مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

# دور القاضي المدني في تقدير الشهادة وترجيحها

**أ.م.د. بختيار صابر بايز**
قسم القانون، كلية القانون، جامعة صلاح الدين، أربيل، اقليم كوردستان، العراق
محاضر في قسم القانون، كلية القانون والعلاقات الدولية، الجامعة اللبنانية الفرنسية، أربيل، اقليم كوردستان، العراق
bakhtyar.bayz@su.edu.krd

**چيا إسماعيل صالح**
محقق قضائي في محكمة قضاء زاخو، دهوك، اقليم كوردستان، العراق
chiyasalih80@gmail.com

**معلومات البحث**

**تاريخ البحث:**
الاستلام: ٢٠٢١/٣/١
القبول: ٢٠٢١/٤/١٣
النشر: ربيع ٢٠٢١

**الكلمات المفتاحية:**
Witness, Judge, Testimony, Testimony Assessment, Means of proof

Doi:
10.25212/lfu.qzj.6.2.17

**الملخص**

على الرغم من أن الشهادة تصدر تحت تأثير القسم ويفترض عادة عدم وجود مصلحة للشاهد فيما يشهد به، فإن احتمالية بُعد الشهادة عن الصدق أمر وارد، ولذلك تعد الشهادة من أدلة الاثبات المقيدة وغير الملزمة للقاضي، ومن هنا يأتي الدور الإيجابي للقاضي في تقديرالشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية وترجيحه لشهادة أحد الطرفين على الطرف الآخر في حالة تعارضهما، وذلك من أجل الوصول إلى الحقيقة ومنع الظلم، لأن شهادة الزور سبب للظلم والجور وانها تعد آفة كبرى تعترض طريق العدالة.

## المقدمة

### أولاً: مدخل تعريفي بموضوع البحث.

من المعلوم إن الاثبات هواقامة دليل امام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود التصرف أو الواقعة التي يترتب على ثبوتها اثار قانونية. ومن أهم هذه الطرق الاثبات بشهادة الشهود وهي من الوسائل

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

الصادرة من غير المتداعين ومفادها ان يثبت المتقاضي ادعاؤه أو دفاعه بإفادة اشخاص يسميهم ويدعوهم الى المحكمة لأداء شهادتهم في النزاع المنظور أمامها.

وتختلف أدلة الاثبات من حيث قيمتها القانونية، فهناك من الأدلة تكفي لوحدها لإثبات الواقعة المتنازع فيها، حيث جعل المشرع لها حجية كاملة في الاثبات عند الاستناد عليها من قبل الخصوم، كالسندات الرسمية واليمين الحاسمة والاقرار. إلا أن هناك من الأدلة لا تكفي لإثبات الواقعة ولم يجعل لها المشرع حجية كاملة في الاثبات، بحيث لا يمكن بناء حكم قضائي عليها، لعدم إمكانية تهيئة الدليل في الوقت المناسب، مما يفسح المجال للقاضي ليكون له دوراً إيجابيا وواسعاً في عملية توجيه الدعوى والاعتماد على الدليل لوحده أو استكماله بأدلة تكميلية أخرى، وتأتي الشهادة في مقدمة هذه الأدلة، حيث أعطى المشرع للقاضي دورا كبيراً في تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، بالإضافة الى إعطائه السلطة في الاعتماد على الشهادة لوحدها في بعض الاحيان وفقاً لما يستخلصها من ظروف الدعوى على أن تبين أسباب ذلك في محضر الجلسة.

**ثانياً: أهمية موضوع البحث وسبب اختياره.**

إن الشهادة كانت ولا تزال من الوسائل الهامة في الاثبات وأعظمها مكانة واقدمها استعمالاً وذلك لما لها من مكانة رفيعة ومنزلة عظيمة في الشريعة الاسلامية، حيث امر الله سبحانه وتعالى عباده بإقامة الشهادة بالحقوق عند الحكام فقال تعالى ((واقيموا الشهادة لله)) [الآية الكريمة (5)، سورة الطلاق]، ونهاهم عن كتمانها حفظاً للأنفس والأموال والنسب فقال جل وعلا ((ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه)) [الآية الكريمة(283)، سورة البقرة]. ولقد اهتمت العديد من التشريعات بالإثبات بشهادة الشهود ومن بينها المشرع العراقي الذي سعى لتنظيمها وأحاطتها بمجموعة من الضمانات رغم قوتها المحدودة في اثبات التصرفات القانونية، ويكون بذلك قد سار مسار التشريعات التي جعلت الاثبات بالشهادة في نطاق معين وخولت القاضي في الأخذ بالشهادة من عدمه ضمن هذا النطاق دون قيود، سوى الاقتصار على تسبيب حكمه بشأنها او طرحها لعدم اقتناعه بصحتها وعدم اطمئنانه لها. كما ان للشهادة دور كبير في إثبات الوقائع المادية، حيث أنها تبقى هي الوسيلة الأهم في اثبات تلك الوقائع في الدعاوى والخصومات المدنية، وكذلك تبرز دور الشهادة في الاثبات من الناحية العملية كونها من الوسائل الاكثر يسراً وانتشاراً بما يجعلها الوسيلة الغالبة.

**ثالثاً : إشكالية البحث.**

بما ان كثير من الشهود امتهنوا الغش والخداع والاضرار بالعدالة والعبث بحقوق الناس دون وجه حق، وانه ليس من السهل على القاضي ان يتعرف على مدى مصداقية الشاهد وعدالته من مجرد النظر إليه أو من خلال السؤال فقط عن اسمه وعمره ومهنته ومحل اقامته ومدى صلته بالخصوم كما هو دارج في محاكمنا في الوقت الحالي، خاصة وان عدالة الشاهد ليست من مظهره ودينه، فتتمثل الاشكالية في موضوع بحثنا هذا في بيان مدى دور القاضي في تقدير شهادة الشهود وصلاحيته في ترجيح شهادة أحد الطرفين على الآخر في حالة تعارضهما، ومدى خضوع قراره المتخذ بشأن الشهادة لرقابة محكمة التمييز. وكذلك

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

في كيفية تسهيل مهمة القاضي عند تقديره لشهادة الشهود وبالتالي التقليل من نسبة الشهادات المضللة من أجل إحقاق الحق ومنع الظلم.

**رابعاً: منهجية البحث.**

اعتمدت الدراسة على المنهج التحليلي الذي يقوم على أساس تحليل الفكرة المعروضة ومناقشتها في ضوء النصوص التشريعية المعالج لها والآراء المطروحة بشأنها. مع الاستئناس بموقف بعض القوانين العربية والفقه الاسلامي كلما سنحت الفرصة بذلك. وكذلك اعتمدت الدراسة على المنهج التطبيقي الذي يقوم على أساس بيان موقف القضاء، لاسيما قضاء محكمة التمييز في العراق وفي إقليم كوردستان لتتم الفائدة من البحث من الناحيتين العملية والتطبيقية.

**خامساً: هيكلية البحث.**

لغرض دراسة موضوع البحث والالمام به فقد تم تقسيمه على ثلاثة مباحث تتقددمهم المقدمة وتليهم الخاتمة، حيث خصصنا المبحث الأول للتكلم عن التعريف بالشهادة ونطاق بها، وفي المبحث الثاني تناولنا دور القاضي في تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، أما في المبحث الثالث والأخير فقد تطرقنا إلى دور القاضي في ترجيح الشهادة ومدى خضوعه لرقابة محكمة التمييز.

## المبحث الأول

## التعريف بالشهادة ونطاق الإثبات بها

مما لا شك فيه ان للشهادة دور كبير في الاثبات ومن الممكن اعتماده كدليل اصلي في حسم الدعاوى، وقد حدد القانون نطاق الاثبات بالشهادة في الوقائع المادية والتصرفات القانونية كما أجاز الاثبات بالشهادة كدليل بديل للسند الكتابي في الحالات التي يستحيل فيها اعداد الدليل الكتابي عند عدم توفر الوسيلة المادية الضرورية لذلك أو بسبب مانع من الموانع التي قد تمنع الخصوم من تهيئة الدليل الكتابي. ولغرض التعريف بالشهادة وبيان نطاق الاثبات بها سنقسم هذا المبحث على مطلبين، ونتناول في المطلب الأول تعريف الشهادة وخصائصها وفي المطلب الثاني نتطرق إلى نطاق الإثبات بالشهادة .

### المطلب الأول
### تعريف الشهادة وخصائصها

وللتكلم عن تعريف الشهادة ودراسة أبرز خصائصها سنقسم هذا المطلب على فرعين، ففي الفرع الأول نعرض تعريف الشهادة، ونخصص الفرع الثاني للبحث في خصائص الشهادة.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

## الفرع الأول
## تعريف الشهادة

للشهادة في اللغة عدة معان: منها الحضور، يقال شهد فلان مجلسنا أي حضره، وتعني الإطلاع على الشيء ومعاينته، فتقول: شهد كذا. ومنها اليمين، فتقول: أشهد بالله أي أحلف به، والشهاة والمشهد، الجمع من الناس وشهد شهادة، بمعنى بيَّن ووضح، كقولك: شهد الشاهد عند الحاكم، أي بيَّن ما عنده. (إبن منظور،2003،ص152-153). وتعني أيضاً: الإخبار بالشيء خبراً قاطعاً، فتقول: شهد فلان على كذا، أي أخبر به خبراً قاطعاً (الرازي، 1999،ص170).

وفيما يخص التعريف القانوني للشهادة نجد بأن هناك بعض القوانين وضعوا تعريفاً للشهادة، وذلك كقانون الاثبات اليمني رقم 21 لسنة 1992 في المادة 26 منه قد عرفها بأنها ((اخبار في مجلس القضاء من شخص بلفظ الشهادة لإثبات حق لغيره على غيره)).

كما عرفها قانون الاثبات السوداني لسنة 1994 في المادة 23 منه بأنها ((البيّنة الشفوية لشخص عند ادراكه المباشر لواقعة تثبت مسؤولية مدعى بها على آخر أمام المحمكمة)).

أما المشرع العراقي فلم يضع تعريفاً للشهادة في قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 وإنما اكتفي ببيان احكامها وتنظيم قواعدها في فصل خاص بعنوان (الشهادة) يتضمن المواد من (76 الى97)، ونرى بهذا الخصوص أنه حسناً فعل المشرع العراقي ونؤيد موقفه بعدم تعريفه للشهادة وذلك بموقف غالبية التشريعات الاخرى، لأن وضع التعاريف ليس من عمل القانون وانما هو من عمل الفقه من حيث الأصل، وعليه فقد وردت العديد من التعريفات الفقهية للشهادة والتي تختلف من حيث الفاظها ولكنها تتفق من حيث مضمونها ونذكر البعض منها:

أ ـ الشهادة هي (( اخبار الانسان في مجلس الحكم بحق على غيره لغيره )) (النداوي، 1986، ص190).
ب ـ الشهادة أو البينة هي (( تقرير المرء لما يعلمه شخصياً إما لأنه رآه أو لأنه سمعه )) (الحسن، بدون سنة طبع، ص186).
جـ الشهادة هي: ((اخبار امام القضاء بصدور واقعة من غير الشاهد تثبت حقاً لشخص آخر))(سليم، 2005، ص267).

ومما يلاحظ على التعريفات المذكورة بانها لم تشترط أداء الشهادة بعد حلف اليمين، وبما أن الشهادة خبر تتحمل الصدق والكذب فيجب على الشاهد أن يحلف على صدق ما يقول، كما ان الشاهد عندما يشهد بحق لغيره على غيره فلا مصلحة له في ذلك والمفروض فيه انه شاهد عدل فتعد الشهادة قرينة قوية على صحة ما يشهد به وان كان احتمال العكس لا ينتفي بها انتفاءً تاماً .

وبعد استعراضنا لتعاريف الشهادة قانوناً فإنه يمكن لنا ان نستخلص منها تعريفا مختاراً للشهادة بحيث يشمل جميع جوانب الشهادة من حيث الحضور ومكان الأداء والحلف وعلى الوجه الآتي : (اخبار للشاهد في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره بعد يمين يؤديها على الوجه الصحيح).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

## الفرع الثاني
## خصائص الشهادة

إذا توافرت الشروط القانونية في الشهادة فإنها تكون اساساً يعتمد عليه القاضي في حكمه، إلاّ انه مع ذلك تعدّ حجة مقيدة وليست حجة مطلقة، كما انها حجة غير قاطعة وغير ملزمة للقاضي، ولكنها اذا ثبتت فأنها تعتبر حجة متعدية، فهذه أبرز خصائص الشهادة والتي سنتناولها فيما يأتي:

**أولاً: الشهادة حجة غير ملزمة.**

تعد الشهادة من الأدلة غير الملزمة للقاضي، وذلك لأن تقدير اقوال الشهادة مرهون بما يطمئن اليه ويستقل به القاضي مادام لم يخرج بذلك عما تتحمله الأقوال، وبهذا تختلف الشهادة اختلافاً جوهرياً عن الكتابة، حيث يعد الدليل الكتابي بسبب اعداده مسبقاً حجة بذاته فيفرض سلطانه على القضاء مالم يطعن فيه بالتزوير أو يثبت عكسها، بينما الشهادة وعلى النقيض من ذلك تترك لتقدير القاضي ويكون له السلطة في تقدير قيمتها مهما يكون عدد الشهود ومهما كانت صفاتهم (مرقس، 1952، ص244). وقد أجاز قانون الاثبات العراقي النافذ في المادة 82 منه: (( لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية ولها ان ترجح شهادة على اخرى وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى على ان تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة))[1].

**ثانياً: الشهادة حجة غير قاطعة.**

ويقصد بهذه الخاصية أن ما يثبت بها يقبل الدحض بشهادة اخرى او بأية وسيلة اخرى من وسائل الاثبات (النداوي، 1986، ص190)، بعبارة اخرى ان ما يثبت بالشهادة يعد صحيحاً ما لم يثبت خلافه الى قبل اصدار الحكم. لذا فإن الشهادة يقبل اثبات عكسها بخلاف الاقرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية القاطعة. وقد نصت المادة (80) من قانون الاثبات العراقي النافذ على انه: (( اذا حضر احد الخصمين شهوداً لإثبات دعواه جاز لخصمه ان يحضر شهوداً لرد هذه الدعوى))، كما جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية:((ان اغفال حكم الاثبات الاذن للخصم ينفي ما صرح لخصمه بإثباته لا ينفي حقه في طلب سماع شهود)) (القرار رقم 673/ نقض/ 1981 في 1981/4/25 مشار اليه لدى: العبودي، 1997، ص233)، فللخصم بقوة القانون الحق في نفي الواقعة التي يحاول صحة اثباتها بالطرق نفسها، وهذا من صميم العدالة، ما لم تكن ظروف الدعوى تجعل من نفيه غير منتج عندما يكون للمحكمة الحق في رفض الأذن بالنفي رغم أنه حق ثابت بقوة القانون فإذا اجازت المحكمة لأحد الخصوم اثبات واقعة بالشهادة كان للخصم الآخر الحق في نفيها بتلك الطريقة ايضاً ( الصوري، 1994، ص828 ).

[1] سيكون لنا عودة الى هذا الموضوع ونتكلم عنها بالتفصيل وذلك في المبحث الثاني من هذا البحث.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

**ثالثاً: الشـهادة حجــة متـعدية.**

يقصد بذلك ان ما يثبت بها يعد ثابتاً بالنسبة للكافة لأنها صادرة من شخص عدل لا مصلحة له في النزاع وغير مهتم بمحاباة احد الخصوم ولأن للقاضي سلطة مطلقة في تقديرها وتكوين قناعته واعتقاده منها، بمعنى ان الوقائع التي تثبت بطريق الشهادة تعتبر ثابتة ليس على من اقيمت في مواجهته فقط بل ايضاً بالنسبة الى جميع من يتأثر بالحكم الصادر في الدعوى ( السنهوري، 2011، ص324). وبذلك يتشابه الاثبات بشهادة الشهود في هذه الخصيصة مع الدليل الكتابي كون ان ما يثبت بها يتعدى الى الجميع ويختلف عن الاثبات بالإقرار كون الاقرار حجة قاصرة على المقر فقط، وقد اكدّت على ذلك ايضاً مجلة الاحكام العدلية حيث جاءت في المادة 78 منها (( ان البينة حجة متعدية والاقرار حجة قاصرة )).

وبناءً على ما تقدم يتبين لنا بأن الشهادة يختلف عن الاقرار حيث ان الشهادة هي اخبار الانسان في مجلس القضاء بحق لغيره على غيره بينما الاقرار هو اخبار الانسان في مجلس القضاء بحق لغيره على نفسه، وتختلف الدعوى عنهما بأنها اخبار انسان بحق لنفسه على غيره. وعليه فأن الشهادة تعد حجة على الغير بما يثبت بمقتضاه وذلك بعد صدور قرار القاضي المعتمد على تلك الشهادة واكتساب هذا القرار درجة البتات حيث ان القرار بعد اكتسابه الدرجة القطعية يعد حجة على الغير، وبما ان القاضي قد اصدر قراره المذكور مستنداً على تلك الشهادة التي ايّدت احد الخصوم فإن هذه الشهادة بعد اكتساب الحكم درجة البتات تعد حجة متعدية ومتساوية في حجيتها بما يثبت بالدليل الكتابي كون ما يثبت بمقتضاه حجة على الغير بعكس ما يثبت باليمين والاقرار لا تتعدى مؤدى اليمين او المقر.

**رابعاً: الشهادة حجة مقيدة (غير مطلقة).**

تقضي القاعدة العامة في الاثبات ان الاثبات بالشهادة يقتصر على الوقائع المادية وعلى التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على نصاب محدد، حيث ان للإثبات بالشهادة قوة محدودة في نطاق التصرفات القانونية اذ انها تقتصر على اثبات الوقائع المادية والتصرفات القانونية قليلة القيمة ولا تقبل في اثبات التصرفات ذات القيمة المالية الكبيرة إلا استثناءاً، وذلك على خلاف الدليل الكتابي الذي يعدّ ذات قوة مطلقة في الاثبات ( العبودي، 1997، ص233 - 234 ).

لذا فالإثبات بالشهادة مقصورة على الوقائع المادية أو التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على خمسة الاف دينار ( المادتين 76و77 من قانون الاثبات العراقي ). ويلاحظ هنا بأن مبلغ الخمسة آلاف الذي حدده المشرع العراقي لاثبات التصرفات القانونية بالشهادة هو مبلغ ضئيل جداً ولم يعد مقبولاً قياسا بموقف التشريعات الاخرى بهذا الشأن، كما لا يتصور نشوء الدعاوى والنزاعات القانونية لدى المحاكم في الواقع العملي لاثبات تصرف قانوني قيمتها خمسة آلاف دينار عراقي أو أقل، وذلك نظراً للإنخفاض الكبير الذي تعرض له العملة العراقية في قوتها الشرائية في السنوات الماضية التي تلت صدور قانون الاثبات العراقي في سنة 1979، ويجدر بالذكر ان المشرع العراقي عندما صدر قانون الاثبات في سنة 1979 كان قد

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

حدد مبلغ الخمسين دينار لإثبات التصرفات القانونية بالشهادة في المادة (77/أولا) من هذا القانون[1]، وذلك في الوقت الذي كان يبلغ قيمة الدينار العراقي الواحد حوالي 3.3 دولار أمريكي آنذاك[2]، وإذا ما ضربنا المبلغ المحدد للإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية والذي كان خمسين دينار × ( 3.3 ) دولار عندها يصبح المبلغ (165) مائة وخمسة وستون دولاراً والذي يعادل حالياً مايقارب (198000) مائة وثمانية وتسعون ألف دينار عراقي وذلك إذا ما أحتسبنا قيمة الدولار الواحد بـ(1200) دينار عراقي أما إذا احتسبنا الانخفاض الأخير الذي حصل في قيمة الدينار العراقي والمحدد بـ(1450) دينار عراقي مقابل الدولار الواحد عندها سيصبح المبلغ (239000) مائتان وتسعة وثلاثون ألف دينار عراقي. وكذلك إذا ما قارننا موقف قانون الاثبات العراقي هذا بموقف القوانين في بعض التشريعات الأخرى نجد بأن النسبة المحددة لاثبات التصرفات القانونية بالشهادة والمعمول بها حاليا في العراق أقل بكثير من النسب المحددة في الدول الاخرى، حيث ان المشرع الاردني قد حدد تلك النسبة بـ(100) مائة دينار اردني (المادة (1/28) من قانون البيانات الاردني رقم 30 لسنة 1952 والمعدل بالقانون رقم 16 لسنة 2005)، والمشرع الاماراتي قد حددها بـ(5000) خمسة آلاف درهم إماراتي (المادة (1/35) من قانون الاثبات في المعاملات التجارية والمدنية الاماراتي رقم 10 لسنة 1992)، والمشرع المصري حددها بـ (500) جنيه مصري (المادة (60) من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم 25 لسنة 1968 والمعدل بالقانون رقم 18 لسنة 1999)، أما المشرع الكويتي فإنه قد حددها بـ(5000) دينار كويتي أي ما يعادل أكثر من (15000) خمسة عشر ألف دولار أمريكي في الوقت الراهن (المادة (39) من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي رقم 39 لسنة 1980). وعليه نقترح بزيادة نصاب الاثبات بالشهادة في التصرفات القانونية الى (200000) مائتان الف دينار عراقي أو اكثر، وذلك نظراً لما حصل من انخفاض في القوة الشرائية للدينار العراقي ومن التطور الايجابي فيما يتعلق بدخل الفرد بحيث أصبح مبلغ النصاب الوارد في قانون الاثبات العراقي لا ينسجم مع التطورات الحاصلة في المجالات المالية والاقتصادية.

## المطلب الثاني
## نطاق الإثبات بالشهادة

وللتكلم عن نطاق الإثبات بالشهادة سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول الحالات التي يجوز الإثبات فيها بالشهادة أصلاً، ونتطرق في الفرع الثاني الى الحالات التي يجوز الإثبات فيها بالشهادة استثناءاً، ونخصص الفرع الثالث والأخير للحالات التي لايجوز فيها الإثبات بالشهادة.

---

[1] ان مبلغ الخمسين دينار الذي كان محدداً في المادة (77/أولاً) لاثبات التصرفات القانونية بالشهادة قد تم تعديله لتصبح (خمسة آلاف دينار) وذلك بموجب المادة (8) من القانون المعدل لقانون الاثبات العراقي ذي الرقم 46 لسنة 2000. ويجدر بالذكر أن هذا التعديل لا يعمل به في إقليم كوردستان، وذلك لعدم انفاذه من قبل برلمان كوردستان لحد الآن.

[2] تاريخ البنك المركزي العراقي، تقرير منشور في الموقع الالكتروني لبنك المركزي العراقي، متاح على العنوان الآتي:
https://www.cbi.iq last visited 10/01/2021

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

## الفرع الأول

## الحالات التي يجوزالإثبات فيها بالشهادة أصلاً

وتشمل هذه الحالات جميع الوقائع المادية والتصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على خمسة آلاف دينار وذلك استناداً لأحكام المادتين (76و77) من قانون الإثبات العراقي. ولذا نتناول أولاً الوقائع المادية ومن ثم التصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على النصاب المحدد في القانون.

**أولاً : الوقائع المادية.**

نصت المادة (76) من قانون الإثبات العراقي أنه: (( يجوز الإثبات بالشهادة في الوقائع المادية)). والواقعة المادية إرادية كانت أم غير إرادية هي أمر يحدث فيرتب عليه القانون أثراً من كسب حق أو نقله او تعديله او انقضائه، وهي تشمل وقائع طبيعية لا دخل لإرادة الإنسان فيها، ووقائع اختيارية هي من عمل الإنسان وإرادته (الصوري، 1994، ص701). ويرجع السبب في جعل الشهادة قوة مطلقة في إثبات الوقائع المادية هي طبيعة الوقائع المادية التي تستعصي فرض الكتابة للإثبات لأنها غالباً ما تقع فجأةً، مما يجعل من الصعوبة بمكان بل من المستحيل تهيئة الدليل مقدماً لإثباتها لذا كان إثباتها جائز بكافة طرق الإثبات ومنها الشهادة.

وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه: (( كان على المحكمة ان تتثبت مما إذا كان المدعى عليه الثاني قد شغل العقار منذ إبرام عقد الايجار من عدمه والاستماع الى البينة الشخصية موقعياً باعتبار ان اشغال العقار من الوقائع المادية التي يمكن اثباتها بالشهادة....)) (القرار رقم 1060/ الهيئة المدنية عقار/ 2009 في 2009/6/15، مشار اليه لدى: (الساري، 2020، ص267). وعلى نفس السياق قضت محكمة تمييز اقليم كوردستان في قرارها المرقم 521/الهيئة المدنية الاستئنافية/2019 في 2019/11/4(قرار غير منشور).

**ثانياً: التصرفات القانونية التي لا تتجاوز قيمتها مبلغ معين.**

نصت المادة (77/ أولاً) من قانون الإثبات العراقي على أن (( يجوز إثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة إذا كانت قيمته لا تزيد على(5000) خمسة آلاف دينارا )).

ويقصد بالتصرف القانوني اتجاه الإرادة الى احداث أثر قانوني معين فيرتب القانون عليها هذا الاثر، والتصرف القانوني اما أن يكون من جانبين كما في العقود بصفة عامة كالبيع والإيجار أو من جانب واحد كما في الوصية والإبراء، فالتصرف القانوني سواء أقام على توافق إرادتين أو أقام على إرادة منفردة قد ينشئ الحقوق الشخصية وقد يكسب الحقوق العينية وقد يقضيها جميعاً وقد يرتب آثاراً قانونية أخرى ( بكر،2012،ص301 )، فالتصرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على خمسة آلاف دينار يجوز إثباتها بالشهادة أما ما زاد على ذلك فلا يجوز إثباتها بالشهادة.

وجدير بالإشارة ان قانون الإثبات العراقي قد ساوى بين المسائل المدنية والتجارية في الاثبات حسب نص المادة 11 من القانون التي تنص على انه يسري هذا القانون على ((أولاً: القضايا المدنية والتجارية ..... )) . لذا يجب في الامور التجارية بموجب النص اعلاه الاثبات بالدليل الكتابي اذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد على (5000) خمسة الاف دينار. وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها بأنه ((

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

.... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح ومخالف للقانون. ذلك لأن موضوع الدعوى عبارة عن تصرف قانوني يزيد قيمته عن خمسة آلاف دينار بحيث لا يجوز إثبات وجوده أو انقضائه بالشهادة عملاً بأحكام المادة 77/أولاً من قانون الإثبات.....)) ( القرار رقم 259/ مدنية منقول/2009 في 2009/5/5 مشار اليه لدى: آل جحيش، 2018، ص235). كما قضت محكمة استئناف أربيل بصفتها التمييزية في قرار لها بأنه:(( لا يجوز إثبات تخفيض بدلات الإيجار بالبينة الشخصية (الشهادة) لأن الاتفاق على التخفيض تصرف قانوني تزيد قيمته على نصاب الشهادة )) (القرار رقم 147/ ت/ بدائية/ 1998 في 1998/8/6 مشار اليه لدى: بكر، ص301).

ويجدر بالذكر ان المشرع العراقي قد انفرد عن سائر التشريعات العربية بالغائه لقاعدة حرية الاثبات في المسائل التجارية[1] على أساس أن هذا الأمر لايتعارض مع ما تقتضيه التجارة من سرعة ويسر، إلا اننا لا نتفق مع موقف المشرع العراقي هذا ونرى انه يجب إرجاع قاعدة حرية الاثبات في المسائل التجارية اسوة بالتشريعات العربية الاخرى، إذ ان الحرية في اثبات التصرفات التجارية هي لطبيعة هذه الاعمال التي تنطوي على السرعة ولا تنتظر اعداد دليل كتابي بخصوصها وإقامتها على الثقة والائتمان، وهذا فضلاً عن ان التجار من واجبهم إمساك دفاتر تجارية منظمة حسب الاصول تقيد فيها تصرفاتهم وعملياتهم التجارية. وكذلك لاستثناء التصرفات التجارية من مبدأ الاثبات بالكتابة في قوله تعالى {{ **إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلاَّ تَكْتُبُوهَا**}} [الآية الكريمة 282، سورة البقرة].

## الفرع الثاني
## الحالات التي يجوز الإثبات فيها بالشهادة إستثناءاً

الحالات التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود على سبيل الاستثناء على الرغم من أن قيمتها تزيد عن نصاب الشهادة، هي حالات الأصل فيها وجوب إثباتها بالكتابة ولكن القانون أجيز إثباتها بشهادة الشهود استثناءاً وسنورد هذه الحالات وفق المنوال الآتي:

**أولاً : وجود مبدأ الثبوت بالكتابة.**

مبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال ويشترط لتحقق هذه الحالة أن تكون هناك ورقة مكتوبة وأن تكون هذه الورقة صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه وأن يكون من شأن هذه الورقة أن تجعل وجود التصرف القانوني قريب الاحتمال (المادة 78من قانون الإثبات العراقي). ولا شك أن هذا المبدأ يساهم في التخفيف من صرامة النظام القانوني

[1] بعد صدور قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979 تم توحيد أحكام الاثبات في المسائل المدنية والتجارية والغي بموجبه قاعدة حرية الاثبات في المسائل التجارية التي كانت مقررة في التشريع العراقي قبل صدور ذلك القانون، وذلك انطلاقاً من مباديء قانون إصلاح النظام القانوني رقم 35 لسنة 1977.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

للإثبات، ذلك أن الخصم الذي لم يتمكن من تهيئة الدليل الكتابي في الوقت المناسب، لتهاونه أو لشدة ثقته بالخصم الآخر، يستطيع أن يتفادى سوء نية خصمه، فتقبل منه الشهادة، في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة.

**ثانياً: فقدان السند الكتابي بسبب أجنبي.**

أجازت المادة (18/أولاً) من قانون الإثبات العراقي، الإثبات بجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة، إذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه. ويقصد بهذا الشرط أن السند كان موجوداً وقد فقد بسبب أجنبي لا يد للمدعي فيه كقوة قاهرة، كما لو شب حريق في منزله أو مكتبه فاحترق السند مع أوراق أخرى أو بفعل الغير كالسرقة.

ويشترط لتحقق هذه الحالة أن يكون السبب الأجنبي من غير الممكن توقعه وأن يكون خارجاً عن إرادة الشخص الذي يتمسك به، أما إذا كان السند قد فقد بسبب إهمال صاحبه فلا يجوز له ان يحتج بوجود السبب الأجنبي (العبودي،1997، ص223). وأن سبب توافر هذا الشرط هو الرغبة في استبعاد صور الفقد بفعل مدعي الدليل لقطع السبيل على التواطؤ مع الشهود، وبذلك لا يكون للمدعي أن يتمسك بأي سبب يرجع الى فعله ولو كان هذا الفعل مجرد إهمال أو تراخ.

**ثالثاً: وجود مانع من الحصول على دليل كتابي.**

هذه الحالة أيضاً نصت عليها المادة (18/ثانيا) من قانون الإثبات العراقي وأجاز فيها الإثبات بجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي، أي ان قيام المانع من الحصول على دليل كتابي ينقل الامر من وجوب الإثبات بالكتابة الى الشهادة، والشهادة في هذه الحالة تعد دليلاً بديلاً كاملاً عن الدليل الكتابي وليس دليلاً تكميلياً كما في مبدأ الثبوت بالكتابة، والمانع في هذه الحالة إما أن يكون:

**أ- مانع المادي.**

وهو المانع الذي يتأتى من الظروف التي يتم فيها التصرف، أي استحالة الحصول على دليل كتابي نظراً لطبيعة الظروف والملابسات التي تحيط به وقت إجراء التصرف القانوني ( بكر،2012،ص313). ومن قبيل ذلك ما ينشأ من التصرفات عند الكوارث أو الحوادث المفاجئة أو الحرائق أو حوادث الغرق، كحالة الوديعة التي تتم في ظروف يخشى فيها على الشيء المودع من خطر داهم، ففي مثل هذه الحالة يجوز إثبات الوديعة بجميع طرق الإثبات مهما بلغت قيمة الشيء المودع.

**ب- مانع الأدبي.**

وهو المانع الذي لا يقوم على ظروف مادية وإنما يقوم على ظروف نفسية أي اعتبارات أدبية ترجع الى الظروف التي انعقد فيها التصرف او العلاقة التي تربط بين الطرفين وقت انعقاد التصرف، إذا كان من شأن هذه العلاقة أو تلك الظروف أن تمنع الشخص أدبياً من الحصول على دليل كتابي (الدناصوري وعكاز، 2014، ص687).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ويجدر بالذكر أن المادة (18/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي لم تحدد حالات المانع الأدبي، ولم تضع له قيوداً، بل جاء النص عاماً مطلقاً وهذا يدل على أن الشارع ترك تقدير المانع الادبي لقاضي الموضوع بحسب ما يتبين من ظروف كل حالة وملابساتها. ولكن مع ذلك نرى بانه يجب ألّا يتم التوسع في تفسير مفهوم المانع الأدبي كي لا يستغل لدى الطامعين في أموال الناس، ونتفق بهذا الشأن مع ما قضت به محكمة التمييز في إقليم كوردستان، حيث جاء في قرار لها انه ((لا يجوز التوسع في تفسير المانع الأدبي وجعله وسيلة لإهدار حكم النصوص القانونية كما أن مجرد الصداقة لا يمكن اعتبارها مانعاً أدبياً))(القرار رقم 261/هيئة مدنية/ 1995 في 1996/2/3. مشار اليه لدى : الدهوكي،2009، ص99).

**رابعاً: وجود اتفاق أو نص قانوني يجيز الإثبات بالشهادة.**

تنص المادة (77/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي على أنه (( إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة مالم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك)) (وتقابلها المادة (60) من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية المصري). ويفهم من هذا النص انه إذا كان هناك اتفاق بين طرفي العقد أو إذا كان هناك نص قانوني يجيز الاثبات بالشهادة حتى لو كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار فإن القانون يسمح بذلك. ومن القوانين التي أجازت الإثبات بالشهادة فيما يزيد على نصاب الشهادة ما ورد في قانون النقل العراقي رقم 80 لسنة 1983 حيث نصت المادة السادسة من هذا القانون بأن (( عقد النقل يتم بمجرد الاتفاق ويجوز إثباته بجميع الطرق )).

وهذا ما سارت عليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها أنه: ((..... الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون لأنه قضى برد الدعوى على اعتبار أن المميز قد بين في جلسة المرافعة بأنه لا يملك مستنداً رسمياً لإثبات علاقته بالشركة المدعى عليها وهذا الاتجاه من قبل المحكمة غير وارد قانوناً لأن عقد العمل ليس من العقود الشكلية وأن إثباته يتم بكافة طرق الإثبات.....)) (القرار رقم 1000/الهيئة المدنية/ منقول/ 2010 في 2010/8/25 مشار اليه لدى: محمد،2015، ص31).

## الفرع الثالث
## الحالات التي لايجوز فيها الإثبات بالشهادة

هناك حالات يمنع فيها الإثبات بالشهادة في التصرفات القانونية، وهذه الحالات حددتها المادة (77/ثانياً) والمادة (79) بفقراتها الثلاثة من قانون الإثبات العراقي، وسنتناول هذه الحالات فيما يأتي:

**أولاً : التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على حد معين أو كان غير محدد القيمة.**

التصرف القانوني إذا كانت قيمته تزيد على خمسة آلاف دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة مالم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك (المادة (77/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي).وتقدر قيمة الالتزام وقت تمام التصرف القانوني لا وقت الوفاء به، فإذا كانت قيمته

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

في ذلك الوقت لا تزيد على خمسة آلاف دينار فتصح الشهادة لإثباته حتى لو زاد قيمته على خمسة آلاف دينار بعد ضم الفوائد والملحقات وهذا ما نصت عليه المادة (77/ثالثاً) من قانون الاثبات العراقي. أما إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالشهادة في كل طلب لا تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار حتى ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة أو كان منشأها تصرفات قانونية ذات طبيعة واحدة بين الخصوم أنفسهم، وكذلك الحكم في كل وفاء يتعلق بتلك الطلبات لا تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار (المادة (77/رابعاً) من قانون الإثبات العراقي).

**ثانياً: مخالفة أو مجاوزة ما اشتمل عليه الدليل الكتابي.**

منعت المادة (79/أولاً) من قانون الإثبات العراقي الاثبات بالشهادة في التصرف القانوني حتى لو كان قيمته لا تزيد على النصاب المحدد، فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي، فالقاعدة العامة في الإثبات أن ما يثبت بدليل لا يجوز إثبات عكسه إلّا بدليل مثله أو أقوى منه، وإذا كان المراد إثباته هو إثبات ما يخالف أو يجاوز ما هو مدون في الدليل الكتابي فإن ذلك لا يجوز إثباته بالشهادة. وعلى سبيل المثال إذا كان هناك عقد صوري مبرم بين طرفين وكان ثابتاً بالكتابة، فلا يجوز للمتعاقدين إثبات الصورية إلا بالكتابة حتى ولو كانت قيمة التصرف القانوني لا يتجاوز نصاب الشهادة (بكر، 2012،ص320).

**ثالثاً: إذا كان التصرف المطلوب جزءاً من حق لا يجوز إثباته بالشهادة.**

ولايجوز الاثبات بالشهادة إذا كان التصرف المطلوب جزءاً من حق لا يجوز إثباته بالشهادة حتى لو كان هذا الجزء هو الباقي من الحق (المادة (79/ثانياً) من قانون الإثبات العراقي)، كما لو كانت قيمة الدين خمسين ألف دينار وطالب الدائن بأربعة آلاف دينار على اعتبار أن الدين كان مقسطاً على ثلاثة أقساط وجب على الدائن ان يثبت عقد القرض بالكتابة ولا يجوز إثبات الوفاء الجزئي بالشهادة وإن كان المبلغ الذي يطالب به أقل من خمسة آلاف دينار، لان طلبه يستند على تصرف قانوني تزيد قيمته وقت تمام العقد على هذا المبلغ. ويبدوا لنا بأن غرض المشرع من هذا الحكم القانوني هو منع التحايل على قاعدة وجوب الإثبات بالدليل الكتابي.

**رابعاً: عدول الخصم عن طلبه الزائد على النصاب الى أقل منه.**

منعت المادة (79/ثالثاً) من قانون الإثبات العراقي إثبات التصرف القانوني بالشهادة حتى لو كان التصرف المطلوب إثباته لا تزيد قيمته على خمسة آلاف دينار في ما إذا طلب أحد الخصوم في الدعوى ما تزيد قيمته على (5000) خمسة آلاف دينار ثم عدل عن طلبه إلى ما يقل عن هذه القيمة. ويظهر لنا من خلال موقف المشرع هذا بأنه قد أقام قرينة قانونية غير قاطعة على أن تخفيض الدين الى مبلغ أقل من خمسة آلاف دينار يقصد منه الهروب من قاعدة الإثبات بالكتابة، إلا انه يمكن للدائن دحض هذه القرينة بكافة طرق الإثبات، وذلك كما لو ثبت بان تقدير الدعوى وقت رفعها قد بنيَ على خطأ أو عن سهو لم ينتبه اليه إلا بعد اعلان المدين بها.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

## المبحث الثاني
## دور القاضي في تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية

دور القاضي اتجاه الإثبات بشهادة الشهود يتسم بالإيجابية، لأن سلطته في تقدير الشهادة هي سلطة واسعة، وهذه السلطة تنصب على حجية الشهادة وليس على قوة ونطاق الشهادة في الاثبات، لأن نطاق الاثبات بالشهادة محددة بمقتضى القانون كما أسلفنا في المبحث الأول من هذا البحث. ومن أجل معرفة الدور الذي يلعبه القاضي في تقدير شهادة الشهود من الناحيتين الموضوعية والشخصية سنقسم هذا البحث على مطلبين، بحيث نتطرق في المطلب الاول إلى دور القاضي في تقدير الشهادة من الناحية الموضوعية، وفي المطلب الثاني نتناول دور القاضي في تقدير الشهادة من الناحية الشخصية.

### المطلب الأول
### دورالقاضي في تقديرالشهادة من الناحية الموضوعية

ان قانون الاثبات جعل للقاضي دوراً ايجابياً في تقدير الأدلة وفي التحرك الذاتي الموصل الى الحكم العادل والى الحسم السريع وأقام كل ذلك على ما ينبغي ان يتوافر للقاضي من ثقة يوليها له المشرع [1]. وسلطة القاضي في تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية من صميم هذا الدور، وما يُهمنا هنا هو بيان دور القاضي في تقدير الشهادة من الناحية الموضوعية.

إن تقدير الشهادة من الناحية الموضوعية من قبل القاضي مرتبط اشد الارتباط بشروط الواقعة القانونية محل الاثبات، وهذا يعني أن ما نصت عليه المادة (10) من قانون الاثبات العراقي والتي ذكرت بأن الواقـــعة القـانونية يجب أن تكون محددة وممكنة ومتنازعاً فيها ومتعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزة القـــبول، كشروط للواقعة القانونية هي ذاتها شروط لقبول وتقدير الشهادة من الناحية الموضوعية .

فالقاضي الذي يعرض عليه طلب الاثبات بشهادة الشهود يكون له من الحرية والسلطة المطلقة في أن يحكم برفض هذه الشهادة أو إجابته كلياً أو جزئياً، وذلك بعد بحث توفر الشروط القانونية فيه او عدم توفر ذلك. فقد يرفض القاضي الطلب لكون الوقائع المراد اثباتها بعيدة الاحتمال، بحيث لا يرى القاضي سبيلا الى الاقتناع بالشهادة في اثباتها أو قد تكون هذه الوقائع قد طال عليها العهد بحيث يتعذر اثباتها أو لاقتناعه بعدم الحاجة الى اجابته اكتفاءً منه بالظاهر من الدعوى، ففي كل هذه الحالات يرى القاضي بأن الشهادة غير مستساغة ولا يسمح بها على الرغم من أن القانون يجيزها في الاثبات (السنهوري، 2011،ص322)، وبذلك يظهر لنا أنه لا يكفي أن يجيز القانون الاثبات بالشهادة، بل يجب أن يكون الاثبات بالشهادة مقبولا حسب تقدير القاضي من الناحية الموضوعية، بشرط أن يكون قرار الرفض مسبباً.

---

[1] حيث جاء في الأسباب الموجبة لقانون الاثبات العراقي أنه: (( ... فقد وضع هذا القانون الذي توخى فيه أن يقوم على أساس تهدف الى إشاعة العدل بين المواطنين وتحقيق المساواة بينهم في الحقوق والواجبات، وأعطى للقضاء باعتباره مرفقاً من مرافق الدولة دوراً ايجابياً في تسيير الدعوى، وإيصال الحقوق الى المواطنين بأيسر السبل وأسرعها...)) .

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

وهناك الكثير من التطبيقات القضائية التي تؤكد دور القاضي الايجابي والحرية الواسعة في تقدير الشهادة من الناحية الموضوعية، ومنها ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها ((إن المحكمة قد ركنت في حكمها الى البينة الشخصية المستمعة واليمين المتممة الموجهة من قبل المحكمة للمدعية استنادا لأحكام المادة (120) من قانون الاثبات، وحيث أن لمحكمة الموضوع حق تقدير الشهادة من الناحية الموضوعية والشخصية عملاً بأحكام المادة (82) من القانون المذكور لذا تكون الطعون التمييزية المثارة بهذا الخصوص غير واردة، فقرر ردها وتصديق الحكم المميز)) (القرار رقم 133/ موسعة أولى/ 83 - 84 في 1984/4/8، مشار اليه لدى: الشمري، 2013، ص138).

كما قضت نفس المحكمة في قرار آخر لها بأنه: (( .... فقد وجد أن محكمة الاحوال الشخصية عند اصدارها الحكم الغيابي المؤرخ في 1980/1/16 بصحة الطلاق الواقع من المصحح عليه، وقد استندت الى شهادة كل من ( ف و ج و ن و س ) الذين أيدوا حصول الطلاق بالشكل المبين مفصلاً في شهاداتهم وحيث أن لمحكمة الموضوع تقدير الشهادات من الناحية الموضوعية والشخصية عملاً بأحكام المادة (82) من قانون الاثبات، فإن لمحكمة الموضوع بناءً على سلطتها بموجب احكام المادتين (17 و18) من قانون الاثبات لغرض الوصول الى كشف الحقيقة اتخاذ أي اجراء من اجراءات الاثبات تراه لازماً وتستدعي من ترى لزوماً لسماع شهادته متى رأت في ذلك فائدة للوصول الى الحقيقة وبعد اجراء تحقيقاتها والاستماع الى شهادة المجاورين لمحل اقامة المتوفاة والمطلعين على أحوالها بخصوص موضوع الدعوى ثم تصدر حكمها القانوني في ضوء ذلك وبما أن محكمة الاحوال الشخصية أصدرت حكمها المؤرخ في 1980/7/27 خلافاً لما تقدم مما اخل بصحته وعليه قرر قبول التصحيح واعادة التأمينات لدافعها طالب التصحيح وفقاً للمادة (223) مرافعات وتصحيح القرار التمييزي المذكور ونقض الحكم المؤرخ في 1980/5/27 وإعادة الدعوى لمحكمة الأحوال الشخصية في الكرادة للسير بها وفق المنهاج المذكور وصدر القرار بالاتفاق في 1981/7/25)) (القرار رقم 421/ هيئة موسعة أولى/ 1980 في 1981/7/25 مشار اليه لدى: الشمري، 2013، ص139).

ومن القرارات التي تؤكد أن تقدير الشهادة من الناحية الموضوعية مرتبطة بشروط قبولها، ما اشارت اليه محكمة تمييز اقليم كوردستان في قرار لها: ((ان المحكمة وان كان لها سلطة تقدير الشهادة من الناحيتين الشكلية والموضوعية بحكم المادة (82) من قانون الاثبات. ولكن ينبغي أن تكون الشهادة مستجمعة لشروطها فيجب أن لا تكون الشهادة على سماع وأن يكون المشهود به معيناً تعينا نافياً للجهالة وعلى المحكمة تكليف الشهود بتحديد أرقام القطع أو شهرتها وتعيين أوصافها وحدودها والانتقال الى اماكن القطع المتنازع عليها للاستماع الى شهادات الشهود موقعياً )) (القرار رقم 327/ الهيئة المدنية/ 1996 في 1996/12/23 مشار اليه لدى: رواندوزي وكوره جي، 2015، ص83). وهذا ما أيدته أيضاً محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق في قرار آخر بذكرها: ((ان المحكمة وإن كان لها تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية إلا انه ينبغي ان يكون تقديرها معللاً ومسبباً ومنسجماً مع الوقائع المسرودة) (القرار رقم27/ الهيئة المدنية/1997 في 1997/10/14 مشار اليه لدى: كيلاني،2012، ص94).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا بإن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الأخذ بالشهادة أو عدم الأخذ بها ويجوز له أن يبني قناعته للحكم في الدعوى على شهادة شاهد مع يمين المدعي اذا تبين له صحة تلك الشهادة واقتنع بها، كما يمكن له أن يرد شهادة شاهد أو اكثر اذا لم يقتنع بتلك الشهادة كثروا أم قلوا، إذ ان العبرة باقتناع القاضي واطمئنانه الى ما يؤديه الشاهد من شهادة، أي أن القاضي لا يكون ملزماً بشهادة الشهود وان جاءت مستكملة النصاب ووفق شروطها وانما هو حر في تكوين اعتقاده منها فله بعد ان يسمعها الأخذ بها او طرحها، وتؤكد ماسبق من القول المادة 84 من قانون الاثبات العراقي التي نصت على أنه: (( للمحكمة أن تأخذ بشهادة شخص واحد مع يمين المدعي اذا اقتنعت بصحتها كما ان لها ان ترد شهادة شاهد أو أكثر اذا لم تقتنع بصحة الشهادة )).

## المطلب الثاني
## دورالقاضي في تقديرالشهادة من الناحيةالشخصية

تتمثل الناحية الشخصية من الشهادة في علم الشاهد بالواقعة التي يشهد بها شخصياً، لأن الشهادة اخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين وحسبان، وتقوم على اخبار واقعة عاينها الشاهد أو سمعها بالذات حيث يجب أن يكون الشاهد قد عرف شخصياً ما يشهد عليه بحواسه، إذا لا يعتبر شاهداً قانونياً إلا من عرف شخصيا ما حصل (الشمري، 2013، ص131؛ النعيمي و البدراني، 2016، ص175-177).وفي الوقت ذاته، قد تكون الشهادة روايةً عن واقعة صادرة ممن عاينها أو سمعها، أي أنها شهادة غير مباشرة، بحيث يدلي الشاهد بأمر وصلت اليه المعلومات عن طريق غيره. فهي في حقيقتها شهادة على شهادة أي شهادة سماعية، وهي وإن لم ينص القانون على منع قبولها أو التعويل والاعتماد عليها ولكنها بطبيعتها دون منزلة الشهادة المباشرة.

ومن المعلوم أن القاضي يكون أكثر استعداداً لتصديق الشهادة المباشرة منه الى تصديق الشهادة غير المباشرة، ولكن في نفس الوقت يمكن القول أن القرار في النهاية يعود الى ضمير القاضي ووجدانه، فلا مانع من أن يسمعها وبحذر لعله يجد فيها ما يقنعه (محمد، 2015، ص93-94).

ومن أجل تقدير الشهادة من الناحية الشخصية يستعين القاضي بعدة عوامل، فقد يأخذ بنظر الاعتبار اخلاق الشاهد وقوة ذاكرته ودرجة ذكائه وعمره وتربيته ومكانته الاجتماعية وماضيه وحاضره، كما أن له تقدير تصرف الشاهد أثناء تأديته للشهادة امام المحكمة، وهذا يعني أنه يركز على الاضطرابات والصعوبات التي يواجهها الشاهد في أدائه للشهادة والارتباك الذي يعاني منه. وكذلك يُمعن القاضي فيما يبديه من ميل أو انحياز لطرف من اطراف الدعوى وتقدير احترافه للشهادة حيث أن هناك اشخاص دأبوا على التواجد المستمر في المحكمة للإدلاء بالشهادة كلما طلب منهم ذلك مقابل اجور (سمايل،2011، ص168-169؛ صالح، 2014، ص97).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

فالقاضي ينظر الى أخلاق الشاهد، وقوة تذكره واستيعابه وارتباكه، وعمره واحترافه للشهادة، ومركزه الأدبي والعلمي، كما ينبغي أن يكون للقاضي من القابلية ما يميز بين صدق الشاهد وبين احتمال كذبه وتلفيقه أو تلقينه للشهادة. وهذا يعني أنه على القاضي أن يحلل ما ظهر من الشاهد أثناء الدعوى من ميلٍ أو انحيازٍ الى طرف دون آخر، ومن صراحة أو اضطراب وسهولة أو صعوبة في التعبير عن فكرة أو غير ذلك من العوامل (النداوي،1986، ص338).

وتجدر الاشارة، أن الظروف والعوامل الشخصية المشار اليـــها اعلاه، انما يستعين به القاضي اذا ما تبين له وثبت لديه وفقاً لكفاءته وقدراته الشخصية، وهذه الأمـــور يستطيع القاضي أن يستنبـــــطه من تلـقاء ذاته كقـــوة تـــذكر الشاهد واستيـعابه للشهادة، وارتباكه فـــي الادلاء بشهادته وعمره، ولكن هناك مـــن الظروف والعـــوامل لا يقـع اثباته على عاتق القـاضي، وانما على من يدعيها اثبـــاتها وبطرق الاثبـــات القانونية كأخلاق الشـــاهد وماضـيه (محمد، 2015، ص 94).

وقد أجاز القانون للقاضي أن يسأل الشاهد عن عمره ومهنته ومحل اقامته ومدى صلته بالخصوم . وهذا ما اشارت اليه الفقرة الأولى من المادة (94) من قانون الاثبات العراقي والتي نصت على أنه: ((أولا: تسأل المحكمة الشاهد عن اسمه وعمره ومهنته ومحل اقامته ومدى صلته بالخصوم ....)) (وتقابلها المادة (85) من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية المصري)، كل ذلك ليتسنى للقاضي تقييم وتقدير شهادة الشاهد ومعرفة حياديته عند الادلاء بشهادته ومدى مصداقيته في أداء الشهادة، وهل يمكن أن تصلح هذه الشهادة سبباً للحكم من عدمه (الحسن، ص216 - 217).

ويضاف الى ما سبق، أن المشرع العراقي لم يجعل من القرابة أو العداوة أو المصلحة سببا لرد الشاهد كما هو حال القاضي (انظرالمادة (91) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969). ولذلك اجاز في المادة (94) المشار اليه اعلاه السؤال عن مدى قرابة الشاهد بالخصم. حيث أنه مما لا شك فيه أن قرابة الشاهد أو مصاهرته للخصم الذي يشهد له تدفعه للميل الى الشهادة لمصلحته، وعليه يجب على القاضي أن يحتاط في الاخذ بها وأن يراعي ظروف الدعوى وقرائنها (نشأت،2005، ص556). ويلاحظ هنا أن المشرع المصري كان أكثر حرصاً وجدية في هذا الصدد، فعلى الرغم من أنه لم يأخذ هو ايضاً بنظام رد الشهود ولو كان قريباً او صهراً لأحد الخصوم (انظر المادة (82) من قانون الاثبات المصري)، إلا أنه استثنى بعض الحالات وهي عدم قدرة الشاهد على التمييز بسبب هرم أو حداثة او مرض او لأي سبب آخر، والمقصود بأي سبب آخر هنا هو أي سبب يؤدي الى عدم القدرة على التمييز، وتقدير ما إذا كان الشاهد قادراً على التمييز من عدمه مسألة موضوعية تقديرية يعود تقديرها للقاضي، ولكي يتمكن القاضي من الوصول الى القرار الصائب لا يحق للشاهد أن يرفض الإجابة على أي سؤال أو يمتنع عن الادلاء بالشهادة المطلوبة دون عذر مشروع (المادة (94/ثانياً) من قانون الاثبات العراقي).

وهناك الكثير من القرارات القضائية التي تؤكد ما سبق من القول، ومنها ما اشارت اليه محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرارٍ لها حيث ذكرت بانه: ((....إذا كان بين الشاهد واحد الخصمين علاقة خاصة

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

كالعلاقة بين الشريكين أو كان للشاهد مصلحة في الشهادة، فان للمحـــكمة ان تقدر هذه الظروف ولها ان ترد هذه الشهادة وفقا لما تراه...)) (القرار رقم 126/ مدنية عقار/72 في1972/6/5 مشار اليه لدى: الصوري، 1994، ص813).

كما قضت محكمة تمييز إقليم كوردستان في قرار لها أنه: (( ... ليس في القانون ما يمنع من قبول شهادة القريب لقريبه لذا لا يجوز هدر شهادة شاهدي المدعية ويجوز للمحكمة تحليف المدعية اليمين المتممة إن كان له مقتضى....)) (القرار رقم 888/ الهيئة المدنية/2011 في 2011/12/231 مشار اليه لدى: كيلاني،2012، ص97).

ونستـنتج مما سبق ذكره، أن المشرع العراقي قد ترك للقاضي حرية واسعة في تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية كما هو وارد في نص المادة (82) من قانون الاثبات العراقي، وهـذا هو اتجاه القضاء في العراق وفي اقليم كوردستان، وهذا الدور الايجابي للقاضي في التقدير يعتمد على كفاءة واخلاص القاضي في تعامله مع القضايا اليومية التي ينظرها وبـما أن الواقع الاجتماعي في العصر الحالي قد تغير مما أدى الى فقدان الافراد لبعض القيم والاخلاقيات الحميدة، مما يتطلب هنا من الســادة القضاة الحذر في التعامل مع أقوال وشهادات الشهود، فـلا يجوز التساوي بين جميع الناس في قيمة شهاداتهم ووزنها، وزمام هذا الامر يعتمد على كفاءتهم وقناعتهم.

وقبل الختام لا بد من الأشارة إلى انه نظرا لأزدياد نسبة شهادة الزور في الآونة الأخيرة وتأثيرها الكبير على ضياع الحقوق وأكل أموال الناس بالباطل، إذ ان العابثين بالقانون أضحو يميلون بشدة إلى سلوك أساليب الغش والخداع عند لجوئهم إلى القضاء، حيث جاء في احدى التقارير المنشورة في الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي بتاريخ (2020/12/14): ((ان شهادة الزور قد ارتفعت وبمعدلات تتجاوز أضعاف المعدلات قبل سنة 2003، وذلك بسبب ارتفاع معدلات الجريمة إضافة إلى سوء الوضع الاقتصادي الذي أنتج أشخاصاً يتم استئجارهم لأداء شهادة كاذبة))[1]. وعليه من أجل مساعدة القضاة في الوصول إلى الحقيقية عند تقديرهم لشهادة الشاهد من الناحية الشخصية وبالتالي التقليل من نسبة الشهادات الزائفة ندعو إلى اعادة النظر في الأخذ بـ (نظام تزكية الشهود) المعروف في الفقه الاسلامي للتحقق من عدالة الشهود، حيث كانت للمحاكم الاسلامية وقضاتها مزكين وكانت تأخذ بنظام تزكية الشهود، فكان هناك مزكين سريين للقاضي ومزكين علنيين له وكان القاضي يستمع الى شهادة الشهود على ضوء تزكية المزكين ( للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع انظر المؤمن، 2009، ص306 وما بعدها)، كما أخذت مجلة الاحكام العدلية بنظام تزكية الشهود وعالجته بالمواد(1716-1726)، أما اليوم فلم تعد تزكية الشهود واجب الاتباع في المحاكم ولم يأخذ به قانون الاثبات العراقي، إلا اننا نقترح اعادة العمل بذلك

[1] تقرير منشور في الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي بعنوان: (برغم العقوبات الطمع يدفع أشخاصاً لأداء شهادة مزيفة أمام المحاكم )، متاح على العنون الالكتوني الآتي:
https://www.hjc.iq/view.67734 last visited 28/12/ 2020

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

النظام في محاكمنا مرة أخرى ولكن مع اجراء بعض التعديلات عليه تبعاً لتغيير الظروف والأوضاع، فمن المنطقي مثلاً الاستعانة بمكتب الادلة الجنائية لمعرفة فيما اذا كان الشاهد من اصحاب سوابق قضائية من عدمها أو السؤال من أهل منطقته أو محل عمله بواسطة أحد موظفي المحكمة أو باحث اجتماعي ليقوم بمهمة المزكي ويقدم تقريره للمحكمة على ضوء تحقيقاته. وكذلك يمكن الاستفادة من التقدم التقني والتطورات الحديثة في مجال الحواسب الآلية وشبكة الانترنت بهذا الخصوص، وذلك عن طريق تسجيل البيانات الأساسية المتعلقة بالدعاوى بصيغة الكترونية عن طريق كُتّاب المحكمة وخاصة تلك المتعلقة بأسماء الخصوم والشهود ومن ثمن إدخالها في شبكة معلوماتية على مستوى المحافظة أو الدولة بأكملها بحيث يمكن للقاضي اذا ما أراد التأكد من مصداقية الشاهد وعدالته أن يقوم بنفسه أو يطلب من سكرتارية المحكمة البحث عن سوابقه من حيث عدد الشهادات التي قد أدلى بها سابقاً، وكذلك من حيث السجل الجنائي، وارتكابه جريمة مخلة بالشرف، وربما سابقة شهادة زور، فكل ذلك يكون في عون القاضي ويسهل عليه الأمر في تقديره للشهادة، لأن عدالة الشاهد ليست من مظهره ودينه، فالشاهد مخبر وليس مظهرا، ولا يمكن للقاضي ان يعرف مدى مصداقية الشاهد وعدالته من مجرد النظر إليه، وذلك كله من أجل إحقاق الحق ومنع الظلم، لأن شهادة الزور سبب للظلم والجور وانها تعد آفة كبرى تعترض طريق العدالة لأن كثير من الشهود الزور امتهنوا الغش والخداع والاضرار بالعدالة والعبث بحقوق الناس دون وجه حق.

## المبحث الثالث

## دور القاضي في ترجيح الشهادة ومدى خضوعه لرقابة محكمة التمييز

من المعلوم إن قانون الاثبات جعل للقاضي دوراً ايجابياً في تقدير أدلة الاثبات، والشهادة كغيرها من أدلة الاثبات غير الملزمة للقاضي يفسح المجال الواسع له ليبحث عن الحقيقة في أقوال الشهود، فكما يمكن له أن يقوم بتقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية فكذلك يمكن له ان ترجح شهادة على اخرى وفقا لما تستخلصه من ظروف الدعوى بشرط ان يبين اسباب ذلك الترجيح في محضر الجلسة. وبعد أن يقوم القاضي بعملية تقدير وترجيح أقوال الشهود، يبادر إلى الذهن السؤال حول مدى خضوع قاضي الموضوع لرقابة محكمة التمييز أو هل أن القاضي وفقاً لدوره الايجابي والفعال في التقدير والترجيح واكمال حجية الشهادة له مطلق الحرية في هذا الشأن؟ وعليه من أجل الاجابة والاحاطة بهذه المسائل المطروحة، ارتــأينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين، ففي المطلب الأول نتناول دور القاضي في ترجيح الشهادة وفي المطلب الثاني نتطرق إلى مدى خضوع القاضي لرقابة محكمة التمييز في تقدير الشهادة وترجيحها.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

## المطلب الأول
## دور القاضي في ترجيح الشهادة

يفهم من خلال استقراء المادة (82) من قانون الاثبات العراقي، أن المشرع لم يكتفي فقط بإعطاء القاضي حق تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، بل منحته سلطة ترجيح الشهادة وذلك بالنص في الشطر الأخير من المادة أعلاه على أنه: ((.... ولها ان ترجح شهادة على اخرى وفقا لما تستخلصه من ظروف الدعوى على ان تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة )). وبذلك يكون للقاضي الدور الايجابي والسلطة في ترجيح الشهادات التي استمع اليها في الدعوى المنظورة منه، بحيث يرجح شهادة خصم على شهادة خصم آخر اذا اطمئن اليها وكانت متناسقة مع واقعة الدعوى مع بيان اسباب ذلك الترجيح.

والمقصود بالترجيح هنا هو تقديم القاضي أحد الدليلين المتعارضين لما فيه مزية معتبرة تجعل العمل به اقرب من الآخر، ولا يكون الترجيح الا مع وجود التعارض، فحيث انتفى التعارض انتفى معه الترجيح أو تفضيل احد الدليلين وبيان زيادة أحدهما على الاخر (الزيدي،2011، ص146)، إلا أن هذا لا يعني أن الترجيح لا يتناول شهادة عدد من الشهود والاطمئنان الى البعض منهم دون بعض، كما أن القاضي ليس ملزماً بتصديق الشاهد في كل أقواله، إلا انه يتعين ان لا يخرج الترجيح هذا من الاستدلال المنطقي، بمعنى آخر إن سلطة القاضي مطلقة عند التقدير والترجيح الا اذا خرجت بالترجيح الى ما لا يؤدي الى مدلولها (النداوي، 1986، ص332-333).

تكمن الحكمة في منح القاضي هذا الدور الايجابي الكبير في ترجيح الشهادة الى صعوبة وضع قواعد وأحكام لمن تقبل شهادته ومن لا تقبل شهادته، لأن امكانية تطبيقها في الواقع العملي أمر صعب وعسير، وذلك لاختلاف موضوع الشهادة واختلاف مستوى الشهود، من حيث قوة الادراك والذاكرة وتفاوت درجات الذكاء ومدى تأثير الشاهد بالعوامل النفسية والكراهية والحقد والانتقام (خطاب، 1984، ص102).

ومن أجل أن يقوم القاضي بعملية الترجيح وبصورة سليمة،لا بد له أن يفحص الشهادات لينتج منها اعتقاده الذي يمكنه من الحكم في موضوع النزاع، وهو في تكوين اعتقاده يستند الى أمور كثيرة أغلبها ينطوي تحت طائلة التقدير الشخصي والموضوعي للشهادة، ككيفية أداء الشهود للشهادة وما يتخلل ذلك من مظاهر أو عوامل تدل على درجة الصدق في اقوالهم، والمقابلة بين الشهادات لمعرفة أي منها اكثر اتفاقاً مع واقعة الدعوى وحالة الشهود النفسية وطاقاتهم الذهنية ومدى ادراكهم وقدرتهم على ضبط الوقائع ونقلها ودرجة ثقافتهم (الزرفي،2017، ص218).

وما تجدر الاشارة اليه هنا، أن ما اشترطه المادة (95) من قانون الاثبات العراقي من وجوب تأدية الشهادة شفاها وعدم جواز الاستعانة بمذكرات مكتوبة ((إلا بإذن المحكمة وإذا اقتضت طبيعة الدعوى))، ماهي إلا لتوضيح الكثير من الأمور التي تسعف القاضي في ترجيح الشهادة وتقديرها ومن ثم لا يدخل في العوامل التي تراعيها المحكمة عند ترجيح الشهادة كثرة عدد الشهود أو قلتهم ولا مراكزهم الاجتماعية مادامت لا تتفق مع ظروف الدعوى ولا توحي بالثقة فيها.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

هــذا وقـد أكد القضاء العراقي والكوردستاني على دور القاضي في ترجيح الشهادة في العديد من القرارات، منها ما قضت به محكمة تمييز الاتحادية في قرار لها أنه : ((..... كان على المحكمة التوسع في تحقيقاتها واستماع بينات الطرفين مجددا بشأن وقائع هذه الدعوى مع الأخذ بنظر الاعتبار البينات السابقة ولها أن ترجح بينة على بينة وفقاً للمادة (82) من قانون الاثبات.....)) (للمزيد من التفاصيل حول هذه القضية انظر العجيلي،2012، ص159). وفي السياق ذاته قضت محكمة تمييز إقليم كوردستان في قرار لها انه: (( .... لا يصلح سماع شهادة شقيقة ووالدة المدعي على عائدية المدعى به للمدعي دون الاستماع الى بينة المدعى عليها الشخصية لإثبات دفعها بعائديته اليها، فكان المقتضى الاستماع الى شهادات شهودها ومن ثم ترجيح البينة وفقاً لما تستخلصه المحكمة من ظروف الدعوى عملا بأحكام المواد (80 و82) من قانون الاثبات العراقي المرقم 107 لسنة 1979....))(القرار رقم 151/ الهيئة المدنية/1993 في1993/9/27 مشار اليه لدى: الدهوكي،2009، ص91-92). وكذلك قضت محكمة تمييز الاقليم في قرار آخر لها أنه : ( ...حيث ان المحكمة رجحت شهادة شهود المدعين بما لها من سلطة تقدير عملا بحكم المادة (82) من قانون الاثبات وذلك بقدر تعلق الأمر بتصرف المدعى عليهم بالقطعة موضوعة الدعوى خلال المدة المطالب بأجر مثلها لذا فان مطالبتهم له سند من القانون ... ) (القرار رقم 62 / الهيئة المدنية / 1999 في 99/3/15 مشار اليه لدى: كيلاني ،2012، ص94).

خلاصة القول لما سبق ذكره، أن المشرعين العراقي والكوردستاني يؤكدان على الدور الايجابي للقاضي وسلطته التقديرية في عملية تقدير وترجيح الشهادة، ولكن مع هذا لابد لنا أن نذكر أهم ملاحظاتنا حول مسألة ترجيح الشهود من قبل القاضي وحول المادة (82) من قانون الاثبات العراقي لتكون مقترحات لعله يستفاد منها المشرع والقضاء في المستقبل القريب ان شاء الله تعالى ونوجز الملاحظات تلك على الوجه الآتي:

أولاً: إن المادة (82) من قانون الاثبات العراقي قد اعطى للقاضي سلطة جوازية في تقدير وترجيح الشهادة، فقد ذكرت وبصيغة الجواز: (( لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة .... ولها أن ترجح ..... )) ولذا نتفق هنا مع ما ذهب اليه البعض (الزيدي،2011، ص325) بانه من الأفضل اضفاء صفة الوجوب بدل الجواز وإلغاء الفقرة التالية التي تنص : (( .... وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى .... )) . بحيث تصبح المادة وفق الصيغة الآتية: ( على محكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية وعليها أن ترجح دليل على آخر عند حصول التعارض بينهما ) .

ثانيا: كما يلاحظ أن نص المادة (82) من قانون الاثبات العراقي هو نص خاص بالشهادة دون غيرها من أدلة الاثبات الاخرى، وكأن حالة التعارض أو التناقض تكون عادة بين دليلين من نوع واحد، ولا يمكن أن تتحقق الا في هذا النوع من الأدلة، وهذا بخلاف ما هو عليه واقع الحال. ولذلك نقول حبذا لو تم تعميم فحوى نص المادة (82) من قانون الاثبات ( وذلك بعد تعديله كما اسلفنا ) على غيرها من أدلة الاثبات التي يمكن أن يتحقق فيها التناقض لما في ذلك من أهمية من الناحية العملية، وذلك انسجاماً مع اهداف

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

قانون الاثبات النافذ في توسيع سلطة ودور القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولا الى الحكم العادل الذي يمثل الهدف المباشر للقانون بشكل عام.
ثالثاً: نظراً لأهمية علم ترجيح الأدلة في الفقه الاسلامي نقترح تدريسه في المعاهد القضائية في ( بغداد واربيل) وفي كليات القانون، وكذلك فتح دورات بها في نقابة المحامين لكي لا يبقى القاضي والمحامي والحقوقي في حالة من الشك والتردد عندما يعرض عليه الأدلة المتعارضة.

رابعاً: نقترح على مجلس القضاء الأعلى العراقي و مجلس القضاء لإقليم كوردستان فتح دورات خاصة بتقوية قدرات القضاة في المجالات المتعلقة بعلم النفس وعلم الإجتماع ولغة الجسد وأية مجالات أخرى متعلقة، لكي يتمكن القاضي من القيام بترجيح شهادة الشهود على أسس صحيحة وسليمة.

## المطلب الثاني
## مدى خضوع القاضي لرقابة محكمة التمييز في تقدير الشهادة وترجيحها

بعد أن تم بيان دور القاضي في تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، ومن ثم ترجيحه لشهادة أحد أطراف الدعوى، يبقى التساؤل الهام في هذا المقام وهو هل القاضي وفقاً لدوره الايجابي والفعال في تقدير الشهادة وترجيحها له مطلق الحرية، وهل انه ملزم ببيان الاسباب عند تقديره للشهادة وترجيحها، فما هو موقف الفقه والقضاء في هذا الصدد؟
وللإجابة على التساؤل اعلاه، نجد بأن الفقه والقضاء قد اختلفا فيه منقسمين الى اتجاهين، الاتجاه الأول من الفقه والقضاء(للمزيد من التفصيل حول هذا الاتجاه ينظر: الحسن، مصدر سابق،ص 204-205 ؛ د.احمد نشأت ،2005، ص552). يذهب بصورة صريحة تارةً وبصورة ضمنية تارةً اخرى الى أن تقدير وترجيح الشهادة هو من صلاحيات قاضي الموضوع، وهو من صميم الدور الايجابي والفعال الممنوح له من قبل المشرع، فلا شأن فيه ما يطمئن اليه وجدانه ولا رقابة عليه من أية جهة كانت إن لم يبين أسباب هذا الترجيح. ويضيف أصحاب هذا الاتجاه الى قولهم ان حرية القاضي لا يقتصر في ترجيح شهادة بعض الشهود على البعض أو الأخذ من شهادة الشاهد الواحد مع اكمال حجيته باليمين المتممة فحسب، بل أن له الحق في اطراح اقوال جميع الشهود لعدم اطمئنانه الى اقوالهم، ويعد ذلك من صميم دوره وسلطته في تقدير واكمال حجية الشهادة، وهو يقوم بذلك في حدود هذا الدور دون رقابة عليه من قبل محكمة التمييز.
وعليه يرى أصحاب هذا الاتجاه أن للقاضي مطلق الحرية في الأخذ أو عدم الأخذ بشهادة الشاهد الذي لا يطمئن الى شهادته حسبما يرى من ظروف الدعوى مادام عدم اطمئنانه هذا سائغاً عقلاً، أي أن الاطمئنان الى صدق الشاهد مرده وجدان وضمير القاضي وهو غير ملزم بإبداء أسباب التبرير ولا معقب عليه في ذلك (الشمري،2013، ص130).

ومن القرارات المؤيدة لهذا الاتجاه أعلاه، ما ذهبت اليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها انه: ((لا يخل بصحة شهادات الشهود كونهم مستخدمين لدى من استشهد بهم ما دامت المحكمة قد اقتنعت بهم واطمأنت الى شهاداتهم ....)) (القرار رقم 320 / هيئة عامة/ 73 في1974/5/11مشار اليه لدى: الصوري،

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

1994، ص814). وكذلك ما قضت به محكمة التمييز في اقليم كوردستان في قرار لها عندما ذكرت: (( إن محكمة الموضوع لم تقتنع بشهادات شهود المدعية بما لها من سلطة تقديرية من الناحيتين الموضوعية والشخصية طبقاً لأحكام المادة 82 من قانون الاثبات )) (القرار رقم 23/ الهيئة المدنية/1996 في 1996/3/4. مشار اليه لدى: كيلاني،2012، ص92).

بينما يذهب الاتجاه الثاني الذي نؤييده ونرى بأنه هو الاتجاه الغالب والراجح باعتقادنا المتواضع، أنه وفقاً لأحكام المادة (82) من قانون الاثبات العراقي، يشترط على القاضي عند قيامه بعملية تقدير وترجيح الشهادة ان يسبب في محضر الجلسة ما دفعه الى ذلك، فالقاضي بعد تقييمه لشهادة الخصوم في الدعوى يجوز له أن يرجح شهادة احد الطرفين على الطرف الآخر على أن يدون في محضر جلسات الدعوى أسباب الترجيح بين الشهادات، وليس لمحكمة التمييز التدخل في قناعات قاضي الموضوع في الأخذ بشهادة دون اخرى، الا أنها لها الحق أن تتدخل في الأسباب التي استند اليها القاضي في الترجيح، وهل استمد عناصر تقديره من الأدلة الجائزة قانوناً، كما لها أن تتدخل اذا جاءت اسباب الترجيح على ما يخالف الثابت في اقوال الشهود المدونة في محضر الجلسة أو تعريف لما ادلى به الشهود أو الخروج عن مدلول الشهادة عند تقديرها وترجيحها أو اكمال حجيتها، أي أن هناك قيود ورقابة على سلطة ودور قاضي الموضوع فيما استندت اليه من اسباب التقدير والترجيح ( للمزيد من التفصيل ينظر: النداوي، 1986، ص338 ؛ طلبة، 2010، ص369 وما بعدها ).

وهناك الكثير من القرارات القضائية التي تؤيد الاتجاه السابق، ومنها ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرار لها أنه: (( لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للشرع والقانون لإقرار المميز بفقرات من الأثاث والمواد المطالب بها وإنكاره الاخرى واجراء التحقيقات المقتضبة من محكمة الموضوع بالاستماع الى بينة الطرفين، ولها من سلطة تقديرية في ترجيح البينات رجحت بينة كل من الطرفين على بينة الآخر واعتبرت من رجحت بينة خصمه عليه عاجزاً عن الاثبات ومنحه حق تحليف اليمين الحاسمة فحلف كل منهما اليمين الموجهة اليه، لذا يكون كل منهما خسر ما حلف خصمه اليمين عنها لذا قرر تصديقه....)) (القرار رقم 6771/ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية/ 2014 في2014/11/5 مشار اليه لدى: محمد، 2015، ص96).

وكذلك قضت محكمة تمييز الاتحادية في قرار آخر لها: (( لدى التدقيق والمداولة وجد أنه غير صحيح ومخالف للقانون ذلك لأن دعوى المدعيين تضمنت مطالبة المدعى عليهما بأجر المثل عن حقوقهم في العقد الزراعي المرقم 607 في 1984/4/10 العائد الى مورثهم ن م وإن المحكمة استمعت الى البينة الشخصية للطرفين المتداعيين دون ان ترجح بينة على اخرى استنادا لأحكام المادة 82 من قانون الاثبات والسبب الذي جعلها ترجح تلك البينة كما ان وكيل المدعى عليهما قد دفع بأن موكليه يسددوا حصة الى المدعيين من الايرادات الا أن المحكمة لم تكلف المدعى عليهما بإثبات ذلك الدفع وفي حال عجزهم عن الاثبات منحهم حق تحليف اليمين الحاسمة استناداً لأحكام المادة 118 من قانون الاثبات، .... ولما كانت المحكمة قد اصدرت حكمها المميز دون ملاحظة ذلك مما اخل بصحته لذا قرر نقضه .....)) ( القرار رقم

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

2838/ الهيئة المدنية/ عقار/ 2008 في 2008/12/21. مشار اليه لدى: ال جحيش، 2018، ص264).

ومن القرارات التي تشير صراحة الى وجوب رقابة محكمة التمييز ما قضت به محكمة تمييز اقليم كوردستان في قرار لها: (( إن محكمة الموضوع وان كان لها سلطة تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية، فإن هذه السلطة خاضعة لرقابة محكمة التمييز إن لم يكن تقديرها معللا ومسبباً كما هو الحال في هذه الدعوى استناداً الى احكام المادة (82) من قانون الاثبات المرقم 107 لسنة 1979 المعدل، وعليه كان على المحكمة رد الدعوى لعجز المدعي عن اثباتها )) ( القرار رقم 15/ الهيئة العامة/ 1997 في 1997/8/4 مشار اليه لدى: كيلاني، 2012، ص90 ).

وعلى الرغم من ترجيحنا للاتجاه الثاني، إلا اننا نعتقد أن المسألة تقتضي مزيدا من التوضيح، وهذا ما سنوجزه وفق المنوال الآتي:

أولاً: إن قاضي الموضوع يتمتع بالحرية اللازمة لتقدير وترجيح شهادة بعض الشهود على البعض الآخر أو الأخذ من شهادة الشاهد الواحد بالقدر الذي يراه صحيحا ومن ثم اكمال حجيتها بالقرائن أو اليمين المتممة، وهذا كله من جوهر وصميم دوره الفعال في تسيير الدعوى وقبل اصدار الحكم ولكن مع عدم النسيان بأن هذه الحرية التي يتمتع بها القاضي في تقدير وترجيح الشهادة مقيد بشرط وجوب التسبيب في محضر الجلسة، فبمجرد التسبيب الصحيح والموافق للقانون لا يخضع قاضي الموضوع لأي رقابة أخرى من قبل محكمة التمييز. وبهذا الخصوص فقد قضت محكمة تمييز إقليم كوردستان في قرار لها أنه: (( لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً ولدى إمعان النظر في القرار المميز تبين بأنه صحيح وموافق للقانون لما اعتمد عليه من أسباب صحيحة حيث جاء إتباعاً للقرار التمييزي الصادر من هذه المحكمة بالعدد 56/هيئة مدنية/2019 بعد ان كلفت المحكمة المميز المدعى عليه بإثبات دفعه وأحضر بينته الشخصية والتي لم تنهض بالإثبات ومنحته المحكمة حق توجيه اليمين الحاسمة الى المميز عليها المدعية ورفض توجيهها وبذلك خسر ما توجهت به اليمين بالنسبة للواقعة التي وردت بشأنها عليه تقرر تصديق القرار المميز ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في 2019/10/27 )) ( القرار رقم591/ الهيئة المدنية/ 2019 رقم الاضبارة 208/ب/ 2018 _قرار غير منشور ).

ثانياً: لا يجوز لمحكمة الموضوع الاصرار على حكمها بحجة ان لها سلطة ترجيح شهادة على اخرى وفقاً لما يستخلصه من ظروف الدعوى متى تعلق الأمر بإجراءات اصولية واجبة الاتباع (سمايل، 2011، ص169-170). فإذا وقع في الاجراءات الاصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى وعند سماع الشهود خطأ مؤثر في صحة الحكم يجوز للخصوم هنا التدخل والطعن تمييزا على قرار قاضي الموضوع [1]. فيجوز

[1] تنص المادة (203) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 على أنه: ( للخصوم أن يطعنوا تمييزا وفي الأحوال الآتية :.... إذا وقع في الاجراءات الاصولية التي اتبعت عند رؤية الدعوى خطأ مؤثر في صحة الحكم ....).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

لمحكمة التمييز ترجيح شهادة احد الخصمين خلافاً لترجيح قاضي الموضوع إذا توفرت الأدلة والقرائن المعززة لذلك، بل من الأفضل والأدق إلزام قاضي الموضوع ببيان أسباب اطمئنانه أو عدم اطمئنانه لأقوال الشهود، وبشرط أن تكون أسباب سائغة ومقبولةً عقلاً، بحيث تكون كافية لتحمل النتيجة التي انتهت اليها .

ثالثاً: بما أن محكمة الاستئناف تعتبر درجة من درجات التقاضي، بحيث تنقل الدعوى بحالتها التي كانت عليها قبل صدور الحكم المستأنف، فإن لمحكمة الاستئناف الحق في ان تعيد النظر في الحكم المستأنف من الناحيتين الموضوعية والقانونية، ومن ثم تقدير حكم محكمة الدرجة الأولى لأقوال الشهود يخضع لرقابة محكمة الاستئناف باعتبارها درجة من درجات التقاضي. وهذا يعني أن سلطة هذه المحكمة هي سلطة رقابة على محاكم الدرجة الأولى في هذا الشأن، إذ ان الاستئناف وسيلة لإصلاح ما أخطأ فيه قضاء محكمة أول درجة، ولكن يشترط هنا أن تستمع محكمة الاستئناف الى أقوال الشهود مرة أخرى ومن ثم تقوم بعملية التقدير والترجيح، لأنه ليس من المتصور أن ثمة خطأ يمكن أن ينسب الى محكمة الدرجة الأولى في أمر لم يعرض عليها او عرض عليها ولم تفصل فيه لسبب ما أو فصلت فيه ولم يكن ضمن الاطار القانوني الصحيح (بكر، 2012، ص779-780).

وتأكيداً لما سبق ذكره أعلاه فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها: ((.... ليس لمحكمة الاستئناف أن ترجح بينة على أخرى إذا كانت البينتان استمعتا بداءةً ولم تستمعا استئنافاً)) ( القرار رقم 180/ هيئة عامة/ 71 في 1971/9/4. مشار اليه لدى: الصوري، 1994، ص 815 ).

وفضلاً عن ذلك، إن محكمة الاستئناف كدرجة من درجات التقاضي تخضع عند تقديرها وترجيحها لأقوال الشهود الى رقابة محكمة التمييز. وما يؤكد ذلك ما قضت محكمة النقض المصرية في قرار لها أنه: ((يجب أن يكون الاحكام مبنية على أسباب واضحة وجلية، وعلى محكمة الاستئناف إذا هي ألغت حكم محكمة أول درجة أن تبين الأسباب التي تحمل قضاءها. وإذا اقتصر الحكم المطعون فيه على إيراد القرائن التي اعتمد عليها في تغييب حكم محكمة أول درجة في اطراحها لشهادة شهود الشركة دون أن يبين ماهية هذه الاقوال التي اعتمد عليها في قضائه أو مؤداها وهي أسباب قاصرة من شأنها أن تعجز محكمة النقض عن أعمال رقابتها فإن الحكم يكون معيباً يوجب نقضه)) (القرار رقم 101س 36ق في 1970/4/28 مشار اليه لدى: طلبة، 2010، ص365).

ونستنتج مما سبق ذكره، أن القاضي يعد عنصراً مهماً في القضاء، وتظهر هذه الأهمية وبشكل واضح في الدور الايجابي الذي أعطاه المشرع في تقدير الشهادة وترجيحها وتقدير قوتها في الاثبات من حيث اعتبارها دليلاً كاملاً أو ناقصاً، وترجيح شهادة خصم ضد خصم آخر، ومن ثم اعتباره دليلاً ناقصاً فيكمل حجيتها بالقرائن القضائية أو باليمين المتممة. إلا أن هذا الدور الحيوي للقاضي بخصوص شهادة الشهود لا يعني اطلاق حريته وتجريده من كافة القيود والشروط فيشترط عليه أن يكون تقديره وترجيحه له مسبباً تسبيباً قانونياً ومنطقياً في محاضر الجلسات وفي كافة اوراق الدعوى، ذلك أن بيان أسباب الترجيح ومن

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

ثم تسبيب الحكم يمكن الخصوم من معرفة أسباب الترجيح وبيان رأيهم بشأنها وكذلك تمكن محكمة التمييز من بسط نفوذها ورقابتها على قاضي الموضوع وجميع الأحكام والقرارات التي يصدرها.

## الخـــــاتمة

### أولاً: الإستنتاجات.

1- لم يضع المشرع العراقي تعريفاً للشهادة، وذلك اسوة بموقف معظم التشريعات الأخرى، وهذا أمر منطقي، لأن وضع التعريف ليس من عمل المشرع، بل انه أمر متروك عادةً للفقه، وأمام الاختلافات الفقهية في تعريفهم للشهادة توصلنا إلى التعريف الآتي: (إخبار الشاهد في مجلس القضاء بحق على غيره لغيره بعد يمين يؤديها على الوجه الصحيح).

2- إن للشهادة دوراً كبيراً في الاثبات وأنها لا تزال وسيلة إثبات في كثير من الدعاوى التي يتم فيها النظر يومياً من قبل المحاكم وفي مختلف مراحل الدعوى، فالإثبات بشهادة الشهود كانت ولا تزال تحتل ميداناً معتبراً، ومجال العمل بها كدليل إثبات ما زال واسعاً جداً حتى وإن كانت المكانة الأولى في الإثبات تعود للكتابة نتيجة للتقدم العلمي.

3- رغم الانتقاد الموجه الى موقف المشرع العراقي الذي جعل للإثبات بشهادة الشهود قوة محدودة في نطاق التصرفات القانونية وبمبلغ زهيد جداً لا يتناسب مع الوضع الراهن. فان هذا لايعني بأن الشهادة لم تبق لها أهمية في الاثبات، لأن نطاق الاثبات بالشهادة بقي مطلقاً في إثبات الوقائع المادية وكذلك جواز الاثبات بالشهادة عند توفر مبدأ الثبوت بالكتابة، كما إن المشرع أجاز الاثبات بالشهادة فيما يجب إثباته بالكتابة عند تعذر الحصول على الدليل الكتابي لوجود مانع أدبي أو مادي حال دونه أو عند إعداد الدليل الكتابي وتعذر الاستناد اليه لفقده بسبب أجنبي لا يد لصاحبه فيه.

4- لقد اكد المشرع والقضاء في العراق واقليم كوردستان على الدور الحيوي والفعال الذي يتمتع به القاضي في عملية تقدير الشهادة وترجيحها، فالقاضي يعد عنصراً مهماً في القضاء ويظهر ذلك بوضوح من خلال سلطتها الواسعة في ترجيح الشهادة وتقدير قوتها في الاثبات من حيث اعتبارها دليلاً كاملاً أو ناقصاً وترجيح شهادة طرف على آخر.

5- تبين أن المشرع العراقي لم يشترط نصاباً معيناً للأخذ بالشهادة من عدمها، لأن العبرة بوزن وترجيح الشهادة وقيمتها لا بكثرتها وقلتها، والمهم أن يصل القاضي الى درجة الاحتمال الراجح في حكمه المبني على غلبة الظن، فالشهادة حجة ظنية تحتمل الصواب والخطأ. واحتمالية الصواب أقوى لو اجتهد القاضي التحري وبيان مواضع العيوب ومواضع الحق في الدعوى المنظورة أمامه، وهذا كله يعتمد على كفاءة وإخلاص القاضي.

6- إن قاضي الموضوع يتمتع من الحرية اللازمة عند تقديره وترجيحه لشهادة بعض الشهود على بعض الآخر بالقدر الذي يراه صحيحاً، لكن هذا الدور الفعال مقيد بشرط وجوب التسبيب في محضر الجلسة،

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

فبمجرد التسبيب الصحيح والموافق للقانون لا يخضع القاضي لأية رقابة أخرى من قبل محكمة التمييز.

**ثانياً: التوصيات.**

1- نوصي المشرع العراقي بتعديل نص المادة 78 من قانون الاثبات في شطرها الأول على النحو الآتي: ( يجوز الاثبات بالشهادة فيما كانت يجب اثباته بالكتابة اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، ومبدا الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها أن تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال ) وبهذا يمكن ان يثبت بالشهادة كل ما كانت يجب اثباته بالكتابة عند وجود مبدأ الثبوت بالكتابة، اذ انه من المسلم به ان المبدأ متى أكمل تكون له حجية الدليل الكتابي، وذلك اسوة بموقف العديد من التشريعات العربية الأخرى كالقانون المصري واللبناني والكويتي والإماراتي.

2- نوصي المشرع العراقي بزيادة نصاب الاثبات بالشهادة في التصرفات القانونية الى (200000) مائتان ألف دينار عراقي أو اكثر، وذلك بسبب الانخفاض الكبير الحاصل في القوة الشرائية للدينار العراقي في السنوات الماضية مما جعل مبلغ النصاب الحالي الوارد في قانون الاثبات العراقي والنافذ في إقليم كوردستان غير منطقي وغير منسجم مع التطورات الحاصلة في المجالات التجارية والمالية والاقتصادية.

3- بما أن طبيعة الاعمال التجارية تنطوي على السرعة ولا تنتظر اعداد دليل كتابي بخصوصها، كما انها تقوم على السرعة والائتمان، نوصي المشرع العراقي بإرجاع قاعدة حرية الاثبات في المسائل التجارية اسوة بسائر التشريعات العربية الاخرى، حيث انفرد التشريع العراقي من بين التشريعات العربية بإلغائه لتلك القاعدة، وذلك فضلاً عن استثناء التصرفات التجارية من مبدأ الاثبات بالكتابة في التشريع الإسلامي لما جاء في قوله تعالى {{ **إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلاَّ تَكْتُبُوهَا**}}.

4- نظرا لأزدياد نسبة شهادة الزور في الآونة الأخيرة وتأثيرها الكبير على ضياع الحقوق وأكل أموال الناس بالباطل، ومن أجل تسهيل مهمة القضاة في الوصول إلى الحقيقية عند تقديرهم لشهادة الشاهد من الناحية الشخصية وبالتالي التقليل من نسبة الشهادات الزائفة ندعو المشرع إلى اعادة النظر في الأخذ بـ (نظام تزكية الشهود) المعروف في الفقه الاسلامي للتحقق من عدالة الشهود، ولكن مع اجراء بعض التعديلات عليه تبعاً لتغيير الظروف والأوضاع، فمن المنطقي مثلاً الاستعانة بمكتب الادلة الجنائية لمعرفة فيما اذا كان الشاهد من اصحاب سوابق قضائية من عدمها أو السؤال من أهل منطقته أو محل عمله بواسطة أحد موظفي المحكمة أو باحث اجتماعي ليقوم بمهمة المزكي ويقدم تقريره للمحكمة على ضوء تحقيقاته.

5- نوصي المشرع بضرورة إضفاء صفة الوجوب بدل الجواز على سلطة القاضي في تقدير وترجيح الشهادة كما هو وارد في المادة (82) من قانون الاثبات بالألفاظ التي تدل على الجواز(لمحكمة الموضوع.... وفقاً لما تستخلصه من ظروف الدعوى). ليصبح النص وفق الصيغة الآتية:(على

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

محكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية وعليها أن ترجح دليل على آخر عند حصول التعارض بينهما).

6- نوصي المشرع بضرورة تعميم فحوى نص المادة (82) من قانون الاثبات (بعد تعديلها وفق المقترح أعلاه)، على غيرها من أدلة الاثبات التي يمكن أن يتحقق فيها التعارض والتناقض كما هو حال الشهادة، حيث لا شك في أهمية هذا التعميم من الناحية العملية وذلك انسجاماً مع أهداف قانون الاثبات النافذ في توسيع سلطة القاضي ودوره في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً الى الحكم العادل الذي يشمل الهدف المباشر للقانون بشكل عام.

7- ندعوا الجهات المختصة إلى القيام بتوفير وتهيئة المستلزمات التقنية والالكترونية الحديثة للمحاكم لتمكين القضاة من الاستفادة منها في مجال التحقيق في القضايا وبالأخص عند تقديرهم لشهادة الشهود، وذلك من خلال توفير الامكانيات اللازمة لادخال البيانات الأساسية المتعلقة بالدعاوى التي تعرض على المحاكم في سجلات الكترونية، كأسماء الخصوم ومواضيع الدعاوى والشهود فيها ومن ثمن إدخالها في شبكة معلوماتية على مستوى المحافظة أو الدولة بأكملها، بحيث يمكن القضاة من الحصول على المعلومات المتعلقة بسوابق الشاهد من حيث عدد الشهادات التي أدلى بها سابقاً وسجله الجنائي، وربما سابقة شهادة زور أو إرتكابه جريمة مخلة بالشرف، وخاصة انه لا يوجد في القانون ما يمنع القاضي من الاستفادة من التقنيات الحديثة اذا كانت متوفرة أمامه، وذلك كله من أجل إحقاق الحق ومنع الظلم، لأن شهادة الزور سبب للظلم والجور وانها تعد آفة كبرى تعترض طريق العدالة.

8- نقترح على مجلس القضاء الأعلى العراقي و مجلس القضاء لإقليم كوردستان فتح دورات خاصة بتقوية قدرات القضاة في المجالات المتعلقة بعلم النفس وعلم الإجتماع ولغة الجسد وأية مجالات أخرى متعلقة، لكي يتمكن القاضي من القيام بترجيح شهادة الشهود على أسس صحيحة وسليمة.

**9-** وأخيراً نوصي بضرورة تدريس علم ترجيح الأدلة في الفقه الإسلامي من قِبل المعاهد القضائية في (بغداد وأربيل) وفي كليات القانون وفتح دورات بها في نقابة المحامين، لما لهذا العلم من الفائدة والاهمية الكبيرة لكي لا يبقى القاضي والمحامي والحقوقي في حالة من التردد أو الشك عند تعرضه لشهادات متعارضة في الحجية أو قوة الاثبات.

## قائمة المصادر

المصادر بعد القرآن الكريم.

**أولاً: الكتب.**

1- د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الاثبات، الطبعة الثانية، بغداد، 1986.
2- أحمد حميد النعيمي واحمد إبراهيم البدراني، أحكام الشهادة في الفقه والقانون، دراسة مقارنة، دار المعتز للنشر والتوزيع، الأردن، 2016.
3- د. احمد نشأت، رسالة الاثبات، الجزء الأول، مكتب العلم للجميع، بيروت،2005.
4- د. أنور طلبة، الوسيط في شرح قانون الاثبات، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2010.

5- القاضي اياد احمد سعيد الساري، الواضح في قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، 2020.
6- المحامي ايفان زهير عبدالرحمن الدهوكي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان العراق للسنوات 1993-2005، مطبعة منارة، اربيل، 2009.
7- تحسين حمد سمايل، الأدلة الناقصة ودور القاضي المدني في اكمال حجيتها القانونية، مطبعة شهاب، اربيل،2011.
8- د. حسين المؤمن، نظرية الاثبات، الجزء الثاني، مكتبة النهضة، بيروت، 2009.
9- القاضي حسين خضير الشمري، دور الشهادة في الاثبات المدني، مكتبة السنهوري للنشر، بغداد،2013.
10- د. حسين رجب محمد خلف الزيدي، قواعد الترجيح بين ادلة الاثبات المتعارضة في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، مكتبة زين الحقوقية، بيروت،2011.
11- د.سليمان مرقس، اصول الاثبات في المواد المدنية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1952.
12- د. عباس العبودي، شرح قانون الاثبات العراقي، الطبعة الثانية، المكتبة الوطنية، الموصل،1997.
13- المحاميان عبدالله ملا محمد صالح رواندوزي و كاوه حيدر رشيد كوره جي، الشهادة ودورها في قانون الاثبات العراقي، مطبعة منارة، أربيل، 2015.
14- د. عبد الرحيم حاتم الحسن، شرح قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، بلا سنة طبع.
15- د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام، الاثبات، اثار الالتزام)، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان،2011.
16- المستشار عز الدين الدناصوري والاستاذ حامد عكاز، موسوعة التعليق على قانون الإثبات، ج2، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
17- د.عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005.
18- د. عصمت عبدالمجيد بكر، اصول الاثبات، إثراء للنشر والتوزيع، عمان، 2012.
19- د. عمار محسن كزار الزرفي، التناقض بين أدلة الاثبات في الدعوى المدنية، دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي، مكتبة زين الحقوقية، بيروت،2017، ص218.
20- القاضي فلاح كريم وناس ال جحيش، المختار من قضاء محكمة تمييزالاتحادية ومحكمة تمييز اقليم كوردستان ومحاكم الاستئناف بصفتها التمييزية(تطبيقات قانون الاثبات)،المكتبة القانونية، بغداد،2018.
21- كيلاني سيد احمد، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كوردستان _العراق للسنوات 1993-2011، الجزء الثاني، مطبعة حاج هاشم، اربيل، 2012.
22- القاضي لفتة هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، قسم الاثبات، مطبعة الكتاب، بغداد،2012.
23- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، المكتبة العصرية، بيروت، 1999.
25-محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين( إبن منظور)، لسان العرب، دار صادر،بيروت،2003.
26-محمد علي الصوري، التعليق على مواد قانون الاثبات، الجزء الثاني، مطبعة شفيق، بغداد، 1994.

**ثانياً: الرسائل الجامعية والبحوث العلمية.**

1- القاضي تترخان عبدالرحمن حسن، الشهادة ودورها في الاثبات للدعوى المدنية، بحث مقدم الى مجلس القضاء لإقليم كردستان،2010.
2- ضياء شيت خطاب، مراحل اصدار الحكم القضائي في الدعوى المدنية، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية التي تصدرها كلية القانون والسياسة، عدد خاص، جامعة بغداد، 1984.
3- عبدالسلام صبري محمد، حجية الشهادة في الدعوى المدنية ( دراسة تحليلية مقارنة )، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد البحوث والدراسات العربية في القاهرة، 2015.
4- كوران فرج محمد صالح، دور القاضي الايجابي في الدعوى المدنية، بحث مقدم الى مجلس المعهد القضائي في اقليم كوردستان، غير منشور،2014.

**ثالثاً: المصادر الالكترونية.**

1- ليث جواد، برغم العقوبات الطمع يدفع أشخاصاً لأداء شهادة مزيفة أمام المحاكم، تقرير منشور في الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الأعلى العراقي، متاح على العنون الآتي:
https://www.hjc.iq/view.67734 last visited 28/12/2020

2- تاريخ البنك المركزي العراقي، تقرير منشور في الموقع الالكتروني لبنك المركزي العراقي، متاح على العنوان الآتي: https://www.cbi.iq last visited 10/01/2021

**رابعاً: القوانين.**

1- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969.
2- قانون إصلاح النظام القانوني في العراق رقم 35 لسنة 1977.
3- قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.
4- قانون النقل العراقي رقم 80 لسنة 1983.
5- قانون البيانت الاردني رقم 30 لسنة 1952.
6- قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم 25 لسنة 1968.
7- قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي رقم 39 لسنة 1980.
8- قانون الاثبات في المعاملات التجارية والمدنية الاماراتي رقم 10 لسنة 1992.
9- كقانون الاثبات اليمني رقم 21 لسنة 1992.
10- قانون الاثبات السوداني لسنة 1994.

**خامساً: القرارات القضائية.**

1- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 180/ هيئة عامة/71 في 1971/9/4.
2- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 320/ هيئة عامة/ 73 في1974/5/11.
3- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (421/ هيئة موسعة أولى/1980 في 1981/7/25).
4- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 133/ موسعة اولى/ 83 - 84 في 1984/4/8 .
5- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 2838/ الهيئة المدنية/ عقار/2008 في2008/12/21.
6- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم (259/ مدنية منقول/2009 في 2009/5/5 ).

رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

7- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 1060/ الهيئة المدنية عقار /2009 في 2009/6/15.
8- قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ( 1000/الهيئة المدنية / منقول/ 2010 في 2010/8/25).
9- قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم 151/ الهيئة المدنية/1993 في1993/9/27.
10- قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم 23/ الهيئة المدنية/1996 في 1996/3/4.
11- قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم 327/ الهيئة المدنية/ 1996 في 1996/12/23
12- قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم 15/ الهيئة العامة/1997 في 1997/8/4.
13- قرار محكمة استئناف أربيل رقم 147/ت/بدائية/1998 في 1998/8/6.
14- قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم 62/ الهيئة المدنية/ 1999 في 1999/3/15.
15- قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم 888/ الهيئة المدنية/2011 في 2011/12/231.
16- قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم 591/ الهيئة المدنية/2019 رقم الاضبارة 208/ب/ 2018 (قرا غير منشور).
17- قرار محكمة تمييز اقليم كوردستان رقم 521/ الهيئة المدنية الاستئنافية/ 2019 في 2019/11/4 (قرار غير منشور).
18- قرار محكمة النقض المصرية رقم 101س 36ق في 1970/4/28.
19- قرار محكمة النقض المصرية رقم 673/ نقض/ 1981 في 1981/4/25.

## (ڕۆڵی دادوەری شارستانی لە هەڵسەنگاندنی شایەتی و بە پەسەندزانینی)

## پوختە

هەرچەندە شایەتی لەژێر کاریگەری سوێند خواردن ئەنجام دەدرێت وبەشێوەیەکی گشتی وا دادەنریت کەوا شایەت هیچ بەرژەوەندیەکی نیە لەوەی شایەتی تیا دەدات، بەڵام لەگەڵ ئەوەشدا ئەگەری دوور بوونی شایەتی لە ڕاستی و دروستی هەر بوونی هەیە، هەر بۆیە شایەتی بە یەکێك لەو بەڵگانەی سەلماندن دادەنرێت کەوا دادوەر بە پێ وەرگرتنی مولزەم نابێت. جا لێرەوە ڕۆڵی کاریگەر و ودەسەڵاتی فراوانی دادوەر بەدیار دەکەوێت لە هەڵسەنگاندی شایەتی لە هەردوو لایەنی بابەتی و کەسی هەروەها لە بەپەسەندتر زانینی شایەتی یەکێك لە لایەنەکان بەسەر لایەنەکەی تریاندا لە کاتی ناکۆك بوونیان، ئەوەش بەمەبەستی گەیشتن بەڕاستی و نەهێشتنی زوڵم کردن، لەبەر ئەوەی شایەتی ناڕاست و بەدرۆ هۆکارێکە بۆ زوڵم زۆرداری و بە ئافاتێکی گەورە دادەنرێت لەسەر ڕیگای دادوەری.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٦) – العدد (٢)، ربيع ٢٠٢١
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

# The Role of The Civil Judge in Assessing and Outweighing the Testimony

**Asst.Prof.Dr.Bakhtyar Sabir Baiz**
Department of Law, College of Law, University of Salahaddin, Erbil, Kurdistan Region, Iraq
Lecturer in the Department of Law, College of Law and International Relations, Lebanese French University, Erbil, Kurdistan Region, Iraq
bakhtyar.bayz@su.edu.krd

**Chiya Ismaail Salih**
Judicial Investigator in Zakho District Court, Dohuk, Kurdistan Region, Iraq
chiyasalih80@gmail.com

**Key words** (judge, witness, testimony, testimony assessment, means of proof)

## Abstract

Although the testimony is issued under the influence of oath and it is usually assumed that the witness has no interest in what he testifies, the possibility that the testimony is far from truthfulness is possible, and therefore the testimony is considered within restricted and non-binding proof of evidence for the judge. From here comes the positive role of the judge in assessing the testimony from both the objective and personal **aspects** and his outweighs for testimony from one of the parties to the other in case of inconsistency between them, and this in order to reach the truth and prevent injustice, because fraud testimony is a cause of injustice and tyranny, and it is considered a major lesion that stands in the way of justice.