عبء الإثبات فى قضايا الأحوال الشخصية

The burden of proof in matters of personal status

د/ نوزاد عباس أحمد

Dr . nowzad abbas ahmed

عبء الإثبات فى قضايا الأحوال الشخصية

The burden of proof in matters of personal status

د/ نوزاد عباس أحمد

Dr . nowzad abbas ahmed

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

إن تحديد ومعرفة أي من الخصمين ،هو الذي يُكلف ويُحمل عبء الإثبات بداءه مسألة في غاية الأهمية ،لان إلقاء عبء الإثبات بصورة خاطئة على غير المكلف به قد يؤدي الى عجزه عن إقامة الدليل ، لا لسبب أن الحق ليس في جانبه ،بل لأن أدواته العامة النافعة تعوزه ، فلا يهتدي اليها ، أو لا يوفق في كيفية أدائها ، بل وقد يكون الحق متراوحاً متأرجحاً غير مستقر الحال بين الطرفين المتداعيين فلا يتمكن أي منهما أن يثبته أو ينفيه ، لذا فتكليف إحداهما بالأثبات معنى ذلك الحكم عليه أو على خصمه ، وبعبارة أكثر وضوحاً أن الحق قد يضيع من صاحبه لا لشيء آلا لأن القانون قد ألقى عبء الإثبات على خصم حيث كان بالإمكان أو يجب تكليف الخصم الآخر به .

ولذا سمي واجب الإثبات (عبئاً) لانه تكليف ثقيل ، إذ البدء بالإثبات معناه المبادأه بالهجوم وفي هذا الميدان مخاطرة ومغامرة ، والبادئ فيه كثيراً ما يخونه السلاح لعيب فيه من غير حاجة الى مقاومة خصمه أو دفاعه ، وإذا كان إلقاء عبء الإثبات في موضعه هو خير وسيلة لإظهار الحق فلا شك أن الحق قد يلحقه ضرر جسيم وكبير إذا جعل عبء الإثبات في غير موضعه .

من الموضوعات الاساسية في نطاق الأحوال الشخصية (حقوق

الأسرة) ، و التي تكون مجالاً لتطبيق الكثير من الآثار هي مواضيع المهر و الزواج و النفقة و الطلاق ، ولذا فنحن هنا في هذا البحث نحاول أن نسلط الضوء على عبء الإثبات في كل منها في مطلب مستقل .

وفي الختام ندعو الله أن يكون بحثنا هذا له من الأهمية في الجانب القضائي لمسائل الأحوال الشخصية ومن الله التوفيق .

الباحث

المطلب الأول
عبء اثبات عقد الزواج

الزواج هو ميثاق ترابط و تماسك و مودة شرعي ، يجمع بين رجل و امرأة ، على وجه الدوام و البقاء ، غايته الستر و العفاف ، مع تكثير ابناء الأمة ، بأنشاء أُسرة تحت رعاية الزوج ، على أُسس من الاستقرار ، تكفل للمتعاقدين تحمل اعبائها بطمأنينة و سلامة وود واحترام[1] ، او هو حل استمتاع الرجل بالمرأة لم يمنعه من عقد الزواج مانع شرعي ، بعد ان كان ذلك محرما عليهما قبل العقد[2] .

اما المادة (٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل ، فقد عرف عقد الزواج بانه : (عقد بين رجل و امرأة تحل له شرعاً غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة و النسل). لعقد الزواج كما في غيره من العقود الأخرى ، أركان و شروط يجب توافرها لكي يكون موجوداً ، حيث تعتبر هذه الأركان و الشروط من مستلزمات العقد لا يقوم من دونها اذا اختل ركن منها ، أصبح العقد غير قائم اصلاً و تعين الحكم ببطلانه ، فإن من أركان عقد الزواج الأهلية في المتعاقدين حتى يكون الرضا في عقد الزواج صحيحاً بتوافق ارادتين ، ارادة رجل و امرأة ،

---

(١) د. صلاح الدين الناهي ، الأسرة والمرأة ، شركة الطبع والنشر الأهلية ذات المسؤولية المحدودة ، بغداد ، ١٣٧٧هـ ، ١٩٥٨م ، ص٢١.

(٢) محسن ناجي ، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ط١ ، مطبعة الرابطة ، بغداد ١٩٦٢ ، ص١٢٧.

و الركن الأخر المحل، الذي يتطلب فيه عدم وجود مانع شرعي او قانوني يمنع من تحققه، و اخيراً ضرورة ان يكون سبب العقد المحدد في ثنايا تعريف عقد الزواج مشروعاً يعبر عن نية صادقه سامية معلومة تعلو بمكانة ارتباط الرجل بالمرأة نحو هدف نبيل[1]. ان تسجيل عقد الزواج في المحكمة الشرعية المختصة هو للإثبات و ضمان الحقوق، و لكنه ليس ركناً للعقد و شرطاً فيه، لكن لوثيقة الزواج الصادرة وفق إصولها قوة في الإثبات لكونها ورقة رسمية حجتها في الإثبات حجية مطلقة ما لم يطعن فيها بالتزوير، و لهذا تعتبر وثيقة عقد الزواج، باعتبارها ورقة رسمية، حجة على طرفيها، و حجة على الغير، وحجة بما احتوته من بيانات، تعتبر حجة على طرفيها فلا يجوز لاحد المتعاقدين ان يطعن فيها الا عن طريق الطعن بالتزوير[2]، فإذا ادعت امرأة بانها زوجة رجل معين، و أنكر الرجل ذلك، فأبرزت المرأة و ثيقة الزواج، صادرة وفق اصولها، فتعتبر زوجة ذلك الرجل، و لا يطلب منها اقامة البينة على ذلك ما لم يبادر الرجل فيطعن بوثيقة الزواج هذه بالتزوير[3].

ان إثبات الزواج يكون بكل وسائل الإثبات، حيث يمكن اعتماد البينة الخطية و البينة الشخصية و بينة الإقرار و غيرها من البينات او الأدله المستخدمة لإثبات واقعة زواج صحيحة، ترتب في لحظة من اللحظات نشوئها انكارها من احد طرفيها، مما تطلب الأمر إثبات صحة الواقعة و. ليس هنالك سبيل الآ أدلة الإثبات ، ان اثبات عقد الزواج، بالمفهوم

---

(١) علي محمد ابراهيم الكرباسي، شرح قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل مطبعة بغداد، شارع المتنبي، ص١٦.

(٢) د.احمد الكبيسي ، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، ط، بغداد ، ١٩٩٠، ص٥٧.

(٣) محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص١٩٦ ؛ انور العمروسي، اصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، ط٢، شركة الأسكندرية للطباعة والنشر، ١٩٦٤، ص٢٩٢.

الحالي يعني اثباته أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود عقد الزواج[١].

اذا اختلف الزوجان في الخلوة كان القول للزوج و البينة على الزوجة، واذا أصرت الزوجة على ان القول لها و عليه البينة بعد تكليفها بالإثبات تعتبر عاجزة عن الإثبات[٢].

ان المقتضى على محكمة الموضوع ان تُكلف وكيل المميزة (المدعية) بإثبات كون موكلته لم تقبض مهرها المعجل عند زواجها من المميز عليه بجميع طرق الإثبات المقررة قانوناً ما دام عقد زواجها عرفاً و لم ينظم به مستند كتابي وان عجز عن إثبات ذلك تمنحه حق توجيه اليمين الحاسمة الى المدعي عليه عملاً بحكم المادة (١١٨) من قانون الإثبات[٣]، ان المدعي عليه المميز أقر بزواجه من المميز عليها (المدعيه) و الدخول[٤]، لا يعتبر عقد الزواج ما لم يجر تسجيله في المحكمة المختصة بعد حضور الطرفين المتعاقدين او من ينوب عنهما لإثبات هذا العقد[٥]، ان الرسمية في تسجيل عقد الزواج هي الضمان في الإثبات، لغرض حمايته من التلاعب و ضمان اثباته عند الجحود و الإنكار[٦] ان اثبات عقد الزواج يمكن إثباته أمام المحكمة الشرعية بالبينة الشخصية[٧]، وثيقة عقد الزواج المبرزة في

---

(١) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط٢، م. السعادة، مصر ١٩٥٨، ص١١٧.

(٢) انور العمروسي، اصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، ص٣٩٣.

(٣) رقم القرار ٦٥٢٠ش، ٢٠٠٢، ت ٤٣٥٧ في ٢٠٠٢/٢/٢٠ غير منشور.

(٤) رقم الاضبارة ١٤٤٨/ش/٢٠٠٢ ت ٤٣٠٧ في ٢٠٠٢/٨/١٨ غير منشور.

(٥) مجلس شورى الدولة (ديوان التدوين القانوني) رقم القرار ١٩٧٤/٩٥ في ١٩٧٤/٥/٥، مجلة العدالة لسنة ١٩٧٤، ص٤٧٠.

(٦) مجلس شورى الدولة (ديوان التدوين القانوني) رقم القرار ١٠/٥٣ في ١٩٦٥/٤/٢٥، مجلة ديوان التدوين القانوني سنة ١٩٦٥، ص٦٥.

(٧) محكمة تمييز العراق رقم القرار ١٦٩٢/ش/١٩٧٤ في ١٩٧٤/١٢/١٧ النشرة القضائية عدد (٤) لسنة ١٩٧٤.

دعوى نفقة الزوجية كافية لإثبات الزوجية و لا مجال لتكليف اثبات الزوجة دعواها بالبينة الشخصية، لانه يكتفى بعد ثبوت الزوجية بتحليفها اليمين الشرعية عملاً بالنصوص الفقهية و بما جاء في المادة (٦٠) من قانون حقوق العائلة لسنة ١٩٥١ [١].

اذا كانت البينة الشخصية غير كافية لإثبات عقد الزواج و غير كافية لإثبات المعاشرة الزوجية فأن المدعية تعتبر عاجزة عن الإثبات و يتعين منحها حق تحليف خصمها اليمين[٢]، ولا يجوز اعتماد الشهادة الواحدة لإثبات الزوجية و تحليف الزوجة اليمين المتممة لتعلق ذلك بالحل والحرمة[٣]، لا يجوز رد دعوى المدعية بثبوت الزوجية، اذا دفعت بأن المدعي عليه عقد عليها عقداً شرعياً، بعد طلاقها الخلعي منه، و لها بينة شخصية على ذلك، و انما يلزم الأمر الإستماع الى البينة المذكورة، فإن عجزت عن الإثبات، فلها حق تحليف المدعي عليه اليمين الحاسمة بهذا الخصوص[٤].

ان خلاصة القول توضح امكانية إثبات عقد الزواج بالأدلة المتاحة شرعاً و قانوناً، اذا لم يقر الزوج الزوجية لينهي بإقراره الإستمرار في اجراءات الدعوى، تطلب الأمر من الزوجة المدعية البحث عن وسيلة

---

(١) قرار محكمة الإستئناف الشرعية الاردنية رقم ١٨٤٥ في ١٩٧٥/١٠/١٦، المبادئ القضائية التي استقرت عليها اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في المملكة الاردنية الهاشمية من ١٩٧٣/٧/١ الى ١٩٨٣/٦/٣٠، المجموعة الثانية، اعداد محمد حمزة العربي، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان-الاردن.

(٢) رقم القرار ١٢/موسعة/٨٥/٨٤ في ١٩٨٤/٨/٢٩، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم الاحوال الشخصية، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٨٩، ص١٦٣.

(٣) رقم القرار ٢٥٧٧/ش/٨٥/٨٤ في ١٩٨٥/٥/١٥، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية، قسم الأحوال الشخصية، ص١٦٣.

(٤) رقم القرار ٢٢٨٧/ش/٨٥/٨٤ في ١٩٨٥/٢/٢٥، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية، ص١٤١.

اخرى لإثبات صحة ادعائها لكونها هي المكلفة بإثبات ذلك، فإذا لم تكن لديها بينة خطية كافية لإثبات ما تدعيه، أمكن لجوؤها الى البينة الشخصية، و اذا تعذر عليها و عجزت عن إثبات ذلك بقى أمامها اللجوء الى اليمين الحاسمة بعد إذن المحكمة الشرعية؛ لأن اليمين الحاسمة وسيلة إثبات لا يجوز اللجوء إليها الآ عند الإنكار. ان إثبات حصول الخلوة الصحيحة التي تكون من آثارها استحقاق الزوجة كامل مهرها، أو وجود رابطة زوجية بين رجل وامرأة، يتطلب من الزوجة المدعية ضرورة إثبات ذلك، لأنها هي المدعية التي تتحمل عبء إثبات ادعائها.

المطلب الثاني
عبء إثبات المهر

المهر يعرف بانه اسم المال الذي تستحقه المرأة، اما بعقد النكاح، سواء بالتسمية او بالعقد، و اما بالدخول في عقد فاسد او بشبهة، و للمهر اسماء منها الصداق، و النحلة، و الأجر[1]، و المهر أثر من آثار العقد الصحيح، و يعتبر واجب في ذمة الزوج، و الزوجة تتصرف فيه كيف ما تشاء، لأنه أثر مهم من آثار عقد الزواج المالية، يرتبه العقد للزوجة على زوجها، فالمهر إذن حُكم من أحكام العقد، و ليس ركناً فيه و لا شرطاً من شروط صحته، و نوعا المهر هما: المهر المسمى المعين مقدارهُ، و مهر المثل اذا لم يعين مقدار المهر في عقد الزواج، او في اتفاق لاحق[2].

و لما كان المهر حُكماً من أحكام عقد الزواج المترتبة عليه بعد انعقاده، فإنه لا يجب على الزوج الوفاء به حين العقد، بل يجوز تعجيله او تأجيله كُلاً او بعضاً، و تراعى بصدد الوفاء به جميع الشروط التي ينص عليها القانون، او يتفق عليها العاقِدان، على ان تكون غير مخالفة للقانون[3].

---

(١) د. ابراهيم عبد الهادي احمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٦، ص٩١.

(٢) علي الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص٣٧.

(٣) محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص٢٢.

وعن إثبات عدم دفع المهر المعجل أو المؤجل أو كليهما يقع على الزوجة المدعية، و ينتقل عبء الإثبات الى الزوج اذا أبدى دفعاً بدفع المهر للزوجة، حيث يتطلب الأمر هنا منه إثبات واقعة الدفع، و يمكن إثبات ذلك بطرق الإثبات كافة وان زادت قيمة المهر على النصاب القانوني الذي حدده القانون لتحريره في مستند كتابي، اذا تعذر الحصول على ذلك لوجود مانع مادي او أدبي[1]، و اذا عجزت الزوجة عن إقامة البينة، كان القول قول الزوج، مع توجيه اليمين الحاسمة اليه، بطلب المدعية التي قد يكون لها الأثر النهائي لحسم موضوع الدعوى[2].

ان المدعي عليه (المميز) أصبح عاجز عن إثبات تسديده المهر المؤجل، فمنحته المحكمة حق تحليف المدعية المميز عليها (زوجته) اليمين الحاسمة فرفض ذلك، فخسر ما توجهت به اليمين[3]، ان عقد الزواج يشير الى ان الزوجة قبضت مقدم مهرها المعجل فكان على محكمة الموضوع بعد ان أنكرت ذلك ان تُكلفها لتقديم دليل كتابي صادر عن الزوج يؤيد عدم استلامها لمقدم مهرها صادر بعد عقد الزواج و في حالة عدم وجود الدليل الكتابي فإن المدعية تعتبر عاجزة عن الإثبات و منحها حق توجيه اليمين الحاسمة الى المدعي عليه بانها لم تكن كاذبة بإقرارها بإستلام مقدم مهرها[4]، اذا دفع المدعي عليه بدفع المهر، تطلب الأمر منه إثبات ذلك لإنتقال عبء الإثبات بعد التحول من مبدأ الدفاع الى الهجوم[5] اذا

---

(١) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ص٨٨.

(٢) د. محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الاردني، القسم الاول، عقد الزواج وآثاره، ط٢، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٦، ص١٩٥.

(٣) رقم الاضبارة ١٥٦٠/ش/٢٠٠٢ ت ٤٣٧١ في ٢٠٠٢/٨/٢ غير منشور.

(٤) رقم الاضبارة ١٤١٩/ش/٢٠٠٢ ت ٤٢٧٩ في ٢٠٠٢/٨/١٧ غير منشور.

(٥) قرار محكمة الاستئناف الاردنية رقم ١٨٦٤٥ في ١٩٧٥/١٠/١٦، المبادئ القضائية التي استقرت عليها محكمة الاستئناف الاردنية.

انكرت الزوجة قبضها بقية صداقها المعجل و قامت البينة على دفع الصداق لوالد الزوجة فيجب اعتبار الزوج عاجزاً عن إثبات تسديد باقي الصداق و منحه حق تحليف الزوجة اليمين على عدم تسلمها بقية الصداق لا مباشرة و لا بالواسطة[1]، اذا ادعت الزوجة حال قيام الزوجية بأن مهرها المؤجل الذي تطلب الحكم به يزيد على ما دون في الورقة العادية فلها ان تثبت ادعائها بالبينة الشخصية[2].

المطلب الثالث
عبء إثبات نفقة الزوجة

النفقة هي تكليف مالي واجب عن الزوج لزوجته لقاء احتباسها له حقيقة او حكماً، و تتحقق نفقة الزوجة اذا توافر شرطان هما: ان يكون هناك عقد زواج صحيح و ان يحتبس الزوج زوجته حقيقة او حكماً[3]، لكن من مسقطات نفقة الزوجة اذا تركت دار الزوجية بلا اذن و بغير وجه شرعي، او حُبست عن جريمة او دين، او اذا امتنعت عن السفر مع زوجها من دون عذر شرعي[4]، ان نفقة الزوجة تشمل الطعام و الكسوة و السكن و لوازمها و اجرة التطبيب و العلاج بالقدر المعروف و خدمة الزوجة التي يكون لا مثالها معين، و يعتمد في تقدير قيمة النفقة للزوجة على زوجها بحسب حالتيهما يسراً و عسراً[5].

---

(١) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٩٩/ هيئة عامة ثانية/ ١٩٧٥ في ١٩٧٦/١/١٧، مجلة الإحكام العدلية العدد (١) ١٩٧٦، ص٩٠.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٤٩١/مواد شخصية/ ١٩٧٨ في ١٩٧٨/٨/١٥ مجلة الاحكام العدلية العدد (٣) لسنة ١٩٧٨، ص٧٢.

(٣) م (٢٣) قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل؛ علي الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص٥١.

(٤) م (٢٥) فق (١) قانون الأحوال الشخصية العراقي؛ د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ص٢٣٨.

(٥) م (٢٤) فق (١٢)؛ م (٢٧) قانون الأحوال الشخصية العراقي؛ محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص٢٣٨؛ د.ابراهيم عبد الهادي احمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الإسلامية، ص١٠٦.

اما بخصوص عبء الإثبات في أسباب استحقاق او سقوط النفقة الزوجية. عبء الإثبات عندما تكون المطالبة عن نفقة ماضية متراكمة. ان النفقة الزوجية واجبه على الزوج من حين العقد الصحيح، فلا تكلف الزوجة بإثبات تحقق ما تراكم منها بذمة الزوج عن مدة ماضيه، و لا يطلب منها إثبات ذلك، فالأصل هو إستحقاقها للنفقة، و لا يكلف مدعي الأصل إثباته، فإذا دفع الزوج عدم إستحقاق زوجته للنفقة بسبب من أسباب سقوطها، كان ذلك إدعاء خلاف الأصل، و كلف الزوج الإثبات[1]. فلو ان امرأة رفعت على زوجها دعوى تطالب نفقتها لمدة سنتين، و لم يد الزوج دفعاً من الدفوع التي فيما لو ثبتت تؤدي الى سقوط نفقتها، اعتبرت الزوجة مستحقة لها، و حكمت المحكمة لها بالنفقة. اما اذا إدعى الزوج بأنه كان ينفق على زوجته أو ان زوجته لا تستحق النفقة بسبب إمتناعها عن الإنتقال لبيته، او تركها بيت الزوجية من دون عذر او لأي سبب من اسباب سقوط النفقة، كلف هو الإثبات، فأن اثبت ذلك، كانت الزوجة غير مستحقة لنفقتها الماضية، و ان عجز عن الإثبات، حكمت المحكمة لها بالنفقة، ويجوز ان تُكلف الزوجة بالإثبات، فيما لو ادعت خلاف ما اثبته الزوج، فمثلاً اذا اثبت الزوج، ان زوجته لم تنتقل الى بيت الزوجية بالرغم من طلبه منها الإنتقال اليه، فادعت الزوجة، انها لم تنتقل الى بيت الزوجية، بسبب عدم قيام الزوج بأداء مهرها المعجل، كُلفت هي بالإثبات، فأن اثبتت ذلك حكمت لها بالنفقة بالرغم من امتناعها عن الانتقال الى بيت الزوجية، و ان عجزت ردت دعواها[2].

اما بخصوص عبء الإثبات عندما تكون المطالبة عن نفقة

---

(١) علي الكرباسي، المصدر السابق، ص٥١.

(٢) محسن ناجي، المصدر السابق، ص ٢٤٥ ؛ انور العمروسي، المصدر السابق، ص ٢٧٦ ؛ محمد محي الدين عبد الحميد، المصدر السابق، ص ٢١٩ .

مستمرة، يُقضى بها من تاريخ المطالبة بها، فعندما ترفع الزوجة دعواها طالبة من المحكمة المختصة الحكم لها بالنفقة، اما ان يقبل الزوج على فرض النفقة لزوجته، فتقوم المحكمة الشرعية المختصة بتحديد مقدارها مع فرضها و تنتهي الدعوى، و اما ان يبدي استعداده لتهيئة البيت المناسب لحالتيهما المالية[1]. وفي حالة قيام الزوج بتهيئة البيت تنتهي الدعوى، و ان إمتنعت الزوجة لسبب من الأسباب الشرعية التي تعطيها الحق في الأمتناع عن الأنتقال لبيته الذي هيأه الزوج، كلفت عندها الزوجة بإثبات هذا السبب، فأن اثبته حكمت المحكمة لها بالنفقة، و ان عجزت عن اثباته ردت دعواها، و يجوز للزوج في حالة اثبات زوجته السبب الذي دفعها للإمتناع من الانتقال للبيت الشرعي الذي قام الزوج بتهيئته، ان يثبت عكس ما ادعته الزوجة، فأن اثبت ذلك، و بقيت الزوجة ممتنعة عن الموافقة ردت دعواها، و حكم بنشوزها. على المحكمة ان تتحقق من يسار المدعي عليه قبل فرض النفقة عليه بأثر رجعي، اذا ظهر من وقائع الدعوى ان المحكمة اغفلت مراعاة المادة (١١٨) من قانون الإثبات، باعتبار ان المدعية (المميزه) عاجزة عن إثبات بقية المصاريف التي تطالب بها و منحها حق تحليف المميز عليه (المدعي عليه) اليمين الحاسمة، مما اخل بصحة الحكم الصادر منها لذا قرر نقضه و اعادة الاضبارة الى محكمتها للسير فيها وفق الاصول[2]، تبين إن الحكم الصادر من المحكمة الشرعية المختصة صحيح و موافق لأحكام الشرع و القانون حيث استمعت المحكمة الى بينة الطرفين و رجحت بينة المميز عليها (المدعية الزوجة) على بينة المميز عليه (المدعي عليه الزوج) بما لها من سلطة

---

(١) محسن ناجي، المصدر السابق، ص ٢٤٦ ؛ علي الكرباسي، المصدر السابق، ص٥١..

(٢) جمهورية السودان م أ/أ س ش /١٩٨٧/٢/٢ في ١٩٨٨/١/٣ مجلة الفقه والقضاء تصدرها الامانة العامة لجامعة الدول العربية العدد (١١) لسنة (١٩٩٢)، ص١٠٧.

تقديريه في تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية و الشخصية وفق المادة (٨٢) من قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ ، و ركنت الى ثلاثة خبراء و جاء تقديرهم للنفقة مناسباً و الحالة الاجتماعية و الاقتصادية في الوقت الحاضر و قرر تصديقه[١]. ان نفقة الزوجة على زوجها تشمل اجور التطبيب و ان المدعية قدمت بينة تحريرية تؤيد صرفها المبالغ المطالب بها لإجراء العملية الجراحية في العين و قد جاء تقدير الخبراء مؤيد لإستحقاق المدعية للمبلغ المطالب به[٢].

اذا عجزت الزوجة المدعية عن اثبات موارد المدعي عليه فلا يصار الى رد الدعوى كما قضت المحكمة بل يصار الى تقدير نفقة الإعسار من قبل المحكمة، مما يستوجب ذلك نقض الحكم الصادر بهذا الخصوص[٣] لكي يتسنى لمحكمة الموضوع إصدار حكمها بالتفريق بسبب عدم الإنفاق ضرورة تكليف المدعية اثبات كون المدعي عليه لم يقم بالإنفاق عليها خلال مدة الامهال المبتدئة من تاريخ تبليغ المدعي عليه في ٧، ٦، ١٩٧٠ بكتابها المرقم ٧٠/٢٤٩ق والمؤرخ ١٠، ٥، ١٩٧٠ ، و كان على المحكمة ان تكلف المدعية باقامة البينة ترك المدعية من دون نفقة خلال المدة المذكورة و لا تكتفي بقول المدعية، و لهذا قرر نقض الحكم المذكور لصدوره خلاف الأصل[٤]، اذا ادعى الزوج ان زوجته هي التي تركت دار الزوجية فعليه كلفة إثبات ذلك بإعتبار ان الأصل وجوب النفقة للزوجة على الزوج من تاريخ العقد الصحيح، و ذلك من يدعي عدم الوجوب و هو خلاف الأصل عليه اثبات سبب عدم وجوبها ببينة[٥].

---

(١) رقم الاضبارة ١٣٥٩/ش/٢٠٠٢ ت ٤٢٣٨ في ٢٠٠٢/١/١٥ غير منشور.
(٢) رقم الاضبارة ١٤٠٥/ش/٢٠٠٢ت ٤٢٦٨ في ٢٠٠٢/٨/١٧ غير منشور.
(٣) رقم الاضبارة ١٧٨٤/ش/٢٠٠٢ ت ٤٨٠٠ في ٢٠٠٢/٥/١٤ غير منشور.
(٤) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢٦٥١/٢٨٠٥/ش/١٩٧٠ في ١٩٧٠/١٢/٢٣ النشرة القضائية العدد (٤) لسنة ١٩٧١ ص٢٢.
(٥) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٣١٠/ش/١٩٧٣ في ١٩٧٤/٣/٣٠ النشرة القضائية العدد(١) لسنة ١٩٧٤ ، ص١٩٩.

المطلب الرابع
عبء اثبات الطلاق

الطلاق هو إنحلال الرابطة الزوجية بإرادة الزوج او هو رفع قيد الزواج بإيقاع من الزوج، و لا يقع الطلاق الآ بالصيغة المخصوصة له شرعاً[1].

و لا يتحقق الطلاق الآ بتوافر شروطه المثلة بوجود عقد زواج صحيح و الأهلية اللازمة للطلاق و الصيغة المخصوصة له شرعاً، و ينقسم الطلاق الى قسمين، الطلاق الرجعي و هو ما جاز للزوج مراجعة زوجته أثناء عدتها من دون عقد و تثبت الرجعة بما يثبت به الطلاق، وطلاق بائن وهو قسمان طلاق بائن بينونة صغرى و هي ما جاز للزوج التزوج بمطلقته بعقد جديد، و طلاق بائن بينونة كبرى و هو ما حرم فيه على الزوج التزوج من مطلقته التي طلقها ثلاثاً متفرقات و قضت عدتها[2]، لقد أوجب القانون على من أراد ايقاع الطلاق ان يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية بطلب ايقاعه و استحصال حكم به، فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة المختصة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة، و في حال ثبوت ان الزوج تعسف في طلاق زوجته طلاقاً تعسفياً مع تضررها بسبب ذلك، حكمت لها بالتعويض المناسب، بعد التحقيق من حالة الزوج المالية و درجة تعسفه[3]. ان دعوى الطلاق تقام في محكمة محل العقد او محكمة اقامة المدعي عليها او محكمة المحل الذي حدث فيه سبب الدعوى[4].

ان عبء إثبات ايقاع الطلاق على عاتق الزوج الذي يطلب

---

(١) د. ابراهيم عبد الهادي احمد النجار، المصدر السابق، ص١٤٣.
(٢) م (٣٨) من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل؛ د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ص١٤١.
(٣) م (٣٩) قانون الأحوال الشخصية؛ علي الكرباسي، المصدر السابق، ص٥٩.
(٤) م (٣٠٣) قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

الحكم بصحته، فإذا تعذر عليه ذلك فله تحليف الزوجة يمين عدم العلم انطلاقاً من قاعدة البينة على المدعي و اليمين على المدعي عليه، فأن حلفت اليمين او رفض يحكم بالطلاق من تاريخ الإقرار به أمام المحكمة، اما عبء إثبات الطلاق التعسفي، فلكي تحكم المحكمة بالتعويض المناسب، يقع على الزوجة عبء إثبات ذلك[1]. ان واجب تحقيق العدالة بين الخصوم يستوجب عدم رد الدعوى من قبل المحكمة الشرعية قبل استكمال إجراءاتها سيما و انها تتعلق بموضوع الحل و الحرمة مما كان يقتضي الأمر الاستماع الى البينة الشخصية للمدعية المميزة و من ثم لها صلاحية تقدير الشهادة من الناحية الموضوعية و الشخصية، و اذا عجزت عن الإثبات منحها حق تحليفه اليمين بعدم ايقاع الطلاق التعسفي الموجب للتعويض، مما كان ذلك سبباً لنقض القرار الصادر بهذا الخصوص[2]. اليمين الحاسمة، فأن حلفت وقع الطلاق الرجعي من تاريخ الجلسة التي كرر فيها المدعي دعواه[3] اذا عجز المدعي الزوج عن اثبات طلاقه لزوجته خارج المحكمة فينبغي على المحكمة منحه حق تحليفها اليمين عن ذلك، فاذا حلفت اليمين، فيكون الطلاق واقعاً بتاريخ الجلسة التي حضر فيها المدعي للمرافعة فعلاً و كرر فيها عريضة الطلاق، وطلب الحكم بإيقاعه[4]، اذا عجز المدعي عن إثبات ادعائه بعدم الإنسجام و تعذر الحياة الزوجية، و الشقاق و الضرر من زوجته المدعي عليها فلا يصح رد دعواه، بل يتطلب من المحكمة ان تطلب منه ايقاع الطلاق ان شاء[5]، ادعاء المطلقة برجوع

---

(١) السيد محمد الهاشمي، القضاء بين يديك ص٧٦.

(٢) رقم الاضبارة ١٤٠٧/ش/٢٠٠٢ ت ٤٢٧٠ في ٢٠٠٢/٨/١٧ غير منشور.

(٣) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٢٧٧/ش/١٩٧٩ في ١٩٧٩/١٠/٢، مجموعة الاحكام العدلية عدد (٤) لسنة، ١٩٧٩، ص٤٤.

(٤) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢٨٠/ش/٨٨/٨٧ في ١٩٨٧/١٠/١١، مجموعة الاحكام العدلية العدد (٤) لسنة ١٩٨٧، ص٩٦.

(٥) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٣٣٥٤/ش/٨٥/٨٤ في ١٩٨٦/٤/١٢ مجموعة الاحكام العدلية العدد ٣/١ لسنة ١٩٨٦، ص٢٧٧.

الزوج عن الطلاق لا يثبت بمجرد قولها وعلى المحكمة ان تكلفها إثبات ذلك قبل ان تقضي لها بالنفقة[1]. دعوى الطلاق من الدعاوى الحسبية التي لا تحصر فيها الشهادة، اذا عجزت المدعية من اثبات الطلاق حلفت المدعي عليه اليمين من تلقاء نفسها على عدم الطلاق و لا يتوقف ذلك على طلب المدعية[2]، لا وجه لتكليف المطلقة اثبات دعواها ان زوجها طلقها طلاقاً تعسفياً، لأن طلاق الزوج لزوجته اصلاً مكروه شرعاً و يعتبر طلاقاً تعسفياً ما لم يكن الطلاق لسبب معقول، و انما الذي يكلف للإثبات هو المطلق اذا ادعى للطلاق سبباً معقولاً [3]، اذا دفع المطلق دعوى مطلقته طلبها بالتعويض للطلاق التعسفي بانه طلقها مكرهاً بعد ان صبر على أذاها و سوء معاملتها واهمالها اياه وعدم قيامها بواجباتها الزوجية مدة تزيد على ثماني سنوات، فيعتبر هذا دفعاً مقبولاً من المدعي عليه بعد الحكم الغيابي المعترض عليه لانه يعتبر من الاعذار الشرعيه للطلاق و كان على المحكمة الابتدائية التحقق فيه و فصله بوجه شرعي، لذلك كان على حكم المحكمة برد اعتراض المدعي مستوجباً للفسخ[4]، لا يجوز اثبات الطلاق بشهادة رجل و امرأة لعدم اكتمال نصاب الشهادة شرعاً و لا يتم النصاب في هذه الحالة بتحليف المدعي اليمين المتممة، و انما تحليف المدعي عليها.

---

(١) قرار محكمة تمييز العراق (مجلس التمييز الشرعي) العدد ١٩٥١/٣٩٦، مجلة الاحكام القضائية تصدر عن دار المعرفة، بغداد العدد (١) المجلد (١) مايس ١٩٥٣، ص٣٠.

(٢) قرار محكمة التمييز رقم ١٤٧/ش/٦٣ في ١٩٦٣/١١/١٧، قضاء محكمة التمييز، المجلد الاول، ص٢٠٠.

(٣) قرار محكمة الاستئناف الاردنية رقم ١٨٥٩ في ١٩٧٨/١/١٣، المبادئ القضائية التي استقر عليها اجتهاد محكمة الإستئناف الشرعية الاردنية، ص٥٩.

(٤) قرار محكمة الاستئناف الشرعية رقم ٢٣٧٣٣ في ١٩٨٣/٥/١٢، ص٦٠.

المطلب الخامس
عبء إثبات سبب التفريق

الطلاق حق من حقوق الزوج، له ان يوقعه، وله ان يمتنع عن ايقاعه، ولا تملك الزوجة حق الطلاق، ما لم يوكلها او يفوضها به الزوج، وهذا ما يحدث في النادر القليل، فإن اصاب الزوجة ضرر او عنث من الزوج لاي سبب كان، تعذر عليها التحلل منه لعدم فائدة استمرار الحياة الزوجية[1]، و بسبب ذلك تدخل المشرع من خلاله اعطى القاضي حق ايقاع الطلاق بدل الزوج، اذا تعذر استمرار الحياة الزوجية، لوجود الأسباب الكافية لذلك، و هذا ما يطلق عليه بالتفريق القضائي بحكم القاضي الذي يعرف بأنه تطليق القاضي الزوجة من زوجها و لو كان ذلك من دون رضاه[2] واسباب طلب التفريق القضائي منها ما يعطي الحق لكلا الزوجين مثل حالة اضرار احد الزوجين بالآخر، ضرراً يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، و منها ما هو خاص بالزوجة حيث اجاز لها القانون طلب التفريق القضائي مثلاً في حالة هجر الزوج زوجته من دون عذر مشروع مدة سنتين، او حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنوات فأكثر[3]، يجوز اثبات سبب التفريق بوسائل الإثبات كافة، بما فيها الشهادة و القرائن، لكونها من الوقائع المادية التي يجوز اثباتها بالوسائل القانونية الممكنة كافة، مع تمتع محكمة الموضوع بسلطة تقدير الأدلة، و يقع عبء اثبات السبب المباشر للتفريق على عاتق الطرف المدعي بطلب التفريق سواء كان الزوج او الزوجة، حسب نص المادة (٤٠) من قانون الأحوال

---

(١) انور العمروسي، المصدر السابق، ص٤٥٨ ؛ محمد محي الدين عبد الحميد، المصدر السابق، ص٣٠٣.

(٢) علي الكرباسي، المصدر السابق، ص٧٣ ؛ د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية وتعديلاته، ص١٥١ ؛ د. عبد الستار حامد، أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي، احكام انهاء النكاح، ج٢، ط١، مطبعة الجامعة بغداد، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦، ص٩٥.

(٣) علي الكرباسي، المصدر السابق، ص٧٣.

الشخصية، او على عاتق الزوجة حسب نص المادة (٤٢) من القانون نفسه، و حكم التفريق القضائي اعتباره طلاقاً بائناً بينونة صغرى[١]. اذا دفعت الزوجة دعوى المطاوعة بعدم زفافها و عجزت عن الإثبات كلفت الزوج باعداد بيت شرعي لتزف الزوجة اليه فأن نكل او تغيب قضت المحكمة بالتفريق بطلب الزوجة لعدم جواز بقائها معلقة رغم اظهار الطاعة[٢] ظهر ان الحكم الصادر غير صحيح و مخالف لأحكام القانون و ذلك لان وكيل المميز عليه المعترض المدعي عليه عندما اعتبرته المحكمة في الجلسة المؤرخة في ٢٠٠١/١٢/١٣ عاجزا عن اثبات دعواه الاعتراضية و منحته حق توجيه اليمين الى المميزة المعترض عليها المدعية لم يبين رأيه بشأن توجيه اليمين من عدمها حسب الصيغة التي استقرت عليها المحكمة مما قرر نقضه و اعادة الدعوى الى محكمة الموضوع للنظر فيه مجدداً [٣]، ان قرار المحكمة الشرعية صحيح و موافق لأحكام الشرع و القانون حيث تثبت للمحكمة من اقرار المدعي عليه (المميز) و شهادة الشهود هجره المميز عليها المدعية المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (٤٢) اولا - ٢ من قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل، و انه لم يقطع المدة القانونية بمراجعة زوجته او اقامة دعوى المطاوعة، مما يعني ذلك سبباً كافياً لطلب التفريق، من دون ان يكون لإعتراض المميز وجه قانوني[٤]، وجد ان الحكم الصادر من المحكمة الشرعية المختصة غير صحيح و مخالف لإحكام الشرع و القانون، و ذلك لأن إثبات وجود الخلاف المستحكم بين الزوجين الموجب للتفريق وفق المادة (٤١) من

---

(١) محسن ناجي، المصدر السابق، ص٣١٤؛ محمد الهاشمي، القضاء بين يديك، ص٩٥.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٩٦٠/ش/١٩٧٧ في ١٩٧٧/٧/١٠/ مجموعة الاحكام العدلية العدد (٤) لسنة ١٩٧٨، ص٨٥.

(١) رقم الاضبارة ١٥١٧/ش/٢٠٠٢ت ٤٣٥٩ في ٢٠٠٢/٨/٢٠ غير منشور.

(٤) رقم الاضبارة ٣٢٠٣/ش/٢٠٠٢ ت ٤٣١٤ في ٢٠٠٢/٨/١٨ غير منشور.

قانون الأحوال الشخصية، يجب ان يكون عن طريق ادلة الإثبات المقررة قانوناً و من ضمن هذه الأدله شهادة الشهود، و يكون تقدير قيمة الشهادة الى محكمة الموضوع عملاً بحكم المادة (٨٢) من قانون الإثبات، و حيث ان المحكمة حسب سلطتها التقديرية لم تعتمد على البينة الشخصية المقدمة من قبل الزوج المميز عليه المدعي، لذلك فكان المقتضي و الحالة هذه ان تحكم برد الدعوى، و لا يجوز لها ان تخضع لتطبيق المادة (١١٨) اثبات، و تعتبر المدعي عاجزاً عن الإثبات و تمنحه حق توجيه اليمين الى الزوجة المميز عليها، حيث لا يجوز اللجوء الى هذا الطريق في مثل هذه المسائل، لان مسألة كون الخلاف مستحكماً او غير مستحكم يكون تقديره الى محكمة الموضوع و ليس الى الخصم عن طريق حلف اليمين، لذلك لم تلاحظ المحكمة ذلك و منحت المميز عليه المدعي حق توجيه اليمين الى المميزة الزوجة باعتبار ان هناك خلافاً مستحكماً بينهما بعدما اعتبرت المميز عليه عاجزاً عن اثبات هذا الخلاف (الادعاء) و حكمت وفق الادعاء بعدما ردت المميزة اليمين الى المميز عليه و قيام الأخير بحلف هذا اليمين، و حيث ان هذا الإجراء لا يستند الى احكام القانون لذا قرر نقضه[1]، لكي يحكم بالتفريق من قبل محكمة الموضوع، يجب تكليف المدعية اثبات الضرر الجسيم الذي يتعذر معه استمرار الحياة الزوجية، و اذا كانت الشهادات المستمعة لم تؤيد صحة وجود الضرر الجسيم الذي هو معيار طلب التفريق وفق احكام المادة (٤٠) من قانون الأحوال الشخصية، اعتبرت المدعية عاجزة عن اثبات الضرر و منحها حق تحليف المدعي عليه اليمين الحاسمة[2] الأساس القانوني لطلب التفريق وجود أحد الأسباب التي حددها القانون، و لهذا لا يجوز الحكم بالتفريق بين المدعية و زوجها

---

(١) رقم الاضبارة ٣٨٧٤/ش/٢٠٠٢ ت ٤٣١٥ في ٢٠٠٢/٨/١٨ غير /منشور.

(٢) تمييز عراقي رقم الاضبارة ١٣٨٢٥/ش/٢٠٠٢ ت ٤٢٠٦ في ٢٠٠٢/٨/١٠ غير منشور.

المدعي عليه، استنادا الى تقرير طبي يشير الى اصابة الزوج بمرض نفسي و عصبي، اذا كانت اللجنة الطبية التي فحصت المدعي عليه غير مختصة بالأمراض النفسية و العصبية و ليس من بين اعضائها طبيب مختص بهذه الأمراض[1]. الضرر الذي يعطي للزوجة الحق بالتطليق هو الذي يقع من الزوج دون الزوجة بحيث تصبح العشرة الزوجية مستحيلة بينهما او بين امثالهما، و يقصد بالضرر في هذا المجال ايذاء الزوج زوجته بالقول و بالفعل ايذاء لايليق بمثلها، و يعتبر من الوقائع المادية التي يجوز اثباتها بكافة طرق الإثبات، و تتحمل الزوجة عبء اثباته، لكونها هي المدعية في الدعوى[2]، اذا استندت الزوجة الى وقائع مادية معينة و طلبت الحكم بالتفريق و عجزت عن إثبات الوقائع المذكورة فعلى المحكمة ان تمنحها حق تحليف الزوج اليمين[3].

المطلب السادس
عبء إثبات النسب

الغرض الأساس من الزواج الى جانب البحث عن الأستقرار، والأمان النفسي و العقلي والاجتماعي، هو التولد و النسل، و هذا ما اوضحته الفقرة(١) من المادة الثالثة من قانون الأحوال الشخصية، عندما اشارت الى ان الزواج رابطة للحياة المشتركة و النسل.

اذن يعتبر النسل نتيجة طبيعة بمشيئة الباري عز و جل من نتائج الزواج التي قصدتها الشريعة الاسلامية اولا، و القانون ثانيا، و لذلك

---

(١) تمييز عراقي رقم الاضبارة ١٩٦٩/ش/١٩٨٦ ت ٢٢١٤ في ١٩٨٨/٢/٢١، المجلة العربية للفقه والقضاء تصدرها الامانة العامة بجامعة الدول العربية (١٥) لسنة ١٩٩٢، ص١١٠.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية في النقض رقم ٥٠ لسنة ٥٢ بتاريخ ١٩٨٣/١/٢٨، المجلة العربية للفقه والقضاء العدد (١١) ١٩٩٢.

(٣) قضاء محكمة تمييز العراق رقم ٤٧٢/ش/١٩٦٩، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية- قسم الاحوال الشخصية، ص٤١.

يعتبر النسل اهم غرض من اغراضه، و يترتب عليه على التولد و النسل ثبوت نسب الاولاد من الابوين – الزوجين- ذلك لان ثبوت نسب اولادهما حق مشترك بينهما[1].

ان ثبوت النسب بين الأبوين بالإقرار و البينة او أي دليل او قرينة على ثبوت النسب، حيث اجاز القانون اللجوء الى مختلف الوسائل و في مقدمتها الإقرار و الإعتراف بالقرائن القانونية و القرائن القضائية[2]، فلو حصل ان الزوج انكر قبل رفع دعوى ثبوت النسب امام المحكمة الشرعية المختصة، بعدم صلته بالمولود، فان الأمر يتطلب من الزوجة عند دعواها امكانيتها في اثبات ذلك بمختلف الوسائل الممكنة لثبوت نسب ولدها من ابيه المنكر، و اذا تعتذر عليها ذلك اللجوء الى ضمير المدعي عليه لحسم موضوع الدعوى، اما اذا ابدى الزوج دفعاً من دون ان يصدر إقرار منه بنسب الطفل، بعدم صحة الوقائع التي تم اثباتها، فيتطلب الأمر منه عند ذلك، اثبات صحة دفعه[3]، اقامة المدعي بانكار نسب الصغيرة اليه، و دفع الأم المدعي عليها بانها رزقت بها منه على فراش الزوجية، تكليف المحكمة لها باثبات هذا الدفع باعتبارها مدعية فيه[4]، اذا تبين من البينة الشخصية التي استمعتها المحكمة ان علاقة المدعي بالمدعي عليها ثابته ناشئة قبل تاريخ عقد الزواج و ان الاتصال بينهما ممكن فعلى المحكمة توجيه اليمين المتممة الى المدعي عليها بخصوص اثبات نسب الصغير[5]

---

(١) د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الاحوال الشخصية وتعديلاته، ص١٩٥.

(٢) محمد محي الدين عبد الحميد، المصدر السابق، ص٣٦٨؛ علي الكرباسي، المصدر السابق، ص٩١.

(٣) محسن ناجي، المصدر السابق، ص٣٦٦؛ محمد الهاشمي، المصدر السابق، ص١٢٧.

(٤) قرار محكمة النقض المصرية، ١٩٧٥/٢/٢٥ طعن رقم ٢٩ سنة ٣٠ق. انور طلبة، المبادئ القانونية، ص٢٤٤.

(٥) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٣٨/هيئة موسعة اولى/٨٧/٨٦ في ٨٧/٦/٢٩؛ ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية رقم الاحوال الشخصية ص٢٥٧.

النسب يثبت في جانب الرجل، و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة بالفراش و بالاقرار والبينة[1] اذا اقر الزوج نسب الطفل المجهول و قررت المحكمة ثبوت نسبه منه يترتب على هذا الإقرار الآثار الشرعية والقانونية نفسها التي يرتبها الإقرار بالبنوة وفق قانون الاحوال الشخصية و لا تسمع الدعوى بعد وفاة المقر لإثبات عدم صحة هذا النسب لأي سبب[2]، يعتبر الأولاد شرعيين منذ انعقاد الزواج الصحيح حسب أحكام الشريعة الاسلامية لا منذ تاريخ تسجيل الزواج في المحكمة و لأن التسجيل ليس ركن من أركان عقد الزواج و ليس شرطاً من شروط الصحة و التقادم في الشريعة الإسلامية انما هو وسيلة للإثبات عند قيام النزاع [3].

المطلب السابع
عبء إثبات الرضاعة و الحضانة

نسب كل طفل من امه ثابت بالولادة، و نسبه من ابيه ثابت بالفراش، او بالإقرار، وثبوت نسبه من امه و ابيه يترتب عليه واجبات له من الأبوين، هي حقوق للطفل. و من بين هذه الواجبات هي حاجة الطفل الصغير للعناية و الرعاية حتى يبلغ العمر الذي يكون قادرا على تلبية حاجاته بنفسه، فالرضاعة المتمثلة بتوفير الغذاء اللازم للطفل يرتبط بها ايضاً واجب العناية الخاصة به التي تعرف بالحضانة[4]. الام بحسب طبيعتها تعتبر المسؤول المباشر عن ارضاع ولدها ، لكونها الأقرب اليه و الأشفق عليه من غيرها . ان الواجب الشرعي و القانوني يشير الى مسؤولية

---

(١) نقض مصري ١٩٧٢/٦/١٤ طعن ٧٢ س٣٨ق، انور طلبة، المبادئ القانونية، ص٦٤٨.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٦٦٣/هيئة عامة/ ١٩٧٩ مجموعة الاحكام العدلية، العدد (١) ١٩٨٠، ص٣٧.

(٣) ديوان التدوين القانوني رقم القرار ٨/٨٥ في ١٩٦١/٦/٥ مجلة التدوين القانوني ص١٤١/٤٠ عدد (١) سنة ١٩٦١.

(٤) محمد محي الدين عبد الحميد، المصدر السابق، ص٣٩٠؛ د. احمد الكبيسي، الوجيز في شرح قانون الأحوال الشخصية، ص٢٠٩.

الام عن ارضاع ولدها الصغير ألاّ في الحالات المرضية التي تمنعها من ذلك[1]، ان إنتهاء مدة الرضاعة، لا يعني ان الصغير لم يعد في حاجة للعناية به و تربيته و المحافظة عليه، فلا بد ان يكون في حضانة امه التي يقصد بها المدة اللازمة لرعاية شؤون الصغير و تربيته و المحافظة عليه[2] و تستحق الام المرضعة أُجرة ارضاع الولد و تقع كلفة ذلك على الزوج المكلف بنفقته و يعتبر ذلك في مقابل غذائه، و ايضاً تستحق الحاضنة أُجرة على حضانتها الصغير، و إذا حصل نزاع قضائي بخصوص ذلك، تطلب الأمر من الام المرضعة و الحاضنة في الوقت نفسه إثبات عدم دفع أُجرة الرضاعة، و في حالة دفع الزوج بدفعة الأُجرة المتفق عليها بينهما ، او قامت المحكمة المختصة بتقديرها حسب حالة الزوج المالية، لإنتقال عبء الإثبات اليه[3]. اما في حالة رفع الزوج دعوى يطالب فيها إسقاط حضانة ولده الصغير من امه، و كلف بإثبات السبب المباشر، فإذا إدعى ان سبب طلب اسقاط الحضانة هو سوء خلق الزوجة او عدم أهليتها، العقلية و النفسية، تطلب الأمر منه ضرورة إثبات ذلك[4]. لا يجوز الحكم باجرة الحضانة و الرضاع قبل تأكد المحكمة من مدة الرضاعة و معرفة ما أريد من لوازم الحضانة مع تكليف المدعية بإثبات مدة الرضاعة و الحضانة التي تستحق بموجبها الأُجرة المطالب بها [5] لا يصلح الحكم بسقوط حضانة مطلقته المدعي لأطفالها بحجة الخيانة الزوجية، استناداً الى البينة الشخصية المستمعة و الأوراق التحقيقية وإنما يلزم صدور حكم بذلك[6] إسقاط

---

(١) علي الكرباسي، المصدر السابق، ص١٠٥.
(٢) محسن ناجي، المصدر السابق، ص٣٨٧.
(٣) محمد الهاشمي، المصدر السابق، ص١٤٦.
(٤) علي الكرباسي، شرح قانون الاحوال الشخصية، ص١٠٦.
(٥) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٥١٠/ش/١٩٦٣ في ١٩٦٣/١٢/٢٦، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية، ص١٤٩.
(٦) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٢٢٩٥/ش/٨٣/٨٢ في ١٩٨٢/٢/٥، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية، ص١٠١.

حضانة الحاضنة لفساد أخلاقها و سؤ تصرفها يسقط حق امها في الحضانة، كذلك الام التي لا تستطيع كبح جماح ابنتها لا تقدر ايضاً على كبح جماح المحضون و مراقبته و تربيته، و ذلك لفقدان الثقة والأمان فيهما معاً و هذا يستدعي بطبيعة الحال ضرورة إثباته بحجة قاطعة تعتبر مبرراً لإسقاط حضانة الأم و أم الأم[1]، في حالة فقدان ام الصغير أحد شروط الحضانة او وفاتها تنتقل الحضانة الى الأب الآ اذا اقتضت مصلحة الصغير ذلك و عندها تنتقل الحضانة الى من تختاره المحكمة مراعية بذلك مصلحة الصغير عملاً بأحكام المادة (٥٧) فقرة (٧) من قانون الأحوال الشخصية فقد كان على المحكمة التوسع في تحقيق عمن هو أهل لحضانة الصغيرة ، تعينه بعد وفاة امها و ان تستعين باللجنة الرسمية للفحص على الصغيرة ، للتأكد عن طريق ذلك بمن هو أقرب اليها و أصلح لحضانتها[2] اذا تمكنت المدعية من إثبات تضرر البنت من خلال وجودها مع والدها و عملاً بأحكام المادة ٦/٥٧ من قانون الأحوال الشخصية المعدل تعين اصدار حكم باسترداد المحضون و إعادته الى من حكم لصالحة باستلام المحضون[3]، كلفه اثبات عمر المحضون على المدعي ودفتر النفوس لا يصلح للاثبات الا اذا أُسس على بيان ولادة، فإن لم يكن كذلك وجب إثبات العمر بالبينة، فأنلم يكن هناك بينة يرسل الى لجنة طبية مختصة لتقدير عمره[4]

(١) الجزائر ملف ٩٩٧٧ في ١٩٨٤/١/٩، مجلة الفقه والقضاء، العدد (١٥) لسنة ١٩٩٤.

(٢) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٧٧٧/ش/٨٥/٨٤ في ١٩٨٤/١٠/٦، علي الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ص١١٠.

(٣) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٩٥٠/ش/١٦٧٨ في ١٩٧٩/١/١٧، مجموعة الأحكام العدلية العدد (١) ١٩٧٩، ص٥٣.

(٤) قرار محكمة تمييز العراق رقم ٧٤١/ش/١٩٦٤ في ١٩٦٤/١٠/١٤، قضاء محكمة التمييز، المجلد الثاني، ١٩٦٤، ص١٨.

الخاتمة :

وبعد هذه الجولة في الأثبات في مسائل الأحوال الشخصية يمكن لنا أن نحدد أهم النتائج التي خرجنا بها بما يأتي :

١- إلقاء عب الإثبات بصورة خاطئة على غير المكلف به قد يؤدي الى عجزه عن إقامة الدليل ، لا لسبب أن الحق ليس في جانبه ،بل لأن أدواته العامة النافعة تعوزه

٢- سمي واجب الإثبات (عبئاً) لأنه تكليف ثقيل .

٣- ان إثبات عقد الزواج يكون بالأدلة المتاحة شرعاً و قانوناً، اذا لم يقر الزوج الزوجية لينهي بإقراره الأستمرار في إجراءات الدعوى .

٤- أن إثبات عدم دفع المهر المعجل او المؤجل او كليهما يقع على الزوجة المدعية ، و ينتقل عبء الأثبات الى الزوج اذا أبدى دفعاً بدفع المهر للزوجة ، حيث يتطلب الأمر هنا منه إثبات واقعة الدفع ، و يمكن إثبات ذلك بطرق الإثبات

٥- ان النفقة الزوجية واجبه على الزوج من حين العقد الصحيح ، فلا تكلف الزوجة بإثبات تحقق ما تراكم منها بذمة الزوج عن مده ماضيه ، و لا يطلب منها اثبات ذلك ، فالأصل هو استحقاقها للنفقة ، و لا يكلف مدعي الأصل إثباته ، فإذا دفع الزوج عدم استحقاق زوجته للنفقة بسبب من أسباب سقوطها ، كان ذلك ادعاء خلاف الأصل ، و كلف الزوج الإثبات .

٦- ان عبء إثبات ايقاع الطلاق على عاتق الزوج الذي يطلب الحكم بصحته ، فإذا تعذر عليه ذلك فله تحليف الزوجة يمين عدم العلم انطلاقاً من قاعدة البينة على المدعي و اليمين على المدعى عليه ، فأن حلفت اليمين او رفض ، يحكم بالطلاق من تاريخ الإقرار به أمام المحكمة ، أما عبء إثبات الطلاق التعسفي ، فلكي تحكم المحكمة بالتعويض المناسب ، يقع على الزوجة عبء إثبات ذلك .

٧- ان ثبوت النسب بين الأبوين بالإقرار و البينة او أي دليل او قرينة على ثبوت النسب، حيث اجاز القانون اللجوء الى مختلف الوسائل و في مقدمتها الإقرار و الإعتراف بالقرائن القانونية و القرائن القضائية .

وفي الختام ندعو الله أن يكون بحثنا هذا قد عالج مسائل نعتقد أن لها أهمية في الجانب القضائي لمسائل الأحوال الشخصية ومن الله التوفيق .

الباحث

المصادر و المراجع
بعد القرآن الكريم

- ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز – قسم الأحوال الشخصية، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٨٩.
- ابراهيم عبد الهادي احمد النجار، حقوق المرأة في الشريعة الأسلامية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٦
- احمد الكبيسي، الوجيز في شرح الأحوال الشخصية وتعديلاته، ط، بغداد ، ١٩٩٠ ،.
- انور العمروسي، اصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، ط٢، شركة الاسكندرية للطباعة والنشر، ١٩٦٤.
- صلاح الدين الناهي، الأسرة والمرأة، شركة الطبع والنشر الأهلية ذات المسؤولية المحدودة، بغداد ، ١٣٧٧هـ، ١٩٥٨م
- عبد الستار حامد، أحكام الأسرة في الفقه الاسلامي، أحكام انهاء النكاح، ج٢، ط١، مطبعة الجامعة بغداد، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦
- علي محمد ابراهيم الكرباسي، شرح قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل مطبعة بغداد، شارع المتنبي.
- المبادئ القضائية التي استقرت عليها اجتهاد محكمة الاستئناف الشرعية في المملكة الاردنية الهاشمية من ١٩٧٣/٧/١ الى ١٩٨٣/٦/٣٠ ، المجموعة الثانية، اعداد محمد حمزة العربي، دار الفرقان للنشر

والتوزيع، عمان- الاردن.
- مجلة الأحكام العدلية العدد (١) ١٩٧٦
- مجلة الأحكام القضائية تصدر عن دار المعرفة، بغداد العدد (١) المجلد (١) مايس ١٩٥٣
- مجلة العدالة لسنة ١٩٧٤.
- المجلة العربية للفقه والقضاء تصدرها الامانة العامة بجامعة الدول العربية (١٥) لسنة ١٩٩٢
- مجلة الفقه والقضاء تصدرها الامانة العامة لجامعة الدول العربية العدد (١١) لسنة (١٩٩٢)،
- مجلة ديوان التدوين القانوني سنة ١٩٦٥.
- محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط١، مطبعة الرابطة، بغداد ١٩٦٢.
- محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، ط٢، م. السعادة، مصر ١٩٥٨، .
- محمود السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية الاردني، القسم الاول، عقد الزواج وآثاره، ط٢، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ١٩٩٦.
- الكثير من القرارات القضائية غير المنشورة ذكرت بارقامها في صفحات البحث.