

يمين الاستظهار بين الشريعة والقانون

دراسة مقارنة

Right of memorization between Sharia and law
comparative study

الدكتور: أوان عبد الله محمود الفيضي

AWAN ABDULLAH MHMOOD ALFAIDHI

الأستاذ المساعد في كلية الحقوق - جامعة الموصل - الموصل - العراق

(الملخص)

أهميته: - تحتل يمين الاستظهار سواء في الشريعة أم في القانون أهمية بارزة كونها شرعت لحماية حقوق التركة من الضياع وعدم الاعتداء عليها, فهي حق للميت مثل حقوق الله تعالى, وهي تعد من أهم الوسائل الشرعية والقانونية التي وجدت من أجل حماية الحق من المنازعة فيه أو الاعتداء عليه. أهدافه: - وبهذا فان هذه اليمين ترتبط بالحق ارتباطا وثيقا وتدور معه وجودا وعدما وتلحق به أوصافها, فالغاية من تشريعها هو حماية الحقوق بين الأفراد من الضياع, إذ أن الحق في هذه الدعوى المدنية ينطوي على شيء من الخفاء ومعه الدليل الذي يثبت هذا الحق, فلا يواجه خصمه الحقيقي وهو المتوفي ليدي هذا ما عنده من دفع لهذا الحق لأنه متوفي وليس لديه القدرة على إبداء ذلك, كما أن الورثة أيضا قد يجهلون هذه الدفع.

مشكلة البحث ومنهجيته: - لذا فإن المستحق للمال المدعي للحق في التركة إنما يقدم دليلاً نسبياً على الملك, فيبقى أن يعزز هذا الدليل بيمين شرعية قانونية مكملة هي يمين الاستظهار على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه, لذا تهدف الدراسة إلى إزالة الإشكاليات والإجابة عن تساؤلات, مصدرها مجموعة فرضيات أبرزها: ما هي يمين الاستظهار, وما هو هدفها, وبماذا تتميز عن غيرها, وما هي شروطها, ومدى مشروعيتها سواء بالشريعة أم بالقانون, وما هي إجراءاتها والآثار التي تترتب عليها? .. معتمدين في ذلك على المنهج التحليلي الاستنباطي, والمنهج المقارن, والمنهج التطبيقي الذي يعزز المواقف التشريعية والفقهية بالأحكام القضائية التطبيقية للمحاكم العربية.

هيكلية البحث:- لذا فقد قسم البحث على مبحثين :-

الأول :- مفهوم يمين الاستظهار, وبه مطلبين, الأول : ماهية يمين الاستظهار, والثاني: صور يمين الاستظهار وتمييزها مما يشتهه بها .

والثاني:- مشروعية يمين الاستظهار وأحكامها, وبه مطلبين, الأول: مشروعية يمين الاستظهار , والثاني: أحكام يمين الاستظهار, وهناك خاتمة : اشتملت على أهم النتائج والتوصيات.
الكلمات المفتاحية:- حقوق , يمين, الاستظهار, دليل, إثبات .

(Abstract)

The right of memorization, whether in the Sharia or in the law, is of great importance because it has begun to protect the rights of the estate from loss and non-aggression. It is a right of the dead, such as the rights of Allaah. It is one of the most important legal and legal means that have been found in order to protect the right from conflict or abuse.

The right of this civil action involves something hidden and with it the evidence that proves this right. It does not face its real adversary, He is the deceased to show that he has no defenses to this right because he is dead and has no ability to do so, and the heirs may also be ignorant of these defenses, so the receivable for the plaintiff's money to the right of the estate but provides evidence relative to the King, Legal supplement is the right of invocation that the money has not Comes out of his property in a face, , So the study aims to remove the problems and answer the questions, the source of which is a set of hypotheses, the most prominent of which are: What is the right of memorization, what is its purpose, what is distinguished from it, what are its conditions, and the extent of its legitimacy, whether by Shari'a or by law, and what are its procedures and implications? Based on the analytical analytical approach, the comparative approach, and the practical approach that enhances the legislative and jurisprudential positions in the applied judicial judgments of the Arab courts.

Therefore, the research department has two sections:

The first: The concept of the right of memorization, with two demands, the first: what is the right of the invocation, and the second: images of the right of memorization and the identification of what is suspected.

The second is: The legitimacy of the right to memorize and its rulings, and there are two requirements. The first is the legitimacy of the right to memorize, and the second is the provisions of the right of memorization.

المقدمة

تحتل يمين الاستظهار سواء في الشريعة أم في القانون أهمية بارزة كون الغاية من تشريعها هو حماية الحقوق من الضياع, وهي حق للميت, إذ أن الحق في هذه الدعوى ينطوي على شيء من الخفاء ومعه الدليل الذي يثبت هذا الحق , فلا يواجه خصمه الحقيقي وهو المتوفي ليبيد هذا ما عنده من دفع لهذا الحق لأنه متوفي , كما أن الورثة قد يجهلون هذه الدفع أو يجهلون بعضها , لذا فان المستحق للمال

المدعي للحق في التركة إنما يقدم دليلاً نسبياً على الملك ، فيبقى أن يعزز هذا الدليل بيمين مكتملة هي يمين الاستظهار على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه ، لذا شرعت هذه اليمين لحماية حقوق التركة من الضياع وعدم الاعتداء عليها .

وهذه اليمين بالطبع هي يمين شرعية مصدرها الفقه الإسلامي ، تؤدي في مجلس القضاء حصراً ، فهي بلا شك يمين قضائية تأتي ضمن دعوى قضائية مدنية ، وفي التشريعات القانونية هي يمين قانونية لأنها مفروضة من قبل القانون ، فضلاً عن أنها يمين وجوبية لأنها تلزم القاضي بتوجيهها فليس له تلك السلطة التقديرية في عملية توجيهها من عدمها ، فيلزم القاضي عادة بتوجيهها من تلقاء نفسه إلى مدعي الحق في ما يتركه المتوفي من التركة الذي أثبت حقه بالطرق الشرعية أم القانونية ، بأنه لم يستوف حقه بنفسه فعلاً ، ولا بغيره من المتوفى ، ولا أبراه ، ولا أحاله على غيره ، أو استوفى دينه من الغير ، وليس للمتوفى في مقابل هذا الحق رهن ، وقد سميت هذه اليمين بالاستظهار وذلك لان القاضي يستظهر الأمر بها ، ولأجل الاحتياط يحلف المدعي بالحق في التركة على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من المتوفى ، فهي إذن حق للتركة لا للوارث بخصوصه ، ولأجل الاحتياط يستظهر القاضي الأمر بهذه اليمين ، فالقانون يعتبر هذا الدليل غير كامل بالدعوى ، ولذلك يوجب تعزيزه بيمين متممة وجوبية قانونية هي يمين الاستظهار على أن المدعي لم يستوف حقه بأي صورة من الصور ، فالمستحق للمال إنما يقدم دليلاً نسبياً على الملك ، فيبقى أن يعزز بيمين متممة وجوبية قانونية قضائية هي يمين الاستظهار على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه .

وبهذا تكمن أهمية هذه الدراسة من خلال الإجابة عن تساؤلات تثار وتطرح بصورة مستمرة ودائمة من أهل القانون والقضاء عموماً ، محاولة الإجابة على التساؤل المتعلق بفلسفة هذه اليمين في القضاء المدني ؟ وبالطبع تندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية التي بالإجابة عنها نكون قد اجبنا على الإشكالية الرئيسية للدراسة : فما هو المقصود بيمين الاستظهار ، وما هي خصائصها وإجراءاتها ، وما موقف الفقه الإسلامي والقانون منها ، وبماذا تتميز من غيرها ، وما هي أوجه الشبه والاختلاف بينها وبين ما يشتهر بها من أوضاع أخرى ، وما هي شروط توجيهها والآثار التي تترتب عليها ؟... معتمدين على المنهج التحليلي والمقارن ، فيألي جانب قوانين الإثبات والمرافعات والتنفيذ والمدني العراقي كانت هناك قوانين ، كالإثبات والمدني المصري ، وأصول المحاكمات اللبناني ، والبيانات والمدني السوري والأردني ، والمدني الجزائري ، ونظام المرافعات الشرعية السعودي والإثبات الإماراتي ، فضلاً عن اعتمادنا على المنهج التطبيقي الذي يعزز المواقف التشريعية والفقهية بالأحكام القضائية التطبيقية الوثيقة بالموضوع للمحاكم العربية ، وقد واجهتنا صعوبات أهمها عدم بحث الموضوع بحثاً كافياً دقيقاً

متخصصاً، فالموضوع لم يسبقنا احد في طرحه بصورة معمقة، وهي تعد من جملة الصعوبات التي تكتنف هكذا موضوع اختير من ضمن أبواب القضاء الذي يوصف بالصعب الممتنع وليس بالسهل الممتنع، وكذلك تعدد أبعاد هذا الموضوع الفلسفي وعمقها، فهو يدخل في مجال فلسفة الإثبات القانوني والإجراءات القضائية وما يترتب على ذلك .

ولابد أخيراً من بيان هيكلية البحث فقد قسم إلى مبحثين ، تناولنا في المبحث الأول موضوع : مفهوم يمين الاستظهار وذلك في مطلبين ، تناول الأول : ماهية يمين الاستظهار، وتضمن الثاني : صور يمين الاستظهار وتمييزها مما يشتهر بها ، فيما تعرض المبحث الثاني إلى موضوع : مشروعية يمين الاستظهار وأحكامها، وذلك في مطلبين ، كان الأول عن : مشروعية يمين الاستظهار، واشتمل الثاني على : أحكام يمين الاستظهار ، وكانت هناك خاتمة: اشتملت على النتائج والتوصيات.

المبحث الأول / مفهوم يمين الاستظهار

غني عن البيان أن يمين الاستظهار لها أهمية لان غايتها هو حماية الحقوق، فقد شرعت لحماية حقوق التركة من الضياع، ولان حق الميت هنا حق ينطوي على شيء من الخفاء، فالمدعي لا يواجه خصمه الحقيقي وهو المتوفي ليبيد هذا ما عنده من دفع لهذا الحق، والورثة قد يجهلون هذه الدفع، لذلك كانت اليمين اجتهاد وأخذ بالأحوط، فعندما يقيم المدعي الدليل على حقه في التركة يعتبر الشرع والقانون هذا الدليل غير كامل ويوجب تعزيزه بدليل آخر هو يمين مكمل على أن المدعي لم يستوف حقه بأي صورة من الصور، فالمستحق للمال إنما يقدم دليلاً نسبياً على الملك ويبقى أن يعززه بيمين الاستظهار، ولتسليط الضوء على ذلك ينبغي تقسيم المبحث على المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول/ ماهية يمين الاستظهار. المطلب الثاني/ صور يمين الاستظهار وتمييزها مما يشتهر بها.

المطلب الأول / ماهية يمين الاستظهار

من المؤكد أن الكلام عن ماهية الشيء يستلزم بطبيعة الحال البحث في مدلوله ، ثم بيان خصائصه ، كما أن توضيح المفهوم اللغوي لأي مفهوم شرعي وقانوني يساعد بالتأكيد على تحديد وفهم معناه دون تداخل أو تقاطع مع الأمور الأخرى ، هذا ما سنعمد إليه في الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول/ مدلول يمين الاستظهار. الفرع الثاني/ خصائص يمين الاستظهار.

الفرع الأول / مدلول يمين الاستظهار

ليبين مدلولات يمين الاستظهار كان لابد أن نوضح مدلولاتها لغة واصطلاحاً وذلك ضمن المقصدين الآتيين:- المقصد الأول/ مدلول يمين الاستظهار لغة. المقصد الثاني/ مدلول يمين الاستظهار اصطلاحاً.

المقصد الأول / مدلول يمين الاستظهار لغة

الاستظهار مفرد: مصدر استظهر، استظهر به، استظهر على، يستظهر، استظهارًا، فهو مُستظهر، استظهر بفلان استعان به، استظهرت بالله على الشيطان الرجيم، استظهر على عدوه غلبه، والاستظهار إذن هو الاجتهاد في الطلب والأخذ بالأحوط (د أحمد مختار، 2008، 1443 باب 3386 ظهر). وقد جاء انه "استظهر: احتاط، واستظهر على احتاط ضد المصدر استظهار يعني فيما يظهر اتخاذ احتياطات، فاستظهر به: أي استعان به" (د. سعدي، 1988، 338 باب حرف الظاء). وبهذا فان "معنى الاستظهار: الاحتياط والاستيثاق، وهو مأخوذ من الظَّهْرِيّ... وقيل: سُمِّيَ ذَلِكَ البعيرُ ظَهْرِيًّا؛ لِأَن صاحبه جعله وراء ظهره فلم يَزْكَبْهُ ولم يَحْمِلْ عَلَيْهِ. ومن هَذَا قولُ الله حِكَايَةَ عَن شُعَيْبٍ أَنَّهُ قَالَ لِقَوْمِهِ: {وَاتَّخِذْهُمْ وِرَاءَ كُمُ ظَهْرِيًّا} (هود: 92)" (محمد الأزهرى، 2001، 138 باب ابواب الهاء والضياء).

كما ورد انه " وفي كَلَامِ بَعْضِ فُقَهَاءِ أَهْلِ الْمَدِينَةِ: إِذَا اسْتُحْيِضَتِ الْمَرْأَةُ وَاسْتَمَرَّ بِهَا الدَّمُ فَإِنَّمَا تَقْعُدُ أَيَامَهَا لِلْحَيْضِ... قَالَ الْأَزْهَرِيُّ: وَمَعْنَى الْإِسْتِظْهَارِ فِي قَوْلِهِمْ هَذَا الْإِسْتِثْقَاءُ، وَهُوَ مَأْخُوذٌ مِنَ الظَّهْرِيّ" (الأنصاري، 1414، 528 باب فصل الضياء المعجمة).

المقصد الثاني / مدلول يمين الاستظهار اصطلاحاً

عرفت هذه اليمين في الفقه الإسلامي بأنها إذا ادعى أحد حقاً في التركة و أثبتته ، فلأجل الاحتياط يلغفه القاضي على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من المتوفى بوجه من الوجوه ، ولا أبراه ولا أحاله على غيره ، ولا استوفاه من طرف أحد نيابة عن المتوفى ، فهي حق للتركة لا للوارث بخصوصه، ولأجل الاحتياط يستظهر القاضي الأمر بهذه اليمين، فهي بالفقه الإسلامي إذن لا بد منها باتفاق الإمام أبو حنيفة وصاحبيه (أحمد إبراهيم، 1928، 237)، وتسمى عندهم يمين الاستظهار وهي ليست جزءاً من الدليل وإنما هي شرط ، فلو حكم دون استحلاف لا ينفذ حكمه ، وتسمى عند الأئمة المالكية أيضاً بيمين القضاء ويمين الاستبراء ، أما في المذهب الشافعي فقد علل الشرواني في حاشيته هذا الحكم بقوله: - لكمال الحجة هنا- وهذا نص صريح باعتقادنا المتواضع على أن هذه اليمين هي ليست جزءاً من الدليل (موسوعة، -، 149)، - فهي بتصورنا أنها ليست يمين متممة تكمل الدليل الناقص المتوفر فيه مبدأ الثبوت القانوني بل هي يمين وجوبية مكملة ومتممة أخرى (الفيضي، 2012، 21) - لذلك لا يستحلف المدعي مع البينة الكاملة إلا أن تكون الشهادة على المتوفى ، فيستحلف على بقاء الحق في ذمته استظهاراً (المحقق الحلبي، 1978، 212)، وقد جاء في معين

الحكام في الباب الرابع من القسم الثاني في أنواع البينات من صفحة 114 منه انه "... مسالة يحلف الخصم فيها يمين الاستظهار بعد إقامة البينة فانه قال فيه : إذا قامت بينة للغريم وجد مالا يؤدي حقه عاجلا وعلله بقوله: لأن البينة إنما شهدت على الظاهر ولعله غيب مالا ... - ثم قال في آخر الفصل المذكور: ضابط هذا الباب - ... أن كل بينة شهدت بظاهر فانه يستظهر بيمين الطالب على باطن الأمر" (1).

وقد عاجلت هذه اليمين أيضا المادة/ 1746 - أولاً من مجلة الأحكام العدلية التي تعد تقنين للفقهاء الحنفي خاصة ونصت على أحكامها, كما اقتبستها أيضا المادة/ 124 من قانون الإثبات العراقي (2), لذا فان أصل هذه اليمين من الفقه الإسلامي, والتي يوجهها القاضي هنا إلى المدعي مع قيام بينته التامة على ما يدعي به لتحقيق صدق المدعي, وتأكيد حقه فيما يدعيه, رعاية للحقوق وصيانة للأموال وضمانا لمقتضيات الحيطة في الدعاوى على الأموات والغائبين ونحوهم, فالغاية من هذه اليمين إذن قد اتضحت إذ أن هذا الحق ينطوي على شيء من الخفاء, ومعه الدليل الذي يثبت هذا الحق, فلا يواجه خصمه الحقيقي وهو المتوفى ليبيد هذا ما عنده من دفع لهذا الحق, والورثة قد يجهلون هذه الدفع, أو يجهلون بعضها, لذلك عندما يقيم المدعي الدليل على حقه في التركة, يعتبر الشرع والقانون هذا الدليل غير كامل ويوجب تعزيزه بيمين متممة هي يمين الاستظهار على أن المدعي لم يستوف حقه بأي صورة من الصور, فالمستحق للمال إنما يقدم دليلاً نسبياً على الملك, فيبقى أن يعزز هذا الدليل بيمين متممة هي يمين الاستظهار على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه (د. مفلح القضاة), - (389).

وفي هذا السياق فإننا لم نعثر على أي مدلول خاص لهذه اليمين سواء في الفقه الإسلامي أم في القوانين, لذا فان تحديدنا لمدلولها يعد سبق لنا فلم يتناوله احد قبلنا - فلنا سبق الفصل به - وفي ضوء ما تقدم يمكننا تحديد مدلول هذه اليمين بأنها: يمين قانونية قضائية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى مدعي الحق في التركة الذي أثبت حقه, بأنه لم يستوف حقه بنفسه ولا بغيره من المتوفى ولا أبراه ولا أحاله على غيره, أو استوفى دينه من الغير وليس للمتوفى في مقابل هذا الحق رهن.

الفرع الثاني/ خصائص يمين الاستظهار

(1) معين الحكام, ص 114, نقلا عن: أحمد بن الشيخ محمد الزرقا, شرح القواعد الفقهية, ط 6, بقلم مصطفى احمد الزرقا - ابن المؤلف - قام بالتنسيق والمراجعة د. عبد الستار أبو غدة, دار القلم, دمشق, 2001, ص 389.

(2) تنظر: المادة/ 1746 - أولاً من مجلة الأحكام العدلية العثمانية؛ والمادة / 124 من قانون الإثبات العراقي النافذ رقم 107 لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم 46 لسنة 2000.

1. أن يمين الاستظهار يمين شرعية :- أي أن مصدرها الشريعة الإسلامية والقوانين اقتبسها منها.
2. أن يمين الاستظهار يمين قانونية:- أي أن القوانين اقتبسها من الفقه الإسلامي وتم تشريعها ضمن القوانين المعمولة وضمن نصوص المواد القانونية , كما أنها يمين قضائية:- أي أنها تكون ضمن دعوى في مجلس القضاء حصراً , فهي يمين قضائية لأنها عبارة عن تأكيد الشيء بطلب من القاضي بذكر اسم أو صفة لله بصفة وشرائط مخصوصة , وهذا بالتأكيد يعد خاصية أساسية تتميز بها هذه اليمين عن باقي الأيمان غير القضائية- التي لا تؤدي أمام القضاء والتي يتفق عادة الطرفان على تأديتها خارج مجلس القضاء ولم ينظم المشرع عموماً أحكامها فيخضع الاتفاق بشأنها للقواعد العامة وهي غالباً كثير الشيعو و يترتب على حلفها النتائج التي اتفق عليها الطرفان- كما أنها تكون عادة ضمن الدعوى المدنية , وهي تؤدي من مدعي الحق في التركة الذي أثبت حقه بطلب من القاضي حصراً .

3. أن يمين الاستظهار يمين متممة وجوبية :- أن يمين الاستظهار بتقديرنا المتواضع تعد صورة خاصة من صور اليمين المتممة توجه عادة في أحوال معينة, وقد ألقناها باليمين المتممة لكونها تأتي لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً يراد استكماله , فضلاً عن أنها توجه من قبل القاضي, ويطلق عليها اليمين القانونية لان القانون هو الذي فرضها وبالتالي فهي وجوبية, أي أن القاضي ملزم بتوجيهها في أحوال معينة إلى أحد الخصوم بالذات الذي يعينه القانون, وليس له سلطة تقديرية في توجيهها من عدم توجيهها, فيلزم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه , إذ يعد الدليل أساساً غير كامل بالدعوى بنظر القانون ويوجب تعزيزه بيمين متممة وجوبية , فهي يمين استظهار على أن المدعي لم يستوف حقه بأي صورة من الصور , فالمستحق للمال إنما يقدم دليلاً نسبياً على الملك , فيبقى أن يعزز هذا الدليل بيمين متممة وجوبية قانونية على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه , فالدليل هو كامل الإثبات في هذه الصورة من الإيمان المتممة الوجوبية , ومع ذلك يوجب القانون تحليف هذه اليمين لاستظهار الحق لأنها يمين استظهار.

4. أن هدف يمين الاستظهار هو استظهار الحق:- أي أن مدعي الحق ينبغي أن يحلف يمين أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من المتوفى بوجه من الوجوه وأبراه ولا أحاله على غيره ولا استوفى دينه من الغير وليس للمتوفى في مقابل هذا الحق رهن, فهي يمين من اجل حماية الحقوق من الضياع, وهي حق للميت وتعد من أهم الوسائل الشرعية والقانونية التي وجدت من اجل حماية الحق من المنازعة فيه أو الاعتداء عليه, لذلك شرعت هذه اليمين لحماية حقوق التركة من الضياع وعدم الاعتداء عليها.

المطلب الثاني/ صور يمين الاستظهار وتمييزها مما يشتهر بها

لابد لنا من بحث صور يمين الاستظهار الخاصة , فضلا عن تمييزها من غيرها من الأيمان مما يشتهه بها , لذا فإننا سنتناول ذلك حسب الفرعين الآتيين :-

الفرع الأول/ صور يمين الاستظهار. الفرع الثاني/ تمييز يمين الاستظهار مما يشتهه بها.

الفرع الأول / صور يمين الاستظهار

في سياق الحديث عن يمين الاستظهار ينبغي الإشارة أن هناك صور خاصة ليمين الاستظهار , اذ ألزمت المادة/ 37 من قانون التنفيذ العراقي أيضاً المنفذ العدل بتحليف الدائن يمين الاستظهار من تلقاء نفسه في حالة وفاة المدين , إذ نصت على ما يأتي " أولاً- على المنفذ العدل تحليف الدائن يمين من تلقاء نفسه في حالة وفاة المدين... " (3), وبهذا فقد أعطى القانون صلاحية وقف التنفيذ وتأخيرته بقرار من قبل المنفذ العدل عند تحقق احدى الحالات الآتية: 1- كغموض الحكم المنفذ (4), 2- او امتناع طالب التنفيذ عن الاستجابة لطلب مديرية التنفيذ وترك المعاملة (5), 3- او وفاة المدين, وهي ما تعيننا هنا في هذا الموضوع عن تحليف المنفذ العدل للدائن يمين الاستظهار من تلقاء نفسه , إذ قد يتوفى المدين خلال السير بالإجراءات التنفيذية وقبل إتمامها فعلى المنفذ العدل هنا أن يوقف التنفيذ ويؤخر إجراءاته من اجل تحليف الدائن يمين الاستظهار المنصوص عليها والمقررة في المادة/ 124 من قانون الإثبات العراقي , من تلقاء نفسه من دون طلب من ورثة المدين أو الغير , فأن تقدم الدائن وحلف اليمين , فان مديرية التنفيذ تستمر بإجراءات التنفيذ, ذلك لأن وفاة المدين أثناء التنفيذ لا تبطل الإجراءات التنفيذية المتخذة بحقه قبل الوفاة فإذا كانت للمدين المتوفى أموال ظاهرة لم يقتسمها الورثة بعد فان التنفيذ يستمر عليها, وفي حالة اقتسام الورثة للتركة فان التنفيذ يستمر بحق الورثة كل بنسبة نصيبه منها وذلك بعد تبليغهم بمذكرة الأخبار, أما إذا لم تكن للمدين أموال ظاهرة وأنكر الورثة بعد وفاة مورثهم وأثناء التنفيذ وضع يدهم على التركة كلها او بعضها وعجز الدائن في مديرية التنفيذ عن إثبات أن الورثة وضعوا يدهم عليها بدليل كتابي فان المنفذ العدل يفهم الدائن بمراجعة المحكمة المختصة لإثبات عائلية تلك الأموال إلى التركة ويقرر وقف التنفيذ إلى نتيجة الدعوى (6).

(3) تنظر : المادة / 37 من قانون التنفيذ العراقي النافذ رقم 45 لسنة 1980 المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 2007 , المنشور في جريدة الوقائع العراقية , ع/ 4042 في 3 / 7 / 2007 .

(4) تنظر : المادة / 10 من قانون التنفيذ العراقي .

(5) تنظر: المادة / 50 من قانون التنفيذ العراقي .

(6) تنظر: المادة / 37 من قانون التنفيذ العراقي .

وهكذا فان على المنفذ العدل إذا توفي المدين أن يؤخر التنفيذ لغرض تحليف الدائن يمين الاستظهار , وفي حالة رفض أو نكول الدائن عن حلف اليمين بعد تكليفه بأدائها فان نكوله هذا يعد إقراراً منه باستيفاء الدين يستوجب التوقف نهائياً عن التنفيذ , ولا يعد تخلف الدائن عن الحضور لأداء اليمين لعذر مشروع نكولا , كما أن دعوى الدائن لإثبات عائدة أموال معينة إلى تركة المدين إذا ردت ولم تكن للمدين تركة بتاتا , فان على مديرية التنفيذ ان تتوقف عن التنفيذ نهائياً لعدم جواز مطالبة الورثة شخصياً بدين لاستقلال الذمم وعدم جواز توارث الالتزامات والديون (7) .

وتطبيقاً لذلك فقد جاء قديماً في قرار محكمة التمييز العثمانية " انه ويمين الاستظهار لا بد منها ولو كان الوارث المدعي عليه غائباً عن المحاكمة فيحلفه المدعي بحضور الوكيل المسخر وان ذهلت المحكمة عن ذلك وعلقت اليمين على وقوع الاعتراض بالحكم ينقض (8) , وبناءً على ذلك أيضاً قضت محكمة التمييز العراقية انه : " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك انه يترتب على المحكمة في حالة إصدار الحكم على تركة المتوفي أن تحلف المدعي من تلقاء نفسها يمين الاستظهار المقررة في المادة/124 من قانون الإثبات العراقي هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان من حق الوارث ان يدفع بعدم العلم من أن التوقيع المنسوب لمورثه يعود له فعلا من عدمه ويطلب إجراء المضاهاة عن عائدة التوقيع لمورثه فان ذلك لا يحول دون تقديمه دفوعاً أخرى تتعلق بأصل الدين... " (9) , وكذلك قضت محكمة تمييز العراق أنه "ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد أنه غير صحيح و مخالف للقانون... إذ أن المدعي توفي أثناء نظر الدعوى لذا فقد جاء حكمها غير صحيح فقرر نقضه وإعادة إضبارة الدعوى لمحكمتها لملاحظة ما تقدم وتحليف اليمين المنصوص عليها بالمادة/124 من قانون الإثبات " (10) , في حين ورد قرار حديث لمحكمة بداءة الموصل جاء فيه " ادعت المدعية أن مورث المدعي عليهم هو ابنها كان قد استدان منها مبلغ إلا أنه فارق الحياة ولم يعد لها المبلغ وطلبت دعوتها للمرافعة ... واستكمالاً لقناعة المحكمة فقد قامت بتحليف المدعية يمين

(7) تنظر: المادة /37 من قانون التنفيذ العراقي ؛ وينظر : د. سعيد عبد الكريم مبارك , أحكام قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 , ط 1 , كلية القانون , جامعة بغداد , 1989 , ص113 .

(8) قرار محكمة التمييز العثمانية ج. م. عد776 مؤرخ في 26 نيسان 310 , نقلا عن : سليم رستم باز , شرح المجلة , المطبعة الادبية , بيروت , 1889 , ص 1021 .

(9) قرار محكمة التمييز العراقية رقم / 618 / مدنية ثالثة / 1981 / في 1981/5/11 . نقلا عن: علي محمد إبراهيم الكرياسي , الموسوعة القانونية 1 , قانون الإثبات , ص70 .

(10) قرار محكمة تمييز العراق رقم 460 / م¹ / 1995 في 1995/12/30 (قرار غير منشور).

الاستظهار عنها وقد جرت المرافعة بحضور الشخص الثالث مدير رعاية القاصرين في نينوى الذي أدخلته المحكمة إلى جانب القاصرين استكمالاً للخصومة " (11) .

الفرع الثاني/ تمييز يمين الاستظهار مما يشته به

من الطبيعي أن يوجد تشابه في بعض الأحيان والأحوال بين يمين الاستظهار وبين أوضاع قانونية أخرى , كالأيمان المتممة الجوازية فضلاً عن يمين الاستحقاق، فهما يتشابهان في مواضع ويختلفان في مواضع أخرى , لذا فإن دراستنا تقتضي توضيح هذه الأمور تبعاً من خلال المقصدين الآتين :-
المقصد الأول/ تمييز يمين الاستظهار من الأيمان المتممة الجوازية.
المقصد الثاني/ تمييز يمين الاستظهار من يمين الاستحقاق.

المقصد الأول/ تمييز يمين الاستظهار من الأيمان المتممة الجوازية

يمكننا توضيح اهم الفروق بين يمين الاستظهار والأيمان المتممة الجوازية على النحو الآتي :-

أولاً/ أوجه التشابه بين يمين الاستظهار والأيمان المتممة الجوازية:-

1. أن كل منهما قد ألحقت باليمين المتممة لكونها تأتي لإتمام دليل ناقص إما أن يراه القانون ناقصاً فيريد أن يتممه ويستكمله بيمين الاستظهار المفروضة من قبل القانون ، أو قد يراه القاضي ناقصاً فيحتاج إلى إكماله باليمين المتممة الجوازية القضائية وبما يملكه من سلطة تقديرية واسعة ودور إيجابي كبير في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة وتحريه الوقائع لاستكمال قناعته وإكمال ما ينقص من الأدلة للتحرك سعياً وصولاً إلى الحكم العادل وبما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون.

2. كما نرى أن كل من يمين الاستظهار - التي تعد احد صور الأيمان المتممة الوجوبية- مع الأيمان المتممة الجوازية تتفق في جملة جوانب أهمها , أنها لا يجوز رد اليمين على الخصم الآخر لأنها تعد من صور اليمين المتممة وبذلك تنطبق عليها أحكام المادة/ 123 من قانون الإثبات العراقي التي نصت على أنه " لا يجوز للخصم الذي وجهت إليه المحكمة اليمين المتممة أن يردّها على الخصم الآخر " , والتي تطابقها المادة/ 120 من قانون الإثبات المصري, والمادة/ 252 من قانون أصول المحاكمات اللبناني, والمادة/ 124 من قانون البيئات السوري, والمادة/ 349 من القانون المدني الجزائري, والمادة/ 62 من قانون الإثبات الإماراتي (12), وبهذا فهي ليست من ضمن اليمين الحاسمة التي تجيز رد اليمين

(11) قرار محكمة بداءة الموصل رقم 829 / 2002 في 2002/8/5 (قرار غير منشور).

(12) للمزيد من التفصيل تنظر : المادة/ 120 من قانون الإثبات المدنية التجارية المصري النافذ رقم 25 لسنة 1968 المعدل ؛ والمادة/ 252 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ رقم 90 لسنة 1983 المعدل ؛ والمادة/ 124 من قانون البيئات السوري النافذ رقم 359 لسنة 1947

على الخصم الآخر ، كما أنها توجه من قبل القاضي وليس الخصم ، لأنها وسيلة تكميل اقتناع القاضي ، وليس احتكاماً لضمير الخصم ، حتى يجوز لهذا ردها ليحتكم هو إلى ضمير خصمه الذي يوجه إليه القاضي اليمين ، كما هو الحال في اليمين الحاسمة⁽¹³⁾.

ثانيا/ أوجه الاختلاف بين يمين الاستظهار والأيمان المتممة الجوازية:-

1- تختلف يمين الاستظهار عن الأيمان المتممة الجوازية في أن القاضي مجبر على توجيهها في الحالة التي حددها القانون، وليس له تلك السلطة التقديرية في توجيهها، كما هو الحال في الأيمان المتممة الجوازية.

2- ليس للقاضي ضمن يمين الاستظهار أن يختار أياً من الخصمين لأداء اليمين، بل حدد له القانون هذا الخصم سلفاً، في حين انه في اليمين المتممة الجوازية يكون للقاضي الخيار في أن يوجهها إلى أحد الخصمين، تبعاً لرجحان كفة التصديق لمصلحة أحدهما إذ يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الخصمين في الدعوى - المدعي أو المدعي عليه - تبعاً لرجحان كفة التصديق لمصلحة أحدهما ، باستثناء يمين التقويم إذ حدد القانون توجه يمين التقدير إلى المدعي فقط الذي يطالب باسترداد الشيء، وبهذا فهي هنا تشبه ما عليه في صور الأيمان المتممة الوجوبية من تحديد الخصم الذي سيوجه إليه اليمين سلفاً من قبل القانون ، كما إن نتيجة حلف يمين الاستظهار أو النكول عنها ملزمة للقاضي ، على عكس الأيمان المتممة الجوازية.

3- لا توجه يمين الاستظهار إلا إذا كان هناك دليل كامل وأثبتت الدعوى ، ولكن القانون يعتبره ناقصاً فيوجب استكمالها بها ، بينما الملاحظ في اليمين المتممة والتي هي ضمن الأيمان المتممة الجوازية ، أنها لا توجه إلا إذا وجد دليل ناقص يشتمل على مبدأ الثبوت القانوني، أي دليل قانوني ناقص، يكون من شأنه أن يجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال ، فيجوز للقاضي استكمال قناعته الجزئية به، وإكمالها باليمين المتممة ليصبح بمثابة دليل كامل يبني بعد ذلك حكمه في موضوع الدعوى (الفيضي، 2012، 21) ، فالدليل أساسا هو كامل الإثبات في يمين الاستظهار، ومع ذلك يوجب القانون على القاضي تخليف هذه اليمين لاستظهار الحق .

المعدل ؛ والمادة /349 من القانون المدني الجزائري النافذ رقم 75-85 لسنة 1975 المعدل ؛ والمادة/62 من قانون الإثبات الاتحادي للمواد المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة النافذ رقم 10 لسنة 1992 المعدل.

(13) مما تجدر الإشارة إليه أن ما ذكرناه تقديرا المتواضع يعد هو الفرق الجوهرية والأساسي الذي يميز اليمين المتممة عن اليمين الحاسمة - التي تنتهي بها الدعوى بتوجيه المدعي اليمين إلى المدعي عليه إذا عجز عن إثبات حقه - و للمزيد من التفصيل حول الفروق بين اليمينين ينظر: د.رزق الله انطاكي، اصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، ط5، مطبعة دمشق، 1962، ص 625.

المقصد الثاني / تمييز يمين الاستظهار من يمين الاستحقاق

يمكننا توضيح أهم الفروق بين يمين الاستظهار ويمين الاستحقاق ، وذلك على النحو الآتي :-

أولاً / أوجه التشابه بين يمين الاستظهار ويمين الاستحقاق :-

1- كل منهما يمكن تصنيفهما بتقديرنا المتواضع ضمن الأيمان المتممة الوجوبية لأنهما بالحقيقة أيمان قانونية مفروضة من قبل القانون, كما أنهما يمين وجوبية لأنها تلزم القاضي بتوجيهها وليس له سلطة تقديرية في توجيهها من عدمها, فيلزم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه , إذ يعد الدليل أساساً غير كامل بالدعوى بنظر القانون ويوجب تعزيزه بيمين متممة وجوبية.

2- كلاهما أيمان قضائية أي أنهما يكونان ضمن دعوى مدنية في مجلس القضاء حصراً , فهما عبارة عن تأكيد الشيء بطلب من القاضي بذكر اسم أو صفة لله بصفة وشرائط مخصوصة , وهذا بالتأكيد يعد خاصية أساسية تتميز بها هذه الأيمان عن باقي الأيمان غير القضائية , كما أنها تؤدي من أحد الخصمين على صحة ما يدعيه الخصم بطلب من القاضي حصراً , فهي إما أن تكون يمين الاستظهار على أن المدعي لم يستوف حقه بأي صورة من الصور , فالمستحق للمال إنما يقدم دليلاً نسبياً على الملك فيبقى أن يعزز هذا الدليل بيمين متممة ومكملة وجوبية قانونية هي يمين الاستظهار على أن المال لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه , أو إما أن تكون هذه اليمين هي يمين الاستحقاق حيث يعزز الدليل الأصلي الذي استخلصه وأخذ به من البينة المقدمة إليه , فمن يدعي ملكية أشياء محجوزة مثلاً , عليه أن يثبت أولاً ملكيته لهذه الأموال , فإذا ما أثبت المدعي استحقاقه , تحلفه المحكمة من تلقاء نفسها يمين الاستحقاق على أنه لم يبيع هذا المال و لم يهبه لأحد و لم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه , فهذه اليمين لا تعد دليلاً في الحكم , ولا يصل إلى تحليفها إلا بعد ثبوت الاستحقاق .

3- كلاهما يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى المدعي - في يمين الاستظهار إلى مدعي الحق في التركة الذي أثبت حقه بأنه لم يستوف حقه بنفسه ولا بغيره من المتوفى ولا أبراه ولا أحاله على غيره أو استوفى دينه من الغير وليس للمتوفى في مقابل هذا الحق رهن - أما في حالة في يمين الاستحقاق الذي استحق المال وأثبت دعواه , على أنه لم يبيع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرج من ملكه بأي وجه من الوجوه المعروفة , كما أن كلاهما كانتا معروفة في الفقه الإسلامي⁽¹⁴⁾.

(14) تنظر: المادة/ 1746 - أولاً وثانياً من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت على انه " لا يحلف إلا بطلب الخصم ولكن يحلف من قبل الحاكم في أربعة مواضع بلا طلب الأول : إذا ادعى أحد من التركة حقاً و أثبتة فيحلفه الحاكم على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه ولا أبراه ولا أحاله على غيره ولا أوفى من طرف أحد وليس للميت في مقابله هذا الحق رهن ويقال لهذا يمين الاستظهار ... الثاني: إذا استحق أحد المال و أثبت دعواه حلفه الحاكم على أنه لم يبيع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه ...".

ثانيا / أوجه الاختلاف بين يمين الاستظهار ويمين الاستحقاق:-

1- ينبغي على القاضي في دعاوى الاستحقاق توجيه يمين الاستحقاق إلى المدعي دونما حاجة لطلب من المدعى عليه , ويحلف القاضي من تلقاء نفسه يمينا للمدعي الذي استحق المال وأثبت دعواه، على أنه لم يبيع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه، ويعزز الدليل الأصلي الذي استخلصه فلا يصل إلى تحليفها إلا بعد ثبوت الاستحقاق (الفيضي، مجلة 2004، 157)، ويمين الاستحقاق هي يمين استثبات يحلفها القاضي عن واقعة شخصية، ويعزز الدليل الأصلي الذي استخلصه وأخذ به من البيئة المقدمة إليه ، فمن يدعي ملكية أشياء محجوزة مثلاً ، عليه أن يثبت أولاً ملكيته لهذه الأموال، فإذا ما أثبت المدعي استحقاقه، تحلفه المحكمة من تلقاء نفسها هذه اليمين، في حين ان يمين الاستظهار كما بينا انفا تحلف للمدعي لم يستوف حقه بأي صورة من الصور .

2- كما أن من الآثار المترتبة على يمين الاستحقاق أنه إذا حلف المدعي الذي استحق المال وأثبت دعواه فانه يكسب حقه ويحكم له بالمال الذي يستحقه، لان هذه اليمين هي بالحقيقة عبارة عن استثبات يحلفها القاضي عن واقعة شخصية لكي يعزز الدليل الأصلي الذي استخلصه وأخذ به من البيئة المقدمة إليه ، فهذه اليمين لا تعد دليلاً في الحكم ولا يصل إلى تحليفها إلا بعد ثبوت الاستحقاق، اما إذا نكل عنها ولم يحلف المدعي خسر دعواه، لأنها يمين قانونية مفروضة من القانون، والدليل هنا أساساً ناقص بنظر القانون لذا فرضت قانوناً وجاءت لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً ويراد استكمالها، فالقاضي ملزم بتوجيهها في أحوال معينة إلى أحد الخصوم بالذات الذي يعينه القانون، في حين ان حلف يمين الاستظهار يثبت له الحق في التركة كأثر لذلك، أما إذا نكل عن اليمين ولم يحلف المدعي خسر دعواه ايضاً.

المبحث الثاني / مشروعية يمين الاستظهار وأحكامها

إن الأدلة الواردة في الفقه الإسلامي على مشروعية العمل بيمين الاستظهار كثيرة ، وتوصلنا إلى استنباطها والاستدلال عليها من الفقه الإسلامي، إذ لاحظنا انه لم يرد نص من أدلة الأحكام الشرعية الأصلية النقلية المتفق عليها في الكتاب أو السنة النبوية تدل على مشروعيتها، وإنما ذهب إلى مشروعيتها الفقهاء على سبيل الاستحسان والاحتياط، لذا فقد عمدنا إلى استخلاصها من تقديراتنا المتواضعة، وذلك من اجل معرفة أحكامها وبيان شروطها وآثارها، ولغرض الإحاطة الشاملة للموضوع لا بد من تقسيمه على مطلبين هما على النحو الآتي:-

المطلب الأول/ مشروعية يمين الاستظهار. المطلب الثاني/ أحكام يمين الاستظهار.

المطلب الأول/ مشروعية يمين الاستظهار

في الحقيقة توصلنا إلى الاستدلال على مشروعية هذه اليمين من الفقه الإسلامي , إذ لم يرد نص في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة تدل على مشروعيتها , لذا لجأنا إلى استخلاصها من الفقه الإسلامي , وسيتم توضيح ذلك بالتفصيل ضمن الفرعين الآتيين : -
الفرع الأول/ مشروعية يمين الاستظهار في الفقه الإسلامي .
الفرع الثاني/ مشروعية يمين الاستظهار في القوانين .

الفرع الأول/ مشروعية يمين الاستظهار في الفقه الإسلامي

يمين الاستظهار وهي على ما يطلق عليها بعض الفقهاء هي اليمين التي يوجهها القاضي إلى المدعي مع قيام بينته التامة على ما يدعي به لتحقيق صدق المدعي , وتأكيد حقه فيما يدعيه , رعاية للحقوق , وصيانة للأموال , وضمانا لمقتضيات الحيطنة في الدعاوى على الأموات والغائبين ونحوهم(المانعي, 2009, 211), ومن الملاحظ انه لم يرد نص في القرآن الكريم أو السنة تدل على مشروعيتها , وإنما ذهب إلى مشروعيتها الفقهاء على سبيل الاستحسان والاحتياط (المانعي, 2009, 211), فعن ابن سيرين أن رجلا ادعى قبل رجل حقا , وأقام عليه البينة , فاستحلفه شريح فكأنه يأبى اليمين فقال شريح : " بئس ما تثنى على شهودك " (البيهقي, 1994, 261), وورد أيضا عن أبي مالك الأشجعي انه قال: "شهدت شريحا , واختصم إليه رجلان, ادعى أحدهما قبل الآخر دابة, وانه يزعم أنها دابته أنتجها , فسأله شريح البينة , فجاءه بشمانية رهط, فشهدوا له , فقال الذي في يده الدابة : استحلفه فقال: احلف , فقال له : أثبت عندك بشمانية من الشهود , فقال شريح: " لو أثبت عندي كذا وكذا شاهدا ما قضيت لك حتى تحلف " (البيهقي, 1994, 261).

وعن عون بن عبد الله بن عتبة عن أبيه : أنه استحلف رجلا مع بينة , فأبى أن يحلف , فقال له عبد الله بن عتبة : " لا أقضي لك بما لا تحلف عليه " (البيهقي, 1994, 261) (الجوزية, -128), كما نقل في هذا الخصوص " القول بذلك عن الشعبي والأوزاعي والحسن بن حي وغيرهم " (الجوزية, -128), وقال الإمام ابن القيم: " وهذا القول ليس ببعيد عن قواعد الشرع , ولا سيما مع احتمال الشبهة " (الجوزية, -128), كما قال أيضا في موضع آخر : " وهذا القول يقوى مع وجود التهمة , وأما بدون التهمة فلا وجه له , وقد قال النبي ρ للمدعي : "شاهدك او يمينه " فقال: يا رسول الله, انه فاجر لا يبالي ما حلف عليه , فقال: "ليس لك إلا ذلك " (الجوزية, -128), وقوله إن التحليف مع البينة إنما يكون مع التهمة قول له ما يعضده , فان أشهر من عرف عنه القضاء بها مع البينة شريح ,

فقد جاء عنه أنه قال: " بينة الطالب على أصل حقه، براءة أهل الميت إن صاحبهم قد أدى، ويمين الطالب بالله الذي لا اله إلا هو لقد مات وهذا الحق عليه، ونحن نقول به في الدعوى إذا قامت على ميت أو طفل أو مجنون " (البيهقي، 1994، 262)، وقد اختلف الفقهاء بعد ذلك في حكمها بين الوجوب والاستحباب فالمالكية (اليعمرى، 2001، 335)، والحنفية¹⁵، والأصح المختار عند الشافعية (النووي، 1405، 176)، ومشهور الحنابلة (الحراني، 1404، 210)، وبعض الاباضية (اطفيش، -، 369) : أنها واجبة وقال بعض الشافعية باستحبابها (النووي، 1405، 176).

ومما تجدر الإشارة إليه أن قد حدث بعض الخلط والوهم عند بعض الكتاب حول هذه اليمين، إذ ورد في كتاب " د. عمار المانعي، أحكام اليمين في أصول المرافعات الشرعية " ما نصه انه: " ويمين الاستيثاق في الفقه الإسلامي غيرها في القانون فهما وإن كانتا متشابهتين إلا أن احد أهم الفروق بينهما أن القانون يعتبرها في رأي الأكثرين من فقهاء يميناً متممة يوجهها القاضي في حالات محدودة لإكمال دليل يعتبره ناقصاً كقرينة يعززها باليمين ونحو ذلك في حالات ضيقة جداً كما أنها تتوجه في هذه الحالات إلى المدعى عليهم لتعزيز قرينة براءتهم من الحق، أما هي في الفقه الإسلامي فيمين يوجهها القاضي إلى المدعي مع قيام بينته التامة على ما يدعي به لتحقيق صدق المدعي وتأكيد حقه فيما يدعيه رعاية للحقوق وصيانة للأموال وضماناً لمقتضيات الحيطة في الدعاوى على الأموات والغائبين ونحوهم " (المانعي، 2009، 216).

ونحن نرد على هذا القول بان: أن هناك يمين أخرى في القانون تسمى يمين الاستيثاق تختلف عن يمين الاستظهار، ويمين الاستيثاق هي يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه للمدعى عليه الذي يتمسك بعدم سماع الدعوى بمضي سنة على إن ذمته غير مشغولة بالدين وإلى ورثته—أو أوليائهم إن كانوا محجورين—بأن لا علم لهم بوجود الدين في حالة مضي سنة واحدة على وجود الدين في بعض الحقوق الخاصة المحددة قانوناً (الفيضي، مجلة 2004، 135)، كما وتوجه المحكمة يمين الاستيثاق إما للمدين ليحلف بأن ذمته غير مشغولة بالدين، أو إلى ورثة المدين ليحلفوا بأن لا علم لهم بوجود الدين، فهي إذن خاصة بالحقوق التي تتقدم بسنة واحدة، إذ أوجبت القوانين عموماً على القاضي توجيهها للمدعى عليه الذي أدى دينه فعلاً، وذلك استناداً لأحكام المادة/431 من القانون المدني العراقي إذ

¹⁵ ينظر: الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، دار الفكر، 1411هـ/1991م، ج4، ص14؛ ومن الجدير بالذكر في هذا الخصوص انه قد نقل إجماع الحنفية على ذلك الاستاذ علي حيدر، ينظر: علي حيدر، درر الحكام، تحقيق وتعريب الخامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2010، ج4، ص444.

نصت على أنه "1- لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة في الحقوق الآتية: أ- حقوق الأطباء والصيدالة... ب- حقوق التجار... ج- حقوق العملة -3- ويجب على من يتمسك بعدم سماع الدعوى بمرور سنة واحدة أن يحلف يميناً توجهها المحكمة من تلقاء نفسها على أن ذمته غير مشغولة بالدين وتوجه اليمين إلى ورثة المدنين أو أوليائهم إن كانوا محجورين بأنهم لا يعلمون بوجود الدين... " وتوافقها المادة/378 من القانون المدني المصري والمادة/375 من القانون المدني السوري، ولا يوجد نص مماثل في المادة/451 و452 من القانون المدني الأردني التي لم تتضمن حلف هذه اليمين واقتصرت على حق التقادم فقط⁽¹⁶⁾، وهذه اليمين تعزز قرينة الوفاء التي تقوم لمصلحة المدين، فهي مستمدة من انقضاء سنة على وجود الدين، فإذا ما نكل المدين أو ورثته عن الحلف بعدم وجود الدين أو عدم العلم به، عد ذلك النكول إقراراً لوجود الدين وألزم بالوفاء بالرغم من مضي السنة. أما إن كان المقصود من نص " كتاب أحكام اليمين في أصول المرافعات.. د. د. عمار المانعي " هو يمين الاستظهار فهذا كلام مردود وليس صحيحاً لأن يمين الاستظهار كما عرفناها فيما سبق بيانه، هي يمين قانونية وجوبية يوجهها القاضي من تلقاء نفسه إلى مدعي الحق في التركة الذي أثبت حقه، بأنه لم يستوف حقه بنفسه ولا بغيره من المتوفى ولا أبراه ولا أحاله على غيره ، أو استوفى دينه من الغير وليس للمتوفى في مقابل هذا الحق رهن، وهي أساساً في القانون مقتبسة من الفقه الإسلامي وليس هناك أي فرق بين الاثنين في هذا الخصوص .

وبهذا يتبين لنا من كل ذلك أن يمين الاستظهار ليست قاعدة عامة في جميع الدعاوى وإنما هي استثناء من القاعدة العامة ذهب إليها الفقه الإسلامي - وجوبا في قول الجمهور واستحبابا في قول البعض - حيث يوجد ما يقتضيها من الحيطة في الدعاوى على الأموات والغائبين والقصر، صيانة لحقوقهم وحفظاً لأموالهم، وفي سياق تقرير مشروعية هذه اليمين في الفقه الإسلامي نجد أن الفقهاء المسلمون عموماً يحدون مواضع تشريع فيها هذه اليمين ويخصونها بالذكر لمزيد الاهتمام بها والاحتياط في حقوق أصحابها وفي هذا المجال ننقل بعض نصوصهم في ذلك منتقنين لأجمع النصوص من كل مدرسة فقهية:-

(16) تنظر: المادة/431 من القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951 المعدل؛ والمادة/378 من القانون المدني المصري النافذ رقم 131 لسنة 1948 المعدل؛ والمادة/375 من القانون المدني السوري النافذ رقم 84 لسنة 1949 المعدل؛ والمادة/451 و452 من القانون المدني الأردني النافذ رقم 43 لسنة 1976 المعدل؛ في هذا الخصوص تجدر الإشارة إلى أن النصوص القانونية المنظمة لحقوق والتزامات البعض من أصحاب الحقوق الواردة ذكرهم في المادة أعلاه فقد شرعت قوانين خاصة تنظم حقوقهم والتزاماتهم، فلم تعد حقوق المحامين والعمال تنقضي بمضي سنة بل بمضي ثلاث سنوات ، تنظر: المادة/65 من قانون المحاماة العراقي رقم 173 لسنة 1965 المعدل؛ و المادة/145 من قانون العمل العراقي رقم 71 لسنة 1987 المعدل.

فقد قال ابن نجيم الحنفي: " لا يحلف مع وجود البرهان , قلت : إلا في مسائل: (الأولى): تحليف مدعي الدين على الميت إذا برهن فانه يحلف كما وصفنا وهي في الخلاصة ولا خصوصية لدعوى الدين بل في كل موضع يدعي حقا في التركة وأثبتته بالبينة فانه يحلف من غير خصم أنه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى يحلف من غير دعوى كذا في الولوالجية ولم أر حكم من ادعى أنه دفع للميت دينه وبرهن هل يحلف؟ وينبغي أن يحلف احتياطاً. (الثانية): المستحق للمبيع بالبينة، للمستحق عليه تحليفه بالله ما باعه ولا وهبه ولا تصدق به ولا خرجت العين عن ملكه بوجه من الوجوه كما في جامع الفصولين من فصل الاستحقاق . (الثالثة): يحلف مدعي الأبق مع البينة بالله أنه باق على ملكك إلى الآن لم يخرج ببيع ولا هبة كما في إباق فتح القدير " (الحنفي، -، 203 و204) (نظام وجماعة، 1991، 14)

وقد قال في هذا الخصوص أيضا ابن فرحون المالكي ما نصه: " قال ابن رشد : يمين القضاء متوجهة على من يقوم على الميت أو على الغائب أو على اليتيم أو على الأحماس أو على المساكين وعلى كل وجه من وجوه البر وعلى بيت المال وعلى من استحق شيئاً من الحيوان ولا يتم الحكم إلا بها " (اليعمري، 2001، 233)، كما ذكر الشرقاوي أيضا في " حاشية على تحفة الطلاب " : " سبع صور يحلف فيها المدعي مع البينة وهي: " الرد بعيب , ودعوى العنة والجراحة في عضو باطن , ودعوى الإعسار , وعلى الغائب, والميت , وفيما إذا قال لزوجته : أنت طالق بالأمس ثم قال: أردت من غيري " (الشرقاوي، -، 475)، وجاء في كتاب " المخرر في الفقه ... ما نصه انه: " ومن ادعى على غائب أو مستتر في البلد أو ميت أو صبي أو مجنون وله بينة سمعت وحكم له بها ويستحلفه الحاكم على بقاء حقه وعنه لا يستحلفه " (الحرابي، 1404، 210).

وهكذا يتضح لنا من خلال هذه النصوص أن هذه اليمين تكون في الدعاوى على الأموات أو الغائبين أو عديمي الأهلية كالأيتام القصر والمجانين ونحوهم بالاتفاق كما تكون في الدعاوى التي تتعلق بالحقوق العامة كالأحماس والأوقاف ووجوه البر عند البعض كما تمتد لتشمل عند آخرين أنواعا من الدعاوى الخاصة التي تتعلق فيها دعوى المدعي بأمر خفي (المانعي، 2009، 219)، وبما أن هذه اليمين - وكما سبق بيانه - لم يأت بها نص من كتاب أو سنة نبوية , وإنما استحسناها الفقهاء احتياطاً حيث تكون التهمة قائمة , فيحتاج فيه القاضي إلى مزيد من اليقين في صدق البينات التي أدلى بها المدعي , فان حصر الصور التي تشرع فيها اليمين ليس توقيفا لا يسع القاضي الزيادة عليه أو النقص منه , وإنما أقصى ما يعنيه هذا الحصر هو استقرار الصور التي تكون التهمة فيها أكثر ظهوراً مما يعني

أولويتها بتشريع يمين القضاء عندها فإذا ما جدت صور أخرى للقضاء بحسب تغير المكان وتطور الزمان فإن الصور مع هذا تكون قابلة للزيادة وذلك وفق الضوابط الشرعية المقررة في باب الأيمان (المانعي, 2009, 219), ومما ينبغي التأكيد عليه أن هذه اليمين قد عالجتها أيضا المادة/ 1746 - أولاً من مجلة الأحكام العدلية العثمانية المذكورة سابقاً⁽¹⁷⁾.

وجاء في شرح المادة المذكورة انه " أولاً - إذا ادعى احد من التركة حقا كعين أو دين وأثبتته فيحلفه القاضي على أنه لم يستوف هذا الحق أو أي مقدار منه قليلا أو كثيرا بنفسه أو بغيره بطريق الوكالة أو بطريق الأمر بالاستيفاء ولا أبراه من كل الدين أو من بعضه ولا قبل حوالة على غيره في كل الدين أو بعضه ولا أوفى كله أو بعضه من طرف أحد , وليس للميت في مقابلة كل هذا الحق أو بعضه رهن حتى لو أن المتوفى قد أقر بذلك الحق في مرض موته , فإذا حلف المدعي اليمين على هذا الوجه فيحكم له بالمدعى به وإذا امتنع عن حلف اليمين فلا يحكم حتى أن المدعي لو أخذ حقه دون أن يحلف يميناً على هذا الوجه يسترد منه المبلغ , ويقال لهذا اليمين يمين الاستظهار حيث يحتمل أن يكون الدائن قد أسقط حقه من الدين باستيفاء الدين ولم يعلم الشهود بذلك فشهدوا على طريق الاستصحاب فلزم احتياطاً يمين الاستظهار - رد المختار - وهذه اليمين ليست هو للوارث بل هي للتركة لأنه يحتمل وجود دائن للتركة أو ظهور موصى له فيها فيجب على القاضي أن يحتاط صيانة للحقوق هؤلاء حتى لو أنه لو طلب ورثة المتوفى عدم تحليفه فيجب تحليفه - الهندية - ... وإذا كان التركة المدعى عليها صغار فتلزم يمين الاستظهار أيضا كما لو كان بعضهم صغارا وبعضهم كبارا تلزم يمين الاستظهار ولا يصح الحكم بلا يمين الاستظهار, كذلك إذا كان جميع ورثة المتوفى كبارا وادعى دائن في مواجهة الورثة المذكورين دينا من التركة وأثبتته بالبينة فالظاهر أن القاضي يحلف المدعي يمين الاستظهار حتى لو طلب جميع الورثة عدم تحليف المدعي اليمين المذكورة , كذلك إذا لم يكن للمتوفى أي وارث وأدعى المدعي دينه في مواجهة الوصي وأثبتته تلزم يمين الاستظهار أيضا - الهندية والتنقيح - أما الدعوى التي تقام على كفيل المتوفى إذا أثبتتها المدعي فالظاهر أنه لا يحلف المدعي يمين الاستظهار حيث أن الدعوى لم تكن على التركة ولا تنحصر يمين الاستظهار في طلب دين من التركة فلذلك إذا أثبت حق على التركة وثبت بالبينة يمين الاستظهار - رد المختار - " (علي حيدر, 2010, 453), كما جاء في شرح المادة أيضا أن: "هذه اليمين لا بد منها حتى ولو كان الميت قد أقر بالدين في مرض موته - در المختار - بل ولو أبى الوارث الخصم تحليف الدائن فلا بد أيضا من تحليفه - بزازية - لأنه حق الميت وهو مثل حقوق الله تعالى يحلف

(17) تنظر: المادة/ 1746 - أولاً من مجلة الأحكام العدلية.

من غير دعوى وقيد بإثباته بالبينة لأنه لو أقر به الوارث أو نكل عن اليمين المتوجهة عليه لا يحلف الدائن " (سليم باز, 1889, 1020) .

وينبغي الإشارة إلى أن من المستثنيات على هذه المادة انه: "1- إذا ادعى أحد بأنه قد أوفى دينه للمتوفى حال حياته وأثبت ذلك فلا تلزمه يمين الاستظهار لأن الشهود الذين شهدوا على دفع الدين قد شهدوا على حقيقة الدفع فلا يحتمل أن تكون شهادتهم مبنية على الاستصحاب-رد المختار-2- إذا كان الورثة كبارا وأقر جميعهم بأن للمدعي حقا بالفعل في تركة المتوفى الوافية فلا تلزم يمين الاستظهار, أما إذا أقروا بأن المتوفى مدين للمدعي فيلزم يمين الاستظهار- فتاوى أبي السعود في الدعوى-3- إذا عجز المدعي عن إثبات مطلوبه من تركة المتوفى الوافية وكلف الورثة بحلف اليمين على عدم العلم فنكلوا عن الحلف فوجب الحكم عليهم فالظاهر أنه تجب يمين الاستظهار على المدعي " (علي حيدر, 2010, 454).

الفرع الثاني/ مشروعية يمين الاستظهار في القوانين

اقتبست المادة/124 من قانون الإثبات العراقي النافذ نص المادة/ 1746 من مجلة الأحكام العدلية, إذ نصت المادة/ 124 إثبات عراقي على أنه " تحلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية: أولاً- إذا ادعى أحد في التركة حقاً و أثبتته فتحلفه المحكمة يمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من المتوفى بوجه ولا أبراه ولا أحاله على غيره ولا استوفى دينه من الغير وليس للمتوفى في مقابله هذا الحق رهن... " (18), وتطابقها المادة/ 123 - أ بينات سوري, أما المادة/ 54 بينات أردني فقد نصت على أنه " لا يحلف من وجهت إليه اليمين إلا بطلب خصمه وبعد صدور قرار المحكمة بذلك ولكن تحلفه المحكمة يمين الاستظهار وعند الاستحقاق ورد المبيع ليعب فيه ويمين الحكم بالشفعة ولو لم يطلب الخصم تحليفه " كما نصت المادة/ 107 -4 من نظام المرافعات السعودي على انه " للقاضي أن يوجه يمين الاستظهار وما في حكمها لأحد الخصمين عند الاقتضاء ولو لم يطلب الخصم ذلك " ولم يرد نص مماثل في القوانين المقارنة الأخرى (19), وهذا مما يدل على أن يمين الاستظهار لها مشروعية في القوانين الوضعية أيضاً وذلك من خلال نصوص المواد القانونية .

(18) تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن هذه المادة/124 من قانون الإثبات العراقي قد تم تعديلها بالتعديل الرابع رقم 36 لسنة 2000 , المنشور في جريدة الوقائع العراقية , ع /3837, في 2000/7/31, ص 451 .

(19) تنظر : المادة/ 123 - أ من قانون بينات السوري ؛ والمادة / 54 من قانون بينات الاردني النافذ رقم30 لسنة1952 المعدل؛ والمادة/107 من نظام المرافعات الشرعية السعودي النافذ رقم21 لسنة1421 هـ المعدل.

المطلب الثاني / أحكام يمين الاستظهار

يمكننا أن نحدد أحكام هذه اليمين من خلال التطرق إلى الطبيعة القانونية لهذه اليمين أولاً وإلى بيان أهم شروطها ثانياً ، فضلاً عن تناول أهم آثارها ثالثاً ، لذا ينبغي أن نقسم هذا المطلب على الفروع الآتية: - الفرع الأول/ الطبيعة القانونية ليمين الاستظهار . الفرع الثاني/ شروط يمين الاستظهار. الفرع الثالث/ الآثار المترتبة على يمين الاستظهار.

الفرع الأول/ الطبيعة القانونية ليمين الاستظهار

غني عن البيان أن الطبيعة القانونية لهذه اليمين - وبتقديرنا المتواضع - أنها تعد يمين من الأيمان المتممة الوجوبية ، فهي بالحقيقة يمين قانونية قضائية، أما في كونها يمين قانونية لأنها مفروضة من قبل القانون ، وذلك حسب نص المادة/142-1 من قانون الإثبات العراقي ، كما أنها تعد يمين قضائية أيضاً لأنها عبارة عن تأكيد الشيء بطلب من القاضي بذكر اسم أو صفة لله بصفة وشرائط مخصوصة ، فهي بلا شك يمين قضائية لأنها تؤدي في مجلس القضاء حصراً وضمن الدعوى المدنية ومن قبل مدعي الحق في التركة الذي أثبت حقه بطلب من القاضي .

كما أن هذه اليمين تعد أيضاً صورة خاصة من صور اليمين المتممة توجه عادة في أحوال معينة ، وقد ألقناها باليمين المتممة لكونها تأتي لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً يراد استكمالها ، فضلاً عن أنها توجه من قبل القاضي ويطلق عليها اليمين القانونية ، وذلك لأن القانون هو الذي فرضها وبالتالي فهي وجوبية أي أن القاضي ملزم بتوجيهها في أحوال معينة إلى أحد الخصوم بالذات الذي يعينه القانون ، وليس له سلطة تقديرية في توجيهها من عدمها ، فيلزم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه ، إذ يعد الدليل أساساً غير كامل بالدعوى بنظر القانون ويوجب تعزيزه بيمين متممة وجوبية هي يمين استظهار على أن المدعي لم يستوف حقه بأي صورة من الصور ، فالمستحق للمال إنما يقدم دليلاً نسبياً على الملك ، فيبقى أن يعزز هذا الدليل بيمين متممة ومكملة وجوبية قانونية هي يمين الاستظهار ، فالدليل هو كامل الإثبات في هذه الصورة من الأيمان المتممة الوجوبية ، ومع ذلك يوجب القانون تخليف هذه الأيمان ، لاستظهار الحق لأنها يمين استظهار ، وبهذا يتضح لنا أن الأيمان المتممة الوجوبية تشتمل على عدة صور متنوعة في العديد من التشريعات القانونية تم جمعها ضمن هذا النوع ، وقد ألحقت هذه الصور باليمين المتممة لكونها تأتي لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً فيريد أن يستكملة بها ، ولذا فالقاضي ملزم بتوجيهها إلى أحد الخصمين بالذات الذي يعينه القانون ، وبالتالي فهو ملزم بنتيجة حلفها أو النكول عنها ، ولهذا أطلقنا عليها تسمية اليمين المتممة الوجوبية القانونية.

الفرع الثاني / شروط يمين الاستظهار

من خلال ما تقدم يمكننا أن نحدد أهم الشروط الواجب توافرها لكي يتم توجيه هذه اليمين وهي بالتفصيل على الشكل الآتي (الفيضي, مجلة 2004, 156):-

- 1- أن يدعي شخص حقاً في تركة ما .
- 2- أن يثبت المدعي حقه بالكامل .
- 3- أن يحلف المدعي يمينا بطلب من القاضي على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من المتوفى بوجه من الوجوه وأبراه ولا أحاله على غيره ولا أستوفى دينه من الغير وليس للمتوفى في مقابل هذا الحق رهن, وفي هذا الصدد فقد جاء قرار محكمة تمييز الاتحادية العراقية انه "... وعند النظر في الحكم المميز ظهر انه صحيح وموافق للقانون لأن المميز عليها المدعية... وأن المدعية أدت يمين عدم الكذب بالإقرار في الدعوى المجلوبة وأن محكمة الموضوع حلفتها يمين الاستظهار" (20).

الفرع الثالث / الآثار المترتبة على يمين الاستظهار

من خلال عرضنا لأحكام هذه اليمين وجدنا أنه إذا ما توافرت شروط هذه اليمين فإنها توجه للمدعي الذي يدعي حقاً في تركة واثبت حقه, فان حلفها يثبت له الحق في التركة كأثر لذلك, لأن الهدف من هذه اليمين استظهار الحق, أما إذا نكل عن اليمين ولم يحلف المدعي خسر دعواه, لأن هذه اليمين قانونية مفروضة من القانون, والدليل هنا أساساً ناقص بنظر القانون لذا فرضت اليمين قانوناً وجاءت لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً ويراد استكمالها, كما أنها توجه من قبل القاضي, فهي وجوبية إلزامية أي أن القاضي ملزم بتوجيهها في أحوال معينة إلى أحد الخصوم بالذات الذي يعينه القانون. وقد جاء في قرار لمحكمة بداءة الكراة انه " لدعوى المدعية والمرافعة الحضورية العلنية حيث أدعت بأن مورث المدعى عليهم شريكها في العقار المرقم... وأن مورثهم استأثر بمنفعة العقار أعلاه ولم يدفع لها مستحقاتها لذلك تطلب الحكم بإلزامهم اضافة لتركة مورثهم... وأن الدعوى تتعلق بالتزامات تجاه التركة وحيث أن المادة/124 أثبات قد أشارت إلى قيام المحكمة ومن تلقاء نفسها بتحليف من ادعى حقاً تجاه التركة وأثبت ذلك بأن تحلفه يمين الاستظهار وتجد المحكمة أن تلك اليمين تحلف عندما تكون الخصومة والنزاع قائمين والمدعي أثبت ذلك بطرق الاثبات... وأفهم علنا في 2013/11/28" (21).

(20) قرار محكمة تمييز الاتحادية العراقية رقم/36/الهيئة المدنية العقار/2009 في 2009/3/1 (قرار غير منشور).

(21) قرار محكمة بداءة الكراة في 2013/11/28, المنشور على الموقع الالكتروني الآتي: - comisity.blogspot.com

من خلال الدراسة توصلنا إلى عدة نتائج, قمنا بتبثيتها في مواضعها من الدراسة, وسأكتفي هنا بالإشارة إلى أهم تلك النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها وذلك على الشكل الآتي:-

أولاً / النتائج:-

1. توصلنا إلى تصنيف صور اليمين المتممة وتقسيمها من حيث سلطة القاضي التقديرية في توجيهها، إلى قسمين الأول: يشمل الأيمان المتممة الجوازية القضائية، حيث يجوز للقاضي توجيهها من عدمه، حسب سلطته التقديرية وقناعته بالأدلة المطروحة أمامه، أما الثاني: فهي الأيمان المتممة الوجوبية القانونية، حيث يكون القاضي مجبراً على توجيهها طالما تحققت الحالة التي حددها القانون، أي لا يمتلك هنا تلك السلطة التقديرية في توجيهها وبهذا توصلنا إلى تحديد الطبيعة القانونية ليمين الاستظهار .

2. وضحنا أن الأيمان المتممة الوجوبية تشتمل على عدة صور متنوعة من عدة تشريعات قانونية تم جمعها ضمن هذا النوع ، ومن ضمنها يمين الاستظهار وقد ألحقت هذه الصور باليمين المتممة لكونها تأتي لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً فيريد أن يستكملة بها ، ولذا فالقاضي ملزم بتوجيهها إلى أحد الخصمين بالذات الذي يعينه القانون ، وبالتالي فهو ملزم بنتيجة حلفها أو النكول عنها ، ولهذا أطلقنا عليها تسمية اليمين المتممة الوجوبية القانونية.

3. استنتجنا أهم الفروق بين يمين الاستظهار والإيمان المتممة الجوازية، ووجدنا أن القاضي في يمين الاستظهار بالإضافة إلى أنه ملزم على توجيه اليمين إلى أحد الخصوم بالذات وهو مدعي الحق في التركة الذي أثبت حقه وبالتالي فالقاضي ملزم بالأخذ بنتيجتها، على عكس اليمين المتممة الجوازية القضائية ، كما لاحظنا مدى التفاوت بين القوانين المقارنة في الأخذ ببعض هذه الصور من الأيمان المتممة، فمن ضمن أقسام اليمين المتممة الوجوبية هي يمين الاستظهار، وقد ألحقت باليمين المتممة لكونها تأتي لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً، فيريد أن يتممه ويستكملة بهذه الصور الخاصة من اليمين المتممة الوجوبية المفروضة من قبل القانون، أو قد يراه القاضي ناقصاً فيحتاج إلى إكماله باليمين المتممة الجوازية القضائية.

4. يتبين لنا أن يمين الاستظهار ليست قاعدة عامة في جميع الدعاوى وإنما هي استثناء من القاعدة العامة ذهب إليها الفقه الإسلامي - وجوبا في قول الجمهور واستحبابا في قول البعض - حيث يوجد ما يقتضيها من الحيطة في الدعاوى على الأموات والغائبين والقصر صيانة لحقوقهم وحفظاً لأموالهم.

ثانياً/ التوصيات :-

1. نقتح إضافة الفقرات رابعاً وخامساً إلى المادة/ 124 من قانون الإثبات العراقي وذلك بنقل المادة/ 308 - أولاً وثانياً من قانون المرافعات العراقي النافذ رقم 83 لسنة 1969 المعدل وجعلها كفقرات

رابعاً وخامساً ضمن المادة/ 124, وبهذا نكون قد جمعنا صور الأيمان المتممة الوجوبية القانونية في نص مادة واحدة وفي القانون المناسب لها وهو قانون الإثبات, وهو موضعها الصحيح والملائم مع بقية صورها الأخرى بدل هذا التشتت لها, كما أن وجودها ضمن قانون المرافعات ليس ملائماً ويخلو من الفائدة , إذ كما هو معلوم أن اليمين عموماً تعد من طرق الإثبات القضائية حيث أن تطبيقاتها في قانون الإثبات, خاصة وأنه يتناول صور الأيمان المتممة الجوازية والوجوبية, وبهذا تكون المادة/ 124 من قانون الإثبات العراقي قد أصبحت وفق الصيغة الآتية: " تحلف المحكمة من تلقاء نفسها في الأحوال الآتية: أولاً- إذا ادعى أحد في التركة حقاً وأثبتته فتحلفه المحكمة بيمين الاستظهار على أنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من المتوفى بوجه ولا أبراه ولا أحاله على غيره ولا استوفى دينه من الغير وليس للمتوفى في مقابله هذا الحق رهن. ثانياً - إذا استحق أحد المال وأثبت دعواه حلفته المحكمة على أنه لم يبيع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه. ثالثاً - إذا أراد المشتري رد المبيع لعيب حلفته المحكمة على أنه لم يرضَ بالعيب صراحةً أو دلالةً. رابعاً- إذا طلبت الزوجة النفقة في مال زوجها الغائب وأقامت البينة على دعواها , تحلف اليمين بالصيغة التالية - والله إن زوجي لم يترك لي نفقة ولا شيئاً من جنس النفقة ولم أكن ناشراً ولا مطلقة انقضت عدتي. خامساً- إذا زوج غير الأب و الجدد الصغيرة للكفء وبمهر المثل وبلغت فاختارت نفسها بالبلوغ وطلبت فسخ عقد الزواج والتفريق بينها و بين زوجها وأقامت البينة على دعواها فتحلف اليمين بالصيغة التالية:- والله إني اخترت نفسي وقت بلوغي - "

وبهذا الشكل تكون المادة/ 124 من قانون الإثبات العراقي قد أصبحت في فقراتها الخمسة تجمع الأحكام الخاصة لليمين المتممة الوجوبية القانونية في مادة واحدة بدل هذا التشتت الموجود للنصوص القانونية في عدة قوانين وتجمعهم أيضاً في قانون واحد وفي القانون المناسب لها وهو قانون الإثبات , وهذا هو موضعها الصحيح والملائم مع بقية صورها الأخرى بدل هذا التشتت , كما أن وجودها ضمن قانون المرافعات ليس ملائماً ويخلو من الفائدة , فليمين عموماً تعد إحدى طرق الإثبات القضائية المعروفة وأن تطبيقاتها مكان وجودها هو في قانون الإثبات, خاصة وأن قانون الإثبات يتناول الأحكام الخاصة لليمين المتممة الجوازية القضائية والأحكام الخاصة لليمين المتممة الوجوبية القانونية, وبهذا تكون المادة/ 124 من قانون الإثبات العراقي قد أصبحت بالنسق الآتي: فهي تتناول أولاً يمين الاستظهار وثانياً يمين الاستحقاق وثالثاً يمين رد المبيع لعيب ورابعاً يمين النفقة على الغائب وخامساً يمين الفرقة, كما نقترح إضافة يمين الفرقة وجعلها أيضاً ضمن حالات التفريق القضائي التسعة المنصوص عليها

بالمادة/43 من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم 188 لسنة 1959 المعدل, ولتكون فقرة
عاشرة .

2. نقترح تعديل بداية المواد المتعلقة باليمين الحاسمة في قوانين الإثبات العربية عموماً التي تقرر أن " لكل
من الخصمين في أية حالة كانت عليها الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر..." لما فيها
من ايهام ذلك لأنها لم تقيّد هذا الحق بخصم عليه عبء اثبات واقعة قانونية كما يقرره الفقه القانوني.

3. نوصي تكثيف الدراسات الشرعية المقارنة بالقوانين والعودة بالتشريع القانوني في العالم الإسلامي إلى
الفقه الإسلامي ليستلهم منه منهجه وأحكامه.

ثبت المراجع والمصادر

القرآن الكريم

أولا / كتب الحديث الشريف:-

1. البيهقي, أحمد بن الحسين أبو بكر , 1414هـ/1994م, سنن البيهقي الكبرى, تحقيق محمد عبد
القادر عطا, مكتبة دار الباز , مكة المكرمة, ج10.

ثانيا / كتب القواعد الفقهية:-

1. الزرقا , أحمد بن الشيخ محمد, 2001م, شرح القواعد الفقهية , ط 6, بقلم مصطفى أحمد الزرقا
- ابن المؤلف- قام بالتنسيق والمراجعة د. عبد الستار أبو غدة , دار القلم , دمشق .

ثالثا / كتب الفقه الإسلامي :-

أ- كتب الفقه الحنفي :-

1. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند , 1411هـ /1991م, الفتاوى الهندية في مذهب الإمام
الأعظم أبي حنيفة النعمان , دار الفكر , ج4 .

2. الحنفي, ابن نجيم, من دون سنة طبع, البحر الرائق شرح كنز الدقائق, ط2, دار المعرفة, بيروت, ج7 .

3. سليم رستم باز, 1889, شرح المجلة, المطبعة الأدبية, بيروت.

4. علي حيدر, 2010م, درر الحكام شرح مجلة الأحكام, ط1, تعريب المحامي فهمي الحسيني, دار
الكتب العلمية, بيروت لبنان, ج4.

ب- كتب الفقه المالكي :-

1. اليعمري , ابن فرحون, 1422هـ/2001م , تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام , تحقيق وتعليق الشيخ جمال مرعشلي , دار الكتب العلمية , بيروت , لبنان , ج 1.
ت- كتب الفقه الشافعي :-
1. الشرقاوي , عبد الله بن إبراهيم الأزهرى الشافعي , من دون سنة طبع , حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب , ط 1 , دار المعرفة , بيروت , ج 2 .
2. النووي , محي الدين يحيى بن شرف , 1405هـ , روضة الطالبين وعمدة المفتين , ط 2 , المكتب الإسلامي , بيروت , ج 11 .
ث- كتب الفقه الحنبلي :-
1. الجوزية , ابن قيم , من دون سنة طبع , الطرق الحكمية , تحقيق د. محمد جميل غازي , مطبعة المدني , القاهرة .
2. الحراني , عبد السلام بن عبد الله بن تيمية , 1404هـ , المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل , ط 2 , مكتبة المعارف , الرياض , ج 2 .
ج- كتب الفقه الجعفري :-
1. المحقق الحلي , 1978م , شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري , بإشراف محمد جواد مغنية , المجلد 2 , دار مكتبة الحياة للطباعة والنشر , بيروت .
ح- كتب الفقه الاباضية :-
1. اطفيش , محمد يوسف , من دون سنة طبع , شرح النيل وشفاء العليل , ط 3 , مكتبة الإرشاد , جدة , ج 13 .
خ- كتب الفقه العام :-
1. احمد إبراهيم , 1928 , طرق القضاء في الشريعة الإسلامية , المطبعة السلفية , القاهرة .
2. المانع , د. عمار بن سعيد بن محمد , 1430هـ/2009م , أحكام اليمين في أصول المرافعات الشرعية دراسة مقارنة , دار الجامعة الجديدة , الإسكندرية .
رابعا / كتب اللغة والمصطلحات :-
1. د أحمد مختار عبد الحميد عمر بمساعدة فريق عمل , 1429هـ / 2008م , معجم اللغة العربية المعاصرة , ط 1 , عالم الكتب , ج 2 .
2. د. سعدي أبو حبيب , 1408هـ / 1988م , القاموس الفقهي لغة واصطلاحا , ط 2 , دار الفكر , دمشق - سورية , ج 1 .

3. الهروي ,محمد بن أحمد بن الأزهري, 2001م, تهذيب اللغة, تحقق: محمد عوض مرعب, ط1, دار إحياء التراث العربي , بيروت, ج6.

4. الأنصاري ,ابن منظور الأفريقي, 1414 هـ ,لسان العرب, ط3, دار صادر , بيروت, ج4.
خامسا/ الكتب القانونية والعامه :-

1. الفيضي, د.أوان عبدالله, 2012م, مبدأ الثبوت القانوني دراسة مقارنة في الإثبات المدني, دار الكتب القانونية, مصر الإمارات.

2. انطاكي ,د.رزق الله, 1962م, اصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية, ط5, مطبعة دمشق.

3. مبارك, د.سعيد عبد الكريم, 1989م, أحكام قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980, ط1, كلية القانون , جامعة بغداد.

4. القضاة, د.مفلح, من دون سنة طبع, الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لقانون الإثبات الاتحادي رقم 10 لسنة 1992 لدولة الإمارات العربية المتحدة ، دبي.

سادسا/ المجالات العلمية والموسوعات الفقهية والقانونية والدوريات :-

1. الفيضي, د.أوان عبدالله, 1425هـ/2004م, " صور اليمين المتممة دراسة مقارنة في الإثبات المدني " , مجلة الرافدين للحقوق, كلية القانون , جامعة الموصل, المجلد 3, السنة 9, ع22 .

2. جريدة الوقائع العراقية, وزارة العدل العراقية, ع/3837, في 31/7/2000 .

3. جريدة الوقائع العراقية, وزارة العدل العراقية, ع/4042 في 3/7/2007 .

4. الكرياسي, علي محمد إبراهيم , الموسوعة القانونية 1, قانون الإثبات.

5. موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي, المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية, القاهرة, ج2.

سابعا / قرارات المحاكم القضائية غير المنشورة :-

1. قرار محكمة تمييز العراق المرقم 460/م¹ / 1995 في 30/12/1995.

2. قرار محكمة بداءة الموصل المرقم 829 / 2002 في 5/8/2002.

3. قرار محكمة تمييز الاتحادية العراقية رقم/36/الهيئة المدنية العقار/2009 في 1/3/2009.

ثامنا / متون القوانين :-

1. مجلة الأحكام العدلية. القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951 المعدل. وقانون الإثبات العراقي النافذ رقم 107 لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم 46 لسنة 2000. وقانون المرافعات المدنية

العراقي النافذ رقم 83 لسنة 1969 المعدل. وقانون التنفيذ العراقي رقم 45 لسنة 1980 المعدل بالقانون رقم 25 لسنة 2007. وقانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ رقم 188 لسنة 1959 المعدل. وقانون المحاماة العراقي رقم 173 لسنة 1965 المعدل. وقانون العمل العراقي رقم 71 لسنة 1987 المعدل.

2. القانون المدني المصري النافذ رقم 131 لسنة 1948 المعدل. وقانون الإثبات المدنية التجارية المصري النافذ رقم 25 لسنة 1968 المعدل. والقانون المدني السوري النافذ رقم 84 لسنة 1949 المعدل. وقانون البيئات السوري النافذ رقم 359 لسنة 1947 المعدل. وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني النافذ رقم 90 لسنة 1983 المعدل. والقانون المدني الجزائري النافذ رقم 75-85 لسنة 1975 المعدل. ونظام المرافعات الشرعية السعودية النافذ رقم 21 لسنة 1421 هـ المعدل. وقانون الإثبات الاتحادي للمواد المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة النافذ رقم 10 لسنة 1992 المعدل. والقانون المدني الأردني النافذ رقم 43 لسنة 1976 المعدل. وقانون البيئات الأردني النافذ رقم 30 لسنة 1952 المعدل.

حادي عشر/ مواقع الانترنت :-

1. قرار محكمة براءة الكرامة في 2013/11/28، المنشور على الموقع الآتي: comisity.blogspot.com

ومن الله تعالى التوفيق والسداد

B