

المقدمة

الحمد لله الحكيم في قضائه، العادل في جزائه، والصلاة والسلام على سيدنا محمد (صلى الله عليه وسلم) خير من حكم فعدل، وقضى فأقسط، وعلى آله وأصحابه الذين اهتموا بهداه وساروا على منهاجه إلى يوم الدين، أما بعد:

ان حياة الإنسان في المجتمع تستلزم وجود العديد من المصالح والعلاقات بين أفرادها وهي علاقات توجب توفر قواعد لتنظيمها وتحكم تصرفات أفرادها وتنسق بين مصالحهم وتحسم الخصومات التي تنشأ بصددھا. ولتحقيق هذا الهدف وضمان الأستقرار في المعاملات ظهر الإثبات منذ القدم، وقد تطور الإثبات القضائي من حيث أسلوبه ووسائله نتيجة تطور الفكر الإنساني والذي أدى إلى انعكاس قيمه على نظم الإثبات المختلفة.

ونالت نظرية الإثبات في مختلف القوانين أهمية خاصة، بوصفها من أهم المعضلات التي تعترض القضاء في مسعاه. لاعلان الحق وتأمين العدالة بين افراد المجتمع وهي من اكثر النظريات القانونية تطبيقا في الحياة العملية لارتباطها بمصالح الافراد ولا تنقطع المحاكم عن تطبيقها في كل ما يعرض عليها من دعاوى، والاثبات يرتبط ارتباطا وثيقا بالقاعدة التي تقضي بان الانسان لا يستطيع ان يأخذ حقه بنفسه بل عليه ان يستعين بسلطة القضاء لذلك يجد صاحب الحق نفسه مضطرا الى ان يقنع القاضي باقامة الدليل على وجوده اذا ماتعرض هذا الحق للانكار من جانب الغير وبدون اقامة الدليل لا يستطيع ان يحصل على الحماية القضائية فيتعرض لفقدان حقه. لان القاضي لن يكون ملزما بان يسلم بصدق هذا الادعاء⁽¹⁾.

فالحق أياً كان، يرتبط من الناحية الواقعية بالقدرة على إثباته إذ لا يمكن التمتع بحق ما دون إقامة الدليل عليه عند النزاع. فإن ثبت عجز مدعي الحق عن تقديم الدليل المرسوم تعذر التمسك بالحق أو المركز القانوني الذي يدعيه الشخص. ولكن بالرغم من هذا التلازم والارتباط الوثيق بين الحق والدليل عليه فإن الدليل في الحقيقة هو شيء مختلف عن الحق ذاته فهو لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة لإثبات وجود الحق بشروطه وأوصافه، فلو كان الدليل باطلا مثلا فأن ذلك لا يحول دون إثبات الحق بدليل آخر. ولتوضيح ذلك، فإن الإثبات إنما يرد على مصدر الحق، لا على الحق ذاته ومصدر الحق كما

¹ - د.عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2005، ص.6.

هو معلوم اما ان يكون تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية، أما الحق ذاته فلا يكون محلا للإثبات بل هو الهدف الذي يرمي إليه صاحب الحق من الإثبات.

والإثبات لغة هو من أثبت الشيء، أي عرفه حق المعرفة وثبت ثباتا وثبوتًا فهو ثابت، والثبات والثبوت يعني الدوام والاستقرار، ولذا يسمى الدليل ثبوتًا؛ لأنه يؤدي إلى استقرار الحق لصاحبه بعد ما كان غير مستقرًا¹ ومتأرجحاً بين المتداعين، ولذلك فالإثبات في اللغة هو الدليل أو البينة أو الحجة واما قانونا فهو يعني إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها واتفق بشأن تعريف الإثبات على انه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق القانونية لإثبات حق متنازع عليه أونفيه، وبالتالي يوصل القاضي إلى معرفة الحقيقة في الدعوى المنظورة أمامه⁽¹⁾.

ولما كانت قواعد الإثبات هي قواعد ذات طبيعة مزدوجة إحداهما موضوعية تتعلق بتحديد ادلة الإثبات وبيان قيمة كل دليل منها، ومن يقع عليه عبء الإثبات. والأخرى إجرائية أو شكلية تبين الاجراءات التي يجب اتباعها في تقديم الدليل عند نظر النزاع امام القاضي، فقد اختلفت التشريعات في المكان الذي تضع به قواعد الإثبات وانقسمت إلى ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: يضع القواعد الموضوعية في القانون المدني والقواعد الشكلية في قانون المرافعات، وهذا الاتجاه ساند في أغلب التشريعات اللاتينية مثل فرنسا وكان يأخذ به المشرع العراقي قبل صدور قانون الأثبات النافذ.

الاتجاه الثاني: يضع جميع قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية في قانون المرافعات وهذا ما أخذ به القانون الألماني والسويسري.

الاتجاه الثالث: يضع قواعد الإثبات الموضوعية والشكلية في قانون مستقل وذلك للصلة الوثيقة التي تربط بين هذين النوعين من القواعد ولصعوبة الفصل بينهما، وهذا ما أخذ به القانون الأمريكي والأنكليزي وكذلك أخذ به المشرع المصري وأصدر قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968، وأخذ به المشرع العراقي وأصدر قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979⁽²⁾.

وقد تطورت أساليب الإثبات القضائي فأصبح هناك تعاوناً وثيقاً في الإثبات بين القانون والقاضي والخصوم. فالقانون يبين طرق الإثبات ويحدد قيمة كل منها، والقاضي يطبق القواعد التي يقررها القانون في ذلك و يتمتع في تطبيقها بشيء من حرية التقدير، والخصوم هم الذين عليهم أن يقد

¹-الياس جوادي، الإثبات القضائي في المنازعات الادارية (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، 2014، ص9.

²-د.عباس العبودي، شرح احكام قانون الإثبات العراقي، الطبعة الثانية الموصل، جامعة الموصل، 1997، ص7.

موا الأدلة على صحة دعواهم و ذلك على الوجه الذي رسمه القانون. ولكل خصم الحق في مناقشة الأدلة التي يقدّمها خصمه و يكون له الحق في تنفيذها وفي إثبات عكسها. ولما كان الإثبات القضائي محدود في وسائله فالحقيقة القضائية يكون حظها في مطابقة الوقائع بقدر ما يكون للقاضي من سلطة في البحث والتحري، فلا يجوز للقاضي أن يبني حكمه إلا على وسائل الإثبات التي أجازها القانون ولا يقبل منه القضاء بعلمه الشخصي. لأن المشرع عدد طرقها و حصرها في ذلك فلا تقبل وسيلة أخرى⁽¹⁾.

يدور الإثبات في القانون الوضعي بين نظم ثلاثة هي: الإثبات الحر أو المطلق، الإثبات المقيد، الإثبات الذي يجمع بين الأمرين السابقين أو المختلط، ففي نظام الإثبات الحر أو المطلق لا يحدد المشرع طرقاً معينة للإثبات ويترك فيه الإثبات حراً ويعطي الصلاحية المطلقة للقاضي، ولا يرسم القانون طرقاً محددة للإثبات يقيد بها القاضي بحيث يجوز للأطراف تقديم أي دليل لإثبات دعواهم والسعي لإقناع القاضي به، كما أن القاضي حر في الارتكان إلى أي دليل يطمئن إليه قلبه، أي أنه يجوز الإثبات في هذا المذهب بأي وسيلة يطمئن إليها القاضي في تكوين عقيدته، وفي هذا النظام يكون للقاضي دور إيجابي. وفي نظام الإثبات المقيد أو القانوني تنقيد سلطة القاضي والخصوم في الإثبات وذلك بأن المشرع يتولى تحديد طرق الإثبات عن طريق ما يرسمه القانون من طرق محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية و يجعل لكل طريق قيمته و يحدد أيضاً الإجراءات التي يقدم بها الدليل إلى القضاء. فموقف القاضي في هذا النظام سلبي محض، ولا يجوز له من جانبه أن يكمل ما في أدلة الخصوم من نقص ولا أن يقضي بعلمه الشخصي ولا بما توصل إليه من قناعة شخصية. وبخصوص نظام الإثبات المختلط يرتكز هذا النظام على الموازنة بين النظامين السابقين فهو يعتد بكل منهما و لا يضحى بأحدهما لحساب الآخر و يجمع المذهب بين الإثبات المطلق و الإثبات المقيد⁽²⁾.

وأخذ المشرع العراقي بهذا النظام في الإثبات وسمح للقاضي بأن يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية، محققاً قدر الإمكان النزعة إلى العدالة دون الفرط بمبدأ أستفرار المعاملات.

¹ - محي الدين بدائي، دور القاضي والخصوم في توزيع عبء الإثبات في المسائل المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2019.
² - ألياس جوادي، المصدر السابق، 2014، ص 37، 38.

ولما كان الإثبات على هذا القدر من الأهمية فإن الشريعة لم تغفله أو تهمله، بل رعته حق رعاية، فوضعت له الأحكام، ورتبته أيما ترتيب، وعنيت به عناية فائقة، وأولته الاهتمام والرعاية⁽¹⁾. وقد ورد في القرآن الكريم: **بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ** (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فأكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل)⁽²⁾. وفي السنة النبوية قوله (صلى الله عليه وسلم) (لو يعطى الناس بدعواه لأدعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه)⁽³⁾.

¹-سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات"دراسة فقهية قانونية مقارنة"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006، ص16.

²-س البقرة آية 282

³-رواه مسلم، راجع النووي شرح صحيح مسلم، جزء الثاني عشر، مطبعة المصرية، 1972، ص2/المصدر نفسه.

أهمية البحث

تكمن أهمية هذا الموضوع في صعوبة وخطورة الواجب الملقى على الخصم (المدعي أو المدعى عليه)، وذلك بعد تحديد شخصية وصفة من هو المدعى ومن هو المدعى عليه بموجب أحكام هذا الموضوع. أن عبء الإثبات هو الركيزة الأهم في مرحلة التقاضي في الدعوى والتي تبحث في الحجج والأدلة الثبوتية التي يقدمها أطراف المنازعة أمام القضاء حيث من المقرر في القواعد العامة والنظام القانوني إلزام المدعي بتحمل عبء الإثبات (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)⁽¹⁾ لكونها ليست شاملة في جميع الأحوال ويتم نقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى متى ما وجد سبباً يسوغ لذلك تهيأ للقاضي التوصل إلى الحقيقة.

فرضية البحث: تكمن في بيان مدى امكانية نقل عبء الاثبات بين اطراف الدعوى وتحقيق التطابق بين الحقيقة الواقعية والقضائية (التي تتجسد في صورة الحكم الذي يصدره القاضي) حماية" للحق ذاته من الضياع

منهجية البحث: تفسير وتحليل نصوص قانون الاثبات حول عبء الاثبات معززا بالقرارات القضائية.

¹-المادة (7) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.

خطة البحث: ينقسم هذا البحث الى مبحثين الاول حول قواعد عبء الاثبات ومدى تعلقه بالنظام العام ويتضمن مطلبين الاول حول قواعد عبء الاثبات وينقسم الى فرعين الاول عن البيينة على من ادعى خلاف الاصل والثاني حول البيينة على من ادعى خلاف الثابت بالقرائن ،اما المطلب الثاني فيختص بمدى تعلق عبء الاثبات بالنظام العام وعلى فرعين الاول منه حول مبدأ المجابهة بالدليل والثاني خاص بالآثار المترتبة على مبدأ المجابهة بالدليل وبخصوص المبحث الثاني فهو حول نقل عبء الاثبات بين الخصوم ودور القاضي فيه وينقسم الى مطلبين الاول منه يتضمن نقل عبء الاثبات بين الخصوم وآلياته وعلى فرعين واما المطلب الثاني فهو حول دور القاضي في نقل عبء الاثبات ووسائله وعلى فرعين .

المبحث الاول

قواعد عبء الاثبات ومدى تعلقها بالنظام العام

ان عبء الاثبات مركب من كلمتين "عبء" و"اثبات" فمصطلح عبء في اللغة يطلق على الحمل والثقل وجمعه اعباء وهي الاحمال والاثقال والاثبات لغة هو ثبت الشيء وذلك اذا دام واستقر والمقصود بعبء الاثبات اصطلاحاً هو (تحديد الخصم الذي يجب عليه ان يقوم باثبات الواقعة المتنازع عليها) وله اهمية كبيرة من الناحية العملية اذ تتوقف عليه نتيجة الدعوى في كثير من الاحيان ولهذا فان قواعد عبء الاثبات من اهم قواعد الاثبات اذ ان القاء عبء الاثبات على احد الخصمين معناه ان يحكم له او عليه واهتمت التشريعات الحديثة بذلك لما له من تاثير كبير على مركز الخصوم في الدعوى⁽¹⁾.

وسنتناول دراسة هذا المبحث في مطلبين الاول يتضمن قواعد عبء الاثبات وفرعين الاول حول البينة على من ادعى خلاف الاصل والثاني حول البينة على من ادعى خلاف الثابت بالقرائن، اما المطلب الثاني فيختص بمدى تعلق عبء الاثبات بالنظام العام وعلى فرعين الاول خاص بمبدأ المجابهة بالدليل والثاني بالاثار المترتبة على مبدأ المجابهة بالدليل .

¹-د.عباس العبودي، المصدر السابق، 1997، ص52، ونصت المادة الأولى من قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 (على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه).

المطلب الاول

قواعد عبء الاثبات

في ضوء عبء الاثبات في القانون يمكن لنا ان نعرض بعض القواعد التي تتعلق بعبء الاثبات وتتمثل في قاعدتين هما البينة على من ادعى خلاف الاصل والبينة على من ادعى خلاف الثابت بالقرائن وسنتناول هاتين القاعدتين في الفرعين الاتيين من هذا المطلب بشيء من التفصيل:

الفرع الاول: البينة على من ادعى خلاف الاصل

المقصود بالبينة هي ادلة الاثبات التي حددها القانون وان المدعي ليس برافع الدعوى فقط وانما هو كل شخص يدعي بحق خلاف الاصل. فقد يقع أن المدعي حتى في الدعوى التي رفعها لا يكلف بالإثبات بل يكلف به خصمه وفقا لطبيعة وضع كل منهما لأن الاصل في الحقوق الشخصية او الالتزامات هي براءة الذمة اذ الاصل في الانسان انه يولد ودمته بريئة ثم تشغل بما يجريه في حياته من تعامل ومن يدعي شغل ذمة الغير بشيء فهو المكلف باقامة الدليل لأنه يدعي خلاف الاصل والبينة على من يدعي خلاف الاصل وهو ما نصت عليه المادة 6/اولا من قانون الاثبات العراقي فاذا ادعى دائن ان له ديناً في ذمة اخر فإنه يدعي خلاف الاصل، وعليه اثبات ما يدعيه باقامة الدليل على مصدر هذا الدين اما المدعى عليه فلا يكلف باي اثبات لانه يتمسك بالوضع الثابت. وبالنسبة للحقوق العينية فإن الأصل هو الظاهر (وهو ما يظهر للناس بصفة عامة متفقا مع الحقيقة لانه يمثل العادي والمألوف) ومثاله الحائز للعين لا يطالب بإثبات ملكيتها لان الظاهر هو ان الحائز مالك، و الخارج الذي يدعي ملكية العين هو الذي يدعي خلاف ذلك. فعليه هو يقع عبء الإثبات، متى كان الحائز هو المدعى عليه في دعوى الملكية، مالم يتبين من مستندات المدعي أن الظاهر يؤيد دعواه وينفي دفاع المدعى عليه فعندئذ ينتقل عبء إثبات الملكية إلى المدعى عليه⁽¹⁾.

ومن رفع دعوى على جاره يطالبه بسد مطل (نافذة) لا يكلف وهو المدعي في الدعوى بإثبات أن جاره فتح المطل دون أن يكون له حق ارتفاق بل الجار -وهو المدعى عليه- هو الذي عليه أن يثبت أن له حق ارتفاق يجيز فتح المطل. ففي هذا المثال يقع عبء الإثبات على المدعى عليه لا على المدعى، لأنه طبيعة الوضع تقضى بخلو العقار من حقوق الارتفاق حتى يثبت ذو المصلحة عكس

¹-د.عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان بيروت، 2000، ص72-73.

ذلك، أما الظاهر عرضاً (فهو ما أقام الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية خلافاً لما كان ظاهراً أصلاً كما لو ادعى شخص أنه دائن لأخر وقدم سنداً مكتوباً بمشغولية ذمته فإن الأصل أصبح لا يمثل الحقيقة وأصبح الظاهر أن المدعى عليه مدين) وهناك الظاهر فرضاً وهو ما أفترضه المشرع ظهوره بقريضة قانونية بسيطة يقيمها لصالح المدعي لكي يعفيه مؤقتاً من عبء الإثبات لحكمة يقدرها المشرع على هذا فوجود قريضة قانونية يترتب عليها وجود وضع ثابت فرضاً يعفي من يتمسك به من عبء الإثبات ويتعين على الذي يدعي عكس القريضة القانونية إثبات ما يدعيه⁽¹⁾.

وتأكيداً لما سبق ذكره أعلاه، فقد قضت محكمة تمييز إقليم كردستان في قرار لها أنه: (كان على المحكمة أن تتحقق فيما إذا كانت الزوالي المدعى بها وجدت عند الحجز عليها في المعرض من عدمه، فإذا أثبت ذلك يكون ظاهر الحال معه، ومن يدعي خلاف ذلك يقع عليه عبء الإثبات (المادة 7 من قانون الإثبات)⁽²⁾).

ولكون الأصل يعتبر من الأمور المرجحة لجانب أحد المتداعيين على الآخر فإن الذي يتمسك به يكون جانبه قوياً ويكون الظاهر أن الحق في جانبه ويعفى من تحمل عبء الإثبات، أما الطرف الآخر الذي يكون قوله مخالفاً لهذا الأصل فعليه يقع عبء الإثبات. ومن القواعد التي تعد أصلاً: ما يلي:

أولاً: الأصل براءة الذمة: ففي نطاق الحقوق الشخصية أو الالتزامات الأصل هو براءة ذمة الشخص من أي التزام ومن يتمسك بهذا الأصل لا اثبات عليه وإنما يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الأصل، فمن اقترض غيره مالا فعليه أن يثبت عقد القرض وأهتمت الشريعة الإسلامية بهذه القاعدة كون الشخص يولد ودمته خالية من أي التزام عليها للغير ويتم انشغالها عن طريق التعاملات التي يقوم بها الشخص وقد وردت في القرآن الكريم آيات على براءة ذمة الإنسان من المسؤولية الجزائية والمدنية وعدم مسؤوليته حتى بعد ارتكاب الجريمة ما لم يكن مبلغاً بنصوص التجريم والعقاب منها

¹ -د. عباس العبودي، المصدر السابق، 1997، ص 55-56.

² -قرار محكمة تمييز إقليم كردستان المرقم 59/ الهيئة المدنية/ 1996 في 1996/3/26 القاضي كيلاني سيد أحمد، كامل مبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز إقليم كردستان - العراق للسنوات (1993-2011)، ج2، أبريل- كردستان 2012، ص 14-15.

قوله تعالى "وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا" (1). ومنه فان من يدعي خلاف الاصل يكلف باثبات ما يدعيه (2).

ثانيا: الاصل في الصفات العارضة العدم: ومنها ان كل شخص هو اهل للتعاقد ما لم تسلب اهليته او يحد منها بحكم القانون او القضاء فمن يدعي ان التعاقد ناقص الاهلية او عديمها يقع عليه عبء الاثبات لأن الاصل ان العقود سليمة خالية من العيوب ومن يدعي خلاف هذا يقع عليه عبء الاثبات فاذا كان هناك عقد بيع واختلف الطرفان حول ابرام العقد طوعا او كرها فعلى المدعي المكروه عبء اثباته لان الاختيار هو الاصل (3).

ثالثا: الاصل اضافة الحادث الى اقرب اوقاته: ان السائد في الفقه القانوني انه في حالة وقوع نزاع في وقت حدوث تصرف من التصرفات او امر من الامور. فان هذا التصرف ينسب لأقرب اوقاته. ومثالها إذا باع المريض مرض الموت فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة، وإذا تم للغير في نفس الظروف أعتبر غير مصادق عليه ويكون قابل للإبطال ومنه إذا ادعى الورثة إن التصرف صدر خلال مرض الموت فتطبق عليه أحكام الوصية إلا إذا استطاع المتصرف إليه إثبات صدوره في زمن الصحة (4). وبهذا الشأن، فقد قضت محكمة التمييز العراقية في قرار لها بأن: (عبء الإثبات يقع على من يدعى أمرا معيناً سواء أكان داخلاً بالدعوى بصيغة مدعي أو مدعى عليه...) (5).

الفرع ثاني: البينة على من ادعى خلاف الثابت بالقرائن

تعد القرائن من الوسائل التي يتم تجهيزها لإثبات الواقعة محل الإثبات لأنها من الوسائل غير المهيأة مقدما بل يتعين أن تنهياً وقت قيام النزاع على الحق المراد إثباته، وهي كذلك ذات حجية ملزمة بتحديد القانون لمدى حجيتها، على نحو تكون هذه الحجية قاطعة لاتقبل إثبات العكس أو ذات حجية

¹-سورة الاسراء اية 15

²-د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2009. ص 70-71 (وقد نصت على هذه القاعدة المادة 6 من قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 "الأصل براءة الذمة" وايضا نص عليه المشرع المصري في المادة 1 من قانون الاثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 بانه "على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التخلص منه").

³-د. عصمت عبدالمجيد، شرح قانون الاثبات العراقي، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص 71.

⁴- محي الدين بداني، دور القاضي والخصوم في توزيع عبء الاثبات في المسائل المدنية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة عبدالحميد بن باديس مستنغام، كلية القانون والسياسة، 2019، ص 19.

⁵-قرار محكمة تمييز العراق المرقم 86/ في 1960/5/16 المحامي محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، جزء الأول، مطبعة شفيق، بغداد، 1983، ص 53.

غير قاطعة يمكن إثبات عكسها، وقد تكون القرائن قانونية عندما ينص عليها في القانون او قضائية عندما يتوصل القاضي إليها من وقائع الدعوى والأوراق التي يتضمنها ملف الدعوى⁽¹⁾.

وقد نص قانون الإثبات العراقي (في المادة 98/اولا وثانيا) على أن القرينة القانونية هي استنباط المشرع امر غير ثابت من امر ثابت هو الذي يقوم بسنها وانها تغني من تقرر لمصلحته عن أي دليل آخر من ادلة الإثبات. ونص ايضا (في المادة 102/اولا وثانيا) على القرينة القضائية بانه للقاضي أستنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز اثباته بالشهادة.

والقرائن القانونية على نوعين قرائن قانونية قاطعة وهي تلك القرائن التي لا يجوز اثبات عكسها ولايجوز القياس عليها نظرا لأن المشرع قد رسم لها مفهوما ونطاقا وحجية ليس من سلطة القاضي النظر في تقديرها من أمثلتها قرينة (حجية الشيء المحكوم فيه) والمنصوص عليه في المادة 105 من قانون الإثبات العراقي لتعلقها بالمصلحة العامة التي تقضي بأحترام الأحكام القضائية ووضع حد للنزاع⁽²⁾.

وهناك قرائن قانونية قاطعة تتعلق بالصالح الخاص ،اي الموضوعة لحماية مصلحة خاصة فهذه تقبل اثبات العكس بالاقرار واليمين فقط وليس بطرق الإثبات الاخرى كالكتابة والشهادة والقرائن القضائية⁽³⁾. ومثال ذلك نص المادة 431 من القانون المدني العراقي(يجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى لمرور سنة واحدة ان يحلف يمينا توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على ان ذمته غير مشغولة بالدين) فهذه القرينة يجوز نقضها بالاقرار او اليمين، والحكمة في ذلك ان من تقرر القرينة لمصلحته وتعفيه من عبء الإثبات يستطيع ان يتنازل عنها باقراره الصريح او الضمني في حالة النكول عن اليمين⁽⁴⁾.

والنوع الثاني هي القرائن القانونية البسيطة التي يجوز اثبات عكسها وهي مجموعة من القرائن تضمنتها نصوص القانون التي تعفي من تقرر لمصلحته من عبء الإثبات مؤقتا، إلا أنه

¹-د.عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة الثالثة، بيروت لبنان، 1998. ص 99

²-المادة 105 من قانون الإثبات العراقي لسنة 1979 (الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا).

³-د.عصمت عبدالمجيد بكر، شرح قانون الإثبات. 2006. ص221-223. هو ما نصت عليه في المادة 101 من قانون الإثبات العراقي(يجوز قبول الاقرار واليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل اثبات العكس في الامور التي لا تتعلق بالنظام العام).

⁴-د.عباس العبودي، المصدر السابق، 1997، ص239.

يستطيع الخصم الآخر أن يقيم الدليل على عكس ما تضمنته، وهي الأصل في القرائن القانونية⁽¹⁾. ومن التطبيقات القضائية بهذا الصدد. ما قضت به محكمة تمييز أقليم كردستان في إحدى قراراتها أنه: (كان المقتضى تكليف المدعيه بإثبات وجود المواد المدعى بها في الدار عند تركها وعائدية تلك المواد إليها ومن ثم قيام المدعى عليها بإلحاق الأضرار بها أو التسبب في وقوعها، حيث أن المسؤولية في هذه الحالة تكون تقصيرية وليست عقدية، وإذا عجزت المدعية عن الإثبات تمنحها المحكمة حق تحليف خصمها اليمين القانونية)⁽²⁾. مثال ذلك: ما نصت عليه المادة (2/132) من القانون المدني⁽³⁾ بأنه (ويفترض في كل التزام أن له سببا مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقر الدليل على غير ذلك) فهذه المادة تفترض أن للعقد سبباً مشروعاً يقع على من يدعى عدم مشروعية السبب عبء إثبات ذلك⁽⁴⁾.

وبيين شراح القانون المدني انه لقيام القرينة القانونية يكتفي ان يكون استنباط الواقعة المجهولة من الواقعة الثابتة المعلومة قائماً على فكرة الغالب الراجح فمثلاً اذا طالب المؤجر المستأجر بأجرة عشرة شهور وقدم المستأجر ايصالاً بسداد اجرة الشهر الاخير من هذه الشهور العشرة. فسداد اجرة الشهر الاخير واقعة ثابتة معلومة تصلح لأن يستنبط منها انه قام بسداد جميع الشهور السابقة وهذا الاستنباط يقوم على فكرة الغالب الراجح، لان الاجور تسير على هذا الترتيب عادة. فالمؤجر لا يسلم للمستأجر ايصال اجرة الشهر اللاحق الا اذا كان قد قام فعلاً باستلام اجرة الشهر السابق⁽⁵⁾.

وبخصوص القرائن القضائية والتي تم تعريفها أعلاه يتضح ان القرينة القضائية دليل غير مباشر، اذ لا يقع الإثبات فيه على الواقعة ذاتها بوصفها مصدراً للحق، بل يقع على واقعة اخرى قريبة منها ومتصلة بها اذا اثبتت امكن للقاضي ان يستنتج منها الواقعة المراد اثباتها ومن الامثلة عليها ان تقام دعوى بين اب وابنه بالاستناد الى سند دين، ويدفع دائن احد الطرفين بوجود الصورية في التصرف بسبب القرابة بينهما فيستطيع القاضي عن طريق الاستنباط العقلي ان يستخلص من واقعة القرابة قرينة يستدل بها على الصورية⁽⁶⁾.

¹- عبدالله علي فهد العجمي، دور القرائن في الإثبات المدني دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة شرق الأوسط، كلية الحقوق، 2011، ص50 وما بعده

²- قرار محكمة تمييز أقليم كردستان المرقم 196/الهيئة المدنية/ 1994 غي 1994/9/22 /القاضي كيلاني سيد أحمد، المصدر السابق، ص13.

³- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 النافذ.

⁴- د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، 2007 ص (72-73).

⁵- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق 1998 ص 620.

⁶- د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص242.

وللقرائن القضائية أهمية فيما يخص عبء الإثبات، فهي تعد من الوسائل التي يستعين بها القاضي للقيام بنقل عبء الإثبات بين الخصوم وللتخفيف من قاعدة (البينة على من أدعى واليمين على من انكر) حتى لا يقع عبء الإثبات على كاهل أحد الخصمين دون الآخر عن طريق الأكتفاء بما يجعل الأمر المدعى به قريب التصديق، ثم يقوم القاضي بتكوين قناعته من مجموع ما يدلي به الخصوم⁽¹⁾. ومن وقائع الدعوى وتصرفات الاطراف ليعلم الحق الذي يريد الوصول اليه⁽²⁾.

¹-د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، 2018. ص406.

²-عبد القادر ادريس، الإثبات بالقرائن في الفقه الاسلامي، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010 ص80.

المطلب الثاني

مدى تعلق عبء الإثبات بالنظام العام.

النظام العام هو: "مجموعة الأفكار والمبادئ الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع في الأنظمة المختلفة قانونية وسياسية واجتماعية والتي تعبر عن مصالحه الأساسية"⁽¹⁾. ومن خلال هذا التعريف يتضح أن فكرة النظام العام فكرة مرنة ونسبية من حيث التطبيق برغم من محدودية القاعدة النظامية وجمودها في الأصل، فهي تهدف إلى تحقيق الصالح العام للمجتمع، وتحافظ على أمنه وأستقراره، لذا فهي مرنة لأنها ليست ثابتة وإنما هي قابلة للتغير والتطور مع تطور الزمن، وتغيير الأحداث السياسية والأفكار الاجتماعية وهكذا، ونسبية لأنها تختلف باختلاف الزمان والمكان، فليس كل نظام عام شامل للعالم بأسره، وإنما يختلف من مجتمع لآخر - فما يعتبر في بلد ما قد لايعتبر كذلك في بلد آخر-، ومن مرحلة لآخرى، - فما قد يعتبر من النظام العام في هذا الزمن قد لا يكون كذلك في المستقبل، والنظام العام ليست أفكار ثابتة محددة، وإنما يترك تقديره للقضاء، وعلى القاضي أن يثبت أن هذا من قبيل النظام العام أم لا، وعليه البحث عن ذلك من خلال معايير موضوعية وليست شخصية، وفي جميع الأحوال ما يقرره القاضي يكون خاضعا لرقابة جهات قضائية عليها، وتعد قواعد نظام العام من القواعد الآمرة والناهية، وهي "تلك القواعد التي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها"، فكل اتفاق يقع على ما يخالف هذه القواعد يقع باطلا، فمثلا القاعدة التي تحرم القتل قاعدة أمرة لا يجوز الاتفاق على خلافها، فلو أن شخصا أتفق مع آخر على أن يقتله فهو اتفاق باطل، لاينظر إليه ولا يعترف به أساسا في النظام ولا ينتج عنه أي أثر، ومن فعل ذلك يستوجب العقوبة المقررة على فعله، إذ أن "كل خروج على النظام العام يستوجب الجزاء"⁽²⁾.

وهنا لا بد أن نميز بين القواعد الإجرائية (القواعد الشكلية) والقواعد الموضوعية في قانون الإثبات ومدى تأثير كل واحد منها بالنظام العام، فالقواعد الإجرائية تتعلق بالإجراءات التي يتعين اتباعها أمام المحاكم في رفع الدعوى وإثباتها والمواجهة بالأدلة، فإن هذه القواعد تعتبر من نظام التقاضي الذي يتعلق بسير أعمال السلطة القضائية وبالتالي تعتبر من النظام العام مما يحول دون

¹ - عبدالرحمن بن محمد بن صالح الحماد، أحكام نقل عبء الإثبات أو الإعفاء منه (دراسة مقارنة). رسالة ماجستير مقدمة إلى المعهد العالي للقضاء-جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1431هـ. ص 36.

² - عبدالرحمن بن محمد بن صالح الحماد، المصدر نفسه، 1431هـ، ص 37-38.

إعطاء الأطراف امكانية تغييرها فهي ملزمة للخصوم وكذلك للقاضي⁽¹⁾. عليه فإن المقصود بالقواعد الشكلية هي تلك القواعد التي تنظم عملية التقاضي بين الخصوم، وتنظم عملية سير القضايا أمام القضاء، وطريقة قيد القضية في المحكمة، وطرق الطعن في الأحكام القضائية، ودرجات التقاضي⁽²⁾. أما القواعد الموضوعية فهي القواعد المتعلقة بمحل الإثبات وعبئه وطرقه، ويقصد بها بأنها تلك القواعد التي تتعلق بذات الإثبات من حيث تنظيم طرق الإثبات ووسائله وشروطه ونحو ذلك⁽³⁾. وقد اختلف الفقهاء حول اعتبار القواعد الموضوعية من قبيل النظام العام أم لا ويمكن حصر اختلافهم في ثلاثة مذاهب.

أولاً: المذهب الفردي: إن هذا المذهب يعتبر القواعد الموضوعية قواعد لا تمت بصلة إلى النظام العام ويرى أنصار هذا المذهب أن الخصومة لا تمس سوى مصالح الأفراد الخاصة وبالتالي يكون لأصحاب هذه الحقوق التنازل عنها ومن باب أولى حمايتها وإثباتها بالوسائل التي يرونها صالحة لهم⁽⁴⁾.

ثانياً: المذهب الإجتماعي: يذهب أنصار هذا المذهب إلى اعتبار جميع قواعد الإثبات الموضوعية من النظام العام لأنها قواعد أمرّة لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها أو يتنازلوا عنها لأنها تتعلق بالمصلحة العامة.

ثالثاً: المذهب الوسط (التوفيقى): يرى أنصار هذا المذهب أن قواعد الإثبات الموضوعية قسم منها لا يمت بصلة إلى الصالح العام والقسم الآخر يعتبر من قبيل النظام العام، و قواعد الإثبات الموضوعية غير المتعلقة بالنظام العام تشمل (القواعد التي تتضمن قيوداً على حرية الإثبات) فهي لا تقرر ضمانات أساسية لحق الدفاع ولا تتصل بسلطة القاضي في الإثبات كما هو الشأن في القواعد التي تجيز الاتفاق على الإثبات في شهادة الشهود في الحالات التي يستلزم فيها القانون الإثبات بالكتابة⁽⁵⁾. إن أغلب التشريعات الحديثة أخذت بالمذهب الوسط ومنها التشريع العراقي فأجاز الاتفاقات الخاصة في طرق الإثبات .

أما قواعد الإثبات الموضوعية المتعلقة بالنظام العام فهي تشمل: القواعد المتعلقة بسلطة القاضي في الإثبات كما هو الحال في القواعد التي تعطي للقاضي سلطة توجيه اليمين المتممة في حالات معينة،

¹-د. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات مكتبة الحلبي، بيروت 2008. ص26

²-د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2003، ص67.

³-عبدالرحمن بن محمد بن صالح الحماد، المصدر السابق. 1431هـ. ص38.

⁴-د. عباس العبودي، المصدر السابق، ص113.

⁵-د. عباس العبودي، مصدر سابق، 1997، ص114.

أوالقواعد المتعلقة بالضمانات الأساسية لحق الدفاع كما هو الشأن في مبدأ المجابهة بالأدلة، فهذه القواعد لايجوز الاتفاق على مخالفتها⁽¹⁾.

بعد أن تبين لنا التمييز بين القواعد الموضوعية والإجرائية وأعتبر عبء الإثبات من القواعد الموضوعية وبالتالي لا تعتبر من النظام العام فإنه يترتب على ذلك جملة من النتائج وهي انه يجوز للأطراف مخالفتها صراحة أو ضمناً أي يتفق الطرفان على نقل عبء الإثبات إلى عاتق الطرف الآخر، ويحق للخصوم التمسك بها إلا أنه لا يجوز إثارتها لأول مرة أمام محكمة التمييز في العراق ومحكمة النقض في مصر. هذا وتتناول فيما يلي مبدأ المجابهة بالدليل والآثار المترتبة عليه في فرعين:

الفرع أول: مبدأ المجابهة بالدليل:

أن هذا المبدأ من المبادئ الأساسية في نظام التقاضي وهو يعني حق الخصوم في الإثبات ومناقشتهم للأدلة التي تقدم في الدعوى، فالإثبات يعد واجبا على المدعي يجب عليه إقامة الدليل على صحة ادعائه وإلا خسر دعواه ويكون للخصم الآخر أن يفند الدليل الذي يقدمه خصمه ويثبت عكس مايدعي وله أن يطلب عرض جميع أدلة خصمه عليه والتي يستند إليها للأطلاع عليها لمناقشتها ودحضها⁽²⁾. والدليل الذي لايعرض على الخصم لمناقشته لا يجوز الأخذ به، ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بدليل نوقش في قضية أخرى، ما لم يناقش في القضية المعروضة، وهذا مبدأ جوهري من مبادئ التقاضي، حتى تتكافأ الفرص أمام الخصوم في الدعوى⁽³⁾.

وهذا الدور الايجابي للخصوم في الإثبات وما يستتبعه من حقهم في مناقشة الأدلة تنظمه قاعدتين:

أ-حق الخصم في الإثبات: على الخصم أن يثبت ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي بينها القانون فللخصم أن يقدم للقضاء جميع ماتحت يده أو مايستطيع إبرازه من الأدلة التي يسمح بها القانون تأييدا لما يدعيه مقيدا بالطرق التي حددها القانون فلا يجوز له أن يثبت بالبينة مالا يجوز إثباته إلا بالكتابة ولا يجوز له أن يجزئ إقرار خصمه إذا كان هذا الإقرار لا يتجزأ ولا يجوز له أن يوجه اليمين

¹-م. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في قانون الإثبات، جزء الأول، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة 2012-
ف (16- ز)- ص39-40

²-د.عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، 2000، 34.

³-عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، 2018، ص 71.

الحاسمة إلى خصمه حيث يكون متعسفا في توجيهها. وبهذا الصدد، فقد قضت محكمة تمييز أقليم كوردستان في قرار لها أنه: (لدى التدقيق والمداولة تبين أن التمييز مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلا، ووجد أن القرار المميز القاضي ببرد دعوى المدعين غير صحيح ومخالف للقانون، لأن حقوق التصرف في القطعة موضوع الدعوى مسجلة بأسم المدعين وعجز المدعى عليه عن إثبات دفعه ببينة تحريرية معتبرة بشأن السند القانوني لأحداثه الدار على القطعة موضوع الدعوى فكان على المحكمة منح المدعى عليه حق تحليف المدعي اليمين بخصوص دفعه ثم إصدار القرار المناسب على ضوء نتيجة الإثبات....)⁽¹⁾.

ب - حق الخصم الآخر في اثبات العكس: كل دليل يتقدم به الخصم لاثبات دعواه يكون للخصم الآخر الحق في نقضه واثبات عكس ما يدعيه فاذا كان الدليل الذي قدمه الخصم ورقة مكتوبة كان للخصم الآخر ان ينكر خطه او امضاه او يطعن فيها بالتزوير وان كانت ورقة رسمية كان للخصم الآخر ان يطعن فيها بالتزوير. وفي جميع الاحوال يجوز للخصم الآخر فيما لايتحتم فيه الطعن بالتزوير ان يثبت عكس ما هو ثابت ضده بالكتابة على ان يكون اثبات العكس بكتابة مماثلة وفقا للاحكام التي قررها القانون. ويتبين من كل ذلك ان الاصل في الدليل الذي يقدمه الخصم تمكين الخصم الآخر من نقضه، وان حق الخصم في اثبات ما يدعيه يقابله حق الخصم الآخر في اثبات العكس⁽²⁾. وقد نصت المادة 80 من قانون الاثبات العراقي بأنه (اذا احضر احد الخصمين شهودا لاثبات دعواه جاز لخصمه ان يحضر شهودا لرد الدعوى) كما نصت المادة 69 من قانون الاثبات بأن (الاذن لاحد الخصوم باثبات الواقعة بشهادة الشهود يقتضي دائما ان يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذه الطريقة).

الفرع ثاني: الآثار المترتبة على مبدأ المجابهة بالدليل

يترتب على حق الخصوم في الاثبات وضرورة عرض الادلة لمناقشتها مبادئ اخرى تعد من المبادئ الجوهرية في الاثبات وهي :

أولا : مبدأ منع الخصم من اصطناع دليل لنفسه .

ثانيا : مبدأ عدم اجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه .

¹-قرار محكمة تمييز أقليم كوردستان الرقم 482/ مدنية ثانية/2007/ المحامي المستشار مروان حاجي الزبياري، المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز أقليم كوردستان ومحكمة أستئناف منطقة أربيل ودهوك ومحكمة جنائيات دهوك بصفتها التمييزية، طبعة الأولى، مطبعة روزهةلات، أربيل، 2010، ص 59.

²-د.عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، 2000، ص34-35.

اولا :مبدأ منع الخصم من اصطناع دليل لنفسه:-.

يجب ان يكون الدليل الذي يحتج به الخصم على خصمه صادرا من هذا الاخير لكي يكون دليلا عليه ،كأن تكون الورقة المكتوبة بخطه او امضائه مثلا،ومن ثم فلا يجوز للخصم ان يحتج على خصمه بدليل يصنعه بنفسه كورقة او قول او فعل صادر منه⁽¹⁾، وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز في العراق بأنه (لايحق للمدعي أن يعد الدليل لنفسه بنفسه، وإنما يترتب عليه تقديم البينة المثبتة لما يدعيه)⁽²⁾ فالقاعدة العامة عدم جواز أن يخلق الخصم دليلا لنفسه، فلايجوز أن يكون الدليل الذي يقدمه المدعي على دعواه مجرد أقواله أو ادعاءاته، إذ لا ينبغي أن يصدق المدعي بقوله ولا بيمينه إذا لم توجه إليه اليمين ولا بورقة صادرة منه يقدمها في الدعوى أو مذكرات دونها بنفسه⁽³⁾، إذ لا يستطيع الإنسان أن يتخذ من عمل نفسه دليلا لنفسه يحتج به على الغير⁽⁴⁾.

ثانيا :. مبدأ عدم اجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه .

ويُراد بهذا المبدأ أن الأصل عدم جواز إجبار الخصم على تقديم دليل يرى أنه ليس من مصلحته تقديمه، ذلك أن "من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولايريد تقديمه⁽⁵⁾. غير أن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها يؤدي في كثير من الأحيان إلى ضياع الحقوق لعدم تمكن أصحابها من تقديم أدلة إثبات ما يدعونه، لا سيما إذا كان الدليل في حوزة الخصم الآخر، ولذلك أجازت كثير من القوانين الحديثة استثناء لأحد طرفي الخصومة أن يجبر الطرف الآخر على تقديم الدليل الذي بحوزته، وقد أجاز المشرع العراقي هذا الاستثناء وجعله مبدا عاما⁽⁶⁾.

¹ -د. عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق 2018. ص72.

² - قرار محكمة التمييز في العراق المرقم 1717/إدارية/1984-1985 في 1985/1/12 /د.عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر نفسه، 2018. ص72. مجموعة الأحكام العدلية العدنان الأول والثاني 1985. ص53-54.

³ -د.عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر نفسه، 2018. ص73. وبهذا الصدد ما قضت به محكمة النقض المصرية 1960/2/13 السنة 20 ص 310 وكذلك نقض مصري في 1973/2/12 (رقم القرار 157 السنة القضائية (24) ص 894) بأنه (لا يجوز اتخاذ أقوال أحد الخصوم في محضر الاستجواب دليلا ضد خصمه وأنه لا يملك الشخص أن يتخذ من عمل نفسه دليلا يحتج به على الغير).

⁴ -توفيق حسن فرج، المصدر السابق 2003. ص23.

⁵ -توفيق حسن فرج، المصدر نفسه، 2003، ص33.

⁶ -د.عباس العبودي، المصدر السابق 1997، ص78. ونصت المادة (9) من قانون الإثبات العراقي بأنه (للقاضي أن يأمر أي من الخصوم بتقديم دليل الإثبات الذي يكون بحوزته، فإن أمتنع عن تقديمه جاز اعتباره أمتناعه حجة عليه). وقد أشار إليها السنهوري في الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2) في الهامش (3) ص41 بأنه (قضت محكمة النقض بأنه "إذا كانت محكمة الموضوع قد اتخذت إجراء من إجراءات تحضير الدعوى بأن كلفت أحد الخصوم بتقديم ورقة من الأوراق، فلم يقبلها وأدعى عدم وجودها عنده، فإن لها أن تحكم في موضوع الدعوى لمصلحة الخصم الذي يترجح لديها أنه هو الحق. ويحسبها أن تكون قد دونت في حكمها حجج الطرفين، وأعدمت في ترجيح ما رجحت منها على أسباب مقبولة ليكون حكمها هذا بعيدا عن

لذا من الممكن القول ان من امتنع من الخصوم دون حق ان يستجيب لطلبات خصمه من تقديم مستندات في حوزته ،او جعل بفعله اثبات الدعوى مستحيلا بان امتنع عن تقديم دليل تحت يده لا يمنع القانون من تقديمه ،جاز ان يخسر دعواه وذلك بطريق القياس على من جعل بفعله تحقق الشرط الذي علق عليه التزامه مستحيلا فان القانون يفترض ان الشرط قد تحقق بل ان الغير ايضا لا الخصم وحده قد يلقي عليه واجب المعاونة في الاثبات .فيطلب شاهدا في الدعوى ويجب عليه الادلاء بشهادته فاذا تخلف عن الشهادة جاز الحكم عليه بالغرامة ،وان كانت تحت يده مستندات جازت مطالبته بابرازها بين يدي القضاء وهناك حالات يجوز للخصم فيها ان يطلب الزام خصمه بتقديم اية ورقة منتجة في الدعوى تكون تحت يده وهي (1)-إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها او تسليمها (2)اذا كانت مشتركة بينه وبين خصمه وتعتبر كذلك اذا كانت محررة لمصلحة الخصمين او كانت مثبتة لألتزاماتها وحقوقهما المتبادلة (3)اذا استند اليها خصمه في اية مرحلة من مراحل الدعوى(1).

رقابة محكمة النقض لأن الأجتهد في ذلك كله داخل في فهم الواقع في الدعوى مما لا شأن فيه القانون: نقض 1936/4/2 مجموعة 25 سنة تحت إثبات قاعدة رقم (6).
1-د.عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، 2000، ص38-43. ونقلا عن المصدر نفسه، هذا ما قضت به محكمة النقض (نقض مدني 8 فبراير سنة 1951 مجموعة احكام النقض 2 رقم 61 ص320).

المبحث الثاني

نقل عبء الإثبات بين الخصوم ودور القاضي فيه

ان اصل كلمة النقل في اللغة تدل على تحويل شيء من مكان إلى مكان اخر، سواء نقل بعضه او كله، وسواء بقي اصله ام لا، فكل ذلك داخل في مسمى النقل وعليه تم تعريف نقل عبء الإثبات "بانه أنتقال عبء إقامة الدليل أمام القضاء من المكلف به إلى خصمه وترتب آثاره عليه" وهذا التعريف يتضمن:

أولاً- أنتقال: وهي عملية نقل عبء الإثبات من طرف إلى آخر بطلب القاضي. ثانياً- عبء إقامة الدليل أمام القضاء. ثالثاً- من المكلف به إلى خصمه، أي أن الأنتقال يكون من كُلف به إلى خصمه إما لعجزه عن إقامة البينة مطلقاً أو مؤقتاً وقد ينتقل عبء الإثبات بين طرفي الخصومة أكثر من مرة، فينتقل من المدعي إلى المدعى عليه ويعود إلى المدعي مرة أخرى وهكذا. وتترتب آثار على هذه العملية وهي الثمرة والغاية وذلك بأن يحكم لمن أنتقلت إليه إقامة الحجة فأقامها على الوجه الصحيح الذي يكفل له الحق، إذ لو لم يحكم له لما كان من عملية الأنتقال فائدة أو ثمرة⁽¹⁾.

وسنتناول هذا المبحث في مطلبين الأول حول نقل عبء الإثبات بين الخصوم وآلياته وبفرعين الأول: هو نقل عبء الإثبات والثاني: آليات نقل عبء الإثبات. والمطلب الثاني سيكون على دور القاضي في نقل عبء الإثبات وعلى فرعين الأول يتناول نقل عبء الإثبات بالقرائن والثاني يتضمن نقل عبء الإثبات باليمين.

¹-عبدالرحمن بن محمد بن صالح الحماد، المصدر السابق.1431هـ. ص28-30.

المطلب الأول

نقل عبء الإثبات بين الخصوم وآلياته.

بيّنا فيما تقدم في المبحث الأول أن للخصوم دورا إيجابيا في الدعوى مستمد من الحقوق التي كفلها المشرع لكل خصم في الدعوى كحقهم في الإثبات ومناقشة الدليل وإثبات عكسه (وهنا يمكننا أن نبين مبدأ عاما في من يحمل عبء الإثبات وهو أن كل من يتمسك بالثابت حكما- أصلا أو ظاهرا أو فرضا- أو بالثابت فعلا (وهو ما أقامه الخصم الدليل عليه بالطرق القانونية حقيقة أو ضمنا) لا يقع عليه عبء الإثبات، وإنما يقع على من يدعي خلاف الثابت حكما أو فعلا لأنه يدعي خلاف الأصل أو الظاهر أو المفروض أو الثابت فوجب أن يحمل عبء إثبات ما يدعيه.

وأن تحديد من يحمل عبء الإثبات خاضع لرقابة محكمة التمييز. مثال ذلك دائن يرفع دعوى الدين على مدينه، فيدعي خلاف الأصل وهو براءة الذمة كما قدمنا، فعليه إذن عبء إثبات الدين. فإذا ما أثبتته حقيقة بسند مكتوب مثلا، فلا يجوز للمدين أن يدعي وفاء الدين، أي خلاف ما هو ثابت حقيقة، إلا إذا حمل عبء إثبات ما يدعيه. ولو أن المدين في المثال الذي قدمناه لم يكلف المدعي بإثبات الدين حقيقة، بل دفع الدعوى بالمقاصة، كان هذا بمثابة إقرار ضمني منه بالدين، فيكون الدين ثابتا ضمنا، وعلى المدين إذن عبء إثبات انقضاء الدين بالمقاصة لأنه يدعي خلاف ما هو ثابت ضمنا. ومن ثم نرى أن البيئة تكون على من يدعي خلاف ما هو ثابت فعلا، حقيقة كان هذا الثبوت أو ضمنا⁽¹⁾.
وستتطرق في هذا المطلب إلى دورهم في نقل عبء الإثبات وآليات نقله وكما يلي:

الفرع الأول: نقل عبء الإثبات.

إن عبء الإثبات يتحمله المدعي، وأنه لا يقصد بالمدعي رافع الدعوى، وإنما يقصد به من يدعي خلاف الظاهر أصلا أو عرضا أو فرضا، وهذه القاعدة لاتنطبق على دعاوى فحسب بل على الدفوع أيضا، والدفع كما عرفته المادة الثامنة من قانون المرافعات رقم 83 لسنة 1969 المعدل بأنه "الإتيان بدعوى من جانب المدعي عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلا أو بعضا" وعندئذ يكلف المدعي عليه بعبء الإثبات إذ يصبح مدعيا في دعواه. والذي يحدث عملا أن عبء الإثبات ينتقل من طرف إلى آخر في الدعوى فإذا قدم المدعي دليلا على رجحان أدعائه فإن القاضي ينتقل عبء الإثبات إلى المدعي عليه، لنفي هذه الدعوى وتقنيدها، فإذا استطاع ذلك انتقل عبء الإثبات إلى

¹ - د. عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، 2000، ص 77.

خصمه مجدداً، وهكذا ينتقل عبء الإثبات بينهما إلى أن يعجز أحدهما عن إثبات خلاف الظاهر عرضاً فيحكم عليه⁽¹⁾ وعلى حد تعبير العلامة عبدالرزاق السنهوري⁽²⁾. "وهكذا يتقاذف الخصمان الكرة، كل منهما يدفعها إلى صاحبه، إلى أن يعجز أحدهما من ردها، فتسقط من يده ويسجل على نفسه الخسارة".

ونرى من ذلك أن عبء الإثبات لا يثقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر، بل هو يوزع بين الخصمين على النحو المتقدم. وقد يقع هذا التوزيع بحكم الواقع بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضي عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصم، وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية ينتقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر، وقد يقع أخيراً بحكم الاتفاق بين الطرفين⁽³⁾.

وحسب ما هو مقرر أعلاه فإن قواعد عبء الإثبات ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على خلافها، وعليه فإن من يتحمل عبء الإثبات هو من يدعى خلاف الوضع الثابت حكماً أصلاً أو عرضاً أو فرضاً أو بالوضع الثابت فعلاً حقيقة أو ضمناً، مدعياً كان أو مدعى عليه، وكل من ثبت عليه الحق بالبينة أو بالقرينة جاز له دفعه إذا أثبت خلاصه منه ونحو ذلك، فالمدعى عليه بدفعه أصبح مدعياً، وعلى هذا النحو فإن عبء الإثبات يمكن أن ينتقل بين طرفي الدعوى حتى يعجز من ألقى عليه العبء أخيراً في القيام به، فيكون بذلك خاسراً لدعواه⁽⁴⁾. ومن التطبيقات القضائية لما سبق ذكره أعلاه، ما قضت به محكمة تمييز إقليم كردستان في قرار لها ب: (إن القرار الصادر برد دعوى المدعي صحيح وموافق للقانون بالنظر إلى عجزه عن بيان كميات المواد المطروحة في ساحة العمل وأقيامها عند انتهاء المناقشة، كما عجز عن إثبات تصرف المدعى عليه رب العمل بتلك المواد بالبينات القانونية المعتمدة)⁽⁵⁾.

¹-د. عباس العبودي، المصدر السابق 1997، ص 57-58.

²-د. عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، 2000، ص 85.

³-د. عبدالرزاق السنهوري، المصدر نفسه، 2000، ص 78-79.

⁴-عبدالرحمن بن محمد بن صالح الحماد، المصدر السابق، 1431هـ ص 133.

⁵-قرار محكمة تمييز إقليم كردستان المرقم 263/ الهيئة المدنية/ 1993 في 1993/12/28 القاضي كيلاني سيد أحمد، المصدر السابق، ص 12.

الفرع الثاني: آليات نقل عبء الإثبات.

ينتقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى إما بالاتفاق بينهم أو الرضا الضمني أو الصريح من الطرف المنقول عليه عبء الإثبات أو تطوعه بالقيام بهذا العبء أو عن طريق اليمين أو عن طريق القرائن القانونية والقضائية أو بالقواعد العامة للإثبات⁽¹⁾، وسنعرض شرح بعض الحالات: الحالة التي تنطبق فيها القواعد العامة والحالة التي ينقل فيها عبء الإثبات عن طريق القرائن والاتفاق وحسب التفصيل الآتي:

الحالة الأولى: الوضع العادي:

القاعدة العامة أن الإثبات على المدعي. وليس المقصود بالمدعي هو رافع الدعوى وإنما يقصد المدعي- بصفة عامة- كل من أدعى أمراً على خلاف الوضع الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً. فهذا المدعي هو الذي يقع عليه الإثبات، لافرق في ذلك بين من يرفع الدعوى ومن رفعت عليه الدعوى⁽²⁾. وهذا حسب ما نصت عليه المادتين 6، 7 من قانون الإثبات العراقي⁽³⁾ ونص المادة 2 من قانون الإثبات المصري. ففي هذه المواد دلالة واضحة، على أحقية كل من المدعي والمدعى عليه بالإثبات، فالدائن عليه إثبات الدين لأنه يخالف أمراً يخالف الثابت أصلاً، فالأصل براءة ذمة المدين، وعليه أن يثبت أن حقه نشأ في ذمة خصمه إما من خلال إبراز عقد مكتوب أو إحضار الشهود ونحوه، ولا يلزمه إثبات سلامة الغرض الذي من أجله قدم الدين لأن ذلك مما ثبت حكماً، فإذا قدم المدعي الإثبات على ذلك انتفى الأصل وهي براءة الذمة بالنسبة للمدعى عليه، وحينئذ يعتبر الدين ثابتاً في حق المدعى عليه، وإذا أراد نفيه فإنه يكون مدعياً لأنه يدعى خلاف ما ثبت عرضاً بحقه، وعليه إثبات التخلص من الدين أو إثبات شبهة في الغرض الذي قدم الدين من أجله وهكذا ليكسب دعواه، فينقل عبء الإثبات بين الطرفين بإذن القاضي بحسب القضية وظروفها، حتى يعجز أحدهما عن حمل عبء الإثبات فيخسر دعواه⁽⁴⁾. وقضت محكمة تمييز أقليم كردستان في قرار لها جاء فيه بأن: (المقتضى

1-د. عصام أحمد البهجي، أحكام عبء الإثبات في نطاق المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية). دار الجامعة الجديدة 38ش سوتر، الأزاريطة، الأسكندرية 4868099. 2007. ص109.

2-توفيق حسن فرج، المصدر السابق. 2003. ص40.

3-المادة 6 "الأصل براءة الذمة". المادة-7- أو لا: "البينة على من أدعى واليمين على من انكر. ثانياً: المدعي هو يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل". كما نصت عليه المادة 2 من قانون الإثبات المصري رقم 65 لسنة 1968 "عبء الدائن إثبات الألتزام وعلى المدين إثبات التخلص".

4-عبدالرحمن بن محمد بن صالح الحماد، المصدر السابق 1431هـ. ص140

تكليف المدعي بإثبات كون المدعى عليه كلفه بالقيام بمراجعة الدوائر المختصة ذات العلاقة في إجراءات التنازل عن الدار موضوعة الدعوى⁽¹⁾.

كذلك إذا ادعى شخص ملكية عقار في حيازة شخص آخر، فإن الأصل في الحقوق العينية هو الظاهر والحائز للعين لا يطالب بإثبات ملكيتها لأن الظاهر هو أن الحائز مالك، والخارج الذي يدعى ملكية العين هو الذي يدعى خلاف ذلك، فعليه يقع عبء الإثبات. ومن ثم كان الحائز هو المدعى عليه دائماً في دعوى الملكية. وذلك مالم يتبين من مستندات المدعي أن الظاهر يؤيد دعواه وينفي دفاع المدعى عليه، فعندئذ ينتقل عبء إثبات الملكية إلى المدعى عليه⁽²⁾.

الحالة الثانية: حالة القرائن: القرائن على نوعين قانونية وقضائية:

فبالنسبة للقرائن القانونية: قد يصعب إقامة الدليل لمن يقع عليه عبء الإثبات على النحو السابق، ففي مثل هذه الأحوال يتدخل المشرع ويفترض ثبوت الواقعة التي يصعب أو يستعصي إثباتها، وذلك عن طريق ما يسمى بالقرائن. فالقرائن القانونية إنما هي وسائل يلجأ إليها المشرع في بعض الحالات ليفرض بها ثبوت امر من الأمور يصعب إقامة الدليل عليه، عندما تتوافر ظروف معينة يعتبرها القانون كافية لاستنباطه منها. وبذلك يستطيع المدعى أن يتمسك بالقرينة متى توافرت الظروف التي يتطلبها القانون. فيغنيه ذلك عن تقديم الدليل الذي كان عليه تقديمه لولا وجود هذه القرينة⁽³⁾. ومثاله نص المادة (19) من قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 التي تتضمن بأن "وجود سند الدين في حوزة المدين قرينة على براءة ذمته من الدين حتى يثبت خلاف ذلك".

إن من يتحمل عبء الإثبات ليس مطالباً في الواقع بإثبات كامل قاطع. حيث أن الحقيقة القضائية التي يتولى إثباتها ليست بالحقيقة المطلقة التي لا يداخلها الشك. فالقانون لا يطلب المستحيل. وإنما يكفي ممن يحمل عبء الإثبات أن يقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر مرجح الوقوع بحيث يكون من المعقول التسليم بوقوعه فعلاً، وينفي القاضي ما بقى من شك يحوم حول الأمر بأن ينقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر، ليثبت أنه بالرغم من الظواهر التي ترجح وقوع الأمر، توجد قرائن أخرى تجعل الراجح مرجوحاً، ثم يرد عبء الإثبات إلى الخصم الأول، ليهدم هذه القرائن بقرائن

¹-قرار محكمة تمييز إقليم كردستان المرقم 182/ الهيئة المدنية /1993/ في 1993/10/31 القاضي كيلاني سيد أحمد، المصدر السابق، ص12.

²-د. عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، 2000، ص72-73.

³-توفيق حسن فرج، المصدر السابق، 2003، ص43.

أخرى تعيد للأمر كفة الرجحان. فإن الخصم يتخفف من هذا العبء بأمرين: (أولاً) بتحليل الواقعة المراد إثباتها إلى عناصر متعددة يتوزع بين الخصمين عبء إثباتها، فيقوم كل منهما بنصيبه في هذا العبء. (ثانياً) بعدم مطالبة الخصم- في العناصر التي يكلف بإثباتها- بإثبات قاطع يصل بها إلى درجة الحقيقة المطلقة. بل يكفي أن يثبت رجحانها. وهذا هو شأن الحقيقة القضائية "التي ليست إلا حقيقة نسبية" ليقدّر لها أن تصل إلى مرتبة الاطلاق.

كما أنه يوجد عبء الأدعاء الذي ينحصر في أن المدعي يجب أن يضمن أدعاه جميع العناصر التي تكون الحق المدعي به. فإن أغفل شيئاً من هذه العناصر، رفضت دعواه. ومن ثم يظهر المعنى المقصود بعبارة "عبء الادعاء"، فالمدعي يحمل عبء أدعاء جميع العناصر المكونة للحق الذي يدعيه، وإلا خسر دعواه، وذلك حتى قبل الانتقال إلى مرحلة عبء الإثبات، بل وحتى لو حضر وحده في غياب خصمه، وإن لم يذكر جميع العناصر المكونة لحقه، فإنه يخسر دعواه لمصلحة خصمه الغائب. ولكن التطبيق الحرفي لهذه القاعدة قد يفضي إلى الاستحالة. فلو أن البائع طالب المشتري بثمن المبيع، لوجب عليه طبقاً لحرفية هذه القاعدة أن يضمن أدعاه وقوع التراضي على المبيع والثمن، وأهلية المتعاقدين، وخلو التراضي من العيوب، وتوافر شروط المبيع، ووجود سبب مشروع إلخ. أما عبء الإثبات فإنه يقتصر على "موضوع النزاع" فقد تكون هناك "نقاط الخلاف" تخلفت عن تصفية أدعاء المدعي فيحمل المدعي عبء إثباتها وأخرى تخلفت عن تصفية أدعاء المدعي عليه فيقع عبء إثباتها على المدعي عليه، وهكذا يتوزع عبء الإثبات بين الخصمين كل يحمل نصيبه منها⁽¹⁾.

أما القرائن القضائية: فقد يستصعب على المدعي إقامة الدليل على ما يدعيه في أحيان كثيرة، وفي مثل هذه الحالات يتدخل القاضي ويفترض ثبوت هذه الوقائع التي يتعذر إثباتها، وذلك عن طريق القرائن القضائية، وعليه فيجوز أن ينقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى بحكم الواقع عن طريق قيام القرائن القضائية التي تشهد مبدئياً لصحة وقوة دعوى المدعي، فينتقل عبء الإثبات إلى المدعي عليه ليثبت صحة موقفه وهكذا، ومن ذلك لو أن شخصاً أراد إثبات الصورية في عقد صدر من أب لأبنه، فيثبت المدعي إلى جانب علاقة البنوة أن الأبن وهو صغير عديم الكسب وليس له مال ظاهر للعيان يسمح له بالبيع أو الشراء وإجراء العقود، فحينئذ يكون ما صدر من المدعي قرينة قضائية على أن هذا العقد عقد صوري وأن ما دفع فيه من ثمن واقعة صورية، وعلى القاضي نقل عبء الإثبات إلى الأب

¹-د. عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، 2000، ص84-85.

المدعي عليه لكي يثبت مصدراً معيناً ودخلاً لابنه يكون قد أتى بالمبلغ منه، أو أن العقد إنما هو هبة في صورة البيع، فيكون له حكم الهبة لا حكم البيع⁽¹⁾.

الحالة الثالثة: نقل عبء الإثبات عن طريق الاتفاق:

بما أن قواعد عبء الإثبات لا تعتبر من النظام العام لأن الكثير منها لم يوضع إلا لحماية الخصوم، فمن الجائز إذن الاتفاق على خلافها ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك عندما يضع القانون قرينة قانونية تنقل عبء الإثبات إلى خصم معين حماية للخصم الأخر، أن يتفق الطرفان مقدماً على إلغاء هذه القرينة وإعادة عبء الإثبات إلى من كان ينتفع بها، فيتنازل بذلك عن الحماية التي منحها له القانون، ويكون في هذا تعديلاً اتفاقياً لقواعد عبء الإثبات وهو صحيح قانوناً⁽²⁾. وهذا ما نصت عليه المادة 100 من قانون الإثبات رقم 107 لسنة 1979 بأنه (يجوز نقض القرينة القانونية بالدليل العكسي ما لم ينص القانون على غير ذلك)، ومثاله نص المادة 2/132 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 التي تنص على أنه (يفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقيم الدليل على غير ذلك). فالقرينة القانونية في هذا النص تعفي الدائن من إثبات السبب المشروع في الألتزام، حتى وإن لم يذكر في العقد، ويقع عبء الإثبات على من ينازع في ذلك، وكذلك فإن الفقرة (3) من نفس المادة من القانون المذكور اعلاه أقامت قرينة قانونية بسيطة أعفت الدائن من إثبات أن السبب الوارد في العقد هو السبب الحقيقي، فهذه القرينة تفترض أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، ولكن بإمكان من ينازع في كون السبب المذكور في العقد مشروعاً، أن يقيم الدليل على ذلك، ويثبت أن السبب المذكور في العقد، هو سبب غير حقيقي⁽³⁾.

وكما يقع التعديل الاتفاقى لقواعد عبء الإثبات مقدماً قبل حصول النزاع كذلك يصح أن يقع هذا التعديل أثناء النزاع. فيجوز لخصم لم يكن في الأصل مكلفاً بإثبات واقعة أن يتطوع لإثباتها، فإذا أجابه القاضي إلى طلبه فليس له بعد ذلك أن يحتج بأنه غير مكلف قانوناً بالإثبات. ذلك أن تطوعه لإثبات الواقعة مع سكوت خصمه يكون بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه فيلزمه أن يضطلع بهذا العبء⁽⁴⁾.

¹- عبدالرحمن بن محمد بن صالح الحماد، المصدر السابق 1431هـ، ص141.

²-د.عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، 2000، ص87

³-د.عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، 2018، ص397.

⁴-د.عبدالرزاق السنهوري، المصدر نفسه، 2000، ص89. / المصدر نفسه، ما قضت به محكمة النقض المصرية 26 نقض مدني نوفمبر سنة 1953 مجموعة أحكام النقض 5 رقم 28 صفحة 203 (بأن القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء

المطلب الثاني

دور القاضي في نقل عبء الإثبات ووسائله.

الاتجاه الحديث في اغلب التشريعات يسير نحو توسيع سلطة ودور القاضي في توجيه الدعوى والكشف عن الحقيقة، واصبح للقاضي دورا ايجابيا في الاثبات بحيث يقوم بدور هام في تخفيف عبء الاثبات الذي يثقل كاهل احد الخصمين دون الاخر. وسنتطرق الى الدور الذي يقوم به القاضي في نقل عبء الاثبات ووسائله بفرعين وعلى النحو الاتي:

الفرع الأول: دور القاضي في نقل عبء الاثبات

القاضي ليس حرا في تعيين من يكون عليه عبء الإثبات من الخصوم ومن عليه النفي ، بل هو مقيد في ذلك بحكم القانون وخاضع فيه لرقابة محكمة التمييز ، وان من يدعي بشيء يلزم إقامة الدليل على ما يدعيه ، سواء أكان مدعي أصلاً في الدعوى أم مدعي عليه فيها ، فلا يجوز للقاضي قلب عبء الإثبات، وذلك طبقاً للمادة (7) من قانون الإثبات التي نصت على انه : اولاً -البينة على من ادعى واليمين على من أنكر . ثانياً -المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر ، والمنكر هو من يتمسك بابقاء الأصل.

لكن قد ينتقل عبء الإثبات من طرف الى آخر ، فاذا قدم المدعي ما يرجح دعواه ، فان عبء الإثبات ينتقل الى عاتق المدعي عليه لنفي هذه الدعوى وتفنيدها ، فاذا تمكن من ذلك انتقل عبء الإثبات مرة أخرى الى خصمه محرراً⁽¹⁾. وقد جاء في قرار محكمة تمييز العراق قرارها بالقول بأنه (غير صحيح ومخالف لشرع والقانون ذلك لان محكمة الموضوع وبعد ان استمعت الى بيينة المعارض عليه حلفتها اليمين المتممة ورفضت الاستماع الى دفع وطلبات وكيل المعارض بحجة كونها غير منتجة في الدعوى دون ان تلاحظ ان من حق الخصم الذي احضر خصمه بينته ان يقدم بيينة أخرى لرد الادعاء واثبات دفعه عملاً باحكام المادة (80) من قانون الإثبات وعندئذ تقوم بترجيح بينات الطرفين حسب سلطتها المنصوص عليها في المادة (82) من القانون المذكور ومن ثم

الإثبات لا تتصل بالنظام العام، ولذا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وإذن فمتى كان الطاعن قد طلب من المحكمة إحالة الدعوى على التحقيق لإثبات ما يدعيه، فليس له أن ينعي بعد ذلك على الحكم بإجابته إلى ما طلب، حتى ولو كان فيما طلب متطوعاً لإثبات ما هو غير ملزم بحمل عبئه.

¹-حسين رجب محمد مخلف، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات المدنية وقانون الإثبات مجلة التقني، المجلد السادس والعشرون، العدد السادس، 2013 - ص98.

تطبيق المادة (118) من قانون الإثبات لذا قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى الى محكمتها للسير فيها مجدداً⁽¹⁾. ويبرز هذا الدور خاصة في الشهادة.

الفرع الثاني: وسائل نقل عبء الإثبات

ان دور القاضي في نقل عبء الإثبات بين الخصوم يبرز بوضوح في القرائن واليمين وبالنسبة للقرائن فإن دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجبها يكون واضحاً عند تطبيق تلك القرائن في الدعوى المعروضة أمامه ولكون القرينة هي ما يستخلصه المشرع أو القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول فهو دليل غير مباشر لا ينصب الإثبات فيها مباشرة على الواقعة محل الدعوى وإنما أخرى يكون من شأن ثبوتها أن يجعل قيام الواقعة الأصلية أو نفيها أمراً محتملاً بحكم اللزوم العقلي والقرائن نوعان: قانونية وقضائية⁽²⁾.

فالقرائن القانونية والتي سبق تعريفها هي في الفقه القانوني بمثابة القرائن التي نص عليها القانون ولم يترك للقاضي أمر تغييرها وهي تعفي الخصم الذي يلجأ إليها من الإثبات وقابلة في أصلها لإثبات عكسها ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك وتقسم إلى نوعين: قرائن قانونية قاطعة وقرائن قانونية قابلة لإثبات العكس والقرائن القانونية القاطعة نصت عليها المادة 101 من قانون الإثبات العراقي بأنه (يجوز قبول الإقرار واليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس في الأمور التي لا تتعلق بالنظام العام) ويفهم من هذا النص أن القرائن القانونية القاطعة تقسم إلى قرائن قانونية قاطعة متعلقة بالنظام العام وضعت لحماية المصلحة العامة ولا يجوز إثبات عكسها مطلقاً بأي دليل من أدلة الإثبات حتى بالإقرار أو باليمين، ومن الامثلة عليها حجية الاحكام الصادرة من المحاكم والمكتسبة درجة البتات ومن التطبيقات القضائية لما سبق ذكره أعلاه ما قضت به محكمة تمييز في إقليم كردستان ب: (أن الحكم الصادر في الدعوى السابقة والذي حاز درجة البتات فصل في موضوع الحق المتنازع عليه في هذه الدعوى كما أن الخصوم في الدعويين هم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم عليه يصبح ذلك الحكم حجة على الطرفين دون جواز قبول دليل ينقض هذه الحجية عملاً بأحكام المادتين 105 و 106 من قانون الإثبات⁽³⁾).

¹-نقلا عن حسين رجب محمد مخلف، المصدر السابق 2013، ص "2228/ش1/2008/محكمة التمييز الاتحادية، مجلة القانون والقضاء، العدد 3، 2010، ص243.

²-بدائي محي الدين، المصدر السابق، 2019، ص 30.

³- قرار محكمة تمييز إقليم كردستان المرقم 528/هيئة مدنية ثانية/ 2007 في 2007/10/28 /القاضي كيلاني سيد أحمد، المصدر السابق، ص127.

وقد نصت المادة 429 من القانون المدني العراقي على أن (الدعوى بالألتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه من أحكام خاصة).

والقرائن القانونية القاطعة غير المتعلقة بالنظام العام هذه القرائن وجدت لحماية المصلحة الخاصة لذلك يجوز إثبات عكسها بالإقرار أو باليمين ومثالها ما نصت عليه المادة 3/431 من القانون المدني العراقي بأنه (ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة أن يحلف يمينا توجهها المحكمة، من تلقاء نفسها، على أن ذمته غير مشغولة بالدين وتوجه اليمين إلى ورثة المدينين أو أوليائهم إن كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين)⁽¹⁾.

أما القرائن القانونية القابلة لإثبات العكس (القرائن البسيطة) فإنها تعفي من تقرر لمصلحته من الإثبات وينتقل عبء الإثبات إلى عاتق الخصم الآخر، وهذه القرائن يجوز نقضها بالدليل العكسي، فيحق للخصوم إثبات عكس ما أفترضه المشرع، والأصل في القرائن القانونية أن تكون بسيطة، إلا إذا نص القانون على عدم جواز إثبات عكسها فعند ذلك تكون قرينة قانونية قاطعة⁽²⁾.

وأما القرائن القضائية فيقوم القاضي بأستنباطها بأختيار واقعة معلومة من وقائع الدعوى ويستدل بها على الواقعة المراد إثباتها وهي بهذا المعنى تقوم على عنصرين أحدهما مادي يتكون من الوقائع الثابتة في الدعوى والتي يتحقق القاضي من ثبوتها بتفسيرها والأستنباط منها دلالة على الواقعة المراد إثباتها. والثاني العنصر المعنوي وهو الأستنباط الذي يقوم به القاضي على أساس العنصر المادي ومرجعه فطنة القاضي وذكائه⁽³⁾، ومثاله ما قضت به محكمة التمييز في العراق ب (أن البيع تم في 1960/8/3 فيكون قد مضى أكثر من خمس سنوات على رفع الدعوى، فسكوت المشتري المدعي هذه الفترة الطويلة، قرينة قضائية على تسلمه المبيع)⁽⁴⁾. ويقابله ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن (الأصل في أستنباط القرائن أنها من أطلاقات محكمة الموضوع، إلا أنه يشترط أن يكون أستنباطها سائغا، وأن يكون أستدلال الحكم له سنده من الأوراق مؤديا إلى النتيجة التي بني

¹- عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، 2018، ص 399-400.

²- عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر نفسه، 2018، ص 396.

³- د. محمد حسن قاسم، المصدر السابق، 2003، ص 247.

⁴- د. عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، 2018، ص 413. قرار محكمة التمييز في العراق المرقم 155/ح/1968 في 1968/10/30 قضاء محكمة التمييز. المجلد الخامس، ص 453.

عليها قضائه⁽¹⁾. وللقاضي سلطة واسعة في ان يستنبط القرائن من اي مصدر يراه، فله ان يستنبط القرينة من اوراق الدعوى، واذ احال الدعوى الى التحقيق ان يعتمد على اية قرينة تطرح امامه، وله ان يستنبط القرينة من اقوال الشهود او من تقرير الخبير، كما ان له ان يستند في هذا الاستنباط الى ما قضى به في دعوى اخرى ولو كانت من الدعاوى المستعجلة دارت بين الخصوم انفسهم. وان الاثبات بالقرائن القضائية يتحدد نطاقه بالحالات التي يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود. فالقرائن القضائية كدليل للاثبات تعادل شهادة الشهود، وبالتالي فما يمكن اثباته بشهادة الشهود يمكن اثباته ايضا بالقرائن القضائية⁽²⁾.

وبخصوص دور القاضي في نقل عبء الاثبات بموجب اليمين.

ولما كان مهمة قيام المدعي بعبء الإثبات مهمة عسيرة وشاقة كان الاتجاه هو نقل عبء الإثبات بين الخصوم عن طريق القرائن القانونية والقضائية وهذا النقل لا يعد خروجاً عن القاعدة العامة ولكنه في الواقع تطبيق لها فيكتفي المدعي بإثبات ما يرجح وجود الحق الى جانبه ليلقي على خصمه عبء دفع ما قام بإثباته ويكون الخصم مدعياً في هذا الدفع وليس بوصفه مدعياً عليه وبالتالي فإنه مطالب بالإثبات. أما دور القاضي في نقل وتخفيف عبء الإثبات بمقتضى اليمين فإنه يقصد به الخروج عن القاعدة العامة في الإثبات بأن يكلف القاضي المدعى عليه بالبينة، ويكلف المدعي بحلف اليمين⁽³⁾. وسنوضح ذلك في دور القاضي في اليمين الحاسمة والذي لا يملك فيها إلا أن يجيب طلب توجيهها ما دام أن طالبها غير متعسف في توجيهها. وفي الفرعين التاليين:

أولاً: دور القاضي في نقل وتوزيع عبء الإثبات بموجب اليمين الحاسمة.

اليمين الحاسمة هي نظام قانوني خاص وضعه المشرع لإسعاف الخصم الذي يعجز عن إثبات ما يدعيه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع وهي القسم بالله يصدر من أحد الخصمين وفي حلفها يشهد على صحة واقعة قانونية لمصلحته هو. ولهذا لا يكتفي المشرع بقوله وإنما يتخذ من الله عز

¹-نقض مدني 13 يناير لسنة 1982 م مجموعة المكتب الفني، السنة 33 الجزء الأول الطعن رقم 2107 لسنة 50 القضائية. ق (20) ص102 نقلا عن د. محمد شريف عبدالرحمن أحمد عبدالرحمن، المبادئ الأساسية في قانون الإثبات. دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، ط1، 2013. ص357. ونقلا عن المصدر نفسه، ما قضت به محكمة النقض (ويقع عبء الإثبات إعرار المدين، أي إثبات عدم كفاية أمواله للوفاء بديونه المستحقة الأداء- على كاهل من يطلب شهر إعراره. ولما كانت الاعسار واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات القانونية. ويجوز الانتفاع بالقرينة القانونية الواردة في المادة 239 مدني التي تقضي بأنه: إذا ادعى الدائن اعسار المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون. وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها، على أن تقبل تلك القرينة إثبات العكس. شأنها في ذلك شأن القرائن القضائية)

²-محمد حسن قاسم، المصدر السابق ص248-249 نقض 1990/1/3 مج س 41 ص102.

³-د. محمد شريف عبدالرحمن أحمد عبدالرحمن، المصدر السابق، 2013، ص357.

وجل شاهدا على ما يقول ضمانا وتأكيدا على صدق القول، وفي هذا يختلف الإقرار عن اليمين، لأن الإقرار هو شهادة من الخصم على نفسه لمصلحة خصمه بصحة واقعة قانونية بشرط أن يتم ذلك أثناء نظر الدعوى وأمام المحكمة التي ينظر فيها، ويؤدي على هذا النحو إلى ثبوت الواقعة محل الإقرار ثبوتا قاطعا يلزم المقر ويلزم المحكمة ويعفي الخصم الآخر من الإثبات.

وتتفق اليمين الحاسمة مع الإقرار في أنهما ينتهيان إلى إعفاء الخصم من الإثبات وفي أنهما يعتمدان على قول الخصوم وفي أن كلا منهما يعتبر تصرفا قانونيا بإرادة منفردة. أما الحلف ذاته فهو واقعة قانونية لأنه عمل مادي يترتب عليه أثر قانوني ومن توجه إليه اليمين يصبح عليه هو عبء الإثبات. فيملك الحلف ويملك نقل هذا العبء إلى خصمه. فيعود من جديد هو الذي عليه عبء الإثبات أما النكول فهو الذي يعتبر بمثابة إقرار من جانب الناكل يعفي خصمه من الإثبات. ولهذا سوف نتطرق إلى ما يهمننا في هذا الجانب وهو سلطة القاضي في منع توجيه اليمين وموقفه من النتائج المترتبة عن توجيه اليمين الحاسمة وفيها يبرز دوره في نقل وتوزيع عبء الإثبات⁽¹⁾..

1- سلطة القاضي في منع توجيه اليمين الحاسمة:

تتميز اليمين الحاسمة بأنها تؤدي إلى قطع النزاع ولهذا لا تكون مقبولة من القاضي إذا كان وسيلة للتهرب من نتائجها. وتنص المادة 115/ثانيا من قانون الإثبات العراقي على أنه: للمحكمة ان ترفض توجيه اليمين الحاسمة اذا كان الخصم متعسفا في توجيهها. ويقابل هذا النص ما ورد في المادة 113 من قانون الاثبات المصري عليه فإن توجيه اليمين منوط بإذن القاضي بحيث يجوز له ان يأذن اولا يأذن حسبما يراه من ظروف الدعوى ومركز الخصوم⁽²⁾.

أ- مفهوم التعسف:

ولا يقصد بالتعسف هذا معناه الإصطلاحي فقط، أي مجرد إساءة الحق في ممارسة طلب تحليف الخصم، وإنما المقصود منه رقابة القاضي على الخصم في صدد توجيه اليمين، بحيث لا يجوز له طلبها كلما تخلف شرط من الشروط الواجب توفرها فيه، وبالتالي للقاضي أن يمنع توجيه اليمين

¹ -بداني محي الدين ، المصدر السابق، 2019، ص50.

² -د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص520 يلاحظ ان الحكم نفسه في جميع القوانين العربية وهو لمنع التعسف في توجيه اليمين ،وذلك بان يستيقوا للمتقاضين الحرية في توجيه اليمين الحاسمة على ان يكون للقاضي حق منع توجيهها اذا رأى انها كيدية وان الخصم متعسف في توجيهها.

الحاسمة إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها لا تتعلق بالدعوى، أو غير منتجة فيها أو غير جائزة قبول إثباتها باليمين الحاسمة، أو كانت هذه الواقعة غير محتملة الصدق وتكذيبها وقائع الدعوى ومستنداتها، أو كانت ثابتة على وجه ما بإقرار الخصم الآخر، ولمحكمة الموضوع كامل السلطة التقديرية في أستخلاص كيدية اليمين دون رقابة من محكمة التمييز متى أستند إلى اعتبارات سائغة وعليه يجب فيمن يوجه اليمين الحاسمة أن يكون أهلاً للتصرف في الحق الذي توجه اليمين بشأنه وذلك لأحتمال أن يحلف الخصم اليمين التي وجهها إليه خصمه فيخسر من وجهها دعواه. وعلى ذلك لا يستطيع القاصر توجيه اليمين الحاسمة إلا بشأن التصرفات القانونية التي يجوز له مباشرتها والمأذون له بالإدارة. كما لا يجوز للوصي أو وكيل الغائب أو القيم توجيه اليمين فيما يتعلق بأعمال التصرف التي لا تدخل في سلطة أي منهم إلا بأذن المحكمة أما أعمال التصرف التي يستطيع مباشرتها دون إذن من المحكمة فإن له أن يوجه اليمين الحاسمة بشأنها، ولا يجوز للوكيل وكالة عامة أن يوجه اليمين الحاسمة بأسم موكله إلا إذا وكله في توجيهها وكالة خاصة. كما يشترط فيمن توجه إليه اليمين أن يكون أهلاً للتصرف في الحق الذي توجه اليمين بشأنه. لأنه إذا نكل عن اليمين خسر دعواه وإذا ردها كان هذا بمثابة توجيه لها. ولا يكفي في من توجه إليه اليمين أن يكون أهلاً وقت توجيه اليمين إليه، بل يلزم أن تظل له هذه الأهلية إلا أن يتم الحلف أو الرد أو النكول، فإذا كان من وجهت إليه اليمين أهلاً عند توجيهها ثم حجر عليه قبل أن يحلفها فلا يجوز أن يحلفها بعد أن حجر عليه، ويجب ان تكون الواقعة التي تقوم عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت اليه وان كانت غير شخصية فتكون قد وجهت اليه بمجرد علمه بها⁽¹⁾. ومن التطبيقات القضائية لما تقدم ما قضيت به محكمة التمييز في أقليم كردستان بأن (... إن المدعي أستند لإثبات الدعوى إلى الكمبيالة التي أقر وكيل المدعى عليه بصحتها وطلب توجيه اليمين الحاسمة التي حلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة، لذا فإن الحكم المميز إذ قضى بالمبلغ المدعى به للمدعي صحيح وموافق للقانون)⁽²⁾.

¹ -بدائي محي الدين، المصدر السابق، 2019، ص51. يلاحظ نص المادة 117 من قانون الإثبات العراقي المتضمن (إذا حلف شخص على فعله يحلف على البتات، وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم)
² - قرار محكمة تمييز أقليم كردستان المرقم 248/ الهيئة المدنية/ 1996 في 1996/8/20 القاضي كيلاني سيد أحمد، المصدر السابق، ص15.

ب-محل اليمين:

كما يشمل دور القاضي في الرقابة على الواقعة موضوع اليمين بحيث يجب أن يتوقف عليها الفصل نهائياً في النزاع، لا مجرد أن تكون منتجة في الدعوى، إذ بغير ذلك لن تكون اليمين حاسمة، ومقتضى ذلك أن تكون الواقعة موضوع اليمين متنازعا فيها بين الخصوم، أما إذا ثبت بدليل آخر من أدلة الإثبات الجائزة قانونياً فلا يجوز في شأنها توجيه اليمين الحاسمة.

ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام، وتكاد التشريعات العربية تجمع على عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام⁽¹⁾.
ثانياً: موقف القاضي من الآثار المترتبة على توجيه اليمين الحاسمة:

إذا وجهت اليمين الحاسمة للخصم فإما أن يحلفه أو إما أن يردها وإما أن ينكل عنها، وتقتضي دراسة موقف القاضي من الآثار والنتائج المترتبة عنها أن نتطرق إليها على النحو الآتي:

1- آثار حلف اليمين:

إذا حلف اليمين من وجهت إليه، طبقاً للصيغة التي أقرتها المحكمة حسم النزاع بها نهائياً، وتعين على القاضي إصدار حكمه على من وجه اليمين، ومؤدي ذلك أنه من ناحية يلتزم القاضي بمضمون هذا الحلف، ومن ناحية أخرى لا يجوز بعد ذلك لمن خسر الدعوى أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه، سواء كان ذلك عن طريق دعوى ابتدائية أو عن طرق الطعن في الحكم الذي صدر بناء على حلف اليمين، ولكن هذا لا يمنع من الطعن في الحكم الذي صدر بالتحليف بوجوه تتعلق بصحة توجيه اليمين وبصحة الحلف وبغير ذلك مما يتعلق باليمين ذاتها وما يسري عليها من أحكام، ومثل ذلك أن يتمسك بنقص أهليته وقت حلف اليمين أو بعيوب الإرادة، وفي هذه الأحوال يلغي الحكم بتوجيه اليمين ويترتب على ذلك بطلان الحلف⁽²⁾.

2- آثار رد اليمين:

يجوز لمن وجهت إليه اليمين بدلا من حلفها أن يردها على من وجهها وفي هذه الحالة يتعين على من ردت عليه اليمين أن يحلفها فلا يمكنه أن يردها ثانية على من ردها عليه فإذا لم يحلفها ونكل عنها خسر دعواه وتعين على القاضي الحكم عليه، ويلزم أن يكون رد اليمين عن نفس الواقعة التي

¹-د.ادم وهيب الندوي، الموجز في الإثبات، ط2، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص357. هذا ما نصت عليه المادة 116/ أولاً من قانون الإثبات العراقي بأنه (يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى إلا أنه لايجوز توجيهها عن واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب.

²-د.عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، 2000، ص555 وما بعدها. وهذا ما نصت عليه المشرع العراقي في قانون الإثبات في المادة 119/ رابعاً.

وجهت عنها أصلاً، وإلا كنا بصدد يمين جديدة وجهة لأول مرة وبالتالي يجوز ردها، وذلك مثل أن يوجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ليحلف على أنه غير مدين له فقام هذا بردها طالبا ممن وجه إليه اليمين أن يحلف هو على أنه لم تحصل مقاصة بينهما، ففي هذه الحالة نكون بصدد يمين جديدة يجوز ردها⁽¹⁾.

3- آثار النكول عن اليمين:

إذا امتنع من وجهت إليه اليمين أو ردت عليه عن حلفها، فإن هذا الأمتناع يعد نكولا عن اليمين يترتب عليه أن يخسر الدعوى ويحكم لخصمه فيها، والنكول قد يكون صريحا أو قد يكون ضمنيا يستفاد من سلوك الخصم، فيعتبر نكولا عن أداء اليمين حضور من وجهت إليه اليمين وأمتناعه عن أدائها دون أن ينازع فيها أو تخلفه عن الحضور دون عذر مقبول. فالنكول يكون بمثابة إقرار، وتكليفه هو نكيف الإقرار⁽²⁾. فإذا نكل الخصم على الوجه المتقدم ذكره، لم يجز له بعد ذلك ان يطلب السماح له بالحلف من جديد، بل يحكم عليه عقب نكوله. فإن كان من نكل هو من وجهت إليه اليمين، كسب من وجه اليمين دعواه. وان كانت اليمين قد ردت على الخصم الذي وجهها ونكل هذا، خسر دعواه. فالدعوى التي يحلف عليها يكسبها المدعي بنكول خصمه، ويخسرها برد اليمين عليه ونكوله⁽³⁾. وقد ينكل الخصم عن الحلف، ولكنه يضيف إلى هذا النكول واقعة من شأنها أن تعطل من أثر هذا النكول، مثل ذلك أن يوجه الخصم إلى خصمه اليمين أنه ما أقترض منه المبلغ المدعى به، فينكل من وجهت إليه اليمين، ولكنه يضيف أن دين القرض هذا قد انقض بالتجديد، فهنا يعتبر النكول إقرار بواقعة القرض، ولكنه إقرار مركب، إذا أضيفت إليه الواقعة أخرى لاحقة هي واقعة التجديد، ومن التطبيقات القضائية بهذا الشأن ما ذهبت إليه محكمة التمييز في إقليم كردستان كردستان في قرار لها بأنه: (... وعند عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون، ذلك أن المدعى عليه أقر بالسند المبرز من حيث التوقيع والمضمون، ولكنه دفع الدعوى بتصفية الحسابات بينه وبين المدعي، وعدم مشغولية ذمته له بالمبلغ المدعى به نتيجة لذلك ولدى تكليف محكمة الموضوع له بإثبات دفعه تبين بأنه عاجز عن الإثبات فكان المقتضي بالمحكمة وتطبيقا لحكم المادة

¹-بدائي محي الدين، المصدر السابق، 2019، ص 53. وهذا ما نص عليه المادة 119/ثانيا من قانون الإثبات العراقي، (لايجوز رد اليمين إذا كانت منصبة على واقعة لايشترك فيها الخصمان بل يستقل بها من وجهت له اليمين).

²-محمد حسن قاسم، المصدر السابق، ص 290.

³-عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، 2000، ص 569.

(118) من قانون الإثبات أن تسأله عما إذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه ثم تصدر حكمها في الدعوى....⁽¹⁾.

ويكون حكم النكول في هذه الحالة حكم الإقرار المركب وهو هنا إقرار غير قابل للتجزئة، ويترتب على ذلك أن الخصم الذي وجه اليمين إما أن يطرح النكول بشقيه ويقوم بإثبات القرض بطريق آخر غير اليمين، فعلى خصمه عندئذ يقع عبء إثبات وقوع التجديد وإما أن يستبقي الشق الأول من النكول وهو الإقرار بالقرض على أن يثبت هو عدم وقوع التجديد⁽²⁾.

دور القاضي في توزيع عبء الإثبات بموجب اليمين المتممة

اليمين المتممة هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليكمل به قناعته. عندما يقدر عدم كفاية الأدلة التي يقدمها الخصم وقد جعل القانون للقاضي على خلاف العادة دورا إيجابيا في الإثبات فأباح له إذا لم يقدم أي من الخصمين دليلا كافيا على ما يدعيه أن يختار منهما من يرجح عنده صدق قوله، فيوجه إليه يمينا يتم بها أدلته غير الكافية، ومن ثم سميت اليمين باليمين المتممة⁽³⁾.

وتختلف اليمين المتممة أختلافا جوهريا عن اليمين الحاسمة في أن اليمين الأولى يوجهها القاضي لا الخصم، في حين ان اليمين الحاسمة يوجهها الخصم بإشراف المحكمة ويمكن رد اليمين الحاسمة من الخصم الموجه إليه على الخصم الآخر الذي وجهها في حين أن اليمين المتممة لا يمكن ردها واليمين الحاسمة تحسم النزاع نهائيا بعد حلفها في حين أن اليمين المتممة لاتقيد القاضي بنتيجة حلفها أو النكول عنها واليمين الحاسمة لا يوجهها إلا إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل⁽⁴⁾.
وسنعالج سلطة القاضي الواسعة في توجيه اليمين المتممة، ثم موقف القاضي من النتائج المترتبة على توجيهها.

أولا: سلطة القاضي في توجيه اليمين المتممة:

يشترط القانون لكي يتمكن القاضي من توجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كاملا وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل. وتوجه اليمين المتممة لأي من الخصمين بحسب تقدير القاضي،

¹-قرار محكمة تمييز أقليم كردستان المرقم 243/ هيئة مدنية/ 2002/ المحامي مروان حاجي الزبياري، المصدر السابق، ص51.

²-د.عبدالرزاق السنهوري، المصدر السابق، 2000، ص570.

³-يداني محي الدي، المصدر السابق، 2019، ص 55.

⁴-د.عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، 2006، ص274.

فإن رأى القاضي أن أحد الخصمين قدم أدلة على إدعائه في الدعوى أو في الدفع أرجح من أدلة الخصم الآخر وان كانت في ذاتها غير كافية، ورأى إلى جانب ذلك أن هذا الخصم ذا الدليل الراجح أولى بالثقة والإطمئنان إليه، وجه إليه هو دون الخصم الآخر اليمين المتممة ليستكمل أدلته بها، وإن رأى الخصمين متكافئين في كل ما تقدم فالظاهر أنه يوجه اليمين المتممة إلى المطلوب من الخصمين لا الطالب لأن الأصل براءة الذمة. على أن القاضي في كل هذا إنما يسير بحسب اقتناعه وبمقدار ما يطمئن إلى أي من الخصمين دون أن يتقيد بقاعدة معينة ولا يشترط أهلية خاصة في الخصم الذي توجه إليه اليمين بل تكفي فيه أهلية التقاضي لأن اليمين المتممة ليست تصرفاً قانونياً بل هي وسيلة من وسائل التحقيق والإثبات. ولا يجوز توجيهها إلى غير خصم أصلي في الدعوى فلا توجه إلى الدائن الذي يرفع الدعوى باسم مدينه بل توجه إلى هذا المدين بعد إدخاله في الدعوى⁽¹⁾.

ومعنى ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل:

أي يجب أن يكون في الدعوى مبدأ الثبوت بالكتابة أو بغير الكتابة على حسب الأحوال ذلك أنه إذا كان في الدعوى دليل كامل لم تصبح هناك حاجة لليمين المتممة وقضى لمصلحة صاحب هذا الدليل، وإذا كانت الدعوى خالية من أي دليل لم يصح توجيه اليمين لأي من الخصمين لأن هذه اليمين لا توجه إلا لأستكمال أدلة ناقصة تجعل من الحق المدعى به ولكنه لا يصل إلى درجة اقتناع القاضي. والدليل الناقص الذي تكمله اليمين المتممة يختلف باختلاف ما إذا كان الأ دعاء يجوز إثباته بالبينة والقرائن أو لا بد من الكتابة في إثباته فإذا كان الإثبات جائزاً بالبينة والقرائن فالدليل الناقص يصح أن يكون بينة أو قرائن ليست كافية لإقناع القاضي فيستكملها باليمين المتممة⁽²⁾. بهذا الصدد قضت محكمة تمييز أقليم كوردستان ب (أن المحكمة قد أسست حكمها على المادة/120 إثبات دون تحقق الشروط اللازمة للاستناد عليها في توجيه اليمين المتممة، حيث يقتضي ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، فكان على المحكمة في هذه الحالة اعتبار المدعي عاجزاً عن الإثبات ومنحه حق تحليف خصمه اليمين الحاسمة وليس تحليف اليمين المتممة...)⁽³⁾.

وإذا قام القاضي بتوجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصمين ثم بدى له بعد ذلك أن يرجع بأن كشف عن أداة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها فلا يسوغ توجيه اليمين المتممة جاز له الرجوع

¹ - بداني محي الدين ، المصدر السابق، 2019، ص 56.

² - توفيق حسن فرج، المصدر السابق، 2003، ص 182.

³ - قرار محكمة تمييز أقليم كوردستان المرقم 108 / الهيئة المدنية / 1994 / في 1994/6/12 / القاضي كيلاني سيد أحمد، المصدر السابق، ص 123.

بل يجوز له الرجوع لمجرد أن يكون أن يكون قد غير رأيه دون حاجة إلى الكشف عن أدلة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها فلم يعد هناك مسوغ لتوجيه اليمين⁽¹⁾.

ثانياً: موقف القاضي من النتائج المترتبة على توجيه اليمين المتممة:

إن من وجهت إليه اليمين المتممة لاختيار له فإما أن يحلف أو ينكل. ولا يستطيع أن يرد اليمين على الخصم الآخر. ذلك لأن اليمين موجهة إليه من القاضي لا من الخصم الآخر ولأنها تكميلية لإقناع القاضي وليست أحتكاماً إلى ضمير الخصم. فإذا مات من وجه إليه القاضي اليمين المتممة قبل أن يحلفها أعتبر الحكم بتوجيهها كأن لم يكن وللقاضي أن يفصل في النزاع دون يمين متممة. أو أن يوجه هذا اليمين إلى الخصم الآخر أو أن يوجه يمينا متمما بعدم العلم إلى ورثة الخصم الذي مات ويتفق الحكم في أن اليمين لاتعتبر مردود إلى الخصم الآخر في كل من اليمين الحاسمة واليمين المتممة. وإذا مات من وجهت إليه اليمين الحاسمة قبل أن يحلفها لم تعتبر اليمين مردود على الخصم الآخر لأن رد اليمين ليس ألتزام تخييري بل هو ألتزام بدلي. فيتفقان لكن السبب مختلف لأن الألتزام برد اليمين في اليمين الحاسمة ليس إلا التزاما بدليا وفي اليمين المتممة الألتزام برد اليمين لوجود له أصلا⁽²⁾، ومن النتائج المترتبة على حلف اليمين أو نكوله هي كالتالي:

أولاً: حلف اليمين المتممة:

يؤدي الخصم الذي توجه إليه اليمين المتممة نفسه ولايجوز ان يوكل غيره في الحلف، وقد نصت المادة 112 من قانون الإثبات على أنه (تجري النيابة في طلب التحليف ولاتجري في اليمين) وإذا حلف الخصم اليمين قضت المحكمة لصالحه في الأغلب وإن كان ذلك غير ملزم لها، فقد تجد المحكمة من الأدلة المقنعة بأن ادعاء الخصم الذي حلف اليمين المتممة غير صحيح، وبإمكان القاضي أن يحكم ضد من حلف هذا اليمين⁽³⁾.

ثانياً: نكول عن الحلف:

إذا نكل الخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة فإن الأدلة التي قدمها تبقى على حالها دون تغيير، لأن المحكمة وجهت هذه اليمين لأستكمال الأدلة الناقصة، وعند النكول تزداد هذه الشكوك في

1- بدائي محي الدين ، المصدر السابق، 2019، ص 57.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، 2000، ص 572.

3- د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، 2000، ص 584.

صحة أدعائه، وعند ذاك تحكم المحكمة ضده⁽¹⁾. ويجوز في حالة النكول، أن يوجه القاضي اليمين المتممة إلى الخصم الآخر، لاسيما بعد أن تعززت أدلته بنكول خصمه، فإذا حلف هذا الخصم حكم لمصلحته، وإذا نكل أيضا، رجع القاضي إلى مقابلة الأدلة ورد الدعوى إذا وجد أن الأدلة غير كافية لإثباتها⁽²⁾.

¹- د.ادم وهيب النداوي، المصدر السابق، 2007، ص261.
²-د.عبد الرزاق السنهوري، المصدر نفسه، 2000، ص586.

الخاتمة

بعد إكمال هذا البحث تبين ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات كالآتي:

أولاً: النتائج

- 1- الإثبات وكما عرفه الفقه القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها وهناك ثلاث نظم للإثبات وهي نظام الإثبات الحر أو المطلق وهو الذي لا يحدد المشرع فيه طرقاً معينة للإثبات ويترك فيه الإثبات حراً والصلاحيية المطلقة للقاضي، ونظام الإثبات المقيد وهي التي يتقيد فيها سلطة القاضي وكذلك دور الخصوم في الإثبات لكون المشرع هو الذي يحدد طرق الإثبات وقيمة كل دليل والطرق التي يقدم بها إلى القضاء وهناك النظام المختلط الذي يجمع بين النظامين السابقين والذي يعتد بكل منهما وأخذ المشرع العراقي بهذا النظام.
- 2- عبء الإثبات هو تحديد الخصم الذي يجب عليه أن يقوم بإثبات الواقعة المتنازع عليها. وهو ذلك الواجب الثقيل الذي يقع على عاتق الخصم.
- 3- إن قواعد عبء الإثبات ليست من النظام العام ويجوز لأطراف الدعوى الاتفاق على مخالفتها.
- 4- إن عبء الإثبات يقع على المدعي دائماً وليس المقصود بالمدعي هو رافع الدعوى وإنما هو كل شخص يدعي خلاف الظاهر أصلاً أو عرضاً أو فرضاً.
- 5- يترتب على حق الخصوم في الأطلاع على الأدلة المقدمة في الدعوى ومناقشتها (مبدأ المجابهة بالدليل) مبدأ منع الخصم من اصطناع دليل لنفسه وعدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه.
- 6- إن لكل من القاضي والخصوم دور في نقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى بوسائل محددة في القانون.
- 7- بما أن القاضي هو من يمثل مصلحة المجتمع فمن الضروري أن يقف موقفاً محايداً بين الخصمين، إلا إذا أوجب عليه المشرع في اتخاذ موقف إيجابي لتوجيه سير الإثبات على نحو يحقق العدالة، لكي لا يقف مكتوف الأيدي، وهذا ما يعبر عن دوره الإيجابي في الدعوى المدنية، وكما يتجه إليه غالبية التشريعات وفي مقدمتها قانون الإثبات العراقي النافذ.

ثانياً: التوصيات:

نوصي المشرع العراقي والكوستاني الأخذ بهذه التوصيات.

1- عدم حصر قواعد الإثبات على المادة 6، 7 من قانون الإثبات بل الأخذ والنص صراحة على المبادئ القانونية المستمدة من الفقه القانوني كقاعدة (الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته) و (الأصل في الصفات العارضة العدم) و (ما ثبت بزمانه يحكم ببقائه مالم يقيم الدليل على خلافه) و (الأصل بقاء ما كان على ماكان حتى يقوم الدليل على خلافه).

2- النص على جواز نقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوى بالاتفاق طالما أنه غير مرتبط بالنظام العام.

3- تحديد مفهوم السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي وبشكل يؤدي إلى تطابق الحقيقة الواقعية مع الحقيقة القضائية بقدر كبير تحقيقاً لروح العدل والأنصاف.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: الكتب

- د. ادم وهيب النداوي. الموجز في الإثبات، طبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
- توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2003.
- د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، الطبعة الثانية، الموصل جامعة الموصل، 1997.
- د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، 2005.
- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان بيروت، 2000.
- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثاني الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009.
- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة الثالثة، بيروت لبنان، 1998.
- عبدالقادر ادريس، الاثبات بالقرائن في الفقه الاسلامي، طبعة الأولى، عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
- د. عصام أحمد البهجي، أحكام عبء الإثبات في نطاق المسؤولية المدنية (دراسة تحليلية)، دار الجامعة الجديدة 38ش سوتر-الأزاريطة- أسكندرية 4868099. 2007.
- د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، طبعة مزيدة ومنقحة، بيروت، لبنان، 2018.
- د. عصمت عبدالمجيد بكر، شرح قانون الاثبات العراقي، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
- د. عصمت عبدالمجيد بكر، شرح قانون الإثبات. طبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد شارع المتنبي. 2006.
- القاضي كيلاني سيد أحمد، كامل مبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز إقليم كردستان – العراق للسنوات (1993-2011)، جزء الثاني، أربيل- كردستان 2012.

- القاضي لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، قسم الإثبات، طبعة الأولى، بغداد، 2012.
- د. محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان. 2003.
- د. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات مكتبة الحلبي، بيروت 2008.
- د. محمد شريف عبدالرحمن أحمد عبدالرحمن، المبادئ الأساسية في قانون الإثبات. دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، طبعة الأولى، 2013.
- م. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في قانون الإثبات، جزء الأول، دار محمود للنشر والتوزيع-القاهرة 2012.
- محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، جزء الأول، مطبعة شفيق، بغداد، 1983.
- المحامي مروان حاجي الزبياري، المبادئ القانونية لقرارات محكمة تمييز إقليم كردستان ومحكمة أستاناف منطقة أربيل ودهوك ومحكمة جنابات دهوك بصفتها التمييزية، طبعة الأولى، مطبعة روزةلات، أربيل، 2010.

ثانيا: الرسائل والأطاريح الجامعية:

- الياس جوادي، الإثبات القضائي في المنازعات الادارية (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة، 2014.
- بداني محي الدين، دور القاضي والخصوم في توزيع عبء الإثبات في المسائل المدنية، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة عبدالحميد بن باديس مستنغام كلية القانون والسياسة، 2019.
- سليم علي مسلم الرجوب، التعارض والترجيح في طرق الإثبات "دراسة فقهية قانونية مقارنة"، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2006.

-عبدالرحمن بن محمد بن صالح الحماد، أحكام نقل عبء الإثبات أو الإعفاء منه (دراسة مقارنة). رسالة ماجستير، مقدمة إلى معهد العالي للقضاء-جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، 1431هـ.
-عبدالله علي فهد العجمي، دور القرائن في الإثبات المدني دراسة مقارنة بين القانون الأردني والكويتي، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة شرق الأوسط، 2011.

ثالثاً: البحوث والدوريات:

-حسين رجب محمد مخلف، السلطة التقديرية للقاضي في قانون المرافعات المدنية وقانون الإثبات ، مجلة التقني-المجلد السادس والعشرون-العدد السادس 2013.