

فالإقرار الذى لا يصدر أمام القضاء لا يعد إقراراً قضائياً . ويعتبر قضاء كل جهة نظمها الثمانون من جهات القضاء . فلا يقتصر ذلك على القضاء المدنى وحده . ويعتد بالإقرار الصادر أمام القضاء التجارى . والقضاء الإدارى . والقضاء الشرعى . والقضاء المالى . كذلك يعتد بالإقرار الصادر فى دعوى مسئولية مدنية مرفوعة أمام القضاء الجنائى . وبالإقرار الصادر أمام قاضى تحضير . وأمام القاضى المنتدب لوضع التقرير فى محكمة القضاء الإدارى والقاضى المنتدب للتحقيق أو للاستجواب . بل إن الإقرار يصدر عادة أثناء الاستجواب . فوجب أن يكون صحيحاً إذا صدر أمام القاضى المنتدب لهذا الغرض .

ويجب أن يصدر الإقرار أمام محكمة مختصة اختصاصاً ووضوعاً على الأقل^(١) .

ويجوز أن يصدر الإقرار أمام المحكمين (arbitres)^(٢) .

ولكن الإقرار الصادر أمام النيابة العامة أو النيابة الحسبية أو الخبير أو الخفوق الإدارى لا يعتبر إقراراً قضائياً ، لأن هذه الجهات ليست بجهات قضاء^(٣) .

٢٥٢ - الركن الرابع - أثناء سير الدعوى : ولا يكفى أن يصدر

الإقرار أمام القضاء ، بل يجب أن يصدر أيضاً فى خلال إجراءات الدعوى التى يكون الإقرار فيها دليل الإثبات . فيصح أن يكون فى صحيفة الدعوى ذاتها ، أو فى المذكرات التى تليها ، أو فى المذكرات التى يرد بها على الدعوى . ويصح أن يكون أمام القاضى المنتدب للتحقيق . وأكثر ما يكون : كما قدمنا ، فى خلال استجواب تفرره المحكمة . ويجوز أن يصدر أمام المحكمة نفسها فى جلسة من جلسات

(١) استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٤٨ م ٦٠ ص ٩٩ .

(٢) نقض فرنسى ٢٠ مارس سنة ١٨٦٠ سيريه ٦١ - ١ - ٦١ - أوبرى ورو ١٢

ص ١١٣ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٠٤ ص ٣٨٠ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٠٦ .

(٣) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لى يكون الإقرار قانونياً ودليلاً قاطعاً يجب أن يصدر فى أثناء سير الدعوى وأمام المحكمة التى تنظر النزاع ، فلا يكتفى صدوره أثناء التحقيقات الجنائية التى تجرئها النيابة ما دام المقرر لم يصر على إقراره ويردده أمام المحكمة ، خصوصاً إذا سبه بصريح العبارة مدعياً أنه صدر منه بسبب الاضطراب الذى كان واقعاً فيه وقت اتهامه جنائياً - والاعتراف الذى يصدر فى المسائل الجنائية لا يعتبر فيها إثباتاً تاماً ما لم تعززه ظروف أخرى ، فلا يمكن أن تكون له أمام المحكمة المدنية أهمية أكثر من اعتباره مجرد قرينة تتعلق بالوقائع (استئناف مصر ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٣ المحاماة ٣ رقم ٢٥٥ ص ٢٣٧) .

المرافعة ، كما يجوز أن يصدر عند إبداء الطلبات الختامية وقبل إقفال باب المرافعة . بل يجوز أن يلى إقفال باب المرافعة في مذكرات تقدم من الخصوم يرد فيها بعضهم على بعض ، فيصدر من أحد الخصوم إقرار في مذكرته . وهكذا يجوز أن يصدر الإقرار إلى وقت النطق بالحكم (١) .

ولكن الإقرار الذي يصدر في إحدى الدعاوى ، فيكون فيها إقراراً قضائياً ، لا يكون في دعوى أخرى ، ولو بين الخصمين وفي نفس الواقعة ، له قوة الإقرار القضائي ، ذلك أن الإقرار القضائي مقصور قوته على الدعوى التي صدر فيها ، فإذا تمسك به الخصم المقر له أو الغير في دعوى أخرى تالية ، كان الإقرار بالنسبة إلى هذه الدعوى التالية إقراراً غير قضائي . فلو أن خصماً أقر لخصمه أنه اشترى من الغير الأرض التي ينازعه فيها ، وكان هذا في دعوى من دعاوى الحيازة ، فإن إقراره هذا يعد إقراراً قضائياً في دعوى الحيازة التي صدر فيها الإقرار . ولو أراد الخصم الذي صدر الإقرار له أن يتمسك بهذا الإقرار في دعوى الملكية ، وهي غير دعوى الحيازة ، كان له أن يفعل ذلك ولكن على أنه إقرار غير قضائي (٢) . ويستقيم هذا الحكم مع تأصيل الإقرار من أنه نزول من المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات ، فقد نزل المقر في دعوى الحيازة عن مطالبة خصمه بإثبات شرائه للأرض من الغير ، وإذا كان قد نزل عن هذه المطالبة في دعوى الحيازة فلا يستخلص من هذا نزوله عن المطالبة بهذا الإثبات في دعوى الملكية . فهو قد نزل عن المطالبة بالإثبات في دعوى معينة دون غيرها

(١) أما الأقرال التي يديها الخصم تأييداً لطلباته ، والعبارات التي تصدر منه تمزقاً لدفاعه فإنها لا تعتبر إقراراً قضائياً (بنى سويف ١٤ أكتوبر سنة ١٨٩٩ الحقوق ١٥ ص ٢٧) . وقد قضت محكمة مصر الكلية بأن مجرد المناقشات التي تأتي على لسان الخصم في المرافعة لتأييد الوسائل التي يبني عليها دفاعه لا تعتبر إقراراً قضائياً (قضاء مستعجل ٢١ أكتوبر سنة ١٩٣٤ المحاماة ١٥ رقم ٢/١٦٦ ص ٣٦٥) .

(٢) أوبزى ورو ١٢ ص ١١٢ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٠٥ — أنظر عكس ذلك وأن الإقرار القضائي في دعوى بعد إقراراً قضائياً أيضاً في دعوى أخرى ماركاديه م ١٣٥٦ فقرة ٢ وبونيه ١ فقرة ٣٥٠ ، وانظر في مناقشة هذا الرأي وتفنيده أوبرى ورو ١٢ ص ١١١ هامش رقم ٧ : والإقرار القضائي الصادر في الدعوى المستجلة لا يصلح إلا لإقراراً غير قضائي في دعوى الموضوع (نقض فرنسي ١١ مارس سنة ١٩٥٠ البلتان المدنية ١٩٥٠ — ١ — ٥٢ فقرة ٧١ — انسيكلوبيدى دالوز في القانون المدني Preuve فقرة ٩٢٨) :

من الدعاوى ، فائز النزول يجب أن يكون مقصوراً على هذه الدعوى (١) .

كذلك الإقرار أمام محكمة غير مختصة من ناحية الولاية أو من ناحية الاختصاص الموضوعي لا يعد إقراراً قضائياً ، بخلاف الإقرار أمام محكمة غير مختصة من ناحية المكان ، ذلك أن أحكام الاختصاص من ناحية الولاية ومن ناحية الموضوع تعد من النظام العام أما أحكام الاختصاص من ناحية المكان فليست كذلك (٢) .
فالإقرار أمام محكمة شرعية في قضية المختص بها هي المحكمة الوطنية لا يكون أمام

(١) قارن بارتان في تعليقه على أوبري ورو ١٢ ص ١١١ هامش رقم ٧ — أنظر الموجز المؤلف ص ٦٨٤ هامش رقم ٣ والأحكام المشار إليها في هذا الهامش — وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن إقرار خصم في قضية وضع اليد لا يعتبر إقراراً قضائياً في قضية الملك (٧ يونيو سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٣ رقم ٢٧٩ ص ٥٣٨) — وقضت محكمة قنا الكلية بأنه إذا أقر شخص بأمر في دعوى تمزيراً لحجته فلا يصح التمسك بإقراره في دعوى أخرى متعلقه بذلك الأمر ، ولا يمكن اعتبار إقراره أكثر من قرينة غير قاطعة تقبل إثبات ما ينتفضها (١٧ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٣ رقم ٨٨ ص ٢٠٠) . وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا احتج في الدعوى بإقرار صدر في دعوى أخرى من أحد الخصمين في خصوص الحق المدعى به فلم تأخذ المحكمة به ، فلا يسمح أن يمس عليها أنها لم تعتبره إقراراً قضائياً ما دام هو — فضلاً عن صدوره في دعوى أخرى — قد صدر من طرف واحد ولم يصادف قبولا (كذا) من الطرف الآخر (نقض مدني ٥ نوفمبر سنة ١٩٤٣ مجموعة مهر ١٤ رقم ٨١ ص ٢٢١) . وقد رأينا أن القبول — خلافاً لما ذهب إليه محكمة النقض — ليس ضرورياً لقيام الإقرار . وقد قضت محكمة المنيا الكلية بأن مجرد إعلان المذكورة من خصم لآخر يكسب هذا الآخر حقاً ، والقول بأن هذا الخصم لا يتسك بالاعتراف الوارد بها مرهود بأنه لا يشترط قبول الخصم للاعتراف حتى تكون له قوة قانونية إذ له قوة في الإثبات بمجرد حصوله (المنيا الكلية ٢٠ يناير سنة ١٩٣٠ المحاماة ١٠ رقم ٣٧١ ص ٧٤٧) — أما إذا كان الإقرار الصادر في إحدى الدعاوى هو في حقيقة قبول لإيجاب ، فإن هذا القبول يسرى في أية دعوى أخرى . وقد قضت محكمة النقض في هذا المعنى بأنه متى كان يبين من الصور الرسمية لمخضر جلسة دعوى الطرد المقامة من الطاعن قبل المطعون عليه أن ما صدر من هذا الأخير لم يكن إقراراً عن واقعة متنازع فيها ، بل كان قبولاً منه لإيجاب من الطاعن انعقد به الاتفاق فعلا بين الطرفين على تحديد إيجار الفدان ببلغ معين فنزل الطاعن عن دعوى الطرد ، وكانت المحكمة إذ لم تعمل أثر هذا الاتفاق في دعوى المطالبة بالأجرة أقامت قضاها على أنه إقرار صادر في دعوى أخرى ولا يصح التمسك به في الدعوى الحالية ، فإنها تكون قد خالفت القانون (نقض مدني ٢١ نوفمبر سنة ١٩٥٣ : مجموعة أحكام النقض ٥ رقم ٢٢ ص ١٧٠) .

(٢) وقد أصبحت قواعد الاختصاص الموضوعي في تقنين المرافعات الجديد (م ١٣٤) من النظام العام ، وقد كانت كذلك في تقنين المرافعات المختلط ولم تكن من النظام العام في تقنين المرافعات الأهلية السابق (انظر الموجز المؤلف ص ٦٨٤) .

هذه المحكمة الأخيرة إقراراً قضائياً ، بل هو إقرار غير قضائي . والإقرار أمام المحكمة الجزئية في قضية المختص فيها هي المحكمة الكلية يكون إقراراً غير قضائي بالنسبة إلى هذه المحكمة الأخيرة .

والإقرار خارج إجراءات الدعوى ولو في الوقت الذي تنظر فيه الدعوى لا يكون إقراراً قضائياً . فلو أن خصماً أرسل كتاباً لخصمه ، أثناء نظر الدعوى القائمة بينهما ، يتضمن إقراراً ، وتمسك الخصم المقرر له بهذا الكتاب أمام المحكمة ، فإن الإقرار في هذه الحالة يعد إقراراً غير قضائي . كذلك يعد إقراراً غير قضائي ما يذكر في تظلم مرفوع إلى الجهة الإدارية ولو كان هذا التظلم متعلقاً بدعوى كانت مرفوعة وقت تقديم التظلم أمام محكمة مدنية (١) .

الفرع الثاني

حجية الإقرار

٢٥٣ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤٠٩ من التقنين المدني على

ما يأتي :

١ - الإقرار حجة قاطعة على المقر .

٢ - ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه ، إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى (٢) .

(١) أوبرى ورو ١٢ ص ١١٢ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٤٤٧ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق

لما استقر عليه في التقنين الجديد ، عدا الفقرة الأولى فقد كانت في المشروع التمهيدى على الوجه الآتي : « الإقرار حجة قاطعة على من صدر منه » ، فحورت في لجنة المراجعة تحويراً لفظياً وأصبحت : « الإقرار حجة قاطعة على المقر » . وأصبح رقم المادة ٤٢٢ من المشروع النهائي . وأقرها مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤٠٩ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٥ و ص ٤٤١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٣٣/٢٩٨ (١).

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادتين ١٠٠ - ١٠١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٦٩ - ٤٧٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٢٦ - ٢٢٧ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٧ (٢).

(١) كانت المادة ٢٣٣/٢٩٨ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « لا يتجزأ الإقرار الحاصل من الحسم بالمحكمة ، سواء كان من تلقاء نفسه أو بعد استجوابه ، بمعنى أنه لا يؤخذ الضار منه بالمقر ويترك الصالح له ». والتقنين الجديد ، كما نرى ، أدق صياغة وأشمل حكماً . ولكن لا فرق في الأحكام ما بين التقنينين الجديد والقديم .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٠٠ : الإقرار حجة قاصرة على المقر - م ١٠١ : مطابقة للفقرة الثالثة من المادة ٤٠٩ من التقنين المصري . (وقد عرض القانون السوري في حجية الإقرار إلى قصورها على المقر لا إلى قطبيتها ، وكل من القصور والقطعية من خصائص الإقرار) .

التقنين المدني العراقي م ٤٦٩ : الإقرار حجة قاصرة على المقر - م ٤٧٠ : مطابقة للفقرة الثانية من المادة ٤٠٩ من التقنين المصري . (والتقنين العراقي مطابق لقانون البينات السوري) .
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٦ : يسمي الإقرار موصوفاً عندما يقتصر على الفعل الذي صرح به الفريق الآخر إلا أنه يفسد نتائجه القانونية بما يشتمل عليه من البيانات الإضافية . وهذا الإقرار يفيد الثبوت التام فيما يختص بالفعل الأصلي ، أما البيانات الإضافية فتعد ثابتة إلى أن يثبت عكسها - م ٢٢٧ : يسمي الإقرار مركباً عندما يكون واقعاً على الفعل الأصلي وعلى فعل آخر معاً ، ويكون غير قابل للتجزئة في حالة واحدة وهي إذا كان الفعل الجديد يقدر معه وجود الفعل الأصلي كأن يعترف المديون الذي أقيمت عليه دعوى الإيفاء بأنه اقترض المبلغ المدعى به ولكنه يريد على استترافه أنه أوفاء فيما بعد ، فالقاضي بعد فعل الافتراض ثابتاً على وجه نهائي ، أما الإيفاء فيعد ثابتاً إلى أن يثبت عكسه . (وهذه الأحكام تتفق مع أحكام القانون المصري ، وإن كانت أكثر تفصيلاً ولها صبغة فقهية واضحة) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٧ : ١ - الإقرار حجة قاطعة على المقر ٢ - وإذا اقترن الإقرار الصادر من أحد الطرفين عن وقائع ليست لصالحه بالتصريح بوقائع أخرى أو بظروف يراد منها الحد من أثر الواقعة المقر بها أو تغييرها أو إزالة آثارها ، فلكامل الإقرار وما اقترن به قوة البينة الكاملة إذا لم يظن الطرف الآخر في صحة ما أضيف من وقائع أو ظروف . ويترك للقاضي عند الاختلاف ، تقدير قوة الإقرار كبيته . (ومن ذلك نرى أن التقنين الليبي ترك للقاضي تقدير ما إذا كان الإقرار يتجزأ على صاحبه أو لا يتجزأ ، ولم يضع لذلك معياراً تشريعياً كما فعل التقنين المصري) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥٦ (١) .

٢٥٤ - مسائل مطروحة : ويتبين من نص التقنين المدني السالف الذكر أن الإقرار حجة قاطعة على المقر ، وهو أيضاً حجة قاصرة عليه . ثم إن الإقرار في الأصل لا يتجزأ على صاحبه ، ومع ذلك يتجزأ الإقرار إذا انصب على وقائع متعددة دون أن يستلزم وجود واقعة منها وجود الوقائع الأخرى .
فعدنا إذن مسائل ثلاث : (١) الإقرار حجة قاطعة على المقر . (٢) الإقرار حجة قاصرة على المقر . (٣) تجزئة الإقرار .

المبحث الأول

الإقرار حجة قاطعة على المقر

٢٥٥ - الإقرار حجة قاطعة على المقر لا يقبل اثبات العكس ،

وهو ذو أثر لائق : إذا توافر للإقرار أركانه على الوجه الذي يبيناه ، صار إقراراً قضائياً ، وكان حجة قاطعة على المقر . ومعنى ذلك أن الواقعة التي أقر بها الخصم تصبح في غير حاجة إلى الإثبات ، ويأخذ بها القاضي واقعة ثابتة بالنسبة إلى الخصم الذي أقر بها (٢) . والإقرار لا يكون حجة للمقر لأن الشخص

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٦ : وهو (الإقرار) حجة قاطعة على من صدر منه . ولا يجوز له الرجوع فيه إلا إذا ثبت أنه صدر عن غلط في الواقع ، أما الغلط في القانون فلا يصلح حجة للرجوع .

Art. 1356 cl. 2 et 3 : Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait. Il ne peut être divisé contre lui. Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous prétexte d'une erreur de droit.

(٢) والقاضي قد يأخذ بالإقرار فيما يكون من غير اختصاصه . وقد قضت محكمة النقض بأنه وإن كان القاضي المدني ممنوعاً من أن يضع نفسه موضع القاضي الشرعي في تحقيق الوفاة والوراثة بطريق التحريات وسماع الشهود واستدعاء الورثة لسماح أقوالهم ثم التقرير بالوراثة بناء على ما يثبت له — أنه وإن كان ممنوعاً من ذلك ، له ، ابتغاء التحقيق من صفة المصوم في الدعوى =

لا بصطنع الدليل لنفسه ، ولا يكون لإحجة عليه .

والحجة هنا قاطعة ، لا يجوز إثبات عكسها . ولكن هذا لا يمنع من أن يظن المقر في إقراره بأنه صوري تواطأ عليه مع خصمه ، أو أنه وقع نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه ، أو أنه صدر منه وهو ناقص الأهلية . فإذا أثبت ذلك بالطرق الجائزة قانوناً بطل الإقرار ، ولا يكون هذا رجوعاً في إقرار موجود ، بل هو إلغاء لإقرار ظهر بطلانه . أما الإقرار القائم الصحيح فلا يجوز الرجوع فيه ، ولا يجوز إثبات عكسه ، فهو إذن حجة قاطعة على المقر^(١) .

وأثر الإقرار كاشف لا منشيء . وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار لا يكون سبباً لمدلوله ، وإنما هو دليل تقدم الاستحقاق عليه في زمن سابق فحكمه ظهور ما أقر به المقر ، لا ثبوته ابتداءً^(٢) .

٢٥٦ - تأصيل الحجية القاطعة لمؤكراه - إعفاء الخصم من الإثبات

وزول عن مطالبته به : واختلف النظر في تأصيل الحجية القاطعة للإقرار . فالفقيهان أوبرى ورو - ومعهما أكثر الفقهاء - يذهبان إلى أن الإقرار هو قلب لعبء الإثبات (renversement de la charge de preuve) ، وبعد أن كان من يدعى واقعة يطالب بإثباتها ، فإن إقرار خصمه بهذه الواقعة ينقل عبء الإثبات منه إلى المقر . والمقر بعد إقراره هو الذى يحمل إثبات أن إقراره غير صحيح ، وذلك بالطبع في الإقرار بوجه من الوجوه التى تقدم ذكرها . ولما كانت

= المطروحة أمامه ، أن يأخذ في إثبات الوراثة بإقرار أحد الخصمين في مجلس القضاء ، سواء كان ذلك الإقرار حصل أمامه أم أمام غيره ودون في ورقة رسمية ، وذلك دون أن يرسل أولئك الخصوم أمام المحكمة الشرعية للفصل في أمر الوراثة . وأخذ بهذا الإقرار لا افتيات فيه على اختصاص القاضى الشرعى لدخوله فيما له من الحق في تقدير الدليل المقدم في الدعوى التى تحت نظره (نقض مدنى ٢٦ مايو سنة ١٩٣٢ مجموعة عمر ١ رقم ٤٩ ص ١٠٨) .

(١) انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١١٣ .

(٢) نقض مدنى ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ مجموعة عمر ١ رقم ٣٢٣ ص ١٠٤٦ - وقضت أيضاً بأنه متى أثبتت محكمة الموضوع في حكمها أن الإقرار المسند للمقر هو إخبار صادق عن حقيقة واقعية لا شبهة فيها ولا شك ، فلا يفسر هذا الإخبار الصحيح أن يكون قد أعطى شكله بغير (نقض مدنى ٢٣ مايو سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٦٩ ص ٧٩٨) .

هذه الوجوه يندر تحققها ، فقل أن يكون الإقرار صورياً وقل أن يشوبه عيب أو نقص في الأهلية ، فإن الإقرار يصبح إذن ، في الكثرة الغالبة من الأحوال ، ليس قلباً لعبء الإثبات فحسب ، بل إعفاء من الإثبات (dispense de preuve). ذلك أن الخصم إذا ادعى واقعة وجب عليه إثباتها . فإذا أقر خصمه بهذه الواقعة ، كان هذا معناه أنه يعفيه من هذا الإثبات . فتصبح الواقعة ثابتة ، لا لأن دليلاً أثبتنا ، بل لأنها في غير حاجة إلى الإثبات (١) .

ويضيف بارتان (٢) إلى ذلك أن التأسيس على النحو المتقدم يتضمن حتماً أن المقر ، وهو يعنى خصمه من إثبات ما يدعيه ، ينزل في الوقت ذاته عن حقه في مطالبة خصمه بهذا الإثبات . وهذا هو التأسيس الذي وقفنا عنده ، عندما قررنا أن الإقرار واقعة قانونية تتضمن تصرفاً قانونياً هو نزول المقر عن حقه في مطالبة خصمه بالإثبات (٣) .

(١) ويبدو أن محكمة النقض تذهب هذا المذهب ، فقد قضت بأن القانون يكلف المدعى إقامة الدليل على دعواه ، إلا إذا سلم له خصمه بها أو ببعضها ، فإنه يعفيه من إقامة الدليل على ما اعترف به . فإذا اعترف شخص بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة ولكنه تملكها بالتقادم ، ثم بحثت المحكمة مع ذلك مستندات ملكية الحكومة لها وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية ، فإنها تكون قد خالفت القانون باقتضاها دليلاً على أمر معترف به (نقض مدني ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٣٣ مجموعة عمر ١ رقم ١٤٣ ص ٢٦٠) .

(٢) بارتان في تعليقاته على أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥١ ص ١١٦ هامش رقم ١٨ مكرر .

(٣) غير أن بارتان لا يكتفي بهذا التأسيس حتى مع هذه الإضافة ، فإن الإقرار إذا اعتبر

نزولاً عن حق المطالبة بالإثبات يكون عندئذ دليلاً سلبياً . ويقول بارتان (أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥١ ص ١١٦ هامش رقم ١٨ مكرر) : ولكن الواقع هو أن الإثبات دليل إيجابي ، فإن المقر لا يقتصر على النزول عن حقه في مطالبة المدعى بالإثبات ، بل هو أيضاً يقدم دليلاً إيجابياً على صحة الواقعة المدعى بها ، وذلك عن طريق الإقرار — إذ الإقرار يتضمن واقعيتين : واقعة الإقرار ذاتها (le fait de l'aveu) ، والواقعة المعترف بها (le fait avoué) . فواقعة الإقرار ذاتها هي الثابتة بقول المقر . ولا يمكن تعليلها بأفضل من أنها مطابقة لواقعة المعترف بها ، وإلا لما اعترف بها المقر وهي ضد مصلحته . ومن ثم تكون واقعة الإقرار (le fait de l'aveu) قرينة قانونية قاطعة على صحة الواقعة المعترف بها (le fait avoué) .

(أنظر أيضاً في هذا المعنى بلانويول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٦٢ ص ١٠٣٥ - ص ١٠٣٦ دي باج ٣ ص ١٠٣٧ - ص ١٠٣٨) ، ولهذا عد التقنين المدني الفرنسي في المادة ١٣٥٠ الإقرار ضمن القرائن القانونية .

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذه المسألة ما يأتي : « والأصل =

٢٥٧ - قد يكون الإقرار صبراً ثبتت بالكتابة: وإذا كان الإقرار حجة قاطعة بالواقعة التي تضمنتها بالذات، فإنه يصلح أيضاً أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة لواقعة متصلة بالواقعة التي تضمنتها بالذات. وقد سبق إيراد هذه القاعدة وأمثلتها. ويسوق أوبري ورويلها مثلاً لإقرار الزوج بتوكيل زوجته بقبض الفوائد، فهذا الإقرار حجة قاطعة بالنسبة إلى واقعة التوكيل بقبض الفوائد، ومبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة إلى واقعة التوكيل بقبض الفوائد، أيضاً فيما يلي أن الإقرار غير القابل للتجزئة - الإقرار الموصوف وبعض صور الإقرار المركب - إذا كانت تجزئته غير ممكنة، فإن هذا لا يحول دون اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة^(٢).

المبحث الثاني

الإقرار حجة قاصرة على المقر

٢٥٨ - الإقرار مجزئ على المقر والخلف العام ولا ينعزى إلى غيرهما: ولما كان الإقرار هو إعفاء من الإثبات ونزول عن المطالبة بهذا الحق، فهو من هذه الناحية تصرف قانوني يقتصر أثره على المقر^(٣). ويتعدى أثر الإقرار إلى ورثة المقر بصفتهم خلفاً عاماً له، فيصح الاحتجاج عليهم بما حواه إقراره^(٤).

= وجوب إقامة الدليل على كل واقعة قانونية إذا نوزعت أو أنكرت. ولما كان الإقرار اعترافاً بواقعة قانونية، فهذه الواقعة لا يجب بعد ذلك إثباتها، لأنها ليست متنازعة أو مجحودة، بل هي مسلمة معترف بها. فالإقرار ليس دليلاً بمعنى الكلمة، بل هو وسيلة لتفصيل من الالتجاء إلى طرق الإثبات التي شرعها القانون « (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٢) ».

(١) أوبري ورو ١٢ ص ١٢٨ هامش رقم ٣٥.

(٢) نقض مدني ٩ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧ - أوبري ورو ١٢ ص ١٢٨.

(٣) وقد نصت المادة ٤٦٩ من التقنين المدني العراقي على أن « الإقرار حجة قاصرة على المقر » (انظر أيضاً المادة ١٠٠ من قانون البيئات السوري) وقد قدسنا أن كلا من الإقرار واليمين حجيتهم قاصرة، أما الكتابة واليمين والقرائن فحجيتهم متعدية.

(٤) نقض مدني ٢٠ أبريل سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض ١ رقم ١١٣ ص ٤٤٠ - عل أن الوارث يستطيع أن يثبت عدم صحة إقرار مورثه بجميع الطرق إذا كان في هذا الإقرار =

ولا يتعدى أثر الإقرار إلى غير المقر وورثته (١). فلا يتعدى إلى الدائن (٢)، أو الشريك أو الورثة فيما بينهم. فلو أقر أحد الشركاء في الشبوع بتصرف الشركاء في الملك الشائع، كان إقراره بهذا التصرف حجة عليه وحده، ولا يكون حجة على الشركاء الآخرين الذين لم يصدر منهم إقرار. ولو أقر أحد الورثة بحق على التركة، فإن إقراره يكون حجة عليه دون سائر الورثة (٣). ولو أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين، فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين (م ٢٩٥ فقرة أولى مدني)، ويكون الإقرار حجة قاصرة على المدين الذي صدر منه الإقرار.

والدائن والخلف الخاص، بخلاف الورثة، لا يتعدى إليهما أثر الإقرار كما قدمنا. فإذا أقر المدعى عليه في دعوى استحقاق دار بملكية الدار للمدعى، لم يكن هذا الإقرار حجة على دائته، ويجوز للدائن أن يتدخل في الدعوى ويثبت بجميع الطرق أن الإقرار غير صحيح، حتى تبقى الدار لمدينه فيستطيع أن ينفذ عليها بالدين. كذلك إذا كان المدعى عليه في المثل المتقدم قد باع الدار لآخر، ثم رفعت عليه دعوى الاستحقاق وأقر بملكية الدار للمدعى؛ فإن هذا الإقرار

= احتيال على القانون، كما إذا قصد المورث بإقراره إظهار بعض الورثة على بعض بأكثر من النصاب الذي يجوز فيه الإيصاء. وقد قضت محكمة النقض بأن الأصل في إقرارات المورث أنها تعتبر صحيحة وملزمة لورثته حتى يقيموا الدليل على عدم صحتها، وإذا كان القانون قد أعنى من يضار من الورثة بهذه الإقرارات من الإثبات الكتابي في حالة ما إذا طعنوا فيها بأنها في حقيقتها وصية قصد بها إظهار بعض الورثة، فليس معنى هذا أن مجرد طعنهم فيها يكفي لإهدار حجية هذه الإقرارات، بل يجب لذلك أن يقيموا الدليل على عدم صحتها بأي طريق من طرق الإثبات (نقض مدني ١٨ يناير سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ٤٩ ص ٢٤٩). وقضت أيضاً بأن الوارث لا يعتبر من طبقة الغير بالنسبة إلى الإقرارات الصادرة من المورث، ومن ثم فإنها تسرى عليه، غير أن له أن يثبت بأي طريق من طرق الإثبات أن حقيقتها وصية قصد بها إظهار أحد الورثة إضراراً به (نقض مدني ١٩ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض ٢ رقم ١١٣ ص ٦٩٣).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن الإقرار حجة قاصرة على المقر وورثته من بعده، فلا يجوز أعمال أثره على من عداهم (نقض مدني ٣ يناير سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض ٣ رقم ٥٥ ص ٣١٧).

(٢) فللدائن أن يثبت بجميع الطرق صورية الإقرار الصادر من المدين إضراراً بحقه أما إذا لم يثبت الدائن عدم صحة إقرار المدين، فإن الإقرار يسرى في حقه كما يسرى في حق الورثة (استئناف مختلط ٨ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣١٣).

(٣) الموجز للمؤلف ص ٦٨٥ والأحكام المشار إليها في هامش رقم ٣ من الصفحة ذاتها.

يكون حجة قاصرة عليه دون المشتري ، ويستطيع هذا أن يتدخل في الدعوى ليثبت أن الإقرار لاصحة له حتى تخلص له ملكية الدار . وفي الحالتين المتقدمتين إذا حكم في الدعوى بمقتضى إقرار المدعى عليه قبل أن يتدخل الدائن أو المشتري ، فهذه الاعتراض على الحكم اعتراض الخارج عن الخصومة وفقاً لأحكام المواد ٤٥٠ إلى ٤٥٦ من تقنين المرافعات ، لإثبات عدم صحة الإقرار الصادر من المدعى عليه إذ هو حجة قاصرة عليه لا تتعدى إليهما ، ذلك أن الدائن أو المشتري كان وقت صدور الحكم ممن يتعدى إليهم الحكم ويعتبر حجة عليهم ، ومن ثم يثبت له حق الاعتراض .

أما الورثة ، فلو مات المدعى عليه بعد الإقرار وقبل الحكم في الدعوى ، فإن الإقرار لا يكون حجة عليهم ، ولهم أن يثبتوا عدم صحته بجميع الطرق حتى تبقى الدار في التركة : ولكن إذا صدر الحكم قبل موت المورث وفي مواجهته ، فإنه يسرى على الورثة ولا يثبت لهم حق الاعتراض . ذلك أنهم وقت صدور الحكم ضد مورثهم كان الحكم يسرى في حقهم باعتبارهم خلفاً عاماً ، فيبقى الحكم سارياً في حقهم حتى بعد موت المورث وقيام حقهم في الإرث .

٢٥٩ - الإقرار لا يكون حجة على المقر لصالحه : ويبقى الإقرار حجة

قاصرة على المقر حتى بالنسبة إلى المقر لصالحه . ذلك أن الإقرار إذا كان حجة للمقر لصالحه ، فإنه لا يكون حجة عليه . فلو أن المدين أقر لدائنه بالدين ، وقال إنه وفاه أو أن الدين سقط بعد ذلك بالمقاصة ، فلا يكون قوله إنه وفاه أو أن الدين سقط بالمقاصة حجة على الدائن^(١) . وهذا ما يعرف بالتجزئة في الإقرار ،
وننتقل الآن إليه

(١) وفي الفقه الإسلامي الإقرار حجة قاصرة على المقر . جاء في البدائع : « ... لأن إقرار الإنسان حجة على نفسه لا على غيره لأنه هل غيره شهادة أو دعوى » (البدائع ٧ ص ٢٢٨) .
ولذلك أجاز الفقهاء سماع البيعة بعد الإقرار ، لأن الإقرار قاصر والبيعة متعدية . جاء في كتاب طرق القضاء للأستاذ أحمد إبراهيم في هذا الصدد : « ومن أمثلة ذلك : (١) إذا أقر أحد الورثة بالدين هل الميت ، فأراد الدائن إقامة البيعة ليتعدى الحكم إلى بقية الورثة ، كان له ذلك . وكذا إذا أقر جميع الورثة بالدين هل الميت ، تقبل أيضاً بيعة الدائن ، لأنه كما يحتاج إلى إثبات الدين =

المبحث الثالث

التجزئة في الإقرار

٢٦٠ - الإقرار البسيط : إذا اقتصر الإقرار على تصديق المدعى للمدعى عليه في جميع ما ادعاه ، فإن الإقرار يكون في هذه الحالة إقراراً بسيطاً محضاً (aveu pur et simple) ، ولا محل إذن للنظر فيها إذا كان يتجزأ أو لا يتجزأ . فلو أن المدعى قال في دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة ، فأقر المدعى عليه بأنه أقرض من المدعى المائة ولم يزد على ذلك شيئاً ، كان هذا إقراراً بسيطاً ، وكان حجة قاطعة على المدعى عليه . كذلك إذا قال المدعى إنه أقرض المدعى عليه مائة وفي منها خمسين فأقر المدعى عليه بأنه أقرض من المدعى المائة ووفي منها الخمسين ، أو قال المدعى إنه أقرض المدعى عليه مائة مؤجلة إلى سنتين فأقر المدعى عليه أنه أقرض المائة مؤجلة إلى السنتين ، كان الإقرار في هاتين الحالتين بسيطاً وكان حجة قاطعة على المدعى عليه . ولا محل هنا للنظر في تجزئة الإقرار ، فإن الوقائع المدعاة قد أقر المدعى عليه بها جميعاً ولم يصف إليها شيئاً ، ففيم إذن تكون التجزئة !

= في حقهم يحتاج أيضاً إلى إثباته في حق دائن آخر . (ب) إذا ادعى أنه وكيل فلان بقبض دينه من فلان ، فصدقه المدين ، ثم أراد الوكيل إقامة البينة على الوكالة ، كان له ذلك ، إذ لو دفع المدين الدين إلى الوكيل بلا بينة على الوكالة يتضرر لأنه لا تبرأ ذمته إذا أنكر الموكل الوكالة ، أي لا تبرأ ذمة المدين . فالفائدة من البينة عائدة على المدين ، وكذا على الوكيل أيضاً لأنها تثبت أن يده يد أمانة على ما قبضه حتى إذا هلك كان هلاكه هلاك الأمانة . . . (ج) في الاستحقاق تقبل البينة مع إقرار المشتري ، ليتمكن من الرجوع على بائنه ، لأنه إذا أقر بالملك المستحق لا يمكن من الرجوع بالبئنه على البائع ، لكن لو أقيمت عليه البينة أمكنه ذلك لأنها حجة متعدي . (د) لو أقر الوارث للموصى له نسمع عليه البينة مع إقراره ، كي يتعدى الحكم إلى غيره . (هـ) لو أقر المدين المحجور عليه بدين لإنسان آخر لا ينفذ إقراره ، لكن لو أقام الدائن المقر له بينة على دينه سمعت . (و) إذا ادعى عقاراً في يد غيره ملكاً مطلقاً وذو اليد مقر بوضع يده ، فانه مع هذا يجب على المدعى أن يقيم البينة على وضع يد المدعى عليه على ذلك العقار ، منماً للتواطؤ والاحتيال على أخذ أموال الناس بالباطل (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٢٤ - ص ٢٢٥) .

٢٦١ - الإقرار الموصوف : لكن إذا أقر المدعى عليه ببعض ما ادعاه المدعى دون بعض أو أضاف شيئاً ، فهنا تقوم الحاجة إلى النظر في التجزئة . ذلك أن المدعى قد يقول في دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة مؤجلة إلى سنتين كما قدمنا ، وقد حل الأجل فاستحق الدفع . ويقر المدعى عليه بأنه أقرض المائة ولكن مؤجلة إلى ثلاث سنوات لا إلى سنتين ، فلم يحل الأجل ولم يستحق الدفع . فالإقرار هنا لا يكون إقراراً بسيطاً ، بل يكون إقراراً موصوفاً (aveu qualifié) . ذلك أن المدعى عليه لم يقر بالدين على الوجه الذي ذكره المدعى ، وهو دين مؤجل إلى سنتين وقد حل أجله فأصبح مستحقاً ، بل أقر بالدين معدلاً أى موصوفاً ، فقال إنه دين مؤجل إلى ثلاث سنوات ولم يحل الأجل فلم يصبح مستحقاً . والوصف هنا هو عدم حلول أجل الدين ، إذ الدائن يطالب بدين حال ، والمدين يقر بدين لم يحل . وقد يطالب الدائن أيضاً بدين منجز ، ويقر المدين بدين معلق على شرط . فكل من الأجل والشرط يعتبر وصفاً للدين ، فهو وصف في الإقرار ، ولذلك سمي الإقرار موصوفاً .

والذي يجب مراعاته في الوصف هو أن يكون مقترناً بالدين وقت نشوئه ، لا أن يكون حادثاً جده بعده . والأجل والشرط وصفان يقترنان بالدين وقت نشوئه ، لا يجدان بعده ، ومن ثم يكون الإقرار المتضمن لهما إقراراً موصوفاً^(١) .

وحكم الإقرار الموصوف أنه لا يتجزأ على صاحبه . فقد أقر المدين بالدين مؤجلاً أو معلقاً على شرط ، فاما أن يأخذ الدائن الإقرار كله موصوفاً كما هو ، وإما أن يدعه كله . وليس له أن يجزئه ، فيقتصر على إقرار المدين بالدين ويدع الوصف الذي دخل على الدين من أجل أو شرط . ويمتنع عليه إذن أن يقول إن المدين أقر بالقرض فهو ثابت في ذمته بإقراره ، وعليه الآن أن يثبت أن القرض موصوف بأجل أو شرط . وإنما للدائن إما أن يأخذ بالإقرار كله ، فيعتبر الثابت هو الدين موصوفاً بالأجل أو الشرط ، وإما أن بطرحه

(١) ييدان وپرو ٩ فقرة ١٣١٥ — كذلك إذا أقر المدين بالدين دون فوائد ودعوى الدائن أن الدين بفائدة ، فهذا أيضاً إقرار موصوف (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٠) .

كله ، فلا يعتبر الدين ثابتاً أصلاً بالإقرار . وعليه إذا اطرح الإقرار أن يحمل عبء إثبات ما ادعاه ، فيعود إلى سيرته الأولى إذ هو مدعٍ يحمل عبء الإثبات ، وقد كان بالإقرار الذى اطرحه معنى من هذا العبء . وفي هذه الحالة يتعين على الدائن أن يثبت الدين ، وعلى المدين أن يثبت الأجل أو الشرط (١) . ويجوز أيضاً أن يتخذ الدائن من الإقرار طريقاً لإثبات القرض فى ذاته ، ثم يثبت هو - لا المدين - أن القرض قد حل أجله أو أنه غير معاق على شرط . وهذا كله مقصود من القول بعدم تجزئة الإقرار . فالدائن بالخيار ، إذا لم يرد الأخذ بالإقرار كله ، بين أن يطرحه كله ويحمل عبء إثبات دعواه كما لو لم يكن هناك أى إقرار ، وبين أن يستبقى من الإقرار ما هو فى صالحه ويدحضه بدليل يقدمه هو ما ليس فى صالحه من الإقرار . والممتنع هو أن يستبقى ما هو فى صالحه ويطبق على المقر عبء إثبات ما ليس فى صالحه ، فإن هذا يعتبر تجزئة للإقرار ، ولا تصح التجزئة فى الإقرار الموصوف .

٢٦٢ - الإقرار المركب : وإذا قال المدعى فى دعواه إنه أقرض المدعى عليه مائة ، وأقر المدعى عليه بأنه اقترض المائة ولكنه وفاها أو وفى

(١) أويرى ورو ١٢ ص ١٣١ . وقد قضى بأنه لا يجوز التمسك بعدم تجزئة الإقرار إذا قام على الواقعة المراد إثباتها دليل آخر : استئناف مختلط ٣٠ يناير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٦١ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ٩ - ٣٠ مايو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٧٣ - ٢٩ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٤٤ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٦ - ١٨ يونيو سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٥٧٣ - أول فبراير سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ١٥٠ - ٢٦ مايو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٢٨١ - ٣١ مارس سنة ١٩٣٨ م ٥٠ ص ٢٠٢ - استئناف مصر ٢٤ مايو سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٣ . وقضت أيضاً محكمة النقض بأنه لا يصح الاعتراض بمخالفة قاعدة عدم جواز تجزئة الإقرار إذا كانت الدعوى قد ثبتت من طريق آخر غير الإقرار (نقض مدنى ٥ ديسمبر سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٧٨ ص ٢٧٩) . كذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا كان مفهوم الإقرار الصادر من المدعى عليه (صاحب البناء) أنه اشترط عدم دفع الأجر عن الرسوم التى يقوم بها المدعى (مهندس) إلا إذا قبلها هو وأجرى البناء على أسامها ، فإنه يكون من الإقرارات الموصوفة التى لا تقبل التجزئة ، متعيناً الأخذ به كله أو تركه كله . فإذا كان المدعى لا يسلم بالقيد الوارد فى الإقرار ، فلا يقبل منه أن يستند إلى الإقرار فيما عدا هذا القيد ، بل يكون عليه أن يثبت دعواه من طريق آخر ، فإن تجزئة الإقرار والأخذ بشق منه وإلزام المدعى عليه بدفع الأجر مع اطراح القيد الوارد فيه ، ذلك مخالف لقواعد الإثبات (نقض =

جزءاً منها ، فان الإقرار هنا يكون إقراراً مركباً (aveu complexe) . والفرق بين الإقرار المركب والإقرار الموصوف - وكل منهما يشتمل على واقعة أصلية وواقعة مرتبطة بها - أن في الإقرار الموصوف تقترن الواقعة المرتبطة بالواقعة الأصلية من وقت نشوء الواقعة الأصلية كما قدمنا ، فالأجل أو الشرط قد اقترن بالدين من وقت نشوئه ، أما في الإقرار المركب فالواقعة المرتبطة لا تقترن بالواقعة الأصلية من وقت نشوئها بل تجدد بعدها ، فالإقرار بالدين مع الوفاء به إقرار مركب يتكون من واقعة المديونية وهي الواقعة الأصلية وواقعة الوفاء وهي الواقعة المرتبطة بها ، ولكن واقعة الوفاء لم تقترن بواقعة المديونية من وقت نشوئها ، بل جددت بعدها إذ حصل الوفاء بعد أن وجدت المديونية (١) .

والأصل في الإقرار المركب أنه هو أيضاً لا يتجزأ على صاحبه (٢) . فاذا أقر المدين أنه اقترض المائة ولكنه وفاها ، فلا يجوز للدائن إلا أن يأخذ بالإقرار كله أو يطرحه كله (٣) . فاذا أخذ بالإقرار كله برئت ذمة المدين من الدين وخسر الدائن دعواه ، إذ يكون قد ثبت أن الدين كان موجوداً ولكن المدين وفاه . وإذا طرح الدائن الإقرار كله ، اعتبر الإقرار كأن لم يكن ، وكان على الدائن أن يثبت الدين وعلى المدين أن يثبت الوفاء . ويجوز أيضاً للدائن - كما قدمنا في الإقرار الموصوف - أن يستتبق الإقرار بالقرض ، ويحمل هو عبء إثبات أن المدين لم يقم بوفائه . والممتنع هو أن يستتبق الإقرار بالقرض ويلتقي عبء

= مدني ٣٠ مايو سنة ١٩٤٠ مجموعة عمر ٣ رقم ٦٤ ص ٢٢٧) . وانظر أيضاً : نقض مدني ١٥ أبريل سنة ١٩٣٧ مجموعة عمر ٢ رقم ٥٢ ص ١٥٠) .

ويلاحظ أن الدائن إذا طرح الإقرار كله ، وأراد أن يثبت الدين بطريق آخر ، فإن له أن يتخذ الإقرار المطروح مبدأً ثبوت بالكتابة ، كما له أن يفعل ذلك عند طرح الإقرار المركب غير قابل للتجزئة على ما سنرى .

(١) أوبري ورو ١٢ ص ١٢١ هامش رقم ٢٥ مكرر ٣ و ص ١٢٥ .

(٢) ذلك أن الأصل في الإقرار بوجه عام عدم التجزئة : استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة

١٨٩٠ م ٢ ص ٣٨٦ - ٢٧ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٣٩٤ - ١٤ مايو سنة ١٨٩٠

م ٢٦ ص ٢٦٥ - ١٠ ديسمبر سنة ١٨٩١ م ٤ ص ٤٨ - ٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦

ص ١١ - ١٤ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١١٩ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٥٩ -

٢٨ ديسمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٠٦ - ١٨ يناير سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ١٧١ -

٩ أبريل سنة ١٩٢٧ م ٣٩ ص ٣٨٠ - ٥ مارس سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ١٨٢ .

(٣) استئناف مختلط أول يونية سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٦٣ .

إثبات الوفاء على المدين ، فان هذا يعتبر تجزئة للإقرار حيث لا تصح التجزئة .
وكذلك يكون الحكم فيما إذا أقر المدين بأنه اقترض المائة ولكن الدين انقضى
بالتجديد (١) أو انقضى بالإبراء . ففي هاتين الحالتين لا يتجزأ الإقرار على صاحبه .
ولا يجوز للدائن أن يستبقي من الإقرار ما هو في صالحه ، ويلقى عبء إثبات
إما ليس في صالحه على المدين ، فيستبقي ثبوت القرض بالإقرار ويطلب من المدين
إثبات التجديد أو الإبراء . وعليه أن يأخذ بالإقرار كله فتكون ذمة المدين قد
رئت من الدين ، أو يطرحه كله فعليه هو أن يثبت القرض وعلى المدين أن يثبت
التجديد أو الإبراء ، أو يستبقي القرض ثابتاً بالإقرار وعليه هو أن يثبت أن
التجديد أو الإبراء الذي يدعيه المدين لاصحة له (٢) ، فاذا اطرح الإقرار كله
وأراد أن يثبت القرض ، كان له أن يعتبر الإقرار المطرح مبدأ ثبوت بالكتابة
للقرض يعززه بالبيينة والقرائن (٣) . أما إذا استبقي القرض ثابتاً بالإقرار، وأراد
أن يثبت أن التجديد أو الإبراء لاصحة له ، فلا يجوز فيما يزيد على عشرة جنهات
أن يثبت ذلك إلا بالكتابة (٤) .

في هذه الأحوال الثلاثة - الإقرار بالمديونية مع وفاء الدين والإقرار بها
مع التجديد والإقرار بها مع الإبراء - يوجد إقرار مركب من واقعة أصلية
وواقعة مرتبطة بها ، وحكم هذا الإقرار أنه لا يتجزأ على صاحبه كما رأينا .
والمشترك في هذه الأحوال الثلاثة أن الواقعة المرتبطة تستلزم حتماً وجود الواقعة

(١) انظر عكس ذلك الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٧٩ .

(٢) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ - ٤ مايو سنة ١٩١٦

م ٢٨ ص ٣٠٠ .

(٣) وقد قضت محكمة النقض بأن عدم تجزئة الإقرار لا تحول دون اعتباره مقدمة إثبات

بالكتابة (نقض مدني ٩ يونية سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٣٣ ص ٧٩٧) .

(٤) ويمثل الفقهاء أوبري ورو لعدم جواز إثبات الواقعة المرتبطة إلا بالكتابة أو ما يقوم

مقامها بالوديعة الاختيارية فيما تزيد قيمته على نصاب إيلينة ، فإذا أقر حافظ الوديعة بأنه تسلّم

الوديعة ولكنه ردها ، لم يجوز للمودع أن يثبت عدم الرد إلا بالكتابة أو بما يقوم مقامها . فاذا

كانت الوديعة اضطرارية ، وأقر حافظ الوديعة بأنه تسلّمها ولكنه سلمها للشخص الذي منه المودع ،

جاز للمودع أن يثبت بجميع الطرق أن حافظ الوديعة لم يسلمها إلى هذا الشخص (أوبري ورو ١٢

ص ١٣٠ هامش رقم ٢٨ - وانظر أيضاً تعليق بارتان في انطباق هذه الأحكام على التفسير

الذي يقول به من أن الإقرار قرينة قانونية على صحة المقر به في ص ١٢٩ هامش رقم ٣٦) .

الأصلية . فالوفاء بالدين يستلزم حتماً وجود الدين قبل ذلك ، وكذلك تجديد الدين والإبراء منه كل منهما يستلزم حتماً سبق وجود دين حصل فيه التجديد أو وقع فيه الإبراء . ومن ثم لا يمكن للواقعتين ، الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة بها ، أن تنفك إحداها عن الأخرى ، فهما متلازمتان ولا تصح فيهما التجزئة . أما إذا كانت الواقعة المرتبطة لا تستلزم حتماً وجود الواقعة الأصلية ، فلا تلازم ما بين الواقعتين ، ويمكن تصور وقوع إحداها دون وقوع الأخرى ، ومن ثم كانت التجزئة فيهما جائزة . والمثل المألوف لهذه الحالة هو الإقرار بالقرض مع وقوع المقاصة فيه بدين آخر^(١) . فالمدين هنا قد أقر بالواقعة الأصلية وهي واقعة إقراض ، وأضاف إليها واقعة مرتبطة بها وهي وجود دين له على الدائن أوقع المقاصة بين الدينين . وظاهر أنه لا تلازم ما بين الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة ، ومديونية المدين للدائن لا تستلزم حتماً مديونية الدائن للمدين ، كما أن مديونية الدائن للمدين لا تفترض حتماً مديونية المدين للدائن ، إذ أن الدين الذي يدعيه الدائن منفصل عن الدين الذي يدعيه المدين ، ووجود أحدهما لا يستلزم وجود الآخر . ومن ثم كان الفصل بينهما ممكناً ، وصحت التجزئة في الإقرار . فاذا أقر المدين بالقرض ، ولكنه قال إنه سقط بالمقاصة ، كان للدائن في هذه الحالة أن يجزئ الإقرار على المدين . فيعتبر الإقرار قائماً فيما هو في صالحه فقط ، وبذلك يكون القرض ثابتاً بالإقرار ، ولا يكلف الدائن عبء إثباته . أما بقية الإقرار فلا يؤخذ به ، ولا ينتقل عبء الإثبات فيه إلى الدائن ، بل المدين هو الذي يكلف بإثباته إذا أصر عليه . ويكون إذن على المدين أن يثبت أن له ديناً في ذمة الدائن كان سبباً في وقوع المقاصة . فان عجز عن إثبات ذلك بقي الإقرار قائماً في إثبات القرض . ويكون الإقرار قد تجزأ على هذا النحو ، أخذ منه الدائن ما هو في صالحه ، وألقى عبء إثبات ما ليس في صالحه على المدين^(٢) .

(١) استئناف مخطوط ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٠ — منوف ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٨ الهامة ٩ رقم ٤٩٦ من ٩٠٤ .

(٢) ومثل ذلك أيضاً أن يقر النمي عليه بالعمل غير المشروع الذي صدر منه ، ولكنه يقول أنه صدر دفاعاً عن النفس . فيتجزأ إقراره ، وعليه أن يثبت هو أنه كان في حالة دفاع فرمى نفيه من المسؤولية المدنية .

هذا ويجوز لقاضي تفسير الإقرار الفاضل ، ولا يمد هذا تجزئته له (أوبري ورو ١٢ ص ١٢٠ — م ١٢١ — بودري وهارد ٤ فقرة ٢٧٢١) — كذلك تصح تجزئة الإقرار =

والميار الذي اتخذناه هنا لمعرفة ما إذا كان الإقرار المركب لا يتجزأ على صاحبه أو يتجزأ هو معيار تشريعي ذكره التقنين المدني الجديد كما رأينا في الفقرة الثانية من المادة ٤٠٩ حيث يقول : « ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى (١) » . ولا تزال هذه المسألة محل خلاف في الفقه

== إذا كانت الواقعة المرتبطة غير محتملة التصديق أو كانت متعارضة مع الواقعة الأصلية (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٢٣ — بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٢٠ — بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣١٦ ص ٤١٢ — قارن أوبري ورو ١٢ ص ١٢٨ — وقارن أيضاً دى بلانج ٣ ص ١٠٤٧ — ١٠٥٧) .

ويلاحظ أن ما قدمناه من الأحكام في تجزئة الإقرار إنما يكون في المسائل المدنية . أما في المسائل الجنائية فالإقرار تجوز تجزئته دائماً ، ويأخذ منه القاضى ما يقتنع بصدقه وي طرح ما لا يرى صحته . وهذا ما لم تكن الجريمة قائمة على أساس عقد مدنى — كالتبديد — فأثبت هذا المقدم عن طريق الإقرار يخضع للقواعد المدنية في تجزئة الإقرار على النحو الذى قدمناه (أوبري ورو ١٢ ص ١٢٢ هامش رقم ٢٥ مكرر ٤ — نقض جنائى ٢٣ أبريل سنة ١٩١٠ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٢/٩٠ — ٢١ ديسمبر سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٥٩ — ٤ مايو سنة ١٩٢٦ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٦٩ — استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٤٦ م ٥٨ ص ٦٩ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٢) .

(١) ولم يكن المشروع الأول للإثبات الذى سبق المشروع التمهيدى يفسح مجالاً لتجزئة الإقرار ، بل كان يقضى بأن الإقرار لا يتجزأ . فكانت المادة ٣٨ من هذا المشروع تنص على أن « الإقرار لا يتجزأ على صاحبه » . وكانت المادة ٣٩ من المشروع تنص على أنه « لا عمل لعدم التجزئة : (١) إذا ثبتت الواقعة المتنازع فيها عن طريق آخر مستقل عن الإقرار (٢) إذا كان هناك إقراران متميزان ينصبان على واقعتين مختلفتين (٣) إذا تقدم ، وفقاً للقواعد العامة ، دليل لإثبات عكس أحد العناصر التى يتكون منها الإقرار » . لذلك جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى وهى تشرح في الواقع المشروع الأول ، دون نظر إلى ما أدخل على هذا المشروع من تعديل . فورد فيها ما يأتى : « وتعرض مسألة عدم التجزئة بالنسبة للإقرار المركب ، أى مسألة معرفة ما إذا كان يجوز لمن وجه الإقرار إليه أن يأخذ منه ما يرى فيه مصلحة له وأن يهمل الشق المضاف . إلا أن من المقرر أن الشق المضاف يعتبر غير منفك عن جملة الإقرار ، موصوفاً كان الإقرار أو غير موصوف ، إذ لولاه لما صدر الاعتراف . ثم إن الإقرار بأسره هو الذى يعتبر حجة ، لا جزء منه فحسب . ويتوجب على ذلك أن الإقرار المركب لا يتجزأ ، موصوفاً كان أو غير موصوف ، بل يتعين على من يتمسك به بصفته هذه أن يمتد به بأسره . وقد نصت بعض التقنينات على استثناءات من حكم القاعدة العامة في عدم تجزئة الإقرار . بيد أن إيمان النظر في هذه الاستثناءات يكشف عن خلوها عن معنى الشلوذ عن حكم الأصل لأنها تتعلق بإقرارات مركبة ، ومسألة التجزئة لا تعرض إلا عند التراكب . فقاعدة عدم تجزئة الإقرار قاعدة عامة لا يرد على إطلاقها قيد أو حده . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٣٧ =

الفرنسي^(١) . وكان القضاء المصري في عهد التقنين المدني السابق يطبق هذا

ص ٤٣٨) . وواضح أن هذا إنما يصلح تقريراً لأحكام المشروع الأول قبل أن يبدل في المشروع التمهيدى بإدخال التعديل الخاص بجواز تجزئة الإقرار إذا انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ١٧٩ هامش رقم ١) . أما ما أورده المادة ٣٩ من المشروع الأول من أحكام ، فهي نفس الأحكام التي أوردناها في خصوص عدم تجزئة الإقرار ، لافي خصوص تجزئته . فإن الإقرار بين غير قابل للتجزئة حتى إذا ثبتت الواقعة المتنازع فيها عن طريق آخر غير الإقرار ، وحتى لو ثبت عكس أحد العناصر الذي يتكون منها الإقرار . أما إذا كان هناك إقراران متميزان ينصبان على واقعتين مختلفتين ، فالأخذ بإقرار دون آخر ليس تجزئة لإقرار واحد ، بل هو فصل ما بين إقرارين متميزين .

(١) والكثرة من الفقهاء الفرنسيين يذهبون إلى أنه إذا كانت الواقعة المرتبطة ليست إلا النتيجة العادية (ordinaire) أو العرضية (accidentel) للواقعة الأصلية ، بحيث يكون حصول الواقعة المرتبطة يستلزم حتماً (suppose nécessairement) سبق حصول الواقعة الأصلية ، كان الإقرار غير قابل للتجزئة ، وذلك كما إذا أقر المدين بالدين ولكنه قال إنه انقضى بالوفاء أو بالتجديد أو بالإبراء . فإذا كانت الواقعة المرتبطة مستقلة كل الاستقلال عن الواقعة الأصلية ، فإن الإقرار يتجزأ ، كما إذا أقر المدين بالدين ولكنه قال إنه سقط بالمقاصة . وهذا هو المعيار الذي أخذ به التقنين المدني المصري الجديد كما رأينا (الظر في هذا المعنى أوبري ورو ١٢ ص ١٢٣ - ص ١٢٥ - تولييه ٥ - فقرة ٣٣٩ - لاروميير م ١٣٥٦ فقرة ١٥ - ديمولومب ٣٠ - فقرة ٥١١ وفقرة ٥١٣ - لوران ٢٠ فقرة ١٩٣ - ماركاديه م ١٣٥٤ و م ١٣٥٦ / ٢ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧١٦ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣١٦) .

وهناك فريق من الفقهاء يذهبون إلى أن الإقرار إنما يكون غير قابل للتجزئة إذا كانت الواقعة المرتبطة تقابل تماماً (correspond exactement) الواقعة الأصلية ، كالوفاء يقابل وجود الدين . فإذا لم يكن هناك تقابل تام ما بين الواقعتين ، تجزأ الإقرار . فيتجزأ إذن ، ليس فحسب في حالة ما إذا كانت الواقعة المرتبطة هي المقاصة ، بل أيضاً إذا كانت هي التجديد أو الإبراء . أما في حالة الوفاء فلا يتجزأ الإقرار لأن التقابل تام ما بين الواقعة الأصلية والواقعة المرتبطة (تعليقات بارتان على أوبري ورو ١٢ ص ١٢٤ هامش رقم ٢٦ مكرر ، بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٥ ص ١٠٤٥ - ص ١٠٤٦ - قارن بلانيول وريبير وبولانجيه ٢ فقرة ٢٢٩١ . ويشير بارتان إلى أن نظرية أوبري ورو في تجزئة الإقرار هي أكثر اتفاقاً مع ما ذهب هو إليه من أن الإقرار قرينة قانونية على صحة المقر به : أوبري ورو ١٢ ص ١٢٠ هامش رقم ٢٥ مكرر) .

ويذهب دى باج إلى العكس من ذلك فيجعل الإقرار غير قابل للتجزئة ، لافي حالات الوفاء والتجديد والإبراء فحسب ، بل أيضاً في حالة المقاصة ذاتها . فمنده أن الإقرار ، بسيطاً كان أو موصوفاً أو مركباً ، لا يتجزأ ، دون أى استثناء (دى باج ٣ ص ١٠٤٧ - ص ١٠٥٧) وهذا هو الرأي الذي كان المشروع الأول للثبات قد أخذ به كما قدمنا ، والظاهر أنه كان منقولاً عن دى باج .

المعيار^(١). ومهما يكن من أمر فقد أجاز المشرع المصرى صنعا إذ حسم

(١) الموجز للمؤلف لفقرة ١٥٩ . وقد قضت محكمة مصر الكلية بأن الإقرار إما أن يكون بسيطاً أو تاماً ، وإما أن يكون موصوفاً أو معدلاً ، وإما أن يكون مركباً . فالبسيط هو الاعتراف بالحق كاملاً . والإقرار الموصوف هو عدم الاعتراف بالأمر المدعى به كما هو ، كما إذا ادعى شخص على آخر بدين فاعترف به الأخير ، إنما قال انه دين قار ، ومثل هذا الإقرار غير قابل للتجزئة — أما الإقرار المركب فهو الإقرار بالواقعة الأصلية غير معدلة ولا موصوفة ، وإنما هي مصحوبة بواقعة أخرى منفصلة عنها يصح أن تعتبر نفيها لها . فإذا كانت الواقعة الأخرى غير مرتبطة بالواقعة الأصلية ، بحيث ان حصولها لا يتحتم معه وجود الأولى ، فليس هناك ما يمنع من تجزئة الاعتراف ، كما إذا ادعى شخص على آخر ديناً فاعترف الآخر به ، وإنما ادعى بالمقاصة فيه ، فانه في هذه الحالة يلزم المقر باثبات الدين الذى له بالطرق المعتادة (مصر الكلية ٧ يناير سنة ١٩٣٣ المحاماة ١٦ رقم ٤٣٣ ص ٩٢٧) . وقضت محكمة ملوى بأن تجزئة الإقرار جائزة في أحوال معينة منها : (أولاً) إذا كانت الواقعة الأخرى غير مرتبطة بالواقعة الأصلية بحيث أن حصولها لا يؤثر على كيان الأولى ووجودها لا اختلاف موضوعهما أو طبيعتهما أو الأشخاص الذين تعلقت بهم كل واقعة . فإقرار أحد الورثة باستلام مبلغ مخلف عن المورث ضمن التركة الموروثة ، وادعاؤه في وجه الورثة الذين لهم نصيب فيه بأنه دفعه في ديون كانت على المورث هو إقرار مركب قابل للتجزئة ، لأن ادعاء السداد لدائى التركة هي واقعة غير مرتبطة بالواقعة الأصلية ارتباطاً لا يقبل التجزئة لاختلاف موضوع كل واقعة من الواقعتين لتباين الأشخاص في كليهما ، ولما تستلزمه الواقعة التى أورد بها الإقرار من تحقيق ديون الدائنين وسببها ومقدارها وترتيبها في اللمة . (ثانياً) وقوع تناقض في أقوال المقر ، أو إذا كانت الواقعة التى أضافها لإقراره ظاهرها الفس أو الكذب (٣ سبتمبر سنة ١٩٣٢ المحاماة ١٤ رقم ٢٣١/٢ ص ٤٤٩) . وقضت محكمة طنطا الكلية بأنه من المقرر قانوناً أن الإقرار إذا كان جنائياً ، فإنه يقبل التجزئة . والملة التى أجاز المشرع من أجلها تجزئة الإقرار الجنائى هي أنه ليس حجة في ذاته ، بل هو خاضع لتقدير القاضى واقتناعه ، فله أن يفحص كافة أجزاءه ولا يأخذ منها إلا بما يقنعه ، وله أن يرفضه بأكمله أو يرفض بعضه فقط ويقنع بالبعض الآخر . ومع ذلك يكون الاعتراف الجنائى غير قابل للتجزئة إذا كان موضوعه عقداً من العقود المدنية وتتوقف عليه الجريمة وكان الاعتراف هو الطريق الوحيد لإثباتها طبقاً لأحكام القانون المدنى . وإنما أجاز المشرع تجزئة الإقرار الجنائى لى يترك للقاضى الجنائى الحرية في تكوين عقيدته للحكم في الدعوى الجنائية وفي سبيل الحكم فيها ، ولا يمكن أن يؤخذ بهذه التجزئة للفصل في دعوى مدنية تكون مرتبطة بها (أول مايو سنة ١٩٣٥ المحاماة ١٦ رقم ٤٣٩ ص ٩٤٨)

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الإقرار المركب لا يتجزأ إذا كانت الواقعة المرتبطة هي النتيجة المادية (ordinaire) أو العرضية (accidentel) للواقعة الأصلية . أما إذا كانت الواقعتان مستقلتين كل منهما عن الأخرى بحيث لا يستلزم وجود إحدى الواقعتين وجود الواقعة الثانية ، فان الإقرار تصح تجزئته : استئناف مختلط ٢٣ مايو سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٢ - أول مارس سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٢٦٧ — ٢٠ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٢٧٥ —

الخلاف بنص قاطع (١) .

٢٦٣ - رفاة محكمة النقص : ومن الواضح أن مسألة تجزئة الإقرار أو عدم تجزئته مسألة من مسائل القانون تخضع لرقابة محكمة النقص . فاذا جزأت محكمة الموضوع إقراراً لا تصح تجزئته ، أو رفضت تجزئة إقرار نصح تجزئته ، كان حكمها غير سليم ويتعين نقضه . ولكن يجب أن تثار مسألة التجزئة أمام محكمة الموضوع ، فلا يصح أن تثار لأول مرة أمام محكمة النقص (٢) .

٢٢ مارس سنة ١٩٢٣ م ٤٥ ص ٢٠٩ - ٥ مارس سنة ١٩٢٥ م ٤٧ ص ١٤٢ - وانظر في عدم تجزئة الإقرار الموصوف : استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٢ م ٢٥ ص ٦٠ - ١٧ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤١٢ .
(١) انظر في أن الإقرار يتجزأ في الفقه الإسلامي : طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ١٣٥ - ص ١٣٧ .
(٢) أوربري ورو ١٢ ص ١٣١ - دي باج ٣ ص ١٠٥٨ - ١٠٥٩ - بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣١٦ ص ٤١٣ - نقض فرنسي ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ - سيريه ١٩٠٣ - ١ - ٧٩ - ٤ بوايه سنة ١٩٠٥ سيريه ١٩٠٦ - ١ - ٨٨ .

الفصل الثاني

اليمين

٢٦٤ - اليمين بوجه عام : اليمين قول يتخذ فيه الحالف الله شاهداً على صدق ما يقول أو على انجاز ما يعد، ويستنز عقابه إذا ما حنث . ويستخلص من هذا التعريف أمران :

(١) لا تعتبر اليمين عملاً مدنياً فحسب ، بل هو أيضاً عمل ديني . فالحالف إنما يستشهد الله ، ويستنز عقابه . ولا يكفي أن يؤكد الإنسان صدق قوله أو وعده ليكون حالفاً ، مادام لم يستشهد الله على ذلك . وتكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف : « أحلف » (م ١٨٠ مرافعات) . ولكن إذا كانت هناك أوضاع مقررة في دين من يحلف اليمين ، جاز له أن يطلب تأدية اليمين وفقاً لهذه الأوضاع (م ١٨١ مرافعات) . وعلى العكس من ذلك إذا كان دين من يحلف يفرض عليه ألا يقسم باسم الله ، بل يقتصر على مجرد التأكيد ، جاز له أن يكتفي بذلك مادام هذا التأكيد يعتبر يمينا في دينه .

(٢) تكون اليمين إما لتوكيد قول (probatoire, affirmatif) أو لتوكيد وعد (promissoire) . فاليمين لتوكيد قول هي اليمين التي تؤدي لتوكيد صدق الحالف فيما يقرره . واليمين لتوكيد وعد هي اليمين التي تؤدي لتوكيد إنجاز وعد أخذه الحالف على نفسه ، مثل ذلك اليمين التي يحلفها القضاة ورجال النيابة والخبراء والشهود وبعض الموظفين (كوظفي السلك الدبلوماسي والقنصلي) على أن يؤديوا أعمالهم بالأمانة والصدق أو أن يقرروا الحق فيما به يشهدون^(١) .

٢٦٥ - اليمين القضائية واليمين غير القضائية : والذي يعيننا هنا هي

اليمين لتوكيد قول ، لأنها هي اليمين التي تدخل في منطقة الإثبات . وهي إما أن تكون يمينا قضائية (serment judiciaire) تؤدي أمام القضاء ، أو غير قضائية (serment extrajudiciaire) تؤدي أو يتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء .

(١) انظر في اليمين على الماضي أو على الحال أو على الآتي في الفقه الإسلامي : طرق القضاة في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٢٩ - ص ٢٣٠ .

واليمين غير القضائية ليست لها أحكام خاصة ، بل تتبع في شأنها القواعد العامة . فاذا اتفق شخصان على أن أحدهما يحلف اليمين على حق مدعى به ، فهذا الاتفاق لا يجوز إثباته بالبينة أو القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها ذلك . أما حلف اليمين ذاتها فواقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات . والنتائج التي تترتب على حلف اليمين غير القضائية هي النتائج التي اتفق عليها الطرفان ، ولا يجوز ردها إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك . ويندر أن يلجأ الخصوم إلى الاتفاق على يمين غير قضائية (١) .

٢٦٦ - اليمين الحاسمة واليمين المحسنة : واذا وقفنا عند اليمين القضائية ،

وهي اليمين الغالبة ، وجدناها نوعين : (١) اليمين الحاسمة (serment litis-décisoire) وهي يمين يوجهها الخصم إلى خصمه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع . (٢) اليمين المتممة (serment supplétoire, supplétif) ، وهي يمين يوجهها القاضى إلى أى من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التي قدمها هذا الخصم .

واليمين الحاسمة ، دون اليمين المتممة ، هي التي كان ينبغي أن تدخل وحدها في هذا الباب ، لأنها هي التي تعنى من الإثبات . أما اليمين المتممة فهي طريق تكملي للإثبات ، ولا تعنى منه . ولكن اشتراك اليمينين في كثير من الأحكام يجعل من المناسب جمعهما في فصل واحد . فتكلم في كل منهما .

الفرع الاول

اليمين الحاسمة

٢٦٧ - تكليف اليمين الحاسمة : عندما يعوز الخصم الدليل الذي

يسمح به القانون لإثبات دعواه ، ولا يقر له خصمه بصحة ما يدعيه ، لا يبيح أمامه إلا طريق واحد يلجأ إليه ، هو أن يحتكم إلى ضمير هذا الخصم . فيوجه إليه

(١) انظر في اليمين غير القضائية بودرى وبارد : فقرة ٢٧٢٨ - فقرة ٢٧٢٨ مكررة - الأستاذ عبد السلام ذمني في الأدلة ٢ ص ٦٧ - ص ٧٣ .

اليمين الحاسمة يطلب إليه حلفها لحسم النزاع ، ولا يملك من وجهت إليه اليمين إلا أن يقبل هذا الاحتكام . وهذا هو الإسعاف الذي يتقدم به القانون إلى الخصم الذي يعوزه الدليل القانوني ، بل هذه هي الكفارة التي يكفر بها القانون عن تشدده في اقتضاء أدلة قضائية معينة لا يغني عنها بديل . فالقانون ، إذ يتشدد في اقتضاء أدلة معينة ، لا يصل إلا إلى الحقيقة القضائية ، وهي بعد حقيقة نسبية ، وذلك سعياً وراء الاستقرار . ولكنه ، بعد أن يقضى واجب الاستقرار ، يرضى جانب العدل ، بتمكين من يعوزه الدليل القضائي من أن يحتكم إلى ضمير خصمه الذي أنكر عليه ما يدعيه من حق ، فيوجه إليه اليمين الحاسمة . فان حلفها الخصم ، فقد أثبت بذلك أن ضميره راض بانكار صحة الادعاء ، ولما كان هذا الادعاء لا دليل عليه ، لم يبق بد من الحكم برفضه . وإن نكل ، كان في هذا النكول إقرار ضمنى بصحة الادعاء ، فوجب الحكم عليه بمقتضى هذا الإقرار (١) .

ويتبين من ذلك أن توجيه اليمين الحاسمة هو تصرف قانوني (acte juridique) ، إذ هو إرادة الخصم الذي يوجه اليمين في أن يحتكم إلى ضمير خصمه بما يترتب على ذلك من نتائج قانونية . والاحتكام على هذا النحو يعتبر تصرفاً قانونياً يتم بإرادة منفردة (acte juridique unilatéral) ، إذ هو ينتج أثره بمجرد توجيه اليمين . وسنرى أن توجيه اليمين يجوز الرجوع فيه إلى أن يقبل الخصم الذي

(١) عل أنه يجوز الاتفاق مقدماً ما بين الطرفين على عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة من أحدهما إلى الآخر في خصومة معينة . فليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام أو الآداب ، ويسوغه أن بعض الناس تمنحه عقيدته الدينية من الحلف ، أو هو يرى في الحلف إخراجاً له وإيذاءً لضميره ، هذا إلى أن طرق الإثبات كما قدمنا يجوز الاتفاق على تعديلهما والاقتصار على طريق منها دون طريق (أنظر في هذا المعنى : أسبوط الكلية ١٤ أبريل سنة ١٩٤١ المحاماة ٢١ رقم ٤٣٧ ص ١٠٤٢ - بني مزار ٢٣ فبراير سنة ١٩٣٩ المحاماة ١٩ رقم ٣٥٩ ص ٨٨٢ - الأستاذ أحمد نشات في الإثبات ٢ فقرة ٥٨٥ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٣٤) . ولكن محكمة الاستئناف المختلطة قضت بأن الاتفاق قبل قيام الخصومة على عدم جواز توجيه اليمين الحاسمة اتفاق باطل لا ينتج أثره ، لأن الطرفين لا يستطيعان ، والخصومة لما تقم ، أن يدركا مدى ما تعهدا به (استئناف مختلط ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٦) . وهذا قريب مما كان يجري عليه القضاء ، قبل صدور التقنين المدني الجديد ، من التمييز ، في الاتفاق على طرق الإثبات ، ما بين اتفاق يعقد قبل قيام الخصومة فيكون باطلاً ، واتفاق يتم بعد قيام الخصومة فيكون صحيحاً .

وجهت إليه اليمين أن يخلف . ولكن هذا ليس قبولاً لإيجاب . إذ أن الخصم الذى وجهت إليه اليمين لا يملك إلا أن يقبل الحلف أو أن يرد اليمين على من وجهها . أى أنه لا يملك إلا قبول الاحتكام إلى ضميره أو أن يحكم هو ضمير الخصم الذى وجه اليمين . ومن ثم لا يكون توجيه اليمين تصرفاً يحتاج إلى قبول ، بل القبول هنا هو لجعل حق الخصم فى أن يخلف اليمين أو يردها حقاً غير قابل للنقض . كحق المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير عند ما يقبل ما اشترط لمصاحته . هذا إلى أن توجيه اليمين تصرف شرطى (acte-condition) ، لأن الخصم إنما يعلن إرادته فى أن يذتنع بنظام استقل القانون بتقرير أحكامه ، ولا يستطيع الخصم لهذه الأحكام تبديلاً (١) .

وسرى أن هذا التكييف لليمين الحاسمة تترتب عليه آثار قانونية هامة . وهو التكييف الذى نقف عنده . والفقهاء يترددون فى تكييف اليمين الحاسمة بين أنها تحكيم أو صلح (٢) . والذى يقطع فى أنها ليست بصلح أن الصلح يقتضى نزول كل من المتصالحين عن جانب من ادعائه . ومن يوجه اليمين لا ينزل عن شيء

(١) انظر الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ١٩٧ هامش رقم ١ .
(٢) وقد جاء فى الموجز للمؤلف فى هذا المعنى ما يأتى : « فاليمين الحاسمة نوع من الصلح أو التحكيم يقصد به حسم النزاع . والخصم الذى يوجهها يصطلىح مع خصمه أو يتحاكم إلى ذمته ، والخصم الذى توجه إليه بالخيار بين الحلف والرد . فإذا رد كان هذا صلحاً جديداً أو تحاكماً إلى ذمة الخصم الأول » (الموجز فقرة ٦٦٣) . وانظر فى أن توجيه اليمين ضرب من الصلح أورى ورو ١٢ ص ١٣٧ - هيك ٨ فقرة ٣٥٧ - ديمولومب ٣٠ فقرة ٥٨٠ - بودرى وبارد ؛ فقرة ٢٧٣٠ بيدان - ويزو ٩ فقرة ١٣٢٣ ، وفى أنه مبدأ اتفاق أو مبدأ صلح على الإثبات (commencement d'une convention, d'une transaction sur la preuve) لا ينطوى على تضحية من الجانبين : بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٣ - ص ١٠٤٩ - ويؤخذ على هذا الرأى أن توجيه اليمين ليس باتفاق بل هو تصرف بإرادة منفردة كما قدمنا ، وأن الصلح لا يمكن إلا أن ينطوى على تضحية من الجانبين . ويقول دى باج أن توجيه اليمين اتفاق من نوع خاص يقوم على أساس من العدالة (دى باج ٣ ص ١٠٧٣ - ص ١٠٧٧) - ويقول الأستاذ أحمد نشأت فى كتابه فى الإثبات الجزء الثانى أن اليمين الحاسمة قريبة من عقد التحكيم (فقرة ٥٣٧) ، وأن توجيهها تنازل عن الحق المدعى به معلق على شرط تأديتها (فقرة ٥٣٨) ، وأنها نوع من الصلح بين الطرفين (فقرة ٥٣٩) ، وأنها نوع خاص من التصرفات (فقرة ٥٤١) - ويذهب الأستاذ سليمان مرقس إلى أن توجيه اليمين تصرف قانونى من التصرفات التى يسببها دمجها بالتصرفات الشرطية (actes-condition) وهذا رأى صحيح . (أصول الإثبات ص ١٩٧ هامش رقم ١) .

دون شيء ، فهو إما أن يخسر كل دعواه أو يقضى له بها كلها . فإذا ما خسر دعواه أو كسبها فليس ذلك مترتباً على إرادته ، بل هي النتيجة المحتمة لاحتكامه إلى ضمير خصمه . وضمير الخصم هو الذى حكم : إما بخسارة الدعوى إذا حلف الخصم ، أو بكسبها إذا نكل . وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ما يؤيد هذا التكييف (١) .

(١) وهذا ما جاء فيها : « أما فيما يتعلق بطبيعة اليمين اخاسمة ، فالرأى فى الفقه على أن اليمين تعاقداً ، أو صلح بعبارة أخرى . وقد جرى القضاء المصرى على هذا الرأى (استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٩ — ١٩ و مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥١) . بيد أن مذهب الفقه والقضاء فى هذا الشأن قد استهدف لنقد فريق من الفقهاء . وقد ذكر هذا الفريق أن الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسى قد جاء بها ما يؤخذ منه أن اليمين ليست سوى احتكام إلى الذمة . ويراعى أولاً أن كل تعاقداً يفترض إيجاباً وقبولاً ، والملاحظ فى القبول هو ثبوت الخيار لا التسليم على سبيل الإلزام ، فان انتفى هذا الخيار فليس ثمة تراخى أو تعاقداً . بيد أن من توجه اليمين إليه لا يستطيع أن يرفض مشيئة من وجهها ، وأن يطلب إقامة الدليل على الدعوى أو الدفع بطرق الإثبات الأخرى ، بل يتعين عليه بحكم القانون أن يعمل الرخصة التى يثبتها له على وجه من وجوهها الثلاثة : فاما أن يؤدى اليمين ، وأما أن ينكسر عنها ، وإما أن يردّها . ومؤدى هذا أن اليمين ليست تعاقداً ، وهى ليست كذلك من الصلح فى شيء لأن الصلح يفترض تنازل كل من المتعاقدين عن جانب من مزاعمه . أما من توجه اليمين فهو لا يملك طريقاً من طرق الإثبات بل هو يوقن ابتدله بخسارة دعواه ، وهو بالاتجاه إلى اليمين لا يتنازل عن شيء ما ، لأن توجيه هذه اليمين يتمحض لمنفعته . والواقع أن اليمين ليست إلا تأكيد واقعة أمام القاضى ، فى ظل ضمانته من الذمة أو العقيدة الدينية . وهى بهذا الوصف ليست إلا علاجاً يحد من مساوئ نظام تقييد الدليل ، باعتبار هذا النظام ضرورة لا معدى عنها لتأمين استقرار المعاملات ، وإن كان تطبيقه فى نطاق العمل قد يسفر عن نتائج تناقض العدالة . فادعاء من فاته تحصيل الدليل المقرر من جراء إهمال أو إسراف فى الثقة قد يكون صحيحاً ، رغم انتفاء هذا الدليل . ولو التزمت الأحكام العامة فى القانون لترتب عليها إخفاقه ، لكن العدالة تقتضى الترخيص له بالاحتكام إلى ذمة خصمه . . . والواقع أن حق الخصم فى الاحتكام يقابله التزام الخصم الآخر بالاستجابة لتلك الدعوة ، وإلا أصبح هذا الحق مجرداً من الأثر والجدوى . فالخصم يلتزم بحكم القانون بالتخل عن التقييد بقواعد القانون والاحتكام إلى العدالة . بيد أن حق الاحتكام إلى الذمة قد أثبتته القانون للخصم الآخر أيضاً ، واحتفظ له به ، إذ جعل له أن يرد اليمين ويحتكم بذلك إلى ذمة من وجهها إليه . . . ثم إن القول بأن فكرة التصرف المنعقد بإرادة واحدة هى أساس النتيجة التى تسفر عنها اليمين ، وأن اليمين تكون حجة قاطعة لأن من يوجهها يلتزم بإرادته المنفردة بالاحتكام إلى ذمة خصمه ، يجانى المنطق كذلك . والواقع أن القانون هو الذى يخول من يعوزه الدليل حق الاحتكام إلى ذمة خصمه ، ولكنه عندما يمنحه هذا الحق يمين آثاره ، وهى تنحصر فى قبول الطلب أو الدفع أو رفضه ، بحسب ما إذا كانت اليمين التى توجه أو ترد تؤدى أو ينكل عنها ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٥ — ص ٤٤٧) .

ثم إن الحلف ذاته هو دون شك واقعة قانونية ، لأنه عمل مادي يترتب عليه أثر قانوني هو الحكم برفض دعوى من وجه اليمين . ورد اليمين تصرف قانوني كتوجيه اليمين ، إذ هو أيضاً احتكام إلى ذمة الخصم . والنكول عن اليمين عمل مادي سلبي ، ولكنه ينطوي على تصرف قانوني ، إذ النكول يتضمن إقرار بدعوى من وجه اليمين أو ردها ، فالنكول والإقرار سواء في التكليف القانوني . أما اليمين المتممة ، توجيهاً وحلفاً ونكولاً ، فواقعة قانونية . إذ هي عمل مادي محض ، وهي طريق من طرق الإثبات التكميلية .

٢٦٨ - **مبحثه** : وبعد أن كيفنا اليمين الحاسمة على الوجه السالف الذكر ، نتناول هذه اليمين في مبحثين : (١) توجيه اليمين الحاسمة (٢) الآثار التي تترتب على توجيهها .

المبحث الأول

توجيه اليمين الحاسمة

٢٦٩ - **مسائل خمس** : نبحت ، في توجيه اليمين الحاسمة ، المسائل الآتية : (١) من يوجه اليمين الحاسمة (٢) لمن توجه (٣) متى توجه (٤) موضوعها (٥) عدم جواز الرجوع فيها .

المطلب الأول

من يوجه اليمين الحاسمة

٢٧٠ - **النصوص القانونية** : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ من القانون المدني على ما يأتي :

« يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ،

على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متمسكاً في توجيهها^(١).
ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٤/٢٨٩^(٢).
ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري
المادتين ١١٢ و ١١٣ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧١ ، وفي تقنين أصول
المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٢٨ و ٢٩٩ فقرة أولى ، وفي التقنين المدني
الليبي المادة ٣٩٩ فقرة ١^(٣).

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الأولى من المادة ٤٨ = من المشروع التمهيدى

على الوجه الآتى : « يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن من القاضي » . وأقرت لجنة المراجعة الفقرة كما هي ، وأصبحت الفقرة الأولى من المادة ٤٢٣ في المشروع النهائى . وفي اللجنة التشريعية لمجلس النواب استبدلت بعبارة « ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن من القاضي » عبارة « على أنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متمسكاً في توجيهها » ، لأن العبارة الواردة في النص الأصل تفيد أن توجيه اليمين الحاسمة معلق دائماً على إذن القاضي . ولما كان ما قصده واضع المشروع هو أن يستبقوا للمتقاضين الحرية في توجيه اليمين الحاسمة ، على أن يكون للقاضي حق منع توجيهها إذا رأى أنها كيدية وأن الخصم متمسك في توجيهها ، لذلك كان التعديل الذى أدخلته اللجنة على المادة أكفل بأداء هذا المعنى . وقد وافق مجلس النواب على الفقرة كما عدلتها اللجنة التشريعية ، وأقرت لجنة مجلس الشيوخ الفقرة على الوجه الذى عدلت به وأصبحت الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ . ووافق عليها مجلس الشيوخ كما أقرتها لجنة (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٢ - ص ٤٤٣ و ص ٤٤٧ - ص ٤٤٨) .

(٢) كانت المادة ٢٢٤/٢٨٩ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتى : « يجوز لكل من الأخصام أن يكلف الآخر باليمين الحاسمة للنزاع . وفي هذه الحالة يجوز للمطلوب منه اليمين أن يردها على الطالب » . ولم يتضمن هذا النص العبارة التى تقضى بأنه يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متمسكاً في توجيهها . ولكن القضاء كان يطبق هذا الحكم دون نص كما سئرى . ومن ذلك يتبين أن الحكم واحد في التقنينين الجديد والقديم فيما يتعلق بالفقرة الأولى من المادة ٤١٠ من التقنين المدني الجديد ..

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى - قانون البينات السوري م ١١٢ : اليمين الحاسمة

هى التى يوجهها أحد المتداعين لخصمه ليحسم بها النزاع - م ١١٣ : يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن المحكمة . (يلاحظ أن ضرورة استئذان المحكمة هى لمنع التمسك في توجيه اليمين . فالحكم إذن واحد في القانونين المصرى والسورى) .

التقنين المدني العراقى م ٤٧١ : يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر ، ولكن لا يجوز ذلك إلا بإذن المحكمة (ويلاحظ هنا أيضاً أن ضرورة استئذان المحكمة هى لمنع التمسك في توجيه اليمين . فالحكم إذن واحد في التقنينين المصرى والعراقى) . =

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٥٧ و ١٣٥٨^(١) .

٢٧١ - **أى من الخصمين يستطيع توجيه اليمين :** والذي يوجه اليمين الحاسمة هو أى من الخصمين يكون عليه عبء إثبات واقعة قانونية . فالمدعى وعليه عبء إثبات الدعوى ، والمدعى عليه وهو الذى يثبت الدفع ، يستطيع أى منهما أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه فيما يجب عليه هو أن يثبته ، فيستبدل بعبء الإثبات الاحتكام إلى ضمير الخصم .

٢٧٢ - **ما يترتب على أنه توجيه اليمين نصرف قانونى - الأوالية**
وعيوب الإرادة والوكالة الخاصة والعسورية : ولما كان توجيه اليمين الحاسمة هو كما قد مرنا تصرف قانونى ، إذ هو تحكيم لضمير الخصم ، فإنه يجب لصحته

= تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناى م ٢٢٨ : اليمين القضائية نوعان : (أولاً) اليمين الحاسمة وهى التى يكلف أحد المتداعين خصمه أن يخلفها ليحكم فى القضية موقوفاً عليها - (ثانياً) اليمين التكيلية وهى التى يكلف القاضى من تلقاء نفسه أحد المتداعين أن يخلفها - م ٢٢٩ فقرة ١ : لا يجوز طلب اليمين الحاسمة إلا باذن من القاضى . (ونلاحظ فيما يتعلق باذن القاضى ما سبق أن لاحظناه فى القانون السورى والتقنين العراقى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة - م ٣٩٩ فقرة ١ : لا يجوز توجيه اليمين ولا ردها لحكم قضية تتعلق بحقوق ايس للخصوم حق التصرف فيها ، ولا بواقعة غير مشروعة ، ولا بمقد يتطلب القانون إثبات صحته كتابة ، ولا بإذكار واقعة يتبين من ورقة رسمية أنها جرت بحضور موظف عمومى حرر الورقة نفسها . (ويلاحظ أنه يستفاد من مفهوم المخالفة أنه يجوز توجيه اليمين وردها فيما عدا ذلك . ولم ينص التقنين الليبى على جواز منع القاضى توجيه اليمين إذا كان فى توجيهها تمسف) .

(١) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٥٧ : اليمين القضائية نوعان ، يمين يوجهها الخصم إلى خصم ليحكم فى القضية موقوفاً عليها وهذه هى اليمين الحاسمة ، ويمين يوجهها القاضى من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين - م ١٣٥٨ : توجه اليمين الحاسمة فى كل خصومة ، أياً كان نوعها .

Art. 1357 : Le serment judiciaire est de deux espèces ; 1° Celui qu'une partie défère à l'autre pour en faire dépendre le jugement de la cause ; il est appelé decisoire ; 2° Celui qui est déféré d'office par le juge à l'une ou à l'autre des parties.

Art. 1358 : Le serment decisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit.

ما يجب لصحة التحكيم . وقد نصت المادة ٨١٩ من تقنين المرافعات على أنه « لا يصح التحكيم إلا لمن له التصرف في حقوقه » . هذا من ناحية الأهلية . ومن ناحية الإرادة يجب أن يكون توجيه اليمين الحاسمة غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه . ومن ناحية التوكيل في توجيه اليمين يجب أن تكون هناك وكالة خاصة كما في التحكيم . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٠٢ من التقنين المدني على أنه « لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة ، وبوجه خاص في البيع والرهن والتبرعات والصلح والإقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء » . ولما كان توجيه اليمين تصرفاً قانونياً كما قدمنا ، فإنه ترد عليه الصورية كما ترد على الإقرار . ومن ثم نرى أن توجيه اليمين ، كالإقرار ، تشترط فيه الأهلية الكاملة ، ويجب أن يكون خالياً من عيوب الإرادة ، ولا بد فيه من وكالة خاصة ، وترد عليه الصورية .

فيشترط إذن في الخصم الذي يوجه اليمين أن يكون كامل أهلية التصرف^(١) ، أى أن يكون قد بلغ سن الرشد وألا يكون محجوراً . فالصبي الذي لم يبلغ سن الرشد ، والمحجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه ، لا يجوز لأى منهما أن يوجه اليمين إلا بنائب عنه يملك ذلك . والنائب قد يكون الولي ، وهو يملك توجيه اليمين لأنه يملك التصرف ، والوصي والقيم ، وهذان لا يجوز لهما توجيه اليمين إلا في الأعمال التي يملكها وهي أعمال الإدارة : أما في أعمال التصرف فلا بد في توجيه اليمين من إذن المحكمة الحسبية^(٢) .

(١) انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٢٧ ص ١٩٨ هامش رقم ١ — ومن الفقهاء من يشترط أهلية التبرع : الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٤٤ . وقد كنا ممن يشترطون أهلية التبرع (انظر الموجز ص ٦٩٠) ، ولكن يؤخذ على ذلك أن التحكيم في الحق تصرف فيه لا تبرع به . والذي يكل حقه إلى التحكيم — حتى لو كان الحكم هو الخصم كما في توجيه اليمين — لا يزال يطالع في نفسه بقية من الأمل في يقظة ضمير الخصم وتحرجه من أن يحلف حائشاً ، فن يوجه اليمين لا يتبرع بحقه تبرعاً محضاً . ولو اشترطنا أهلية التبرع لما جاز للولي والوصي والقيم توجيه اليمين ولو بإذن المحكمة الحسبية ، لأن أحداً منهم ولو مع هذا الإذن لا يملك أهلية التبرع .

ويرتب على ذلك أن القاصر الذي بلغ الثمان عشرة سنة يستطيع توجيه اليمين فيما يملكه من أعمال الإدارة كالتأجير مدة سنة واحدة (انظر الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٢٧ ص ١٩٨ هامش رقم ١) .

(٢) وقد نصت محكمة استئناف أسهوط بأن اليمين الحاسمة نوع من أنواع الصلح (١) =

ويشترط أيضاً أن يكون توجيه اليمين غير مشوب بغلط أو تدليس أو إكراه ، ويكون توجيه اليمين مشوباً بغلط في الواقع إذا أخفى الخصم الذي وجهت إليه اليمين عن الخصم الذي وجه اليمين مستنداً صالحاً لإثبات دعوى الخصم الثاني ، فيعتقد هذا ، عن غلط ، ألا سبيل أمامه إلا توجيه اليمين . وقد يكون الغلط في القانون ، كما إذا اعتقد الخصم الذي وجه اليمين أن البيئة ممنوعة قانوناً ، وليست معه كتابة تثبت ما يدعيه ، فوجه اليمين إلى خصمه . ثم تبين بعد توجيه اليمين أن القانون يجيز البيئة . وقد يكون الخصم الذي وجه اليمين إنما وجهها بسبب تدليس وقع عليه من خصمه ، بأن أوهمه هذا مثلاً أن القانون لا يجيز له الإثبات ، البيئة فليس أمامه من سبيل غير توجيه اليمين . وقد يكون توجيه اليمين عن إكراه وقع على الخصم خارج مجلس القضاء ، فلم يردأ من توجيه اليمين إلى خصمه ، ولا يعد إكراها أن يحدد الخصم نفسه مجرداً من أى دليل على حقه فيضطر إلى توجيه اليمين ثم يستجد بعد ذلك دليل يحصل عليه . وفي جميع الأحوال التي يكون فيها توجيه اليمين مشوباً بغلط أو تدليس أو إكراه ، يعتبر توجيه اليمين غير صحيح بصفته تصرفاً قانونياً ، ويجوز لمن وجه اليمين أن يبطله ، حتى بعد أن يقبل الخصم الآخر الحلف ، وحتى بعد أن يحلف .

ويشترط كذلك فيمن يوكل لتوجيه اليمين أن تصدر له وكالة خاصة في ذلك ، ولا تكفي الوكالة العامة . ومن ثم لا يصح توجيه اليمين من وكيل عام ، ولا يصح من محام ما لم يكن التوكيل الصادر إليه منصوصاً فيه على تفويضه في توجيه اليمين . ولكن لا يشترط تعيين محل توجيه اليمين على التخصيص ، فيصح التوكيل في توجيه اليمين في خصومة معينة دون تحديد ادعاء معين بالذات^(١) .

= إذ يترك طالبها أمر الفصل في حقه إلى ذمة خصمه ، وعلى ذلك فالوصى أو القيم لا يملك توجيهها ، لأن الصلح من التصرفات المنوعة عنهما إلا بإذن من المجلس الحسبي (استئناف أسبوط ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤٤) — انظر أيضاً : استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩١٢ م ٢٤ ص ٣٩٧ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٤٩ .
ولا يجوز لسنديك توجيه اليمين إلا بالقيود المنصوص عليها في المادتين ٢٧٩ — ٢٨٧/٢٨٠ — ٢٨٨ تجارى (الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٤٧ — بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٥ ص ١٠٥٠ — ص ١٠٥١) .

(١) استئناف مختلط ١٩ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٩ (إقرار الموكل لتوجيه اليمين بعد توجيهها من الوكيل) .

ويعجز أخيراً أن ترد الصورة على توجيه اليمين . ويكون ذلك نتيجة لتواطؤ الخصمين إضراراً بحقوق الغير كالدائنين والشركاء والخلف . فيخفى الخصم الأدلة التي يملكها لإثبات حقه ، ويقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه . فيحلفها هذا ، فيخسر المدعى دعواه . ويضر بذلك دائنيه وشركاءه والخلف وغيرهم من لهم مصلحة . ويجوز لهؤلاء التدخل في الدعوى قبل صدور الحكم لمنع الإضرار بحقوقهم . وإذا صدر الحكم ، جاز لهم أن يعارضوا فيه عن طريق اعتراض الخارج عن الحصومة لإثبات التواطؤ . وسنعود إلى هذه المسألة عند بحث حجية اليمين .

٣٧٣ - رقابة القاضي : وإذا كان لأى الخصمين ممن يحمل عبء

الإثبات توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه ، فإن للقاضي رقابة عليه في توجيه هذه اليمين . وقد كان القضاء يجعل هذه الرقابة ثابتة للقاضي في عهد التقنين المدنى السابق ، فيجوز للقاضي تعديل صيغة اليمين تبعاً لوقائع القضية إذا كان ذلك بموافقة الخصم الذى وجهها^(١) ، ويجوز له أيضاً أن يرفض توجيهها إذا رأى أن الدعوى يكذبها ظاهر الحال وأن في توجيه اليمين تعسفاً ، أو أنها ثابتة بغير يمين ، أو أن اليمين بالصيغة التى وجهت بها غير منتجة^(٢) . وقد جاء

(١) استئناف مختلط ٢٩ نوفمبر سنة ١٨٩٣ م ٦ ص ٨٤ - ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٨ - أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٨ - ٢١ أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٨٢ - ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٦ - ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ - ٢٤ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٨٨ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٨٤ - ١٢ مارس سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٥٢ - أنظر في تعديل صيغة اليمين أنسيكلو بيدى دالوز في القانون المدنى Preuve نفرة ١١٦٠ - نفرة ١١٦٨ .

(٢) استئناف أهل أول مايو سنة ١٩٠٠ المجموعة الرسمية ٢ ص ١١٨ - ٣١ ديسمبر سنة ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢٩ - ٨ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ رقم ٥٢ - استئناف مصر ١١ أبريل سنة ١٩٢٢ المحاماة ٣ رقم ٧ ص ١٩ - ٥ ديسمبر سنة ١٩٢٥ المحاماة ٦ رقم ٣٤٥ ص ٥١١ - ٢٦ فبراير سنة ١٩٢٧ المحاماة ٧ رقم ٤٢٨ ص ٦٨٤ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٧ المجموعة الرسمية ٢٨ رقم ٣٤ - ١١ مارس سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ٢٨ ص ٥٧ - ١١ مارس سنة ١٩٤٧ المحاماة ٢٨ رقم ١٧٦ ص ٥٧١ - استئناف أسبوط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٢٣ ص ٣٩٧ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ المحاماة ١٢ رقم ٢٧٥ ص ٥٥٥ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن تشدد نساء الهوارة في =

في الموجز^(١) ، وهو يبسط الفقه في عهد التقنين المدني السابق ، في هذا المعنى

= الحجاب يمنع من حلف اليمين ، فلا يصح أن يتخذ من هذه العبارة سلاح للحكم عليهن (١٧ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ١٠ ص ٢٠) . وقضت محكمة قنا الكلية بأنه إذا تبين للمحكمة أن المدعى لم يطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه إلا لعلمه بأنها لن تحتملها فتسلكها الشديد بعادة من عادات عشيرتها تحول دون إسماعها صوتها لأذى غريب ، كان توجيه اليمين في هذه الحالة طلباً كيدياً (٧ أبريل سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٩١ - وقد أيد الحكم محكمة استئناف مصر في الحكم السابق) .

وأنظر في القضاء المختلط : استئناف مختلط ١٤ فبراير سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ١٣٨ - ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٨٧ - ١٩ فبراير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ١٢١ - ٢٣ أبريل سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٢٥٠ - ١٨ فبراير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٩٤ - ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١ ص ٢٥٦ - ٢٩ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣٣٧ - ١٠ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٩٤ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٦٩ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩٠٨ م ٢١ ص ٧٧ - ١٨ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٩١ - ٩ يونيو سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ٣٨٦ - ٦ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٥٩ - ١٤ مايو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٣٧٩ - ١٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦١ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩١٣ م ٢٦ ص ٥٠ - ٤ فبراير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٠٦ - ١١ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٧٥ - ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ١٨٨ - ١٥ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٠٦ - ٣ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٠٣ - ٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٦ - ٢١ ديسمبر سنة ١٩٢١ م ٣٤ ص ٦٩ - ٢٩ مارس سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٢٦٧ - ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٢ م ٣٦ ص ٧ - ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ٢٦٢ - ١٩ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣٠٢ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ - أول مايو سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٨٥ - ٩ يونيو سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ٣٠٦ - ٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٠ - ٣ ديسمبر سنة ١٩٤١ م ٥٤ ص ٢٠ - ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٦ - ٢٩ مايو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٣٧ - ١٢ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٧٩ - وقارن : استئناف مختلط ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠ - ١٧ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٧٥ - ١٦ نوفمبر سنة ١٩٠٤ م ١٧ ص ٨ - ٦ مايو سنة ١٩٠٨ م ٢٠ ص ٢١١ - فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥٢ - ١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٢٣ ص ٣٥١ - ١٧ مايو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٠٨ - ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢ .

وجاء في طرق القضاء في الشريعة الإسلامية للأستاذ أحمد إبراهيم (ص ٢٣٦) : واشترط المالكية لتوجيه اليمين أن يكون بين المدعى والمدعى عليه اختلاط في المعاملة ، لئلا يبتذل أهل السنة أهل الفضل بتخليفهم مراراً (انظر تبصرة بن فرحون والطرق الحكيمة) . وقريب من مذهب مالك قول الاصطخرى من الشافعية . أن قرائن الحال إذاً شهدت بكذب المدعى لم يلتفت إليه .

(١) الموجز للمؤلف فقرة ٦٦٤ ص ٦٩٠ - وقارن مع ذلك الأستاذ عبد السلام ذهبي في الأدلة ٢ ص ٢٧ - ص ٣٢ والأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٨٢ - فقرة ٥٧٤ .

ما يأتي : « اليمين الحاسمة يوجهها الخصم لا القاضى . . . ولكن للقاضى أن يرفض توجيه اليمين إذا كانت الواقعة المراد الحلف عليها غير محتملة الصدق أو كذبها مستندات الدعوى ، أو كانت هذه الواقعة ثابتة دون حاجة إلى الحلف ، فيكون توجيه اليمين في هذه الأحوال إنما يقصد به الكيد للخصم . كذلك للقاضى أن يرفض توجيه اليمين إذا كان المقصود منها استغلال ورع الخصم الذى توجه إليه وشدة تدينه . على أنه إذا رأى القاضى توجيه اليمين إلى شخص شديد التدين ، فلا يجوز لهذا الخصم الامتناع عن الحلف بحجة أن دينه يمنعه من ذلك (١) » .

ولم يستحدث التقنين المدنى الجديد شيئاً ، إلا أنه نص صراحة على الحكم المتقدم ، وكان غير منصوص عليه فى التقنين المدنى القديم ، فذكر فى آخر الفقرة الأولى من المادة ٤١٠ ما يأتى : « على أنه يجوز للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها ، (٢) . وكان النص فى المشروع التمهيدى

(١) الظر : استئناف مخطاط ١٤ مايو سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ٣٠٠ .

(٢) حل أنه يلاحظ أن قضاء محكمة النقض كان لا يتوسع كثيراً فى تفسير التمسك فى توجيه اليمين فى عهد التقنين المدنى السابق . وهذه بعض أمثلة من هذا القضاء : (١) إذا كان الحكم قد رفض توجيه اليمين بمقولة إن المعاملة بين الطرفين بالكتابة وطالب اليمين رجل قانونى يقدر استندات فى مسائل الحساب ، فإنه يكون قد خالف القانون ، إذ هذا الذى قاله ليس فيه ما يفيد أن طالب اليمين كان متعسفاً فى طلب توجيهها (نقض مدنى ٧ مارس سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٥ ص ١٢٢) . (٢) جرى قضاء محكمة النقض حل أن اليمين الحاسمة ملك للخصم لا للقاضى ، وأن حل القاضى أن يوجب طلب توجيهها متى توافرت شروطها ، إلا إذا بان له أن طانها يتصرف فى هذا الطلب . ومحكمة الموضوع وإن كان لها كامل السلطة فى استخلاص كيدية اليمين ، فإنه يتمين عليها أن تقيم استخلاصها على اعتبارات من شأنها أن تؤدى إليه . فإذا أتمت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منتفية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين ، فهذا منها قصور فى التسبيب ، فان كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذاته أن اليمين كيدية (نقض مدنى ٣٠ مايو سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٨٨ ص ١٨٦) . (٣) الحكم الذى يؤسس قضاءه برفض طلب توجيه اليمين على أن الطرفين اعتابا التعامل بالكتابة ، وأن طالب توجيهها قال إن خصمه أخذ المبالغ المراد الحلف عليها فى غضون سنين طوال ما يجعل طلب اليمين غير جدى ، يكون مخالفاً للقانون لتأسيسه قضاءه على غير العسف فى طلبها (نقض مدنى ١٠ أكتوبر سنة ١٩٤٦ مجموعة عمر ٥ رقم ٩٦ ص ١٩٢) . (٤) اليمين الحاسمة ملك الخصم ، له أن يوجهها متى توافرت شروطها مهما كانت قيمة النزاع ، ولو كان الفرض منها إثبات ما يخالف حقداً مكتوباً ولو رسمياً إلا فيما لا يجوز الطعن فيه من العقد الرسمى إلا بالتزوير . ومن ثم يكون متعيناً على القاضى أن يوجب طلب توجيهها إلا إذا بان له أن طالبها يتصرف فى

على أن توجيه اليمين الحاسمة لا يكون إلا باذن القاضي . ولكن اللجنة التشريعية لمجلس النواب خشيت أن يكون النص على هذا الوجه معناه أن توجيه اليمين الحاسمة يكون دائماً معلقاً على إذن القاضي ، وأرادت اللجنة أن تستبقي للمتقاضين الحق في توجيه اليمين الحاسمة على أن يكون للقاضي منع توجيهها إذا رأى أنها كيدية وأن الخصم متعسف في توجيهها ، فعدلت النص على النحو الذي رأيناه (١) .

ويلاحظ أنه إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها غير محتملة الصدق ، أو كذبتها مستندات الدعوى ، أو كانت غير منتجة (٢) ، أو كانت خالية من الدليل ولكن المدعى وجه اليمين مستغلاً في ذلك وورع خصمه ونحرجه من الحلف ، كان مدعى هذه الواقعة وهو يوجه اليمين إلى خصمه متعسفاً في توجيهها ، فيمنعه القاضي (٣) . أما إذا كانت الواقعة ثابتة دون حاجة إلى

= طلبه . والقول بان طلب توجيه اليمين غير جدى لتناقض طالبه في دفاعه ليس من شأنه أن يفيد أنه كان متعسفاً في توجيهها ، ومن ثم لا يصح أن يكون ذلك سبباً للمحكم برفض توجيه اليمين (نقض مدني ٧ أبريل سنة ١٩٤٩ مجموعة عمر ٥ رقم ٤٠٥ ص ٧٥٠) .

(١) انظر ما قدمناه في تاريخ النص — وهل هذا النحو يلغى أن يفهم نص المادة ٤٧١ من التقنين المدني العراقي الذي سبق إيراده وكذلك النصوص المماثلة في التقنينات العربية الأخرى ، إلا أن التصف يكون من القاضي في منع توجيه اليمين ، لا من الخصم في توجيهها (قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢١٠ هامش رقم ١) .

(٢) ولا تكون اليمين منتجة في دعوى مرفوعة هل ناظر الوقف ، إذا كانت الواقعة المراد التحليف عليها إنما تحقق — إذا صحت — مسئولته الشخصية لا مسئولته كناظر للوقف (نقض مدني ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقص ٣ رقم ١٤٥ ص ٩٨٢) .

(٣) لكن إذا كان عند المدعى — على العكس مما تقدم — دليل على دعواه ، ولم ير أن يقدمه مكتفياً بتوجيه اليمين إلى المدعى عليه ، جاز له ذلك . ويعتبر في هذه الحالة متنازلاً عن دليله ، مجتزئاً بالأحكام إلى ذمة خصمه .

وفي هذه المسألة خلاف في الفقه الإسلامي بين أبي حنيفة وصاحبيه . فعند أبي حنيفة لا يجوز للمدعى توجيه اليمين إلى المدعى عليه إذا كانت عنده بيينة حاضرة ، وعند الصحابين يجوز . جاء في البدائع : « وأما شرائط الوجوب (أي وجوب توجيه اليمين) فأنواع . منها الإنكار . . . ومنها الطلب من المدعى لأنها وجبت هل المدعى عليه حقاً للمدعى ، وحق الإنسان قبل غيره واجب الإيفاء عند طلبه . ومنها عدم البيينة الحاضرة عند أبي حنيفة ، وعندهما ليس بشرط ، حتى لو قال المدعى لى بيينة حاضرة ، ثم أراد أن يحلف المدعى عليه ، ليس له ذلك عنده . وعندهما له ذلك . وجه قولها أن اليمين حجة المدعى كالبيينة ، ولهذا لا تجب إلا عند طلبه ، فكان له =

الحلف ، فالذى يتعسف فى توجيه اليمين هو الخصم الآخر ، يوجه اليمين إلى المدعى فى الواقعة الثابتة ليحلف أن له الحق الذى يدعيه ، فلا يقبل القاضى فى هذه الحالة توجيه هذه اليمين ، لأنه يستطيع الحكم بثبوت الحق المدعى بمقتضى الأدلة المقدمة دون حاجة إلى تحليف المدعى أية يمين (١) .

ورقابة القاضى لمنع التعسف فى توجيه اليمين على النحو الذى بسطناه تعتبر خطوة طيبة نحو إيجابية موقف القاضى من الإثبات (٢) .

«ولاية استيفاء أيها شاه . ولأبى حنيفة أن البيعة فى كونها حجة اندهى كالأصل لكونها كلام غير الخصم ، واليمين كالحلف عليها لكونها كلام الخصم . فلهذا لو أقام البيعة ثم أراد استحلاف المدعى عليه ليس له ذلك ، والقدرة على الأصل تمنع التصير إلى الحلف » (البدائع ٦ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٦) .

والظاهر من نصوص الفقه الإسلامى أن اليمين هى منك المدعى ، يوجهها أن أراد إلى المدعى عليه المنكر ، ولا يجوز للقاضى منعه من ذلك . ويقول مارسل موران "Marcel Morand" أن اليمين — وصفتها الدينية بارزة — من أهم طرق الإثبات فى الفقه الإسلامى ، لاتصاله بالدين اتصالاً وثيقاً (مارسل موران : دراسات فى الفقه الإسلامى بالجزائر — الجزائر سنة ١٩١٠ ص ٢٢٥ - ص ٢٢٧) .

(١) انظر فى هذه المسألة فى الفقه الفرنسى أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٧ - ص ١٤٨ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٩ ص ١٠٥٢ - بيدان وبرو ٩ فقرة ١٣٢٥ ص ٤٢٣ - انسيكازيدى والوز فى القانون المدنى Preuve فقرة ١١٣٨ . على أن أوبرى ورو يذهبان إلى أن بسط رقابة القاضى على الخصم فى توجيه اليمين إلى خصمه يتعارض ، من الناحية النظرية ، مع ما للخصم من حق استعده من القانون مباشرة فى توجيه اليمين (أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٧ هامش رقم ٣٤) . وانظر عكس ذلك ، وفى أن توجيه اليمين من حق الخصم وحده دون رقابة عليه من القاضى : بودرى وبارد ٣ فقرة ٢٧٤٧ - فقرة ٢٧٤٧ مكررة .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (وقد كانت الفقرة الأولى من المادة ٥٤٨ من هذا المشروع تقضى بأن توجيه اليمين يكون بإذن القاضى كما رأينا) فى هذا الصدد ما يأتى : « ويكاد يتمقد إجماع القضاء فى فرنسا وبلجيكا على أن للقاضى أن يقدر : (أ) ملائمة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها إذا قصد منها الكيد (ب) وأن له أن يقدر ضرورة توجيه اليمين وأن يرفض توجيهها إذا كانت الوقائع التى توجه بشأنها غير قريبة الاحتمال ، أو سبق أن قام الدليل عليها بطرق أخرى من طرق الإثبات . . . والواقع أن من المروءات واللمم والمقائد الدينية ما قد يتيح لسيء النية استغلال حرص خصمه على قضاء واجب أخلاقى أو دينى ، ولذلك رأى تضييق النص حكماً يمين على تحامى مثل هذا الاستغلال . ويراعى من ناحية أخرى أن اليمين قد تقررت بوصفها طريقاً من طرق الإثبات لإسعاد المدعى بالدليل عند تخلفه ، لا لتقص دليل ثم تحصيله بطريق من سائر الطرق . ولهذا يجب أن يتاح للقاضى أن يرفض توجيه اليمين إذا لم =

المطلب الثاني

لمن توجه اليمين الحاسمة

٢٧٤ - توجه اليمين الى الخصم الذي له حق المطالبة بالإثبات :

وتوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر الذي له حق المطالبة بالإثبات . وتوجيه اليمين إليه تقلب موقفه . فبعد أن كان غير مكلف بشيء وما عليه إلا أن ينتظر من خصمه تقديم الدليل على دعواه فإن لم يقدم هذا الدليل خسر الدعوى وخرج الخصم من القضية منتصراً دون أن يقوم بعمل ، إذا به بعد أن وجهت إليه اليمين يرى نفسه مضطراً إلى قبول احتكام خصمه الى ضميره ، إذا لم يختر هو بدوره أن يحتكم إلى ضمير خصمه برد اليمين عليه . فهو إنما يكسب الدعوى إذا حلف اليمين ، فأصبح إذن مكلفاً بشيء يقوم به حتى يكسب الدعوى ، وقد كان قبل توجيه اليمين إليه غير مكلف بشيء . وإذا نكل عن حلف اليمين ، كان في هذا معنى الإقرار بحق خصمه ، وقد رأينا أن الإقرار ينطوي على نزول عن حق المطالبة بالإثبات ، وهو الحق الذي كان له قبل توجيه اليمين إليه .

٢٧٥ - لتوجه اليمين الا الى خصم أصلي في الدعوى : ولا يجوز

توجيه اليمين إلا إلى خصم أصلي في الدعوى . فاذا رفع الدائن باسم مدينه دعوى الدين على مدين مدينه ، فلا يجوز للمدعى عليه في هذه الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى دائن الدائن لأنه ليس إلا نائباً عن الدائن وليس خصماً أصلياً في الدعوى . فيجب إذن أن يكون توجيه اليمين إلى الدائن، وهو الخصم الأصلي،

= تكن مجدية . ويقع ذلك حيث يقام الدليل على الواقعة التي يراد الاستحلاف عليها بطريق آخر ... ولذلك اقتضى المشروع أو المشروع الفرنسي الإبطال وأثبت للقاضي حق الترخيص ، كتدبير وقائي ، ولو أنه حرره من كل سلطة في الرقابة متى حلفت اليمين الحاسمة ، حتى تكون حجة قاطعة في الإثبات . فللقاضي أن يقدر ما إذا كان ثمة محل لترخيص بتوجيه اليمين ، وفقاً للأحوال من ناحية ، ووفقاً لصفات الأشخاص من ناحية أخرى . وهذا الترخيص مستقل عن الثبوت من توافر شروط قبول توجيه اليمين . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٤ - ص ٤٤٥) .

بعد إدخاله في الدعوى وفقاً للمادة ٢٣٥ فقرة ٢ من التقنين المدني (١). ولا توجه اليمين ، في دعوى تقام ضد إحدى الشركات ، إلى شريك انسحب منها فلم يعد خصماً (٢)، ولا إلى شخص ليس خصماً في الدعوى ولم يعد موظفاً في الشركة (٣)، ولا إلى جملة من الشركاء كل شريك يحلف على وقائع لا تخصه هو بل تخص الشركاء الآخرين (٤). ولا توجه اليمين إلى أحد مديري مصرف إذا كان هذا المدير لا يملك التصرف إلا بالاشتراك مع سائر المديرين (٥) ، ولا إلى الوكيل إذا كانت الواقعة المراد إثباتها منسوبة إلى الأصيل (٦) ، ولا إلى الغير مع ادخاله خصيصاً في الخصومة لحلف اليمين (٧). وإذا كان الخصم شخصاً معنوياً، وجهت

-
- (١) أوبري ورو ١٢ ص ١٣٧ (ويقران كذلك أن اليمين لا توجه ، في القانون الفرنسي، إلى الزوج الذي لم يدخل في الدعوى إلا ليأذن لزوجته في الخصومة).
- (٢) استئناف مختلط ٧ أبريل سنة ١٩٣٧ م ٤٩ ص ١٨٠.
- (٣) استئناف مختلط ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦.
- (٤) استئناف مختلط ٢٩ مارس سنة ١٩٤٤ م ٥٦ ص ٩٦.
- (٥) استئناف مختلط ٢٢ يناير سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ١٧٤.
- (٦) استئناف مختلط ٤ ديسمبر سنة ١٩١٩ م ٣٢ ص ٥٢ — ٢٧ يناير سنة ١٩٤٢ م ٥٤ ص ٥٣.
- (٧) استئناف مختلط ١٧ مارس سنة ١٩٢٥ م ٣٧ ص ٢٨٠ — ١١ يونيو سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ٢٩٨ — ومن باب أولى لا توجه إلى غير خصم في الدعوى دون إدخاله (استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ١٢٦). ولا توجه اليمين إلى أحد الورثة مع حفظ الحق بالنسبة إلى الباقي (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ١٥)، وإذا وجهت إلى جميع الورثة وحلف بعض دون بعض ، فلا يفيد حلف البعض أمام نكول الآخرين (استئناف مختلط أول ديسمبر سنة ١٩٤٨ م ٦١ ص ٢٤). وإذا ادعى المشتري أن الشفيع إنما يستعمل الشفعة لرد العين المبيعة إلى البائع ، فاليمين توجه إلى الشفيع لا إلى البائع ، لأن الحكم لن يقضى للبائع ولن يقضى إلا للمشتري أو للشفيع (استئناف مختلط ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٣). وإذا ادعى الشفيع صورة الثمن ، فلا يجوز له توجيه اليمين الخاصة في ذلك إلى البائع والمشتري معاً ، بل يجب أن يوجهها أولاً إلى المشتري ، فإن حلفها كان هذا كافياً لرفض الادعاء بالصورية دون حاجة إلى تحليف البائع ، وإذا نكل المشتري وجب توجيهها للبائع ، فإن نكل هذا ثبتت الصورية كاملة ، أما إذا حلف البائع وحده فلا تثبت الصورية لأنها لم تثبت من الجانبين (جرجا ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ المأماة ٩ رقم ٢٥٦ ص ٤٤٩ — انظر الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤٩ — ص ٥٠ — وقارن الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٤٣). ولا يجوز بداهة أن يتقدم الخصم بنفسه ليحرض أن يحلف اليمين (استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٣٢٦).

اليمين إلى من يمثله (١) .

٢٧٦ - نوافر أهلية التصرف فيمن يوجه إليه اليمين : ويجب فيمن

توجه إليه اليمين أن تتوافر فيه أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه اليمين (٢) . ذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون قادراً على الخيار ما بين الحلف والرد والنكول ، ورد اليمين كتوجيهها تشترط فيه أهلية التصرف ، والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق . ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين إلى صبي لم يبلغ سن الرشد إلا فيما يملك من أعمال الإدارة ، ولا إلى محجور عليه لجنون أو عته أو غفلة أو سفه . ولا يجوز توجيهها إلى النائب عن هؤلاء ، كوصي أو قيم ، إلا عن أعمال صدرت منه شخصياً (٣) أو عن أعمال الإدارة التي يملكها (٤) . أما الولي فيملك التصرف في مال الصغير ، فيجوز توجيه اليمين إليه .

ويجب أن تتوافر أهلية التصرف فيمن توجه إليه اليمين وقت الحلف ، لا وقت توجيه اليمين . فإذا كان أهلاً وقت توجيه اليمين ، ثم حجر عليه قبل الحلف (٥) ، فلا يجوز له أن يحلف بعد توقيع الحجر عليه (٦) .

وسرى أنه إذا جاز التوكيل في توجيه اليمين بمقتضى وكالة خاصة ، فإنه لا يجوز التوكيل أصلاً في حلف اليمين ، ذلك أن النيابة تجرى في الاستحلاف ولا تجرى في الحلف .

(١) استئناف مختلط ٣ أبريل سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٠٨ .

(٢) استئناف مختلط ٢٧ مايو سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٣١٩ — أول يونيه سنة ١٩١٠ م

٢٢ ص ٣٤٥ — ٢٤ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٢٧ ص ٢٤٩ — قارن الموجز للمؤلف وقد ورد فيه اشتراط أهلية التبرع (الموجز ص ٦٩٠) .

(٣) كما إذا وجهت إليه اليمين في قبض الدين الذي لمحجوره ، وكان قد أدخل في الدعوى بعنته الشخصية أيضاً ، فإن حلف كسب الدعوى ، وإن نكل لم يضر نكوله بالمحجور ، ويصح ملتزماً نحوه بالدين (أوبري ورو ١٢ ص ١٣٩) .

(٤) استئناف مصر ٦ نوفمبر سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٧٩ ص ١٥٨ — استئناف أسبوط ١٦ نوفمبر سنة ١٩٣١ الهامة ١٢ رقم ٢٧٥ ص ٥٥٥ — الهككة العليا الشرعية ٥ سبتمبر سنة ١٩١٨ الهامة ٨ رقم ٢٠١ ص ٢٤٧ .

(٥) أو أفلس : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٦ .

(٦) أوبري ورو ١٢ ص ١٤٠ .

المطلب الثالث

متى توجه اليمين الحاسمة

٢٧٧ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٤١١

من التقنين المدني على ما يأتي :

« ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى » (١).

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به

دون نص (٢) .

وبقابل بالنص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات

السوري المادة ١١٤ فقرة ٢ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧٢ ، وفي تقنين

أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣١ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٠

فقرة ٢ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٤٩٩ من المشروع التمهيدي

على الوجه الآتي : « ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وفي كل

نزاع مدني ، إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام (وعن هذا النص في المشروع

التمهيدي نقلت المادة ٧٢٢ من التقنين المدني العراقي) . وفي لجنة المراجعة نقلت العبارة الأخيرة

من هذه الفقرة « لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام » مع تحويلها إلى صدر الفقرة

الأولى من المادة لتكون أدق في الدلالة على الحكم المقصود ، وحذفت عبارة « في كل نزاع مدني »

لعدم الحاجة إليها ، وأصبح رقم المادة ٤٢٤ في المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ،

فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١١ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩

وص ٤٥٢) .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١١٤ فقرة ٢ : يجوز أن

توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى في كل نزاع ، إلا أنه لا يجوز توجيهها في

واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام وللأداب . (ولا فرق في الحكم بين القانون السوري

والتقنين المصري ، والنص السوري يتفق مع نص المشروع التمهيدي للتقنين المصري وقد

تقدم ذكره) .

وبقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٠ (١)

٢٧٨ - توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى

ويتبين من نص التقنين المدني المصري المتقدم الذكر أنه يمكن توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، إلى أن يصدر حكم نهائي^(٢) . ذلك أن اليمين الحاسمة طريق من طرق الإثبات ، فيمكن الالتجاء إليه بعد تقديم أوجه إثبات أخرى^(٣) . بل يجوز بعد إقفال باب المرافعة طلب إعادة فتحها وتوجيه اليمين الحاسمة^(٤) . ولكن لا يجوز للخصم توجيهها بعد أن يكون قد قبل من خصمه الإثبات بالبيينة^(٥) .

وجوز توجيه اليمين الحاسمة لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، في أية حالة كانت عليها الدعوى ، على الوجه المتقدم الذكر^(٦) .

= التقنين المدني العراقي م ٤٧٢ : يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى وفي كل نزاع مدني . إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب . (فالحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي ، والنص يتفق مع نص قانون البيئات السوري) .
تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣١ : يجوز الاستحلاف في أي حال من أسواق الدعوى ، وإن لم يكن هناك بداية إثبات للطلب أو للدفع المستحلف عليه . (والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري) .

التقنين المدني للملكة الليبية المتحدة م ٤٠٠ فقرة ٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٠ : يجوز توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو لم يوجد أي مبدأ ثبوت للطلب أو للدفع المطلوب التحليف عليه .

Art. 1360 : Il peut être déféré en tout état de cause, et encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

(٢) استئناف مختلط ٢٧ ديسمبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٢٢٩ — ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٤ — ٢٢ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٨٧ — ٢٥ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٨ — ٢٧ مايو سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ٢٣٠ .

(٣) أوبري ورو ١٢ ص ١٤٥ وهامش رقم ٣٠ .

(٤) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٧٩ . قارن بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٦ .

(٥) استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ .

(٦) وقد قضت محكمة الاستئناف الأهلية بأن اليمين الحاسمة هي من أوجه الدفاع التي يجوز =

ولكن لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة لأول مرة أمام محكمة النقض (١).

٢٧٩ - يجوز توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاستنباط : يحسن هنا

أن نميز بين فروض ثلاثة حتى لا يقع لبس فيما بينها ، ولا يختلط بعضها ببعض :

الفرض الأول أن يقدم الخصم أدلة على ادعائه ، فيحصها القاضي ولا يقتنع بها . وإذا عرف الخصم منه ذلك ، ينزل عما قدم من أدلة ، ويقتصر على توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه . وهذا دون شك جائز . وقد قدمنا أنه يجوز للخصم أن يلتجئ إلى اليمين الحاسمة بعد أوجه إثبات أخرى ، وأمام محكمة الاستئناف ، بل يجوز طلب إعادة القضية إلى المرافعة لتوجيه اليمين الحاسمة (٢) .

والفرض الثاني أن يوجه الخصم اليمين الحاسمة إلى خصمه ، ويقول إنه يوجهها ابتداء حتى إذا حلفها الخصم فإنه يحتفظ لنفسه بالحق في تقديم أدلة أخرى . وهذا دون شك غير جائز (٣) . فإنه متى حلف الخصم اليمين ، خسر من وجهها

= طلبها في أية حالة كانت عليها الدعوى ، سواء كانت في الدرجة الأولى أو في الدرجة الثانية ، وسواء طلبت اليمين قبل كل دفاع أو بعده (١٣ ديسمبر سنة ١٨٩٤ الحقوق ١٠ ص ١) — انظر أيضا : استئناف مختلط ٢٨ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٢٣ — ٣١ يناير سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ١٠٣ — ١٢ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م ٥٨ ص ١٦ — وانظر أوبري ورو ١٢ ص ١٤٥ . (١) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٠ — ص ٤٥١ . أنسيكلوبيدى دالوز في القانون المدنى ٤ Preuve فقرة ١١٤١ .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ — وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأنه يجوز بعد أن يقضى للخصم بالإثبات بالبينة أن ينزل عن هذا الحكم ويوجه اليمين الحاسمة (٧ يناير سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ١٠٨) — انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢١ مارس سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٠٦ — ٢١ مايو سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٣١١ — ١١ ديسمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ٤٣ — ٩ مارس سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٩٥ — ١٢ مايو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٢٢٧ — ٦ يناير سنة ١٩١٩ م ٣١ ص ١٠٢ — ٢١ فبراير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٩٥ — ١٧ فبراير سنة ١٩٢٥ م ٣٧٢ ص ٢٣٣ — ٩ أبريل سنة ١٩٣٥ م ٤٧ ص ٢٢٩ — ١٢ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١٢٢ .

(٣) فالخصم بعد توجيه اليمين إلى خصمه لا يجوز له أن يعود ويطلب الإثبات بالبينة (استئناف مختلط ١٢ فبراير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٤٥) . وإذا حلف خصمه ، فلا يجوز له أن يعود ويطلب في الالتزام بأنه يتضمن فوائد رهوية (استئناف مختلط ٤ أبريل سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٩٨) ، أو يعود بعد حلف اليمين في محكمة أول درجة إلى طرق إثبات أخرى =

إليه دعواه ، ولا يسمح له بالرجوع إلى هذه الدعوى على أية صورة كانت كما سئرى . بل إن مجرد قبول الخصم لحلف اليمين الموجهة إليه تمنع من وجه اليمين من الرجوع في توجيهها ، ومن ثم تمنعه من التقدم بأدلة أخرى .

والفرض الثالث أن يقدم الخصم أدلة على ادعائه ، ويقول إنه على سبيل الاحتياط ، في حالة ما إذا لم يقتنع القاضي بهذه الأدلة ، يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه . وهذا هو توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط ، وهو الفرض الدقيق الذي نقف قليلاً عنده . ونذكر بادىء ذي بدء أن الخصم قد يجد نفسه في حاجة إلى هذا الاحتياط . فقد يكون الحكم الذي يوشك أن يصدر في دعواه حكماً نهائياً - بأن كانت الدعوى أمام المحكمة الاستئنافية أو كانت مما لا يجوز الاستئناف فيه - وقد قدم ما وسعته الطاقة أن يقدمه من الأدلة وهو في شك من مبلغ اقتناع القاضي بها . فيخشى ، إن هو ترك القاضي يفصل في الدعوى بحالتها هذه ، أن يصدر حكم نهائى برفضها ، فلا يستطيع بعد ذلك أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه . لذلك لا يرى له بدأ من الاحتياط : يطلب ، في حالة ما إذا لم يقتنع القاضي بالأدلة المقدمة ، أن تعاد القضية إلى المرافعة لتوجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه . فطلبه إعادة القضية إلى المرافعة ليس طلباً منجزاً كما هي الحال في الفرض الأول ، بل هو طلب معلق على شرط عدم اقتناع القاضي بالأدلة المقدمة . وقد كان تقنين المرافعات السابق يقضى في المادة ١٦٦/١٨٧ بأنه لا يجوز التكليف من باب الاحتياط باليمين الحاسمة لأن التكليف بتلك اليمين يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت للمادة المراد الاستحلاف عليها (انظر أيضاً المادة ٢٢٥/٢٩٠ من التقنين المدنى السابق) . وكان يمكن حمل هذا النص على الفرض الثانى دون الفرض الثالث ، فلا يجوز للخصم أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه ابتداءً ،

= لنفس الواقعة أمام محكمة الاستئناف (استئناف مختلط ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٠٠ م ١٣ ص ٢٤ - ١٨ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٤٨) ، ولكن يصح أن ينازع في واقعة أخرى غير الواقعة التي حلف خصمه فيها اليمين ، كما إذا حلف الشفيح على عدم العلم فيعود المشتري إلى مناقشة أوجه أخرى لسقوط حق الشفعة (استئناف مختلط ٤ يناير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٨٧) . انظر أيضاً في عدم جواز تقديم أدلة أخرى بعد توجيه اليمين : استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٣ م ٣٥ ص ١٤٢ - ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٣ - ٢٣ أبريل سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٦٦ .

مع الاحتفاظ لنفسه، على سبيل الاحتياط في حالة حلف الخصم لليمين ، بالحق في تقديم أدلة أخرى ، ذلك أن التكليف باليمين الحاسمة يفيد ترك ما عداها من أوجه الثبوت الأخرى . ولكن القضاء حمل النص على الفرضين معاً ، وحرّم على الخصم أن يوجه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط في أية صورة من الصورتين (١) . وشاءت صدفة طيبة أن تقنين المرافعات الجديد طلع دون أن يشتمل على نص مماثل للمادة ١٦٦/١٨٧ من تقنين المرافعات السابق ، بحجة أن هذا النص - كما تقول المذكرة التفسيرية لهذا التقنين - يقرر حكماً موضوعياً محلّه التقنين المدني . وطلع التقنين المدني الجديد خالياً هو أيضاً من هذا النص ومن النص الآخر الذي كان يشتمل عليه التقنين المدني السابق ، إذ كانت المادة ٢٩٠/٢٢٥ تقضى بأن التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه

(١) استئناف أهل ٢٥ فبراير سنة ١٩٠٢ الاستقلال ٥ ص ١٧٠ -- استئناف مختلط ٥ فبراير سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٧٨ - ١٨ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٧ - أول ديسمبر سنة ١٨٩٢ م ٥ ص ٤٣ - ٦ مايو سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٣٣٤ - ١٦ ديسمبر سنة ١٨٩٧ م ١٠ ص ٥٢ - ١٦ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٦٥ - ٢١ مارس سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢١٩ - ١٦ مايو سنة ١٩٣٤ م ٤٦ ص ٢٩٠ .

وهناك من الأحكام ما قضى بأنه إذا وجه الخصم اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط مع أدلة أخرى ، فإن توجيه اليمين الحاسمة لا يقبل ، ولا يعتد إلا بالأدلة الأخرى المقدمة : استئناف مختلط ٩ فبراير سنة ١٩١٠ م ٢٢ ص ١٣٩ - ٢٠ مايو سنة ١٩٣٩ م ٥١ ص ٣٢٨ . وهناك أحكام قضت ، على العكس من ذلك ، بأنه لا يعتد بالأدلة الأخرى ، وتقبل اليمين الحاسمة دون غيرها : استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٥ - انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٧ مارس سنة ١٨٨٩ م ١ ص ١١٣ و ١٨ فبراير سنة ١٨٩١ م ٣ ص ١٩٧ - ١٠ يناير سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٩٦ - من وجه اليمين الحاسمة فقد نزل عما سواها من طرق الإثبات إلا الدفع بعدم الاختصاص الموضوعي : استئناف مختلط ١٩ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٥٠ .

وهناك أحكام قضت بقبول توجيه اليمين الحاسمة فيما يتعلق بنشوء الدين مع جواز تقديم الدليل على انقضاء الدين بالتقادم فيما إذا ثبت نشوءه بحلف اليمين ، لأن انقضاء الدين بالتقادم لا يتعارض مع نشوئه ، بل يؤكدّه : استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢١٨ - أول مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٣٦ .

هذا والقضاء الفرنسي يعتبر أن توجيه اليمين الحاسمة على سبيل الاحتياط مع تقديم أدلة أخرى يكون من شأنه أن يجعل اليمين الحاسمة يميناً متممة للقاضي حرية التقدير في توجيهها أو عدم توجيهها لاستكمال الأدلة المقدمة (أوبري ورو ١٢ ص ١٤٦ - ص ١٤٧ - قارن في ذلك بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٨) .

فيما عداها من أوجه الثبوت . فالنص الذي كان القضاء يستند إليه في تحريم
الفرض الثالث هو الآن غير موجود في التشريع المصري (١) . فلا مناص اذن
من الرجوع الى القواعد العامة .

وهذه تحرم دون شك - كما قدمنا - الفرض الثاني من الفروض الثلاثة السالفة
الذكر . أما الفرض الثالث فلا تريب على الخصم فيه ، فهو يقدم أدلته ، ويطلب
في الوقت ذاته توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه إذا لم تقتنع المحكمة بهذه الأدلة .
وما دام يستطيع أن بوجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى إلى أن
يصدر حكم نهائي ، ففي الفرض الذي نحن بصدده لم يصدر حكم نهائي ، فيجوز له
إذن أن بوجه اليمين الحاسمة في هذه الحالة من حالات الدعوى (٢) .

المطلب الرابع

موضوع اليمين الحاسمة

٢٨٠ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الأولى من المادة ٤١١
من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام . ويجب أن تكون

(١) وقد أحال التقنين المدني الجديد بدوره على تقنين المرافعات عندما أغفل نص المادة
٢٢٥/٢٩٠ ، وسيأتي بيان ذلك .

(٢) انظر بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٨ - الأستاذ عبد السلام ذهب في الأدلة ٢ ص ٣٢ -
ص ٣٩ وبخاصة القضاء المختلط والقضاء الإيطالي في ص ٣٤ هامش رقم ٣ - الأستاذ أحمد نشأت
في الإثبات ٢ فقرة ٥٨١ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٣٣ - الأستاذ
أبرهيم في المرافعات فقرة ٩١١ - وقد قضى التقنين الألماني (م ٤١٨) بأن اليمين الحاسمة
إذا وجهت حل سبيل الاحتياط مع أدلة أخرى لا يكلف الخصم بحلفها إلا عند عدم نجاح
هذه الأدلة .

وقضت محكمة الأقصر - في عهد تقنين المرافعات السابق ومع وجود المادة ١٦٦/١٨٧ من
هذا التقنين - بأنه لا مانع يمنع الخصوم من توجيه اليمين الحاسمة بعد تقديم طرق لإثبات أخرى
أو حتى عند عدم نجاح هذه الطرق الأخرى (١٧ ديسمبر سنة ١٩١٩ الهامة ١ رقم ٤٤
ص ٢٥٦) .

الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين ، فان كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١١٤ ، وفي التقنين المدني العراقي المادتين ٤٧٢ و ٤٧٩ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٢٩ فقرة ٢ و ٢٣٠ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٠ فقرة أولى (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٤٩ من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي :

١ - يجب أن تنصب اليمين الحاسمة على واقعة متعلقة بشخص من وجهت له اليمين ، أو على أية واقعة أخرى إذا انصبت اليمين على مجرد العلم بهذه الواقعة . ٢ - ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وفي كل نزاع مدني ، إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام . وفي لجنة المراجعة نقلت العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية إلى صدر الفقرة الأولى لتكون أدق في الدلالة على الحكم المقصود ، وقد تقدم ذكر ذلك ، وأصبح نص المادة على الوجه الآتي : ١ - لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ، ويجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها . ٢ - ويجوز أن توجه اليمين في أية حالة كانت عليها الدعوى ، وأصبحت المادة ٤٢٤ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١١ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩ و ص ٤٥٢) .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩١ - ص ٦٩٢ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١٤٤ : ١ - يجب

أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين ، فإن كانت غير شخصية له انصبت اليمين على مجرد علمه بها - ٢ . ويجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى في كل نزاع ، إلا إنه لا يجوز توجيهها في واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام أو للآداب . (الحكم واحد في القانون السوري والتقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٧٢ : يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى

وفي كل نزاع مدني . إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب - م ٤٧٩ .

١ - إذا حلف شخص على فعله يحلف على البتات ، وإذا حلف على فعل غيره يحلف على عدم العلم .

٢ - واليمين إما بالسبب فيما لا يرتفع سببه ، أو بالحاصل فيما يرتفع سببه - (ويلاحظ أن

الحكم واحد في التقنينين المصري والعراقي ، ولو أن بعض نصوص التقنين العراقي مستمد من

الفتوى الإسلامي) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٥٩ (١)

وتنص المادة ١٧٥ من تقنين المرافعات على أنه «يجب على من يوجه تلخصه اليمين أن يبين بالدقة الوقائع التي يريد استخلاصها ، ويذكر صيغة اليمين بعبارة واضحة جلية » . وتنص المادة ١٧٦ من هذا التقنين على أن «للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم بحيث تتوجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها» (٢) .

٢٨١ - لا تورم اليمين الحاسمة لمسألة من مسائل القانون: ونذكر من البداية أن اليمين الحاسمة لا يجوز أن توجه إلا في واقعة قانونية، أي في مسألة من مسائل الواقع ، لا في مسألة من مسائل القانون . ذلك أن استخلاص حكم القانون من شأن القاضى وحده لا من شأن الخصوم ، وقد قدمنا أن هؤلاء لا يكلفون باثبات مسائل القانون . واليمين الحاسمة في هذه الناحية كالإقرار (٣)

٢٨٢ - تورم اليمين الحاسمة في واقعة قانونية محددة أياً كانت قيمتها : فلا توجه اليمين الحاسمة إذن إلا لمسألة من مسائل الواقع : واقعة قانونية محددة

« تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٢٩ فقرة ٢ : ولا يجوز الاستحلاف على فعل جرمي أو منافع للنظام العام ، ولا على عقد يوجب القانون لصحته سنداً خطياً ، ولا على إنكار واقعة ينفذ صك رسمي حصولها بحضور المأمور الرسمي الذي قبل العقد — م ٢٣٠ : لا يجوز الاستحلاف إلا على واقعة شخصية مختصة بالفريق الذي يكلف اليمين ، أو علمه بأية واقعة أخرى . (والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠٠ فقرة أول : مطابقة لنص التقنين المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٥٩ : ولا يجوز توجيهها (اليمين الحاسمة) إلا على واقعة

تتعلق بشخص من وجهت إياه اليمين .

Art. 1359 : Il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la personne à laquelle on le défère.

(٢) وقد أورد قانون البيئات السوري في المادة ١١٨ منه نص هاتين المادتين من تقنين المرافعات المصري .

(٣) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « يتعين أن ترد اليمين على واقعة قانونية ، لا على مسألة من مسائل القانون . فتحكمها من هذا الوجه حكم الإقرار . ذلك أن استخلاص الآثار القانونية التي ترتب على الواقع من شأن القاضى » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩) .

واضحة . ويجب على من يوجه اليمين أن يضع صيغتها ، بحيث يبين بعبارات واضحة دقيقة الواقعة التي يريد استحلاف خصمه عليها . فاذا رأى القاضى أن الصيغة يعوزها الوضوح أو الدقة ، كان له أن يعدل فيها حتى تتحدد الواقعة المطلوب الحلف عليها (م ١٧٥ - ١٧٦ مرافعات) . وفي هذه الحالة لا توجه اليمين إلا بعد أن يوافق الخصم الذى وضع الصيغة الأولى على التعديل الذى أدخل فيها ، فقد يكون هذا التعديل من شأنه أن يحور الصيغة تحويراً يجعلها تنصرف إلى معنى غير الذى أراده ، فلا يرضى بتوجيه اليمين على هذا النحو^(١) ، وقد قدمنا أن توجيه اليمين تحكيم من جانب الخصم لا من جانب القاضى^(٢) .

وبصح توجيه اليمين الحاسمة فى أية واقعة قانونية ، أياً كانت قيمتها ، حتى لو تجاوزت هذه القيمة نصاب البيئة وليس عند المدعى كتابةً تثبت مدعاه . فيستطيع ، وقد عجز عن تقديم الدليل الكتابى الذى يتطلبه القانون ، أن يوجه إلى خصمه اليمين الحاسمة ، وهى آخر ملجأ له فى هذه الحالة . أما إذا كان عنده مبدأ ثبوت بالكتابة ، فهو لا يوجه اليمين الحاسمة إلا إذا عجز عن استكمال دليله بالبيئة أو القرائن . فان استطاع ذلك ، أو استطاع إقناع القاضى باستكمال الدليل عن طريق توجيه اليمين المتممة إليه هو ، فانه حينئذ لا يلجأ إلى توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه بعد أن توافر لديه الدليل على حقه^(٣) .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٩٠ .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ .

(٣) والقضاء مستفيض فى هذا الموضوع : والمبدأ الأساسى هو أن اليمين توجه فى أية واقعة منتجة جائزة الإثبات (استئناف مختلط ٢٦ يونية سنة ١٨٨٩ م ١ ص ٢٧٢ - ١٢ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠) - ويجوز توجيهها حتى بعد الدفع بالتقادم (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢١٨ - أول مايو سنة ١٨٩٥ م ٧ ص ٢٣٦) - كما يجوز توجيهها لإثبات عكس الثابت بالكتابة : استئناف مختلط ١٦ يناير سنة ١٨٩٦ م ٨ ص ٧٦ - ٢٤ مارس سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٣٨ (لإثبات التخلص من دين ثابت بالكتابة) - ٢٢ مايو سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٣١٦ (المقترض يتمسك بأن فى ذمته مبالغاً أقل ، فاليمين يجب أن تفسح المجال لحلول ثلاثة : الحلف على المبلغ الأكثر الذى يتمسك به المقرض ، النكول إطلاقاً ، الحلف على المبلغ الأقل الذى يتمسك به المقرض) - ٧ يونية سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٢١٨ (لإثبات ما يجاوز الكتابة أو يعارضها) - ٢ يناير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ٧٣ (على صحة حساب حتى لو كان هذا الحساب قد صدق عليه) - ٢ مايو سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ٢٢٢ لا توجه اليمين لمعارضة واقعة ثابتة بمسند صادر عن وجهها) - ١٦ فبراير سنة ١٩٠٤ =

٢٨٣ - عدم مخالفة الواقعة للنظام العام : ويجب أن تكون الواقعة التي يطلب الحلف عليها غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب . ذلك أن توجيه اليمين تحكيم ، كما قدمنا ، وهو والإقرار في هذا سياق . وقد نصت المادة ٨١٩ من تقنين المرافعات على أنه « لا يصح التحكيم إلا بمن له التصرف في حقوقه . ولا يصح التحكيم في نزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أو الجنسية ولا في المسائل التي لا يجوز فيها التصالح » . ومن ثم لا يجوز توجيه اليمين في وصية تزيد على الثالث ولا في هبة عتق لم تكتب في ورقة رسمية لأن الواقعة تخالف القانون . ولا يجوز توجيه اليمين في النسب ولا في الجنسية لأن هذا يخالف النظام العام . ولا يجوز توجيه اليمين في إيجار منزل للعهارة أو للمقامرة لأن هذا يخالف الآداب . وقد على ذلك عدم جواز توجيه اليمين في دعوى يدفع فيها بالتقادم إذا لم يكن مبنياً على افتراض الوفاء (١) . أو يدفع بعدم جواز سماعها لحجية الأمر المقضي ، أو يطلب فيها إثبات التزام طبيعي مع الحكم بتنفيذه ، أو اثبات اتفاق على ربا فاحش (٢) .

٢٨٣ م ١٧ ص ٨ (ولو لم يوجد حيداً ثبتت بالكتابة) - ١٥ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٣٤ و ١٤ نوفمبر سنة ١٩١٦ م ٢٩ ص ٤٦ و ٢٣ أبريل سنة ١٩١٨ م ٣٠ ص ٣٨١ (إثبات عكس الثابت بالكتابة) - أنظر أيضاً : استئناف مختلف ٢٠ نوفمبر سنة ١٩١٩ م ٢٢ ص ٢٣ - ١٥ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٢٤ ص ٤٨٤ - ٢١ يونيو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٤٥٤ - وأنظر : استئناف مختلف ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢ (الإثبات بعض الوقائع المتنازع عليها دون البعض الآخر) .
أنظر في هذه المسألة المذكورة الإيضاحية للمشروع التمهيدى J مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥١) - وأنظر أيضاً : أوبرى ورو ١٢ ص ١٤٤) .

(١) والصورة هنا أن يدفع المدعى عليه بتقادم الدين ، فيوجه إليه الدائن اليمين الحاسمة ليحلف على أن الدين غير موجود في ذمته . ولكن يجوز للمدعى عليه ، إذا لم يستطع إثبات التقادم ، أن يوجه اليمين الحاسمة إلى المدعى ليحلف على أن الدين موجود في ذمة المدعى عليه .
(٢) استئناف مختلف ٢٩ مايو سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٣ - وقد قضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة لو صحت كانت جريمة ، لأنه لا يصح أن يكون النكول عن اليمين دليلاً على ارتكاب الجريمة (١٧ يناير سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ١٠ ص ٢٠) . كذلك لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة ولا اليمين المتممة في دعوى جنائية أو في دعوى مدنية مرفوعة أمام محكمة جنائية (بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٤٥ - بلانيول وريبير وجابوله ٧ =

ولكن اذا وجهت اليمين من الشخص الذى كان ضحية الواقعة غير المشروعة لإثبات هذه الواقعة وترتيب حكم القانون عليها . فان هذا يجوز ، فيجوز للمقترض أن يوجه اليمين الى المقرض ليحلف على أن مبلغ القرض الذى يطالب به لا يشتمل على فوائد ربوية فاحشة ، ويجوز للمدين بسند أن يوجه اليمين الى الدائن ليحلف على أن سبب الدين ليس سبباً غير مشروع كقفارة أو رهان^(١) .

= فقرة ١٥٧٦ - الأستاذ عبد السلام ذهبى فى الأدلة ٢ ص ٢٥ - ٢٦ - وقارن جارسون فى تعليقاته على قانون العقوبات الفرنسى ٢ فقرة ٦٣٧) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : . . . نص (المشروع) على عدم جواز توجيه اليمين بشأن واقعة تخالف النظام العام ، فلا يجوز توجيه اليمين مثلاً بشأن واقعة جنائية ، فاليمين قاصرة على المنازعات المدنية ، ولا تقبل قط فى المسائل الجنائية ولو فيما يتعلق بالدعوى المدنية . وقد أقر الفقه والقضاء الاستثناءات الآتية ولم يجز توجيه اليمين : (١) لإقامة الدليل على تصرف يشترط لوجوده شكل خاص ، لأن الكتابة لا تكون فى هذه الحالة دليلاً فعسب ، بل تكون شرطاً من شروط الصحة . (ب) للمنازعة فى البيانات التى يلحق بها وصف الرسمية فى محرر رسمى ، لأن الدليل العكسى لا يقام إلا من طريق الطعن بالتزوير (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٣٥١) . (ج) لنقض دلالة قرينة قانونية مؤسدة على النظام العام (استئناف مختلط ١٨ ديسمبر سنة ١٨٩٥ م ٨ ص ٤٤) ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥١ - ص ٤٥٢) .

(١) وقد قضت محكمة أسبوط الجزئية بأنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة مخلة بالشرف أو مخالفة لقانون كرامة ربا فردية ، لأن توجيه اليمين فى مثل هذه الحالة لا يناق النظام العام أو الآداب (٢٥ مارس سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٣٣) - وقضت محكمة الإسكندرية الكلية الوطنية بأنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة لإثبات الربا الفاحش (أى واقعة فردية) لأن ذلك وإن كان يؤدي إلى إثبات ركن من أركان جريمة الربا الفاحش إلا أنه لا يمس النظام العام فى شيء (١٨ ديسمبر سنة ١٩٢٠ المهامة ٢ رقم ٨٨ ص ٢٧٩ ، قارن الأقصر ١٤ فبراير سنة ١٩٢٠ المهامة ١ ص ٢٥٩) . أما إذا كانت الوقائع المراد التحليف عليها تكون عادة الإفراض بالربا الفاحش ، فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة فيها ، لأنه لا يجوز التحليف على واقعة لو صحت كانت جريمة كما قدمنا (انظر الحاشية السابقة) . ومع ذلك فقد جاء فى حكم لمحكمة أسبوط الكلية : اختلف الفقهاء فى جواز تحليف اليمين على واقعة معاقب عليها جنائياً ، فقال البعض بجوازه استناداً إلى أن المطلوب تحليفه إذا كان بريئاً حلف اليمين ، وإلا فهو ليس أهلاً للرعاية ، وقال البعض الآخر إنه لا يجوز إحراج مركز الخصم وتحليفه مديناً على ما لا يجوز التحليف عليه جنائياً . غير أنه يجمع على جواز التحليف على واقعة ولو كانت ماسة بالشرف ، وكذا على واقعة واحدة لربا فاحش إذ هى وحدها لا تكون جريمة الاعتياذ على الربا الفاحش (٢ مايو سنة ١٩٢٨ المهامة ٩ رقم ٣٣٨ ص ٥٥٦) .

ونرى ما قدمناه من القضاء المصرى أن رأى الراجع هو جواز التحليف على واقعة ماسة =

٢٨٤ - يجب أنه تكون الواقعة حاسمة في الدعوى : ولا توجه اليمين الحاسمة الا في واقعة حاسمة في الدعوى^(١) . ذلك أن مهمة هذه اليمين - كما هو ظاهر من اسمها - هي حسم النزاع . وهي بمجرد توجيهها الى الخصم تقرر مصير الدعوى . فاذا حلفها خسر المدعى دعواه ، واذا نكل أجيب المدعى الى طلباته ، واذا ردها وحلف المدعى كسب الدعوى ، أو ردها ونكل المدعى خسر الدعوى . فعلى أى وجه من الوجوه تنتهى اليمين الحاسمة ، فان النزاع لا بد أن ينحسم بها . ومن ثم لا يجوز توجيهها الا في الواقعة التي ينحسم بها النزاع . فلا يجوز توجيهها بالنسبة الى الطلبات الأصلية مع احتفاظ المدعى بالحق ، اذا حلف المدعى عليه ، في تقديم طلبات احتياطية^(٢) . ولا يجوز توجيهها من المقرض الى المقرض في أن القرض لا يشتمل على فوائد ربوية اذا كان المقرض يطلب الحكم برفض الدعوى أصلاً لأن القرض لم يتم^(٣) .

وضي عن البيان أن الواقعة الحاسمة في الدعوى يجب أن تكون الواقعة الأساسية فيها ، فلا يصح توجيه اليمين في واقعة لا تدخل في نطاق الدعوى .

٣ بالشرف وعدم جواز التحليف على واقعة تكون جريمة جنائية . ومع ذلك فقد أورد الأستاذ عبد السلام ذمى خلافاً في هاتين المسألتين (انظر الأدلة ٢ ص ١٨ - ص ٢٠) .
الظر في الفقه الفرنسي : أوبري ورو ١٢ ص ١٤٤ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ لفرة ١٥٧٦ ص ١٠٥١ و فقرة ١٥٧٩ ص ١٠٥٣ - ص ١٠٥٤ .

(١) استئناف مصر ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٢٩ الهامة ١٠ رقم ٧٤ ص ١٥٣ - ٤ أبريل سنة ١٩٣٠ الهامة ١١ رقم ٢١ ص ٣٩ - استئناف مختلط أول أبريل سنة ١٨٩٧ م ٩ ص ٢٥٨ - ٢٦ نوفمبر سنة ١٩٠٢ م ١٥ ص ١٢ - أول أبريل سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ٢٢٥ - ٢ مارس سنة ١٩٠٤ م ١٦ ص ١٤٧ - ٢ فبراير سنة ١٩١١ م ٢٣ ص ١٥١ - ١٧ ديسمبر سنة ١٩١٤ م ٢٧ ص ٦٨ - ٨ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٧ ص ١٨٨ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٧٣ - ٢٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٥١٥ - ٦ مايو سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٣٧٥ - ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٧ م ٥٠ ص ٤١ - ٢٠ يونيو سنة ١٩٤٥ م ٥٧ ص ١٨٣ .

(٢) بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٨ .

(٣) ولا يجوز توجيهها مع حفظ الحق ، في حالة الخلف ، في رفع دعوى مستقلة (استئناف مختلط ١١ فبراير سنة ١٩٠٩ م ٢١ ص ١٨١) - ولا في وقوع اتفاق مع محام على الاتعاب التي يضاضها ، مادام هذا الاتفاق ، بفرض وقوعه ، يجوز للقاضي تعديله (استئناف مختلط . =

مثل ذلك أن ينكر المدعى عليه أنه اقترض المبلغ الذي يطالبه به المدعى ، فلا يجوز توجيه اليمين من المدعى إلى المدعى عليه أنه وفي بهذا المبلغ ، مادام المدعى عليه يقول إنه غير مدين أصلاً ، فلم تدخل واقعة الوفاء في نطاق ما يدفع به دعوى المدعى . ولا يصح توجيه اليمين في موضوع الدعوى أمام القضاء المستعجل لأن هذا القضاء لا شأن له بالبت في الموضوع ، ولكن إذا وجهت اليمين في واقعة تدخل في اختصاص القضاء المستعجل أمام هذا القضاء صح ذلك (١) .

وكون الواقعة التي توجه فيها اليمين داخلية في الدعوى وحاسمة فيها مسألة واقع لا مسألة قانون ، ومن ثم لارقابة لمحكمة النقض عليها (٢) .

٢٨٥ - تعلق الواقعة بشخص من وجهت إليه اليمين - يمين

عدم العلم : ويجب أخيراً أن تكون الواقعة متعلقة بشخص من توجه إليه اليمين (٣) . فلا يجوز أن توجه لخصم عن وقائع لا تتعلق بشخصه (٤) ، إلا إذا أريد تحميله على عدم علمه بهذه الوقائع . فلا توجه اليمين إلى صاحب السيارة

= ٣١ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٣٠٠) - ولا يجوز توجيهها إلى مدير مصرف في تعليمات يقول أحد العملاء إنه أعطاهما لأحد الموظفين في هباب المدير ، مادامت هذه التعليمات ، بفرض صحة صدرها من العميل ، لا ترتب مسؤولية المدير (استئناف مختلط ٤ مايو سنة ١٩٣٣ م ٤٥ ص ٢٩٦) . ولكن يجوز توجيهها في واقعة حاسمة ، حتى لو اضطر القاضي ، بعد حلها ، إلى عمل حساب ليمين المبلغ الذي يقضى به حل وجه الدقة (استئناف مختلط ١٦ مايو سنة ١٩٢٨ م ٤٠ ص ٣٦٢) .

(١) جارسونيه وسيزاربري في المرافعات ٨ فقرة ٢٠٨ ص ٢٨ - سيزاربري وهبرو في القضاء المستعجل ١ فقرة ٥٥ ص ١١٣ - أنسيكلوبيدي دالوز في القانون المدني (Preuve) فقرة ١١٤٠ .

(٢) أوبري ورو ١٢ ص ١٤٢ - وأنظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٩ .

(٣) استئناف مصر ٢٩ يناير سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٦٢ رقم ٣٢ - استئناف مختلط ٢٥ يناير سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ٩٨ - ١٠ أبريل سنة ١٩٠١ م ١٣ ص ٢٣٧ - ٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٣٥ - ١٩ يونيو سنة ١٩١٣ م ٢٥ ص ٤٦٤ - ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣٦ م ٤٩ ص ٥٤ .

(٤) ولو تعلقت بأعمال صدرت من متبوعه وكان هو مسئولاً عن هذه الأعمال (أوبري ورو ١٢ ص ١٤٣ هامش رقم ٢١ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٠) .

على أن السائق لم يرتكب خطأً كان سبباً في الحادث الذي وقع إذا لم يكن صاحب السيارة وقت وقوع الحادث مستصحباً للسائق ، وإنما يحلف صاحب السيارة على أنه لا يعلم أن السائق ارتكب خطأً . كذلك لا توجه اليمين إلى وارث على أن مورثه غير مدين بالحق المدعى به ؛ ولكن يجوز أن يطلب من الوارث أن يحلف على أنه لا يعلم أن مورثه مدين بهذا الحق ، وهذا هو غاية ما يستطيع أن يحلف عليه (١) .

وفي الحالتين المتقدمتين الذكر إنما يحلف الخصم على عدم العلم لاعلى البتات ، لأنه يحلف على فعل غيره لاعلى فعل نفسه ، كما يقول التقنين المدني العراقي في الفقرة الأولى من المادة ٤٧٩ (٢) . ولذلك سميت هذه اليمين بيمين عدم العلم (serment de crédulité, de crédibilité) (٣) . وهي غير يمين الاستيثاق (serment libératoire) التي سيرد ذكرها عند الكلام في اليمين المتممة ، وان

(١) اجتناف مختلط ٤ مارس سنة ١٨٩١ م ٣ ص ٢١٨ - ٢٠ نوفمبر سنة ١٨٩٩ م ١٢ ص ٤١ - ١٣ فبراير سنة ١٩٠٢ م ١٤ ص ١٢٧ - ١٧ يناير سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ١٥٣ - ١٧ أبريل سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٣٧٣ - ٥ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٥١ - ١٠ فبراير سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٢٠ - ٣١ أكتوبر سنة ١٩٣٣ م ٤٦ ص ٤ .
(٢) وقد رأينا أن المادة ٤٧٩ من التقنين المدني العراقي تنص على ما يأتي : ١ - إذا حلف شخص على فعله يحلف على البتات ، وإذا حلف على فعل فسیره يحلف على عدم العلم .
٢ - واليمين إما بالسبب فيما لا يرتفع سببه ، أو بالحاصل فيما يرتفع سببه .
٣ - ومثل من يحلف على البتات لأنه يحلف على فعل نفسه من ادعى عليه يبيع أو يطلق فيحلف أنه ما باع وما طلق . ومثل من يحلف على عدم العلم لأنه يحلف على فعل غيره من ادعى على مورثه يدين فيحلف أنه لا يعلم أن على مورثه الدين المدعى به . أما اليمين بالسبب أو بالحاصل ، فينظر فيها إلى دعوى المدعى وإنكار المدعى عليه . فإن كان المدعى يطلب حقاً لم يبين سببه ، وأنكر المدعى عليه هذا الحق ، فاليمين تكون بالحاصل ، ويحلف أن هذا الحق ليس في ذمته . وأن طلب المدعى حقاً وبين سببه ، وأنكر المدعى عليه حاصل دعواه ، فاليمين تكون أيضاً بالحاصل ، كما إذا قال المدعى أن له ديناً في ذمة المدعى عليه سببه القرض ، فينكر المدعى عليه المديونية ذاتها دون أن يتعرض للقرض ، فيحلف أنه ليس حقيناً للمدعى . وإن طلب المدعى حقاً وبين سببه ، وأنكر المدعى عليه هذا السبب ، فاليمين تكون بالسبب ، ففى المثل المتقدم ينكر المدعى عليه القرض ، ويحلف أنه ما وقع (أنظر شرح المجلة للأستاذ سليم باز المادة ١٧٤٩ ص ١١٠٢ - ص ١١٠٥ - طرق القضاء للأستاذ أحمد ابراهيم ص ٢٥٣ - ص ٢٥٧) .

(٣) ويلاحظ أن يمين عدم العلم قد عممت في التقنين المدني الجديد، فأية واقعة لا تكون قضية شخصية للخصم يحلف على عدم علمه بها، دون نظر إلى ما إذا كان هذا الخصم هو الوارث أو غيره . وسرى في يمين الاستيثاق أن اليمين على عدم العلم في المواضع التي تطلب فيها هذه اليمين إنما يحلفها = (٣٥ الوسيط - ج ٢)

كان يقع الخلط بينهما كثيراً^(١) ، فيمين عدم العلم يمين حاسمة ويمين الاستيثاق الراجع فيها أنها يمين متممة ، وسيأتي بيان ذلك .

= الورثة والأوصياء . لها في القانون الفرنسى فيمين عدم العلم تحلفها الورثة دون غيرهم ، لأن نص التقنين الفرنسى (م ١٣٥٩) لم يرد فيه من التعميم ما ورد في نص المادة ٤١١ فقرة أولى من التقنين المدنى المصرى الجديد (انظر في هذه المسألة أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ هامش رقم ١١ وهامش رقم ٢٢ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٣٨ مكرر ١ - فقرة ٢٧٣٨ مكرر ٢ .

(١) وسبب هذا الخلط أن يمين الاستيثاق المنصوص عليها في المسادة ٣٧٨ مدنى وفى المادة ١٩٤ تجارى - وسيرد بيان ذلك تفصيلا - اعتبرت خطأ هي يمين عدم العلم . ثم وسع نطاقها ، فلم تصبح مقصورة على الحالتين المنصوص عليهما في المادتين السالفتى الذكر ، بل عمت فأصبحت تشمل جميع الحالات التى يمكن أن تحلف فيها الورثة على عدم علمهم بواقعة متصلة بشخص المورث . وبقيت اليمين على اسمها - يمين الاستيثاق - بعد هذا التعميم . فاختلطت يمين الاستيثاق المحدودة في نطاق معين وفى نصوص معينة - وهذه هي وحدها التى يصح أن يطلق عليها يمين الاستيثاق - يمين عدم العلم التى لا شأن لها بالنطاق المرسوم ليمين الاستيثاق . ونلمح أثر هذا الخلط في الأحكام والمؤلفات الفقهية (انظر مثلا : نفص مدنى أول يونيه سنة ١٩٤٤ مجموعة ص ٤ رقم ١٤٣ ص ٣٩٥ - استئناف أسهوط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٣٣ ص ٣٩٧ - الموجز للمولف لفقرة ٦١٠ - نظرية الالتزام للأستاذ أحمد حشمت أهرستت الطبعة الأولى لفقرة ٨٤٠ - فقرة ٨٤١ - وانظر أيضاً المذكرة الإيضاحية للمشروع الفهيدى في مجموعة الأهمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٠) . والنظر في وجوب التمييز بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق الأستاذ سليمان مرتس في أصول الأثبات فقرة ١٤٤ .

ونورد حكيم لهكمة استئناف أسهوط ، أحدهما يخلط بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق ، والحكم الثانى حل النقيض من ذلك يميز بين اليمينين . جاء في الحكم الأول : يجوز توجيه يمين عدم العلم أو يمين الاستيثاق ، تطبيقاً للقواعد العامة المتعلقة بتحليف اليمين ، إذا توافرت شروطها القانونية . وليس من الصواب الأخذ بالرأى المرجوح القائل بأن يمين الاستيثاق لا يصح توجيهها إلا في الحالات الاستثنائية الواردة بالمادتين ٢١٢ و ٢١٣ من القانون المدنى (القديم) والمادة ١٩٤ من القانون التجارى ، لأن القول بهذا الرأى يتناقى العدل ، إذ ينقطع سبيل الدائن على الوارث الذى يعلم تمام العلم بأن مورثه مات وذمته مشغولة بالدين (١٣ فبراير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٣٣ ص ٣٩٧) - وجاء في الحكم الثانى : إذا كان الأصل في اليمين الحاسمة ألا توجه إلا لنفس الخصم عن واقعة متعلقة بشخصه ، إلا أن هذا لا يمنع من توجيه اليمين للورثة على أن تكون صيغتها قاصرة على علمهم أو عدم علمهم بمدىونية مورثهم لحين وفاته . وهذا العلم أو عدم العلم بالمدىونية مسألة شخصية بالنسبة للوارث ، فقد يكون الدين صحيحاً ومع ذلك لا يعلم به الوارث فيحلف صادقاً بعدم العلم . وليست هذه اليمين يمين استيثاق ، بل هي حاسمة يلتزم من وجهها بنتيجة توجيهها (١٠ مارس سنة ١٩٤٩ المحاماة ٢٩ رقم ٣٠٢ ص ٦٢٥) . انظر أيضاً : بنى سوييف الجزئية ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٣١ المجموعة للرسية ٣٢ رقم ١٠ ص ٢٠٠ .

المطلب الخامس

عدم جواز الرجوع في اليمين الحاسمة

٢٨٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٢ من التقنين المدني

على ما يأتي :

« لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف » (١) .

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص (٢) .

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري م ١١٦ فقرة ٢ - وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧٦ - وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٥ - وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠١ (٣)

= وبين عدم العلم - ككل يمين حاسمة - لا يجوز أن توجه إلى قاصر ولا يملك وصيه الحلف عنه . وقد قضت محكمة استئناف أسنوط ، في هذا المعنى ، بأنه إذا وجهت اليمين الحاسمة ثم توفى من وجهها ، فرد الوجه إليه تلك اليمين على الورثة ونسبهم البالغ والقصر ، فيعتبر أنه قد ارتضى هذه اليمين من البالغ دون القصر ، لأنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة للقصر لعدم أهليتهم ، ولا يملك وصيهم الحلف عنهم . واليمين الحاسمة التي يوجهها الخصم إلى خصمه في الدعوى إنما يوجهها عند عجزه عن الإثبات ، فإذا كان من وجهت إليه اليمين قاصراً بقيت حالة العجز عن الإثبات كما هي ، فلا يصح أن يلزم القاصر بشيء إذ لا يمكن اعتباره ناكلاً (١٦ مايو سنة ١٩٣٥ الجمعية الرسمية ٣٦ رقم ٩ ص ٢١٥) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٠ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى

استقر عليه في التقنين الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٥ ، ثم مجلس النواب ، ثم لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٢ ، ثم مجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٣ - ص ٤٥٤) .

(٢) الموجز للمؤلف ص ٦٩٠ - ص ٦٩١ .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى - قانون البيئات السوري م ١٦٦ فقرة ٢ : مطابقة

لنص التقنين المصرى .

التقنين المدنى للمراقى م ٤٧٦ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٤ (١) .

وتنص المادة ١٧٧ من تقنين المرافعات على أنه « إذا لم ينزاع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى ، وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلف فوراً أو يردّها على خصمه ، وإلا اعتبر ناكلاً . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً . فان لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر بالحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته ، فان حضر وامتنع دون أن ينزاع أو تخلف بغير عذر اعتبر ناكلاً كذلك » .
وتنص المادة ١٧٨ من تقنين المرافعات أيضاً على أنه « إذا نازع من وجهت إليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى ، ورفضت المحكمة منازعته وحكمت بتحليفه ، بينت في منطوق حكمها صيغة اليمين ، ويعلن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه ، ويتبع ما نص عليه في المادة السابقة » .

٢٨٧ - متى يجوز الرجوع في توجيهِ اليمين الحاسمة وفي ردّها :

ويتبين من نصوص تقنين المرافعات أن اليمين الحاسمة متى وجهت الى الخصم ، فله أن ينزاع في جواز توجيهها أو في تعلقها بالدعوى . فان لم ينزاع ، أو نازع ورفضت المحكمة منازعته ، حكمت بتحليفه ، وبينت في منطوق حكمها صيغة اليمين المطلوب من الخصم أن يحلفها .

وقد كان من المعقول وقد صدر الحكم بالتحليف - وانقطعت معارضة الخصم فيه فأصبح مازماً بالحلف أو بالرد وإلا عد ناكلاً - أن يصبح ممتناً على الخصم الذي وجه هذه اليمين أن يرجع في توجيهها . وهذا هو منطوق الوضع الذي صار إليه طالب اليمين : وجه اليمين الى خصمه ، فصدر حكم بتوجيهها ،

== تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٥ : إن الفريق الذي كلف خصمه حلف اليمين أو ردها عليه لا يجوز له الرجوع إذا صرح الخصم باستعداده لحلف اليمين . (وهذا النص يطابق في الحكم نص التقنين المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠١ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٤ : الخصم الذي وجه اليمين أو ردها لا يجوز له أن

يرجع في ذلك متى أعلن خصمه أنه مستعد لحلف هذه اليمين .

Art. 1364 : La partie qui a déféré ou référé le serment, ne peut plus se rétracter lorsque l'adversaire a déclaré qu'il est prêt à faire ce serment.

وأصبح خصمه ملزماً إما بالحلف وإما بالرد دون أن يتوقف شيء من ذلك على قبوله ، فكان المنطق يقضى بأن الوقت الذى يعلم فيه الخصم الذى وجهت إليه اليمين بصدور الحكم بتحليفه هو الوقت الذى لا يستطيع فيه الخصم الذى وجه اليمين أن يرجع عن هذا الطلب . أما قبل ذلك فيكون له الرجوع ، وبلجأ في إثبات الدعوى الى طرق أخرى غير اليمين ، أو ينزل عن دعواه حتى يتيسر له الحصول على أدلة الإثبات فيرفع الدعوى ثانية إذا كان حقه لم يتقادم .

ولكن نصاً صريحاً في التقنين المدنى الجديد يقضى ، كما رأينا ، بأنه « لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف » . وهذا النص مصدره المادة ١٣٦٤ من التقنين المدنى الفرنسى ، وتقضى بأن « الخصم الذى وجه اليمين أو ردها لا يجوز له أن يرجع في ذلك متى أعلن خصمه أنه مستعد لحلف اليمين » . فالنص صريح إذن في أن من وجه اليمين أو ردها يجوز له الرجوع في ذلك ما دام خصمه لم يعلن أنه قبل أن يحلف اليمين . فيجوز الرجوع إذن حتى بعد صدور الحكم بتحليف اليمين ، وحتى بعد إعلانه للخصم . ولا يسقط حق الرجوع هذا إلا إذا أعلن الخصم الذى وجهت إليه اليمين أو ردت عليه أنه مستعد للحلف . فان لم يعلن هذا الاستعداد ، بقى حق الرجوع قائماً حتى يحلف اليمين فعلاً (١) .

وبالرغم من أن هذا الحكم لا يتفق مع المنطق ، كما قدمنا ، وبالرغم من أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى لا تعين على تبريره (٢) ، فانه الحكم الذى

(١) استئناف مختلط ٢٦ مارس سنة ١٩١٤ م ٢٦ ص ٢٩٨ .

(٢) وهذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد : « استقى نص هذه المادة من التقنين الفرنسى (م ١٣٦٤) والتقنين الإيطالى (م ١٣٧٢) والتقنين الهولندى (م ١٩٧٢) والتقنين البرتغالى (م ٢٥٢٨) . وليس هذا النص سوى نتيجة لطبيعة اليمين من الناحية القانونية . فاليمين ، كما تقدم ، نظام استلهمت فيه مقتضيات العدالة ، وهو يبيح لمن يعوزه الدليل أن يركن إلى ذمة خصمه . . . ويبيح لمن توجه إليه أن يردّها بدلا من أدائها أو النكول عنها . ويقابل كلا من هذين الحقيقتين التزام الطرف الآخر بالاستجابة لتلك الدعوة ، وإلا كان هذا الحق خلوا من الفائدة . ويتفرع عن ذلك أنه إذا احتكم شخص إلى ذمة خصمه ، فليس له أن يمدل في موقفه إذا استجاب الآخر لهذا الاحتكام بالإمراءب عن استعداده لأداء اليمين أو ردها ، لأن النزاع في هذه الحالة ينتقل من نطاق القانون إلى نطاق العدالة . ويتضح من ذلك أن الأمر لا يمكن أن يتعلق بتعاقد أو صلح تؤسس عليه اليمين ، لأن مجرد توجيه اليمين إلى أحد =

تقضى به صراحة النص ، وقد جرى عليه الفقه والقضاء في فرنسا (١) .

فاذا ما قبل الخصم الحلف (٢) ، ولو كان القبول مقترناً بطلب تعديل اليمين لتكون منتجة في الإثبات (٣) ، امتنع على الخصم الذى وجه اليمين أو ردها أن يرجع فى ذلك . فان رجع رفضت دعواه ، لأنه ترك بتوجيه اليمين أو بردها ما عداها من طرق الإثبات (٤) . وذلك كله ما لم يكن توجيه اليمين أو ردها قد شابه غلط أو تدليس أو إكراه (٥) .

= الخصوم لا يترك له حرية رفضها . بل القانون يفرض على من توجه إليه التزاماً تخييرياً بأدائها أو النكول عنها أو بردها ، متى قضى بقبولها ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٣ — ص ٤٥٤) .

فالمذكرة الإيضاحية تذكر أولاً أنه ليس لمن وجه اليمين ، وقد احتكم إلى ذمة خصمه ، أن يعدل فى موقفه إذا استجاب الخصم لهذا الاحتكام بالإعراب عن استعداده لأداء اليمين أو ردها . وهذا صريح فى أن الخصم الذى وجه اليمين لا يتمتع عليه حق الرجوع إلا من وقت قبول خصمه للحلف أو الرد . واسكن المذكرة تعود ثانياً إلى القول بأن مجرد توجيه اليمين إلى أحد الخصوم لا يترك له حرية رفضها . فقبول هذا الخصم ليس إذن ضرورياً . فقيم إذن جعلنا هذا القبول هو الذى يمنع من الرجوع فى توجيه اليمين ! ومهما يكن من أمر ، فالأفضل أن يعتبر ، كما قدمنا ، قبول الخصم الذى وجهت إليه اليمين بمثابة قبول المنتفع فى الاشتراط لمصلحة الغير يمنع رجوع المشتراط عن اشتراطه ، وإن كان المنتفع حراً فى القبول أو الرفض وليس الخصم الذى وجهت إليه اليمين حراً فى قبول هذا التوجيه أو رفضه . (قارن الأستاذ سليمان مرقس فى أصول الإثبات ص ٢١٥ - ص ٢١٦) .

(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ وهامس رقم ٤٠ - ويقول بلانيول وريبير وجابولد أن قبول الخصم الذى وجهت إليه اليمين يعتبر قبولاً لإيجاب (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٧٧ ص ١٠٥١) . وانظر فى هذا المعنى وفى أن هناك عقداً قضائياً (contrat judiciaire) يتولد من اقتران هذا الإيجاب بالقبول : استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢١٧ - ٢٨ مارس سنة ١٨٩٤ م ٦ ص ٢٦٥ .

(٢) ولا يعتبر قبولاً أن يرضى بالحلف على بعض الوقائع دون بعض (استئناف مختلط ٤ مارس سنة ١٩٣١ م ٤٣ ص ٢٦٤) .

(٣) استئناف مختلط ١٤ يناير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ١٩٠ .

(٤) استئناف أهل ١٦ يونيه سنة ١٩١٤ المجموعة الرسمية ١٦ رقم ٢٤ . وامتنع عليه

كذلك أن يطلب تعديل اليمين (استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢١) .

(٥) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ — كذلك إذا صدر إقرار من الخصم الذى

وجهت إليه اليمين فهذا أقوى من النكول ، ولم يمد لليمين محل وجاز الرجوع فيها (استئناف مختلط ٥ مارس سنة ١٩٤٧ م ٥٩ ص ١٣٦) .

أما قبل قبول الخصم للحلف، أو قبل أن يحلف فعلاً، فإنه يجوز الرجوع في توجيه اليمين أو في ردها^(١). ولا يشترط في الرجوع شكل خاص. بل إن استئناف الحكم القاضى بتوجيه اليمين أو بردها يعتبر رجوعاً في التوجيه أو في الرد^(٢).

٢٨٨ - الأثر الذى يترتب على الرجوع في توجيه اليمين أو في ردها: وإذا رجع من وجه اليمين في وقت كان الرجوع فيه جائزاً، ثم لجأ الى طرق أخرى لإثبات دعواه فلم يفلح، جاز له أن يعود ثانية الى توجيه اليمين، ما لم يكن قد نزل نهائياً عن توجيهها وقبل منه خصمه هذا النزول^(٣).

أما إذا رجع من رد اليمين على خصمه في هذا الرد، اعتبر رده لليمين كأن لم يكن، وعادت اليمين موجهة إليه هو، وتعين عليه أن يحلف وإلا عد ناكلاً^(٤).

المبحث الثانى

الآثار التى تترتب على توجيه اليمين الحاسمة

٢٨٩ - مسائل أربع: إذا وجهت اليمين الحاسمة الى الخصم وفقاً للأحكام التى قدمناها، لم يسع هذا الخصم إلا أحد أمرين: إما أن يحلف اليمين، وإما أن يردها على من وجهها. فإذا لم يحلف اليمين أو يردها، عد ناكلاً

(١) كفر صقر ٨ يوليه ١٩١٧ المجموعة الرسمية ١٩ رقم ٢١.

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ - نفص فرنسى ٣ مايو سنة ١٨٧٦

سيرة ٧٦ - ١ - ٣١٦.

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٤٩ - ص ١٥٠ وهامش رقم ٤٠ - الموجز

للمؤلف ص ٦٩١ - عكس ذلك ديرانتون ١٣ فقرة ٥٩٧ - لارومبيرو م ١٣٦٤ فقرة ٣.

(٤) ويبدو أنه لا يوجد ما يمنع الخصم، بعد أن رجع في رد اليمين، أن يعود ثانية الى ردها، وذلك قياساً على أن من يرجع في توجيه اليمين يستطيع أن يعود ثانية الى توجيهها. هذا ما لم يكن قد فهم ضمناً من رجوعه في رد اليمين أنه عدل نهائياً عن ردها، فعدت له يمين عليه أن يحلف وإلا عد ناكلاً.

وخسر الدعوى^(١) فتوجيه اليمين الحاسمة إلى الخصم يترتب عليه حتماً من جانب هذا الخصم أحد مواقف ثلاثة: (١) إما أن يحلف اليمين (٢) وإما أن يردّها على خصمه (٣) وإما أن يمتنع عن الحلف والرد فيعد ناكلاً. ثم إن لحلف اليمين أو النكول عنها حجية حددها القانون.

فهذه مسائل أربع نتكلم فيها على التعاقب: (١) حلف اليمين الحاسمة (٢) ردّها (٣) النكول عنها (٤) حجيتها.

المطلب الأول

حلف الخصم لليمين الحاسمة

٢٩٠ - كيفية الحلف: يجب على الخصم الذي وجهت إليه اليمين الحاسمة، ولم يردّها على خصمه، أن يؤدي اليمين بنفسه، لأن خصمه قد احتكم إلى ضميره، فلا يصح أن يوكل غيره في الحلف. وقد نصت المادة ١٨٣ من تقنين المرافعات على هذا الحكم صراحة فقالت: «لا يجوز التوكيل في تأدية اليمين». وإذا صح التوكيل في تحليف اليمين، فإن التوكيل في حلفها لا يجوز، كما قدمنا. وفي هذا المعنى تقول المادة ٤٧٣ من التقنين المدني العراقي: «تجرى النيابة في التحليف، ولكن لا تجرى في اليمين». (انظر أيضاً المادة ١٣٢ من قانون البيئات السوري).

وتأدية اليمين تكون بأن يقول الخصم: «أحلف»^(٢)، ثم يذكر صيغة اليمين التي أقرتها المحكمة. فإذا كان دين الخصم يفرض أوضاعاً مقررة في الحلف،

(١) وقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الحكم الذي يوجه اليمين يجب أن يقضى بقبول أو رفض الدعوى في حالة الحلف أو عدم الحلف، فهو حكم معلق على شرط في كل من الشقين (١٧ ديسمبر سنة ١٩٣٠ م ٤٣ ص ٩٠ - ٦ فبراير سنة ١٩٣٦ م ٤٨ ص ١١٣).

(٢) ولا يجوز التحليف بصيغة الطلاق؛ فإن الحلف بهذه الصيغة يتمدى أثره إلى الزوجة والأولاد. وقد قضت محكمة طنطا الكلية بأن توجيه اليمين بصيغة الطلاق يخالف القانون، وذلك لأن قانون المرافعات لم يسمح للخصم الذي يكلف خصمه باليمين إلا أن يقدم صيغة الواقعة التي يريد الاستحلاف عليها، وقد جرى العرف في القضاء الأهل بأن تكون اليمين بصيغة «أقسم أو أحلف بالله العظيم»، وحكمة هذا هو الشعور بجلال المهلوف به وبرهته وعظمة العقاب.

جاز للخصم أن يطلب تأدية اليمين وفقاً لهذه الأوضاع^(١). وقد وردت هذه الأحكام صراحة في تقنين المرافعات. فنصت المادة ١٨٠ من هذا التقنين على أن «تكون تأدية اليمين بأن يقول الحالف أحلف وبذكر الصيغة التي أقرتها المحكمة». ونصت المادة ١٨١ على أنه «لمن يكلف حلف اليمين أن يؤديها وفقاً للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب ذلك». (انظر أيضاً المادتين ١٢٩ و ١٣٠ من قانون اليمينات السوري).

سواء اليمين بصيغة الطلاق ليس فيها شيء من حكمة اليمين، ويتمدى أثرها إلى الغير (الزوجة والأولاد)، فهي أضعف من اليمين بالله قرة، وهي تضر الغير إذا كان الحالف حائناً (١٠ سبتمبر سنة ١٩١٩ المحاماة ١ رقم ٣١ ص ١٩٦).

(١) كذلك يجوز للخصم الذي وجه اليمين أن يطلب من خصمه أن يضع يده على ما يعتبر في دينه الكتاب المقدس، إيماناً في إشماسه بجلالة الموقف وبخطر اليمين. وقد قضت محكمة بنى سويف الجزئية بأنه لا مانع يمنع الخصم عند توجيه اليمين الحاسمة لخصمه من أن يطلب من أن يضع يده على المصحف أو الإنجيل أو التوراة وقت الحلف، فإذا قبل الخصم حلف اليمين ورفض وضع يده على الكتاب عد ناكلاً عن اليمين (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٠ المحاماة ١ رقم ١٠٠ ص ٤٩٠). ومع ذلك فقد قضت محكمة الاسكندرية الكلية بأن وضع اليد على المصحف الشريف ليس من الشرع في شيء، ومن باب أولى وضع اليد على مصحف خاص معروف بالبتوكية، وعليه فن يرفض حلف اليمين على هذه الصورة لا يعد ناكلاً عن اليمين (١٤ يونيو سنة ١٩٢١ المحاماة ٢ رقم ٧١ ص ٢٢٧ — قارن محكمة النقض الفرنسية في قضايا الحالف فيها مسلم من الجزائر: ٦ نوفمبر سنة ١٩٣٤ دالوز الأسبوعي ١٩٣٤-٥٨٥-١٩٣٤ — ٤ مايو سنة ١٩٣٦ — دالوز الأسبوعي ١٩٣٦ ٣٢٢-٣٠ أكتوبر سنة ١٩٤٠ سيريه فهرست ١٩٤٠ لفظ الجزائر Algérie فقرة ٣ — أنسيكلوبيدي دالوز في القانون المدني ٤ Preuve فقرة ١٠٦١).

وكان تقنين المرافعات المختلط (م ١٩٠) يوجب رفع اليد اليمين عند القسم. أما التقنين الوطني فلم يكن يوجب ذلك، وجرى العمل في المحاكم الوطنية على أن يقسم الحالف «بأه العظم».

وقد رأينا أنه إذا كان دين من يحلف يفرض عليه ألا يقسم باسم الله، بل يقتصر على التأكيد باسم الذمة والضمير، جاز له أن يكتب بذلك ما دام مثل هذا التأكيد يعتبر يميناً في دينه. ولكن لا يلزم الخصم باتباع أوضاع دينه في الحلف إذا عرض أن يحلف وفقاً للأوضاع المدنية. (انظر أنسيكلوبيدي دالوز في القانون المدني ٤ لفظ Preuve فقرة ١٠٦٢ و فقرة ١٠٦٥).

أما كيفية الحلف في الفقه الإسلامي فقد جاء في شأنه في البدائع ما يأتي: «وقال مشايخنا ينظر إلى حال الحالف، إن كان من لا يخاف منه الاجترار على الله تعالى باليمين الكاذبة، يكتب فيه بالله عز وجل من غير تفليط. وإن كان من يخاف منه ذلك تفلط، لأن من العوام من لا يبالى من الحلف بالله عز وجل كاذباً فإذا غلظ عليه اليمين يمتنع. وقال بعضهم إن كان المال المسمى سبياً يكتب فيه بالله عز وجل، وإن كان كثيراً يغلظ. وصفه التلطيظ أن يقول: والله اللطيف»

ويعتبر في حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لا يعرف للكتابة، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها (م ١٨٢ مرافعات). وقد نصت المادة ٤٧٨ من التقنين المدني العراقي على أنه «تعتبر يمين الأخرس ونكوله عن اليمين بإشارته المعهودة». (١) (انظر أيضاً المادة ١٣١ من قانون البيئات السورى).

= لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية، ونحو ذلك مما يعد تغليظاً في اليمين. وإن كان الحالف كافراً، فإنه يحلف بالله عز وجل أيضاً، ذمياً كان أو مشركاً، لأن المشركين لا ينكرون الصانع، قال الله تبارك وتعالى جل شأنه: ولئن سألتهم من خلق السموات والأرض ليقولن الله، فيعظمون اسم الله تعالى عز شأنه ويعتقدون حرمة الإله... وإن رأى القاضى ما يكون تغليظاً في دينه فعل، لما روينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غلظ على ابن صوراً، دل أن كل ذلك سائح، فيغلظ على اليهودى بالله تعالى عز وجل الذى أنزل التوراة على سيدنا موسى عليه الصلاة والسلام، وعلى النصرانى باقته الذى أنزل الإنجيل على سيدنا عيسى عليه الصلاة والسلام، وعلى المجوسى بالله الذى خلق النار... وكذلك لا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان عندنا. وقال الشافعى رحمه الله: إن كان بالمدينة يحلف عند المنبر، وإن كان بمكة يحلف عند الميزاب، ويحلف بعد العصر. والصحيح قولنا، لما روينا من الحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام: البيعة على المدعى واليمين على المدعى عليه، مطلقاً عن الزمان والمكان. وروى أنه اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع في دار إلى مروان بن الحكم، ففضى على زيد بن ثابت باليمين عند المنبر، فقال له زيد أحلف له مكافى، فقال له مروان لا والله إلا عند مقاطع الحقوق، فجعل زيد يحلف إن حقه لحق وأبى أن يحلف عند المنبر، فجعل مروان يمجب من ذلك، ولو كان ذلك لازماً لما احتل أن يأباه زيد بن ثابت. ولأن تخصيص التحليف بمكان وزمان تعظيم غير اسم الله تبارك وتعالى، وفيه معنى الإشراف في التعظيم. (البدائع ٦ ص ٢٢٧ - ص ٢٢٨). وجاء في البحر الرائق في صدد التحليف بالطلاق ما يأتي: «وفي الخانية وإن أراد المدعى تحليفه بالطلاق والعناق في ظاهر الرواية لا يجيبه القاضى إلى ذلك، لأن التحليف بالطلاق والعناق حرام، ومنهم من جوزه في زماننا، والصحيح ما في ظاهر الرواية اه. وفي كتاب الحظر والإباحة من التتارخانية والفتوى على عدم التحليف بالطلاق والعناق اه. وفي منية المفتى لم يجزه أكثر مشايخنا، وإن مست إليه الضرورة يفتى أن الرأى فيه للقاضى اتباعاً لبعض اه. وفي خزانة المفتين كما في منية المفتى، وزاد فلو حلفه القاضى بالطلاق فنكل، وقضى بالمسال، لا ينفذ قضاؤه على قول الأكثر». (البحر الرائق ٧ ص ٢١٣).

(١) ونصت المادة ٤٧٤ من التقنين المدني العراقي على أنه «إذا اجتمعت طلبات مختلفة في دعوى واحدة، يكنى فيها يمين واحدة، ولا يلزم التحليف لكل منها على حدة». (انظر أيضاً المادة ١١٥ من قانون البيئات السورى). ونصت المادة ٤٧٧ من هذا التقنين على أنه «لا تكون اليمين إلا أمام المحكمة، ولا اعتبار بالنكول من اليمين خارجها». (انظر أيضاً المادة ١١٧ من قانون البيئات السورى). وهذه أحكام تسمى في القانون المصرى دون نص، لأنها تنضق مع القواعد العامة.

وإذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه من الحضور ، انتقلت المحكمة أو نذبت أحد قضاتها لتحليفه (م ١٧٩ مرافعات) .

ويحضر محضر بحلف اليمين ، يوقعه الحالف ورئيس المحكمة أو القاضي المنتدب والكاتب (م ١٨٤ مرافعات) (١) .

٢٩١ - ما يترتب على حلف اليمين الخامسة - النصوص القانونية :

تنص المادة ٤١٣ من التقنين المدني على ما يأتي :

« لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه . على أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي ، فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض ، دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده » (٢) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٥/٢٩٠ (٣) .

(١) ويجب أداء اليمين بنفس الصيغة التي طلبت بها ، وكل تعديل في هذه الصيغة يمكن اعتباره نكولاً ، وعلى ذلك إذا طلب من الخصم اليمين على أنه دفع مائة وعشرين ، ولكنه عند أدائها حلف بأنه دفع خمسة وسبعين فقط ، اعتبر هذا التعديل نكولاً عن اليمين (الأقصر ٢٥ مارس سنة ١٩٠٧ المجموعة الرسمية ٨ رقم ٧١) . كذلك لا يجوز التحفظ في الحلف ، كأن يضيف الحالف عبارة تفيد أنه يقرر الواقع بقدر ما تبعه ذاكرته أو بقدر ما يعلم (استئناف مختلط ١٦ يونيو سنة ١٩١٥ م ٢٧ ص ٤٠٥ - أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥١ وهامش رقم ٤٤) . ولا يجوز الامتناع عن الحلف حتى لو دفع من وجهت إليه اليمين بعدم اختصاص المحكمة ، لما عليه إلا أن يستأنف حكم الاختصاص حتى لا يعتبر حلفه بعد ذلك رضاه ضمناً باختصاص المحكمة (استئناف مختلط ٦ يونيو سنة ١٩١٧ م ٢٩ ص ٤٨٥) . ولا يمنع حلف اليمين حالفها من أن يستأنف الحكم بتوجيهها (استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨) .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥١ من المشروع التمهيدي على الوجه الذي

استقر عليه في التقنين الجديد ، فيما عدا تحويراً لفظياً طفيفاً . وزال كل فرق لفظي في لجنة المراجعة ، وأصبح رقم المادة ٤٢٦ من المشروع النهائي . ووافق عليها مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٣ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٥ و ص ٤٥٧) .

(٣) وكانت المادة ٢٢٥/٢٩٠ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « التكليف

باليمين يؤخذ منه أن طالبا ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الشكوك » .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى: في قانون البيئات السوري المادة ١٢٠ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨١ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٤ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٢ (١) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٣ (٢) .

ويؤخذ من نص التقنين المدني الجديد أن الخصم إذا حلف اليمين الحاسمة ، انحصم النزاع نهائياً ، وخسر الخصم الذي وجه اليمين دعواه . ولا يجوز لهذا الخصم أن يعود إلى محاصمة من حلف اليمين مرة أخرى في نفس موضوع الحق ليثبت كذب اليمين (٣) كما لا يجوز له أن يقدم أى وجه آخر للاثبات (٤) .

(١) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ١٢٠ : ١٥ - توجيه

اليمين يتضمن التنازل عما عداها من البيئات بالنسبة إلى الواقعة التي ترد عليها ، فلا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه . ٢ - حل أنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جزائي ، فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض ، دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده بسبب اليمين الكاذبة . وهذا النص يتفق في أحكامه مع التقنين المصري .

التقنين المدني العراقي م ٤٨١ : تكاد تكون مطابقة لنص التقنين المصري ، وهي مطابقة

في الحكم .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٤ : إذا حلف الفريق الذي كلف اليمين أو الذي

ردت عليه ، فلا تقبل من خصمه إقامة البرهان على كذب يمينه . حل أنه إذا ثبت كذب اليمين بمقتضى قرار جزائي ، حق للفريق المتضرر أن يطالب ببدل العطل والضرر ، وهذا لا يهول دون الطعن في الحكم بطرق المراجعة القانونية الممكنة . (وهذا النص يطابق في حكمه نص التقنين المصري) .
التقنين المدني للملكة الليبية المتحدة م ٤٠٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

(٢) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٣ : إذا أدبت اليمين الموجهة أو المردودة ، فلا يقبل

من الخصم الآخر أن يثبت كذب هذه اليمين .

Art. 1363 : Lorsque le serment déféré ou référé a été fait, l'adversaire n'est point recevable à en prouver la fausseté.

(٣) ولكن هذا لا يمنع من الطعن في الحكم الذي صدر بالتحليف بوجوده تتعلق بصحة

توجيه اليمين وبصحة الحلف وبغير ذلك مما يتعلق باليمين ذاتها وما يسرى عليها من أحكام . مثل ذلك أن يتمسك بنقص أهليته وقت حلف اليمين أو بعيب من عيوب الإرادة . وفي هذه الأحوال يلغى الحكم بتوجيه اليمين ، ويترتب على ذلك بطلان الحلف (الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢٢٠ هامش رقم ١) .

(٤) وفي الفقه الإسلامي لا تجوز البيعة بعد حلف اليمين إلا لعذر على قول خليل في المذهب

المالكي . جاء في الشرح الكبير للدردير على مختصر خليل : « وإن أنكر المدعى عليه أى أجاب =

وقد كانت المادة ٢٢٥/٢٩٠ من التقنين المدني السابق تنص على أن التكليف باليمين يؤخذ منه أن طالبها ترك حقه فيما عداها من جميع أوجه الثبوت^(١) . وكان الفقه والقضاء في مصر ، في ظل هذا النص من التقنين السابق ، لا يجيزان للمدعى ، إذا ثبت أن خصمه حلف كذباً ، أن يطالبه بالتعويض . ويثبت الحلف كذباً عادة في دعوى جنائية تقام على الحالف . ذلك أن المادة ٣٠١ من قانون العقوبات تنص على أن « من ألزم باليمين أو ردت عليه في مواد مدنية ، وحلف كذباً ، يحكم عليه بالحبس ، ويجوز أن تزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري » . وكان كل ما يستطيع الخصم الذي وجه اليمين إلى خصمه ، فحلف كذباً ، الانتفاع به من هذا النص ، في عهد التقنين المدني السابق ، هو أن يبلغ ، كأي فرد عادي ، النيابة العامة عن وقوع جريمة حلف يمين كاذبة . وأن يقدم للنيابة أدلة الإثبات على كذب اليمين بعد أن يكون قد عثر عليها ، بشرط ألا

- بالإنكار ، قال القاضي للمدعى ألك بيته ، فإن قال نعم أمره بإحضارها وأعد للمدعى عليه فيها كما يأتي . فإن نقاها بأن قال لا بيته لي ، واستحلفه أي طلب المدعى تحليفه ، وحلف ، فلا بيته تقبل للمدعى بعد ذلك ، إلا لعذر كنيان حين تحليفه خصمه وحلف أنه نسيها ، وأدخلت الكاف عدم علمه بها ثم علم ، كذا إذا ظن أنها لا تشهد له ، أو أنها ماتت ، فله القيام بها إن حلف على ذلك . وللشرط المدعى عليه على المدعى عدم القيام ببينة يدمي نسيانها أو عدم علمه بها وفي له بشرطه » . (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ ص ١٤٦) . ولكن جمهور الفقهاء هل أن البينة تجوز بعد حلف اليمين ، وقد جاء في البدائع في هذا المعنى : « وأما حكم أدائه فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً ، بل مؤقتاً إلى غاية إحضار البينة عند عامة العلماء . وقال بعضهم حكم انقطاع الخصومة هل الإطلاق ، حتى لو أقام المدعى البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بيته عند العامة ، وعند بعضهم لا تقبل لأنه لو أقام البينة لا تبقى له ولاية الاستحلاف فكذا إذا استحلف لا يبقى له ولاية إقامة البينة والجامع أن حقه في أحدهما فلا يملك الجمع بينهما . والصحيح قول العامة ، لأن البينة هي الأصل في الحججة لأنها كلام الأجنبي ، فأما اليمين فكأن الحلف عن البينة لأنها كلام الخصم صير إليها للضرورة ، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الحلف فكأنه لم يوجد أصلاً . (البدائع ٦ ص ٢٢٩) .

ويستخلص من ذلك ، كما يقول الأستاذ أحمد إبراهيم ، أن اليمين في الفقه الإسلامي كالإقرار « ليست طريقاً للقضاء ، لأن المنكر إذا حلف وعجز المدعى عن البينة ، يترك المدعى في يده لعدم قدرة المدعى على إثباته ، لا قضاء بيمينه . ولذا لو جاء المدعى بعد ذلك بالبينة يقضى له بها ولو كان ترك المال في يده قضاء له به لم ينقض » . (طرق القضاء في الشريعة الإسلامية ص ٧) . (١) وقد قدمنا أن المادة ١٦٦/١٨٧ من تقنين المرافعات القديم كانت أيضاً تنص على أنه : « لا يكون التحليف من باب الاحتياط باليمين الحاسمة ، لأن التكليف بتلك اليمين يفيد ترك طاعها من أوجه الثبوت للمادة المراد الاستحلاف عليها » .

نكون، هذه الأدلة هي البينة أو القرائن إذا كانت قيمة المحلوف عليه تزيد على عشر، جنيتها . والنيابة العامة هي التي ترفع الدعوى الجنائية إذا رأت وجهاً لذلك . أما الخصم الذي وجه اليمين فلا يجوز له أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة، بل ولا أن يدخل مدعياً مدنياً في الدعوى الجنائية التي ترفعها النيابة العامة . وحتى إذا صدر الحكم الجنائي بالإدانة في الدعوى التي رفعها النيابة العامة ، فلم يكن يجوز للخصم الذي وجه اليمين أن يستند إلى هذا الحكم ليطعن في الحكم المدني الذي صدر ضده بعد الحلف ، أو أن يرفع دعوى جديدة بحقه بعد أن ثبت كذب اليمين التي حلفها خصمه . بل لم يكن له أن يرفع دعوى تعويض مدنية عن هذه اليمين الكاذبة ، بالرغم من أن دعوى التعويض هذه هي غير دعواه الأولى التي خسرها (١) ، وكان ينبغي ألا بصطدم قبول مفاعها بحجية الأمر

(١) وقد كان هذا هو الرأي السائد في الفقه والقضاء في عهد التقنين المدني السابق : الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة ٢ ص ٤١ — ص ٤٣ — الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات جزء ٢ فقرة ٥٥٧ — دى هلنس ٤ ص ١٧٨ فقرة ٤٣ — الأستاذ أحمد أمين في شرح قانون العقوبات ص ٥١٥ . وقد قضت دائرة النقض الجنائية بأن الخصم الذي يوجه إلى خصمه اليمين الخاصة في دعوى مدنية يعتبر أنه تنازل عن كل حقوقه إذا حلف خصمه اليمين ، سواء أكان كاذباً أم صادقاً ، ولا يجوز سئل لمن وجه اليمين أن يرفع مباشرة دعوى اليمين الكاذبة على خصمه ، والنيابة التي لها وحدها الحق في رفع الدعوى في هذه الحالة لا يمكنها أن تبدي طلبات البينة في الدعوى المرفوعة مباشرة بغير حق ، وإنما لمسا فقط أن ترفع دعوى خاصة (١٣ أبريل سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية ١٣ رقم ٦٩) . وقضت أيضاً بأنه إذا وجه أحد الخصوم اليمين الخاصة إلى خصمه فحلفها حائثاً فيها ، ثم رفعت النيابة الدعوى العمومية على الخالف ، فليس لمن وجه اليمين أن يمد دعواه المدنية بأى حال من الأحوال ، ولو من طريق المطالبة بتعويض كدع بحق مدني (٦ نوفمبر سنة ١٩٢٤ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٢٦) — انظر أيضاً : نقض جنائي ٣ مايو سنة ١٩٤٩ المحاماة ٣٠ رقم ١١٤ ص ١١٥ — استئناف أهل ٢ مايو سنة ١٩٠٣ الحقوق ٢٨ ص ٢١٢ — أسيوط استئناف ٢٨ يوليو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٧ رقم ٥٤ — ملوى ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٦ الأقصر ٦ مارس سنة ١٩٠٩ المجموعة الرسمية ١١ رقم ٩ — ١٦ مارس سنة ١٩١٦ المجموعة الرسمية ١٨ رقم ١١ — قنا الجزئية ٦ يولية سنة ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢٠ رقم ٣٥ — ٥ يولية سنة ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ٢٢ ص ١٥٥ — استئناف مختلط ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٢٢١ — ٨ فبراير سنة ١٩٤٠ م ٥٢ ص ١٢٥ — انظر أيضاً في الفقه الفرنسي : أوبري وروو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥٣ — ص ١٥٤ ورده على ديرانتون (وهو يقول برأى عكسي : ديرانتون ١٣ فقرة ٦٠٠) في فقرة ٧٥٣ هامش رقم ٤٥ .

وقد كنا ، في عهد التقنين المدني السابق ، من المعارضين على هذا الرأي ، وكتبنا في الموجز في هذا الصدد ما يأتي : «على أنه من السهل أن يؤخذ على هذا الرأي أنه يخلط بين حق المدعى =

المقضى لاختلاف السبب والمحل ، ولا أن ترد باتفاق موهوم قبل باستخلاصه من توجيه اليمين على أساس أن توجيه اليمين صلح وهو ليس يصلح كما قدمنا ، أو على أساس أنه اتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية والإعفاء الاتفاق من المسؤولية التقصيرية باطل كما هو معروف .

وقد جاء التقنين المدني الجديد يسير في اتجاه آخر ، وبصلح من تطرف هذا الرأي . فهو إذا كان يقضى بأنه لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه (١) ، فإنه من جهة أخرى ينص صراحة على جواز أن يحصل الخصم الذي وجه اليمين على تعويض إذا ثبت على من حلف اليمين بحكم جنائى أنه حلف كذباً . فيجوز إذن للخصم الذى وجه اليمين أن يبلغ النيابة العامة أن خصمه حلف اليمين كذباً ، كما كان يستطيع ذلك فى الماضى . ويجوز له فوق ذلك - وهذا ما لم يكن يستطيعه فى الماضى - إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائى ، أن يرفع دعوى مدنية مبتدأة بالتعويض أمام المحاكم المدنية بعد صدور الحكم الجنائى . ولكن يبدو من ظاهر النص أنه لا يستطيع ، قبل ثبوت كذب اليمين بحكم جنائى ، أن يدعى مدنياً فى الدعوى الجنائية التى ترفعها النيابة العامة ، ولا يستطيع كذلك من باب أولى أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة . وعليه

= الأصل الذى تنازل عنه فلا يجوز أن يعود إلى المطالبة به ، وبين حق المدعى فى التعويض عن جريمة ارتكبا خصمه بجلفه كذباً ، وهذا حق له مصدر مستقل عن مصدر الحق الأصل ولم يتنازل عنه المدعى حتى يمنع من المطالبة به « (الموجز فقرة ٦٦٥ ص ٦٩٣) . وقال أيضاً فتحى زغلول فى شرح القانون المدنى (ص ٤٢١) : « وعلى ذلك يجوز الطعن على الحائف بأنه حلف كذباً ، فاذا ثبت عليه كذبه ، عوقب ، ولزمه الحق الذى حلف على إنكاره على سبيل التعويض » . وقضى بهذا رأى حكم صدر من محكمة أسيوط الكلية يقرر أنه يجوز لمن وجه اليمين الحاسمة لخصمه أن يثبت كذبها بدخوله مدعياً بحق مدنى فى دعوى اليمين الكاذبة التى نقيمتها النيابة العامة على من أداها (٢٨ يونيو سنة ١٩١٥ المجموعة الرسمية ١٨ ص ٨٧) .

(١) « وهذا الحكم - كما تقول المدكرة الإيضاحية للمشروع التمهدى - ليس إلا نتيجة لازمة لضرورة الترخيص بتوجيه اليمين من القاضى . وليس الإثبات باليمين من طرق الإثبات العادية ، بل هو طريق اضطرارى تمل العدالة وجوب الركون إليه ، ويخول من يعوزه الدليل المقرر وسيلة لإثبات ادعائه . ربويع أن اليمين تنصب على ادعاء الخصم ، وهو إنكار ادعاء من وجه اليمين ، وذلك بسبب صيغتها الشخصية . ولإثبات كذب اليمين يتعين على من وجهها أن يقيم الدليل بالطرق المقررة على ادعائه ، والمفروض أنها لا تقبل إلا عند انتفاء كل دليل مقرر » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٤٥٥٣ - ص ٤٥٦) .

أن يربص حتى يصدر حكم جنائي نهائي بكذب اليمين ، ثم يرفع بعد ذلك دعوى التعويض أمام المحاكم المدنية (١) .

ولا يفتح له صدور الحكم الجنائي بكذب اليمين باباً جديداً للطعن في الحكم المدني الذي صدر ضده بعد حلف هذه اليمين . ولكن إذا كشف الحكم الجنائي عن وجه من وجوه التماس إعادة النظر في هذا الحكم المدني ، كأن أثبت أن الخصم الذي حلف اليمين الكاذبة قد وقع منه غش كان من شأنه التأثير في الحكم المدني (م ٤١٧م) أو (مرافعات) ، أو كان سبباً في الحصول على أوراق قاطعة في الدعوى كان الخصم الذي حلف اليمين الكاذبة قد حال دون تقديمها (م ٤١٧م) رابعاً (مرافعات) ، فإنه يجوز للخصم الذي وجه اليمين أن يلتمس إعادة النظر في الحكم المدني إذا كان ميعاد الالتماس لم ينقض ، بل له كذلك أن يستأنف الحكم المدني إذا كان حكماً ابتدائياً ولم ينقض ميعاد الاستئناف . وهذا ما نصت عليه صراحة العبارة الأخيرة من المادة ٤١٣ من التقنين المدني الجديد ، إذ وهي تجعل للخصم الذي وجه اليمين الحق في أن يطالب بالتعويض ، تجعل له هذا الحق دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده (٢) . وهذا الحق في الطعن على الحكم المدني لم يكن موجوداً في عهد التقنين المدني

(١) انظر في هذا المعنى الأستاذ علي زكي المرابي في الإجراءات الجنائية جزء أول فقرة ٢٤٣ (وإن كان يورد قضاء صدر في عهد التقنين المدني السابق) — وانظر محكمة الزقازيق ١٠ نونبر سنة ١٩٥٢ المحاماة ٣٤ رقم ٤٤ ص ٥٦ . هل أن عبارة المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى قد يفهم منها عكس هذا الرأي ، وأنها تؤيد جواز المطالبة بالتعويض في خلال دعوى جنائية بشأن كذب اليمين ، وكذلك « جواز ادعاء المضرور مدنياً في حالة اليمين الكاذبة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٦ — وانظر النص الفرنسي للمذكرة الإيضاحية جزء ٢ ص ٧٢٢) . ويمكن القول ، لتوجيه هذا الرأي ، أن النص يميز للخصم أن يطالب بالتعويض عند ثبوت كذب اليمين بحكم جنائي : فعل أية صورة تكون المطالبة بالتعويض — دعوى مدنية مستقلة أو ادعاء مدني في خلال دعوى جنائية أو دعوى جنحة مباشرة — تكون الدعوى مقبولة بشرط أن يثبت كذب اليمين بحكم جنائي ، ولا يحكم بالتعويض فيه إلا عند تحقق هذا الثبوت .

(٢) والشق الثاني من المادة ٤١٣ من التقنين المدني — وهو القاضي بأنه إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي فإن للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالبه بالتعويض دون إخلال بما قد يكون له من حق في الطعن على الحكم الذي صدر ضده — مأخوذ من المشروع الفرنسي الإيطالي (م ٣١٦- وانظر أيضاً التقنين المدني البرتغالي م ٢٥٢٧ فقرة ٢) . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في خصوص هذا الشق الثاني ما يأتي : « أما الشق الثاني فهو نتيجة لطبيعة =

السابق ، وقد استحدثه التقنين المدني الجديد هو والحق في المطالبة بالتعويض بدعوى مبتدأة . لذلك لا تكون لهذه الأحكام المستحدثة أثر رجعي ، ولا نسرى إلا على يمين حاسمة صدر حكم بتوجيهها في تاريخ غير سابق على ١٥ من شهر أكتوبر سنة ١٩٤٩ ميعاد نفاذ التقنين المدني الجديد ، فان كان الحكم بتوجيه اليمين قد صدر قبل هذا التاريخ فالتقنين المدني السابق هو الذي يسرى بأحكامه التي تقدم ذكرها .

المطلب الثاني

رد الخصم لليمين الحاسمة على خصمه

٢٩٢ - النصوص القانونية : تنص الفقرة الثانية من المادة ٤١٠

اليمين، لأنها ليست تعاقداً أو صلحاً ، بل نظاماً من نظم العدالة . وقد استقر الفقه والقضاء على اعتبار اليمين الحاسمة صلحاً ، وفترها على ذلك هدم جواز شل الآثار التي تترتب على توجيهها وأدائها من طرق الادعاء مدنياً والمطالبة بتعويض في خلال دعوى جنائية بشأن كذب اليمين ، أو من طريق الطعن في الحكم بالطرق المقررة لهذا الغرض . ولما كانت اليمين ليست من التعاقد أو الصلح في شيء فوجب هدم إقرار النتائج التي تقدمت الإشارة إليها . ولذلك نص في الشق الثاني ... وهو مطابق للمادة ٣١٦ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، على جواز إدهام المضرور مدنياً في حالة اليمين الكاذبة دون إخلال بما قد يكون من حق في الطعن في الحكم . ويبراهي أن الضرر الحادث من جراء رفض الدعوى ليس سببه توجيه اليمين ، كما ذهب إلى ذلك بعض البارزين من الفقهاء (بارتان على أوبري ورو) ما دام أن من وجه اليمين قد استعمل حقاً أثبت له القانون . يهد أنه لا يجوز لمن وجه اليمين طبقاً للشق الأول أن يقيم نفسه مدهياً بالحق المدني وأن يطالب بالتعويضات من حلف أو أن يستعمل طرق الطعن في الحكم المدني إذا ثبت كذب اليمين بمقتضى حكم جنائي إلا في حالة ما إذا ثبت كذب اليمين بكشف أوراق أو ضبط مستندات كانت في حيازة المتهم وحده أي في حيازة من أدى اليمين . أما فيما يتعلق بطرق الطعن في الحكم ، فإثبات كذب اليمين التي ثبت بمقتضاها ادعاء من وجهها أوردتها ميسور له ما دامت المواعيد المقررة لم تنقض ، فله أن يطعن بالاستئناف أو بطريق الاتماس عند الاقتضاء (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٦) . والظاهر من عبارة المذكرة الإيضاحية أنه لا توجد إلا حالة واحدة يستطيع فيها من وجه اليمين أن يطالب بتعويض وأن يطعن في الوقت ذاته في الحكم المدني ، وتلك الحالة هي حالة كشف أوراق أو ضبط مستندات كانت في حيازة الخصم الذي أدى اليمين كذباً . ولكن هذا يتعارض مع إطلاق النص وعدم تقييده بهذه الحالة وحدها (انظر الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٥٥٨ ص ٢٠) — قارن في هذه المسألة الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٤٠ ص ٢٢٢ - ص ٢٢٤ . وانظر بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٢٨ .

من التقنين المدني على ما يأتي :

« ولمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه . على أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين^(١) . »

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٤/٢٨٩^(٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون اليمينات السوري المادة ١١٦ فقرة أولى ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٧٥ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٣ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٣٩٩ فقرة ٢^(٣) .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦٢^(٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٨ هـ من المشروع النهي

على الوجه الذي استقر به في التقنين المدني الجديد بتحرير لفظي طفيف . وفي لجنة المراجعة أصبح النص مطابقاً لنص التقنين الجديد ، وأصبح رقم المادة ٤٢٣ في المشروع النهائي . وأقره مجلس النواب ، فلجنة الشيوخ تحت رقم ٤١٠ ، لمجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٣ و ٤٤٧ - ص ٤٤٨) .

(٢) كانت المادة ٢٢٤/٢٨٩ من التقنين المدني السابق تجري على الوجه الآتي : « يجوز لكل من الأخصام أن يكلف الآخر باليمين الحاسمة لنزاع ، وفي هذه الحالة يجوز لمطلوبت اليمين أن يردّها على الطالب » . ولا فرق في الحكم بين النسخين الجديد والقديم .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون اليمينات السوري م ١١٦ فقرة أولى :

يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردّها على خصمه . على أنه لا يجوز الرد إذا انصبت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان ، بل يستقل بها شخص من وجهت له اليمين . (والحكم واحد في القانون السوري والتقنين المصري) .

التقنين المدني العراقي م ٤٧٥ : مطابقة لنص المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٣ : لا يجوز رد اليمين على الخصم إذا كانت

الواقعة المتحلف عليها لا تختص بالفريقين ، بل هي شخصية محضة للفريق الذي طلبت منه اليمين . (والحكم واحد في التقنين اللبناني والتقنين المصري) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٣٩٩ فقرة ٢ : مطابقة لنص المصري .

(٤) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦٢ : لا يجوز رد اليمين إذا كانت الواقعة المتحلف عليها

لا تتعلق بالخصمين معاً ، بل كانت لا تتعلق إلا بشخص من وجهت إليه اليمين .

Art. 1362 : Le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré.

٢٩٣ - متى يجوز رد اليمين : ويتبين من النص المتقدم الذكر أن اليمين يجوز ردها من الخصم متى وجهت إليه ، وذلك إذا لم يرد الحلف . فن وجهت إليه اليمين يلتزم إذن التزاماً أصلياً بحلفها ، والتزاماً بديلاً بردها على خصمه . ويترتب على أن الالتزام بالرّد هو التزام بدلي لا التزام تخييري^(١) أنه إذا وجهت اليمين إلى خصم فأصبح ملتزماً بالحلف أصلاً وبالرّد بدلاً ، ثم استحال عليه تنفيذ الالتزام الأصلي وهو الحلف ، بأن مات أو أفلس أو حجر عليه ، فلا يصر إلى الالتزام البدلي وهو رد اليمين ، بل يسقط الالتزامان معاً - الحلف والرّد - وتعود الحالة بين من وجه اليمين وورثة من وجهت إليهم إلى ما كانت عليه قبل توجيه اليمين^(٢) . ولو كان الالتزام بالرّد التزاماً تخييراً ، واستحال تنفيذ الالتزام الأصلي وهو الحلف ، لوجب تنفيذ الالتزام التخييري ، ولاعتبرت اليمين مردودة على الخصم الذي وجهها^(٣) .

٢٩٤ - شروط رد اليمين : ويشترط في رد اليمين ما يشترط في توجيهها ، إذ رد اليمين كتوجيهها نصرف قانوني بارادة منفردة . فيشترط في الرّد إذن كمال أهلية التصرف ، والخلو من عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه ، والخلو من التواطؤ والصورية ، وصدور توكيل خاص إذا فوض الخصم غيره في الرّد . وقد سبق تفصيل ذلك عند الكلام في توجيه اليمين . ويصبح الرّد غير قابل

(١) وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ١٥٤) خطأ أن الالتزام تخييري .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٥٣ ص ١٥١ .

(٣) الأستاذ أحمد نشأت في الإثبات ٢ فقرة ٤٦٣ - الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات ص ٢١٨ هامش رقم ٤ - استئناف مختلط ٩ يناير سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ١٥٦ - ويقال أيضاً في تكليف هذا الوضع أن الطالب في مرضه اليمين لا يعتبر أنه تنازل فعسب من جميع أوجه الإثبات الأخرى التي كان يمكنه أن يدلي بها ، بل تنازل أيضاً عن مدعاه إذا حلف خصمه . وتنازله هذا معلق على شرط . وعلى ذلك إذا مات المطلوب تحليفه قبل الحلف تخلف الشرط ، وعاد حق طالب اليمين إليه ، أى تنظر الدعوى بالحالة التي هي عليها . وما هل طالب اليمين إلا أن يقدم أدلة الإثبات الأخرى التي يكون قد تنازل عنها عند توجيهه اليمين (بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٢٣ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٣١ مكررة - الأستاذ عبد السلام ذهني في الأدلة جزء ٢ ص ٨) .

للزجوع فيه بمجرد قبول الخصم الذي ردت عليه اليمين أن يحلف ، وذلك كما في توجيه اليمين .

ويشترط أيضاً أن يكون الرد واقعاً على نفس اليمين التي وجهت ، فيجب إذن أن يكون في واقعة قانونية محددة غير مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب وحاسمة في الدعوى . ويشترط ، فوق ذلك ، أن يكون الرد في واقعة يشترك فيها الخصمان ، فلا يجوز في واقعة يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين . فاذا وهب رجل لابنه منزلاً واشترط عليه أن يتزوج في خلال سنة وإلا فسخت الهبة ، ثم رفع دعوى على ابنه بالفسخ ووجه إليه اليمين الحاسمة على أنه تزوج في خلال السنة ، فليس للابن إلا أن يحلف اليمين فيكسب الدعوى ، أو ينكل فيخسر . ولا يجوز له أن يرد اليمين على أبيه ، وبطلب منه أن يحلف هو على أن الابن لم يتزوج في خلال السنة ، وذلك لأن واقعة الزواج هذه واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها الابن وحده ، فلا يجوز رد اليمين فيها على الأب^(١) . وقد قضت إحدى المحاكم بأنه إذا وجه الشفيع اليمين للمشتري في خصوص مقدار ثمن المبيع ، فلا يجوز للمشتري أن يرد اليمين على الشفيع ، لأن هذا أجنبي عن الاتفاق الخاص بالثمن ، فلا يمكنه التأكد من حقيقة مقداره^(٢) .

(١) هذا إلا إذا حلف الأب على مجرد عدم العلم بأن ابنه تزوج . وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذه المسألة ما يأتي : « والواقع أن اليمين التي توجه من أحد الخصوم تنصب على ادعاء الخصم الآخر ، ويقضى المنطق بعدم جواز الاستحلاف على صحة واقعة إلا إذا كانت متعلقة بشخص الخالف . فإذا لم يكن الخصمان مشتركين في الواقعة ، بل كانت يستقل بها من وجهت إليه اليمين فحسب ، فلا يجوز لهذا الأخير أن يرد هذه اليمين على خصمه . ذلك أن اليمين تكون غير جائزة القبول في هذه الحالة ، لتعلقها بواقعة ليست خاصة بشخص من يطلب استحلافه » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٤٥) .

(٢) محكمة جرجا في ١٢ يناير سنة ١٩٢٩ المحاماة ٩ رقم ٢٥٦ ص ٤٤٩ .
وفي الفقه الإسلامي خلاف في جواز رد اليمين : الحنفية لا يجيزون الرد ، والمالكية والشافعية يوجبونه إذا نكل المدعى ، وابن تيمية لا يجيز الرد إلا فيما يقع تحت علم المدعى (طرق القضاء للأستاذ أحمد إبراهيم ص ٢٦٣ - ص ٢٦٩) . وجاء في البدائع ، في الخلاف ما بين الحنفية والشافعية في هذه المسألة ، ما يأتي : « فإن نكل عن اليمين بعد العرض عليه ثلاثاً فإن القاضي يقضى عليه عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله لا يقضى بالنكول ولكن يرد اليمين إلى المدعى فيحلف فأخذ حقه . احتج الشافعي رحمه الله بقول النبي عليه الصلاة والسلام البيئة حل للمدعى واليمين حل للمدعى عليه ، جعل البيئة حجة المدعى واليمين حجة المدعى عليه ولم يذكر عليه الصلاة »

٢٩٥ - أثر رد اليمين : ومتى ردت اليمين ، أصبحت موجهة إلى من كان قد وجهها أول مرة . فينقلب الموقف ، ويصبح هذا هو الملتزم بالحلف ، ثم لا يجوز له رد اليمين ثانية على من ردها عليه ، وإلا لدرنا في حلقة مفرغة وأجزنا الرد إلى ما لانهاية . فان حلف كسب الدعوى ، وإن لم يحلف عدنا كلا وخسر دعواه . ويجرى في كيفية الحلف وفيما يترتب من الأثر على الحلف والنكول ، في حالة الرد ، مايجرى في حالة توجيه اليمين .

على أن كل هذا مشروط بأن يكون الرد واقعاً على نفس اليمين التي وجهت أولاً كما قدمنا . فاذا عدلت اليمين المردودة ، كان الرد توجيهاً ليمين جديدة يجوز ردها ثانية . مثل ذلك أن يوجه المدعى اليمين إلى المدعى عليه على أنه ليس في ذمته الدين المدعى به ، فيرد المدعى عليه اليمين معدلاً ، وبدلاً من أن يطلب من المدعى أن يحلف هو على أن الدين في ذمة المدعى عليه ، يطلب منه الحلف على أنه لم تقع مقاصة بين الدين المدعى به وحق يقابله في ذمة المدعى . فان رد المدعى عليه اليمين معدلة على هذا النحو ، يكون قد اعترف بأن الدين قد قام ابتداء في ذمته ولكنه انقضى بعد ذلك بالمقاصة . ولما كان هو المطالب بتقديم الدليل على وقوع المقاصة ، ولا دليل عنده على ذلك ، فهو يوجه يميناً أخرى

والسلام النكول ، فلو كان حجة المدعى لاكره . والمقول أنه يحتمل أنه نكل لكونه كاذباً في الإنكار فاحترز عن اليمين الكاذبة ، ويحتمل أنه نكل مع كونه صادقاً في الإنكار تورعاً عن اليمين الصادقة ، فلا يكون حجة القضاء مع الشك والاحتمال ، لكن يرد اليمين إلى المدعى ليحلف فيقضى له ، لأنه ترجح جنبه الصدق في دعواه بيمينه ولنا أنه ظهر صدق المدعى في دعواه عند نكول المدعى عليه ، فيقضى له كما لو أقام البينة . ودلالة الوصف أن المانع من ظهور الصدق في خبره إنكار المدعى عليه ، وقد عارضه النكول فزال المانع لتعارض ، فظهر صدقه في دعواه . وقوله يحتمل أنه نكل تورعاً عن اليمين الصادقة ، قلنا هذا احتمال نادر ، لأن اليمين الصادقة مشروعة ، فالظاهر أن الإنسان لا يرضى بفوات حقه تحرزاً عن مباشرة أمر مشروع ، ويش هذا الاحتمال ساقط الاعتبار شرعاً . ألا ترى أن البينة حجة القضاء بالإجماع وإن كانت محتلة في الجملة ، لأنها خبر من ليس بمعصوم عن الكذب ، لكن لما كان الظاهر هو الصدق سقط اعتبار احتمال الكذب ، كذا هذا . (البدائع ٦ ص ٢٣٠) . وظاهر من هذا النص أن الرد في الفقه الإسلامي لا يكون بناء على طلب من وجهت إليه اليمين ، بل إن هذا ليس أمامه إلا أن يحلف أو ينكل ، فإن نكل وجب على القاضي - عند غير الحنفية - أن يرد اليمين على المدعى .

جديدة إلى المدعى في خصوص وقوعها . ويجوز عندئذ للمدعى أن يرد اليمين الجديدة على المدعى عليه ليحلف أن له حقاً تقع به المقاصة^(١) .

المطلب الثالث

النكول عن اليمين الحاسمة

٢٩٦ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٤ من التقنين المدني على ما يأتي :

« كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يردها على خصمه ، وكل من ردت عليه اليمين فنكل عنها ، خسر دعواه^(٢) . »

ولا مقابل لهذا النص في التقنين المدني السابق ، ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البينات السوري المادة ١١٩ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٠ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادة ٢٣٢ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٣^(٣) .

(١) الموجز للمؤلف ص ٦٩٣ - ص ٦٩٤ .

(٢) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٢ من المشروع التمهيدى على الوجه الذى استقر به في التقنين المدني الجديد . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٤٢٧ في المشروع النهائى . ثم وافق عليه مجلس النواب ، فلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٤ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩) .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السوري م ١١٩ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

التقنين المدني العراقي م ٤٨٠ : تكاد تكون مطابقة لنص التقنين المصرى ، وهى مطابقة في الحكم .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانية م ٢٣٢ : من كلف حلف اليمين وتمنع عنها أو عن ردها على خصمه ، أو ردت عليه اليمين وتمنع عنها ، كان خاسراً في طلبه أو في دفعه . (والحكم واحد في التقنينين اللبناني والمصرى) .

التقنين المدني للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠٣ : مطابقة لنص التقنين المصرى .

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادة ١٣٦١ (١).

٢٩٧ - ممن يقع النكول : ويتبين من نص التقنين المدني المصري أن النكول إما أن يقع ممن وجهت إليه اليمين ابتداء ، فلا يردها على خصمه ولا يحلف فيعتبر ناكلا . واما أن يقع ممن ردت عليه اليمين ، وقد رأينا أنه لا يستطيع ردها ، فاذا لم يحلفها اعتبر ناكلا .

٢٩٨ - كيف يقع النكول : ويقع النكول بعدم الحلف حين يجب الحلف . فالنكول إذن موقف سلبي . وقد نظمه تقنين المرافعات في المادتين ١٧٧ و ١٧٨ (٢) . فبز بين ما إذا كان الحكم بالتحليف قد صدر في حضور الخصم المكلف بالحلف ، أو صدر وهو غائب .

فإن صدر الحكم وهو حاضر - سواء أكان قد نازع في جواز اليمين أو في تعلقها بالدعوى ورفضت المحكمة منازعته أم لم ينازع في ذلك - فإن صيغة اليمين تكون مبينة في منطوق الحكم ، ويجب على الخصم أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه ، فإن سكت عن الحلف والرد اعتبر ناكلا . ويجوز مع ذلك أن تعين المحكمة في حكمها يوماً معيناً للحلف ، ويعتبر نطقها بالحكم إعلاناً للخصوم على شرط أن يكون ثابتاً بمحضر الجلسة أو الحكم أن المكلف باليمين حاضر شخصياً وقت النطق بالحكم . ويراعى في تحديد جلسة الحلف ميعاد التكليف

(١) التقنين المدني الفرنسي م ١٣٦١ : من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون أن يرضى بردها على خصمه ، ومن ردت عليه اليمين فنكل عنها ، خسر دعواه أو دفعه .

Art. 1361 : Celui auquel le serment est déféré, qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse, doit succomber dans sa demande ou dans son exception.

(٢) المادة ١٧٧ مرافعات : إذا لم ينازع من وجهت إليه اليمين لا في جوازها ولا في تعلقها بالدعوى ، وجب عليه إن كان حاضراً بنفسه أن يحلفها فوراً أو يردها على خصمه ، وإلا اعتبر ناكلا . ويجوز للمحكمة أن تعطيه ميعاداً للحلف إذا رأت لذلك وجهاً . فإن لم يكن حاضراً وجب تكليفه على يد محضر بالحضور لحلفها بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته ، فإن حضر وامتنع دون أن ينازع ، أو تخلف بغير عذر ، اعتبر ناكلا كذلك .

المادة ١٧٨ مرافعات : إذا نازع من وجهت إليه اليمين في جوازها أو في تعلقها بالدعوى ، ورفضت المحكمة منازعته وحكت بتكليفه ، بينت في منطوق حكمها صيغة اليمين ، ويعلمن هذا المنطوق للخصم إن لم يكن حاضراً بنفسه ، ويتبع ما نص عليه في المادة السابقة .

بالحضور ، ما لم يقبل المكلف بالحلف ميعاداً أقصر ويكون قبوله هذا مدوناً بمحضر الجلسة (١) . وحضور الوكيل يغني عن حضور المكلف باليمين ، إذا كان هذا الوكيل ممن يصح إعلان الأصيل في مواجته (٢) .

(١) وقد قضت محكمة النقض - في عهد تقنين المرافعات السابق - بأن المادة ١٧٠ مرافعات (١٧٧ جديد) تنص على أن « من يطلب التمجيل من الأخصام يملن حكم اليمين لخصمه ، ويكلفه بالحضور لأدائه ، مع مراعاة الأصول والمواعيد المقررة للطلب أمام المحكمة » . وفي مجي المادة بهذا ما يدل على أن أصل مراد الشارع بالمادة ١٦٩ التي قبلها (١٧٨ جديد) هو أن المحكمة إذ حكمت بتحليف اليمين فهي تقتصر على مجرد الحكم بذلك مع بيان صيغة السؤال المراد التحليف عليه ، ثم تترك ليق يمه من الأخصام أن يسمي في تنفيذ هذا الحكم بإعلانه لخصمه وتحديد الجلسة لذلك . إما أن تحدد المحكمة من تلقاء نفسها ميعاداً لحلف اليمين أمامها ، أو أن تعتبر نطقها بالحكم إعلاناً للخصوم بالجلسة التي تحدها للحلف ، فهذا خارج عما هو مفهوم من مجموع المادتين ومن نظام الإجراءات التي يريد الشارع بحسب الأصل اتباعه في مسألة اليمين وفي تنفيذ هذا الحكم . على أن ذلك ليس معناه أن المحكمة ممنوعة من أن تحدد من تلقاء نفسها جلسة لحلف اليمين ، أو أن تعتبر النطق بحكمها إعلاناً للخصوم ، وبحيث يمكنها عند عدم حضور من عليه اليمين في الميعاد المحدد أن تعتبره ناكلاً . كلا ، بل إن لها أن تحدد جلسة للحلف ، ولكن على شرط أن تكون بعيدة بعداً يسمح بإعلان حكمها للخصم في محل إقامته الأصل مع مراعاة مواعيد التكليف بالحضور ومواعيد المسافة ، وأن تتأكد المحكمة في اليوم المحدد للحلف أن الإعلان قد حصل صحيحاً وروعت فيه تلك المواعيد ، كما لها عند تحديد الجلسة أن تعتبر حكمها إعلاناً للخصوم ، وذلك في صورة ما إذا كان ثابتاً بمحضر الجلسة أو بالحكم أن المكلف باليمين حاضر شخصياً وقت النطق به . وفي هذه الحالة تكون الجلسة التي تحدها وتعلنها إليه في حكمها محتوية لميعاد التكليف بالحضور ، ما لم يقبل المكلف بالحلف في ميعاد أقصر ، ويكون قوله هذا مدوناً بمحضر الجلسة . وإذن فإذا كانت المحكمة قد حكمت بالتحليف ، وحددت لذلك جلسة لميعاد أقصر من الميعاد القانوني المعتاد ، ثم هي من جهة أخرى اعتبرت النطق بالحكم إعلاناً للخصوم ، ولم يثبت بمحضر الجلسة ولا بالحكم أن المكلف باليمين كان حاضراً ولا أنه قبل تقصير الميعاد ، فقضاؤها بعد في موضوع الدعوى على اعتبار أن الطاعن ممتنع عن اليمين وناكل عنه لجرد عدم حضوره في اليوم التالي هو قضاء مؤسس على إجراء مخالف للقانون ، ويتمين نقضه (نقض مدني ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٥ مجموعة عمر ١ رقم ٢٣٣ ص ٦٢٢) .

انظر أيضاً : استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٤٧ - ٢٧ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦١ (انتداب قاض التحليف اليمين لا يكون إلا عند وجود عذر دائم ، والقاضي المنتدب سلطات المحكمة المنتدبة في كل ما يتعلق بتحليف اليمين) - ١٣ نوفمبر سنة ١٨٨٩ م ٢ ص ٨ (تحليف الوصية على واقعة شخصية) - ٢١ فبراير سنة ١٩٠٦ م ١٨ ص ١٢٥ (إعلان صيغة اليمين) - ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ م ٣٨ ص ١٩٢ (طلب تعديل صيغة اليمين لا يعتبر نكولاً) .

(٢) الأستاذ أحمد لغات في الإثبات ٢ فقرة ٥٦٥ .

وإن صدر الحكم بالتحليف في غيبة المكلف بالحلف ، وجب تكليفه بالحضور على يد محضر لحلف اليمين بالصيغة التي أقرتها المحكمة وفي اليوم الذي حددته . فإن حضر وامتنع عن الحلب والرد دون أن ينازع ، اعتبر ناكلاً . وإن تغيب ، تنظر المحكمة في سبب غيابه ، فإن اعتبرته عنراً شريعياً جازها أن تحدد جلسة أخرى لحلف اليمين ، والا اعتبرته غيابه دون عندر شرعى نكولا (١) .

٢٩٩ - أمر النكول : والنكول يكون بمثابة إقرار ، كما قدمنا ، وتكليفه هو تكليف الإقرار . فاذا نكل الخصم على الوجه المتقدم ذكره ، لم يجز له بعد ذلك أن يطلب السماح له بالحلف من جديد ، بل يحكم عليه عقب نكوله . فإن كان من نكل هو من وجهت إليه اليمين ، كسب من وجه اليمين دعواه . وإن كانت اليمين قد ردت على الخصم الذي وجهها ونكل هذا ، خسر دعواه . فالدعوى التي يحلف عليها يكسبها المدعى بنكول خصمه ، ويخسرها برد اليمين عليه ونكوله (٢) .

ويكون الحكم على من نكل مانعاً للمحكوم عليه بعد ذلك أن يثبت صحة الواقعة التي نكل فيها عن الحلف (٣) و (٤) .

(١) فإذا صدر على الخصم حكم غيابي بالنكول ، جاز له أن يعارض فيه ، وأن يبدى في المعارضة العذر الشرعى الذى منه من الحضور . فإن قبلت المحكمة العذر ، ألقت الحكم المعارض فيه ، وحلفت المعارض .

(٢) المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٥٨ - ص ٤٥٩) .

(٣) استئناف مختلط ١٩ مايو سنة ١٩٢٠ م ٣٢ ص ٣٢١ - وقد ينكل الخصم في بعض الوقائع المطلوب تحليفه عليها ويحلف على بعض ، فأن نكل منه يكون قد اعترف به ، وما حلف عليه ينضم النزاع فيه (استئناف مختلط ٢٢ مايو سنة ١٩٠٧ م ١٩ ص ٢٧٢) - ويعتبر نكولا تأخير الخصم المكلف بالحلف أداء اليمين من يوم إلى يوم بتأجيلات متعاقبة حتى تشطب الدعوى ، ثم يأتي بعد ثمانى سنوات يعرض أن يؤدى اليمين (استئناف مختلط ٤ يونية سنة ١٩٢٩ م ٤١ ص ٤٣٠) . والخصم الذى امتنع في محكمة أول درجة من حلف اليمين الجاسمة للنزاع ، مع عدم المعارضة في تعلق الواقعة المقصود الاستحلاف عليها بأصل الدعوى ، ولا في جواز تبرؤها ، ولم يرد لها حل خصمه ، لا يقبل منه في محكمة الاستئناف المدول من ذلك الامتناع (قنا استئناف ٤ فبراير سنة ١٩٠٣ المجموعة الرسمية ٤ رقم ٩٢) .

المطلب الرابع

حجية اليمين الحاسمة

٣٠٠ - حجية اليمين الحاسمة من حيث الحلف : اليمين الحاسمة ،

كالإقرار ، حجيتها قاصرة ، كما قدمنا ، سواء في ذلك عند الحلف أو عند النكول .

أما من حيث الحلف ، فن وجه اليمين واحتكم بذلك الى ذمة خصمه ، كان

أثر هذا الاحتكام قاصراً عليه هو وورثته بصفتهم خلفاً عاماً له .

= هذا وقد ينكل الخصم عن الحلف ، ولكنه يصيف إلى هذا النكول واقعة من شأنها أن تعطل من أثر هذا النكول . مثل ذلك أن يوجه الخصم إلى خصمه اليمين أنه ما اقترض منه المبلغ المدعى به ، فينكل من وجهت إليه اليمين ، ولكنه يضيف أن دين القرض هذا قد انقضى بالتجديد . فهنا يعتبر النكول إقراراً بواقعة القرض ، ولكنه إقرار مركب ، إذ أضيفت إليه واقعة أخرى لاصقة هي واقعة التجديد . ويكون حكم النكول في هذه الحالة هو حكم الإقرار المركب ، وهو هنا إقرار غير قابل للتجزئة كما رأينا فيما قدمناه عن عدم تجزئة الإقرار . ويترتب على ذلك أن الخصم الذي وجه اليمين إما أن يطرح النكول بشقيه ويقوم باثبات القرض بطريق آخر غير اليمين ، فعل خصمه عندئذ يقع عبء إثبات وقوع التجديد ، وإما أن يستبق الشق الأول من النكول وهو الإقرار بالقرض على أن يثبت هو عدم وقوع التجديد (انظر في هذه المسألة بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٢٦ ص ٤٢٤) .

(٤) اعتبر أبو حنيفة النكول بذلاً - أي تركاً للمنازعة - وعند الصحابين النكول إقرار . جاء في تكملة فتح القدير : « لها - أي لأبي يوسف ومحمد رحمهما الله - أن النكول إقرار ، لأنه يدل على كونه كاذباً في الإنكار ... إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين إقامة للواجب ودفعاً للضرر عن نفسه ، وفيها تحصيل الثواب بإجراء اسم الله تعالى على لسانه تمظيماً له ، ودفع تهمة الكذب عن نفسه ، وإبقاء ماله على ملكه . فلولا هو كاذب في يمينه لمسا ترك هذه الفوائد الثلاث ، كذا في العناية وغيرها . فكان - أي النكول - إقراراً أو بذلاً عنه ، بفتح الدال ، أي خلفاً عن الإقرار ، يعنى أنه قائم مقام الإقرار ... ولأبي حنيفة أنه - أي النكول - بذل . وتفسير البذل منه ترك المنازعة والإعراض عنها ، لا الهبة والتمليك ... وأما اللة المرجحة لكونه بذلاً على كونه إقراراً ... لو حملناه على الإقرار الكذبناه في إنكاره السابق ، ولو حملناه بذلاً لقطنا المحصومة بلا تكذيب ، فكان هذا أولى ، صيانة للمسلم عن أن يظن به الكذب ... وقيل عليه إن الحكم واجب على الحاكم بالنكول ، والبذل لا يجب به الحكم عليه ، فلم يكن النكول بذلاً . وأجيب عنه بأن الحكم لا يجب بالبذل الصريح ، وأما ما كان بذلاً بحكم الشرع كالنكول فلا نعلم أنه لا يجب به ، بل هو موجب له قطعاً للمنازعة . (تكملة فتح القدير ٦ ص ١٦٣ - ص ١٦٥) .

ولا يتعدى هذا الأثر الى غير الخصم وورثته . فلا يتعدى الى الشريك أو الورثة فيما بينهم أو المدين المتضامن . فلو وجه أحد الشركاء في الشروع اليمين الى مدعى استحقاق الملك الشائع ، وحلف هذا ، كانت اليمين حجة على الشريك الذى وجه اليمين دون غيره من الشركاء . ولو وجه أحد الورثة اليمين الى دائن التركة وحلف ، كانت اليمين حجة على الوارث الذى وجه اليمين دون غيره من الورثة . ولو وجه أحد المدين المتضامنين اليمين الى الدائن وحلف ، كانت اليمين حجة على المدين الذى وجه اليمين دون غيره من المدين (م ٢٩٥ فقرة ٢ مدنى) .

وإذا ادعى شخص ديناً على آخر ، فوجه المدعى عليه اليمين الى المدعى فحلف ، كانت اليمين حجة على من وجهها ، ولا تكون حجة على دائنيه إذا طعنوا في اليمين بالتواطؤ . وإذا تنازع شخصان على عقار ، وباع أحدهما هذا العقار ، ثم وجه اليمين للمتنازع معه فحلف ، كانت اليمين حجة على من وجهها دون المشتري منه . أما إذا كان حلف اليمين قبل البيع ، كانت اليمين حجة على المشتري (١) .

٣٠١ - مهية اليمين الخامسة من حيث النكول : وأما من حيث

النكول فحجية اليمين قاصرة قصورها من حيث الحلف . فن نكل من الشركاء في الشروع ، كان نكوله حجة عليه دون سائر الشركاء . ومن نكل من الورثة ، كان نكوله حجة عليه دون سائر الورثة . ومن نكل من المدين المتضامنين ، كان نكوله حجة عليه دون سائر المدين (م ٢٩٥ فقرة ٢ مدنى) .

٣٠٢ - تعارض قصور مهية اليمين مع قواعد أخرى : ولكن قد

تعارض القاعدة التى تقضى بقصور حجية اليمين مع قواعد أخرى ، فتعدى

(١) الأستاذ عبد السلام ذهب في الأدلة ٢ ص ٤٤ - ص ٤٥ - ويستطيع الخصم أن يوجه اليمين إلى خصمه حتى لو انتقل الحق المدعى به من هذا الأخير إلى خلف له ، وبذلك يتيسر توجيه اليمين في واقعة شخصية لمن توجه إليه ، وإذا نكل هذا ، وكان نكوله بعد انتقال الحق إلى الخلف ، لم يسر النكول في حق الخلف (أنسيكلو بيدي دالوز في القانون المدنى ٤ Preuve فقرة ١١٢٥) .

عند ذلك حجية اليمين . من ذلك أثر القاعدة التي تقضى بأن عمل أحد المدينين المتضامنين يفيد الباقيين . وقد قضت الفقرة الثالثة من المادة ٢٩٥ مدني بأنه « إذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين فحلف ، فان المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك » . فهنا تعدت حجية اليمين إلى سائر المدينين المتضامنين (١) . ومن ذلك القاعدة التي تقضى بارتباط التزام الكفيل بالتزام الأصل . فاليمين التي توجه الى المدين الأصلي فيحلفها تبريء ذمة الكفيل ، وكذلك اليمين التي توجه إلى الكفيل في أصل الدين لا في الكفالة فيحلفها تبريء ذمة الأصل (٢) .

(١) أما القاعدة التي تقضى بأنه لا يجوز لأحد الدائنين المتضامنين أن يأتي عملاً من شأنه الإضرار بالدائنين الآخرين (م ٢٨٢ فقرة ٢ مدني) فتتمشى مع تصور حجية اليمين ولا تعطلها فيما إذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين فحلفها ، فإن ذمة المدين لا تبرأ إلا بالنسبة إلى الدائن الذي وجه اليمين دون غيره من الدائنين . وبذلك تكون حجية اليمين قاصرة على هذا الدائن وحده .

(٢) وقد نصت المادة ١٣٦٥ من التقنين المدني الفرنسي ، تطبيقاً لهذه القواعد ، على ما يأتي : « اليمين لا تكون إلا حجة لمن وجهها أو حجة عليه ، هو وورثته وخلفائه . ومع ذلك إذا وجه أحد الدائنين المتضامنين اليمين إلى المدين ، لم تبرئه اليمين ذمة المدين إلا بمقدار حصة هذا الدائن . واليمين الموجهة إلى المدين الأصلي تبرئه ذمة الكفيل . واليمين الموجهة إلى أحد المدينين المتضامنين تفيد الباقيين . واليمين الموجهة إلى الكفيل تفيد المدين الأصلي . وفي الحاليتين الأخيرتين لا تفيد اليمين الموجهة إلى المدين المتضامن أو إلى الكفيل سائر المدينين المتضامنين أو المدين الأصلي إلا إذا انصبت على أصل الدين لا على واقعة التضامن أو الكفالة » (قارن كولان وكابيتان ومورانديير ٢ فقرة ٨١٨ فيما يتعلق باليمين الموجهة إلى الكفيل) . ونصت المادة ٢٣٦ من تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني على « أن حلف اليمين لا يصلح حجة إلا تجاه طالب التحليف وورثته وخلفائه في الحقوق إما لهم وإما عليهم » . وهذا هو الأصل الفرنسي لنص المادة ١٣٦٥ :

Le serment fait ne forme preuve qu'au profit de celui qui l'a déféré ou contre lui, et au profit de ses héritiers et ayants cause ou contre eux. Néanmoins le serment déféré par l'un des créanciers solidaires au débiteur ne libère celui-ci que pour la part de ce créancier. Le serment déféré au débiteur principal libère également les cautions. Celui déféré à l'un des débiteurs solidaires profite aux codébiteurs. Et celui déféré à la caution profite au débiteur principal. Dans ces deux derniers cas, le serment du codébiteur solidaire ou de la caution ne profite aux autres codébiteurs ou au débiteur principal que lorsqu'il a été déféré sur la dette, et non sur le fait de la solidarité ou du cautionnement.

الفرع الثاني

اليمين المتممة

٣٠٣ - ماهي اليمين المتممة: اليمين المتممة هي يمين بوجهها القاضى من تلقاء نفسه لأى من الخصمين ، عندما يرى أن هذا الخصم قدم دليلاً غير كاف على دعواه ، ليتم الدليل باليمين . وقد جعل القانون للقاضى هنا - على خلاف العادة - دوراً إيجابياً فى الإثبات (١) . فأباح له ، إذا لم يقدم أى من الخصمين دليلاً كافياً على ما يدعيه ، أن يختار منهما من يرجع عنده صدق قوله ، فيوجه إليه يميناً يتم بها أدلته غير الكافية . ومن ثم سميت اليمين باليمين المتممة (serment supplétif, supplétoire) .

ونذكر منذ البداية أن اليمين المتممة تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين

(١) ويذهب الفقهاء أوبرى ورو إلى أنه كان الأول يوافق التقنين المدنى الفرنسى عدم الاحتفاظ باليمين المتممة ، ويقولان فى هذا الصدد ما يأتى : « قد يكون من الخطأ أن وافق التقنين المدنى استبقوا اليمين المتممة . فإن فيها شيئاً خطيراً ، إذ هى تجعل للقاضى سلطة فى أن ينقل من تلقاء نفسه ، وبإرادته وحده ، البت فى الدعوى من منطقة القانون إلى منطقة الضمير (conscience) » . (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ هامش رقم ١) .

وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهدى ، فى صدد الدفاع عن استبقاء اليمين المتممة ، ما يأتى : « نص التقنين الفرنسى (م ١٣٦٦) على اليمين المتممة ، وتبعه فى ذلك التقنين الإيطالى (م ١٣٧٤) والتقنين الهولندى (م ١٩٧٧) والتقنين المصرى (م ٢٢٣/٢٨٨) والتقنين البرتغالى (م ٢٥٣٣) . ثم أبقى وافق المشروع الفرنسى الإيطالى (م ٣١٩) على هذه اليمين رغم ما وجه إليها من نقد - وقد أشار بعض الفقهاء بوجوب حذف اليمين المتممة لأن المروءة متى توافرت ، فلا حاجة لليمين لصد الخصم عن المطالبة بغير المستحق ، وهى إذا انتفت لم يستشر الخصم حرجاً من الحنث فيها . ثم إن القاضى لا يحتاج إلى اليمين لتمكين الإطمنان من نفسه ، لأن من يحقق فى إثبات دعواه بيوه بالحسرة ، ولا يستشر القاضى حرجاً فى القضاء لخصه عليه ، لأنه ينزل فى ذلك على حكم القانون - بيد أن هذا النظر يغفل خصائص اليمين بوصفها طريقاً للإثبات وطبيعة هذه اليمين والغاية منها . لأن اليمين طريق اضطرارية ، فن المقول أن يمكن القاضى من الالتجاء إليها فى ظل الضمانات التى يقررها القانون ، أى حيث لا يكون الطلب أو الدفع مجرداً من كل دليل وحيث يكون هذا الدليل غير كاف فى ذاته . وبراى أن اليمين نظام تقتضيه العدالة ، فهى والحال هذه عامل يعين على سير العدالة ، فضلاً عن =

الحاسمة : في أن اليمين الأولى بوجهها القاضى لا الخصم ، ولا بوجهها إذا كانت الدشوى خالية من أى دليل ، ولا يتحتم عليه أن يأخذ بما تؤدى إليه من حلف أو نكون فقد يرفض طلب من حلف ويجيب طلب من نكل . ثم إن مهمة اليمين المتممة غير مهمة اليمين الحاسمة ، فاليمين المتممة إنما توجه لاستكمال أدلة ناقصة ، أما اليمين الحاسمة فتقوم وحدها دليلاً يستبعد أى دليل آخر^(١) . وسنعود إلى هذه الفروق بعد أن نفصل أحكام اليمين المتممة .

٣٠٤ - تكييف اليمين المتممة : وهناك فرق جوهرى آخر بين اليمين المتممة واليمين الحاسمة . فقد رأينا فيما قدمناه أن توجيه اليمين الحاسمة من الخصم إلى خصمه هو تصرف قانونى بارادة منفردة . أما توجيه اليمين المتممة من القاضى فهو ليس الا واقعة مادية ، يلجأ إليها القاضى لاستكمال الأدلة . فتمحض اليمين المتممة إذن طريقاً من طرق الإثبات ذات القوة المحدودة وذات الأثر التكميلى ، ولا تنطوى على أى تصرف قانونى .

ونتكلم فى اليمين المتممة ، كما فعلنا فى اليمين الحاسمة ، فى توجيه اليمين وفى الآثار التى ترتب على توجيهها . ونعقب ذلك بالكلام فى صور خاصة لليمين المتممة : يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقوم .

أن القانون يترك للقاضى حرية التقدير بشأن ضرورة توجيهها وتعيين من توجه إليه من الخصوم . وفى من البيان أن هذا التقدير ينبغى أن يطاق بوجه خاص بما يتوافر فى الخصم من بواصث الثقة ، ولهذا لم ير وجه للتزويه بعدم جواز توجيه اليمين المتممة إذا كان من توجه إليه غير أهل لأى ثقة كما يفهم ذلك من عبارة المادة ٢٥٣٣ فقرة ٢ من التقنين البرتغالى . ويلاحظ أن اليمين شرعت لمعالج مساوىء نظام تقييد الدليل ونظام حيدة القاضى إزاء دعاوى الخصوم ، فيجب والمحال هذه أن تؤدى وظيفتها كاملة . هذا ويلاحظ من الناحية العملية أن القاضى لا يلجأ إلى اليمين المتممة إلا فى كثير من الحيلة والاعتدال ، بعد تقدير جدوى هذه اليمين تقديراً يمتد فيه بشخصية الخصم . إزاء كل أولئك رؤى الإبقاء على اليمين المتممة فى نصوص المشروع . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٠ - ص ٤٦١) .

ولعل خير دفاع عن اليمين المتممة هى أنها وسيلة لتخفيف من حدة التنظيم القانونى للإثبات ، فهى توسع أمام القاضى بمرورها ما ضاق بسبب جمود هذا التنظيم .

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٩٣٠ م ٤٢ ص ٣١٨ - أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧

١٥ - توجيه اليمين المتممة

٣٠٥ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٥ من التقنين المدني على ما يأتي :

١ - للقاضي أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه إلى أي من الخصمين ليعني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به .

٢ - وبشروط في توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل (١) .

ويقابل هذا النص في التقنين المدني السابق المادة ٢٢٣/٢٨٨ (٢) .

ويقابل في التقنينات المدنية العربية الأخرى : في قانون البيئات السوري المادة ١٢١ ، وفي التقنين المدني العراقي المادة ٤٨٢ ، وفي تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني المادتين ٢٣٧ و ٢٣٨ ، وفي التقنين المدني الليبي المادة ٤٠٤ (٣) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص في المادة ٥٥٣ من المشروع التمهيدي على وجه مطابق . وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم المادة ٤٢٨ من المشروع النهائي . ووافق عليه مجلس النواب ، لجنة مجلس الشيوخ تحت رقم المادة ٤١٥ ، فجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٠ و ص ٤٦٢ - ص ٤٦٣) .

(٢) وكانت المادة ٢٢٣/٢٨٨ من التقنين المدني السابق تجرى على الوجه الآتي : « إذا تبين أن الأوراق المقدمة للإثبات غير كافية له ، فللقاضي أن يكلف الدائن باليمين لتأييد دونه ، أو يكلف المدين بها لإثبات براءة ذمته من الدين » . ونص التقنين المدني الجديد أدق من حيث إنه لا يشترط ، لتوجيه اليمين المتممة ، وجود أوراق للإثبات غير كافية . فقد تكون الدعوى تجارية أو لا تزيد على نصاب البيئة ، فيكون في هذه الحالة أن يقدم الخصم بيئته أو قرائن - لا أوراقاً - تشكل بعد ذلك باليمين المتممة . ومهما يكن من أمر ، فالحكم واحد في التقنينين الجديد والقديم ، رفضاً عن الحلاف في النص .

(٣) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البيئات السوري م ١٢١ : مطابقة تقريباً لنص التقنين المصري ومتفقة معه في الحكم .

التقنين المدني العراقي م ٤٨٢ : مطابقة لنص التقنين المصري .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبناني م ٢٣٧ : يحق للقاضي أن يكلف أحد الفريقين حلف

اليمين ، أما لجعل الحكم موقوفاً عليها ، وأما لتعيين المبلغ الذي سيحكم به - م ٢٣٨ : لا يجوز للقاضي أن يطلب من تلقاء نفسه تحليف اليمين على الطلب ولا حل الدفع الذي يقابله إلا إذا توافر =

ويقابل في التقنين المدني الفرنسي المادتين ١٣٦٦ و ١٣٦٧^(١) .
ونبحث هنا أيضاً ، كما بحثنا في البمين الحاسمة ، المسائل الآتية :
(١) من يوجه اليمين المتممة (٢) لمن توجه (٣) متى توجه (٤) موضوعها
(٥) جواز الرجوع فيها .

٣٠٦ - من يوجه اليمين المتممة : يوجهها القاضى من تلقاء نفسه ،
لا الخصم . ولا يتقيد القاضى فى ذلك بطلب الخصوم ، فلو طلبها خصم للقاضى
أن يقدر هذا الطلب ، فيوجهها أو لا يوجهها . وله أن يوجهها ، كما قدمنا ، حتى
لو لم يطلب الخصم توجيهها^(٢) .

٣٠٧ - لمن توجه اليمين المتممة : وتوجه لأى من الخصمين بحسب
تقدير القاضى . فان رأى القاضى أن أحد الخصمين - المدعى أو المدعى عليه -
قدم أدلة على ادعائه فى الدعوى أو فى الدفع^(٣) أرجح من أدلة الخصم الآخر
وإن كانت فى ذاتها غير كافية ، ورأى إلى جانب ذلك أن هذا الخصم ذا الدليل

= الشرطان الآتيان : (أولاً) يجب ألا يكون الطلب أو الدفع ثابتين كل الثبوت . (ثانياً) يجب
ألا يكونا مجردين تماماً عن الإثبات . وفيما عدا هاتين الحالتين يجب على القاضى أن يكتفى بقبول
الطلب أو برده . (والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى) .

(١) التقنين المدني الفرنسى م ١٣٦٦ : يجوز للقاضى أن يوجه اليمين لأى من الخصمين ،
إما ليجمع الحكم فى القضية موقوفاً عليها ، وإما ليعين المبلغ الذى يحكم به - م ١٣٦٧ : لا يجوز
للقاضى أن يوجه اليمين من تلقاء نفسه ، سواء فى الدعوى أو فى الدفع المقابل لها ، إلا بالشرطين
الآتيين : (أولاً) يجب ألا يكون هناك دليل كامل على الدعوى أو الدفع . (ثانياً) يجب ألا
يكونا خاليين من أى دليل - وفيما عدا هاتين الحالتين يجب على القاضى أن يكتفى بقبول
الدعوى أو برفضها .

Art. 1366. Le juge peut déférer à l'une des parties le serment, ou pour
en faire dépendre la décision de la cause, ou seulement pour déterminer le
montant de la condamnation. Art. 1367. Le juge ne peut déférer d'office le
serment, soit sur la demande soit sur l'exception qui y est opposée, que
sous les deux conditions suivantes : il faut, 1^o Que la demande ou l'except-
tion ne soit pas pleinement justifiée ; 2^o Qu'elle ne soit pas totalement
dénuée de preuves. Hors ces deux cas, le juge doit ou adjuger ou rejeter
purement et simplement la demande.

(٢) استئناف مختلط ٦ مارس سنة ١٨٩٠ م ٢ ص ٢٢٠ .

(٣) استئناف مختلط ٢٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٣ .

الراجح أولى بالثقة فيه والاطمئنان إليه ، وجه إليه هو ، دون الخصم الآخر ،
اليمين المتممة ليستكمل أدلته بها . وإن رأى الخصمين متكافئين في كل ما تقدم ،
فالظاهر أنه يوجه اليمين المتممة إلى المطلوب من الخصمين لا الطالب ، لأن
الأصل براءة الذمة (١) . على أن القاضى فى كل هذا إنما يسير بحسب اقتناعه
و بمقدار ما يطمئن إلى أى من الخصمين ، دون أن يتقيد بقاعدة معينة ، فمن
من الخصمين رآه أجدر بالثقة حلفه اليمين (٢) .

ولا تشترط أهلية خاصة فى الخصم الذى توجه إليه اليمين . بل تكفى فيه
أهلية التقاضى ، لأن اليمين المتممة ليست تصرفاً قانونياً ، بل هى وسيلة من
وسائل التحقيق والإثبات كما قدمنا . وسنرى أنه لا يصح التوكيل فى حلف
اليمين المتممة .

ولا يجوز توجيه اليمين المتممة إلى غير خصم أصلى فى الدعوى . فلا توجه
إلى الدائن الذى يرفع الدعوى باسم مدينه ، بل توجه إلى هذا المدين بعد إدخاله
فى الدعوى (٣) .

٣٠٨ - متى توجه اليمين المتممة : توجه فى أية حالة كانت عليها

الدعوى ، إلى أن يصدر حكم نهائى حاز لقوة الشيء المقضى . ويجوز توجيهها
بعد إقفال باب المرافعة ، فيعيد القاضى القضية إلى المرافعة إذا رأى محلاً لذلك .
كما يجوز توجيهها لأول مرة أمام المحكمة الاستئنافية ، فى أية حالة كانت عليها
الدعوى على الوجه المتقدم الذكر .

(١) وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن القاضى بالخيار فى توجيه اليمين المتممة لأحد الخصمين
الذى يرى كفته أرجح فى الأدلة ، وإذا تساوت الأدلة ، على الأقل فى نظره ، فلا مانع من أن
يوجهها للمدعى عليه ، لأن الأصل فيه عدم تمهده (٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٩ الهامة ٣٠ رقم ٤٦٠
ص ١٠٢٦ - انظر مع ذلك أوبرى ورو ١٢ ص ٣٩٠ - وانظر فى هذا المعنى : ديملومب ٣٠
فقرة ٧٠٩ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٢ . ولا يجوز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة لكلا
الخصمين ، على أن ينظر فيما بعد لمن يحكم له منهما ، حلفاً أو نكلاً أو حلف أحدهما ونكل
الأخر : أنسيكلويدى دالوز فى القانون المدنى ٤ لفظ Preuve فقرة ١٢٢٤) .

(٢) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ هامش رقم ١٠ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٣
ص ١٠٥٧ - ص ١٠٥٨ - الموجز للمؤلف ص ٦٩٥ .

(٣) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ هامش رقم ٨ .

ولكنها لا توجه إلى خصم إلا لاستكمال أدلته . فيجب إذن - كما يقول النص - ألا يكون في الدعوى دليل كامل ، وألا تكون الدعوى خالية من أى دليل . أى يجب أن يكون في الدعوى مبدأ ثبوت (commencement de preuve) بالكتابة أو بغير الكتابة على حسب الأحوال^(١) . ذلك أنه إذا كان في الدعوى دليل كامل ، لم تصبح هناك حاجة لليمين المتممة ، وقضى لمصلحة صاحب هذا الدليل^(٢) . وإذا كانت الدعوى خالية من أى دليل ، لم يصح توجيه اليمين المتممة لأى من الخصمين ، لأن هذه اليمين لا توجه إلا لاستكمال أدلة ناقصة ، فلا تحمل مكان أدلة غير موجودة كما هو شأن اليمين الحاسمة ، وإنما يقضى في هذه الحالة على الخصم الذى خلت دعواه من أى دليل .

والدليل الناقص الذى تكمله اليمين المتممة يختلف باختلاف ما إذا كان الادعاء يجوز إثباته بالبينة والقرائن أو لا بد من الكتابة في إثباته . فإذا كان الإثبات جائزاً بالبينة والقرائن ، فالدليل الناقص يضح أن يكون بينة أو قرائن ليست كافية لإقناع القاضى فيستكملها باليمين المتممة ، ويكون ذلك في أدعاء لا يتجاوز قيمته عشرة جنيهات وكذلك في جميع المواد التجارية^(٣) . أما إذا كان

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن شرط توجيه اليمين المتممة هو أن يكون لدى كل من الطرفين مبدأ ثبوت لا يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل ، فإذا ما وجهت المحكمة اليمين إلى أحد الخصمين وحلفها ، وقدرت من ذلك أن الدليل الكامل قد توالت على صحة ما يدعيه ، فليس في ذلك ما يناقض ما سبق أن قررته في حكمها الصادر بتوجيه اليمين من أن كلا من الطرفين يستند في دعواه إلى دليل له قيمته (نقض مدنى ٥ أبريل سنة ١٩٥١ مجموعة أحكام للنقض ٢ رقم ١٠٣ ص ٦٢٢) . وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن اليمين المتممة لا يجوز توجيهها إذا كانت الدعوى خالية من أى دليل (٢٨ يناير سنة ١٩٠٣ م ١٥ ص ١٠٦) . وقضت أيضاً بأنه لا يجوز توجيه اليمين المتممة إذا كان هناك دليل كامل أو لم يكن هناك أى دليل (٢٢ يونيو سنة ١٩١٦ م ٢٨ ص ٤٤٣) .

(٢) حل أنه إذا وجه القاضى إليه اليمين المتممة بالرغم من تقديمه دليلاً كاملاً ، لحلفها ، لم يكن هذا موجباً لبطان الحكم (بلانيول وريبير وجاهولد ٧ فقرة ١٥٨٢ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٦) - وإن نكل عنها ، فالقاضى يقضى بالرغم من ذلك لمصلحته إذ قدم دليلاً كاملاً حل صحة أدعائه . فان قضى ضده بسبب النكول ، كان هذا خطأ في القانون يفسخ لرقابة محكمة النقض .

(٣) وقد رأينا أن نصر الضمين المنفى السابق (م ٢٨٨/٢٢٢) معيب من هذه الناحية ، -

الإثبات بالكتابة واجباً ، فالدليل الناقص يجب أن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، لا مجرد بيينة أو قرائن ، إلا في الحالات التي تجوز فيها البيينة والقرائن بدلا من الكتابة لمسوغ قانوني ، كما إذا كان هناك مانع من الحصول على الكتابة أو فقدت الكتابة بسبب أجنبي بعد الحصول عليها (١) .

= فهو يشترط لتوجيه اليمين المتممة أن تكون في الدعوى أوراق مكتوبة. ولم يأخذ القضاء بظاهر النص ، بل مال إلى عدم اشتراط أن يكون مبدأ الثبوت حاصل بالكتابة في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بالبيينة والقرائن . فقضت محكمة استئناف مصر بأنه لا يشترط أن يكون مبدأ الثبوت حاصل بالكتابة (١٦ ديسمبر سنة ١٩٤٥ الهامة ٣٠ رقم ١٥٥ ص ١٦٢) . وذكرت في حكم آخر بأن القضاء اختلف في توجيه اليمين المتممة في الأحوال التي تثبت بشهادة الشهود اعتياداً على أن المادة ٢٢٣ منقح نص على أنه إذا تبين أن الأوراق المقدمة للإثبات غير كافية ... والراجع إلى يجوز توجيهها حتى في الحالات التي تثبت بشهادة الشهود بصفة عامة وفي المسائل التجارية وهي منها . . . والقاضي بالخيار يوجهها في طلب أصل في الدعوى أو دفع متفرع منها لأحد الخصمين الذي يرى كفت أرجح في الأدلة ، وإذا تساوى حل الأقل في نظره فلا مانع من أن يوجهها للمدعى عليه لأن الأصل فيه عدم تمهده - وحل كل فالقاضي له أن يعدل بعد توجيهها إذا وجد ما يفي به من ذلك ، بل له ألا يأخذ بها بعد تأديتها ، وإذا رفضها من وجهت له فليس من المهم أن يحكم عليه (٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٩ الهامة ٣٠ رقم ٤٦٠ ص ١٠٢٦) .

(١) استئناف مختلط ١٣ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٩٢ - ٣ ديسمبر سنة ١٨٩٦ م ٩ ص ٤٩ - ٥ مايو سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٦٤ - ١٤ أبريل سنة ١٩٢١ م ٣٣ ص ٢٧٠ - ١٧ يناير سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ١٢٢ - ٦ يونيو سنة ١٩٢٢ م ٣٤ ص ٤٦٣ - ١٧ نوفمبر سنة ١٩٢٦ م ٣٩ ص ١٦ .

وانظر : أوبري وروو ١٢٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٨٨ - ص ٣٨٩ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٢ ص ١٠٥٦ - ص ١٠٥٧ - بلانيول وريبير وبولانجييه ٢ فقرة ٢٢٩٣ ص ٧٢٢ .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وقد عرضت هذه الفقرة لشروط جواز قبول اليمين المتممة وحببها . فهي تختلف عن اليمين الحاسمة في أنها لا تكون جائزة القبول إلا حيث لا يكون الدليل كاملاً وحيث لا تكون الدعوى خالية من كل دليل . فإعمال هذه اليمين يفترض أن الادعاء قريب الاحتمال ، فينبغي أن يكون ثمة مبدأ ثبوت ، لا يكفي بمجرد لتكوين دليل كامل ، وإن انطوى فيه معنى تعزيز هذا الاحتمال . فإذا توافر في الدعوى دليل كامل انتفت جدوى اليمين المتممة وامتنع قبولها ، لأن القاضي يلزم بالتقيد بهذا الدليل والقضاء للمدعى حل أساسه . وينبغي كذلك ألا تكون الدعوى خالية من كل دليل ، لأنها تكون في هذه الحالة غير حميدة الاحتمال لأن توافر مبدأ الثبوت القانوني هو الذي أسبغ عليها هذا الوصف - ويمتد مبدأ ثبوت في رأى الفقه والقضاء : (١) الإقرار الجزئى . (ب) والبيينة والقرائن إذا كانت القيمة أقل من عشرة جنيهات ، لأن هذه أو تلك قد تعتبر غير كافية في ذاتها =

٣٠٩ - موضوع اليمين المنتمية : ولما كانت اليمين المنتمية هي لتكملة

دليل ناقص ، فالواقعة التي يحلف عليها الخصم هي تلك التي تكمل دليله ليثبت ادعاؤه ، دعوى كان هو دعفاً . فهي إذن لا بد أن تكون واقعة غير مخالفة للقانون ولا للنظام العام ولا للآداب ، ويجب أن يكون من شأنها أن تكمل الدليل الناقص في تقدير القاضي (١) .

ويغلب أن تكون الواقعة التي يحلف عليها الخصم اليمين المنتمية هي واقعة الادعاء بأجمعها ، كأن يحلف الدائن أن له في ذمة المدين مبلغ كذا بسبب القرض ، فيستكمل بهذه اليمين مبدأ ثبوت بالكتابة قدمه لإثبات عقد القرض . ولكن لا شيء يمنع من أن تكون الواقعة مجرد قرينة من شأنها ، إذا ثبتت ، أن تضاف إلى أدلة أخرى موجودة فيثبت المدعى به بمجموع هذه الأدلة (٢) . مثل ذلك أن يحلف المدين يمينا متممة على أنه أقرض الدائن ، بعد حلول الدين المدعى به ، مبلغاً من المال ، ليستخلص من واقعة القرض قرينة تضاف إلى مبدأ ثبوت بالكتابة لإثبات براءة ذمته من الدين المدعى به .

كذلك يغلب أن تكون الواقعة التي يحلف عليها الخصم اليمين المنتمية واقعة

= (ح) ومبدأ الثبوت بالكتابة إذا زادت القيمة على عشرة جنيهات أو كان الإثبات بالبينة صيراً أو مستحيلاً (د) ودفاتر التجار بشأن ما يوردون متى كانت منتظمة « مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦١ - ص ٤٦٢) .

(١) انظر في اليمين المنتمية لتكملة دليل ناقص : استئناف مختلط ٣١ أكتوبر سنة ١٨٨٨ م ١ ص ٢٧٢ - ١١ ديسمبر سنة ١٨٩٠ م ٣ ص ٨٤ - ١٣ أبريل سنة ١٨٩٢ م ٤ ص ١٩٢ - ٢١ أبريل سنة ١٨٩٨ م ١٠ ص ٢٥٥ - مصر الكلية ١٢ يونيو سنة ١٩٢٢ المحاماة ١٣ رقم ٣٦٧ ص ٧٤٤ . هذا وقد رأينا عند الكلام في دفاتر التجار أن البيانات المثبتة فيها لما وردة التجار لغير التجار تصلح أساساً يجهز للقاضي أن يوجه اليمين المنتمية إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة (م ٣٩٧ فقرة أولى مدني) .

ويقرر الأستاذ عبد السلام ذهني أن اليمين المنتمية لا يمكن توجيهها إلى المتهم في الدعوى المدنية المرتبطة بالدعوى الجنائية ، شأنها في ذلك شأن اليمين الحاسمة (الأدلة ٢ ص ٥٣ - ص ٦٠ - انظر أيضاً في هذا المعنى بودري وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٧) .

(٢) أوبري ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩١ وهامش رقم ١٤ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٢ - بلانبول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٤ ص ١٠٥٨ .

شخصية . فان لم تكن شخصية كان الحلف على عدم العلم^(١) . ذلك أن اليمين المتممة ، كاليمين الحاسمة ، قد تكون يمينا على عدم العلم . مثل ذلك أن يوجه القاضى اليمين المتممة إلى ورثة المدعى عليه يحلفون أنهم لا يعلمون أن مورثهم قد تسلم الوديعة المدعى بها من المدعى . وليست يمين عدم العلم هذه يمين استيثاق ضرورة ، شأنها فى ذلك شأن يمين عدم العلم الحاسمة ، ولكن يمين الاستيثاق هى التى قد تكون فى بعض صورها يمينا بعدم العلم . وسيأتى تفصيل ذلك عند الكلام فى يمين الاستيثاق .

٣١٠ - جواز الرجوع فى اليمين المنعقدة : واليمين المتممة يجوز

الرجوع فيها دائماً . وقد رأينا أن القاضى هو الذى يوجهها . فاذا وجهها إلى أحد الخصمين ، ثم بدا له بعد ذلك أن يرجع ، بأن كشف عن أدلة جديدة أكملت الأدلة الناقصة أو نقضتها فلم يعد هناك مسوغ لتوجيه اليمين المتممة ، جاز له الرجوع . بل يجوز له الرجوع لمجرد أن يكون قد غير رأيه دون حاجة إلى الكشف عن أدلة جديدة ، فقد يعيد النظر فى تقدير الأدلة الموجودة فيراها كاملة وكان يظنها قبل توجيه اليمين ناقصة ، أو لا يرى فيها دليلاً بعد أن كان يظنها أدلة ناقصة ، فيرجع عندئذ عن توجيه اليمين المتممة بعد أن يكون قد وجهها .

وسرى فيما يلى أنه حتى بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة لا يكون القاضى مقيداً أن يحكم بموجبها ، فقد يرى بعد النظر أن يحكم ضد الخصم بعد أن حلف اليمين ، أو يحكم لمصلحته بعد أن نكل .

§ ٢ - الآثار التى تترتب على توجيه اليمين المتممة

٣١١ - النصوص القانونية : تنص المادة ٤١٦ من التقنين المدنى

على ما يأتى :

(١) استئناف مخطوط ١٥ مارس سنة ١٩٠٠ م ١٢ ص ١٦٥ - اوبرى ورو ١٢

لغرة ٧٦٧ ص ٣٩٠ - ص ٣٩١ - بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٣ - قارن بودرى وبارد ٤

لغرة ٢٧٧٥ .

ولا يجوز للخصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتممة أن يردها على الخصم الآخر (١) .

ولامقابل لهذا النص فى التقنين المدنى السابق . ولكن الحكم كان معمولاً به دون نص .

ويقابل النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى قانون البينات السورى المادة ١٢٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى المادة ٤٨٥ ، وفى تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى المادة ٢٣٩ ، وفى التقنين المدنى الليبى المادة ٤٠٥ (٢) .

ويقابل فى التقنين المدنى الفرنسى المادة ١٣٦٨ (٣) .

٣١٢- لا خيار لمن وجهت إليه اليمين المتممة فاما الحلف أو النكول :

ويتبين من نص التقنين المدنى المصرى ألا خيار لمن وجهت إليه اليمين المتممة ، فهو إما أن يحلف أو ينكل ، ولا يستطيع أن يرد اليمين على الخصم الآخر . ذلك لأن اليمين موجهة إليه من القاضى لا من الخصم الآخر ، ولأنها وسيلة تكيلية لاقتناع القاضى وليست احتكاماً إلى ضمير الخصم حتى يجوز لهذا ردها ليحكم هو إلى ضمير خصمه (٤) .

(١) تاريخ النص : ورد هذا النص فى المادة ٥٥٤ من المشروع التمهيدى على وجه مطابق .

وأقرته لجنة المراجعة تحت رقم ٤٢٩ فى المشروع النهائى ، فجلس النواب ، فـلجنة مجلس الشيوخ تحت رقم ٤١٦ ، فـجلس الشيوخ (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٣٦٣ - ص ٢٦٤) .

(٢) التقنينات المدنية العربية الأخرى : قانون البينات السورى م ١٢٤ : مطابقة لتقنين

المصرى .

التقنين المدنى العراقى م ٤٨٥ : مطابقة لتقنين المصرى .

تقنين أصول المحاكمات المدنية اللبنانى م ٢٣٩ : أن اليمين التى يطلبها القاضى مباشرة من أحد

الفرعيتين لا يمكن ردها على الخصم . (والحكم واحد فى التقنينين اللبنانى والمصرى) .

التقنين المدنى للمملكة الليبية المتحدة م ٤٠٥ : مطابقة لتقنين المصرى .

(٣) التقنين المدنى الفرنسى م ١٣٦٨ : اليمين التى يوجهها القاضى من تلقاء نفسه إلى أحد

الخصمين لا يجوز ردها من هذا الخصم على الخصم الآخر .

Art. 1368 : Le serment déferé d'office par le juge à l'une des parties, ne peut être par elle référé à l'autre.

(٤) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ما يأتى : د اقتن =

فالحصم الذى وجه إليه القاضى اليمين المتممة لا مناص له إذن من أحد موقفين: الحلف أو النكول (١) . ونرى الآن ماذا يترتب من الأثر على كل من هذين الموقفين .

٣١٣- حلف الخصم لليمين المتممة: يحلف الخصم اليمين المتممة بنفسه ، ولا يجوز له أن يوكل أحداً غيره فى الحلف ، شأن اليمين المتممة فى هذا شأن اليمين الحاسمة . ذلك أن المقصود من الحلف ، فى الحالتين ، هو تأكيد الخصم لما يدعيه مع تعزيز التأكيد بالإيمان . وهو بعد لو ثبت حثته فى يمينه ، كان معرضاً للعقوبة الجنائية المنصوص عليها فى المادة ٣٠١ من قانون العقوبات وقد تقدم ذكرها . ونص هذه المادة غير مقصور على اليمين الحاسمة ، بل يشمل كل يمين يلزم بها الخصم فى المواد المدنية فيحلفها كذباً . ومن ثم يتناول النص ، فوق اليمين الحاسمة ، اليمين المتممة ويمين الاستيثاق وغيرها من الأيمان التى يلزم بها الخصم فى المواد المدنية .

وكل ما ذكرناه فى كيفية حلف اليمين الحاسمة يسرى بالنسبة إلى حلف اليمين المتممة .

والغالب أن الخصم إذا حلف اليمين المتممة قضى لصالحه ، إذ يكون بهذا

= المشروع أثر التقنين الفرنسى (م ١٣٦٨) والتقنين الإيطالى (م ١٣٧٦) والتقنين الهولندى (م ١٩٨٠) والتقنين البرتغالى (م ٢٥٣٤) والمشروع الفرنسى الإبطال (م ٣٢١) فى استظهار هذا الفرق الجوهرى بين اليمين المتممة واليمين الحاسمة . ويرامى أن التفريق بين اليمينين من هذا الوجه حتم تفتضه طبيعة اليمين المتممة ، لأن إعمالها من شأن القاضى فهو الذى يرجع إليه أمر توجيهها ، وهو الذى يمين من توجه إليه من الخصمين ، (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٢٦٢ - ص ٢٦٤) .

(١) وإذا مات من وجه إليه القاضى اليمين المتممة قبل أن يحلفها ، اعتبر الحكم بتوجيهها كأن لم يكن . وللقاضى أن يفصل فى النزاع دون يمين متممة ، أو أن يوجه هذه اليمين إلى الخصم الآخر ، أو أن يوجه يميناً متممة بدم العلم إلى ورثة الخصم الذى مات (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٤ - بلانهورل وريبير وجابولده ٧ فقرة ١٥٨٣) .

وقد رأينا أنه إذا مات من وجهت إليه اليمين الحاسمة قبل أن يحلفها ، لم تعتبر اليمين مردودة على الخصم الآخر لأن رد اليمين ليس بالتزام تخييرى بل هو التزام بدلى ، ومن ثم يرجع الأمر إلى ما كان عليه قبل توجيه اليمين . فينتفى الحكم إذن فى أن اليمين لا تعتبر مردودة إلى الخصم الآخر ، فى كل من اليمين الحاسمة واليمين المتممة ، ولكن لسببين مختلفين : فى اليمين الحاسمة الالتزام برد اليمين ليس إلا التزاماً بدلياً ، وفى اليمين المتممة الالتزام برد اليمين لا وجود له أصلاً .

الحلف قد استكمل الأدلة التي كانت ناقصة ، وأقنع القاضي بصحة ادعائه . ولكن إذا ثبت بحكم جنائي كذب اليمين ، جاز للخصم الآخر أن يطالب بتعويض مدني ، وهذا دون إخلال بالطعن في الحكم الذي صدرتأسبباً على اليمين المتممة بطريق الاستئناف أو بطريق التماس النظر . وقد رأينا أن هذا كله جائز في اليمين الحاسمة ، فهو جائز من باب أولى في اليمين المتممة . بل ويجوز ، في اليمين المتممة ، أن يدعى الخصم طالب التعويض مدنياً في الدعوى الجنائية التي ترفعها النيابة العامة ، كما يجوز له أن يرفع دعوى الجنحة المباشرة (١) .

على أنه ليس حتماً على القاضي ، بعد أن يحلف الخصم اليمين المتممة ، أن يقضى لصالحه . فقد يقع ، كما قدمنا ، أن القاضي ، بعد حلف اليمين وقبل النطق بالحكم ، يقف على أدلة جديدة تقنعه بأن ادعاء الخصم الذي حلف اليمين يقوم على غير أساس ، فيحكم ضده . بل ليس من الضروري أن يكشف القاضي أدلة جديدة ، فقد يعيد النظر كما أسلفنا في القضية ، بعد الحلف وقبل الحكم ، فيقتنع بغير ما كان مقتنعاً به عند توجيه اليمين المتممة ، فيقضى ضد من حلف (٢) .

(١) انظر في هذا المعنى حتى في عهد التقنين المدني السابق : (ملوى ٣٠ مايو سنة ١٩٠٥ المجموعة الرسمية ٦ رقم ١٠٦ - وانظر عكس ذلك وعدم قبول دعوى التعويض أمام محكمة الجناح أو أمام المحكمة المدنية ، أسوة باليمين الحاسمة ، وذلك في عهد التقنين المدني السابق : أسوان ١٤ يولييه سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية ١٤ رقم ٩٧) - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « ومع ذلك فاليمين المتممة طريق من طرق الإثبات ، فيجوز نقض دلالتها بإثبات العكس ، ويجوز للمضروب في هذه الحالة أن يدعى مدنياً للمطالبة بالتعويضات أمام المحاكم الجنائية ، ويجوز له أيضاً أن يطعن في الحكم بالطرق المقررة » (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٢) .

أما في الفقه الفرنسي ، فقد ذهب الفقهاء أوربي ورو (١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٢٩٣) إلى أن التعويض ، ومن ثم الادعاء مدنياً في الدعوى الجنائية ورفع الجنحة المباشرة ، غير جائز في اليمين المتممة ، شأن هذه اليمين في ذلك شأن اليمين الحاسمة . ويوافقهما في هذا الرأي : لاروميير ٥ م ١٣٦٧ - ١٣٦٨ فقرة ٢٥ - بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٥ - جارسون في القانون الجنائي م ٣٦٦ فقرة ١٧ . ويذهب إلى عكس هذا الرأي : ماركاديه م ١٣٦٨ فقرة ٣ - بودرى وبارد ٤ فقرة ٢٧٧٩ . ولم يحسم القضاء الفرنسي هذا الخلاف (بلانيول وريبير وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٥) .

(٢) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى في هذا الصدد ما يأتي : « وتعتبر اليمين المتممة دليلاً تكميلياً إضافياً كما هو ظاهر من اسمها . ويجوز أن يرتب عليها الفصل في النزاع ولكن قد لا يكون توجيهها ضرورياً لهذا الفصل . وتعتبر هذه اليمين إجراء من إجراءات =

بل إن القاضى ليقضى لمصلحة من حلف ، ثم يستأنف الحكم ، فترى هتانة الاستئناف راباً آخر ، إذ هى لا تنقيد بتوجيه اليمين ولا بحلفها فى المحكمة الابتدائية . فقد ترى ألا عمل لتوجيه اليمين المتممة ، لأن الأدلة قد أصبحت كافية ، أو كانت كافية من قبل ، أو أن الأدلة معدومة بحيث لا يجوز توجيه هـه اليمين . وحتى إذا رأت أن توجيه اليمين المتممة كان مستساغاً ، فقد ترى أن الخصم الذى كان يجب أن توجه إليه هذه اليمين هو الخصم الآخر ، فتوجهها له لأول مرة فى الاستئناف ، وتغفل اليمين الأخرى التى كانت المحكمة الابتدائية قد وجهتها . بل قد لاتعدل محكمة الاستئناف عن توجيه اليمين المتممة إلى الخصم الذى وجهها إليه المحكمة الابتدائية ، ولكنها لا تنقيد بموجبها ولا تقتنع بما اقتنعت به المحكمة الابتدائية ، فلا تقضى لمصلحة من حلف اليمين (١) .

٣١٤ - نكول الخصم عن اليمين المنهزة : أما إذا نكل الخصم الذى

وجهت إليه اليمين المتممة ، فإن الأدلة الناقصة التى كان قد قدمها لإثبات ادعائه

= التحقيق التى تيسر للقاضى تحصيل دليل خاص تقتضيه العدالة ويكون له ما لغيره من قوة الإلزام ، لأنها تفترض توافر عناصر إثبات لها مكانتها وإن كانت أدنى من مرتبة الدليل . وهى تختلف كذلك عن اليمين الحاسمة ، لأنها لا تنقل مصير النزاع إلى نطاق الذمة على وجه التخصيص والإفراد ، بل يظل النزاع محصوراً فى حدود أحكام القانون ، وإن جاوز هذه الحدود إلى ذلك النطاق استكمالاً للدليل . وهذه العلة لا تعتبر اليمين المتممة حجة قاطعة ملزمة ، بل يكون للقاضى مطلق الخيار فى الاعتداد بها أو التجاوز عنها . فله أن يقضى على أساس اليمين التى أدبت ، أو على أساس عناصر إثبات أخرى ، اجتمعت له قبل أداء هذه اليمين أو بعد أدائها . (مجموعة الأعمال التحضيرية ٣ ص ٤٦٢) .

لارن مع ذلك : استئناف مصر ٢٤ يونيو سنة ١٩٢٩ المجموعة الرسمية ٣٠ رقم ١٤١ .
(١) أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣ - ومن باب أولى يجوز للخصم الآخر أن يثبت أمام محكمة الاستئناف كذب اليمين المتممة التى حلفها خصمه أمام المحكمة الابتدائية . ويذهب الفقهاء أوبرى ورو إلى أنه لا يجوز للخصم الآخر إثبات ذلك إذا كان قد وافق فى المحكمة الابتدائية على توجيه هذه اليمين المتممة إلى خصمه ، ويعتبر أنه قد وافق على توجيهها إذا حضر فى جلسة الحلف (أوبرى ورو ١٢ فقرة ٧٦٧ ص ٣٩٢ - ص ٣٩٣ - وانظر أيضاً بيدان وپرو ٩ فقرة ١٣٣٤ ص ٤٣١) . هذا فى القانون الفرنسى ، أما فى القانون المصرى فيبدو أنه يجوز للخصم الآخر إثبات كذب اليمين المتممة التى حلفها خصمه ، حتى لو كان قد وافق على تحليفه ، فليس لليمين المتممة عندنا من الأثر الحاسم ما يمنع من ذلك .

تبقى ناقصة كما كانت، بل إن الريبة لتزداد في صحة ادعائه بعد أن نكل . من أجل ذلك يغلب أن يقضى ضده (١) .

ولكن ليس من المحتم هنا أيضاً أن يقضى ضده . فقد تظهر بعد نكوله أدلة جديدة تكمل أدلته الناقصة ، فيقضى لصالحه بالرغم من النكول . بل قد لا تظهر أدلة جديدة ، ولكن القاضى يعيد النظر في الأدلة التي كان يحسبها ناقصة ، فيرجع عن رأيه ويقدر أنها أدلة كافية ، فيقضى هنا أيضاً لصالحه .

وإذا حكم القاضى ضد الخصم الذى نكل - كما هو الغالب - فقد يستأنف الخصم هذا الحكم . وعند ذلك يكون لمحكمة الاستئناف من الحرية في التقدير ما كان للمحكمة الابتدائية . فقد تقضى لصالحه بالرغم من نكوله . وقد توجه إليه اليمين المتممة مرة أخرى ، فيحلفها أو ينكل . وفي الحالتين لها حق التقدير على النحو الذى قدمناه . وقد ترى محكمة الاستئناف أن توجه اليمين المتممة إلى الخصم الآخر ، ثم يقضى له أو عليه ، حلف أو نكل ، وفقاً لما تراه .

ونرى من ذلك أن النكول عن اليمين المتممة كحلفها لا يقيد القاضى . فليست اليمين المتممة تحكماً كاليمين الحاسمة ، بل هى إجراء من إجراءات التحقيق ودليل لإثبات تكميلي ذو قوة محدودة .

٣١٥ - الفروق الجوهرية بين اليمين الحاسمة واليمين التمهنية :

وقد آن أن نلخص الفروق الجوهرية بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة . ومردّها جميعاً يرجع إلى أن اليمين الحاسمة تحكيم يتقيد به الخصوم والقاضى ، أما اليمين المتممة فوسيلة تكميلية من وسائل التحقيق والإثبات لا يتقيد بها أحد . ويترتب على هذا الأصل الفروق الجوهرية الآتية بين اليمينين :

(أولاً) اليمين الحاسمة يوجهها الخصم تحت رقابة القاضى . أما اليمين المتممة فيوجهها القاضى وحده .

(ثانياً) لا يجوز للخصم الرجوع في اليمين الحاسمة بعد أن يقبلها الخصم

(١) وزى أنه يجوز للقاضى ، بعد أن نكل الخصم الذى وجه إليه اليمين المتممة ، أن يوجه هذه اليمين إلى الخصم الآخر ، لا سيما بعد أن تعززت أدلة هذا الخصم الآخر بنكول خصمه .

الآخر . وللقاضى أن يرجع عن توجيه اليمين المتممة فى أى وقت بعد توجيها .
(ثالثاً) اليمين الحاسمة نتائجها محتمة : يكسب من يخلفها ، ويخسر من
ينكل عنها . أما اليمين المتممة فليست لها نتائج محتمة ، ولا يتقيد القاضى بموجها
خلفها الخصم أو نكل .
(رابعاً) اليمين الحاسمة يجوز ردها على الخصم الآخر . أما اليمين المتممة
فلا ترد^(١) .

§ ٣ - صور خاصة من اليمين المتممة

(يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقويم)

٣١٦ - تقسيم لليمين المتممة : كل الذى قدمناه من الأحكام إنما هو
عن اليمين المتممة الأصلية . ذلك أن لليمين المتممة صوراً أخرى خاصة ، يدخل
فيها على الأحكام التى قدمناها كثير من التحوير .

ويمكن - للإيضاح - تقسيم اليمين المتممة إلى يمين متممة أصلية (serment
supplétif, supplétoire) ويمين استيثاق ويمين استظهار (serment libératoire)
ويمين تقويم (serment en plaid, ad litem, estimatoire) .

فاليمين المتممة الأصلية ، كاليمين الحاسمة ، تكون إما على واقعة شخصية
وإما على عدم العلم . فإذا كانت على عدم العلم سميت يمين عدم العلم (serment
de crédulité, de crédibilité) .

وكل من يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار يمين توجه فى أحوال معينة ،
على النحو الذى سنبينه ، على أن أحكام اليمين المتممة الأصلية لا تسرى
على أى من هاتين اليمينين إلا بعد تحوير كبير . فتوجيه اليمين هنا إجبارى على
القاضى ، وهو جوازى فى اليمين المتممة الأصلية . والذى توجه إليه اليمين هنا

(١) بلانول وريبور وجابولد ٧ فقرة ١٥٨٥ ص ١٠٥٨ - ص ١٠٥٩ - الموجز
لؤلؤف ص ٦٩٦ .

هو أحد الخصمين بالذات يعينه القانون ، واليمين المتممة الأصلية توجه لأى من الخصمين . ولا يملك القاضى هنا إلا أن يقضى لمصلحة من حلف اليمين ، وهو لا يتقيد بذلك فى اليمين المتممة الأصلية . وهذه الفروق تقرب يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار من اليمين الحاسمة ، وتبعدهما عن اليمين المتممة^(١) . ولكن مهمة كل من هاتين اليمينين هى التى تلحقها باليمين المتممة ، إذ هى لإتمام دليل يراه القانون ناقصاً ف يريد أن يستكمله بهذه اليمين .

ويمين التقيوم يمين خاصة لا توجه إلا فى تقيوم شىء معين عند ما يستعصى تقيومه عن طريق آخر . وهى أيضاً تنحرف فى أحكامها عن أحكام اليمين المتممة الأصلية فى أنها لا توجه إلا إلى المدعى ، وفى أن موضوعها لا يكون إلا التقيوم .

ونستعرض الآن هذه الصور الخاصة من اليمين المتممة : يمين الاستيثاق ويمين الاستظهار ويمين التقيوم^(٢) .

٣١٧ - يمين الاستيثاق : هذه اليمين توجه فى أحوال ثلاثة نص عليها القانون ، وفى بعضها تكون يميناً على عدم العلم :

(أولاً) نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٨ من التقنين المدنى على أنه « يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنة^(٣) أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين

(١) ويعتبر الأستاذ سليمان مرقس يمين الاستيثاق يميناً حاسمة (أصول الإثبات فقرة ١٤٤) .
(٢) وهناك فى الفقه الإسلامى يمين متممة أخرى هى يمين المدعى إذا لم يكن عنده إلا شاهد واحد ، فيقضى له بشأده ويمينه ، فتكون اليمين متممة للشهادة . وهذا ما ذهب إليه مالك والشافعى وأحمد ، لما روى أنه عليه السلام قضى بشأده ويمين . وخالف أبو حنيفة فلم يجز القضاء بشأده ويمين (انظر فى هذه المسألة البدائع ٦ ص ٢٢٥) . واليمين ، عند القائلين بالجواز ، تكمل شهادة الشاهد ، والقضاء إنما يكون بالشاهد واليمين معاً . وقد جاء فى هذا المعنى فى حاشية الشرقاوى على شرح التحرير : « وهل القضاء بالشاهد واليمين معاً ، أو بالشاهد فقط واليمين مؤكدة ، أو بالعكس : أقوال أصحابها أولها . وتظهر فائدة الخلاف فيما لو رجع الشاهد : فعلى الأول يفرم النصف ، وعلى الثانى الكلى ، وعلى الثالث لا شىء . » (حاشية الشرقاوى على شرح التحرير ٢ ص ٥٠٢) .

(٣) والحقوق التى تتقادم بسنة هى التى ذكرت فى الفقرة الأولى من المادة ٣٧٨ ، وهما نصها : « تتقادم بسنة واحدة الحقوق الآتية : (١) حقوق التجار والصناع عن أشياء وردوها =

فعلا . وهذه اليمين بوجهها القاضى من تلقاء نفسه . وتوجه إلى ورثة المدين أو أوصياهم ، إن كانوا قسراً ، بأنهم لا يعلمون بوجود الدين أو يعلمون بمحصول الوفاء (١) .

فالقانون هنا ، بعد أن جعل بعض الحقوق تتقادم بمدة قصيرة جداً هي سنة فقط ، وجعل من هذا التقادم قرينة على الوفاء ، أراد أن يعزز هذه القرينة - وقد اعتبرها دليلاً غير كامل - بيمين معقمة يحلفها المدين على واقعة شخصية له ، هي أداءه الدين فعلا . فاذا كان قد مات ، حلفت الورثة ، أو أوصياهم إن كانت الورثة قسراً ، يمين عدم العلم بأنهم لا يعلمون بوجود الدين ، أو يمين العلم بأنهم يعلمون بمحصول الوفاء وزى من ذلك أن يمين الاستيثاق تكون في بعض صورها يميناً على واقعة شخصية ، وفي صور أخرى يميناً على عدم العلم ، ونبقى في الحالتين يمين استيثاق . وقد رأينا كذلك فيما تقدم أن يمين عدم العلم لا يخصص بيمين الاستيثاق ، بل هي قد تكون أيضاً في اليمين الحاسمة وفي اليمين المتممة الأصلية . فلا يجوز إذن الخلط ما بين يمين عدم العلم ويمين الاستيثاق ، وقد سبق أن نهنا إلى ذلك .

وخصائص يمين الاستيثاق في الحالة التي نحن بصدددها أنها يمين إجبارية ، لا بد للقاضى من أن يوجهها إلى المدين أو إلى ورثته . وتوجه إلى هؤلاء دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتماً . على أنها تبقى بعد كل ذلك في نظرنا يميناً متممة ليميناً حاسمة . فهي تختلف اختلافاً جوهرياً عن اليمين الحاسمة في أنها ليست هي الدليل الوحيد في الدعوى ، بل هي دليل تكميلي يعزز الدليل الأصلي وهو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء سنة على وجود الدين .

— لأشخاص لا يتجرون في هذه الأشياء ، وحقوق أصحاب الفنادق والمطاعم عن أجر الإقامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم (ب) حقوق العمال والخدم والأجراء من أجور يومية وغير يومية ومن ثمن ما قاموا به من توريدات .

(١) ويقابل هذا النص في التقنين المدنى السابق المادتين ٢١٣ — ٢٧٦/٢١٣ — ٢٧٧ . وتنص المادة الأولى منها (٢٧٦/٢١٣) على أنه : «في حالة ما إذا كانت المدة المقررة لسقوط الحق ٣٦٠ يوماً فأقل ، لا تبرأ ذمة من يدعى التخلص بمضى المدة إلا بعد حلفه اليمين على أنه أدى حقيقة ما كان في ذمته . وتنص المادة الثانية (٢٧٧/٢١٣) على ما يأتي : «وأما الأراذل والورثة والأوصياء فيتخلصون بحلفهم أنهم لا يعلمون أن المدعى به مستحق .»

على أن هناك رأياً يذهب إلى أن اليمين هنا يمين حاسمة إجبارية يوجهها القاضى من تلقاء نفسه في حق تقادم بمدة قصيرة . والتقادم يقوم على أساس قرينة الوفاء ، فهى قرينة قانونية قاطعة لا يجوز دحضها إلا بالإقرار أو بالنكول عن هذه اليمين . وسنعود إلى هذا الرأى عند الكلام في القرائن القانونية القاطعة .

(ثانياً) نصت المادة ٢٠١/١٩٤ من التقنين التجارى على أن الأوراق المحررة لأعمال تجارية يسقط الحق في إقامة الدعوى بها بمضى خمس سنوات . وإنما على المدعى عليهم تأييد براءة ذمتهم بحلفهم اليمين على أنه لم يكن في ذمتهم شيء من الدين إذا دعوا للحلف . وعلى من يقوم مقامهم أو ورثتهم أن يحلفوا يميناً على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين .

فهذا النص أيضاً كالنص السابق يجعل بعض الحقوق التجارية تتقادم بمدة قصيرة هى خمس سنوات . وقد جعل القانون من هذا التقادم قرينة على الوفاء . ولكنه اعتبر هذه القرينة دليلاً غير كامل ، فرأى أن يعززها ، إذا طلب الدائن ذلك ، بيمين متممة يحلفها المدين على أن ليس في ذمته شيء من الدين ، أو يحلفها ورثته ، وهنا يحلفون على أكثر من عدم العلم ، إذ يحلفون على أنهم معتقدون حقيقة أنه لم يبق شيء مستحق من الدين .

وبمين الاستيثاق هذه ليست باجبارية ، ولكن طلبها موكول إلى الدائن لا إلى القاضى . وتوجه إلى المدين أو ورثته دون الدائن . وإذا حلفها من وجهت إليه كسب الدعوى حتماً^(١) . ولكنها مع ذلك يمين متممة ، لأنها دليل تكميلي

(١) فالدائن وحده هو الذى يطلب توجيهها إذا أراد ذلك ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ولا تملك المحكمة أن توجهها من تلقاء نفسها ، فاذا نكل المدين عنها خسر دعواه حتماً ، وإذا حلفها تعين قبول دعواه . ومن ثم ورد في كثير من الأحكام أنها يمين حاسمة . وقد قضت محكمة استئناف مصر بأن اليمين المبينة في المادة ١٩٤ من القانون التجارى هى يمين حاسمة يجب أن توجه من الخصم إلى الدائن لتأييد القرينة القانونية وهى حصول الوفاء المستمد من مضى خمس سنين على اليوم التالى لخلول ميعاد دفع الأوراق التجارية الموضحة بها ، فاذا نكل المدين عن الحلف سقطت هذه القرينة ، إذ معنى النكول في هذه الحالة عدم قيام المدين بالوفاء (٤ فبراير سنة ١٩٣٠ الهامة ١٠ رقم ٣٢٨ ص ٦٧٦) . وقضت أيضاً بأنه إذا تمسك المدين بالتقادم ، فللدائن أن يوجه له يمين الاستيثاق ليحلف أنه لم يكن في ذمته شيء من الدين ، ولو كان ذلك أمام محكمة الاستئناف لأول مرة ، وليس على المحكمة أن تنبه الدائن إلى ذلك بحال من الأحوال (٣٠ نوفمبر سنة ١٩٢٥ المجموعة الرسمية ٢٧ رقم ٦٧) . وقضت محكمة مصر الكلية الوطنية بأن ليس =

يعزز دليلاً أصلياً في الدعوى ، هو قرينة الوفاء المستخلصة من انقضاء خمس سنوات على وجود الدين (١) .

(ثالثاً) نصت المادة ٣٩٤ من التقنين المدني على أن « تعتبر الورقة العرفية صادرة بمن وقعها ، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة . أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ، ويكفي أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق ، .

وهذا النص يختلف عن سابقه . فهو يتكلم عن يمين تتمحض في أنها يمين على عدم العلم . ثم إنها لا تعزز دليلاً أصلياً في الإثبات ، بل هي تساعد الورثة على اتخاذ موقف المنكر للورقة العرفية . فهي لا تثبت شيئاً ، ولكنها تنشئ موقفاً . بيد أنها على كل حال يمين متممة من نوع خاص ، إذ يستكمل بها من حلفها الشروط

= المحكمة أن تكلف المدين من تلقاء نفسها حلف يمين الاستيثاق المشار إليها في المادة ١٩٤ من القانون التجاري ، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب الدائن ، لأن هذه اليمين يمين حاسمة (١٥ أبريل سنة ١٩٤٠ الهامة ٢١ رقم ٥٠ ص ٧٦ . انظر أيضاً : أطلس ٧ أبريل سنة ١٩٢٧ الهامة ٧ رقم ٤٥٢ ص ٧٤٨) .

(١) فإذن حكماً لهيئة النقض ذكر أن هذه اليمين إنما شرعت لتكفلة القرينة القانونية على حصول الوفاء ، ولكنه أضى عليها بعد ذلك خصائص اليمين الحاسمة . وهذا ما قرره الحكم المشار إليه : إن حلف اليمين بالتخالص تطبيقاً للمادة ١٩٤ من القانون التجاري إنما شرع لمصلحة الدائن في الورقة لتكفلة القرينة القانونية على حصول الوفاء المستمدة من مضي خمس سنوات على اليوم التالي لحلول ميخاد دفع الأوراق التجارية . فإذا نكل المدين عن الحلف ، سقطت هذه القرينة . وإذن فالدائن هو الذي يوجه هذه اليمين أو لا يوجهها بحسب مشيئته ، وليس للمحكمة من تلقاء نفسها أن توجهها . فإذا وجهها وركن بذلك إلى ذمة مدينه ، فقبل هذا العرض وحلف ، فإن المحكمة تكون ملزمة بأن تقضى في الدعوى على مقتضى الحلف . ولا يجوز للدائن بمه ذلك أن يجدد النزاع ارتكافاً على أدلة أخرى لإثبات حقه أو لإثبات كذب اليمين ، لأن سلكه هذا الطريق الذي اختاره من طرق الإثبات وقبول خصمه ما عرضه عليه إنما هو بمثابة صلح انقصد بين الطرفين على أن تكون دعوى الدائن مطلقاً مصيرها على اليمين المعروضة على المدين وذلك في مقابل تنازله عن كل دليل آخر يكون لديه . ومن ثم فلا يقبل من الدائن دعواه التي يرفعها سواء لإثبات كذب اليمين أو للمطالبة بتمويض عن الحنث فيها ، ولو كانت الدعوى العمومية لا ترفع من المدعي المدعي إلا إذا كانت دعواه المدنية مقبولة فإن الدعوى المباشرة التي يرفعها الدائن للمطالبة بتمويض عن الكذب في اليمين المذكورة لا تكون مقبولة (نقض جنائي ١٧ نوفمبر سنة ١٩٤١ الهامة ٢٢ رقم ١٦١ ص ٤٧٦) .

القانونية اللازمة لدفع حجية الورقة العرفية في الإثبات . ومن هذه الناحية وحدها يمكن اعتبارها ، في كثير من التجوز ، يمين استيثاق (٣) .

٣١٨ - يمين الاستظهار : هذه اليمين لا وجود لها في التقنين المدني

المصري ، ومن ثم لا تطبق أحكامها عندنا . وهي موجودة في التقنين المدني العراقي ، أخذها عن الفقه الإسلامي (٤) . فقد نصت المادة ٤٨٤ من هذا التقنين على ما يأتي :

(١) قارن الأستاذ سليمان مرقس في أصول الإثبات فقرة ١٤٤ ص ٢٢٣ - ص ٢٢٤ .
(٢) جاء في شرح التحرير لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري عن يمين الاستظهار ما يأتي :
« واليمين مع الشاهدين ، وتقع في الرد أي دعوى رد المشتري للمبيع بيمين ، ودعوى الزوجة الصنة على الزوج ، ودعوى الجراحة في عضو باطن ادعى الجراح انه غير سليم ، ودعوى الإعسار أي إعسار نفسه إذا عهد له مال ، والدعوى على الغائب ، وعلى الميت ونحوهما ، وفيما إذا قال لزوجته أنت طالق أمس ثم قال أردت أنها طالق من غيري . فيقيم في هذه الصور البيعة بما ادعاه ، ويلف معها طلباً للاستظهار . والمراد بالهلوف عليه في الأول قدم الميعب ، وفي الثانية عدم الوطء ، وفي الثالثة السلامة ، وفي الأخيرة إرادة طلاق غيره » . (حاشية الشرفاوي على شرح المحرر ٢ ص ٤٧٥ - ص ٤٧٦) .

ولصت المادة ١٧٤٦ من المجلة على يمين الاستظهار على الوجه الآتي : « لا يحلف إلا يطلب الخصم . ولكن يحلف من قبل الحاكم في أربعة مواضع بلا طلب . الأول إذا ادعى واحد على التركة حقاً وأثبت ، فيحلفه الحاكم بأنه لم يستوف هذا الحق بنفسه ولا بغيره من الميت بوجه من الوجوه ولا أبراه منه ولا أحاله به على غيره ولا أوفاه أحد وليس للميت بهذا الحق رهن ، ويقال لهذا يمين الاستظهار . الثاني إذا استحق رجل مالا وأثبت دعواه ، حلفه الحاكم بأنه لم يبيع هذا المال ولم يهبه لأحد ولم يخرج من ملكه بوجه من الوجوه . الثالث إذا أراد المشتري رد المبيع لمعيه ، حلفه الحاكم بأنه بعد اطلاعه على الميعب لم يرض به قولاً أو دلالة كتصرفه تصرف الملاك على ما ذكر في مادة ٣٤٤ . الرابع تحليف الحاكم الشفيع عند الحكم بالشفعة بأنه لم يبطل شفيعته ، يعني لم يسقط حق شفيعته بوجه من الوجوه » . ويضيف الأستاذ سليم باز في شرحه لهذه المادة ما يأتي : « يستحلف أيضاً بلا طلب الخصم في مسألة خامسة ، وهي إذا طلبت المرأة فرض النفقة على زوجها الغائب ، تستحلف أنه لم يطلقها زوجها ولم يتك لها شيئاً ولا أعطاها النفقة ، وهذا على قول أبي يوسف المفتي به (تكلة عن البحر) » (شرح المجلة لسليم باز ص ١٠٩٩ - ص ١١٠١) .

ويقول فرانسوا مارنير (François Marneur) ، في رسالته « نظرية الإثبات في الشريعة الإسلامية » باريس سنة ١٩١٠ ص ٢٥٥ - ص ٢٥٦ ، أن المدعى ، في الحالات المتقدمة الذكر ، قد أثبت حقه بالبيعة . ولما كانت هناك شبهة في أن هذا الحق قد وفاه المدين ، فإن المدعى يتقلب مدعى عليه في هذا الدفع بالوفاء . وليست هناك بيعة على صجة الدفع ، فوجب أن يحلف المدعى عليه في الدفع - وكان مدعياً في دعوى الحق - اليمين على أن ذمة المدين لم تبرا . فاليمين إنما يحلفه ، هنا أيضاً ، المدعى عليه ، وإن كان مدعياً في الظاهر .