

## اتفاق الخصوم على تعديل دليل الإثبات المدني

Litigants' agreement to amend the civil proof of evidence

الكلمات الافتتاحية :

اتفاق ، الخصوم ، دليل ، الإثبات المدني

Keywords :

Litigants' ,agreement , amend , civil proof , evidence

### Abstract

The preference for evidence over another by strengthening one of them occurs most often at the will of the legislator or judge according to a personal conviction related to the most likely party, and objectively related to the most likely evidence. As evidence that is more powerful and effective in proving the truth than the weighted evidence, which can be termed "legal weighting", however, the legal weighting that is the origin of the proof may be given as an exception, which can be termed "consensual weighting", Which means: "The litigants agree on the preponderance of a certain evidence over another in proving a certain right." In light of this exception, several questions arise: The extent of the permissibility of the litigants agreeing to prove a specific legal fact, with evidence opposing the legal text that the proof was made according to it? And is it permissible? Agreement on the inadmissibility of a specific legal fact to be proven by evidence whereby the legal text allows proof to be carried out? Does this agreement include all evidentiary evidence at any time; That is, whether it occurred before or after the litigation, or does it include specific evidence at a specific time? The extent to which this agreement

أ. د. منصور حاتم محسن



حسنين عبد الزهرة صبيح



is considered likely, and the extent of the ability to distinguish it from legal weighting? To answer these questions, this research will be divided into two requirements: the first deals with the meaning of consensual weighting, while the second requirement presents the similarities and differences between the idea of legal weighting and consensual weighting under the title of determining the subjectivity of the two ideas.

#### الملخص

إن تفضيل دليل إثبات على آخر بتقوية أحدهما يحصل في الغالب بإرادة المشرع أو القاضي وفقاً لقناعة شخصية تتعلق بالطرف المرجح. وموضوعية تتعلق بالدليل الراجح: بوصفه دليل أكثر قوة وفعالية في إثبات الحق من الدليل المرجوح. الذي يمكن أن يصطلح عليه بـ"الترجيح القانوني" (١). إلا أن الترجيح القانوني الذي يعد الأصل في الإثبات. قد يرد عليه استثناءً، يمكن أن نصطلح عليه بـ"الترجيح الاتفاقي". الذي يعني: "اتفاق الخصوم على ترجيح دليل معين على آخر في إثبات حق معين". إذ يثار في ضوء هذا الاستثناء تساؤلات عدة: تتمثل بمدى جواز اتفاق الخصوم على إثبات واقعة قانونية معينة. بدليل يعارض النص القانوني أن تم الإثبات بموجبه؟ وهل يجوز الاتفاق على عدم جواز إثبات واقعة قانونية معينة بدليل يسمح النص القانوني أن يتم الإثبات بمقتضاه؟ وهل هذا الاتفاق يشمل أدلة الإثبات كافة وفي أي وقت: أي سواء حصل قبل الخصومة أم بعدها. أم يشمل أدلة معينة بوقت محدد؟ ومدى اعتبار هذا الاتفاق ترجيحاً. ومدى القدرة على تمييزه من الترجيح القانوني؟ وللإجابة على هذه التساؤلات، سيُقسم هذا البحث على مطلبين: يعالج الأول معنى الترجيح الاتفاقي. في حين يعرض المطلب الثاني لأوجه الشبه والاختلاف بين فكرة الترجيح القانوني والترجيح الاتفاقي تحت عنوان تحديد ذاتية الفكرتين المطلب الأول: معنى الترجيح الاتفاقي: لا يوجد أي نص قانوني في إطار قوانين الإثبات محل المقارنة. أو رأي في القضاء أو الفقه يذكر مصطلح "الترجيح الاتفاقي" بصورة صريحة: بوصفه اتفاق بين الأشخاص على تفضيل دليل على آخر (٢). وإن وجدت بعض النصوص القانونية والآراء القضائية والفقهية التي تشير إلى هذا الاتفاق بصورة بسيطة. وفي إطار دليل محدد يتمثل بالشهادة (٣). ونتيجة لانعدام النصوص القانونية الصريحة والمحددة لحالات الترجيح الاتفاقي. أدى ذلك إلى انقسام الفقه على آراء شتى في مدى جواز اتفاق الأشخاص على ترجيح دليل على آخر. عبر إضافة دليل معين لإثبات واقعة محددة أو استبعاد دليل لإثبات واقعة أخرى. إذ ذهب جانب من الفقه إلى القول ببطالان الاتفاقات المعدلة لقواعد الإثبات. سواءً تعلقت بطرق الإثبات أم تحديد الواقعة المراد إثباتها وتعيين من يتحمل عبء الإثبات وغيرها. بعد أن هذه القواعد. تهدف إلى تنظيم القضاء وتحديد

الوسائل التي يُمكن عن طريقها الوصول إلى إثبات الحق. بإتباع السلوك المُشار إليه في ضوء قواعد الإثبات، ما يجعل القواعد الأخيرة مُتعلقة بالنظام العام. ما دامت تؤدي للتعرف على أفضل السبل المؤداة للوصول إلى الحقيقة القضائية، وعندئذ لا يُمكن وصفها، إلا أنها قواعد قانونية أمرة، نص عليها المشرع؛ ليمنع الغير من الاتفاق على خلافها مهما كانت صفته في الدعوى<sup>(١)</sup>. ونادى جانب آخر من الفقه بضرورة التمييز بين قواعد الإثبات التي تتطلب البينة، وقواعد الإثبات التي تتطلب الكتابة، فأجازوا الاتفاق في إطار القواعد الأولى من دون الثانية، وبمعنى أدق يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات المتعلقة بالبينة؛ لعدم اعتبارها من النظام العام. ومن ثم يحق للخصوم أن يتفقوا على أن الإثبات لا يكون إلا بالكتابة، وأن كان التصرف القانوني لم يبلغ حدًا يوجب إثباته بالكتابة. ولكن لا يجوز للخصوم الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات المتعلقة بالكتابة؛ لعدّها من النظام العام. وعندئذ لا يجوز الإثبات بالبينة إن كان التصرف القانوني قد بلغ حدًا يوجب القانون إثباته بالكتابة، ويترتب على ذلك عدم جواز الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات التي تتطلب الكتابة قبل مباشرة الخصومة أو بعد مباشرتها؛ بل يحق للمقاضي من تلقاء ذاته أن يرفض الإثبات بالبينة، مادام الاتفاق قد اتصل بقاعدة مُرتبطة بالنظام العام؛ لأن كل اتفاق على الإثبات بالكتابة فيما يجوز إثباته بالشهادة يُعدّ صحيحاً. مادامت هذه القاعدة قد وضعت لمصلحة طرفي الاتفاق؛ لتيسير عليهم في إثبات الوقائع القانونية. ومن ثم لا تُعدّ القاعدة المُتقدمة مُتعلقة بالنظام العام، ما دامت مُقررة لمصلحة الخصوم لا لمصلحة الاستقرار القضائي في الأرجح، لذا يجوز الاتفاق على مُخالفتها، كأن يتفق الخصوم على أنه لا عبرة بشهادة الشهود، ولا يُعتدّ بسداد الدين إلا بإيصال أو باستلام سند دين، مؤشراً عليه ما يُفيد السداد للدائن. مع عدم وجوب تحقق هذا الاتفاق بعد الخصومة؛ بل يجوز أن يتحقق قبلها، بعد أن هذا الاتفاق سيقلل المنازعات، وسيُوصل إلى الحكم القضائي العادل في التصور الراجح. عبر اشتراط دليل كتابي لإثبات

حق قابل للإثبات بالشهود قانوناً، يُمكن أن يثار في ضوئهم الكثير من الجدل، الذي قد يؤدي إلى عدم حسم النزاع أو حسمه بصورة غير مُطابقة للواقع؛ لعدم قدرة القاضي على التحقق من صحة الشهادات المؤداة أمامه، بخلاف الدليل الكتابي الذي يكون أكثر صدقاً ودقة<sup>(١)</sup>. ويتبين من الرأي أعلاه أنه جعل ما يُثبت بالكتابة لا يُثبت بخلافها، وما يُثبت بالبينة يُثبت بخلافها؛ أي أجاز هذا الرأي الاتفاق على تحديد سبيل إثبات الحق، عبر إعطاء السلطة للخصوم في الاتفاق على جواز الإثبات بالبينة عن طريق الكتابة التي تُعد أصعب وصولاً من الشهادة، في حين أن العكس غير جائز، وهذا الأمر غير دقيق؛ لأن طرق الإثبات وجدت لتيسير الإثبات أولاً، ولأن الحق مرتبط بالخصوم أنفسهم، ومن ثم ما يختاره لإثبات هذا الحق، يجب العمل به، من دون الحاجة إلى منح الخصوم جوازية الاتفاق على طريق الإثبات الأصعب، وعدم جوازية سلوك طريق الإثبات الأسهل ثانياً، والقول المتقدم يُعاب عليه أيضاً، بأن الاتفاق لا يجوز تقسيمه في نطاق الأدلة إلى جائز أحياناً، وغير جائز أحياناً أخرى؛ بل أما أن نكون أمام اتفاق جائز أو غير جائز، بقدر تعلق أدلة الإثبات بالنظام العام من عدمه، وفضلاً عن ذلك فإن الرأي المتقدم جانب الصواب، بأن جعل للقاضي سلطة رفض الإثبات بالبينة، إن كان القانون يتطلب الإثبات بالكتابة، وإن اتفق الخصمان على ذلك؛ لأن هذا يتعارض مع قولهم بتعلق قواعد الإثبات المرتبطة بالكتابة في الأصل بالنظام العام، ما يترتب عليه وجوب رفض القاضي الإثبات بخلاف هذا الطريق لا جواز رفضه، ما دامت هذه القواعد مُتعلقة بالنظام العام؛ ليكون البطلان هو الوصف الذي يلحق ذلك التصرف القانوني بوصفه جزاءً واجب الفرض ينصب عليه<sup>(٢)</sup>. واعتقد جانب ثالث من الفقه بأن الاتفاق على مخالفة قواعد الإثبات جائز في الأحوال كافة، من دون الحاجة إلى تقسيم الاتفاق المعدل لدليل الإثبات على نوعين: جائز أن تعلق الاتفاق بمخالفة طريق الإثبات المرتبط بالشهادة، وغير جائز أن تعلق بمخالفة طريق الإثبات المرتبط بالكتابة، ومن ثم عدّ طرق الإثبات كافة، قابلة للإثبات بين الخصوم على إطلاقها، إلا أن هذا الرأي وإن كان يعالج العيب الذي أصاب

الرأي السابق، إلا أنه قسم الاتفاق المعدل لدليل الإثبات الجائز وغير الجائز من ناحية الوقت، لا من ناحية الطرق الجائز إثبات خلافها. إذ عدّ كل اتفاق بين الخصوم على مخالفة قواعد الإثبات، اتفاقاً صحيحاً، أن حصل بعد رفع الدعوى لا قبلها؛ لمنع وقوع المضاربة؛ ليكون الوقت هو المعيار الذي يتبين لهم عبره مدى أهمية النزاع<sup>(١)</sup>. وتؤيد هذا الرأي بعض أحكام القضاء التي تميز بين الاتفاق على طرق الإثبات قبل قيام الخصومة، والاتفاق عليها بعد قيام الخصومة؛ ليكون الاتفاق الأول باطلاً غير مُنتج لآثاره. مادام الطرفين لا يستطيعان إدراك مدى ما تعهدا به، إلا في الوقت الذي تقوم في فترته الخصومة؛ ليُعدّ الاتفاق الحاصل بعدها صحيحاً مُنتجاً لآثاره، بخلاف الاتفاق المعدل لطرق الإثبات قبل قيام الخصومة<sup>(٢)</sup>. ويُعتقد برجاجة الرأي الذي يُشير إلى عدم اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام، الأمر الذي يجعل لكلا الخصمين الحق في الاتفاق على مخالفتها؛ لأنّ قواعد الإثبات، وإن كانت في الأصل قد وضعت لضمان حسن سير العدالة وتحقيق الاستقرار في نظام التقاضي قدر الإمكان من جانب، إلا أنّها من جانب آخر، قد وضعت لتنظيم مركز المتقاضين وصيانة حقوق الخصوم، ما تتعرض له من ضياع؛ بسبب اشتراط دليل قابل لإثبات العكس بسهولة أو اشتراط دليل يجعل عملية الإثبات أمراً صعباً جداً، يؤدي إلى إضاعة صاحب الحق لحقه بحسب ما يراه طرفا الاتفاق<sup>(٣)</sup>. فضلاً عن ما تقدم، فإنّ الخصوم هم من يتقدمون بالأدلة عن طريق ممارسة موقفهم الإيجابي المُنظم بموجب القواعد التي رسمها قانون الإثبات، ومن ثمّ يحقّ لهم بموجب هذا الموقف الإيجابي من سلوك طريق آخر لم يجزه القانون، عبر إتباع قواعد مختلفة لما نُص عليه قانوناً، يُعتقد بأنّها أقرب في الوصول إلى الحقيقة، مع رجحان ضمان العدالة بالاستناد إليها<sup>(٤)</sup>. كما أنّ صاحب الحق يستطيع النزول عن حقه بإرادته المنفردة، فمن باب أولى يستطيع النزول عن طريق من طرق الإثبات أو إضافة طريق من طرق الإثبات؛ للوصول إلى الحق المُبتغى بالاتفاق مع الخصم الآخر، وإن كان مخالفاً للقانون، مادام كلاهما يستطيعان النزول عن الحق أصلاً لمصلحة الآخر<sup>(٥)</sup>. وتؤيد الاعتقاد

أعلاه بعض الأحكام القضائية، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية ما نصه: "من المقرر أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة؛ ليست من النظام العام. ويجوز الاتفاق صراحة أو ضمناً على مخالفتها. ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في استخلاص القبول الضمني من سلوك الخصم متى أقام قضاؤه على أسباب سائغة"<sup>(١)</sup>. كما ذهبت بعض المحاكم إلى أن: "قواعد الإثبات في العقود المدنية لا تتعلق بالنظام العام. فيجب على من يريد التمسك بالدفع بعدم جواز إثبات الحق المدعى عليه به بالبينة، أن يتقدم بذلك إلى محكمة الموضوع قبل سماع الشهود، فإذا ما سكوت فلا يجوز له بعد ذلك أن يتمسك به، ولا للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، إذ هذا السكوت يعد تنازلاً منه عن حقه في الإثبات بالطريق الذي رسمه القانون، ولا يكون له بعد أن سقط حقه في هذا الدفع بتنازله عنه، أن يعود، فيتمسك به أمام محكمة النقض"<sup>(٢)</sup>. فالحكمان القضائيان المتقدمان يُشيران بصورة صريحة إلى أن قواعد الإثبات ومن ضمنها طرق الإثبات ليست من النظام العام. وذلك عن طريق نص حكم المحكمة الذي يتضمن جواز اتفاق الخصوم على تعديل طرق الإثبات بصورة صريحة، لا بل حتى وإن كانت ضمنية. مع إعطاء قاضي الموضوع سلطة كشف الاتفاق الضمني بأية طريقة كانت، ومنها سلوك الخصم الدال على وجود الاتفاق. ومن ثم يجب على المحكمة الاعتراف بالاتفاق المعدل لدليل الإثبات، سواءً كان صريحاً أم ضمناً. حتى وإن كان الاتفاق يتضمن جواز الإثبات بالبينة الشخصية "الشهادة" في الأحوال التي ينص فيها القانون على وجوب الإثبات بالكتابة، استناداً إلى اتفاق الخصوم الذي يجعل للشهادة بقوة الاتفاق ذات القوة القانونية التي يمتلكها الدليل الكتابي بقوة القانون. ومن ثم فإن قوة الاتفاق جعلت لكلا الدليلين: أي الشهادة والكتابة ذات القوة القانونية في الإثبات، وسواءً حصل الاتفاق قبل أم بعد الخصومة. ويذهب العلامة الدكتور السنهوري إلى أن عدم اتفاق الخصوم على تعديل القواعد المتعلقة بالإثبات، وقيام القاضي من تلقاء ذاته بسلوك طريق من طرق الإثبات لم

ينص عليه القانون لإثبات الحق. وسكوت الخصم الآخر. وعدم اعتراضه. سيجعلنا أمام نزول من قبل الخصم الساكت بإرادته المنفردة عن حق الاعتراض؛ وليس أمام اتفاق مُعدل لقواعد الإثبات<sup>(١)</sup>. ويُرد على ذلك بأمرين:<sup>٣</sup>

الأول:- إن القاضي مُلزم بتطبيق القانون بحسب ما شرع من دون جواز مُخالفة ذلك. وفي هذا الإطار فإن القول المُتقدم سيجعل حكم القاضي مُستنداً إلى مُخالفة قانونية مُتعلقة بالإثبات. إذ تُعدّ قواعد الإثبات قواعد مُكَملة. يجوز للأطراف حصراً الاتفاق على خلافها. فإذا انعدم الاتفاق ستنقلب القاعدة القانونية المُكَملة إلى أمر. بانعدام ما يُخالفها. فالمُشرع يعطي للخصوم في بعض النصوص القانونية قُدرة الاتفاق على خلاف ما ورد فيها. عبر تنازله عن سلطته الأمرة بصورة نسبية؛ أي بالنسبة لبعض الأشخاص من دون غيرهم. فإن لم يمارس هؤلاء الأشخاص -الخصوم في الدعوى- هذه السلطة عادت الطبيعة الأمرة للنص القانوني وبصورة مُطلقة؛ أي بالنسبة لجميع الأشخاص. وعندئذ سنكون أمام مُخالفة لقاعدة قانونية أمر. ما يجعل حكم القاضي مُعرضاً للنقض. ما دام قد خالف قاعدة قانونية مُكَملة بطبيعتها الظاهرة. وأمرة لما آلت إليه. بانعدام الاتفاق المُعدل من ذات الأشخاص المسموح لهم إجرائه<sup>(٢)</sup>. الثاني:- إن كل اتفاق يقتضي صدور إيجاب من طرف وقبول من آخر. والاتفاق المُعدل لدليل الإثبات. حاله حال أي اتفاق. يستلزم صدور إيجاب من أحد الخصوم وقبول من الخصم المقابل<sup>(٣)</sup>. وفي إطار الفرض المُتقدم. لم يصدر إيجاب من أحد الخصوم مُطلقاً. ما دام الأخير لا ينتج أثره القانوني. إلا من تاريخ وصول التعبير إلى علم من وجه إليه. وفي هذا الإطار فإن التعبير عن الإرادة من قبل الخصم المُعبر. لن يصل إلى الخصم المقابل. إلا بإجازة القاضي بأن تصدر موافقته على إيصال ذلك التعبير إلى الخصم المقابل. مع وجوب تدخله -استناداً إلى سلطته الواسعة في توجيه الدعوى- بأفهام الخصم المقابل. بأن الإيجاب الذي وصل إليه عن طريق المحكمة. بطلب من الخصم الموجب. يتضمن ضرره. بأن صدر ضد مصلحته. ومن ثم فإن سكوت الخصم

المقابل لا يُعدَّ قبولاً؛ لأن القاعدة العامة تتمثل بأنه لا يُنسب إلى ساكت قول في حال وجوب البيان<sup>(١)</sup>، إلا في حالات استثنائية حصرية ثلاث، لا يمكن أن يدخل ضمنها الفرض المتقدم المتعلق بالاتفاق على تعديل القواعد الخاصة بطرق الإثبات بشكل يضر بالخصم الساكت<sup>(٢)</sup>، والجدير بالإشارة، أن وصف القواعد المنظمة لأدلة الإثبات؛ بكونها قواعد مُكملة له دالتان: تتمثل الأولى بكونها قواعد مُنظمة من قبل المشرع؛ لتسهيل وتيسير إثبات الحق موضوع التقاضي لمدعيه، بالنص قانوناً على طرق إثبات مُعينة غالباً ما يجهلها المدعي، فيقوم المشرع بدلاً منه بوضع قواعد تُعلم الخصم بطرق الإثبات إن كان يجهلها، أما الدلالة الثانية على الوصف أعلاه، فتتمثل بأن القواعد المُكملة يجوز الاتفاق على خلافها، وعندئذ سيكون الاتفاق مُلزماً للخصوم في حال اتجاه الإرادة المُعبر عنها إليه، والموافقة على مضمونه، الذي ينشئ أو يعدل أو يلغي أثر مُعين، ولا نكون أمام مُخالفة قانونية باتفاق الخصوم على ما يخالف نص المشرع بقانون الإثبات، بعد أن إرادة المشرع المنظمة بنص القانون، قد تضمنت اتجاهين: يتمثل الأول بتطبيق الاتفاق في حال وجوده بصفة أولوية، في حين يتمثل الثاني بتطبيق نص القانون في حال انعدام الاتفاق؛ بوصفه أمر ثانوي واجب التطبيق عند انعدام الأمر الرئيس الأولي، المتمثل بالاتفاق المُخالف لما نص عليه المشرع، لذا فإن الاتفاق المعدل بالإضافة أو الإلغاء لطرق الإثبات، يُعدّ أمراً جائزاً قانوناً، ما دامت القواعد القانونية المتعلقة بهذه الطرق، قواعد مُكملة تُعطي للاتفاق الأولوية على نص القانون برغبة المشرع ذاته<sup>(٣)</sup>، ويجب الذكر بأن الاتفاق من قبل بعض الأشخاص على ترجيح دليل على آخر بخلاف ما ينص عليه القانون، يكون بطريقتين: يتمثل أحدهما بإضافة دليل جديد، يُعدل من سريان أدلة الإثبات على واقعة قانونية مُعينة، في حين يتمثل الثاني بترجيح بعض الأدلة عن طريق الاتفاق على عدم جواز الإثبات بأدلة إثبات أخرى، وهذا ما سيوضح آتياً: الطريق الأول: الترجيح بالإضافة: يُفترض في هذه الحالة أن الشخصين يتفقان على جواز الإثبات بأدلة تسري على وقائع قانونية مُحددة قانوناً، على



وقائع أخرى ينص القانون على عدم جواز سريانها عليها، كأن يتفق الخصوم على جواز إثبات التصرفات القانونية بالشهادة مهما بلغت قيمتها. ففي هذه الحالة سنكون أمام تعديل اتفاقي يقضي بسريان أدلة إثبات على وقائع لم ينص القانون على جواز سريانها عليها<sup>(١)</sup>. وهذا الاتفاق وإن وسع من نطاق الإثبات، بجواز إثبات وقائع قانونية بأدلة لم ينص القانون على جواز إثباتها بموجب هذه الأدلة، إلا أنه لم يضيق من سلطة القاضي في التقدير أولاً، وفي الترجيح ثانياً، مادام القاضي صاحب السلطة في ترجيح الدليل الأقوى، وإن كان هذا الترجيح غير جائز بمقتضى القانون، أن لم يكن الاتفاق المعدل موجوداً؛ فالاتفاق الترجيحي بالإضافة، وسع من مدى تقديم أدلة الإثبات أولاً، ولم يمنع القاضي من مباشرة سلطته في التقدير والترجيح ثانياً، وإن كانت منصبه على أدلة لا يجوز عرضها بمقتضى الحق موضوع الدعوى في الأصل في حال عدم وجود الاتفاق<sup>(٢)</sup>.

الطريق الثاني: الترجيح بالإلغاء:- قد يتفق شخصان على استبعاد دليل معين صالح قانوناً لإثبات الحق موضوع التقاضي، وهذا الاتفاق سيصعب من مهمة إثبات الحق؛ لأن كل استبعاد لدليل إثبات بالاتفاق، على الرغم من صلاحيته القانونية، سيقلص من طرق الإثبات الصالحة للوصول إلى الحقيقة، مما سيجعل مهمة الإثبات أكثر صعوبة. فالاتفاق على استبعاد اليمين في الوقائع القانونية، سيجعل الخصوم أمام عدد أقل من أدلة الإثبات لو لم يتم هذا الاستبعاد بالاتفاق، وحينئذ سيكون القاضي ملزماً باستبعاد الدليل المقدم من قبل أحد الخصمين المخالف للاتفاق، مادام الخصمان قد اتفقا على استبعاده ابتداءً، وإلا كان حكم القاضي معرضاً للنقض؛ لإثباته حق بدليل اتفق الخصوم على عدم جواز الإثبات بموجبه، وإن كان القانون ينص على جواز الإثبات بمقتضاه، إلا أن الاتفاق المعدل الذي ألغى الدليل الجائز للإثبات بموجبه قانوناً، نقل هذا الطريق من حالة الصحة إلى حالة البطلان؛ بوصفه طريقاً غير جائز سلوكه بمقتضى الاتفاق<sup>(٣)</sup>. والجدير بالعلم أن قانوني<sup>١</sup> الإثبات العراقي والمصري، فضلاً عن القانون المدني الفرنسي في نطاق إثبات الالتزام، لا

تتضمن أي نص يشير بصورة صريحة أو ضمنية إلى جواز الاتفاق على استبعاد أدلة معينة.  
ينص القانون على جواز اللجوء إليها لإثبات الحق موضوع الدعوى<sup>(١)</sup>. إلا أن الفقه والقضاء  
في دول القوانين أعلاه محل المقارنة. يذهب إلى جواز الاتفاق بين الخصوم قبل نشوء النزاع  
وبعده. على الاتفاق على استبعاد دليل معين في الإثبات. وإن كان القانون ينص على  
إمكانية اللجوء إليه في الإثبات. بعد أن القواعد الموضوعية المتعلقة بأدلة الإثبات. قواعد  
غير متعلقة بالنظام العام. ومن ثم يجوز الاتفاق على خلافها<sup>(٢)</sup>. لتحل قوة الاتفاق محل قوة  
القانون في استبعاد دليل الإثبات. والسؤال الذي يثار في هذا الضوء. مدى جواز الاتفاق على  
استبعاد أدلة الإثبات المنصوص عليها قانوناً بصورة كاملة. وإضافة دليل جديد لم ينص  
عليه القانون مطلقاً. ويجعله الأشخاص صالحاً لإثبات الحق بدلاً من أدلة الإثبات المحددة  
قانوناً بسلوك طريق الاتفاق؟. هذا السؤال. وإن كان فرضياً في الغالب؛ لعدم إمكانية تصور  
تحققه بصورة واسعة في التطبيق العملي. إلا أن ندرة الفرض. لا تمنع من وقوعه. وعليه  
يُعتقد بأن هذا الاتفاق سيكون باطلاً. بعد أن كل اتفاق يكون صحيحاً. متى ما كان مُعدلاً  
لأدلة الإثبات. بأن يلغي أو يضيف في إطار الأدلة المُشار إليها قانوناً<sup>(٣)</sup>. فضلاً عن أنه من غير  
المتصور في الغالب وجود دليل قابل للتقدير. كالأدلة المعروفة قانوناً. ومن ثم فإن أي دليل  
آخر -كترك سفينة في الماء أو القرعة-<sup>(٤)</sup>. سيجعل القاضي فاقداً للسلطة التقدير  
والترجيح. ويترك الحق عرضه للإثبات. بدليل يقوم على أساس الحظ والصدفة. لا على  
أساس الرجحان والغلبة. بما يحقق حقيقة يُحتمل صدقها وكذبها بصورة متساوية. لا  
حقيقة قضائية يُحتمل صدقها في الأعم الأغلب. وأخيراً لا بُد من التركيز. على أن قواعد  
الإثبات. وإن لم تتعلق بالنظام العام؛ ولكن مع ذلك لا بُد من وجوب أعمال قيود عدة في هذا  
الإطار. تتمثل بالآتي:-

١- عدم إهدار حقوق الدفاع بأن لا يجوز الاتفاق على تشديد حجية دليل الإثبات إلى  
الحَد الذي يمتنع معه الدليل المُقابل. كالاتفاق على التقييد بالدليل المكتوب وعدم

إهداره بأي دليل آخر، وإن كان مُحَرَّرًا مكتوبًا، بما يؤدي إلى عدم قدرة إثبات العكس. مادام الدليل الكتابي ثابت وغير قابل للنقض وإن كان ذلك بدليل كتابي آخر<sup>(١)</sup>.

٢- حُجِّية المحرر الرسمي في الإثبات بالنسبة لما حرره الموظف في حدود وظيفته فيما يتعلق بأمور وقعت من ذوي الشأن أمامه تحت سمعه وبصره؛ لأن اعتبارات الثقة التي راعاها المشرع بشأن الموظف العام، عبر عدم جواز إهدار حُجِّية السند الرسمي، إلا بالتزوير، لا يجوز إهمالها بحجة الاتفاق؛ لأن ذلك يُعَدُّ إهداراً لرغبة المشرع المُلزَمة في المحافظة على الثقة العامة بالوظيفة، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على استبعاد هذه الحُجِّية بالكتابة العرفية أو الشهادة<sup>(٢)</sup>.

٧

المطلب الثاني: تحديد ذاتية الفكرتين: يُمكن تحديد ذاتية فكرة رجحان دليل الإثبات قانوناً، وفكرة رجحان دليل الإثبات اتفاقاً؛ أي تمييز كل فكرة من غيرها، عن طريق تحديد أوجه الشبه والاختلاف بين الفكرتين. وذلك بفرعين: يُخصص الأول لبيان أوجه الشبه، في حين يتطرق الثاني لمسألة تحديد أوجه الاختلاف.

#### الفرع الأول: أوجه الشبه

يتوافق الترجيح الاتفاقي مع الترجيح القانوني بما يأتي:-

- ١- من ناحية معنى الترجيح:- يتوافق الترجيح الاتفاقي مع كل من الترجيح التشريعي أولاً، والقضائي ثانياً، بأن الكل يعني: تفضيل دليل على آخر عبر إعطاء القوة القانونية لدليل أو أدلة مُحددة على أدلة إثبات أخرى، بما يضمن الأولوية والاعلوية لبعض أدلة الإثبات، وبالاستناد إلى نص القانون عبر التشريع أن كان الترجيح تشريعياً<sup>(٣)</sup>، أو بالاستناد إلى قناعة القاضي المجازة قانوناً أيضاً، عبر ممارسة الأخير لسلطة التقدير والترجح، إن كان الترجيح قضائياً<sup>(٤)</sup>، وأخيراً عبر اتفاق الخصوم الجائز قانوناً في إطار الترجيح الاتفاقي، فاتفق الخصوم على جواز

٢- الإثبات بالشهادة. سيجعل لها أفضلية في الإثبات غالباً؛ بوصفها دليل من السهل تقديمه، مقارنة بالكتابة. ولاسيما أن الاتفاق قد انصب على هذا الدليل (١). فضلاً عن أن استبعاد دليل معين، مثل اليمين، سيرجح باقي الأدلة. وبمعنى أدق أن الطرفين المتفقان قد فضلا باقي الأدلة على اليمين باستبعاد الأخيرة (٢).

٣- من ناحية غاية الترجيح:- يهدف ترجيح الدليل الأقوى سواءً أكان اتفاقياً أم تشريعياً أم قضائياً، للوصول إلى غاية محددة. تتمثل بإحقاق الحق، ونزعه لمصلحة الخصم الذي يقف الدليل الراجح في جانبه، ضد الخصم المقابل. الذي يملك دليلاً مرجوحاً؛ فالترجيح مسألة عقلية تهدف إلى الوصول إلى تحديد الدليل الأقوى، لسلوك طريق الحق. بإثبات ادعاء الخصم الذي يسير دليل الإثبات الأقوى في جانبه (٣).

٤- من ناحية نطاق الترجيح الشخصي:- يتفق الترجيح الاتفاقي مع الترجيح التشريعي والقضائي. بأن القاضي هو الملزم بتطبيق ترجيح الأدلة بمصادرها المختلفة؛ أي سواءً أكان مصدرها، يتمثل بالاتفاق أولاً، فنص القانون المقيّد ثانياً، ثم نص القانون المطلق السلطة في الترجيح ثالثاً؛ لتكون مسألة تطبيق ترجيح الأدلة على بعضها البعض من مهام القاضي حصراً؛ بوصفه الحاكم في النزاع المعروض أمامه، والفاصل في الدعوى؛ لإحقاق حق الخصم وفقاً للدليل الراجح (٤). وبالمجمل سيكون الترجيح لمصلحة أحد الخصوم الذي تكون نتيجة الترجيح لصالحه، ضد الخصم الآخر الذي تقف نتيجة الترجيح ضده.

٥- من ناحية نطاق الترجيح الموضوعي:- ينحصر الترجيح سواءً أكان تشريعياً أم قضائياً من جهة، أم كان اتفاقياً من جهة أخرى، في نطاق أدلة الإثبات المنصوص عليها قانوناً على سبيل الحصر في قوانين الإثبات، من دون إعطاء الخصوم حق

٦- إضافة دليل إثبات جديد. لم ينص عليه القانون مُطلقاً؛ لأنّ في ذلك مُخالفة لمذهب الإثبات الذي سار عليه المُشرع. والمُتمثل بالمذهب المُختلط لا المُطلق أو المُقيد<sup>(١)</sup>. وذلك عبر تحديد أدلة الإثبات على سبيل الحصر. من دون إعطاء فرصة للخصوم أو حتى للقاضي في إيجاد أدلة جديدة؛ لإثبات حق لم ينص عليه قانوناً. وكذلك تحديد قيمتها القانونية. مع عدم منح الخصوم أو القاضي سلطة زيادة هذه القيمة أو تقليلها. ما يعني معه عدم إمكانية فرض أدلة جديدة. أو وضع قيمة قانونية مُغايرة للقيمة التي منحها النص القانوني لأدلة الإثبات<sup>(٢)</sup>.

ويعني أدق. فإنّ ترجيح دليل الإثبات تشريعياً. يكون وارداً على سبيل الحصر. عبر تفضيل المُشرع لبعض الأدلة من غيرها. ومن ثمّ سنكون أمام عدد مُحدد من الأدلة المُرجحة بإرادة المُشرع. غير قابلة للزيادة أو النقصان. إلا بتشريع لاحق. يُعدل أو يلغى التشريع السابق بتشريع جديد<sup>(٣)</sup>. وكذلك الحال بالنسبة للترجيح القضائي. إذ يمتلك القاضي سلطة تقدير الأدلة وترجيح بعضها على البعض الآخر. في حدود أدلة مُعينة. يُباشِر القاضي سلطته التقديرية في نطاقها. من دون أن يكون له حق تجاوز هذا النطاق. بمباشرة سلطته في ضوء أدلة إثبات لم يخوله المُشرع ممارسة سلطته التقديرية في نطاقها<sup>(٤)</sup>.

أما الترجيح الاتفاقي. فيكون مُحدد العدد أيضاً. مادام كل اتفاق على ترجيح دليل مُعين في نطاق الأدلة المنصوص عليها قانوناً. يُعدّ أمراً جائزاً من دون جواز الاتفاق على إضافة أدلة. أو استبعاد أخرى. لم ينص عليها القانون أصلاً. ما يدفع إلى القول بأنّ الترجيح الاتفاقي. لا يفرض أدلة إثبات جديدة لم ينص عليها المُشرع في قوانين الإثبات. الأمر الذي يجعل اتفاقات الخصوم غير قابلة لزيادة أو إنقاص أدلة الإثبات المُحددة تشريعياً. بعد أن كل اتفاق جائز. مع تقييده بشرط عدم مُخالفته للقانون أو النظام العام<sup>(٥)</sup>.

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف: يختلف الترجيح الاتفاقي عن ترجيح دليل الإثبات بقناعة المشرع أو القاضي. بما يأتي:-

١- من ناحية جهة الترجيح:- في الترجيح الاتفاقي، فإن الخصوم حصراً في نطاق الدعوى، يحق لهم الاتفاق على ترجيح بعض الأدلة القانونية على غيرها وفقاً لما يرونه مناسباً، من دون شرط أو قيد، إلا فيما يتعلق بعدم جواز مخالفة الاتفاق لاعتبار القانون والنظام العام<sup>(١)</sup>، في حين أن الترجيح التشريعي أو القضائي لأدلة الإثبات، يكون صادراً من المشرع، إن كان تشريعياً، مثل ترجيح الدليل الكتابي على الشهادة<sup>(٢)</sup>، أو من القاضي ذاته، في الأحوال التي يسمح النص القانوني للأخير بالتدخل، لترجيح دليل الإثبات الراجع وفقاً لقناعته الشخصية، المستندة إلى أسباب ومعايير معقولة<sup>(٣)</sup>، لذا يمكن القول بأن الترجيح الاتفاقي مصدره الخصوم، في حين أن الترجيح التشريعي مصدره المشرع، أما القضائي فمصدره القاضي حصراً فيما يتعلق بالشخص المرحج.

ومع ذلك فإن الترجيح الاتفاقي، لا يفقد القاضي سلطته التقديرية، إلا في نطاق الدليل أو الأدلة المتفق على استبعادها؛ ليبقى هذه السلطة موجودة في نطاق الأدلة الباقية المتفق على صلاحيتها لإثبات الادعاء، بخلاف الترجيح التشريعي الذي يفقد القاضي سلطته التقديرية بصورة مطلقة في نطاق الأدلة المنصوص عليها قانوناً؛ بكونها مفضلة على غيرها، في حين أن الترجيح الاتفاقي يتفق مع الترجيح القضائي، بعد كلاهما لا يفقدان القاضي سلطته التقديرية في نطاق الأدلة المتفق أو المنصوص عليها قانوناً، مادام المشرع لم يتدخل بمسألة الترجيح بنص القانون، في إطار هذه الأدلة فقط، من دون الأدلة الأخرى، والمرجحة بنص القانون من قبل المشرع ذاته<sup>(٤)</sup>.

٢- من ناحية تحقق الترجيح:- يوجد اختلاف بين الترجيح الاتفاقي والقضائي من جهة، والترحيح التشريعي من جهة أخرى، بأن الترجيح التشريعي يفقد

٣- القاضي سلطته التقديرية في الترجيح، ويكون ملزماً بتطبيق ما نص عليه القانون حصراً، من ناحية تفضيل دليل على آخر، كترجيح الدليل الكتابي على الشهادة<sup>(١)</sup>، أما في نطاق الترجيح القضائي، فإن القاضي لا يفقد سلطته التقديرية المُرَّجحة؛ بل يحق له تقدير وترجيح دليل على آخر وفقاً لما يراه مناسباً، مُستعملاً في ذلك سلطته التقديرية، كترجيح القرينة على الشهادة، أو ترجيح الشهادتين أو القرينتين إحداهما على الأخرى<sup>(٢)</sup>.

إلا أنه في نطاق الترجيح الاتفاقي، فإن تفضيل دليل على آخر من قبل الخصوم، لا يعني أن القاضي سيفقد سلطته التقديرية، إلا في نطاق الأدلة المستبعدة، أما في نطاق أدلة الإثبات المتفق عليها بالإضافة أو التي لم يتم استبعادها، فإن القاضي لا يزال يملك سلطة تقدير وترجيح الدليل الأفضل وفقاً لما يراه مناسباً، بمعايير محددة، تؤكد عدالة ترجيحه كترجيح شهادة على أخرى، ما لم يكن هناك ترجيح تشريعي، يفقد القاضي سلطته التقديرية، مثل ترجيح الدليل الكتابي على الشهادة في نطاق التصرف القانوني الذي تزيد قيمته عن الحد القانوني اللازم لجواز الإثبات بالشهادة.

٤- من ناحية وقت الترجيح:- إن الترجيح التشريعي، يُبحث وقت تشريع القانون من قبل السلطة التشريعية، على أن يُنفذ الترجيح وقت نفاذ القانون؛ أي من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية، ما لم ينص القانون ذاته على وقت آخر للنفاذ، كأن يشترط مدة معينة لنفاذ القانون<sup>(٣)</sup>، وعندئذ تصبح نصوص القانون كافة بما فيها المُرَّجحة لدليل الإثبات نافذة من تاريخ مرور المدة المذكورة المحددة لنفاذ القانون، وبمعنى آخر فإن الترجيح التشريعي يحصل بنص القانون، وعندئذ سيناقش وقت التشريع، وسيُنفذ وقت نفاذ القانون، سواء تم مجرد النشر أم بعد مرور مدة زمنية معينة، وعليه فإن الترجيح التشريعي يحصل قبل الخصومة.

٥- بدليل أن المشرع ينص على سريان قانون الإثبات بشأن أدلة الإثبات على الوقائع التي تحصل في وقت حدوث الواقعة<sup>(١)</sup>. أما الترجيح القضائي فيتم بعد تقديم الأدلة وعرضها على القاضي. وبعدئذ سيُباشر القاضي مهمة التقدير. ومن ثم الترجيح. بعد تقديم الأدلة المتعارضة؛ ليُرجح الأقوى منها. وهذا يحصل بالحد الأدنى. أثناء الجلسة الأولى للدعوى. ويستمر حين صدور الحكم القضائي من محكمة الموضوع. مادامت إمكانية مناقشة وترجيح الأدلة قضائياً. لا تزال جائزة قانوناً<sup>(٢)</sup>. في حين يحصل الترجيح الاتفاقي قبل أو بعد حصول الخصومة. وحينئذ يحق للطرفين الاتفاق على ترجيح بعض الأدلة على غيرها بالإضافة. عبر استحداث أدلة جديدة. لم ينص القانون على جواز إثباتها لوقائع قانونية معينة. أو بالإلغاء عبر استبعاد بعض الأدلة المنصوص قانوناً على جواز إثباتها لوقائع قانونية معينة. إلا أن الاتفاق منع من تطبيق النص القانوني<sup>(٣)</sup>.

وبهذا يمكن القول. إن الترجيح التشريعي سابق في وجوده على مرحلة النزاع. في حين أن الترجيح الاتفاقي. وكذا القضائي. يتوافران بعد مرحلة النزاع. إلا أن الترجيح الاتفاقي قد يتوافر أيضاً قبل الخصومة والنزاع. لذا فإن الأول قد يوجد قبل أو بعد بدء الخصومة. في حين أن الثاني لا يمكن أن يوجد. إلا بعد تقديم أدلة الإثبات. وهذا الأمر يتحقق بالحد الأدنى بالجلسة الأولى المحددة للمرافعة في الدعوى<sup>(٤)</sup>.

٦- من ناحية تسلسل الترجيح: يُقسم الترجيح على ترجيح تشريعي وقضائي واتفاقي. ولو فرض على سبيل المثال أن للترجيح درجات ثلاث؛ لأحتل الترجيح الاتفاقي الدرجة الأولى. فتلاه الترجيح التشريعي بالدرجة الثانية. ثم أعقبه الترجيح القضائي؛ ليحتل الدرجة الثالثة. ما يدل على أن للترجيح تسلسل هرمي إلزامي. يبدأ من الأقوى درجة. ويتمثل بالترجيح الاتفاقي. في توسطه الأقل



٧- قوة، ويتمثل بالترجيح التشريعي، ثم الأضعف بينهما، ويتمثل بالترجيح القضائي؛ ليكون القاضي مُلزماً بتطبيق ما أٌتفق عليه أولاً من قبل الخصوم من أدلة لإثبات الحق<sup>(١)</sup>، على أن يُطبق ثانياً النص القانوني المُرجح للدليل الأقوى<sup>٥</sup> تشريعياً<sup>(٢)</sup>، ثم يكون له سلطة ترجيح الدليل الأقوى الذي يراه مُناسباً، مُتّى ما انعدم الاتفاق أولاً، ثم نص القانون ثانياً، لتكون قناعة القاضي في الترجيح المُجازة قانوناً والمُستندة إلى معايير مُعينة في المرتبة الثالثة.

وعليه فإن الترجيح الاتفاقي يختلف عن الترجيح التشريعي والقضائي من ناحية القوة القانونية؛ ليحتل الترجيح الاتفاقي مركز الصدارة في القوة القانونية، ويليه الترجيح التشريعي والقضائي، ما يعني أن القاضي يكون مُلزماً بتطبيق درجات الترجيح على سبيل التدرج لا على سبيل الاختيار؛ أي يُطبق درجات الترجيح بحسب التسلسل الهرمي المبين لقوة درجة الترجيح القانونية، التي يحتل الترجيح الاتفاقي التسلسل الأول فيه<sup>(٣)</sup>.

٨- من ناحية معيار الترجيح:- يختلف الترجيح التشريعي وكذا القضائي عن الترجيح الاتفاقي، بأن الأخير لا يستند إلى معيار مُحدد<sup>(٤)</sup>، بمعنى أن المُشرع حين يُرجح دليل على آخر بنص القانون، فإنه يستند إلى معيار مُحدد، يجعل الأفضلية لأحد الأدلة على غيره<sup>(٥)</sup>، وهذا الأمر ينطبق أيضاً على الترجيح القضائي، إذ إن القاضي، وإن كان يملك سلطة تقدير الأدلة، وترجيح بعضها على البعض الآخر بنص القانون؛ فإن سلطته هذه الممنوحة له بنص القانون، لا تجعل له الحرية المطلقة في ترجيح دليل على آخر، من دون الاستناد إلى معيار مُحدد، يُعطي للحُكم القضائي الفاصل للنزاع، صفة العدالة والحقيقة القضائية المُستندة إلى دليل راجح بمعيار دقيق<sup>(٦)</sup>، في حين أن الخصوم قد يتفهمون على ترجيح دليل آخر من دون الحاجة إلى معيار مُحدد، مادامت مسألة إثبات الحق وعدمه تعود

٩- بالنفع لهما، ومن ثم فإن أي دليل يختاره طرفا الإثبات، ويتفقان عليه، يُعدّ دليلاً راجحاً، يلتزم القاضي بتطبيقه، من دون الحاجة إلى بحث المعيار المُعتمد. بشرط واحد يجب توافره. يتمثل بعدم مخالفة الاتفاق للقانون والنظام العام فقط (١).

#### الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث الموسوم "اتفاق الخصوم على تعديل دليل الإثبات المدني"، لابدّ من الخروج بجملة من النتائج والتوصيات، وكما يأتي:-

أولاً: النتائج:- إن أهم النتائج التي تم التوصل إليها تتمثل بالآتي:-

١- إن الدليل المقبول أمام القضاء هو الدليل المقبول قانوناً، وهذا الأخير هو الدليل الذي أخذ به المُشرع. وعدّه من قبيل أدلة الإثبات، أما عداؤه فلا يُعدّ دليلاً مقبولاً أمام القضاء، وإن كان له دور في زيادة قناعة القاضي.

٢- إن الغاية من ترجيح دليل الإثبات، جعل أحد الأدلة أقرب إلى الآخر في زيادة القناعة القضائية لدى القاضي، والتي تُسهم بشكل أو بآخر في الفصل في النزاع المعروف على القاضي، في حال عدم قيام المُشرع بهذه المهمة عن طريق تكريس قناعته التشريعية بموجب نصوصه القانونية، وإلزام القاضي بتطبيق ما تم ترجيحه تشريعياً.

٣- نظرية الرجحان تعني إن حجية أدلة الإثبات بعيدة من أن تكون محل يقين القاضي، وإن قناعته بها تُبنى على قدر من الاحتمال الراجح. يكفي للاقتناع بوجود الحق المُدعى به موضوع الدعوى وفقاً للسير العادي للأمور، وبتعبير آخر فإن قواعد الرجحان غايتها إيصال القاضي إلى القناعة القضائية، بدلاً من القناعة الواقعية التي من الصعب تحقّقها، وتبعاً لذلك فإن الحقيقة القضائية قد لا تتفق مع الحقيقة الواقعية، ما دامت الأدلة بمجموعها يثير حولها الشك والتساؤل بدرجات متفاوتة، إذ لا تُمكن القاضي من الوصول إلى اليقين التام الذي ينتفي معه كل احتمال. لذا توصف الحقيقة القضائية بكونها حقيقة نسبية بحق أطراف النزاع بل القاضي، ما دام إدراك الأخير لها يستند إلى إثبات ترجيحي مُقتضاه

تفوق احتمال وجود الحق وصحة ادعاء أحد المدعين على احتمال انعدامه.

٥- يُعتقد برجاحة الرأي الذي يُشير إلى عدم اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام. الأمر الذي يجعل لكلا الخصمين الحق في الاتفاق على مخالفتها؛ لأن قواعد الإثبات وإن كانت في الأصل قد وضعت لضمان حسن سير العدالة وتحقيق الاستقرار في نظام التقاضي قدر الإمكان من جانب، إلا أنها من جانب آخر قد وضعت لتنظيم مركز المتقاضين وصيانة حقوق الخصوم. ما تتعرض له من ضياع بسبب اشتراط دليل قابل لإثبات العكس بسهولة أو اشتراط دليل يجعل عملية الإثبات أمراً صعباً جداً، يؤدي إلى إضاعة صاحب الحق لحقه بحسب ما يراه طرفا الاتفاق.

ثانياً: التوصيات: - تتمثل أهم التوصيات بما يأتي: -

١- يُعتقد بضرورة أن يكون النص القانوني المُحدد لعبء الإثبات وصفة كل من المدعي والمدعى عليه في إطار قانون الإثبات العراقي النافذ على وفق الآتي: "على المدعي إثبات ادعائه وعلى المدعى عليه دفعه، ما لم يتفق على خلاف ذلك". فهذا النص يشير إلى أن المدعي يجب أن يثبت ادعائه، بأن يقيم البينة على ما يدعيه، ما يُغني عن قاعدة البينة على من ادعى، كما يُغني عن قاعدة اليمين على من أنكر، ما دام النص يُشير إلى إمكانية إثبات المدعي للادعاء بصورة مُطلقة من دون تقييده بدليل مُحدد، وعندئذ يحق للأخير اللجوء إلى اليمين أن عجز عن إثبات ادعائه؛ بوصفها دليل من أدلة الإثبات مثل باقي الأدلة، مع الإشارة بالنص أعلاه بجواز اتفاق الخصوم على تعديل أدلة الإثبات باستبعاد أحد هذه الأدلة، أو استخدام دليل في واقعة قانونية لا يجوز اللجوء إليه استناداً إلى نص القانون؛ بل يجوز اللجوء إليه بناءً على اتفاق الخصوم، ما يدل على أن أدلة الإثبات غير متعلقة بالنظام العام، وهذه التوصية تتفق مع ما ذهب إليه المشرع المصري والفرنسي.

2- ضرورة نقل النص القانوني المُتعلق بحجية الأمر المقضي به من قانون الإثبات العراقي إلى قانون موضوعي، يتعلق بموضوع الحق لا إثباته؛ بوصف هذا النص القانوني قاعدة

موضوعية غير قابلة لإثبات العكس أولاً، والترجيح ثانياً، باعتبارها غير قابلة للتعارض مع نص قانوني آخر يتعلق بالإثبات، ما دامت غير قابلة لإثبات خلافها بدليل مُقابل.

الهوامش

(١) ذكر لفظ الأشخاص وليس الخصوم؛ لأن الاتفاق قد يحصل قبل الخصومة أو بعدها، ومن ثم فإن استعمال لفظ الأشخاص يُعد أكثر دقة من الناحية القانونية، بعد أن الخصوم لا يطلق عليهم هذا اللفظ إلا بعد الخصومة، في حين أن الترجيح الاتفاقي، قد يحصل قبل الخصومة، ما اضطرنا لاستعمال لفظ "الأشخاص" ليشمل الاتفاق الحاصل قبل أو بعد الخصومة، على أساس أن الخصوم يعدون أشخاصاً أيضاً، إلا أنهم لا يكسبون صفة الخصم بالمعنى الحقيقي إلا بعد إقامة الدعوى، تُنظر: المادة (٤) من قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

(٢) المادة (٧٧/الفقرة الثانية) من قانون الإثبات العراقي النافذ، وتُقابلها المادة (٦٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والمادة (١٣٥٩) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

(٣) د.أحمد محمد إبراهيم، القانون المدني، ط١، دار المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٤، ص٤٠٦؛ د.محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص١٠.

(٤) د.قدري عبدالفتاح الشهاوي، نظرية الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٢٩٧؛ د.سليمان مرقس، أصول الإثبات واجراءاته في المواد المدنية، الجزء الثاني، الأدلة المقيدة، ط٤، دار الجيل للطباعة، مصر، ١٩٨٦، ص٤٠٣-٤٠٤.

(٥) د.جميل الشراقوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٥٦، ص٥٣-٦٧.

(٦) د.عبد الرحيم حاتم الحسن، شرح قانون الإثبات العراقي، ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨، ص١٩٤-١٩٥؛ د.جميل الشراقوي، الإثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٣، ص٣٤-٣٥؛ د.قدري عبد الفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص٢٩٨.

(٧) ذهب محكمة الاستئناف المختلطة في مصر في ٢٣/أبريل/١٩٣١ إلى: "بطلان الاتفاق على تعديل دليل الإثبات قبل وجود أية خصومة، أي في الوقت الذي لا يستطيع المتعهد فيه أن يُقدر مدى أهمية تعهده"، مُشار إليه في مؤلف د.سليمان مرقس، مصدر سابق، ص٢١٣.

- (٤٣) د.همام محمد محمود، الوجيز في الإثبات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٤٣؛  
A.Bamdé&J. Bourdoiseau . Lanotion d 'ordre Public . Article Publié sur le site l'histoire 20/7/2019;  
aurelienbamde.com
- (٤٤) د.محمد نصر محمد، ادلة الاثبات في الأنظمة المقارنة، ط١، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ٢٠١٢، ص ٣٦ - ٣٧؛ د.قيس عبدالستار عثمان، أحكام وقواعد الإثبات، ط١، مكتبة الجامعة، الشارقة، ٢٠١١، ص ١٤.
- (٤٥) د.أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٥؛ د.همام محمد محمود، مصدر سابق، ص ٤٣.
- (٤٦) قرار محكمة التقض المصرية المرقم ٢٦٨ في ١٩٧٧/٦/٣٠، مُشار إليه في مؤلف د.قدري عبدالفتاح الشهاوي، مصدر سابق، ص ٩٧.
- (٤٧) د.سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٣٦٩.
- (٤٨) د.عبد الرزاق السهنوري، الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٩٥.
- (٤٩) إن القاعدة المكملّة أو النسبية، ما هي إلا قاعدة إلزامية نسبية أو احتياطية، إذ تُعدّ إلزامية نسبية، بمعنى لا إلزام على المتعاقدين (الخصوم) في الأخذ بمقتضاها؛ واحتياطية بمعنى لا تتحقق، إلا عند عدم تنظيم الطرفين لتصرف معين على نحو آخر، وبذلك تكون القاعدة القانونية النسبية أو المكملّة التي نص عليها القانون مُختصة لا بصفة أصلية بل بصورة احتياطية، فإذا لم يتفق الخصوم في الدعوى على استبعاد تطبيق هذه القاعدة بنحو معين، فعندئذٍ ستنقل صفة القاعدة القانونية المكملّة إلى صفة الإلزام، التي لا يجوز الاتفاق على خلافها، ولا تقتصر إلزاميتها على الخصمين -طرفي الاتفاق- بل تمتد إلى القاضي، ولمزيد من التفاصيل، يُنظر: د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج ١، القانون، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٢٤٥-٢٤٧.
- (٥٠) المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي النافذ، وتُقابلها المادة (٨٩) من القانون المدني المصري النافذ.
- (٥١) المادة (٨١/الفقرة الأولى) من القانون المدني العراقي النافذ، وتُقابلها المادة (٩٨/الفقرة الأولى) من القانون المدني المصري النافذ.
- (٥٢) المادة (٨١/الفقرة الثانية) من القانون المدني العراقي النافذ، وتُقابلها المادة (٩٨/الفقرة الثانية) من القانون المدني المصري النافذ؛ وجاء في قرار محكمة التقض الفرنسية بالرقم ٢٩٤ في ١٩٩٥ ما نصه: "عندما يقع عبء الإثبات على

عائق طرف معين، لا يُمكن استنتاج هذا الإثبات من السكوت الذي يتتبع به الطرف المخاصم تجاه مطلبه"، يُنظر: دالوز، مصدر سابق، ص ١٢٥٩.

( ) د. عبد الحى حجازي، مصدر سابق، ص ٢٤٥-٢٤٦.  
( ) المادة (٧٧/الفقرة الثانية) من قانون الإثبات العراقي النافذ، وتُقابلها المادة (٦٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والمادة (١٣٥٩) من القانون المدني الفرنسي النافذ.  
( ) د. أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الإثبات، ط ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٨، ص ٢٣-٢٤؛ ويُذكر بأن الترجيح الاتفاقي بالإضافة قد تمت الإشارة إليه بصورة صريحة من قبل المشرع العراقي والمصري والفرنسي، وذلك في نطاق الشهادة، بأن تكون دليلاً صالحاً لإثبات تصرف قانوني غير جائز قانوناً اللجوء إليه؛ لإثبات ذلك التصرف، إلا عن طريق الاتفاق، ما يعني ترجيح الشهادة على الدليل الكتابي، يجعل الدليل الأول يُعتمد غالباً في إثبات ذلك التصرف القانوني بدلاً من الدليل الثاني، مع ملحوظة أن الاتفاق على جوازية الإثبات بالشهادة، تعني بالمقابل جواز الإثبات بالقرينة القضائية، ومن ثم سينحصر الترجيح الاتفاقي بالإضافة، بدليلي الشهادة والقرينة القضائية، بتفضيلهما على الدليل الكتابي في اللجوء إليهما؛ لإثبات الحق موضوع الدعوى.

Article Publié sur le site l'histoire 22/7/2019:

Linguee.fr

( ) د. جميل الشراوي، الإثبات في المواد المدنية، مصدر سابق، ص ١٨٧؛ وقد ذهبت محكمة أسبوط الابتدائية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٤١ إلى أن: "اتفاق الخصم مقدماً مع من يتعاقد معه على عدم توجيه اليمين في أي نزاع ينشأ بينهما في المستقبل، يُعدّ صحيحاً؛ لأنه ليس في الاتفاق ما يخالف النظام العام والآداب، وأنه جائز قانوناً، إذ قد يتردد البعض في الحلف بسبب العقيدة الدينية وتأنيب الضمير، إذا ما ظهر له الحق بعد الحلف"، أشار إليه في مؤلف د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٢١٣-٢١٤.

( ) بخلاف الاتفاق على إضافة دليل جديد لإثبات الحق موضوع الدعوى، لم ينص القانون على جواز اللجوء إلى استبعاد أدلة معينة بسلوك طريق الاتفاق، تُنظر: المادة (٧٧/الفقرة الثانية) من قانون الإثبات العراقي النافذ، وتُقابلها المادة (٦٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والمادة (١٣٥٩) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

(١) د. سعدون العامري، موجز نظرية الإثبات، ط٣، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٦٦، ص ٣١-٣٢. د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٣٣-٣٦. د. أحمد محمد إبراهيم، القانون المدني، ط١، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٤، ص ٤١٥؛ وهذا الصدد قضت محكمة التقض المصرية في حكمها بتاريخ ١٩٩٢/١١/١٤ بأنه: "لما كانت قواعد الإثبات ليست من النظام العام، يجوز الاتفاق على مخالفتها صراحة أو ضمناً، فإنه لا يجوز إثارة النعي بمخالفة قواعد الإثبات لدى محكمة التقض"، مشار إليه في مؤلف د. محمد حسين منصور، قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١١.

(٢) جاء في الأسباب الموجبة لقانون الإثبات العراقي النافذ ما نصه: "وفي صدد طرق الإثبات: فعند إلى تحديد طرق الإثبات...".

(٣) ذهب الحنابلة وابن حزم إلى وجوب اللجوء إلى القرعة لترجيح البينة المقدمة من المدعي والمُدعى عليه، بامتلاك كل منهما لعين مُحددة في يد شخص آخر، ومن ثم ستكون القرعة دليلاً مُكملاً للبينة المقدمة من قبل طرفي الإثبات، ما يعني بالنتيجة استناد الحكم القضائي على دليل يقوم على الصدفة لا الرجحان، ولزيد من التفاصيل، يُنظر: د. السيد عبدالصمد محمد يوسف، أدلة الإثبات القضائي في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٣، ص ٢٩-٤٣٤.

(٤) د. أحمد شوقي محمد، الدراسات البحثية في قانون الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ١٦.

(٥) د. أحمد شوقي محمد، المصدر السابق، ص ١٦.

(٦) المادة (١٨) من قانون الإثبات العراقي النافذ التي تنص على أنه: "يجوز أن يُثبت بجميع طرق الإثبات ما كان يجب إثباته بالكتابة في حالتين: أولاً: إذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه. ثانياً: إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي"، فالمفهوم المخالف لهذا النص التشريعي، يُفيد بعدم إمكانية الإثبات بغير الكتابة، إلا في حال توافر هذان الاستثناءان، ومن ثم لا يمكن الإثبات بدليل آخر، إن لم تتوافر إحدى هاتين الحالتين، ما يثبت أعلوية الدليل الكتابي بالنص التشريعي في أعلاه، عند عدم توافر الاستثناء الذي يُجيز الإثبات بدليل آخر بدلاً من الكتابة، وتُقابلها المادة (٦٣) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والمادة (١٣٦٠) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

( ) مثال ذلك ما ورد في المادة (٨٢) من قانون الإثبات العراقي النافذ، ولا يوجد ما يقابلها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والقانون المدني الفرنسي النافذ.  
( ) المادة (٧٧/الفقرة الثانية) من قانون الإثبات العراقي النافذ، وتُقابلها المادة (٦٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والمادة (١٣٥٩) من القانون المدني الفرنسي النافذ.  
( ) د. جمال أحمد هيكل، الاتفاق بين الخصوم في قانون الإثبات، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٦، ص ٥٠.

( ) عباس قاسم الدافوقي، الاجتهاد القضائي، دار السهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص ٥١٧. ٣

( ) إن ظهور الدولة ونسج فكرة السلطة، أدى لملع الأفراد من استيفاء حقوقهم بأنفسهم؛ ليظهر نتيجة ذلك واجب على الدولة، يتمثل بكفالة حق التقاضي للأفراد كافة، وهذا ما أكدته المادة (٢٩) من قانون المرافعات المدنية العراقية النافذ بقولها: "تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة، وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثنى بنص خاص"، ولمزيد من التفاصيل، يُنظر: د. آدم وهيب النداي، المرافعات المدنية، دار الكتب القانونية، بيروت، دون سنة نشر، ص ٣٧-٣٥.  
( ) جاء في الأسباب الموجبة لقانون الإثبات العراقي النافذ ما نصه: "...وفي صدد طرق الإثبات تخير القانون الاتجاه الوسط ما بين أنظمة الإثبات المقيدة والمطلقة، فعمد إلى تحديد طرق الإثبات...".

( ) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٠-١١. ٣

( ) يتم إلغاء التشريع النافذ بطريقتين: أحدهما الإلغاء التشريعي، وثانيهما الإلغاء غير التشريعي، أما الطريق الأول فيقصد به: إن يتم إلغاء التشريع النافذ بتشريع لاحق ينص صراحة على الإلغاء أو ضمناً عن طريق تعارض النص الجديد مع النص القديم، بما يؤدي إلى تطبيق النص اللاحق المتعارض مع السابق بعده لاغياً للأول، وإن لم ينص صراحة على ذلك، أما الطريق الثاني في الإلغاء، فيتمثل بالإلغاء غير التشريعي، والمتمثل بإلغاء التشريع حكماً نتيجة زوال الظروف التي أدت إلى وجوده، أي السبب أو الحكمة من التشريع، بحيث تكون نصوصه مية غير قابلة للتطبيق؛ لعدم إمكانية حدوث الواقعة التي ينطبق النص عليها، مع مراعاة عدم إلغاء التشريع بصورة حكمية، إلا بعد التين بحسب وقائع الحال من أن النص القانوني غير قابل للتطبيق مطلقاً، ولمزيد من التفاصيل، يُنظر: د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٥٨٥-٦٠٠.



﴿ مثال ذلك ما ورد في المادة (٨٢) من قانون الإثبات العراقي النافذ، ولا يوجد ما يُقابلها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والقانون المدني الفرنسي النافذ. ﴾

﴿ وهذا ما أكدته الأسباب الموجبة لقانون الإثبات العراقي النافذ بالإشارة الصريحة إلى أن طرق الإثبات وقيمتها القانونية مُحددة قانوناً، لا يجوز تعديلها من قبل القاضي أو الغير، بعد أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا بطرق مُحددة تهدف إلى تحقيق التوازن بين اعتبارين: يمثل الأول بالعدالة المأدس للحقيقة الواقعية؛ ليُمثل الثاني اعتبار استقرار التعامل، د.عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٥٤٣-٥٤٤. ﴾

﴿ المادة (٧٧/الفقرة الثانية) من قانون الإثبات العراقي النافذ، وتُقابلها المادة (٦٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والمادة (١٣٥٩) من القانون المدني الفرنسي النافذ. ﴾

﴿ المفهوم المخالف للمادتين (١٨، ٧٧/الفقتين الأولى والثانية) من قانون الإثبات العراقي النافذ، وتُقابلها المادتان (٦٣، ٦٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والمادتان (١٣٥٩، ١٣٦٠) من القانون المدني الفرنسي النافذ. ﴾

﴿ المادة (٨٢) من قانون الإثبات العراقي النافذ، ولا يوجد ما يُقابلها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والقانون المدني الفرنسي النافذ. ﴾

﴿ د.نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٨٥. ﴾

﴿ المادتان (١٨، ٧٧/الفقتين الأولى والثانية) من قانون الإثبات العراقي النافذ، وتُقابلها المادتان (٦٣، ٦٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والمادتان (١٣٥٩، ١٣٦٠) من القانون المدني الفرنسي النافذ. ﴾

﴿ المادتان (٨٢، ١٠٢/الفقرة الثانية) من قانون الإثبات العراقي النافذ، ولا يوجد ما يُقابل المادة (٨٢) من قانون الإثبات العراقي النافذ في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والقانون المدني الفرنسي النافذ، ﴾

﴿ في حين تُقابل المادة (١٠٠) من القانون المصري والمادة (١٣٨٢) من القانون الفرنسي النافذين المذكورين آنفاً المادة (١٠٢/الفقرة الثانية) من قانون الإثبات العراقي النافذ، وجاء في قرار محكمة باريس بالرقم ٥٦٨ في ١٩٩١ ما نصه: ﴾

﴿ "في المواد التي يقبل فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود، يُمكن للقاضي أن يستخلص بواسطة القرائن، من وقائع معروفة الاستدلال على واقعة غير معروفة"، وجاء أيضاً في قرار محكمة القضا الفرنسية بالرقم ٥٨٩ في ١٩٥٤ ما نصه: ﴾

﴿ تُجيز المادة (١٣٥٣) للقضاء عندما يكون الإثبات بشهادة الشهود مقبولا، أن يأخذوا بالقرائن التي يترك لسلطتهم ﴾

المطلقة أمر تقديرها، يُنظر: دالوز، مصدر سابق، ص ١٣٢٢-١٣٢٣.

( ) تنص المادة (١٢٩) من دستور جمهورية العراق<sup>٥</sup> النافذ لسنة ٢٠٠٥ على أنه: "تُشر القوانين في الجريدة الرسمية، ويُعمل بها من تاريخ نشرها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

( ) المادتان (١٢، ١٣/الفقرة الأولى) من قانون الإثبات العراقي النافذ، ولا يوجد ما يقابلها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والقانون المدني الفرنسي النافذ.

( ) قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه: "إذا كانت القاعدة هي شفعية إجراءات المحاكمة، فإنه لا يجوز الاستناد، إلا إلى الدليل الذي طرح في الجلسة، وأتيح للخصوم مناقشته وإبداء رأيهم فيه".

Crim.22oct.1970.Bull.crim.No.277.

نقلًا عن د. حسن ربيع، دور القاضي الجنائي في الإثبات، ط٤، دار الثقافة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص ١٦٦ - ٢٥٠.

( ) المادة (٧٧/الفقرة الثانية) من قانون الإثبات العراقي النافذ، وتقابلها المادة (٦٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والمادة (١٣٥٩) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

( ) د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٩٠.

( ) المادة (٧٧/الفقرة الثانية) من قانون الإثبات العراقي النافذ، وتقابلها المادة (٦٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والمادة (١٣٥٩) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

( ) المادتان (١٨، ٧٧) من قانون الإثبات العراقي النافذ، وتقابلها المادتان (٦٠، ٦٣) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري النافذ والمادتان (١٣٥٩، ١٣٦٠) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

( ) جاء في قرار محكمة الاستئناف الاسبق في ١٩٨٤ ما نصه: "إن جواز سماع شهادة<sup>٦</sup> الشهود في الديون التي لا تزيد عن ألف قرش؛ ليس من النظام العام، وبالتالي فإنه يجوز الاتفاق على أنه لا عبرة بشهادة الشهود ولا يعتبر السداد إلا بإيصال أو باستلام سند الدين مؤشراً عليه بالسداد"، فالحكم المتقدم أشار إلى وجوب التزام القاضي بإثبات الحق موضوع الدعوى بالدليل الكتابي، استناداً إلى اتفاق الخصوم في الدعوى، وإن كان القانون ينص على جواز الإثبات بالشهادة، بعد أن الاتفاق يقدم على نص القانون، مُشار إليه في مؤلف د. سليمان مرقس، أصول الإثبات

وأجراءاته في المواد المدنية، ج ٢، الأدلة المقيدة، ط ٤، دار الجيل للطباعة، مصر، ١٩٨٦، ص ٥٢٨.

⑤ M.V.Kerchove . Droit et Société . Paris: 2013-vol.24.N84.P5:23.

( ) إن هجر التشريعات الحديثة للصياغة القانونية التفصيلية واللجوء إلى الفن التشريعي العام، المتمثل بوضع الحلول العامة المجردة، بالاستناد إلى معايير محددة، ميسورة الفهم، سهلة التطبيق، تحاول القضاء على المفارقات بين الحلول القانونية والواقع الملموس إلى حد كبير، ساعد على الاجتهاد في مناسبات ومواقع عدة، ولمزيد من التفاصيل، يُنظر: د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٤٠٤-٤٠٦.

( ) إن سلطة القاضي التقديرية غير مطلقة، بعدها مُقيدة بكونها مبنية على أسباب سائغة؛ أي يجب على القاضي أن يذكر المصادر التي أوصلته إلى تقديره الحالي وإظهارها في الحكم القضائي؛ لئلا تمارس المحكمة العليا رقابتها على التقدير الصادر منه، بالاستناد إلى تلك الأسباب الظاهرة، ولمزيد من التفاصيل، يُنظر: د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط ١، مطبعة أطلس، الاسكندرية، ١٩٨٤، ص ٥٠٤.

( ) المادة (٧٧/الفقرة الثانية) من قانون الإثبات العراقي النافذ، وتقابلها المادة (٦٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والجزائية المصري النافذ والمادة (١٣٥٩) من القانون المدني الفرنسي النافذ.