



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل

كلية القانون

تقييد الأدلة القانونية بين محاكم

الموضوع ومحاكم الطعن

(دراسة مقارنة)

اطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل وهي جزء من متطلبات نيل

درجة الدكتوراه في فلسفة القانون الخاص

تقدم بها الطالب

حيدر علي حسون

بإشراف

أ.د. وسن قاسم غني الخفاجي

٢٠٢٣ م

بابل

١٤٤٤ هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ

بِدِينٍ إِلَىٰ آجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ

وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ﴾

(صدق الله العظيم)

سورة البقرة/ آية ٢٨٢

الإهداء

روح أقرب الناس مني وأحبهم إلي وأحبتهم علي

الروح من نذرت حياتها لأولادها وذهبت إلى بارئها ولم تشهد هذه اللحظة التي كانت
تنظرها بفارغ الصبر فرحما الله وأحسن مأواها والمزكا رزقني رعايته ويغمرني بعطفه
والذي حفظه الله تعالى

إلى أخوتي الأعزاء سندي في الدنيا بعد الله سبحانه وتعالى وحضرة الأستاذ الدكتور
(محمد منصور كاظم الخفاجي) مساعد رئيس جامعة بابل المحترم وإلى الاستاذ الدكتور

(محمد جعفر هادي الخفاجي) المحترم
من ظلت تراقب سهادي وتحرس أشرعتي وتنتظر فجر أبعيداً زرعه معاً ..

زوجتي الغالية... إلى

ثمرة كبدي ونور عيني

زهراء وزها

اليكم جميعاً أهدي هذا الجهد المتواضع

الباحث

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله
الطيبين الطاهرين...

عملاً بقول الله تعالى «لئن شكرتم لأزيدنكم»، أشكر الله على ما هداني إليه سُبُل
اليقين وعلى ما أعانني ووفَّقني إليه، وعملاً بقول نبيه الأكرم «من لم يشكر المخلوق لم
يشكر الخالق» وجدت من الواجب أن أتقدم بالشكر والعرفان لكل الذين ساعدوني في إنجاز
دراستي هذه سواء بالمساعدة في توفير المصادر أو بكلمات التوجيه أو تقديم النصيحة ولعل
في مقدمة هؤلاء الأستاذة الفاضلة الدكتورة (وسن قاسم غني الخفاجي)، لقبولها الإشراف
على أعداد الأطروحة ورعايتها العلمية الكريمة، فقد كان لتوجيهاتها السديدة وآرائها أفضل
الأثر في إرساء دعائم هذه الأطروحة وإظهارها بالشكل اللائق فجزاها الله عني ألف خير
وأطال في عمرها. كما ويطيب لي أن أتقدم بالشكر والامتنان إلى عمادة كلية القانون المتمثلة
بالأستاذ الدكتور (ميري كاظم عبيد الخيكاني) المحترم لدوره في تذليل المعوقات
والصعوبات التي واجهتنا في مختلف مراحل دراستنا ولرؤاسته لجنة المناقشة فجزاها الله
خير الجزاء ورئاسة الفرع الخاص المتمثلة بالأستاذ الدكتور (خيري الذين كاظم
عبيد) وكل أساتذتي في كلية القانون جامعة بابل الذين لم يألوا جهداً طيلة السنة التحضيرية
كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى م. د (فرقد زهير خليل) وحضرة الدكتور القاضي (سامي
حسين ناصر المعموري) وفضيلة القاضي (ثامر سعيد جابر) وفضيلة القاضي (حيدر
عودة كاظم) والأستاذ (باسم جليل القيسي) والزميل (حسن مهدي حمزة) الذين لم يبخلوا
في تقديم الدعم من خلال توفير المصادر وكذلك منتسبي قسم الدراسات العليا في كلية
القانون جامعة بابل، وإلى كل زملائي الأحياء في السنة التحضيرية والشكر موصول إلى
كل من مد يد العون لتخرج الرسالة بهذا المظهر.

فهرست المحتويات

الصفحة	الموضوع
ب	الآية
ج	الإهداء
د	شكر وتقدير
هـ - ط	فهرست المحتويات
١	الملخص
٧-٢	المقدمة
١٠-٨	الدراسات السابقة ذات الصلة بالموضوع
٩٤-١١	الفصل الأول: تقييد الأدلة أمام محاكم الموضوع
٣٣-١٣	المبحث الأول: حرية الإثبات وتقييده
٢٠-١٤	المطلب الأول: الإثبات القضائي وأهميته
١٧-١٤	الفرع الأول: تعريف الإثبات القضائي
٢٠-١٨	الفرع الثاني: أهمية الإثبات وشمول نظريته
٢٩-٢٠	المطلب الثاني: المذاهب التي تحكم نشاط القاضي
٢٢-٢١	الفرع الأول: مذهب الإثبات الحر
٢٥-٢٢	الفرع الثاني: مذهب الإثبات المقيد
٢٩-٢٦	الفرع الثالث: مذهب الإثبات المختلط
٣٣-٢٩	المطلب الثالث: موقف التشريع العراقي من مذاهب الإثبات
٦٥-٣٤	المبحث الثاني: دور القاضي في الإثبات
٤٣-٣٥	المطلب الأول: موقف القاضي من الإثبات وسلطته في تقدير الأدلة
٤٠-٣٥	الفرع الأول: موقف القاضي من محل الإثبات (عنصر الواقع)
٤٣-٤٠	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير الأدلة
٥١-٤٤	المطلب الثاني: شروط الواقعة محل الإثبات
٤٧-٤٥	الفرع الأول: ان تكون الواقعة متعلقة بالدعوى
٤٩-٤٧	الفرع الثاني: ان تكون الواقعة منتجة في الإثبات
٥١-٤٩	الفرع الثالث: ان تكون الواقعة جائزة القبول

٦٥-٥١	المطلب الثالث: دور القاضي بالنسبة لعنصر الواقع وواجباته
٥٦-٥٢	الفرع الاول: واجبات القاضي في ميدان الواقع
٦١-٥٦	الفرع الثاني: فهم وتحصيل الواقع من قبل المحكمة
٦٥-٦١	الفرع الثالث: تحديد الواقع المنتج من قبل المحكمة
٩٤-٦٦	المبحث الثالث: دور الخصوم في الإثبات
٧٢-٦٧	المطلب الأول: واجب الخصوم في ميدان الواقع
٦٩-٦٧	الفرع الاول: بيان موضوع الدعوى
٧٢-٧٠	الفرع الثاني: الادعاء بالواقع
٨٦-٧٢	المطلب الثاني: صور الواقع
٧٧-٧٣	الفرع الاول: الواقع البحث
٧٩-٧٧	الفرع الثاني: الواقع المشوب بعنصر القانون
٨٦-٧٩	الفرع الثالث: المفاهيم التي تناولت فكرة سبب الدعوى
٩٤-٨٦	المطلب الثالث: دور الخصوم في إثبات الواقع
٩٠-٨٦	الفرع الاول: اثبات الواقع واجب الخصوم
٩٤-٩٠	الفرع الثاني: حق الخصوم في الاثبات
١٨٥-٩٥	الفصل الثاني: دور المشرع في تقييد الأدلة
١٣٢-٩٨	المبحث الأول: تقييد الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً رقابياً
١١٤-٩٩	المطلب الأول: الأدلة الكتابية
١٠٥-١٠٠	الفرع الاول: السندات الرسمية
١٠٨-١٠٥	الفرع الثاني: السندات العادية
١١٤-١٠٩	الفرع الثالث: الحالات التي تجب فيها الكتابة للإثبات
١٢٢-١١٤	المطلب الثاني: الإقرار
١١٧-١١٥	الفرع الاول: تعريف الإقرار وطبيعته
١١٩-١١٧	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الإقرار
١٢٢-١١٩	الفرع الثالث: حجية الإقرار القضائي
١٣٢-١٢٢	المطلب الثالث: اليمين الحاسمة
١٢٤-١١٢	الفرع الاول: تعريف اليمين الحاسمة
١٣٠-١٢٥	الفرع الثاني: شروط توجيه اليمين وإجراءاتها
١٣٢-١٣٠	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على اليمين الحاسمة

١٥٧-١٣٣	المبحث الثاني: تقييد الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً تقديرياً
١٤١-١٣٣	المطلب الأول: كيفية الإثبات بالشهادة وطريقة عرضها على القضاء
١٣٥-١٣٤	الفرع الأول: تعريف الشهادة وخصائصها
١٣٩-١٣٥	الفرع الثاني: اجراءات الشهادة
١٤١-١٣٩	الفرع الثالث: المنع من الاثبات بالشهادة
١٥٠-١٤١	المطلب الثاني: نطاق الإثبات
١٤٣-١٤٢	الفرع الأول: ما يجوز اثباته بالشهادة أصلاً
١٤٩-١٤٤	الفرع الثاني: ما يجوز اثباته بالشهادة استثناءً
١٥٠-١٤٩	الفرع الثالث: حالات منع الإثبات بالشهادة
١٥٧-١٥٠	المطلب الثالث: القرائن
١٥٢-١٥١	الفرع الأول: القرائن القانونية
١٥٥-١٥٢	الفرع الثاني: القرينة القضائية
١٥٧-١٥٥	الفرع الثالث: القرائن القضائية ووسائل الاتصال الحديثة
١٨٥-١٥٨	المبحث الثالث: تقييد الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً استقصائياً
١٦٨-١٥٩	المطلب الأول: اليمين المتممة واستجواب الخصوم
١٦٤-١٦٠	الفرع الأول: اليمين المتممة
١٦٨-١٦٤	الفرع الثاني: استجواب الخصوم
١٧٤-١٦٨	المطلب الثاني: المعاينة
١٧١-١٦٩	الفرع الأول: سلطة القاضي في اجراء المعاينة
١٧٤-١٧٢	الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير النتائج المترتبة على المعاينة
١٨٥-١٧٤	المطلب الثالث: الخبرة
١٧٨-١٧٥	الفرع الأول: تعريف الخبرة
١٨١-١٧٨	الفرع الثاني: سلطة القاضي في الاستعانة بالخبراء
١٨٥-١٨١	الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقييم رأي الخبير
٢٧٧-١٨٦	الفصل الثالث: تقييد الأدلة القانونية أمام محاكم الطعن
٢٠٤-١٨٨	المبحث الأول: مبدأ الأثر الناقل للاستئناف ونطاقه
١٩٣-١٨٩	المطلب الأول: مفهوم الأثر الناقل للاستئناف

١٩١-١٨٩	الفرع الاول: تعريف مبدأ الأثر الناقل للاستئناف
١٩٣-١٩١	الفرع الثاني: طبيعة مبدأ الأثر الناقل للاستئناف
١٩٩-١٩٣	المطلب الثاني: طبيعة مبدأ الأثر الناقل للاستئناف
١٩٥-١٩٤	الفرع الاول: الطابع السلبي للأثر الناقل
١٩٧-١٩٥	الفرع الثاني: الطابع الملزم للأثر الناقل
١٩٩-١٩٧	الفرع الثالث: النتائج المترتبة على الأثر الناقل للاستئناف
٢٠٤-١٩٩	المطلب الثالث: نطاق الأثر الناقل للاستئناف
٢٠٢-٢٠٠	الفرع الاول: تقييد نطاق الأثر الناقل بما فصلت فيه محكمة اول درجة
٢٠٤-٢٠٢	الفرع الثاني: تقييد نطاق الأثر الناقل بما استأنفه الخصوم
٢٤١-٢٠٥	المبحث الثاني: سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة القانونية
٢١٩-٢٠٦	المطلب الأول: سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة القديمة
٢١٣-٢٠٧	الفرع الاول: سلطة الاستئناف في نظر الادلة القديمة ذات الحجية الملزمة
٢١٩-٢١٣	الفرع الثاني: سلطة محكمة الاستئناف في نظر الادلة القديمة ذات الحجية غير الملزمة
٢٢٨-٢١٩	المطلب الثاني: سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة الجديدة
٢٢٤-٢٢٠	الفرع الاول: الأدلة الجديدة امام الاستئناف وموقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة منها
٢٢٨-٢٢٤	الفرع الثاني: سلطة محكمة الاستئناف في نظر الأدلة التي تطرح لأول مرة أمامها
٢٤١-٢٢٨	المطلب الثالث: سلطة محكمة الاستئناف تجاه الطلبات الجديدة
٢٣٦-٢٢٩	الفرع الاول: قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف
٢٤١-٢٣٦	الفرع الثاني: الاستثناءات المقررة على قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف
٢٧٧-٢٤٢	المبحث الثالث: تقييد الأدلة القانونية أمام محكمة التمييز
٢٥٥-٢٤٢	المطلب الأول: التمييز بين الواقع والقانون وأثرهما في تحديد طبيعة محكمة التمييز
٢٤٧-٢٤٤	الفرع الاول: معايير التمييز بين الواقع والقانون
٢٥٠-٢٤٧	الفرع الثاني: مسائل الواقع وفقاً لنصوص القانون الفرنسي الجديد
٢٥٥-٢٥٠	الفرع الثالث: مسائل القانون وفقاً لنصوص القانون الفرنسي الجديد
٢٦٥-٢٥٥	المطلب الثاني: طبيعة محكمة التمييز ودورها في تقييد الأدلة الجديدة
٢٦٢-٢٥٦	الفرع الاول: طبيعة محكمة التمييز في القانون العراقي
٢٦٣-٢٦٢	الفرع الثاني: طبيعة محكمة التمييز (النقض) في القانون المصري
٢٦٥-٢٦٣	الفرع الثالث: طبيعة محكمة التمييز (النقض) في القانون الفرنسي

٢٧٧-٢٦٥	المطلب الثالث: رقابة محكمة التمييز على سلطة قاضي الموضوع في الإثبات
٢٦٩-٢٧٧	الفرع الاول: التزام القاضي بإثبات الواقع على ضوء القانون في الإثبات
٢٧٧-٢٦٩	الفرع الثاني: الاجراءات الخاصة بأدلة الإثبات ورقابة محكمة التمييز عليها
٢٨٣-٢٧٨	الخاتمة
٣٠١-٢٨٤	قائمة المصادر
A-B	الملخص باللغة الانكليزية

المخلص

يُعد الإثبات الأداة الضرورية التي يستند عليها القاضي في التحقق من الوقائع المعروضة أمامه والوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع، ومن أجل ذلك يتعين علينا ان نحدد بدقة الواقع الذي يطالب الخصوم بإثباته بالطرق التي حددها القانون لكي نعلم مقدماً ان الإثبات ينصب على الوقائع التي هي مصدر الحق وان يكون هذا الإثبات مفيداً ومنتجاً في الدعوى، ومن ثم كان الواقع نقطة البدء في تحريك النشاط القضائي الذي يبدأ بمراحل عديدة تبدأ بالمطالبة القضائية مروراً بمرحلة الإثبات ووصولاً إلى الحكم في موضوع الدعوى والقاضي يسعى للكشف عن الحقيقة في الواقعة محل النزاع، ولبلوغ كل هدف وسائل وطرق ووسائل المحكمة في الوصول إلى هذه الحقيقة هي أدلة الإثبات، وقد قام المشرع بتحديد طرق الإثبات على سبيل الحصر وتحديد حجيتها من حيث المضمون وفلسفته في تقييد الأدلة بشأن التصرف القانوني والاستثناءات الواردة على تقييد الدليل في حدود الاستثناء من شرط الكتابة مع بيان الحالات التي لا يجوز فيها الإثبات بالشهادة والاستثناءات الواردة على ذلك مع بيان تقييد الأدلة من حيث إجراءات الدعوى.

كما ان تقديم الدليل أمام محاكم الطعن يختلف فيما إذا كان أمام محكمة الاستئناف عنه في التمييز، لذا فقد سمحت أغلب التشريعات بأبداء أدلة جديدة أمام محاكم ثاني درجة وفقاً للأثر الناقل للاستئناف لكن ذلك مقيد بحدود ما فصلت فيه محكمة أول درجة وبما وقع عليه الطعن واستأنفه الخصوم، والتقييد هنا للأدلة الجديدة بشرط ألا يترتب على تقديم هذه الأدلة التوسع في طلبات جديدة لا يجوز ابداءها أمام الاستئناف وفقاً لقاعدة حظر الطلبات الجديدة التي وردت عليها استثناءات تقليدية وحديثة، إما الأدلة القديمة التي سبق وان قدمها الخصوم أمام محكمة أول درجة فأنها تنتقل بقوة الأثر الناقل للاستئناف.

ولا يجوز تقديم أدلة جديدة أمام محكمة التمييز باعتبارها هيئة عليا لتدقيق الأحكام، والمفهوم المخالف لذلك ان اعتبار محكمة التمييز درجة من درجات التقاضي في بعض الأنظمة التشريعية التي تأخذ بذلك يضفي بدوره على إمكانية تقديم الأدلة الجديدة، لأن محكمة التمييز هنا تقوم بدور محكمة الموضوع والذي يتعارض مع وظيفتها الأصلية باعتبارها حارس القانون والمحكمة العليا في البلاد في الأنظمة التي تعتبرها محكمة قانون لا علاقة لها بوقائع النزاع.

المقدمة

القانون ضروري للمجتمع ولابد لهذا القانون من سلطة قضائية تعمل على الفصل في المنازعات وانهاؤها بين افراد المجتمع، فالإنسان لا يستطيع في الوقت الحالي مباشرة أخذ حقوقه بنفسه بل أصبح عليه ان يسلك الطرق القانونية للحصول عليها، وتعد مرحلة إثبات الحقوق المتنازع عليها هي المرحلة الأكثر صعوبة بل هي محور الخصومة القضائية، ومن أجل الوصول إلى الحق المطالب به يجب على المدعي مباشرة الدعوى فهي الوسيلة التي يلتجئ بها الفرد إلى القضاء لحماية حقه، ولابد من مدعى عليه توجه إليه هذه الخصومة وتستلزم الخصومة وجود محكمة تفصل فيها ويتعاون كل من القاضي والخصوم ويختلف دور كل منهم باختلاف مراكزهم في الدعوى فالمدعي يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه والمدعي عليه يتعين عليه نفي هذا الادعاء بتقديم الأدلة التي تدحض ادعاءات خصمه، وفي نهاية المطاف ينهض دور القاضي الذي يدقق الوقائع والأدلة التي عرضها الخصوم من أجل التوصل للحقيقة وحسم النزاع.

ويتحدد الواقع في الدعوى المدنية بوقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها في ظل التنظيم القضائي العراقي والمصري وفي ادعاءات المدعي ودفع المدعي عليه في ظل التنظيم القضائي الفرنسي، وقد يكون سبب الدعوى وقائع مادية أو تصرفات قانونية، وقد تكون وسائل الإثبات اوراق مكتوبة أو أقوال شهود أو تقارير خبراء أو دليلاً مباشراً تستنبطه المحكمة من إقرار الخصوم او مناقشتهم أو من معاينة محل النزاع أو عن طريق الالتجاء لذمة الخصم بتوجيه اليمين إليه أو قرائن مستفادة من وقائع الدعوى والقاضي لا يستطيع ممارسة نشاطه القضائي بدون الواقع المطروح عليه من قبل الخصوم، فالواقع هو الوقود الذي يحرك العمل القضائي، والإثبات يرد على الواقعة مصدر الحق، وقد حددت التشريعات أدلة الإثبات على سبيل الحصر وبسلسل تراتيبي وتحديد قيمة كل منهما في الإثبات، مع تخويل القاضي سلطة تقديرية في تقييم بعضها بما يحقق العدالة واستقرار التعامل.

ويقع على عاتق الخصوم عبء تقديم الوقائع وإثباتها فالمدعي عندما يرفع دعواه مطالباً بحماية حق أو مركز قانوني له فأن من جملة ما يطالب به بالضرورة تعيين الوقائع التي يريد إثباتها وهو ما يسمى بعنصر الواقع في الدعوى المدنية، غير انه يجب ان يكون هناك سند قانوني

يعترف بهذا الحق أو المركز القانوني وينشر عليه حمايته وهو ما يطلق عليه عنصر القانون والالذان يعتبران جناحا الدعوى المدنية.

وإذا ما قام المدعي بتقديم الدليل الذي يتطلبه القانون على ثبوت الواقعة فعندئذ يتعين على القاضي ان يطبق حكم القاعدة القانونية على تلك الواقعة فقد يلجأ الخصوم بعد صدور الحكم من قبل القاضي إلى الطعن بطريق الاستئناف باعتباره من طرق الطعن العادية، والتي بموجبها يمكن لمحكمة ثاني درجة إعادة النظر بالنزاع من حيث الواقع والقانون باعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي، وهذا يستتبع انتقال الأدلة القديمة والدفع وأوجه الدفاع إلى محكمة ثاني درجة بقوة الاثر الناقل للاستئناف، وقد اجازت التشريعات للخصوم تقديم أدلة جديدة أمام محكمة الاستئناف على ان تكون متعلقة بما فصلت فيه محكمة أول درجة وبما استأنفه الخصوم، وحرصت التشريعات ذاتها على قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف، ولكن بقدر الحرص على إقرارها إلا ان هذه التشريعات لم تأخذ بها على اطلاقها وقررت استثناءات تقليدية اقراها المشرع العراقي والمصري اللذان يعتنقا المفهوم التقليدي للاستئناف، واستثناءات تقليدية وحديثة اقراها المشرع الفرنسي الذي يأخذ بالمفهوم الحديث للاستئناف.

وتعتبر محكمة التمييز وفقاً للتشريع العراقي والتشريعات المقارنة هيئة عليا لتدقيق الأحكام فهي محكمة قانون ووظيفتها تنصب على مراقبة مسائل القانون دون الخوض في مسائل الواقع مع ملاحظة نص المادة (٢٠٩، ٢١٤) من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل والتي اجازت لمحكمة التمييز التدخل في مسائل الواقع والقانون، ومحكمة التمييز وفقاً للوصف المتقدم تستقبل وقائع الدعوى كما اثبتتها محكمة الموضوع وتقتصر مهمتها على مراقبة المحاكم بتطبيق القانون وعدم مخالفته، وهذا ما تؤكدته المادة (٢٠٣) مرافعات عراقي والتي حددت على سبيل الحصر أحوال الطعن بالتمييز والتي تدور جميعها حول مخالفة القانون.

وتأسيساً على ذلك لم تجز التشريعات التي تعتبر محكمة التمييز محكمة قانون ابداء أدلة جديدة، وكل ما لم يتم طرحه على محكمة الموضوع لا يجوز طرحه استثناءً عليها لأن ذلك يخالف وظيفتها الاساسية في توحيد كلمة القضاء ورعاية المصالح العامة، وان دورها في رعاية المصالح الخاصة للخصوم يعد دوراً ثانوياً، ومن المؤكد ان حظر ابداء أدلة جديدة أمام محكمة التمييز يتباين تبعاً لوظيفة محكمة التمييز في كونها هيئة عليا أم درجة ثالثة من درجات التقاضي والتي يكون للأثر الإجرائي للواقع والقانون دور كبير في تحديد وظيفة محكمة التمييز.

ولم تصل كل محاولات الفقه لإيجاد حد فاصل للتمييز بين الواقع والقانون وذلك لأن الخصوم غالباً لا يقدمون واقعاً منفصلاً عن القانون، ويحاولون اسباغ أفضل تكييف للوقائع التي قدموها للمحكمة وإقناع القاضي بصحة ما يدعونه، ان لتحديد مسائل الواقع ومسائل القانون بفصل خاص بهما في التنظيم القضائي العراقي والمصري أمر بالغ الضرورة لأنه سيلقي بظلاله على توزيع المهام الإجرائية بين القاضي والخصوم وتحديد دور محاكم الموضوع ومحاكم الطعن، وهذا ما سار عليه المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الجديد رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ والذي بموجبه وضع تنظيم فني دقيق لتحديد المهام الإجرائية للقاضي والخصوم في مجال الواقع والقانون في محاولة منه لإيجاد حلول منطقية للتمييز بين الواقع والقانون.

أهداف البحث:

تهدف الدراسة الى بيان دور المشرع في حصر طرق الإثبات وتقييدها دون ان يصل إلى الحد الذي يجعل من الإثبات إثباتاً شكلياً ينعدم فيه دور القاضي الذي نادى به التشريعات الحديثة من خلال منح القاضي مزيداً من الادوار الإيجابية في مجال الواقع، كما تهدف الدراسة إلى التمييز بين مذاهب الإثبات واثرها في تقييد الأدلة وإطلاقها في مرحلة الإثبات، ومن ثم بيان معيار التمييز بين الأدلة، والذي يمكن ان نجعل المعيار ذاته هو تقييد للأدلة، ونُظهر من خلال ذلك كيف ان الشهادة مقيدة لا يجوز بموجبها كقاعدة عامة إثبات التصرف القانوني الذي يتجاوز النصاب القانوني ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك، ثم نبحت تقييد الإقرار من حيث حجيته وتقييد اليمين الحاسمة من حيث حجيتها، ومتى توجه ومن له الحق في توجيهها وما يترتب من نتائج على حلفها من قبل من وجهت إليه، كما تهدف الدراسة إلى بيان دور المشرع في تقييد الأدلة من حيث المضمون مع بيان دور القاضي آزاء كل دليل من الأدلة المختلفة في الإثبات وتبسيط الضوء على دور المشرع في تقييد الأدلة من خلال تعيين حجية كل دليل وتقدير قيمته في الإثبات، والذي بدوره يقيد سلطة القاضي التقديرية في اعطاء الدليل حجية معينة بخلاف تلك التي منحها له القانون، مع بيان دور القاضي الذي ينهض بعد تلقيه الأدلة من الخصوم في مرحلة الادعاء بالواقع من خلال تدقيق الوقائع المعروضة عليه من حيث توافر الشروط القانونية المطلوبة فيها، وتحديد الوقائع ذات الاثر الحاسم في النزاع باعتبارها مصدر الحق التي يرد عليها الإثبات، كما تهدف الدراسة إلى تحديد الفارق الكبير بين محاكم الموضوع و محاكم الطعن بالنسبة لأدلة الإثبات

القديمة التي سبق وإن تم طرحها على محكمة أول درجة وما يستجد منها أمام محكمة الاستئناف بعد استنفاد محكمة أول درجة لولايتها على موضوع النزاع، وكذلك بيان مدى حرية الخصوم في أبداء أدلة جديدة أمام محاكم الموضوع ومحاكم الطعن، ومن ثم يقودنا ذلك وفي نهاية المطاف الى الهدف الاخير من دراستنا إلى تسليط الضوء على التطورات الحديثة التي جاء بها قانون المرافعات الفرنسي الجديد وخاصة فيما يتعلق بالتمييز بين مسائل الواقع والقانون وأثر هذا التمييز في تحديد وظيفة محكمة التمييز وما يترتب على ذلك في قبول أو عدم قبول أدلة جديدة تُطرح لأول مرة أمام محكمة التمييز.

أهمية البحث:

ان نظرية الإثبات تعد من أهم النظريات القانونية، واطورها في سوح القضاء، فالحق بلا دليل لا خير فيه ولا نفع ووجوده وعدمه سواء، ولهذا يقال بوجود الدليل يحيا الحق وبانعدامه يموت، ولذلك فقد يخسر الكثير من المتقاضين حقوقهم لا لسبب ان الحق ليس بجانبهم، بل لفقدانهم الدليل عليه، وان قيام المشرع بحصر وتقييد الأدلة بحيث لا يمكن السماح للخصوم ان يثبتوا حقوقهم إلا بالأدلة التي نص عليها القانون، وفي المقابل لا يجوز للمحكمة ان تؤسس أحكامها على أدلة لم ينص عليها القانون ومن ثم التغلب على الصعوبات التي تعترض ساحات العمل القضائي، وبالتالي حل المنازعات التي تبرز في ميادين التطبيق، ولذا كان لزاماً علينا بحث أدلة الإثبات من الناحية العملية لا من الناحية النظرية البحتة فقط، وبمعنى آخر ان ضرورة البحث تكون على الوقائع المادية والتصرفات القانونية باعتبارها مصدر الحق المراد اثباته ودور الأدلة في إثباتها.

ونظراً لأن الأدلة هي الوسائل التي يلجأ اليها الخصوم لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها، ودوره يتحدد في فهم الوقائع وتقديرها واختيار الواقع المنتج منها والذي ينصب عليه الإثبات دون باقي الوقائع، ولما يتمتع به الإثبات القضائي باعتباره الركيزة الأساسية لحماية الحقوق، وكذلك ظهور عوامل عديدة وتطورات في التشريعات الحديثة والتي أسهمت وبشكل كبير في تطور دور القاضي في الإثبات، كما وأن عدم وجود دراسة متكاملة أو أبحاث متخصصة يتناول تقييد الأدلة بين محاكم الموضوع ومحاكم الطعن مع بيان دور المشرع في تقييد الأدلة بموجب القواعد الموضوعية والإجرائية التي يطبقها القاضي على وقائع النزاع وفي اختلاف إجراءات إثارة هذه الأدلة وقبولها بين محاكم الموضوع ومحاكم الطعن يعد سبباً رئيسياً في اختيار موضوع دراستنا.

إشكالية الدراسة:

تتحدد إشكالية البحث ان تقييد الأدلة يمر بمرحلتين، المرحلة الأولى وهي تقييد بعض الأدلة بالنصوص القانونية من قبل المشرع وتحديد حجيتها في الإثبات من خلال تقسيم الأدلة إلى أدلة إثبات ذات حجية ملزمة وأدلة ذات حجية غير ملزمة مما يجعل الافراد على علم مسبقاً بنوع الإثبات الذي ستطلبه المحكمة منهم، كما سيضع على عاتق الافراد التسليح بتلك الأدلة والتي يمكن عدّها مسبقاً وقبل حصول النزاع كما هو الحال في الدليل الكتابي وهو ما يمكن ان نطلق عليه التقييد الأولي للأدلة.

وتبدأ المرحلة الثانية لتقييد الدليل في حال نشوب النزاع بين الخصوم الذي يقع على عاتقهم عبء الادعاء بالوقائع وإثباتها، والقاضي في مرحلة تدقيق الوقائع لا يسعى إلى إثبات الواقع بل تحديد الواقع المتعلق بالدعوى والمنتج فيها، فهل ان اختيار الواقع من قبل المحكمة من خلال تحديد الواقع المنتج ومن ثم تكليف الخصوم لإثبات الواقع الذي حددته المحكمة دون جميع الوقائع التي عرضها الخصوم يستتبعه تقييد للأدلة؟ ولحل هذه الاشكالية لابد من الإجابة على هذه التساؤلات:

- ١- هل ان دور القاضي يختلف باختلاف الدليل الذي ارتكن اليه الخصم؟
- ٢- هل القاضي ملزم بالاعتداد بجميع الوقائع التي طرحها الخصوم، وما هي الوقائع التي تصلح ان تكون أساساً للادعاء وينصب عليها الإثبات، وهل يوجد وقت محدد لتقديمها أمام المحكمة؟
- ٣- هل ان قيام القاضي في تحديد الوقائع المنتجة واستبعاده لبعض عناصر الواقع غير المنتج يعد تدخلاً منه في ميدان الواقع الذي تبرز فيه سيادة الخصوم، وهل يمارس القاضي ذلك بشكل تحكيمي أم انه يستند لوسائل الإثبات التي حددها القانون؟
- ٤- إذا كان الخصوم أحراراً في ان يقدموا ما شاءوا من الوقائع والأدلة أمام محكمة الموضوع فهل يملكون نفس الحرية في ابداءها أمام محاكم الطعن؟
- ٥- ما هي حدود سلطة الاستئناف تجاه الأدلة القديمة والجديدة، وهل ان السماح بتقديم أدلة جديدة أمام محكمة الاستئناف مطلقاً ام مقيداً، ولماذا اجازت التشريعات قبول أدلة جديدة أمام محكمة الاستئناف وفي المقابل حظرت تقديم طلبات جديدة أمامها؟

٦- ما مدى إمكانية قبول أدلة جديدة أمام محكمة التمييز في الأنظمة التي تعتبرها درجة ثالثة من درجات التقاضي؟

٧- هل هناك دور للتمييز بين الواقع والقانون في تحديد وظيفة محكمة التمييز وتوزيع المهام الاجرائية بين القاضي والخصوم في ميدان الواقع والقانون وهل تمتد رقابة محكمة التمييز على مسائل الواقع والقانون في ظل التنظيم القضائي والعراقي وما هو موقف المشرع الفرنسي ونظيره المصري من ذلك؟

منهجية الدراسة:

لما كانت مرحلة إثبات الحقوق المتنازع عليها هي المرحلة الأكثر صعوبة بل هي محور الخصومة القضائية، ولما كانت نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية التي لا توجد في القانون نظرية تضارعها في الشمول واضطراد التطبيق، وهي النظرية الوحيدة التي لا تكاد ان تنقطع المحاكم عن تطبيقها، فما من حق أو التزام أو أي رابطة قانونية تعرض عليها إلا ويتعين عليها اثباتها، مما يلزم الباحث في هذه الدراسة اتباع اسلوب المنهج التحليلي المقارن خلال مراحل البحث وذلك من خلال بيان النصوص القانونية المرتبطة بموضوع البحث مع ذكر الأحكام القضائية الصادرة من المحاكم المختصة في كل محل يتطلب ذلك ورأي محكمة التمييز السائد في هذه الأحكام في التشريع العراقي والتشريعات المقارنة، فضلاً عن بيان الآراء الفقهية المختلفة حول مواضيع الدراسة وبيان رأي الباحث كما يراه من وجهة نظره المتواضعة ان وجد محل لذلك، وبيان التطورات الحديثة التي طرأت على التشريعات الحديثة كالقانون الفرنسي، ورصد القصور التشريعي في القانون العراقي والمصري وتأخره عن مواكبة هذه التطورات، وأخيراً سيتبع الباحث المنهج التطبيقي في اختيار نماذج من قرارات المحاكم في التشريع العراقي والتشريعات المقارنة إيماناً منه لما تحققه من اثرات لموضوع الدراسة.

الدراسات السابقة ذات الصلة بالموضوع

أولاً: الدراسة الموسومة بعنوان دور الحاكم المدني في الإثبات، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦. للدكتور آدم وهيب الندوي.

تقوم هذه الدراسة على تقييم دور القاضي وتقدير الواجب الذي أوكل إليه وهو القيام بحسم المنازعات من خلال تقدير أدلة الإثبات المقدمة من قبل الخصوم في الواقعة محل النزاع، فهو من يضطلع بأعباء أهم واعقد مشكلة قانونية لازمت وما زالت تلازم المجتمع البشري وهي مشكلة إثبات الحقوق المتنازع عليها، لقد تناولت هذه الدراسة دور القاضي في كل دليل من أدلة الإثبات سواء كانت أدلة ذات حجية ملزمة أم غير ملزمة، واقتصر نطاق هذه الدراسة على بيان هذا الدور أمام محكمة الموضوع دون التطرق إلى سلطة القاضي في التعامل مع أدلة الإثبات أمام محاكم الاستئناف والتمييز، كما ان هذا الدور يتجلى عند تلقي الأدلة، أي بعد مرحلة الادعاء بالواقع لأنه ليس للقاضي ان يتدخل في النزاع بين الخصم ما لم يلجأ أطرافه إلى طرحه على القضاء، واتخذت هذه الدراسة موضعاً للمقارنة سائر تشريعات الإثبات في البلاد العربية والتشريعات اللاتينية المتمثلة بالقانون الفرنسي بأعتبره مصدراً للكثير من التشريعات العربية، وكذلك قوانين الإثبات في الدول التي تأخذ بالاتجاه الانكلوسكسوني، وركزت هذه الدراسة بشكل أساسي على قانون المرافعات والإثبات العراقي، كما تضمنت المقارنة في هذه الدراسة قانون المرافعات والإثبات في الاتحاد السوفيتي سابقاً لكونه يمثل المفهوم الاجتماعي للقانون الذي يتجلى في منح المزيد من الإيجابية للقاضي في إدارة دفعة المرافعة باعتبار الدعوى مصلحة اجتماعية وليست ساحة يتبارى فيها الخصوم، وتوصلت إلى جملة من النتائج والتوصيات جُلها يتعلق بدور القاضي الإيجابي الذي لا يسير على وتيرة واحدة ويختلف باختلاف كل دليل عن الدليل الآخر، ومن التوصيات التي أشارت لها هذه الدراسة ضرورة منح القاضي المزيد من السلطات والصلاحيات التي تمكنه من اداء دوراً إيجابياً في إدارة سير الخصومة بشكل عام وإدارة الدليل بشكل خاص، ومن الناحية العملية أوصت هذه الدراسة بتعديل بعض نصوص قانون الإثبات والتي تتعلق بالسندات الرسمية والشهادة واليمين الحاسمة.

وما يميز دراستنا عن هذه الدراسة، انها تركز على دور المشرع في تقييد الأدلة من خلال النصوص القانونية التي أوردها في قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل، من

حيث تحديد حجية كل دليل وقوته في الإثبات، ولماذا قيد المشرع الدليل بشأن التصرف القانوني والواقعة المادية والاستثناءات الواردة على تقييد الدليل في حدود الاستثناء من شرط الكتابة، وكذلك بيان دور المشرع في تقييد الأدلة من حيث إجراءات الدعوى عن طريق بيان كيفية تقديم الدليل أمام المحاكم، ولم تقتصر هذه الدراسة على بيان ذلك أمام محكمة الموضوع، بل تناولت ذلك أمام محاكم الطعن من حيث بيان سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة القديمة والجديدة، ثم تناولت هذه الدراسة التمييز بين الواقع والقانون واثره على تحديد وصف محكمة التمييز وما يترتب على ذلك من جواز إبداء أدلة جديدة أمام محكمة التمييز، فإذا كانت محكمة التمييز في ظل الأنظمة التي تعتبرها درجة ثالثة من درجات التقاضي ففي هذه الحالة تكون لها سلطات محكمة الموضوع وتتنظر النزاع من حيث الواقع والقانون، وإذا كانت تعتبر هيئة عليا لتدقيق الأحكام فلا يجوز مطلقاً إبداء أدلة جديدة أمامها، وتناولت دراستنا مسائل الواقع والقانون وفقاً للنظرة الحديثة للمشرع الفرنسي، وكل ذلك معزز بالنصوص القانونية والقرارات القضائية وتحليلها والتعليق عليها بالمقارنة مع القانون المصري والفرنسي.

ثانياً: الدراسة الموسومة بعنوان، دور القاضي في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧، للدكتورة سحر عبد الستار أمام.

تقوم هذه الدراسة على تحديد نشاط القاضي والخصوم كل بحسب مركزه ودوره في الخصومة، فالخصم يجتهد لإثبات أحقيته في الدعوى بتقديم كافة الأدلة التي يستند عليها في ادعائه، إما القاضي فهو يسعى لكشف الحقيقة الموضوعية فغاياته هي بلوغ العدل عن طريق أعمال قناعته وتقديره للوقائع المدعاة، وللقيام بهذا الواجب الملقى على عاتقه فإن ذلك يستدعي أن يزوده المشرع بالسلطات والصلاحيات التي تمكنه من أداء هذا الواجب ومن ثم الوصول إلى كشف الحقيقة، وبينت هذه الدراسة دور القاضي بالنسبة لكل دليل من أدلة الإثبات المختلفة، واستندت إلى المنهج التحليلي المقارن في تحليل نصوص قانون الإثبات المصري وأحكام القضاء بالمقارنة مع القانون الفرنسي، وإن إشكالية هذه الدراسة تركزت على وجوب التعرف على دور القاضي، هل هو دور توجيهي إرشادي فحسب أم أنه يتدخل بهدف الكشف عن الحقيقة، وبمعنى آخر هل أن القاضي مجرد حكم عادل يرجح بين أدلة الخصوم ويوازن بينها أم أنه يملك زمام المبادرة بالسعي هو الآخر لمعرفة الحقيقة، وقد توصلت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج

والتوصيات، ومنها انه اضحى من الصعب اعتبار القاضي مجرد حكم يرجح كفة خصم على آخر، في ظل التطورات الحديثة التي طرأت على التشريعات والتي اسهمت وبشكل كبير في تغيير المفهوم التقليدي لدور القاضي في الخصومة المدنية بشكل عام وفي مرحلة الإثبات بشكل خاص، كذلك توصلت هذه الدراسة إلى عدم تقييد القاضي بالتكليف الذي يسبغه الخصوم على وقائع النزاع، فيملك القاضي إعادة تكليف الوقائع بما يتفق مع صحيح القانون، كما انها اشارت الى جملة من التوصيات اهمها تفعيل دور القاضي اثناء مباشرة الخبير مأموريته، حيث لم يخول المشرع المصري القاضي سلطة مراقبة ومتابعة الخبير أثناء تأدية مأموريته، إذ تنقطع الصلة بين القاضي والخبير في هذه الفترة حتى يقدم الأخير تقريره، وأوصت كذلك تعديل البيانات الواجب توافرها في منطوق الحكم الذي يأمر بالإثبات بشهادة الشهود والتي حددتها المادة (٧١) إثبات مصري، وما يميز دراستنا عن هذه الدراسة، فقد اخترت ان انحى منحى فلسفيا في التمييز بين مذاهب الإثبات ودورها في حرية الإثبات وتقييده، أي ان للمذاهب التي يتبناها المشرع دور كبير في تقييد الدليل واطلاقه، ومن هذا المنطلق بينت دراستنا فلسفة المشرع في تقييد الدليل والتي تتجلى بوضوح من خلال منع الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية التي تتجاوز النصاب القانوني، ومن ثم بيان الحالات التي يجوز فيها الإثبات استثناءً، مع الإشارة الى الحالات التي اطلق المشرع فيها الإثبات بالشهادة، وعلى نفس المنوال بالنسبة للقرينة القضائية، وكذلك بيان الحالات التي حدد المشرع فيها وجوب الدليل الكتابي، وكذلك ما يتعلق بالإقرار من حيث تقييد حجته وجعلها قاصرة على المقر، واليمين الحاسمة، من حيث لمن توجه هذه اليمين ومن يملك توجيهها، وما يترتب على اداءها من نتائج أهمها النزول عما عداها من طرق الإثبات، كما ان دراستنا لم تقتصر على دور المشرع في تقييد الدليل بل تناولت دور القاضي من خلال قيامه بفهم الواقع وتقديره وتحديد الواقع المنتج في الدعوى واستبعاد الواقع غير المنتج ومن ثم تكليف الخصوم بإثبات الواقع الذي حددته المحكمة من بين مجموع العناصر الواقعية التي طرحها الخصوم، ولم تقتصر دراستنا في هذا الشأن على محاكم الموضوع بل تناولت تقييد الادلة التي يمارس فيها القاضي دوراً رقابياً وتقديرياً و استقصائياً، وبينت الدراسة متى يجوز للخصوم ابداء أدلة جديدة أمام الاستئناف، ولماذا اباح المشرع تقديم أدلة جديدة امام محكمة الاستئناف، ولماذا لا يجوز تقديم أدلة جديدة أمام محكمة التمييز، مع بيان دور القاضي والخصوم بالنسبة لمسائل الواقع والقانون وفق التطورات الحديثة التي جاء بها المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الفرنسي الجديد.

الفصل الأول

تقييد الأدلة أمام محاكم الموضوع

المبحث الأول : حرية الإثبات وتقييده

المبحث الثاني : دور القاضي في الإثبات

المبحث الثالث : دور الخصوم في الإثبات

الفصل الأول

تقييد الأدلة أمام محاكم الموضوع

ان الحقوق والمصالح التي يدعي بها الأفراد في مواجهة آخرين قد ينازع البعض الآخر في مداها ونطاقها، ويؤدي ذلك بصاحب الحق الى الادعاء أمام القضاء بوصفه السلطة المختصة بحماية حقوق الأفراد في كل مجتمع يسوده النظام وذلك عن طريق أجهزة القضاء المتمثلة بالمحاكم ومن ضمنها محاكم الموضوع والمقصود بمحاكم الموضوع هنا محاكم الدرجة الأولى وهي المحاكم التي يرفع أمامها النزاع الأول وتقوم بالفصل في النزاع في مواجهة الخصوم من حيث المسائل الواقعية والقانونية، غير أن الإدعاء بغير سند أو دليل يؤيده يثير الشكوك ولا يحسم المنازعات ويتناقض مع رغبة المجتمع في تنظيم المعاملات والعمل على استقرارها.

لذلك فقد كان من الضروري وفي ذات الوقت الذي يسعى فيه القانون إلى تنظيم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع أن ينظم أيضاً قواعد إثبات الحقوق المدعى بها وأدلة ذلك الإثبات، وعلى ذلك فيجب ان يعين المشرع ويوضح دور كل من يساهم في سير الأداة القضائية، أي بان يحدد موقف القاضي والخصم ويرسم لهم الطرق التي يجب عليهم ان يسلكوها لفض النزاع عن طريق تنظيمها بنصوص خاصة يجب أتباعها من قبل الطرفين في تقديم أدلتهم ادعاءً ودفعاً، ولذا يثار التساؤل هنا هل أن للإثبات طرق معينة ومحددة لا يجوز للخصوم تجاوزها في سبيل اقناع القاضي، أم هم أحرار يقدمون للقاضي ما شاءوا من الأدلة لإقناعه بصحة ما يدعونه؟ وقد تتباين مذاهب الإثبات التي يجب على المشرع ان ينتهج أحدها عندما يضع قواعد الإثبات، فهل لاختلاف مذاهب الإثبات دور في تقييد الأدلة باعتبارها تحكم نشاط القاضي والتي يتحدد على أساسها طبيعة الدور الذي يقوم به في الدعوى المدنية والذي يتفاوت ضيقاً واتساعاً بحسب المرحلة التي تمر بها الخصومة، ومن المسلم به ان الإثبات لا يرد على الحق في ذاته بل يرد على مصدر الحق المدعى به وهو ما يسمى بعنصر الواقع (محل الإثبات) فما هو موقف القاضي والخصوم في الإثبات وللإجابة على هذه التساؤلات سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: حرية الإثبات وتقييده.

المبحث الثاني: دور القاضي في الإثبات.

المبحث الثالث: دور الخصوم في الإثبات.

المبحث الأول

حرية الإثبات وتقييده

الإثبات القضائي وسيلة لتحقيق غايات عملية هي حسم الخصومات الناشئة بصدد الحقوق المعترف بها قانوناً بغية توفير الحماية لها، ونظراً لما يتطلبه الإثبات القضائي من قواعد خاصة في تعيين من يقوم به، ورسم الإجراءات التي يتم بها تقديم الأدلة للقضاء، فإنه يبدو من الضروري ان تخضع قواعد الإثبات لنظام قانوني، ورغم اتفاق جميع النظم على ان أدلة الإثبات ما هي إلا وسائل لإقناع القاضي بحقيقة الواقعة محل النزاع^(١) فقد اختلفت هذه النظم في مدى حرية الأطراف في اختيار دليل الإثبات الذي يستلزم تقديمه لكي تثبت بموجبه التصرفات القانونية أو الوقائع المادية، الأمر الذي بدوره يحدد نشاط القاضي في الإثبات، وذلك لأن دوره يختلف باختلاف الحجية التي يسبغها المشرع على كل دليل من أدلة الإثبات.

لذا سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: الإثبات القضائي وأهميته.

المطلب الثاني: المذاهب التي تحكم نشاط القاضي في الإثبات.

المطلب الثالث: موقف التشريع العراقي من مذاهب الإثبات.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٢٦.

المطلب الأول

الإثبات القضائي وأهميته

تحتل قواعد الإثبات أهمية خاصة فهو الوسيلة التي يتوسل بها صاحب الحق على إقامة الدليل على نشوء هذا الحق أمام المحكمة فالحق موضوع النزاع يتجرد من كل قيمة ما لم يقيم الدليل على قيامه، فالدليل هو الأداة الضرورية التي يعول عليها القضاء في التحقق من الوقائع القانونية وهو المحور الذي تدور حوله الخصومة ويشغل الجانب الأكبر من نشاط القاضي والخصوم^(١).

ولذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الإثبات القضائي.

الفرع الثاني: أهمية الإثبات القضائي.

الفرع الأول

تعريف الإثبات القضائي

ان لكلمة الإثبات في الاصطلاح القانوني معنى أخص من معناها الفلسفي أو العام، وهو ما يقتضي بنا ان نميز بين هذه المصطلحات والمعاني ويعرف الإثبات لغة: بأنه تأكيد الحق بالبينة، والبينة هي كل ما يبين الحق ويظهره أو هو الحجة والدليل، أو هو تأكيد حقيقة أي شيء بأي دليل^(٢).

والمعنى اللغوي لكلمة الإثبات من: ثبت الشيء ثباتاً وثبوتاً دام وأستقر، وثبت الأمر تحقق

وتأكد^(٣).

(١) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، ج١، عالم الكتب للنشر، القاهرة، ١٩٨١، ص ١٣.

(٢) مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث للنشر، ج١، القاهرة، ٢٠١٣، ص ١٤٥.

(٣) جمال الدين بن منظور، لسان العرب، المجلد الأول، ط١، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان، ١٩٩٧، ص ٣٢٣.

ويخلط البعض بين إثبات أمر، وبين ثبوته، ويعتبره يؤدي إلى معنى واحد، وهذا غير صحيح، ذلك ان الإثبات هو فعل يصدر عن الشخص القائم به (المدعي)، إما الثبوت فهو وصف قائم بالأمر المطلوب إثباته (المدعى به) لأقناع القاضي بوجود أمر تولد عنه حق^(١).

ويعرف الإثبات من الناحية الفلسفية: بأنه العملية التي تسوق بصفة مقنعة قاطعة إلى التسليم بصحة قضية مشكوك فيها بداءة^(٢).

ويعرف الإثبات شرعاً: بأنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة معينة تترتب عليها آثار شرعية^(٣).

إما الإثبات قانوناً فيقصد به: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها^(٤).

وقد عرفه آخرون بأنه: تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق^(٥)، ولم تذكر التقنيات وبضمنها قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩

(١) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، مصدر سابق، ص ١١.

(٢) د. آدم وهيب الندائي، دور الحاكم المدني في الإثبات، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦، ص ١٨.

(٣) محمد جواد مغنية، أصول الإثبات في الفقه الجعفري، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٤، ص ٢١.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ١٩.

(٥) د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، الطبعة السابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٢٩، وقد افاض الفقه في تعريف الإثبات على نحو لا يخرج عن هذا المفهوم، وفي الفقه العراقي فقد عرفه البعض بأنه: التأكيد أمام القاضي وبموجب أدلة محددة قانوناً على صحة واقعة متنازع فيها، ويترتب على ثبوت صحتها آثار، د. آدم وهيب الندائي، دور الحاكم المدني في الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٢، وعرفه آخرون بأنه: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي عينها القانون على وجود واقعة قانونية منتجة للحق المدعى به حتى تبلغ خد اليقين، حسين المؤمن، نظرية الإثبات، القواعد العامة، ج ١، ط ٢، شركة العرفان للنشر والأستساح الحديثة، بغداد، ٢٠١٦، ص ١٧، وفي الفقه المصري عرفه البعض بأنه: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ١٣، وفي الفقه الفرنسي عرفه البعض بأنه إقامة المدعي الدليل على حقيقة ما يدعيه بتقديم العناصر التي سوف تقوم عليها قناعة المحكمة، أو بأنه الوسائل المستخدمة لإقناع القاضي، أنظر في ذلك:

- Colin et capitant, Refondu par L.J. de mrendiere Traite de droit civile, paris, 1957. P.204.

- Marcel planiol: Traetise on the civile law, vol.2. part1, ed, 1934, No. P.9.

المعدل أي تعريف للإثبات القضائي، مكتفية بالنص على قواعده وطرقه والإجراءات اللازمة لتبناها للاحتجاج بكل طريقة منها^(١).

ومن خلال هذه التعريفات يتبين ان الإثبات القضائي عملية قانونية يقوم بها المدعي أمام القضاء لإظهار حقه وذلك عن طريق الأدلة اللازمة التي تدل على ان واقعة قد حصلت أو لم تحصل، والمقصود بالأدلة: هي الوسائل التي يعتمد اليها الخصوم لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها^(٢)، فالإثبات القضائي هو النتيجة التي يصل إليها المدعي في إقناع القاضي بوجود الحق أو صحته ومن هذا المعنى جاء القول بان المدعي قد توصل الى اثبات حقه، لذا فان الإثبات وفقاً للأمر المتقدم يبدأ بتعيين من يقوم به ويتحمل عبئه، ومن ثم يمر بدور تقديم الأدلة وأخيراً بالنتيجة النهائية التي يصل إليها^(٣) فإثبات الأمر هو إقامة الدليل عليه، إما الدليل فهو وسيلة الإقناع الذهني أو بعبارة أخرى هو العنصر الفكري الذي يؤدي بالذهن الى التسليم بأمر من الأمور، وإما إقامته فلا تحمل على معنى انشائه أو خلقه، وانما بمعنى تقديمه إلى من يراد إقناعه بالأمر^(٤).

ويمكننا القول بان كل الوقائع والقضايا تستوي من حيث التشكيك فيها أو المنازعة في نطاقها ومداه، على ان تلك الوقائع لا تتساوى من حيث مدى الأقناع بصحة وجودها، ويرجع هذا الاختلاف إلى الغرض أو الهدف المقصود من بحثها والسعي نحو إقامة الدليل في نشأتها، فإذا كان الغرض من البحث هو معرفة الحقيقة المجردة بصفة يقينية مطلقة فان الأمر يبقى على الدوام محلاً للجدل، فالحقائق المطلقة تبقى أولية وخالدة، وذلك بالنظر إلى تجردها عن الأشخاص ويطلق

وبالرغم من وجود حشد كبير من التعريفات القانونية للإثبات القضائي إلا أننا مما سبق ومن العناصر المشتركة الموحدة يمكننا تعريف الإثبات بأنه: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتب أثر لمن يدعيها في مواجهة من ينكرها.

(١) وقد أنفرد القانون اللبناني من بين التشريعات العربية في هذا الصدد فقد أورد تعريفاً لوسائل الإثبات في المادة (١٣١) من قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ المعدل والتي عرفت الإثبات بأنه «إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة أو عمل قانوني يسند إلى أي منهما طلب أو دفع أو دفاع، ويتعين على كل شخص ان يؤازر القضاء في سبيل جلاء الحقيقة».

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ١٥.

(٣) د. محمد محي الدين عوض، الإثبات بين الأزواج والوحدة في الجنائي والمدني، مطبوعات جامعة القاهرة، ١٩٧٤، ص ٨٤.

(٤) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٣١.

على هذا النوع من أنواع الإثبات بالإثبات العلمي أو التاريخي ويقصد به الإثبات بالبراهين والعناصر اللازمة للإقناع بحقيقة من الحقائق العلمية أو التاريخية حتى يمكن التأكد منها بصفة قاطعة (١) والإثبات العلمي يختلف من حيث طبيعته عن الإثبات القضائي رغم ان كليهما يعتمد على المجهود الإنساني العقلي الذي يهدف الى التحقق من واقعة متنازع عليها أو غير معروفة ولكنهما يختلفان من نواحي عديدة، ففي الإثبات العلمي فان الباحث يقوم بنفسه بجمع الأدلة ويملك دوراً واسعاً ومرونة تامة في استخدام الطرق والأساليب المعتمدة في البحث العلمي، إما الإثبات القضائي فان تقديم الأدلة والادعاء بالوقائع وإثباتها يقع على عاتق الخصوم، كما ان أدلة الإثبات حددها القانون على سبيل الحصر ولا يستطيع القاضي تجاوزها، والباحث العلمي غير محدد بوقت وقد يستغرق عمله سنوات بهدف الوصول إلى الحقيقة العلمية، في حين ان الإثبات القضائي يجب ان لا يطول لأن الحقوق تبقى معلقة وان الدعاوى يجب ان تحسم في أوقات محددة علاوة على ان الإثبات القضائي يجب ان يتم أمام القاضي ولا يعتد بأي دليل للإثبات إلا إذا قدم أمام القضاء (٢).

وإذا كان المقصود هو فض منازعة قائمة بشأن حق من الحقوق فان الأمر يختلف تماماً عن الإثبات العلمي، فالحقوق لا تعدو ان تكون مصالح للأفراد والأشخاص القانونية يسعى المشرع لحمايتها، وهذه الحقوق وبحكم ارتباطها بالأشخاص لا يمكن إلا ان تكون ذاتية، كما أنها محدودة زمنياً، وتقرير هذه الحقوق من حيث الوجود والمدى من ناحية، وأسنادها الى أصحابها من ناحية أخرى يكون من الضروري الوقوف عند حد معين في إثباتها وهو الحقيقة النسبية لا الحقيقة المطلقة، فطبيعة الأشياء تلزمنا بأن نقنع في شأنها بالإقناع الظني لا المطلق، ويعني ذلك الترجيح بين الاحتمالات والأخذ بأقواها أو بما يغلب على الظن منها بحسب الظاهر (٣).

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١، ١٩٧٣، ص٧ وما بعدها.

(٢) د. آدم وهيب الندوي، شرح قانون الإثبات، دار القادسية للنشر، بغداد، ١٩٨٦، ص١٨.

(٣) د. عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص٣، د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، ج١، مصدر سابق، ص١٢، ويذهب البعض الى القول ان علم القاضي بالواقعة القانونية يحصل بأمرين: أولهما، أن يشاهد الحادثة بنفسه ويحيط بها علماً إحاطة تامة، ثانيهما، ان يصل اليه خبرها بطريق التواتر المفيد للعلم، وبغير هذين الطريقتين لا يستفيد علماً، وانما يستفيد ظناً أو ما دون الظن، فاذا قضى بناءً على ذلك كان قضاءه في حيز التردد بين الخطأ والصواب، أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية،

الفرع الثاني

أهمية الإثبات وشمول نظريته

يعتبر الإثبات الأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من الوقائع القانونية، والوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم المترتبة على تلك الوقائع، ولذا فإن كل تنظيم قضائي يقتضي حتماً وجود نظام للإثبات^(١).

فالإثبات يعتبر ضرورة اجتماعية يرتبط بها إظهار الحق لصاحبه من خلال تقديم الدليل عليه أمام القضاء، ويعني ذلك أن تجديد طرق إقامة الدليل في المجتمعات المنتظمة تمنع أن يقتضي الأفراد حقوقهم بأنفسهم وتوجب عليهم اللجوء إلى سلطة القضاء التي تتولى القضاء لهم بحقوقهم هذا المبدأ الذي يقرر أنه لا يجوز لأحد أن يقضي بنفسه لنفسه هو أساس نظام الإثبات^(٢) وتعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية، وأخطرها في سوح القضاء ذلك أن روابط الأسر ومعاملات الناس جميعها المدنية منها والتجارية متوقفة عليها، فالحق يبقى هضيماً مهيبض الجناح، ساكناً لا نفع فيه ولا حراك، حتى يجد الدليل فيظهر والبرهان فيقوم، فالحق بلا دليل لا خير فيه ولا نفع ووجوده وعدمه سواء، ولهذا يقال بأن الحق يتبع دليله وجوداً وعدمياً ويدور معه قوة وضعفاً، والواقع أن الدليل هو قوام الحق، ومعقد النفع فيه^(٣).

وعلى ذلك فإن الدولة يجب أن تتكفل حل النزاعات عن طريق المؤسسات القضائية، من خلال تساوي الأفراد أمام القضاء، إذ ما دامت الدولة بينت مقدماً وبطريقة عامة الطريق الواجب أتباعه لفض المنازعات، فيكون بوسع كل فرد أن يعرف قبل اللجوء إلى القضاء الطرق التي يجب

لا ذكر لناشر، ١٩٤٠، ص ٦، ولكن يذهب البعض الآخر الى القول بأنه لو اقتصرنا على هذين الطريقتين فقط من الأدلة لتعطلت أكثر مصالح الناس، لأن علم القاضي إذا تناول حادثتين فقط فإن ألقاً من الحوادث لا يتناولها علمه، ولذلك قضت الحاجة الشديدة جداً التي دعا إليها وجوب المحافظة على نفوس الناس وأموالهم أن تقبل الحجة الظنية ليبنى عليها القضاء، د. سليمان مرقس أصول الإثبات وإجراءاته، ج ١، مصدر سابق، ص ١٤.

(١) محمد عبد اللطيف، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ج ١، دار الطباعة الحديثة للنشر والتوزيع، ١٩٩٢، ص ٦.

(٢) د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ١٨.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ١٤.

عليه سلوكها، لكي يظفر بحقه والطريقة التي يتمسك بها لإثباته^(١)، فقد يخسر الكثير من المدعين دعاوهم لا لسبب ان الحق ليس بجانبهم، وانما لفقدانهم الدليل عليه، ولذلك فليس الدليل ركناً للحق وإنما الحق يوجد بقوة القانون، إما اركانه فهي اطرافه ومحله القانون، فمن يدعي حقاً يتعين عليه تقديم الأدلة والمستندات التي تبرهن على وجود الحق، فعبد اثبات الإدعاء يقع على عاتق من يدعيه مراعيًا في ذلك الشروط القانونية الواجبة^(٢).

(١) والإثبات القضائي كما يراه البعض هو كناية عن إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة مادية (العمل غير المشروع) أو تصرف قانوني (العقد) فإذا أنكر الخصم هذه الواقعة القانونية فلا تكون هذه الواقعة حقيقية إلا إذا تم اثباتها أمام القضاء. أنظر في تفصيل ذلك:

Planiol et Ripert: Trait pratique de droit civile, P.825. No.1406.

إما البعض الآخر من الفقهاء فقد قال ان الدليل هو ثمن الحق وقوته وقوام حياته وإذا أقيم الدليل أمام القضاء على الواقعة القانونية، وأصدر حكمه على هذا الأساس، ينشأ عن هذا الحكم اعلان لحقيقة قضائية، وهي حقيقة رسمية، إذ ان حجية الأمر المقضي فيه، التي تلازم هذا الحكم، تُحتم الأخذ به كحقيقة قائمة، وهذه الحقيقة لا تمثل إلا ما يعتقد القاضي أنه حق وصحيح، وبمعنى آخر ان هذه الحقيقة القضائية نسبية وليست مطلقة كونها تستند الى قناعة القاضي. أنظر في تفصيل ذلك:

Jacques Normand: Le juge et le litige. Editions L.G.D.J.1965. P.37

مشار إليه لدى الياس أبو عيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ج١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص٥٦-٥٧.

وتم إصدار عدة مراسيم بهدف التوسع في دور القاضي في إدارة الدليل وتعجيل إجراءات الدعوى وعلى النحو الآتي:

أولاً: صدر قانون في ١٩٥٨/١٢/٢٢ بهدف تعديل المادة (٢٥٣) مرافعات، والتي أصبح للقاضي بمقتضاه سلطة الإحالة الى التحقيق من تلقاء نفسه ووسع من سلطاته بصدد أدلة الإثبات وتقديرها.

ثانياً: صدر مرسوم بقانون في ١٩٦٥/٩/١٣ فأنشأ نظام القاضي المكلف بتحضير الدعوى ومنح هذا المرسوم قاضي الدعوى سلطات واسعة بشأن إجراءات الإثبات.

ثالثاً: صدر مرسوم في ١٩٧٣/١٢/١٧ بشأن إدارة الدليل القضائي، وتم ادماج هذه المراسيم في قانون المرافعات الفرنسي الجديد رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ والذي يعتبر تجسيدا حقيقيا لرغبة واضعيه في تنشيط دور القاضي وزيادة فاعليته في إدارة الدليل بهدف الوصول إلى الحقيقة الموضوعية.

(٢) أنظر نص المادة (٧) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل والتي قررت «البيئة على من ادعى واليمين على من أنكر» وأنظر نص المادة (١) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ والتي قررت «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه»، وأنظر نص المادة (٩) من قانون المرافعات الفرنسي رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ والتي قررت «على الخصم تقديم الأدلة والمستندات التي تبرهن صدقه وحقه في الدعوى» Art (9): «11 incombe a chaque partie de prouver canfarmement a la loi des fait necessaires au succes des pretentions».

وان مسألة تنظيم الإثبات تظهر أهميته ان الأفراد لما كانوا على علم مقدماً بنوع الإثبات الذي سيقدمونه في حال نشوب النزاع بينهم فانهم يتزودون به عادة وقت أبرامهم للعقود وهم في حالة صفو وتوافق، وعندها يكون كل طرف من أطراف العقد قد علم ان لدى الطرف الثاني الدليل المثبت لحقه، وخاصة إذا كان هذا الدليل دليلاً كتابياً مما يؤدي الى عدم إثارة النزاع^(١).

المطلب الثاني

المذاهب التي تحكم نشاط القاضي

لوقت ليس ببعيد كان يسيطر على الدعوى المدنية مبادئ تنطلق جميعها من فكرة واحدة مفادها ان الخصومة ملك لأطرافها هم الذين يقيمونها وهم الذين يحددون موضوعها مما يقدمونه من أدلة ودفع، فالخصوم أسياد لحقوقهم الموضوعية وهم الذين يملكون ترجمتها قضائياً، ونظراً لما يتطلبه الإثبات القضائي من قواعد خاصة في تعيين من يقوم به ورسم الإجراءات التي يتم بها تقديم الأدلة للقضاء، فأصبح من الضروري ان تخضع قواعد الإثبات لنظام قانوني، وقد اختلفت هذه النظم في مدى حرية الأطراف في اختيار دليل الإثبات الذي بموجبه يتم إثبات الوقائع المادية والتصرفات القانونية الأمر الذي على أساسه يتحدد دور القاضي والخصوم من خلال الحجية التي يسبغها المشرع على كل دليل من أدلة الإثبات، من خلال تحديدها تحديداً حصرياً، فلا يجوز للخصوم ان يتوسلوا بغير الطرق التي حددها القانون، ولا يجوز للقاضي ان يعطي لدليل معين حجية إثبات أقوى أو ضعف من تلك التي أعطاها المشرع للدليل^(٢)، وهذا بدوره يوضح ان النظام القانوني أو المذهب القانوني الذي ينتهجه المشرع في كل بلد من البلدان اثرأ في تقييد الأدلة والتي تختلف باختلاف نظرة المشرعين عند تنظيم قواعد الإثبات لذا سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: مذهب الإثبات الحر.

الفرع الثاني: مذهب الإثبات المقيد.

الفرع الثالث: مذهب الإثبات المختلط.

(١) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٣٤.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٢٧.

الفرع الأول

مذهب الإثبات الحر

ويتيح هذا المذهب للقاضي قبول أي دليل لإثبات الحق، ويظهر دور القاضي في ظل هذا المذهب بأنه يتمتع بسلطات واسعة في إدارة الدعوى وتوجيهها والسير فيها وإمكانية تحري الحقيقة بكافة الطرق والوسائل دون ان يكون مقيداً باتباع مسلك أو طريق معين، حيث يحظى القاضي والخصوم بحرية تامة في الدعوى ^(١) فتكون لكل من طرفي الخصومة ان يدلي بأدلة الإثبات المتواجدة لديه على اختلاف أنواعها دون تقييد فيما بينها لأن المشرع لا يرسم طرقاً معينة لإثبات بعض التصرفات وبمعنى آخر ان المشرع في ظل هذا المذهب لا يحدد طرق معينة للإثبات، ولا يحدد حجية معينة لأي دليل من أدلة الإثبات أي ان الإثبات يمكن ان يحصل بأي دليل ^(٢)، ويمكن ان تعتبر جميع أدلة الإثبات مقبولة فحجية الدليل متروك تقديرها للقاضي وهو حر في ترجيح الأدلة، ويترتب على ما سبق ان القاضي يستطيع تقييم الأدلة واستكمال الناقص منها ^(٣) والمظهر الثاني لدور القاضي الإيجابي في الإثبات الحر هو إمكانية ان يقضي القاضي بعلمه الشخصي، والمقصود بذلك العلم الذي يحصل عليه خارج مجلس القضاء أو في مجلس القضاء ولكن في غير الدعوى التي ينظر فيها ولا شك ان ما يتميز به هذا النظام من حرية وأطلاق هدفها عدم تباعد الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية، ورغم المزايا التي يتمتع بها هذا النظام إلا ان

(١) د. ادور عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، ج ١، مطبعة ستاركو، بيروت، ١٩٦١، ص ٢٦.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص ١٩.

(٣) ان هذا المذهب هو المأخوذ به في المسائل الجنائية بنطاق واسع لسببين، الأول: أن أعداد الدليل مسبقاً من قبل المجني عليه أمراً يتنافى مع طبيعة هذه المسائل، والثاني: ان الجريمة لا تمثل اعتداء على المجني عليه فقط بل تمثل اعتداء على المجتمع فلذا كان من الضروري ان يكون للقاضي سلطات واسعة في إدارة الدعوى الجنائية وتحري الوقائع وكشف الحقيقة، ونلاحظ أيضاً ان الإثبات الحر هو المأخوذ به إلى حد لا بأس به في المسائل التجارية لما يتطلبه التعامل التجاري من ثقة وسرعة في التعامل. وهذا المذهب يُقرب كثيراً بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية لمصلحة العدالة، د. آدم وهيب الندوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٦١، د. صلاح الدين الناهي، فذلك في الإثبات القضائي، بحث منشور بمجلة القانون المقارن، العدد السادس والسابع، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ص ٢٦٨، ومن الجدير بالذكر ان قانون الإثبات العراقي أخضع إثبات المواد التجارية لقواعد الإثبات المدني، أنظر في ذلك نص المادة (١١/أولاً) والتي قررت «يسري هذا القانون على القضايا المدنية والتجارية».

هناك مأخذ تؤخذ عليه وهي ان العدالة التي يمكن ان يؤدي اليها هذا النظام هي عدالة ظاهرية أكثر منها حقيقية، لأن اطلاق يد القاضي في أدلة الإثبات قد يؤدي الى الجور والتحكم، فتبتعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية أكثر من ابتعادها في نظام الإثبات المقيد^(١) فالقاضي يستطيع ان يقوم بدور ايجابي في تحري الحقيقة بجميع الطرق التي يراها مؤدية لذلك فالأمر برمته متوقف على قناعة القاضي واقتناعه. ولهذا أتجه الفكر للمذهب المقيد لتقاضي عيوب نظام الإثبات الحر.

الفرع الثاني

مذهب الإثبات المقيد

يقوم هذا النظام على فكرة تقييد الإثبات، ويكون ذلك بتحديد أدلة الإثبات ومدى القوة الثبوتية لكل دليل وما هي الحالات التي يجوز فيها تقديم الأدلة وان هذا التقييد لا يحد من حرية الخصوم في اختيار الأدلة فحسب، وإنما يحد ايضاً من حرية القاضي ويقيّد سلطته التقديرية، فالأدلة التي يجعل القانون لها حجية ملزمة، تقيد القاضي وتجعل من دوره في الدعوى لا يتعدى الدور الرقابي، ويتعين عليه ان يعتبر الواقعة التي تدل عليها ثابتة، ولو لم يقدّم الدليل الذي يستلزمه القانون، رغم اقتناعه بوجودها بدليل آخر لا يجيز القانون إثباتها^(٢).

كما يتعين على القاضي الوقوف من الدعوى موقف المحايد بحيث يتمتع عليه القضاء بعلمه الشخصي فلا يقضي إلا بما موجود في ملف الدعوى المعروضة عليه وبما قدمه الخصوم في الدعوى^(٣).

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في الإثبات، مصدر سابق، ص ٨، وذهب بعض الفقه الى القول «ان هذا الاطلاق في الإثبات يفترض في القضاء درجة من المثالية لا يمكن ان ندعيها، وشأن حرية الإثبات في ذلك شأن سائر الحريات التي ينبغي تقييدها وإن كان لا ينبغي أهدارها... ولهذا لا ينبغي الأخذ بنظام الإثبات الحر الذي اعتنقته بعض الأنظمة القانونية» د. جلال العدوي، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط ١، ١٩٦٩، ص ٦.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢١.

(٣) قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، أطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة محمد خيضر - بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٤، ص ٣٣.

ويقوم هذا المذهب على عدة دعائم رئيسية في تحديد أدلة الإثبات بحيث لا يجوز للخصوم ان يتوسلوا لإثبات صحة ادعاءاتهم بغير الطرق التي حددها القانون فلا يجوز لهم الاستناد إلى دليل خارج عن الأدلة المحددة سلفاً، وكذلك تحديد من يقع عليه عبء الإثبات، وتحديد قوة كل دليل من هذه الأدلة وحجيته في الإثبات^(١).

بحيث يمتنع على القاضي اعتماد ما يشاء من أدلة الإثبات بل عليه ان يتقيد بها وفي النطاق الذي حدده القانون لكل منها، فإذا لم يلتزم القاضي بهذا التقييد كان حكمه معرض للفسخ أو النقض، فعلى سبيل المثال لو قام القاضي بمعاينة المتنازع فيه في غياب الخصوم، ولم يتم استدعائهم لحضور المعاينة فان هذا يكون دليلاً مخالفاً للقانون وبالتالي فان الحكم الذي قام عليه يكون باطلاً لأنه قام على أساس غير قانوني^(٢) ونرى ان تحديد المشرع لأدلة الإثبات يتناول القاضي والمدعي، فالقاضي يتقيد في مسألة قبوله لأدلة الإثبات، والمدعي فيما يدعي به من أدلة لإثبات صحة ما يدعيه، إما المدعي عليه فيجوز له ان لا يتمسك بما يورده القانون بإثبات أمر ما، كوجوب الإثبات بالكتابة والسبب في ذلك ان قاعدة الإثبات وثيقة الصلة بالحق فإذا كان للشخص ان يتنازل عن حقه، فمن البديهي ان يكون له ذلك فيما يتعلق بإثباته لأن تقييد أدلة الإثبات لا يعتبر من النظام العام ولهذا جاز الاتفاق على اعتماد الشهادة في إثبات التصرف القانوني الذي يزيد عن النصاب القانوني إذا اتفقت الخصوم على ذلك لأنه يتعلق بالمصالح الخاصة للخصوم.

ونلاحظ في ظل نظام الإثبات المقيد ان المشرع وليس القاضي، هو الذي يحدد ادلة الإثبات ويضع لها تسلسلاً من حيث حجيتها في الإثبات، وهذا التحديد يتدرج في القيمة الإثباتية

(١) هذا المذهب كان سائداً في القارة الاوربية بخلاف مذهب الإثبات الحر الذي كان سائداً في إنجلترا وألمانيا وسويسرا وأمريكا، أنظر في تفصيل ذلك:

LEVY: coup d'oeil d'ensemble sur l'histoire de la preuve informatique et droit de la preuve, colloque, paris 1987.P.571.

(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق بان «الإثبات يكون بالوسائل القانونية، وان القانون قد عين طرق الإثبات فإذا لم يتم بأحدى هذه الطرق فلا يصح تأسيس الحكم عليه» قرارها بالعدد ٤ في ١٩٥٤/٥/٣، وانظر في ذات المعنى قرار محكمة النقض الفرنسية والذي قضت فيه بأنه «ليس للقاضي ان يبيني قراره إلا على ادلة مقدمة في الدعوى وبالطريقة التي ينص عليها القانون» نقض مدني فرنسي في ٢٢ ديسمبر، ١٩٢٤، دالوز ١٩٢٦، ص ١٦، مشار للقرارين لدى د. آدم وهيب الندوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ١١٢.

تبعاً لكل دليل من أدلة الإثبات، فالمشرع يحدد الحالات التي تقبل فيها الشهادة والقرائن ويوجب الكتابة في حالات أخرى^(١) ان أدلة إثبات كل حق وطريقة تحقيقه تختلف عن الأخرى، فإذا حصل التعارض بين دليلين مختلفين في سلم الحجية كالكتابة والشهادة، فالقاضي ملزم بالأخذ بالدليل الكتابي، ولو كان مقتنعاً بصحة الشهادة ويعتقد من ان حكمه لا يطابق الحقيقة^(٢) وهناك تساؤل يستدعي حضوره وهو على أي أساس استند المشرع في تقييده لحجية أدلة الإثبات، والحقيقة ان المشرع يستند في هذا التقييد الى عاملين، الأول: يعود الى ان بعض أدلة الإثبات كالشهادة معرضة الى الكذب والنسيان لهذا لا يجوز المشرع الإثبات بها الا في حدود معينة^(٣)، والثاني: يعود الى ان هذا التقييد يحد من حرية القاضي في الإثبات فيمتنع عليه ان يعطي لدليل معين حجية بخلاف تلك التي منحها له القانون، وبذلك يأمن المتقاضون من سيطرة القاضي وتحكمه فتستمر الأمور التي قد تختلف لاعتمادها على التقدير الشخصي للقضاة، وهذا ما يؤدي الى اضطراب سير العدالة وترزع ثقة الأفراد^(٤)، ومن الجدير بالذكر ان القاضي وإن كان لا يحظى بسلطة تقديرية في الأدلة ذات الحجية الملزمة وعليه الالتزام بحجية الدليل التي اسبغها المشرع، ولكن ذلك لا يمنع من ان يراقب ما يشترطه القانون من وجوب ان يكون هذا الدليل قد قدمه الخصوم وجرت مناقشتهم فيه وموجود في ملف الدعوى، فلا يجوز لقاضي الدعوى ان يطرح ما يُقدم إليه تقديماً صحيحاً من الأدلة دون ان يبين الأسباب التي دعت له ذلك حتى يتسنى لمحكمة التمييز مراقبة ما قد أخذ بتفسيره باعتبارات معقولة أم لا^(٥) وإزاء هذا التقييد يتضح لنا بجلاء ان هذا النظام يجعل دور القاضي

(١) د. أدور عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص ٢٣، د. سمير تناغو، نظرية الإثبات، مصدر سابق، ص ٩.

(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق «ان المحكمة أصدرت قرارها برد الدعوى بسبب عدم اطمئنانها من البيئة التي أبرزتها المميّزة والمصدقة من كاتب العدل، دون الانتفات الى ان الاطمئنان الشخصي لا يعتبر من البيانات التي تدحض بيئة المميّزة التحريرية» قرارها بالعدد ٢٥٩٣/ح/١٩٥٨ في ١٥/١١/١٩٥٨، مجلة القضاء، العدد الأول والثاني، ١٩٥٩، ص ٣٥٧.

(٣) د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٣.

(٤) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٦٨.

(٥) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية «ان قاضي الموضوع لا يجوز له قانوناً ان يطرح ما يقدم اليه تقديماً صحيحاً من الأوراق والمستندات والأدلة المؤثرة في حق الخصوم دون ان يورد في حكمه ما يبرر هذا الأطراح بأسباب خاصة» نقض مدني مصري بالعدد ٧ في ١١/٦/١٩٧٦، مجموعة القواعد القانونية التي اقترتها محكمة النقض، ج ١، ص ١١٥٥.

دوراً سلبياً تقتصر مهمته على تسيير الدعوى واستجماع الأدلة والفصل فيها على أساس الطلبات والأدلة التي يستند عليها الخصوم، فلا يستطيع ان يأمر بإجراء تحقيق لتحري وجه الحق في الدعوى في حالة عدم اقتناعه بأدلة الخصوم وإنما لابد ان يقضي بناءً عليها ^(١) ويلاحظ على هذا النظام أيضاً ابتعاد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية، فالحقيقة القضائية ليست حقيقية مطلقة وإنما هي حقيقة نسبية لا يُعتد بها إلا النسبة لطرفي النزاع ^(٢).

إلا انه رغم الجوانب السلبية لهذا النظام، فإن له بعض الجوانب الإيجابية فهو يتيح للمتقاضين تقدير مراكزهم في النزاع على ضوء ما يتواجد لديهم من أدلة، ذلك ان الأفراد إذا كانوا على علم مقدماً بنوع الإثبات الذي يتطلبه القانون لإثبات حقوقهم في حال قيام النزاع فأنهم سيسعون لبذل أقصى جهودهم في إن يعدوا سلفاً أدلة الإثبات التي يتطلبها القانون ^(٣) وهذا يؤدي إلى تقادي هوى القاضي وتحكمه ويؤدي إلى منع التعسف واختلاف الأحكام في القضايا المتشابهة، وكذلك ان تقييد حجية الدليل يؤدي إلى استقرار المعاملات وحسم الدعاوى التي لا طائل منها ^(٤).

ونرى ان تقييد الأدلة القانونية يظهر وبشكل واضح وصريح في ظل هذا النظام، وهذا النظام وإن كانت له مزاياه إلا انه يؤدي إلى أهدار الحقوق قليلة القيمة التي يتم التعامل عليها بكثرة ولا ينتبه المتعاملون إلى تحرير دليل كتابي بشأنها هذا من جانب، ومن جانب آخر فإنه ليس من المتاح في جميع الأحوال تحرير سند كتابي يصلح دليلاً للإثبات، وعلى سبيل المثال حالة الحرج من الحصول على دليل كتابي عندما يكون هناك مانع أدبي، وحالة عدم التمكن في حالة المانع المادي، ولذا كان ذلك ايداناً في إيراد بعض الاستثناءات التي تواجه المواقف الاستثنائية في الإثبات.

(١) د. سحر عبد الستار أمام، دور القاضي في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٧.

(٢) د. جلال العدوي، مصدر سابق، ص ١٠.

(٣) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٤) د. سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، مطبعة المعارف، بغداد، ط ١، ١٩٦٦، ص ٨.

الفرع الثالث

مذهب الإثبات المختلط

يعتبر هذا المذهب مزيجاً بين مزايا كل من مذهب الإثبات الحر ومذهب الإثبات المقيد، حيث احتفظ بتحديد الأدلة وحجبتها في الإثبات وقوة كل دليل منها، ولكنه خول القاضي قدرًا من السلطة في إدارة الدعوى وتسييرها وتوجيهها وكذلك خوله سلطة في تقدير الأدلة المطروحة عليه التي عينها القانون ولا ينصب الإثبات على مصادر الالتزام فحسب، بل يتناول التصرف القانوني والواقعة القانونية وفي هذا الصدد نجد ان الواقعة القانونية والتصرف القانوني يختلفان من حيث الجوهر ومن المؤكد اختلافهما في الإثبات^(١).

وعلى أساس هذا الاختلاف في الإثبات لكل منهما يقوم نظام الإثبات المختلط، فبالنسبة للتصرفات القانونية يأخذ بنظام الإثبات المقيد، إما بالنسبة للوقائع المادية يأخذ بنظام الإثبات الحر ، ومن هذا يتضح ان نظام الإثبات المختلط قد وفق بين النظامين، فكون إثبات التصرف القانوني لا يكون كأصل عام إلا بالكتابة^(٢)، إلا أن المشرع أورد عليها استثناءات، تتعلق بالتصرف ذاته كما إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، أو في حالة وجود مانع مادي أو أدبي من الحصول على دليل كتابي لإثبات التصرف ففي هذه الحالة يجوز إثبات التصرف بالشهادة والقرائن^(٣).

واضافة للكتابة التي هي الأصل في إثبات التصرفات القانونية فإنه يجيز طريقتين استثنائيتين هما الإقرار واليمين وإعمالهما في الحالات التي لم يهيئ المدعي الدليل المطلوب سلفاً^(٤) ويتبين

(١) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٠.

(٢) يقصد بالتصرف القانوني هو الإرادة التي تتجه الى احداث أثر قانوني معين، وقد يكون التصرف القانوني يقوم على تطابق إرادتين كما في العقد، وقد يقوم التصرف القانوني على إرادة واحدة كما في الوعد بجائزة، إما الواقعة القانونية بمعناها الضيق يقصد بها كل واقعة مادية يرتب القانون عليها أثراً، ولمزيد من التفصيل في هذه التفرقة، أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ١-٥.

(٣) أنظر نص المادة (٧٧/ ثانياً) إثبات عراقي «إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على (٥٠٠٠) آلاف دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك» وانظر في ذات المعنى نص المادة (٦٠) من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ .

(٤) أنظر نص المادة (١٨) إثبات عراقي والتي قررت «يجوز ان يثبت بجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة في حالتين:

أولاً - إذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه.

لنا ان المشرع في نظام الإثبات المختلط يأخذ في إثبات التصرف القانوني بنظام الإثبات المقيد كأصل عام، ولكنه يميل في حالات استثنائية الى الاخذ بنظام الإثبات الحر.

إما اثبات الوقائع المادية فإنه يجوز بجميع طرق الإثبات، ويحظى فيها القاضي بسلطة تقديرية واسعة لأنه غير محدد بدليل معين ولا بحجية معينة لدليل بذاته^(١)، وكون الوقائع المادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات قاعدة تملئها الضرورات العملية وإن لم يرد بشأنها نص، ويرجع ذلك لطبيعة هذه الوقائع التي يستحيل معه تهيئة الدليل مسبقاً، فلا يمكن ان نطلب من مصاب دهسته سيارة ان يهيا الدليل الكتابي ليطالب بحقه ضد سائق السيارة لأن ذلك يجعل من الإثبات مستحيلاً^(٢)، ويظهر دور القاضي ومدى حريته في مجال إثبات الوقائع المادية بالشهادة والقرائن القضائية، فيترك للقاضي تقدير قيمة الشهادة من حيث الموضوع، وله ان يرجح شهادة على أخرى وفقاً لظروف الدعوى وملابساتها، وفي حال اختلاف أقوال الشهود له ان يأخذ من الشهادة بالقدر الذي يقتنع به^(٣).

ثانياً - إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي» ونص المادة (٧٨) إثبات عراقي والتي قررت «يجوز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب تزيد قيمته على (٥٠٠٠) خمسة آلاف دينار إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة...» وأنظر في ذات المعنى نص المادة (٦٢) ونص المادة (٦٣) إثبات مصري.

(١) د. محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات المصري والتشريع المقارن، ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٤٨٢.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٣) أنظر نص المادة (٨٢) إثبات عراقي والتي قررت « لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، ولها ان ترجح شهادة على أخرى وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على ان تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة » ونص المادة (٨٤) إثبات عراقي والتي قررت « للمحكمة ان تأخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعي إذا اقتنعت بصحتها، كما ان لها ترد شهادة شاهد أو أكثر إذا لم تقتنع بصحة الشهادة » وأنظر كذلك نص المادة (٨٥) إثبات عراقي والتي قررت «إذا لم توافق الشهادة الدعوى أو لم تتوافق أقوال الشهود بعضها مع بعض، جاز للمحكمة ان تأخذ من الشهادة القدر الذي تقتنع بصحته».

ولما كان إثبات الوقائع يمكن ان يتم بالقرائن القضائية وهي من عمل القاضي الذي يستتبطها من الدلائل المقدمة إليه والتي بموجبها يستتبط أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى (١).

وفي ظل هذا المذهب نرى ان القاضي لا يتمتع بسلطة تقديرية بالنسبة للأدلة المستعملة لإثبات التصرف القانوني كالدليل الكتابي إلا انه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة بالنسبة لأدلة الإثبات المستعملة لإثبات الوقائع المادية كالشهادة والقرائن القضائية، ويكون للقاضي دوراً سلبياً في الإثبات ويتضح ذلك من خلال عدم قدرته على تغيير موضوع الطلب، فمن المبادئ الأساسية ان القاضي لا يباشر وظيفته إلا بناءً على طلب، فالقضاء المدني قضاء مطلوب لا يعمل من تلقاء نفسه، ولهذا ليس للقاضي ان يتجاوز في حكمه حدود الطلب أو ان يحكم بغير ما طلبه الخصوم كما هو الحال في المبلغ المطالب به في دعاوى المسؤولية المدنية (٢).

وكذلك الاستعانة في إثبات الواقعة بشهرتها العامة دون العلم الشخصي (٣) إما الدور الإيجابي للقاضي في ظل هذا المذهب فإنه يتمثل في إمكانية القاضي استكمال الأدلة الناقصة عندما يراها غير كافية فيوجه اليمين المتممة أو يأمر بأكمل مبدأ الثبوت بالكتابة بالشهادة والقرائن القضائية (٤) وللقاضي اتخاذ ما يلزم من إجراءات الإثبات، كالإلزام الخصم بتقديم المستندات الموجودة

(١) أنظر نص المادة (١٠٢) إثبات عراقي والتي قررت «أولاً - القرينة القضائية هي استنباط القاضي أمراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة.

ثانياً - للقاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون وذلك في نطاق ما يجوز إثباته بالشهادة»، وأنظر في ذات المعنى نص المادة (١٠٠) إثبات مصري.

(٢) د. هشام علي صادق، المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، بحث منشور في مجلة المحامي المصرية، العدد الرابع، ١٩٧٠، ص ٧٨.

(٣) أنظر نص المادة (٨) إثبات عراقي والتي قررت ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة، ومع ذلك فله ان يأخذ بما يحصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض إلمام الكافة بها»

(٤) أنظر نص المادة (١٢٠) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة ان توجه اليمين المتممة من تلقاء نفسها للخصم الذي ليس لديه كامل، لتبني بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به»

تحت يده ^(١)، وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم ان تتخذ أي إجراء من إجراءات الإثبات تراه لازماً لكشف الحقيقة ^(٢).

المطلب الثالث

موقف التشريع العراقي من مذاهب الإثبات

مع تقدم الفكر القانوني بالنظر الى الدعوى المدنية على أنها تخص الصالح العام باعتبار ان النزاع المدني يعكس الخلل القائم في المجتمع وهذا الخلل يهدد الاستقرار والتوازن الاجتماعي مما يؤدي إلى حدوث اضطراب في المجتمع تكون تداعياته وعواقبه متعددة قد تصيب المجتمع بالانهيار وانعدام التوازن، ونتيجة لتغير مفهوم الدعوى المدنية تغير تصور دور القاضي فيها وتطور دوره بحيث لم يُعد سلبياً مقتصرًا على ترجيح كفه أحد أطرافها وإنما دوراً ايجابياً يهدف للوصول إلى كشف الحقيقة في الدعوى، وقد نادت الاتجاهات الحديثة إلى تفعيل دور القاضي في الدعوى المدنية وقد استجابت التشريعات الى تلك النداءات ووضعت نصوصاً تعمل على تفعيل دور القاضي في الخصومة المدنية وبضمنها قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل، حيث أشار في المادة الأولى منه الى ضرورة توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة، وألزمته المادة الثانية بتحري الوقائع لاستكمال قناعته ^(٣) ثم جاءت المادة الثالثة لتؤكد الدور الإيجابي للقاضي الذي يبتغيه المشرع العراقي عندما ألزم القاضي بإتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع، ونلاحظ ان المشرع العراقي قد حدد طرق الإثبات على سبيل الحصر

(١) أنظر نص المادة (٩) إثبات عراقي والتي قررت «للقاضي ان يأمر أياً من الخصوم بتقديم دليل الإثبات الذي يكون بحوزته، فان امتنع عن تقديمه جاز اعتباره امتناعه حجة عليه»

(٢) أنظر نص المادة (١٧) إثبات عراقي والتي قررت «أولاً - للمحكمة ان تقرر من تلقاء نفسها، أو بناءً على طلب الخصم اتخاذ أي إجراء من إجراءات الإثبات تراه لازماً لكشف الحقيقة.

ثانياً- للمحكمة ان تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات، بشرط ان تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة.

ثالثاً- للمحكمة ان لا تأخذ بنتيجة أي إجراء من إجراءات الإثبات، بشرط ان تبين اسباب ذلك في حكمها».

(٣) في هذا الصدد نقضت محكمة استئناف كركوك بصفتها التمييزية قرار محكمة بداءة الشرقاط لعدة أسباب منها، عدم استكمال تحقيقاتها في الدعوى وصولاً الى الحكم العادل في القضية المنظورة، خاصة وان المادة (٢) من قانون الإثبات ألزمت القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته، رقم القرار ٥١/ح/١٩٩٠ في ٢٤/١/١٩٩٠ مشار اليه لدى د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٢٧.

وهي (الكتابة، الإقرار، الاستجواب، الشهادة، القرائن وحجية الاحكام، اليمين، المعاينة، الخبرة) فأوجب الكتابة مثلاً في إثبات التصرفات التي تزيد قيمتها على النصاب القانوني والبالغ خمسة آلاف دينار، وأجاز الشهادة في بعض التصرفات التي لا تزيد على النصاب القانوني، أي ان القانون العراقي أخذ بمبدأ مختلط في الإثبات، ولكن ذلك لا يعني عدم قابلية الخصوم من الاتفاق على ان يكون إثبات التصرف القانوني بالشهادة حتى لو تجاوز النصاب القانوني ، ومن هذا نفهم ان النص لا يتعلق بالنظام العام ^(١) وكذلك ما ذهب اليه المشرع في بيان الأحوال التي لا يجوز فيها الإثبات بالشهادة ^(٢) وفيما يجوز فيه الإثبات بالشهادة استثناءً ^(٣) إلا ان هذه النصوص لا تعني ان القاضي لا يتمتع بإيجابية في ظل التشريع العراقي بل على العكس فقد حرص المشرع العراقي على توفير الجو الملائم الذي يمكن القاضي من ممارسة دوره والذي يبتدأ من تاريخ رفع عريضة الدعوى إلى صدور الحكم ^(٤).

فحصر الأدلة لا يعني ان تبقى المحكمة كالألة الصماء تتلقى ما يقوله ويطرحة الخصوم، بل لها ان تستجلي الحقيقة عن طريق ممارسة دورها الذي كفله المشرع لها ويبرر هذا الدور عندما تقرر المحكمة ان تتخذ أي إجراء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الطرفين تراه لازماً لكشف الحقيقة ^(٥)، وللمحكمة تقدير ما يترتب على الشطب والكشط والمحو وغير ذلك من العيوب المادية في السند من اسقاط قيمته في الإثبات أو انقاص هذه القيمة على ان يدلل على صحة وجود العيب

(١) أنظر نص المادة (٧٧/ ثانياً) إثبات عراقي، الاشارة السابقة ص ٢٦.

(٢) أنظر نص المادة (٧٩) إثبات عراقي والتي قررت «لا يجوز الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب لا تزيد قيمته على (٥٠٠٠) خمسة آلاف دينار: أولاً- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.

ثانياً - فيما إذا كان التصرف المطلوب جزء من حق لا يجوز إثباته بالشهادة حتى لو كان هذا الجزء هو الباقي من الحق.

ثالثاً - فيما إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى ما تزيد قيمته على (٥٠٠٠) خمسة آلاف دينار ثم عدل عن طلبه إلى ما يقل عن هذه القيمة.

(٣) أنظر نص المادة (١٨) إثبات عراقي الاشارة السابقة ص ٢٦.

(٤) أنظر نص المادة (٤٩) ونص المادة (٥٠) من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٥) أنظر نص المادة (١٧) إثبات عراقي.

في قراره بشكل واضح وصريح^(١)، وللقاضي من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب أحد الخصوم تكليف الخصم الآخر بتقديم الدفتر أو السند الموجود في حيازته أو تحت تصرفه والذي يتعلق بموضوع الدعوى متى كان ذلك ضرورياً لضمان حسن الفصل فيها^(٢) وكذلك نلاحظ مظهر آخر لدور القاضي الإيجابي في الإثبات من خلال ما تقرره المادة (٧١) إثبات عراقي بأنه «للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم ان تستجوب من ترى موجباً لاستجوابه من أطراف الدعوى»، كما يتجلى الدور الإيجابي للقاضي في الإثبات فيما يتعلق بإثبات الوقائع المادية بالشهادة والقرائن، فالوقائع المادية كما سبق القول يتعذر فيها تهيئة الدليل مسبقاً فلذا يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات، وهنا يظهر دور القاضي الإيجابي لأنه يتمتع بسلطة تقديرية تامة وغير محدد بدليل معين ولا بحجية ملزمة لدليل^(٣).

وللقاضي تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، وله ان يرجح شهادة على أخرى وفقاً لما يستخلصه من ظروف الدعوى على ان يبين الأسباب التي دعت له لذلك^(٤) وله ان يأخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعى عليه إذا اقتنع بصحتها، كما ان له ان يرد شهادة

(١) أنظر نص المادة (٣٥/ ثانياً) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة ان تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والشطب والتحشية وغير ذلك من العيوب المادية في السند من اسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاص هذه القيمة...»
(٢) أنظر نص المادة (٥٣/ أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد طرفي الدعوى، تكليف الطرف الآخر بتقديم الدفتر أو السند الموجود في حيازته أو تحت تصرفه الذي يتعلق بموضوع الدعوى متى كان ذلك ضرورياً لضمان حسن الفصل فيها»

(٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق «... وجد ان المميز أقر باتفاقه مع المميز عليهما على القيام بقسم من الاعمال الخاصة بالمقاولة وبذلك يثبت العقد ما بينه وبينهما، فيجوز استماع البينة الشخصية لإثبات قيامهما بالعمل فعلاً لأنه واقعة مادية يجوز إثباتها بأية بينة...» قرارها بالعدد ٨٨/ح/١٩٦٨ في ١/٩/١٩٦٨، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الخامس، ص ٩٥ وبذات المعنى قرارها ١٥٢٠/ح/١٩٦٨ في ١٨/٩/١٩٦٨، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الخامس، ص ٩٦.

(٤) أنظر نص المادة (٨١) ونص المادة (٨٢) إثبات عراقي، وانظر قرار محكمة تمييز العراق والذي قضت فيه «... ان محكمة الموضوع لها الحق في ترجيح بينة على أخرى، وترجيح البينة يكون من مجموع الوقائع التي تستحصل في الدعوى، ولا يمكن حصرها في نوع معين من البينات، فعدم الأخذ بشهادات أحد طرفي الدعوى سائغاً إذا ما اعتور هذه الشهادات ضعف في قيمتها بما لازمها من وقائع أخرى تكون ذات أهمية في اضعاف هذه الشهادات...» قرارها بالعدد ١١٤/ استئنافية/ ١٩٧١ في ٣/٦/ ١٩٧١، النشرة القضائية، السنة الثانية، العدد الثاني، ١٩٧٣، ص ١٤١.

شاهد أو أكثر إذا لم يقتنع بصحة الشهادة^(١) كما يبرز الدور الإيجابي للقاضي عندما يوجه اليمين المتممة للخصم الذي ليس لديه دليل كامل لتبني المحكمة بعد ذلك حكمها في موضوع الدعوى^(٢) وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم ان تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه متى رأت في ذلك مصلحة لتحقيق العدالة^(٣) ولها ان تستعين بالخبراء إذا رأت ان ذلك ضرورياً لحسم الدعوى وتدفع أجورهم من صندوق المحكمة، على ان يتحمل من خسر الدعوى هذه الأجر^(٤).

ومع ذلك وبالرغم من هذا الدور الإيجابي للقاضي فإن المشرع قد قيد حرية القاضي في الإثبات إذ منعه من الحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة^(٥).

ووفقاً للنصوص المتقدمة فإن هذا يستدعي عدم الأخذ بنظام الإثبات الحر، لأنه قد لا يساعد على استقرار التعامل، كما لا يجب الأخذ بنظام الإثبات المقيّد على إطلاقه، لذا نجد ان المشرع العراقي أخذ بنظام الإثبات المختلط الذي يجمع بين التقييد لبعض الأدلة والاطلاق في البعض الآخر، فهو أقرب الى التقييد في المسائل المدنية، ولكنه في المسائل التجارية أقرب الى الإطلاق لما تتطلبه التجارة من سرعة في التعامل، وفي القضايا المدنية يفرق بين التصرفات القانونية والوقائع المادية من حيث تقييد الأدلة، إلا أنه خفف من هذا التقييد حين أعطى للخصوم حرية الاتفاق على إثبات ما تجب فيه الكتابة بالشهادة، وأعطى القاضي سلطة تقديرية واسعة في الأدلة ذات الحجية غير الملزمة كالشهادة والفرائن والمعاينة والخبرة، وأجاز له في حالات معينة

(١) أنظر نص المادة (٨٤) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة ان تأخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعي إذا اقتنعت بصحتها، كما ان لها ان ترد شهادة شاهد أو أكثر إذا لم تقتنع بصحة الشهادة».

(٢) أنظر نص المادة (١٢٠) إثبات عراقي.

(٣) أنظر نص المادة (١٢٥) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم ان تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع عليه...».

(٤) أنظر نص المادة (١٣٩/ثالثاً) إثبات عراقي والتي قررت «إذا رأت المحكمة ان الاستعانة بالخبراء ضرورياً للبت في الدعوى والوصول إلى الحكم العادل فيها فلها ان تستعين بهم وتدفع أجورهم...».

(٥) أنظر نص المادة (٨) إثبات عراقي، وانظر نص المادة (٧٩،٧٧) إثبات عراقي، الإشارة السابقة.

استكمال الأدلة الناقصة واستيضاح ما يكون غامضاً في الدعوى، فخوله احالة الدعوى على التحقيق، واستدعاء من يرى لزوم سماع شهادته أو توجيه اليمين المتممة^(١).

وبذلك فإن المشرع العراقي باعتناقه مذهب الإثبات المختلط يسمح للقاضي ان يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية محققاً قدر الإمكان النزعة إلى العدالة التي تعتبر من المبادئ التي يقوم عليها نظام الإثبات الحر، ودون التفريط بمبدأ استقرار المعاملات الذي يعتبر من مبادئ نظام الإثبات المقيد.

(١) أنظر نص المادة (١٢١) إثبات عراقي والتي قررت «يشترط في توجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، وانظر كذلك نص المادة (١٣٣) إثبات عراقي والتي قررت «إذا اقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي الخبراء كلفت المحكمة الطرفين بالاتفاق على خبير أو أكثر على ان يكون عددهم وتر ممن ورد اسمه في جدول الخبراء أو ممن لم يرد اسمه في هذا الجدول، وعند عدم اتفاق الطرفين على خبير معين تتولى المحكمة تعيين الخبير»، وانظر كذلك نص المادة (١٤٥/١ ثانياً) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة ان توجه الى الخبير من الأسئلة ما تراه مفيداً للفصل في الدعوى ولها إذا رأت عدم كفاية الإيضاحات ان تكلف الخبير بتلافي الخطأ أو النقص في عمله بتقرير إضافي أو إن تعهد بذلك إلى خبير آخر».

المبحث الثاني

دور القاضي في الإثبات

ان هدف الإثبات القضائي هو حماية الحقوق، وضمان حسن تمتع أصحابها في إطار المصلحة الاجتماعية للحق، لأنه مصلحة يقرها القانون ويحميها، لذا فإن صاحب الحق عندما يطالب بحماية حقه أو مركزه القانوني الذي تعرض للاعتداء، فإن ذلك يستلزم بالضرورة وجود قاعدة قانونية تعترف بهذا الحق وتحميه وهو ما يسمى بعنصر القانون^(١)، ومن المسلم به ان محل الإثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته شخصياً كان هذا الحق أو عينياً والمصادر التي تنشئ الحقوق أياً كانت لا تعدو ان تكون إما تصرفاً قانونياً وإما واقعة قانونية وهو ما يسمى بعنصر الواقع^(٢)، ويختلف دور القاضي بالنسبة لكلا هذين العنصرين من حيث تحديد من يقع على عاتقه الإثبات، وثمة تساؤلات يستدعي حضورها وهي إذا كان محل الإثبات يرد على الوقائع التي يقدمها الخصوم، فما هو موقف القاضي من الإثبات وسلطته في تقدير الأدلة، وما هي شروط الواقعة محل الإثبات وكيف يقوم القاضي بتحديد واختيار الوقائع المنتجة التي تصلح لحسم النزاع، وهل ان القاضي ملزم بجميع الوقائع التي يطرحها الخصوم، وهل ان القواعد القانونية (عنصر القانون) يخضع للإثبات، وإذا كان عنصر الواقع هو الميدان الذي تبرز فيه هيمنة الخصوم فما هي واجبات القاضي في ميدان الواقع؟

وللإجابة على هذه التساؤلات سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: موقف القاضي من الإثبات وسلطته في تقدير الأدلة.

المطلب الثاني: شروط الواقعة محل الإثبات.

المطلب الثالث: دور القاضي بالنسبة للواقع.

(١) د. فتحي والي، قانون القضاء المدني، مطبوعات جامعة القاهرة، ١٩٩٣، ص ٧٠١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٤٦.

المطلب الأول

موقف القاضي من الإثبات وسلطته في تقدير الأدلة

وفقاً للنظرة الحديثة للخصومة المدنية باعتبارها لم تعد نزاعاً فردياً ينبغي أن يترك فيه الخصوم وشأنهم كل بحسب مقدرته، ومن هذا المنطلق كان من الضروري أن يزود القاضي بمكنات وسلطات تعينه على القيام بدور فعال في الدعوى المدنية وخاصة في مرحلة الإثبات من خلال تخويل القاضي الحرية في التقدير أو الاختيار في شكل العمل القضائي أو مضمونه^(١).

هذا الدور الذي يمارسه القاضي يختلف باختلاف المرحلة التي تمر بها الخصومة، إذ إن موقف القاضي يظهر عند بدء الخصومة المدنية والتي تتمثل بقيام الخصوم بطرح الوقائع محل النزاع التي تعتبر العنصر المؤسس لموضوع النزاع والتي يرد عليها الإثبات، وليس للقاضي أي دور في تحديد موضوع النزاع ولا يجوز له أن يقضي بما لم يطلبه الخصوم^(٢).

لذا ينبغي علينا أن نحدد مصدر الحق المدعى به وهو ما يسمى بمحل الإثبات ومن ثم سنبين سلطة القاضي في تقدير الأدلة التي ترد على محل إثبات الواقعة المدعى بها وبيان ذلك في فرعين متتاليين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: موقف القاضي من محل الإثبات (عنصر الواقع).

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير الأدلة.

الفرع الأول

موقف القاضي من محل الإثبات (عنصر الواقع)

يقصد بمحل الإثبات، الأمر المراد إثباته، إذ من الضروري أن يفهم المرء وعلى وجه الدقة والتحديد الشيء الذي يجب عليه إثباته، ولقد سبق القول أن الحق فكرة مجردة أو شيء غير محسوس يستعصى إثباتها عقلاً، فلا يمكن التحقق من وجوده إلا بالرجوع إلى مصدره الذي هو

(١) د. وجدي راغب، النظرية العامة في العمل القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٣٤١.

(٢) د. سحر عبد الستار أمام، دور القاضي في الإثبات، مصدر سابق، ص ٤٠.

المنشئ للحق وسبب وجوده^(١) ومحل الإثبات هو الواقعة القانونية مصدر الحق المدعى به أي التي أنشأت الحق بنظر المدعي واعتقاده، وهو وحده الذي يطالب الخصوم بإثباته بالطرق التي حددها القانون^(٢) ويُعد تقديم الوقائع من الأعباء التي تقع على عاتق الخصوم فمن يدعي حقاً أمام القضاء يتعين عليه تقديم الوقائع المنشئة لهذا الحق، وهذه الوقائع قد تكون تصرفات قانونية تتمثل في اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني معين، أو وقائع مادية وهي أمر محسوس يترتب عليه القانون أثراً، ويتعين على القاضي في بناء حكمه وتكوين عقيدته بشأن وقائع النزاع التي ينصب عليها الإثبات ان يؤسس هذا الحكم على الأدلة التي يقدمها الخصوم لإثبات هذه الوقائع^(٣) وهذه الأدلة مقيدة بقيدتين يجب على القاضي مراعاتها في عمله، يتمثل الأول، بوجود ورود الوقائع والأدلة في ملف الدعوى، فالقاضي ملزم بأن يبني حكمه على أساس ما قدم في الدعوى من أدلة تطبيقاً لمبدأ الحياد الذي يحكم نشاط القاضي وعمله والذي يوجب عليه الامتناع عن القضاء بعلمه الشخصي وهذا ما أكدته المادة (٨) إثبات عراقي والتي نصت «ليس للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي الذي حصل عليه خارج المحكمة، ومع ذلك فله ان يأخذ بما حصل عليه من العلم بالشؤون العامة المفروض إمام الكافة بها» ويقصد بالعلم الشخصي العلم الذي حصل عليه القاضي بناءً على معلومات نمت إليه عن موضوع الدعوى خارج مجلس القضاء، فالقاضي لا يستطيع ان يبني حكمه على معلومات تحصل عليها بصفته الشخصية، خارج نطاق الأدلة التي عينها القانون حتى لو كانت هذه الأدلة التي وصلت إليه أكثر ارتباطاً بالنزاع أو بدت مهمة له في حسم النزاع^(٤) ولكن ذلك لا يمنع القاضي من الاعتداد بوقائع واردة في ملف الدعوى لم يثرها الخصوم صراحة في ادعاءاتهم، طالما كانت هذه الواقعة من بين الوقائع الواردة في ملف الدعوى^(٥).

(١) د. سمير تناغو، نظرية الإثبات، مصدر سابق، ص ٤٦، د. عبد الودود يحيى، مصدر سابق، ص ١١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٣) د. سحر عبد الستار أمام، مصدر سابق، ص ٤١.

(٤) د. حسن عبد الباسط جميعي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة أكتوبر الهندسية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ١٥.

(٥) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مطبعة جامعة الموصل، ٢٠٠٠، ص ٤٢٢، د. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٣٨٣، وانظر كذلك:

J.NoRMAND; principes directeurs du proces, juris class, 1995, fasc 152,P.7.

ويتمثل القيد الثاني بزمان الادلاء بالدليل فالإثبات حق لكل خصم وهو واجب عليه في نفس الوقت بحيث ان من يدعي حقاً أو يثير دفعاً، عليه ان يثبت صحة ادعائه أو ان يدفع الدعوى بالطرق المعينة في القانون، ويكون له الحق بتقديم كل ما يملك من الأدلة اللازمة، وهناك ادلة معدة سلفاً كالأدلة الكتابية، وادلة لاحقة لا تظهر الا بعد نشوب النزاع كالإقرار واليمين^(١)، ووفقاً للقيد المتقدم يلتزم القاضي في إثبات الوقائع بالرجوع الى ما قدمه الخصوم من ادلة ودفع في ادعاءاتهم أو ما يسمى بالطلبات الختامية التي قدمت قبل ختام المرافعة، فليس كل ما يدعيه الخصوم يصلح أساساً للادعاء وإنما يقتصر ذلك على الوقائع المنتجة التي يستند اليها القاضي في حسم النزاع^(٢).

ويقصد بموقف القاضي من الإثبات، هو هل يجب ان يقف القاضي موقفاً إيجابياً في الدعوى ويوجه الخصوم إلى ادلتهم النافعة ويحملهم على اكمال الناقص منها، أم عليه ان يقف موقفاً سلبياً لا يتعدى سوى تلقي الأدلة التي يقدمها الخصوم، والحقيقة ان موقف المشرع العراقي الذي أوضحناه سابقاً الزم القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته وأتباع التفسير المتطور للقانون في جملة من المواد التي نص عليها قانون الإثبات العراقي والتي تعبر عن الدور الإيجابي القاضي في الدعوى المدنية عامة وفي إدارة الدليل خاصة، حيث ان القاضي أصبح له دور إيجابي في مجال الإثبات من اجل التوصل الى الحقيقة الموضوعية^(٣).

وبعد ان عرفنا ان محل الإثبات ليس الحق بل هو مصدر الحق أي الواقعة القانونية أو ما يسمى بعنصر الواقع في الدعوى المدنية، فهل ينصب الإثبات على القاعدة القانونية أو ما يعرف بعنصر القانون في الدعوى المدنية؟

(١) الياس أبو عيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، ج ١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٨٤.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، ط ١، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٨٧، ص ١٨٩.

(٣) أنظر نص المواد التي قررها المشرع العراقي في قانون الإثبات العراقي والتي اكدت على الدور الإيجابي للقاضي في إدارة الأدلة ذات الحجية الملزمة وغير الملزمة، الإشارة السابقة، ص ٢٠ وما بعدها.

ان عنصر القانون هو الأثر القانوني الذي يترتب على هذه الواقعة، أي هي استخلاص الحق من مصدره (الواقعة القانونية) الذي أثبتته الخصم^(١). فالقاضي يبحث من تلقاء نفسه القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الواقعة القانونية التي أثبتتها المدعي أو نفاها المدعى عليه، ان القاعدة القانونية تخرج عن طائلة الإثبات بطبيعتها لأنها لا يمكن ان تكون محلاً للإثبات لأن القاضي يعلم القانون باعتباره ممثل الدولة في جهاز القضاء المسؤول عن تطبيق القانون لا بوصفه أحد أفراد المجتمع الذين يفترض علمهم بالقانون فقط^(٢)، وكذلك يجب ملاحظة ان القاعدة القانونية لا يمكن اعتبارها من مسائل الواقع حتى وإن كانت في أصلها التشريعي تمثل أنموذجاً لما يتصوره المشرع من إحداث ووقائع يمكن حكمها بالقاعدة القانونية، لذلك فان القاعدة القانونية بمجرد تشريعها وإدخالها حيز النفاذ تتفصل عن الواقع الذي استمدت منه أصلها، وتسمو عليه لاكتسابها صفات تتمثل بالعمومية والتجريد والالزام^(٣) وكثير ما يلجأ الخصوم عن طريق وكلائهم (المحامين) للتدليل على حكم القانون وعرض القواعد القانونية وتفسيرها على النحو الذي يتوافق مع مصالحهم، إلا ان ذلك لا يعني إثباتاً من الخصم لأحكام القانون، وانما هو لا يعدو ان يكون مقترحات ذاتية لإقناع القاضي وحمله على ان يفسر القانون بالصورة التي تتفق مع صحة ما يدعونه وهي غير ملزمة للقاضي^(٤).

فالخصوم غير ملزمين بإثبات القواعد القانونية، ومع ذلك فيجب على الخصم إثبات القاعدة القانونية التي تطبق على النزاع في أحوال استثنائية وهي كالآتي:

أولاً: العرف والعادة الاتفاقية: ويقصد بالعرف: مجموعة القواعد التي اعتاد الناس على استعمالها لفترة طويلة في علاقاتهم الاجتماعية مع الاعتقاد بإلزامها خشية الجزاء الذي يقع عليهم عند

(١) د. حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص ١٧، د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٦.

(٢) د. سمير تناغو، مصدر سابق، ص ٥٠، د. جلال العدوي، مصدر سابق، ص ٤٣.

(٣) استاذنا د. هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩، ص ٤٩، د. أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٧.

(٤) د. عبد المنعم فرج الصده، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٢٥، د. محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٩، ص ٢٣.

مخالفتها^(١)، ويعد العرف مصدراً احتياطياً من مصادر القانون ويأتي بالمرتبة الثانية بعد التشريع^(٢) فإذا كان العرف عاماً وقديماً ومطرداً يأخذ حكم القاعدة التشريعية فيفترض علم القاضي به، ولا يطالب الخصوم بإثباته، إما إذا كان العرف محلياً فلا يمكن افتراض علم القاضي به وبالتالي يكون على الطرف الذي يستند إليه أن يثبتته^(٣) ومن الجدير بالذكر أن علم القاضي بالقاعدة التشريعية يكون أيسر وأسهل من علمه بالعرف، لأن قواعد التشريع تكون قواعد مكتوبة إما قواعد العرف فلا تكون مكتوبة ومن ثم يصعب من الناحية العملية في الكثير من الأحيان الوقوف عليها، إما العادة الاتفاقية، فهي سنة تواتر الأفراد على أتباعها، دون أن يتوفر الاعتقاد لديهم بأنها ملزمة، إلا إذا تبين من الاتفاق وظروفه أن المتعاقدين قصداً اتباع حكمها صراحةً أو ضمناً، ولذلك فهي مجرد واقعة يقع عبء إثباتها على من له مصلحة في ذلك ويكون ذلك بجميع طرق الإثبات^(٤).

ثانياً: القانون الأجنبي: يقصد بالقانون الأجنبي هو ذلك القانون غير الوطني بالنسبة للمحكمة التي تنظر النزاع^(٥) وهنا يثار تساؤل هل يفترض في القاضي الذي ينظر النزاع العلم بالقانون الأجنبي كعلمه بالقانون الوطني؟ ان الجواب على هذا التساؤل يعتمد على النظرة التي ينظر بها الى القانون الأجنبي، هل ان تطبيقه يُعد من مسائل الواقع أم من مسائل القانون، فإذا كان القانون الأجنبي يُعد من مسائل الواقع فأن عبء إثباته يقع على عاتق الخصوم وليس على القاضي وهو

(١) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٤٤٢، د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٢، د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٥١.

(٢) أنظر نص المادة (١) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٣) د. مفلح عواد القضاة، البيانات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، ١٩٩٤، ص ٣٣.

(٤) د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص ٢٤.

(٥) د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، ط ١، ١٩٧٣، ص ٣٣٣، استاذنا د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت، ط ١، ٢٠١٥، ص ٣٢٤، د. عباس العبودي، مدى التزام القاضي في إثبات القانون الأجنبي، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد الثامن والعشرين لعام ٢٠٠٠، ص ٤٥.

غير ملزم بتطبيق أحكام القانون الأجنبي، بل على الخصم ان يتمسك بتطبيق القانون الأجنبي وإثباته أحكامه أمام القاضي^(١).

إما إذا كان القانون الأجنبي يُعد من مسائل القانون، حيث لا يمكن في نطاق القانون الوضعي التسليم بان القانون الأجنبي يُعد من مسائل الواقع، فالرأي الراجح فقهاً^(٢) هو اعتبار مسألة البحث عن مضمون القانون الأجنبي مسألة قانون لا مسألة واقع، ونحن نؤيد الرأي الثاني لان القانون الأجنبي وإن كان يفقد صفة الإلزام إذا جاوز حدود بلده إلا انه يستعيدها ويصبح لازماً على القاضي العلم به والبحث عن مضمونه بمقتضى قواعد الاسناد الوطنية إذا أشارت بتطبيق أحكامه فعلى القاضي تطبيق أحكامه والبحث عن مضمون تفسيره لأنه بهذا الحال يصبح جزء من القانون الوطني.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير الأدلة

لا شك ان وظيفة القاضي هي تطبيق حكم القانون على الوقائع المتنازع عليها لحسم تلك المنازعات، ولا يكون ذلك إلا من خلال نشاط يمارسه القاضي في هذا المجال، ويقصد بالسلطة التقديرية للقاضي بانها نشاط ذهني يقوم به القاضي لفهم الوقائع المعروضة عليه، واستنباط

(١) د. هشام علي صادق، مركز القانون الأجنبي أمام القضاء الوطني، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ٤٨، وقد اخذت بهذا الاتجاه محكمة النقض الفرنسية حيث قضت في جلسة ٢٢/مارس/ ١٩٤٤ على «ان إثبات مضمون القانون الأجنبي وتفسيره يعتبر من الوقائع المتروكة لمحكمة الموضوع» وهذا ما سارت عليه محكمة النقض المصرية حيث قضت في جلسة ١٩٥٥/٧/٧ على «ان التمسك بالتشريع الأجنبي أمام هذه المحكمة لا يعدو ان يكون واقعة يجب إقامة الدليل عليها» مشار للقرارين لدى د. آدم وهيب الندوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٧.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٥، د. سمير تتاغو، نظرية الإثبات، مصدر سابق، ص ٥٧، د. جلال العدوي، مصدر سابق، ص ٥١، د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٦٧، ص ١٣٥، د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، مصدر سابق، ص ٣٤٧، وانظر نص المواد (١٧-٣٣) من القانون المدني العراقي والتي تؤكد بان تطبيق القانون الأجنبي يُعد مسألة قانون لا مسألة واقع.

العناصر التي تدخل الوقائع في نطاق القاعدة القانونية المنطبقة عليها ومن ثم إصدار الحكم القضائي في القضية المطروحة (١).

ان البحث في موضوع سلطة القاضي في تقدير الدليل المقدم إليه يتداخل مع موقف القاضي من الإثبات فهما متلازمان وكثيراً ما يتداخل أحدهما مع الآخر، وسلطة القاضي في تقدير الدليل بشكل خاص هنا هو، هل القاضي حراً في ان يأخذ بالدليل إذا اقتنع بصحته، ويطرحه جانباً إذا تطرق إلى نفسه الشك؟

ان الحقيقة القضائية هي حقيقة نسبية وليست مطلقة، ولو كانت مطلقة لاعتبرت دعوى المدعي ثابتة بمجرد إقامة الدليل عليها ولا يجوز لخصمه التذليل على خلافها ولهذا يقال ان الأدلة لا تنشئ الحقيقة، وإنما هي مظهر خارجي لها (٢) فقد يكون الدليل الكتابي مزوراً، وقد يكون الشاهد كاذباً، وقد يكون طالب اليمين متعسفاً في توجيهها، والإقرار قد يصدر نتيجة تسرع أو خطأ أو لغرض عائلي يراد منه أدامة العلاقات الأسرية، وغير ذلك من الأسباب والدوافع فيأتي مخالفاً للواقع ومجانباً للحقيقة، لذا فمن العدل ان تُمنح للقاضي سلطة تقديرية وحرية في تقدير الأدلة وترجيح بعضها على البعض الآخر (٣).

ووفقاً للقوانين الإجرائية فان القاضي يقوم بنشاط ذهني وتقديرى الهدف منه هو تقييم ادعاءات الخصم مقيداً بقواعد القانون الموضوعي والأدلة المقدمة اليه كمعايير لهذا التقييم، ويرى بعض الفقه (٤) ان ما يُعرض على القاضي ليس المراكز القانونية الموضوعية للخصوم، وإنما هو آراء الخصوم عن هذه المراكز الموضوعية وذلك على شكل ادعاءات يقدمها الخصوم، وهدف هذا

(١) د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢، ص ١٢٧.

(٢) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٨٠.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق، ص ١٦، أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٥٢، وانظر نص المادة (٨١) والتي قررت «للمحكمة ومن تلقاء نفسها ان تستدعي للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة متى رأت في ذلك فائدة للوصول إلى الحقيقة» ونص المادة (٨٢) إثبات عراقي والتي قررت «لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، ولها ان ترجح شهادة على أخرى وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على ان تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة»

(4) MoTulsky: Ecrits, Etudes et notes de procedure civile 1973, P.261.

Vizoz: Etudes de procedure, 1950, P.75.

النشاط هو استخراج الوقائع المتعلقة بالدعوى والمنتجة فيها، هذا الاستخلاص وإن كان يتم وفقاً لسلطة تقدير القاضي، إلا أن القاضي يجب أن يمارسه بحرص شديد، فعلى السلطة التقديرية ترد العديد من الاعتبارات الواجب على القاضي مراعاتها من تلقاء نفسه وإلا كان حكمه معيباً^(١)، ومن ذلك:

- ١- أنه مقيد بالوقائع التي يقدمها الخصوم وألا يتعدها.
 - ٢- على القاضي استخلاص الوقائع المنتجة من مجموع العناصر الواقعية المطروحة عليه، فالوقائع المنتجة هي الوقائع المفيدة في حسم النزاع.
 - ٣- القاضي مقيد بنصوص القانون الموضوعي والإجرائي.
 - ٤- أن نشاط القاضي في ميدان الواقع ليس نشاطاً مجرداً، بل هو يهدف من خلاله دائماً التوصل إلى حل قانوني للنزاع المطروح عليه، وهو يعمل وفي ذهنه دائماً القواعد المحتملة التطبيق على هذا النزاع.
- وتجد السلطة التقديرية للقاضي أساسها الشكلي في جميع الحالات التي يخول فيها القانون للقاضي حرية التقدير خلال قيامه بالعمل القضائي، ولا يعني ذلك تنازل المشرع عن إرادته في التشريع، وترك القاضي ليقوم بذلك بدلاً عنه^(٢).
- وفي الواقع فإن القاضي لا يتمتع بسلطة تقديرية مطلقة، ولا تكون سلطته مقيدة تقييداً كاملاً، فكل عمل قضائي وإن كان عملاً مقيداً أصلاً، إلا أن القاضي يتمتع في أدائه بسلطة تقديرية تتفاوت ضيقاً واتساعاً باختلاف الأدلة والإجراءات فإذا انعدمت حرية القاضي في التقدير، وكانت الإرادة مقيدة في كل عناصرها فأنها تصبح لا تمثل إرادة القاضي وحرية في التقدير بل تصبح مجرد ترديد لإرادة المشرع^(٣).

(١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٣، ص ٢٦٧.

(٢) د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٣٥١.

(٣) د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص ١١٧.

ومن الجدير بالذكر ان ولاية القضاء تعتبر هي الأساس في نشأة السلطة التقديرية التي تتعاصر وتتواجد دائماً مع السلطة القضائية، لأن إعمال الأخيرة يكون رهناً بأعمال السلطة التقديرية التي تعتبر احدى السلطات التي يتمتع بها القاضي في إعمال القانون^(١).

ووفقاً للأمر المتقدم فان بيان سلطة القاضي التقديرية إزاء أدلة الإثبات المقدمة إليه اثناء نظر النزاع، فعلى سبيل المثال ان سلطة القاضي إزاء الإثبات بالدليل الكتابي فان المادة (٧٧/ ثانياً) إثبات عراقي التي نصت على القاعدة العامة في الإثبات بالكتابة في التصرفات القانونية التي تتجاوز قيمتها خمسة الاف دينار، وحينما يتصدى القاضي لأعمال هذه القاعدة فان سلطته التقديرية تقع على شروط انطباقها وهي، ان يكون محل الإثبات تصرفاً قانونياً، ان يكون التصرف مدنياً، ان يكون محله مما تجاوز النصاب القانوني^(٢).

إما عن الضوابط والقيود على أدلة الإثبات وسلطة المحكمة في تقديرها، فان تلك القيود تتجلى موضوعياً وبصورة واسعة في المواد المدنية، فلا يجوز فهم الواقع إلا بالدليل القانوني^(٣)، فلا يجوز مثلاً قبول الشهادة في إثبات التصرفات القانونية ما لم يوجد نص أو اتفاق^(٤). أو لإثبات ما يخالف أو يجاوز ما أشتمل عليه دليل كتابي^(٥)، كذلك لا يجوز للقاضي ان يأخذ بشهادة الواحد بمفردها ما لم تعزز بيمين المدعي^(٦).

(١) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، مصدر سابق، ص ٢٧٢.

(٢) أنظر نص المادة (٧٧/ثانياً) إثبات عراقي، وتقبلها في ذات المعنى نص المادة (٦٠) إثبات مصري.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٨٥.

(٤) أنظر نص المادة (٧٧/أولاً) إثبات عراقي.

(٥) أنظر نص المادة (٧٩) إثبات عراقي، الاشارة السابقة ص ٣٠.

(٦) أنظر نص المادة (٨٤) إثبات عراقي، وانظر قرار محكمة التمييز في هذا الصدد والذي قضت فيه «ان الوقائع المؤثرة في النزاع يجب إثباتها بالوسائل المعينة في القانون، ولا يصح الركون في إثباتها إلى الاستدلال المجرد» قرارها بالعدد ١٠٨٧/ح/١٩٥٤ في ١٩٥٤/٨/٧، مشار اليه لدى حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٨٥.

المطلب الثاني

شروط الواقعة محل الإثبات

يلاحظ القاضي بشأن إثبات الخصوم للوقائع المطلوب إثباتها ضرورة ان يتوافر في هذه الوقائع الشروط التي يتطلبها القانون، وعليه ان يلاحظ أيضاً ان تكون طرق الإثبات التي بعرضها الخصوم لإثبات الوقائع التي يدعونها قانونية، أي ان يكون تقديم المستندات سواء كانت من قبل المدعي أو المدعى عليه وفقاً لنصوص القانون، كأن يرفق المدعي عند تقديم عريضة دعواه نسخاً بقدر عدد المدعى عليهم موقعاً عليها من قبله أو من قبل وكيله ^(١) فإذا كان دليل الخصم إقرار خصمه، فيجب ان يحصل أمام المحكمة ^(٢)، إما لو كانت بينة الخصم الشهادة فعليه تحديد الوقائع التي يريد إثباتها، وحصر شهوده وتقديم كافة المعلومات التي تؤمن تبليغهم ^(٣)، وإذا عجز الخصم عن تقديم الدليل على الوقائع التي يدعيها، وطلب تحليف خصمه اليمين فعليه ان يبين الوقائع التي يريد تحليفه عليها ^(٤)، وفي سبيل تحديد شروط الواقعة القانونية يتعين علينا ان نعرف ان القصد من الإثبات أمام القضاء هو إظهار حقيقة الواقعة القانونية المدعى بها، والمدعي هو الذي يختار الوقائع التي يرفع إن كل خصم يملك اختيار الوقائع التي يرفع بها دعواه أو التي يدفع بها دعوى المدعي، غير أن هذه الحرية مقيدة بقيود بعضها ما يتعلق بحسن سير العدالة وتحقيق مصلحة عليا تتعلق بالنظام العام وحسن الآداب، وبعضها الآخر ما تقتضيه طبيعة الأمور ^(٥)، وعلى هاتين الركيزتين الأساسيتين، يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات وجائزة القبول، وهذه الشروط نصت عليها المادة (١٠) من قانون الإثبات العراقي ^(٦)، والتي قررت

(١) أنظر نص المادة (٤٧) مرافعات عراقي والتي قررت: «على المدعى عند تقديم عريضة دعواه أن يرفق بها نسخاً بقدر عدد المدعى عليهم وقائمة بالمستندات التي يستند اليها مرفقاً بها صوراً من هذه المستندات ويجب عليه أن يوقع هو أو وكيله على كل ورقة مع اقراره بمطابقتها للأصل. وتقوم المحكمة بتبليغها للخصم».

(٢) أنظر نص المادة (٥٩) إثبات عراقي.

(٣) أنظر نص المادة (٩١) إثبات عراقي.

(٤) أنظر نص المادة (١١٥) إثبات عراقي.

(٥) د. سليمان مرقص، أصول الإثبات واجراءاته، ج ١، مصدر سابق، ص ٦٦.

(٦) (يجب أن تكون الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائز قبولها) تقابلها المادة (٢) من قانون الإثبات المصري، رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل.

ضرورة أن تكون الوقائع متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائز اثباتها، ولذا سنتناول الشروط القانونية والأساسية وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى

إن من شروط الواقعة القانونية وجوب أن تكون الواقعة المراد اثباتها متعلقة بالحق المتنازع عليه، لكي يؤثر ثبوتها في الفصل في الدعوى، وإلا فلا معنى للإثبات، فإذا كانت الواقعة منقطعة الصلة بموضوع الدعوى فلا فائدة من إثباتها ^(١)، ومقتضى هذه الشرط أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المدعى به أي يجب أن ينصب الإثبات على الواقعة التي هي مصدر الحق، فإذا كانت الواقعة المراد إثباتها هي ذاتها مصدر الحق المطالب به، كما لو أثبت المقرض عقد القرض لكي يطالب بسداد الدين فإن الواقعة في هذه الحالة تكون واقعة أصلية وتكون متعلقة بالحق المطالب به، وهي في نفس الوقت منتجة في الإثبات ^(٢) ولا تظهر أهمية هذين الشرطين في حالة الإثبات المباشر، وإنما تظهر أهميتهما في حالة الإثبات غير المباشر عندما ينصب الإثبات على واقعة ذات صلة أو أثر بهذا المصدر بحيث تؤدي في حال ثبوتها إلى اعتبار الواقعة مصدر الحق قريبة الاحتمال، إذا لا فائدة أن يقدم الخصم أدلة على وقائع أجنبية لا صلة لها بالدعوى، كما لو أراد الدائن في سبيل إثبات دينه أن يقيم الدليل على أن المدعى عليه شخص مماتل في دفع ديونه ^(٣)، غير أن الإثبات في بعض الأحيان لا ينصب مباشرة على الواقعة القانونية، وقد يصعب من الناحية العملية إثبات الواقعة مصدر الحق ولذلك فيلجأ المدعي إلى إثبات واقعة أخرى تسمى بالواقعة البديلة، فالإثبات غير المباشر يقوم على فكرة تحويل الدليل من الواقعة الأصلية إذا تعذر إثباتها إلى واقعة بديلة تكون لها صلة وثيقة بالواقعة الأصلية، بحيث لو ثبتت هذه الواقعة البديلة من

(١) د. محمد عبد الباسط جمعي، مصدر سابق، ص ٤٣.

(٢) د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط ٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٦١٣.

(٣) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٧، ص ٤٥.

شأنها أن تجعل الواقعة الأصلية ثابتة بطريق الاستنتاج والاستنباط^(١)، كما هو الحال في القرائن بقسميها القانونية والقضائية، فبالنسبة للقرينة القانونية كما لو ادعى المستأجر انه سدد الأجرة المطالب بها مستنداً على ذلك بوصل من المؤجر يفيد انه سدد القسط اللاحق للمدة المطالب بها، فيعتبر ذلك منه اثباتاً كاملاً للأجرة المدعى بها، إما بالنسبة للقرينة القضائية، كما لو باع المدين المعسر أمواله إلى زوجته أو أحد أولاده، فإن ذلك يعتبر قرينة على صورية البيع، وكذلك لو وجد سند الدين بيد المدين يعتبر قرينة على الوفاء به، ولا يكفي أن تكون الواقعة البديلة قريبة من الواقعة الأصلية فحسب بل يجب أن تكون متصلة فيها اتصالاً وثيقاً، وهذا الاتصال الوثيق هو الذي يجعل الواقعة المراد إثباتها متعلقة بالحق المطالب به، فيصبح إثبات الواقعة البديلة من شأنه أن يجعل إثبات الواقعة الأصلية قريب الاحتمال^(٢).

وتتظر المحكمة من تلقاء نفسها إذا كانت الوقائع المطلوب تحقيقها متعلقة بأصل الدعوى، فإذا لم تكن كذلك ولا يساعد إثباتها على الفصل فيها فلا محل لتحقيقها وتقدير ذلك متروكاً للقاضي، فلو دفع المدعى عليه ادعاء التسديد عن ديون أخرى لا تعلق لها بأصل الحق ولا يصح إثباتها وتحقيقها^(٣) ولا بد من الإشارة إلى أن الدليل القانوني لا ارتباط له بالمسؤولية ولكنه يتعلق بالواقعة المطلوب إثباتها، فقد تكون المسؤولية تعاقدية ومع ذلك يجوز إثباتها بالشهادة، كما في تعهد المحامي المتقاعد بعدم التوكل والمراجعة أو المتابعة في قضايا الغير^(٤).

وكون الواقعة متعلقة بالدعوى أو غير متعلقة، هي مسألة موضوعية لقاضي الموضوع القول والفصل فيها بلا رقابة عليه من محكمة القانون ما دام تسببيه مستساغاً ويؤدي عقلاً إلى

(١) د. رمضان ابو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٤، ص ٢٦١. وأنظر كذلك نص المادة (٧٦٩) مدني عراقي والتي قررت «الوفاء بقسط من الاجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة، وعلى هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك».

(٢) السنهاوري، الوسيط، مجلد ٢، مصدر سابق، ص ٦١.

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٣، ص ٦٦٣. د. ادور عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية في القانون اللبناني، بيروت، مصدر سابق، ص ٤٥. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج ٢، ط ٢، شركة العاتك للنشر، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ص ٤٦١.

(٤) د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٣٣.

النتيجة التي توصل إليها^(١)، وهذا في ظل التنظيم القضائي الفرنسي والمصري، أما في ظل التنظيم القضائي العراقي، فإن المشرع منح محكمة التمييز سلطة مباشرة في بسط رقابتها على عنصر الواقع والقانون عن طريق مراقبة القاضي في فهم وتحصيل الواقع^(٢).

الفرع الثاني

أن تكون الواقعة منتجة في الإثبات

لا يكفي أن يكون الأمر المراد اثباته متصلاً بموضوع الدعوى بل يجب أن يكون منتجاً ومؤثراً في الفصل فيها، فلا يجوز إثبات الأمر الذي لا يصلح للدعوى^(٣)، وبعبارة أخرى يجب أن يكون هناك قانون يجعل الواقعة في حال ثبوتها أساساً لحق من الحقوق وهذه القاعدة أصلها روماني وهي تقضي انه «من العبث إثبات ما لا يفيد في قطع النزاع»^(٤). وإذا كان إثبات الواقعة يؤدي بطريقة حاسمة إلى اقتناع القاضي بصحة الحق المدعى به، فإن هذه الواقعة تعد منتجة ويظهر ذلك بوضوح إذا كانت الواقعة هي مصدر هذا الحق^(٥)، واشترطت المادة (١٠) من قانون الإثبات العراقي ان تكون الواقعة منتجة في الدعوى وأن تؤثر في وجودها وتكون دلالتها حاسمة في النزاع، فمثلاً الخصم الذي يطلب من القاضي إجراء المعاينة لتثبيت حالة يخشى ضياعها، أو لسماع

(١) د. عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ١٤. وأنظر في ذلك، قرار محكمة تمييز العراق بالعدد ١٦٩/مدنية رابعة/٨٢ في ٢٦/١٠/١٩٨٢، مشار إليه في مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية وتطبيقاته العملية، ط ٢، موسوعة القوانين العراقية، ٢٠٠٨، ص ١٦.

(٢) أنظر في ذلك، نص المادة (٢٠٩) ونص المادة (٢١٤) من قانون المرافعات العراقي، حيث أن رقابة محكمة التمييز على فهم القاضي للواقع وتحصيله لا تنصب على بحث الأدلة وكيفية ترجيحها ولكن في كيفية انطباق الواقع ورده إلى حكم القانون وقواعده، وأنظر في هذا المعنى قرار محكمة تمييز العراق / الهيئة المدنية الخامسة بالعدد ٨٠٤ / إدارية / ٨٨ في ٢٠ / ٤ / ١٩٨٨، مشار إليه لدى د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون المرافعات المدنية، مصدر سابق، ص ٤١٠.

(٣) د. سليمان مرقص، أصول الإثبات وإجراءاته، ج ١، مصدر سابق، ص ٧٠.

(٤) د. محمد عبد اللطيف، قانون الإثبات، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ٢٧، د. عبد الباسط جميعي، نظام الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٦٠.

(٥) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٤٦.

شهادة شاهد لاحتمال سفره أو موته، أو دعوة من نسب اليه سند عادي أو طلب ندب خبير في مسألة بدت للمحكمة ابتداءً أنها بحاجة لرأي خبير^(١).

ان ما نصت عليه المادة المذكورة هو اوصاف الواقعة محل الإثبات، بمعنى ان واجب إقامة الدليل ينصب على الواقعة المنتجة في النزاع وهي الواقعة الاصلية التي تشكل ركن الحق المطالب به الذي يشكل موضوع الدعوى، والتي تؤدي في حال ثبوتها إلى إقناع القاضي وإصدار الحكم في النزاع، فإذا طلب المدعي تقديم مستندات أو أدلة جديدة تأييداً للحق الذي يدعيه، و وجد القاضي ان المستندات والأدلة الموجودة في ملف الدعوى كافية لإثباته، فله ان يرد الطلب المقدم لعدم الفائدة منه، أي لكونه غير منتج أو غير مفيد كما يسميه الفقه والقضاء الفرنسي وفي هذا الصدد قصت محكمة النقض الفرنسية على «ان المحكمة وجدت ان الأدلة والمستندات كافية لتكوين قناعتها، وان هذه الأدلة والمستندات التي اسست عليها حكمها، لذا فان قرارها برد الطلب لكونه غير مفيد و نافع في حسم الدعوى صحيحاً ويتوافق مع نصوص القانون...»^(٢).

وإن شرط كون الواقعة منتجة في الدعوى يستغرق ويكمل شرط تعلقها في الدعوى، فمن غير المتصور ان تكون الواقعة منتجة في الدعوى دون أن تكون متعلقة بها، غير انه من الناحية الأخرى فليس كل واقعة متعلقة بالدعوى تكون منتجة في الإثبات^(٣)، فمثلاً لو طالب المؤجر المستأجر بإجارة شهر معين فيقدم المستأجر مخالصة في الأجرة عن مدة سابقة لغرض اثبات دفعه للأجرة بانتظام، فإن هذه الواقعة وإن كان يرى لأول وهلة أنها متعلقة في الدعوى إلا أنها غير منتجة في الإثبات، لأن دفع الأجرة عن شهور سابقة لا يؤيد بالضرورة دفعها عن مدة لاحقة^(٤) إن وصف الواقعة منتجة في الإثبات، يترتب عليه جواز قيام المحكمة بتعديل ما أمرت به من إجراءات عندما تتأكد أنها غير مؤثرة ومنتجة في الدعوى^(٥)، وقد نص المشرع الفرنسي في المادتين

(١) أنظر في ذلك المواد (١٤٤، ١٤٥، ١٤٦) مرافعات عراقي. وأنظر كذلك نص المادة (١٣٣) إثبات عراقي.

(٢) نقض مدني فرنسي بالعدد ٦٠٢ في ١٩٥٥/٧/٧، البلتان المدني لعام ١٩٥٥، ص ٤٥٣ وأنظر في تفصيل ذلك:

Jean chevallier: Le controle de la cour de cassation sur la pretinence de l'offer de preuve. Dalloz 1955. chronique. P. 37.

مشار اليهما لدى الياس أبو عيد، مصدر سابق، ص ٨٢.

(٣) السنهوري، الوسيط، مجلد ٢، مصدر سابق، ص ٦٣، د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ٦٣.

(٤) د. محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ٢٨.

(٥) أنظر نص المادة (١٧) إثبات عراقي وتقابلها المادة (٩) إثبات مصري.

(٢٥٤، ٢٥٣) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ على الشروط القانونية للواقعة محل الإثبات والتي قررت «بأن تكون الواقعة منتجة وجائزة للإثبات»، دون الإشارة إلى شرط تعلق الواقعة في الدعوى. ومن الجدير بالذكر ان الواقعة المنتجة في الدعوى هي من مسائل الواقع التي تختص بها محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة التمييز ^(١).

ونرى ان نص المشرع العراقي على الشرطين معاً يعتبر ذا فائدة إجرائية كبيرة، فقد يطلب القاضي من المدعي اثبات واقعة تتظاهر له أن لها علاقة بالدعوى فيسمح بإثباتها وعند السير في الدعوى يتضح أنها غير مؤثرة ومنتجة في الإثبات فيقرر اهمالها أو يرجع عن قراره في السماح بإثباتها، ولذلك فلا يشترط ان يكون الدليل الكتابي أو شهادة الشهود أو المعاينة رغم تعلقها في الدعوى كونها مؤثرة ومنتجة في إثباتها، فقد تظهر نتيجة المعاينة خلاف ما ادعاه المدعي وقد تكون الشهادات مما لا يجيز القانون قبولها في اثبات الواقعة موضوع الدعوى، وكذلك الدليل الكتابي قد لا تثبت نسبته إلى من عُزي إليه أو قد يكون محرفاً بشبهة التزوير والتصنيع، وهذا هو السبب الذي دفع المشرع أن يمنح القاضي حق العدول عما أمر به من إجراءات الإثبات.

الفرع الثالث

أن تكون الواقعة جائزة القبول

إن الخصوم احرار في أن يقدموا ما شاءوا من الوقائع، ولكن إذا تعارضت مصلحة الخصوم في الدعوى مع المصلحة العامة فإن الأخيرة هي التي تقدم، فقد لا يجيز القانون اثبات وقائع معينة بسبب مخالفتها للنظام العام أو الآداب، كما لو كان المطلوب اثباته الربى الفاحش أو دين ناجم عن قمار أو الاتجار بالفواحش والمخدرات ^(٢) وقد يكون المانع بسبب الصياغة الفنية للإثبات، كما هو الحال في عدم اثبات ما يجاوز الكتابة بالشهادة ^(٣)، أو الوقائع التي اكتسبت حجية الأمر

(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية على «ان تقدير ما إذا كانت الوقائع المطلوب إثباتها بالبيئة منتجة في الدعوى أم لا، من سلطة محكمة الموضوع...» نقص مدني مصري بالعدد ٣٢١ في ١٦/٤/١٩٨١، س ٤٨، منشور على موقع محكمة النقض المصرية. <https://www.cc.gov.eg/> تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٩/٥.

(٢) أنظر نص المادة (١٣٢) ونص المادة (١٧٢) من القانون المدني العراقي. وأنظر كذلك نص المادة (٨٩) إثبات عراقي.

(٣) أنظر نص المادة (٧٧/ثانياً) إثبات عراقي.

المقضي فيه ^(١)، أو عكس القرائن القانونية القاطعة ^(٢)، وقد تكون الواقعة جائزة الإثبات في ذاتها ولكن القانون يمنع إثباتها إلا بدليل معين أو يشترط قبولها بطريقة خاص، فلا يجيز القانون اثبات أي تصرف قانوني على ذات العقار إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وكذلك لا يجيز القانون إثبات تصرف قانوني على ذات العقار إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ^(٣).

وقد يكون المنع في الإثبات موجهاً إلى الوسائل التي استخدمها الخصم في الحصول على الدليل بوصفها وسائل غير قانونية تمت باستخدام طرق الاستدراج والحيلة ^(٤)، وقد لا يكون المنع من قبول الإثبات بخصوص الواقعة بذاتها، ولكنه مقصور على فئة معينة من الأشخاص دون سواهم ^(٥). وكون الواقعة جائزة الإثبات قانوناً مسألة تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة التمييز (النقض)، لأن عدم جواز إثباتها يرجع دائماً لنصوص القانون واحكامه التي تمنع الإثبات في هذه الأحوال، وهذا بخلاف كون الواقعة متعلقة بالدعوى وكونها منتجة فيها، فهما من مسائل الواقع التي تختص بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض في ظل التنظيم الفرنسي والمصري إلا بصورة غير مباشرة وذلك عن طريق فرض رقابتها على مصادر تحصيل الواقع المجرد لأن مسألة التحقق من الوجود المادي للواقع تقوم بها محكمة الموضوع. ولكن الأمر مختلف في ظل التنظيم القضائي العراقي، حيث تتصدى محاكم الطعن بصورة مباشرة لفهم وتقدير

(١) أنظر نص المادة (١٠٥) إثبات عراقي والتي قررت «الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحدت أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً».

(٢) أنظر نص المادة (١٠٠) إثبات عراقي والتي قررت «يجوز نقض القرينة بالدليل العكسي مالم ينص القانون على غير ذلك».

(٣) أنظر نص المادة (٢) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل والتي قررت «تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والأحكام القضائية الحائزة درجة البتات وما في حكمها الواردة على الحقوق العقارية الأصلية والتبعية وانتقال هذه الحقوق إلى الخلف العام» وأنظر كذلك نص المادة (٢/٣) من ذات القانون والتي قررت «لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري» وأنظر كذلك نص المادة (٤٨٢) مرافعات فرنسي والتي قررت «الحكم الذي يقتصر في منطوقه على الحكم باتخاذ اجراء من اجراءات الإثبات لا يجوز كقاعدة حجية الشيء المقضي فيه».

(٤) د. توفيق حسن فرج، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٤١.

(٥) أستاذنا د. هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي، مصدر سابق، ص ٣٨.

الواقع وتحديد وجوده المادي والسبب في ذلك أن المشرع العراقي منح محكمة التمييز السلطة في بسط رقابتها على مسائل الواقع والقانون (١).

وفي مقام شروط الواقعة القانونية أن نُعرج لأتجاه عملي جدير بالأعتبار، فالوقائع المتعلقة بالدعوى ولو لم يتمسك بها الخصوم صراحة، يجوز للقاضي الاعتداد بها في حكمه متى ما قدم أحد الخصوم عقداً ولو على مقتضى غير البند الذي تمسك به، فيجوز أخذ العقد حجة على مقدمه، إذ متى قدمت ورقة إلى محكمة فأنها تخضع برمتها وبأكملها وبكل جزئياتها لسلطانها ولمطلق تقديرها (٢).

المطلب الثالث

دور القاضي بالنسبة لعنصر الواقع وواجباته

ما زال المبدأ التقليدي القائل بأن الخصومة ملك لأطرافها، يُلقي بظلاله على الدعوى المدنية وما زال صداها يُطغي على الفكر القانوني، فالدعوى المدنية لها عنصران هما الواقع والقانون، والقاعدة التي سادت في الفقه التقليدي هي ان الخصوم هم اسيااد الواقع، أي ان رفع الدعوى أمام القضاء متوقف على إرادة الخصم فله كل الحرية في رفع أو عدم رفع دعواه أمام القضاء، أي انهم يحتكرون المبادرة في تقديمه (٣)، والوجه الاخر لهذه القاعدة هو ما يسمى بحياد القاضي، فالقاعدتان متكاملتان وتقوية إحداها تعني بالضرورة إضعاف الأخرى والعكس صحيح، ويقصد بسيادة الخصوم في ميدان الواقع، ان لهم وحدهم وعليهم وحدهم تقديم عناصر الواقع وأدلة

(١) أنظر في ذلك نص المواد (٢٠٩، ٢١٤) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
(٢) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط٦، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٩، ص ٢٠٩، وأنظر كذلك نص المادة (٧) مرافعات فرنسي والمعدات بالمرسوم ٣١٩ لسنة ٩١٠٢ والتي قررت: «على أن القاضي يملك الاعتداد بوقائع موجودة في ملف الدعوى ولم يتمسك بها الخصوم بصفة خاصة لتأييد ما يدعونه»
Art (7): «... Parmi les elements du debat ,le juge peut prendre en cosideration meme les fait gueles parties n'auraient pas speciale ment invoques an soutien de leurs pretention ».
(٣) محمد وجدي عبد الصمد، دور القاضي في تطبيق وخلق القانون، بحث منشور بمجلة المحاماة المصرية، العددان التاسع والعاشر، ١٩٧٥، ص ١٠٦. وقد ذهب الفقيه الفرنسي (موتولسكي) في تفسير قاعدة سيادة الخصوم على مسائل الواقع بالقول انها المقابل لسيادة القاضي على مسائل القانون. دور القاضي والخصوم في الإدلاء بالوقائع، دراسات القانون المعاصر، أعمال وأبحاث مؤسسة القانون المقارن في جامعة باريس لعام ١٩٥٩، الجزء الخامس عشر، ص ٢٥٧. مشار اليه لدى الياس أبو عيد، نظرية الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٧٢.

الإثبات التي يؤيدون بها ادعاءاتهم^(١) ويعني ذلك انه ليس للقاضي ان يعتمد على غير ما يطرحه الخصوم من عناصر واقعية، ووفقاً للأمر المتقدم ان دور القاضي في هذا الميدان يتحلل الى واجبات وليست سلطات، لذا ولغرض تسليط الضوء على هذه الدور سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول: واجبات القاضي في ميدان الواقع.

الفرع الثاني: فهم وتحصيل الواقع من قبل المحكمة.

الفرع الثالث: تحديد الواقع المنتج من قبل المحكمة.

الفرع الأول

واجبات القاضي في ميدان الواقع

لقد سبق القول ان للخصوم الهيمنة على عنصر الواقع في الدعوى المدنية، وان وظيفة القاضي في هذا المجال تتحلل الى واجبات، وتتمثل واجبات القاضي في امرين وعلى النحو الآتي: أولاً: التزام القاضي بعدم تعديل البنيان الواقعي الذي حدده الخصوم، يلتزم القاضي في هذا المجال بعد تعديل البنيان الواقعي للمنازعة المعروضة عليه كما قدمه الخصوم، فلا يضيف إلى هذا البنيان واقعة من عندياته لم يطرحها الخصوم^(٢).

وآلاً يبنّي حكمه إلا على الوقائع والأدلة المعروضة في الدعوى، و يجب عليه ان يوضح المصادر التي يستقي منها معلوماته بصدد الواقعة محل النزاع، ولهذا يمتنع على القاضي ان يجري معاينة غير رسمية لمحل النزاع، أو يستند في حكمه على أوراق ومستندات غير موجودة في ملف الدعوى ولم تخضع لمناقشة الخصوم^(٣)، وفي هذا الصدد قصت محكمة النقض الفرنسية في حكم تتلخص وقائعه «في ان خصماً طالب بالتعويض على أساس الخطأ اليسير، فرفضت المحكمة الطلب، فطعن في الحكم ونسب الى محكمة الموضوع انها لم تذكر الاسباب التي من اجلها رفضت

(١) د. هشام علي صادق، المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، بحث منشور بمجلة المحاماة المصرية، العدد الرابع، ١٩٧٠، ص ٨١.

(٢) الياس أبو عيد، مصدر سابق، ص ٧٣.

(٣) د. سحر عبد الستار امام، دور القاضي المدني في الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٢، وأنظر كذلك:

G. FOYER De COSTIL: «Les connaissance personnelles du juge » R. TD comp. 1986. P. 517.

الحكم على أساس عدم وجود خطأ جسيم أو عمدي، ردت محكمة النقض الفرنسية الطعن لأن التكييف الأخير يقتضي إدخال عناصر واقعية لم يثرها الخصم»^(١)، ان من حق محكمة الموضوع ان تعطي الوقائع التكييف القانوني الصحيح مستندة في ذلك على ما تستنتجه من ظروف الدعوى وملابساتها، ولكنها ملزمة بعدم الخروج عن إطار الوقائع التي قدمها الخصوم والتي أسسوا عليها ادعاءاتهم، ومن ثم لا يجوز لها ان تضيف وقائع لم يثرها الخصوم وألا تصل إلى حد تعديل البنيان الواقعي^(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية على ان «للمحكمة الحق في عدم الاخذ بالتكييف القانوني الذي يكيف الخصوم به الدعوى، لأن الأوصاف القانونية للدعوى وتطبيقاتها ليس ملكاً لهم بل هي من حق المحكمة ومن واجبات القاضي...»^(٣).

ثانياً: التزام القاضي بمبدأ المواجهة بين الخصوم

إذا ما لجأ المتقاضون طلباً للحماية القضائية وجب على القاضي ان يتبع في القضاء بينهم مجموعة من القواعد والأسس التي تكفل لهم العدالة، فالعدالة تقتضي مساواة كافة الاشخاص سواء كان ذلك أمام القانون أو أمام القاضي^(٤)، وفي مقدمة هذه القواعد التي تحقق فكرة المساواة في الخصومة القضائية تلك القاعدة التي تفرض على القاضي ألا يحكم في القضية قبل سماع

(١) نقض مدني فرنسي بالعدد ٧٢ في ١٩٦٤/٣/٢٢ مشار اليه لدى د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ١٧٥.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام واعمال القضاة في المواد المدنية و التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٤، ٢٠٠٨، ص ٤٢٢.

(٣) قرار محكمة التمييز بالعدد ٤٣٦/ح/١٩٧٦ في ١٩٧٦/١١/١١، النشرة القضائية، العدد الأول، السنة الخامسة، ص ٥٢٣. وفي قرار آخر لها قضت فيه إلى «عدم الأخذ بتكييف المدعى عليه الذي قدمه كدعوى متقابلة وكيفته باعتباره دفع بعدم صحة عقد وانه مجرد إنكار، رغم ان المدعى عليه قد دفع الرسم عنها باعتبارها دعوى حادثة...» رقم القرار ٧٤١ في ١٩٧٨/٥/٨. مشار اليه لدى د. آدم وهيب النداوي، سلطة المحكمة المدنية في تعديل نطاق الدعوى، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، ١٩٧٩، ١٥٢. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية إلى «ان محكمة الموضوع ملزمة بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتطبيقها القانوني الصحيح دون ان تنقيذ في ذلك بتكييف الخصوم لها...» قرارها بالعدد ٦٢١ في ٢ / ٤ / ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض، س ٩١، ص ٩٦٨.

(٤) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني - قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٩٤.

كافة أطرافها، فهي حق أزلي قيل عنه انه ينتمي إلى القانون الطبيعي^(١) ويتجه الرأي الغالب في الفقه المصري والفرنسي إلى تعريف مبدأ المواجهة بأنه ضرورة علم الخصم بما يقدمه خصمه من أدلة^(٢)، ويبدو ان الاتجاه الأكثر وضوحاً في تعريف مبدأ المواجهة بأنه هو: الحق في العلم بما لدى الخصم الآخر من إدعاءات ووسائل دفاع قانونية وواقعية وأدلة ومستندات يجب ان تكون معروضة للمناقشة بين الخصوم، ولكل منهم الحق في رد دعوى الآخر وفق الأصول التي يسمح بها القانون^(٣).

ويذهب جانب من الفقه^(٤) وان كانوا لم يضعوا لمبدأ المواجهة تعريفاً إلا انهم يرتبون على مبدأ المواجهة من جهة أولى وجوب اخبار المدعى عليه بالطلبات المقدمة ضده، ومن جهة ثانية اطلاعه على ما يستند اليه خصمه من أوراق وأدلة، ومن جهة ثالثة وأخيرة ألا يعتمد القاضي على علمه الشخصي في جمع الأدلة. ويجب على القاضي ان يمتنع عن تغيير الوجه القانوني للمنازعة

(١) القاضي كما عرفه ارسطو: هو الرجل الذي يمك بالميزان بين الطرفين المتنازعين، اي ان العدالة لدى أرسطو لا تفرق بين القوي والضعيف ولا بين الفقير والغني، وهذه الافكار تعد من المبادئ التي استوحاها الضمير العام للشعوب قبل ان ينظمها القانون، وقد استلهم تلك الافكار الفقيه (موتولسكي) الذي يعتبر من اهم واضعي القانون الفرنسي الجديد، وخير دليل على ذلك ان هذا المبدأ الذي ورد في مؤلفات أرسطو منذ ثلاث وعشرون قرناً تم تثبيته حرفياً بالمادة (١٤) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد. أنظر في ذلك د. ابراهيم نجيب سعد، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨١، ص ٦، وأنظر في تفصيل ذلك:

Motulsky: La droit naturel dans la partique juris prudentielle، le respct des droit de la defance en procedure civile، in melanges Roubier، 1961. P. 181 .

(٢) د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٣٧٦، د. أحمد ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية ١٩٨٦، د. انور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٤، ص ٢٤. وأنظر في الفقه الفرنسي

H. Vizoz: Etudes de procedure، Edition Biere. 1956. p. 443

A. Fisselier: La defense en justice dans le proces civil. these Rennes 1979، p. 104، No 118.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، بحث منشور بمجلة المحامي الكويتية، السنة العاشرة، العدد السابع والثامن، ص ١٤، د. رمضان ابو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص ١٤٤.

(٤) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٧٦، د. وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ١، ١٩٧٨، ص ٢٢.

المعروضة إلا بعد اعلام الخصوم واعطائهم فرصة المناقشة والجدل فيما طرحه من تلقاء نفسه من مسائل القانون احتراماً لمبدأ المواجهة بين الخصوم^(١).

وعلى القاضي ان يراقب ثلاثة أمور لتحقيق المواجهة بين الخصوم، يتمثل الامر الأول في حرية الخصوم في الدفاع عن مصالحهم بتمكينهم من استعمال كافة الوسائل القانونية المصرح لهم بها، والأمر الثاني في مساواة الخصوم عند استعمالهم أدلة الإثبات ووجه الدفاع الأخرى، والثالث يتمثل في مواجهة الخصوم بحيث يكون لكل واحد منهم مناقشة ادلة الخصم الآخر ودفعه وادعاءاته بقصد اقناع القاضي انه أولى بالحماية القصائية^(٢).

وبالنسبة لأدلة الإثبات التي يتمسك بها الخصم في مواجهة خصمه يتوجب على القاضي ان يتأكد انها جائزة قانوناً، اذ ان تحديد أدلة الإثبات وبيان متى يجوز استعمال كل منها وتحديد حجية كل دليل من هذه الأدلة تعتبر من المسائل القانونية^(٣).

وتطبيقاً لذلك لا يجوز للخصم ان يهدر حجية ورقة رسمية إلا عن طريق الطعن بالتزوير، وكذلك لا يجوز له ان يثبت عكس ما ورد بدليل قطعي لا يقبل إثبات العكس، وعلى سبيل المثال لا يجوز ان يثبت كذب اليمين بعد ان يؤديها الخصم الذي وجهت اليه أو ردت عليه^(٤) وهذه هي مقتضيات أو حدود ممارسة حرية الدفاع من قبل الخصم في مواجهة خصمه الآخر، بأن يكون الدفاع جوهرياً وجدياً وان يراعي القاضي قبل كل ذلك ان يكون جائز قانونياً، وهذا ما اكدته المادة (١٥) مرافعات فرنسي والتي نصت على «على الخصم إخطار الخصم الآخر في الوقت المناسب بكافة الوسائل سواء اتصلت بالواقع أو الإثبات أو القانون التي يستند اليها ويتمسك بها لتأكيد ادعائه وذلك حتى يتمكن من تنظيم دفاعه» وتوجب المادة (١٦) مرافعات فرنسي والتي قررت «على القاضي ضرورة احترام هذه القاعدة والاعتداد بها ايضاً في حكمه»^(٥) ان مبدأ المساواة

(١) د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ١٧٦.

(٢) د. عبد الباسط جميعي، نظام الإثبات في القانون المصري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٥٣، ص ٤٨، د. وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم، مصدر سابق، ص ٨٩.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مجلد ٢، مصدر سابق، ص ٩٧.

(٤) أنظر نص المادة (١١٩/رابعاً) إثبات عراقي والتي قررت «لا يجوز للخصم ان يثبت كذب اليمين بعد ان يؤديها الخصم الذي وجهت إليه اليمين أو ردت عليه...» وتقابلها في ذات المعنى المادة (١١٧) إثبات مصري.

(٥) نقلاً عن د. ابراهيم نجيب سعد، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، مصدر سابق، ص ٤٦ وما بعدها.

أكدت عليه اغلب الدساتير والتشريعات وهو مساواة كافة الاشخاص أمام القانون والقضاء^(١)، وتعد قواعد الإثبات خير تصوير لمبدأ المساواة، اذا ان كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات ما يدعيه يكون للخصم الآخر الحق في تقديم الدليل العكسي^(٢) ومن الجدير بالذكر ان مبدأ المواجهة قد يستبعد لاعتبارات مختلفة يقرها المشرع ويرى انها اهم من ضرورة مساواة المراكز الإجرائية الفورية لأطراف النزاع كما هو الحال في الأوامر على العرائض^(٣).

الفرع الثاني

فهم وتحصيل الواقع من قبل المحكمة

أن الواقع، هو الذي يشكل المقدمة الصغرى في القياس الذي يجريه القاضي كي يصل إلى قرار في شأن الخصومة المعروضة عليه، وان تقديم الواقع يختلف عن اثباته رغم ان كليهما واجب ملقى على عاتق الخصوم، وهذا التباين يبدو واضحاً سواء تعلق الأمر بمباشرة الاجراءات الخاصة بها أو تعلق الأمر بالموضوع الذي يحدد اطار كل منهما^(٤)، وإن هدف الخصوم من عرض الخصومة أمام القضاء هو من أجل الوصول إلى قرار قضائي حاسم في النزاع، وهذا الأمر لا يبدو سهلاً، إذ لا يمكن للقاضي إصدار قرار في نزاع قضائي إلا بعد خضوعه للمناقشة والتدقيق، لذلك يجب على فرقاء النزاع تحديد وقائع الدعوى وبيان موضوعها^(٥) إن مرحلة طرح الوقائع على المحكمة يضع على عاتقها فحص هذه الوقائع وتسعى لتدقيق تلك الوقائع من خلال توافر شروط الواقعة القانونية من حيث تعلقها بالدعوى ومعرفة كونها منتجة وجائزة القبول^(٦).

(١) أنظر نص المادة (١٤) ونص المادة (١٩) من الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.

(٢) أنظر نص المادة (٨٠) ونص المادة (١١٤) إثبات عراقي، وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (٦٩) ونص المادة (١١٤) إثبات مصري.

(٣) أنظر نص المادة (١٥١) ونص المادة (٢٣١) مرافعات عراقي.

(٤) د. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ١١٦، د. محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني، مصدر سابق، ص ٤.

(٥) د. ياسر باسم دنون، دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والادلة في الدعوى المدنية، مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون، جامعة الموصل، المجلد التاسع، السنة الثانية عشر، ٢٠١٤، ص ١٢٣.

(٦) د. غني ريسان جادر وزمن نوري كاطع، اسباب التكييف الخاطئ في الدعوى المدنية، بحث منشور، مجلة دراسات جامعة البصرة، السنة الثالثة عشر، العدد الثلاثين، ٢٠١٨، ص ٢٤. أنظر كذلك، قرار محكمة التمييز، العدد ١٤٦٠/هيئة مدنية/ ٢٠١٦، في ٢٨/٣/٢٠١٦، غير منشور.

ويذهب جانب من الفقه ^(١) إلى القول بأن فهم الواقع هو التحقق من الوجود المادي لوقائع الدعوى، ويرى جانب آخر من الفقه ^(٢)، بأن فهم الواقع لا يقتصر على مجرد التحقق من الوجود المادي له، ولو كان الأمر كذلك لكان عمل القاضي هو اقرار الوقائع كما طرحها الخصوم، ويرون أن الخصوم وإن كانوا احراراً في طرح ما شاءوا من الوقائع إلا أنهم عندما يقدمون الوقائع أمام القضاء فإن القاضي هو الذي يقوم بفهم هذا الواقع على ضوء وسائل الإثبات التي حددها القانون وليس على هوى الخصوم ومصالحهم، ولذلك فهم يعرفون الواقع بأنه: التحقق من وجود الواقع المنتج والصحيح مناط الدعوى على حقيقته.

ويذهب جانب من الفقه ^(٣) فيما يتعلق بسلطة القاضي في مجال الواقع سواء من حيث فهمه أو من حيث تقديره إلى التمييز بين نوعين من عناصر الواقع، الأول هو الوقائع التي يؤسس عليها الخصوم ادعاءاتهم وهي ما تسمى بالوقائع الأساسية، والثاني هو أدلة إثبات هذه الوقائع وهي ما تسمى بالوقائع المساعدة، وأساس هذه التفرقة هو الدور الذي تقوم به الوقائع المطروحة، فالوقائع الأساسية هي تلك التي الحق بها القانون نتائج تستجيب لطلبات الخصوم كأن يستند المدعي في دعواه إلى عدم السلامة العقلية للموصي لبطلان الوصية، إما الوقائع المساعدة فهي الوقائع التي لا تحدد بذاتها النتيجة القانونية المطلوبة ولا يربط بها القانون مباشرة الأثر القانوني المطلوب، بل هي الوقائع التي تجعل من المحتمل اعتبار الواقعة الأساسية ثابتة أو تسمح بأعطائها تكيفاً قانونياً، ومثال الوقائع المساعدة ما يقدمه المدعي لإثبات حالة الجو وطبيعة الطريق لإثبات الخطأ في دعوى تعويض عن حادث سيارة.

ويقصد بسلطة القاضي في فهم الواقع بأنها السلطة التي يستخدمها القاضي للكشف عن المعنى الحقيقي لعناصر الواقع المقدمة إليه، وهي عملية ذهنية يعتمد فيها القاضي على معطيات

(١) د. محمد حامد فهمي وحامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، مطبعة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٣٧، ص ١٣١، د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٠٥، وأنظر في تفصيل ذلك:

Rigaux: La nature du controle de la cour de cassation, Bruxelles, 1966, P. 56.

(٢) د. محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكيف، مصدر سابق، ص ٣٩٦، د. أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام، مصدر سابق، ص ٢٨٤.

(٣) د. نبيل اسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مصدر سابق، ص ٢٩، د. فتحي والي، الوسيط، مصدر سابق، ص ٥٠٦. وأنظر في تفصيل ذلك:

Normand: Le juge et le fondement du litige, 1987. P. 178.

غير قابلة للحصر^(١)، والفهم قد يرد على أساس الادعاء الذي هو مجموعة من الوقائع غير المكيفة، كما هو الحال في تفسير القاضي لبنود عقد معروض عليه كأساس لدعوى مسئولية عقدية هو نوع من فهم الوقائع وكذلك تفسير شروط هبة أو وصية، وقد يرد الفهم على أدلة الإثبات، أي ما يقدم لإثبات حدوث الوقائع المستند إليها كأساس للإدعاء كتفسير القاضي لتقرير خبير قُدم في الدعوى^(٢) ويقصد بسلطة القاضي في تقدير أدلة الإثبات بأنه النشاط الذهني الذي يقوم به القاضي اثناء نظره للنزاع لمعرفة مقدرة دليل ما على إثبات الوقائع التي يقدمها الخصم كأساس لادعاءاتهم^(٣) وتقدير أدلة الإثبات على هذا النحو هو عملية تعقب إثبات وجودها وتعتمد على مجمل وقائع الدعوى وظروفها لكن هذا لا يعني ان للقاضي دائماً سلطة في تقدير الأدلة، فمن الأدلة ما يمارس فيها القاضي دوراً رقابياً للتأكد توافر شروطها ولا يكون أمامه عندئذ إلا إعمال اثرها وهذا يتوقف على ما تمنحه التشريعات للقاضي من حرية إزاء أدلة الإثبات^(٤)، وفهم الواقع المعروض على المحكمة أمر بالغ الضرورة، لأن القاضي لا يستطيع تكييف الوقائع تكييفاً صحيحاً إلا إذا أدخلنا في دائرته واقع مفهوم فهماً صحيحاً لأنه يُعد اللبنة الأساسية في انطلاق التكييف القانوني نحو هدفه من تطبيق صحيح القانون^(٥).

وفهم الواقع المعروض على المحكمة بهيأة طلب أمر بالغ الضرورة، لأن القاضي لا يمكنه إعطاء الوصف القانوني الصحيح لهذه الوقائع إلا بعد فهمها فهماً صحيحاً واستبعاد الوقائع غير المنتجة فيها، فالقاضي بذلك يضع اللبنة الأساسية في انطلاق التكييف القانوني نحو هدفه من تطبيق القانون، فإذا ما فهم القاضي الواقع فهماً خاطئاً كان الوصف القانوني الصادر منه خاطئاً، لأن ما يبني على خطأ يرتب خطأ^(٦).

(١) د. نبيل اسماعيل عمر، المصدر نفسه، ص ٣٠.

(2) Motulsky: Le role respective du juge et des partie dans l'allegation du fait. In: Ecrits, etudes et notes de procedure civile. 1973, p. 43

(٣) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٧٢.

(٤) راجع في ذلك موقف المشرع العراقي من المذاهب التي تحكم نشاط القاضي، الاشارة السابقة، ص ٢٩ - ٣٣

(٥) د. محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى، مصدر سابق، ص ٣٩٨.

(٦) د. محمد محمود ابراهيم، المصدر نفسه ص ٣٩٨.

إن فهم الواقع وتقديره يقع على عاتق القاضي ولكن القاضي ليس حراً في ذلك بل ملزم أن يكون هذا الفهم وفقاً للضوابط القانونية، ففهم الواقع يقتضي جهداً قانونياً كما يقتضي جهداً منطقياً في ذات الوقت، لأنه يتطلب فهم القانون والشروط اللازمة لتطبيق نصوصه المختلفة^(١) والقاضي ملزم عند تحصيله فهم الواقع الأخذ بعناصر الإثبات التي قدمت له تقديماً صحيحاً فليس لقاضي الموضوع أن يحصل فهم الواقع إلا بالأدلة التي حددها القانون^(٢).

ومن الجدير بالذكر إن تحديد المشرع لأدلة الإثبات لا يعني سلب القاضي سلطته التقديرية لأن القول بذلك أن المحكمة تبقى جامدة كالآلة الصماء تنتظر ما يقدمه الخصوم بل لها أن تقوم بإجراء أي تحقيقات مادية تراها لازمة، ويعتمد الخصوم في بعض الأحيان إلى إخفاء بعض الوقائع أو عدم الدقة في تعيينها أو نتيجة عدم مراعاتهم لقواعد الإثبات، وفي هذه الحالة يظهر دور القاضي الذي يتحدد في فهم الواقع وتطبيق النصوص القانونية على الوقائع محل النزاع، فإذا ما أخطأت المحكمة في تحديد تكييف واقعة وأدخلتها ضمن قاعدة لا تنطبق عليها فأن رقابة محكمة النقض تمتد إليها، فلا تعتمد واقعة بغير سند قانوني لها ولا تستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلاً، فإذا بنى القاضي حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له أو موجود لكنه مناقض لما أثبتته كان هذا الحكم متعيناً نقضه^(٣).

وتطبيقاً لما تقدم، قضت محكمة النقض المصرية باستقلال قاضي الموضوع في تحصيل فهم الواقع في الدعوى من الأدلة التي قدمها الخصوم وله السلطة في تقدير هذه الأدلة ووزنها وترجيح بعضها على البعض الآخر، إلا أنه يخضع في تكييف هذا الفهم لرقابة محكمة النقض،

(١) حسين رجب محمد خلف، السلطة التقديرية للقاضي في المواد المدنية وقانون الإثبات، مجلة النقض، المجلد ٢٦، العدد السادس، ٢٠١٣، ص ٩٧.

(٢) د. أحمد هندي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٥٣٧. د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٧٢.

(٣) نقض مدني مصري، جلسة ١٥/١/١٩٧٦، مجموعة المكتب الفني، س ٢٧، المجلد الأول، مشار إليه في د. محمد محمود ابراهيم، مصدر سابق، ص ٣٩٩.

فلا يجوز له ان يستبعد ما قدم إليه، تقديماً صحيحاً من الأدلة دون أن يذكر في حكمه الاسباب التي دفعته لذلك^(١).

فليس لقاضي الموضوع ان يحصل فهم الواقع إلا بالدليل القانوني الذي يجوز الاستدلال به بشرط ان يقع هذا الاستدلال على الوجه المبين في القانون^(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية على «ان محكمة الموضوع هي صاحبة الحق في تقدير الدليل الجائر لها الاخذ به دون رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك، ما دام الدليل الذي تأخذ به مقبولاً قانوناً، وما لم يكن للدليل حجية معينة حددها القانون، وبشرط ان تبين في حكمها الاعتبارات المقبولة التي بنت عليها قضاءها، فلا تعتمد واقعة بغير سند لها، ولا تستخلص من الوقائع نتيجة غير مقبولة عقلاً»^(٣) فإذا بنى القاضي حكمه على واقعة استخلصها من مصدر لا وجود له، أو موجود ولكنه مناقض لما اثبته، أو غير مناقض ولكن من المستحيل عقلاً استخلاص تلك الواقعة فيه، كان هذا الحكم متعيناً نقضه^(٤).

كما أن قاضي الدعوى وبالأستعانة بالأدلة يمكنه فهم الواقع فهماً صحيحاً، إلا ان هذه الأدلة ليست التزاماً على القاضي المطروح أمامه الواقع بل هي عبء على فرقاء النزاع وإلا أصبحت الوقائع بلا سند وإذا ما كان كذلك فعلى القاضي استبعادها من دائرة الوقائع المنتجة والذي يدخل في إطار الفهم الصحيح لتلك الوقائع^(٥)، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية «بأن مفاد النص في المادة الأولى من قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ من ان على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه، انه إذا اثبت اولهما دينه وجب على الآخر ان يثبت براءة ذمته منه، لان الاصل خلوص الذمة وانشغالها عارض، ومن ثم كان الإثبات على من يدعي خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً مدعياً كان أو مدعى عليه، وبذلك يتناوب الخصمان في

(١) نقض مدني مصري، جلسة ١٦/١١/١٩٧٧/س ٢٨/ص ١٦٩٣ مشار في د. هشام الطويل، شروط قبول الطعن بالنقض في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٧، ص ١٣٢.

(٢) د. عبد المنعم حسني، طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية، دار العلم للطباعة، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٥٨٥.

(٣) نقض مدني مصري بالعدد ٨٠ في ٢٤/١/١٩٧٩، مجموعة المكتب الفني، ص ٣٧١.

(٤) د. عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الأحكام بالتمييز، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩١، ص ١٤.

(٥) د. هشام علي صادق، المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، مصدر سابق، ص ١٦.

الدعوى عبء الإثبات تبعاً لما يدعيه كل منهما، ويجب ألا يكون فهم الواقع على استنتاج ظني...»^(١).

ونرى ان فهم الواقع وتقديره وإن كان من اطلاقات محكمة الموضوع بلا معقب عليها من محكمة التمييز وان تقديره يستقل به قاضي الموضوع، إلا أنه مقيد بإتباع ما جاء به قانون الإثبات من قواعد إثبات موضوعية واجرائية وهذه القواعد تقيد المحكمة والخصوم، وينبغي على قاضي الدعوى فهمها وفقاً لصحيح القانون، على ألا يصل القاضي بفهمه للوقائع الى مرحلة تغيير الواقع الحقيقي الذي قدمه الخصوم الى واقع جديد بحيث يترتب على ذلك تغيير سبب الدعوى أو ما يسمى بإسناد الادعاء وفقاً للنظرة الحديثة للمشرع الفرنسي، فإن خالفها أو أخطأ في تطبيقها أو في تأويلها، فسد رأيه في فهم الواقع في الدعوى من ناحية وأعتبر مخطئاً في القانون من ناحية أخرى ويسري الفساد بالتالي إلى تكييف الوقائع وإلى الحكم برمته أي أن سلطة القاضي هنا في فهم الواقع وتقدير الأدلة معلقة على شرط هو التزام القاضي بقواعد الإثبات وطرق التحقيق المبينة في القانون.

الفرع الثالث

تحديد الواقع المنتج من قبل المحكمة

إن غاية العمل القضائي هي الكشف عن المراكز الموضوعية المجهولة، إما العمل ذاته بما يشمل من تقارير ونشاطات فهي مجرد وسيلة يضعها القانون الاجرائي لتحقيق هذه الغاية^(٢) ويقصد بالواقع المنتج في الدعوى، هو كل ما يقدمه الخصوم أمام محكمة الموضوع ويكون له أثر في تكوين قناعة المحكمة بثبوت كل أو بعض ما يدعيه الخصوم^(٣) ومفاد الإنتاجية هنا أن يكون من شأن ذلك الواقع في حال ثبوته ان يساهم في صدور قرار القاضي بمنح الحماية لمن هو أولى

(١) نقض مدني مصري بالعدد ٥٥٧ في ١٩٧٧/٣/٣٠، مجموعة المكتب الفني، ص ٨٦٢.

(٢) د. محمد محمود ابراهيم، مصدر سابق، ص ٩٧.

(٣) د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٩، ١٩٧٠، ص ٦١٢.

بها، ومن تطبيقات ذلك، عدم جواز إثبات حارس الشيء انه لم يرتكب خطأ، إذ لا أثر لهذا في تكوين قرار القاضي، لأن هذه المسؤولية تثبت ولو ثبت عدم الخطأ من جانب الحارس^(١).

ولا يمكن القول بان الواقع الذي يقدمه الخصوم يُعد مجموعاً لا يمكن فصل عناصره وتشبيهه بالضوء الذي يتكون من سيل من الالكترونات التي لا يمكن فصلها، لان ذلك يتقاطع مع عمل القاضي ومع حقيقة الوقائع إذ ليس كل الوقائع تصلح ان تكون محلاً للإثبات، لذا فأن للقاضي تصفية الوقائع عن طريق اقتطاع عناصر معينة باعتبارها عناصر الواقع المنتج والتي تصلح ان تكون محلاً للإثبات من مجموع العناصر التي تكون الحقيقة في لحظة معينة من قائمة تنطوي على كل الأحداث (الوقائع) أي كل ما حصل وكان له كيان ذاتي وأصبح بذلك من الماضي^(٢) ويختلف القضاة في تحديد العناصر الواقعية التي يُعتمد بها من بين العناصر المختلفة التي تتكون منها الحقيقة، واختيار الواقع المنتج من قبل المحكمة مرحلة تسبق في وجودها مرحلة إثباتها وتكييفها، أي اسباغ الوصف القانوني الصحيح على الوقائع المنتجة التي حددتها المحكمة، ويطلق على الوقائع قبل تحديد الوقائع المنتجة بالوقائع المجردة، إما الوقائع التي يتم اختيارها من قبل المحكمة من مجموع ما قدمه الخصوم من عناصر واقعية فتسمى بالوقائع المُعرفة أو المحددة من قبل المحكمة^(٣).

فالقاضي في فحص وتدقيق الوقائع يمر بثلاث مراحل، تتمثل الأولى بطرح الواقع على القاضي من قبل الخصوم، وتتمثل الثانية بقيام القاضي بتصفية الوقائع واختيار المنتج منها واستبعاد غير المنتج، ومن ثم نصل الى المرحلة الثالثة والتي تتمثل بقيام القاضي بمنح الوقائع التي حددتها المحكمة التكييف القانوني الصحيح وإصدار الحكم أي النص أو القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع^(٤) ويمكن تشبيه مهمة القاضي وفقاً للأمر المتقدم بمهمة الطبيب عند اجراءه التشخيص لمرض ما، حيث يجري مجموعة من الفحوصات الطبية والتي يعتمد فيها

(١) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٢٥، د. فتحي والي، الوسيط، مصدر سابق، ص ٥٥٩.

(٢) د. أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٧.

(٣) د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٤) د. عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام واعمال القضاة في الماد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٤، ٢٠٠٨، ص ٤٥٨.

على خبرته من اجل تحديد اسباب المرض ومن ثم تحديد العلاج اللازم له، فما يقوم به القاضي أيضاً هو إختيار الوقائع النافعة في حسم النزاع من بين جميع الوقائع المختلفة والتي تتطابق مع مركز قانوني يقره القانون عن طريق نشاطه الذهني وخبرته والتي يستخدمها لحل النزاع المطروح عليه، ولكن هذه السلطة في اختيار الواقع المنتج لتقيد بالمحل الذي ترد عليه وهو ما يعرف بالواقع المجرد لان مسائل القانون لا تخضع لتقدير القاضي^(١) ويجب على القاضي الأهتمام بالواقع الذي يعتد به القانون، فلا يحفل القاضي بالوقائع التي لا يعتد بها القانون، ولكنه يبحث عن الواقعة التي يكون لها فائدة في حسم النزاع، ومن الجدير بالذكر ان اختيار القاضي للوقائع المنتجة لا يعتبر حكم يصدره القاضي، بل هو مجرد فحص أولي للوقائع لبيان ما إذا كانت الواقعة تتفق مع فرض القاعدة القانونية المزمع إعمال حكمها أو لا تتفق معه^(٢).

وإذا كان الأصل هو هيمنة الخصوم في مجال الواقع، فإن ثمة حالات يتدخل فيها القاضي في هذا المجال بشكل أو بآخر، وعلى سبيل المثال ان استبعاد القاضي لبعض عناصر الواقع واختيار الواقع المنتج منها، لا يعد تدخلاً منه في ميدان الواقع ولا يجري ذلك بشكل تحكيمي بحت، وانما يتم ذلك استناداً الى قواعد الإثبات التي تستهدف بيان الحقيقة التي يعتد بها القانون^(٣) ولا يعد تدخلاً من القاضي في مجال الواقع عند الاعتداد بوقائع لم يتذرع بها الخصوم ولم يتمسكوا بها بوجه خاص رغم اهميتها، ولذلك لا يعد القاضي قد تدخل في سبب الدعوى لأنه لم يثر وقائع من تلقاء نفسه وانما استند الى وقائع موجودة في أوراق الدعوى ولم يتمسك بها الخصوم، وكذلك اعتداد القاضي بوقائع علم بها اثناء اتخاذ اجراء من إجراءات الإثبات لا يعد تدخلاً منه في ميدان الواقع، وانما هو من قبيل واجبات القاضي في مجال الواقع والتي يستمد سلطته فيها من السلطة القضائية باعتباره احد العاملين في هذا الجهاز من اجهزة الدولة^(٤).

(١) د. محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة، مصدر سابق، ص ٣٩٧.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون، مصدر سابق، ص ١٣.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ١٨٦.

(٤) الياس ابو عيد، مصدر سابق، ص ٧٩،

وأنظر في ذلك نص المادة (٢/٧) مرافعات فرنسي والتي قررت «يجوز للقاضي الاعتداد ببعض الوقائع التي تجادل فيها الخصوم ولكنهم لم يثيروها بشكل خاص في ثانيا ادعاءاتهم»

Art (7): pami les elements du debat ' le juge peut prendre en considerration meme les fait que les parties n 'auraient pas specialement invoques au sou - tien de leurs pretention«

ان القاضي يتناول الواقع الصحيح مستبعداً أي وصف للخصوم صحيحاً كان ام خاطئاً، لأن التكييف واعطاء الوقائع وصفها القانوني الصحيح هي من واجبات وسلطات القاضي وهو جزء من عمل القاضي لا يجوز لغيره ممارسته وإلا كان العمل القضائي مبنياً على خطأ في القانون (١) فوقائع النزاع التي يطرحها الخصوم على القاضي يكون القاضي ازاءها محايداً ولا يستطيع ان يتجاوز هذا الإطار الواقعي للنزاع وإلا كان متجاوزاً لسلطته (٢).

والقاضي لا يستطيع ان يؤسس حكمه إلا على وقائع قدمها الخصوم ولا يستطيع القاضي ان يمس البنيان الواقعي ويعدل من تلقاء نفسه موضوع الطلب القضائي أو سببه، ويجب ان يحكم في الإطار الذي حددته طلبات الخصوم (٣).

ان القاضي في تحديده للواقع المنتج في الدعوى المدنية يقوم بنشاط ذهني مستعملاً نكاهه وحده القانوني إزاء هذه الوقائع، هذا النشاط ينتهي في تحديد الوقائع المنتجة في حل النزاع بشرط ألا يتعدى القاضي في بحثه عن الوقائع المنتجة سياق الوقائع الذي وضعه الخصوم (٤) وعندما يقوم القاضي بتجريد الواقع ووضعه في قالب القانوني الذي يناسبه فأن عمله هذا لا يشمل جميع الوقائع التي قدمها الخصوم وانما يتعلق فقط بذلك الواقع المنتج في الدعوى ويستبعد ما عداه من وقائع غير منتجة ساقها الخصوم (٥).

ونرى ان تحديد المحكمة للوقائع المنتجة من مجموع العناصر الواقعية، ومن ثم تكليف الخصوم بإثبات الواقع المحدد من قبلها يعني ان المحكمة وفقاً للأمر المتقدم تقييد الإثبات في

(١) د. هشام علي صادق، سبب الدعوى المنتتج عن القاضي تغييره، مصدر سابق، ص ٥٤، د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مصدر سابق، ص ٣٢٤، د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مصدر سابق، ص ١٣١.

(٢) د. ثروت أنيس الاسيوطي، المنهج العلمي والقانوني، مجلة مصر المعاصرة، العدد ٣٣٦، ابريل، ١٩٦٩.

(٣) د. نبيل اسماعيل، سلطة القاضي، المصدر نفسه، ص ١٣٠.

(٤) د. هشام الطويل، شروط قبول الطعن، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٧، ص ١٢٣، ويشبه بعض الفقه الفرنسي ملف الدعوى المعروض على المحكمة بالسلة المملوءة بالبضائع المتنوعة، يقدمها الخصوم مُلقين الضوء على بعض منها معتقدين أنها الوقائع المؤدية لإقناع القاضي بطلباتهم، ولكن القاضي لديه رخصة في التقصي والبحث في قاع السلة عن الوقائع المنتجة في النزاع، ولا يخل ذلك بمبدأ سيادة الخصوم على الدعوى المدنية، لأن القاضي مقيد في اختياره هذا، إن يكون مقصوراً على ما ابداه الخصوم في ملف الدعوى، أنظر في تفصيل ذلك:

C. PARODI: l'esprit general et les innovations du nouveau code de procedure civile، paris، 1971، P. 64.

(٥) د. محمد محمود ابراهيم، مصدر سابق، ص ٥٢.

حدود العناصر الواقعية التي تصلح للإثبات وفقاً لوجهة نظر القانون التي تراها المحكمة، ومن المؤكد ان ذلك سيستتبعه تقييد للأدلة التي ترد على محل الوقائع المختارة من قبل القاضي وليس جميع ما قُدم من أدلة في مراحل الدعوى، بل العبرة بالأدلة والطلبات الختامية التي يقدمها الخصوم قبل قرار غلق باب المرافعة، حيث ينتهي دور الخصوم عند هذا الحد و لا يملكون إلا انتظار ما تقرره المحكمة بشأن ادعاءاتهم.

المبحث الثالث

دور الخصوم في الإثبات

تُعد نظرية الإثبات من أهم النظريات القانونية وأخطرها في سوح القضاء، فمرحلة إثبات الحقوق المتنازع عليها هي المرحلة الشائكة في مراحل الدعوى، بل هي محور الخصومة القضائية، فمن يدعي حقاً يتعين عليه اثباته بتقديم الأدلة والمستندات التي تبرهن على وجود الحق وإن عبء إثبات الواقع يقع على من يدعيه مراعيًا في ذلك الشروط القانونية^(١).

ولكن هذا الالتزام المكلف به الخصم لا يعني ان يقف القاضي مكتوف اليدين منحصراً دوره في تلقي الأدلة والبراهين دون ان يمارس دوراً فعالاً إزاءها، ولذا فإن التشريعات الحديثة اتجهت نحو العمل على زيادة فاعلية دور القاضي في إدارة الدليل، ويتعاون كل من القاضي والخصوم في مرحلة الإثبات ويختلف دور كل منهم باختلاف مراكزهم في الدعوى، فيقع على عاتق المدعي إثبات الواقعة التي يدعيها، ويقع على عاتق المدعى عليه نفي هذا الادعاء بتقديم الوقائع التي تدحض حجج خصمه^(٢) والقاضي يدقق في الوقائع والأدلة المقدمة في الدعوى من أجل التوصل إلى الحقيقة الموضوعية، هذا الدور الذي يؤديه القاضي يختلف بحسب الإجراء أو الدليل الذي ارتكن اليه الخصوم. لذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الاول في ميدان الواقع: واجب الخصوم.

المطلب الثاني: صور الواقع.

المطلب الثالث: دور الخصوم في إثبات الواقع.

(١) أنظر نص المادة (٧/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» تقابلها المادة (١) إثبات مصري والتي قررت «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلّص منه» وأنظر نص المادة (٩) مرافعات فرنسي والتي قررت «يتحمل كل طرف عبء إثبات الحقائق اللازمة لنجاح مطالبته وفق القانون» Art (9): «incombe a chaque partie de prouver con forment a La Loi des fait necessaires au succes de sa pretention».

(٢) عبد الوهاب العشماوي، اجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١٣.

المطلب الاول

واجب الخصوم في ميدان الواقع

يتحدد واجب الخصوم بالنسبة لعنصر الواقع في الدعوى المدنية بالتزام يتمثل بتقديم الواقع وتوضيحه للمحكمة وبالطرق التي حددها القانون^(١) ويقع على عاتق الخصوم أيضاً إثبات الواقع المحدد والمنتج، ويظهر هنا التمييز بين الواقع والقانون حيث لا يكلف الخصوم بإثبات القانون طبقاً للقاعدة التقليدية (القاضي يعرف القانون)، ولا يكلف الخصوم بإثبات الوقائع المشهورة، كما لا يكلف الخصم بالإثبات إذا وجدت قرينه قانونيه لصالحه^(٢).

وللقاضي مطلق الحرية في تكوين قناعاته بالأخذ بدليل معين لإثبات واقعة ما أو نفيها ولكن يجب على القاضي ان يستمد هذه القناعة من وقائع النزاع المطروح وأوراق ضبط الجلسات ولا يبني قناعاته استناداً لمعلوماته الشخصية، فالقاضي ملتزم بالحياد الايجابي الذي يمنع عليه التدخل في ميدان الواقع الا بالطرق التي حدد ها القانون^(٣).
ولذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو التالي :

الفرع الاول: بيان موضوع الدعوى .

الفرع الثاني: الادعاء بالواقع.

الفرع الأول

بيان موضوع الدعوى

تُعد الدعوى وسيلة قانونية يلتجأ بها صاحب الحق أو المركز القانوني المعتدى عليه إلى المحكمة للحصول على تقرير حقه أو حمايته، وهي الوسيلة التي استعاض بها لمنع الفرد اقتضاء

(١) د. أحمد هندي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٥٣٧، د. أحمد الصاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥٧٢.

(٢) د. محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٥.

(٣) أنظر نص المادة (٨) إثبات عراقي.

حقه لنفسه بنفسه، فالقضاء هو السلطة الرسمية التي تختص في أمر الفصل في المنازعات، والحق المتنازع عليه، بنظر القضاء لا يعود إلى أي من الطرفين (المدعي أو المدعى عليه) فيقبل القضاء الدعوى ابتداءً بغض النظر عما ستؤول إليه نتيجتها، ويعني ذلك إلزام المدعي بإثبات ادعاءه وتكليف المدعى عليه بالجواب على خصمه إيجاباً أو نفيًا^(١).

وقد عرفت المادة الثانية من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل الدعوى بقولها، هي طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء^(٢)، ومن المسلم به ان القضاء المدني قضاء مطلوب، فالقاضي المدني إذا علم بوجود نزاع بين طرفين لا يستطيع النظر به إلا بناءً على طلب من أحدهما لان القاضي لا يعمل من تلقاء نفسه، فالطلب عنصر أساسي للدعوى وبموجبه تتحرك الدعوى أمام القضاء، وبدونه لا يستطيع القضاء ان يفصل في النزاع. ووصف قانون المرافعات العراقي الطلب بالعريضة التي تقام بها الدعوى لذا فرفع الدعوى يجب ان يتم بطلب تحريري وعلى المدعي عند تقديم عريضة دعواه ان يرفق بها نسخاً بقدر عدد المدعى عليهم ويرفق كذلك قائمة بالمستندات والأدلة التي يستند عليها في دعواه^(٣)، ويقصد بالطلب القضائي، هو ذلك الإجراء الذي يتقدم به شخص إلى المحكمة عارضاً عليه ما يدعيه وطالباً الحكم له به^(٤).

ويتحدد الواقع في الدعوى المدنية وفقاً للتنظيم القضائي العراقي بوقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها^(٥)، وبوقائع الدعوى وطلبات المدعي وأسانيدها في ظل التنظيم القضائي المصري^(٦)، إما في ظل قانون المرافعات الفرنسي الجديد يتحدد الواقع بالادعاءات الواردة في طلبات المدعي والمدعى عليه، ويكون ذلك على شكل ادعاء ودفعاً من قبل المدعي والمدعى

(١) د. سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، ج ١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦، ص ١٧٦.

(٢) أنظر نص المادة (٣٠) مرافعات فرنسي والتي عرفت الدعوى بأنها «حق مقدم الطلب القضائي في ان يسمع في مضمون الادعاء لغرض ان يقرر القاضي صحة او عدم صحة ادعائه، وبالنسبة للمدعى عليه فإن الدعوى تعني حق مناقشة ذلك الطلب «ولا يتضمن قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ تعريفاً للدعوى»

Art (30): «L' action est le droit, pour la uteur d'une pretention. detter entendu sur le fond de celle ci afin que le juge la dise bier, ou mal fondee pour larder saire L'action est le droit de discuter le bien fonde de cette pretention».

(٣) أنظر نص الفقرة (١) من المادة (٤٤) وأنظر كذلك نص المادة (٤٦) مرافعات عراقي.

(٤) د. آدم وهيب النداوي، سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون في جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص ٥٦.

(٥) الفقرة (٦) من المادة (٤٦) مرافعات عراقي.

(٦) الفقرة (٦) من المادة (٦٣) من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.

عليه^(١) وهذا ما لم يعالجه المشرع العراقي ونظيره المصري واللذان اكتفيا بمعالجة الوقائع التي يثيرها المدعي دون الاعتداد بالوقائع التي يثيرها المدعى عليه، ويعود ذلك إلى غموض فكرة الدعوى لدى المشرعين، ويبدو ان المشرع العراقي وموقفه هذا يرجع إلى فكرة الدعوى وماهيتها والتي اقتبس تعريفها وبالضبط لما عرفته المادة (١٦١٣) من مجلة الأحكام العدلية، ولكنه تدارك هذا النقص في المادة (٨) مرافعات عراقي والتي خصصت لتعريف الدفع (رد الادعاء) بانه: «الأتان بدعوى من جانب المدعى عليه تدفع دعوى المدعي وتستلزم ردها كلاً أو بعضاً...» وتطبيقاً لما تقدم يلتزم الخصوم بتحديد موضوع الدعوى في عريضة الدعوى فإذا كانت الأخيرة تخلو من الطلبات وما يدل على موضوع الدعوى فإن ذلك يؤدي إلى ابطال عريضة الدعوى ومن اجل ان يتمكن القاضي من تحديد موضوع الدعوى يجب عليه فحص المراكز الموضوعية للخصوم عن طريق مجموع الوقائع التي طرحها الخصوم، ويجب ان يكون تقدير القاضي دقيقاً وصحيحاً لأنه قد تعترضه بعض الصعوبات، فمثلاً فلو رفع شخص ما دعوى للمطالبة بملكية سيارة، فلا يجوز للقاضي من تلقاء نفسه ان يحكم بقيمة هذه السيارة، لان الحكم بقيمة الشيء لا يكون إلا بثبوت ملكية ذلك الشيء^(٢).

ونرى ان سبب المنازعة يتكون من الوقائع التي يثيرها المدعي والمدعى عليه، وان موضوع الدعوى يتحدد بمجموع الادعاءات التي وردت في طلبات المدعي والمدعى عليه، ولا تقتصر على طلبات المدعي كما تصورها المشرع العراقي والمصري، بل أنها حق لكل من المدعي والمدعى عليه وليست حقاً للمدعي فحسب، وان تصور المشرع الفرنسي لفكرة الدعوى على انها حق لكل من المدعي والمدعى عليه هو ما يتفق مع الطبيعة القانونية للدعوى أمام القضاء المدني.

(١) أنظر المادة (٤) مرافعات فرنسي، والتي نصت على «يتم تحديد موضوع النزاع من خلال طلبات كلا الطرفين، ويتم تحديد هذه الطلبات من خلال عريضة بدء الاجراءات وطلبات الدفاع ولكن يمكن تعديل موضوع الدعوى من خلال الطلبات العارضة عندما تكون مرتبطة بالطلبات الأصلية. عندما تكون مرتبطة بالطلبات الأصلية بصلة كافية

Art (4): « L' objet du litige est determine par les pretentions respectives des parties»

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، الطبيعة القانونية للدعوى أمام القضاء المدني، بحث منشور بمجلة الحقوق التي تصدرها جامعة الكويت، ١٩٨٥، ص ١٧.

الفرع الثاني

الادعاء بالواقع

لقد سبق القول ان الدعوى المدنية لها جناحان الأول يتمثل بوقائع الدعوى وأدلتها وهو ما يسمى بعنصر الواقع، ويتمثل الثاني بالقاعدة القانونية التي يطبقها القاضي على وقائع الدعوى وهو ما يسمى بعنصر القانون، ويُعد الواقع نقطة انطلاق وتحريك النشاط القضائي من سكونه وسكوته فهو وقود النشاط القضائي، فالقاضي لا يستطيع أن يمارس عمله القانوني بدون الوقائع، وإلا خرج من نطاق الوظيفة القضائية إلى نطاق الإفتاء أو التفسير المجرد للقانون على فروض نظرية وغير واقعية، فالوقائع هي التي تدفع القضاء لحماية النظام القانوني^(١).

ويقصد بالادعاء (محل الطلب) بأنه النتيجة الاجتماعية أو الاقتصادية التي يهدف إليها الطالب في دعواه، كالمبلغ المطالب به في دعاوى المسؤولية المدنية^(٢) ولذا كانت الوقائع مكوناً أساسياً وجوهرياً في القانون، وبالذات في القانون الموضوعي، بل ان الفقه الموضوعي ينعقد اجماعه^(٣) على ان الواقعة هي مصدر الالتزام، وان العمل القضائي يتناول هذه الواقعة من خلال القانون الإجرائي بعد ان يزوده القانون الموضوعي بها وينحصر دوره الدقيق في إزالة تجهيل القانون في الحالات الواقعية^(٤) وهكذا تشكل الواقعة أساساً مشتركاً بين القانون الموضوعي والإجرائي وتربط فيما بينهما ربطاً وظيفياً محكماً، كما انها تربط ما بين القاضي وأطراف الدعوى، ولذلك قيل ان واجب الخصوم تقديم الواقع أمام المحكمة، وواجب القاضي ان يطبق القانون، ولذلك فإن المكلفين بالقانون الموضوعي هم الأشخاص، إما المكلفين بالقانون الإجرائي فهم القاضي وأطراف النزاع، فالقانون الإجرائي لا يجد تنفيذاً إلا بنشاط الأفراد وحدهم، إما النشاط القضائي فله قانونه الإجرائي الذي يحدد مركز القاضي والأفراد المشتركين فيه ويوجه تنظيمه اليهم حتى يصل

(١) د. محمد محمود ابراهيم، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

(٢) د. آدم وهيب الندوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، مصدر سابق، ص ١٩٨.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ١، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ١٢٩-١٣٤، د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مكتبة عبد الله للنشر والتوزيع، بدون سنة نشر، ص ٢٢، د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، ط ٥، مطبعة نديم، بغداد، بدون سنة نشر، ٣١.

(٤) د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مصدر سابق، ص ٩٣.

إلى غايته^(١)، ووفقاً للأمر المتقدم فإن مفتاح العمل القضائي متجسد في الواقع الذي يقدمه الخصوم أمام القاضي نتيجة عدم التطبيق الذاتي والتلقائي للقانون^(٢) ويسود القانون الإجرائي مبدأً تقليدي هو مبدأ حياد القاضي، وهو من المبادئ التي تبرر سيادة الخصوم في ميدان الواقع، ومقتضى هذا المبدأ ألا يتدخل القاضي في الوقائع التي يدعيها الخصوم، فإذا طرح المدعي مجموعة من العناصر الواقعية التي يسند بها صحة ادعائه، وساق المدعى عليه مجموعة أخرى من العناصر الواقعية كي يدحض بها ادعاءات خصمه، فإن إثارة القاضي من تلقاء نفسه لوقائع تدعم هذا الطرف أو ذاك يؤدي إلى الإخلال بمهمته كحكم عادل وغير منحاز.

إن تحديد عنصر الواقع يوضح وبصورة لا تقبل الشك، واجبات القاضي والخصوم في الدعوى المدنية، فيقع على عاتق الخصوم عبء الادعاء بالواقع، وفي المقابل يلتزم القاضي بتطبيق القانون، أي أن الادعاء بالواقع يوزع الأدوار بين الخصوم أصحاب المصالح الخاصة، وبين القاضي الذي يسعى لتحقيق المصلحة العامة^(٣) ويلتزم الخصوم بتقديم الوقائع المفيدة في حسم النزاع والتي تصلح لأن تكون محلاً لإثبات ادعاءاتهم، ويشترط أن تكون هذه الوقائع مجردة من أي وصف قانوني، فوقائع النزاع المقدمة من قبل الخصوم لا يتعين أن توصف من قبلهم بأي وصف قانوني، بل يكفي أن يقدموها مجردة من كل وصف، لأن الوصف القانوني (التكييف) عمل قانوني يختص القاضي وحده بإعماله، والغالب أن الخصوم لا يقدمون واقعاً منفصلاً عن القانون

(١) د. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف، مصدر سابق، ص ٢٢٢، د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، مصدر سابق، ص ٩٤.

(٢) د. عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ١٩٢، وتبرر قاعدة سيادة الخصوم في مجال الواقع بمبدأ آخر هو مبدأ ملكية الخصومة لأطرافها، وطبقاً لهذا المبدأ فإن الوقائع التي يثيرها الخصوم على شكل ادعاءات هي أمور تتعلق بحياتهم الخاصة، ويجب أن يكون لإرادتهم بشأنها سلطان كبير، وينبغي على ذلك أن مهمة القاضي تتحدد في استعمال الوقائع التي تصلح أن تكون محلاً للإثبات واستعمال أدلة الإثبات التي قدمها الخصوم، ويؤيد جانب من الفقه سيادة الخصوم في ميدان الواقع وقوف القاضي منها موقفاً محايداً على أساس خطورة تدخله على ادعاءات الخصوم، حيث يؤدي تدخله إلى تغيير حدود هذه الادعاءات (أساساً وموضوعاً) أنظر في تفصيل ذلك، د. محمد نور شحاته، مبادئ قانون القضاء المدني والتجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص ٤٤٧، د. عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون، مصدر سابق، ص ٣٣. وفي الفقه الفرنسي أنظر في تفصيل ذلك:

H. Solus: le role du juge dans l'administration de la preuve Trav de Assoc, Capitan, 1949, p. 135.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ١٨٤.

بل ان أغلب الوقائع تقدم وهي مثقلة بتكليفات الخصوم من أجل اقناع القاضي بصحة ما يدعونه، ولكن القاضي لا يتقيد بما يضيفه الخصوم من أوصاف قانونية وهي غير ملزمة له ولا تعبر سوى عن مقترحات وآراء ذاتية تعبر عن وجهة نظر الخصوم^(١) ويجب على القاضي تأسيس حكمه على الوقائع المثبتة في محاضر جلسات المرافعة، ولا يجوز له الاستناد على وقائع لم تقدم من قبل الخصوم ولم تناقش من قبلهم ولا يجوز له القيام بأي إجراء من إجراءات الإثبات دون الالتزام بقواعد الإثبات التي حددها القانون^(٢).

ومن الجدير بالذكر ان القاضي لا يجوز له التدخل في البنيان الواقعي الذي يقدمه الخصوم، وإذا ما قام بتحديد الوقائع النافعة في حسم النزاع، واستبعاد الوقائع غير النافعة فهو لا يقوم بذلك بشكل تحكيمي، وإنما يستند في عمله إلى قواعد الإثبات التي تفرض عليه الاعتداد بوقائع بعينها دون غيرها^(٣).

ونرى انه ليس كل الوقائع التي يدعيها الخصوم تعتبر أساساً للدعاء ويمكن بواسطتها الحصول على الحماية القضائية، وإنما فقط تلك الوقائع التي تكون منتجة والتي تنطبق عليها القاعدة القانونية في الدعوى المقامة.

المطلب الثاني

صور الواقع

الخصوم هم من يبدأون الخصومة وهم أقدر الناس على اختيار الوقائع التي تؤيد ادعاءاتهم، على ان تتوفر في هذه الوقائع الشروط القانونية، وان تكون طريقة الإثبات التي عرضها الخصوم

(١) د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مصدر سابق، ص ١٢٧. وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق «ان للمحكمة الحق في عدم الاخذ بالتكييف القانوني الذي يكيف الخصوم به الدعوى، لان الاوصاف القانونية للدعوى وتكييفها ليست ملكاً لهم بل هي من حق المحكمة ومن واجبات القضاء، ومن حقه ان لا يأخذ بتكييف أي من الطرفين، والعبرة في الدعوى ليست بما يصفه الخصوم بل بما تثبته المحكمة من وقائع الدعوى...» قرارها بالعدد ٦٤٣/ح/١٩٦٧ في ١١/١١/١٩٦٧ مشار إليه لدى د. آدم وهيب النداوي، سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، مصدر سابق، ص ٢٥٠ - ٢٥١.

(٢) د. عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، مصدر سابق، ص ٣٢٢.

(٣) استاذنا د. هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩، ص ٣٧.

لإثبات الوقائع التي يدعونها قانونية، والوقائع التي يقدمها الخصوم قد تكون مجردة من أي وصف قانوني (وقائع بحتة) وقد تكون مشفوعة بتكليفات قانونية لإقناع القاضي بصحة ما يدعونه، لذا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: الواقع البحت.

الفرع الثاني: الواقع المشوب بعنصر القانون.

الفرع الثالث: المفاهيم التي تناولت سبب الدعوى باعتبارها فكرة قانونية أو واقعية بحتة أم فكرة واقعية مشوبة بعنصر القانون.

الفرع الأول

الواقع البحت

من المسلم به ان خصوم الدعوى ليس عليهم أي التزام بوصف وقائع نزاعهم المطروح أمام القاضي، وإن وجد هذا الوصف فهو غير ملزم للقاضي، فإذا ما طرحوا الوقائع مجردة من أي وصف قانوني على القاضي، فان الاخير يلتزم بوصفه وصفاً قانونياً، لأن التكليف من مهامه وواجباته، فتكليف الوقائع في نزاع معين ما هو إلا عملية ذهنية يقارن فيها القاضي بين مفترض القاعدة القانونية ومسائل الواقع التي طرحها الخصوم لكي يصل إلى تقدير وجود أو عدم وجود التطابق بينهما، وبالتالي أعمال أو عدم أعمال حكم القاعدة القانونية^(١).

ويذهب جانب من الفقه^(٢) إلى تعريف الواقع البحت بأنه الواقع غير الموصوف بأي وصف قانوني، أي الواقع الذي يفتر إلى التكليف القانوني وسمي أيضاً بالواقع المجرد، وانطلاقاً من هذا سنحاول البحث عن إمكانية وجود واقع البحت لما في ذلك من فائدة في تحديد هذا الواقع أمام محاكم الموضوع ومحاكم الطعن، وتظهر فائدة ذلك وبشكل خاص أمام محكمة التمييز، حيث

(١) د. نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٠٠.

(٢) د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٦٠، د. محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكليف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢، ص ٢٩٦.

ان محكمة التمييز لا تبسط رقابتها على مسائل الواقع البحت لأنها من اختصاص محاكم الموضوع، ومن ناحية أخرى ان الأسباب الواقعية المشوبة بعنصر القانون لا يجوز ابداءها لأول مرة أمام محكمة التمييز ⁽¹⁾ ويجب ملاحظة ان القاعدة القانونية بجميع عناصرها لا تعد من مسائل الواقع وإن كانت ترجع في أصلها الى مجموعة عناصر واقعية تم صياغتها بشكل خاص من جانب المشرع وبناءً على هذه الصياغة رتب عليها أثراً قانونياً، ولكن بمجرد صدورهما تتخلع عن الواقع لتكتسب صفات خاصة كالعموم والالزام والتجريد وتظل صالحة نظراً لتجريدتها لحكم أي واقع يتطابق مع مفترضها، فالقاعدة القانونية لا تعتبر من الواقع وإنما هي تهيمن على هذا الواقع وتحكمه ⁽²⁾.

ويعلق جانب من الفقه ⁽³⁾ إلى انه ومن الناحية الفلسفية فان إمكانية وجود الواقعة البحتة يفترض إمكانية وجود الحقيقة الموضوعية، والحقيقة الموضوعية هي التي يمكن النظر إليها دون ان يؤخذ بنظر الاعتبار أي عامل أو عنصر خارجي عن تلك الحقيقة، وبمعنى آخر فالحقيقة الموضوعية هي الحقيقة التي تتخلع عن جميع المؤثرات وتنزل بذاتها عن الواقع المجرد ومقتضى ذلك استبعاد جميع التكييفات التي من الممكن ان يخلعها الذهن البشري على وقائع الحياة فيمنحها بذلك اسم معين يسهل إدخالها في إحدى طوائف المعرفة الإنسانية، والقول بإمكانية وجود الحقيقة الموضوعية، يمكن الاستدلال منه على امكانية وجود الواقعة البحتة، وإذا ما وجدت الحقيقة الموضوعية يؤدي إلى استحالة دخولها في نطاق القاعدة القانونية، لأن دخولها يتطلب إمكانية التعبير عنها، ولكي يُعبر عنها قانوناً فلا بد ان يكون لها أسم قانوني أو تكييف قانوني، وهذه العملية هامة نظراً لأن القانون يحكم العلاقات بين الاشخاص، هذه العلاقات لا بد لها من أوصاف تجيز تطبيق القانون عليها، وينتهي هذا الرأي إلى عدم وجود الحقيقة الموضوعية، وبالتالي إلى عدم وجود الواقع البحت.

ويستدل جانب من هذا الاتجاه ⁽⁴⁾ إلى عدم وجود الواقع البحت، لان مفهوم هذا الواقع لا يوجد منفصلاً عن القانون، فمفهوم الواقع ما هو إلا اعمال القانون، فالواقعة لكي يكون لها وجود

(1) Perrot: L'influence de la technique sur la but des institutions juridique 1947 p. 13

(2) Terre: Introduction generale au droit Dalloz, 3 ed, 1996, p 552.

(3) Martin: La fait et le droit au les parties et le juge, J. C. P. 1974. p 974.

(4) Normand: Le juge et le fondement du litige, 1987. p 212 J. Miguët: immutabilite et evolution du litige, 1977, p. 171.

في الحياة القانونية يجب ان تكون مكيفة وتحمل أسم قانوني يعبر عنها لكي تعتبر واقعة قانونية، وتطبيقاً لذلك فالواقع البحت لا وجود له في الحياة القانونية التي لا تعترف إلا بالواقع الموصوف وصفاً قانونياً، وذهب جانب آخر من الفقه ^(١) إلى التمييز بين التقديرات القانونية والتقديرات غير القانونية، ومقتضى ذلك انه ومن اللحظة التي يجب تقدير وقائع الدعوى تقديراً خاصاً حدده المشرع بشكل معين ففي هذه الحالة نكون أمام نوع من التقديرات القانونية.

وبناءً على ذلك فالحكم الصادر على هذه التقديرات يخضع لرقابة محكمة التمييز لأنه يُعد من مسائل القانون، إما إذا كان ما قامت به المحكمة تقديراً مادياً كأن يبحث القاضي فيما إذا كانت الوصية قد كتبت بخط يد الموصي أم لا، أو كان تقديراً معنوياً كأن يبحث القاضي إذا كان يوجد في سلوك معين تواطؤ أم لا يوجد، فهنا إذا صدر الحكم بناءً على هذه التقديرات الخاضعة لسلطة تقدير القاضي فإن مثل هذا الحكم لا يخضع لرقابة محكمة التمييز، لأنه يُعد من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، وقد لاقى هذا الاتجاه عدة انتقادات أهمها صعوبة الفصل بين التقديرات القانونية والتقديرات المادية والمعنوية، وتظهر صعوبات أخرى في ان تحول بعض الأفكار من فروع المعرفة الانسانية إلى أفكار قانونية مشتقة لتمييزها عن الأفكار الأصلية ^(٢).

ويذهب البعض الآخر ^(٣) إلى ان ما ذهب اليه الآخرون من ان الواقع البحت لا وجود له إلا في الحياة القانونية نظراً لأن كل ما يوجد من اشخاص وأشياء في إطار هذه الحياة قد تم وصفه وصفاً قانونياً، وإذا كانت الحقيقة الواقعية لا توجد في صورتها النقية في هذا العالم الموصوف فإن هذا الرأي يخلط بين لحظتين زمنيتين مختلفتين، اللحظة الأولى تتحدد بوجود الواقعة أو الحقيقة وجوداً لا يشوبه نزاع، واللحظة الثانية تتحدد بوجود الواقعة أو الحقيقة والمنازعة في تلك الحقيقة وطرحها على القضاء وتطبيق حكم القانون بشأنها، ويرى هذا الجانب وجوب التمييز وبدقة بين هاتين المرحلتين الزمنيتين فإذا كان من المحتمل عدم وجود واقع بحت فإن ذلك يمكن حصوله قبل قيام النزاع و قبل طرحه على المحكمة وقبل تطبيق القانون بشأنه، إما إذا اخذنا بنظر الاعتبار

(١) ظهر هذا الاتجاه في فرنسا عام ١٨٣٤ بواسطة المحامي (Dupin) في محاولة لإيجاد قاعدة للتمييز بين الواقع والقانون، مشار لما جاء لدى د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٢) د. محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة، مصدر سابق، ص ٢٩٩.

(3) Normand: Le juge et le litige, op. cit. p 220.

اللحظة الزمنية السابقة على قيام النزاع والسابقة على تقديمه أمام القاضي وحتى في المرحلة التالية لطرحة على القاضي وقبل تطبيق أي قاعدة قانونية عليه يمكن اعتباره واقعاً بحتاً يقع تحت سيطرة الخصوم وفقاً لمبدأ سيادة الخصوم، والقاضي يتمتع ازاءه بسلطة تقديرية، هذه السلطة تقودنا إلى المرحلة الوسيطة بين لحظة طرح الوقائع المتنازع عليها وبين لحظة حكم القانون على هذه الوقائع.

ويذهب اتجاه آخر ^(١) إلى ضرورة ضبط اللحظة الزمنية التي يجب فيها معرفة متى نعتبر ازاء واقع بحت ومتى نعتبر ازاء القانون البحت، دون ان يحدث خلط بين الأمرين، فقبل قيام النزاع نكون ازاء واقع بحت للخصوم عليه سيادة كاملة، وعند إجراء التكييف القانوني فهذا الواقع يظل طوال مرحلة المقارنة بينه وبين مفترض القاعدة القانونية مجرد واقع بحت عاري من كل وصف قانوني، وبعد ارساء التكييف القانوني نكون أمام أمرين منفصلين الواقع والتكييف القانوني، فالواقع بعد تكييفه لا يزوب في هذا التكييف. مما لا شك فيه ان هذا الرأي سلك مسلكاً إيجابياً عندما تصدى لمشكلة الواقع البحت وقرر بوجوده وجوداً فنياً معتمداً على تحديد لحظة زمنية يجب النظر فيها لمعرفة متى يوجد الواقع البحت والقانون البحت دون خلط بينهما، فقبل قيام النزاع يوجد الواقع البحت إذ في هذه المرحلة السابقة على قيام النزاع والسابقة على طرحه على القاضي وحتى في المرحلة التالية لطرحة على القاضي وقبل إعمال حكم القانون كل هذا يمكن اعتباره واقع بحت، وذهب بعض الفقه ^(٢) إلى انتقاد هذا الرأي بالقول انه يخلط ما بين الواقع والتكييف القانوني، فاذا كان الواقع البحت في هذا النهج هو الواقع غير المكيف ولذلك وجد في مرحلة اللانزاع، فان التكييف القانوني عندما يتناوله يخلع عنه صفته البحتة لكي يلبس رداء التكييف القانوني، ولذلك ليس صحيحاً ما قرره هذا الاتجاه من ان الواقع بعد تكييفه لا يزوب في هذا التكييف. وبعد هذا العرض للآراء الفقهية.

نرى ان ما جاء بالاتجاه الفقهي الأخير الذي حدد وقائع النزاع في المرحلة السابقة على قيام النزاع والسابقة على طرحه أمام القاضي، هو الأخرى بالتأييد، والسبب في ذلك ان الواقع البحت غير الموصوف بوصف قانوني موجود بصفة دائمة عندما يقوم الافراد بتطبيق القانون تطبيقاً تلقائياً على وقائع حياتهم دون نشوب أي نزاع أو تعارض وهو ما يسمى بالتنفيذ الذاتي أو التلقائي

(١) د. نبيل اسماعيل عمر، المصدر نفسه، ص ١٧٠.

(٢) د. محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة، مصدر سابق، ص ٣٠٠.

للقانون، ولكن إذا حصل نزاع على الواقع البحث صار واقعاً غير بحث بشرط ان يلجأ اطراف النزاع إلى القضاء وطرح وقائعهم عليه لتطبيق القانون، فالواقع البحث موجود وغير مطروح عندما يقوم الافراد باحترام القانون وتطبيقه، وهو يفتقد لصفته البحثية عندما يمتنع الافراد عن التطبيق التلقائي للقانون ومن ثم حصول نزاع يستتبعه لجوء صاحب الحق إلى القضاء طلباً للحماية القضائية.

الفرع الثاني

الواقع المشوب بعنصر القانون

الواقع المشوب بعنصر القانون في هذا المقام لا نقصد به الواقعة القانونية التي اختلط فيها العنصر المادي بعنصر الإرادة، كما هو الحال في الاستيلاء حيث تختلط الحياة المادية بإرادة المستولي في ان يملك بالحال^(١)، وانما نقصد به ذلك الواقع المختلط الذي تمتزج فيه العناصر الواقعية بالعناصر القانونية في النزاع المطروح بحيث لا يمكن فصل الجانب الواقعي عن الجانب القانوني، ولذلك يقال ان هناك اختلاط الواقع بالقانون^(٢) وإذا كان العنصر الواقعي المخالط لعنصر القانون يجوز قبوله أمام محكمة الموضوع، فإنه غير جائز قبوله أمام محكمة التمييز، لكونها محكمة قانون وليست محكمة وقائع، واهمية تحديد ذلك الواقع المشوب بعنصر القانون تبدو أمام محكمة التمييز وليس أمام محكمة الموضوع، بحيث لا يجوز إثارة أي مسألة أمام محكمة التمييز، ويمكن تمييز ذلك الواقع المشوب بعنصر القانون أمام التمييز في فرضين عمليين، الفرض الأول بالنسبة لوسائل الدفاع والأدلة التي يمتزج فيها الواقع والقانون والتي لا يمكن قبولها إذا تم اثارها لأول مرة أمام محكمة التمييز^(٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية على ان «الدفع بعدم قبول الدعوى أمام محكمة الموضوع على أساس ان رافع الدعوى ليس لديه توكيل خاص بالتقاضي دون التعرض لأثر الحراسة المدعى بفرضها دفاع يخالطه واقع ولا يجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز»^(٤) ويتمثل الفرض الثاني في الطعن بالحكم للخطأ في تطبيق القانون

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٤.

(٢) د. محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة، مصدر سابق، ص ٢٨٩.

(3) Motulsky: Le cause de la demande dans la delimitation de l'office du juge, 1964. P. 244.

(٤) قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ١٣٦ في ٢٢/٣/١٩٦٨، مجموعة المكتب الفني، ص ٣٣٧.

يتضمن مخالطة الواقع فلا يجوز اثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية^(١) بأن «الطعن لوجود خطأ في الحكم المطعون فيه في تطبيق القانون لمخالفته قواعد الاختصاص النوعي وإن كان يتعلق بالنظام العام إلا انه لا يجوز التمسك به أمام محكمة النقض ولا ان تثيره المحكمة من تلقاء نفسها ما دام انه يستند إلى عنصر واقعي لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع».

ووفقاً للأمر المتقدم أتضح لنا ان التعرف على الواقع المشوب بالقانون له فائدة كبيرة تبدو في قبول أو عدم قبول تقديمه أمام محكمة التمييز، ولذلك كان من المستحسن ان نبحث عن معيار يوضح ماهية وطبيعة الواقع المشوب بعنصر القانون، وهذا المعيار هو واقعة أو وقائع قانونية إذا لم تطرح على محكمة أول درجة جاز طرحها على محكمة التمييز وبصرف النظر فيما إذا تمسك بها صاحبها أو عدمه أو اتصالها بالنظام العام^(٢).

والأساس القانوني للواقع الممتزج بعنصر القانون فهناك تبريران لذلك احدهما فقهي والاخر قضائي، وقد ذهب اصحاب التبرير الأول بان قضاء محكمة النقض المستقر على عدم قبول وسائل الدفاع والادلة التي يختلط فيها العنصر الواقعي بالعنصر القانوني إذا اثيرت أمامها لأول مرة أسوة بالوسائل الواقعية البحتة، يرجع إلى المبادئ التي تحدد اختصاصها، كما انه يساير الموجهات العامة التي تحدد دور القاضي في الدعوى المدنية، فإذا كان القاضي ملتزم بتطبيق القانون من تلقاء نفسه دون التقيد بما تمسك به الخصوم من وسائل قانونية بحتة، فانه لا يستطيع ان يطبق قاعدة قانونية لم يتمسك الخصوم أمامه بالمسائل الواقعية اللازمة لتطبيقها وإلا خرج عن حياده في مجال الواقع وهو ما لا يجوز^(٣) اما اصحاب التبرير الثاني اتجهوا إلى انه ومن المستقر عليه في قضاء النقض^(٤) ان السبب القائم على وقائع لم يسبق طرحها على محكمة الموضوع فلا يمكن اثارته لأول مرة أمام محكمة التمييز وإلا اعتبر سبباً جديداً مما لا يجوز ابداءه

(١) قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ٥٦ في ١٩٦٤/١/٩، مجموعة المكتب الفني، ص ٥٢.

(٢) أنظر في ذلك قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ٢١ في ١٩٧٦/٤/٧، مجموعة المكتب الفني، ص ٩٨٥.

(3) Normand: Le juge et le litige. op. cit. p. 212.

(٤) قرار محكمة النقض الفرنسية في ١٩٥٨/٣/٢٥، ص ١٣٥، مشار اليه لدى د. هشام علي صادق، المقصود

بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، مصدر سابق، ص ٦٨.

أمام محكمة التمييز^(١) والواقعة المختلطة هي واقعة قانونية، وليست كل واقعة قانونية واقعة مختلطة، فالواقعة القانونية اوسع مجالاً من الثانية، إذ الواقعة القانونية تتضمن بجانب مقومها الواقعي عنصر قانوني تعلق بها تعلقاً طبيعياً، بالإضافة إلى أنه لا يجوز طرح الواقع على محكمة التمييز، فإن الواقع المشوب بعنصر القانون يطرح لا على أساس العناصر الواقعية بل على أساس العناصر القانونية شرط اتباع ما تقدم^(٢)، وحيث أن فكرة سبب الدعوى وعلاقتها بهذا الموضوع من حيث تحديد هذه الفكرة باعتبارها فكرة قانونية أو فكرة مركبة من الواقع والقانون أم فكرة واقعية بحتة، هذه الفكرة التي جذبت انظار الفقهاء وانتباههم إلا أنهم لم يستطيعوا الوصول إلى اتفاق حول المعطيات الصحيحة لها، ولا يزال يثور الجدل والخلاف حول هذه الفكرة، ويرجع مصدر هذا الخلاف إلى كثرة استخدام اصطلاح السبب في مجالات متعددة مع عدم اعطائه مفهوماً واحداً في هذه المجالات وقبل ان ننقل لبيان هذه المفاهيم لا بد من التنبيه إلى أننا حين نستخدم كلمة الواقع فالمقصود بها معنى عاماً يشمل الوقائع و أدلة الإثبات^(٣).

الفرع الثالث

المفاهيم التي تناولت فكرة سبب الدعوى

وتتخسر آراء الفقهاء حول فكرة السبب في نطاق قانون المرافعات الفرنسي في ثلاثة مفاهيم وعلى النحو الآتي:

أولاً: المفهوم القانوني لفكرة السبب

يؤيد الفقه التقليدي اعطاء فكرة سبب الدعوى مفهوماً قانونياً بحتاً^(٤) وينحصر اتفاق أنصار هذا المفهوم أضفاء الطابع القانوني على فكرة السبب، وفيما عدا ذلك ينقسم أنصار هذا الاتجاه

(١) قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ٤٦٩ في ١٩٧٦/٥/٢٢، مجموعة المكتب الفني، ١٤٤.

(٢) د. محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة، مصدر سابق، ص ٢٩٦.

(٣) د. عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، مصدر سابق، ص ٢١١، د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ٢١.

(٤) د. عبد المنعم الشرقاوي، المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٦، ص ٣٠٢، د. رمزي سيف، الوسيط في قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٢٦٥، وأنظر في الفقه الفرنسي:

GILLI: La cause juridique de la demande en justice These paris. 1976, p. 71.

Juzan: de la cause en droit francais, These Bourdeaux, 1939 p. 3.

إلى آراء مختلفة حول تحديد المقصود بسبب الدعوى، فذهب الاتجاه الأول إلى ان سبب الدعوى هو الواقعة القانونية على اعتبار ان سبب الدعوى هو الواقعة التي تُنشئ الأساس المباشر للحق أو المنفعة القانونية التي يتمسك بها الشخص أمام القضاء، ويقصد بالواقعة القانونية كسبب للدعوى وفقاً لهذا الرأي، كل عمل أو مركز واقعي يتضمن إلزاماً على عاتق شخص لصالح شخص آخر، وعلى سبيل المثال لو ان عمر اقترض من زيد مبلغاً من المال بموجب عقد قرض، فإن عمر يصبح مديناً ناحية زيد بمقدار مبلغ القرض ويقع عليه إلزام برد هذا المبلغ في الموعد المتفق عليه، وإذا طلب زيد من عمر سداد القرض فامتنع كان من حق الأول رفع دعوى يطالبه فيها برد المبلغ ويكون سبب الدعوى هو واقعة الامتناع عن الرد، ويقرر أصحاب هذا الرأي انه لا يجب الخلط بين سبب الدعوى ومصدر الالتزام، ففي المثال السابق سبب الدعوى هو عدم تنفيذ عمر التزامه برد مبلغ القرض، إما مصدر الالتزام فهو عقد القرض ^(١) وقد تعرض هذا الرأي إلى انتقادات مفادها عدم صحة اعتبار سبب الدعوى نصاً في القانون، لأن التسليم بهذا المنطق يُلزم المتقاضى بأن يحدد في طلبه النص الواجب التطبيق، ومن المحتمل ان يخطأ في اختيار النص مما يعرضه لمخاطر ضياع حقه، كما أن الأخذ بهذا الرأي يؤدي رفض الدعوى المقامة على أساس الخطأ الثابت في نظر هذا الرأي إلى عدم إمكانية إقامة الدعوى على أساس الخطأ المفترض وذلك بحجة ان الحكم الأول قد حاز حجية الأمر المقضى به بالنسبة لهذه المسألة ^(٢) كما ان هذا الرأي لا يتفق على تحديد الواقعة القانونية التي تعتبر سبب الدعوى، فعلى حين يعتبر البعض انها تتمثل في مخالفة الالتزام العقدي في دعاوى المسؤولية العقدية وفي مخالفة الالتزام القانوني في دعاوى المسؤولية التقصيرية، يرى البعض الآخر ان الواقعة القانونية هي الفعل الضار بالنسبة لهذين النوعين من المسؤولية ^(٣).

(١) د. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧١، ص ٨٣.

(٢) د. سليمان مرقس، تكييف الفعل الضار واختصاص المحاكم الجنائية بالدعاوى المدنية وأثر حكم البراءة في دعوى التعويض، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، الناشر جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٣٧، ص ٢٢٠، منشور على موقع دار المنظومة الإلكتروني search. mandumah. com

(٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز «بأن تغيير المدعي لدعواه من مسؤولية عقدية بمقتضى المادة (١٤٦) مدني عراقي إلى مسؤولية تقصيرية بمقتضى المادة (٢١٩، ٢٢٠) مدني عراقي، يعتبر تغييراً في سبب الدعوى لا يقبل منه» قرارها بالعدد ١٨١٦ في ١١/٨/١٩٦٣ مشار اليه لدى ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون

فيما ذهب الاتجاه الثاني ^(١) بالقول ان سبب الدعوى يكمن في القاعدة القانونية أو النص القانوني الذي يتمسك به المدعي، أي ان سبب الدعوى كما يرون هو الأساس القانوني كما تمسك به الخصوم، فالسبب هو القاعدة القانونية التي يتمسك بها الخصم تأييداً لطلبه الوارد في عريضة دعواه، وقد سائر هذا الاتجاه بعض احكام محكمة النقض الفرنسية ^(٢) من اعتبار طلب التعويض عن حوادث تصادم السيارات والمؤسس على المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٤ المعدل والتي تتضمن المبدأ العام في المسؤولية عن الخطأ الشخصي يختلف في سببه عن الطلب المؤسس على المادة (١٣٨٤) من ذات القانون والتي تتكلم عن المسؤولية عن خطأ الغير أو عن الاشياء ولذلك نجد ان أساس الاختلاف بين المادتين المذكورتين يكمن في ان المادة (١٣٨٤) والمتعلقة بقرينة الخطأ المفروضة على حراسة الأشياء تقتض ذلك الخطأ افتراضاً لا يقبل إثبات العكس، فإذا أنعدم الحق في الإثبات ضد قرينة معينة فإننا نخرج من نطاق قواعد الإثبات لندخل في نطاق القاعدة الموضوعية، وبذلك تعتبر المادة (١٣٨٤) سبباً مستقلاً عن المادة (١٣٨٢) والتي تقيم المسؤولية على الخطأ الشخصي وقد سايرت بعض أحكام محكمة النقض

المرافعات المدنية، معهد البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، ١٩٧٠، ص ٧٨، ونرى ان قرار محكمة التمييز هنا اعتبر سبب الدعوى هو النص القانوني الذي يقدمه المدعي في عريضة دعواه، ومن وجهة نظر الباحث المتواضعة نرى الأساس القانوني الذي استندت اليه غير صحيح لأنه يتعارض مع نص الفقرة (٦) من المادة (٤٦) مرافعات عراقية والتي أعتبرت وقائع الدعوى هي سببها.

(1) SAVATIER: Les pouvoirs du juge dans la nouvelle figure de l'attribution preferentielle en matiere de partage, me langes vioirin, 1928, p. 153. ESMEIN: positivisme juridique et doctrine du droit nefurel melanges Dabin 1963, p. 141

(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية « بأن طلب بطلان إجراءات التنفيذ للأسباب الواردة بتقرير الاعتراض على قائمة شروط البيع يعتبر سبباً واحداً مقاماً على أسس قانونية متعددة ولا يعتبر كل اعتراض قائماً بذاته » قرارها في ١٣/٦/١٩٥٠، مشار اليه لدى د. هشام علي صادق، المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، مصدر سابق، ص ٧٧.

المصرية^(١) ومحكمة التمييز العراقية^(٢) والتي ذهبت فيها إلى ان السبب هو القاعدة القانونية أو النص القانوني الذي يتمسك به الخصوم تأييداً لطلباتهم الواردة في عريضة الدعوى.

ويذهب بعض الفقه^(٣) إلى ان معظم النصوص القانونية ما هي إلا قرائن، حيث يعرف سبب الدعوى انها كل قرينة لها قوة القاعدة الموضوعية. وفي الوقت الذي يكون لهذه القرائن قوة ذاتية، تنتهي كقواعد إثبات وتصبح قواعد موضوعية وبالتالي تصبح سبباً جديداً ومستقلاً للدعوى. وقد وجهت عدة انتقادات لهذا الاتجاه أهمها صعوبة التفرقة بين القاعدة بين القواعد القانونية الموضوعية وغير الموضوعية المتعلقة بالإثبات حيث لا نجد معيار واضح في هذا الصدد.

وذهب اتجاه ثالث^(٤) إلى اعتبار سبب الدعوى هو المبدأ القانوني، ويعرف أنصار هذا الاتجاه سبب الدعوى بانها مجموعة من النصوص القانونية ذات الطبيعة الواحدة والتي تقوم على أساس نظري واحد تهدف من حيث تحقيقها للعدالة، أي هو المبدأ القانوني الذي يقيم المدعي على أساسه موضوع دعواه، فهذا الاتجاه يعتمد في تحديد سبب الدعوى على البحث في الأساس الذي تقوم عليه النصوص القانونية المختلفة^(٥) إما النصوص التي تندرج تحت مبدأ قانوني واحد فهي تُعد مجرد وسائل لا يترتب على تغييرها تغيير السبب هذا مع مراعاة ألا يؤدي تغيير هذه النصوص إلى إجراء تغيير في طبيعة ومضمون ما تم مناقشته بين الخصوم، ويقطع أنصار هذا الرأي انه في دعاوى المسؤولية فإن النصوص القانونية المتعلقة بها تستند على مبدئين أساسيين هما المسؤولية

(١) قضت محكمة النقض المصرية بقولها « ما دامت الدعوى قد رفعت على أساس المسؤولية التقصيرية، والمدعي لم يطالب فيها بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، فليس لمحكمة الموضوع ان تتبرع من عندها فتبني الدعوى على سبب غير السبب الذي رفعها صاحبها به... » قرارها في ١٩٥٣/٣/٨ مشار اليه لدى د. آدم وهيب النداوي، سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، مصدر سابق، ص ٢٣٦.

(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز بانه «ليس للمدعي إضافة سبب جديد اثناء المرافعة ليؤسس عليه دعواه المقامة على سبب اخر لأن ذلك يعتبر تغييراً جوهرياً في سبب الدعوى لا يجوز قبوله» قرارها بالعدد ٦٨/مدنية رابعة/١٩٧٥ في ١٩٧٥/٣/١١ مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة السادسة، ١٩٧٥، ص ١٨٠.

(٣) من قال بفكرة القاعدة الموضوعية الفقيه (رينيه سافاتييه) ولمزيد من التفصيل أنظر د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ٢٦.

(4) Azard: L' immutabilite de la demande en droit judiciaire, These, paris, 1936. p. 25

Gilli: op. cit. p. 81.

(٥) محمد مقبل سيف حسن، أساس الادعاء المدني، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٢، ص ٥١.

عن الخطأ، والمسؤولية بدون خطأ وكلاهما يعتبر سبباً مستقلاً للدعوى، إما النصوص القانونية التي تتدرج تحت كل من هذين المبدئين لا تعدو ان تكون وسائل دفاع ^(١) وقد وجهت انتقادات لهذا الاتجاه مفادها انه يعطي فكرة السبب مدلولاً واسعاً بوضعه في المبدأ القانوني والذي يتكون من عدة نصوص قانونية تعالج مسائل مختلفة و متميزة ^(٢)، وبعد استعراض المفهوم القانوني لفكرة السبب واتجاهاته الثلاثة، نرى انه يتعارض مع دور القاضي في الدعوى والذي يتمثل في تطبيق القاعدة القانونية التي تتفق مع النزاع المطروح أمامه ولا يمكن للقاضي تطبيق هذا الدور منطبق هذا المفهوم يقودنا إلى ان القاضي لا يستطيع تطبيق القاعدة القانونية الصحيحة على النزاع ما دام ان هذه القاعدة تفهم على انها الأساس أو السبب القانوني للدعوى كما تمسك بها الخصوم والذي لا يجوز تغييره من جانب القاضي.

ثانياً: المفهوم المختلط لفكرة السبب

ان سبب الدعوى وفقاً لوجهة نظر هذا الاتجاه ^(٣) بانه مجموعة من الوقائع القانونية المكيفة، أي ان سبب الدعوى لديهم فكرة مركبة من الواقع والقانون، ويعني ذلك ان الواقعة لا تكفي لوحدها سبباً للدعوى، كما ان التكييف القانوني لا يصلح وحده سبباً للطلب، وإنما يتكون السبب منهما معاً، أي من الواقعة بعد تكييفها، ويقصد بالواقعة المكيفة بانها الواقعة التي تنطوي تحت احد الأوصاف التي يحددها القانون كالوقائع التي توصف بأنها إقرار ^(٤) ويبرر اصحاب هذا الاتجاه انه ومن الناحية العملية ألا يقوم الخصوم ووكلائهم (المحامين) بذكر النص أو المبدأ القانوني الذي يدعم به صحة ادعائه، وتلقى هذا المفهوم انتقادات عديدة أهمها يكمن في ان تطبيق القانون على الوقائع هو أمر من شأن القاضي وتقتصر مهمة الخصوم على تقديم الوقائع فقط حيث يقوم القاضي بتكييفها قانوناً، وإذا ما قام الخصوم بتكييف الوقائع فهي غير ملزمة للقاضي

(١) د. نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٢) د. أحمد السيد صاوي، شروط الدفع بحجية الشي المحكوم فيه، مصدر سابق، ص ٩٥. ولمزيد من التفصيل في عرض هذا المفهوم أنظر د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ٢١ وما بعدها.

(3) Vincent et Guinchard : procedure civile, precis Dalloz paris 1987. p. 378 .
HEBRAUD : La reforme de la procedure Le decret, 1936, p. 37

(٤) محمد مقبل سيف حسن، أساس الادعاء المدني، مصدر سابق، ص ٦٢.

ويستطيع ان اعادة تكييفها التكييف القانوني السليم وكل ما يسهم في البحث عن القاعدة القانونية المنطبقة على النزاع ^(١) وقد لاقى هذا المفهوم قبولاً لدى الفقه الإجرائي في مصر ^(٢).

ونرى ان الخصوم غير ملزمين بتقديم التكييف القانوني لطلباتهم أو تحديد النص القانوني الذي يحكم المسألة المتنازع عليها، كما ان التسليم بمنطق هذا المفهوم يقودنا إلى نتائج وحلول تجافي العدالة، إذ ليس من العدل ان يخسر المدعي دعواه لعدم ذكر النص القانوني أو لمجرد الخطأ في التكييف، وذلك على اعتبار ان القاضي يتمتع عليه تغيير هذا التكييف بوصفه جزءاً من سبب الدعوى، وهذا يتعارض مع ما مسلم به من ان القاضي يملك سلطة إعادة التكييف القانوني لطلبات الخصوم ووقائع الدعوى، فالتكييف عمل قانوني محض، إذ هو قيام القاضي بتطبيق القواعد القانونية على ما ثبت لديه من وقائع الدعوى.

ثالثاً: المفهوم الواقعي لفكرة السبب

يتجه انصار هذا المفهوم ^(٣) إلى اعتبار سبب الدعوى هو فكرة واقعية بحتة، ولا علاقة لها بالقانون، لذا فإنهم يعرفون السبب بأنه مجموعة من الوقائع أو الظروف الواقعية المولدة للحق الشخصي أو المصلحة القانونية التي يستند إليها المدعي في طلباته ^(٤) فهذا الاتجاه يرى ان سبب الدعوى يتكون من عناصر واقعية أسوة بموضوعه دون ان يذهب إلى حد الخلط بينهما، فإذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بتعويض عن فعل ضار في نطاق المسؤولية التقصيرية كأصطدام مركبتين فإن موضوع الدعوى هو التعويض المُطالب به، إما السبب فهو مجموع الوقائع التي يستند إليها المدعي، كأن يدعي بأن المدعى عليه قد ترك مركبته في طريق مظلم دون إضاءة مصابيحها

(1) Miguet: Le juge et le litige, op, cit, p. 51.

(٢) د. محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف، مصدر سابق، ص ٩١، د. نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي، مصدر سابق، ص ٦٦.

(3) Motulsky: le role respectif du juge et des parties dans l'alligation des faits, in Etudes de droit contemporain, 1959. p 274. Normand: op. cit. 141 .

وفي الفقه المصري من يؤيد هذا الاتجاه أنظر، د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٦٨، د. فتحي والي، الوسيط، مصدر سابق، ص ٧٢، مع ملاحظة انه يصف الواقعة التي يجب النظر اليها كسبب للدعوى بانها الواقعة القانونية التي تؤدي إلى منح الحماية القضائية، وليس كل واقعة يُعتمد بها وانما فقط الوقائع المنتجة في حسم النزاع، وأنظر كذلك د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٤) محمد مقبل سيف حسن، أساس الادعاء المدني، مصدر سابق، ص ٦٦.

أو وضع أية علامة تدل عليها، إما سبب الدعوى في المطالبة بتنفيذ عقد قرض فهو عدم قيام المقترض برد مبلغ القرض ^(١) ويعتبر الفقيه (Motulsky) هو رائد المفهوم الواقعي لفكرة السبب والذي تعرض لفكرة سبب الدعوى من حيث تحديد مهمة القاضي والخصوم في الدعوى المدنية محاولاً التوفيق بين مبدأ ملكية الخصومة لأطرافها، ومبدأ سيدة القاضي في تطبيق القانون على النزاع المعروض أمامه، واستخلص من الربط بين المبدأين نتيجة مؤداها ان السبب كمضمون يتكون من مجموعة من الوقائع ولا يمكن للقاضي ان يتعرض له، إما مسألة التكيف أو إعادة التكيف التي يقوم بها القاضي فهي أمر خارج عن فكرة السبب، وتعتبر بمثابة جسر يربط بين الواقع و القانون، وبمعنى آخر ان التكيف أو إعادة التكيف هو ترجمة للمفاهيم الواقعية و تحويلها إلى مفاهيم قانونية ^(٢) وكان لا بد لمشروع قانون المرافعات الفرنسي الجديد وهو ينظر إلى هذا الاختلاف الفقهي المحتدم والمتشعب حول فكرة سبب الدعوى ان يحدد موقفه من هذا الأمر، وهذا ما وقع فعلاً حيث هجر المشرع الفرنسي مصطلح السبب واستعاض عنه بمصطلح أساس الادعاء باعتباره مدلول أكثر دلالة من الناحية الفنية ^(٣) وقد استخدم المشرع الفرنسي المصطلح الجديد في نصوص قانون المرافعات الفرنسي الجديد والتي تحدد دور القاضي والخصوم الدعوى المدنية وما يُعد من المسائل الواقعية وما يُعد من المسائل القانونية ^(٤) إما في نطاق قانون المرافعات العراقي ^(٥) ونظيره المصري ^(٦) فقد جاءت النصوص التي تؤكد ان المقصود بسبب الدعوى هو وقائعها، دون ان تتضمن النصوص أي اشارة لكون السبب فكرة قانونية أو فكرة يختلط فيها الواقع والقانون، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز ^(٧).

(١) د. هشام علي صادق، سبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، مصدر سابق، ص ٨٤.

(2) Motulsky : prolegomenes pour un futur code de procedure civile in Ecrits. p. 102.

(٣) د. محمد نور شحاته، نطاق النزاع في الاستئناف، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٤) أنظر نص الفقرة (٦) من المادة (٤٦) مرافعات عراقي.

(٥) أنظر نص الفقرة (٦) من المادة (٦٣) مرافعات مصري.

(٦) أنظر نص المواد (٦، ٧، ٨) مرافعات فرنسي والتي تحدد المسائل الواقعية وأنظر نص المواد (١٢، ١٣) والتي تحدد المسائل القانونية، وتوضح مدى تأثير المشرع الفرنسي بأفكار الفقيه (Motulsky) والتي سنتناولها في موضع لاحق من دراستنا بشكل مفصل نصوصاً وتعليقاً.

(٧) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق بان «... وبهذا التوضيح الوارد في عريضة الدعوى يكون المدعي قد طلب التعويض عن عمل غير مشروع وقام بتكليف التعويض، ولما كان التكليف القانوني من واجب المحكمة بعد ان قدم المدعي وقائع الدعوى...» قرارها بالعدد ٤٣٢/هيئة عامة/١٩٧٧ في ١/٤/١٩٧٧. وأنظر كذلك قرار

ومما تقدم نرى ان المفهوم الواقعي لفكرة سبب الدعوى هو المفهوم الاجدر بالاتباع كونه يحدد سلطات القاضي والخصوم من حيث مهام وواجبات كل منهما في ميدان الواقع والقانون.

المطلب الثالث

دور الخصوم في إثبات الواقع

إن مرحلة إثبات الحقوق المتنازع عليها تستلزم بالضرورة نشاطاً من الخصوم سواء كان المدعي أو المدعى عليه، فلا يكفي ان يطرح الخصوم الوقائع أمام القضاء، بل لا بد من إثبات هذه الوقائع بالطرق التي حددها القانون، وإذا كان إثبات الوقائع واجب على الخصوم، فهو حق لهم في ذات الوقت، لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: إثبات الواقع واجب الخصوم

الفرع الثاني: حق الخصوم في الإثبات

الفرع الأول

إثبات الواقع واجب الخصوم

رأينا سابقاً ان الادعاء بالواقع يقع على عاتق الخصوم، كما ان هذا الادعاء يحدد مهام القاضي وواجباته، كما ان الوقائع التي يدعيها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالحكم الذي يصدره القاضي، فالقاضي لا يستطيع ان يؤسس حكمه إلا على وقائع مطروحة عليه بطريقة قانونية^(١).

ويعد عبء إثبات الوقائع المنتجة أي التي لها قيمة في حسم النزاع هو الواجب الثاني الذي يقع على عاتق الخصوم، والقاعدة في هذا الشأن هي ان يلتزم القاضي بتكوين عقيدته بناءً عناصر الإثبات التي قُدمت إليه وفقاً للقانون وطبقاً للإجراءات المنظمة، ويمتنع على القاضي الاستناد على

محكمة النقض المصرية في ١٩٦٩/٤/٢٩ والذي قضت فيه «محكمة الموضوع لا تتقيد في تكييف الطلبات المعروضة عليها بوصف الخصوم وانما تلتزم بالتكييف الصحيح الذي تتبينه من وقائع الدعوى...» مشار إليهما لدى د. آدم وهيب النداوي، سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، مصدر سابق، ص ٢٥١.

أنظر نص المادة (٣) مرافعات فرنسي والتي قررت «على القاضي ان يتابع حسن سير الدعوى وإجراءاتها، وله سلطة في تحديد مواعيدها بمد الأجل واتخاذ الإجراءات الضرورية لها».

(١) د. نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية، مصدر سابق، ص ١٢٧.

معلوماته الشخصية التي حصلها خارج وقائع النزاع وإلا كان قراره معيباً بعبء تجاوز السلطة (١) ومن هنا يتجلى بوضوح التمييز بين الواقع والقانون، حيث لا يكلف الخصوم بإثبات القانون طبقاً للقاعدة التقليدية «القاضي يعرف القانون» (٢).

ولا يكلف الخصوم بطبيعة الحال بإثبات الوقائع المشهورة، كما لا يكلف الخصوم بالإثبات إذا وجدت قرينة قانونية لصالحه (٣) ويستفاد من نص الفقرة (٦) من المادة (٤٦) مرافعات عراقي ان عبء تقديم الواقع وإثباته يقع على عاتق المدعي فقط، والأدق ان يُلقى هذا العبء على الخصوم معاً وليس على المدعي وحده وعلى النحو الذي يأخذ به قانون المرافعات الفرنسي الجديد (٤) ويقع عبء الإثبات على من يتمسك بخلاف الظاهر فمن يدعي حقاً يتعين عليه إثباته وذلك عن طريق تقديم الأدلة والبراهين التي تبرهن على وجود مصدر الحق مراعيّاً في ذلك الشروط القانونية لأن الأصل براءة الذمة، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل (٥) وهذا ما نصت عليه المادة (٧/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «البينة على من ادعى واليمين على من انكر» (٦) ويقوم الإثبات المدني على طرق معين ومحددة لا يجوز للخصوم إبتداع غيرها في سبيل إقناع القاضي، كما ان القاضي يراقب الخصوم في كيفية إثباتهم للواقع المنتج بالأدلة التي حددها القانون (٧)، فلم يعد دور القاضي منحسراً في تلقي الأدلة والبراهين، بل عليه ان يراقب صحة الوقائع التي يقدمها الخصوم ومدى

(١) د. نبيل اسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، مصدر سابق، ص ١٤٩.

(٢) د. عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، مصدر سابق، ص ٢٢٠ وما بعدها.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ١٨٥.

(٤) أنظر نص الفقرة (٦) من المادة (٦٣) مرافعات مصري، وأنظر نص المادة (٤) ونص الماد (٣٠) مرافعات فرنسي والتي تصور الدعوى على انها حق لكل من المدعي والمدعى عليه، راجع الاشارة المتقدمة ص ٦٩.

(٥) أنظر نص المادة (٦) إثبات عراقي والتي قررت «الأصل براء الذمة» وأنظر نص المادة (٧/ثانياً) والتي قررت «المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل»

(٦) أنظر نص المادة (١) إثبات مصري والتي قررت «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه»، وأنظر نص المادة (٩) مرافعات فرنسي والتي قررت «يتحمل كل طرف عبء إثبات الحقائق اللازمة لنجاح مطالباته وفق القانون»

Art (9): «Il incombe a chaque partie de prouver con forment a La Loi des fait necessaires succes sa pretention».

(٧) د. أحمد هندي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٥٣٧.

د. محمد شكري سرور، موجز أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٣٥.

توافر الشروط القانونية المطلوبة فيها من حيث كونها متعلقة بالدعوى ومنتجة وجائزة القبول، وان تكون طرق الإثبات التي يعرضها الخصم لإثبات الواقعة التي يدعيها قانونية.

ويمكن تعريف عبء الإثبات بأنه واجب فرضه القانون على من يدعي خلاف الظاهر بأن يثبت بالأدلة التي عينها القانون صحة ادعاءه، ليصل إلى إقناع القاضي بصحة الواقع المدعى به، أي تحديد الخصم الذي يجب عليه ان يقوم بإثبات الوقائع المتنازع عليها ^(١) ويُعد المبدأ المتقدم من المبادئ المتفق عليها والمسلم بها، اذ يقع على عاتق المدعي إثبات ما يدعيه ويقع على عاتق المدعى عليه نفي هذا الادعاء، ولكن ذلك لا يتخذ شكلاً واحداً في جميع الحقوق، ففي نطاق الحقوق الشخصية الأصل هو براءة الذمة من كل التزام، فمن يدعي انه أقرض آخر مبلغاً من المال عليه ان يثبت عقد القرض، إما في نطاق الحقوق فالأصل هو الظاهر، فالحائز للعين لا يطالب بإثبات ملكيتها لأن الظاهر هو ان الحائز مالك ^(٢) وفي الواقع العملي يتوزع عبء الإثبات بين أطراف الخصومة وكل منهما يُدلي بما يؤيد صحة ما يدعيه وقد يتخذ احدهما من دليل قدمه خصمه دليلاً لصالحه بعد ان ينفيه ويكون إ

اقتناع القاضي في النهاية من مجموع ما قدمه فرقاء النزاع من أدلة ومستندات ^(٣).

ومن الجدير بالذكر ان القواعد المتعلقة بعبء الإثبات بالنظام العام، ويجوز للخصوم الاتفاق على ما يخالفها، سواء كان ذلك قبل حصول النزاع أو في اثناء المرافعة، وسواء تم ذلك بصورة صريحة أو ضمنية مستوحاة من مسلك أحد الخصوم بإثبات ما لا يقع عليه عبء إثباته، فيجوز للخصم الذي لم يكن مكلفاً في الأصل بحمل عبء الإثبات ان يقبل إثبات الوقائع مرهوناً بموافقة المحكمة فإذا اجابته المحكمة إلى طلبه فلا يحق له ان يحتج مستقبلاً بأنه لم يكن مكلفاً قانوناً بالإثبات، والسبب في ذلك ان قبوله تحمل عبء الإثبات وسكوت خصمه عنه يعد بمثابة اتفاق ضمني بينهما على نقل عبء الإثبات إليه، وان عدم تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام هو

(١) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٥١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٧١.

(٣) نجلاء توفيق نجيب، عبء الإثبات في الدعوى المدنية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، ١٩٩٨، ص ٥٣.

حق للخصوم وحدهم، وليس للقاضي الذي لا يجوز له ان ينقل، من تلقاء عبء الإثبات من الشخص المكلف به إلى خصمه (١).

ويتضح من النصوص القانونية السابق ذكرها ان عبء إثبات الوقائع يقع على عاتق المدعي، وفي هذه المرحلة يكون دور المدعي عليه هامشياً أو حتى سلبياً، ولا يصبح دوره إيجابياً إلا بعد ان يُقيم المدعي الدليل على الوقائع التي يستند اليها في دعواه، فيلزم المدعي عليه عندها ان يُثبت دفعه الهادف إلى دحض حجج خصمه عن طريق جميع الوسائل والادلة المعاكسة التي يقدمها لرد ادعاءات المدعي وإقناع القاضي بعدم صحة ما يدعيه (٢) وتأسيساً على ما تقدم نرى ان المدعي والمدعى عليه يتناوبان عبء الإثبات، فإذا إدعى الدائن بان له بذمة مدينه مبلغاً من المال فعلى عاتقه يقع عبء إثبات هذا الادعاء، وفي المقابل إذا قدم المدين بانه أوفى هذا الدين ففي هذه الحالة ينقلب عبء الإثبات، بحيث يتعين على المدين ان يقيم الدليل على وفاء الدين، ومما تجدر الإشارة إليه ان هناك فرق بين عبء الادعاء بالوقائع «charge de l'allegation» وعبء إثبات هذه الوقائع «charge de la preuve»

و عبء الادعاء بالوقائع يعني ان الخصم الذي يلجأ للقضاء من أجل الحصول على الحماية القضائية لموضوع طلبه، عليه ان يقدم للقاضي الوقائع الكافية لإسناد مطالبه، وهذه هي المرحلة الأولى من إقامة الدليل، إما المرحلة الثانية تتمثل في ان من يطلب من المحكمة إقرار حق له يتوجب عليه ان يُثبت الوقائع التي ينازع بها خصمه وهذه ما يسمى بعبء إثبات الوقائع، ومن هنا يمكن القول ان عبء الإثبات ينصب على الواقع، ويظهر الى حيز الوجود بعد تقديم الادلة على الوقائع (٣) ومن أجل حسم النزاع يتعين على القاضي ان يدقق هذه الوقائع لمعرفة مدى تعلقها بالدعوى ومدى انتاجيتها فيها بحال ثبوتها، أي انه يلجأ إلى التحقق مما إذا كانت متوافقة مع شروط تطبيق القاعدة القانونية، فإذا تبين للقاضي أنها ليست كذلك، يتوقف تدقيقه عند هذا الحد

(١) د. محمد نصر محمد، أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٢) الياس أبو عيد، نظرية الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٦٧.

(٣) وقد عرف الفقيه الفرنسي (Motulsky) عبء الإدعاء بالوقائع، وعبء إثباتها بقوله:

Motulsky: principes d'une realisation methodique du droit prive Theorie des elements generateurs de droits subjectifs. Lyon. 1947. No. 85 et No. 117. p 83. No. 85: La charge de l'allegation se definit donc comme la necessite pour toute partie faisant valoir un droit subjective en justice ... «No. 117: La charge de la preuve est la necessite, pour chaque partie, de fonder, sous peine de perdre le proces, par des moyens legalement admis ...».

ويقرر رد الدعوى، وذلك لكون الوقائع غير منتجة في الدعوى، فالقاضي غير ملزم إذا رأى ان الوقائع غير ثابتة، ان يكلف أحد الخصمين بإثباتها ^(١).

الفرع الثاني

حق الخصوم في الإثبات

على الخصم ان يُثبت ما يدعيه بالطرق التي بينها القانون فموقفه في الإثبات موقف إيجابي، وليس هذا واجباً على الخصوم فحسب، بل هو أيضاً حق لهم، ومؤدى ذلك يجب أن يقيم الخصم الدليل على صحة ما يدعيه وإلا خسر دعواه، فيجب ان يُقدم للقاضي الدليل الذي يستند إليه في دعواه، وفي المقابل يحق للخصم الآخر ان يُدلي برأيه فيه، يفند الدليل الذي يقدمه خصمه ويثبت عكس ما يدعيه أو يؤيده ^(٢) ويتقيد حق الخصم في الإثبات بقيود ثلاثة:

- ١- لا يجوز للخصم ان يُثبت ما يدعيه إلا بالطرق التي حددها القانون، فلا يجوز له ان يطلب من القاضي إثبات واقعة لا تتوافر فيها الشروط القانونية المطلوبة، اذ يجب ان تكون الواقعة متعلقة بالدعوى منتجة في دلالتها جائزة للإثبات قانوناً.
- ٢- لا يجوز له ان يُثبت بالشهادة ما لا يجوز إثباته إلا بالكتابة، ولا يجوز له ان يجزئ إقرار خصمه إذا كان هذا الإقرار لا يتجزأ.

٣ - وللقاضي سلطة تقديرية في تقييم الأدلة التي يتقدم بها الخصوم فيرى ما إذا كانت شهادة الشهود مقنعة، أو إذا رأى ان القضية ليست في حاجة إلى استجواب فإن له ان يرفض طلب الاستجواب الذي تقدم به الخصم ^(٣) لذلك لا بد ان يعترف القانون للخصم بحقه في الإثبات من خلال تمكينه من إثبات ادعاءاته أو تفنيد ادعاءات خصمه و دحض الحجج التي يستند إليها، وله ان يطلب من القاضي الاطلاع على الأدلة التي يستند اليها الخصم الآخر لكي يكون مستعداً لمناقشتها وفقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم والذي يعتبر حق من حقوق الدفاع التي يتمتع بها

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٨٥.

(٢) سجي عمر شعبان، دور الخصوم في الإثبات المدني، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠١، ص ٣١.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٣٥.

الخصوم^(١) فالدليل الذي لا يُعرض على الخصوم لمناقشته لا يجوز الاستناد إليه، ولا يمكن للقاضي ان يأخذ بدليل تمت مناقشته في قضية أخرى، ما لم يناقش في الدعوى القائمة أمامه، وهذا مبدأ جوهري من مبادئ التقاضي، حتى لا تبقى الخصومة مُجهلة، وحتى تتكافأ فرص الخصوم في القضية^(٢) ويمكن تحديد مظاهر حق الخصوم في الإثبات بما يأتي:

أولاً: حقوق الخصم في إثبات الدعوى:

- ١- الحق في نفي أدلة الخصم: أي ان لكل خصم الحق في ان ينفي ادعاءات خصمه وهذا يجسد الأدوار الاجرائية بين الخصوم، فكما ان للمدعي الحق في الادعاء فإن للخصم الآخر الحق في نفي هذا الادعاء وبالطرق التي حددها القانون^(٣).
- ٢- التقييد بإجراءات الإثبات: ان قانون الإثبات نص على إجراءات معينه يجب مراعاتها عند تقديم الأدلة أمام المحكمة، فإذا لم يراعي أحد الخصوم هذه الإجراءات، كان للخصم الآخر ان يعترض على عدم مراعاة إجراءات الإثبات في تقديم الدليل^(٤).
- ٣- الاعتراض على تقديم الدليل: حدد قانون الإثبات الأدلة القانونية على سبيل الحصر، وحدد حجيتها وقوتها في الإثبات، من حيث إثبات التصرفات وإثبات الوقائع المادية الأخرى، فإذا لم يراع الخصم ذلك كان للخصم الآخر الحق في الاعتراض على تقديم الدليل^(٥).
- ٤- حق الخصم في الاستشهاد بالشهود: يحق للخصم وعن طريق المحكمة الاستشهاد بالشهود والمطالبة بإلزام الخصم بتقديم الدفاتر والسندات الموجودة في حيازته، وله ان يطلب تعيين خبير واجراء المعاينة^(٦).

(١) د. توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للنشر، بيروت، ١٩٨٠، ص ١٩.

(٢) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٨١.
Art (4): « L' objet du litige est determine par les pretentions respectives des parties».

(٣) أنظر في ذلك نص المواد (٨٠، ٣٦، ١١٤، ١١٩) إثبات عراقي، تقابلها المواد (٥٢، ٦٩، ١١٤، ١٢٥) إثبات مصري.

(٤) أنظر نص المواد (٧٢ / أولاً، ١١٥ / أولاً) إثبات عراقي.

(٥) أنظر نص المواد (٧٦، ٧٧، ٧٩) إثبات عراقي.

(٦) أنظر نص المواد (٥٣، ٥٨، ٨٠، ٩١، ١٢٥، ١٣٥ / أولاً) إثبات عراقي.

٥- حق الخصم في توجيه اليمين الحاسمة للخصم الآخر إذا عجز عن إثبات حقه فله ان يستأذن المحكمة في الاحتكام إلى ذمة خصمه وتوجيه اليمين الحاسمة له ولكن هذا الحق مشروط بعدم جواز التعسف في استعماله ويعود تقدير ذلك للمحكمة^(١).

ثانياً: حق الخصوم في مناقشة الأدلة : ان الأدلة التي يقدمها احد الخصوم في الدعوى يجب ان يطلع عليها الخصم الآخر، تجسيدا لكفالة حق الدفاع اثناء الدعوى والمساواة بين الخصوم في المراكز الإجرائية^(٢) ويطرح الدليل للمناقشة لكي يبدي كل طرف من أطراف النزاع برأيه إما موافقة وتأييد، وإما تجريحاً وتفنيداً، فالدليل الذي لا يعرض على الخصوم لا يجوز الأخذ به حتى لا تبقى الخصومة مجهلة ولكي تتكافأ الادوار بين الخصوم في الدعوى^(٣) وهذا ما نصت عليه المادة (٤٧) من قانون المرافعات العراقي والتي قررت «على المدعي عند تقديم عريضة دعواه، ان يرفق صوراً ومستندات بقدر عدد المدعى عليهم...» وكذلك ما اجازته المادة (٣/٩٤) من قانون الإثبات العراقي والتي اعطت الحق للخصم مناقشة الشاهد وتوجيه الأسئلة عن طريق محكمة الموضوع، وللمحكمة ان تمنع كل سؤال من شأنه ان يوحي للشاهد بالإدلاء بإجابة معينة ولها أن تستجوب من ترى موجباً لاستجوابه^(٤) ويترتب على ذلك بأنه لا يجوز للقاضي ان يجري الكشف دون حضور كافة الخصوم، كما لا يجوز له ان يأخذ بدليل خارج ملف الدعوى ولم تجر عليه مناقشة الخصوم ولم يبدوا آرائهم فيه وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق إلى إن: «ان الشهادة يجب أقامتها أمام الخصم الحقيقي، وذلك لإفساح المجال له لمناقشة الشاهد»^(٥)، وفي ذات المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه «لا يجوز للمحكمة ان تعتمد على كتاب أرسل إلى رئيسها ولم يعرضه الرئيس على الخصوم للمناقشة»^(٦).

(١) أنظر نص المواد (١١٥/ثانياً، ١١٩) إثبات عراقي.

(٢) جليل حسن الساعدي، كفالة حق الدفاع أثناء الدعوى المدنية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٣، ص ١١٨.

(٣) د. عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، مصدر سابق، ص ١٠.

(٤) أنظر نص المواد (٧١، ٧٢، ٧٣، ٧٤، ٧٥) إثبات عراقي وأنظر كذلك نص المادة (١/٦٠) من قانون المرافعات العراقي.

(٥) قرار محكمة التمييز بالعدد ١١٤٥/شرعيه/١٩٧٠، النشرة القضائية، س ١، العدد الثالث، ص ٩.

(٦) نقض مدني فرنسي في ٢٣/٤/١٩٠٣ - ١ - ١٣٦٨، مشار اليه في حسين المؤمن، نظرية الإثبات، مصدر سابق، ص ٩٢.

ثالثاً: لا يجوز للخصم ان يصطنع دليلاً لنفسه:

ان ما يقضي به المنطق وطبيعة الأمور يجب ألا يكون الدليل الذي يحتج به الخصم على غيره من صنعه نفسه، وإنما يجب ان يكون صادراً من خصمه لكي يكون دليلاً عليه، كأن تكون الواقعة المكتوبة بخطه أو إمضائه مثلاً، فلو أجاز القانون ان يصطنع الخصم دليلاً لنفسه على آخر لما أمن الناس على أموالهم ونفوسهم، فالقاعدة تقضي عدم جواز ان يخلق الشخص دليلاً لنفسه ^(١) فالشهادة يجب ان تنصب على اقوال أو أفعال المشهود عليه، كذلك لا يجوز الاعتماد على المعاينة إذا جرت من قبل الخصم ذاته ^(٢) ولا يصدق المدعي بقوله ولا يمينه إذا لم توجه اليه اليمين، إذ لا يستطيع الشخص ان يتخذ من عمل نفسه دليلاً لنفسه يحتج به على الغير، إلا ان المشرع ولمبررات معينة يخرج عن هذه القاعدة ويجيز للخصم ان يتمسك بدليل صادر منه ^(٣).

رابعاً: عدم إجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه

الأصل ان لا يُجبر الخصم على تقديم دليل يرى انه ليس من مصلحته في الدعوى تقديمه، وهذه القاعدة تقابل القاعدة السابقة، فكما لا يجوز للخصم ان يصطنع دليلاً لنفسه كذلك لا يجوز إجبار الخصم على تقديم دليل يُضار به ^(٤) وتقضي القاعدة العامة في الإثبات بأن من يدعي حقاً يتعين تقديم البراهين والأدلة على وجود الواقعة مصدر الحق، إذ يجب على الخصم أن يستجمع بنفسه ادلته الخاصة التي تثبت صحة مزاعمه، وتقضي تلك القاعدة عدم جواز إجباره على تقديم دليل ضد نفسه.

(١) السهوري، الوسيط، مجلد ٢، مصدر سابق، ص ٣٦.

(٢) قضت محكمة التمييز «لا يحق للمدعي ان يعد الدليل لنفسه بنفسه، وإنما يترتب عليه تقديم البينة المثبتة لما يدعيه» القرار المرقم ١٧١٧/اداريه/١٩٨٤ - ١٩٨٥ في ١٢/١/١٩٨٥ مشار اليه في مجلة الاحكام العدلية، العدد الأول والثاني، ١٩٨٥، ص ٥٣.

(٣) أنظر نص المادة (١٧) من قانون الإثبات المصري والتي قررت «للتاجر ان يستند إلى البيانات التي دونها في دفاتره كدليل لصالحه لإثبات ما ورده إلى عملائه» وأنظر في ذات المعنى نص المادة (١٣٢٩) من القانون المدني الفرنسي التي اعتبرت هذه الدفاتر مبدأ ثبوت بالكتابة مع السماح للقاضي بتكملته باليمين المتممة إلى أي من الخصمين، ولم يأخذ المشرع العراقي بهذا الاستثناء فقرر في المادة (٢٩/أولاً) إثبات عراقي والتي نصت «لا تكون القيود الواردة في الدفاتر غير الإلزامية والدفاتر والأوراق الخاصة حجة لأصحابها».

(٤) د. محمد حسين منصور قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ٢١.

ومع ذلك ترد استثناءات على هذه القاعدة، والهدف منها الوصول إلى حقيقة النزاع وإعطاء الحق لصاحبه، فقد عملت التشريعات الحديثة إلى التخفيف من حدة هذه القاعدة والغرض من ذلك ألا يتخذ منها منفذاً لعرقلة سير العدالة وتحقيق أغراض شخصية، لأن الامتناع عن الاستجابة لطلب خصمه بتقديم مستند تحت يده قد يؤدي إلى تعطيل سير العدالة ويجعل من الإثبات في بعض الدعاوى مستحيلاً^(١).

فالخصم الذي يمتنع عن تسليم دليل الإثبات الذي تحت حيازته بطريق الغش يعد ذلك اعترافاً منه بصحة ما يدعيه خصمه، ثم ان المصلحة العامة الممثلة في العدالة تسمو على مصلحة الأفراد الخاصة^(٢).

(١) حسين المؤمن، مصدر سابق، ص ٩٨.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٣، ص ٣١، د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص ٢٣، د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٠٣١.

الفصل الثاني

دور المشرع في تقييد الأدلة

**المبحث الأول : تقييد الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً
رقابياً**

**المبحث الثاني : تقييد الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً
تقديرياً**

**المبحث الثالث : تقييد الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً
استقصائياً**

الفصل الثاني

دور المشرع في تقييد الأدلة

يُعد الإثبات القضائي وسيلة لتحقيق غايات عملية هي حسم الخصومات الناشئة بصدد الحقوق المعترف بها قانوناً بغية توفير الحماية لها، ونظراً لما يتطلبه الإثبات القضائي من قواعد خاصة في تعيين من يقوم به، ورسم الإجراءات التي يتم بها تقديم الأدلة للقضاء، فإنه يبدو من الضروري ان يتدخل المشرع في وضع قواعد إثبات ليتسنى للقاضي والخصوم استخدامها بغية كشف الحقيقة^(١) ورغم اتفاق جميع التشريعات على أدلة الإثبات ما هي إلا وسائل لإقناع القاضي بصحة الواقعة محل النزاع^(٢) فقد اختلفت هذه النظم في مدى حرية الخصوم في اختيار أدلة الإثبات التي يستلزم بموجبها إثبات الوقائع، ويرجع ذلك الاختلاف إلى مراعاة المشرع لاعتبارات العدالة من جانب، ومراعاة الاستقرار في التعامل من جانب آخر، فيلجأ إلى تحديد طرق الإثبات تحديداً حصرياً فلا يجوز للخصوم ان يستعينوا في إثبات حقوقهم بغير الطرق التي حددها القانون، وتحديد حجية الإثبات لكل دليل من أدلة الإثبات بحيث لا يستطيع القاضي ان يعطي دليلاً معيناً، حجية أكبر أو أدنى من تلك التي حددها المشرع لهذا الدليل، فالمشرع هو الذي يحدد القيمة المتوقعة لأدلة الإثبات، وان تحديد المشرع لأدلة الإثبات يتناول القاضي والخصوم، فالقاضي يلتزم بما حدده المشرع في قبول أدلة الإثبات، والخصوم في ما يقدموه من أدلة إثبات لإثبات حقوقهم، لأن قاعده الإثبات وثيقة الصلة بالحق^(٣) ولذا نلاحظ ان المشرع قد قيد بعض أدلة الإثبات ذات الحجية الملزمة والتي لا يمارس فيها القاضي من حيث الإثبات سوى دوراً رقابياً كالدليل الكتابي أو الإقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية القاطعة، إلا ان المشرع خفف من هذا التقييد بإعطاء القاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة التي لم يحدد لها القانون حجية معينة كالشهادة والقرائن والتي يحظى فيها القاضي بدور تقديري، وتظهر هذه السلطة أيضاً بوضوح في الأدلة التي يمارس

(١) د. محمد محيي الدين عوض، مصدر سابق، ص ٣٧١.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٢٩.

(٣) أدور عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، لا ذكر لناشر، ج ١، ١٩٦١، ص ٢٨.

فيها القاضي دوراً استقصائياً في البحث عن الحقيقة ^(١)، ولذا سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول تقييد الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً رقابياً.

المبحث الثاني تقييد الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً تقديرياً.

المبحث الثالث تقييد الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً استقصائياً.

(١) ان التقسيم الذي اتبعناه في هذا الفصل هو تقسيم ليس بالكيفي، بل هو تقسيم تبعاً للحجية التي أعطاها المشرع لكل دليل من أدلة الإثبات، والذي بدوره يحدد سلطة القاضي في إدارة الدليل والتي تختلف ضيقاً واتساعاً تبعاً للدليل الذي يطرحه الخصوم أمام المحكمة وتبعاً لدور القاضي الذي يمارسه والذي يختلف من دليل إلى آخر.

المبحث الأول

تقييد الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً رقابياً

ان مرحلة إثبات الحقوق المتنازع عليها هي المرحلة الشائكة في مراحل الدعوى بل هي محور الخصومة القضائية، يتعاون فيها كل من القاضي والخصوم ويختلف دور كل منهم باختلاف مراكزهم في الدعوى، فالمدعي يقع عليه عبء إثبات الواقعة التي يدعيها، والمدعى عليه يتعين عليه نفي هذا الادعاء بتقديم الوقائع التي تدحض حجج خصمه، وأخيراً القاضي الذي يدقق في الوقائع والأدلة من أجل الوصول إلى الحقيقة وحسم النزاع^(١)، وهذا الدور الذي يؤديه القاضي يختلف بحسب حجية الدليل التي أسبغها المشرع عليه، ويُعد الدور الرقابي للقاضي أضيق الأدوار نطاقاً وتحجيماً، إذ لا مجال لإعمال السلطة التقديرية^(٢)، فأدلة الإثبات الملزمة هي الأدلة التي يحدد المشرع حجيتها الإثباتية مقدماً ويلزم بها القاضي والخصوم، وبذلك فإن القاضي لا يستطيع ان يقضي وفق ما يقتنع به^(٣)، ويجب ان نفرق في هذا الشأن بين الحجية التي اعطاها المشرع للدليل وهذا واجب على القاضي ان يلتزمه عند إصدار الحكم، وبين تفسير الدليل وتحديد معناه ومراقبة توافر الشروط المطلوبة قانوناً في الدليل الذي يستند إليه الخصم لإثبات ادعائه^(٤) لذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: الأدلة الكتابية.

المطلب الثاني: الإقرار.

المطلب الثالث: اليمين الحاسمة.

(١) عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥، ص ١١.

(٢) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٣) د. سعدون ناجي القشطيني، شرح أحكام المرافعات، مصدر سابق، ص ٢٨٤، وهو يقسم أدلة الإثبات إلى حاسمة وشفهية وتحريرية ويرى ان هذا التقسيم عملي أكثر من غيره.

(٤) د. سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، مطبعة المعارف، بغداد، ط ١، ١٩٦٦، ص ٣٥.

المطلب الأول

الأدلة الكتابية

الدليل الكتابي ما هو إلا أداة لإثبات التصرف القانوني فعدم تواجد الدليل الذي يستلزمه القانون لإثبات التصرف القانوني، لا أثر له على وجود التصرف ولا يؤثر في صحة العمل القانوني، إلا إذا كان هذا العمل القانوني يتسم بالشكلية، بحيث تعتبر جزءاً لا يتجزأ من التصرف وركناً من أركانه وفيه تكون الكتابة ركناً في الانعقاد ففي هذا الغرض إذا افتقد التصرف القانوني لهذه الشكلية أو شابه البطلان بطل التصرف القانوني ذاته وكما هو الحال في الرهن التأميني وهلة العقار وبيع العقار وغيره (١).

ويمتاز الدليل الكتابي بأنه من الأدلة المهيأة مسبقاً قبل نشوب النزاع، ولذلك فإن المشرع فضل الكتابة على الشهادة وقرائن الحال نظراً لأن أعدادها وقت حصول التصرف القانوني يُدنيها من الحقيقة الواقعة ويجعل احتمال صدق ما يدون بها أقوى من احتمال صدق ما يثبت عن طريق الأدلة الأخرى (٢) ويقصد بالدليل الكتابي، بأنه كل كتابة يمكن ان يستند عليها أحد الطرفين في إثبات حقه أو نفيه ويأخذ بها في الإثبات بوصفها دليلاً كاملاً (٣).

وفي قانون الإثبات يكون الدليل الكتابي إما سندات رسمية وسنتاؤها في الفرع الأول، أو سندات عادية وسنتاؤها في الفرع الثاني، وسنتاؤها في الفرع الثالث، الحالات التي تجب فيها الكتابة للإثبات.

(١) انظر في ذلك نص المادة (١٢٨٦) مدني عراقي والتي قررت «لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري...» وانظر كذلك نص المادة (٦٠٢) مدني عراقي والتي قررت «إذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة ان تسجل في الدائرة المختصة» ولمزيد من التفصيل في ذلك أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ١٣٧، ويقول في ذلك انه يجب التمييز بين الورقة التي تثبت التصرف القانوني والتصرف القانوني ذاته، فإذا كانت الورقة باطلة فلا يستدعي ذلك حتماً ان يكون التصرف القانوني باطلاً.

(٢) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، ج ١، المصدر السابق، ص ١٣٩.

(٣) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ١٠١.

الفرع الأول

السندات الرسمية

تُعد السندات الرسمية من المحررات التي تصلح دليلاً كتابياً لإثبات التصرفات القانونية، ويقصد بالسندات الرسمية «هي السندات التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه أو ما أدلى به ذوو الشأن في حضوره»^(١) ويفهم من هذا التعريف ان هناك شروطاً يجب توافرها لإنشاء السند الرسمي، ومنها صدور السند عن موظف عام أو مكلف بخدمة عامة، ويقصد بالموظف العام، كل شخص عهدت إليه وظيفة دائمة داخلية في الملاك الخاص بالموظفين^(٢)، ولا يكفي صدور السند عن موظف عام بل يجب ان يكون في حدود اختصاص الموظف أو المكلف بخدمة عامة، والاختصاص قد يكون موضوعياً، فالكاتب العدل يختص بتنظيم وتوثيق التصرفات القانونية كافة إلا ما استثني بنص

(١) أنظر نص الفقرة أولاً من المادة (٢١) إثبات عراقي والتي قررت «أولاً: السندات الرسمية، هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود اختصاصه ما تم على يديه أو ما أدلى به ذوو الشأن في حضوره»، وأنظر ذلك نص المادة (١٠) إثبات مصري والتي عرفت السندات الرسمية «هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص يكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه...» مع ملاحظة ان المشرع المصري استخدم كلمة (محرر) لأنها أعم من لفظ السند وادق تعبيراً من لفظ الورقة، والاختلاف لا يعدو ان يكون شكلياً، وان اصطلاح السند هو ما جرى عليه العرف في العراق «سند التسجيل العقاري» مثلاً والذي أقر لغة وتعاملاً أوضح من أي اصطلاح قد يربك التعامل، ويرى البعض ان تسمية الدليل الكتابي سنداً تسمية غير دقيقة، ذلك ان السند يطلق أيضاً على سبب الحق أو مصدره، كما هو الحال في عبارته «الحيازة في المنقول سند الملكية» د. عبد المنعم فرج الصده، الإثبات في المواد المدنية، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط٢، ١٩٥٥، ص ٧٨. وأنظر كذلك نص المادة (١٣١٧) مدني فرنسي والتي عرفت «بانه ما تحرر بمعرفة المأمورين العموميين الذين لهم حق التحرير».

ونرى أن الورقة وإن كانت هي أداة الإثبات الاعتيادية للأدلة الخطية، غير انه قد توجد أدوات أخرى للدليل الكتابي، كما لو كانت الكتابة موضوعة على حجر أو خشبة أو قطعة معدنية، وعلى ذلك فالتعبير عن أداة الإثبات الكتابي بالسند أو الحجة أو الورقة هو تعبير غير دقيق ونؤيد ما ذهب إليه واضعي قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ باستعمال كلمة المحرر أو المحررات لأنها أدق تعبيراً وأوفى بالغرض.

(٢) أنظر نص المادة (٢) من قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠ المعدل، وأنظر نص المادة (٢/١٩) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ والتي عرفت المكلف بخدمة عامة بانه «كل موظف أو مستخدم أو عامل نيظت به مهمة عامة في خدمة الحكومة ودوائرها الرسمية وشبه الرسمية...».

خاص^(١) وقد يكون مكانياً حيث ان كل موظف عام يختص بإنجاز المعاملات الرسمية في الحدود الإدارية لدائرته، فمدير التسجيل العقاري في الحلة مثلاً يقوم بتسجيل التصرفات العقارية التي ترد على العقارات ضمن الحدود الإدارية لقضاء مركز الحلة، وقد يكون الاختصاص زمانياً أي ان الموظف له ولاية على تحرير السندات الرسمية ولم تنته خدمته بعد في حدود اعمال دائرته بالنقل أو التقاعد أو الفصل أو العزل، والشرط الثالث الذي يتمثل بوجوب مراعاة الأوضاع القانونية في انشاء السند الرسمي، وكل سند من السندات الرسمية له شكلية وأوضاع قانونية تنص عليها القوانين المختصة^(٢) ولا يشترط لرسمية السند ان يحرره الموظف العام أو المكلف بخدمة، بخط يده ولكنه يلزم ان يصدر باسمه وتوقيعه^(٣).

وجزاء تخلف هذه الشروط أو إحداها، بأن صدرت الورقة من غير موظف عام أو صدرت من موظف عام ولكنه غير مختص، أو صدرت من موظف عام مختص ولكنه لم يلتزم بالأوضاع القانونية لتحرير هذا السند، فإن المحررات الرسمية التي فقدت أحد شروطها، تكون باطلة باعتبارها رسمية، ولكنها لا تفقد كل قيمتها، بل تكون لها قيمة السندات العادية إذا كانت موقعة من ذوي الشأن^(٤) ولكي ينشأ السند الرسمي ويكتسب الصفة الرسمية لابد من توافر الشروط السابق ذكرها، ونجد ان المشرع يُقيد حجية السند الرسمي بتوافر هذه الشروط فإذا انتفى أحدها أصبح السند له حجية إثبات تعادل حجية إثبات السند العادي^(٥) فإذا كان المظهر الخارجي للسند لا يبعث على الشك بوجود كشط أو محو أو إضافة، فعند ذلك تتوافر في السند قرينة قانونية على اعتباره سنداً رسمياً صحيحاً واعفي من يتمسك به من الإثبات، إذ لا يُعمل بالسند إلا إذا كان سالماً من شبهة

(١) أنظر نص المادة (١٥/أولاً، ثانياً) من قانون الكتاب العدول رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨، وأنظر نص المادة (٤/١٠٨) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

(٢) أنظر نص المادة (١٨) من قانون الكتاب العدول.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٤) أنظر نص المادة (١٢/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «تسري في شأن الأدلة التي تعد مقدماً النصوص المعمول بها في الوقت الذي يُعد فيه الدليل أو في الوقت الذي يستطيع أو ينبغي فيه إعداده»، وأنظر نص المادة (٢/١٠) إثبات مصري.

(٥) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ١٣٨.

التزوير والتصنيع^(١) به من إثبات صحة صدوره ممن يحمل توقيعهم وهم الموظف العام وذوو الشأن والسندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً^(٢) وبذلك فإن السند الرسمي يعد حجة على الموقعين عليه وعلى الغير وعلى الناس كافة، وبالتالي فليس لمن يحتج عليه بسند رسمي ان ينكر وجود السند أو بياناته أو نكران صحة صدوره من الموظف، إلا عن طريق الادعاء بالتزوير إما عن حجية البيانات المدونة في السند الرسمي فهي تنقسم إلى بيانات لا تدحض حجيتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير وهي ما يثبت الموظف العام من وقائع وأمر قام بها، في حدود اختصاصه وتولى ضبطها بنفسه، ومن قبيل هذه الوقائع توقيع الموظف المختص، تاريخ العقد، وحضور ذوو الشأن والشهود وتوقيعهم^(٣) فلا يجوز إثبات خلاف هذه البيانات إلا عن طريق الطعن بالتزوير إما النوع الثاني فيشمل البيانات التي أدلى بها ذوي الشأن إلى الموظف العام، ووقعت تحت سمعه وبصره فقام بتدوينها تحت مسؤوليتهم كإقرار البائع أنه قبض الثمن وإقرار

(١) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٤٣ وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق «... ان ما ذكره المميز في ادعاءه غير وارد لأن المادة (١١٤) من القانون القديم، المادة (٣٥/أولاً) إثبات عراقي جاءت صريحة بعدم العمل بالسند إلا إذا كان سالماً من شبهة التزوير والتصنيع وحيث ان هنالك ظروفًا وقرائن قطعية أحاطت بالسند وأوجدت فيه شبهة التصنيع مما يتعذر مع وجودها اعتباره مستند للثبوت...» قرارها بالعدد ١١٩/ح/١٩٦٢ في ١٥/٣/١٩٦٢، مشار إليه الى د. آدم وهيب الندوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٢٦٠، وفي قرار آخر لها ذهبت إلى «... ويعتبر محضر الكشف المستعجل حجة على الناس كافة ويصح الاستناد عليه حتى لو تم إجراء بطلب شخص آخر، ما لم يثبت العكس ويكون ذلك بالطعن بتزوير السند الرسمي...» قرارها بالعدد ٣٤٥/مدنية أولى/١٩٧٥ في ١٧/٩/١٩٧٥، مشار إليه لدى ابراهيم المشاهدي، المختار، قسم الإثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٩، ص ٤٧، وأنظر في ذلك نص المادة (٢٨) إثبات مصري والتي نصت «للمحكمة ان تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشية وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من اسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها...».

(٢) انظر نص المادة (٢٢/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «السندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً» وأنظر في ذات المعنى نص المادة (١١) إثبات مصري، ونص المادة (١٣٧١) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٦ والمعدل بالقانون الصادر عام ٢٠١٦ والتي قررت «للسند الرسمي قوة في الإثبات حتى يُطعن فيه بالتزوير لما يؤيد الموظف العمومي بأنه قد انجزه أو أثبتته شخصياً».

Art «1371»: L'act authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de ce que l'officier public dit avoir personnellement accompli ou constate.

(٣) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، المحررات أو الأدلة الكتابية، ج ٣، مكتبة النهضة، بيروت، ١٩٧٥ ص ٢٤٥ وما بعدها.

المشتري بانه عاين المبيع ووضع يده عليه، فهذه بيانات وأمور عادية وقعت من ذوي الشأن في حضور الموظف المختص، لذلك تكتسب صفة الرسمية وتُعد حجة على طرفي المعاملة وعلى الناس كافة ومن ثم لا يجوز إثبات خلافها إلا عن طريق الطعن بالتزوير^(١) والنوع الثالث بيانات وإقرارات يُدلي بها ذوو الشأن إلى الموظف العام عن أمور لم تقع بحضوره وإنما قام بتدوينها على مسؤولية ذوي العلاقة وتبعاً لإقراراتهم دون قيامه بالتحري عن صحتها، كأن يُقر المشتري أنه شاهد المبيع وكان خالياً من أي عيب، فقيام الموظف العام بإثبات هذا الإقرار يدل على صحة صدور الإقرار، وليس صحة الواقعة ذاتها^(٢) فالرسمية تلحق صدور الإقرار من ذوي الشأن، إما الإقرار ذاته فلا يلحقه وصف الرسمية، ومن ثم يجوز إثبات ما يخالف هذا الإقرار^(٣) ولا يلحق وصف الرسمية الأمور الواردة على لسان ذوي العلاقة والتي لم يُعد السند الرسمي لإثباتها، كأن يرد في عقد الإيجار ان المأجور كان مؤجراً قبل هذا لشخص آخر ببذل الإيجار نفسه، فمثل هذه الوقائع لا تعد من حيث قيمتها إلا مبدءاً ثبوت بالكتابة^(٤).

ان ما تم استعراضه يتعلق بحجية السندات الرسمية ودور المشرع في تقييد الدليل الكتابي في الإثبات من حيث شروط انشاء السندات الرسمية وما يترتب عليه من حجية السند الرسمي في الإثبات وموقف القاضي من هذه الحجية وهذا ما يتعلق بأصل السند لا في صورة وثمة فرق بين الأصل والصورة، وصورة السند بوجه عام هي نسخة حرفية تنقل عن أصل ورقة من الأوراق وتكون خالية من توقيع ذوي الشأن وهذا هو فيصل التفرقة بينها وبين الأصل الذي يحمل إذ ان جميع من وقعوا السند إنما وقعوا على الأصل^(٥) والقاعدة العامة في حجية السند الرسمي ان تكون قاصرة على نسختها الأصلية، ويستتبع ذلك ان ألا يكون للصورة المأخوذة من الأصل حجية الإثبات إلا بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل^(٦) وعلى هذا نصت المادة (٢٣) إثبات عراقي على «إذا

(١) أنظر في ذلك نص المادة (٢٢/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «أولاً- السندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً».

(٢) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، مصدر سابق، ص ١٧٢.

(٣) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، المحررات، ج ٣، ص ٢٥٢.

(٤) د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٩١.

(٥) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٤٨.

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ١٦٢.

كان أصل السند الرسمي موجوداً، فإن صورته الرسمية خطية كانت أو مصورة، تكون لها حجية السند الرسمي الأصلي بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك من يحتج عليه بها. وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين مراجعة الصورة على الأصل».

ويفهم من نص المادة المذكورة، إذا كان أصل السند الرسمي موجوداً فتكون لصورته خطية كانت أو مصورة حجية السند الرسمي الأصلي بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، إلا إذا نازع في ذلك من يحتج عليه بها عندئذ يتعين مراجعة الصورة على الأصل^(١) إما إذا لم يوجد أصل السند الرسمي أي في حالة عدم وجود الصورة الأصلية وهي الصورة الصادرة من الموظف العام المختص، وأخذت مباشرة عن أصل السند الرسمي، ففي حالة تلف أو فقدان أو احتراق أصل السند الرسمي، يكون للصورة الرسمية الأصلية حجية الأصل متى ما كان مظهرها الخارجي لا يتطرق إليه الشك في مطابقتها للأصل أي ان لا يكون قد تعرض للعبث، كما إذا وجد كشط أو محو أو تحشية فان ذلك يفقد السند هذه الحجية^(٢).

(١) وفي هذا الصدد قررت محكمة استئناف منطقة التأميم بصفتها التمييزية نقض قرار محكمة بداءة الشرقاط على «ان المحكمة قبلت صورة للمستمسكات المبرزة في الدعوى دون ان تكلف وكيل المدعي بإبراز أصل تلك المستمسكات أو صورة مصدقة منها، ولا تكتفي بالصور المأخوذة بالدفلوب ولا يعتد بصورة المستمسكات إن لم تكن مصدقة من الجهة المعنية...» قرارها بالعدد ١٩٩١/٥١/ح في ١٩٩١/١/٢٤، غير منشور. وأنظر كذلك د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، مصدر سابق، ص ١٨٤، والذي يقول «ان مجرد عدم المنازعة في مراجعة الصورة على الأصل يعتبر إقرار من الخصم بهذه الصورة، إما إذا احدثت المنازعة، فأن الخصم الذي نازع في المطابقة يكلف في تقديم الأصل» ونرى ووفقاً للأمر المتقدم أن صورة السند الرسمي تستمد حجيته من مطابقتها لأصل السند الرسمي سواء كانت هذه الصورة خطية أو مصورة وفقاً لرؤية المشرع العراقي في قانون الإثبات والذي ساوى بين الصورتين ونجد ذلك في نص المادة (٢٣) إثبات عراقي.

(٢) إما إذا كانت الصورة الرسمية الأصلية مفقودة فقد ثار خلاف حول الموضوع فذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار الصورة غير الأصلية بمثابة صورة أصلية عن الصورة الأصلية المفقودة ولها حجية الصورة الأصلية متى كان مظهرها الخارجي لا يتطرق إليه الشك، أما الاتجاه الثاني اعطى للصورة قيمة مبدأ الثبوت بالكتابة، فيما ذهب الاتجاه الثالث إلى اعطاء هذه الصورة حجية محدودة ولا يُعتد بها إلا لمجرد الاستئناس، ولمزيد من التفصيل أنظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ١٦٩ - ١٧٠.

ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين مراجعتها على الأصل الذي اخذت منه ^(١) إما ما يؤخذ من صور للصورة المأخوذة عن الصورة الأصلية فلا يُعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف، أي ان للقاضي السلطة التامة في تقدير حجية هذه الصور فيجوز ان يعتد بها ولكن باعتبارها قرائن فحسب، أي انها لا تصلح إلا ان تكون قرائن ولا يمكن اعتبارها على الرأي الراجح حتى مبدأ ثبوت بالكتابة ^(٢).

الفرع الثاني

السندات العادية

يقصد بالسندات العادية هي: كل محرر صادر من أحد الأفراد، أو ذوي العلاقة بوصفهم اشخاص عاديين، ولم يتدخل موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في تحريرها ^(٣) ويُعد التوقيع هو الشرط الجوهرى المطلوب توافره لاعتبار هذا السند أو المحرر عادياً ^(٤) وهذه السندات تكون على نوعين، النوع الأول: المحررات المعدة للإثبات وهي المحررات الصادرة من الأفراد والموقعة من قبلهم، والتي اعدت مسبقاً لتثبيت التزاماتهم وتعهداتهم، كعقود البيع والايجار، وهذا النوع هو المهم والغالب في المعاملات والتصرفات، والنوع الثاني: المحررات غير المعدة للإثبات، وهي المحررات الصادرة من الأفراد أيضاً، ولم يُقصد بها ان تكون مُعدة للإثبات، وغالباً تكون غير موقعة، كالدفاتر التجارية والأوراق المنزلية والرسائل البريدية والبرقية ^(٥).

ومن التعريف الأنف الذكر يتضح ان هناك شرطين يجب توافرها لتكون هذه المحررات دليلاً صالحاً للإثبات، الشرط الأول: وجود الخط أو الكتابة في السند، فبدون كتابة لا يوجد سند

(١) أنظر في ذلك نص المادة (٢٤/ثانياً) إثبات عراقي والتي قررت «يكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها، ولكن يجوز في هذه الحالة لمن يَحْتَج عليه بهذه الصورة ان يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي اخذت منها.

(٢) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٥١.

(٣) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ٣، مصدر سابق، ص ٢٨٩، إما قانون الإثبات العراقي فقد جاء خالياً من تعريف السند العادي وكذلك قانون الإثبات المصري.

(٤) والتوقيع يعد شرطاً جوهرياً بالإمكان الاعتداد بالورقة العرفية بل هو الذي ينسب الورقة إلى موقعها ولو لم تكن مكتوبة بخط يده، د. سحر عبد الستار أمام، دور القاضي في الإثبات، مصدر سابق، ص ١٣٣.

(٥) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ١٦٦.

ومن ثم يبقى التصرف القانوني محصور بين أطرافه، ولا يمكن في حالة قيام نزاع بينهما إقامة الدليل على وجود التصرف القانوني، وإن التوقيع لم يُطلب إلا تأييداً لما هو مدون في السند والالتزام الوارد فيه ^(١).

وليس هناك شروط خاصة أو معينة في الكتابة فالمهم أن تكون مثبتة لتصرف قانوني، فكل عبارة مكتوبة تؤدي المعنى المقصود تصلح لأن تكون حجة على صاحبها، فيكفي أن تكون جدية ومدرجة بعبارات واضحة تدل على الاتفاق الحاصل بين موقعيه ^(٢).

والشرط الثاني: التوقيع ويعتبر الشرط الأهم في المحرر العادي، وللتوقيع عنصران، مادي هو العلامة أو الكتابة المميزة أو الظاهرة التي يكتب بها التوقيع، من إمضاء أو بصمة أصبع أو ختم، ومعنوي وهو توافق إرادة الموقع على التصرف القانوني الوارد فيه ^(٣).

وعلى ذلك فإذا خلا السند من التوقيع انعدمت قوته الثبوتية، غير أن التصرف القانوني يبقى قائماً، ذلك لأن مصدر الحق شيء، وأداة إثباته شيء آخر، ولذلك يحيز القانون للمتعاقدان أن يثبتوا تصرفاتهم القانونية بكافة طرق الإثبات الأخرى، كالإقرار واليمين أو الشهادات والقرائن فيما يجوز إثباته بهما ^(٤)، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية على أن «التوقيع بالإمضاء أو بصمة الختم أو بصمة الأصبع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العادية» ^(٥).

وتختلف حجية السند العادي بالنسبة لطرفيه وبالنسبة للغير وكذلك بالنسبة لصوره، فبالنسبة لطرفيه تعتبر السندات العادية حجة على من وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من

(١) أدور عيد، قواعد الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ١٨٧.

(٢) عباس العبودي، أهمية السندات العادية في الإثبات القضائي، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعه بغداد، ١٩٨٤، ص ١٧.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق، ص ١١١.

(٤) د. أدور عيد، مصدر سابق، ص ١٩٢.

(٥) نقض مدني مصري بالعدد ٣٥١ في ١٩٥٦/٥/٣، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، الدائرة المدنية، ج ٣، ص ٢٢، مشار إليه لدى د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، مصدر سابق، ص ١٩٤.

خط أو توقيع (١) إما إذا أنكر فينتقل عبء الإثبات إلى المدعي إثبات ادعائه (٢) إما بالنسبة للغير فإن السند لا يكون حجة على غير المتعاقدين إلا إذا كان له تاريخاً ثابتاً ثبوتاً رسمياً (٣)، ولكن يجب ملاحظة أن هذه الحجة مقصورة على التاريخ ولا تتناول موضوع السند، فالسند العادي حجة على الغير كما هو حجة على المتعاقدين، إلا أن الغير يجوز له إثبات عكسها. فيصبح للغير أن يطعن فيه بالصورية وله أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة والقرائن لأنه لم يكن طرفاً في العقد مما يستحيل عليه الحصول على دليل كتابي لإثبات الصورية (٤).

ويقصد بالغير في هذا الخصوص كل شخص لم يكن طرفاً في السند ولا ممثلاً فيه، يحتج عليه بهذا السند ويصار في حق تلقاه من أحد طرفيه أو بمقتضى القانون إذا ثبت صحة تاريخ السند في مواجهته (٥) إما بالنسبة للأوراق غير الموقع عليها فتكون للرسائل الموقع عليها حجة

(١) أنظر في ذلك نص المادة (٢٥/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «يعتبر السند العادي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة إبهام» وأنظر في ذات المعنى نص المادة (١٤) إثبات مصري، ونص المادة (١٣٧٢) من القانون المدني الفرنسي لعام ١٨٠٦ المعدل بقانون ٢٠١٦ والتي قررت «للسند العادي، المعترف به من قبل الخصم أو المعتبر قانوناً بحكم المعترف به، قوة في الإثبات بين الذين وقوعه وأيضاً إزاء ورثتهم وخلفائهم».

Art (1372): «L'acte sous signature privée, reconnu par la partie à laquelle on l'oppose ou légalement tenu pour reconnu à son égard, fait foi entre ceux qui l'ont souscrit et à l'égard de leurs héritiers et ayants cause»

(٢) أنظر في ذلك قرار محكمة التمييز بالعدد ٣٥٠/مدنية أولى/١٩٨٥ في ١٩/٢/١٩٨٥، مجموعة الأحكام العدلية العدد الأول والثاني، ١٩٨٥، ص ٥٦.

(٣) أنظر نص المادة (٢٦/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «لا يكون السند العادي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ السند ثابتاً في إحدى الحالات التالية: أ- من يوم أن يصدق عليه الكاتب العدل ب- من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ ج- من يوم أن يؤشر عليه قاضٍ أو موظف عام مختص د- من يوم وفاة أحد ممن لهم على السند أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة إبهام...» وهناك حالات يكون فيها للسند العادي حجة على الغير بالرغم من عدم ثبوت تاريخه وهذه الحالات هي: ١- إذا لم يكن السند العادي معد أصلاً لإثبات التصرف القانوني في كالدفاتر التجارية والأوراق المنزلية التي لم تُعد أصلاً للإثبات، لكن المشرع أعطاهم تجوزاً قيمة السندات العادية ٢- إذا كان القانون لا يتطلب الكتابة للإثبات كالتصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على خمسة آلاف دينار والتي يجوز إثباتها بالشهادة والقرائن ٣- الوصولات، حيث نصت المادة (٢٦/ثانياً) إثبات عراقي على أنه «ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف ألا تطبق الفقرة أولاً على الوصولات».

(٤) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٢٨٤.

(٥) د. عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق، ص ١٨١.

السندات العادية من حيث الإثبات، ويكون للبرقيات حجية السندات العادية إذا كان أصلها المودع في مكتب الإصدار موقعاً عليه من مرسلها، وإذا أنعدم أصل البرقية فلا يُعتد بها إلا لمجرد الاستئناس^(١) والمادة (٢٧/أولاً) إثبات عراقي قد أعتبرت ان للرسائل حجية السندات العادية من حيث الإثبات، لذلك لا يجوز إثبات خلاف ما مدون فيها إلا بالكتابة، لأن القاعدة هي عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة^(٢) إما بالنسبة للدفاتر التجارية، فقد ساوى قانون الإثبات العراقي بين الدفاتر التجارية وغير التجارية والدفاتر والأوراق الخاصة في الإثبات، وتختلف حجية الدفاتر التجارية الإلزامية بالنسبة للتاجر وحجيتها على التاجر^(٣).

إما بالنسبة للسندات المثبتة للدين فقد جرت العادة ان يؤشر الدائن وفاء المدين لدينه على سند الدين الذي في حيازته، فالتأشير على سند لدى الدائن فقد نصت المادة (٣٣/أولاً) إثبات عراقي على ان «التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى ان يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعاً منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته» وهذه القرينة تشترط ان يتم التأشير على السند براءة ذمة المدين مكتوباً على سند الدين ذاته، ولا يعتد بالتأشير على صورة السند أو ورقة مستقلة، وان يبقى السند في حيازة الدائن، فإذا خرج من حيازته فإن ذلك يعد مانعاً من قيام قرينة الوفاء^(٤).

وقد تضمنت الفقرة الثانية من المادة المذكورة آنفاً «وكذلك يكون الحكم إذا أشر الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى للسند في يد المدين». وبذلك فإن المشرع العراقي قيد الإثبات في السندات الرسمية والعادية بموجب النصوص القانونية التي حدد فيها حجية السند الرسمي وحجية السند العادي في الإثبات من خلال شروط انشاء هذه السندات ومتى يجوز ان تكون صالحة للإثبات في واقعة معينة أو تصرف قانوني.

(١) أنظر نص المادة (٢٧/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «أولاً- تكون للرسائل الموقع عليها حجية السندات العادية من حيث الإثبات».

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ١٠٨.

(٣) أنظر نص المواد (٢٨ - ٣٢) إثبات عراقي والتي حددت متى تكون القيود الواردة في الدفاتر حجة لصاحبها، ومتى تكون هذه القيود حجة على صاحبها.

(٤) د. عباس العبودي، أهمية السندات العادية، مصدر سابق، ص ٢٥٢.

الفرع الثالث**الحالات التي تجب فيها الكتابة للإثبات**

تُعد الكتابة هي وسيلة الإثبات الأساسية التي يتطلبها القانون بالنسبة للتصرفات القانونية، إما الوقائع المادية فإنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، وذلك لأن طبيعة الوقائع المادية لا تسمح بتهيئة وسيلة معينة لإثباتها، أي ان المدعي لا يستطيع تهيئة الدليل مسبقاً على حصول الواقعة، وقد عني المشرع في تقييد الأدلة وإطلاقها وخاصة في الدليل الكتابي والشهادة، واكتفى بتقرير معادلة الإقرار واليمين للكتابة ومعادلة القرائن للشهادة^(١).

لقد سبق القول ان المشرع فضل الكتابة على الشهادة كونها دليل يمكن تهيئته مسبقاً ويكون أقرب إلى مطابقة الحقيقة وأبعد عن شبهة الكذب والتلفيق ويكون التعويل عليها أدعى إلى الأطمئنان واستقرار المعاملات، ولما كان الأصل الإطلاق والاستثناء التقييد، لذا يتوجب علينا بيان الأحوال التي قيد فيها المشرع وجوب إثباتها بالكتابة، وان المشرع حدد هذه الحالات وقيد الإثبات فيها تحقيقاً للعدالة وبقصد حماية المتقاضيين من مخاطر تحكم القضاة، ولذا نجد ان فلسفة المشرع تقتضي للأسباب المتقدم ذكرها ان لا يرجع فيها إلى أصول القانون الطبيعي، وإنما مرجعها القانون الوضعي^(٢)، فقد يجيز المشرع إثبات بعض الوقائع بجميع طرق الإثبات، ويحدد بعض طرق الإثبات لوقائع معينة حيناً آخر، وقد يخصص دليلاً واحداً لغيرها تارة أخرى^(٣)، فلو تطلب المشرع الكتابة لإثبات جميع التصرفات القانونية لكان في ذلك صعوبة بالغة، لذلك فان تقييد الإثبات وفقاً لنصوص القانون يتمثل في قاعدتان رئيسيتان وأحوال خاصة سنتناولها على النحو الآتي:

القاعدة الأولى: وجوب الإثبات بالكتابة فيما زاد على خمسة آلاف دينار

ورد نص المادة (٧٧/ثانياً) إثبات عراقي «إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك».

(١) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٣٩٩.

(٢) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ٣، ص ٢٣٠.

(٣) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٣.

ان نطاق تطبيق هذه المادة نجده محصوراً في التصرفات القانونية المدنية والتجارية بدليل قول المشرع، إذا كان التصرف القانوني، وبذلك تخرج من نطاق تطبيق هذه المادة الوقائع القانونية الأخرى التي لا تعتبر تصرفات قانونية^(١)، أي الوقائع الطبيعية والأفعال المادية سواء ما كان منها فعلاً نافعاً أو فعلاً ضاراً، وإذا كان التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني سواء كان هذا الاتجاه صادر عن ارادتين كالعقد، أو صادر عن ارادة واحدة كالإيجاب وحده أو الوعد بجائزة، والعبرة في تقدير قيمة التصرف هو وقت حصول التصرف لا وقت الوفاء به وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز «ان ادعاء المدعي انه قد دفع للمدعى عليه مبلغ قدره مليون دينار تعويضاً عن حادث دهس ولده واتفق معه على إعادة المبلغ المذكور له في حال تسلمه تعويضاً من شركة التأمين الوطنية لا يصح إثباته إلا بدليل كتابي معتبر...»^(٢).

وكذلك الملاحظة ان نطاق تطبيق هذه المادة مقصور على التصرفات التي تزيد قيمتها على خمسة آلاف دينار فإذا كانت أقل من النصاب المحدد فإنه يباح إثباتها بالشهادة والقرائن^(٣).

(١) أنظر نص المادة (١١/أولاً) إثبات عراقي والتي حددت نطاق سريان قانون - الإثبات فقررت في الفقرة أولاً من المادة المذكورة سري هذا القانون على «أولاً، القضايا المدنية والتجارية...»، وأنظر نص المادة (١٠/١) إثبات مصري والتي قررت «في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك» وهذا يدل ان المشرع العراقي أخضع المسائل التجارية لقواعد قانون الإثبات هادفاً إلى جميع هذه القواعد والأحكام المبعثرة وضماها في قانون واحد للتيسير على القضاة، والمواطنين في التعرف عليها، مخالفاً في ذلك سائر التشريعات العربية التي فصلت احكام الأثبات في المسائل المدنية والتجارية، وأنظر كذلك نص المادة (١٣٤١) مدني فرنسي والتي قررت «يجب ان يحرر سند رسمي أو عرفي في جميع الأحوال التي تزيد فيها قيمة الشيء أو المبلغ على (٥٠٠) فرنكاً حتى في أحوال الودائع».

Art (1341): «sera passe acte de toutes conventions sour choses»

(٢) قرار محكمة التمييز بالعدد ٣٨٨ / مدنية/ ١٩٨٦ في ١١/٢٥/١٩٨٦، مجموعة الأحكام العدلية، العددان الثالث والرابع، ١٩٨٦، ص ٨٢. وأنظر كذلك في قرار آخر لها حيث ذهبت إلى ان «بيع العقار تصرف قانوني لا يجوز إثبات وجوده أو انقضائه بالشهادات إذا زادت قيمته على خمسين دينار (خمسة آلاف بعد التعديل) وبما ان قيمة الأرض المباعة المقدرة في عريضة الدعوى (١٤٤) الف دينار لذا لا يجوز إثبات عقد البيع بالشهادة...» قرارها بالعدد ١٤٢ / ح / ١٩٨٧ في ١٧/٥/١٩٨٧، مجموعة الأحكام العدلية، العددان الأول والثاني ١٩٨٧، ص ١٩٢، وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية فيما يتعلق بإثبات الوفاء بالثمن «بان المشتري لا يجوز له إثبات وفائه بالثمن إلا بالكتابة طالما ان الثمن يجاوز نصاب البينة» نقض مدني مصري في ٣٠/٥/١٩٦٧، مشار إليه لدى د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤١٠.

(٣) الياس ابو عيد، نظرية الإثبات، ج ٢ مصدر سابق، ص ٢٧٧.

ويجب ان يتمسك صاحب المصلحة بهذه القاعدة وإلا فإنه يعتبر متنازلاً عنها ويكون الإثبات بالشهادة جائزاً في حقه، لأن هذه الأحكام لا تتعلق بالنظام العام، بدليل ان المشرع نص في الفقرة الأخيرة من المادة (٧٧/ثانياً) إثبات عراقي على انه يجوز للخصوم ان يتفقوا على إثبات التصرف القانوني بالشهادة وان تجاوز النصاب القانوني، فإن لم يتنازلوا وتمسكوا بالقاعدة وجب على القضاء تطبيقها بصورة صارمة^(١) ووفقاً للأمر المتقدم نرى ولغرض تطبيق هذه القاعدة يشترط ان يكون محل الإثبات تصرفاً أي عملاً قانونياً وان يكون هذا التصرف مدنياً، وان يكون نصابه قد تجاوز خمسة آلاف دينار أو يكون غير مقدر القيمة.

القاعدة الثانية: وجوب إثبات ما يخالف الكتابة بالكتابة

منعت المادة (٧٩/أولاً) إثبات عراقي، الإثبات في الشهادة في التصرفات القانونية حتى وان كانت دون النصاب القانوني البالغ خمسة آلاف دينار إذا كان يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، فما يثبت بدليل فلا يجوز إثبات ما يخالفه إلا بدليل مثله أو أقوى منه، ويشترط في تطبيق هذه القاعدة وجود دليل كتابي، ويجب ان يكون التصرف الثابت بالكتابة تصرف مدني^(٢)، وان يكون المراد إثباته يخالف أو يجاوز المكتوب، فإذا ذكر في عقد البيع ان الثمن مليون دينار ولم يذكر شيء في ميعاد استحقاقه ولا عن سريان فوائد عليه فلا يجوز للمشتري ان يثبت بالشهادة ان حقيقه الثمن تسعمائة دينار، أو انه أتفق مع البائع شفويّاً على سريان الفوائد، وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز على انه «لا يجوز سماع البينة الشخصية لإثبات عكس ما ورد في

(١) قرار محكمة النقض الفرنسية بالعدد ٣٩٣ في ١٦/١١/١٩٧٧، البلتان المدني لعام ١٩٧٧ وقد ورد فيه «... ان القرار الذي يأمر باستماع الشهود رغم تمسك أحد الخصوم بعدم قبول الإثبات بالشهادة، يكون مستوجباً للنقض...» مشار اليه لدى، الياس ابو عيد، نظرية الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢٧٨، وأنظر كذلك قرار محكمة التمييز والذي قضت فيه على أنه «ليس للمحكمة ان ترفض سماع البينة الشخصية من تلقاء نفسها وبدون ان يعترض الطرف الآخر على سماعها، لأن قواعد الإثبات ليس من النظام العام، فيجوز لطرفي الخصومة ان يتفقا عليها...» قرارها بالعدد ٢٧٦/صلحية/١٩٦٤ في ٥/٣/١٩٦٤، مجلة القضاء، المجلد الثاني، ص ٧٦ وأنظر كذلك قرار محكمة النقض المصرية على انه «إذا كان الطاعن لم يتمسك أمام محكمة الموضوع بعدم جواز إثبات العقد المستتر وعلم الطاعن به بالبينة والقرائن، فإنه لا يجوز له التصدي بذلك لأول مرة أمام محكمة النقض، لأن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة والقرائن فيما يجب إثباته بالكتابة ليست متعلقة بالنظام العام...»

(٢) مع ملاحظة موقف المشرع العراقي في نطاق سريان قانون الإثبات في المادة (١١) الإشارة السابقة، ص ٣١.

البيئة التحريرية...»^(١)، غير ان هناك تصرفات قانونية نص المشرع على وجوب الدليل الكتابي فيها، مهما كانت قيمتها ولو لم تزد على النصاب القانوني وهي نصوص متناثرة في قوانين خاصة، واشترط المشرع في بعضها ان تكون الكتابة رسمية، وفي بعضها الآخر ان تكون رسميتها بشكل معين وأهم هذه التصرفات والتي حددتها نصوص القوانين، فعلى سبيل المثال نجد ان القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، والذي جاءت نصوصه تشير إلى وجوب الدليل الكتابي، ففي التصرفات العقارية، ففي التصرفات العقارية، ويقصد بها كل تصرف من شأنه انشاء حق من الحقوق العينية الأصلية^(٢) والتبعية^(٣)، أو انتقال هذه الحقوق أو فقدانها أو زوالها، وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة^(٤).

والتصرفات العقارية هذه لا ينعقد أي منها إلا بعد تسجيله بدائرة التسجيل العقاري^(٥) وكذلك التصرفات العقارية التي صدر بها حكم قضائي حاز على درجة البتات، أو أي قرار له قوة الحكم القضائي، لا يجوز إجراؤها إلا بعد تسجيلها في السجل العقاري^(٦) وهذه الأحكام التي نص عليها قانون التسجيل العقاري جاءت مؤيدة لما تقرر في القانون حول هذه التصرفات وهي:

(١) قرار محكمة التمييز بالعدد ١٤٣٦ / مدنية ثانية / ١٩٨٤ في ١٩٨٤/٦/٢٧، مجموعة الأحكام العدلية العددان الثالث والرابع، ١٩٨٤، ص ٨٧.

(٢) انظر نص المادة (٦٧) مدني عراقي والتي قررت «الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين، وهو إما أصلي أو تبعي».

(٣) أنظر نص المادة (٢/٦٨) مدني عراقي والتي قررت «والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التأميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز».

(٤) أنظر نص المادة (١/٣٠) من قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١ المعدل والتي قررت «التصرف العقاري هو كل تصرف من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة».

(٥) أنظر نص المادة (٢/٣) من قانون التسجيل العقاري والتي قررت «لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري».

(٦) أنظر نص المادة (٤) من قانون التسجيل العقاري والتي قررت «لا يجوز إجراء التصرفات العقارية على الحقوق التي صدر فيها حكم قضائي حائز درجة البتات أو قرار له قوة الحكم القضائي إلا بعد تسجيل تلك الحقوق في التسجيل العقاري» وهناك نصوص أخرى وردت في القانون المدني وتطلبت الدليل الكتابي وهي على النحو الآتي:

١- المادة (٣٥) مدني عراقي والتي قررت «تثبت الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لذلك».

٢- المادة (٣/٤٥) مدني عراقي «لا يجوز إثبات المواطن المختار إلا بالكتابة».

١- نصت المادة (٥٠٨) مدني عراقي على «بيع العقار لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة، وأستوفى الشكل الذي نص عليه القانون».

٢- نصت المادة (٦٠٢) مدني عراقي «إذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة ان تسجل في الدائرة المختصة».

٣- نصت المادة (٢/١٠٧١) «لا تتم القسمة الرضائية في العقار إلا في التسجيل في دائرة التسجيل العقاري».

٤- نصت المادة (٢/١١٢٦) «العقد الناقل لملكية عقار لا ينعقد إلا إذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً».

٥- نصت المادة (١/١٢٨٦) فإنه «لا ينعقد الرهن التأميني على العقار إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري».

٦- نصت المادة (١٢٦٤) على ان «حق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري».

٧- نصت المادة (١٣٢٤) على انه «إذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط لتمامه ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً».

٨- نصت المادة (٢/١٣٧٨) على انه «يجب ذكر حق الامتياز على العقار في سجل التسجيل العقاري، وتكون مرتبته من وقت التسجيل».

وفي قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل وردت نصوص أوجب فيها المشرع الدليل الكتابي، حيث نصت المادة (٢٥٢) منه على «لا يثبت الاتفاق على التحكيم إلا

٣- المادة (١/٩٠) مدني عراقي «إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك».

٤- المادة (٧١١) مدني عراقي والتي قررت «لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي».

٥- المادة (٩٧٩) مدني عراقي والتي قررت «العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً، دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع...».

٦- نصت المادة (٩٩٢) مدني عراقي على «يقع باطلاً التأمين على حياة الغير ما لم يوافق الغير عليه كتابة قبل إبرام العقد».

بالكتابة...»، ونصت المادة (٢٥٩) منه على «يجب ان يكون قبول المحكم للتحكيم بالكتابة ما لم يكن معيناً من قبل المحكمة...»، ونصت المادة (١/٢٧٠) منه على «يصدر المحكمون قرارهم بالاتفاق أو بالأكثرية بعد المداولة فيما بينهم مجتمعين، وطبقاً لما هو مبين في هذا القانون ويجب كتابته بالطريقة التي يكتب بها الحكم الذي يصدر من المحكمة» وفي قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، نصت المادة (١٠) منه على «يسجل عقد الزواج في المحكمة المختصة بدون رسم، ويعمل بمضمون الحجج المسجلة وفق اصولها بلا بينة»^(١)، ونصت المادة (٦٥) منه على «١- لا تعتبر الوصية إلا بدليل كتابي موقع من الموصي، أو مبصوم بختمه أو طبعة إبهامه، فإذا كان الموصى به عقاراً أو مالاً منقولاً تزيد قيمته على خمسمائة دينار وجب تصديقه من الكاتب العدل» ونصت المادة (٢) من قانون تسجيل المكائن رقم ٣١ لسنة ١٩٣٩ المعدل بالقانون ٥٦ لسنة ١٩٥٦ بأنه «يجب تسجيل الماكنة لدى الكاتب العدل في المنطقة الموجودة فيها عند بيعها...» ونصت المادة (٥) من قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ المعدل على «١- تسجل جميع المركبات في سجلات التسجيل عدا العربات، وما يستثنى بنص خاص...».

المطلب الثاني

الإقرار

عادة ما يقوم المدعي بتقديم الأدلة والأسانيد التي تؤيد صحة ادعاءه الذي ينكره خصمه آملاً أن تؤدي هذه الأدلة إلى إقناع القاضي بأحقية فيما يدعيه ويصدر حكماً لصالحه، ولكن قد يحدث ان يدعي شخص بحق له أمام المحكمة ويقر خصمه بهذا الحق وثبوته في ذمته، ان مثل هذا الاعتراف يؤدي إلى إنهاء المنازعة باعتراف الخصم دون قرار من القاضي، ويصبح لا مجال للمنازعة، ومن ثم تنتهي الدعوى وهذا ما يسمى بالإقرار القضائي، فالإعفاء من الإثبات في الإقرار مقصور على الخصمين^(٢) ويُعد الإقرار القضائي هو تطبيق من تطبيقات المبدأ الوضعي القائل بسيادة الخصوم في الدعوى، فهو من جانب مظهر لسيادة الخصوم في الدعوى، وفي ذات الوقت وسيلة لتقييد دور القاضي من جانب آخر، وإذا كان الإقرار القضائي مظهراً لسيادة الخصوم في

(١) أنظر كذلك نص المادة (٣٩) ونص المادة (٤٦) من قانون الأحوال الشخصية.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٤٧٠.

الدعوى إلا أنه لا يترك لهوى الخصوم ومشيتهم، لذلك وضع المشرع قيود وضوابط تحكمه سواء في صدوره أو في النتائج التي تترتب عليه والتي تتم تحت إشراف القاضي ورقابته، لذا سنقسم هذا المطلب الى وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الإقرار.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الإقرار.

الفرع الثالث: حجية الإقرار القضائي.

الفرع الأول

تعريف الإقرار وطبيعته

يقصد بالإقرار هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر، سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصد^(١).

وقد عرفته المادة (٥٩) إثبات عراقي بانه «إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر...» وهذا التعريف يصدق على الإقرار القضائي أكثر مما يخص الإقرار بشكل عام، فلا يكون إقراراً بإنشاء الشخص الحق في ذمته بتصرف قانوني أو بواقعة قانونية، كالمشتري يلتزم بدفع الثمن ومن يرتكب عملاً غير مشروع يلتزم بالتعويض، فإنيشاء الحق يختلف عن الاعتراف به لذا فقد ثار خلاف حول الطبيعة القانونية للإقرار، فذهب اتجاه^(٢) إلى ان الإقرار عمل قانوني صادر من جانب واحد تتجه فيه إرادة المقر إلى إحداث أثر قانوني وهو ثبوت الحق المقر به في ذمته،

(١) يعرف الإثبات لغة: هو تثبيت وإقرار الشيء المتزلزل أو المتردد بين الإثبات والجحود، أحمد بن محمد علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، ط٦، دون سنه نشر، ص ٦٨١، وهناك تعريفات اخرى للإقرار، فقد عرفه بعض الفقه المصري بأنه اعتراف شخص بأمر مدعى عليه به لآخر قصد اعتبار هذا الأمر ثابتاً بذمته وإعفاء الآخر من إثباته، د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٤٨٠، وفي الفقه الفرنسي يعرف بانه اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة مدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة، أنظر في ذلك:

J. CHEVALIER: La caus de droit civil approfondi, la charge de la prevue. Dalloz et sirey, 1956.P.119.

(٢) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٤٨٢.

وذهب اتجاه آخر^(١) إلى أن الإقرار هو قلب لعبء الإثبات، فالأصل أن المدعي هو من يتحمل عبء الإثبات، فإذا أقر خصمه بالواقعة المدعاة من قبله يكون عندئذ قد اعفاه من إثباتها وذهب اتجاه ثالث^(٢) إلى أن الإقرار في حقيقة الأمر ينطوي على واقعتين، واقعة الإقرار ذاتها والواقعة المعترف بها، وأن واقعة الإقرار ذاتها تكون ثابتة باعتراف المقر بانها مطابقة للواقعة المعترف بها وإلا لما اعترف بها المقر وهي ضد مصلحته، وعليه فأن واقعة الإقرار ذاتها تكون قرينة قانونية قاطعة على صحة الواقعة المعترف بها، ويرى اتجاه رابع^(٣) في أن الإقرار دليل من أدلة الإثبات وليس تصرف قانوني ولكنه يختلف عن بقية الأدلة كونه مقدم من قبل المدعى عليه، والتعريف الذي أورده هو تعريف الإقرار القضائي، إما الإقرار غير القضائي فهو الذي يصدر خارج مجلس القضاء، والإقرار نادراً ما يصدر من الشخص من تلقاء نفسه، وإنما الغالب أن يكون ذلك عن طريق استجواب الخصم للحصول منه على إقرار، وهو لا يصدر دائماً في بداية الخصومة، بل قد تقطع الخصومة شوطاً طويلاً قبل أن يصدر الإقرار الذي قد يستخلصه القاضي باستجواب، وأن المقر عند إقراره لا يفعل سوى تأكيد حقيقة واقعة، فالوقائع تظل دائماً وقائع تستطيع الإرادة أن تنكرها كما تستطيع أن تؤكدتها ولكنها لا تستطيع أن تغيرها ولا تستطيع التصرف بها^(٤) ويختلف الإقرار عن الدليل الكتابي في أن الأول يكون اعترافاً لاحقاً لنشوء الواقعة، فهو إقرار بوجود الحق بعد نشوئه، في حين أن الدليل الكتابي الذي يعتبر من الأدلة المهيأة مسبقاً فيكون وقت نشوء التصرف القانوني القصد منه إثبات وجود التصرف، ويختلف عن الشهادة في أن الأخيرة هي إخبار أمام المحكمة بثبوت حق للغير على الغير وهي من الأدلة ذات الحجية غير الملزمة، إما الإقرار فهو إخبار بثبوت واقعة أو حق للغير على المقر نفسه، والشهادة تصدر من شاهد ليس خصم في الدعوى، إما الإقرار فهو يصدر من خصم في الدعوى^(٥) ويتميز الإقرار بخصائص متعددة منها أن الإقرار هو عمل قانوني إخباري فهو قانوني، لأن اتجاه الإرادة نحو إحداث أثر قانوني هو ثبوت حق في ذمة المقر واعفاء المقر له من إثبات هذا الحق وهو عمل إخباري لأنه اعتراف أو

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٥٠٠.

(٢) أنظر في ذلك قيس عبد الستار عثمان، الإقرار واستجواب الخصوم، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩، ص ٢٨ والآراء التي يشير إليها في هامش رقم (٢) من الأطروحة.

(٣) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، المصدر السابق، ص ٣٠٩.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٥٠١.

(٥) قيس عبد الستار عثمان، مصدر سابق، ص ١٥٨.

إخبار بحدوث واقعة معينة في وقت مضى، أو بثبوت حق معين قبل تاريخه ^(١) والإقرار عمل قانوني ينطوي على تصرف قانوني من جانب واحد يتم بإرادة واحدة هي إرادة المقر فلا يحتاج الى قبول من المقر له ^(٢) ولا يكفي ان يكون الإقرار إخباراً وعملاً إرادياً، وإنما ينبغي ان يكون الإقرار صادراً بنية الاعتراف أي ان يعلم المقر بأنه يقوم بعمل يقصد منه الزام نفسه وان يكون على دراية بأنه سيتخذ دليلاً أو حجة عليه، وان خصمه سيعفى به من تقديم أي دليل ^(٣).

والإقرار قضائياً كان أو غير قضائي يشترط فيه ما يشترط في سائر التصرفات القانونية، فلا يقبل الإقرار إلا ممن عنده أهلية التصرف فيما أقر به ويكون إقراراً صادراً عنه بحريته واختياره لا يلحقه أي عيب من عيوب الإرادة لأنه يتضمن نزول صاحب الحق عن حقه قبل خصمه وهو إخراج للحق المقر به من ملك المقر، إذ لولا ذلك لما كسب مدعي الحق دعواه ^(٤).

الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها في الإقرار

نظراً لخطورة الإقرار القضائي وما يترتب عليه من نتائج حاسمة للنزاع، منح المشرع القاضي سلطة رقابية على مدى توافر الشروط المطلوبة لكي يتم الاعتراف به وأعتبره إقراراً قضائياً، كما خوله الحق في تفسيره وتكييفه ^(٥) وسنتعرف على مظاهر دور القاضي الرقابي على الاعتراف الصادر على الخصم، فلقد وضع المشرع على هذا الدليل شروطاً وقيد الخصوم والمحكمة بها فإن لم تتوافر فلا يمكن اعتبار الإقرار قضائياً، ومن هذه الشروط:

١- لا بد ان يصدر الإقرار من خصم في الدعوى فإذا صدر من شخص ليس خصماً في الدعوى فلا يُعد إقراراً ^(٦)، والإقرار الذي يصدر عن الخصم قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً وقد يكون

(١) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، مصدر سابق، ص ٥٨٠.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٤٨٤.

(٣) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٧.

(٤) د. محمد نصر محمد، أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤، ص ١٣٧.

(٥) نقض مدني مصري جلسة ١٩٦٣/٦/٢، مجموعة القواعد القانونية، ج ١، ص ٣٤.

(٦) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ١٣٧.

كتابة أو شفاهة، ولم ينص القانون العراقي والتشريع المقارن على وجوب ان يكون الإقرار صريحاً، فضلاً عن ان المشرع اعتبر في حالات معينة موقف الخصم إقراراً ضمناً^(١) ولكن الأصل فيه ان يكون صريحاً قاطع الدلالة.

٢- ان يكون الإقرار منصباً على واقعة قانونية، فمحل الإقرار هو الحق المراد اثباته للخصم كأن يقر الخصم بواقعة الدين دون ان يذكر السبب المنشئ لهذا الالتزام^(٢).

٣- لا يجوز ان يكون محل الإقرار مسألة قانونية، فلا يمكن ان يكون محل الإقرار وصفاً لفعل أو تكييفاً قانونياً لعقد، كما لا يعتبر إقراراً اعتراف الشخص بان نص من نصوص القانون ينطبق عليه لأن ذلك من عمل القاضي^(٣).

٤- ان يصدر الإقرار أمام القاضي واثناء السير في الدعوى المتعلقة بالحق موضوع الإقرار، فلا يُعد الإقرار قضائياً إلا إذا صدر أمام القضاء، ويستوي ان يرد في عريضة الدعوى ذاتها، أو في اللوائح المقدمة اثناء المرافعة، أو اثناء استجواب تجريه المحكمة، ويجوز ان يكون في أية جلسة من جلسات المرافعة وحتى اعلان ختام المرافعة وإلى وقت النطق بالحكم وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى^(٤) والمظهر الثاني من مظاهر سلطة القاضي الرقابية على الإقرار الصادر من الخصم يتمثل في قيام القاضي بعد توافر شروط الإقرار القضائي فإن من حقه تفسير الإقرار وتحديد معناه وتقدير ما إذا كان يمكن اعتبارها إقراراً بوقائع الدعوى أم لا، بشرط ان لا يخرج عبارات الإقرار عن المعنى الظاهر لعباراته^(٥) ومن حق القاضي الذي يمارس دوراً رقابياً في هذه المرحلة تجاه الأدلة الملزمة تكييف الاقوال الصادرة عن الخصوم، فعملية استخلاص توافر شروط وأركان الإقرار

(١) قرار محكمة تمييز العراق بالعدد ١٩٩٠/١٩٩٠/١٩٩٠ ص ٢٥/١٢/١٩٥٨. مشار اليه لدى مهدي صالح محمد أمين، أدلة القانون غير المباشرة، مطبعة المشرق، بغداد، ١٩٨٧، ص ٥٩.

(٢) د. محمد نصر محمد، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٣) الياس أبو عيد، نظرية الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢٧٠، وأنظر كذلك حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ١، ص ٢٨٠.

(٤) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٥١٦.

(٥) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٥.

القضائي أو عدم توافرها، وكذلك تفسير عبارات الإقرار تُعد من المسائل التي يستقل بها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة التمييز^(١).

وخلاصة القول نرى أن المشرع وضع الضوابط والقيود لاعتبار الإقرار صحيحاً يترتب أثراً على صدوره بأن يكون صادراً من خصم في الدعوى، ويجب أن ينصب الإقرار على واقعة قانونية مدعى بها، وأن يكون الإقرار أمام القاضي واثناء سير الدعوى المتعلقة بالحق موضوع الإقرار، ونلاحظ أن القاضي وإن كان لا يحظى بسلطة تقديرية في الأخذ بالإقرار أو عدم الأخذ به كونه من الأدلة ذات الحجية الملزمة، إلا أنه يمارس دوراً رقابياً في التأكد من توافر شروط الإقرار، فإذا لم تتوافر هذه الشروط فلا يُعد الإقرار صحيحاً.

الفرع الثالث

حجية الإقرار القضائي

متى اعترف الخصم بالواقعة القانونية المدعى بها عليه أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة تصبح الواقعة في غير حاجة الى إثبات وينحسم النزاع بشأنها^(٢).

وقد نصت المادة (٦٧)^(٣) إثبات عراقي على أن «الإقرار حجة قاصرة على المقر» فالإقرار عمل قانوني ملزم بذاته وأنه يُعد في مقام التصرف القانوني، لذلك فإنه يعتبر حجة قاصرة

(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه «تقدير كون الأقوال المنسوبة للخصم تعتبر إقراراً قضائياً أو لا تعتبر كذلك، تُعد من المسائل الموضوعية التي لا تخضع لرقابة محكمة النقض...» قرارها بالعدد ٢٣ في ١١/٥/١٩٧٣، مجموعة أحكام النقض، ص ٢٠٦. أشار إليه لدى د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، مصدر سابق، ص ٥١٧ وفي قرار آخر قضت محكمة النقض المصرية «إذا كانت محكمة الموضوع فيما حصلته من الإقرار لم تخرج في تفسيرها له عن المعنى الظاهر لعباراته فإنه لا يكون لمحكمة النقض سبيل عليها في ذلك...» نقض مدني مصري في جلسته ١/٢٨/١٩٦٥، مجموعة أحكام النقض المدني، ص ١٤٤، ويرى الدكتور آدم وهيب، دور الحاكم ص ٣١٦، أن الدور الذي يمارسه القاضي في تفسير الدليل يُعد حق من حقوقه بل هو واجب عليه في كل دليل يُعرض عليه مهما كانت حجيته في الإثبات، وذلك ليتسنى له تحديد مداه الحقيقي.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٤٩٨.

(٣) عُدلت هذه المادة بالقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠، فقبل التعديل كانت تنص على أن «الإقرار حجة قاطعة وقاصرة على المقر» وبعد التعديل أصبح نص المادة «الإقرار حجة قاصرة على المقر» فكون الإقرار حجة قاصرة على المقر، فيعني أن أثره القانوني يقتصر على المقر وعلى ورثته بصفتهم خلفاً عاماً له، ولكن لا يسري أثره إلى الدائن والشريك والسبب في ذلك يعود إلى أن الإقرار إخبار بحقيقة واقعة ضد مصلحة المقر نفسه، فليس له أن

على من أقر بشخصه وعلى من يخلفه علاقة عامة عن طريق الميراث، بإقرار المورث يسرى بحق الورثة باعتبارهم خلفاً عاماً^(١) وترجح حجية الإقرار بوجه عام إلى ان صدوره من شخص ضد مصلحة نفسه يجعل احتمال صدقه يرجع على احتمال كذبه، غير ان ترجيح احتمال صدقه على احتمال كذبه، لا ينفي احتمال ان يكون المقر قد كذب إما لضرر يدفعه وأما لمصلحة تربو على ما يفوته نتيجة إقراره، وأما لمعنى ادبي يقدره المقر^(٢) ولما كان للإقرار القضائي هذه الحجية فيلزم أن يكون صادراً من الخصم بهدف الاعتراف بالحق المدعى به لخصمه وفي صيغة تفيد الحق المقر به على سبيل الجزم واليقين، وللقاضي إهمال الإقرار إذا كانت الواقعة المقر بها غير منتجة في حل النزاع^(٣).

فإذا صدر الإقرار نتيجة الغلط فينبغي التمييز بين الغلط في الواقع والغلط القانوني، إذ ان الغلط في الواقع يجوز فيه للمقر الرجوع عنه، لأنه يجعل الإقرار على غير أساس يقوم عليه، أما الغلط في القانون فإنه لا يصلح ان يكون سبباً للرجوع عن الإقرار بحجة ان المقر كان يجهل الآثار القانونية التي تترتب على إقراره، لأن الجهل بالقانون ليس عذراً^(٤).

ان دور المشرع في تقييد الإثبات بالإقرار يظهر بوضوح من حيث جعله لحجية الإقرار قاصرة على المقر وعلى خلفه العام غير متعدية للغير، هذه الحجية الملزمة للإقرار القضائي وما له من قوة في الإثبات تنعكس آثارها على كل من الخصوم والقاضي، فبالنسبة للخصم يترتب على

يُلزم به غيره حتى ولو كان هذا الغير خلفاً خاصاً له أو مدينأً متضامناً معه، وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق على انه «ان إقرار الوارث (س) لا يسري على بقية الورثة لان الإقرار حجة قاصرة على المقر...» قرارها بالعدد ٦٧٠/مدنية ثالثة/ ١٩٧١ في ١٩٧١/٧/٨، النشرة القضائية السنة الثانية، العدد الثالث، ١٩٧٣، ص ١٧. (١) قرار محكمة تمييز العراق بالعدد ٨٤/استئنافية/ ١٩٧١ في ١٩٧١/٥/١٣، النشرة القضائية السنة الثانية، العدد الثاني، ١٩٧٢، ص ٩١.

(٢) ولذلك يجوز للقاضي كما يجوز له ان يطرح الدليل الكتابي إذا تطرق لنفسه الشك بانه تعرض للتزوير، إن يطرح الإقرار إذا كان ظاهر الحال يكذبه، د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، مصدر سابق، ص ٤٩٤.

(٣) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣١٧.

(٤) نصت المادة (١٣٥٦) مدني فرنسي على انه «يمكن الرجوع في الإقرار إذا كان هناك غلط في الواقع، ولا يمكن ذلك إذا كان الغلط في القانون»

Art (1356): «... ne peut etre revoque moins qu'on ne prouve qu'il a ete la suite d'une erreur de fait ne pourrait etre revogue sous pretexte d'une erreur de droit»

وأنظر نص المادة (٦٨/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «يلتزم المقر بإقراره إلا إذا كُذب بحكم».

إقرار المقر بالواقعة المدعى بها عليه ترتيب الحق في ذمته للمقر له وإقالة خصمه من تقديم أي دليل آخر لإثبات الواقعة المعترف بها، فالإقرار القضائي له حجة قاصرة على المقر^(١)، وبالنسبة للقاضي، لا شك ان الحجية الملزمة للإقرار القضائي وقوته في الإثبات تنعكس على سلطته في تقديره أدلة الدعوى، فالقاضي يقوم بمراقبة توافر شروط الإقرار القضائي وتفسيره وتكييف أقوال الخصم إذا أقتضى الأمر، ولكن متى تأكد وتحقق من استيفاء هذه الشروط فيتقيد بها ويتعين عليه اعتبار الواقعة المقر بها ثابتة بمجرد صدورها من المقر^(٢).

ولابد من الإشارة الى الإقرار الذي يحصل خارج مجلس القضاء وهو ما يسمى بالإقرار غير القضائي والذي عرفته المادة (٥٩) إثبات عراقي بانه «الإقرار الذي يقع خارج المحكمة، فهل يكون لهذا الإقرار ذات الحجية والقوة في الإثبات، وثار الخلاف حول آثار الإقرار غير القضائي، فيذهب الرأي الأول^(٣)، إلى ان الإقرار غير القضائي ليست له آثار الإقرار القضائي ولا يمكن ان يتمتع بذات الحجية والقوة في الإثبات التي يتمتع بها الإقرار القضائي، وبالتالي فهو يخضع لسلطة القاضي التقديرية وله الحق في الأخذ به أو إهماله بحسب ما يراه في ضوء ظروف الدعوى وملاساتها. وذهب اتجاه ثاني^(٤) إلى ان الإقرار القضائي وغير القضائي كليهما عمل إخباري عن واقعة سابقة أو حق مضي، وان الاختلاف بينهما لا يمس بطبيعتهما، وإنما يتعلق بالظروف التي صدر فيها كل منهما.

ونحن نؤيد ما جاء بالرأي الثاني، لان الفرق بينهما كما سبق القول في صدور الإقرار القضائي أمام المحكمة فلا تثور مسألة إثبات الإقرار القضائي، في حين ان الإقرار غير القضائي يحتاج إلى إثبات أمام المحكمة التي تنتظر النزاع المتعلق بتلك الواقعة، وإذا ما ثبت حصول هذا الإقرار فان حجيته تكون لها نفس القوة في الإثبات القضائي، ولما كان الإقرار غير القضائي يعتبر بمنزلة التصرف القانوني وبهذا التكييف، فعلى القاضي ان يلتزم في قبول إثباته أمامه بشروط

(١) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣١٧.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٥٠٢.

(٣) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النافع للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٨٧، د. محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ٨٨، وأنظر نص المادة (٧٠) إثبات عراقي والتي قررت «الإقرار واقعة يعود تقديرها للقاضي ويجب إثباته وفقاً للقواعد العامة في الإثبات.

(٤) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٥٠٧، أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٢.

الإثبات في المواد المدنية أي يلزم الدليل الكتابي في ما يتجاوز النصاب القانوني، إما إذا لم يتجاوز النصاب القانوني البالغ (خمسة آلاف دينار) عندئذ - يجوز قبول إثباته بالشهادة.

المطلب الثالث

اليمين الحاسمة

ان الخصم الذي يدعي له حقاً في ذمة خصمه يتوجب عليه إثباته عملاً بالقاعدة الشرعية التي تقضي بأن «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر»^(١).

ولكن في بعض الأحيان قد يعجز الخصم عن تقديم الأدلة التي تثبت صحة ادعاءاته، وفي نفس الوقت ينكر خصمه هذا الادعاء، فلا يبقى أمامه إلا الاحتكام إلى ذمة وضمير الخصم المُنكر طالباً منه وعن طريق المحكمة أداء اليمين على عدم صحة ادعاءه أو عدم وجود الحق المدعى به وهذا ما يسمى باليمين الحاسمة، لذا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف اليمين الحاسمة وتحديد طبيعتها.

الفرع الثاني: شروط توجيه اليمين الحاسمة وإجراءاتها.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على اليمين الحاسمة.

الفرع الأول

تعريف اليمين الحاسمة

اليمين الحاسمة: هي اليمين التي تحسم النزاع المعروف أمام القاضي فهي، قسم بالله يصدر من أحد المتخاصمين يحلف بموجبه على صحة ما يدعيه أو عدم صحة ما يدعيه الخصم الآخر^(٢).

(١) أنظر في ذلك نص المادة (٧/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر».

(٢) حيدر عوده كاظم، اليمين في قانون الإثبات، لا ذكر لناشر، ٢٠٢١، ص ١١ واليمين لغة: هي اليد اليمنى، أو هي القَسَمُ أو القوة والبركة، وسمي الحلف لأنهم كانوا إذا تحلفوا ضرب كل واحد منهم على يمين صاحبه، أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط٦، مصدر سابق، ص ٩٣٨.

وعرفها فريق من الفقه^(١) هي: استشهاد الحالف بالله عز وجل على صدق ما يقول. أو هي استشهاد الله عز وجل على قول الحق مع الشعور بهيبة المحلوف به وجلاله والخوف من بطشه وعقابه^(٢).

وعلى ذلك فاليمين ليست عملاً مدنياً فقط، وإنما هي عمل ديني أيضاً، ذلك ان الحالف إنما يستشهد بالله تعالى ويستنزل عقابه إذا حنث في يمينه، ولذلك فلا تعتبر اليمين الكاذبة جريمة دينية فحسب، بل هي جريمة عقابية أيضاً^(٣).

إما عن تحديد طبيعة اليمين الحاسمة فقد اختلف الفقه بشأن ذلك، إذ يرى جانب من الفقه^(٤)، ان اليمين الحاسمة لا تخرج عن كونها اتفاقاً بين المتعاقدين بل رأوا في هذا الاتفاق صلحاً يبادر به الخصم العاجز عن تقديم الدليل، ولكن الخصوصية التي يتسم بها هذا الصلح أنه بدون مقابل، ونرى انه لا يمكن التسليم بهذا الرأي لأن اليمين الحاسمة لا يمكن ان تكون صلحاً لأن الصلح يقتضي نزول كل من المتصالحين عن جانب من ادعائه، وفي الحقيقة ان من يوجه اليمين لا ينزل عن شيء بدون شيء، فهو خصم يعوزه الدليل وتوجيه اليمين بالنسبة له كتجربة أخيرة يحتكم فيها الى ذمة خصمه، فهو إما ان يخسر كل دعواه أو يُقضى له بها كلها، فإذا ما خسر دعوه أو كسبها فليس ذلك مترتباً على إرادته، بل هي النتيجة المحتملة لاحتكامه إلى ذمة خصمه.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٥١٤.

(٢) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ٦٩، وعرفت أيضاً بإنها إشهد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف، تقوية لهذا القول وتعزيزاً له، د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٤٨، وهناك تعريفات لكثير من الفقهاء والشرح لا يتسع المقام لذكرها جميعاً ولمزيد من التفصيل في تعريف اليمين الحاسمة لغةً وشرعاً واصطلاحاً انظر، حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٥٣٩ وما بعدها.

(٣) نصت المادة (٢٥٨) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والتي قررت «يعاقب بالحبس من الزم من الخصوم في دعوى مدنية باليمين أو رُدت عليه فحلف كذباً».

(٤) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ٢، مصدر سابق ص ٢٨٥، ويقول ان اليمين الحاسمة قريبة من عقد التحكيم، وان توجيهها تنازل عن الحق المدعى به معلق على شرط تأديتها، وأنها نوع من الصلح، وأنظر كذلك من يؤيد هذا الرأي في الفقه الفرنسي:

L. CADIET: Droit judiciaire prive, Litec, 1998.P.514.

H. SOUL et PERROT: Droit judiciaire prive, siery, 1991, P.991.

ويذهب اتجاه آخر ^(١) ان توجيه اليمين الحاسمة هو تصرف شرطي، لأن الخصم إنما يعلن عن إرادته في ان ينتفع بنظام أسترل القانون بتقرير أحكامه ولا يستطيع الخصم لهذه الأحكام تبديلاً، ورغم وجاهة هذا الرأي إلا أنه لا يفسر حكم النكول أو حالة رد اليمين، ثم ان من يوجه اليمين لا يملك حقاً لكي يتنازل عنه بتوجيهه اليمين معلقاً على شرط واقف هو حلف هذه اليمين.

ويذهب اتجاه ثالث ^(٢)، إلى ان اليمين الحاسمة هي دليل من أدلة الإثبات القانونية إلى الخصم الذي يعوزه الدليل القانوني، ونحن نؤيد هذا الرأي لأن اليمين الحاسمة هي بمثابة الإسعاف الذي يتقدم به القانون للخصم الذي لم يفلح في إثبات حقه ليحتكم إلى ضمير خصمه، فهي تعد بمثابة علاج يخفف من تشدد المشرع في اقتضاء أدلة معينة لا يُغني عنها بديل، فاليمين الحاسمة هي وسيلة أو طريق احتياطي لا يمارسه المدعي بالحق إلا إذا عجز عن إثبات ادعائه فهي وسيلة ذات طبيعة خاصة تهدف إلى تصحيح قواعد عبء الإثبات.

واليمين وفقاً للأمر المتقدم ملكاً للخصوم وحدهم هم الذين يقررون اللجوء إليها من عدمه ^(٣)، إلا أن الاحتكام إلى ذمة الخصم وضميره ليس مطلقاً من كل قيد، بل له ضوابط تحكمه سواء في شروط توجيه اليمين والكيفية التي تتم بها وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني من دراستنا.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٥١٧، د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٦٠١.

(٢) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٥٠، د. أحمد ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٣٤٠، الياس أبو عيد، نظرية الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٦٢.

(٣) ونرى إذا كانت اليمين ملك الخصمين فمؤدى ذلك أنه يجوز لهم الاتفاق مقدماً على عدم توجيه اليمين الحاسمة في أي نزاع ينشب بينهما مستقبلاً ونستند في رأينا إلى ان المشرع يسمح للمتعاقدان ان يعينوا ويحددوا الدليل الذي يخضع لاتفاقهما، كما لو اتفقوا ان يكون الإثبات بالشهادة للتصرف القانوني الذي يتجاوز النصاب القانوني البالغ خمسة آلاف دينار وهذا ما نصت عليه المادة (٧٧/ثانياً) إثبات عراقي وعلى ذلك فيجوز للمتعاقدان ان يتفقا مقدماً على عدم توجيه اليمين في أي نزاع ينشب بينهما. كما ان المتعاقدان إذا اشترطا إبعاد اليمين فإن هذا الشرط ليس فيه ما يخالف النظام العام.

الفرع الثاني

شروط توجيه اليمين الحاسمة وإجراءاتها

يشترط فيما توجه إليه اليمين الحاسمة ما يشترط في سائر الوقائع التي يرد عليها الإثبات وبخاصة ان تكون الواقعة متنازعا عليها ومتعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وغير مخالفة للنظام العام والآداب، فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم عن الواقعة التي أقر بها، وإذا كانت اليمين الحاسمة هي سلاح الخصم العاجز عن تقديم الدليل لإثبات حقه، فإنه لا يملك ان يستعمل هذا السلاح مباشرة، بل لابد ان يتم ذلك عن طريق القاضي وتحت إشرافه ورقابته^(١).

وهذه هي الشروط الواجب توافرها بصفة عامة في الواقعة محل الإثبات، إما الشروط الخاصة التي تقتضيها طبيعة اليمين الحاسمة في كونها التجربة الأخيرة التي يلجأ إليها الخصم للاحتكام إلى ذمة خصمه آملاً بإيقاظ ضميره من غفلته، وهذه الشروط الواجب توافرها في الواقعة محل الحلف تتمثل في الآتي:

أولاً: ان تكون الواقعة حاسمة للنزاع

من ضمن القيود التي وضعها المشرع من أجل ان تنتج تلك اليمين آثارها القانونية هو ان تكون الواقعة محل اليمين حاسمة للنزاع، وهو يُعد شرطاً منطقياً يتفق مع طبيعة اليمين الحاسمة، إذ يتعين ان يكون الغرض من توجيهها حسم النزاع ووضع حد له^(٢) ومن ثم إذا لم تكن الواقعة حاسمة للنزاع لا تصلح ان تكون محلاً لتوجيه اليمين ويتعين على القاضي رفضها، ويجب على الخصم الذي يطلب توجيه اليمين الحاسمة للخصم الآخر ان يبين الوقائع التي يريد تحليفه عليها^(٣) وهذا الشرط ضروري جداً حيث انه يتيح للقاضي التعرف على الواقعة المراد إثباتها ومدى تعلقها

(١) أنظر نص المادة (١١٤/أولاً) إثبات عراقي، والتي قررت «لكل من الخصمين بإذن المحكمة ان يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر» وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (١١٤) إثبات مصري.

(٢) أنظر في ذلك نص المادة (١١٤/ثانياً) إثبات عراقي والتي قررت «اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى» ونص المادة (١٣٥٧) مدني فرنسي والتي قررت «يتعين ان يكون الغرض من توجيه اليمين الحاسمة هو حسم النزاع ووضع حداً له، فإذا لم تكن الواقعة محل اليمين حاسمة للنزاع المثار فيتعين على القاضي رفضها»

Art (1357): «Ce lui qu'ne partie defere a L'auter pour en faire dependre le jugement de la cause»
(٣) أنظر نص المادة (١١٥) إثبات عراقي والتي قررت «يجب على من يوجه لخصمه اليمين الحاسمة ان يبين الوقائع التي يريد تحليفه عليها...» وأنظر في ذات المعنى نص المادة (١٢٢) إثبات مصري.

بالدعوى وهل انها من الوقائع المنتجة التي تفيد في حسم النزاع، وكل ذلك يجري وفق سلطة القاضي الموضوعية التي يقدر بموجبها هذه الأمور، فاليمين الحاسمة يجب ان تنصب على جوهر النزاع بحيث تنهي الخصومة كلها^(١).

ثانياً: ان تكون الواقعة متعلقة بشخص من وجهة إليه أو رُدت عليه، ويشترط لتوجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ان تكون متعلقة به شخصاً حيث ان المشرع اشترط ان توجه اليمين إلى الخصم في الدعوى ولا يجوز ان توجه إلى من يمثله قانوناً، لان اليمين الحاسمة هي أحتكام إلى ذمة وضمير الخصم، فلا يجوز للولي أو الوصي أو القيم ان يحلف بدلاً ممن هو تحت ولايته أو وصايته لأن النيابة تجري في طلب التحليف ولا تجري في اليمين^(٢).

ثالثاً: ان تؤدي اليمين أمام المحكمة

أشترط المشرع ان يتم أداء اليمين أمام القاضي، ضمن المتفق عليه ان اليمين الحاسمة ملك للخصوم لا للمحكمة، ولا يستطيع القاضي توجيهها من تلقاء نفسه ما لم يطلبها الخصم الذي عجز عن إثبات دعواه وتأديتها يجب ان تتم تحت إشراف ومراقبة القاضي ولا اعتبار بالنكول عنها

(١) عز الدين الديناصوري وحامد عكاز، التعليق على قانون الإثبات، طبعة نادي القضاة الرابعة، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٥٦٨، الياس ابو عيد، نظرية الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٦٣، وفي هذا الصدد يقول «ان تقدير اليمين لجهة القول بأنها حاسمة للنزاع أو غير حاسمة هي مسألة موضوعية يعود تقديرها إلى قاضي الموضوع دون رقابة من محكمة التمييز على ان يسبب قاضي الموضوع ذلك في قراره، فإذا استندت محكمة الموضوع إلى أسباب خاطئة في حكمها يتعطل المبدأ المذكور ويصبح من حق المحكمة العليا (التمييز) ممارسة رقابتها على قرارات محكمة الموضوع، فإذا كان الهدف من توجيه اليمين إلى الخصم هو حسم النزاع، فإنه لا يمكن توجيهها إلا إنطلاقاً من فكرة تعلقها بحسم النزاع والحكم فيه».

(٢) أنظر نص المادة (١١٢) إثبات عراقي والتي قررت «تجري النيابة في طلب التحليف، ولا تجري في اليمين» وينطبق هذا الأمر على ممثلي دوائر الدولة، إذ ان للوزير المختص ان ينيب عن الوزارة أو الجهة أحد موظفيها الحقوقيين الحاصلين على شهادة بكالوريوس في القانون كممثل قانوني الذي يمثل دائرته ولا يحق للخصم الذي يعجز عن إثبات ادعائه طلب توجيه اليمين إلى الممثل القانوني الذي يمثل دائرته، وأنظر في ذلك قرار محكمة التمييز ٤٢٢٢/ح/ ١٩٦٨ في ١٣/٤/ ١٩٦٨، مشار إليه لدى عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، ج ٢، المكتبة القانونية، بغداد، ط ٢، ٢٠٠٩، ص ٦٧٤.

خارج المحكمة، ما يعني ويدل ان توجيه اليمين هو حق ممنوح للخصم، واداءها يجب ان يحصل أمام القاضي^(١).

رابعاً: لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة عن واقعة مخالفة للنظام العام

يجب ان تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين الحاسمة مشروعة، لأن القانون لا يجيز إثبات الوقائع المخالفة للنظام العام^(٢) ومع ذلك يجوز للخصم المتضرر من الواقعة المخالفة للنظام العام ان يطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه^(٣)، ويشترط ان تكون الواقعة محل اليمين منتجة ومفيدة في حسم النزاع وألا يحرم القانون توجيه اليمين بشأن الواقعة، فإذا كانت الواقعة قد صدر فيها حكم اكتسب الدرجة القطعية فلا مجال لتوجيه تلك اليمين بشأن تلك الواقعة.

إما ان سلطة القاضي في تقدير ملائمة توجيه اليمين والإجراءات التي يتبعها القاضي عند توجيه اليمين من قبل أحد اطراف الدعوى إلى الطرف الآخر يجب ألا يتم ذلك إلا بأذن المحكمة التي لا تأذن بتوجيهها إلا إذا كانت مستوفية لشروطها الموضوعية^(٤) والتي يرجع لقاضي الموضوع أمر تقديرها بشرط ان يسبب حكمه الصادر في الإذن بتوجيه اليمين الحاسمة أو رفض توجيهها، ولا يصح توجيه اليمين إلا بناءً على طلب الخصم وبإذن من القاضي، وعلى المحكمة ان تسأل الخصم العاجز عن إثبات ادعائه أو دفعه عما إذا كان يطلب تحليف خصمه اليمين الحاسمة من عدمه^(٥) فإن طلب ذلك وكان الخصم حاضراً في المرافعة حلفته المحكمة، إما إذا كان غائباً فإن

(١) أنظر نص المادة (١٠٩) إثبات عراقي والتي قررت «تؤدى اليمين أمام المحكمة، ولا اعتبار بالنكول عن اليمين خارجها» وأنظر قرار محكمة التمييز بالعدد ٥٥٣/ح/١٩٧٠ في ١٨/٥/١٩٧٠، مشار إليه لدى عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٦٦٧.

(٢) أنظر نص المادة (١١٦/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «يجوز ان توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى، إلا أنه لا يجوز توجيهها عن واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب.

(٣) أنظر نص المادة (١١٦/ثانياً) والتي قررت «يجوز للخصم المتضرر من الواقعة المخالفة للنظام العام أو الآداب ان يطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه».

(٤) د. أحمد ابو الوفا، التعليق على قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٣٤٥.

(٥) أنظر في ذلك نص المادة (١١٨) إثبات عراقي، وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز على ان «... إذا كانت المحكمة قد منحت المدعية حق تحليف المدعى عليهم اليمين ولم يوافق وكلاهما على التحليف، فليس للمحكمة تحليفهم من تلقاء نفسها...» قرارها بالعدد ٨٦٧/مدنية ثانية/١٩٨٩ في ٦/٨/١٩٨٩، مجموعة الأحكام العدلية، العددان الأول والثاني، ١٩٨٩، ص ٨٦.

المشرع أجاز للقاضي ان يصدر الحكم غيابياً معلقاً على النكول عن اليمين عند الاعتراض بناءً على طلب من الخصم حتى لو كان الخصم الآخر قد حضر بعض جلسات المرافعة، مع الإشارة إلى ان سلطة القاضي في إصدار الحكم معلقاً على النكول عند الاعتراض هي سلطة جوازية منحها المشرع للمحكمة، أي انه يحق للقاضي إصدار الحكم معلقاً على النكول أو يتجه لرد الدعوى حسب وقائع الدعوى وظروفها وملابساتها ^(١) كما ان القانون يجيز للقاضي ان يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها ^(٢)، واستخلاص القاضي تعسف الخصم من الأمور الموضوعية التي يرجع له أمر تقديرها يستنبطها من ظروف الدعوى وما قدم فيها من أوراق ومستندات ودور القاضي في هذا الشأن لا يمس حق الخصوم في توجيهها، وإنما يقتصر على الرقابة في استعمال هذا الحق ومنع التعسف فيه، ولا يجوز للقاضي ان يرفض توجيهها إذا كانت اليمين مستوفية لشرائطها ولم يكن هناك مظهر للكيد أو التعسف في طلب توجيهها وإلا اعتبر القاضي نفسه متعسفاً في رفض طلب توجيهها ^(٣).

ونرى ان رقابة القاضي لمنع التعسف في توجيه اليمين الحاسمة خطوة إيجابية لتوسيع دور القاضي في الإثبات إذ ان المادة (١١٥/ثانياً) إثبات عراقي لم تحدد الحالات التي يعتبر فيها الخصم متعسفاً في توجيهها بل ترك أمر تقدير وتحديد مظاهر التعسف لقاضي الموضوع شرط ان يسبب ذلك، وهذا النص التشريعي يعكس حرص المشرع على منح القاضي رقابة مسبقة على توجيه اليمين الحاسمة لخطورتها في حسم النزاع.

وتوجه اليمين الحاسمة في أي حالة كانت عليها الدعوى أمام محاكم الموضوع ولا يجوز تحليف اليمين الحاسمة أمام محكمة التمييز، ولا إرجاء تحليفها الى ما بعد النظر في القضية

(١) حيدر عوده كاظم، اليمين في قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ١٨.

(٢) أنظر نص المادة (١١٥/ثانياً) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة ان ترفض توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها» وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (١١٤) إثبات مصري.

(٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه «القول بأن طلب توجيه اليمين غير جدي لتناقض طالبيه في دفاعه ليس من شأنه ان يُفيد أنه كان متعسفاً في توجيهها ومن ثم لا يصح ان يكون ذلك سبباً للحكم برفض توجيه اليمين...» قرارها بالعدد ٤٠١ في ١٩٧٠/٤/٧، مجموعة القواعد القانونية في (٢٥) سنة، الجزء الأول، ص ٨٣.

تميزاً^(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز على «ان وكيل المدعى عليه طلب إرجاء تحليف المدعي اليمين إلى مرحلة الاستئناف، فعلى محكمة الاستئناف منحه تلك اليمين، لأن الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور حكم البداة»^(٢) ومتى أستوفت اليمين الحاسمة الشروط المطلوبة، ولم يكن الخصم متعسفا في توجيهها وجب على القاضي ان يصدر حكماً بتحليف اليمين يشتمل على بيان الصيغة المراد التحليف عليها، وتحديد ميعاد لحلف اليمين أمام القاضي^(٣) وقد منح المشرع للقاضي سلطة تعديل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصم الآخر^(٤) كما انه يحق للقاضي تعديل صيغة اليمين الحاسمة إذا وُجّهت بعبارات غير واضحة، وذلك لإزالة الغموض منها وجعلها متقنة مع غرض طالبها ولكي تصبح مقبولة ومنتجة في الدعوى، كما ان سلطة القاضي في تعديل صيغة اليمين يجب ان تقتصر على إيضاح عباراتها، دون المساس بجوهرها أو بما قصده موجهها^(٥) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز بأن «... على المحكمة ان تقرر تعديل صيغة اليمين التي توجهها إلى المدعي، إذا طلب وكيل المدعى عليه تعديلها وكان محقاً في طلبه...»^(٦) ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي في نصوص قانون الإثبات الخاصة باليمين الحاسمة أو المتممة لم يشترط وضع اليد على المصحف عند حلف اليمين، إلا إن ما جرى عليه العمل في المحاكم هو ان يضع الحالف يده على المصحف وهو يؤدي اليمين لإشعاره بجلال القسم وخطورة اليمين، والتساؤل الذي يثار

(١) أنظر في ذلك نص المادة (١١٦) ونص المادة (١١١/ثالثاً) إثبات عراقي والتي قررت «لا يجوز تحليف اليمين الحاسمة أمام محكمة التمييز، ولا إرجاء تحليفها إلى ما بعد النظر في القضية تمييزاً».

(٢) قرار محكمة التمييز بالعدد ٤٦٢/استئنافيه/١٩٨٧ في ١٢/٢٢/١٩٨٧، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، ١٩٨٧، ص ٨٢.

(٣) ونجد ان قانون المرافعات الفرنسي الجديد في المادة (٣١٩) منه اضاف عدة بيانات أخرى يجب ان يتضمنها الحكم وتمثل بأنه يجب ان يوضح القاضي في الحكم ان كذب اليمين يُعرض من حلفها كذباً بالوقوع تحت طائلة قانون العقوبات، ويوضح كذلك النتائج المترتبة على المواقف التي يمكن ان يتخذها من وجهت إليه اليمين، ونلاحظ حرص المشرع الفرنسي هنا لخطورة اليمين

Art (319): «le jugement qui ordonne le serment fixe les jour, heure et lieu ou celui ei sera recu ...»

(٤) أنظر نص المادة (١١٥/أولاً) والتي قررت «للمحكمة ان ترفض توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها».

(٥) الياس ابو عيد، نظرية الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٧٣.

(٦) قرار محكمة التمييز بالعدد ٤٩١/مدنية أولى/١٩٨٦ في ٣١/٧/١٩٨٦، مجموعة الأحكام العدلية، العددان الثالث والرابع، ١٩٧٦، ص ٨٦.

في هذا الموضوع، هو في حال رفض الخصم الذي وجهت له اليمين وضع يده على المصحف الشريف، فهل يُعد ناكلاً عن أدائها، والجواب على ذلك لا يمكن عده ناكلاً لأنه لا يوجد نص في القانون يلزمه بوضع يده على المصحف، وإذا ما أصرت المحكمة على هذا الإجراء ومن ثم اعتبرته ناكلاً فإن هذا الحكم يعد معيباً ويستوجب النقض^(١).

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على اليمين الحاسمة

متى صدر حكم بتوجيه اليمين الحاسمة ترتب على ذلك بالنسبة إلى من وجهها سقوط حقه في الأدلة الأخرى التي يمكن ان يثبت بها موضوع اليمين، وكذلك ارتباطه سلفاً بالنتيجة التي يرتبها القانون على موقف خصمه من اليمين التي وجهت إليه^(٢).

لذا فإن اثر توجيه اليمين بالنسبة إلى من وجهها حددها المشرع وقيد حق الخصوم في الاستعانة بالأدلة الأخرى، فتوجيه اليمين الحاسمة يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات^(٣) ويتقيد القاضي بالنتائج المترتبة على الموقف الذي يتخذه الخصم الذي وجهت إليه اليمين والمحدد سلفاً في مواد القانون، وهو لا يخرج عن موقف من هذه المواقف الثلاثة، فهو إما ان يحلف اليمين، وإما ان يرد اليمين على من وجهها، وإما ان يمتنع عن حلفها ويعتبر ناكلاً^(٤) لذا فإن آثار توجيه اليمين الحاسمة تمتد إلى الخصم الذي وجهها من جهة، وإلى من وجهت إليه من جهة أخرى، وإلى مدى التزام القاضي بالنتائج المترتبة على الموقف الذي يتخذه الخصم، وقد أوضحنا ان حكم القانون

(١) حيدر عوده كاظم، اليمين في الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٠.

(٢) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، مصدر سابق، ص ٦٥٠.

(٣) أنظر نص المادة (١١١) إثبات عراقي والتي قررت «... طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات بالنسبة للواقعة التي يرد عليها إذا بقي طالبها مصراً على توجيهها»، وأنظر قرار محكمة التمييز في هذا الصدد والذي قضت فيه «على ان طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات بالنسبة للواقعة التي يرد عليها لذا فإن الحكم المميز جاء موافقاً للقانون، والاعتراضات التمييزية غير واردة، وعليه قرر رد الاعتراضات التمييزية وتصديق الحكم...» قرارها بالعدد ٨٤٤/ح/١٩٧٠ في ١٣/٩/١٩٧١، مشار إليه لدى عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٦٩٢.

(٤) د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٦٧.

يُلزم من يوجهها بالنزول عما عداها من طرق الإثبات، لذ سنبين موقف الخصم الذي وجهت إليه اليمين وعلى النحو الآتي:

أولاً: حلف اليمين: إذا حلف من وجهت إليه اليمين الحاسمة بالصيغة التي وافقت عليها المحكمة فيكون من وجهها قد خسر ما توجهت به اليمين ^(١) سواء صدق الحالف أو كذب، ولا يجوز لمن وجه اليمين ان يثبت كذب الحالف بيمينه، ولا يجوز له ان يطعن في الحكم الصادر بناءً على حلف اليمين ^(٢).

ثانياً: النكول عن اليمين: النكول يعني امتناع الخصم عن أداء اليمين التي وجهها إليه الخصم إلا عن طريق المحكمة، ويكون ذلك إما صراحة من خلال بيان موقفه بعد ان تسأله المحكمة وتعرض عليه صيغة اليمين، أو ضمناً من خلال سكوته وعدم إجابته المحكمة، أو ان يطلب إمهاله لغرض حلف اليمين وامتناعه عن الحضور في جلسات المرافعة اللاحقة، الأمر الذي تضطر معه المحكمة الى اعتباره ناكلاً، والنكول إما ان يقع من الخصم الذي وجهت إليه اليمين فلا يحلفها ولا يردّها على من وجهها إليه، وإما ان يقع ممن رُدت عليه فهو لا يستطيع ان يردّها فإذا لم يحلفها عُد ناكلاً ^(٣)، ويتضح من ذلك ان النكول يُعد بمثابة إقرار بالحق المدعى به وهو موقف سلبي يترتب عليه صدور الحكم ضد الناكل ^(٤).

ثالثاً: رد اليمين: يحق للخصم الذي وجهت إليه اليمين رد اليمين على خصمه بدلاً من ان يحلفها هو، وقد اشترط المشرع لجواز قبول طلب رد اليمين الحاسمة ان تكون الواقعة محل اليمين الحاسمة مشتركة بين الطرفين كواقعة الإقرار مثلاً، ولا يجوز قبول طلب الرد إذا كان متعلقاً بواقعة مستقل بها الخصم وحده كما هو الحال في اليمين الحاسمة التي يطلب الشفيع توجيهها للمشتري بخصوص ثمن المبيع، فلا يحق للمشتري ان يرد اليمين الحاسمة إلى الشفيع لكونه أجنبي عن الاتفاق الذي

(١) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٢٥.

(٢) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٦٥.

(٣) أنظر نص المادة (١١٩/ثالثاً) إثبات عراقي والتي قررت «كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ان يردّها على خصمه، وكل من رُدت عليه اليمين فنكل عنها خسر ما توجهت به اليمين».

(٤) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٩٣.

حصل بين البائع والمشتري ^(١) ومن الجدير بالذكر ان اليمين الحاسمة لا ترد إلا مرة واحدة لأن القول بالرد أكثر من مرة يجعل النزاع يدور في حلقة مفرغة ويصبح هناك تسلسل في الرد لا ينتهي ومن ثم يتعذر حسب الدعوى ^(٢).

إما عن مدى التزام القاضي بنتيجة اليمين، فإن أي موقف يتخذه الخصم الذي وجهت إليه اليمين أو الخصم الذي رُدت عليه فنتيجته ملزمة للقاضي، إذ لا يتمتع القاضي بأي سلطة تقديرية تجاه حجية اليمين الحاسمة وقوتها في الإثبات، وتنحسم الدعوى بإرادة أطرافها لا بحكم القاضي وينحصر دوره في مراقبة الشروط التي نص عليها القانون دون ان يحظى سلطة تقديرية إزاءها ^(٣).

(١) أنظر نص المادة (١١٩/ثانياً) والتي قررت «لا يجوز رد اليمين إذا كانت منصبه على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها من وجهت له اليمين».

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٥٥٦.

(٣) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٦٣، د. سحر عبد الستار أمام، دور القاضي في الإثبات، مصدر سابق، ص ١٠٤، وأنظر كذلك قرار محكمة التمييز بالعدد ١٧٤/ح/١٩٦٦ في ٢٥/٧/١٩٦٦، وقرارها بالعدد ١٨٩٥/صلحية/١٩٦٤ في ٣/١٢/١٩٦٤، مشار إليهما لدى مهدي صالح محمد أمين، أدلة القانون غير المباشرة، مصدر سابق، ص ١١٤.

المبحث الثاني

تقييد الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً تقديرياً

لقد سبق القول عن مظاهر دور القاضي الرقابي، ولاحظنا ان القاضي لا يؤدي دوراً إيجابياً بالنسبة للأدلة ذات الحجية الملزمة، ويكاد ان يكون منحسراً في مراقبة توافر الشروط المطلوبة قانوناً لإنزال حكم القانون عليها، ويتقيد بهذا الدليل متى توافرت شروطه بدون ان يمارس دوراً تقديرياً إزاءه^(١) إلا ان دور القاضي يختلف بالنسبة لأدلة الإثبات ذات الحجية غير الملزمة حيث يمارس دوراً تقديرياً، فدوره تجاه هذه الأدلة يتسم بالإيجابية باعتبار أن الدليل أداة إقناع يهدف صاحبه من ورائه إلى إقناع القاضي بأحقية فيما يدعيه^(٢) والأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً تقديرياً هي (الشهادة والقرائن القضائية) لذ سنقسم الإثبات بشهادة الشهود إلى مطلبين، نبحت في المطلب الأول تعريف الشهادة والقواعد الإجرائية الخاصة بتقديم الشهادة، وكيفية الحصول عليها وصور أدائها، وسنبحت في المطلب الثاني نطاق الإثبات بالشهادة والقيود التي حدد فيها المشرع الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة وما لا تجوز الشهادة فيه، وسنتناول في المطلب الثالث القرائن بوجه عام وعلى وجه الخصوص القرائن القضائية.

المطلب الأول

كيفية الإثبات بالشهادة وطريقة عرضها على القضاء

يجب ان تؤدي الشهادة امام المحكمة نفسها، ولا عبرة لكل شهادة ترد خارج مجلس القضاء وعلى طالب الإثبات ان يذكر أمام المحكمة، وبمواجهة خصمه، الوقائع التي يريد اثباتها بالدقة والضبط، لكي تامر المحكمة بسماع شهادة الشهود، وتحكم عما إذا كانت الوقائع المطلوب إثباتها متعلقة بالدعوى وجائزة القبول، وعما إذا كانت هذه الوقائع مما يجوز إثباتها بالشهادة ام لا، ولكي يطلع الخصم عليها ويجب عليها كذلك وإلا فالمحكمة ترفض الطلب، وعلى طالب الإثبات ان يبين اسماء شهوده حصراً لذا سنقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع وعلى النحو الاتي:

(١) د. سحر عبد الستار أمام، دور القاضي في الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

(٢) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٩٢.

الفرع الأول: تعريف الشهادة وخصائصها.

الفرع الثاني: إجراءات الشهادة.

الفرع الثالث: المنع من الإثبات بالشهادة.

الفرع الأول

تعريف الشهادة وخصائصها

البينة أو الشهادة، والبينة لها معنيان، معنى عام، وهو الدليل أيّاً كان، كتابةً أو إقراراً أو قرائن، فإذا قيل البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فإنما نقصد هنا البينة بهذا المعنى العام، ومعنى خاص، وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة، وكانت الشهادة في الماضي الدليل الغالب وكانت الأدلة الأخرى نادرة بحيث أنها لا تُذكر إلى جانب الشهادة، فأنصرف لفظ البينة إلى الشهادة دون غيرها^(١)، ويقصد بالشهادة لغة، بأنها الإخبار القاطع عن مشاهدة وعيان لا عن تقدير وحسبان. لأنها مشتقة من المشاهدة، وهي تُنبئ عن المعاينة^(٢) وتعرف الشهادة في الاصطلاح القانوني بأنها إخبار الإنسان في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره، ولأنها خبر فهي تحتل الصدق والكذب، ولكن يرجح احتمال صدقها على كذبها فالشاهد يحلف اليمين على صدق ما يقول، والشاهد ليس طرفاً في الدعوى ولا ممثلاً فيها، وليس له مصلحة في الخصومة^(٣) ومن خصائص الشهادة باعتبارها دليل من أدلة الإثبات، أنها تعتبر من الأدلة ذات الحجية غير الملزمة، فالقاضي لا يكون ملزماً بالأخذ بما يقوله الشهود وإن جاءت الشهادة مستكملة لشروطها ونصابها،

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٣١١.

(٢) محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، مصدر سابق، ص ٤٤١. ولمزيد من التفصيل في التعريف اللغوي، أنظر حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٢.

(٣) د. آدم وهيب الندوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٩٣، د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٠٥، وقد عرفها البعض بأنها: البيانات التي يُدلي بها الشخص بعد ادائه اليمين عما يدركه بحواسه الخاصة من أمور تتعلق بموضوع الحقوق المتنازع فيها، د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٧٧، وعرفت أيضاً: بأنها أن يُدلي الشاهد بما يعلمه وأدركه بحاسة من حواسه بصدد واقعة معينة، د. سحر عبد الستار أمام، دور القاضي، مصدر سابق، ص ٢٣٩، وتسمى الشهادة في القانون الفرنسي (أقوال الغير) أنظر في تفصيل ذلك:

G. HUBRECHT: Droit civil, Dalloz, 1993. P.144.

وإنما هو حُر في تكوين اعتقاده منها، فله بعد الاستماع للشهود ان يأخذ بشهادتهم أو يطرحها جانباً^(١)، وبخلاف اليمين والقرائن القانونية، فإن ما يثبت بالشهادة قابلاً لإثبات نفيه بشهود آخرين أو بأي دليل آخر، وهذا يعني ان للشهادة حجية غير قاطعة أي انها قابلة لإثبات العكس فما يثبت بالشهادة يعتبر صحيحاً ما لم يثبت خلافه إلى ما قبل صدور الحكم^(٢).

وان للشهادة حجية متعددة، فما يثبت بالشهادة يعتبر ثابتاً بالنسبة للجميع فهو لا يقتصر على طرفي النزاع كما هو الحال في الإثبات بالكتابة والقرائن القضائية لأن الشهادة يفترض انها صادرة من اشخاص لا مصلحة لهم في الدعوى^(٣).

والمشرع جعل للشهادة حجية مقيدة، أي انه قيد الإثبات بالشهادة في الوقائع المادية التي لا يمكن ان يُعد فيها الدليل مسبقاً، إما التصرفات القانونية فان المشرع لم يجيز الإثبات بالشهادة إلا فيما يقل عن النصاب القانوني البالغ خمسة آلاف دينار^(٤)، فإذا تجاوز التصرف القانوني بما يزيد على خمسة آلاف دينار فلا يجوز إثباته بالشهادة، ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف^(٥).

الفرع الثاني

إجراءات الشهادة

لا شك ان من حق الخصم الذي يدعي أمراً أمام القضاء إثبات دعواه عن طريق شهادة الشهود، وذلك إذا كانت الواقعة التي يريد إثباتها يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود، ولا يكون ذلك

(١) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، الشهادة، ج ٢، ط ٢، شركة العرفان للتوزيع والنشر، بغداد، ٢٠١٨، ص ٥٣.

(٢) د. نبيل ابراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٠، ص ١٧٤.

(٣) د. نصر محمد علي، مصدر سابق، ص ١٢٨، حيث لا يجوز الإثبات بها في جميع الأحوال وسنوضح ذلك في موضع لاحق من دراستنا.

(٤) أنظر نص المادة (٧٦) إثبات عراقي والتي قررت «يجوز الإثبات بالشهادة في الوقائع المادية» وأنظر كذلك نص المادة (٧٧/أولاً) والتي قررت «يجوز إثبات وجود التصرف القانوني أو إنقضائه بالشهادة إذا كانت قيمته لا تزيد عن خمسة آلاف دينار».

(٥) أنظر في ذلك نص المادة (٧٧/ثانياً) إثبات عراقي والتي قررت «إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو إنقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك».

إلا بناءً على إذن من القاضي^(١)، وطلب الإثبات بشهادة الشهود يكون في أية حالة كانت عليها الدعوى، إذ يمكن ان يطلب الخصم الإثبات بالشهادة أمام محكمة الاستئناف إذا لم يسبق تحقيق الوقائع المراد إثباتها أمام محكمة أول درجة، سواء كان الطلب كتابية أو شفاهة أثناء المرافعة^(٢)، وعلى الخصم ان يبين الوقائع التي يريد إثباتها فإذا لم يبين صاحب الطلب ذلك في طلبه بياناً كافياً كان طلبه مرفوض لأنه لا يمكن للقاضي تقدير توافر الشروط اللازمة لقبوله أو عدمه^(٣) ويجب ان يبين في الطلب أسماء الشهود المطلوب سماع شهادتهم ومحال إقامتهم^(٤) وإذا حضر أحد الخصمين شهوداً لإثبات دعواه فإن القانون يجيز للطرف الآخر ان يحضر شهوده لنفي ادعاءات الخصم الآخر، وبهذا فإن المشرع خلق نوع من التوازن بين شهود الإثبات وشهود النفي^(٥).

ويكون للقاضي الذي يُعرض عليه طلب الإثبات بشهادة الشهود سلطة تقديرية واسعة في ان يحكم برفض الطلب كلياً أو جزئياً، وقد يكون الرفض إما لكون الوقائع المراد إثباتها بعيدة الاحتمال بحيث لا يرى القاضي حسب خبرته وذكاءه سبيل الى الإقناع بالشهادة في إثباتها أو قد تكون هذه الوثائق قد طال عليها الزمن ومن الممكن نسيانها بحيث يتعذر مع ذلك إثباتها، ولكن على القاضي ان يبين في حكمه الأسباب التي دعت الى ذلك^(٦)، ويتضح من خلال ذلك انه لا

(١) د. سحر عبد الستار أمام، دور القاضي، مصدر سابق، ص ٢٤٤.

(٢) د. محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٣٤.

(٣) أنظر في ذلك نص المادة (٩١/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «إذا قررت المحكمة سماع الشهود الذين طلب أحد الخصوم تقديمهم، فعلى ذلك الخصم تحديد الوقائع المراد إثباتها بالشهادة» ويقابلها نص المادة (٦٨) إثبات مصري.

(٤) أنظر نص المادة (٩١/ثانياً) والتي قررت «على الخصم، حصر الشهود المطلوب سماع شهادتهم إلا إذا اقتضت طبيعة الدعوى غير ذلك» وكذلك ما نصت عليه الفقرة ثالثاً من ذات المادة «على الخصم، تقديم كافة المعلومات التي تؤمن تبليغهم».

(٥) أنظر نص المادة (٨٠) إثبات عراقي والتي قررت «إذا حضر أحد الخصمين شهوداً لإثبات دعواه جاز لخصمه ان يحضر شهوداً لرد هذه الدعوى».

(٦) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٣٢١.

يكفي ان يجيز القانون الإثبات بالشهادة في بعض الأحوال بل يجب أيضاً ان يكون الإثبات بالبينة مستساغاً حسب تقدير القاضي.

وتعزيزاً لدور القاضي الايجابي ومنحه سلطة تقديرية واسعة في الإثبات بشهادة الشهود فقد أجاز المشرع للمحكمة من تلقاء نفسها ان تستدعي للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته، وفي هذا تأكيد للدور الايجابي الذي منحه المشرع للقاضي في توجيه وإدارة الدعوى في هذه المرحلة المهمة من مراحل الدعوى حتى يتمكن من تحري الحقيقة واستخلاصها نقية مما يغلفها به مسلك الخصوم حسب ما تمليه مصلحة كل منهم في الإثبات ^(١) والسلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي في هذا الصدد مطلقة، أي يستطيع القاضي ان يكلف بتقديم الشهود أي من الخصمين دون التقييد بوجوب مراعاة قواعد توزيع عبء الإثبات، فيستطيع تكليف المدعي لإثبات صحة ادعائه أو المدعى عليه لنفي هذا الإدعاء على ان لا يصل الأمر إلى ان يقوم القاضي مقام الخصم المكلف بالإثبات، وإنما القصد من ذلك هو منح القاضي مزيداً من الفاعلية لإستكمال الوسائل المؤدية إلى قناعته، ولذلك لا يجوز للقاضي أستعمال هذه السلطة إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل، كما لا يجوز له استعمالها إذا كان في الدعوى دليل من الأدلة الملزمة كالدليل الكتابي والإقرار واليمين الحاسمة ^(٢) وإنما مجال أستعمال هذه السلطة، هو ان يكون في الدعوى دليل ناقص أو شبه دليل لا يصلح لإقتناع القاضي ويرى نظراً لظروف الدعوى الالتجاء إلى التحقيق سواء لتكملة ذلك الدليل الناقص أو لإدحاضه بشهادة الشهود ^(٣)، ومن الجدير بالذكر ان السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي في هذا المجال هي سلطة تقديرية جوازية، فله ان يمارسها أو يتركها تبعاً لظروف الدعوى وملاساتها ^(٤)، وفي حال موافقة القاضي على الإثبات بشهادة الشهود بناءً على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه فعليه ان يصدر قراراً بذلك يبين في منطوقه كل واقعة من

(١) أنظر في ذلك نص المادة (٨١) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة من تلقاء نفسها ان تستدعي للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالشهادة متى رأت في ذلك فائدة للوصول إلى الحقيقة» وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (٧٠) إثبات مصري.

(٢) سحر عبد الستار أمام، دور القاضي، مصدر سابق، ص ٢٥٦.

(٣) د. أدور عيد، مصدر سابق، ص ٣٦.

(٤) وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية «... ان هذا الحق جوازي لها متروك لمطلق رأيها وتقديرها تقديراً لا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض...» قرارها بالعدد ١١٠ في ١٩٥٩/٦/٢٥، مجموعة أحكام النقض للسنة العاشرة، ص ٤٩٧.

الوقائع المأمور بإثباتها حتى يتعين بذلك حدود التحقيق ويقتصر أثره على ما يدخل في حدوده^(١)، وللقاضي بعد إصدار قراره بالموافقة على الإثبات بشهادة الشهود أن يعدل عن هذا القرار دون إصدار قرار جديد بالعدول بشرط أن يُبين أسباب ذلك حتى يستطيع الخصم المتضرر من العدول بأن يطعن فيه عند الطعن في الحكم القضائي^(٢).

وإذا ما انتهى القاضي إلى الموافقة على الإثبات بشهادة الشهود والإستماع إلى إفاداتهم، فيكون له السلطة التقديرية التامة في تقييم شهادة الشهود من حيث مدى كفايتها لإثبات الوقائع محل المنازعة أو غير كافية فمناط الأخذ بأقوال الشهود، منوط بتصديق القاضي أيّاهم وأطمئنانه لشهادتهم، وله تقدير هذه الشهادات من الناحية الموضوعية والشخصية^(٣) كما أن للقاضي سلطة تقديرية أن يرد شهادة شاهد أو أكثر إذا لم يقتنع بصحتها، وله أن يأخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعي إذا اقتنع بصحتها^(٤) وإذا رأى القاضي أن شهادة الشاهد لا تتوافق مع وقائع الدعوى أو لم تتوافق مع أقوال الشهود بعضها مع بعض، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأخذ من الشهادة القدر الذي يقتنع بصحته^(٥).

(١) أنظر في ذلك نص المادة (٧١) إثبات مصري والتي قررت «يجب أن يبين في منطوق الحكم الذي يأمر بالإثبات بشهادة الشهود كل واقعة من الوقائع المأمور بإثباتها وإلا كان باطلاً...».

(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق بأنه «إذا قررت المحكمة إستماع بينة الخصم، فليس لها توجيه اليمين إلى خصمه إلا بعد أن تستمع البينة ويتبين لها أسباب عجزه عن إثبات دعواه» قرارها بالعدد ١٩٦٤/٦٧٣/ح/١٩٦٤ في ١٩٦٤/٦/٣٠، قضاء محكمة التمييز، المجلد الثاني، ص ٦.

(٣) أنظر نص المادة (٨٢) إثبات عراقي والتي قررت «لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، ولها أن ترجح شهادة على أخرى وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على أن تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة».

(٤) أنظر نص المادة (٨٤) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة أن تأخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعي إذا اقتنعت بصحتها، كما أن لها أن ترد شهادة شاهد أو أكثر إذا لم تقتنع بصحة الشهادة» وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق... لدى التدقيق والمداولة تبين أن الحكم غير صحيح إذ قضى برد الدعوى بسبب عدم حصول النصاب في الشهادتين اللتين أدياها شقيق وشقيقة غير صواب لأن النصاب يحصل من شهادة شخص واحد مع يمين المدعية...» قرارها بالعدد ١٩٧٣/٤م/٤٤ في ١٩٧٣/٤/٩، مشار إليه لدى د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٤١٣.

(٥) أنظر نص المادة (٨٥) إثبات عراقي والتي قررت «إذا لم توافق الشهادة الدعوى أو لم تتوافق أقوال الشهود بعضها مع بعض، جاز للمحكمة أن تأخذ من الشهادة القدر الذي تقتنع بصحته».

وخلاصة القول نرى ان الدور التقديري للقاضي بالإثبات بشهادة الشهود ينحصر في مرحلة أولى تتمثل في موافقه أو إجابة القاضي لطلب الخصوم في ان يستشهدوا بشهود لإثبات صحة ادعاءاتهم، وذلك بعد ان يتأكد القاضي من ان الوقائع المعروضة عليه تتوافر فيها جميع الشروط التي تشترط في موضوع الإثبات بالشهادة، والمرحلة الثانية يزداد دور القاضي التقديري اتساعاً عندما يأمر بالإثبات بشهادة الشهود من تلقاء نفسه متى رأى في ذلك سبيل للوصول الى الحقيقة الموضوعية، والمرحلة الثالثة تتمثل في سلطة القاضي في تقييم شهادة الشهود بعد الاستماع إلى إفادات الشهود ومناقشتهم.

الفرع الثالث

المنع من الإثبات بالشهادة

لقد سبق القول ان الشاهد يجب ان يكون من الغير، فلا يجوز ان يكون أحد الخصوم، ويجب ان يكون أهلاً لأداء الشهادة، وقد ذهب المشرع إلى تقييد الإثبات بالشهادة في هذا المجال، فقد لا يكون المنع من قبول الإثبات عاماً بخصوص واقعة معينة، بل قد يكون التقييد لدليل الإثبات بالشهادة مقصوراً على فئات معينة دون سواهم، ويكون الشخص ممنوعاً من أداء الشهادة في الحالات الآتية:

أولاً: المدعي: نصت المادة (٨٣) إثبات عراقي على «ليس لأحد ان يكون شاهداً ومدعياً» فلا يصلح للشهادة أحد أطراف الخصومة أو من يمثلها كالمحامي أو الوصي أو القيم عليه، والسبب في عدم صلاحية المدعي للشهادة في انه لا يجوز للشخص ان يشهد لنفسه، وكذلك لا تُقبل شهادة المحامي أو الوصي خشية تغليب مصلحته الخاصة على واجبه بصفته شاهداً^(١).

ثانياً: شهادة أحد الزوجين ضد الآخر: منع المشرع العراقي في المادة (٨٧) إثبات عراقي والتي قررت «لا يجوز لأحد الزوجين ان يفشي بغير رضا الآخر ما أبلغه إليه أثناء قيام الزوجية أو بعد انتهائها» وهذا النص قصد به المشرع حماية أسرار الزوجية حتى يطمئن كل من الزوجين أطمئنناً

(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق انه «... لا يجوز قبول ترافع المحامي وكالة عن المدعي إذا كان شاهداً في سند البيع المذكور...» قرارها بالعدد ٢٣٨/استئنافية/١٩٨٢ في ١٩٨٢/٦/٣٠، مجلة الأحكام العدلية، العدد الثاني، ١٩٨٢، ص ١٤٧.

كاملاً إلى الآخر لأن الثقة المتبادلة بين الزوجين هي الأساس المتين الذي يقوم عليه بناء الأسرة^(١) ويظل هذا الواجب قائماً حتى بعد انفصال الرابطة الزوجية، واستثناءً من هذا النص يجوز للزوج الذي حصل له مثل هذا العلم المشار إليه ان يُعْضِي به في شهادة أمام المحكمة، إذا رضى الزوج الآخر بالإفشاء، إذ ان المنع تقرر أصلاً لمصلحة الزوجية وطرفيها، وإذا رفع أحد الزوجين دعوى على الآخر، وإذا أقيمت على أحد الزوجين دعوى بسبب جنائية أو جنحة وقعت منه على الآخر^(٢).

ثالثاً: منع الموظفين والمكلفين بخدمة عامة

فقد ورد بشأنهم نص المادة (٨٨) من قانون الإثبات العراقي والتي قررت «لا يجوز للموظفين أو المكلفين بخدمة عامة إفشاء ما وصل إلى علمهم أثناء قيامهم بواجبهم من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني ولم تأذن الجهة المختصة في إذاعتها ولو بعد تركهم العمل، ومع ذلك فلهذه الجهة ان تأذن لهم بالشهادة بناءً على طلب المحكمة أو أحد الخصوم».

ويلتزم الموظف استناداً إلى حكم المادة (٤/سابعاً) من قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل بكتمان المعلومات والوثائق التي يطلع عليها بحكم وظيفته أو اثناءها، ويبقى الواجب قائماً حتى بعد انتهاء خدمته وإحالاته على التقاعد^(٣) وإذا ما خالف الموظف واجباته الوظيفية أو قام بعمل من الأعمال المحظورة يعاقب بأحدى العقوبات المنصوص عليها في قانون انضباط موظفي الدولة والقوانين العقابية الأخرى^(٤).

(١) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ٢، طبعة ٢٠١٨، مصدر سابق، ص ١٠٤.

(٢) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، ج ٢، الأدلة المقيدة، مصدر سابق، ص ٥٨، وأنظر نص المادة (٦٨/أ) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل والتي قررت «لا يكون أحد الزوجين شاهداً على الزوج الآخر ما لم يكن متهماً بالزنا أو بجريمة ضد شخصه أو ماله أو ضد ولد أحدهما» ويفهم من هذا النص أنه إذا أقيمت دعوى من أحد الزوجين على الآخر ففي هذه الحالة لا يبقى أي مبرر للمنع المنصوص عليه في المادة (٨٧) إثبات عراقي.

(٣) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢١٤.

(٤) أنظر نص المادة (٤٣٧) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل والتي قررت «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبغرامة لا تزيد على مائتي دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من علم بحكم وظيفته أو مهنته أو صناعته أو فنه أو طبيعة عمله بسر، فأفشاء في غير الأحوال المصرح بها قانوناً...»

رابعاً: منع أصحاب المهن من إفشاء الأسرار المهنية: تنص المادة (٨٩) إثبات عراقي على انه «لا يجوز لمن علم من المحامين أو الأطباء أو الوكلاء أو غيرهم عن طريق مهنته بواقعة أو معلومات ان يفشيها ولو بعد أنتهاء مهمته إلا أنه يجب عليه الإدلاء بالشهادة إذا استشهد به من أفضى إليه بها أو كان ذلك يؤدي إلى منع ارتكاب جريمة».

والتزام المحامي والطبيب وصاحب أي مهنة بالحفاظ على سر المهنة والأمتناع عن الشهادة على مثل هذه الأمور يكون حقاً لرب المهنة وواجباً عليه في الوقت ذاته، ويظل هذا الحق وهذا الواجب قائمين مهما طال الزمن ولو بعد انتهاء العلاقة بين رب المهنة وعميله^(١).

المطلب الثاني

نطاق الإثبات بالشهادة

للإثبات بشهادة الشهود قوة محدودة في نطاق التصرفات القانونية فرضها المشرع حيث سبق القول ان مجال إثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز النصاب القانوني أوجب فيها المشرع الإثبات بالدليل الكتابي وفق قيود وضعها المشرع أهمها ان يكون محل الإثبات تصرفاً قانونياً، وان يكون هذا التصرف قد تجاوز النصاب القانوني البالغ خمسة آلاف دينار، وما ينقصه أحد هذه الشروط فيخرج من تلك الدائرة، ويكون الأصل فيه جواز الإثبات بالشهادة وهو ما يسمى بالوقائع المادية والتي يكون لشهادته الشهود في هذه الوقائع قوة مطلقة في الإثبات، ولذا سنحاول ان نبحث القيود التي أوجدها المشرع على دليل الإثبات بالشهادة من خلال بيان الحالات التي تجوز فيها الإثبات بالشهادة أصلاً، وحالات يجوز فيها الإثبات بالشهادة استثناءً، وحالات يمنع فيها الإثبات بالشهادة وعلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: ما يجوز إثباته بالشهادة أصلاً.

الفرع الثاني: ما يجوز إثباته بالشهادة استثناءً.

الفرع الثالث: حالات منع الإثبات بالشهادة.

(١) انظر نص المادة (١/٤٦) من قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥. ولمزيد من التفصيل في حالات المنع من الإدلاء بالشهادة، انظر الياس أبو عيد، نظرية الإثبات، ج ٣، مصدر سابق، ص ٨ وما بعدها.

الفرع الأول

ما يجوز إثباته بالشهادة أصلاً

بينت المادتان (٧٦) و (٧٧) إثبات عراقي الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة أصلاً وهذه الحالات هي ما يأتي:

الحالة الأولى: الوقائع المادية

لقد سبق القول ان الوقائع القانونية تنقسم إلى تصرفات قانونية ووقائع مادية، ورأينا أن إثبات التصرفات القانونية التي تتجاوز النصاب القانوني أوجب المشرع الإثبات فيها بالدليل الكتابي، إما الوقائع المادية فهي بحسب طبيعتها لا يمكن تهيئة الدليل عليها مسبقاً، ولذلك كان الأصل فيها جواز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها الشهادة ^(١) والوقائع المادية، هي أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثر سواء أجهت إليه الإرادة أم لم تتجه، ووفقاً للأمر المتقدم فإن الواقعة المادية التي لا يرتب عليها القانون أثراً كالأكل والشرب والنوم لا تُعد واقعة قانونية ^(٢) وقد تكون واقعة طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها كالموت والفيضانات والزلازل، وقد تكون اختيارية أي تقع بفعل الإنسان وأختياره كالبناء والغراس، وسواء كانت الوقائع القانونية طبيعية أو اختيارية فهي دائماً وقائع مادية ^(٣).

والأصل في الوقائع المادية ان يكون إثباتها بالشهادة والقرائن القضائية، ولما كان الأصل الإطلاق والتقييد استثناء فإن الإثبات بالشهادة في كل واقعة لا تُعد في ذاتها تصرفاً قانونياً، والعلة في ذلك يرجع إلى ان الناس تراها ولكن لا يمكن اعداد دليل كتابي بشأنها من جهة أخرى كما هو الحال في البراكين والزلازل ^(٤).

الحالة الثانية: التصرفات القانونية التي لا تتجاوز حدود النصاب المسموح إثباته بالشهادة. ويقصد بالتصرف القانوني اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، كالعقد فهو تصرف قانوني يقوم

(١) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥١١.

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ١٩٦.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٤.

(٤) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٠٠.

على تطابق إرادتين وقد يُنشئ الحقوق الشخصية وقد يُكسب الحقوق العينية، أو قد يكون التصرف القانوني بإرادة منفردة كما هو الحال في الوصية، وإجازت المادة (٧٧/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «يجوز إثبات وجود التصرف القانوني أو إنقضائه بالشهادة إذا كانت قيمته لا تزيد عن خمسة آلاف دينار» وعلة قبول الإثبات بالشهادة هنا هو ان المشرع رأى ان اشتراط الكتابة فيما دون النصاب القانوني قد يؤدي إلى عرقلة التعامل، وقد يؤدي إلى إهدار كثير من الحقوق^(١) وتقدر قيمة الالتزام وقت تمام التصرف القانوني لا وقت الوفاء به فإذا كان قيمته في ذلك الوقت لا تزيد على النصاب القانوني فتصح الشهادة لإثباته حتى لو زادت قيمته على النصاب القانوني المسموح به بعد ضم الفوائد والملحقات^(٢) وكذلك إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهادة في كل طلب لا تزيد قيمته على النصاب القانوني الذي حدده المشرع حتى لو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على النصاب البالغ خمسة آلاف دينار^(٣).

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي أنفرد عن سائر التشريعات العربية حين ألغى قاعدة حرية الإثبات في التصرفات التجارية وأوجب الإثبات بالدليل الكتابي إذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد على خمسة آلاف دينار سواء كان هذا التصرف القانوني مدنياً أم تجارياً، على عكس ما سارت عليه التشريعات العربية التي اجمعت على ان الأصل في المواد التجارية ان يتم إثباتها بكافة طرق الإثبات، لما يقتضيه التعامل التجاري من سرعة وتبسيط^(٤).

(١) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥١٢.

(٢) أنظر نص المادة (٧٧/ثالثاً) والتي قررت «تقدر قيمة الالتزام وقت تمام التصرف القانوني لا وقت الوفاء به، فإذا كانت قيمته لا تزيد على خمسة آلاف دينار فقط فتصح الشهادة لإثباته حتى لو زادت قيمته على خمسة آلاف دينار بعد ضم الفوائد والملحقات».

(٣) أنظر نص المادة (٧٧/رابعاً) إثبات عراقي والتي قررت «إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة، جاز الإثبات بالشهادة في كل طلب لا تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار حتى لو كانت هذه الطلبات مجموعها تزيد على هذه القيمة، أو كان منشأها تصرفات قانونية ذات طبيعة واحدة بين الخصوم أنفسهم، وكذلك الحكم في كل وفاء يتعلق بتلك الطلبات لا تزيد قيمته على (٥٠٠٠) خمسة آلاف دينار».

(٤) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

الفرع الثاني

ما يجوز إثباته بالشهادة استثناءً

لما فضل المشرع الكتابة على الشهادة، وجعل الإثبات بها واجباً في التصرفات القانونية المهمة، وكان الباعث له على ذلك ان الشهادة يمكن بمرور الزمن تكون عرضة للنسيان كما ان الثقة بالشهود لا تكون على مستوى واحد بالنسبة لجميع الاشخاص فمن الممكن ان تكون الشهادة مغايرة للواقع ^(١) إلا ان المبالغة والتشكيك في ذلك قد لا يكون لهما ما يبررها وقد يحولان دون الكشف عما قصد المتعاقدون أخفائه من اعمال غير مشروعة، ولذلك فقد ذهب المشرع إلى استثناء تلك الأحوال من وجوب الإثبات بالكتابة وأجاز فيها الإثبات بالشهادة، أي ان المشرع قرر الإثبات بهذه الأحوال بالشهادة استثناءً عندما لا يكون هناك مجال لتطبيق القاعدة الأساسية وهي قاعدة وجوب الإثبات بالدليل الكتابي ^(٢)، ويمكن رد هذه الأحوال الاستثنائية إلى ثلاث شروط أساسية وهي على النحو الآتي:

أولاً: مبدأ الثبوت بالكتابة

استثنى المشرع من قاعدة وجوب الإثبات بالدليل الكتابي الحالة التي توجد فيها ورقة لا تعتبر دليلاً كتابياً وإنما تكفي لجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال والتصديق وهو ما يسمى بمبدأ الثبوت بالكتابة ^(٣)، ويقصد به كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال ^(٤) وقد وضع مبدأ الثبوت بالكتابة لتيسير الإثبات بالنسبة للخصوم

(١) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٢٩.

(٢) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ٧، ١٩٧٢، ص ٥٦٧.

(٣) ان مصطلح مبدأ الثبوت بالكتابة الذي اقتبسه المشرع العراقي من المشرع المصري بان ترجمته الصحيحة هي بداية الثبوت بالكتابة، ومع ذلك فإن الفقه يسير على استخدام مصطلح مبدأ الثبوت بالكتابة مع أنه قد يؤدي إلى الخلط بين بداية الثبوت بالكتابة وقاعدة الإثبات بالكتابة إذا حصل التعبير عن القاعدة بالمبدأ لذلك يجب ان يراعى ان كلمة مبدأ لا تعني ما يفهم عادة عند ذكرها، أي قاعدة كبرى أو أصيلة وهو ما يُفهم عندما يُقال مثلاً المبادئ العامة، وإنما تعني بداية، أي ان الكتابة هي خطوة أولى في سبيل الإثبات وعليه فإن اصطلاح بداية الثبوت بالكتابة يكون أفضل من مبدأ الثبوت بالكتابة» للمزيد من التفصيل في ذلك أنظر د. عباس العبودي، مبدأ الثبوت بالكتابة وأثره في النظام القانوني للإثبات، مجلة القضاء، العدد الأول والثاني، السنة الثالثة والأربعون، ١٩٩٧، ص ٢٧.

(٤) أنظر في ذلك نص المادة (٧٨) إثبات عراقي، وتقابلها المادة (٦٢) إثبات مصري.

والتخفيف من حدة نظام الإثبات المقيد بحيث يستطيع الخصم الذي لم يتمكن من الحصول على الدليل الكتابي بسبب ادبي أو لتهاون منه، فتقبل منه الشهادة أو القرائن القضائية في مواضع كثيرة ما كانت لتقبل لولا فكرة مبدأ الثبوت بالكتابة^(١) ويتضح من ذلك ان هناك شروط ينبغي توفرها لوجود مبدأ الثبوت بالكتابة هي:

١- وجود كتابة: أجازت المادة (٧٨) إثبات عراقي، الإثبات بالشهادة في التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على النصاب القانوني إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة، ويقصد بالكتابة هنا هي كل كتابة صادرة من الخصم أو من يقوم مقامه، ولم يحدد المشرع شكلاً خاصاً للكتابة، فالكتابة ذات مدلول عام تنصرف إلى أوسع معانيها فقد تكون على شكل رسالة أو أوراق منزلية أو دفاتر تجارية، وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز بأنه «... تعتبر الكتابة والأرقام المدونة في الدفتر الشخصي لمورث الخصم مبدأ ثبوت بالكتابة، إذا طابقت كتابة المتوفي الواردة في السجلات المتخذة مقياساً للتطبيق...»^(٢).

٢- ان تصدر الكتابة من الخصم أو من يمثله، يشترط في الورقة المراد اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة صادرة من الخصم كخطابات لم تُعد للإثبات، وتعتبر كأنها صادرة من الخصم الورقة الصادرة من شخص يمثله كوصي أو قيم أو وكيل، إما الورقة الصادرة من شخص لا يمثله ولو كان أبنه أو زوجه أو شريكه فلا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إذ ان صدور الكتابة من الخصم يعني نسبتها إليه بغض النظر عما إذا كان هذا الخصم مدعياً أو مدعى عليه^(٣) ويشترط أيضاً ان لا ينكر الخصم الورقة المنسوبة إليه وان لا يطعن بصحتها أو بصحة ما عليها من توقيع حتى يعتد بها في الإثبات

(١) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٢٦.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق بالعدد ٢٩٥/هيئة عامة أولى/١٩٧٥، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، ١٩٧٥، ص ٥٣، وفي قرار آخر لها قضت فيه إذا كان المستند الذي تمسك به المؤجر لإثبات التأجير من الباطن غير موقع من قبل المستأجر من الباطن غير أنه موقع من قبل المستأجر الأصلي الذي أقر وكيله بتوقيع موكله على هذا المستند المبرز في الدعوى فعلى محكمة الموضوع ان تعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة وتقبل استماع البينة الشخصية استناداً لأحكام المادة (٧٨) من قانون الإثبات...» قرارها بالعدد ٢٢٠٢/مدنية أولى/١٩٨٩ في ١٩/١/١٩٨٩، مجلة القضاء، العدد الأول، السنة الخامسة والأربعون، ص ١٦٦.

(٣) د. محمد نصر محمد، أدلة الأثبات، مصدر سابق، ص ١١٣.

لأنه إذا طعن بها أو نكرها فلا بد من تأكيد نسبتها إليه وفقاً لما هي عليه الحال في صحة الأوراق العادية حتى يأخذ بها في الإثبات^(١).

٣- ان تجعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

ويجب لأعتبار الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة ان تتضمن ما يجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال، فلا يكفي في مبدأ الثبوت بالكتابة وجود ورقة صادرة من الخصم، والقاضي هو الذي يقدر قيمة الورقة من حيث تقريب احتمال هذا الأمر، لأن هذا الاحتمال تتفاوت درجاته قوة وضعفاً، والعبرة فيه باقتناع قاضي الموضوع^(٢) وليست العبرة فقط بما هو مدون في الكتابة بل يمكن أستنباطه من ذلك مع مراعاة الظروف الخارجية المحيطة به، فمثلاً يستنبط من ورقة شطب الرهن ان الدائن أستوفى حقه، ومن الورقة المثبتة بدء تنفيذ الاتفاق المدعى به احتمال حصول هذا الاتفاق^(٣).

ثانياً: فقدان السند الكتابي: قد يتم تحرير دليل كتابي باتفاق الطرفين، إلا ان هذا السند يفقد بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه، وهذا ما نصت عليه المادة (١٨) إثبات عراقي والتي قررت «يجوز ان يثبت بجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة في حالتيه: إذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه، إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي» ويفهم من ذلك ان المشرع اشترط وجود سند كتابي موقع من قبل الطرفين ومستوفياً لجميع شروطه ويقع عبء إثبات وجود السند على عاتق الخصم الذي يدعي وجود هذا السند ومن ثم فقدانه^(٤) والشرط الثاني الذي أوجبه المشرع ان يكون فقدان السند بسبب اجنبي لا دخل لإرادة صاحبه فيه، والفقدان

(١) مفلح عواد القضاة، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٢) أحمد نشأت، رسالة الأثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٦٨١. وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه «... ان الإيصال الصادر من البنك بإيداع مبلغ لحساب شخص آخر دون تحديد للمودع لا يمكن إعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بالبينة، لأن الورقة التي تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجب ان تكون صادرة من الخصم المراد إقامه الدليل عليه أو ممن ينوب عنه في حدود نيابته، وان يكون من شأنها ان تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال، وهو ما لا يتوافر في الإيصال المذكور» قرارها بالعدد ١٥٤ في ١٠/٤/١٩٦٥، مجموعة أحكام النقض، ١٩٧٣، ص ١٦٠ مشار إليه لدى د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، مصدر سابق، ص ٥٤٢.

(٣) د. سليمان مرقس، المصدر نفسه، ص ٥٤٣.

(٤) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٩٧.

بسبب اجنبي كالحرقيق والفيضان واقعة مادية يجوز إثباتها بطرق الإثبات كافة، إما إذا كان الفقدان بسبب تهاون أو إهمال صاحبه فلا يمكن له الاحتجاج بوجود السبب الأجنبي^(١).

ثالثاً: وجود المانع من الحصول على دليل كتابي

نصت الفقرة الثانية من المادة (١٨) إثبات عراقي على انه «يجوز ان يثبت بجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي» وهذا يعني ان وجوب الإثبات بالدليل الكتابي الذي فرضه المشرع يتطلب حصول المتعاقد على الدليل الكتابي، فإذا حصلت ظروف وحالت دون الحصول على ذلك، فإن المشرع يستثني هذه الحالة من وجوب الإثبات بالكتابة، لأنه ليس من العدل ان يطلب القانون إثبات المستحيل ويحرم المتعاقد من إثبات حقه بالشهادة^(٢)، والمانع الذي يمنع من الحصول على الدليل الكتابي قد يكون مانعاً مادياً وهذا يعود الى عدم قدرة المتعاقد إنشاء انشاء التصرف القانوني من الحصول على دليل كتابي نظراً لطبيعة الظروف التي أحاطت به، كالوديعة الاضطرارية التي تقع في حالات الحرقيق والغرق، وكذلك وديعة النزول في الفندق^(٣) وان تقدير كون الواقعة تشكل مانعاً مادياً أم لا أمر يعود تقديره لمحكمة الموضوع دون رقابة عليه من محكمة التمييز، وعلى القاضي ان يورد في أسباب حكمه الواقعة التي اعتبرها مانعاً مادياً حال دون الكتابة، وإلا كان حكمه عرضة للفسخ أو النقض^(٤) وقد يكون المانع أدبياً، أي السبب الشخصي الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي والقيام بالأجراء الذي نص عليه القانون لإثبات واقعة ما، ولم تحدد المادة (١٨/ثانياً) إثبات عراقي حالات المانع الأدبي إلا ان ذلك لا يعني ترك الموضوع دون تحديده، وبما انه تقدير المانع مادياً كان أم أدبياً موكل للقاضي وتقديراته الموضوعية بلا رقابة عليه من محكمة التمييز^(٥) ولذا يميل

(١) د. أياد عبد الجبار الملوكي، قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة نشر، ص ٧٢.

(٢) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

(٣) أنظر نص المادة (١٣٤٨) مدني فرنسي والتي نصت على أمثلة للمانع المادي والأدبي وعلى سبيل المثال ما ذكرته المادة المذكورة «... ١- الالتزامات التي تنشأ من شبه العقد أو الجريمة أو شبه الجريمة ٢- الوديعة الإضطرارية التي تقع في حالات الحرقيق والغرق وكذلك وديعة النزول في الفندق ٣- الالتزامات المعقودة عند نزول أحداث غير منظورة لم يكن يستطاع معها كتابة ورقة».

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٤٤٩.

(٥) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، ج ٢، المصدر السابق، ص ٥٧٣.

القضاء إلى التوسع في الموانع الأدبية وترك القاضي حراً في تقدير كل حالة على حدة، فيحد من صرامة وجوب الحصول على الدليل الكتابي^(١) وأكثر ما ترجع الموانع الأدبية إليه ينحصر في أمور ثلاثة هي الزوجية والقربة وعلاقة الخدمة والعرف المتبع في بعض المهن، فالروابط العائلية بين الأشقاء تعتبر مانعاً أدبياً يحول دون الحصول على دليل كتابي ومن ثم اللجوء إلى جواز الإثبات بالشهادة أستثناءً من وجوب الدليل الكتابي^(٢) وكذلك الرابطة الزوجية، فإذا ادعى الزوج انه ترك لدى زوجته مبلغ من المال كأمانة، وانكرت الزوجة ذلك فيجوز إثبات ادعاء الزوج بالشهادة لوجود المانع الأدبي الذي حال دون الحصول على الدليل الكتابي^(٣) وهناك موانع بحكم العرف، فعلى الرغم من عدم وجود المانع الأدبي والمادي إلا ان العرف جرى على عدم التعامل بالكتابة، كالعرف المتعلق في بعض المهن كالخياطة وعدم تحرير العقد بين الخادم وسيده وكذلك ما يتعلق بإعارة بعض الأواني بين الجيران والأقارب دون تحرير عقد بذلك^(٤).

رابعاً: وجود اتفاق أو نص قانوني يجوز الإثبات بالشهادة

نصت المادة (٧٧/ثانياً) على انه «إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك» وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز على انه «... ليس لمحكمة الموضوع رفض سماع الشهادة من تلقاء نفسها وبدون ان يعترض الطرف الآخر على سماعها، لأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام، فيجوز لطرفي الخصومة ان يتفقا على خلافها...» ومن القوانين التي أجازت الإثبات بالشهادة فيما يزيد على النصاب القانوني، ما ورد في المادة (٣٠) من قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ الملغي والتي قررت «يجب ان يكون عقد

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص ٤٦٠.

(٢) قرار محكمة التمييز بالعدد ١١٣/مدنية أولى/١٩٧٦ في ١٩٧٦/٣/٢٤، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة السابعة، ١٩٧٦، ص ٣٣.

(٣) قرار محكمة التمييز بالعدد ٥٣٤/مدنية ثانية/١٩٨٣ في ١٩٨٣/١١/٢٦، مجموعة الأحكام العدلية، العددان الأول والرابع، ١٩٨٣، ص ٧٤.

(٤) قرار محكمة التمييز بالعدد ٢٥٥٩/مدنية رابعة/١٩٧٧ في ١٩٧٧/١/٢، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة الثامنة، ص ٤٧.

العمل مكتوباً ويحدد فيه نوع العمل ومقدار الأجر، وفي حالة عدم كتابة العقد، فيحق للعامل ان يثبت العقد والحقوق الناشئة عنه بجميع طرق الإثبات».

الفرع الثالث

حالات منع الإثبات بالشهادة

سبق وان تطرقنا إلى الحالات التي أوجب فيها المشرع الإثبات بالدليل الكتابي وأوضحنا نص المادة (٧٧/ثانياً) والتي منعت إثبات التصرف القانوني أو انقضائه إذا كانت قيمته تزيد على خمسة آلاف دينار بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني على خلاف ذلك، وكذلك ما نصت عليه المادة (٧٩/أولاً) والتي قررت بأنه لا يجوز إثبات التصرف القانوني بالشهادة حتى لو كانت قيمته لا تزيد عن النصاب القانوني، فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي^(١) ولذا سنحاول الإشارة إلى بعض نصوص القوانين التي جاءت استثناءً على حكم المادة (٧٧/ثانياً) وهي على النحو الآتي:

١- القانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ قانون تعديل قانون أيجار العقار رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل، والذي عدل بموجبه البند (ب) من الفقرة الرابعة من المادة (٧) حيث جعل الإثبات المطلق في عقد الإيجار وان زادت قيمته على النصاب القانوني، استثناءً من أحكام المادة (٧٧/ثانياً) إثبات عراقي.

٢- قانون مؤسسة الشهداء رقم (٣) لسنة ٢٠٠٦ المعدل، حيث ذكر في نص المادة السادسة منه والتي قررت «جواز الإثبات لواقعة الاستشهاد بكافة وسائل الإثبات، وتثبت الشهادة بالوثائق الرسمية وفي حال عدم وجودها يصار إلى إثباتها بطرق الإثبات القانونية الأخرى أمام اللجنة الخاصة أو أمام محاكم البداية حسب الأحوال المنصوص عليها في المادة (١٥) من هذا القانون».

وأرى ان ما قرره هذه المادة لا يُعد من قبيل الاستثناء من وجوب الدليل الكتابي لأن حالة الاستشهاد وموت المواطن واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، وان ورودها جاء من باب التأكيد على خصوصية الواقعة محل الإثبات.

(١) قرار محكمة التمييز بالعدد ٢٧٦/صلحية/١٩٦٤ في ١٩٦٤/٣/٥، مجلة القضاء، العدد الثاني والعشرون، المجلد الثالث، ص ٧٥.

٣- قانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم (٤) لسنة ٢٠٠٦، حيث ذكر في نص المادة السادسة منه والتي قررت «يثبت السجن السياسي أو الاعتقال السياسي بوثائق رسمية، وفي حال عدم وجودها يصار إلى إثباتها بطرق الإثبات القانونية الأخرى أمام اللجنة الخاصة أو محاكم البداية حسب الأحوال المنصوص عليها في المادة (١٥) من هذا القانون.

ومن الجدير بالذكر ان من القيود التي أوجبها المشرع على سلطة القاضي في تقدير أقوال الشهود حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني بصدد شهادة الزور، والتي تكون على فرضين، المحاكمة الجنائية ضد شاهد الزور أثناء سير الدعوى المدنية، حيث يتوجب على القاضي ان يوقف الفصل في الدعوى المدنية لحين صدور حكم نهائي في الدعوى الجزائية^(١)، الفرض الثاني إذا سبق الحكم الجنائي في الدعوى الجزائية الدعوى المدنية فإنه يُقيد القضاء المدني، بمعنى انه يتمتع عليه ان يُضفي على الشهادة أي قيمة في الإثبات بعد صدور حكم من محاكم الجزاء ضد شاهد الزور^(٢).

المطلب الثالث

القرائن

تعرف القرائن بوجه عام بأنها استنباط المشرع امراً غير ثابت من أمر ثابت^(٣) ولذلك فهي تُعد من أدلة الإثبات غير المباشرة لأن الإثبات فيها لا يقع على الواقعة مصدر الحق، بل على واقعة أخرى قريبة منها أو متصلة بها بالإمكان الاستدلال من خلالها على وجود الواقعة^(٤). لذا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

(١) أنظر نص المادة (٢٦) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل والتي قررت «على المحكمة المدنية وقف الفصل في الدعوى حتى يكتسب القرار الصادر في الدعوى الجزائية المقامة بشأن الفعل الذي أسست عليه الدعوى درجة البتات...».

(٢) د. مأمون سلامة، قانون الإجراءات الجنائية، مركز جامعة القاهرة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧، ص ٧١٠.

(٣) أنظر نص المادة (٩٨/ أولاً) إثبات عراقي.

(٤) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٤٢٦، د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

الفرع الأول

القرائن القانونية

ويقصد بالقرينة القانونية استنباط المشرع لواقعة لم يقم عليها دليل مباشر، من واقعة نص هو عليها، فإذا ثبتت فيستدل بها على ثبوت تلك الواقعة المطلوب اثباتها. فالقرينة القانونية هي من عمل المشرع وحده فهو الذي يقوم باستنباطها وهو الذي ينص عليها في صيغة مجردة، فتصبح قاعدة عامة تطبق على جميع الحالات المماثلة، وبذلك تعفي المدعي من إقامة الدليل على الواقعة موضوع الدعوى متى وجدت الحالة التي نص عليها القانون^(١).

ويعتبر النص القانوني عنصر القرينة القانونية، وينبني على ذلك بأنه لا وجود لقرينة ما لم يوجد نص قانوني، ووفقاً للأمر المتقدم لا يجوز التوسع في تفسير القرينة القانونية أو قياس قرينة قانونية أخرى عليها^(٢). وترجع الحكمة في النص عليها من قبل المشرع إلى أمور منها ما يتعلق بالمصلحة العامة^(٣)، ومنها ما يتعلق بمصالح الأفراد، أي لتحقيق مصلحة خاصة تقتضي ظروف صاحبها ان تكون محل رعاية من القانون^(٤).

والقرائن القانونية أما قرائن قانونية بسيطة تعفي من تقررت لمصلحته وتقل عبء الإثبات إلى عاتق الخصم الآخر، وهذه القرائن يجوز نقضها بالدليل العكسي، أو قرائن قانونية قاطعة متعلقة بالنظام العام ولا يجوز إثبات عكسها بأي دليل من أدلة الإثبات لأنها وضعت لحماية المصلحة العامة وهذا ما يفهم من نص المادة (١٠١) إثبات عراقي والتي قررت «يجوز قبول الإقرار واليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس في الأمور التي لا

(١) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ٤، مصدر سابق، ص ٦٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج ٢، مصدر سابق، ص ٦٠١.

(٣) كما هو الحال في حجية الأحكام حيث ان الهدف من هذه القرينة هو احترام الأحكام القضائية ووضع حد للخصومة، انظر في ذلك نص المواد (١٠٥، ١٠٦) إثبات عراقي، وانظر كذلك نص المادة (١٠١) إثبات مصري، ونص المادة (١٣٥٠/٣) مرافعات فرنسي.

(٤) كما هو الحال في مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه، ففي بعض الأحوال يتعذر الإثبات فيلجأ المشرع إلى وضع قرينة تعفي من الإثبات، انظر في ذلك نص المادة (٢١٩) مدني عراقي، ويقابلها نص المادة ((١٧٤/١) مدني مصري.

تتعلق بالنظام العام»، أو قرائن قانونية قاطعة لا تتعلق بالنظام العام ويجوز إثبات عكسها بالإقرار واليمين^(١).

والقرينة القانونية يكون العمل فيها للقانون ولا عمل فيها للقاضي أي ان قوامها عمل المشرع، فركن القرينة القانونية هو نص القانون وحده، فهو الذي يختار الواقعة الثابتة وهو أيضاً يُجري عملية الاستنباط، ودور القاضي يتعين بإنزال إرادة المشرع دون أن يحظى بأي سلطة تقديرية^(٢). ومن الجدير بالذكر ان القرائن القانونية تعد من الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً رقابياً ولا يحظى بسلطة تقديرية، وهي من الأدلة ذات الحجية الملزمة، ولشدة اتصالها بالقرائن القضائية ارتأينا ان نعالجها في موضوع القرائن بوجه عام ونستبقي لبحث موضوع القرينة القضائية في الفرعين القادمين من هذه الدراسة.

الفرع الثاني

القرينة القضائية

تُعد القرينة القضائية المجال الخصب الذي يتجسد فيه دور القاضي التقديري، ويقصد بالقرينة القضائية بأنها استنباط القاضي أمر غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة^(٣). وتتميز القرائن القضائية بأهمية كبيرة في العمل القضائي، ويتجلى دور القاضي التقديري فيها من خلال ممارسة سلطته في استنباط القرينة القضائية، وممارسة سلطته في تقدير الإثبات بالقرائن، وللقرائن القضائية أهمية فيما يخص عبء الإثبات كونها تُعد من الطرق التي يلجأ لها القاضي للقيام بنقل عبء الإثبات بين الخصوم^(٤).

وفيما يخص سلطة القاضي في استنباط القرينة القضائية، فهي تقوم على عنصرين: عنصر مادي وهو يمثل الواقعة الثابتة التي يختارها القاضي من بين وقائع الدعوى ويتحقق من ثبوتها، سواء عن طريق المعاينة أو عن طريق الخبرة، فلا بد ان يثبت هذا الأساس بشكل نهائي

(١) أنظر في ذلك نص المواد (١٠٠، ١٠١) إثبات عراقي.

(٢) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٣٣٣.

(٣) أنظر في ذلك نص المادة (١٠٢) إثبات عراقي.

(٤) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٤٢٧.

حتى يكون الاستنباط الذي يُبنى عليه سليماً، أما إذا كانت الواقعة المستنبط منها واقعة غير ثابتة أو محتملة فعندئذ لا يمكن ان تصلح كمصدر للاستنباط^(١).

وعنصر معنوي وهو استنباط يفسر بواسطته القاضي الأدلة والوقائع الثابتة مستنداً في ذلك على خبرته وذكاءه وتطبيق قواعد المنطق للوصول عن طريق الوقائع الثابتة الى الواقعة المطلوب إثباتها^(٢).

ويحظى القاضي بسلطة تقديرية واسعة في استنباط القرائن القضائية، وتعتبر عملية الاستنباط بحد ذاتها عملية شاقة تتطلب من القاضي بذل مجهود ذهني لتكوين قناعته، وله ان يختار الواقعة أساس الاستنباط من الوقائع التي كانت محل مناقشة بين الخصوم، أو الموجودة في اضبارة الدعوى، ولا يعتبر القاضي مقيداً بما طرحه الخصوم أمامه، بل بإمكانه ان يستند الى قرينة خارج أوراق الدعوى سواء كانت تحقيق جنائي أو أداري له علاقة بالدعوى^(٣).

وتمتاز القرائن القضائية بتنوعها وتعددتها بقدر تعدد الوقائع، ولذلك تعتبر القرائن شأنها في ذلك شأن الشهادة، ومن ثم يجب أن توزن أكثر من ان تُعد، أي ان العبرة بقوتها وليس في تعددها^(٤).

اما عن دور القاضي في الإثبات بالقرائن القضائية فإنه يقوم على تفسير القاضي لما هو ثابت لديه من الوقائع ومن ثم اتخاذها اساساً للاستنباط، ويجري ذلك من خلال فهمه للواقع المعروض أمامه وتقدير الأدلة والترجيح فيما بينها، ولذا فإن القرائن القضائية تخضع لتقدير القاضي فهو يأخذ بها إذا اطمئن إليها ويستبعدّها إذا تطرق لنفسه الشك بصددّها^(٥).

(١) د. حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ٤، مصدر سابق، ص ١٩.

(٢) قيس عبد الستار، القرائن القضائية ودورها في الإثبات، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٧٥، ص ١٢٤.

(٣) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٥٨، احمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٢٣.

(٤) د. الانصاري حسن النيداني، القاضي والوسائل الحديثة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١١٠.

(٥) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٤٤٥.

وعلى القاضي ان يتخذ الحيطة والحذر إذا قام باستتباط القرينة القضائية من واقعة غير مباشرة، لكي لا يقع في خطأ الاستتباط في ان تكون الواقعة التي استند عليها لا وجود لها ^(١) وهناك حالات قيد المشرع فيها الخصوم والقاضي ومنع الإثبات فيها بالقرائن القضائية، و على سبيل المثال، إذا كانت قيمة التصرف القانوني تتجاوز النصاب القانوني، أو كان غير محدد القيمة، فيمنع إثبات وجود هذا التصرف أو انقضائه بالقرينة القضائية، ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك، وتقدر قيمة الالتزام وقت تمام التصرف القانوني لا وقت الوفاء به، فإذا كانت قيمته وقت تمام التصرف لا تتجاوز النصاب القانوني ففي هذه الحالة يجوز إثباته بالقرائن القضائية حتى لو زادت قيمته على النصاب بعد ذلك ^(٢).

وكذلك ينعقد الإثبات بالقرائن القضائية في كل ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي حتى ولو كان التصرف القانوني المطلوب إثباته لا يتجاوز النصاب القانوني البالغ خمسة آلاف دينار وكذا الحال إذا كان التصرف المطلوب إثباته جزءاً من حق لا يجوز إثباته بدليل الشهادة، حتى لو كان هذا الجزء هو الباقي من الحق المطلوب إثباته من قبل الخصوم، وكذلك منع المشرع الإثبات بالقرائن القضائية، إذا ما طلب أحد أطراف الدعوى بما يزيد عن النصاب القانوني، ثم عدل عن طلبه إلى ما يقل عن قيمة النصاب ^(٣).

ورغم القيود التي وضعها المشرع إلا ان هناك حالات يجوز فيها الإثبات بالقرائن القضائية استثناءً، وهي حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة التي تجعل من الحق المدعى به قريب الاحتمال، ولدى الرجوع إلى نص المادة (٧٨) ونص المادة (١٠٢) إثبات عراقي نلاحظ ان المشرع يجيز الإثبات بالقرائن القضائية في التصرف القانوني الذي تجاوز النصاب القانوني والسبب في ذلك وجود مبدأ الثبوت بالكتابة، وكذا الحال إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على الدليل

(١) قرار محكمة تمييز العراق بالعدد ٢٥٧٢ /ح/ ١٩٥٦ في ٢٠ /١٢/ ١٩٥٦، مجلة القضاء، العدد الأول، ١٩٥٧، ص ١١٠، وأنظر كذلك القرار المرقم ١٥٥ /ح/ ١٩٦٨ في ٣٠ /١٠/ ١٩٦٨، قضاء محكمة التمييز، المجلد الرابع، ص ٣٥٤.

(٢) أنظر في ذلك نص المادة (٧٧) إثبات عراقي.

(٣) انظر في ذلك نص المادة (٧٩/ثانياً، ثالثاً) إثبات عراقي.

الكتابي، وكذلك إذا فقد السند الكتابي بسبب أجنبي لا دخل لإرادة صاحبه فيه، وكذلك إذا وجد اتفاق أو قانون يجيز الإثبات بالقرائن القضائية^(١).

الفرع الثالث

القرائن القضائية ووسائل الاتصال الحديثة

نتيجة للتطور الهائل لوسائل الاتصال الحديثة وهيمنتها على كافة جوانب الحياة المعاصرة بما فيها الجانب القانوني، ولأن القانون ما زال عاجزاً عن ملاحقة التطورات المتزايدة في مجال التكنولوجيا والاتصالات، وآزاء ذلك تعددت الآراء واجتهد الفقهاء من أجل بحث كيفية قبول هذه الوسائل ومخرجاتها في الإثبات وحجيتها فيه، وسنتناول بعض من هذه الوسائل وعلى النحو الآتي:

أولاً: التسجيل الصوتي: لم يتولى القانون العراقي بالتنظيم التسجيل الصوتي كدليل إثبات في الدعوى، وفي البداية كانت المحاكم ترفض الاعتداد بالتسجيل الصوتي وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق^(٢) الى «... عدم الاعتداد بالتسجيل الصوتي لأن المشرع لم يعتبره وسيلة من وسائل الإثبات القانونية كما لا يجوز للقاضي ان يستمد منه قرينة على حدوث الواقعة مصدر الحق المتنازع عليه».

اما ما يجري عليه العمل حالياً في المحاكم العراقية الى اعتبار التسجيل الصوتي قرينة قضائية خاضعة لتقدير القاضي^(٣) وفي التشريعات الحديثة ذهب جانب من الفقه^(٤) الفرنسي الى الاعتداد بالتسجيل الصوتي وقبوله واعتباره مبدأ ثبوت في الكتابة مستندي في ذلك لنص المادة (١٣٧٤) مرافعات فرنسي والتي نصت على «يمكن للمحاكم ان تعتبر اقوال الخصم المستجوب أو غيابه أو رفضه الإجابة عن الاستجواب معادلاً لمبدأ الثبوت بالكتابة».

(١) أنظر في ذلك نص المادة (١٨) إثبات عراقي.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق بالعدد ١٢/موسعة أولى/٨٥ والصادر في ١٩٨٥/٩/٢٨.

(٣) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٤٣٤.

(4) Art (1374) «Des enregistrements par magnetophone peuvent dans certaines et suivant l'appréciation des tribunaux apres au dition des dis ques, etre assimilés des commence ments de preave pareerit»

ويرى جانب آخر ^(١) الى الاعتداد بالتسجيل الصوتي واعتباره دليل ذات حجية ملزمة تعادل حجية الدليل الكتابي مستنديين في ذلك ان الشريط المسجل الذي لم يحصل فيه انكار ومن ثم نزاع بشأنه لا يجعل من الواقعة قريبة أو محتملة التصديق ولكن ثابتة وأكيدة وبالتالي تفوق في قوتها مبدأ الثبوت بالكتابة وإذا كان سبب عدم الاعتداد بها يعود الى التخوف من تزويرها بسهولة فإن ذلك لا يقتصر على الشريط وحده بل ان المحررات أكثر عرضة للتزوير، ويستندون في رأيهم الى نص المادة (١٧٤) مرافعات فرنسي والتي نصت «يجوز للقاضي ان يسجل كلاً أو بعضاً من إجراءات التحقيق بنفسه أو تحت إشرافه».

ونرى ان شريط التسجيل الصوتي لا يعدو ان يكون سوى قرينة قضائية يمكن ان تثبت إذا لم ينكرها صاحب التسجيل وأقرها اما إذا أنكرها تبقى إمارات أو دلائل في الدعوى يُدعم بها القاضي الأدلة الموجودة ولكنها لا تمثل لوحدها دليلاً قائماً بذاته يمكن الاعتماد عليه في الإثبات.

ثانياً: وسائل الاتصال الحديثة: في ظل التطور العلمي الهائل في مجال تبادل المعلومات وسبل الاتصال الحديثة، أصبحت أجهزة الاتصالات بمختلف مسمياتها وأنواعها ضرورة لا بد منها في الحياة العملية ولا شك ان استخدام هذه الوسائل (الفاكس، التلكس، الحاسب الآلي) يتمتع بأهمية كبرى خاصة في ميدان المعاملات التجارية التي تخضع في مجال إثباتها لمبدأ الإثبات الحر ^(٢).

اما في التصرفات المدنية والتي غالباً ما يكون فيها الإثبات مقيداً تظهر المشكلة وبوضوح لاصطدامها بالقاعدة التي تقضي بعدم جواز إثبات ما يخالف أو ما يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بالكتابة، حيث ان المقصود بالكتابة هنا الورقة الاصلية الموقع عليها من صاحبها، ووفقاً للأمر المتقدم فإن مسألة قبول هذه الوسائل الحديثة في الإثبات و حجيتها يصبح صعباً ومعقداً ^(٣)، إلا ان بعض الفقه الفرنسي ^(٤) يرى إمكانية الاعتداد بالفاكس والتلكس كصورة تحل محل الأصل،

(1) CAREL «Les modes de preuve auxse siecle» gaz. I. Doct. P. 32.

(٢) د. حسن عبد الباسط جميعي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية واحكام إثبات التصرفات الإلكترونية، مطبعة أكتوبر الهندسية، القاهرة، د، س، ن، ص ٢٦٤، عمر احمد العرايشي، حجية السندات الالكترونية في الإثبات، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠١٦، ص ٢٥.

(٣) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، ج٢، مصدر سابق، ص ٤٥١، د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ١٣٤.

(4) P. JESTAZ, R. T. D. CIV 1980.

إلا ان تقدير مدى حجيتها وقوتها في الإثبات يعود لقاضي الموضوع وحسب ظروف الدعوى وملاساتها بشرط ان لا يكون مظهرها الخارجي يبعث على الشك في مطابقتها للأصل.

ثالثاً: مخرجات الحاسب الآلي: لم يدخر الفقه ⁽¹⁾ جهداً للبحث عن حلول لقبول هذه المخرجات كوسيلة في الإثبات، فذهبوا الى المساواة بين المخرجات الإلكترونية والأدلة الكتابية عن طريق صياغة فكرة التوقيع الإلكتروني لتكون بديلاً للإمضاء في الدليل الكتابي، وذلك بصياغة فكرة التوقيع الإلكتروني لتكون بديلاً للإمضاء في الدليل الكتابي.

فيرى البعض مساواة مخرجات الحاسب الآلي بالمحررات العرفية دون الدخول في تفاصيل حول ماهية التوقيع الوارد على تلك المخرجات وذلك باعتبارها واقعاً عملياً ⁽²⁾.

وذهب اخرون الى ان في الاستثناءات الواردة على قاعدة الإثبات في الكتابة باباً يفسح المجال لاستيعاب مخرجات الأجهزة الالكترونية والمعلوماتية، وذلك بالتوسع في تطبيق فكرة المانع المادي التي تعفي الخصم من تقديم الدليل الكتابي في التصرفات القانونية إذا وجدت استحالة مادية لتحريير سند كتابي لهذا الالتزام ⁽³⁾.

ولدى الرجوع الى نصوص قانون الإثبات لم نجد ما يشير الى آلية الإثبات بهذه الوسائل رغم ما يفرضه الواقع العملي والتطور الهائل وازدياد حجم التعامل بهذه الوسائل خاصة فيما يتعلق بالأمور التجارية، وفي ظل الغياب التشريعي يرى الباحث طالما ان قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام فللخصوم الاتفاق على ما يخالفها وتتجه إرادتهم إلى قبول مخرجات الحاسب الآلي في الإثبات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ومهما يكن اتفاق الافراد فإن تقدير مدى حجيتها في الإثبات يبقى امراً خاضعاً لتقدير محكمة الموضوع والتي لا تتعدى حجية القرينة القضائية في الإثبات.

(1) MAZEAUD, Lecons de droit civil, p. 596, CHAUVY, cassation, pour violation de l'art. 9 N. C. P, civ, p 237., B. AMORY et THNIS, Aspects juridiques de l'utilisation du telecopieur et telecoms, 1988, p. 35.

(2) CHAMOUX, La loi du 12 juill 1980, p. 308, BENSOUSSAN, contribution therique au droit de la preeuve dans le demaine informatique, Gaz, pal. 1991, p. 631.

(3) TERRE, introduction generale au droit, p. 427, PERROT, droit judiciaire prive, p. 536.

المبحث الثالث

تقييد الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً استقصائياً

سبق القول ان القاضي في أدلة الإثبات الملزمة يمارس دوراً رقابياً قاصراً على مراقبة توفر الشروط المطلوبة قانوناً، أي أن القاضي لا يحظى بسلطة تقديرية نظراً لقوة الإثبات التي منحها المشرع لهذه الأدلة وكذلك تعرفنا على دور القاضي التقديري بالنسبة لإدلة الإثبات غير الملزمة والتي يحظى فيها القاضي بسلطة تقديرية واسعة فهو حر في تقدير وتقييم الدليل الناتج عن وقائع الدعوى وظروفها، وأدلة الإثبات غير الملزمة منها ما يمارس فيها القاضي سلطته التقديرية على ما يطرحه الخصوم من أدلة كالشهادة والقرائن القضائية، ومنها ما يتطلب تدخل القاضي في البحث عن الحقيقة وهذا ما يسمى بالدور الاستقصائي والذي بموجبه يملك القاضي زمام المبادرة ويأمر بإجراء التحقيق من تلقاء نفسه لتتویر عقيدته بصدد النزاع المطروح عليه، ويحق للقاضي أن يمارس دوراً فعالاً نشطاً يساهم في الكشف عن الحقيقة بنفسه غير مرهون بالأدلة التي يقدمها الخصوم وإنما يمكن له ان يقف على الوقائع ويبحث عن الحقيقة بالمشاركة مع الخصوم، ولا شك ان هذا الدور الذي يقوم به القاضي يعود الى الصلاحيات التي منحها إياه المشرع من أجل ممارسة دور فعال في مرحلة الإثبات، ولا يعني ذلك ان نظام الإثبات المدني قائماً على نظام الإثبات الحر، وإنما هو نظام قائم على فكرة التزام جميع الأطراف المعنية في الخصومة المدنية بالكشف عن الحقيقة، ومؤدى ذلك ان سير الدعوى المدنية لم يعد متوقفاً على ما يقدمه الخصوم فقط، بل ان القاضي يقع على عاتقه مسؤولية البحث عن الحقيقة الموضوعية ولا يعني ذلك رفع عبء الإثبات عن عاتق الخصم المكلف به، فالسلطات والمكنات والرخص التي يمنحها المشرع للقاضي لا تعني أنها وسائل أو بدائل لعجز أو تقاعس الخصم عن إثبات ما يدعيه فعلى عاتق الخصم يقع عبء الادعاء بالواقع وإثباته، ويشارك القاضي بعد الادعاء بالواقع وتحديداً في مرحلة إثبات الواقع من قبل الخصوم بإستكمال الأدلة المقدمة في الدعوى أو لتعزيز قناعته فيها ومظاهر هذه المشاركة متعددة ومتنوعة بقدر تنوع الوقائع المقدمة في الدعوى، وقد يمارس القاضي الدور الاستقصائي عن الحقيقة بنفسه أو عن طريق الاستعانة بغيره ولكن تحت رقابته، وذلك في الحالات التي تتطلب خبرة فنية تخرج عن اختصاص ومعلومات القاضي وتحتاج الى خبير ليبدلي رأياً فنياً فيها. ووفقاً للأمر المتقدم فإن القاضي يمارس الدور الاستقصائي في مرحلة الإثبات عن طريق إجراءات

التحقيق التي يجريها بنفسه ويبدو ذلك واضحاً في اليمين المتممة والاستجواب والمعاينة، وإجراءات تحقيق يعهد بها القاضي إلى أعوان القضاء ويبدو ذلك واضحاً من خلال إستعانة القاضي بالخبراء، لذا سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: اليمين المتممة وإستجواب الخصوم.

المطلب الثاني: المعاينة.

المطلب الثالث: الخبرة.

المطلب الأول

اليمين المتممة واستجواب الخصوم

تُعد اليمين المتممة واستجواب الخصوم من أبرز مظاهر إجراءات التحقيق التي يقوم بها القاضي بنفسه، فقد يتبارى الخصوم من خلال قيام كل خصم في الدعوى بتقديم الأدلة التي تؤدي لإقناع القاضي بصحة ما يدعيه، ويقوم القاضي بممارسة دوره في دراسة هذه الوقائع وأدلتها والفصل في النزاع في ضوء ما تم طرحه من عناصر واقعية وأدلة إثبات في الدعوى^(١)، ولكنه في بعض الأحيان قد لا يجد في أوراق الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته بصحة الوقائع المدعاة لعدم كفاية الأدلة الواردة فيها فيأمر بإجراء تحقيقات يرى أنها ضرورية لتتوير عقيدته وحسم النزاع، ويقوم القاضي بهذه التحقيقات من تلقاء نفسه بما له من خبرة قضائية وبما خوله المشرع من سلطات لأختيار الإجراء الذي يراه مناسباً لتتوير عقيدته^(٢)، فتتعدد وتتنوع هذه الإجراءات بحسب ظروف كل دعوى، لذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

(١) د. أحمد أبو الوفا، التعليق على قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٣٦١.

(٢) د. أسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني في أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة عبد الله وهبه للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٦٧، ص ٥٣١، وهو يرى ان نظام اليمين المتممة يتضمن استثناءً واضحاً من مبدأ حياد القاضي أراد به المشرع تخويل القاضي سلطة توجيه هذه اليمين في سبيل الاطمئنان إلى الحكم الذي يصدره في الحالات التي لا تكون فيها الأدلة كافية لإقناعه إقناعاً كاملاً، فاليمين المتممة إذاً دليل تكميلي أضافي يلجأ إليه القاضي لإستكمال إقتناعه» ويذهب بعض الفقه الفرنسي إلى القول «قد يكون من الخطأ ان واضعي القانون المدني الفرنسي أستبقوا اليمين المتممة كدليل من أدلة الإثبات لأن فيها عيباً خطيراً إذ هي تجعل للقاضي سلطة في ان

الفرع الأول: اليمين المتممة

الفرع الثاني: إستجواب الخصوم

الفرع الأول

اليمين المتممة

تُعد اليمين المتممة أحد إجراءات التخطيط التي يأمر بها القاضي رغبة منه في استقصاء الحقيقة.

يقصد باليمين المتممة: هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين، عندما يرى ان هذا الخصم قدم دليلاً غير كافياً على دعواه، ليتمم الدليل باليمين^(١) ويملك القاضي وحده توجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصمين في الدعوى لاستكمال قناعته، وهذه اليمين لا يجوز ان يوجهها أحد الخصمين إلى الآخر^(٢).

وهي تأتي تأكيداً للأدلة المعروضة على القاضي إستظهاراً للحقيقة بقصد إحقاق الحق، ومؤدى ذلك ان هذه اليمين لا يجوز توجيهها إذا كان في الدعوى دليل كامل، أو كانت الدعوى خالية من أي دليل^(٣) وليس لفرقاء النزاع أية صلاحية في عرض اليمين المتممة على بعضهم

ينقل من تلقاء نفسه وإرادته وحده البت في الدعوى من منطقة القانون، إلى منطقة الضمير» أنظر في تفصيل ذلك:

Aubry et Rau: Bartin sur cours de droit civil français, cinquieme édition Tome deuxième Paris, part 12, 1922. P.767.

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٥٧٣، وعرفت أيضاً بأنها اليمين التي يوجهها القاضي لأحد الخصمين ليتم بها إثبات إقتناعه، أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٦٠، أو هي اليمين التي يوجهها القاضي من تلقاء نفسه عندما تكون الأدلة أو الأوراق التي قدمها أحدهما في الدعوى غير كافية لإثبات ليستكمل بها قناعته، حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٦٩٠.

(٢) قرار محكمة التمييز بالعدد ٧١٧/مدنية ثالثة/١٩٧١ في ١٥/٧/١٩٧١، النشرة القضائية، العدد الثالث، ١٩٧٣، ص ٦٧.

(٣) أنظر في ذلك نص المادة (١٢١) إثبات عراقي والتي قررت «يشترط في توجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل» وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (١١٩) إثبات مصري، ونص المادة (١٣٦٦) مدني فرنسي ويرى بعض الفقه الفرنسي أنها تطبيق لنص المادة (١٠) مرافعات فرنسي والتي قررت «للقاضي السلطة في ان يأمر من تلقاء نفسه بكافة إجراءات التحقيق الجائزة قانوناً» أنظر في تفصيل ذلك:

البعض، وليس من حقهم ان يطلبوا من القاضي ان يعرضها عليهم أو على أحدهم، فهي من الرخص المخولة للقاضي يستعملها ان شاء وبالمقابل له حق رفضها ^(١) ويختار القاضي عندما يقرر توجيه اليمين المتممة الخصم الذي كانت أدلته أقوى وفي حالة تساوي الأدلة فإنه يوجهها للمدعى عليه، ولا يلزم القاضي بتسبب قراره باختياره للخصم الذي يوجه إليه اليمين ^(٢) ويملك القاضي توجيه اليمين المتممة في أية حالة تكون عليها الدعوى حتى يصدر فيها حكماً نهائياً ويجوز توجيهها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ^(٣).

ويتضح من استعراضنا السابق لليمين الحاسمة ان هناك اختلاف بينها وبين اليمين المتممة يعود إلى طبيعة كل منهما، فاليمين المتممة بخلاف اليمين الحاسمة يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين، إما اليمين الحاسمة فلا يملك القاضي توجيهها إلا بطلب من الخصوم، واليمين المتممة لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه ان يردها على خصمه، إما اليمين الحاسمة فيجوز لمن وجهت إليه ان يردها على خصمه، ومن حيث حجية اليمين المتممة فلا ينقيد القاضي بنتيجة الحلف أو النكول، إما اليمين الحاسمة فهي تحسم النزاع نهائياً بعد أدائها من قبل الخصم الذي وجهت إليه وينقيد بها القاضي وبها تنتهي الدعوى لمصلحة من حلفها وخسران من نكلها، ان توجيه اليمين المتممة من قبل القاضي لا يعني ان الخصم لا يستطيع تقديم دليل آخر، إما اليمين الحاسمة فإن طلب توجيهها من قبل الخصم يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات، واليمين المتممة تعتبر دليلاً تكميلياً أو أضافياً يلجأ إليها القاضي لتتوير عقيدته، إما اليمين الحاسمة فهي

TERRE: interoduction generale au droit, P.477.

RAYNAUD: Caractere facultative pour le juge, R.T.D. Civ. 1965, P.722.

EMMANUEL du RUSQUEC: serment suppletoire, juris class. 1994, fasc. 674, no 70.

(١) الياس أبو عيد، نظرية الإثبات، ج٢، مصدر سابق، ص٢٦٢.

(٢) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج٢، مصدر سابق، ص١٦٨، د. أحمد أبو الوفا، التعليق على قانون الإثبات، مصدر سابق، ص٣٦٢، وإذا ما رأى القاضي أن كفة كلا الخصمين متكافئة وليس فيهما ما يرجح أحدهم على الآخر فله ان يوجه هذه اليمين إلى المدين لا الدائن لأن الأصل براءة الذمة، وهذا ما نصت عليه المادة (٦) إثبات عراقي والتي قررت «الأصل براءة الذمة».

(٣) د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص٢٠٩.

دليل قائم بذاته يحسم النزاع وهو من أدلة الإثبات ذات الحجية الملزمة على عكس اليمين المتممة التي تعتبر من أدلة الإثبات ذات الحجية غير الملزمة ^(١).

ولا يجوز توجيه اليمين المتممة الى خصم غير أصيل في الدعوى، وعلى سبيل المثال لا يجوز توجيه اليمين المتممة في الدعوى غير المباشرة إلى الدائن الذي يرفع الدعوى على مدين مدينه، وإنما يجوز توجيهها للمدين الأصلي إذا ادخل في الدعوى شخصاً ثالثاً ^(٢) وكذلك لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه اليمين المتممة، ان يردها على خصمه، وإنما عليه ان يحلف أو ينكل، لأن هذه اليمين لم توجه إليه من الخصم الآخر، وإنما وجهها إليه القاضي لإستكمال قناعته ولكي يُعزز الدليل الناقص في الدعوى ^(٣).

ويشترط المشرع لتوجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليلاً كاملاً يحسم النزاع بين الخصوم، لأن وجود دليلاً كاملاً في الدعوى يقطع الطريق على القاضي في اللجوء إلى الاستعانة باليمين المتممة، فلكي توجه اليمين المتممة يجب ان يكون في الدعوى دليل ناقص كأن يكون شهادة أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو قرينة قضائية لم تصل إلى إقناع القاضي فيلجأ القاضي إلى اليمين المتممة لتعزيز هذا الدليل الناقص ليصبح بمثابة دليل كامل على صحة ما يدعيه الخصم ^(٤) ويشترط أيضاً لتوجيه اليمين المذكورة ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، فلا يجوز توجيهها من

(١) لمزيد من التفصيل في أوجه الاختلاف بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة، أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٥٧٤، حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٧٢١ وما بعدها، د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٩٨.

(٢) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٧٠٠.

(٣) أنظر نص المادة (١٢٣) إثبات عراقي والتي قررت «لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه المحكمة اليمين المتممة ان يردها على الخصم الآخر» وتقابلها في ذات المعنى نص المادة (١٢٠) إثبات مصري.

(٤) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق «... فكان على المحكمة تكليفه بإثبات دفعه هذا فإن عجز تمنحه حق تحليف خصمه المميز عليه اليمين، وحيث ان المحكمة رغم اعتبارها المميز عاجزاً عن إثبات دفعه، ذهبت الى تحليف المميز عليه اليمين رغم ان المادة (٤٨٢) الملغية والتي تقابل المادة (١٢٠) إثبات عراقي، تشترط لجواز تحليف اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل الكامل وألا تكون الدعوى خالية من الدليل، ولما كان المميز عليه يستند الى سندانين أقر بهما المميز فلا تعتبر الدعوى خالية من الدليل، كما ان عجز المميز عن إثبات دفعه الذي أهملت المحكمة التحقق منه يجعل السند الذي يستند إليه المميز دليلاً كاملاً فلكل ما تقدم يكون الحكم المميز مخالفاً للقانون تقرر نقضه...» قرارها بالعدد ١٥٩/مدنية الثالثة/١٩٧٢ في ١٩٧٢/٤/٩، النشرة القضائية، السنة الثالثة، العدد الثاني، ١٩٧٤، ص ٨٧.

قبل القاضي إذا كانت الدعوى خالية من أي دليل أو أنعدم فيها الدليل نهائياً، لأنها إذا كانت كذلك فإن المدعي يعتبر عاجزاً عن إثبات ادعاءه، وللقاضي ان يمنحه حق تحليف خصمه اليمين الحاسمة^(١) وكذلك يشترط لتوجيه اليمين المتممة ان تكون الواقعة محل اليمين منتجة في الدعوى، ما يعني ان القاضي يرى أو يفترض ان الادعاء قريب الاحتمال، وان توجيه اليمين المتممة من شأنه تقوية أو تكملة ما تتضمنه الدعوى من أدلة^(٢).

ونرى وفقاً للأمر المتقدم أن اليمين المتممة هي أحد أدلة الإثبات التي شرعت لتيسر للقاضي تحصيل الدليل الذي تقتضيه العدالة، وهي من الرخص المخولة للقاضي بهدف إستقصاء الحقيقة، والتي يملك القاضي إزاءها سلطة تقديرية واسعة، إلا ان تلك الحرية ليست مطلقة بل وضع المشرع قيوداً تحكمها ونطاق تُمارس من خلاله، فلا يمكن توجيهها إلا عن طريق القاضي ولا يحق للخصم توجيهها للخصم الآخر، ولا يلجأ إليها القاضي إلا إذا كان في الدعوى ثمة دليل ولكنه دليل ناقص وغير كافٍ ليصدق أو يكذب الوقائع المدعاة، ولا يمكن للمحكمة الركون إليه لحسم النزاع والاستناد عليه وحده، وكذلك يشترط ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، ويجب ان توجه اليمين الى خصم أصيل في الدعوى ولا يجوز للقاضي ان يوجهها لخصم أجنبي عن الخصومة، كما أن المشرع قيد حرية الخصم الذي توجه إليه بأن يحلفها أو ينكل عن حلفها، ولا يجوز له ان يردّها على الخصم الآخر، كما انه لا يجوز للخصم ان يطعن في قرار القاضي الصادر في بتوجيهها إستقلالاً لأنها من القرارات التمهيدية التي لا يجوز الطعن عليها إلا مع الحكم المنهي للخصومة.

(١) أنظر قرار محكمة تمييز العراق بالعدد ١٦٨/صلحية/١٩٦٥ في ١٣/١٢/١٩٦٥، قضاء محكمة التمييز، المجلد الثالث، ص ١٤١، وفي هذا الصدد تقول محكمة استئناف باريس «أنه بحسب أحكام المادة (١٣٦٣) مدني فرنسي، يجوز توجيه اليمين المتممة إلى الخصم إذا تبين له ان الدعوى ليست خالية بالمرّة من كل دليل، والدليل الذي يشير إليه الشارع هو الدليل المقبول قانوناً...» قرارها الصادر في ١٩٤٢/٧/٢٣ مشار اليه لدى د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٦٩، وفي ذات الصدد قضت محكمة النقض المصرية «... بأن شرط توجيه اليمين المتممة هو ان يكون لدى كل من الطرفين مبدأ ثبوت لا يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل، فإذا ما وجهت المحكمة اليمين إلى أحدهما وحلفها، وقدرت من ذلك أن الدليل الكامل قد توافر على صحة ما يدعيه، فليس في ذلك ما يناقض ما سبق ان قرره...» قرارها بالعدد ١٠٣ في ١٩٥١/٤/٥، مجموعة أحكام النقض، السنة الثانية، ص ٦٢١.

(٢) الياس أبو عيد، نظرية الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٦٩.

ومما تجدر الإشارة إليه ان المشرع منح القاضي الحرية في إختيار أحد الخصوم ليوجه إليه اليمين المتممة في ضوء البراهين والأدلة المقدمة في الدعوى، إلا ان هناك بعض النصوص خرجت عن هذه القاعدة بالعمل على تحديد الخصم الذي توجه إليه هذه اليمين إذا ما قرر القاضي توجيهها^(١).

الفرع الثاني

إستجواب الخصوم

من أجل التوصل إلى حقيقة النزاع المطروح أمام القاضي بصدد وقائع الدعوى، تولى كل من المشرع العراقي والمصري ونظيرهما الفرنسي تحديد السبل الواجب أتباعها لسؤال الخصم ومناقشته^(٢).

ويقصد بالاستجواب بأنه: إجراء تحقيقي يلجأ إليه القاضي عن طريق دعوة الخصوم للحضور أمامه وسؤالهم واستيضاحهم حول وقائع الدعوى كي يستخلص من أجوبتهم النتائج التي يجيزها القانون، أي هو أحد طرق تحقيق الدعاوى التي يلجأ إليها القاضي أثناء السير في الدعوى من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب الخصم إلى سؤال الخصم الآخر عن وقائع معينة بالذات، لإثبات ما يدعيه المدعي أو لتحقيق دفع المدعى عليه^(٣) فهو إجراء من الإجراءات التحقيقية بمقتضاه يمثل الخصم بالحضور أمام المحكمة لغرض إستجوابه بصدد وقائع النزاع، وهو إجراء كما يبدو يسمح بالإتصال المباشر بين المحكمة والخصوم والرد على الأسئلة التي توجهها إليهم دون إعداد

(١) أنظر نص المادة (١٧١٥) مدني فرنسي والتي قررت «إذا تم سداد الإيجار بدون إيصال يُثبت واقعة السداد لا توجه اليمين المتممة إلا على الخصم الذي يُنكر تلك الواقعة»

Art (1715): «le serment peut seulement etre defere a celui qui nie le bail»

(٢) نظم المشرع العراقي الاستجواب في المواد (٧١-٧٥) إثبات عراقي، نظمه المشرع المصري في المواد (١٠٥-١١٣) إثبات مصري، وتبنى المشرع الفرنسي موضوع الاستجواب في مرسوم رقم ٧٣ في ١٧/١٢/١٩٨٣ في المواد (٤٢-٥٥) ثم أدمج هذا المرسوم في قانون المرافعات الفرنسي الجديد في المواد (١٨٤-١٩٨).

(٣) وقد عرفت محكمة النقض المصرية على انه «طريق من طرق تحقيق الدعوى تستهدف به المحكمة تمكينها من تلمس الحقيقة الموصلة لإثبات الحق في الدعوى»، د. محمد نصر محمد، أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة، مصدر سابق، ص ١٥٥.

مسبق للإجابة من قبل الخصوم أو محاميهم، مما يسمح بإن تكون الأجابات تتسم بالصدق والتلقائية وتبتعد عن أساليب المراوغة والكذب (١)

وحق توجيه الإستجواب مقصور على القاضي الذي يملك القيام به من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب الخصوم، على أن يخضع تقدير هذا الطلب للمحكمة (٢) وإذا ما تم الإستجواب بناءً على طلب أحد فرقاء النزاع فعلى طالب الإستجواب أن يحدد الوقائع المراد استجواب خصمه عنها ويوضحها توضيحاً لا يقبل اللبس وسوء الفهم (٣).

ولا يجوز أن يُدعى للإستجواب إلا من كان طرفاً في الدعوى سواء كان أصيلاً أو متدخلًا في الدعوى، ويشترط فيمن يتم إستجوابه كمال الأهلية، فإذا كان ناقص الأهلية جاز إستجواب من ينوب عنه بشرط أن يكون النائب يملك أهلية التصرف في الحق المتنازع عليه (٤).

والإستجواب كإجراء تحقيقي يلجأ إليه القاضي عن طريق دعوة الخصوم للحضور أمامه، يعني أن هذا الإجراء قاصر على أطراف الدعوى، وللمحكمة في أي مرحلة من مراحل الدعوى أن تقرر تلقائياً أو بناءً على طلب الخصوم إجراء الاستجواب أمام درجتي التقاضي سواء كان ذلك أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة الاستئناف (٥) ويجوز إجراء الإستجواب في أي موضوع قائم بشأنه نزاع أمام المحكمة ترى أن القيام بإجراء الإستجواب أمر لا بد منه لتتوير عقيدتها بصدده (٦) ورغم أن القاضي يتمتع بحرية واسعة في اللجوء إلى الاستجواب إذا رأى فيه حلاً للنزاع، إلا أن المشرع وضع عدة قيود للإثبات بهذا الدليل ومنها أن تكون الوقائع محلاً للاستجواب فضلاً

(١) د. سحر عبد الستار أمام، دور القاضي، مصدر سابق، ص ٤٤١.

(٢) أنظر نص المادة (٧١) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم أن تستجوب من ترى موجباً لإستجوابه من أطراف الدعوى» ويقابلها نص المادة (١٠٥) إثبات مصري، ونص المادة (١٨٤) مرافعات فرنسي.

(٣) أنظر نص المادة (٧٢/أولاً) والتي قررت «على طالب الإستجواب أن يوضح في طلبه الوقائع المراد إستجواب خصمه عنها توضيحاً تاماً».

(٤) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٤٠.

(٥) الياس أبو عيد، نظرية الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٢٧.

(٦) أنظر نص المادة (١٨٤) مرافعات فرنسي والتي قررت «يجوز للقاضي إجراء الإستجواب في كل واقعة قائم بشأنها خلاف بين الأطراف أمام المحاكم».

Art (184): «Le juge peut, en toute matière faire comparaitre personnellement les parties ou l'une d'elles»

عن الشروط القانونية الواجب توافرها إن تكون الواقعة شخصية بالنسبة للطرف المستجوب، ومؤدى ذلك فإنه يخرج من نطاق الاستجواب ولا يجوز للمحكمة أن تُجري الاستجواب بشأنه الوقائع غير المشروعة التي يحظر القانون إثباتها، والوقائع الثابتة بمقتضى أحكام أكتسبت درجة البتات، وكذلك الوقائع التي ثبتت عن طريق اليمين الحاسمة لا يجوز إجراء الاستجواب بشأنها لنفي تلك الواقعة حيث أن الحكم يصبح نهائياً وتتحسم فيها الدعوى^(١)، ولا يجوز أن تكون الوقائع التي يتطلب المشرع لإثباتها شكلاً معيناً كما هو الحال في العقود الشكلية والتي تعتبر الشكلية ركناً من أركانها^(٢).

ومن القيود التي وضعها المشرع أيضاً هي أن تكون الواقعة شخصية بالنسبة للخصم المستجوب، فإذا كانت الواقعة غير شخصية فلا يجوز استجواب الخصم بشأنها^(٣).

إما عن الكيفية التي يتم بها الاستجواب، فهي تتمثل بقيام القاضي بتوجيه الأسئلة إلى أي من الخصوم، وتكون الإجابة في الجلسة نفسها إلا إذا رأى القاضي إمهال الخصم للإجابة عنها إذا كانت طبيعة الأسئلة التي وجهها القاضي تقتضي أن يرجع الخصم المستجوب إلى ملفات أو أوراق معينة، ولا يجوز له الاستعانة بغيره للإجابة عن الأسئلة الموجهة إليه^(٤) وإذا رأى القاضي أن الدعوى لا تحتاج إلى إجراء التحقيق، أو أن الوقائع محل الاستجواب غير جائزة للإثبات أو غير منتجة في الدعوى ولا تتعلق بموضوعها فله أن يرفض طلب الاستجواب^(٥) والاستجواب مثله مثل سائر التحقيقات التي قررها المشرع كوسائل يستعين بها القاضي وتساعد على كشف الحقيقة، فهو يملك الحرية في اختيار اللجوء لمثل هذا الإجراء من عدمه، ومن هذا المنطلق فإن المحكمة

(١) أنظر نص المادة (٧٣/أولاً) إثبات عراقي.

(٢) مصطفى مجدي هرجه، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ج٢، دار المطبوعات الحديثة، القاهرة، ١٩٨٧، ص ٢١٣.

(٣) الياس أبو عيد، نظرية الإثبات، ج٢، مصدر سابق، ص ١٣١.

(٤) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٤٠.

(٥) أنظر نص المادة (٧٣/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «إذا رأت المحكمة أن الدعوى ليست في حاجة إلى استجواب، أو أن الوقائع التي يُراد استجواب الخصم عنها غير منتجة أو غير جائزة للإثبات رفضت طلب الاستجواب».

تملك العدول عن الإستجواب الذي أمرت به سابقاً إذ أنتضح لها ان تنفيذه لا جدوى منه، وان ما موجود في الدعوى كافياً لتتوير عقيدتها^(١).

وبخصوص دور القاضي في تقدير الآثار والنتائج المترتبة على مواقف الخصم المستجوب، فهو يحظى بدور كبير في تقدير هذه النتائج يختلف باختلاف السلوك الذي يتخذه الخصم، ففي حال حضور الخصم المستجوب وإجابته عن الأسئلة الموجهة إليه إجابة واضحة وصريحة سواء بإقراره عما استجوب بشأنه أو بإنكاره لموضوع الإستجواب، فعلى القاضي ان يتحقق من واقعة الإقرار، فإن تأكد من سلامة صدور الإقرار تغل يد القاضي بشأنه ويتعين عليه العمل بأحكامه^(٢)، وقد يحصل ان يتخلف الخصم المستجوب عن الحضور أو يمتنع عن الإجابة دون عذر مقبول أو مبرر قانوني^(٣)، جاز للقاضي ان يتخذ من ذلك مسوغاً لإعتبار الوقائع التي تقرر إستجوابه عنها ثابتة ويفتح الباب لإثباتها بالشهادة أو القرائن في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك^(٤).

إما إذا ادعى الخصم المستجوب الجهل أو النسيان، جاز للقاضي أيضاً أعتبار الوقائع المستجوب عنها ثابتة أو ان تقبل الإثبات بشهادة الشهود، ولذا نرى ان موقف المشرع العراقي أعطى للقاضي ان يقبل الإثبات بالشهادة والقرائن إذا تخلف الخصم عن الحضور رغم تبليغه بجلسة الإستجواب ولم يكن لغيابه مبرر قانوني أو عذر مقبول جاز للقاضي ان يقبل الإثبات بالشهادة والقرائن القضائية، في حين نجد ان موقف المشرع الفرنسي أعطى للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تكييف واقعة إمتناع الخصم المستجوب عن الحضور بدون عذر مقبول أو مبرر قانوني حيث

(١) أنظر نص المادة (٧٣/ثانياً) والتي قررت «للمحكمة ان تعدل عن الإستجواب بعد ان أمرت به أو وافقت عليه إذا اتضح لها أن لا جدوى منه أو لا مبرر له».

(٢) د. عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص ١٧٣، د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

(٣) أنظر نص المادة (١٥) إثبات عراقي والتي قررت «إذا قام عذر مقبول يمنع حضور الخصم بنفسه لإستجوابه أو لحلف اليمين، أو يمنع حضور الشاهد لسماع شهادته جاز للمحكمة ان تنتقل إليه أو تتدب أحد قضاتها للإنتقال إلى مكانه...»

(٤) أنظر نص المادة (٧٤) إثبات عراقي والتي قررت «إذا تخلف الخصم عن الحضور لإستجوابه دون عذر مقبول أو حذر وامتنع عن الإجابة لغير سبب أو مبرر قانوني، أو ادعى الجهل أو النسيان فالمحكمة ان تستخلص من ذلك قرينة قضائية تساعد على حسم الدعوى وذلك في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة والقرائن القضائية»

خولته المادة (١٩٨) مرافعات فرنسي الحرية في ترتيب كافة الآثار القانونية على هذا السلوك السلبي للخصم المستجوب، ومن ثم فهي أطلقت يده في اعتبار إمتناع الخصم عن الحضور بمثابة إعتراف ضمني بالواقعة محل الإستجواب^(١).

المطلب الثاني

المعاينة

يقصد بالمعاينة أو الكشف: هو إطلاع المحكمة بنفسها على موضوع النزاع المعروض عليها، للوقوف على صحة إدعاءات الخصوم بشأن الواقعة محل النزاع^(٢).

والأصل ان المحكمة تقوم بتحري حقيقة الادعاءات في مجلس قضاائها وتستند على ما يقدمه الخصوم من أدلة أمامها، إلا ان هناك حالات لا يمكن معرفة حقيقتها إلا بإطلاع المحكمة عليها شخصياً، فالمدعي مهما بالغ في تعريف ووصف موضوع النزاع لا يفي بالغرض، وتبقى صورته في ذهن القاضي غير واضحة، كما ان خصمه في الغالب سينفي ذلك الوصف، ولغرض الوقوف على حقيقته المدعى به تقرر المحكمة الانتقال الى محل النزاع لتقف عليه بنفسها أو تندب أحد أعضائها لذلك، كما يجوز لها ان تستعين على ذلك بخبير أو عدة خبراء^(٣). ولذا سنقسم هذا المطلب الى فرعين وعلى النحو الآتي:

(١) انظر نص المادة (١٩٨) مرافعات فرنسي والتي قررت «للقاضي الحرية في تفسير سلوك الخصم المستجوب

إذا رأى ان الخصم تخلف عن الحضور رغم إعلانه قانوناً في جلسة الإستجواب ولم يكن له ما يبرره»

Art (198): «le juge peut tirer toute consequence de droit des declarations de parties...»

MASSON: la recherche de la verite dans le process civi, these, Nantes, 1991, P.71.

(٢) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج٤، مصدر سابق، ص٢٥٨، وتعرف أيضاً قيام القاضي بمشاهدة موضوع النزاع أو محله، د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص٣٠٥، ويرى بعض الفقه ان الكشف أو المعاينة تُعد من الإجراءات العامة الخادمة لمختلف أدلة الإثبات وأنها لا تُعد أدلة إثبات قائمة بذاتها، وإنما هي إجراءات قد تسفر عن دليل يُعد مجرد قرينة قد تقتنع به محكمة الموضوع» انظر في تفصيل ذلك: د. عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥، ص٢١١، إلا ان المشرع العراقي وفي نص المادة (١٣٠١) اعتبرها من ضمن أدلة الإثبات التي يمكن للمحكمة على أساس إجراءاتها ان تتخذ من تقرير المعاينة سبباً لحكمها.

(٣) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص٤٥٥.

الفرع الأول: سلطة القاضي في إجراء المعاينة.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في تقدير النتائج المترتبة على المعاينة.

الفرع الأول

سلطة القاضي في إجراء المعاينة

للمحكمة من تلقاء نفسها سواء كانت محكمة الدرجة الأولى أو محكمة الدرجة الثانية أو بناءً على طلب الخصوم أن تقرر اللجوء إلى إجراء المعاينة لتتوير عقيدتها وفهمها للقضية المعروضة أمامها عن طريق رؤية مادية مباشرة بعيدة عن أقوال الخصوم لتتلمس على أرض الواقع حقيقة الواقعة المتنازع عليها ^(١) وإذا كان المبدأ إمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي عن وقائع النزاع فإن مجال ذلك المنع يسري على علمه السابق بوقائع النزاع الذي يحصل عليه خارج مجلس القضاء، ودون رقابة من الخصوم، ولذلك فإن مبدأ عدم جواز أن يقضي القاضي بعلمه الشخصي لا يمنعه من إجراء المعاينة بنفسه لغرض الوصول إلى الحقيقة الموضوعية ^(٢).

وحق القاضي في معاينة المتنازع فيه ترد على الأشخاص وتتناول أيضاً الأموال سواء كانت عقاراً أم منقولاً، وكل ما يقع عليه النزاع مما يظن أن تكون معاينته مجدية وهذا ما يسمى بنطاق المعاينة ^(٣).

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية واسعة في إجراء المعاينة وهذه السلطة جوازيه للمحكمة، سواء طلب منها أحد أطراف الدعوى الانتقال لإجراء المعاينة أو لم يطلبها أحد وفي هذا الصدد

(١) أنظر نص المادة (١٢٥) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه أو تندب لذلك أحد قضاتها لمعاينته أو إحضاره لديها في جلسة تعيينها لذلك، متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة».

(٢) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٣٠٦.

(٣) أنظر نص المادة (١٢٦) إثبات عراقي والتي قررت «ترد المعاينة على الأموال والأشخاص مع الأخذ بنظر الاعتبار: أولاً. أن معاينة الشخص يجب أن تتم مع كل الاحتياطات الواجب لضمأن احترام الشخص المطلوب معاينته. ثانياً. على المحكمة أن تستعين بخبير لمعاينة الشخص إذا كان تقرير المعاينة يتطلب معرفة علمية أو فنية خاصة» وقد جاءت هذه المادة وعلى خلاف التشريعات العربية إذ أجازت فيها للمحكمة إجراء المعاينة على الأشخاص في حين أكتفت تلك التشريعات بحصر نطاق المعاينة على الأموال دون التطرق إلى الأشخاص، د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٨١.

قضت محكمة النقض المصرية على «ان طلب الإنتقال إلى محل النزاع لمعاينته من الرخص القانونية لمحكمة الموضوع، فلا عليها إن هي لم تستجيب إلى ذلك متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفي لإقتنائها بالفصل فيها...»^(١) غير أنه إذا كانت المعاينة هي وسيلة المدعي الوحيدة لإثبات دعواه فيتعين على القاضي إجابة الطلب وإلا كان حكمه مشوباً بالعيب والقصور، وإذا ما قررت المحكمة إجراء المعاينة وجب عليها ان تحدد أجلاً لإجرائها^(٢) وإذا رفضت المحكمة طلب المعاينة وجب عليها ان تبين أسباب الرفض في حكمها^(٣).

وحق اللجوء إلى إجراء المعاينة من إطلاقات قاضي الموضوع، ولا يتقيد القاضي بالقرار الذي يصدره بالإنتقال للمعاينة، وله حق العدول عما أمر به إذا رأى أن إجراء المعاينة أصبح غير منتج متى ما وجد بعد ذلك في عناصر الدعوى ما يكفي لتتوير عقيدته في موضوع النزاع^(٤)، ويتعين عليه حينئذ أن يبين أسباب العدول في محضر الجلسة أو أسباب الحكم^(٥) وإذا ما قررت المحكمة الإنتقال لمعاينة الشيء المتنازع عليه سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم فعليها ان تحدد طريقة إجرائها، إذ ان المعاينة لا تعني مجرد رؤية المحكمة لموضوع النزاع بل يدخل في مضمونها كافة الإجراءات التي يتمكن من خلالها القاضي التحقق من إدعاءات الخصوم بشأنها، ولهذا نجد ان المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الفرنسي الجديد رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ عدد الإجراءات التي يمكن للقاضي ان يجريها أثناء معاينته للشيء^(٦) وعلى القاضي ان يحرر

(١) نقض مدني مصري في ٢٥/٨/١٩٦٠، مجموعة أحكام النقض، ص ١٨٤، مشار إليه لدى د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٣١٢.

(٢) أنظر نص المادة (١٢٩) إثبات عراقي والتي قررت «على المحكمة ان تحدد أجلاً لا يتجاوز أسبوعين لإجراء المعاينة، إلا إذا قام مانع مشروع يحول دون ذلك».

(٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز العراقية «... لا يجوز للمحكمة الإمتناع عن إجراء الكشف بحجة ان الأرض المطلوب الكشف عليها صغيرة المساحة...» قرارها بالعدد ٣٢٣٧ في ١٣/٦/١٩٦١، مجلة القضاء، العدد الثالث والرابع، ١٩٦١، ص ٦٦٤.

(٤) د. سحر عبد الستار أمام، دور القاضي، مصدر سابق، ص ٤٧٠.

(٥) أنظر نص المادة (١٢٨) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة العدول عن قرارها بإجراء المعاينة إذا وجدت في عناصر الدعوى ما يكفيها لتكوين رأيها على أن تعلل قرار الرجوع عن المعاينة في محضر الجلسة».

(٦) أنظر نص المادة (١٧٩) مرافعات فرنسي والتي قررت «... يملك القاضي فحص الشيء وتثبيت ملاحظاته، ويقوم بتقدير قيمة الشيء المادية، ويقوم بتقدير طلبات المدعي بشأن الواقعة موضوع المعاينة...».

Art (179): «les constatations eraluatlns appreciations ou reconstitutions...»

محضراً يبين فيه جميع الأعمال المتعلقة بالمعاينة وتبين فيه جميع ملاحظاتها ويذكر في هذا المحضر كيفية انتقال القاضي المنتدب وتاريخ المحضر وساعته وبيان أسماء من حضر من الخصوم والأعمال التي قامت بها المحكمة أو القاضي المنتدب وأوصاف الشيء المتنازع فيه^(١).

ومن أجل تمكين القاضي من الوقوف على حقيقة موضوع النزاع ان يستعين بالخبراء إذا تطلب الأمر ذلك، خاصة إذا كانت المسألة من المسائل الفنية التي تحتاج رأياً علمياً متخصصاً^(٢)، وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق «... إذا لم يستطع الشهود بيان مقدار المشهود عليه وكان هناك طريق آخر لإثبات هذا المقدار كالكشف وتقدير الخبراء بعد ان يعين الشهود المحلات التي أخذ منها الحصى والرمل المدعى بقيمته، فيجب على المحكمة ان تجري الكشف لإثبات الكمية المدعى بها...»^(٣)

ومن الجدير بالذكر أن الإثبات بالمعاينة يعتبر من الأدلة المباشرة التي ترد على محل النزاع وهو بطبيعته قاصر على الأمور المادية، ويعتبر من أهم طرق إثباتها، بل قد يكون الدليل الناطق على صحة الإدعاءات أو بطلانها، ولذلك فإن الإثبات به لا يكون إلا حيث يجوز الإثبات بالشهادة، لأن الدليل الكتابي يتعذر وجوده بشكل مباشر في الوقائع المادية، ومع ذلك فيجوز الإستعانة بالكتابة في بعض الأحيان للاستدلال به على ثبوت هذه الوقائع^(٤).

(١) أنظر نص المادة (١٢٧) إصابات عراقي والتي قررت «تتظم المحكمة محضراً بالمعاينة تُبين فيه جميع ملاحظاتها دون أن تثبت فيه أنطباعاتها عن المعاينة أو رأيها الخاص، ولكل من ذوي العلاقة ان يحصل على صورة مصدقة منه».

(٢) أنظر نص المادة (١٣٠) والتي قررت «للمحكمة تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة ولها كذلك سماع من ترى لزوماً للاستيضاح منه عن الواقعة محل المعاينة، وتكون دعوة هؤلاء للحضور بالطريقة التي تراها المحكمة مناسبة».

(٣) قرار محكمة التمييز بالعدد ١٢٤٦ في ١/٨/١٩٥٤، مجلة القضاء، العدد الخامس، ١٩٥٤، ص ١١٥.

(٤) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ٤، مصدر سابق، ص ٢٥٩.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير النتائج المترتبة على المعاينة

متى تمت المعاينة وفقاً للإجراءات القانونية التي تستلزمها، ومتى أنهت من كافة الأعمال المتعلقة بالمعاينة للواقعة محل الإثبات، مثل وجوب قيام القاضي بنفسه بإجراء الكشف على موضوع النزاع، لأن القاضي لا يجوز له الاستناد على كشف سابق حصل في دعوى أخرى^(١).

ويملك القاضي حرية تقدير نتائج التحقيق الذي قام به، فله ان لا يأخذ بنتيجة المعاينة إذا لم يقتنع بها، فالمشرع منح القاضي سلطة تقديرية في إجراء المعاينة أو عدم إجرائها، بل له حق العدول عن قراره، والعلّة في ذلك ترجع إلى ان الأحكام المتعلقة بالإثبات تتفق كلها في طبيعتها فهي لا تقطع النزاع ولا تُحدد مراكز الخصوم مؤقتاً أو نهائياً، إضافة لذلك فليس ثمة ما يدعو إلى حمل القاضي على تنفيذ قرار لم يعد يطابق الحقيقة ولم يعد له فائدة بل غدا غير منتج في الدعوى^(٢).

ويذهب بعض الفقه^(٣) إلى ان سلطة القاضي في تقدير الدليل الناتج عن المعاينة بعد إكمال كافة مستلزماتها القانونية تتمثل في ان كل ما يثبت للقاضي عند إجراء المعاينة يعتبر دليلاً قائماً في الدعوى يتحتم عليه ان يقول كلمته فيه، وعلى خلاف ذلك يرى اتجاه آخر^(٤) أن بإمكان القاضي ان لا يأخذ بنتيجة المعاينة إذا استشعر ان ثمة تغيرات أدخلت على ما عاينه بحيث لم يعد يتوافق مع الحقائق أو أن معاينته لم تؤد إلى تكوين قناعته بصدد النزاع، وهو غير

(١) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق على «... ان المحكمة في حكمها المطلوب تدقيقه تمييزاً، أستندت إلى كشف سابق في دعوى مردودة، واعتبرته كشفاً صحيحاً وهذا غير جائز قانوناً...» قرارها بالعدد ٣٢٢ في ١٩٥٥/٣/٢٢، مجلة القضاء، العدد الثالث، ١٩٥٥، ص ٦٥، وفي قرار آخر لها قضت «... إذا كان النزاع يقتضي إجراء الكشف لتعيين المدعى به فيجب على المحكمة ان تُجري بنفسها الكشف على العقار المتنازع على حصصه ولا يجوز لها الاستناد على محضر الكشف الذي أجرته دائرة الطابو تطبيقاً لحجة الوقت...» قرارها بالعدد ٢٥٢٣/٢٥٢٣ هيئة عامة/١٩٥٦، مجلة القضاء، ١٩٥٧، العدد الرابع والخامس، ص ٦٩٢.

(٢) د. سحر عبد الستار أمام، دور القاضي، مصدر سابق، ص ٤٧٧.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ١٠٢ وما بعدها، د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، مصدر سابق، ص ٩٨١.

(٤) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٤٦٧، د. أحمد أبو الوفا، التعليق على قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ١٢٣١، د. عبد الودود يحيى، مصدر سابق، ص ١٨٨.

ملزم ببيان هذه الأسباب صراحةً فيكفي ان يبين في أسباب الحكم ان المحكمة قد وجدت في ملف الدعوى ما يكفي لإطمئنانها وتنوير عقيدتها دون حاجة لتنفيذ الإجراء الذي أمرت به.

ونحن نؤيد ما جاء بالرأي الثاني كونه يتفق مع طبيعة الأدلة ذاتها كونها وسائل لإقناع القاضي بصحة ما يدعيه الخصوم، فضلاً عن ذلك ان النصوص القانونية التي أوردها المشرع قد منحت القاضي حق العدول عن قرارها بإجراء المعاينة إذا وجدت في عناصر الدعوى ما يكفي لتكوين رأيها.

ويرى بعض الفقه^(١)، ان ما يثبت بالكشف أو المعاينة لا يحتاج الى برهان أو دليل لإثباته، لأن المحكمة تستخلص البرهان أو الدليل من معاينتها المباشرة لموضوع النزاع، فإذا وجدت المحكمة بعد قيامها بالكشف ان ادعاء الخصم مطابق فعندئذ يحق لها ان تتخذ من تقرير المعاينة سبباً لحكمها^(٢) وعلى الرغم من المكنات والرخص التي حولها المشرع للقاضي في كيفية إجراء المعاينة إلا انه فرض قيوداً على الإثبات بالمعاينة، فإذا كان المشرع سمح للقاضي الاستعانة بالوسائل الفنية لتسجيل إجراءات المعاينة إلا أنه لم يعفِ القاضي من ضرورة تحرير محضر بالمعاينة يدون فيه جميع ملاحظاته المتعلقة بالكشف، ويترتب على عدم التزام القاضي بذلك وقوع البطلان كجزاء لإهدار حقوق الدفاع^(٣) كذلك فرض المشرع قيوداً آخر بأن لا يتم إجراء المعاينة إلا بحضور الخصوم أو بغير حضورهم شريطة تبليغهم بحكم القاضي الصادر بإجراء المعاينة، والمكان والوقت الذي سيجرى فيه هذا الكشف وإلا كان العمل باطلاً^(٤) فإذا ما أسس القاضي

(١) د. سعدون ناجي القشطيني، مصدر سابق، ص ٣٧٣.

(٢) أنظر نص المادة (١٣١) والتي قررت «للمحكمة ان تتخذ من تقرير المعاينة سبباً لحكمها».

(٣) أنظر نص المادة (١٢٧) إثبات عراقي، ونص المادة (١٣١) إثبات مصري، ونص المادة (١/١٨٢) مرافعات فرنسي.

(٤) أنظر نص المادة (١٤) إثبات عراقي، ونص المادة (٥) إثبات مصري، ونص المادة (١/١٧٩) مرافعات فرنسي.

حكمه على كشف تم دون حضور أطراف الدعوى أو بدون تبليغهم بالحضور يكون حكمه مشوباً بالعيب يتوجب نقضه لمخالفته مبدأ المواجهة^(١).

كما ان المشرع واسهاماً منه في تعزيز الدور الإيجابي للقاضي فإنه لم يجعله حبيساً في دائرة الأدلة المعروضة عليه، ولم يرغب ان يجعل من القاضي مجرد مستقبل للدليل، وإنما منحه دوراً استقصائياً في البحث عن الحقيقة الموضوعية بنفسه إلا أن ذلك مقيداً باللجوء الى الأدلة والطرق التي حددها القانون، ومؤدى ذلك لا يجوز للقاضي ان يقوم بزيارة غير رسمية لمحل النزاع، وإنما يتوجب عليه إذا رأى ضرورة إجراء الكشف ان يصدر قرار بذلك وإعلان الخصوم بذلك إذا كانوا حاضرين، أو بتحديد زمان ومكان إجراء المعاينة وفق القانون.

المطلب الثالث

الخبرة

تناولنا فيما سبق الأدلة التي يمارس فيها القاضي التحقيق بنفسه بهدف تقصي الحقائق والوصول إليها دون ان يكون هذا الدور مرهون بما يقوله أو يطرحه الخصوم أو مقيد بما يقدمونه من أدلة، ورأينا ان هذه الإجراءات متنوعة ومتعددة ويختار القاضي من خلالها الإجراءات المناسبة والكافية لتكوين عقيدته، إلا أنه في بعض الأحيان قد طرح مسائل على القاضي يحتاج فيها إلى رأي فني وعلمي متخصص، ويرى القاضي ان البت في تلك المسألة يحتاج إلى الاستعانة بغيره حتى يتمكن من الفصل في النزاع، ومن أجل مساعدة القاضي في الوصول إلى الحقيقة الموضوعية وحسم النزاع رخص له المشرع الأدلة التي تعينه على البت في الوقائع التي تخرج عن نطاق معلوماته الشخصية، وذلك عن طريق الاستعانة بأعوان القضاء أو ما يسمى بالخبراء^(٢)، حيث

(١) د. عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٣١٢، د. نبيل أسماعيل عمر، إمتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٩، ص ٤٨٢.

(٢) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٣٢٤ - ٣٢٥، وهو يقول «أن هذا الترخيص لا يشمل ندب أهل الخبرة في المسائل القانونية، لأن المحكمة مفروض فيها العلم بهذه المسائل علماً كافياً لأداء وظيفتها، غير انه يجوز للقاضي الاستعانة بالخبرة فيما يعرض عليه من مسائل فنية لكي يسترشد برأيهم وتكوين رأي سليم في أوجه المنازعة المتعلقة بها، بل ان المشرع أستلزم في بعض المسائل الاستعانة برأي الخبير كما في طلب الزوجة التفريق للعيب المستحكم في الزوج لبيان مدى إستحكام المرض ومدى الضرر».

يقوم القاضي ومن أجل البت في القضية الاستعانة برأي الخبير على أن يخضع تقدير تقرير الخبير إلى القاضي الذي يحكم في القضية في ضوء هذا التقرير وما قدم في الدعوى من أدلة ومستندات، أي أن القاضي لا يقوم بهذا الإجراء بنفسه كما هو الحال في اليمين المتممة والمعاينة واستجواب الخصوم، وإنما يتم أجراء التحقيق واستقصاء الحقيقة عن طريق الاستعانة بالخبير الذي يستند فيه إلى نصوص القانون عندما يتعذر عليه إجراء التحقيق بنفسه للأسباب المذكورة أعلاه^(١) ولذا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الخبرة.

الفرع الثاني: سلطة القاضي في الاستعانة بالخبير.

الفرع الثالث: سلطة القاضي في تقييم رأي الخبير.

الفرع الأول

تعريف الخبرة

ان لفظ الخبير يشمل كل من له دراية ومعرفة بعلم، أو صنعة أو فن، مما يؤهله لإبداء الرأي فيها من خلال ما يقوم به كأن يقوم بتقدير ضرر معين، أو أستخلاص أمر من واقع الحال، ويدخل تحت هذا اللفظ المهندس والمحامي والطبيب والمعمار ومن على شاكلتهم^(٢).

ويقصد بالخبرة لغة: العلم بالشيء وإختباره، فيقال خبرت الأمر أي علمته، وخبرت الأمر أخبره، إذا عرفته على حقيقته^(٣).

ويقصد بالخبرة اصطلاحاً: إجراء تحقيقي وأستشارة فنية يقوم بها القاضي بغية الحصول على معلومات ضرورية في أي فرع من فروع المعرفة عن طريق أصحاب الاختصاص في هذه

(١) وقد نظم المشرع العراقي أحكام الخبرة في المواد (١٣٢-١٤٦) إثبات عراقي، ونظمها المشرع المصري في

المواد (١٦٢-١٣٥) ونظمها المشرع الفرنسي في المواد (٣٠٢، ٣٢٣)

(٢) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج٤، مصدر سابق، ص ٢٧٥.

(٣) أبن منظور، لسان العرب، المجلد الرابع، دار صادر للنشر، بيروت، بدون سنة نشر، ص ٢٢٦.

الأمر ليتسنى للقاضي بناء حكمه على أساس سليم^(١) ولا يلجأ القاضي إلى الاستعانة بالخبير إلا إذا صعب عليه إدراك المسائل الفنية بنفسه، إما إذا سهل عليه فهم المسائل والأحاطة بها فيقوم القاضي شخصياً بتدقيقها وتطبيق عندئذ أصول المعاينة لا الخبرة^(٢) فالخبرة نوع من المعاينة الفنية تتم بواسطة أشخاص تتوافر فيهم الكفاءة في المسائل الفنية التي لا تتوافر لدى القضاة، وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق على أنه «... ليس للمحكمة ان تؤسس قضائها في كون الأضرار الناجمة من الحاصدة قد حدثت جراء الاستعمال غير العادي بالاستناد للبيئة الشخصية، وإنما يقتضي الاستعانة برأي الخبير في هذا الموضوع لأن ذلك من المسائل الفنية...»^(٣).

وفي ظل التطور العلمي الهائل في كافة مجالات الحياة وتعدد صور المعاملات وتعدد أشكالها خاصة فيما يتعلق بالتكنولوجيا المتطورة، أصبح من الصعب على القاضي الفصل في هذه المسائل دون الرجوع إلى رأي علمي وفني متخصص لتتوير عقيدته لبناء حكم القانون على الوقائع المطروحة عليه^(٤) والأصل ان القاضي ملزم بتحري حقيقة الوقائع بنفسه دون ان يتكل على غيره، ولكن قد يلجأ إلى ذلك عندما تتعلق المسألة بأمر فنية لا تتصل بمعارف أو معلومات القاضي، إلا أنه لوحظ ان القضاة كثيراً ما يلجأون الى الاستعانة بالخبير، دون ان يكون هناك ضرورة فعلية تستوجب الاستعانة بهم، كما ان الاستعانة بالخبير يترتب عليه ببطء الإجراءات، حيث ان ندب الخبير يترتب عليه تعليق الدعوى إلى حين تقديم الخبير لتقريره مما يجعل من هذا الإجراء وسيلة للتسويف والمماطلة وإطالة أمد النزاع، ولهذه الأسباب عمد قانون المرافعات الفرنسي الجديد^(٥) إلى

(١) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٤٦٩، وتعرف أيضاً بأنها إجراء من إجراءات الإثبات يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية في أي فرع من فروع المعرفة بواسطة أشخاص لهم أختصاص ودراية وعلم في مثل تلك الأمور ليتسنى للقاضي الوصول إلى الحقيقة التي تمكنه من الفصل في النزاع، د. أياد عبد الجبار الملوكي، قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ١٠٩.

(٢) منير القاضي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة العاني، بغداد، ط ١، ١٩٥٧، ص ٣١١.

(٣) قرار محكمة التمييز بالعدد ٨٦٣/مدنية ثالثة/١٩٨٨ في ١/٣/١٩٨٨، المجلة العربية، العدد الحادي عشر، ١٩٩٢، ص ١٩١.

(٤) د. سحر عبد الستار أمام، دور القاضي، مصدر سابق، ص ٤٨١.

(٥) أنظر نص المادة (٢٣٢) مرافعات فرنسي والتي قررت «لا يجوز للقاضي اللجوء إلى ندب خبير في الدعوى إلا إذا لم تكف إثبات الحالة أو الاستشارة في تتوير عقيدته».

Art (232): «le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations par une consultation ou par consultation ou une expertise...»

التضييق والحد من اللجوء للخبرة فلم يجعلها الوسيلة الوحيدة للاستعانة بأصحاب الاختصاص بل جعل بجانبها وسيلتين تتمثلان في إثبات الحالة والاستشارة واللذان تتميزان بالبساطة وقلة التكلفة إذا ما قورنتا بالخبرة. وتقتصر مهمة الخبير على المسائل الواقعية ذات الطبيعة الفنية البحتة دون المسائل القانونية^(١) كما لا يجوز للقاضي الاستعانة بالخبير إلا بصدد الوقائع المتنازع عليها بين الخصوم وغير الثابتة، إما الوقائع التي تثبت بطريق آخر من طرق الإثبات فلا يجوز العودة لإثباتها عن طريق الخبرة^(٢) وقد ثار بين الفقهاء خلاف حول الطبيعة القانونية للخبرة، فذهب اتجاه^(٣) إلى أن الخبرة تعد دليلاً من أدلة الإثبات لأنها تهدف إلى اكتشاف وقائع مجهولة في الدعوى من خلال الواقع المعلوم، وهذا ما أخذت به غالبية التشريعات الحديثة وبضمنها قانون الإثبات العراقي، وذهب اتجاه آخر^(٤) إلى أن الخبرة تُعد وسيلة لتعزيز أدلة الإثبات في الدعوى، وذهب اتجاه^(٥) ثالث إلى أن الخبرة إجراء مساعد للقاضي في الوصول إلى تقدير فني للحالة، إذا تطلب معرفة خاصة لا تتوفر لديه، فالخبرة تساعد القاضي في تكملة معلوماته وتزويده بما يحتاج إليه من وسائل بشأن تنوير عقيدته في الدعوى المنظورة أمامه، ونحن نؤيد هذا الاتجاه لأن الخبرة ليس دليلاً قائماً بذاته في الإثبات بل هي وسيلة تساعد القاضي في تكملة معلوماته التي تخرج عن معرفته بها من الناحية العلمية والفنية في قضية ما وتساعد في حسم القضية.

وتختلف الخبرة عن المعاينة في أن الأخيرة تتم بمعرفة القاضي ويقوم بها بنفسه في مسائل مادية بسيطة لا تحتاج إلى رأي فني متخصص إلا إذا كانت المعاينة تحتاج إلى معرفة فنية أو

(١) أنظر نص المادة (١٣٢) إثبات عراقي والتي قررت «تتناول الخبرة الأمور العلمية والفنية وغيرها من الأمور اللازمة للفصل في الدعوى دون المسائل القانونية».

(٢) د. رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٣٩٣.

(٣) د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ٥١٧، د. محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٧١.

(٤) د. أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الأداري، دار الشعب للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٣٤٤، د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٣١٣.

(٥) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٢، ص ٥٣، وللمزيد من التفصيل في هذا الرأي أنظر، آمال عبد الرحيم عثمان، الخبرة في المسائل الجنائية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٤، ص ١٤٨.

علمية فيتم الاستعانة بالخبير في مثل تلك الأمور^(١) وتختلف الخبرة عن التحكيم، في ان الخبير يُبدي رأياً في نزاع أمام المحكمة قد تأخذ به المحكمة وقد لا تأخذ به لأن الاقتناع بتقرير الخبير وما جاء به أمر تستقل به محكمة الموضوع^(٢) في حين ان المحكم يفصل في النزاع بنفسه. والمحكم يتم انتخابه بأرادة أطراف النزاع، إما الخبرة فهي إجراء يلجأ إليه القاضي بنفسه^(٣)، ولا يلتزم المحكم بحلف اليمين لأنه موضع ثقة الخصوم، إما الخبير يؤدي اليمين عند تسجيله في جدول الخبراء، ويؤدي اليمين أمام المحكمة إذا لم يكن مسجلاً في الجدول^(٤).

الفرع الثاني

سلطة القاضي في الاستعانة بالخبراء

لا شك ان القاضي يمارس سلطة واسعة وكبيرة إزاء كافة أدلة الإثبات التي مارس فيها دوراً استقصائياً في البحث عن الحقيقة سواء التي يباشرها بنفسه أو التي يعهد بها إلى أعوان القضاء، وتتنوع مظاهر هذه السلطة بحسب كل مرحلة يمر بها هذا الدليل، فمن حيث سلطة المحكمة في الاستعانة بالخبراء فهو أمر جوازي يقرره القاضي بحسب تقديره للحالة المعروضة عليه فعندما يقدم أي من الخصمين تعيين خبير فعليه ان يوضح مبررات طلبه وأثرها على الدعوى حتى يتحقق القاضي من أنه منتج في الدعوى^(٥)، وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق

(١) أنظر نص المادة (١٢٦) إثبات عراقي.

(٢) أنظر نص المادة (١٤٠/ثانياً) إثبات عراقي والتي قررت «رأي الخبير لا يقيد المحكمة، وعليها إذا قضت بخلاف رأيه عن تضمن حكمها الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كلاً أو بعضاً».

(٣) أنظر نص المادة (١/٢٥٣) مرافعات عراقي والتي قررت «إذا اتفق الخصوم على التحكيم في نزاع ما فلا يجوز رفع الدعوى أمام القضاء إلا بعد استنفاد طريق التحكيم» وأنظر نص المادة (١٣٣) إثبات عراقي والتي قررت «إذا اقتضى موضوع الدعوى الاستعانة برأي الخبراء كلفت المحكمة الطرفين بالاتفاق على خبير أو أكثر على ان يكون عددهم وتر ممن ورد اسمه في جدول الخبراء، أو ممن لم يرد اسمه في هذا الجدول، وعند عدم اتفاق الطرفين على خبير معين تتولى المحكمة تعيين الخبير».

(٤) أنظر نص المادة (١٣٤/ثانياً) إثبات عراقي والتي قررت «إذا لم يكن الخبير مُقيداً في جدول الخبراء وجب ان يحلف يميناً قبل مباشرة مهمته...».

(٥) أنظر نص المادة (١٣٥) إثبات عراقي والتي قررت «على الخصم الذي يطلب تعيين خبير ان يوضح مبررات طلبه وأثرها على الدعوى...، وللمحكمة ان ترفض إجابته طلب الخصم بتعيين خبير إذا تبين لها عدم لزوم ذلك ويجب ان يكون قرارها مسبباً».

«... إذا كانت الأمور التي تقتضيها الدعوى مما تعجز المحكمة عن القيام بها كان لها ان تستعين بأهل الخبرة للوقوف عليها...»^(١).

أما المشرع الفرنسي كما سبق القول لاحظ كثرة لجوء القضاة للاستعانة بالخبرة لهذا قام بإضافة وسيلتين أخريين يمكن للقاضي الإستعانة بهما قبل اللجوء للخبرة، أولى هذه الوسائل هي **إثبات الحالة** ويقصد بها: قيام بإثبات المعايين بإثبات أو تحقيق حالة شيء أو مكان إثباتاً أو تحقيقاً مادياً بحثاً دون رأيه في النتائج الواقعية أو القانونية ويتميز هذا الإجراء بالبساطة وقلة التكاليف فضلاً عن كونه يتم في أجل قصير^(٢)، وثاني هذه الوسائل هي **الاستشارة**، ويقصد بها هي طلب المحكمة رأي فني في مسألة تتطلب خبرة علمية لا تتطلب فحوصاً وأبحاث متعددة معقدة، فالاستشارة تقف موقفاً وسطاً بين إثبات الحالة كوسيلة بسيطة يتمكن عن طريقها القاضي الإلمام بالعناصر المادية للنزاع، وبين الخبرة التي تحتاج أبحاث معقدة من جانب الخبير^(٣).

إما الخبرة فإن المشرع الفرنسي جعلها وسيلة احتياطية بحيث لا يلجأ إليها القاضي إلا في حالة قصور الوسيلتين السابقتين في تكوين عقيدته وتقديم التحليل الفني والعلمي الدقيق للوقائع محل الإثبات^(٤) ويتمتع القاضي بحرية كاملة في ندب الخبير وتقدير الحاجة إلى إتخاذ إجراء تحقيق ما كما أنه يملك الحرية في تعديل نطاق التحقيق بتوزيعه أو تضيقه^(٥) أو بالأمر بإجراء تحقيق آخر مع الإجراء السابق الذي أمر به^(٦) وللقاضي رفض طلب تعيين خبير تقدم به أحد

(١) قرار محكمة التمييز بالعدد ٣٨٠/ح/١٩٥٦ في ١٠/٤/١٩٥٦، مجلة القضاء، العدد الرابع، ص ١١١.

(٢) عالج المشرع الفرنسي إثبات الحالة في المواد (٢٤٩ - ٢٥٥) مرافعات فرنسي جديد، وأنظر في تفصيل ذلك:

J. MAGRE: Caractre subsidiaire de l'expertise par rapport aux mesures d'instruction excecutes par un technician, J.C.P. 1975, P.321.

(٣) تناول المشرع الفرنسي الاستشارة في المواد (٢٥٦ - ٢٦٢) مرافعات فرنسي جديد، وأنظر في تفصيل ذلك:

R. GENIN: Les trois modalites de l'intervention du technician: jurisclass. 1995. Fasc. 661.P.3.

(٤) تناول المشرع الفرنسي الخبرة في المواد (٢٦٣ - ٢٨٤) وأنظر في تفصيل ذلك:

F. MAGRE: «caracter subsidiaire de l'expertise» J.C.P. 1975.P.320

(٥) أنظر نص المادة (١٤٩) مرافعات فرنسي والتي قررت «للقاضي الحرية في إتخاذ إجراء تحقيق للوصول إلى

الحقيقة الموضوعية، كما أنه يملك السلطة في تعديل نطاق التحقيق ضيقاً واتساعاً»

Art (149): «Le juge peut a tout moment accroitre ou restreindre l'etendue des mesures prescrites»

(٦) أنظر نص المادة (١٤٨) مرافعات فرنسي والتي قررت «للقاضي إجراء تحقيق آخر من تلقاء نفسه مع الإجراء

السابق الذي أتخذته إذا وجد في ذلك فائدة لحسم النزاع».

Art (148) «Le juge peut conjuguer plusieurs mesures dinstruction, il peut a tout momenten cours a celle qui ont deja ordonnees».

أطراف الدعوى على ان يكون هذا الرفض مسبباً^(١) وإذا كان الأصل أن الإستعانة برأي الخبير هو رخصة خولها المشرع للقاضي إلا ان هذه الرخصة أو السلطة ترد عليها قيود تتمثل في وجوب ان يبين القاضي عند قيامه بالفصل في مسألة علمية أو فنية ان يُبين المصدر الذي إستقى منه معلوماته باعتبار ان المعلومات الفنية التي أستند عليها وبنى على أساسها حكمه القانوني تُعد خارجة عن نطاق خبرته القضائية ومعرفته العامة^(٢) وقد يفرض المشرع وبموجب النصوص القانونية الإستعانة برأي الخبير ومن ثم يفقد القاضي السلطة في تقدير اللجوء إلى الخبرة في القضية المعروضة كما هو الحال في إختلاف الشركاء حول إقتسام المال الشائع، وكذلك فيما يتعلق بمسائل براءات الإختراع والتي تتطلب هيئات معينة تبدي رأيها في ذلك، وكذلك فيما يتعلق بتقويم الغبن في ثمن العقار المبيع حيث أنه لا يثبت إلا بتقدير الخبراء^(٣) ويجب على القاضي ان يحدد للخبير موعد الإنتهاء من المهمة الموكولة إليه لئلا يتقاعس الخبير في إتمام عمله مما يترتب عليه تأخير الفصل في القضية ومن ثم إطالة أمد النزاع^(٤) وعلى الخبير ان تنصب خبرته على الأمور التي طلبت المحكمة إبداء الرأي فيها ويتقيد بحدود ذلك دون التدخل في أمور لا شأن لها بالنزاع^(٥) واشترط المشرع العراقي ان يكون عدد الخبراء وتراً إذا كانت طبيعة أعمال الخبرة من الجسامة بحيث لا يمكن ان يؤدي المهمة خبير واحد، فعلى المحكمة الإستعانة بأكثر من خبير إذا كان العمل ضخماً ومبلغ المكافحة جسيماً^(٦) والعلة في جعل المشرع عدد الخبراء وتراً، إذا كانوا أكثر من واحد لتمكين المحكمة من الترجيح بين الآراء عند الإختلاف فيما بينهم فالرأي يكون للأغلبية^(٧). وإذا باشر الخبير مهمته فإن هناك علاقة تربط بينه وبين القاضي تحكمها فكرتان

(١) أنظر نص المادة (١٧/ثالثاً) إثبات عراقي، وأنظر نص المادة (٥) إثبات مصري.

(٢) جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٣، ص ٣٢٥.

(٣) د. سحر عبد الستار أمام، دور القاضي، مصدر سابق، ص ٤٩٧.

(٤) أنظر نص المادة (١٣٧/ثالثاً) إثبات عراقي والتي قررت «يشتمل قرار تعيين الخبير على البيانات الآتية: أولاً... ثانياً... ثالثاً. موعد الإنتهاء من المهمة الموكولة إليه.

(٥) أنظر نص المادة (١٣٧/ثانياً) والتي قررت «يشتمل قرار تعيين الخبير على البيانات الآتية: أولاً... ثانياً. الأمور التي يُراد الإستعانة بخبرته فيها وما يخصص له في اتخاذه من التدابير العاجلة عند الاقتضاء».

(٦) قرار محكمة التمييز بالعدد ٩٢/مدنية أولى/١٩٧٨ في ٢٩/٥/١٩٧٨، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة التاسعة، ص ٢٦٢.

(٧) أنظر نص المادة (١٣٣) إثبات عراقي والتي قررت إذا إقتضى موضوع الدعوى الإستعانة برأي الخبراء كلفت المحكمة الطرفين بالاتفاق على خبير أو أكثر على ان يكون عددهم وتراً...» ويقابلها نص المادة (١٣٥) إثبات

أساسيتان، الأولى: تقوم على فكرة التبعية والتي تتمثل في إختيار الخبير وتحديد النقاط المهمة في النزاع والمتعلقة بمهمة الخبير والتدابير التي يمكن ان يقوم بها من أجل تنفيذ المهمة الموكلة إليه كما يرجع للقاضي كما ذكرنا سابقاً تحديد الأجل لتقديم الخبير لتقرير خبرته.

والثانية: تقوم على فكرة التعاون من خلال الحوار المتبادل بين القاضي والخبير أثناء مباشرة الأخير أداء مهمته، فالقاضي يتابع عمل الخبير ليس فقط بغرض التأكد من عدم تخطي الخبير للحدود المرسومة له في مباشرة مأموريته وأدائها بالدقة المطلوبة، ولكن بهدف مشاركة القاضي للخبير في تحديد نقاط النزاع وتذليل كافة العقبات التي تقف حائلاً دون تنفيذ المهمة الموكلة إليه، فالقاضي لا يتخلى عن القضية عندما يعهد إلى الخبير بتحقيق واقعة ما، وإنما يظل طيلة مدة تنفيذ الخبير مهمته تحت رقابة القاضي^(١).

الفرع الثالث

سلطة القاضي في تقييم رأي الخبراء

يُعد القاضي صاحب الرأي الفاصل في الدعوى، ويقوم القاضي بتلاوة التقرير الذي أعده الخبير بحضور أطراف الدعوى ويسألهم عما إذا كان لديهم ملاحظات وإعتراضات^(٢) إما رأي الخبير الذي ينتهي إليه بما يستنبطه من معاينة محل النزاع أو تحليل بعض أجزائه من أقوال

مصري والتي قررت «للمحكمة عند الإقتضاء ان تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة...» وتعليقاً على نص المادة المذكورة ان المشرع المصري حدد عدد الخبراء بثلاثة ويفهم من ذلك انه لا يمكن الاستعانة بخمسة خبراء أو أكثر من ذلك على خلاف ما نص عليه المشرع العراقي حيث أوجب ان يكون عددهم وتراً دون تحديدهم بثلاثة أو خمسة، وفقاً للأمر المتقدم فإن الخصوم يستطيعون الإستعانة بخمسة خبراء أو سبعة خبراء إذا تطلب الامر سواء كان ذلك أمام محكمة أول درجة أو أمام محكمة الاستئناف، وهذا ما تلمسنا تطبيقه في الواقع العملي أمام المحاكم المذكورة.

(١) د. سحر عبد الستار أمام، دور القاضي، مصدر سابق، ص ٥١٧ - ٥١٨.

(٢) أنظر نص المادة (١٤٥/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم ان تقرر دعوة الخبير لحضور الجلسة إذا رأت تقريره غير وافي أو رأت ان تستوضح منه عن أمور معينة لازمة للفصل في الدعوى».

الخصوم ومستنداتهم وأقوال الشهود فليس له أي حجية ملزمة فلا يعدو ان يكون وسيلة إقناع تتجه إلى عقل القاضي لتكوين عقيدته^(١).

ان الأخذ بتقرير الخبير هو مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع متى أقامت حكمها على أسباب سائغة^(٢) كما ان تقدير القاضي لعمل الخبير هو مما يدخل في سلطته الموضوعية أيضاً باعتباره الخبير الأعلى، إذ له ان يقدر رأي الخبير دون الحاجة إلى الاستعانة برأي خبير آخر ما دام لم يرى لزوماً لهذا الإجراء وله ان يوجه إلى الخبير من الأسئلة ما يراه مفيداً لحسم الدعوى^(٣) ويشترط ان يكون تقرير الخبير واضحاً غير مبني على الظن والافتراض فإذا وجدت المحكمة ان تقرير الخبير غير كافٍ ولم يفي بالغرض فلها ان تكلف الخبير بتصحيح أو اكمال النقص في التقرير الخطأ أو النقص في التقرير أو تعهد بذلك إلى خبير آخر، ولأي من الخصمين ان يوجه للخبير ما يراه من الاستيضاحات والأسئلة عن طريق المحكمة^(٤) ان الربط بين هذا وما قضت به المادة (١٤٠/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت « للمحكمة ان تتخذ من تقرير الخبير سبباً لحكمها » الأمر الذي يجعل هذا التقرير عنصراً من عناصر الإثبات في القضية ومؤدى ذلك يجب ان يكون محلاً للمناقشة من قبل القاضي أو الخصوم.

وللمحكمة بعد تقييم رأي الخبير ومناقشته ان تأخذ أو تطرح رأي الخبير كلاً أو جزءاً، ولها ان تقضي بما يخالفه دون رقابة عليها من محكمة التمييز متى ما بنت حكمها على أسباب مقنعة^(٥)

(١) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٤٨٢.

(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق على أنه «... تبين ان محكمة الموضوع هي التي أختارت الخبير الذي قام بتقدير سعر السوق للطن الواحد من الحنطة وفق النموذج المتفق عليه حسب التفصيل المدون في القرار التمييزي المراد تصحيحه، وقد أفاد الطرفان بأن ليس لديهم إعتراض على الخبير المذكور، فلا جناح على المحكمة ان هي أخذت به حسب سلطتها الموضوعية لأنه أقرب إلى تحقيق العدالة دون السؤال من مصلحة تنظيم تجارة الحبوب...» قرارها بالعدد ١٩٦٧/٤/٤٨٠ في ١٩٦٧/٧/١٣، مشار إليه لدى عبد الرحمن العلام، ج ٢، مصدر سابق، ص ٦٥٣.

(٣) أنظر نص المادة (١٤٥/ثانياً) إثبات عراقي والتي قررت « للمحكمة ان توجه إلى الخبير من الأسئلة ما تراه مفيداً للفصل في الدعوى... ».

(٤) أنظر نص المادة (١٤٦) إثبات عراقي والتي قررت « للخصوم الطعن في تقدير الخبير من الناحيتين الموضوعية أو الشخصية على ان يكون الطعن مسبباً... ».

(٥) د. محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٩٦.

وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٠/ثانياً) إثبات عراقي والتي قررت « رأي الخبير لا يقيد المحكمة وعليها إذا قضت بخلاف رأيه ان تُضمن حكمها الأسباب التي أوجبت عدم الأخذ برأي الخبير كلاً أو بعضاً » ولمحكمة الاستئناف التي ينتقل إليها النزاع بحالته التي كان عليها قبل صدور الحكم البدائي بالنسبة لما رُفِع عنه الاستئناف فقط ان تقرر انتخاب خبراء جدد حسب صلاحياتها باعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي إذا وجدت ان تقرير الخبير المنتخب أمام محكمة أول درجة غير واضح^(١) وإذا ما اختارت المحكمة ثلاثة خبراء أو أكثر فيجب عليهم ان يقدموا تقريراً مشتركاً حول موضوع الخبرة ولا يصح الأخذ بخبرة كل واحد منهم على انفراد^(٢).

ونجد ان المشرع قيد الإثبات بهذا الدليل واللجوء إليه من قبل الخصوم والقاضي، حيث اقتصر المشرع بان تكون مهمة الخبير فيما يتعلق بالمسائل دون ان تمتد للمسائل القانونية التي هي من صميم أعمال وواجبات القاضي باعتباره خبيراً في القانون ويتعين عليه الإلمام به، ولم يقف هذا التقييد عند هذا الحد فحسب، بل اشترط المشرع ان تكون المسائل الواقعية ذات طبيعة فنية بحتة ولا تستطيع المحكمة إنجازها بنفسها ما لم تستعين برأي فني متخصص^(٣).

خولت التشريعات الحديثة^(٤) المحاكم الحق في دعوة كل شخص ترى سماعه مفيداً في إظهار الحقيقة، واطلقت عليه بما يسمى (صديق المحكمة) وهي شخصية تحظى بسمعة علمية

(١) قرار محكمة التمييز بالعدد ٤٣٠/مدنية أولى/ ١٩٧٢ في ١٩٧٢/١١/٢٢، مشار إليه لدى أبراهيم المشاهدي، المختار، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٢) قرار محكمة التمييز بالعدد ٢٧٧/مدنية رابعة/ ١٩٨٨ في ١٩٨٨/١٠/١٠، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الرابع، ١٩٨٨، ص ٦٢.

(٣) وبهذا الصدد قضت إحدى المحاكم الفرنسية بأنه « لا يجوز الاستعانة بخبير إلا لتقدير مسائل مادية واقعية، أيضاً وجهاً نظر قانونية عُرضت للقاضي... » مشار إليه لدى د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٣١٦، وأنظر كذلك قرار محكمة تمييز العراق بالعدد ١٣٢٧/ح/ ١٩٦٨ في ١٩٦٨/١٢/٢٦ والذي قضت فيه «... ان تصدي محكمة الاستئناف لموضوع ما فات المدعي من ضرر كان صحيحاً، إذ ان ذلك مسألة قانونية تتفرد بها محكمة الموضوع ولا رأي للخبير فيها، لأنها ليست واقعة مادية يُعتمد فيها رأي الخبير... » مشار إليه لدى عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٦٢٣.

(٤) ففي بريطانيا: صديق المحكمة يتم حضوره بناءً على طلب من المحكمة ليبيدي رأيه في القضية المعروضة أمامها، ويقدم ايضاحات بشأن مسائل قانونية وهو لا يمثل أحداً من الخصوم، ويكثر استدعاؤه في مسائل الأحوال الشخصية والنظام المتبع في كندا يتوافق لحد كبير مع النظام المعمول به في بريطانيا، أنظر في تفصيل ذلك:

Tres souvent l'amicus curiae est cohesi parmi les a vocat les plus experiments {Queen's counsels}, Y. LAYRIN, L'amicus curiae, J.C.P.1992-11, P.364

وأدبية وأخلاقية عالية تتم دعوته من قبل المحكمة يقدم لها إيضاحات بصدد قضية معروضة عليها للفصل فيها ومهمة هذا الصديق لا تقتصر على المسائل الواقعية ذات الطبيعة الفنية، بل تمتد لتشمل بعض المسائل القانونية المعقدة التي يرى القاضي ان رأى هذا الصديق ضروري لتتوير عقيدته بصددها، ولهذا فإن هذا الصديق لا يُعد خبيراً لان مهمته لا تقتصر على المسائل الواقعية فقط، ولا يُعد شاهداً لأنه يقدم أيضاً ويبيد رأي بصدد قضية معروضة أمام المحكمة ومن ثم فهو لا يخضع للقواعد التي تحكم الخبرة ولا القواعد المتعلقة بالشهادة^(١).

وعلى المستوى الدولي تعددت الدعاوى التي فيها سماع دول ومؤسسات ليس طرف في النزاع بصفتها صديق المحكمة أمام المحاكم الدولية، فقد نصت المادة (٦٢) من نظام محكمة العدل الدولية بإمكانية قبول طلب مقدم من دولة ليست طرفاً في النزاع المعروض لإبداء رأيها وملاحظاتاتها فيه، إلا انه يشترط لقبول الطلب وجود مصلحة للمتدخل على ان يرجع تقدير قبول الطلب للمحكمة بما لها من سلطة تقديرية^(٢) ولم يتضمن التشريع الفرنسي نصاً صريحاً يوجب الإستعانة بصديق المحكمة إلا ان المادة (١٨١) مرافعات فرنسي حديث والتي قررت «يجوز للقاضي الحق في سماع كل من يرى سماعه مفيداً في إظهار الحقيقة» ويعد ذلك انعكاساً للمفهوم الحديث لدور القاضي المدني في مرحلة الإثبات.

وفي الجانب العملي لم تشهد المحاكم العراقية الإستعانة بما يسمى بصديق المحكمة وإنما يجري إثبات الواقعة مصدر الحق بطرق الإثبات التي ذكرها المشرع العراقي على سبيل الحصر، ونرى ان الإستعانة بصديق المحكمة يفتح المجال للتدخل في أعمال السلطة القضائية وانتهاك استقلاليتها، وقد يؤدي الى أضمحلال الوظيفة القضائية من خلال اعتماد القاضي إلى الإستعانة بصديق المحكمة متخلياً عن واجبه القضائي في تكييف الوقائع وتطبيق حكم القانون عليها، كما ان السماح بذلك يمكن ان يكون ذريعة يتكأ عليها القاضي عندما يواجه قضية معقدة فبدل ان

إما في الولايات المتحدة الأمريكية، نجد ان صديق المحكمة له مفهوم يختلف عن مفهومه في بريطانيا وكندا، إذ يمثل في الغالب بأشخاص معنوية كالهياآت والمؤسسات وليس في أشخاص طبيعية. نقلا عن د. سحر عبد الستار امام، مصدر سابق، ص ٥٢٢. وأنظر في تفصيل ذلك:

D.MAZEAUD, l'expertise de droit a travers l'amicus curiae l'expertise, P.110.

(1) VINCENT et GUIN CHARD, Procédure civile, P.638.

(2) art, 62. «du statut de la cour internationale de justice precise Lorsqu'un Etat estime gue, dans un differend, un in teret d'order juridique est pour lui en cause».

يجتهد ويبذل مجهود للفصل فيها يستعين بصديق المحكمة مدعياً تنوير عقيدته وفي ذلك تخلي عن مسؤوليته وتفويض للغير في حلها وهو ما لا يجيز القانون.

الفصل الثالث

تقييد الأدلة القانونية أمام محاكم الطعن

المبحث الاول : مبدأ الأثر الناقل للاستئناف ونطاقه

**المبحث الثاني : سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة
القانونية**

المبحث الثالث : تقييد الأدلة القانونية أمام محكمة التمييز

الفصل الثالث

تقييد الأدلة القانونية أمام محاكم الطعن

ان نجاح النظام القضائي في أي بلد من البلدان يرتكز على ضرورة تنوع المحاكم وتعددتها فهناك محاكم أول درجة والتي تسمى بمحاكم الموضوع، وهناك محاكم طعن تنتظر النزاع من حيث الواقع والقانون كما هو الحال في محاكم الاستئناف والتي تعد درجة ثانية من درجات التقاضي فهي محكمة واقع وقانون في آن واحد، ولا يبقى بعد استئناف الحكم إلا الطعن فيه أمام محكمة التمييز والتي تُعد من محاكم الطعن التي تنتظر في النزاع من حيث مخالفته للمسائل القانونية فقط دون التعرض إلى المسائل الواقعية.

ومن أجل ان يصل الطاعن إلى الحق المطالب به لابد ان تتضمن عريضة الطعن موضوعه كاملاً، ثم يختتمها بطلباته التي يسعى إلى تحقيقها والوصول إليها، ولابد من تقديم أدلة تثبت صدق ما تضمنته لائحة الطعن وفقاً لقانون الإثبات الذي حدد أدلة الإثبات على سبيل الحصر، وإذا كان الاستئناف طريق من طرق الطعن العادية والطعن بالتمييز من طرق الطعن غير العادية، فهل ان الخصوم أحرار في تقديم ما شاءوا من الأدلة أمام محاكم الاستئناف والتي لم يسبق لهم تقديمها أمام محكمة أول درجة، وهل يمكن تطبيق ذلك أمام محكمة التمييز؟ وإذا كان الاستئناف ينقل النزاع بحالته التي كانت عليها بموجب الاثر الناقل للاستئناف فهل ان لقاعدة الاثر الناقل للاستئناف دور في تقييد الأدلة الجديدة التي تظهر بعد الحكم، وما هي حدود سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة التي قدمها الخصوم أمام محكمة الدرجة الأولى وإزاء الأدلة الجديدة التي استجبت بعد صدور الحكم المطعون فيه، وهل ان تحديد طبيعة محكمة التمييز باعتبارها هيئة عليا لتدقيق الأحكام أم درجة ثالثة من درجات التقاضي أثر في تقييد الأدلة وإبداءها أمامها، وما هي الاستثناءات التي وردت في قانون المرافعات العراقي والمصري بشأن تخويل محكمة التمييز صلاحيات محكمة الموضوع؟ وللإجابة على هذه التساؤلات سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث وعلى النحو الآتي:

المبحث الأول: مبدأ الأثر الناقل للاستئناف ونطاقه.

المبحث الثاني: سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة القانونية.

المبحث الثالث: تقييد الأدلة القانونية أمام محكمة التمييز.

المبحث الأول

مبدأ الأثر الناقل للاستئناف ونطاقه

لعل أهم الآثار التي تترتب على الطعن بالاستئناف هو طرح النزاع الذي فصلت فيه محكمة الموضوع على محكمة الاستئناف، ومن القواعد الأساسية في قانون المرافعات أن كل خصومه يجب نظرها على درجتين.

فإذا لم يرضى المحكوم عليه بالحكم الصادر ضده من محكمة الموضوع جاز له الطعن في الحكم وإعادة عرض النزاع على محكمة ثاني درجة، وبموجب الأثر الناقل للاستئناف تصبح محكمة ثاني درجة مخولة بكافة صلاحيات محكمة أول درجة وتتصدى لكل الدفع وأوجه الدفاع التي أثرت أمام محكمة أول درجة^(١).

إن محكمة ثاني درجة تتقيد بالأثر الناقل للاستئناف في نظر الطعن المرفوع إليها، كون الطعن بالاستئناف لا ينقل إلى محكمة ثاني درجة إلا ما فصلت فيه محكمة أول درجة وفي حدود ما استأنفه الخصوم، والذي على أساسه تقوم محكمة الاستئناف بالبحث والتدقيق في أوراق الدعوى المحالة^(٢).

المطلب الأول: مفهوم الأثر الناقل للاستئناف.

المطلب الثاني: طبيعة مبدأ الأثر الناقل للاستئناف.

المطلب الثالث: نطاق الأثر الناقل للاستئناف.

(١) د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٩، ص ٦١٨.

(٢) اسكندر بشارة اسكندر، الأثر الناقل للاستئناف، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، ٢٠١٥.

المطلب الأول

مفهوم الاثر الناقل للاستئناف

يتطلب مبدأ الاثر الناقل للاستئناف كتطبيق عملي لمبدأ التقاضي على درجتين ان تبقى عناصر النزاع ثابتة أمام محكمة ثاني درجة كما كانت عليه أمام محكمة الدرجة الأولى، وبمجرد الطعن بالاستئناف يترتب عليه انتقال النزاع الذي فصلت فيه محكمة الدرجة الأولى إلى محكمة ثاني درجة كي تفصل فيه بحكم شامل ونهائي في حدود ما رفع عنه الاستئناف فقط ، ومؤدى ذلك يكون لمحكمة الاستئناف ذات السلطات التي كانت لمحكمة أول درجة، وذلك لأن خصومة الاستئناف ليست مستقلة بذاتها بل هي امتداداً لخصومة أول درجة، ومن ثم يكون لها الحق بنظر النزاع للمرة الثانية بكل ما احتوته القضية من أدلة إثبات ودفع وطلبات، أي تفصل فيها من حيث المسائل الواقعية والقانونية ^(١). ولذلك سوف نتناول هذا المطلب في فرعين متتاليين:

الفرع الأول: تعريف مبدأ الاثر الناقل للاستئناف.

الفرع الثاني: تمييز الأثر الناقل عن فكرة التصدي.

الفرع الأول

تعريف مبدأ الاثر الناقل للاستئناف

يعد مبدأ الاثر الناقل من أهم الآثار التي تترتب على الطعن بالاستئناف، ويقصد به ان رفع الاستئناف يؤدي إلى إعادة طرح النزاع الذي فصلت فيه محكمة أول درجة على محكمة الاستئناف ^(٢) فهو ينقل الدعوى وكل ما قدم خلالها من دفع وأدلة وحجج أمام محكمة الاستئناف بحالتها التي كانت عليها قبل صدور حكم البداية بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط ^(٣).

(١) د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٥، ص ٥٨٩، د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص ٦١٤.

(٢) د. آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨، ص ٣٨٩.

(٣) أنظر نص المادة (١/١٩٢) من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل والتي قررت «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور حكم البداية بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط...»، وأنظر في ذات المعنى نص المادة (٢٣٢) من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ والتي قررت «الاستئناف

ومن القواعد الأساسية في قانون المرافعات ان كل نزاع يجب نظره على درجتين ^(١) ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فإذا لم يرتض المحكوم عليه قضاء محكمة أول درجة جاز له الطعن في الحكم وإعادة طرح النزاع على محكمة الاستئناف وتحل محل محكمة أول درجة في كل ما وقع عليه الطعن وتتصدى لكل الدفوع والأدلة والطلبات التي قدمت أمام محكمة الدرجة الأولى، وإبداء رأيها القانوني في ذلك غير مقيدة بقضاء محكمة أول درجة. ويقرر قانون المرافعات العراقي مبدأ الاثر الناقل في المادة (١/١٩٢) والتي تنص «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور حكم البداء بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط...» وتقرر نفس المبدأ المادة (٢٣٢) مرافعات مصري والتي تنص على ان «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط» وفي ذات المعنى نصت المادة (٥٦١) مرافعات فرنسي ^(٢)، هذا ويلاحظ ان نصوص المواد المذكورة قد عرفت مبدأ الاثر الناقل، وان المشرع العراقي والتشريعات المقارنة تركز على ان الاثر الناقل يتحدد في المسائل التي فصلت فيها محكمة أول درجة وفي حدود ما استأنفه الخصوم، ومبنى هذه القاعدة ان الاستئناف قد شرع بقصد تجريح الحكم المطعون فيه، فمن غير الممكن ان يُنسب خطأ إلى محكمة أول درجة في قضاء لم يُعرض عليها ولم تفصل فيه لسبب ما أو فصلت فيه ولم يطعن بقضائها ^(٣).

ولكن إذا كان الحكم الابتدائي قد فصل في عدة طلبات ورفع الاستئناف عن بعضها فقط دون البعض الآخر، فيمتنع على محكمة الاستئناف النظر في غير الطلبات التي رُفعت إليها، ومن ذلك ما قرره محكمة تمييز العراق على ان «... محكمة الاستئناف لا يمكنها التدخل بالفقرة الحكمية المحكوم بها المميز (المستأنف عليه) ما لم يقدم استئنافاً عنه خلال المدة القانونية لأن

ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط»، وأنظر كذلك نص المادة (٥٦١) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ والتي قررت «ان هدف الاستئناف هو عرض المسألة المطروحة أمام محكمة الاستئناف كي يفصل في مسائلها القانونية و الواقعية من جديد»

(١) د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني علماً وعملاً، ج١، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٥٠٤.

(2) Art (561) «L'appel remet la cause jugée en question devant la juridiction d'appel, les statuent en fait et en droit»

(٣) د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٩، ص ٩٧٤.

الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم البدائي بالنسبة لما رُفِع عنه الاستئناف فقط...»^(١).

الفرع الثاني

تمييز الأثر الناقل عن فكرة التصدي

تعود أهمية التمييز بين مبدأ الأثر الناقل للاستئناف وبين فكرة تصدي محكمة الاستئناف لكل ما تضمنه النزاع من طلبات ودفع وأدلة إثبات إلى أن لكل فكرة أحكامها الخاصة وأن التمييز بينهما يؤدي إلى عدم الاختلاط بينهما، وقد بينا سابقاً المقصود بمبدأ الأثر الناقل للاستئناف ولتمييزه عن فكرة التصدي ينبغي تحديد المقصود بها وبيان أحكامها ومن ثم استخلاص أوجه الاختلاف بين الفكرتين. ويقصد بالتصدي بأنه رخصة يقررها المشرع لمحكمة الاستئناف بموجبها تستطيع أن تفصل في النزاع رغم عدم استنفاد محكمة أول درجة ولايتها بشأنه^(٢).

ويتبين من هذا التعريف أن التصدي يشكل خروجاً على القواعد العامة في الاستئناف والتي تفرض على محكمة ثاني درجة عدم التعرض لمسائل لم تفصل فيها محكمة الدرجة الأولى^(٣).

ولدى الرجوع إلى نصوص قانون المرافعات العراقي ونظيره المصري نجد بأنها لا تتضمن سلطة لمحكمة الاستئناف في التصدي، والسبب في ذلك يعود إلى تعارضها مع مبدأ النقاضي على

(١) قرار محكمة التمييز بالعدد ١٦٥/مدنية أولى/١٩٧١ في ١١/٢٤/١٩٧١مشار إليه لدى عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج٣، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩، ص٤١٠، وقرارها بالعدد ٦/استئنافية/١٩٧٠ في ٣/١٠/١٩٧٠، النشرة القضائية، العدد الرابع، س١، ص١٣١ والذي قضت فيه «... أن ما يقبل الاستئناف هو الحكم الصادر في الدعوى، إما عدم إصدار القرار فيها فلا يقبل الاستئناف...» وأنظر قرار محكمة النقض المصرية والتي قضت فيه «... أن ما يطرح بالاستئناف على محكمة ثاني درجة هو ما فصلت فيه محكمة أول درجة وفي حدود ما رفع عنه الاستئناف فقط...» نقض مدني مصري في ١٤/مارس/١٩٦٣ مجموعة أحكام النقض، س ١٤، ص ٢٠٨.

(٢) د. علي هيكل، فكرة التصدي أمام محكمة الاستئناف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٩، ص ٢٢٤٥.

(٣) ضحى رمضان مبروك، الأثر الناقل للاستئناف، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠٢١، ص ٤٥.

درجتين الذي يُعد من المبادئ الأساسية التي تحكم نظام الاستئناف، وإن قضاء الاستئناف يصبح باطلاً إذا تصدى للدعوى بالفصل فيها على خلاف هذا المبدأ^(١).

ويقرر المشرع الفرنسي رخصة التصدي في المادة (٥٦٨) مرافعات فرنسي والتي قررت بانه «يمكن لمحكمة الاستئناف عند الطعن في حكم صادر بإجراء من إجراءات التحقيق أو في حكم صادر بدفع إجرائي ترتب عليه انتهاء الخصومة، ان تتصدى للمسائل الأخرى من النزاع والتي لم تفصل فيها محكمة أول درجة، وذلك إذا قدرت انه من حسن سير العدالة ان تصدر حكماً نهائياً في الدعوى»^(٢).

ويشترط لكي تمارس محكمة ثاني درجة رخصة التصدي وفقاً للقانون الفرنسي ضرورة توافر ثلاثة شروط:

١. ان يتعلق الامر باستئناف أحد الأحكام التي تأمر بإجراء من إجراءات التحقيق، أو ان يتعلق الأمر باستئناف حكم صادر في دفع إجرائي ترتب عليه إنهاء الخصومة^(٣).
- ومن خلال تحليل نص المادة (٥٦٨) مرافعات فرنسي، نرى ان محكمة الاستئناف لا يمكنها ان تبشر رخصة التصدي إلا في حالة الطعن بالاستئناف على الشق من الحكم الذي أمر بإجراء من إجراءات التحقيق.
٢. ان يؤدي التصدي إلى تحقيق حسن سير العدالة، وتوافر حسن سير العدالة أمر يخضع لتقدير محكمة الاستئناف يمكن استخلاصه من إبداء المستأنف عليه للدفع الموضوعية.
٣. ان تقتصر محكمة الاستئناف في استعمالها لرخصة التصدي على المسائل التي لم تفصل فيها محكمة الدرجة الأولى^(٤).

(١) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٢٧٩، د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف، مصدر سابق، ص ٥٧٢.

(2) Art (568) «Lorsque la cour d'appel infirme ou annule un jugement qui ordonne une mesure d'instruction au qu'étant sur une exception de procédure amis fin à l'instance elle peut évoquer les points non jugés si elle estime de donner l'affaire une solution une mesure d'instruction».

(٣) د. علي هيكل، فكرة التصدي، مصدر سابق، ص ٩٤.

(٤) علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨، ص ٦١.

وبعد تحديد المقصود بالتصدي وبيان الشروط المطلوبة لاستعمال هذه الرخصة يمكن ان نحدد أوجه الاختلاف بين مبدأ الأثر الناقل للاستئناف وفكرة التصدي في أمرين وعلى النحو الآتي:
أولاً: من حيث الأساس:

اختلاف الأساس الذي تقوم عليه الفكرتان، فالأثر الناقل يستند إلى قاعدة التقاضي على درجتين والتي تظهر بمجرد صدور الحكم الابتدائي يكون للطاعن حق الطعن بالاستئناف عن المسائل التي فصلت فيها محكمة الدرجة الأولى^(١).

في حين ان رخصة التصدي تقوم على أساس حسن سير العدالة وتستجيب لمبدأ الاقتصاد في النفقات والإجراءات وبذلك يعتبر التصدي استثناء على مبدأ الأثر الناقل^(٢).

ثانياً: من حيث طبيعة الفكرتين:

يختلف الطابع المميز الأثر الناقل عن الطابع المميز للحق في التصدي، فالأثر الناقل له طابع إيجابي ملزم لمحكمة الاستئناف، وبموجبه لا يمكنها التخلي عن هذا الالتزام وإحالة الموضوع إلى محكمة أول درجة أو أي محكمة أخرى^(٣). إما الحق في التصدي فهو مجرد رخصة اختيارية لمحكمة ثاني درجة لها ان تباشرها دون حاجة لموافقة الأطراف، ولها ألا تباشرها وتقوم بإحالة الدعوى إلى محكمة أول درجة لكي تفصل في المسائل التي لم تتعرض لها^(٤).

المطلب الثاني

طبيعة مبدأ الأثر الناقل للاستئناف

يترتب على الطعن بطريق الاستئناف إعادة طرح النزاع من جديد أمام محكمة ثاني درجة من زاوية مواطن الطعن تحديداً دون سواها في الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى فيكون

(١) د. أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، مصدر سابق، ص ١٦٦.

(٢) علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، المصدر نفسه، ص ٦١.

(٣) د. ريمون ملك شنودة، تطور موضوع النزاع أمام محكمة الاستئناف، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٢١، ص ٨٥.

(٤) أمجد هيك، حق محكمة الاستئناف المصرية في التصدي للموضوع، بحث منشور في المجلة الدولية للفقهاء والقضاء المصرية، العدد الأول، ٢٠٢٠، ص ٥.

لمحكمة الاستئناف ذات السلطات الممنوحة لمحكمة الدرجة الأولى وتعتبر محكمة واقع وقانون^(١) ويعمل الأثر الناقل للاستئناف على التزام محكمة الاستئناف بإعادة النظر في موضوع النزاع، والفصل فيه من جديد من حيث الواقع والقانون كما يعمل في ذات الوقت على تأكيد استفاد المحكمة الابتدائية لولايتها بصورة نهائية^(٢).

ويقصد بطبيعة مبدأ الأثر الناقل ان له طابعاً سلبياً بالنسبة لمحكمة أول درجة، كما ان له طابعاً ملزماً بالنسبة لمحكمة الاستئناف ولذا سنتناول كلا هذين الطابعين في فرعين متتالين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول

الطابع السلبي للأثر الناقل

يعمل الأثر الناقل للاستئناف على نقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم من محكمة أول درجة، وبمجرد رفع الاستئناف تخرج الدعوى من ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم وهذا هو جوهر الطابع السلبي للأثر الناقل^(٣)، فلا تملك المحكمة بعد إصدار الحكم النهائي سلطة تعديله أو تغييره أو الإضافة إليه، وتجدر القاعدة المتقدمة أساسها في ضرورة استقرار المراكز القانونية حيث لا يتحقق هذا الاستقرار بمجرد صدور الحكم، بل يجب عدم المساس بمضمونه خارج الحدود التي يقررها القانون^(٤).

وإذا كانت الغاية من الوظيفة القضائية هي إعمال القانون وحسم النزاعات ووضع حد لها بواسطة حكم قضائي، فإن قاعدة استفاد المحكمة لولايتها تعتبر تطبيقاً واستجابة لهذه الغاية، وعلى الرغم من عدم النص صراحة على قاعدة استفاد الولاية إلا انها تُطبق على سائر الأحكام القضائية

(١) د. ريمون ملك شنودة، مصدر سابق، ص ٥٦.

(٢) د. عبد الوهاب العشماوي ومحمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج ٢، المطبعة النموذجية، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٨٨٦.

(٣) أحمد عبد المجيد، استفاد الولاية الأصلية للمحكم، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠١٩، ص ٨.

(٤) علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ص ٧١.

النهائية^(١). ومؤدى ذلك فإنه لا يجوز للخصوم إعادة طرح نفس المسائل أمام نفس المحكمة لسبق الفصل فيها ولاستنفاد ولايتها تجاهها^(٢).

ومن الجدير بالذكر إلى أن الأحكام التي لم تستنفذ محكمة الدرجة الأولى ولايتها بشأنها فإنه لا يجوز لمحكمة الاستئناف إذا ما قررت إلغاء الحكم المطعون فيه التصدي لموضوع الخصومة، بل يقف دورها عند حد الإلغاء وإعادة القضية للمحكمة التي أصدرته حتى تستكمل ولايتها بشأنه^(٣).

ومما يقتضي التنويه إليه أن قاعدة استنفاد المحكمة لولايتها بمجرد صدور الحكم هي قاعدة تتعلق بالنظام العام، ويترتب على ذلك أن المحكمة التي أصدرت الحكم لا يمكنها أن تُعيد الفصل في الدعوى أو أن تغير حكمها أو تعدل فيه ولو كان ذلك باتفاق الأطراف^(٤) وفي حالة عدم استنفاد محكمة أول درجة لولايتها وما يترتب عليه من أثر في تقييد سلطات محكمة ثاني درجة في أن الأخيرة لا تستطيع أن تتصدى لموضوع النزاع لأن في تصديها تفويت لأحدى درجات التقاضي على الخصوم والذي يعد من المبادئ الأساسية التي تحكم نظام الاستئناف^(٥).

الفرع الثاني

الطابع الملزم للأثر الناقل

يترتب على الطعن بالاستئناف انتقال الدعوى برمتها من محكمة أول درجة إلى محكمة الاستئناف بكل ما اشتملت عليه من مسائل واقعية وقانونية، ويتولد عن ذلك التزام محكمة الاستئناف

(١) د. محمود الهاشم، استنفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والأقتصادية، العدد الأول والثاني، ١٩٨٤، ص ٣١.

(٢) محمد نصر الدين كامل، الاستئناف في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص ٥٣١.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٤٧١.

(٤) علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ص ٧٤، د. أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧١، ص ٣٣.

(٥) د. محمود التحويي، شروط الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٢٢.

بإعادة نظر النزاع من قبلها دون سواها ويتطلب ذلك ان تتمتع محكمة الاستئناف بكافة سلطات محكمة اول درجة^(١).

ولا تقتصر وظيفة محكمة الاستئناف على مجرد مراقبة صحة الحكم من حيث سلامة التطبيق القانوني فحسب، وإنما عليها ان تواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية المطروحة عليها بموجب الأثر الناقل للاستئناف وكل ذلك مقيداً بحدود طلبات المستأنف^(٢).

اذن فالطابع الملزم للأثر الناقل أو ما يسمى بالطابع الإيجابي للأثر الناقل يترتب عليه التزام محكمة الاستئناف بالفصل في النزاع، ولكي يتحقق التزام محكمة الدرجة الثانية بإعادة النظر في الحكم المطعون فيه يجب توافر شرطين أولهما: ان يكون الاستئناف مقبولاً شكلاً حتى يترتب أثره الناقل، اما إذا حُكم برده شكلاً لوقوعه خارج المدة القانونية فانه لا ينتج أي أثر ناقل^(٣).

وثانيهما: ان يكون الحكم صادراً في موضوع الدعوى التي فصلت فيها محكمة الدرجة الأولى وعلى أساسها يتم الاثر الناقل، وهذا يعني ان المسائل التي قضت فيها محكمة الدرجة الأولى هي فقط التي تطرح على محكمة الاستئناف وتلتزم بالفصل فيها، إما الطلبات التي لم تفصل فيها محكمة أول درجة فأنها لا تكون قد استنفذت ولايتها بشأنها وبالتالي فهي لا تطرح على محكمة الاستئناف من خلال الأثر الناقل ولا تلتزم بالفصل فيها^(٤).

ان محكمة الاستئناف وبعد قبولها الطعن شكلاً وإذا ما قررت الغاء حكم المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، ففي هذه الحالة لا يحق لها إعادة الحكم إلى محكمة أول درجة بل يتعين عليها ان تقوم بالفصل في موضوع النزاع ما دام ان محكمة الدرجة الأولى قالت كلمتها فيه، اما إذا كان حكم محكمة أول درجة لم يفصل في موضوع الدعوى وطعن على هذا الحكم بالاستئناف فإنه لا يترتب على الغائه من محكمة الاستئناف قيام هذه المحكمة بالفصل بالموضوع، بل يتعين عليها إعادة الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم للفصل في موضوعه.

(١) علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ص ١٠١.

(٢) د. إبراهيم حرب محيسن، النتائج العملية لقاعدة الأثر الناقل للاستئناف، بحث منشور في مجلة دراسات الأردنية، المجلد ٢٦، العدد الأول، ١٩٩٩، ص ٦٧.

(٣) د. أحمد هندي، التقاضي على درجتين، مصدر سابق، ص ٢٤.

(٤) د. علي صالح القطيعي، المرافعات المدنية والتجارية، لا ذكر لناشر، ١٩٩٦، ص ١٧٣.

ولكي تستطيع محكمة الاستئناف الفصل من جديد في موضوع الدعوى فإنه يجب ان تتمتع بالصلاحيات التي تمكنها من ذلك، ويخول الأثر الناقل المحكمة الاستئنافية سلطات محكمة أول درجة من حيث المسائل الواقعية والقانونية، وتختلف سلطة محكمة الاستئناف في هذا الصدد عن سلطة محكمة التمييز وهي تنظر القضية حيث تقتصر سلطة الأخيرة على بحث مدى توافق الحكم المطعون فيه مع التطبيق الصحيح للقانون^(١).

ويترتب على السلطة الكاملة التي تتمتع بها محكمة الاستئناف والتي انتقلت اليها بموجب الأثر الناقل للاستئناف، ان تقوم بإجراءات تحقيق جديدة ترى انها ضرورية لحل النزاع، ولها ان تعتمد على الإجراءات التي قامت بها محكمة أول درجة إذ انها حققت الغاية منها وان فيها ما يكفي لتكوين عقيدتها كما ان لها سلطة تخولها رفض الإجراءات التي أمرت بها محكمة أول درجة ولا إلزام عليها بالأخذ بنتيجة التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة مع بيان أسباب عدم الأخذ بها^(٢).

الفرع الثالث

النتائج المترتبة على الأثر الناقل للاستئناف

يترتب على الأثر الناقل للاستئناف نتائج عملية يمكن اجمالها بالآتي:

أولاً: ان الاستئناف ينقل إلى محكمة ثاني درجة ذات الطلبات التي سبق تقديمها أمام محكمة الدرجة الأولى مع ملاحظة ان نطاق القضية في الاستئناف يتحدد ليس بكل ما عُرض من طلبات على محكمة أول درجة، وانما بما يُعرض منها أمام محكمة الاستئناف مع مراعاة القيود التي تقتضيها خصومة الاستئناف^(٣).

ووفقاً للنتيجة المذكورة وتمشياً معها فان المادة (٢/٢٢٩) مرافعات مصري تقرر ان استئناف الحكم الصادر في الطلب الاحتياطي يستتبع حتماً استئناف الحكم الصادر في الطلب

(١) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف، مصدر سابق، ص ٥٩٠.

(٢) د. عبد المنعم الشراوي ود. عبد الباسط جميعي، شرح قانون المرافعات الجديد، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢، ص ٥٦٤.

(٣) د. علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ص ١٨١.

الأصلي ويعني ذلك انه إذا كان قد قُدم لمحكمة الدرجة الأولى طلب أصلي وطلب احتياطي فرفضت المحكمة الطلب الأصلي وفصلت في الطلب الاحتياطي، فإن وقع طعن الخصوم بالاستئناف على الطلب الاحتياطي فإن ذلك يطرح على محكمة الاستئناف كذلك الطلب الأصلي، فمثلاً لو قُدم طلب أصلي بالتنفيذ العيني للالتزام وطلب احتياطي بالتعويض فرفضت محكمة أول درجة في طلب التعويض، فإن استئناف الحكم الصادر في هذا الطلب يطرح أمام محكمة الاستئناف طلب التنفيذ العيني^(١).

فالاستئناف ينقل الدعوى إلى محكمة ثاني درجة ولكن في حدود الطلبات المستأنفة بعناصرها الواقعية وإسانيدها القانونية، وتعتبر هذه وتلك مطروحة أمام محكمة الاستئناف للفصل فيها بمجرد رفع الاستئناف، وعلى المحكمة أن تفصل فيها إلا إذا تنازل المستأنف عليه عن التمسك بشيء منها صراحة أو ضمناً^(٢).

ثانياً: الاستئناف ينقل إلى محكمة ثاني درجة كافة الدفوع الشكلية والموضوعية والدفع بعدم القبول وأوجه الدفاع ولو لم يعاود المستأنف التمسك بها^(٣).

وتطبيقاً للأمر المتقدم والمتمثل في أن الدفوع وأوجه الدفاع التي قُدمت أمام محكمة أول درجة تعتبر مطروحة على المحكمة الاستئنافية سواء تمسك بها صاحبها أم لم يتمسك بها، وما دام لم يصدر عنه ما يعتبر نزولاً صريحاً أو ضمناً عنها، وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض بأنه «متى طلب الوارث استرداد حصته في الشركة باعها وارث غيره لأجنبي، وكان المشتري قد دفع أمام محكمة أول درجة بسقوط الحق في الاسترداد واستأنف الحكم الصادر منها بما تضمنه

(١) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٦٤٢.

(٢) محمد نصر الدين كامل، مصدر سابق، ص، وأنظر في صدد ذلك قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ٩٣١ في ١٩٨١/١٢/٢١ مشار إليه لدى د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٨٢٠.

(٣) د. فتحي والي، الوسيط، مصدر سابق، ص ٧٢٥.

من قضاء في الدفع وفي الموضوع فإن هذا الدفع يعتبر مطروحا أمام المحكمة الاستئنافية متى كان لم يثبت تنازل المشتري عنه، ولا يجب عليه إثبات تمسكه به أمام تلك المحكمة...»^(١).

ومؤدى ذلك ان الاستئناف ينقل الدعوى إلى محكمة الدرجة الثانية بما وقع عليه طعن الخصوم وبما سبق ان ابداه المستأنف عليه أمام محكمة الدرجة الأولى من دفع وأوجه، فإذا لم تقتنع المحكمة بوجاهة الاسانيد التي أوردها المستأنف في صحيفة استئنافه فلا تثريب على المحكمة إذ هي لم تقتنع بوجاهتها ان تركز في قضائها على أدلة أخرى لتبرير حكمها في حدود طلبات المستأنف^(٢).

ثالثاً: ان السقوط الذي يتحقق أمام محكمة أول درجة تبقى له نفس الفاعلية أمام الاستئناف ولهذا إذا سقط أمام أول درجة الدفع بعدم الاختصاص على سبيل المثال فإنه لا يجوز التمسك بالاستئناف بالدفع الذي سقط في أول درجة، وبمعنى آخر إذا سقط حق الخصم أمام محكمة أول درجة في إبداء دفع، كما لو سقط حق المدعي عليه في إبداء دفع إجرائي لعدم ابدائه قبل الكلام في موضوع الدعوى، فإن هذا السقوط ينتقل إلى خصومة الاستئناف ويمتنع عليه ابدؤه أمام محكمة الاستئناف^(٣).

المطلب الثالث

نطاق الأثر الناقل للاستئناف

لقد سبق القول ان الأثر الناقل للاستئناف ينقل النزاع إلى محكمة ثاني درجة بكل ما يشملها من مسائل واقعية وقانونية، فهو ينقل الدعوى أو الطلبات موضوع الخصومة الأولى وكل ما قدم خلالها من دفع وأدلة وحجج أمام محكمة الاستئناف، وبذلك يتاح لمحكمة الاستئناف سلطة إعادة تقدير الوقائع وابداء رأيها القانوني في هذا الموضوع على ضوء ما قدم أمام محكمة الدرجة الأولى،

(١) نقض مدني مصري بالعدد ١٨١٤ في ١٢/٢٠/١٩٨٢، مشار اليه لدى د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٥٣٠.

(٢) محمد نصر الدين كامل، مصدر سابق، ص ٥٣٠.

(٣) د. فتحي والي، الوسيط، مصدر سابق، ص ٧٢٧.

والواقع ان ضم ملف الدعوى التي كانت أمام محكمة أول درجة إلى ملف الدعوى الاستئنافية هو الوسيلة الإجرائية المادية التي تحقق هذا الأثر الناقل ^(١).

ولكن انتقال القضية بموجب الأثر الناقل تحكمه قاعدتان أساسيتان يتحدد بموجبهما نطاق الأثر الناقل، فمن ناحية يقتصر الأثر الناقل على المسائل التي فصلت فيها محكمة أول درجة حيث لا يمكن لمحكمة ثاني درجة ان تفصل في طلبات لم تُقدم أمام محكمة الدرجة الأولى أو قُدمت إليها ولم تفصل فيها، ومن ناحية أخرى يقتصر الأثر الناقل على ما استأنفه الخصوم أو بما رُفع عنه الاستئناف فقط ^(٢).

ولذا سنتناول موضوع هذا المطلب في فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: تقييد نطاق الأثر الناقل بما فصلت فيه محكمة أول درجة

الفرع الثاني: تقييد نطاق الأثر بما استأنفه الخصوم

الفرع الأول

تقييد نطاق الأثر الناقل بما فصلت فيه محكمة أول درجة

لا يتحدد نطاق الأثر الناقل لمحكمة ثاني درجة بكل ما نظرت فيه محكمة أول درجة أو بكل ما عُرض عليها ^(٣)، بل يطرح المسائل الواقعية والقانونية التي فصلت فيها محكمة أول درجة بحكم فاصل ونهائي في الموضوع، فإذا اغفلت الفصل في طلب قدمه الخصوم أمامها فلا يجوز طرحه أمام محكمة ثاني درجة، لأن محكمة أول درجة لم تستنفذ ولايتها بصدده، ولا يعد ذلك خطأ ينسب إلى محكمة الدرجة الأولى في تطبيق القانون، أو خطأ في عدم إلمامها بوقائع لم تُعرض عليها، أو عُرضت عليها ولم تفصل فيها، فإذا تصدت له محكمة ثاني درجة يكون حكمها باطلاً ^(٤)

(١) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مصدر سابق، ص ٦٤٣.

(٢) محمد أحمد عابدين، خصومة الاستئناف أمام المحكمة المدنية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٧، ص ٢٥١، محمد نصر الدين كامل، الاستئناف في المواد المدنية، مصدر سابق، ص ٥٣٤.

(٣) نقض مدني مصري بالعدد ١٠٥٧٦ في ٢٥/٣/٢٠١٩، قرار منشور على موقع محكمة النقض المصرية، <https://www.cc.gov.eg>.

(٤) د. علي تركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ص ١٩٥.

ويتعين عليها ومن تلقاء نفسها رفض الطلب باعتباره طلباً جديداً يُعرض أمامها لأول مرة ولم تفصل فيه محكمة أول درجة من قبل ^(١).

وهذا القيد يترتب على طبيعة خصومة الاستئناف باعتبارها خصومة الدرجة الثانية للتقاضي، ولا يجوز لها ان تنظر في الطلبات التي قُدمت أمام محكمة أول درجة دون ان تفصل فيها لما في ذلك من تقوية درجة من درجات التقاضي على الخصوم ^(٢).

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه «لا يجوز لمحكمة الاستئناف ان تتعرض للطلب الذي اغفلت محكمة أول درجة الفصل فيه إذ ان الاستئناف لا يقبل إلا عن الطلبات التي فصلت فيها المحكمة ويتعين عليها ان تقف عند حد القضاء بعدم قبول الاستئناف المرفوع في الطلب المغفل، وليس لها ان تتصدى للفصل في موضوع هذا الطلب لما يترتب على هذا التصدي من تقوية درجة من درجات التقاضي، واختلالاً بمبدأ التقاضي على درجتين وهو من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي التي لا يجوز للمحكمة مخالفتها ولا يجوز للخصوم النزول عنها لتعلقها بالنظام العام» ^(٣) ونرى ان قيام المشرع العراقي ونظيره المصري بعدم الأخذ بقاعدة حظر الطلبات الجديدة على اطلاقها يعود إلى ان هذه الطلبات تعتبر تابعة للطلب الأصلي ومرتبطة به هذا من جانب، ومن جانب آخر ان هذه الطلبات قد استُحقت بعد صدور الحكم المطعون فيه ولم يكن بوسع الخصوم التمسك بها في خصومة أول درجة، كما ان قبول هذه الطلبات يجنب الخصوم إقامة دعاوى جديدة بشأنها .

ويختلف الوضع في القانون الفرنسي الجديد والذي يتبنى المفهوم الحديث للاستئناف والذي ينظر للاستئناف بأنه وسيلة لحسم النزاع حسمًا شاملاً، وذلك من خلال ما جاء بنصوص هذا القانون التي اكدت على الوظيفة الحديثة للاستئناف والتوسع في الاستثناءات المقررة على قاعدة تحديد نطاق الأثر الناقل بما فصلت فيه محكمة أول درجة، فعلاوة على الاستثناءات التقليدية

(١) أنظر في ذلك نص المادة (٢٣٥) مرافعات مصري والتي قررت «لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها...»

(٢) ريمون ملك شنودة، تطور النزاع، مصدر سابق، ص ٥٧.

(٣) نقض مدني مصري بالعدد ٧٩٥٩ في ٢١/٣/٢٠٢٠، قرار منشور على موقع محكمة النقض المصرية، [https:// www.cc.gov.eg](https://www.cc.gov.eg).

والمقابلة لما هو مقرر في القانون العراقي والمصري^(١)، فقد استحدث قانون المرافعات الفرنسي الجديد استثناءات حديثة تتمثل في جواز تقديم الطلبات المتقابلة في الاستئناف، وإمكان طلب الفصل في المسائل المتولدة عن اكتشاف واقعة جديدة أو من تدخل وإدخال الغير^(٢).

الفرع الثاني

تقييد نطاق الأثر الناقل بما استأنفه الخصوم

ان الأثر الناقل للاستئناف لا يطرح على محكمة الاستئناف من الطلبات التي عُرِضت على محكمة أول درجة والتي فصلت فيها إلا الطلبات التي وقع طعن الخصوم عليها، ويترتب على ذلك انه إذا حُكِّم للمدعي ابتدائياً بعدة طلبات فاستأنف المدعي عليه الحكم في بعض الطلبات فلا يجوز لمحكمة الاستئناف ان تنتظر غير الطلبات التي حصل عنها الاستئناف، وكذلك الحال إذا حُكِّم للمدعي ببعض طلباته ورفض البعض الآخر فاستأنف الحكم فيما رفض من طلباته، فلا يجوز لمحكمة ثاني درجة ان تنتظر في الطلبات التي حكم بها للمدعي ابتدائياً، ما لم تطرح هذه الطلبات عليها باستئناف يرفعه الخصم الآخر^(٣). فلا يمكن ان تتعرض محكمة الاستئناف لمسألة فصلت فيها محكمة الدرجة الأولى ولكنها لم تكن محلاً للطعن ولم يُرفع عنها الاستئناف وارتضاها الخصوم^(٤).

فإذا تقدم المدعي أمام محكمة الدرجة الأولى بطلبين، وقضت المحكمة بهما معاً، وقبل المدعي الحكم بالنسبة لأحدهما واستأنف الحكم بالنسبة للطلب الآخر، فان سلطة محكمة الاستئناف

(١) أنظر نص المادة (١/١٩٢) مرافعات عراقي والتي قررت «الاستئناف ينقل الدعوى بجالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط، ولا يجوز احداث دعوى في الاستئناف لم يسبق ايرادها بداءة ومع ذلك يجوز ان يضاف إلى الطلبات الأصلية ما يتحقق بعد حكم البداءة من الأجور والفوائد والمصاريف القانونية وما يجد بعد ذلك من التعويضات» وأنظر في ذات المعنى نص المادة (٢٣٥) مرافعات مصري، ويبدو ان المشرع العراقي والمصري اقتصر على الاستثناءات التقليدية المتمثلة بطلب الأجور والفوائد والمرتبات وما يجد بعد ذلك من تعويضات.

(٢) أنظر نص المادة (٥٦٧) والتي قررت «يجوز تقديم الطلبات المتقابلة عند نظر الاستئناف».

(١) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف، مصدر سابق، ص ٥٩١.

(٢) نقض مدني مصري بالعدد ٩٢٤٩ في ٢٠١٩/٥/٢، قرار منشور على موقع محكمة النقض المصرية.

تتقيد بما استأنفه الخصم^(١)، ولا تتعدى للشق الذي ارتضاها المستأنف ولم يطعن به^(٢) فحق الطعن هو حق شخصي ويحق لصاحبه ان يتنازل عنه، وله ان يطعن في جزء منه دون باقي الأجزاء الأخرى من الحكم^(٣) ومن ثم يتوجب على المحكمة ألا تتصدى لما يتجاوز سقف تلك الطلبات، ويرى البعض^(٤) ان قاعدة تحديد نطاق الأثر الناقل بما رفع عنه الاستئناف تجد أساسها في مبدأ ملكية أو سيادة الأطراف على الخصومة .

ويجب على المستأنف تحديد الجزء المستأنف عن الحكم من خلال لائحة الاستئناف والتي يجب ان تشتمل على البيانات ومنها بيان الحكم المستأنف وتاريخه وأسباب الاستئناف وطلبات المستأنف وإلا كانت عريضة الاستئناف باطلة^(٥).

وترجع أهمية تحديد طلبات المستأنف في لائحة الاستئناف إلى انها تحدد نطاق الأثر الناقل، وهذا النطاق بدوره يرسم حدود سلطة محكمة الاستئناف بالنسبة لما تعيد الفصل فيه من الطلبات التي قضت فيها محكمة أول درجة^(٦).

كما ان تحديد الطلبات يساعد المستأنف عليه في التمكن من إعداد دفاعه بعد التعرف على ما يطلبه منه المستأنف^(٧).

ان تحديد نطاق الاثر الناقل بما استأنفه الخصوم له دور في اعمال القاضي بالنسبة إلى وسائل الدفاع وأدلة الإثبات القديمة وما يستجد منها من خلال تقييد سلطة محكمة الاستئناف بما

(٣) د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٨٧٧.

(٤) د. أحمد هندي، النقاضي على درجتين، مصدر سابق، ص ٢٠٦.

(٣) أنظر نص المادة (١٦٩) مرافعات عراقي والتي قررت «لا يُقبل الطعن إلا ممن خسر الدعوى، ولا يُقبل ممن أسقط حقه فيه اسقاطاً صريحاً أمام المحكمة أو بورقة مصدقة من الكاتب العدل».

(٤) د. علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ص ١٧٥.

(٥) أنظر في ذلك نص المادة (٢/١٨٨) مرافعات عراقي والتي قررت «يكون الاستئناف بعريضة تُقدم إلى محكمة الاستئناف أو المحكمة التي اصدرت الحكم، فإذا قدمت عريضة الاستئناف إلى محكمة الاستئناف مباشرة تسجل العريضة ويستوفى الرسم وتحدد للنظر فيها جلسة يبلغ المستأنف بتاريخها على العريضة ويبلغ المستأنف عليه بموعد الجلسة...»، وأنظر كذلك في نفس المعنى نص المادة (٢٣٠) مرافعات مصري، ونص المادة (٥٦٠) مرافعات فرنسي جديد.

(٦) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف، مصدر سابق، ص ٥٩٢.

(٧) د. محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، مصدر سابق، ص ٨٨٧.

فصلت فيه محكمة أول درجة وبما رفع عنه الاستئناف فقط، وإن ما دفع الباحث إلى استعراض الأثر الناقل للاستئناف ابتداءً من مفهومه والنتائج التي تترتب عليه وتحديد نطاقه وأخيراً في تقييد سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة والدفع والطلبات، باعتبار أن الأثر الناقل للاستئناف هو الشرارة التي تؤدي إلى تحريك كافة الأدوات الفنية لنظام الاستئناف والتي على أساسها يمكن للخصوم تقديم أدلة جديدة وفقاً لمبدأ الأثر الناقل وفي المقابل لا يمكنهم تقديم طلبات جديدة، ولذا سنتناول سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة القديمة وما يستجد منها وسلطتها تجاه الطلبات الجديدة والاستثناءات الواردة عليها في المبحث الثاني من هذه الدراسة

المبحث الثاني

سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة القانونية

يقصد بأدلة الإثبات هي الوسائل المقبولة قانوناً والتي يلجأ إليها أطراف النزاع لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها، فهي وسائل وضوابط يقررها المشرع لأثبات الوقائع القانونية وبقصد حماية المتقاضيين^(١).

وقد حدد المشرع طرق الإثبات على سبيل الحصر، وسلطة قاضي الموضوع تجاه هذه الأدلة التي تختلف ضيقاً واتساعاً تبعاً للدليل الذي يرتكن إليه الخصوم في مرحلة إثبات الوقائع المتنازع عليها.

والأدلة قد تكون جديدة أو إضافية وهي الأدلة التي تظهر بعد صدور الحكم المطعون فيه والتي تطرح لأول مرة أمام محكمة الاستئناف يمكن تعريفها: بأنها كل ما يطرحه الخصوم من أدلة إثبات جديدة والمقرة قانوناً أمام محكمة ثاني درجة بصدد واقعة قانونية لم تثبت أمام محكمة الدرجة الأولى^(٢).

وتُعد أدلة الإثبات التي يطرحها فرقاء النزاع الأداة التي تساعد القاضي في الوصول إلى الحقيقة وإرساء العدالة بشأن الواقعة المتنازع عليها، وتمتلك محكمة الاستئناف ذات السلطة التي تملكها محكمة أول درجة في تقدير الأدلة المقدمة إليها وبحث دلالتها والترجيح بينها واختيار ما تطمئن إليه منها، وبما يتفق مع قواعد الإثبات التي حددها القانون دون رقابة عليها من محكمة التمييز^(٣).

إما الأدلة القديمة التي سبق للخصوم تقديمها أمام محكمة أول درجة فيمكن تعريفها : بأنها الوسائل التي قدمها اطراف الدعوى لإقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها، والتي تنقل بقوة

(١) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٤٩، د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ١٢، د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٩٦.
(٢) د. أحمد أبو الوفا، نظرية الاحكام في قانون المرافعات، ط ٦، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٢٥٩.
(٣) د. باسم ياسر دنون، نظرية الرجحان وتطبيقاتها في أدلة الإثبات المدني، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ١٦٨.

الأثر الناقل للاستئناف أمام محكمة ثاني درجة لإعادة النظر فيها من جديد، وقد سمحت التشريعات للخصوم إبداء أدلة جديدة أمام محكمة الاستئناف باعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي، وفي المقابل حظرت تقديم طلبات جديدة أمام الاستئناف، وهذا ما يجعلنا نتساءل لماذا سمح المشرع العراقي والتشريعات المقارنة للخصوم بأبداء أدلة جديدة وفي المقابل اقرت هذه التشريعات قاعدة حظر الطلبات الجديدة، وهل تم الأخذ بها على إطلاقها أم ان هناك استثناءات وردت عليها، وإلى أي حد اضفى المشرع العراقي سلطات لمحكمة الاستئناف تجاه أدلة الإثبات ، وهل ان تقديم الأدلة الجديدة أمام الاستئناف مطلقاً أم مقيداً، وهل يجوز لمحكمة الاستئناف مخالفة دليل قد اخذت به محكمة الدرجة الأولى عند نظرها للنزاع، وما سلطة محكمة الاستئناف من الأدلة التي تطرح أمامها في خصومة الاستئناف، وللإجابة على هذه التساؤلات سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب و على النحو الآتي :

المطلب الأول: سلطة محكمة الاستئناف تجاه الادلة القديمة.

المطلب الثاني: سلطة محكمة الاستئناف تجاه الادلة الجديدة.

المطلب الثالث: سلطة محكمة الاستئناف تجاه الطلبات الجديدة.

المطلب الأول

سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة القديمة

ان أدلة الإثبات التي قررها المشرع لإثبات الوقائع القانونية تحقيقاً للعدالة والصالح العام، بقصد حماية المتقاضين سواء كان ذلك أمام محكمة أول درجة أم محاكم الدرجة الثانية، وهذه الطرق وردت على سبيل الحصر، ولذلك فلا يجوز للقاضي والخصوم ان يتعدوها ^(١).

ومؤدى ذلك انه لا يقبل من الخصوم ان يثبتوا دعاوهم إلا بالدليل المنصوص عليه قانوناً، ويستوي الامر في ذلك سواء كان أمام محاكم الدرجة الأولى أو محاكم الدرجة الثانية «محاكم

(١) أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج١، مصدر سابق، ص ٩٣، د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، ج١، مصدر سابق، ص ٩٦.

الاستئناف»، وفي المقابل لا يجوز لمحكمة الاستئناف ان تكون عقيدتها وتبني حكمها على دليل لم يصرح به القانون ^(١).

وأدلة الإثبات في الدعوى هي (الأدلة الكتابية، الإقرار، اليمين، القرائن، شهادة الشهود، المعاينة، الاستجواب، الخبرة) وتلك الطرق تختلف وفقاً لحجيتها وقوتها في الإثبات، فبعضها ذات حجية ملزمة كالدليل الكتابي والإقرار القضائي واليمين الحاسمة والقرائن القانونية، وبعضها الآخر ذات حجية غير ملزمة كالشهادة والقرائن القضائية والمعاينة والاستجواب والخبرة، ومن ثم يكون لمحكمة الاستئناف سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بها أو تركها.

ولذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: سلطة محكمة الاستئناف في نظر الأدلة القديمة ذات الحجية الملزمة.

الفرع الثاني: سلطة محكمة الاستئناف في نظر الأدلة القديمة ذات الحجية غير الملزمة.

الفرع الأول

سلطة محكمة الاستئناف في نظر الأدلة القديمة ذات الحجية الملزمة

تقسم أدلة الإثبات من عدة نواحي إلى أقسام مختلفة فمن حيث النظر إلى طريقة إقناع القاضي بها تقسم إلى أدلة إثبات مباشرة وهي التي تنصب دلالتها مباشرة على الواقعة المراد إثباتها، وأدلة إثبات غير مباشرة وهي التي لا تنصب دلالتها على الواقعة محل الإثبات مباشرة، أي ما يحصل فهم القاضي للواقعة المراد إثباتها عن طريق الاستنباط، وقد ذهب بعض الفقه إلى تعريفه بأنه الدليل الذي يتوصل فيه القاضي إلى تكوين اقتناعه، بعد بذل جهد عقلي يستند إلى ملاحظة الوقائع وإلى التفكير فيها للوصول إلى الحقيقة ^(٢).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٩٤.

(٢) عبد الجليل برتو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، الشركة الإسلامية للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٥٧، ص ١٥٧، وقد ذهب إلى اعتبار الكتابة وشهادة الشهود والإقرار واليمين الحاسمة والمعاينة تؤدي إلى الحق مباشرة، أما القرائن فتؤدي إليه بطريقة غير مباشرة، لأن الحق يثبت بها استنتاجاً، وأعتبر المعاينة (الكشف) الذي يجريه القاضي بنفسه عن طريق ملامسته شخصياً للوقائع أي معاينته شخصياً للأعيان موضوع النزاع من

وتقسم بالنظر لقوتها إلى قسمين، أدلة إثبات ذات قوة مطلقة وهي ما يمكن ان يثبت بها جميع الوقائع القانونية سواء كانت تصرفات قانونية أم وقائع مادية، وهذه هي (الكتابة، الإقرار، اليمين والقرائن القانونية والمعاينة والخبرة ما لم يرد نص بخلاف ذلك أو يرسم القانون شكلاً معيناً، وأدلة إثبات ذات القوة المحدودة وهي ما لا يثبت بها إلا الوقائع والاعمال والتصرفات القانونية في نطاق محدود وفي الأحوال الاستثنائية وهذه هي (شهادة الشهود والقرائن القضائية، وسبب ذلك ان الوقائع المادية ليس في وسع الطرفين ان يحتاطا مقدماً لإثباتها^(١).

وتقسم من حيث طبيعتها إلى ثلاثة أقسام، أدلة أصلية وهي التي تقوم بمفردها وبذاتها دليلاً للأثبات دون حاجة لتكملتها بأدلة أخرى وهذه هي (الكتابة والشهادة والقرائن بنوعيتها والمعاينة والخبرة، وأدلة ناقصة، وهي التي لا تقوم لوحدها دليلاً للأثبات، وإنما لا بد من تكملتها بأدلة أخرى وهذه هي مبدأ الثبوت بالكتابة واليمين المتممة^(٢)، وأدلة احتياطية وهي التي يلجأ إليها الخصم عندما يعوزه الدليل وهذه هي اليمين الحاسمة والإقرار.

وتقسم بالنظر إلى مدى حجيتها إلى أدلة ذات حجية قاصرة لا تتعدى حجيتها إلى غير من صدرت عنه وهي اليمين والإقرار، وأدلة ذات حجية متعدية وهي التي تتعدى حجيتها إلى غير من صدرت عنه أي انها تعتبر حجة على الغير أيضاً وهذه هي (الكتابة والشهادة والقرائن بنوعيتها القانونية والقضائية والمعاينة والخبرة)^(٣).

وتقسم من حيث طبيعة انشائها إلى قسمين: أدلة مهياة وهي التي يعدها ذوي الشأن مقدماً للأثبات وهذه هي (الدليل الكتابي والقرائن القانونية). وأدلة غير مهياة وهي التي لم تعد سلفاً لأن تكون دليلاً للأثبات، وإنما تنتهياً وتعد بعد نشوب النزاع.

أقوى مظاهر أدلة الإثبات المباشرة ولذلك سميت بالمعاينة المادية أو الشخصية التي يقوم بها القاضي بنفسه تمييزاً لها عن المعاينة التي يقوم بها الخبراء والتي يطلق عليها المعاينة الفنية.

(١) د. أحمد نشأت، رسالة الإثبات، ج ١، مصدر سابق، ص ٩٥.

(٢) أنظر نص المادة (٧٨) ونص المادة (١٢٤) إثبات عراقي.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ١٠١، د. سليمان مرقس، أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية، ج ١، مصدر سابق، ص ١٢٧ وما بعدها.

ويلاحظ ان اهم هذه التقسيمات هي أدلة الإثبات من حيث الألزام بها وتنقسم إلى قسمين: أدلة ذات حجية ملزمة وهي التي عين المشرع مقدار حجيتها، أي انه لم يتركها لتقدير المحكمة وهذه هي (الدليل الكتابي، اليمين الحاسمة، الإقرار، القرائن القانونية) وهي ذات الوقت تنقسم إلى قسمين أدلة ملزمة تقبل إثبات العكس: وهي الدليل الكتابي والقرائن القانونية البسيطة والإقرار، وأدلة ملزمة لا تقبل إثبات العكس وهي اليمين الحاسمة والقرائن القانونية القاطعة^(١). وأدلة ذات حجية غير ملزمة، أي انها أدلة مقنعة وحجبتها تعود لتقدير القاضي حسب ما تقتضيه ظروف الدعوى وملابساتها وهذه هي (الشهادة والقرائن القضائية، والمعاينة، والخبرة).

وبعد بيان أقسام طرق الإثبات لابد من بيان سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة ذات الحجية الملزمة والتي حددها المشرع سلفاً والتي من خلالها يستطيع الافراد ان يتعرفوا على الدليل الذي يثبت حقوقهم ومدى قوته، كما هو الحال في الدليل الكتابي وهو أهم طرق الإثبات وإقواها وبه يمكن إثبات جميع الوقائع القانونية سواء كانت عملاً مادياً أم تصرفاً قانونياً، ما لم يتطلب القانون شكلاً معيناً للإثبات فحينئذ لا ينعقد العقد إلا باستيفاء هذا الشكل^(٢).

وقد منح المشرع العراقي سلطة واسعة لمحكمة الاستئناف وفقاً للمادة (١٩٢) مرافعات عراقي تجاه كل الأدلة التي طرحها الخصوم أمام محكمة أول درجة^(٣) وذلك عن طريق الطعن بالاستئناف^(٤) وهذا ما قرره المادة (٢٣٢) مرافعات مصري على انه «يجب على المحكمة ان تتظر الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفع وأوجه دفاع جديدة، وما كان قد قدم أمام محكمة أول درجة».

ان الأثر الناقل يطرح على محكمة الاستئناف الدفع وأوجه الدفاع وأدلة الإثبات التي قُدمت أمام محكمة الدرجة الأولى في نطاق ما رفع عنه الاستئناف فقط، ومؤدى ذلك ان محكمة

(١) د. اياد عبد الجبار ملوكي، قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٢٨، د. منصور مصطفى منصور، شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨١، ص ١٨ وما بعدها.

(٢) أنظر نص المادة (٩٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل والتي قررت «إذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلا باستيفاء هذا الشكل...».

(٣) عبد الحكم فودة، صحيفة الاستئناف، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٤، ص ٢٣٠.

(٤) علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ص ١٩٦.

الاستئناف لها السلطة التامة في بحث الأدلة والمستندات المقدمة لها تقديماً صحيحاً، كما ان لها إعادة نظر النزاع بما تضمنه من أدلة وإسناد قانونية سبق عرضها على محكمة أول درجة إلى حين صدور الحكم المستأنف^(١).

ولكن المشرع العراقي ونظيره المصري لم يجعل سلطة محكمة الاستئناف مطلقة تجاه جميع الأدلة بل قيد سلطتها تجاه الأدلة ذات الحجية الملزمة (الأدلة الكتابية، اليمين الحاسمة، القرائن القانونية، الإقرار) ويطلق عليها بالأدلة المقيمة لأنها متى تواجدت في ملف الدعوى فأنها تغل يد المحكمة عن استعمال سلطتها التقديرية والسبب يعود إلى الحجية التي أقرها المشرع لها بموجب القانون ولأن محكمة الاستئناف لها ذات الصلاحيات التي تملكها محكمة أول درجة^(٢) وكونها أدلة كافية بحد ذاتها لتؤسس المحكمة قضاءها عليها دون الحاجة إلى أدلة أخرى، ولكن ذلك لا يمنع المحكمة من تدقيق توافر شرط الإثبات بالدليل الكتابي من حيث كون التصرف مدنياً وكونه يزيد عن النصاب القانوني، فإذا استتجت محكمة الاستئناف ان محكمة أول درجة اجازت إثبات تصرف قانوني يتجاوز النصاب المطلوب بالشهود والقرائن حيث يجب قانوناً الإثبات بالكتابة كان لها ان تفسخ الحكم^(٣).

وكذلك الحال في اليمين الحاسمة التي متى استوفت شرائطها فأنها تنتهي النزاع برمته، حيث يترتب على أدائها أو النكول عنها مصير الدعوى قبولاً أو رفضاً^(٤).

(١) وفي هذا الصدد قررت محكمة تمييز العراق «ان ما يقبل في الاستئناف هو الحكم الصادر لها السلطة الكاملة في نظر النزاع وما تضمنه من دفع وادلة قدمت تقديماً صحيحاً أمام محكمة البداية» قرارها بالعدد ٦/ استئنافية/ ١٩٧٠ في ٣/ ١٠/ ١٩٧٠، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الأولى، ص ١٣١.

(٢) د. فتحي والي، الوسيط، مصدر سابق، ص ٧٣٨.

(٣) نقض مدني مصري بالعدد ٥٦٠١ في ٢٦/ ٨/ ٢٠٢٠، منشور على موقع محكمة النقض المصرية، الإشارة السابقة.

(٤) قرار محكمة التمييز المرقم ٣٢٧١ منقول ٢٠٠١/ في ١٦/ ١/ ٢٠٠١ (غير منشور).

ويعني ذلك ان محكمة الاستئناف لا يمكنها نظر الدعوى التي انقضت بهذه اليمين، لأن الخصم الذي عجز عن إثبات حقه بدليل اخر اختار الاحتكام إلى ذمة خصمه التي لو حلفها الأخير يكون قد خسر ما توجهت به اليمين ^(١).

وإذا ما وجدت محكمة الاستئناف ان الإجراءات التي اتبعتها محكمة أول درجة كافية لكي تبني عقيدتها عليها فلا يحق لها الجدل إذ يضحى الدليل المستمد من حلفها أو النكول عنها وحده دعامة كافية لحملها على قبول الحكم شأنه، فاليمين الحاسمة من الأدلة ذات الحجية الملزمة التي لا يملك فيها القاضي سوى دوراً رقابياً من حيث توافر شروطها من حيث كون اليمين وجهت أمام المحكمة ومن حيث كون الخصم لم يكن متعسفا في توجيهها وانها كانت منصبه على الوقائع التي يراد تحليفه عنها ^(٢) ويجب توجيه اليمين من أحد الخصمين في الدعوى إلى الخصم الآخر بأذن المحكمة ^(٣) ومن حيث عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة عن واقعة مخالفة للنظام العام والآداب ^(٤).

واليمين الحاسمة كدليل من أدلة الإثبات يمكن توجيهها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى إلى ما قبل افهام ختام المرافعة ^(٥)، وتجدر الإشارة ان الخصم الذي عجز عن إثبات ادعائه وبعد ان تسأله المحكمة فيما إذا كان يطلب الاحتكام إلى ذمة خصمه ان يحتفظ بهذا الحق في مرحلة التقاضي أمام محكمة الاستئناف بصفتها الأصلية، ولا يجوز اتخاذ مثل هكذا إجراء وطلب توجيه اليمين الحاسمة أمام محكمة التمييز، ولا ارجاء طلب توجيهها إلى ما بعد النظر في الدعوى تمييزاً، لأن الأخيرة ليس درجة من درجات التقاضي بل هي هيئة عليا لتدقيق الاحكام ^(٦). وهناك ثمة

(١) أنظر نص المادة (١١٩/ثالثاً) إثبات عراقي والتي قررت «كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ان بردها على خصمه، وكل من رُدت عليه اليمين فنكل عنها خسر ما توجهت به اليمين».

(٢) أنظر نص المادة (١١٥/ثانياً) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة ان ترفض توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها».

(٣) أنظر نص المادة (١١٤/أولاً) إثبات عراقي التي قررت «اليمين الحاسمة هي اليمين التي تنتهي بها الدعوى»

(٤) أنظر نص المادة (١١٦/ثانياً) إثبات عراقي والتي قررت «يجوز للخصم المتضرر من الواقعة المخالفة للنظام العام أو الآداب ان يطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه».

(٥) ويرى بعض الفقه بأنه يجوز توجيه اليمين بعد اقفال باب المرافعة عن طريق طلب إعادة فتح باب المرافعة وتوجيه اليمين الحاسمة، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٥٣٣.

(٦) أنظر في ذلك نص المادة (١١١/ثالثاً) إثبات عراقي والتي قررت «لا يجوز تحليف اليمين الحاسمة أمام محكمة التمييز، ولا إرجاء تحليفها إلى ما بعد النظر في القضية تمييزاً» وأنظر كذلك نص المادة (١١٦/أولاً) إثبات

تسأل يجب اثارته، وهو هل يجوز توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط أمام الاستئناف، وللإجابة عن ذلك ينبغي ان نميز بين فروض ثلاثة وعلى النحو الآتي:

الفرض الأول: ان يقدم الخصم أدلة على ادعائه، ولم يقتنع بها القاضي، فإذا عرف الخصم بذلك، فله ان ينزل عما قدمه من أدلة ويطلب توجيه اليمين إلى خصمه وهذا دون أدنى شك جائز ^(١).

الفرض الثاني: ان يوجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ويقول انه يوجهها ابتداءً حتى إذا حلفها الخصم، فإنه يحتفظ لنفسه بالحق في تقديم أدلة أخرى أمام محكمة الموضوع سواء كانت محكمة أول درجة أو أمام محكمة الاستئناف وهذا دون شك غير جائز، لأن طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات بالنسبة للواقعة محل الإثبات على ان يبقى طالبها مصراً على توجيهها ^(٢).

الفرض الثالث : ان يقدم الخصم أدلة لإثبات ما يدعيه ويطلب انه وعلى سبيل الاحتياط في حال إذا لم تقتنع المحكمة بهذه الأدلة، يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه وهذا هو توجيه اليمين على سبيل الاحتياط، فقد يجد الخصم نفسه في حاجة لهذا الاحتياط عندما تكون القضية أمام محكمة أول درجة وقد يوشك ان تصدر المحكمة فيها حكماً نهائياً لا يقبل الاستئناف، فيخشى ان هو ترك القاضي يفصل في الدعوى بحالتها هذه ان يصدر حكماً نهائياً برفضها، فلا يستطيع بعد ذلك ان يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه، لذا فهو يطلب في حالة ما إذا لم يقتنع القاضي بالأدلة المقدمة، يطلب ان تعاد الدعوى للمرافعة لتوجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه وهو طلب معلق على شرط عدم اقتناع القاضي بالأدلة المقدمة وهو جائز أمام محكمة أول درجة أو محاكم الاستئناف ^(٣).

إما عن سلطة محكمة الاستئناف تجاه الإقرار القضائي والذي عرفته المادة (٥٩) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل: بانه إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه

عراقي والتي قررت «يجوز ان توجه اليمين الحاسمة في أي حالة كانت عليها الدعوى، إلا أنه لا يجوز توجيهها عن واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب».

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٥٣٤.

(٢) أنظر في ذلك نص المادة (١١١/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات بالنسبة للواقعة التي يرد عليها إذا بقي طالبها مصراً على توجيهها».

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٥٣٥.

لآخر، ويعتبر الإقرار من الأدلة التي لا يملك فيها قاضي الموضوع سلطة تقديرية فهو ليس بتصرف قانوني بل هو دليل من أدلة الإثبات غير انه يختلف عن بقية الأدلة في كونه يصدر من المدعى عليه^(١).

والإقرار باعتباره عمل اخباري يصدر عن قصد ويتعلق بمسائل الواقع دون مسائل القانون ويعتبر حجة قاصرة وقاطعة على المقر^(٢) ولذا فان الإقرار الذي يصدر أمام محكمة أول درجة، وإذا ما استأنف الحكم فان حجية الإقرار تكون قاطعة في إثبات الواقعة محل النزاع، ومن ثم فهي ملزمة للقاضي دون الحاجة للاستعانة بدليل آخر، ومع ان محكمة الاستئناف لا تملك سلطة تقديرية تجاه الأدلة الملزمة إلا ان لها ان تراقب شروط الإقرار القضائي من حيث صدوره أمام القضاء، وان يصدر اثناء السير في نظر الدعوى المتعلقة بموضوعه لكي يكون حجة على صاحبه وملزماً له^(٣) وتستمد حجية الإقرار الزاميتها بوجه عام إلى ان صدور الإقرار من المقر ضد مصلحة نفسه يجعل احتمال صدقه يرجح على احتمال كذبه، ولذا فان لمحكمة الاستئناف سلطة مراقبة توافر شروط الإقرار دون ان يكون لها أي سلطة تقديرية، فالإقرار من الأدلة ذات الحجية الملزمة في الإثبات^(٤).

الفرع الثاني

سلطة محكمة الاستئناف في نظر الأدلة القديمة ذات الحجية غير الملزمة

ويجوز لمحكمة الاستئناف الاستناد إلى ما تقدم طرحه من أدلة قديمة أمام محكمة أول درجة بذات الأسباب التي بُني عليها، بشرط ان تكون مؤدية إلى النتيجة القانونية الصحيحة والتي تصلح رداً على الدفاع الجوهرى الذي تمسك به الخصوم في خصومة الاستئناف وإلا كان معيباً بالقصور^(٥).

(١) د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ١٣٥.

(٢) أنظر في ذلك نص المادة (٦٧) إثبات عراقي والتي قررت «الإقرار حجة قاصرة على المقر»

(٣) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٠٩.

(٤) مهدي صالح محمد امين، أدلة القانون غير المباشرة، مطبعة المشرق، بغداد، ١٩٨٧، ص ٥٥.

(٥) نقض مدني مصري بالعدد ١٥٦٥ في ٢١/١٢/٢٠٢٠، قرار منشور على موقع محكمة النقض المصرية.

وتتمتع محكمة الاستئناف بسلطة تقديرية واسعة تجاه الأدلة ذات الحجية غير الملزمة، فبالنسبة للشهادة باعتبارها دليل من أدلة الإثبات الذي يجوز الاستعانة فيه لإثبات الوقائع المادية والتصرفات القانونية التي لا تتجاوز النصاب القانوني أو التي تجاوزت النصاب القانوني مع وجود اتفاق بين الأطراف على الإثبات بموجبها، فإذا وجدت محكمة الاستئناف ان هناك تصرف قانوني يزيد على خمسة آلاف دينار أو كان غير محدد القيمة ولم تطلع على وجود اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك وكانت محكمة الموضوع قد اجازت إثبات هذا التصرف بالشهادة فلها في هذه الحالة فسخ الحكم والفصل فيه بموجب أدلة الإثبات التي حددها القانون^(١).

وكذلك الحال فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي حتى لو كانت قيمته لا تزيد على النصاب القانوني والبالغ خمسة آلاف دينار، فالقاعدة ان ما يثبت بدليل لا يجوز إثبات عكسه إلا بدليل مثله أو اقوى منه^(٢).

ولمحكمة الاستئناف باعتبارها محكمة واقع وقانون معاً سلطة واسعة في الأخذ بالشهادة أو عدم الأخذ بها، فلها ان تأخذ بشهادة واحد مع يمين المدعي إذا اقتنعت بصحتها، ولها ان ترد الشهادة التي اداها الشاهد أمام محكمة أول درجة إذا لم تتوافق الشهادة مع الوقائع أو لم تتوافق أقوال الشهود بعضها مع بعض، ولها تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية ولها ان ترجح شهادة على أخرى على ان تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة^(٣).

ولها تقدير ما إذا كان الإثبات بالشهادة، فقد يكون الإثبات بالشهادة جائز قانوناً، ولكن يبقى لمحكمة الاستئناف سلطة تقديرية في الأخذ به من عدمه إذا ما وجدت في القضية من القرائن والأدلة الأخرى ما يُغني عن الشهادة^(٤).

(١) قرار محكمة التمييز بالعدد ٧٢٦/ص/١٩٨٤ في ١٩٨٤/٣/٥، مجلة القضاء، العدد الثاني والعشرون، المجلد الثالث، ص ٦٧.

(٢) أنظر في ذلك نص المادة (٧٩/أولاً) إثبات عراقي. وأنظر في ذلك قرار محكمة التمييز بالعدد ١٣٤٦/مدنية أولى ١٩٨٣ في ١٩٨٣/٧/٢٦، مجموعة الاحكام العدلية، الاعداد (١-٣)، ١٩٨٤، ص ٩٨.

(٣) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، ج ٢، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٣٢٠.

إما إذا وجدت محكمة الاستئناف ان محكمة أول درجة قد اتخذت كافة الإجراءات وان حكمها موافقاً لصحيح القانون فليس لها إلا ان تصدق الحكم ولا يبقى أمام الخصوم سوى الطعن بالحكم أمام محكمة التمييز ^(١).

وبالنسبة للقرائن القضائية فقد عرفت المادة (١٠٢) إثبات عراقي القرنية القضائية هي استنباط القاضي امراً غير ثابت من أمر ثابت لديه في الدعوى المنظورة ، وتستهدي محكمة أول درجة أو محكمة الاستئناف بالقرائن القضائية للكشف عن إرادة الخصوم واستظهار قصدهم ، فهي من الوسائل التي تستعين بها المحكمة للقيام بنقل عبء الإثبات بين الخصوم وللتخفيف من قاعدة (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر) حتى لا يقع عبء الإثبات على عاتق أحد الأطراف دون الآخر، عن طريق الاكتفاء بما يجعل الامر المدعى به قريب التصديق ، والزام المدعى عليه نفي هذا الامر، ثم يقوم القاضي بتكوين قناعته من مجموع ما يدلي به الخصمان ^(٢).

ولمحكمة الاستئناف سلطة واسعة في تقدير الوقائع والاعتماد عليها لاستنباط القرنية القضائية منها، فلها ان تدقق أوراق الدعوى والوقائع المتصلة بأحد الخصمين وعلى ما استندت إليه محكمة أول درجة في ترجيح احدى القرينتين وطرح القرائن الأخرى، أو شهادات الشهود المناقضة لها ^(٣)، فمحكمة الاستئناف تملك صلاحية إعادة النظر في القضية من حيث المسائل الواقعية والقانونية، فلا يمكن لمحكمة أول درجة إثبات تصرف قانوني يزيد عن النصاب القانوني بالقرنية القضائية ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك ، حيث ان المشرع قيد الإثبات في مثل هذه التصرفات بالدليل الكتابي وهو تقييد ملزم بالنسبة للقاضي والخصوم في ان واحد ^(٤).

(١) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٥٨١.

(٢) قيس عبد الستار عثمان، مصدر سابق، ١٩٧٥، ص ٨٨.

(٣) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، ج ٢، مصدر سابق، ص ٨٨.

(٤) أنظر في ذلك نص المادة (٧٧/ثالثاً/رابعاً) إثبات عراقي.

فمجال الإثبات بالفرائض القضائية يقع على الوقائع المادية لعدم قدرة الافراد على استحصال دليل كتابي لإثباتها لأنها اعمال مادية تحصل دون توجه إرادة الأطراف اليها مما يجوز اثباتها بالشهادة والفرائض القضائية^(١).

وكذلك الحال بالنسبة لليمين المتممة التي توجه من قبل القاضي في الدعوى إذا كان فيها دليل ناقص لكي يستكمل بها الأدلة المقدمة في الدعوى^(٢) ولمحكمة الاستئناف تدقيق الوقائع التي قدمها الخصوم أمام محكمة أول درجة، والشروط التي اوجبها المشرع في تقييد سلطة القاضي في توجيه اليمين من حيث وجوب ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل^(٣).

أي ان يكون هناك دليل ناقص يجعل المدعى به قريب الاحتمال^(٤) فإذا كانت الدعوى خالية من أي دليل فلا يجوز توجيه اليمين المتممة لأنها ليست إلا وسيلة تكميلية فلا يصح ان تكون هي الدليل الوحيد في الدعوى^(٥).

(١) أنظر قرار محكمة تمييز العراق بالعدد ١٩٧٦/٢/٤١٠ في ١٩٧٦/٢/٢١، مجلة القضاء، العدد الثاني، ١٩٧٦، ص ٣٢٤.

(٢) د. آدم وهيب الندوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٦٧.

(٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق «... كان على المحكمة تكليفه بإثبات دفعه هذا فان عجز تمنحه حق تحليف خصمه المميز عليه اليمين، وحيث ان المحكمة رغم اعتبارها المميز عاجزاً عن إثبات دفعه، ذهبت إلى تحليف المميز عليه رغم ان المادة (١٢١) من قانون الإثبات تشترط لجواز تحليف اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من الدليل، ولما كان المميز عليه يستند إلى سنيين اقرّ بها المميز فلا تعتبر الدعوى خالية من الدليل، كما ان عجز المميز عن إثبات دفعه الذي أهملت المحكمة التحقق منه يجعل السند الذي يستند اليه المميز دليلاً كاملاً، فلكل ما تقدم يكون الحكم المميز مخالفاً للقانون تقرر نقضه» قرارها بالعدد ١٥٩/مدنية ثلاثة/١٩٧٢ في ١٩٧٢/٤/٩، النشرة القضائية، السنة الثالثة، العدد الثاني، ١٩٧٤، ص ٨٨.

(٤) قضت محكمة النقض المصرية «ان شرط توجيه اليمين المتممة هو ان يكون لدى كل من الطرفين مبدأ ثبوت لا يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل، فإذا وجهت المحكمة اليمين إلى أحد الخصمين وحلفها وقدرت من ذلك ان الدليل الكامل قد توافر على صحة ما يدعيه فليس في ذلك ما يناقض ما سبق ان قرره في حكمها الصادر بتوجيهها» نقض مدني مصري بالعدد ٣٧٢ في ١٩٥١/٤/٥، مجلة المحاماة المصرية، العدد الثالث، ٣٤٦.

(٥) قرار محكمة التمييز بالعدد ٦١٦٨/صلحية/١٩٦٥ في ١٩٦٥/٢/١٣، قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الثالث، ص ١٤٢.

وتمتد سلطة محكمة الاستئناف إلى تدقيق الوقائع والإجراءات التي اتخذتها محكمة أول درجة بموجب الأثر الناقل للاستئناف والذي بموجبه تنتقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط^(١).

إما بالنسبة للمعينة كدليل من أدلة الإثبات ذات الحجية غير الملزمة فإن القاضي وان كان ممنوعاً عليه القضاء بعلمه الشخصي في وقائع القضية المتحصل خارج قاعة المحكمة فإن المبدأ انما ينطبق على علمه السابق بهذه الوقائع، لذا فهو يستطيع الوصول والبحث عن الحقيقة بمعينة الواقعة محل الإثبات، وأجراء المعينة قد يكون بقرار من المحكمة نفسها أو بناءً على طلب الخصوم^(٢).

ولمحكمة الاستئناف إذا وجدت ان القاضي قد اعتمد كشف أجرته دائرة التسجيل العقاري على عقار متنازع على حصصه يفترض فيه ان تجريه المحكمة بنفسها، فأنها تستطيع إجراء المعينة من قبلها وعدم اعتماد الإجراءات التي قامت محكمة أول درجة، إذ ان هدف الاستئناف هو اصلاح الحكم البدائي وحسم النزاع دون التقييد بما أصدرته محكمة الدرجة الأولى، فالاستئناف ينقل القضية إلى محكمة ثاني درجة بادلته ودفعها وفي حدود طلبات المستأنف^(٣).

ومتى ما وجدت محكمة الاستئناف ان المعينة تمت وفقاً للإجراءات القانونية التي تستلزمها، مثل وجوب قيام القاضي بنفسه بالكشف على محل النزاع، لأن القاضي لا يجوز له الاستناد على كشف سابق في دعوى أخرى^(٤).

(١) أنظر نص المادة (١٩٢) مرافعات عراقي، ونص المادة (٢٣٢) مرافعات مصري، ونص المادة (٦٠١) مرافعات فرنسي.

(٢) أنظر نص المادة (١٢٥) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد الخصوم ان تقرر الانتقال لمعينة المتنازع فيه أو تندب لذلك أحد قضايتها لمعاينته أو إحضاره في جلسة تعيينها لذلك، متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة».

(٣) محمد أحمد عابدين، خصومة الاستئناف أمام المحكمة المدنية، مصدر سابق، ص ٢٤٩.

(٤) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز على «... ان المحكمة في حكمها المطلوب تدقيقه تمييزاً، استندت إلى كشف سابق في دعوى مردودة، واعتبرته كشفاً صحيحاً وهذا غير جائز قانوناً...» قرارها بالعدد ١٤٥/مدنية أولى/ ١٩٧١ في ١١/٢/١٩٧١، النشرة القضائية، السنة الثانية، العدد الرابع، ١٩٧٣، ص ١٢٤.

وبالنسبة لتقرير الخبير الذي سبق ابدأؤه أمام محكمة الدرجة الأولى فإنه يجوز لمحكمة الاستئناف الاستناد إلى ما تقدم طرحه من أدلة قديمة كتقرير الخبير بنفس الأسباب التي أسس عليها على أن تكون مؤدية للنتائج القانونية السليمة، وعلى محكمة الاستئناف تدقيق الأدلة التي قُدمت أمام محكمة أول درجة وبضمنها الخبرة والتي تعتبر إجراء تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات فنية ضرورية في فرع من فروع المعرفة عن طريق أصحاب الاختصاص بغية الوصول للحقيقة التي تمكنه من حسم النزاع^(١).

ويمكن لمحكمة الاستئناف أن تتحقق من أن الإجراء المطلوب منتج في الدعوى فالقاضي غير ملزم بإجابة طلب الخصوم بالاستعانة بأهل الخبرة، بل الأمر في ذلك متروك لتقديره^(٢).

وبذلك فإن لمحكمة الاستئناف ذات السلطات التي كانت لمحكمة أول درجة، فلها بعد أن يقدم الخبير تقرير خبرته أن تقرر استدعائه لحضور الجلسة إذا رأت أن تقريره غير مستكمل لمستلزمات الغرض منه، ولها أن توجه له من الأسئلة التي تراها مفيدة لتتويرها في الدعوى فالأخذ بتقرير الخبير هو من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع متى اقامت حكمها على أسباب سائغة^(٣) أن الربط بين هذا وما قضت عليه المادة (١٤٠/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة أن تتخذ من تقرير الخبير سبباً لحكمها» الأمر الذي يجعل من هذا التقرير عنصراً من عناصر الإثبات في الدعوى فعلى هذا يصح أن يكون محلاً للمناقشة من قبل المحكمة والخصوم، وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز في حكم لها «... ولما كان تقرير الخبير موضوع مناقشة بين الخصوم ومحل تقدير موضوعي من قبل المحكمة فإنه يصلح أن يكون سبباً صحيحاً للحكم...»^(٤).

(١) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٤٦٩.

(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز على أنه «... إذا كانت الأمور التي تقتضيها الدعوى مما تعجز المحكمة عن القيام بها كان لها أن تستعين بأهل الخبرة للوقوف عليها...» قرارها بالعدد ٣٨٠/ح/١٩٥٦ في ١٠/٤/١٩٥٦، مشار إليه لدى د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٤٧٣.

(٣) نقض مدني مصري بالعدد ١٧٤ في ٢٦/٦/١٩٧٨، مجلة المحاماة المصرية، العدد الرابع، ص ٧٠٦.

(٤) قرار محكمة التمييز بالعدد ٢٤٦/استئنافية/ ١٩٦٩ في ٨/١١/١٩٦٩، مشار إليه لدى عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٦٥٤.

وإذا رأت محكمة الاستئناف ان هناك أسباب وجيهة لعدم الأخذ بتقارير الخبراء بسبب عدم وضوح الأسباب التي استند اليها الخبير في تقريره ^(١)، أو كون تقريره لم يكن حاسماً وواضحاً ^(٢)، فعليها الاستعانة بخبراء جدد سواء بناءً على طلب أحد الخصوم أو من تلقاء نفسها، وسواء هي من قامت بتعيينهم أم بناءً على اختيار الخصوم لهم، ويتعين عليها ان تصدر حكماً بذلك ^(٣).

ونرى ان محكمة الاستئناف وان كانت تنتظر نفس القضية التي كانت مطروحة أمام أول درجة إلا انها تعتبر مرحلة جديدة يستطيع الأطراف فيها ان يتمسكوا بالأدلة وواجه الدفاع التي قدموها، كما يحق لهم تقديم أدلة إثبات جديدة، وبهذا تكون خصومة الاستئناف استمرار لخصومة أول درجة، وتكون للمحكمة السلطات الكاملة التي كانت لمحكمة أول درجة، ويكون للخصوم نفس السلطات الي كانت لهم في أول درجة ما لم يتنازلوا عن ذلك صراحة أو ضمناً، وان أدلة الإثبات التي قدموها سابقاً تبقى لها نفس الفاعلية أمام محكمة الاستئناف مع ملاحظة ان محكمة الاستئناف لا تلتزم بنتيجة التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة، فلها ان تراجع أقوال الشهود في التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة، كذلك يجب ملاحظة ان أدلة الإثبات التي استهلكت أمام محكمة الدرجة الأولى لا يجوز إعادة طرحها أمام محكمة الاستئناف وعلى سبيل المثال لا يُقبل توجيه يمين إلى خصم إذا كان قد سبق توجيهها إليه أمام محكمة أول درجة.

المطلب الثاني

سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة الجديدة

ذكرنا سابقاً ان أدلة الإثبات هي الوسائل التي يلجأ اليها اطراف النزاع لأقناع القضاة بصحة ما يدعونه، وانهم احرار في تقديم ما شاءوا من الأدلة أمام محكمة أول درجة وفقاً لقواعد

(١) قرار محكمة التمييز بالعدد ١٥٣/ح/١٩٧١ في ١٩٧١/٢/١. مشار إليه لدى عبد الرحمن العلام، المصدر نفسه، ص ٦٥٧.

(٢) قرار محكمة التمييز بالعدد ٢٢١٥/ح/١٩٦٤ في ١٩٦٤/١٢/٢٤، مشار اليه لدى عبد الرحمن العلام، المصدر نفسه، ص ٦٦٠.

(٣) أنظر في ذلك نص المادة (١٣٧/أولاً) إثبات عراقي والتي قررت «يشتمل قرار تعيين الخبير على البيانات الآتية:

أولاً - اسم الخبير ومهنته وغير ذلك من البيانات الدالة على شخصيته».

الإثبات التي حددها القانون سواء كانت القواعد الموضوعية أم الإجرائية، ولكن هل ان هذه الحرية في تقديم الأدلة تستمر أمام محاكم الطعن (الاستئناف والتمييز) وبمعنى آخر إذا كانت سلطة محكمة الاستئناف تنظر الأدلة القديمة التي تنتقل إليها بقوة الأثر الناقل للاستئناف، فهل لمبدأ الأثر الناقل ذات التأثير على الأدلة الجديدة، وهل ان سلطة محكمة الاستئناف مقيدة أم مطلقة تجاه الأدلة الجديدة، وهل ان هذه السلطة تسري على وتيرة واحدة بالنسبة للأدلة ذات الحجية الملزمة وغير الملزمة، وما هو موقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة من مسألة طرح أدلة جديدة أمام الاستئناف ؟ وهل تستطيع محكمة الاستئناف الاستناد إلى أدلة جديدة تخالف ما أستندت إليه محكمة أول درجة؟ وللإجابة على هذه التساؤلات سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: الأدلة الجديدة أمام الاستئناف وموقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة منها.
الفرع الثاني: سلطة محكمة الاستئناف في نظر الأدلة التي تطرح لأول مرة أمامها.

الفرع الأول

الأدلة الجديدة أمام الاستئناف وموقف التشريع العراقي والتشريعات المقارنة منها

لا تقتصر سلطة محكمة الاستئناف بما سبق طرحه من أدلة أمام محكمة الدرجة الأولى، بل تمتد سلطتها إلى نظر ما يطرحه الخصوم من أدلة جديدة في الاستئناف لتأييد الادعاء والدفع الواردين بداءة وهذا ما قرره المادة (٢/١٩٢) مرافعات عراقي^(١).

ويبدو وللوهلة الأولى من قراءة النص المذكور انه لا يجوز للخصوم تقديم أدلة جديدة أمام محكمة الاستئناف لا يربطها بالأدلة والدفع القديمة التي سبق وان قدمها الخصوم أمام محكمة

(١) أنظر في ذلك نص المادة (٢/١٩٢) مرافعات عراقي والتي قررت «يجوز تقديم ادلة جديدة في الاستئناف لتأييد الادعاء والدفع الواردين بداءة» ويبدو ان المشرع العراقي حدد الاحكام التي تقبل الطعن بالاستئناف على سبيل الحصر، وهي الاحكام التي تصدر عن محاكم البداءة دون بقية الاحكام التي تصدر عن محاكم أول درجة كمحكمة الأحوال الشخصية ومحكمة العمل وغيرها من المحاكم الأخرى، وذهب المشرع إلى اعتبار الاحكام والتي تقبل الاستئناف هي الاحكام التي تصدر عنها بصفة نهائية، وبذلك فان وظيفة الاستئناف في ظل التنظيم القضائي العراقي تتعلق بالأحكام الأولية الصادرة عن محكمة البداءة دون سواها.

البدأة أي ارتباط، ويرى بعض الفقه، إلى أن الخصوم يستطيعون اختيار ما شاءوا من أدلة الإثبات أمام محكمة أول درجة ولا يجوز تقديم أدلة جديدة أمام محاكم الاستئناف، لأن السماح بتقديم أدلة جديدة يتقاطع مع نطاق الدعوى أمام محكمة الاستئناف والذي يتحدد بما تم اثارته أمام محكمة أول درجة ولم تجر فيه مواجهة الخصوم، فلا يمكن لمحكمة ثاني درجة أن تناقش أدلة جديدة لم تناقشها محكمة أول درجة، كما أن نطاق الاستئناف يتحدد بأمر آخر وهو ما استأنفه الخصوم وهو يُعد قيداً جديداً على سلطة محكمة الاستئناف، واستثنى هذا الرأي ما يتعلق بإمكانية تقديم الدعوى الحادثة أمام محكمة الاستئناف أو التمييز وما يتبعها من تقديم أدلة إثبات خاصة بهذه الدعوى الحادثة^(١).

ونرى أن عدم السماح للخصوم بتقديم أدلة جديدة أمام محاكم الاستئناف يجعل من محكمة الاستئناف بصفتها الأصلية محكمة قانون، وذلك يتنافى مع قاعدة التقاضي على درجتين، كما أن الاستئناف باعتباره درجة ثانية من درجات التقاضي إنما وجد كفرصة لتقديم أدلة جديدة علاوة على أن تقديم الأدلة الجديدة لا يترتب عليها تغيير في موضوع الدعوى على عكس الطلبات التي منع المشرع التوسع فيها لما يترتب عليها من تغيير في موضوع الدعوى.

وللقضاء العراقي تطبيقات عديدة بشأن المادة (١٩٢) مرافعات عراقي وما يترتب على الأثر الناقل للاستئناف من إعادة طرح النزاع من جديد أمام محكمة الاستئناف باعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي، وفي هذا الصدد قررت قضت محكمة التمييز «أن محكمة الاستئناف لا

(١) استاذنا د. هادي حسين الكعبي، الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية، ج ١، مصدر سابق، ص ٢٩٧، وتمشياً مع هذا الرأي أنظر نص المادة (١٨٥) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ والتي قررت «لا يجوز لفرقاء الاستئناف أن يقدموا بينات إضافية كان في إمكانهم إبرازها في المحكمة المستأنف حكمها ولكن:

أ. إذا كانت المحكمة المستأنف حكمها قد رفضت قبول بينة كان من الواجب قبولها.

ب. إذا رأت المحكمة المستأنف إليها أن من اللازم إبراز مستند أو احضار شاهد لسماع شهادته لتتمكن من الفصل في الدعوى أو لأي داعٍ جوهري آخر، فيجوز لها أن تسمح بإبراز مثل هذا المستند لتدقيقه أو احضار ذلك الشاهد.

ت. إذا كان الحكم المستأنف بمثابة الوجهي واثبت الفريق المعني أن غيابه أمام محكمة الدرجة الأولى كان لعذر مشروع...»

ويبدو أن المشرع الأردني لا يسمح بتقديم بينات إضافية (أدلة إثبات جديدة) واستثنى الحالات في (أ، ب، ت) المشار إليها في النص المذكور أعلاه وأجاز تقديم أدلة جديدة أمام الاستئناف.

يقتصر دورها على فحص وتمحيص الأدلة التي قدمها الخصوم أمام محكمة البداية، بل ان لها باعتبارها محكمة موضوع ان تجري تحقيقاتها في القضية ويتأتى ذلك من خلال قيام الخصوم بتقديم أدلة جديدة تدعم ادعاءاتهم»^(١).

ووفقاً للمادة (٢٣٣) مرافعات مصري التي قررت «يجب على المحكمة ان تنتظر الاستئناف على أساس ما يقدم لها من أدلة ودفع ووجه دفاع جديدة وما كان قد قُدم من ذلك إلى محكمة الدرجة الأولى».

ولدى ملاحظة النص المذكور نجد ان المشرع المصري قد خول المحكمة الاستئنافية سلطة إعادة النظر بالأدلة القديمة ولها ان تقبل أدلة إثبات جديدة غير التي قُدمت أمام محكمة أول درجة وذلك مع ضرورة ملاحظة الا يكون قد سقط الحق في تقديمها لان الساقط لا يعود وألا يتضمن الدفاع ووجه الدفاع تقديم طلب جديد غير مقبول لأول مرة أمام الاستئناف، ولهذا لا يجوز للمدعى عليه ان يتقدم لأول مرة في الاستئناف بطلب المقاصة القضائية^(٢).

وحق تقديم أدلة إثبات جديدة يستتبعه أيضاً حق الخصوم في التمسك بظروف ووقائع لم يحدث التمسك بها أمام محكمة أول درجة، على ألا تتضمن هذه الوقائع طلباً جديداً، ويكون لمحكمة الاستئناف سلطة كاملة في تحقيق هذه الأدلة فيجوز لها ان تأمر من تلقاء نفسها بما تراه لازماً من إجراءات إثبات لتكوين اقتناعها في الدعوى ما دام القانون لا يتطلب صراحة عدم اتخاذه إلا بناءً على طلب الخصم مثل توجيه اليمين الحاسمة^(٣).

(١) قرار محكمة التمييز بالعدد ٤٣٠/مدنية أولى / ١٩٧٢ في ١٧/١/١٩٧٢ مشار اليه لدى إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٤، ص ٢٨. وأنظر كذلك قرار محكمة التمييز بالعدد ١٤٢١/ الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١١ في ٤/١٠/٢٠١١ والذي قضت فيه ان «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط ويجوز لمحكمة الاستئناف الاستعانة بالأدلة الجديدة لحسم النزاع...»

غير منشور، وفي الاتجاه ذاته قرار محكمة استئناف كركوك المرقمين ٥٣/س/ ٢٠٠٢ في ٢٦/٢/٢٠٠٢ و ٩٤/س/ ٢٠٠١ في ٤/٧/٢٠٠١، غير منشور

(٢) د. فتحي والي، الوسيط، مصدر سابق، ص ٧٤٣.

(٣) د. أحمد مليجي، موسوعة الطعن في الاحكام، ج ٢، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٨٨٥.

ومن الجدير بالذكر ان لمحكمة الاستئناف سلطة الاستناد إلى أدلة تخالف ما استندت إليه محكمة أول درجة، طالما كان استخلاصها سائغاً من واقع الأدلة والمستندات المطروحة امامها وليس وفقاً لعلمها الشخصي المستحصل خارج قاعة المحكمة، فهي تتمتع بسلطة تامة في تقدير الأدلة وبحيث حجية كل دليل على حدة ومدى قوته الثبوتية ومقارنتها بالأدلة الأخرى بصدد الوقائع المطروحة امامها ^(١).

وقد صدرت احكام عديدة من محكمة النقض المصرية في هذا الصدد والتي اجازت إبداء أدلة جديدة أمام محكمة الاستئناف ^(٢).

وتنص المادة (١/٥٦١) مرافعات فرنسي وفق التعديل الأخير رقم ٩٨١ الصادر في ٢٠١٧/٥/٦ على ان «الاستئناف يعيد طرح الشيء المقضي فيه على محكمة الدرجة الثانية، لكي يتم البث بذلك من جديد من حيث الواقع والقانون» وتنص المادة (٥٦٢) من ذات القانون على انه «لا يحيل الاستئناف إلى محكمة ثاني درجة إلا أجزاء الحكم التي ينتقدها صراحة أو ضمناً، وان الأثر غير المقيد يسري بحق الجميع في حال كون الاستئناف غير محدد بأجزاء معينة وعندما يروم الغاء الحكم أو إذا كان موضوع الخصومة غير قابل للانقسام».

وفي هذا الصدد صدرت احكام عديدة من محكمة النقض الفرنسية تتضمن أعمال قاعدة الأثر الناقل بالنسبة لوسائل الدفاع والأدلة الجديدة ^(٣).

(١) د. محمد كمال عبد العزيز، الدعوى والاحكام وطرق الطعن، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٤٦٤.

(٢) نقض مدني مصري بالعدد ٩٦٩ في ١٩٨٣/٥/١٧، نقض مدني بالعدد ٥٢٥ في ١٩٨٠/٦/٧، نقض مدني بالعدد ٨٥٥ في ١٩٧٨/١١/٢٨، مشار إليهم لدى د. أحمد مليجي، موسوعة الطعن في الاحكام، مصدر سابق، ص ٨٦.

(3) Cass. civ ، 20، Mars 1973; Bull. C i v، I، N° 107، p97.

Cass. civ، 25 Jan. 1978; J.c .p 1978 ،IV ،99.

Cass. civ، 23،Oct ، 1991،Gaz ، pal، 1992، Somme. 1H6

وتجر احكام القضاء في القانون الفرنسي على جواز تقديم ادلة ومستندات جديدة لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الصدد «بانه يجوز للمستأجر الذي طالب بإنقاص قيمة الايجار استناداً على انخفاض مصادر دخله أمام محكمة أول درجة ان يتقدم بإقرار ضريبي مسجل بعد صدور حكم أول درجة كدليل جديد يدعم به طلب إنقاص قيمة الايجار»

ونرى ان أساس قبول أدلة إثبات جديدة يستند إلى اعتبارات عديدة منها، حرية الدفاع التي تقتضي تمكين الخصوم من تغيير وسائل الدفاع التي تمسكوا بها أمام محكمة الدرجة الأولى، وكذلك ما تتطلبه مقتضيات العدالة من قيام محكمة الاستئناف بإعادة الفصل في موضوع النزاع من جديد من حيث الواقع والقانون فيكون من المنطقي تمكين الخصوم من تقديم أدلة إثبات جديدة لتوضيح غموض النزاع، والأساس الأهم فيما ذكرناه هو نصوص القانون التي تقرر ذلك صراحة في كل من القانون العراقي والمصري ونظيرهما الفرنسي.

الفرع الثاني

سلطة محكمة الاستئناف في نظر الادلة التي تطرح لأول مرة أمامها

ترجع الاهمية الخاصة للأدلة الجديدة إلى انها تعتبر اداة الإثبات التي هي سلاح الخصوم في معركة الخصومة القضائية، فالأدلة تعد من عناصر الاقناع التي يسعى الخصوم في تقديمها للوصول إلى قناعة القاضي بصحة ما يدعونه^(١).

وبغير الدليل يتجرد الحق من كل قيمة له، فالدليل هو حياه الحق ومعقد النفع فيه، فهو يرسم الحد الفاصل بين ثبوت الواقعة وعدم ثبوتها وبالتالي وجود الحق أو عدم وجوده وعندئذ تستطيع المحكمة أن تفصل في النزاع المعروض أمامها^(٢).

وهذا فإنه يكون من المنطقي السماح للخصوم بأثبات طلباتهم في أي حالة تكون عليها الدعوى، ويكون ذلك عن طريق تقديم الأدلة، وقد بينا سابقاً بان المشرع العراقي والمصري ونظيرهما الفرنسي يجيزون للخصوم التمسك بأدلة جديدة أمام محكمة الاستئناف، وهنا يثار التساؤل هل ان الخصوم احرار في إبداء ما شاءوا من أدلة محكمة الاستئناف؟

وأنظر كذلك احكام محكمة النقض الفرنسية بالنسبة لقبول الأدلة الجديدة

Cass. civ. Oct. 1971: D. 1972, 74.

Cass. civ. 9 fev. 1977: G a Z. 1977, 453.

مشار لهذه الاحكام لدى علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ص ٣٢٤، ٣٢٥.

(١) د. سعدون ناجي القشطيني، مصدر سابق، ١٩٧٦، ص ٢٨٠.

(٢) ضياء شبيب خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٢٢٩، عبد الرحمن العلام، شرح

قانون المرافعات المدنية، ج ٢، مصدر سابق، ص ٤٥٥.

وهل ان سلطة محكمة الاستئناف في قبول الادلة الجديدة مطلقة أم مقيدة؟ وهل ان تقديم أدلة جديدة في الاستئناف يُعد تقويتاً لأحدى درجات التقاضي؟

وللإجابة على ذلك فإن الاستئناف يُعد درجة ثانية من درجات التقاضي وفرصة أخيرة لتدارك ما فات الخصوم تقديمه أمام محكمة أول درجة، وتدارك الأخطاء التي يقع فيها القضاة أحياناً، ولعل أهم الآثار التي تترتب على الطعن بالاستئناف هو طرح النزاع الذي فصلت فيه محكمة أول درجة على محكمة ثاني درجة فمن القواعد الأساسية في قانون المرافعات ان كل خصومة يجب نظرها على درجتين في الانظمة التي تعمل بنظام التقاضي على درجتين^(١).

ويتمتع الخصوم بحرية في إبداء ما شاءوا من الأدلة أمام محكمة أول درجة، ولكن الحال يختلف أمام محاكم الطعن بالاستئناف والتمييز فالأدلة تتقيد، ويجد تقييد الأدلة القانونية أمام محكمة الاستئناف أساسه في نصوص قانون المرافعات وقانون الإثبات وعلى النحو التالي:

أولاً : ان نصوص قانون المرافعات العراقي والمصري ونظيرهما الفرنسي^(٢)، اجازت تقديم أدلة أمام الاستئناف إلا انها وفي ذات النص قيدت هذه الأدلة بأن تكون منصبة على ما استأنفه الخصوم، أي بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط، فالأثر الناقل للاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط^(٣)، ونرى انه لو قامت محكمة أول درجة بإصدار حكماً قضائياً من فقرتين وأرتضى الخصم احدى فقرات الحكم وطعن في الفقرة الاخرى بالاستئناف فهل يستطيع ان يقدم أدلة جديدة على جميع اجزاء الحكم ، والجواب هنا سيكون بعدم مقدرة الخصم تقديم أدلة جديدة إلا على ما طعن به الخصم، أي بما رُفع عنه الاستئناف فقط، ولا يشمل جميع فقرات الحكم، ولا يسري ذلك بالنسبة للأدلة القديمة التي تنتقل بقوة الاثر الناقل للاستئناف إلى محكمة ثاني درجة سواء تمسك بها صاحبها أم لم يتمسك مالم يتنازل عنها صراحة أو ضمناً، ونستنتج من ذلك ان الخصوم وإن كان لهم الحق في تقديم الأدلة أمام محكمة الاستئناف إلا ان ذلك مقيداً في حدود طلباتهم، وكذلك يجب ألا يترتب على تقديمها

(١) ج. فتحي والي، الوسيط، مصدر سابق، ص ٥٠٨.

(٢) أنظر نص المادة (١٩٢) مرافعات عراقي، وأنظر نص المادة (٢٣٣) مرافعات مصري، وأنظر نص المادة (٥٦١) مرافعات فرنسي.

(٣) علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ص ٣٢٣.

ظهور طلبات جديدة لأنه لا يجوز تقديم طلبات جديدة أمام الاستئناف مع مراعاة الاستثناءات التي نص عليها القانون.

ويسري ما تقدم من تقييد لحق الخصوم في إبداء الأدلة الجديدة على المحكمة أيضاً، فلا يجوز لمحكمة الاستئناف قبول الأدلة الجديدة إلا إذا كانت منصبة على الجزء المستأنف وبالتالي فإن سلطة محكمة الاستئناف تجاه الأدلة الجديدة مقيدة بهذا القيد ولا يمكنها أن تتجاوزه.

ثانياً: يجد تقييد الأدلة الجديدة أساسه في النصوص التي وضعها المشرع في قانون الإثبات، فعلى سبيل المثال لو أن المدعي طلب توجيه اليمين إلى خصمه أمام محكمة أول درجة وحلفها خصمه ففي هذه الحالة لا يجوز له العودة إلى التمسك في الاستئناف بالأدلة التي سقطت في أول درجة، لأن طلب توجيه اليمين يتضمن النزول عما عداها من طرق الإثبات^(١).

ولم يترك المشرع سلطة المحكمة اتجاه الأدلة مطلقة إزاء كل أدلة الإثبات التي تطرح عليها بل قيد سلطتها تجاه بعض الأدلة ذات الحجية الملزمة والتي لا تمتلك فيه محكمة الاستئناف إلا دوراً رقابياً، ولا يمكنها ممارسة سلطتها التقديرية تجاه هذه الأدلة كما هو الحال في الدليل الكتابي، اليمين الحاسمة، الإقرار، القرائن القانونية ويطلق عليها الأدلة ذات الحجية الملزمة ، وذلك لأنها تقيّد سلطة محكمة الاستئناف متى تواجدت بملف الدعوى فلا يجوز إثبات التصرف القانوني الذي يزيد على خمسة آلاف دينار إلا بالدليل الكتابي مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني خلاف ذلك^(٢).

وكذلك الحال في الإقرار القضائي الذي أوجب المشرع أن يقع أمام القضاء وفي القضية ذاتها، كذلك لا عبرة للإقرار الواقع خارج القضية موضوع النزاع، وإن الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا يصح الرجوع عنه أمام محكم الاستئناف بل تبقى له نفس الفاعلية^(٣).

إما بالنسبة للقرائن القانونية فقد عرفت المادة (٩٨/أولاً) إثبات عراقي بانها: استتباط المشرع امراً غير ثابت من أمر ثابت، والقرينة القانونية تُغني من تقررت لمصلحته عن أي دليل

(١) أنظر نص المادة (١١١/أولاً) إثبات عراقي، وأنظر كذلك نص المادة (١١٨) إثبات مصري.

(٢) أنظر نص المادة (٧٧/ثانياً) إثبات عراقي، وأنظر كذلك نص المادة (٦٠) إثبات مصري.

(٣) نظم المشرع العراقي الإقرار في المواد (٥٩ - ٧٠) من قانون الإثبات العراقي.

آخر من أدلة الإثبات، وما دامت القرائن القانونية هي أمر يستنبطه المشرع فمن المؤكد أنها تصبح نصوصاً أمرة يتقيد بها القاضي والخصوم سواء كان قاضي أول درجة أو أمام محكمة الدرجة الثانية^(١). ويلجأ المشرع إلى القرائن القانونية بهدف تحقيق المصلحة العامة كما في حالة الاحكام التي حازت درجة البتات^(٢)، وقد يكون الغرض من النص علة القرينة هو منع تحايل الافراد على القانون فيقرر المشرع احكاماً يعدها من النظام العام^(٣). وارتأينا عدم التطرق إلى جميع أدلة الإثبات، وذلك تجنباً للتكرار حيث سبق وان بينا سلطة القاضي تجاه الادلة التي يمارس فيها دوراً رقابياً وتقديرياً واستقصائياً، ومن خلال ما تم استعراضه نرى ان سلطة محكمة الاستئناف تختلف باختلاف الدليل الذي يركز اليه الخصم، ففي الادلة ذات الحجية الملزمة لا تملك سلطة تقديرية بل هي ملزمة بحجية هذه الادلة، إما في الادلة ذات الحجية غير الملزمة فهي تمارس دوراً تقديرياً ولكن هذا الدور مقيد بالقواعد التي وضعها المشرع في الإثبات القضائي سواء كانت قواعد موضوعية أو إجرائية.

ومن الجدير بالذكر ان تقديم أدلة جديدة أمام محاكم الاستئناف لم يسبق تقديمهما أمام محكمة أول درجة لا يعد تقويماً لدرجة من درجات التقاضي، لأن الغرض من هذه الادلة هي لتأييد الادعاءات والدفع الواردة في خصومة أول درجة، كما ان تقديم الأدلة لا يترتب عليها تغيير في موضوع النزاع، ولا يترتب عليها تقديم طلبات جديدة، ولهذا السبب اجازت التشريعات تقديم أدلة جديدة أمام محكمة ثاني درجة^(٤).

(١) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

(٢) أنظر نص المادة (١٠٥) إثبات عراقي والتي قررت «الاحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق إذا اتحد أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً و سبباً»

(٣) في الالتزام والعقود افترض القانون في كل التزام ان يكون له سبب مشروع ولو لم يذكر السبب في العقد مالم يعم الدليل على غير ذلك، أنظر في ذلك نص المادة (٢/١٣٢) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل، وفي عقد الايجار نص على ان وفاء الاقساط المستحقة قرينة على وفاء الاقساط السابقة، أنظر نص المادة (١١٠٩) مدني عراقي، ولمزيد من التفصيل أنظر المواد، (٨١، ٧٩٦، ١١٥٧، ١١٤٧) مدني عراقي.

(٤) د. طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٨، ص ٧٤٧، د. اسامة روبي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ج ٢، دار النهضة العربي، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢١٥.

وفي المقابل منعت تقديم طلبات جديدة أمام محكمة استئناف لذا يتوجب علينا معرفة سلطة محكمة الاستئناف تجاه الطلبات الجديدة وهذا ما سنتناوله في المطلب الثالث من دراستنا.

المطلب الثالث

سلطة محكمة الاستئناف تجاه الطلبات الجديدة

تحرص التشريعات المختلفة ومن ضمنها التشريع العراقي على اقرار قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف فقط، وقد نصت المادة (١٩٢) مرافعات عراقي على انه «الاستئناف ينقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور حكم البداءة بالنسبة لما رفع عنها الاستئناف فقط، ولا يجوز احداث دعوى في الاستئناف لم يسبق ايرادها بداءة، ومع ذلك يجوز ان يضاف إلى الطلبات الأصلية ما يتحقق بعد حكم البداءة من الاجور والفوائد والمصاريف القانونية وما يجد بعد ذلك من التعويضات»^(١).

وهذا ما نصت عليه المادة (٢٣٥) مرافعات مصري والتي قررت «لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها، ومع ذلك يجوز ان يضاف إلى الطلب الاصلي الاجور والفوائد والمرتببات وسائر الملحقات التي تستحدث بعد تقديم الطلبات الختامية إما محكمة الدرجة الأولى وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات، وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الاصلي على حاله تغيير سببه والإضافة إليه، ويجوز للمحكمة ان تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قُصد به الكيد»

(١) يطلق المشرع العراقي على الطلبات الجديدة (العارضة) اصطلاح الدعوى الحادثة وهذا ما قرره المادة (٦٦) مرافعات عراقي والتي نصت «يجوز احداث دعوى جديدة عند نظر الدعوى، فإن كانت من قبل المدعي كانت دعوى منظمة، وإن كانت من قبل المدعى عليه كانت دعوى متقابلة» ونرى ان هناك فرق كبير بين الدعوى والطلب، فالطلب فكرة إجرائية تتميز عن الدعوى، وهو الإجراء الذي يباشر به حق الدعوى، لأن سلطة الالتجاء للقضاء (حق الدعوى) تسبق في وجودها الطلب القضائي، ولما كانت مباشرة الدعوى ليست أمراً إجبارياً، لأن الفرد حر في إقامة الدعوى أو عدم إقامتها لذلك كان لا بد من إجراء يُعبر عن إرادته في ممارسة حقه، وهذا الإجراء هو الطلب القضائي، ووفقاً للأمر المتقدم فأن تسمية الطلبات العارضة التي اطلقها المشرع الفرنسي ونظيره المصري أدق وأكثر تعبيراً عن جدة الطلب.

وكذلك ما اشارت اليه المادة (٤٦٤) مرافعات فرنسي ملغي^(١)، والتي قررت «ان الخصوم لا يستطيعون تقديم ادعاءاتهم الجديدة أمام محكمة الاستئناف» ولقد أتت المادة (٥٦٥) مرافعات فرنسي جديد بصياغة جديدة للمادة (٤٦٤) والمعدلة بالقانون الصادر في ١٠/٣٠/١٩٣٥ والتي تنص في فقرتها الثالثة على «ان الطلب لا يعد جديداً أمام محكمة الاستئناف إذا كان متولداً مباشرة عن الطلب الاصلي وهادفاً إلى نفس غاياته حتى ولو بُني على أسباب أو بواعث مختلفة».

ولكن بقدر حرص هذه التشريعات على اقرار هذه القاعدة، إلا ان هذه التشريعات لم تأخذ بها على اطلاقها، فلقد نصت على استثناءات لهذه القاعدة وفقاً لاعتبارات كثيرة تبررها.

ويثار التساؤل هنا ما المقصود بالطلبات الجديدة أمام الاستئناف، وما هو معيار الطلب الجديد؟ وماهي هي حدود سلطة محكمة الاستئناف ازاء الطلبات الجديدة في القانون العراقي والمصري والفرنسي، وماهي الاستثناءات التي اقرتها هذه التشريعات على قاعدة حظر الطلبات الجديدة؟ وللإجابة على هذه التساؤلات سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الاول: قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف

الفرع الثاني: الاستثناءات المقررة على قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف

الفرع الأول

قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف

يقصد بالطلبات الجديدة أمام محكمة ثاني درجة: بأنها وسيلة للتظلم من الاحكام الصادرة من محكمة أول درجة بقصد إعادة النظر فيما فصلت فيه^(٢) وقد عرفته محكمة النقص المصرية بانه: الطلب الذي يزيد أو يختلف عن الطلب السابق إبداءه أمام محكمة أول درجة

(1) Art (565) Les parties ne peuvent soumettre a la cour de nouvelles pretentions sice n'est pour oppose compensation

(٢) والطلب في خصومة أول درجة يؤدي إلى بدء الخصومة وهو ما يطلق عليه الطلب المفتوح للخصومة أو الطلب الاصلي، وهو الذي يحدد نطاق النزاع كمحل للخصومة واطرافها وسببها، د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤، ص ٤٠١.

في الموضوع والخصوم وكان يجاوزه في مقداره مالم تكن الزيادة مما نص عليه في المادة ٢/٢٣٥ من قانون المرافعات (١).

وان سبب حظر تقديم طلبات جديدة أمام الاستئناف يرجع إلى أساسين:

الأساس الأول: ان في تقديم ادعاءات جديدة أمام محكمة ثاني درجة يعد خروج عن مبدأ التقاضي على درجتين، والذي يُعد من المبادئ الأساسية التي تحكم الانظمة القضائية، إذ يترتب على تقديم الطلبات الجديدة تقويت درجة من درجات التقاضي على الخصم الذي يوجه إليه الطلب الجديد (٢).

الأساس الثاني: يتمثل في ان الطعن في طريقة الاستئناف هو بسط رقابة من محكمة اعلى على قضاء محكمة أدنى درجة منها، وقبول الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف مباشرة يجعل من هذه الرقابة غير ذات موضوع، فمن غير المنطقي ان ينسب خطأ لقاضي من أمر لم يطرح عليه وان يتخذ قرار بشأنه (٣).

ويترتب على قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف بعض الصعوبات في الواقع العملي، والسبب في ذلك يعود لعدم الاستقرار حول معيار محدد للطلب الجديد أمام محكمة

(١) نقص مدني بالعدد ١٧٦٦ في ١٦/١/٢٠١٣، نقص مدني بالعدد ٥٩٤ في ١٩٨٨/١٢/٨ مجموعة المكتب الفني، لسنة ٩٩، ص ١٧٢٨. ويرى بعض الفقه المصري، ان المشرع المصري اجاز تغيير سبب الطلب أو الإضافة إلى استثناء في المادة (٣/٢٣٥) مرافعات مصري، وبذلك يصبح الطلب الجديد الممنوع ابداءه أمام محكمة الاستئناف لأول مرة هو ما يتغير به محل الطلب واطرافه وصفاتهم، أنظر، د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ج ٢ مصدر سابق، ص ٨٦٣. ونرى ان الطلب يعتبر جديداً إذا كان من الممكن ان ترفع به دعوى جديدة دون الاحتجاج عليه بسبق الفصل فيه أمام محكمة أول درجة وهو يعتبر جديداً إذا اختلف عن الطلب المقدم أمام محكمة الدرجة الأولى من حيث السبب أو الموضوع أو الاشخاص، ومثال ذلك ان يطلب المستأجر أمام محكمة الاستئناف إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل تعرض المؤجر له بعد ان حصر طلباته أمام محكمة البداية في طلب وقف سريان عقد الايجار بالنسبة لالتزاماته، وتعويضه عما وقع عليه من ضرر وسقوط حق المؤجر في الاجرة من تاريخ التعويض.

(٢) صلاح عبد الصادق، نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٦، ص ٢٠٣.

(٣) استاذنا د. هادي حسين الكعبي، النظرية العامة في الطلبات العارضة، الدعوى الحادثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١١، ص ٩٢.

ثاني درجة ولذا ينبغي علينا ان نتناول معيار الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف أولاً، ونحاول تحديد طبيعة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف ثانياً.

أولاً: تحديد معيار الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف

في تصوير حديث لفكرة لطلب الجديد في الاستئناف اعتمده وتبناه المشرع الفرنسي ظهرت ووضحت معالمه أبان التعديل الذي ادخل على نص المادة (٤٦٤) من قانون المرافعات الفرنسي القديم ^(١) الصادر في ١٩٣٥/١٠/٣٠ والذي قرر بمقتضاه جواز تفسير الطلب القضائي لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ما دام يهدف لذات الغاية التي كان يهدف إليها الطلب الاصلي، وتأسيساً على ذلك فان الطلب لا يُعد جديداً أمام محكمة ثاني درجة إذا كان متولداً مباشرة عن الطلب الاصلي وهادفاً إلى نفس غايته ولو كان مبنياً على أسباب أو بواعث مختلفة ^(٢) ولم تكن الصعوبة في تحديد معيار الطلب الجديد ترجع إلى تقرير المشرع لتغيير السبب ، وإنما تولدت هذه الصعوبة في استعمال المشرع لاصطلاح الغاية بدلاً من اصطلاح الموضوع ، وهناك سؤال يستدعي حضوره حول قصد المشرع الفرنسي من هذا الاصطلاح ، وللإجابة على ذلك انقسم الفقه وتعددت آراءه في تفسيره لهذا الاصطلاح .

فوفقاً للرأي الاول ^(٣)، فإن اصطلاح الغاية الذي استعمله المشرع الفرنسي في التعديل الذي اجراه عام ١٩٣٥ ما هو إلا مرادفاً لاصطلاح الموضوع، وتأسيساً على ذلك فلقد اشترط

(1) P. AZARD: L'immutabilité de la demande en droit judiciaire français ، p.135

GRANGER: Encycl. Dalloz. Rep. procedure civile Iere ، ed. No 27 et 133.

مشار إليه لدى. د. محمد نور شحاتة، نطاق النزاع في الاستئناف في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ١٢٤.

(٢) أنظر في ذلك نص المادة (٥٦٥) مرافعات فرنسي التي جاءت بعد التعديل الذي حصل على المادة (٤٦٤) مرافعات فرنسي قديم بصياغتها الجديدة.

Art (565): (Les personnes copables de compromettre peuvent entonner appel Elles ne peuvent que pour les droits dont elles sont la Libres position)

نصت المادة (٥٦٥) مرافعات فرنسي على ان «الطلبات لا تعتبر جديدة في الاستئناف ما دامت تهدف إلى نفس غايات الطلبات الاصلية أمام محكمة أول درجة»

(٣) أنظر في تفصيل ذلك:

Boyrea: de la prohibition des demandes nouvelles en appel ، These Bordeaux.1945. p.8.

وللمزيد من التفصيل في ذلك، أنظر د. محمد نور شحاتة، نطاق النزاع في الاستئناف، مصدر سابق، ص ١٢٥ وما بعدها، ويلاحظ ان الفقه المصري أخذ بهذا الاتجاه إذ تشابه بين موضوع الطلب وغايته المنشودة لأنه يجعل

بقاء موضوع الطلب أمام محكمة أول درجة دون تغيير لإمكان تقديم طلبات جديدة أمام محكمة استئناف إلا إذا كان محل الطلب الجديد مماثلاً لموضوع الطلب الأصلي، وأيد هذا الرأي جانباً من أحكام القضاء الفرنسي، حيث قضت محكمة النقص الفرنسية بعدم قبول طلب ببطلان البيع لبخس الثمن لأول مرة أمام محكمة الاستئناف يختلف في موضوعه عن طلب فتح نفس العقد بسبب الغبن أمام محكمة الدرجة الأولى، حيث ان البطلان هو زوال العقد في حين ان الفسخ للغبن يمكن ان يؤدي إلى ابقاء العقد وذلك برفع الغبن الذي اصابه^(١).

كذلك قضت محكمة النقص الفرنسية ان طلب تخفيض الثمن من مشتري المحل التجاري لأول مرة أمام محكمة الاستئناف بعد طلبه بطلان البيع أمام محكمة أول درجة يعتبر طلباً جديداً لاختلاف الموضوع^(٢).

ووفقاً للرأي الثاني^(٣)، فان الغاية من الطلب لها معنى اوسع من معنى الموضوع، فمحل الطلب أو موضوعه يقصد به: الحق أو الميزة أو المنفعة القانونية المدعى بها على شيء معين، ويتكون موضوع الطلب وفقاً لوجهة نظر هذا الاتجاه من عنصرين هما: **العنصر القانوني والعنصر المادي**، ويؤدي اختلاف أي من هذين العنصرين إلى اختلاف موضوع الطلب، ويتمثل العنصر القانوني في الحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته، ويؤدي استبدال حق بآخر إلى اختلاف العنصر القانوني، وبالتالي إلى اختلاف موضوع الطلب^(٤)، وعلى سبيل المثال يختلف

من موضوع الطلب العنصر الذي لا يمكن المساس به في النزاع، أنظر في ذلك، د. أحمد أبو وفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٨٦٥، د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط ٢، مصدر سابق، ١٩٩٣، ص ٣١، د. أحمد ماهر زغلول، دروس في المرافعات، ج ٢، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٧.

(1) Cass. Civ. 29 Juin 1948: rec. Gaz pal. 1948, 2, 79, contra: Lyon, 23 Fev. 1953, J.c. p. 1953 II, 7846, Note Rabut.

(2) Soc. 20 mars 1945: D. 1945, 268, civ. 29 gunin 1948: Gaz. pal. 1949, 2, 79
Soc. 20 mars 1945: D. 1945, 268, 2 Janv. 1951: Bull. civ. 1951

مشار اليه لدى، د. علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ٣٧١.

(٣) ومن اصحاب هذا الاتجاه في الفقه الفرنسي أنظر:

MOREL: Traite elementaire de proceder civil eme ed, 1949, p. 387.

MALBEC: Larelativite de la chose juge toulouse, 1947, p. 159.

VINCENT: Procedure civile, précis, Dalloz, 19eme ed, paris, 1987, p. 375.

(٤) استاذنا د. هادي حسين الكعبي، الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية، ج ٣، ط ١، مؤسسة الصادق الثقافية للنشر، بابل، ٢٠٢٠، ص ٩٠٠.

حق الارتفاق عن حق الملكية، فطلب تقرير حق ارتفاق بالمرور على طريق معين يختلف تماماً في موضوعه عن المطالبة بحق الملكية لهذا الطريق، ويمثل العنصر المادي لموضوع الطلب بانه: الرابطة التي يرد عليها الحق أو المركز القانوني المدعى به^(١). وعلى سبيل المثال تختلف المطالبة بحق الملكية لعقار معين عن المطالبة بحق الملكية لعقار آخر، ويضيف جانب من الفقه^(٢)، عنصراً ثالثاً لموضوع الطلب القضائي يتمثل في القرار المطلوب من القاضي إصداره ، وقد يكون هذا القرار تقريراً أو انشاءً أو إلزاماً أو قراراً وقتياً، واختلاف هذا القرار المطلوب يؤدي إلى اختلاف الموضوع الطلب، وبموجب القانون الفرنسي الجديد رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ جاءت نصوصه لتؤكد على فكرة تطابق الغاية كمعيار للطلب الجديد في الاستئناف^(٣)، حيث نص على ان الطلبات لا تعتبر جديده في الاستئناف ما دامت تهدف إلى نفس الغاية التي كانت تهدف إليها الطلبات المقدمة أمام محكمة الدرجة الاولى ومن مفهوم المخالفة لذلك، نرى ان عدم تطابق الغاية أمام محكمة ثاني درجة مع الغاية من الطلب أمام محكمة أول درجة يؤدي إلى اعتبار الطلب جديداً، ومن ثم لا يجوز قبوله أمام محكمة الاستئناف، ونؤيد ما ذهب إليه الرأي الثاني فهو يعطي مدلولاً أكثر فاعلية للطلب الجديد لأن كل طلب لا يهدف إلى ذات الغايات التي يهدف إليها الطلب المطروح أمام محكمة أول درجة يكون جديداً وإن التوسع في فكرة الغايات يؤدي إلى التضييق من نطاق قاعدة حظر الطلبات الجديدة في الاستئناف، وذلك بجواز إبداء طلبات جديدة في موضوعها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.

ثانياً: قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام محكمة الاستئناف

تعتبر قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف، من اهم القواعد الاجرائية التي تحكم نطاق الخصومة أمام الاستئناف، ولهذه الاهمية ينبغي علينا بيان المقصود بهذه القاعدة والبحث عن اسسها القانونية في التشريع العراقي والتشريعات المقارنة، ويقصد بقاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف، تحديد مدى تعلق هذا الحظر بالنظام العام أو تعلقه بالمصلحة

(١) د. علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية في الاستئناف، مصدر سابق، ص ٣٦٢.

(٢) د. فتحي والي، الوسيط، مصدر سابق، ص ٧٥.

(٣) أنظر نص المادة (٥٦٥) مرافعات فرنسي، الاشارة المتقدمة، هامش رقم (٢)، ص ٤٣.

الخاصة للخصوم، ففكرة النظام تثير صعوبات كبيرة من حيث المسائل المتعلقة بها، ما لم ينص عليها المشرع صراحة إلى تعلق أمر ما بالنظام العام، وحتى في الحالات التي ينص فيها المشرع على ذلك، فإنه لم يحدد مضمون الفكرة^(١)، ولهذا فقد لجأ الفقه إلى محاولة تحديد مضمون الفكرة ووضع معيار يضبط ما يدخل فيها على الرغم من صعوبة تحديد معيار جامع مانع لهذه الفكرة، وعند تطبيق فكرة النظام العام في نطاق قانون المرافعات نجد ان لها مجال واسع حيث ان قانون المرافعات هو من القوانين الاجرائية والتي جاءت قواعده تتعلق بالمصلحة العامة المتمثلة بالنظام العام^(٢)، وتعد قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف من قبيل ذلك، وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها ويمكن تأسيس هذه القاعدة من الناحية القانونية وعلى نفس الأسس والقواعد التي تحكم نظام الاستئناف نفسه، وطريق الاستئناف ينظر الية على انه طريق لإصلاح الأحكام وتصحيح الاخطاء التي وقعت فيها محكمة أول درجة عن طريق مراجعة هذه الأحكام^(٣). فالحكم الصادر من محكمة أول درجة يهدف منه الفصل في الحقوق والمراكز القانونية التي يطلب حمايتها عن طريق التأكيد القضائي والذي يتناول الحقوق والمراكز في وجودها ونطاقها ومداها^(٤)، ولكن الفقه تعددت اراءه حول تحديد طبيعة مبدأ خطر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف ومدى تعلقه بالنظام العام.

- (١) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٢٧٤.
- (٢) ويعرف اصطلاح النظام العام في الفقه: بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تهدف إلى حماية المصالح التي تهم المجتمع مباشرة أكثر مما تهم الافراد، سواء كانت هذه المصالح سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، ولا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف تلك القواعد، وفي حالة قيام المصلحة الخاصة أمام المصلحة العامة فانه يتم تغليب المصلحة العامة، إذ انها تعلو على مصالح الافراد، د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٢٣٧، وما يليها.
- (٣) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة. ط٢، ٢٠٠١، ص ٦٤٤.
- (٤) د. أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الامر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، ص ١١.

فوفقاً للرأي الأول^(١)، والذي يذهب إلى ان عدم قبول طلبات جديدة أمام الاستئناف يتعلق بمبدأ التقاضي على درجتين، ومؤدى ذلك ان على محكمة الاستئناف إذا ما عُرض عليها طلب جديد ان تحكم من تلقاء نفسها بعدم قبوله.

ووفقاً للرأي الثاني^(٢)، الذي تبناه الفقه الفرنسي الحديث والذي يذهب إلى تعلق قاعدة حظر الطلبات الجديدة بمصالح الخصوم الخاصة ولا تتعلق بالمصلحة العامة، ولذا نجد ان المشرع المصري في المادة (١/٢٣٥) والتي قررت «لا تقبل الطلبات الجديدة في الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبولها...».

ويؤكد النص المتقدم ان المشرع المصري جعل قاعدة حظر الطلبات الجديدة في الاستئناف متعلقة بالنظام العام على عكس موقف المشرع العراقي^(٣)، ونظيرة الفرنسي^(٤)، اللذان لم ينصا صراحة على تعلق قاعدة حظر الطلبات الجديدة بالنظام العام، ويترتب على ذلك الموقف نتائج قانونية أهمها: ان يقوم الخصم بالدفع أمام المحكمة بعدم قبول الطلب الجديد بشكل صريح مبيناً أسباب عدم القبول، ولا يكفي مجرد الدفع بشكل شفوي، وكذلك يجوز للخصوم الاتفاق مسبقاً على ما يخالف قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام محكمة الدرجة الثانية، ويكون هذا الاتفاق ملزماً للمحكمة الاستئنافية بالفصل في الخصومة على وفق ما اتفق عليه الخصوم،

(١) د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧١، ص ٧٥٩، د. فتحي والي، الوسيط، مصدر سابق، ص ٧٢٨، د. أحمد أبو وفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٨٨١.
(٢) أنظر في تفصيل ذلك:

Vizoz Henry: La re forme de l'appel، J .C .1943. p .307-531

PERROT(R): L'appel provoque par l'appel principal colloque d.Aix- en provence، 1963.p . 110.

TERRE(F) L'intervention en appel، in la void، appel، p .113 ets.

مشار اليه لدى د. محمد نور شحاتة، نطاق النزاع، مصدر سابق، ص ١١٤.

(٣) أنظر نص المادة (١٩٢) مرافعات عراقي «لا يجوز احداث دعوى في الاستئناف لم يسبق ايرادها بداءة...»

(٤) أنظر نص المادة (٥٦٤) فرنسي والتي قررت «الطلبات الجديدة لا تُقبل في الاستئناف»

Art (564): « lesparties ne peuvent sommettreu aLacour de nouvells pretentions sice n'est pour oppose compensation faire carter Lespretentions adversees ou de Lasurvelafait»

وكذلك لا تستطيع محكمة الاستئناف اثارة الدفع بعدم قبول الطلبات الجديدة من تلقاء نفسها وإلا تعرض حكمها للنقص من قبل محكمة التمييز^(١).

الفرع الثاني

الاستثناءات المقررة على قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف

لم يطبق المشرع العراقي والتشريعات المقارنة قاعدة حظر الطلبات الجديدة على إطلاقها، ففي مجموعة من النصوص القانونية^(٢)، حدد المشرع العراقي والمصري ونظيرهما الفرنسي لعدد من الحالات التي تشكل استثناءً على قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف، لأن التطبيق الدقيق لها يؤدي إلى مساوئ تفوق ما يحققه من مزايا، إذ يترتب على الأخذ بقاعدة حظر الطلبات الجديدة على إطلاقها أمام الاستئناف تردد الخصوم بين محكمة الدرجة الأولى ومحكمة الدرجة الثانية بصورة لا تنتهي^(٣) ويلاحظ على هذه النصوص اوجدت طائفتين من الاستثناءات، **الطائفة الأولى** منها والتي تتمثل بالاستثناءات التقليدية، وهي التي تجيز تقديم طلبات جديدة في موضوعها، **والطائفة الثانية**، والتي تتمثل بالاستثناءات الحديثة التي تخرج عن اطار قاعدة حظر الطلبات في اشخاصها، وسنتناول بحث الموضوع بالإشارة إلى الاستثناءات التقليدية أولاً، ونشير إلى الاستثناءات الحديثة المقررة في التشريع الفرنسي ثانياً.

أولاً: الاستثناءات التقليدية: توصف هذه الاستثناءات بأنها تقليدية حيث انها ترجع في اصولها إلى قانون المرافعات الفرنسي السابق والصادر عام ١٨٠٦^(٤)، واستمدها المشرع العراقي و نظيره المصري من نصوص القانون الفرنسي، حيث تقرر المادة (١٩٢) مرافعات عراقي والمادة (٢/٢٣٥) مرافعات مصري قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف، وتضيف في ذات

(١) د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٨١، ص ٤١١.

(٢) أنظر نص المادة (١٩٢) مرافعات عراقي، وأنظر نص المواد (٢/٢٣٥، ٢٣٦ / ٢) مرافعات مصري، وأنظر نص المواد (٥٥٤، ٥٦٤، ٥٥٥، ٥٦٧) مرافعات فرنسي.

(٣) د. علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ص ٤١٥.

(٤) د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٧٦١.

النص استثناءات على هذه القاعدة، فالمادة (١٩٢) مرافعات عراقي والتي قررت «... لا يجوز احداث دعوى في الاستئناف لم يسبق ايرادها بداءة، ومع ذلك يجوز ان يضاف إلى الطلبات الاصلية ما يتحقق بعد حكم البداءة من الاجور والفوائد والمصاريف القانونية وما يجد بعد ذلك من التعويضات...».

وهذا ما تقرره المادة (٢/٢٣٥) مرافعات مصري والتي قررت «... ومع ذلك يجوز ان يضاف إلى الطلب الاصيلي الاجور والفوائد والمرتببات وسائر الملحقات التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الاولى، وما يزيد من التعويضات بعد تقديم هذه الطلبات، وكذلك يجوز مع بقاء موضوع الطلب الاصيلي على حاله تغيير سببه بالإضافة الية، ويجوز للمحكمة ان تحكم بالتعويضات إذا كان الاستئناف قد قصد به الكيد، ولدى استقراء النصوص المذكورة، نجد ان موقف المشرع العراقي يتوافق مع موقف المشرع المصري في تحديد الاستثناءات الواردة على قاعدة حظر الطلبات الجديدة مع ملاحظة نص الفقرة رابعاً من المادة (٢٣٥) مرافعات مصري والتي اجازت للمحكمة ان تحكم بالتعويضات عن الاستئناف الكيدي، ويرجع هذا التوافق بين القانونين إلى ان كلاهما يعتنق المفهوم التقليدي للاستئناف على عكس المشرع الفرنسي الذي اعتنق المفهوم الحديث للاستئناف^(١).

وان سبب اجازة هذه الاستثناءات كما يرى بعض الفقه^(٢)، يعود إلى ان هذه الطلبات تعتبر امتداداً للطلبات الاصلية أو تابعة لها، ولم يكن في وسع الخصوم المطالبة بها أمام محكمة أول درجة، لأنها لم تكن مستحقة حينذاك^(٣)، وقد يكون الضرر الموجب للتعويض أياً كان سببه أو نوعه ثم تفاقم الضرر كما هو الحال في اصابه شخص اصابه بليغة يحتمل

(١) وفقاً للمفهوم الحديث الذي أعتنقه المشرع الفرنسي فان الاستئناف لم يعد وسيلة لإصلاح حكم محكمة الدرجة الاولى فقط، بل هو وسيلة لحسم النزاع حسماً شاملاً، ولهذا صارت الأولوية في الاستئناف هي انتهاء النزاع وتمكين المحكمة من الاحاطة بكافة عناصر النزاع، اما الاستئناف وفقاً للمفهوم التقليدي فانه يعتبر وسيلة لإصلاح حكم محكمة اول درجة أكثر من كونها وسيلة لإعادة النظر في النزاع وحسمه حسماً شاملاً، د. محمد نور شحاتة، الاستئناف الاستثنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١١٠.

(٢) د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠، ص ٦٤٩، د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٧٥٩، د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٧٦١، د. فتحي والي، الوسيط، مصدر سابق، ص ٧٣٨.

(٣) د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٨٥٤.

ان يترك لديه عاهة أو تقضي إلى موته، فمن العدل ان يطلب المتضرر زيادة في التعويض أمام محكمة الاستئناف لا كما كان عندما وقع بل كما صار إليه عند الحكم^(١).

ولقد اشترط المشرع المصري لإمكان قبول هذه الطلبات أمام الاستئناف شرطين لتقديم هذه الطلبات أمام محكمة الدرجة الثانية.

الشرط الأول: هو ان تكون الملحقات المطالب بها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف قد استحقت بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الدرجة الأولى وتقريراً على ذلك فإنها إذا كانت مستحقة قبل تقديم الطلبات الختامية أمام خصومة أول درجة، فلا يجوز المطالبة بها لأول مرة أمام محكمة ثاني درجة^(٢).

الشرط الثاني: ويتمثل في قيام صاحب الشأن بطلب هذه الملحقات، وهذا شرط بديهي لأن محكمة الاستئناف تتقيد بذلك شأنها شأن محكمة أول درجة بما قدم إليها من طلبات^(٣).

ومن الجدير بالذكر ان الاستثناءات التقليدية المنصوص عليها في قانون المرافعات العراقي ونظيره المصري ليس إلا ترديداً لبعض الاستثناءات التي كانت تنص عليها المادة (٤٦٤) من قانون المرافعات الفرنسي الملغي وبالعبارات ذاتها، وقد كانت هذه المادة تنطوي على استثناءات اوسع مما هو مذكور في نصوص التشريع العراقي والمصري، حيث نصت المادة (٤٦٤) على جواز طلب المقاصة القضائية لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وكذلك الطلبات التي تعتبر دفاعاً أو دفاعاً في الدعوى الابتدائية، بالإضافة إلى انها تسمح بطلب الاجور

(١) محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم الشرطي، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٨، ص ٣١٤.

(٢) د. محمد كمال عبد العزيز، تقنين المرافعات في ضوء الفقه والقضاء، دار الطباعة الحديثة، القاهرة، ١٩٩٩، ص ١٥٧٥، محمد أحمد عابدين، مصدر سابق، ص ٢٦٣، د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف، مصدر سابق، ص ٦١٢.

(٣) د. عبد الباسط جميعي، قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٦٤٨، د. وجدي راغب، مبادئ القانون المدني، مصدر سابق، ص ٨٠١.

والفوائد والمصاريف القانونية وسائر الملحقات الأخرى التي تستحق بعد صدور الحكم من محكمة الدرجة الأولى وما يجد بعد ذلك من تعويضات^(١).

ثانياً: الاستثناءات الحديثة على قاعدة حظر الطلبات الجديدة.

لم يكتفِ المشرع الفرنسي في قانون المرافعات الفرنسي الجديد بمضمون الاستثناءات التقليدية التي كانت تنص عليها المادة (٤٦٤) من قانون المرافعات الفرنسي القديم، بل اتجه إلى اخذ خطوة أخرى قاصداً فيها التأكيد على الوظيفة الحديثة للاستئناف باعتباره طريق لحسم النزاع حسماً شاملاً، وإعمالاً لهذه الوظيفة الجديدة يجب تمكين المحكمة والخصوم أمام الاستئناف من متابعة كل ما يطرأ على النزاع من تطور، وقد جسد المشرع الفرنسي رغبته في حسم النزاع أمام الاستئناف حيث استحدث بعض الاستثناءات الحديثة على قاعدة حظر الطلبات الجديدة، وبصدور قانون المرافعات الفرنسي الجديد حاول المشرع الفرنسي العمل بأحكام المادة (٤٦٤) من قانون المرافعات الفرنسي الملغى مع ادخال بعض التعديلات التي تسير التوجهات الحديثة مستعيناً بأراء الفقهاء^(٢) وتطبيقات القضاء وفي مجموعة من النصوص سمح المشرع الفرنسي القديم بتقديم طلبات جديدة أمام الاستئناف، وهذه الاستثناءات الحديثة التي قررها القانون الفرنسي الجديد تنحصر في حالتين:

الحالة الأولى: وهي الطلبات العارضة في الاستئناف في المواد (١/٥٦٤، ٥٦٦، ٥٦٧)^(٣) مرافعات فرنسي.

وقد نصت المادة (١/٥٦٤) بأنه «يجوز لمحكمة الاستئناف ان تنظر لأول مرة في طلبات جديدة كالمقاصة القضائية»

(١) علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ٤١٧.

(٢) انتقد جانب من الفقه الفرنسي هذا التصور الحديث على اعتباره انه يخالف مبدأ التقاضي على درجتين، وكذلك يخالف ما سارت عليه محكمة النقص الفرنسية على مر السنوات، أنظر في تفصيل ذلك

Vincent: les effets de l'appel et les reformes recentes de la procedure civil.D. 1974، p. 404.

Perrot et TissoT: les effets de l'appel l'auverture quant aux personnes. Gaz. pal. dact.p.408 .

الا انه لاقي قبولاً لدى جانب آخر من الفقه الفرنسي أنظر في تفصيل ذلك:

Motulsky: Nouvelles Reflexions sur l'effet devolutif de l'appel et l'evocation ،J.C. P ،1958،N. 1432

Boyreau: De la prohibition des demandes nouvelles en appel، These Bordeaux.1946 ،p.1.

(٣) أنظر نص المادة (٥٦٤) الإشارة المتقدمة.

ونصت المادة ذاتها في الفقرة الثانية منها بأنه «يجوز لمحكمة الاستئناف النظر في الطلبات التي تكون الهدف منها استبعاد ادعاءات الخصم الآخر».

ونصت المادة (٥٦٦) مرافعات فرنسي على أنه «يمكن للأطراف توضيح الطلبات الكامنة أو التي تتواجد ضمناً في الطلبات المطروحة على محكمة الدرجة الأولى ويمكنهم إضافة ما يعد مكملاً لها أو من توابعها وملحقاتها^(١)».

ونصت المادة (٥٦٧) مرافعات فرنسي على أنه «يجوز إبداء الطلبات المقابلة في الاستئناف»^(٢).

ويعد هذا الاستثناء الذي تضمنه النص المذكور من أهم الاستثناءات التي استحدثها المشرع الفرنسي على قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف، وهذا الاستثناء يمثل الطلبات المقابلة أو كما يطلق عليها دعاوى المدعي عليه^(٣)، وهذه الطلبات العارضة التي يبيدها المدعي عليه في مواجهة المدعي للحصول على الحكم ضده، ويحقق نظام الطلبات المقابلة مزايا عديدة منها أنه يعمل على الاقتصاد في الوقت والنفقات والاجراءات، ويمكن المحكمة الاحاطة الكاملة بالمركز القانوني للطرفين، وبذلك فإن المشرع الفرنسي وفقاً للاستثناءات الحديثة يجيز للمدعي عليه تقديم الطلبات المقابلة في الاستئناف ولكنه وضع عدة قيود للحيلولة دون قيام المدعي عليه بإطالة امد النزاع، ومن هذه القيود ضرورة ان تتوافر للطرف الذي يقدم هذه الطلبات صفة المدعي عليه^(٤)، وإذا كانت المادة (٥٦٧) مرافعات فرنسي لم تقرر هذا الشرط صراحة إلا أنه وبالرجوع إلى القواعد العامة، نلاحظ وجوب توافر هذا الشرط ونجد أساس ذلك في المادة (٦٤) مرافعات فرنسي والتي عرفت الطلب المقابل بأنه ذلك الطلب الذي يقدم من المدعي عليه بقصد الحصول على ميزة أخرى غير مجرد رفض ادعاءات الخصم، والقيود الثاني يقوم على ضرورة توافر صلة كافية بين الطلب الاصيل والطلب المقابل، ونجد أساس ذلك في

(1) Art (566) «les parties peuvent aussi expliciter les par tentions quie taient virtuellement comprises dans les qemandes et soumises au premier jugr et ajouter a celles. Citoutes les demandes quoin sont l' accessoire la consequence au le comple ment».

(2) Art (567) « les demandes reconventionnelles sont egalement recevables en appel»

(٣) د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، مصدر سابق، ص ٧٠٧.

(٤) أنظر في تفصيل ذلك:

Rousse: les demandes reconventionnelles fomes pour la premiere fois en appel, 'Gaz' pal' 1976'Doct.p.619.

نص المادة (٧٠) مرافعات فرنسي والتي قررت «ان الطلبات المقابلة أو الإضافية لا تقبل إلا إذا ارتبطت بالطلبات الاصلية برابطة أو بصلة كافية»^(١).

ويعتبر قبول الطلبات المتولدة عن اكتشاف واقعة جديدة أمام محكمة الاستئناف هي من الاستثناءات الحديثة التي قررها المشرع الفرنسي والتي لا تقل اهمية عن الطلبات المقابلة فقد اجاز المشرع الفرنسي في المادة (٣/٥٦٤) قبول الطلبات المتولدة عن اكتشاف واقعة جديدة تؤثر في النزاع المعروض أمام محكمة الاستئناف^(٢).

ولكن المشرع الفرنسي وضع شروط في إبداء هذه الطلبات وهي، وجوب حدوث أو اكتشاف واقعة جديدة، سواء كانت واقعة مادية أو قانونية، ولكن يشترط ان تؤدي لتوضيح النزاع أمام محكمة الاستئناف بصورة جديدة، وقد تكون واقعة جديدة تماماً حصلت بعد صدور الحكم المطعون فيه أو اثناء خصومة الاستئناف^(٣)، ويمثل الشرط الآخر بوجوب توافر صلة بين الطلب الجديد والطلب الاصيل، أي يجب لقبول الطلبات الجديدة في الاستئناف والمتولدة عن اكتشاف واقعة جديدة ان تتوافر بينهما وبين موضوع النزاع الاصيل صلة معينة^(٤).

إما بخصوص الطلبات المتولدة عن تدخل الغير في الاستئناف فقد اجاز المشرع العراقي^(٥)، والمصري^(٦)، التدخل الانضمامي فقط ولم يجز التدخل الاختصامي، إما بالنسبة للمشرع الفرنسي وطبقاً للوظيفة الحديثة للاستئناف فقد اجاز تدخل الغير في الاستئناف من اجل تمكين المحكمة الاستئنافية الالمام بعناصر النزاع الموضوعية.

(1) MOREL: Traiteelementair de procedure civil, z'eme ed, 1919, N 638.

مشار اليه لدى، د. وجدي راغب، مبادئ الفقه المدني، مصدر سابق، ص ٤٠٩.

(٢) علي عبد الحميد تركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ص ٤٦٩.

(3) BEAUCHARD :Le renouvellement en appel de la matiere litigieuse dans le process civil, these poitiers, 1979, p. 363.

(4) GIVERDON(C): Apple, effet devolutif, jurisclasseur de procedure civile, 1978, N.104.

مشار اليه لدى علي عبد الحميد التركي، نطاق القضية، مصدر سابق، ص ٤٧٧.

(٥) أنظر نص المادة (١/١٨٦) مرافعات عراقي والتي قررت «١- لا يجوز تدخل الشخص الثالث في الاستئناف إلا إذا طلب الانضمام إلى أحد الخصوم»

(٦) أنظر نص المادة (٢٣٦) مرافعات مصري والتي قررت «لا يجوز في الاستئناف ادخال من لم يكن خصماً في الدعوى الصادر فيها الحكم المستأنف مالم ينص القانون على غير ذلك ولا يجوز التدخل فيه إلا ممن يطلب الانضمام إلى الخصوم»

المبحث الثالث

تقييد الأدلة القانونية أمام محكمة التمييز

تعتبر محكمة التمييز الجهة القضائية العليا من جهات القضاء عندما تباشر اختصاصها الأصلي وتصلها عن طريق الطعون في القرارات التي تصدرها محاكم الموضوع بالدعوى المقامة أمامها، ولا تعد هذه القرارات باتة بل أنها عرضة للطعن وبالطرق التي عينها القانون، وبضمنها طريق الطعن بالتمييز وهو طريق غير عادي من طرق الطعن في الأحكام، وقد وصف بذلك لأنه لا يجوز سلوكه إلا في حالات بيّنها المشرع وعلى سبيل الحصر. ووظيفتها تنصب أساساً على بحث القاعدة القانونية وتفسيرها وتطبيقها سواء ما تعلق منها بالقواعد الموضوعية أو بالقواعد الإجرائية، والبحث فيما إذا كانت هي القاعدة التي يجب الأخذ بها في النزاع المطروح من عدمه، وبيان ما إذا كان الحكم الصادر من محاكم الموضوع والمطعون فيه قد أخفق في فهمها أو في تطبيقها على الواقع المستخلص في الدعوى أو أصاب الفهم السليم. ولذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: التمييز بين الواقع والقانون وأثرهما في تحديد طبيعة محكمة التمييز.

المطلب الثاني: طبيعة محكمة التمييز ودورها في تقييد الأدلة الجديدة.

المطلب الثالث: رقابة محكمة التمييز على سلطة قاضي الموضوع في الإثبات.

المطلب الأول

التمييز بين الواقع والقانون وأثرهما في تحديد طبيعة محكمة التمييز

ليس في نيتنا أن ندرس بالتفصيل التفرقة بين الواقع والقانون من كافة جوانبها فبساط البحث لا يتسع لذلك. والحقيقة أن مشكلة التمييز بين الواقع والقانون كانت وما زالت تشغل بال الفقهاء ولم تحز يوماً إجماعهم.

فلا يتصور جانب من الفقه⁽¹⁾ وجود التفرقة بين الواقع والقانون كونهما وجهين لعملة واحدة، وكالشكل والجوهر لا يمكن فصلهما، وكل محاولة للفصل بينهما تكون عبثاً ومصيرها

(1) Schroder: La nouveau style judiciaire. Dalloz. 1987. P. 100

Vincent et Guinchard: Procedure civile. 21 ed., Dalloz. 1987, P. 380

Martin: Le fait et le droit ou les parties et le juge. J. C. P. 1974. No 30.

الفشل. والسبب في ذلك يعود إلى أن الخصوم لا يقدمون واقعاً منفصلاً عن القانون، بل أن النزاع وقبل طرحه على القضاء يبدأ بالتشاور بين الخصوم ووكلائهم (المحامين) حتى يصلوا لأفضل تكييف للوقائع التي يقدمونها بهدف اقناع القاضي بصحة ادعاءاتهم وما اسبغوه عليها من اوصاف قانونية.

وعلى عكس هذا الاتجاه يذهب جانب آخر من الفقه ^(١) إلى إمكانية التمييز بين الواقع والقانون وإن الأمر يبدو سهلاً وصاحب هذا المسلك المتقائل هو الفقيه (Motulsky) حيث يقول «أنه وفي مجال القانون القضائي فإن التمييز بين الواقع والقانون يبدو مهماً قلة أمراً سهلاً، فكل ما يتعلق بإعلان و تفسير قاعدة القانون هو مسائل قانونية، وكل ما يتعلق بإثبات و تحليل مسائل الواقع هو مسائل واقعية، كما يؤكد هذا الجانب بأن التمييز بين الواقع والقانون هو معيار لتحديد دور القاضي والخصوم في الدعوى المدنية حيث يختص الخصوم بتقديم الواقع و إثباته في حين يختص القاضي بتطبيق القانون ^(٢).

لذا ولغرض الاحاطة بالموضوع يتوجب علينا بيان معايير التمييز بين الواقع والقانون، ومن ثم نبين ماهية المسائل الواقعية والقانونية التي تحدد دور القاضي والخصوم في هذا المجال وفقاً لنصوص القانون الفرنسي الجديد، وبثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: معايير التمييز بين الواقع والقانون.

الفرع الثاني: مسائل الواقع وفقاً لنصوص القانون الفرنسي الجديد.

الفرع الثالث، مسائل القانون وفقاً لنصوص القانون الفرنسي الجديد.

(1) Motulsky: principes d'une realisation methodique du droit prive. These lyon 1974. PP 153 et s. Surtout. P. 156 .

Halleman: Le juge devant la distinction du fait et droit in « Le fait et le droit» de C. N. R. L. Bruxelles. 1960. P. 85 .

وفي عرص وتحليل الاتجاهات الفقهية بشأن إمكانية التمييز بين الواقع والقانون. أنظر د. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على سلطة قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٠٩.

(٢) وهذا هو المنطق الذي اعتمد عليه (Motulsky) لتحديد دور القاضي والخصوم في الدعوى المدنية، أنظر في تفصيل ذلك:

Motulsky: Le role respectif du juge et des parties dans l'allegation des fate. In « Ecrits, Etudes et notes de procedure civile» 1973. P. 234 .

وفي الفقه المصري من يعتمد بصفة أساسية على هذه التفرقة لتحديد دور القاضي في الدعوى وعلى وجه الخصوص فيما يتعلق بإسناد الادعاء، أنظر د. عزمي عبد الفتاح، اساس الادعاء، مصدر سابق، ص ٣٠٩.

الفرع الأول

معايير التمييز بين الواقع والقانون

إذا كان التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة الموضوع بدرجتها يكاد يكون عديم الجدوى طالما ان سلطتها تمتد إلى بحث الواقع المقدم في الدعوى وكذلك حكم القانون الواجب تطبيقه عليه، فإن التمييز بين الواقع والقانون أمام محكمة التمييز لهو أمر ذو أهمية كبرى، إذ ان فرض رقابتها على ما يكون قد اخطأت فيه محكمة الموضوع في حكم القانون يستلزم تحديد ما يعتبر من المسائل القانونية التي تخضع لرقابتها وما يعتبر من المسائل الواقعية التي تخرج عن هذه الرقابة^(١). فمحكمة التمييز هي في الحقيقة محكمة قانون لا محكمة واقع، بل انها تعمل كمراقب على صحة الأحكام الصادرة من محكمة الموضوع^(٢). لذا ذهب جانب من^(٣) وفي سبيل التغلب على مشكلة التمييز بين الواقع والقانون إلى تعقب نشاط القاضي في الدعوى وميزوا بين ثلاثة مراحل، المرحلة الأولى: تتمثل في التحقق من وجود الوقائع المطروحة من قبل الخصوم، فالدعوى المدنية تتكون من عنصرين، عنصر الواقع والذي يعد عبئاً على الخصوم فيما يتعلق بتقديمه أمام القضاء وإثباته، وعنصر القانون الذي يلتزم القاضي بمعرفته وتطبيقه على الوقائع من خلال إصدار قرار مسبب من الناحية الواقعية والقانونية.

وتتمثل المرحلة الثانية: بالبحث عن التكييف القانوني للوقائع التي انتهى القاضي إلى ثبوتها، فمهمة الخصوم طرح الوقائع على المحكمة، والقاضي بعد تحديد وقائع الدعوى المنتجة يطالب الخصوم بإثبات هذه الوقائع بالطرق التي حددها القانون ويقوم القاضي بعد ذلك بإعطاء الوصف القانوني الصحيح للوقائع غير آبه بما يصفه الخصوم للطلبات المعروضة وإنما يلتزم بالوصف القانوني الصحيح الذي استخلصه من وقائع الدعوى، وهو في ذلك يمارس سلطة قانونية خاضعة لرقابة محكمة التمييز ويعتبر الخطأ في التكييف خطأ في القانون^(١).

(١) د. حامد و د. محمد حامد فهمي، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٢) د. أحمد هندي، آثار أحكام محكمة النقض وقوتها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، دون سنة نشر، ص ١٠.

(3) Japiot: traite 'elementaire de procedure civile et commercial', paris 1966. P.691

Jacques Bore: La cassation en matiere civile, sirey, paris, 1980, No. P. 1042

وأنظر كذلك د. عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون، مصدر سابق، ص ٧.

(١) د. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني، مصدر سابق، ص ٧٦ - ٧٧.

والمرحلة الثالثة: تتمثل باستخلاص القاضي من هذا التكييف النتائج القانونية التي يربتها القانون والتي ينتج عنها حل النزاع.

وقد بحث اصحاب هذا الاتجاه في كل مرحلة من المراحل المذكورة لتحديد ما إذا كان عمل القاضي يعد عملاً قانونياً لا دخل له بمسائل الواقع ومن ثم يخضع لرقابة محكمة التمييز، وما يعد من مسائل الواقع والذي يعتمد فيه القاضي على ذكائه وخبرته ومنطقه وبالتالي لا يخضع في عمله هذا لرقابة هذه المحكمة^(١). ولم يسلم هذا المعيار من النقد ليس لكونه معياراً شكلياً ووصفياً فحسب، حيث انه يتفق مع وصف مراحل القضية أمام قاضي الموضوع دون تحديد عناصر حاسمة للفرقة بين مسائل الواقع ومسائل القانون، بل لكونه أيضاً لا يقدم الوسائل الفنية التي بواسطتها يمكن تحديد مرحلة دون أخرى ونكون فيها إزاء ما يعد من مسائل الواقع أو ما يعد من مسائل القانون، فهذا الرأي لا يطرح حلاً مثالياً للمشكلة بل يزيدها تعقيداً وصعوبة.

وذهب جانب آخر من الفقه^(٢) إلى القول بانتهاج فكرة الاستدلال القياسي أو القضائي التي نادى بها بصفة خاصة بعض الفقهاء في ايطاليا وألمانيا كما وجدت لها صدى في الفقه المصري^(٣)، وتقوم على ان الحكم القضائي هو في الواقع نتيجة منطقية لقياس أو استدلال قضائي معين، مقدمته الكبرى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على النزاع موضوع الدعوى، ومقدمته الصغرى التي تتمثل في الوقائع محل الدعوى، واخيراً النتيجة «الحكم» وهي محصلة تطبيق المقدمة الكبرى على المقدمة الصغرى أي تطبيق القانون على الواقع، فاذا وقع الخطأ في المقدمة الكبرى بأن أخطأ القاضي في تطبيق القاعدة القانونية أو تفسيرها فإن الحكم يكون مشوباً بمخالفة القانون، إما إذا وقع الخطأ في المقدمة الصغرى فإنه يتعين التفرقة بين امرين:

(١) د. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، مصدر سابق، ص ١١٥.

(2) Marty: La distinction du fait et du droit، essai sur la pouvoir de controle de la cour de cassation on sur les juges du fait، These، Toulouse، 1949، p. 12.

(٣) د. أحمد فتحي سرور النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، ص ٣٤٢، د. أحمد مليجي، اوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٢، ١٩٩١، ص ٦٢، د. محمد زكي أبو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٥، ص ١٩٣.

الأول: ان يكون الخطأ ناتجاً عن عدم التثبت من وقائع الدعوى وفي هذه الحالة لا يخضع القاضي لرقابة محكمة التمييز لتعلق الخطأ بالوقائع^(١).

والثاني: ان يقع الخطأ في التكييف القانوني للوقائع وفي هذه الحالة يخضع القاضي لرقابة محكمة التمييز على اساس ان الخطأ في التكييف يعتبر خطأ في تطبيق القانون. وكذلك إذا وقع الخطأ في نتيجة القياس المنطقي، أي في منطوق الحكم بعدم اخذه بالنتيجة الضرورية لمقدمتين صحيحتين، فانه لا يعدو ان يكون خطأ في القانون يستوجب رقابة محكمة التمييز.

وهكذا فإن معيار الاستدلال القياسي لا يختلف عن معيار تعقب نشاط القاضي، فكلاهما يصفان نشاط القاضي في الدعوى والبحث في كل مرحلة عن مسائل الواقع ومسائل القانون، ولذا فإن هذا المعيار لا يصلح في مجال التمييز بين الواقع والقانون، فإذا كان تقدير القاضي مطلقاً بشأن الإثبات المادي للوقائع وغير خاضع لرقابة محكمة النقض فإن ذلك لا يعني أن جميع الوقائع بمنأى عن سلطة محكمة النقض، بل إنها تراقب المنطق القضائي من خلال تسبيب الحكم بشأن هذه الوقائع. فما يكون داخلياً في المقدمة الكبرى فمن الممكن أن يكون داخلياً في المقدمة الصغرى أيضاً، كما أن الحكم القضائي يستند على المقدمة الكبرى والصغرى في ذات الوقت^(٢). ولذا فان وضع معيار دقيق لتحديد سلطات محكمة التمييز في هذا المجال سوف يكون من الصعوبة لأن الطعن في التمييز يوجه إلى حكم قضائي بشروط معينة، هذا الحكم هو نتيجة القياس المنطقي السابق والذي ينبني في أساسه على واقع وقانون في آن واحد^(٣).

وذهب فريق ثالث من الفقهاء^(٤) في محاولة للكشف عن معيار أكثر دقة للتمييز بين الواقع والقانون، إلى أن نشاط القاضي في تطبيق القانون على الوقائع هو نشاط معقد، وسبب التعقيد يعود إلى تعدد مراحل الخصومة، فالقاضي يمر بمرحلة أولى وهو يبحث عن القاعدة التي

(١) د. ياسر باسم ذنون، دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة الرافدين، المجلد ٩، السنة الثانية عشرة، العدد ٣٣، ٢٠٠٧، ص ١٤، مرقس فهمي، وجوه النقض المتصلة بالموضوع، بحث منشور بمجلة المحاماة المصرية، العدد ٣، السنة الحادية عشرة، ١٩٧٠، ص ٢٢٢.

(٢) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن، مصدر سابق، ص ١٥٠ - ١٥١.

(٣) د. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني، مصدر سابق، ص ٣٧٣، ويتضح أن المنطق القضائي المتعلق بالوقائع يقدم على ثلاثة أنواع من الاستدلال هي (الاستدلال الجدلي للاقتناع بالأدلة، والاستدلال الاستقرائي، والاستدلال الاستنباطي)، وأنظر كذلك د. حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بالنقض، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط ١، بيروت، ٢٠٠٤، ص ٢٨١.

(4) Motulsky: principes d'une realisation methodique du droit prive These lyon، 1974، P. 55.

يمكن ان تطبق على الوقائع ومن هذه المرحلة يصل إلى مرحلة أكثر تحديداً وهي مرحلة تكييف القاعدة القانونية الأكثر انطباقاً على النزاع ، وبعبارة أخرى أن هذا الفريق من الفقه يعتمد على عناصر القاعدة القانونية كأساس للتمييز بين الواقع والقانون، فالنظام القانوني هو مجموعة قواعد قانونية.

والقاعدة القانونية تتكون من عنصرين: الأول هو الواقعة الأصلية أو الفرض، إما العنصر الثاني فهو ما يسمى بالحكم أي حكم القانون في الواقعة الأصلية وهو ما يسمى أيضاً الحل أو المنطوق^(١).

فإذا ما وصل القاضي إلى تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق فإن نتيجة القياس القانوني يجب أن تدل على أن المقدمة الصغرى لهذا القياس وهي مجموع الوقائع التي يرتب عليها القانون أثراً معيناً توجد في مقدمته الكبرى أو ما يسمى بعنصر الحكم في القاعدة القانونية^(٢).

ونرى ان من الصعب وضع حد فاصل بين الواقع والقانون إلا ان التمييز بينهما ممكن ومتصور بين الفكرتين فالفصل المطلق بين الفكرتين أمر يختلف عن مجرد التمييز فكل نزاع أمام المحكمة لا يحل إلا بتطبيق قاعدة قانونية على مجموعة من وقائع منتجة يقدمها الخصوم، والثابت أيضاً ان الحكم القضائي قياس منطقي مقدمته الكبرى هي القانون ومقدمته الصغرى هي الواقع ونتيجته القرار القضائي الذي يرد في المنطوق، ومن جهة أخرى فان الثابت والمؤكد ان الطعن بالتمييز نفسه يقوم على التمييز بين الواقع والقانون ، كما ان الإثبات يرد على الواقع ولا يرد على القانون إلا في حالات استثنائية.

الفرع الثاني

مسائل الواقع وفقاً لنصوص القانون الفرنسي الجديد

لا شك ان تحديد دور كل من الخصوم والقاضي في مجال الواقع يرتبط مباشرة بتنظيم كيفية تقديم العناصر الواقعية للمنازعة المعروضة والتي يتحدد على أساسها القاعدة القانونية

(١) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، كلية الحقوق والشريعة - القانون الخاص، ١٩٧٢، ص ٨٩ - ٩٠، د. منصور مصطفى منصور، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ١٥.

(٢) د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، مؤسسة دار التعاون للطبع، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٦٢.

الواجبة التطبيق، وتحديد دور القاضي والخصوم في هذا المجال يعني توزيع الادوار الإجرائية بين الخصوم اصحاب المصالح الخاصة وبين القاضي الذي يمثل المصلحة العامة، ولا تتور أي صعوبة في تبرير سيادة الخصوم في مجال الواقع، فالقاعدة هي حريتهم في اختيار الوقائع التي يقدموها للقاضي لأن الامر يتعلق بحقوقهم الخاصة التي يملكون حرية التصرف بها، غير ان الاتجاهات الحديثة التي تقضي بزيادة دور القاضي في الخصوم المدنية والتي تأثر بها التشريع الفرنسي الجديد والتي تمثلت بمنح القاضي دور في ميدان الواقع وعلى اساس ذلك نظم التشريع الفرنسي الجديد في فصل خاص وعنوانه باسم الواقع وضم المواد (٦، ٧، ٨) من التقنين الفرنسي الجديد، والواقع وفقا للتنظيم القضائي الفرنسي يعني به أساس الادعاء أي ما يطالب به المدعي أو المدعى عليه. فقد قررت المادة (٦) مرافعات فرنسي بأنه «يقع على عاتق الخصوم عبء زعم الوقائع التي تصلح لتأسيس ما قدموه من ادعاءات».

ويقصد بالادعاءات محل الطلب المقدم من قبل المدعي والدفع المقدم من قبل المدعى عليه^(١)، ويقصد بالوقائع التي تصلح لتأسيس الادعاء بأنها تلك الوقائع المجردة من أي وصف قانوني يضيفه الخصوم عليها أو من الاستناد إلى أي نص في القانون^(٢).

ولا يقتصر دور الخصوم على طرح الوقائع التي تسند الادعاء دون غيرها، بل يمكن تجاوز ذلك إلى تعيين البعض منها وإلقاء الضوء عليها دون الأخرى، بوصفها وقائع نافعة تتعلق بالإثبات وقد يكون من بين هذه الوقائع وقائع منتجة التي ترتبط وبشكل مباشر بالإثبات^(٣). وتنص الفقرة الاولى من المادة (٧) مرافعات فرنسي على «أنه لا يجوز للقاضي أن يؤسس قراره على وقائع لم تكن قائمة في مواجهة الخصوم»^(٤).

ولذلك يجب أن يظل القاضي ضمن دائرة الوقائع التي ادعى بها الخصوم، فإذا خرج عنها فإنه يكون قد غير أساس الدعوى، ولا يحق له أن يقضي بعلمه الشخصي، كما لا يجوز له

(1) Art (6). « A l'appui de Leurs pretentions les partie ant La charge d'allegure Les faits proper a Les fonder ».

(2) Jean Vincent et serge Cuinchaed: procedure civile ، Dalloz ، 2007.P.397.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ٢٤٨.

(٤) أنظر نص الفقرة (١) من المادة (٧) مرافعات فرنسي:

Art (7): «... Le juge ne peut foxder sa decision sur des fait quine sont pas dans le de bat »

الاستناد على وقائع غير مثبتة في محاضر الجلسات ولم تجري مواجهة الخصوم فيها، وعليه الالتزام بقواعد الإثبات وبالطرق التي حددها القانون^(١).

ونصت الفقرة الثانية من المادة (٧) مرافعات فرنسي والتي قررت على «سلطة القاضي في الاعتداد ببعض الوقائع التي تناقش فيها الخصوم ولكنهم لم يثيروها بشكل خاص في ثنايا ادعاءاتهم»^(٢)، واتساقاً مع فلسفة التشريع الفرنسي الحديث في زيادة دور القاضي الإيجابي في الخصومة المعروضة أمامه، فقد خفف من مبدأ حياد القاضي في مجال الواقع، حيث خوله سلطة الاعتداد بوقائع لم يستند إليها الخصوم بصفة خاصة لتأسيس ادعاءاتهم، وبمقتضى هذا النص يستطيع القاضي أن يأخذ ببعض الوقائع الموجودة في ملف الدعوى وإن لم يتمسك بها الخصوم في ثنايا ادعاءاتهم.

فالوقائع التي يقدمها الخصوم وإن لم يتمسكوا بها بصفة خاصة فالقاضي يعيد فحصها ويسمح له بإعطائها فهماً جديداً، وما يبرر سلطة القاضي في هذا الشأن بأنها تعد الوجه الآخر للواجب الذي القاه القانون على عاتقه في أن يحسم النزاع طبقاً لما يتوافق مع القانون ولكي يقوم القاضي بذلك فله أن يستند إلى بعض الوقائع التي لم يتمسك بها الخصوم بشكل صريح، كما أن وجود هذه الادعاءات التي لم يتمسك بها الخصوم تقديراً منهم لعدم اهميتها في ملف الدعوى يسمح للقاضي في اعتمادها لأنها جاءت بطريقة مشروعة وقدمها الخصوم بشكل قانوني^(٣).

إما عن طبيعة سلطة القاضي في هذا الشأن فهي مجرد رخصة له أن يستعملها أو لا يستعملها دون أي إلزام، ويتضح ذلك من خلال نص المادة (٢/٧) مرافعات فرنسي حيث جاء به أنه يمكن للقاضي أن يأخذ في اعتباره^(٤).

(١) د. نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، مصدر سابق، ص ٣٢.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

(٣) د. عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

(٤) يرى بعض الفقه أن شروط استعمال القاضي لهذه الرخصة هي، أن تكون الوقائع موجودة في ملف الدعوى، أن تكون مثارة فعلاً من جانب الخصوم، ضرورة احترام المواجهة بين الخصوم بشأن هذه الوقائع، د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ٢٥١.

ونصت المادة (٨) مرافعات فرنسي على «للقاضي سلطة استدعاء الخصوم لتقديم إيضاحاتهم بخصوص واقعة يرى ضرورتها لحل النزاع»^(١).

وتبرر سلطة القاضي في هذا المجال في أن القاضي يجب أن يؤسس حكمه على مراكز موجودة في الواقع وأن يبحث عنها ليعرفها، كما أنه ومن غير المنطقي إلزام القاضي بإصدار حكم بناءً على وقائع مثارة من قبل الخصوم في الدعوى وهمية أو ناقصة رغم إمكان تكملة هذه الوقائع^(٢).

ولا تعني السلطة الممنوحة للقاضي في هذا المجال تخويله استدعاء الخصوم لتقديم وقائع جديدة كي يكشف المنطقة المظلمة التي لم يوضحها الخصوم فسلطته في هذا الشأن حددها القانون بتقديم استيضاحات عما قدموه من وقائع كي يكشف ما يعتريها من غموض وإبهام وتتحلل سلطته بموجب هذا النص إلى مجرد رخصة فالأمر ليس واجباً عليه، وإنما يخضع تماماً لسلطته التقديرية، فالأمر متروك للقاضي وهو الذي يقدر ملائمة استعمال هذا النص حسب ظروف كل قضية^(٣).

الفرع الثالث

مسائل القانون وفقاً لنصوص القانون الفرنسي الجديد

نظم المشرع الفرنسي دور القاضي والخصوم في ميدان القانون وأفرد له فصلاً خاصاً في المادتين (١٢، ١٣)، ويعبر نص المادة (١٢) مرافعات فرنسي على مبدأ أساسي وهو أن تطبيق القانون هو من مهام وواجبات القاضي ولا تتوقف على طلب فقاء النزاع^(٤)، وقد تضمنت المادة (١٢) خمس فقرات، تعد الفقرة الأولى والثانية والثالثة تقنياً لمبادئ مستقر عليها، إما الفقرتان

(١) أنظر نص المادة (٨) مرافعات فرنسي والتي قررت «للقاضي الحق في دعوة الخصوم لتقديم إيضاحات حول واقعة أو أكثر بقدر ضرورتها لحل النزاع».

Art (8): «le juge peut inviter les parties a fournir les explication de fait qu'il estime necessaire a solution du litige».

(٢) أستاذنا د. هادي حسين الكعبي، وأستاذنا د. منصور حاتم محسن، الاثر الاجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، تصدرها كلية القانون جامعة بابل، العدد الأول، ٢٠٠٩، ص ٢٨.

(٣) د. عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون، مصدر سابق، ص ٤٣.

(٤) أستاذنا د. هادي حسين الكعبي وأستاذنا د. منصور حاتم محسن، الأثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز، مصدر سابق، ص ٢٩.

الرابعة والخامسة فقد تضمنتا تجديداً في المفهوم التقليدي لوظيفة القاضي بالنسبة لميدان القانون، حيث أعطت الخصوم دوراً في مجال القانون^(١). فقد قررت الفقرة الأولى من المادة (١٢) مرافعات فرنسي على أنه «يفصل القاضي في المنازعات وفقاً للقواعد القانونية التي يرى إمكانية تطبيقها على النزاع»^(٢).

وسبق القول إن تطبيق القانون هو من مهام وواجبات القاضي الذي تمليه عليه وظيفة القضاء، كما أن الخصوم غير ملزمين بتقديم أوجه القانون أمام القاضي لتبرير ادعاءاتهم، لذا تعد وظيفة القاضي في هذا الشأن أمراً غير مستحدث في القانون فهي ليست سوى مجرد استعارة للتقاليد القضائية التي كانت راسخة في هذا المجال^(٣).

ونصت الفقرة الثانية من المادة (١٢) مرافعات فرنسي على أنه «يجب على القاضي أن يعطي الوقائع المتنازع بشأنها تكييفها القانوني المنضبط دون أن يتوقف على التسميات التي اقترحها الخصوم»^(٤). ويعني ذلك أن القاضي ملزم بأن يعين الوقائع المتنازع بشأنها ويحدد تكييفها القانوني المنضبط دون الالتفات إلى التسميات التي اقترحها الخصوم، فالأمر واجباً على المحكمة وليس سلطة لها، والحكمة من ذلك أن الخطأ في التكييف يؤدي إلى الخطأ في تطبيق القانون ومن ثم يسري هذا الخطأ وصولاً إلى الحكم القضائي مما يجعله عرضة للفسخ أو النقض^(٥)، وتأسيساً على ذلك فالخصوم وحدهم حق تشكيل البنيان الواقعي لدعواهم في الحدود التي يرونها وعلى القاضي تطبيق القانون على وقائع النزاع كما حددها هؤلاء، والمحظور على

(١) د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ٢٥٨ - ٢٥٩.

(٢) أنظر نص الفقرة (١) من المادة (١٢) من قانون المرافعات الفرنسي الجديد والتي قررت:

«Le juge tranche le litige confèrent aux règles de droit qui lui sont applicables».

(٣) رائد عوده فارس اللوزي، مدى سلطة محكمة التمييز الأردنية بالترقية بين مسائل الواقع والقانون، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة عمان العربية، كلية القانون، ٢٠١٨، ص ٣٤.

(٤) نظر نص الفقرة (٢) من المادة (١٢) مرافعات فرنسي:

Art (12) «il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination les parties en auraient proposée».

(٥) د. محمد محمود إبراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني، مصدر سابق، ص ٤١٢ وما بعدها.

القاضي هو تغيير مجموع الوقائع التي تمسك بها الطالب والمكونة لموضوع طلبه لا التكييف القانوني لهذه الوقائع^(١).

وأشارت الفقرة الثالثة^(٢) من المادة (١٢) مرافعات فرنسي إلى «أن القاضي يستطيع أن يثير من تلقاء نفسه وسائل القانون البحث مهما كان الأساس لقانوني الذي زعمه الخصوم». ويتضح من صياغة هذا النص أن للقاضي إثارة وسائل القانون البحث من تلقاء نفسه أي بشكل اختياري^(٣)، ففي حال تقديم الخصوم وقائع موصوفة وصف قانوني ونصوص قانونية لا علاقة لها بوقائع النزاع، أو استنادهم إلى تكييفات غير صحيحة أو تقديم نصوص قانونية خاطئة لا علاقة لها بموضوع النزاع، ويحدث ذلك عملياً عندما يلجأ الخصوم إلى المحاكم دون الاستعانة بوكلائهم (المحامين) المتخصصين^(٤).

ومن المنطوق عليه أنه يمكن إثارة وسائل القانون البحث لأول مرة أمام محكمة التمييز (النقض) والمقصود بوسائل القانون البحث هي الوسائل التي لا تحتاج إلى إثبات أو تقييم وقائع لم تكن مطروحة على محكمة الموضوع، كما لو اثارته محكمة النقض قواعد تطبيق القانون من حيث الزمان من تلقاء نفسها إذا تبين خطأ قضاة الموضوع في تطبيق هذه الوسائل^(٥).

(١) د. هشام علي صادق، سبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، مصدر سابق، ص ٣٩، وأنظر كذلك د. عزمي عبد الفتاح، الطبيعة القانونية للدعوى أمام القضاء، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، العددان الثالث والرابع، ١٩٨٥، ص ٥٧.

(٢) أنظر نص الفقرة (٣) من المادة (١٢) مرافعات فرنسي:

«Il peut relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique par le parties».

(٣) يتضح من صياغة النص للفقرة (٣) من المادة (١٢) مرافعات فرنسي، أنه إذا كان تطبيق النص أو أعمال التكييف الصحيح أمراً واجباً على القاضي، فإن إثارة وسائل القانون البحث أمر اختياري للقاضي، حيث استعمل المشرع الفرنسي عبارة (il peut) ولم يقل (il doit) ومعنى ذلك عدم خضوع القاضي لرقابة محكمة النقض في إثارته لوسائل القانون البحث، د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ٢٦٥.

(٤) أستاذنا د. هادي حسين الكعبي، الأصول العامة، ج ٣، ١٠١٤.

(٥) وقد عبرت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المبدأ بصيغ مختلفة كالقول بأن القاضي ملزم بحسم المنازعات المعروضة عليه طبقاً للتشريعات التي تحكم الموضوع حتى وإن لم يطلب الخصوم صراحة تطبيق هذه القوانين. أنظر على سبيل المثال نقض عرائض فرنسي ١٩/٧/١٨٨٨، دالوز ٨٩ - ١ - ٣٤٥، مشار إليه لدى د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ٢٦٦.

ويجب على القاضي إثارة وسائل القانون بتطبيق النص الصحيح واستبعاد النص الخاطئ الذي طرحه الخصوم مع الالتزام بذات الوقائع، وأن يكون مرتبطاً بإجراء المواجهة بين الخصوم وذلك طبقاً لنص المادة (١٦) مرافعات فرنسي^(١)، وقد أكد الفقه الفرنسي على الربط بين المادة (٣/١٢) والمادة (١٦) بحيث لا يمكن للقاضي أن يحكم بناءً على وسيلة قانون بحت من تلقاء نفسه إلا بعد إجراء المواجهة بين الخصوم^(٢).

ونصت الفقرة الرابعة^(٣) من المادة (١٢) مرافعات فرنسي على أنه «عدم استطاعة القاضي تغيير تسمية الأساس الذي يتفق عليه الخصوم صراحةً، إذا تعلق الأمر بحقوق يملكون حرية التصرف فيها، ويستطيع الخصوم تقييد القاضي بالتكييف المقترح والنطاق القانوني التي يحددون فيها النزاع».

يتضح من صياغة النص أنه يعد المظهر الأول لسلطة الخصوم في مجال القانون، ويعد تجديداً في المفهوم التقليدي لوظيفة القاضي بالنسبة للقانون، وقد وضع هذا النص لتحقيق نوع من التوازن بين سلطات القاضي وسلطات الخصوم وفقاً لفلسفة المشرع الفرنسي، ويعني ظاهر النص أن الخصوم يستطيعون تقييد القاضي بتكييف معين، بمعنى أن الدعوى تحسم طبقاً لقواعد قانونية اختارها الخصوم، ويرى البعض أن السماح لأطراف النزاع بمخالفة القانون من خلال اختيار نصوص غير صحيحة أو الاتفاق بشكل صريح على وصف لا يطابق القانون يؤدي في نهاية الأمر إلى تطبيق زائف للقانون أو ما يسمى بالفوضى القانونية، لذلك فإن هذه السلطة التي منحت للخصوم محدودة للغاية وأهملت بمرور الوقت حتى اعترافا النسيان. ونصت الفقرة الخامسة^(٤) من المادة (١٢) مرافعات فرنسي على «حق الخصوم في اختيار القاضي كمحكم أو ما يعرف بنظام التحكيم القضائي».

(١) أنظر نص المادة (١٦) مرافعات فرنسي والتي قررت «يلتزم القاضي ومن تلقاء نفسه بتطبيق مبدأ المواجهة بين الخصوم، ولا يجوز له أن يستند إلى وسائل دفاع قانونية قدمها الخصوم ما لم تعرض لمجادلة الخصوم أولاً».

(٢) أنظر في تفصيل ذلك:

Jean vincent et serge Guinchard op. cit. P. 530

(٣) أنظر نص الفقرة (٤) من المادة (١٢) مرافعات فرنسي:

«Toutes fois il (le juge) ne peut changer la denomination ou le fondement juridique lorsque les parties en vue d'un accord expres et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lie par les qualifications et points de droit aux quels elles entendent limiter le debat».

(٤) أنظر نص الفقرة (٥) من المادة (١٢) مرافعات فرنسي

ويعد هذا النص المظهر الثاني لسلطان الخصوم في مجال القانون، ويعد من المستحدثات التي جاء بها المشرع الفرنسي الحديث، وبموجبه يمكن لأطراف النزاع اختيار القاضي كمحكم يحكم بينهم دون التقييد بقواعد القانون وهو ما يسمى بالتحكيم القضائي، والحكمة من ذلك هو رغبة المشرع الفرنسي في إيجاد نوع من التوازن بين سلطات القاضي والخصوم في مجال القانون، لأن الفقرات الثلاثة الأولى من المادة (١٢) مرافعات فرنسي خولت القاضي سلطة واسعة في ميدان القانون، فجاءت الفقرة (٤، ٥) لتقرر أن القانون ليس حكراً على القاضي، فإذا كان ملزماً بتطبيق القانون طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (١٢) مرافعات فرنسي، فإن الخصوم بإمكانهم تحريره من هذا الالتزام طبقاً لنص الفقرة (٥) من المادة ذاتها^(١). وقد وجهت انتقادات عديدة لهذا النص منها أن نظام التحكيم القضائي وفقاً لهذا النص يعفي القاضي من التقيد بنصوص القانون إعمالاً لإرادة الخصوم وهذا يتنافى مع فلسفة قانون المرافعات الفرنسي الجديد التي تقرر سيادة القاضي في ميدان القانون، ومن الانتقادات الأخرى التي وجهت هو كيف للقاضي أن يتقاضى أجراً من الخصوم حيث يعد ذلك أمراً غير مقبول ويتعارض مع التقاليد القضائية^(٢).

ونصت المادة (١٣) مرافعات فرنسي^(٣) على «صلاحية القاضي باستدعاء الخصوم لتقديم الإيضاحات حول النقاط القانونية التي يرى أنها ضرورية لحل النزاع». يعد هذا النص مظهراً لتجسيد فكرة التعاون بين القاضي والخصوم في حل النزاع وتأتي اتساقاً مع فلسفة التشريع الفرنسي الحديث، وهذا النص يتوافق مع نص المادة (٨) مرافعات فرنسي والتي أكدت على ذات المبدأ، مع ملاحظة أن المادة (٨) تتعلق بميدان الواقع، والمادة (١٣) تتعلق بميدان القانون.

«le (litige) ne, les parties peuvent aussi dans les meme matieres et sous la meme condition, conferer au juge mission de statuer comme amiable com – positerur sous reserve d'appel si elles n'y ont pas specialement renounce».

(1) HEBRAUD: observation sur l'arbitrage judiciaire art (12 – 5) Nouveau dur civile, in Melanges dedies a Gabreil MARTY. P. 635.

Jean VIATTE, l'amiable composition parie jurisdiction judiciaire Rec. gen. lois. 1976. P. 565.

(٢) د. عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء، مصدر سابق، ص ٢٨٥.

(٣) أنظر نص المادة (١٣) مرافعات فرنسي:

«Le hudge peut inviter les parties a fournir les explications de droit qu'n estime necessaire a solution du litig».

وبالنسبة للقانون العراقي ونظيره المصري فقد خلا التشريعان من أي تنظيم فني يُحدد دور القاضي والخصوم في ميدان الواقع والقانون، ويختلف القانونان العراقي والمصري عن نظيرهما الفرنسي في خلوهما من النص الذي يسمح للخصوم بشروط معينة تقيد القاضي بتكييف معين وهي الفكرة التي أشارت إليها الفقرة (٤) من المادة (١٢) مرافعات فرنسي كما يختلفان أيضاً بخلوهما في عدم وجود نص يسمح للخصوم باختيار القاضي كمحكم وهو ما يعرف بالتحكيم القضائي، وهو ما أشارت إليه الفقرة (٥) من المادة (١٢) مرافعات فرنسي، بل العكس فإن قانون المرافعات العراقي منع أن يكون القاضي محكماً إلا بإذن مجلس القضاء الأعلى^(١). ولا يتضمن التشريع العراقي والمصري فصلاً خاصاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم كما هو الحال في التشريع الفرنسي، ولا يوجد أي نص يلزم القاضي بإجراء مواجهة عندما يتعلق الأمر بعناصر واقعية أثارها الخصوم ولم يتمسكوا بها، وهو ما أشارت إليه المادة (١٦) مرافعات فرنسي.

المطلب الثاني

طبيعة محكمة التمييز ودورها في تقييد الادلة الجديدة

سبق القول ان الطعن بالتمييز طريق من طرق الطعن غير العادية في الاحكام وإذا كان اللجوء لمحكمة التمييز هو حق طبيعي للمتقاضى الذي خسر قضيته في الجولة الأولى ففي المقابل لابد ان تتصف خطواته بالحدز وعليه ألا يسيء استخدام هذا الحق فلا يتخذ الطعن وسيلة للأضرار بخصمه وإطالة امد النزاع.

إن الهدف الاساسي من وجود محكمة النقض (التمييز) رغم تباين الأنظمة القانونية بشأنها يكمن دائماً في المحافظة على وحدة القانون وتوحيد أحكام القضاء حيال تطبيق القانون وتفسيره وبالتالي وحدة القانون الوطني نفسه بوصفها حارسه القانون^(٢).

لذا سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع وعلى النحو الآتي:

(١) أنظر نص المادة (٢٥٥) مرافعات عراقي والتي قررت «لا يجوز ان يكون المحكم من رجال القضاء إلا بأذن من مجلس القضاء، ولا يجوز ان يكون قاصراً محجوراً أو محروماً من حقوقه المدنية أو مفلساً لم يرد إليه اعتباره»
(٢) د. إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، مصدر سابق، ص ٤١٢، حامد فهمي و د. محمد حامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، مطبعة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٣٧، ص ١٢٥، د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٨١١، د. محمد عبد الخالق عمر، قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٤٠.

الفرع الأول: طبيعة محكمة التمييز في القانون العراقي.

الفرع الثاني: طبيعة محكمة التمييز (النقض) في القانون المصري.

الفرع الثالث: طبيعة محكمة التمييز (النقض) في القانون الفرنسي.

الفرع الأول

طبيعة محكمة التمييز في القانون العراقي

يبدو أن الإجابة على الوضع القانوني لمحكمة التمييز غاية في الصعوبة لتعلق الامر بالأثر الاجرائي للواقع والقانون على تحديد وصف محكمة التمييز، فإذا ما اعتبرنا أن محكمة التمييز هي هيئة عليا لتدقيق الأحكام فذلك يحدد نطاق نظرها في مسائل القانون دون التعرض إلى مسائل الواقع إطلاقاً، ويترتب على ذلك إذا ما نقضت محكمة التمييز الحكم المطعون فيه يجب ألا تتصدى بنفسها للفصل فيه لأن ذلك من اختصاص محكمة الموضوع^(١).

إما إذا اعتبرنا محكمة التمييز درجة ثالثة من درجات التقاضي^(٢) جاز لها في هذا الحال ان تعيد النظر في النزاع من حيث الواقع والقانون ولها الحق أيضاً أن تفصل في موضوع النزاع إذا ما نقضت الحكم المطعون فيه.

ولدى الرجوع إلى نصوص قانون المرافعات العراقي نجد أن موقف المشرع العراقي يبدو متردداً وأن هناك تباين كبير بينه وبين موقف المشرع المصري ونظيرهما الفرنسي يجعل من تحديد الوضع القانوني لمحكمة التمييز بين أن تكون تارة هيئة قضائية عليا لتدقيق الأحكام، وتارة

(١) حامد فهمي و د. محمد حامد فهمي، مصدر سابق، ص ١٠، وقارن عكس ذلك د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، مصدر سابق، ص ٩٨ والذي يقول «بأن محكمة النقض وإن كان لم يقصد بها أصلاً أن تكون درجة ثالثة للتقاضي إلا أنها في نظر المتقاضين على الأقل درجة فعلية من درجات التقاضي، وإذا قيل فيها أنها لا تتعرض للوقائع فلا يقدح ذلك بصفتها القضائية، ولا في أنه ليس حتماً أن تكون درجة للنقض مطلقاً من كل قيد أو شرط».

(٢) رغم تباين الأنظمة القضائية بشأن الوضع القانوني لمحكمة التمييز فيمكن ردها إلى نظامين رئيسيين، الأول: تأخذ به إنجلترا ومن نهج نهجها كالولايات المتحدة الأمريكية وكندا وهو ما يسمى بالنظام الانجلوسكسوني، وفيه تعتبر محكمة النقض (التمييز) درجة ثالثة من درجات التقاضي، تفصل في خصومة الطعن من حيث الواقع والقانون، والثاني: وتأخذ به فرنسا ومن هذا حذوها مثل بلجيكا ومصر وهو ما يسمى بالنظام اللاتيني، وفيه تعتبر محكمة التمييز هيئة قضائية عليا لتدقيق الأحكام يقتصر دورها على تقرير حكم القانون دون الخوض في مسائل الواقع، د. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ٦.

أخرى درجة الثالثة من درجات التقاضي، فالمشرع العراقي بعد أن حدد في المادة (٢٠٣) مرافعات عراقي أسباب الطعن طريق التمييز وجهاً يتعلق بمخالفة أحكام القانون^(١)، عاد في المادة (٢٠٩) مرافعات عراقي وقرر «١- تتظر المحكمة المختصة بنظر الطعن في الطعن بأجراء التدقيق على أوراق الدعوى دون أن تجمع بين الطرفين ولها أن تتخذ أي إجراء يعينها على البت في القضية، ٢- للمحكمة المختصة بنظر الطعن عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم للاستيضاح منهم عن بعض النقاط التي ترى لزوم الاستيضاح عنها، ولها أن تأخذ بتقديم بيانات أو لوائح جديدة»^(٢).

وكذلك قررت المادة (٢١٤) مرافعات عراقي «إذا رأت محكمة التمييز نقض الحكم لمخالفته للقانون أو للخطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، وجب عليها أن تفصل فيه ولها في هذه الحالة دعوة الطرفين وسماع أقوالهما إن وجدت ضرورة لذلك».

والحقيقة إنه إذا أمعنا النظر في نصوص قانون المرافعات العراقي (٢٠٣، ٢٠٩، ٢١٤) نلاحظ أن موقف المشرع العراقي مضطرباً، ومن غير الممكن في ثنايا نصوصه أن نحدد طبيعة التمييز بالاستناد إلى التمييز بين الواقع والقانون، حيث أن الفقرة (١) من المادة (٢٠٩) مرافعات عراقي وبما لا يقبل الشك فيه أن محكمة التمييز تمارس صلاحية محكمة الموضوع، ولها أن تقوم بأي إجراء يعينها على البت في القضية، كما أن نص الفقرة (٢) من ذات المادة يسمح لمحكمة التمييز استدعاء الخصوم إذا كانت هناك ضرورة لاستدعائهم للاستيضاح منهم عن بعض النقاط التي ترى لزوم الاستيضاح عنها، ولها أن تأذن بتقديم بيانات ولوائح جديدة وهذا ما يؤكد أن لمحكمة التمييز وفقاً للنص المتقدم صلاحيات محكمة الموضوع، فالمادة (٢٠٣) تعبر

(١) نصت المادة (٢٠٣) مرافعات عراقي على أنه «للخصوم أن يطعنوا تمييزاً، لدى محكمة التمييز في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو محاكم البداءة أو محاكم الاحوال الشخصية، ولدى محكمة استئناف المنطقة في الاحكام الصادرة من محاكم البداءة كافة وذلك في الاحوال الآتية:

١. إذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله.

٢. إذا كان الحكم قد صدر على خلاف قواعد الاختصاص.

٣. إذا وقع في الاجراءات الاصولية التي أتبع عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم.

(٢) حلت عبارة (المحكمة المختصة بنظر الطعن) محل عبارة (يجوز لمحكمة التمييز) الواردة في الفقرة (٢) من المادة (٢٠٩) بموجب القانون رقم (٣) لسنة ١٩٧٧، التعديل الخامس، المادة الرابعة، ثم عدلت بموجب قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم ٧٠٩ في ١٩٧٩/٦/٣.

عن الوظيفة الأساسية لمحكمة التمييز وهي نظر الطعن بالتمييز المستند إلى مخالفة القرار المطعون فيه للقانون ولا يتوافر بالنسبة لها مفترض أساسي من مفترضات درجة التقاضي، وهنا تكون محكمة التمييز هيئة عليا لتدقيق الاحكام، إما المواد (٢٠٩، ٢١٤) فهي تعبر عن الوظيفة الاستثنائية لمحكمة التمييز وهي إعادة الفصل في موضوع النزاع من حيث الواقع والقانون، وهنا تكون محكمة التمييز أقرب إلى كونها درجة الثالثة من درجات التقاضي^(١).

ومؤدى ذلك ان محكمة التمييز تستطيع دعوة الخصوم وإجراء تبليغهم بشكل أصولي بعد تحديد موعد المرافعة أمامها، ولها أن تقوم المحكمة بتوجيه الأسئلة للخصوم وتستمع إلى إجاباتهم عنها وتدون ذلك في محضر الجلسة وتسمح لهم بتقديم بيانات ولوائح جديدة وهذه النقاط تعتبر من مسائل الواقع التي يقع على عاتق الخصوم تقديمها وإثباتها.

وكذلك ما أشارت إليه المادة (٢١٤) مرافعات عراقي، والتي خولت محكمة التمييز صلاحية التصدي للفصل في النزاع وحققها بدعوة الطرفين والاستماع لأقوالهما إذا قررت نقض الحكم المطعون فيه لمخالفته للقانون أو الخطأ في تطبيقه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، ومن المؤكد أن قيام محكمة التمييز بذلك ينأى بها عن وظيفتها الأساسية وجعلها درجة الثالثة من درجات التقاضي.

ويثار التساؤل هنا ما مدى إمكانية تقديم أدلة جديدة أمام محكمة التمييز وفقاً للتنظيم القضائي العراقي؟

ان نقطة الانطلاق التي يجب الشروع منها لمعرفة إمكانية قبول أدلة جديدة وأوجه دفاع وطلبات أمام محكمة التمييز وإمكانية طرح النزاع بعناصره الواقعية والقانونية هو معرفة نظام التقاضي فيها، فهل هو نظام تقاضي على درجتين أم نظام تقاضي على ثلاث درجات، ولكي توجد درجة الثالثة للتقاضي لابد من توافر شرطين:

أولهما: إمكانية إعادة طرح النزاع الذي حكمت فيه محكمة الموضوع للفصل فيه من جديد من حيث الواقع والقانون.

(١) أستاذنا د. هادي حسين الكعبي، الأصول العامة، ج٣، مصدر سابق، ص٩٧٣، عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، مصدر سابق، ص٥٨.

ثانيهما: ان تكون المحكمة التي سيعاد طرح النزاع عليها محكمة اعلى في الدرجة بحسب سلم الترتيب القضائي.

ووفقاً للتنظيم القضائي العراقي فان محكمة التمييز هي الهيئة القضائية العليا التي تمارس الرقابة القضائية على جميع المحاكم^(١).

لذا فان شرط اعتبار محكمة التمييز درجة من درجات التقاضي الاخيرة، والمقصود به يشترط كون المحكمة التي فصلت في النزاع سابقاً أدنى درجة من المحكمة التي يعرض امامها النزاع يعد متوافراً، ولكن الامر لا يمضي بهذه السهولة إذا ما انتقلنا لبحث مدى توافر الشرط الآخر وهو شرط إعادة النظر في النزاع مجدداً من حيث الواقع والقانون^(٢).

فاذا ما استقر بنا المقام على بساط البحث في القانون العراقي، فان الفكر لابد وان يبدأ بالتردد بين وجهتي نظر متعارضتين، ويمكن ملاحظة ذلك في نص المادة (٢٠٣) مرافعات عراقي والتي اوردت احوال الطعن على سبيل الحصر والتي تتركز في مجال القانون دون مجال الواقع، وهو ما يقودنا إلى عدم توفر الشرط الثاني من شروط درجة التقاضي والمتمثل في ان تكون لمحكمة التمييز صلاحية النظر في النزاع من حيث الواقع والقانون ويلاحظ ان أسباب الطعن تمييزاً في الاحكام التي ذكرتها المادة (٢٠٣) مرافعات عراقي تدور حول مخالفة القانون بالمعنى الواسع للمخالفة، ولكن القانون حدد هذه المخالفة بحدود ومعايير لاختلاف الاحكام التي تنطبق على كل حالة^(٣). وقد تميل وجهة النظر الثانية إلى ما يمنحه المشرع العراقي لمحكمة التمييز من سلطة استثنائية بإعادة النظر في النزاع من جديد من حيث الواقع والقانون^(٤) وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) والتي قررت بان «للمحكمة المختصة بنظر الطعن عند الاقتضاء ان

(١) أنظر نص المادة (١٢) من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل، تقابلها المادة (١) من قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢.

(٢) د. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، مصدر سابق، ص ١٢٣.

(٣) د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٤١١، وأنظر في ذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد ١٦/عامه/١٩٧٢ في ١٨/١٠/١٩٧٢. مشار اليه لدى عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، مصدر سابق، ص ٢٧.

(٤) أنظر المادة (١/٢٠٩) مرافعات عراقي والتي قررت «تنظر المحكمة المختصة بنظر الطعن بإجراء التدقيق على اوراق الدعوى دون ان تجمع بين الطرفين ولها ان تتخذ أي إجراء يعينها على البت في القضية».

تدعو الخصوم للاستيضاح منهم عن بعض النقاط التي ترى لزوم الاستيضاح عنها ولها ان تأذن بتقديم بيانات ولوائح جديدة»

ثم عادت في الفقرة الثالثة منها إلى انه: «لا يجوز احداث دفع جديد ولا ايراد أدلة جديدة أمام المحكمة المختصة بالنظر في الطعن تمييزاً باستثناء الدفع بالخصومة والاختصاص وسبق الحكم في الدعوى» والتي اكدت بشكل واضح وصريح على عدم احداث دفع جديد ولا ايراد أدلة جديدة، وهذا يؤكد ان محكمة التمييز هي محكمة قانون وهي هيئة عليا لتدقيق الاحكام تنظر في مسائل القانون دون التعرض إلى مسائل الواقع، وتأسيساً على ذلك ورغم التباين والاضطراب في نصوص المواد (٢٠٣، ٢٠٩، ٢١٤) مرافعات عراقي والذي لا يمكن تحديد وصف محكمة التمييز هل هي هيئة عليا أم درجة من درجات التقاضي^(١)، إلا انه وبالرجوع إلى فكرة الطعن بالتمييز ذاتها، واسباب الطعن بالتمييز يؤكد ان محكمة التمييز وفقاً للتنظيم القضائي العراقي هي محكمة قانون، واذا كانت كذلك فلا يجوز لها سواء من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم، ان تستجوب من ترى موجبا لاستجوابه من اطراف الدعوى^(٢) ولا يحق لها تجزئة الاقرار^(٣).

كما انها لا تملك تدقيق مستندات أو اوراق جديدة يقدمها الخصوم للأشارة إلى ما وقعت فيه محكمة الموضوع من اخطاء في مرحلة إثبات الوقائع^(٤).

ويحظر عليها ان تستأنف النظر بالموازنة والترجيح والتعديل فيما يعرضه الخصوم من بيانات وقرائن ودلائل الغرض منها اثباتا للدعوى أو نفيها^(٥) وليس لها ان تقوم بأي اجراء من اجراءات التحقيق كسماع شهادة أو اجراء معاينة ولا النظر في مستندات جديدة قدمت لها^(٦) ولا تملك الترجيح بين الشهادات وليس ان تطرح دليل أو تأخذ بغيره لان الاصل في ذلك ان هذه السلطات تمتلكها محكمة الموضوع وان محكمة التمييز هي محكمة قانون لا وقائع وان قاضي

(١) أنظر كذلك نص المادة (٢٦٩) مرافعات مصري.

(٢) أنظر نص المادة (٧١) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم ان تستجوب من ترى موجبا لاستجوابه من اطراف الدعوى»

(٣) أنظر نص المادة (٦٩) إثبات عراقي والتي قررت «لا يتجزأ الإقرار على صاحبه، إلا إذا انصب على وقائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى»

(٤) د. مصطفى كيرة، النقض المدني، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢٩٩.

(٥) د. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، مصدر سابق، ص ١٢٤.

(٦) أنظر نص المادة (٨١) ونص المادة (١٢٥) إثبات عراقي.

الدعوى حراً في تقدير الدليل المقدم إليه له ان يأخذه إذا اطمئن إليه وله ان يطرحه إذا تطرق لنفسه الشك^(١). ان مسائل الموضوع من اختصاص محكمة الموضوع ومن مسائل الموضوعية تقدير الأدلة، كأن يتمسك الخصم بمبرر تأخر المستأجر عن سداد الاجرة أمام محكمة التمييز يعتبر من اوجه الدفاع الموضوعية^(٢). لذا فان محكمة التمييز باعتبارها هيئة عليا لتدقيق الاحكام لا تتدخل في البحث عن تقدير الادلة وإعادة فحص الاثباتات الواقعية في حكم القانون ولا يجوز تقديم أدلة جديدة امامها لان ذلك من مسائل الواقع التي يختص بها قاضي الدعوى^(٣).

ونرى ان موقف المشرع العراقي غير واضح فيما يخص وظيفة محكمة التمييز في كونها محكمة قانون أم درجة ثالثة من درجات التقاضي، ويقتضي ذلك مراجعة نص المادة (٢٠٩) مرافعات عراقي وتحديد وظيفة محكمة التمييز دون ان يكتنفها أي غموض بوصفها محكمة القانون لا دخل لها بمسائل الواقع احتراماً لمبدأ التقاضي على درجتين، وفيما يخص المادة (٢١٤) تحديد دور محكمة التمييز عند نقض الحكم والوقوف عند هذا الحد دون التصدي للفصل في الموضوع اسوة بالمشرع الفرنسي ولما في ذلك من اهمية في ازالة التداخل في الصلاحيات ويساهم في ازالة عبء ثقل عن كاهل محكمة التمييز.

إما في ظل التشريعات التي تعتبر ان نقض الحكم المطعون فيه يستلزم ان تقوم محكمة التمييز بالفصل فيه إذا كان صالحاً للفصل من حيث الواقع والقانون يجعل منها درجة ثالثة من

(١) أنظر في ذلك قرار محكمة التمييز بالعدد ١٢/هيئة موسعة/١٩٨٥ في ٢٩/٨/١٩٨٤. منشور في المجلة العربية للفقهاء والقضاء، العدد الثالث، نيسان، ١٩٨٦، ص ٢٧١. والتي قضت فيه «... ان الشريط المسجل لا يعتبر من وسائل الاثبات القانونية».

(٢) أنظر في ذلك قرار محكمة النقض المصرية جلسة ١٦/١/١٩٨٣، س ٥١. والذي قضت فيه إلى ان «المقرر في قضاء هذه المحكمة ان تقدير المبرر وقبوله في تأخر المستأجر في سداد الاجرة أو امتناعه عن سدادها من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع، ولما كانت اوراق الطعن قد خلت مما يدل على ان الطاعن قد تمسك أمام محكمة الموضوع بوجود المبرر المذكور لتأخره في سداد الاجرة، فانه لا يجوز له اثاره هذا الدفاع الاول مرة أمام محكمة النقض» مشار إليه لدى د. انور طلبه، موسوعة المرافعات، ج ٥، دار الفكر العربي، القاهرة، دون سنة نشر، ص ٦١١.

(٣) د. مصطفى صخري، موسوعة المرافعات، ط ٣، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٤١٢. وأنظر كذلك د. عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الاجراءات المدنية، ط ١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٠، ص ٤٢١.

درجات التقاضي^(١). ولها صلاحيات محكمة الموضوع سواء كانت محكمة أول درجة أو محكمة ثاني درجة فإن ذلك يقودنا إلى امكانية تقديم أدلة جديدة أمام محكمة التمييز باعتبارها درجة ثالثة من درجات التقاضي.

الفرع الثاني

طبيعة محكمة التمييز (النقض) في القانون المصري

إن الهدف المباشر لمحكمة النقض هو تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في وحدة القضاء والقانون، إما المصلحة الخاصة للأفراد فهي تمثل هدفاً غير مباشر لهذه المحكمة، وهي تعتبر هدفاً غير مباشر لأن الشارع منح الأفراد درجتين للتقاضي، ورأى أن في ذلك ما يكفي لصيانة حقوقهم وتحقيق مصالحهم الخاصة بصورة مباشرة، ولم يجعل من محكمة النقض درجة ثالثة للتقاضي واكتفى بالأخذ بمبدأ التقاضي على درجتين^(١).

وبذلك فإن محكمة النقض وفي ظل التشريع المصري لا تعتبر درجة ثالثة من درجات التقاضي، ولذلك فهي لا تعيد النظر في وقائع النزاع، وإنما تقتصر وظيفتها على محاكمة الحكم المطعون فيه وينبني على ذلك أنها تقبل الوقائع كما هي ثابتة في الحكم المطعون فيه والأجزاء التي انصب عليها الطعن وينحصر بحثها في مراقبة سلامة تطبيق الحكم للقانون على تلك الوقائع وسلامة استخلاصه لها وسلامة الإجراءات^(٢).

ويقترّب القانون المصري في هذا الوضع كثيراً من نظيره القانون الفرنسي الذي اعتبر أن الطعن ليس مقبولاً إلا لعيوب معينة على سبيل الحصر تلحق الحكم المطعون فيه وتدور حول مخالفته للقانون، إما الوقائع فهي مستبعدة من نطاق أسباب النقض^(٣).

(١) ومن التشريعات العربية التي أنفردت في هذا الصدد واعتبرت محكمة التمييز درجة ثالثة من درجات التقاضي وذلك في المرحلة اللاحقة للنقض، التشريع اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ والذي قرر في المادة (٧٣٤) منه على أنه «في حالة نقض القرار المطعون فيه، لمحكمة التمييز ان تفصل مباشرة في موضوع القضية إذا كانت جاهزة للحكم، وإلا فإنها تعين موعد لسماع المرافعات أو لإجراء ما تراه ضرورياً من تحقيق.... وتحكم محكمة التمييز في القضية من جديد في الواقع والقانون».

ومن التشريعات الأجنبية التي تعتبر محكمة التمييز أو كما تسمى لديهم المحكمة العليا مجرد درجة أخير من درجات التقاضي، تفصل في خصومة الطعن من حيث الواقع والقانون شأنها في ذلك شأن قاضي الموضوع وهذا ما معمول به في (انجلترا، الولايات المتحدة، كندا).

ولكن موقف القانون المصري هذا لم يصل إلى درجة التطابق. فالطعن أمام محكمة النقض المصرية لا يجوز سلوكه إلا لأسباب تجعل الحكم مخالفاً للقانون، ويترتب على ذلك استبعاد الوقائع التي أكدها الحكم المطعون فيه، ولكن عدم التطابق يظهر عندما نصل إلى مرحلة ما بعد نقض الحكم، والمشكلة تكمن في نص الفقرة (٤) من المادة (٢٦٩) مرافعات مصري^(١)، والتي خولت الصلاحية لمحكمة النقض المصرية بالتصدي والفصل في النزاع، فإذا حكمت المحكمة بالحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه أو كان الطعن للمرة الثانية وجب عليها أن تحكم في الموضوع، والهدف من ذلك هو سرعة البت في الموضوع والاقتصاد في النفقات والإجراءات^(٢).

ويرى الباحث أن نص الفقرة (٤) من المادة (٢٦٩) مرافعات مصري تُخرج محكمة النقض من وظيفتها الأساسية في مراقبة الأحكام المخالفة للقانون وتجعل منها درجة ثالثة من درجات التقاضي وهي في ذلك تقترب من الوضع القانوني لمحكمة التمييز في القانون العراقي.

الفرع الثالث

طبيعة محكمة التمييز (النقض) في القانون الفرنسي

إن محكمة النقض في فرنسا هي محكمة قانون، وأن الطعن بطريق النقض لا يكون مقبولاً إلا لأسباب معينة على سبيل الحصر تلحق الحكم المطعون فيه وتدور حول مخالفته للقانون^(٣). إما

(١) أنظر نص الفقرة (٤) من المادة (٢٦٩) مرافعات مصري والتي قررت «... ومع ذلك إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه أو كان الطعن للمرة الثانية ورأت المحكمة نقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم في الموضوع».

(٢) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٤٦٢. وتقول المذكرة الإيضاحية للقانون المصري، أن المشرع رأى تعديل الأحكام الخاصة بتصدي محكمة النقض للموضوع، فأوجب عليها التصدي لموضوع الدعوى إذا نقضت الحكم المطعون فيه وكان الموضوع صالحاً للفصل فيه، والهدف من ذلك هو الاقتصاد في الإجراءات وسرعة البت في الموضوع، وتقول أيضاً أنه لا يلزم أن يكون موضوع الدعوى صالحاً برمته للفصل فيه بل يكفي أن يكون صالحاً في شق منه. وهذا الشق تفصل فيه محكمة النقض وتحيل الشق الآخر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم.

(٣) أنظر في وظيفة محكمة النقض الفرنسية:

PBELLET, france, La cour de cassation, Rev. int. dr. comp. No. I, Paris. 1978. P. 193.

مشار إليه لدى د. نبيل إسماعيل عمر، قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط ٢، ٢٠١١، ص ٦٣٥.

الشق الثاني من النزاع وهو الوقائع فإنه مستبعد من نطاق أسباب النقض، فإذا تبين لمحكمة النقض الفرنسية نقض الحكم فإن مهمتها تقف عند هذا الحد ويكون نظر الموضوع بعد ذلك ليس داخلاً في سلطتها وإنما هو دائماً من اختصاص محاكم الموضوع^(١).

فليس لمحكمة النقض الفرنسية كأصل عام التصدي للفصل في موضوع النزاع، وهذا المنع من التصدي مشار إليه في كل قوانين محكمة النقض منذ تاريخ إنشائها حتى الآن، وكذلك مُنعت محكمة النقض الفرنسية من تفسير القانون تفسيراً ملزماً لبقية المحاكم على اعتبار أن تفسير القانون هو من مهام السلطة التشريعية وليس من مهام السلطة القضائية، وكذلك فإن المبادئ التي تقرها محكمة النقض الفرنسية ليس لها قوة القانون على المحاكم الأدنى درجة منها لأنها لا تصل إلى مرتبة القانون^(٢).

فالمادة (٧) من القانون الصادر في ١٨١٠/٤/٢٠ والتي أكدت على «أن تحقيق العدالة منوط بقضاة الموضوع، يصدر عن أحكامهم بحسب اقتناعهم، ولا يخضعون لرقابة محكمة النقض إلا في حالة المخالفة الصريحة للقانون». والواقع أن عدم السماح لمحكمة النقض الفرنسية الفصل في النزاع يرجع لاعتبارات تاريخية، فالنظام القضائي الفرنسي وليد لاعتبارات بلاده، كما أن الخشية من عودة الممارسات البرلمانية القديمة والخوف من إصدار قرارات لائحية من جانب محكمة النقض الفرنسية هي التي دفعت المشرع إلى منع رفضه حسم النزاع^(٣).

وكان المتبع أنه إذا نقضت الحكم للمرة الثانية، وأحيل النزاع إلى محكمة استئناف ثالثة ومع ذلك أصدرت هذه الأخيرة قراراً متوافقاً مع وجهة نظر محاكم الاستئناف، وبالتالي فلا يكون

(١) أنظر نص المادة (٦٠٤) مرافعات فرنسي والتي قررت «يهدف الطعن بطريق النقض إلى نقض الحكم المطعون فيه، إذا تبين لمحكمة النقض أنه لا يتطابق مع قواعد القانون»، وأنظر نص المادة (٦٢٦) مرافعات فرنسي والمعدلة بالمرسوم (٦٦) لعام ٢٠١٢ والصادر بتاريخ ٢٠/١٢/٢٠١٢ والتي قررت «في حال نقض الحكم وإحالة الدعوى إلى محكمة الموضوع للنظر فيها، فيتم تحديد الأخيرة بالاستناد إلى قواعد التنظيم القضائي». وأنظر في تفصيل ذلك:

PERROT: -Le renvoi après cassation Joumees tudes avoues, pau, oct. 1983, Gaz, pal, 15.

(٢) أستاذنا د. هادي حسين الكعبي، الأصول العامة، ج ٣، مصدر سابق، ص ٩٧٠.

(٣) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، مصدر سابق، ص ٤٦٨ - ٤٦٩، وأنظر في تفصيل ذلك:

Martin: Le fait et Le droit on Les parties et Le juge J.C.P. 1974, 1, 2625.

مشار إليه لدى د. أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٨.

هناك إلا اللجوء إلى نظام الاستعجال التشريعي، ومقتضى هذا النظام الذي ابتدعه الثوار عام ١٧٩٠، هو أن المسألة القانونية المتنازع عليها بين محاكم الاستئناف ومحكمة النقض كانت تطرح على المجلس التشريعي للفصل فيها.

وأستبدل هذا النظام بنظام التفسير اللائحي للقانون بواسطة رئيس الدولة وكان ذلك عام ١٨٠٧.

وفي عام ١٨٢٨ صدر قانون ينظم ما يسمى بالتفسير القضائي، وكان مقتضى هذا النظام أنه وبعد نقض الحكم للمرة الثانية، فإن النزاع يحال إلى محكمة استئناف ثالثة والتي تفصل بحرية كاملة ونهائية باتة في موضوع النزاع^(١).

وفي سنة ١٨٣٧ صدر قانون مؤداه إذا حدث نقض لأحد القرارات وامتنع قاضي الإحالة عن تبني وجهة نظر محكمة النقض، وحصل طعن للمرة الثانية بالقرار، فإن الطعن ينظر من قبل الجمعية العمومية فإذا ما نقض الحكم وأحيل النزاع فإن المحكمة المحال إليها النزاع تلتزم بالمبدأ الذي قرره محكمة النقض بهذا التشكيل الخاص^(٢). وفي الثالث من تموز عام ١٩٦٧ صدر القانون والذي أجازت المادة (١٥) والمادة (١٦) منه «أن للجمعية العمومية لمحكمة النقض الفرنسية إذا نظرت الطعن بالنقض للمرة الثانية، أن تتدخل في الموضوع وتتطرق بالحكم دون إحالة»، واشترطت المادة لإعمال ذلك أن تكون معاينة الواقع وتقديره كافياً، من أجل النطق بالحكم من قبل محكمة النقض الفرنسية^(٣)، ولم تستخدم محكمة النقض الفرنسية الرخصة المخولة لها بمقتضى المادة (١٦/١) سابقة الذكر والسبب يعود إلى خوف محكمة النقض القيام بدور ليس لها وخارجاً عن وظيفتها الأساسية، فهي محكمة قانون وليس محكمة موضوع ولا تريد المساس بمهام وصلاحيات محكمة الموضوع، وهذا بدوره يحدد مهام محاكم الموضوع ومحاكم الطعن في ظل التشريع الفرنسي، كما أنه يحفظ القدر الأقصى من الضمانات للخصوم^(٤).

المطلب الثالث

رقابة محكمة التمييز على سلطة قاضي الموضوع في الإثبات

على الرغم من أن قاضي الموضوع يتمتع بحرية في تقدير الدليل إلا أنه ملزم باتباع قواعد الإثبات وطرق التحقيق المبينة في قانون الإثبات، وإن رقابة محكمة التمييز على الفصل في الواقع يقوم على ركيزتين أساسيتين:

الأولى: تحقق القاضي من الوجود المادي للوقائع المقدمة من قبل الخصوم. **والثانية:** الإثبات القانوني لها، أي إثبات الوقائع وفقاً لأدلة الإثبات وقواعد القانون الموضوعية والإجرائية في الإثبات^(١).

فمثلاً يجب على القاضي أن يلتزم بالقوة الثبوتية لأدلة الإثبات، وعليه أن يتقيد بحكم القانون في تحديد عبء الإثبات ومن يكون عليه عبء الإثبات ومن يكون له النفي، ولا يجوز له أن يأخذ بدليل قدمه صاحبه في غير مواجهة خصمه، وعليه الامتناع عن القضاء بعلمه الشخصي وإلا تعرض حكمه للنقض لمخالفة القانون^(٢).

وعليه فإن القاضي لا يتمتع بالسلطة المطلقة في إثبات الواقع، فعلمه ليس اثباتاً للواقع بغير قانون وإنما هو عمل مركب من الواقع والقانون^(٣).

فالفرع في المسائل الواقعية شأنه شأن الفصل في المسائل القانونية يمكن أن يلحقه عيب، وعلى ذلك فلا صحة للمبدأ الشائع فقهاً وهو السلطة المطلقة لقاضي الدعوى في إثبات الواقع، لما ينطوي عليه من فهم خاطئ لوظيفة قاضي الموضوع في إثبات الوقائع، فعلمه يكون وفقاً لقواعد القانون وأدلة الإثبات التي حددها القانون، فسلطة قاضي الموضوع في إثبات الواقع ليست سلطة مطلقة ونهائية لا رقابة عليها من محكمة التمييز، وإنما هي سلطة معلقة على شرط التزام القاضي بقواعد الإثبات وطرق التحقيق المبينة في القانون^(٤).

ولذا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين وعلى النحو الآتي:

الفرع الأول: التزام القاضي بإثبات الواقع على ضوء قواعد القانون في الإثبات

الفرع الثاني: الإجراءات الخاصة بأدلة الإثبات ورقابة محكمة التمييز عليها.

(١) د. أحمد السيد صاري، نطاق رقابة محكمة النقض، مصدر سابق، ص ١٢٣.

(٢) د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، مصدر سابق، ص ١٤٩.

(٣) د. أحمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧، د. محمد علي الكيك،

رقابة محكمة النقض على تسبيب الأحكام، منشأة المعارف الإسكندرية، ١٩٨٥، ١٩٩١.

(٤) حامد فهمي و د. محمد حامد فهمي، مصدر سابق، ص ١٢٦.

الفرع الأول

التزام القاضي بإثبات الواقع على ضوء قواعد القانون في الإثبات

سبق القول ان عمل القاضي في إثبات الواقع عمل مركب من الواقع والقانون، بحيث يتوجب على القاضي في إثبات واقعة ما ان يكون طبقاً لقواعد القانون في الإثبات الموضوعية والإجرائية على السواء ^(١).

فقد حدد القانون أدلة الإثبات وبين مدى قوتها في الإثبات، ومحل الإثبات، وتحديد عبء الإثبات، ومن يقع عليه عبؤه، والإجراءات التي يجب على الخصوم اتباعها عند تقديم كل دليل من أدلة الإثبات. وكيفية تحقيقه، فان خالف القاضي هذه القواعد أو أخطأ في تطبيقها تعرض حكمه للنقض لمخالفته القانون لكونه أخطأ في فهم القانون وليس في فهم الواقع وتقديره ^(٢).

وعلى ذلك يتعين على القاضي مراعاة الالتزام بطرق الإثبات التي حددها القانون، فلا يجوز له إثبات واقعة ما بغير الأدلة التي عينها القانون لإثبات الوقائع مصدر الحقوق، وهذه الطرق حددها المشرع وهي ملزمة للقاضي والمتقاضيين فلا يجوز للقاضي إضافة وسيلة أخرى لا يقرها القانون، كما لا يجوز للخصوم التوصل بطريقة أخرى لأثبات دعاوهم ^(٣).

ويجب على القاضي ان يبني حكمه على أساس ما قدمه الخصوم في الدعوى من أدلة، ولا يجوز له القضاء بعلمه الشخصي، حفاظاً على حيادية في الدعوى واحتراماً لحقوق الدفاع، ولا يعتبر من هذا القبيل ما يقضي به القاضي لعلمه بالشؤون العامة التي يفترض علم الكافة به، فان خالف ذلك كان حكمه عرضة للنقض ^(٤) ويلتزم القاضي في الإثبات بان تكون الواقعة المراد اثباتها

(١) أنظر في ذلك

Faye: La cour de cassation 'Paris' 1970 ' N. 154-Neu: N136. P324 .

(٢) د. فتحي والي، الوسيط، مصدر سابق، ص ٨١٩.

(٣) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج ١، ص ٣٢.

(٤) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٢٠٤، ويرى بعض الفقه إلى عدم اعتبار امتناع القاضي عن الحكم بعلمه الشخصي فرعاً من مبدأ حياد القاضي، بل هو النتيجة المترتبة على حق الخصوم في مناقشة الأدلة في القضية، لأنه يرى ان علم القاضي هنا يكون دليلاً في القضية، وإن كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الامر ان ينزل القاضي منزلة الخصوم فيكون خصماً وحكماً، د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المجلد الثاني، مصدر سابق، ص ٣١، ورغم سلامة هذا التحليل إلا اننا نؤيد ما ذهب إليه البعض الآخر إلى ان المسألتين مرتبطتان ببعضهما ارتباطاً لا يمكن فصله، د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في الإثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، ط ١، ١٩٧٣، ص ٢٠.

جائزة القبول قانوناً، فلا يجوز له ان يجيب طلب الخصم في إثبات دين قمار لمخالفة ذلك للنظام العام، أو إثبات معاشرة غير مشروعة لمنافاة ذلك للآداب العامة (١).

ولا يجوز للقاضي ان يجبر الخصم على تقديم دليل ضد نفسه يرى انه ليس في مصلحته، فمن حق كل خصم ان يحتفظ بأوراقه الخاصة به، وليس لخصمه ان يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه ما لم يكن المستند مشتركاً بين الطرفين ومثبتاً لالتزامات متبادلة بينهما أو كان القانون يجيز تقديمه أو تسليمه (٢).

ولا يجوز للقاضي الإثبات بدليل في غير الأحوال التي نص عليها القانون، فلا يجوز له الإثبات بشهادة الشهود في غير الأحوال المنصوص عليها بذلك (٣). كما لا يجوز له توجيه اليمين الحاسمة من تلقاء نفسه (٤).

فالمشرع قد يجيز الإثبات أحياناً بكافة طرق الإثبات (٥)، ويمنع الإثبات ببعضها أحياناً أخرى، وقد يتطلب في أحوال ثالثة الإثبات بدليل معين (٦).

كما انه من المقرر أيضاً، انه لا يجوز إثبات الوقائع المادية بكافة طرق الإثبات كوضع اليد والاستيلاء (٧)، فان خالف القاضي ذلك كان حكمه عرضه للنقض وعلى القاضي احترام القواعد التي تتعلق بتوزيع عبء الإثبات بين الخصوم فهو ليس حراً في تعيين من يقع عليه عبء الإثبات من الخصوم ومن يكون عليه نفي الادعاء، بل هو مقيد في ذلك بحكم القانون وخاضع فيه لرقابة محكمة النقض (٨).

(١) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الإثبات، مصدر سابق، ص ٧٨.

(٢) أنظر نص المادة (٦٧) إثبات عراقي.

(٣) أنظر نص المادة (١٠٢/ثانياً) إثبات عراقي.

(٤) أنظر نص المادة (١١٤) إثبات عراقي.

(٥) أنظر نص المادة (١١٠٩) من القانون المدني العراقي والتي قررت «كل تصرف ناقل للملكية يصدر من شخص في مرض الموت، مقصود به التبرع والمحابة، يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه احكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى له، وعلى ورثة من تصرف ان يثبتوا ان العمل القانوني قد صدر من مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك، بجميع طرق الاثبات».

(٦) أنظر نص المادة (٧٧) إثبات عراقي، ونص المادة (٧٩) إثبات عراقي.

(٧) أنظر نص المادة (١٢٨٦) مدني عراقي والتي قررت «لا ينعقد الرهن التأميني إلا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري....».

(٨) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٤٣.

فالمدعي ملزم بإقامة الدليل على ما يدعيه، فعلى الدائن إثبات الالتزام على المدين إثبات التخلص منه، فإذا اثبت أولهما دينه وجب على الآخر ان يثبت براءة ذمته لأن الأصل خلوص الذمة وانشغالها عارض، ومن ثم كان الإثبات على من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً أو عرضاً مدعياً كان أو مدعى عليه وبذلك يتناوب الخصمان في الدعوى عبء الإثبات تبعاً لما يدعيه كل منهما^(١). ووجب المشرع على القاضي احتراماً لحقوق الدفاع ان يقوم بإعلان الاحكام الصادرة بإجراءات الإثبات إلى الخصم الذي غاب في جلسة النطق بها حتى لو عُد حاضراً طبقاً للقواعد العامة في قانون المرافعات ورتب على عدم مراعاة ذلك بطلان عمل القاضي^(٢).

ولا يجوز للقاضي ان يأخذ بدليل دون ان يطرحه للمناقشة بين الخصوم تحقيقاً لمبدأ المواجهة بين الخصوم^(٣)، لذا يتوجب على القاضي ان يبين في حكمه ما إذا كانت الأدلة التي استند إليها قد حصلت فيها مناقشة الخصوم، إذ لا يصح ان يبيني قضاءه على دليل لم يحظى بمناقشة الخصوم^(٤).

الفرع الثاني

الإجراءات الخاصة بأدلة الإثبات ورقابة محكمة التمييز عليها

بين المشرع في قانون الإثبات حجية كل دليل من أدلة الإثبات وشروط استيفائه لهذه الحجية ونطاقها، وإمكانية دحضها وكيفية ذلك، والقاضي في كل هذا مقيد بحكم القانون وخاضع فيه لرقابة محكمة التمييز^(٥).

ولقاضي الموضوع السلطة التامة في تقدير الأدلة وموازنة بعضها ببعض الآخر وترجيح ما يطمئن إليه منها، فمحكمة الموضوع هي صاحبة الولاية في تقدير الوقائع وتفسير المستندات واستخلاص الأدلة وبالرغم من ذلك فان محكمة الموضوع وإن كان لها الحق في تقدير أدلة الدعوى

(١) نقض مدني مصري بالعدد ٣٨ في ١٩٧٧/٩/٢٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمسون عاماً، مشار إليه لدى أنور طلبه، المطول في شرح قانون المرافعات، ج ١، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، ص ٢٣٧.

(٢) أنظر نص المادة (٨) إثبات عراقي، وأنظر نص المادة (١) إثبات مصري.

(٣) أنظر نص المادة (٥) إثبات مصري والتي قررت «الاحكام الصادرة بإجراءات الإثبات لا يلزم تسببها ما لم تتضمن قضاءً قطعياً...»

(٤) د. عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، مصدر سابق، ص ٣١٩.

(٥) د. أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض، مصدر سابق، ص ١٥٣.

واستخلاص الواقع إلا انه يتعين عليها ان تفصح عن مصادر الأدلة التي كونت منها عقيدتها بان يكون لها أصلها من أوراق الدعوى بحيث تكون مؤدية للنتيجة التي خلصت اليها ^(١).

فبالنسبة لأقوال الشهود وعلى الرغم من السلطة التقديرية التي يتمتع بها قاضي الدعوى في تقدير اقوال الشهود حسبما يطمئن اليه وجدانه إلا انه يخضع لرقابة محكمة النقض في الأحوال التي يصرح بها القاضي في أسباب حكمه بعدم اطمئنانه إلى اقوال الشهود، وكانت هذه الأسباب مبنية على ما يخالف محاضر جلسات المرافعة أو على تحريف لأقوال الشهود أو الخروج بها عما يؤدي اليه مدلولها ^(٢).

ولقاضي الموضوع الذي يعرض عليه طلب الإثبات بشهادة الشهود، بعد بحث توافر الشروط القانونية فيه أو عدم توفر ذلك، سلطة تقديرية في ان يجيب الطلب أو يرفضه كأن تكون الوقائع المراد اثباتها قد مرّ عليها زمن طويل بحيث يتعذر اثباتها بالشهادة لما يحتمل نسيانها من قبل الشهود أو قد يرفضها لاقتناعه بعدم الحاجة إلى إجابة طلب الإثبات بالشهادة اكتفاءً منه بالظاهر بالدعوى إلا انه ملزم عند رفضه الطلب ان يبين في حكمه الأسباب الداعية لذلك وتسببها تسبباً سائغاً من اجل تمكين محكمة التمييز من مباشرة رقابتها على سلامة الرفض، وإلا كان حكم الرفض مشوباً بالقصور وهذا ما يجعله باطلاً ^(٣).

كما ان لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية ولها ان ترجح شهادة على أخرى وفقاً لظروف الدعوى وملابساتها، ورغم ما تمتلكه محكمة الموضوع من سلطة تقديرية

(١) نقض مدني مصري بالعدد ٦١٢ في ٢٥/١٠/١٩٥٦، مجموعة احكام النقض، ص ٨٢٤. والذي قررت فيه «... إجراء التحقيق لأثبات وقائع يجوز ثباتها بالشهادة ليس حقاً للخصوم تتحتم اصابتهم اليه في كل حال بل هو امر متروك لمحكمة الموضوع ترفض الإجابة عليه متى رآته غير مجدي...»

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق، ص ٣٢٢.

(٣) قرار محكمة التمييز بالعدد ٢١٦٢/ح/١٩٥٨ في ١٢/٦/١٩٥٨، مجلة القضاء، العدد الأول، ١٩٥٩، ص ٢٤. والذي قضت فيه «... كان على محكمة الموضوع رفض طلب الاثبات بالشهادة استناداً إلى انه غير منتج...» ، وأنظر كذلك قرار محكمة النقض المصرية الذي قضت فيه «... بأن محكمة الموضوع إذا رفضت طلب الإحالة إلى التحقيق وسببت ذلك باكتفائها بما هو بين يديها من عناصر الدعوى ، فإن ذلك لا يعيب حكمها لأن تقدير هذه العناصر وكفايتها مسألة موضوعية تخرج عن رقابة محكمة التمييز...» نقض مدني مصري بالعدد ١٨٥ في ٣١/١٢/١٩٦٤، مجموعة احكام النقض، ص ١٢٨٨، وفي قرار اخر قضت محكمة النقض المصرية «... بان المحكمة إذا رفضت طلب الإحالة على التحقيق دون بيان سبب مقبول لذلك كان معيباً بالقصور ويتعين نقضه...» نقض مدني مصري بالعدد ٢٠٢ في ٢٣/١٢/١٩٦٩ ، مجموعة احكام النقض ، ص ١٢٩٦.

في الموازنة والترجيح إلا أنها ملزمة ان تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة، فإن خالفت ذلك كان حكمها معيباً ويستوجب النقض^(١)، ومؤدى ذلك ان محكمة التمييز تراقب تسبب قاضي الموضوع ويجب ان تكون قناعة المحكمة بشهادة معينة دون أخرى مقيدة بضرورة استنادها إلى وقائع صحيحة وأسباب كافية، ولا يتقيد القاضي بعدد الشهود، بل لمحكمة الموضوع ان تأخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعي إذا اقتنعت بصحتها، كما ان لها ان ترد شهادة شاهد أو أكثر إذا لم تقتنع بصحة الشهادة^(٢).

وفيما يخص سلطة محكمة الموضوع في القرائن بانها من اطلاقات قاضي الموضوع وللقاضي استنباط القرينة التي يعتمد في تكوين عقيدته وتقدير القرائن وكفايتها في الإثبات هو ما تستقل به محكمة الموضوع طالما كان استخلاصها سائغاً عقلاً إلى النتيجة التي تكون قد انتهت إليها ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها^(٣)، غير ان محكمة التمييز تبسط رقابتها على تسبب قاضي الموضوع في استخلاص القرينة واستلزم ألا يشوب الحكم تناقض أو ان يكون معيباً بالفساد في الاستدلال ذلك انه وإن كان تقدير القرائن من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع إلا أنها إذا أوردت اسباباً لإثبات القرينة أو نفيها فإن هذه الأسباب تخضع لرقابة محكمة التمييز^(٤). وتراقب محكمة التمييز تطبيق الحكم للقرينة واستيفائها لشروطها فلا يجوز للحكم ان يهدر القرينة القانونية القاطعة التي لا يجوز إثبات عكسها وان يعتبرها قرينة غير قاطعة^(٥).

(١) أنظر نص المادة (٨٢) إثبات عراقي.

(٢) أنظر نص المادة (٨٤) إثبات عراقي، وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق «لدى التدقيق والمداولة تبين ان الحكم غير صحيح إذ قضى برد الدعوى بسبب عدم حصول النصاب في الشهادتين اللتين ادياها شقيقه وشقيقته غير صواب، لأن النصاب يحصل من شهادة شخص مع يمين المدعية...» قرارها بالعدد ٤٤/مدنية رابعة / ١٩٧٣، مشار اليه لدى د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٤١٣.

(٣) نقض مدني مصري بالعدد ٤٤٤ في ١١/٢٨/١٩٦٨، مشار اليه لدى أنور طلبية، مصدر سابق، ص ٧٩٤.

(٤) نقض مصري بالعدد ٢١١ في ١٨/١٢/١٩٧٩، مشار اليه لدى أنور طلبية، مصدر سابق، ص ٧٩٦.

(٥) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، الأدلة المقيدة، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٢١، وأنظر نص المادة (١٣٥٣) من القانون المدني الفرنسي والتي قررت «... ويشترط في القرينة ان تكون جسيمة ومحددة» بل انها استلزم في قضائها الحديث ضرورة ان تشتمل أسباب الحكم على تسبب خاص في هذه الحالة. وأنظر في تفصيل ذلك:

Jacques BORE: La cassation en matiere civile ، Dalloz ، Paris ، 1997. N.p.453.

ويذهب بعض الفقه إلى ان القرينة القانونية ولكونها مقررة لنصوص خاصة تبين في صيغة عامة شروط انطباقها، يعتبر توافر هذه الشروط مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض، وكذلك الامر فيما

إما القرينة القضائية فقد عرفت المادة (١٠٢) إثبات عراقي بأنها استنباط القاضي أمر غير ثابت من أمر ثابت، فهي نتيجة يستنبطها القاضي من واقعة معلومة في الدعوى فيستدل بها على الأمر المجهول المراد اثباته، فهي دليل إثبات غير مباشر، لأن الإثبات فيها لا يتناول الواقعة المدعى بها بالذات بل واقعة أخرى قريبة منها أو متصلة بها متى اثبت الاستدلال على وجود الواقعة^(١). ولا يقبل الإثبات بالقرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة، وإن المشرع اعتبرها من الأدلة المقيدة أي التي لا يجوز الإثبات بها في جميع الأحوال، لأنه قدر فيها احتمال خطأ القاضي في استنباطه فقصر الإثبات بالقرائن على الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة^(٢)، فلا يجوز الإثبات بالقرائن في التصرفات التي تتجاوز قيمتها خمسة آلاف دينار^(٣) ويعتبر جواز قبول الإثبات بالقرائن أو عدم جوازه مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة التمييز.

كذلك لا يجوز الإثبات بالقرائن القضائية في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب لا تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار، فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، أو إذا كان التصرف جزء من حق لا يجوز اثباته بالشهادة، أو إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى ما تزيد قيمته على النصاب القانوني ثم عدل عن طلبه إلى ما يقل عن النصاب القانوني^(٤) وفي

يتعلق باعتبار القرينة القانونية قاطعة أو اعتبارها غير قاطعة وإجازة إثبات عكسها طبقاً للقواعد العامة، وفيما يتعلق باعتبار القرينة القاطعة غير متعلقة بالنظام العام أو متعلقة به من حيث إجازة إثبات عكسها عن طريق الاستجواب أو اليمين وفي كل هذه المسائل يخضع قاضي الموضوع لرقابة محكمة التمييز، أما فيما يتعلق بتقدير ثبوت عكس القرينة القانونية حيث يجوز إثبات عكسها بكافة الطرق فإن ذلك يدخل في سلطة قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة النقض ما دام تقديره مبنياً على أسباب موضوعية سائغة، د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٣٤.

(١) د. آدم وهيب الندوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٤٢٦.

(٢) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٠٠.

(٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق «... أن جواز الإثبات بالقرائن القضائية ينحصر في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالشهادة لذا لا يصح الركون إلى تلك القرائن طالما المدعى به تزيد قيمته على عشرة دنائير (أصبحت بعد التعديل خمسة آلاف دينار) وحيث أن المميز مدعي الاستحقاق تمسك بسندين عادييين تأريخهما غير ثابت فلا يكونان حجة على الغير، وكان على المحكمة في هذه الحالة أن تعتبر المدعي عاجزاً عن الإثبات وتمنحه حق تحليف المدعى عليه يمين عدم العلم...» قرارها بالعدد ٣٠٥٧/صليحيه/١٩٥٩ في ٢٨/٤/١٩٦٠. مشار إليه لدى مهدي صالح محمد امين، أدلة القانون غير المباشرة، مصدر سابق، ص ٢١٤.

(٤) أنظر نص المادة (٧٩) إثبات عراقي، وأنظر نص المادة (١٠٠) إثبات مصري.

الإقرار حيث سبق القول بأنه ما يصدر من الخصم أمام القضاء واثناء نظر الدعوى المتعلقة بموضوعه وهو ما يلزم القضاة والخصوم من حيث حجيته^(١).

وتقدير كون الاقوال المنسوبة للخصم تعتبر اقراراً قضائياً أم لا هو من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة محكمة التمييز، وقضت محكمة النقض المصرية «...إذا كان دفاع المطعون ضده أمام محكمة الموضوع انه حرر الشيك كأداة ائتمان فان ذلك يُعد منه اقراراً قضائياً بأن هذا الشيك لم يحرر ثمناً لشيء اخر ومن ثم فلا يسوغ اهداره»^(٢).

وكذلك تكيف الاقوال المنسوبة إلى الخصم وما إذا كانت تعتبر صادرة أو غير صادرة أمام القضاء واثناء المنازعة، وكذلك ما يتعلق بحجية الإقرار القضائي وكونه يجوز أو لا يجوز الرجوع فيه أو كونه يقبل التجزئة أو لا يقبلها فهي مسائل يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة التمييز^(٣).

وفي اليمين الحاسمة يستقل قاضي الموضوع بتقدير ما إذا كانت اليمين حاسمة في الدعوى أم لا، وله كامل السلطة في استخلاص كيدية اليمين، إذ يجوز له ان يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم

(١) أنظر الاختلاف حول طبيعة الإقرار القضائي ومدى حجيته، د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٣٠٩.

(٢) نقض مدني مصري بالعدد ٤٩٧ في ١٠/١٢/١٩٧٩، مشار اليه لدى أمور طلبية، مصدر سابق، ص ٦٤٥.

(٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق «...وحيث ان إقرار وكيل المميز باستلام موكله المبلغ المدعى به واقعة منفصلة عن واقعة تسليم السيارة إلى المدعى عليه الثاني، لأن واقعة تسليم السيارة لا تستلزم وجود واقعة استلام المميز المبلغ المدعى به من المميز عليها، لذا فان إقرار المميز بهاتين الواقعتين إقرار يتجزأ استناداً إلى المفهوم المخالف لحكم المادة (٤٧٠) الملغاة والتي أصبحت المادة (٦٩) إثبات عراقي...» قرارها بالعدد ٢٧٤/ح/١٩٦٩ في ٢٤/١٢/١٩٦٩، النشرة القضائية، السنة الثانية، العدد الثالث، ص ٢٣٣، وكذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية بأنه «وان كان الأصل ان الإقرار المركب لا يجوز تجزئته إلا ان الإقرار بالدين مع التمسك بوقوع المقاصة فيه ينطوي على واقعتين لا ارتباط بينهما، وللدائن في هذه الحالة ان يجزئ الإقرار على المدين فيعتبر الإقرار قائماً فيما هو في صالحه...» نقض مدني مصري بالعدد ٩ في ٢/٥/١٩٨٣، مشار اليه لدى أنور طلبية، مصدر سابق، ج ١، ص ٦٤٨، ونرى ان تكييف الوقائع واضفاء الوصف القانوني لها وادراجها تحت نوع من أنواع الإقرار وترتيب الآثار المترتبة على ذلك مما يخضع لرقابة محكمة التمييز لان القاضي وبعد الانتهاء من مرحلة تقدير وقائع الدعوى وفهمها على النحو الذي استقرت عليه عقيدته، فانه ينتقل إلى مرحلة أخرى تتمثل في رد هذه الوقائع إلى قاعدة قانونية معينة، أو إلى إضفاء الوصف القانوني المناسب لها، وبمعنى اخر فانه ينتقل من نطاق هذا الواقع الملموس إلى نطاق القانون المجرد، وهذا ما يطلق عليه التكييف القانوني.

متعسفاً في توجيهها^(١) ولا يجوز للقاضي توجيه اليمين الحاسمة من تلقاء نفسه إذا لم يطلبها الخصم كما لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم عن الواقعة التي أقر بها، فإذا أهدر القاضي هذا الإقرار اخذاً بنتيجة اليمين التي حلفها المميز عليه على خلاف ما أقر به فإنه يكون قد حالف القانون بخروجه على قواعد الإثبات ويكون حكمه عرضة للفسخ والنقض^(٢).

وتمتد رقابة محكمة التمييز على توافر شروط توجيه اليمين الحاسمة، فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلا للخصم الذي له حق المطالبة بالإثبات، إذ يجب أن تتوافر لديه أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه اليمين وقت الحلف أو وقت الرد أو النكول^(٣).

كما تراقب محكمة التمييز حكم محكمة الموضوع في حال تعديلها لصيغة اليمين فإذا وجهت اليمين الحاسمة بصيغة معينة فإن المحكمة وإن كانت تمتلك تعديل هذه الصيغة بما يجعلها منطبقة على الوقائع المطلوب الحلف عنها على ألا يكون للتعديل تأثير في مدلولها ومعناها، إذ الشأن في ذلك هو لمن يوجه اليمين دون غيره^(٤) ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمة عن واقعة مخالفة للنظام العام والآداب، وإذا نازع من وجهت إليه اليمين في جوازها أو تعلقها بالدعوى ورفضت

(١) أنظر نص المادة (١١٥/ثانياً) إثبات عراقي والتي قررت «للمحكمة أن ترفض توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها»

(٢) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق «... وحيث أنه لا يجوز للمحكمة توجيه اليمين إلى أحد المتداعين من تلقاء نفسها إلا بطلب الآخر، وحيث أن هذا الخطأ الأصولي لا تأثير له على الحكم الصادر في الدعوى إذ قضى برد اليمين استناداً على عدم ثبوت عقد الإيجار الذي ادعى وكيل المميزين إبرامه بين موكله والمميز عليه، لذا أقر تصديق الحكم المميز...» قرارها بالعدد ٥٥٣/ج/٤/١٩٧٠ في ١٨/٥/١٩٧٠، مشار إليه لدى عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات، ج ٢، مصدر سابق، ص ٦٦٧.

(٣) وفي هذا الصدد قضت محكمة تمييز العراق «لدى التدقيق والمداولة تبين أن اليمين لا توجه للقيم إضافة لقيومته عن فعل غيره لأنه يشترط في توجيه اليمين أن يكون خصماً أصلياً وكامل الأهلية يترتب على إقراره حكم، ويشترط فيه لحلف اليمين أن يملك حق الصلح والتنازل عن الواقعة المراد تحليفه عنها...» قرارها بالعدد ٢٨٩٥/صلحية/١٩٦٤ في ١٣/١٢/١٩٦٤ مشار إليه لدى مهدي صالح أحمد أمين، مصدر سابق، ص ١١٤.

(٤) وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز بأنه «... وذلك لأن ادعاء المميز عليه استند إلى سند الكمبيال الموثق من الكاتب العدل الذي أقر به المميز وادعى التسديد وعجز عن إثبات دفعه وطلب تحليف المميز عليه اليمين الحاسمة ولحلف المميز عليه اليمين التي وجهتها المحكمة يصبح الحكم صحيحاً وموافقاً للقانون، أما تعديل صيغة اليمين فقد جرت بصورة صحيحة من قبل المحكمة...» قرارها بالعدد ٢٥٨/ج/٣/١٩٧١ في ٢٨/٢/١٩٧١، مشار إليه لدى عبد الرحمن العلام، مصدر سابق، ص ٦٨١.

المحكمة منازعته وقررت تحليفه اليمين فعليها ان تبين الأسباب التي دعتها إلى ذلك في قرارها (١) ولا يصح توجيه اليمين الحاسمة إذا لم تكن منتجة ولا تنتهي بها الدعوى، وفي اليمين المتممة تبسط محكمة التمييز رقابتها على شرط توجيه اليمين الحاسمة، فالقاضي وان كان له الحق في توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى الخصم للوصول للحقيقة وحسم النزاع، إلا ان ذلك مقيد بألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل نهائياً، أو ان فيها أدلة منتجة تقييد الحكم (٢).

إما بالنسبة لدليل الخبرة، فان الاخذ بتقرير الخبير هو من مسائل الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع وتتأى بذلك عن رقابة محكمة التمييز متى اقامت حكمها على أسباب سائغة، فلها ان تأخذ بتقرير الخبير كله، ولها ان تأخذ ببعض ما جاء به وتطرح بعضه ولا يشوب حكمها في ذلك أي تناقض لان تقدير عمل الخبير متروك تقديره لقاضي الموضوع ويكفي ان تطمئن المحكمة إلى رأي الخبير ما دامت قد رأت فيه ما يكفي لتكوين عقيدتها (٣).

ومن الأهمية بيان مدى رقابة محكمة التمييز على سلطة محكمة الموضوع في الاخذ بتقرير الخبير، وعلى الرغم من ان قاضي الموضوع له السلطة التقديرية لعمل الخبير إلا ان حكم القاضي الذي يتبنى تقرير الخبير كله أو بعضه أو يرفضه يخضع لرقابة محكمة التمييز وفقاً للضوابط الآتية:

١. الرقابة على التسبيب: يجب على قاضي الدعوى تسبيب حكمه فهو غير ملزم بان يأخذ برأي الخبير إذا تعارض ذلك مع اقتناعه لان للقاضي سلطة تقدير الخبير فله الاخذ بتقرير الخبير كله أو بعضه متى اطمأن إلى رأي الخبير (٤).

(١) أنظر نص المادة (١١٦/أولاً) إثبات عراقي، وأنظر نص المادة (١١٩/أولاً) إثبات عراقي.
(٢) أنظر قرار محكمة تمييز العراق الذي قضت فيه «لدى التدقيق والمداولة وجد ان المحكمة وجهت اليمين المنصوص عليها في القانون إلى المدعي وبينت حكمها المميز استناداً على ذلك دون ان تلاحظ ان شرط توجيه اليمين المتممة ألا يكون في الدعوى دليل كامل وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل ... فذهاب المحكمة إلى خلاف ذلك مما أخل بصحة الحكم المميز لذا قرر نقضه ...» قرارها بالعدد ١٦٦٨/صلحية/١٩٦٥ في ١٣/١٢/١٩٦٥، مشار اليه لدى مهدي صالح محمد امين، ادلة القانون غير المباشرة، مصدر سابق، ص ١٣٣.
(٣) د. مصطفى كيرة، النقض المدني، مطابع الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٣١٨.
(٤) نقض مدني مصري بالعدد ٦٥ في ١٢/٩/١٩٧٣، مشار اليه لدى أنور طلبية، مصدر سابق، ص ٦٦٥، وأنظر قرار محكمة النقض الفرنسية والذي اكدت فيه على ضرورة إلزام قاضي الموضوع بتسبيب حكمه وان يورد فيه أسباب اقتناعه بعدم الاخذ بتقرير الخبير كله أو بعضه، ولم تكتفِ محكمة النقض الفرنسية بإلزام القاضي

٢. عدم جواز فصل الخبير في مسألة قانونية: فالخبرة اجراء تحقيقي يقصد منه الحصول على معلومات ضرورية في أي فرع من فروع المعرفة، عن طريق أصحاب الاختصاص ليتسنى للقاضي البت بمسائل فنية تكون محل نزاع^(١). وتتناول الخبرة الوقائع المادية دون المسائل القانونية التي تبقى من اختصاص القاضي وحده، والتي لا يمكن تفويض صلاحياته بشأنها إلى شخص آخر^(٢) فإذا استعان القاضي برأي الخبير في تفسير بعض النقاط القانونية كان حكمه عرضة للنقض، لأن مهمة الخبير مقصورة على المسائل الفنية الواقعية التي يصعب على القاضي الإحاطة بها بنفسه، فقيام بتكليف الرابطة بين الخصوم مسألة قانونية لا يجوز له التطرق إليها ولا للمحكمة النزول عنها فوصف الخبير العلاقة بين الخصوم بأنها تأجير من الباطن وليست مشاركة في الاستغلال واعتداد المحكمة بالتقرير دون ان تعرض اسباباً مستقلة لتكليف العلاقة يتضمن قصوراً وخطأ في القانون^(٣).

٣. لا يجوز للمحكمة الاستناد إلى تقرير الخبير الذي استند إلى دليل غير قائم في الدعوى، إذ يجب على الخبير ان يبني تقريره على البحث الشخصي الذي يجريه، فلا يجوز للمحكمة ان تأخذ بتقرير الخبير بناءً على مجرد افتراضات، فإذا بنى الخبير تقريره بناءً على معلومات لم يطلع عليها شخصياً فان تقريره يكون قد بُني على دليل غير قائم في الواقع ويعتبر خالياً من الأسباب الموضوعية^(٤). وبالنسبة للمعينة فلا يجوز للقاضي ان يبني حكمه على معلومات وقف عليها اثناء معانة تمت بشكل غير رسمي، فان خالف ذلك كان حكمه معرضاً للنقض^(٥) وفي مجال الاستجواب قضت محكمة النقض المصرية بأنه «لا يجوز استجواب من ليس

بتسبب حكمه فقط، بل استلزمت خلو الحكم من أي تناقض في التسبب، قرارها بالعدد ٣١٨ في ٣٠/٩/١٩٦٧، البيلتان، الجزء الأول، ص ١٣٨١، مشار اليه لدى د. مصطفى كيرة، النقض المدني، مصدر سابق، ص ٣٢٥.

(١) د. آدم وهيب النداوي، دور الحاكم، مصدر سابق، ص ٤٦٩.

(٢) ادور عيد، قواعد الاثبات في القضايا المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص ٣٤٣.

(٣) محمد العشماوي و د. عبد الوهاب العشماوي، مصدر سابق، ص ٥٨١.

(٤) د. مصطفى كيرة، مصدر سابق، ص ٣٢٦.

(٥) أنظر نص المادة (١٢٧) إثبات عراقي والتي قررت «تنظم المحكمة محضراً بالمعينة تبين فيه جميع ملاحظاتها دون ان تثبت فيه انطباعاتها عن المعينة أو رأيها الخاص، ولكل من ذوي العلاقة ان يحصل على صورة مصدقة منه».

خصماً في الدعوى، ولا يجوز للمحكمة ان تسمع أقواله إلا باعتباره شاهداً بعد أدائه اليمين، وبعد صدور حكم منها بالتحقيق على النحو المبين في القانون^(١).

ونرى ان رقابة محكمة التمييز لا تقتصر رقابتها على المسائل القانونية بل تمتد أيضاً للمسائل الواقعية، ولكنها لا تبسط رقابتها على كل ما يتصل بالواقع فالتحقق من الوجود المادي لوقائع الدعوى وفهم الواقع وتقدير الأدلة والموازنة والترجيح بينها كلها من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع دون معقب عليه من محكمة التمييز، وتبسط الأخيرة رقابتها على محكمة الموضوع وان كانت تمتلك السلطة التامة في تقدير الدليل إلا انها لا تمتلك خلق الدليل أو تخيله، بل يجب ان يكون الدليل الذي أسست عليه حكمها له وجود في ملف القضية، ويجب على محكمة الموضوع بيان مصدر الوقائع التي أسست عليها في حكمها، فإذا وجدت محكمة التمييز ان مصادر الواقعة عديمة الوجود، أو مخالفة أو مناقضة لما اثبتته قاضي الموضوع، فان حكمه يكون عرضة للنقض، كما ان محكمة التمييز تراقب التزام القاضي بقواعد الإثبات وأدلة الإثبات وقوتها الثبوتية، فإن خالف هذه القواعد فان خطأه يكون في تطبيق القانون لا في فهم الواقع، لذا فان الوقائع محل الإثبات ليست بمنأى عن رقابة محكمة التمييز وان سلطتها تمتد اليها في المسائل التي تتعلق في الإثبات القانوني للوقائع.

(١) نقض مدني مصري بالعدد ٤٦١ في ١٢/٢/١٩٦٥، مجموعة النقض ١٦، ص ١١٨٤.

الخاتمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الانبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه المنتجبين ... واما بعد، فقد من الله تعالى علينا ويسر لنا أمرنا بالانتهاء من دراسة موضوع الاطروحة (تقييد الأدلة القانونية بين محاكم الموضوع ومحاكم الطعن) وفقاً لما سردناه في فصوله ومباحثه ومطالبه وفروعه، فقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من النتائج، ارتأى الباحث ان يبين اهمها، مع الاشارة إلى بعض المقترحات من وجهة نظره المتواضعة والتي نأمل ان يأخذ بها المشرع. عليها تساهم في معالجة قصور تشريعي اعتزى بعض النصوص أو مواكبة تطور تأخر عنه المشرع. ولذا سنحاول القاء الضوء على بعض الاستنتاجات الهامة التي توصلنا اليها في هذه الدراسة وعلى النحو الآتي:

١- يعد عنصر الواقع في الدعوى المدنية بمثابة نقطة انطلاق النشاط القضائي من سكونه وسكوته، فالوقائع هي التي تدفع القضاء لحماية النظام القانوني ويبدأ هذا النشاط منذ اللحظة التي يرفع بها المدعي دعواه الى لحظة صدور الحكم الفاصل في الدعوى.

٢- في مرحلة الادعاء بالواقع، القاضي لا يسعى لإثبات الواقع الذي قدمه الخصوم، بل يقوم بتأكيد هذا الواقع من خلال تدقيقه ووضعه في قالب القانوني الذي يناسبه وعمله هذا لا يشمل جميع الوقائع التي قدمها الخصوم وانما يتعلق بالواقع المنتج الذي يكون ذات الاثر الهام في تكوين اقتناع القاضي بثبوت كل او بعض ما يدعيه الخصوم، وان قيام القاضي بتحديد الواقع المنتج باعتباره الواقع الذي ينصب عليه الإثبات امراً لا يخلو من الصعوبة فهو يقوم بنشاط ذهني لفك الاشتباك بين العناصر المنتجة وغير المنتجة وان عمله يمر بمراحل تبدأ من لحظة طرح الواقع، ومن ثم مرحلة فهم الواقع وتقديره، ومن ثم تكييف الواقع واختيار القاعدة القانونية الأكثر انطباقاً على النزاع.

٣- ان قيام القاضي بتحديد الواقع المنتج واستبعاد غير المنتج منها لا يجري بشكل تحكيمي من قبله، بل يجري وفقاً لقواعد الاثبات التي تفرض عليه الاعتداد بوقائع معينة دون غيرها.

٤- ان سلطة القاضي التقديرية تختلف باختلاف الدليل الذي يرتكن إليه الخصم ضيقاً واتساعاً، وهذه السلطة تتعاصر وتتواجد دائماً إلى جانب السلطة القضائية، ولا يمكن إعمالها في مجال القانون بل ان مجال تطبيقها يتحدد بعنصر الواقع في الدعوى المدنية.

٥- مهما اختلف دور القاضي تجاه الأدلة ضيقاً واتساعاً فهو يؤدي إلى تقييد الأدلة القانونية سواء كان بصورة مباشرة وقبل حصول النزاع كالدليل الكتابي هو ما يسمى بتقييد الأدلة من حيث المضمون والتي يمارس فيها القاضي دوراً رقابياً، أو بصورة غير مباشرة بعد وقوع النزاع وطرحه على القضاء ومن ثم إعمال القاضي لسلطته التقديرية كما في الشهادة و القرائن القضائية و التي يمارس فيها القاضي دوراً تقديرياً واضحاً أو تلك الأدلة التي يمارس فيها القاضي دوراً استقصائياً من خلال مشاركة القاضي في البحث والاستقصاء عن الحقيقة الذي يؤديه بنفسه كما في اليمين المتممة والاستجواب والمعاينة أو عن طريق الاستعانة بأعوان القضاء كما هو الحال في الخبرة.

٦- يلتزم القاضي بما قدمه الخصوم في ادعاءاتهم النهائية من أدلة ودفع وطلبات، أي تقييد الأدلة من حيث وقت الادلاء بها، فالقاضي غير ملزم بجميع الوقائع التي قدمها الخصوم ولا يجوز له تأسيس حكمة على وقائع وأدلة لم يقدمها الخصوم في طلباتهم الختامية ولم تحصل بها مواجهة الخصوم ولم تخضع لنقاشهم ولا يحق له القضاء بعلمه الشخصي.

٧- تبين ان المشرع العراقي والمصري يعتنقان المفهوم التقليدي للاستئناف والذي ينظر إليه بانه طريق لإصلاح الأخطاء التي شابت الأحكام الصادرة عن محكمة الموضوع، على عكس نظيرهما الفرنسي الذي يعتنق المفهوم الحديث للاستئناف الذي ينظر اليه على انه وسيلة ليس لإصلاح الأخطاء فقط بل هو طريق لحسم النزاع حسماً شاملاً بكل فروعه وتوابعه.

٨- أجاز المشرع العراقي والتشريعات المقارنة ابداء أدلة جديدة أمام محكمة الاستئناف باعتبارها درجة ثانية من درجات التقاضي والسبب في ذلك يعود إلى ان ابداء أدلة جديدة لا يترتب عليها تغيير في موضوع الدعوى بل هي لتأييد الادعاءات التي قدمها الخصوم، إلا انها مقيدة بما فصلت فيه محكمة الموضوع وبما استأنفه الخصوم، إما أدلة الإثبات القديمة فإنها تنتقل إلى محكمة ثاني درجة بقوة الاثر الناقل للاستئناف.

٩- تبين من خلال الدراسة ان المشرع العراقي والتشريعات المقارنة اقرت قاعدة حظر الطلبات الجديدة أمام الاستئناف لما يترتب عليها من تغيير في موضوع الدعوى ولكنها لم تأخذ بها على اطلاقها بل اقرت بعض الاستثناءات التقليدية بالنسبة للمشرع العراقي والمصري والمتمثلة بطلب الاجور والفوائد والمصاريف القانونية وما يجد بعد ذلك من التعويضات، على عكس المشرع الفرنسي الذي اقر إلى جانب الاستثناءات التقليدية استثناءات حديثة كان اهمها

- الفصل في المسائل المتولدة عن اكتشاف واقعة جديدة، وجواز قبول الطلبات العارضة أمام الاستئناف في المسائل المتولدة عن تدخل وإدخال الغير لأول مرة أمام محكمة الاستئناف.
- ١٠- تبين من خلال الدراسة ان نظام الاستئناف في ظل التنظيم القضائي العراقي حدد الأحكام التي تقبل الطعن بالاستئناف واقتصرتها على ما يصدر من محكمة البداية بصورة أولية دون الأحكام التي تصدر عنها بصورة نهائية، كما انه حدد الأحكام الصادرة عن محكمة البداية دون بقية الأحكام التي تصدر عن محاكم أول درجة (محكمة الاحوال الشخصية، محكمة العمل...).
- ١١- أجاز المشرع العراقي ونظيره المصري التدخل الأنضمامي أمام الاستئناف دون التدخل الاختصامي على عكس المشرع الفرنسي الذي اجاز إدخال وتدخل الغير الانضمامي والاختصامي لأول مرة أمام الاستئناف، بهدف الحكم عليه والالام بكافة عناصر النزاع الموضوعية والشخصية وبهدف جعل الحكم الصادر من محكمة الاستئناف حجة عليه.
- ١٢- بالرجوع الى نصوص المواد (٢٠٣، ٢٠٩، ٢١٤) مرافعات عراقي نجد ان موقف المشرع في تحديد الوضع القانوني لمحكمة التمييز متردداً بين وجهتي نظر متعارضتين، فطبقاً للمادة (٢٠٣) تعتبر محكمة قانون ولا شأن لها بمسائل الواقع، وطبقاً لنص المادة (٢٠٩) والمادة (٢١٤) تعتبر محكمة التمييز درجة ثالثة من درجات التقاضي تراقب مسائل الواقع والقانون، على عكس ما سار عليه المشرع الفرنسي الذي عد محكمة النقض محكمة قانون لا شأن لها بوقائع النزاع، ويوافقه في ذلك المشرع المصري في ذلك، ولكنه لا يصل إلى درجة التطابق حيث اجاز في المادة (٤/٢٦٩) مرافعات مصري لمحكمة التمييز التصدي للحكم بعد نقضه إذا كان صالحاً للفصل فيه، أو كان الطعن للمرة الثانية.
- ١٣- عدم وجود تنظيم تشريعي في ظل التنظيم القضائي العراقي والمصري يحدد دور القاضي والخصوم في مجال الواقع والقانون.
- ١٤- ان في تحديد وصف محكمة التمييز من حيث كونها هيئة عليا لتدقيق الأحكام أم درجة ثالثة من درجات التقاضي اثرأ في قبول الأدلة الجديدة أمامها.
- ١٥- أوجد المشرع الفرنسي تنظيم فني دقيق لتوزيع الأدوار الإجرائية بين القاضي والخصوم في ميدان الواقع والقانون وذلك من خلال الفصل بين مسائل الواقع والقانون في محاولة منه لإيجاد الحلول للتمييز بينهما وظهر ذلك واضحاً في المواد (٨،٧،٦) التي تخص مسائل

الواقع، والمواد (١٢، ١٣) التي تخص مسائل القانون ولم يجعل ميدان الواقع حكراً على الخصوم، وفي الجانب الآخر لم يجعل ميدان القانون حكراً على القاضي.

١٦- لا توجد قاعدة عامة أو معيار عام يمكن بواسطته التمييز بين الواقع والقانون، بحكم التداخل الكبير بين عنصري الواقع والقانون في الدعوى المدنية، كما ان الخصوم غالباً لا يقدمون واقعاً منفصلاً عن القانون للوصول لأفضل تكييف للوقائع المدعاة من قبلهم محاولة منهم إقناع القاضي بصحة ما يدعونه.

ثانياً: المقترحات

١- حدد المشرع العراقي عنصر الواقع في الدعوى المدنية بوقائع الدعوى وادلتها وطلبات المدعي واسانيدھا وذلك في نص الفقرة (٦) من المادة (٤٦) والحقيقة ان وقائع الدعوى تتكون من ادعاءات المدعي ودفع المدعي عليه (رد الادعاء) لذا نقترح تعديل النص المتقدم ليكون كالآتي:

«... وقائع الدعوى وادلتها وطلبات الخصوم سواء كانت ادعاءً من قبل المدعي أو دفعاً من قبل المدعي عليه».

٢- ما زال دور القاضي متأثراً بالمبدأ الوضعي القائل بأن الخصومة ملك لأطرافها ومظاهر هذا التأثير واضحة في بعض أدلة الإثبات التي نرى فيها دور القاضي مقيداً دون أدنى سلطة له في تقدير الأدلة، لذا نقترح توسيع سلطات القاضي ومنحه دوراً إيجابياً وتزويده بكافة الصلاحيات التي تمكنه من اداء دوره بفاعلية في تقدير تلك الأدلة

٣- نأمل من المشرع العراقي هجر المفهوم التقليدي للاستئناف وتعديل نص المادة (١٩٢ / ١) مرافعات عراقي، وتكون على النحو الآتي:

«... ولا يجوز احداث دعوى في الاستئناف لم يسبق ايرادها بداءة ، ومع ذلك يجوز ان يضاف الى الطلبات الأصلية الاجور والفوائد والمصاريف القانونية وسائر الملحقات التي تستحق بعد تقديم الطلبات الختامية أمام محكمة الموضوع، وما يكون متعلقاً بها، وللخصوم تقديم طلب المقاصة القضائية وما يعتبر رداً للادعاءات التي سبق طرحها أمام محكمة الموضوع، وطرح طلبات جديدة لأول مرة أمام الاستئناف إذا كانت مترتبة على اكتشاف واقعة جديدة بشرط ان تكون موجودة داخل عناصر النزاع ومرتبطة بالطلبات الأصلية، ويجوز أيضاً قبول الطلبات الانضمامية والاختصاصية

منهم أمام محكمة الاستئناف بهدف الحكم عليهم والالمام بكافة عناصر النزاع الموضوعية والشخصية إذا تطلب ذلك تطور النزاع».

٥- نقترح تعديل الفقرة الثانية من المادة (١٩٢) وتكون على النحو الآتي:

«يجوز تقديم أدلة جديدة أمام الاستئناف على أن تكون في حدود ما فصلت فيه محكمة أول درجة، وبما رفع عنه الاستئناف فقط».

٦- نقترح على المشرع العراقي إيجاد تنظيم في قانون المرافعات يحدد توزيع المهام الإجرائية بين القاضي والخصوم في ميدان الواقع والقانون أسوة بالمشرع الفرنسي ومواكبة التطورات الحديثة التي جاء بها قانون المرافعات الفرنسي الجديد.

٧- تعديل نص المادة (٢٠٩) مرافعات عراقي، وتحديد الوضع القانوني لمحكمة التمييز بوصفها محكمة قانون لا شأن لها بمسائل الواقع.

وكذلك تعديل نص المادة (٢١٤) مرافعات عراقي.

بما يقضي إلى أن محكمة التمييز إذا ما قررت نقض الحكم فإن مهمتها تقف عند هذا الحد ولا يحق لها التصدي للفصل في الموضوع ويكون الفصل في النزاع هو دائماً من اختصاص محكمة الموضوع.

٨- نأمل من المشرع العراقي تنظيم مبدأ المواجهة وسد القصور التشريعي في هذا الموضوع والذي يتمثل بإيراد نص قانوني يلزم القاضي بضرورة إجراء المواجهة بين الخصوم إذا استند إلى وقائع موجودة في ملف القضية ولم يتمسك بها الخصوم.

وبذلك تكون الدراسة انتهت بفضل الله تعالى، ونأمل أن نكون قد ساهمنا في تسليط الضوء على بعض مكامن الموضوع قدر استطاعتنا، ونحن لا نزعم أننا وفيينا البحث حقه، فموضوع البحث واسع جداً ولا يخلو من الصعوبة خاصة في عدم وجود المصادر التي نتكلم عن تقييد الأدلة بشكل صريح، إضافة إلى عدم وجود نصوص قانونية شاملة لكل ما يخص ذلك، ومن وجهة نظرنا المتواضعة أن الموضوع مازال يحتاج إلى إعادة نظر من قبل المشرع العراقي وزيادة بحث من الباحثين، ومع ذلك فتلك كانت محاولتنا للإسهام ولو على استحياء في بيان أهمية هذا الموضوع، ويكفي المرء شرف الاجتهاد أن عز عليه بلوغ النتيجة، وأشهد الله أننا بذلنا جهداً في هذه الدراسة ما استطعنا، وما توفيقنا إلا بالله، فإن أصبنا فمن الله وحده، وإن أخطأنا فمن أنفسنا.

وآخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الخلق محمد وآله الطيبين
الطاهرين وصحبه المنتجبين.

المصادر والمراجع

قائمة المصادر

أولاً: معاجم اللغة

- أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العربية، بيروت.
- جمال الدين بن منظور، لسان العرب، دار صادر للنشر، بيروت، ١٩٩٧.
- مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الحديث للنشر، القاهرة ٢٠١٣.

ثانياً: في الفقه الإسلامي

- أحمد إبراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية، لا ذكر لناشر، ١٩٤٠
- محمد جواد مغنية، اصول الإثبات في الفقه الجعفري، دار العلم للملايين، بيروت، ١٩٦٤

ثالثاً: المصادر القانونية

- إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٤.
- إبراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٣.
- إبراهيم نجيب سعد، قاعدة لا تحكم دون سماع الخصوم، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨١.
- أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٩.
- أحمد ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، مؤسسة المعارف للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٥٩.
- أحمد أبو الوفا، نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط٦، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٩.
- أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
- أحمد السيد صاوي، نطاق رقابة محكمة النقض على سلطة قاضي الموضوع في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاه القاهرة، ١٩٨٤.
- أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، مؤسسة دار التعاون للطبع، القاهرة، ١٩٧٥.
- أحمد فتحي سرور، النقض في المواد الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٧.
- أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الاداري، دار الشعب للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٧.

- أحمد ماهر زغلول، الحجية الموقوفة أو تناقضات حجية الامر المقضي في تطبيقات القضاء المصري، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦.
- أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.
- أحمد مليجي، أوجه الطعن بالنقض المتصلة بواقع الدعوى، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- أحمد مليجي، موسوعة الطعن في الاحكام، الطعن بالاستئناف، ج٢، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- أحمد مليجي، موسوعة الطعن في الاحكام، الطعن بالنقض، ج٣، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٥.
- أحمد نشأت، رسالة الإثبات، الجزء الأول والثاني، ط٧، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢.
- أحمد هندي، آثار أحكام محكمة النقض وقوتها، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ١٩٩٩.
- أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٩.
- أحمد هندي، مبدأ التقاضي على درجتين، ط٢، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩.
- آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، توزيع المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٨.
- آدم وهيب الندوي، شرح قانون الإثبات، دار القادسية للنشر والتوزيع، بغداد، ١٩٨٦.
- أدور عيد، قواعد الإثبات في القضايا المدنية والتجارية، ج١، مطبعة ستاركو، بيروت، ١٩٦١.
- أسامة روبي، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ج٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
- إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج٢، مكتبة عبد الله وهبه للنشر والتوزيع، القاهرة، ١٩٦٤.
- الانصاري حسن النيداني، القاضي والوسائل الحديثة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٩.

- الياس ابو عيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكمات المدنية والجزائية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥
- أمين مصطفى محمد، التمييز بين الواقع والقانون في الطعن بطريق النقض، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠
- آياد عبد الجبار ملوكي، قانون الاث، المكتبة القانونية، بغداد، دون سنة نشر.
- توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
- جلال العدوي، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٩.
- حسن الهداوي، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص، مطبعة الارشاد، بغداد، ١٩٦٧.
- حسن عبد الباسط جميعي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة اكتوبر الهندسية، القاهرة.
- حسين المؤمن، نظرية الإثبات، المحررات أو الأدلة الكتابية، ج ٣، مكتبة النهضة، بيروت، ١٩٧٥.
- حسين المؤمن، نظرية الإثبات، الشهادة، ج٢، ط٢، شركة العرفان للنشر والتوزيع، بغداد، ٢٠١٨.
- حسين المؤمن، نظرية الإثبات، القواعد العامة - الإقرار واليمين، ج١، ط٢، شركة العرفان لتقنيات النشر والاستتساخ، بغداد، ٢٠١٦.
- حلمي محمد الحجار، اسباب الطعن بالنقض، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت ٢٠٠٤.
- حيدر عودة كاظم، اليمين في قانون الإثبات، لا ذكر لناشر، ٢٠٢١.
- رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٩، ١٩٧٠.
- رمضان ابو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٩٤.
- ريمون ملك شنودة، تطور موضوع النزاع أمام محكمة الاستئناف، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٢١.

- سحر عبد الستار امام، دور القاضي في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.
- سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٦.
- سعدون ناجي القشطيني، شرح احكام قانون المرافعات، ج١، ط٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦.
- سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، عالم الكتب للنشر، القاهرة، ١٩٨١.
- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج٥، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- سمير عبد السيد تناعو، النظرية العامة للإثبات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط١، ١٩٧٣.
- صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٢.
- ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة القانون المقارن، بغداد، ١٩٧٣.
- طلعت محمد دويدار، الوسيط في شرح قانون المرافعات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٨.
- عباس العبودي، شرح احكام قانون الإثبات، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٧.
- عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٠.
- عبد الباسط جميعي، نظام الإثبات في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٤.
- عبد الجليل برتو، شرح قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية، مطبعة العاني، بغداد.
- عبد الحكم فودة، صحيفة الاستئناف، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٤.
- عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢.
- عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٩.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر
- عبد الرزاق عبد الوهاب، الطعن في الأحكام بالتمييز، دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٩١.
- عبد الرسول عبد الرضا الأسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت، ط١، ٢٠١٥.

- عبد المنعم حسني، طرق الطعن في الأحكام المدنية والتجارية، دار العلم للطباعة والنشر، ١٩٨٨.
- عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مكتبة ومطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ١٩٥٥.
- عبد الودود يحيى، دروس في قانون الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٠.
- عبد الوهاب العشماوي ومحمد العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، المطبعة النموذجية، القاهرة، ١٩٥٨.
- عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٥.
- عبده جميل غصوب، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٠.
- عز الدين الديناصورى وحامد عكار، التعليق على قانون الإثبات، طبعة نادي القضاة الرابعة، القاهرة، ١٩٨٩.
- عزمي عبد الفتاح، أساس الادعاء أمام القضاء المدني، مطبعة جامعة الكويت، ط١، ١٩٨٧.
- عزمي عبد الفتاح، تسبيب الأحكام وأعمال القضاة في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢.
- علي هيكمل، فكرة التصدي أمام محكمة الاستئناف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٩.
- عمر أحمد العرايشي، حجية السندات الالكترونية في الإثبات، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط١، عمان، ٢٠١٦.
- عيد محمد القصاص، التزام القاضي باحترام مبدأ المواجهة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٤.
- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
- قيس عبد الستار عثمان، القرائن القضائية ودورها في الإثبات، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧٥.
- مأمون سلامة قانون الإجراءات الجنائية، مركز جامعة القاهرة للنشر والتوزيع، ١٩٩٧.

- محمد احمد عابدين، خصومة الاستئناف أمام المحكمة المدنية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٧.
- محمد العشماوي وعبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات المصري والتشريع المقارن، ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٥٨.
- محمد جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- محمد حامد فهمي وحامد فهمي، النقض في المواد المدنية والتجارية، مطبعة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، ١٩٣٧.
- محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
- محمد سعيد رشدي، حجية وسائل الاتصالات الحديثة في الإثبات، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.
- محمد زكي أبو عامر، شائبة الخطأ في الحكم الجنائي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٨٥.
- محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠٠٩.
- محمد عبد الخالق عمر، قانون المرافعات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٨.
- محمد عبد اللطيف، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الطباعة الحديثة للنشر والتوزيع، ١٩٩٢.
- محمد علي الكيك، رقابة محكمة النقض على تسبيب الاحكام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٥.
- محمد كمال عبد العزيز، الدعوى والاحكام وطرق الطعن، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٢.
- محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، دار النافع للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٧٤.
- محمد محمود ابراهيم، النظرية العامة للتكييف القانوني للدعوى في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٢.

- محمد محي الدين عوض، الإثبات بين الازدواج والوحدة في الجنائي والمدني، مطبوعات جامعة القاهرة، ١٩٧٤.
- محمد نصر الدين كامل، لاستئناف في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة نشر.
- محمد نصر محمد، أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٤.
- محمد نور شحاتة، الاستئناف الاستثنائي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥.
- محمد نور شحاتة، مبادئ قانون القضاء المدني والتجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
- محمد نور شحاتة، نطاق النزاع في الاستئناف، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- محمود التحيوي، شروط الدعوى القضائية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٠.
- مصطفى صخري، موسوعة المرافعات، ط٣، المكتب الجامعي الحديث للنشر والتوزيع، الاسكندرية، ٢٠٠٥.
- مصطفى كيرة، النقض المدني، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، ١٩٩٢.
- مصطفى مجدي هرجة، قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، ج٢، دار المطبوعات الحديثة، القاهرة، ١٩٨٧.
- مفلح عواد القضاة، البينات في المواد المدنية والتجارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ١٩٩٤.
- ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن، دار الحرية للطباعة، بغداد، ط١، ١٩٧٣.
- منصور مصطفى منصور، شرح قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨١.
- مهدي صالح محمد أمين، ادلة القانون غير المباشرة، مطبعة اوفسيت المشرق، بغداد، ١٩٨٧.
- نبيل ابراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٠.
- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠١٥.

- نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في الطعن بالنقض، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- نبيل إسماعيل عمر، امتناع القاضي عن القضاء بعلمه الشخصي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٩.
- نبيل إسماعيل عمر، سبب الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
- نبيل اسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٢.
- نبيل إسماعيل، قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠١١.
- هادي حسين الكعبي، الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية، ط١، مؤسسة الصادق الثقافية، بابل، ٢٠٢٠.
- هادي حسين الكعبي، النظرية العامة في الطلبات العارضة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١١.
- هادي حسين الكعبي، سلطة تقدير القاضي لعنصر الواقع المجرد في الدعوى المدنية، دار السنهوري، بيروت، ٢٠١٩.
- وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤.
- وجدي راغب، مبادئ الخصومة المدنية، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨.
- وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ياسر باسم ذنون، نظرية الرجحان في أدلة الإثبات المدني، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٣.

رابعاً: الرسائل والأطاريح

- أحمد السيد صاوي، الشروط الموضوعية للدفع بحجية الشيء المحكوم فيه، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧١.
- أحمد عبد المجيد، استنفاد الولاية الاصلية للمحكم، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠١٩.
- آدم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الإثبات، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦.
- آدم وهيب النداوي، مدى سلطة المحكمة في تعديل نطاق الدعوى، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩.
- اسكندر بشارة اسكندر، الأثر الناقل للاستئناف، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، ٢٠١٥.
- آمال عبد الرحيم عثمان، الخبرة في المسائل الجنائية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٦٤.
- رائد عودة فارس اللوزي، مدى سلطة محكمة التمييز الأردنية بالترقية بين مسائل الواقع والقانون، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة عمان العربية، ٢٠١٨.
- صلاح عبد الصادق، نظرية الخصم المعارض في قانون المرافعات، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٦.
- ضحى رمضان مبروك، الاثر الناقل للاستئناف، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠٢١.
- عباس العبودي، اهمية السندات العادية في الإثبات القضائي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٤.
- علي تركي، نطاق القضية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٨.
- قروف موسى الزين، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ٢٠١٤.

- قيس عبد الستار عثمان، الإقرار واستجواب الخصوم، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٩.
- محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم الشرطي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٨.
- محمد مقبل سيف حسن، أساس الادعاء المدني، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠٢.
- هشام علي صادق، مركز القانون الاجنبي أمام القضاء الوطني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٩٦٨.

خامساً: المقالات والبحوث

- أمجد هيكمل، حق محكمة الاستئناف المصرية في التصدي للموضوع، بحث منشور في المجلة الدولية للفقه والقضاء المصرية، العدد الأول، ٢٠٢٠.
- سليمان مرقس، تكييف الفعل الضار واختصاص المحاكم الجنائية بالدعوى المدنية وأثر حكم البراءة في دعوى التعويض، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٣٧. منشور على موقع دار المنظومة search.mandumah.com
- صلاح الدين الناهي، فذلكة في الإثبات القضائي، بحث منشور بمجلة القانون المقارن، العدد السادس والسابع، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ص ٢٦٨.
- عباس العبودي، مبدأ الثبوت بالكتابة وأثره في النظام القانوني للإثبات، بحث منشور بمجلة القضاء، العدد الأول والثاني، السنة الثالثة والاربعون، ١٩٩٧.
- عباس العبودي، مدى التزام القاضي في إثبات القانون الاجنبي، بحث منشور بمجلة القانون المقارن، العدد الثامن والعشرين، ٢٠٠٠.
- عبد المجيد الحكيم، هل يجوز للقاضي ان يحكم بعلمه الشخصي خارج مجلس القضاء، بحث منشور بمجلة الحقوق العراقية، العدد الأول، والثاني، ١٩٧٢.
- عزمي عبد الفتاح، التمييز بين الواقع والقانون، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٠.
- عزمي عبد الفتاح، الطبيعة القانونية للدعوى أمام القضاء المدني، بحث منشور بمجلة الحقوق التي تصدرها جامعة الكويت، ١٩٨٥.

- عزمي عبد الفتاح، واجب القاضي في تحقيق مبدأ المواجهة باعتباره اهم تطبيق لحق الدفاع، بحث منشور بمجلة المحامي الكويتية، السنة العاشرة، العدد السابع والثامن، ١٩٨٧.
- غني ريسان جادر وزمن نوري كاطع، اسباب التكليف الخاطئ في الدعوى المدنية، بحث منشور بمجلة دراسات البصرة، السنة الثالثة عشرة، العدد الثلاثون، ٢٠١٨.
- محمد وجدي عبد الصمد، دور القاضي في تطبيق وخلق القانون، بحث منشور بمجلة المحاماة المصرية، العددان التاسع والعاشر، ١٩٧٥.
- محمود الهاشم، استنفاد ولاية المحكمين في قوانين المرافعات، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الاول والثاني، ١٩٨٤.
- مرقس فهمي، وجوه النقض المتصلة بالموضوع، بحث منشور بمجلة المحاماة المصرية، العدد الثالث، السنة الحادية عشرة، ١٩٧٠.
- منصور حاتم محسن وهادي حسين الكعبي، الاثر الإجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز، بحث منشور بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية التي تصدر عن كلية القانون، جامعة بابل، العدد الأول، ٢٠٠٩.
- هشام علي صادق، المقصود بسبب الدعوى الممتنع على القاضي تغييره، بحث منشور بمجلة المحاماة المصرية، العدد الرابع، ١٩٧٠.
- ياسر باسم ذنون، دور الاستدلال المنطقي لفهم الواقع والأدلة في الدعوى المدنية، بحث منشور بمجلة الرافدين، المجلد التاسع، السنة الثانية عشرة، العدد الثالث والثلاثون، ٢٠٠٧.

سادساً: مجموعات الاحكام

- المختار من قضاء محكمة التمييز، قسم الإثبات، ابراهيم المشاهدي، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٩.
- النشرة القضائية: تصدر عن المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، العدد ان الاول والثاني، ١٩٧٣ - ١٩٧٤.
- قضاء محكمة تمييز العراق، مجموعة من القرارات القضائية تصدر عن المكتب الفني لمحكمة تمييز العراق، المجلد الخامس، ١٩٧١.
- مجلة القضاء: تصدرها نقابة المحامين العراقية، العدد الثاني والثالث، نيسان - أيار، ١٩٧٠.

- مجموعة احكام النقض المدني المصرية: تصدر عن المكتب الفني لمحكمة النقض المصرية لسنة ١٩٥١.
- مجموعة الأحكام الصادرة من الدوائر المدنية والتجارية، السنة الرابعة والأربعون، الجزء الأول، ١٩٩٣.
- مجموعة الاحكام العدلية، العدد الأول، السنة السابعة، ١٩٧٦.
- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمس سنوات ١٩٦١ - ١٩٦٦، احمد سمير ابو شادي، ط١، القاهرة، ١٩٦٧.
- مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة النقض المصرية في خمسين عاماً، الجزء الأول، انور طلبة، المطول في قانون المرافعات، دار نشر للثقافة، الاسكندرية، ١٩٨٢.

سابعاً: التشريعات والقوانين

- الدستور العراقي لعام ٢٠٠٥.
- القانون المدني الفرنسي رقم ١٨٠٦ المعدل.
- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.
- قانون تسجيل المكاتن رقم ٣١ لسنة ١٩٣٩ المعدل بالقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٦.
- قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل.
- قانون الخدمة المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠.
- قانون المحاماة رقم ١٧٣ لسنة ١٩٦٥.
- قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.
- قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
- قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.
- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.
- قانون التسجيل العقاري رقم ٤٣ لسنة ١٩٧١.
- قانون المرور رقم ٤٨ لسنة ١٩٧١ المعدل.
- قانون السلطة القضائية المصري رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢.

- قانون المرافعات الفرنسي رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥.
- قانون ايجار العقار رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل.
- قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.
- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ المعدل.
- قانون اصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣.
- قانون العمل رقم ٧١ لسنة ١٩٨٧ المعدل.
- قانون أصول المحاكمات الاردني، رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨.
- قانون انضباط موظفي الدولة رقم ١٤ لسنة ١٩٩١ المعدل.
- قانون الكتاب العدول العراقي رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٨.
- قانون تعديل قانون الإثبات العراقي رقم ٤٦ لسنة ٢٠٠٠.
- قانون تعديل قانون ايجار العقار رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠.
- قانون مؤسسة السجناء السياسيين رقم ٤ لسنة ٢٠٠٦.
- قانون مؤسسة الشهداء رقم ٣ لسنة ٢٠٠٦.

ثامناً: المواقع الإلكترونية

- موقع محكمة تمييز العراق: [www. e - court. hjc. iq](http://www.e-court.hjc.iq)
- موقع محكمة النقض المصرية: [https: // www. cc. gov. eg](https://www.cc.gov.eg)
- Search.mandumah.com

OUVRAGES GENERAUX

تاسعاً: المصادر باللغة الفرنسية

- **AMORY et THNIS:** Aspects juridiques de l'utilisation du telecopieur et telecoms, 1988.
- **Aubry et Rau:** Bartin sur cours de droit civil francais, cinquieme etlition Tome deuzie me paris, par 12, 1922.
- **Azard:** L' immutabbilite de la demande en droit judiciaire, These, paris, 1936
- **Beauchrd:** Le renouvellement en appel de la matiere litigieuse dans le proces civile, These poitiers, 1979.

- **BENSOUSSAN**: contribution therique au droit de la preeuve dans le demaine informatique, Gaz, pal. 1991.
- **Boyreau**: De la prohibition des demandes nouvelles en appel, These Bordeaux. 1946.
- **CAREL**: " Les modes de preuve auxxe siecle " gaz. I. Doct. 1957 .
- **CHAMOUX**: "La preuve dans affaires de l'ecrit ou microfilm " Litec, La loi du 12 juillet 1980 .
- **J. CHEVALLIER**: Le controle de la cour de cassation sur la pretinence de l'offer de preuve. Dalloz 1955.
- **CHEVALIER**: La caus de droit civil approfondi, la charge de la prevue, Dalloz et siery, 1956.
- **Colin et Capitan**: refondu par L. J. de mrendiere Traite de droit civile, paris, 1957.
- **ESMEIN**: positivissme juridique et doctrine du droit nefurel melanges Dabin 1963.
- **Fisselier**: La defense en justice dans le proces civil. these Rennes 1979.
- **G. FOYER De COSTIL**: Les connaissance personnelles du juge " R. TD comp. 1986.
- **GENIN**: Les trois modalites de l'intervention du technician: jurisclass, 1995.
- **GILLI**: La cause juridique de la demande en justice These paris. 1976 .
- **Giverdon**: appel, effet de volutif, jurisclasseur de procedure civile, 1978.
- **H. Solus**: le role du juge dans l'administration de la preuve Trav de Assoc, Capitan, 1949.
- **H. Souls et Perrot**: Droit judiciaire prive, siery, 1991.
- **H. Vizoz**: Etudes de procedure, Edition Biere. 1956 .
- **Hallemans**: Le juge devant la distiction du fait et droit in " Le fait et le droit" de, C. N. R. L. Bruxelles. 1960.
- **HEBRAUD**: La reforme de la procedure Le decret, 1936 .
- **J. Miguet**: immutabilite et eevolution du litige, 1977.
- **J. Normand**: princeipes directeurs du proces, juris class, 1995 .
- **Jacques Bore**: La cassation en matiere civile, sirey, paris, 1980.

- **J. Normand:** Le juge et le litige, Edition L. G. D. J. 1965.
- **Japiot:** traite, eleementaire de procedure civile et commercial, paris 1966 .
- **Jean VIATTE:** l'amiable composition parie jurisdiction judiciire, Rec. gen. lois. 1976.
- **Juzan:** de la cause en droit francais, These Bourdeaux, 1939.
- **L. CADIET:** Droit judiciaire prive, Litec, 1998.
- **LEVY:** coup d'oeil d'ensemble sur l'histoire de la prevue informatique et droit de la prevue colloque, paris, 1987.
- **MAGRE:** caractre subsidiaire de l'expertise par rapport aux mesures d'instruction executees par un technician, J.C.P.1975.
- **MALBEC:** La relativite de la chose juge toulouse, 1947.
- **Marcel Planiol:** Traetise on the civile law, vol 2, part 1, ed 1934.
- **Martin:** Le fait et le droit ou les parties et le juge. J. C. P. 1974.
- **Marty:** La distinction du fait et du droit, essai sur la pouvoir de controle de la cour de cassation on sur les juges du fait, These, Toulouse 1949.
- **MAZEAUD:** Leconsde droit civil, Tome 1, vol. 1 introduction al l'etude du droit par CHABAS, Montchrestien, 1996 .
- **Morel:** Traite elementaire de proceder civil eme ed, 1949 .
- **Motulsky:** La droit natural dans la partique juris prudentielle, le respct des droit de la defance en procedure civile, in melanges Roubier, 1961 .
- **Motulsky:** Le cause de la demande dans la delimitation de l'office du juge, 1964.
- **Motulsky:** Le role respectif du juge et des parties dans l'allegation des fait. In "Ecrits, Etudes et notes de procedure civile" 1973.
- **Motulsky:** principes d'une realisation methodique du droit prive These lyon, 1974.
- **Motulsky:** prolegomenes pour un futur code de procedure civile in Ecrits. 1964
- **Normand:** Le juge et le fondement du litige, 1987.
- **PARODI:** l'esprit general et les innovations du nouveau code de procedure civile, paris, 1971.

- **PERROT et TISSOT**: les effets de l'appel l'ouverture quant aux persnnes. Gaz, pal, dect, 1949.
- **PERROT**: Impartialite du juge et cumul des fonctions " R. T. D civ - Jan - mars 1999.
- **PERROT**: L'influnce de la techinique sur la but des instituatios juridique 1947 .
- **Planiol et Ripert**: Traite pratique de droit civile, 1936.
- **Rigaux**: La nature du controle de la cour de cassation, Bruxelles, 1966.
- **Rousse**: les demandes reconventionnelles fomes pour la premiere fois en appel, Gaz, pal. 1976, 2., doct. p. 619.
- **SAVATIER**: Les pouvoris du juge dans la nouvelle figure de l'attribution preferentielle en matiere de partage, me langes vioirin, 1928 .
- **Schroder**: La nouveau style judiciaire. Dalloz. 1987 .
- **TERRE**: introduction generale au droit, Dalloz, 1996.
- **Vincent et Guinchard**: Procedure civile. 21 ed, Dalloz. 1987 .
- **Vizoz**: Etudes de procedure, 1950.

عاشراً: مجموعات الاحكام باللغة الفرنسية

- **Bull. Civ**: Bulletin des arrêts de la chambre civile de la cour de cassation civile francaies.
- Grands arret de la juris - prudence francais de droit international prive. Dalloz, 3ed. 1998.
- **J. C. P. ed. A**: juris - classeur periodique - edition Avoues.

حادي عشر: قائمة المختصرات

TABLE DES ABREVIATIONS

- Art = article
- Bull = Bulletin des arrêts des chambres civile la cour du cassation.
- C = cour
- Cass = cassation
- Chr = chronique
- Civ = chambre civile

- Con = conecusion
- D. P = Dalloz Penodique
- D. S = Dalloz siery
- Doc = doctrine
- Ed = Edition
- Ex = exemple
- Fasc = fascule
- Fr = france
- Gaz Pal = Gazette du palais
- J. C. P. = juris _ classeur periodique (semaine juridique)
- No = Numero
- Obs = observations
- Op. Cit = ouvrage cite
- P = page
- Panor = panorama
- Rep = Repertoire
- Rev = Revue
- S = R ecueil sirey
- Somm = sommaire
- Th = these
- Trib. Civ = jugement du tribunal civile
- V = vior
- Vol = volume

Abstract

Evidence is the necessary tool on which the judge relies in verifying the facts presented to him, and the practical means that individuals rely on in maintaining their rights arising from those facts, and for that purpose we have to accurately determine the reality that the litigants are required to prove in the ways specified by the law, in order to know in advance Evidence focuses on the facts that are the source of the right, and that this evidence is useful and productive in the case, and then the reality was the starting point for moving the judicial activity, which begins with several stages, starting with the judicial claim, passing through the stage of proof and reaching the ruling on the subject matter of the case, and the judge seeks to reveal The truth in the disputed incident, and in order to achieve every goal and the means, and the court's means to reach this fact are the evidence. The legislator has limited the methods of proof and determined their authenticity in terms of content and the legislator's philosophy in restricting the evidence regarding the conduct and the exceptions to the restriction of evidence within the limits of the exception From the requirement of writing with an indication of the cases in which it is not permissible to prove by testimony and the exceptions to that, with an indication of the restriction of evidence in terms of the lawsuit procedures.

Also, the presentation of evidence before the courts of appeal differs from whether it is before the court of appeal than in the case of cassation, so most of the legislation allowed the presentation of new evidence before the courts of the second degree according to the effect that conveys the appeal, but this is limited to the limits of what the court of first instance decided and what the appeal took place and the litigants appealed against. And the restriction here is for the new evidence. Either the old evidence is transmitted by the force of the carrier effect, provided

that the presentation of this evidence does not entail the expansion of new requests that may not be presented before the appeal, according to the rule of prohibiting new requests for which traditional and modern exceptions are received.

It is not permissible to present new evidence before the Court of Cassation, as it is a supreme body for reviewing judgments, and the contrary concept is that considering the Court of Cassation a degree of litigation in some legislative systems that take this in turn gives the possibility of presenting new evidence because the Court of Cassation here plays the role of a trial court, which contradicts with Its original function as the guardian of the law and the supreme court of the country in the systems it considers a court of law is unrelated to the facts of the disput

Ministry of Education and Scientific Research
University of Babylon
School of Law



**Restriction of legal evidence between trial
courts and appellate courts
(Comparative study)**

A thesis submitted to the Council of the College of Law /
University of Babylon, which is part of the requirements
for obtaining a doctorate in private law

Arts Techniques by
Haider Ali Hassoun Al-Khafaji

Supervised by
Prof. Dr. Wassan Qassem Ghani Al-Khafaji

1444 BC

Babylon

2023AB