الاتفاق على قواعد الاثبات

م.م ارسلان عباس جابر كلية القانون/ جامعة القادسية
arslan.abbas@qu.edu.iq
م.م . عبدالله جبار خشان كلية القانون/ جامعة القادسية
abdullah.jabbar.khashan@qu.edu.iq

الملخص

الاثبات بصفة عامة هو تأكيد وجود او صحة امر معين باي دليل او برهان، والاثبات بهذا المعنى تتنوع اساليبه بتنوع العلوم التي يتصل بها فالعالم او الباحث في اي فرع من فروع المعرفة يسعى لإقامة الدليل على صحة حقيقة معينة او تأكيد وجودها بالالتجاء الى كل الوسائل العلمية المعروفة وهو في ذلك حرف اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة الا ان الامر على خلاف ذلك بالنسبة للإثبات القضائي انما الامر فيه ينصب على صحة واقعة قانونية متنازع فيها وهذا بطبيعة الحال يحتاج الى اتباع الاساليب القانونية المنصوص عليها ولعل الاتفاق على خلافها قد لا يكون مقبولا في كل الاحوال الامر الذي يستدعي البحث في مدى امكانية الاطراف المتقاضين في الاتفاق على مخالفة بعض قواعد الاثبات بما لا يتعارض مع النصوص القانونية الحاكمة لهذا الامر.

تاريخ الاستلام : ٢٠٢٤/٧/٢٨
تاريخ القبول : ٢٠٢٤/٨/٢٠
تاريخ النشر: ٢٠٢٤/٩/١٤

الكلمات المفتاحية: الاتفاق، قواعد، الأثبات، نقل، الاثبات

The system is based on the rules of evidence

Abstract

Proof generally confirms the existence or validity of a certain matter with any evidence or proof. Proof in this sense varies in its methods according to the diversity of the sciences with which it is related. The scientist or researcher in any branch of knowledge seeks to establish evidence of the validity of a certain fact or confirm its existence by resorting to all known scientific means, which is involves choosing the method that he deems appropriate, but the matter is otherwise concerning judicial proof. Rather, the matter is focused on the validity of a disputed legal fact, and this, of course, requires following the stipulated legal methods, and perhaps agreement to the contrary may not be acceptable in all circumstances. It requires research into the extent of the possibility of litigating parties to agree to violate some rules of evidence in a way that does not conflict with the legal texts governing this matter

المقدمة

اولا: موضوع البحث :

يعتبر عبء الاثبات حملاً ثقيلاً يتقلد به صاحب الحق عند مطالبة بحقه فهو يوازي الحق ان لم يكن في الواقع العملي أكثر اهميه منه، فمن اليسير على الشخص ان يدعي ان له حق على آخر ولكن من العسير ان يثبت ذلك الحق ان لم يكون مستحيلاً عليه ذلك، لذا تظهر مسألة الاتفاق على الاثبات كإحدى الوسائل أو الحلول المتاحة امام الخصم الذي يطالب بحقه فقد يجد من مصلحته أن يقوم بألقاء عبء الاثبات على عاتق الخصم الاخر في الدعوى وقد لا يقوم الطرفين بنقل الاثبات من خصماً لأخر، وانما اختيار وسيلة الاثبات المناسبة التي يحتكمان اليها عند حدوث النزاع بينهما او ان يتفق الطرفان على دليل معين للأثبات حتى وان كان ليس بالدليل الذي تحتمه طبيعة الاشياء مادام لا يخالف النظام العام و الآداب العامة.

ثانيا: مشكلة البحث

تظهر مشكلة الموضوع في الاسئلة التالية:

- كيف يتم تحديد طبيعة الاتفاق على الاثبات؟
- وكذلك كيف يتم تحديد الإطار الزمني الذي يتم فيه ذلك الاتفاق؟
- من هو الذي يباشر ذلك الاتفاق؟
- ويبدو الامر أكثر دقة عندما يتعلق الاتفاق بتعديل بعض ادلة الاثبات التي حددها المشرع واقام لها الوزن والقوة المناسبة في الاثبات الامر الذي يستدعي الخوض في تحديد طبيعة تلك الادلة وهل ان لها صلة بالنظام العام من عدمه.؟

ثالثا: أهمية البحث

تظهر اهمية الموضوع في عدم وجود نصوص قانونية واضحة تجيز او تمنع الخصوم من الاتفاق على قواعد الاثبات القضائي، وهو امر ليس ببعيد في إطار العمل القضائي وهذا بطبيعة الحال يكون مداعاة لاختلاف الاحكام القضائية من واقعة الى اخرى وحسب قناعة المحكمة التي تنظر النزاع الامر الذي يستدعي التدخل التشريعي لسد تلك الثغرة اضافة الى ذلك لابد من التمهيد لنوع معين من انواع التعاون بين الاطراف المتقاضين ليس تحت فكرة وحدة المصلحة وانما تحت فكرة وحدة الغرض وهو تحقيق العدالة بأقصر الطرق واقل النفقات وأسهل الاجراءات.

رابعا: نطاق البحث

يتحدد نطاق هذا البحث في الاثبات المدني عموما وفي الاثبات القضائي على وجه التحديد اذ يركز على مساله مدى امكانيه الخصوم في الاتفاق على اختيار دليل الاثبات المناسب لدعواهم او نقل عبء الاثبات من خصما الى اخر معتمدين في ذلك على تحليل نصوص قانون الاثبات العراقي وبعض نصوص القوانين المتعلقة بهذا الموضوع.

خامسا: منهجية البحث

لغرض الوقوف على موضوع البحث بدقة فأننا سوف نتولى دراسة هذا الموضوع معتمدين في ذلك المنهج التحليلي لنصوص قانون الاثبات العراقي وذلك حسب حاجة الدراسة بقدر تعلق تلك النصوص بالموضوع محل البحث.

سادسا: خطة البحث

لغرض الاحاطة بموضوع الاتفاق على الاثبات فأننا سوف نقسم البحث فيه على مبحثين نتناول في اولهما مفهوم الاتفاق على الاثبات وذلك في مطلبين الاول للتعريف بالاتفاق على الاثبات اما الثاني فسوف يكون من نصيب خصائص الاتفاق على الاثبات اما المبحث الثاني فقد أثرنا ان نبحث فيه مظاهر الاتفاق على الاثبات ومشروعيته وذلك في مطلبين حددنا في الاول مظاهر الاتفاق على الاثبات اما الثاني فقد خصصناه لبيان مشروعية الاتفاق على الاثبات، ثم توصلنا الى خاتمة عرضنا فيهم اهم ما نراه من نتائج وما نراه من مقترحات.

المبحث الاول

مفهوم الاتفاق على قواعد الاثبات

مما لا شك فيه ان الخصم في الدعوى الذي يكلف بالإثبات انما هو ينوء بحمل ثقيل اذ يتوقف مصير تلك الدعوى على ذلك الدليل الذي يقدمه الخصم، لذلك كثيرا ما يسعى هذا الخصم الى التخلص من ذلك العبء الثقيل من خلال ايراد اتفاقات متعددة من شانها ان تعدل قواعد الاثبات متى كان ذلك ممكنا، ولغرض الإحاطة بهذا الموضوع فإننا سوف نقسم هذ المبحث الى مطلبين نتناول في الاول التعريف بالاتفاق على الاثبات اما الثاني فسوف يكون لخصائص الاتفاق على الاثبات.

المطلب الاول

التعريف بالاتفاق على قواعد الاثبات

لغرض الاحاطة بهذا الامر قسمنا البحث الى فرعين في أولهما نعالج التعريف اللغوي اما الثاني فسيكون من نصيب التعريف الاصطلاحي وعلى النحو الاتي

الفرع الاول

التعريف اللغوي

يعرف الاتفاق في اللغة على انه التَّلاؤُمُ والتَّقارُبُ بين الشَّيْئَيْنِ، وهو مَصْدَرٌ قِياسِيٌّ، يُقال: اتَّفَقَ الرَّجُلانِ على إتْمامِ الصَّفْقَةِ، أيْ: اجْتَمَعَ رَأْيُهُما على ذلك قَصْدًا مِنْهُما، ويُقال: اتَّفَقَ لي الأمْرُ، أيْ: وَقَع لي عَرَضًا دون إرادَةٍ مِنِّي وسَعْيٍ مُسْبَقٍ [1] .

في حين ورد معنى القاعدة على انه هي الأساس، فقاعدة كل شيء هي أساسه، فمن ذلك قواعد البيت وهي أسسه؛ قال تعالى: {وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ}[1] .

((قَالَ الزَّجَّاجُ: القَواعِدُ أَساطينُ الْبِنَاءِ الَّتِي تَعْمِدُه. وقَواعِدُ الهَوْدَج: خَشَبَاتٌ أَربع مُعْتَرِضَةٌ فِي أَسفله تُرَكَّبُ عِيدانُ الهَوْدَج فِيهَا. قَالَ أَبو عُبَيْدٍ: قَوَاعِدُ السَّحَابِ أُصولها الْمُعْتَرِضَةُ فِي آفَاقِ السَّمَاءِ شُبِّهَتْ بِقَوَاعِدِ الْبِنَاءِ؛ قَالَ ذَلِكَ فِي تَفْسِيرِ حَدِيثِ النَّبِيِّ، صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، حِينَ سأَل عَنْ سَحَابَةٍ مَرَّت فَقَالَ: كَيْفَ تَرَوْنَ قواعِدَها وبواسِقَها؟)) [2]

ومن هنا يمكن القول ان القواعد هي أساس الشيء سواء كان ماديا او معنويا.

كما يعرف الاثبات، ثبت الشيء يثبت ثباتا وثبوتا فهو ثابت وثبيت وثبت ، وأثبته هو ويقال : ثبت فلان في المكان يثبت ثبوتا فهو ثابت[3].

وورد ايضا: على انه تأكيد الحق بالدليل والحجة ويقال اثبت الحق اقام حجته، وقد يقال قدم اثباتا بشهادة [4]

الفرع الثاني

التعريف الاصطلاحي

---

[1] جمال الدين ابي الفضل بن منظور الانصاري، لسان العرب، المجلد الرابع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2005، ص268.

[1] سورة البقرة اية 127

[2] محمد بن مكرم بن علي ابو فضل جمال الدين بن منظور الانصاري، لسان العرب، ج3، ط3، دار صادر، بيروت ، لبنان ، 1414 هـ ، ص 361

[3] جمال الدين ابي الفضل بن منظور الانصاري، المصدر نفسه، ص6

[4] محمد بن ابو بكر الرازي ، مختار الصحاح ، الطبعة الاولى ، ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1967 ، ص81.

قبل الدخول في موضوع الاثبات القضائي لابد من تحديد المقصود بموضوع الاتفاق عموما، اهو مرادف لمصطلح العقد ام هو مصطلح اخر مغاير له؟ بطبيعة الحال اختلف الفقه القانوني في معالجه هذا الامر اذ ذهب جانب من الفقهاء الى تعريف الاتفاق عموما على انه اتحاد ارادتين او اكثر على انشاء الالتزام او نقله او تعديله او انهاءه [1](1)، وهذا بطبيعة الحال يعطي بعدا اكبر و اوسعاً على الاتفاق من العقد بمعنى انه يجعل الاتفاق هو الاعم بينما العقد هو الاخص او هو صوره من صور الاتفاق اي بمعنى انهم يدخلون العديد من التصرفات في اطار الاتفاق وان كانت لا توصف عقودا بالمعنى الفني الدقيق للعقد كحوالة الحق وحوالة الدين في حين لو عرجنا على موقف المشرع العراقي فقد اورد في تعريفه للعقد بقوله هو الارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على نحو يثبت اثره في المعقود عليه وهو بهذه التعريف يخالف التفرقة المذكورة (2)، وهذا الامر بطبيعة الحال ليس قاصرا على القانون المدني العراقي بل هو مثار جدل فقهي بين الفقهاء عموما اذ ينكر التوجه العام للفقه تلك التفرقة بين العقد و الاتفاق ويرون انها واحدة الغرض و المعنى وان اختلفت المادة و الشكل، ولا يسعنا المقام للدخول بتلك الخلافات الفقهية حول حقيقة هذا الموضوع وحسبنا منها ما يتعلق بالمفردة محل البحث وحتى يتيسر علينا تحديد تعريف للاتفاق على الاثبات لابد ايضا ان نحدد ما المقصود بالإثبات عموما فقد عرف بانه "اقامة الدليل امام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت اثارها "(3).

فالأثبات عموما هو اقامة الدليل اما القضاء على واقعة معينة يدعي بها أحد اطراف الدعوى وينكرها الاخر كليا او جزئيا، وبما يتعلق بالمفردة مدار البحث فان الاتفاق قد يحدث فيما بين الخصوم انفسهم وذلك في اطار التقاضي في الدعوى محل النزاع، فاذا كان المشرع قد حدد ادلة الاثبات واعطى لكل دليل قوته القانونية فهذا لا يعني القضاء على دور ارادة الاطراف في ادارة دعواهم فقد يحدث ان يتفق الخصوم على آلية اثبات تصرف ما قبل ان تقام به دعوى.

المطلب الثاني

---

(1) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان ، 2009 ، 140 ، ينظر ايضا د . عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المكتبة القانونية ، بغداد ،2007 ، ص 34.

(2) ينظر المادة (73) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ((العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه.))، ينظر د. منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي و القوانين المدنية العربية و الاجنبية معززة باراء الفقه و احكام القضاء، دار اثاراس للطباعة والنشر ، العراق اربيل ، بدون سنة طبع ، ص40 .

خصائص الاتفاق على قواعد الاثبات

من خلال التعريف المتقدم اعلاه يمكن ان نؤشر من الخصائص ما يلي وذلك في فرعين نجعل اولهما لخصيصة الجانب الارادي في الاتفاق على الاثبات اما الثاني فسيكون لبيان طبيعتها الاستثنائية وغير المألوفة في العمل القضائي.

الفرع الاول

بروز الطباع الإرادية في الاتفاق على قواعد الاثبات

لكي ينشأ الاتفاق على الاثبات لابد من وجود إرادة لأطراف النزاع فهو لا ينشأ بصوره اعتباطية او بمجرد المصادفة وانما لابد من وجود إرادة حقيقية مدركه متجهة الى احداث اثر قانوني وهذا بطبيعة الحال يدعو الى ان نبحث في مسألة إرادة الأطراف المتعاقدين او المتقاضين اذ لابد ان يكون كلا الطرفين المتقاضين قد بلغ السن القانوني وهو تمام الثامنة عشر من العمر ولا يعتريه عارض من عوارض الاهلية ولا موانعها كالإكراه والغبن مع التغيير او الاستغلال او الغلط وما شابه ذلك من حالات التي تعيب الإرادة وتوقفها وبطبيعة الحال عندما نقول هنالك اتفاق بمعنى لابد ان تتوفر فيه مقومات الاتفاق الحقيقية وهي الاهلية القانونية السليمة وكذلك الإرادة المدركة الخالية من العيوب هذا ان كان الشخص يتفق بنفسه او ان صح التعبير يتعاقد بنفسه على تهيئة الدليل القانوني المناسب لدعواه [1] لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد ماذا لو كان الشخص صاحب الحق قاصرا هل بإمكان الوصي او الولي او القيم ان ينوب عنه في الاتفاق على الاثبات، ذلك لان الاتفاق على الاثبات بطبيعة الحال قد يساوي الحق نفسه هذا عندما تتفق على وسيله اثبات معينه قد تحمل الطرف الملقى على عاتقي عبء الاثبات التزامات قد لا يستطيع الايفاء بها الامر الذي يستدعي الرجوع الى قانون رعاية القاصرين الذي حدد الأعمال التي يحق للوصي والولي والقيم القيام بها ولم يرد من بينها لاتفاق على الاثبات ولكن نص على – الصلح والتحكيم فيما لم يزاد على مائة دينار لكل قاصر . فهذه المادة قد حددت التصرفات التي ليس للوصي القيام بها صلحا ولا تحكيما دون الرجوع للدائرة المذكورة إذا كانت أقل من مائة دينار وبتقديرنا أن الوصي ليس له الاتفاق على الاثبات دون الرجوع للدائرة المختصة إذا كانت قيمة الحق أكثر من مائة، أما إذا كانت أقل من ذلك فقد صرح القانون كما ذكرنا انفا أن له الصلح والتحكيم ومن وجهة نظرنا أن الاتفاق على الاثبات في هذا الموضع ليس أكثر خطورة من الصلح والتحكيم[2] ، السؤال الذي يطرح في هذا الصدد في أي وقت يمكن أن يحدث الاتفاق على الاثبات؟

---

[1] د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الاول، بغداد، 1980، ص72.

[2] ينظر نص المادة (43) الفقرة الثالثة من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980.

قد يتبادر للذهن أن الاتفاق على الاثبات حتى يكون ممكنا لابد أن يتم في وقت اعداد التصرف القانوني أي وقت إبرام العقد محل النزاع أو في وقت نشوء الحق محل النزاع ولكن هذا الأمر على إطلاقه قد لا يكون ممكنا فتحديد الوقت ليس بالأمر الضروري إلى الحد الذي يثير النزاع خصوصا اذا كانت إرادات الأطراف متجهة إلى هذا الاتفاق فكما هو معروف أن للأطراف حتى إبرام العقد لهم أن يلحقوه بالتعديل سواء بالإضافة أو الحذف أو الإلغاء ولعل الاتفاق على الاثبات ليس اهم من التعديل بل هو قد يكون اقل من التعديل خطورة فهو يهيئ وسيلة لإثبات التصرف محل النزاع دون أن يمس مادة ذلك التصرف [3]، قد يتبادر للذهن في بعض الحالات المحكمة هي من تكلف خصما معينا بتقديم دليلا معينا أو ورقة معينة فعل يعد ذلك نقلا لعبء الاثبات من خصما الى اخر وهل يدخل في إطار الاتفاق على الاثبات ، في الإجابة على ذلك بالإمكان القول بأنه نقلا لعبء الاثبات إلا أنه لا يعد من صور الاتفاق على الاثبات فالاتفاق على الاثبات كما أسلفنا هو ارادي المصدر و الحالة أعلاه قد تنشأ بقوة القانون وتحت فكرة حسن سير العدالة

الفرع الثاني

الاتفاق على قواعد الاثبات استثناء من المبدأ العام

يعتبر عبء الاثبات من المسائل المهمة في الدعاوى المدنية اذ ينبري القانون الى تحديد الاشخاص الذين يجب عليهم تقديم الادلة في الدعاوى المدنية [1] وبالتالي فهو بهذه الصورة يعادل مسألة كسب الحق او خسرانه بالنسبة لصاحب الحق بمعنى انه لا يكون كافيا بمجرد ان يدعي الشخص ان له حق على اخر امام القضاء وانما لابد من ان يهيئ الوسائل الكافية لأثبات ذلك الحق وينبر القانون الى ايجاد القواعد التي من شانها ان يثبت كل شخص حقه امام القضاء ولكن هذه القواعد هي ليست من النظام العام وبالتالي من الممكن ان يتغير الاثبات من طرف الى اخر او من شخص الى اخر بحسب اتفاق الأطراف المتخاصمين او بحسب قناعه الاطراف المتقاضين فلا ضير في ان كل طرف يوكل الى الطرف الاخر تقديم الدليل او الحجه التي تحت يده او بحيازته لتحقيق غرض معين فالقانون لا يمنع تلك الاتفاقات ما دامت لا تخالف النظام العام و لآداب العامة ، ولكن ما هو الحل لو كانت تلك الاتفاقات تعدل بعض نصوص قانون الاثبات هل كل الاتفاقات

---

[3] د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، بحث موازن بين احكام المعاملات المالية والشرعية والمدنية المرعية في بلاد الجامعة العربية، بلا مكان طبع، ص 24

[1] ينظر نص المادة (33) من قانون الاثبات العراقي رقم (107) لعام 1979 والتي نصها ((اولا – التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن الى ان يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته. ثانيا – وكذلك يكون الحكم إذا أشر الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة اصلية اخرى للسند في يد المدين.)) اذ يفهم من النص المتقدم ان المشرع يتولى رسم طريق للأثبات في الدعاوى المدنية

مؤخذ بها قبل الاجابة على ذلك لابد من السؤال عن طبيعة نصوص قانون الاثبات هي من النظام العام [2] كان يكون هنالك دليل يثبت بالشهادة فهل يجوز اثباته بغير ذلك او ان هنالك دليل لابد ان يثبت بالكتابة فهل يجوز اثباته بغير ذلك بطبيعة الحال القوة القانونية لكل دليل لا يجوز المساس بها و لا يجوز تغييرها من جهة الى جهة اخرى ولكن من الممكن ان يحدث التغيير بطبيعة الاشخاص الذين يكلفون بتهيئة واعداد الدليل وتقديمه امام القضاء اما مساله قوه الدليل وسلطان الدليل وحجه الدليل فهذه مساله نابعه من قوه القانون وبالتالي لا يجوز ان يتم تغييرها او تعديلها من حاله الى اخرى كل ما في الامر ان الاشخاص الذين يكلفون بإعداد الدليل من الممكن ان يتغيرون من جهة الى جهة اخرى وعلى حسب متطلبات او مقتضيات المصلحة العامة للدعوى اعني بذلك ان قواعد الاثبات ليست جميعها من النظام بل يمكن لا تقاق على خلافها في حين تلك التي تتعلق بالنظام العام لا يجوز المساس بها فهي تنقسم الى شقين احدهما موضوعي خاضع لإرادة الاطراف و الاخر يدخل فيه النظام العام المتمثل بالمصلحة العامة .

المبحث الثاني

مظاهر الاتفاق على قواعد الاثبات القضائي ومشروعيته

وضع المشرع قواعد وأسساً للإثبات القضائي، فقد بين ابتداءً من الذي يتحمل عبء الإثبات ووضع قواعد تنظم ذلك، ثم بين الأدلة التي يمكن الركون إليها لإثبات الادعاء أو الدفع وبين حجية كل دليل. فهل يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفة هذه القواعد أو تعديلها؟

للإجابة على هذا السؤال، فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في الأول مظاهر الاتفاق على قواعد الإثبات، ومن ثم نبحث في المطلب الثاني مشروعية الاتفاق على قواعد الإثبات

المطلب الأول

مظاهر الاتفاق على قواعد الاثبات

تشمل قواعد الإثبات القواعد المتعلقة بعبء الإثبات وأيضًا القواعد المتعلقة بأدلة الإثبات. لذلك، سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين: في الأول، سنبحث الاتفاق على عبء الإثبات، وفي الثاني، سنبحث في الاتفاق أدلة الإثبات.

الفرع الأول

الاتفاق على عبء الاثبات

[2] د. توفيق فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية و التجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، 1985 ص 3 ، ينظر ايضا رمضان ابو السعود ، اصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، النظرية العامة في الاثبات ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1993 ، ص22

المقصود بعبء الإثبات هو تحديد الخصم الذي يجب عليه أن يقوم بإثبات الواقعة المتنازع عليها[2]، فعبء الإثبات يقع على عاتق الخصوم في الدعوى، لأن القاضي لا يستطيع أن يقر بأحقية الشخص في ادعائه ما لم يقيم الدليل عليه، وكثير من الافراد يخسرون دعواهم مع أنهم قد يكونون في الواقع أصحاب حق بسبب عجزهم عن إثبات دعواهم وإقامة الدليل الذي يوصل لاقتناع القاضي[3]، كما ان القاعدة التي تحكم الإثبات في الدعوى المدنية تقرر ان عبء الإثبات يقع على المدعي، وقد نصت على ذلك مختلف قوانين الإثبات المدنية، ومنها قانون الإثبات العراقي اذ نصت الفقرة الأولى من المادة السابعة منه على: (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) وهذا يعني أن المدعي هو المسؤول عن تقديم البينة، بينما يُطلب من المدعى عليه حلف اليمين إذا لم يتمكن المدعي من تقديم البينة.

ونصت الفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون الاثبات العراقي على: (المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل) فقد عرف المشرع بموجب هذه المادة المقصود بالمدعي، حيث ان المدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر أصلاً أو فرضاً أو عرضاً والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل، فكل من يدعي خلاف هذا الأصل الثابت يتوجب عليه ان يثبت عكسه. فالمقصود بالمدعى ليس هو رافع الدعوى، وانما هو كل من يتمسك بالواقعة المراد اثباتها، سواء كان المدعى ام المدعى عليه في الدعوى، أي ان عبء الإثبات يعاد توزيعه بين المدعى والمدعى عليه بحسب الواقعة التي يمكن ان يدعيها أي منهما[4]. وهكذا صح القول بأن من يحمل عبء الإثبات هو المدعي في الدعوى، والمدعى عليه في الدفع، فكلاهما مدع في دعواه.

إن هذه القاعدة وإن كانت تضع أصلاً من أصول التقاضي الا انه قد يتفق الأطراف على خلافها مثل هذا الاتفاق اتفاق المدعي في دعوى الدين مع المدعى عليه على انه لا يتحمل عبء اثبات الدين وانما المدعى عليه يتحمل هذا العبء وهو عبء اثبات عدم مشغولية ذمته بالدين المطالب في الدعوى، سواء تم هذا الاتفاق قبل حدوث النزاع أو بعد حصوله، وسواء كان هذا الاتفاق صريحاً او ضمنياً، بحيث يعد تعديلاً لعبء الاثبات كل ما يصدر عن الخصم أثناء سير الدعوى ويدل على رضائه بهذا التعديل، كما لو تطوع الخصم بإثبات ما لا يتحمل عبئه.

الفرع الثاني
الاتفاق على أدلة الاثبات

---

[2] د. حسين المؤمن، نظرية الإثبات، المحررات أو الأدلة الكتابية، الجزء الثالث، بيروت، ١٩٨٥م، ص ٤٠.

[3] فرج محمد علي، عبء الإثبات ونقله، الطبعة الثانية، دون ناشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩م، ص ١٨.

[4] جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، ص23.

عند قيام النزاع بين الأطراف واللجوء الى القضاء فيجب على المدعي اثبات ادعاءه ويجب على المدعى عليه اثبات دفوعه، ولا يمكن اثبات ذلك الا من خلال الركون الى ادلة الاثبات، لذلك تعرف ادلة الاثبات بأنها" الوسائل المقبولة قانونا والتي يلجأ اليها اطراف النزاع لأقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها"[5].

ويقوم المشرع بتحديد ادلة الاثبات ويحدد لكل دليل حجيته في الاثبات، فلم يجعل كل الأدلة متساوية في القوة وانما جعل لكل دليل حجية معينة، فقبول دليل معين في الإثبات دون غيره يتوقف على تكييف الواقعة المتنازع عليها فيما اذا كانت تصرف قانوني أو واقعة قانونية، فإذا كانت تصرفاً قانونياً، فالأصل لا يجوز قانوناً إثبات التصرفات القانونية إلا بالكتابة، وهنا لنا ان نتساءل هل يمكن اثبات هذا التصرف بأدلة الاثبات الأخرى غير الكتابة؟

أشار المشرع العراقي صرحة لذلك بنص المادة (77/ ثانيا) من قانون الاثبات التي تنص على (إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 5000 خمسة الاف دينار او كان غير محدد القيمة، فلا يجوز اثبات هذا التصرف او انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق او قانون ينص على خلاف ذلك).

فالمتمعن بالنص أعلاه يجد ان المشرع أجاز للأطراف الاتفاق على اثبات التصرف القانوني الذي يزيد عن خمسة الاف دينار بالشهادة رغم انه حدد دليل اثباته بالكتابة، ولكن هل يمكن للطرافين الاتفاق على عكس ذلك بأن يكون المشرع حدد دليل الاثبات بالشهادة ويتفق الأطراف على اثباته بالكتابة؟

وقد يكون الاتفاق على ادلة الاثبات من خلال تحديد حجية الدليل المتفق عليه وقوته في الإثبات، فالأطراف هنا لا يكتفون بتحديد الادلة المقبولة في الإثبات فقط، بل يتجاوز ذلك إلى تحديد حجية هذا الدليل أو ذاك في الإثبات، حيث وكما بينا سابقا ان المشرع حدد ادلة الاثبات وحدد حجيتها فجعل الكتابة اقوى من الشهادة في الاثبات، فقد يتفق الأطراف على جعل حجية الشهادة اقوى من حجية الكتابة في الاثبات.

المطلب الثاني

مشروعية الاتفاق على الاثبات

يشمل قانون الاثبات على قواعد إجرائية وأخرى موضوعية، وإذا كان الفقه متفق على ان القواعد الإجرائية لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كونها من النظام العام، فأن مخالفة القواعد الموضوعية كانت محل خلاف بينهم، ونتيجة لهذا الاخلاف انقسم الفقه الى اتجاهين، اتجاه رافض لهذا الاتفاق واتجاه مؤيد لهذا الاتفاق، عليه فسوف نقسم هذا المطلب على فرعين نبحث في الأول الاتجاه الرافض وفي الثاني نبحث الاتجاه المؤيد.

[5] د. ادم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، مكتبة السنهوري، بغداد، دون سنة طبع، الطبعة الأولى، ص 71.

الفرع الأول

الاتجاه الرافض

انقسم أصحاب هذا الاتجاه الى رأيين: ذهب الرأي الأول[6] الى رفض قبول الاتفاق على الاثبات، باعتبار إن قواعد الإثبات تتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على خلافها، فالعدالة تسمو على الحرية وهي نظام اجتماعي تعلو فيه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة.

وذهب رأي اخر[7] الى القول بان الاتفاق على قواعد الاثبات غير ممكن اذا حصل قبل حصول النزاع، لان مثل هذا الاتفاق يحمل معنى المضاربة حيث ان كلا الطرفين قد يقبل هذا الاتفاق في الوقت الذي يجهل به ما سيكون عليه الحال وقت النزاع وان من شأن ذلك ان يمس النظام العام، اما اذا حصل هذا الاتفاق بعد حصول النزاع فأن هذا الاتفاق يعد صحيحا وملزم لأنه في هذه الحالة يكون الامر متعلقا بالمصلحة الشخصية للأطراف هذا من جانب ومن جانب اخر ف ان في هذا الوقت سيكون كلا الطرفين له القدرة على تقدير الوضع.

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيد

هناك جانب من فقهاء هذا الاتجاه يرى أن قواعد الإثبات الموضوعية – وهي التي تتعلق بعبء الاثبات و وادلة الاثبات وحجيتها – بعضها يتعلق بالنظام العام والبعض الآخر ليس كذلك، وأنه من غير المنطق إطلاق القول بعدم تعلق هذه القواعد بالنظام العام، أو تعلقها به وإنما يتعين النظر إلى الغاية التي تحققها قاعدة الإثبات فإذا كانت تتعلق بسلطة القاضي في الإثبات، أو كانت تتعلق بالضمانات الأساسية لحق الدفاع كقاعدة المجابهة بالأدلة فأنها تعد النظام العام[8].

---

[6] د. أحمد نشأت، رسالة الاثبات، ج1، دار الفكر العربي، 1972، ص160.

[7] د. سليمان مرقس أصول الإثبات، الطبعة الثانية بلا دار نشر ولا سنة طبع، ص ٣٧١ – ٣٧٢. كذلك د. عايض راشد المري، مدى حجية الوسائل التكنلوجية الحديثة في اثبات العقود التجارية: اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، بدون سنة، ص 173

[8] د. توفيق حسن فرج وعصام حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والقانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص71 كذلك د. علاء حسين مطلق التميمي، التوقيع بالشكل الالكتروني ومدى حجيته في الاثبات المدني، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2014، ص 310.

في حين ذهب جانب اخر[9] الى ان القواعد الموضوعية ما وضعت الا لمصلحة الافراد وحماية حقوقهم الخاصة ولا تتعلق بالمصلحة العامة، وبالتالي فيمكن الاتفاق على مخالفتها سواء كان هذا الاتفاق قبل رفع الدعوى الى المحكمة ام بعده، وسواء كان صراحة ام ضمنا، ولا يجوز للمحكمة ان ترفض ذلك، لأنه اذا كان بإمكان الشخص التنازل او الصلح مع خصمة حول حقه في الدعوى فأنه من باب أولى ان يكون له حق التنازل او الصح فيما يتعلق بحقه بالإثبات.

والرأي الأخير قد لَقِيَ قبولا بالنسبة للغالبية العظمى من الفقهاء والقضاء، وذلك لان قواعد الاثبات الموضوعية تتعلق بمصالح الافراد لذلك كان لابد من عدم تقييدهم وإعطائهم المجال للاتفاق على تعديلها والاتفاق على خلافها.

وقد أشار المشرع العراقي صرحة لذلك بنص المادة (77/ ثانيا) من قانون الاثبات التي تنص على (اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 5000 خمسة الاف دينار او كان غير محدد القيمة، فلا يجوز اثبات هذا التصرف او انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق او قانون ينص على خلاف ذلك).

اما القضاء العراقي فأن موقفه كان واضح بخصوص الاتفاق على قواعد الاثبات، فجاءت العديد من القرارات القضائية التي تؤيد صحة الاتفاق على قواعد الاثبات القضائي منها قرار محكمة التمييز الاتحادية الي قضيت فيه: (..... ان الطرفين وفي محضر جلسة يوم 2016/4/25 وافقا على اثبات التصرف بالشهادة، لذا فأن رفض المحكمة لهذا الاتفاق لا سند له من القانون، عليه قرر نقض الحكم المميز وإعادة الدعوى الى محكمتها...)[10]. وقد سارت محكمة استئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية على نهج محكمة التمييز بهذا الصدد إذ جاء في قرار لها بأنه (.... لعدم وجود تعهد تحريري بين البائع والمشتري بخصوص البيع، ولموافقة المدعى عليه البائع في جلسة 2016/9/28 الاستماع إلى البينة الشخصية التي تثبت ذلك فكان على المحكمة الاستماع إلى هذه البينة موقعيًا لإثبات التعهد التحريري، حتى ولو زاد التصرف القانوني عن

---

[9] د. احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج ٢، مرجع سابق، ص ٨٢ وكذلك د. عبد المنعم فرج الصده، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1955، ص ٢٠. و كذلك د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الإثبات، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص ١٩٨ – ١٩٩. وكذلك د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الإثبات وزارة التعليم التعالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، بيت الحكمة، بغداد ١٩٩٠، ص ١٤٤.

[10] قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 661 في 2016/9/6، غير منشور.

خمسة لاف دينار طالما ان المدعى عليه وافق على ذلك استنادا لصراحة نص المادة (٧٧) / ثانيا) من قانون الاثبات لأن ادلة الاثبات الأخذ والتعامل بها من قبل المحكمة ليس من النظام العام....)[11].

الخاتمة

بعد ان انتهينا من بحث موضوع الاتفاق على قواعد الاثبات فأننا توصلنا الى نتائج ومقترحات نوجزها بالآتي:

أولا: النتائج

1- لقد تبين لنا ان الاتفاق على قواعد الاثبات يدخل ضمن فئة التصرفات الارادية التي تحتاج الى ارادة مدركة وسليمه للخصوم، فهو يساوي الحق موضع الخصومة في توفر الارادة المطلوبة لذلك.

2- لقد اتضح لنا ان الاتفاق على قواعد الاثبات القضائي يمكن اللجوء اليه في اي مرحلة يختراها الخصوم سواء في فترة اعداد التصرف محل النزاع ام عند حدوث النزاع، فلا يدخل عامل الزمن كعنصر فعال في هذا الامر.

3- لقد تبين وبما لا يقبل الشك ان الاتفاق على الاثبات هو استثناء من الاصل العام في الاثبات والذي يعطي للقانون حرية تنظيم الاثبات في الدعوى المدنية.

4- ان قواعد الاثبات تقسم الى قواعد إجرائية وقواعد موضوعية، وان الفقه متفق بعدم جواز الاتفاق على القواعد الإجرائية، وقد اختلف بخصوص القواعد الموضوعية والرأي الغالب إمكانية الاتفاق على القواعد الموضوعية.

5- ان المشرع العراقي إشار صراحة في نص المادة 77/ ثانيا من قانون الاثبات على إمكانية اتفاق الأطراف على تعديل دليل اثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن خمسة الاف بحيث يمكن اثباته بالشهادة بدل الكتابة، ورغم ذلك فأن الفقه ذهب الى إمكانية اعمال هذا النص للاتفاق على كافة قواعد الاثبات الموضوعية، وبذلك يمكن للأطراف الاتفاق على نقل عبء الاثبات والاتفاق على تحديد حجية ادلة الاثبات.

ثانيا: المقترحات

[11] قرار محكة استئناف القادسية بصفتها التمييزية بالعدد 177/ت/ح/2016 في 2016/10/26، غير منشور.

1. نقترح على المشرع العراقي إضافة نص مادة في قانون الاثبات يبين فيه مدى إمكانية الاتفاق على قواعد الاثبات، ويكون النص كالاتي (إذا اتفق الخصوم على قواعد الاثبات فتأخذ المحكمة بهذا الاتفاق، مالم يخالف النظام العام).
2. نقترح على المشرع اعادة النظر بنصوص قانون الاثبات الى الحد الذي يجعل فيه الدعوى المدني إطار للتعاون بين جميع اطرافها بما يخدم تحقيق العدالة وحسن سير القضاء.
3. ندعو الى الاخذ بالتفسير الواسع لنص المادة (77) من قانون الاثبات كونها تشكل حجر الاساس في موضوعة الاتفاق على قواعد الاثبات.

المصادر

اولا: معاجم اللغة العربية

1. جمال الدين ابي الفضل بن منظور الانصاري، لسان العرب، المجلد الرابع، ط1 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2005.
2. محمد بن ابو بكر الرازي، مختار الصحاح، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1967.

ثانيا: مصادر القانون

1. د. أحمد نشأت، رسالة الاثبات، ج1، دار الفكر العربي، 1972.
2. د. ادم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد، دون سنة طبع،
3. د. توفيق حسن فرج وعصام حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والقانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003
4. د. جميل الشرقاوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976
5. حسين المؤمن، نظرية الإثبات، المحررات أو الأدلة الكتابية، الجزء الثالث، بيروت، ١٩٨٥م
6. رمضان ابو السعود، اصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية، النظرية العامة في الاثبات، الدار الجامعية، بيروت ، 1993
7. د. سليمان مرقس أصول الإثبات، الطبعة الثانية بلا دار نشر ولا سنة طبع.

8. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، بحث موازن بين احكام المعاملات المالية والشرعية والمدنية المرعية في بلاد الجامعة العربية، بلا مكان طبع
9. د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الاول، بغداد، 1980.
10. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، المكتبة القانونية، بغداد ،2007
11. د. عبد المنعم فرج الصده، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1955.
12. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009
13. د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الإثبات، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2006.
14. د. علاء حسين مطلق التميمي، التوقيع بالشكل الالكتروني ومدى حجيته في الاثبات المدني، دار النهضة العربية، ط1، القاهرة، 2014.
15. فرج محمد علي عبء الإثبات ونقله، الطبعة الثانية، دون ناشر، الاسكندرية، ٢٠٠٩م
16. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية والاجنبية معززة بآراء الفقه واحكام القضاء، دار ائاراس للطباعة والنشر، العراق اربيل، بدون سنة طبع.

ثالثا: الرسائل والإطريح

1. د. عايض راشد المري، مدى حجية الوسائل التكنلوجية الحديثة في اثبات العقود التجارية: رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، بدون سنة.
2. هبة محمد محسن، الاتفاق على الاثبات، اطروحة دكتوراه قدمت الى كلية الحقوق جامعة الموصل، 2015.

رابعا: القرارات القضائية

1. قرار محكمة التمييز الاتحادية بالعدد 661 في 2016/9/6.
2. قرار محكة استئناف القادسية بصفتها التمييزية بالعدد 177/ت/ح/2016 في 2016/10/26.

خامسا: القوانين

1. قانون الاثبات العراقي رقم 107 لسنة 1979.
2. قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980.