حكومة إقليم كوردستان / العراق
وزارة العدل
رئاسة الادعاء العام
دائرة الادعاء العام في السليمانية

اليمين الحاسمة ودورها في الاثبات المدني

بحث مقدم من قبل
عضوالادعاء العام
(بهجت حسن صالح)

الى مجلس القضاء في إقليم كوردستان – العراق
كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من أصناف الادعاء العام

بإشراف
(فاروق أحمد قادر)
عضو الادعاء العام

2721ك
2021م

1443 هـ

السادة رئيس وأعضاء لجنة ة بحوث الترقية المحترمون

الموضوع / توصيه المشرف على البحث

بناء على ما جاء بكتاب رئاسة الادعاء العام (215) في 2021/7/4 حول تسميتي مشرفاً على البحث الموسوم (اليمين الحاسمة ودورها في الإثبات المدني) من قبل عضوالادعاء العام (بهجت حسن صالح) الى مجلس القضاء في اقليم كوردستان – العراق كجزء من متطلبات الترقية من الصنف الرابع الى الصنف الثالث من اصناف الادعاء العام، فقد اشرفتُ على البحث فوجدته مستوفياً للشروط الشكلية والموضوعية، وان الباحث بذل جهداً كبيراً في اعداده وأصبح جاهزاً للمناقشة للتفضل بالاطلاع مع التقدير.

فاروق قادر أحمد
عضو الادعاء العام
في دائرة الادعاء العام

في السليمانية

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

چ ڭ ك ڭ ۆ ۇ ۋ ۋ ۈ ۈ

ۇ ۇ ۋ ۋ ۆ ۆ ې ې ې

ئ ئ ئ ئ ئ ئ ئ ئ ئ ئ ئ ئ ئ ئ

ﭐ ﭑ ﭒ ﭓ ﭔ ﭕ ﭖ ﭗ ﭘ ﭙ ﭚ ﭛ ﭜ ﭝ ﭞ ﭟ ﭠ ﭡ ﭢ ﭣ ﭤ ﭥ ﭦ ﭧ ﭨ ﭩ ﭪ ﭫ ﭬ ﭭ ﭮ ﭯ ﭰ ﭱ ﭲ ﭳ ﭴ ﭵ ﭶ ﭷ ﭸ ﭹ ﭺ ﭻ ﭼ

صدق الله العظيم
(سورة المائدة: الآية / ٨٩)

الإهداء

- الى من كان سبباً في وجودي... الوالدين العزيزين الكريمين.
- الى زوجتي الغالية وأولادي.
- الى من علمنا حب العلم والعلماء فينا والى كل من له حق علينا اهدي هذا العمل المتواضع.

شكر و تقدير

أولاً وقبل كل شيء الشكر والحمد لله الذي ساعدني ووفقني على انجاز هذا البحث. ثم أتقدم بالشكر والعرفان وخالص التقدير الى السيد (فاروق احمد قادر) عضو الادعاء العام الذي تفضل بقبول الاشراف على هذا البحث فضلاً عن ملاحظاته ومعلوماته القيمة. كما أقدم جزيل الشكر الى زملائي الذين ساعدوني ولن أنسى مساعدتهم كل من عاونني ولو بحرفٍ واحدٍ.

المقدمة

نوضح مقدمة البحث من خلال الفقرات الآتية :

أولاً/ أهمية الموضوع و سبب أختياره :

إن بيان الجانب العملي لأهمية اليمين الحاسمة يعد أمراً مهماً، حيث أن أغلبية الدعاوي التي تنظرها المحاكم المدنية تحسم عن طريقها، لذا كان علينا أن نبين موقف القضاء العراقي تجاهها هذا من جهة ومن جهة اخرى في حين أن الوازع الديني والوجداني والأخلاقي لدى أكثرية الناس والتي لها الصلة الوثيقة بأهمية اليمين في إحقاق الحق قد تضعف يوماً بعد يوم، فالعملية قد تسير بهذا الاتجاه تنازلياً، وعملية المد والجزر هذا وايجاد توازن بينهما سبب آخر من أسباب اختياري.

ثانياً / اشكالية البحث :

لقد جاء تنظيم المشرع العراقي لليمين الحاسمة دقيقاً في بعض الجوانب، إلا أن جوانبه الاخرى كانت تخلومن الدقة، فضلاً عن وجود بعض من النقص التشريعي في ذلك التنظيم القانوني، من أجل ذلك كان لابد من إلقاء الضوء على جوانب هذا الخلل وصولاً الى تقييم لهذا التنظيم.

ثالثاً / منهجية البحث

أتبعتُ لدراسة هذا البحث المنهج الوصفي التحليلي بأن أضع النصوص القانونية موضع التحليل والمناقشة مع الاسترشاد بتطبيقات هذه النصوص بقرارات القضاء في العراق وأقليم كوردستان.

رابعاً / هيكلية البحث

سنحاول دراسة موضوع البحث وارتأينا تقسيمه الى خمسة مباحث خصصنا المبحث الأول لماهية اليمين وصور اليمين والمبحث الثاني تطرقنا فيه الى ماهية اليمين الحاسمة وذلك في مطلبين : الأول تعريف اليمين الحاسمة وطبيعتها القانونية والثاني لشروط توجيه اليمين الحاسمة ونخصص المبحث الثالث لدور القاضي في توجيه اليمين الحاسمة وذلك في مطلبين: الأول دور القاضي في تعديل صيغة اليمين الحاسمة والثاني دور القاضي في منع توجيه اليمين الحاسمة. وفي المبحث الرابع نلقي الضوء على آثار توجيه اليمين الحاسمة ذلك في ثلاث مطالب من حيث حلف ورد ونكول الخصم اليمين الحاسمة، والمبحث الخامس تَطَرقنا فيه للحجية القانونية لليمين الحاسمة وذلك في مطلبين الأول: الحجية الملزمة لليمين الحاسمة والثاني: الحجية القاصرة لليمين الحاسمة. وأخيراً نختم البحث بخاتمة نعرض فيها الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا اليها.

بأذن الله

المبحث الأول

ماهية اليمين

نلقي ضوء في هذا المبحث على ماهية اليمين بشكل عام ونبدأ أولاً من تعريف اليمين لغةً وأصطلاحاً وثانياً بيان صور اليمين ونخصص لكل واحد منهما مطلباً مستقلاً.

المطلب الأول

تعريف اليمين

اليمين في اللغة تأتي بمعنى القوة[1] ومن ذلك قوله سبحانه وتعالى : چ ڈ ڈ ڈ ڈ ژ ژ ڑ ڑ ک ک چ.[2]أي بالقوة والمقدرة.

تعرف اليمين في الأصطلاح القانوني بأنها (قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أوعلى انجاز مايعد، ويستنزل عقابه اذا ما حنث) [3].

أما في الأصطلاح الشرعي فاليمين (عقد يقوى به عزم الحالف على الفعل اوالترك) [4]. وقد ثبتت مشروعية اليمين بوصفها دليلاً من أدلة الأثبات في الشريعة الاسلامية بالقرآن الكريم والسنة النبوية والأجماع فمن الآيات القرآنية الكريمة التي وردت فيها كلمة اليمينچ ڭ ڭ ڭ ۇ ۇ ۆ ۆ ۈ ۈ ۇٴ ۋ...چ[5].

وورد في الحديث النبوي الشريف [من كان حالفاً فليحلف بالله أوليصمت] [6].

وانعقد اجماع فقهاء المسلمين على مشروعية اليمين كوسيلة من وسائل الاثبات مقتدين بحديث رسول الله (η) :- [البينة على من ادعى واليمين على من أنكر] [7].

المطلب الثاني

صور اليمين

---

[1]- محمد مصطفى رسول، مدى اهمية اليمين الحاسمة في إحقاق الحق، دراسة مقارنة في الإثبات المدني، ط1، مركز العربي للدراسات و البحوث العلمية للنشر و التوزيع، القاهرة، 2017، ص21.

[2]- (سورة الحاقة، الآية 44-45).

[3]- د.عبدالرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني،ج2، القاهرة، دار النشر للجامعات العربية، 1956، ص255.

[4]- د.عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات العراقي، ط2، الموصل، جامعة الموصل، كلية القانون، 1997، ص255.

[5]- سورة المادة، الآية (89).

[6]- ابن حجر.الحافظ شهاب الدين أبي الفضل العسقلاني، فتح الباري بشرح البخاري – مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده،القاهرة،1959،ص53.

[7]- د.عصمت عبدالمجيد بكر، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، 2012، ص257.

وتنقسم صور اليمين الى اليمين غير القضائية واليمين القضائية ونخصص لكل واحد منهما فرعاً مستقلاً.

الفرع الأول
اليمين غير القضائية

وهي التي يتفق الطرفان على تأديتها خارج مجلس القضاء ويخضع بشأنها للقواعد العامة وهي كثيرة الشيوع في العراق ويترتب على حلفها النتائج التي اتفق عليها الطرفان[1].

هذه اليمين وعد بأمر مستقبلي كاليمين التي يحلفها بعض الموظفين بأن يؤدوا اعمال وظائفهم بالصدق والأمانة، وكذلك اليمين التي يحلفها الخبراء والقضاة والمحامون عند تعينهم أو أداء مهامهم، وهناك ايضاً حالات وصيغ لليمين اوجب الدستور تحليفها لبعض الموظفين الأداريين يحلفونها أمام رئيس الدولة وذلك بأن يؤدوا اعمالهم بأمانة ويحافظوا على نظام الدولة وكذلك حلف اليمين من قبل الوزراء والسفراء والمحافظين، ولايكون الغرض من تلك اليمين الاثبات، بل هوانشاء التعهد في ذاته، اوهوعهد يتناول المستقبل[2].

الفرع الثاني
اليمين القضائية

فهي التي تؤدى امام القضاء كوسيلة من وسائل الأثبات في القضية المنظورة، وتكون مقرونة بالعلم القاطع ولا توجه إلا بعد دعوى صحيحة، واليمين في مشروعيتها وفي مؤداها شيء من ضمان العقيدة الدينية ووازع الضمير يحتكم اليه الخصوم، مما يجوز ذلك لمن وجهت اليه اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب ذلك، وإذا كنا أمام اليمين القضائية التي تدخل في نطاق الأثبات وإقامة الدليل أمام المحكمة والتي تفيد الكشف عن الحق المتنازع فيه ويشترط فيها أن تكون منصبة على وقائع الدعوى المطلوب الحلف عليها ويشترط في هذه اليمين ايضاً أن تكون في صيغتها التي أقرتها المحكمة موجهة على مصدر الحق الذي نشأ عنه الالتزام. فهي إما أن تكون منصبة على تصرف قانوني قام به الخصم ونشأ عنه الحق المطالب به، وإما أن تكون على واقعة قانونية معلومة للخصم وبالحق الذي نشأ عنها[3].

اليمين القضائية على نوعين : أولهما اليمين الحاسمة وثانيهما اليمين المتممة.

([1]) د.سعدون العامري. موجز نظرية الاثبات، مطبعة معارف، الطبعة الأول، بغداد، 1966، ص115.

([2]) سليمان مرقس. أصول الاثبات واجراءته المدنية، ج الأول، القاهرة، 1986، ص595.

([3]) بحث حول اليمين وأنواعها، المقدم والمنشور في الموقع الألكتروني لنقابة المحامين بالزاوية، في الفيسبوك، أيلول 2016.

فاليمين الحاسمة (وهي موضوع دراستنا) هي التي تحسم النزاع وتقوم مقام الدليل. أما اليمين المتممة فهي وسيلة يستكمل بها القاضي اقتناعه ولاتقوم مقام الدليل. [1]

المبحث الثاني
ماهية اليمين الحاسمة

([1]) محمد مصطفى رسول، المصدر السابق، ص27.

للبحث عن ماهية اليمين الحاسمة ينبغي الوقوف على تعريف اليمين الحاسمة وطبيعتها القانونية وشروط توجيهها ونبحث كل واحد منهما في مطلبين مستقلين. المطلب الأول تعريف اليمين الحاسمة وطبيعتها القانونية. المطلب الثاني شروط توجيه اليمين الحاسمة.

المطلب الأول

تعريف اليمين الحاسمة وطبيعتها القانونية

سنتناول في هذا المطلب تعريف اليمين الحاسمة و طبيعتها القانونية.

الفرع الأول

تعريف اليمين الحاسمة

يمكن تعريف اليمين الحاسمة بأنها (اليمين التي يوجهها أحد الخصمين الى الخصم الآخر في الدعوى حسماً للنزاع بينهما، إذا ما عجز عن الأثبات إدعائه أودفعه بطرق الأثبات الأخرى) [1].

كما نصت الفقرة (ثانياً) من المادة (114) من قانون الإثبات العراقي بأنه (اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى).

وبهذا المعنى هذه اليمين سميت حاسمة لأنها تحسم النزاع وتقطع الخصومة ولها القوة المطلقة في الأثبات مهما بلغت قيمة الدعوى.

واليمين الحاسمة هي التي يوجهها الخصم الى خصمه عند عجزه عن إثبات حقه حسماً للنزاع[2].

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية لليمين الحاسمة

[1]- محمد مصطفى رسول، المرجع السابق، ص28.

[2]- المصدر نفسه، ص27 – 28.

إختلف فقهاء القانون في تحديد الطبيعة القانونية لليمين الحاسمة إختلافاً كبيراً يمكن أن نشير اليه بالشكل الآتي :-

ذهب البعض الى أن اليمين عبارة عن اتفاق بين الخصمين في الدعوى أوبعبارة أخرى ليست إلا تعاقداً أو صلحاً[1].

ويذهب بعض الفقهاء الفرنسيين الى ان توجيه اليمين الحاسمة مشابه بعقد الصلح يقتضي أن يتنازل كل متصالح عن جزء من مطالبة للمتصالح الآخر[2]، إلا أن هذا الرأي تعرض للنقد، لأن التعاقد يقتضي توافق إرادتين توافقاً حراً، في حين إن من توجه اليه اليمين لايكون حراً في الأرتباط أوعدم الارتباط به، وإنما يفرض عليه القانون أن يتخذ موقفاً من المواقف الثلاثة إما القبول أو الرد وإما النكول مع الآثار المترتبة على كل منها[3].

والرأي الذي يفضله (د.عباس العبودي) ان توجيه اليمين الحاسمة هو نظام قانوني خاص وضعه المشرع للخصم الذي يعجز عن إثبات ما يدعيه طبقاً للقواعد العامة، ان يحتكم احتكاماً اجبارياً الى ذمة خصمه، لا على اساس القانون بل على اساس العدالة، فإذا طلب المدعي الى المدعى عليه ان يخرج معه من ميدان القانون وقواعده الجامدة الى ميدان العدالة الذي يسود فيه تحكيم الذمة والضمير فيجب على المدعى عليه ان يلبي الدعوة وإلا كان امتناعه دليلاً على ان العدالة ليست في صفه. وعليه فأن توجيه اليمين الحاسمة يعد تصرفاً قانونياً يتم بأرادة واحدة هي ارادة من وجه اليمين اوارادة من ردها ولا تحتاج الى قبول[4]، وأنا مؤيد رأيه.

ويبدو أن محكمة التمييز العراقية إعتمدت في كثير من قراراتها على أن اليمين تصرف قانوني صادر من جانب واحد، فقد جاء في قرار لها[5]((أن اليمين الحاسمة هي ملك الخصم، لأن الخصم عندما يعجز عن الأثبات لم يبق أمامه إلا طريق تحليف خصمه اليمين، فتوجيه اليمين الحاسمة الى خصمه إنما هو تصرف قانوني يتم بإرادة منفردة يحتكم فيها الى ضمير خصمه)).

ويرى البعض الآخر أن اليمين الحاسمة طريقة من طرق الأثبات غير العادية يلتجئ اليها الخصوم كوسيلة أخيرة عند عدم توفر الدليل العادي المطلوب في الدعوى، فهي ليست سوى تأكيد لواقعة من قبل الخصم الذي له مصلحة في الدعوى[6].

([1]) د.صلاح الدين الناهي. الخلاصة الوافية في القانون المدني مبادئ الالتزامات، دون نشر مكان الطبع، 1968، ص443.

([2]) قائد هادي. اليمين الحاسمة ودورها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، بحث مقدم الى كلية القانون جامعة ديالى، المنشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد الخامس، العدد الثالث، أنسائي / أيلول 2007.

([3]) محمد مصطفى رسول، المرجع السابق، ص33.

([4]) د.عباس العبودي، المرجع السابق، ص257 – 258.

([5]) قرار رقم 1758 / 1967 في 5/16/ 1967 منشور في مجلة العلوم القانونية العدد الأول، المجلد الأول 1969، ص287.

[6]- عبدالرحمن العلام. شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ج2، 1972، ص661.

ومن هنا يمكن ان نقول بأن اليمين الحاسمة هي وسيلة استدراكية لدعم الحقيقة وصولاً الى العدالة، منحها المشرع الى من تعوزه الأدلة في دعواه.

المطلب الثاني
شروط توجيه اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة هي احتكام الخصم الى ضمير خصمه، فلا تملك المحكمة توجيهها من تلقاء نفسها، فهي ملك الخصم وليس القاضي، لذا فيحق له توجيهها في كافة المسائل المدنية والتجارية وفي اية مرحلة من مراحل الدعوي كما نصت عليه المادة (116/أولاً) من قانون الأثبات العراقي النافذ ((يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى...)) بموجب هذا النص يمكن للخصم طلب توجيه اليمين الحاسمة سواء كان قبل تقديم أدلة أخرى أوبعد تقديمها، وأنه يتعين على القاضي أن يجيبه الى طلبه متى تواضح شروطها القانونية، ومعنى ذلك أنه يجوز توجيهها طالما لم يصدر حكم نهائي حائز على حجية الشيء المحكوم به، بل أكثر من ذلك يجوز للخصم أن يطلب في المرافعة الأستئنافية تحليف خصمه اليمين التي أرجأها في المرافعة المدنية[1].

كما يجوز توجيه اليمين الحاسمة قبل الحكم ولوكانت المحكمة قد اقفل باب المرافعة فيجوز لمن يطلب توجيهها ان يقدم طلبا للمحكمة لتعيد فتح باب المرافعة لهذا الغرض [2]. ونتفق اخيراً مع جانب من الفقه انه يجوز للخصوم ان يتفقوا على عدم توجيه اليمين الحاسمة فهذا الأتفاق مشروع وليس فيه مايخالف النظام العام، لأن مثل هذا الأتفاق قديكون المقصود منه تفادي الادعاءات الكيدية [3]، إلا أنه لايجوز تحليف اليمين الحاسمة امام محكمة التمييز ولا ارجاء تحليفها الى مابعد النظر في القضية تمييزاً المادة (111/ ثالثاً) من قانون الإثبات النافذ. ذلك أن محكمة التمييز لاتعد درجة من درجات التقاضي لكي تودي اليمين أمامها، وكذلك لايجوز ارجاء اليمين الحاسمة الى ما بعد النظر في القضية تمييزاً لان محكمة البداءة أوالأستئناف أومحكمة

[1] - محمد مصطفى رسول. المرجع السابق، ص123.
[2] - د. عباس العبودي. المرجع السابق، ص262.
[3] - د. سليمان مرقس. المرجع السابق، ص644.

الأحوال الشخصية أومحاكم القضاء الأداري أومحاكم العمل تستنفذ ولايتها الموضوعية بتحقيق الأدلة في الدعوى واصدار الحكم فيها والاحكام بطبيعتها حاسمة ولا تقبل التعليق ولا يناط بمحكمة التمييز الا مراقبة تطبيق وسلامة الاجراءات[1]. وقد قضت محكمة التمييز في إقليم كوردستان/العراق بأنه(ان وكيل المدعي رفض يمين عدم العلم التي منحته المحكمة الى خصمه وأن محكمة الأستئناف كانت على الصواب حينما بنيت في حيثيات قرارها بأن المستأنف أسقط حقه في توجيه اليمين المذكورة ذلك لانه لم يذكر لا في العريضة الاستئنافية ولا أثناء المرافعة استعداده لتوجيه اليمين المشار اليها أعلاه الى خصمه، ولايجوز ايراد ذلك امام محكمة التمييز) [2].

أما بصدد توجيه اليمين الحاسمة امام القضاء المستعجل، فذهب رأي الى جواز ذلك على ان يقتصر اثر اليمين الحاسمة على التدبير المؤقت، في حين ذهب رأى أخر الى عدم جوازه لان اليمين الحاسمة من شأنها أن تحسم النزاع[3]، وإننا نؤيد هذا الرأي. حينما يوجه الخصم اليمين الحاسمة في اية مرحلة من مراحل الدعوى كما اشرنا اليه ولأن اليمين الحاسمة وسيلة لإنهاء النزاع لابد من أن تتوفر فيها مجموعة من شروط، بعضها تتعلق بأشخاص اليمين من يوجهها ومن توجه اليه، وبعضها تتعلق بموضوع اليمين، وهذا ماسنتناوله من خلال الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول / شروط توجيه اليمين الحاسمة من حيث الاشخاص.

الفرع الثاني / شروط توجيه اليمين الحاسمة من حيث الموضوع.

الفرع الأول
شروط توجيه اليمين الحاسمة من حيث الاشخاص

أشخاص اليمين هما من يوجه اليمين ومن توجه اليه لذا سنتناول الشروط المتعلق بهما كالآتي:

أولاً : من يوجه اليمين الحاسمة :

[1] - د. عباس العبودي. المرجع السابق، ص262.

[2] -قرار المرقم / 197 / الهيئة المدنية /1998 في 1998/6/29 اشار اليه كيلاني سيد أحمد. كامل المباديء القانونية في محكمة تمييز أقليم كوردستان للسنوات 1993- 2011، ص101.

[3] - د. عصمت عبدالمجيد بكر. المرجع السابق، ص261.

يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الاخر، فلكل من يقع عليه عبء إثبات واقعة قانونية ولا يكون في استطاعته تقديم دليل على ما يدعيه أن يوجه اليمين الحاسمة، فكل خصم كلف بأثبات واقعة قانونية لايملك دليلها، سواء كان مدعيا يريد إثبات حق يدعيه أومدعى عليه يريد إثبات دفع يدعيه، له الحق في تحليف خصمه اليمين الحاسمة، كما هوظاهر من نص الفقرة(أولاً)من المادة(114)من قانون الأثبات العراقي النافد التي تنص على أنه ((لكل من الخصمين بأذن من المحكمة أن يوجه اليمين الحاسمة الى الخصم الأخر))[1].

يشترط في الخصم الموجه اليمين، ان يكون كامل الأهلية، أي بلغ سن الرشد دون ان يكون محجوراً عليه لجنون أوعته أوغفلة أوسفه، فالصغير غير بالغ سن الرشد والمحجور عليه لعوارض الأهلية هذه، لايجوز لاي منهم توجيه اليمين الحاسمة الا عن طريق نائبه، ولدى الرجوع الى قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980 نلاحظ ان المادة (43/سابعاً) منه نصت انه (لايجوز للولي أوالوصي أوالقيم مباشرة التصرفات التالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك. سابعاً : التنازل عن التأمينات وأضعافها منها والتنازل عن الحقوق والدعاوى وطرق الطعن القانونية في الأحكام) [2].

كما لايجوز للوكيل توجيه اليمين الا بمقتضي تفويض خاص حسبما نصت عليه المادة (52/ف2) من قانون المرافعات العراقي رقم (83) لسنة 1969 المعدل (الوكالة العامة المطلقة لاتخول الوكيل العام بغير تفويض الخاص... توجيه اليمين أوردها أوقبولها...) وكذلك للممثل القانوني في الدوائر الرسمية طلب توجيه اليمين في الدعوى إذا تم تخويله بذلك كما نصت عليه المادة (112) من قانون الاثبات على أن (تجرى النيابة في طلب التحليف، ولاتجري في اليمين).

ثانياً : من توجه اليه اليمين الحاسمة.

أن اداء اليمين عملٌ شخصي خاص بالحالف يحتكم فيها الى ضميره من اجل تقريره الحقيقة فأن النتيجة المنطقية المترتبة على ذلك هي لايجوز النيابة في اليمين لأن النيابة إذا كانت تجري في طلب التحليف فإنها لاتجري في اليمين وعلى ذلك لايجوز للوكيل أوالوصي أوالقيم أوالمتولى أداء اليمين إلا في أمور أجروها بأنفسهم أوبعلم منهم أما إذا كانت اليمين متعلقة بشخص أخر فيكون الحلف على عدم العلم هذا مانصت عليه المادة (117) من قانون الاثبات العراقي إذا

[1] - محمد مصطفى رسول. المرجع السابق، ص147.
[2] - د. عصمت عبدالمجيد بكر. المرجع السابق، ص262-263.

حلف شخص على فعله يحلف على البتات وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم)[1].
هذا يمين عدم العلم ومثالها ان يحلف الوارث انه لايعلم ان مورثه كان مديناً.

ويثور التسأول حول توجيه اليمين الحاسمة أيكون الى الشخص المعنوي أو الى موظف دولة؟

ان حلف اليمين كما سبق رأينا امر شخصي بحت يتصل بضمير الشخص ومعتقداته لذلك فان الشخص المعنوي كالمؤسسة والشركة لاتوجه اليه اليمين لان هذا الشخص يعد قانوناً في الحكم قاصر، فلا يتصرف الا بوساطة من يمثله، وهذا النائب لايمكنه اداء اليمين الا فيما يتعلق بشخصه من وقائع ولايتعلق بالشخص المعنوي الذي يمثله [2].

كما قضت محكمة التمييز العراقي بأنه (لايحلف مدير الشخص المعنوي اليمين إلا إذا تعلق الأمر بفعل فعله بنفسه أوعقد أبرمه بذاته)[3].

كما سلك محكمة تمييز الأقليم كوردستان نفس اتجاه محكمة التمييز العراقي بالنسبة لعدم جواز توجيه حلف اليمين الى الشخص المعنوي كما جاء في احد قراراتها بأنه (لايجوز تحليف المدير المفوض للشركة اليمين القانونية بأعتباره شخصاً معنوياً مالم يكن عن فعل قام به شخصياً)[4].

ولاتوجه اليمين الحاسمة الى الموظف في حالة عجز خصمه عن إثبات ادعائه بالنسبة للادعاء المتعلق بوظيفة الموظف، لان النكول عن اليمين إما بذل أواقرار والموظف لايملكها بالنسبة لاعمال وظيفته. كما قضت محكمة التمييز العراقي في قرارها المرقم 787/ص/1963 في 1963/12/14 بأنه (لايجوز تحليف مدير رعاية القاصرين اضافة لوظيفته اليمين عند عجز المدعي عن اثبات دعواه)[5].

ويجب أن يكون الخصم الذي توجه اليه اليمين منكراً للواقعة المطلوب الحلف عليها، بمعنى أنه لايجوز الالتجاء الى اليمين إلا عند الأنكار كما يجب أن تتوفر في الخصم الذي توجه اليه اليمين أهلية التصرف في الحق الذي توجه اليه فيه اليمين، ذلك أن الخصم توجه اليه اليمين يجب ان يكون قادراً على الخيار ما بين الحلف والرد والنكول، ورد اليمين كتوجيهها يشترط فيه اهلية

---

[1] - قائد هادي. المرجع السابق، ص36.
[2] - د. عباس العبودي. المرجع السابق، ص260.
[3] - رقم القرار 1100 / مدنية اولى / 1978 في 1979/6/20 نقلاً عن محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الأثبات. الجزء الثالث. الطبعة الثانية 2011م، ص1118- 1119.
[4] - رقم القرار 371 / الهيئة المدنية الثانية / 2011 تأريخ القرار في 2011/5/30 نقلاً عن كيلاني سيد أحمد، المرجع السابق، ص122.
[5] - د. عصمت عبدالمجيد بكر، المرجع السابق، ص265.

التصرف، والنكول كالإقرار لايملكه إلا من ملك التصرف في الحق ومن ثم لايجوز توجيه اليمين الى الصبي الذي لم يبلغ سن الرشد إلا فيما يملك من أعمال الإدارة[1].

الفرع الثاني
شروط توجيه اليمين الحاسمة من حيث الموضوع

تتكون الدعوى من عنصرين :

الأول : هوعنصر الواقع والثاني : هو عنصر القانون.

إن اليمين الحاسمة لايجوز أن توجه إلا في واقعة قانونية أي في مسألة من مسائل الواقع، لا في مسألة من مسائل القانون، ذلك أن استخلاص حكم القانون من شأن القاضي وحده فهو مفروض فيه العلم بالقانون، بل من واجبه بحكم وظيفته ان يطبق القانون على النزاع المعروض عليه، ولا يستطيع أن يمتنع عن ذلك بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يطبقها وإلا فإنه يمتنع عن احقاق الحق، وأن الخصوم لايكلفون بأثبات مسائل القانون، واليمين في هذه الناحية كإقرار.

واليمين الحاسمة توجه في مسائل الواقع ويجب أن تكون هذه الواقعة القانونية محددة وواضحة وعلى من يوجه اليمين أن يضع صيغتها ويبين بعبارة واضحة ودقيقة الواقعة التي يريد استحلاف خصمه عليها م(115/اولاً) من قانون الاثبات، ويصح توجيه اليمين الحاسمة في اية واقعة قانونية ايا كانت قيمتها حتى لوتجاوزت هذه القيمة نصاب البينة وليس عند المدعي كتابة تثبت مدعاه [2].

ويجب تتوفر في الواقعة المراد اثباتها الشروط لثلاثة الاتية:-

1. أن تكون الواقعة من الجائز إثباتها قانوناً.

يجب أن تكون الواقعة التي يطلب الحلف عليها غير مخالفة للقانون أوالنظام العام أوالأداب حيث نصت الفقرة أولاً من المادة (116) من قانون الأثبات (يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى، إلا أنه لايجوز توجيهها عن واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب).

ولايجوز أن يكون موضوع اليمين جريمة جنائية أودين قمار أوربا فاحش أو اتفاقاً على الدفع بالذهب أودفع مبلغ السرقفلية. ولكن اجاز المشرع في المادة (116/ثانياً) من قانون الاثبات للخصم المتضرر من الواقعة المخالفة للنظام العام أوالآداب ان يطلب توجيه اليمين الحاسمة الى

[1] - محمد مصطفى رسول، المرجع السابق، ص156.
[2] - د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نهضة مصر ج2، ط3، 2011، ص540.

خصمه، حماية لمن كان ضحية للواقعة المخالفة للنظام العام أوالآداب، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية انه (يجوز للمقترض ان يوجه اليمين الى المقرض للحلف على انه لم يستوف منه فوائد اكثر مما هومسموح به قانوناً)[1].

2. أن تتعلق الواقعة بالخصم الموجه اليه اليمين.

ينبغي أن تكون الواقعة متعلقة بالخصم الذي وجهت اليه اليمين الحاسمة، لأن الأمر يتعلق بذمة الحالف، فلابد أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخصه، ويكون الحلف على البتات، أما إذا كانت الواقعة متعلقة بشخص آخر فيكون الحلف على عدم العلم[2]، وعلى هذا نصت المادة (117) من قانون الاثبات العراقي على أنه (إذا حلف شخص على فعله يحلف على البتات، وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم).

كذلك لاتوجه اليمين الى وارث على ان مورثه غير مدين بالحق المدعى به، ولكن يجوز أن يطلب من الوارث أن يحلف على أنه لايعلم أن مورثه مدين بهذا الحق، وهذا هوغاية مايستطيع ان يحلف عليه [3].

3- أن يكون الحلف عن واقعة حاسمة في الدعوى

لما كان توجيه اليمين الحاسمة يؤدي الى حسم النزاع فان النتيجة المنطقية المترتبة على ذلك هي لابد من توجيهها في واقعة ينحسم بها النزاع [4]. وبناء على ذلك يمكن أن نقول اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى كما نصت علية الفقرة (ثانيا) من المادة (114) من قانون الاثبات (اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى) وعلى هذا قضت محكمة التمييز في اقليم كوردستان /العراق على انه (.. لدي عطف النظر على الحكم المميز تبين انه جاء صحيحاً وموافقا للقانون وذلك لان المميز عجز عن اثبات العلاقة الأيجارية بينه وبين المميز عليها، وطلب تحليف الاخيرة اليمين الحاسمة والتي أدتها أمام محكمة البداءة في جلسة المرافعة

---

[1] - رقم القرار 1785 في 1968/5/6 نقلاً عن عباس العبودي، المرجع السابق، ص262.
[2] - محمد مصطفى رسول، المرجع السابق، ص169.
[3] - د. عبدالرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص545.
[4] - قائد هادي، المرجع السابق، ص37.

البدائية المؤرخة 2008/6/24، ولما كان اليمين تنهي الدعوي ويعتبر طالبها قد تنازل عن طرق الاثبات الاخرى للواقعة التي ترد عليها، لذا يكون الحكم الاستئنافي المتضمن تأييد الحكم البدائي صوابا فقرر تصديقه[1]..) ولكن ليس من الضروري أن توجه اليمين الحاسمة الى حسم النزاع بمجموعه، بل يصح أن ترد على نقطة من نقاط النزاع المختلفة التي تضع حداً لاحدى الطلبات[2]. وبناء على ذلك يجوز رفض توجيه اليمين الحاسمة إذا تناولت وقائع ثانوية خارجة عن موضوع الدعوى الأصلية، وكذلك إذا وجهها الخصم من باب الأحتياط، أي يوجه الخصم اليمين الى خصمه ويجب أن لايوجهها إبتداء حتى إذا حلفها الخصم فانه يحتفظ لنفسه بالحق في تقديم أدلة أخرى وهذا غير جائز[3]، لأنه حسب نص المادة (1/111) من قانون الاثبات بقولها (طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الاثبات بالنسبة للواقعة التي يرد عليها إذا بقى طالبها مصراً على توجيهها) كذلك اذا حلف من وجهت اليه اليمين فأن طالب اليمين سيخسر الدعوى ولا يجوز له الرجوع منه.

ولكن السؤال يبرز هنا هل يجوز للخصم الرجوع عن طلب حلف اليمين إذا توفرات كافة شروطها؟ هذا مانصت عليه المادة (111/ثانياً) (ويجوز لمن وجه اليمين أن يرجع عن ذلك قبل أن يحلف الخصم).

كما قضت محكمة تمييز إقليم كوردستان العراق في هذا الشأن بأنه (حيث أن المميزة قدمت الى المحكمة دليلاً كتابياً لأثبات دعواها قبل ان يحلف المميز عليه اليمين الحاسمة، لذا كان على المحكمة قبول ذلك السند لجواز الرجوع عن توجيه اليمين الحاسمة قبل أن يحلف الخصم..)[4].

المبحث الثالث

دور القاضي في توجيه اليمين الحاسمة

لكل خصم يقع عليه عبء اثبات واقعة قانونية سواء كان مدعيا أم مدعى عليه ولايملك دليلاً لأثبات ما يدعيه أن يوجه اليمين الحاسمة الى خصمه الآخر في الدعوى إلا أن القاضي له الحق في أن يمارس الرقابة على توجيه اليمين، فيمكن أن يعدل صيغتها وحتى رفض توجيهها وذلك لمنع صاحبه من إساءة استعمالها، عليه ومتى وجهت اليمين الحاسمة مستوفية لشروطها القانونية وجب على القاضي قبولها وتكليف الخصم بحلفها، وان الخصم الموجه له اليمين إما أن يحلفها

---

[1] - رقم القرار (170) الهيئة المدنية الأستئنافية / 2008في 2008/10/15 غير منشور.

[2] - عبدالرحمن العلام، المرجع السابق، ج2، ص662.

[3] - د. عباس العبودي. المرجع السابق، ص302.

[4] - رقم القرار 17 / الهيئة المدنية / 1996 في 1996/2/28 اشار اليه كيلاني سيد أحمد، كامل المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز أقليم كوردستان، للسنوات1993-1998، ص98.

فيقضي له ضد من وجهها وإما أن يردها فيرتبط بما يترتب على موقف خصمه سواء كان ذلك الموقف حلفاً أم نكولاً وإما ينكل عنها فيحكم عليه بدعوى خصمه[1].

وعليه يظهر دور القاضي بشأن اليمين الحاسمة في مجالين: الأول في تعديل صيغة اليمين الحاسمة والثاني في منع توجيهها لذا سنتناول هذا الدور في المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول / دور القاضي في تعديل صيغة اليمين الحاسمة.

المطلب الثاني / دور القاضي في منع توجيه اليمين الحاسمة.

المطلب الأول
دور القاضي في تعديل صيغة اليمين الحاسمة

إن طلب توجيه اليمين الحاسمة يتضمن النزول عما عداها من طرق الأثبات بالنسبة للواقعة التي يرد عليها ولأن الغرض من توجيهها هو حسم النزاع، ويتعرض بمقتضاها أحد الخصمين للحكم ضده[2].

وليس للمحكمة حق تحليف المدعى عليه اليمين من تلقاء نفسها بل يلزم سؤال المدعي عما إذا كان يطلب التحليف أم لا. كما جاء في قرار رقم 1499 /صلحية 65 في 1965/11/4 بما يلي(وجد ان المحكمة حلفت المدعى عليه اليمين بناء على طلب المدعي (المميز) في حين لم يطلب ذلك وانها حلفت المدعى عليه اليمين من تلقاء نفسها مما اخل ذلك بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه وإعادة أوراق الدعوى الى محكمتها للسير فيها مجدداً والسؤال من المدعي عما إذا كان يطلب تحليف المدعى عليه اليمين أم لا وتصدر حكمها بعد ذلك على الوجه القانوني الصحيح)[3] كما نصت عليه المادة (118) من قانون الأثبات النافذ (إذا عجز الخصم عن إثبات ادعائه أودفعه فعلى المحكمة ان تسأله عما إذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه...).

وإذا توفرت في طلب الخصم شروط اليمين الحاسمة وجب على المحكمة ان تنظر في طلب من وجهها، لذا يتعين أن يصاغ، صيغة اليمين بعبارات واضحة لا لبس فيها ولا غموض. والأصل أن هذه الصياغة من حق موجه اليمين، كونه صاحب الحق في التحليف، وهوعليه أن

---

[1] - محمد مصطفى رسول، المرجع السابق، ص189.

[2] - المصدر نفسه، ص193.

[3] - نقلاً عن محمد علي الصوري، المرجع السابق، ص1137.

يبين الوقائع التي يراد تحليفه عليها، وللمحكمة تعديل صيغة اليمين بحيث تنطبق على الوقائع المطلوب الحلف عليها، سواء كان من تلقاء نفسها أوبناء على طلب الخصم الأخر[1]. وهذا ما نصت عليه المادة (115/أولاً من قانون الأثبات بما يلي ((يجب على من يوجه لخصمه اليمين الحاسمة ان يبين الوقائع التي يريد تحليفه عليها وللمحكمة ان تعدل صيغة اليمين بحيث تنطبق على الوقائع المطلوب الحلف عليها)).

وليس للمحكمة ان تدخل تعديلا على صيغة اليمين بما يخرج موضوعها عن الحدود المرسومة له في طلب الخصم ومايجعله يتناول غير ماقصد اليه موجه اليمين، فاذا فعلت المحكمة ذلك تجاوزت حدود سلطتها في التقيد بالعمل التي رسمها لها الطرفان[2]. وقضت محكمة التمييز بأنه (على المحكمة أن تقرر تعديل صيغة اليمين التي توجهها الى المدعي، اذا طلب وكيل المدعى عليه تعديلها وكان محقاً في طلبه)[3].

وان قامت المحكمة بذلك كان للخصم الذي طلب توجيه اليمين ان يعدل عن توجيهها بتلك الصيغة حتى ولوقبل الطرف الآخر ان يحلفها، واذا ما ارتأى القاضي أن يعدل صيغة اليمين، فعليه أن يعرض الصيغة المعدلة على طالب توجيه اليمين قبل توجيهها، فان قبل توجيهها بتلك الصيغة المعدلة كان بها، وان رفضها امتنع على القاضي ان يوجه اليمين بهذه الصيغة لأنها لاتعبر عن قصد صاحبها، واليمين الحاسمة هي ملك الخصوم وليس القاضي[4].

وإذا نازع من يرد استحلافه في توجيه اليمين اليه سواء كان ذلك قائم على اساس أن موضوعها غير متعلق بشخصه أوليس منتجاً أوحاسماً في الدعوى أواعترض على صيغتها أوطلب تعديلها، وجب على المحكمة ان تبت في ذلك وان تصدر قراراً بتوجيه اليمين أورفض توجيهها. ولايجوز للقاضي اعتبار الخصم ناكلاً قبل الفصل في منازعته بشأن اليمين [5].

المطلب الثاني

دور القاضي في منع توجه اليمين الحاسمة

---

[1] - قائد هادي، المرجع السابق، ص38.

[2] - عبدالرحمن العلام، المرجع السابق، ص680-681.

[3] - القرار المرقم 491 / مدنية منقول/86/85 في 1986/7/31. نقلاً عن د.عصمت عبدالمجيد بكر، المرجع السابق، ص261.

[4] - د: أدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الأثبات، ط2، 2011، ص187.

[5] - د: سليمان مرقس، الأقرار واليمين واجراءتهما في تقنينات البلاد العربية، معهد البحوث و الدراسات العربية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1970، ص262-263.

ان اليمين الحاسمة هي حق للخصم في ان يوجهها الى خصمه لينهي بها الدعوى، ولكن هذا التوجيه لايكون الا بأذن المحكمة ورقابتها، فللقاضي ان يمنع توجيهها اذا كانت غير متعلقة بشخص من يراد توجيه اليمين اليه أوكانت غير منتجة ولا حاسمة اوإذا كان يستفاد من المستندات والأوراق التي قدمها احد الخصوم عدم صحة دعوى طلب اليمين أوإذا اتضح ان الباعث على توجيه اليمين هواستغلال ورع وتدين الشخص المقابل، الا انه من المنطقي، ولأن اليمين هي ملك الخصم ان يجاب طالب توجيه اليمين الى طلبه متى توافرت شروطه. اذ ان دور القاضي هودور الرقيب المانع من التعسف في استعمال حق طلب توجيه اليمين وهذا مانصت عليه المادة (115/ ثانياً) من قانون الأثبات (للمحكمة أن ترفض توجيه اليمين الحاسمة اذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها) فاذا انعدم التعسف والكيد فان القاضي لايستطيع ان يمنع الخصم من توجيهها والا اعتبر القاضي نفسه متعسفاً في قراره هذا)[1].

هذا وتطبيقاً للمادة (2/7) من القانون المدني العراقي ((يعد الخصم متعسفاً في استعمال حقه في الأثبات إذا لم يقصد من الأستعمال سوى الإضرار بالغير أوكانت المصالح التي يرمى هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية مقارنة بما يصيب خصمه من ضرر بسببها أوكانت تلك المصالح غير مشروعة)).

كما قضت محكمة التمييز العراقية بما يلي : (أنه ليس للخصم العاجز عن الإثبات أن يطلب تحليف خصمه خلافاً للأوضاع المقررة في ديانة خصمه، لان ذلك يعد تعسفاً منه في طلب توجيه اليمين) [2].

إلا أن منع القاضي للخصم من توجيه اليمين الحاسمة بحجة الكيد من الأمور الدقيقة التي تحتاج الى الكثير من الرؤية وحسن الفهم، فان نيه الخصم الذي يوجه اليمين الحاسمة من الأمور النفسية الخفية التي لايمكن الإهتداء إليها بسهولة، ومن العسير أن يحرم الأنسان من حق الألتجاء الى ذمة خصمه راضيا بيمينه للظن بأنه يقصد الكيد من تحليفه، وإذا كان من حق القاضي أن يرفض توجيه اليمين الكيدية فلابد لممارسة هذا الحق من أن تكون نية الكيد ظاهرة في وقائع الدعوى ظهوراً قاطعا لا أثر فيها للشك والظن وإلا انقلب الأمر الى تعسف وظلم [3].

---

[1] - د: أدم وهيب النداوي، المرجع السابق، ص187-188.

[2] - القرار المرقم (5) في 1980/7/23 منشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني 13، 1982، ص151.

[3] - د: أدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الأثبات دراسة مقارنة، ط1، الدار العربية للطباعة والنشر، بغداد 1976، ص361.

هذا التدقيق من جانب القاضي سوف لن يضر الخصم الذي يريد أن يوجه اليمين بل ان ذلك قد يقيه من مسؤولية ربما إنزلق اليها إذا كان تصرفه في توجيه اليمين كيديا، لانه عند ذلك تجب مسائلته عن كافة الاضرار المادية والأدبية التي تصيب الخصم [1].

المبحث الرابع
آثار توجيه اليمين الحاسمة

اذا كانت فكرة اليمين الحاسمة تعني حسم النزاع والنزول عما عداها من طرق الإثبات فإن النتيجة المنطقية المترتبة على ذلك هي لابد أن تكون لهذه الفكرة اثار يرتبها القانون على حسب الموقف الذي يتخذه الخصم الذي وجهت اليمين اليه، ولا يعدو أن يكون أحد المواقف الثلاثة فهو: إما أن يحلف اليمين أويرد اليمين على خصمه أو ينكل عن اليمين.

لذا سنقسم هذا المبحث الى المطالب الثلاثة الآتية :-

المطلب الأول/ حلف اليمين.

المطلب الثاني/ رد اليمين

[1] - د: أدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، دراسة تأصلية تطبيقية مقارنة مع نص قانون الأثبات والأحكام القضائية الحديثة، ط2، بغداد، 1406 هـ، ص253.

المطلب الثالث/ النكول عن اليمين

المطلب الأول
حلف اليمين

يجب على الخصم الذي وجهت اليه اليمين الحاسمة ولم يردها على خصمه، أن يؤدي اليمين بنفسه، لان الخصم قد احتكم الى ضميره فلا يصح أن يوكل غيره في الحلف [1].

وتكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف (أقسم بالله العظيم) ويؤدي الصيغة التي أقرتها المحكمة [2]. فاذا كان الخصم الموجهة له اليمين حاضراً بنفسه ولم ينازع لا في توجيهها ولا في تعلقها بالدعوى وجب عليه أن يحلفها فوراً أويردها على خصمه والإ عد ناكلاً، أما في حالة غيابه وبموجب قانون اثبات العراقي جاز للمحكمة وبناء على طلب موجه اليمين أن يصدر الحكم لصالح الأخير غيابياً بحق الخصم الغائب معلقاً على نكوله عن آداء اليمين عند الأعتراض والإنكار حتى ولوكان هذا الخصم قد حضر بعض جلسات المرافعة [3].

عليه فاذا كان الخصم قد حضر في بعض جلسات المرافعة ثم تغيب وطلب المدعي بغيابه إصدار الحكم معلقاً على النكول عن اليمين عند أعتراض الخصم المتغيب عن تلك الجلسة، وتصدر المحكمة حكماً غيابياً بذلك ولاتصدر حضورياً على الرغم من حضور الخصم الغائب في الجلساتٍ السابقة، لان الحضور المقصود هنا هوالحضور المادي الشخصي وليس الحضور القانوني [4].

أما اذا نازع من وجهت اليه اليمين في جواز توجيهها اليه أوفي تعلقها بالدعوى سواء كان ذلك في موضوعها ليس منتجا أوحاسما أوأن الواقعة المنطبق عليها اليمين لا تتعلق بشخصه أوغير متعلقة بالدعوى أولأن طالبها لايملك توجيهها أو إعترض على صيغتها أوطلب تعديلها وجب على المحكمة أن تفصل في هذه المنازعة أو أعترض وأن تصدر حكمها بتوجيه اليمين أورفضها [5]. وإذا وجدت المحكمة أن المنازعة غير مجدية وقامت برفضها، فيتعين عليها أن تبين في قرارها صيغة اليمين، وعلى من وجهت اليه اليمين أن يحلفها أويردها على خصمه وإلاعد

---

[1] - د. عبدالرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص552.
[2] - الفقرة (أولاً) من المادة (108) من قانون الأثبات العراقي النافذ.
[3] - المادة (118) من قانون الأثبات العراقي النافذ.
[4] - الفقرة (1) من المادة (55) من قانون المرافعات المدنية العراقي.
[5] - د: سليمان مرقس، الأقرار واليمين واجرائهما، المرجع السابق، ص163.

ناكلاً، كما نصت عليه الفقرة(اولاً) من المادة (119) من قانون الأثبات العراقي النافذ على أنه (إذا نازع من وجهت اليه اليمين في جوازها أوفي تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته وقررت تحليفه اليمين فعليها أن تبين في قرارها صيغة اليمين، وعلى من وجهت اليه اليمين أن يحلفها أويردها على خصمه والا إعتبر ناكلاً مع مراعاة احكام المادة (118).

ولايجوز أعتبار الخصم ناكلاً عن اليمين قبل الفصل في منازعته بشأن تلك اليمين[1]. ويعتبر في حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لايعرف الكتابة، فان كان يعرفها فحلفه ونكوله بها كما جاءت المادة(110)من قانون الأثبات العراقي النافذ بما يلي(تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشاراته المعهودة أوبالكتابة إذا كان يحسنها).

واذا كان لمن وجهت اليه اليمين عذر يمنعه من الحضور، انتقلت المحكمة أوندبت أحد قضاتها لتحلفه م(179)مرافعات، ويحرر المحضر بحلف اليمين، يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أوالقاضي المنتدب والكاتب (م 184) المرافعات.

فاذا حلف الخصم اليمين الحاسمة بالصيغة التي أقرتها المحكمة إنحسم النزاع لصالح الحالف، وأن الخصم موجه اليمين سوف يخسر دعواه، سواء صدق الحالف بيمينه أوكذب فيها، ولا تسمع البينة بعد الحلف، حيث لم يبق محل بعد حلف اليمين لتقديم أدلة جديدة لأن طالبها يعتبر متنازلا عن الحق المدعى به عند توجيه اليمين معلقاً على شرط هوتأديتها[2].

ولايجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد ان يؤديها الخصم الذي وجهت اليه اليمين أوردت عليه، الا انه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جزائي، وذلك بكشف أوراق أوضبط مستندات كان في حيازة المتهم وحده، أي في حيازة من أدى اليمين، فان للخصم الذي أصابه ضرر منها، أن يطلب التعويض، دون إخلال بما قد يكون له من حق الطعن على الحكم الذي صدر ضده بسبب اليمين الكاذبة (م 119/رابعاً من قانون الأثبات عراقي)[3].

وثبوت كذب اليمين بحكمٍ جزائي لا يؤثر فيها الحكم المدني الذي إن بنيَ على اليمين الكاذبة أصبح من حجية الشيء المحكوم فيه، ولكنه يحول من رفضت دعواه أومن حكم عليه بناء على هذه اليمين الكاذبة، ان يطالب الحالف بتعويض ما أصابه من ضرر، ويعلل ذلك بأن هذا التعويض وإن يقدر بقدر الحق الذي رفضت الدعوى المرفوعه به أوالذي الزم به من رد يمين الخصم، فان سببه هو الفعل الضار أي اليمين الكاذبة، يختلف عن سبب الحق الأصلى، ومن ثم

---

[1] - محمد علي الصوري، المرجع السابق، ص1144.

[2] - عبدالرحمن العلام، المرجع السابق، ص690.

[3] - د. عصمت عبدالمجيد بكر، اصول الأثبات، المرجع السابق، ص407.

فلا تصطدم المطالبة بحجية الشيء المحكوم به، اما بالنسبة للطعن في الحكم المدني فيجوز اذا توافرت شروط الطعن ولم تكن مواعيد الطعن قد انقضت[1].

ويلاحظ أنه وفقاً لقانون الأثبات العراقي، لايجوز لقاضي التحقيق المباشرة بأتخاذ الاجراءات القانونية بشأن تهمة حلف اليمين الكاذبة الا بأذن من محكمة الموضوع [2].

المطلب الثاني

رد اليمين

يجوز للخصم الذي توجه اليه اليمين ان لايحلفها وانما يردها على من وجهها اليه، ولكن يشترط ان تكون واقعة موضوع اليمين مشتركة بين الطرفين. كما نصت علية المادة(119/ثانيا) كما يلى (لا يجوز رد اليمين اذا كانت منصبة على واقعة لايشترك فيها الخصمان بل يستقل بها من وجهت له اليمين).

ويشترط أن تتوفر الشروط التي يتطلبها القانون لتوجيه اليمين في رد اليمين ايضا، لأن رد اليمين كتوجيهها تصرف قانوني صادر عن ارادة منفردة، فيشترط والحالة هذه كمال أهلية التصرف والخلومن عيوب الارادة من اكراه أوغلط أوتغرير مع الغبن والأستغلال [3]. كما يجوز للخصم الذي رد اليمين على خصمه أن يرجع عن طلب الرد قبل أن يحلف خصمه اليمين لأنهما في موقع واحد من حيث الأحتكام الى ذمة الخصم باليمين الموجهة أويردها [4].

ولكن الخصم الذي رد اليمين على خصمه لا يجوز له الرجوع عن رد اليمين بمجرد حلف الخصم الذي ردت عليه اليمين، وذلك كما في توجيه اليمين[5].

ومن وجهت اليه اليمين ورفض أن يحلفها فوراً ولم يردها، أومن ردت عليه اليمين ورفض أن يحلفها، عد ناكلا عنها وثبت بذلك عليه الحق موضوع النزاع نهائيا للطرف الأخر موجه اليمين أوردها، ووجب على القاضي أن يقضي له [6].

ومتى ردت اليمين الى من وجهها أصبح هذا ملتزما بالحلف ولايجوز له رد اليمين ثانية على خصمه والا لدار النزاع في حلقة مفرغة، فاذا حلفها كسب الدعوى واذا لم يحلف عد ناكلا وخسر

---

[1] - د. سليمان مرقس، اصول الأثبات واجراءته المدنية، المرجع السابق، ص658- 660.
[2] - المادة (119 / 6) من قانون الإثبات.
[3] - محمد علي الصوري، المرجع السابق، ص1145.
[4] - د. عصمت عبدالمجيد بكر، شرح قانون الأثبات، المرجع السابق، ص272.
[5] - د. عبدالرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص 561-562.
[6] - د. عصمت عبدالمجيد بكر، شرح قانون الأثبات، المرجع السابق، ص273.

دعواه [1]. كما نصت عليه المادة 119/ثالثاً من قانون الأثبات النافذ بما يلي(كل من وجهت اليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر ماتوجهت به اليمين) وتطبيقاً لذلك قضت محكمة تمييز العراق (.... وأن المدعى عليه الثاني طلب تحليف المدعي اليمين الحاسمة عن هذه الجهة وأن المميز (المدعي) رد اليمين على المدعى عليه الثاني وبعد صياغة اليمين من قبل المحكمة رفض المدعى عليه الثاني حلف اليمين فيكون خسر ماوجهت بشانه اليمين عملاً بحكم المادة (119/ثالثاً)من قانون الأثبات رقم (107)لسنة (1979)[2].

المطلب الثالث

النكول عن اليمين

النكول موقف سلبي يمتنع فيه الخصم عن حلف اليمين عندما توجه له وهوإما أن يقع ممن وجهت اليه اليمين إبتداء فلا يحلفها ولايردها على خصمه فيعتبر ناكلاً. أويقع ممن ردت عليه اليمين فلا يحلفها فيعتبر ناكلا أيضاً[3]. كما نصت عليه الفقرة ثالثاً من المادة (119) من قانون الأثبات العراقي النافذ على أنه (كل من وجهت اليه اليمين فنكل عنها دون ان يردها على خصمه، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها خسر ماتوجهت به اليمين).

والنكول قد يكون صريحاً وهوالنكول الحقيقي اي التعبير صراحة برفض حلف اليمين بشرط أن تكون قد توفرت شروط اليمين اصلاً ويوافق القاضي على توجيهها في مجلس القضاء، وقد يكون النكول ضمنياً وهوالنكول الحكمي، ويتحقق في سكوت من وجهت اليه اليمين دون ان يصرح بالإمتناع، أو أن يدعى الى مجلس القضاء لحلف اليمين فيمتنع عن الحضور[4]. كما قضت محكمة التمييز العراقي في هذا الشأن بأنه (ليس للمحكمة الامتناع عن تحليف المعترض اليمين

---

[1] - د. سعدون العامري، المرجع السابق، ص124.

[2] - قرار محكمة التمييز رقم 468/ مدنية أولى /92في 1992/5/27 اشار اليه إبراهيم المشاهدي، حجة اليمين في الدعوى المدنية مقال منشور في مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين العراقية، العدد الثالث السنة الرابعة الأربعون 1989.

[3] - محمد مصطفى رسول. المرجع السابق، ص223.

[4] - د. عصمت عبدالمجيد بكر، اصول الأثبات، المرجع السابق، ص409.

التي أبدى استعداده لحلفها بحجة تبلغه بها وتغيبه عن الحضور لحلفها قبل صدور الحكم الغيابي ضده لأن ذلك نكول حكمي وليس حقيقي)[1].

كما يعتبر نكولاً عن اليمين إذا اجاب الخصم بإجابة غامضة أوإذا ادعى جهل ونسيان بعض الوقائع المطلوب تحليفه عنها[2]. وكذلك اذا اصر الخصم على عدم حلف اليمين لعدم وجود مبرر لتحليفه[3]، وكذلك إذا لم يحضر المطلوب منه الحلف في الموعد المحدد لأداء اليمين التي بنت المحكمة صيغتها، لايعد نكولاً إذا طلب من وجهت اليه اليمين ردها على خصمه.

وكذلك نكول الوكيل عن موكله اي قوله أن موكله لنكل عن اليمين ولا يحلفها لأن أداء اليمين يعد عملاً شخصياً محضاً يتصل بشخص من توجه اليه فلا يجوز فيه التوكيل فيلزم حضور الموكل بنفسه ونكوله صراحة أوضمنا، أما إذا نكل الخصم في بعض الوقائع المطلوب تحليفه عليها ويحلف عن بعض فما نكل عنه يكون قد اعترف به وما حلف عليه ينحسم النزاع فيه[4].

واليمين المعتبرة هي اليمين التي تؤدى أمام المحكمة كذلك لا اعتبار بالنكول عن اليمين خارجها، كما نصت عليه المادة (109) من قانون الأثبات العراقي النافذ بأنه (تؤدى اليمين امام المحكمة، ولا اعتبار بالنكول عن اليمين خارجها).

والنكول عن اليمين يكون بمثابة الإقرار وتكييفه القانوني هو تكييف الإقرار، فاذا نكل الخصم عن أداء اليمين الموجه اليه أو المورودة عليه يحكم عليه عقب نكوله، فاذا كان من نكل هومن وجهت اليه اليمين كسب من وجه اليمين دعواه، وإن كانت اليمين قد ردت على الخصم الذي وجهها ونكل عنها خسر دعواه، فالدعوى التي يحلف عليها يكسبها المدعي بنكول خصمه، ويخسرها برد اليمين عليه ونكوله[5].

ولكن ماحكم الرجوع عن النكول عن اليمين الموجهة وفق القانون والأصول إذا صدر حكم بدائي فيها وفسخ هذا الحكم استئنافاً أونقض تمييزاً لأسباب قانونية أصولية أخرى؟

لم يعالج قانون الأثبات العراقي هذه الحالة المحتملة الوقوع ولكن عرضت هذه القضية على محكمة التمييز العثمانية فأختلفت الآراء فيها فقال البعض إن حق اليمين باق لان حكم البداءة قد فسخ أونقض ولم يبق حكم وأصبح نكوله عن اليمين نكولاً قبل الحكم، ولما كان من غير الجائز لمحكمة أن تحكم بنكول واقع أمام محكمة أخرى لذلك فإن حق المدعى عليه باليمين باق، وقال

---

[1] - القرار المرقم (106) م3/ 1974في 1974/4/25 النشرة القضائية العدد الثاني 1974، ص126.
[2] - د: أدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الأثبات، المرجع السابق، ص190.
[3] - قرار محكمة التمييز العراقي رقم 515/م4/ 1976في 1976/5/3مجموعة الأحكام العدلية –1977- ص222.
[4] - قائد هادي، المرجع السابق، ص39-40.
[5] - د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ج2، ط3، نهضة مصر، ص596.

البعض الأخر أن الحكم صدر بناء على النكول الواقع بداءة وليس فسخ الأستئناف أونقض التمييز لهذا الحكم متعلقاً أودائراً على صورة اليمين وشكلها بل منبعثاً على أسباب أخرى والقول بعد صدور الحكم انني احلف قول لا فائدة منه [1]، ونحن نؤيد وجهة النظر الأخيرة.

المبحث الخامس

الحجية القانونية لليمين الحاسمة

بمجرد أن يؤدي الخصم اليمين الموجهة له أوالمردودة عليه وفقاً للصيغة التي أقرتها المحكمة، أصبح مضمون الحلف حجة ملزمة للقاضي والخصوم معاً، حيث يتعين على القاضي إصدار حكمه برفض دعوى موجه اليمين لعدم قيام دليل عليه، كما ان موجه اليمين يسقط حقه في تقديم اي دليل آخر الذي يمكن أن يثبت به موضوع اليمين، كما وان النكول عن اليمين الموجهة أو المردودة يترتب عليه النتيجة نفسها بالنسبة للناكل، ويكون الحكم بالرفض نهائياً ويحوز حجية الشيء المحكوم فيه، هذا من جانب ومن جانب آخر تقتصر حجية اليمين الحاسمة على الخصمين في الدعوى وعلى الخلف العام والخاص لأي منهما، ولا يكون لها أثر بالنسبة الى الغير.

لذلك سوف نقسم هذا المبحث الى المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول/ الحجية الملزمة لليمين الحاسمة.

المطلب الثاني/ الحجية القاصرة لليمين الحاسمة.

[1] - قائد هادي، المرجع السابق، ص40.

المطلب الأول

الحجية الملزمة لليمين الحاسمة

إذا حلف من وجهت اليه اليمين بالصيغة التي أقرتها المحكمة سواء كان الحالف صادقاً أم كاذباً بحلفه، أونكل عن أدائها انحسم النزاع، وصار مضمون الحلف حجة ملزمة للقاضي والخصوم معاً، ويترتب على ذلك أنه يتعين على القاضي إصدار الحكم لصالح الحالف أوضد الناكل ويحوز هذا الحكم حجية الأمر المقضي به، وبالنسبة الى من وجهها فيسقط حقه في تقديم الأدلة الأخرى التي يمكن أن يثبت بها موضوع اليمين فلا يجوز له إثارة هذا النزاع مرة أخرى أمام القضاء وبأية صورة من أصور [1]. كما نصت عليه المادة (111) من قانون الاثبات العراقي النافذ (طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الأثبات بالنسبة للواقعة التي يرد عليها إذا بقي طالبها مصراً على توجيهها).

لذلك قضت محكمة التمييز العراقي في احد قراراتها بأنه (..... إذا ردت الدعوى لفقدان سند الادعاء وحلف المدعى عليه اليمين بطلب المدعي فليس للمدعي إقامتها ثانية عند عثوره على السند المفقود لأن طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الأثبات [2].

وهذا يعني بأن حجة اليمين من الحجج القاطعة ومن وسائل الأثبات غير العادية حيث أن الخصم لايوجه اليمين الى خصمه إلا بعد شعوره بإفتقاره الى الدليل أوالى دليل كافٍ، فهويحتكم الى ذمة خصمه من اجل حسم النزاع على الوجه النهائي، لذا فلا يحق له بعد ذلك إقامة الدليل على عدم حجية هذا اليمين حتى ولو كانت كاذبة [3]. وبالنسبة الى من نكل عنها فلا يسمح له بعد ذلك أن يثبت عدم حجة الواقعة التي اعتبرت حجية بناء على نكوله، بل لايسمح له حتى يحلف اليمين التي كان نكوله سبباً في الحكم عليه، ويستوي في ذلك أن يكون النكول عن اليمين ممن وجهت اليه أوممن ردت عليه [4].

المطلب الثاني

الحجية القاصرة لليمين الحاسمة

---

[1] - محمد مصطفى رسول. المرجع السابق، ص231.

[2] - عبدالله على الشرفاني، الموجز في التطبيقات القضائية في المحاكم والدوائر العدلية، الجزء الأول، ط6، السليمانية، 2003 م.

[3] - محمد علي الصوري، المرجع السابق، ص1152.

[4] - د. سليمان مرقس، اصول الأثبات واجراءته المدنية، المرجع السابق، ص665-666.

إذا حلف اليمين من وجهت اليه أو من ردت عليه حكم لصالحه ضد خصمه أما إذا نكل عن أدائها فيحكم للمدعي بدعواه، باعتبار أن النكول إقرار [1].

اليمين الحاسمة كالإقرار حجتها قاصرة، سواء في ذلك عند الحلف أوعند النكول حيث نصت المادة (67) من قانون الأثبات العراقي النافذ على ان (الإقرار حجة قاصرة على المقر) من حيث الحلف، فمن وجه اليمين واحتكم بذلك الى ذمة خصمه،كان هذا الأحتكام قاصراً عليه هو وورثته بصفتهم خلفاً عاماً لهُ.

ولا يتعدى هذا الأثر الى غير الخصم وورثته، فلايتعدى الى الشريك أوالورثة فيما بينهم أوالمدين المتضامن، عليه فلووجه أحد الشركاء في الشيوع اليمين المدعي استحقاق الملك الشائع وحلف هذا كانت اليمين حجة على الشريك الذي وجه اليمين دون غيره من الشركاء. ولووجه أحد الورثة اليمين الى دائن التركة وحلف، كانت اليمين حجة على الوارث الذي وجه اليمين دون غيره من الورثة[2]. ولووجه احد المدينين المتضامنين اليمين الى الدائن وحلف، كانت اليمين حجة على المدين الذي وجه اليمين دون غيره من المدينين[3].

أما حجية اليمين من حيث النكول قاصرة قصورها من حيث الحلف أيضاً على من نكل وخلفه العام والخاص، من نكل من الشركاء في الشيوع، كان نكوله حجة عليه دون سائر الشركاء، ومن نكل من الورثة كان نكوله حجة عليه دون سائر الورثة. ومن نكل من المدينين المتضامنين كان نكوله حجة عليه دون سائر المدينين. كما نصت عليه المادة (332 /2) من القانون المدني العراقي على انه (أذا نكل احد المدينين المتضامنين عن اليمين أووجه الى الدائن يميناً حلفها فلا يضار بذلك باقي المدينين) [4].

ولكن تتعارض القاعدة التي تقضي بقصور حجية اليمين مع قواعد أخرى فتتعدى عند ذلك حجية اليمين. من ذلك أثر القاعدة التي تقضي بأن عمل أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقين وكما نصت المادة 332 /3 من القانون المدني العراقي بأنه(إذا حلف احد المدينين المتضامنين فأن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك اذا انصبت اليمين على المديونية لاعلى التضامن). فهنا تعدت حجية اليمين الى سائر المدينين المتضامنين. ومن ذلك القاعدة التي تقضي بارتباط التزام

---

[1] - د. سليمان مرقس، الأقرار واليمين واجراء اتها، المرجع السابق، ص185.

[2] - د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، نهضة مصر، ج2، ص 570-571.

[3] - د.حسن على الذنون،النظرية العامة للإلتزامات،احكام الالتزام – اثبات الالتزام، الناشر المكتبة القانونية،بغداد، 1976، ص197.

[4] - محمد مصطفى رسول. المرجع السابق، ص243.

الكفيل بالتزام الأصيل. فاليمين التي توجه الى المدين الأصلي فيحلفها تبرىء ذمة الكفيل، وكذلك اليمين التي توجه الى الكفيل في أصل الدين لا في الكفالة فيحلفها تبرىء ذمة الأصيل[1].

الخاتمة

بعد أن أنهينا الدراسة في (اليمين الحاسمة ودورها في الإثبات المدني) فإننا توصلنا الى الإستنتاجات و المقترحات التالية:-

أولاً : الإستنتاجات

1. إن اليمين الحاسمة ليست دليلا يقدمه الخصم على صحة ما يدعيه، وانما هي وسيلة إحتياطية يلجأ اليها الخصم محتكما الى ذمة خصمه وضميره، لذا فإن اليمين الحاسمة تعد إستثناء من المبدأ الذي يقضي بأن ((البينة على المدعي))، وذلك أن حسم النزاع يتوقف على الخصم الموجهة له اليمين وهوالمدعى عليه.
2. إختلف فقهاء القانون بشأن التكييف القانوني لليمين الحاسمة ما بين عقد وصلح وتحكيم وتنازل عن الحق المدعى به معلقا على شرط تأديتها وغيره، إلا أن الرأي الذي رجحناه هوأن توجيه اليمين الحاسمة هو نظام قانوني خاص وضعه المشرع للخصم الذي يعجز عن إثبات ما يدعيه طبقا للقواعد العامة أن يحتكم إحتكاما إجباريا الى ذمة خصمه لا على أساس القانون بل على أساس العدالة الذي يسود فيه تحكيم الذمة والضمير، لذا لا ينبغي تقصي طبيعة اليمين من الناحية الفقهية في أحكام القانون المدني، لأن اليمين نظام

[1] - د. عبدالرزاق احمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، نهضة مصر، ج2، ص 572.

تقتضيه العدالة ولم يجد المشرع بداً من إقراره لتخويل من فاته تحصيل الدليل المطلوب حق الإحتكام الى ذمة خصمه أومروئته أوشعوره الديني، تبين من هنا أن اليمين الحاسمة هي وسيلة إستدراكية لإسناد الحقيقة القضائية وصولا الى العدالة.

3. صيغة اليمين الحاسمة في القانون العراقي مقتبسة من الفقه الإسلامي، وهذا الطابع لليمين يسمى بالطابع الديني.
4. على الرغم من أن قانون الإثبات العراقي النافذ ينص في الفقرة (ثانيا) من المادة (111) على أنه ((يجوز لمن وجه اليمين أن يرجع عن ذلك قبل أن يحلف الخصم)) إلا أن محكمة التمييز الموقرة قد خالفت هذا النص الصريح في العديد من قراراتها على الرغم من أن النص المذكور قد يحمل في طياته نهجاً أقرب الى تحقيق العدالة والى إحقاق الحق، ذلك أن طالب اليمين قد يعثر على أدلة جديدة وحاسمة بعد طلبه توجيه اليمين، طالما أنه لم تفصل بعد في حل النزاع القائم بينه وبين خصمه، فإذا لم يسمح له بالرجوع فإن النزاع سينحسم لصالح خصمه ويكسب الدعوى على الرغم من أنه قد يكون على غير حق.
5. أن اليمين الحاسمة خيار الخصم الذي اعوزه الدليل لإثبات ما يدعيه وليس خيار القاضي، لذا فانه يجوز لكل من الخصمين أن يوجهها الى الخصم الآخر، فلكل من يقع عليه عبء إثبات واقعة قانونية سواء كان مدعيا أم مدعى عليه، ولا يكون بإستطاعته تقديم دليل على ما يدعيه أن يوجه اليمين الحاسمة ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن من القاضي.
6. يشترط فيمن يوجه اليمين الحاسمة ومن توجه اليه أهلية التصرف في الحق موضوع الحلف، بناء عليه فالصبي الذي لم يبلغ سن الرشد والمحجور عليه لجنون أوعته أوغفلة أوسفه لا يجوز لأي منهم أن يوجه اليمين الحاسمة ولا أن توجه اليهم هذه اليمين، إلا عن طريق من ينوب عنهم قانونا، وذلك بعد موافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك.

كما أن الصغير الذي أكمل الخامسة عشرة من العمر وتزوج بإذن من القاضي يعتبر كامل الأهلية في مسائل الأحوال الشخصية دون مسائل الاحوال المدنية والتجارية، لذا فلا يجوز له توجيه اليمين الحاسمة في المسائل المدنية والتجارية باعتبارها عملا من اعمال التصرف التي لا يحق له ممارستها، في حين أن الصغير الذي يؤذن بممارسة التجارة يعتبر بمنزلة البالغ سن الرشد في حدود التصرفات الداخلة تحت الإذن، أي أنه يتمتع بأهلية الأداء كاملة في ممارسة التصرفات

القانونية التي يشملها الإذن الممنوح له ومن ضمنها توجيه اليمين الحاسمة في المنازعات التي تنشأ عن ممارسة تلك التصرفات.

7. حق الخصم العاجز عن الإثبات في توجيه اليمين الحاسمة الى خصمه أنه كسائر الحقوق ليس حقا مطلقا بل مقيد بقيد عدم التعسف في استعماله، ويخضع في ذلك لرقابة قاضي الدعوى، فله أن يرفض توجيه اليمين الحاسمة إذا رأى أن طالبها متعسف في توجيهها، واعتبار الخصم متعسفا أوغير متعسف مسالة موضوعية ترجع للسلطة التقديرية للقاضي وغير خاضع لرقابة محكمة التمييز متى ما أقام حكمه على أسباب سائغة.
8. النكول عن اليمين يكون بمثابة إقرار، حكما وتكييفا، فإذا نكل الخصم عن أداء اليمين الموجهة اليه أوالمردودة عليه، يحكم عليه عقب نكوله، فإذا كان الناكل هومن وجهت اليه اليمين كسب من وجه اليمين دعواه، وان كانت اليمين قد ردت على الخصم الذي وجهها ونكل عنها خسر دعواه، فالدعوى التي يحلف عليها يكسبها المدعي بنكول خصمه، ويخسرها برد اليمين عليه ونكوله.
9. حجية اليمين الحاسمة حجية قاطعة، بحيث يكون مضمون الحلف حجة ملزمة للقاضي والخصوم معا، فإذا حلف من وجهت اليه اليمين الصيغة التي أقرتها المحكمة، سواء كان الحالف صادقا أم كاذبا بحلفه انحسم النزاع، كما أن حجية اليمين الحاسمة حجية قاصرة، سواء كان ذلك عند الحلف أوعند النكول، فمن وجه اليمين وإحتكم بذلك الى ذمة خصمه كان أثر هذا الإحتكام قاصرا عليه وعلى خلفه العام أوالخاص وفقا للقواعد العامة، إلا أن هذه القاعدة التي تقضي بقصور حجية اليمين تتعارض مع قواعد اخرى تتعلق بالتضامن في وجهه الإيجابي والسلبي أوبالكفالة أوقاعدة عدم تجزئة الإلتزام، حيث تتعدى عندئذ أثر حجية اليمين.

ثانيا / المقترحات

نقترح على المشرع العراقي ما يأتي :

1. تعديل الفقرة (ثانيا) من المادة (108) من قانون الإثبات العراقي النافذ لتصبح على النحوالآتي: ((يجب على من وجهت اليه اليمين أن يؤديها وفقا للأوضاع المقررة في ديانته)).

2. يعد معالجة المشرع العراقي لحالة العدول عن اليمين معالجة ناقصة، لأنه لم ينص على حالة الرجوع عن رد اليمين، بل إقتصر على حالة العدول عن توجيه اليمين فقط، وبما أن حالة العدول عن اليمين ليست مقتصرة في توجيهها، بل يشمل كذلك ردها عليه نقترح تعديل الفقرة (ثانياً) من المادة (111) من قانون الإثبات النافذ بحيث تكون صياغة النص علي النحو الآتي: ((يجوز لمن وجه اليمين أوردها أن يرجع عن ذلك قبل ان يحلف الخصم)).
3. إن العدالة تقتضي إعطاء الخصم الذي أعوزه الدليل على ما يدعيه الحق في توجيه اليمين الحاسمة (يمين البتات) الى ممثل الشخص المعنوي حتى ولوكان موضوع الحلف فعل لم يفعله بنفسه ولا عقد أبرمه بذاته، حيث أن الشخص المعنوي يتمتع بجميع الحقوق إلا إذا كان ملازما لصفة الشخص الطبيعي وله ذمة مالية مستقلة وأهلية التقاضي ويكون له ممثل يعبر عن إرادته، هذا فضلا عن أن الممثل وبحكم عمله يتعين عليه أن يكون عالما بكل الأعمال والتصرفات المتعلقة بالشخص المعنوي، سواء كان تلك الأعمال والتصرفات قد جرت قبل أن يصبح ممثلا أم في أثنائه، لا سيما أن القانون يلزم الأشخاص المعنوية بمسك سجلات معينة، مما يسهل على الممثل مراجعتها بغية التعرف على محتواها، هذا من جانب ومن جانب أخر فمن غير المنطقي وشبيه بالظلم أن نحرم الخصم العاجز عن الإثبات من الإحتكام الى ضمير خصمه على اعتبار أن موضوع اليمين لا يدخل ضمن التصرفات الشخصية الصادرة عن الممثل، وهي سنده الوحيد الذي يستعين به لإسترجاع حقه أوحماية مركزه القانوني. لذا نقترح أن ينص المشرع العراقي صراحة على تحليف ممثل الشخص المعنوي اليمين الحاسمة (يمين على البتات) حتى ولوكان موضوع اليمين فعل لم يفعله بنفسه أوعقد لم يبرمة بذاته.
4. يبدوأن المشرع العراقي غير موفق في صياغة نص المادة (110) من قانون الإثبات النافذ، حيث منح الأخرس في حالة حلفه اليمين الخيار بين الأمرين، إما أن يحلفها باشارته المعهودة أوالكتابة إذا كان يحسنها، وهذا لا ينسجم مع المنطق القانوني السليم لأن التعبير عن الإرادة للحالف الأخرس كتابة إن كان يحسنها أوضح وأدق من إشارته المعهودة، لذا نقترح تعديل المادة (110) من قانون الإثبات النافذ على النحوالآتي: (تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشاراته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة، فأن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها).

5. نؤيد ماجاء به جانب من الفقه بأن يكون ثبوت كذب اليمين بحكم جزائي سبباً لإعادة المحاكمة إذا كان الحكم قد تأسس عليها وإكتسب درجة البتات، طالما أن المشرع قد قصد من فتح طريق الطعن بإعادة المحاكمة تمكين المحكوم ضده من فرصة أخيرة لإصلاح صور خاصة من الخطأ التي قد تقع فيها المحاكم في أحكامها النهائية، وذلك تطهيراً لتلك الأحكام من الأخطاء قدر الإمكان ورغبة في إحقاق الحق.

عليه نقترح الأخذ بثبوت كذب اليمين بحكم جزائي كسبب من أسباب إعادة المحاكمة وإضافتها الى الحالات الأربع الأخرى والواردة في المادة (196) من قانون المرافعات المدنية المعدل حصراً، بحيث تكون الفقرة (5) منها على الوجه الآتي :-

(إذا كان الحكم قد إستند الى اليمين الحاسمة وقد ثبت كذبها بحكم جزائي مكتسب درجة البتات)

وآخر دعوانا أن الحمد والشكر والثناء لله رب العالمين دوما وأبدا، وأفضل الصلاة وأتم السلام على أشرف المرسلين وعلى آله الطيبين الطاهرين وأصحابه أعلام الهدى أجمعين.

المصادر والمراجع

*** القرآن الكريم**

أولاً : الكتب والمصادر القانونية

1. ابن حجر، الحافظ شهاب الدين أبي الفضل العسقلاني، فتح الباري بشرح البخاري، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، 1959.
2. د.آدم وهيب النداوي،الموجز في قانون الأثبات،شركة العاتك لصناعة الكتاب، ط2، 2011.
3. د.آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الأثبات، دراسة مقارنة، ط1، الدار العربية للطباعة والنشر، بغداد، 1976.
4. د.آدم وهيب النداوي، شرح قانون الأثبات، دراسة تأصيلية تطبيقية مقارنة مع نص قانون الأثبات والأحكام القضائية الحديثة، ط2، بغداد، 1406هـ.
5. د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للألتزامات، مصادر الألتزام، احكام الألتزام، اثبات الالتزام، الناشر المكتبة القانونية، بغداد، 1976.
6. د.سعدون العامري، موجز نظرية الأثبات، ط1، مطبعة معارف، بغداد، 1966.
7. د.سليمان مرقس، اصول الأثبات وأجراءاته المدنية، ط1، القاهرة، 1986.

8. د.سليمان مرقس، الأقرار واليمين واجرائاتهما في تقنينات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، المطبعة العالمية، القاهرة 1970.
9. د.صلاح الدين الناهي، الخلاصة الوافية في القانون المدني، مبادئ الالتزامات، دون نشر مكان الطبع، 1968.
10. عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، ج2، 1972.
11. د.عصمت عبدالمجيد بكر، شرح قانون الأثبات، المكتبة القانونية، بغداد، 2012.
12. د.عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نهضة مصر، ج2، ط3، 2011.
13. د.عبدالرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، القاهرة، دار النشر للجامعات العربية، 1956.
14. د.عباس العبودي، شرح احكام قانون الأثبات العراقي، ط2، الموصل، جامعة موصل، كلية القانون، 1977.
15. محمد علي الصوري،التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات،ج3،ط2، بغداد، 2011.
16. محمد مصطفى رسول، مدى أهمية اليمين الحاسمة في إحقاق الحق (دراسة مقارنة في الأثبات المدني)، ط1، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية،القاهرة، 2017.

ثالثاً : المجلات والدوريات والأحكام والكتب القضائية

1. النشرة القضائية تعني بالثقافة القانونية، العدد الثاني، 1974.
2. مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل/ العراق، بغداد، العدد (2) 1977.
3. مجلة العلوم القانونية / العدد الأول/ المجلد الأول / 1969.
4. عبدالله علي الشرفاني، الموجز في التطبيقات القضائية في المحاكم والدوائر العدلية، الجزء الأول، ط6، السليمانية 2013م.
5. كيلاني سيد أحمد، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز اقليم كوردستان العراق للسنوات 1993 – 2011 الجزء الثاني.
6. كيلاني سيد أحمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز إقليم كوردستان، العراق للسنوات 1993 – 1994،مقررات الهيئة المدنية.

7. مجموعة الأحكام العدلية، يصدرها قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل/ العراق. بغداد، العدد الثاني، للسنة الثالثة عشر،1982.
8. إبراهيم المشاهدي، حجة اليمين في الدعوى المدنية، مقال منشور في مجلة القضاء تصدرها نقابة المحاميين العراقية، العدد الثالث . السنة الرابعة والأربعون، 1989.
9. قائد هادي، اليمين الحاسمة ودورها في الاثبات المدني(دراسة مقارنة)، بحث مقدم الى كلية القانون. جامعة ديالى. منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية، المجلد الخامس، العدد الثالث أنسائي/ أيلول / 2007.

رابعاً : قرارات المحاكم غير المنشورة

- القرار المرقم (170) الهيئة المدنية الإستئنافية / 2008 في 2008/2/15 الصادر من محكمة تمييز إقليم كوردستان– العراق.

خامساً : المتون القانونية

1. قانون الأثبات العراقي النافذ رقم (107) لسنة 1979 المعدل.
2. قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980.
3. قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.
4. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
5. قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969 المعدل.

سادساً : المواقع الألكترونية

بحث حول اليمين وأنواعها المنشور على الموقع الألكتروني من نقابة المحاميين بالزاوية على الفيسبوك، أيلول 2016، تأريخ دخول الموقع 2021/7/16.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	1
المبحث الأول / ماهية اليمين	2
المطلب الأول : تعريف اليمين.	2
المطلب الثاني : صور اليمين.	3
الفرع الأول : اليمين غير القضائية.	3
الفرع الثاني : اليمين القضائية.	3
المبحث الثاني / ماهية اليمين الحاسمة	5
المطلب الأول : تعريف اليمين الحاسمة وطبيعتها القانونية.	5
الفرع الأول : تعريف اليمين الحاسمة	5

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لليمين الحاسمة	6
المطلب الثاني : شروط توجيه اليمين الحاسمة.	7
الفرع الأول : شروط توجيه اليمين الحاسمة من حيث الأشخاص.	9
الفرع الثاني: شروط توجيه اليمين الحاسمة من حيث الموضوع.	11
المبحث الثالث / دور القاضي في توجيه اليمين الحاسمة.	14
المطلب الأول : دور القاضي في تعديل صيغة اليمين الحاسمة.	14
المطلب الثاني : دور القاضي في منع توجيه اليمين الحاسمة.	16
المبحث الرابع / آثار توجيه اليمين الحاسمة.	18
المطلب الأول : حلف اليمين.	18
المطلب الثاني: رد اليمين.	20
المطلب الثالث : النكول عن اليمين.	22
المبحث الخامس / الحجية القانونية لليمين الحاسمة.	24
المطلب الأول : الحجية الملزمة لليمين الحاسمة.	24
المطلب الثاني : الحجية القاصرة لليمين الحاسمة.	25
الخاتمة / الأستنتاجات و المقترحات	27
المصادر والمراجع	31
الفهرس	34