

العنوان:	التعسف في توجيه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني: دراسة مقارنة في ضوء أحكام القضاء
المصدر:	مجلة الشريعة والقانون
الناشر:	جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية القانون
المؤلف الرئيسي:	سلامة، محمود عبدالمحسن
مؤلفين آخرين:	يحيى، إبراهيم خالد عبد(م، مشارك)
المجلد/العدد:	83, ع 34, مج
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2020
الشهر:	يوليو
الصفحات:	315 - 367
رقم MD:	1216725
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
اللغة:	Arabic
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	قانون البيانات الفلسطينية، الأحكام القضائية، القانون المدني الفلسطيني، الفقه الإسلامي، الرقابة القضائية
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/1216725

للإشهاد بهذا البحث قم بنسخ البيانات التالية حسب إسلوب الإشهاد المطلوب:

إسلوب APA

سلامة، محمود عبدالمحسن، و يحيى، إبراهيم خالد عبد. (2020). التعسف في توجيه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني: دراسة مقارنة في ضوء أحكام القضاء. مجلة الشريعة والقانون، مجلـة الشـريـعـة والـقـانـون، عـ34، ـ315 - ـ83. مسترجع من <http://com.mandumah.search//:1216725/Record>

إسلوب MLA

سلامة، محمود عبدالمحسن، و إبراهيم خالد عبد يحيى. "التعسف في توجيه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني: دراسة مقارنة في ضوء أحكام القضاء." مجلة الشريعة والقانون مجلـة الشـريـعـة والـقـانـون، عـ34، ـ315 - ـ83 (2020) : 367. مسترجع من <http://com.mandumah.search//:1216725/Record>

Journal Sharia and Law

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

Article 7

July 2020

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

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uae.ac.ae/sharia_and_law



Part of the Civil Law Commons

Recommended Citation

(2020) "Abuse in Directing the Decisive Oath in the Palestinian Evidence Law: A Comparative Study in the Light of Judicial Rulings," *Journal Sharia and Law*: Vol. 2020 : No. 83 , Article 7.
Available at: https://scholarworks.uae.ac.ae/sharia_and_law/vol2020/iss83/7

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uae.ac.ae.

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 mahmoud.salameh@aaup.edu Mr. Ibrahim Khaled Yahya, Master in Commercial Law, Lecturer, Faculty of Law, Arab American University, Palestine - Jenin Ibrahim.Yahya@aaup.edu

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

التعسف في توجيه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني "دراسة مقارنة في ضوء أحكام القضاء".

الأستاذ

الدكتور

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

المُلخص

يعالج البحث المحاور الرئيسية لموضوع التعسف في توجيه اليمين الحاسمة، حيث سعى الطلب 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 تخليفه، وذلك حين تكون دلائل التعسف كامنة لا يمكن للمحكمة معايتها من خلال وقائع الدعوى. كما سعت الدراسة من خلال الطلب الثاني إلى إيراد أكبر قدر من صور التعسف غير الحصرية، وتوضيح ضوابطها، سواء تلك المستقلة من النظرية العامة للتعسف، إذ حاولت الدراسة رد بعض الصور إلى معايير النظرية العامة في التعسف التي وردت في مجلة الأحكام العدلية، أو المتمثلة في تخلف شروط

* أجاز للنشر بتاريخ ٢٠١٩/٨/٢١.

* 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.

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

اليمين حسب الرأي القائل بذلك، بحيث يكون يغطي البحث الصور الشائعة المختلفة، وإن كانت الدراسة لا تتفق مع كون تخلف الشروط بمثابة تعسف في توجيهه 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 إغفال باب المراجعة، 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 البيانات^(٤)، حتى لو كان المطلوب من

(١) نصت المادة (١٣١) من قانون البيانات في المواد المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٤) لسنة ٢٠٠١ المنشور في العدد ٣٨ من الواقع الفلسطيني بتاريخ ٩/٥/٢٠٠١، ص ٢٦ على أن "اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد الخصوم إلى خصم في المسائل المتنازع عليها أو في أية مسألة منها ليحسم نزاعاً قائماً".
وتأييداً لذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بأنها "من المقرر أن اليمين الحاسمة هي التي يوجهها أحد المندعدين لخصمه ليحسم بها النزاع وفقاً لحكم المادة (٥٣) من قانون البيانات ..."، قرار محكمة التمييز الأردنية / حقوق رقم ٤١٣٨ / ٢٠١٨ (هيئة عادلة) تاريخ ٢٩/٧/٢٠١٨، منشورات مركز عدالة.

(٢) المادة (١٣٢) من قانون البيانات الفلسطيني "يجوز لكل من الخصوم في أية حالة كانت عليها الدعوى أن يوجه اليمين الحاسمة إلى خصمته".

(٣) المادة (٢/٢٣٧) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (٢) لسنة ٢٠٠١ المنشور في العدد ٣٨ من الواقع الفلسطيني بتاريخ ٩/٥/٢٠٠١، ص ٥ 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 صالحًا للفصل فيه. ب- إذا كان الطعن للمرة الثانية".

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

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

موجه اليدين إثبات الواقعية كتابة، وذلك لأن من يطلب تحريف اليدين يتنازل عن كل بينة ممكنة في سبيل الاحتكام إلى ضمير خصمه، فلا يغدو مبرراً مطالبه بإثبات الواقعية بالكتابات أو بمبدأ الثبوت بالكتابة أو بالشهود^(٥)، ويقصد بذلك البيانات المتعلقة بالواقعة المحرف عليها، ولا يمتد التنازل إلى غيرها من الواقع، فاليمين قد توجه إلى مسألة من مسائل النزاع، وليس إلى كل النزاع، فيظل الحق في اللجوء إلى البيانات فيما عدا تلك المسألة قائماً^(٦).

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

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

اليدين الخامسة ذات طبيعة خاصة عما سواها من البيانات الأخرى"، قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ٦٦٥٨/٢٠١٨ (هيئة عادلة) تاريخ ٢٠١٨/١٠/٢٩ منشورات مركز عدالة. وانظر قرار محكمة التمييز الأردنية/ حقوق رقم ٣٨٣٢/٢٠١٦ (هيئة عادلة) تاريخ ٢٠١٦/١٢/٢٧، منشورات مركز عدالة، وانظر قرار محكمة التمييز الأردنية/ مدني رقم ٢٠١٥/٣٧٥٠ (هيئة عادلة) تاريخ ٢٠١٦/١، منشورات مركز عدالة.

(٥) نشأت، أحد، رسالة الإثبات، الجزء الثاني، بدون طبعة، بدون دار نشر، ٢٠٠٨، ص ١١٣-١١٤.

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

(٧) المادة (١٣١) من قانون البيانات الفلسطيني "اليمين الخامسة 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 اليدين الخامسة فإن طلب توجيه اليدين لا يكون إلا بطلب من الخصم" ، قرار محكمة التمييز الأردنية/ مدني رقم ٢٣٨٢/٢٠١٥ (هيئة عادلة) تاريخ ٢٠١٦/١، منشورات مركز عدالة. وفي نفس الاتجاه قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١١٦٣/٢٠١٤ (هيئة عادلة) تاريخ ٢٠١٤/٧/٩، منشورات مركز عدالة.

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

(٩) المادة (١٤٦) من قانون البيانات الفلسطيني.

[التعسف في توجيه اليمين الحاسمة في قانون البيانات 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 (٢ / ١٣٢) من قانون البيانات الفلسطيني على ضرورة عدم التعسف في توجيه اليمين، بقولها "يجوز للمحكمة أن تمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعرضاً في توجيهها"^(١٢)، وعليه يخول النص المحكمة سلطة رفض توجيه اليمين في حال استقر في عقidiتها أن طلب تحريف اليمين تعسفي، ونص على حكم مشابه قانون البيانات السوري^(١٣)، وقانون الإثبات المصري^(١٤)، وقانون البيانات العراقي^(١٥)، والعديد من القوانين المقارنة.

وتقرير حكم التعسف في توجيه اليمين مرد أنه التعسف ليس قاصراً على نظرية العقد، بل بطال إثبات الحق، فهو نظرية عامة تطبق في حال وجود حق يسام 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 اعتبارات سائفة^(١٦).

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

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

(١٢) لم ينص قانون البيانات الأردني على التعسف في توجيه اليمين صراحة، وإنما اكتفى بشرط توجيه اليمين وفق المادة (٦٢) من قانون البيانات 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 البيانات 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 (٢ / ١٤) من قانون الإثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨: "يجوز للقاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعرضاً في توجيهها".

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

(١٦) ربي، عيسى غسان، النظام القانوني لليمين الحاسمة في قانون البيانات الأردني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج ٤، ع ٧، ٢٠١٤، ص ٢٠٥.

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

وبخصوص اليمين المتممة؛ فلم يرد في نصوص قانون البيانات الفلسطيني أو المقارن ما يعالج التعسف في توجيهها، ويبدو أن السبب في ذلك هو أنها موجهة من قبل المحكمة إلى الخصوم، ولذلك ينزعه 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 :

تبعد أهمية البحث في هذا الموضوع من واقع أن مسائل معيار التعسف في توجيه اليمين الحاسمة وصوره لم ينظمها المشرع الفلسطيني والمقارن، وإنما اكتفى بذكر أحقيـة المحكمة رفض اليمين 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 البيانات 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 تشـتـت.

إشكالية البحث :

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

منهجية البحث :

اعتمد البحث المنهج التحليلي لنصوص قانون البيانات الفلسطيني، ومجلة الأحكام

[التعسف] في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني

العدلية، والمنهج المقارن بين القانونين المذكورين لتحديد معيار التعسف، وكذلك المقارنة بين القضاء الفلسطيني، وغيره، ولا نقصد هنا ضرورة وجود فروقات في الاجتهد 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 شحينة 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.

وتجدير بالذكر أنه لا توجد دراسات سابقة متخصصة في موضوع الدراسة باستثناء الشروحات العامة لقانون البيانات، وسوف يتم معالجة الدراسة محل البحث في مطليبين يتناول الأول ضوابط التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة، ويتناول الثاني صور التعسف في توجيهه اليمين.

المطلب الأول

ضوابط التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة

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

الفرع الأول

معيار التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة

الحقيقة أن إحدى الإشكالات التي تجعل من مسألة التعسف في توجيهه 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

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

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 اتجاههاً من الفقه^(١٧) للقول أن التعسف يطال حتى حالات عدم توفر شروط توجيه اليمين حسب نصوص قانون البيانات، 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 البيانات، 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 لعنة التعسف هو الاستثناء، ولكون اليمين ملكاً للخصوم لا يجوز حرمانهم منها إلا في أضيق الأحوال خاصة إذا كانت هي البينة الوحيدة في الدعوى.

والحقيقة أنها نجد الفرض الأخير غير دقيق، إذ إن التعسف هو المجاوزة في حق مشروع أصلاً، ومؤدى ذلك أن يكون الحق قائماً مكتملاً للأركان 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 تحريف 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 ودويدار، طلعت محمد، التعليق على نصوص قانون الإثبات ، ط ٤ ، منشأة المعرف ، الإسكندرية ، ١٩٩٤ ، ص ٤٨ ، نقاً 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 ، ١ – 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 الشوابة ، 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.

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

في توجيهه اليمين.

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

والذي يجعل التفرقة بين كون التعسف في اليمين مرده النظرية العامة، وخروج الشروط من هذهدائرة هو ما يترب 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 تخليف اليمين قد تم بصدق 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 البيانات رقم ١١ لسنة ١٩٢٢ المعمول به في محافظات غزة، وبلغى العمل بقانون البيانات 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 البيانات كقانون خاص.

(١٩) يدعم هذا التوجه ما أشار إليه الدكتور إبراهيم، جلال محمد بقوله "فللقارضي - فوق سلطة التحقق من توافر الشروط الالزامية لاستعمال حق توجيهه اليمين الحاسمة- سلطة منع صاحبه إذا تعسف في استعماله..." والذى 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.

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

والتفريق في الأثر بين احتلال الشروط وقيام التعسف منطقي، فالمتعسف يتجاوز حدود حق مشروع يستطيع أن يمارسه في مقاصده وحدوده المشروعة؛ لكنه يخرج عن ذلك مسبباً الضرر للغير فيلزم التعریض، 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 لأحقيّة 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 للتّعسف يكون دوراً ضيقاً، وذلك لأن الشرط ينطوي بمعناه من أنه لا يقوم الحق إلا به، وعليه سيسبيق القضاء من حالات اعتبار توجيه اليمين تعسفيًا، بتقييده بالشروط ذاتها، ومن جهة أخرى يسارع إلى إسياغ 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 فيها يتجاوز تتحقق 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 علينا إلى منح القضاء سلطة تقديرية أوسع في تقدير التعسف وفي صوره وحالاته، وهو الذي يدعمه الأخذ بمعايير 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 اكتهال الحق، ومن ثم فلا تتحدث هنا عن طارئ يلحق الأصل، بل يكون الأصل غير متحقق.

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

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

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 احتلال الشروط من قبل التعسف؛ لأدرج الشروط في ذات الفقرة التي تختص بالتعسف.

وقبل تأصيل التعسف بموجب مجلة الأحكام العدلية يجدر بنا توسيع مفهومه، فالتعسف في استعمال الحق هو "المضاربة في استعمال الحق"^(٢٠)، وقيل هو "تصرف الإنسان في حقه تصرفاً غير معتمد شرعاً"^(٢١)، مع تفضيلنا التعريف الأول لأنه أدق في وصف التعسف، بحيث إن العبرة بالضرر، فهذا التعريف ينبع عن فكرة التعسف وهي المجاوزة في حق مشروع في الأساس، بخلاف التعريف الثاني الذي يفيد معنى "التعدي" الذي مختلف 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 مختلف 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، نقلًا 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، ص ٦٧.

(٢١) أبو سنة، أحمد فهمي، نظرية التعسف في الفقه الإسلامي، أسبوع الفقه الإسلامي بدمشق: ١١٠، نقلًا 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، ج ١، 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 وفقهاه انطلاقاً من نصوص القانون المدني الأردني، ط ١، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨، ص ٧٨، ٧٩، ٨٣.

(٢٣) انظر الفرق بين التعدي والتعسف لدى الزرقا، مرجع سابق، نفس الصفحات. والدريري، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط ٤، 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، ط ١، دار البشير، الأردن، ١٩٨٣. ص ٢٦، ٢٧، ١٩، ٢٠. وانظر تحليل موقف المشرع الأردني لدى الرفاعي، جميلة، التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، مؤسسة للبحوث والدراسات، مج ٣، ع ٢٠٠٥، ٢٠٠٥، ص ٢٤٥.

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

ونقول تأصيلاً لنظرية التعسف في استعمال الحق وفق القواعد العامة، أن المجلة لم تخل من أرضية هذه 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 تبني نظرية التعسف؛ نجد أنه 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 البة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ٤. إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً غير مألف.

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 الحكم 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 مطلقاً. انظر الزرقا، أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية، ط ٢، دار القلم، دمشق، بدون سنة نشر، ص ٤٧.

(٢٥) حيث إن الإضرار قد يكون بقصد الفاعل أو بدون قصد، فهو قد يصدق كمعيار موضوعي بمجرد تحقق الضرر وبعزل عن نية فاعله، وقد يتضمن معياراً شخصياً يستدل عليه بالمعايير الموضوعي في ذات القاعدة. انظر الدرني، فتحي، مرجع سابق ص ٩٠، ص ٢٦٦. وعليه تتضمن قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" دمجاً للمعيار الشخصي والموضوعي في أن واحد. انظر هذا المعنى لدى به، موبرويز، المسؤلية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد "دراسة مقارنة"، ط ١، منشورات الخليبي الحقيقة، بيروت، ٢٠٠٩. في حين أن معيار "إذ لم يقصد به سوى الإضرار حسب مشروع القانون المدني الفلسطيني تشرط القصد، وأن لا يكون قصد المتصرف إلا بالإضرار، أي اشترطت تمحض قصد الإضرار، والمشكلة في إبراد 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.

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

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 اطربت أو غلبت"^(٣٠)، وقاعدة "المعروف عرفاً كالمشروع شرطاً"^(٣١) التي كلها تقابل المعيار الوارد في البند الرابع، والتي كلها معايير موضوعية لا تستند إلى شخص المتصرف^(٣٢)، إذ إن الضرر غير المألف هو الذي يقدر العرف والعادة أنه غير مألف. وبناء على ذلك، يمكن للقضاء الرجوع لهذه المعايير وفق المجلة لبحث مدى توفر التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة.

وببناء عليه، يمكن القول أن المعيار الذي يتبنىه 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 الشررين". وورد في سرخ هذه القاعدة أنه إذا وجدت مصلحة لشخص وكانت مباشرة هذه المصلحة ترتب ضرراً أشد أو مساوياً للمنفعة المتواخدة من الفعل فيقدم دفع المضرة على مباشرة المصلحة. انظر حيدر، علي، مرجع سابق، ص ٤١-٤٢.

(٢٨) به، موبروين، 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" المتبني في القوانين والمستمد من الفقه الإسلامي معياراً موضوعياً لدى به، موبروين، مرجع سابق، ص ١٠٠.

(٣٣) انظر تبني هذا المصطلح كغاية ومناط فكرة التعسف في الفقه الإسلامي لدى الدربيني، فتحي، المرجع السابق، ص ٣٩-٤٤. والرند، صالح، الإنتهاء التعسفي لعقد العمل طبقاً لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة مقارنة بالشريعة الإسلامية، بدون طبعة، دار نشر أكاديمية شرطة دبي، دبي، ٢٠١٠، ص ١٢٢-١٢٨. وانظر كذلك هذا الرأي الجامع بين المعيار الموضوعي والشخصي وإن يسمى مختلف وهو "استعمال الحق في غير ما شرع له" لدى أبو حمير، مجید محمود، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير ووجه الصلة بينهما، ط ١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٢، ص ٥١ و ٥٠، 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 ... "، ص ٥١، مع الإشارة أنهم – القائلون بمعيار المصلحة – أوردوا "قصد الإضرار" ولكن ليس بصيغة

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

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

ومن الجدير ذكره أننا لا نوافق الرأي القائل بضرورة توفر سوء النية في توجيه اليمين حتى نقول بتتوفر التعسف^(٣٥)، فالنظرية العامة للتعسف في الفقه الإسلامي، والذي أخذت عنه المجلة وفق ما أسلينا لها باقتضاب لا تشترط سوء النية، فالضابط في هذا الشأن موضوعي، إذ التعسف هو مجاوزة الحد المشروع للحق، وإن توافر أحياناً الباعث الشخصي، ولا يهم بعد ذلك حسن نية المت usurf أو سوءها^(٣٦)، وهذا يفيد في توسيعة 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 اعتقاد النظرية العامة كمعيار للتعسف، تأسياً 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 الدائرين، دائرة التعسف ودائرة الشروط، وإننا

الاشتراط والضرورة، بل إمكان توفره.

(٣٤) انظر الدرني، فتحي، مرجع سابق، ص ٥٠ حيث يقول الدكتور الدرني "على أن استعمال الحق يصبح غير مشروع إذا تربت عليه ضرر فاحش بالغير، ولو كان دون قصد...".

(٣٥) انظر هذا الرأي لدى زبيادات، ياسر محمود محمد، شرح قانون البيانات الفلسطيني المواد المدنية والتجارية رقم (٤) لسنة ٢٠٠١ ط، بدون دار نشر، ٢٠١٠، ص ٦٣٠.

(٣٦) انظر الدرني، 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.

[التعسف] في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني

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

الفرع الثاني

مدى رقابة القضاء على التعسف في توجيهه 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 لعنة التعسف؛ إلا أنه لا يجوز أن يتجاوز حدود سلطته بحيث يمنعها بدون مبرر قانوني، فإن انتفى التعسف وتحقق شرائط اليمين وجب عليه السماح بتوجيهها بلا سلطة تقديرية، وإلا عد القضاء متعرضاً^(٣٩).

وإذا نظرنا إلى نص المادة (١٣٢ / ٢) الذي نص على أنه "يجوز للمحكمة أن تمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعرضاً في توجيهها"، والحقيقة أن لفظة "يجوز" وإن كانت تعني التخيير في الأصل؛ إلا أنها لا تستطيع القول بأن المشرع قصد هذا المعنى، وذلك لأن القول بالتخيير معناه أحقيبة المحكمة بالطرق 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) من قانون البيانات 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 تقديم أدلة الإثبات، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضر - بسكرة، ٢٠١٤ / ٢٠١٣، ص ١٤٧.

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

توجيه اليمين لعنة التعسف من صلاحية المحكمة إذا رأت تتحققه، 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 الخامسة؟

يمكننا القول إن المحكمة يجب عليها أن تتصدى للتعسف في حالة كانت صورة التعسف ظاهرة يمكن للمحكمة إدراكتها من خلال وقائع الدعوى، فلا تملك عدم إثارته، وهذا يظهر في حالات التعسف الموضوعية المرتبطة بالواقع، أي غير المتصلة بشخص المطلوب تحليفة، مثل توجيه اليمين بغرض إطالة أمد التقاضي، أو حالة التعقيد في الإجراءات، فالمحكمة هنا تقدر توفر التعسف مستندة إلى قناعتها الموضوعية، ومن ثم ينحصر هنا دور الخصم المطلوب تحليفة في إثبات التعسف؛ باعتبار أن المحكمة تصدت له من تلقاء نفسها، ولذلك يمكن أن تستخرج 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 البيانات، بحيث تستبعد حالات التعسف في توجيه اليمين وفق ظروف كل دعوى، وهذا يعني أن للمحكمة دوراً رقائياً بنص القانون في تقدير توفر التعسف من عدمه^(٤٠).

وفي المقابل، يقع على عاتق مدعى التعسف إثباته، إذ إن الأصل في توجيه اليمين – وفي استعمال الحق عموماً – أن يكون غير تعسفي، فهو الأصل الظاهر الثابت، وعلى مدعى 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 البيانات في المواد المدنية والتجارية رقم (٤) لسنة ٢٠٠١ ، بدون طبعة، دار الفكر، القدس، فلسطين، ٢٠١٣ .

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

في الحالات التي يكون المانع فيها من الحلف شخصياً، كعدم اعتماق الخصم أي معتقد، أو شدة ورعة وتدينه، وغيرها من المسائل الشخصية التي تخفي على المحكمة.

وما 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 (٢ / ١٣٢) استخدم لفظة "منع توجيه اليمين..."، الذي قد يظهر منه الحالة الأولى فقط لدور المحكمة.

وعليه، فمما مدلولان للفظة "منع"، 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 بمحض وقائع الدعوى.

وأما المدلول الثاني فهو رفض توجيه اليمين 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 لتزييل عنها صفة التعسف، ثم تسمح بتوجيهها، وهذه سلطة خولها القانون للمحكمة بموجب المادة (١ / ١٣٧) "للمحكمة أن تعدل صيغة اليمين التي يعرضها الخصم بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها".

(٤١) هذا يستفاد ما أورده الأستاذ السنهوري من أن للقضاء سلطة تعديل صيغة اليمين تبعاً لواقع القضية، انظر السنهوري، عبد الرزاق، ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٢٤. وبذلك نعتقد أن عموم سلطة القاضي في تعديل اليمين يستتبع منه جواز تعديله إن كانت متعسفة، فحق القضاء هنا غير مقيد بشرط، والمطلق يجري على إطلاقه.

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

المطلب الثاني

صور التعسف في توجيهه اليمين

قد يتحقق التعسف في توجيهه اليمين وفقاً لـإعمال 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 وأشارنا لها سابقاً – فإن التعسف قد يتحقق كذلك وفق معيار اختلال الشروط، أو – بمعنى آخر – اعتبار الشروط أبرز صور التعسف، وأسلفنا بذلك 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 الخامسة وفقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق، والمجموعة الثانية: صور التعسف في اليمين الخامسة بسبب تخلف بعض شروطها وفق قانون البيانات حسب الرأي القائل بذلك، ولذلك ستتم معالجة المطلب في فرعين اثنين،تناول كل مجموعة في فرع مستقل قام القضاء بتسويتها 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 توجيهه اليمين لعنة أن مصلحة مخالف 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 يدعوه الخصم

[التعسّف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

بالتعسّف هنا هو أن يكون قصد موجه اليمين الإضرار بالخصم بدون مصلحة حقيقة أو بوجود مصلحة قليلة جداً بمقارنتها بالعن特 الذي يلحق الخصم الحالف، ويظل القول الفصل للقضاء ليقرر مدى توافق مصالح الخصوم المتعارضة.

ومن أمثلة ذلك أن يتم توجيهه 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 قاضٍ لدى المحكمة التي يقيم المطلوب تخليفه 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 لجسم 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 توجيهه 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 بتوجيهه اليمين الحاسمة للمطعون عليه قد وقع على خلاف أحکام القانون بما يحيز الطعن عليه بالاستئناف و يكون هذا النعي في غير محله"^(٤٤).

ولكن يلزم أن يكون التعقيد حقيقة واقعة، أي أن يتعدّر حضور الخصم المطلوب تخليفه، فمجرد إقامة المدعى عليه في الخارج ليس عذرًا في ذاته مبرراً للقول بتعسّف اليمين وفق ما أكدّه القضاء^(٤٥)، وللقارضي في هذا الشأن سلطة تقديرية مستمدّة من ظروف كل دعوى.

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

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

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

(٤٥) انظر نقض حقوق مصرى، الطعن رقم ١٩٢٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٠/١١٥، موقع محكمة النقض المصرية: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

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

يبدو أن جانباً من التشريعات وأحكام القضاء يذهب إلى أن وجود صلة قرابة بين المدعى والمدعى عليه قد يكون مانعاً من توجيه اليمين لعنة التعسف، خاصة حين توجه من ذوي العصبات إلى النساء، كاليمين التي يوجهها الأخ لأخته، أو اليمين بين الزوجين، وذلك لأن ثمة مانعاً أدبياً قد يتتوفر لما في العلاقة من خصوصية، فتتبرج 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 إجاء 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 أخيه.

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 وجهها عليه".

وعليه، قصد المشرع التونسي من هذا النص إساغ مانع أدبي في توجيه اليمين سببه الشوكة الأدبية في علاقة الابن بالأبوين"، ومع ذلك فقد لاقى هذا النص انتقاداً مفاده أنه يلتجئ الأولاد إلى الكتابة بينهم وبين آبائهم ما داموا ممنوعين من تحريفهم 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 شرعاً" حسب المادة (٤٣) من المجلة، وـ"إنما تعتبر العادة إذا غلت 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 وتوفيق الخرج في تحريف الفروع للأصول.

(٤٧) الحقوق، السنة التاسعة، ص ٢٠٥ رقم ٦٢ لدى نشرت، أحمد، مرجع سابق، ص ١٤٤.

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

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

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

والحقيقة أننا لا نتفق مع الرأي المتعدد 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، لدعوى الخروج 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 لعنة المانع الأدبي، خاصة مع بقاء إمكانية الإثبات بشهادة الشهود، أو القرآن، أو الإقرار، وخاصة في ظل خصوصية المنع من توجيه اليمين من الولد لأبويه، خلاف النص الخاص بالمانع الأدبي من الكتابة والذي يعالج حالات نسب ومصاہرة أوسع بكثير.

ثالثاً: التعسف في توجيه اليمين لعنة الكيد

يقصد بذلك ألا تكون طالب توجيه اليمين مصلحة في توجيهها سوى النكارة بالخصم^(٥١)، ولتوفر علم المحلف بأن الطرف الآخر لن يخلفها 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 الحقوقين، تونس، ١٩٩٢، ص ٧٥.

(٥٠) المادة (٢/٧١) من قانون البيانات 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، ج ٢، 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.

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

المدعى كيدياً^(٥٢).

وفي ذات الصدد ما قضي به من أن "للمحكمة أن ترفض توجيهه اليمين الخامسة 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 والمشول بين يدي القضاء فضلاً عن أنه ليس من المعقول في هذه الأوساط أن مورثهن الذي كان رئيس 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 الخامسة لا يكفي للقول بالتعسف والكيد في توجيهها^(٥٤).

ووضرب 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 يتافق أحد طرفي الدعوى على تحريف الآخر صورياً بعد أن يخفى موجه اليمين الأدلة التي يملكها لإثبات حقه، ثم يحلف الخصم اليمين فيخسر دعواه، إضاراً بالدائنين أو الشركاء أو الخلف من لهم مصلحة، فيتحقق 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، ص ٧١، رقم ٣١، لدى نشأت، أحمد، مرجع سابق، ص ١٤٤.

(٥٤) الطعن رقم ٣٣٠٠ لسنة ٢٠٠٤/٢/١٩٦٤ ق جلسه ٣٠٢، نقلأً عن البكري، محمد، مرجع سابق، ص ٣٠.

(٥٥) هادي، قائد، اليمين الخامسة ودورها في الإثبات المدنى (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة كربلاء العلمية، العراق، مج ٥، ع ٣، أيلول ٢٠٠٧، ص ٣٨.

(٥٦) نشأت، أحمد، مرجع سابق، ص ١٤٦.

(٥٧) السنهوري، عبد الرزاق، نظرية الالتزام بوجه عام، ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٢٤.

[التعسف في توجيه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

رابعاً: التعسف في توجيه اليمين بسبب انتفاء المعتقد الديني

لقد ورد في سرّح المادة (١٧٤٣) من مجلة الأحكام العدلية^(٥٨) أنه يجري التحليف باسم الله تعالى سواء كان الشخص مسلماً أو كتائياً كالسيحي واليهودي أووثنياً 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 المدعى سيحكم القاضي بعجز المدعى عن إثبات دعواه، وخسارته للدعوى.

وفي اتجاه مقابل، ورد لدى بعض الفقهاء^(٦٢) صورة من صور التعسف، وهي حين يكون الخصم شديد التدين بحيث يتحرّج 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 وهبّتها.

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

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

(٥٩) ورد في سرّح المجلة أن "الوثني والمشرك والمجوسي يخلفون باسمه عز وجل ولا يغلوظ بالأوثان والنار، لأن في اليمين تعظيمًا للمقسم به فلا يجوز تعظيم النار، أما التوراة والإنجيل فيما أنها من الكتب الإلهية ومعظمها فجائز تعظيمها فلذلك يجوز ذكرهما في اليمين"، حيدر، علي، مرجع سابق، المجلد الرابع، الصلح والإبراء- الإقرار- الدعوى- البيانات- والتحليف- القضاء، ص ٤٩٥.

(٦٠) حيدر، علي، مرجع سابق، ص ٤٩٤-٤٩٥.

(٦١) الآية (٢٥٦) من سورة البقرة.

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

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

اليمنين كبيئة؛ لا بد أنه قصد من خلالها أن يسمح لوجهها بالاحتکام إلى ضمير الخصم ودينه، أي أن يكون تدينه مانعاً له من الحلف الكاذب، وهو ما يجده نفعاً مع طائفة المتدينين من الناس الذين يخشون العقاب الإلهي، فإذا قلنا بعدم جواز توجيهها للخصم شديد التدين فإننا ننحى باليمين عن مغزاها المراد لها، بل مجال اليمين هو الأشخاص ذوي 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 وخشيته الاعتداء على حقوق الناس.

وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه في حكم حديث لها بالقول "إذ كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاeه بقبول توجيه اليمين الخامسة إلى الطاعن على قوله" وكانت اليمين الخامسة قد توافرت شروطها القانونية وحاسمة للخصومة ولا تحالف 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 الخامسة التي وجهها المطعون ضده إلى الطاعن أمام محكمة الاستئناف قد وجّهت في واقعة غير مخالفة للنظام العام ومنصبة على واقعة جدية عقد البيع سند الدعوى وقيامه بين طرفيه وعدم صوريته ، ومتصلة بشخص من وجهت إليه فنكل عن حلها (مستنداً لكونه من رجال الدين المسيحي الذي تمنعه تعاليم الإنجيل المقدس من حلف اليمين) ولم يردها على خصمته فأعمل الحكم المطعون فيه الآخر الذي يرتبه القانون على ذلك بأن قضى بإلغاء الحكم المستأنف وحكم على مقتضاهما 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 ٩٢٨، سنة ٥٥ ق، جلسة ١٥/١٩٩٢، موقع محكمة النقض المصرية:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

وتجدر بالذكر أنه ورغم أن الصورة الشائعة عند الفقه في حديثه عن تحريف اليمين للشخص الورع شديد التدين تمثل في حالة خلو الدعوى من الدليل ومن ثم التجاء المدعي إلى ورع خصمته لتحريفه 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 لعنة استغلال ورع خصمته 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 يتبيّن للقضاء أن المدعي عاجز عن الدليل المادي فيستغل شدة الورع والدين.

ولذلك، نرى تضييق الاعتداد بهذه الصورة من صور التعسف، وحصرها في حالة كان للخصم موجه اليمين دليل في الدعوى، ومع ذلك يلجأ لتحريف خصمته شديد التدين والورع، أما في حالة خلو يديه من أيّة بيّنة 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 الماءلة وتأخير الفصل في الدعوى^(٦٥)، ويمكن تصور هذه الحالة فيما لو لم تكن الواقعة المراد التحريف عليها مثاراً من قبل طالب توجيه اليمين، ثم تمت 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، والثوابنة، 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 مثل البنك المطعون ضده هو إطالة أمد التقاضي بعد أن استظهر ثبوت المديونية بموجب السند الإذني محل النزاع وكان ما انتهى إليه سائغاً ولو أصله الثابت

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

وفي هذا الصدد، تقرر رفض اليمين لعنة 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 وتعسفة 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 الخامسة في شأن واقعة الوفاء بمبلغ مائة وخمسين جنيهاً من الدين العالق بذمته على سند من القول بأن الدعوى ظلت متداولة أمام محكمة أول درجة فترة استطالت اثنى عشر عاماً دون أن يزعم الطاعن وفائه بذلك المبلغ الذي يدعى به وأنه ما استهدف بهذا الطلب استظهاراً من ظروف الدعوى وملابساتها سوى الكيد لخصمه وإطالة أمد التقاضي، لما كان ذلك ، و كان هذا الذي أورده الحكم كافياً في حدود سلطته التقديرية لحمل قصائه في استخلاص التعسف المبرر لرفض طلب توجيه اليمين الخامسة، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بهذا الوجه يكون على غير أساس"^(٦٨).

ومع ذلك، فقد تثور حالات يتوجب على القضاء أن يكون حذرًا في تقدير التعسف فيها لعنة الماءلة، 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 بدرجتها ويوضح النعي ... على غير أساس"، (الطعن رقم ٢٤٥٠ لسنة ٨٥ جلسه ٢٠٠٦/٠٤)، موقع محكمة النقض المصرية:

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx
(٦٧) الحكم في الاستئناف رقم ١٩٠٨ لسنة ٤٦ ق المنصورة جلسه ١٨/١/١٩٩٥، نقلًا عن هرجة، مصطفى مجدى، مرجع سابق، ص ٤٧١.

(٦٨) الطعن رقم ٧٠٣ لسنة ٤٧ جلسه ٣١ ص ٣١ ع ١٠١٧ ق ١٩٩٩، موقع محكمة النقض المصرية:
http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

[التعسفي في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

الأصل - مجرد التأخر في توجيهه اليمين^(٦٩)، أو توجيهه اليمين مرة ثانية بعد الرجوع عنها^(٧٠)، ويشترط في الرجوع أن يكون قبل قبول الطرف الآخر حلف اليمين^(٧١).

الفرع الثاني

تختلف شروط توجيهه اليمين وفق قانون البيانات^(٧٢)

ثمة عدة صور يمكن ملاحظتها للتعسفي متمثلة في تختلف بعض الشروط التي فرضها قانون البيانات في اليمين الحاسمة وفق الرأي الذي أوردناه سابقاً بكون تخلف الشروط هو ذاته التعسفي أو أبرز صوره بمعنى آخر، ولذلك رأينا الوقوف على هذه الشروط رغم اختلافنا مع هذا الرأي في اعتبارها من قبيل التعسفي، 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، ص ٢٣١. وانظر نقض مدني مصرى، الطعن رقم ٣٣٠٠ سنة ٢٦٤ ق، جلسة ٢٠٠٤ / ٢ / ١٩، موقع محكمة النقض المصرية:

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx
(٧٠) الخفاجي، أحد خضير عباس و العامري، حسين عبد الزهرة، الرجوع عن اليمين القضائية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة - كلية القانون، مج ٩، ع ٢٠١٦، ص ٣٧٧ - ٣٧٨.

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

(٧٢) فطنت بعض التشريعات إلى إبراد شروط تحريف اليمين بشكل أكثر تفصيلاً من موقف قانون البيانات الفلسطيني، فقد نص الفصل (٥٠٠) من مجلة الالتزامات والعقود التونسية على أنه "لا يجوز توجيهه اليمين في الصور الآتية":
أولاً - إن كانت يمين تهمة وأراد المتهم توجيهها على الطالب. ثانياً - لإثبات معاملة يجب القانون أن يكون إثباتها بحججة رسمية أو بالتسجيل. ثالثاً - لتفادي أمر شهدت به الحجة الرسمية إذا صرحت المأموم الذي حررها بأن ذلك وقع بمحضره.
رابعاً - لإثبات دعوى يمنع القانون القيام بها نظراً للنظام العام أو للأخلاق الحميدة. خامساً - لإثبات أمر قد ألغى بحكم لا رجوع فيه. سادساً - إن كان من البين عدم فائدتها أو قصد التعنيتها بها". ولذلك، جبذا لو يتبنى المشرع الفلسطيني موقف القانون التونسي بتوضيح الشروط في توجيهه اليمين على هذا النحو، وذلك للتسهيل على القضاء في إدراك الشروط على نحو أدق، وعدم الخلط بين الشروط والتعسفي في اليمين.

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

أولاً: توجيه اليمين في واقعة غير منتجة

نصت المادة (٣) من قانون البيانات الفلسطيني على أنه "يجب أن تكون الواقع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزًا قبولاًها"، وينطبق هذا الحكم على كل وسيلة إثبات، بما فيها اليمين الخامسة، إذ يجب أن تكون الواقع المراد التحليف عليها منتجة في الدعوى ومتعلقة بها وجائزًا قبولاًها^(٧٣).

وتطبيقاً لذلك قررت محكمة التمييز الأردنية أن التناقض بين لائحة المدعى عليه الجوازية والواقعة التي يريد تحليف المدعى 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، ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٢٤.

(٧٤) حيث قضت بأنه... ومن جانب آخر، فإن ما جاء باللائحة الجوازية يتناقض مع صيغة اليمين وأنه لا حجة مع التناقض مما يجعل من طلب توجيه اليمين الخامسة لا إنتاجية له وإن ما توصلت إليه محكمة الاستئناف في قرارها المطعون فيه موافقاً للقانون، قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٦٩٦/٢٠١٤ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٤/٨/٢٧، منشورات مركز عدالة، وقررت أيضاً أنه "إذا انكر المدعى عليه توقيعه على الشيك وكتابة البيانات الواردة فيه وبعد إجراء الخبرة وثبت توقيعه على الشيك وامتناعه عن إجراء الخبرة ثانية لتأكيد ثبوت التوقيع المنسوب إليه وإثبات الخط المنسوب إليه، عاد من جديد ليدعى بأنه قد ورد الشيك كأدلة اتهام وأن ذمته غير مشغولة بالمثل الوارد فيه ووجه اليمين الخامسة بهذا الخصوص الأخير بما يفيد إقراره بتحrir الشيك وتوقيعه عليه وهو ما يتناقض مع دفاعه الأول (انكر توقيعه وتحrir بيانات الشيك) ولا حجة مع التناقض. الأمر الذي يستوجب الالتفات عن هذا الدفاع الذي يبيه المميز وتمسك المميز بتوجيه اليمين الخامسة بخصوصه"، قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٣٦٠٢/٢٠١١ (هيئة خاصية) تاريخ ٢٠١٢/١١، منشورات مركز عدالة، وقررت في ذات الصدد أنه "إذا كانت اليمين المطلوبة على الواقع لإثبات ما يخالف ما اشتمل عليه دليل كتابي ويختلف ما ثبت بالبينة الشخصية فإن اليمين الخامسة في مثل ذلك تكون غير منتجة وغير جائز قانوناً وللمحكمة رفض توجيهها بمقتضى المادة (٦٢) من قانون البيانات. إضافة إلى أن الطاعن وفي جوابه على لائحة الدعوى تناقض في إجابته فقد انكر وجود اتفاق بينه وبين المدعى على تكاليف الحفريات وتسوية الأرض موضوع الإجارة وزعم بأنها كانت جاهزة للاستغلال ثم عاد وادعى بأنه اتفق على أن تتم الحفريات بمعرفة وكيله وأن تحسس تكاليفها من الأجور ، ولا حجة مع التناقض الأمر الذي يجعل اليمين الخامسة المطلوبة غير منتجة ومرفوضة ويكون ما توصلت إليه محكمة الاستئناف بتأييد محكمة الدرجة الأولى بعدم إجازة توجيه اليمين الخامسة يتفق وأحكام القانون وتعدو هذه الأسباب مستوجبة الرد" ، قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ١١٠٢/٢٠٠٧ (هيئة خاصية) تاريخ ٢٠٠٧/١٠/٢ ، منشورات مركز عدالة.

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

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

و تكون اليمين غير ممتحنة أيضاً إذا تم توجيهها لإثبات مدى تحقق المسؤولية بقصد 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 للمدعي وحسبما جاء بهذا السبب غير متوجه 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 لجسم النزاع، ولم يوردها المدعى 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 ينبغي على ذلك أن عدم إجازة محكمة بداية حقوق إربد بصفتها الاستئنافية لطلب وكيل المستأنفة بتوجيه اليمين الحاسمة على واقعة تكبّد 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، نقلًا عن البكري، محمد عزمي، مرجع سابق، ص ٢٩.

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

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

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 ٧٢ / ٢٠١٢ / ٥ (هيئة خاسية) تاريخ ٢٠١٢/٥/٢٥، منشورات مركز عدالة.

(٧٨) وتقرر أيضاً أنه "يكون إجراء الخبرة غير متوجه في الإثبات كون دعوى المدعى مطالبة باسترداد مبالغ قبضها المدعى عليها جراء إسقاط الاعتراضات ولم يطالب بالتعويض أصلاً" كما أن اليمين الخامسة التي تم حلتها لم تجسم النزاع وانصب على أن المدعى عليها قبضاً مبالغ تزيد عن ٥٧٥٠ ديناراً دون أن تحدد مقدارها ونوعها مما يجعل اليمين انصب على وقائع غير متوجهة في إثبات الدعوى وجسم النزاع. وعليه فإن الجهة المدعية لم تقدم أي دليل لإثبات الدعوى مما يتبع ردها". قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٣٠٢ / ٢٠١٣ / ٩ (هيئة خاسية) تاريخ ٢٠١٣/٩/٣٠، 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 الـ (١٠٤٠٠) دينار وحتى تاريخ إقامة الدعوى. فإنه جاء بصيغة عامة ولم يبين فيها نوع هذه المبالغ وأوجه وأسباب دفعها ومقدارها خاصة أن المميز لم يدع في لائحته الجنواية أو دفاعه أنه أوفى أو أعاد أو سدد للمميز ضدها أي مبالغ من ثمن المركبة المقوض من قبله بموجب عقد البيع الباطل لفقدانه شرط الشكل بتسجيله لدى دائرة ترخيص المركبات وبأن الواقعة التي طلب توجيه اليمين عليها غير متوجهة في الدعوى، وبالتالي فإن حلف اليمين أو النكول عنها لا أثر له على النتيجة وتكون اليمين غير متوجهة أيضاً". قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٥٢٠ / ٢٠١٤ (هيئة عادلة) تاريخ ٢٠١٤/٧/١٠، منشورات مركز عدالة. وفي ذات السياق، تقرر أنه "يستفاد من المادة (٤) من قانون البيانات أن اليمين الخامسة يجب أن تنصب على واقعة متوجهة في الإثبات، وحيث أن المدعى عليه يطلب توجيه اليمين الخامسة 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 المدعى أفاد بأنها معلومات غير دقيقة ولا إنتاجية في إثباتها مما يجعل اليمين الخامسة منصبة على واقعة غير متوجهة ولا يجوز توجيهها تبعاً لذلك". قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ١ / ٢٠٠٧ (هيئة خاسية) تاريخ ٢٠٠٧/٤/١٨، منشورات مركز عدالة. واظفر قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ١١٦٥ / ٢٠٠٧ (هيئة خاسية) تاريخ ٢٠٠٧/١٠/١٧، منشورات مركز عدالة.

(٧٩) حيث قضت بالقول "استخلاص كيدية اليمين من سلطة محكمة الموضوع متى استندت إلى اعتبارات سائغة. لما كان ذلك وكانت اليمين الخامسة بالصيغة الموجهة بها من الطاعن تدور حول الغرض من استعمال العين المؤجرة ونوع النشاط المستغلة فيه، وكانت تلك الواقع التي أنصبت عليها اليمين لا تعدو أن تكون مجرد أدلة إثبات دفاع مطروح من الطاعن دون أن تكون هذه الواقع - على فرض ثبوتها باليمين الموجهة حاسمة للنزاع سواء فيما يتعلق بشivot الإضرار بالمؤجر أو التأجير من الباطن و بما سببا طلب الطاعن إخلاء العين المؤجرة بما يكون معه رفض المحكمة توجيه اليمين الخامسة بالصيغة التي وجهت بها قد صادف صحيح القانون أيًا كان وجه الرأي فيها ساقه الحكم من أسباب رفض توجيهها".

(الطعن رقم ١١٨٨ لسنة ٥٢ جلسة ١٩٨٩ / ٠١ / ٢٩ ص ٤٠ ع ١٣٢١ ق ٦٣)، موقع محكمة النقض المصرية:

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

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

وفي ذات الصدد، لا تكون اليمين منتجة في الدعوى حين تنصب على واقعة تخرج عن نطاق أطراف الدعوى، فقد قضى بأنه "يجب أن تكون اليمين كافية بينة منتجة في الإثبات، وحول توجيهه 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 توجيهه 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 بصدق وقائع خارجة عن نطاق الدعوى، لأن يطلب المدعى من المدعى عليه أن يخالف أن الأخير وفي مبلغ القرض، في حين أن المدعى عليه ينكر وجود عقد قرض أساساً، أي ينكر الدين برمتها، وذلك أن التحريف هنا يقع على واقعة تستلزم بالضرورة أن يكون أصلها متفقاً عليه، وهو المديونية، وإنما يجوز التحريف على وجود المديونية ذاتها في هذه الحالة، وليس على واقعة الوفاء^(٨٢).

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

(٨٠) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٣٠٠٣ / ٢٠١١ (هيئة خاصية) تاريخ ٢٧ / ١١ / ٢٠١١، 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، ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٤٣ - ٥٤٤.

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

وجود وقائع محل خلاف بين الطرفين^(٨٣).

ومن صور عدم إنتاجية اليمين أن لا يتم توجيهها بصدق مسائل واقعية، وإنما بصدق مسائل قانونية^(٨٤)، لأن يتم توجيهها بصدق صحة الخصومة، فقد تقرر أنه "تعتبر اليمين الحاسمة هي تلك اليمين التي يوجهها أحد المدعين لخصمه ليحسم بها النزاع موضوع الدعوى عملاً بنص المادة ٥٣ من قانون البيانات 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 المحکوم له به اعتباراً من تاريخ إنذار تنبیه الوفاء الرسمي المعلن لي في ٢٨/٤/١٩٨٥ في ورقة المحضرین المقدمة في ملف الدعوى" وهي مسألة قانونية بحتة تتعلق بما إذا كان ثمة فوائد مستحقة ومقدار هذه الفوائد وتاريخ استحقاقها وهي 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 ٤٤٢٤/٢٠١١ (هيئة خاسية) تاريخ ١٥/٨/٢٠١١، منشورات مركز عدالة. وقرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١١٨٧/٢٠٠٩ (هيئة خاسية) تاريخ ٧/١٠/٢٠٠٩، منشورات مركز عدالة.

(٨٤) نشأت، أحمد، مرجع سابق، ص ١١٣.

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

(٨٦) الطعن رقم ٣٢٦٣ لسنة ٦٠ جلسة ٢٣/٠٤/١٩٩٥ ص ٤٦ ع ١٣٦ ق ٦٨٥. وقضت في حكم آخر بالقول "أنه ولئن كانت اليمين الحاسمة - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ملكاً للخصوم وأن على القاضي أن يجيز 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 صحفة الاستئناف" - هي أمور قانونية تختص المحكمة وحدها بأن تقول كلمتها فيها ولا

[التعسّف، في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

وفي السياق نفسه، يعتبر من قبل عدم إنتاجية اليمين ما قضت به محكمة التمييز الأردنية من أنه لا إنتاجية في توجيهه 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: التعسّف في حالة ثبوت الحق بغير اليمين

يتفرع عن هذه الصورة حالات عديدة على النحو التالي:

أ) توجيه اليمين في ظل وجود دليل خطى في الدعوى

يقصد بهذه الصورة حالة توجيه المدعى يميناً حاسمة لخصمه رغم وجود دليل كتابي بحوزته يجسم التزاع، وتنصور هذه الحالة في ظل عدم اعتراض الخصم على السندي، أو أن يكون الخصم قد اعترض وثبت عدم صحة اعتراضه، وكذلك أن يكون الخصم المحتاج عليه بالسندي 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 بصدق الواقعه التي أنكرها^(٨٩)، إذ إن

تعلق 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 س ٢٠١٠ /٢٠١٠ ص ٤٤ ع ١ 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 ١٨٣٩ /٢٠٠٥ (هيئة خاصية) تاريخ ١١ /١٠ /٢٠٠٥، منشورات مركز عدالة.

(٨٨) انظر السنهوري، عبد الرزاق، ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٢٧ - ٥٢٨.

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

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

فلسفة اليمين تمثل 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 بالبيانات المقدمة في الدعوى وأن توجيه اليمين الحاسمة لا يكون إلا في حالة عجز المدعى عن إثبات دعواه أو المدعى عليه في إثبات دفعه لإثبات واقعة مترتبة في الدعوى"^(٩٢)، وكذلك قضاؤها بالقول "إن توجيه اليمين الحاسمة بالمعنى المقصود بالمادة (١/٥٣) من قانون البيانات من أحد المتذاعين لخصمه ليحسم بها النزاع، ولا يجوز توجيهها عند توفر البينة الخطية الكافية، وحيث إن البينة الخطية التي قدمها المدعى كافية لإثبات دعواه فإن توجيه هذه اليمين الحاسمة يكون مخالفًا للقانون، وحيث إن محكمة الاستئناف قررت عدم إجازتها فإنها تكون قد أصابت صحيحة القانون^(٩٣).

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

(٩١) تقرر أنه "وياستعراض لائحة الدعوى واللائحة الجواية والمذكرات المقدمة بهذه الدعوى فإن صيغة اليمين الحاسمة لم تحظ بواقع الدعوى ولم تتب بالغرض منها إذ إن الهدف من اليمين الحاسمة هو حسم النزاع بوقته إذ إن اليمين الحاسمة بالصيغة الواردة فيها لاتفي بالغرض لذلك وحيث توصلت محكمة الاستئناف لذات التبيّنة وفي ضوء حلفه من عدمه يصار إلى سعى البينة الشخصية للمدعى عليها حول أسباب إيهامها خدمات المدعى فليتحقق في ما إذا كان إيهام خدمات المدعى تشكلاً تعسفياً أم لا لأن واقعة الفصل هي من أمور الواقع التي تستخلصها المحكمة من البيانات التي تقدم بالدعوى"، قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٥٣٢/٢٠١١ (هيئة خمسية) تاريخ ٢٠١١/٩/٢١، منشورات مركز عدالة.

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

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

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

ويتضح مما سبق أن الدليل الخططي الكافي لجسم النزاع يمنع توجيه اليمين، وهذا أمر مختلف عن مجرد وجود دليل خططي في الدعوى، فوجود الدليل مع عدم كفايته لا يمنع توجيه اليمين، إنما ييدو أن المحكمة منعت توجيه اليمين في الواقعة المذكورة لعلة ما في تحريف اليمين من إلقاء الخصم إلى ضميره ودينه، وإن هذا السلوك في ظل وجود طريق آخر لجسم النزاع يجعل من التحريف غير مبرر، ما دامت علة التحريف متحققة بغيره من البيانات، وللتأكيد على أن هدف اليمين الحاسمة جسم النزاع في ظل عدم نفع البيانات الأخرى.

ولذلك، فإن توجه المحكمة دقيق، باعتبار أن وجود دليل خططي 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 السنده الكتابي ورغبة المدعى التنازل عنه والاستعاضة عن ذلك بتوجيه اليمين، فيفترض ألا يمنعه شيء في ظل عدم كفاية الدليل الخططي، أو خشية كونه محاولاً للإنكار أو للطعن بالتزوير.

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

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

(٩٥) فقد ذكر الأستاذ السنهوري أنه "لكن إذا كان عند المدعى - على عكس ما تقدم - دليل على دعواه، ولم ير أن يقدمه مكتفياً بتوجيه اليمين إلى المدعى عليه، جاز له ذلك، ويعتبر في هذه الحالة متنازاً عن دليله، مجتنباً بالاحتکام إلى ذمه خصمته". انظر السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط، ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٢٧، هامش رقم (٣).

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

وتباعاً لذلك، من البداهة أنه يجوز للشخص توجيه اليمين بعد تقديم بيات شخصية أو خطية لم تفلح في إثبات دعواه^(٩٦)، لأن وظيفة اليمين الخامسة أن تسعف موجهها في حال لم يثبت حقه باليuntas 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 المدعى من أي بينة، بل المهم أن تؤدي اليمين إلى حسم النزاع، وأن يعقب توجيهها التنازل عن بيات، أي بمجرد توجيه اليمين وقبول الطرف الآخر حلفها لا يعود ممكناً تقديم بيات جديدة، أما قبل توجيهها فذلك جائز بالطبع^(٩٧).

ب) توجيه اليمين فيما يخالف دليلاً كتابياً في الدعوى

تتمثل هذه الصورة في حالة أن يحتاج المدعى على المدعى عليه بسند خطى، فيلجأ المدعى عليه إلى توجيه اليمين الخامسة للمدعى لنقض ما جاء في الدليل الكتابي الذي يجسم الدعوى لصالح المدعى، ففي هذه الحالة لا يوجد مبرر لتوجيه اليمين للمدعى ما دام الحق ثابتاً^(٩٨)، وما دام المدعى قد أثبت دعواه بالدليل الخطى في ظل عجز المدعى عليه عن نقض الدليل الخطى بدليل خطى آخر، أو عدم إنكار المدعى عليه توقيعه على السندا، وأقرت هذا الحكم محكمة النقض الفلسطينية بقولها "إلا أن إقرار الخصم في السندا بواقعه معينة يحول دون توجيه اليمين الخامسة 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، ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٣٥ - ٥٣٧. وانظر هذا المعنى لدى سليمان مرقس في أصول الإثبات وإجراءاته، الجزء الأول، ص ٦٤٢، نقاً عن هرجة، مصطفى مجدي، مرجع سابق، ص ٤٠٥. وانظرقطاطة، باسم، مرجع سابق، ص ٨١ - ٨٢. ومحمد، سيد أحمد، إقامة الدليل أمام القضاء (المدنى) (اجراءات تقديم الدليل أمام القضاء المدنى)، ط ٢٠٠٦، ص ١٠٥.

(٩٨) الرزفي، عمار محسن، الطبيعة القانونية لليمين الخامسة - دراسة مقارنة، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة- كلية القانون، مجل ٩، ع ٢٩، ٢٠١٦، ص ٣٠٥.

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

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

وكذلك قضت محكمة التمييز الأردنية بالقول "... فإن توجيه اليمين الحاسمة بالصيغة التي حلفتها الممiza يخالف ما جاء بالاتفاق الخطي وغير منكر التوقيع عليه من قبل الممiza كما يخالف ما ورد باللائحة الجواية والمقدمة من الممiza وإن جميع هذه الأوراق تشير إلى قبض المدعى عليها للملبغ المدعي 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 تميز حقوق ٥٥٥ / ٢٠٠٦ و ٢٠٠٧ / ٢٨٣٢ و ٢٠٠٧ و ٢٠٠٩ / ١٨٨٣)". وحيث إن كيفية استعمال المأجور ثابتة بمحض العقد الخطي المبرز صورة عنه فلا يجوز توجيه اليمين الحاسمة حولها لأن اليمين لا تكون متجهة في الإثبات بهذه الحالة سيما أن المدعى / الطاعن طلب العقد المشار إليه ضمن بيته، وحيث توصلت محكمة البداية بصفتها الاستئنافية لهذه النتيجة فقد جاء قرارها في محله، وفي ضوء ذلك تبقى مسألة البت فيما إذا كان استعمال المأجور (خديطة ونوفوتية) 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 ٦٧٨٥ / ٢٠١٨ (هيئة عادلة) تاريخ ٢٩ / ١٠ / ٢٠١٨ ، منشورات مركز عدالة . وانظر حكمها أيضاً بالقول "إذا كان دين المدعى ثابتاً بأوراق خطية فإن توجيه اليمين الحاسمة غير جائز لإنجاز خلاف ما ورد بدليل خططي كتابي وعدم الجواز معه توجيه اليمين الحاسمة" ، قرار محكمة التمييز الأردنية / حقوق رقم ٣٠٦٢ / ٢٠١٧ (هيئة عادلة) تاريخ ٢٨ / ٩ / ٢٠١٧ ، منشورات مركز عدالة . وانظر أيضاً قرار محكمة التمييز الأردنية / حقوق رقم ٣٢٧٣ / ٢٠١٧ (هيئة عادلة) تاريخ ٢٣ / ٨ / ٢٠١٧ ، منشورات مركز عدالة . وانظر قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ١٦٩٦ / ٢٠١٤ (هيئة عادلة) تاريخ ٢٧ / ٨ / ٢٠١٤ ، منشورات مركز عدالة . وقرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٢٥١٦ / ٢٠١٠ (هيئة خاسية) تاريخ ١١ / ٢٠١١ ، منشورات مركز عدالة . وانظر نقض مدني مصري ، الطعن رقم ٣٦٩٨ لسنة ٦٣ جلسة ٢٠٠٠ / ١١ / ٢٠٠٠ ص ٥١ ع ٢٠٠٠ ص ١٠١٨ ق ١٩٣ ، منشورات مركز عدالة .

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

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

ولكن يجب التنبه إلى أنه لا يعتبر الدليل الخطي المقدم من المدعى مانعاً في كل الأحوال من توجيه المدعى عليه اليمين الحاسمة، لأن المقصود بعدم جواز اليمين مع وجود الدليل الخطي؛ إلا يكون المدعى عليه قد أنكر السنن الخطي أو اعترض عليه أو قدم بينة تدحضه، ولكن في حالة اعترض المدعى عليه على هذا السنن واحتج بأن أسباب إنشائه مختلفة عما يدعوه المدعى فلا مانع من توجيه اليمين في مواجهة الأخير، لأنه لا يعتبر تعسفياً توجيه اليمين بشأن واقعة تعارض مع الكتابة^(١٠٢)، وفي هذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية بالقول "إذا كان المدعى عليه يدعى أن الشيك هو دفعه من شراكة بين المدعى والمدعى عليه وليس قرضاً شخصياً، حيث إن اليمين الحاسمة تعني التنازل عن كافة البيانات 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 الواقعه التي يرغب المدعى عليه تحريف المدعى بتصديها وإن تعلقت بالسند المقربه 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 المبررات في الدعوى، لأن واقعة المديونية المقربه هي التي لا يجوز التحريف بتصديها، أما

(١٠٢) ذهبت في هذا الاتجاه بعض أحكام النقض المصرية بقولها "إذا أقامت المحكمة حكمها بكيدية اليمين على مجرد أن الواقع المراد إثباتها منافية بمحيرات صادرة من طالب توجيه اليمين فهذا قصور في التسبيب، فإن كون الواقعة المراد إثباتها باليمين تتعارض مع الكتابة لا يفيد بذلك أن اليمين كيدية" طعن رقم ٩٢ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٦ / ٥ / ٣، وانظر كذلك قضاهاه بالقول "فالحكم الذي يؤسس قضاهاه برفض طلب اليمين على أن الطرفين اعتادا التعامل بالكتابه وأن طالب توجيهها قال إن خصميه أخذ المبالغ المراد الحلف عليها في غضون سنتين طوال ما يجعل اليمين غير جدي يكنون خالفاً للقانون لتأسيسه قضاهاه على غير التعسف في طلبهما" ، 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 ٣٢٩٠ / ٢٠١٠ / ٣ (هيئة خمسية) تاريخ ٢٠١١ / ٣ / ٢ ، منشورات مركز عدالة.

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

واقعة السداد فيجوز التحريف فيها^(١٠٤)، وفي ذات الاتجاه أيضاً أقرت محكمة النقض الفلسطينية أن الشيك وإن كان بينة كافية في الدعوى المنظورة إلا أنه يحق للمدعي عليه إثبات عدم صحة سبب الشيك أو مشروعيته من خلال توجيهه اليمين الحاسمة للمدعي، وعليه كان على محكمة الاستئناف إفهام المدعي 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 بصدق 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 ١٥٤/٢٠٠٩/٣١، تاريخ ٢٠٠٩/١٢/٣١، منشور على موقع المقتني.

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

(١٠٦) ورد في الحكم "ولما كان الحكم المطعون فيه قد استخلص من مجرد إقرار الطاعنة الأولى بصحبة بصمتها على الورقة محل النزاع أن اليمين الحاسمة التي طلبت توجيهها إلى المطعون ضده - شأن حقيقة مضمون هذه الورقة وقضها الشمن المبين فيها - يمين كيدية ، وأن دفع الطاعتين بالجهالة بالنسبة لبصمة الختم المنسوبة لورثتها على العقد هو دفع غير جدي، وأخذ بالعقد بناء على ذلك ، دون توجيه اليمين الحاسمة ولا يمين عدم العلم ، دون تحقيق بصمة الختم المنسوبة للمرورة عليه - في حين أن إقرار الطاعنة الأولى بصحبة بصمة إصبعها على ورقة العقد وإن كان يكفي حجة على أنها ارتكست مضمون هذه الورقة والتزمت به إلا أنه - وقد ادعت أنه مختلس منها غشاً - لا يبرر مصادرة حقها في إثبات هذا الادعاء، ولا يفيد أنها متغيرة في استعمال حقها هذا بالاحتكام إلى ذمة أخيها باليمين الحاسمة - كما أنه لا يدل بحال على صحة بصمة الختم المنسوب للمرورة لاختلاف الأمرين وعدم ترتيب أحدهما على الآخر - في الحكم يكون قد أحاطاً في تطبيق القانون و أقام قضاءه على اعتبارات غير سائغة و ليس من شأنها أن تؤدي إلى ما انتهى إليه و شابه بذلك فساد في الاستدلال" ، الطعن رقم ٢٥٠٧ لسنة ٥٦ جلسة ٢٨/٠٣/١٩٨٩ ص ٤٠ ع ١٤٧٧ ق ١٥٣ منشور على موقع محكمة النقض المصرية: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

خلال اليمين^(١٠٧).

ونعتقد أن هذا الرأي إذا كان يقصد بجواز توجيه اليمين في مخالفة دليل كتابي حالة توجيهه اليمين بخصوص واقعة أخرى مرتبطة بالسند، أو توجيهها بقصد أسباب نشوء الدليل فهو منطقي، وسبق أن بينا ذلك سلفاً، أما إن كان القصد جواز التحريف في ذات الواقع 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 تحريف 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 تحريف اليمين، أما في حالة الإقرار فلا مبرر لتحريفها ما دام إنكار الحق غير متوافر، بل ثمة إقرار بها يدعوه المحرف^(١٠٨).

وقد جانت محكمة النقض الفلسطينية الصواب حين نقضت حكم الاستئناف المذكور بحجة أن المستأنف أقر بجزء من المبلغ وطلب التحريف 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 مجانية الصواب هو أنها أغفلت إقرار المستأنف ضمنياً بصحة السند العرفي، وأنه لم ينكره، وعليه لا يعتد بقوله بعد ذلك باشغال 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 المدعي به الذي قامت المدعية بدفعه له كجزء من ثمن شقة تم بيعها خارج دوائر التسجيل، ولم يدع المدعى عليه في اللائحة الجواية المقدمة منه أمام محكمة الاستئناف الوفاء بالمبلغ المدعي به ولم ينكر توقيعه على العقد، وبما أن اليمين الخامسة يجب أن توجه على وقائع ثابتة ومحددة وهو أمر جوازي للمحكمة وفقاً لأحكام المادة (٥٣) من قانون البيانات تستعمله إذا وجدت عدالة ما يستدعي ذلك وفق وقائع الدعوى وبيناتها، فإن عدم إفهام المدعى عليه أن من حقه توجيه اليمين الخامسة يكون واقعاً في محله"، قرار محكمة التمييز الأردنية/ حقوق رقم ٤٠٧٥/٢٠١٨ (هيئة عادية) تاريخ ٢٠١٨/٩/٢٣، منشورات مركز عدالة.

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

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

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

ج) التعسف في توجيهه اليمين فيما يخالف سندًا رسمياً

يعتبر توجيه اليمين فيما يخالف السند الرسمي تعسفيًا لأن السند الرسمي لا يطعن فيه إلا بالتزوير^(١١٠)، ولأن هذه القاعدة تعد نظامًا عامًا لا تجوز مخالفتها.

وقد تقرر في هذا الصدد أنه "من استقراء نص المادة ٥٥ من قانون البيانات 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 بعد 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 ٢٠٠٠/٧/١٩). وحيث منع القانون إثبات عكس ما ورد بعد 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 البيانات الفلسطيني بقولها "لا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب...".

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

(١١٠) حيث نصت المادة (١١) من قانون البيانات الفلسطيني على أنه "السنادات الرسمية حجة على الكافية 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 ٣٩٢٠ /٢٠٠٥ (هيئة خاصية) تاريخ ٢٠٠٦/٥/٢٨ منشورات مركز عدالة.

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

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

ويندرج ضمن صور مخالفة النظام العام أن تكون غاية اليمين إثبات تصرف يشترط القانون فيه شكلية معينة للاتفاق^(١١٣)، لأن 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 مبلغًا 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 مقابلًا ويدفع عنه الرسوم القانونية، وبناء على ذلك فإن توجيه اليمين الخامسة للمطعون ضده بالصيغة التي اقترحها الطاعن إزاء هذه المسألة يغدو غير متوج في الدعوى..."^(١١٤). وأكدت محكمة التمييز الأردنية على هذا الأمر بقولها "تعتبر اليمين كافية وسيلة إثبات يجب أن تكون متعلقة بالدعوى ومنتجة لأثارها وجائزًا قبولاً 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، ج ٢: الماد من ٥٩ إلى ٦٢، ٢٠٠٦، ص ٤٠٥. وانظر الومني، عيسى محمد، الإثبات باليمين في المواد المدنية والتجارية في القانون الأردني: دراسة مقارنة، رسالة تأهيل شهادة الماجستير، الجامعة الأردنية، ١٩٩٤، ص ٦١.

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

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

[التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

ويقع في نفس الدائرة التحريف على ما يخالف القرينة القانونية القاطعة، وإنما يجوز في القرينة البسيطة^(١١٦)، كما لا يجوز توجيه اليمين لإثبات ما يخالف حكمًا قضائيًا باتاً حاز الحجية^(١١٧).

رابعاً: تعسف اليمين لعدم تعلقها بشخص من وجهت إليه

نصل على هذا الشرط المادة (١٣٣) من قانون البيانات الفلسطيني بقولها "... ويجب أن تكون الواقعية التي تنصب عليها اليمين المتعلقة بشخص من وجهت إليه، فإذا كانت غير شخصية له انصب على مجرد علمه بها".

فإما أن يكون حلف اليمين مفاده نفي أو إثبات الواقعية المحلف فيها في حال كانت متعلقة بالمحلف ذاته، أي ما يتصل بذاته الشخصية فلا يملك فيه القول بالعلم من عدمه، أو يكون مفاد الحلف هو مجرد علمه أو عدم علمه بالواقعية، 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، وإذا كان الثابت في الأوراق أن اليمين التي طلب الطاعون توجيهها إلى المطعون ضدتها الأولى والثانية يؤدي حلفها إلى ثبوت ملكية المطعون ضدهما الأولين لساحة الأرض موضوع النزاع وغصبها منه وانصب 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 البيانات من وسائل الإثبات القانونية وبالتالي فإن من حق المميز

(١١٦) هرجة، مصطفى مجدي، مرجع سابق، ص ٤٠٥ . وانظر المونني، عيسى محمد، مرجع سابق، ص ٦٣ - ٦٤ .

(١١٧) البكري، محمد عزمي، مرجع سابق، ص ١٩ .

(١١٨) الطعن رقم ١٢٢٢ لسنة ٥٩ جلسة ٢٩/٠٦/١٩٩٣ ص ٧٩٢ ع ٢٦٨ ق ٤٤ س ١٩٩٣ المصرية: http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/All/Cassation_Court_All_Cases.aspx

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

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

وقضت محكمة التمييز الأردنية بعدم صحة اليمين لكون الواقع غير متصلة بالشخص المطلوب تحليقه، وذلك بقولها "لا توجه اليمين الخامسة إلا للشخص ولحسم النزاع ، فإذا خاصم المدعى في دعواه البنك ومدير فرعه في الشميساني لكي يجسم النزاع من البنك ، مع أن اليمين الخامسة التي تحسم النزاع مع البنك هي اليمين التي يحلفها مثل البنك القانوني وبالتالي فإن توجيه اليمين الخامسة في هذه الدعوى لموظفي البنك غير جائز"^(١٢٠)، وتعتبر اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه إذا كان مثلاً عن الشركة وحلف اليمين على العلم باعتبارها ليست متعلقة بشخصه^(١٢١).

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

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

(١٢٠) قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق) رقم ٦٠٩١ / ٢٠٠٦ (هيئة عامة) تاريخ ٤/٢٣/٢٠٠٧، منشورات مركز عدالة.

(١٢١) تقرر أنه "إذا أقيمت الدعوى من المميز ضدها كشركة ذات شخصية اعتبارية مستقلة عن شخصية الشركاء فيها، فإن مثل الشركة بخلاف اليمين الخامسة على العلم لأنها لا تتعلق بشخصه وذلك وفقاً لأحكام المادة (١٥٥) من قانون البيانات (انظر قرار تمييز حقوق ٢٥٦٦ / ٢٠٠٣ و ٢٠٠٢ / ٣٥٤). وحيث حلف مثل الشركة المدعية اليمين الخامسة بالصيغة التي قررتها محكمة الموضوع وعلى العلم فإن ذلك يتفق وأحكام المادة ١ / ٥٥ من قانون البيانات"، قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم ١٠٨٣ / ٢٠٠٥ (هيئة خمسية) تاريخ ٨/٨/٢٠٠٥، منشورات مركز عدالة.

(١٢٢) السنهوري، عبد الرزاق، ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٣١.

[التعسف في توجيه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

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 فيشرط فيه أهلية التصرف ، والنكول كالإقرار لا يملكه إلا من ملك التصرف في الحق" (١٢٣).

ويثور تساؤل بخصوص تحريف 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، يخلف الشخص الذي يدعى 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 متصلة بالواقعة، ونجد أن الشخص المتصل بالواقعة قد لا تكون له صفة واضحة في الدعوى في حال لم يكن هو ممثل الشخص المعنوي، فالالأصل 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 ٢٢٠٣/٠٣/٢٠٠٣ س ٥٤ ص ٩٨ . وانظر الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٣٤ جلسة ١٢/١٩٦٧ س ١٨ ص ٤ ق ١٨٥١ ، موقع محكمة النقض المصرية:

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

(١٢٤) السنهروري، عبد الرزاق، نظرية الالتزام بوجه عام، ج ٢، مرجع سابق، ص ٥٣٠ - ٥٣١ .

(١٢٥) انظر زوين، نبيل مهدي، توجيه اليمين للشخص المعنوي، مجلة القضاء المدني، س ٥، ع ١٠، ٢٠١٤، ص ١٨ - ١٩ .

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

الخاتمة

حاولنا في هذا البحث التطرق لمعيار التعسف في توجيه اليمين الخامسة وصوره، لنخلص إلى معرفة حدود التعسف بالنظر إلى مجلة الأحكام العدلية وفق نظرية التعسف في استعمال الحق، ونصوص قانون البيانات كقانون خاص يخصص ما يرد في المجلة، والوقف 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 التائج 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 كمعايير 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 الخامسة.
- مسألة التعسف في اليمين الخامسة تتعلق بالنظام العام أحياناً، ولا تتعلق به أحياناً

[التعسف، في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

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 المضروء بإثارته ولفت نظر المحكمة له، كحالة الخصم شديد التدين والورع، أو عديم الإيمان.

التصصيات

- نوصي المشرع الفلسطيني بتوضيح صياغة نصوص التعسف في توجيهه اليمين الحاسمة ونصوص شروط اليمين حتى لا يقع الخلط، وبحذا لو يشير إلى تبني النظرية العامة، أي نظرية التعسف في استعمال الحق.
- نوصي المشرع الفلسطيني بتعديل لفظة "يجوز" الواردة في المادة (٢/١٣٢) واستبدالها بلفظة "يجب"، للدلالة على دور المحكمة الإيجابي والوجوبي في التصدي للتعسف في توجيهه 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، معبقاء 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 وجهها عليه"، وكذلك نص الفصل (٦/٥٠٠) "إن كان من البين 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.

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

- بناء على ما سبق من توصيات، نقترح تعديل نص المادة (٢/١٣٢) من قانون البيانات الفلسطيني، واستبداله ليصبح شاملاً لما تمت التوصية به على النحو التالي
- "يجب على المحكمة أن تمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعرضاً 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 موجتها دليلاً في الدعوى د- توجيه اليمين الذي يستلزم تعقيداً في الإجراء في حال كان موجتها دليلاً 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 الخامسة ما يلي "١- لا 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- لا تهدف لإثبات معاملة يوجب القانون أن يكون إثباتها بحجة رسمية أو بالتسجيل. ٥- لا توجه لنفي أمر شهدت به الأدلة الرسمية إذا صرحت الموظف الذي حررها بأن ذلك وقع بمحضره. ٦- لا يقصد منها إثبات أمر قد ألغى بحكم لا رجوع فيه. ٧- لا تكون موجهة في المسائل الجنائية ولو من قبل الادعاء بالحق المدني".

المصادر والمراجع

المصادر

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

المراجع

- (١) أبو حجير، مجید 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، مج ٢٠، ع٣، ٢٠٠٥.
- (٣) الزرقا، مصطفى أحد، الفعل الضار والضمان فيه دراسة وصياغة قانونية مؤصلة على نصوص الشريعة الإسلامية وفقها انطلاقاً من نصوص القانون المدني الأردني، ط١، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨.
- (٤) إبراهيم، جلال محمد، مبادئ الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بدون طبعه، 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

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

- سنة نشر.
- (٦) التكروري، عثمان، الكافي في شرح قانون البيانات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٠١٣، بدون طبعة، دار الفكر، القدس، فلسطين، ٢٠٠١.
- (٧) الشوابة، زياد ذياب، الإثبات باليمين في المواد المدنية والتجارية (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر - غزة، ٢٠١٤.
- (٨) الخفاجي، أحمد خضرير عباس والعامري، حسين عبد الزهرة، الرجوع عن اليمين القضائية، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة - كلية القانون، مج ٢٩، ٢٠١٦.
- (٩) الدريري، فتحي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط٤، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٨.
- (١٠) الرزفي، عمار محسن، الطبيعة القانونية لليدين 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، ج ١،

[التعسف، في توجيهه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]

- بدون طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.
- (١٦) العبيدي، علي هادي، قراءة في قانون البيانات 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 - ٤.
- (٢٠) به، مو برويز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد "دراسة مقارنة"، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- (٢١) تتاغو، سمير عبد السيد، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٣.
- (٢٢) حيدر، علي، درر الحكم 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) ربيسي، عيسى غسان، النظام القانوني لليمين الحاسمة في قانون البيانات الأردني، مجلة العلوم القانونية والسياسية، مج ٤، ع ٧، ٢٠١٤.
- (٢٤) زبيدات، ياسر محمود محمد، شرح قانون البيانات الفلسطيني المواد المدنية والتجارية رقم (٤) لسنة ٢٠٠١، ط ١، بدون دار نشر، ٢٠١٠.
- (٢٥) زوين، نبيل مهدي، توجيه اليمين للشخص المعنوي، مجلة القضاء المدني، س ٥، ع ١٠، ٢٠١٤.
- (٢٦) شندي، يوسف، تعليق على حكم محكمة النقض الفلسطينية رام الله في القضية

[د. محمود عبد المحسن داود سلامة وأبراهيم خالد يحيى]

- الحقوقية رقم ٨٠٥ / ٢٠١١ الصادر بتاريخ ١٢ / 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 ١٩٨٦، ٤.
- (٢٨) قطاطة، باسم، اليمين كوسيلة إثبات، مجلة بحوث ودراسات قانونية، جمعية الحقوقين، تونس، ع ١٩٩٢، ١.
- (٢٩) محمود، سيد أحمد، إقامة الدليل أمام القضاء (المدنى) (إجراءات تقديم الدليل أمام القضاء المدنى)، ط ١، ٢٠٠٦.
- (٣٠) نشأت، أحمد، رسالة الإثبات، الجزء الثاني، بدون طبعة، بدون دار نشر، ٢٠٠٨.
- (٣١) هادي، قائد، اليمين الحاسمة ودورها في الإثبات المدنى (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة كربلاء العلمية، العراق، مج ٥، ع ٣، أيلول ٢٠٠٧.
- (٣٢) هرجة، مصطفى مجدي، الإثبات المدنى والجنائي: التعليق على قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية والمعدل بالقانون ٧٦ لسنة ٢٠٠٧ في ضوء الفقه والقضاء، ج ٢: المواد من (٥٩) إلى (١٦٢)، بدون طبعة، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٦.

[التعسف في توجيه اليمين الحاسمة في قانون البيانات الفلسطيني]
