك يعتبر من صلاحيات المحكمة وحدها([٨٤])، فتبقى لها وظيفتها الاصلية وتحتفظ الخبرة بوظيفتها الاجرائية كاستشارة فنية لمساعدة القاضي في تكوين عقيدته ([٨٥]).

كما تختلف المعاينة عن الخبرة في ان المحكمة تنظم محضراً بالمعاينة، تبين فيه جميع ملاحظاتها دون ان تثبت فيه انطباعها عن المعاينة او رأيها الخاص، في حين ان الخبير ملزم بتنظيم محضر يخضع إلى السلطة التقديرية للمحكمة، وتقرير يتضمن ما قام به من اعمال وما توصل اليه من نتائج، معللاً بالاسباب التي بنى رايه عليها مما نتج عن ابحاث وتجارب فنية او علمية.

وأخيراً ينبغي الإشارة إلى أن الالتباس لا يحدث عادة في التمييز بين المعاينة والخبرة أساساً ، بل باستعانة المحكمة بالخبير أثناء المعاينة – وهي تعد احد الاسباب الرئيسية في اختيارنا هذا الموضوع للبحث والدراسة لانها تعد مشكلة حقيقية فهي من ضمن مشكلات البحث الحالية، لعدم تمييز لا اقول العوام بل اصحاب الاختصاص بين الخبرة في المعاينة ، وبين الخبرة كدليل اثبات ومدى الفرق بينهما ، بل أن من اصحاب الاختصاص الدقيق (واتحفظ بذكر اسمه) ما ذكر في السمنار على الملأ أن المشرع العراقي أخطأ بايراده مواد الخبرة في المعاينة ، وهي دلالة على ضحالة المعلومات الخاصة بهذا الموضوع ، لذا كانت الحاجة ماسة الى بحث وتوضيح هذا الموضوع للجميع ولاصحاب الاختصاص قبل العوام – إذ بتقديرنا قد تستعين المحكمة بخبير من أجل مساعدتها في بيان رأيه أو خبرته ، فيدرج في تقرير المعاينة الذي قد يتخذ سبباً للحكم، ولا يقوم الخبير بتحرير تقرير ومحضر بأعماله إذا ما كانت الحالة لا تستوجب ذلك ، فإذا ما استوجبت الحالة ذلك فيحرر الخبير عندئذٍ تقرير ومحضر بالخبرة ، وتطبق عليه بالطبع احكام الخبرة، وهنا يكمن بتقديرنا الحد الفاصل– وحل مشكلة البحث الحقيقية – في التمييز بين المعاينة والخبرة كدليلين متلازمين ، أما في حالة الكشف المستعجل (المعاينة بدعوى أصلية) ، فقد يقوم به القاضي أو قد يكلف الخبير فيقوم بعمل تقرير ومحضر تطبق عليه أحكام الخبرة ، وقد يتخذ سبباً للحكم، أو قد يقتصر الأمر على مجرد إعطاء رأي يدرج في محضر الكشف المستعجل (المعاينة بدعوى أصلية) الذي يقوم به القاضي ، وهنا أيضاً يكمن بتقديرنا الحد الفاصل– وحل مشكلة البحث الحقيقية – بين الكشف المستعجل (المعاينة بدعوى أصلية) وبين الخبرة.

المبحث الثاني

تمييز المعاينة القضائية من الكشف المدني

([٨٤]) ينظر: د.انور العمروسي، اصول المرافعات الشرعية في مسائل الاحوال الشخصية، ط٣، ١٩٧٨م، ص٧٩١.

([٨٥]) للمزيد من التفصيل ينظر : انس محمود الزرري، الخبرة في المسائل المدنية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة بغداد، شباط، ١٩٨٧م، ص٣٤.

لاشك أن المعاينة تقترب من الكشف بحيث يبدو انهما شيئٌ واحدٌ في المسائل المدنية([٨٦])، فيرد عادة مصطلح الكشف المستعجل في القضاء المستعجل خاصة في قانون المرافعات العراقي وقانون أصول المحاكمات الأردني وقانون المرافعات الفرنسي([٨٧])، بخلاف قانون الإثبات المصري وقانون أصول المحاكمات اللبناني وقانون المرافعات المدنية والتجارية السوري ونظام المرافعات الشرعية السعودي إذ يطلق عليها المعاينة ([٨٨])، ويقصد بها الكشف لتثبيت حالة الشيء، وتطبق عليها أحكام المعاينة ([٨٩]).

بينما أفرد قانون المرافعات العراقي أحكاماً خاصة بالكشف بالرغم من أنها تعد من صور المعاينة في الدعوى المدنية ([٩٠])، وبهذا يكون القانون العراقي ألاصح من حيث التسمية مما في القوانين المقارنة الأخرى التي لم تكن موفقة ابدا في استخدامها تعبير المعاينة في القضاء المستعجل ، والتي تقصد به الكشف لتثبيت الحالة، إذ بتقديرنا اته لا يمكن إجراء المعاينة قبل إقامة الدعوى، أما أثناء نظر الدعوى فيمكن إجراء كشف لإظهار واقع الحال دون الدخول في التفاصيل أما إذا احتاج الأمر الدخول بالتفاصيل ، كان لابد للمحكمة من إجراء معاينة للتحقق من التفاصيل من أجل تثبيتها واتخاذها دليل إثبات– وهذه ايضا تعد من ضمن معضلات

([٨٦]) مما تجدر الاشارة اليه ان المقصود بالكشف في هذا الصدد، هو الكشف في الدعوى المدنية، سواءً قبل اقامة الدعوى المدنية او اثناءها، وبهذا ينبغي التنبيه على ان هناك انواعاً اخرى من الكشف في المسائل المدنية خاصة، التي لاتحدث بموجب دعوى مدنية، وهي بهذا خارج نطاق بحثنا، فمثلا الكشف الذي يجري لتثبيت حدود العقار من قبل التسجيل العقاري، حسب نص المادة / ٥٣ من قانون الرسوم العدلية العراقي على انه " **يستوفى رسم مقطوع مقداره خمسة دنانير عن اجراء المعاملات الاتية : .. ثامناً : كشف او مسح او تثبيت حدود العقار** ..." ، وتنظر: المادة /٥٥ منه ؛ كما نص قانون التسجيل العقاري العراقي على الاجراءات الشكلية للتسجيل في السجل العقاري وفي القسم الثالث الكشف والاعمال الفنية في المادة / ٨٧ على انه " **يراد بالكشف لاغراض هذا القانون تثبيت الاوصاف القائمة والقيمة الحقيقية للعقار**" ، كما نصت المادة / ٨٩ منه على جواز الاستعانة بخبير او اكثر اذا دعت الحاجة الى ذلك، كما نصت المادة /٩٠ منه على تنظيم محضر للكشف يتضمن معلومات، وللمزيد من التفصيل تنظر : المواد / ٨٧–٩٥ قانون التسجيل العقاري العراقي ؛ كذلك ينبغي الاشارة الى نص قانون الطب العدلي العراقي في الباب الثالث وفي المادة / ١٤– و ، على ان من مهام الطبيب العدلي اجراء الكشف والمعاينة موقعياً عند الاقتضاء.

([٨٧]) تنظر: المادة /١٤٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي ؛ والمادة /٣٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني والمادة /٨٠٩ من قانون المرافعات الفرنسي.

([٨٨]) تنظر: المادتان/١٣٣و١٣٤ من قانون الإثبات المصري ؛ والمادتان/٣١١و٣١٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /٧٨ من قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية السوري ؛ والمادتان/١١٦و٢٣٤–١ من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

([٨٩]) تنظر: المادة /١٣٤ من قانون الإثبات المصري.

([٩٠]) تنظر: المادة /١٤٤ من قانون المرافعات العراقي.

ومشكلات البحث الحالية التي لم يتطرق اليها احد قبلنا ، ولهذا يكون لنا سبق الفصل في هذا الموضوع – .

أما في القضاء العادي فهناك مصطلحي المعاينة والكشف، حيث لا يقتصر اجراء الكشف على القضاء المستعجل بل ممكن اجراء الكشف في القضاء العادي ايضاً، أما المعاينة فلا يمكن إجراؤها إلا أثناء نظر الدعوى فقط، لأنها مشاهدة وتفحص دقيق لكل التفاصيل من أجل تثبيتها واتخاذها دليلاً للإثبات وسبباً للحكم.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز العراق بما يأتي: "... **ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أن تقرير الخبراء الذي اعتمدته في رد دعوى المدعي لا يصلح أن يكون سبباً للحكم حيث لم يوضح مصدر المياه المسببة للضرر كما تضمن أن هناك شق في جدار المدعيين من جهة الغزلاني المطلوب رفعه والموجود في دار المدعي عليه ... وللأسباب المذكورة كان على المحكمة إجراء الكشف بمعرفة خبراء جدد متخصصين إذا رغب المدعين بذلك تنتخبهم المحكمة إذا لم يتفق الطرفان على انتخابهم وحيث أن المحكمة لم تلاحظ ما تقدم بيانه مما أخل بصحة حكمها...** " ([٩١]).

كما جاء في قرار محكمة بداءة الموصل أنه "... **إضافة إلى ذلك تبين من الكشف الذي أجرته محكمة الموضوع على الدار التي تسكنها المدعية وبناتها وأبنها المتزوج مع زوجته وطفلته أن عدد غرف الدار ومشتملاتها كافية وتتناسب مع عدد أفراد العائلة المذكورة وهي لا تضيق بساكنيها وحيث أن زواج أحد الأولاد لوحده لا يعد سبباً من أسباب الضرورة الملجئة...** " ([٩٢]).

وبهذا يبدو لنا أن هناك اختلافاً بين مصطلحي الكشف والمعاينة سواءً في القضاء العادي أم المستعجل ، فلو رجعنا الى المدلول اللغوي للكشف لفهم معناه الصحيح ، لوجدنا ان الكشف من

([٩١]) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢١٥٦/م٢/٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١٠/١٩ (قرار غير منشور) ؛ وفي هذا السياق قضت المحكمة أيضاً بان " **الكشف المستعجل لايصلح وحده سنداً للحكم اذ لابد للمحكمة من اجراء كشف اثناء المرافعة** " قرار محكمة تمييز العراق رقم/ ١٤٧٨/ حقوقية/ ٦٣ في ١٩٦٣/٩/٢٥، نقلاً عن: ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٠م، ص٣٣٦.

([٩٢]) قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٢٠٠١/١٨٣١ في ٢٠٠٢/٥/١٦ (قرار غير منشور) ؛ وعلى المنوال نفسه جاء قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية في ٢٠٠٥/١١/٥ بأنه " ... **ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك أن محكمة البداءة أجرت الكشف على العقار موضوع الدعوى بالاستعانة بأحد الخبراء الفنيين وقدم مرتسم** ... " ، نقلاً عن : مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، حزيران، ٢٠٠٦م، المجلد ٨، س١١، ع٢٨، ص٣٤٧ ؛ وينظر: أيضاً في السياق نفسه قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم ٤٤٢/ ت. ب /٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/١١/٢٣ (قرار غير منشور) .

كشف الشيء من باب ضرب، فانكشف وتكشف ، ويقال لو تكاشفتم ما تدافنتم ، أي لو انكشف عيب بعضكم لبعض ([٩٣])،وكشف كشفا وكاشفه، وكشف عن الشيء اطلعه عليه واظهره له ورفع عنه مايواريه او يغطيه، فيقال كشف الله تعالى غمه ، أي ازاله وانكشف وتكشف الشيء ، أي اظهره ، ومنه الاستكشاف لما يكشف من الامور الطبيعية والصناعية ([٩٤]) .

فالكشف يعني رفع الغشاوة عن الشيء واظهاره على حقيقته، دون محاولة الخوض بالتفاصيل ، لأنه إظهار الأمر الظاهر أو الخفي وتثبيت حاله فقط ، ويقوم به القاضي اذا ما كان الامر يحتاج الى اظهار حقيقة الشيء ورفع الغشاوة عنه، وغالبا مايرافق القاضي خبير في عملية الكشف يعمل تحت اشراف القاضي ورقابته، أو قد يقوم بالكشف الخبير بنفسه، واضبارة الكشف قد تعد مستقبلاً دليلاَ للإثبات أيضاً ، ويعد الكشف مجرد تثبيت واقع الحال من قبل القاضي أو الخبير سواءً بالقضاء المستعجل أم العادي ، وهو بتقديرنا يعد من جملة الوسائل المهيأة للإثبات هذا بالنسبة إلى الكشف المستعجل ، لأن صاحب الشأن أعدها مقدماً لإثبات حقه في حالة المنازعة فيه لتكون دليلاً يستند إليه عند قيام النزاع إذا ما اقتنعت به محكمة الموضوع ، بخلاف الكشف في أثناء الدعوى فيعد من الوسائل غير المهيأة أي غير المعدة للإثبات بل تتهيأ وقت قيام النزاع في الحق المراد إثباته ، في حين أن المعاينة والخبرة يعدان دليلان للإثبات ومن جملة طرائق الإثبات التي لا تتهيأ إلا بعد قيام النزاع ونظر الدعوى أمام القضاء، فضلاً عن أن اضبارة الكشف مستقبلاً قد تعد من أدلة الإثبات الرسمية ، لأنها تؤدي إلى إعفاء المدعي من عبء الإثبات، فالكشف لا يعدو أن يكون إجراءً قضائياً أيضاً تقوم به المحكمة، ويمكن أن يندرج تحت الأدلة الكتابية الرسمية .

أما المعاينة فهي مايراه القاضي بعينه ([٩٥]) ، وهي تجري من قبل القاضي وحده، واذا ما اقتضت الامور الاستعانة بخبير عينت المحكمة خبيراً للاستعانة به في اثناء المعاينة ([٩٦]) ، فاجراء المعاينة برأينا مقتصر على القاضي وحده، وتجري في أثناء نظر الدعوى فقط، لأن المعاينة

([٩٣]) ينظر : محمد بن ابي بكر بن عبد القادر الرازي (ت:٦٦٦هـ)، مختار الصحاح ، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨١م، ص٥٧٢.

([٩٤]) ينظر : فؤاد افرام البستاني، مرجع سابق، ص٦٤٤.

([٩٥]) ينظر : فؤاد افرام البستاني، مرجع سابق، ص٥١٠.

([٩٦]) تنظر : المادتان/ ١٢٦ و١٣٠ من قانون الاثبات العراقي والمواد المقابلة لها في القوانين المقارنة الاخرى المذكورة آنفاً.

دليل إثبات وممكن أن يكون تقرير المعاينة سبباً للحكم، لذا بتقديرنا لا يستطيع الخبير اجراء المعاينة بدلاً من القاضي اطلاقاً، ولكن تستطيع المحكمة أن تستعين بخبير في أثناء المعاينة ، ويدرج رأيه في تقرير المعاينة الذي قد يعد سبباً للحكم، وإذا ما اقتضى الموضوع أن يحرر الخبير تقرير ومحضر بالخبرة فتطبق عليه احكام الخبرة عندئذ.

أما في حالة الكشف المستعجل (المعاينة بدعوى أصلية) فقد يقوم به القاضي أو يكلف الخبير فيقوم بعمل تقرير ومحضر تطبق عليه أحكام الخبرة وقد يتخذ سبباً للحكم، أو قد يقتصر الأمر على مجرد إعطاء رأي يدرج في محضر الكشف المستعجل (المعاينة بدعوى أصلية) الذي يقوم به القاضي، وهنا يكمن بتقديرنا التمييز بين الكشف المستعجل (المعاينة بدعوى أصلية) وبين الخبرة.

وللزيادة في التوضيح نستشهد بالتطبيق العملي الاتي لقرار صادر من محكمة تمييز العراق انه " لدى التدقيق والمداولة تبين ان القرار المميز غير صحيح، وذلك لان سبب الخلاف بين طالب الكشف المستعجل (المميز عليه) والمطلوب الكشف ضده (المميز) ينصب على نسبة مزج الرمل بالاسمنت واستعمال المزيج في البناء، وحيث ان الوقوف على هذه النسبة ومدى موافقتها لشروط التعهد يوجب اجراء تحليل فني من جهة مختصة تعين هذه النسبة، لامجرد مشاهدة عيانية يجريها الخبراء، ولما كانت المحكمة قد اعتدت في قرارها على رأي الخبراء الذين اكتفوا بالنظر المجرد وقدروا صلاحية المواد دون اجراء التحليل، لذا قرر نقض القرار المميز واعادة الاضبارة الى محكمتها لاجراء التحليل وفق ماتقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعاً للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في ١٠/٩/ ١٩٦٨ " ([٩٧]) .

وبهذا يتضح لنا مما سبق أن الخلاف كان على نسبة مزج الرمل بالاسمنت، فلا يعتمد عند الكشف على مجرد مشاهدة الخبراء، بل يجب اجراء تحليل فني من جهة مختصة، أي كشف للموضوع الخفي وليس مشاهدة لما يراه بعينه، لان الكشف يعني اظهار الشيء المخفي، وقد يتم من قبل القاضي اذا كان الامر واضحا لديه أو قد يتم من قبل الخبير وحده او قد يستعين القاضي بخبراء من اجل معرفة تصدع الجدار مثلا، وقد يحتاج الامر الى هدم جزء منه او حفر اساسات او تحليل فني كما في القرار المذكور آنفا من اجل كشف الشيء المخفي من الموضوع واظهاره ، ثم تتم بعد عملية الكشف وإقامة الدعوى ، اجراء المعاينة أي مشاهدة القاضي بعينه

([٩٧]) قرار محكمة تميز العراق رقم ٨٣/ مستعجلة/ ١٩٦٨ في ١٠/٩/١٩٦٨، المنشور في قضاء محكمة تمييز العراق، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨م، دار الحرية للطباعة مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧١م، المجلد ٥، ص١٥٤.

لكل التفاصيل من أجل تثبيتها بتقرير المعاينة، او معاينة فنية من قبل الخبير اذا ما كان الامر يتطلب معرفة علمية او فنية.

فالكشف اذن ممكن ان يجري على اشياء عديدة ولمناسبات عدة، فمثلا ممكن ان يجري الكشف لغرض تقدير التعويض كما نصت على ذلك المادة /١٣ من قانون الاستملاك العراقي النافذ رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ المعدل على انه " **اولاً : تجري المحكمة الكشف لغرض تقدير التعويض من قبل هيئة التي تشكل من قاضي المحكمة وعضويه : ... رابعا : تسترشد الهيئة في التقرير بالاسس والقواعد الواردة في هذا القانون للتوصل الى التعويض العادل بتاريخ الكشف والتقدير، وللهيئة الاستعانة بالخبراء ان دعت الحاجة الى ذلك وفي حالة اعادة الكشف والتقدير فيتخذ تاريخ الكشف الاول اساسا للتقدير** " .

ويتضح لنا من نص المادة اعلاه انه بالامكان ان تكون هناك عملية كشف اثناء نظر الدعوى وليست مقتصرة فقط على القضاء المستعجل مع جواز الاستعانة باهل الخبرة في ذلك الكشف، كذلك ينبغي الاشارة الى ان هناك حالات اخرى من الكشف توجب الاستعانة باهل الخبرة، حيث تلزم المحكمة الاستعانة بالخبراء اثناء الكشف وذلك طبقا لاحكام المادة / ١٨ من قانون الاستملاك العراقي التي نصت على انه " **اولاً : اذا كان العقار المطلوب استملاكه من الاراضي وطلب المستملك وضع يده عليه فورا، فتقرر المحكمة الموافقة على ذلك اذا تأيد لها وجود اسباب مبررة، على ان تقوم بتثبيت حالته الراهنة بصورة مستعجلة. ثانيا : اذا ظهر للمحكمة عند الكشف وجود منشأة او مغروسات او مزروعات في الارض المطلوب استملاكها، فعليها ان تستعين باهل الخبرة لوصفها وصفا دقيقا شاملا وتنظيم مخططات لها تمكن من معرفة مشتملاتها واخذ صور فوتوغرافية لها اذا استوجب الامر ذلك** " .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بأنه "... **ولدى عطف النظر إلى الحكم المميز وجد أنه صحيحاً وموافقاً لأحكام قانون الاستملاك، كما أن التعويض المقدر من قبل الخبراء الذين استعانت بهم هيئة التقدير والمقدم إلى المحكمة بتاريخ ٢٠٠٦/٤/٢٦ جاء معتدلاً وموافقاً لأحكام الفقرة (رابعاً) من المادة /١٣ من قانون الاستملاك لأن الخبراء راعوا في تقديرهم تاريخ طلب الاستملاك في ٢٠٠٥/١٢/٥ لذا تقرر تصديق الحكم المميز ورد الطعنين التمييزيين وصدر القرار بالاتفاق في ٢/جماد الأول/١٤٢٧هـ والموافق ٢٠٠٦/٥/٢٩م** " ([٩٨]) .

([٩٨]) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم ١٩٢و١٩٤/ ت. ب /٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٥/٢٩ (قرار غير منشور) ؛ وعلى النهج نفسه قضت المحكمة ذاتها في قرارها رقم ٥٦٤و٥٧٤/ ت. ب /٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١٢/١٨ (قرار غير منشور) .

كما قضت بهذا الصدد أيضا محكمة بداءة الموصل أنه "... **والكشف الجاري من قبل هذه المحكمة بالمحضر المؤرخ ٢٠٠٧/٢/١١ بصحبة الخبير القضائي الذي قدم تقريره المؤرخ ٢٠٠٧/٢/١٢ الذي بين فيه أن المشيدات عبارة عن دار سكن مبني على الطراز الغربي من طابقين مكتمل البناء وينطبق عليه وصف المشيدات السكنية ، وحيث ثبت المحكمة البيع والنكول وإحداث المشيدات السكنية على العقار من دون معارضة تحريرية من المدعي عليه ، ولتوفرت شروط التمليك ولما تقدم من الأسباب وبالطلب ، حكمت المحكمة بتمليك المدعي...** " ([٩٩]).

وبهذا يتضح لنا مما سبق ومن نص المادة اعلاه وقرار المحكمة، ان الكشف قد تقوم به المحكمة في القضاء العادي كما في القضاء المستعجل ، وذلك في حالة اتضاح حقيقة الشيء بسهولة، اما اذا كان الكشف عن امور يصعب عليها اظهار حقيقة الشيء المخفي فيجب عليها الاستعانة باهل الخبرة كما في حالة وجود منشأة او مغروسات او مزروعات في الارض المطلوب استملاكها.

ومما تجدر الاشارة اليه في هذا الصدد، ان المادة المذكورة آنفاً تفتح المجال للاستعانة ايضا بوسائل التقدم العلمي الحديثة في عمليتي الكشف أو المعاينة والخبرة، وذلك بالاستعانة بالصور الفوتوغرافية وغيرها اذا استوجب الامر ذلك.

وأخيراً يتضح لنا مما سبق مدى صحة تسمية قانون المرافعات العراقي مصطلح الكشف في القضاء المستعجل وتمييزه بين الكشف والمعاينة، حيث انفرد عن القوانين المقارنة الأخر التي لم تكن موفقة باستخدامها مصطلح المعاينة في القضاء المستعجل ، والتي تقصد به الكشف لتثبيت الحالة، حيث لا يمكن إجراء المعاينة قبل إقامة الدعوى لأن المعاينة دليل إثبات، أما أثناء إقامة الدعوى فمن الممكن إجراء كشف عند الحاجة لإظهار واقع الحال دون الدخول بالتفاصيل، أما إذا احتاجت المحكمة للتأكد من صحة الوقائع فتقوم بالمعاينة والفحص وتثبيت ذلك في تقرير المعاينة الذي يعد دليل إثبات وسبباً للحكم، ونعتقد أنه كان ينبغي على التشريعات أن تذكر

([٩٩]) قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٢٠٠٦/٦١٠٤ في ٢٠٠٧/٢/١٨ (قرار غير منشور) ؛ وفي هذا الخصوص جاء في قرار لمحكمة تمييز العراق أنه ".. **يضاف إلى ذلك أن الكشف الذي أجرته المحكمة بمعرفة الخبير المساح جاء غامضاً وغير حاسم برأي يقطع النزاع مما يدل على أن الخبير نفسه لم يكن قد أفهم بموضوع النزاع لذلك قرر نقض الحكم المميز وإعادة أوراق الدعوى...** " ، قرار محكمة تمييز العراق رقم ٣٤١/ حقوقية غير المنقول/١٩٦٨ في ١٩٦٨/٦/١٧، نقلاً عن: قضاء محكمة تمييز العراق، مرجع سابق، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨م، المجلد ٥، ص١٣٧.

المصطلحين الانتقال للكشف أو المعاينة أثناء نظر الدعوى، حتى يظهر الفرق بينهما واضحاً، ويزيل الاشكالات حولهما .

المبحث الثالث

تمييز المعاينة القضائية من علم القاضي الشخصي

إن المقصود بعلم القاضي هو العلم الشخصي بالواقعة او المسألة الحاصلة خارج مجلس القضاء أو في مجلس القضاء ولكن في غير الدعوى التي تجري المرافعة فيها([١٠٠]).

والحقيقة ان الاثبات بالمعاينة التي تتم بمجلس القضاء او بانتقال القاضي لمشاهدة عين المتنازع عليه كالعقار او المنقول، يعني ان القاضي سوف يقف بنفسه على الوقائع المتنازع عليها ويشاهدها ويستخلص وجه الحق فيها، لذا فهي تعد بحق من طرق الاثبات المباشرة لاتصالها المباشر بالواقعة محل الاثبات، وهو في عمله هذا سوف يحكم بعلمه ومشاهدته وفهمه لها حيث يعتبر الاثبات عن طريق المعاينة ضربا من ضروب قضاء القاضي بعلمه ولكن المسموح به ([١٠١]) .

فاذا كانت القاعدة العامة تقضي بعدم جواز القضاء بعلم القاضي الشخصي، الا ان هذه القاعدة لا تنطبق الا على علم القاضي السابق على وقائع النزاع، اما علمه الذي اشتقه من وقائع التداعي وما حصل عليه من فهم فيها فهو امر جائز القضاء به ([١٠٢])، وهذا يعد بتقديرنا استثناءً على اصل القاعدة التي لا تجيز للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي، فقد نصت المادة / ٨ من قانون الاثبات العراقي على انه " **ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة...** " ، وتطابقها المادة /١٤١ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة /٢ من قانون البينات السوري، والمادة /٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني ، والمادتان/٦و٧ من قانون المرافعات الفرنسي، في حين لم يرد نص مماثل في القانون المصري والسعودي ([١٠٣]).

ونلاحظ في هذا المجال التقاء أحكام القوانين الوضعية مع الفقه الاسلامي المبارك، والسبب في هذا المنع يرجع الى الخوف من قضاة السوء، فعلى الرغم مما عرف عن الاوائل من السلف الصالح من صلاح وتقوى، وماعرف عن نظام القضاء في الاسلام من تشدد في الصفات التي

([١٠٠]) ينظر : المحامي حسين المؤمن، حكم الحاكم بعلمه في الشريعة والقانون، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية، ١٩٧٦، س٣١، ع٣، ص١١٣.

([١٠١]) ينظر : ينظر : د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، من دون سنة طبع، ج٢، ص٣٢٢.

([١٠٢]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.احمد عبد المنعم البهي، مرجع سابق، ص١٢٥.

([١٠٣]) تنظر : المادة / ٨ من قانون الاثبات العراقي ؛ والمادة /١٤١ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /٢ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني؛ والمادتان/٦و٧ من قانون المرافعات الفرنسي .

يجب ان تتوافر في متقلد القضاء، فإن منع القضاة من الحكم بعلمهم الشخصي كانت نتيجة طبيعية لمنع حياد القاضي، لأن من أبرز المظاهر الموضوعية لمبدأ حياد القاضي هو منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي ([١٠٤]) ، ومن ثم فهو النتيجة الطبيعية المترتبة على حق الخصوم في مناقشة أي دليل يقدم اليهم في الدعوى .

فمن المبادئ المقررة قانوناً أن القاضي لا يمكنه أن يعزز قناعته في النزاع المطروح عليه ويسند قضاءه فيه إلى وقائع حصل عليها بغير الطريقة التي عينها ورسمها القانون ، إذ أن دور القاضي هو تطبيق القواعد القانونية على الوقائع التي يتكفل طرفا النزاع بتقديم الأدلة على صحتها ، وإن حكم القاضي يصدر استناداً إلى ما يعرضه الخصوم من أدلة وما أضيف إلى إضبارة الدعوى من أوراق ومستندات اطلع عليها جميع الخصوم وفسح المجال لهم بمناقشتها علناً ، لأن ذلك من بديهيات حق الدفاع وحق مناقشة ما قدم من أدلة .

وبهذا فليس للقاضي أن يكون اعتقاده إلا بطرق الاثبات المحددة قانوناً ، ولا يجوز له أن يقضي بعلمه الشخصي استناداً للنصوص القانونية المشار اليها آنفاً ، وبالطبع فإن المقصود من هذا المنع هنا ليس هو علم القاضي بالقانون فذاك مفروض فيه ، بل الواجب عليه أن يطبق القانون وأن يستعين بمراجعة نصوص القانون وأسبابه الموجبة ومذكراتها الايضاحية وآراء الفقهاء إن صعب عليه فهمها ، إلا أن اعتماده في النهاية إنما يكون على فهمه الشخصي لحكم القانون ، ويبني على ذلك أنه يخضع في هذا الفهم لرقابة محكمة التمييز، غير أن هناك حالة واحدة أجازت فيها التشريعات عموماً للقاضي أن يحكم بعلمه متجاوزاً بها هذه القاعدة ، فضلاً عن الاستثناءات المنصوص عليها قانوناً ، وذلك في المادة /٨ من قانون الاثبات العراقي وهي فيما إذا أخل شخص سواءً من الخصوم ام من غيرهم بنظام الجلسات ([١٠٥]) ، إلا أنه نرى أن هذه الحالة كما يبدو لنا لا تعد استثناءً حقيقياً لقاعدة حظر القاضي من الحكم بعلمه الشخصي ، ذاك أن العلم الذي يستند إليه القاضي في هذه الحالة لم يحصل عليه خارج مجلس القضاء وإنما هو في ذات المجلس وفي الدعوى التي تجري المرافعة فيها وهو قضاء بالمعاينة بالوقائع الماثلة أمامه .

وبهذا يتضح لنا اخيرا مدى التشابه بين مسألة علم القاضي والمعاينة، في ان كليهما يحصل فيها القاضي على المعلومات التي تفيد الفصل في النزاع المعروض عليه، كما ان العلم فيهما متحقق تماماً ، لان علم القاضي يحدث عندما يدرك القاضي واقعة حدثت على مرأى ومسمع

([١٠٤]) للمزيد من التفضيل ينظر : د. فارس علي عمر الجرجري، مبدأ حياد القاضي المدني دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر الامارات ، ٢٠١٢ م ، ص٦١ ومابعدها.

([١٠٥]) تنظر : المادة / ٦٣ من قانون المرافعات العراقي؛ والمادة / ٥ من قانون الاثبات العراقي .

منه، والامر كذلك بالنسبة إلى المعاينة ، وذلك عندما يطلع القاضي على المحل المتنازع عليه ويقف على معالمه فيتأكد ويتحقق من كل مايجري، فضلا عن انه في علم القاضي والمعاينة يقف فيهما القاضي مباشرةً على الواقعة المتنازع عليها دون ان يصل ذلك العلم الى القاضي بطريقة اخرى غير المشاهدة والمعاينة .

وعلى الرغم من التشابه بين علم القاضي والمعاينة و فان هناك اختلافاً بينهما في عدة جوانب، فعلم القاضي الشخصي بالواقعة محل النزاع يحصل عليه القاضي بصفته الشخصية خارج نطاق وظيفته او بصفته قاضي ولكن في غير الدعوى المنظورة، فلا تعد بهذا من ادلة الاثبات ، بل نصت عليه التشريعات عموماً وأجمع الفقه على عدم جواز حكم القاضي بعلمه، في حين ان المعاينة تعد من ادلة الاثبات المباشرة والفعالة في الاثبات، يكلف القاضي واجب المشاهدة ومعاينة الوقائع والتحري عنها في سبيل استجلاء الحقيقة.

المبحث الرابع

تمييز المعاينة المدنية من الكشف الجنائي

مما لاشك فيه ان هناك تشابهاً كبيراً بين المعاينة والكشف الجنائي، وبالرغم من ذلك فهناك بعض الاختلافات الواضحة بينهما في العديد من الامور، اذ تطلق كلمة كشف على المعاينة في المسائل الجنائية، التي تعني مشاهدة المكان الذي وقعت فيه الجريمة وحالة المجني عليه وحالة المتهم اذا كان مقبوضا عليه ووصف كل ذلك بصورة دقيقة وشاملة ([١٠٦]). ولا يكون الكشف كاملاً مالم يكن صورة طبق الاصل لمكان الحادث كما تركه الجاني وكما يراه القاضي والمحقق، لان الغاية الاساسية منه ليست مجرد استنتاج المحقق فقط، بل تمكين الاتهام والدفاع والقضاء وكل ذي شأن في الدعوى من تصور حقيقة محل الحادثة ([١٠٧]).

في حين اننا نلاحظ ان هناك عدم تطابق بين مصطلحي الكشف والمعاينة في المسائل المدنية، اذ لكل منهما معناه الخاص المستقل عن الآخر كما بينا ذلك سابقاً .

فالكشف في المسائل الجنائية يعد من اهم الاجراءات التحقيقية فهو يعبر عن واقع الحادثة تعبيرا شاملا وصادقا ودقيقا، فيكون لدى قاضي التحقيق او الادعاء العام او المحقق صورة واضحة عن مكان الجريمة واثباتها او نفيها وكيفية ارتكابها ومن يتصل بها من اثار تفصح عن الجاني او الجناة، وهو بهذا المعنى يعطي صورة متكاملة عن الواقعة منذ بدايتها حتى نهايتها ([١٠٨])، وبهذا تشابه المعاينة المدنية، فيما عدا ان القاضي هو الذي يقوم بنفسه باجراء المعاينة في المسائل المدنية حصرا، وقد يستعين بخبير اثناءها اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة، فقد أجازت القوانين عموما للمحكمة المدنية او الجنائية أن تستعين بخبير أو أكثر في المسائل التي تحتاج الى رأي ، وأن تقدر أجوره بلا مغالاة، أما مصاريف الانتقال هذه فتتحملها خزينة الدولة، ولا يفرض شيء منها على ذوي العلاقة في المعاينة الجنائية حسب قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي ([١٠٩]) ، بخلاف ما عليه الحال في المعاينة المدنية التي يتحملها الطرف الذي يخسر الدعوى.

([١٠٦]) ينظر: د.سلطان الشاوي، اصول التحقيق الاجرامي، شركة اياد للطباعة الفنية، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٣م، ص٥١.

([١٠٧]) ينظر : د.احمد فؤاد عبد المجيد، التحقيق الجنائي، القسم العلمي، القاهرة، ١٩٣٩ ، ص١٠٨؛ د. محمود حسن، التحقيق الجنائي العلمي والفني، ط١، القاهرة، ١٩١٣م، ص٦٧ ؛ د.احسان الناصري، اصول التحقيق الجنائي، بغداد، ١٩٤١م، ص٦٩.

([١٠٨]) ينظر : د.محمود انور عكاشة، المبادئ الاساسية في التحقيق الجنائي العلمي، القاهرة، ١٩٦٩م، ص٧١.

([١٠٩]) تنظر : المادتان / ١٦٥ و١٦٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

كما يجوز ان يكون دليل المعاينة الجنائية من جملة الادلة التي تستند اليها المحكمة في حكمها([١١٠])، وكذلك الحال بالنسبة إلى المعاينة المدنية فيمكن للمحكمة ان تتخذ منها سببا لحكمها ([١١١])، فضلاً عن أن هناك قواعد عامة في الكشف الجنائي يجب ان يتبعها المحقق عند القيام باجرائه كالاسراع في الكشف، ولايتم ذلك الا اذا انتقل بسرعة الى محل الحادث، لمنع أي تغيير قد يحصل فيه ([١١٢])، حيث يقوم بالوصف الدقيق الشامل سواءً بالكتابة ام باستخدام التقنيات الحديثة كالآت التصوير الشمسي او بالرسم الهندسي وغير ذلك، من اجل ان يصل الى الاستنتاج والاستدلال وهي تشبه بعض اجراءات المعاينة المدنية.

كذلك يجب عند الانتقال للكشف الجنائي ان يدون المحقق ساعة وصوله واسماء الاشخاص الذين بصحبته، ويبدأ بوصف المكان من الخارج ، وذلك ببيان موقع المكان وحدوده وما يحيط به من طرق واسوار وحدائق ومنازل، ويستطيع ان يسترشد عند الضرورة بمن في المنزل من اصحابه وخدمه اذا احتاج اليهم لاكمال معلوماته فيستفسر منهم، ومن ثم يكتب وصفا كاملا لكل مايعثر عليه حول المداخل الاعتيادية لمكان الحادث ([١١٣])، كما عليه ان يثبت أيضا حالة الاشخاص والاماكن في محل الحادثة وكل ما يفيد الكشف عنها ، كمعاينة الاثار المادية والمحافظة عليها ، كآثار الاقدام وبصمات الاصابع والخدوش والثقوب أو الحفر الحاصلة في الجدران أو السقوف أو الارض، كما يستطيع أن يستمع الى اقوال من كان حاضراً ، وله أيضا سماع الشهود وكل من له علاقة بالحادث ، وكل من يرى لزوما للاستيضاح منه وينظم محضرا ومرتسما بذلك ([١١٤])، واذا راى أن عدم مغادرة الحاضرين لمكان الحادث مما يساعد على القاء الضوء على الحادثة ، فله ان يمنع مغادرتهم مكان الواقعة أو الابتعاد عنه حتى يتم تنظيم محضر بذلك، ولنفس الغرض له أيضا ان يحضر في الحال كل شخص يمكن أن يحصل منه ايضاحات بشانها، واذا لم يمتثل احد لذلك الامر فعليه ان يدون ذلك في المحضر([١١٥])، وهو بهذا يشابه بعض اجراءات المعاينة في المسائل المدنية أيضا.

([١١٠]) تنظر : المادة / ٢١٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

([١١١]) تنظر : المادة / ١٣١ من قانون الاثبات العراقي.

([١١٢]) تنظر : المواد / ٤٣ و٤٤ و ٤٩ و ٥٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

([١١٣]) ينظر : د.سلطان الشاوي، مرجع سابق، ص٥٧.

([١١٤]) تنظر : المادة / ٤٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

([١١٥]) تنظر : المادة / ٢٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

هذا فضلا عن ضرورة تحرير محضر بالكشف او المعاينة، سواء في المسائل المدنية ام الجنائية لان تحريره بعدئذ يؤدي الى نسيان او اهمال اثبات الاشياء او امور لها علاقة بالجريمة او بالفاعل حتى ولو كانت تافهة خصوصا في المسائل الجنائية، اذ ان ذكرها قد يكون له عظيم الاهمية في التحقيق ([116]).

كما ان للمحقق ان يرغم المتهم او المجني عليه في جناية او جنحة على التمكين من الكشف عن جسده واخذ تصويره الشمسي او بصمة اصابعه او بصمات اقدامه اوالقليل من دمه او خصلة من شعره او قلامة من اظفاره او غير ذلك مما يفيد التحقيق لاجراء الفحص اللازم عليه، ويجب بقدر الامكان ان يكون الكشف على جسد الانثى بواسطة انثى ([117]) ، بخلاف ما عليه الحال بالنسبة إلى القاضي في المسائل المدنية عند معاينة الاشخاص، اذ يمكن ان يرى مبلغ التشويه الذي اصاب وجهه او جسد المدعي لاثبات الضرر الذي حدث نتيجة خطأ المدعي عليه، بشرط ان يتم ذلك باتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته، واذا كان تقدير معاينة الشخص يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة فعليها ان تستعين بخبير في ذلك.

وينبغي للمحكمة سواءً في المسائل المدنية ام الجنائية ان تمكن الخصوم من حضور اجراءات المعاينة، فيجب عليها عند قيامها باجراءات الكشف في المسائل الجنائية ان تمكن الخصوم والمتهم على الاخص من الحضور([118]) ، في حين لا تكون المحكمة في المسائل المدنية ملزمة بالاستجابة لطلب الانتقال للكشف اوللمعاينة على محل الواقعة، وعليها ان رأت عدم الاستجابة للطلب ان تذكر اسباباً مقنعة ومستساغة لذلك والا كان حكمها عرضة للنقض ([119]).

([116]) تجدر الاشارة الى ان هناك من المحققين من يدونون المعلومات التي يحصلون عليها عن الحادث في ورقة منفصلة ثم بعد ذلك يقومون بتحرير محضر الكشف بعدئذ ، وهذه الطريقة باعتقادنا غير صحيحة وضارة ، لانها تؤدي الى ضياع كثير من المعلومات، لذا ينبغي ملاحظة ذلك والتأكيد عليها .

([117]) تنظر : المادة / ٧٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

([118]) تنظر : المادتان / ١٦٣ و١٦٥ من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي.

([119]) تنظر : المادة / ١٢٨ من قانون الاثبات العراقي.

الفصل الثالث

محل المعاينة القضائية

ويشتمل هذا الفصل على مبحثين هما على

النحو الآتي :

المبحث الأول/ الاثبات بالمعاينة القضائية

للاشخاص .

المبحث الثاني/الاثبات بالمعاينة

الفصل الثالث

محل المعاينة القضائية

لا شك أن المعاينة القضائية تعني ما تراه المحكمة بعينها فهي المشاهدة بالعين المجردة بالفحص والاجتهاد في معرفة الحقيقة ، واكتشاف العله ، ذلك أن الإثبات بالمعاينة القضائية أمر لابد أن توجبه معرفة الحقيقة وصولا إلى العدل والحق ، وهو بهذا هدف كل قضاء عادل.

فالمعاينة القضائية هي مشاهدة المحكمة بنفسها محل النزاع للتحقق من صحة الاوصاف التي يدعيها صاحب الشأن فيه، أو انتقالها لمعاينة المحل المتنازع فيه ومشاهدة محل النزاع ايا كانت طبيعته سواء اكان عقارا ام منقولا ، وبصفة عامة كل ما يقع عليه النزاع ويتحدد نطاقه ضمن هذا الاطار، مما يظن ان تكون معاينته مجدية .

وقد لا تتطلب المعاينة القضائية مثل هذا الانتقال كما لو كان محل المعاينة شخصاً او منقولا، يمكن معاينته في جلسة المحكمة، اما اذا كان محل المعاينة عقارا او منقولا يتعذر او يصعب احضاره امامها لمعاينته، او كنا بصدد معاينة شخص حالت ظروف واعتبارات معينة من حضوره اليها لمعاينته فتتم المعاينة بانتقال المحكمة اليه ، وهذا ما سيؤدي بالطبع الى توضيح الحقيقة للمحكمة وفهمها للدعوى المعروضة عليها.

لذا من المتصور ان ترد المعاينة على الاموال المنقولة وغير المنقولة فضلاً عن الحقوق الأخر كحق الارتفاق وغيره، كما يمكن ان يكون محلا للمعاينة أي شيء متنازع فيه، فضلاً عن امكانية حصولها على الاشخاص أيضاً.

فالاصل ان تقوم المحكمة بتحري حقيقة الادعاءات في مجلسها وسندها في ذلك قناعتها عن طريق الادلة التي يطرحها الخصوم في الجلسة، غير ان هناك حالات لايمكن الوقوف على حقيقتها الا بمشاهدة المحكمة بنفسها للمدعى به، سواء في الجلسة او خارجها أي بانتقالها الى محل النزاع لكي تتثبت من حالته واوصافه وجميع ما يحيط به توصلا لاعطاء الرأي او الحكم المقتضى بشانه، خاصة عندما يكون محل المعاينة عقاراً او منقولاً يصعب او يتعذر او يستحيل احضاره الى مجلسها، او اذا كنا بصدد معاينة شخص حالت ظروف واعتبارات معينة دون حضوره إلى المحكمة، ولتوضيح ذلك ينبغي ان نقسم هذا المبحث على المبحثين الاتيين :-

المبحث الاول : الاثبات بالمعاينة القضائية للاشخاص .

المبحث الثاني : الاثبات بالمعاينة القضائية للاموال .

المبحث الاول

الاثبات بالمعاينة القضائية للاشخاص

الملاحظ لنصوص القوانين عموما يجد انه من الممكن اجراء المعاينة على الاشخاص ، وذلك بناء على نص المادة /١٢٦ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه " ترد المعاينة على الاموال والاشخاص مع الاخذ بنظر الاعتبار مايلي : اولاً : ان معاينة الشخص يجب ان تتم مع كل الاحتياط الواجب لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته . ثانيا : على المحكمة ان تستعين بخبير لمعاينة الشخص اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة " ، ولم يرد نص مماثل بهذه الصراحة والوضوح في القوانين المقارنة الاخرى ، وبهذا يكون قانون الاثبات العراقي قد انفرد عن القوانين المقارنة الاخرى ([١٢٠]) ، بالنص صراحة على اجراء معاينة على الاشخاص ، وبالرغم من عدم نص القوانين المقارنة على ذلك ، فانه من المتصور ان ترد المعاينة على الاشخاص فيهم أيضا وذلك حسب القواعد العامة ([١٢١]) .

ويشترط في معاينة الاشخاص ان تتم وفق شروط خاصة اوجبتها المادة اعلاه من قانون الاثبات العراقي، من وجوب اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته وعدم المساس بحرية الشخص وشخصيته، وكذلك وجوب استعانة المحكمة بخبير لمعاينة الشخص اذا كان تقدير تلك المعاينة يحتاج إلى معرفة علمية او فنية خاصة.

فالاصل اذن ان تعقد المحكمة جلساتها وتجري مرافعاتها في مجلسها، ولذا يعد انتقالها الى المحل المتنازع فيه خروجاً عن ذاك الاصل، فيمكن ان تقرر الانتقال بنفسها لمعاينة الشخص المطلوب معاينته عندما يتعذر او يتعسر احضاره الى جلسة المحكمة، كأن تكون حالته لاتسمح باحضاره لمرضه او لشدة اصابته فتقرر المحكمة عندئذ الانتقال اليه لمعاينته.

وينبغي الاشارة الى وجوب توافر شروط عامة في المعاينة سواءً اكانت على اموال ام اشخاص، كوجوب اتخاذ قرار باجراء المعاينة، وتحديد موعد لاجرائها، ودعوة الخصوم اذا ما ارادوا حضور اجراءات المعاينة، ووجوب تنظيم محضر بكل الاجراءات.

([١٢٠]) للمزيد من التفصيل ينظر : أ. د.عباس العبودي، المبادئ الجديدة في قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، مجلة العلوم القانونية والسياسية، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٨٦ م ، المجلد ٥، ع١و٢، ص٤٤٣.

([١٢١]) من الجدير بالذكر في هذا الشان ان المذكرة التفسيرية لقانون الاثبات المصري السابق الملغي ، قد اوردت تعليقا حول المادة / ١٨٥ منه ، والتي تقابل المادة / ١٣١ من قانون الاثبات المصري الذي جاء فيه انه " **روعي في صياغة هذه المادة النص على حق المحكمة في ان تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه، وهذه العبارة تتسع للمنقول وللعقار ولكل مايقع عليه النزاع مما يظن ان تكون معاينته مجدية** " ، وللمزيد من التفصيل ينظر: د. احمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون الاثبات ، ط٢، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٨١م، ص٣٤٠.

فضلا عن توافر شروط في محل معاينة الاشخاص ، وهو مايشترط بشكل عام في جميع الوقائع المراد اثباتها ([١٢٢]) ، الى جانب توافر شروط خاصة اوجبتها المادة / ١٢٦ من قانون الاثبات العراقي المذكورة آنفاً ([١٢٣]) ، من ضرورة اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته وعدم المساس بحرية الشخص وشخصيته، كذلك ضرورة استعانة المحكمة بخبير لمعاينة الشخص اذا كان تقدير تلك المعاينة يحتاج الى معرفة علمية او فنية.

ويمكن اعتبار عرض الشخص بقرار من المحكمة على الطبيب او اللجنة الطبية ، لتثبيت الاضرار او التشوهات او العوق او العجز الذي اصابه نتيجة حادث ما، صورة من الصور العديدة لمعاينة الاشخاص ([١٢٤]).

وفي هذا الصدد قضت محكمة بون ليغيك الفرنسية حول ادعاء يتعلق بالعنة انه " ... **في مثل هذه الاحوال لا يجوز للقاضي احضار الزوجين امامه للتحقق من صحة الواقعة المنسوبة للزوج ، بل عليه انتداب طبيب او طبيبة للكشف على الزوج او الزوجة، لمعرفة حقيقة التهمة المنسوبة وتحديد تاريخ طروء العنه** ... " ([١٢٥]).

ويصدق ذلك ايضاً على حالة عرض الشخص على اللجنة الطبية، لتقرير مدى قواه العقلية في دعوى طلب الحجر عليه، او في حالة عرض احد الزوجين او كليهما على الطبيب او اللجنة الطبية في دعاوى معينة من الاحوال الشخصية ([١٢٦]) .

اما ابرز حالات المعاينة على الاشخاص، فتتم في حالة الكشف الطبي على انثى لاثبات حالتها الجنسية او حالة المعاشرة الجنسية او لاثبات حالة الزنا، او لاثبات الحمل

([١٢٢]) تنظر: المادة /١٠ من قانون الإثبات العراقي .

([١٢٣]) تنظر: المادة /٢٦ من قانون الإثبات العراقي التي نصت على انه " **ترد المعاينة على الاموال والاشخاص مع الاخذ بنظر الاعتبار مايلي : اولاً : ان معاينة الشخص يجب ان تتم مع كل الاحتياط الواجب لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته. ثانيا : على المحكمة ان تستعين بخبير لمعاينة الشخص اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصة** " ، ولم يرد نص مماثل بهذه الصراحة في القوانين المقارنة الاخرى.

([١٢٤]) للمزيد من التفصيل ينظر: ابراهيم المشاهدي، نافذة على القانون والقضاء ، شركة السندباد للطباعة المحدودة، بغداد، ٢٠٠٢م، ص٥٢.

([١٢٥]) قرار محكمة بون ليغيك الفرنسية في ١٩٢٤/٣/٧، مجلة المحاماة المصرية، ع٢، س٥، ص١٧١، نقلا عن: د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات دراسة مقارنة، ط١، الدار العربية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٦م، ص٤٥٦.

([١٢٦]) للمزيد من التفصيل تنظر: المواد /٤٠-١و٤٣و٥٧ من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.

المستكن او حالة البكارة او الثيوبة وغيرها، سواءً كان النزاع متعلقاً بطلاق ام اثبات نسب ام اثبات ميراث ام غيرها.

كذلك من المتصور أيضاً اجراء المعاينة على الطفل المولود من خلال الاستعانة بالخبراء من أجل تحليل دمه او تحليل الحامض النووي DNA عن طريق فحص البصمة الوراثية له في دعوى لاثبات ميراثه او نسبه او نفيهما، اذ عن طريق فحص البصمة الوراثية يتم التحقق من هويته عن طريق تسلسل القواعد الامينية على جزيئي الحامض النووي إذ تختلف عادة من شخص لآخر، فيتم تحديد هوية الشخص عن طريق تحليل جزء او اجزاء من هذا الحامض المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه، إذ ان احتمال تطابق تسلسلها على طول الحامض في شخصين غير وارد اطلاقاً، كما هو عليه الحال في بصمات الاصابع ([١٢٧]) .

كذلك بالنسبة إلى التحقق من موت المورث حقيقةً أو من حياة الوارث بانه على قيد الحياة فعلاً بعد وفاة المورث من اجل تقسيم الارث، فيتم اثباتها عادةً بمعاينة القاضي لشخص الوارث، بوصفها دليلاً من ادلة الاثبات، او بالبينة او اعتباراً بان يكون ملحقاً بالاحياء تقديراً كحالة الحمل المستكن في بطن امه ([١٢٨]) .

وهكذا فيشترط اذن في معاينة الاشخاص، ان لا تكون المعاينة مخالفة للنظام العام والاداب او تمس حرية المدعى عليه او شخصيته، فلا يجوز مثلاً معاينة المدعى عليها رغماً عنها لاثبات انها ليست بكر او بانها مصابة بمرض ما لان اجراء مثل هذه المعاينة تمس الحرية الشخصية للفرد، وهذا بالطبع مخالف للنظام العام العالمي أيضاً ([١٢٩]) .

([١٢٧]) للمزيد من التفصيل تنظر : ساركول مصطفى احمد، البصمة الوراثية وحجيتها في اثبات النسب، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة السليمانية، ٢٠٠٧م، ص١٠ وما بعدها.

([١٢٨]) للمزيد من التفصيل ينظر : د.احمد علي الخطيب، شرح قانون الاحوال الشخصية، القسم الاول، في احكام الميراث، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢م، ص١٩.

([١٢٩]) في هذا الصدد تنظر: المادة /٢- د من الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان لعام ١٩٨١م ، والمادتان /٣و٥ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨م ؛ ومما تجدر الاشارة اليه ان الاعلان الاسلامي لحقوق الانسان صدر في التاسع من ايلول عام ١٩٨١ في جلسة اليونسكو وبمبادرة من المجلس الاسلامي ومنظمة المؤتمر الاسلامي، تضمن ديباجة خمسة وعشرين مادة ، تناولت جوانب مختلفة من حقوق الانسان وحرياته، للمزيد من التفصيل ينظر: أ. د. ماهر علاوي الجبوري واخرون، حقوق الانسان والطفل والديمقراطية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة تكريت ، ٢٠٠٩ م ، ص٣٣ ؛ كذلك على الصعيد الدولي كان هناك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للامم المتحدة في العاشر من كانون الاول من عام ١٩٤٨م ، الذي تضمن ديباجة وثلاثون مادة قانونية ، الجدير بالذكر ان العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، مضافا اليها بروتوكولا اختياريا الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ، فضلا عن المصدر الرئيسي لافكار حقوق الانسان

وفي هذا الشأن فقد جاء قرار للمحكمة العليا الاتحادية في الولايات المتحدة الامريكية (**USA**) حين رفضت المحكمة العليا الاتحادية في الولايات المتحدة الامريكية(**USA**)اللجوء إلى هذه الطريقة في قضية بيدرنك(**Bedarnike V.Bedarnike, 16.A.2d8**) والتي يمكن إجمال وقائعها، في أن زوجاً أقام دعوى لتطليق زوجته بسبب الزنا طالباً المحكمة تحليل دمها ودم ولدها، إلا أن المحكمة رفضت طلبه، معللة ذلك بأن إخضاع الشخص لمثل هذه الاختبارات ضد إرادته يعد اعتداءً وإخلالاً بالحصانة التي يقررها القانون العام لحماية الشخص، وتنطوي أيضاً على اعتداء على الحياة الخاصة للإنسان، بينما ذهبت المحكمة العليا في نيوجرسي(**New Jercy**) في قضية مماثلة إلى أن تحليل الدم الإجباري لا يشكل اعتداءً على حرمة الحياة الخاصة للإنسان (١٣٠) .

وينبغي الوقوف عند هذه النقطة قليلاً لاهميتها، ولان هذا الموضوع اثار جدلا ونقاشا وخلافاً طويلاً، عندما عرض على القضاء المستعجل في شأن الدعاوى التي ترفع على امراة لاثبات حالة الحمل المستكن او اثبات حالة البكارة او الثيوبة، وما اذا كان يجوز الكشف عن المراة توصلا الى اثبات هذه الحالات وما اليها مما يتصل بخصائص جسدها .

فمنهم من ذهب الى ان مثل هذه الامور لاتدخل في اختصاص القضاء المستعجل اصلا، وانما يعود الامر فيها الى المحاكم الشرعية، وفي حالة رفض الكشف من قبل المقرر معاينتها، تنظر الدعوى بحالتها الراهنة بمنعزل عن النتائج التي قد يسفر عنها الكشف (١٣١) .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بانه " **... اذا كان المقصود من الطلب المرفوع الى قاضي الامور المستعجلة باثبات حالة المعاشرة الزوجية، هو الزام الزوجة بتقديم دليل ضد نفسها عن طريق الاعتداء على حريتها وشخصها، فان هذا الطلب يكون غير مقبول، اذ لاجدال في ان متابعة الانثى وتعقبها لاجراء الكشف الطبي عليها كرها، رغبة في اثبات حالتها الجنسية وبعد ان صرحت بامتناعها عن اجراء هذا الكشف، هو فضلاً عما فيه من اهدار لادميتها، فانه اعتداء شاذ تاباه الكرامة الانسانية، ومما يتنافى مع الحرية الشخصية، ولان مرد هذه الامور لجهات الاحوال الشخصية المختصة التي من شانها ان تحقق هي اسباب مثل**

عموما في العالم والمتمثل بالاعلان العالمي لحقوق الانسان لعام ١٩٤٨م، تؤلف هذه الوثائق ما يعرف اليوم بالشرعية الدولية لحقوق الانسان التي تعد من المصادر الدولية لحقوق الانسان، وللمزيد من التفصيل ينظر: د. فيصل شنطاوي، حقوق الانسان والقانون الدولي الانساني، ط٢، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١م، ص١١٨.

(130) Anthony V.Anthony. G New Jercy-Super. 41174, A2d, 969 (1950).

(١٣١) ينظر : المستشار محمد عبد اللطيف، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٧٢م، ج٢، ص٣٥٦.

هذه المنازعة بالطرق التي رسمها القانون، وقضاؤها في ذلك مانع من طرح اسانيد هذه المنازعة واسبابه امام جهة قضائية اخرى ... " (١٣٢) .

ومنهم من ذهب الى ان هذه الأمور هي من اختصاص القضاء المستعجل ، كما هي من اختصاص القضاء الشرعي، عندما ترفع دعوى وصف حالة راهنة بهذه الامور، ولكن بالرغم من انعقاد الاختصاص لهذه المحكمة او لتلك فانه يتعين ان يقضي بعدم قبول اجراء الكشف اذا اصرت المدعى عليها على رفض السماح بالكشف على جسدها، مادامت الحالة المطلوبة تتصل بجسد المدعى عليها بل باخص اجزائه، فان اصرت فلايجوز اكراهها لما في ذلك من مساس شديد بحريتها الشخصية وكرامتها الادمية، إذ لايجوز اهدار هذه الادمية والكرامة عن طريق دعوى اثبات حالتها الجنسية (١٣٣) .

وبناءً على ذلك قضت محكمة النقض المصرية بـ " **... ان دعوى اثبات حالة الحمل المستكن وان كانت تنطوي على ارتباط وثيق بالنسب والاحوال الشخصية، الا انها قد ترتبط ايضا بالاموال لتعلقها بالثروة العامة، وفي هذه الحالة يكون الحكم بعدم اختصاص قاضي الامور المستعجلة بنظرها في غير محله الا انه وان كان مختصا بنظرها فهذا لايعني قبول الدعوى باثبات حالة الحمل المستكن، اذ من المقرر انه لايصح قانونا ان يكون شخص الانسان محلا لوفاء ماتعهد به من التزامات او تقديم الدليل لخصمه على مايدعيه، ولايجوز ان ينفذ بذلك كرها عليه، فضلا عن الاصل في العلاقة التعاقدية ان يكون التنفيذ على المال لايتعداه الى شخصه، فلا اقل من ان يتبع هذا ايضا عندما لايكون التزام أصلاً كحالة الحمل المستكن ، فحق اثبات المدعين للحمل المستكن لايحتمل التنفيذ العيني، بل كل مالهم هو ان يلجأوا الى طريق الاكراه المالي فيرفعون دعوى عليها يكلفونها عرض نفسها على طبيب تقدمه المحكمة والا حكم عليها بغرامة تهديدية ... "** (١٣٤) .

اما الراي الراجح والذي نؤيده، فذهب الى ان مثل هذه الدعاوى وان كان من الجائز ان يتفرع عنها نزاع مالي بالنسبة إلى ما تركه المورث من اموال التركة، الا ان ذلك لايعني قبول

---

(١٣٢) قرار محكمة النقض المصرية الصادر في ١٩٥٦/٥/٢١ ، س٧، ص٧٣٧، نقلاً عن : المستشار د.محمد شتا ابو سعد ، الاثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية ، الكتاب السابع المعاينة ، دار الفكر العربي ، القاهرة، ١٩٩٧م، المجلد ٢، ص١٥.

(١٣٣) ينظر : المستشار انس الكيلاني، موسوعة الاثبات في القضايا المدنية والتجارية والشرعية، ط١، دار الانوار للطباعة، دمشق، ١٩٨٢م، ج٣، ص٦٦٩.

(١٣٤) قرار محكمة النقض المصرية في ١٩٤٨/١٢/١١ ، نقلاً عن: المستشار انس الكيلاني، موسوعة الاثبات في القضايا المدنية والتجارية والشرعية، مرجع سابق، ج٣، ص٧٠.

هذه الدعوى لانها تفترض في شخص الادميين محلا لوفاء ماتعهدوا به من التزامات ([١٣٥]) ، وتنطوي على اكراههم على تقديم اجسادهم كدليل لخصومهم مما يعد اهداراً للادمية والكرامة، اما بخصوص اكراه المرأة على تنفيذ الحكم بطريقة التهديد المالي، فانه مردود بان قاضي الامور المستعجلة ممنوع من الحكم بالتهديدات المالية، فضلا عن ان المرأة قد تبقى ممتنعة عن تنفيذ الحكم باثبات الحالة على الرغم من صدور الحكم التهديدي ضدها، وعلى ذلك فان قاضي الامور المستعجلة يقضي بعدم قبول الدعوى اذا عارضت المرأة في الكشف عن جسدها، سواء اكان الكشف مقصودا منه اثبات حالة المعاشرة الزوجية ام اثبات الزنا، ام التعرف على البكارة او الثيوبة او لبيان مايتعلق بالحمل المستكن او طريقة فض البكارة وماشابه ذلك، وسواء أكان النزاع متصلاً بطلاق ام باثبات نسب ام باثبات ميراث، اما اذا لم تعارض المدعى عليها في ندب خبير لاجراء هذا الكشف، فان الدعوى تكون مقبولة عند توافر شرطي الاستعجال وعدم المساس باصل الحق، كما ان الدعوى تكون مقبولة اذا رفعتها الزوجة نفسها وطلبت بها ندب طبيب لاجراء الكشف الطبي عليها، توطئة لرفع دعوى تثبيت نسب او اثبات معاشرة زوجية، كما تكون الدعوى مقبولة اذا رفعت من احد الزوجين بطلب ندب خبير للكشف على الطفل المولود او تحليل دمه، تمهيدا لرفع دعوى باثبات ميراثه او نسبه او نفيهما، اما اذا لم تحضر المدعى عليها اثناء نظر الدعوى فلايعد ذلك قبولا منها لاجراء الكشف الطبي عليها، اذ لاينسب لساكت قول وبذلك فان القاضي المستعجل يقضي في هذه الحالة بعدم قبول الدعوى ([١٣٦]) .

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه قد يختص القضاء المستعجل ايضا بالكشف على جسم انسان بمعرفة طبيب، متى كان ذلك بمحض اختياره ورضاه، وطبقا للمادة /١٢٦ من قانون الاثبات العراقي المذكورة سابقا ([١٣٧]) ، وذلك من اجل اجراء الكشف الطبي على عامل اصيب اثناء العمل

([١٣٥]) في هذا الصدد تجدر الإشارة إلى مسألة مهمة جدا ينبغي التطرق اليها وهي أن جسم الإنسان لا يتعلق بحق مالي وهذا ما أكده سابقاً الفقه الإسلامي العظيم لأن الإنسان له جوهر خاص يمنع من محاولة الخوض في تشبيهه بالأشياء ، لذا فإن جسم الإنسان حياً أو ميتاً له حرمة ولا يمكن أن يكون محلاً ممكناً ومشروعاً للمعاملات، وهذا ما تؤكده القوانين، فقد نصت المادة /١٦-١ من القانون المدني الفرنسي النافذ لسنة ١٨٠٤ المعدل : Code civil LiTec paris 2003 ، والتي نصت على أنه " **جسم الإنسان وعناصره ومنتجاته لا يمكن أن تكون محلاً لحق مالي** " ، وتنظر: المادة /١٦-٣ و٥ منه أيضاً، وبهذا نستدل على الاستبعاد التام لجسم الإنسان من نطاق المعاملات المالية أي الأشياء، فكيف يمكن القول بأنه مال أو شيء بعد ذلك !؟ .

([١٣٦]) للمزيد من التفصيل ينظر : المستشار عز الدين الديناصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء، ط٢، مطابع دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٦م، ص١٨٦.

([١٣٧]) مما ينبغي التنبيه اليه أن المادة /١٢٦ من قانون الاثبات العراقي نصت على انه " **ترد المعاينة على الاموال والاشخاص مع الاخذ بنظر الاعتبار ما يلي : - اولا- ان معاينة الشخص يجب ان تتم مع كل**

لبيان الفترة اللازمة لعلاجه، وما اذا كان قد تخلف عنها عاهة مستديمة ([١٣٨]) من شانها ان تعجزه عن الاستمرار في العمل كليا او جزئيا، او اجراء الكشف الطبي على مريض للتحقيق من مدى مطابقة العملية التي اجريت له لاصول فن الجراحة ، وتحديد وجه الخطأ الذي ارتكبه الطبيب الجراح وبيان العلاج اللازم لمنع تفاقم الضرر المترتب على هذا الخطأ ([١٣٩]).

وبهذا يجوز للقضاء المستعجل ان يامر بندب طبيب لاثبات حالة حمل مستكن او اثبات حصول المعاشرة الزوجية، اذا كانت الدعوى مرفوعة من الزوجة، اما اذا كانت مرفوعة من قبل الزوج او ورثته بطلب اثبات حمل او اثبات حصول المعاشرة الزوجية، واعترضت على ذلك وابدت امتناعها عن اجراء الكشف عليها، فان هذا الطلب يكون غير مقبول، اذ لايجوز اكراه المراة على معاينة اخص جزء من جسدها، لان في ذلك مساساً بحريتها الشخصية وكرامتها، اما

الاحتياط الواجب لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته . ثانيا- على المحكمة ان تستعين بخبير لمعاينة الشخص اذا كان تقدير المعاينة يتطلب معرفة علمية او فنية خاصةً " .

([١٣٨]) مما ينبغي الاشارة اليه في هذا المجال أن المقصود بالعاهة لغة الآفة، فيقال عيه الزرع على ما لم يسم فاعله فهو معيوه ، وعاه المال يعيه اصابته العاهة ، أي الافة ، وارض معيوهة أي ذات عاهة ، واعاهوا وأعوهوا وعوهوا اصابت ماشيتهم او زرعهم العاهة ، للمزيد من التفصيل ينظر: د. احمد مختار عبد الحميد عمر(ت :١٤٢٤هـ) بمساعدة فريق عمل ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، ط١، عالم الكتب ، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، ج٢، ص١٥٨١ ؛ ولا يخرج معنى العاهة الاصطلاحي عن المعنى اللغوي ، فالعاهة المستديمة في القانون هي التسبب في انقاص قدرة الشخص في الدفاع عن نفسه بتشويه جسده أو كسر او جرح أي جزء من اعضاء الجسم ومثل هذه الاصابات استدعت شيئا من التمييز القانوني ، حيث لا تعد كل اصابة تحدث نتيجة تعد عاهة مستديمة فقضم الاذن أو الانف لشخص ما لا يعد عاهة مستديمة، في حين ينظر الى قطع اصبع شخص او فقئ أحد عينيه على انه عاهة ، لان مثل هذه الاصابة ستؤدي الى جعل الشخص اقل قدرة في الدفاع عن نفسه ، وتنظر القوانيين الحديثة الى مثل هذه الاعتداءات على انها اصابات جسدية خطيرة ، والعلاقة بين العاهة والمرض ، هي علاقة بين خصوص مطلق وبين عموم ، فالمرض هو السقم وهو حالة خارجة عن الطبع ضارة الفعل ، ويجتمعان العاهة والمرض انهما فيما ينزل بالانسان من اضطراب، اما المرض فشأنه ان يزول ، وتنفرد العاهة بما شأنها ان تبقى كقطع في حد مثلا، فهي عاهة ليست بسبب مرض ويترتب على العاهة احكام شرعية وقانونية عديدة ، كما تختلف العاهة عن العيب الذي يستعمل بمعنى الشين وبمعنى الوصمة وبمعنى العاهة، فالعيب اهم من العاهة، كذلك تختلف الجائحة عن العاهة ، فالجائحة عبارة عن كل شئ لا يستطيع دفعه ولو علم به، كالبرد والحر والجراد والمطر ، والعلاقة بين العاهة والجائحة هي كعلاقة المسبب بالسبب ، فالجائحة سبب لبعض انواع العاهات وليست هي العاهة ذاتها، وللمزيد من التفصيل ينظر: مجموعة من المؤلفين ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية الكويتية، ط١، مطابع دار الصفوة ، مصر ، من دون سنة طبع ،ج٢٩،ص٢٣٧-٢٣٨وما بعدها (باب المرض والعيب والجائحة) .

([١٣٩]) للمزيد من التفصيل ينظر: المستشار عزالدين الديناصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، مرجع سابق، ص١٧٢؛ المستشار محمد عبداللطيف، قانون الاثبات، مرجع سابق،ج٢، ص٣٥٥.

اذا لم تمانع الزوجة صراحة او ضمنا في اثبات الحالة، فيجوز اجراء الكشف عليها برضاها، وليس فيه أي اهدار لكرامتها او الاعتداء على حريتها الشخصية ([١٤٠]) ، وذلك لان من شروط موضوع الكشف أو المعاينة ان لا يكون المحل شيئاً ممنوعاً في القانون او مخالفاً للنظام العام والاداب، او يمس حرية المدعى عليه او شخصيته .

المبحث الثاني

الاثبات بالمعاينة القضائية للاموال

من الواضح ان المعاينة تشتمل على الاموال ايضا، بل غالبا مايكون محل المعاينة المال الذي يشمل الاشياء المنقولة او غير المنقولة لاسيما في المسائل العقارية، فقد تقوم المنازعة على موقع العقار او مشتملاته وحدوده، او على الحقوق ايضا كحق الارتفاق المقرر له او عليه، وكحق المجرئ او المسيل او حدوث نزاع يتعلق بوضع اليد عليه، او بخصوص تقدير الضرر الذي اصاب العقار نتيجة الحرق او الهدم او غير ذلك من المنازعات كالتجاوز على العقار، كما يمكن ان يكون محلا للمعاينة أي شيء متنازع فيه، فيجوز اجراء معاينة لتقدير الاضرار اللاحقة بسيارة مثلا ومدى اصابتها، كما يجوز اجراء المعاينة للاطلاع على التحريف الواقع في

([١٤٠]) للمزيد من التفصيل ينظر: المستشار انس الكيلاني، موسوعة الاثبات، مرجع سابق، ج٣، ص٦٨٥؛ المستشار محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص٣٥٦.

قيود السجل المدني ([١٤١]) ، وذلك حسب نصوص المادتين/ ١٢٥ و ١٢٦ من قانون الاثبات العراقي والمواد المقابلة لهما في القوانين المقارنة الاخرى الوارد ذكرها سابقاً ([١٤٢]) .

والملاحظ في هذا الصدد على نصوص هذه المواد عموماً ، انها اقتصرت على تقرير حق المحكمة في الانتقال لمعاينة المتنازع فيه دون تحديده ، فجاءت النصوص عامة شاملة، باستثناء المادة / ٣٠٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني التي نصت على انه "... **واذا تعلق النزاع بمال منقول وكان نقله ممكناً فللمحكمة ان تقرر جلبه امامها لمعاينته مالم ترى انه من الاجدى للتحقيق معاينته في مكانه**" ، وكذلك المادة / ٨٣-١ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني التي نصت على انه "..**على اية مال منقول او غير منقول ...** " ، فيصح الانتقال لمعاينة العقار او المنقول ولكل مايقع عليه النزاع من اوراق او مستندات التي يتعذر نقلها الى المحكمة ([١٤٣]) .

فالاصل ان تعقد المحكمة جلستها في مجلسها، ولذا يعد انتقالها الى محل المتنازع فيه خروجاً عن الاصل ، فيمكن ان تقرر المحكمة الانتقال بنفسها لمعاينة الاموال سواء المنقولة منها ام غير المنقولة اذا تطلب الامر الانتقال الى المحل المتنازع فيه لمقتضيات تتطلبها طبيعة النزاع او ظروف الدعوى، كما لو كان موضوع الدعوى يتعلق بتحديد مساحة مزرعة او تجاوز ارض على ارض اخرى او تثبيت حدود عقار، فلابد في هذه الاحوال وماشاكلها ان تنتقل المحكمة الى المحل المتنازع فيه مستندة في ذلك الى نصوص المواد القانونية المذكورة آنفاً.

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بأنه " **لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية فتقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر إلى الحكم المميز وجد أنه صحيحاً وموافق للقانون وذلك لعدم تحقق حالة الضرورة الملجئة في دعوى المدعي وفق أحكام المادة /١٧-١٢ من قانون إيجار العقار المعدل لأن ابن المدعي يشغل أكثر من غرفة مع زوجته وأطفاله منها، أما الزوجة الثانية له فإنها لا تسكن الدار حسبما يتضح من محضر المعاينة المؤرخ ٧/٣٠ /٢٠٠٧ كما يتضح من محضر المعاينة أيضاً أن هناك مشتملات في الدار فارغة وغير مشغولة، أما عن زواج حفيد المدعي فإن الحفيد ليس من المشمولين بمفهوم المادة /١٧-١٢ من القانون المذكور والتي جاء نصها – إذا استجد بعد العقد ضرورة تلجئه هو أو أحد أولاده المتزوجين... – لذا تقرر**

([١٤١]) ينظر : أ. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، مرجع سابق، ص٧٥ ؛ المستشار انس الكيلاني، مرجع سابق، ج٣، ص٦٦٧.

([١٤٢]) تنظر: المادتان /١٢٥ و١٢٦من قانون الإثبات العراقي ، والمواد التي تقابلها في القوانين المقارنة الأخرى المذكورة آنفاً.

([١٤٣]) ينظر: المستشار أنس الكيلاني، مرجع سابق، ج٣، ص٦٥٨.

تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز، وصدر القرار بالاتفاق في ١٤/ رمضان/١٤٢٨هـ الموافق ٢٠٠٧/٩/٢٦م " ([١٤٤]) .

وعلى المنوال نفسه قضت محكمة بداءة الموصل أيضاً في قرار صادر لها بما يأتي : " **... ثم أجرت المحكمة المعاينة الموقعية على العقار موضوع الدعوى بالمحضر المؤرخ ٣/٤ /٢٠٠٧ الذي تأيد من خلاله سكن المدعي في العقار، وحيث ثبت للمحكمة البيع والنكول وسكن المدعي في العقار ولتوفر شروط التمليك ولما تقدم من الأسباب وبالطلب حكمت المحكمة بتمليك المدعي...** " ([١٤٥]) .

ويشترط في محل المعاينة عموما، سواءً أكان معاينة اموال ام معاينة اشخاص، مايشترط بشكل عام في الوقائع المراد اثباتها، واهم هذه الشروط هي:-

أولا / ان يكون محل المعاينة متعلقاً بالدعوى، فلا يجوز معاينة اشياء لاعلاقة لها بموضوع الدعوى، وان كان محل نزاع بين الاطراف، استنادا إلى احكام المادة / ١٠ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على انه " **يجب ان تكون الواقعة المراد اثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجه فيها وجائزا قبولها** " ، وتقابلها المادة / ٢ من قانون الاثبات المصري ، والمادة /١٣٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ، والمادة /٣ من قانون البينات السوري ، والمادة / ٩٧ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة / ٤ من قانون البينات الاردني، في حين لا يوجد نص مماثل في قانون المرافعات الفرنسي ([١٤٦]) .

([١٤٤]) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم ٢٣٧ / ت. ب /٢٠٠٧ في ٩/٢٦ /٢٠٠٧، (قرار غير منشور) ؛ وفي هذا الاطار قضت محكمة بداءة الموصل أيضاً في قرار لها بأنه " ... **ولمحضر الكشف الجاري على العقار أعلاه ولتقرير الخبير القضائي عليه وبالطلب قررت المحكمة الحكم بإزالة شيوع العقار...** " قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٢٠٠٢/٢٣١٧ في ٢٠٠٢/١٠/٢٢ (قرار غير منشور) .

([١٤٥]) قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٧٨٩ /٢٠٠٧ في ٣/٨ /٢٠٠٧ (قرار غير منشور) ؛ وعلى المنوال نفسه قضت محكمة بداءة الموصل أيضاً بأنه " ... **وحيث ثبت من خلال المعاينة على العقار بدلالة المساح أنه واقع حالهُ دار سكن مشغولة من قبل المدعية ولأداء يمين الاستظهار عليه ولتوفر شروط التمليك قررت المحكمة الحكم بتمليك المدعية** ... " قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٧٣٥ /٢٠٠٧ في ١٥/ ٣/٢٠٠٧ (قرار غير منشور) .

([١٤٦]) تنظر: المادة / ٢ من قانون الاثبات المصري ؛ والمادة /١٣٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة /٣ من قانون البينات السوري ؛ والمادة / ٩٧ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة / ٤ من قانون البينات الاردني .

ثانيا / ان يكون محل المعاينة متنازعاً فيه فاذا لم يكن كذلك فلايجوز معاينته، اذ لا تجوز معاينة الماجور مثلا في دعوى المطالبة بالاجور الا اذا كان هناك نزاع على مقدارها.

ثالثا / يجب ان يكون موضوع المعاينة منتجا في الاثبات بناء على النصوص المذكورة آنفاً، فلايجوز اجراء المعاينة على شيء زالت اثاره كلياً، كإجراء المعاينة على سيارة اصيبت بحادث تصادم بعد اصلاحها لتقرير مدى الاصابة التي لحقت بها، ولايجوز معاينة شيء لم تترتب عليه اثار قانونية بعد، كمعاينة ارض في دعوى التصرف لم يمض عليه الزمن القانوني لاكتساب حق التصرف لانها معاينة غير منتجة بعد في الاثبات.

رابعا / لايجوز اجراء المعاينة على شيء ممنوع في القانون او مخالف للنظام العام والاداب ، لأن الدعوى غير مقبولة أصلاً ، فلا يجوز مثلا معاينة الاماكن المعدة للمقامرة او للدعارة في نزاعات تتعلق بالدعارة او المقامرة ، ولا يجوز اجراء المعاينة على مواد مخدرة لخلاف نشأ على نوعها وجودتها، لانها ممنوعة أصلاً في القانون.

خامسا / يجب ان يكون موضوع المعاينة من الممكن معاينته، فلايجوز معاينة شيء مستحيل قانوناً سواءً أكانت استحالة نسبية ام مطلقة، لان المستحيل لايقبل الاثبات عادةً، فلايجوز معاينة المواقع العسكرية الا في الحدود التي تسمح بها طبيعة المواقع ومدى سريتها، كما لايجوز معاينة الاشياء التي يقضي القانون بالحفاظ على سريتها لاسباب تتعلق بالنظام العام، وقد يكون عدم امكانية اجراء المعاينة ناجمة عن الاستحالة الطبيعية سواءً أكانت نسبية ام مطلقة، كمعاينة باخرة استقرت في اعماق البحر، فلا يجبر القاضي على تحمل مخاطر النزول الى اعماق البحر لاجراء هذه المعاينة، ولكن له الاستعانة بخبير أثناء إجرائها ([١٤٧]) .

سادسا / ان يكون موضوع المعاينة جائزاً اثباته بالمعاينة ذاتها، فالتصرفات القانونية لايمكن اثباتها بالمعاينة لان ما تم منها قبل المعاينة لايجوز اثباته الا وفق القواعد العامة في الاثبات، وما سيتم لاتجوز معاينته لان المقنن نظم في مثل هذه الحالات طرقا حددها في القانون وكلف بها جهات معينة، فكاتب العدل هو المكلف بالانتقال وسماع مثل هذه التصرفات التي ستتم، ولكن يجوز للمحكمة الانتقال لمعاينة الاوراق والمستندات التي تم فيها تدوين هذه التصرفات عندما يمنع القانون اخراجها من الاماكن المحفوظة فيها كالسجلات المهمة المتعلقة ببعض الدوائر مثلاً، والمعاينة هنا لاتكون لاثبات هذه التصرفات، لان صاحب العلاقة يستطيع

([١٤٧]) ينظر : المستشار انس الكيلاني، مرجع سابق، ج٣، ص٦٧٠ ؛ وفي هذا المجال تشير المادة /١٦٢٩ من مجلة الاحكام العدلية الى انه " يشترط ان يكون المدعى به محتمل الثبوت بناء عليه لو ادعي ماوجوده محال عقلا او عادة لايصح الادعاء مثلا اذا ادعى احد في حق من هو اكبر منه سنا او في حق من نسبه معروف بانه ابنه لاتكون دعواه صحيحة " .

الحصول على صورة مصدقة عن هذه السجلات، وانما يكون بقصد الاطلاع على مواضع تحويرها وتزويرها وهذه الامور لا تتم بالطبع الا بالاطلاع ومعاينة الاصل ([١٤٨]) .

وهكذا فان الاثبات بالمعاينة يقتصر بطبيعته على الامور المادية، ويعد من اهم طرق اثباتها، بل قد يكون الدليل الناطق على صحة الادعاء او بطلانه مما لايغني عنه دليل سواه، لذلك فان الاثبات به لايكون الا حيث يجوز الاثبات بالشهادة، ذلك ان الدليل الكتابي متعذر وجوده مباشرة في الامور المادية، ومع ذلك فيجوز الاستعانة بالكتابة للاستدلال بها على ثبوت هذه الوقائع ([١٤٩]) .

وفي هذا المجال قضت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية بأنه " **لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي واقع ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر إلى الحكم المميز وجد أنه صحيحاً وموافقاً لأحكام المادة /١٧-١٢ من قانون إيجار العقار المعدل وذلك لتحقق حالة الضرورة الملجئة في دعوة المدعية والمتمثلة بزواج ابنتها بعد عقد الإيجار للدار المطلوب تخليتها وضيق المسكن الذي تشغله ابنة المدعية بساكنيها حسبما يتضح من محضر الكشف المؤرخ ٢٠٠٤/١٠/٣٠ لذا تقرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٥/ صفر/١٤٢٦ هـ الموافق ٢٠٠٥/٣/١٥م** " ([١٥٠]) .

وفي هذا الخصوص قضت محكمة بداءة الموصل أيضاً بما يأتي : " ... **والمعاينة الموقعية الجارية من قبل هذه المحكمة بالمحضر المؤرخ ٢٠٠٧/١/٢٨ والذي تأيد من خلال سكن المدعية في العقار وبعد ختام المرافعة ثبت للمحكمة البيع والنكول وسكن المدعية في**

([١٤٨]) للمزيد من التفصيل ينظر : المستشار انس الكيلاني، مرجع سابق، ج٣، ص٦٧١.

([١٤٩]) ينظر : المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، مرجع سابق، ص٢٥٩.

([١٥٠]) قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم ٩١/ ت. ب /٢٠٠٥ في ١٥/ ٣/٢٠٠٥ (قرار غير منشور) ؛ وفي هذا الشأن قررت محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية أيضاً بأنه " **لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح لأن وكيل المدعي دفع في جلسة المرافعة ليوم ١١/ ١٢ /٢٠٠٦ ان موكله اتخذ العقار موضوع الدعوى كمخزن لحفظ وخزن البطاطا كما تبين من محضر الكشف المؤرخ ١٧/ ١ /٢٠٠٧ وتقرير الخبير الملحق به أن هناك قاعة متخذة كمخزن لذا كان على المحكمة أن تتحقق هل أن هذا المخزن هو مخزن نظامي لحفظ البطاطا ومتوفر فيه الشروط الفنية وانتخاب خبير فني متخصص لبيان هذه الجهة...**" قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم ٧٥/ ت. ب /٢٠٠٧ في ٨/ ٣ /٢٠٠٧ (قرار غير منشور) .

العقار من دون معارضة من المدعى عليه ولتوفر شروط التمليك ولما تقدم من الأسباب وبالطلب حكمت المحكمة بتمليك المدعية مساحة العقار... " ([١٥١]) .

وفي هذا الصدد تجدر الاشارة الى ان اهمية الاثبات بالمعاينة لايقتصر على ماذكرناه من مجالات بل يتعداها الى مجالات اخرى ، ففي قرار لمحكمة فرنسية صدر الحكم النهائي في ١٩٦٩/٦/١٢ في قضية(**Warembourg**) التي تتعلق بمسؤولية الادارة، جاء في حيثياتها ما نصه : " **... ان المدعي اثار مسألة الاضرار التي تسببها له الضوضاء والهزات الناتجة عن ورشة فنية مجاورة لمنزله وطلب تعويضاً عن ذلك، واختلف الطرفان حول مدى عنف او شدة هذه الضوضاء والهزات ودرجتها، لذلك فوض مجلس الدولة المقرر والمحكمة للانتقال لاجراء المعاينة بشأن هذه المسألة ...** " ([١٥٢]) ، وفي هذا السياق ايضاً، صدر حكم في ١٩٧٠/١/٢٢ في قضية (**Dame Benoist**) ، تضمن ما يأتي : " **... فقد أثار المدعي مسألة مدى تأثر الموقع او المنظر باقامة الواح او قوائم للاشارات في الطريق، ولبيان ذلك تقرر انتقال المحكمة ورئيس القسم الفرعي ومساعديه ومفوض الحكومة والمقرر لاجراء المعاينة ...** " ([١٥٣]) .

كما جاء في قرار لمحكمة التمييز الفرنسية أنه " **... وبموجب الإثبات الثاني وبما أنه قدم تظلماً على القرار الذي يدين الورثة بدعم جزء من دين الشركة، فإنه وبموجب الطعن وبموجب معاينات القاضي أي قاضي الموضوع، فإن فيكتور سيرفال قام بإدارة الشركة بصورة منتظمة**

([١٥١]) قرار محكمة بداءة الموصل رقم ٢٠٠٧/٢٨٩ في ٢٠٠٧/١/٣١ (قرار غير منشور) ؛ وينظر في هذا المجال أيضاً : قرارها رقم ٢٠٠٢/٢٣٦١ في ٢٠٠٢/١٢/١٠ (قرار غير منشور) ؛ وقرارها رقم ٢٠٠٢/٢٤٠٧ في ٢٠٠٢/١٢/١٢ (قرار غير منشور) .

[١٥٢]) Odent, Saint-Mare et La betoulle, E.D. Magazine, 1970, p.637, FF. (

وللمزيد من التفصيل ينظر: د. أحمد كمال الدين موسى، نظرية الاثبات في القانون الاداري ، مطابع مؤسسة دار الشعب، ١٩٧٧م، ص٣٥٧.

([153]) Waline "Une mesure d'instuct' on inhabituelle", R.D.P. Magazine, 1971, p.224,FF.

وللمزيد من التفصيل ينظر: د. أحمد كمال الدين موسى، مرجع سابق، ص٣٥٧ ؛ وفي هذا الخصوص قضت محكمة التمييز الكويتية ايضا بأنه : " **... إذا كان الخبير قد أثبت في تقريره – الذي أخذت به محكمة الموضوع – أنه لم يستطع الاستدلال على السيارة المطالب بتقدير قيمتها وأنها هلكت هلاكاً كلياً وقدر قيمتها حسب سعر السوق فإن النعي على الحكم بأنه أخذ بتقدير الخبير الذي لم يعاين السيارة يكون على غير أساس...** " قرار محكمة التمييز الكويتية في ٨/ ٤ /١٩٨١، مجموعة الأيوب والماجد لأحكام التمييز، ص١٨٧، نقلاً عن : د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤م ، ص٧٢ هامش (٢).

وأنه كرس الوقت اللازم وخفض كادره إلى النصف قبل أن يودع تقريره في السنة الثانية من استغلال الشركة بعد أن أصبحت الشركة مثقلة بالأعباء ، حيث نتج عن ذلك أن قضاة الموضوع تأكدوا بأن دين الشركة له ضرورة أي أسباب خارجة عن نشاط واهتمام المدير، فقد تجاهلت محكمة الاستئناف المعاينات الخاصة بحيث أنها لم تعطي أي أساس قانوني لقرارها وبما أن محكمة الاستئناف أصدرت قرارها بصورة مطلقة بأن السيد فيكتور لم يولي الاهتمام المطلوب لأعمال الشركة... ولهذه الأسباب ترفض الطعن المقدم ضد القرار المتخذ في ١٩٧٩/٥/١٥ من قبل محكمة الاستئناف في أيكس اون بروفانس ... " ([١٥٤]).

وقد جاء ايضا في احدى قرارات المحاكم الفرنسية انه " **... اذا كان اثبات الحالة القابلة للتغيير المستمر بحيث يخشى اذا انتظر قضاء محكمة الموضوع لاثباتها ان تزول بالتالي جميع معالمها اللازمة لعمل الخبير، فهذه الحالة تكون من اختصاص قضاء الامور المستعجلة باثباتها...** " ([١٥٥])، كما ذهبت ايضا محكمة النقض الفرنسية نحو التشدد بخصوص قواعد قانون المرافعات المدنية الفرنسي، وذلك فيما يتعلق بالبيانات الشكلية خاصة، اذ قد يترتب بطلان الاجراء القضائي عند عدم مراعاة الشكل المقرر فيه ([١٥٦]).

وفي هذا الخصوص فقد قضت المحكمة الإدارية بمرسيليا ايضا ودون تردد بمسؤولية مركز نقل الدم بسبب نقل دم ملوث بالأيدز، اعتماداً على استعانة المحكمة بالخبرة الطبية، وذلك عندما " **... دخل المدعي قسم الطوارئ بالمركز الطبي وخضع لعملية جراحية نقل له على أثرها ٤٥ كيس دم ومشتقاته، ثم انتقل في ١٩٨٤/١٢/١٧ إلى مستشفى – Saint – بمرسيليا ونقل له ٤٨ كيس دم ومشتقاته، وخرج من المستشفى في ١٩٨٥/٢/٥، وبعد خروجه أجرى فحصاً طبياً سابقاً للزواج ، فأظهرت التحاليل أنه حامل لفيروس الأيدز، فأقام الدعوى أمام المحكمة وطلب بالحكم على المركز الطبي والمستشفى بالتعويض عن الضرر الذي أصابه**

([١٥٤]) قرار محكمة التمييز الفرنسية، الغرفة التجارية، رقم الطعن/١٣٩٩٧-٧٩ في ١٩٨١/٤/٢٤، نشرة قرارات محكمة التمييز الغرفة التجارية رقم/١٨٠ المنشورة في:

Bulletin Trimestriel du code commecial، 1982، No.3.p.472.

([١٥٥])Cass.Civ.5/3/1982.No..712.

Laprotique Des Expertises Judiciaires، Encyclopedie et Cie، Paris، 1988، p. 154.

([١٥٦]) Dr.Valeric Lasserre-kiesow-linterpretation stricte parla cour se cassation des disposition du nouveiu code de procedure civile imposant un formalisme des mentions opligatoires-recueiel; dalloz, 2001, gurisprudence- p.1-3.

نتيجة نقل دم ملوث بالأيدز.. والمحكمة بجانبها استعانة بخبراء طبيين لمعرفة أين تم التلوث، فجاء التقرير الطبي بأن العدوى تمت في كلتا المؤسستين... " ([١٥٧]) .

وفي حكم آخر لمحكمة استئناف(**Dijon**) حيث أقرت بمسؤولية مرتكبي الحادث عن أضرار التلوث جراء نقل الدم وذلك عندما " ... **رفضت محكمة أول درجة دعوى المضرور بالتعويض عن الإصابة بمرض الأيدز والتي وجهها إلى مرتكبي الحادث بحجة تخلف علاقة السببية بين الحادث والإصابة بالمرض، ولأن المضرور كان مصاباً قبل الحادث حيث اعتاد على أخذ دم منذ صغره.. إلا أن المحكمة رفضت هذا الحكم اعتماداً على تقرير الخبراء الأطباء الذين أكدوا فيه على اختلاف النسبة من الدم الذي كان يحتاجه المريض قبل الحادث عن النسبة التي اضطر إلى تلقيها بعد الحادث، وقررت أن الإصابة بالفيروس نتيجة نقل الدم المتكرر كانت هي السبب الطبيعي والمتوقع لإحداث الضرر...**" ([١٥٨]) .

ونلاحظ في هذا الصدد مدى التشابه بين احكام القوانين الوضعية عموماً والفقه الاسلامي خصوصاً، اذ نصت المادة / ١٦٩١ من مجلة الاحكام العدلية على انه " **يلزم في الشهادة بالعقار بيان حدوده ولكن اذا لم يذكر الشاهد حدوده المشهود به وتعهد بإراءَتِهِ وتعيينه في محل يذهب الى محله لإراءَتِهِ** " .

وجاء في شرح هذه المادة المذكورة انه " ... **قال في الهندية : اذا شهد الشهود لرجل بدار وقالوا نعرف الدار ونقف على حدودها اذا مشينا اليها لكن لانعرف اصحاب الحدود، فان القاضي يقبل ذلك منهم عدلوا ويبعثهم مع المدعي والمدعي عليه وامينين له، ليقف الشهود على الحدود بحضرة اميني القاضي، فاذا اوقفوا عليها وقالوا هذه حدود الدار التي شهدنا بها لهذا المدعي، يرجعون الى القاضي فيشهد الامينان انهم وقفوا على الدار وشهدوا باسماء اصحاب الحدود فحينئذ يقضي القاضي بالدار التي شهدوا بها بشهادتهم، وكذا هذا في القرى**

([157])T.A.de Marsille, 11 juin. 1991. c/Snthelfer, L.P.A., 1991.No.124. P4. J.C.P. 1992,ed. G.IV. 2019.

نقلا عن : د.وائل ابو الفتوح احمد العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم دراسة مقارنة، دار المغربي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٥١٥.

([158])Cour.d'Apple .de Dijon, 16.mai.1991.D.1993.p242 note eric keckhove.

وفي هذا الصدد قررت ايضا المحكمة العليا في بوبيني "...**انها قد منحت المحكمة المدنية السابعة في ١٩٩٠/١٢/١٩ سبب حادث سيارة بتاريخ ١٩٨٤/٥/٢٣ تبع بسلسلة من عمليات نقل دم لمدة ١٤ ساعة وقد تلقى الجريح ٣٩ وحدة من كريات الدم و ٢٤ وحدة بلازما طازجة والتي كان مصدرها مجمدا وقد تم اكتشاف ايجابية المرض في ١٩٨٤/٧/١٠ ووفاة الضحية في ١٩٨٨/١١/١٩ .. وحدد الخبير الطبي المعين انه شبه متاكد من ايجابية المرض قد تم انتقالها الى الضحية عن طريق عملية نقل الدم وان كان نتيجة مباشرة للعديد من عمليات نقل دم...**" نقلا عن : المرجع االسابق، ص٥٧٠ و ٧٢٨.

والحوانيت وجميع الضياعات، ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ١٢ شباط ٣٠٧ مؤداه، اذا قررت المحكمة سماع الشهود في المحل المتنازع فيه فيلزمها ان تبين ماهي الاسباب الموجبة لذلك، وان تصرح في الاعلام عما اذاكان نائب الكشف ماذوناً بالحكم او لا والا فالحكم ينقض... " ([١٥٩]) .

وفي هذا الصدد فقد ذكرالاستاذ علي حيدر في شرحه للمادة انه " **... يذهب الى محله : وفي ذلك وجهان : الوجه الاول : ان يذهب القاضي او نائبه اذا كان القاضي مأذوناً بنصب نائب الى المحل الموجود فيه العقار ويستمع الشهادات هناك ... اما الوجه الثاني : ان يستمع القاضي الشهود وان يشهدهم في حضوره، وبعد ذلك يرسل الشهود المذكورين الى محل العقار المذكور مع رجلين عدلين والشهود بحضور العدلين والطرفين المتخاصمين يشيرون الى الحدود قائلين : ان هذا العقار الذي شهدنا به للمدعي وحدوده هي هذه والعدلان يتفهمان اسماء جيران العقار، ويشهدان في حضور القاضي على اسماء اصحاب الحدود ...** " ([١٦٠]) .

وجاء في شرح المادة /١٦٢٣ من المجلة أيضاً ([١٦١]) ، انه " **... ولمحكمة التمييز قرار مؤرخ في ٢٤ نيسان ٣١١ مؤداه، اذا اختلف الخصمان في تحديد العقار المدعى به فيجب اجراء الكشف عليه لاجل تحقيق الحدود وتعيينها...** " ([١٦٢]) .

كما نصت المادة / ١٨٠٦ من المجلة على ان " **... للنائب ان يحكم بالبينة التي استمعها الحاكم، وللحاكم ايضا ان يحكم بالبينة التي استمعها نائبه ... واما اذا كان ليس بمأذون بالحكم بل كان مأموراً باستماع البينة للتدقيق والاستكشاف فقط ليس للحاكم ان يحكم بانهائه ويلزم عليه ان يستمع البينة بالذات...** " .

والملاحظ ان المقصود بالاستكشاف في نص المادة السابقة، بانها وصف واقع معين كارض او مصنع او مسكن او ماشاكل ذلك، ولايشترط فيه عدد المستكشفين، بل ان استكشاف شخص كاف اذا اقتنع به القاضي واذا لم يقتنع فتتم زيادة العدد، وهو لايصح الا اذا كان بناء على طلب القاضي، اما لو جاء شخص وقال للقاضي ان المسكن الفلاني مسكن شرعي، او ان الارض الفلانية ارض رملية لاتنبت، او ان المصنع الفلاني غير صالح او ما شاكل ذلك من

([١٥٩]) للمزيد من التفصيل حول المادة وشرحها ينظر : سليم رستم باز، شرح المجلة، المطبعة الادبية، بيروت، ١٨٨٩م، ص٩٣٨.

([١٦٠]) علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الاحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٠ م، ج٤، ص٣٤٢ (الكتاب الخامس عشر ، البينات والتحليف) .

([١٦١]) تنظر : المادة /١٦٢٣ من مجلة الاحكام العدلية.

([١٦٢]) سليم رستم باز، مرجع سابق، ص٨٤٨.

غير ان يطلب منه القاضي الكشف عليه والتحقق منه، فبديهي ان هذا لايصلح ولايعد استكشافا، لانه لم يطلب منه القاضي ذلك ولم يخوله به، ولان الاعيان عرضة للتغيير في كل لحظة، فلا يمكن ان يحكم القاضي على حال العين بانها صالحة مثلا الا اذا شاهدها هو بنفسه او سمع اخبار من شاهدها عندما يدلي بمعاينته امام القاضي، ولذلك يطلب من المخبر ان يشاهد العين قبل ادائه الاخبار، ولايصح اخباره بما استكشفه الا اذا كلفه القاضي بالاستكشاف واعطاء الاخبار حتى يكون الاخبار امام القاضي عن الوقائع كما هي عند الاخبار([١٦٣]).

اما اذا كان محل المعاينة مالاً منقولا، وكان بالامكان نقله الى المحكمة فمن السهل عندئذ اجراء المعاينة عليه، اذ تامر المحكمة باحضاره في الجلسة لمعاينته اما بنفسها او بالاستعانة بواسطة خبير، كما لو كان النزاع يتعلق ببضاعة او اشياء يسهل احضارها الى جلسة المحكمة لمعاينتها ومعرفة مدى تلفها مثلا ومدى الاضرار او العيوب فيها، وذلك استنادا إلى احكام المادة / ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي التي نصت على ما يأتي: "**... او احضاره لديها في جلسة تعينها لذلك متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة** " ، أما المادة /٣٠٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني فقد نصت على انه " **... واذا تعلق النزاع بمال منقول وكان نقله ممكناً فللمحكمة ان تقرر جلبه اما لمعاينته مالم ترى انه من الاجدى للتحقيق معاينته في مكانه** " ، وتطابقها المادة / ١٣٤-١ من قانون البينات السوري، والمادة /١١٢ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ، والمادة / ٨٣-٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني، في حين لم يرد نص مماثل في القانون المصري والفرنسي ([١٦٤]) ، أما إذا تعذر نقل المال كما لو كان النزاع قائماً بشأن أثاث منزل أو استحال نقله كالباخرة مثلاً، فإن على المحكمة أن تنتقل لإجراء المعاينة على هذا المال بنفسها.

ونلاحظ في هذا الصدد ايضا مدى التشابه بين احكام القوانين الوضعية واحكام الفقه الاسلامي المبارك ، اذ جاء في المادة /١٦٢٠ من مجلة الاحكام العدلية على ان " **معلومية المدعى به تكون بالاشارة او الوصف والتعريف، وهو اذا كان عينا منقولا وكان حاضرا في مجلس المحكمة فالاشارة اليه كافية، واذا لم يكن حاضرا يكون معلوما بوصفه وتعريفه وبيان قيمته، واذا كان عقارا يعين ببيان حدوده واذا كان دينا يلزم بيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره** " .

([١٦٣]) ينظر : أحمد الداعور، أحكام البينات، مطبعة الغندور، بيروت، ١٩٦٥م، ص٧١.

([١٦٤]) تنظر : المادة / ١٢٥ من قانون الإثبات العراقي ؛ والمادة /٣٠٨ من قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني ؛ والمادة / ١٣٤-١ من قانون البينات السوري ؛ والمادة /١١٢ من نظام المرافعات الشرعية السعودي ؛ والمادة / ٨٣-٢ من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني .

وورد في شرح المادة أعلاه ان " **... معلومية المدعى به اولا: تكون بالاشارة، وثانيا: بالوصف والتعريف، والتعريف بالاشارة يكون صحيحا في تعريف كل نوع من المدعى به الموجود سواء كان المدعى به عينا منقولا او عقارا ... فتختلف صور التعريف باختلاف المدعى به، اذ ان المدعى به اذا كان عقارا يحصل التعريف ببيان حدوده حسب ماجاء في المادة / ١٦٢٣ واذا كان غير عقار فيعرف ببيان جنسه ونوعه ووصفه ومقداره ، فلذلك اذا كان المدعى به عينا منقولا وحاضرا في مجلس المحاكمة فيكفي لتعريفه حين الدعوى ... بالاشارة اليه باليد... لان الاشارة ابلغ اسباب التعريف ... واذا كان عين المنقول غير حاضر في مجلس المحاكمة وممكن جلبها بلا معرف فتحضر ويشار اليها باليد على ذلك الوجه، واذا كان المدعى به غير حاضر مجلس المحاكمة، كما انه غير ممكن احضاره الى ذلك المجلس يعلم بوصفه وتعريفه وبيان قيمته** " ([١٦٥]) .

وجاء ايضا في شرح المادة انه " **... اذا بين المدعي بعض علامات الحيوان الذي ادعاه وشهد الشهود على ذلك الوجه، ثم احضر الحيوان بعد الشهادة وظهر ان بعض علاماته مخالفة لما ذكره هؤلاء، مثلا لو قال المدعي والشهود ان الحيوان مشقوق الاذن فظهر بانه غير مشقوق الاذن، لا يوجب ذلك بطلان الدعوى والشهادة ...** " ([١٦٦]) .

وذكر في هذا الشأن الاستاذ سليم رستم في شرحه للمادة أعلاه انه " **... حتى لو ادعى حماراً وذكر شيته وبرهن وفق دعواه، فاحضر المدعي عليه حمارا فاتفق المدعي وشهوده ان هذا الذي ادعاه، فنظر فاذا بعض شياته على خلاف ما قالوا بان ذكر الشهود انه مشقوق الاذن وهذا الحمار غير مشقوق الاذن، قالوا لايمنع هذا ان يقضي للمدعي ...** " ([١٦٧]).

بينما نصت المادة /١٦٢١ من المجلة على انه " **اذا كان المدعى به عينا منقولا وحاضرا بالمجلس يدعيه المدعي بقوله هذا لي مشيرا اليه وهذا الرجل قد وضع يده عليه بغير حق فاطلب اخذه منه، وان لم يكن حاضرا بالمجلس ولكن يمكن جلبه واحضاره بلا مصرف، يجلب الى مجلس الحكم ليشار اليه في اليمين والشهادة كما ذكر، وان لم يكن احضاره ممكنا بلا مصرف وعرف المدعي وبين قيمته، ولكن لايلزم بيان قيمته في دعوى الغصب والرهن مثلا لو قال غصب خاتمي الزمرد تصح دعواه وان لم يبين قيمته او قال لا اعرف قيمته**" .

وورد في شرح المادة ما ياتي : " **... انه اذا تعذر احضار العين مع بقائها كرحى وصبرة طعام وقطيع غنم، فالقاضي بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك، وان**

([١٦٥]) علي حيدر، مرجع سابق،ج٤، ص١٦٤ (الكتاب الرابع عشر الدعوى) .

([١٦٦]) المرجع السابق،ج٤، ص١٧٠(الكتاب الرابع عشر الدعوى) .

([١٦٧]) سليم رستم باز ، مرجع سابق ، ص٨٤٢ .

لم يتيسر له الحضور وكان مأذونا بالاستخلاف ، بعث امينه الى ذلك وهو نظير ما اذا كان القاضي يجلس في داره ووقعت الدعوى في جمل لايسع باب داره ، فانه يخرج الى باب الدار او يأمر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته، ولو لم تكن العين باقية بل هالكة او غائبة بحيث لايمكن احضارها ولاحضور القاضي او نائبه لبعد المسافة او مانع اخر فيكتفي بذكر قيمتها... " ([١٦٨]) .

كما ورد في شرح هذه المادة أيضا انه " **... في دعوى المنقولات الموجودة والمحتاج نقلها لمصرف يذهب الحاكم بالذات الى المحل الموجود فيه المنقول او يرسل نائبه – اذا كان مأذونا بنصب نائب – لاجل التأشير اليه في الدعوى والشهادة ولا يكتفي بذكر القيمة، فلذلك اذا كان المدعى به فرسا او بعيرا مما لايمكن ادخاله الى غرفة المحاكمة يجلب الى ساحة المحكمة ويخرج القاضي او نائبه الى الساحة ويستمع الدعوى والشهادة ويرى ... "** ([١٦٩]).

وأخيراً ومن خلال الاستقراء العام للمواد وشرحها، يمكننا ان نستشف ان نطاق المعاينة في الفقه الإسلامي أيضاً يشتمل على الأعيان المنقولة وغير المنقولة، فالأعيان المنقولة اما ان تكون عينا منقولة وحاضرة مجلس القضاء أي بالامكان احضارها، وأما اذا تعذر احضارها الى مجلس القضاء او استحالة ذلك او كان من الصعوبة بمكان نقلها الى المجلس، فالقاضي مخير ان شاء انتقل الى ذاك الموضع لاجراء المعاينة على هذا المال، او اذا لم يتيسر له يرسل نائبه المأذون بتعيينه.

واخيراً اسأل الله عز وجل ان اكون قد وفقت في عرض موضوع الدراسة هذه وتحليلها ، وان كنت قد اصبت فلله سبحانه وتعالى الف حمد والف شكر وله الثناء والمنة دائماً وأبداً، وان كانت الاخرى لا سمح الله تعالى ، فحسبي الله تعالى صدق اجتهادي ونيتي الخالصة له تعالى واخلاصي في ذلك، ولله الحمد اولاً واخيراً انه سبحانه نعم المولى ونعم النصير .

والحمد لله تعالى الذي بنعمته تتم الصالحات
عدد خلقه ورضاء نفسه وزنة عرشه ومداد كلماته

([١٦٨]) المرجع السابق، ص٨٤٥.

([١٦٩]) علي حيدر، مرجع سابق، ص١٧٤(الكتاب الرابع عشر الدعوى) .

الخاتمة

وتتضمن الخاتمة ما يأتي:

النتائج

والتوصيات

الخاتمة

تم بعون الله تعالى وفضله ومنه وكرمه ومساعدته وتوفيقه إكمال وإتمام هذه الدراسة المعمقة في نطاق الإثبات بالمعاينة القضائية في الدعوى المدنية دراسة مقارنة ، وبهذا ينتهي المطاف والكلام فيها وبعد أن بسطت القول فيها جهد استطاعتي مع ما يتعلق بها من الفلسفة والتحليل والاستدلال والبرهنة واستعراض للنصوص الشرعية والقانونية المتعلقة بالموضوع وتحليلها وفلسفتها ، واستعراض الآراء الفقهية التي طرحت حوله ومناقشتها للوقوف على الرأي الصائب والراجح منه ، 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 .

وهذا البحث والدراسة المعمقة حاولت فيه استيفاء أهم الجوانب المتعلقة بهذا الموضوع عن نطاق الإثبات بالمعاينة القضائية في الدعوى المدنية دراسة مقارنة ، باعتبارها من قضايا الساعة التي تطرح ، فتم توضيحها وعرض وجهات النظر فيها، وقد شملت هذه الدراسة على بيان وتوضيح مسألة نطاق الاثبات بالمعاينة القضائية وفلسفتها، خصوصا في الإثبات المدني القضائي والتي تحتل مكانة بارزة ومتميزة ،لأنها تعد من المسائل المهمة في مسار الدعوى

المدنية ، وأرجوا من الله تعالى أن تكون هذه الدراسة قد حقق غرضها على ما تتسم به من أهمية بالغة يتجلى صداها في جميع المجالات وخاصة في التشريع والفقه والقضاء.

وقد توصلنا في أثناء هذه الدراسة إلى نتائج كثيرة ، فقمنا بتثبيتها في موضعها من الدراسة ، وسأكتفي هنا بالإشارة إلى أهم تلك النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها ، وأسوقها على النحو الآتي:

أولا / النتائج:-

ثانياً /التوصيات :-

أولا / النتائج:-

بعد هذه الجولة في ثنايا هذه الدراسة في نطاق الإثبات بالمعاينة القضائية في الدعوى المدنية دراسة مقارنة التي تحتل مكانة بارزة ومتميزة في النظام القانوني للإثبات القضائي، لكون المعاينة تعد من ضمن أهم أدلة الإثبات المباشرة في المسائل المادية، إذ اتضح لنا مدى أهمية هذا الدليل ودقة مسائله وكثرة تفرعاته وتطبيقاته، وأرجوا من الله تعالى أن يكون هذا البحث قد حقق غرضه في التأكيد على ما يتسم به هذا الاجراء ضمن إجراءات الإثبات عموماً من أهمية بالغة يتجلى صداها في التشريع والفقه والقضاء، لذا يمكن توضيح أهم النتائج بما يأتي:-

١- تبين لنا من خلال البحث والاستقصاء أن الفقهاء المسلمين عرفوا أساليب شبيهة بالمعاينة وعالجوها معالجة مستفيضة بمنتهى الدقة، الأمر الذي يدعو إلى الإعجاب والتقدير ولا غرابة في ذلك، فالشريعة الإسلامية شريعة متكاملة، وعلى الرغم من أن الفقهاء المسلمين لم يذكروا المعاينة مباشرةً بوصفها طريقة مستقلة من طرائق القضاء، ويخصوها بدراسة مستقلة أو يفردوا لها باباً خاصاً في طرائق الإثبات والقضاء الإسلامي، فانهم أوردوا العديد من المسائل التي أخذوا فيها بالمعاينة، لأن المعاينة بوصفها وسيلة من وسائل التعرف على الحقيقة لم تكن غريبة عن القضاة المسلمين، إذ أوردنا الأدلة على مشروعية العمل بها من خلال الاستدلال عليها من الأدلة الأصلية النقلية المتفق عليها من الكتاب العزيز القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، فضلاً عن الاستدلال عليها من أحكام القضاة وعمل الصحابة (ﷺ) وأقوال الفقهاء، على الرغم من أن

طرائق القضاء والإثبات الإسلامي لم تتضمن قواعد منضبطة حول المعاينة خلافاً لطرائق الإثبات الأخر المعروفة.

٢- اتضح من خلال تعريفنا للمعاينة القضائية أنها إجراء قضائي تلجأ إليه المحكمة من أجل مشاهدتها للموضوع المتنازع فيه، متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة وللتحقق من صحة الأوصاف التي يدعيها صاحب الشأن فيه واتخاذها سببا للحكم، وخلصنا إلى أن المعاينة تعد دليل إثبات يتم بغير واسطة، وذلك عندما يكون القاضي اعتقاده من ملامسته للواقعة ذاتها واستخلاص الدليل من مشاهداته بنفسه مباشرةً، وهو يختلف عن الإثبات بالواسطة عندما يتوصل القاضي إلى الإلمام بالوقائع عن طريق ما يستخلصه من الدعوى وظروفها، وما يقدم من المستندات والأقوال، وأطلقنا على النوع الآخر من أدلة الإثبات التي تعد وسطاً بين الاثنين بأدلة الإثبات المختلطة بواسطة وبغير واسطة في آنٍ واحد، وهو عندما يعهد القاضي إلى خبير بالفحص والمعاينة الفنية بدلاً من مباشرته بنفسه، فهذا النوع من الإثبات بالأدلة يعتبر بغير واسطة، لأن أعمال الخبير مقصود بها استكمال معلومات القاضي، وفي الوقت نفسه يعد إثباتاً بالواسطة لأن القاضي يكون اعتقاده من مشاهدات شخص آخر يستعين به أثناء المعاينة وهو الخبير .

٣- اتضح ان الكشف يعد إجراء تقوم به المحكمة من أجل رفع الغشاوة عن الشيء وكشفه لإظهاره على حقيقته، يقوم به القاضي إذا ما كان يحتاج إلى إظهار حقيقة الشيء أو يقوم به الخبير، وغالباً ما يرافق القاضي خبير في عملية الكشف يعمل تحت إشراف القاضي ورقابته، فهو مجرد تثبيت واقع الحال من قبل القاضي أو الخبير سواءً بالقضاء المستعجل أم العادي .

٤- خلصنا ان المعاينة يقصد بها ما يراه القاضي بعينه، والتي تجري أثناء نظر الدعوى فقط لأن المعاينة دليل إثبات وقد يكون تقرير المعاينة سبباً للحكم، وإذا ما اقتضت الأمور الاستعانة بخبير عينته المحكمة للاستعانة به في أثناء المعاينة، فإجراء المعاينة مقتصر على القاضي فقط، إذ لا يستطيع الخبير إجراءها بدلاً من القاضي إطلاقاً.

٥- اتضح لنا مدى صحة تسمية قانون المرافعات العراقي مصطلح الكشف في القضاء المستعجل وتمييزه بين الكشف والمعاينة، إذ انفرد عن القوانين المقارنة الأخر التي لم تكن موفقة باستخدامها مصطلح المعاينة في القضاء المستعجل والذي تقصد به الكشف لتثبيت الحالة، إذ لا يمكن إجراء المعاينة قبل إقامة الدعوى لأنها دليل إثبات وليست كشف وتثبيت حالة راهنة، أما أثناء إقامة الدعوى فيمكن إجراء الكشف أو المعاينة حسب الحاجة، وبينا أنه كان ينبغي على التشريعات أن تورد المصطلحين الانتقال للكشف أو المعاينة أثناء نظر الدعوى حتى يظهر الفرق بينهما واضحاً.

٦- بينا أنه يمكن أن تجري المعاينة بناءً على دعوى مرفوعة أمامها بدعوى فرعية ، أي بدعوى قائمة أصلاً أمام المحكمة، إذ يجوز للمحكمة أن تقرر إجراء المعاينة في كل دعوى منظورة

أمامها ، إذا كانت ظروف الدعوى تستوجب ذلك ، متى رأت في هذا الإجراء مصلحة لتحقيق العدالة، كما قد تجري أيضاً بدعوى أصلية تتعلق بالحق أمام القضاء المستعجل، فتكون دعوى موضوعها الأساسي إثبات حالة الشيء بالكشف ، لإسعاف الخصوم بقرارات سريعة ، حماية لمراكزهم حماية مؤقتة دون المساس بأصل الحق، تمهيداً لرفع دعوى أصلية تتعلق بالحق أمام القضاء مستقبلاً .

٩- استنتجنا من خلال الدراسة أن القاعدة العامة في كل من الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية هي عدم جواز المساس بجسم الإنسان تحت أي مسمى يمكن أن تطرحه معطيات التطور العلمي ومع ذلك يجوز استثناء اللجوء إلى أخذ عينات بعد موافقة السلطات المختصة للحصول منها على دليل إدانته أو براءته تحقيقا للمصلحة العامة وتقديما لحق الجماعة على حق الفرد وإعمالا لقاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، إذ يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في تقرير حرمة الحياة الخاصة للأفراد أي الحق في الخصوصية كما يتفقان في كون هذا الحق ليس حقا مطلقا للأفراد وإنما هو مقيد في الفقه الإسلامي بحدود الشرع وعدم تعارضه مع حقوق أخرى أولى بالتقديم عليه كحق المجتمع في أن يعيش في أمن واستقرار وحق الأفراد في أن يأمنوا على حرماتهم وأعراضهم فلا يقتحم عليهم أحد بيوتهم فيهتك أسرارهم ويكشف خصوصياتهم .

١٠- وجدنا أن المعاينة يمكن أن ترد على الأشخاص والأموال فضلاً عن الحقوق الأخر، بل يمكن أن يكون محلاً للمعاينة أي شيء متنازع فيه يصلح أن يكون محلاً للمعاينة في الوقائع المراد إثباتها عموماً.

١١- لاحظنا أن معاينة الأشخاص ينبغي أن تتم وفق شروط خاصة انفرد بذكرها صراحةً قانون الإثبات العراقي عن بقية التشريعات الأخر، من وجوب اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته وعدم المساس بحريته الشخصية وشخصيته، فضلاً عن استعانة المحكمة أثناء المعاينة بخبير طبي لمعاينة الشخص إذا كان تقدير تلك المعاينة يحتاج إلى معرفة علمية أو فنية خاصة.

١٢- توصلنا إلى ضرورة توافر شروط عامة في المعاينة سواءً أكانت على أموال أم أشخاص، كوجوب اتخاذ قرار بإجراء المعاينة، وتحديد موعد لإجرائها، ودعوة الخصوم إذا ما أرادوا حضور إجراءات المعاينة، ووجوب تنظيم محضر بكل الإجراءات، فضلا عن توافر شروط في محل معاينة الأشخاص، وهو ما يشترط بشكل عام في جميع الوقائع المراد إثباتها، إلى جانب توافر شروط خاصة من ضرورة اتخاذ كل الاحتياطات اللازمة لضمان احترام الشخص المطلوب معاينته وعدم المساس بحرية الشخص وشخصيته، كذلك ضرورة استعانة المحكمة بخبير لمعاينة الشخص إذا كان تقدير تلك المعاينة يحتاج إلى معرفة علمية أو فنية.

فيشترط في معاينة الأشخاص، أن لا تكون المعاينة مخالفة للنظام العام والآداب أو تمس حرية المدعى عليه أو شخصيته، فلا يجوز مثلاً معاينة المدعى عليها رغماً عنها لإثبات أنها ليست بكر أو بأنها مصابة بمرض ما لان إجراء مثل هذه المعاينة تمس الحرية الشخصية للفرد، ووجدنا أن هذا مخالف للنظام العام العالمي أيضاً .

١٣- تبين انه يشترط في محل المعاينة عموما، سواءً أكان معاينة أموال أم معاينة أشخاص، ما يشترط بشكل عام في الوقائع المراد إثباتها، واهم هذه الشروط التي نوصلنا اليها هي:-

أولا / أن يكون محل المعاينة متعلقاً بالدعوى، فلا يجوز معاينة أشياء لا علاقة لها بموضوع الدعوى، وان كان محل نزاع بين الأطراف .

ثانيا / أن يكون محل المعاينة متنازعاً فيه فإذا لم يكن كذلك فلا يجوز معاينته، إذ لا تجوز معاينة المأجور مثلا في دعوى المطالبة بالأجور إلا إذا كان هناك نزاع على مقدارها.

ثالثا / يجب أن يكون موضوع المعاينة منتجا في الإثبات ، فلا يجوز إجراء المعاينة على شيء زالت آثاره كلياً، كإجراء المعاينة على سيارة أصيبت بحادث تصادم بعد إصلاحها لتقرير مدى الإصابة التي لحقت بها، ولا يجوز معاينة شيء لم تترتب عليه آثار قانونية بعد، كمعاينة ارض في دعوى التصرف لم يمض عليه الزمن القانوني لاكتساب حق التصرف لأنها معاينة غير منتجة بعد في الإثبات.

رابعا / لا يجوز إجراء المعاينة على شيء ممنوع في القانون أو مخالف للنظام العام والآداب، لأن الدعوى غير مقبولة أصلاً، فلا يجوز مثلا معاينة الأماكن المعدة للمقامرة أو للدعارة في نزاعات تتعلق بالدعارة أو المقامرة، ولا يجوز إجراء المعاينة على مواد مخدرة لخلاف نشأ على نوعها وجودتها، لأنها ممنوعة أصلاً في القانون.

خامسا / يجب أن يكون موضوع المعاينة من الممكن معاينته، فلا يجوز معاينة شيء مستحيل قانوناً سواءً أكانت استحالة نسبية أم مطلقة، لان المستحيل لا يقبل الإثبات عادةً، فلا يجوز معاينة المواقع العسكرية إلا في الحدود التي تسمح بها طبيعة المواقع ومدى سريتها، كما لا يجوز معاينة الأشياء التي يقضي القانون بالحفاظ على سريتها لأسباب تتعلق بالنظام العام، وقد يكون عدم إمكانية إجراء المعاينة ناجمة عن الاستحالة الطبيعية سواءً أكانت نسبية أم مطلقة، كمعاينة باخرة استقرت في أعماق البحر، فلا يجبر القاضي على تحمل مخاطر النزول إلى أعماق البحر لإجراء هذه المعاينة، ولكن له الاستعانة بخبير أثناء إجرائها .

سادسا / أن يكون موضوع المعاينة جائزاً إثباته بالمعاينة ذاتها، فالتصرفات القانونية لا يمكن إثباتها بالمعاينة لان ما تم منها قبل المعاينة لا يجوز إثباته إلا وفق القواعد العامة في الإثبات،

وما سيتم لا تجوز معاينته لان المشرع نظم في مثل هذه الحالات طرقا حددها في القانون وكلف بها جهات معينة، فكاتب العدل هو المكلف بالانتقال وسماع مثل هذه التصرفات التي ستتم، ولكن يجوز للمحكمة الانتقال لمعاينة الأوراق والمستندات التي تم فيها تدوين هذه التصرفات عندما يمنع القانون إخراجها من الأماكن المحفوظة فيها كالسجلات المهمة المتعلقة ببعض الدوائر مثلاً، والمعاينة هنا لا تكون لإثبات هذه التصرفات، لان صاحب العلاقة يستطيع الحصول على صورة مصدقة عن هذه السجلات، وإنما يكون بقصد الاطلاع على مواضع تحويرها وتزويرها وهذه الأمور لا تتم بالطبع إلا بالاطلاع ومعاينة الأصل .

١٤- وجدنا أن هناك خلاف في شأن الدعاوى التي ترفع في القضاء المستعجل على امرأة لإثبات حالة الحمل المستكن أو إثبات حالة البكارة أو الثيوبة، وما إذا كان يجوز الكشف عن المرأة توصلا إلى إثبات هذه الحالات ومما يتصل بخصائص جسدها ، فمنهم من ذهب إلى ان مثل هذه الامور لاتدخل في اختصاص القضاء المستعجل اصلا، وانما يعود الامر فيها الى المحاكم الشرعية، وفي حالة رفض الكشف من قبل المقرر معاينتها، تنظر الدعوى بحالتها الراهنة بمنعزل عن النتائج التي قد يسفر عنها الكشف .

ومنهم من ذهب الى ان هذه الأمور من اختصاص القضاء المستعجل كما هي من اختصاص القضاء الشرعي، عندما ترفع دعوى وصف حالة راهنة بهذه الامور، ولكن بالرغم من انعقاد الاختصاص لهذه المحكمة او لتلك فانه يتعين ان يقضي بعدم قبول اجراء الكشف اذا اصرت المدعى عليها على رفض السماح بالكشف على جسدها، مادامت الحالة المطلوبة تتصل بجسد المدعى عليها بل باخص اجزائه، فان اصرت فلا يجوز اكراهها لما في ذلك من مساس شديد بحريتها الشخصية وكرامتها الادمية، إذ لا يجوز اهدار هذه الادمية والكرامة عن طريق دعوى اثبات حالتها الجنسية .

ورجحنا الراي الذي ذهب الى ان مثل هذه الدعاوى وان كان من الجائز ان يتفرع عنها نزاع مالي بالنسبة إلى ما تركه المورث من اموال التركة، الا ان ذلك لا يعني قبول هذه الدعوى لانها تفترض في شخص الادميين محلا لوفاء ما تعهدوا به من التزامات ، وتنطوي على اكراههم على تقديم اجسادهم كدليل لخصومهم مما يعد اهداراً للادمية والكرامة.

فتوصلنا إلى أنه لا يجوز إهدار الكرامة الإنسانية وآدمية الإنسان وإكراهه من أجل معاينته لتقديم دليل ضد نفسه، أو إلزام المرأة وتعقبها لإجراء الكشف عليها كرهاً لإثبات حالتها الجنسية مثلاً بعد أن صرحت بامتناعها عن إجراء مثل هذا الكشف، ورجحنا الرأي الذي يرفض ذلك، لأنها تفترض في شخص الآدميين محلاً لوفاء ما تعهدوا به من التزامات، وذكرنا أن جسم الإنسان لا يتعلق بحق

مالي وهذا ما أكده الفقه الإسلامي المبارك أيضاً، لأن الإنسان له جوهر خاص يمنع الخوض في تشبيهه بالأشياء، لذا فإن جسم الإنسان حياً أو ميتاً له حرمة، ولا يمكن أن يكون أبداً محلاً ممكناً ومشروعاً للمعاملات وهذا ما استنبطناه من التشريعات الوضعية أيضاً.

١٥- خلصنا الى مسالة مهمة وهي أن اكراه المرأة على تنفيذ الحكم بطريقة التهديد المالي، فانه مردود بان قاضي الامور المستعجلة ممنوع من الحكم بالتهديدات المالية، فضلا عن ان المرأة قد تبقى ممتنعة عن تنفيذ الحكم باثبات الحالة على الرغم من صدور الحكم التهديدي ضدها، وعلى ذلك فان قاضي الامور المستعجلة يقضي بعدم قبول الدعوى اذا عارضت المرأة في الكشف عن جسدها، سواء اكان الكشف مقصودا منه اثبات حالة المعاشرة الزوجية ام اثبات الزنا، ام التعرف على البكارة او الثيوبة او لبيان مايتعلق بالحمل المستكن او طريقة فض البكارة وماشابه ذلك، وسواء أكان النزاع متصلاً بطلاق ام باثبات نسب ام باثبات ميراث، اما اذا لم تعارض المدعى عليها في ندب خبير لاجراء هذا الكشف، فان الدعوى تكون مقبولة عند توافر شرطي الاستعجال وعدم المساس باصل الحق، كما ان الدعوى تكون مقبولة اذا رفعتها الزوجة نفسها وطلبت بها ندب طبيب لاجراء الكشف الطبي عليها، توطئة لرفع دعوى تثبيت نسب او اثبات معاشرة زوجية، كما تكون الدعوى مقبولة اذا رفعت من احد الزوجين بطلب ندب خبير للكشف على الطفل المولود او تحليل دمه، تمهيدا لرفع دعوى باثبات ميراثه او نسبه او نفيهما، اما اذا لم تحضر المدعى عليها اثناء نظر الدعوى فلا يعد ذلك قبولا منها لاجراء الكشف الطبي عليها، اذ لا ينسب لساكت قول ، وبذلك فان القاضي المستعجل يقضي في هذه الحالة بعدم قبول الدعوى.

١٦- استنتجنا الى انه يجوز للقضاء المستعجل ان يامر بندب طبيب لاثبات حالة حمل مستكن او اثبات حصول المعاشرة الزوجية، اذا كانت الدعوى مرفوعة من الزوجة، اما اذا كانت مرفوعة من قبل الزوج او ورثته بطلب اثبات حمل او اثبات حصول المعاشرة الزوجية، واعترضت على ذلك وابدت امتناعها عن اجراء الكشف عليها، فان هذا الطلب يكون غير مقبول، اذ لايجوز اكراه المراة على معاينة اخص جزء من جسدها، لان في ذلك مساساً بحريتها الشخصية وكرامتها، اما اذا لم تمانع الزوجة صراحة او ضمنا في اثبات الحالة، فيجوز اجراء الكشف عليها برضاها، وليس فيه أي اهدار لكرامتها او الاعتداء على حريتها الشخصية ، وذلك لان من شروط موضوع الكشف أو المعاينة ان لا يكون المحل شيئاً ممنوعاً في القانون او مخالفاً للنظام العام والاداب، او يمس حرية المدعى عليه او شخصيته .

١٧- انتهت الدراسة والبحث في هذا الموضوع وخرجت ببعض المقترحات التي ينبغي الأخذ بها ليحقق المقصد منها ، 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 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 ، – أحتسبه عند الله تعالى – بين جمعه وتقليب النظر فيه، فما وفقت فيه إلى الحق والصواب فإلى الله تعالى يرجع الفضل والمنة والتوفيق والثناء الحسن ، وما قد أكون أخطأت فيه فمن نفسي ، وأستغفر الله العظيم وأتوب إليه توبة نصوحة ، وأسأل الله تعالى العفو والمغفرة والسداد في القول والعمل، والحمد لله أولاً وأخرا فقد أبى الله تعالى الكمال إلا لنفسه ، وأبى 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،أيه .. أبى الله تعالى أن يكون كتابا صحيحا إلا كتابه ، سبحانك ياالله جل جلالك يا عظيم آمنت بك فاكتبنا مع الشاهدين والصالحين والحامدين.

ثانيا/ التوصيات:-

في ضوء النتائج المذكورة آنفا يمكننا أن نسجل أهم المقترحات والتوصيات، أملين الأخذ بها قدر الإمكان ، وذلك فيما يرضي الله تعالى وهي على الترتيب الآتي :-

أولا/ المقترحات في نطاق قانون الاثبات العراقي .

ثانيا/ المقترحات في نطاق قانون المرافعات العراقي.

ثالثا / المقترحات في نطاق القانون العام.

أولا/ المقترحات في نطاق قانون الاثبات العراقي :-

١- ندعو إلى إضافة فقرة جديدة للمادة /١٨ من قانون الإثبات العراقي ، ولتكون بالشكل الآتي:-

" أولاً : للمحكمة تقدير الدليل المقدم في الدعوى من الناحية الموضوعية والشخصية وأن ترجح دليلاً على آخر إذا تساويا بالحجية وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على أن تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة " .

٢- نقترح تعديل نص المادة /١٠٤ من قانون الإثبات العراقي، ولتكون على الشكل الآتي :- " للقاضي أن يعتمد في عمليات الإثبات القضائي على وسائل التقدم العلمي المتطورة والوسائل التقنية الحديثة والرصينة " .

وذلك لان تقيد النص السابق بقرينة يستفيد منها القاضي جعلت النص مقيدا في حدود ضيقة جدا لان ما يجوز إثباته بالشهادة يجوز إثباته بالقرائن القضائية .

٣- نقترح إعادة صياغة المادة /١٣٠ من قانون الإثبات العراقي، ولتصبح كالآتي:-

" للمحكمة أن تتخذ من تقرير المعاينة سبباً لحكمها فإذا لم يوفر لها القناعة الكاملة للحكم به فلها أن تتخذه مبدأ ثبوت قانوني يجيز لها أن توجه اليمين المتممة لمن يستفيد من تقرير المعاينة لتعزيزه وإكمال قناعته به " .

٤- ندعو إلى إضافة فقرات جديدة للمادة /١٣٢ من قانون الإثبات العراقي ، لتكون على الوجه الآتي: -

" ثانياً: على المحكمة الاستعانة بتحليلات فحص الدم والبصمة الوراثية إذا تعلق الأمر بقضايا النسب وتوافرت قرائن قوية تدعم صحة الادعاء، ولها أن تأخذ من رفض أحد الخصوم ذلك قرينة على صحة الواقعة المراد إثباتها. ثالثاً: إذا أثبتت تحليلات فحص الدم والبصمة الوراثية عدم توافر علاقة انتساب بيولوجي بين الخصوم عُدّ ذلك قرينة على نفي النسب بينهما " .

٥- نقترح إعادة صياغة المادة /١٣٦ من قانون الإثبات العراقي وذلك لإزالة الغموض فيها باعتبار أن كلمة الإجراءات المتبعة الواردة فيها لا تشمل الأحكام الموضوعية المتمثلة بأسباب الرد ونقترح أن تكون بالصيغة الآتية :-

"... وتتبع في حالة رد الخبير الأحكام المتبعة في رد القاضي إلا إذا كان مختاراً من الخصوم ."

٦- ندعو إلى إضافة فقرات جديدة إلى المادة /١٤٠ من قانون الإثبات العراقي ، وذلك على النحو الآتي:-

" ثالثاً: على المحكمة أن تأخذ بالخبرة الطبية والعلمية الفنية البحتة في الأمور اللازمة للفصل في الدعوى، وأن تضمن حكمها الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ بها. رابعاً: للمحكمة أن تتخذ من تقرير الخبير إذا لم يوفر لها القناعة الكاملة والكافية للحكم به مبدأ ثبوت قانوني فلها أن توجه اليمين المتممة إلى من يستفيد من تقرير الخبير لتعزيزه وإكمال قناعتها به ".

٧- نقترح إضافة مادة قانونية إلى قانون الإثبات العراقي ، لتكون على الصيغة الآتية :-

" في حالة إنكار الأب المدعى عليه نسب المولود منه يكون للمحكمة أن تقضي بإخضاعه لإجراء تحليل البصمة الوراثية لبيان صلة النسب بناء على طلب من الأم المدعية أو من وليها ، وفي حالة رفضه الخضوع للتحليل اعتبر ذلك الرفض قرينة على ثبوت نسب المولود منه، وإذا ثبت عدم صحة نسب المولود من المدعى عليه طبقا لما ورد أدناه يعاقب المدعى بغرامة لا تقل عن مائة ألف دينار ولا تزيد عن مائتي ألف دينار، وبالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز ثلاث سنوات ، مع جواز حق التعويض للمدعى عليه وفق ثبوت الضرر الجسيم الواقع عليه مع عدم الإخلال بأي عقوبة أخرى اشد منصوص عليها قانونا " .

٨- نوصي بإنشاء مختبرات خاصة بشأن إجراء تحليل الفحوصات الطبية وخاصةً فحص الدم والبصمة الوراثية وتطابق الأنسجة وغيرها من المختبرات الطبية الفنية العلمية البحتة بحيث تكون

مرتبطة بأجهزة وزارة العدل وتحت إشرافها، واستحداث أقسام فيها تتعلق بالخبرة الطبية القضائية ليكون للخبير الطبي دور فعال وإيجابي في إعانة القضاء ومساعدته في سبيل الوصول إلى حقيقة بعض الأوضاع والنزاعات التي تعرض على القضاء من أجل حسم الدعاوى، وذلك بالاستعانة والاستفادة من الخبرة الطبية القضائية للحصول على التحليلات والفحوصات العلمية الدقيقة القاطعة.

٩- نوصي باستحداث المحكمة الإلكترونية والعمل في ضوئها لما في ذلك من دور كبير في تسهيل ودقة العمليات القضائية والإجراءات المتخذة وتنفيذها في مجال القضاء خاصةً، فهي سهلة التطبيق وقليلة الكلفة وآليات تنفيذها متوافرة وتخدم أكثر من غرض في الوقت نفسه، كما نوصي بإنشاء شبكات اكسترانت وانترانت تربط بين المحاكم من جهة وبين محاكم الاستئناف والتمييز من جهة أخرى، للتمكن من انتقال الدعاوى في حالات الإنابة القضائية وغيرها من الحالات إلكترونياً دون الحاجة إلى انتقالها بصيغتها الورقية، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع أو تلف أو اختفاء بعض الأدلة أو الصور والوثائق المهمة في الدعوى.

١٠- ندعو إلى اللجوء إلى استخدام الحفظ والتوثيق الإلكتروني لجميع الدعاوى والمحاضر وتقارير المعاينة والكشف والخبرة، وذلك للحفاظ على الدعاوى والأدلة وسلامتها وسهولة خزنها وانخفاض كلفتها وسهولة استرجاعها.

١١- ندعو إلى إيراد نظرية عامة للبطلان سواءً في قانون الإثبات أم في قانون المرافعات المدنية العراقي بدل هذا الشتات في المصطلحات من دون تحديد لمضمون البطلان ولقواعده.

ثانيا/ المقترحات في نطاق قانون المرافعات العراقي:-

١- نقترح تعديل مع إضافة فقرة جديدة للمادة /١٤٤ من قانون المرافعات المدنية العراقي لتصبح على النحو الآتي:-

" ٤- يجوز للمحكمة أن تتخذ من تقرير الكشف سبباً لحكمها ، وعليها الأخذ بقيمة التعويض الذي تضمنه تقرير الكشف المستعجل متى ما تثبتت منه . ٥- للقضاء المستعجل سلطة تقديرية في شأن إجراء الكشف قبل أن يتم تبليغ الطرف الآخر ".

٢- ندعو إلى إنشاء محكمة خاصة تسمى محكمة القضاء المستعجل إلى جانب المحاكم الأخرى، تختص بالنظر بالقضاء المستعجل.

٣- نقترح إعادة صياغة المادة /١٥٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي وذلك على الشكل الآتي:-

"... وتصدر المحكمة قرارها بشأن الطلب نهاية اليوم التالي على تقديم الطلب، وتحدد موعد الكشف في اليوم التالي ليوم الموافقة على الطلب إذا كانت المواد المراد الكشف عليها سريعة التلف وخلال ثلاثة أيام في الحالات الأخر..." .

٤- نوصي المشرع العراقي على ايراد نص في قانون المرافعات المدنية يتضمن الاتي:

" ان عدم مراعاة المواعيدالمعينة لاستعمال الحقوق الاجرائية وتجاوزها يترتب عليه حتما سقوط الحق في اتخاذ هذا الاجراء " .

وهذا النص يعد قاعدة عامة لترتيب جزاء السقوط مفادها ان كل تجاوز للمواعيد الاجرائية الناقصة يؤدي تجاوزها الى سقوط الحق في مباشرة الاجراء .

ثالثا / المقترحات في نطاق القانون العام:-

١- ندعو المقنن العراقي إلى إضافة فقرة جديدة إلى أحكام المادة /٦٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية تجيز للقاضي استعانته بوسائل التقدم العلمي الحديثة، وبما توصل إليه التطور العلمي في مجال كشف الجريمة، بما يضمن رعاية مصلحة العدالة من ناحية والحرية الشخصية للأفراد والمحافظة عليها من ناحية أخرى، ونقترح أن تكون على النحو الأتي:-

" د- للقاضي أن يستعين بوسائل التقدم العلمي الحديثة لكشف الجريمة بما يضمن رعاية مصلحة العدالة والحرية الشخصية للأفراد والمحافظة عليها ".

٢- أوصي وأؤكد بأن يبقى المرجع والمصدر الأصلي والأساسي الأول والأخير هو القران الكريم .

معجزة الله الكبرى ، ودستور الإسلام، ودليل الخلاص ودرب النجاة وسر العز والكرامة ومن طلب العز بغيره ذل ومن تهاون فيه هانت عليه نفسه وهان على الناس، وهو معين القيم والمثل السامية والأخلاق القويمة الرفيعة التي سطرت فيه الحقوق كاملة، ليس في حق الجنين فحسب بل في حقه قبل تخلقه في الرحم إلى حين ولادته فصيرورته فردا وحتى وفاته وبعد وفاته أيضا وهذا يعني بالضرورة عدم جواز مخالفة العمل بالأحكام الشرعية ، فيما إذا كانت النصوص القانونية متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية، ووجوب تغليب الأحكام الشرعية على النصوص القانونية عند تعارضهما ، وذلك لعدم دستورية النصوص القانونية المخالفة للأحكام الشرعية أصلا وتحقيقا لمبدأ وحدة التشريع ووضوحه ، ولأن الدساتير العربية وبالأخص العراقية الصادرة لا تجيز سن قانون يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية عموما ، ووجوب تغيير العديد من النصوص القانونية أو محاولة إكمال النقص التشريعي فيها والتي لها صلة بموضوع دراستنا ، إذ

أن بعض النصوص القانونية يشوبها النقص والتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية وثوابتها ، من اجل إعادة سيادة الشريعة الإسلامية وتأكيد هيمنتها على واقع الحياة باستيفاء القوانين من مناهلها التي لا تنضب عند سن قانون جديد ، وتنقية القوانين من التعارض مع الشريعة الإسلامية ، كما لا يجوز مطلقا تبني التشريعات المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية .

وفي الختام احمد الله واشكره واثني عليه الخير كله ، عدد خلقه ورضاء نفسه وزنة عرشه ومداد كلماته ، الذي أعانني ووفقني لهذا العمل المبارك الذي ابتغي فيه وجهه الكريم، فما وفقت فيه إلى الحق والصواب فان لله تعالى الفضل والمنة، وما قد أكون أخطأت فيه فمن نفسي واستغفر الله العظيم وأتوب إليه توبة نصوحة.

فلا بد للقلم من زلة ولا بد للقول من خطل، ولابد للإنسان من خطأ، إذ هو ابن ادم وكل بني آدم خطاء فلا ندعي بلوغ الكمال، فرحم الله عبدا أنصفني، فما أنا إلا طالب علم بذل ما في وسعه، والكمال لله تعالى وحده جل وعلا، وإنما سعينا إلى غاية نرجو بها ثواب الله تعالى، ونأمل أن قد بلغنا منها مبلغا يحمد وموطئا يذكر ورضا من الله يدرك، وان يكون هذا العمل في ميزان حسناتي ويكون لنا صدقة جارية إلى يوم القيامة، فلك الحمد والمنة يا الله في الأول والأخر، وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وهو رب العرش العظيم، وصلى الله على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا محمد (ﷺ) وعلى آله وصحبه والتابعين لهم بإحسان إلى يوم الدين وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

وبهذا ينتهي المطاف والكلام في هذه الدراسة المعمقة والموسعة بعد أن انتهينا من عرض النتائج والتوصيات ، 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.

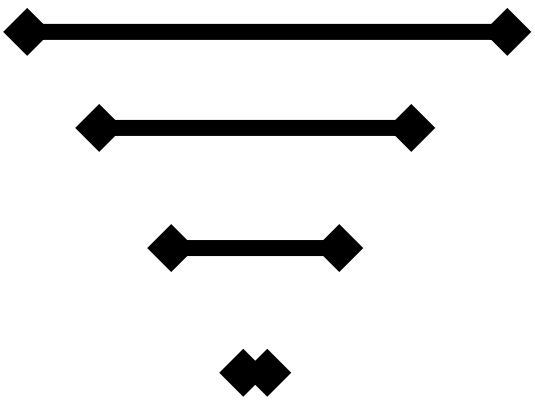
وهو الموضوع الذي عشت معه سنوات من عمري ، فما كان فيه من صواب فإلى الله تعالى وحده يرجع الفضل أولا وأخيرا ، وله المنة في توفيقي وسدادي إلى الحق والصواب ، وما قد يكون فيه من خطأ لا سمح الله تعالى فمني .

وأستغفر الله تعالى وأتوب إليه توبة نصوحة دائمة ما دامت السماوات والأرض إلى يوم القيامة ، وحسبي إلى الله تعالى أنني دائر في ذلك بين الأجر والأجرين إن شاء الله تعالى .

وأسأل الله تعالى الحي القيوم دوما وابدا ، أن يصرف عنا الهوى ويجنبنا الخطل وأن يكرمنا بحسن القول والعمل ، وأن لا يقطعنا من الرجاء في رحمته وعفوه ومن الأمل ، انه نعم المولى ونعم النصير.

والله تعالى اسأل التوفيق والسداد والرضا الدائم عنا ، وأن يجعله عملا خالصا لوجهه الكريم انه ولي ذلك والقادر عليه ،وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت واليه أنيب، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين ، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على النبي الشفيع سيدنا محمد (ﷺ) وعلى اله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين آمين يارب العالمين .

ومن الله تعالى التوفيق والسداد



فهرس البحث والدراسة

ويشتمل فهرس البحث والدراسة على الآتي :

أولا/ فهرس الآيات القرآنية.

ثانيا/ فهرس الأحاديث النبوية والآثار .

ثالثا/ فهرس المصادر والمراجع للدراسة.

أولا: فهرس الآيات القرآنية.....

التسلسل	مطلع الآية واسم السورة ورقم الآية	الصفحة
١-	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِى خَلَقَكُم مِّن .... ﴾ سورة النساء /١ (المقدمة)	٢
٢-	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ حَقَّ .... ﴾ سورة أل عمران / ١٠٢	٢
٣-	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَقُولُواْ قَوْلًا سَدِيدًا .... ﴾ سورة الأحزاب/٧٠-٧١	٢
٤-	﴿ ...فَإِنَّكَ بِأَعْيُنِنَا ... ﴾سورة الطور / ٤٨ (الفصل الأول)	١٤
٥-	﴿ تَجْرِى بِأَعْيُنِنَا... ﴾ سورة القمر /١٤	١٤
٦-	﴿ وَٱصْنَعِ ٱلْفُلْكَ بِأَعْيُنِنَا... ﴾سورة هود /٣٧	١٤
٧-	﴿ ...وَلِتُصْنَعَ عَلَىٰ عَيْنِىٓ ﴿٣٩﴾ ﴾سورة طه / ٣٩	١٥
٨-	﴿ ...أَمْ لَهُمْ أَعْيُنٌ يُبْصِرُونَ بِهَآ ... ﴾سورة الأعراف / ١٩٥	١٥
٩-	﴿ ...لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ... ﴾سورة النساء /١٠٥	١٧
١٠-	﴿ وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ ... ﴾سورة الإسراء/٣٦	١٧
١١-	﴿ وَجَآءُو أَبَاهُمْ عِشَآءً يَبْكُونَ ﴿١٦﴾ قَالُواْ يَٰٓأَبَانَآ ... ﴾ سورة يوسف /١٦-١٨	١٧
١٢-	﴿ وَٱسْتَبَقَا ٱلْبَابَ وَقَدَّتْ قَمِيصَهُۥ مِن دُبُرٍ وَأَلْفَيَا ... ﴾سورة يوسف /٢٥-٢٨	١٩
١٣-		
١٤-		

١٥-		
١٦-		
١٧-		
١٨-		
١٩-		
٢٠-		

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية والآثار.....

التسلسل	مطلع الحديث والأثر واسم مخرجه	الصفحة
١-	(عَلَّمَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خُطْبَةَ الْحَاجَةِ أن...) أخرجه الإمام أبي داود (المقدمة)	٢هامش
٢-	(أن رسول الله ﷺ مر على صبرة...) أخرجه الإمام مسلم (الفصل الأول)	٢١
٣-	(سمعت رسول الله ﷺ يقول : من رأى منكم منكرا ...) أخرجه الإمام مسلم	٢١
٤-	(بينما أنا واقف في الصف يوم بدر ...) أخرجه الإمام مسلم	٢٢
٥-	(كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد ...) أخرجه الشيخان	٢٣
٦-	(أصيب سعد يوم الخندق رماه رجل من قريش...) أخرجه الإمام مسلم	٢٤
٧-		
٨-		
٩-		
١٠-		
١١-		
١٢-		
١٣-		
١٤-		

١٥-		
١٦-		
١٧-		
١٨-		
١٩-		
٢٠-		

ثالثا: فهرس المصادر و المراجع للدراسة

وتشتمل فهرس المصادر والمراجع للدراسة على ما يأتي :
القرآن الكريم (كتاب الله تعالى ومعجزته الكبرى، ودستور الإسلام الخالد) ،(أولا) المصادر والمراجع العربية،(ثانيا) المصادر والمراجع الأجنبية ، وهي إجمالا على التفصيل الآتي :-

القرآن الكريم (كتاب الله تعالى ومعجزته الكبرى، ودستور الإسلام الخالد).

المصادر والمراجع العربية :-

وتشتمل المصادر والمراجع العربية على : أولا / كتب التفسير، وثانيا/ كتب الحديث الشريف ، وثالثا / كتب شرح الحديث الشريف ، ورابعا / كتب الفقه الإسلامي ، خامسا / كتب اللغة والمصطلحات والمعاجم ، سادسا / الكتب القانونية والعامة ، سابعا / الرسائل الجامعية ، ثامنا / البحوث في المجلات العلمية ، تاسعا / الموسوعات الفقهية ، عاشرا / الدوريات ، حادي عشر / القرارات المحاكم القضائية غير المنشورة ، ثاني عشر/ الإعلانات العالمية والتقنينات والقوانين ، وذلك على الشكل الآتي :-

أولا / كتب التفسير :-

١- الإمام أبو عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي (ت: ٦٧١هـ)، تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن، ط١، تحقيق مصطفى ألبدري، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م ، المجلد ٥، ج٩.

ثانيا / كتب الحديث الشريف :-

١- الإمام أبو داود سليمان بن الأشعث الازدي السجستاني (٢٠٢-٢٧٥هـ) ، كتاب السنن سنن أبي داود ، ضبط وتصحيح محمد عدنان بن ياسين درويش ، ط١، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ١٤٢١هـ /٢٠٠٠م .

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

٣- الإمام الحافظ أبو عبد الرحمن احمد بن شعيب ابن علي بن سنان بن دينار النسائي(ت: ٣٠٣هـ) ، سنن النسائي المجتبى ، اعتنى به عبد الغني مستو، المكتبة العصرية ، بيروت ،٢٠٠٨ م ، ج١و٢.

٤- الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل الجعفي البخاري (١٩٤-٢٥٦هـ) ، صحيح البخاري ، تحقيق وتخريج احمد زهوة واحمد عناية ، ط١، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ٢٠٠٤ م.

٥- الإمام الحافظ أبو عبدالله محمد بن يزيد القزويني (٢٠٧- ٢٧٥هـ)، ،سنن ابن ماجة، ضبط نصها احمد شمس الدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ،٢٠٠٤م .

٦- الإمام أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي(٢٠٩-٢٩٧هـ) ، سنن الترمذي الجامع الصحيح ، حققه وأخرجه الشيخ خليل مأمون شيحه، ط١ ، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م.

ثالثا / كتب شرح الحديث الشريف:-

٣- الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت: ٢٥٥هـ) ، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، دار الحديث، القاهرة ، من دون سنة طبع ، ج٨.

رابعا / كتب الفقه الإسلامي :-

تشتمل كتب الفقه الإسلامي على ما يأتي : كتب الفقه الحنفي ، وكتب الفقه الشافعي ، وكتب الفقه الحنبلي ، وكتب الفقه الظاهري، وكتب الفقه الإسلامي العام، وذلك وفق الصيغة الآتية :

أ- كتب الفقه الحنفي :

١- سليم رستم باز، شرح المجلة، المطبعة الأدبية، بيروت،١٨٨٩م .

٢- الإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي الملقب بملك العلماء (ت: ٥٨٧هـ) ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط١، طبع مطبعة الجمالية، مصر،١٩١٠م، ج٧.

٣- علي حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت ، ٢٠١٠ م، ج٤.

٤- الإمام محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة أبو بكر السرخسي المبسوط ، ط٢،، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، من دون سنة طبع، المجلد ٥، ج٩ ، المجلد٨، ج١٦.

ب- كتب الفقه الشافعي :

١- الشيخ محمد الشربيني الخطيب، مغنى المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي (ت : ٦٧٦ هـ) ، ط٢، مطبعة ألبابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٥٨ م ، ج٤.

ت- كتب الفقه الحنبلي :

١- الإمام شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (٦٩١-٧٥١هـ) ، زاد المعاد في هدى خير العباد، شرح وتعليق الشيخ عبد العزيز بن باز رحمه الله والشيخ محمد حامد ألفقي رحمه الله ، ط١، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠٠٨ م ، المجلد ٣، ج٥ .
٢- الإمام شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (٦٩١-٧٥١هـ) ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، عني به ورتب مادته وبوبها صالح احمد الشامي ، ط١، المكتب الإسلامي ، بيروت، دمشق ،عمان ، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢م .
٣- أبو عمر يوسف بن عبدالله بن عبد البر بن عاصم ألنمري القرطبي (ت: ٤٦٣هـ) ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، تحقيق مصطفى بن احمد العلوي ومحمد عبد الكبير البكري ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية ، المغرب ،١٣٨٧هـ ، ج٨ .

ث- كتب الفقه الظاهري :

١- الإمام محمد علي بن حزم الأندلسي الظاهري، المحلى، بتصحيح محمد خليل حراس، مطبعة مصر، من دون سنة طبع، المجلد ٦، ج٩.

ج- كتب الفقه العام :

١- إبراهيم نجيب محمد عوض، القضاء في الإسلام وتاريخه ونظمه، مطبوعات مجمع البحوث الإسلامية الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، ١٩٧٥م .
٢- د.أحمد عبد المنعم البهي، من طرق الإثبات في الشريعة وفي القانون، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٥م.
٣- د.أحمد فتحي البهنسي، نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي، ط٢، الشركة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠٠م.
٤- أحمد الداعور، أحكام البينات، مطبعة الغندور، بيروت، ١٩٦٥م.
٥- ظافر القاسمي، نظام الحكم في الشريعة والتاريخ الإسلامي، السلطة القضائية، ط١، دار النفائس، بيروت، ١٩٧٨م.
٦- د.عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، القسم الخاص، ط٢، مكتبة العروبة، القاهرة ، ١٩٦٤م، ج٢.
٧- د.عطية مشرفة، القضاء في الإسلام، ط٢، مطابع دار الغد، مصر، ١٩٦٦م.
٨- محمد سلام مدكور، القضاء في الإسلام ، دار النهضة العربية، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٤م.

خامسا / كتب اللغة والمصطلحات والمعاجم :-

١- إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، ، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، إشراف عبد السلام هارون، المكتبة العلمية، طهران، من دون سنة طبع، ج٢.

٢- العلامة الشيخ احمد رضا، معجم متن اللغة موسوعة لغوية حديثة، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٦٠م ، المجلد ٤.

٣- د. احمد مختار عبد الحميد عمر(ت :١٤٢٤هـ) بمساعدة فريق عمل ، معجم اللغة العربية المعاصرة ، ط١، عالم الكتب ، ١٤٢٩هـ/٢٠٠٨م، ج٢.

٤- الإمام إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، ط٣، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٨٤م ، ج٦.

٥-الإمام العلامة جار الله أبي القاسم محمود بن عمر الزمخشري (ت: ٥٣٨هـ) ، أسس البلاغة ، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٦٥م .

٦- د.جميل صليبا، المعجم الفلسفي بألفاظ العربية والفرنسية والانكليزية واللاتينية، ، دار الكتاب اللبناني، بيروت، ١٩٨٢م، ج٢.

٧- العلامة الجوهري، الصحاح في اللغة والعلوم، تقديم العلامة الشيخ عبد الله العلايلي، إعداد وتصنيف نديم مرعشلي وأسامة مرعشلي، دار الحضارة العربية، بيروت، المجلد ٤.

٨- أبو الحسين احمد بن فارس بن زكريا (ت : ٣٩٥ هـ) ، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، من دون سنة طبع، المجلد ٤، ج٤.

٩- العلامة الراغب الأصفهاني (ت: ٤٢٥ هـ)، مفردات ألفاظ القرآن ، ط٢، تحقيق صفوان عدنان داودي، دار العلم دمشق، الدار الشامية بيروت، ١٤٢٣ .

١٠- أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق د.مهدي المخزومي ود.إبراهيم السامرائي، سلسلة المعاجم والفهارس، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨١م ، ج٢.

١١- الإمام العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري الملقب بابن منظور(ت: ٧١١هـ) ، لسان العرب المحيط، قدمه له العلامة الشيخ عبد الله العلايلي، إعداد وتصنيف يوسف خياط، دار لسان العرب، بيروت، من دون سنة طبع ، المجلد٢.

١٢- د. فؤاد أفرام البستاني ، منجد الطلاب ، ط٢٢، دار المشرق ، بيروت ، ١٩٧٨م .

١٣- العلامة الشيخ مجد الدين محمد الفيروز آبادي الشيرازي، القاموس المحيط ، عالم الكتب ، بيروت، من دون سنة طبع، ج٤.
١٤- مجموعة من المؤلفين، المنجد في اللغة والأعلام، ط٣٨، دار المشرق للطباعة والنشر، بيروت ،٢٠٠٠م.
١٥- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت: ٦٦٦هـ) ، مختار الصحاح، دار الكتاب العربي، بيروت ،١٩٨١م.

سادسا / الكتب القانونية والعامة :-

١- إبراهيم ألمشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، مطبعة الجاحظ ، بغداد، ١٩٩٠م.
٢- إبراهيم ألمشاهدي، نافذة على القانون والقضاء، شركة السندباد للطباعة المحدودة، بغداد، ٢٠٠٢م.
٣- د.إحسان الناصري، أصول التحقيق الجنائي، بغداد، ١٩٤١م.
٤- د.أحمد علي الخطيب، شرح قانون الأحوال الشخصية، القسم الأول، في أحكام الميراث، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٢م.
٥- د.أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، مطابع مؤسسة دار الشعب، ١٩٧٧م.
٦- د.أحمد فؤاد عبد المجيد، التحقيق الجنائي، القسم العلمي، القاهرة، ١٩٣٩ م .
٧- د.أحمد أبو ألوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط٢، منشاة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨١م.
٨- د.أحمد مسلم، أصول المرافعات التنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨م.
٩- د. آدم النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات دراسة مقارنة، ط١، الدار العربية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٧٦م.

١٠- د. آدم النداوي، فلسفة إجراءات التقاضي في قانون المرافعات، مطبعة التعليم العالي، جامعة بغداد، ١٩٨٨م.
١١- د.آدم النداوي، المرافعات المدنية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٨م.
١٢- د.آدم النداوي، الموجز في قانون الإثبات، بيت الحكمة، جامعة بغداد، ١٩٩٠م .
١٣- المستشار انس الكيلاني، موسوعة الإثبات في القضايا المدنية والتجارية والشرعية، ط١، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ١٩٨٢م، ج٣.
١٤- المستشار أنس الكيلاني، موسوعة الإثبات في القضايا المدنية والتجارية والشرعية، ط٢، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ١٩٨٩م ، ج١.
١٥- د.أنور العمروسي، أصول المرفعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، ط٣، ١٩٧٨م.
١٦- الشيخ د. أوان عبدالله الفيضي، المعاينة في الدعوى المدنية دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر- الإمارات ، ٢٠١٢م .
١٧- د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٢م.
١٨- المحامي حسين المؤمن، نظرية الإثبات، القرائن وحجية الأحكام والكشف والمعاينة والخبرة، مطبعة الفجر، بيروت، ١٩٧٧م، ج٤.
١٩- د. رضا المزغني، أحكام الإثبات، مطابع معهد الإدارة العامة، المملكة العربية السعودية، ١٩٨٥م.
٢٠- د. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، مطابع الأمل، بيروت، ١٩٨٥م.
٢١- د.سلطان الشاوي، أصول التحقيق الإجرامي، شركة أياد للطباعة الفنية، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٣م.
٢٢- د.سليمان مرقس، من طرق الإثبات، شهادة الشهود والقرائن والمعاينة والخبرة، مطبعة الجبلاوي، القاهرة، ١٩٧٤م، ج٣.
٢٣- أ.د.عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، ط٢، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٧م .
٢٤- المستشار عز الدين الديناصوري وحامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ في ضوء الفقه والقضاء، ط٢، مطابع دار المعارف، القاهرة، ١٩٨٦م .
٢٥- د. فارس علي عمر الجرجري، مبدأ حياد القاضي المدني دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر- الإمارات ، ٢٠١٢م.
٢٦- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٧.

٢٧- د. فيصل شنطاوي، حقوق الإنسان والقانون الدولي الإنساني، ط٢، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١م .
٢٨- أ. د. ماهر علاوي الجبوري وآخرون، حقوق الإنسان والطفل والديمقراطية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة تكريت ، ٢٠٠٩ م.
٢٩- المستشار د.محمد شتا أبو سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد ٢، الكتاب السابع المعاينة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٧م.
٣٠- المستشار محمد عبد اللطيف، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، مطابع دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٧٢م، ج٢.
٣١- د. محمود أنور عكاشة، المبادئ الأساسية في التحقيق الجنائي العلمي، القاهرة، ١٩٦٩م.
٣٢- د. محمود حسن، التحقيق الجنائي العلمي والفني، ط١، القاهرة، ١٩١٣م .
٣٣- د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، من دون سنة طبع ، ج٢.
٣٤- د. مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المسؤولية المدنية للخبير القضائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤ م.
٣٥- المستشار مصطفى مجدي هرجه ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٧م، ج٢.
٣٦- د. مفلح القضاة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لقانون الإثبات الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٩٢ لدولة الإمارات العربية المتحدة ، طبع مطابع بن جسمال ، دبي ، من دون سنة طبع .
٣٧- د. همام محمد محمود زهران و د. نبيل إبراهيم سعد، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠١م .
٣٨- د.وائل ابو الفتوح احمد العزيري، المسؤولية المدنية عن عمليات نقل الدم دراسة مقارنة، دار المغربي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٦.

سابعا / الرسائل الجامعية :-

١- أنس محمود الزرري، الخبرة في المسائل المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، شباط، ١٩٨٧م.
٢- ساركول مصطفى أحمد، البصمة الوراثية وحجيتها في إثبات النسب، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة السليمانية، ٢٠٠٧م.

ثامنا / البحوث في المجلات العلمية:-

١- الشيح د.أوان عبد الله الفيضي ، المعاينة في نطاق الدعوى المدنية دراسة فقهية قانونية مقارنة ، مجلة الرافدين للحقوق ، مجلة فصلية علمية محكمة تصدر عن كلية القانون جامعة الموصل، ذو العقدة ١٤٢٤ هـ / كانون الأول ٢٠٠٣ م، المجلد١ ، س٨، ع /١٩.

٢- المحامي حسين المؤمن، حكم الحاكم بعلمه في الشريعة والقانون، مجلة القضاء، نقابة المحامين العراقية ،١٩٧٦م ، س٣١، ع/٣.

٣- أ. د.عباس العبودي، المبادئ الجديدة في قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، مجلة العلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ،١٩٨٦م ، المجلد ٥، ع/ ١و٢.

تاسعا / الموسوعات الفقهية :-

١- مجموعة من المؤلفين ، الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية الكويتية، ط١، مطابع دار الصفوة ، مصر ، من دون سنة طبع ،ج٢٩،

٢- موسوعة جمال عبد الناصر ، مطابع الأهرام ، القاهرة، ١٣٩٠هـ ، ج٢ .

عاشرا / الدوريات :-

تشتمل على: مجلة قضاء محكمة تمييز العراق، مجلة العدالة لدولة الإمارات العربية المتحدة ، ومجلة الرافدين للحقوق، وذلك وفق التفصيل الآتي :

أ- مجلة قضاء محكمة تمييز العراق :-

١- قرار محكمة تميز العراق رقم ٨٣/ مستعجلة/ ١٩٦٨ في ١٩٦٨/٩/١٠، المنشور في : قضاء محكمة تمييز العراق، القرارات الصادرة سنة ١٩٦٨، دار الحرية للطباعة مطبعة الحكومة ، بغداد، ١٩٧١م ، المجلد ٥.

ب- مجلة العدالة ، تصدرها وزارة العدل في دولة الإمارات العربية المتحدة :-

١- قرار المحكمة العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة رقم/١١٢ في ١٩٨٤/٥/١٦، مجلة العدالة، وزارة العدل في دولة الإمارات العربية المتحدة ،١٩٨٤م، س١١، ع /٤١ .

ت- مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية الحقوق في جامعة الموصل، العراق :-

١- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية في ٢٠٠٥/١١/٥ نقلاً عن : مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، حزيران، ٢٠٠٦م ، المجلد ٨، س١١، ع /٢٨.

حادي عشر / القرارات المحاكم القضائية غير المنشورة :-

تشتمل على: (١)/ قرارات محكمة تمييز العراق، (٢)/ قرارات محكمة استئناف نينوى بصفتها، (٣)/ قرارات محكمة بداءة الموصل وذلك على النحو الآتي :

(١)/ قرارات محكمة تمييز العراق :-

١- قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢١٥٦/ م٢ /٢٠٠٠ في ٢٠٠٠/١٠/١٩ (قرار غير منشور) .

(٢)/ قرارات محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية :-

١- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم/ ٤٤٢/ ت.ب /٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/١١/٢٣ (قرار غير منشور).

٢- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم ١٩٢و١٩٤/ت.ب/٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٥/٢٩ (قرار غير منشور).

٣- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم ٥٦٤و٥٧٤/ت.ب/٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/١٢/١٨ (قرار غير منشور) .

٤- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم/ ٢٣٧/ ت.ب /٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/٢٦ (قرار غير منشور).

٥- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم/ ٩١/ ت.ب /٢٠٠٥ في ٢٠٠٥/٣/١٥ (قرار غير منشور).

٦- قرار محكمة استئناف نينوى بصفتها التمييزية رقم / ٧٥ / ت.ب /٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٣/٨ (قرار غير منشور).

(٣)/ قرارات محكمة بداءة الموصل :-

١- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/ ٢٠٠١/١٨٣١ في ٢٠٠٢/٥/١٦ (قرار غير منشور).

٢- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/ ٢٠٠٦/٦١٠٤ في ٢٠٠٧/٢/١٨ (قرار غير منشور).

٣- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/ ٢٠٠٢/٢٣١٧ في ٢٠٠٢/١٠/٢٢ (قرار غير منشور).
٤- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/ ٧٨٩ /٢٠٠٧ في ٣/٨ / ٢٠٠٧ (قرار غير منشور).
٥- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/ ٧٣٥ / ٢٠٠٧ في ١٥/ ٣ / ٢٠٠٧ (قرار غير منشور).
٦- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/ ٢٨٩ / ٢٠٠٧ في ٣١/ ١ /٢٠٠٧ (قرار غير منشور).
٧- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/٢٣٦١ /٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/١٢/١٠ (قرار غير منشور).
٨- قرار محكمة بداءة الموصل رقم/ ٢٤٠٧ /٢٠٠٢ في ٢٠٠٢/١٢/١٢ (قرار غير منشور).

ثاني عشر/الإعلانات العالمية والتقنينات والقوانين :-

تشتمل على :(١)/ الإعلانات العالمية ، (٢)/ التقنينات، (٣)/ القوانين العربية ، (٤)/ القوانين الأجنبية ، وذلك على النحو الآتي :

(١)/الإعلانات العالمية :-

١- الإعلان الإسلامي لحقوق الإنسان لعام ١٩٨١م ، الصادر في التاسع من أيلول عام ١٩٨١م ، في جلسة اليونسكو وبمبادرة من المجلس الإسلامي ومنظمة المؤتمر الإسلامي .
٢- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لعام ١٩٤٨م، الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في العاشر من كانون الأول من عام ١٩٤٨م .

(٢)/التقنينات :-

١- مجلة الأحكام العدلية العثمانية الملغاة.

(٣)/القوانين العربية :-

تضم القوانين العربية على: القوانين العراقية، والقوانين المصرية ، والقوانين السعودية ، والقوانين السورية، والقوانين الأردنية ، والقوانين اللبنانية ، والقوانين اليمنية ، وذلك وفق الترتيب الآتي : -

أ - القوانين العراقية:-

١- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي النافذ رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.
٢- قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل .
٣- قانون الإثبات العراقي النافذ رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون ٤٦ لسنة ٢٠٠٠.
٤- قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٥- قانون الطب العدلي العراقي النافذ رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٧ المعدل.
٦- قانون الرسوم العدلية العراقي النافذ رقم ١١٤ لسنة ١٩٨١ المعدل.
٧- قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

ب- القوانين المصرية:-

١- قانون الإثبات للمواد المدنية والتجارية المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨المعدل.

ت- القوانين السعودية:-

١- نظام المرافعات الشرعية السعودي النافذ رقم ٢١ لسنة ١٤٢١هـ المعدل.

ث- القوانين السورية:-

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

٢- قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية السوري النافذ رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٣ المعدل.

ج- القوانين الأردنية:-

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

٢- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني النافذ رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ المعدل.

ح- القوانين اللبنانية:-

١- قانون أصول المحكمات المدنية اللبناني النافذ رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

خ- القوانين اليمنية:-

١- قانون الإثبات اليمني النافذ رقم ٢١ لسنة ١٩٩٢ المعدل .

(٤)- القوانين الأجنبية:-

١- قانون المرافعات الفرنسي النافذ رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ المعدل.

٢- القانون المدني الفرنسي النافذ ١٨٠٤المعدل. **Code civil LiTec paris 2003**

(ثانيا) المصادر والمراجع الأجنبية :-

1. **Anthony V.Anthony. G New Jercy-Super. 41174, A2d, 969 (1950).**
2. **Bulletin Trimestriel du code commercial ,1982,No.3. p.472.**
3. **Code civil LiTec paris 2003.**
4. **Laprotique Des Expertises Judiciaires، Encyclopedie et Cie، Paris، 1988، p. 154.**
5. **Nouveau code de procedure civil textex ajourau Ier, October, 1986, litec, Paris.**
6. **Odent, Saint-Mare et La betoulle, E.D. Magazine, 1970, p.637,FF.**

7. Dr.Valeric Lasserre-kiesow-linterpretation stricte parla cour se cassation des disposition du nouveiu code de procedure civile imposant un formalisme des mentions opligatoires-recueiel; dalloz, 2001, gurisprudence- p.1-3.
8. Waline "Une mesure d'instuct' on inhabituelle", R.D.P. Magazine, 1971, p.224,FF.