



جمهورية العراق  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
معهد العلمين للدراسات العليا  
قسم القانون الخاص

# التَّغْيِيرُ الْاِتِّفَاقِيُّ لِأَدْلَةِ الْإِثْبَاتِ

- دراسة مقارنة -

أطروحة تقدم بها الطالب  
**أحمد كريم شعلان الحدراوي**

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات  
نيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص

بإشراف  
**الأستاذ المتمرس الدكتور عباس زبون العبوسي**

## المقدمة

### أولاً : موضوع الدراسة

إنّ من أسمى الغايات التي يسعى إليها قانون الإثبات عند تشريعه ويعمل على تحقيقها هي إقرار مبدأ الوصول إلى الحقيقة ، وتبسيط الشكلية القانونية في الإثبات إلى جانب إشاعة روح العدل بين أفراد المجتمع والعمل على المساواة بينهم في الحقوق والواجبات، وإيصال حقوقهم عبر وسائل وطرائق للإثبات تمتاز باليسر والسرعة.

وبما أن الإفراد في المجتمع يدخلون في علاقات قانونية قد ينجم عنها حصول نزاع فيما بينهم يتم الركون فيه إلى القضاء للفصل فيها، مما يستلزم القانون عند ترتيب تلك الأوضاع القانونية للأشخاص الداخلين فيها بضرورة إثبات الحقوق والالتزامات الناجمة عن تلك العلاقة القانونية بالطرق القانونية المنصوص عليها في الإثبات المدني، لاسيما وأن الحق الذي لا يستطيع صاحبه إثباته ويعجز عن ذلك، فإنه يفقد قيمته في الأثبات وبالتالي تكون النتيجة خسراً دعواه المعروضة أمام القضاء، إذ إن الخصومة قائمة على أبرز الدليل من جانب صاحب عبء الإثبات كونه يتحملها وحده للحصول على حقه.

وقد اكتسب الإثبات أهمية بالغة في عالم القانون، لأن الحصول على أي نزاع فيه يكون مرتبطاً بمعنى إمكانية إثباته، لذلك احتلت نظرية الإثبات القانوني مكانة هامة وبالغة بين فقهاء القانون، لأنها تمثل الجانب العملي، إذ إن جميع المحاكم وعلى اختلاف مستوياتها لا يمكن لها أن تصل في أي نزاع من دون وجود إثبات يعطي لكل ذي حق حقه من خلال الدعاوى المعروفة أمام السلطات القضائية.

إن الإثبات يسعى إلى تحقيق مصلحة اجتماعية تتبلور تلك المصلحة في ضمان الاستقرار الاجتماعي ومصلحة الجماعة من خلال حسم النزاع بين أفراد المجتمع وفق ما تستوجبه مقتضيات العدل بإيصال الحق لذويه، لاسيما وأن الأفراد في المجتمع لا يستطيعون استيفاء حقوقهم لأنفسهم فلابد من اللجوء إلى القضاء، وهنا يكون لزاماً على الخصم أن يقدم دليلاً إثباته على الحق محل النزاع إلى القاضي ويقنعه على أن ذلك الحق موجود في ظل أنكاره من

قبل الخصم الآخر، إذ إن عدم إقامة الدليل سوف يعرض صاحب الحق لفقدانه وبالتالي لا يمكن أن يحظى بالحماية القانونية المقررة على وفق قانون الإثبات والتي يقرها ويحميها القضاء من خلال الصالحيات والسلطات التي يتمتع بها.

### **ثانياً : أهمية الدراسة**

تمتاز قواعد الإثبات بأنها ذات طبيعة مزدوجة فمنها إجرائي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها كونها ترتبط بالنظام العام، ومنها موضوعي مرتبط بطرق الإثبات وبيان قيمة كل دليل منها، وهي ذات خلاف في الفقه والقضاء من حيث كونها من النظام العام أم لا وبالتالي إمكانية الاتفاق على مخالفتها، وبما أن الخلاف لا يزال قائماً إلى يومنا هذا حول إمكانية الاتفاق على تغيير تلك القواعد من عدمه، فالنتائج التي تترتب على ذلك الخلاف تكون مهمة، إذ إن بيان الطريق الذي يمكن اعتماده في إثبات التصرف القانوني أو انقضائه سوف يخضع لنفسيرات متعددة مبنية على الخلاف الواقع في الفقه والقضاء حول تلك الطرق، فمن هذا المنطلق نجد لزاماً أن تبين الأوضاع القانونية لحالات الاتفاق الحاصلة على تغيير طرق الأثبات والتي تتم عبر إحلال طريق إثبات محل آخر غير الطريق الذي أوجبه القانون، حالة الاتفاق على جواز إثبات التصرف القانوني بالشهادة بدلاً من الكتابة في الوضع الذي لا يحق فيه الإثبات وبموجب القانون إلا بالكتابة، كل هذه الحالات لابد من بحثها وبصورة مفصلة لكي يتم إيجاد الحلول القانونية المناسبة لها وفق القانون وفي الأطر الcontractual الجائزة.

### **ثالثاً : إشكالية الدراسة**

تبليور إشكالية الدراسة في الخلاف الفقهي والقضائي الحاصل في تفسير النصوص القانونية المتعلقة بجواز الاتفاق على تغيير طرق الإثبات، لاسيما وأن هناك من القواعد ما هو من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته ؛ إضافة إلى قواعد الإثبات المتعلقة بالتصريف ذات الطبيعة التجارية إذ تمتاز بحرية مقارنة بتلك القواعد الخاصة بالتصريف المدني العادي، لاسيما وأن التجارة تتمتع بالسرعة في إبرام العقود القائم على الائتمان والثقة، أما التصرف القانوني الآخر الحاصل في الأمور غير التجارية فإذا زادت قيمته عن نصاب معين منصوص عليه بموجب القانون أو كان غير محدد القيمة، فالقانون ينص على أنه لا يجوز إثباته إلا بالكتابة وفي نفس الوقت أعطى الحق للأطراف في إمكانية الاتفاق على أن حتى لو

كان التصرف القانوني يزيد عن القيمة المحددة في القانون فيجوز الاتفاق على إثباته بالشهادة وبالعكس.

كما أن التطور التكنولوجي الهائل الذي أثر على جميع مجريات الحياة ومن ضمنها الحياة القانونية ومن ضمنه قانون الإثبات أدى إلى ظهور أدلة الثبات جديدة فهل يستطيع طرفي العلاقة القانونية اللذان استخدما وسيلة متطرفة في إبرام التصرف القانوني الاتفاق على تغيير طرق الإثبات الحديثة فالخلاف الفقهي الحاصل لطرق الإثبات التقليدية سوف يلقي بظلاله على طرق الإثبات الحديثة وتحصل نفس الإشكالية الحاصلة في طرق الإثبات التقليدية، بالإضافة إلى الخلاف الحاصل في ذات طرق الإثبات المنصوص عليها في القانون قد يحصل في أن يتفق الطرفان المتخاصلين على استبعاد القانون المحلي (الوطني) وإحلال القانون الأجنبي محله بما يحتويه من طرق إثبات مختلفة تماماً عن طرق الإثبات التي نص عليها قانون الإثبات المحلي أو يكون النصاب القانوني الذي ألزم الإثبات بالكتابة مختلف عن القانون الأجنبي المتفق عليه. فكل هذه الإشكاليات تحتاج إلى حلول قانونية توافق التطورات الحاصلة في المجتمع التي أفرزت مستجدات لابد أن تكون لها حلول قانونية مناسبة، مع الدور الرئيسي الذي يلعبه قاضي الموضوع والمعروض عليه النزاع في وضع ضابط معين لطيفي الخصومة في إجازة الاتفاق على تغيير طرق الإثبات وبالتالي الأخذ به من قبل المحكمة من عدمه.

لذلك وإذاء كل ما تقدم اختار البحث في أثنائه جميع تلك الإشكاليات وعملنا على وضع الحلول القانونية المناسبة عسى أن تجد صداقها من قبل المشرع العراقي في تبني التروحات القانونية الواردة في موضوعنا هذا لكي تلقي بظلالها على الواقع العملي من خلال تعديل نصوص قانون الإثبات الحالي وجعلها ملائمة للتطورات القانونية الحاصلة في المجتمع.

#### رابعاً : أسباب اختيار موضوع الدراسة

إنّ أبرز الأسباب التي دفعتنا لاختيار موضوع الدراسة يمكن بلورتها بالشكل الآتي :

- 1 - للموضوع أهمية كبيرة وعلى جميع الأصعدة النظرية والعملية، فإلى جانب الأهمية النظرية للموضوع من خلال الاختلاف الفقهي الحاصل بشأن طرق الإثبات من حيث ما هو من النظام العام من عدمه، فقد ألمي هذا الخلاف بظلاله على الجانب العملي لاسيما في تفسير نصوص قانون الإثبات من قبل القضاء ودوره البالغ في إجازة الاتفاق على تغيير طرق الإثبات من عدمه.

- ٢- إذا كان القانون قد أجاز الاتفاق على تغيير الإثبات بالكتابة وإحلال الشهادة محلها في الإثبات فهل يجوز أن نطلق إمكانية الاتفاق على التغيير لكافحة طرق الإثبات الأخرى.
- ٣- إن التطور التكنولوجي الحاصل في المجتمع قد أوجد لنا العديد من طرق الإثبات الحديثة فهل بالإمكان الاتفاق على تغيير طرق الإثبات الحديثة بنفس الآلية التي يتم فيها الاتفاق في طرق الإثبات التقليدية أم أن الخصوصية التي تتمتع بها تلك الطرق تفرض حلولاً قانونية مغايرة عن تلك الطرق التقليدية.
- ٤- إن للقضاء دوراً بالغ الأهمية في طرق الإثبات وما يتم الاتفاق بشأنها، وهذا الأمر طرح خصيصة لابد من إثارتها تتبادر تلك في امتياز المحكمة أو موافقتها على جواز الاتفاق على تغيير طرق الإثبات، فإن جميع تلك الأسباب هي التي دفعتنا على بحث ذلك الموضوع وطرح الروى القانونية المعالجة له.

#### خامساً : منهجية الدراسة

لقد اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج التحليلي للنصوص القانونية الواردة في قانون الإثبات العراقي، معززين ذلك بالمنهج المقارن بين القوانين، من خلال الولوج في قانون الإثبات العراقي والقوانين الأخرى التي حملت بين طياتها نصوصاً قانونية لموضوع الاتفاق على تغيير طرق الإثبات، وتم مقارنة ذلك مع قانون الإثبات المصري رقم (٣٩) لسنة ١٩٨٠ المعدل، وقانون الإثبات الفرنسي، مع بيان موقف القضاء من خلال القرارات والأحكام القضائية الصادرة بشأن إجازة الاتفاق على تغيير طرق الإثبات من عدمه.

#### سادساً : خطة الدراسة

سوف نقسم الإطروحة على ثلاثة فصول، تناولنا في الفصل الأول ماهية قواعد الإثبات ونطاق التغيير الاتفاقي لقواعده التقليدية والذي قسمناه إلى مبحثين بينما في المبحث الأول منه مفهوم قواعد الإثبات أما المبحث الثاني فقد خصصناه لبيان نطاق التغيير الاتفاقي لقواعد الإثبات التقليدية، أما الفصل الثاني فإننا خصصناه لبيان نطاق التغيير الاتفاقي لقواعد الإثبات الحديثة من خلال تقسيمه على مبحثين، بينما في المبحث الأول منه مدى جواز الاتفاق على تغيير قواعد الإثبات العلمية، أما المبحث الثاني فقد خصصناه لبيان مدى جواز الاتفاق على تغيير طرق الإثبات الإلكترونية، أما الفصل الثالث فقد خصصناه لبيان شروط الاتفاق على تغيير قواعد الإثبات من خلال تقسيمه إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول منه عدم مخالفة النظام العام،

أما المبحث الثاني فقد خصصناه لبيان وجوب الاتفاق في أثناء قيام الخصومه وصولاً إلى خاتمة الموضوع والتي بينا فيها أهم ما توصلنا إليه من دراستنا تلك من نتائج ومقررات.