المعاينة كوسيلة من وسائل الاثبات القضائي- دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون العراقي-

عبد السلام صبري محمد

قاضي محكمة استئناف كركوك/ نائب مدعي عام

INSPECTION AS A MEANS OF JUDICIAL PROOF - A COMPARATIVE ANALYTICAL STUDY BETWEEN ISLAMIC JURISPRUDENCE AND IRAQI LAW -

Abdel Salam Sabry Mohamed
Judge of the Kirkuk Court of Appeal / Deputy Attorney General

المستخلص

يعد موضوع (المعاينة كوسيلة من وسائل الاثبات القضائي) من الموضوعات المهمة فقد اشارت اليها الشريعة الاسلامية. وفي القانون أفرد المشرع العراقي الفصل السابع من قانون الاثبات المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ تحت عنوان المعاينة(المواد١٢٥-١٣١). وفي القضاء لا يخلو دعوى فيها عقار او منقول متنازع عليه الا فيها معاينة الا ما ندر ومن خلال ما تقدم تتضح اهمية الموضوع، من هذا المنطلق آثرت الكتابة في موضوع (المعاينة كوسيلة من وسائل الاثبات القضائي بين الفقه الاسلامي والقانون العراقي).

الكلمات المفتاحية: المعاينة، الاثبات، القضائي، الفقه الاسلامي

Abstract

The issue of (inspection as a means of judicial proof) is an important topic, as Islamic Sharia referred to it. In the law, the Iraqi legislator singled out Chapter VII of the Evidence Law No. 107 of 1979 under the title Inspection (Articles 125-131). In the judiciary, there is no case in which a property or movable property is disputed except in which it is an inspection except for what is rare and through the foregoing the importance of the subject becomes clear, from this point of view I preferred writing on the

المنارة للاستشارات

www.mar

topic (inspection as a means of judicial evidence between Islamic jurisprudence and Iraqi law.(

Key words: inspection, evidence, judicial, Islamic jurisprudence

المقدمة

الحمدُ للهِ ربِّ العالمينَ والصلاةُ والسلامُ على أشرفِ المرسلينَ سيدِنا محمدٍ المبعوثِ رحمةً للعالمينَ، وعلى آلهِ وصحبهِ ومنْ تبِعَهُم بإحسانٍ الى يومِ الدينِ ٠

أما بعدُ: فإن العدلَ هو غايةٌ من غاياتِ رسالة اللهِ وقيمةٌ سامية من القيمِ الإسلاميةِ العليا؛ لأَن بإقامةِ العدلِ تشيعُ الطمأنينةُ، وإن من أهم الوسائل التي يتحقق بها القسط، وتحفظ بها الحقوقُ وتصان الدماءُ والأعراض والأموال هي إقامة نظام قضائي سليم، يبيّن أُصول التقاضي بين الأَفراد، ويحدد طرق إقامة الدعوى التي هي أداة لصيانة الحقوق واستيفائها، ولما كانت الدعوى لابد وأن يتم إثباتها بدليل يظهر الحق، ويقيم الحجة على الباطل فقد سعت شرائع السماء، وأتْبَعَتْها قوانين الأرض في تحديد طرق الإثبات، وفي مقدمة شرائع السماء، الشريعة الاسلامية، ومن القوانين، قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة١٩٧٩، وقانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، وغيرهما من قوانين الاثبات في الدولِ العربية، اهتمت الشريعة الإسلامية بقواعد الإثبات وتناولتها تحت باب البينات، ففي الحديث الشريف((لَو يُعطَى النَّاسُ بِدَعواهُم، لادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجالٍ وأَموالَهُم، ولكِنَّ اليمينَ على المُدَّعى عليه))[١].

إن إقامة الدليل على الحق تكون بالبينة؛ ولكن هل البينة هي الشهادة فقط، ام هي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره؟ وبالتالي تشمل البينة وسائل إثبات أُخرى منها المعاينة (الكشف)، ثم ما هي مكانة المعاينة في الاثبات القضائي؟ وما هي حجيتها؟ وما هي الثقة بالمعاينة؟ وما أهميتها في إثبات الحق أو نفيه في الدعوى المدنية؟

من هذا المنطلق آثرت الكتابة في موضوع (المعاينة كوسيلة من وسائل الاثبات القضائي بين الفقه الاسلامي والقانون العراقي)، عليه نجد لزاماً علينا بيان أهمية

---

(١)النيسابوري، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري (ت٢٦١هـ)، صحيح مسلم، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، إحياء التراث العربي للنشر، بيروت، لبنان، ب ط، ب ت، متن مرتبط بشرح النووي والسيوطي، رقم الحديث ١٧١١ج٣ص١٣٣٦.

المنارة للاستشارات

www.mar

الموضوع، ومشكلة البحث وفرضياته، وخطة البحث، و منهجيته، وهذا ما سنتناوله تباعاً:-

اولاً: أهمية الموضوع: يعد موضوع (المعاينة كوسيلة من وسائل الاثبات القضائي) من الموضوعات المهمة فقد اشارت اليها الشريعة الاسلامية. وفي القانون أفرد المشرع العراقي الفصل السابع من قانون الاثبات المرقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ تحت عنوان المعاينة(المواد١٢٥-١٣١). وفي القضاء لا يخلو دعوى فيها عقار او منقول متنازع عليه الا فيها معاينة الا ما ندر ومن خلال ما تقدم تتضح اهمية الموضوع .

ثانياً: فرضيات البحث:يقوم موضوع البحث(المعاينة كوسيلة من وسائل الاثبات القضائي) على جملة فرضيات، منها هل إن حجية المعاينة في الدعوى المدنية مطلقة أم مقيدة؟ مدى الزام المعاينة للقاضي في الدعوى؟ ماهي السلطة التقديرية للقاضي في تقدير نتيجة المعاينة؟ وما هي اوجه الشبه بين الفقه الاسلامي وبين القانون من جهة المعاينة؟

ثالثاً: خطة البحث: لقد ارتأيت أن أُقسم بحثي الموسوم (المعاينة كوسيلة من وسائل الاثبات القضائي) على مبحثين يسبقهما مطلب تمهيدي خصصته لماهية البينة والإثبات والدعوى، أما المبحث الأول فتناولت فيه ماهية المعاينة في الشريعة الإسلامية والقانون، وقسمته على مطلبين: خصصتُ المطلب الأول بماهية المعاينة في الفقه الاسلامي، وخصصت المطلب الثاني بماهية المعاينة وشروطها واجراءاتها في قانون الإثبات العراقي. أما في المبحث الثاني فقد تناولت حجية المعاينة في الفقه الإسلامي والقانون وذلك في مطلبين: أما المطلب الاول: ففي دراسة حجية المعاينة في الفقه الاسلامي، وفي المطلب الثاني: بحثت حجية المعاينة في القانون العراقي. ثم ختمت البحث بخلاصة تناولت فيه النتائج التي توصلت اليها، وأهم التوصيات.

رابعاً: منهجية البحث:اعتمدت في هذه البحث على اسلوب التحليل المقارن للأحكام والقواعد التي تخضع لها المعاينة عن طريق نصوص الشريعة الاسلامية والقانون العراقي. فضلاً عن الاحكام القضائية والآراء الفقهية ومحاولة تطويعها بما ينسجم وموضوع البحث.

المنارة للاستشارات
www.mar

وقد حرصت في بحثي أن أكون موضوعياً، وحاولت أن أعود إلى أُمهات الكتب وأسند كل رأي إلى قائله كلما استطعت إلى ذلك سبيلاً، وأتبعت في طريقة كتابة المراجع في الهوامش البدء بلقب المؤلف فكنيته واسمه أو احداهما وسنة وفاته، ثم اسم الكتاب، واسم المحقق إن وجد، ودار النشر، ومكانه بذكر المدينة والدولة، ثم تسلسل الطبعة وسنة الطبع، ثم رقم الحديث والباب بالنسبة لكتب الحديث، أو الفقرة إن وجدت بالنسبة لبعض الكتب الاخرى، ثم الجزء والصفحة. وعادة أكتب اسم دار النشر بدون ذكر كلمة دار لأجل الاختصار، وفي بعض الأحيان أذكر كلمة دار لغرض الإيضاح، وإذا تعددت المصادر في الهامش الواحد فإنما أُوردها بلون غامق لغرض تمييز مصدر عن آخر. هذا ولما كانت بعض المصادر ورد دون ذكر دار النشر؛ فأتبع كتابة الرمز، ب د، للدلالة على عَدم ورود ذكر دار النشر، ورمز، ب م، للدلالة على عَدم ذكر مكان النشر، وكذلك رمز، ب ط، لعدم ورود تسلسل الطبعة، ورمز، ب ت، لعدم ذكر تأريخ الطبعة متبعا في ذلك كتب مناهج البحث العلمي قدر المستطاع(١).

وفي ترتيب المصادر أبدأ بكتاب الله، القرآن الكريم، بدون تسلسل ايماناً بعَدم جواز مقارنته بالكتب الاخرى، ثم كتب تفسير القرآن الكريم، ثم كتب الحديث حسب تسلسلها التاريخي؛ ثم كتب الفقه الاسلامي وحسب تواريخ تأليف تلك الكتب، ثم المصادر القانونية ومنها مصادر الكترونية، ثم معاجم اللغة، فمصادر اعداد الرسائل والبحوث.

وختاماً: أرجو أن يكون جُهدي هذا قد استطاع الإيفاء بحق موضوعنا، وبما يخدم المادة العلمية في موضوع (المعاينة كوسيلة من وسائل الاثبات القضائي)، ولا أدعي أني أحطت بهذا الموضوع من كل جوانبه؛ لكن حسبي أني بذلت الوسعَ في ذلك، فما كان فيه من صواب فهو من الله، وما كان فيه من خطأ أو نسيان فمن نفسي ومن الشيطانِ، واللهُ ورسولُهُ منه بريئان، وأسأل الله أن ينير به دربي يوم القيامة وأن يجعله

(١)عصمت عبدالمجيد بكر، أصول البحث القانوني، المكتبة القانونية للنشر، بغداد، ط٢، ١٩٩٩، ص٦٧؛ وصلاح الدين فوزي، المنهجية في اعداد الرسائل والابحاث القانونية، النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، ب ط، ٢٠٠١، ص١٦٦ ؛ وعلي محمد مقبول، مناهج البحث العلمي، الايمان للنشر، اسكندرية، مصر، ط١، ٢٠٠٨، ص١٧٢؛ والعبيدي عواد حسين ياسين، المرشد في كتابة البحوث، مكتبة السنهوري للنشر، بغداد، العراق، ط١، ٢٠١٥،ص١٠٦.

المنارة للاستشارات

www.mar

في ميزان حسناتي، ولا يسَعُني القول سوى أن البحث قد أُنجز بفضل الله، سبحانه وتعالى، وبتوفيقه، فله الحمد وحده، وله الفضلُ والمنَّة. وصلَّى الله على نبيّنا مُحَمَّدٍ وعلى آله وأصحابه الأخيار وسلمَّ تسليماً كثيراً. ﴿رَبَّنَا لَا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ﴾[1].

المطلب التمهيدي

ماهية البينة والإثبات والدعوى

يعود الإثبات القضائي في وجودهِ إلى عصور موغلة في القدم، ففي العراق القديم، وفي قانون حمورابي بالذات أخذت البينات القضائية، صوراً متعددة منها الكتابة، إذ كانت التصرفات والمعاملات المالية تدون في ألواح ويشهد على فحواها كتاب متخصصون، لا بل إن مشتري بعض الأموال من ابنِ رجلٍ حرٍ أَو من عبدهِ إذا لم يحرر عقداً بذلك وبحضور عدد من الشهود، فإنه يعد سارقاً، ويُعدَم[2]. وإن امتلاك أحد أطراف الدعوى محرراً كتابياً يعني إقامة قرينة قاطعة لصالحهِ، بحيث لا يسمع ضده أَي دليل آخر[3].

واهتمت الشريعة الإسلامية بقواعد الإثبات، وعنى القرآن الكريم بالإثبات عناية فائقة تتجلى في كثرة ما ورد في صدد طرق الإثبات من آيات، ففي آية الدَّين–وهي اطول آية في القرآن الكريم– قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا

([1]) سورة ال عمران: الآية ٨.

([2]) الحمداني، شعيب احمد، قانون حمورابي، المكتبة القانونية للنشر، بغداد، العراق، ب ط، ب ت، المادة/ ٧ من قانون حمورابي، ص٧٤.

([3]) عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، مطبعة الزمان للنشر، بغداد، العراق ، ط٢ ، ٢٠٠٦، ص٣.

المنارة للاستشارات

www.mar

فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ . وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴾[١]. وقول الله عزَ وجلّ: ﴿وَمَنْ أَظْلَمُ مِمَّنْ كَتَمَ شَهَادَةً﴾[٢].

يضاف إلى ذلك الأحاديث والآثار النبوية الشريفة والروايات المتعددة الخاصة بالإثبات وطرقه، فقد ورد في الحديث الشريف: ((لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ، لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ))[٣]. وقد قرر علماء الإسلام أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل أنه يحتاج الى دليل أَو تصديق المدعى عليه، فالحكمة ظاهرة من الحديث النبوي، وهي أنه لا يمكن صيانة الأموال والدماء إلا بالبينة أَو اليمين[٤].

وتقوم فلسفة الإثبات في الشريعة الإسلامية على الاسس نفسها التي قامت عليها هذه الشريعة من توخي مصلحة المكلفين في التيسير في إثبات الحقوق وتجريد الدعوى ووسائل الإثبات مما كان يشوبها في الشرائع التي سبقت٠ وامتازت اجراءات الإثبات والتقاضي في الإسلام منذ بادئ أمرها بكونها على جانب كبير من البساطة واليسر، وكانت خالية من الصيغ والشكليات وذلك لتحقيق العدل الذي أمرت به الكثير من الآيات القرآنية، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا

(١) سورة البقرة: من الآيتين ٢٨٢ و ٢٨٣.
(٢) سورة البقرة: الآية ١٤٠.
(٣) سبق تخريجه ص١.
(٤) عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، مصدر سابق، ص٤.

المنارة للاستشارات
www.mar

حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ...﴾[1]. وتشمل الأمانات جميع الحقوق، والحكم بالعدل هو القضاء بتلك الأمانات في حال النزاع حولها[2].

وفي العراق كانت مجلة الأحكام العدلية تضم أحكام الإثبات المدني وعليها كان مدار العمل في المحاكم، ثم القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، ثم نظم الاثبات القضائي في قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ إلى تاريخ نفاذ قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ ثم صدر قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩. وحدد قانون الإثبات المذكور سريانه على: القضايا المدنية، والتجارية، والمسائل المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمسائل غير المالية المتعلقة بالأحوال الشخصية مالم يوجد دليل شرعي خاص أَو نص في قانون الأحوال الشخصية يقضي بخلاف ما ورد في القانون المذكور[3]. ولغرض معرفة ماهية البينة والإثبات والدعوى، سنتناول المقصود بالبينة والإثبات والدعوى وذلك على النحو الاتي:

اولا- المقصود بالبينة: للبينة معنيان:

١ - **معنى عام**، وهو الدليل أَياً كان، كتابة أَو شهادة أَو قرائن، فيقال: ((البينة على المدعى، واليمين على من أنكر))([4])، فيكون المقصود هنا البينة بالمعنى العام. وبهذا المعنى قال الله تعالى: ﴿قَالُوا يَا هُود مَا جِئْتَنَا بِبَيِّنَةٍ﴾[5]. أَي بُرْهَان عَلَى قَوْلك[6].﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ رُسُلًا إِلَى قَوْمِهِمْ فَجَاءُوهُمْ بِالْبَيِّنَاتِ﴾[7].أَي بِالْحُجَجِ الْوَاضِحَات عَلَى

([1]) سورة النساء: من الآية ٥٨.

([2]) عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، مصدر سابق، ص٤.

([3]) المادة/ ١١ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

([4]) الألباني ، محمد ناصر الدين (ت١٤٢٠هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي للنشر، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م، رقم الحديث ١٩٣٨، ج٦ ص ٣٥٧.

([5]) سورة هود: من الآية ٥٣.

([6]) المحلي، جلال الدين محمد بن أحمد (ت٨٦٤هـ) و السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت٩١١هـ)، تفسير الجلالين، ابن كثير للنشر، دمشق، سوريا، ط٦، ١٤١٤ه ١٩٩٣م، تفسير سورة هود الآية : ٥٣ ص٢٢٧.

([7]) سورة الروم: من الآية ٤٧.

المنارة للاستشارات

www.mar

صِدْقهمْ فِي رِسَالَتهمْ إِلَيْهِمْ[١]. وعرفته المادة – ١٦٧٦ – من مجلة الأحكام العدلية ((البينةُ، هي الحجة القوية))[٢]. إذاً البينة بالمعنى العام: هي إقامة الدليل على واقعة معينة بالكتابة أو الشهادة أو المعاينة أو القرائن أو غيرها من أدلة الاثبات.

٢- **معنى خاص**، وهو شهادة الشهود دون غيرها من الادلة. فالبينة بالمعنى الخاص: هي اقامة الدليل على واقعة معينة بالشهادة فقط. فتنصرف لفظ البينة إلى الشهادة دون غيرها ونقصد هذا المعنى الخاص عندما نقول (ما لا تزيد قيمته على – كذا دينار– يجوز إثباته بالبينة) وهذا المعنى يقتصر على البينة بمعناها الخاص أي الشهادة.

فالأصل أن البينة تطلق على كل ما يبين به الحق، ولكن جمهور الفقهاء خصوها بالشهادة، ولذا قد عتب عليهم ابن القيم في هذا التخصيص وقال: ((إن من خصَّ البينة بشهادة الشهود لم يوف مسماها حقه))[٣].

ثانياً– المقصود بالإثبات

١ـ **الإثبات في الاصطلاح اللغوي**: ((ثبِت ثباتاً وثبوتاً، أَي استقر، ويقال ثبت بالمكان: أقام وثبت الأمر: صحَّ وتحقق، ويقال: أثبت الكتاب: أَي سجله، وأثبت الحق: أقام حجته، وثبت الشيء: أثبته))[٤].

٢ـ **في الاصطلاح الشرعي**: الاثبات: ((اقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أَو واقعة معينة تترتب عليها آثار شرعية))[٥].

---

(١) المحلي والسيوطي، مصدر سابق، تفسير سورة الروم، الآية ٤٧ ص ٤٠٩.

(٢) مجلة الأحكام العدلية، فقه المعاملات في المذهب الحنفي، في الخلافة العثمانية سنة ١٢٩٣هـ١٨٧٦م، تحقيق: نجيب هواويني، دار ابن حزم النشر، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٤.

(٣) عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية، ب ت، العدد٥٩ ص٩٤ .

(٤) إبراهيم مصطفى(وآخرون)، المعجم الوسيط، ، دار الدعوة، ب م، ب ت، ب ط، ج١ ص٩٣.

(٥) الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت: ٨١٦هـ)، التعريفات، التحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م، ١/ ١٠٤؛ موسوعة الفقه الاسلامي، موقع وزارة الاوقاف المصرية، ب ن، ب م، ب ط، ب ت، ج١ ص٤٨.

المنارة للاستشارات

www.mar

٣ـ في الاصطلاح القانوني: عرفه الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بقوله: الاثبات: ((إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها))[١]. والدكتور سليمان مرقِس بقوله: ((الإثبات هو إقامة الدليل على حقيقة أمر مدعى به، نظراً لما يترتب عليه من آثار قانونية))[٢]. إذاً الإثبات القضائي هو اقامة الحجة على صحة الحق المدعي به بالأدلة المشروعة.

ثالثاً– المقصود بالدعوى:

١ – **في الاصطلاح اللغوي:** الدعوى اسم من الادعاء، اي اسم لما يُدَّعَى، ويجمع على، دعاوَى ـ بالفتح ـ ورجحه بعض العلماء لان فيه تخفيفاً. وعلى، دعاوِي ـ بالكسر ـ ويفهم من كلام سيبويه انه الاولى، بناء على ان ما بعد الف الجمع لا يكون الا مكسوراً [٣].

وتطلق عدة اطلاقات ترجع اغلبها الى معنى الطلب ومنها الطلب والتمني: نحو قوله تعالى: ﴿ **لَهُمْ فِيهَا فَاكِهَةٌ وَلَهُمْ مَا يَدَّعُونَ**﴾ [٤]. اي يطلبون ويتمنون. وبمعنى الدعاء، فالدعوى مشتقة من الدعاء، وهو الطلب.

٢– **في الاصطلاح الشرعي:** الدعوى قول يطلب به الإنسان إثبات حق على الغير[٥].

---

(١) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الحلبي للنشر ، بيروت، لبنان، ط٣، ٢٠٠٠، ج٢ص١٤.

(٢) مرقس سُليمان مرقِس، أصول الاثبات و إجراءاته، الجيل للنشر، القاهرة ، مصر ، ب ط، ١٩٨٦ فقرة ١ ج١ص١١.

(٣) الإفريقى، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى، (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤١٤هـ، ١٤/ ٢٦١ ؛ الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الحموي، أبو العباس (ت: نحو ٧٧٠هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير ، المكتبة العلمية للنشر، بيروت، لبنان، ١٩٤/١ ؛ الزَّبيدي أبو الفيض، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، (ت ١٢٠٥هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية للنشر، ٥٢/٣٨.

(٤) سورة يس من الاية٥٧.

(٥) مصطفى ديب بيغا، و اخرون ـ الدعاوي والبينات والقضاء، المصطفى للنشر، دمشق، سوريا، ط١، ٢٠٠٦ م، ص٥٠.

المنارة للاستشارات

www.mar

٣- **في الاصطلاح القانوني:** الدعوى هي طلب شخص حقه من اخر امام القضاء [١]. وهو مقبس من مجلة الاحكام العدلية

هذا وتتنوع الدعاوِي ففي الفقه الاسلامي تقسم الدعاوى باعتبار حله او حرمته الى دعاوي التهمة ويكون المدعى فيها محرماً موجباً للعقوبة كالقتل او السرقة، ودعاوى غير التهمة لا يكون المدعى فيها فعلاً محرماً. كعقد البيع والقرض والرهن[٢].

في حين في القانون والقضاء العراقي تختلف التسميات فتُقسم الى دعاوي مدنية واخرى جزائية[٣]. وللدعاوى المدنية عدة تقسيمات اهمها دعاوي عينية واخرى شخصية ودعاوي عقارية واخرى منقولة ودعاوى حق عيني واخرى دعاوي حيازة[٤].

وبعد هذا المطلب التمهيدي سنبحث المعاينة في مبحثين : الاول لبحث ماهية المعاينة في الفقه الاسلامي والقانون العراقي، والثاني لبحث حجية المعاينة في الفقه الاسلامي والقانون العراقي، وعلى النحو الاتي:

المبحث الأول

ماهية المعاينة في الفقه الإسلامي وقانون الاثبات العراقي

للمعاينة معنى لغوي وكذلك معنى شرعي واخر قانوني، عليه سنتناول ماهية المعاينة في مطلبين: الاول لماهية المعاينة في الفقه الاسلامي، والثاني لماهية المعاينة في قانون الاثبات العراقي، وعلى النحو الاتي:

(١) مادة/٢ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة١٩٦٩.

(٢) مصطفى ديب بيغا، مصدر سابق، ص٥٠.

(٣) وسنقتصر في المعاينة كوسيلة للإثبات القضائي في الدعاوي المدنية في القانون ويقابلها دعاوى غير التهمة في الفقه الاسلامي. حيث ان البحث في الدعاوى الجزائية وما يقابلها من دعاوي التهمة مطول وباب المقارنة واسع.

(٤)العلام، عبد الرحمن، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة١٩٦٩م، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، المكتبة القانونية للنشر، بغداد، العراق، ١٤٨/١ .

المنارة للاستشارات

www.mar

المطلب الأول

ماهية المعاينة في الفقه الاسلامي

اولاً: المعاينة بالاصطلاح اللغوي: العين والمعاينة، وعاينه، ورآه عيناً: لم يشك في رؤيته إياه، ورأيت فلاناً عيناً: أي مواجهة، وعاينت الشيء: ابصرته[١].والعَيْنُ والمُعَايَنَةُ: النّظر وَقد عايَنَه مُعاينَةً وعِيانا، وَرَآهُ عِيانا: لم يشك فِي رُؤْيَته إِيَّاه ولقيه عِيانا أَي مُعايَنَةً وَلَيْسَ فِي كل شَيْء قيل مثل هَذَا، وَلَو قلت لَقيته لحاظا لم يجز، إِنَّمَا يحْكى من ذَلِك مَا سمع[٢].

والعَيْنُ والمُعاينة: النَّظَرُ، وَقَدْ عايَنَهُ مُعاينة وعِياناً. وَرَآهُ عِياناً: لَمْ يَشُكَّ فِي رُؤْيَتِهِ إياه. ورأَيت فُلَانًا عِياناً أَي مُوَاجَهَةً. وَلَقِيَهُ عِياناً أَي مُعاينة، وَلَيْسَ فِي كُلِّ شَيْءٍ قِيلَ مِثْلُ هَذَا، وتعَيَّنْتُ الشَّيْءَ[٣].

عاينَ يعاين، معاينةً وعِيانًا، فهو مُعاين، والمفعول مُعايَن. عايَن الموقِعَ: رآه أو شاهده بعينه، تحقَّق منه بنفسه بنظرة عامَّة أو شاملة. عليه "عاين الجريمةَ/ البضاعةَ/ الأثاثَ– عاين حالةَ المريض: فحصها". رآه عِيانًا: رآه مشاهدة، ووقف عليه– شاهد عِيان: شاهد يشهد بشيء رآه– ظهَر للعيان: اتَّضح، بدا للنّظر[٤].

فالعين: معاينة الشئ[٥].

ومنه قول الله تعالى:﴿ قَدْ كَانَ لَكُمْ آيَةٌ فِي فِئَتَيْنِ الْتَقَتَا فِئَةٌ تُقَاتِلُ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَأُخْرَى كَافِرَةٌ يَرَوْنَهُمْ مِثْلَيْهِمْ رَأْيَ الْعَيْنِ وَاللَّهُ يُؤَيِّدُ بِنَصْرِهِ مَنْ يَشَاءُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَعِبْرَةً لِأُولِي الْأَبْصَارِ ١٣﴾[١].

---

(١) الافريقي، مصدر سابق، باب العين مع النون، ج١٣ص٣٠٢.

(٢) المرسي، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده (ت ٤٥٨هـ)، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، لبنان، ط١ ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ٢٤٩/٢ ؛ الإفريقى، مصدر سابق، ٣٠٢/١٣ .

(٣) الفيروز آبادي، أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب (ت ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة للنشر، بيروت، لبنان، ط٨، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥، ١/ ١٢١٨

(٤)أحمد مختار عبد الحميد عمر، (ت ١٤٢٤هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب للنشر، ط١، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م، ١٥٨٥/٢.

(٥) سورة ال عمران من الاية ١٣.

المنارة للاستشارات

www.mar

ثانياً: المعاينة بالاصطلاح الشرعي: لم يتناول الفقهاء الاجلاء تعريف المعاينة ولم يعقد احد لها احكاماً خاصةٍ بها؛ وإنما تعرضوا لها من خلال تعريفاتهم الفقهية في ثنايا كتبهم الفقهية؛ إلا أنه لم يخلو أن عرفه الفقهاء المتأخرون مثل الشيخ احمد ابراهيم والدكتور محمد وهبة الزحيلي.

فعرفها الشيخُ احمد ابراهيم: بأنها مشاهدة القاضي بنفسه أو بواسطة امينه محل النزاع بين المتخاصمين فيما يمكن أن يدرك حقيقة الامر بنفسه او نائبه، أو بواسطة اهل الخبرة في المسائل الفنية التي لا قبل له بالبت ومعرفتها على حقيقتها ولو بطريق الظن الراجح الذي يوجد في النفس الطمأنينة إلا لأهل الفن(الاختصاص)[٢].

وعرفها الدكتور محمد وهبة الزحيلي: بأنها مشاهدة القاضي بنفسه أو بواسطة أمينه محل النزاع بين المتخاصمين لمعرفة حقيقة الأمر[٣].

هذا وتأتي المعاينة شرط من شروط التحمل في الشهادة، فالشَّهَادَة التي من اهم وسائل الاثبات، هي إِخْبَار بِحَق شَّخْص على غَيره عَن مُشَاهدَة الْقَضِيَّة الَّتِي يشْهد بهَا بالتحقيق وَعَن عيان، لَا عَن تخمين وحسبان أَي عَن مُعَاينَة تِلْكَ الْقَضِيَّة. لقولهﷺ : ((إِذا علمت مثل الشَّمْس فاشهد وَإِلَّا فدع))[٤]. وَقَوْلهمْ لَا عَن تخمين تَأْكِيد لِمَعْنى الْمُشَاهدَة. وَقَوْلهمْ وحسبان أَي لَا عَن حسبان تَأْكِيد لِمَعْنى العيان[٥].

ثالثاً: آثار المعاينة في الشريعة الاسلامية: الشريعة الاسلامية ليس فيها نص صريح يدل على ان المعاينة من وسائل الاثبات، بمعنى ان نظرية الاثبات في الفقه الاسلامي

---

(١) سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر للنشر، دمشق، سورية، ١٩٩٣ م، ط٢ ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م، ١ /١٤٠.

(٢) السيد عبد الصمد محمد يوسف، ادلة الاثبات القضائي في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الاسكندرية، ط١، ٢٠١٣، ص٣٨١، نقلا عن احمد ابراهيم، طرق الثبات الشرعية،ص٢٦٤.

(٣) السيد عبد الصمد محمد يوسف، المصدر السابق، ص٣٨٢ نقلا عن محمد وهبة الزحيلي، وسائل الاثبات في الشريعة الاسلامية،٥٤٩/٢.

(٤) البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني(ت: ٤٥٨ه)، شعب الأيمان، الرشد للنشر، الرياض، السعودية، ط١، ١٤٢٣ه - ٢٠٠٣م، ج١٣ ص٣٤٩.

(٥) الأحمد نكري ، عبد النبي بن عبد الرسول، (تاريخ تاليف الكتاب ١١٧٣ه) دستور العلماء ، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية للنشر، لبنان، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ١٦٢/٢.

المنارة للاستشارات

www.mar

لم تتضمن قواعد منضبطة للمعاينة، خلافاً لطرق الاثبات الاخرى كالشهادة والاقرار واليمين مثلاً. غير اننا نجد امثلة كثيرة يدلنا على اهمية المعاينة لدى المسلمين في كل العصور الاسلامية.

فمما ورد في القرآن الكريم، قوله تعالى: ﴿ قَالَ هِيَ رَاوَدَتْنِي عَنْ نَفْسِي وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٢٦) وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ (٢٧) فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قُدَّ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنَّ كَيْدَكُنَّ عَظِيمٌ (٢٨)﴾ [١].

يروى أن امرأة العزيز كان لها ابن عم حكيم وكان مع الملك وقت ان قُد قميص يوسفعليه السلام فيقول: سمعت صوت شق القميص الا انني لا ادري ايكما قدام صاحبه، فأن شق القميص من قدام فأنتِ صادقة، وأن كان من خلف فالرجل صادق، وانت كاذبة. فلما عاين القميص فوجده قد شق من الخلف، قال ابن عمها: انه من كيدكن، إن كيدكنّ عظيم. وقيل ان الشاهد كان صبياً ويقرب لزوجة العزيز وانه ابن خالها، وذلك لقولهﷺ: وشاهد يوسف[٢].

في الحديث عَنْ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِﷺ: ((لَيْسَ الْمُعَايَنَةُ كَالْخَبَرِ، قَالَ اللهُ لِمُوسَى: إِنَّ قَوْمَكَ قَدْ فُتِنُوا، فَلَمْ يُلْقِ الْأَلْوَاحَ، فَلَمَّا عَايَنَ، أَلْقَى، الْأَلْوَاحَ فَكَسَرَهَا))[٣].

وبخصوص معاينة بئرِ بُضاعةَ عن أبي سعيد الخُدْريّ، قال: سمعتُ رسولَ الله ﷺ وهو يقال له: إنَّه يُستَقَى لكَ من بئرِ بُضاعة، وهي بئرٌ يُلقَى فيها لحومُ الكِلابِ والمَحايضُ وعِذَرُ النَّاس، فقال رسولُ الله ﷺ : "إنَّ الماءَ طَهورٌ لا يُنجِّسُهُ شيءٌ"[٤].

---

(١) سورة يوسف من الايات ٢٦ و٢٧و٢٨.

(٢)الطبري أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، (ت: ٣١٠هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠، ٦٠/١٦ .

(٣)الطبراني، أبو القاسم، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، (ت ٣٦٠هـ)، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية للنشر، القاهرة، ط٢، دار الصميعي للنشر، الرياض، ط١، ١٤١٥هـ ١٩٩٤ م، ١٢ /٥٤، حديث رقم ١٢٤٥١.

(٤)السِّجِسْتاني، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي (ت: ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، تحقيق: شعَيب الأرنؤوط - محَمَّد كامِل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط١، ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م،٥١/١.

المنارة للاستشارات

www.mar

قال أبو داود: سمعتُ قتيبةَ بنَ سعيد قال: سألت قَيِّمَ بئرِ بُضاعةَ عن عُمقها، قال: أكثَرُ ما يكونُ فيها الماءُ إلى العانةِ، قلتُ: فإذا نقصَ؟ قال: دونَ العَورَة. قال أبو داود: وقدَّرتُ أنا بئرَ بُضاعةَ بردائي مَدَدتُه عليها، ثمَّ ذَرَعتُه، فإذا عَرضُها ستَّة أذرُع، وسألتُ الذي فتحَ لي البستانَ فأدخَلَني إليه: هل غُيِّرَ بناؤُها عمَّا كانت عليه؟ قال: لا، ورأيتُ فيها ماءً مُتغيِّر اللَّون.

والسؤال المطروح: كيف يُظن بأهل ذلك الزمان وهم أعلى طبقات أهل الدين، وأفضل جماعة المسلمين، والماء في بلادهم أعز، والحاجة إليه أمس، أن يكون هذا صنيعهم بالماء وامتهانهم له، وقد لعن رسول اللهﷺ مَن تغوّط في موارد الماء ومَشارِعِه، فكيف من اتخذ عيون الماء ومنابعه رصداً للأنجاس ومطرحاً للأقذار وهذا ما لا يليق بحالهم؟ والجواب على ذلك، إنما كان هذا من أجل أن هذه البئر موضعها في حُدور من الأرض وأن السيول كانت تكسح هذه الأقذار من الطرق والأفنية، وتحملها فتلقيها فيها، وكان الماء لكثرته لا يؤثر فيه وقوع هذه الأشياء ولا يُغيّره، فسألوا رسول اللهﷺ عن شأنها ليعلموا حكمها في الطهارة والنجاسة، فكان من جوابه لهم .... [١].

وجه الدلالة: معاينة عالمين جليلين من العلماء المسلمين لبئرِ بُضاعةَ، حرصاً من العلماء واطمئناناً وتثبتاً.

المطلب الثاني

ماهية المعاينة واجراءاتها وشروطها في قانون الإثبات العراقي.

اولاً – ماهية المعاينة وشروطها:

١ـ المعاينة في الاصطلاح القانوني: هي الكشف الحسي المباشر لإثبات حالة الشيء او الشخص من خلال الرؤية او الفحص المباشر[٢].

مما تقدم ومن المقارنة يتبين ان القانون يتفق مع الفقه الاسلامي تمام الاتفاق في تعريف المعاينة كوسيلة للإثبات القضائي بأن المعاينة: هي مشاهدة القاضي بنفسه او أمينه شخص او مكان النزاع.

---

(١) السِّجِسْتاني، المصدر السابق، ٥١/١.

(٢) السيد عبد الصمد محمد يوسف، مصدر سابق، ص٣٨٢ .

المنارة للاستشارات

www.mar

الاصل ان القاضي لا يحكم بعلمه الشخصي[١].عن وقائع الدعوى غير ان هذا المنع يقتصر على الوقائع المتحصلة له قبل اقامة الدعوى امامه، ولا يسري هذا المنع على قيامه بإجراء المعاينة فبإمكانه ان يجمع بحواسه الذاتية معلومات عن الوقائع المتنازع عليها والتي تؤدي الى معرفة الحقيقة[٢].

٢_ اجراءات المعاينة: مصدر اجراء المعاينة قرار اعدادي تصدره المحكمة وتثبت في محضر جلسة المرافعة بعد اقتناع المحكمة تماماً بجدوى المعاينة واهميتها في بيان الحقيقة، وذلك بناء على طلب الخصوم او من تلقاء نفسها[٣].

وللمحكمة العدول عن قرارها بإجراء المعاينة اذا وجدت في عناصر الدعوى ما يكفيها لتكوين رايها على ان تعلل قرار الرجوع عن المعاينة في محضر الجلسة. اما اذا عزمت ولم تعدل عن قرار اجراء المعاينة فعلى المحكمة ان تحدد اجلا لا يتجاوز اسبوعين لإجرائها، الا اذا قام مانع مشروع يحول دون ذلك[٤].

فاذا حان موعد المعاينة فعلى المحكمة ان تكشف على المتنازع فيه، وذلك بإحضاره الى إلى قاعة المحكمة ان كان ذلك ممكناً، كما لوكان مالا منقولاً يسهل نقله؛ فان تعذر الاحضار وكان المطلوب معاينته يقع في دائرة الاختصاص المكاني للمحكمة، فان المحكمة هي التي تنتقل اليها، او تندب احد قضاتها اليها[٥]، كما لو كان المال عقاراً او مجموعة اثاث او مركبة عاطلة، او كان المطلوب معاينته شخصا مريضاً يصعب حضوره الى قاعة المحكمة[٦]. اما اذا كان المتنازع فيه خارج النطاق المكاني للمحكمة، فبإمكان المحكمة انابة المحكمة المختصة مكانيا[٧].لإجراء المعاينة وكل اجراء آخر يتعلق بها كتقدير قيمة العقار من قبل الخبراء.

---

(١)المادة/ ٨ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ .
(٢) عصمت عبد المجيد بكر، مصدر سابق، ص٢١٢ .
(٣) المادة/١٢٥ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩
(٤) المادة/ ١٢٨ و المادة/ ١٢٩ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧لسنة ١٩٧٩.
(٥) المادة/١٢٥ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩
(٦) المادة/١٢٥ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩
(٧) المادة/١٥- ثانياً، من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩

المنارة للاستشارات
www.mar

وتستعين المحكمة بخبير متخصص حسب المعرفة العلمية والفنية المطلوبة[١].اي الامور العلمية والفنية وليس القانونية حيث ينبغي معرفة المحكمة بالأمور الشرعية والقانونية.

ثالثاً- محضر المعاينة: حينما تجري المحكمة المعاينة، تنظم محضراً بذلك يبين فيه جميع الاعمال المتعلقة به، سواء اكانت متعلقة بالنزاع او متفرعة منه، ويحتوي على جميع المسائل التي بشأنها تمت المعاينة، وتدون اقوال من تدعو الحاجة الى سماع اقواله من شهود وخبراء او غيرهم[٢]، ويدون المحضر بواسطة كاتب المحكمة الذي يرافقها، ويذكر فيه كيفية انتقال المحكمة وتأريخه، وبيان اسماء من حضر من الخصوم، والاعمال التي قامت بها المحكمة، ويوقع المحضر الكاتب والحضور من الخصوم والخبراء والقاضي، ومن له علاقة بالمعاينة، واذا لم يوقعه المذكورين فلا يعتد بمحضر المعاينة ووجب اعادة المعاينة، والى ذلك ذهب القضاء العراقي[٣]، كما يفهم من نص المادة ان المعاينة بدون محضر ايضاً يجعل المعاينة باطلاً، وهو ما لم ينص عليه القانون العراقي في حين اشار القانون المصري على ذلك بنص صريح[٤]. واذا اسس الحكم على معاينة باطلة فان الحكم هو الاخر يكون مشوباً بالبطلان.

غير ان البطلان المذكور ليس بطلان مطلق لأنه غير متعلق بالنظام العام؛ فلا تقضي المحكمة به من تلقاء نفسها اذا لم يتمسك به صاحب المصلحة من ابطاله ويسقط حق التمسك بالبطلان بالرد على الاجراءات بما يفيد اعتباره صحيحاً[٥].

والمحكمة تبين جميع ملاحظاتها في المحضر دون بيان انطباعاتها عن المعاينة او رأيها الخاص؛ لان جميع ما ثبت بالمعاينة يعتبر دليلاً قائماً يتحتم عليها ان تقول كلمتها فيه عند اعداد قرار الحكم والا كان حكمها مشوباً بالقصور[١].

---

(١) المادة/١٢٦- ثانياً، من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩

(٢) الصوري، محمد علي، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، المكتبة القانونية للنشر، بغداد، العراق،ط٢ ١٤٣٢ه٢٠١١، ج١٢٢٩/٣ نقلاً عن المؤمن، ٢٦٨/٤.

(٣) القرار المرقم٨٣٨/ حقوقية /٦٦ في ١٩٦٦/١٠/٢٩، الصوري، المصدر السابق،١/ ١٢٢٩.

(٤) المادة/١٣١ من قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

(٥)أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، دار المطبوعات الجامعية للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ٣٩٥.

المنارة للاستشارات

www.mar

ثانياً– شروط المعاينة: مما تقدم من اجراءات المعاينة يستنبط ان للمعاينة شروط عامة منها يتعلق بإجراءات المحكمة، ومنها يتعلق بماهية ونوع المطلوب معاينته، وعلى النحو الاتي.

١– انتقال المحكمة لمعاينة المتنازع عليه[٢]، كما لوكان عقارا او مركبة عاطلة، ولها ان تقرر احضاره الى قاعة المحكمة ان امكن نقله كما لوكان ساعة يدوية او ماكنة خياطة، فالانتقال هنا جوازي للمحكمة، وحسب تقديرها مصلحة تحقيق العدالة.

٢– ضمان احترام الشخص المطلوب معاينته[٣]. وهذا الشرط مطلوب سواء تعلقت المعاينة بالشخص نفسه، او ماله، منقولا كان او عقاراً .

٣– استعانة المحكمة بخبير متخصص. اذا تطلب المعاينة معرفة علمية او فنية[٤].

٤– تنظيم محضر بالمعاينة تثبت فيها جميع ملاحظات المحكمة، ولكل من ذوي العلاقة ان يحصل على صورة مصدقة منه.[٥]

٥– عدم بيان المحكمة انطباعاتها او رأيها الخاص في محضر المعاينة بشأن المطلوب معاينته.

ومن التطبيقات القضائية للمعاينة القرار الاتي:

ادعى وكيل المدعي/ المميز عليه/ ث ع خ/ لدى محكمة بداءة الرمادي بان المدعى عليه/ ب ك م/ قام بالتجاوز بالبناء على قطعة الارض العائدة لموكله والمرقمة ٥٨ / ٨٣ م٢٨ العزيزية والحوز وانشاء بعض البناء عليها دون وجه حق وحيث ان القطعة المذكورة مسجلة باسم موكله في دائرة التسجيل العقاري وبالرغم من الانذار المسير اليه الا انه استمر بالتجاوز لذا طلب الحكم برفع التجاوز على القطعة المذكورة وتحميله

---

(١) مرقس، سليمان مرقس، مصدر سابق ، ج٢، بند ٣٢٧ ، ص٣١٤ .
(٢) المادة/ ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧لسنة ١٩٧٩.
(٣) المادة/ ١٢٦- اولاً من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧لسنة ١٩٧٩.
(٤) المادة/ ١٢٦- ثانياً من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧لسنة ١٩٧٩.
(٥)المادة/ ١٢٧ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧لسنة ١٩٧٩.

المنارة للاستشارات
www.mar

الرسوم والمصاريف اصدرت المحكمة المذكورة بالعدد ٤٣ / ب / ٢٠٠٠ في ١٩ / ٣ / ٢٠٠٩ حكما حضوريا يقضي بالزام المدعى عليه برفع التجاوز الحاصل على العقار العائد للمدعي المرقم اعلاه وتسليمه له خاليا من الشواغل والزامه بالمصاريف والرسوم واتعاب محاماة وكيل المدعي طعن المدعى عليه بالحكم المذكور طالبا نقضه بلائحته المؤرخة ٢٥ / ٣ / ٢٠٠٩ م .

القرار/ لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلا ولدى عطف النظر على الحكم المميز ظهر انه غير صحيح قانونا اذ كان على المحكمة اجراء الكشف من قبلها على القطعة موضوع الدعوى بمعرفة مساح من مديرية التسجيل العقاري للوقوف عما اذا كان هناك تجاوز على العقار من عدمه وتكليف الخبير بتنظيم مرتسم مؤشر عليه الجزء المتجاوز عليه لكي يكون الحكم قابلا للتنفيذ وتحت اشراف المحكمة في حين ان تقرير الخبير القضائي المؤرخ ٢٥ / ٢ / ٢٠٠٩ والذي اعتمدته المحكمة باصدار حكمها المميز جاء خلافا للاجراءات القانونية المذكورة مما يترتب عليه انه غير صالح لاعتماده سببا للحكم وحيث ان ذلك يعتبر عيبا اخل بصحة الحكم المميز عليه قرر نقضه ..... [١].

والقرار التمييزي الاتي:المميز / مدير بلدية كربلاء – اضافة لوظيفته / وكيله الحقوقي ا ش المميز عليه / ع ر ع **القرار**/ ... كان على المحكمة التوسع في تحقيقاتها للوصول الى الحكم العادل بالانتقال الى مديرية التسجيل العقاري لاجراء المعاينة على سجل العقار وتثبيت السجل بعد تنظيم محضر اصولي وفي حالة تعذر ذلك بسبب اتلاف السجلات لدى المديرية المذكورة بسبب الحرب على العراق الاطلاع على

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد / ١٣٣١ / الهيأة المدنية عقار / ٢٠٠٩، ت / ١٦٠٥ في ٢٣ / جمادي الآخرة / ١٤٣٠ هـ الموافق ١٦ / ٦ / ٢٠٠٩ م. قاعدة التشريعات العراقي، صادر عن مجلس القضاء العراقي لسنة ٢٠١٢، قرص ليزري مضغوط.

المنارة للاستشارات

www.mar

السجلات المحفوظة لدى مديرية التسجيل العقاري العامة وذلك بانابة محكمة بداءة الكرادة لاجراء المعاينة على قيد العقار بعد تنظيم محضر بذلك[١].

المبحث الثاني

حجية المعاينة في الفقه الاسلامي والقانون العراقي

مشروعية المعاينة كدليل للإثبات القضائي، هل تثبت به الحجة فيعتمده القاضي في حكمه، ام لا تثبت به الحجة؟ للإجابة على السؤال المذكور علينا أن نبحث في حجية المعاينة في الفقه الاسلامي والقانون العراقي، وذلك في مطلبين وعلى النحو الاتي:

المطلب الاول

حجية المعاينة في الفقه الاسلامي

نصوص الشريعة متظافرة على تحري الحق والعدل لما فيه من الحفاظ على مصالح العباد وعدم ضياع حقوقهم. فمن النصوص الدالة على مشروعية المعاينة كدليل للإثبات القضائي ما ورد في القرآن الكريم، ومنها:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَى بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَى أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلْوُوا أَوْ تُعْرِضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾[٢].

وجه الدلالة: يقول الله :"يا أيها الذين آمنوا كونوا قوَّامين بالقسط"، يقول: ليكن من أخلاقكم وصفاتكم القيام بالقسط، يعني: بالعدل شهداء لله[٣]، وهذا يشمل خروج القاضي من مجلسه لمعاينة محل النزاع والكشف عنه عند تعذر احضاره فيه لتتبع الحق واسباب الوصول الى العدل، اما الاعراض عن ذلك فيوقع في المحاباة[٤]. والله اعلم.

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية، العدد / ٩٧٦ / الهيأة مدنية عقار / ٢٠٠٩، ت /١٣٩٧الهيأة المدنية عقار في محكمة التمييز الاتحادية بتاريخ ٨ / جمادي الآخرة / ١٤٣٠ هـ الموافق ١ / ٦ / ٢٠٠٩ م قاعدة التشريعات العراقي، المصدر السابق.

(٢) سورة النساء من الاية١٣٥.

(٣) الطبري، مصدر سابق، ٣٠١/٩.

(٤)السيد عبد الصمد محمد يوسف، مصدر سابق، ص٣٨٣.

المنارة للاستشارات

www.mar

الادلة على حجية المعاينة من الاثار: اتفق الفقهاء على مشروعية المعاينة ومباشرة الكشف عن محل النزاع حتى تتجلى الحقيقة امام القاضي فيقضي بالقسط والحق فيسود العدل. من ذلك ما ذكره صاحب كتاب الاستذكار، أن رجلاً من بني مخزوم استعدى عمر ابن الخطابﷺ على ابي سفيان بن حرب بأنه ظلمه، وفيه: حَدَّثَنَا يحيى بن أبي طالب، قال: ثنا[١] شبابة بن سوار، قال: ثنا إسحاق بن يحيى بن طلحة، عن مجاهد، قال: جاء رجل من بني مخزوم إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه يستعدي على أبي سفيان فقال: يا أمير المؤمنين إن أبا سفيان ظلمني حدي في مهبط كذا وكذا، فقال له عمر رضي الله عنه: إني لأعلم الناس بذلك الموضع ولربما لعبت أنا وأنت ونحن غلمان فإذا قدمت مكة فأتني بأبي سفيان فلما قدم أتاه المخزومي بأبي سفيان فقال له عمر رضي الله عنه: " يا أبا سفيان خذ هذا الحجر من ها هنا فضعه هاهنا "، فقال: والله لا أفعل. فقال: والله لتفعلن. فقال: لا أفعل. فعلاه عمر بالدرة وقال: خذه لا أم لك، من ها هنا فضعه ها هنا. فأخذه فوضعه فكأن عمر رضي الله عنه دخله من ذلك شيء فاستقبل القبلة ثم قال: اللهم لك الحمد إذ لم تمتني حتى غلبت أبا سفيان على رأيه، وذللته لي بالإسلام. قال: فاستقبل أبو سفيان رضي الله عنه القبلة فقال: اللهم لك الحمد الذي لم تمتني حتى أدخلت قلبي من الإسلام ما ذللتني به لعمر رضي الله عنه[٢].

وجه الدلالة: يستدل مما سبق على ان عمر ابن الخطابﷺ ذهب الى محل النزاع لمعاينة ورسم حدود الارض، فقضى في النزاع بين المتخاصمين، وهذا يدل دلالة صريحة على مشروعية القضاء بالمعاينة، وقد قال رسول اللهﷺ: عليكم بسنتي وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ. ففي شرح مشكل الاثار للطحاوي ـ رحمه الله ـ حَدَّثَنَا أَبُو أُمَيَّةَ، قَالَ: حَدَّثَنَا أَبُو عَاصِمٍ، عَنْ ثَوْرِ بْنِ يَزِيدَ، عَنْ خَالِدِ بْنِ مَعْدَانَ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَمْرٍو

(١) ثنا؛ يعني: حدثنا.

(٢) أبو عبد الله محمد بن إسحاق بن العباس المكي الفاكهي (ت: ٢٧٢هـ) " أخبار مكة في قديم الدهر وحديثه، تحقيق: عبد الملك عبد الله دهيش، دار خضر – بيروت ط٢، ١٤١٤ه، ٢٣٤/٣، ٢٠٧٧.

المنارة للاستشارات

www.mar

السُّلَمِيِّ، عَنْ عِرْبَاضِ بْنِ سَارِيَةَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((عَلَيْكُمْ بِسُنَّتِي وَسُنَّةِ الْخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ الْمَهْدِيِّينَ مِنْ بَعْدِي وَعَضُّوا عَلَيْهَا بِالنَّوَاجِذِ))[1].

قال مالك: كان بين رجلين من أصحاب رسول الله (صلى الله عليه وسلم) خصومه في أرض لهما قريبة من المدينة حتى ارتفع الشأن بينهما، فركب عثمانﷺ وكان خليفةً في زمانه ذلك، وركب معه رجال، فلما ساروا قال له رجل: إن عمرﷺ قد قضى فيه، فقال عثمان: أنظر في أمر قد قضى فيه عمر، ورجع.

وهكذا وقع في آخر الزكاة الأول من المدونة، وهو خبر حسن ذكره أبو عمر محمد ابن عبد الواحد الماوردي الزاهد المعروف بالمطرز في كتاب البواقيت له، عن الشعبي قال: أول من جرا جريا أي وكل وكيلا من الصحابة علىﷺ، وكل عبد الله بن جعفر، فقيل له لم وكلت عبد الله وأنت سيد من سادات الناطقين؟ فقال: إن للخصومات فحمًا.

قال عبد الله – عبد الله بن جعفر– : نازعني طلحة في ضفير[2]كان بين ضيعتين: ضيعة لعلي وضيعة لطلحة، وكان علي يحب أن يثبت الضفير وكان طلحة يحب أن يزال. قال: فتنازعنا الخصومة بين يدي عثمان وهو الخليفة– ﷺ–، فقال لنا: إذا كان غدًا ركبنا في الناس معكما حتى أقف على الضفير فأحكم بينكما معاينة.

قال عبد الله: فركب معنا من المهاجرين والأنصار، وكان معنا معاوية كان جاء زائرًا فتنازعنا الخصومة في الطريق، فقال معاوية– ﷺ–: لو كان منكرًا لأزاله عمر. قال:

([1])الطحاوي أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري (ت٣٢١هـ)، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط١ - ١٤١٥ هـ، ١٤٩٤ م ٣/٢٢٥ رقم الحديث١١٨٦؛ الآجُرِّيُّ أبو بكر محمد بن الحسين بن عبد الله البغدادي (ت: ٣٦٠هـ)، الشريعة، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عمر بن سليمان الدميجي، دار الوطن - الرياض / السعودية، ط٢، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ١٧٦٧/٤ رقم الحديث١٢٢٣؛ الحرّاني، أبو عبد الله أحمد بن حمدان بن شبيب بن حمدان النميري الحنبلي (ت: ٦٩٥هـ)، صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، المكتب الإسلامي – بيروت، ط٤ – ١٤٠٤، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني ١/ ٥٤ وقد صححة.

([2]) ضفير: سد وضَفِيرِ البحْر فَكْلُهُ، أَي شَطِّه وَجَانِبِه، وَهُوَ الضَّفِيرةُ أَيضاً. والضَّفْرُ: البِناءُ بِحِجَارَةٍ بِغَيْرِ كِلْسٍ وَلَا طِينٍ؛ وضَفَرَ الحجارةَ حولَ بيتِه ضَفْراً. الهروي، أبو منصور، محمد بن أحمد بن الأزهري (ت ٣٧٠هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي للنشر – بيروت، ط١، ٢٠٠١م. ١٢/ ١٠؛ الافريقي ، لسان العرب، مصدر سابق، ٤/ ٤٩٠ ؛ رينهارت بيتر آن دُوزِي (ت ١٣٠٠هـ)، تكملة المعاجم العربية، وزارة الثقافة والإعلام، جمهورية العراق، ط١، من ١٩٧٩ - ٢٠٠٠ م٦ / ٥١٥.

المنارة للاستشارات

www.mar

فو الله ما خرج كلامه حسنًا حتى توجه الحكم لي، ثم وقف عثمان والناس معه على الضفير، فقال: يا هؤلاء، أخبرونا أكان هذا أيام عمر؟ قال: قلنا: نعم، قال: فدعونا كما كان أيام عمر. قال: فانصرفنا.

قال عبد الله: وجئت من فوري إلى علي، فقصت عليه القصة حتى بلغت إلى كلام معاوية، فضحك ثم قال: أتدري لم أعانك معاوية؟ قال: قلت: لا، قال: أعانك بالمنافسة، قم الآن إلى طلحة فقل له: إن الضفير لك فاصنع به ما بدا لك، فأتيته فأخبرته؛ فسر بذلك، ثم دعا بردائه ونعله، وقام معي حتى دخلنا على علي، فرحب به وقال: الضفير لك فاصنع به ما شئت، قال: قد قبلت وإنما جئت شاكرًا ولي حاجة ولابد من قضائها، فقال له علي: سل حتى أقضيها لك، قال طلحة: أحب أن تقبل الضيعة مني مع ما فيها من الغلمان والدواب والآلة، فقال علي: قد قبلت. قال: ففرح طلحة، وتعانقا وتفرقنا. قال عبد الله: فوالله ما أدري أيهما أكرم في ذلك المجلس أعلى إذ جاء بالضفير أم طلحة إذ جاء بالضيعة....؟

وجه الدلالة: هو ركوب القاضي مع الثقات في الأمر المشكل، ووجوب إمضاء أحكام من قبله لا خلاف فيه. وترك القاضي الاعتراض فيما قضى به غيره قبله[١].

وفي اخبار الولاة والقضاة للكندي قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا أبو دجانة أحمد بن الحكم، قال: حدثنا محمد بن رمح، قال: " كان بيني وبين جار لي مشاجرة في حائط. فقالت لي أمي: امض إلى القاضي المفضل بن فضالة تسأله أن يأتي ينظر إلى هذا الحائط. فمضيت إليه، وأخبرته، فقال: اجلس لي بعد حتى أوافيك. فأتى، فدخل إلى دارنا، فنظر إلى الحائط، ثم دخل إلى دار جارنا، فنظر إليه، فقال: الحائط لجاركم[٢].

(١)القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (ت٥٢٠هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي للنشر، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، ٣٨١/١٧، ٣٨٢،٣٨٣.

(٢) كتاب الولاة وكتاب القضاة للكندي، أبو عمر محمد بن يوسف بن يعقوب الكندي المصري (ت: بعد ٣٥٥هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، وأحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ص ٢٧٩.

المنارة للاستشارات

www.mar

وهذه الاثار جميعها تدل على أن القاضي يذهب لإجراء المعاينة بنفسه وذلك اذا كان هناك نزاع قضائي قائم.

لا شك انه بالمعاينة يستفيد القاضي من العلم فوق ما يستفيد بالوصف او يفهمه من شهادة الشهود في مكان الحادث، وقديما قالو ليس من رأى كمن سمع[١].

فإذا بنى القاضي حكمه على هذا العلم فقد بناه على دليل باشره بنفسه، وبذلك يكون الاساس الذي بنى عليه القضاء أقوى من الاسس الاخرى ومن سائر الادلة.

المطلب الثاني

حجية المعاينة في قانون الاثبات العراقي

ينص القانون العراقي على أنه: (للمحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب احد الخصوم ان تقرر الانتقال لمعاينة المتنازع فيه او تندب لذلك احد قضاتها لمعاينته او احضاره لديها في جلسة تعينها لذلك، متى رأت في هذا مصلحة لتحقيق العدالة)[٢].

شرح النص: ان انتقال المحكمة للمعاينة متروك لمحض اختيارها، فليست ملزمة بالانتقال ولو طلبه احد الخصوم مهما تتحقق الفائدة منه، وإذا ارتأت الانتقال وقررته جاز لها تنتقل بكامل هيئتها او تندب احد قضاتها لذلك إذا كان المتنازع فيه المطلوب اجراء المعاينة بشأنه.

تعد المعاينة من الادلة المباشرة ويقتصر على الوقائع المادية فالإثبات به لا يكون الا حيث يجوز الاثبات بالشهادة؛ لان الدليل الكتابي متعذر وجوده بشكل مباشر في الوقائع المادية، ومع ذ لك يجوز الاستعانة بالكتابة للاستدلال على ثبوت هذه الوقائع[٣].

---

(١) السيد عبد الصمد محمد يوسف، مصدر سابق، ص٣٨٦.

(٢) المادة/ ١٢٥ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

(٣) عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات العراقي مصدر سابق، ص٢١٦ .

المنارة للاستشارات

www.mar

وللمحكمة ان تعدل عما امرت به من اجراءات الاثبات قبل اجرائها، بشرط ان تبين اسباب ذلك في محضر الجلسة [١].

وللمحكمة ان تتخذ من تقرير المعاينة سبباً لحكمها. كما لها الا تتخذ بنتيجتها[٢].

فالمسالة جوازية اي للمحكمة الا تأخذ بنتيجة المعاينة كأي اجراء من اجراءات الاثبات، حتى بعد اجراء المعاينة كما لو تبين من نتيجة المعاينة ان اصدار الحكم لا يحتاج الاستناد الى نتيجة المعاينة، ولكن يشرط لذلك ان تبين اسباب عدم الاخذ ذلك في حكمها[٣].

واذا احتج الخصم بوجود نقص أو عيب في محضر المعاينة فعليه ابداؤه لدى محكمة الموضوع ـ التي تنظر في موضوع الدعوى ـ فإذا لم يتمسك الخصم بشيء في صدده وناقش في موضوعه كان ذلك اسقاطاً منه لحقه في هذا الدفع[٤].

وعلى المحكمة عدم بيان رأيها وانطباعها على المعاينة في محضر المعاينة، والحكمة من ذلك، ان جميع ما يثبت في محضر المعاينة يعد دليلاً قائماً في الدعوى ويتحتم على المحكمة ان تقول كلمتها فيه عند اعداد قرار الحكم[٥].

هذا وقد ثار خلاف بين شراح القانون؛ هل ان المعاينة طريق من طرق الاثبات ام اجراء من الاجراءات العامة التي تخدم مختلف طرق الاثبات ولا تعد طريقاً للإثبات قائماً بذاتها؟

ان المشرع العراقي حسم الامر في قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ بأن المعاينة طريقاً من طرق الاثبات حيث خصص الفصل السابع لأحكام المعاينة ضمن الباب الثاني ـ المعنون طرق الاثبات ـ ومن ثم للمحكمة ان تتخذ من تقرير المعاينة سبباً لحكمها. كما نص على ذلك القانون العراقي[٦].

---

(١) المادة/ ١٧ـــ ثانيا، والمادة/ ١٢٨من قانون الاثبات العراقي.
(٢)المادة/١٣١ من قانون الاثبات العراقي.
(٣)المادة/ ١٧ـــ ثالثا من قانون الاثبات العراقي.
(٤)عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات العراقي، مصدر سابق، ص٢١٦.
(٥)عصمت عبد المجيد بكر، المصدر السابق، ص٢١٦.
(٦) المادة/ ١٣١ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

المنارة للاستشارات
www.mar

وللمحكمة تعيين خبير للاستعانة به في المعاينة ولها كذلك سماع من ترى لزوما للاستيضاح منه عن الواقعة محل المعاينة، وتكون دعوة هؤلاء للحضور بالطريقة التي تراها المحكمة مناسبة[1].

من التطبيقات القضائية لحجية المعاينة والاستعانة بخبراء مختصين: قرار محكمة استئناف كركوك الاتحادية: (... اصدرت محكمة جنح كركوك قرارها المرقم ٦٤٢/ جنح/٢٠١٤ في ٢٠١٤/٨/٣٠ المتضمن الزام المحكوم (ع ا م) والمسؤول مدنياً(س ش م) المدير المفوض لشركة – للمقاولات المحدودة اضافة لوظيفته وبالتضامن بتأديتهما مبلغاً قدره(١١,٤٧٥,٠٠٠)دينار احد عشر مليون واربعمائة وخمسة وسبعون الف دينار الى المدير العام للمديرية العامة- اضافة لوظيفته وذلك عن الاضرار التي لحقت بالمركبة المرقمة ٢٥٣٥/فحص حكومي نوع مرسيدس يستحصل منهما تنفيذاً والزام المحكومين بتأديتهما اتعاب محاماة وكيل المشتكي اضافة لوظيفته....

القرار/ لدى التدقيق والمداولة وجد ان القرار المميز... غير صحيح ومخالف للقانون اذ ان المحكمة اعتمدت على تقرير الخبراء الثلاثة المؤرخ ٢٠١٤/٨/٢٦ في حكمها رغم افتقاره لاحد عناصر الخبرة المتمثلة بالاختصاص اذ كان المقتضى انتخاب خبراء من ذوي الاختصاص بأمور تصليح السيارات هذا من جانب ومن جانب آخر يقتضي الامر معاينة السيارة المتضررة ان امكن ذلك للاطلاع على حجم الاضرار الحاصلة فيها، لذا قرر نقض القرار المميز... [2].

يعد من المعاينة ايضاً: الكشف المستعجل المنصوص عليه في قانون المرافعات المدنية العراقي، وكالاتي:

١ – يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء ان يطلب من القضاء المستعجل قبل اقامة دعوى الموضوع وبعد تبليغ ذوي الشأن

---

(١) المادة/ ١٣٠ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

(٢) قرار محكمة استئناف كركوك الاتحادية/ الهيئة التمييزية الجزائية/ العدد ٢٨٩/جزائية/ ٢٠١٥ تسلسل ٢٨٩ في١٥/ذي الحجة/١٤٣٦ الموافق ٢٠١٥/٩/٢٩، قرار غير منشور.

المنارة للاستشارات

www.mar

الانتقال للكشف وتثبيت الحالة بمعرفة الحاكم او بواسطة خبير ويراعى في هذا الشأن الاحكام المتعلقة بالخبرة والكشف .

٢ – ينظم محضر بالكشف ويجب ان يشتمل تقرير الخبير على جميع المسائل التي اقتضاها اجراء الكشف وتثبيت الحالة وتحفظ صورة منه في قلم المحكمة ولكل من ذوي العلاقة ان يحصل على صورة مصدقة منه .

٣ – في حالة اقامة دعوى الموضوع يحكم على الطرف الذي خسر الدعوى بنفقات الكشف والمعاينة .

٤ – يصح لمحكمة الموضوع ان تتخذ تقرير المكشف سببا لحكمها [١].

وهو ما ذهب اليه القضاء العراقي.... في الاضبارة ٢ / ك / ٢٠٠٩ محكمة بداءة تلكيف ادعى طالب الكشف سبق وان انشأ فرن حجري ومخبز في المحلات المنشأة في القطعة ١٥١٩ / ١ تلكيف وبموجب موافقات اصولية ولان المطلوب الكشف ضده امتنع عن تجديد الاجازة الخاصة بالفرن والمخبز واغلقه قسرًا ويروم هدمه وازالة معالمه طلب من المحكمة اجراء الكشف وتثبيت واقع الحال وتقدير قيمة المنشآت والموجودات قبل هدمه من قبل البلدية وبنتيجة المرافعة فقد قررت المحكمة بتاريخ ١٥ / ١٠ / ٢٠٠٩ افهام ختام اضبارة الكشف ولعدم قناعة المميز بالقرار المذكور فقد طعن به بلائحته المؤرخة ١٨ / ١٠ / ٢٠٠٩ طالبًا نقضه لأسباب ذكرها فيها.

القرار / لدى التدقيق والمداولة وجد ان الطعن التمييزي واقعًا ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر الى القرار المميز وجد انه صحيح وموافق للقانون لان اجراءات الكشف المستعجل قد تمت في الاضبارة وبامكان المميز بيان أقواله ودفوعه او طلب اعادة الكشف عند اقامة الدعوى ان كان لذلك مقتضى قانوني لذا قرر تصديق القرار المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالإتفاق في٧ / ذي القعدة / ١٤٣٠ هـ الموافق ٢٦ / ت١ / ٢٠٠٩ م[٢].

---

(١) المادة/ ١٤٤ من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(٢) قرار محكمة استئناف نينوى الاتحادية، بصفتها التمييزية رقم ٢٧٢، تاريخ ٢٠٠٩/١٠/٢٦،قاعدة التشريعات العراقية، مصدر سابق.

المنارة للاستشارات

www.mar

الخاتمة

وهكذا تنتهي بعون الله الدراسة التي كرستها لبحث (المعاينة كوسيلة للاثبات القضائي بين الفقه الاسلامي والقانون العراقي)، والتي توصلنا فيها إلى مجموعة من الاستنتاجات والتوصيات.

أولاً _ الاستنتاجات:

١) عظم الشريعة الإسلامية وكمالها وشمولها وصلاحيتها لكل زمان ومكان وسعة الفقه الإسلامي ورحابته وقدرته على مواكبة مستجدات العصر.

٢) المعاينة حجة للاثبات القضائي في الفقه الاسلامي والقانون العراقي على حد سواء لا يمكن الاستغناء عنها في اي دعوى يحصل فيه تنازع مشكل يتعلق بمنقول او عقار او معاينة انسان معين.

٣) لم يضع الفقهاء المسلمون نظرية ثابتة للمعاينة كوسيلة للاثبات القضائي، على غرار الشهادة والاقرار واليمين والدليل الكتابي؛ ولكن النصوص القرآنية والاحاديث النبوية والاثار التاريخية الكثيرة تثبت ان المعاينة عنصر مهم يعتمد عليه القاضي في نظر النزاع.

٤) إذا تحققت شروط المعاينة واصبحت حجة التزم القاضي بها ووجب عليه الحكم بمقتضاها في الشريعة الاسلامية، وكذلك في القانون فإنها تعد وسيلة الزام للقاضي.

٥) يعد القاضي عنصراً مهماً في القضاء، وتظهر هذه الأهمية عندما سمح المشرع له كما هو في قانون الاثبات العراقي ان يقرر اجراء المعاينة من تلقاء نفسها؛ ولو بدون طلب من الخصوم.

ثانياً _ التوصيات:

١) نأمل من رجال القضاء في العراق وفي سائر البلدان التي انعم الله عليها بالإسلام ان يرجعوا الى الاحكام الفقهية وقبلها النصوص الشرعية كلما اشكل عليهم الامر في اصدار احكامهم القضائية بشأن المنازعات المعروضة عليهم بما يؤمن تطبيق الشرع الحكيم من نص ثم اجماع ثم ما رجحه العلماء المجتهدين من بين الآراء المختلفة. وتجنب الانحراف عن ذلك كلياً. فاذا وجدت نصوص مقننة واجبة التطبيق

المنارة للاستشارات

www.mar

وموافق للشرع الحكيم، فبها، اما وفيها مخالفة للاحكام الشرعية. فعليهم بيانها. وتوضيح وجه الخلاف، عسى ولعل ان تأخذ الجهات المعنية بالاحكام الشرعية.

٢) كما نهيب بالاخوة من المتخصصين بالعلوم الشرعية ان يكثفوا جهودهم بالدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون، وان يعملوا على تبويب المسائل الشرعية من معاملات، وحدود، ومسائل الاسرة، ووضع الحلول من احكام النصوص الشرعية والفقه الاسلامي تبويباً كاملا شاملاً كمجلة الاحكام العدلية، او مرشد الحيران، بما يواكب العصر ودون التقيد بمذهب معين.

المصادر

- **القرآن الكريم.**

أولاً: كتب التفسير:

١- الطبري أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، (ت: ٣١٠هـ)، جامع البيان في تأويل القرآن، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠.

٢- المحلي، جلال الدين محمد بن أحمد (ت٨٦٤هـ) و السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت٩١١هـ)، تفسير الجلالين. ابن كثير للنشر، دمشق، سوريا، ط٦، ١٤١٤هـ ١٩٩٣م.

ثانياً: كتب الحديث:

١- النيسابوري، أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري (ت٢٦١هـ)، صحيح مسلم، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، إحياء التراث العربي للنشر، بيروت، لبنان، ب ط، ب ت، متن مرتبط بشرح النووي والسيوطي .

٢- السِّجِسْتاني، أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي (ت: ٢٧٥هـ)، سنن أبي داود، تحقيق: شعَيب الأرنؤوط - محَمَّد كامِل قره بللي، دار الرسالة العالمية، ط١، ١٤٣٠هـ - ٢٠٠٩م.

٣- الترمذي، أبو عيسى، محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك(ت ٢٧٩هـ)، سنن الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون، مكتبة مصطفى الحلبي للنشر، القاهرة، مصر، ط٢، ١٣٩٥هـ ١٩٧٥ م.

المنارة للاستشارات

www.mar

٤- الطحاوي، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري (ت٣٢١هـ)، شرح مشكل الآثار، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، ط١ - ١٤١٥هـ، ١٤٩٤م.

٥- الطبراني، أبو القاسم، سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، (ت ٣٦٠هـ)، المعجم الكبير، تحقيق: حمدي بن عبد المجيد السلفي، مكتبة ابن تيمية للنشر، القاهرة، ط٢، دار الصميعي للنشر، الرياض، ط١، ١٤١٥هـ ١٩٩٤ م.

٦- الآجُرِّيُّ، أبو بكر محمد بن الحسين بن عبد الله البغدادي (ت: ٣٦٠هـ)، الشريعة، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عمر بن سليمان الدميجي، دار الوطن - الرياض / السعودية، ط٢، ١٤٢٠هـ ١٩٩٩م.

٧- البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراساني(ت: ٤٥٨هـ)، شعب الأيمان، الرشد للنشر، الرياض، السعودية، ط١، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣

٨- الحرّاني، أبو عبد الله أحمد بن حمدان بن شبيب بن حمدان النميري الحنبلي (ت: ٦٩٥هـ)، صفة الفتوى والمفتي والمستفتي، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي - بيروت، ط٤ - ١٤٠٤.

٩- الألباني، محمد ناصر الدين (ت١٤٢٠هـ)، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، المكتب الإسلامي للنشر، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٠٥هـ ١٩٨٥م.

ثالثاً: كتب فقه الاسلامي:

١- أبو عبد الله محمد بن إسحاق بن العباس المكي الفاكهي (ت: ٢٧٢هـ) " أخبار مكة في قديم الدهر وحديثه، تحقيق: عبد الملك عبد الله دهيش، دار خضر - بيروت ط٢، ١٤١٤هـ.

٢- كتاب الولاة وكتاب القضاة للكندي، أبو عمر محمد بن يوسف بن يعقوب الكندي المصري (ت: بعد ٣٥٥هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، وأحمد فريد المزيدي، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م.

٣- أبو عبد الله محمد بن إسحاق بن العباس المكي الفاكهي (ت: ٢٧٢هـ) " أخبار مكة في قديم الدهر وحديثه، تحقيق: عبد الملك عبد الله دهيش، دار خضر - بيروت ط٢، ١٤١٤هـ.

٤- القرطبي، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (ت٥٢٠هـ)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي للنشر، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

المنارة للاستشارات

www.mar

٥- الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف (ت: ٨١٦هـ)، التعريفات، التحقيق: جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.

٦- الأحمد نكري، عبد النبي بن عبد الرسول، (تاريخ تاليف الكتاب ١١٧٣هـ) دستور العلماء، جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية للنشر، لبنان، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٧- مجلة الأحكام العدلية، فقه المعاملات في المذهب الحنفي، في الخلافة العثمانية سنة ١٢٩٣هـ١٨٧٦م، تحقيق: نجيب هواويني، دار ابن حزم النشر، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٤.

٨- عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، السعودية، ب ت، العدد٥٩.

٩- موسوعة الفقه الاسلامي، موقع وزارة الاوقاف المصرية، ب ن، ب م، ب ط،ب ت.

١٠- مصطفى ديب بيغا، و القرشي عبد الرحيم، و سالم الراشدي – الدعاوي والبينات والقضاء، المصطفى للنشر، دمشق، سوريا، ط١، ٢٠٠٦ م.

رابعاً: الكتب القانونية

١- ابو الوفا، أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، دار المطبوعات الجامعية للنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.

٢- الحمداني، شعيب احمد، قانون حمورابي، المكتبة القانونية للنشر، بغداد، العراق، ب ط، ب ت.

٣- السيد عبد الصمد محمد يوسف، ادلة الاثبات القضائي في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الاسكندرية، ط١، ٢٠١٣.

٤- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، الحلبي للنشر، بيروت، لبنان، ط٣، ٢٠٠٠.

٥- الصوري، محمد علي، التعليق المقارن على مواد قانون الاثبات، المكتبة القانونية للنشر، بغداد، العراق،ط١٤٣٢، ٢٠١١.

٦- العلام، عبد الرحمن، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة١٩٦٩م، المكتبة القانونية للنشر، بغداد، العراق ط٢، ٢٠٠٨.

المنارة للاستشارات

www.mar

٧- عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الاثبات، مطبعة الزمان للنشر، بغداد، العراق، ط٢، ٢٠٠٦.

٨- مرقس، سُليمان مرقِس، أصول الاثبات و إجراءاته، الجيل للنشر، القاهرة، مصر، ب ط، ١٩٨٦.

٩- قاعدة التشريعات العراقي، صادر عن مجلس القضاء العراقي لسنة ٢٠١٢، قرص ليزري مضغوط.

خامساً: قوانين(نصوص متون):

١- قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

٢- قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

٣- قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة١٩٦٩.

سادساً: كتب اللغة:

١- الهروي، أبو منصور، محمد بن أحمد بن الأزهري (ت ٣٧٠هـ)، تهذيب اللغة، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي للنشر – بيروت، ط١، ٢٠٠١م.

٢- المرسي، أبو الحسن علي بن إسماعيل بن سيده (ت ٤٥٨هـ)، المحكم والمحيط الأعظم، تحقيق: عبد الحميد هنداوي، دار الكتب العلمية للنشر، بيروت، لبنان، ط١ ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م.

٣- الإفريقى، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى، (ت ٧١١هـ)، لسان العرب، دار صادر للنشر، بيروت، لبنان، ط٣، ١٤١٤هـ.

٤- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي الحموي، أبو العباس (ت: نحو ٧٧٠هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية للنشر، بيروت، لبنان.

٥- الزَّبيدي، أبو الفيض، محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، (ت ١٢٠٥هـ)، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية للنشر.

٦- الفيروز آبادي، أبو طاهر مجد الدين محمد بن يعقوب (ت ٨١٧هـ)، القاموس المحيط، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة للنشر، بيروت، لبنان، ط٨، ١٤٢٦هـ – ٢٠٠٥.

٧- رينهارت بيتر آن دُوزِي (ت ١٣٠٠هـ)، تكملة المعاجم العربية، وزارة الثقافة والإعلام، جمهورية العراق، ط١، من ١٩٧٩ – ٢٠٠٠ م.

المنارة للاستشارات

www.mar

٨- أحمد مختار عبد الحميد عمر، (ت ١٤٢٤هـ)، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب للنشر، ط١، ١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م.

٩- إبراهيم مصطفى / أحمد الزيات / حامد عبد القادر / محمد النجار، المعجم الوسيط،، دار الدعوة، ب م، ب ت، ب ط.

١٠- سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر للنشر، دمشق، سورية، ١٩٩٣ م، ط٢ ١٤٠٨ هـ ١٩٨٨ م.

سابعا: مصادر اعداد البحوث:

١- عصمت عبدالمجيد بكر، أصول البحث القانوني، المكتبة القانونية للنشر، بغداد، ط٢، ١٩٩٩.

٢- صلاح الدين فوزي، المنهجية في اعداد الرسائل والابحاث القانونية، النهضة العربية للنشر، القاهرة، مصر، ب ط، ٢٠٠١.

٣- علي محمد مقبول، مناهج البحث العلمي، الايمان للنشر، اسكندرية، مصر، ط١، ٢٠٠٨.

٤- العبيدي عواد حسين ياسين، المرشد في كتابة البحوث، مكتبة السنهوري للنشر، بغداد، العراق، ط١، ٢٠١٥.

المنارة للاستشارات

www.mar

Copyright of College of Law Journal for Legal & Political Sciences / Magallat Kulliyyat Al-Qanun Li-L-ulum Al-Qanuniyyat Wa-Al-Siyasiyyat is the property of Republic of Iraq Ministry of Higher Education & Scientific Research (MOHESR) and its content may not be copied or emailed to multiple sites or posted to a listserv without the copyright holder's express written permission. However, users may print, download, or email articles for individual use.

www.manaraa.com