مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL

Volume 83
Issue 83 *Year 34, Issue No. 83 July 2020*

Article 7

1983

Abuse in Directing the Decisive Oath in the Palestinian Evidence Law: A Comparative Study in the Light of Judicial Rulings

mahmoud A. salameh Dr.
Assistant Professor of Civil Law, Faculty of Law, Arab American University, Palestine - Jenin, mahmoud.salameh@aaup.edu

Ibrahim Yahya
Arab American University Faculty of Law, Ibrahim.Yahya@aaup.edu

Follow this and additional works at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law

Part of the Civil Law Commons

Recommended Citation

salameh, mahmoud A. Dr. and Yahya, Ibrahim (1983) "Abuse in Directing the Decisive Oath in the Palestinian Evidence Law: A Comparative Study in the Light of Judicial Rulings," *مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL*: Vol. 83: Iss. 83, Article 7.
Available at: https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law/vol83/iss83/7

This Article is brought to you for free and open access by Arab Journals Platform. It has been accepted for inclusion in مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL by an authorized editor. The journal is hosted on Digital Commons, an Elsevier platform. For more information, please contact rakan@aaru.edu.jo, marah@aaru.edu.jo, u.murad@aaru.edu.jo.

Abuse in Directing the Decisive Oath in the Palestinian Evidence Law: A Comparative Study in the Light of Judicial Rulings

Cover Page Footnote

Dr. Mahmoud Salama, Assistant Professor of Civil Law, Faculty of Law, Arab American University, Palestine - Jenin Mr. Ibrahim Khaled Yahya, Master in Commercial Law, Lecturer, Faculty of Law, Arab American University, Palestine - Jenin

This article is available in مجلة جامعة الإمارات للبحوث القانونية UAEU LAW JOURNAL:
https://digitalcommons.aaru.edu.jo/sharia_and_law/vol83/iss83/7

التعسف في توجيه اليمين الحاسمة في قانون البينات الفلسطيني

"دراسة مقارنة في ضوء أحكام القضاء"*

الدكتور **الأستاذ**

محمود عبد المحسن سلامة* **إبراهيم خالد يحيى***

المُلخص

يعالج البحث المحاور الرئيسة لموضوع التعسف في توجيه اليمين الحاسمة، حيث سعى المطلب الأول إلى تحديد الإطار الذي يحكم التعسف في توجيه اليمين من خلال مناقشة الآراء التي نادت بكون تخلف شروط اليمين من ضمن التعسف، والخلوص إلى أن النظرية العامة في التعسف هي الإطار الأنسب الذي يتسع ليشمل حالات كثيرة من التعسف من خلال شرح نظرية التعسف وفق مجلة الأحكام العدلية، وذلك لكونها معبرة عن مفهوم التعسف في اليمين بشكل أدق، كما تم التوصل إلى أن رقابة القضاء على التعسف في توجيه اليمين إما أن تكون من النظام العام حين يكون في وسع القضاء ملاحظة مظاهر التعسف، وإما أن تكون إثارة مسألة التعسف من اختصاص الخصم المطلوب تحليفه، وذلك حين تكون دلائل التعسف كامنة لا يمكن للمحكمة معاينتها من خلال وقائع الدعوى. كما سعت الدراسة من خلال المطلب الثاني إلى إيراد أكبر قدر من صور التعسف غير الحصرية، وتوضيح ضوابطها، سواء تلك المستقاة من النظرية العامة للتعسف، إذ حاولت الدراسة رد بعض الصور إلى معايير النظرية العامة في التعسف التي وردت في مجلة الأحكام العدلية، او المتمثلة في تخلف شروط

* أجيز للنشر بتاريخ ٢١/ ٨/ ٢٠١٩.

* أستاذ القانون المدني المساعد-رئيس قسم القانون الخاص -كلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية – فلسطين – جنين.

*ماجستير في القانون التجاري- محاضر بكلية الحقوق- الجامعة العربية الأمريكية – فلسطين – جنين.

اليمين حسب الرأي القائل بذلك، بحيث يكون يغطي البحث الصور الشائعة المختلفة، وإن كانت الدراسة لا تتفق مع كون تخلف الشروط بمثابة تعسف في توجيه اليمين

المقدمة

تهدف اليمين الحاسمة إلى حسم نزاع قائم بين أطراف الدعوى، سواء وجهت اليمين بخصوص كل المسائل المتنازع عليها أو مسألة منها(١)، بحيث يجوز توجيهها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى(٢)، أي يجوز توجيهها حتى بعد إقفال باب المرافعة، وأكثر من ذلك، يجوز توجيهها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، أو أمام النقض حين تنظر الطعن موضوعاً(٣).

كما أن توجيه اليمين يرتب التنازل عما سواها من البينات(٤)، حتى لو كان المطلوب من

(١) نصت المادة (١٣١) من قانون البينات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠١ المنشور في العدد ٣٨ من الوقائع الفلسطينية بتاريخ ٥/ ٩/ ٢٠٠١، ص٢٢٦ على أن "اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد الخصوم إلى خصمه في المسائل المتنازع عليها أو في أية مسألة منها ليحسم نزاعاً قائماً".
وتأييداً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه "من المقرر أن اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد المتداعين لخصمه ليحسم بها النزاع وفقاً لحكم المادة (٥٣) من قانون البينات ..."، قرار محكمة التمييز الأردنية/ حقوق رقم ٢٠١٨/ ٤١٣٨ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٨/ ٧/ ٢٩، منشورات مركز عدالة.

(٢) المادة (١٣٢/ ١) من قانون البينات الفلسطيني "يجوز لكل من الخصمين في أية حالة كانت عليها الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمه".

(٣) المادة (٢٣٧/ ٢) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ المنشور في العدد ٣٨ من الوقائع الفلسطينية بتاريخ ٥/ ٩/ ٢٠٠١، ص٥ على أنه: "إذا حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه وجب عليها أن تحكم في الموضوع في أي من الحالتين الآتيتين: أ- إذا كان موضوع الدعوى صالحاً للفصل فيه. ب- إذا كان الطعن للمرة الثانية".

(٤) المادة (١٤٤) من قانون البينات الفلسطيني "يترتب على توجيه اليمين الحاسمة التنازل عما عداها من البينات بالنسبة للواقعة المتعلقة بها...". وقضت محكمة التمييز الأردنية بالقول "... وهذا يعني أن موجه اليمين يلجأ إلى ضمير الخصم لإثبات حقه فيطلب توجيه اليمين بصيغة يقترحها ويكون بتوجيه اليمين قد تنازل عما عداها من البينات الأخرى ذلك أن

موجه اليمين إثبات الواقعة كتابة، وذلك لأن من يطلب تحليف اليمين يتنازل عن كل بينة ممكنة في سبيل الاحتكام إلى ضمير خصمه، فلا يغدو مبرراً مطالبته بإثبات الواقعة بالكتابة أو بمبدأ الثبوت بالكتابة أو بالشهود(٥)، ويقصد بذلك البينات المتعلقة بالواقعة المحلف عليها، ولا يمتد التنازل إلى غيرها من الوقائع، فاليمين قد توجه إلى مسألة من مسائل النزاع، وليس إلى كل النزاع، فيظل الحق في اللجوء إلى البينات فيما عدا تلك المسألة قائماً(٦).

والخصم هو الذي يطلب توجيه اليمين، فلا تتصدى المحكمة لتوجيهها من تلقاء نفسها(٧)، ولا أن تقوم بإفهام المدعي أنه عاجز عن إثبات دعواه وأن من حقه توجيه اليمين، لأن الإفهام ينافي ضرورة حياد المحكمة، فلا يحق للمحكمة تنبيه الخصم إلى بينة قد يكون غير متفطن لها، مما يلحق ضرراً بالخصم الآخر(٨).

أما اليمين المتممة فهي اليمين التي يوجهها القاضي للخصوم لتبني على ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو قيمة ما تحكم به(٩)، ويشترط في توجيهها ألا يكون في الدعوى دليل

اليمين الحاسمة ذات طبيعة خاصة عما سواها من البينات الأخرى"، قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠١٨/ ٦٦٥٨ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٨/ ١٠/ ٢٩منشورات مركز عدالة. وانظر قرار محكمة التمييز الأردنية/ حقوق رقم ٢٠١٦/ ٣٨٣٢ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٦/ ١٢/ ٢٧، منشورات مركز عدالة، وانظر قرار محكمة التمييز الأردنية/ مدني رقم ٢٠١٥/ ٣٧٠٥ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٦/ ١/ ٥، منشورات مركز عدالة.

(٥) نشأت، أحمد، رسالة الإثبات، الجزء الثاني، بدون طبعة، بدون دار نشر، ٢٠٠٨، ص١١٣-١١٤.

(٦) انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية رام الله، حقوق، رقم ٣٢٦/ ٢٠١٠، تاريخ ٦/ ٦/ ٢٠١١، منشور على موقع المقتفي.

(٧) المادة (١٣١) من قانون البينات الفلسطيني "اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد الخصوم إلى خصمه..." .وأكد القضاء على ذلك بأنه "إذا لم يطلب المميز طيلة إجراءات المحاكمة لدى محكمة الاستئناف من المحكمة توجيه اليمين الحاسمة فإن طلب توجيه اليمين لا يكون إلا بطلب من الخصم"، قرار محكمة التمييز الأردنية/ مدني رقم ٢٠١٥/ ٢٣٨٢ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٦/ ١/ ١٨، منشورات مركز عدالة. وفي نفس الاتجاه قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٤/ ١١٦٣ (هيئة عادية) تاريخ ٩/ ٧/ ٢٠١٤، منشورات مركز عدالة.

(٨) العبيدي، علي هادي، قراءة في قانون البينات المعدل، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت - عمادة البحث العلمي، مج ١١، ع ١، ٢٠٠٥، ص ٣٣٤- ٣٣٥.

(٩) المادة (١٤٦/ ١) من قانون البينات الفلسطيني.

كامل، وألا تكون خالية من أي دليل(١٠)، كما أن اليمين المتممة لا يمكن ردها على الخصم الآخر(١١)، وذلك لأنها موجهة من قبل المحكمة، وليس من قبل ذلك الخصم، فهي إذن ملك المحكمة لا الخصوم، ولا يترتب على حلف اليمين المتممة حسم الدعوى، بل لها وظيفة مساعدة لتكوين المحكمة قناعتها في الدعوى.

وقد نصت المادة (١٣٢/ ٢) من قانون البينات الفلسطيني على ضرورة عدم التعسف في توجيه اليمين، بقولها "يجوز للمحكمة أن تمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها"(١٢)، وعليه يخول النص المحكمة سلطة رفض توجيه اليمين في حال استقر في عقيدتها أن طلب تحليف اليمين تعسفي، ونص على حكم مشابه قانون البينات السوري(١٣)، وقانون الإثبات المصري(١٤)، وقانون البينات العراقي(١٥)، والعديد من القوانين المقارنة.

وتقرير حكم التعسف في توجيه اليمين مرده أن التعسف ليس قاصراً على نظرية العقد، بل يطال إثبات الحق، فهو نظرية عامة تطبق في حال وجود حق يساء استعماله. ويعتبر تقدير التعسف من قبل المحكمة من المسائل الموضوعية التي تستقل بها كمحكمة موضوع، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى أقامت قضاءها على اعتباراًت سائغة(١٦).

(١٠) المادة (١٤٦/ ٢) من قانون البينات الفلسطيني.

(١١) المادة (١٤٧) من قانون البينات الفلسطيني.

(١٢) لم ينص قانون البينات الأردني على التعسف في توجيه اليمين صراحة، وإنما اكتفى بشروط توجيه اليمين وفق المادة (٦٢) من قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢ التي نصت على التالي: "يرفض توجيه اليمين إذا كانت واردة على واقعة غير منتجة أو غير جائز إثباتها باليمين".

(١٣) المادة (١٢٠) من قانون البينات السوري لعام ٢٠١٤: "يرفض توجيه اليمين الحاسمة إذا كانت واردة على واقعة غير منتجة أو غير جائز إثباتها باليمين أو كان توجيه اليمين مقصوداً به مجرد الكيد".

(١٤) المادة (١٤/ ٢) من قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨: "يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها".

(١٥) المادة (١١٥) من قانون البينات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ " ثانياً: للمحكمة أن ترفض توجيه اليمين الحاسمة إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها".

(١٦) ربضي، عيسى غسان، النظام القانوني لليمين الحاسمة في قانون البينات الأردني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج ٤، ع٧، ٢٠١٤، ص ٢٠٥.

وبخصوص اليمين المتممة؛ فلم يرد في نصوص قانون البينات الفلسطيني أو المقارن ما يعالج التعسف في توجيهها، ويبدو أن السبب في ذلك هو أنها موجهة من قبل المحكمة إلى الخصوم، ولذلك ينزه المشرع المحكمة من حيث الأصل عن إمكانية التعسف في توجيهها، على اعتبار أن المحكمة تهدف إلى إحقاق الحق، وهي إذن على الحياد من أطراف الدعوى، ولن يقوم مبرر لتعسفها تجاه الخصوم حين تطلب حلف اليمين.

أهمية البحث :

تنبع أهمية البحث في هذا الموضوع من واقع أن مسائل معيار التعسف في توجيه اليمين الحاسمة وصوره لم ينظمها المشرع الفلسطيني والمقارن، وإنما اكتفى بذكر أحقية المحكمة رفض اليمن لعلة التعسف، مما جعل رؤية الفقه والقضاء غائمة بخصوص حدود التعسف ومعياره، وذلك بالخلط بين شروط اليمين، والتعسف في توجيه اليمين، ومدى إمكانية الرجوع للقواعد العامة، أو البقاء في حدود قانون البينات كقانون خاص يقيد الحكم العام، وكذلك عدم الوضوح في رغبة المشرع في جعل نطاق التعسف ضيقاً أو واسعاً.

ولذلك، يسعى البحث لإزالة هذه الضبابية بخصوص ما ذكر، ورسم معالم واضحة لإطار التعسف في حق توجيه اليمين الحاسمة، وهو ما يفيد القضاء في ضبط مفهوم التعسف في توجيه اليمين ومعيار هذا التعسف، وتطبيقه بلا تشتت.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث الرئيسة في تحديد نطاق ومعيار التعسف في توجيه اليمين الحاسمة، بين سعة نظرية التعسف في استعمال الحق، ومحدودية أحكام قانون البينات، خاصة في الأخذ بعين الاعتبار وجهة النظر -المنتقدة من قبلنا- التي تشير إلى شروط اليمين كأبرز صور للتعسف، وتحتل قدراً لا بأس به من شرح الفقه، وأحكام القضاء الفلسطيني والمقارن.

منهجية البحث:

اعتمد البحث المنهج التحليلي لنصوص قانون البينات الفلسطيني، ومجلة الأحكام

العدلية، والمنهج المقارن بين القانونين المذكورين لتحديد معيار التعسف، وكذلك المقارنة بين القضاء الفلسطيني، وغيره، ولا نقصد هنا ضرورة وجود فروقات في الاجتهاد القضائي بين القضاء المذكور، وإنما استعراض التوجه القضائي الفلسطيني والمقارن (الأردني والمصري، والتونسي بدرجة أقل) لاستخلاص صور التعسف باعتبار أن الشروحات الفقهية وإن لم تكن شحيحة في هذا الصدد؛ إلا أنها غير كافية للوقوف على حقيقة صور التعسف المختلفة، فحاول البحث استخلاص العديد من حالات التعسف بالاستناد إلى هذه الأحكام القضائية بشكل تفصيلي لغرض احتواء أكبر قدر ممكن من صور التعسف التي تعين على فهم الإطار العام لمفهوم التعسف ومعياره.

وجدير بالذكر أنه لا توجد دراسات سابقة متخصصة في موضوع الدراسة باستثناء الشروحات العامة لقانون البينات، وسوف يتم معالجة الدراسة محل البحث في مطلبين يتناول الأول ضوابط التعسف في توجيه اليمين الحاسمة، ويتناول الثاني صور التعسف في توجيه اليمين.

المطلب الأول
ضوابط التعسف في توجيه اليمين الحاسمة

يختص هذا المطلب بمعالجة معيار التعسف في توجيه اليمين بين النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق، والنصوص الخاصة بقانون البينات الفلسطيني كقانون خاص، ثم معالجة مدى تعلق التعسف بالنظام العام، وحدود سلطة القضاء في الرقابة عليه.

الفرع الأول
معيار التعسف في توجيه اليمين الحاسمة

الحقيقة أن إحدى الإشكالات التي تجعل من مسألة التعسف في توجيه اليمين الحاسمة مثار جدل، هو ما جرت عليه العادة من أن إيراد لفظ التعسف في التشريع يحيل إلى النظرية العامة في التعسف، وعليه سينحو قارئ النص القانوني منحى تطبيق القواعد العامة في

التعسف كأصل عام ينطبق على الحق الموضوعي والحق الإجرائي على السواء.

وإذ لم يحدد المشرع الفلسطيني الحالات التي يعد توجيه اليمين الحاسمة فيها تعسفاً؛ فقد دفع ذلك اتجاهاً من الفقه(١٧) للقول أن التعسف يطال حتى حالات عدم توفر شروط توجيه اليمين حسب نصوص قانون البينات، فيعتبر التعسف حاصلاً في حالة طلب توجيهها من غير توفر شروطها المطلوبة، وهو ما قد يعني الأخذ بمعيار اختلال شروط اليمين، أي في حدود فلسفة قانون البينات، وليس فقط القواعد العامة في التعسف، على اعتبار أن القول بخلاف ذلك يوسع ما أراد المشرع تضييقه، ويؤدي إلى غير ما تغياه المشرع، إذ يعتقد هذا الرأي بضرورة تضييق مفهوم التعسف عملاً بكون رفض القضاء توجيه اليمين لعلة التعسف هو الاستثناء، ولكون اليمين ملكاً للخصوم لا يجوز حرمانهم منها إلا في أضيق الأحوال خاصة إذا كانت هي البينة الوحيدة في الدعوى.

والحقيقة أننا نجد الفرض الأخير غير دقيق، إذ إن التعسف هو المجاوزة في حق مشروع أصلاً، ومؤدى ذلك أن يكون الحق قائماً مكتمل الأركان ثم يحدث التعسف في استعمال هذا الحق، فلا يمكن القول بالتعسف في حق لم تقم أركانه أساساً، وعليه لما كانت نصوص القانون تبين شروط توجيه اليمين التي بغيرها لا يمكن توجيهها؛ فإن عدم توفر هذه الشروط أو أحدها يعني انتفاء "وجود" حق تحليف اليمين ابتداء، وهي مرحلة سابقة على بحث التعسف من عدمه، أما حين تكتمل الشروط ويصبح الحق "حقاً" يأتي دور بحث التعسف من عدمه

(١٧) أبو الوفا، أحمد و دويدار، طلعت محمد ، التعليق على نصوص قانون الإثبات ، ط ٤، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٤، ص٤٨، نقلاً عن باباس، نور الدين، معهد القضاء الجزائري، اليمين كطريق للإثبات طبقاً لنصوص القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، الدافعة الثانية عشرة، ٢٠٠١ – ٢٠٠٤، ص ٤٥٢. وانظر شندي، يوسف، تعليق على حكم محكمة النقض الفلسطينية رام الله في القضية الحقوقية رقم ٨٠٥/ ٢٠١١ الصادر بتاريخ ١١/ ١٢/ ٢٠١٢، مجلة العدالة والقانون، مركز مساواة، رام الله/ فلسطين، كانون ثان، ٢٠١٤، ص ٢٢٩– ٢٣١. وانظر الثوابتة، زياد ذياب، الإثبات باليمين في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر– غزة، ٢٠١٤، ص ٤٩– ٥٠. حيث نجد الباحث قد أشار إلى نظرية التعسف في القانون المدني الفلسطيني ثم ألحق بها عدم توفر شروط اليمين كصور للتعسف.

في توجيه اليمين.

وعليه يبدو من وجهة نظرنا أن الأصل تطبيق النظرية العامة في التعسف كمعيار للتعسف في توجيه اليمين، لسببين، الأول هو أن قانون البينات كقانون خاص لم ينص على الحالات التي تعتبر تعسفاً ولم يضع معياراً لذلك، مما يستدعي الرجوع لحكم المجلة كقواعد عامة لم يلغها قانون البينات(١٨)، والثاني، أن الأصل هو استثناء شروط توجيه اليمين من دائرة التعسف، لما سبق بيانه آنفاً، فلا يغدو إذن ثمة تفسير لمصطلح التعسف الوارد في قانون البينات سوى النظرية العامة في التعسف التي نجد أسسها في مجلة الأحكام العدلية(١٩).

والذي يجعل التفرقة بين كون التعسف في اليمين مرده النظرية العامة، وخروج الشروط من هذه الدائرة هو ما يترتب كذلك من أثر عملي في مسألة التعويض، فالتعسف في استعمال الحق يلحقه تعويض في حال إثبات الضرر، في حين لا نعتقد أن تخلف شروط اليمين الحاسمة يسمح بتعويض الطرف الآخر، فحين يتم الخلط بين الشروط والتعسف، فهذا يعني أن اعتبار اختلال شروط اليمين تعسفاً يرتب التعويض في حال الضرر، وهذا لا يستقيم لعلة أن عدم توفر شروط حق يعترف به القانون لا يكفي لتقرير التعويض للطرف المتضرر، فلا يجوز مثلاً تعويض الخصم في حال كان تحليف اليمين قد تم بصدد واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، وذلك لأنه لو قلنا بالتعويض في حالات اختلال شروط الحقوق سواء الموضوعية أو الإجرائية فإننا نفتح الباب واسعاً أمام كم هائل من قضايا التعويض يرفعها أصحابها بحجة تضررهم جراء حق تمت ممارسته في مواجهتهم ولم يستوف شروطه.

(١٨) نصت المادة (١٩٣) على أنه "ألغى قانون البينات رقم ١١ لسنة ١٩٢٢ المعمول به في محافظات غزة، ويلغى العمل بقانون البينات رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ المعمول به في محافظات الضفة، وكل حكم يخالف أحكام هذا القانون". حيث لم تشر المادة إلى إلغاء أحكام المجلة، ولذا تظل سارية بما لا يخالف قانون البينات كقانون خاص.

(١٩) يدعم هذا التوجه ما أشار إليه الدكتور إبراهيم، جلال محمد بقوله "فللقاضي- فوق سلطة التحقق من توافر الشروط اللازمة لاستعمال حق توجيه اليمين الحاسمة- سلطة منع صاحبه إذا تعسف في استعماله... " والذي يفهم منه أن ثمة سلطة على الشروط وسلطة أخرى على التعسف، ولو كانا متماثلين لما ذكر هذين النوعين من السلطة، انظر إبراهيم، جلال محمد، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بدون طبعة، بدون دار نشر، مصر، ٢٠٠٩.

والتفريق في الأثر بين اختلال الشروط وقيام التعسف منطقي، فالمتعسف يجاوز حدود حق مشروع يستطيع أن يمارسه في مقاصده وحدوده المشروعة؛ لكنه يخرج عن ذلك مسبباً الضرر للغير فيلزمه التعويض، أما من يود ممارسة حق لم تتوفر شرائطه؛ فهو لم يتجاوز حدود الحق أساساً، لأنه لم يتقرر الحق بعد، وكل ما يجازى به هو فقدانه لأحقية استعمال الحق، وعدم ترتيب الحق لآثاره.

ولا بد أن نشير إلى أن دور القضاء في حالة اعتبار معيار التعسف هو النظرية العامة يختلف عنه في حال تبني معيار تخلف الشروط، أو على الأقل اعتبار أن تخلف الشروط من أوضح صور التعسف؛ وهذا الاختلاف نابع من أن تخلف الشروط يجب أن يترتب عليه بطلان توجيه اليمين، أي أن دور القضاء في بحثه في تخلف الشروط في ظل اعتبارها أمثلة للتعسف يكون دوراً ضيقاً، وذلك لأن الشرط ينطق بمعناه من أنه لا يقوم الحق إلا به، وعليه سيضيق القضاء من حالات اعتبار توجيه اليمين تعسفياً، بتقيده بالشروط ذاتها، ومن جهة أخرى يسارع إلى إسباغ وصف التعسف على اليمين في حال عدم تحقق أحد الشروط، خوفاً من تجاوز شرط صريح نص عليه القانون، إلا أنه في حالة كون المعيار هو النظرية العامة؛ فسيكون دور القضاء واسعاً، لأنه يطمئن إلى أنه يبحث فيما يجاوز تحقق الشروط، أي يبحث في دائرة له فيها سلطة تقديرية أكبر، ويمكنه المجادلة في مدى توفر التعسف من عدمه وهو يطمئن إلى عدم المساس بالشروط الصريحة بموجب القانون.

ولا يخفى ميلنا إلى منح القضاء سلطة تقديرية أوسع في تقدير التعسف وفي صوره وحالاته، وهو الذي يدعمه الأخذ بمعيار النظرية العامة في التعسف كما أسلفنا تأسيساً.

وأكثر من ذلك، إن التعسف وصف يلحق بحق مشروع، ولذا فهو طارئ يمكن زواله، فمتى زال التعسف رجع استعمال الحق في حدوده المشروعة، أي أن نطاق التعسف أكثر مرونة من الشرط، فالأخير في حال عدم توفره؛ فإن ذلك يعني عدم اكتمال الحق، ومن ثم فلا نتحدث هنا عن طارئ يلحق الأصل، بل يكون الأصل غير متحقق.

ومما يدعم وجهة نظرنا في فصل الشروط عن التعسف أن المشرع الفلسطيني أفرد فقرة

خاصة بحكم التعسف وهي الفقرة (٢) من المادة (١٣٢)، في حين عالج الشروط استقلالاً بموجب نصوص أخرى على رأسها المادة (١٣٣)، ولذلك لو قصد المشرع اعتبار اختلال الشروط من قبيل التعسف؛ لأدرج الشروط في ذات الفقرة التي تختص بالتعسف.

وقبل تأصيل التعسف بموجب مجلة الأحكام العدلية يجدر بنا توضيح مفهومه، فالتعسف في استعمال الحق هو "المضارة في استعمال الحق"[٢٠]، وقيل هو "تصرف الإنسان في حقه تصرفاً غير معتاد شرعاً"[٢١]، مع تفضيلنا التعريف الأول لأنه أدق في وصف التعسف، بحيث إن العبرة بالضرر، فهذا التعريف ينبئ عن فكرة التعسف وهي المجاوزة في حق مشروع في الأساس، بخلاف التعريف الثاني الذي يفيد معنى "التعدي" الذي يختلف عن التعسف، فالتعدي يتمثل في الخطأ أو بمعنى آخر المجاوزة إلى حق معصوم، بحيث يكون الفعل من أساسه غير مستند إلى حق، وهو أساس المسؤولية التقصيرية[٢٢]، وهذا يختلف عن نظرية التعسف المبنية على إساءة استعمال حق مشروع في الأساس[٢٣].

(٢٠) أبو زهرة، محمد، بحث التعسف في استعمال الحق، أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق: ٢٧، نقلاً عن عبد الغني، محمد زكي السيد، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، جامعة الأزهر – كلية الشريعة والقانون بأسيوط، ع ٤، ١٩٨٦، ص٦٧.

(٢١) أبو سنة، أحمد فهمي، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق: ١١٠، نقلاً عن المرجع السابق، ص ٦٨.

(٢٢)انظر هذا المعنى للتعدي بالقول إنه مجاوزة الحدود لدى السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص ٧٧٩، ٨٤٢، ٨٤٣. وانظر الزرقا، مصطفى أحمد، الفعل الضار والضمان فيه دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها انطلاقاً من نصوص القانون المدني الأردني، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨، ص٧٨، ٧٩، ٨٣.

(٢٣) انظر الفرق بين التعدي والتعسف لدى الزرقا، مرجع سابق، نفس الصفحات. والدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط٤، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٨، ص ٦٦، ٨٩، ٣١٣. والزرقا، مصطفى أحمد، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفهمها، ط١، دار البشير، الأردن، ١٩٨٣. ص ١٩،٢٠، ٢٦،٢٧. وانظر تحليل موقف المشرع الأردني لدى الرفاعي، جميلة، التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، مؤتة للبحوث والدراسات، مج٢٠، ع٣، ٢٠٠٥، ص٢٤٥.

ونقول تأصيلاً لنظرية التعسف في استعمال الحق وفق القواعد العامة، أن المجلة لم تخل من أرضية لهذه النظرية التي عرفتها بعض القوانين العربية بهذا المصطلح الشهير، فالمجلة نظمت أركان نظرية التعسف بشكلها "الحديث" ولكن بمصطلحات مختلفة، بيد أن النتيجة واحدة والجوهر واحد.

فإذا نظرنا إلى مشروع القانون المدني الفلسطيني الذي تبنى نظرية التعسف؛ نجده ينص بموجب المادة (٥) على أنه: "١. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير ٢. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة ٣. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ٤. إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألوف".

وبالرجوع إلى مجلة الأحكام العدلية نجد أنها تبنت في نصوص متفرقة هذه الأسس وإن اختلفت في بعض الأحكام، ومن ذلك معيار "لا ضرر ولا ضرار"[٢٤] الذي يقابل – مع الاختلاف- المعيار الوارد في البند الأول من المادة (٥)[٢٥]، وكذلك معيار "الأمور

(٢٤) المادة ١٩ من المجلة. ويقصد بقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"عدم جواز الإضرار بالغير في نفسه أو ماله، وورد في شرحها ما يفيد أن من إحدى معانيها أنه لا يجوز أن ينطوي تصرف الشخص وإن في حقه ضرراً لغيره. انظر حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول (البيع والإجارة والكفالة)، تعريب المحامي فهمي الحسيني، طبعة خاصة بموافقة دار الجيل – بيروت، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣، ص ٩٢. وورد في إحدى معانيها أيضاً عدم جواز إلحاق مفسدة بالغير مطلقا. انظر الزرقا، أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية، ط٢، دار القلم، دمشق، بدون سنة نشر، ص٤٧.

(٢٥) حيث إن الإضرار قد يكون بقصد الفاعل أو بدون قصده، فهو قد يصدق كمعيار موضوعي بمجرد تحقق الضرر وبمعزل عن نية فاعله، وقد يتضمن معياراً شخصياً يستدل عليه بالمعيار الموضوعي في ذات القاعدة. انظر الدريني، فتحي، مرجع سابق ص٩٠، ص ٢٦٦. وعليه تتضمن قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" دمجاً للمعيار الشخصي والموضوعي في آن واحد. انظر هذا المعنى لدى به، مو برويز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد "دراسة مقارنة"، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٩٤. في حين أن معيار "إذا لم يقصد به سوى الإضرار حسب مشروع القانون المدني الفلسطيني تشترط القصد، وأن لا يكون قصد المتعسف إلا الإضرار، أي اشترطت تمحض قصد الإضرار، والمشكلة في إيراد التمحض أنه يؤدي إلى حصر فعل التعسف وفق هذا المعيار باشتراط النية الخالصة للإضرار، فيخرج من التعسف توفر مصلحة –وإن تافهة- رغم توفر نية الإضرار، وهو ما تخلصت منه المجلة – التعدي أو التمحض- بموجب قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" الشمولية.

بمقاصدها"[٢٦] المقابل للمعيار الوارد في البند الثاني، وكذلك معيار "درء المفاسد أولى من جلب المنافع"[٢٧] الذي هو معيار موضوعي[٢٨]، المقابل للمعيار الوارد في البند الثالث، ثم معايير "العادة محكمة"[٢٩]، وقاعدة "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"[٣٠]، وقاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"[٣١] التي كلها تقابل المعيار الوارد في البند الرابع، والتي كلها معايير موضوعية لا تستند إلى شخص المتعسف[٣٢]، إذ إن الضرر غير المألوف هو الذي يقدر العرف والعادة أنه غير مألوف. وبناء على ذلك، يمكن للقضاء الرجوع لهذه المعايير وفق المجلة لبحث مدى توفر التعسف في توجيه اليمين الحاسمة.

وبناء عليه، يمكن القول أن المعيار الذي يتبناه الفقه الإسلامي –ومنه المجلة– في التعسف هو "المصلحة"[٣٣]، والذي هو معيار مادي موضوعي، ينظر إلى تفاوت المنافع بالنظر إلى

(٢٦) المادة (٢) من المجلة.

(٢٧) المادة (٣٠) من المجلة، وتقرأ معها المادة (٢٧) "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف"، والمادة (٢٩) "يختار أهون الشرين". وورد في شرح هذه القاعدة أنه إذا وجدت مصلحة لشخص وكانت مباشرة هذه المصلحة ترتب ضرراً أشد أو مساوياً للمنفعة المتوخاة من الفعل فيقدم دفع المضرة على مباشرة المصلحة. انظر حيدر، علي، مرجع سابق، ص٤١– ٤٢.

(٢٨) به، مو برويز، مرجع سابق، ص ٩٧.

(٢٩) المادة ٣٦ من المجلة.

(٣٠) المادة ٤١ من المجلة.

(٣١) المادة ٤٣ من المجلة.

(٣٢) انظر اعتبار معيار "العرف والعادة " المتبنى في القوانين والمستمد من الفقه الإسلامي معياراً موضوعياً لدى به، مو برويز، مرجع سابق، ص١٠٠.

(٣٣) انظر تبني هذا المصطلح كغاية ومناط فكرة التعسف في الفقه الإسلامي لدى الدريني، فتحي، المرجع السابق، ص٣٩– ٤٤. والرند، صالح، الإنهاء التعسفي لعقد العمل طبقاً لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة مقارنة بالشريعة الإسلامية، بدون طبعة، دار نشر أكاديمية شرطة دبي، دبي، ٢٠١٠، ص١٢٢– ١٢٨. وانظر كذلك هذا الرأي الجامع بين المعيار الموضوعي والشخصي وإن بمسمى مختلف وهو "استعمال الحق في غير ما شرع له" لدى أبو حجير، مجيد محمود، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير ووجه الصلة بينهما، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٢، ص ٥٠ و ٥١، والذي يراه الباحث مسمى مشابهاً لمسمى المصلحة ويؤدي غرضه بدليل ما أورده المرجع المذكور بقوله "من جهة أنه قصد مناقضة الشارع فيما شرع له من مصلحة ..."، ص٥١، مع الإشارة أنهم – القائلون بمعيار المصلحة– أوردوا "قصد الإضرار" ولكن ليس بصيغة

نصوص المجلة المختلفة، وهذا المعيار تنطق به سياق نصوص المجلة، رغم توفر قصد الإضرار في بعض الحالات الذي لا يقدح في تحقق النظرية وفق هذا المعيار(٣٤).

ومن الجدير ذكره أننا لا نوافق الرأي القائل بضرورة توفر سوء النية في توجيه اليمين حتى نقول بتوفر التعسف(٣٥)، فالنظرية العامة للتعسف في الفقه الإسلامي، والذي أخذت عنه المجلة وفق ما أسسنا لها باقتضاب لا تشترط سوء النية، فالضابط في هذا الشأن موضوعي، إذ التعسف هو مجاوزة الحد المشروع للحق، وإن توافر أحيانا الباعث الشخصي، ولا يهم بعد ذلك حسن نية المتعسف أو سوءها(٣٦)، وهذا يفيد في توسعة نطاق التعسف بمجرد تحقق الضوابط الموضوعية التي تقوم عليها نظرية التعسف(٣٧)، ويدعم ذلك أننا لا يمكن أن نغفل الكثير من حالات التعسف في توجيه اليمين التي لا يستقيم اشتراط سوء النية فيها، كحالة توجيه اليمين لشخص شديد التدين أو لشخص ملحد، أو أن تستلزم تعقيداً بالغاً في الإجراء وغير ذلك، إذ العبرة هنا بالنتيجة.

ويجب أن ننوه في هذا الصدد إلى أننا وإن كنا نفضل اعتماد النظرية العامة كمعيار للتعسف، تأسيسا على صعوبة حصر حالات التعسف في توجيه اليمين، وعدم دقة القول بأن التعسف هو ذاته تخلف شروط اليمين؛ إلا أننا لا زلنا نراعي الرأي المختلف القائل بدخول الشروط في دائرة التعسف، وهو الذي يدفعنا في هذا البحث إلى مناقشة هذه الشروط، خاصة أننا نجد أن القضاء بعد الفقه يخلط كذلك بين هاتين الدائرتين، دائرة التعسف ودائرة الشروط، وإننا

الاشتراط والضرورة، بل إمكان توفره .

(٣٤) انظر الدريني، فتحي، مرجع سابق، ص٥٠ حيث يقول الدكتور الدريني "على أن استعمال الحق يصبح غير مشروع إذا ترتب عليه ضرر فاحش بالغير، ولو كان دون قصد...".

(٣٥) انظر هذا الرأي لدى زبيدات، ياسر محمود محمد، شرح قانون البينات الفلسطيني المواد المدنية والتجارية رقم (٤) لسنة ٢٠٠١، ط١، بدون دار نشر، ٢٠١٠، ص٣٠٦.

(٣٦) انظر الدريني، فتحي، مرجع سابق، ص ٥٠. والرند، صالح، مرجع سابق، ص ١٠٣.

(٣٧) يؤيد ذلك أن الدكتور الزرقا في صياغته لنصوص التعسف اعتبر قصد الإضرار مجرد حالة قد يحكم بالتعسف في حال وجودها، ولا يفهم من صياغته أنه أرادها شرطاً، بل أحد المعايير التي يستدل بها على التعسف. انظر الزرقا، مصطفى أحمد، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٥٩.

إذا عمدنا إلى مناقشة صور التعسف بناء على رؤيتنا فسنقصي قدراً لا بأس به من الصور التي نعتقد أنه من الجيد الوقوف عليها، وإن كانت تعد شروطاً في توجيه اليمين، لنكون بذلك قد وقفنا على جميع الصور المحتملة للتعسف، وسيظل المعيار الذي يحكم التعسف بين أخذ ورد، وهذه هي سنة تدافع الآراء.

الفرع الثاني
مدى رقابة القضاء على التعسف في توجيه اليمين

إن من أبرز الاختلافات بين اليمين الحاسمة واليمين المتممة هو أن اليمين الحاسمة ملك للخصوم يوجهونها من خلال القضاء، في حين أن اليمين المتممة هي ملك للمحكمة توجهها لأحد الخصوم(٣٨).

فاليمين الحاسمة إذن ملك الخصوم، وليس للقاضي حق توجيهها بدون طلب منهم، ولذلك إذا كان القضاء مخولاً سلطة رفض توجيه اليمين لعلة التعسف؛ إلا أنه لا يجوز أن يتجاوز حدود سلطته بحيث يمنعها بدون مبرر قانوني، فإن انتفى التعسف وتحققت شرائط اليمين وجب عليه السماح بتوجيهها بلا سلطة تقديرية، وإلا عد القضاء متعسفاً(٣٩).

وإذا نظرنا إلى نص المادة (١٣٢/ ٢) الذي نص على أنه "يجوز للمحكمة أن تمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها"، والحقيقة أن لفظة "يجوز" وإن كانت تعني التخيير في الأصل؛ إلا أننا لا نستطيع القول بأن المشرع قصد هذا المعنى، وذلك أن القول بالتخيير معناه أحقية المحكمة بالتطرق للتعسف في توجيه اليمين في أحيان، وأحقيتها كذلك التغاضي عنه في أحيان أخرى وفق ما تراه، وهذا قول يفتقر للمنطق السليم، فالعدالة تقتضي أن يكون سلوك المحكمة واحداً ما دامت العلة واحدة، ولذا فالمعنى المقصود هو أن منع

(٣٨) المادة (١٤٦/ ١) من قانون البينات الفلسطيني "اليمين المتممة هي التي توجهها المحكمة من تلقاء نفسها لأي من الخصمين لتبني على ذلك حكمها في موضوع الدعوى أو قيمة ما تحكم به".

(٣٩) قروف، موسى، سلطة القاضي المدني في تقدير أدلة الإثبات، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر- بسكرة، ٢٠١٣/ ٢٠١٤، ص ١٤٧.

توجيه اليمين لعلة التعسف من صلاحية المحكمة إذا رأت تحققه، ولذا فيفهم أن لفظة "يجوز" هنا تفيد الوجوب لا التخيير في التصدي للتعسف، ولكن السؤال هنا: هل أن المحكمة ملزمة بإثارة مسألة تعسف اليمين من تلقاء نفسها ، أم أن مسألة التعسف ليست من النظام العام ولذا فهي غير مخولة بذلك في حال لم يثر ذلك الخصم المطلوب منه حلف اليمين؟ وعلى عاتق من يقع عبء إثبات التعسف في توجيه اليمين الحاسمة؟

يمكننا القول إن المحكمة يجب عليها أن تتصدى للتعسف في حالة كانت صورة التعسف ظاهرة يمكن للمحكمة إدراكها من خلال وقائع الدعوى، فلا تملك عدم إثارته، وهذا يظهر في حالات التعسف الموضوعية المرتبطة بالوقائع، أي غير المتصلة بشخص المطلوب تحليفه، مثل توجيه اليمين بغرض إطالة أمد التقاضي، أو حالة التعقيد في الإجراءات، فالمحكمة هنا تقدر توفر التعسف مستندة إلى قناعتها الموضوعية، ومن ثم ينحسر هنا دور الخصم المطلوب تحليفه في إثبات التعسف؛ باعتبار أن المحكمة تصدت له من تلقاء نفسها، ولذلك يمكن أن نستنتج من لفظة "يجوز للمحكمة" أنه تخويل للمحكمة بتقدير توفر التعسف من عدمه من تلقاء نفسها، وإن لم يثر ذلك الخصم المتضرر من التعسف، وذلك في الحالة التي أشرنا لها، وهو ما يمنح القضاء دوراً إيجابياً في ميدان البينات، بحيث تستبعد حالات التعسف في توجيه اليمين وفق ظروف كل دعوى، وهذا يعني أن للمحكمة دوراً رقابياً بنص القانون في تقدير توفر التعسف من عدمه(٤٠).

وفي المقابل، يقع على عاتق مدعي التعسف إثباته، إذ إن الأصل في توجيه اليمين – وفي استعمال الحق عموماً- أن يكون غير تعسفي، فهو الأصل الظاهر الثابت، وعلى مدعي خلاف الأصل إثباته، ويكون هذا في حالة كانت صورة التعسف مما لا يمكن للمحكمة إدراكه من خلال وقائع الدعوى، وإنما أن يلفت الخصم نظر المحكمة إلى وجوده، ولا يمكن القول في هذه الحالة بخطأ المحكمة في حالة عدم توجيهه إذا لم ينبهها الخصم إليه، وهذا يظهر

(٤٠) التكروري، عثمان، الكافي في شرح قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (٤) لسنة ٢٠٠١، ، بدون طبعة، دار الفكر، القدس، فلسطين، ٢٠١٣.

في الحالات التي يكون المانع فيها من الحلف شخصيا، كعدم اعتناق الخصم أي معتقد، أو شدة ورعه وتدينه، وغيرها من المسائل الشخصية التي تخفى على المحكمة.

ومما يجب الالتفات له أيضاً أن دور المحكمة في الرقابة على التعسف لا ينحصر – من وجهة نظرنا- في رفض توجيه اليمين ابتداء، وإنما أيضاً في رفض صيغة اليمين المتعسفة وتعديلها لتصبح غير متعسفة[٤١]، وإن كان نص المادة (١٣٢/ ٢) استخدم لفظة "**تمنع** توجيه اليمين..."، الذي قد يظهر منه الحالة الأولى فقط لدور المحكمة.

وعليه، فثمة مدلولان للفظة "تمنع"، أما الأول فهو رفض المحكمة توجيه اليمين ابتداء قبل النظر في صيغتها، وذلك في حالات التعسف التي لا تتعلق بصيغة اليمين؛ بل بأمور خارجة عنها ثابتة بموجب وقائع الدعوى.

وأما المدلول الثاني فهو رفض توجيه اليمن لكون صيغة اليمين تعسفية، وذلك في حالة التعسف المتصلة بالصيغة، كأن تكون صيغة اليمين منصبة على وقائع غير منتجة في حسم النزاع، أو مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة، أو غيره مما قد لا يظهر ابتداء، وإنما عند إعداد صيغة اليمين وعرضها على المحكمة، وتقوم المحكمة في هذه الحالة بتعديل صيغة اليمين لتزيل عنها صفة التعسف، ثم تسمح بتوجيهها، وهذه سلطة خولها القانون للمحكمة بموجب المادة (١٣٧/ ١) " للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها".

(٤١) هذا يستفاد مما أورده الأستاذ السنهوري من أن للقضاء سلطة تعديل صيغة اليمين تبعاً لوقائع القضية، انظر السنهوري، عبد الرزاق، ج٢، مرجع سابق، ص٥٢٤. وبذلك نعتقد أن عموم سلطة القاضي في تعديل اليمين يستنتج منه جواز تعديلها إن كانت متعسفة، فحق القضاء هنا غير مقيد بشرط، والمطلق يجري على إطلاقه.

المطلب الثاني
صور التعسف في توجيه اليمين

قد يتحقق التعسف في توجيه اليمين وفقاً لإعمال النظرية العامة في التعسف في استعمال الحق، فمتى تحققت أركان ومعايير النظرية وفق ذلك – أي وفق المجلة- يمكن القول بوجود التعسف، وهذا هو المعيار الذي ننادي به في هذا البحث، ومع ذلك – وفق وجهة نظر مختلفة لا نقرها وأشرنا لها سابقاً- فإن التعسف قد يتحقق كذلك وفق معيار اختلال الشروط، أو – بمعنى آخر- اعتبار الشروط أبرز صور التعسف، وأسلفنا بذكر حجة معالجتنا لهذه الصور وفق وجهة النظر هذه، وفيما يلي صور التعسف المختلفة.

والواقع أن صور التعسف يمكن تصنيفها إلى مجموعتين، المجموعة الأولى: صور التعسف في اليمين الحاسمة وفقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق، والمجموعة الثانية: صور التعسف في اليمين الحاسمة بسبب تخلف بعض شروطها وفق قانون البينات حسب الرأي القائل بذلك، ولذلك ستتم معالجة المطلب في فرعين اثنين، نتناول كل مجموعة في فرع مستقل قام القضاء بتسطيرها في العديد من الأحكام القضائية.

الفرع الأول
تحقق التعسف وفق القواعد العامة

ثمة عدة صور للتعسف يمكن استنباطها بموجب نظرية التعسف في استعمال الحق، وهي على سبيل المثال، وليس الحصر.

أولاً: التعسف في اليمين بسبب التعقيد البالغ في الإجراء:

يمكن اعتبار هذه الصورة تعسفاً في توجيه اليمين لعلة أن مصلحة محلف اليمين قد تكون ضئيلة بالمقارنة بالمشقة التي سيتكلفها الطرف الآخر(٤٢)، أو قد تكون العلة في القول

(٤٢) يمكن رد هذه الصورة من صور التعسف إلى معيار "درء المفاسد أولى من جلب المصالح" و "يختار أهون الشرين" كمعايير للتعسف وفق المجلة، باعتبار أن مشقة التعقيد في الإجراء قد لا تتناسب مع مصلحة الحق الذي يدعيه الخصم

بالتعسف هنا هو أن يكون قصد موجه اليمين الإضرار بالخصم بدون مصلحة حقيقية أو بوجود مصلحة قليلة جداً بمقارنتها بالعنت الذي يلحق الخصم الحالف، ويظل القول الفصل للقضاء ليقرر مدى توازن مصالح الخصوم المتعارضة.

ومن أمثلة ذلك أن يتم توجيه اليمين إلى شخص مقيم في مكان غاية في البعد عن اختصاص المحكمة، وهو ما يؤدي إلى المشقة في الحضور لحلف اليمين في حالة عدم إمكانية ندب قاض لدى المحكمة التي يقيم المطلوب تحليفه في دائرة اختصاصها في دولة معينة، باعتبار أنه لا يجوز التوكيل في حلف اليمين(٤٣)، خاصة في ظل وجود بينة في الدعوى يغلب أنها كافية لحسم النزاع.

وتطبيقاً لذلك فقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنه "... و كان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن محكمة الموضوع في حدود سلطتها التقديرية وجدت في إصرار الطاعنة على توجيه اليمين الحاسمة للمطعون عليه رغم علمها بإقامته في كندا و تعذر حضوره لحلف اليمين تعسفاً منها في توجيهها إليه و هي أسباب سائغة تكفي لحمل قضاء الحكم و من ثم يكون الحكم الابتدائي بتوجيه اليمين الحاسمة للمطعون عليه قد وقع على خلاف أحكام القانون بما يجيز الطعن عليه بالاستئناف و يكون هذا النعي في غير محله"(٤٤).

ولكن يلزم أن يكون التعقيد حقيقة واقعة، أي أن يتعذر حضور الخصم المطلوب تحليفه، فمجرد إقامة المدعى عليه في الخارج ليس عذراً في ذاته مبرراً للقول بتعسف اليمين وفق ما أكده القضاء(٤٥)، وللقاضي في هذا الشأن سلطة تقديرية مستمدة من ظروف كل دعوى.

طالب التحليف، خاصة في ظل وجود دليل آخر في الدعوى غير اليمين.

(٤٣) نصت المادة (١٣٧/ ٢) من قانون البينات الفلسطيني على أنه "لا يجوز التوكيل في تأدية اليمين".

(٤٤) الطعن رقم ٤٨١ لسنة ٥١ جلسة ١٩٨٤/ ١٢/ ٠٦ س ٣٥ ع ٢ ص ١٩٨٧ ق ٣٧٧، موقع محكمة النقض المصرية: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

(٤٥) انظر نقض حقوق مصري، الطعن رقم ١٩٢٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٥/ ١/ ١٩٩٢، موقع محكمة النقض المصرية: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

ثانياً: التعسف في توجيه اليمين بسبب المانع الأدبي(٤٦)

يبدو أن جانباً من التشريعات وأحكام القضاء يذهب إلى أن وجود صلة قرابة بين المدعي والمدعى عليه قد يكون مانعاً من توجيه اليمين لعلة التعسف، خاصة حين توجه من ذوي العصبات إلى النساء، كاليمين التي يوجهها الأخ لأخته، أو اليمين بين الزوجين، وذلك لأن ثمة مانعاً أدبياً قد يتوفر لما في العلاقة من خصوصية، فتتحرج المدعى عليها في هذه الحالة حلف اليمين، ما يعود عليها بالخسارة، درءاً لأقاويل قد تثار في ظل المجتمعات المحافظة التي تراعي فيها النساء مسائل العصمة والقوامة والولاية، فيكون توجيه اليمين إلجاء للمرأة في هذه الحالة إلى أمر مذموم في قناعتها، فقد تقرر "...و لأجل أن يتوصل بذلك إلى إضرارها بإحضارها أمام جلسة علنية لعلمه أنها تخشى هذا الأمر كما هو ظاهر من المرافعة والأوراق"(٤٧)، مع العلم أن اليمين كانت موجهة في هذه الدعوى من أخ لأخته.

ونجد أن المشرع التونسي قد نص صراحة بموجب الفصل (٤٩٩) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية(٤٨) على أنه "ليس للولد توجيه اليمين على والديه وإنما له قلبها عليهما إن وجهاها عليه".

وعليه، قصد المشرع التونسي من هذا النص إسباغ مانع أدبي في توجيه اليمين سببه الشوكة الأدبية في علاقة الابن بالأبوين"، ومع ذلك فقد لاقى هذا النص انتقاداً مفاده أنه يلجئ الأولاد إلى الكتابة بينهم وبين آبائهم ما داموا ممنوعين من تحليفهم في حال تخلف الدليل

(٤٦) يمكن رد هذه الصورة من صور التعسف إلى معيار "العادة محكمة" حسب المادة (٣٦) من المجلة، و"المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" حسب المادة (٤٣) من المجلة، و "إنما تعتبر العادة إذا غلبت واطردت" حسب المادة (٤١) من المجلة كمعايير للتعسف كما سلفت الإشارة في متن البحث، والتي كلها معايير تعالج حالة الاحتكام للعرف والعادة، ونعتقد أن المانع الأدبي من الحلف يمكن رده إلى عرف المجتمع وتقاليده في العلاقة بين الفروع والأصول في تقرير الشوكة وتوفر الحرج في تحليف الفروع للأصول.

(٤٧) الحقوق، السنة التاسعة، ص٢٠٥ رقم ٦٢ لدى نشأت، أحمد، مرجع سابق، ص١٤٤.

(٤٨) قانون عدد ٨٧ لسنة ٢٠٠٥ مؤرخ في ١٥ أوت ٢٠٠٥ يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام "مجلة الالتزامات والعقود التونسية".

الكتابي، وهذا يناقض ما يسمى بالمانع الأدبي من الكتابة، الذي يمنع الأبناء من كتابة العقود والتصرفات مع آبائهم بدوافع الشوكة والثقة المتبادلة والاحترام والبر(٤٩).

والحقيقة أننا لا نتفق مع الرأي المنتقد للنص المذكور، وذلك لأن النصوص التي تعالج حالة المانع الأدبي من الكتابة(٥٠) تعالج حالة واقعية قد تقوم، وهي عدم وجود دليل كتابي بين الأشخاص المذكورين، لدوافع الحرج والشوكة الأدبية، ولكنها لا تفرض التزاماً بعدم الكتابة، فتقرر جواز الإثبات بشهادة الشهود، ومن ثم فلا يمكن القول بالتعارض بين نص يعالج حالة واقعية اجتماعية في حال قيامها، ونص آخر يقرر حكماً يفيد عدم توجيه اليمين لعلة المانع الأدبي، خاصة مع بقاء إمكانية الإثبات بشهادة الشهود، أو القرائن، أو الإقرار، وخاصة في ظل خصوصية المنع من توجيه اليمين من الولد لأبويه، خلاف النص الخاص بالمانع الأدبي من الكتابة والذي يعالج حالات نسب ومصاهرة أوسع بكثير.

ثالثاً: التعسف في توجيه اليمين لعلة الكيد

يقصد بذلك ألا تكون لطالب توجيه اليمين مصلحة في توجيهها سوى النكاية بالخصم(٥١)، ولتوفر علم المحلف بأن الطرف الآخر لن يحلفها لأسباب معينة، ومن ذلك ما تقرر قضاء من أنه "لما تبين للمحكمة عند نظرها إحدى القضايا أن المدعي لم يطلب توجيه اليمين الحاسمة إلى خصمه إلا لعلمه بأنها لن تحلفها لتمسكها الشديد بعادة من عوائد عشيرتها تحول دون سماع صوتها لأي غريب حكمت برفض توجيه اليمين لأنها عدت طلب

(٤٩) انظر هذا النقد لدى قطاطة، باسم، اليمين كوسيلة إثبات، مجلة بحوث ودراسات قانونية، جمعية الحقوقيين، تونس، ع ١، ١٩٩٢، ص ٧٥.

(٥٠) المادة (٧١/ ٢) من قانون البينات الفلسطيني "إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو إذا كان العرف والعادة لا يقضيان بربط الالتزام بسند كتابي، ويعتبر مانعاً مادياً أن لا يوجد من يستطيع الكتابة، أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد، ويعتبر مانعاً أدبياً القرابة بين الزوجين أو ما بين الأصول والفروع أو ما بين الحواشي إلى الدرجة الثالثة أو ما بين أحد الزوجين وأبوي الزوج الآخر أو بين الخطيب وخطيبته".

(٥١) السنهوري، عبد الرزاق، ج٢، مرجع سابق، ص ٥٢٦. ونرى حيث يمكن رد هذه الصورة إلى معيار "لا ضرر ولا ضرار" حسب المادة (١٩) من المجلة باعتباره معياراً من معايير نظرية التعسف وفق المجلة كما حاولنا التأصيل سابقاً.

المدعي كيدياً"(٥٢).

وفي ذات الصدد ما قضي به من أن "للمحكمة أن ترفض توجيه اليمين الحاسمة إذا ظهر من ظروف الدعوى أن من يطلب توجيهها لم يطلب ذلك إلا للكيد والإحراج وخصوصاً إذا كان من بينهم سيدات يعلم أنهن من ربات الخدور والمحجبات اللاتي لا يسمح العرف في أوساطهن بالخروج والمثول بين يدي القضاء فضلاً عن أنه ليس من المعقول في هذه الأوساط أن مورثهن الذي كان رأس العائلة يطلعهن على شؤون إدارة أمواله، وبخاصة إذا كان أساس المعاملة بين المورث وبين طالب اليمين عقداً كتابياً"(٥٣).

في حين قضت محكمة النقض المصرية أن مجرد التأخير في توجيه اليمين الحاسمة لا يكفي للقول بالتعسف والكيد في توجيهها(٥٤).

وضرب الفقه بعض الأمثلة أيضاً على تعسف اليمين لعلة الكيد، منها أن يريد الخصم التشكيك بذمة خصمه أمام الناس والحاضرين بالتقول بأن خصمه حلف اليمين كذباً(٥٥)، وإحراجه وإعناته(٥٦).

وأخيراً، قد يقوم التعسف في توجيه اليمين في حالة صورية اليمين، أي أن يتفق أحد طرفي الدعوى على تحليف الآخر صورياً بعد أن يخفي موجه اليمين الأدلة التي يملكها لإثبات حقه، ثم يحلف الخصم اليمين فيخسر دعواه، إضراراً بالدائنين أو الشركاء أو الخلف ممن لهم مصلحة، فيحق لهؤلاء الدخول في الدعوى والاعتراض على توجيه اليمين لعلة التعسف(٥٧).

(٥٢) المجموعة الرسمية، سنة ١٩٢٠ رقم ٩٧ لدى نشأت، أحمد، ص ١٤٤.

(٥٣) الحقوق، السنة العشرون، ص٧١، رقم ٣١، لدى نشأت، أحمد، مرجع سابق، ص ١٤٤.

(٥٤) الطعن رقم ٣٣٠٠ لسنة ٦٤ق جلسة ١٩/ ٢/ ٢٠٠٤، نقلاً عن البكري، محمد، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٥٥) هادي، قائد، اليمين الحاسمة ودورها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة كربلاء العلمية، العراق، مج٥، ع٣، أيلول ٢٠٠٧، ص ٣٨.

(٥٦) نشأت، أحمد، مرجع سابق، ص ١٤٦.

(٥٧) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية الالتزام بوجه عام، ج٢، مرجع سابق، ص٥٢٤.

رابعاً: التعسف في توجيه اليمين بسبب انتفاء المعتقد الديني

لقد ورد في شرح المادة (١٧٤٣) من مجلة الأحكام العدلية[٥٨] أنه يجري التحليف باسم الله تعالى سواء كان الشخص مسلماً أو كتابياً كالمسيحي واليهودي أو وثنياً أو مشركاً على اعتبار أن الطوائف المذكورة تقر بالله عز وجل وتعظم اسمه الشريف وتعتقد بقدسيته[٥٩]، ما داموا يقرون بوجود إله وإن اختلفت معتقداتهم، أما القوم الضالون والجماعة الخاسرون الذين لا يعتقدون بوجود الله فلا يمكن تحليفهم[٦٠]، لانتفاء الغرض من حلف اليمين ولتعذر إجرائها.

وعليه، يغدو تعسفاً تحليف اليمين لشخص لا يقر بوجود الله عز وجل، فلا يملك أحد إجبار الناس على الإيمان بالله، ولا الحلف به تبعاً لذلك، فقد قال عز وجل "لا إكراه في الدين..."[٦١]. وفي هذه الحالة إذا لم يكن ثمة دليل آخر لدى المدعي سيحكم القاضي بعجز المدعي عن إثبات دعواه، وخسارته للدعوى.

وفي اتجاه مقابل، ورد لدى بعض الفقه[٦٢] صورة من صور التعسف، وهي حين يكون الخصم شديد التدين بحيث يتحرج في حلف الأيمان، فيمنعه ذلك من حلف اليمين خشية الوقوع في الخطيئة رغم ما قد يكون له من حق، فيكون كأنه تنازل عن حقه القانوني بسبب ثقل اليمين وهيبتها.

ولكن الإشكال في هذه المسألة أننا سنقع في تناقض واضح، فحين ينص القانون على

(٥٨) "إذا قصد تحليف أحد الخصمين يحلف باسمه تعالى بقوله (والله أو بالله)".

(٥٩) ورد في شرح المجلة أن "الوثني والمشرك والمجوسي يحلفون باسمه عز وجل ولا يغلظ بالأوثان والنار، لأن في اليمين تعظيماً للمقسم به فلا يجوز تعظيم النار، أما التوراة والإنجيل فبما أنهما من الكتب الإلهية ومعظمان فجائز تعظيمهما فلذلك يجوز ذكرهما في اليمين"، حيدر، علي، مرجع سابق، المجلد الرابع، الصلح والإبراء- الإقرار- الدعوى- البينات والتحليف- القضاء، ص ٤٩٥.

(٦٠) حيدر، علي، مرجع سابق، ص٤٩٤- ٤٩٥.

(٦١) الآية (٢٥٦) من سورة البقرة.

(٦٢) تناغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٣، ص ١٢٤.

اليمين كبينة؛ لا بد أنه قصد من خلالها أن يسمح لموجهها بالاحتكام إلى ضمير الخصم ودينه، أي أن يكون تدينه مانعاً له من الحلف الكاذب، وهو ما يجدي نفعاً مع طائفة المتدينين من الناس الذين يخشون العقاب الإلهي، فإذا قلنا بعدم جواز توجيهها للخصم شديد التدين فإننا ننحي باليمين عن مغزاها المراد لها، بل مجال اليمين هو الأشخاص ذوو التدين، ولا نظن بأن طالب الإثبات سيستخدم اليمين في حال معرفته بقلة تدين الخصم وتهاونه في الحلف.

وزد على ذلك، أن صيغة اليمين واضحة محددة، وهو ما يمنع الشخص ذا التدين من الوقوع في اللبس في حدود الحق المراد الحلف بشأنه، فتزول دواعي الخوف من حلف اليمين وخشية الاعتداء على حقوق الناس.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه في حكم حديث لها بالقول "إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بقبول توجيه اليمين الحاسمة إلى الطاعن على قوله "وكانت اليمين الحاسمة قد توافرت شروطها القانونية وحاسمة للخصومة ولا تخالف النظام العام ومن ثم تقضي بقبولها .... ولا يقدح في ذلك كون من وجهت إليه هو رجل من رجال الدين ذلك لأنه طرف في العقد بوصفه مشترياً" وإذ كان هذا الاستخلاص سائغاً على نفي كيدية اليمين، .....وكان يبين مما تقدم أن اليمين الحاسمة التي وجهها المطعون ضده إلى الطاعن أمام محكمة الاستئناف قد وجهت في واقعة غير مخالفة للنظام العام ومنصبة على واقعة جدية عقد البيع سند الدعوى وقيامه بين طرفيه وعدم صوريته ، ومتعلقة بشخص من وجهت إليه فنكل عن حلفها (مستنداً لكونه من رجال الدين المسيحي الذي تمنعه تعاليم الإنجيل المقدس من حلف اليمين) ولم يردها على خصمه فأعمل الحكم المطعون فيه الأثر الذي يرتبه القانون على ذلك بأن قضى بإلغاء الحكم المستأنف وحكم على مقتضاها برفض دعوى الطاعن فإنه لا يكون في ذلك قد خالف القانون ومن ثم يكون الطعن فيه بالنقض غير جائز"[٦٣].

(٦٣) الطعن رقم ٦٦٠ لسنة ٧٥ جلسة ٢٠١٥/ ٠٣/ ٠٨ س ٦٦ ص ١٠٢ ق ١٦، موقع محكمة النقض المصرية. وانظر في ذات السياق الطعن رقم ١٩٢٨، سنة ٥٥ ق، جلسة ١٥/ ١/ ١٩٩٢، موقع محكمة النقض المصرية:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

وجدير بالذكر أنه ورغم أن الصورة الشائعة عند الفقه في حديثه عن تحليف اليمين للشخص الورع شديد التدين تتمثل في حالة خلو الدعوى من الدليل ومن ثم التجاء المدعي إلى ورع خصمه لتحليفه مستغلاً هذه الصفة(٦٤)؛ إلا أننا نعتقد أن هذه الصورة أدعى لقبول اليمين لا لرفضها، فخلو الدعوى من الدليل أكثر برهاناً على عجز المدعي في إثبات دعواه من حالة وجود دليل ضعيف لا يقوى على حمل الدعوى، ولأن مصير الدعوى في حال رفض توجيه اليمين لعلة استغلال ورع خصمه وتدينه هو خسارتها بسبب عدم القدرة على إثباتها بأي طريق، وعليه فالصورة التي يتصور فيها استغلال ورع الخصم وتدينه هي حالة وجود دليل ضعيف في الدعوى، بحيث يتبين للقضاء أن المدعي عاجز عن الدليل المادي فيستغل شدة الورع والتدين.

ولذلك، نرى تضييق الاعتداد بهذه الصورة من صور التعسف، وحصرها في حالة كان للخصم موجه اليمين دليل في الدعوى، ومع ذلك يلجأ لتحليف خصمه شديد التدين والورع، أما في حالة خلو يديه من أية بينة سوى اليمين فلا حرج في توجيهها، وكل ذلك راجع لسلطة القاضي التقديرية وفق ظروف الدعوى.

سادساً: التعسف في توجيه اليمين بسبب إطالة أمد التقاضي

لا يكون هدف موجه اليمين في هذه الحالة حسم النزاع فعلاً، وإنما المماطلة وتأخير الفصل في الدعوى(٦٥)، ويمكن تصور هذه الحالة فيما لو لم تكن الواقعة المراد التحليف عليها مثارة من قبل طالب توجيه اليمين، ثم تمتد الدعوى مدة طويلة، فيتفطن الخصم إلى طلب توجيه اليمين رغبة في تأخير الدعوى دون مبرر(٦٦).

(٦٤) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٢٧.

(٦٥) هادي، قائد، مرجع سابق، ص ٣٨، والثوابتة، زياد ذياب، مرجع سابق، ص ٥٠.

(٦٦) قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بالقول " إذ كان الحكم المطعون فيه وفي نطاق سلطته في تقدير أدلة الدعوى وفهم الواقع فيها قد خلص إلى أن القصد من طلب توجيه اليمين الحاسمة إلى ممثل البنك المطعون ضده هو إطالة أمد التقاضي بعد أن استظهر ثبوت المديونية بموجب السند الإذني محل النزاع وكان ما انتهى إليه سائغاً وله أصله الثابت

وفي هذا الصدد، تقرر رفض اليمين لعلة التعسف بسبب عدم جدية موجهها، وذلك بالقول "...فضلاً عما تستظهره المحكمة من التعسف في توجيه ذلك الطلب وآية ذلك أن المستأنف مثل أمام محكمة أول درجة في شخص وكيله ولم يدفع الدعوى بثمة دفع فضلاً عن تخلفه عن الحضور في الجلسة الأولى أمام هذه المحكمة... الأمر الذي يشير إلى عدم جديته وتعسفه في هذا الطلب..."(٦٧).

كما قضت محكمة النقض المصرية في ذات السياق بأنه "إذ يبين من الحكم المطعون فيه أنه قضى برفض طلب الطاعن توجيه اليمين الحاسمة في شأن واقعة الوفاء بمبلغ مائة و خمسين جنيهاً من الدين العالق بذمته على سند من القول بأن الدعوى ظلت متداولة أمام محكمة أول درجة فترة استطالت اثني عشر عاماً دون أن يزعم الطاعن وفاءه بذلك المبلغ الذي يدعيه و أنه ما استهدف بهذا الطلب استظهاراً من ظروف الدعوى و ملابساتها سوى الكيد لخصمه و إطالة أمد التقاضي، لما كان ذلك ، و كان هذا الذي أورده الحكم كافياً في حدود سلطته التقديرية لحمل قضائه في استخلاص التعسف المبرر لرفض طلب توجيه اليمين الحاسمة ، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكون على غير أساس"(٦٨).

ومع ذلك، فقد تثور حالات يتوجب على القضاء أن يكون حذراً في تقدير التعسف فيها لعلة المماطلة، بحيث لا يخل بحق طالب توجيه اليمين، فمثلاً لا يعتبر تعسفياً– من حيث

بالأوراق ولا ينال من ذلك ما أورده الطاعنان بسبب النعي بشأن سداد المديونية وبأن السند الإذني محل المطالبة حرر ضماناً لها وأن التوقيع تم على بياض فهو دفاع جديد فضلاً عن أن الأوراق خلت من الدليل عليه فإنه لم يثبت سبق التمسك به أمام محكمة الموضوع بدرجتيها ويضحى النعي ... على غير أساس"، (الطعن رقم ٢٤٥٠ لسنة ٨٥ جلسة ٠٦/ ٠٤/ ٢٠٠٦)، موقع محكمة النقض المصرية:

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

(٦٧) الحكم في الاستئناف رقم ١٩٠٨ سنة ٤٦ ق المنصورة جلسة ١٨/ ١/ ١٩٩٥، نقلاً عن هرجة، مصطفى مجدي، مرجع سابق، ص ٤٧١.

(٦٨) الطعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٧ جلسة ١٩٨٠/ ٠٤/ ٠٣ س ٣١ ع ١ ص ١٠١٧ ق ١٩٩، موقع محكمة النقض المصرية:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

الأصل- مجرد التأخر في توجيه اليمين[٦٩]، أو توجيه اليمين مرة ثانية بعد الرجوع عنها[٧٠]، ويشترط في الرجوع أن يكون قبل قبول الطرف الآخر حلف اليمين[٧١].

الفرع الثاني

تخلف شروط توجيه اليمين وفق قانون البينات [٧٢]

ثمة عدة صور يمكن ملاحظتها للتعسف متمثلة في تخلف بعض الشروط التي فرضها قانون البينات في اليمين الحاسمة وفق الرأي الذي أوردناه سابقاً بكون تخلف الشروط هو ذاته التعسف أو أبرز صوره بمعنى آخر، ولذلك رأينا الوقوف على هذه الشروط رغم اختلافنا مع هذا الرأي في اعتبارها من قبيل التعسف، غير أن أهمية هذه الشروط، وعدم معالجتها استقلالاً في غالب شروحات الفقه وأحكام القضاء؛ يجعل من المهم معالجتها، حيث ستتم معالجة كل صورة في فقرة مستقلة على النحو التالي.

(٦٩) شندي، يوسف، مرجع سابق، ص٢٣١. وانظر نقض مدني مصري، الطعن رقم ٣٣٠٠ سنة ٦٤ق، جلسة ١٩/ ٢/ ٢٠٠٤، موقع محكمة النقض المصرية:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

(٧٠) الخفاجي، أحمد خضير عباس و العامري، حسنين عبد الزهرة، الرجوع عن اليمين القضائية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة – كلية القانون، مج٩، ع٢، ٢٠١٦، ص ٣٧٧- ٣٧٨.

(٧١) المادة (١٣٤) من قانون البينات الفلسطيني "لا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف".

(٧٢) فطنت بعض التشريعات إلى إيراد شروط تحليف اليمين بشكل أكثر تفصيلا من موقف قانون البينات الفلسطيني، فقد نص الفصل (٥٠٠) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أنه "لا يجوز توجيه اليمين في الصور الآتية:
أولاً – إن كانت يمين تهمة وأراد المتهم توجيهها على الطالب. ثانياً –لإثبات معاملة يوجب القانون أن يكون إثباتها بحجة رسمية أو بالتسجيل. ثالثاً –لنفي أمر شهدت به الحجة الرسمية إذا صرح المأمور الذي حررها بأن ذلك وقع بمحضره. رابعاً –لإثبات دعوى يمنع القانون القيام بها نظرا للنظام العام أو للأخلاق الحميدة. خامسا –لإثبات أمر قد ألغي بحكم لا رجوع فيه. سادسا –إن كان من البيّن عدم فائدتها أو قصد التعنيت بها". ولذلك، حبذا لو يتبنى المشرع الفلسطيني موقف القانون التونسي بتوضيح الشروط في توجيه اليمين على هذا النحو، وذلك للتسهيل على القضاء في إدراك الشروط على نحو أدق، وعدم الخلط بين الشروط والتعسف في اليمين.

أولاً: توجيه اليمين في واقعة غير منتجة

نصت المادة (٣) من قانون البينات الفلسطيني على أنه "يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولها"، وينطبق هذا الحكم على كل وسيلة إثبات، بما فيها اليمين الحاسمة، إذ يجب أن تكون الواقعة المراد التحليف عليها منتجة في الدعوى ومتعلقة بها وجائزاً قبولها(٧٣).

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة التمييز الأردنية أن التناقض بين لائحة المدعى عليه الجوابية والواقعة التي يريد تحليف المدعي عليها تمنع توجيه اليمين، ويعتبر حلف اليمين في هذه الحالة غير منتج في الدعوى(٧٤)، في حين قضت محكمة النقض المصرية بخلاف ذلك بالقول

(٧٣) السنهوري، عبد الرزاق، ج٢، مرجع سابق، ص ٥٢٤.

(٧٤) "حيث قضت بأنه...ومن جانب آخر، فإن ما جاء باللائحة الجوابية يتناقض مع صيغة اليمين وأنه لا حجة مع التناقض مما يجعل من طلب توجيه اليمين الحاسمة لا إنتاجية له وإن ما توصلت إليه محكمة الاستئناف في قرارها المطعون فيه موافقاً للقانون"، قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٤/ ١٦٩٦ (هيئة عادية) تاريخ ٢٧/ ٨/ ٢٠١٤، منشورات مركز عدالة. وقررت أيضاً أنه "إذا أنكر المدعى عليه توقيعه على الشيك وكتابة البينات الواردة فيه وبعد إجراء الخبرة وثبوت توقيعه على الشيك وامتناعه عن إجراء الخبرة ثانية لتأكيد ثبوت التوقيع المنسوب إليه وإثبات الخط المنسوب إليه، عاد من جديد ليدعي بأنه قد ورد الشيك كأداة ائتمان وأن ذمته غير مشغولة بالمبلغ الوارد فيه ووجه اليمين الحاسمة بهذا الخصوص الأخير بما يفيد إقراره بتحرير الشيك وتوقيعه عليه وهو ما يتناقض مع دفاعه الأول (أنكر توقيعه وتحرير بيانات الشيك) ولا حجة مع التناقض. الأمر الذي يستوجب الالتفات عن هذا الدفاع الذي يبديه المميز وتمسك المميز بتوجيه اليمين الحاسمة بخصوصه"، قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١١/ ٣٦٠٢ (هيئة خماسية) تاريخ ١٩/ ١/ ٢٠١٢، منشورات مركز عدالة، وقررت في ذات الصدد أنه "إذا كانت اليمين المطلوبة على الوقائع لإثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي ويخالف ما ثبت بالبينة الشخصية فإن اليمين الحاسمة في مثل ذلك تكون غير منتجة وغير جائزة قانوناً وللمحكمة رفض توجيهها بمقتضى المادة (٦٢) من قانون البينات. إضافة إلى أن الطاعن وفي جوابه على لائحة الدعوى تناقض في إجابته فقد أنكر وجود اتفاق بينه وبين المدعي على تكاليف الحفريات وتسوية الأرض موضوع الإجارة وزعم بأنها كانت جاهزة للاستغلال ثم عاد وادعى بأنه اتفق على أن تتم الحفريات بمعرفة وكيله وأن تحسم تكاليفها من الأجور ، ولا حجة مع التناقض الأمر الذي يجعل اليمين الحاسمة المطلوبة غير منتجة ومرفوضة ويكون ما توصلت إليه محكمة الاستئناف بتأييد محكمة الدرجة الأولى بعدم إجازة توجيه اليمين الحاسمة يتفق وأحكام القانون وتغدو هذه الأسباب مستوجبة الرد"، قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٧/ ١١٠٢ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٧/ ١٠/ ٢، منشورات مركز عدالة.

"والقول بأن طلب توجيه اليمين غير جدي لتناقض طالبه في دفاعه ليس من شأنه أن يفيد أنه كان متعسفاً في توجيهها، ومن ثم لا يصح أن يكون سبباً للحكم برفض توجيه اليمين"(٧٥)، ونرجح موقف محكمة التمييز الأردنية لأنه لا حجة مع التناقض، ومن ثم ما الذي سيفيده حلف اليمين إذا كانت محلفة في واقعة تناقض اللائحة الجوابية؟ سينتج بالضرورة حلف غير منتج لأنه مبني على تناقض أقوال الخصم، وحيث إن التعسف يزال، فيمكن للراغب في توجيه اليمين إعادة صياغة اليمين في ظل رقابة المحكمة بما يرفع التناقض.

و تكون اليمين غير منتجة أيضاً إذا تم توجيهها لإثبات مدى تحقق المسؤولية بصدد طالب توجيه اليمين رغم وضوح الحكم القانوني بمسؤولية الشخص طالب توجيه اليمين، فقد تقرر أنه "إذا كانت المسؤولية هي مسؤولية ناشئة عن عقد التأمين الأمر الذي لا يجوز معه توجيه اليمين الحاسمة حول ذلك إذ يتوجب على المستأنفة (المدعى عليها) إثبات قيامها بدفع نفقات العلاج المتوجبة عليها حسب الأصول ولما لم تفعل فإن طلب توجيه اليمين للمدعية وحسبما جاء بهذا السبب غير منتج وحيث توصلت محكمة الاستئناف لذلك بتأييدها محكمة الدرجة الأولى فإنها تكون قد أصابت صحيح القانون"(٧٦).

ويعد كذلك من قبيل عدم الإنتاجية أن تنصب اليمين على واقعة لا تؤدي لحسم النزاع، ولم يوردها المدعي في لائحة دعواه، فقد تقرر أنه "إذا كان موضوع المطالبة بالدعوى هو التعويض عن نقصان قيمة المركبة العائدة للمدعي جراء حادث السير الذي تعرضت له وفوات منفعة المركبة. فإن ما ينبني على ذلك أن عدم إجازة محكمة بداية حقوق إربد بصفتها الاستئنافية لطلب وكيل المستأنفة بتوجيه اليمين الحاسمة على واقعة تكبد المدعي أثمان القطع وأجور الإصلاح واقع في محله ذلك أن هذه الواقعة غير جوهرية في الدعوى ولا تؤثر على نتيجة الفصل فيها وهذه الواقعة تخرج عن نطاقها طالما أن المدعي لم يدع ولم يطالب بنقصان

(٧٥) طعن رقم ٢٠٠ لسنة ١٧ ق جلسة ٧/ ٤/ ١٩٤٩، نقلاً عن البكري، محمد عزمي، مرجع سابق، ص ٢٩.

(٧٦) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٣/ ٢٤٠١ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠١٣/ ٩/ ٢٩، منشورات مركز عدالة.

الإصلاح وأثمان القطع"(٧٧)، وعلى هذا استقرت أحكام محكمة التمييز الأردنية(٧٨)، وقضت بذلك محكمة النقض المصرية(٧٩).

(٧٧) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٢/ ٧٢ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٥/ ٥/ ٢٠١٢، منشورات مركز عدالة.

(٧٨) وتقرر أيضاً أنه "يكون إجراء الخبرة غير منتج في الإثبات كون دعوى المدعين مطالبة باسترداد مبالغ قبضها المدعى عليها جراء إسقاط الاعتراضات ولم يطالبا بالتعويض أصلاً كما أن اليمين الحاسمة التي تم حلفها لم تحسم النزاع وانصبت على أن المدعى عليها قبضا مبالغ تزيد عن ٥٧٥٠ ديناراً دون أن تحدد مقدارها ونوعها مما يجعل اليمين انصبت على وقائع غير منتجة في إثبات الدعوى وحسم النزاع. وعليه فإن الجهة المدعية لم تقدم أي دليل لإثبات الدعوى مما يتعين ردها". قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٣/ ٢٣٠٢ (هيئة خماسية) تاريخ ٣٠/ ٩/ ٢٠١٣، منشورات مركز عدالة. وتقرر في ذات الصدد أنه "إذا طلب المميز توجيه اليمين المتمثلة في قبض المميز ضدها أية مبالغ من المميز منذ أن قبض المميز مبلغ الـــ (١٠٤٠٠) دينار وحتى تاريخ إقامة الدعوى. فإنه جاء بصيغة عامة ومبهمة لم يبين فيها نوع هذه المبالغ وأوجه وأسباب دفعها ومقدارها خاصة أن المميز لم يدعِ في لائحته الجوابية أو دفاعه أنه أوفى أو أعاد أو سدد للمميز ضدها أي مبالغ من ثمن المركبة المقبوض من قبله بموجب عقد البيع الباطل لفقدانه شرط الشكل بتسجيله لدى دائرة ترخيص المركبات وبأن الواقعة التي طلب توجيه اليمين عليها غير منتجة في الدعوى، وبالتالي فإن حلف اليمين أو النكول عنها لا أثر له على النتيجة وتكون اليمين غير منتجة أيضاً". قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٤/ ٥٢٠ (هيئة عادية) تاريخ ١٠/ ٧/ ٢٠١٤، منشورات مركز عدالة. وفي ذات السياق، تقرر أنه "يستفاد من المادة (٤) من قانون البينات أن اليمين الحاسمة يجب أن تنصب على واقعة منتجة في الإثبات، وحيث أن المدعى عليه يطلب توجيه اليمين الحاسمة على واقعة الكتابة المدونة خلف سند القبض رقم (١٣٠١) ، وقد توصلت محكمة الموضوع إلى أن هذه المعلومات لا تحمل تاريخ ولا توقيع من صدرت عنه وأن وكيل المدعي أفاد بأنها معلومات غير دقيقة ولا إنتاجية في إثباتها مما يجعل اليمين الحاسمة منصبة على واقعة غير منتجة ولا يجوز توجيهها تبعاً لذلك". قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٧/ ١ (هيئة خماسية) تاريخ ١٨/ ٤/ ٢٠٠٧، منشورات مركز عدالة. وانظر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٧/ ١١٦٥ (هيئة خماسية) تاريخ ١٧/ ١٠/ ٢٠٠٧، منشورات مركز عدالة.

(٧٩) حيث قضت بالقول "استخلاص كيدية اليمين من سلطة محكمة الموضوع متى استندت إلى اعتبارات سائغة. لما كان ذلك و كانت اليمين الحاسمة بالصيغة الموجهة بها من الطاعن تدور حول الغرض من استعمال العين المؤجرة و نوع النشاط المستغلة فيه، و كانت تلك الوقائع التي أنصبت عليها اليمين لا تعدو أن تكون مجرد أدلة إثبات دفاع مطروح من الطاعن دون أن تكون هذه الوقائع – على فرض ثبوتها باليمين الموجهة حاسمة للنزاع سواء فيما يتعلق بثبوت الإضرار بالمؤجر أو التأجير من الباطن و هما سببا طلب الطاعن إخلاء العين المؤجرة بما يكون معه رفض المحكمة توجيه اليمين الحاسمة بالصيغة التي وجهت بها قد صادف صحيح القانون أياً كان وجه الرأي فيما ساقه الحكم من أسباب رفض توجيهها". (الطعن رقم ١١٨٨ لسنة ٥٢ جلسة ١٩٨٩/ ٠١/ ٢٩ س ٤٠ ع ١ ص ٣٢١ ق ٦٣)، موقع محكمة النقض المصرية: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

وفي ذات الصدد، لا تكون اليمين منتجة في الدعوى حين تنصب على واقعة تخرج عن نطاق أطراف الدعوى، فقد قضي بأنه "يجب أن تكون اليمين كأية بينة منتجة في الإثبات، وحول توجيه اليمين بأن المدعية لم تقبض تعويضاً من جهة أخرى فإن ذلك يخرج عن نطاق أطراف الدعوى ليتناول أطرافاً آخرين وبالتالي فهي غير منتجة في الدعوى"(٨٠)، وفي ذات الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه "إذ كان ذلك، وكان الطاعن قد طلب توجيه اليمين الحاسمة للمطعون ضده "المؤجر" بشأن تقاضيه منه مبالغ خارج نطاق عقد الإيجار وكان الحكم المطعون فيه قد رفض توجيهها للمطعون ضده فإنه يكون قد التزم تطبيق الصحيح لأحكام القانون"(٨١). وتكون اليمين كذلك غير منتجة إذا وجهت بصدد وقائع خارجة عن نطاق الدعوى، كأن يطلب المدعي من المدعى عليه أن يحلف أن الأخير وفي مبلغ القرض، في حين أن المدعى عليه ينكر وجود عقد قرض أساساً، أي ينكر الدين برمته، وذلك أن التحليف هنا يقع على واقعة تستلزم بالضرورة أن يكون أصلها متفقاً عليه، وهو المديونية، وإنما يجوز التحليف على وجود المديونية ذاتها في هذه الحالة، وليس على واقعة الوفاء(٨٢).

وتكون اليمين غير منتجة أيضاً إذا كانت موجهة بصدد وقائع ليست محل خلاف بين طرفي الدعوى، فقد تقرر أنه "إن تخطئة محكمة الاستئناف لعدم أخذها بالدفع المثار من قبل المميزة والمتعلق بعدم إجازة توجيه اليمين الحاسمة إلى المميز ضده (المدعي) على واقعة أنه قد تم تعويضه عن الأضرار التي لحقت بمركبته من قبل جهة أخرى. وأن المميزة أجابت في لائحتها الجوابية إلى أنها لم تعلم بوقائع هذه الدعوى إلا من خلال تسلمها لائحة الدعوى، وعليه فإن طلبها بتوجيه اليمين الحاسمة للمدعي بعدم تعويضه عن الأضرار اللاحقة بمركبته لا يتفق مع الأصول من حيث وجوب تحديد الجهة التي قامت بتعويضه وإنكار المدعي ذلك حتى يصح توجيه اليمين ، حيث لا يجوز استعمال مثل هذه الصلاحية دون

(٨٠) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١١/ ٣٠٠٣ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠١١/ ١١/ ٢٧، منشورات مركز عدالة.

(٨١) الطعن رقم ١٩٩٠ لسنة ٦١ جلسة ١٩/ ٠٤/ ١٩٩٥ س ٤٦ ع ١ ص ٦٥٥ ق ١٣١، موقع محكمة النقض المصرية.

(٨٢) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية الالتزام بوجه عام، ج٢، مرجع سابق، ص ٥٤٣- ٥٤٤.

وجود وقائع محل خلاف بين الطرفين"(٨٣).

ومن صور عدم إنتاجية اليمين أن لا يتم توجيهها بصدد مسائل واقعية، وإنما بصدد مسائل قانونية(٨٤)، كأن يتم توجيهها بصدد صحة الخصومة، فقد تقرر أنه " تعتبر اليمين الحاسمة هي تلك اليمين التي يوجهها أحد المتداعين لخصمه ليحسم بها النزاع موضوع الدعوى عملاً بنص المادة ٥٣ من قانون البينات ولا توجه على صحة الخصومة لأن الدعوى ابتداءً إذا كانت موجهة إلى غير ذي خصم فهي مستوجبة الرد ويكون توجيه اليمين الحاسمة على صحة الخصومة فيه مخالفة للقانون"(٨٥)، وتقرر في ذات الصدد أن "...وإذ كان الثابت في الدعوى أن اليمين الحاسمة التي طلب الطاعن توجيهها إلى المطعون عليه هي "أحلف بالله العظيم أن المستأنف لا يستحق في ذمته الفوائد القانونية على الدين المحكوم له به اعتباراً من تاريخ إنذار تنبيه الوفاء الرسمي المعلن لي في ٢٨/ ٤/ ١٩٨٥ في ورقة المحضرين المقدمة في ملف الدعوى" وهي مسألة قانونية بحته تتعلق بما إذا كان ثمة فوائد مستحقه ومقدار هذه الفوائد وتاريخ استحقاقها وهى أمور نظمت قواعدها وأحكامها نصوص القانون، فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض توجيه هذه اليمين بصيغتها السالفة لا يكون قد أخطأ في القانون"(٨٦) .

(٨٣) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١١/ ٤٤٢٤ (هيئة خماسية) تاريخ ١٥/ ٨/ ٢٠١١، منشورات مركز عدالة. وقرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠٠٩/ ١١٨٧ (هيئة خماسية) تاريخ ٧/ ١٠/ ٢٠٠٩، منشورات مركز عدالة.

(٨٤) نشأت، أحمد، مرجع سابق، ص١١٣.

(٨٥) قرار محكمة التمييز الاردنية (حقوق) رقم ٢٠١٠/ ٨٧٦ (هيئة خماسية) تاريخ ١٧/ ٨/ ٢٠١٠، منشورات مركز عدالة.

(٨٦) الطعن رقم ٣٢٦٣ لسنة ٦٠ جلسة ٢٣/ ٠٤/ ١٩٩٥ س ٤٦ ع ١ ص ٦٨٥ ق ١٣٦. وقضت في حكم آخر بالقول "أنه ولئن كانت اليمين الحاسمة – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ملكاً للخصوم وأن على القاضي أن يجيب طلب توجيهها متى توافرت شروطها إلا أنه لا يجوز أن توجه إلا في واقعة قانونية لا في مسألة قانونية، ذلك أن – استخلاص حكم القانون من شأن القاضي وحده لا من شأن الخصوم وإذ كان الثابت في الدعوى أن صيغة اليمين الحاسمة التي طلب الطاعن توجيهها إلى المطعون عليه " أحلف بالله العظيم أن المستأنف لا يستحق تعديل الحكم المستأنف إلى قبول جميع طلباته بقيمتها الواردة في ختام صحيفة الاستئناف " – هي أمور قانونية تختص المحكمة وحدها بأن تقول كلمتها فيها ولا

وفي السياق نفسه، يعتبر من قبيل عدم إنتاجية اليمين ما قضت به محكمة التمييز الأردنية من أنه لا إنتاجية في توجيه اليمين بخصوص علاقة لم تتطور لتصبح عقداً "التزاماً قانونياً"، وإنما مجرد مفاوضات، بحيث لم تجد المحكمة جدوى من إحضار ملف العطار محل الدعوى للنظر فيه(٨٧).

ثانياً: التعسف في حالة ثبوت الحق بغير اليمين

يتفرع عن هذه الصورة حالات عديدة على النحو التالي:

أ) توجيه اليمين في ظل وجود دليل خطي في الدعوى

يقصد بهذه الصورة حالة توجيه المدعي يميناً حاسمة لخصمه رغم وجود دليل كتابي بحوزته يحسم النزاع، وتتصور هذه الحالة في ظل عدم اعتراض الخصم على السند، أو أن يكون الخصم قد اعترض وثبت عدم صحة اعتراضه، وكذلك أن يكون الخصم المحتج عليه بالسند قد عجز عن إثبات التخلص من الالتزام، ففي هذه الحالة ليس ثمة مبرر لتوجيه اليمين(٨٨).

وهو ما يعني أن ثبوت الحق المتنازع فيه يمنع توجيه اليمين، فلا يجوز توجيهها إلا في حالة العجز عن الإثبات، أي لا يجوز توجيهها للخصم إلا بصدد الواقعة التي أنكرها(٨٩)، إذ إن

تتعلق بشخص من وجهت إليه وإذ رفض الحكم المطعون فيه توجيه هذه اليمين للمطعون عليه فإنه يكون قد التزم صحيح القانون ويكون النعي عليه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه على غير أساس"، (الطعن رقم ١٤٠٠ لسنة ٥٦ جلسة ١٩٩٣/ ٠١/ ٢٠ س ٤٤ ع ١ ص ٢٥٧ ق ٤٩)، موقع محكمة النقض المصرية:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

(٨٧) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٥/١٨٣٩ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠٠٥/١٠/١١، منشورات مركز عدالة.

(٨٨) انظر السنهوري، عبد الرزاق، ج٢، مرجع سابق، ص ٥٢٧- ٥٢٨.

(٨٩) حيدر، علي، مرجع سابق، المجلد الرابع، الصلح والإبراء- الإقرار- الدعوى- البينات والتحليف- القضاء، ص ٤٩٠.

فلسفة اليمين تتمثل في إنقاذ الخصم حين يعوزه الدليل أو لا يكفي الدليل للإثبات(٩٠)، وهو ما يعد إعمالاً للشرط الجوهري في توجيه اليمين، وهو أن يكون الغرض حسم النزاع في الدعوى(٩١).

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنه "بالإضافة إلى أنه لا مبرر لتوجيه اليمين الحاسمة على واقعة ثابتة بالبينات المقدمة في الدعوى وأن توجيه اليمين الحاسمة لا يكون إلا في حالة عجز المدعي عن إثبات دعواه أو المدعى عليه في إثبات دفعه لإثبات واقعة منتجة في الدعوى"(٩٢)، وكذلك قضاؤها بالقول "إن توجيه اليمين الحاسمة بالمعنى المقصود بالمادة (٥٣/ ١) من قانون البينات من أحد المتداعين لخصمه ليحسم بها النزاع، ولا يجوز توجيهها عند توفر البينة الخطية الكافية، وحيث إن البينة الخطية التي قدمها المدعي كافية لإثبات دعواه فإن توجيه هذه اليمين الحاسمة يكون مخالفاً للقانون، وحيث إن محكمة الاستئناف قررت عدم إجازتها فإنها تكون قد أصابت صحيح القانون(٩٣).

(٩٠) انظر المنصور، أنيس منصور، مدى سلطة قاضي الموضوع في الإثبات باليمين الحاسمة، دراسات، علوم الشريعة والقانون، الأردن، مج ٣٦،ع، ١، ٢٠٠٩، ص ٢٥٢.

(٩١) تقرر أنه "وباستعراض لائحة الدعوى واللائحة الجوابية والمذكرات المقدمة بهذه الدعوى فإن صيغة اليمين الحاسمة لم تحط بوقائع الدعوى ولم تفِ بالغرض منها إذ إن الهدف من اليمين الحاسمة هو حسم النزاع بوقته إذ إن اليمين الحاسمة بالصيغة الواردة فيها لا تفي بالغرض لذلك وحيث توصلت محكمة الاستئناف لذات النتيجة وفي ضوء حلفه من عدمه يصار إلى سماع البينة الشخصية للمدعى عليها حول أسباب إنهائها لخدمات المدعي فليتحقق في ما إذا كان إنهاء خدمات المدعي تشكل فصلاً تعسفياً أم لا لأن واقعة الفصل هي من أمور الواقع التي تستخلصها المحكمة من البينات التي تقدم بالدعوى"، قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١١/ ١٥٣٢ (هيئة خماسية) تاريخ ٢١/ ٩/ ٢٠١١، منشورات مركز عدالة.

(٩٢) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠١٨/ ٦٧١٤ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٨/ ١١/ ١٤، منشورات مركز عدالة. وانظر قرار محكمة التمييز الأردنية/ مدني رقم ٢٠١٥/ ١١٩٧ (هيئة عادية) تاريخ ٨/ ٦/ ٢٠١٥، منشورات مركز عدالة. وقرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٣/ ٣٣٥٢ (هيئة عادية) تاريخ ٢٣/ ١/ ٢٠١٤ ، منشورات مركز عدالة.

(٩٣) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠١٨/ ٦٠٦٧ (هيئة عادية) تاريخ ١٥/ ١١/ ٢٠١٨، منشورات مركز عدالة.

ويتضح مما سبق أن الدليل الخطي الكافي لحسم النزاع يمنع توجيه اليمين، وهذا أمر مختلف عن مجرد وجود دليل خطي في الدعوى، فوجود الدليل مع عدم كفايته لا يمنع توجيه اليمين، إنما يبدو أن المحكمة منعت توجيه اليمين في الواقعة المذكورة لعلة ما في تحليف اليمين من إلجاء الخصم إلى ضميره ودينه، وإن هذا السلوك في ظل وجود طريق آخر لحسم النزاع يجعل من التحليف غير مبرر، ما دامت علة التحليف متحققة بغيره من البينات، وللتأكيد على أن هدف اليمين الحاسمة حسم النزاع في ظل عدم نفع البينات الأخرى.

ولذلك، فإن توجه المحكمة دقيق، باعتبار أن وجود دليل خطي في الدعوى مع عدم اعتراض الخصم عليه، وعجز المدعى عليه عن التخلص من الالتزام، يجعل توجيه اليمين غير مبرر، كل ذلك مع التنبه إلى أنه في حال اعتراض المدعى عليه على صحة السند الكتابي ورغب المدعي التنازل عنه والاستعاضة عن ذلك بتوجيه اليمين، فيفترض ألا يمنعه شيء في ظل عدم كفاية الدليل الخطي، أو خشية كونه محلاً للإنكار أو للطعن بالتزوير.

ولكن مما يجدر ذكره أنه يحق للمدعي التنازل عن البينة الخطية والشخصية لرغبته في توجيه اليمين(٩٤)، ما يعني أنه لا يكفي مجرد وجود دليل خطي في الدعوى لحرمان المدعي من توجيه اليمين، بل أن يتم تقديمه في الدعوى، وأن تقرر المحكمة وفق سلطتها التقديرية أن الدليل كاف لإثبات الادعاء في ظل عجز الخصم المدعى عليه نقض الدليل المقدم(٩٥).

(٩٤) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٣/ ١٢٩٨ (هيئة خماسية) تاريخ ١٦/ ٦/ ٢٠١٣، منشورات مركز عدالة. وتقرر "... وحيث إن الطاعن لم يتمسك بالبينة الشخصية المطلوبة منه ووجه اليمين الحاسمة لخصمه فإنه يكون قد تنازل عن هذه البينات ولا يجوز له بعد التنازل عن هذه البينات وتوجيه اليمين الحاسمة التمسك بهذه البينات كونه قد قصر بحق نفسه والمقصر أولى بالخسارة"، قرار محكمة التمييز الأردنية/ مدني رقم ٢٠١٤/ ٣١١٥ (هيئة عادية) تاريخ ١٢/ ٤/ ٢٠١٥، منشورات مركز عدالة. وقرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٢/ ٤٣٦٦ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠/ ٣/ ٢٠١٣، منشورات مركز عدالة. وقرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١١/ ٢٠٧ (هيئة خماسية) تاريخ ١٣/ ٦/ ٢٠١١، منشورات مركز عدالة.

(٩٥) فقد ذكر الأستاذ السنهوري أنه "لكن إذا كان عند المدعي – على عكس ما 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 بالاحتكام إلى ذمه خصمه". انظر السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج٢، مرجع سابق، ص٥٢٧، هامش رقم (٣).

وتبعاً لذلك، من البداهة أنه يجوز للخصم توجيه اليمين بعد تقديم بينات شخصية أو خطية لم تفلح في إثبات دعواه(٩٦)، لأن وظيفة اليمين الحاسمة أن تسعف موجهها في حال لم يثبت حقه بالبينات الأخرى، وبالتالي فيجوز توجيه اليمين كطلب احتياطي، أي في حال لم تفلح الأدلة الأخرى، لأننا نجد أنه ما من نص قانوني يمنع ذلك، ولا يلزم خلو ساحة المدعي من أي بينة، بل المهم أن تؤدي اليمين إلى حسم النزاع، وأن يعقب توجيهها التنازل عن البينات، أي بمجرد توجيه اليمين وقبول الطرف الآخر حلفها لا يعود ممكناً تقديم بينات جديدة، أما قبل توجيهها فذلك جائز بالطبع(٩٧).

ب) توجيه اليمين فيما يخالف دليلاً كتابياً في الدعوى

تتمثل هذه الصورة في حالة أن يحتج المدعي على المدعى عليه بسند خطي، فيلجأ المدعى عليه إلى توجيه اليمين الحاسمة للمدعي لنقض ما جاء في الدليل الكتابي الذي يحسم الدعوى لصالح المدعي، ففي هذه الحالة لا يوجد مبرر لتوجيه اليمين للمدعي ما دام الحق ثابتاً(٩٨)، وما دام المدعي قد أثبت دعواه بالدليل الخطي في ظل عجز المدعى عليه عن نقض الدليل الخطي بدليل خطي آخر، أو عدم إنكار المدعى عليه توقيعه على السند، وأقرت هذا الحكم محكمة النقض الفلسطينية بقولها "...إلا أن إقرار الخصم في السند بواقعة معينة يحول دون توجيه اليمين الحاسمة لخصمه الآخر لإثبات عكس ما ورد في هذا الإقرار..."(٩٩).

(٩٦) نشأت، أحمد، مرجع سابق، ص ١٤١.

(٩٧) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية الالتزام بوجه عام، ج٢، مرجع سابق، ص ٥٣٥- ٥٣٧. وانظر هذا المعنى لدى سليمان مرقس في أصول الإثبات وإجراءاته، الجزء الأول، ص ٦٤٢، نقلاً عن هرجة، مصطفى مجدي، مرجع سابق، ص٤٠٥. وانظر قطاطة، باسم، مرجع سابق، ص ٨١- ٨٢. ومحمود، سيد أحمد، إقامة الدليل أمام القضاء (المدني) (إجراءات تقديم الدليل أمام القضاء المدني)، ط١، ٢٠٠٦، ص ١٠٥.

(٩٨) الرزقي، عمار محسن، الطبيعة القانونية لليمين الحاسمة – دراسة مقارنة، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة- كلية القانون، مج ٩، ع ٢٩، ٢٠١٦، ص ٣٠٥.

(٩٩) حكم محكمة النقض الفلسطينية، رام الله، حقوق رقم ٢٥٥/ ٢٠١١، تاريخ ١/ ١١/ ٢٠١١، منشور على موقع المقتفي.

وكذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بالقول"... فإن توجيه اليمين الحاسمة بالصيغة التي حلفتها المميزة يخالف ما جاء بالاتفاق الخطي وغير منكر التوقيع عليه من قبل المميزة كما يخالف ما ورد باللائحة الجوابية والمقدمة من المميزة وإن جميع هذه الأوراق تشير إلى قبض المدعى عليها للمبلغ المدعى به مما لا يجوز معه توجيه اليمين الحاسمة"(١٠٠). وقضت كذلك بأنه "وفقاً لاجتهاد محكمتنا لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة على واقعة قام الدليل على ثبوتها (قرارات تمييز حقوق ٥٥٥/ ٢٠٠٦ و١١٠٢/ ٢٠٠٧ و ٢٨٣٢/ ٢٠٠٧ و ١٨٨٣/ ٢٠٠٩) وحيث إن كيفية استعمال المأجور ثابتة بموجب العقد الخطي المبرز صورة عنه فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة حولها لأن اليمين لا تكون منتجة في الإثبات بهذه الحالة سيما أن المدعي/ الطاعن طلب العقد المشار إليه ضمن بيناته، وحيث توصلت محكمة البداية بصفتها الاستئنافية لهذه النتيجة فقد جاء قرارها في محله، وفي ضوء ذلك تبقى مسألة البت فيما إذا كان استعمال المأجور (مخيطة ونوفوتيه) حسب ما جاء باستجواب المدعى عليه (جلسة ١٦/ ١٢/ ٢٠١٠) يشكل تغييراً في استعمال المأجور موجباً للتخلية وفقاً لأحكام المادة ٥/ من قانون المالكين والمستأجرين أم لا"(١٠١).

(١٠٠) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠١٨/ ٦٧٨٥ (هيئة عادية) تاريخ ٢٩/ ١٠/ ٢٠١٨، منشورات مركز عدالة. وانظر حكمها أيضاً بالقول" إذا كان دين المدعي ثابتاً بأوراق خطية فإن توجيه اليمين الحاسمة غير جائز لإثبات خلاف ما ورد بدليل خطي كتابي وعدم الجواز معه توجيه اليمين الحاسمة"، قرار محكمة التمييز الأردنية/ حقوق رقم ٢٠١٧/ ٣٠٦٢ (هيئة عادية) تاريخ ٢٨/ ٩/ ٢٠١٧، منشورات مركز عدالة، وانظر أيضاً قرار محكمة التمييز الأردنية/ حقوق رقم ٢٠١٧/ ٣٢٧٣ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٧/ ٨/ ٢٣، منشورات مركز عدالة. وانظر قرار قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٤/ ١٦٩٦ (هيئة عادية) تاريخ ٢٧/ ٨/ ٢٠١٤، منشورات مركز عدالة. وقرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٠/ ٢٥١٦ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٠١١/ ١/ ١٠، منشورات مركز عدالة. وانظر نقض مدني مصري، الطعن رقم ٣٦٩٨ لسنة ٦٣ جلسة ٢٠/ ١١/ ٢٠٠٠ س ٥١ ع ٢ ص ١٠١٨ ق ١٩٣، موقع محكمة النقض المصرية: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

(١٠١) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٢/ ٣٩٤ (هيئة خماسية) تاريخ ٢/ ٤/ ٢٠١٢، منشورات مركز عدالة. وقرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠٠٩/ ١٨٨٣ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٤/ ١٢/ ٢٠٠٩، منشورات مركز عدالة. وقرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٦/ ٥٥٥ (هيئة خماسية) تاريخ ١٤/ ٣/ ٢٠٠٦، منشورات مركز عدالة.

ولكن يجب التنبه إلى أنه لا يعتبر الدليل الخطي المقدم من المدعي مانعاً في كل الأحوال من توجيه المدعى عليه اليمين الحاسمة، لأن المقصود بعدم جواز اليمين مع وجود الدليل الخطي؛ ألا يكون المدعى عليه قد أنكر السند الخطي أو اعترض عليه أو قدم بينة تدحضه، ولكن في حالة اعترض المدعى عليه على هذا السند واحتج بأن أسباب إنشائه مختلفة عما يدعيه المدعي فلا مانع من توجيه اليمين في مواجهة الأخير، لأنه لا يعتبر تعسفياً توجيه اليمين بشأن واقعة تتعارض مع الكتابة(١٠٢)، وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية بالقول "إذا كان المدعى عليه يدعي أن الشيك هو دفعة من شراكة بين المدعي والمدعى عليه وليس قرضاً شخصياً، وحيث إن اليمين الحاسمة تعني التنازل عن كافة البينات وأنه يجوز توجيهها في أيه مرحلة تكون عليها الدعوى . فإنه لا يرد القول أنه لا يجوز توجيه اليمين في حال وجود بينة خطية وأنه كان يتوجب على المحكمة السماح للمدعى عليه باقتراح صيغة يمين ومن ثم يتخذ القرار المناسب حول الصيغة المناسب التي تقررها المحكمة"(١٠٣).

وكذلك يجدر التنبه إلى أن الواقعة التي يرغب المدعى عليه تحليف المدعي بصددها وإن تعلقت بالسند المقر به من قبل المدعى عليه إلا أنها واقعة مختلفة، فيجوز للمدعى عليه توجيه اليمين ليثبت تسديد المبلغ المدعى به رغم إقراره بالدين في لائحته الجوابية وبموجب المبرزات في الدعوى، لأن واقعة المديونية المقر بها هي التي لا يجوز التحليف بصددها، أما

(١٠٢) ذهبت في هذا الاتجاه بعض أحكام النقض المصرية بقولها "فإذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الوقائع المراد إثباتها منتفية بمحررات صادرة من طالب توجيه اليمين فهذا قصور في التسبيب، فإن كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لايفيد بذاته أن اليمين كيدية" طعن رقم ٩٢لسنة ١٥ ق جلسة ٣/ ٥/ ١٩٤٦، وانظر كذلك قضاءها بالقول "فالحكم الذي يؤسس قضاءه برفض طلب اليمين على أن الطرفين اعتادا التعامل بالكتابة وأن طالب توجيهها قال إن خصمه أخذ المبالغ المراد الحلف عليها في غضون سنين طوال مما يجعل اليمين غير جدي يكون مخالفاً للقانون لتأسيسه قضائه على غير التعسف في طلبها"، طعن رقم ٩٧ لسنة ١٥ ق جلسة ١٠/ ١٠/ ١٩٤٦، نقلاً عن البكري، محمد عزمي، الإثبات باليمين الحاسمة واليمين المتممة في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ص ٢٨.

(١٠٣) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠١٠/ ٣٢٩٠ (هيئة خماسية) تاريخ ٢/ ٣/ ٢٠١١، منشورات مركز عدالة.

واقعة السداد فيجوز التحليف فيها(١٠٤)، وفي ذات الاتجاه أيضاً أقرت محكمة النقض الفلسطينية أن الشيك وإن كان بينة كافية في الدعوى المنظورة إلا أنه يحق للمدعى عليه إثبات عدم صحة سبب الشيك أو مشروعيته من خلال توجيه اليمين الحاسمة للمدعي، وعليه كان على محكمة الاستئناف إفهام المدعى عليه أن من حقه توجيهها(١٠٥)، وهو ما دفع محكمة النقض المصرية لعدم اعتبار مجرد الإقرار بصحة نسبة البصمة إلى المقر لا يكفي لاعتبار دفاعه بصدد أن العقد محل النزاع مختلس منه غشاً دفاعاً غير جدي وتعسفياً بشأن توجيه اليمين، بل كان يجب توجيهها(١٠٦).

ومع ذلك، فقد ذهب اتجاه فقهي للقول بأنه يجوز توجيه اليمين الحاسمة حتى فيما يخالف عقداً مكتوباً أو بما ينقضه أو ينقص منه أو يضيف إليه، لأن ذلك لا يخرج عن كونه حقاً للمتقاضي، وأكثر من ذلك لو كان العقد رسمياً، إلا في حالة كان من عمل المحرر شخصياً بحيث لا يطعن فيه إلا بالتزوير، وخلاف ذلك يجوز إثبات صورية العقد وإن كان رسمياً من

(١٠٤) انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية، نقض حقوق رام الله، رقم ١٥٤/ ٢٠٠٩، تاريخ ٣١/ ١٢/ ٢٠٠٩، منشور على موقع المقتفي.

(١٠٥) حكم محكمة النقض الفلسطينية رام الله، نقض حقوق، رقم ٢٤٨/ ٢٠٠٨، تاريخ ٢٨/ ٦/ ٢٠٠٩، منشور على موقع المقتفي.

(١٠٦) ورد في الحكم "و لما كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من مجرد إقرار الطاعنة الأولى بصحة بصمتها على الورقة محل النزاع أن اليمين الحاسمة التي طلبت توجيهها إلى المطعون ضده – بشأن حقيقة مضمون هذه الورقة و قبضها الثمن المبين فيها – يمين كيدية ، و أن دفع الطاعنتين بالجهالة بالنسبة لبصمة الختم المنسوبة لمورثتها على العقد هو دفع غير جدي، وأخذ بالعقد بناء على ذلك ، دون توجيه اليمين الحاسمة و لا يمين عدم العلم ، و دون تحقيق بصمة الختم المنسوبة للمورثة عليه – في حين أن إقرار الطاعنة الأولى بصحة بصمة إصبعها على ورقة العقد و إن كان يكفى حجة على أنها ارتضت مضمون هذه الورقة و التزمت به إلا أنه – و قد ادعت أنه مختلس منها غشاً – لا يبرر مصادرة حقها في إثبات هذا الادعاء، ولا يفيد أنها متعسفة في استعمال حقها هذا بالاحتكام إلى ذمة أخيها باليمين الحاسمة – كما أنه لا يدل بحال على صحة بصمة الختم المنسوب للمورثة لاختلاف الأمرين و عدم ترتب أحدهما على الآخر – في الحكم يكون قد أخطأ في تطبيق القانون و أقام قضاءه على اعتبارات غير سائغة و ليس من شأنها أن تؤدى إلى ما انتهى إليه و شابه بذلك فساد في الاستدلال"، الطعن رقم ٢٥٠٧ لسنة ٥٦ جلسة ٢٨/ ٠٣/ ١٩٨٩ س ٤٠ ع ١ ص ٨٧٧ ق ١٥٣، منشور على موقع محكمة النقض المصرية: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

خلال اليمين(١٠٧).

ونعتقد أن هذا الرأي إذا كان يقصد بجواز توجيه اليمين في مخالفة دليل كتابي حالة توجيه اليمين بخصوص واقعة أخرى مرتبطة بالسند، أو توجيهها بصدد أسباب نشوء الدليل فهو منطقي، وسبق أن بينا ذلك سلفاً، أما إن كان القصد جواز التحليف في ذات الوقائع التي يقطع وينطق بها السند الكتابي، فهو قول غير دقيق، لأن ذلك إهدار لوقت العدالة ولا إنتاجية فيه، ما دامت الواقعة ثابتة بدليل كتابي لا يعارض إلا بمثله.

وقد قضت محكمة استئناف القدس في أحد أحكامها بعدم جواز تحليف اليمين في ظل إقرار الخصم المطلوب تحليفه بالدين الثابت في سند عرفي، على اعتبار أن الإقرار هو حسم للنزاع، وهو خلاف الإنكار الذي معه – أي الإنكار- يجوز تحليف اليمين، أما في حالة الإقرار فلا مبرر لتحليفها ما دام إنكار الحق غير متوافر، بل ثمة إقرار بما يدعيه المحلف(١٠٨).

وقد جانبت محكمة النقض الفلسطينية الصواب حين نقضت حكم الاستئناف المذكور بحجة أن المستأنف أقر بجزء من المبلغ وطلب التحليف على باقي المبلغ الذي ليس لديه بخصوصه دليل، على أساس من القول بأن توجيه اليمين جائز حتى في ظل وجود دليل كتابي في الدعوى(١٠٩)، ووجه مجانبة الصواب هو أنها أغفلت إقرار المستأنف ضمنياً بصحة السند العرفي، وأنه لم ينكره، وعليه لا يعتد بقوله بعد ذلك بانشغال ذمته فقط بجزء من المبلغ ما دام

(١٠٧) نشأت، أحمد، مرجع سابق، ص ١١٥.

(١٠٨) انظر في هذا الصدد حكم محكمة التمييز الأردنية حين قررت أنه " إذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة باسترداد المبلغ المدعى به الذي قامت المدعية بدفعه له كجزء من ثمن شقة تم بيعها خارج دوائر التسجيل، ولم يدع المدعى عليه في اللائحة الجوابية المقدمة منه أمام محكمة الاستئناف الوفاء بالمبلغ المدعى به ولم ينكر توقيعه على العقد ، وبما أن اليمين الحاسمة يجب أن توجه على وقائع ثابتة ومحددة وهو أمر جوازي للمحكمة وفقاً لأحكام المادة (٥٣) من قانون البينات تستعمله إذا وجدت عدالة ما يستدعي ذلك وفق وقائع الدعوى وبيناتها، فإن عدم إفهام المدعى عليه أن من حقه توجيه اليمين الحاسمة يكون واقعاً في محله"، قرار محكمة التمييز الأردنية/ حقوق رقم ٢٠١٨/ ٤٠٧٥ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٨/٩/٢٣، منشورات مركز عدالة.

(١٠٩) محكمة النقض الفلسطينية، نقض حقوق، رقم ٨٠٥/ ٢٠١١، تاريخ ١١/ ١٢/ ٢٠١٢، منشور على موقع المقتفي.

لم ينكره ابتداء، وعليه أصبح حجة عليه، ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمة إلا في حالة إنكار الحق، وهو غير حاصل في الدعوى.

ج) التعسف في توجيه اليمين فيما يخالف سنداً رسمياً

يعتبر توجيه اليمين فيما يخالف السند الرسمي تعسفياً لأن السند الرسمي لا يطعن فيه إلا بالتزوير(١١٠)، ولأن هذه القاعدة تعد نظاماً عاماً لا تجوز مخالفتها.

وقد تقرر في هذا الصدد أنه "من استقراء نص المادة ٥٥ من قانون البينات يتبين أنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة ممنوعة بالقانون أو مخالفة للنظام العام وللآداب. وقد جرى قضاء محكمة التمييز على أنه لا يقبل إثبات عكس ما ورد بعقد البيع الرسمي المنظم من قبل الموظف المختص بدائرة الأراضي – من إقرار بقبض كامل الثمن، لأن العقد المذكور سند رسمي لا يطعن به إلا بالتزوير (تمييز حقوق رقم ٥٣٨/ ٢٠٠٠ تاريخ ١٩/ ٧/ ٢٠٠٠). وحيث منع القانون إثبات عكس ما ورد بعقد البيع من إقرار بقبض كامل ثمن العقار فإنه لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة حول هذه الواقعة لأنها واقعة ممنوعة بالقانون"(١١١).

ثالثاً: التعسف في اليمين الموجهة في واقعة مخالفة للنظام العام والآداب

نصت على هذا الشرط المادة (١٣٣) من قانون البينات الفلسطيني بقولها "لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب...".

وقضت محكمة التمييز الأردنية بالقول "... ويجب أن تنصب على الواقعة المراد الحلف عنها، وأن لا تكون مخالفة للقانون والآداب أو ممنوعة بالقانون ومنتجة في الدعوى وللمحكمة تعديلها بما يتفق والقانون ووقائع الدعوى"(١١٢).

(١١٠) حيث نصت المادة (١١) من قانون البينات الفلسطيني على أنه "السندات الرسمية حجة على الكافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يثبت تزويرها بالطرق المقررة قانوناً".

(١١١) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٥/ ٣٩٢٠ (هيئة خماسية) تاريخ ٢٨/ ٥/ ٢٠٠٦، منشورات مركز عدالة.

(١١٢) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠١٨/ ٦٧٣٠ (هيئة عادية) تاريخ ١٤/ ١١/ ٢٠١٨،

ويندرج ضمن صور مخالفة النظام العام أن تكون غاية اليمين إثبات تصرف يشترط القانون فيه شكلية معينة للانعقاد(١١٣)، كأن يجري التحليف على أن عقد بيع أرض جرى خارج دائرة الأراضي خلافاً للقانون، إذ لو تم الحلف فإن التصرف باطل لمخالفة القانون، ولا فائدة من التحليف فيه. فقد قضت محكمة النقض الفلسطينية في هذا الصدد بالقول "...ولما كانت قطعة الأرض محل الدعوى قد تمت فيها التسوية فإن ما يدعيه الطاعن من أن المطعون ضده قد وعده ببيع جزء منها وقبض مبلغاً من الثمن لا يرتب أثراً ما دام أنه لم يتم تسجيل البيع في دائرة تسجيل الأراضي حسب الأصول وأما طلب الطاعن في لائحته الجوابية استرداد ما دفعه من الثمن وقيمة الإنشاءات التي أقامها والتعويض في حال قبول الدعوى فلا مجال له ما دام لم يقدم ادعاء مقابلاً ويدفع عنه الرسوم القانونية، وبناء على ذلك فإن توجيه اليمين الحاسمة للمطعون ضده بالصيغة التي اقترحها الطاعن إزاء هذه المسألة يغدو غير منتج في الدعوى..."(١١٤). وأكدت محكمة التمييز الأردنية على هذا الأمر بقولها "تعتبر اليمين كأية وسيلة إثبات يجب أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة لآثارها وجائزاً قبولها وحيث طلب المدعى عليه توجيه اليمين حول وقائع غير منتجة في ضوء موضوع الدعوى المتمثل باسترداد مبلغ دفع لقاء بيع حصص في شركة خلافاً للشكل الذي أوجبه قانون الشركات على النحو الذي سبقت الإشارة إليه فإن عدم إجازة اليمين واقع في محله"(١١٥).

منشورات مركز عدالة.

(١١٣) هرجة، مصطفى مجدي، الإثبات المدني والجنائي: التعليق على قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والمعدل بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ في ضوء الفقه والقضاء، ج٢: المواد من (٥٩) إلى (١٦٢)، بدون طبعة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٤٠٥. وانظر المومني، عيسى محمد، الإثبات باليمين في المواد المدنية والتجارية في القانون الأردني: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، الجامعة الأردنية، ١٩٩٤، ص ٦١.

(١١٤) حكم محكمة النقض الفلسطينية رام الله، نقض حقوق، رقم ٤٢٨/ ٢٠٠٩، تاريخ ٢٥/ ٥/ ٢٠١٠، منشور على موقع المقتفي.

(١١٥) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠١٨/ ٧٣٧٢ (هيئة عادية) تاريخ ٩/ ١٢/ ٢٠١٨، منشورات مركز عدالة.

ويقع في نفس الدائرة التحليف على ما يخالف القرينة القانونية القاطعة، وإنما يجوز في القرينة البسيطة(١١٦)، كما لا يجوز توجيه اليمين لإثبات ما يخالف حكماً قضائياً باتاً حاز الحجية(١١٧).

رابعاً: تعسف اليمين لعدم تعلقها بشخص من وجهت إليه

نصت على هذا الشرط المادة (١٣٣) من قانون البينات الفلسطيني بقولها "... ويجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه، فإذا كانت غير شخصية له انصبت على مجرد علمه بها".

فإما أن يكون حلف اليمين مفاده نفي أو إثبات الواقعة المحلف فيها في حال كانت متعلقة بالمحلف ذاته، أي مما يتصل بذمته الشخصية فلا يملك فيه القول بالعلم من عدمه، أو يكون مفاد الحلف هو مجرد علمه أو عدم علمه بالواقعة، وذلك في حال كانت غير شخصية، أي ليست متعلقة بالتزام في ذمته أو واقعة متصلة به.

فبخصوص الحلف على مجرد العلم تقرر أنه "... ويجوز توجيه اليمين إلى الوارث على مجرد علمه بواقعة متعلقة بمورثه، وإذ كان الثابت في الأوراق أن اليمين التي طلب الطاعنون توجيهها إلى المطعون ضدها الأولى والثاني ..... يؤدى حلفها إلى ثبوت ملكية المطعون ضدهما الأولين لمساحة الأرض موضوع النزاع وغصبها منه وانصبت على مجرد علمهما بها فإن الحكم المطعون فيه إذ رفض توجيهها على سند من قوله إنها لا تتعلق بشخص من وجهت إليه وعن واقعة يمكن إثباتها بالبينة يكون قد خالف القانون"(١١٨) .

وأما بخصوص الحلف على مجرد عدم العلم فتقرر أنه "تعتبر اليمين الحاسمة وفقاً لأحكام المادة الثانية من قانون البينات من وسائل الإثبات القانونية وبالتالي فإن من حق المميز

(١١٦) هرجة، مصطفى مجدي، مرجع سابق، ص٤٠٥. وانظر المومني، عيسى محمد، مرجع سابق، ص٦٣- ٦٤.

(١١٧) البكري، محمد عزمي، مرجع سابق، ص١٩.

(١١٨) الطعن رقم ١٢٣٢ لسنة ٥٩ جلسة ١٩٩٣/٠٦/٢٩ س ٤٤ ع ٢ ص ٧٩٢ ق ٢٦٨، موقع محكمة النقض المصرية: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

ضدهم اللجوء إليها لإثبات عدم انشغال ذمة مورثهم بالمبلغ المدعى به وحيث إن اليمين التي وجهتها المحكمة لممثل المدعية كانت على عدم العلم وهي تتعلق بواقعة موضع نزاع في الدعوى وليس هناك ما يمنع قانوناً من توجيهها فإذا أبدى ممثل المدعية الموجهة إليه عدم رغبته بحلفها فيكون المقتضى القانوني وفقاً لأحكام المادة ٦٠ من قانون البينات رد الدعوى"(١١٩).

وقضت محكمة التمييز الأردنية بعدم صحة اليمين لكون الوقائع غير متصلة بالشخص المطلوب تحليفه، وذلك بقولها "لا توجه اليمين الحاسمة إلا للخصم ولحسم النزاع ، فإذا خاصم المدعي في دعواه البنك ومدير فرعه في الشميساني لكي يحسم النزاع من البنك ، مع أن اليمين الحاسمة التي تحسم النزاع مع البنك هي اليمين التي يحلفها ممثل البنك القانوني وبالتالي فإن توجيه اليمين الحاسمة في هذه الدعوى لموظف البنك غير جائز"(١٢٠)، وتعتبر اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه إذا كان ممثلاً عن الشركة وحلف اليمين على العلم باعتبارها ليست متعلقة بشخصه(١٢١).

وحين نقول إن اليمين توجه إلى من له صلة شخصية بالوقائع؛ فيجب أن يكون هذا الشخص أهلاً للتصرف فيما يجري عليه التحليف(١٢٢)، فقد تقرر بأنه "المقرر – في قضاء هذه المحكمة – أن اليمين الحاسمة لا توجه إلا إلى الخصم الآخر الذي له حق المطالبة بالإثبات

(١١٩) قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٥/ ١٥٨٠ (هيئة خماسية) تاريخ ٧/ ٩/ ٢٠٠٥، منشورات مركز عدالة.

(١٢٠) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٠٠٦/ ١٠٩١ (هيئة عامة) تاريخ ٢٣/ ٤/ ٢٠٠٧، منشورات مركز عدالة.

(١٢١) تقرر أنه "إذا أقيمت الدعوى من المميز ضدها كشركه ذات شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية الشركاء فيها ، فإن ممثل الشركة بحلف اليمين الحاسمة على العلم لأنها لا تتعلق بشخصه وذلك وفقاً لأحكام المادة (٥٥/ ١) من =قانـون البينات (انظر قرار تمييز حقوق ٢٥٦٦/ ٢٠٠٣ و ٣٥٤/ ٢٠٠٢) . وحيث حلف ممثل الشركة المدعية اليمين الحاسمة بالصيغة التي قررتها محكمة الموضوع وعلى العلم فإن ذلك يتفق وأحكام المادة ٥٥/ ١ من قانون البينات "، قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٢٠٠٥/ ١٠٨٣ (هيئة خماسية) تاريخ ٨/ ٨/ ٢٠٠٥، منشورات مركز عدالة.

(١٢٢) السنهوري، عبد الرزاق، ج٢، مرجع سابق، ص ٥٣١.

ويجب أن تتوافر في هذا الخصم أهلية التصرف في الحق الذي توجه إليه فيه اليمين وأن يملك التصرف في هذا الحق وقت حلف اليمين ذلك أن كل خصم توجه إليه اليمين يجب أن يكون قاصراً على الخيار بين الحلف والرد والنكول ، ورد اليمين كتوجهها فيشترط فيه أهلية التصرف ، والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق" (١٢٣).

ويثور تساؤل بخصوص تحليف الشخص المعنوي، إلى من يجب أن توجه اليمين لتكون شخصية؟ إذ إن خلاف ذلك يسمح بالقول بكونها يميناً تعسفية لعدم تعلقها بشخص من وجهت إليه.

ذهب رأي إلى أن اليمين توجه إلى ممثل الشخص المعنوي(١٢٤)، في حين ذهب اتجاه آخر(١٢٥) – بحق – إلى أن اليمين يجب أن توجه إلى الشخص المتصل بالواقعة من الأشخاص الطبيعيين بحسب طبيعة العمل أو التصرف المطلوب الحلف عليه، فمثلاً في حال كانت الواقعة محل النزاع عقداً؛ يحلف الشخص الذي يدعي الخصم الآخر أنه ممثل للشخص المعنوي في توقيع العقد، أي صاحب الصلاحية لهذا النوع من التصرفات في جسم الشخص المعنوي، لأن ذلك يلبي اشتراط القانون أن تكون اليمين متصلة بشخص المطلوب تحليفه، فالرأي الأول لا يسعف لأنه ليس بالضرورة أن يكون ممثل الشخص المعنوي متصلاً بالواقعة، ونجد أن الشخص المتصل بالواقعة قد لا تكون له صفة واضحة في الدعوى في حال لم يكن هو ممثل الشخص المعنوي، فالأصل أن ممثل الشخص المعنوي هو الذي له حق تمثيله أمام القضاء، ولكن حل هذه الإشكالية يكمن في إدخال الشخص المتصل بالواقعة طرفاً ثالثاً في الدعوى.

(١٢٣) الطعن رقم ٦٠٨٦ لسنة ٧١ جلسة ٢٦/ ٠٣/ ٢٠٠٣ س ٥٤ ع ١ ص ٥٧١ ق ٩٨. وانظر الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٣٤ جلسة ٠٧/ ١٢/ ١٩٦٧ س ١٨ ع ٤ ص ١٨٥١ ق ٢٨٠، موقع محكمة النقض المصرية:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

(١٢٤) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية الالتزام بوجه عام، ج٢، مرجع سابق، ص ٥٣٠- ٥٣١.

(١٢٥) انظر زوين، نبيل مهدي، توجيه اليمين للشخص المعنوي، مجلة القضاء المدني، س٥، ع ١٠، ٢٠١٤، ص ١٨- ١٩.

الخاتمـــــة

حاولنا في هذا البحث التطرق لمعيار التعسف في توجيه اليمين الحاسمة وصوره، لنخلص إلى معرفة حدود التعسف بالنظر إلى مجلة الأحكام العدلية وفق نظرية التعسف في استعمال الحق، ونصوص قانون البينات كقانون خاص يخصص ما يرد في المجلة، والوقوف على الحدود الفاصلة بين التعسف والشروط، ومدى تعلق التعسف بالنظام العام، ومناقشة شروط توجيه اليمين –رغم خروجها من إطار التعسف– انسجاماً مع معالجة قسم كبير من الفقه وأحكام القضاء للتعسف ضمن الشروط، مع إبداء ملاحظاتنا على هذا الخلط بين التعسف والشروط في متن البحث، وخلصت الدراسة إلى النتائج والتوصيات التالية.

النتائج

- لم يحدد المشرع الفلسطيني أو القوانين المشار إليها في البحث معياراً للتعسف في توجيه اليمين، فاكتفت بإيراد لفظة "التعسف"، دون بيان فيما إذا كان المقصود هو التعسف بمعناه الواسع وفق النظرية العامة، أم مجرد اختلال شروط توجيه اليمين، وبسبب هذا الغموض نادى البحث بتبني معيار نظرية التعسف في استعمال الحق وفق القواعد العامة بموجب مجلة الأحكام العدلية التي حاولنا تأصيل النظرية من خلال نصوصها.
- حاول البحث تفنيد معيار اختلال شروط اليمين كمعيار للتعسف الذي قالت به عديد من الأحكام القضائية والشروحات الفقهية، باعتبار أن التعسف يستلزم وجود حق متكامل الأركان والشروط، أما في حال تخلف أو اختلال شرط من شروط اليمين فلا يوجد حق أساساً، فلا مجال للقول بالتعسف في هذا الصدد، إضافة إلى كون اعتماد معيار النظرية العامة يدعم اعتقادنا بتبني المفهوم الواسع للتعسف في توجيه اليمين، وعدم حصر صور التعسف في تخلف شروط اليمين وما يدور في هذا الفلك، إذ لا يمكن حصر صور التعسف في توجيه اليمين الحاسمة.
- مسألة التعسف في اليمين الحاسمة تتعلق بالنظام العام أحياناً، ولا تتعلق به أحياناً

أخرى، حيث تكون متعلقة بالنظام العام ويجب على المحكمة إثارتها من تلقاء نفسها في حالة كانت صور التعسف مما يمكن للمحكمة الاطلاع عليه من ظروف ووقائع الدعوى، كحالة الرغبة في إطالة أمد التقاضي، أو الكيدية، أما إذا كانت صور التعسف مما يخفى على اطلاع المحكمة؛ فيجب على الخصم المضرور إثارته ولفت نظر المحكمة له، كحالة الخصم شديد التدين والورع، أو عديم الإيمان.

التوصيات

- نوصي المشرع الفلسطيني بتوضيح صياغة نصوص التعسف في توجيه اليمين الحاسمة ونصوص شروط اليمين حتى لا يقع الخلط، وحبذا لو يشير إلى تبني النظرية العامة، أي نظرية التعسف في استعمال الحق.
- نوصي المشرع الفلسطيني بتعديل لفظة "يجوز" الواردة في المادة (١٣٢/ ٢) واستبدالها بلفظة "يجب"، للدلالة على دور المحكمة الإيجابي والوجوبي في التصدي للتعسف في توجيه اليمين في الحالات التي يستشف فيها التعسف من وقائع الدعوى.
- نوصي المشرع الفلسطيني بإضافة صور للتعسف على سبيل المثال، بحيث يسهل على القضاء اعتبار هذه الصور تعسفاً، مع بقاء الحكم العام للقاعدة العامة في التعسف، وبذلك يمكن الاستفادة من نصوص القوانين المقارنة، مثل نص الفصل (٤٩٩) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أنه "ليس للولد توجيه اليمين على والديه وإنما له قلبها عليهما إن وجهاها عليه"، وكذلك نص الفصل (٥٠٠/ ٦) "إن كان من البيّن عدم فائدتها أو قصد التعنيت بها"، وكذلك إمكانية إضافة صور للتعسف مثل إطالة أمد التقاضي، أو توجيهها لشخص شديد الورع والتدين في حال لم كان للخصم طالب توجيه اليمين دليل آخر في الدعوى، أو توجيهها فيما يستلزم تعقيداً بالغاً في الإجراء وكان لطالبها دليل آخر في الدعوى.

- بناء على ما سبق من توصيات، نقترح تعديل نص المادة (١٣٢/ ٢) من قانون البينات الفلسطيني، واستبداله ليصبح شاملاً لما تمت التوصية به على النحو التالي
- "يجب على المحكمة أن تمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً في توجيهها ويرجع في تقدير التعسف إلى القواعد العامة، ويعتبر من قبيل التعسف:

أ- توجيه اليمين إذا أريد بها الكيد والتعنيت.

ب- توجيه اليمين بغرض إطالة أمد التقاضي. ج- توجيه اليمين بقصد استغلال ورع الخصم وتدينه الشديد في حال كان لموجهها دليل في الدعوى د – توجيه اليمين الذي يستلزم تعقيداً في الإجراء في حال كان لموجهها دليل في الدعوى.

ت- توجيه اليمين من الولد لوالديه".

- بناء على ما سبق من توصيات، نقترح تعديل نص المادة (١٣٣) المتعلقة بالشروط لتصبح كالتالي "يشترط في توجيه اليمين الحاسمة ما يلي "١- ألا تكون موجهة في واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب ٢- أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه، فإذا كانت غير شخصية له انصبت على مجرد علمه بها ٣- أن تكون منتجة وحاسمة للنزاع ٤- ألا تهدف لإثبات معاملة يوجب القانون أن يكون إثباتها بحجة رسمية أو بالتسجيل. ٥- ألا توجه لنفي أمر شهدت به الأدلة الرسمية إذا صرح الموظف الذي حررها بأن ذلك وقع بمحضره. ٦- ألا يقصد منها إثبات أمر قد ألغي بحكم لا رجوع فيه. ٧- ألا تكون موجهة في المسائل الجنائية ولو من قبل الادعاء بالحق المدني".

المصادر والمراجع

المصادر

- مجلة الأحكام العدلية
- قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢
- قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨
- قانون البينات السوري لعام ٢٠١٤
- قانون البينات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩
- مجلة الالتزامات والعقود التونسية (قانون عدد ٨٧ لسنة ٢٠٠٥ مؤرخ في ١٥ أوت ٢٠٠٥ يتعلق بالمصادقة على إعادة تنظيم بعض أحكام "مجلة الالتزامات والعقود التونسية").

المراجع

١) أبو حجير، مجيد محمود، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير ووجه الصلة بينهما، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٢.

٢) الرفاعي، جميلة، التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، مؤتة للبحوث والدراسات، مج٢٠، ع٣، ٢٠٠٥.

٣) الزرقا، مصطفى أحمد، الفعل الضار والضمان فيه دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقهها انطلاقاً من نصوص القانون المدني الأردني، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨.

٤) إبراهيم، جلال محمد، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بدون طبعة، بدون دار نشر، مصر، ٢٠٠٩.

٥) البكري، محمد عزمي، الإثبات باليمين الحاسمة واليمين المتممة في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، بدون

سنة نشر.

٦) التكروري، عثمان، الكافي في شرح قانون البينات في المواد المدنية والتجارية رقم (٤) لسنة ٢٠٠١، بدون طبعة، دار الفكر، القدس، فلسطين، ٢٠١٣.

٧) الثوابتة، زياد ذياب، الإثبات باليمين في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر- غزة، ٢٠١٤.

٨) الخفاجي، أحمد خضير عباس والعامري، حسنين عبد الزهرة، الرجوع عن اليمين القضائية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة - كلية القانون، مج٩ع٢، ٢٠١٦.

٩) الدريني، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط٤، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٨.

١٠) الرزفي، عمار محسن، الطبيعة القانونية لليمين الحاسمة – دراسة مقارنة، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة- كلية القانون، مج ٩، ع ٢٩، ٢٠١٦.

١١) الرند، صالح، الإنهاء التعسفي لعقد العمل طبقاً لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة مقارنة بالشريعة الإسلامية، بدون طبعة، دار نشر أكاديمية شرطة دبي، دبي، ٢٠١٠.

١٢) الزرقا، أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية، ط٢، دار القلم، دمشق، بدون سنة نشر.

١٣) الزرقا، مصطفى أحمد، صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفهمها، ط١، دار البشير، الأردن، ١٩٨٣.

١٤) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني: الجزء الثاني: نظرية الالتزام بوجه عام، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

١٥) السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١،

بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.

١٦) العبيدي، علي هادي، قراءة في قانون البينات المعدل، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت – عمادة البحث العلمي، مج ١١، ع ١، ٢٠٠٥.

١٧) المنصور، أنيس منصور، مدى سلطة قاضي الموضوع في الإثبات باليمين الحاسمة، دراسات، علوم الشريعة والقانون، الأردن، مج ٣٦، ع، ١، ٢٠٠٩.

١٨) المومني، عيسى محمد، الإثبات باليمين في المواد المدنية والتجارية في القانون الأردني: دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، الجامعة الأردنية، ١٩٩٤.

١٩) باباس، نور الدين، معهد القضاء الجزائري، اليمين كطريق للإثبات طبقاً لنصوص القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، الجزائر، الدفعة الثانية عشرة، ٢٠٠١ – ٢٠٠٤.

٢٠) به، مو برويز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد "دراسة مقارنة"، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

٢١) تتاغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٣.

٢٢) حيدر، علي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول (البيع والإجارة والكفالة)، تعريب المحامي فهمي الحسيني، طبعة خاصة بموافقة دار الجيل – بيروت، دار عالم الكتب، الرياض، ٢٠٠٣.

٢٣) ربضي، عيسى غسان، النظام القانوني لليمين الحاسمة في قانون البينات الأردني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج ٤، ع٧، ٢٠١٤.

٢٤) زبيدات، ياسر محمود محمد، شرح قانون البينات الفلسطيني المواد المدنية والتجارية رقم (٤) لسنة ٢٠٠١، ط١، بدون دار نشر، ٢٠١٠.

٢٥) زوين، نبيل مهدي، توجيه اليمين للشخص المعنوي، مجلة القضاء المدني، س٥، ع ١٠، ٢٠١٤.

٢٦) شندي، يوسف، تعليق على حكم محكمة النقض الفلسطينية رام الله في القضية

الحقوقية رقم ٨٠٥/ ٢٠١١ الصادر بتاريخ ١١/ ١٢/ ٢٠١٢، مجلة العدالة والقانون، مركز مساواة، رام الله/ فلسطين، كانون ثان، ٢٠١٤.

٢٧) عبد الغني، محمد زكي السيد، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة كلية الشريعة والقانون بأسيوط، جامعة الأزهر – كلية الشريعة والقانون بأسيوط، ع ٤، ١٩٨٦.

٢٨) قطاطة، باسم، اليمين كوسيلة إثبات، مجلة بحوث ودراسات قانونية، جمعية الحقوقيين، تونس، ع ١، ١٩٩٢.

٢٩) محمود، سيد أحمد، إقامة الدليل أمام القضاء (المدني) (إجراءات تقديم الدليل أمام القضاء المدني)، ط١، ٢٠٠٦.

٣٠) نشأت، أحمد، رسالة الإثبات، الجزء الثاني، بدون طبعة، بدون دار نشر، ٢٠٠٨.

٣١) هادي، قائد، اليمين الحاسمة ودورها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة كربلاء العلمية، العراق، مج٥،ع٣، أيلول ٢٠٠٧.

٣٢) هرجة، مصطفى مجدي، الإثبات المدني والجنائي: التعليق على قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والمعدل بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ في ضوء الفقه والقضاء، ج٢: المواد من (٥٩) إلى (١٦٢)، بدون طبعة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٦.