

## المقدمة

لا شك ان للإثبات القضائي اهمية كبيرة في العملية القضائية فالحق موضوع الدعوى يتجرد من قيمته مالم يُقّم الدليل على الحادث المبدئ له سواءً كان هذا الحادث قانونياً او مادياً , ومن الطبيعي ان الدليل هو قوام الحق وباعت الروح فيه وان نظرية الاثبات من اهم النظريات القانونية واكثرها تطبيقاً في العمل القضائي . ان أدلة الاثبات تختلف فيما بينها من حيث القيمة القانونية ذلك لان بعض الادلة تكفي لوحدها لإثبات الواقعة المتنازع عليها كون المشرع قد اعطى لها حجية كاملة في الاثبات , بينما توجد ادلة اخرى لا تكفي لوحدها لإثبات الواقعة المزعومة لان المشرع لم يعطها حجية كاملة في الاثبات , وفي هذه الحالة يقتضي اكمال الحجية القانونية الناقصة للدليل بأليات ووسائل قانونية للحيلولة دون وقوع المحكمة في اسر الخصوم والدعاوى المتكررة , وعلى هذا الاساس فإن المشرع العراقي قد منح القاضي المدني دوراً ايجابياً كبيراً في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من ادلة واستكمال حجية ما نقص منها بأليات ووسائل قانونية تكميلية وهذا ما يحقق مقصد القضاء المتمثل بتحقيق العدالة واعطاء كل ذي حق حقه بأقل التكاليف واقصر الجهود وبأسرع الاوقات .

### اولاً : اهمية البحث

تكمن اهمية هذا البحث في ابراز المظاهر الايجابية للدور الذي يؤديه القاضي المدني في مجال ادلة الاثبات الناقصة وصلحياته في اكمال حجيتها القانونية .

### ثانياً : إشكالية البحث

اذا كان المشرع العراقي قد اعطى القاضي المدني دوراً ايجابياً في مجال إكمال حجية الادلة الناقصة في الاثبات المدني فما هي طبيعة هذا الدور وما هي مستلزمات ممارسته وما هي حدود سلطته التقديرية , إن إشكالية البحث هذا تتمحور حول الاجابة عن التساؤلات المذكورة اعلاه .

### رابعاً : منهج البحث

لقد اعتمدنا في اعداد هذا البحث على المنهجين التحليلي والتطبيقي , فقد اعتمدنا المنهج التحليلي في تحليل نصوص القانون العراقي في مجال الادلة الناقصة في الاثبات المدني ودور القاضي في اكمال حجيتها القانونية الناقصة , كما اتبعنا المنهج التطبيقي كلما امكن وذلك بتعزيز الاراء الواردة في البحث والنصوص القانونية بالمبادئ القانونية الواردة في القرارات التمييزية الصادرة من القضائين الكوردستاني والعراقي لأن البحوث القانونية لا يمكن ان تفي بغاياتها مالم تكن مدعومةً بالاحكام والتطبيقات القضائية .

## خامساً : خطة البحث

ان الامام بموضوع هذا البحث يتطلب منا دراسته في مبحثين , نتناول في المبحث الاول مذاهب الاثبات المدني ومبدأ حياد القاضي والذي نقسمه الى مطلبين. نخصص أولهما لمذاهب الاثبات المدني , اما الثاني فنخصصه لدراسة مرتكزات حياد القاضي ونقسم المطلب الاول الى ثلاثة فروع وندرس فيها على الترتيب مذهب الاثبات الحر , مذهب الاثبات المقيد (القانوني) ومذهب الاثبات التوفيقي , ونقسم المطلب الثاني الى ثلاثة فروع : نخصص الفرع الاول للمرتكزات الشكلية لحياد القاضي ونخصص الفرع الثاني للمرتكزات الموضوعية لحياد القاضي , اما الفرع الثالث فنخصصه لموقف الشريعة الاسلامية والقانون العراقي من حياد القاضي , اما المبحث الثاني فنتناول فيه الادلة الناقصة وآليات إكمال حجيتها في القانون العراقي وسوف نقسم هذا المحث الى مطلبين , فالمطلب الاول نخصصه للأدلة الناقصة في القانون العراقي وهذا المطلب بدوره نقسمه الى اربعة أفرع نخصص الفرع الاول للشهادة الناقصة , اما الفرع الثاني فنفرده للأوراق غير الموقع عليها , اما الفرع الثالث فنتناول فيه القرينة القضائية , بينما نخصص الفرع الرابع لمبدأ الثبوت بالكتابة . اما المطلب الثاني , فنخصصه لآليات اكمال حجية الادلة الناقصة والذي بدوره ونقسمه الى اربعة فروع, ندرس في الفرع الاول دور القاضي في إكمال حجية الشهادة الناقصة والفرع الثاني لدور القاضي في اكمال حجية الاوراق غير الموقع عليها اما الفرع الثالث فنخصصه لدور القاضي في اكمال حجية القرينة القضائية , بينما الفرع الرابع والاخير فسوف نخصصه لدور القاضي في اكمال حجية مبدأ الثبوت بالكتابة .

### المبحث الأول

#### مذاهب الإثبات المدني و مبدأ حياد القاضي

سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين ندرس في المطلب الاول مذاهب الاثبات المدني ونتناول في المطلب الثاني مبدأ حياد القاضي .

### المطلب الأول

#### مذاهب الإثبات المدني

إن الإثبات هو (تأكيد لحق متنازع عليه يترتب له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق)<sup>(1)</sup> وقبل التوغل الى موضوع بحثنا في هذا المطلب ، ينبغي التطرق الى مفهوم الإثبات القضائي الذي يرتبط بشدة بمذاهب الإثبات المدني ، فالإثبات لغة: ثبت الأمر ثباتاً و ثبوتاً فهو ثابت ، و ثبت الأمر تحقق و تأكد ، و ثبت الحق اكده بالبيانات و الإثبات هو الإيجاب ضد السلب و النفي<sup>(2)</sup> ، أما إصطلاحاً و في نطاق الفقه الفرنسي فقد عرفه بلانيول بأنه ( الوسائل المختلفة المستخدمة لإقناع الحاكم)<sup>(3)</sup>.

أما الإثبات في الفقه الإسلامي، فقد عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية السمعاء بكونه ( إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق او واقعة معينة من الوقائع تترتب عليها آثار)<sup>(4)</sup>، أما المرحوم السنهوري فقد عرفه بأنه ( إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة ترتبت آثارها)<sup>(5)</sup>، أما نحن و تأسيساً على ما ورد ذكره ، فنقول بأن الإثبات القضائي هو تنوير طريق القاضي في الدعوى بإيراد الأدلة المشار إليها قانوناً على صحة

(1) احمد نشات , رسالة الاثبات , ج 1 , مكتبة العلم للجميع , بيروت , لبنان , 2005 , ص 14 .

(2) محمد بن مكرم ابن منظور الأفريقي المصري ، معجم لسان العرب ، ج ١، ١، دار صادر للنشر، بيروت ، 1998 ، ص 653 .

(3) د. ادم وهيب الندوي ، دور الحاكم المدني في الإثبات ، الدار العلمية والدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ط ١، سنة 2001 ، ص 18.

(4) موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي الصادر عن وزارة الاوقاف المصرية ، ج ٢، ١، ط ١، القاهرة ، 1387 ، ص 126.

(5) د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٢، ط 3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ،

2011 ، ص 13-14 .

واقعة متنازع عليها من قبل المتخاصمين بشكل ترتب نتائج قانونية على ثبوتها , و بعد هذه المقدمة الوجيزة عن الإثبات، فسوف نسعى الى تناول مذاهب الإثبات المدني بصورة مختصرة في ثلاثة فروع على الوجه التالي .

## الفرع الأول مذهب الإثبات الحر

تستند فلسفة الإثبات وفق هذا المذهب الى الحرية في تقديم الأدلة من جانب أطراف النزاع القضائي ، و الى حرية القاضي المدني في تقدير الأدلة ، و بموجب هذا المذهب لا يحدد المشرع أدلة الإثبات ، و عليه يكون لأطراف الدعوى القضائية الحرية في تقديم الدليل الموجود لديهم بأنواعه المختلفة دون تمييز بينها ، كما يكون لقاضي الموضوع مطلق الحرية في الإقتناع بالدليل المقدم إليه من عدمه ، و ذلك في ضوء ما يدركه او ما يتوصل إليه عند تقديره للأدلة المقدمة إليه , كما أن هذا المذهب لا يحدد حجية قانونية معينة لطريقة من طرق الإثبات على حساب الطرق الأخرى ، و بذلك يكون القاضي حراً في ترجيح دليل على آخر و تكوين عقيدته لحسم الدعوى , و على الرغم من المزايا الكثيرة التي يتميز بها هذا المذهب إلا أن البعض يخشى على الأطراف من تعسف بعض القضاة و ذلك من خلال استخدام حنكته و صلاحياته في تقييم الأدلة المطروحة في الدعوى و الثقة المفرطة بنفسه و قدراته العلمية و الذهنية مما قد يؤدي الى الإضرار بمصلحة الخصم في الدعوى المدنية , و إستنادا الى هذا المذهب فإن القاضي يتمتع بدور ايجابي كبير يساعد به الخصوم على اكمال ما في أدلتهم من نقص ، كما أنه في مقدور القاضي الحكم بعلمه الشخصي الذي يحصل عليه في غير مجلس القضاء<sup>(1)</sup> , إضافة الى ذلك فإن هذا المذهب يتميز بكونه يقرب الحقيقة القضائية التي يتوصل إليها القاضي في حكمه من الحقيقة الواقعية المتنازع عليها و يؤخذ على هذا المذهب كونه يؤدي الى عدم إستقرار التعامل القضائي مع الأدلة ، نتيجة اختلاف التقدير من قاض الى آخر ، و كذلك وجود احتمال عدم حياد القاضي نتيجة تغلب الميل على نزاهته حيث أن هذا المذهب لا يتسم بترسيخ مبدأ حياد القاضي، بل يكتفي فقط بافتراض حياده ، لأنه وفق هذا المذهب يفسح المجال أمام القاضي بإصدار الحكم بناء على معلوماته الشخصية الحاصل عليها خارج مجلس القضاء ، اي خارج الدعوى المرفوعة اليه ، و من الجدير بالذكر أن القوانين الانكلوسكسونية و الألمانية و السويسرية مع جانب من الفقه قد أخذوا بهذا المذهب.<sup>(2)</sup>

## الفرع الثاني مذهب الإثبات المقيد (القانوني)

يعتمد هذا المذهب على فكرة تقييد الإثبات، و يكون ذلك بتحديد أدلته تحديداً حقيقياً مع بيان القوة الثبوتية لكل دليل والتي تتدرج وفقاً لمراتب متفاوتة في الحجية التي يسبغها عليها المشرع ، إن هذا التقييد يؤدي الى تضيق حرية الخصوم في الإثبات كما يؤدي الى تقييد حرية الخصوم في الإقناع ، فالأدلة التي يجعل القانون لها حجية قاطعة تحصر القاضي و تقيده بشكل يتحتم عليه اعتبار الواقعة التي تدل عليها ثابتة ولو لم يقدم الدليل الذي يستلزمه القانون وبذلك يترك النزاع القضائي لقوة صراع المتقاضين الإثباتية<sup>(3)</sup> ، و بموجب هذا المذهب فإن القاضي المدني يلعب دوراً سلبياً صرفاً في مجال الإثبات المدني بحيث أنه ليس في مقدوره توجيه الدعوى و ما يتعلق بها من أدلة ولا يستطيع إستكمالها في حال نقصان حجيتها القانونية ، ولا القضاء بعلمه الشخصي حتى فيما يرتبط بالشؤون العامة ، و تأسيساً على ما سبق أعلاه يظهر لنا بأن مذهب الإثبات القانوني يأخذ بمبدأ حياد القاضي السلبى و الذي لا يتلائم مع ما هو مفترض في القاضي من ثقة و حياد ، مما يجعله آلة ميكانيكية بحتة تقدم له مواد النزاع لينتج حكماً<sup>(4)</sup> , وهذا ما يؤدي الى استبعاد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية .

(1) د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، ط ٢ ، المكتبة الوطنية ، 1997 ، ص 17 .

(2) د. سليمان مرقس ، أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية ، ج ١ ، القاهرة ، 1981 ، ص 15 .

(3) د. آدم وهيب الندوي ، المصدر السابق ، ص 95 .

(4) د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي ، المصدر السابق ، ص 17 .

## الفرع الثالث مذهب الإثبات التوفيقي

يتخذ هذا المذهب موقفاً وسطاً (معتدلاً) بين المذهبين السابقين، إذ أنه يجمع بين مزايا مذهبي الإثبات المطلق والإثبات المقيد<sup>(1)</sup>، فيأخذ من نظام الإثبات المطلق قدراً من السلطة التي تمنح القاضي المدني حيزاً من الحرية في توجيه الدعوى وفي إكمال حجية الأدلة الناقصة و في استيضاح ما هو مبهم و غامض من الوقائع ، دون أن يتعارض مع تقييد القاضي بأدلة قانونية محددة مع بيان قيمة كل منهما ، و يتميز هذا المذهب التوفيقي بكونه يجمع بين استقرار المعاملات بما يحويه من قيود ، و بين اقتراب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية ، و بذلك يفسح المجال للقاضي بحيز من حرية التقدير.

لقد أخذت نظم التشريعات اللاتينية و العربية بهذا المذهب ، و منها القانون الفرنسي و القانون العراقي ، و تمشياً مع هذا المذهب فإن الإتجاه العام المعاصر في قوانين الإثبات يتجه نحو زيادة و توسيع سلطة و دور القاضي في تسيير الدعوى المدنية و الكشف عن الحقيقة ، و في هذا السياق جاء في الأسباب الموجبة لقانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة (1979) أنه ( بصدد طرق الإثبات تخير القانون الإتجاه الوسط ما بين أنظمة الإثبات المقيد و المطلق، فعمد الى تحديد طرق الإثبات ، و لكنه جعل للقاضي دوراً إيجابياً في تقدير الأدلة و في التحرك الذاتي الموصل الى الحكم العادل و السريع، و أقام كل ذلك على ما ينبغي أن يتوافر للقاضي من ثقة يوليها له (المشرع) .

## المطلب الثاني مرتكزات حياد القاضي

ان حياد القاضي معناه ان يكون القاضي بعيداً عن التحيز والمحاباة لفريق دون فريق ، او خصم دون آخر ، مطبقاً للقوانين على جميع الناس على حد سواء ، بعيداً عن الانتماء والميول السياسية<sup>(2)</sup> فحياد القاضي هو احد المبادئ المهمة التي استقر عليها العمل القضائي واصبح من الاسس الرئيسية التي تعتمد عليها احكام قانون الاثبات ، حيث ان الضمانات القضائية تنصرف الى القاضي والمتقاضين على حد سواء ، فالقاضي يتمتع بالحياد في نظر القضايا المعروضة عليه والمتقاضون تكفل لهم الشريعة الاسلامية الغراء والقوانين الوضعية المساواة امام القضاء .

وكان الفقه الاسلامي سابقاً في التأكيد على الحياد وكانت نظرة فقهاء الشريعة الاسلامية للحياد تقوم على المساواة بين الخصوم في مجلس القضاء بغية الوصول الى الحكم العادل على عكس بعض الامم الذين كانوا يجعلون من القضاء طبقات مختلفة حيث يقاضى ذوي النفوذ بغير ما يقاضى به الضعفاء ولا يقصد بحياد القاضي عدم تحيزه لاحد الخصمين على حساب الاخر ، فهذا الامر بديهي تستلزمه وظيفة القضاء منه وانما المقصود من الحياد ان يقف القاضي موقفاً سلبياً من كلا الخصمين على سواء ، حيث ان دوره يقتصر على تلقي الادلة المقدمة من الخصوم وفقاً لما يقتضيه القانون ، ثم يتولى تقديرها في حدود القيمة التي يعطيها المشرع لكل دليل ، فليس وظيفة القاضي المساهمة في جمع الادلة للخصوم ، كما انه ليس له ان يستند الى اي دليل تحراه بنفسه بعيداً عن الخصوم ، وهذا يعني ان تطوراً كبيراً نحو ايجابية اكثر قد حصل في النظرة الى دور القاضي في مجال الاثبات المدني وهذا الاتجاه يبرز بوضوح في المادة (17/اولاً) من قانون الاثبات العراقي التي نصت على ان "للمحكمة ان تقرر من تلقاء نفسها او بناءً على طلب الخصم ، اتخاذ اي اجراء من اجراءات الاثبات تراه لازماً لكشف الحقيقة " مما يساهم بجلاء في الوصول الى الحقيقة القضائية وتقريبها كلما امكن من الحقيقة الواقعية ، ان الحياد يمثل اهم الواجبات التي ينبغي على القاضي عدم الاستهانة بها بوصفه ذات صلة وثيقة بمهمته وهو دعامة كل نظام قضائي ، فلا يمكن الوصول الى العدالة الحقيقية دون الالتزام بالحياد ، ومن اجل المحافظة على جوهر حياد القاضي فقد حرصت التشريعات الحديثة على ابعاد القاضي عن كل ما من شأنه التأثير على عمله وذلك من خلال ضمانات

(1) د.توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، منشورات حلبى الحقوقية ، 2003 ، ص19 .

(2) بكر قادر محمد ، استقلال القضاء في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، ط1 ، دار السنهوري ، 2017 ، ص102 .

تؤدي الى الحيلولة دون خضوع القاضي للتأثيرات الجانبية والتي تؤثر بشكل او بآخر على ميل القاضي في ترسيخ العدالة , ومن ابرز الضمانات هو التأكيد على وجود قضاء مستقل يشعر فيه القاضي باستقلالية رأيه ومنهجه<sup>(1)</sup> وبالتالي يمنح امكانية اظهار الحياد بحرية تامة ولدراسة موضوع هذا المطلب لايد من دراسة المرتكزات الشكلية والموضوعية لحياد القاضي وموقف الشريعة الاسلامية الغراء والقانون منه , عليه سوف نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع نخصص الفرع الاول للمرتكزات الشكلية لحياد القاضي ثم نخصص الفرع الثاني للمرتكزات الموضوعية لحياد القاضي , اما الفرع الثالث فنخصصه لموقف الشريعة الاسلامية والقانون العراقي من حياد القاضي .

## الفرع الأول

### المرتكزات الشكلية لحياد القاضي

إن الهدف المنشود من المرتكزات الشكلية لحياد القاضي هو ضمان حسن تطبيق مبدأ حياد القاضي عند نظر الدعوى كما أنها تمثل مبادئ جوهرية في النظام القضائي ، و من الممكن حصر هذه المرتكزات ، بالمجابهة بالدليل و علانية المرافعة ونقل الدعوى ، وفيما يأتي نتطرق إليها في ثلاثة مقاصد و باختصار :

**المقصد الاول / المجابهة بالدليل :** و هي من المبادئ القضائية الهامة و التي تعني وجوب إطلاع الخصوم على كل

والمستندات و الأدلة المقدمة في الدعوى المنظورة، و ذلك لكي تتسنى الفرصة لهم لمناقشتها ، و إذا كان المقرر مناقشة الأدلة المقدمة في الدعوى ، فمعنى ذلك أن كل دليل يعرضه الخصم لايد أن يطرح على الخصم الآخر لمناقشته ، ذلك لكون الإثبات حق لكل من المدعي و المدعى عليه ، لأنه إذا كان للمدعي الحق في إقامة الدليل على ادعائه ، فيكون للمدعى عليه أيضا الحق في إثبات العكس ، و ينبغي على القاضي أن يمكنهما من ذلك احتراماً لحقهما في الدفاع<sup>(2)</sup> .

**المقصد الثاني/ علانية المرافعة :** تعتبر علانية المرافعة من المرتكزات الشكلية الأساسية الكفيلة لصحة التقاضي ، فعن طريقها تتاح فرصة مراقبة أعمال القضاة و مدى صحة أحكامهم و التأكد من التزامهم الحياد عند نظرهم الدعاوي فضلاً عن بعث الإطمئنان في نفوس المتقاضين<sup>(3)</sup>، ويقصد بعلانية المرافعة تمكين كل شخص من الأشخاص حضور جلسات المرافعة و تتبع اجراءات المرافعة ، و عملية تفهيم الحكم و النطق به في جلسة علنية ، و بناء على ما سبق ذكره ، فإن علانية المرافعة تمثل مبدأ أساسيا في الأنظمة القضائية، إضافة الى كونها مرتكزاً من مرتكزات حياد القاضي، ذلك لأنها تزيل الشكوك و الأوهام عن حكم القاضي ، والجدير بالذكر أن علانية المرافعات تتحقق ولو بحضور عدد قليل و محدد من الأفراد الى قاعة المرافعة لأن العبرة ليست بالكثرة، بل بمجرد اطلاع البعض على ما يجري في المرافعة داخل قاعة المحكمة ، و قد أكد القانون العراقي على وجوب علانية المرافعة بغية تمكين الجمهور من الإشراف و مراقبة الأحكام ، و هذا الذي يجعل القاضي أكثر حرصاً على الحفاظ على حياده<sup>(4)</sup> .

**المقصد الثالث/ نقل الدعوى :** إن إجراءات نقل الدعوى من محكمة الى اخرى من نفس الاختصاص الوظيفي يكون لاعتبارات حددها القانون لضمان حسن سير الدعوى و الابتعاد عن كل المؤثرات التي قد تؤثر في حياد القاضي و حسم الدعوى و تدخل هذه الصلاحية في اختصاص محكمة التمييز و يساعد على سرعة حسم الدعوى و عدم التأخر في إصدار الأحكام فيها، و في هذا السياق أصدرت محكمة استئناف أربيل بصفقتها التمييزية قرارها المرقم (19/ت/2009) في (2009/1/9) والذي يقضي ب(بطلان جميع الإجراءات المتخذة من محكمة بداءة

(1) المادة (19/ اولاً) من الدستور العراقي الدائم لسنة 2005.

(2) د. توفيق حسن فرج ، المصدر السابق، ص 31 .

(3) فارس علي عمر الجرجري ، مبدأ حياد القاضي المدني ، رسالة ماجستير، جامعة الموصل ، 1999 ، ص 54 .

(4) المادة (1/61) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 .

أربيل في الدعوى التي نقلت إليها من محكمة بداءة السليمانية ذلك لأن نقل الدعوى يكون من اختصاص محكمة التمييز ، بذلك يكون قرار محكمة السليمانية غير قانوني وباطل ، ذلك لأن إحالة الدعوى هي التي تكون من إختصاص محكمة البداءة و ليست نقلها<sup>(1)</sup> .

## الفرع الثاني المرتكزات الموضوعية لحياد القاضي

من أهم و أبرز المرتكزات الموضوعية لحياد القاضي هو منعه من الحكم بعلمه الشخصي إضافة الى تسبب الحكم القضائي، عليه سوف نتناول هذا الفرع في مقصدين، نخصص أولهما لمنع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي ، و ثانيهما لتسبب الحكم القضائي .

**المقصد الاول / منع القاضي من الحكم بعلمه الشخصي:** لا يكفي إلتزام القاضي بالحياد وعدم التحيز لأحد الخصمين، بل يجب عليه أن لا يبني أحكامه أو يستند فيها على معلوماته الشخصية أو تحرياته الخاصة، حيث أن القاضي هو حكم عدل بين المتخاصمين، يزن حجة كل منهما و يفصل في الخصومة بترجيح كفة أحد الخصمين، أي انه يحظر عليه الحكم ، لأنه لا يمكن أن يكون الشخص شاهدا و قاضيا في الوقت نفسه<sup>(2)</sup> , و يظهر مما تقدم أنه لا يجوز للقاضي التعويل في تكوين قناعته وإعتقاده و إصداره للحكم القضائي على واقعة أتصل علمه بها عن طريق غير الخصوم، أو خارج الأدلة المقدمة الى المحكمة فمن غير الجائز للقاضي أن يستند على دليل يقدمه أحد الخصوم أو أي شخص آخر دون إعطاء فرصة المناقشة الى الطرف المقدم ضده الدليل ، كما ليس له أن يقضي بعلمه الشخصي في المسائل الفنية أيضا إلا إذا بين المصدر الذي استقى منه تلك المعلومات والسبب في هذا المنع هو تجنب سوء الظن بالقاضي حيث أن هذه الحالة تتعارض مع حياده، لأنه يصبح شاهدا وقاضيا في نفس الوقت وبالتالي يكون سببا لرد القاضي<sup>(3)</sup> , إلا أنه من الممكن الإعتداد على العلم الشخصي للقاضي والمستحصل بالطريقة المشروعة قانونا , خصوصا فيما يرتبط بالمعلومات العامة المتعلقة بالوقائع التاريخية المشهورة كالحوادث التاريخية والسياسية والأوبئة و الكوارث الصحية؛ كجائحة الكورونا<sup>(4)</sup> , عليه و مما سبق و بناء على النصوص الأمرة المذكورة في القانون العراقي يتبين لنا بأن مبدأ حياد القاضي يتعلق بالنظام العام ، لذلك يجب عليه الأخذ به حتى في حال عدم ورود نص بشأنه ، حيث أنه من غير المنطقي وورد نص قانوني صريح يفرض على القاضي اتخاذه موقفا حياديا من الخصوم ، لأن هذه الصفة مفترضة فيه دائما .

**المقصد الثاني/ تسبب الحكم القضائي:** يمثل تسبب الحكم اهم المرتكزات الموضوعية لحياد القاضي، إذ بفضلها يتمكن الناس من الوقوف على مدى حياديته ، و هذا ما يظهر إحترام القاضي لحقوق الأفراد من عدمه، حيث أنهم لهم الحق في الإطمئنان لصحة الأحكام الصادرة بحقهم، كما و أنه بفضل التسبب يكون القاضي بعيدا عن الشكوك و الريبة و به يدفع عن نفسه مظنة الاستبداد , ويقصد بتسبب الحكم، بيان القاضي الأسس و الأسباب التي يستند عليها في إصداره الحكم القضائي، وذهب البعض الى أن المقصود منه هو بيان ما أقتع القاضي لما قضي به و جعله يتجه في حكمه الاتجاه الذي إطمأن إليه , و قد ذهب الآخرون الى أن المراد من التسبب هو إلتزام القاضي بذكر الأسباب و الإعتبارات و الأسانيد القانونية والواقعية التي بنى عليها حكمه, أما نحن فنرى أن تسبب الحكم القضائي عبارة عن ذكر القاضي للحجيات و الوقائع والأدلة و المواد القانونية التي اقتنع بها و عول عليها في إصدار حكمه , إن تسبب الأحكام يشكل ضمانا يمنع القاضي من محاولة الإلتفاف على الحقيقة، و ليظهر حكم القاضي واضحا و بعيدا عن كافة المؤثرات، كما يبعث روح الإطمئنان في نفوس المتقاضين بشكل خاص و

(1) كيلاني سيد أحمد ، المبادئ القانونية لقرارات محكمة استئناف أربيل بصفتها التمييزية ، ط ١ ، 2010 ، ص 39.

(2) محمد علي الصوري ، التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات ، ج ٢ ، ط ٢ ، مطبعة الشفيق ، 2011 ص 55 .

(3) المادة (5/91) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 1983 لسنة 1983.

(4) المادة (8) من قانون الإثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 .

للجمهور بشكل عام، و يبعد الشبهات عن حكمه<sup>(1)</sup> , كما أن لتسبب الأحكام أهمية كبيرة في العمل القضائي، فهو يظهر إطلاع القاضي بصورة مفصلة على إضبارة الدعوى و وقائعها و محاضر جلسات المرافعة فيها و على جميع الأدلة المقدمة فيها من ثم اضطلاعها بإصدار الحكم القضائي، إضافة الى كونه ضماناً مهمة من تعسف القاضي تجاه الخصوم و للحيلولة من سيطرة ميله و هواه الى أحدهم دون الآخر، و أخيراً فإن الدور الرقابي لمحاكم التمييز والاستئناف بصفتها التمييزية (محاكم الطعن) على صحة الأحكام يمارس من خلال التحقيق في أسباب الحكم التي وردت فيه، وفي هذا السياق قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم (865/ الهيئة الاستئنافية عقار / 2017) في (2017/9/11) بـ (على المحكمة ان تبين في حكمها الاسباب القانونية التي حملتها على رد الدعوى لان التسبب يعتبر من عناصر ومقومات الركن الشكلي في الحكم القضائي فالحكم غير المسبب يفقد لروح القانون وجوهه)<sup>(2)</sup> .

### الفرع الثالث

#### موقف الشريعة الإسلامية والقانون العراقي من حياد القاضي

سوف نتناول موضوع هذا الفرع في مقصدين , فنخصص المقصد الاول لموقف الشريعة الإسلامية من حياد القاضي ثم نخصص المقصد الثاني لموقف القانون العراقي من حياد القاضي .

**المقصد الاول/ موقف الشريعة الإسلامية من حياد القاضي :** اكدت الشريعة الإسلامية على حماية القاضي من التأثير بعواطفه ومصالحه الشخصية عند النظر في الدعوى المرفوعة اليه , محافظاً بذلك على مظهر الحياد الذي يجب ان يتحلى به بين الخصوم فعلى القاضي ان يكون في مأمن من جميع الدوافع والمؤثرات الشخصية والعاطفية عند نظر الدعوى وخير دليل على تأكيد الشريعة الإسلامية الغراء على مبدأ حياد القاضي قوله تعالى

في الآية الكريمة (26) من سورة ص  
 3 يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ ۗ إِنَّ هَذِهِ  
 الآية الكريمة تدل على ان الله سبحانه وتعالى يوصي ولاة الامر بأن يحكموا بين الناس بالحق ولا يعدلوا عنه  
 فيضلوا عن سبيله , إضافة الى ذلك تدل الآية المذكورة على وجوب الحكم بالحق وعدم ميل القاضي الى احد  
 الخصمين المترافعين امامه لقرابة او رجاء , وقد وردت العديد من الأدلة الشرعية في الاحاديث النبوية الشريفة  
 حول وجوب تحلي القاضي بالحياد وفي هذا السياق روي عن علي (رضي الله عنه): بعثني رسول الله ﷺ الى  
 اليمن قاضياً , فقلتُ يا رسول الله ترسلني وانا حديث السن ولا علم لي بالقضاء , فقال : ان الله سيهدي قلبك ويثبت  
 لسانك فإذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الاخر كما سمعت من الاول , فانه احري ان يتبين  
 لك القضاء , كما واكد الصحابة الكرام على حياد القاضي واهم ما يذكر في هذا المجال هو الرسالة المشهورة التي  
 بعثها عمر بن الخطاب الى ابي موسى الأشعري (رضي الله عنهما) والتي قال فيها ( اما بعد فإن القضاء فريضة  
 محكمة وسنة متبعة , فافهم انه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له , وأس بين الناس في وجهك ومجلسك وعدلك , حتى لا  
 ييأس الضعيف من عدلك , ولا يطمع الشريف في حيفك ... الخ )<sup>(3)</sup> وبذلك يظهر بوضوح حرص واهتمام الفقه  
 الإسلامي بحياد القاضي ونزاهته ابعاده عن دائرة الاتهام والريبة في احكامه الصادرة نظراً لما توجد فيه من  
 عواطف كإنسان كما ان القاضي من طبعه كباقي الناس محب لاهله واقاربه واصدقائه , فقد يميل لمن يتردد عليه ,  
 ولما سبق فقد اهتم الفقهاء المسلمون بشخص القاضي فوضعوا ضمانات وحدود لمنعه من الوقوع في الغطرسية  
 والظلم تحقيقاً لحياده ونزاهته , عليه فمن المهم ايراد جملة هذه الضمانات التي وضعها هؤلاء الفقهاء لضمان حياد  
 القاضي والتي تتمثل بما يلي :

اولاً : عدم جواز قضاء القاضي لنفسه , فقد اجمع الفقهاء على منع القاضي من القضاء لنفسه وفي حالة مخالفته  
 لهذه الضمانة وتجاوزه هذه الحدود فانه يترتب على قضائه البطلان , وسبب هذا المنع هو قياس القضاء على

(1) فارس علي عمر الجرجري , المصدر السابق , ص59.  
 (2) حيدر عوده كاظم , الاجراءات العملية في الدعوى المدنية / ج 2 , ط 1 , مكتبة القانون المقارن , 2019 , ص 201 .

(3) الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , ج 7 , ط 2 , دار الكتب العلمية , 1986 , ص 8 .

الشهادة , فقالوا ان ولاية القضاء فوق ولاية الشهادة , فاذا لم يجز لاحدهم ان يشهد لنفسه فإنه لا يجوز قضاؤه له بقياس أولى ولان القضاء لابد له من مقضي له ومقضي عليه , فاذا قضى القاضي لنفسه لم يصح وذلك لانتفاء ركن من اركان القضاء ولان حكمه لنفسه فيه تهمة وشبهة الميل الى مصلحته وتقدمها على مصلحة الخصم , وهذا مبطل للقضاء كما ان القضاء عبادة ينبغي ان تكون خالصة لله سبحانه وتعالى عليه فاذا قضى القاضي لنفسه انتفى الاخلاص لله تعالى فيضل قضاؤه (1).

ثانياً : قضاء القاضي لأصوله وفروعه : اختلف الفقهاء في حكم قضاء القاضي في القضايا التي يكون احد اطرافها من اصوله او فروعه الى فريقين , فالفريق الاول الذي يتمثل في الأحناف والمالكية في المشهور عندهم والشافعية في الصحيح وجمهور الحنابلة , ذهب الى عدم جواز قضاء القاضي لاصوله وان علوا او لفروعه وان نزلوا وتتمثل ادلة هذا الفريق بما يلي:

أ. قياس القضاء على الشهادة وذلك من وجهين فالوجه الاول هو ان ولاية القضاء اعلى من ولاية الشهادة , فكما لا يجوز ان يشهد القاضي لأصوله او فروعه بقياس أولى لا يجوز ان يحكم لهم (2) , اما الوجه الثاني فهو ان الحكم يتضمن الشهادة لان الحاكم يقول اشهد ان الحق لفلان على فلان فاذا حكم لابييه او لابنه او غيرهم ممن لا تقبل شهادتهم فان هذا كالشهادة لهم فلا ينفذ حكمه .

ب. قياس القضاء لأصوله او فروعه على القضاء لنفسه , فكما لا يجوز للقاضي ان يقضي لنفسه فلا يجوز له ان يقضي لأصوله او فروعه لانهم ابعاضه فيشبهه قضائه لهم قضائه لنفسه وهو ممنوع من ذلك (3) .

ج. علاقة القرابة بالأصول والفروع يغلب الظن فيها انها تقضي الى الميل والمحابة وفي جانب القضاء ربما غلبت عاطفة القاضي على حياده او تسللت الشبهات الى الخصم الاخر واتهامه بالتساهل والمحابة فمنع من القضاء لأصوله وفروعه لوجود التهمة (4) , بينما الفريق الثاني والذي هم بعض المالكية ذهبوا الى جواز قضاء القاضي لأصوله وفروعه وتتمثل ادلتهم ب:

1- عدم وجود التهمة لان القاضي يحكم للخليفة وهو اقوى تهمة من تهمة اصوله وفروعه ولان القاضي يحكم لهم بالبينة فهو اسير البينة .

2- ان اصول القاضي وفروعه من افراد الرعية , عليه يجوز حكمه لهم كالأجانب , اما نحن فنميل الى الفريق الاول من الفقهاء والذي افتوا بعدم جواز قضاء القاضي لأصوله وفروعه حفاظاً على حياده وابعاده عن دائرة الشبهات ولكون القضاء أقوى من الشهادة والقاضي ممنوع من الشهادة لهم ومن باب أولى منعه من القضاء لهم .  
ثالثاً / قضاء القاضي لحواشيه : اختلف الفقهاء في حكم قضاء القاضي لحواشيه , فمن الحنفية والشافعية والحنابلة من افتى بجواز قضاء القاضي لسائر الاقارب عدا الاصول والفروع وان حكمه نافذ ودليل ذلك هو قياس قضاء القاضي على الشهادة فكما تجوز الشهادة لهم يجوز القضاء لهم كما استدلوا على ذلك بانتفاء التهمة فيما بينهم حيث ان منافع الاملاك بينهم غير متصلة وفي هذا المنوال جاء في كتاب المبسوط ( ولا يجوز قضائه بشيء لنفسه ولا لولده ولنوافله من قبل الرجال والنساء ولا لأبويه واجداده , اما من سوى هؤلاء من قرابة وغيرهم فقضائه لهم جائز كما تجوز شهادته لهم ) (5) اما الفريق الاخر المتمثل بالمالكية فقد ذهبوا الى عدم جواز قضاء القاضي لأخيه

(1) الرملي , نهاية المحتاج الى شرح المنهاج , ج8 , دار الفكر , 1984 , ص256.

(2) الماوردي , الحاوي الكبير في فقه مذهب امام الشافعي , ج16 , تحقيق : علي معوض - عادل عبدالموجود , دار الكتب العلمية , ط 1

بيروت - لبنان , 1999 , ص339 .

(3) محمد بن صالح بن محمد العثيمين , الشرح الممتع على زاد المستنقع , ج15 , دار ابن الجوزي , ط1 , 1422/ 1428 هـ , ص309.

(4) الشربيني , مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج , تحقيق : محمد خليل عيتاني , ط1 , دار المعرفة , بيروت - لبنان , 1418

هـ-1997م , ج4 , ص525 .

(5) السرخسي , المبسوط , ج16 , دار المعرفة , بيروت , 1414 هـ - 1993م , ص205 .



الا اذا كان بارز العدالة بأن فاق اقرانه فيها وانه لا يجوز الحكم له اذا كان غير بارز العدالة<sup>(1)</sup> وقد استدلوا في رايهم هذا على ما استدل به جمهور الفقهاء حيث ان جميعهم متفقون على قبول قضاء القاضي لحواشيه غير ان المالكية احتاطوا لهذا فوضعوا بعض الشروط منها ان يكون القاضي بارز العدالة ورفع احتمال التهمة وما نؤيده هو رأي المالكية وهو عدم جواز قضاء القاضي لحواشيه نظراً لما حصل من تغيير الزمان وفساد الذمة وسدأ لباب التهم ودرء لوقوع القضاة في الظلم والمحاباة .

رابعاً / قضاء القاضي لزوجته : اتفق الفقهاء على جواز قضاء القاضي على زوجته بينما اختلفوا في قضائه لزوجته وانقسموا لذلك الى فريقين اما الفريق الاول , فقد اتجهوا الى عدم صحة قضاء القاضي لزوجته وهذا الفريق هم الحنفية والمالكية والصحيح عند الحنابلة واستدلوا لرايهم بالقياس على الشهادة حيث لا يجوز لزوج ان يشهد لزوجته وبالتالي لا يجوز ان يكون حاكماً لها , وذلك لوجود التهمة<sup>(2)</sup> فكل واحد منهما يرث الاخر من غير حجب ويتبسط في ماله والزوجية من اقوى اسباب الموالاة مما يجعل كل واحد منهما يميل الى صاحبه سواء في الحق او الباطل حتى يؤثره على غيره كما انه على القاضي الابتعاد عن مواطن التهم والشبهات<sup>(3)</sup> .

اما الفريق الثاني من الفقهاء وهم الشافعية ورواية عند الحنابلة فقد أتجهوا الى جواز قضاء القاضي لزوجته وقد استدلوا في ذلك بقياس القضاء ايضاً على الشهادة فشهادة زوج لزوجته مقبولة عندهم وعليه قضاء الزوج لزوجته مقبول ايضاً وعللوا ذلك بان العلاقة الزوجية يربطها عقد قد يزول فلا يمنع قبول الشهادة ولا القضاء<sup>(4)</sup> اما نحن فنذهب الى تأييد رأي جمهور الفقهاء المتضمن عدم جواز قضاء القاضي لزوجته درءاً للتهمة بينهما ذلك لان العلاقة الزوجية جالبة التهمة حيث ان الصلة العميقة بين الزوج وزوجته مؤداها ميل كل منهما للاخر .

خامساً / اعطاء الهدية للقاضي : اتفق الفقهاء على عدم جواز قبول القاضي الهدية ممن كان له خصومة عنده او ممن لم يكن يهدي اليه قبل توليه القضاء<sup>(5)</sup> واستدلوا على ذلك بانكار الرسول ﷺ على ابن التلبية قبوله للهدايا وبيانه ان تلك الهدايا ما كان ليحصل عليها لولا ما يتمتع به من الولاية وهذا يدل على تحريم كل هدية كان سببها الولاية ومن ذلك ولاية القضاء كما قال الرسول الاعظم ﷺ (هدايا العمال غلول)<sup>(6)</sup> ومن الادلة على هذا الراي ايضاً هي ان الهدية ممن لم يعتد الاهداء للقاضي قبل توليه القضاء وهي من جوالب القضاء يقصد بها صاحبها غالباً استمالة قلب القاضي فتكون نوعاً من الرشوة والسحت المنهي عنه كما ان النفس تركز عادة لمن اهدى اليها فتحرم الهدايا على القضاة خوفاً من الزيف عن الشرع وميل مع الهوى وفي هذا المجال فقد جاءت في المادة (1796) من مجلة الاحكام العدلية ( القاضي لايقبل هدية احد من الخصمين ) .

سادساً : حضور القاضي الولايم وضيافته للخصوم : اتفق الفقهاء على انه اذا كان المضيف او الداعي احد الخصوم فلا يجوز للقاضي قبول دعوته سواء كانت تلك الدعوة عامة ام خاصة<sup>(7)</sup> لان اجابة القاضي له فيها ايداء للخصم الاخر او يؤدي الى شك في نزاهته لوجود التهمة والشبهة سواء كان المضيف قريباً للقاضي او اجنبياً عنه<sup>(8)</sup> اما الدعوة العامة فقد اختلف الفقهاء بشأنه و انقسموا الى قسمين القسم الاول وهم ابو حنيفة وابو يوسف من الحنفية والمالكية فذهبوا الى جواز حضور القاضي الدعوة العامة سواء كان المضيف قريباً من القاضي ام اجنبياً عنه اما اذا كانت الدعوة خاصة فلا يجوز للقاضي حضورها في جميع الاحوال واستدل ابو حنيفة وابو يوسف والمالكية فيما ذهبوا اليه من عدم جواز قبول الدعوة الخاصة مطلقاً , ان الدعوة الخاصة يغلب الظن فيها انها من اجل القضاء حتى يميل القاضي الى مضيفه عند وقوع الخصومة ولان فيها كسراً لقلب خصمه .  
سابعاً: قضاء القاضي بعلمه : اتفق الفقهاء على العمل بعلم القاضي في عدة حالات وهي :

(1) محمد بن احمد ابو القاسم الغرناطي , القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية , تحقيق : محمد بن سيدي محمد مولاي ص 469 .

(2) الكاساني , المصدر السابق , ص 10 .

(3) ابن قدامة المقدسي , الكافي في فقه الامام احمد , ج 12 , دار الكتب العلمية , ط 1 , 1414 هـ - 1994 م , ص 69 .

(4) الشربيني , المصدر السابق , ج 4 , ص 580 .

(5) ابن العابدin , رد المحتار على الدر المختار , ط 2 , دار الفكر , بيروت , 1412 هـ - 1992 م , ج 5 , ص 372 .

(6) ابن الملقن الشافعي المصري , البدر المنير في تخريج الاحاديث والاثار الواقعة في الشرح الكبير , ج 9 , تحقيق : مصطفى ابو الغيط و عبدالله بن سليمان و ياسر بن كمال , دار الهجرة للنشر والتوزيع , الرياض - السعودية , 1425 هـ - 2004 , ص 575 .

(7) الكاساني , المصدر السابق , ج 7 , ص 10 .

(8) الشربيني , المصدر السابق , ص 524 .

1. اتفقوا على ان القاضي لا يقضي بخلاف علمه ولو مع البيينة المخالفة فاذا علم بطلاق او دين ثم قامت البيينة على ما يخالف علمه , فلا يجوز له القضاء بالبيينة قطعاً كما اذا شهد شاهدان بالزوجية بين اثنين وهو يعلم ان بينهما محرمة او طلاقاً بانناً , فلا يقضي بالبيينة في ذلك لانه لو قضى به لكان حكمه باطلاً والحكم بالباطل محرم والحل في هذه هو ان يتنحى القاضي عن نظر القضية ويترك نظرها لقاضي آخر وحينئذ يصبح القاضي المتنحى الذي علم بالواقعة (واقعة الطلاق) شاهداً في تلك القضية (1).

2. اتفق الفقهاء على جواز العمل بعلم القاضي في الجرح والتعديل حيث انه اذا علم بحال الشهود عدلاً او جرحاً فينبغي ان يعمل وفق علمه , فيقبل العدل ويسمع شهادته دون ان يأمر بتعديله او تركيته ولو طلب الخصم ذلك (2).

3. اتفقوا على ان للقاضي ان يقضي بعلمه في تغليب حجة احد الخصمين على حجة اخر اذا لم يكن في هذه الحجة خلاف (3) وتجدر الاشارة الى ان الفقهاء قد اختلفوا فيما بعد ذلك في مسألة جواز حكم القاضي بما علمه خارج القضاء سواء كان الموضوع حداً ام قصاصاً ام حقاً مالياً او غير ذلك , ويقصد بعلم القاضي اطلاع القاضي بنفسه ومعرفة لوقائع النزاع خارج مجلس الحكم (4) فلو علم القاضي بحقيقة الواقعة بان اطع عليها بسماع الفاظ المقر خارج مجلس القضاء او سماع الفاظ الطلاق في الشارع ثم رفعت اليه الدعوى للقضاء فيها فهل يكتفي بعلمه السابق ويقضي به ام لا بد له من البيينة ففي هذا الامر انقسم الفقهاء الى ثلاثة مجاميع وعلى الوجه التالي :

المجموعة الاولى / القضاء بعلم القاضي الشخصي لا يجوز مطلقاً , على اختلاف نوع الحق وموضوع الدعوى وياً كان مصدر العلم به وهو ما ذهب اليه متأخروا الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في ظاهر المذهب , وتكمن ادلة هذه المجموعة من الفقهاء في ان القاضي لا يحكم بعلمه مطلقاً بدليل الكتاب والسنة والمعقول حيث انه جاء في القرآن المجيد في الاية (4) من سورة النور 3 وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً 2 وهذا يدل على ان الله سبحانه وتعالى قد أمر بجلد القاذف عند عدم البيينة وان علم صدقه (5) وكذلك القاضي لا يحكم بعلمه عند عدم البيينة , كما استدلوا بالسنة النبوية الشريفة مما روي عن ام سلمة رضي الله عنها ان النبي صلى عليه وسلم قال (انما انا بشر وانكم تختصمون الي , ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض , فاقض بنحو ما اسمع فمن قضيت له من حق اخيه شيء فلا ياخذنه فانما اقطع له قطعة من النار) (6) وهذا الحديث يدل على ان النبي صلى عليه وسلم علم رضاهم بحكمه للمرة الاولى لكنه لما سألوا فانكروا لم ياخذهم مع علمه ولم يقض به وبذلك يدل الحديث النبوي الشريف على عدم جواز اصدار القاضي حكمه بعلمه الشخصي (7) , كما استدل من المعقول بان قضاء القاضي بعلمه يجعله في موضع التهمة حيث انه غير معصوم ولعله يحكم بما يشتهي ويحيله الى علمه وبذلك فيمنع قضاء القاضي بعلمه صوتاً لمنصب القضاء من التهم (8).

المجموعة الثانية / القضاء بعلم القاضي جائز مطلقاً سواء علمه قبل توليه القضاء ام بعده وسواء علمه في مكان ولايته او خارجها وهذا ما سلكه الصحابان من الحنفية والشافعية في المشهور عندهم (9) , وتتمثل ادلة هذه المجموعة من الفقهاء بما جاء في قوله تعالى في آية (135) من سورة النساء 3 يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ

(3) ابن رشد , بداية المجتهد ونهاية المقتصد , ط4 , مطبعة مصطفى البابي الحلبي , مصر , 1395 هـ - 1975م , ج2 , ص470 .  
(2) الرملي , المصدر السابق , ج 8 , ص259 .  
(4) ابن رشد , المصدر السابق , ص470 .  
(5) عبدالناصر موسى ابو بصل , نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون , دار النفائس , اردن , ط1 , 1420 هـ - 1999م , ص315.

(1) القرافي , الذخيرة , ج10 , دار الغرب الاسلامي , بيروت , تحقيق : محمد بن خبزة , ط1 , 1994 , ص92 .  
(2) اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخاري , صحيح البخاري , ج9 , ص89 , حديث الرقم (7181) , ومسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري صحيح مسلم , ج5 , ص129 , الحديث الرقم (4572) , متفق عليه .  
(3) ابن رشد , المصدر السابق , ص471 .  
(4) القرافي , الفروق , ج4 , تحقيق : حمد احمد سراج , دار السلام , القاهرة - مصر , ط1 , 1421 هـ - 2001م , ص1172 .  
(5) السرخسي , المصدر السابق , ص200 .

بأقسط<sup>2</sup> حيث ان هذه الآية تدل على ان الله سبحانه امر المؤمنين بالقسط وليس من القسط ان يعلم القاضي ان احد الخصمين مظلوم والآخر ظالم ويترك الظالم على حاله لا يغيره , ويترك المظلوم ولا ينصره<sup>(1)</sup> , كما استدلوا من السنة الشريفة بما روي عن عائشة رضى الله عنها والتي قالت (دخلت هند بنت عتبة امرأة ابي سفيان على رسول الله صلى عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ان ابا سفيان رجلٌ شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بئي الا ما اخذت من ماله بغير علمه , فهل علي في ذلك من جناح ؟ فقال رسول الله صلى عليه وسلم : (خذي من ماله بالمعروف مايكفيك ويكفي بنيك)<sup>(2)</sup>.

المجموعة الثالثة / القضاء بعلم القاضي جائز فيما علمه بعد توليه القضاء وفي مكان ولايته وبشرط استمرار القاضي في الحكم منذ علمه حتى عرض الواقعة على القضاء دون ان يفرق بينهما عزل فاذا علم القاضي بواقعة في زمان ومكان ولايته فانه يحكم بعلمه والا فلا يجوز ويذهب الى هذا القول ابو حنيفة والمتقدمون من الحنفية<sup>(3)</sup>

ثامناً/ قضاء القاضي لشريكه في المال : اتفق الفقهاء على عدم جواز قضاء القاضي لشريكه في المال المشترك بينهما مطلقاً<sup>(4)</sup> واتفقوا ايضاً على جواز قضاء القاضي لشريكه في غير المال المشترك بينهما , الا ان المالكية اشترطوا ان يكون القاضي مبرزاً في العدالة فان لم يكن بارز العدالة لم يجز قضاؤه , وقد استدل الفقهاء في قولهم ذلك بقياس القضاء على الشهادة وقالوا ان كل من لم يجوز الشهادة له لا يجوز القضاء له , وشهادة الشريك لشريكه في المال المشترك بينهما لا تقبل لأنها شهادة لنفسه فهو متهم في شهادته , ولهذه التهمة لا يقبل قضاء القاضي لشريكه في المال المشترك بينهما للعلة ذاتها<sup>(5)</sup>, وهذا اما اشترطته مجلة الاحكام العدلية في المادة (1808) منها بأنه ليس للحاكم ان يحكم لشريكه في المال المشترك , فاذا حكم لا ينفذ حكمه لان في ذلك تهمة حيث جاء في المادة المذكورة (يشترط ان لا يكون المحكوم له احداً من اصول القاضي وفروعه , وان لا يكون زوجته , وشريكه في المال الذي سيحكم به , واجيره الخاص ومن يتعيش بنفقته بناءً عليه ليس للقاضي ان يسمع دعوى احد من هؤلاء ويحكم له)

تاسعاً/ العداوة بين القاضي وأحد الخصوم : ويقصد بالعداوة هنا العداوة الدنيوية الظاهرة , وليست العداوة الدينية التي لا تمنع القضاء حيث انه يجوز للقاضي المسلم ان يقضي على الكافر , اما العداوة الباطنة فلا يطع عليها الا الله عز وجل وعدو الشخص هو من يحزن لفرحه ويفرح لحزنه<sup>(6)</sup>, وقد اتفق الفقهاء على جواز قضاء القاضي لعدوه وذلك لانتفاء التهمة به ولكنهم اختلفوا في قضاء القاضي على عدوه<sup>(7)</sup> , وبهذا الشأن فقد انقسم الفقهاء الى فريقين , اما الفريق الاول وهم جمهور الفقهاء ومتأخروا الحنفية والمالكية والشافعية على الصحيح والحنابلة , فقد ذهبوا الى عدم جواز قضاء القاضي على عدوه اذا كانت العداوة دنيوية , ودليلهم في ذلك هو قياس القضاء على الشهادة وبما انه لا يجوز ان يشهد العدو على عدوه لانه متهم في شهادته , كذلك لايجوز لقاضي ان يحكم على عدوه لوجود التهمة , بينما ذهب الفريق الثاني المتمثل بمتقدمي الحنفية والماوردي من الشافعية الى جواز قضاء القاضي على عدوه سواء كانت تلك العداوة دينية او دنيوية , وقد استدلوا في ذلك بالقول ان العداوة لا تؤثر في العدالة , لذا فإن قضاء القاضي على عدوه اذا كان عدلاً يقبل منه , اما اذا بلغت العداوة في صاحبها حداً اخرجته عن العدالة فلا يقبل قضاؤه لا للعداوة وانما لفقد شرط العدالة .

**المقصد الثاني / موقف القانون العراقي من حياد القاضي :** لقد حرص القانون العراقي على حماية مبدأ حياد القضاء تجاه المتخاصمين واوردت ضمانات عدة للحيلولة دون خرق هذا المبدأ من جانب القضاء , فالقاضي اولاً وقبل كل شيء انسان والانسان بطبيعته يحب ويكره ويتعرض لسبب او لآخر للانفعالات النفسية تدفعه للميل حياً

(1) علي بن احمد بن سعيد ابو محمد بن حزم الظاهري , المحلى , دار الفكر , ج9 , ص429.

(2) صحيح البخاري , حديث رقم 2211 , ج3 , ص103 . صحيح مسلم , حديث رقم (4574) , ج5 , ص129 متفق عليه .

(3) ابن العابدين , المصدر السابق , ص438.

(4) ابن عابدين , المصدر نفسه , ص442.

(5) محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير , ج4 , دار الفكر , بدون سنة النشر , ص169.

(6) الشربيني , ج2 , دار الفكر , بيروت , ص21 .

(7) محي الدين يحيى بن شرف ابو زكريا النووي , روضة الطالبين وعمدة المفتين , ج11 , مكتب الاسلامي , بيروت 1405 هـ , ص146 .

او كرها , لذا اصبح من الواجب على المشرع ان يضع طريقاً يضمن به حماية حقوق المتخاصمين في الدعوى اذا ما اصبح القاضي معرضاً للميل عليه نرى بوضوح ان المشرع العراقي , قد اورد في الباب الثامن من قانون المرافعات المدنية المرقم (83) لسنة 1969 احكام رد القضاة (تنحي القاضي) والجزاء المترتب على مخالفة القاضي لهذه الضمانة القانونية التي لها اصل و اساس شرعي ايضاً مثلما اوردناه في المقصد الاول من هذا الفرع , عليه فسوف نتكلم وبشكل موجز في هذا المقصد عن رد القاضي الوجوبي (التنحي الوجوبي) ورد القاضي الجوازي وحالة جواز تنحي القاضي استشعاراً للحرص .

اولاً/ رد القاضي الوجوبي : ويقصد به عدم نظر القاضي للدعوى والحكم بها وجوباً ولو لم يتقدم احد الخصوم بطلب

رده عند توفر اسباب معينة , وبالرجوع الى احكام المادة (91) من قانون المرافعات المدنية النافذ فان اسباب رد القاضي

الوجوبي هي:

1. كون القاضي زوجاً او صهراً او قريباً لاحد الخصوم الى الدرجة الرابعة .
2. وجود خصومة قائمة للقاضي او لزوجته او لاحد اولاده او احد ابويه مع احد الطرفين في الدعوى او مع زوجته او احد اولاده او احد ابويه .
3. كون القاضي وكيلاً لاحد الخصوم او وصياً عليه او قيماً او وارثاً ظاهراً له , او وجود صلة قرابة له او مصاهرة للدرجة الرابعة بوكيل احد الخصوم او الوصي او القيم عليه او بأحد اعضاء مجلس ادارة الشركة التي هي طرف في الدعوى او احد مُدراءها.
4. اذا كان له او لزوجه او اصوله , او لزوجهم او لفروعه او لزوجهم او لمن يكون هو وكيلاً عنه او وصياً او قيماً عليه مصلحة في الدعوى القائمة .

5. سبق إفتاء القاضي او ترافعه عن احد الطرفين المتخاصمين في الدعوى او سبق نظرها منه كقاضي او خبير او محكم او سبق ادائه للشهادة فيها (1) , عليه فاذا توفر سبب من الاسباب المذكورة في شخص القاضي, يكون ممنوعاً من نظر الدعوى المعروضة عليه مما يستوجب عليه تقديم طلب تحريري الى رئيسه المباشر لغرض احالة الدعوى الى قاضي اخر , وعلة المنع الذي فرضه المشرع على القاضي في تلك الاحوال المشار اليها هي ان القرابة اما ان تكون مصدر حب او بغض عميقين تخرج القاضي عن حياده مما لا يضمن الخصوم معه نزاهة القاضي وخلوه من التحيز سواء كانت القرابة سببية او نسبية , وفيما يتعلق بالاسباب المذكورة في الفقرات (2), (3), (4) من المادة السالفة الذكر , فانها غالباً تدفع القاضي الى الخروج عن جادة الحياد والصواب , و فيما يتعلق بالسبب الوارد في الفقرة (5) من المادة المذكورة فأنه كثيراً ما نرى ان القاضي يصدر حكماً في الدعوى وهو قاضي في محكمة الجرح مثلاً , ثم يرقى الى عضو او رئيس في الهيئة التمييزية المختصة بنظر الطعون التمييزية الجزائية ويطعن احدى ذوي العلاقة في ذلك الحكم , امام الهيئة التي يشترك فيها القاضي المرقى , فهنا يلزم القاضي الذي سبق ان اصدر الحكم المطعون فيه بالامتناع عن الاشتراك في الهيئة لنظر ذلك الطعن التمييزي , وفي حال رؤية القاضي ونظره في الدعوى رغم توفر احد الاسباب المذكورة في المادة (91) من قانون المرافعات المدنية النافذ , فان المشرع قد الحق البطلان بالإجراءات التي اتخذها في تلك الدعوى خلال نظره لها كما ونصت تلك المادة على وجوب فسخ او نقض الحكم اذا صدر فيها , علماً ان هذه الاثار تترتب بحكم القانون حتى في الاحوال التي لا يطلب فيها احد الخصوم ذلك , لكون نظر القاضي للدعوى مع توفر سبب من الاسباب المنصوص عليها في المادة (91) المذكورة اعلاه , ممنوع قانوناً وهذا المنع قد جاء في نص أمر يتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفته (2) .

(1) المادة (91) من قانون المرافعات المدنية المرقم 83 لسنة 1969 .

(2) مدحت المحمود , شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 , المكتبة القانونية , ط3 , بغداد , 2008 , ص159 .

ثانياً / الرد الجوازي للقاضي : لدى الامعان في المادة (93) من قانون المرافعات المدنية نرى ان المشرع صاغها من اجل تظمين الخصوم بأن بإمكانهم رد القاضي اذا كان بينه وبين احد الخصوم نوع من العلاقة والتي قد تتمثل بكون احد الخصمين مستخدماً لدى القاضي , او اعتياد القاضي على مؤاكلة او مساكنة احد الخصوم , او تلقيه هدية من احد الخصمين قبل رفع الدعوى او بعدها , خصوصاً اذا كان من شأن هذه العلاقة التأثير على حياد القاضي وكذلك الحال فيما يتعلق بإبداء القاضي رأيه في الدعوى المنظورة امامه وقبل الاوان , اذ انه لا يجوز ان يبدي رأياً مسبقاً في صلب الدعوى والا فتكون نتيجة الدعوى معلومة مسبقاً , ويكون الرد الجوازي للقاضي من خلال تقديم الطلب من الخصم , اما اذا رضي الخصم بأن يستمر القاضي في نظر الدعوى واصدار الحكم فيها رغم علمه بوجود علاقة بينه وبين الخصم الاخر ايماناً منه بنزاهة ذلك القاضي وحياده وعدم تأثر حياده بوجود مثل هذه العلاقة , فلا قيد على القاضي من المضي بنظر الدعوى واصدار الحكم فيها مادام لا يشعر بالحرَج من نظرها ومادام الخصوم او احدهم لم يطلب رده , وقد شرع المشرع العراقي الرد الجوازي للقاضي بناءً على طلب احد الخصوم وفق احكام المادة (93) من قانون المرافعات المدنية لانه عند تحقق احد الاسباب المذكورة في هذه المادة, يرجح معها عدم استطاعة القاضي نظر الدعوى واصدار الحكم منها دون ميل او انحياز , مما يستوجب فتح الطريق اما الخصم الذي يشعر بوجود سبب من تلك الاسباب وكون هذا السبب قد يؤدي الى خروج القاضي عن جادة الحياد والانحياز الى جانب خصمه ان يطلب رد القاضي ونظره من قاضٍ اخر .

هذا وتجدر الاشارة الى ان طلب رد القاضي يجب ان يقدمه الخصم طالب الرد قبل الدخول في اساس الدعوى والا سقط الحق فيه , اذا كان الخصم طالب الرد يعلم بوجود هذا السبب الذي يجوز معه رد القاضي بينما اذا كان الخصم لا يعلم بوجود السبب قبل الدخول في اساس الدعوى بل علم به بعد ذلك , كما لو عرف ان بين القاضي الذي ينظر الدعوى , وبين خصمه صداقة عميقة من شأنها التأثير على حياد القاضي , او في حالة علمه بعد السير في الدعوى بتلقي القاضي هدية ثمينة من شأنها ان تؤثر على حياده فان من حق الخصم تقديم طلب الرد في اي وقت مادامت الدعوى قائمة , اما عن كيفية تقديم طلب الرد فان القانون اوجب ان يكون عن طريق عريضة ترفق بها اسانيد طلب الرد ان وجدت وبيان طالب الرد السبب الذي يستند عليه في رد القاضي , مع لزوم ان يكون من السبب المنصوص عليها في القانون<sup>(1)</sup> .

والجدير بالذكر ان هذا الطلب يقدم الى القاضي المطلوب رده مباشرة او الى رئيس الهيئة اذا كان الرد يتعلق برئيس الهيئة او احد قضاتها , اما الاثر المترتب على تقديم طلب الرد فهو امتناع القاضي المطلوب رده عن الاستمرار في نظر الدعوى الى حين الفصل في طلب الرد واسبابه خلال ثلاثة ايام التالية مع ارسال الطلب مع الرد الى محكمة التمييز باعتبارها الجهة المعنية بالنظر في طلبات رد القضاة , والتي بدورها (محكمة التمييز) تتولى تدقيق طلب الرد والاسانيد المرفقة به وجواب القاضي ثم تقرر الاستجابة الى طلب الرد وتعيين قاضٍ اخر لنظر الدعوى واشعار القاضي المرذود بذلك او رد الطلب اذا لم تجد سبباً يجيز قبوله .

ثالثاً/ التنحي الجوازي للقاضي بسبب الحرَج : اعطى القانون العراقي الحق للقاضي بتقديم طلب التنحي عن نظر الدعوى اذا ما استشعر الحرَج من نظرها لأي سبب من الاسباب التي يرى نفسه معه غير قادر على نظر الدعوى<sup>(2)</sup> , بالرغم من عدم قيام سبب من اسباب الرد الوارد ذكرها حصراً في المادتين (91) و (93) من قانون المرافعات المدنية , وهذه فرصة جيدة منحها القانون للقاضي لغرض اراحة ضميره بالتنحي عن نظر الدعوى كما انه يعتبر ضماناً اكيدة لحياد القاضي ونزاهته واستقامة ونزاهة القضاء , حيث انه قد يحصل ان يشعر القاضي بالحرَج من نظر دعوى معينة بسبب احد اطرافها او بسبب موضوعها فيعرض امر تنحيه عن نظرها الى رئيسه (رئيس محكمة الاستئناف) او يقدم الطلب الى رئيس محكمة التمييز اذا كان القاضي من اعضاء محكمة التمييز .

(1) المادة (96) من قانون المرافعات المدنية المرقم 83 لسنة 1969 .  
(2) المادة (94) من قانون المرافعات المدنية المرقم 83 لسنة 1969 .

## المبحث الثاني

### الأدلة الناقصة و آليات إكمال حجيتها في القانون العراقي

لدراسة موضوع هذا المبحث سوف نقسمه الى مطلبين , نخصص الاول للأدلة الناقصة في القانون العراقي , ثم ندرس في الثاني آليات اكمال حجية الادلة الناقصة

#### المطلب الأول

#### الأدلة الناقصة في القانون العراقي

سوف نقسم هذا المطلب الى اربعة فروع , فنفرده الفرع الاول للشهادة الناقصة ثم ندرس في الثاني الاوراق غير الموقع عليها ونخصص الثالث للقرينة القضائية واخيراً وفي الفرع الرابع نتناول مبدأ الثبوت بالكتابة .

#### الفرع الأول

#### الشهادة الناقصة

للشهادة معان كثيرة فمنها الحضور<sup>(1)</sup>، كما جاء في القرآن الكريم في الآية (185) من سورة البقرة 3 فمن شهد منكم الشهر فليصمه 2 ومنها العلم و البيان و القضاء كقوله تعالى في الآية (18) من سورة آل عمران 3 شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَ الْمَلَائِكَةُ وَ أُولُو الْعِلْمِ قَائِمًا بِالْقِسْطِ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْعَزِيزُ الْحَكِيمُ 2 ، أما اصطلاحاً ، فقد عرفها فقهاء الشريعة الإسلامية بأنها ( إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء )<sup>(2)</sup> واعتبار الشهادة دليلاً من أدلة الإثبات محل إجماع فقهاء الشريعة الإسلامية السمحاء و القانون الوضعي وكان لها دوراً كبيراً في الشرائع القديمة، مثل شريعة حمورابي التي اهتمت بالشهادة كطريقة من طرق إثبات الحقوق ووضعت عقوبات رادعة لمن يدلي بشهادة كاذبة خصوصاً فليما يتعلق بالقضايا الخطيرة فكانت هذه الشريعة تلزم الشاهد بأن يقدم دليلاً على صحة الشهادة<sup>(3)</sup> ، إلا أن دور الشهادة قد تقلصت و تراجعت بعد ظهور الكتابة و تطورها فتركت مكانها للدليل الكتابي وبالرغم من ذلك فانها لازالت تلعب دورها في مجال إثبات الحقوق ، أما قانوننا فلم يعرفها قانون الإثبات العراقي وهذا أمر محمود، لكون التعاريف من إختصاص الفقه و ليس من عمل المشرع، اما فقهاً فقد وردت تعاريف عديدة للشهادة منها انها (اخبار الانسان في مجلس القاضي بحق على غيره لغيره )<sup>(4)</sup> ، وقد عرفها آخرون بأنها ( عبارة عن البيانات التي يدلي بها الشخص بعد أدائه اليمين أمام المحكمة من خلال إدراكها بحواسه الخاصة عن أمور تتعلق بموضوع الحق المتنازع فيه )<sup>(5)</sup> ، ونحن نؤيد هذا التعريف و تعتبر الشهادة من الأدلة المعنوية المباشرة المنصبة على الوقائع المتنازع عليها وأن حجيتها غير ملزمة للقاضي كما ان قوتها محدودة في الإثبات و السبب في هذا يرجع الى كونها غير صالحة لإثبات صحة جميع الوقائع القانونية، بل أنها صالحة لإثبات بعضها دون البعض الآخر ، ويمكن وصف الشهادة بانها حجة أقتناعية غير قاطعة الدلالة و متعدية و السبب في ذلك كونها غير ملزمة للقاضي ، وقابلة لاثبات عكس دلالتها ، الا ان المقصود من بحثنا هذا ليست الشهادة باعتبارها دليلاً كاملاً ، وانما المقصود هو تلك الشهادة التي تعتبر دليلاً ناقصاً في الدعوى والتي هي الشهادة الواحدة او اكثر من الشهادة الواحدة والتي تجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال و يقتنع القاضي بصحتها ، وتعد شهادة الشخص الواحد ، احدى صور الادلة الناقصة شرط اكمال حجيتها القانونية التي نتكلم عنها في مكانها المحدد في هذا البحث ، ولا يقتصر قبول شهادة الشاهد الواحد في القانون العراقي على شهادة الرجل فقط ، بل يقبل شهادة المرأة الواحدة ايضاً ، ذلك لان لفظ الشخص يراد به الرجل والمرأة<sup>(6)</sup> ، حيث انه لا يوجد

(1) ابن منظور ، المصدر السابق ، ص238-242 .

(2) د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات ، المصدر السابق، ص232 .

(3) د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، ط1، دار العلمية الدولية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان ، 2001 ص54.

(4) د. سليمان مرقس ، من طرق الاثبات ، شهادة الشهود والقرائن وحجية الشيء المحكوم فيه ، ج3 ، مطبعة الجبلاوي ، القاهرة ، 1974 ، ص1 .

(5) د. سعدون العامري ، موجز نظرية الإثبات، ط1، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1996 ، ص70 .

(6) د. ادم وهيب الندوي ، دور الحاكم المدني في الاثبات ، مصدر سابق ص 413 .

فرق في نصاب الشهادة بين الذكر والانثى في المعاملات المدنية كافة والمسائل المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية ومن الجدير بالذكر ان المشرع الكوردستاني جعل نصاب شهادة المرأة متساوية مع شهادة الرجل في المسائل غير المالية وذلك بموجب الفقرة (د) المعدلة من المادة (6/1) من قانون تعديل تطبيق قانون الاحوال الشخصية المرقم 188 لسنة 1959<sup>(1)</sup>.

## الفرع الثاني الاوراق غير الموقع عليها

نظم المشرع العراقي الأوراق غير الموقع عليها في المواد (28, 29, 30, 31, 32, 33) من قانون الإثبات العراقي النافذ ويقصد بها تلك الدفاتر والأوراق غير الموقع عليها دون أن تكون لها قوة كاملة في الإثبات، إلا أنه جعل لها حجية معينة في الإثبات، ولدى إمعان النظر في المواد المذكورة يظهر أنها على ثلاثة أنواع، وهي: الدفاتر التجارية، الدفاتر والأوراق الخاصة والتأشير على السندات المثبتة لدين. عليه سوف نقسم هذا الفرع الى ثلاثة مقاصد، نخصص المقصد الأول بالدفاتر التجارية والثاني للدفاتر والأوراق الخاصة، أما الثالث فنخصصه للتأشير على السندات .

**المقصد الاول/ الدفاتر التجارية:** إن قانون التجارة العراقي المرقم (30) لسنة (1984) قد نص في المادة (12) منه على أن (على التاجر الذي لا يقل رأسماله عن (30000) ثلاثين ألف دينار أن يمسك الدفاتر التي تستلزمها طبيعة تجارته وأهميتها بطريقة تكفل بيان مركزه المالي وعليه في جميع الأحوال أن يمسك الدفترين التاليين أ- دفتر اليومية، ب- دفتر الأستاذ) ويطلق على هذه الدفاتر تعبير الدفاتر التجارية الإلزامية نظرا لكون قانون التجارة يلزم التاجر بها<sup>(2)</sup>، ويترتب على عدم مسكها جزاء ورد في المادة (28) من القانون المذكور، والسبب في ذلك يرجع إلى أن الغرض من مسك هذه الدفاتر هو بيان المركز المالي الحقيقي للتاجر، إضافة الى ذلك فإن عدم مسك التاجر لتلك الدفاتر أو عدم مراعاة أحكامها، سوف يؤدي الى تفويت الغرض من ذلك، وهو مهم لأهداف متعددة من أبرزها إستيفاء الدين<sup>(3)</sup>، وبالنظر للتطور التقني الهائل الذي شهده العالم في مجال التسجيل والحسابات بسبب ما تم إختراعه من أجهزة متقدمة في خزن جميع المعلومات، لم يعد واجب التاجر في مسك الدفاتر التجارية منسجما مع الوقائع التي يعيش فيها والتي تنعكس على أسلوب حياته وأعماله، ومن المستحسن هنا ان نبين حجية الدفاتر التجارية في قانون الإثبات العراقي، وليبيان هذه الحجية ينبغي تقسيم الدراسة الى محورين

وعلى المنوال التالي :

١- حجية الدفاتر التجارية لإثبات الحقوق على التاجر.

٢- حجية الدفاتر التجارية لإثبات حقوق التاجر.

١- حجية الدفاتر التجارية لإثبات الحقوق على التاجر: نصت الفقرة الثانية من المادة (28) من قانون الإثبات العراقي النافذ على انه (يجوز أن تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها شريطة عدم تجزئة الإقرار المثبت فيها) ومن هذا النص يظهر بوضوح أنه بإمكان الخصم التمسك بالقيود الواردة في الدفاتر التجارية الإلزامية ضد مصلحة أصحابها منتظمة كانت أم غير منتظمة، تجاريا كان أم مدنيا، وكانت الدعوى بين تاجرين، او بين تاجر وغير تاجر، أو تعلق الأمر بنزاع تجاري أم مدني<sup>(4)</sup>، بهذه الشاكلة يتضح ان دفاتر التاجر المنتظمة وغير المنتظمة تكون دائما حجة عليه شريطة عدم تجزئة الإقرار الوارد فيها، أي أن المشرع العراقي قد اعطى

(1) قانون رقم (15) لسنة 2008 الصادر من برلمان اقليم كوردستان والمنشور في جريدة (وقائع كوردستان) العدد 95 السنة 2008 الثامنة في (2008/12/13)، ص16.

(2) د. آدم وهيب الندوي، الموجز في قانون الإثبات، ط2، مطبعة جامعة الموصل، العاتك لصناعة الكتاب القاهرة، 2007، ص96.

(3) د. أكرم ياملي، القانون التجاري، جامعة جيهان، أربيل، ط1، 2012 البند 102، ص132.

(4) تحسين حمد اسميل، الادلة الناقصة ودور القاضي المدني في اكمال حجيتها القانونية، ط1، مطبعة شهاب، اربيل، 2011، ص19.

البيانات الواردة في تلك الدفاتر، والتي قام التاجر بتدوينها بنفسه حكم الإقرار، أما نحن فنؤيد الرأي القائل بعدم اعتبار تلك البيانات إقراراً، ذلك لأن الإقرار هو إخبار صادق من المقر وموجه الى القاضي أو الى أي شخص آخر، كما أن الإقرار هو حجة قاطعة ولا يجوز للمقر التراجع عنه، إضافة الى اعتبار الإقرار من وسائل الإثبات المدني الملزمة للقاضي والخصوم، بيد أن ما يتم تدوينه في دفتر التجاري لا يمكن اعتباره كذلك، إذ انه ليس موجها الى القاضي ولا الى أي شخص آخر، وإنما يكتبه التاجر لنفسه، بل أن بمقدوره إثبات عكس ما جاء في دفتره بجميع طرق الإثبات، وهذا ما لا يستطيع القيام به فيما يتعلق بالإقرار القضائي الصادر منه<sup>(1)</sup>، مما تقدم يتبين لنا أن القانون العراقي قد منح الدفاتر التجارية حجية قانونية ناقصة غير ملزمة للقاضي، وعليه ولتكوين قناعته فإنه يعتبرها دليلاً ناقصاً يستوجب إكمالها بدليل آخر مع جواز إثبات التاجر عكس ما ورد فيها من قيود بطرق الإثبات كافة.

٢- حجية الدفاتر التجارية لإثبات حقوق التاجر: نصت الفقرة الاولى من المادة (28) من قانون الإثبات العراقي على أن (لا تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها سواء كانت منتظمة أو غير منتظمة حجة لصاحبها)، وبهذا يظهر من النص المذكور أنه لاحجية للبيانات المدونة في الدفاتر التجارية وما تتضمنها من حقوق تعود للتاجر على غيره سواء كانت تلك الدفاتر منتظمة أو غير منتظمة وبهذا الشكل فإن قانون الإثبات العراقي قطع دابر كل شك في عدم إعطائه حجية لتلك القيود الواردة في المادة المذكورة، وبذلك ليس للتاجر التمسك بها ضد خصمه سواء كان تاجراً أو غير تاجر، وأن ما يعزز هذه الفكرة هو المادة (11/ اولاً) من القانون المذكور التي نص على انه (يسري هذا القانون على القضايا المدنية والتجارية)، إلا أننا نذهب الى ان هذا الإتجاه غير مبرر وغير معقول، حيث أنه من الأفضل إيراد قواعد خاصة بإثبات المسائل التجارية التي تختلف بطبيعتها عن المسائل المدنية، ذلك لأن المسائل التجارية تمتاز بطابع السرعة، وكان من الأحسن إستمرار المشرع بمنح مزيد من الفعالية والإيجابية للقاضي المدني في هذا المجال وترك السلطة التقديرية له لوزن البيانات المدونة في الدفاتر التجارية، وعدم اهدار مبدأ حرية الإثبات في المعاملات التجارية<sup>(2)</sup>.

**المقصد الثاني/الدفاتر والأوراق الخاصة:** لم يحدد القانون نوعاً معيناً للدفاتر والأوراق الخاصة، و يقصد بها كل ما يستخدمه الإنسان من دفاتر ومذكرات، لأجل تدوين معلومات وأمور خاصة به، دون أن يبتغي اكتساب حجية معينة. إن هذه الدفاتر لايلزم القانون الشخص بإسماها، ولايفرض عليه مراعاة اوضاع معينة فيها ولهذا لا يعطيها نفس القيمة التي يعطيها للدفاتر التجارية، إلا أنه لايجرد مثل هذه الأوراق الخاصة من كل قيمة للإثبات<sup>(3)</sup>، وقد عرفها بعض الفقهاء بأنها تلك الدفاتر والأوراق التي يقيد بها الشخص حساباته وتصرفاته ليرجع إليها بدلا من الإعتماد على ذاكرته وقد تكون في صورة أوراق عادية، أو أوراق منفصلة لحماية صاحبها والتي لا يشترط فيها ان تكون دفاتر منتظمة أو يكون لها أي شكل خاص، ولا يتطلب أن تراعى فيها طريقة معينة لتحريرها<sup>(4)</sup>، أما القضاء فقد عرف الدفاتر والأوراق الخاصة بأنها تلك التي يدون فيها الشخص مقبوضاته و مدفوعاته دون اهتمام بكيفية تنظيمها و بما إذا كانت موقعة أو غير موقعة<sup>(5)</sup>، ومما سبق يتضح بأن الدفاتر والأوراق الخاصة تمتاز ببعض السمات، منها أن القانون لم يحدد شكلية معينة ولم يعير اي اهتمام بكيفية تنظيمها، فقد تكون على شكل مذكرات يومية أو دفتر حسابات، أو على شكل أوراق متناثرة، كما أن القانون ترك أمر تنظيمها من عدمها لإرادة صاحبها، إضافة الى أن هذه الدفاتر قد تكون موقعة أو غير موقعة، فلو كانت موقعة فتصبح بحكم السندات العادية وبالتالي يطبق عليها احكام السندات العادية من حيث الإثبات<sup>(6)</sup>، واخيراً ينبغي التمييز بين ما يحتج من الدفاتر والأوراق الخاصة لمصلحة صاحبها وتلك التي يحتج بها عليه في محورين .

(1) د. عصمت عبدالمجيد، الوجيز في شرح قانون الإثبات، مطبعة الزمان، بغداد، 1997، ص122.

(2) د. اكرم ياملكي، المصدر السابق، البند 58، ص73.

(3) د.محمد يحيى مطر، مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، دار الجامعية، بيروت، بلا سنة النشر، ص207.

(4) د.سمير عبد السيد تناغو، أحكام الإلتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص182.

(5) محمد علي الصوري، المصدر السابق، ج1، ص314.

(6) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، المحررات والأدلة الكتابية، ج3، مكتبة النهضة، بيروت، 1975، ص514.



أولاً/ حجية الدفاتر والأوراق الخاصة لصاحبها: أن المادة (29) من قانون الإثبات العراقي أوردت القاعدة العامة بشأن الدفاتر والأوراق الخاصة؛ المتعلقة ببيان مدى حجيتها في الإثبات، فقد بينت بأنه لا تكون لها حجية حيث أن المادة السالفة الذكر نصت على أن: (لا تكون القيود الواردة في الدفاتر غير الإلزامية والأوراق الخاصة حجة لصاحبها). غير أن هذه القاعدة ليست بمطلقة، بل ترد عليها إستثناءات، مما يستوجب علينا التمييز بين ما يحتج بها لمصلحة صاحبها وتلك التي يحتج بها عليه فعند تعلق الأمر بحجية الدفتر والورقة الخاصة لصاحبها، فإنه لا تكون حجة لصاحبها، إستناداً للقاعدة القانونية الفائلة بأنه لا يجوز للخصم إصطناع الدليل لنفسه. وعلى هذا النهج سارت محكمة تمييز اقليم كردستان في قرارها المرقم (155 /الهيئة المدنية/2002) في (2002/4/29) الذي قضت بـ: ( وجد أن دعوى المدعي أنصبت على مطالبته أقيام المواد التي قام بتجهيزها للمدعى عليه، وإثباتا لدعواه قدم للمحكمة فاتورة صادرة بالمبلغ المدعى به وأن تلك الفاتورة خلت من توقيع المدعى عليه ولا يمكن التعويل عليها للإثبات لأنها من قبيل إصطناع الخصم الدليل لنفسه)<sup>(1)</sup> , الا انه هناك استثناءان من القاعدة المذكورة اعلاه , اما الاستثناء الأول فيتمثل بحصول إتفاق بين الطرفين وقبول الخصم بما تحويه هذه الدفاتر والأوراق من بيانات تصلح لأن تكون حجة لصاحبها<sup>(2)</sup> , اما الاستثناء الثاني فيتمثل بقيام المانع الأدبي، إذا كانت تلك الدفاتر منتظمة وقد حل دون الحصول على الدليل الكتابي، كما في حالة الطبيب الذي إعتاد أن يدون زيارته لمرضاه في مذكراته الخصوصية بطريقة منتظمة , فيمكن أن يعتد بها في تأييد دعواه على المريض عند المطالبة بأتعابه ولو فيما يجاوز نصاب الإثبات بالشهادة، لقيام المانع الأدبي من الحصول على الدليل الكتابي , وفي هذه الحالة لا تعتبر الدفاتر والأوراق الخاصة حجة لصاحبها وإنما يمكن إعتبارها قرينة قضائية ، للقاضي أن يأخذ بها أو أن لا يأخذ بها، وفقا لقناعته حيث أن له السلطة في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة والقرائن، في ان يعتبر الدفاتر والأوراق الخاصة قرائن تعزز الأدلة المتوفرة الأخرى أو تعززها بأدلة أخرى<sup>(3)</sup>

ثانياً/ حجية الدفاتر والأوراق الخاصة على اصحابها : وفيما يتعلق بحجية الأوراق والدفاتر الخاصة ضد صاحبها ، فالأصل أنها لا تكون حجة على اصحابها حيث أنه بموجب القواعد العامة للإثبات المدني لايجوز إجبار الشخص على تقديم الدليل ضد نفسه وبناء على ذلك لايجوز للمحكمة أن تلزم الخصم بتقديم دفاتره الخاصة أو أوراقه المنزلية لكي تكون حجة عليه لمصلحة خصمه، بيد أن المشرع العراقي قد خرج عن هذا الأصل العام في حالتين وردتا في الفقرة الثانية في المادة (29) من قانون الإثبات العراقي النافذ<sup>(4)</sup> في حالة اذا ذكر صاحب الدفتر او الورقة الخاصة صراحةً انه استوفى ديناً او حالة اذا ذكر فيه صراحةً انه قصد بما دون فيه ان يقوم مقام السند لمن ثبت حقاً لمصلحته , وتجدر الاشارة الى أن النص المذكور يشترط أن لا تحمل الأوراق والدفاتر الخاصة تواريخ اصحابها وإلا كانت دليلاً كاملاً تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات ومن غير حاجة الى نص خاص، كما لا يشترط أن تكون هذه الدفاتر والأوراق مكتوبة بخط يد اصحابها، حيث يكفي أن تكون مكتوبة بخط مدير أعماله أو وكيله أو الكاتب الذي يعمل عنده، بل قد تكون مكتوبة بخط المدين الذي كتب البيان لصالحه وكان قد فعل ذلك بمعرفة الدائن وموافقته<sup>(5)</sup> , ورغم أن هذه الأوراق والدفاتر غير موقعة ولا مكتوبة بخط يد صاحبها، فهي تصلح أن تكون لها حجية ضده بإستيفاء الدين أو بالمديونية<sup>(6)</sup> , والحالة الأكثر شيوعاً من الاستثنائين الواردين في المادة من (29) قانون الإثبات العراقي السالفة الذكر. عندما يكون من صدرت منه هذه الأوراق دائناً كأن يذكر مثلاً أنه استوفى دينه من مدينه كاملاً أو جزء منه ففي هذه الحالة تعتبر حجة على من صدرت منه، لأنه ليس من المعقول

(1) كيلاني سيد أحمد، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان (2001 – 2005) ، مطبعة المنارة ، أربيل، 2006 ، ص 61.

(2) د.سليمان مرقس ، من طرق الاثبات ، الأدلة الخطية وإجراءاتها ، ج 1 ، هامش رقم (2) ص 399 .

(3) احمد نشات ، رسالة الاثبات ، ج 1 ، مكتبة العلم للجميع ، بيروت - لبنان ، 2005، ص 491 .

(4) المادة 29/ ثانياً: ( لايجوز أن تكون القيود الواردة في الفقرات السابقة حجة على صاحبها إلا في الحالتين الآتيتين: أ- إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى ديناً. ب- إذا ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دون فيها أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته).

(5) تحسين حمد سمايل ، المصدر السابق ، ص 24 .

(6) د.سليمان مرقس ، من طرق الإثبات، الأدلة الخطية وإجراءاتها ، المصدر السابق ، ص 402.

أن يذكر الدائن في أوراقه أنه استوفى دينه دون حصول ذلك في الواقع<sup>(1)</sup> , وباعتقادنا أن هذا الأمر يتفق مع المبادئ الواردة في قانون الإثبات العراقي خصوصاً قاعدة أن الأصل براءة ذمة الإنسان، كما انه ينسجم مع الدور الإيجابي للقاضي المدني والذي يكون في مقدوره تفسير عبارة استيفاء الدين بألية التفسير الواسع وبأوسع المعاني حيث لا يشمل الوفاء فقط، بل يشمل جميع اسباب براءة الذمة وإنقضاء الدين كالمقاصة والإبراء والحلول<sup>(2)</sup>.

**المقصد الثالث /التأشير على السندات المثبتة للدين :** هناك محررات عادية قد تكون لها قيمة ولو لم تكن موقعة من ذوي الشأن حيث ان الدائن يكتفي بالتأشير في هذه المحررات بالوفاء الجزئي او الكلي من جانب المدين من دون اضافة توقيعه عليها وتوجد لهذه السندات تطبيقات كثيرة في حياتنا اليومية خصوصاً في مكاتب بيع العقارات التي تم الاعتياد فيها على التأشير على ظهر السندات لانه في الغالب الاعم لا يدفع المشتري قيمة (العقار) دفعةً واحدة وانما يدفعه على شكل اقساط فيتم تأشير عملية دفع الاقساط على ظهر السند لحين تسجيل الملك باسم المشتري بدائرة التسجيل العقاري ولأجل توضيح موضوع هذا المقصد لابد من بيان حالتين تتمثلان بالتأشير على السند في حيازة الدائن والتأشير على السند في حيازة المدين 1. التأشير على السند في حيازة الدائن , ولكي يكون التأشير على السندات المثبتة للدين دلالة ناقصة لا بد من توفر شرطين رئيسيين وهما :-

أ.ينبغي كتابة التأشير بالوفاء على اصل السند المثبت للدين وهذا ما اكدته المادة (33/اولاً) من قانون الاثبات العراقي وعليه فلا يجوز أن يؤشر الدائن باستيفاء كل الدين او بعضه في ورقة أخرى مستقلة<sup>(3)</sup> ولم يشترط القانون العراقي شكلية معينة للتأشير , فيصح ان يكون هذا التأشير مؤرخاً او بدونه كما يجوز ان يكون التأشير بما يستفاد منه براءة ذمة المدين بخط شخص اخر غير الدائن فقد يكون الدائن امياً لا يجيد القراءة والكتابة<sup>(4)</sup> ونحن نؤيد هذا الرأي والاتجاه القانوني كونه يتماشى مع الدور الايجابي الذي اناطه المشرع للقاضي المدني هذا من جهة , ومن جهة اخرى فإنه ينسجم مع القاعدة القانونية القائلة بأن الاصل براءة الذمة , وعلاوة على ذلك فان المشرع العراقي قد اعطى الضمانة القانونية لاثبات عكس ما تضمنه التأشير الواقع على السند بجميع طرق الاثبات .

ب.بقاء السند في حيازة الدائن ويقصد بهذه الحيازة , الحيازة الحكيمة التي تعني بأنه ليست بالضرورة ان يبقى السند في يد الدائن نفسه , ذلك لانه يستوي الحال فيما إذن كان السند في حيازة الدائن نفسه او وكيله او نائبه , كان يكون بيد كاتب الدائن او مدير اعماله كل ذلك بشرط إذن وموافقة الدائن , وبمعنى اخر ان الحيازة المقصودة هي الحيازة بمعناها الواسع<sup>(5)</sup> وبذلك فانه في حال توفر الشرطين المذكورين فإن التأشير على السند المثبت للدين يعد حجة على الدائن الا ان دلالاته تكون غير قاطعة لانه بإمكانه اثبات عكس ذلك بكل طرق الاثبات حيث انه لامكان هنا لتطبيق قاعدة عدم جواز اثبات ما يخالف الكتابة الا بدليل كتابي , لكون التأشير المقصود هو التأشير غير الموقع والذي يجعل الورقة غير الموقعة قرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها بكل طرق اثبات .

2.التأشير على السند في حيازة المدين , بينت المادة (2/33) من قانون الاثبات العراقي موضوع التأشير على السند الموجود في حيازة المدين واعتبرته قرينة على الوفاء بشرط توفر ثلاثة شروط وهي كتابة التأشير بخط الدائن , كتابة التأشير على نسخة اصلية اخرى للسند , وجود النسخة المؤشر عليها في حوزة المدين.

أ.كتابة التأشير بخط الدائن : فلا يجوز السماح لغير الدائن بالتأشير على السند بما يفيد الوفاء حيث انه يكون من السهل للمدين السماح لشخص اخر بكتابة عبارات الوفاء اضافة الى ان قوة القرينة في السند المؤشر عليه , تكمن في قيام الدائن بالتأشير بخطه على السند الكائن في يد المدين ومن الجدير بالاشارة انه يستوي الحال اذا تم التأشير من جانب الدائن نفسه او وكيله ولكن بشرط تفويضه في الوكالة تفويضاً خاصاً وصريحاً مصدقاً من

(1) د.محمد يحيى مطر، المصدر السابق، ص 208.

(2) محمد علي الصوري، المصدر السابق، ج 1، ص 303.

(3) السنهوري، المصدر السابق، ص 296.

(4) تحسين حمد سمائل، المصدر السابق، ص 31.

(5) حسين المؤمن، المحررات، المصدر سابق، ص 52.

كاتب العدل وهذا هو اتجاه محكمة تمييز اقليم كردستان في قرارها المرقم (8/المدنية الاستئنافية /2005) في (2005/4/20)<sup>(1)</sup>

ب. كتابة التأشير على نسخة اصلية اخرى للسند: أن المقصود بالنسخة الاصلية الاخرى هي النسخ الحاملة لتوقيع الطرفين والتي تكون بمثابة الاصل ومن الامثلة على ذلك هي عقود البيع والايجار التي عند كل طرف فيها نسخة من العقد المبرم بين المتعاقدين وتعتبر نسخة اصلية<sup>(2)</sup> , وفي هذا المضمار ذهبت محكمة تمييز العراق الى ان (لايعتد بالتأشير الواقع في الورقة المنفصلة عن قائمة الدين , اذ لاتعتبر جزءاً من السند)<sup>(3)</sup>.

ج. وجود النسخة المؤشر عليها في حوزة المدين : أن الاصل هو وجود سند الدين المؤشر من قبل الدائن , في حيازة المدين وهذا يدل على براءة ذمته بالوفاء بالدين جزءاً او كلاً الا ان الحيازة المذكورة لا يشترط ان تكون مستمرة بل ان الحيازة المقصودة هي ان يكون السند في حيازة المدين وقت التأشير حيث انه عند المنازعة يتمسك المدين بالسند المؤشر وفي هذا دلالة على براءة ذمته وبهذا تستقر القرينة الى جانبه اما في حال اذا لم يكن في حيازته فعليه ان يثبت ذلك انه كانت في حيازته في وقت ما حتى تقوم القرينة وبهذا الشكل فان التأشير يعد حجة على الدائن من حيث دلالاته على براءة ذمة المدين رغم عدم توقيعه على السند مع الاشارة الى انه في استطاع الدائن اثبات عكس الدليل المستفاد من التأشير بكافة طرق الاثبات ومن الجدير بالذكر انه في حالة غياب احدى هذه الشروط فانه وبالرجوع الى القواعد العامة يمكن اعتبار السند مبدأ الثبوت بالكتابة .

### الفرع الثالث القرينة القضائية

يقصد بالقرينة القضائية ( ما يستخلصه القاضي من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول ) فالقاضي أو المشرع يستخدم وقائع يعلمها ليستدل بها على وقائع اخرى لا يعلمها<sup>(4)</sup> وتعرف ايضاً بأنها ( استخلاص أمر مجهول من أمر معلوم على أساس غالبية تحقق الأمر، إذا تحقق الأمر الثاني)<sup>(5)</sup> , كما وتعرف القرينة بأنها ( استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت على أساس يغلب في الواقع أن يتحقق الأمر الأول إذا تحقق الأمر الثاني)<sup>(6)</sup> , ان للقرينة القضائية عنصرين وهما العنصر المادي والعنصر المعنوي اما العنصر المادي فيتمثل بمرحلة تحديد الواقعة الثانية حيث أن القاضي يبدأ بتحرير أن واقعة معينة أو عدة وقائع تعد ثابتة في أحد الدعاوي<sup>(7)</sup> , ومن ثم يتحقق القاضي من ثبوتها سواء أقام هو بذلك أو عن طريق غيره من أهل الخبرة أو بأية طريقة اخرى من طرق الإثبات .

وفي هذا السياق سارت محكمة تمييز اقليم كردستان في قرارها المرقم (92/ الهيئة المدنية الاولى / 2002) في (2008/2/7) وقضت ب: ( قرر نقض قرار حاكم محكمة بداءة دهوك، إذ استخلص من التقارير الطبية مرض المميز الذي أصيب بجلطة دماغية وشلل في جسمه بتاريخ 22 /6/ 2003 وعدم استطاعته تحمل مسؤوليات افعاله، وهي واقعة ثابتة استدلت بها على واقعة اخرى غير ثابتة وهي فسخ العقد المبرم بينه وبين المميز عليها، وهي الواقعة المتنازع عليها بتاريخ لاحق لمرضه)<sup>(8)</sup> وبذلك يظهر ان العنصر المادي في القرينة القضائية يتبلور من الدعوى المنظورة من القاضي .

- (1) تحسين حمد سمايل , المصدر السابق , ص35 .
- (2) السنهوري , المصدر السابق, ص306, بند 154.
- (3) تحسين حمد سمايل , المصدر السابق, ص37.
- (4) د. عبدالحاميد الشواربي, القرائن القانونية والقضائية في المواد المدنية والجنايئة والاحوال الشخصية , منشأة المعارف, الاسكندرية, 2003 ص17.
- (5) د.أنور سلطان, قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية, دار الجامعة الجديد للنشر، الاسكندرية، 2005 , ص161.
- (6) د.عباس العبودي , شرح أحكام قانون الإثبات، المصدر السابق ، ص247.
- (7) مهدي صالح محمد أمين , الاثبات بالقرائن امام القضاء , بحث منشور في مجلة القضاء , العدد 24 لسنة 42 , 1987, ص66 .
- (8) كيانتي سيد احمد، القرار المرقم (92 / الهيئة المدنية الاولى / 2002) في 2008/2/7 نقلا عن تحسين حمد سمايل، المصدر السابق، ص63.

اما العنصر المعنوي للقرينة القضائية، فيتمثل بما يقوم به القاضي من عملية عقلية وذهنية لإستنباط القرينة ليتوصل بواسطة الواقعة الثابتة الى الواقعة المجهولة المراد اثباتها كل ذلك من خلال بذله لمجهود عقلي مستخدماً فطنته وذكائه لاستنباط الدليل (القرينة القضائية) ، ومن المعروف ان القرينة القضائية من أدلة الإثبات محددة القوة ، فالقرينة القضائية لاتصلح لإثبات جميع الوقائع القانونية حيث أن القانون حدد سياقاً معيناً للإثبات بها والذي حصره بنطاق الإثبات بالشهادة إلا في حال إتفاق الطرفين المتنازعين على خلاف ذلك أو عند وجود نص قانوني خاص يقضي بجواز الإثبات بالشهادة وعليه فلا يجوز الركون الى القرائن القضائية لإثبات صورية عقد البيع الجاري على الاموال المحجوزة والتي ثبت بيعها قبل حجزها بعقد بيع مصدق من الكاتب العدل<sup>(1)</sup>، ومما سبق يظهر جلياً أن المشرع العراقي جعل من القرينة القضائية طريق إثبات مقيد في نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة، والسبب في ذلك يرجع الى أن الإثبات بها لاتخلو من الخطورة ولأن القاضي قد يخطئ في عملية استخلاص القرينة القضائية<sup>(2)</sup>.

وعلى هذا المنوال سارت محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم (413/استئنافية عقار/2009) في (2009/2/4)<sup>(3)</sup>، كما إنها ذات قوة مطلقة في الإثبات فيما يتعلق بالوقائع المادية، حيث أن هذه الوقائع يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات ، لكون الوقائع المادية تحدث أمام مرأى الناس ، إضافة إلى عدم امكانية إعداد الدليل الكتابي مسبقاً قبل أو أثناء حدوث الواقعة المادية<sup>(4)</sup> ، بإستثناء بعض الوقائع المادية التي تقتضي المصلحة العامة قيام المشرع بفرض تسجيلها نظراً لأهميتها الكبيرة في حياة الانسان وترتيب الحقوق كالمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية كالولادة والوفاة الزواج والطلاق ، وفي هذا السياق قضت محكمة تمييز اقليم كردستان في قرارها المرقم (419/شخصية/2016) في (2016/8/8) بـ (أن مجرد ايقاع الطلاق من قبل الزوج خارج المحكمة لاتجعل من هذا الطلاق تعسفياً وإنما يعتبر قرينة على التعسف، قابلة لإثبات العكس من خلال إستعمال المحكمة لسלטتها في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل<sup>(5)</sup> ، علماً إن القرينة القضائية من الأدلة غير محددة الحجية قانوناً وهذا يعني ان تقدير القرائن القضائية منوط بالقاضي<sup>(6)</sup> ، وان دلالتها غير قاطعة حيث أنها مبنية على استنتاجات القاضي فقد يخطئ في استنتاجه وقناعته، كما أنه تعتبر من الأدلة الضعيفة التي من الممكن اثبات ما يخالف دلالتها بقرينة قضائية مماثلة أو أقوى منها أو بأي دليل آخر نظراً لإرتباط هذه القرائن بنفسية القاضي وضميره<sup>(7)</sup>، واخيراً فإن حجية القرائن القضائية متعدية حيث ان الذي يثبت بالقرائن القضائية يكون ثابتاً بالنسبة للجميع، والسبب في ذلك يرجع الى أن اساس القرائن هو وقائع مادية ثابتة تحققت منها المحكمة.

## الفرع الرابع مبدأ الثبوت بالكتابة

يقصد بمبدأ الثبوت بالكتابة اصطلاحاً كل كتابة صادرة ممن يراد الاثبات ضده وهو ليس سنداً كاملاً بما يراد إثباته وإنما يجعله قريب الاحتمال<sup>(8)</sup>، وقد عرفه الفقه القانوني بأنه: كل كتابة صادرة من الخصم المطلوب الإثبات ضده تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال وعليه يكون مبدأ الثبوت بالكتابة مع البيينة المضافة اليه دليلاً كاملاً<sup>(9)</sup> ، وتأسيساً على ما سبق نرى أن مبدأ الثبوت بالكتابة: هو كل كتابة لا تتضمن الشروط الكاملة للدليل

- (1) القرار التمييزي المرقم (896/مدنية ثالثة/1974) في (1975/7/9) منشور في مرشد المحامي في الدفع والاثبات ، المحامي عبد الجبار عبدالرحيم كريم ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، 2019، ص 211.
- (2) دعباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات ، ط ١، الإصدار الأول ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2005 ، ص 188.
- (3) فلاح كريم وناس آل جحيش ، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية و محكمة تمييز اقليم كردستان و محاكم الإستئناف بصفتها التمييزية / تطبيقات قانون الإثبات، ط ١، المكتبة القانونية ، 2018 ، بغداد ، ص 273.
- (4) د. عصمت عبدالمجيد بكر، أثر التقدم العلمي في العقد ، تكوين العقد ، اثبات العقد ، دون جهة الطبع ومكانها ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 ، ص 107.
- (5) عبدالأمير جمعة توفيق ، الأحدث والأهم من قضاء محكمة تمييز ، ط ١، مطبعة هيفي ، 2018 ، ص 166.
- (6) د. فيس عبدالستار عثمان، القرائن القضائية ودورها في الإثبات ، مطبعة شفيق، بغداد ، 1975 ، ص 133.
- (7) د. حسين عبدالهادي البياع ، شرح قانون الإثبات ، رقم 107 لسنة 1979 ، ط 1 ، بدون جهة الطبع ، بغداد ، 1986 ، ص 133.
- (8) احمد نسات، المصدر السابق، ج ٢، بند ٤٣٢، ص 656.
- (9) مصطفى مهدي هرجة ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ج ٢، ط ١، دار الثقافة للطباعة والنشر، القاهرة ، 1987 ، ص 31 و 32.

الخطي الكامل ولكن من شأنها أن تجعل الواقعة المزعومة قريبة الاحتمال , أما شروط مبدأ الثبوت بالكتابة فتتمثل بما يلي:

١. وجود ورقة مكتوبة: يشترط لوجود مبدأ الثبوت بالكتابة، أن توجد كتابة، واية كتابة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ولا يتطلب القانون شكلا خاصا في تلك الكتابة لكي يكون من الجائز اعتبارها مبدأ الثبوت بالكتابة، فقد تكون الورقة مكتوبة بيد الخصم دون التوقيع عليها أو قد تكون رسالة غير موقع عليها أو مذكرة أو اقوال واردة على لسان الخصم في محاضر جلسات المحاكمة أو محاضر أو كتابة اعدت للإثبات ولكنها غير موقعة أو ورقة أو بقايا سند أو أوراق منزلية<sup>(1)</sup> , وبناءاً على ذلك يتبين وجوب فهم الكتابة بمعناها الواسع، ويعتبر هذا الشرط (وجود الورقة المكتوبة) من مسائل القانون الخاضعة للرقابة القضائية لمحكمة التمييز وهذا ما ذهب اليه محكمة تمييز العراق في قرارها المرقم (10/الهيئة المدنية /1998) في (1998/1/20)<sup>(2)</sup>.

٢- أن تكون الكتابة صادرة من الخصم أو من ينوب عنه: ان الأصل في الاثبات هو صدور الدليل الذي يبرزه الخصم في الدعوى المنظورة من الخصم الآخر، والسبب في ذلك يرجع الى عدم جواز اصطناع الخصم الدليل بنفسه، فلا يجوز التعويل على الورقة الصادرة من الأجنبي لزوجته الخصم او شريكه في الملك الشائع، لأنها لا تتعدى أن تكون أكثر من شهادة مكتوبة وهكذا أوراق لا تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة<sup>(3)</sup> , ويلزم صدور الورقة من الخصم صدورا ماديا او معنويا، سواء أكان الخصم مدعيا ام مدعى عليه. ويقصد بالصدور المادي للورقة أن تكون الورقة المعتبرة مبدأ ثبوت بالكتابة، مكتوبة بخط الخصم بينما يراد بالصدور المعنوي للورقة، ان تكون تلك الورقة غير موقعة من الخصم ولا مكتوبة بخطه لكنها صدرت ممن يمثله كما في حالة الدفوعات واللوائح التي يقدمها المحامي في مرافعاته والتي تدون في محاضر التحقيق و جلسات المرافعة , فتعتبر صادرة من موكله وبالتالي يجوز اعتبارها مبدأ الثبوت بالكتابة<sup>(4)</sup>.

٣- ان تجعل الورقة وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال: وهذا يعني ان يكون من شأن الكتابة الصادرة من الخصم او ممن يمثله، ان تجعل الواقعة المراد اثباتها قريبة الإحتمال. وبمعنى آخر ان تلك الكتابة المشار اليها اعلاه تجعل من القاضي يرجح احتمال صدقها على احتمال كذبها، ذلك لأن القاضي لا يبني حكمه على مجرد مبدأ الثبوت بالكتابة بمفرده، لكونه دليلا ناقصا لا تخلو من المظنة على صحته<sup>(5)</sup>.

إن مبدأ الثبوت بالكتابة حالة استثنائية أوردتها المشرع العراقي في المسائل الواجب اثباتها بالكتابة للتخفيف من عناء غياب الدليل الكتابي من جهة، والتخفيف من خطر الإثبات بالشهادة والقرائن القضائية من جهة اخرى<sup>(6)</sup>، وفي هذا الأمر توسيع لسلطة القاضي و اضعاف شيء من المرونة على الاثبات بالكتابة , وتجدر الاشارة الى ان مبدأ الثبوت بالكتابة دليل ناقص وغير ملزم للقاضي لان اعتبار الورقة مبدأ الثبوت بالكتابة هو أمر جوازي , بما يتمتع القاضي من سلطة تقديرية واسعة في الاقتناع من عدمه، له أن يأخذ بتلك الورقة كمبدأ ثبوت بالكتابة ، كما وله أن لا يأخذ بها، لأنه قد يستنتج من ظروف الدعوى وملابساتها أدلة أخرى يقتنع بها , اضافة الى انه من الأدلة التي حدد القانون حجيتها ، ذلك لأن اثبات الواقعة لا يستند الى المبدأ وحده ، بل يتخذ دلالاته أساسا لتكملة الاثبات به بالوسائل الاخرى<sup>(7)</sup> , كما إن مبدأ الثبوت بالكتابة من الأدلة الغير معدة للإثبات مسبقا، على نقيض الأدلة الكتابية الكاملة كالسندات الرسمية التي تعد مقما للإثبات، ففي عقد البيع فإن البائع والمشتري اللذان يتفقان على كتابة العقد المذكور دليلا في النزاع المستقبلي، فعند حصول النزاع يقدم الدليل الكتابي المعد سابقا، والحالة هذه يعتبر الدليل الكتابي المقدم كاملا ولا يحتاج الى إكمال حجيته كما هو الحال فيما يتعلق بمبدأ الثبوت بالكتابة<sup>(8)</sup> ,

(1) د.محمد يحيى مطر ، المصدر السابق ، ص155.

(2) فلاح كريم وناس آل حبيش ، المصدر السابق ، ص236.

(3) احمد نشأت ، المصدر السابق ، ج ١، الفقرة 348 و 666 ، ص348 .

(4) السنهوري، المصدر السابق، ج ٢، بند 218 و 2019 ، ص 433 – 434 .

(5) د.توفيق حسن فرج، المصدر السابق، ص١١٢ .

(6) د.سليمان مرقس، أصول الاثبات، المصدر السابق ، بند 220 ، ص 405 .

(7) د. ادم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الاثبات ، المصدر السابق ، ص146.

(8) د. قيس عبدالستار عثمان ، شروط مبدأ ثبوت بالكتابة في القانون العراقي ، دراسة قضائية في ضوء اراء الفقه واحكام القضاء ،

بغداد

. 1986 ، ص 6 .

والجدير بالذكر ان حجية مبدأ الثبوت بالكتابة متعدية ولا تقتصر فقط على المحكوم عليه بل تتجاوز الى كل من تمسه الدعوى ومن الطبيعي اثبات ما يخالف مبدأ الثبوت بالكتابة كونه غير قاطع الدلالة .

## المطلب الثاني آليات إكمال حجية الأدلة الناقصة

سوف نتطرق في هذا المطلب الى بيان الآليات القانونية لإكمال حجية الأدلة الناقصة من خلال بيان دور القاضي الايجابي بشأن الأدلة الناقصة وكيفية إكماله لحجيتها وعليه سوف نقسم هذا المطلب الى اربعة فروع , نخصص الفرع الاول لدور القاضي في اكمال حجية الشهادة الناقصة ونتناول في الفرع الثاني دور القاضي في اكمال حجية القرينة القضائية بينما ندرس في الثالث دور القاضي في إكمال حجية الاوراق غير الموقع عليها , ونفرد الفرع الرابع لدور القاضي في إكمال حجية مبدأ الثبوت بالكتابة.

### الفرع الاول

#### دور القاضي في اكمال حجية الشهادة الناقصة

من البديهي ان موضوع تقييم وتقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشكلية متروك لتقدير القاضي الذي قد يقتنع بالشهادة المدلاة بها في الدعوى لإثبات الواقعة المدعى بها , في الاحوال التي يجوز فيها الاثبات بالشهادة وبالتالي اعتبارها دليلاً كاملاً يتخذه اساساً لحسم الدعوى , وفي احيان أخرى قد يعتبر القاضي الشهادة التي يدلي بها الشهود شهادة ناقصة , وفي هذه الحالة يكون من المقتضى إكمال الحجية الناقصة للشهادة بالوسائل القانونية الممكنة , ولاشك ان القاضي المدني يلعب دوراً ايجابياً كبيراً في إكمال الحجية القانونية للشهادات الناقصة , فقد يرى القاضي ان شهادة شهود احد الخصمين أقرب الى الاثبات وأقوى من شهادة شهود الخصم الآخر مما تجعل الواقعة المدعى بها قريبة الاحتمال , وبذلك يرجح شهادة شهود ذلك الخصم على شهادة شهود الخصم الاخر , الا انه لايفتتح تماماً بتلك الشهادات المرجحة بل يراها أنها لا تعدو أن تكون اكثر من دليل ناقص في الدعوى . وفي هذا الوقت يجوز له اكمال النقص الموجود في دليل ذلك الخصم مستخدماً دوره الايجابي في إكمال حجية الشهادة أو الشهادات الناقصة التي أدليت بها في الدعوى بإحدى الآليتين الاتيتين :-

اولاً : يتمثل باستنباط القرائن القضائية من ظروف الدعوى وملابساتها بشكل سائق ومقبول ما دام الاثبات بالقرائن القضائية جائزاً فيما يجوز اثباته بالشهادة وبعد إكمال تلك العملية القضائية يكمل حجية الشهادة أو الشهادات الناقصة بها ثم يصدر القاضي حكمه النهائي الحاسم .

ثانياً : اما الآلية الثانية التي يستطيع بها القاضي إكمال حجية الشهادة الناقصة , فهي تتمثل بقيام القاضي بتوجيه اليمين المتممة الى الخصم الذي تكون شهادته أقوى في الاثبات باعتباره ان هذا الخصم يمتلك دليلاً ناقصاً في

الدعوى , وبذلك تكون الشهادة و اليمين المتممة بعد أن يحلفها من وجهة اليه , دليلاً كاملاً يصح التعويل عليه في اصدار الحكم الفاصل , وبهذه الشاكلة يظهر الدور الايجابي للقاضي المدني في اكمال حجية الشهادة الناقصة ومن ثم حسم الدعوى المدنية<sup>(1)</sup> , وفي هذا الاتجاه القانوني سارت محكمة تمييز إقليم كردستان في قرارها المرقم (620/الهيئة المدنية /2019) في (2019/11/7) والذي قضت فيه بـ ( لمحكمة الموضوع سلطة ترجيح الشهادات من الناحيتين الشخصية والموضوعية ولها أن تعزز تلك البينة باليمين المتممة لمن وردت الشهادات لصالحه من الطرفين)<sup>(2)</sup>.

## الفرع الثاني

### دور القاضي في اكمال حجية القرينة القضائية

لاشك ان القانون اجاز للقاضي المدني سلطة استنباط القرينة القضائية والاخذ بها اذا كانت متوافقة مع الواقعة المتنازع عليها ومن ثم يأتي دوره في اكمال حجيتها القانونية الناقصة , ولا ريب ان سلطته في تقييم القرينة القضائية مطلقة , فهو الذي يتحقق من القرينة ويختار الواقعة القريبة من الواقعة المتنازع عليها والمطلوب اثباتها ويبني عليها استنتاجه والغرض من ذلك هو منع الخصم من اصطناع الدليل بنفسه , وهذا هو مصدر الثقة التي منحها المشرع للقاضي في استخدام سلطته الايجابية في الدعوى للوصول الى الحكم العادل .

وعلى الرغم من جواز نقض حجية القرينة القضائية سواءً من جانب الخصم وبأية وسيلة من وسائل الاثبات او من جانب المحكمة المختصة بنظر الطعن في حال عدم تسبب محكمة الموضوع لحكمها تسبباً كافياً وسائغاً ومنسجماً مع النتيجة التي توصلت اليها ورغم ما ذكرناها من نقطة ضعف حول حجية القرينة القضائية الا انها لا تخلو من الاهمية كونها تساهم في التخفيف من عبء الاثبات وذلك من خلال نقل عبء الاثبات عن طريق نقل محله اذا تستبدل الواقعة الاصلية الواجب اثباتها والمنشئة للحق المدعى به بواقعة اخرى متصلة بها او قريبة منها بناءً على ما هو راجح الوقوع , وقد تكون الواقعة الاصلية الواجب اثباتها صعبة او مستحيلة الاثبات , فيقوم القاضي بنقل عبء الاثبات مستعيناً في ذلك بالقرائن القضائية الى الخصم لنفي الادعاء<sup>(3)</sup>.

ويظهر الدور الايجابي للقاضي المدني في اكمال حجية القرينة القضائية من خلال توجيه اليمين المتممة الى الخصم الذي لديه القرينة القضائية , وينشأ بذلك دليل كامل في الدعوى يجعلها صالحة للحسم . وبهذا الاتجاه سارت محكمة تمييز إقليم كردستان الى نقض قرار محكمة البداء وذلك في قرارها المرقم (92/الهيئة المدنية/2006) في (2006/6/12) والذي نص على (تبين ان المدعية عجزت عن اراءة مقياس رسمي لتوقيع المدعى عليها بغية اجراء المضاهاة وان المدعى عليها امتنعت عن التوقيع امام الخبير بحجة انها تجهل القراءة والكتابة ولثبوت كونها ليست أمية بموجب الكتب الرسمية المرفقة بالدعوى بشهادات الشهود فتصبح دعوى المدعية دليلاً ناقصاً وغير خالية من أي دليل فكان على المحكمة توجيه اليمين المتممة في تلقاء نفسها الى المدعية عملاً بحكم المادتين (120 , 121 من قانون الاثبات )<sup>(4)</sup> كما يظهر الدور الايجابي للقاضي في اصدار الحكم الحاسم بناءً على عدة قرائن قضائية تكمل بعضها البعض خصوصاً عندما تكون عملية استنباط تلك القرائن سائغاً ومقبولاً , وتجدر بنا الاشارة الى ان القاضي غير ملزم بالقرائن القضائية المتعددة والمستنبطة منه في الدعوى, فقد يلجأ الى توجيه اليمين المتممة لاكمال حجية تلك القرائن .

(1) جمال مولود ذبيان , ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية , دار الشؤون الثقافية العامة , بغداد , 1992 , ص171.

(2) عبدالجبار عزيز حسن , مختارات تمييزية لقضاء محكمة تمييز إقليم كردستان /قسم الاثبات , مكتبة اربيل القانونية , ط1 , 2021 , ص80.

(3) نجلاء توفيق نجيب فليح , اطروحة دكتوراه , جامعة الموصل , 1998 , ص312 .

(4) تحسين حمد سمائل , المصدر السابق , ص195.

## الفرع الثالث

### دور القاضي في اكمال حجية الاوراق غير الموقع عليها

لدراسة دور القاضي في اكمال حجية الاوراق غير الموقع عليها سوف نقسم هذا الفرع الى ثلاثة مقاصد , نخصص المقصد الاول لدور القاضي في اكمال حجية الدفاتر التجارية , ونعرج في المقصد الثاني على دور القاضي في اكمال حجية الدفاتر والاوراق الخاصة , بينما نتوقف في المقصد الثالث عند دور القاضي في اكمال حجية التأشير على السندات المثبتة للدين .

**المقصد الاول / دور القاضي في اكمال حجية الدفاتر التجارية:** من الواضح ان المشرع العراقي قد قيد في المادة (28) من قانون الاثبات العراقي دور القاضي فيما يخص حجية الدفاتر التجارية المنتظمة والغير المنتظمة , اذا تمسك التاجر بها لمصلحته حيث انه اورد فيها بأن (لا تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها سواء كانت منتظمة ام غير منتظمة حجة لصاحبها ) عليه يظهر بأن هذا النص هو نص قانوني أمر لايجوز مخالفته عند تمسك التاجر بالدفاتر التجارية لصالحه وهذا يعني انه ليس بمقدور القاضي المدني ان يستنتج اي دليل ناقص في مصلحة التاجر انسجاماً مع القاعدة القانونية التي لا تجيز اصطناع الخصم للدليل بنفسه<sup>(1)</sup> وهذا يعتبر اتجاه محمود , لانه عند افساح المجال لاحتجاج التجار بدفاترهم التجارية فانه تنشأ حالة من عدم استقرار المعاملات وتحصل في نفس الوقت مخالفة للمبادئ العامة في قانون الاثبات العراقي والتي تقضي بعدم جواز اصطناع الخصم للدليل بنفسه ولنفسه وفي هذا الاتجاه سارت محكمة التمييز في قرارها المرقم (1063) في (2011/11/23) المتضمن تصديق الحكم الصادر من محكمة بداءة الكاظمية برد دعوى المدعي , لكون المدعي قد تمسك بدفتره التجاري في اثبات دعواه<sup>(2)</sup> .

بينما يختلف الامر عندما يتمسك الخصم بالبيانات المدونة في الدفاتر التجارية سواء كانت تلك الدفاتر منتظمة او غير منتظمة , ذلك لان القانون قد اعتبر البيانات الواردة في تلك الدفاتر إقراراً خطياً من التاجر وبالتالي يصلح ان يتخذ دليلاً ناقصاً ضده , وهذا القول تعززه المادة (28/ثانياً) من قانون الاثبات العراقي , وبهذا الشكل يظهر انه يجوز للخصم في حالة قيام النزاع , ان يتمسك بالقيود التي دونها خصمه التاجر في دفتره التجاري , كما يجوز له ان يطلب من المحكمة الزام صاحب الدفتر بتقديمه الى المحكمة وفي الوقت ذاته في متناول القاضي ولو من تلقاء نفسه ان يأمر الخصم (التاجر) بتقديم دفتره التجاري الذي يحتج به الخصم الاخر ضده , وعند تدقيق القاضي لمضمون الدفتر التجاري قد يتمكن من استخلاص دليل يعزز ما جاء في ادعاء الخصم الاخر ولا ضير في كون البيانات المذكورة فيه مكتوبة بخط يد التاجر او ممن يعملون تحت اشرافه او كانت مطبوعة الكترونياً<sup>(3)</sup> .

ومن المعروف ان البيانات المدونة في الدفاتر التجارية تعتبر قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس من قبل التاجر وبطرق الاثبات كافة<sup>(4)</sup> , عليه فان مسألة كون الدفاتر حجة على صاحبها ليس دليلاً ملزماً للقاضي , فاذا لم يستطع الخصم (التاجر) اثبات خلاف ما ورد في دفتره التجاري , فان القاضي المدني يمارس دوره الايجابي في الدعوى , واعتبار ما ورد في الدفتر التجاري دليلاً ناقصاً ومن ثم اكمال حجيته بتوجيه اليمين المتممة الى المتمسك بالقيود الواردة في الدفتر التجاري<sup>(5)</sup> كما ان له اعتبار البيانات الواردة في الدفتر التجاري مبدأ ثبوت بالكتابة اذا كانت مكتوبة بخط التاجر او من يعمل تحت أمرته بشرط علمه وموافقته<sup>(6)</sup> , وبالتالي يقوم القاضي

(1) د. عباس العبودي , السندات العادية ودورها في الاثبات المدني , دار العلمية ودار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , 2005 , ص178.

(2) فلاح كريم وناس آل جحيش , المصدر السابق , ص100 .

(3) د. عباس العبودي , شرح احكام قانون الاثبات , مصدر سابق ص172.

(4) السنهوري , المصدر السابق ج2, بند 141 , ص278 .

(5) المادة (31) من قانون الاثبات العراقي .

(6) تحسين حمد سمايل , المصدر السابق , ص138.



باكمال الحجية القانونية الناقصة بتوجيه اليمين المتممة الى الخصم المتمسك بها او بتعزيزها بشهادة الشهود او القرائن القضائية .

**المقصد الثاني/ دور القاضي في اكمال حجية الدفاتر والاوراق الخاصة:** ان الاصل فيما يتعلق بالدفاتر والاوراق الخاصة , ان المشرع العراقي لم يعطها أية حجية في الاثبات المدني اذا كان المتمسك بها هو صاحب الدفتر او الاوراق الخاصة , ذلك لان القواعد العامة في الاثبات تقتضي ان يكون الدليل الذي يراد الاحتجاج به ضد الخصم صادراً منه وهذا هو الامر الطبيعي لانه من الطبيعي ايضاً ان لا تقبل من الشخص ان يعد دليل الاثبات بنفسه ولنفسه لتجنب مخالفة القواعد العامة في الاثبات الا ان تلك القاعدة المذكورة ليست مطلقة التقييد للقاضي المدني كونها ليست من النظام العام وبالتالي يجوز مخالفتها<sup>(1)</sup> وبهذا الاتجاه سارت محكمة تمييز اقليم كوردستان في قرارها المرقم (2/الهيئة المدنية الاستئنافية/2013) في (2013/1/20) والذي جاء فيه (ان الحكم الاستئنافي في المميز الصادر من محكمة استئناف اربيل بعدد (193/س/2012) في تاريخ (2012/11/27) والذي قضى بفسخ الحكم البدائي الصادر من محكمة بداءة شقلاوة بعدد (296/ب/2012) في (2012/7/25) منها جزئياً بالزام المدعى عليه (د.ح.أ) تأديته الى المدعية (ا.أ.ح) مبلغ (2400000) دينار ورد دعواها بالزيادة البالغة (677800) دينار دون ان تلاحظ ان المدعى عليه في المرحلة البدائية وجه اليمين الحاسمة الى المدعية لحسم الدعوى وانهاء الخصومة رغم مخالفة ذلك لاحكام قانون الاثبات وبما ان طرق الاثبات ليس من النظام العام , فيكون لليمين الحاسمة المذكورة نفس تأثير اليمين المتممة بعد ان استمعت محكمة الاستئناف الى البيينة الشخصية غير الكاملة لذا كان على محكمة الاستئناف تأييد الحكم البدائي كلياً وحيث ان محكمة الاستئناف قضت خلافاً للمفهوم المتقدم لذا قرر نقض الحكم المميز<sup>(2)</sup> .

وعليه فاذا اتفق الخصم الاخر مع صاحب الدفاتر او الورقة الخاصة او في حال قبول الخصم بأن تكون تلك الدفاتر والاوراق الخاصة حجة لصاحبها , حينئذ يجوز للقاضي قبولها كدليل في الدعوى المنظورة استناداً لسلطته التقديرية , وبهذه الشاكلة واستناداً للدور الايجابي الممنوح قانوناً للقاضي , فانه في مقدوره اعتبار تلك الدفاتر دليلاً كاملاً لصاحبه ضد الخصم الاخر حيث انه يكون امام اقرار قضائي صادر من الخصم اذا صادق هذا الخصم على محتويات الدفتر الذي يحتج به صاحبه وقد لا يفتنع القاضي بالقيود الواردة فيه , بل يعتبرها دليلاً ناقصاً لإكمال حجيتها القانونية بتوجه اليمين المتممة الى الخصم المتمسك بتلك البيانات , اما اذا تمسك الخصم بالدفاتر والاوراق الخاصة ضد مصلحة صاحبها , فقد اعطى المشرع الحجية لها وفي هذا المجال ينبغي التمييز بين حالتين , فالأولى هي ان يذكر صاحب الدفاتر او الورقة الخاصة بانه استوفى ديناً بينما الثانية تتمثل بذكر صاحبها كونه قصد بما دونه فيها ان تقوم مقام السند لمن اثبت حقاً لمصلحته<sup>(3)</sup> , ان التطبيقات العملية كثيرة فيما يتعلق بالحالة الاولى خصوصاً اذا كان المتمسك بها هو المدين حيث انه اذا ذكر الدائن بإرادته في دفتره او ورقته الخاصة انه استوفى دينه من المدين فليس من المعقول افتراض كذب الدائن في اقراره هذا<sup>(4)</sup> وبذلك تعتبر حجة عليه عند تمسك المدين بالدفاتر لإثبات براءة ذمته من الدين الذي يدعيه الدائن , وبذلك فانه بإمكان القاضي المدني ان يتخذ دليلاً كاملاً ضد مصلحة صاحب الدفاتر اذا كان منتظماً وقد اطمئن ضميره على ان يكون اقرار الدائن باستيفاء الدين صريحاً ولا غبار عليه مع عدم جواز تجزئته<sup>(5)</sup> , وفي حال كون تلك البيانات غامضة او غير صريحة فإنه من الجائز اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة اذا كانت البيانات مكتوبة بخط الدائن وتجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال وهذا

(1) د.سليمان مرقس , الادلة الخطية , مصدر سابق , ج1, ص389 .

(2) مجلة القاضي , مجلة قانونية صادرة عن اتحاد قضاة اقليم كوردستان , العدد 5 , السنة خامسة , ص 359-360 .

(3) المادة (29/ثانياً) من قانون الاثبات العراقي .

(4) د.عباس العبودي , شرح احكام قانون الاثبات , مصدر سابق ص178 .

(5) د.محمد حسين منصور , قانون الاثبات مبادئ الاثبات وطرقه , دار الجامعة الجديدة للنشر , الاسكندرية , مصر , 2004 ص115 .

أيضاً يبرز الدور الايجابي للقاضي فله الاخذ بها واكمال حجيته القانونية بالشهادة والقرائن<sup>(1)</sup>, او بتوجيه اليمين المتممة للمتمسك بالقيود الواردة بالدفاتر , اما الحالة الثانية التي تتعلق بتمسك الدائن بالأوراق والدفاتر الخاصة للمدين فإنه قليلة الوقوع في الحياة العملية ففي هذه الحالة يكتفي الدائن بان يقر له المدين في دفتره او ورقته الخاصة كونه مديناً له ولا يأخذ الدائن سنداً منه .

**المقصد الثالث /دور القاضي في اكمال حجية التأشير على السندات المثبتة للدين :** ان مقصود المشرع من التأشير على السندات المثبتة لدين , هو براءة ذمة المدين من الديون التي يدعيها الدائن , ومن هذا المنحى الذي اتخذه المشرع العراقي يظهر جلياً نوع من الحماية الموفرة للمدين من تعسف و بطش الدائن , وبهذا قصد المشرع ان يكون التأشير حجة للمدين في مواجهة الدائن وليس العكس , وهذا قرينة قانونية على براءة ذمة المدين قابلة لإثبات العكس شريطة ان يكون صريحاً<sup>(2)</sup> .

و فيما يتعلق بحجية التأشير على السندات الموجودة في حوزة الدائن فإنه ينبغي ان تتوفر فيها عدة شروط والتي هي ان يكون التأشير حاصلأ في ذات السند وليس في ورقة اخرى مرفقة , و يستفاد منه براءة ذمة المدين , وان لا يخرج السند من حيازته قطعاً حتى قيام المنازعة حول التأشير وتمسك المدين به , و لبيان دور القاضي بصدد التأشير على هذه السندات يقتضي التمييز بين حالتين , وهي حالة توفر للشرطين المذكورين , فإن التأشير على السند يكون حجة على الدائن الى ان يثبت العكس وهذا ما جاء في القرار التمييزي المرقم (98/استئنافية /1987-1988) الصادر من محكمة التمييز العراق والذي ينص على (اذا كان السند لا يزال في حيازة الدائن وهو الذي قدمه<sup>(3)</sup> الى المحكمة وقد أشر فيه بما يستفيد براءة ذمة المدين فيكون ذلك حجة على الدائن الى ان يثبت العكس) وقد يصل القاضي الى اعتبار التأشير الى السند دليلاً ناقصاً فيبادر الى اكمال حجيته القانونية الناقصة بتوجيه اليمين المتممة للمدين .

## الفرع الرابع دور القاضي في اكمال حجية مبدأ الثبوت بالكتابة

يعد مبدأ الثبوت بالكتابة من الادلة غير الكافية لوحدها لإثبات واقعة ما حيث أن دلالاته ناقصة وبذلك يقتضي على القاضي المدني ممارسة دوره الايجابي في اكمال حجيتها القانونية , من خلال ثلاثة وسائل قانونية تتمثل بشهادة الشهود والقرائن القضائية واليمين المتممة حتى في الأحوال التي لا يطلب فيها الخصم ذلك , فقد تلجأ المحكمة حتى ومن تلقاء ذاتها الى اكمال مبدأ الثبوت بالكتابة بشهادة الشهود وعلى هذا الاتجاه سارت محكمة تمييز اقليم كوردستان في قرارها المرقم (742/ الهيئة المدنية/2018 ) في (2018/12/12) والذي قضت فيه بنقض القرار البدائي المرقم ( 627/ب/2017) في (2018/9/9) والذي جاء فيه (يجوز اعتبار اقوال الشخص الثالث الداخل في الدعوى للاستيضاح منه مبدا الثبوت بالكتابة طالما كان وكيلاً للمدعى عليه عند استلام الاخير المبلغ المدعى به في الدعوى ولا يعتبر اقراراً قضائياً لان الوكيل الحاضر عن المدعى عليه أنكر ذلك وبالتالي يحق للمدعي اثبات دعواه بجميع طرق الاثبات ومنها البيينة الشخصية)<sup>(4)</sup>, كما أنه يجوز للقاضي استكمال الحجية القانونية الناقصة لمبدأ الثبوت بالكتابة بالقرائن القضائية المتوفرة في الدعوى المنظورة بعد استخلاصها بشكل سائغ وصحيح , اضافة الى جواز اكماله لتلك الحجية الناقصة بالاستفادة من الشهادات والقرائن القضائية معاً , حيث ان الشهادة والقرائن القضائية في هذه الحالة تعتبران دليلاً تكميلياً معززاً لمبدأ الثبوت بالكتابة<sup>(5)</sup> , كما أنه من الطبيعي أن يقوم القاضي باكمال حجية مبدأ الثبوت بالكتابة بتوجيه اليمين المتممة باعتباره دليلاً تكميلياً الى

(1) حسين المؤمن , المحررات , المصدر السابق ,ج3 , ص53.

(2) د. انور سلطان , المصدر السابق , ص85 .

(3) فلاح كريم وناس آل جحيش , المصدر السابق ,ص103 .

(4) عبدالجبار عزيز حسن , المصدر السابق , ص93 .

(5) السنهوري , ج2 , المصدر السابق , بند207 , ص415 .

الخصم الذي يحتج بمبدأ الثبوت بالكتابة وهذا الدور الإيجابي يجد سنده في المادة (120) من قانون الإثبات العراقي .

## الخاتمة

من البديهي أن القضاء هو الوسيلة التي يتحقق بها العدل ، ومتى فقد العدل في القضاء فقد القضاء أهميته وهيبته، ويحتل الإثبات المدني مساحة مهمة و واسعة في القضاء المدني لأنه ذو علاقة وطيدة مع الحقوق و حمايتها من الإعتداء .

ولاريب انه في ظل النزعة الإجتماعية للقانون , اصبحت الحقوق ذات وظائف اجتماعية، وصارت الدولة تهتم بصونها من العابثين و المتربصين لها عن طريق السلطة القضائية، ومن هذا المنطلق سعى المشرع العراقي الى منح القاضي مزيداً من الايجابية في إكمال الحجية القانونية للأدلة الناقصة في الدعوى المدنية ، وتأسيساً على ما سبق فإن القاضي المدني يؤدي دوراً ايجابياً مؤثراً وفعالاً في الدعوى المدنية بصورة عامة ، وفي مجال إكمال حجية الأدلة الناقصة على وجه الخصوص وذلك بشكل يترجم الثقة التي أناطها به المشرع ، مع وجوب الإشارة الى أن هذه الايجابية لا تخل بمبدأ حياد القاضي المدني لأن هذا الدور الايجابي يبدأ بعد عملية تقديم الأدلة من الخصوم .

وبعد أن أنهينا موضوع بحثنا هذا والمتعلق بالدور الايجابي للقاضي المدني في إكمال حجية الأدلة الناقصة ، فقد توصلنا الى الاستنتاجات والمقترحات الآتية .

### اولاً : الاستنتاجات

1. يمارس القاضي المدني دوراً ايجابياً كبيراً في مجال إكمال الحجية القانونية للأدلة الناقصة في الدعوى المدنية وان هذه الادلة الناقصة تلعب دوراً كبيراً في مجال الاثبات القضائي وتجعله يتسم بشيء من المرونة .
2. يلتزم القاضي المدني في عمله القضائي بالحياد الايجابي ، وهذا لا يتعارض مع مبادئ السلوك القضائي التي يفترض وجودها في القاضي ، حيث أن دوره الايجابي يبدأ بعد تقديم الأدلة من الخصوم كما ان الحياد الايجابي يبعده عن الاسر في الدعاوي غير المحسومة والمتكررة .
3. ان مبادئ الشريعة الاسلامية الغراء ركزت كثيراً على وضع العديد من الضمانات لترسيخ مبدأ حياد القاضي عند نظره للدعاوى المرفوعة اليه .
4. تظهر الأدلة الناقصة في الإثبات المدني في عدة صور وأنواع وهي (مبدأ الثبوت بالكتابة، الدفاتر والاوراق غير الموقع عليها الشهادة الناقصة والقربنة القضائية).
5. لا تشكل اليمين المتممة دليلاً ناقصاً، بل انها وسيلة ودليل تكميلي يوظفها القاضي لسد النقص الموجود في الحجية القانونية للأدلة المقدمة من الخصوم .
6. إن القاضي المدني غير ملزم بحجية اليمين المتممة على الرغم من حلفها من الخصم أو النكول عن حلفها , فله أن يأخذ بها عند الاقتناع بها او ان لا يأخذ بنتيجتها .

7. من الممكن اعتبار الشهادة والقرائن القضائية وسائل وادلة تكميلية للحجية القانونية للأدلة الناقصة لتعزيز مبدأ الثبوت بالكتابة او الاوراق غير الموقع عليها او القرائن القضائية .
8. للقاضي المدني آليات عدة لإكمال الحجية القانونية لبعض الأدلة الناقصة , والتي تتمثل بتوجيه اليمين المتممة الى الخصم الذي لديه دليل ناقص او بالشهادة التكميلية او بأستنباط القرائن القضائية من ظروف الدعوى وملايساتها او بالشهادة والقرائن معاً .
9. لم يمنح القانون اطراف الدعوى المدنية من تقديم طلب اكمال حجية الدليل الناقص الى المحكمة .
10. اجاز المشرع العراقي في الفقرة ( ثانياً) من المادة (28) من قانون الاثبات العراقي , اعتبار القيود الواردة في الدفاتر الالزامية اقراراً وهذا اتجاه قانوني غير سليم لكون الاقرار القضائي يجب ان يكون صريحاً وموجهاً الى الخصم امام المحكمة ولا يجوز اثبات عكسه بطرق الاثبات الاخرى .

## ثانياً : المقترحات

1. العمل على تخفيف التشديد التشريعي الواضح في الصياغة التشريعية للفقرة (ثانياً/ب) من المادة (29) من قانون الاثبات حيث انه من الصعب بالمرّة أن نرى الشخص يصرح بعبارات الایفاء لاثبات تسديد الدين من خصمه او كتابة ان المقصود من الكتابة ان تقوم مقام السند لمن يراد ان يثبت حقاً لمصلحته , حيث ان التطبيقات القضائية لهذه المادة تكاد تكون معدومة , عليه نوصي المشرع العراقي بإلغاء الفقرة القانونية أعلاه وجعلها تقرأ على الوجه التالي (يجوز ان تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها عندما تتضمن ما تفيد براءة ذمة المدين ) وهذا ما ينسجم مع الدور الايجابي للقاضي في مجال الاثبات المدني .
2. من المستحسن على المشرع العراقي اضافة عبارة(أو من ينوب عنه قانوناً ) الى فقرتي المادة (33) من قانون الاثبات بحيث تقرأ هذه المادة على الوجه التالي (اولاً: التأشير على سند من الدائن او ممن ينوب عنه قانوناً بما تستفاد منه براءة ذمة المدين , حجة على الدائن الى ان يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقفاً منه او ممن ينوب عنه قانوناً مادام السند لم يخرج من حيازته . ثانياً : كذلك يكون الحكم اذا أشر الدائن او من ينوب عنه بخطه دون توقيع مما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة اصلية أخرى للسند في يد المدين) وهذا ما ينسجم ايضاً مع الدور الايجابي للقاضي المدني في تقدير الادلة وحجيتها وصولاً للحكم العادل .
3. التمييز بين حجية الدفاتر والاوراق الخاصة المذكورة في المادة (32) من قانون الاثبات , حيث ان الدفاتر اكثر تنظيمياً واطمئناناً للقاضي .
4. نرى انه من الافضل على المشرع العراقي والكوردستاني عدم تحديد نطاق الاثبات بالقرائن القضائية بنطاق الاثبات بالشهادة , بل اعطاء القرائن القضائية مجالاً أوسع في الاثبات القضائي مما هي عليه الحال.
5. سن قانون خاص بالاثبات الالكتروني للمعاملات و العقود الالكترونية , او إنفاذ قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (78) لسنة 2012 الصادر من مجلس النواب العراقي والمعمول به في النظام القانوني الاتحادي , تمشياً مع التطور الهائل الحاصل في مجال العقود والمعاملات الالكترونية التي تجري عن طريق الشبكة المعلوماتية (الانترنت) ومواقع التواصل الاجتماعي والتي من غير الممكن بالمرّة الاستغناء عنها في الوقت الحاضر .
6. سن تشريع خاص بأحكام الاثبات في المسائل التجارية نظراً لسرعة المعاملات والصفقات التجارية الكبيرة التي تتم في عصرنا وازدياد نسبة المنازعات التجارية وكثرة الدعاوي المتعلقة بها .
7. نقترح على المشرع العراقي والكوردستاني بتعديل المادة (28/ثانياً) من قانون الاثبات بحذف عبارة (شريطة عدم تجزئة الإقرار المثبت فيها ) وجعلها تقرأ كالآتي ( يجوز ان تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها ).

## المصادر والمراجع

القرآن الكريم

## أولاً : الكتب الشرعية والقانونية

1. ابن العابدین , رد المحتار على الدر المختار , ج5 , ط2 , دار الفكر , بيروت , 1412 هـ - 1992 م .
2. ابن الملقن الشافعي المصري , البدر المنير في تخريج الاحاديث والاثار الواقعة في الشرح الكبير , ج9 , تحقيق : مصطفى ابو الغيط و عبدالله بن سليمان و ياسر بن كمال , دار الهجرة للنشر والتوزيع , الرياض – السعودية , 1425 هـ - 2004 , ص575 .
3. ابن رشد , بداية المجتهد ونهاية المقتصد , ج2 , ط4 , مطبعة مصطفى البابي الحلبي , مصر , 1395 هـ - 1975م.
4. ابن قدامه المقدسي , الكافي في فقه الامام احمد , ج111 و122 , دار الكتب العلمية , ط1 , 1414 هـ - 1994م.
5. احمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن اسد ابو عبدالله الشيباني , مسند احمد بن حنبل , تحقيق : السيد ابو المعاطي النووي , العالم الكتب , بيروت , لبنان , ط1 , 1419 هـ - 1998م .
6. احمد نشأت , رسالة الاثبات , ج1 , مكتبة العلم للجميع , بيروت - لبنان , 2005.
7. بكر قادر محمد , استقلال القضاء في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي , ط1 , دار السنهوري , 2017 .
8. تحسين حمد سمايل , الادلة الناقصة ودور القاضي المدني في اكمال حجبتها القانونية , ط1 , مطبعة شهاب , اربيل , 2011 .
9. جمال مولود ذيبان , ضوابط صحة وعدالة الحكم القضائي في الدعوى المدنية , دار الشؤون الثقافية العامة , بغداد , 1992 .
10. حسين المؤمن , نظرية الإثبات , القرائن وحجية الاحكام والمعينة والخبرة , ج4 , مطبعة الفجر , بيروت , 1977 .
11. حسين المؤمن , نظرية الإثبات , المحررات او الأدلة الكتابية , ج3 , مكتبة النهضة , بيروت , 1975 .
12. حيدر عودة كاظم , الاجراءات العملية في الدعوى المدنية , ج2 , ط1 , مكتبة القانون المقارن , 2019 .
13. د. ادم وهيب النداوي , الموجز في قانون الاثبات , ط2 , مطبعة جامعة الموصل , العاتك للصناعة الكتاب , القاهرة , 2007 .
14. د. ادم وهيب النداوي , دور الحاكم المدني في الاثبات , ط1 , الدار العلمية والدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , 2001 .
15. د. اكرم ياملكي , القانون التجاري , ط1 , جامعة جبهان , اربيل , 2012 .
16. د. أنور سلطان , قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية , دار الجامعة الجديدة للنشر , الأسكندرية , 2005 .
17. د. توفيق حسن فرج , قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية , منشورات حلبي الحقوقية , 2003 .
18. د. حسين عبدالهادي البياع , شرح قانون الإثبات , رقم 107 لسنة 1979 , ط1 , بدون جهة الطبع , بغداد , 1986 .
19. د. سعدون العامري , موجز نظرية الاثبات , ط1 , مطبعة المعارف , بغداد , 1996 .
20. د. سليمان مرقس , من طرق الاثبات , ج3 , شهادة الشهود والقرائن وحجية الشيء المحكوم فيه , مطبعة الجبلاوي , القاهرة , 1974 .
21. د. سليمان مرقس , اصول الاثبات و إجراءاته في المواد المدنية , ط1 , المطبعة العالمية , ج1 , القاهرة , 1981 .
22. د. سليمان مرقس , من طرق الاثبات , الادلة الخطية واجراءاتها في تقنيات البلاد العربية , ج1 , معهد البحوث والدراسات العربية , القاهرة , 1967 .
23. د. سمير عبد السيد تناغو , أحكام الإلتزام والإثبات , منشأة المعارف , الأسكندرية , 2005 .

24. د.عباس العبودي, السندات العادية ودورها في الاثبات المدني , دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر , الاردن عمان , 2001.
25. د. عباس العبودي ، شرح احكام قانون الاثبات العراقي , ط2 , المكتبة الوطنية , 1997.
26. د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي , ط1, دار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع , الاردن-عمان , 2005.
27. د. عبدالرزاق احمد السنهوري , الوسيط في شرح القانون المدني , ج2, ط3 , منشورات حلبي الحقوقية , بيروت , لبنان , 2011.
28. د. عصمت عبدالمجيد ، أثر التقدم العلمي في العقد , تكوين العقد , اثبات العقد , دون جهة الطبع , لمكتبة القانونية بغداد , 2007.
29. د. عصمت عبدالمجيد ، الوجيز في شرح قانون الإثبات ، مطبعة الزمان ، بغداد ، 1997 .
30. د. قيس عبدالستار عثمان ، القرائن القضائية ودورها في الإثبات ، مطبعة شفيق ، بغداد ، 1975 .
31. د. محمد حسين منصور ، قانون الاثبات مبادئ الاثبات وطرقه , دار الجامعة الجديدة للنشر , الاسكندرية , مصر , 2004.
32. د. محمد يحيى مطر ، مسائل الإثبات في القضايا المدنية والتجارية ، دار الجامعية ، بيروت ، بلا سنة النشر .
33. شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمز شهاب الدين الرملي , نهاية المحتاج الى شرح المنهاج , ج8 , دار الفكر بيروت هـ 1404 - 1984 م.
34. شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني, مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج , تحقيق : محمد خليل عيتاني , ط1 , دار المعرفة , بيروت-لبنان 1418 هـ - 1997 م .
35. شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبدالرحمن ابو العباس القرافي , الذخيرة , ج10 , تحقيق : محمد بو خبزة , دار الغرب الاسلامي , بيروت , دار الغرب الاسلامي , ط1 , 1994 .
36. شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبدالرحمن ابو العباس القرافي , انوار البروق في انواء الفروق , ج4 , تحقيق : محمد احمد سراج , دار السلام , القاهرة - مصر , ط1 , 1421 هـ - 2001 م .
37. عبدالجبار عبدالرحيم كريم , مرشد المحامي في الدفع والاثبات , مكتبة السنهوري , بيروت , 2019.
38. عبدالناصر موسى ابو بصل , نظرية الحكم القضائي في الشريعة والقانون , دار النفائس , ط1, اردن , 1420 هـ - 1999 م .
39. علاء الدين بن مسعود بن احمد ابو بكر الكاساني , بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع , ج7 , ط2 , دار الكتب العلمية , 1986.
40. علي بن احمد بن سعيد ابو محمد بن حزم الظاهري المحلى , ج9 , دار الفكر .
41. علي بن محمد بن محمد بن حبيب ابو حسن البصري الماوردي , الحاوي الكبير في فقه مذهب امام الشافعي , ج16 تحقيق : علي معوض- عادل عبدالموجود , دار الكتب العلمية , ط1 بيروت , لبنان , 1999.
42. محمد بن احمد ابو القاسم ابن جزى الكلبي الغرناطي , القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية , تحقيق : محمد بن سيدي محمد مولاي .
43. محمد بن احمد بن ابو سهل السرخسي , المبسوط , ج16 , دار المعرفة , بيروت , 1414 هـ - 1993 م .
44. محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي , حاشية الدسوقي على الشرح الكبير , ج4 , دار الفكر , بدون سنة النشر .
45. محمد بن اسماعيل بن ابراهيم بن المغيرة البخاري , الجامع المسند الصحيح المختصر من امور رسول الله (ص) وسننه وأيامه المعروف بصحيح البخاري , ج4 و ج9 , دار الشعب , ط1 , القاهرة , 1407 هـ - 1987 م .
46. محمد بن صالح بن محمد العثيمين , الشرح الممتع على زاد المستقنع , ج15 , ط1 , دار ابن الجوزي , 1422 هـ .

47. محمد علي الصوري , التعليق المقارن على مواد قانون الإثبات , ج2 , ط2 , مطبعة الشفيق , 2011.
48. محي الدين يحيى بن شرف ابو زكريا النووي , روضة الطالبين وعمدة المفتين , ج11 , مكتب الاسلامي , بيروت 1405 هـ .
49. مدحت المحمود , شرح قانون المرافعات المدنية رقم 83 لسنة 1969 , المكتبة القانونية , ط2 , بغداد , 2008.
50. مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري ابو الحسين النيسابوري , المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل الى رسول الله (ص) المسمى صحيح مسلم , ج5 , دار الجيل , بيروت ودار الافاق الجديدة , بيروت .
51. مصطفى مهدي هرجة , قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية , ج1 , ط1 , دار الثقافة للطباعة والنشر , القاهرة , 1987 .

#### ثانياً : الموسوعات والمعاجم اللغوية

1. محمد بن مكرم بن ابن منظور الافريقي المصري , معجم لسان العرب فصل الثاء المثناة , ج1 , ط1 , دار صادر للنشر , بيروت 1998.
2. موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي الصادر عن وزارة الاوقاف المصرية , ط1 , القاهرة , ج2 , 1387.

#### ثالثاً : المجلات والجرائد

1. مجلة القاضي , مجلة قانونية صادرة على اتحاد قضاة اقليم كردستان , العدد 5 , السنة الخامسة , 2011.
2. مجلة القضاء , السنة 42 , العدد 24 , 1987.
3. جريدة (وقائع كردستان) , السنة الثامنة , العدد 95 , 2008 .

#### رابعاً : الرسائل الجامعية والبحوث

1. نجلاء توفيق نجيب فليح , اطروحة دكتوراه , جامعة الموصل , 1998 .
2. فارس علي عمر الجريري , مبدأ حياد القاضي المدني , رسالة ماجستير , جامعة الموصل , 1999.
3. د. قيس عبدالستار عثمان , شروط مبدأ ثبوت بالكتابة في القانون العراقي , دراسة في ضوء اراء الفقه واحكام القضاء بغداد 1986 .

#### خامساً : الاحكام والقرارات

1. كيلاني سيد احمد , المبادئ القانونية لقرارات محكمة استئناف اربيل بصفقتها التمييزية , ط1 , 2010.
2. كيلاني سيد احمد , المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان العراق للسنوات 2001-2005 , ط1 , مطبعة المنارة اربيل , 2006.
3. فلاح كريم وناس آل جحيش , المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية و محكمة تمييز اقليم كردستان و محاكم الاستئناف بصفقتها التمييزية/ تطبيقات قانون الإثبات , ط1 , المكتبة القانونية , بغداد , 2018 .
4. عبدالجبار عزيز حسن , مختارات تمييزية لقضاء محكمة تمييز اقليم كردستان/قسم الإثبات , ج1 , ط1 , مكتبة اربيل القانونية , 2021 .
5. عبد الأمير جمعة توفيق , الأحدث والأهم من قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان , ط1 , مطبعة هيفين , 2018.

#### سادساً : الدساتير والقوانين

1. الدستور العراقي الدائم لسنة 2005 .

2. قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 .
3. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969 .
4. قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 .

## الفهرست

الموضوع الصفحة	
المقدمة 1	
اهمية البحث 1	
اشكالية البحث 1	
منهج البحث 2	
خطة البحث 2	
المبحث الأول / مذاهب الإثبات المدني و مبدأ حياد القاضي 3	
المطلب الأول / مذاهب الإثبات المدني 3	
الفرع الأول / مذهب الإثبات الحر 3	
الفرع الثاني / مذهب الإثبات المقيد القانوني 4	
الفرع الثالث / مذهب الإثبات التوفيقي 5	
المطلب الثاني / مرتكزات حياد القاضي 5	
الفرع الأول / المرتكزات الشكلية لحياد القاضي 6	
الفرع الثاني / المرتكزات الموضوعية لحياد القاضي 7	
الفرع الثالث / موقف الشريعة الاسلامية والقانون العراقي من حياد القاضي 9	
المبحث الثاني / الأدلة الناقصة و اليات إكمال حجيتها في القانون العراقي 17	
المطلب الأول / الأدلة الناقصة في القانون العراقي 17	
الفرع الأول / الشهادة الناقصة 17	
الفرع الثاني / الاوراق غير الموقع عليها 18	



الفرع الثالث / القرينة القضائية	23
الفرع الرابع / مبدأ الثبوت بالكتابة	25
المطلب الثاني / آليات إكمال حجية الأدلة الناقصة	27
الفرع الأول / دور القاضي في إكمال حجية الشهادة الناقصة	27
الفرع الثاني / دور القاضي في إكمال حجية القرينة القضائية	28
الفرع الثالث / دور القاضي في إكمال حجية الأوراق غير الموقع عليها	29
الفرع الرابع / دور القاضي في إكمال حجية مبدأ الثبوت بالكتابة	32
الخاتمة	33
المصادر و المراجع	35