مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية _ سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية المجلد (39) العدد (6) 2017
Tishreen University Journal for Research and Scientific Studies -Economic and Legal Sciences Series Vol. (39) No. (6) 2017

Extrajudicial oath

Dr. Nizar Hasan *

(Received 14 / 9 / 2017. Accepted 26 / 12 / 2017)

□ ABSTRACT □

The oath is two types ,judicial and extrajudicial , judicial oath is decisive Oath and Complementary oath , extrajudicial oath is an oath which can be taken or you could agree to do it out of court .

The majority of jurists and the court of cassation in Syria and Egypt are accepted the legal existence of extrajudicial oath, and they considered it as " conventional decisive Oath " , and we are going to discuss probative legal value to this oath, according to the Syrian law of evidence , and knowing the system which adopted this Law in organizing means of proof ,and determined the legal value to the special agreements of the means of proof ,and after searching we had a result which is contrary to which public jurists and jurisprudence adopted. The result is the illegality to the extrajudicial oath as a mean of proof which is dependent by itself , however we can consider it as a judicial presumption , that the court is free to take it or leave it .

Key words : Extrajudicial oath , the decisive oath ,probative agreement , exclusive of proofs ,mixed system.

*Professor – Private Law Department – Faculty Of Law – Tishreen University _lattakia- Syria

مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية _ سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية المجلد (39) العدد (6) 2017
Tishreen University Journal for Research and Scientific Studies -Economic and Legal Sciences Series Vol. (39) No. (6) 2017

اليمين غير القضائية

الدكتور نزار حسن*

(تاريخ الإيداع 14 / 9 / 2017. قُبِل للنشر في 26 / 12 / 2017)

□ ملخّص □

اليمين نوعان قضائية وغير قضائية ، واليمين القضائية حاسمة ومتممة ، أما اليمين غير القضائية فهي اليمين التي تؤدى أو يُتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء.

أقر أغلب الفقهاء و قضاء محكمتي النقض في سورية ومصر الوجود القانوني لليمين غير القضائية، واعتبروها من قبيل " اليمين الحاسمة الاتفاقية"، و سنعمد في هذا البحث إلى تبين القيمة القانونية الإثباتية لهذه اليمين، في ضوء نصوص قانون البينات السوري، ومعرفة المذهب الذي تبناه هذا القانون في تنظيم طرق الإثبات،وتحديد حكم الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات، ووصلنا بعد البحث إلى نتيجة مخالفة لما استقر عليه عامة الفقه والاجتهاد القضائي وهي عدم قانونية اليمين غير القضائية كطريقة إثبات مستقلة بذاتها، ولكن يمكن اعتبارها قرينة قضائية يعود تقديرها لقاضي الموضوع.

الكلمات المفتاحية :اليمين غير القضائية ، اليمين الحاسمة ، اتفاق إثباتي ، حصرية الأدلة ، النظام المختلط.

* **أستاذ – قسم القانون الخاص – كلية الحقوق – جامعة تشرين – سورية.**

مقدمة:

اعتبر قانون البينات السوري اليمين[1] إحدى وسائل الإثبات القانونية في المواد المدنية والتجارية والشرعية (م1 بينات سوري)، وقسَم اليمين إلى حاسمة ومتممة، واليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد المتداعين لخصمه ليحسم بها النزاع (م112 بينات سوري) فيجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر، ولكن لا يكون ذلك إلا بإذن المحكمة (م113 بينات سوري) ولا تكون اليمين الحاسمة إلا أمام المحكمة، ولا اعتبار بالنكول عن اليمين خارجها (م117 بينات سوري) . أما اليمين المتممة فهي التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها لأي من الخصمين لتبني على ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به (م 121 ف 1 بينات سوري).

وتعد كل من اليمين الحاسمة واليمين المتممة أيماناً قضائية، أي تؤدى أمام مجلس القضاء، فاليمين الحاسمة لا تؤدى إلا بإذن المحكمة وأمامها . واليمين المتممة هي اليمين التي توجهها المحكمة لأي من الخصمين.

ومع ذلك فإن الفقه والقضاء يقران وجود يمين أخرى تدعى " اليمين غير القضائية " وهي اليمين التي تؤدى أو يُتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء.

وسينصب عملنا في هذا البحث على بيان موقف الفقه والاجتهاد القضائي من اليمين غير القضائية، ومن ثم نبحث مدى قانونية هذه اليمين واعتبارها وسيلة إثبات قانونية وفقاً لقانون البينات السوري الصادر عام 1947.وقد تم إجراء البحث في كلية الحقوق بجامعة تشرين، خلال الأشهر التسعة الأولى من عام 2017

أهمية البحث وأهدافه :

تكمن أهمية البحث من عدة نواح، فمن جهة لم يدرس هذا الموضوع بشكل مستقل من قبل وإنما جرى التعرض له عرضاً أو بشكل مختصر، ومن جهة ثانية وجود تطبيقات عملية له في الواقع العملي وبين الناس مع إدراكهم الخاطئ للقيمة القانونية للاتفاق الذي يعقدونه ، ومن جهة ثالثة استقرار الآراء المتعلقة بهذا الموضوع في وجهة معينة ، والحقيقة العلمية القانونية في وجهة أخرى.

والهدف الرئيس للبحث هو معرفة القوة القانونية الإثباتية لليمين غير القضائية من خلال نصوص قانون البينات ومعرفة مذهب قانون البينات في تنظيم الإثبات، و المدى الذي يمكن أن تصله الاتفاقات المتعلقة بطرق الإثبات.

طريقة البحث : اعتماد الأسلوب التحليلي من خلال عرض الآراء الفقهية والاجتهاد القضائي محل النظر ومن ثم تحليله بطريقة علمية بطريقة منهجية وفق المبادئ العامة لعلم الإثبات.

المبحث الأول:

اليمين غير القضائية في الفقه والقضاء

أقرَ كثير من الفقهاء قانونية اليمين غير القضائية كوسيلة تُحسَمُ بها المنازعات وأنكر بعضهم قانونيتها ، كما اعترف بقيمتها القانونية كل من محكمتي النقض السورية والمصرية.

---

[1] **- اليمين هي " تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى أمام القاضي"[1]) وكلمة " (oath) الإنجليزية مشتقة من كلمة " هندوأوربية " قديمة تعني " المشي الطقسي " وجاء المعنى عبر التأثر الثقافي بطريقة أداء اليمين الهندو أوربية عبر المشي بين الأضاحي ، ويرد أيضاً في اللغة السويدية القديمة مصطلح " Oath –walking " في نفس السياق[2].**

المطلب الأول:

اليمين غير القضائية في الفقه

يستلزم بيان موقف الفقه من اليمين غير القضائية التعريف باليمين غير القضائية وتحديد الغاية أو الهدف منها، ثم توضيح موقف التشريع منها والأساس القانوني لها ، ثم نعرض للأحكام القانونية لليمين غير القضائية وفقاً لمن أجازها من الفقهاء و بعده نعرض لرأي منكري القيمة الإثباتية لليمين غير القضائية كوسيلة إثبات مستقلة بحد ذاتها

الفرع الأول:

التعريف باليمين غير القضائية والغاية منها

تلعب اليمين دوراً خاصاً في الإجراءات القانونية في النظم القانونية المعاصرة في بلدان الشرق الأدنى والأوسط وفي الإجراء القانوني الإسلامي فضلاً عن عدد من بلدان القانون الخاص في أوربا[3] ، وتخصص لها بعض بلدان القانون العام قوانين خاصة[2]، وتعد اليمين من أقدم المؤسسات في الإجراءات القانونية[4][3]. و رغم أهميتها في الكثير من النظم القانونية فقد ألغتها بعض القوانين كوسيلة إثبات قانونية[4].

ويقر كثير من الشراح في إطار الإثبات المدني وجود نوعين من اليمين ، يمين قضائية Serment judiciaire ويمين غير قضائية Serment Extrajudiciaire [8][9][10] [11]

واليمين القضائية على نوعين " اليمين الحاسمة " Serment Litis _ decisoir ، The decisive Oath

وهي اليمين التي يطلبها الخصم من خصمه من أجل حسم النزاع في القضية وهي دليل قاطع يُلزم المحكمة ويضع حداً للتقاضي[12] (المواد 112 و113 و117 من قانون البينات السوري) و " اليمين المتممة" Serment (the Complementary oath) (Suppletif ,Suppletoire) وهي اليمين التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها لأي من الخصمين لتبني على ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو في قيمة ما تحكم به (م 121 ف 1 بينات سوري).

ومن نافلة القول التذكير بأن اليمين الحاسمة و المتممة هي أيمان قضائية ،أي تؤدى في مجلس القضاء.

والسؤال الجوهري الذي يحاول البحث الإجابة عنه هو هل يسمح قانون البينات السوري بأداء اليمين الحاسمة خارج المحكمة بناء على اتفاق الطرفين، أي هل توجد يمين حاسمة اتفاقية[5] خارج المحكمة أو من دون رقابتها وإشرافها؟

وجدت الأيمان غير القضائية في حضارات وثقافات مختلفة ، فبعد دخول المسيحية لإيرلندا كانت تؤدى الأيمان في المعابد المقدسة وهي أيمان مقدسة وملزمة معاً ، كما وجد لديهم يميناً أخرى تؤدى على قبر شخص عزيز على الحالف ، و لا يتعرض الحانث في اليمين غير القضائية لعقوبات الحنث باليمين ، وإنما يُعرض نفسه للانتقام الإلهي ويعد مرتكباً عند الايرلنديين لخطيئة انتهاك حرمة المقدسات وتدنيسها بفعله[13] .

وعرف القانون الروماني " اليمين الطوعية أو غير القضائية " في مقابل " اليمين القضائية " ،ولكن لم يتم الإشارة للأولى في القانون المدني الفرنسي أو في قانون المرافعات المدنية الفرنسي[14] ، وتقوم اليمين غير القضائية على " اتفاق طرفي الخصومة " على حلفها[15] .

---

[2] ـ وعلى سبيل المثال " قانون الأيمان 1978 " في بريطانيا ، (Oaths act 1978) ، و" قانون الأيمان " (oaths act 1900) في ولاية " New South Wales " الأسترالية لعام 1900، وقانون الأيمان في ولاية " Queensland " الأسترالية لعام 1867.

[3] _ liebesny (Herbert .J) _ op.cit ,P 250,

[4] ـ وعلى سبيل المثال ألغت هولندا " اليمين القضائية " مع تعديل قانون الدليل عام 1988 ومنذ ذلك التاريخ أصبح الخصوم يدخلون للمحكمة كالشهود بالنسبة لقضيتهم.[5]وفي ألمانيا استبدلت شهادة الخصم بيمين الخصم في تعديل قانون الإجراءات المدنية الألماني عام 1933[6]ويميز قانون الإجراءات المدنية الألماني بين إفادة الخصم وشهادة الخصم ويمكن للخصم أن يرفض الشهادة تحت القسم. [7]

[5] ـ وهي التي أسماها الفقه والقضاء باليمين غير القضائية

وفي مقابل ذلك ألغت قوانين بلدان معينة بشكل صريح " الأيمان غير القضائية " تحت طائلة المسؤولية الجزائية للمخالفين، وعلى سبيل المثال ألغت المادة 20 من" قانون الأيمان لعام 1900 " (Oaths act 1900) في ولاية "New South Wales" الأسترالية الأيمان غير القضائية ، ومنعت أي شخص ليس له صلاحية قانونية من سماع أي قَسَم أو شهادة خطية بقَسَم تحت طائلة الحبس لمدة عامين[6]، كما نصت المادة 151 من قانون الإثبات في ولاية "Victoria" الأسترالية على إلغاء الأيمان غير القضائية عبر منع القضاة وغيرهم من السماح بأداء مثل هذه الأيمان[7].

ولعل قانون الإثبات الكندي من القوانين القليلة التي أقرت صراحة بوجود أيمان غير قضائية أي تؤدى أمام شخص يتفق عليه الأطراف، ولكن الحالف في هذه الحالة هو الشاهد وليس أحد طرفي الخصومة، فقد نصت المادة 13 من قانون الإثبات الكندي بأن " كل محكمة أو قاض أو شخص مخول بموجب القانون أو اتفاق الأطراف سلطة سماع أو تلقي الدليل ، له سلطة سماع القسم لأي شاهد استدعي بطريقة قانونية ليقدم الدليل أمام تلك المحكمة أو القاضي أو الشخص [8]"

واليمين غير القضائية بالتعريف هي " اليمين التي تؤدى أو يُتفق على تأديتها في غير مجلس القضاء " [9]،أي "تُحلف أو يُتفق على حلفها في غير مجلس القضاء "[10] وميزتها الأساسية أن حلفها يتم في " غير مجلس القضاء باتفاق الطرفين "[11]، كأن يتفق الطرفان فيما بينهما على أن تؤدى في مكان معين أو في محل عبادة أو أمام شخص أو أشخاص يختارونهم[16] أو تؤدى اليمين في مجلس القضاء ولكن في غير الدعوى موضوع النزاع ، أي أن المحكمة لا تراقب صدور هذه اليمين ولا تعمل على صقل صيغتها ودراستها من ناحية مطابقة القانون أو عدم مخالفة صيغتها للنظام العام أو الآداب [17][12].

أما غاية أو الهدف من حلف اليمين غير القضائية فهو " توكيد قول " أي " توكيد صدق الحالف فيما يقرره " وفيها " يتفق شخصان على أن يحلف أحدهما اليمين على حق مدعى به " والنتائج المترتبة على حلفها هي "النتائج التي اتفق عليها الطرفان "[13]. أي قد يُحسم النزاع بموجبها حسب اتفاق الطرفين.

فاليمين غير القضائية يمين يُكلف بها أحد الخصوم لتأييد ادعائه عندما يعوزه الدليل ،أي تقوم مقام الدليل، ومتى تم حلفها تترتب عليها جميع آثار اليمين القضائية[14]. فهي إذن يمين حاسمة اتفاقية. والغالب في اليمين غير القضائية أن تكون يميناً حاسمة ، كما إذا تناقش شخصان في نزاع بينهما ،فقال أحدهما للآخر : إذا حلفتَ تنازلت عن

---

[6]- **Oaths act 1900 ,New South Wales , Australia**

[7]- **Evidence Act 1958 ,Victoria ,Australia**

[8]- **Canada Evidence Act , 1985**

[9] **- د. السنهوري - الوسيط - مرجع سابق - ص 514**

[10] **- د.مرقس - موجز - مرجع سابق - ص 134 ، د. الزحيلي - وسائل الإثبات - مرجع سابق ، ص 365**

[11] **- نشأت - رسالة الإثبات - مرجع سابق - ص 184**

[12] **- وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن " اليمين التي يحلفها الخصم أثناء تأدية الشهادة لا تقوم مقام اليمن الحاسمة المطلوب منه أن يحلفها " (محكمة التمييز الأردنية قرار رقم 129 / 1963 ، هيئة خماسية، تاريخ 7 /4 / 1963) أي لم تعتبر هذه اليمين يميناً حاسمة قضائية.**

[13] **- د. السنهوري - الوسيط - مرجع سابق - ص 514 - 515، Bechor (G) – op.cit ,p 263**

[14] **- د.مرقس - موجز - مرجع سابق - ص 134[18]. ورأى " Bechor " بأن د. مرقس ومحكمة النقض المصرية قد اتبعا مدخل القانون الفرنسي وذهبا للقول بأنه عندما تؤدى اليمين القانونية خارج المحكمة فإن " جميع نتائج اليمين القضائية سوف تراعى " ومنها إمكانية رد اليمين (Bechor (G) – op.cit ,p 263)**

حقي وقبل الآخر وحلف[15]ويرى بعض الفقهاء أنه من النادر أن يلجأ الخصوم إلى الاتفاق على يمين غير قضائية[16]، ولكن الواقع العملي في مناطق مختلفة في سورية يدل على أن اللجوء إلى هذه اليمين غير القضائية غير نادر الحدوث عملياً[17].

الفرع الثاني:

التنظيم التشريعي والأساس القانوني لليمين غير القضائية

أولاً ـ التنظيم التشريعي لليمين غير القضائية :

ذكر الشراح أنه ليس لليمين غير القضائية أحكام خاصة[18]،فيُتفق عليها وعلى أحكامها بين الطرفين[19]، فلم يتكلم عنها المشرع[20]، ولم يرد لها ذكر في قوانين البينات العربية بشكل عام[21].وذكر البعض في معرض شرحه لقانون أصول المحاكمات المدنية السوري بأن "القوانين الوضعية اقتصرت على تنظيم اليمين القضائية ، أما غير القضائية فيتبع في شأنها القواعد العامة وفق الأعراف و العادات المتبعة في بلد معين "[22].

والواقع أن بعض قوانين البينات العربية وهي بصدد عرض أحكام اليمين الحاسمة القضائية قد أوردت النص الآتي بصيغ مختلفة (لا تكون اليمين إلا أمام المحكمة، ولا اعتبار بالنكول عن اليمين خارجها)(م 117 بينات سوري ،م109 قانون الأثبات العراقي ، م 58 من قانون البينات الأردني ، م112 من نظام المرافعات الشرعية السعودي، م 98 من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية المصرية لعام 1931)[23] والمصدر التاريخي لجميع هذه النصوص هو المادة 1744 من مجلة الأحكام العدلية[24].

والواقع أن جميع هذه النصوص وبشكل صريح لا تقيم وزناً لحلف اليمين الحاسمة أو النكول عنها خارج المحكمة ولا تعتد باليمين المؤداة خارج مجلس القضاء أو إشرافه كيمين حاسمة للنزاع بين المتخاصمين.فقوانين الإثبات والمرافعات العربية لم تنظم فعلاً اليمين غير الحاسمة لأنها لا تعترف بحجيتها في مجال الإثبات المدني.

ولكن بقية قوانين الإثبات أو البينات أو المرافعات العربية لم يرد فيها نصوصاً شبيهة بالنصوص المتقدم ذكره ، وفي طليعة تلك القوانين قانون الإثبات المصري لعام 1968، فهل يختلف الحكم فيها عن حكم النصوص المتقدمة؟

---

[15] ـ نشأت ـ رسالة الإثبات ـ مرجع سابق ـ ص 184، حسين المؤمن ـ موسوعة نظرية الإثبات، مرجع سابق ، ص 734

[16] ـ د. السنهوري ـ الوسيط ـ مرجع سابق ـ ص 515،[19]

[17] ـ كما هو عليه الحال في مقامات مقدسة وأماكن عبادة متفرقة في سورية حيث يتفق المتخاصمون على أن تؤدى أيمان معينة بصيغة يحددها خادم المقام أو المكان المقدس بعد سماعه ادعاءات الطرفين ويحلف أحدهما على براءته إما من ارتكاب جرائم معينة لم تصل بعد إلى القضاء، أو براءة ذمته من ديون والتزامات مدنية، ومن هذه المقامات المقام الشهير بـ " أبو طاقة " للشيخ " يوسف ربعو ابن الشيخ عفيف الدين "(توفي435 هـ) في قرية " ربعو " التابعة لمصياف غرب حماة.

[18] ـ د. السنهوري ـ الوسيط ـ مرجع سابق ـ ص 515 Bechor (G) – op.cit ,p 263

[19] ـ د.مرقس ـ موجز ـ مرجع سابق ـ ص 134

[20] ـ نشأت ـ رسالة الإثبات ـ مرجع سابق ـ ص 184[20]

[21] ـ المؤمن ـ موسوعة ، مرجع سابق ، ص 555 ، 733

[22] ـ د. واصل ـ شرح قانون أصول المحاكمات ـ مرجع سابق ، ص 612 ويبدو أن الشطر الأخير من العبارة مستوحى من عبارة الدكتور السنهوري ، ولكن الأخير لم يقصد بالإحالة على القواعد العامة ما أورده د. واصل وإنما قصد " الإحالة إلى القواعد العامة للاتفاقات والعقود "، أما الإحالة إلى " القواعد العامة وفق الأعراف والعادات المتبعة في بلد معين " فيرد عليه أن في ذلك خروج واضح على القواعد المستقرة في الإثبات في المذهب المختلط الذي تبناه قانون البينات السوري من حيث تحديد القانون لطرق الإثبات، فضلاً عن مخاطر تبني هذا القول في تعدد طرق الإثبات واختلافها من بلد لآخر ضمن النظام القانوني الواحد تبعاً لاختلاف العادات والتقاليد في البلد الواحد أحياناً.

[23] ـ النص أعلاه للمادة 117 من قانون البينات السوري ، و تنص المادة 109 من قانون البينات العراقي على أنه " تؤدى اليمين أمام المحكمة ، ولا اعتبار بالنكول عن اليمين خارجها " وتنص المادة 58 من قانون البينات الأردني على أنه " لا تكون اليمين إلا أمام المحكمة ، ولا اعتبار للنكول عن اليمين خارجها " فهي مطابقة حرفياً للنص السوري ، وأوضح النصوص هو نص المادة 112 من نظام المرافعات الشرعية السعودي " لا تكون اليمين ولا النكول عنها إلا أمام قاضي الدعوى في مجلس القضاء، ولا اعتبار لهما خارجه ، ما لم يوجد نص يخالف ذلك "، و تنص المادة 98 من لائحة ترتيب الحاكم الشرعية المصرية على أنه " لا يعتبر الحلف أو النكول إلا إذا كان أمام المحكمة أو أمام من يُندب لذلك من القضاة "

[24] ـ تنص المادة 1744 من مجلة الأحكام العدلية على أنه " لا تكون اليمين إلا في حضور القاضي أو نائبه ولا اعتبار في النكول عن اليمين في حضور غيرهما "

لا يختلف الحكم في تلك القوانين عن القوانين المتقدم ذكرها ، ودليله أن الدكتور السنهوري وفي معرض شرحه للمادة 477 من القانون المدني العراقي (المقابلة للمادة 117 من قانون البينات السوري) والتي توجب أداء اليمين الحاسمة في المحكمة ،ذكر بأن " هذه الأحكام تسري في القانون المصري دون نص ،لأنها تتفق مع القواعد العامة "[25]، أي إنه يرى وجوب أداء اليمين الحاسمة في المحكمة وإن لم يُنص على ذلك لأن ذلك يتفق مع القواعد العامة، ولكنه أقر في موضع آخر "اليمين غير القضائية"[26] ! وهي في الغالب " يمين حاسمة اتفاقية " .

ثانياً ـ الأساس القانوني لليمين غير القضائية :

لم يفصّل الدكتور السنهوري في بيان الأساس القانوني لإقراره اليمين غير القضائية وإنما اكتفى بالقول إن "اليمين غير القضائية ليس لها أحكام خاصة،بل تتبع في شانها القواعد العامة[27]، أي القواعد العامة للاتفاقات.وكذا فعل الدكتور مرقس بقوله " اليمين غير القضائية يتفق عليها وعلى أحكامها بين الطرفين، ويخضع الاتفاق الخاص بها للقواعد المتعلقة بالعقود "[28]

ومن الملاحظ أن أغلب الفقهاء الذين أجازوا اليمين غير القضائية قد أشاروا إلى كيفية إثبات الاتفاق على اليمين غير القضائية مفترضين الشرعية المسبقة أو المفترضة لها، من دون البحث في الأساس القانوني لهذا الاتفاق القانوني الخاص بوسيلة إثبات قانونية لحسم نزاع بين شخصين.فيرى الدكتور السنهوري بأنه " إذا 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 فيعد واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات "[29]، وشايعه في ذلك أغلب الفقهاء[30] .

وعندما يتفق طرفان على أن يحلف أحدهما يميناً حاسمة ،يُعتبر ذلك نوعاً من التعاقد يخضع في إبرامه وصحته وإثباته إلى القواعد العامة المقررة في القانون المدني ، وكيَف البعض [21] "اليمين غير القضائية " بأنها صورة من الصلح الجوازي الذي تُنهى به خصومة معينة ،أي يحسم خصمان نزاعاً معيناً باليمين الحاسمة غير القضائية. ولكن يؤخذ على هذا التكييف أن الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً،وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن

---

[25] ـ د. السنهوري ـ الوسيط ـ مرجع سابق ـ حاشية 1 ص 554، لذلك قضت المحكمة العليا الجزائرية بأنه لا يمكن أداء اليمين الحاسمة خارج جلسة المحاكمة " من المقرر قانوناً بأنه إذا وجهت اليمين إلى خصم في نزاع أو ردت عليه فإن الخصم يقوم بحلف اليمين في نفس الجلسة، ولقد تبين أن القاضي الأول قد حدد مكان تأدية اليمين بالمسجد الكبير ، وذلك ما جعل قضائه مخالفاً للقانون ووجب من ثم نقض القرار فيما يخص اليمين" ، ولكن المحكمة العليا الجزائرية في قرار حديث لها أجازت تأدية اليمين المتممة في المسجد الكبير ولكن بموجب حكم من قاضي الموضوع ، حيث أوردت المحكمة أن " القاضي هو الذي يقرر شكل اليمين القانونية ومكان أدائها ومن ينوب عن القاضي لتلقيها ، ولا يوجد نص قانوني يمنع من تأدية اليمين في المسجد ، وأن قضاة الموضوع لما صادقوا على اليمين المتممة التي أداها المطعون ضده بالمسجد لم يخالفوا قاعدة جوهرية في الإثبات " (قرار المحكمة العليا الجزائرية رقم 654225 تاريخ 19 /5 / 2011 (مجلة المحكمة العليا ـ العدد 2 ـ 2011ـ ص132) وحكم المحكمة العليا متوافق مع المادة 193 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي تنص على أنه " تؤدى اليمين من قبل الخصم الذي وجهت له شخصياً بالجلسة أو في المكان الذي يحدده القاضي) ويبدو أن سبب الاختلاف بين الحكمين أن اليمين في الحكم الأول لم تكن بإشراف القضاء الفعلي، أي يميناً غير قضائية ، أما اليمين في الحكم الثاني فكانت يميناً قضائية تمت بإشراف قضاة الموضوع.

[26] ـ د. السنهوري ـ الوسيط ـ مرجع سابق ـ ص 514 ـ 515

[27] ـ د. السنهوري ـ الوسيط ـ مرجع سابق ـ ص 515، وكذلك فعل أحمد نشأت بقوله " وهي ككل اتفاق أو تعاقد تخضع للقواعد العامة " (نشأت ـ رسالة الإثبات ـ مرجع سابق ـ ص 184) وذكر المؤمن بأن " اليمين غير القضائية لم يأت لها ذكر في أغلب التشريعات، وعليه فيتبع في شأنها أحكام القواعد العامة " (المؤمن ـ موسوعة ، مرجع سابق ، ص 555)

[28] ـ د.مرقس ـ موجز ـ مرجع سابق ـ ص134 ، ونسج على منواله المؤمن بقوله "وبالنظر إلى عدم وجود أحكام خاصة باليمين غير القضائية، فلذلك يخضع الاتفاق عليها للقواعد المختصة بالعقود في شأن إثباتها" (المؤمن ـ موسوعة ، مرجع سابق ، ص 734) والدكتور محمد محمد بقوله " تخضع للقواعد العامة في الإثبات في شأن الاتفاق عليها " (د.محمد محمد ـ مرجع سابق ، ص 167) وكذلك د. الصدة (د. الصدة ـ الإثبات ـ مرجع سابق ، ص 420)

[29] ـ د. السنهوري ـ الوسيط ـ مرجع سابق ـ ص 515

[30] ـ د.مرقس ـ موجز ـ مرجع سابق ـ ص134، نشأت ـ رسالة الإثبات ـ مرجع سابق ـ ص 184، المؤمن ـ موسوعة ، مرجع سابق ، ص 734 ، د. محمد محمد ـ مرجع سابق ، ص 167

جزء من ادعائه (م517 مدني سوري) أما في اليمين غير القضائية فيتنازل فيها أحد الطرفين عن ادعائه (أي حقه المزعوم) بتمامه إذا ما حلف الطرف الآخر اليمين المتفق عليها من دون أن يتنازل الطرف الآخر عن أي جزء من حقه.

فيظهر من أقوال الشراح الذين أجازوا اليمين غير القضائية أن الأساس القانوني الذي بنوا عليه قانونية " اليمين غير القضائية " هو " الاتفاق بين الخصمين "على أن يحلف أحدهما يميناً غير قضائية يُحسم بموجبها النزاع بينهما ،أي أن الاتفاق هو من أوجد وسيلة إثبات يُحسم بموجبها النزاع القائم بين الطرفين. فاليمين غير القضائية تشكل جزءاً من " السياق التعاقدي " "Contractual fabric" فهي اتفاق يخضع لقانون العقد العادي على أساس الاتفاق المسبق للمتعاقدين[31].

الفرع الثالث:

أحكام اليمين غير القضائية

يرى الدكتور السنهوري أنه لا توجد أحكام خاصة لليمين غير القضائية وإنما تتبع في شأنها القواعد العامة، ولم يذكر من أحكامها سوى عدم جواز ردها إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك ، وأن النتائج المترتبة على حلفها هي النتائج التي اتفق عليها الطرفان[32]، وفي نفس السياق أورد الدكتور مرقس أن أحكام اليمين غير القضائية يُتفق عليها بين الطرفين، ومتى تم حلفها ترتبت عليها جميع آثار اليمين القضائية[33].

وفيما يخص النتائج التي تترتب على تأدية اليمين يرى البعض أن النتائج هي ما اتفق عليه الطرفان المتعاقدان، لأن الاتفاق على اليمين نوع من التعاقد ويجب على القاضي أن يُفسر مثل هذا الاتفاق عند اللزوم طبقاً للقواعد الموضوعية لتفسير المشارطات[34] .

وليس هناك ما يُجبر الشخص الذي وجهت إليه اليمين على قبول الحلف أو الرد لأن القاعدة أن كل منهما حر في تعاقده، ولم يتم الإجبار على ذلك في اليمين الحاسمة إلا بنص القانون استثناءاً حسماً للنزاع أمام القضاء. و إذا قَبل الحلف من وجهت إليه اليمين أو من رُدت عليه ،فإنه لا يستطيع الرد أو الرفض لأن أحد المتعاقدين لا يُمكنه فسخ التعهد أو تعديله إلا برضاء الطرف الآخر[35].

ولابد عند حلف اليمين من وجود شخص ثالث يجري الحلف أمامه، إذ لا فائدة ولا أثر لليمين المؤداة من خصم أمام خصمه، وعلى ذلك إذا أُديت اليمين وفق الشروط التي تم الاتفاق عليها انتهى النزاع ،كما لو كان الحال في اليمين الحاسمة، إذا حصل الخلاف بعدها في كيفية تنفيذ التزامات كل من الطرفين، روجع القضاء الذي تنحصر مهمته في التثبت من حصول حلف اليمين أو النكول عنها، وفي النتائج القانونية المترتبة على أي منهما[36].

وكأي عقد يمكن أن يصل مثل هذا النوع من الاتفاق إلى المحكمة في هذا النزاع ، ومن ثم يصبح موضوعاً للتفسير من قبل القاضي،وإذا وافق الأطراف على أداء اليمين أمام القاضي فهل سيستمرون في الخضوع للاتفاق الجاري فيما بينهم، أو أنهم سيُحكمون بالقواعد المطبقة على الأيمان التي تُحلف أمام المحكمة ؟

يرى البعض أن الأطراف يمكن أن يؤدوا اليمين أمام القاضي وفقاً للشروط التي اتفقوا عليها، وتبعاً لذلك، فإن مثل هذه اليمين لا يمكن ردها ولن تخضع للقواعد الخاصة الأخرى باليمين الحاسمة، ما لم يتفق الطرفان مسبقاً على

---

[31]- Bechor (G) – op.cit ,p 263

[32] - د. السنهوري - الوسيط - مرجع سابق - ص 515
[33] - د.مرقس - موجز - مرجع سابق - ص134
[34] - نشأت - رسالة الإثبات - مرجع سابق - ص 184
[35] - نشأت - رسالة الإثبات - مرجع سابق - ص 184، المؤمن - موسوعة ، مرجع سابق - ص 733
[36] - المؤمن - موسوعة ، مرجع سابق - ص 733 - 734 ، Bechor (G) – op.cit ,p 263

غير ذلك.فاليمين سوف تؤدى في المحكمة ولكن وفقاً للشروط المتفق عليها مسبقاً بين الأطراف، وضمن هذا السياق يمكن تغيير صيغتها، وهي يمين أعدها الأطراف ولكنها أديت في المحكمة وتعكس الروح التي تم اعتمادها من الأطراف وليس من القانون[37].

ويرى بعض الشراح بأن المحلَف إذا نكل أو امتنع عن تأدية اليمين جاز لخصمه أن يُراجع القضاء لإلزامه بما التزم به فيما لو حلف اليمين، ولا يُقبل منه أن يؤدي اليمين أمام القضاء.

أما إذا استحال أداء هذه اليمين، كما لو امتنع عن الحضور الأشخاص الذين اتفق على أداء هذه اليمين بحضورهم أو تعذر حضورهم، فالقاعدة في هذا الشأن أن الاتفاق يعد لاغياً بسبب استحالة تنفيذه، ما لم يتضح من أن حقيقة الاتفاق أن تؤدى اليمين أمام أشخاص آخرين أو أمام المحكمة، وحتى في هذه الحالة الأخيرة لا تعد اليمين المؤداة يميناً قضائية.

أما إذا امتنع الشخص المتفق على أداء اليمين بحضوره على قبول هذا التكليف، فهل يجوز لأي من الطرفين أن يرفع الأمر إلى القضاء طالباً تأدية اليمين أمامه ؟ الواقع أنه لا يجوز ذلك، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك ، أو دلَ العقد على رغبة الطرفين في ذلك[38].

وإن اليمين المؤداة ممن هو أهل لها تُرتب جميع آثارها القانونية التي تنتج عن اليمين القضائية في حسم النزاع[39].

الفرع الرابع:

إنكار القيمة الإثباتية لليمين غير القضائية

ينفي بعض الشراح القيمة الإثباتية لليمين غير القضائية ، حيث يرى بعضهم بأن " اليمين غير القضائية غير منتجة ولا أثر لها في سير الدعوى "[40].

ويعتقد البعض بأن اليمين الحاسمة يمين قضائية، فلا تُرتب آثارها إلا إذا وجهتها المحكمة إلى الخصم ، فيحلفها أو ينكل عنها . وبالتالي إذا وجهت اليمين الحاسمة من غيرها فلا يثبت الحق بحلفها ولا ينتفي الحق بالنكول عنها، ومن ثم لا تكفي لوحدها لحسم النزاع، وإنما يعتبر الحلف أو النكول قرينة يجب تعزيزها بقرائن أخرى لإقامة قضاء الحكم[22].

ويؤكد البعض أنه " لا يُعتد بيمين ولا نكول وقع خارج مجلس القضاء "[41]، بينما يرى آخرون أنه لا مانع من اعتبار النكول عن اليمين غير القضائية قرينة قضائية ضد الناكل فيما يجوز إثباته بالشهود والقرائن، لأن للقاضي مطلق الحرية في استنباط القرينة القضائية[42]

المطلب الثاني:

اليمين غير القضائية في الاجتهاد القضائي

أقر اجتهاد محكمتي النقض السورية والمصرية وجود مفهوم" اليمين غير القضائية " ومنحاها قيمة إثباتية قانونية في مجال المنازعات المدنية.

---

[37]- Bechor (G) – op.cit ,p 263

[38] ـ المؤمن ـ موسوعة ، مرجع سابق ـ ص 735 ، Bechor (G) – op.cit ,p 263

[39] ـ عبد الكريم ـ الطرق البديلة ، مرجع سابق ، ص 12

[40] ـ موسى ـ كيفية صياغة اليمين ، مرجع سابق ، ص 374

[41] ـ العتيبي ـ الإثبات باليمين ، مرجع سابق ، ص 95 وجاء ذلك في معرض شرحه للمادة 112 من نظام المرافعات الشرعية السعودي.

[42] ـ نشأت ـ رسالة الإثبات ـ مرجع سابق ـ ص 185

الفرع الأول:

اجتهاد محكمة النقض السورية

تطرقت محكمة النقض السورية لمفهوم " اليمين غير القضائية " في حكمين لها صدرا عام 1967 و1968

أولا ـ الحكم الأول :

ثار نزاع أمام قاضي الأمور المستعجلة، فطلب الخصم من خصمه حال الإنكار حلف اليمين بعد أن أثبت صورتها،فأجاب الخصم لما يريده منه خصمه وحلف اليمين بصيغتها المصورة.

وعُرض الأمر على محكمة الاستئناف فلم تأخذ بهذه اليمين بذريعة أنها غير منتجة لأنه لا يُسوَغ لقاضي الأمور المستعجلة تحليفها لانصبابها على أساس حق الملكية.

ولما عُرض الموضوع على محكمة النقض السورية قضت بأنه " وحيث أن هذه اليمين وإن لم تكن جرت أمام المحكمة المختصة بأصل النزاع، فإن المطعون ضده بعد أن قبل حلفها يكون قد ارتضى التعاقد مع خصمه على تقرير مصير النزاع على هذا الحلف، مما يُوجب إعمال آثاره وحسم النزاع بين الطرفين وفق رغبتهما. مما يجعل الجدل حول ما إذا كانت هذه اليمين قضائية أو غير قضائية لا يؤثر على مصير هذا النزاع بعد أن تساوت بنتائجها في هذه الدعوى"[43]

ونستخلص من هذا الحكم النتائج الآتية :

1 . قبول محكمة النقض السورية مفهوم " اليمين غير القضائية " وهي يمين حاسمة اتفاقية ،فطالما أن الحلف لم يكن أمام المحكمة المختصة بنظر النزاع فهي يمين غير قضائية، ولكنها ناتجة عن " اتفاق تعاقدي رضائي " يُحسَم بموجبها النزاع بين طرفيه.

2 . تتساوى النتائج القانونية المترتبة على اليمين القضائية مع نظائرها في اليمين القضائية وأهم هذه النتائج حسم النزاع بعد الحلف ،وأساس حسم النزاع في اليمين القضائية نص قانون البينات، بينما أساسه في اليمين غير القضائية هو الاتفاق أو التعاقد بين طرفي النزاع الأمر الذي يُوجب إعمال أثر هذا الاتفاق وهو حسم النزاع.

ثانياً ـ الحكم الثاني :

قضت محكمة النقض السورية بأنه " إذا اتفق طرفان على أن يحلف أحدهما يميناً في مكان معين (مقبرة الخضر عليه السلام) وتبين لمحكمة الموضوع أن لا علاقة لموضوع الاتفاق بما يمس النظام العام، فهذا الاتفاق بين الطرفين يغدو ارتضاء منهما على حلف يمين غير قضائية ترتب عليها النتائج التي اتفقا عليها[44] ، لأن قواعد الإثبات متروكة لإرادة الطرفين. وتحديد مكان يتصل بالدين لأداء هذه اليمين يفيد التغليظ في المكان الذي ليس فيه ما يتعارض والنظام العام ما لم تنطو صيغة القسم على مخالفته"[45].

ونستخلص من هذا الحكم الأمور الآتية :

1 . إقرار محكمة النقض السورية لمفهوم " اليمين غير القضائية " باعتبارها وسيلة إثبات قانونية وإن لم ينص عليها قانون البينات السوري، وعللت المحكمة هذا الإقرار بناء على أن "قواعد الإثبات متروكة لإرادة الطرفين " ،وأن هذه اليمين غير القضائية ترتب عليها " النتائج التي اتفق عليها الطرفان " نزولاً عند الطابع الاتفاقي لهذه اليمين.

---

[43] ـ نقض سوري ـ قرار رقم 164 أساس 121 تاريخ 24 /5 / 1967 ، مجلة المحامون لعام 1967 ،ص278 وقد ورد هذا الاجتهاد عند [23]

[44] ـ من الملاحظ تأثر محكمة النقض السورية برأي الدكتور السنهوري حتى في صياغتها للعبارة أعلاه

[45] ـ نقض سوري ـ رقم القرار 778 أساس 728 تاريخ 19 /2 / 1968 ، مجلة المحامون لعام 1969 ص 102 ، وقد ورد هذا الحكم عند (طعمة و استانبولي ـ تقنين البينات ،ج3 ، مرجع سابق ، ص 1959 ، 2125 ـ 2126) ويلاحظ اختلاف سنة صدور القرار في الموضعين بين عام 1968 و.1969

2 . لم تجد محكمة النقض السورية ضيراً في أن تُؤدى اليمين غير القضائية في مكان متصل بالدين، وبررت ذلك بأنه " نوع من تغليظ القسم بالنسبة للمكان " المعروف في قسم كبير من الفقه الإسلامي ، وأن هذا الأمر لا ينطوي على مخالفة للنظام العام طالما أن صيغة القسم لا يوجد فيها ما يَمس النظام العام.

ومن الجدير بالذكر أن الهيئة العامة لمحكمة النقض السورية قد قضت في قرار حديث لها بأنه " لا يجوز قبول خبرة خارجة عن إشراف ومعرفة القضاء "[46] . فما هو وجه الفرق بين الخبرة التي يُوجب قانون البينات أن تجري تحت إشراف وموافقة القضاء (المواد 138 . 140 بينات سوري) وحظَرت الهيئة العامة لمحكمة النقض قبول الخبرة الجارية خارج إشراف القضاء ، وبين اليمين الحاسمة التي أوجب قانون البينات أن تكون أمام المحكمة حصراً ولم يقم اعتباراً للنكول عن اليمين الحاسمة خارج المحكمة، ومع ذلك أقرت محكمة النقض السورية سابقاً[47] في حكميها السابقين قانونية مفهوم " اليمين غير القضائية " ! ولا نستطيع القطع بأن محكمة النقض السورية في حكمها الحديث حول عدم قانونية الخبرة الجارية خارج إشراف القضاء قد عدلت عن اتجاهها السابق في هذا الموضوع إلا إذا صرحت بذلك في حكم جديد مخالف.

الفرع الثاني:

اجتهاد محكمة النقض المصرية

مرَ اجتهاد محكمة النقض المصرية في موضوع اليمين غير القضائية بمرحلتين :

أولاً . المرحلة الأولى :

اعتبرت محكمة النقض المصرية في هذه المرحلة النكول عن اليمين غير القضائية قرينة قضائية ضد الناكل فيما يجوز إثباته بالشهود والقرائن ، ولذلك قررت المحكمة بأنه " لا تثريب على محكمة الموضوع إن هي استخلصت من نكول الطاعن عن اليمين لدى المحكم بأن لا حق للمطعون عليه في القناة موضوع النزاع قرينة على عدم أحقية الطاعن في طلب منع تعرض المطعون عليه ، ومن ثم فإن الطعن على الحكم استناداً إلى أنه أخطأ في تطبيق القانون إذا اعتبر أن نكول الطاعن عن هذه اليمين أمام المحكم موجب للحكم عليه، في حين أنه لم تُوجه إليه يمين قضائية بالمعنى القانوني وهذا الطعن يكون على غير أساس "[48].

ثانياً . المرحلة الثانية :

صرحت محكمة النقض المصرية في هذه المرحلة بقانونية " اليمين غير القضائية " حيث قضت بأن " اليمين هي استشهاد الله عز وجل على قول الحق، وقد تكون قضائية وغير قضائية تُحلف في غير مجلس القضاء باتفاق الطرفين، ومن ثم تُعتبر الأخيرة نوعاً من التعاقد يخضع في إثباته للقواعد العامة، أما حلفها فهو واقعة مادية تُثبت بالبينة والقرائن ،إذ هي تُؤدى شفاهاً أمام المُتفق على الحلف أمامهم ، ومتى تم حلفها ممن هو أهل لها ترتب عليها جميع آثار اليمين القضائية ومنها حسم النزاع، ومنها حجيتها في مواجهة مَن وجهها إلى خصمه "[49]. ويظهر من الحكم السابق أن محكمة النقض المصرية أجازت وبشكل صريح " اليمين غير القضائية " ووجدت أساسها القانوني في " اتفاق المتعاقدين "،وأنه متى تم حلفها يترتب على ذلك " جميع آثار اليمين الحاسمة القضائية ".

---

[46] ـ محكمة النقض السورية ، الهيئة العامة، أساس 1576 ، قرار 615 ، تاريخ 3 /12 / 2012 ، وقد ورد هذا الحكم في (المحامون ،السنة 80 ، ص101

[47] ـ لم نصادف أحكاماً حديثة لمحكمة النقض السورية حول اليمين غير القضائية.

[48] ـ نقض مصري ، طعن 4 س19 تاريخ 4 /1 / 1951 (مجموعة المكتب الفني ، السنة الثانية، ص 219 ـ 220 رقم 43 / 3) ورد ذكره عند (نشأت ـ رسالة الإثبات ـ مرجع سابق ـ ص 185) و بناء على هذا الحكم اعتبر المستشار أنور طلبة الحلف أو النكول عن اليمين غير القضائية مجرد قرينة يجب تعزيزها بقرائن أخرى (طلبة ـ الوسيط ، مرجع سابق ، ص 662)

[49] ـ الطعن رقم 152 لسنة 54 ق جلسة 9 /4 / 1990 (س 41 ع1 ص971) ورد الحكم عند " الثوابتة ـ الإثبات باليمين ، مرجع سابق ، ص 5 ، ويظهر في هذا الحكم أيضاً التأثير الواضح للآراء الفقهية للدكتورين السنهوري ومرقس في شأن اليمين غير القضائية.

المبحث الثاني:

القوة الإثباتية لليمين غير القضائية

استعرضنا في المبحث الأول موقف الفقه والاجتهاد القضائي من " اليمين غير القضائية "، فألفينا أن أكثر الفقهاء والباحثين قد سلموا بالقوة الإثباتية القانونية لليمين غير القضائية مؤسسين وجودها القانوني على " اتفاق الطرفين " و أعطوها نفس القيمة القانونية " لليمين الحاسمة القضائية " من حيث النتائج والآثار.وإلى ذلك أيضاً جنح الاجتهاد القضائي لمحكمتي النقض السورية والمصرية.

ولكننا وجدنا أن هذا الاتجاه الفقهي والقضائي يتعارض مع النصوص الواضحة في قوانين عدد من قوانين الإثبات العربية ، ومنها قانون البينات السوري الذي نص في المادة 117 منه على أنه (لا تكون اليمين إلا أمام المحكمة ، ولا اعتبار بالنكول عن اليمين خارجها).

و من أجل التحديد العلمي الدقيق للقوة الإثباتية لليمين غير القضائية ينبغي أن نحسم أمرين أولهما تحديد مذهب قانون البينات السوري في تنظيم الأدلة ، وثانيهما نحدد مدى قانونية الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات و نطاقها

المطلب الأول:

مذهب قانون البينات السوري في تنظيم الأدلة

إن الغرض الأساسي للأحكام القضائية هو الوصول إلى الحقيقة ،ولكن قد تبتعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية، بل قد تتعارض معها،والسبب في ذلك أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا من طريق قضائي رسمه القانون. والقانون في تمسكه بالحقيقة القضائية دون الحقيقة الواقعية إنما يوازن بين اعتبارين، اعتبار العدالة واعتبار استقرار التعامل ، وهذا الاعتبار الأخير يدفع المشرع إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها وفي تقدير كل دليل فيحدد له طرق الإثبات وقيمة كل طريق منها[50].

وقد ذهبت الشرائع في تمكين القاضي من الإحاطة بالحقيقة في المنازعات التي تُعرض عليه مذهبين أساسيين : أولهما مذهب الإثبات المطلق أو الحر ، والثاني مذهب الإثبات المقيد أو القانوني ، وأكثر الشرائع الحديثة اتخذت لها مذهباً وسطاً بين هذين المذهبين ،فلا هي تركت الإثبات مطلقاً كل الإطلاق، ولا هي بالغت في تقييده، ولذلك يعتبر مذهبها في ذلك مذهباً مختلطاً[51].ولن نتعرض لمذاهب الإثبات في هذا المقام إلا فيما يتعلق بتحديد طرق الإثبات وسلطة وصلاحيات القاضي أو الأطراف إزاء هذه الطرق .

الفرع الأول:

المذهب الحر أو المطلق

لا يرسم القانون في المذهب الحر طرقاً محددة للإثبات يقيد بها القاضي بل يترك الخصوم أحراراً يقدمون الأدلة التي يستطيعون إقناع القاضي بها ويُترك القاضي حراً في تحديد اقتناعه من أي دليل يُقدم إليه.

ولكن حظ العدالة في هذا المذهب ظاهري أكثر منه حقيقياً، فهو قد يقرب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية إلى مدى واسع، ولكن بشرط أن يؤمن من القاضي الجور والتحكم، فإذا جار القاضي أو تحكم في تعيين طرق الإثبات أو تحديد قيمها ابتعدت الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية[52].

[50] ـ د. السنهوري ـ الوسيط ـ مرجع سابق ـ ص 27
[51] ـ د. مرقس ـ موجز ، مرجع سابق ، ص 2
[52] ـ د. السنهوري ـ الوسيط ـ مرجع سابق ـ ص 27

وظاهر أن هذا المذهب يجعل للقاضي دوراً إيجابياً في تسيير الدعوى واستجماع الأدلة تمكيناً له من تحري الحقيقة أينما وجدت، ويسمح له إذا ما رُفع إليه نزاع أن يتولى بنفسه تحقيقه وأن يتحرى الحقيقة بكافة الوسائل[53].

الفرع الثاني:

المذهب القانوني أو المقيد

يرسم القانون وفقاً للمذهب القانوني طرقاً محددة تحديداً دقيقاً لإثبات المصادر المختلفة للروابط القانونية، ويجعل لكل طريق قيمته ويتقيد بكل ذلك القاضي والخصوم. وهذا المذهب على ما فيه من دقة حسابية تكفل ثبات التعامل، يُباعد ما بين الحقائق الواقعية والحقائق القضائية ، فقد تكون الحقيقة الواقعية ملء السمع والبصر، ولكنها لا تصبح حقيقة قضائية إلا إذا استطيع إثباتها بالطرق التي حددها القانون[54].

ويميل هذا المذهب إلى حصر وسائل الإثبات وتعيينها تعييناً دقيقاً وتحديد قيمة كل منها بحيث لا يجوز بعد ذلك للخصوم أن يثبتوا حقوقهم بغير هذه الوسائل، ولا يملك القاضي أن يجعل لأيها قيمة أكثر أو أقل مما حدده القانون، وظاهر أن هذا المذهب يجعل دور القاضي في تسيير الدعوى واستجماع الأدلة سلبياً تقتصر فيه مهمته على الحكم بما يرتبه القانون على ما يقدمه الخصوم من أدلة قانونية ، وعيبه أنه يجعل وظيفة القاضي آلية ويمنعه من الحكم بالحقيقة الواقعية إذا كان ظهورها له من غير طرق الإثبات التي عينها القانون[55].

الفرع الثالث:

المذهب المختلط

يجمع المذهب المختلط بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد، وفي المسائل المدنية يتقيد هذا المذهب إلى حد كبير، فلا يسمح فيها إلا بطرق محددة للإثبات تضيق وتتسع متمشية في ذلك مع الظروف والملابسات. وينبغي أن يكون موقف القاضي في المذهب المختلط موقفاً وسطاً بين الإيجابية والسلبية ، ولكنه يجب أن يكون أقرب إلى الإيجابية منه إلى السلبية ، ولا يتعارض ذلك مع تقييد القاضي بأدلة قانونية معينة وبتحديد قيم هذه الأدلة ،فإن هذا التقييد يجب أن تقابله حرية القاضي في تقدير وزن كل دليل في حدود قيمته القانونية حتى يستجلي الحقائق واضحة جلية[56].

وظاهر أن الشرائع التي ذهبت هذا المذهب أخذت بمبدأ حياد القاضي ومبدأ حصر الأدلة وترتيبها ، وقد خففت من مضارهما بأن خولت القاضي سلطة واسعة في تقدير قيمة ما يُعرض عليه من الأدلة التي عينها القانون[57].

ولا يجوز في هذا المذهب للخصم أن يثبت ادعائه ولا للقاضي أن يؤسس قناعته إلا وفقاً للطرق التي حددها القانون، ومن ثم فإن القاضي لا يستطيع أن يأخذ بالأدلة القديمة كالفراسة أو بالأدلة المستخرجة من التقنيات العلمية،إذ لا يجوز إضافة وسيلة أو دليل إثبات قانوني آخر لا يقره القانون[26] .

ويلتزم المذهب المختلط بمجموعة من القواعد أهمها :

1 . لا يجوز أن تتكون قناعة القاضي في الدعوى إلا من خلال وسائل الإثبات المحددة في القانون

2 . لا يعد الإثبات واقعاً إلا إذا تم وفقاً للقواعد المنصوص عليها في القانون ما لم يتفق الخصوم على غيرها[58]

---

[53] ـ د. مرقس ـ موجز ، مرجع سابق ، ص 2 ـ 3 [24]

[54] ـ د. السنهوري ـ الوسيط ـ مرجع سابق ـ ص 29

[55] ـ د. مرقس ـ موجز ، مرجع سابق ، ص 4، الزين ـ سلطة القاضي ، مرجع سابق ، ص 33 ـ35

[56] ـ د. السنهوري ـ الوسيط ـ مرجع سابق ـ ص 29 ـ31

[57] ـ د. مرقس ـ موجز ، مرجع سابق ، ص 4ـ 5[25]

[58] ـ د. واصل ـ شرح قانون أصول المحاكمات ، مرجع سابق ، ص 549

ويعد هذا المذهب خير المذاهب جميعاً ، فهو يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود، وبين اقتراب الحقيقة الواقعة من الحقيقة القضائية بما أفسح فيه للقاضي من حرية التقدير[59].

وقد أخذت بهذا المذهب أغلب الشرائع اللاتينية كالقانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي ، ومن قوانين الدول العربية القانون المصري والجزائري والأردني واللبناني والعراقي وغيرها[60].ووفقاً لتلك القوانين لا يجوز للقاضي ولا للخصوم أن يعتمدوا على دليل لم ينص القانون عليه ،فطرق الإثبات محددة على سبيل الحصر[61].

وقد أخذ بهذا المذهب المشرع السوري في قانون البينات، وقد أخضع القانون أصول الإثبات لعدة قواعد من بينها:

1 . لا يجوز أن تتوافر قناعة القاضي إلا بالاستناد إلى وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون دون غيرها.

2 . لا يعتبر الإثبات حاصلاً إلا إذا تم وفقاً للأصول المنصوص عليها في القانون ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك [27] .

و يظهر من بعض أحكام محكمة النقض السورية اعتمادها هذا الاتجاه حيث قضت بأنه " لا جدوى من إبراز شريط التسجيل على اعتبار أنه ليس من الأدلة المقبولة قانوناً كبينة في قانون البينات " (نقض سوري، غرفة مخاصمة القضاة، قرار رقم 340 أساس 152 تاريخ 3 /4 /2007) وأوردنا سابقا ما قضت به محكمة النقض السورية من أنه " لا يجوز قبول خبرة خارجة عن إشراف ومعرفة القضاء "[62]

ويُستدل من بعض أحكام محكمة النقض السورية أن قانون البينات السوري لم يأخذ بمذهب الإثبات المطلق ،أو بمذهب الإثبات القانوني ، وإنما أخذ بمذهب متوسط بينهما.فقد رأت محكمة النقض السورية أنه " من المبادئ الأساسية التي قام عليها قانون البينات هو الثقة بالقاضي وتوسيع سلطته على صورة يتبين له معها الحق من الباطل "[63]

وقضت بأنه " لم يخول قانون البينات القاضي السلطة المطلقة في توخي الحقيقة بنفسه عملاً بمذهب الإثبات المطلق "[64]، وذهبت للقول بأن " مبدأ الثبوت بالكتابة يعتبر علاجاً من شأنه تخفيف حدة النظام القانوني للإثبات ، وحتى يصبح مبدأ الثبوت بالكتابة الطريق الأمين لاستدراك المصاعب الناشئة عن دقة نظام الإثبات وليجعل تطبيق هذا النظام أكثر مرونة وجدوى وبذلك تتكسر حدة التنظيم القانوني للإثبات "[65]

وقد كان غرضنا من معرفة المذهب الذي تبناه قانون البينات السوري في تنظيم الأدلة هو حسم مسألة معينة وهي ، هل أورد المشرع طرق الإثبات في المادة الأولى من قانون البينات السوري على سبيل المثال أم الحصر[66] ؟

عرفنا من خلال أسس المذهب المختلط الذي تبناه المشرع السوري أنه يعتمد مبدأ " حصر الأدلة وترتيبها " أي لا يجوز إضافة وسيلة أو دليل إثبات قانوني آخر لا ينص عليه القانون. وقد يقال إن من قواعد المذهب "عدم اعتبار الإثبات حاصلاً إلا إذا تم وفقاً للأصول المنصوص عليها في القانون ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"

---

[59] ـ د. السنهوري ـ الوسيط ـ مرجع سابق ـ ص 29

[60] ـ د. السنهوري ـ الوسيط ـ مرجع سابق ـ ص 29 -30 ، د. مرقس ـ موجز ، مرجع سابق ، ص 5، العبودي ـ الحجية القانونية ، مرجع سابق ، ص6 ، زروق يوسف ـ حجية وسائل الإثبات الحديثة ، مرجع سابق ، ص 18

[61] ـ د.واصل ـ شرح قانون أصول المحاكمات ،مرجع سابق ، ص 592

[62] ـ محكمة النقض السورية ، الهيئة العامة، أساس 1576 ، قرار 615 ، تاريخ 3 /12 / 2012 ، وقد ورد هذا الحكم في (المحامون ،السنة 80 ، ص101

[63] ـ نقض سوري رقم 331 ، تاريخ 22 /4 / 1974 ، وقد ورد في (طعمة واستانبولي ـ شرح تقنين البينات ـ ج2،مرجع سابق ،ص 1119

[64] ـ نقض سوري رقم 1095 أساس عمالي 1105 تاريخ 30 /9 / 1975 ، مجلة المحامون لعام 1974 ص 104 ،وقد ورد في (طعمة واستانبولي ـ شرح تقنين البينات ـ ج1،مرجع سابق ، ص112)

[65] ـ نقض سوري رقم 605 تاريخ 25 / 6 / 1975 ، وقد ورد في (طعمة واستانبولي ـ شرح تقنين البينات ـ ج1،مرجع سابق ،ص648)

[66] ـ أجاب الدكتور سليمان مرقس على هذا السؤال فيما يخص القانون المصري بقوله " نص القانون في باب الإثبات على أدلة الإثبات، وتعتبر هذه الأدلة على سبيل الحصر، ولا يجوز الإثبات بغيرها " (د. مرقس ـ موجز ، مرجع سابق ، ص 27) وأجاب المؤمن على نفس السؤال فيما يخص القانون العراقي بقوله " طرق الإثبات واردة في المواد المدنية على سبيل الحصر، ولذلك فلا يجوز للقاضي أو الخصوم أن يتعدوها" (المؤمن ـ موسوعة ـ مرجع سابق ، ص 229 ،247)

فيبنى عليه بأن اليمين وسيلة إثبات قانونية في قانون البينات ولكن الأطراف اتفقا فقط على تغيير مكان أداها . ويرد على هذا القول أمران، الأول تعد اليمين وسيلة إثبات قانونية مستقلة بذاتها إن تمت تحت إشراف ورقابة المحكمة، ولا يستطيع الأفراد الاتفاق على تغيير مكان أداء الشهادة، لأن مكان أداءها يعد من القواعد الشكلية للإثبات التي تعد من النظام العام[67] التي لا يجوز الاتفاق على خلافها ،وبالمحصلة يظهر لنا عدم قانونية " اليمين غير القضائية " كوسيلة إثبات قانونية قائمة بذاتها.

المطلب الثاني:

الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات

نهدف من خلال معالجة موضوع الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات إلى معرفة مدى صلة القواعد الموضوعية للإثبات وخاصة طرقه بالنظام العام، ومدى إمكانية الاتفاق على خلافها،ومدى شمول ذلك اعتماد وسائل جديد لم ينص عليها قانون البينات.

عيَن القانون طرق الإثبات المختلفة، وحدد لكل طريق قوته بمقتضى قواعد وضعها لذلك، فهل تعتبر هذه القواعد من النظام العام لا سلطان للخصوم عليها،أم هي قواعد قابلة للتعديل بالاتفاق فيما بين الخصوم ؟ وإن كانت قواعد قابلة للتعديل بالاتفاق، هل يشمل ذلك اعتماد وسائل إثبات لم ينص عليها القانون ، أو عدم مراعاة الطرق أو الآليات التي وضعها القانون عند اتباعها ؟انقسم الرأي حول مدى قانونية الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات إلى اتجاهين ،أولهما ذهب إلى بطلان هذه الاتفاقات ، والثاني أجاز هذه الاتفاقات.

الفرع الأول:

بطلان الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات

يذهب الفقه الفرنسي إلى القول ببطلان الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات وحجته في ذلك أن طرق الإثبات تتعلق بحسن تنظيم القضاء، والتعرف على خير السبل التي يهتدي بها القضاة إلى الحقائق، ومن ثم تكون القواعد التي تعين هذه الطرق وتحدد قوة كل منها قواعد تتعلق بالنظام العام ولا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفتها، بل ذهب فريق من الفقهاء في فرنسا إلى بطلان الاتفاقات المتعلقة بقواعد الإثبات كافة، ليس فحسب القواعد المتعلقة بطرق الإثبات، وإنما أيضاً القواعد المتعلقة بتحديد الواقعة المُراد إثباتها وبتعيين من يتحمل عبء الإثبات من الخصوم[68]

وإن اضطلاع الدولة بمهمة القضاء لم يكن إلا لاعتبارات تتعلق بالنظام العام للحد من تحكم القضاة وعدم ترك تقدير الأدلة لمجرد قناعتهم، وذلك أن تنظيم القضاء يجب أن يسمو على مصالح الأفراد مهما كانت هذه المصالح مشروعة، وهذا ما دفع بعض المشرعين في بعض الدول إلى وضع جميع قواعد الإثبات في قوانين المرافعات كالتشريعين الألماني والسويسري، ومن ثم فلا يجوز أن يُترك الخصوم أحراراً يبدلون من طرق الإثبات المقررة لهم كيف يشاؤون، إذ هم بذلك يمسون صميم العدالة .وأن على المحكمة أن تحكم بهذا البطلان من تلقاء نفسها دون حاجة لطلب أحد من الخصوم، بل وعلى الرغم من نزولهم عنها واتفاقهم على خلافها، وقد أخذ بهذا الرأي غالبية الفقه الفرنسي مع قلة من قضاتهم يناصرهم القضاء البلجيكي ومحكمة لوكسمبورغ[69] .

الفرع الثاني

[67] ـ لا يوجد خلاف في الفقه على اعتبار القواعد الشكلية أو الإجرائية في الإثبات من النظام العام ،لأنها تعد من نظام التقاضي فلا يجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها ولذلك فهي تلزم القاضي والخصوم معاً، ويجب على المحكمة أن تثير أي مخالفة لها من تلقاء نفسها (يوسف ـ حجية وسائل الإثبات ، مرجع سابق ، ص 19 و [28])

[68] ـ السنهوري ـ الوسيط ، مرجع سابق ، ص 94، د. أنطاكي ـ أصول المحاكمات ـ مرجع سابق ، ص 467

[69] ـ المؤمن ـ موسوعة ، مرجع سابق ، ص 248 ـ 250

صحة الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات

يذهب القضاء الفرنسي إلى القول بصحة الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات كغيرها التي تتعلق بعبء الإثبات وبالواقعة المُراد إثباتها، ولا يُستثنى من ذلك إلا الاتفاقات الخاصة بقواعد لا يختلف أحد في أنها متعلقة بالنظام العام[70].فطرق الإثبات وقواعده وإن كانت تتعلق بالصالح العام إلا أن أساسها مصالح الأفراد ورعاية حقوقهم، لكيلا تتعرض للضياع بسبب كذب الشهود ولا تعلق لها بالنظام العام ،لأن الإثبات إنما ينصب على حقوق خاصة بالأفراد ولذلك فالخصوم أحرار في أن يقدموا بعض الأدلة المقبولة قانوناً دون البعض الآخر إذا اعتقدوا أنها أقرب لتحقيق العدالة وتؤدي بهم إلى الحقيقة من غير أن يتدخل القضاء في ذلك مادام الحق المتنازع عليه لا يمس النظام العام[71].
وينهض لتوجيه الرأي الذي يذهب إليه القضاء الفرنسي اعتباران :

أولهما . إن الأصل في موقف القاضي من الدعوى الحياد، والخصمان هما اللذان يقفان موقفاً إيجابياً ، فلهما أن يسيرا على القواعد التي رسمها القانون للإثبات، ولكن لا جناح عليهما أن يخالفا هذه القواعد باتفاق بينهما إلى قواعد أخرى يريانها أقرب إلى أداء العدالة وتمحيص الحقائق.

والاعتبار الثاني : إن إثبات الحق لا يزيد في الخطر عن الحق ذاته، وما دام صاحب الحق يستطيع النزول عنه، فكيف لا يستطيع الاتفاق مع خصمه على طريق معين لإثبات هذا الحق.[72]ولماذا لا نجيز لهم الاتفاق على طريق إثبات هذا الحق ، وإن كان هذا الطريق يخالف الطريق الذي رسمه القانون[73].

ومن ثم فقد حكم القضاء الفرنسي بصحة الاتفاق الخاص بإثبات براءة ذمة الوكيل بطريق أيسر من تلك التي رسمها القانون في القواعد العامة للإثبات وفي القواعد الخاصة بعقد الوكالة ، وحكم أيضاً بجواز الاتفاق على الإثبات بطرق أيسر مما قرره القانون كالبينة بدلاً من الكتابة، أو بطريق أصعب ،أو بطريق لم يرسمه القانون ،وهذا ما لم يكن هناك اعتبار واضح من النظام العام[74].ولكن يجب على المحكمة أن تثير من تلقاء نفسها وجود مخالفة لقواعد الإثبات الموضوعية ولو لم يتمسك بها الخصوم إذا تبين أن هذه القاعدة رغم أنها موضوعية إلا أنها متعلقة بالنظام العام كالقاعدة المتعلقة بحجية الأمر المقضي به[75] .

ويمكن القول إجمالاً إن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ، ويوجد حقاً من هذه القواعد ما توحي طبيعته أنه من النظام العام كأن يكون السند الرسمي حجة على الناس كافة إلى أن يُطعن فيه بالتزوير، ولكن أكثر القواعد لا تعتبر من النظام العام فيصح الاتفاق على ما يخالفها فيجوز الإثبات بالكتابة حيث يجيز القانون الإثبات بالبينة الشخصية، أو أن يكون الإثبات بالبينة الشخصية حيث يحتم القانون الإثبات بالكتابة[76].

---

[70] ـ السنهوري ـ الوسيط ، مرجع سابق ، ص 94
[71] ـ المؤمن ـ موسوعة ، مرجع سابق ، ص 250
[72] ـ د.السنهوري ـ الوسيط ، مرجع سابق ، ص 94 ـ 95 ، المؤمن ـ موسوعة ، مرجع سابق ، ص 250 ،
[73] ـ د. أنطاكي ـ أصول المحاكمات ، مرجع سابق ، ص 467
[74] ـ د.السنهوري ـ الوسيط ، مرجع سابق ، ص 95 ، وقد أورد د. السنهوري العبارة الأخيرة على الشكل الآتي " أو بطريق أصعب (نقض فرنسي 8 أغسطس سنة 1904 سيريه 1904 -1 - 481) أو بطريق لم يرسمه القانون (نقض فرنسي ـ 20 مارس سنة 1876 سيريه 17 -1 ـ 338 ، حكم آخر في 23 نوفمبر سنة 1891 سيريه 95 ـ 1 ـ 402) وهذا ما لم يكن هناك اعتبار واضح من النظام العام. وقد أوردنا كلام د. السنهوري بحرفيته ومراجعه لأن د. أنطاكي(رجع إلى الحكمين القضائيين نفسهما وإلى بلانيول وريبير ،ج7 ،رقم 1428) ثم ذكر ما مفاده "ولذلك حكم القضاء الفرنسي بصحة الاتفاق على الإثبات بطريق أصعب لم يرسمه القانون إلا إذا وجدت اعتبارات تتعلق بالنظام العام " (د. أنطاكي ـ أصول المحاكمات ـ مرجع سابق ، حاشية1 ص 468) والفارق واضح بين العبارتين وما يؤديان إليه من معنى ، فعبارة د.السنهوري تفيد بأن القضاء الفرنسي أجاز الاتفاق على طريق إثبات لم يرسمه القانون ، أما عبارة د.أنطاكي فتفيد أن القضاء الفرنسي أجاز الاتفاق على طريق أصعب لم يرسمه القانون ولكنه يدخل ضمن طرق الإثبات التي حددها القانون وإن كان بطريقة أصعب.
[75] ـ د. حاج طالب ـ أصول المحاكمات ، مرجع سابق ، ص 266
[76] ـ د.السنهوري ـ الوسيط ، مرجع سابق ، ص 96، ونفس الرأي [29] ، د. حاج طالب ـ أصول المحاكمات ، مرجع سابق ، ص 265، يوسف ـ حجية وسائل الإثبات ، مرجع سابق ، ص20

ويعد تعيين طرق الإثبات، وبيان متى يجوز استعمال كل منها، وتحديد قوة كل طريق من هذه الطرق ،هذه جميعها مسائل قانون تخضع لرقابة محكمة النقض، ولكن متى قبل القاضي طريق الإثبات الذي رسمه القانون في الوضع الذي أجازه فيه وجعل له قوته المحددة قانوناً، فإن تقدير مدى اقتناع القاضي بالدليل يعتبر من المسائل الموضوعية التي لا تعقيب لمحكمة النقض عليها[77].وقد اعتبرت محكمة النقض السورية أن " قواعد الإثبات موضوعة لصالح الخصوم الذين لهم الاتفاق على نهج معين في الإثبات، كاتفاق الأطراف على البينة الخطية في الإثبات كوسيلة وحيدة للإثبات[78] ". وقد استقر اجتهاد محكمة النقض السورية على أن " قواعد الإثبات وضعت لحماية مصالح خاصة، ولا ترتبط بالنظام العام "[79].

ولكن هل يمكن أن تصل الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات إلى حد إيجاد أو اعتماد وسيلة إثبات لم ينص عليها قانون البينات ، كاليمين غير القضائية أو البشعة[80] أو زجر الطير أو سواها من الأدلة المنطقية أو غير المنطقية ؟

إن القانون قد بيَن الأدلة التي يمكن إثبات الحقوق بها، أي أن القاضي مقيد بطرق الإثبات، ويجب على القاضي أن لا يأخذ بالدليل إلا بعد أن يتبع الإجراءات الخاصة به ، ولا يمكن للقاضي أن يحكم في الواقعة المتنازع عليها إلا بمقتضى الدليل الذي أباحه المشرع،وبعد استيفاء الإجراءات المبينة فيه[81]. وطرق الإثبات في المواد المدنية واردة على سبيل الحصر ، ولا يجوز للقاضي أو الخصوم أن يتعدوها ، وينبني على ذلك أنه لا يُقبل من الخصوم أن يثبتوا الدعوى إلا بالدليل المنصوص عليه قانوناً،كما لا يجوز للمحكمة أن تكون عقيدتها وتبني حكمها على دليل لم يُصرح به القانون ،فلا تجوز البينة بصيغة الطلاق أو بلعق البشعة[82].

ويهدف المشرع من تعيين وتحديد طرق الإثبات إلى حماية المتقاضين من مخاطر تحكم القضاة وأخطائهم، كما أن تحديد القانون لطرق الإثبات في المواد المدنية له أهمية كبيرة، حيث تكون الطريقة التي يلجأ إليها الأفراد معروفة لكي يعدوا مقدماً ما يجب لإقامة الدليل على الادعاءات و الدفوع المقدمة منهم، وإذا استعانوا بغير الطريقة التي حددها القانون يترتب على ذلك عدم قبول المحكمة للطريقة المستخدمة من قبلهم.[83]

وتُظهر الاجتهادات الحديثة لمحكمة النقض السورية هذا الفهم في عدم استطاعة الاتفاق على خلق طريقة إثبات مستقلة بذاتها لم يُنص عليها في قانون البينات، يدل على ذلك قرار محكمة النقض بعدم قبول أشرطة التسجيل كدليل لأنه ليس من الأدلة المقبولة كبينة في قانون البينات (نقض سوري، غرفة مخاصمة القضاة، قرار رقم 340 أساس 152 تاريخ 3 /4 /2007) ، وأنه عند اتباع نوع من الأدلة يجب اعتماد القواعد والإجراءات التي نص عليها

---

[77] ـ د.السنهوري ـ الوسيط ، مرجع سابق ، ص 97، د.أنطاكي ـ أصول المحاكمات ـ مرجع سابق ، ص 469

[78] ـ هيئة عامة نقض سوري أساس 197 قرار 940 تاريخ 19 / 7 / 2004

[79] ـ نقض سوري رقم 548 أساس 347 ، 24 / 4 / 1984 ،نقض سوري رقم 2284 تاريخ 29 /12 / 1963 ، نقض سوري رقم 583 تاريخ 25 /11 / 1967، نقض سوري رقم 1197 أساس 941 تاريخ 18 /11 /1971 ، نقض سوري رقم 546 تاريخ 12 / 11 /1967 ، نقض سوري رقم 1061 تاريخ 7 /10 / 1962 ، وردت في (طعمة واستانبولي ـ شرح تقنين البينات ، ج1، مرجع سابق ، ص 289 ـ 290 ،515 ، 535 -536 ، 538 ، 540)

[80] ـ البشعة : طاسة يلعقها المدعى عليه بعد أن تصبح كالجمر فإذا أحرقت لسانه كانت دعوى خصمه صحيحة وإلا فلا (المؤمن ـ موسوعة ، مرجع سابق ، حاشية 3 ص 229)

[81] ـ نشأت ـ رسالة الإثبات ، ج1 ، مرجع سابق ، ص 44 ـ 45

[82] ـ المؤمن ـ موسوعة ، مرجع سابق ، ص 229 وتطبيقاً لذلك قررت محكمة التمييز العراقية أن " القانون قد عيَن طرق الإثبات،فإذا لم يتم الإثبات بإحدى هذه الطرق، فلا يصح تأسيس الحكم عليه " (القرار رقم 587 / ح / 1954 تاريخ 4 /5 / 1954) وجاء في قرار لمحكمة النقض المصرية " إن الاستناد إلى البشعة كوسيلة لإثبات الحق أو نفيه هو ما تأباه سنن المجتمع ، وإذا أقر القرار المطعون فيه هذه الوسيلة واتخذ من امتناع الطاعن عن لعق البشعة دليلاً على ثبوت الحق المدعى بموجبه ، فإنه يكون خالف القانون متعين نقضه " (نقض مدني مصري في 19 /5 / 1955 ، مجموعة أحكام النقض رقم 154 ،ص1159 المحاماة ، سنة 23 ، بند 459 ، ص34) وقد وردت الإشارة للقرارين عند : المؤمن ـ موسوعة ، مرجع سابق ، ص 229

[83] ـ المؤمن ـ موسوعة ، مرجع سابق ، ص 330 ـ 331

القانون وهو ما قضت به محكمة النقض السورية بقولها " لا يجوز قبول خبرة خارجة عن إشراف ومعرفة القضاء " (محكمة النقض السورية ، الهيئة العامة، أساس 1576 ، قرار 615 ، تاريخ 3 /12 / 2012).

وبالتالي يمكن القول بأنه لا يستطيع الاتفاق بمجرده أن يخلق طريقة إثبات جديدة غير منصوص عليها في قانون البينات، وإذا ما لجأ الأطراف إلى وسيلة إثبات تم النص عليها في قانون البينات فيجب عليهم إتباع الطرق التي رسمها القانون للوسيلة المعنية، ويبنى على ذلك عدم قانونية اللجوء إلى اليمين غير القضائية كوسيلة إثبات تُحسم فيها المنازعات لعدم النص عليها في قانون البينات، وإذا قيل إن اليمين طريقة من طرق الإثبات المنصوص عليها قانوناً ، يُرد على ذلك بأن اليمين تعد قانونية إذا تم مراعاة القواعد الشكلية في أدائها وأهمها أن يتم حلفها في المحكمة أو بإشرافها،وعدم مراعاة هذه الناحية الشكلية يرتب البطلان لتعلق المخالفة بالنظام العام .

وإذا لم يكن لليمين غير القضائية قوة قانونية إثباتية بحد ذاتها وبشكل مستقل، فهل تخلو من أية قيمة قانونية إثباتية ؟ في الواقع لا تكفي اليمين غير القضائية لوحدها لحسم النزاع، وإنما يمكن اعتبار الحلف أو النكول قرينة يجب تعزيزها بقرائن أخرى لإقامة قضاء الحكم، ولا مانع من اعتبار النكول عن اليمين غير القضائية قرينة قضائية ضد الناكل فيما يجوز إثباته بالشهود والقرائن، لأن للقاضي مطلق الحرية في استنباط القرينة القضائية.

الاستنتاجات والتوصيات :

عرضنا في البحث آراء عامة الفقهاء ومضمون الاجتهاد القضائي لمحكمتي النقض السورية والمصرية حول اليمين غير القضائية، وألفينا بأنهم يقرون بالوجود القانوني الإثباتي لما يعرف بـ " اليمين غير القضائية "، وكيَفوها على اعتبارها نوعاً من اليمين الحاسمة الاتفاقية، ووجدوا أساسها القانوني في مجرد الاتفاق عليها، وطبقوا عليها الأحكام العامة للاتفاقات والعقود سواء من حيث الإبرام آو الأحكام أو الإثبات.

ولكننا بعد التحليل وجدنا بأنه لا ينبغي الإقرار بوجهة النظر المتقدمة، وأنه لا توجد أية قوة قانونية إثباتية لليمين غير القضائية في حد ذاتها كطريق من طرق الإثبات، بناء على مخالفة القول بإقرارها مع النص الصريح للمادة 117 من قانون البينات السوري التي تُوجب أن يكون أداء اليمين الحاسمة أمام المحكمة، وأنه لا اعتبار بالنكول عن اليمين خارج المحكمة، والاعتراف القانوني بها يخالف هذه المادة من الناحيتين الموضوعية والشكلية.

كما أن إقرار اليمين غير القضائية كطريقة لحسم المنازعات فيه تعارض مع النظام المختلط للإثبات الذي تبناه قانون البينات السوري وسائر التقنينات اللاتينية والذي يقوم على مبدأ "الحصرية القانونية لطرق الإثبات "، أي عدم جواز الاعتماد على طرق للإثبات لم ينص عليها القانون وضرورة اتباع القواعد الشكلية للطرق المعتمدة قانوناً وخاصة المتعلق منها بالنظام العام.

ويخالف الاعتراف باليمين غير القضائية ما توصلنا إليه من عدم قدرة الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات على خلق أو إيجاد طريق جديدة للإثبات لم يتم النص عليها قانوناً.ولكننا لم نهدر بالكلية القيمة القانونية لليمين غير القضائية وملنا إلى إمكانية اعتبارها نوعاً من " القرينة القضائية " التي يستطيع أن يعتمد عليها القاضي إذا أراد فيما يمكن أن يقبل الإثبات بالبينة الشخصية، وأنها من حيث قوتها الثبوتية كدليل تخضع لمطلق تقدير القاضي، ولا يمكن بأي حال من الأحوال بان يُحسم بواسطتها النزاع.

المراجع:

1 . الزحيلي (د. محمد مصطفى) . *وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية*، مكتبة دار البيان ،دمشق ، ط1 ، 1982 ، ص 319

2 _ WEBB , D . J . *The oaths and vows that bind our society together* ,Legal notes. No.53, Libertarian alliance , Mayfair ,London ,2012 ,p1.

3_ LIEBESNY, H.J. *The Law of the Near, Middle East .Reading ,cases, materials* .State University of New York press , Albany ,1975 ,p250.

4 _ BECHOR ,G . *The Egyptian courtroom oath and its functions* .in : BECHOR ,G . *God in The Courtroom , The transformation of the courtroom oath and perjury between Islamic and France _Egyptian law* , Brill, Leiden ,2012 , P15.

5_ VERKEK ,R. *Party interrogation as evidence ,the Netherlands* ,in : VAN RHEE ,C.H. *European traditions in civil procedure* ,Oxford ,2005 ,P249.

6_OBERHAMMER ,P,DOMEJ ,T. *Party interrogation as evidence , Germany ,Switzerland , and Austria* , in : VAN RHEE ,C.H. *European traditions in civil procedure* ,Oxford ,2005 ,P 258.

7_ WOLF ,C .Z. *Evidence in civil law ,Germany* , lex localis , Maribor ,Slovenia,2015 ,P 28

8 . السنهوري (د. عبد الرزاق) . *الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام ،الإثبات . آثار الالتزام)* ، الجزء الثاني ،دار النهضة العربي ، القاهرة ، 1968، ص 514.

9 . مرقس (د. سليمان) . *موجز أصول الإثبات في المواد المدنية*، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1957 ، ص134.

10 . نشأت (أحمد) . *رسالة الإثبات* ، الجزء الثاني . مكتبة العلم للجميع ، بيروت ، لبنان ، ط1 ، 2005 ، ص 184.

11. واصل (د. محمد) . شرح قانون أصول المحاكمات ، منشورات جامعة دمشق ، 2006 / 2007 ، ص 612.

12 – OUDIN , M. *Evidence in civil law ,France* , lex localis , Maribor ,Slovenia ,2015 ,P 17.

13 _ ANDERSON M ,J.C. *Judicial oaths in Ancient Ireland* . The Australian law , Vol .XXVII,1905 -1906 ,P CLXXXVIII.

14 _ DURANTON , M. *Cours de Droit civil ,Suivant le code Francais* ,Bruxelles ,1841 ,P 461.

15- TOULLIER ,M. *Le Droit Civil Francais* ,Bruxelles , 1838 ,P 500

16 . موسى (ساهرة) . *كيفية صياغة اليمين القضائي (دراسة وفق القانون العراقي)* . مجلة كلية التربية ،جامعة واسط ، العدد 21 ، المجلد 1 ، 2015 ،ص374

17 . المؤمن (حسين) . *موسوعة نظرية الإثبات*، الجزء الأول ، القواعد العامة والإقرار واليمين ، ط2 ، شركة العرفان ، بغداد 2016 ، ص 555 ، 733

18 . الثوابتة (زياد ذياب إبراهيم) . *الإثبات باليمين في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية مقارنة)*، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر ، غزة، 2014 ، ص 4

19 . محمد (د. محمد نصر) . *أدلة الإثبات في الأنظمة المقارنة*، مكتبة القانون والاقتصاد ، الرياض ، ط1 ، 2012، ص 167

20 . الصدة (د. عبد المنعم فرج) . *الإثبات في المواد المدنية* ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده . القاهرة ، ط2 ،1955 ، ص 420

21 . عبد الكريم (عروي) . *الطرق البديلة في حل النزاعات القضائية ، الصلح والوساطة القضائية طبقاً لقانون الإجراءات المدنية والإدارية*، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ، 2012 ، ص 11 . 12

22 . طلبة(أنور) . *الوسيط في شرح قانون الإثبات*، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 662

23 . طعمة (شفيق) و استانبولي(أديب) . *تقنين البينات في المواد المدنية والتجارية* ،الجزء الثالث ،المكتبة القانونية، حرستا الطبعة الثانية، 1994، ص 1958

24 . الزين (قروف موسى) . *سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات*، رسالة دكتوراه . كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة، 2014 ، ص 32 . 33

25 . يوسف (زروق) . *حجية وسائل الإثبات الحديثة*، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان، 2013 ، ص 18

26 . العبودي (د. عباس) . *الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني* ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان ،ط1 ، 2002 ، ص 6

27. أنطاكي (د. رزق الله) . *أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية* ، منشورات جامعة دمشق ، مطبعة الداودي ، دمشق ، ص 456 .457

28 . حاج طالب (د. محمد) . *أصول المحاكمات المدنية* ، الجزء الأول، منشورات جامعة حلب ، 2006 ، 265

29 . أبو الوفا (د. أحمد) . *الإثبات في المواد المدنية والتجارية* ، الدار الجامعية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1983 ،ص 35