دور القاضي
وطرق الإثبات في الدعاوى البدائية والشرعية

مادة البحث الخاصة بالترقية

إعداد
القاضي سوران عمر عزيز محوي

كوردستان – السليمانية

٢٠٢٠-٢٠٢١

المقدمة:

عندما نبحث عن دور القاضي وطرق الإثبات في الدعاوى البدائية والشرعية، علينا أن نتخذ موقفاً من دور القاضي الشخصية وتارةً أخرى موقفاً من طرق الإثبات، وتارةً ثالثة الدعاوى البدائية والشرعية. لذا يلزم على الباحث أن يتعرف على شخصية القاضي "فهو الشخص الذي له الصلاحية والولاية المطلقة بحكم القانون التقاضي بين أطراف النزاع سواءً أشخاص طبيعيين أو معنويين أم بينهما وهو يترأس المحكمة وإجراءات المحاكمة، حيث ان القاضي لغة يعني القاطع للأمور المُحكم لها وقديماً كان يقضي بين الناس بحكم الشرع وحديثاً بحكم القانون حيث لا سلطان على القاضي إلا للقانون!!"

ويعين من قبل الدولة ومن خلال السلطة القضائية الذي ينتمي اليها وحسب الشروط القانونية ويناط به إصدار الأحكام التي يراها طبقاً للقانون ويطبق عليه مؤهلات واختصاصات المعنية به وفق القانون وله الدور المحوري والرئيسي في حسم النزاعات المطروحة أمام القضاء لحسمها، كون شخصية القاضي الاجتماعية والعلمية ومدى توسع أفكاره القانونية وإطلاعه على ما يمنحه القوة من حسم الدعاوى من المنظور القانوني لعلم الإثبات وسرعة استيعابه للادعاء أو الدفع المتقابل من حيث القبول ومن ثم رسم الطرق القانونية وفق قانون الاثبات لمداركة الطرفين المتنازعين وايقاع عبئ الاثبات على الطرف الواجب عليه ذلك من أهم السيمات التي يميز به القاضي من الآخر وإثر ذلك يلاحق به صفة الزكاوة العلمية والاستيعابته للوقائع والتصرفات القانونية.

وعلى الباحث لكي يكون على مساحة وبُعد متساوي بين الركائز الأساسية لعنوان بحثنا هذا عليه أن يعرف أو يلاحظ طرق الاثبات وفق القانون المعمول به.

"يعرف فقهاء الشريعة الاسلامة الاثبات بمعناها العام بأنه إقامة الدليل على حق أو واقعة من الوقائع وبمعناها الخاص بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بطرق التي حددتها الشريعة على حقٍ أو على واقعة معينة تترتب عليها آثار"[1].

---

[1] دور القاض في إثبات الدعوى المدنية (ص٣)، القاضي أحمد عزيز جايد الخيون، الطبعة (١) لسنة ٢٠١١.

لاسيما إن قانون الاثبات يطبق ويمارس من قبل المحاكم دوماً ودائماً في الحياة العلمية والعملية ولا تنقطع المحاكم عنها وما يظهر أهمية وضرورة الدليل ألا هو ضمن الإثبات هو إن الحق الذي يكون موضوع التقاضي أمام المحاكم لا يكون له القيمة أو الفحوى ما لم يقم الدليل لاثباته.

حيث ان النصوص القانونية الخاصة بالاثبات وكيفية تشريعها يختلف من حيث الصياغة من تشريع الى تشريع آخر مما يؤثر بدورها على أداء القاضي عند تقاضيه الدعاوى بين المتخاصمين ومن خلال كل ذلك يكون الأطراف مطمئنا عن الضمانة التي منحتها قانون الاثبات لهما أي لأطراف الدعوى.

لاسيما إستخدام أو إختيار الأدلة من قبل القاضي حسب الوقائع المطروحة (المادية أو القانونية) رغم كون ذلك هي الواجهة لدخول الآراء الى متانة ولباقة قوة الاستيعاب وإدراك السريع للقاضي فأنها يزود المستمعين الحاضرين عند المرافعة العلنية بأن القاضي له قوة إختيار الأدلة المباشرة والغير المباشرة لتطبيقها على الوقائع المطروحة أمامه من خلال إستدعاء الدعوى. ومن جانب الآخر فان نوع الدعوى البدائية والشرعية التي تقام من قبل الخصوم وكيفية الاستدعاء وطرح موضوع الدعوى وخلاصة الوقائع وكيفية التفريق بين الوقائع القانونية والوقائع المادية من قبل الخصوم أو وكلائهم رغم إنها تساعد القاضي على سهولة التطبيق السليم لقانون الإثبات لاسيما عند الشروع والمباشرة بالمرافعة والبت في الدخول في أساس الدعوى ومن جانب آخر لا يعطي الخصم الآخر المجال للتلاعب لايجاد الحيل القانونية وإرباك القاضي والمحكمة في التوجيه السليم للدعوى.

فان الوجيز من خلال هذه المقدمة على عنوان البحث وبيان الفقرات الثلاثة أو التركيبة الثلاث لعنوان البحث يؤدي بالقارئ الكريم الى الرؤية الواضحة والشاملة لخطة البحث المطروحة.

لذا وبعد ذلك آملين من القارئ القانوني أن يأخذ عيوب وثغرات البحث المتواضع هذا بعين الكرم وبناء الذات لأن النقد العلمي البناء يؤدي الى تشجيع الباحث كي يخطو أكثر منهجية وعلمية وعلى شاكلة أكثر جدية لاسيما إن موضوع منهج البحث بثقله الكبير تشكل

موضوعاً مهماً للباحث لكي يختار موضوع بحثه والتعمق فيه وحسن أختياره لموضوع البحث وكل ذلك عندما يكون في جعبة الباحث ذخيرة فكرية قانونية لا بأس بها في هذا المجال، عليه آملين قبول البحث هذا على حد إمكانيتنا المتواضعة والجدير بالذكر كان للقضاء والدعاوى التي تقاضينها كان مشجع لنا في هذا المجال كون تلك الممارسات الفعلية والتطبيقية لنا هي الذخيرة الهائلة التي أصبح أساس دفعنا لاختيار هذا العنوان وحيث بحثنا في هذا البحث دور القاضي وطرق الاثبات في الدعاوى البدائة والشرعية ومن خلال مباحث الثلاث وثماني مطالب وسوف نسعى الى طرح موضوع البحث وحدود البحث وبيان منهج البحث وخطتها ومدى قيام القاضي في تفعيل وتنشيط الاثبات عند ترافع الأطراف أمامه في القضاء. وأخيراً الفضل من رب العالمين العز والجل.

دور القاضي
وطرق الإثبات في الدعاوى البدائية والشرعية

* المقدمة
* المبحث التمهيدي:
  - المطلب الأول: طرق الاثبات في الشرع.
  - المطلب الثاني: طرق الاثبات في القوانين الحديثة.
* المبحث الأول: طرق الاثبات في القضاء القديم والحديث.
  - المطلب الأول: طرق الاثبات في الدعاوى الشرعية.
  - المطلب الثاني: طرق الاثبات في الدعاوى البدائية.
* المبحث الثاني: طرق الاثبات بشكل المطلق.
  - المطلب الأول: طرق الاثبات بشكل المباشر.
  - المطلب الثاني: طرق الاثبات بشكل غير المباشر.
* المبحث الثالث: دور القاضي في اثبات الدعاوى
  - المطلب الأول: دور القاضي في الدعاوى البدائية.
  - المطلب الثاني: دور القاضي في الدعاوى الشرعية.
* الختام والنتيجة

المبحث التمهيدي

نود أن نبين بأن موضوع البحث من خلال المطالب والمباحث المطروحة في خطة البحث نربطها مع المقدمة آنفة الذكر وذلك وفق الرابط هذا (المبحث التمهيدي) لكي نساعد القاريء ونشجعه للدخول في تفاصيل البحث ودراسته وفهمه لذا فأننا نقدم نبذة مختصرة عن موضوع البحث بشكل عام وعرض الموضوع ومشكلة البحث المحددة.

فأن الموضوع الرئيسي لبحثنا هذا يترسخ أساساً في دور القاضي سواءً على شكل المنفرد أو ضمن هيئة قضائية معينة في إدارة جلسات وكيفية حصر أطراف الدعوى ضمن ما رسمته قانون الإثبات وذلك بغية أن يكون دور القاضي في الترافع وسير الدعوى لحين حسمها دوراً إيجابياً على ((أسسٍ تهدف الى إشاعة العدل بين الأطراف والمواطنين وتحقيق المساواة بينهم في الحقوق والواجبات))[١]، لاسيما إن القاضي ضمن الأسرة القضائية له دور محوري في تمثيل كون القضاء باعتباره ((مرفقاً من مرافق الدولة، دوراً إيجابياً في تسيير الدعوى وإيصال الحقوق الى المواطنين بأيسر السبل وأسرعها))[٢]. والجدير بالذكر إن الدور الايجابي للقاضي رغم تحقيق العدالة في حسم الدعوى وبيان إن القضاء هو ساحة للعدل والعدالة فان القاضي له الدور السلبي وذلك بامتناعه عن منح الأطراف في المماطلة تحت غطاء تقديم أدلتهم للإثبات وعدم منحهم الممد التي تفوق ما جاء في ق. المرافعات عند تأجيل جلسات المرافعة تحت طاولة إبراز المستندات والدفاتر وباقي الأدلة القانونية لإثبات دعواهم وقطع هذه الواقعة أي واقعة عدم السماح للأطراف بتطويل سير مدة المرافعة بحجة تقديم المستندات والأدلة القانونية لإثبات دعواهم أو دفوعهم وإن ((توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة))[٣]، هذا من جهة ومن الجهة الأخرى فان الأدلة القانونية التي بموجبها يتم تداول موضوع الدعوى والادعاء والدفوع المتقابلة للخصوم فهي

---

[١]، [٢]، [٣] الأسباب الموجبة لقانون الإثبات ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

بحد ذاتها موضوع هذه المناقشة سواءً يتم ذلك في دعاوى البدائية أم في دعاوى الشرعية حيث لا يخفى علينا جميعاً إن طرق الاثبات وأدلتها تختلف باختلاف نوع واقعة المدعى بها ضمن الدعوى المعروضة، فاذا كانت تلك الواقعة هي واقعة مادية فتتم تحديد نوع الدليل الواجب تقديمها للقاضي ضمن التقاضي وإذا كانت الواقعة هي واقعة قانونية فان الدليل الواجب تقديمها تختلف عن سابقتها، حيث إن هذا التفريق من أهم الواجبات وأهم الأدوار للقاضي في إثبات الدعوى، وعند ذلك فان الدور الآخر للقاضي يأتي بعد تحديد نقاط النزاع وايصال تلك النقاط بواقعة من تلكما الواقعتين (المادية، القانونية) فعلى القاضي تكيف الدعوى ومن ثم إحالة تلك الوقائع بالنصوص القانونية ومن بعدها استصدار القرار القانوني بصدد الدعوى، حيث ان أدلة الاثبات تختلف في الدعاوى البدائية الشرعية ولكن علينا تصنيف أدلة الاثبات الى صنفين رئيسيين أولهما الأدلة المباشرة والأدلة الغير المباشرة.

والجدير بالذكر فان من أهم الصفات البارزة والظاهرة للقاضي لكي يكون دوره دوراً مشرفاً وعادلاً وصامداً وأن يكون مصاباً في قراره لكي يكون له الأجرين في الدنيا والآخرة عليه أن يكون قراره (واضحا، منظماً، وحاسماً) فكل ذلك يعتبر ضمن دوره الايجابي في اثبات الدعاوى كافة ومن ضمنها الدعاوى الشرعية والبدائية.

المطلب الأول

طرق الاثبات في الشرع:

ابتداءً أود أن أوضح بأنني لا أرى كبير الفرق في التسلسل اللفظي لمعنى الاثبات بين فقهاء الشرع والقانون حيث ان الاثبات كمصطلح لم يكن معروفاً أو شائعاً في قديم الزمان وضمن الفقهاء القدامى وهناك ربط وصلة قوية ما بين المعنى اللغوي والشرعي والقانون الوضعي وإن كلا الحالتين (الشرع) و(القانون) كلاهما تحوم حول معنى الدليل والحجة والبرهان لبيان صدق ما يدعي المدعي أمام القضاء بالطرق الشرعية والقانونية الممنوح رغم القوانين المعمولة.

حيث ان الاثبات من الناحية الشرعية والفقهية هو ((إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية))[١].

((وجاء في الموسوعة الفقهية: ويؤخذ من كلام الفقهاء إن الاثبات عبارة عن إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس القضاء على حق أو واقعة من الوقائع))[٢].

من هنا علينا أن نوضح أو نستنبط بأن جميع الأدلة الشرعية والتي أصبحت فيما بعد طرقاً من طرق الاثبات حسب ما مثبت في الشرع يكون مصدرها إما كلام رب العالمين (المصحف المجيد) والحديث النبوي الشريف، أي إن المصدر الرئيسي للاثبات في الشرع هو (القرآن والسنة) ومن خلالهما فان الفقهاء الكبار الخمس سنوا آرائهم وفتاويهم حسب الأفق الجغرافي الديني والمذهبي لهم بما يطابق المصدرين الرئيسين (القرآن والسنة)، حيث كان هناك الاختلاف بينهم في الجزئيات عند التطبيق وحسب مكونات المجتمع الاسلامي والحالة الاجتماعية والاقتصادية لأهالي نفوس السلطة الشرعية للفقهاء الكرام إلا إن آرائهم كانت يطابق بعضهم البعض عند المسائل الفقهية من حيث المصدران الرئيسيان للشرع وهما (القرآن والسنة).

---

[١] د. محمد الزحيلي في رسالته وسائل الاثبات.

[٢] مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد ٢٠٠٢/١/١٦.

لاسيما عرف الاثبات وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية[١] ((بأنه إقامة الحجة أو اعطاء الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على واقعة قانونية ترتبت عليها آثارها حتى تبلغ حد اليقين، فاذا تعذر وجود اليقين فيؤخذ بالظن الغالب أما الظن الظاهر خطاه فلا يكفي لإثبات عكس اليقين))، كما جاء في الآية الكريمة[٢] ((ان الظن لا يغني عن الحق شيئاً)) ((ويقصد باليقين ما كان ثابتاً بالدليل أو العيان ويأتي بعده بدرجة التردد وهو ثلاثة أنواع، الظن الغالب، والشك والوهم، فالظن الغالب ترجيح الصواب في التردد والشك وما تساوت فيه جهة الإثبات وعدمه أي ما كان متردداً بين الإثبات والعدم، أما الوهم فهو ترجيح جهة الخطأ على جهة الصواب في التردد))[٣].

الجدير بالذكر الاثبات في الشرع يبدء من الشروط التي تتوافر في الدعوى حيث إن شروط إقامة الدعوى ووفق ما مبين في مجلة الأحكام العدلية إنه يشترط للدعوى تسعة شروط حتى وإن العلماء زادوا عليها شروط الست وهي:

١- (أن يكون الطرفان عاقلين) لأن لا يجوز أن يكون المجنون والصبي المميز ليست بصحيحة إلا إنه يصح أن يكون وصيهما أو وليهما مدعين أو عليها.
٢- (أن يكون المدعى عليه معلوماً).
٣- (أن يكون الخصم حاضراً).
٤- (ألا يتخذ الإقرار سبباً للملك).
٥- (أن يكون المدعى به معلوماً).
٦- (أن يكون المدعى به محتمل الثبوت).

هذا من جانب ومن جانب آخر ووفق بعض الدراسات الفقهية فان الطرق التي يعتمد عليها القاضي في القضاء، فمثلاً إذا إدعى شخصاً وأمام القضاء والقاضي بأنه لديه حقاً

---

[١] السنهوري، موجز الالتزامات، بند ٦١٤، ص ٦٤٥.

[٢] سورة يونس، آية ٦ مكية.

[٣] محمد سعيد المحاسني، شرح المجلة، ج١، ص٣١، ٦٦ حسن المؤذن، نظرية الإثبات، القواعد العامة والاقرار واليمين.

على خصمه، فاذا كانت الدعوى صحيحة، فيسأل القاضي الخصم إجابته على الدعوى فان أقر بحق المدعي فيها وبعكسه فيطلب القاضي من المدعي إثبات حقهِ وهناك وحسب الفقه الاسلامي في إثبات الحق طرقاً عدة وهي ما يعرف بطرق الاثبات ومن ضمنها:

١- الشهادة: الشهاة لغة عبارة عن خبر قاطع وهي بمعنى الحضور ومنه قوله تعالى (فمن شهد منكم الشهر فليصمه) والشهادة شرعاً لها عدة تعريفات لدى المذاهب وأجمعها (إخبار صادق لاثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء والأصل في الشهادة قبل الاجماع: الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى: (وإستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وإمرأتان ممن ترضون من الشهداء) والسنة (قوله الرسول) (شاهداك أو يمينه) لذا فان الشهادة هي في المرتبة الأولى في الاثبات في الفقه الاسلامي حيث إن لها حجة مطلقة أمام القضاء في جميع الوقائع والحوادث وعلى القاضي القضاء بموجبها بعد توافر شروطها وحسب الفقه الاسلامي هناك عدة الشروط للشاهد ومنها ((أن يكون الشاهد مسلماً، وعاقلاً، وبالغاً)) والى آخرهِ[١].

٢- اليمين: هي من الطرق التي يستند اليها القاضي في اصدار حكمه في فصل النزاع وإنهاء الخلاف وقبل التعرض لهذا، حيث إن اليمين لغة عبارة عن الحلف والقسم وفي اصلاح اليمين هي تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أمام القاضي بذكر إسم الله أو بصفة من صفاته بقوله تعالى (ويستنؤوك أحق هو قل أي وربي إنه الحق وما أنتم معجزين). وحيث في السنة النبوية الكريمة جاء ((لو يعطي الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه))[٢] وهناك عدة شروط لليمين المتفق عليه الفقهاء ومنها ((أن يكون الحالف مكلفاً بالغاً عاقلاً مختاراً وأن يكون المدعى عليه منكراً حق المدعي، وأن يطلب الخصم اليمين من القاضي وأن يوجهها القاضي الى الحالف)).

---

[١] القاضي صلاح بن خميس الغامدي، قاضي بوزارة العدل السعودية، طرق الاثبات في الفقه الاسلامي.

[٢] نفس المصدر السابق.

٣- الاقرار: الاقرار لغة الاعتراف وهو إظهار الحق لفظاً أو كتابةً وفي الاصلاح، إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه، وهو أقرب الطرق وأيسرها لثبوت الحق للمدعي من قبل خصمه المدعى عليه أمام القاضي كما قال جل وعلا: ((كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والاقرار مع كونه بهذه المثابة الا إنه حجة قاصرة على المقر فلا يتعدى الى غيره))[١]. والاقرار له الشروط منها (العقل والبلوغ والاختيار وعدم التهمة في الاقرار ومعلومية المقر به كما يشترط أهلية المقر للتملك وأن يكون المقر عاقلاً بالغاً مختاراً غير محجور عليه.

٤- الكتابة: كتابة مستبنية مرسومة واختلف الفقهاء باعتبارها دليلاً لاثبات الحقوق وكتابة غير مستبينة وهي أقرب الى العبث منها الى الحقيقة و((اختلف الفقهاء مختلفون في كون الكتابة وسيلة من وسائل الاثبات أم لا على قولين))[٢].. وهذا الطريق فيما عدا الأوراق الرسمية كصكوك..

٥- القرائن: لغة هي العلامة الدالة على الشيء المطلوب واصطلاحاً هي كل أمرٍ ظاهر تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه، ((والحكم بالقرائن الفقهاء فيها على إتجاهين بالجواز ومنهم إبن تيمية وإبن القيم وعدمه وكل له دليل وحجة على ما يقول، والقرائن وسيلة من وسائل الاثبات))[٣] وأكثر الفقهاء على العمل والاعتماد عليها وهي غير محصورة وتتعدد بحسب العرف والعادة والعصر.

٦- علم القاضي: علم القاضي بالواقعة يفيد اليقين والعلم فهل يعتبر هذا العلم الذي اكتسبه بنفسه وسيلة ليعتمد عليها في القضاء ((واختلف الفقهاء فيما علمه القاضي خارج مجلس القضاء هل يجوز له أن يحكم به أم لا على عدة أقوال))[٤]، وحيث ان الجميع أو

---

[١] نفس المصدر السابق.

[٢] نفس المصدر السابق.

[٣] نفس المصدر السابق.

[٤] نفس المصدر السابق.

بـالأحرى أكثريـة الأنظمـة القانونيـة لا يعتمـد علـى هـذه الطريقـة كمـصدر أو أحـد طـرق الاثبات بل على العكس من ذلك مُنع القضاة من الحكم بعلمهم الشخصي.

٧- الخبرة والمعاينة: ((الخبرة عبارة عن الاخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي والأصل في ذلك قوله تعالى: فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون))[١] كمعرفة عيوب الزوج مثلاً فيرجح فيه الى أهل الخبرة وهم الأطباء والقاضي، في عيوب السلعة الى أهل الاختصاص في ذلك ونحوه، وللقاضي ومن تلقاء نفسه المعاينة للوقوف على الحق المتنازع عليه او بطلب من أحد الخصوم للإنتقال اليه لهذا الغرض ألا وهو الوقوف على مدى حقيقة موضوع الدعوى أو إيصاله الى أقرب الحقيقة.

لذا فان الفقه الاسلامي كمصدر رئيسي أنجبت الطرق آنفة الذكر كدليل لإثبات الحق والدعاوى المقامة أمام القاضي لاسيما قبل أن تؤسس في الدول الاسلامية النظام القضائي الجديد الحالي وتشريع النصوص القانونية ومن ضمنه قانون الاثبات الذي شرع باختلاط الشريعة الاسلامية مع التقنين الحديث والمتحضر المتأتية عبر العصور والقرارات الحضارية التاريخية كقوانين الرومانية والفرنسية.

---

[١] نفس المصدر السابق.

المطلب الثاني
طرق الاثبات في القوانين الحديثة

الجدير بالذكر لما نتحدث عن القوانين الحديثة نقصد القوانين التي شرعت ما بعد الثورة الفرنسية الصناعية الديمقراطية وبعدها تم تقنين قوانين حديثة مختلفة عن مجالات العديدة وضمن مجتمعات مختلفة ومن ضمن تلك المجالات هنا نتحدث عن قانون الاثبات، ومن الضروري أن نبين بأن القوانين الحديثة ليس خالياً من الفقه الإسلامي أو المسيحي حتى اليهودي وكل واحدة حسب المجتمع الذي أحد الأديان هو الدين الشائع فيه، حيث إن القوانين العراقية بجميع أنواعها تتضمن في كثير من موادها الفقه الإسلامي ومن المهم أن نشير إليه هو[1] ما مثبت في (م١)/١ من ق. المدني بأن أحد مصادر التشريع هي (مباديء الشريعة الإسلامية) وخلط ومن ثم اختلاط التشريع الحديث مع الفقه الاسلامي يعتبر العلامة والواجهة التي تتميز به القوانين التي شرعت في الدول الإسلامية.

ابتداءً علينا تعريف الإثبات القضائي وحسب التقنين الحديث فهو عبارة عن ((إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها)) أو هو عبارة عن ((إقامة الحجة أو البينة على صدق وصحة ما يدعى حسب الطرق التي رسمتها القانون لتثبت الحق الذي يدعي)).

هنا نستنبط من هذا التعريف مصطلح (ما رسمتها القانون، أو بالطرق التي حددها القانون) هنا نقف ونتساءل ما المقصود بذلك المصطلح؟؟ الجواب المقصود هو أدلة الإثبات كما مرسوم في ق. الإثبات العراقي المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ وحيث ذكر قانون الإثبات طرق الإثبات وحصرها في الأدلة المذكورة فيه والمذكورة حصراً بـ:

١- الأدلة الكتابية، سواءً الدليل الكتابي الرسمي والدليل الكتابي الغير الرسمي والدفاتر والى آخره.
٢- الشهادة.
٣- الخبرة والمعاينة.
٤- الاقرار.
٥- اليمين.
٦- القرائن سواءً القرائن القانونية أم القرائن القضائية.

---

[1] القانون المدني العراقي الرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

هنا علينا أن نتحدث بأن الإثبات هو مفترق الطرق ما بين الحق والباطل والقاضي سواءً في القضاء القديم أم في القضاء الحديث لا يستطيع فعل أي شيء قانوني سواءً القاضي مدني أم جنائي أم إداري دون ق. الإثبات وليس بمقدور القاضي الاستغناء عن هذا القانون والقانون بحذافيره يكون والحالة هذه المانع الحقيقي والرئيسي بيد القاضي لمنع إستمرار وجود الدعاوى ذات الطابع الكيدي في القضاء.

فالحق المدعى به دون إسناده بأدلة معتبرة ومرسومة ضمن القوانين الحديثة يكون دون جدوى ومجردة من قيمته ويصبح عدماً مادام لم يدعم بقائه بدليل قانوني المرسوم لبقائه، وهذا الحق ومن خلال رفع الدعوى أمام القضاء يصبح محل النزاع بين أطراف الخصومة لاسيما إحداهم يدعي هذا الحق والآخر ينكر هذا الحق والقاضي ودوره في إثبات هذا الحق ولمن يعود هذا الحق يكون الطرق والحجة والأدلة المرسومة وفق القانون هو المحك للقاضي لكي يتناولها وفق الواقعة القانونية أم الواقعة المادية حسب الإدعاء ويكلف المدعي بإثباته إن أنكر الطرف الآخر الحق المدعى به.. وحيث يكون للحق القيمة القانونية والاجتماعية والاقتصادية ويحتوي الحق على جميع أنواعه آنفة الذكر اذ أمكن صاحبه إثباته أمام القضاء بالأدلة المرسومة قانوناً وفي حالة عجز صاحبه عن ذلك يكون الحق دون أية قيمة..

وهنا وبعد رفع الدعوى أياً كانت نوعها يأتي دور القاضي في إدارة الدعوى وتكيفها من خلال الإثبات و((سلطته الواسعة في توجيه الدعوى وما يرتبط بها من الأدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وإلزامه بتحري الوقائع لاستكمال قناعته وتحقيق العدالة))[١] والجدير بالذكر إن دور القاضي في إدارة الدعوى هو الدور المحوري والمركزي لابقاء الحق المدعى به على الطريق المستقيم دون التلاعب به من الأطراف وذلك من خلال قيام القاضي بتوجيه الدعوى عن سبيل الأدلة الإثباتية التي بحوزة المدعي وبحوزة المدعى عليه لاثبات الدعوى والدفع المتقابل و((على القاضي وهو وحده المسؤول عن تكيف وقائع الدعوى دون التقيد بتكيف أي واحد من الخصوم))[٢] وعلى القاضي إتباع دوره الإيجابي في إجراءات الدعوى سواءً الإجراءات الشكلية أم الموضوعية من خلال قانون الاثبات وفي حالة عدم قيامه بدوره هذا فيعد ممتنعاً عن إحقاق الحق، وهناك المذاهب الثلاث في تنظيم

---

[١] دور القاضي في إثبات الدعوى المدنية ، القاضي أحمد عزيز جابر الخيون.

[٢] التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، الجزء الأول، المحامي محمد علي الصوري.

الإثبات القضائي وهو المذهب الحُر أو المطلق، والمذهب القانوني أو المقيد والمذهب المختلط، وحسب المذهب الحُر فان المدعي مخير ومطلق الإرادة في تقديم الدليل القضائي والحديث لاقناع القاضي لدعواه والقاضي في المقابل حُرٌ في كيفية قبول وترسيخ اعتقاده من أي دليل ويتولى بنفسه التحقيق والتحري لكي يصل الى الحقيقة والدليل القاطع على الدعوى فهذا هو الدور الذي يلعبه القاضي في الاثبات، أما المذهب القانوني قيد الخصوم والقاضي في نفس الوقت على التلاعب القانوني حصراً ضمن وسائل الاثبات التي حددها قانون الاثبات المعمول به ضمن إيطار التشريع المعمول به في الدولة.

وفي هذا المذهب[١] ((يقول الكاتب المحامي محمد علي الصوري بأن دور القاضي في جمع الأدلة دوراً سلبياً يلتزم فيه الحياد السلبي المحض بين المتخاصمين ويتقيد بأدلة ثابتة معينة، فهو في هذا الدور كالآلة الصماء الميكانيكية التي تقدم لها مواد القضية لتستخرج منها بعد ذلك حكماً قضائياً)). أما المذهب المختلط فحسب هذا المذهب يكون دور القاضي نابعاً من إيجابيات المذهب الحر والمذهب القانوني، لاسيما إن أكثرية تشريعات الدول شرعت من إيجابيات المذهبين آنفة الذكر حيث أعطيت للقاضي تخويلاً وقدراً من السلطة في سير الدعوى وتكيفها وإحالتها الى الدليل الذي يقتنع القاضي بها ومن جانب آخر وحسب المذهب القانوني رغم هذه الصلاحية لدور القاضي فعليه عدم الإفراط في الأدلة وتأويلها وتفسيرها خارج الاطار المرسوم قانوناً وذلك لكي تحسم الدعوى ولا يكون حياد القاضي مشوباً بأي شبهات أو العلم الشخصي وحيث إن التطبيقات القضائية عن هذا الجانب كثيرة وموجودة وعلى سبيل المثال لا الحصر[٢] ((لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز غير صحيح ذلك إن التحقيق مبتسر في الدعوى فكان على المحكمة إعادة الاستماع الى شهادات الشهود مفصلاً فان ظهر إن المدعية عاجزة عن الإثبات فلها حق تحليف المدعى عليه اليمين لذا قررت نقض الحكم المميز وإعادة أوراق الدعوى الى محكمتها للسير فيها على الوجه المتقدم)) وعلينا وبالإيجاز أن نقول إن تبسيط الشكلية المنصوص عليه في المادة (٤) من ق. الإثبات الغاية منها ولتحقق قضاءً عادلاً وعاجلاً.

---

[١] الجزء الأول، قانون الاثبات، التعليق المقارن على المواد، المحامي محمد علي الصوري.

[٢] القرار المرقم (٤١١) شخصية، ٨١ في ١٩٨١/١١/٢٥، محكمة تميز العراق، القرار لم ينشر.

وحيث هناك الدور للقاضي في الاثبات المدني والجزائي والشرعي والى آخره، وإن هذا الدور للقاضي له المكانة العليا في الفقه الاسلامي وفي الحياة القانوني والقضائي للقاضي وحيث ذكر الله سبحانه وتعالى[١] ((إن الله يأمركُم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نِعِمّاً يَعِظُكُم به إن الله كان سميعاً بصيراً)) و[٢]عن عائشة –رضي الله عنها– قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ((يدعى بالقاضي العدل يوم القيامة فيلقى من شدة الحساب ما يتمنى إنه لم يقض بين إثنين في عمره)).

ونظراً للأهمية البالغة لموضوع دور القاضي في الإثبات والموازنة بينه وبين مبدأ حياد القاضي فان موضوع دور القاضي المدني في الإثبات له الدور في التشريعات العراقي والفلسطيني والمصري والى آخره وذلك للوصول الى الحقيقة هذا الدور الذي يتمتع به القاضي بهدف الوصول للعدالة وإن دور القاضي يختلف في تقدير الأدلة والحجة حسب الحجية التي منحها القانون لهذا الدليل فان هذا الدور يخفف ويتضاءل في الأدلة الملزمة غير القاطعة كدليل كتابي والإقرار وكاد أن ينعدم ذلك في أدلة الإثبات الملزمة القاطعة والمتمثلة باليمين الحاسمة بينما دور القاضي يكون واسعاً وله دور متسع حيال أدلة الإثبات الغير الملزمة كالشهادة وتقديرها والقرائن واليمين المتممة والمعاينة والخبرة، فالقاضي يملك من الصلاحية والسلطة ما يخوله استبعاد الدليل والحكم بما يخالف بشرط أن يقضي ويؤسس حكمه وقراره على أسباب مقنعة لذا فما بين حياد القاضي ومنحه الدور الإيجابي له يترسخ (العدالة) في الدعوى ((ولاسيميا إن هذه الأهمية أهمية الإثبات لا تقتصر فقط على تحقيق مصلحة الخصوم أو المتنازعين فحسب ولكنه يحمي مصلحة المجتمع ككل من حيث تحقيق الاستقرار وتحقيق العدالة الاجتماعية من خلال اعطاء وإيصال كل ذي حق حقه))[٣].

ومقدار الدور يختلف بين القاضي المدني والقاضي الجزائي على سبيل المثال والقاضي الشرعي أيضاً فمثلاً قانون الأحوال الشخصية العراقي المرقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) وفي

---

[١] سورة النساء، الآية ٥٨.

[٢] رواه ابن حيان، وأخرجه البيهقي.

[٣] عابد فايد عبدالفتاح فايد، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، القاهرة، ص٦.

مادته الأولى/١ جاء بأن تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناول هذه النصوص في لفظها أو في فحواها] وفي الفقرة/٢ منه [إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مباديء الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون] والمذكور للعلن إن أكثرية النصوص التشرعية لقانون الأحوال الشخصية مصادرها الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي والقاضي مناط بتطبيق تلك المواد مثلما شرعت في النصوص القانونية لاسيما إن القاضي في الأحوال الخاصة[1] ((بواقعة كون المرأة غير محرمة شرعاً على من يريد الزواج منها ونصت (م١٢) من هذا القانون على ذلك و(م١٣) منه بين اسباب التحريم الى قسمان (المؤبدة) و(المؤقتة) والمؤبدة هي (القرابة والمصاهرة والرضاع والمؤقتة الجمع بين زوجات يزدن على أربع وعدم الدين السماوي والتطليق ثلاثا وتعليق حق الغير بنكاح أو عدة وزواج إحدى المحرمين مع قيام الزوجة بالأخرى)).

فعلى القاضي التنبه الى هذا النص حيث لم تشرع المشرع حيثيات كيفية وسائل الإثبات في هذا المجال وفق القانون، لذا على القاضي الرجوع الى الشريعة الاسلامية والفقه الإسلامي وآراء العلماء والمذاهب الخمس، فهنا إذن يختلف دور القاضي في الشرع كون وسائل إثبات هذه الوقائع ووقائع الحضانة والعدة والى آخره لم يتطرق اليها في القانون ولم يحصر طرق إثباتها كما حصرت في القوانين الحديثة وحددت طرق الإثبات فيه، بينما دور القاضي في المدني ذكرناه سابقاً.

وإن القاضي في الجزائيات ما عدا ما متعلق بتزوير أو بالسندات المختلفة أنواع التي تصبح نوعاً من جانب المدني لهدم حجية السندات وإلا أكثرية الجرائم المذكورات في قانون العقوبات يكون للقاضي أو هيئة القضاة لهم السلطة الواسعة في توجيه الدعوى والمحاكمة واستجواب الأطراف والمتهم ومناقشته والشهود وشهود الإثبات والنفي وباقي الوقائع العلمية وواقعة كشف الدلالة وفتح القبور والطب العدلي وما الى ذلك وعلى كل ذلك يتبين لنا إن دور القاضي في الإثبات المدني أو الشرعي أو الجزائي رغم اختلاف ذلك الدور في بعض الوجوه إلا إن الهدف الرئيسي للقاضي هو إحقاق الحق والوصول الى العدالة والحكم العادل وحياد القاضي في كل ذلك.

---

[1] قانون الأحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٨.

المبحث الأول

طرق الإثبات في القضاء القديم والحديث

عندما نتحدث عن القضاء القديم أو الحديث فان طرق الإثبات إذ نقف عند بوابة القضاء القديم وفي الدول الإسلامية فيكون أكثرية القوانين التي ينطبق في القضاء الإسلامي نابعة من القرآن الكريم والسنة وآراء الفقهاء وعلماء الفقه الإسلامي والمذاهب الخمس المتوفرة، وفي الدول المسيحية قبل ترسيخ الثورة الفرنسية الصناعية، أو حكم الكنائس فكان قضاء الكنائس التي يتمثل السلطة الالهية هي الحاكمة في قضاء تلك الدول ومع ذلك كانت للفلاسفة اليونانية والرومانية والفرنسية والألمانية دوراً مهماً في إنفتاح عقل عباقرة القانون الحديث مما أدى الى إبداع القانوني الهائل حتى ترسخت قانون نابليون والقانون الروماني حيث إن تاريخ الرومان ونابليون خير الشهود على ذلك.

وحسب السرد الزمني للتطور التاريخي للقضاء منذ التشرعات القديمة كتشريعات حامورابي وآشورين ورومانين وتشريعات الكنائس والمحاكم الشرعية في عصر الإسلام الأولى ولحد الآن وعندما أسست الدولة العراقية في (١٩٢٠) كانت قبل ذلك القرارات المثبتة في مجلة الأحكام العدلية خير دليل على قوة ومتانة القضاء القديم لاسيما إن تراثاً هائلاً وضخماً قد تم تجميعها في دولة مصر وجامعة الأزهر وموروث السلطنة العثمانية الحالية (تركيا) وحيث إن التحدث ومناقشة وبيان تفاصيل الآراء والقرارات القضائية كما كانت في القضاء القديم لا يكون في هذا (المبحث) محلاً للبحث ونترك هذا الأفق لأصحاب الرسالات العلمية والأكاديمية للبحث والتطرق اليها، وحيث هناك منذ المهد العديد من القوانين التي طبقت في المجتمعات القديمة فمثلاً[١] ((القوانين الشرقية القديمة، منها القوانين العراقية القديمة حيث هناك قوانين أقدم شكلاً وموضوعاً من ق. حامورابي منها قانون (أورنمو) فهو أقدم من قانون حامورابي بثلاث قرون ومع ذلك هناك قانون (بلا لاما ملك إشنونا) الذي يعود الى ١٩٣٠ سنة قبل الميلاد وهو متقدم على ق. حامورابي بما يقارب القرنين، وقانون (لبت عشتار ملك) إيست ويأتي بعد ذلك قانون حامورابي، والجدير بالذكر هو بعد القوانين العراقي القديم هناك

---

[١] تاريخ القانون، تاريخ العام للقانون وتاريخ القانون العراقي، الدكتور هاشم الحافظ، الطبعة الثانية، مزيدة ومنقحة، ١٩٦٧، مطبعة العاني، بغداد.

قانون شرقي قديم لا يجوز عند التحدث عن السلطة لا نقف عليه فهو قانون (الهندي – قانون مانو) وبعد ذلك نأتي الى (القانون المصري القديم – قانون بوخوريس) وهو أحد ملوك الأسرة الرابعة والعشرين في مصر)).

وهنا علينا بعد الدرج لبعض القوانين القديمة التي تطبق أو طبقت في الشرق والعراق والتي أصبح بعد ذلك أساساً متيناً للقوانين الحديثة، وفي الوقت الحاضر يطبق في القضاء ومن قبل القضاة، لذا يجب أن نتطرق وبالايجاز الى بعض القوانين القديمة الغربية التي تطبق في قديم الزمان في القضاء الغربي ومنذ القرون وإن أهم هذه القوانين هي تلك التي شرعها اليونانيون والتي شرعها الرومان من بعدهم وبعد القانون اليوناني تأتي دور القانون الرومانى وقانون الألواح الاثنى عشر ونذكر منها:

((القوانين اليونانية القديمة وحسب التطور الزمني تطور هذا القانون إبتداءً كان قانون دراكون (عام ٦٢١٠ ق.م) و(قانون صولون) وتأتي بعد ذلك القانون الروماني، منها قانون الألواح الاثنى عشر، وخصوصاً القوانين العراقية التي وفق التطور الزمني والتاريخي تطورت ابتداء كظاهر الحال من قانون الحضارة السومرية ومن ثم البابلية وتأتي قوانين حامورابي))[1]، حيث وعند إمعان النظر يتبين ورغم التطور الزمني والتاريخي والابداع الفكري سواءً الفردي أم ضمن مجموعة من المفكرين أم القانونين تطور المنضومة القانونية العراقية علاوة عن ذلك فان تأسيس الدولة العراقية والمخزون الهائل القانوني التاريخي والتراث العراقي وخلط كل ما ذكر أعلاه مع الفقه الإسلامي الحنيف والمذاهب (الشافعي والجعفري والحنفي والحنبلي والمالكي) وآراء مفتي الديار السني العراقي وآراء علماء وفقهاء الحوزة العلمية في النجف الأشرف كل ذلك ضمن المصدرين الرئيسين (القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة) تم تشريع الأنظمة القانونية العراقية الحالية التي تطبق حالياً في المحاكم العراقية ومن ضمن تلك القوانين (قانون الإثبات العراقي) الذي يعتبر روح القوانين وروح جسد الحق لأن بدونه وفي حالة عدمه فان الدعوى والحق المدعى به ليست له المحل ولا يكون له منفذ لتنفيذه واحقاقه بغية استحصاله.

---

[1] تايخ القانون، الدكتور هاشم الحافظ، جامعة بغداد.

المطلب الأول

طرق الاثبات في الدعاوى الشرعية

علينا ابتداءً أن نتطرق الى عنصر الإثبات القضائي سواءً كان الدعاوى هي دعوى شرعية أو مدنية أو جزائية وهما عنصر الواقع مع عنصر القانون باختصار عنصر الواقع يقصد به اثبات الواقعة مصدر الحق المدعى به سواءً كان هذا المصدر تصرفاً قانونياً أم واقعة قانونية (واقعة مادية يترتيب عليها القانون أثراً سواءً إنصرفت الإرادة الى إحداثها).

ومن الملاحظ إن كثير من الدعاوى الشرعية وقائعها نابعة من الوقائع المادية وليست تصرفاً قانونياً.

أما عنصر القانون عبارة عن أي قواعد القانونية التي ترتب على عنصر الواقع إثراً: الإثبات القاضي من الناحية القانونية يقتصر على إثبات العنصر الأول (عنصر الواقع) أما العنصر الثاني[١] ((عنصر القانون فلا يجوز أن يكون محلاً للإثبات حيث يفترض بالقاضي العلم بالقانون ولكون تفسير القانون وتكيف الوقائع من اختصاصه)) التصرف القانوني يمكن إثباته بطرق الأدلة المهنية سلفاً وبذلك يجوز إثباته بالشهادة ولا بالقرائن الا في حالات الاستثنائية حددها القانون وإن القاضي رغم دوره في الإثبات عند النظر في الدعاوى لا بد أن قبل ذلك نتطرق الى الأسباب الدينية والأخلاقية لاقرار مسؤلية القاضي المدنية حيث إن الدعوة الإسلامية منذ مهدها هي دعوة شرائعية، ((فأقر الإسلام القواعد الشرعية وأقام بها أركان القضاء الإسلامي لينتظم بها المجتمع الإنساني سواء كانوا مسلمين أو من غير المسلمين)) [٢] كما جاء في كلام رب العالمين بقوله: ((لقد أرسلنا رسلنا بالبينات، وأنزلنا معهم الكتاب والميزان، ليقوم الناس بالقسط))[٣].

لذا يتبين لنا بأن القضاء بحد ذاته هو واجب شرعي وفقهي وواجب إلاهي وحيث ان القاضي والمتقاضيين يحتكمون الى الرسول كقاضٍ كما يصدر من الرسول من أحكام وكل ذلك يرتبط بالأعيان بالله من قبل المتقاضيين والقاضي معاً دون اختلاف حيث إن القاضي وخصوصاً في القضاء الشرعي أو الأحوال الشخصية، رغم قيامه بدور إيجابي في إثبات

---

[١] السنهوري المصدر، ج٢، ص١٥، بند١١، سليمان مرقس، الأدلة الخطية، ص ٤٥ بند١٥.

[٢] مسؤولية القاضي المدنية عن أعمال وظيفته، المستشار القانوني سمكو اسعد ادهم.

[٣] سورة الحديد، الآية ٢٥.

الدعاوى الشرعية فأنه رغم علمه أو شعوره فان قضاءه يعتبر ((تكليف مباشر من الشارع الى رسوله لذا فعلى القاضي أن يراعى ما هو مكلف به في أمور وظيفته، وحيث إن كل قاضي عليه أن يأخذ تجربته من أول قاضي في الإسلام وهو الرسول (ص) وعليه أن يتحلى بما تحلى به رسول الله، وبما إن سمو مهنة القضاء تتعالى وتجلت فوق باقي المهن)) [1].

لذا فان القاضي الشرعي عليه ابتداءً يجب أن يكون مسلماً بغية استيعابهِ لجميع الأمور الشرعية والتعمق في إثبات الوقائع الشرعية التي تصبح محلاً لتقاضي الطرفين رغم طرق الإثبات المرسومة وفق قانون الإثبات المرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ والمحصورة في (ثمانية) طرق وهي (الكتابة والشهادة واليمين والإقرار والخبرة والمعاينة والقرائن القضائية والقانونية) فهي الطرق المحصورة والمحددة في القانون فعلى قاضي الشرعي أن يمارس دوره في إثبات الدعوى الشرعية بطرق الفقهي وآراء العلماء والفقهاء والمذاهب المتبعة في وقت الذي يكون الطرق المرسومة في قانون الاثبات عاصية عن إثبات الدعوى لاسيما في بعض المسائل الشرعية البحتة والتي سوف نذكر بعضها بالايجاز، فمثلاً في واقعة تصديق الطلاق فان حكم المادة (٣٤) من ق. الأحوال الشخصي النافذ أشارت بأنه عبارة عن رفع قيد الزواج بايقاع من الزوج أو من الزوجة وان وكلت به أو فوضت أو من القاضي ولا يقع الطلاق إلا بالصيغة المخصوصة له (شرعاً).

لذا فان إيقاع الطلاق لم ولن يتم تصديقه لدى القاضي ولا يتم إثباته إلا باقرار الزوجة بايقاعه أو عند إنكاره على الزوج إثبات إيقاع طلاقه السابق عن طريق الشهادة وهنا لا يعتد بالخبرة أو المعاينة أو ما الى ذلك ما عدا اليمين الموجه الى الزوجة المنكرة.

وفي عقد الزواج فان الشرع قد حدد محارم عقد الزواج فمثلاً نصت المادة (١٢) و(١٣) من ق. الأحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ حددت المحرمات المؤبدة بـ (القرابة والمصاهرة والرضاع) فان جميع نصوص قانون الأحوال الشخصية لا تنطوي ولا تحتوي على معالجة كيفية إثبات هذه الوقائع آنفة الذكر وترك المشرع ذلك لآراء الشرع والفقه الإسلامي وعلماء المذاهب لأن واقعة (المصاهرة والرضاع) تختلف أوجه المقارنة وحيثيات وتفاصيلها تلك الحالتين من مذهبٍ الى مذهب آخر، سواءً باختلاف كمية الرضاع أو عدد الرضاعة أو كيفية الرضاعة او كان الرضاعة مباشرة من ثدي المرأة أو بآلة وأدوات

[1] مسؤولية القاضي المدنية عن أعمال وظيفته، المستشار القانوني سمكو أسعد أدهم.

الرضاعة وما الى ذلك وحتى المصاهرة لها آراء مختلفة حسب آراء الفقهاء وعند بروز هذه الحالات بعد الزواج من قبل الأطراف على القاضي تكليف الأطراف أو المدعي بالإثبات بالطرق المرسومة ولكن هنا على القاضي التمسك بما يثبت الإدعاء سواءً بالاقرار او الشهادة او اليمين وهنا على القاضي اللجوء أو الالتجاء الى رأي الفقهي وإتخاذه كتسبيب لقراره وهذه الحالات أيضاً متاح في واقعة الطلاق وايقاعه في العدة والحضانة وعديد من المسائل الأخرى لاسيما واقعة شخصية الشاهد وسابقته الإجتماعية ونزاهته وإيمانه وبعده عن الفسق والفجوق وصدقه والى العديد من الصفات الحميدية للشاهد الذي يأخذ بأقواله لإثبات الادعاء وعلى القاضي أن يمارس دوره في الاثبات كما أسلفنا أعلاه لكي يصل القاضي الى الحكم العادل لاسيما إن أكثرية الدعاوى الشرعية ذات طابع يتعلق بالحرمة والحلال وعلى القاض التعمق والتوقف والتأمل بعمق عند ممارسته دوره في إثبات الإدعاء في القضاء الشرعي.

وإن قاضي الأحوال الشخصية وعند الترافع والنظر في الدعاوى الشرعية عليه أن يراعي عند الاثبات الواقع الاجتماعي وتفاوت المركز الاجتماعي ما بين الزوج والزوجة وإخلال التوازن الاقتصادي بين الطرفين خصوصاً في الدعاوى الخاصة بالنفقة وإفساح المجال للطرفين المتقاضيين بتقديم اقوالهم ودفوعاتهم بغية الوصول الى حكم عادل ولكن باتباع طرق الاثبات المرسومة في ق. الإثبات حيث نصت ((المادة (١/١١) من ق. الإثبات بأن هذا القانون أي ق. الاثبات ينطبق على جميع المسائل المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية أما (٣/١١) المسائل غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية ما لم يوجد دليل شرعي خاص أو نص قانون الأحوال الشخصية يقضي بخلاف ما ورد في هذا القانون)) [١]، وهنان نأتي الى ((المادة (١) من ق. الأحوال الشخصية المرقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ التي تنص على إن (النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناول هذه النصوص في لفظها أو في فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مباديء الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون))[٢] هنا نستنبط بأنه على قاضي الشرعية أن يلتجئ الى طرق الإثبات في المسائل الغير المالية التي لم تجد في

---

[١] ق. الاثبات المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

[٢] ق. الأحوال الشخصية ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

القانون نصاً ينطبق عليه أن يطبق النصوص الخاصة بمباديء الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة على الواقعة المطروحة أمامه حيث إن أشيع طرق لإثبات في قضاء ومحاكم الشرعية هي شهود الطرفين التي يجب على القاضي إضافته لطرق الاثبات الأخرى الإلتجاء والاعتماد عليها وحتى يجوز للقاضي أن يلتجأ الى خبراء من رجال الدين ولجنة الفتوى لأخذ آرائهم الفقهية وما وقفت على تلك الوقائع من وجهة نظر الشريعة الاسلامية.

المطلب الثاني

طرق الإثبات في الدعاوي البدائية

إبتداءً أود أن أبدي رأي بأن أم القوانين ومهد ولادة باقي القوانين الأخرى هو القانون المدني والقوانين الأخرى التابعة لها من حيث التعامل المالي بين الافراد والأفراد، والأفراد والشخصيات المعنوية الأخرى كالحكومة علاوة عن قانون المرافعات المدنية وقانون الاثبات اللذان يعتبران تكملة للقانون الموضوعي (القانون المدني) من حيث زيادة الثروة القانونية من حيث الموضوع والإجراء عند التقاضي أمام المحاكم لاسيما إن بعض القوانين الأخرى التي تعتبر جزءً لا يتجزء من القانون المدني من حيث تنظيم الأمور المالية على سبيل المثال لا الحصر (قانون إيجار العقار، قانون الزراعة، قانون الضرائب بنوعيه العقاري والدخل وقانون التسجيل العقاري وقانون العلامات التجارية وقانون التأمين وجميع أنواع التعويضات المتأتية من المحاكم الجزائية من القوانين المختلفة الأخرى).

عليه وبناءً على كل ذلك على قاضي المحاكم المدنية بشقيه البدائي والأحوال الشرعية عليه يجب أن يكون على دراية تامة بما ذكرناه أعلاه، ولكي يكون في الصورة الحقيقية لما على القاضي المدني أن يتخذه في إثبات الدعوى ودوره في الاثبات لكي يكون الجسد القانوني المميت حياً ويبعث من الجديد، عليه أن يكون الإثبات روحاً لذلك الجسد.

لذا فان قاضي الدعاوى البدائية عليه أن يمارس طرق الإثبات ويمارس دوره المحوري والقممي عند التقاضي وحضور طرفي الدعوى أو الأشخاص الثلاث أو إستجوابهم لكي يعطي كل ذي الحق حقه وعلى القاضي أن يمارس ما ترتب القانون عليه وفق قانون الاثبات ويطبق طرق الإثبات عند نظر الدعاوى البدائية.

هنا على قاضي البداءة أو الدعاوى البدائية إمعان دوره والتعمق في الاثبات وأخذ إلهامه من نص المادة (١) من ق. الإثبات التي تنص على ((توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من الأدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة)) [١]، لذا ما المقصود بتوسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى؟ الجواب يقصد به ممارسة القاضي لدوره المحوري والمركزي كيفما يشاء، أراد الأطرف أو شاء الأطراف أم أبى عن ذلك والقاضي له كافة الصلاحية في تمديد يده القانوني أفقياً وعمودياً في توجيه وتحري عن الوقائع والمستمسكات وإجبار الأطراف على تقديم الأدلة وسدّد المماطلة وتملص عن حقيقة الأدلة والقرائن ويكون حدود هذه الممارسة للقاضي واسعة وله متسع من الممارسة وآخر الوقفة للقاضي هو ((عدم الإخلال بحياده)) و((عدم عمله بعلمه الشخصي)) وغير كلتا الحالتين يكون للقاضي اليد المنفتح وله صلاحية دردشة جميع الأدلة وخلخلته حتى يصل الى ما يكفل له التطبيق السليم لأحكام هذا القانون أي قانون الإثبات.

والجدير بالذكر إن القانون وبحد ذاته أجبر القاضي وفي المادة (٢) من القانون على ((إلزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته))[٢] هنا نقصد بأن القاضي كواجب شرعي وقانوني ملزم الالزام التام ودون أية تردد على التحري عن الوقائع المدعى به في الدعوى سواءً بتقديم الأدلة الغير المطروحة في الدعوى على سبيل المستندات أو تتبع القاضي لأصل المسائل المطروحة لدى الجهات الرسمية والمعنية، أم لاستكمال قناعته اللجوء الى الخبراء أو الجهات ذات الاختصاص للتوصل الى الحقيقة أو اللجان الطبية المعنية أم جلب ومطالبة الشهود الغير راغبين الحضور أمام المحاكم سواءً تحت طاولة التبليغ القضائي أو إدخالهم كأشخاص الثلاث للاستجواب، أم إستنباط القاضي للقرائن القضائية من الأمور الثابتة في الدعوى ((وكل هذا يهدف الى إثبات القضائي الى حماية الحقوق وضمان تمتع أصحابها بمزاياها في إطار المصلحة الاجتماعية للحق))[٣].

---

[١] ق. الإثبات المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

[٢] نفس المصدر السابق.

[٣] ادور عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، ص٢٥، الدكتور أدهم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، ٥٥-٥٨.

على القاضي المدني وعند عرض الدعوى في محكمته إبتداءً أن يكون هادئ البال والتفكير وفي مزاج سليم لكي يجمع جميع أفكاره ويقع فوكس تركيزه على تحديد نقطة النزاع المطروح أمامه لكي هو يقوم بمعالجته والحكم فيه التي ينتظرون أطراف الدعوى حلها من قبله وبشكل قانوني وسَلِسْ وذات تسبيب قانوني، لذا إبتداءً عليه دراسة الدعوى وبيان حدود المطلوب للطلبات المطلوبة فيها ومن ثم تحديد نقاط النزاع فيها بشكل جذري ودقيق ودون وجود آراء مختلفة على تفسير نقاط النزاع لكي يكون القاضي على الإطلاع التام في تحديد تلك النقاط للنزاع وربطها بواقع المادية أم بمسائل القانونية حسب الإدعاء وعند بناء تلك الحلقة من الاتصال ما بين نقاط النزاع وتلك الوقائع المادية أو المسائل القانونية يكون لدى أجندة القاضي مراكز مفصلية محددة تحديداً دقيقاً والتي يؤدي بالقاضي الى الانتقال الى تكيفها ومن ثم إحالتها الى نصوص قانونية محددة وفق المتون المطروحة أمام القاضي ومن ثم إثر ذلك استصدار الحكم العادل والصائب والمقنع على الدعوى دون أية تردد أو إرتباك، فالقاضي ذات السيرة المستقيمة والحدية والحيادية هو الذي يصدر قراره بشكل الواضح والمنظم والحاسم وبشكل جازم!! وكما يقال ((فيقوم القاضي بدراسة الدعوى وتحديد نقاط النزاع فيها.. وربطه بوقائع الدعوى المادية أم المسائل القانونية وتكييفها ويصدر حكمه الفاصل فيها))[1]، وبعد إذنٍ على القاضي البحث عن طرق الإثبات المباشرة وهي التي تنصب على الواقعة المراد اثباتها مباشرة والغير المباشرة هي التي يتم استخراجها واستخلاصها عن طريق استنباط الوقائع المعروضة في الدعوى حيث إن دور قاضي في محاكم البداءة عليه إبتداءً عند حضور الطرفين وبعد تكرار عريضة الدعوى عليه تكليف المدعى عليه بالإجابة على أساسا الدعوى فيكون الخصم / المدعى عليه إيما يقر بدعوى المدعي كلاً أم جزءً أو بعكسه ينكر الدعوى جملة وتفصيلاً وعند إذنٍ على المدعي إثبات دعواه بطرق الإثبات القانونية حسب ما مرسوم في قانون الإثبات، فهنا تقديم أدلة الإثبات لا يقع قبولها على عاتق الطرفين المتخاصمين بل على قاضي البداءة وفقاً لوقائع المادية أو المسائل القانونية قبول الدليل الذي يقدم له إبتداءً من قبل المدعي لإثبات الدعوى فاذا كانت الدعوى متعلقاً بالمسائل القانونية كعقد الإيجار أو عقد البيع أو العقود الشكلية أو ما شابه ذلك الإثبات يكون بطرق والدليل الكتابي سواءً سندات رسمية أو غير الرسمية أو مبدأ الثبوت بالكنابة أو الأوراق التجارية أو نهاية المطاف اليمين الحاسم.

---

[1] دور القاضي في إثبات الدعوى المدنية، القاضي أحمد عزيز جابر الخيون.

وفي حالة ارتباط الدعوى بالوقائع المادية فهناك عديد من الطرق ودليل الإثبات المختلفة وفق ما مرسوم قانوناً وفق قانون الإثبات، سواءً كانت الدليل (الشهادة، أم المعاينة، الاقرار، الخبرة)، وهذه الحالة ينتقل الى طرف المدعى عليه عند إثبات دفعه المقدم للقاضي لرد دعوى المدعي عن بكرة أبيه، ويصدر القاضي عند ذلك حكماً قضائياً بما يطمئن اليه ضميره وعلى القاضي أن يلجأ الى تفسير المتطور للنصوص التي يطلقها على الواقعة المطروحة أمامه[1] ((مع مراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه)).. ولكي يطمئن الأطراف عند التقاضي أن يُبين ذلك من القضاء تارةً وتارة أخرى من شخصية القاضي لأن وفق المادة (٥) من ق. الإثبات[2] ((فان القضاء ساحة للعدل ولاحقاق الحق مما يقتضي صيانته من العبث والإساءة ويوجب على المتخاصمين ومن ينوب عنهم الالتزام بأحكام القانون وابداء حسن النية في تقديم الأدلة وإلا عرض المخالف نفسه للعقوبة)).

وهنا يكون دور القاضي إيجابياً تارة وتارة سلبياً، فعند إعطاء الإحساس للأطراف بأن ساحة القضاء الذي هو قائده هي ساحة للعدل وإحقاق الحق موضوع بحث الدعوى وذلك حسب طرق الإثبات المرسومة في القانون ودوره السلبي هو عدم الإنصياع للعبث والإساءة التي يمكن أن يمارسه أحد الأطراف وأمام القاضي بهدف المماطلة أو الهرب من الأحكام التي تفرضها القانون وإلا سوف يتعرض نفسه للعقوبة. إذن فان دور القاضي في تحديد طرق أو طريقة للإثبات في دعاوى البدائية مهم ومحوري ومركزي وهو العمود الفقري لإدارة الدعوى وتوجيه الأطراف لتحديد أدلة الإثبات لإثبات دعواهم أو دفعهم بغية إحقاق الحق والعدالة ضمن قرارٍ عادلٍ وقانوني متبع فيها القانون وقانون الإثبات.

---

[1] قانون الإثبات، الجزء الأول، المحامي محمد علي الصوري.

[2] ق. الإثبات ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

المبحث الثاني

طرق الإثبات بشكل المطلق

إبتداءً وفق أحكام قانون اصلاح النظام القضائي المرقم ٣٥ لسنة ١٩٧٧ والذي بموجبه تم توجيه قانون الإثبات في جميع المسائل المدنية والتجارية في قانون خاص، حيث إن قواعده على تبسيط الشكليات وإزاء مبدأ المساواة بين المتقاضين وإن قانون الإثبات بالأصل تهدف الى نشر العدل بين الناس جميعاً وترسيخ المساواة فيما بينهم لاسيما إن ساحة القضاء في وجهة نظرهم هي ساحة لتحقيق العدل وهي الوجه التي يسعى الناس جميعاً للوصول اليها لاحقاق حقهم هناك من خلال المحاكم والقضاء والقضاة وإسناد الحق لأصحابهِ من خلال القضاء وهو المرفق العام للدولة، والجدير بالذكر ان هذه الساحة التي تصبح ميدانا لشد حصان الادعاء من قبل أطراف الدعوى فمن يفوز بهذا السباق هو الذي بيده طرق الإثبات وبشكل المطلق وجميع الأدلة في حوزته هو الفائز في الدعوى ويستحصل على حقه ومن ثم تنفيذه واستحصاله من خصمهِ.

ولما نتكلم عن الإثبات بشكل المطلق علينا أن نقف ونتحدث عن مجموعة من المباديء والمواد القانونية التي يفتح يد وفكر ومصدر إبداع القاضي عند نظره وقائع الدعوى ومنها ما ذكر في قانون الإثبات:

((توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى، إلزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته، إلزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبقه، تبسيط الشكلية الى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي الى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه، القضاء ساحة لتحقيق العدل وإحقاق الحق ....))[1].

إذن القضاة عليهم أن يتبعوا في الترافع الأسس القانونية المذكورات أعلاه بغية أن يكون القاضي ناظراً لجميع أطراف الدعوى من منظورٍ متساوي.

بعد كل ذلك كل ذي المصلحة عند الترافع في دعواه وما يقابله من الخصم فان كلاهما في الأصل بريء الذمة أي حاشية شخصيته المعنوية أم الطبيعية نظيفة وذمته بريئة على

---

[1] ق. الإثبات ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

كل إلتزام أو مشغولية ذمته بأية حقوق قانونية، فمثلاً أذا إدعى المدعي ديناً له بذمة المدعى عليه وأنكر المدعى عليه هذا الدين فمعناه المدعى عليه في الأصل (بريء الذمة) وعلى المدعي إثبات عكس الأصل ألا هو مشغولية ذمة المدعى عليه بالحق المدعى به.

أما بصدد الحقوق العينية فهذه القاعدة بهذه الشكلية لا ينطبق بل القاعدة بهذا الصدد هي (الثابت أصلاً أو عرضاً) بل هي (الثابت ظاهراً) فمثلاً حق الملكية فان الحيازة دليل حق الملكية في الظاهر فمن كان الظاهر يؤيده لا يلزم بالإثبات، فان عبء الإثبات يقع دائماً على من يدعي شيئاً مخالفاً لما هو ثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً[1] ((أو بفضل قرينة قانونية ومثالها وجود سند الدين بيد المدين وفي هذه القرينة القانونية على براءة ذمته)). وهنا نستنبط أو القاضي عليه إستنباط إن الشخص المنكر في الدعوى هو من يتمسك بابقاء الأصل ألا وهو (براءة ذمته) ومن يتمسك بعكسه أي بخلاف الظاهر فهو المدعي وعليه عبء الإثبات وتقديم البينة القانونية (أدلة الإثبات) لادعائه وبعكسه اليمين على من أنكر. وهذا ما ثابت في (م٧) من ق. الاثبات العراقي التي يعادله (م ٤٤٨) مدني و (٧٦ و٧٧) المجلة و(١٣١٥) من ق. المدني الفرنسي و(٣٦٢) قانون الموجبات والعقود اللبناني وم(٤٢٠) التونسي.

وهناك مبدء قانوني على القاضي التمسك به وعدم الافراط بها حتى وإن كان حسن النية هي الدافع ورائه ألا وهو عدم الحكم بعلمه الشخصي الذي ينص عليه (م٨) من ق. الاثبات ما عدى الحالات العامة من العلم التي العامة على الرواية بها، فمثلاً لا يجوز للقاضي أن يرد دعوى المدعي بحجة علمه بأن هناك دعوى أخرى بنفس الموضوع بحجة سبق الفصل إلا إذا دفع به الخصم المتقابل بذلك الدفع.

وفي أكثرية الأحيان الخصم يقوم باخفاء المستندات او الايصالات أو الدفاتر أو ما لديه من الأدلة لتوضيح دعوى المدعى به لذا لا يجوز السماح لهذه الظاهرة بأن يكون واقعاً مفروضاً في الدعوى لذا فان القانون سمح أو أعطى للقاضي أن يكون له الصلاحية لسد هذه النية السيئة للخصم، لذا القاضي له حق أو الصلاحية المطلقة بأن[2] ((يأمر أياً من

---

[1] شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، ج١، ص٣٢، شرح المجلة، منير القاضي.

[2] ق. الاثبات ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

الخصوم بتقديم دليل الاثبات الذي يكون بحوزته فان إمتنع عن تقديمه جاز اعتبار إمتناعه حجة عليه))، فمثلاً في دعوى المحاسبة بين الطرفين فيدعي المدعي بأن المستندات والدفاتر والحسابات الختامية والميزانية وما أدى من تلك المستندات بحوزة خصمه، فاذا أنكر الخصم ذلك فعلى المحكمة تكليف المدعي باثبات كل ذلك بحوزة خصمه بكافة طرق الاثبات فاذا أثبت ذلك، فعند إذن على المحكمة الاستماع للمدعى لاثبات كل ما ذكر اعلاه وبكافة طرق الاثبات لاستحصال حقوقي الحسابية عن طريق خبراء ملمين بالمحاسبة.. وأثر ذلك كمبدأ عام يجب على المدعي أن يكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى لاسيما هنا علينا الوقوف على المساوئ القانونية والوقائع المادية ومن الأولى أن نشير الى أن المسائل القانونية هي مصدر الحق المنشيء لتلك المسألة القانونية وحيث إن المصادر القانونية محصورة حسب القانون في [العقد، كسب دون السبب، عمل الغير المشروع، الارادة المنفردة، القانون][1] ((لذا على المدعي إثبات المسألة القانونية التي هي مصدر الحق المنشيء له وسبب وجوده أو زواله أو تعديله)) أو ((إن الحق في ذاته شخصياً كان أم عينياً شيء غير محسوس ويستعصى إثباته عقلاً وإنما هو يستنتج أو يستنبط أو يستخلص من مصدره وهي: الواقعة القانونية التي أدت الى نشؤ الحق)) [2].

ويجب أن يكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ويتوفر فيه الشروط الثلاث [أن تكون موضوع النزاع متعلقاً بالدعوى ومنتجة فيها وتارة أخرى محدودة وجائز قبولها وأن يكون محل النزاع] وبهذا الصدد يذكر القرار او التطبيقات القضائية وبقرارها المرقم ((٢٢٦٣/حقوقية/٦٢ في ١٩٦٣/٤/١٦] تنص على [وجد أن محكمة البداءة أصدرت حكمها المميز دون أن تلاحظ الدفوع التي أوردها المميز – المدعي في لائحته الايضاحية.. وتجعلها مدار بحثها ومناقشتها لاحتوائها على أسباب وعلل مما لها تأثير على نتيجة الدعوى والحكم الذي تصدره فعدم قيام المحكمة بذلك مما أخل بصحة الحكم المميز قرر نقضه وإعادة الأوراق للسير مجدداً في الدعوى وملاحظة ما ورد أعلاه))[3].

---

[1] الوسيط، ج١، ص١، بند١، ص٤٨ السنهوري، التعليق على الاثبات.

[2] التعليق على نصوص الإثبات، د. احمد أبو الوفا، ص٦٣، قواعد الإثبات.

[3] القرار القضائي المرقم (٢٢٦٣/حقوقية/٦٢ في ١٩٦٣/٤/١٦)

ومن ملاحظة كل ذلك علينا أن نصل الى إن ((إجراءات الإثبات تبين من خلال طريقة تقديم الدليل أمام القضاء للاستدلال به أو تجريمه وهدمه ونفي حجته كاجراءات التحقيق وإجراءات الإدعاء بالتزوير والمضاهاة وإستماع الشهود، وإن إجراءات الإثبات متعلق بالنظام العام ولتعلقها بالنظام القضائي وهي الإجراءات الشكلية))[١].

حيث الثابت في إجراءات المرافعة والمحاكمة بأن المدعي له بعض من الأدلة القانونية التي تعتبر حقاً له والمدعى عليه بنفس القياس والصلة وهناك مجموعة من الأدلة تعود ممارستها للمحكمة فأن الأدلة القانونية مثل [الكتابة والشهادة والقرائن القانونية] من الأدلة التي من حق المدعي إثارتها في الدعوى و[الاقرار واليمين] من حق المدعى عليه وإن [الاستجواب والمعاينة والخبرة، والقرائن القضائية] من حق وعمل المحكمة وهنا واجب علينا أن نقول[٢] ((إن تقاضى الأجنبي أمام القضاء العراقي فان قانون الاثبات العراقي هو الذي يسري بشأن إجراءات الاثبات لتلك الدعوى سواء أكان الشخص الأجنبي شخصاً طبيعياً أم حكمياً مركز ادارته في العراق أو كان له مجرد فرع أو وكالة في العراق إذا نشأ النزاع عن عمل من أعمال الفرع أو الوكالة)).

وحيث إن التطبيقات القضائية تؤيد هذه الجهة (١٤٢/ش/٧٥ في ٩٧٥/٥/٢١) الذي ينص ((إذا كانت الزوجة عراقية والزوج أجنبياً وقد أبرم عقد الزواج في بلد الزوج فان محكمة بلد الزوج هي المختصة بنظر دعوى نفقة الولد))[٣] وإن القرار المرقم (٨٨٠/حقوقية ثانية/٧١ في ١٩٧١/٦١١٧) ينص كما يلي:

((أ) يتعين على المحاكم عندما يثور نزاع قضائي فيه عنصر أجنبي حول المحكمة المختصة، ان تبحث أولاً في اختصاصها (القضائي بينها وبين محكمة أجنبية ثم تبحث في تنازع القوانين. ب) لقد أورد القانون المدني التنازع الدولي من حيث الاختصاص القضائي بالفقرة (أ) من بحث التنازع من حيث المكان وأورد التنازع الدولي من حيث الاختصاص

---

[١] قانون الإثبات، المحامي محمد علي الصوري، ص ٩٦.

[٢] المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري، التقنين المدني الجديد، د. محمد علي عرفه، ص٢٠.

[٣] القرار القضائي (١٤٣٢/ش/٧٧ في ١٩٧٥/٥/٢١).

التشريعي في الفقرة (ب) منه وهو ما يسمى بتنازع القوانين. ج) قواعد الاختصاص القضائي من النظام العام وتتعلق بأعمال السيادة وهي اختصاص وظيفي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وقد حصرها المشرع العراق في المواد (١٤، ١٥، ١٦) من ق. المدني/ء/ لقد أوجب القانون المدني مقاضاة الأجنبي أمام محاكم العراق في الأحوال المنصوص عليها في المادة (١٥) منه وبتوفرها يتوفر الاختصاص القضائي للمحكمة العراقية ويكون الاتفاق على ما يخالف ذلك باطلاً))[١].

وهناك إجراء قانوني الذي يمنح القاضي والقضاء سلطة واسعة بغية الوصول الى الحقيقة وتحقيق وإتمام حقوق الأطراف فمثلاً إذا كان هناك عذر مشروع ومقبول لدى القضاء لكي يقرر قبول عدم حضور الخصم بنفسه لاستجوابه وحلف اليمين، أو حضور الشاهد لمساع شهادته، جاز للمحكمة أن تنقل اليه) م١٥ ق. الإثبات أو تندب أحد قضاتها للانتقال الى مكانه أو تنيب المحكمة التي يقيم الخصم أو الشاهد أو المطلوب تحلفه في دائرتها للقيام بذلك، إذن هذا الإجراء الذي يتضمنه قانون الإثبات في فحواها تدخل ضمن أحكام ومفاهيم ومغزى ما تحتويها نص المادة (١) من ق. الإثبات التي تنص على ((توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة))[٢]، حيث إن أدلة الإثبات التي تتضمنه قانون الإثبات نتركه للمباحث الأخرى التي تلي هذا المبحث من حيث مناقشتها.

---

[١] القرار القضائي (٨٨٠/حقوقية ٧١/٢ في ١٩٧١/٦/٢٧).

[٢] ق. الإثبات المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

المطلب الأول

طرق الإثبات بالشكل المباشر

الجدير بالذكر يحتوي قانون الإثبات العراقي المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ على عديد أو عيدة محصورة ومحددة من أدلة الإثبات وكما يلي:

[الدليل الكتابي وما يتضمن من السندات الرسمية والسندات المادية والأوراق غير الموقع عليها والدفاتر والسندات، ومن ثم يأتي دور الإقرار وبأنواعه الإقرار البسيط أو المركب او الموصوف ويلي الاستجواب ومن ثم الشهادة والقرائن القانونية والقرائن القضائية وحجية الأحكام ويلي بعد ذلك اليمين ومن ثم المعاينة والخبرة].

حيث ان الإثبات أو طرق إثبات المباشرة تأتي هذا المصطلح من إن فلان دليل هو مباشر وفلتان هو غير المباشر وإن طرق الإثبات المباشر منصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها للقضاء أو عند بروز النزاع أو عند وجود النزاع على الحق ما بين طرفين أو أكثر وهذه الادلة حصراً هي [الكتابة والشهادة والمعاينة والخبرة] ولا بأس لنا إذا نربط هذه الأدلة المباشرة بالأدلة الواجب على المدعي تقديمها للقضاء عند الترافع ورفع الدعوى ألا وهي [الكتابة، الشهادة، القرائن القانونية].

((أما الأدلة الغير المباشرة أو طرق الإثبات الغير المباشرة فهي لا تنصب على الواقعة مباشرة بل تستخلص عن طريق الاستنباط كقرائن والإقرار واليمين وإتفق الفقهاء على إن الوقائع المادية يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات المحددة قانوناً أما الأفعال القانونية فهي خاضعة لنظام الأدلة المهيئة سلفاً وهي الأدلة الكتابية وتخضع لرقابة محكمة التميز جميع المسائل المتعلقة بتعين طرق الإثبات وبيان متى يجوز استعمال كل منها وتحديد قوة كل طريق لأن هذه المسائل تعتبر من المسائل القانونية لا الوقائع))[١].

إن موضوع كل دعوى هو اثبات حقاً من الحقوق سواءً حقاً شخصياً أم عينياً بنوعيه ضد خصمه المنكر لهذا الحق لأن إذا لم يكن هناك إنكار كلاً أم جزءً فلا يندلع النزاع حتى

---

[١] الدكتور رزق الله انطاكي، الوجيز في أصول المحاكمات، ص ٣٨٣، ٩٨٥ نقلاً عن عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج٢، ص ٢٥٨.

يلتجأ طرفاً من الأطراف الالتجاء الى القضاء لاستحصال حقه من خصمه لذا فمن ادعى ذلك عليه عبء الاثبات بالطرق المرسومة قانوناً حسب الإدعاء وعلى القاضي أن يمكن ويفسح المجال للمدعي لإثبات إدعائه ورفض هذا الحق للمدعى من قبل القضاء يعد إخلالاً بالحق ذاته وإخفاقاً له، وعند تمكين المحكمة للمدعي إثارة دليله للأثبات وبعد المناقشة وقبول صحة الدليل المقدم ومنح المدعي المجال الكافي لإثبات ما يدعيه وكذلك منح المدعى عليه لتقديم دليل لإثبات دفعه أو لدحض إدعاء المدعي، وعلينا أن نشير الى إن ما يكون محلاً لطرق الإثبات المباشرة والغير المباشرة هي إيما التصرفات القانونية أو الوقائع المادية لأن النصوص القانونية لا يكون محلاً للإثبات بل يكون النصوص محل التفسير والتأويل ليس إلا!! لأن تفسير النصوص وتكيف الوقائع وأحالتها بنص قانوني معين آخر من أمور القضاء والقضاة ((إن تكيف واقعة الدعوى مسألة قانونية لا يتقيد بها القاضي بتكيف المدعي بدعواه عن جهل أو يعتمد بتكيف دعواه تكيفاً خاطئاً للوصول الى عرض ....))[1]، هنا نأتي الى الإثبات القضائي، أي بيان وإقامة الدليل أمام القضاء حسب ما رسمه القانون على وجود واقعة قانونية أي الدليل يقع أعبائه على الواقعة ذاتها بوصفها مصدراً للحق أو الالتزام والسبب في ذلك إن الحق[2] ((باعتباره أمراً مجرداً يستعصي على الإثبات)) وهناك عناصر الإثبات القضائي وشروط الواقعية محل الإثبات ومن أهم عناصر الإثبات الواجب إتباعه هي (عنصر الواقع، عنصر القانون) وشروطه يتطلب (الشروط الطبيعية وأن تكون محددة تحديداً كافياً وأن تكون ممكنة غير مستحيلة وأن تكون متنازع فيها والشروط القانونية وأن لا تكون مما يحرم القانون إثباته وأن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة في الدعوى.

وان طرق الإثبات وفق القانون والدليل الذي يعتبر منتجة في الدعوى له حجيته في الإثبات وللخوصم أن يختاروا الدليل الذي هم يودون ابرازه للقضاء لإثبات حقهم ضد خصمهم والذي يجيزه القانون[3] ((فمثلاً إذا إختار طرفاً دليلاً معيناً لإثبات وبعد ذلك عَدَل عن ذلك ولجأ الى دليلٍ آخر فله هذا الحق سواءً عجز عن الإثبات بالدليل أو عدل عن هذا

---

(١) قرار محكمة التميز،هـ. موسعة المرقمين (٢٢١، ٤٦٠ /٩٨١) في ١٩٨١/٧/٢٥ و ١٩٨١/١٠/٣١ مجموعة الأحكام العدلية العدد ٣، ٤ لسنة ١٣، ص٥٠، ص٤٨٣.

(٢) السنهوري، الوسيط في شرح ق. المدني الجديد، ص٣٥، ص٤٨.

(٣) https://n.facebook.com,photos

الدليل بعد المضي به ما عدا اليمين لكون اللجؤ الى اليمين يعتبر نزولاً عما عداه من أدلة الإثبات)).

وحسب م ١١١ من ق. الإثبات (إن طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات) والجدير بالذكر هناك بعض القيود على سلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات وهي:

١- الاقرار والذي لا يستطيع القاضي تقدير الدليل بل عليه أن يتأكد من توفره.
٢- المنطق والذي على القاضي أن لا يتعسف في سلطته التقديرية للدليل بل وسلطة القاضي التقديرية تخضع لرقابة محكمة التميز.

إن المشرع العراقي ذهب الى الأخذ بموقف واضح من المذهب المختلط فمن دراسة نصوص قانون الإثبات العراقي يتبين لنا الدور الإيجابي للقاضي من خلال توسيع سلطته وأفق تفكيره في توجيه الدعوى حيث إن المادة (١) والمادة (١٧) والمادة (٧١) والمادة (١٢٠) وحالة الاستجواب وحالة توجيه اليمين كما يجيز القانون للقاضي الاستعانة بخبير أو أكثر اذا اقتضى الدعوى وأجازت المادة (٦٩) للقاضي أن يدعوا أي شخص للاستيضاح منه ويتبين الدور السلبي للقاضي من خلال منعه من الحكم على أساس علمه الشخصي الذي يعلم به أو على العلم به خارج القضاء.

حيث إن القانون العراقي لا يسمح الأخذ بدليل الشهادة لإثبات التصرف القانوني الذي لا يزيد عن (٧٥٠٠) ديناراً لذا فان القانون العراقي أعطى للقاضي سلطة إيجابية واسعة لتوجيه الدعوى ودور السلبي في منعه من الحكم بعلمه الشخصي وتقييده ببعض أدلة الإثبات، ولا بد لنا أن نطلع هنا على بعض المباديء الأساسية العامة في الإثبات التي على القاضي التقيد بها وعلى سبيل المثال لا الحصر (مبدأ حياد القاضي اثناء الترافع والتقاضي يتمثل بـ:

١- قاعدة عدم جواز الجمع بين صفتي الخصم والحكم.
٢- قاعدة عدم جواز قضاء القاضي بعلمه.
٣- وجوب المساواة بين الخصوم أمام القضاء.

والجدير بالذكر مبدأ حياد القاضي لا يعني سلبيته فلا تعارض بين هذا المبدأ والسلوك الإيجابي للقاضي في ادارة الدعوى وهنا نقول إن عبء الإثبات في الأدلة المباشرة ألا وهي (الكتابة والشهادة والمعاينة والخبرة) يقع إثباتها على المدعي وهو الذي يتمسك بخلاف الظاهر عند إنكار المدعى عليه وبهذا الصدد هناك ثلاث قواعد وضعها القانون للإثبات وهي:

١- الأصل براءة الذمة ومن يتمسك بخلاف هذا المبدأ ألا وهو المدعي إثبات عكس ذلك بطرق الإثبات المذكورة.

٢- تحديد المدعي والمدعى به، هنا المدعى به هو موضوع النزاع محل الدعوى والمدعي هو من يدعي خلاف الثابت، والثابت هو من يتمسك بالأصل والأصل هو براءة ذمته ومشغولية ذمته إذن الذي يدعي خلاف هذا الأصل هو المدعي ومن هنا يقع عبء الإثبات على هذا المدعي وعلى القاضي عند إنكار المدعى عليه وتمسكه ببراءة ذمته أن يكلفه بإثبات الدعوى. وعندإذنٍ يأتي دور القاضي في توجيه الدعوى ومن ثم التحري عن الأدلة ويستعمله حق المحكمة القانوني حسب ما مرسوم في قانون الإثبات وله حق ممارسة إدخال من يرد الاستيضاح منه أو اعانة إحضار الشهود إن شاء ذلك لتوضيح الأكثر أو إستجواب الأطراف شاء أم أبى أو تجري المحكمة المعاينة لموقع العقار أو اللجؤ الى الخبراء المملين بالشأن المطلوب فيه تقديم خبرته فيها أو إجراء إجراءات صحة السندات الكتابية الرسمية أو الغير الرسمية أو إستنباط القرائن القانونية وكل ما يتطلب على المحكمة القيام بها بغية إحقاق الحق والتوصل الى حكمٍ عادل.

المطلب الثاني

طرق الإثبات الغير المباشرة

هنا نأتي الى ذكر طرق الإثبات الغير المباشر، هنا نتعرف الى مصطلح الغير المباشر، يقصد به إن هذه الأدلة منصب بشكل غير المباشر على الواقعة المراد إثباتها أمام القضاء وتلك الأدلة محصورة بـ (القرائن والإقرار واليمين) هنا علينا القول بأن (الإقرار واليمين) هما الدليلين المرتبطين بالمدعى عليه عند إثارة دفوعه أمام القضاء أما، القرائن بنوعيه القضائي والقانوني هو دليل مختلط ما بين حق المدعي وحق ممارسته والتوقف عليه من قبل القاضي، ((الاقرار لغةً عبارة عن وضع الشيء في مكانه وإثبات ما كان متزلزلاً، أو متردداً بين الثبوت والجحود واقررت بالحق أي أذعتِ وأعترفت به وقرره بالأمر حمله على الاعتراف به)) [١]، ((حيث يعرف الفقهاء الإقرار بأنه اعتراف شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتب هذا الحق بذمته أم لم يقصد ذلك))[٢].

فاقرار الشخص وأمام القضاء بحق المدعى عليه لا يحتاج الى إثبات المدعي لصدق هذا الإقرار وبهذا الاقرار لا يبقى محلاً للنزاع أمام القضاء ويجب أن يكون الاقرار الذي هو حق من الحقوق المتعلقة بالمدعى عليه أن يصدر من المقر نفسه ومن إرادة جدية حقيقية، لأن الاقرار أمام القضاء ((حجة على صاحبه في جميع الأمور التي تصح موضوعاً للإدعاء أمام القضاء دون تخصيص في النوع أو تحديد في القيمة لأنه أختبار من الخصم لواقعة حصلت أو بحق سبق إنشاءه))[٣] و((إذا اعترف الخصم بواقعة مدعى بها فلا يصح تكليف المدعي باقامة الدليل عليها ولا يجوز للقاضي أن يجعل لثبوتها محل تقدير من جانبه))[٤]، وفي بعض الأحيان لا يعد من الخصم اقراراً بوجود الحق للمدعي بل هناك إقراراً ضمنياً أي ليس بشكلية العلنية المطلقة بل الاقرار يصدر بشكل ضمني وخفي أو تحت ستار تصرفٍ آخر فمثلاً يكون المدعي عاجزاً عن إثبات حقه في الدعوى فيطلب من

---

(١) القاموس المحيط، ج١، ص٢٨٩٠، المنجد المعجم الوسيط، ج١، ص ١٩٠.

(٢) الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج٢، ص٤٢١.

(٣) الدكتور أدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، ص٣٠٧.

(٤) الدكتور احمد نشأت، رسالة الإثبات، ص٤٦٥.

المحكمة تحليف المدعى عليه اليمين الحاسمة لعجزه عن الإثبات فبعد إجراءات صورة وصياغة اليمين فيكون المدعى عليه ناكلاً عن أداء اليمين فهذا التصرف يُعد إقراراً ضمنياً بحق المدعي ولكن بهذه الشكلية ولكن السكوت عن واقعة معينة لا يُعد إقراراً لأن الإقرار يعني الاخبار والسكوت لا يُخبر به أحداً والإقرار كدليل الغير المباشر يكون في بعض الأحيان أمام القضاء أي يجب أن يكون الإقرار أمام القاضي وصادراً من أحد طرفي الدعوى وبهذا الصدد ((الاقرار القضائي هو إعتراف الخصم في الدعوى أثناء نظرها أمام المحكمة بصحة واقعة قانونية متعلقة بها))[١].

ويجب تارة أخرى أن يصدر الاقرار أمام القضاء واثناء نظر الدعوى المتعلقة بالواقعة التي حصل فيها الاقرار وبواقعة تتعلق بالدعوى المنظورة.. وإذا كان الاقرار أمام القضاء ولكن في دعوى أخرى فهذا الإقرار لا يعد إقراراً قضائياً لأن لم يتم في الدعوى موضوعة النزاع والإقرار بل يعتبر إقراراً غير قضائياً، وفي بعض الأحيان هناك إقرار الغير المباشر وهو ((الاقرار غير القضائي هو الذي يقع خارج المحكمة أو أمام المحكمة في غير الدعوى التي أقيمت بالواقعة المقر بها))[٢].

وعلينا أن نتكلم عن واقعة وجود التناقض في الاقرار الذي في أكثرية المحاكم يكون موضوع الجدل أو موضوع مثير في الدعاوى المطروحة والمنظورة أمامها حيث تنص م٦٥ من ق. الأثبات على ذلك. والجدير بالذكر وباختصار هناك ثلاث حالات التي بها يتم رفع التناقض في الاقرار المنطلق من المقر وهي:

١- بقرار من المحكمة.

٢- بتصديق الخصم.

٣- بالتوفيق بين الاقرار بين متناقضين.

أولاً: فمثلاً رجلاً يدعي بأن فلان المرأة هي زوجته إلا ان المدعى عليها أنكرت ذلك ولكن الرجل المدعي يثبت زواجه بحكم قضائي مكتسب الدرجة القطعية وبعد مدة يتوفى المدعي فان الزوجة لها حق الإرث وطلبها فهذا الطلب لا يتم إلا من الزوجة فهنا لا يعتبر الزوجة التي تقر بالزواج متناقضاً مع إنكارها السابق.

---

[١] الدكتور احمد أبو الوفاء، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص١٦٦.

[٢] م٢/٩٥، قانون الإثبات ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

ثانيا: فاذا إدعى المدعي بأن الدين المترتب بذمة المدعى عليه كان عن (البيع) وبعد ذلك عَدَل المدعي وبين بأن سبب الدين هو (القرض) فهذا التناقض إذا صَدَقَه خصمه المدعى عليه بصحته لا يكون هذا تناقضاً.

ثالثاً: فاذا ادعى المدعي بأن الكتاب كان مستعيراً من قبله وبعد ذلك ادعى بأن الكتاب ملكاً له هنا هذا التناقض مانع من سماع الدعوى ولكن بالعكس اذا إدعى المدعي بأن الكتاب مستعيراً من قبله وبعد ذلك اشترى الكتاب فهنا لا يعد تناقضاً بل رفعاً للتناقض بتوفيق بين الإقرارين.

وهنا لزاماً علينا أن نقول بأن المقر له يجب أن يكون موجوداً حقيقة أو حكماً ومعلوماً وفق صدور الاقرار وأن يكون إضافةً لذلك المقر به عملاً مشروعاً والجدير بالذكر علينا أن نتطرق الى هل هناك علاقة ما بين الاقرار والاستجواب، الجواب/ نعم لأن الاستجواب ((هو مناقشة الخصم بالذات في مجلس القضاء وسؤاله عن وقائع معينة))[1]، وعند إجراء وإرهاق الخصم بمناقشته من قبل المحكمة أو الخصم المتقابل للاستحصال على إجابة معينة كلاً أم جزءً وبعد ذلك يعد ذلك إقراراً محسوباً عليه، أما رأي الفقه بهذا الصدد هو إن ((أغلب الخصوم لا يقرون بالحق المدعى به أمام القضاء وحتى اذا أقر بعضهم به فان الاقرار كثيراً ما يأتي مبتسراً أو غامضاً لا يفي بالمراد وإذا استدرج أو أحرج))[2]، بالسؤال والمناقشة يجوز أن يتم استحصال أقرار منه، لذا ما دام الاقرار الدليل الغير المباشر ويعود ملكيته للمدعى عليه، فان المدعى عليه اذا كان لاعباً وخصماً ذكياً يتمكن من الافلات من تقديم الاقرار للمحكمة وذلك بهدف التملص من واقعة معينة والحق المترتب منها، في بعض الأحيان فان المدعى عليه الذكي في التملص والتلاعب يتمكن من الإفلات من إقرار صريح بسيط أن اقر به للمحكمة ولكن المدعى عليه يمارس هذا الحق بزكاوة مطلقة ولكن على حساب ضميره والحقوق المسلوبة من الآخرين لذا لجأ الى تقديم إقراره للمحكمة ولكن بنوع من الأنواع لا يفيد خصمه من ذلك الاقرار ولكي نطلع على ذلك وجب وباختصار ذكر أنواع الاقرار وأيُهما تفيد خصم المدعى عليه وهو المدعي في الدعوى وإن الاقرار ينقسم الى:

(الاقرار البسيط، الاقرار الموصوف، الاقرار المركب).

---

[1] عبدالمنعم فرج الهدة، الاثبات في المواد المدنية، ط٢، القاهرة، ٩٥٥، ص٢٦٠.

[2] أحمد نشأت، ج٢، ص٤٤، بند ٥٢٦.

- الاقرار البسيط هو اعتراف الخصم بما يدعيه المدعي دون تعديل أو الاضافة وغير قابلة للتجزئة كونه يتكون من واقعة واحدة فقط.
- الاقرار الموصوف [هو اعتراف الخصم بما يدعيه المدعي ولكن يقوم المدعى عليه بعد الاقرار باضافة وصف آخر يؤدي الى تعديل الاقرار ويجب أن يكون هذا الوصف موجوداً وقت نشوء الاقرار لا بعد نشوئها من حيث الوقت]، أي يجب أن يكون الوصف المضاف الى الاقرار منشاءً وقت نشوء الالتزام، فمثلاً اذا أقر المدعى عليه بمشغولية ذمته بالمبلغ المدعى به ولكن اضاف الوصف الذي أدى الى تعديل الاقرار يجب أن يكون الوصف منشاءً وقت نشوء الالتزام أي وقت نشوؤهما في آنٍ واحد فمثلاً يقر المدعى عليه بالدين ولكن يعطي الوصف (الأجل، الشرط) حيث إن الاتفاق على هذا الأجل أو هذا الشرط ينشاءان وقت نشوء الالتزام (الدين) وهذه الحالة لا يمكن تجزئتها الى واقعين منفصلتين لكونهما قد انشئا في آنٍ واحد، أما الاقرار المركب حاله حال الاقرار الموصوف إلا ان هناك الفرق ما بين الاقرارين في وقت نشوؤهما ففي اقرار المركب الوصف المعدل للاقرار لا تأتي ولا تنشأ وقت نشوء الالتزام الأصلي المقر به بل تأتي بعد نشوء الالتزام الأصلي ((ففي الاقرار المركب المضاف اليه وهو الواقعة الجديدة الى الاعتراف المقر بها من شأنها التأثير في دلالة الواقعة الأولى))[1] إذن في الاقرار المركب اذا كان الوصف الذي يلي الاقرار الأصلي مرتبط بها ارتباطاً وثيقاً بحيث لا يتصور وجود احداهما دون وجود الآخر فبهذا الشكل لا يمكن تجزئة الاقرارين وعلينا الأخذ به كوحدة واحدة أم لم نأخذ به كوحدة واحدة، بينما اذا كان الاقرار قابلاً للتجزئة فيجوز تجزئتهما وتكليف المدعى عليه باثبات دفعه، والحالة هذه يتصور المرء وجود الواقعة دون الواقعة الأخرى مثلاً المدعي يدعي وجود الدين بذمة المدعى عليه، فيقر المدعى عليه بهذا الدين الذي كان بذمته ولكن دفع وركب وصفاً آخر ألا وهو إبراء المدعي المدعى عليه من الدين، فهذا الاقرار إقراراً مركباً لأن لا يتعدى وجود الابراء بدون وجود ديناً لذا والحالة هذه لا يمكن تجزئتهما واذا ادعى المدعي وجود الدين بذمة المدعى عليه ويقر المدعى عليه بوجود هذا الدين بذمته ولكن دفع بأنه أيضاً لديه ديناً بذمة المدعي وهو يريد مقاصته ففي هذه الحالة يجوز تجزئتهما لعدم تصور وجود الآخر دون الأخرى.

---

[1] دكتور توفيق حسن فرح، ص١٦٨، قواعد الاثبات.

وبعد ذلك علينا أن نناقش قليلاً حول دليل (اليمين) الذي يعد أيضاً أحد الأدلة الغير المباشرة وحق من حقوق الأدلة التي تمس المدعى عليه دون المدعي واليمين من الجانب الفقهي عبارة عن ((إشهاد الله عز وجل على صدق ما يقوله الحالف تقوية لهذا القول وتعزيزاً له وهو عمل ديني ومدني في وقت واحد))[١] وحسب فقهاء المسلمون هناك ثلاث أنواع من اليمين: [يمين غموس، يمين منعقدة، يمين اللغو].

حيث ان اليمين القضائية تنفسم الى نوعين رئيسين حسب قانون الإثبات وهما (يمين حاسمة، يمين متممة)، فان اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى وذلك عند إنكار المدعى عليه دعوى المدعي وعجز المدعي عن الإثبات وتكليفه المحكمة بالإثبات فانه يعلن عجزه او المحكمة يعتبره عاجزاً عن الإثبات فيعطيه حق تحليف خصمه اليمين الحاسمة للمدعى عليه وهو (التحكم الى ضميره لحسم النزاع)، أما اليمين المتممة وهي اليمين التي يأمر المحكمة ومن تلقاء نفسها يوجهها القاضي الى أحد الخصمين لتكملة الدليل الناقص القناعة المقدم من قبله للمحكمة لكي يصبح دليلاً كاملاً يقتنع المحكمة بها، حيث يتضمن قانون الإثبات فصلاً واسعاً وتفصيلاً لهذا الدليل من المادة (١٠٨-١٢٤).

ويجب على القاضي أن يتأكد إبتداءً وبعد بيان عجز المدعي عن إثبات دعواه وطلبه توجيه اليمين الحاسمة للمدعى عليه يجب أن يكون اليمين موجه الى الواقعة المادية والمتصلة بموضوع الدعوى ومؤثراً فيها وأن يكون موضوع اليمين مسألة من مسائل القانون لأن استخلاص حكم قانوني أو تفسير النصوص القانونية من عمل القاضي، ومن جهة أخرى يجب ((الا يكون موضوع اليمين الحاسمة تصرف يشترط فيه القانون شكلاً خاصاً لأن الشكل الواجب للتصرف يعتبر شرطاً لصحته))[٢] ويجب أن توجه اليمين الى المدعى عليه بالذات شخصياً لأن الحلف عبارة عن الاحتكام الى ذمة الشخص ((ولأن النيابة تجري في طلب التحليف ولا تجري في اليمين))[٣] وأن يكون التحليف متعلقاً بشخص من وجهت اليه اليمين لأن اليمين الاحتكام الى ضمير الشخص المحلف اليمين والمدعى عليه أو المدعي

---

[١] دكتور أدهم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، ص٩٧٦، ص٣٤٨.

[٢] الدكتور توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات، ص١٧٧-١٧٨.

[٣] م ١١٢، ١١٧ من ق. الإثبات ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

ذات الأهلية الكاملة، وعند تصوير صيغة اليمين يجب أن يبين فيها الوقائع التي يريد تحليف عنها وأن يؤدي اليمين أمام القضاء ولا يجوز توجيه اليمين أمام محكمة التميز ولا تأجيلها أو إرجاء تحليفها.

حيث نأتي بعد ذلك الى نوع آخر وهو (اليمين المتممة) والتي بأمر من المحكمة تصور الصيغة وتوجه دون موافقة أي الطرفين الى الخصم الذي قدم دليلاً ناقصاً للمحكمة أي الدليل المقدم ليس بدليل الكامل وليس خالياً من الدليل لذا تقرر المحكمة وبعد إتمام وإكمال قناعة المحكمة بذلك يتم توجيه اليمين المتممة وبعد التحليف يكمل الدليل أمام القضاء لإثبات الدعوى أو الدفع المتقابل وهذا النوع من اليمين يجب أن يتوفر فيها العديد من الشروط ومنها:

((أن لا يكون في الدعوى الدليل الكامل، وأن لا تكون الدعوى خالية من الدليل وهناك القرار الصادر من محكمة تميز العراق والذي ينص على ليس للمحكمة أن توجه للمدعي اليمين المتممة وتبني حكمها عليه إذا كانت الدعوى خالياً من أي دليل لعدم تأييد شهود المدعي لدعواه لأن توجيه اليمين المتممة يشترط فيه أن لا يكون في الدعوى دليل كامل أو تخلو من أي دليل وإنما يجب أن تعتبر المدعي عاجزاً عن الإثبات وتمنحه حق تحليف المدعى عليه اليمين))[1]، وعلينا أن نذكر بأن هناك أنواع عديدة من اليمين ومنها [يمين الاستظهار، يمين التقييم، ويمين الاستثباق ويمين النفقة على الزوج الغائب، يمين من تختار نفسها عند البلوغ] وهنا نقول بأن جميع أنواع اليمين ما دام توجه الى المدعى عليه بشكل العام فان الاحتكام الى الضمير لا يتحكم بهذا الضمير عند التحليف إلا المدعى عليه نفسه والمراقب والرقيب هو الله عز وجل وهو بأحكم الحاكمين.

---

[1] قرار محكمة تميز العراق بعدد ١٦٦٨/صاحبه/٩٦٥ في ٩٦٥/١٢/١٣، ج٣، ص١٤٢.

المبحث الثالث

دور القاضي في إثبات الدعوى

ان الدور المحوري المترتب على عاتق القاضي وهو الحكم في ساحة العدالة التي يلاعبون فيها اللاعبون الخصوم فهو الذي يعتبر الأصابع التي يلين مع جميع التصرفات القانونية والوقائع المادية المطروحة على طاولة الدعوى موضوع الترافع ولكن علينا أن نشير الى إن دور القاضي يختلف باختلاف الدليل المقدم للقضاء والتصرف أو الواقعة المراد تقديم الأدلة عليها بغية إثباتها حيث إن التسلط التام والهيمنة الكاملة المتاح للقاضي بحكم القانون للتحري عن الحقيقة وتوجيه الدعوى والسير فيها بجميع الطرق الشتى الممنوحة له بحكم القانون سمح له الابقاء على دوره المحوري في الدعوى، فاذا حس أو أدرك القاضي ومن خلال سلطته الواسعة في تفسير الدعوى وتوجيهها وما يتعلق بالأدلة المطروحة والغير المطروحة من قبل أطراف الدعوى بغية الوصول الى تطبيق سليم للقانون فانه له السلطة أن يجبر الخصم الذي بحوزته الدليل المراد إثبات الحق المدعى به في الدعوى ففي حالة امتناع الخصم من تقديمها للقاضي ممارسة دوره وأعتبار الخصم الممتنع ذلك حجة عليه.

علاوة عن ذلك فالقاضي وحسب قناعته بأن عليه إتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات أن يتخذه عليه ذلك والقانون سمح له ومنحه هذا الحق القانوني وجلب الخصوم أو من يراد الاستماع الى توضيحاته أو إدخاله كخصم بجانب الخصوم بناءً على طلبهم أو استماع الى شهادات الشهود أو واقعة الاستجواب أو اعتبار الخصم عاجزاً وتوجيه اليمين الحاسمة للخصم المقابل أو الأمر بإجراء المعاينة او الالتجاء الى خبراء لتوضيح رؤيته على واقعة معينة ((للقاضي إجراء تحقيقاً مفصلاً في وقائع متصلة بموضوع النزاع يؤدي ثبوتها الى قناعة لثبوت الدعوى كلاً أو بعضاً فقد تنتج هذه التحققات قرائن قضائية تعين المحكمة الى ادراك الحقيقة فتيسر عليها الحكم في الدعوى))[1].

---

[1] منير القاضي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط١، ٩٥٧.

ومع كل ذلك القاضي له الحق ونتيجة للترافع والأدلة المقدمة له وكيفية الدفوعات المقدمة له والدفوعات المتقابلة والإجراءات التي تتخذه عند الترافع عن كل ذلك بامكانه استنتاج واستنباط (القرائن القضائية) التي تساعده الى التقرب الى حقيقة الدعوى والحق المتنازع عليه والتحري الذي يقوم به القاضي وبشكل العلني ودون التستر وبشكل العلني والقاضي عليه أن يمارس دوره الايجابي ويبتعد عن الدور السلبي في الترافع وعليه أن يتخذ من الإجراءات لاستكمال قناعته والتوصل الى الأدلة المقنعة له بغية اصدار حكم عادل والقاضي عليه أن يمكن الأطراف من مناقشة الأدلة التي تقدم من قبل الخصوم حماية لحق الدفاع وليس حتمياً على القاضي أن يتخذ من الأدلة المقدم من قبل الخصوم أساساً لقناعته أو لحكمه كون القاضي هو الذي يسير الدعوى ويوجه بالكيفية المطلوب عليه وفق القانون وعلى القاضي أن يطبق القواعد الموضوعية في الإثبات والأدلة المتقدمة له من قبل الخصوم لأن إذ هذه القواعد قد طبقت بالخطأ يفهم من ذلك إن القاضي لم يفهم ولم يكيف وقائع الدعوى بشكل سليم وبهذا يؤدي الى تطبيق الخاطيء للقانون وحكم غير سليم في الدعوى وبهذا الصدد ((فاذا خالف القاضي القواعد الموضوعية في الإثبات أو اخطأ في تطبيقها أو تأويلها يكون قد أخطأ في فهم وقائع الدعوى من جهة وأخطأ في تطبيق القانون من جهة ومن جهة أخرى ويمتد خطأه الى تكيف الوقائع والى الحكم برمته))[1].

وحيث نناقش في المطالب اللاحقة على حد الأمكان الأدلة المتنوعة والتي تتضمنها قانون الإثبات ودور القاضي فيها ولكن في الدعاوى البدائية تارةً والدعاوى الشرعية تارة أخرى.

---

[1] أحمد أبو الوفا، نظرية الاحكام، ط٢، الأسكندرية، ١٩٦٤، ص٨١.

المطلب الأول

دور القاضي في الدعاوى البدائية

القاضي كالحاكم المطلق في سير الدعوى الذي بيده زمام الأمور وضبط الجلسات عليه دوراً هاماً في الدعاوى البدائية التي وفق وجهة نظري الدعاوى البدائية والقوانين المطبق فيها تعتبر أم الدعاوى ورحم القوانين الأخرى التي تولد منها.

لذا على قاضي البداءة أن يكون ملماً بدعوى المدنية وبقانون الإثبات لاسيما إن الدلائل الواجب تقديمها الى القاضي تختلف باختلاف موضوع الدعوى فاذا كانت الدعوى ذات طابع (التصرف القانوني) فهنا تنحصر أدلة الإثبات بعدد الأدلة (الأدلة الكتابية) باختلاف أنواعها واذا كانت الدعوى من (الوقائع المادية) فتختلف الأدلة باختلاف تلك الوقائع. لذا علينا أن نطلع على دور القاضي في الأدلة الكتابية وتقييمها عند تقديمها الى القاضي عند نظر الدعاوى لأن الأدلة الكتابية هي من أهم الأدلة المملوكة للمدعى عند نظر الدعوى والواجب تقديمها للقاضي، الكتابة سند يجوز لأطراف الدعوى تهيئته قبل القيام بالتصرف القانوني وقبل نشوء النزاع والخصومة، مما يؤدي هذا الدليل الى سرعة الحسم وسرعة إنهاء النزاع والخصومة، فهذا الدليل يمارس من قبل الأطراف وخصوصاً المدعي لحسم التصرفات القانونية ((حيث إن الكتابة والسندات الكتابية يعطي الطمئنينة للأطراف ويحافظ على استقرار المعاملات في المجتمع))[1]، لاسيما ان دور القاضي الاساسي إبتداءً يتمثل بتحقيق عن إجراءات الدعوى وبعد استكمالها القفز الى موضوع الدعوى وكيفية بيان نقاط الخلاف والنزاع ومن ثم بناءً على ذلك تعين وتحديد هل هذه النقاط هي وقائع مادية أم تصرفٍ قانوني، ومن هنا يأتي دوره بتكليف المدعي باثبات الدعوى وتحديده لطرق الإثبات القانونية حسب نقطة الخلاف كما بيناه أعلاه، أي إن الدور الرئيسي والأساسي للقاضي في الإثبات يبلش ويبدأ بمدى إستيعاب القاضي لتلك الإجراءات في الدعوى إبتداءً من شروط الدعوى والتبليغ والى آخره من الخصومة... وبعد ذلك يأتي دوره في التطبيق السليم للنصوص الواجب تطبيقه على نقطة النزاع وهناك العديد من القرارات القضائية بصدد نقض قرارات صادرة من الناحية الشكلية والإجرائية ومن الناحية الموضوعية الخاصة بنصوص

---

[1] آدم وهيب النداوي، شرح قانون الاثبات، ٩٨٦، ص٩٦.

القوانين، الجدير بالذكر فان عدم تطبيق القانون بشكل السليم من الناحيتين الشكلية والموضوعية من صلب مهام القاضي في الإثبات وهنا نذكر العديد من القرارات من كلتا الناحيتين وكالتالي:

((اذا عين يوم للمرافعة في الدعوى الاعتراضية بعد تركها للمراجعة ولم يحضر الطرفان فتقرر المحكمة إبطال الدعوى ولا يجوز لها تركها للمراجعة مرة أخرى كما هي الحالة بالنسبة للدعوى المنظورة وجاهاً))[١]، ((إن لقاضي محكمة الموضوع حق ترجيح البينات ولكن اذا كانت الوقائع قد طال عليها العهد عليه ان يتأكد كونها مستساغة والاذن لأحد الخصوم في الإثبات واقعة بشهادة الشهود يقضي الاذن بخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق))[٢]، ((إن الفسخ يرد على العقود الصحيحة دون العقود الباطلة))[٣].

فاذا هُيئت الكتابة لإثبات الدعوى فتسمى عادة بـ (السند) أو (الورقة) اذ هناك دليلاً كتابياً لا فرق لمن يكون من طرفي الدعوى وهذه الحالة تشمل جميع السندات الكتابية الرسمية والعادية والدفاتر التجارية والأوراق الغير الموقع عليها، فان القاضي بموجب الصلاحية المخولة له بحكم القانون ووفق حكم المادة (١) من قانون الإثبات فله الدور الإيجابي ويلزم بالتحقيق والتحري عن الصحة وصدق السندات ويركز على ذلك الدور الإيجابي لاستكمال قناعته وبامكان القاضي توزين الأدلة والسندات الكتابية المقدمة له في الدعوى لكي يصدر حكماً عادلاً وذلك بناءً على حجية تلك السندات وقيمتها القانونية للإثبات، والقاضي له حق بيان أية شكوك على القيمة القانونية للسند لكي يهدر قيمتها سواءً في حالة الشبهات واقعة التزوير في السند أو صنعه وهذه الشبهات تؤدي الى أن يقرر القاضي باحالة السند الى قاضي التحقيق واستأخار الدعوى لحين نتيجة التحقيق والتريث في الدعوى البدائية والقرار باستأخارها وفي حالة عدم وجود شبهة التزوير يقرر القاضي إيما

---

[١] رقم القرار ١٢٧٦/م٣/١٩٧٤، الجامع لأهم المباديء القانونية لقضاء محكمة تميز العراق، الجزء الأول، القاضي جاسم جزا جافر هورامي.

[٢] رقم القرار (٢١١٢٨/٢٠١٠)، جواهر المباديء القانونية للقضاء، محكمة تميز الاقليم، القاضي جاسم جزا جافر هورامي.

[٣] رقم القرار/٢١/هـ. المدنية/٢٠٠٨، نفس المصدر السابق.

قبول السند واعتباره كدليل للإثبات أو بعكسه هدر قيمته وبيان أسباب ذلك وفي الدفاتر والسندات والميزانية السنوية والحسابات الختامية على القاضي ومن تلقاء نفسه أن يأمر أياً من الخصوم لتقديم دليل الإثبات الذي يكون بحوزته فان إمتنع عن تقديمه جاز إعتبار إمتناعه حجة عليه وذلك لضمان حسن الفصل في الدعوى وفي حالة إنكار الخصم وجود الدليل والسند أو الدفاتر في حوزته على المحكمة تحليفه وذلك عندما لم يتمكن المدعي من إثبات ذلك أي وجود السند والدفاتر بحوزة المدعى عليه، أما إذا يأتي الدور على الدليل الأكثر أهمية في الوقائع الاجتماعية حيث يلتجأ كثير من الناس اللجوء اليه عند قيامهم بالتصرفات اليومية القانونية في حياتهم حيث لا يعلم كثير من الناس الحالات التي يجوز الأخذ بالشهادة في إثبات ما قاموا به في حياتهم، حيث من المعلوم لا يحمي القانون المغفلين والجهل بالقانون لا يسعف من لا يستعمل حقه القانوني في حياته، فان الشهادة كدليل الإثبات ضمن الحالات التي سمحت إثباتها بالشهادة فان القاضي له السلطة التقديرية المطلقة في تقديرها واعتبارها هل كافية للإثبات أم لا؟ لأن قناعة القاضي وحدقه لتلك الشهادة مناط بشخصيته وفهم وإدراك القاضي نفسه، حتى ان القاضي له حق ترجيح شهادة على شهادة أخرى من حيث القوة القانونية وهو حرٌ في ذلك وهذه الصلاحية لا يخضع لرقابة محكمة التميز وحيث من أهم أركان الشهادة التي للقاضي اللجوء اليها وبناء حكمه عليها هو للناحية الموضوعية والشخصية للشاهد حيث يجب أن يكون الشهادة منصبة على الواقعة المراد إثباتها بالشهادة وفق القانون ومن جهة أخرى شخصية الشاهد الواجب توفر ذلك في شهادته وهو علمه بالواقعة التي يشهد عليها سواءً شهادة مباشرة أم غير مباشرة (سماعية) وحيث إن أخلاق الشاهد وسنه وذاكرته وذكائهِ وإدراكه ومن جهة أخرى فان المعاينة والخبرة كدليل الإثبات لهما الصلة المباشرة بالوقائع القانونية والمادية وإن القاضي له الصلاحية في تقدير ما جرى ويجري في تلك المعاينة من الواقع الحال لموقع الذي تجري المحكمة الكشف عليه وكذلك الخبرة التي تلجأ المحكمة الالتجاء اليها لكون بعض الأمور الفنية خارج صلاحية العلم وإدراك المحكمة وبموجب م (١٤٠) من ق. الاثبات للمحكمة أن تتخذ من الخبرة سبباً لحكمها.

المطلب الثاني

دور القاضي في الدعاوى الشرعية

تولدت الدعاوى الشرعية منذ مهد الإسلام وشروع الفقه الإسلامي في تنظيم المجتمع الإسلامي والعلاقة الأسرية بين أفرادها، هنا نتساءل لماذا تم الإرتباط الوثيق ما بين الإسلام وهذه العلاقة الأسرية التي في نهايتها تستنتج الدعاوى الشرعة؟

الجواب لأن المصدرين الرئسيين للفقه الإسلامي هو القرآن الحنيف والسنة النبوية الشريفة حيث فيهما نظمت جميع الأمور الشرعية للنساء وعلاقتها مع الرجال وجميع العلاقات الأسرية والشرعية للإسرة وحتى جميع الأمور المالية للمجتمع، حيث شرعت القضاء الشرعي لهذا الغرض منذ عصر الإسلام والقاضي الأول الذي حُكم في القضاء هو النبي (محمد) ص. عليه وسلم والتاريخ الإسلامي مليء بالأحاديث والتقاضي في ذلك العصر وإنتقل ذلك الى الصحابة الكرماء إذن القاضي له الدور المحوري والمركزي في توجيه أطراف الدعاوى الشرعية الى الاصلاح البين وهذه النية القانونية انتقلت الى عصرنا هذا. حيث أعطى قانون الإثبات ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وفي المادة (١) والمادة (٢) والمادة (٣) و(٤) و(٥) منه الى الصلاحية الواسعة للقاضي لكي وفق القانون يستعمل سلطته لتبسيط الشكلية وتفسير المتطور للنصوص ولوقائع الدعوى واعطاء الأطراف حقهم الشرعي لمناقشة الأدلة والدفاع عن أنفسهم وذلك فقط في الأمور المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية حسب الفقرة (ثانيا/م١١) من ق. الأثبات المرقم أعلاه، بينما ذكر في المادة (١) من قانون الأحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ والمادة/٢/١ منه نصت على ((٢. إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مباديء الشريعة الأكثر ملاءمة لنصوص القانون))[١].

الجدير بالذكر إن الدعاوى الشرعية لا حصر لها من التنوع والشكل من دعاوى (التفريق، تصديق الطلاق، النسب بإثباته أو إلغائه، النفقة، الزواج، الحضانة، استرداده وعكسه، الوصية والميراث، ... الخ).

ابتداءً على القاضي حماية الأسرة من الانهيار والتفكك وحماية الأسرار الأسرية والعائلية التي تترسخ عندما المشاكل يبرز الى السطح ويضل مكاناً عالياً في حياة أطرافها وبدلاً من

---

[١] ق. الأحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

المحبة والسامح الأسري يكون الحقد والانتقام وكشف الأسرار وتلفيق صور غير مستحبة وقصص وهمية التي تؤدي الى تقديم دفوعات لا بأس بها في سير الدعاوى لذا القانون ((قانون الأحوال الشخصية المرقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ وفي المادة (٤١) منه أعطى الصلاحية للقاضي بإجراء التحقيق في أسباب الخلاف، فاذا ثبت لها... يسعى القاضي والمحكمة الى اصلاح ذات البين))[١] بغية قيام قوائم وحدة الأسرة قائماً ومتيناً وقوياً في المجتمع، لذا أبتداءً على القاضي ممارسة صلاحياته الخاصة بالإثبات، في أول الوهلة عليه ثبوت الزوجية بين الطرفين بسند عقد الزواج الرسمي، وبعكسه على القاضي تكليف المدعي في الدعوى إثبات الزوجية ومن ثم اللجوء الى المرحلة الثانية وهي الخلاف أو الطلاق وعلى القاضي بعكس الدعاوى البدائية ومن خلال سلطته الواسعة أن لا يقيد ولا يضيق الأطراف من تقديم أدلتهم أو إفساح المجال لهم لا بأس به لذلك ولكن في العمق بهدف منح المدة تحت هذه المسمى بغية اصلاح بينهما وإعطاء الدور الكافي للأقارب والمصلحين من قيام دورهم في ذلك واذا رأت المحكمة إن المدة الكافية لم تأتي بنتيجة تذكر وتستمر في سير الدعوى ويكلف المدعي بتقديم جميع بينته الثبوتية لذلك والجدير بالذكر علاوة عن المستندات الرسمية كعقد الزواج أو مخاطبات الدوائر الرسمية ومراكز أعضاء الضبط القضائي (مراكز الشرطة) واللجان الطبية المعنية، كدلائل أو القرائن لإثبات الإدعاء أو الدفوع المقابلة، فان أكثرية وأشع الدليل في الدعاوى الشرعية هي الشهادة، حيث تلجأ المدعي اليها والمدعى عليه أيضاً فهنا يأتي الدور الهام والرئيسي للقاضي في هذا المجال، حيث اي الشهادة هي الأدلة المباشرة للمدعي والتي تقع وتتصل بالواقعة المادية مباشرة ولكن المدعى عليه وبموجب (م ٨٠) من ق. الإثبات جاز للخصم الآخر احضار شهوده لتفنيد شهود المدعي وذلك لرد الدعوى.

حيث نصت م ٨٢ من ق. الإثبات على ((لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية ولها أن ترجح شهادة على أخرى وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى وعلى أن تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة))[٢]، هنا نستنتج بأن القاضي له الدور المحوري في تقدير الشهادة وقيمتها القانونية من حيث الموضوع وشخصية الشاهد وله صلاحية الأخذ بشهادة شاهد واحد وتكملة الدليل الناقص بيمين المتمم الموجه تلقائياً من قبل المحكمة الى الطرف الذي حضر الشاهد المأخوذ أقواله وله السلطة المطلقة بعدم أخذ الشهادة

---

[١] قانون الأحوال الشخصية ١٨٨ لسنة ١٩٥٩/م٤١، ٢.

[٢] ق. الإثبات ١٠٧ لسنة ١٩٧٨.

من الناحية الموضوعية وإعتبار المدعي عاجزاً عن الإثبات وإعطاء المدعي حق توجيه اليمين الحاسمة الى المدعى عليه وله الحق في ترجيح شهادة طرف على شهادة الطرف الآخر، لذا نصل الى إن القاضي له الهيمنة التامة على الدعوى والوصول الى الحقيقة لا سيما إطمئنان المحكمة والقاضي الى أن يكون الشهادة واقعة على الوقائع القانونية موضوعة الدعوى ((ويشترط في موضوع الشهادة ما شترط في موضوع الإثبات بأي دليل آخر أي أن يكون واقعة قانونية معنية متنازعاً فيها متعلقة بالدعوى منتجة فيها وممكناً إثباتها مع جوازه))[١].

وعلى القاضي أن يقيم الشاهد من الناحية الشخصية والعوامل التي تقيم فيه شخصية الشاهد من قبل القاضي لا ينحصر في سن الشهود ومركزهم الأدبي أو العلمي أو غير ذلك من الشروط وعلى القاضي بيان ترجيح شاهد على شاهدٍ آخر، لأن كل ذلك تقع ضمن الصلاحية الواسعة للقاضي في توجيه الدعوى والاستحصال على الأدلة الكافية لتكوين قناعة المحكمة وعلى القاضي التحقيق والتنبيه الى ان الشاهد لا يجوز أن يكون مدعياً و ((لا تقبل شهادة أحد لنفسه حيث ليس للشخص أن يصنع الدليل لذاته))[٢]، حيث أيدت الفقه القضائي هذا الاتجاه ((اذا شهد الشهود بخلاف الادعاء فلا يصح رد الدعوى بحجة تناقض الشهادة مع الإدعاء بل يلزم اعتبار المدعي عاجزاً عن الإثبات ومنحه حق تحليف خصمه اليمين))[٣]، وكما يقال ((صفوة ما تقدم: إن الشهادة تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات للتحري عن الحقيقة وإن القاضي غير ملزم متى اتفقت الشهادات أي يحكم في إثبات الدعوى لأن مطابقة شهادة الشهود تطابقاً تاما في اللفظ وفي المعنى مما قد يدل على تصنيع الشهادة وزورها ولهذا كان للقاضي مطلق الحرية في الأخذ بها أو إهمالها حسبما يترأى له بلا معقب عليه من محكمة التميز، لانه هو الذي يقدرها ويزنها وعما إذا كانت مفيدة في الإثبات أم لا وهو الذي يرجح بعض الأقوال على البعض الآخر فان شاء حكم بمقتضاها وإن شاء أمر بتحقيق تكميلي اذا وجد من الظروف ما يستدعيه وإن شاء عدل عنها وتركها مسترشداً بظروف الواقعة وقرائن الأحوال وحالة الشهود النفسية ومركزهم الأدبي وسنهم وغير ذلك، غير مقيد الا بقناعته ووجدانه من دون اعتبار لعدد الشهود أو أي أمر آخر الا وجوب مراعاة الإثبات فيها))[٤].

---

[١] الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، شيت خطاب، ص ٢٤٧.

[٢] قواعد المرافعات في القانون الأهلي، محمد العشماوي، ص٣٢٣، بند ٤٦١.

[٣] قضاء محكمة تميز العراق، المجلد الثالث، ص٣١١، رقم القرار ٣٥/شرعية/٦٥ في ١٩٦٥/٦/٨.

[٤] التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، المحامي محمد علي الصوري، ج٢، ص٨٣٠.

الختام والنتيجة:

نتيجةً لكل ما قدرنا عليه وسخرناه بشكل المتواضع في ه ذا البحـــث القـــصير فـــان النقطـة الجوهريـة والمركزيـة هـي دور القاضـي الأساسـي والمهيمن علـى القضاء وقت سير الدعوى وهو السلطان ولكن ضمن إيطار القانون وبالأخص ق. السلطة القضائية والإثبات والمرافعات والأحوال لأن لا سلطان على القضاء والقضاة لغير القانون.

هنا نستنبط بأن دور القاضـي ليس بوحده مهماً للعدالـة وتحقيقها بل دوره يعتبر من وجهة نظر الخصوم والأطراف الأخرى في الدعوى هو صمام الأمان لعدم إفساح المجال الى أي من الطرفين التلاعب بما يريده أو تصنيع الأدلـة لنفسه أو التلاعب بالوقت والتماطل بجلسات المرافعة بغية كسب الوقت مما يؤدي حسب وجهة نظره الى إخناق وإخفاق الحق المتنازع عليه بين أطراف الدعوى لأن القاضـي بدوره الإيجابي والسلبي هو التوازن المراد تحقيقه في سير الدعوى من قبل القاضي وهو المطلوب أو القضاء المطلوب من قبل الناس لأن السلطة الواسعة للقاضي من توجيه الأدلة وسير وتوجيه الدعوى بالشكل السلس وحسب ما مرسوم في القانون والتحري المستمر عن الوقائع بغية إستكمال القناعة له والثقافة القانونية والاطلاع القانوني المستمر له بغية إتباع التفسير المنفتح والمتطور للقانون يؤدي به الى تحقيق الحكم العادل من قبلهِ حيث إن كل ذلك يؤدي الى تبسيط الشكلية دون المساس بأصل الحق، لذا فان هذا الدور المحوري للقاضي يجب ان تعزز بالمقومات والأسس القانونية المستمدة من الدستور ومن القوانين الأخرى التشريعية وإجراء مؤتمرات قانونية تنظم من قبل السلطة القضائية والأسرة القضائية لدعم هذا الدور المحوري والمركزي للقاضي وحماية هذه الوظيفة من العبث والدور السلبي الذي للمجتمع والأطراف دوراً أساسياً في تنشيطه وتنضيجه وممارسته عند السير والترافع في الدعوى وعلينا أن نشير بأن دور القاضي في الدعاوى بشكل العام وخصوصاً في الدعوى البدائية والشرعية مهم جداً وللغاية لاسيما دوره الإيجابي في فض النزاع القائم وإن السلطة التقديرية للقاضي الذي يعتمد باسناد القانوني يؤدي ذلك الى التوازن في النظام القانوني القائم والعكس صحيح أيضاً.

لذا فان السؤال المراد جوابه ألا وهو الدور المحوري للقاضي في سير الدعوى وتوجيهها ضروري ومهم أم لا؟

فان البحث المتواضع يرد على هذا السؤال بأن القاضي هو المانع الجامع لجميع الشبهات والشكوك المناط في مخيلة أطراف الدعوى من جميع الوجوه لأن تقوية هذا الدور وشخصية القاضي من جميع مجالات الحياة له إيجابياتها في تقوية الدور للقاضي في الدعاوى بشكل العام، وكل ذلك يتطلب الدعم القانوني من السلطة القضائية وإتحاد القضاة ونتمنى ذلك... لكي نتمنى أن يكون القضاة الثلاث إثنتان منهم في النار وثالثهم في الجنة كقول رسول الله (القضاة ثلاثة، إثنتان في النار وواحد في الجنة، رجل عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، رجل عرف الحق فلم يقضِ به وجار في الحكم فهو في النار ورجل لم يعرف الحق فقضى للناس على جهلٍ فهو في النار)[١].

وفي نهاية المطاف نقول ونكرر قول رب العالمين التعالي بلفظه الجلال بقوله (أليس الله بأحكم الحاكمين)[٢].

---

[١] صحيح البخاري.

[٢] صورة التين، الآية (٧).

المصادر:

أولاً: المصادر الشرعية:

* القرآن الكريم:

١- سورة يونس، الآية (٦) مكية.

٢- سورة النساء، الآية (٥٨).

٣- سورة الحديد، الآية (٢٥).

٤- سورة التين، الآية (٧).

* الحديث النبوي الشرف:

١- صحيح البخاري.

ثانيا:

١- دور القاضي في إثبات الدعوى المدنية، القاضي أحمد عزيز جايد الخيون، الطبعة/١ لسنة ٢٠١١.

٢- الأسباب الموجبة لقانون الإثبات العراقي المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٣- الدكتور محمد الزحيلي في رسالته وسائل الإثبات.

٤- مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد ٢٠٠٢/١/١٦.

٥- السنهوري، موجز الإلتزامات، بند ٦١٤، ص٦٤٥.

٦- محمد سعيد المحاسني، شرح المجلة، ج١، ص٣١، ٦٦ حسين المؤذن، نظرية الثبات، القواعد العامة والأقرار واليمين.

٧- القاضي صلاح بن خميس الغامدي، قاضي بوزارة العدل السعوية، طرق الإثبات في الفقه الإسلامي.

٨- التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات، الجزء الأول، المحامي محمد علي الصوري.

٩- داوه ابن حيان، وأخرجه البيهقي.

١٠- عابد فايد عبدالفتاح فايد، نظام الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، القاهرة، ص٦.

١١- تاريخ القانون، التاريخ العام للقانون وتاريخ القانوبن العراقي، الدكتور هاشم الحافظ، الطبعة الثانية، مزيدة ومنقحة، ١٩٦٧.
١٢- مسؤولية القاضي المدنية عن أعمال وظيفته، المستشار القانوني سمكو اسعد أدهم.
١٣- ادور عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، ص٢٥، الدكتور أدهم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، ص٥٥-٥٨.
١٤- شرح مجلة الأحكام العدلية، علي حيدر، ج١، ص٣٢، شرح المجلة، منير القاضي.
١٥- الوسيط، ج١، ص١، بند١، ص٤٨، السنهوري، التعليق على الإثبات.
١٦- التعليق على نصوص الإثبات، الدكتور احمد أبو الوفا، ص١٣، قواعد الإثبات.
١٧- المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، التقنين المدني الجديد، الدكتور محمد علي عرفة، ص٢٠.
١٨- الدكتور رزق الله انطاكي، الوجيز في أصول المحاكمات، ص٣٨٣، نقلاً عن عبدالرحمن العلام، شروط المرافعات المدنية.
١٩- السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد، ص٣٥-٤٨٠.
٢٠- القاموس المحيط، ج١، ص٢٨٠، المجلد المعجم الوسيط، ج٢، ص١٩٠.
٢١- الدكتور احمد نشأت، رسالة الإثبات، ص ٤٦٥.
٢٢- عبدالمنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، ط٢، القاهرة، ص٩٥٢-ص٢٦٠.
٢٣- الدكتور توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ص١٦٧.
٢٤- منير القاضي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ١٩٥٧.
٢٥- الدكتور احمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، ط٢، الأسكندرية، ١٩٦٤، ص٨١.
٢٦- شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، ص٢٤٧.
٢٧- محمد العشماوي، قواعد المرافعات في القانون الأهلي، ص٣٢٣، بند٤٦١.
٢٨- القاضي جاسم جزا جافر هورامي، الجامع لأهم المباديء وجواهر المباديء القانونية لقضاء محكمة التميز في العراق والاقليم.

ثالثاً: المتون القانونية:

١- قانون المدني العراقي المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

٢- قانون الإثبات المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٣- قانون الأحوال الشخصية المرقم ١٨٨ بلسنة ١٩٥٩.

رابعاً: القرارات القضائية:

١- القرار المرقم (٤١١/شخصية/٨١ في ٩٨١/١١/٢٥) / محكمة تميز العراق / القرار لم ينشر.

٢- القرار المرقم (١٤٢/شخصية/٧٥ في ٩٧٥/٥/٢١)

٣- القرار المرقم (٨٨٠/حقوقية ٧١/٢ في ٩٧١/٦/٢٧).

٤- القرار المرقم (هـ. موسعة/٢٢١ و ٩٨١/٤٦١) في ٩٨١/٧/٢٥ و ٩٨١/١٠/٣٠

٥- القرار المرقم (١٦٦٨/صاحبه/٩٦٥) في ٩٦٥/٢/١٣، ج٣، ص١٤٢.

٦- القرار المرقم (٣٥/شرعية/٦٥) في ١٩٦٥/٦/٩، مجلد ٣، ص ٣١١.

٧- القرار المرقم (٢٢٦٣/حقوقية/٦٢ في ١٩٦٣/٤/١٦).

خامساً: المأخوذ من شبكة المعلومات العالمية (أنترنيت):

١- https://m.facebook.com.photos

تأييد المشرف

إني القاضي (كمال رضا أحمد) المشرف على بحث القاضي السيد (سوران عمر عزيز محوي) بعنوان ((دور القاضي وطرق الإثبات في الدعاوى البدائية والشرعية))، أؤيد بأن البحث تم كتابته تحت إشرافي واعتمد الباحث الأسلوب العلمي والأمانة العلمية في كتابة بحثه والإلتزام بالارشادات والتوجيهات التي قدمت له أثناء كتابة البحث ولأجلهِ وقعت أدناه.

المشرف

القاضي: كمال رضا أحمد

قاضي محكمة البداءة/٢