الحكمة التشريعية من توحيد قواعد الاثبات (دراسة نقدية)

The legislative wisdom behind unifying the rules of evidence-a critical study

أ.م.د. علاء عبد الامير موسى النائلي
جامعة القادسية – كلية القانون
alaa.mousa@qu.edu.iq

الباحث: منتظر كاظم عباس
جامعة القادسية – كلية القانون
Law.stp.24.15.@qu.edu.iq

تاريخ استلام البحث: ٢٠٢٥/٨/٥ تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٥/٩/٧

الملخص:

ان المشرع العراقي وخلال مرحلة الانتقال من النظام الرأسمالي الى النظام الاشتراكي، أجرى تحويرا كبيراً في النظام القانوني التجاري، كان المشرع قد رسم إطار ذلك التغيير في قانون الإصلاح النظام القانوني رقم(٣٥) لسنة ١٩٧٧، الذي الزم بتوحيد احكام الاثبات وأدى ذلك الى اصدار قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، وتم على أثره توحيد قواعد الاثبات المدنية والتجارية وقد أوضح المشرع ان الغاية من توحيد الاثبات تتمثل بإقرار المساواة وتبسيط الشكلية.

فقد عد المشرع العراقي ان حرية الاثبات تخلق نوع من عدم المساواة بين الدائن والمدين وتخلق فجوة واختلالاً في المراكز القانونية، وهو ما سمح له بتدخل بإلغاء حرية الاثبات بغية تعديل الكفة عن طريق توحيد احكام الاثبات وتضييق مبدأ حرية الإرادة، واما بخصوص تبسيط الشكلية فبالرغم من ان ضم القواعد الموضوعية والاجرائية في قانون واحد هو اول الخطوات نحو تبسيط الشكليات، وكذلك النص على مجوعة من القواعد التي تمنح دورا إيجابياً للمحكمة إلا ان الغاء حرية الاثبات ووضع قيود على الأدلة يتعارض مع تبسيط الشكلية.

الكلمات المفتاحية: التوحيد، الحرية، الاثبات، المساواة، التبسيط، السرعة، الشكلية.

Abstract:

During the transition from a capitalist to a socialist system, the Iraqi legislator made a major change to the commercial legal system. This was outlined in the Legal Reform Law No. 35 of 1977, which mandated the unification of evidence rules. This led to the issuance of the Iraqi Evidence Law No. 107 of 1979, which unified civil and commercial evidence rules. The legislator explained that the purpose of this unification was to establish equality and simplify formalities. The Iraqi legislator considered the freedom of proof to create inequality between creditors and debtors, causing a gap and imbalance in legal positions. This justified intervention to abolish this freedom and balance the scales by unifying evidence rules and narrowing the principle of freedom of will. Regarding the simplification of formalities, while consolidating substantive and procedural rules into one law was a step toward this

goal, and despite rules granting the court a positive role, the abolition of the freedom of proof and the imposition of restrictions on evidence contradict the simplification of formalities.

Keywords: Unification, Freedom, Evidence, Equality, Simplification, Speed, Formality.

المقدمة

من الثابت في التعاملات التجارية هو وجود نظام اثبات خاص به يتلاءم مع طبيعة القانون التجاري كالسرعة والثقة حيث تقتضي المعاملة التجارية التبسيط والسرعة من اجل زيادة حجم نشاط التاجر دون وجود قيود او شكليات معينة تحد من قدرة التجار على بلوغ اهدافهم، بيد ان المشرع العراقي لم يساير التشريعات التجارية التي ميزت التعاملات التجارية بقواعد اثبات خاصة، لذلك عمل على توحيد قواعد الاثبات المدنية والتجارية، ولكن ان فكرة توحيد قواعد الاثبات المدنية والتجارية ليست فكرة نشأت من فراغ بل لحكمة تشريعية ابتغاها المشرع وسوف نتعرف على تلك الحكمة خلال هذا البحث.

أهمية البحث: ان الخوض في اتجاه توحيد الاثبات ودراسة مؤثرات ذلك على الواقع التجاري سلباً وايجاباً، يهيئ القارئ لاهم المشاكل المتولدة عن توحيد قواعد الاثبات، وتبرز الفائدة الاخرى في مدى الحاجة إلى مسايرة الاتجاهات القانونية الحديثة التي خصت التعاملات التجارية بقواعد أثبات مغايرة للقواعد العامة في الاثبات.

إشكالية البحث: تكمن الإشكالية في عدم كفاية القواعد العامة في الاثبات لتنظيم احكام الاثبات في القانون التجاري وذلك حينما اقدم المشرع العراقي الى الغاء مبدأ حرية الاثبات، بعد صدور قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، والذي ترتب عليه توحيد قواعد الاثبات المدنية والتجارية واخضاع المعاملة التجارية لجملة من القيود التي تسود في القواعد العامة في الاثبات، الامر الذي أدى الى تعقيد عملية الاثبات في البيئة التجارية، فيضع المشرع قيود متعددة على الأدلة لإثبات التصرفات القانونية مدنية كانت ام تجارية فمثلاً يمنع المشرع الشرع العراقي من الاثبات بالشهادة او القرائن ان زادت قيمة التصرف عن النصاب المحدد في الشهادة، والاهدار من قيمة الدفاتر التجارية في الاثبات بين التجار انفسهم وقصرها كحجة على التاجر فقط.

منهجية البحث: ستعتمد هذه الدراسة على المنهج النقدي بتتبع النصوص التشريعية العراقية التي وردت في قانون التجارة العراقي الملغي رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠، وقانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ وقانون التجارة النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

خطة البحث: لغرض تحديد الحكمة التشريعية من توحيد قواعد الاثبات يتطلب الامر الخوض في مجال الحرية وادوار كل من القاضي والأطراف في عملية الاثبات وهذا يستلزم بالضرورة البحث في المذاهب العامة في الاثبات قبل الولوج الى مفهوم التوحيد، لذلك سيكون تقسيم هذا البحث الى مطلبين نعقد المطلب الأول للمذاهب العامة في الاثبات، اما في المطلب الثاني سنتعرض لمفهوم توحيد الاثبات.

المطلب الأول: المناهج العامة في الاثبات

تعد المذاهب العامة في الاثبات بمثابة البوصلة التي توجه القاضي والافراد الى أثبات الوقائع من خلال الاستعانة بمجموعة من الوسائل والكيفيات للوصول الى اثبات الحق، وقد اختلفت الانظمة في مجال الحرية الممنوحة للقاضي والأطراف بغية الإحاطة بالدعوى وتقديم الأدلة وقبولها تبعاً للمذهب المعتمد ما بين اتجاه يطلق الحرية للقاضي والأطراف في عملية الاثبات وهذا هو المذهب الاثبات الحر، واتجاه متشدد يغيب دور القاضي ويمنح دوراً لا بأس به الى أطراف النزاع، وهذا هو المذهب الاثبات المقيد، واتجاه ما بينهما وهو المذهب المختلط.

لذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى ثلاثة فروع نتناول في الفرع الأول توضيح المعنى المقصود بالإثبات الحر، فيما سنخصص الفرع الثاني للحديث عن المذهب المقيد، واما المذهب المختلط فسنخصص الفرع الثالث للحديث عنه.

الفرع الأول: تعريف الاثبات الحر

يقوم مبدأ الاثبات الحر على مرونة واسعة في عملية الاثبات، تمنح القاضي والأطراف حرية كبيرة في عرض واستخدام ادلة متنوعة دون قيود على الأدلة، وهذا ما يعزز القدرة على إظهار الحقيقة، فالأصل في الدليل اباحته ولأطراف النزاع ان يقدموا جميع ما لديهم من وسائل لأثبات ادعاءاتهم وللقاضي ان يستخلص ويستنبط من كل شيء يصل اليه لكشف حقيقة النزاع [١]، ويمكن استخراج عدة عناصر من هذا النظام:-

أولاً/ عدم الاعتداد بأي دليل: لما كان هاجس القاضي الأساسي هو الوصول الى الحقيقة فأنه قد لا يهم نوع الوسيلة المستخدمة في الاثبات، فيجوز للقاضي والأطراف الاثبات بجميع الوسائل المتاحة (الكتابة، الإقرار، الشهادة، القرائن، وسائر الأدلة)، كما لا يهم ان كانت وسيلة الاثبات صالحة او غير صالحة فقد يستدرج القاضي الخصوم ويستعمل الحيل للوصول الى الحقيقة، كما قد يقضي بعلمه الشخصي ان سمع او رأى او اطلع على ادلة تكفي للوصول الى مبتغى الحكم، فالمعول عليه في هذا النظام هو الوصول الى الحقيقة فليس هنالك دليل معين يلزم القاضي، ولا اي قيود تفرض على الخصوم في تقديم الأدلة، ولذلك فهم أحراراً في تقديم أي دليل يوثق تعاملاتهم، فمجال الأدلة مجال المعرفة التي لا تتقيد[٢].

ثانياً/ عدم تحديد حجية معينة: طالما لا يوجد اعتبار قانوني لنوع الأداة المستعملة في الاثبات، اذن فالمعيار النهائي هو قوة الأداة التي تؤدي الى حصول القناعة لدى القاضي اذ ليس هنالك حجية معينة لأي دليل فالقاضي وليس المشرع هو من يضفي القيمة الحقيقية على وسائل الاثبات استناداً الى مبدأ الاقتناع القضائي، الامر الذي يطلق العنان لعقل القاضي لتكوين عقيدته باختيار الدليل المناسب وهو ما يعزز التقرب للحقيقة الواقعية[٣].

ثالثاً/ تحري الأدلة: عندما يتاح للقاضي استعمال ادلة مختلفة فقد تكون هذه الأدلة ناقصة وغير مكتملة مما يتطلب اكمال ما نقص وتوضيح ما ابهم، والقاضي باعتباره هو المحرك الأساسي للدعوى، يسعى لتدارك أي نقص فيها والبحث عن الحقيقة.

وتأسيساً على ذلك يضيف هذا النظام قيمة كبيرة لأثبات الحقوق عن طريق الحرية التي يخولها الى القاضي في استخدام السبل المختلفة في استكمال الأدلة الناقصة او المبهمة او التي فيها قصور، وهو ما يعني ان دور القاضي كامل وايجابي لا يحده حد او يقيده قيد، كذلك الحال في الأطراف [٤].

ويتبين من ذلك ان عدم تقييد الأدلة في هذا النظام لغايتين رئيستين الأولى: الوصول الى الحقيقية فالوصول الى الحقيقة يتطلب وبحسب الأصل وطبيعة الأشياء المزيد من الحرية والمجال الى القاضي والأطراف لتلبية لمتطلبات بعض الأوضاع، والثانية: دور نفسي مهم من اجل اعطاء القاضي والأطراف قدراً من الثقة والاطمئنان خلال عملية الاثبات.

وتعتنق الشرائع الأنجلوسكسونية، مبدأ الإثبات الحر على نطاق واسع، والقوانين الجرمانية بصورة خاصة، فقد اتبع هذا النظام في كل من القوانين الألمانية والسويسرية والامريكية والبريطانية، دون تفرقة بين القانون المدني او التجاري او الجنائي، ويعد الاثبات الحر واقع متغلل في الأوساط الإنكليزية بوجه خاص حيث ان هذا المبدأ نسجته المحاكم الإنكليزية والفه المجتمع، فقد ورد في قانون الاثبات الإنكليزي لسنة ١٩٦٨ في الفقرة الأولى من البند الثاني (ان لأطراف الدعوى الحرية في اختيار الأدلة التي تودي الى اقتناع المحكمة)[٥]، ومنذ العصر الإنكليزي القديم عرف مبدأ الاثبات الحر حيث ان بوادره وجذوره العميقة تركزت بقوة منذ العصور الوسطى، وكانت لبنة تطوره هو نظام المحلفين، اذ كان يسمح للمحلفين بتقدير الأدلة طبقاً لقناعتهم، ومع ذلك كانت بعض الأدلة وقتها محدودة وكان المتهم اذا اعترف بالجريمة اخذ بها وان صمت او نفى التهمة احيل الى هيأة المحلفين فيستمع الى اقوال الشهود وقرار ادانته بالتهمة، أي ان الدور كان يسند للمحكمة بشكل اكبر من التشريع[٦].

ويعد نظام المحلفين صورة من مبدأ الاثبات الحر التي تنسحب للقاضي والافراد في قبول الادلة ورفضها فهيئة المحلفين، تعتمد على الاقتناع المعقول وفق منظور افراد هيئة المحلفين ويقظة ضميرهم ومن ثم تأخذ طابعا اجتماعياً وقانونياً في آن واحد، وهو ما يعني عدم الزام المحلفين بنوع من الأدلة الذي يتوج اليه سؤال هل انت مقتنع تماماً مع من الحق.[٧]

واما في دول الشريعة اللاتينية التي تعتمد التشريعات المكتوبة بصورة رئيسية، فان الاخذ بمذهب الاثبات الحر في هذه الشرائع يتباين حسب النظام القانوني المتبع ففي القانون الجنائي، يؤخذ بهذا المبدأ على نطاق واسع، لأنه القاضي الجنائي همه ان يتوصل الى الحقيقة ولا يهم نوع الوسيلة والمهم ان تكون مشروعة، لان الجريمة تطال المجتمع بأكمله [٨]، كما يأخذ بهذا المبدأ بدرجة طبيعية في القانون التجاري، وذلك بإتاحة استخدام التجار لأنواع مختلفة من الأدلة لأسباب مختلفة في مقدمتها ان التعاملات التجارية يطغى عليها والسرعة والثقة وحرية الإرادة أيضاً، كما ان هذه النزاعات له وجه اقتصادي يطال المجتمع بأكمله، ودون ذلك في القضايا المدنية، كما يؤخذ من المذهب الحر دور القاضي الإيجابي سواء في النظام المدني او التجاري[٩].

ينحو هذا المذهب بالسعي وراء الحقيقة الواقعية، معتبراً أن الوصول الى الحكم السليم ينطلق من الحرية في استعمال مختلف الأدلة، وتمكين القاضي والأطراف من الوصول الى الحقيقة بمختلف الأحوال والكيفيات من خلال توفير وسائل إثبات تتسم بالمرنة والسهولة، فضلا عن دوره في تحقيق العدالة بين المتعاقدين فلا يخسر صاحب الحق دعواه لمجرد عدم توفر دليل لديه، [١٠] ومن شان تلك القواعد ان يصبح موضوع النزاع حقيقة واقعية ولو نسبية الأمر الذي يودي الى ان تعلو الحقائق الاجتماعية والواقعية على الصياغة الفنية[١١].

غير انه يستحيل الاخذ بهذا النظام بشكل مطلق، لان من شأن الاخذ بالمذهب الحر على اطلاقه ان يؤدي الى فوضى تضيع معها الحقوق وتختلف كفة العدل فضلاً عن عدم إدراك نظام الاثبات الحر للاختلافات القائمة بين المراكز القانونية للخصوم.[١٢]

والواقع ان هذا النظام يتطلب أنظمة حكم ديمقراطية تتسم بالعدالة تتفهم ثمن الوصول الى الحقيقة وأن يكون القضاة محترفين يتمتعون بمهارة عالية، ونظام قضائي يساعد على تعزيز قيم العدالة والنزاهة بين أبنائها، بحيث تنغرز النزاهة في ضمائر القضاة، نتيجة الحرية الكبيرة التي يعطيها الى القاضي، ولهذا السبب يجب الحذر من تطبيق هذا المبدأ في الدولة التي يسيطر عليها الاستبداد والجهل والفساد.

الفرع الثاني: مذهب الاثبات المقيد

يرتكز الاثبات المقيد على نزعة مدنية تجد صداها في اساس النظرية العامة للأثبات في القانون المدني، تتأرجح بين التقييد والتوسع بحسب الملابسات والظروف[١٣]، ويظهر جوهر هذا المذهب عن طريق فرض المشرع ارادته على القاضي والافراد بوضع قواعد تحدد أنواع الأدلة ونطاق استعمالها في اثبات المعاملات، ويتعدى تحديد الأدلة بان يحد من سلطة القاضي ليحدد قيم لذات الأدلة، ولذا سمي "المذهب القانوني" او المذهب(الجامد)[١٤]، اما أطراف الدعوى فيقع على عاتقهم تلك المهمة لإسناد دعواهم باي دليل قانوني مؤثر في التعاقدات، غير ان ذلك لا يعني حرية الأطراف في الدعوى بل كلما بل الامر يبقى ما اتفقا عليه في العقد هو المسيطر على حيثيات الدعوى.

ولزيادة التوضيح يمكن اخراج عدة عناصر لهذا المبدأ:

أولاً/ تحديد ادلة: يعين المشرع وسائل الاثبات بالنص على كل دليل من ادلة الاثبات بدقة وبناءً على ذلك فلا يستطيع القاضي ان يحكم على ادلة غير التي حددها القانون فالأدلة هنا محددة ومندرجة في عداد الأدلة، وإذا حكم بناءً على ادلة غيرها كالتنويم مغناطيسي او جهاز كشف الكذب كان حكمه غير صحيح وتعرض للنقض. [١٥]

ثانياً/ تحديد حجية معينة: نجد في هذا النظام ان القانون هو الذي يتولى تحديد قيم وسائل الاثبات ويرسم للقاضي حدود لا يستطيع ان يتخطاها فيضع المشرع قواعد مفصلة تحدد طرق الاثبات بدقة، فلا يترك الامر على هوى القاضي، لان القاضي تكليفه التأكد من توفر الدليل فقط ولا يملك أي سلطة تخوله الانتقال الى ادلة أخرى غير ما حدده القانون وليس له أي سلطة في طرح الدليل، او

تقديره، بمعنى ان المشرع اخذ بمبدأ التدرج في الأدلة فيضع قيم محددة على بعض الأدلة وأخرى اقل قوةً، وما على القاضي الا ان يحكم وفقا لها[١٦]، وفيما اذا تعارض عنده دليلان فالقانون يلزمه الاخذ بالدليل الذي نص المشرع على قوته وترك الاخر الأقل قوة، ولا تثريب على القاضي إذا لم يجمع الأدلة او يبحث عن الحقيقة من غير الأدلة المقدمة اليه، ومن ثم لا يمكن للقاضي ان يتجاوز حدود طرق الاثبات التي رسمها القانون او خلاف ما تودي اليه تلك الطريقة، فلا يستطيع ان يخرج عنها او يعدل لدليل اخر حتى لو رأى العدل في العدول[١٧٠]

ثالثاً/ دور كبير للقانون وللأطراف اقل ودور محدود للقاضي: ان دور القانون هو الوحيد الذي يحضر بقوة في هذا النظام فلأدلة محددة وصريحة بحيث لا تترك للأطراف حرية في اختيارها او مدى قبولها فإذا فشلوا في ذلك، يخسرون الدعوى، في هذا النظام على انها امتداد للعقد وبالتالي هي ملك لأطرافها يتصرفون بها كعقد يحدد لهم كيفية الاثبات وهي بهذه الصورة اشبه بمباريات يغلب فيهما الأقوى.[١٨]

ومع ذلك ان دورهم في مرحلة الدعوى يطغى على سلطة القاضي غير ان ذلك لا يعني الحرية والتحكم في الدعوى وتهميش دور القاضي، فهي ليست حرية في الدعوى بالمعنى الأصلي للكلمة بل حرية إرادية في اختيار الدليل في المرحلة العقدية فاذا اتفق الأطراف على الكتابة مثلاً فلا يستطيع القاضي سلب تلك الوسيلة من الاتفاق، اما دور القاضي يختفي وضعيف لا يتعدى التأكد من الإجراءات وموفقتها للقانون ومراقبة سيرها كحكم يراقب الإجراءات التي تتطلبها الدعوى لكل دليل ويترتب على ذلك عدم حق القاضي في استكمال الأدلة الناقصة[١٩].

اما اصل هذا المذهب فيمتد الى عصور موغلة في القدم، اذ يتفق هذا النظام في صرامته وشدته مع النظم القديمة التي تختلط السلطة القضائية بالسلطة التنفيذية[٢٠]، ففي العصور القديمة كان الوضع الغالب هو سيادة هذا المبدأ لصعوبة تصور حرية للأطراف في مرحلة الخصومة، وكان لهم دور ضعيف يقتصر على حالات استثنائية فلم تكن لهم أدني حرية في اختيار الأدلة، فاذا نظرنا الى سلطة القاضي فهي شبه مطلقة لأن السلطة القضائية تمثل الحاكم او الاله واما حرية الافراد فتكون معدومة لا يمكن لهم مجال للدفاع عن انفسهم وسلطته وكلا المفهومين متحققان في الأنظمة السابقة فحرية الأطراف معدومة وسلطته القاضي مطلقة.

وقد كان النظام الفرنسي القديم والقانون الروماني القديم يأخذ بهذا المذهب بصورة مطلقة [٢١]وفي الأنظمة القانونية التي اعتمدت على مجلة الأحكام العدلية[٢٢] المستمدة من الفقه الحنفي [٢٣]وقد بلغ ذروة هذا المبدأ في مطلع الثورة الفرنسية، حيث كان الهدف من اللجوء إلى هذا المذهب يعني القيام بنهجين يختلف احدهما عن الاخر ومؤدى النهج الأول ينصب على تطهير النظام القضائي من أوحال الفساد المستشري في مفاصل القضاء آنذاك لذلك عملت هذه النظم على تحجيم دور القاضي، واما النهج الثاني كان النظام القانوني الناشئ يركز بشكل أساسي على تعزيز الفردية وحرية الإرادة، مما أدى إلى الاسراف في اعتماد ذلك مبدا سلطان الإرادة على حساب تقييد وتحجيم دور القاضي [٢٤].

وفي القرن الثامن عشر تطور هذا الفكر الى نظرية علمية يلتقي أساسها مع مبدأ الفصل بين السلطات، التي نادى بها الفقيه (مونتسكيو) ملخصها ان القاضي يطبق القاعدة القانونية ولا يصنعه ومن ثم لا يجوز للسلطة القضائية ان تستأثر بغير اختصاصها، وقد كان من نتائج هذه الافكار ان لا يودي القضاء أي وظيفة غير البحث في القاعدة القانونية المناسبة وتطبيقها على النزاع المعروض، لذا فان أي محاولة لإعطاء دور للقاضي تعد هو تجاوز على السلطات الأخرى للدولة الدستورية.[٢٥]

وهذا المذهب يهدف الى إعطاء نوع من الثبات للمعاملات المدنية او التجارية، وذلك عن طريق المساواة التي يكفلها للأطراف لان جميع الأطراف يخضعون لنفس الأدلة المحددة مسبقاً[٢٦]، فضلاً عن ان هذا النظام يرمي لتحقيق الاستقرار ويمنع من التهاتر بالأدلة الضعيفة، وتضارب الأحكام ويقوي ثقة المتعاملين بالنظام القضائي خوفاً من تعسف واستبداد القضاة، ولذلك يتناسب هذا المذهب مع القانون المدني، من ناحية حصر الأدلة وتحديد طرق الاثبات وخصوصاً مع العقود ذات الأهمية البالغة والخطورة العالية، كعقد الهبة وعقد نقل ملكية العقار وعقود الشركات التجارية والتي يغلب عليها التقييد، وتتطلب تحديداً دقيقاً للأدلة، وتوجب أن يكون شكلية الكتابة للانعقاد والاثبات معاً، إلا انه في التعاملات التجارية يشكل تعرضاً مع طبيعة القانون التجاري الذي يدعو الى التسهيل والتبسيط في القواعد، [٢٧] إضافة الى ان التمسك بالمذهب المقيد يؤدي الى البعد عن حقيقة النزاع.

الفرع الثالث: تعريف المذهب المختلط

كانت النظرة التي إعطائها كل من المذهب المقيد والمذهب الحر أسفرت عن نتائج غير متوازنة شكلت دافعاً جديداً للبحث عن اتجاه اخر يجمع بين مزايا هذه المذاهب وينبذ الأمور السلبية الناتجة عنها، من خلال إيجاد صيغة متوازنة بينهما، فان قواعد الاثبات التي تحدد حرية القاضي والأطراف الاثبات ان كانت صارمة ومحددة بدقة يصعب على القضاء بسط العدل، وبذات النتيجة ان كانت قواعد الاثبات توفر حرية تامة للقاضي والأطراف تخلق فوضى واضطراب في المراكز القانونية، لذلك يسعى القانون الى حل وسط يعمل على تنشيط دور القاضي بإيجابية من دون نسيان دور الأطراف، فان كان الدليل ناقص او ضعيف يستطيع القاضي بإكماله واتخاذ ما يلزم من اجراءات وهي مزية للقاضي تعود بالنفع على الأطراف الدعوى [٢٨].

ويمكن تحديد العناصر المهمة لهذا الاتجاه: –

اولاً/ الدور الإيجابي في الدعوى: واهم الأدوار التي اسندت للقاضي في هذا المذهب هو دوره الإيجابي والفعال في بحث الوقائع وتوجيه الدعوى وإجراءاتها، فيقوم القاضي باستكمال الأدلة الناقصة واجلاء ما كان مبهم منها وتقدير الأدلة، ويجب ان يكون هذا الدور بين الإيجابي والسلبي بل يجب ان تتفوق الجوانب الإيجابية على الجوانب السلبية، وهذا الدور مستعار من المذهب الحر[٢٩].

أ. تحري الوقائع لتوضيح الأدلة واستكمالها: ويخول القاضي في هذا النظام القيام بنشاط وفعالية في إدارة الدعوى وتوجيهها، وذلك لتمكينه من الوصول الى الحقيقة، فيقوم القاضي بتتبع عناصر الأدلة

المقدمة وإدارة النزاع الى الوجه التي تكون عملية الاثبات اقرب لتحقيق العدل وقد يتعدى دوره الى المشاركة والبحث عن الدليل فالقاضي ملزم بهذا الدور للوصول الى الحكم الرشيد، والامتناع عن ذلك معناه الامتناع عن تحقيق حكمه في النزاع اذ انه ليس للقاضي ان يتجاهل ذلك، والامتناع عن الحكم بحجة الغموض او النقص او الفقدان بل حتى التأخير في الحكم[٣٠] كما هو مقرر في مضمون المادة (٣٠) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٠) لسنة ١٩٦٩.

ب. تقدير حجية بعض الأدلة: ان كان القاضي يتمتع بحرية كافية ودور إيجابي في تتبع عناصر الأدلة واستكمالها، فهذا الدور يستهدف في المقام الأول إضفاء الحجية على تلك الادلة، وفي هذا يقول الفقيه (ديموج) "ان التقيد بأدلة محددة وقيم معينة لأكثر الأدلة يجب ان يقابلها اناطة القاضي دور لتقدير وزن كل دليل وفق لقيمته [٣١] وهذا ما يسمح له في تكوين عقيدته فلقاضي في هذا النظام الحرية في تقدير قيم بعض الأدلة، كالشهادة والقرائن وله ان يقبل او يطرح الأدلة التي لا تتوفر بها عناصر الموثوقية لإكمال الدليل، كما له ترجيح الأدلة بعضها على البعض الاخر ومن موارد التقييد التي تنسحب على المذهب المقيد ان لا تكون له حرية التقدير ببعض الأدلة كالدليل الكتابي مالم ينكر او يطعن بالتزوير[٣٢]، كما لا يجوز حكم القاضي استناداً على علمه الشخصي [٣٣] .

ان اهم مظهر في المذهب المختلط، هو الاخذ بعناصر من المذهب المقيد في بخصوص تقييد التصرفات، فالتصرفات القانونية كالعقد والإرادة المنفردة يتقيد القاضي والافراد بالأدلة المحصورة الواردة في قوانين الاثبات بحيث لا يمكن الاستعانة بدليل من خارج هذه الأدلة وقد حدد قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩، ادلة الاثبات على سبيل الحصر، كما يتقيد القاضي بالطرق المحددة لتلك التصرفات فمثلاً يجب توفر الدليل الكتابي للتصرفات القانونية باستثناء المسائل التجارية .

واما في الوقائع فيأخذ بعناصر من المذهب الحر، وذلك بتجاوز الطرق المحددة في اثبات التصرفات وذلك بأطلاق حرية الاثبات بالوقائع المادية فيكون اثباتها بكل طرق الاثبات، وسبب هذا التباين بين التصرفات والوقائع هو ان التصرفات تمكن الشخص من التروي والتبصر قبل الاقدام عليها لذا وجب ان تكون وسيلة الاثبات معروفة مقدماً قبل انشاء التصرف بالدليل الكتابي، وحيث ان الوقائع تحدث فجأة في الحياة ولا تدع للإنسان برهة من الوقت لأعداد دليل فيجوز الاثبات بكافة طرق الاثبات بم افيها الشهادة والقرائن [٣٤].

وقد برز هذا النظام بعد تطور دور القاضي باعتباره يمثل سلطة الدولة وان أداء العدالة وظيفة من وظائف الدولة لا تتنازل عنه الى الافراد، وهي نتيجة مرتبطة بأسناد دور للقاضي في تلمس الأدلة وكشف الحقيقة فلا يمكن تعويل تحقيق العدالة على مشيئة الأطراف، وخاصة قانون المرافعات الفرنسي فقد شهدت الأنظمة القانونية الفرنسية إصلاحات تشريعية متعددة في قانون المرافعات في السنوات (١٩٣٥، ١٩٤٤) واخرها في سنة (١٩٥٨)، وعلى اثره عدلت المادة (٢٥٣) من قانون المرافعات الفرنسي وتمثل بمنح القاضي سلطة إحالة الدعاوى المدنية للتحقيق، وسماع الشهود تلقائياً[٣٥]، وتحديد مسائل الشهادة،

ومواجهة الشهود وبذلك تم الانتقال من المذهب المقيد الى المذهب المختلط وكانت هذه الإصلاحات تهدف إلى تعزيز دور القاضي الدعوى واستجلاء الحقيقة، وقد كان لهذه الإصلاحات تأثير بالغ على الأنظمة القانونية التي تأثرت بالقانون المدني الفرنسي متمثلة بالدول العربية كمصر والعراق[٣٦].

وفيما يتعلق بالمشرع المصري قد انتهج نمط المذهب المختلط في الاثبات، بما يعزز من الدور الإيجابي للقاضي من حيث توجيه الخصوم الى اكمال الأدلة الناقصة، وبين الدور السلبي التشدد الذي يجعل تقدير الدليل على مسرى المشرع، وقد كان المشرع المصري في ذلك الدور الإيجابي حرصاً على سير الدعاوى دون عوائق، وصوناً لمتطلبات العدالة، وهو حق للمحكمة في تكوين اقتناعها من أي دليل تطمئن اليه طالما له مأخذه الصحيح من أوراق الدعوى والذي يسند الى القاضي بشغل تلك المساحة بتناول أوجه مختلفة من الدعوى طالما كان الحكم مطمئنا يتوافق مع ما جاء من حقائق النزاع والأدلة الموجودة في النزاع متى ما كان ذلك مبنيا على أسباب قانونية وليس رقابة محكمة التمييز تستطيع ان تطال كل حيثيات ودقائق الدعوى، فالقاضي غير مطلوب منه لماذا قد اقتنع ولكن مطلوب منه كيف اقتنع[٣٧].

اما المشرع العراقي فقد خطا نحو هذا النهج المختلط، فأعطى دور الإيجابي للقاضي حيث كان أكثر وضوحاً بالنص على هذا الاتجاه، فقد جاء في الأسباب الموجبة لقانون الاثبات العراقي (اذ تخير الاتجاه الوسط ما بين أنظمة الاتجاه المقيد والاثبات المطلق فجعل دوره إيجابيا في تقدير الأدلة وفي التحرك الموصل الى الحكم العادل والحسم السريع.....)، علاوة على ذلك اتبع المشرع العراقي موقف مختلف عن التشريعات حين نص على الزام القاضي بذلك الدور الإيجابي تخول له سلطة وصلاحيات متعددة سواء في القانون المدني او التجاري وقد ورد في المادة (٢) من قانون الاثبات النافذ بصورة تعمق من دور القاضي الإيجابي في تحري الوقائع فقد نصت على ان :(الزام القاضي بتحري الوقائع لاستكمال قناعته)، كما أسندت عدة قواعد تمثل الدور الإيجابي للدعوى فمن مظاهر الدور الايجابي ما نشاهده في الفقرة الأولى من المادة (١٧) من قانون الاثبات التي خولت صلاحيات للمحكمة فقد نصت على انه (للمحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصم اتخاذ أي من إجراءات الاثبات تراه لازما لكشف الحقيقة)، كما بينت الفقرة الثانية من نفس المادة حرية المحكمة في العدول عن اجراء ترى انه غير مفيد فقد تضمنت على ان (للمحكمة تعدل عما أمرت به من إجراءات الاثبات بشرط ان تبين ذلك في محضر الجلسة) كما تضمنت الفقرة الثالثة من تلك المادة على عدم الاخذ بنتيجة الإجراءات بشرط تبين ذلك فقد نصت على ان (للمحكمة ان لا تأخذ بنتيجة أي من الإجراءات بشرط ان تبين ذلك في أسباب حكمها) وأوضحت المادة (٧١) دور القاضي وصلاحياته في سلوك طريق الاستجواب (للمحكمة من تلقاء نفسها او بناء على طلب الخصوم ان تستجوب من ترى موجبا لاستجوابه من اطراف الدعوى)، كما بين المشرع سلطة القاضي التقديرية في الشهادة عندما اناط لها مهمة تقديرها بالكامل فقد نصت المادة (٨٢) "لمحكمة الموضوع تقدير الشهادة من الناحيتين الموضوعية والشخصية وترجيح احدهما على الأخرى وفقاً للظروف " وغيرها من المواد التي تدل على دور إيجابي يقضي بضرورة حسم الدعوى.

ثانياً/ ما يتعلق بدور الخصوم: في هذا المذهب ان الأطراف لهم دور إيجابي أيضا في الدعوى اذ تبدأ الدعوى بمبادرة منهم بعرض الوقائع والأدلة على صحة هذه الوقائع وصياغة طلباتهم، ولكن هذه الإيجابية تتفاوت شدة وضعفا في مقدار الميلان نحو المذهب المطلق او المقيد حسب فلسفة القانونية للتشريعات، وكلما مالت التشريعات الى المذهب المقيد تقلص دور القاضي او الافراد وكلما اتجهت نحو المذهب الحر كنا امام حرية أكبر للقاضي او دور للأفراد.

وقد تبنت اكثر التشريعات المذهب المختلط ذو نمط موسع بالنسبة لدور الافراد في القانون التجاري فقد ذهب اكثر التشريعات المقارنة الاخذ بحرية الاثبات في القانون التجاري اذ تتيح التشريعات حرية للأفراد في اختيار وسائل اثبات وحرية أكبر للقاضي في قبول الأدلة وتقييمها، وبالتالي التقرب من حقيقة النزاع[٣٨] اما المشرع العراقي فقد اتبع ذلك النهج في قانون التجارة رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠ فقد تضمنت الفقرة اولاً من المادة ١٠٣ على انه: (يجوز اثبات الالتزامات التجارية أياً كانت قيمتها بكافة طرق الاثبات ما لم ينص القانون على غير ذلك) اما بعد صدور قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، وقانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، تقلص دور الافراد في عملية الاثبات وأصبحت هناك قيود على الأدلة اثبات التعاملات التجارية مشابه للتعاملات المدنية التي يطغى عليها المذهب المقيد[٣٩].

المطلب الثاني: مفهوم الاتجاه الموحد

لغاية معرفة اهداف التوحيد يتطلب الامر الوقوف على ماهية اتجاه توحيد الاثبات، والنتائج المترتبة على ذلك وتقدير هذه النتائج، لذا سنقسم هذا الفرع الى ثلاثة فروع نعقد الفرع الأول للتعريف باتجاه التوحيد ثم نخصص الفرع الثاني لأهداف توحيد الاثبات واما في الفرع الثالث سنعقده لتقدير اهداف التوحيد.

الفرع الأول: تعريف اتجاه التوحيد

من المعلوم ان القانون المدني هو الشريعة العامة لكافة القوانين الخاصة سواء تعلق الامر بنظرية الالتزامات او نظرية الاثبات وبالدرجة الاساس للقانون التجاري فالكثير من الاحكام التجارية تجد سندها في القانون المدني، لأن قواعده العامة أساس جميع الروابط القانونية في القانون الخاص، وهذا لا ينفي وجود قانون تجاري مستقل ينظم القواعد التجارية واحوال السوق التجارية ووضع بعض القواعد الاثباتية تتناسب ومتطلبات التجارة.

غير ان ذلك الاستقلال لم يكن محل اتفاق الفقه، فقد وجدت خلال القرن المنصرم محاولات جدية من بعض الفقهاء من اجل توحيد القانونين معاً وساق الفقه مبررات طويلة تحاول ان تهدم الحد الفاصل بينهما ولعدم تحقيق الفائدة من ذكرها سوف لن نتطرق اليها، وهذا يتشابه الى حدا ما مع دوافع المشرع العراقي الذي يتجه الى عدم ضرورة الفصل بين القانونين ومحاولة ارجاع القانون التجاري الى أصله ولذلك يجب ان نتعرف على معنى التوحيد ثم مظاهر التوحيد: –

أولاً/ معنى توحيد الاثبات: بدايةً يشير اتجاه "توحيد الاثبات"[٤٠] إلى تبني منهج موحد لتطبيق قواعد الإثبات في كل من النظامين القانونيين المدني والتجاري، وينصرف معناه الى ان يتم التعامل مع القضايا المدنية والتجارية بنفس القواعد والمعايير والإجراءات فيما يتعلق بتقديم الأدلة وقبولها وسائر عمليات الاثبات، وهذا ما يلامس المعنى الوارد في قانون الاثبات، فقد جاء في الأسباب الموجبة لقانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ (... توحيد احكام الاثبات في المسائل المدنية والتجارية في قانون خاص...).

غير ان لم يقتصر الأمر على توحيد النظامين فحسب، بل اقترن ذلك التوجه بتجميع القواعد المبعثرة والمتعلقة بالنظرية العامة للأثبات والموجودة في القانون المدني العراقي (٤٠) لسنة ١٩٥١الملغاة، وبعض القواعد التي وردت في قانون التجارة الملغي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ وقانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ وقوانين الأحوال الشخصية واحكام الفقه الإسلامي، وجعلها في تقنين واحد هو قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

وبناء على ما تم ذكره فإن القواعد الموجودة في قانون الإثبات الحالي ذات نطاق شامل، بحيث تطبق قواعده بصفة عامة على جميع المعاملات المالية المدنية والتجارية والأحوال الشخصية[٤١]، دون أدنى خصوصية للمعاملات التجارية، وقد جسد ذلك المشرع العراقي في نص المادة (١١، ف١) من قانون الاثبات على انه (يسري هذا القانون: على المسائل المدنية والتجارية).

وقد أسفر مسلك توحيد الاثبات إلغاء طائفة من النصوص القانونية التي كانت متوزعة في كل من القانون المدني[٤٢] وقانون المرافعات المدنية[٤٣]وقد كان قانون التجارة الملغى رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ هو الأكثر تأثراً بهذا الإلغاء اذ تم الغاء القواعد الاثباتية الخاصة بالتجارة. [٤٤]

وعلى هذا الاساس أصبحت قواعد قانون الاثبات العراقي تحكم النشاطين معاً القانون المدني والقانون التجاري ولم يتطرق هذا القانون الى أي قاعدة تميز المعاملات التجارية، كما ان قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بدوره جاء خالي من أي إشارة لمبدأ حرية الاثبات، بعدما كان مبدأ شبه مستقر وبقواعد متميزة للإثبات في المسائل التجارية في كل من قانون المدني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥١، وقانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠، قبل ان تلغى تلك القواعد بصدور قانون الاثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ وقانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

واما عن موقف التشريعات من التوحيد الاثبات فلم تتبع سائر التشريعات هذا المسار، بل على العكس من ذلك، نجد ان غالبية التشريعات اتجهت إلى وضع قواعد خاصة تميز اثبات التعاملات التجارية مستندةً في ذلك إلى خصائصه الفريدة وهذا التوجه، يعكس تبايناً ملحوظاً في كيفية تعامل الأنظمة القانونية مع خصوصية المعاملات التجارية وضرورة توفير آليات إثبات تتناسب مع طبيعتها السريعة والمتغيرة، على خلاف القواعد العامة للإثبات المدني التي قد لا تلبي هذه المتطلبات بفعالية[٤٥].

واستناداً لما تقدم يكون معنى الاثبات في اتجاه التوحيد هو ذاته المعنى المستقر في شروح قانون الاثبات بوجه عام، لان تعريف الاثبات لا يختلف جوهريا بين المسائل المدنية والتجارية، ويعرف الاثبات بانه (هو إقامة الدليل امام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها)[٤٦].

هذا التعريف هو المشهور بين الفقهاء وان اختلفت بعض صياغاته، ويقدم هذا التعريف على ان عملية الإثبات تتمثل في كونه نشاطاً إجرائياً يبدأ بمبادرة إيجابية من أطراف النزاع[٤٧] أمام القضاء أو هيئات التحكيم.

وقد انفرد قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بتعريف الاثبات في المادة (١٣١) على انه (هو اقامة الدليل امام القضاء على واقعة او عمل قانوني يسند الى اي منهما طلب او دفع او دفاع. ويتعين على كل شخص او يؤازر القضاء في سبيل جلاء الحقيقة)

ثانياً/ مظاهر التوحيد: بالرغم من ان منهج اتجاه التوحيد يضم قواعد اثبات شاملة للنظامين المدني والتجاري[٤٨] إلا هناك مظاهر تمثل المعيار الفارق الذي يحدد على أساسها يتم التفرقة، بين هذا الاتجاه وبين اتجاه حرية الاثبات، اذ يتجلى مفهوم توحيد الاثبات بالمظاهر الاتية: –

أولاً: تقييد إثبات التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة، فإذا تجاوزت قيمة الحق المدعى به أكثر خمسة آلاف دينار، فلم يجيز المشرع العراقي اثبات التصرف القانوني بالشهادة سواء كانت التصرف مدني ام تجاري، وفقاً لما نصت عليه المادة (٧٧/ثانياً) [٤٩]من قانون الاثبات، بعد ما كانت المعاملات التجارية مستثناة من هذا الحكم فيجوز اثباتها بكل طرق الاثبات، بما فيها الشهادة مهما كانت قيمة الحق المدعى به، وبهذا ضيع المشرع فرصة على التجار لأثبات حقوقهم بالطرق التي تتلاءم مع سرعة والثقة وعدم التقيد بالدليل في المعاملات التجارية، فلا يستطيع القاضي رفض الدليل الكتابي طالما كان غير مشوب بالتزوير، حتى لوكان هناك دليل يمثل الحقيقة ولكنه اقل حجية في نظر المشرع[٥٠].

ثانياً: عدم جواز اثبات التصرف بالشهادة بما يخالف او يجاوز الدليل الكتابي حتى لو كانت قيمة التصرف اقل من المبلغ المحدد لنصاب الشهادة، فإذا اريد اثبات خلاف ما جاء في الدليل الكتابي من بيانات بإثبات واقعة تخالفه، أو إثبات ما يناقض مدى شموله للواقعة المتنازع عليها، فلا يجوز استخدام شهادة الشهود، إلا بتقديم كتابي في قباله[٥١]، وهذا ما جاء في المادة (٧٩) من قانون الاثبات العراقي حيث نصت على انه "لا يجوز الاثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب لا تزيد قيمته على ٥٠٠٠ خمسة الاف دينار: اولاً –فيما يخالف او يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي"، كما اكدت محكمة التمييز" لا يجوز اثبات ما يخالف الدليل الكتابي الا بمثله[٥٢]، وينحصر نطاق هذه القاعدة على الأطراف المتعاقدة، أما الغير، فهم غير ملزمين بشرط الكتابة في إثبات ما ثبت كتابة، ويسمح لهم بإثبات ما يخالف أو يتجاوز الكتابة بشهادة الشهود والقرائن.

ثالثا: لا تكون السندات العادية في المسائل المدنية والتجارية حجة على الغير في تاريخها مالم يكن لها "تاريخ ثابت"، فالسند العادي ان كان يتضمن كتابة وتوقيعا من صاحبه، فإنه يأخذ حجية السند رسمي[٥٣]، ما لم ينكر صراحةً أو ضمنا صحة ذلك السند او الايتاء بدليل ينقضه فيكون كل ما فيه من بيانات حجة ايضا بما في ذلك تاريخه [٥٤]ولكن لا تمتد حجته هذا السند الى الغير في "تاريخه" مالم يكن له تاريخ ثابت، ويعتبر التاريخ صحيحا حتى تثبت مخالفته للحقيقة[٥٥]، ويكون تاريخ السند ثابتاً حسب المادة (٢٦) من قانون الاثبات العراقي في إحدى الحالات الآتية:

أ. من يوم أن يصدق عليه الكاتب العدل، **ب.** من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ **ج.** من يوم أن يؤشر عليه قاض او موظف عام مختص، **د.** من يوم وفاة أحد ممن لهم على السند إثر من خط او امضاء او بصمة ابهام او من يوم ان يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء ان يكتب او يبصم لعلة في جسمه وبوجه عام من يوم وقوع اي حادث آخر يكون قاطعا في ان السند قد صدر قبل وقوعه.

رابعاً: عدم الاعتداد بالدفاتر التجارية كحجة للتاجر ضد تاجر الآخر سواء كان النزاع مدني او تجاري، فقد منعت المادة (٢٨) من قانون الاثبات العراقي من ان تكون الدفاتر حجة لصاحبها، وجعلها حجة على التاجر فقط، وبصرف النظر ان كان أحد أطراف النزاع تاجر ام غير تاجر وسواء كانت هذه الدفاتر الزامية ام غير الزامية، منتظمة او غير منتظمة، ومن ثم لا يجوز قبول هذه الدفاتر في الاثبات ان كان النزاع بين تاجرين بينما جوز المشرع قبول الدفاتر كحجة على التاجر فقط[٥٦].

وبهذا الموقف قد فرط المشرع العراقي بدور الكبير هذه الدفاتر في الاثبات عندما لا يوجد في الدعوى دليل غير هذه الدفاتر، وخصوصا حينما اوجب المشرع التجاري مسك الدفاتر التجارية[٥٧]، واوجب على صاحبه توثيقة عند كاتب العدل، غير ان المشرع العراقي اتخذ موقف متشدد من الدفاتر بحيث لا يمكن للقاضي الحكم بخلاف ما تدعو اليه صراحة المادة (٢٨) والاخذ بحجية الدفاتر كحجة لصالح التاجر، ومع ذلك يمكن للتجار تجاوز هذا التقييد من خلال الاتفاق على ان تكون وسيلة اثبات بين التجار هي الدفاتر، لان طرق الاثبات ليست من النظام العام[٥٨].

الفرع الثاني: اهداف توحيد قواعد الاثبات

رسخ المشرع العراقي الأفكار الاشتراكية بقوة في المشهد الفكري والسياسي والاجتماعي والاقتصادي والتجاري مما انعكس بشكل مباشر على التوجهات القانونية، وقد تجلى هذا النفوذ انعكاس التوحيد على حرية الاثبات فقد تم على أثرها هذا التغيير توحيد قواعد الاثبات المدنية والتجارية وأزيلت الفروقات بين عملية الاثبات في التجاري والمدني والغي مبدأ حرية الاثبات.

ولكشف اهداف توحيد الاثبات المدنية والتجارية التي حدت بالمشرع الى الغاء حرية الاثبات، يتطلب الامر الرجوع الى الأسباب الموجبة لقانون الاثبات العراقي، والتي جاء فيها :(تنفيذاً لقانون اصلاح النظام القانوني الذي اوجب توحيد احكام الاثبات.... في قانون خاص تقوم قواعده على تبسيط الشكلية وإقرار المساواة)، غير ان هذا النص لم يبين الأسباب التشريعية لتوحيد قواعد الاثبات فأن قانون الاثبات يفتقر الى أي مذكرة إيضاحية أو تفسيرية والأسباب التشريعية جاءت مقتضبة فلم تبين سبب اختيار نص دون آخر، أو سبب التبديل، أو الإغفال، أو استحداث أمر معين هذا النقص يحول دون تمكين القضاء والأطراف من اقتفاء اثر المشرع في قاعدة ما[٥٩] بل جاء ليوضح الغاية من توحيد قواعد الاثبات، وهي تكمن في "تبسيط الشكلية وإقرار المساواة"

غير قانون اصلاح النظام القانوني تكفل بذلك لان ظاهر العبارة الواردة من الأسباب الموجبة تشهد ان الجهة المنوطة بالسياسة التشريعية هو قانون اصلاح النظام القانوني، (٦٠) فأما المساواة فعند الرجوع

إلى قانون اصلاح النظام القانوني نجد انه يصف حرية الاثبات هي امتياز وحصانة لصالح الدائن على المدين[٦١]، ويعنى ذلك ان هذا المبدأ يخلق نوع من عدم المساواة بين الدائن والمدين الامر الذي يستوجب التدخل من المشرع لأبطال الفروق وإعادة التوازن بتوحيد احكام الاثبات المدنية والتجارية، فقد بات ينظر الى حرية الاثبات وفق النتيجة التي تودي اليها هذه الفكرة تتنافي مع المساواة وتخلق فجوة واختلالاً في المراكز القانونية، ولذلك تدخل المشرع لتعديل الكفة بدأت بتضيق مبدأ سلطان الإرادة حيث ان مجمل وجهة النظر السلبية والتي ساقها قانون اصلاح النظام لقوانين التجارة في تكمن في موقف المشرع الرافض لمبدأ سلطان الإرادة حيث جاء في قانون اصلاح النظام منتقداً قوانين التجارة السابقة (قد أسبغ على سلطان الإرادة قدسية النصوص الامرة...)، ولذلك حاول المشرع تقليص دور الافراد في العلاقة التعاقدية وذلك عكس ما نص عليه قانون التجارة السابق[٦٢].

ونتيجة لهذا قنن المشرع تلك الرؤية في قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، بالحد من سلطان الإرادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية حسب نص المادة (٣)، من القانون التجاري انف الذكر وبما ان حرية الاثبات هو فرع عن حرية التعاقد التي تخول المتعاملين بالتجارة اختيار أي وسيلة لأثبات تعاملاتهم مهما كانت قيمة الحق المدعى به، وهذا ما يشكل بحد ذاته تعارض مع القيم التي جاءت بها الرؤية التشريعية التي تقلل من أهمية حرية الإرادة واخضاع الأدلة لاتجاه الإثبات المدني والذي يتضمن ضوابط وقيودا أكبر تلائم الاتجاه الذي رسمه مسبقا، مما جعلها تبدو غريبة عن البيئة التجارية.

واما بخصوص الأسباب الكامنة وراء تبسيط الشكلية فقد أكد قانون اصلاح على ضرورة تبسيط الشكلية كما جاءت المادة (٤) من قانون الاثبات العراقي لتؤكد على تبسيط الشكلية فقد تضمنت على ان "تبسيط الشكلية الى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي الى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه " وبمفهوم المخالفة يعني انه القوانين السابقة لم تعالج هذه المفاهيم.

الفرع الثالث: تقدير اهداف التوحيد

سنقوم بإعادة صياغة هذه النقطة إلى أسئلة محورية لتوضيح الأمر بشكل أفضل، ونقول هل كانت قواعد قانون الاثبات الحالي تختلف عن سلفه وبمعنى اخر هل اتى قانون الاثبات بمبادئ واحكام جديدة ومتطورة ؟ وهل يحقق الغاء حرية الاثبات ما يهدف اليه قانون الاثبات من تبسيط الشكلية والمساواة؟

بخصوص السؤال الأول يكاد يتفق الفقه العراقي على ان المبادئ الجديدة في قانون الاثبات العراقي النافذ لم تكن موجودة في قواعد الاثبات المندرجة في القانون المدني والقوانين الخاصة الأخرى [٦٣]، بينما هناك من يرى عكس ذلك بان قانون الاثبات لم يختلف كثيرا عن سابقه[٦٤]، ومع ذلك ان قانون الاثبات النافذ قد ورت به قواعد تعزز من دور القاضي وتؤكد على تبسيط الشكلية وقد ورد في الأسباب الموجبة "...جعل للقاضي دوراً ايجابياً في تقدير الأدلة وفي التحرك الذاتي الموصل الى الحكم العادل والى الحسم السريع" وقد تطرقنا في مطلب المذاهب العامة في الاثبات الى النصوص التي اشارت لدور القاضي الإيجابي في المذهب المختلط.

واما بخصوص الإجابة على السؤال الثاني فنرى ان المشرع وان كانت غايته من التوحيد ترمي الى "تبسيط الشكلية وإقرار المساواة" إلا ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً تماماً في طرحه هذا، لأنه تغيير التشريعات بهذه السرعة أحدث ارباكاً في النصوص[٦٥] وخلف ذلك قصوراً تشريعياً في معالجة الاثبات التجاري، وان كشف الأسباب والدوافع الحقيقية وراء هذا المنحى يتطلب تقديم إجابة مفصلة بتحليل دقيق للعناصر التي توخاها المشرع من اجل توحيد الاثبات وهي تبسيط الشكلية وإقرار المساواة: –

أولاً/ تبسيط الشكلية: يقصد بتبسيط الشكلية بوجه عام ان تتحقق الغاية من العمل القانوني باي شكل ملائم للقانون وتهدف تبسيط الشكليات الى تقليل الروتين الزائد ولضمان سرعة الحسم من خلال تبسيط الإجراءات وارشاد المتخاصم الى الطريق الأقل وقتاً وجهداً اما التبسيط الاجرائي يعني الاستغناء عن اجراء او استبداله او الاستعاضة عنه باخر بأسرع وابسط منه لتفادي التعقيد الاجرائي وبطئه[٦٦] اي ان اجراءات التقاضي تبلغ منتهاها في وقت وجيز دون عراقيل، ورغم ان حرية الاثبات يعد جزء من تبسيط الشكلية وتقليل الروتين الزائد لما يوفره هذا المبدأ من سهولة في الاتفاقات التي تعود على التجار بالنفع لكي يتمكن التجار من عقد صفقات كثيرة بوقت قصير، بيد انه تم تغافل قانون الاثبات النافذ عن هذا المبدأ.

ومع ذلك يبدو ان مسعى المشرع في هذا الاغفال له ما يبرره حيث فقد يتصور المشرع ان العمل بحرية الاثبات قد تؤدي الى صعوبة في الإجراءات و تعقيداً في الشكليات، فالقاضي التجاري ولغرض تطبيق حرية الاثبات يأخذ وقت طويل أكثر مما ينبغي في الاثبات المدني، فيطبق قواعد حرية الاثبات ان كان النزاع تجاري بين الطرفين وان كان أحدهما مدني والأخر تجاري يقوم بتطبيق قواعد الاثبات العادي على الطرف المدني ويطبق حرية الاثبات على الطرف الاخر التاجر، وهذا كله يحتاج الى اثبات صفة التاجر والعلاقة التجارية ان كانت غير واضحة قبل الدخول في النزاع .

غير انه ما ينطبق على تبسيط الشكلية بوجه خاص هو اصدار قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٠ بحلته الجديدة آنذاك بضم القواعد الموضوعية والاجرائية في قانون واحد لتكون اول الخطوات نحو تبسيط الشكليات، كونه يسهل التعرف على القواعد بقانون واحد لتكون ميسورة وواضحة امام القاضي والافراد والتي لم تدار له أي اهتمام من قبل[٦٧] وقد عد رأي من الفقه بان ما يتصل بتبسيط الشكلية هو النص على مجوعة من القواعد التي تنم عن تطور في نظام الاثبات وما يعد من تبسيط الشكلية كذلك هو انتقال المحكمة لاستجواب الخصم عندما ترى ضرورة ذلك حسب الفقرة أولاً من المادة (١٥) من قانون الاثبات وكذلك يعد من تبسيط الشكلية ان تعدل المحكمة عما امرت به بشرط ان تبين ذلك في محضرها الفقرة الثانية من المادة (١٧) من قانون الاثبات العراقي[٦٨].

واما ما يتعلق بقانون المرافعات فيقصد بتبسيط الشكلية ان تكون الإجراءات باي شكل ملائم لتحقيق الغاية من الاجراء وهي تهدف إلى بث الطمأنينة وتعزيز الثقة في النظام القضائي، وتكمن أهمية الشكلية المبسطة في كونها الأداة الرئيسية لإحقاق العدالة، وذلك عبر رسم حدود واضحة تمنع القاضي من التحكم والانحياز وتدفع به كيد الأطراف، فمن تبسيط الشكلية التي تخدم عملية الاثبات تحديد استيفاء الشروط

المطوبة حسب المواد (٤٧) و(٤٨) من قانون المرافعات العراقي[٦٩]، وقد اكد قانون اصلاح النظام على أسس يبتغي تحقيقها في قانون المرافعات منها، ارشاد المدعي الى المحكمة المختصة واستكمال أوراق الدعوى ضمن سقف محدد وأزله التعقيد في الإجراءات والتبليغات [٧٠] وقد سعى المشرع الى تبسيط الشكلية اكثر في قانون المرافعات من خلال تشريع جديد ولكن لم يرى النور الذي وقد ضعت لمساته الأخيرة وسمي قانون الإجراءات المدنية وقد هدف الى عدة مبادى نص عليها قانون اصلاح النظام القانوني منها الدور الإيجابي للقاضي وجعل القضاء ميسورا للمواطنين [٧١]

غير المشرع العراقي وان نص على قواعد عدة لتبسيط الشكليات إلا انه لم يكن موفقا في طرحه لهذا الجانب فهو من جهة اعطى الدور الإيجابي للقاضي بسلوك طرق عدة على أساس الثقة فيه[٧٢] إلا سلب هذه الثقة بتقييده بطرق محددة لا يجوز تخطيها لان تحديد طرق معينة للأثبات هو تقيد لامحالة وخلاف تبسيط الشكلية وان كان يناسب القانون المدني فهو لا يلائم البيئة التجارية لأنه يؤدي الى تحجيم من قدرة تعاملاتهم[٧٣].

ثانياً/ مساواة أطراف النزاع امام القانون: قد يتباين الفرق الاقتصادي بين المتعاقدين ولا مشكلة من ذلك فأساس اقدام الافراد على التعاقد هو لتحقيق منفعة الاقتصادية، وهذه المنفعة تتفاوت شدة ونقصانا يستحيل ضبطها وقد يؤدي ذلك الى غبن بسيط في بعض المعاملات لصعوبة تجنب ذلك، بل نجد ان الإسلام مدح ذلك التفاوت اليسير، فقد ورد عن الرسول ص(ان الله يحب الرجل سهل البيع سهل الشراء)[٧٤] وحديث اخر (دع الناس يرزق بعضهم بعضا) شرط ان لا ترتب المنفعة الى ضرر لا يوافق عليه القانون وإلا تدخل القانون تحت عناوين مختلفة لإعادة التوازن في العلاقات القانونية، حيث انه تتأثر العلاقات القانونية بالنشاط النفعي للعقد ان تعرض الاختلال ولو غير مقصود من احد الأطراف بمجرد ان يكون احد ذات مستوى من الكفاءة الاقتصادية والخبرة المهنية، ولذا قسم البعض العقود الى مهنية واستهلاكية فالعقد المهني يبرم بين المهنيين او المحترفين بينما الاستهلاكي هو الذي يبرم بين المهني والمستهلك وقد تزايد الاهتمام بهذا الاخير باعتباره الطرف الاضعف[٧٥].

واما من الناحية القانونية تهدف النظم القانونية في أسمى غاياتها إلى إقرار مبدأ المساواة بين الكافة أمام القانون، ويتجلى هذا المبدأ الجوهري بوضوح في المراكز القانونية للمتعاقدين لاسيما في مرحلة الخصومة بين المدعي والمدعي عليه وبحسب الأصل لا فرق بينهما في المركز القانوني لتغليب جهة المدعي او جهة المدعي عليه، وإذا اختلفت الكفة لصالح التاجر أو المذعن، فإن ذلك ينشأ عن اختلاف الصفات، على وجه يتغير معه الكفة لصالح التاجر او المذعن فان ذلك والتي يعاملها القانون جميعا بميزان واحد هذا يجسد أحد مسلمات عمومية القواعد القانونية ان يتعامل الافراد الذين يحملون نفس المراكز القانونية بنفس المعاملة ومع ذلك يتناوب الأطراف الأدوار من مدع إلى مدعى عليه.

ونتيجة لهذا قد يتخذ مركز الخصم حالة إيجابية كمدعي او حالة سلبية كمدعي عليه وتتعقد مهمة تحقيق التوازن في المراكز القانونية فيقتضي احيانا التشدد مع المدعي باعتباره هو من يبدأ المعركة

بتحميله عبء الاثبات والسير في الإجراءات، واما المدعي عليه يقتضي التخفيف والتعاطف معه فيكون موقفه الرد على المدعي ولكن المدعي أيضا يكون التشدد معه فيتعرض لإجابة على الطلبات ويجبر على اوضاع الخصومة، ولكن سلطة المدعي عليه اوسع في تقديم الطلبات كالمقاصة القضائية وان لم تكن مرتبطة بالطلب الاصلي ويتطور من الدفاع الى الهجوم وتعجيل الخصومة اذا توقفت، كما ان المساواة في نظام الإفلاس متحققة بين الدائنين انفسهم بخلاف الدين المدني الذي يمكن ان يفضل المدين بعض الدائنين على الاخرين الامر الذي يؤدي الى التلاعب بحقوق الدائنين(٧٦).

واستناداً لما تقدم نرى ان المشرع العراقي لم يكن مصيباً عندما بين ان توحيد الاثبات والذي ترتب عليه الغاء حرية الاثبات هو من اجل "اقرار المساواة" حينما تبين له ان حرية الاثبات هي "امتياز لمصلحة الدائن على المدين " فليس موضوع مساواة لان احكام الاثبات ليست مقررة لمصلحة طرف واحد هو المدين بل مقررة لأجل أطراف العلاقة دائناً او مدين كما ان القرار النهائي يخضع لسلطة القاضي التي تعلو فوق الجميع دائن ومدين وليس الامر متوقف على الدائن.

وصفوة القول أملت الضرورة السياسية والفلسفية والفكرية التي اعتنقها الدولة في بداية سيطرتها على زمام الأمور ان يتجه المشرع الى الغاء وتعديل عدد من التشريعات وكان الأكثر نصيبا من التعديل هو التشريعات التجارية وافراد وتوحيد احكام الاثبات بذراع مختلفة تبسيط الشكلية وإقرار المساواة ونتج عنه إلغاء مبدأ حرية الاثبات.

الخاتمة

أولا: النتائج: –

١. تقوم فكرة المذاهب على أساس حرية المسندة الى القاضي والأطراف في عملية الاثبات والتي تختلف مستوياتها حسب المذهب المتبع ما بين اتجاه يضيق من هذه الحرية وهذا هو المذهب المقيد واتجاه حر وهذا هو المذهب الحر واتجاه وسط يسعى للموازنة بينهما.

٢. اتبع المشرع العراقي المذهب المختلط في الاثبات وسعى الى منح القاضي دور إيجابي خلال الدعوى بنصوص صريحة إلا ان لم يعطي المساحة الى الافراد في تنوع الأدلة في التعاملات التجارية بسبب عدم إقرار المشرع لحرية الاثبات.

٣. يقصد بـ "اتجاه توحيد الاثبات" جمع القواعد التي تنظم عملية الاثبات المدنية والتجارية تحت إطار قانوني واحد هو قانون الاثبات العراقي والذي اخضع اثبات التعاملات التجارية لأسلوب الاثبات في القانون المدني، وان مفهوم اتجاه التوحيد يضم قيود وضوابط على الأدلة المقدمة، والتي تحد من دور القاضي في الاثبات وتضيق من حرية الافراد في استخدام ادلة متنوعة دون تفرقة بين القانون المدني او التجاري.

٤. تتجلى الحكمة التشريعية من توحيد قواعد الاثبات من اجل تبسيط الشكلية وإقرار المساواة، فأما تبسيط الشكلية بوجود بعض القواعد في قانون الاثبات النافذ والتي تعزز من دور القاضي الإيجابي، واما إقرار المساواة فهي مقررة من اجل تلافي الاختلال في المراكز القانونية بين الدائن والمدين باعتبار انه يوفر

حصانة للدائن على حساب المدين، بيد ان ان المشرع العراقي لم يكن موفقاً بطرحه هذا عندما ألغى حرية الاثبات من اجل المساواة والتي نعتها في قانون اصلاح النظام القانوني بالحصانة للدائنين وسيادة لطرف على اخر فلم يأخذ بالحسبان بأن المساواة في المراكز القانونية مفترضة ولا سيادة لشخص على اخر والتي تتناوب من المدعي الى المدعي عليه.

ثانياً: المقترحات: –

نقترح على المشرع العراقي إعادة النظر بموضوع حرية الاثبات في القانون التجاري وان يصار الى تنظيم هذا المبدأ بشكل واضح في القانون التجاري النافذ ويكون على الوجه الاتي: (يجوز اثبات الالتزامات التجارية أياً كانت قيمتها بكافة طرق الاثبات ما لم ينص القانون على غير ذلك)

الهوامش:

(١) د. حسين المؤمن، نظرية الاثبات القواعد العامة والاقرار واليمين، شركة العرفان، بغداد، ٢٠١٦، ص٦٧.

(2) William Twining's research, titled "Bentham's Theory of Evidence: Setting a Context," is a study published in the *Journal of Bentham Studies*, Volume 18, Issue 1 (2019), pages 20-37.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٢، تنقيح المراغي، منشاة المعارف، ٢٠٠٤ القاهرة، مصر، ص٢٨، وينظر كذلك د. عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني ومصادر الالتزام، ج٤، بلا طبعة، ٢٠٢٢، ص١٣.

(٤) د. محمد شكري سرور، موجز قانون الاثبات، دار الثقافة العربية، ٢٠١٥، القاهرة، ص٧، وينظر كذلك، د. سعدون العامري، موجز نظرية الاثبات، مطبعة المعارف، ط١، ١٩٦٦، بغداد، ص٨.

(5) Section 1 - Evidence in civil proceedings Evidence to prove any fact relevant to any matter in question in civil proceedings may be given in any form.

(٦) مفيدة سعد سويدان، نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، أطروحة دكتوراه جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٨٥، ص١٢٦ الى ١٣٦.

(7) HE Jiahong. "On free proof and regulated proof. " Published in *Forensic Research & Criminology International Journal*, Volume 8, Issue 3, 2020, p. 131.

(٨) د. محمد زكي أبو عامر، الاثبات في المواد الجنائية، النية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ص١٢.

(٩) د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج٢، مصدر سابق، ص١٣.

(10) Hubert W. SmithComponents of Proof in Legal ProceedingsThe Yale Law JournalVol. 51, No. 4 (February 1942).

(١١) د. عبد الحي حجازي، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابلي الحلبي، مصر، ١٩٥٧، ص٨.

(١٢) د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ط٦، ١٩٨٧، ص٨٨١.

(١٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ص٢٤.

(١٤) د. مصطفى مجدي هرجة، الاثبات الجنائي والمدني ج٢، بلا دار نشر، مصر، ١٩٩٦، ص٩.

(١٥) د. عبد الحي حجازي، الاثبات في المواد المدنية، مصدر سابق، ص١٠_٢٨.

(١٦) د. ادم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في، دار العربية للطباعة والنشر، ط١، رسالة ماجستير جامعة بغداد، ١٩٦٧، ص١٠٦، وينظر كذلك د. عبد المنعم فرج الصدة، الاثبات في المواد المدنية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابلي الحلبي، مصر، ط٢، ص٩.

(١٧) د. محمد حامد فهمي ص١٤، المرافعات المدنية والتجارية، بدون دار نشر، سنة ١٩٣٨، وكذلك د. سمير تناغو، احكام الالتزام و الاثبات، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩، وينظر وكذلك د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني تنقيح المراغي، منشاة المعارف، ٢٠٠٤، ص٢٩.

(١٨) سحر عبد الستار امام، دور القاضي في الاثبات، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الفيوم، ص١٢.

(١٩) د. حسن عبد الباسط جميعي، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، بلا طبعة، بلا سنة النشر، ص٨٢

(٢٠) فنجد مثلاً في قانون حمورابي منع القاضي ان يصدر في القضية حكما اخر مخالف للحكم الأول اهتماما منهم في استقرار الاحكام القضائية، ينظر د. عباس العبودي، تاريخ القانون وشريعة حمورابي، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص٣٠٦.

(21) Planiol, Ripert & Boulanger, Vol. 2, para. 2193

(٢٢) وقد ذكرت المذكرة الايضاحية لقانون البيانات السوري الذي حل محل مجلة الاحكام العدلية وقانون أصول المحاكمات العثماني الذي عمل به في العراق وسوريا وبعض الدول العربية :"تقوم البيانات المدنية والتجارية في التقنين السوري على أساس عدم الثقة بالقاضي، هذا المبدأ يحمل في طياته قيودا تحوّل القاضي إلى أداة جامدة، تعيق اهتداءه إلى وجه الحق في الدعوى. وفي التشريع السوري، يجد الطرفان المتخاصمان نفسيهما في هذا النطاق الضيق، حيث يتوقف الفكر جامدًا، ولا يوجد أي تأثير على توجيه الدعوى. إنهما لا يستطيعان إثبات ما يدعيانه. فالقانون لا يكتفي بتحديد من يقع عليه عبء الإثبات، بل يعمد إلى تعيين الوقائع. بل ويغالي في ذلك، فيقرر ترجيح بينة أحد الفريقين دون الآخر في كل واقعة، ويضع إجراءات شكلية تطبق على كل ما تتجه إليه الأدلة على أحد الطرفين لذا إذا قامت هذه الأطر الضيقة من القواعد والإجراءات، فإنها تُقيد حرية الفكر والمناقشة لكل من الطرفين والقاضي. ويصبح لزاماً على القاضي أن يقضي لمن أقام دعواه مما ادعاه، مهما كان إيمانه به ضعيفًا، حتى لو كان القاضي نفسه مؤمنًا في قراره بأنه يقضي بالباطل. "

(٢٣) ما نلاحظ ملامح هذا المذهب في احكام الفقه الإسلامي لقد اوضحت المادة (١٦٨٥) من مجلة الاحكام العدلية نصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان او رجل وامرأتان وتقبل شهادة النساء فقط في المحال التي لا يمكن اطلاع الرجال عليها، ولذلك لا تقبل شهادة واحدة إلا استثناءً، ويشترط النصاب الكافي من الشهود، وإن لم تكن الشهادة مقنعة بحد ذاتها، ويختلف العدد المطلوب حسب الواقعة فهي مقدرة حسابياً. ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص٢٤.

(٢٤) د. ادم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الاثبات، مصدر سابق، ص٦٧.

(٢٥) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٥٣٩.

(26) HE Jiahong. "On free proof and regulated proof. " Published in *Forensic Research & Criminology International Journal*, Volume 8, Issue 3, 2020, p. 133.

(٢٧) د. توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات المدنية والتجارية، ١٩٧٨، الاسكندرية، مصر، ص١٥.

(٢٨) د. ادم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، ٢٠١٨، ص٣٣، وينظر كذلك د. احمد أبو الوفا، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣، ص٢٨-٥٨.

(٢٩) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق ص٢٦.

(٣٠) سحر عبد الستار، مصدر سابق، ص٣٠_١٩، وينظر ايضاً د. مصطفى مجدي هرجة، مصدر سابق، ص٣٩٤.

(٣١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني، ج٢، مصدر سابق، ص ٢٦.

(٣٢) د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٠، وينظر كذلك د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص١٠ وكذلك د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصدر سابق ص٢٦.

(٣٣) د. أشرف جابر سيد، موجز اصول الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص١١.

(٣٤) د. ادم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، المكتبة القانونية، ١٩٩٠، بغداد، ص١٧.

(35) "In light of this evolving landscape, it can be asserted that the judge's role is no longer neutral, nor is it confined to merely stating the submitted facts. Instead, the judge actively strives to ascertain the legal truth. "

(٣٦) د. ادم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في الاثبات، مصدر سابق، ص٦١.

(٣٧) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، ص١١٢.

(٣٨) د. احمد أبو الوفا، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص١٤.

(٣٩) حسين المؤمن، مصدر سابق، ص٧٤.

(٤٠) يدل مصطلح "توحيد" في اللغة إلى جعل الشيء واحدا أو فريداً، وحد كعلم وكرم : بقي مفردا كتوحد، ووحده توحيدا جعله واحدا، ووحِدٌ ووحيدٌ ومتوحد : منفرد ويتضح هنا من التوحيد اي جعله فردا بإزالة التعدد، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار المعرفة بيروت، ٢٠٠٩، ص١٣٨٤.

(٤١) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط٢، ١٩٩٨، الاردن، ص٧٩-٨٠.

(٤٢) بموجب المادة ١٤٧ من قانون الاثبات التي الغت المادة(١٣)، والباب السادس المتضمن المواد (٤٤٤، ٥٠٥) من القانون المدني رقم ٤٠ سنة ١٩٥١.

(٤٣) الغيت المادتان (٨١، ٩)، والباب التاسع المتضمن المواد (١٤٠، ٩٨) من قانون المرافعات رقم ٨٣، لسنة ١٩٦٩.

(٤٤) كما الغيت المواد (٣٧، ٣٨، ٤١) والمواد (١٠٧، ١٠٣) والمادة (٥٦٤) من قانون التجارة السابق رقم ١٤٩ لسنة ١٩٧٠.

(٤٥) ينظر المادة (٦٩) من قانون الاثبات المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٥ وينظر المادة (٣٨٧) من القانون المدني الليبي، وينظر أيضا المادة (٤٤٣) من قانون المغربي، والمادة (٤٧٣) من القانون التونسي المنقح بالقانون عدد ٥٧ لسنة ٢٠٠٠، والمادة (٦٨، ١) من قانون البيانات الفلسطيني والمادة (٢٦٠) القطري والمادة (٥٤، ١) من قانون البيانات السوري.

(٤٦) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص١٣-١٤.

(٤٧) وبناءً على هذا، يتجلى الارتباط الوثيق بين الإثبات ومفهوم الدعوى القضائية، التي تُعرف بأنها "مطالبة شخص بحقه من آخر أمام القضاء"، فمن المتطلبات الأساسية لإقامة الدعوى، هو وجوب تقديم الدليل على صحة الوقائع التي يستند إليها المدعي في مطالبته، وذلك أمام القضاء المختص، ينظر المادة (٢) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩.

(٤٨) فالقواعد التي توضح الأصول العامة لنظرية الاثبات كقواعد التي تحدد مستلزمات الأدلة وشروط كل دليل، والشروط القانونية المتعلقة بالواقعة القانونية بمحل الاثبات، بأن تكون الواقعة منتجة ومتصلة وذات صلة بالدعوى، والقواعد المتعلقة بتحديد عبء الاثبات والقواعد الخاصة باليات اثبات واجراءاته مثل كيفية سماع الشهادة وغيرها من القواعد، فسواء كان النزاع يندرج تحت مظلة القانون المدني أو التجاري لا يوجد هناك تمييز بينهما ينظر المواد (١٠) و(٩١) من قانون الاثبات العراقي.

(٤٩) ويلاحظ ان التشريعات التجارية الاخرى ابانت نفس الحكم إلا انها استثنت التعاملات التجارية من هذا الحكم فقد نصت المادة(٥٤) الفقرة اولا من قانون البيانات السوري على انه (إذا كان الالتزام التعاقدي في غير المواد التجارية تزيد قيمته على (٥٠٠) ليرة او كان غير محدد القيمة فلا تجوز الشهادة في اثبات الالتزام او البراءة منه مالم يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك اما في الالتزامات التجارية اطلاقا. . . .) وقد نصت المادة (١، ٢٨، أ) من قانون البيانات الأردني (إذا كان الالتزام التعاقدي في غير المواد التجارية يزيد على مائة دينار او كان غير محدد القيمة المقدار فلا تجوز الشهادة في اثبات وجود الالتزام او بالبراءة منه مالم يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك).

(٥٠) د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص٧٣

(٥١) د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص٧٦ –٨٨.

(٥٢) قرار محكمة تمييز العراقية المرقم ٥٣٠/م متفرقة/١٩٨٨/٨٧ في ١٩٨٧/١٢/٦ مجموعة الاحكام العدلية العراقية، العدد (٤) لسنة ١٩٨٧، ص٨١، وينظر قرار محكمة التمييز ايضاً المرقم ١٩٦/م٢/١٩٧٢، أشار اليه ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مركز البحوث، وزارة العدل، ١٩٨٨، بغداد، ص١٢.

(٥٣) لم يشر في قانون الاثبات العراقي ولا القوانين العربية صراحة الى حجية للسند العادي وقد اعتبر له حجية من خلال مضمون المادة (٢٥) من قانون الاثبات التي تحدثت عن بانه لا يكون السند العادي حجة على الغير في تاريخه الا إذا كان ثابت التاريخ اما المشرع الفرنسي نص في المادة (١٣٢٢) حجية السند الرسمي ينظر د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، مصدر سابق، ص١٤٥ –١٤٤

(٥٤) د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص٧٦–٨٨.

(٥٥) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، مصدر سابق، ص١٤٥.

(٥٦) نصت الفقرة اولاً من المادة (٢٨) من قانون الاثبات العراقي عل ان: (لا تكون القيود الواردة في الدفاتر التي يوجب القانون مسكها، سواء كانت منتظمة أو غير منتظمة، حجة لصاحبها)، بينما تضمنت الفقرة الثانية (يجوز أن تكون القيود الواردة في الفقرة السابقة حجة على صاحبها، شريطة عدم تجزئة القرار المثبت فيها(.

(٥٧) ينظر المادة (٩) والمادة (١٢) والمادة (١٦) من قانون التجارة العراقي النافذ.

(٥٨) د. توفيق حسن فرج، مصدر سابق، ص٥٦.

(٥٩) ينظر مذكرة الفقيه حسين المؤمن، والتي تضمنت أبرز الملاحظات والآراء التي ابداها على مشروع قانون الاثبات عام١٩٧٩، رداً على كتاب وزارة العدل العراقي/ مكتب الوزير/ المرقم (٥١١/٣٧/٤/٦) في ١٩٧٩/٤/٢١.

(٦٠) بداية ان السلطة التي يناط اليها مهمة تشريع القوانين تختلف باختلاف السلطة العامة التي تتشكل منها السلطة التشريعية، كما تختلف آلية التشريع باختلاف الأنظمة السياسية، ففي بعض الأحيان يتولى الحاكم صياغة القوانين بشكل منفرد ومجموعته، وفي أحيان أخرى يكون للشعب دور مباشر أو غير مباشر في عملية سن القوانين، وينبغي ان نفرق بين السياسة التشريعية والصياغة التشريعية فالسياسة التشريعية تبين للتشريع أهدافه وترسم له خطوطه العريضة واما الصياغة التشريعية مجموعة الوسائل والقواعد لصياغة الأفكار القانونية، فهي عملية ضبط الأفكار في عبارات محكمة موجزة وسليمة لتأتي المادة قبل الشكل ويسيران معاً، وتتلقى التوجيهات من السياسة التشريعية ودائما ما تقتصر على وضع القواعد القانونية في الشكل الواجب، فالسياسة التشريعية تكيف التشريع وتضع المعايير التي يجب اتباعها، اما الصياغة التشريعية تعني بالقواعد لا من حيث المعنى بل من حيث تسييرها وتسييرها وعندما يريد المشرع اخراج وسن القواعد القانونية ينظر الى السياسة القانونية التي تبين له الأهداف التي يريد الدولة تحقيقها، وتعمل السياسة القانونية على عمل القانون وتنميته وتطبيقه والقدرة على تصوير الافكار الموجه التي تتولى توجيه القانون، واما التشريع والعرف هما وسائل للتعرف على القاعدة القانونية د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، المصدر نفسه، ص ٧٨و١٧٦. د. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع، المصدر السابق، ص١٦٣–١٦٤.

(٦١) الفصل الأول، بند الثاني، التشريعات التجارية، من ورقة العمل المرفقة بقانون اصلاح النظام القانوني، رقم ٣٥، سنة ١٩٧٧.

(٦٢) تضمنت الفقرة الاولى من المادة (٢) من قانون التجارة الرقم (١٤٩): (تسري على المسائل التجارية احكام الاتفاق الخاص بين المتعاقدين. فاذا لم يوجد اتفاق خاص سرت نصوص هذا القانون. . . .)

(٦٣) ينظر د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، مصدر سابق، ص٩٤، وينظر أيضا، د. ضياء شيت الدين خطاب، طاولة مستديرة، مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة السادسة، ص٣٤٩ و د. ادم وهيب النداوي، فلسفة التقاضي في قانون الاثبات الجديد مجلة القانون المقارن عدد ١١ سنة ثانية، ١٩٨٠ ص١٥٨.

(٦٤) د. ضياء شيت الدين خطاب، طاولة مستديرة، المصدر نفسه، ص٣٤٠.

(٦٥) بينما جاء في الأسباب الموجبة لقانون التجارة رقم(١٤٩) لسنة ١٩٧٠، الملغي (. . . . الحفاظ على التقنين السابق ومنهاجه مع استكمال مواطن النقص وإزالة ما اكتنفه من غموض او لبس وتقويم ما اعوج من احكامه ايمانا بان التغيير الجذري المفاجئ يحدث من الضرر أكثر مما يحقق النفع).

(٦٦) محمد علي الصوري، التعليق على قانون الاثبات، مصدر السابق، ص٣٣. وينظر كذلك، اياد احمد سعيد الساري، مصدر السابق، ص٦٧ وينظر ايضاً. د. مجدي عبد الغني خلف، تبسيط الاجراءات التقاضي في القانون العماني، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية، جامعة الاسكندرية، مجلد ٥، العدد ١، ٢٠٢٤، ص ٢٦٢.

(٦٧) د. ضياء شيت الدين خطاب، طاولة مستديرة، مجلة القضاء، مصدر سابق، ص٣٣٦.

(٦٨) د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الاثبات، مصدر سابق، ص٤٥.

(٦٩) نصت المادة (٤٧) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ (على المدعي عند تقديم عريضة دعواه ان يرفق بها نسخاً بقدر عدد المدعي عليهم وقائمة بالمستندات التي يستند اليها مرفقا بها صورا من هذه المستندات ويجب عليه ان يوقع هو او وكيله عل كل ورقة مع اقراره بمطابقتها للأصل وتقوم المحكمة بتبليغها للخصم، اما المادة (٤٨) فقد نصت على انه (١-يؤشر على العريضة من قبل القاضي. ويحدد موعد لنظر الدعوى بعد ان يستوفى الكاتب الاول الرسوم القضائية ويسجلها في نفس اليوم بالسجل الخاص وفقا لأسبقية تقديمها ويوضع عليها ختم المحكمة وتاريخ التسجيل ويعطى المدعى وصلا موقعا عليه من الكاتب الاول بتسلم عريضة الدعوى مع مرفقاتها يبين فيه رقم الدعوى وتاريخ تسجيلها وتاريخ الجلسة ويوقع المدعى على عريضة الدعوى بما يفيد تبليغه بيوم المرافعة٢-تعتبر الدعوى قائمة من تاريخ دفع الرسوم القضائية او من تاريخ صدور قرار القاضي بالإعفاء من الرسوم القضائية او تأجيله).

(٧٠) قانون اصلاح النظام القانوني، البند الثاني، الإجراءات المدنية.

(٧١) وقد شملت المشروع بداية لرؤى جدية وفق منها صياغة مواد القانون صياغة تتسم بالشمول والوضوح والمرونة ينظر د. صادق حيدر، مصدر سابق، ص١٧ -١٩.

(٧٢) ينظر الأسباب الموجبة لقانون الاثبات العراقي.

(٧٣) د. عصمت عبد المجيد، شرح قانون الاثبات، مصدر سابق، ص٤٤

(٧٤) د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٢، ص١٠٠.

(٧٥) د. عبدالرحمن الشرقاوي، مصادر الالتزام، ص٦٥.

(٧٦) د. وجدي راغب فهمي، دراسة مركز الخصم امام القاضي المدني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ١٩٧٦، ص٩-١٠-١١، وينظر كذلك، د. فوزي عطوي، القانون التجاري، دار العلوم العربي، ١٩٨٦، بيروت، ص٦٣.

المصادر

المصادر باللغة العربية

اولاً: الكتب القانونية: –

١) ادم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، المكتبة القانونية، ١٩٩٠، بغداد، ص١٧.

٢) أشرف جابر سيد، موجز اصول الاثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

٣) اياد احمد سعيد الساري، الواضح في قانون الاثبات، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٢٣.

٤) د. احمد فتحي سرور، الوسيط في شرح قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ١٩٨٥.

٥) د. احمد أبو الوفا، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣.

٦) د. توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات المدنية والتجارية، ١٩٧٨، الاسكندرية، مصر.

٧) حسين المؤمن، نظرية الاثبات القواعد العامة والاقرار واليمين، شركة العرفان، بغداد، ٢٠١٦.

٨) د. صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، ٢٠١٢.

٩) د. حسن عبد الباسط جميعي، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، بلا طبعة، بلا سنة النشر.

١٠) د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد , ٢٠١٢.

١١) د. سمير تناغو، احكام الالتزام والاثبات، مكتبة الوفاء القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩.

١٢) د. فوزي عطوي، القانون التجاري، دار العلوم العربي، بيروت، ١٩٨٦.

١٣) د. عباس العبودي، تاريخ القانون وشريعة حمورابي، دار السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص٣٠٦.

١٤) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط٢، ١٩٩٨، الاردن، ص٧٩–٨٠.

١٥) د. عبد الحي حجازي، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابلي الحلبي وأولاده في مصر، ١٩٥٧.

١٦) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢،

١٧) د. عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني ومصادر الالتزام، ج٤، بلاطبعة، ٢٠٢٢.

١٨) عصمت عبد المجيد، شرح قواعد الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة نشر.

١٩) عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع مشكلات التشريع، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠١٣.

٢٠) د. محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية، بدون دار نشر، سنة ١٩٣٨.

٢١) د. عبد المنعم فرج الصدة، الاثبات في المواد المدنية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابلي الحلبي، مصر، ط٢، ص٩.

٢٢) محمد علي الصوري، التعليق على قانون الاثبات، ج١، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٨٣.

٢٣) د. محمد شكري سرور، موجز قانون الاثبات، دار الثقافة العربية، ٢٠١٥.

ثانياً: الاطاريح والرسائل الجامعية: -

١) سحر عبد الستار امام، دور القاضي في الاثبات، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة الفيوم.

٢) د. مفيدة سعد سويدان، نظرية الاقتناع الذاتي للقاضي الجنائي، أطروحة دكتوراه جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٨٥،

٣) ادم وهيب النداوي، دور الحاكم المدني في، دار العربية للطباعة والنشر، ط١، رسالة ماجستير جامعة بغداد، ١٩٦٧.

ثالثاً: البحوث القانونية: -

١) د. ادم وهيب النداوي، فلسفة التقاضي في قانون الاثبات الجديد مجلة القانون المقارن عدد ١١ سنة ثانية، ١٩٨٠.

٢) د. ضياء شيت الدين خطاب، طاولة مستديرة، مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة السادسة.

٣) د. مجدي عبد الغني خلف، تبسيط الاجراءات التقاضي في القانون العماني، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الاسكندرية، مجلد ٥، العدد ١، ٢٠٢٤.

٤) د. عبد الحميد الدسيطي، إشكالات التفرقة بين الاعمال المدنية والتجارية، بحث منشور في مجلة البحوث والدراسات، العدد٨٥، سنة٢٠٢١.

٥) د. وجدي راغب فهمي، دراسة مركز الخصم امام القاضي المدني، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ١٩٧٦.

المصادر باللغة الإنكليزية:-

1) HE Jiahong. "On free proof and regulated proof. " Published in *Forensic Research & Criminology International Journal*, Volume 8, Issue 3, 2020.
2) Hubert W. SmithComponents of Proof in Legal ProceedingsThe Yale Law JournalVol. 51, No. 4 (February 1942).
3) Planiol, Ripert & Boulanger, Vol. 2, para. 2193
4) William Twining's research, titled "Bentham's Theory of Evidence: Setting a Context," is a study published in the *Journal of Bentham Studies*, Volume 18, Issue 1 (2019).