

المقدمة

أهمية الموضوع :-

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على رسول الهدى والمحبة الى الخلق اجمعين وعلى اله وصحبه الكرام اجمعين وبعد.

ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى رجال اموال قوم ودماءهم، لكن البينة على المدعي، واليمين على من انكر). (1)

ان هذا الحديث يحث الى بيان المدعي والمدعى عليه وهو اساس الاثبات ويبين بان اليمين وسيلة من وسائل الاثبات وان اليمين الحاسمة وما ينطوي تحت لوائها فهي ملك الخصوم وهدمهم ولا يملك سواهم حق توجيهها وعند طلب توجيهها فان المحكمة ملزمة بتوجيهها، واليمين المتممة وبعض صورها يمين المحكمة الجوازية لها توجيهها وغير ملزم بنتيجتها، وبعض صور اليمين المتممة هي يمين المحكمة الوجوبية عليها توجيهها عند توفر شروطها وملزم بنتيجتها، ونصت المادة 1746 من المجلة (... ولكن يحلف من قبل الحاكم في أربعة مواضع بلا طلب. الاول اذا ادعى واحد على تركه حقا وأثبتته، فيحلفه الحاكم بانه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه ولا ابراه منه ولا أحاله به على غيره ولا أوفاه أحد وليس للميت بهذا الحق رهن، ويقال لهذا يمين الاستظهار. الثاني اذا استحق رجل مالا واثبت دعواه، حلفه الحاكم بانه لم يبيع هذا المال ولم يهبه لاحد ولم يخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه. الثالث اذا اراد المشتري رد المبيع لعيبه، حلفه الحاكم بانه بعد اطلاعه على العيب لم يرض به قولاً أو دلالة كتصرفه تصرف الملاك على ما ذكر في مادة 344. الرابع تحلف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بانه لم يبطل شفيعته، يعني لم يسقط حق شفيعته بوجه من الوجوه). ويضيف الاستاذ سليم باز في شرحه لهذه المادة ما يأتي (ويستحلف ايضا بلا طلب الخصم في مسألة خامسة، وهي اذا طلبت المرأة فرض النفقة على زوجها الغائب، تستحلف انه لم يطلقها زوجها ولم يترك لها شيئاً ولا اعطاها النفقة، وهذا على قول ابي يوسف المفتي به (تكملة عن البحر)). (2) والايامان المذكورة هي موضوع بحثنا لذا فضلت أن أبحث هذا الموضوع والمسمى اليمين الوجوبية للمحكمة في القوانين العراقية دراسة تحليلية تطبيقية، ونسأل الباري أن يوفقنا في هذا الجهد فهو نعم المولى ونعم النصير.

مشكلة البحث :-

تكمن مشكلة هذا البحث في ان المشرع العراقي لم يبحث هذا الموضوع ضمن قانون واحد وانما بحثه ضمن قوانين متفرقة، فكان البحث يتطلب الدراسة والدراسة في اكثر من قانون.

اسباب اختيار الموضوع :-

يعد السبب في اختيار هذا الموضوع للبحث والدراسة الى جمع انواع اليمين الوجوبية في بحث واحد بحيث يسهل الرجوع اليها.

هيكلية البحث :-

ومن اجل تقديم الموضوع فقد تم تقسيمه الى مبحثين سوف نتناول في المبحث الأول اليمين الوجوبية في القوانين الاجرائية وذلك في مطلبين نخصص المطلب الأول لبيان اليمين الوجوبية في قانون الاثبات وفي المطلب الثاني نتطرق الى اليمين الوجوبية في قانون المرافعات المدنية.

أما في المبحث الثاني نتناول فيه اليمين الوجوبية في القوانين الموضوعية في مطلبين أيضاً، نخصص المطلب الأول لليمين الوجوبية في القانون المدني، وفي المطلب الثاني نتطرق الى اليمين الوجوبية في قانون الاحوال الشخصية.

ونختتم البحث بخاتمة نبين فيه كل ما توصلنا اليها من الإستنتاجات والمقترحات.

الباحث

1- رواه ابن ماجه، ج2، ص401، الحديث رقم 2321.

2- نقلا عن حاشية صفحة 592 من الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الامتياز بوجه عام للعلامة السنهوري.

المبحث الأول اليمين الوجوبية في القوانين الاجرائية

اشتهر لفظ اليمين في اللغة على معنيين :-

المعنى الاول :- اليد اليمنى كقوله تعالى (وما تلك بيمينك يا موسى) وانتقل هذا الى الحلف لأنهم اذا حلفوا وضع احدى يمينه في يمين صاحبه.

المعنى الثاني :- القوة كقوله تعالى (ولو تقول علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه باليمين) اي القوة، وقوله تعالى (والسموات منطويات بيمينه) اي بقوته، وقد سميت احدى اليدين يمين لزيادة قوتها بالنسبة الى الأخرى، وسمي الحلف يمينا لأفادة القوة على المحلوف عليه.(3)

اليمين بوجه عام :-

اليمين قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق مايقول أو على انجاز مايعد، يستنزل عقابه اذا ماحنث.

ويستخلص من هذا التعريف امران :-

1- لاتعتبر اليمين عملاً مدنياً فحسب، بل هو ايضاً عمل ديني فالحالف انما يستشهد الله، ويستنزل عقابه. ولايكفي ان يؤكد الانسان صدق قوله أو وعده لتكون حالفاً، مادام لم يستشهد الله على ذلك، وتكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف : (أحلف) - المادة 108/أولاً من قانون الاثبات.

2- تكون اليمين اما لتوكيد قول أو لتوكيد وعد، فاليمين لتوكيد قول هي اليمين التي تؤدي لتوكيد صدق الحالف فيما يقرره، واليمين لتوكيد وعد هي اليمين التي تؤدي لتوكيد انجاز وعد اخذه الحالف على نفسه، مثل ذلك اليمين التي يحلفها القضاة واعضاء الادعاء العام والخبراء والشهود وبعض الموظفين (كموظفي السلك الدبلوماسي والقنصلي) على أن يؤديوا أعمالهم بالأمانة والصدق أو مايقروا الحق فيما يشهدون.(4)

ولبيان اليمين الوجوبية في القوانين الاجرائية نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الأول اليمين الوجوبية في قانون الاثبات أما في المطلب الثاني نتطرق الى اليمين الوجوبية في قانون المرافعات المدنية.

المطلب الأول اليمين الوجوبية في قانون الاثبات

ان المشرع العراقي أشار في المادة (124) من قانون الاثبات رقم (107) لسنة 1979 المعدل الى اليمين الوجوبية لمن يدعى حقاً في التركة وعلى من يدعي استحقاق مال و للمشتري الذي يرد المبيع لعيب و نتناول كل هذه الحالات ضمن فروع مستقبلية وبالشكل التالي :-

3- مالك جابر حميدي الخزاعي، حجية اليمين في الدعوى المدنية، رسالة الماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1988، ص (11).

4- عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، الطبعة الثالثة الجديدة ج 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص (514).

الفرع الاول -/ يمين الاستظهار

وهي اذا ادعى احد على تركة الميت حقا واثبته بالبينة فيحلفه القاضي على انه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ما، ولا ابراه ولا أحاله على غيره، ولا أوفى من قبل أحد كلا أو قسما، وليس للميت في مقابل هذا الحق رهن. و بحكم الميت الغائب والمفقود ايضا. (5)

ويعد يمين الاستظهار صورة من اليمين المتممة، لانها تعزز دليلا غير كامل في الدعوى، ويجب على المحكمة توجيهها وان لم يطلبها الورثة، فقد نصت المادة 124/أولا من قانون الاثبات على يمين الاستظهار (تحلف المحكمة، من تلقاء نفسها، من ادعى حقا في التركة وأثبتته، يمينا على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه، ولا بغيره من المتوفي ولا ابراه ولا أحاله المتوفي على غيره، ولا أستوفى دينه من الغير، وليس للمتوفي في مقابل هذا الحق دين أو رهن لديه) ونصت المادة (37/أولا) من قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 (على المنفذ العدل تحليف الدائن يمين الاستظهار من تلقاء نفسه في حالة وفاة المدين) وتخص هذه اليمين تركة المتوفي أو من في حكمه كالمفقود والغائب لانه متى ترك المتوفي أموالا في أيدي الورثة تسمع الدعوى عليه ولكنها لا تثبت الا بالبينة ويمين المدعي معا وتوجه هذه اليمين الى المدعي في الدعوى المقامة على التركة لا في الدعوى المقامة اضافة للتركة. ويجب على القاضي توجيه يمين الاستظهار حتى ولو لم يطلب الورثة توجيهها، فاذا حلفها المدعي كسب دعواه، واذا نكل عنها خسر الدعوى. ومن شروط توجيه هذه اليمين أن يثبت المدعي دعواه وأن يكون الاثبات بالبينة التحريرية أو الشخصية حسب مقتضى الحال، واذا أقر الورثة وكانوا بالغين فلا توجه يمين الاستظهار للدائن واذا كانت الدعوى مقامة على تركة متوفي وكان بين الورثة قاصر، فعلى المحكمة اجراء عملية التطبيق بمعرفة خبراء مختصين وعليها قبل الحكم بالمبلغ المطالب به تحليف المدعي بيمين الاستظهار، المقررة في المادة 124/أولا اثبات، واذا توفي احد المدعى عليهم اثناء المرافعة وكان النزاع متعلقا بحق في التركة فعلى المحكمة تحليف المدعي يمين الاستظهار. (6)

ويتعين على القاضي ان يوجهها من تلقاء نفسه الى من ادعى لديه بحق في تركة ميت وأقام البينة على دعواه، فرعاية لحق الميت لايجوز للقاضي أن يحكم للمدعي بمجرد اقامته البينة بعد موت خصمه الحقيقي، الذي يفرض فيه أنه كان أقدر من غيره على مواجهة تلك البينة وتفنيدها، وهذه اليمين لا بد منها، ولو كان الميت قد أقر بالدين في مرض موته أو أبى الورثة تحليف الدائن، لأنها حق الميت وهو كحق الله يجري فيه التحليف من غير طلب، ومن شروط توجيه هذه اليمين أن يكون اثبات الحق موضوع الدعوى قد جرى بالكتابة أو بشهادة الشهود، وعلى ذلك فلو أقر الوارث أو نكل عن اليمين فلا يحلف الدائن، الا اذا كانت التركة مستغرقة بالدين ولم يصدقه الغرماء، وكذلك توجه يمين الاستظهار- على راجح الاقوال - الى المدين الذي اثبت وفاء الدين الذي عليه للميت. (7)

وهذه الحقوق المذكورة في النص تجتمع في أنها تنطوي على شيء من الخفاء فمن يدعي في التركة حقا، ومعه الدليل الذي يثبت هذا الحق، لا يواجه خصمه الحقيقي، وهو الميت، ليبيد هذا ماعنده من دفوع لهذا الحق، والورثة قد يجهلون هذه الدفوع أو يجهلون بعضها. لذلك عندما يقيم المدعي الدليل

5- حسين المؤمن، نظرية الاثبات، منشورات مكتبة المثنى ببغداد، الجزء الاول، ص (183)، والمصادر المشار اليها في المرجع المذكور.

6- الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، شرح قانون الاثبات، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص(279)، والمصادر المشار اليها في المرجع المذكور.

7- الدكتور سليمان مرقس، من طرق الاثبات الاقرار و اليمين و اجراءاتهما، المطبعة العالمية، القاهرة، 1970، ص (208). ومابعدها، والمصادر المشار اليها في المرجع المذكور.

على حقه في التركة، يعتبر القانون هذا الدليل غير كامل، ويجب تعزيزه بيمين متممة هي يمين الاستظهار، ويمين الاستظهار في الاحوال المنصوص عليها انما هي، كما نراها، يمين متممة، ولكنها يمين متممة لها خصائص يمين الاستيثاق : فهي يمين اجبارية، يوجهها القاضي الى الخصم بالذات يعينه القانون، واذا حلفها الخصم كسب حتما دعواه. (8)

ولا يحلف المدعي يمين الاستظهار اذا اقام دعواه على كفيل الميت لان المدعى عليه ليس بتركة ميت، كذلك لا توجه هذه اليمين الى المدين اذا اثبت وفاء ماعليه من الدين الى الميت حال حياته (عكس ماذهب اليه سليمان مرقس كما ذكرناه اعلاه)، واذا لم يكن للمدعي غير شاهد واحد (84 اثبات) حلفه القاضي مرتين، مرة اليمين المتممة واخرى يمين الاستظهار، ويحلف المدعي، يمين الاستظهار، مرة واحدة ولو كان ورثة المدين اكثر من واحد، حيث لايلزم الحلف لكل واحد منهم، اما اذا اقام الدعوى ورثة المتوفي الدائن فان يمين واحدة منهم لا تكفي عن الباقيين، بل يلزم كل واحد على مقدار سهمه، هذا ويجوز تحليف اليمين بغياب المدعى عليه وبحضور الوكيل المخول (المادة 119/خامسا) من هذا القانون. (9)

وبغية اغناء هذه الفقرة من البحث وبيان ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز العراق واقليم كوردستان - العراق بهذا الصدد نورد القرارات التمييزية ادناه : -

اولا - رقم القرار : 808 /مدنية ثالثة /1974

تاريخ القرار : 1974/10/2

- لا يحلف المدعي يمين الاستظهار عند مطالبته بمصاريف دفن الميت واقامة الفاتحة عليه لترتب الدين على التركة بعد الوفاة وعدم ترتبه بذمة المتوفي -

لدى التدقيق والمداولة - وجد ان دفع المميز بعدم تحليف المحكمة المميز عليها يمين الاستظهار وفقا للمادة 1/484 مدني (النافذ في حينه) غير وارد اذ ان المبلغ المدعى به هو عن مصاريف تجهيز المتوفي ودفنه واقامة مراسيم الفاتحة وغيرها وهذا الدين قد نشأ بعد وفاة المتوفي المذكور ولم يكن ناشئا اثناء حياته لتحلف المميز عليها على انها لم تستوف هذا الحق من الميت او ان الميت قد ابرأها منه او احوالها على الغير او اعطاها رهنا في مقابلة هذا الحق لذا فلا ترد في هذه الحالة يمين الاستظهار لان مثل هذه الحقوق تنشأ بعد وفاة المورث وان كانت متعلقة بتركته حسب الاحكام الشرعية اما دفع المميز بكون المميز عليها قد طلبت بطلبها المؤرخ 1972/8/28 صرف مبلغ 291,935 دينارا من مصاريف الفاتحة ورفضت محكمة تحرير التركات طلبها وان محكمة الصلح قد حكمت لها بمبلغ 449,5 دينارا وهو اكثر من طلب المميز عليها فهو دفع غير وارد ايضا ذلك لان طلب المميز عليها بمبلغ 291,935 دينارا كان منحصرا بمصاريف الفاتحة فقط اما طلبها في هذه الدعوى فقد اضيفت اليه مصاريف اخرى كالتجهيز والدفن وغيره لذا فلا تكون المحكمة قد حكمت باكثر من الطلب المدعى به وتكون الاعتراضات التمييزية غير واردة و يكون الحكم المميز موافقا للقانون قرر تصديقه. (10)

8- عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج2 نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص (592) ومابعدھا، والمصادر المشار اليھا في المرجع المذكور.

9- محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، مطبعة شفيق بغداد ج3، 1983، ص (1213)، والمصادر المشار اليھا في المرجع المذكور.

10- محمد علي الصوري، المصدر نفسه، ص (1213).

ثانيا - رقم القرار : 356/مدنية رابعة/1973

تاريخ القرار : 1973/4/23

- يمين الاستظهار توجه للمدعي في الدعوى المقامة على التركة لا في الدعوى المقامة اضافة للتركة - لدى التدقيق والمداولة - وجد ان المميز كان قد طلب في الجلسة المؤرخة 1972/12/26 تحليف الورثة الاخرين (م) و (ز) اخوة المعترض عليه، وحيث ان المعترض عليه اقام الدعوى اضافة للتركة فهو نائب عن الورثة وكان على المحكمة احضار المذكورين وتوجيه يمين عدم العلم اليهم بشأن دفع المميز بتسديد المبلغ المدعى به الى مورثهم ولا مورد لتحليف المدعي - المعترض عليه - يمين الاستظهار التي وجهتها المحكمة اليه لان هذه اليمين توجه للمدعي في الدعوى المقامة على التركة وليست الدعوى التي تقام اضافة للتركة واذا غفلت المحكمة ما تقدم مما اخل بصحة حكمها المميز لذلك قرر نقضه ... (11)

ثالثا - رقم القرار : 2023/حقوقية/1965

تاريخ القرار : 1965/8/5

- اذا صدر الحكم على المدعى عليهم اضافة لتركة مورثهم وجب تحليف المدعي المحكوم له يمين الاستظهار -

لدى التدقيق والمداولة - تبين ان المحكمة قد صدرت الحكم المميز على المميزين اضافة لتركة مورثهم المدعو (ع.ا) دون ان تحلف المميز عليهم - المدعين - يمين الاستظهار حسب الفقرة الاولى من المادة 484 مدني (النافذ في حينه). لذا قرر نقض الحكم المميز للسبب المذكور. (12)

رابعا - رقم القرار : 1722/حقوقية/1965

تاريخ القرار : 1965/11/17

- اذا كانت الدعوى مقامة بحق على التركة فتحلف المحكمة من تلقاء نفسها المثبت لهذا، يمين الاستظهار مادة 484 مدني (النافذ في حينه) -

لدى التدقيق والمداولة - تبين ان المحكمة قد حكمت بالمبلغ المدعى به دون ان تحلف المحكوم له يمين الاستظهار حسب احكام المادة 484 مدني (النافذ في حينه) باعتبار ان الدعوى مقامة بحق على التركة وحيث ان عدم ملاحظة ذلك مما اخل بصحة الحكم المميز قرر نقضه. (13)

خامسا - رقم القرار : 462/شرعية/1964

تاريخ القرار : 1964/10/14

- يلزم تحليف الزوجة يمين الاستظهار عند الحكم لها بالمهر على تركة زوجها المتوفي - لدى التدقيق والمداولة - وجد ان المحكمة اصدرت الحكم بالمهر المؤجل للمدعية اضافة لتركة زوجها المتوفي (أ) دون ان تحلف المدعية يمين الاستظهار وهذا غير صحيح لذا قرر نقض الحكم. (14)

11- محمد علي الصوري، المصدر السابق، ص (1215).

12- محمد علي الصوري، المصدر نفسه، ص (1215).

13- محمد علي الصوري، المصدر نفسه، ص (1215).

14- محمد علي الصوري، المصدر نفسه، ص (1216).

سادسا - رقم القرار : 1324/حقوقية/1963

تاريخ القرار : 1963/11/6

- اذا ادعى طالب الشفعة بان مورث المدعى عليهما باع العقار الذي هو شريك فيه وطلب تملكه العقار بطريق الشفعة فيلزم تحليفه يمين الاستظهار حسب المادة 484 مدني (النافذ في حينه) نظرا لان في الدعوى حقا على الميت -

لدى التدقيق والمداولة - تبين ان اجراءات المحكمة في الدعوى سليمة الا انها فاتها بان في الدعوى حق على الميت مما يقتضي معه توجيه يمين الاستظهار المتفقة مع الدعوى للمدعي حسب متطلبات المادة 484 مدني (النافذ في حينه) فاصدارها الحكم المميز قبل اجراء ما تقدم خطأ مغل بصحته لذا قرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها لتوجيه يمين الاستظهار المذكورة اعلاه للمدعي واصدار الحكم الذي تراه على ضوء ذلك. (15)

يمين الاستظهار شبيهة باليمين المتممة تأتي مع الدليل لتعزيه ولايجوز ردها على الخصم وتوجهها المحكمة من تلقاء نفسها بالصيغة المقررة قانونا الى من يدعي حقا على التركة ويثبت حقه فيها، ومن وجهت اليه يكون ملزما بحلفها والا اعتبر ناكلا وانسحب عليه اثر النكول وخسر ماوجهت به. وقصد المشرع بالنص على صيغتها بهذا التحفظ وجوب توجيهها بعد اثبات الحق في التركة هو لضمان حق الدفاع عن ذمة المتوفي واحتمال عدم مشغوليتها بالحق المدعى به. كما وانها تتضمن زيادة في التحقيق واستظهار مايكون قد خفي في الادعاء خشية ان يكون المدعي غير محق في دعواه ويصدر لصالحه حكم يباه العدل. وهذه اليمين كما هي وجوبية في الدعوى فهي وجوبية في تحرير التركات وفي تصفيتها عندما يرفع تظلم بشأن أموال متنازع على عائدتها للمتوفي التي لا تزيد قيمتها على خمسمائة دينار. فيحلف المتظلم يمين الاستظهار قبل اصدار القرار بتسليم المال اليه. ويحلفها عند ايفاء الدين. وتأتي يمين الاستظهار هذه في موضع الحاجة اليها وكان المدعي يتم بها ادلته الثبوتية. وبديهي انه اذا نكل عنها وجب رد ادعائه. (16)

ونورد كذلك القرار الاتي :-

سابعا - رقم القرار : 1722/حقوقية/1965

تاريخ القرار : 1965/11/27

ادعى (ج) لدى محكمة بداءة الرمادي بأن له بذمة المتوفي (خ) مبلغا قدره (150) دينارا وهو مورث المدعي عليها الواضعة اليد على التركة ولامتناعها عن التادية طلب جلبها للمرافعة والزامها بالمبلغ المدعى به اضافة لتركة مورثها وتحميلها المصاريف وأجور المحاماة.

فأصدرت المحكمة المشار اليها بتاريخ 1965/2/15 وبعدد 120/ب/1964 حكما وجاهيا يقضي بالزام المدعي عليها اضافة لتركة مورثها (خ) بأن تؤدي للمدعي (150) دينارا وتحميلها الرسوم والمصاريف واتعاب المحاماة وقدرها عشرة دنانير.

ولعدم قناعة المدعي عليها بالحكم المذكور المبلغ اليها في 1965/6/10 طلبت تدقيقه تمييزا ونقضه وسجل تمييزها بتاريخ 1965/6/26.

القرار :-

15- محمد علي الصوري، المصدر السابق، ص (1216).

16- القاضي مهدي صالح محمداين، ادلة القانون غير المباشرة، مطبعة اوفيسست المشرق، بغداد، 1987، ص (141).

لدى التدقيق والمداولة - تبين ان المحكمة قد حكمت بالمبلغ المدعى به دون ان تحلف المحكوم له يمين الاستظهار حسب احكام المادة 484 من القانون المدني (النافذ في حينه) باعتبار ان الدعوى مقامة بحق على التركة وحيث ان عدم ملاحظة ذلك مما اخل بصحة الحكم المميز قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى لمحكمتها للسير فيها وفق ماسبق ايضاحه وربطها بحكم جديد على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتجة وصدر القرار بالاتفاق في 1965/11/27. (17)

وبالرغم من ان هذه اليمين لم يرد عليها استثناء، فان بعض شراح القانون يرون ورود استثناء عليها ولايلزم المدعي بحلفها في حالة ما اذا كان جميع الورثة كبارا واقروا للمدعي بالحق في التركة، ويضيف اخرون ان الورثة قد صدقوه (أي المدعي) في الشيء الذي هو بينهم وخاص بيهم. ويرى على فرض صحة الاستثناء فإنه لا يمنع التواطئ على التركة، كالتهرب من الضرائب وهو الاحتمال الاقرب وقوعا، وعليه فكل مايمس التركة يستبعد فيه الاستثناء. وان وجوب حلف هذه اليمين هو اكثر ضمانا لصيانة الحقوق المترتبة على التركة نظرا لتعلقها بذمة المتوفي، وهناك حالة كون المدعي على التركة دائرة رسمية لم ينص عليها قانون الاثبات وقد درجت المحاكم على عدم توجيه هذه اليمين الى رئيس الدائرة او ممثلها في الدعوى، وفي ذلك تحميل لنص المادة 124 من قانون الاثبات مالم يرد فيها، فكان الأولى أن ينص على هذه الحالة بالزام الدائرة الرسمية أن تعطي تأييدا خطيا يتضمن صيغة اليمين بدون ابراء. (18)

ونورد كذلك القرار الاتي :-

ثامنا - رقم الحكم : 5532/مدنية عقار/2013

تاريخ الحكم : 2013/11/10

اسم المحكمة : محكمة تمييز الاتحادية

المميزة / (س ع ج) وكيلتها المحامية (ه ع ال)

المميز عليهم / (م ط م) اصالة ووصاية عن القاصرة وجماعتها

ادعى وكيل المدعين (المميز عليهم) لدى محكمة بداءة الرصافة بان المدعي عليها قد باعت سهامها في العقار 37/979 باب الشيخ لمورث موكله بموجب مقاولة البيع ببديل مقداره (14,400,000) مليون دينار لذا طلب دعوتها والزامها بتسديد المبلغ المستلم اعلاه وتحميلها المصاريف والاعتاب ووضع اشارة عدم التصرف على سهام المدعي عليها في العقار اعلاه، اصدرت محكمة الموضوع بعدد 1437/ب/2013 في 2013/9/24 حكما حضوريا يقضي بالزام المدعي عليها بتأديتها للمدعين اضافة للتركة مبلغ قدره (10430633) مليون دينار للمدعين اضافة لتركة مورثهم (ا ع ج) على ان توزع عليهم وفق القسام الشرعي للمورث وتودع حصة القاصرة لدى دائرة رعاية القاصرين المختصة ورد دعوى المدعين بالزيادة وتحميل الطرفين المصاريف النسبية وتحميل المدعى عليها اتعاب محاماة لوكيل المدعين وتحميل المدعين اتعاب محاماة لوكيل المدعى عليها طعننت وكيلة المدعى عليها بالحكم تمييزا بلائحته المؤرخة 2013/10/6.

القرار :-

17- القاضي مهدي صالح محمدامين، المصدر السابق، ص (142).

18- القاضي مهدي صالح محمدامين، المصدر نفسه، ص (142-143).

لدى التدقيق والمداولة - وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا، ولدى عطف النظر في الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لان المدعين / المميز عليهم يطالبون بالزام المدعي عليها / المميزة بالمبلغ المدعى به باعتباره حقا في التركة وان المحكمة قضت للمدعين / المميز عليهم بالمبلغ المحكوم به على هذا الاساس دون ان تحلفهم يمين الاستظهار وفقا لما تقضي بذلك احكام المادة 124/اولا من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 المعدل وحيث ان المحكمة لم تراعى ذلك مما اخل بصحة حكمها الابتدائي المميز لذا قرر نقضه واعادة الدعوى الى محكمتها لاتباع ماتقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق في 6/محرم/1435 الموافق 2013/11/10. (19)

تاسعا - رقم الحكم : 290

تاريخ الحكم : 2009/11/19

اسم المحكمة : رئاسة محكمة استئناف نينوى - الهيئة التمييزية

المميز / ل م

المميز عليه / ي ف

في الدعوى المرقمة 2009/ب/326 لدى محكمة بداءة حمام العليل ادعى المدعي سبق وان اشترى العقار المرقم 272/93 م 11 حمام العليل مشيد عليه دار غير كاملة ببديل مقبوض مقداره مليون دينار من المدعى عليه الاول ومورثة المدعى عليهم الباقيين باتفاق شفهي قبل وفاتها عام 1996 ولضرورات التحويل في التسجيل العقاري قام بتنظيم عقد بيع خارجي عام 1998 موقع عليه هو والمدعى عليه الاول وورثة المدعى عليهم الباقيين المذكورين فيه وبسبب الظروف عام 2003 حال دون اكماله المعاملة وتعذر تحويل الدار باسمه في دائرة التسجيل العقاري بالموصل ولما كان المدعي قد اكمل الدار وازاد اليها بناء جديدا طابق ثاني، يشغله حاليا مع افراد عائلته دون ان تكون هناك اي معارضة فعلية من المدعى عليهم ولتعذر التحويل لوفاة مورث المدعى عليهم، عليه طلب دعوة المدعى عليهم للمرافعة وعنها الحكم بتمليك المدعي العقار موضوع الدعوى استنادا لاحكام القرار 1198 لسنة 1977 وتحميل المدعى عليهم الرسوم والمصاريف وبنيجة المرافعة فقد اصدرت المحكمة حكما مؤرخ 2009/10/29 تضمن رد الدعوى ولعدم قناعة المدعي بالحكم المذكور فقد طعن به بواسطة وكيله بلائحته المؤرخة 2009/11/8 طالبا نقضه لاسباب ذكرها فيها.

القرار :-

لدى التدقيق والمداولة - وجد ان الطعن التمييزي واقعا ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر الى الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون لانه كان على المحكمة بعد ملاحظة اقرار المدعى عليهم في الدعوى المبطله والمرقمة 2009/ب/288 بالبيع واستلام كامل البديل وسكن المدعي في الدار موضوع الدعوى ولكون مورث المدعى عليها السابقة كان قد توفي بموجب القسم الشرعي المبرز في الدعوى وانه قد وقع على معاملة البيع المبرزة للمحكمة ببصمة ابهام منسوبة اليه عرض معاملة البيع على خبراء مكتب تحقيق الادلة الجنائية لغرض اجراء المضاهاة عليها والتحقق عن عانديتها الى مورث المدعى عليها المذكورة لان اقرار المدعى عليها المذكورة لا يسرى بحق بقيه وورثة المتوفي المذكور من القاصرين والكبار لان الاقرار حجة قاصرة على المقر وفي حالة ثبوت

19- القاضي فلاح كريم وناس، المختار من تطبيقات قانون الاثبات، الطبعة الاولى، المكتبة القانونية، بغداد، 2018، ص(432).

عائدية بصمة الابهام الى المتوفي فان البيع يكون ساري بحق كافة ورثته من القاصرين والكبار وفي هذه الحالة يقضي تحليف المدعي يمين الاستظهار وفق صيغتها المقررة في المادة 124/اولا المعدلة من قانون الاثبات والاشارة فيه الى استلام مورث المدعى عليها كامل بدل المبيع وحيث ان محكمة البداية اصدرت حكمها المميز قبل اجراء هذه التحقيقات مما اخل بصحته لذا قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها لاتباع ماتقدم و صدر القرار بالاتفاق في // 1430 هـ الموافق 2009/11/19 م . (20)

عاشرا - رقم الحكم : 2898/الهيئة المدنية عقار/2008

تاريخ الحكم : 2008/12/21

اسم المحكمة : محكمة التمييز الاتحادية

المميزة / ل ر ك - وكيله المحامي ع ا

المميز عليه / ي ر م

ادعت المدعية (المميزة) لدى محكمة بداءة كركوك بان مورث المدعى عليهما قد استلم منها سبعون مليون دينار لشراء العقار المرقم 3/820 صاري كهية وسجله باسمه وانه لم يقم باعادة المبلغ ولا يسجل العقار باسمه لذا طلبت دعوتها للمرافعة والحكم بمبلغ سبعون مليون دينار عراقي وتحميلهما كافة المصاريف. اصدرت المحكمة المذكورة بالعدد 1021/ب/2008 في 2008/9/17 حكما حضوريا قضي بالزام المدعى عليها الاولى اضافة لتركه مورثها باءاءها للمدعية مبلغا قدره ثمانمائة وخمسة وسبعون دينار ورد الدعوى عن المدعى عليها الثانية وتحميل المدعية اجور المحاماة لوكيل المدعى عليها الثانية. طعن وكيل المدعية بالحكم المذكور تمييزا طالبا نقضه بلائحته المؤرخة 2008/9/28.

القرار : -

لدى التدقيق والمداولة - وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان دعوى المدعية تضمنت طلب الزام المدعى عليهما اضافة لتركه مورثها ر م مبلغ قدره سبعون مليون دينار وان المحكمة اجرت تحقيقاتها بشأن المبلغ المطالب به وتأيد لها بان المبلغ المسلم من المدعية الى مورث المدعى عليهما هو سبعة الاف دينار في عام 1982 وان المدعى عليها الاولى اقرت باشغال ذمة مورثها بالمبلغ البالغ سبعة الاف دينار وان المدعى عليها الثانية انكرت دعوى المدعية وبناء على طلب المدعية فقد حلفتها المحكمة يمين عدم العلم وفق الصيغة المبسوطه في محضر ضبط الجلسة المؤرخة 2008/9/9 وبذلك تكون قد خسرت بما وجهت به اليمين بالنسبة للمدعى عليها الثانية استنادا لاحكام المادة (119) من قانون الاثبات وان المحكمة استعانت بخبير حسابي لاحتساب المبلغ المتحقق بذمة المدعى عليها الاولى من المبلغ البالغ سبعة الاف دينار الا ان المحكمة قد فات عليها تحليف المدعية اليمين المنصوص عليها في المادة (124/اولا) من قانون الاثبات ولما كانت المحكمة قد اصدرت حكمها المميز دون ملاحظة ذلك مما اخل بصحته لذا قرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها لاتباع ما تقدم على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة و صدر القرار بالاتفاق في 23 /ذي الحجة/1429 هـ الموافق 2008/12/21 م . (21)

20- القاضي فلاح كريم وناس، المصدر السابق، ص (434).

21- القاضي فلاح كريم وناس، المصدر نفسه، ص (435).

احد عشر - رقم القرار : 515/الهيئة المدنية الاولى/2010

تاريخ القرار : 2010/8/10

اسم المحكمة : محكمة تمييز اقليم كردستان

ان المدعية بعد أن ثبتت دعواها بايداع (14) مثقال ذهب عيار (21) ناقص غرامين لدى مورث المدعى عليه والشخص الثالث كان على المحكمة ان تحلفها يمين الاستظهار كونها لم تستوف حقها بنفسها ولا بغيرها من المتوفي ولا أبرأته ولا احوالها المتوفي على غيره وانها لم تستوف دينها من الغير وليس للمتوفي في مقابل هذا الحق دين أو رهن لديها، كما تقضي بذلك المادة 124 اثبات. (22)

الفرع الثاني /-

يمين الاستحقاق

واضاف القانون العراقي رقم 46 لسنة 2000 الفقرة (ثانيا) الى المادة 124 من قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979 ونصها (اذا استحق احد المال واثبت دعواه حلفته المحكمة على انه لم يبيع هذا المال ولم يهبه لاحد ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه). (23)

ويمين الاستحقاق هي اذا ظهر لمال مستحق واثبت دعواه حلفه القاضي على انه لم يبيع هذا المال ولم يهبه لاحد، ولم يخرج من ملكه بوجه ما. (24)

ويمين الاستحقاق هي يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه الى المدعي الذي استحق المال واثبت دعواه على انه لم يبيع هذا المال ولم يهبه لاحد، ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه. ويمين الاستحقاق هي يمين استثنائية يوجهها القاضي الى المدعي على واقعة شخصية ويعزز الدليل الاصيل الذي استخلصه واخذ به من البيينة المقدمة اليه، فمن يدعي ملكية اشياء محجوزة عليه ان يثبت اولا ملكيته لهذه الاموال، ثم تحلفه المحكمة من تلقاء نفسها يمين الاستحقاق بانه لم يبيع هذه الاموال ولم يهبها لاحد ولم يخرجها من ملكه بوجه من الوجوه، اذن هذه اليمين لا تعتبر دليلا في الحكم ولا يصل الى تحليفها الا بعد ثبوت الاستحقاق، كما وانها هي يمين وجوبية ملزمة على القاضي توجيهها دون طلب، وهي كاليمين الحاسمة من حيث نتيجته، واذا اغفلت المحكمة عن توجيه هذه اليمين للمدعي بعد ثبوت حقه بالمال المدعى باستحقاقه، فان حكمها يكون مستوجبا للنقض. (25)

اما ان لم يقم المدعي البيينة، فيحلف القاضي المدعى عليه على عدم علمه بعائدية المدعى به الى المدعي. (26)

ومن حيث ان يمين الاستحقاق التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه لاتخرج عن كونها من قبيل اليمين المتممة وفق ما هو ظاهر في قانون البيينات حيث تم ادراجها تحت عنوان اليمين المتممة فلا يحول توجيهها دون استماع شهود الخصم كما ان حلفها لايقيد المحكمة اذا استبان لها من الشهادات عدم صحة

22- القاضي غيلاني سيد احمد، كامل المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان، الجزء الثاني، مطبعة حاج هاشم، اربيل، 2012، ص (366).

23- الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، اصول الاثبات، اثناء للنشر و التوزيع، عمان، 2012، ص (422)، علما ان هذا التعديل غير نافذ في اقليم كردستان - العراق .

24- حسين المؤمن، المصدر السابق ص (183)، والمصادر المشار اليها في المرجع المذكور.

25- القاضي محمد مصطفى رسول، مدى اهمية اليمين الحاسمة في احقاق الحق، المركز العربي للنشر و التوزيع، الطبعة الاولى، 2017، ص (113)، والمصادر المشار اليها في المرجع المذكور.

26- الدكتور سليمان مرقس، المصدر السابق، ص (209).

الدعوى، وحيث انه مما يعزز هذا الرأي ماورد في المذكرة الايضاحية لقانون البيئات في الفقرة 180 التي تضمنت ان المشرع ابقى على المادة 1958 من المجلة وادخل يمين الاستظهار واليمين في حال ثبوت الاستحقاق ورد المبيع بعيب والمطالبة بالشفعة في احكام اليمين المتممة، مما يفيد بصراحة ان احكام اليمين المتممة تنطبق عليها وبالتالي فانها لا تقيد المحكمة التي قامت بتحليفيها. (27)

وهذه اليمين ايضا وجوبي على المحكمة توجهها من تلقاء نفسها عندما كان الدليل في الدعوى كامل لذا فهي صورة خاصة لليمين ولايختلف عن يمين الاستظهار سوى عدم تعلقها بالتركة، ومن التطبيقات القضائية ليمين الاستحقاق القرار التمييزي المرقم 2924/شخصية اولى/2006 في 2006/5/31 (وجد ان الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك ان وكيل المدعية اقر في الجلسة المؤرخة 2005/11/29 بان الاثاث المطالب بها بالقائمة المرفقة في عريضة الدعوى بانها جميعها مشتراة من مهر موكلته المعجل وان ماورد بلائحة وكيل المدعية المؤرخ 2006/3/14 بان كل ما موجود في الدار الزوجية وتحت تصرف الزوجة وحيازتها واستعمالها يعود لموكلته لاسند لها من القانون لان حيازة الاثاث واستعمالها لايعتبر مصدر من مصادر التملك المقررة قانونا وان المحكمة لم تتطرق بحكمها المميز بدعوى الشخص الثالث سلبا او ايجابا وانه في حال تاييد المحكمة ثبوت دعوى الشخص الثالث بقسم او بجميع الاثاث المدعي بعائديتها اليها مراعاة تطبيق احكام المادة (124/ثانيا) من قانون الاثبات.(28)

ونورد كذلك القرارات التمييزية ادناه :-

اولا - رقم القرار : 199/صلحية/1963
تاريخ القرار : 1963/1/27

حيث ان مدعية الاستحقاق تستند في ادعائها بالعائدية على سند ثابت تاريخه رسميا بانه اسبق من تاريخ وضع الحجز واستندت الى البينة الشخصية ايضا فعلى المحكمة تحليفيها يمين الاستحقاق والحكم لها بما ادعته. (29)

ثانيا - رقم القرار : 975/حقوقية ثانية/1969
تاريخ القرار : 1970/1/12

من استحق المال واثبت دعواه فعلى المحكمة تحليفيه يمين الاستحقاق من تلقاء نفسها قبل الحكم له.(30)

ثالثا - رقم القرار : 1414/حقوقية/1963
تاريخ القرار : 1963/8/25

على المحكمة تحليف المدعي يمين الاستحقاق من تلقاء نفسها عند الحكم بما ادعاه.(31)

27- محمد علي السوري، المصدر السابق، ص (1218-1219).

28- القاضي محمد احمد عمر، حجية اليمين في الدعوى المدنية، مطبعة مناره، اربيل، 2013، ص (44).

29- ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز في القسم المدني، المكتبة القانونية، بغداد، ص (89).

30- ابراهيم المشاهدي، المصدر نفسه، ص (90).

31- ابراهيم المشاهدي، المصدر نفسه، ص (755).

رابعاً - رقم القرار : 1569/حقوقية/1963
تاريخ القرار : 1963/12/5

على المحكمة تحليف مدعية الاستحقاق يمين الاستحقاق ويمين الاستظهار اذا توفي المدعى عليه
اثناء المرافعة وذلك قبل اصدار حكمها على الورثة. (32)

خامساً - رقم القرار : 1744/حقوقية/1965
تاريخ القرار : 1965/11/29

- 1- لا يحكم بالقيمة بمجرد الادعاء بل يجب اثبات مقدارها بمعرفة الخبراء واذا استحال التقدير يصدق المدعى بيمينه المتممة.
- 2- واذا اثبت المدعي استحقاقه تحلفه المحكمة من تلقاء نفسها بيمين الاستحقاق. (33)

الفرع الثالث /- يمين عدم الرضا بالعيب

واضاف القانون العراقي رقم (46) لسنة 2000 الفقرة (ثالثاً) الى المادة (124) من قانون
الاثبات رقم 107 لسنة 1979 ونصها (اذا اراد المشتري رد المبيع لعيب، حلفته المحكمة على انه لم
يرض بالعيب صراحة او دلالة) . (34)

ويمين رد المبيع لعيب هي اليمين التي توجهها المحكمة للمشتري اذا اراد رد المبيع للعيب فيه على
انه لم يرض بالعيب صراحة او دلالة وهي مقتبسة من المادة (1476) من مجلة الاحكام العدلية. (35)
وهذه اليمين هي يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه للمشتري اذا رد المبيع لعيب،
واثبت دعواه على انه لم يرض بالعيب صراحة او دلالة، فالمشتري الذي يرد المبيع لعيب فيه، ويقدم
الدليل على هذا العيب يحتمل ان يكون قد رضي به، فعليه ان يعزز دليله بيمين متممة على انه لم يرض
بالعيب صراحة كقوله رضيت، او دلالة كقبضه المبيع بعد علمه بالعيب، وهذه اليمين تقوم المحكمة
بتوجهها للمشتري بحكم القانون ودون حاجة الى طلب من خصمه، على ان يثبت المشتري أولاً وجود
العيب في المبيع، ويترتب عليها حسم النزاع، واذا قصرت المحكمة في توجيه هذه اليمين فان حكمها
يكون مستوجبا للنقض. (36)

ويتعين على القاضي ان يوجهها الى المشتري الذي يريد ان يرد المبيع لعيب فيه، فيحلفه القاضي
على انه لم يرض بالعيب قولاً او دلالة ولا تصرف فيه تصرف الملاك. (37)
وعلى عكس هذا الرأي هناك من يرى بان هذه اليمين جوازي و ليس وجوبي رغم اننا نؤيد الرأي
الذي يرى بان هذه اليمين هي يميناً وجوبياً.

32- ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص (757).

33- ابراهيم المشاهدي، المصدر نفسه، ص (758).

34- علماً ان هذا التعديل غير نافذ في اقليم كردستان - العراق .

35- الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، ص (422).

36- القاضي محمد مصطفى رسول، المصدر السابق، ص (114)، والمصادر المشار اليها في المرجع المذكور.

37- الدكتور سليمان مرقس، المصدر السابق، ص (209).

وهي اي يمين الاستحقاق يمين اجاز القانون للمحكمة توجيهها للمشتري اذا اراد رد المبيع لعيب فيه فالمشتري الذي يرد المبيع لعيب فيه ويقدم الدليل على وجود هذا العيب يجب ان تعزز دليله بيمين متممة على انه لم يرض بالعيب صراحة كقوله رضيت او دلالة كقبضه المبيع بعد علمه بالعيب وهذه اليمين توجهها المحكمة الى المشتري من تلقاء نفسها دون حاجة الى طلب من خصمه بشرط ان يثبت المشتري وجود العيب في المبيع ويترتب على حلفه حسم النزاع المعروض على المحكمة. (38)

وفيما يلي عرض موجز لمجموعة من القرارات التمييزية بهذا الصدد :-

اولا - رقم القرار : 1753/صلحية/1963

تاريخ القرار : 1963/12/17

ليس للمشتري رد المبيع بسبب ظهور عيب فيه اذا كان قد ذكر في ورقة الكمبيال التي وقعها بالثمن انه قبل المبيع على كل عيب. (39)

ثانيا - رقم القرار : 399/حقوقية/1965

تاريخ القرار : 1965/5/26

اذا كانت الكمبيالات التي اقر بها المدعى عليه قد تضمنت اقراره بتسلمه البضاعة وقبولها على كل عيب فلا يحق له بعد هذا ان يطلب فسخ الصفقة بسبب العيب. (40)

المطلب الثاني

اليمين الوجوبية في قانون المرافعات المدنية

ان المشرع العراقي اشار في المادة (308) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل على حالتين تحلف المحكمة فيها المدعي اليمين من تلقاء نفسها وهي حالة يمين الزوجة عند طلبها النفقة من مال زوجها الغائب وحالة يمين الصغيرة عند طلبها التفريق عند بلوغها سن الرشد وتتناولهما ضمن فرعين مستقلين :-

الفرع الاول /-

يمين الزوجة عند طلبها النفقة من مال زوجها الغائب

حيث نص المشرع العراقي في المادة (1/308) من قانون المرافعات المدنية على انه تحلف المحكمة المدعية من تلقاء نفسها اذا طلبت الزوجة النفقة في مال زوجها الغائب واقامت البينة على

38- القاضي محمد احمد عمر، المصدر السابق. ص (45).

39- ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص (507).

40- ابراهيم المشاهدي، المصدر نفسه، ص (507).

دعواها وتحلفها اليمين بالصيغة التالية (والله ان زوجي لم يترك لي نفقة ولا شيئاً من جنس النفقة ولم أكن ناشراً ولا مطلقاً انقضت عدتي).

ويمين النفقة : - هي اذا ادعت الزوجة على زوجها الغائب بنفقة تقدر لها، فعلى القاضي ألا يفرض لها النفقة الا بعد أن تحلف اليمين على أن زوجها لم يطلقها، ولم يترك لها مالا، ولم يعطها النفقة عند غيابه.(41)

ان تحليف اليمين عادة تكون بطلب من الخصم لان اليمين حق له، ولكن اليمين التي تناولتها المادة موضوعة البحث تقوم المحكمة بتوجيهها من تلقاء نفسها بدون طلب من الخصم لان هذه اليمين يوجبها الشرع والقانون، وهذه اليمين لا ترد على الخصم لان القانون اوجب تحليفها للمدعي ذاته، ويترتب على النكول عن هذه اليمين ما يترتب على النكول عن اليمين الحاسمة، لان مضمون هذه اليمين تحتوي على دفع تدحض ادعاءات المدعي وقد نصت المادة على تحليف اليمين المتعلقة بالدعوى الشرعية، واليمين المنصوص عليها هنا هي اذا طلبت المرأة من القاضي ان يفرض لها نفقة في مال الزوج الغائب واقامت البينة على دعواها فلا يفرض لها النفقة الا بعد ان تحلف اليمين المنصوص عليها في الفقرة (1) من هذه المادة فان حلفت فرضت لها النفقة وان نكلت رفضت الدعوى. (42)

الفرع الثاني /-

يمين الصغيرة عند طلبها التفريق عند بلوغها سن الرشد

نص المشرع العراقي في المادة (2/308) من قانون المرافعات المدنية على انه تحلف المحكمة المدعي من تلقاء نفسها اذا زوج غير الاب والجد الصغيرة للكفء وبمهر المثل وبلغت فاخترت نفسها بالبلوغ وطلبت فسخ عقد الزواج والتفريق بينها وبين زوجها واقامت البينة على دعواها فتحلفها اليمين بالصيغة التالية (والله اني اخترت نفسي وقت بلوغي).

ويمين الفرقة : هي اذا أثبتت البكر أنها اختارت الفرقة عند البلوغ فلا يحكم لها القاضي ما لم تحلف أنها اختارت الفرقة عند البلوغ. (43)

ان تحليف اليمين عادة تكون بطلب من الخصم لان اليمين حق له، ولكن اليمين التي تناولتها المادة موضوعة البحث تقوم المحكمة بتوجيهها من تلقاء نفسها بدون طلب من الخصم لان هذه اليمين يوجبها الشرع والقانون، وهذه اليمين لا ترد على الخصم لان القانون اوجب تحليفها للمدعي ذاته، ويترتب على النكول عن هذه اليمين ما يترتب على النكول عن اليمين الحاسمة، لان مضمون هذه اليمين تحتوي على دفع تدحض ادعاءات المدعي وقد نصت المادة على تحليف اليمين المتعلقة بالدعوى الشرعية، واليمين المنصوص عليها هنا هي تحليف اليمين فيما اذا زوج الصغيرة غير الاب والجد للكفء وبمهر المثل وبلغت فاخترت نفسها بالبلوغ ورفعت الامر الى القاضي طالبة فسخ عقد الزواج والتفريق بينها وبين زوجها واثبتت ذلك فلا يفرق القاضي الا اذا حلفتها على انها اختارت نفسها وقت بلوغها فان حلفت قضي بالتفريق وان لم تحلف رفض القاضي طلبها. (44)

41- حسين المؤمن، المصدر السابق ، ص (185).

42- عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية ج 4، الطبعة الثانية - بغداد 2008، ص (684) وما بعدها.

43- حسين المؤمن، المصدر السابق ، ص (185).

44- عبدالرحمن العلام، المصدر السابق، ص (684) وما بعدها.

المبحث الثاني اليمين الوجوبية في القوانين الموضوعية

نتناول مضمون هذا المبحث ضمن مطلبين، نخصص المطلب الأول لليمين الوجوبية في القانون المدني أما في المطلب الثاني فسوف نتطرق الى اليمين الوجوبية في قانون الاحوال الشخصية.

المطلب الأول اليمين الوجوبية في القانون المدني

يمين الاستيثاق: -

- 1- ان المشرع العراقي في المادة 431 من القانون المدني نص على انه (1) لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الاتية : -
أ و ب و ج ... الخ
- 2- ولا تسمع الدعوى في هذه الحقوق حتى لو بقي الدائنون مستمرين فيما يقومون به من خدمات او اعمال او اشغال او توريدات.
- 3- ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة ان يحلف يمينا توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على ان ذمته غير مشغولة بالدين وتوجه الى ورثته المدنيين أو أوليائهم ان كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين.
- 4- لكن اذا حرر سند بحق من هذه الحقوق فلا يتقدم الحق الا بانقضاء خمس عشرة سنة).

ويعرف هذه اليمين بيمين الاستيثاق /-

ولما كان القانون يفرض هنا - نظرا لقصر مدة التقادم - ان المدين قد وفى الحق في خلال سنة من وقت استحقاقه، فقد جعل هذه القرينة قابلة لاثبات العكس ولكن بطريق واحد هو توجيه القاضي لليمين، من تلقاء نفسه، الى المدين، فيحلف على أنه أدى الدين فعلا، فاذا حلف فقد سقط الدين بالتقادم، ولايسمح للدائن، ولو قبل حلف اليمين، أن يثبت أن المدين لم يدفع الدين، والطريق الوحيد لاثبات ذلك هو أن ينكل المدين عن الحلف عند توجيه القاضي اليمين له على النحو الذي قدمناه، فان نكل المدين، ثبت الدين في ذمته، ووجب عليه وفاءه، ولا يتقدم الدين بعد ذلك الا بخمس عشرة سنة من وقت صدور الحكم، أو من وقت النكول اذا لم يصدر حكم. (45)

فالقانون هنا، بعد أن جعل بعض الحقوق تتقادم بمدة قصيرة جدا هي سنة فقط، وجعل من هذا التقادم قرينة الوفاء، أراد أن يعزز هذه القرينة - وقد اعتبرها دليلا غير كامل - بيمين متممة يحلفها المدين على واقعة شخصية له، هي أدائه الدين فعلا، فاذا كان قد مات، حلف الورثة، أو أوصيائهم ان كانت الورثة قسرا، يمين عدم العلم بأنهم لايعلمون بوجود الدين، أو يمين العلم بأنهم يعلمون بحصول الوفاء.

45 - عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد 3 نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009. ص (1043).

ونستخلص من ذلك ان يمين الاستيثاق تكون في بعض صورها يمينا على واقعة شخصية، وفي صور أخرى يمينا على عدم العلم، وتبقى في الحالتين يمين استيثاق، وقد رأينا كذلك فيما تقدم أن يمين عدم العلم لا تختص بيمين الاستيثاق، بل هي قد تكون ايضا في اليمين الحاسمة وفي اليمين المتممة الاصلية، فلا يجوز اذن الخلط ما بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق، وخصائص يمين الاستيثاق في الحالة التي نحن بصددنا أنها يمين اجبارية، لابد للقاضي من أن يوجهها الى المدين أو ورثته، وتوجه الى هؤلاء دون الدائن، واذا حلفها من وجهت اليه كسب الدعوى حتما، على أنها تبقى بعد كل ذلك في نظرنا يمينا متممة لا يمينا حاسمة، فهي تختلف اختلافا جوهريا عن اليمين الحاسمة في أنها ليست هي الدليل الوحيد في الدعوى، بل هي دليل تكميلي يعزز الدليل الاصيلي وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين، على أن هناك رأيا يذهب الى أن اليمين هنا يمين حاسمة اجبارية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه في حق تقادم بمدة قصيرة، والتقادم يقوم على اساس قرينة الوفاء، فهي قرينة قانونية قاطعة لايجوز دحضها الا بالاقرار أو بالنكول عن هذه اليمين. (46)

ولما كان التقادم الحولي يقوم على قرينة الوفاء، وهذه القرينة ضعيفة لقصر مدة التقادم، فقد قرر المشرع تقويتها بموجب الفقرة (3) من هذه المادة، فأوجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة أن يحلف يمينا بأن ذمته غير مشغولة بالدين، أما اذا كان من له الحق بالتمسك بعدم سماع الدعوى ميتا فيتم تحليف ورثته يمين عدم العلم، بأن يحلفوا بأنهم لا يعلمون بوجود الدين في ذمة مورثهم، أو تحليف أوليائهم هذه اليمين، وتسمى هذه اليمين في الفقه الاسلامي بيمين الاستيثاق، وفي كل الاحوال فان القانون قضي بأن توجه المحكمة هذه اليمين من تلقاء نفسها، وليس بناء على طلب الدائن، ولما كانت هذه الحقوق عادية تزخر بها الحياة يوميا، وأن العادة جرت على عدم تحرير سند بها، فقد قضي الشق الاخير من هذه الفقرة بتقادم المطالبة بهذه الحقوق بخمس عشرة سنة، اذا ما تم تحرير سند بهذه الحقوق و ليس سنة واحدة. (47)

ومما يجدر بالملاحظة بشأن الحقوق التي تتقادم الدعوى المقررة لحمايتها بسنة واحدة والوارد ذكرها في المادة 431 من القانون المدني بانه يجب على الخصم الذي يتمسك بعدم سماع الدعوى أن يحلف اليمين على ان ذمته غير مشغولة بالدين وهذه اليمين ليست يمين الخصوم وانما يمين المحكمة فان توجيهها لايقف على طلب الخصوم وانما توجهها المحكمة من تلقاء نفسها، وفي حالة وفاة الخصم فانها توجه الى ورثة المدينين أو أوليائهم ان كانوا محجورين بأنهم لايعلمون بوجود الدين استنادا لنص الفقرة الثالثة من المادة المشار اليها انفا، ويلاحظ بان النص المشار اليه لم يتضمن توجيه تلك اليمين الى ممثل الشخص المعنوي اسوة بالاشخاص الوارد ذكرهم في المادة المشار اليها غير ان قضاء محكمة التمييز العراق قد سدد هذا النقص في الاحكام التي اصدرتها وذلك باشتراطه توجيه اليمين الى مثل هؤلاء الاشخاص بالرغم من عدم النص عليهم في القانون ويرى ان جنوح محكمة التمييز الى ذلك فيه تجسيدا لاحكام العدالة التي هي من اهم مقاصد القضاء، ومما هو جدير بالذكر في هذا الصدد ان مشروع القانون المدني الجديد عند معالجته لاحكام التقادم لم يتضمن مثل هذا الحكم أي تحليف الشخص الذي يدفع بالتقادم اليمين المتممة على ان ذمته غير مشغولة بالدين وذلك لاختلاف الاساس الذي يقوم عليه نظام التقادم في المشروع المذكور عنه في القانون المدني اذ ان المشروع اعتبر التقادم من النظام العام

46 - عبدالرزاق احمد السنهوري، المصدر السابق. ص (589).

47- القاضي موفق حميد البياتي، شرح المتون، الموجز المبسط في شرح القانون المدني، القسم الثاني، منشورات زين الحقوقية، بيروت، الطبعة الاولى، 2017. ص (390).

بصريح العبارة في المادة 103 منه كما ألزمت المحكمة بان تقرر من تلقاء نفسها ان الدعوى قد انقضت بالتقادم دون حاجة الى ايراد دفع بذلك من جانب الخصوم (المادة 104) من المشروع، كما يلاحظ انه اذا حرر سند بحق من تلك الحقوق فلا تتقادم الدعوى المقررة لحياتته بسنة واحدة بل تخضع للتقادم العام الطويل وذلك بالاستناد الى نص الفقرة (4) من المادة انف الذكر، هذا وان أساس التقادم الحولي يقوم على قرينة الوفاء لان عدم مطالبة صاحب الحق بحقه حتى مضت سنة على انتهاء تلك الخدمات فان ذلك يرجع في الغالب الى استيفائهم لها، غير ان قرينة الوفاء في هذه الحالة قرينة واهية أي بمعنى ضعيفة لذلك يقتضي تعزيزها بيمين متممة توجهها المحكمة من تلقاء نفسها الى من يدفع الدعوى بالتقادم. (48)

ان جميع الحقوق الناشئة لاصحاب المهن التي تناولها حكم المادة (1/431 من القانون المدني) تخضع لاحكام التقادم الحولي (السنوي)، واذا تركها مستحقوها من غير عذر شرعي مدة سنة واحدة بشرط انكار المدين استحقاق الدائن الحق المدعى به وان يدفع ويتمسك بعدم سماع الدعوى لمضي الزمان المانع من سماعها وهذه المدة هي مدة تقادم لامدة سقوط لايحق للمحكمة ان تقضي من تلقاء نفسها برد الدعوى بحجة مرور الزمان المانع من سماعها، فاذا تحقق شرط الانكار والتمسك بالتقادم فان على المحكمة ان توجه يمينا للمدعى عليه، وهذه اليمين تدعى يمين الاستيثاق وهي احدى صور اليمين المتممة، الا انها يمين وجوبية توجه للمدين على ان ذمته غير مشغولة بالدين المدعى به، وتوجه تلك اليمين الى ورثة المدين في حالة وفاة مورثهم (المدين الاصلي) أو الى الولي أو القيم في حالة الحجر، وعندئذ تكون تلك اليمين الموجه للوارث أو الولي أو القيم بصيغة عدم العلم بوجود الدين بذمة المورث أو المحجور، وهذه اليمين لا ترد على الدائن، فاذا حلفها المدين كسب الدعوى اما اذا نكل عن حلف اليمين فانه يعد خاسرا ماتوجهت به اليمين ولا يكون للانكار والدفع بالتقادم أية قيمة قانونية، ويجب الاشارة الى مسألة مهمة جدا هي ان الحقوق الواردة في المادة (431) من القانون المدني اذا كانت ثابتة بموجب سند تحريري اي ان الدائن يملك سندا بحوزته لاثبات الحق المدعى به فلا يتقادم الحق الا بانقضاء خمس عشر سنة اي انها تخرج عن نطاق التقادم السنوي وتخضع لاحكام التقادم الطويل. (49)

وقد رأينا أنه من الضروري عرض ما استقر عليه القضاء العراقي بهذا الصدد، ونورد في سبيل ذلك المبادئ القضائية التالية :-

اولا - 425/صلحية/1956 الموصل

ان المحكمة أصدرت حكمها المميز (رد الدعوى) استنادا الى مرور الزمان المانع من سماع الدعوى دون أن يحلف المدعى عليه الذي تمسك بعدم سماع الدعوى - اليمين - وفقا للفقرة الثالثة من المادة 431 من القانون المدني، فعدم قيامها بذلك واصدارها الحكم المميز خلافا لذلك نقص مما يخل بصحته وعليه قرر نقض الحكم المميز 1956/3/18. (50)

48- القاضي عبدالكريم حيدر علي، النظام القانوني للتقادم المسقط في القانون المدني، مكتبة هولبر القانونية، هولبر، 2021، ص (17) ومابعداها، والمصادر المشار اليها في المرجع المذكور.

49- القاضي حيدر عودة كاظم، مدد التقادم و السقوط في القوانين النافذة ، مكتبة القانون المقارن، 2020، ص (136) ومابعداها.

50- المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، ج1، شركة الطبع و النشر الاهلية ذ.م.م، 1962، ص (433).

ثانيا - 1168/صلحية/1956 الموصل

ان محكمة صلح الموصل بقرارها المميز ردت دعوى المدعي استنادا الى مرور الزمان المانع من سماع الدعوى وذلك لاقامتها بعد مضي سنة واحدة من تاريخ فصل المدعي عن العمل دون ان تقوم بتحليف المدعى عليه اليمين المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 431 مدني لهذا يكون الحكم المميز غير صحيح فقرر نقضه 1956/7/3. (51)

ثالثا - 1227/صلحية/1956 الموصل

ان محكمة صلح الموصل بقرارها المميز ردت دعوى المدعي لمرور الزمان المانع من سماع الدعوى بدون أن تحلف المدعى عليه رئيس البلدية اليمين المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 431 مدني معتبرة رئيس البلدية حكمه حكم الشخص المعنوي وحيث ان رئيس البلدية هو عاقد أو له علم بان ذمة البلدية غير مشمولة بالدين فكان على المحكمة في هذه الحالة ان توجه اليمين الى المدعى عليه على عدم العلم بعدم قيامها بذلك خطأ 1956/7/12. (52)

رابعا - 2751/حقوقية/1958 الموصل - 1099/حقوقية/1958 الموصل

ان محكمة البداة لم توجه اليمين المنصوص عليها في الفقرة 3 من المادة 431 مدني الى المدعى عليه (رئيس بلدية الموصل) المتمسك بالتقادم بأنه لايعلم بأن دائرته مشغولة الذمة بالمبلغ المدعى به وحيث ان ذلك نقص يستلزم النقض قرر نقض الحكم وصدر بالاكثرية 1958/2/23. (53)

خامسا - 1920/حقوقية/1957 البصرة

ان محكمة البداة بقرارها المميز ردت دعوى المميز المدعي المقامة بطلب اجرة الوكالة بحجة مرور الزمان دون أن تلاحظ انه يجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة أن يحلف يمينا توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشغولة بالدين كما نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة 431 مدني 1957/10/9. (54)

سادسا - 2755/حقوقية/1959 بغداد

ان الفقرة الثالثة من المادة 431 قانون مدني اوضحت من توجه اليهم اليمين ممن يتمسكون بمرور الزمان وهم الاشخاص الحقيقيون الذين يحلفون على أن ذمتهم غير مشغولة بالدين، والقسم الثاني ورثة المدينين أو أوليائهم ان كانوا محجورين. ويجري التحليف في هذا القسم على عدم العلم بوجود الدين، وحيث ان رئيس البلدية الذي يمثل شخصية معنوية ليس من هذين القسمين لذلك لا يمكن ان يحلف، فلما

51- المحامي سلمان بيات، المصدر السابق، ص (433).
52- المحامي سلمان بيات، المصدر نفسه، ص (434-435).
53- المحامي سلمان بيات، المصدر نفسه، ص (435).
54- المحامي سلمان بيات، المصدر نفسه، ص (435).

تقدم وللأسباب الأخرى المبينة في الحكم الاستثنائي المميز وجد ان اتجاه محكمة الاستئناف كان صحيحا
وصدر بالاكثرية في 1960/5/19.
(القرار صادر من الهيئة العامة لمحكمة التمييز لأهمية المبدأ وليس بسبب اصرار محكمة
الاستئناف). (55)

سابعاً - عدد 1735/حقوقية/1959
تاريخ 1959/12/8

القرار - لدى التدقيق والمداولة : - تبين ان محكمة العمل ردت دعوى المدعي لتحقيق مرور الزمن
استنادا الى احكام المادة (975) من قانون المدني دون أن توجه المحكمة الى المدعى عليه اليمين
المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة (431) من القانون المدني في عدم مشغولية ذمته بالمدعى
به يعتبر مخلا بصحة الحكم لذا قرر نقض الحكم المميز واعادة الاضبارة الى محكمتها لتوجيه اليمين
المذكورة الى المدعى عليه وحسمها الدعوى وفق ما يتقاضى لها بالنتيجة على ان يبقى رسم التمييز تابعا
للنتيجة وصدر القرار بالاتفاق. (56)

ثامناً - رقم القرار : 234/استئنافية/1987-1988
تاريخ القرار : 1988/4/13

لاتسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من دون عذر شرعي سنة واحدة في حقوق كل من يزاول
مهنة حرة على أن يحلف المنكر اليمين على أن ذمته غير مشغولة بالدين (المادة 3/1/431) من القانون
المدني.
القرار : -

لدى التدقيق والمداولة - وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون حيث أن الطرفين قد تصادقا على
أن المبلغ المدعى به ناشيء عن مصنعة من الخشب والدواليب والطاولات والكراسي كان قد قام المدعي
بصبغها وتوريدها الى المدعى عليه لاستعمالها في الفندق العائد له. وحيث ان المدعى عليه قد دفع
بالتقادم مستندا على المادة 1/431/ب من القانون المدني التي تقضي بعدم سماع الدعوى على المنكر
بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في حقوق التجار والصناع عن اشياء ورودها لاشخاص
لايتجرون في هذه الاشياء وحيث ان محكمة البداية قد حلفت المدعى عليه من تلقاء نفسها اليمين على
عدم انشغال ذمته بالدين تطبيقا للفقرة الثالثة من المادة 431 الانفة الذكر فيكون المتعين القضاء برد
الدعوى، وحيث ان الحكم المميز قد التزم في قضائه بوجه النظر القانونية المتقدمة لذلك قرر تصديقه
ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز . وصدر القرار بالاتفاق في 1988/4/13.
(57)

55- المحامي سلمان بيات ، المصدر السابق، ص (437).

56- المحامي عبدالعزيز السهيل، احكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، الجزء الثاني، مطبعة و اوفيسيت دار التضامن،
بغداد، 1962، ص (126).

57- ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز قسم القانون المدني و القوانين الخاصة ج 6، مطبعة الزمان، بغداد،
2001، ص (56).

تاسعا - رقم القرار : 218/موسعة اولى/ 1992
تاريخ القرار : 1992/12/15

إذا كان المدعي (وكيل اخراج) فإنه يعتبر من (اصحاب المهن الحرة) ومشمو لا بحكم المادة 1/431 من القانون المدني ولا تسمع دعواه على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة.
القرار : -

لدى التدقيق والمداولة من قبل الهيئة الموسعة الاولى في محكمة التمييز - وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلا. ولدى النظر في الحكم المميز وجد ان محكمة الاستئناف لم تتبع ماورد بالقرار التمييزي الصادر عن هذه المحكمة بعدد 374/م/1992 وتاريخ 1992/5/13 وحيث ان موضوع الدعوى والحق المدعى به فيها ناتج عن اجور اخراج بضائع تعود للمدعى عليها - المميزة - من حوزة الكمارك وأن المدعي - المميز عليه - هو وكيل اخراج فهو يعتبر من اصحاب المهن الحرة لهذا وحيث ان البند اولا من المادة 431 مدني نص على عدم سماع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الواردة فيه ومنها ماورد بالفقرة (أ) على كل من يزاول مهنة حرة وعلى أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل وما تكبده من مصروفات، فإن وكيل المدعى عليها كان قد دفع بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة وبقي متمسكا بهذا الدفع وحيث ان اجراءات التقاضي انتهت بتأدية المدعى عليه اليمين الموجهة اليه في محضر الجلسة المؤرخة 1990/3/13 طبقا لاحكام المادة 3/431 من القانون المدني، وان الموافقة على التحليف تتضمن تنازلا عن وسائل الاثبات يستوي في ذلك ان تكون هذه الموافقة بطلب من الخصم ام ادعانا لقرار من المحكمة اعتبرته فيه عاجزا عن اثبات ادعائه او دفعه فعليه يكون الحكم الاستئنافي المميز الصادر بتاريخ 1993/8/15 غير صحيح فقرر نقضه واعادة اضبارة الدعوى الى محكمتها لملاحظة ماتقدم ومن ثم اصدار الحكم المقتضي على ان يبقى رسم التمييز تابعا للنتيجة. وصدر القرار بالاكثرية في 21 جمادي الاخرة 1413 هـ الموافق 1992/12/15 م. (58)

المطلب الثاني اليمن الوجوبية في قانون الاحوال الشخصية

ان المشرع العراقي نص في المادة التاسعة والعشرون من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 على (اذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة واخفى أو تغيب أو فقد، حكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ اقامة الدعوى بعد اقامة البينة على الزوجية وتحليف الزوجة بان الزوج لم يترك لها نفقة وانها ليست ناشزا ولا مطلقة انقضت عدتها. ويأذن لها القاضي بالاستدانة باسم الزوج لدى الحاجة. (59) وكذلك نص في المادة الاربعون/3 من قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959 على (لكل من الزوجين، طلب التفريق اذا كان عقد الزواج، قد تم قبل اكمال احد الزوجين الثامنة عشرة، دون موافقة القاضي).

ونتناول تلك الحالتين في فرعين الفرع الاول حالة النفقة والفرع الثاني حالة الفرقة :-

الفرع الاول /-

يمن الزوجة عند طلبها النفقة من مال زوجها المختفي او الغائب او المفقود

لما كان الهدف الاساسي للزواج هو العيش المشترك بين الزوجين، فانه يترتب على ذلك التزام الزوج بالانفاق على زوجته من تاريخ العقد الى انتهاء العلاقة الزوجية بعد وقوع الطلاق وحتى انتهاء العدة، ويعد حقا من الحقوق الثابتة للزوجة والنفقة معناها في اللغة الاخراج والانفاق. النفقة اسم مصدر، وفي اصطلاح الفقهاء هي اسم للشيء (المال) الذي ينفقه الانسان على نفسه وعياله وزوجته وأقاربه، وتشمل الطعام والكسوة والمسكن والدواء وجميع ما به مقومات الحياة بحسب العرف، وهي حق وواجب للزوجة على زوجها، وتستحق الزوجة النفقة على زوجها بمقتضى عقد الزواج الصحيح، فلا تجب النفقة لمن عقد عليها عقدا فاسدا، وتستحق الزوجة النفقة سواء أكانت ثرية أم فقيرة دون تمييز بينهما، لتوفر سبب الاستحقاق وهو الزوجية، وتستحق الزوجة نفقتها ولو كانت في بيت اهلها، لان الزوج هو الملزم بالانفاق عليها، فلو كانت مريضة مرضا يمنعها من مطاوعة الزوج فنفتتها لازمة، أما اذا مرضت الزوجة قبل الزفاف، وكان مرضها عائقا دون انتقالها الى بيت الزوج تسقط النفقة، وكذلك ان امتنعت المرأة عن الانتقال الى بيت الزوج، وهذه النفقة تشمل النفقة في حال قيام الزوجية أو في العدة من طلاق أو تفريق. فقد اجمع الفقهاء المسلمون على أن نفقة الزوجة على زوجها، وسبب نفقة الزوجة على زوجها، هو عقد الزواج الصحيح الذي جعلها في عصمته هذا من ناحية، ثم ان كرامة المرأة، وصونها عن الابتذال أو تعريض كرامتها للامتهان، موجب من ناحية اخرى، ان تكون نفقتها، في مال الزوج - بوصفه المسؤول الاول عن الاسرة - من حين العقد، حتى ولو كانت موسرة، او

59- اوقف العمل بحكم هذه المادة من قانون الاحوال الشخصية في الاقليم و حل محلها مايلى (اذا ترك الزوج زوجته بلا نفقة و اختفى او تغيب او فقد او سجن، حكم القاضي لها بالنفقة من تاريخ الترك و يقوم صندوق الرعاية الاجتماعية بصرف النفقة المقدره لها) بموجب المادة الحادية عشرة من القانون رقم (15) لسنة 2008 الصادر من المجلس الوطني لكوردستان - العراق و النافذ منذ 2008/12/30.

مخالفة له في الدين، أو كانت مقيمة في بيت أهلها طالما لم يطلبها إلى بيته، أما إذا كان الزواج فاسداً أو باطلاً فإنها لا تستحق النفقة، لانقضاء سبب وجوبها.⁽⁶⁰⁾

المراد بالغائب، من يتعذر احضاره أمام القاضي لمخاصمته في النفقة التي تطالب بها زوجته، سواء أكان في سفر أم كان مختفياً... وحينئذٍ أما أن لا يترك مالا ظاهراً، وأما أن يترك مالا ظاهراً، وهذا أما أن يكون من جنس النفقة وأما أن لا يكون كذلك، ولكل حالة من هذه الحالات حكم خاص. الحالة الأولى: - إذا لم يترك الزوج الغائب مالا ظاهراً، وطلبت الزوجة من القاضي فرض نفقة لها عليه، فرض لها القاضي وأذن لها بالاستدانة على ذمته، وليس هذا قضاء على الغائب، وإنما هو إعانة لها في الوصول إلى حقها.

الحالة الثانية: - إذا ترك الغائب مالا ظاهراً من جنس النفقة كالنقود والطعام، فإن كان في بيته وفي متناول يد الزوجة ورفعت أمرها إلى القضاء، كان على القاضي أن يفرض لها نفقة، ثم يأذن لها بأخذ المفروض من مال زوجها، وهذا أيضاً إعانة لها على الوصول إلى حقها وليس قضاء على الغائب، بل هي تستطيع أن تأخذ منه ما يكفيها دون الرجوع إلى القضاء لما رواه البخاري وغيره عن عائشة - رضي الله عنها - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهند امرأة أبي سفيان - وقد شكت إليه شح زوجها - (خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف)، أما إذا كان هذا المال وديعة أو ديناً على شخص آخر، ولم يكن في متناول يد الزوجة، وجب على القاضي أن يفرض لها النفقة في ماله، وأمر المودع أو المدين أن يسلمها مافرض لها من مال الزوج الذي عنده كلما كان ذلك ممكناً، وذلك بعد أن يستوثق للغائب ويحتاط لحفظ ماله خشية أن تكون الزوجة مطلقة أو كاذبة في دعواها فيستحلفها اليمين، وتسمى (يمين الاستيثاق أو الاستظهار) أن زوجها لم يجعل لها النفقة، وأنها ليست ناشزة ولا مطلقة انتهت عدتها، ثم يأخذ منها كفيلاً بالنفقة.

الحالة الثالثة: - إذا كان للزوج الغائب مال ليس من جنس النفقة كالنقود والعقارات، وجب على القاضي أن يفرض لها نفقة إذا رفعت أمرها إليه، وأذن لها من استيفاء المفروض من أجرها ما يؤثر منها. ولكن ليس من حقها ولا من حق القاضي بيع شيء من أموال الزوج، خلافاً للجعفرية أجازوا ذلك.⁽⁶¹⁾

إذا غاب الزوج أو فقد أو اختفى ورفعت الزوجة أمرها إلى القضاء طالبة النفقة فرض القاضي لها نفقة وقد يحكم لها بالاستدانة باسم الزوج، أن النفقة واجبة على الزوج سواء كان الزوج حاضراً أو غائباً فغيبية الزوج أو فقده أو اختفاؤه لا تؤثر في لزوم استمرارية النفقة وبناءً عليه فإن للزوجة أن تطالب من المحكمة فرض نفقة لها على زوجها الغائب وحينئذٍ ليس على الزوجة إلا إثبات الزوجية بتقديم مستند عقد الزواج أو البيينة الشخصية، وبعد التأكد من موارد المدعى عليه والتزاماته، وتعين خبير لتقدير النفقة وتحليف الزوجة اليمين قبل إصدار الحكم بالنفقة على أن زوجها غائب ولم يترك لها نفقة ولا شيء من جنس النفقة وأنها ليست ناشزة ولا مطلقة انقضت عدتها، يحكم القاضي بالنفقة من تاريخ إقامة الدعوى وينص في قرار الحكم على أن الزوجة ماذونة بالاستدانة باسم الزوج وأن على الدائن - غير الأجنبي على الزوجة - الرجوع على الزوج عند الظفر به أو بماله، نستخلص مما تقدم أن أذن القاضي بالاستدانة يأتي بعد أن تحلف الزوجة بأن الزوج لم يترك لها مالا سواء في متناول يدها أو في يد الأجنبي، أما إذا

60 - القاضي محمد حسن كشكول و القاضي عباس السعدي، شرح قانون الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، بغداد، الطبعة الثانية، 2011، ص (106) ومابعداها، والمصادر المشار إليها في المرجع المذكور.
61- الدكتور أحمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، الجزء الأول، المكتبة القانونية، 2017، ص (160) ومابعداها.

ترك الزوج مالا ظاهرا من جنس النفقة كالنقود والطعام وكان في متناول يد الزوجة، فرض القاضي لها النفقة واذن لها باخذ المقدار المفروض من مال زوجها، بل انها تقدر على اخذ مايكفيها دون الرجوع الى القضاء، واما اذا لم يكن في متناول يد الزوجة بل كان وديعة او دينا في ذمة شخص اخر فرض القاضي لها النفقة وامر المودع او المدين ان يسلم الزوجة المقدار المفروض لها من مال الزوج الذي عنده، واذا لم يكن للزوج مال من جنس النفقة كالنقود والطعام بل كانت له دور وعقارات غير انه ليس من حقها أو من حق واذن لها باستيفاء النفقة المفروضة من اجرة تلك الدور والعقارات غير انه ليس من حقها أو من حق القاضي ان يبيع شيئا من أموال الزوج لاستيفاء النفقة منه، واذا لم يكن للزوج مال ظاهر حكم القاضي لها بالاستدانة باسم الزوج عند الحكم لها بالنفقة، وحينئذ اذا لم تكن الزوجة ذات مال او دخل يلزم قريبتها الذي تلزمه نفقتها - لو لم تكن ذات زوج - كالأب والجد والاخ اقراضها مقدار النفقة المفروضة عند المقدرة وله الرجوع على الزوج فقط بما انفق، واذا لم يكن لها قريب أو وجد لكنه كان معسرا ولم يستطع اقراضها وكانت غير قادرة على العمل التزمت الدولة بالانفاق، واذا كانت الزوجة معسرة ومأدونة بالاستدانة حسب المادة السابقة فان وجد من تلزمه نفقتها (لو كانت ليست بذات زوج) فيلزم باقراضها عند الطلب والمقدرة وله حق الرجوع على الزوج فقط، واذا استدان من اجنبي فالدائن بالخيار في مطالبة الزوجة، وان لم يوجد من يقرضها وكانت غير قادرة على العمل التزمت الدولة بالانفاق. (62)

ان هذه صورة من اليمين هي صورة ليمين الاستظهار وردت في قانون الاحوال الشخصية عندما تدعي الزوجة بطلب النفقة من زوجها الغائب او المفقود، وهذه اليمين وجوبية كاليمين المتممة توجهها المحكمة من تلقاء نفسها الى المدعية بعد اقامتها البينة على دعواها، ولا مناص للزوجة من حلفها وان المشرع اراد بها التحفظ على ذمة المدعى عليه الغائب والمفقود الذي لم يعرف مصيره، فان نكلت الزوجة الحلف ردت دعواها. (63)

وبغية اغناء الموضوع و بيان رأي محكمة التمييز نورد القرار الاتي :-

تشكلت محكمة شرعية بغداد السنية بتاريخ 1962 /10/20 من قاضيا السيد اسماعيل الايوبي المأذون بالقضاء باسم الشعب وأصدرت القرار الاتي :-

المدعية :- ب . س

المدعى عليه :- أ . ش

القرار :-

بنتجة المرافعة الغيابية بعد تبليغ المدعى عليه اعلانا بصحفتين محليتين ولادعاء المدعية من ان المدعى عليه الداخلى بها وانه تركها منذ اربع سنوات دون نفقة او منفق شرعي وانها تتضرر من بقائها وطلب الحكم بالتفريق بينها وبين المدعى عليه مع تحميله مصاريف المحاكمة. ولاقامة البينة المعدله سرا وعلنا ولتحليفها اليمين الاستظهارى بقولها (والله انني فقيرة وان زوجي المدعى عليه أ . ش غاب عني منذ اربع سنوات ونصف ولم يترك لي مالا او شيئا من جنس النفقة ولم يحلني على احد غيره، وليس لي من يعيلني او يقرضني ولم اكن ناشزا او مطلقة منه اقضت عدتي) لذا قررت هذه المحكمة الحكم بالتفريق بينهما بطلقة واحده رجعية وذلك استنادا الى المادة الخامسة والاربعين الفقرة (ب) من قانون

62- الدكتور فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، طبع على نفقة جامعة السليمانية، 2004، ص (152) ومابعدها، والمصادر المشار اليها في المرجع المذكور.

63- القاضي مهدي صالح محمدا مين، المصدر السابق، ص (143) ومابعدها.

الاحوال الشخصية وافهمت المدعية بان تعدد عدة الطلاق اعتبارا من تاريخه وان لا تتزوج بزواج اخر حتى تنقضي عدتها ويكتسب الحكم الدرجة القطعية بالتصديق عليه من قبل مجلس التمييز الشرعي حكما غيابيا قابلا للاعتراض والتمييز وافهم علنا.

القاضي

(وقد اقترن هذا الحكم بتصديق مجلس التمييز الشرعي بقراره المرقم 567 و المؤرخ (1962/12/29).⁽⁶⁴⁾)

ولغرض توضيح المقصود بالغايب والمفقود نشير اليهما ادناه: -

الغايب / هو ما غاب عن النظر، وهو عكس الحاضر المشاهد والغياب مشتق من الغيب الذي هو غير مرئي ثم اطلق على ما يختص علمه بالله عز و جل، ومنه قوله تعالى (علم الغيب والشهادة). والغايب معلوم الحياة لعدم انقطاع اخباره، فهو قد يكون معلوم المكان وقد يكون مجهول المكان، سواء كان داخل البلد او في خارجه.

وقد عرفته المادة (85) من قانون رعاية القاصرين رقم (78) لسنة 1980 (هو الشخص الذي غادر العراق أو لم يعرف له مقام فيه مدة تزيد على السنة دون ان تنقطع اخباره وترتب على ذلك تعطيل مصالحه او مصالح غيره)

وبذلك فان الغائب، بموجب القانون العراقي، هو اما: -

1- من غادر العراق مدة تزيد على السنة دون ان تنقطع اخباره، وترتب على ذلك تعطيل مصالحه او مصالح غيره وذلك لعدم استطاعته ادارة شؤونه بنفسه، كمن يسافر الى خارج العراق وتحول الظروف بينه ادارة امواله واستثمارها بنفسه والاشراف عليها، ويؤدي ذلك الى تعطيل مصالحه او مصالح غيره.
2- أو من كان مجهول المقام (المواطن) داخل العراق مدة تزيد على السنة وترتب على هذا الجهل تعطيل مصالحه او مصالح غيره، كمن يهيم على وجهه او يفر من اجراءات جزائية اتخذت ضده والمقصود بتعطيل المصالح هو عدم امكانية القيام بأي عمل من شأنه ان يصون حقوق الغائب او تحصيل هذه الحقوق او استثمار امواله او دفع الاعتداء عليها.

أما المفقود / فهو اسم لموجود هو حي باعتبار اول حياته، ولكنه خفي الاثر كالميت باعتبار مآله فالمفقود يبدو في حالة قلق بين وجود الحياة أو الموت، أي يعتبر لاحيا على الاطلاق ولا ميتا من جميع الوجوه.

وعرفته المادة (1/36) من القانون المدني العراقي بأنه (من غاب بحيث لا يعلم احى هو ام ميت، يحكم بكونه مفقودا بناء على طلب كل ذي شأن).

كما عرفته المادة (86) من قانون رعاية القاصرين بأنه (الغايب الذي انقطعت اخباره ولا تعرف حياته او مماته).

64- علاء الدين خروفة، شرح قانون الاحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة المعارف، بغداد، ص (112).

ويتميز المفقود عن الغائب، في ان المفقود مجهول الحياة او الممات اما الغائب فهو معلوم الحياة وقد يكون معلوم المكان وقد يكون مجهول المكان، فهو من تمنعه الظروف القاهرة من الرجوع الى محل اقامته او ادارة شؤونه بنفسه او بواسطة مدة سنة وتسبب في غيابه ضرر للغير وبالتالي تعتبر كالمفقود. فالغائب، غائب عن موطنه او محل اقامته الا ان حياته معلومة ولهذا يرى البعض عدم اعتباره من المفقودين ولا أثر لغيابه على شخصيته القانونية.(65)

المفقود : - هو الشخص الذي غاب ولم يعرف له موضع، ولا تعرف حياته من مماته.

وقد اختلف الفقهاء في احكامه على الوجه التالي : -

أ - قال ابو حنيفة واصحابه : انه لا يحكم بموت المفقود الا بموت اقرانه الذين هم من سنه، وقدر بعض الفقهاء اقرانه ببلوغهم تسعين سنة، وقيل ببلوغهم سبعين، وقيل ببلوغهم عشرين ومئة. وكل قول من هذه الاقوال مبني على اساس ..

وانما كان تقدير وفاة المفقود بموت اقرانه لان حياته معلوم ولم تقم بينة على وفاته حتى يحكم بها، فاذا قامت بينة على الوفاة حكم بها في أي وقت كان ولا ينظر الى الاقران او غيرهم. واذا لم تقم البينة ولم يستطع احد اقامة دليل على الوفاة يجعل موت اقرانه دليلا على وفاته.. وبعض علماء الحنفية يرى تفويض المدة الى رأي القاضي.

ب - قال الحنابلة : ان المفقود يجعل بالنسبة للحكم بموته قسمين :

الاول : من انقطع خبره في حالة ظاهرها السلامة، كمن سافر للتجارة، او طلب العلم، وما اشبه. وهذا لا يحكم بموته الا اذا بلغ عمره تسعين سنة، الثاني : اذا كان قد خرج في حالة يغلب فيها الهلاك، كمن خرج الى الحرب، او سافر في البحر الى جهة ماء، فغرق زملاؤه، الا قليلا منهم وهذا يحكم بموته بعد مضي اربع سنوات، ويلحق بهذا القسم من خرج للصلاة ولم يعد، او ذهب الى مكان قريب ولم يرجع.

ج - قال المالكية : بالنسبة لزوج المفقود، يحكم بفقده بعد اربع سنوات من وقت رفع الامر الى القاضي، اذا طلبت الزوجة ذلك، وتعتد عدة الوفاة ثم تحل للزواج. اما بالنسبة الى امواله فلا يحكم بموته الا بعد فقد اقرانه في السن، وقيل لا يحكم بموته بعد مضي زمن لا يعيش في الغالب الى مثله، واختلف في تقدير هذا الزمن فقيل : سبعون، وقيل غير ذلك.

فاذا ظهر ان المفقود حي، وكانت امواله قد قسمت فانه يسترجع منها ماكان قائما ولايسترجع منها ماكان تالفا لان وراثته قد نالوا هذا المال عن طريق حكم شرعي، ولا يضمن من اخذ شيئا بحكم شرعي، اما بالنسبة الى زوجته ان كانت قد تزوجت غيره ثم ظهر المفقود حيا وعاد فانها ترجع الى زوجها الاول ان لم يدخل بها الثاني، اما اذا دخل بها الثاني غير عالم بحياة المفقود، فانها تكون للثاني، واذا ثبت ان الزوج الثاني دخل بها وهو عالم بحياة المفقود ثم ظهر انه حي فانها تكون للمفقود.

تلك هي احكام المفقود في الشريعة الاسلامية. (66)

65- الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، احكام رعاية القاصرين، المكتبة القانونية، الطبعة الثالثة، بغداد 2007، ص (59) ومابعداها.

66 - علاء الدين خروفة، المصدر السابق، ص (104) ومابعداها.

الفرع الثاني /-

يمين من عقد زواجه قبل اكمال سن الرشد خارج المحكمة عند طلبها التفريق عند بلوغها سن الرشد

ان المشرع العراقي في المادة الاربعون/3 من قانون الاحوال الشخصية اجاز لمن تزوج بموجب عقد زواج جرى خارج المحكمة بدون موافقة القاضي وقبل اكماله الثامنة عشرة ان يطلب التفريق بعد بلوغه سن الرشد ورغم عدم اشارة المشرع لتوجيه اليمين لمن يطلب التفريق في هذه الحالة الا انه يتطلب للحكم بالتفريق اعمالا للمادة 2/308 من قانون المرافعات المدنية وجوب توجه اليمين المذكورة فيها.

اجاز القانون لمن اكمل الخامسة عشرة من العمر ان يتزوج باذن القاضي، اما اذا تم عقد الزواج بدون استحصال موافقة القضاء فان ذلك يجيز طلب التفريق وفق المادة المذكورة، ويرى بعض القضاة ان زواج من لم يكمل الخامسة عشرة من العمر اذا تم دون موافقة القاضي ولكن بحضور الولي الشرعي كالاب حسن الاختيار وتوفرت فيه جميع اركان العقد الصحيح فانه لايجوز طلب التفريق بمجرد اجراء القعد خارج المحكمة، ويرى ان نص المادة ورد مطلقا من غير نظر الى الولي لذلك فان ابرام عقد من لم يكمل الثامنة عشرة من العمر دون موافقة القضاء يجيز طلب التفريق، وما ذهب اليه هؤلاء القضاة وارد بشأن الفسخ لا التفريق، فالتفريق يرد على عقد صحيح اما الفسخ فانه يحصل لخلل مقارن او طارئ على العقد، فاذا كان الولي هو الاب المعروف بحسن الاختيار فهذا يعني ان العقد نشأ صحيحا لازما فلا مجال لفسخه او حله الا بالطلاق او التفريق.(67)

قد تتزوج الصغيرة قبل أن تبلغ سن الرشد وزواجها في حالتين : -

اولا - اذا زوج الصغيرة وليها المجر (الاب والجد) فيكون قد اختار لها الاصلح لحياتها الزوجية وهي قاصرة لاتحسن الاختيار، وبذلك لم يبق لها حق في اختيار نفسها بفسخ عقد زواجها عند بلوغها سن الرشد.

ثانيا - اذا زوج الصغيرة غير الاب والجد وبلغت سن الرشد فلها ان تختار نفسها وتطلب فسخ عقد زواجها ولو كان الزوج كفواً وبمهر المثل، وبعد اقامتها البينة على دعواها توجه لها المحكمة من تلقاء نفسها يمينا قانونيا شبيهة باليمين المتممة.

وقد نصت المادة (2/308) من قانون المرافعات المدنية على صيغة هذه اليمين (اذا زوج غير الاب والجد الصغيرة للكفاء وبمهر المثل وبلغت فاخترت نفسها بالبلوغ وطلبت فسخ عقد الزواج والتفريق بينها وبين زوجها واقامت البينة على دعواها فتحلفها اليمين بالصيغة التالية : (والله اني اخترت نفسي وقت بلوغي).

وان هذه اليمين اجراء اصلي في الدعوى تنصب على رفع الرابطة الزوجية وانها وجوبية توجهها المحكمة كاليمين المتممة بعد اقامة البينة واثبات ادعاء الزوجة وانها لا ترد على الخصم، ويراد بالاختيار هنا طلب فسخ عقد الزواج ويكون ذلك بدعوى تقام في المحكمة المختصة وبعد الاثبات وحلف اليمين تقضي المحكمة بالتفريق بين الزوجين. واختيار الصغيرة لنفسها اما لرفع ضرر لحق بها واما لايقاف خلل في عقد زواجها ضل خفيا حتى بلوغها اهلية التقاضي وهو حق خاص احتفظ به المشرع لها حتى بلغت رشدها، والاختيار واقعة قانونية تصدر عن ارادة الزوجة المنفردة بان تفصح صراحة أو

67 - الدكتور فاروق عبدالله كريم، المصدر السابق، ص (196)، والمصادر المشار اليها في المرجع المذكور.

دلالة عن استعمال حقها باختيار نفسها وفسخ عقد نكاحها امضي عليها من غير وليها المجرر عندما كانت قاصرة، والسبب الشرعي والقانوني لتوجيه هذه اليمين هو ان العقد من غير الولي كان في اصله ضعف تأتي منه اختيار الفسخ لدفع ضرر خفي، ويكون اثر هذه اليمين في حالة الحلف تقضي المحكمة بفسخ عقد الزواج والتفريق بين المدعية وزوجها، اما اذا نكلت أو امتنعت عن الحلف ففي نكولها دلالة على انها كانت راضية على امضاء عقد زواجها وابقائها عليه حين بلغت رشيدة وحل اجل حقها في الاختيار، والنكول بمثابة اقرارها بأن اختيارها لم يكن صحيحا ولافي مواعده وانها غير محقة في دعواها. ومن نكل خسر ماتوجهت به اليمين.(68)

ويمين الفرقة للبلوغ يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه للمدعية (الصغيرة التي بلغت) اذا طلبت فسخ عقد زواجها الذي ابرمها عنها غير وليها والتفريق بينها وبين زوجها، وأثبتت دعواها بانها اختارت نفسها وقت بلوغها، فاذا ما زوج غير الولي الصغيرة قبل ان تبلغ سن الرشد فلها أن تختار نفسها وتطلب فسخ عقد زواجها ولو كان الزوج كفوءا وبمهر المثل، وبعد اقامتها البينة على دعواها واثبات ادعائها توجه لها المحكمة هذه اليمين بوصفه اجراء أصليا في الدعوى، اذ تنصب على رفع الرابطة الزوجية والتفريق بين الزوجين، ومما يلاحظ بان الزوجة حتى وان اثبتت دعواها فلا يفرق القاضي بينها وبين زوجها الا اذا حلفت اليمين على انها اختارت نفسها وقت بلوغها، فان حلفت قضي لها بالتفريق، واما اذا نكلت عن الحلف، فان نكولها يدل على انها كانت راضية على امضاء عقد زواجها وابقائها عليه حين بلغت رشيدة، حيث ان النكول بمثابة الاقرار بان اختيارها لم يكن صحيحا ولافي مواعده وانها غير محقة في دعواها، فيقضي القاضي برفض طلبها.(69)

ولاجل اغناء الموضوع بجانبها العملي نورد المبادئ التمييزية التالية :-

اولا - رقم القرار : 257/شخصية/ 1978
تاريخ القرار : 1978/7/12

ان من حق الزوجة اختيار نفسها عند البلوغ اذا كان عمرها عند اجراء العقد اربع عشرة سنة ولم يكن وليها الشرعي حاضرا ليتولى عقد الزواج. (70)

ثانيا - رقم القرار : 165/موسعة/ 1985
تاريخ القرار : 1985/7/30

اذا عقد زواج المدعية خارج المحكمة عندما كان عمرها ستة عشر عاما بموافقة ولي أمرها والدها وقد دخل بها المدعى عليه وعاشرته مدة من الزمن فلا يحق لها طلب التفريق. (71)

68- القاضي مهدي صالح محمدامين، المصدر السابق، ص (144-145)، و المصادر المشار اليها في المرجع المذكور.

69- القاضي محمد مصطفى رسول، المصدر السابق ص (117)، و المصادر المشار اليها في المرجع المذكور.

70- نقلا عن اباد احمد سعيد اليساري، الواضح في قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، الطبعة الاولى، 2020، ص (417).

71- نقلا عن اباد احمد سعيد اليساري، المصدر نفسه، ص (416).

الختامة

حيث ان موضوع البحث بالنظر لتعدد مصادره فيها شيء من الصعوبة لأن مجالها واسع وقد تطلب جهدا لجمع انواع اليمين الوجوبية وحاولنا قدر المستطاع ان نورد قرارات قضائية حديثة الا انه وبالنظر لعدم العثور عليها فانه وفي كثير مواضعه تم الاشارة الى قرارات قديمة فان وجدها احسن من عدم وجودها لانه بنظرنا فان المبادئ المشار اليها بقيت محكمة التمييز الموقر عليها، الا انه بالنتيجة فقد تم الانتهاء منه بعون الله عز وجل وجهود الخيرين رغم ذلك حاولنا أن نبين جميع الايمان الوجوبية وسندها القانوني مع بيان موقف القضاء من تلك الايمان قدر الإمكان وبقي أن نشير الى الإستنتاجات والمقترحات التي توصلنا اليها ونوردهما ادناه :-

أولا- الإستنتاجات

نستنتج من خلال الدراسة ان المشرع لجأ الى تعزيز الدليل الذي لدى طرف من اطراف الدعوى بالزام المحكمة بتوجيه يمين متممة وجوبية لخصم بالذات يعينه القانون، دون أن يطلبها الطرف الاخر اما لاستظهار حقيقة مايدعيه نظرا لوفاة الخصم الحقيقي في الدعوى أو عدم علمه بما يدعيه الطرف المقابل أو لتوثيق مايقوله لأن مايدعيه ينحصر بنفسه أو مقابله الغائب عن الدعوى وليس هناك وسيلة اخرى سوى الأخذ بقوله مع يمينه ولايجوز رد اليمين الوجوبية.

ثانيا - المقترحات

حبذا لو حاول المشرع أن يجمع صور هذه الايمان الوجوبية في قانون اجرائي واحد و ليس الأشارة اليها كل في موضعها في القوانين الموضوعية.

الباحث

المراجع

القران الكريم

أولا :- الكتب و الرسائل

* الكتب :-

- 1- القاضي ابراهيم المشاهدي، المباديء القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العمال المركزية - بغداد، دون سنة الطبع.
- 2- القاضي ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم القانون المدني والقوانين الخاصة، الجزء السادس، مطبعة المان - بغداد، 2001.
- 3- الدكتور احمد الكبيسي، الأحوال الشخصية في الفقه والقضاء والقانون، المكتبة القانونية - بغداد، 2007.
- 4- القاضي اياد احمد سعيد الساري، الواضح في قانون الاثبات، المكتبة القانونية - بغداد، 2020.
- 5- المحامي حسين المؤمن، نظرية الاثبات القواعد العامة والاقرار واليمين - الجزء الاول - منشورات مكتبة المثني، بغداد 1948.
- 6- القاضي حيدر عودة كاظم، مدد التقادم والسقوط في القوانين النافذة، مكتبة القانون المقارن، 2020.
- 7- القاضي كيلاني سيد احمد، كامل المباديء القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان، الجزء الثاني، مطبعة حاج هاشم، اربيل، 2012.
- 8- القاضي مهدي صالح محمدامين، ادله القانون غير المباشرة، مطبعة واوفسيت المشرق، بغداد، 1987.
- 9- المحامي محمد علي الصوري، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، الجزء الثالث، مطبعة شفيق، بغداد، 1983.
- 10- القاضي موفق حميد البياتي، شرح المتون الموجز المبسط في شرح القانون المدني، القسم الثاني اثار الالتزام، مكتبة زين الحقوقية والادبية ش.م.م، الطبعة الاولى - بيروت 2017.
- 11- القاضي محمد حسن كشكول والقاضي عباس السعدي، شرح قانون الاحوال الشخصية و تعديلاته المجلد الثاني، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية - بغداد، 2011.
- 12- القاضي محمد أحمد عمر، حجية اليمين في الدعوى المدنية، مطبعة مناره، اربيل، 2013.
- 13- القاضي محمد مصطفى رسول، مدى أهمية اليمين الحاسمة في احقاق الحق، الطبعة الاولى، المركز العربي للنشر و التوزيع - الطبعة الاولى، 2017.
- 14- الدكتور سليمان مرقس، من طرق الاثبات الاقرار و اليمين واجراءاتهما في تقنيات البلاد العربية، المطبعة العالمية، القاهرة - 1970.
- 15- المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، الجزء الاول، شركة الطبع والنشر الاهلية ذ.م.م، 1962.

- 16- عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام 2و3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة جديدة، 2009.
- 17- القاضي عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الرابع، المكتبة القانونية، بغداد، الطبعة الثانية، 2008.
- 18- القاضي علاء الدين خروفة، شرح قانون الاحوال الشخصية، الجزء الثاني، مطبعة المعارف، بغداد، 1963.
- 19- المحامي عبدالعزيز السهيل، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، الجزء الاول والثاني، مطبعة و اوفسيت دار التضامن للطباعة والتجارة والنشر، بغداد، 1962.
- 20 - الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، شرح قانون الاثبات، المكتبة القانونية، الطبعة الثانية 2006 منقحة ومزيدة.
- 21- الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، اصول الاثبات، اثناء للنشر والتوزيع، الاردن، الطبعة الاولى 2012.
- 22- الدكتور عصمت عبدالمجيد بكر، احكام رعاية القاصرين، الكتبة القانونية، بغداد، الطبعة الثالثة، 2007.
- 23- القاضي عبدالكريم حيدر علي، النظام القانوني للتقادم المسقط في القانون المدني العراقي، مكتبة هولير القانونية، الطبعة الاولى، 2021.
- 24- الدكتور فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، 2004.
- 25- القاضي فلاح كريم وناس، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية ومحكمة تمييز كردستان و محاكم الاستئناف بصفتها التمييزية، تطبيقات قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، 2018.

* الرسائل :-

مالك جابر حميدي، حجية اليمين في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة الماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1988.

ثانيا :- القوانين

- 1- قانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951
- 2- قانون الاحوال الشخصية رقم 188 لسنة 1959
- 3- قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969
- 4- قانون الاثبات رقم 107 لسنة 1979
- 5- قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980
- 6- قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980