الرقم الدولي : ISSN: 2075-7220

الرقم الدولي العالمي : ISSN: 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الثالث 2025 السنة السابعة عشر

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

Print ISSN : 2075-7220

Online ISSN : 2313-0377

Al-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and Political Science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Third issue 2025 Seventeenth year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

هيئة تحرير المجلة

ت	الاسماء	الصفة	مكان العمل	الاختصاص العام	الاختصاص الدقيق
1	أ.د. فراس كريم شيعان	رئيس هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
2	م.د. هند فائز احمد	مدير هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
3	أ.د. اسراء محمد علي سالم	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
4	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون اداري
5	أ.د. حسون عبيد هجيج	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
6	أ.د. ضمير حسين ناصر	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
7	أ.د. وسن قاسم غني	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
8	أ.د. ذكرى محمد حسين	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون تجاري
9	أ.د. صادق محمد علي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
10	أ.د. اسماعيل نعمة عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
11	أ.م.د محمد جعفر هادي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
12	أ.م.د. رفاه كريم كربل	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
13	أ.م.د. قحطان عدنان عزيز	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دولي
14	أ.م.د. ماهر محسن عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
15	أ.م.د. اركان عباس حمزة	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دستوري
16	أ.د. مروان محمد محروس	عضواً	كلية الحقوق/جامعة البحرين	قانون	—
17	أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم	عضواً	اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان	قانون عام	قانون جنائي
18	أ.د. سهيل حدادين	عضواً	الجامعة الاردنية	قانون	—
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	—
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	—
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	—

ت	عنوان البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
1	قراءة في التنظيم الدستوري والقانوني لمكافحة التطرف الفكري المؤدي الى الإرهاب	أ.د. محمد علي سالم	15-1
2	الطبيعة الذاتية لجريمة التحريض علانية على عدم الانقياد للقوانين (دراسة مقارنة)	أ.د إسراء محمد علي سالم الباحث. زينب كريم هادي	44-16
3	المصلحة المحتملة كشرط لقبول الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)	أ.د.هادي حسين الكعبي الباحث. حسين صبري هادي	97-45
4	دعاوى المصلحة المحتملة المدنية (دراسة مقارنة)	أ.د.هادي حسين الكعبي الباحث. حسين صبري هادي	152-98
5	الطبيعة القانونية لتقيّد انتقال الملكية (دراسة مقارنة)	أ.د وسن قاسم غني الخفاجي الباحث. إنعام حامد سلمان	178-153
6	اختصاصات الهيئات المتخصصة في مجلس الدولة العراقي	أ.د صادق محمد علي الحسيني الباحث. احمد جاسم محمد	213-179
7	رقابة المحكمة الإدارية العليا على صحة التكييف القانوني للوقائع (دراسة مقارنة)	أ.د.صادق محمد علي الحسيني الباحث. زينب علي كامل	246-214
8	أركان جريمة استخدام طرق الإبادة الجماعية في صيد الأحياء المائية (دراسة مقارنة)	أ.د. محمد إسماعيل إبراهيم الباحث. سامر متعب هادي	268-247
9	جريمة استثمار الصور الفوتوغرافية والمتحركة للمواقع الاثرية والمناطق التراثية بدون موافقة	أ.د. إسماعيل نعمة عبود الباحث. امير حاتم عبيد حبيب	299-269
10	الادارة المدنية الدولية (دراسة في المفهوم والاساس القانوني)	أ.د. حيدر عبد محسن الجبوري	318-300
11	تلطيف الوظيفة العقابية للتعويض (دراسة في القانون الأمريكي)	ا. د. محمد جعفر هادي م. د. عباس سهيل جيجان	339-319
12	مسؤولية الأفراد الجنائية والمدنية عن نشر التطرف الفكري (دراسة مقارنة)	م. د. يوسف محمد نعمة الباحث. عادل عاصم شاك	357-340
13	جريمة الإفلاس التدليسي (دراسة مقارنة)	م. د. سجاد ثامر كاظم الخفاجي	385-358
14	دور الدساتير العراقية في حماية الكرامة الإنسانية (دراسة مقارنة)	م.م. محمد رضا هاشم الكعبي	422-386
15	التخصص الواقعي في قضاء المحكمة العليا الامريكية	أ.د ميسون طه الزهيري	448-423
16	التحولات القضائية والتشريعية في منهج تفسير العقد في القانونين الانكليزي والفرنسي	أ. م. د. كاظم كريم علي	476-449
17	جنسية الأقمار الصناعية من حيث البلد المُصنِع والمطلق والمستفيد وأحكام القانون العراقي	أ.م. عماد عبد الجليل راضي	499-477
18	حماية حق الفرد من التطرف الديني من منظور الشريعة الاسلامية والنصوص الدستورية المقارنة	م.د. انعام مهدي جابر م. د. فراس مكي عبد	525-500
19	المفهوم القانوني لشرط الضمير في العقود المدنية (دراسة تحليلية مقارنة)	م. د. اسامة شهاب حمد الجعفري م. د. حيدر هادي عبد الخزاعي	547-526
20	المسؤولية المدنية للالتزام والإخلال بعقود نقل التكنولوجيا	م.م. فاضل رحمن هاتف مرشدي أ.م.د. عزيز الله فهيمي	580-548

مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الثالث

السنة السابعة عشر

2025

البريد الالكتروني

https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

دعاوى المصلحة المحتملة المدنية (دراسة مقارنة)

أ.د.هادي حسين الكعبي[1]
كلية القانون / جامعة بابل

الباحث. حسين صبري هادي[2]
كلية القانون / جامعة بابل
husseinsabbry1952@gmail.com

تاريخ استلام البحث:2025/3/23 تاريخ قبول النشر:2025/4/23 تاريخ النشر:2025/9/16

ملخص البحث

تعرف المصلحة المحتملة بأنها حاجة المدعي للحماية القضائية من اعتداء لم يحصل بعد وانما هو محتمل الوقوع أو متوقع الحصول، وان الدعوى المرفوعة لا ترمي إلى دفع ضرر وقع بالفعل، وانما لتوقي الضرر قبل وقوعه، والمصلحة المحتملة هو احتمال الاعتداء على الحق أو المركز القانوني في أية لحظة نتيجة لأسباب قائمة، ووظيفة القضاء هنا وقائية وليست علاجية. وتعد الدعاوي الوقائية، دعاوى تطبيقية واقعية، يتناولها القضاء العراقي والمقارن، دعاوى، إثبات حق، قطع النزاع، البطلان، إلزام مستقبلي وقف الأعمال الجديدة، استفهامية، سماع شاهد، الطعن بانكار سند، الطعن بتزوير سند ... وغيرها.

الكلمات المفتاحية: الدعاوى الوقائية، الدعاوى التقريرية، دعوى وقف الاعمال الجديدة، الدعاوى المستعجلة.

Civil potential interest claims (A Comparative Study)

Researcher. Hussein Sabri Hadi
College of Law / University of Babylon

Prof. Dr. Hadi Hussein Al- Kaabi
College of Law / University of Babylon

Abstract

A potential interest is defined as the plaintiff's need for judicial protection against an infringement that has not yet occurred but is likely or expected to happen. The lawsuit filed does not aim to remedy harm that has already occurred but to prevent harm before it happens. The potential interest involves the possibility of an infringement on a right or legal position at any moment due to existing reasons, with the judiciary's function here being preventive rather than remedial..Preventive lawsuits are practical applications addressed by Iraqi and comparative judiciaries. They include lawsuits such as evidence establishment, dispute cessation, annulment, future obligation enforcement, cessation of new works, inquisitorial actions, witness hearings, challenges by document denial, challenges by document forgery, among others.

Keywords: preventive actions, declaratory actions, action to stop newworks, urgentactions

المقدمة

اولا ـ مدخل تعريفي لموضوع البحث : أباح المشرع، كفاية المصلحة المحتملة في قبول الدعوى على أساس "لا مصلحة، لا دعوى" و"المصلحة مناط الدعوى" بمعنى ان المصلحة التي تقوم على أساسها الدعوى، هي مصلحة قائمة وحالة دائماً، والاحتمال لا يرد على شرط المصلحة وانما يرد وصف المصلحة، يرد على الاعتداء، كونه لم يقع والضرر لم يحصل بل هو محتمل، بمعنى أنَّ الحاجة إلى الحماية الوقائية آنية عند رفع الدعوى، بمعنى، تكون المصلحة بشأنها، قائمة وحالة ؛ لذلك وسمت "بالمصلحة الوقائية"والدعاوى التي تحميها "بالدعاوى الوقائية"؛ لأنها توقي المدعي من الضرر قبل وقوعه، وفق قاعدة " الوقاية خير من العلاج ".

ومن تطبيقات المصلحة المحتملة ، الدعاوي الوقائية ودعاوي تثبيت الادلة، وتتمثل دعاوي تثبيت الادلة للحق في : دعوى إثبات الحالة، ودعوى سماع شاهد، ودعوى الطعن بإنكار سند(دعوى تحقيق الخطوط الاصلية، دعوى الطعن بتزويرسند(دعوى التحقق من الادعاء بتزوير سند الاصلية)، و كذلك تتمثل الدعاوى الوقائية في الدعاوى التقريرية، والدعاوى الوقتية، دعوى وقف الاعمال الجديدة، ودعاوى قطع النزاع ، ودعوى الالزام المستقبلي والدعوى الاستفهامية.

ثانيا – أهمية الموضوع : تتأتى أهمية هذا الموضوع من الدور الكبير التي تمثلها المصلحة، سواء كانت مصلحة قائمة أم محتملة في قانون المرافعات المدنية ، فألمصلحة شرط أساسي في قبول الدعوى المدنية، التي تمثل العصب الأساسي أو محور النشاط القضائي المدني، إذ لا نشاط قضائي مدني بدون دعوى. وقبول الدعوى على اساس المصلحة المحتملة ؛ يوسع من دور القضاء بإضافةً وظيفة وقائيةإلى وظيفته الأصلية وهي الوظيفة العلاجية ، وهذا يخفف من زحام الدعاوى المستندة في قبولها إلى مصلحة محققة؛ إذ التوقي من الضرر المحدق بالحق قبل وقوعه أو بتوثيق الأدلة المثبتة للحق فيه قضائياً، تخفف من دعاوى المصلحة المحققة، وهذاما زاد في أهمية الموضوع وأهمية البحث فيه، لحاجة الكثير من العاملين في الحقل القضائي ومن ذووي الصلة أن يكون على بينة تامة به.

ثالثا – اشكالية البحث :الأصل، تستند الدعوى في قبولها من قبل المحاكم على مصلحة قائمة وحالة، إلا إنَّ المشرع إستثنى هذا الأصل، وتوسع فيه، بقبول الدعوى المستندة إلى مصلحة محتملة أيضاً، وهذا يمثل الإشكالية الأولى في البحث .أما الاشكالية الثانية فتتمثل بتعدد الضوابط أو الحالات التي في توافر أحدها ؛ يكفي لقبول الدعوى، ومنها ، التخوف من ضرر محدق يلحق بذوي الشأن، والحالةالتي يكون فيها المراد، هو الادعاء بحق مؤجل، أو إذا كان المراد تقرير تثبيت أو نفي حق أو مركز قانوني أنكر وجوده ، أو تحقيقاً يقصد منه تلافي نزاع في المستقبل أو ممكن الحدوث .

رابعاً – منهجية البحث : سأعتمد المنهج التحليلي المقارن لموضوع البحث في تشريعات وفقه وقضاء الدول الثلاثة محل الدراسة المقارنة (العراق، مصر، فرنسا).

خامساً- أهداف البحث : البحث في الموضوع وبيان كافة جوانبه، من حيث :

-البحث في التطبيقات القضائية التي تستند في قبولها على مصلحة محتملة.

- تعزيز النظام القانوني في المرافعات المدنية العراقي بأحدث التطورات التي أخذ بها التشريع المقارن من خلال التوصية باعتمادها في أي تعديل مستقبلي لقانون المرافعات المدنية.

-مواكبة البحث والنشاط العلمي ومستجدات التقنين القانوني في دول الدراسة المقارنة والاستفادةمن مخرجاته العلمية بما يخدم تطوير قانون المرافعات العراقي.

سادساً- نطاق البحث :سيقتصر نطاق البحث في دعاوى المصلحة المحتملة المدنية على قانون المرافعات المدنية العراقي ذي الرقم 83 لسنة 1969 المعدل ، وقانون الاثبات العراقي ذي الرقم 107 لسنة 1979 1969 والقانون المدني العراقي ذي الرقم 40 لسنة 1951، وقانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ذي الرقم 13 لسنة 1968 المعدل ، وقانون الاثبات المصري ذي الرقم 25 لسنة والقانون المدني المصري ذي الرقم 131 لسنة 1948، وقانون الاجراءات المدنية الفرنسي ذي الرقم 1123 لسنة 1975 المعدل ، والقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 وتعديلاته .

سابعاً- هيكلية البحث :سنتناول الموضوع " دعاوى المصلحة المحتملة المدنية / دراسة مقارنة بثلاث مباحث تسبقها مقدمة وتعقبها خاتمة،المبحث الاول – الدعاوى الوقائية التقريرية.المبحث الثاني – الدعاوى الوقائية المستقبلية. المبحث الثالث – دعاوى التحقيق.

المبحث الأول

الدعاوى الوقائية التقريرية

تعرف الدعاوى الوقائية،بأنها الدعاوى التي تحمي المصلحة المحتملة، طالما كان استعمالها من باب توقي وقوع الاعتداء قبل حدوثه، وإستنادها على وجود تخوف من ضرر يلحق بذوي الشأن أو ضرر محدق [1:ص211]، [2: ص192]، [3: ص124 وما بعدها] بأصل الحق، ولا يشترط في قبول الدعاوى الوقائية، وقوع الضرر فعلاً، فهذه الدعاوى ترفع قبل قيام النزاع أو قبل حدوث الاعتداء على الحق أو قبل حصول الضرر، ويكفي أن يكون الضرر وشيك أو محتمل أو ممكن الوقوع، مستنداً إلى خطر عاجل، وهو الخطر الذي يمكن أن يقع في أي لحظة ؛ نتيجة لأسباب قائمة بالفعل. وتهدف هذه الدعاوى، لا لدفع ضرر أو اعتداء على الحق أو اصلاحه، وانما لتوقي ضرراً محدقاً قبل وقوعه ومنح المدعي الثقة بتقرير وجود الحق إلى جانبه والاطمئنان عليه بواسطة دعوى وقائية، تستند إلى(

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

المصلحة في الاستقرار والاطمئنان) ،[4:ص77 بند79]، [5:ص200] ،[6: ص61]. و لا تهدف هذه الدعاوى إلى طلب الحق من الغير وانما توكيد الحق لصاحبه في مواجهة الغير والزام الكافة باحترام هذا الحق وعدم الاعتداء عليه.

ومن مقتضيات حسن سير العدالة، قبول الدعاوى التي ترفع " بطلب منع العدوان "متى ما ثبت ان هناك خطراً قائماً وحالاً يهدد الحق وينذر بحصول اعتداء عليه ؛ لذا فمن غير الضروري أن يكون الاعتداء قد تم والضرر قد وقع بالفعل، بل يكفي ان يكون هناك خطر جدي يتهدد صاحب الحق في انتفاعه بحقه ومزاياه، بمعنى ان الغرض من الدعوى ليس فقط رفع العدوان وإزالة آثاره، و انما هو أيضا دفع الخطر المحدق وتجنبه قبل حدوثه. وتتميز الدعاوى الوقائية [7: ص36] ، بأنها الدعاوى التي تحمي المصلحة المحتملة في حالتين، الأولى ، التخوف من ضرر يلحق بذوي الشأن أو الاحتياط لدفع ضرر محدق، والحالة الثانية، الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. وسنناقش في هذا المبحث من خلال مطلبين ، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

دعوى تثبيت الحق

ترفع دعوى تثبيت الحق عندما يكون هناك تشكيك أو تجهيل أو انكار لعائدية أصل الحق المدعى به، من دون أن يحصل نزاع فعلي بشأنه، لأن هذه الحالات تُوَلِدْ لدى المدعي حالة من عدم اليقين وعدم الأمان على حقه أو مركزه القانوني؛ فأوجد المشرع العراقي والمقارن حلاً لهذا القلق، إذ أوجب قبول هذا النوع من الدعاوى رغم أنها تستند إلى مصلحة محتملة ، والتي تستهدف تقريراً لوجود أو نفي وجود الحق أو المركز القانوني لمالكه أو لصاحب الحق العيني فيه ، وفق المادة (7) مرافعات و المادة (3) مرافعات مصري ، والمواد (145 ، 296) إجراءات مدنية فرنسي. لذا سنتناول دعوى تثبيت الحق، بالتعريف بها، شروطها، وموقف الفقه والقضاء منها، وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول

التعريف بدعوى تثبيت الحق

لم يُعَرِفْ المشرع العراقي ولا المقارن " دعوى تثبيت الحق "، إلا أنَّ المشرع العراقي أجاز قبول هذه الدعوى بنص صريح (...إذا كان المراد منها تثبيت حق أنكر وجوده وان لم تقم عقبه في سبيل استعماله...) [8: المادة (7)] ، [9: ص105] ، ولم يتناول المشرع المقارن المصري والفرنسي الأمر، بنص صريح مماثل في قانون المرافعات، على الرغم من وجود تطبيقات متناثرة بشأنها في القانون المدني وقانون الأثبات[10:ص231].

ومن الفقه، من عرف دعوى تثبيت الحق على أنها " دعوى تقريرية، يطلب فيها المدعي إقراراً أو تثبيتاً لوجود حق أو مركز قانوني لصالحه ، تعرض للإنكار من قبل الغير، حتى وأن لم تنهض عقبة في سبيل استعماله [10: ص232]. والدعوى التقريرية يصدر بشأنها حكم تقريري [11: ص 118 بند 69]، [3: ص129]،[5 :ص264 بند104] ، وهذا الحكم أما أنْ يكون حكم تقريري ايجابي، وهو الحكم بتقرير وجود حق أو مركز معين كدعوى تقرير بنوة شرعية، ودعوى اثبات نَّسَبْ، وأما حكم تقريري سلبي، وهو حكم بتقرير عدم وجود حق أو مركز قانوني، كدعوى الاعتراف بحق عيني، أو دعوى براءة ذمة، ودعوى صحة عقد أو بطلانه. وتعرف الدعاوى التقريرية أيضاً، على أنها " الدعاوى التي يكون الغرض منها الحصول على حكم يقرر وجود حق أو واقعة قانونية أو مركز قانوني لصاحبه دون ان تكون هناك منازعة بشأنه، إلا أنه توجد معارضة أو مجرد تشكيك حوله، أي أنها لا تهدف إلى الزام المدعى عليه بأداء معين أو أحداث تغيير في هذا المركز؛ وانما غاية الأمر فيه، هو ازالة التشكيك أو التجهيل أو الأنكار، حول الحق المدعى به أو المركز القانوني وإزالة حالة عدم التأكد التي نتجت عن هذا الاعتراض" [12: ص377]، [13:ص155] .

وتتحقق الحماية القضائية بمجرد تقرير وجود أو نفي الحق أو المركز القانوني[11: 115]. وبذلك فأن الأساس الذي يقوم عليه قبول دعوى تثبيت الحق، هو تحقيق مصلحة مشروعة في اطمئنان واستقرار الاشخاص على حقوقهم ومراكزهم القانونية (مصلحة في الاستقرار)، قبل حصول حالة منازعة بشأنها (تقوم حالة النزاع برفع الدعوى أوحصول نزاع جدي بشأنه)، بل لإزالة ما يعتريه من شك أو تجهيل أو أنكار؛ وما يؤديه ذلك من ترسيخ الثقة والأمان واستقرار المعاملات بين الناس. فألحكم في دعوى تثبيت الحق يرتب آثاراً قانونية في غاية الأهمية من الناحية العملية، بتأكيده على تقرير و تثبيت الحق أو المركز القانوني لصالح صاحب الحق فيه، وبيان حدود سلطته عليه، وجواز استخدامها في حدود ما نص عليه القانون، من دون منازعة مع أحد في ذلك، وان دعوى تثبيت الحق، دعوى تقريرية، تقرر وجود أو نفي الحق محل النزاع، ووسيلة ايجابية ووقائية لدفع الضرر ومنع اعاقة صاحب الحق في إستعمال حقه والتمتع بمزاياه ومنافعه، في حدود السلطة المخولة له قانوناً، بما يساهم في منع وقوع المنازعة بشأنه مستقبلاً.

الفرع الثاني

شروط قبول دعوى تثبيت الحق

إشترط المشرع العراقي[8 : مادة 7] ،[14: ص4] لإقامة دعوى تثبيت الحق وقبولها وعَدَّها دعوى تقريرية وقائية ، أنْ يكون هناك وجود حق أو مركز قانوني عائد لأحد الأشخاص، تم أنكاره أو التشكيك أو التجهيل بعائديته من قبل شخص آخر، وأن لم تكن هناك عقبه في سبيل إستعماله لمزايا ومنافع حقه، وبخلافه، أي إذا إنتفى أيٍ من الشرطين

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

أوكلاهما ؛ فلا نكون أمام دعوى تقريرية وقائية ، ولا تقبل الدعوى على أساس" دعوى تقرير وتثبيت الحق الوقائية" ؛ إذا لم يوجد نزاع محتمل بشأنها، وانما ترفع كدعوى تقريرية عادية إذا كان لذلك مقتضى، وتستند إلى القواعد العامة في القبول وتخرج من نطاق الإستثناء التشريعي، الخاص بالدعوى المستندة إلى مصلحة محتملة.

وتعد الدعاوى التقريرية من جملة الدعاوى الوقائية، التي يتعين قبولها لعدة إعتبارات، أولها، أنَّ الدعاوى لم تعد تحمل مسميات بعينها كما هو الحال في القانون الروماني، وانما تعد الدعوى مقبولة بتوافر شروط قبولها، وبدون وجود نص صريح يقضي بذلك، وثانيها، إستناد الدعوى التقريرية إلى مصلحة محتملة تتجسد في توقي الضرر المحدق بالحق أو المركز القانوني، وهو أمر محتمل الوقوع في أي وقت، كنتيجة مباشرة لأسباب قائمة بالفعل، وعلى هذا الأساس لا تكفي لقبول الدعوى قيام شك لدى المدعي ناتج عن حالة نفسية توحي له باحتمال وقوع الاعتداء في أية لحظة، بل لابد من وجود ظواهر خارجية ملموسة تدل على تجهيل الحق أو المركز القانوني[3:ص111] ، وثالثها، إنَّ للدعوى التقريرية مزايا لا تنكر، تضفي الإستقرار على الروابط بين الافراد في المجتمع وتنميها ؛ بتقريرها وجود الحق أو المركز القانوني بجانب صاحبه، تجعل ذو العلاقة مطمئنين إلى التصرف في المستقبل دون خوف من المسؤولية، وبتقريرها عدم وجود الحق، توفرعليهم وقتهم وترشدهم إلى التصرف الصحيح، غير معتمدين عليه، وغير معرضين أنفسهم للمسؤولية[11:ص251].

ويقع عبء إثبات الدعاوى التقريرية، ومنها دعوى إثبات الحق على عاتق المدعي، الذي يلزم بإثبات مصلحته، وتبرير قبول دعواه، ويتحقق ذلك بأن يثبت أن حقه، والذي هو بحاجة إلى تقرير والاعتراف به من قبل القضاء. أما إذا كان شخص ما، ينكر وينازع في وجود هذا الحق، أو احتمال المنازعة بشأنه في المستقبل، فبمجرد المنازعة في الحق أو التهديد في المنازعة في المستقبل تتولد المصلحة في الدعوى، ولا يشترط لقبول هذه الدعوى قيام تعرض أو منازعة ظاهرة بل يكفي أن يكون الحق مهدداً بالسقوط بالتقادم [15: ص201 وما بعدها]. وتطبيقات هذه الدعوى من قبل القضاء كثيرة ، منها تمسك القاصر ببطلان عقد تم ابرامه، وهو ناقص الاهلية، أو دعوى فسخ عقد، ودعوى التمسك ببطلان بعض الشروط الواردة في العقود والوصايا، مثل اشتراط الزوج على الزوجة بعدم الزواج كي تسري الوصية بحقها أو بالعكس.

الفرع الثالث

الموقف الفقهي والقضائي من دعوى تثبيت الحق

تتعدد رؤى الفقه بصدد الدعاوى التقريرية، فذهب رأي منه [12:ص378] ، إلى عدم قبول هذه الدعاوى ؛ لعدم وجود نزاع حول الحق أو المركز القانوني، وهذا الرأي يعد قبول هذه الدعاوى، يتعارض مع وظيفة القضاء، في فض

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

المنازعات التي تقوم بين المتخاصمين، لا لتقرير الحقوق ؛ و لا لتحويل وظيفة القضاء إلى وظيفة إفتاء حول الحقوق والمراكز القانونية للخصوم. ومن الفقه، من ذهب إلى أنه، لا تقبل الدعاوى التقريرية إلا في حالة نَصَّ المشرع عليها وتنظيمه لها أو ما جرى عليه القضاء بصددها[16: المواد (45) و(49)] ، على قبولها رعاية لمصالح معينة قدَّرها، فتقبل دعاوى إبطال العقود والشروط، دون دعوى صحتها؛ لأن المدعي فيها يسعى إلى الإحتياط لدفع ضرر محدق للتخلص من التزام أو قيد، يبدو ظاهراً، أنه ملتزم ومقيد به؛ ومن ثم تكون غايته هو الوصول إلى المركز القانوني السليم[17: ص363]، [18: ص328]. وتقبل الدعوى التي يرفعها الموصى له ببطلان شرط عدم الزواج الوارد في الوصية، كي يستفاد من الحق الموصى له فيها، حتى لو لم ينازعه أحد في حقه في المال الموصى به أو في تنفيذ الشروط الواردة في الوصية [19: ص194]، مشار إليه من [12: ص378]،[20 : ص38–39]، مشار إليه من قبل [21: بند 88 ص114 هامش 2]،[22: المواد (29/ 3 و104)]،[23 : قرار دائرة العرائض مشار إليه من قبل 21]. ويبرر قبول هذه الدعاوى، إستنادها على كونها مصلحة غير مستقرة، تمثل باعثاً على الخوف وعدم الإطمئنان، مما يجعلها عرضة للنزاع، وإنْ لم تقم على مصلحة قائمة وحالة، فهي تستند على مصلحة محتملة، قوامها ضرر قد يقع في المستقبل، فالمراد من هذه الدعاوى، الاحتياط من ضرر محدق بأصل الحق أو المركز القانوني بدرئه وتوقيه بواسطة دعوى قضائية قررها المشرع لصالحه. ويقع عبء الاثبات في هذه الدعاوى على المدعي ؛ للوصول للوضع السليم، وهو ان يقضي القاضي بتقرير وجود الحق أو المركز القانوني بجانب صاحبه [24: ص327].

والرأي الراجح، من الفقه يدعو إلى قبول هذه الدعاوى، في حالة توافر شروط قبولها، أي بتوافر شرط المصلحة وخصائصها، كون المدعي ينشد حماية قضائية، تضمن مركزه القانوني وتمنع تهديده، ولذلك تتوافر له مصلحة في التخلص من الحالة التي تضع حقه عرضةً للنزاع[25: ص210–مشار إليه من المصدر(21):379]،[26: ص60]، 1: ص 180]. وتتحقق الحماية القانونية بمجرد تقرير الحق لصاحبه، والذي هو الهدف الوحيد من هذه الدعوى، كما إنَّ اليقين القانوني الذي يحققه الحكم التقريري للحق أو المركز القانوني يمنع الاعتداء عليه في المستقبل[3:ص111]. ويدعو هذا الفريق إلى إبعاد هذه الدعوى عن دور الافتاء حول الحقوق أو المراكز القانونية ؛ لذلك يلزم توافر مصلحة عملية لقبول الدعاوى التقريرية، مصلحة في اليقين القانوني، في الاستقرار، اللائي يحققها الحكم التقريري، بإزالة الشك والتجهيل والإنكار عن أصل الحق ؛ لأن تقرير الحقوق، ومعرفة المدعي بحقوقه وما تخوله من سلطات في التصرف قانوناً، يقوده إلى حسن التصرف فيه[27 : ص192 ،[28: ص77 بند 44] . لذا نرى إهتمام المشرع العراقي، في تقرير قبول الدعاوى التقريرية، القائمة على تثبيت حق أنكر وجوده وإنْ لم تقم عقبة في سبيل إستعماله. وتعد الدعاوى التقريرية، دعاوى وقائية في حالة إنكار أو تشكيك لحق المدعي ، وبخلافه لا تكون الدعوى

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

التقريرية – دعوى وقائية وأنما دعوى عادية، وهذا إمتداد للفقه الفرنسي، الذي يَعِد الإدعاء بالحق في حالة وجود نزاع بصدده ؛ تقرره أو تنفيه دعوى تقريرية وقائية ، ولا يشترط أن يكون النزاع في صورة مقاومة فعلية من الغير وأنما يكفي أنْ يكون بصورة شك أو إنكار للحق أو المركز القانوني ؛ لذلك لا تكون الدعوى التقريرية دعوى وقائية من دون أن تكون هناك حالة منازعة فعلية محتملة من الغير حول الحق أو المركز القانوني ؛ الذي يمنح الدعوى التقريرية صفتها الوقائية ، وبخلافه تكون دعوى تقريرية عادية ، يجوز القانون نظرها أمام القضاء في حالة توافر شروط قبولها[29: ص210 بند223– مشار إليه من المصدر (13: ص188)] ؛ ويحقق الحكم التقريري من يقين قانوني بتقرير وجود أو نفي الحقوق والمراكز القانونية لصاحب الحق فيها ، والتي تقود إلى امتناع الآخر من الاعتداء على الحق الذي تقرر وجوده ولمن العائدية فيه، وما يحققه من حسم النزاع بين المتقاضيين، من أمان واستقرار، فلا يبقى أمل للآخر في اثارة النزاع مرةً أخرى[3:ص131، 15 : ص216 بند199،[13: ص156 بند58].

ولا يشترط الفقه والقانون المصريين وجود نزاع لكي تقبل دعوى تقرير الحقوق والمراكز القانونية، ويكتفيان بمجرد وجود مصلحة محتملة للمدعي، في توقي وقوع نزاع محتمل الحصول في المستقبل، لا سيما بعد أن ثارَّ الشك حول الحق أو المركز القانوني المدعى به، مما يستوجب إزالة الشك وتثبيت هذا الحق أو المركز القانوني المدعى به بتقرير القضاء له [30 : ص100]، مشار إليه من قبل المصدر [13: ص 189].

ومن التطبيقات القضائية لدعوى تثبيت الحق [31: مشار إليه من قبل المصدر (9: ص113)] ما قررته محكمة تمييز العراق ((... لذا قررت تصديق الحق المثبت في الورقة غير الموقعة وغير ثابتة التاريخ، ورد الاعتراضات التمييزية وتصديق الحكم المميز وتحميل المميز رسم التمييز.)).

ويرى الباحث إنَّ تقرير وجود الحق لصاحبه قضائياً، يقرر ما يريده المدعي من يقين قانوني و "مصلحة في الأمان والاستقرار" ويحد من نوايا الطرف الآخر ويحقق الوقاية من أي ضرر محتمل ؛ ولذا فأن دعوى تثبيت الحق، هي من الدعاوى المستندة إلى مصلحة محتملة، يقبل القضاء الدعاوى المستندة إليها، وهي دعاوى موضوعية تقريرية ذات طبيعة وقائية، توقي من الضرر المحدق بأصل الحق قبل وقوعه.

المطلب الثاني

دعوى قطع النزاع

يثير ادعاء أو زعم شخص شفاهه أو كتابةً، أنه دائن لشخص آخر أو أنه صاحب الحق في عين ما أو له دين على آخر، أو الادعاء بنسب معين يرتب له حقوق الإرث في أموال معينة بدلاً من الوارث القائم فعلاً، وغيرها من المزاعم التي تثار خارج سوح القضاء وبين الناس في المقاهي، وفي النوادي، وتسبب ضرراً مادياً أو أدبياً للشخص المقصود

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

منها، أو تضر بالمركز المالي والاعتباري لذلك الشخص، فتنشأ الحاجة إلى نوع من الحماية القانونية الوقائية المستندة إلى مصلحة محتملة، إذ أجاز المشرع في بعض الدول(من غير دول محل الدراسة المقارنة) للمدعي الحق في مواجهتها بقبول دعوى وقائية تمنع وقوع الضرر قبل حصوله، هي دعوى قطع النزاع ؛ والتي عرفت بأنها " الدعوى التي يرفعها من يريد وقف مسلك تهديدي أو تحريضي مؤذيين، مطالباً بأن يكف خصمه ، الذي يحاول بمزاعمه، الإضرار بمركزه المالي أو بسمعته ، الحضور إلى القضاء لإقامة الدليل على صحة ما يزعمه، فأن عجز عن ذلك، حُكم بفساد ما يدعيه وحرم مستقبلاً من رفع الدعوى"؛ لوضع حد أو قطع دابر هذه الادعاءات والمزاعم، يطلب المدعي من القضاء استدعاء الزاعم للمرافعة، وأن يطالبه بأثبات حقه أو صحة ما يدعيه أو يزعمه[32 :ص29] ، وبخلافه يحكم عليه بعدم أحقيته في ذلك والزامه بالكف عن اثارة وترديد تلك المزاعم في المستقبل خارج سوح القضاء، وعدم الحق له بالادعاء ثانية والا تعرض للمسائلة؛ لكون الحكم يحوز حجية الأمر المقضي فيه [32: ص159] ؛ لذا لا يجوز رفع الدعوى مرة أخرى مما يلزمه الصمت وإلى الأبد. لذا سنتناول الموضوع على النحو الآتي :

الفرع الأول

التعريف بدعوى قطع النزاع

من صوردعوى قطع النزاع، أن يزعم شخص أن له حق على آخر، خارج المحاكم ، ويثير تلك المزاعم على نحو جدي و مؤثر على المركز القانوني للشخص المقصود، ويصيبه بالضرر، ضرراً مادياً أو أدبياً، وخاصة لمن يعمل في التجارة، فيرفع الآخرالمقصود بالادعاء، دعوى على الأول يطالبه فيها بأثبات ما يدعيه، فإذا عجز عن اثبات ما يزعمه، حكم عليه، بأنه لا أحقية له فيما يزعمه، ويحوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي فيه " و يلزمه بعدم عرض الدعوى ثانية أمام القضاء[33:ص122]،[34: ص 275]،[35 : ص125][1].

وهذا النوع من الدعاوى غير مقبول في الفقه الاسلامي (الدعوى، حق في الفقه لكل شخص، له الحق أن يستعمله، أو ان يترك) ولا في القانون العراقي؛ لأن المدعي لا يجبر على اقامة الدعوى، حيث ان الدعوى حق لصاحبها، لا يجوز اجباره على استعمالها، فله الحق في استعمالها في الوقت المناسب له، الذي يكون فيها جاهزاً لذلك نفسياً ومادياً من حيث تهيئة الادلة الكافية واللازمة لإثبات ما يدعيه، وله أن لا يستعملها[36 : ص99] ،[11: ص 232].

أورد المشرع المصري في المذكرة الايضاحية للقانون (81) لسنة 1996 ، وهو تعديل وارد على قانون المرافعات ذي الرقم 13 لسنة 1968) تعريفاً لدعوى قطع النزاع ، (بأنها دعوى يرفعها من يريد وقف مسلك تهديدي أو تحريضي مؤذيين، بأن يكلف خصمه الذي يحاول بمزاعمه الإضرار بمركزه المالي أو بسمعته الحضور لإقامة الدليل على صحة

ما يزعمه، فإذا عجز، حكم بفساد ما يدعيه، وحرم من رفع الدعوى فيما بعدً) [37] ، [32 :ص34] أشارإلى المصدر[38].

وتعرف دعوى قطع النزاع أيضاً [39: ص 369 رقم 453] بأنها" تلك الدعوى التي يكون موضوعها إجبار شخص يدعي ويزعم لنفسه خارج مجلس القضاء، حقاً أو مركزاً قانونياً اتجاه غيره، على أن يدعيه أو يثبته أمام القضاء، فإذا عجز عن ذلك، حكم عليه بألًّا أحقية له فيما يدعيه ويزعمه ويحظر عليه اثارة هذه الادعاءات والمزاعم في المستقبل، أي يحكم عليه بالتزام الصمت إلى الأبد ".

وتحقق دعوى قطع النزاع ذات الغرض الذي تحققه الدعوى التقريرية، لكنها بصورة مقلوبة، بإزالة الشك حول الحق أو المركز القانوني ولكن بصورة غير مباشرة، لأن المدعي فيها لا يطلب تقرير حقه أو مركزه القانوني لنفسه ولا يثبته بنفسه، كما في الدعاوى التقريرية، لكن في دعوى قطع النزاع، يدعو خصمه لإثبات صحة ما يدعيه ويزعمه من حقوق ومراكز قانونية وترك أمر الفصل فيها للقضاء لتقريرها [15:ص216] ، [10:ص231] ؛ لذا قيل ان هذه الدعوى لا يعرف فيها المدعي من المدعى عليه، ولا أين تقام هذه الدعوى، في محكمة المدعي أم في محكمة المدعى عليه.

ومن الفقه[40:ص7] ، من أوضحً،" في بيان مفهوم دعوى قطع النزاع، أن آثار الحكم الصادر فيها يكون لصالح المدعي، فيما إذا عجز الزاعم عن اثبات ما يدعيه، كما لا يرى هذا الفقه أن يحكم القضاء، حكماً يتضمن " الزام المدعى عليه بالصمت إلى الأبد "، وإنَّ هذا الحكم أو الأثر يترتب على الحكم الحاسم في أية دعوى، الذي يحوز حجية الشيء المقضي فيه، والذي يمنع نظر الدعوى مرة أخرى. كما ان هذه الدعوى تستند في قبولها إلى مصلحة حالة وقائمة، لا تستند إلى ضررحال،وانما تستند إلى الاحتياط في دفع ضرر محدق بأصل الحق أو المركز القانوني، وليس للضرر قد حصل فعلاً.

ويعد رفع دعوى قطع النزاع استثناءً، على ان تكون المصلحة قائمة وحالة؛ لأنها مازالت مجرد مزاعم، كما تعد استثناءً على شرط ان تكون المصلحة شخصية ومباشرة، كشرط لقبول الدعوى ؛ لأن هذه الدعوى تفرض على المدعى عليه أن يقوم بأثبات مزاعمه وهذا يخالف قاعدة " البينة على من أدعى واليمين على من أنكر". إلا أن الباحث يرى أنها تتوافق مع قاعدة ان" المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر أو المدعى عليه هو من يتمسك بإبقاء الأصل، إلا أن المدعى عليه في هذه الحالة هو من يدعو خلاف الظاهر – الأصل هو البراءة[41:المادة 7]. ووفقاً لذلك يكون المدعى عليه هو من يتولى اثبات المزاعم التي يثيرها ضد المدعي و المثبتة في طلبات المدعي في دعواه، فإذا عجز عن الإثبات، قضت المحكمة بعدم صحة ما يدعيه، وعدم أحقيته في مزاعمه، وبالتالي لا يحق له من اقامة الدعوى مجدداً، وإذا ظهر له دليل اثبات مستقبلاً يقوم حقه في الدعوى .

الفرع الثاني

شروط قبول دعوى قطع النزاع وطبيعتها القانونية

لقبول دعوى قطع النزاع، لا بد من أن تتوافر شروط القبول التي قررها المشرع، إذ يشترط لقبول هذه الدعوى[15:ص35] ، [41: ص30]من قبل القضاء، توافر شروط قبولها وفي المقدمة منها المصلحة، وتتمثل المصلحة في هذه الدعوى " بمصلحة محتملة أو المصلحة الوقائية "، من وجود حالة تخوف من ضرر يلحق بصاحب الحق أو لدفع ضرر محدق بأصل الحق أو تحقيقاً يقصد منه تلافي نزاع مستقبلي وممكن الحدوث وهذا يتوافق مع النصوص القانونية في المواد (6، 7) مرافعات عراقي والمادة (3) مرافعات مصري. وأن تكون هناك مزاعم وادعاءات، قد أُثيرت ضد المدعي خارج مجلس القضاء، وأن تكون هذه الادعاءات التي يدعيها المدعى عليه جدية وعلنية ومؤثرة وتضر بسمعة المدعي ومركزه القانوني، وأن تخرج للعلن بشكل شفاهي أو مكتوب على شكل بيان معلن أو إنذار أو إعذار من كاتب العدل إلى المستأجر مثلاً يطلب فيه إنَّ تسلم الأجرة إليه دون مؤجرها الذي تعاقد معه؛ كونه هو صاحب الملك وليس المدعي، وبخلافه، أي في حالة عدم توافر هذه الشروط، وإذا كانت هذه المزاعم حبيسة النفوس وضمن ما تخفيه الصدور وليس لها شكلاً خارجياً ظاهراً ظهوراً مادياً؛ قابلاً للإثبات، فلا تقبل الدعوى في مثل هذه الحالة. والآثارالمترتبة على قبول الدعوى، تمثل المنفعة التي يجنيها المدعي، وهنا يقطع النزاع بخصوص الإدعاءات والمزاعم التي تمت خارج مجلس القضاء من خلال تقرير عدم أحقية المدعى عليه بما أثاره من ادعاءات ومزاعم، فضلا عن حرمانه من اللجوء مستقبلاً إلى القضاء للمطالبة بتلك الادعاءات. والمدعي يُلزَّمْ بأثبات صدور الادعاءات والمزاعم من المدعى عليه، بكافة الطرق، كونها وقائع مادية، بما في ذلك الشهود، فإذا ثبت ذلك فأن شروط قبول الدعوى قد توافرت، أما إذا لم يثبت صدورها أو ثبت صدورها ؛ لكنها ليست ذات أثر ضار بالحق أو المركز القانوني للمدعي، فيترتب على ذلك رد الدعوى لانعدام المصلحة، والذي يترتب عليه عدم حرمان المدعى عليه من اللجوء إلى القضاء مستقبلاً في مواجهة المدعي لإثبات صحة ما يدعيه ويزعمه.

واختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لهذه الدعوى، فمن الفقه من ينكر[18 : ص327بند304] ؛ كون هذه الدعوى، دعوى عادية ؛ وهي في الواقع لا تختلف عن غيرها من الدعاوى، سوى ان المدعى عليه يؤدي دور المدعي بالمطالبة بما يدعيه ويزعمه ويتحمل عبء اثباته، من خلال القضاء، بدلاً من الادعاء خارج سوح القضاء. ويهدف المزعوم ضده من الدعوى إلى درء الشبهات عن حقه أو مركزه القانوني؛ حيث يجبر الزاعم بالحضور أمام القضاء لتقديم طلباته والعمل على اثباتها خلال مدة محددة من قبل القاضي. ودعوى قطع النزاع دعوى عادية، إلا أنها تتميز بأن المدعى عليه هو من يتولى إثبات ما يزعمه من إدعاءات ومزاعم [41: ف2 المادة 7] ويرى غالبية من الفقه

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

إنَّ دعوى قطع النزاع ، دعوى تقريرية [11: ص116 بند67] ، [13 : ص 159بند 59]، [28: ص551 بند 330] ، تهدف إلى الحصول على حكم بعدم أحقية الزاعم بما يدعيه ويزعمه خارج سوح القضاء وازالة الشك الذي اثاره حول الحقوق والمراكز القانونية للمزعوم ضده، وان الحكم الصادر في هذه الدعوى حكم تقريري لا يلزم المدعى عليه بأي إداء معين، يمكن أنْ يكون محلاً للتنفيذ. وتعد دعوى قطع النزاع، دعوى وقائية [3: ص140]Action ، أشار إلى [42:ص209 رقم 232] preventi تهدف إلى وقاية المدعي من الآثار الضارة للمزاعم والشائعات التي ثارت حول حقه أو مركزه القانوني خارج سوح القضاء.

والواقع إنَّ دعوى قطع النزاع [43] ، ليست دعوى تقريرية فحسب وانما دعوى الزام مستقبلية أيضاً ؛ لأن المدعي لا يكتفي بالمطالبة بالحكم له ، بعدم أحقية الزاعم فيما عجز عن اثباته أمام القضاء وانما يطلب ايضاً بإلزامه بأن لا يثير هذه المزاعم في المستقبل والحكم عليه بالتزام الصمت إلى الأبد.

وبناءً عليه يتضح ان دعوى قطع النزاع تهدف إلى تحقيق أمرين أساسيين: الأول، عدم أحقية الزاعم بما يدعيه ويزعمه من حقوق ومراكز قانونية خارج سوح القضاء، والثاني، الزامه بعدم اثارة هذه المزاعم والادعاءات مرة ثانية؛ حيث يتبين ان دعوى قطع النزاع دعوى ذات طبيعة مركبة، فهي دعوى تقريرية من ناحية ودعوى الزام من ناحية اخرى، كما ان الحكم الصادر فيها حكم مركب، حكم تقريري يقضي بعدم وجود حق للزاعم فيما يدعيه ويزعمه، كما أنه حكم الزام يقضي على المدعى عليه، الالتزام بالامتناع عن عمل، بأن لا يثير الزاعم ما أثاره من مزاعم وادعاءات بعد ذلك في المستقبل.

الفرع الثالث

الموقف الفقهي والقضائي من دعوى قطع النزاع

أنقسم الفقه بشأنه دعوى قطع النزاع بين مؤيد ومعارض[15: ص220] ، [44: ص217] ، [11: ص115] : يعارض الفقه الإسلامي والمشرع العراقي (كما مر ذكره آنفاً) هذا النوع من الدعاوى[36: ص 99] ، ويذهب مع هذا الاتجاه جانب من الفقه الحديث، بأن تترك الحرية للمدعي في تقديم إدعائهِ واعطائه الحق في اختيار الوقت المناسب، وَّعَدَّ ترك تحديد وقت تقديم الادعاء إلى الخصم الآخر بإكراهه عليه خروجاً على هذا الحق. أما المصلحة التي تنشأ عن المزاعم والادعاءات، فهي مصلحة محتملة تستند إلى ضرر محتمل يضر بالمدعي بسبب تلك المزاعم والادعاءات، فلا تقبل الدعوى استناداً إليها إلا في الحالات التي نص القانون على قبولها.

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

ومن الفقه المعارض لهذه الدعوى، يرى ان الغاية المبتغاة منها يمكن تحقيقها عن طريق الدعاوى التقريرية؛ لأنه إذا كانت مزاعم من ترفع عليه الدعوى جدية وتهدد مركزالمدعي القانوني، فأن الدعوى التي تحقق هذه الغاية هي الدعوى التقريرية وليست دعوى قطع النزاع. كما ان هذه الدعوى دعوى غير عادية لا يعرف فيها المدعي من المدعى عليه، حيث يقع عبء الاثبات فيها على المدعى عليه وهذا يخالف قاعدة " البينة على من ادعى..." كما لا يعرف مكان اقامة الدعوى، محكمة موطن المدعي أم محكمة موطن المدعى عليه [24: ص321] ،[2: ص194]. وقيل أيضاً ان المبادئ العامة لا تقر وجود هذا النوع من الدعاوى ؛ لأن تحرر المشرع من الشكليات لا يعني قبول أية دعوى، كما ان الزام شخص بالحضور أمام القضاء خلال فترة وجيزة ليثبت حقه، وإلا سقط عنه الحق، يمثل تعارضاً مع مبدأ " الحق في حرية رفع الدعوى ". بينما ذهب رأي آخر [45: ص62] ،[46: ص62] إلى قبول هذه الدعوى ؛ لأن من حق كل شخص أن يدحض المزاعم التي تلاحقه بصورة علنية وجدية والتي تضر بمركزه المالي أو الأدبي، فلا يجوز ان نحرم شخص، يتعرض لأقاويل واشاعات وادعاءات من حماية القضاء له، وهذا يجد له سند قانوني في المذكرة الايضاحية لقانون المرافعات المصري الملغي والقانون المعدل ذي الرقم 81 لسنة 1996 للقانون ذي الرقم 13 لسنة 1968، حيث جاء فيهما ((يجوز لمن يريد وقف مسلك تهديدي ان يكلف خصمه الذي يحاول بما يزعمه الاضرار بمركزه المالي أو الأدبي اقامة الدليل على صحة زعمه، فأن عجز، حُكِمَّ عليه بفساد ما يدعيه، وحرم من رفع الدعوى فيما بعد، على انه يجب ان لا تكون هذه المزاعم مجرد تخرصاً فارغاً ليس لها أثر ضار يعتد به و إلا كانت الدعوى غير مقبولة)) [12: ص381].

وانتهجت التشريعات الحديثة ذات النهج الروماني بقبول دعوى قطع النزاع ؛ إذا توافرت المصلحة في تقديمها واتخذت مزاعم المدعى عليه شكلاً جدياً ومؤثراً في المركز القانوني للشخص المزعوم ضده، بحيث تسيء إلى سمعته ؛ وبذلك تقوم له مصلحة شخصية ومباشرة في وضع حداً لها [3: ص 114].. وما يميز دعوى قطع النزاع ، أنها تعد دعوى تقرير سلبية عن دعوى "الكف عن المنازعة" التي يطلب فيها المدعي تقرير حقه في مواجهة من ينازعه فيه؛ باعتبارها دعوى تقريرية ايجابية[44:ص222] ، والتي يقع على المدعي فيها عبء الاثبات.

ومن الفقه العراقي من عارض[47: ص63]،[48: ص143] قبول دعوى قطع النزاع، مبرراً ذلك بذات المبررات التي ساقها الفقه الرافض للدعوى(والذي ورد آنفاً) وعدم نص قانون المرافعات المدنية على قبولها. وقد لاقى الاتجاه الرافض معارضة من غالبية الفقه العراقي، الذي يرى ان دعوى قطع النزاع مقبولة في ظل قانون المرافعات على الرغم من عدم النص عليها، واستندوا في ذلك على نص المادتين (6، 7) من القانون، وعلى التأييد الذي حظي به هذا التوجه من لدن القضاء العراقي[9: ص107] ، [49: ص15] ، الذي نص في الكثير من قراراته على قبول دعوى قطع النزاع،

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

مبرراً ذلك، بأن المواد أعلاه جاءت بحكم مخالف لما ذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية برفضها لقبول الدعوى، التي لا تقوم إلا على أساس مصلحة قائمة ومحققة، وان المواد آنفاً متوافقة مع النص المصري في المادة (3) من قانون المرافعات، على أن تتوافر شروط قبولها الآنفة الذكر. كما ان المادة (6) من القانون العراقي أشارت بصورة غير مباشرة إلى قبول الدعوى المستندة إلى مصلحة محتملة ؛ إذا كان المراد منها دفع ضرر محدق ووشيك الوقوع. ويتمثل هذا الضرر المراد دفعه بواسطة هذه الدعوى بالضرر المترتب على ادعاءات المدعى عليه، والهادفة إلى تشويه سمعة المدعي ومركزه القانوني.

وأصدر القضاء العراقي العديد من القرارات المؤيدة لهذا التوجه في ظل قانون المرافعات النافذ[50: ص26] منها ما قررت محكمة التمييز العراقية ((...ان قانون المرافعات المدنية جاء بحكم جديد قرر بموجبه قبول دعوى قطع النزاع...، وقد أجمع شراح الأصول العراقيين والمصريين معاً على قبول هذه الدعوى...)) ،[51: ص66] ، وكان القضاء الفرنسي رافضاً لقبول دعوى قطع النزاع، حيث قضت محكمة استئناف اوليان بأن ((دعوى قطع النزاع القديمة التي كانت ترفع ضد الشخص الذي يثير مزاعم وادعاءات تضر بالغير لإرغامه على اللجوء إلى القضاء لإثبات صحة مزاعمه في ميعاد محدد وإلا سقط حقه والتزم بالسكوت إلى الأبد لم تعد موجودة في القانون الفرنسي، حتى وان كانت موجودة ومقبولة في القانون الروماني والقانون والقضاء الفرنسيين قديماً، فإن قبولها وفق النص القديم لا يمكن ان يكون قائماً على احترام التقاليد، إذ لا بد من وجود نص صريح يقررها، وحيث لا نص، فأنها تكون غير مقبولة، كما أن القانون الفرنسي فيه من الكفاية، للشخص الذي يضار بالادعاءات والمزاعم التي تثار حوله، فيمكنه ان يطالب بالتعويض وفق المادة (1382)مدني (وهذه المادة خاصة بالمسؤولية التقصيرية)[52] ، وقد أخذ الفقه والقضاء في مصر ، في الوقت الحاضر بدعوى قطع النزاع، متى ما كان لرافعها مصلحة مؤكدة في رفعها، فمن حقه المطالبة في وقف مسلك تحريضي أو تهددي مؤذيين له، على ان تكون هذه المزاعم والادعاءات جدية وتشكل تهديداً وشيكاً لأصل الحق وان لم تبلغ درجة الخصومة الفعلية وأن تصل الخطورة إلى درجة تجعل من وقوع الضرر أمراً كبير الاحتمال، على أن لا تعدو تلك المزاعم ان تكون مجرد تخرصات فارغة ؛ فتكون حين إذْ الدعوى غير مقبولة[28:ص82 بند47]،[1: ص213 بند105]، [53: ص300بند111]. وفي هذا السياق قضت محكمة استئناف " Aix " الفرنسية ((ان دعوى قطع النزاع التي يرفعها شخص يُهدَّدْ في حقه، بسبب ادعاءات يروجها شخص آخر، تكون مقبولة، إذا كان موضوع الدعوى" ايقاف التعدي والزام الآخر بالسكوت عما يزعمه، والدعوى في هذه الحالة تستند إلى المادة (1382) مدني فرنسي (وهي خاصة بالمسؤولية التقصيرية)) [54].

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

وأوضح القضاء المصري مفهوم دعوى قطع النزاع والهدف منها، إذ قضت محكمة سوهاج ((إذا كان يجوز قبول الدعوى، إذا كانت المصلحة فيها حالة وعاجلة، فأنه يجوز قبولها إذا كانت المصلحة فيها محتملة ومستقبلة، وكل ما يشترط لقبول هذه الدعوى ان يكون المدعى عليه قد قام بتهديد ووعيد علنيين يعكران على المدعي صفوه أو يشوهان سمعته)) [55:ص326] .

ويؤيد الباحث، اللجوء إلى هذه الوسيلة لقطع النزاع ورفع الخصومة في حالة انعدام الوسائل الأخرى، أي الانواع الأخرى من الدعاوى، المحققة لذات الغرض الذي تحققه دعوى قطع النزاع. ومثال ذلك الدعوى التقريرية، والدعوى التعويضية دعوى الكف عن المنازعة والتي لا تثير أية اشكاليات قانونية ؛ لتجنب ما تثيره دعوى قطع النزاع من اشكاليات قانونية وعدها وسيلة أخيرة يلجأ إليها عند الاضطرار.

المبحث الثاني

الدعاوى الوقائية المستقبلية

إنفرد المشرع العراقي بالنص على قبول الدعوى على أساس المصلحة المحتملة ؛ إذا كان الطلب يتعلق بحق مؤجل، بينما أخذ التشريع المقارن به فقهاً وقضاءً من دون النص عليه في قانون المرافعات. و يوضح نص المادة (6) مرافعات عراقي، ان المشرع جوز قبول الدعوى، المطالبة بحق مؤجل، يستند إلى مصلحة محتملة، تكفي في اعتمادها كأساس لقبول الدعوى، بينما أخرج فحوى المادة (7) من نطاق المصلحة المحتملة المحدد في المادة (6)، وكأن الدعاوى التقريرية و دعاوى التحقيق التي أشارت إليها غير واقعة ضمن نطاق المصلحة المحتملة، وغيرمتصلة بها وكأنها دعاوى مستقلة، دعاوى تقريرية ودعاوى إستيثاق وهو يتطابق مع ما ورد في المادة (3) من قانون المرافعات الملغي، لكنه ورد على خلاف ما أسس له المشرع المصري الذي نص بشكل صريح على ان قبول الدعوى على أساس المصلحة المحتملة يتحقق، إذا كان المراد منها دفع ضرر محدق و استيثاق حق يخشى زوال دليله. وبذلك أظهر النص ضوابط المصلحة المحتملة وحدة واحدة، بينما أظهر النص العراقي ما ورد في المادة (7) مرافعات وكأنه لا يرتبط بالمصلحة المحتملة الواردة في الشطر الأخير من المادة (6) ، مما يبرر ضرورة صيرورة موحدة لهما وبدون تكرار.وسنناقش الدعاوى التقريرية المستقبلية على النحو الآتي :

المطلب الأول

دعوى المطالبة بإلتزام مستقبلي

سنناقش هذا المطلب على النحو الآتي :

الفرع الاول

التعريف بدعوى الإلزام المستقبلي

الأصل[7: ص38] ،[12:ص376] ، هوعدم جواز المطالبة بحق لم يحل أجله، بمعنى لم يحل موعد استحقاقه أو حَلّْ موعد استحقاقه، لكن المدين لم ينكره، أو لم يرفض الوفاء به، أو طلب مهلة حتى يقوم بالوفاء به، هذا يشير إلى أن الاعتداء المنشِيء للحق في رفع الدعوى لم يحدث، ولا يحدث إلا بحلول موعد الاستحقاق ورفض المدين الوفاء بالتزامه أو انكاره للدين، أو للحق أو التشكيك به، حين إذ يُعَّدْ الاعتداء قد وقع، و ينهض الحق في رفع الدعوى لحاجة الدائن للحماية القضائية، وبذلك يظهر الترابط بين وقوع الاعتداء ونشوء الحق في رفع الدعوى، الحاجة إلى الحماية القانونية بواسطة القضاء، بقبول الدعوى على أساس مصلحة قائمة وحالة، لكن أحياناً الحق أو الدين غير مستحق الوفاء، وتبدو من المدين ظواهر أو اشارات أو تصريحات تنم عن عدم الاستعداد للوفاء عند حلول الأجل أو إنكار الدين، أو تجهيل لحق الدائن. هذه الحالات، هي موضوع البحث بواسطة ما يسمى بدعوى المطالبة بإلزام مستقبلي. مثال ذلك، عقد الايجار، إذا نكل المستأجر عن الوفاء بالأجرة المستحقة، فأنه يجوز المطالبة بما لم يحل أجله من التزامات إضافة لما هو مستحق، على أن يكون الوفاء بها حين استحقاقها[10:ص230]، [57:ص115] ، [45:ص131] .

وتعرف دعوى المطالبة بإلزام مستقبلي، بأنها" دعوى يرفعها أصحاب الحقوق المستقبلة للمطالبة بها قبل استحقاقها، إذا صدر من المدين بالحق بعض التصرفات التي ترجح امتناعه عن الوفاء بها عند حلول الأجل والاستحقاق" [56: ص326]. وتسمى هذه الدعوى أيضاً، بدعوى" الادعاء بحق مؤجل " كما ورد أعلاه من المادة (6) مرافعات عراقي، و المصلحة المستقبلة، هي مصلحة غير محققة لكنها مصلحة مؤكدة، غير حالة، لكنها مستقبلية، مقترنة بأجل لم يحل بعد. فالأصل إنَّ المصلحة المستقبلة لا تكفي لقبول الدعوى قبل حلول الأجل. وتتجسد هذه الدعوى في نطاق ما يوسم بالعقود المستمرة التنفيذ. مثال ذلك، الدعوى التي يقيمها الدائن على المدين ويكون الوفاء على شكل أقساط دورية، والتي يطالب فيها الدائن (سواء كان المقرض أو المؤجر) الحكم على المدين بما حل أجله من الدين ولم يوفى به ، وما يستحق منه لحين صدور الحكم (هنا تقوم مصلحة قائمة لأن الضرر حال)، وإلزامه بما يستحق الوفاء من

الدين في المستقبل (وهنا مصلحة مستقبلية)؛ فالتصرف المتوقع من المدين وبدلالة ظروف تقصيره بالوفاء بما حل أجله من الدين، يعد الأمر ضرر وشيك الوقوع يستوجب الإحتياط لدفعه، ومنع تكراره، فتولد للدائن مصلحة محتملة في المطالبة بالدين الذي سيحل مستقبلاً، مبتناة على أساس قرينة قضائية، على أن المدين سيقصر في الوفاء في المستقبل أو في التزاماته المستقبلية، كما قصر في المرحلة الأولى من الوفاء، وهذه المصلحة المحتملة تكفي لقبول الدعوى والمطالبة بالحكم عليه بالوفاء عند حلول الأجل، إذا قصر في التزامه مستقبلاً، ينشأ للدائن الحق بالتنفيذ الجبري على أمواله دون الحاجة إلى رفع دعوى في كل مرة يخل فيها بالتزاماته[34: ص276]،[58: ص638]،[10: ص230]. فالدائن بدين لم يحل أجل الوفاء به، ليس له أن يرفع دعوى مطالبة به قبل حلول الأجل؛ لأن هذه الدعوى غير مقبولة كونها مرفوعة قبل الأوان[59: ص102] أو بعبارة أخرى ان المصلحة فيها مستقبلة، بل الحاجة إلى هذه الدعوى أمر إحتمالي، فقد يوفي المدين طوعاً عند حلول الأجل. غير أنَّ القانون العراقي، أجاز قبول الدعوى بالالتزامات المستقبلة على أنْ يراعى الأجل عند الحكم به، ويتحمل المدعي مصاريف الدعوى ؛ حيث إنَّ الالتزامات الواجبة التنفيذ على المدعى عليه، لا تنفذ إلا عند حلول أجلها.

الفرع الثاني

الموقف الفقهي والقضائي من دعوى المطالبة بإلزام مستقبلي

أثارت هذه الدعوى خلافاً في الفقه والقضاء، لأنها ترفع بصدد حق لم يحل أجله، فذهب رأي إلى عدم قبولها لإنعدام المصلحة فيها؛ حيث إنَّ الإعتداء لم يقع بعد على الحق[60: ص150]، [61:ص 82] ، وبالتالي لا يجوز للمحكمة أنْ تحكم بما يستجد من أجرة بعد الحكم، بينما يحق لها ان تحكم بما يستحق حتى تاريخ الحكم في الدعوى، فحتى لو قامت مصلحة إحتمالية، إلا إنَّ مسلك المدين لا ينشأ عنه خطر محدق بحق الدائن، يجعل دعوى الأخير مقبولة؛ لأن من شأن قبولها بناء على مصلحة محتملة ؛ أنْ يكون الحكم فيها وقتياً وهو عكس الحكم الصادر فعلاً وهو الالزام [62:ص118].

ومن الفقه من يعدها دعوى غير طبيعية من صور دعوى الإلزام ولا يجوز قبولها إلا بنص قانوني خاص، لأن قبولها هو إستخدام دعوى الإلزام على اساس إنَّها دعوى وقائية وهو ما يتنافى مع طبيعتها [3: ص136]، ومن الفقه من يدعو إلى ترك أمر قبولها للقاضي، بحيث يصبح الأمر جوازيًّا له وذلك في ضوء موقف كل من الدائن والمدين قبل رفع الدعوى وبعد حلول الأجل [18: ص324]. والرأي الراجح من الفقه يساير ما هو متبع من قبول هذه الدعوى استناداً لمصلحة محتملة في دفع ضرر وشيك الوقوع[53:ص170]. وهذا ما ذهب إليه الفقه المصري، بشأن العقود المستمرة ؛ من عَدَّ المصلحة في دعوى المطالبة بالحقوق المستقبلة، " مصلحة مستقبلة " يجوز قبول الدعوى استناداً

إليها، إستثناءً، إلا ان الحكم بالحق المستقبل،لايكون ملزماً للمدين بأداء الالتزام الصادر به قبل ميعاد استحقاقه وإنما يلزم بأدائه عندما يصير الالتزام مستحقاً فعلاً[63: ص 230].

وقررت محكمة التمييز الاتحادية بمراعاة أجل الدين عند قبول الدعاوى المتعلقة بالتزامات قائمة على عقود مستمرة التنفيذ، والحكم فيها استناداً إلى الشطر الأخير من المادة (6) مرافعات عراقي [64 : ص51].

وبناءً عليه، فأن دعاوى الإلزام المستقبلي، دعاوى مستقبلية وقائية تقريرية، تقوم على أساس التزام مستقبلي ويجوز قبولها استناداً لمصلحة محتملة في دفع ضرر وشيك الوقوع، استثناءً من الأصل العام الذي يوجب قبولها استناداً لمصلحة قائمة وحالة، وتتجسد في العقود الدورية المستمرة التنفيذ في حالة إخلال المدين بإلتزامه الأولي من العقد، يلزم بحكم مستقبلي بصدد ذات الالتزام في حالة الاخلال به.

المطلب الثاني

دعوى وقف الأعمال الجديدة

سنناقش هذه الدعوى على النحو الآتي :

الفرع الاول

التعريف بدعوى وقف الاعمال الجديدة

عالج المشرع العراقي في المواد (1145– 1168) من القانون المدني النظام القانوني لحيازة العقار والحقوق العينية، والدعاوى المقررة لحمايتها؛ مما قد تتعرض له حيازة العقار من إعتداء، والدعاوى التي يقبلها القضاء لتحقيق الحماية القضائية العلاجية أوالوقائية لها، من خلال ثلاث دعاوى، هي على التوالي، دعوى استرداد الحيازة، في حالة غصب حيازة العقار ونزعه من يد الحائز، ودعوى منع التعرض وهي تقتضي حصول تعرض قانوني أو مادي للحائز، لم يبلغ حد نزع اليد عنه، والثالثة ، دعوى وقف الأعمال الجديدة. بينما لم يتناول قانون المرافعات إلا التعريف بتلك الدعاوىفي المادة (11) منه [28: ص78].

وعرف المشرع العراقي الحيازة في المادة (1145) بأنها (الحيازة وضع مادي يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق) ، وتستند دعوى وقف الاعمال الجديدة في قبولها من قبل القضاء على المصلحة المحتملة، بينما تستند باقي دعاوى حماية الحيازة الأخرى على المصلحة المحققة والحالة. وعرفت المادة (11 ف3) من قانون المرافعات العراقي ، دعوى وقف الأعمال الجديدة، بأنها دعوى(تقتضي حصول تعرض للحائز من جراء أعمال جديدة لم تتم، تهدد حيازته). بمعنى لو تمت هذه الأعمال تهدد حيازة المدعي، أما قبل التمام أو قبل إكمال عام على بدئها فلا تشكل تهديداً ، وعرف المشرع دعوى وقف الاعمال

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

الجديدة(من حازعقاراً وإستمر حائزاً له سنة كاملة وخشي لأسباب معقولة التعرض، جراء أعمال جديدة تهدد حيازته، كان له أن يدعي أمام محكمة البداءة، طالباً بوقف هذه الأعمال، بشرط أن لا تكون قد تمت وأن لايكون قد انقضى عام على البدء بها)[65:مادة 1155/ف1] ، وهي دعوى تستند إلى مصلحة محتملة، بصدد الوقاية من ضرر محتمل قد يحصل وقد لا يحصل، بناءً على خشية أن تشكل هذه الأعمال تهديداً له كما ورد في النص، تقابلها المادة (962) من القانون المدني المصري ، ولايختلف التعريف المصري عن التعريف العراقي، إلا ان المشرع العراقي استخدم مصطلح ترفع دعوى إلى محكمة البداءة"، بينما استخدم المشرع المصري مصطلح، ترفع دعوى إلى القاضي، وبالتالي فلا إختلاف بينهما. وبذلك فدعوى وقف الاعمال الجديدة، تستند إلى ضرر محتمل لحائز الحق، قائماً على الخشية من وقوع تعرض، يحدث له ضرراً محتملاً لو تمت هذه الأعمال أو مضى على البدء فيها مدة سنة. وَعَّدَ المشرع العراقي في المادة (1156)مدني، والمصري في المادة (44) مرافعات، على أنَّ الحكم في دعاوى الحيازة لا يرتب أي قضاء بملكية العقار لمن حكم لمصلحته، وبذلك فأن الدعوى تُقْبَلْ، ليقضى فيها بوقف الأعمال في بداية تنفيذها، ولو انها لم تؤدِ إلى الحاق ضرربالمدعي)، وليس هناك جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الاستحقاق؛ فمن استعمل دعوى الحيازة، وكان مالكاً أيضاً، فله حق استعمال دعوى الاستحقاق بعد خسارته لدعوى الحيازة، ولا يقوم ذلك في حالة العكس، بمعنى ان المالك إذا استعمل دعوى الاستحقاق أولا وخسر الدعوى؛ فلا يحق له استعمال دعوى الحيازة، وأن دعاوى الحيازة تقرر حماية وضع ظاهر للمحافظة على استقرار المعاملات، وتعد الحيازة قرينة على الملكية وطريق لأكتسابها بالتقادم ، وتقبل هذه الدعوى بمجرد أن يثبت المدعي أن له مصلحة في هذه الدعوى، وأن هذه الأعمال لو تركت لتتم ؛ فأنها تصبح تعرضاً لواضع اليد ، و عندها لا يمكن رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة بشأنها وانما ترفع دعوى منع التعرض[15: ص166]، أشار إلى [66]. أما المشرع الفرنسي فقد ألغى كل ما يتعلق بالحيازة في المواد(2279 ، 2282 ، 2283)من القانون المدني بموجب المرسوم 177 في 16 شباط 2015 و ما يتعلق بدعاوى الحيازة في قانون الاجراءات(المواد 1264 – 1267) بموجب المرسوم 892 في 6 مايس 2017 ، وبذلك أنهى المشرع الفرنسي عهد الحيازة والدعاوى المتعلقة بها لإنتفاء الشروط المحققة لها[67].

الفرع الثاني

شروط قبول دعوى وقف الأعمال الجديدة

نستخلص مما وردأعلاه وخاصة النصوص القانونية، شروط قبول هذه الدعوى:

1–أن يتوافر في الدعوى شرط المصلحة وخصائصها، بأن ترفع دعوى وقف الأعمال الجديدة من قبل الحائز الذي يحتمل وقوع إعتداء على حيازته ويستوي أن يكون حائزاً أصلياً أو حائزاً عرضياً ،وأن تكون له صفة في رفع الدعوى

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

ضد الحائز القائم بالاعمال الجديدة ،بمعنى أن ترفع الدعوى من ذي صفة على ذي صفة ، وأن تمثل الأعمال الجديدة خطراً محدقاً على الحائز المدعي .

2-ان يشرع بالأعمال الجديدة المطلوب وقفها على العقار العائد للمدعى عليه وليس على عقار الحائز المدعي، إذ لو وقعت تلك الأعمال على عقار الحائز لكان تعرضاً لحيازته فعلاً وحالاً ولزم رفع دعوى منع التعرض وليس دعوى وقف الأعمال الجديدة [34: ص289] .

3-ان لا تكون الأعمال الجديدة قد تمت أو انقضى عاماً على البدء بها؛ فإذا مضت مدة عام على البدء أو تمت بمعنى اكتمل البناء؛ سقط حق الحائز المدعي في رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة ؛لأن هذه المدة مدة سقوط لا تقبل الوقوف والانقطاع كمدة التقادم، وتكون في هذه الحالة منشئة لدعوى منع التعرض، لا دعوى وقف الأعمال الجديدة.

4-أن تكون حيازة المدعي مكتملة الأركان والشروط اللازمة لمدة سنة كاملة فأكثر، بحيث تكون مستمرة غير متقطعة وهادئة (خالية من الإكراه) وواضحة وظاهرة ولا تقوم على اصول الاباحة أو المسامحة، بتوافرها يِجَّوِزْ القانون للحائز بقبول دعواه في وقف تلك الأعمال.

5-أن تكون هناك أسباب معقولة تدعوا إلى وقف هذه الاعمال، وهذه مسألة تقديرية خاضعة لسلطة المحكمة، قد ترى أن الاسباب التي يستند عليها الحائز المدعي لا تبرر وقف هذه الأعمال، لا سيما ان المشرع أجاز للمحكمة أن تلزم المحكوم له (الحائز أو القائم بالأعمال) بتقديم كفالة مناسبة تغطي الضرر الذي قد يصيب المحكوم عليه (الحائز، إذا حكم له بوقف الأعمال أو المدعى عليه إذا حكم له باستمرار الأعمال)، وهذا يبان عندما يكسب أحدهم الحكم الموضوعي لصالحه أمام محكمة الموضوع.

الفرع الثالث

الموقف الفقهي والقضائي من دعوى وقف الأعمال الجديدة

ومن الفقه العراقي، من يرى[10:ص256] ، ان دعوى وقف الأعمال الجديدة تمثل الدعوى الوقائية للحيازة، وترمي إلى الحيلولة دون تمام فعل التعدي الحاصل من الغير في مواجهة الحائز، والذي يعد تعدياً احتمالياً، على خلاف التعدي الحاصل في دعوى منع التعرض والذي يعد تعدياً واقعاً بالفعل، ويشترط أن تجري هذه الاعمال في عقار المدعى عليه، لا في عقار المدعي، إذ لو كانت كذلك لكان التعدي تعرضاً تاماً، ولتمت معالجتها بدعوى منع التعرض. وعرفت هذه الدعوى مصرياً بأنها " دعوى يرفعها الحائز لحماية حيازته من إعتداء محتمل عليها ، بحيث لو تم هذا الاعتداء لكان تعرضاً للحائز في حيازته (المادة 962 مدني) ؛ فهي إذً دعوى وقائية ترمي إلى توقي تعرض،

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

لم يقع بعد، كأن يقوم شخص بحفر بئر عميقة في أرضه، من شأنه الاستحواذ أو التأثير سلباً على مياه الآبار المجاورة لأرضه، فيطلب المدعي وقف حفر هذا البئر[7:ص38] .

كما عُرِفَّتْ دعوى وقف الأعمال الجديدة من قبل الفقه الفرنسي، La denunciation de nouvel oeuvre : " بأنها الدعوى التي يكون الغرض منها توقي اعتداء محتمل eventual على الحيازة ؛ إذا شرع المعتدي بالقيام بأعمال من شأنها التعرض لحيازة الحائز لو تمت ". و أباح المشرع الفرنسي للمدعي ان يرفع دعوى يطلب فيها وقف هذه الاعمال، في بداية القيام بها حتى لا يقع الضرر في المستقبل[17: ص363] ، [45: ص159]، [68:ص90 بند 96]. ويعتبر هذا العمل من الأعمال الجديدة، إذا لم تمضِ على بداية هذه الأعمال مدة سنة وهي المدة التي يلزم المدعي برفع الدعوى خلالها 69:ص 1161]. إلا أن الفقه الفرنسي كان منقسماً إلى فريقين، فريق يعد هذه الدعوى مستقلة وقائمة بذاتها، وفريقاً يعدها صورة من صور دعوى منع التعرض، وفي الأخير ساد الاتجاه الاول.وأخذت المحاكم الفرنسية بترجيح استقلالية دعوى وقف الاعمال الجديدة، فيما أصدرته من أحكام، وفرقت بين دعوى وقف الاعمال الجديدة ودعوى منع التعرض، وقررت محكمة النقض[70] بشأن حائط مشترك يفصل بين عقارين، يطلب أحدهما بمنع شريكه من الاستمرار فيما يقوم به من هدم البناء القائم على أرضه ؛ كونه يعرض الحائط المشترك للخطر، فقضت، ((ان الدعوى المرفوعة ليست دعوى منع التعرض لأننا لسنا بصدد تعرض حال بل تعرض مستقبلي))، وعلى المحكمة ان تتخذ الاحتياطات التي تحمي المدعي من ان يقع له ضرر. وفي قرار آخر قضت ((ان دعوى وقف الاعمال الجديدة تؤسس على تعرض مستقبلي سيلحق بوضع يد المدعي إذا انتهت الاعمال التي يريد وقفها)). وبذلك فأن دعوى وقف الأعمال الجديدة وفق الفقه الفرنسي، دعوى وقائية تستند إلى مصلحة قائمة وحالة، أساسها نزاع لم يقع، إلا أنه يشكل تعرض إذا اكتمل أو إنقضى عاماً على البدء به، مما يولد ضرورة الوقاية منه وتجنبه قبل وقوعه، وأخيراً ألغى المشرع الفرنسي هذه الدعاوى كما ورد آنفاً. ونظمت الفقرة الثانية من المادة (1155) قانون مدني عراقي أحكام دعوى وقف الأعمال الجديدة على إنَّ (2 – وتصدر المحكمة حكماً مؤقتاً بوقف الأعمال أو باستمرارها ويجوز لها في كلتا الحالتين أن تأمر بتقديم كفالة مناسبة، في حالة وقف الأعمال ضماناً لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف، متى ما تبين بحكم نهائي في الموضوع إنَّ الاعتراض على استمرارها كان على غير أساس، وتكون في حالة الحكم باستمرارالأعمال ضماناً لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها إصلاحاً للضرر الذي يصيب المدعي، إذا تبين انه محق في دعواه بحكم نهائي في الموضوع).إذ يقرر القاضي المستعجل بوقف الأعمال الجديدة إذا رأى ان الاستمرار فيها ينطوي على التعرض للحيازة مستقبلاً. أما إذا رأى بخلاف ذلك، يقرر الاستمرار في العمل، وفي كل الأحوال يأمر القاضي الشخص المحكوم له في دعوى الحيازة بأن يقدم كفالة مناسبة وفق المادة (1155

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

/ف2 عراقي و المادة 962/ف2 مصري)[71:ص68]. فإذا قرر وقف الاعمال الجديدة، وتبين بعد ذلك في الحكم النهائي من قبل محكمة الموضوع، بعد عرض دعوى الحق عليها، ان الاعتراض على اتمام العمل وطلب وقفه لم يكن قائماً على أساس من القانون، فمن حق من قرر القضاء المستعجل لغير صالحه في دعوى وقف الأعمال الجديدة، الرجوع على محكمة القضاء المستعجل، ويطالب بِجَّبرْ الضرر الذي تعرض له جراء وقف العمل بضمانة الكفالة التي قدمها من صدرالقرار لصالحه. أما إذا قرر القاضي المستعجل بالاستمرار بالعمل الجديد، ثم حصل الحائز في دعوى الحق على حكم نهائي لمصلحته، كان له الرجوع على القاضي المستعجل، مطالباً بضمان لإزالة الأعمال الجديدة كلها أو بعضها وفقاً للحكم الموضوعي الصادر فيها[72: ص165] ،[42:ص189بند212] مشار إليه[12: ص444] ويكون لمن صدر بحقه قرار من القضاء المستعجل، وهو قرار وقتي، أن يعرض دعواه على قاضي الموضوع . فإذا حكم له، فله أن يرجع على القاضي المستعجل ليسترد ما أودعه من تأمينات ويطالب بالتعويض إذا كان له مقتضى، وبخلافه، يعوض الآخر بما لحقه من ضرر، من مبالغ التأمينات المودعة لدى المحكمة[1:ص241]، [3:ص176].

وقررت محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية[73] ((...وحيث ان من شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة أن لا تكون قد تمت وألا يكون قد انقضى عام على البدء فيها، كما ورد في المادة (1155 / ف2) من القانون المدني، وعليه تكون دعوى المميز لا تقوم على سبب قانوني صحيح وحيث ان محكمة الموضوع قد ردت الدعوى لأسباب أخرى، عليه قرر تصديق الحكم المميز من حيث النتيجة ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز وصدر بالاتفاق في 1992/9/7)). وقررت محكة النقض الفرنسية[74] ((ان إتمام البناء يحول دعوى وقف الاعمال الجديدة إلى دعوى منع تعرض)). وفي ذلك نرى أن تمام البناء، يعني ان التعرض قد حصل فعلاً، والضرر قائم، و القضاء الموضوعي الذي يوفر الحماية للحيازة في مثل هذه الحالة هو دعوى منع التعرض، التي تستند إلى مصلحة محققة.

وبناءً عليه، فأن دعوى وقف الأعمال الجديدة، دعوى تستند إلى مصلحة قائمة وحالة ، وقائية ، تستند إلى ضرر محتمل، يقضى فيها من قبل القضاء المستعجل،مستقبلية غير مؤكدة، عدم وقفها إلى حين تمام الاعمال، أو بمرور عام على بدأ تلك الاعمال ؛ تتحول إلى دعوى أخرى، هي دعوى منع التعرض، وهي دعوى مستعجلة تقريرية، تقرر محكمة القضاء المستعجل وقف تلك الاعمال، إذا كانت تشكل ضرر محتمل لحيازة المدعي، أو استمرار تلك الاعمال، إذا تبين لها عدم وجود ضرر محتمل، وفي كلتا الحالتين تقرر فرض كفالة على من تقرر المحكمة لصالحه، لتعويض الآخر أو ازالة الاعمال، إذا قضت محكمة الموضوع لصالح أي منهما، وقيام دعوى وقف الأعمال على أساس من

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

القانون من عدمه، وهي دعوى وقائية، ترمي إلى منع الاعتداء على الحيازة قبل وقوعه، وتستند الدعوى في قبولها على (المصلحة في الاستقرار)، ويشترط لقبول الدعوى التي يتولاها في القانون العراقي القضاء المستعجل(محكمة البداءة) بالشروط الآنفة الذكر، و تستند إلى الضرر المحدق بأصل الحق والذي يوسم أيضاً " بالاستعجال "، إضافة إلى ان تكون التدابير وقتية وغير ماسة بأصل الحق، وبالتالي فدعوى وقف الأعمال الجديدة، دعوى وقائية تقريرية مستعجلة ومستقبلة غير مؤكدة، تقي حائز العقار من ضرر محتمل، تستند إلى " مصلحة في الاستقرار"، ودعوى ممهدة لدعوى للدعوى بأصل الحق ذات الصلة بها .

المطلب الثالث

الدعوى الاستفهامية

سنبحث هذا الموضوع على النحو الآتي:

الفرع الأول

التعريف بالدعوى الاستفهامية

حق الخيار بين أمرين في علاقة قانونية، يمنح لأحد طرفيها، طلب فحواه تقرير" الاجازة أو الابطال " للتصرف المعقود بينهما فوراً، وقبل انقضاء المدة المحددة قانوناً للخيار، وهو خيار سائد في الفقه والشريعة الاسلامية، والدعوى الاستفهامية تقوم على طلب الدائن من المدين، الذي له حق الخيار أن يحدد موقفه من الأمر محل الخيار فوراً، والمدة المحددة للخيار قانوناً لم تنتهِ بعد. ومحور الاهتمام في هذه الدعوى، هو بيان جواز أو عدم جواز قبول هذه الدعوى والمصلحة التي تستند عليها في كل حالة. وفي الغالب، تتصل الدعوى الاستفهامية بعيوب الارادة في القانون المدني (الإكراه، الغلط، الغبن والتغرير والاستغلال، نقص الاهلية اجازة تصرف الفضولي في مال غيره وتجاوز الوكيل لحدود وكالته وغيرها) ، ومن آثارها صيرورة العقد موقوفاً لحين الاجازة أو الإبطال من قبل من شرعت الحالة لمصلحته ؛ وإنَّ مدة الخيار تُحدَّدْ في الغالب قانوناً أو يترك تحديدها لمن شرعت لصالحه، وأحياناً يتدخل القضاء في تحديدها. والمثال على ذلك ما يقرره القانون المدني المصري بترك الخيار للقاصر في القرار على اجازة ما أبرمه من عقود مشوبة بالغبن قبل بلوغه سن الرشد، والتي حددها المشرع المصري بمدة ثلاث سنوات من بلوغه سن الرشد، وكذلك ما قرره القانون المدني العراقي في اجازة أو ابطال تصرفات القاصر ذات العلاقة بعيوب الارادة خلال مدة ثلاثة أشهر[65: المادة 136]، [75: المادة 140]، [2:ص238]. واشكالية هذه الدعوى هي في جواز أو عدم جواز رفع دعوى من قبل من أبرم عقداً أو تصرفاً قانونياً مع قاصر يطالب فيها من خلال القضاء بعد بلوغه سن الرشد، يطالبه فيها في تحديد موقفه فورا من اجازة أو ابطال ذلك العقد قبل انتهاء مدة الخيار.

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

وقد وسم الفقه هذه الدعوى بمسميات مختلفة، منها الدعوى الاستفهامية، بمعنى ان المدعي يستفهم من المدعى عليه من خلال القضاء عن تحديد موقفه من العقد المبرم معه قبل بلوغ سن الرشد وذلك عندما يبلغ تلك السن، ووسم أيضاً بالدعوى الاستجوابية[76:ص310بند323] ، وهي الدعوى التي بواسطتها يستوجب المدعي، المدعى عليه أمام القضاء ليحصل على اجابة حول استعمال حقه في الخيار بالنسبة للحقوق والمراكز القانونية محل العلاقة القائمة بينهما.

الفرع الثاني

الموقف الفقهي من الدعوى الاستفهامية

وقد عرف بعض الفقه الدعوى الاستفهامية بأنها "الدعوى التي يرفعها شخص، يتوقف تحديد مركزه القانوني أي اكتسابه أو فقده على الموقف الذي يختاره شخص آخر خلال مدة زمنية يتولى القانون تحديدها تسمى مدة الخيار"، فالقصد منه تقصير أمد هذه المدة بأن يطلب رافعها من الشخص الآخر، قبل نهاية المدة، تحديد موقفه " وله مصلحة في الاستقرار في ذلك[77:ص44 بند36]. وقد عرفها آخر من الفقه، على أنها " تلك الدعوى التي يرفعها المدعي ضد شخص يتمتع بحق خيار أمر أو موقف من بين أمرين أو موقفين أو أكثر بأن يحدد موقفه فوراً باختيار أحدهما، والتي يخولها له حق الخيار قبل انقضاء الفترة المحددة له لممارسة هذا الحق" [1:ص216بند105]. ومن التعريفات أعلاه، نجد انها متقاربة وترمي إلى غرض واحد هو بيان موقف المدعى عليه بالإجازة أو الأبطال، باستخدام الخيار، قبل انقضاء المدة الممنوحة له، بهدف استقرار الحقوق والمراكز القانونية للمدعي أو الدائن ؛ لتتوطد عوامل الثقة والأمان بين الناس، وهذه المدد تتحدد بالقانون أو يحددها المدعى عليه واحياناً تقوم الحاجة إلى تدخل المحكمة في إيجاد حل لهذا الموضوع الذي يؤثر سلباً على التعامل بين الأفراد ويؤثر سلباً في استقرار المعاملات.

وموضوع الخيار بين الاجازة والابطال إمتداد للفقه الاسلامي، الذي يمتاز بتحديد مدة قصيرة لا تتجاوز ثلاثة أيام، وبالنسبة للقاصر يتولى أمره من هو ولي أو وصي عليه، إلا ان المشرع المصري يمتاز بالمبالغة في تحديد هذه المدد، وكذلك ما قرره المشرع الفرنسي، والذي جعلها خمسة سنوات، بينما تجدها في القانون المدني العراقي لا تتجاوز الثلاثة أشهر، ما عدى حالة الاستغلال والتبرع، التي تترك المجال لصاحب الحق في الخيار،لنقضه أو إجازته خلال مدة لا يزيد على سنة [65: المواد(125و136] ،[75 : المادة (140و 940)].

ويمكن تعريف الدعوى الاستفهامية بأنها ، الدعوى الي يرفعها المدعي إلى القضاء طالباً فيها تحديد موقف المدعى عليه من حقه في الخيار الذي منحه اياه القانون بين أمرين أو أكثر (الاجازة أو الابطال) سواء كان حق الخيار محدد

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

بمدة زمنية أم لم يحدد وذلك من اجل استقرار المعاملات والمركز القانوني للمدعي. وانقسم الفقه في موقفه من الدعوى الاستفهامية إلى فريقين، فريق معارض وآخر مؤيد، وكما هو وارد في السطور الآتية :

أولا – الفريق المعارض: وهو الفريق الغالب، وحججه[56:ص328]، [18:ص325]، [57: ص131]، [53:ص298] ، قبول الدعوى فيه اكراه أو إجبار لصاحب الخيار على أنْ يمارس حقه أو سلطته في الخيار قبل إنقضاء مدته المقررة قانونا، هذا القبول يتعارض مع ما قرره القانون له، ويحرمه من الخيار القانوني، إذ له الحق في الخيار، ولو لآخر لحظة منه. قبول الدعوى يتعارض مع قاعدة الالتزام بالمدد المحددة قانوناً والتي تعد من النظام العام ؛ ومن الأولى التزام القضاء بها أولاً، وتمثل إجبار لصاحب الخيار في استدعائه إلى القضاء بناءً على طلب المدعي، مما يتعارض مع حق الخيار الذي قرره المشرع لصالحه[78:ص580]، [57:ص132]،[45: ص119] .على الرغم من استناد الدعوى الاستفهامية على" مصلحة في الاستقرار والاطمئنان" على المركز القانوني للمدعي، إلا أنها لا يقرها القانون؛ لأنها تعتدي على حقوق ثابتة مقررة قانوناً للآخرين، ولا تستند إلى حق مقرر لرافعها، بل تحرم المدعى عليه من مهلة مقررة قانوناً لصالحه؛ وبالتالي فلا مصلحة قانونية تستند عليها هذه الدعوى[18:ص325 بند303]،[28:ص68 بند37] ان قبول الدعوى الاستفهامية، إخلال بقواعد التعاقد وبسلطة القاضي في الحكم؛ لأن التمسك بحق الخيار سواء بالإجازة أم بالبطلان مناط بصاحب الحق فيه، وقبول الدعوى حرمان له، من ما هو مقرر لمصلحته وخروج القاضي عن حدود سلطته، فالعقد هو شريعة المتعاقدين، ولا تعديل فيه من دون ارادتهما او ما ينص عليه القانون[15: ص243 بند 235].

ثانياً- ويرى جانب من الفريق المناصر، ان قبول الدعوى الاستفهامية على سبيل الاستثناء في حالات محددة قانوناً، لا محل للقياس عليها لأنها استثناء والاستثناء لا يقاس عليه، وقبولها خروج على القواعد العامة، فمثلا يجوز لمن اشترك في عقد قسمة المال الشائع ان يطلب من الغائب الذي حضر أو الصغير الذي كبر ان يقر القسمة أو ينكرها أمام القضاء، فأن انكرها أو لم يجب، رفعت دعوى القسمة من جديد، وفق قاعدة "عدم جبر الشخص في البقاء على الشيوع" [56:ص328 بند416] ، وكذلك التصرف الضمني لصاحب الحق، والدال على اجازته للتصرف المتفق عليه اثناء فترة الخيار، من خلال التصرف في محل العقد بعد بلوغه سن الرشد وقبل مضي مدة الثلاث سنوات التي يتمتع بها في حقه، في اجازة العقد أو ابطاله – تصرف يدل على اجازة العقد، كما لو كان مشترياً لعقار وقام ببيعه بعد بلوغه سن الرشد مباشرة[44:ص341] .

ثالثاً –الفريق المؤيد : وهناك من يقف الى جانب قبول الدعوى الاستفهامية، ويستندون إلى الحجج[32:ص59 بند 34] بتوافر المصلحة القانونية في الدعوى، يتمثل في وضع حد لعدم استقرار المركز القانوني للمدعي ؛ فالمدعي

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

خلال فترة حق الخيار الممنوحة للمدعى عليه، يعاني من حالة اضطراب وعدم استقرار؛ لذا يطلق على هذه المصلحة" المصلحة في الاستقرار واليقين القانوني". وان قبول الدعوى، تحقيقاً لمبادئ العدالة وحسن النية، وهو أساس تنفيذ العقود واستعمال الحقوق والمعاملات المتصلة بها. فليس من الصحيح أن لا يسأل صاحب حق الخيار عن توجهاته في الاختيار، ولا يصح أن يلزم الصمت وعدم البيان والآخر يعيش في حالة عدم الاستقرار وعدم يقين قانوني. قبول الدعوى ليس فيه حرمان لصاحب الخيار من ممارسة سلطته في حق الاختيار، إلا أنه مقيد بعدم اساءة استعماله، ولا ضير من مطالبته ببيان اختياره ؛ فعليه ممارسة حقه في الاختيار وإلا عد متعسفاً في استعمال حقه ؛ لذا فأن الطلب من القضاء في التدخل للإلزام صاحب حق الخيار من استعماله خلال وقت يحدده القاضي، فإذا لم يحدد موقفه، يقوم القاضي بإجازة ذلك التصرف. تحديد القانون فترة زمنية معينة لصاحب حق الخيار؛ يستعملها في اتخاذ موقف يخدم مصلحته، بتروي وتأني، لا يعني مطالبته بتحديد خياره في الابطال أو الاجازة أو الرفض أو القبول؛ ولا يمثل هذا عائقاً ولا تعطيلاً لما منح من حق الخيار، علماً ان هذه المدة تسقط بالتقادم بمضي المدة القانونية، ولا تعني في أي حال من الاحوال إنَّ الطرف الآخر لا يستطيع ان يطالب صاحبه في مباشرة خياره وان يحدد موقفه خلال هذه المدة.

وقد حكمت إحدى المحاكم الفرنسية[79] ،[56: بند 328] ((يصدر بالدعوى الاستفهامية انذار المدعى عليهم وحملهم على اظهار نواياهم وتحديد رأيهم في النزاع فالدعوى بهذه الصورة لا تكون مقبولة))، بمعنى أنَّ توجه القضاء الفرنسي رفض هذه الدعوى بعدم قبولها. وأجاز الفقه والقضاء قبول الدعوى الاستفهامية التي يرد بشأنها نصاً تشريعياً.

يؤيد الباحث، ما ذهب إليه الفريق الثاني، ويعد رفع الدعوى واللجوء إلى القضاء حق مصون ومكفول للكافة، ولا يحمل أي ضرر للآخر، بأن يطالب ببيان موقفه من خياراته، وليس إجباره على اتخاذ موقف بعينه، خاصة إذا كانت المدة طويلة كما في المادة (140) مدني مصري ونحن في عصر تحكمه السرعة وحركة المال التي لا تتحمل حالة التأخير وتميل نحو المصلحة في الاستقرار السريع؛ لذا إجتهدت بعض التشريعات وأوجدت حلولاً ،وكما سنرى في الآتي: فقد قننت هذه الدعوى دول مختلفة، منها المانيا، حيث نصت المادة (108) مدني على (من تعاقد مع قاصر ان يدعو ممثله للموافقة على العقد الذي لم يستكمل شروط صحته ؛ لعدم الأهلية، وأن يلزم باتخاذ موقفاً معيناً بالأبطال أو الاجازة في ظرف (15) يوماً، وإلا عُدَّ رافضاً للإجازة، فإذا بلغ القاصر فأن الدعوى الاستفهامية توجه إليه بنفس الشروط والنتائج). وأخذ بها القانون المدني الفرنسي، حيث نَّصَ صراحةً في المادة (1844/ف12) على قبول الدعوى الاستفهامية، لأجل الحكم ببطلان الشركة ؛ بسبب وجود عيب في ارادة أحد الشركاء أو نقص في أهليته عند ابرام عقد التأسيس، ففي هذه الحالة تبقى الشركة قائمة طالما لم يطالب أحد الشركاء ببطلانها، من الذين تقرر البطلان لصالحه، فقد اعطت هذه المادة للشريك الذي تقرر البطلان لمصلحته أو للغير الذي يتعامل معها ويضره البطلان ان يطلب من

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

الشريك المتضرر تحديد موقفه من بطلان الشركة وذلك برفع دعوى عليه، وهي دعوى استفهامية، يكلف بموجبها الاختيار بين أمرين أما الإجازة واما البطلان. والهدف من الدعوى الاستفهامية[80: ص93]، [53: ص178 بند99] ، تحقيق الاستقرار القانوني لوجود الشركة، ومصالح أفرادها وأعمالها وحقوق الغير من ذوي الصلة بها ؛ وبذلك نكون أمام مصلحة عملية تسمى " المصلحة في الاستقرار واليقين القانوني، تُعَدْ"مصلحة محتملة" وفق نص المادة (6) مرافعات عراقي والمادة (3) مرافعات مصري.

واشارت المادتان (276) مدني مصري و(299/ف2) مدني عراقي، الخاصتان بالالتزام التخييري إلى الدعوى الاستفهامية عندما نصًا على(1-إذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار، او تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم، جاز للدائن ان يطلب من القاضي تعيين أجل يختار فيه المدين أو يتفق المدينون، فإذا لم يتم ذلك، تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام 2-أما إذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم، عين القاضي أجلاً إذا طلب المدين ذلك، فإذا انقضى الأجل انتقل الخيار إلى المدين).

وتُعَدْ الدعوى التي يرفعها الدائن أو المدين وفق النصيين العراقي أو المصري، أحدهما أتجاه الآخر بتحديد خيارات من له الخيار اتفاقاً أو قانوناً، مباشرة من قبلهما أم بتدخل القاضي، تعد في حقيقتها دعوى استفهامية، تلزم من له الخيار بتحديد موقفه بنفسه وإلا بتدخل القاضي، وبخلافه ينتقل حق الخيار للآخر. كما تلتقي الدعاوى التخييرية مع الدعاوى الاستفهامية من حيث الغاية ؛فكلاهما يهدفان إلى منع الضرر الذي قد يصيب أياً منهما ؛ بسبب عدم القرار على الخيار من قبل من شرع لمصلحته، والذي يتعارض مع السعي إلى تحقيق الاستقرار واليقين القانوني تجاه الحقوق والمراكز القانونية لأطراف العلاقة.

وصفوة الكلام، ان الدعوى الاستفهامية، ما هي إلا دعوى تقريرية، مستقبلية، وقائية، تستند إلى مصلحة في الأمان والاستقرار وفق الفقرة الثانية من المادة (6) مرافعات عراقي، وتقريرية، تقرر وجود أو نفي الحق أو المركز القانوني لصاحبه، إلا أنها ليست تقريرية فحسب بل تلزم الغير بإداء معين وهو تحديد موقفه من الخيار الممنوح له في غير الميعاد المحدد [81:ص112 بند 228]، [25: ص208 بند 207]، [82:ص579 بند 453] ، مما يتناقض مع كون المصلحة التي تستند عليها الدعوى " مصلحة محتملة " أو " مصلحة في الاستقرار " ؛ لأن دعوى الالزام لا تقوم إلا على مصلحة قائمة وحالة، وهذا يتناقض أيضاً مع كون الدعوى الاستفهامية دعوى وقائية، توقي من حالة عدم الاستقرار والشك التي تحيط بمصير المركز القانوني للمدعي ؛ وبذلك فهي تستند إلى " المصلحة في الاستقرار واليقين القانوني "، إلا أنها لا تستند إلى مصلحة قانونية، لذا لا يجوز قبولها وفق للمواد (6) مرافعات عراقي و(3/ ف2) مرافعات مصري ؛ لأنها تحرم المدعى عليه من مدة الخيار الممنوحة له وفق القانون، والباحث يعضد هذا الخيار كونه

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

خيارمقررقانوناً؛إلا ان للمدعي مصلحة و مصلحته في الدعوى " مصلحة في الاستقرار والاطمئنان"، وتحقيقها ليس بحرمان الآخر من التمتع بخياره وإنما بجعل مدة هذا الخيار معقولة و يتمنى على المشرع العراقي أن تكون مدته بالأيام وليس بالأشهر.

المبحث الثالث

دعاوى التحقيق

أجاز المشرع العراقي (... قبول الدعوى إذا كان المراد منها تحقيقاً يقصد منه تلافي نزاع مستقبلي أو ممكن الحدوث)[65:المادة 7]/ [: المادة 375] ، كما ذهب المشرع المصري ذات التوجه،(... بكفاية المصلحة المحتملة في قبول الدعوى... إذا كان الغرض منها استيثاق حقاً يخشى زوال دليله). ويعالج النص وقائع مادية قائمة، بمعنى إنَّ تلك الوقائع قد حدثت فعلاً، ويراد اثبات الدليل بشأنها؛ لاستعماله في دعاوي موضوعية غير قائمة، يحتمل أن ترفع في المستقبل، وبالتالي أي دعوى ترفع بخلافه، لا تقبل كدعوى أدلة أو استيثاق.

والأصل في الدعوى الموضوعية[3:ص138] ،إنَّ الأدلة جزء مهم من الدعوى الأصلية، يقدمها المدعي في عريضة الدعوى وأثناء جلسات المرافعة ؛ ليهدم دليل خصمه، فتواجهه من قبل المدعى عليه بأدلة نافية لها، وأحياناً تبرز ظروف بعينها، تستدعي فصل دعوى الادلة عن دعوى الحق الموضوعي، واقامة دعوى مستقلة" بالدليل" وحده وقبل المطالبة بالحق، وهذه الظروف تتمثل، بإنكار حق المدعي عند نظر دعوى الحق، لذا نجد المدعي يقوم مسبقاً وقبل اقامة دعوى الحق برفع دعوى خاصة بأثبات الدليل؛ للوقاية من الضرر المحتمل الذي تشكله دعوى الحق فيما إذا رفعت من قبل المدعي ذاته أو المدعى عليه، ولم تكن أدلتها قائمة أو غير موثقة قضائياً، وأساس قبول هذه الدعوى هو" المصلحة في الاستقرار"، إذ تقتضي هذه المصلحة أن يتسلح المدعي بالأدلة المثبتة لحقه وأن يهدم الادلة التي تنفيها والتي قد تشكل حجة عليه ؛ وهذا يخلق الثقة والأمان على حقه عند قيام أي نزاع ينشأ بشأنها مستقبلاً.

المطلب الأول

تأصيل فكرة الاستيثاق

يعَّدْ بعض الفقه[53:ص304 بند113]،[45:ص120 بند93،الوسيط] ، هذه الدعاوى ليست دعوى بحق موضوعي للمدعي وانما هو دعوى لإثبات الدليل فقط ، يهدف إلى إقامة دليل أو حفظ دليل قائم، أو هدر دليل ، تمهيداً لدعوى موضوعية، قد ترفع في المستقبل. وهدر الدليلً ، يقوم في الحالة التي يمكن ان يحتج به في المستقبل على الشخص المصمم ضده ذلك الدليل، وبذلك تنشأ المصلحة بالإسراع في هدم الدليل قبل الإحتجاج به في نزاع مستقبلي؛ وفي كلا الحالتين تنهض الحاجة إلى"مصلحة في استقرار الحقوق "، بالمحافظة على ما يتعلق بها من أدلة، وما تحظى به من

قوة إلزام ثبوتية كاملة وبالمصادقة عليها قضائياً، وهدم الادلة التي تزعزع استقرارها[53:بند 114] ، [44: ص120 بند93].

ويتقرر في دعاوى الاستيثاق وجود الدليل أو بطلانه، والذي يرمي في الأساس إثبات أو نفي وجود الحق لصاحبه؛ عندما ترفع دعوى في المستقبل للمطالبة به. ولا يراد بدعوى الاستيثاق المطالبة بتقرير أصل الحق، فهي لا تعرض بمناسبة نزاع قائم بين الخصوم على حق ذات صلة بها، لكن في الغالب يراد من رفعها، أن يطمئن رافعها على الأدلة التي تؤيد دعواه أو تمهد لها، والتي ينوي رفعها بشأن الحق محل الدليل أو يرفعها الطرف الآخر في نزاع قد ينشأ بينهما في المستقبل. ومن فوائد هذه الدعاوى، ان الحكم الصادر فيها، يعين مقدماً، المركز القانوني لكل من المدعي والمدعى عليه في الدعوى المستقبلة، كما أنها وسيلة من وسائل اعداد أو تمهيد لمستلزمات الدعوى لعرضها على القضاء إذا قامت الحاجة للحماية القانونية؛ بحيث ان القاضي الذي سيعرض عليه أصل النزاع، لا يجد أية صعوبة في البحث والتحقيق ومن ثم الحكم في الدعوى، إذ لا تطول اجراءاتها ولا يتأخر الفصل في موضوعها، كما أنها توفر على من ينوي رفع الدعوى ذات العلاقة بتلك الأدلة، مشقة رفعها إذا كانت نتيجتها ليست في صالحه، فإذا علم بذلك، وتأكد أن الحق ليس بجانبه؛ فيبتعد عن المطالبة بأي حق، وهو يعلم مسبقا ما سيقضى به ليس في صالحه.

ومن الفقه[53: ص304]،[83:ص180] ، من يرى ان المصلحة التي تستند عليها هذه الدعاوى في قبول المحاكم لها، تقوم على مصلحة قائمة دوماً، "مصلحة في الاستقرار"؛ تقوم على ظروف، تهدد " بضرر محتمل " قد يقع وقد لا يقع في المستقبل، وهذا ما قرره المشرع العراقي في الشطر الأخير من المادة(7) مرافعات وكذلك في النص المصري (الفقرة الثانية من المادة 3)، بمعنى ان الاعتداء لم يحدث والضرر لم يحصل، إلا ان الخشية من احتمال حصوله، هو ما دفع المشرع إلى اجازة قبولها . بينما يرى الجانب الآخر من الفقه[28: ص84،بند49] ، [15: ص126] ، ان المصلحة في دعوى الأدلة، مصلحة قائمة وحالة، تتمثل في الحصول على الدليل وتحقيق الاطمئنان واليقين بشأنه مسبقاً، بوجود أدلة إثبات توثق الحق فيه لصاحبه أو إنتقاله بأية طريقة من الطرق، أوهدم الدليل الذي يزعزع الاستقرار والامان للمدعي؛ لذا يلجأ إلى هذه الدعاوى، التي يراد منها اثبات الحق لصاحبه؛ ويتراوح الغرض من هذه الدعاوى في نطاق الدليل بين ما هو غرض ايجابي، يتجسد في دعاوى إثبات الحالة ودعوى صحة التوقيع (أو دعوى تحقيق الخطوط الأصلية أو الطعن بالإنكار)، وما بين الجانب الآخر الذي يكون الغرض منه سلبياً، وهو هدم الدليل، ويتجسد في دعوى تزوير الخطوط الأصلية ودعوى سماع شهادة نفي. ويستدل من ذلك إنَّ الدعاوى المتعلقة بالدليل، تُعَدْ دعاوى وقائية، يراد منها أن تكون استيثاق لدعوى الحق، بالحصول على دليل، ويكون حاضراً عند حصول المنازعة أو

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

بالمحافظة على دليل قائم أو نقض دليل غير صحيح قبل أن يقدم ويحصل التمسك به بوجه من صمم ضده[84] ، [7: ص35].

ومن الفقه الفرنسي من يرى ان فكرة المصلحة في دعاوى الأدلة وان كانت تبدو احتمالية، إلا إنَّ مصلحة المدعي في الاطمئنان إلى ما يثبت حقه، تعد مصلحة قائمة وحالة ؛ لذا يبررون قبول دعاوى الادلة، على الرغم من عدم وجود نص في القانون الفرنسي تستند إليه، على أساس وجود مصلحة قائمة وحالة وهي "المصلحة في الاستقرار". وتسمى هذه الدعاوى " بدعاوى التحقيق " المتعلقة بنزاعات مستقبلية أو إجراءات التحقيق الوقائية Mesure d instruction in futurum ولا يشترط ان يكون فيها الضررمحدقاً، كما لا يشترط ان يكون المدعي صاحب حق حتى تقبل الدعوى، ولكن يكفي أن تكون له شبهة حق حتى تكون دعواه جديرة بالعرض أمام القضاء[85:ص383] ، والدعاوى ذات العلاقة التي سنبحثها، هي دعاوى التحقيق المستعجلة، و دعاوى التحقيق الموضوعية. وسنناقش في الآتي دعاوى التحقيق المستعجلة :

المطلب الثاني

دعاوى التحقيق المستعجلة

تمثل الأدلة فقرة أساسية من بيانات عريضة الدعوى، فقد وردت ضمن الفقرة السادسة من المادة (46) من قانون المرافعات العراقي" وقائع الدعوى وأدلتها وطلبات المدعي وأسانيدها"، وما يهم في البحث، هو وقائع الدعوى المادية وأدلتها، وهو موضوع محل بحثنا الحالي و سنناقشه على النحو الآتي :

الفرع الاول

دعوى اثبات الحالة

سنتناول دعوى إثبات الحالة على النحو الآتي :

أولا –التعريف بدعوى اثبات الحالة : تعد دعوى إثبات الحالة، من دعاوى القضاء المستعجل، حيث نظمها المشرع العراقي ضمن دعاوى ذلك القضاء(حيث نظمها ضمن الكتاب الاول–الباب العاشر في المادة (144) من قانون المرافعات ونظمها المشرع المصري في المادة (133، 134) من قانون الاثبات، ونص المشرع في كلا القانونيين على أنه(يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة، يحتمل ان تصبح محل نزاع أمام القضاء، أنَّ يطلب من القضاء المستعجل، قبل إقامة دعوى الموضوع، وبعد تبليغ ذوي الشأن بالانتقال للكشف وتثبيت الحالة بمعرفة القاضي أو بواسطة خبير ويراعى في هذا الشأن الأحكام المتعلقة بالخبرة والكشف). ونظمها المشرع الفرنسي في المادة (486) من قانون الاجراءات المدنية وضمن مواد القضاء المستعجل المدونة في المواد (484 ـ491) منه[86:المادة 486]. ويرى

الباحث ان مكان هذه الدعوى في قانون الأثبات أكثر موائمة منه في قانون المرافعات ؛ لأنها تتعلق بالأثبات وإسمها خير دليل على ذلك. وتمثل دعوى اثبات الحالة، إحدى تطبيقات المصلحة المحتملة في ما يخص موضوع إقامة الدليل، ووسمت بدعوى " إثبات الحالة "، وحظيت بعدة تسميات، عراقياً " بالكشف المستعجل "، ومصرياً " بدعوى المعاينة لإثبات الحالة "،.. وغيرها من التسميات[2:ص238] ، [10 :ص234]

ثانياً–شروط قبول دعوى إثبات الحالة: يمكن اجمال الشروط العامة في قبول دعوى اثبات الحالة (بالمصلحة، الاهلية، والصفة)، والمصلحة هنا، مصلحة محتملة، ينشئها الخطر المحدق بأصل الحق والذي يوسم "بالاستعجال " وهو خشية زوال الدليل قبل اثباته[57:ص349 بند294] ، وهو شرط لقبول الدعوى الاستعجالية في غالبية الفقه الفرنسي وأقلية من الفقه العربي، وشرط لقبول الاختصاص النوعي للقضاء المستعجل لغالبية الفقه العربي، إضافة إلى كون القرار الذي يصدره القضاء المستعجل فيها هو قرارمؤقت، ويشترط عدم المساس بأصل الحق (مثال ذلك عدم تناول العقد بالتفسير، واصدار القرار من ظاهر الاوراق والمستندات من دون التعمق بما يتناول أصل الحق أو عائديته)[87]. وأن يكون لهذه الدعوى غاية وقائية؛ لأنها تتفادى خطر فقدان الدليل عند النزاع في دعوى الحق المستقبلية، وأن تكون الواقعة المراد اثباتها واقعة مادية وليس حق أو مركز قانوني أو التزام لأحد الأطراف، لذلك تقتضي الانتقال والمعاينة، وأن تكون الواقعة المراد اثباتها متغيرة المعالم ؛ يخشى ضياع هذه المعالم بفوات الوقت فيما لو رفعت الدعوى بواسطة القضاء العادي، والذي يأخذ وقتاً طويلا حتى يصدر حكم حاسم في موضوع الدعوى، مما يجعل من عوامل الطبيعة مؤثرة في تغيير تلك المعالم، وأن تكون معالم الحالة المراد اثباتها بهذه الدعوى لا تزال حالة وقائمة عند اقامة دعوى إثبات الحالة وعند إجراء الكشف وتثبيت الحالة وأوصافها من قبل المحكمة أو الخبير برفقة المعاون القضائي، ولا يجوز قبول الطلب لإثبات إحتمال حدوث واقعة مستقبلة أو واقعة سابقة زالت معالمها؛ لأن ذلك متاح دائماً عند نظر دعوى الحق، إذا كان معه من المستندات ما يثبت ذلك، وعند إذ لا موجب للاستعجال فيها[88: ص341] ، [1:ص184].

ثالثاً– الموقف الفقهي والقضائي من دعوى اثبات الحالة:وعرف بعض الفقه دعوى اثبات الحالة، على أنها "دعوى وقائية تهدف إلى تصوير وإثبات حالة أو واقعة مادية يخشى زوال معالمها فيما إذا ما عُرضت على القضاء الموضوعي مستقبلاً" [83:ص117] ، [88: ص271 بند221] ، [89: ص499]. وتمثل دعوى إثبات الحالة، دعوى أصلية وقائية من دعاوى الأدلة، تهدف إلى إقامة الدليل وليس المحافظة عليه، من دون المساس بأصل الحق، توقيا من فقدان الدليل عند قيام نزاع في أصل الحق أو موضوعه مستقبلاً، وصاحب الحق بلا أدلة تثبته؛ لزوالها في حينه. ونصت المادة (7) مرافعات عراقي (...كذلك تحقيقاً يقصد به تلافي نزاع في المستقبل أو ممكن الحدوث). ويقابلها

الشطر الثاني من الفقرة الثانية المادة (3) مرافعات مصري (...لإستيثاق حق يخشى زوال دليله). وترفع دعوى الأدلة قبل رفع دعوى بالموضوع المتنازع فيه، وبعد تبليغ ذوي الشأن، وتقام الدعوى لإثبات وقائع مادية حصراً ؛ لذا تعد اثبات لواقعة مادية، تلافياً لضرر محتملاً، هو فقدان الدليل عندما تقوم الحاجة إليه في دعوى ترفع مستقبلاً بالموضوع المتصل بها. ونظم المشرع العراقي الاجراءات اللازمة لهذه الدعوى في المادة (144 / ف2، 3، 4) والتي نصت على ان (2 ـ ينظم محضر بالكشف ويجب ان يشتمل تقرير الخبير على جميع المسائل التي اقتضى اجراء الكشف وتثبيت الحالة بشأنها وتحفظ صورة منه في قلم المحكمة ولكل من ذوي العلاقة أن يحصل على صورة مصدق منه.3ـفي حالة اقامة دعوى الموضوع يحكم على الطرف الذي خسر الدعوى بنفقات الكشف والمعاينة. 4 ـ يصح لمحكمة الموضوع ان تتخذ تقرير الكشف سبباً لحكمها) [65: المادة 7] ، [75: المواد 3 و144/ف2و3و4] ، ويحرر القاضي أو الخبير – محضر بتثبيت الوقائع، ثم تحدد جلسة أمام المحكمة لمناقشة ما جاء في المحضر، وتنتهي الدعوى بعد ذلك بصدور حكم بالمعاينة وإثبات الحالة،وتحتفظ المحكمة بنسخة من الحكم وتعطي نسخة منه لكل طرف من طرفي الدعوى ، ويصبح الدليل مُعَداً للاستعمال حين ترفع الدعوى الموضوعية. إذً دعوى اثبات الحالة، هي دعوى ممهدة للدعوى موضوع الحق. ويقدم الحكم الصادر في دعوى اثبات الحالة إلى المحكمة التي تنظر الدعوى الموضوعية – بالتعويض عما أصاب المدعي من ضرر أثبتته المعاينة أو الخبير. وأياً كانت النتيجة التي انتهى إليها الخبير، تبقى لمحكمة الموضوع السلطة التقديرية في الأخذ فيما تم معاينته أو طرحه أو عدم الأخذ به، على أن يبين اسباب عدم الاعتداد به[28:ص64] . والمثال على دعوى تثبيت الحالة، المستأجر الذي يخلي الدار المؤجرة بعد انقضاء فترة الإيجار، ويلحق بها جراء سوء الاستعمال ضرراً ليس بالقليل ؛ فإذا لم يتخذ المؤجر مثل هذه الاجراءات بواسطة هذه الدعوى، وتثبيت معالم الضرر الذي لحق بالدار ؛ فمن الممكن أن يُبتلى المستأجر الجديد ويُدعى انه هو من سبب الضرر. وكذلك حالة المزارع الذي يفتح الماء على مزرعة جاره فيسبب له ضرراً بليغاً، فإذا لم يَقمْ الأخير بتلك الإجراءات، ستزول معالم الضرر بفعل الزمن والمؤثرات الطبيعية، فلا يستطيع عند اقامة دعوى الموضوع ان يثبت الضرر الذي لحق به، من خلال تثبيت أو تقدير الاضرار التي لحقت بأرض أو دار مزروعة أو ملك مائل للانهدام طبقاً للمادة (144) مرافعات عراقي، وذلك بواسطة خبير؛ لذا تعد التفاتة المشرع بتقنين دعوى اثبات الحالة وعدها جزء من مهام القضاء المستعجل، خطوة متقدمة في اقامة الدليل وحفظه، مهدت كل السبل للمتضرر ان يستعين بالقضاء ويعد الأدلة التمهيدية لدعوى الموضوع.

وقد جاءت التطبيقات القضائية [90: ص288] في ذات الاتجاه الذي اعتمده التشريع والفقه، فجاء بقرار لمحكمة استئناف البصرة الاتحادية بصفتها التمييزية ((أجاز القانون لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أنْ تكون محل نزاع

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

أمام القضاء مستقبلاً، ان يطلب من القضاء المستعجل وقبل إقامة دعوى الموضوع وبعد تبليغ ذوي الشأن، الانتقال للكشف وتثبيت الحالة بمعرفة القاضي أو بواسطة خبير)). وقضت محكمة النقض المصرية على ان (دعوى اثبات الحالة لا تعدو ان تكون مجرد اجراءات تحفظية على نفقة رافع الدعوى تمهيداً لرفع دعوى الموضوع أمام المحكمة المختصة، وأن تقرير الخبير المقدم فيها لا يقيد قاضي الموضوع عند نظر موضوع النزاع أمامه) [91].

وبناءً عليه، فإن دعوى إثبات الحالة، دعوى مستعجلة، يتولى الحكم فيها القضاء المستعجل وتقريرية، تقرر ثبوت الدليل على وقائع مادية حصراً وحدثت بالفعل، ووقائية، تفادياً لخطر محتمل، هو فقدان معالم الحالة حين قيام دعوى في موضوعها، وهي المراد اثبات الدليل بشئنها، وبتأمين الدليل، يمكن الاستناد إليه في نزاع مستقبلي، ولا تقبل الدعوى، إذا كانت الواقعة المادية غير قائمة (لم تحدث) وقت رفع الدعوى ولا بعد زوال معالمها، ولا يشترط " أن يكون هناك خطر محدق بأصل الحق " بل يلزم توافر" مصلحة في الاستقرار" بإثبات دليل الواقعة التي يحتمل قيام نزاع حول أصل الحق المتعلق بها مستقبلاً. ولم يلحظ أي إشكال بصدد هذه الدعوى ، سوى أن يكون تناولها في قانون الاثبات بدلاً من قانون المرافعات.

الفرع الثاني

دعوى سماع شاهد

سنبحث دعوى سماع شاهد على النحو الآتي :

أولاً –التعريف بدعوى سماع شاهد :في الأصل ان الشهادة تقدم أمام القضاء، بحضور أطراف الدعوى، ومن خلالها يُخَبِرْ الشاهد المحكمة بعد حلف اليمين، بحق لشخص على الغير أو بحق للمدعي على المدعى عليه، وتكون شهادته عن الوقائع التي أدركها ببصره أو بسمعه[41 : المواد 76،95/ أولاً ،77،78] ، وأنَّ الشهادة تُدْلى من قبل الشاهد أمام القاضي، وتدون في محضر الجلسة، مستمداً إياها من الحاجة إلى إستيثاق حق يخشى زوال دليله، عند رفع دعوى موضوعية بشأنه مستقبلاً، ويُدْعى الشاهد عادةً إلى المحكمة للإدلاء بشهادته حضورياً، بطلب شهادته من قبل الخصوم أو من قبل المحكمة، أما في هذه الحالة فبطلب من المدعي، ويباشر بالأدلاء بشهادته بصورة شفوية، ويسمح له بحالات خاصة واستثنائية بتلاوة شهادة مكتوبة أو ارفاق هذه الشهادة المكتوبة مع اضبارة الدعوى[92:ص311].

وتقديراً من المشرع، ولأهمية الشهادة كونها دليلاً من أدلة الاثبات، وحفظاً لحقوق المتقاضين من الضياع، أجاز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشهادة شاهد أن يرفع دعوى أمام القضاء المستعجل لاستماع الشهادة واعتمادها دليلاً عند اقامة دعوى بأصل الحق، متى ما قامت الضرورة التي لا تحتمل التأخير لسماع تلك الشهادة، وقد عرفت المادة (146/ف1) مرافعات عراقي دعوى سماع شاهد عل أنه " يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه، ان يطلب من القضاء في مواجهة ذوي الشأن، وسماع ذلك الشاهد أمام القضاء المستعجل وتكون المصاريف على المدعي" [75: المادة 96] ، [93: المادة 31]. وهذه الحالة تتناول شهادة، يخشى من فوات فرصة سماعها في موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه.

ثانياً–شروط قبول دعوى سماع شاهد : يشترط لقبول الدعوى أن تكون الواقعة المراد اثباتها هي من الوقائع التي أجاز القانون صحة اثباتها بالشهادة؛ للتحقق من عدم فوات فرصة الاستشهاد بالشاهد عند نظر الدعوى أمام محكمة الموضوع مستقبلاً (في حالة وفاته أو في حالة سفر طويل الأجل أو الهجرة)، وعند تحقق الضرورة يحكم القاضي بسماع الشاهد متى ما كانت الواقعة مما يجوز اثباتها بشهادة الشهود[3:ص141]. ويرى الباحث ان هذا الشرط "...متى ما كانت الواقعة مما يجوز اثباته بشاهدة الشهود "موضوع جدل فقهي لا مجال للخوض فيه، كون من يتولى القضاء في هذه الدعوى هو القضاء المستعجل، والذي تتخذ قراراته من ظاهر الاوراق والمستندات والوقائع، من دون التعمق أو التحقق في أصل الحق، لذلك نجد القاضي المستعجل يثبت الشهادة كما قدمت أمامه، من دون سماع شهود نفي أو تقرير صحتها من عدمه، أما القرار بأن الدعوى تثبت بالشهادة من عدمه، فذلك مناط بالسلطة التقديرية لقاضي الموضوع عند اقامة الدعوى الموضوعية، وليس لقاضي المستعجل.

ثالثاً– الموقف الفقهي والقضائي من دعوى سماع شاهد: ومن الفقه، من عرف" دعوى سماع شاهد" هي الدعوى التي ترفع لسماع شاهد، يخشى فيها فوات فرصة الاستشهاد به على موضوع يحتمل ان يكون محل لنزاع أمام القضاء"، مثال ذلك، قد يكون الشاهد شخصاً أجنبياً، وهو على وشك مغادرة البلد إلى دولته، وهو شاهدٌ على حادث تصادم نتج عنه ضرر يستحق صاحبه تعويضاً، يحتمل ان يعرضه على القضاء[63:ص96] .

واذا كانت الدعوى مرفوعة أمام القضاء الموضوعي أياً كانت درجته، فلا يجوز عرضها على القضاء المستعجل وإلا حكم بعدم القبول؛ لأن من شروط قبول هذه الدعوى أن ترفع إلى القضاء قبل رفع الدعوى بشأن أصل الحق فيها إلى القضاء الموضوعي ، وفي هذه الحالة تنظر كدعوى تبعية للدعوى الأصلية[28:ص64]. وأن تكون هذه الواقعة، واحدة من الوقائع التي يمكن اثباتها بشهادة الشهود (96 /ف2) اثبات مصري، كما ينبغي أن يشعر القاضي بوجود ضرورة للطلب، بأن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد عند نظر دعوى الموضوع، كما لو كان الشاهد مريض بمرض الموت أو على وشك السفر الطويل أو لغرض الهجرة.

ويفتح القاضي المستعجل محضراً ويثبت ما تم أمامه من أقوال الشاهد، ولا حجية لهذا المحضرأمام القضاء الموضوعي ،إلا انه له حجية مؤقتة أمام القضاء المستعجل، خاصة أن سماع الشهادة تتم بإجراءات مستعجلة، ولا يسمح للمدعى عليه ان يحضر شهود نفي أمام المحكمة التي تسمع الشهادة. وبسماع شهادة الشاهد أمام المحكمة

نكون قد تداركنا خطر ضياع هذه الشهادة، وتكون بمثابة شهادة قد ادلي بها أمام محكمة الموضوع. وقرار القاضي المستعجل بسماع شهادة الشاهد لا يقيد محكمة الموضوع عند نظر موضوع الدعوى للفصل فيه، فلها ان تقرر عدم جواز اثبات الواقعة بشهادة الشهود؛ ولها تقدير شهادة الشاهد التي تمت، كما تقدر أي دليل [11:ص546 بند302]. وهذا المحضر لا يجوز تسليمه لطرفي الدعوى ولا يقدم إلى القضاء إلا إذا رأت محكمة الموضوع عند نظر الدعوى في أصل الحق جواز اثبات الواقعة بشهادة الشهوداثبات مصري، ويكون للمحكمة سلطة تقديرية في قبوله. وللخصم حق الاعتراض على قبوله، ويجوز له ان يسمع شهادة نفي لمصلحته أمام محكمة الموضوع[45:ص135 الوسيط] ،[28:ص61] . وبإثبات شهادة الشاهد في المحضر، يكون الدليل صالحاً للاستفادة منه أمام القضاء الموضوعي، فعندما ترفع دعوى الموضوع أمام القضاء، يحق لمُعِدْ الدليل ان يطلب من المحكمة التي أثبتت الشهادة في المحضر تقديمها في هذه الدعوى.

وبناءً عليه فأن "دعوى سماع شاهد" دعوى مستعجلة يتولاها القضاء المستعجل، هي دعوى تقريرية، تقرر توثيق الشهادة قضائياً، تُعَّدْ وكأنها قد قدمت أمام محكمة الموضوع متى ما نشأ النزاع في موضوعها مستقبلاً، ووقائية، تقييها حالة عدم الاعتبار، حيث يقرر القاضي سماع الشاهد وتوكيد شهادته، وتستند في قبولها على " المصلحة في الاستقرار " بالمحافظة على فعالية الشهادة على الرغم من احتمال غياب الشاهد لأي سبب (الموت، الهجرة، فقدان الاهلية، وغيرها) حين نظر الدعوى الموضوعية ذات الصلة بها. وهذه الدعوى، هي الأخرى يفضل تناولها في قانون الاثبات بدلاًمن تناولها في قانون المرافعات المدنية ، كما هو في القانون المقارن.

المطلب الثالث

دعاوى التحقيق الموضوعية

نتناول في هذا المطلب دعويين، الأولى توسم، بدعوى الطعن بإنكار سند أو دعوى تحقيق الخطوط الأصلية أو دعوى صحة التوقيع، والثانية، دعوى "الطعن بالتزوير " أو دعوى التزوير الأصلية. فدعوى إقرار سند أو دعوى تحقيق الخطوط الأصلية تعالج اشكالية عدم اقرار السند العادي من قبل من يشهد عليه ذلك السند أو انكاره لذلك السند، والهدف منها المحافظة على السند بإعطاء السند الصفة الرسمية بعد الاقرار بالحق المدرج فيه وحمله لتاريخ ثابت من قبل موظف عام أو من قبل القاضي. أما دعوى التزوير الأصلية فالهدف منها هدم سند عادي أو رسمي يطعن به بالتزوير، ويخشى استعماله مستقبلاً للإضرار بمن صمم السند ضده، لذا سنبحث الموضوع في دعويين، " دعوى الطعن بإنكار سند "، و" دعوى التزوير الأصلية "، وعلى النحو الآتي :

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

الفرع الأول

دعوى الطعن بإنكار سند

سنبحث دعوى الطعن بإنكار سند على النحو الآتي :

أولاً- التعريف بدعوى إنكار سند :تَشْغِل السندات العادية نسبة عالية من التعاملات الحياتية بين الافراد، إلا أن السندات الرسمية، تملك قوة الزام ثبوتية أقوى من سابقتها، ولا يمكن انكارها بسهولة كما في الاولى؛ إذ يكفي في الأولى إنكار صحة التوقيع عليها من قبل من يشهد عليه السند بحق للمدعي ، فتصير بلا فائدة [35:ص87] ، [10: 235] ، [94: ص15]. لذا نجد قلق المدعي وعدم اطمئنانه في موثوقية السند العادي؛ فتجده لا ينتظر حتى يحل أجل الوفاء بالالتزام محل التصرف في هذا السند، إذا شعر بتشكيك أو تجهيل في صحته، ليعلم موقف المدين أو المدعى عليه، خشية انكار ذلك الدليل عند التمسك به، إذا ما قام نزاع بصدده في المستقبل؛ فيبادر إلى رفع دعوى الطعن بانكار سند[95: ص212] ، [1: ص158 هامش3] ، [41: مادة 34] ،[96] (أو ما يسمى بصحة التوقيع – مصرياً) من أجل حماية حق، لم يستحق الوفاء به بعد، ولم ينشأ نزاع بشأنه[97 : ص97]؛ خشية زوال الدليل عند النزاع فيه. وقد أقرت التشريعات المختلفة، بما فيها تشريعات دول الدراسة المقارنة، هذا النوع من الدعاوى، التي ترمي إلى الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه.

وترمي هذه الدعوى إلى اطمئنان من بيده سند عادي، على حقه المثبت فيه، من خطر انكار من يشهد عليه ذلك السند عند حلول المطالبة بالحق، بصدور السند منه وصحة ما مدون فيه من بيانات، أو أن يتوفى من يشهد عليه السند، فيصعب التأكد والتحقق من بصمته أو خطه أو توقيعه ؛ إذا ما أنكر الورثة علمهم بصدور السند من مورثهم. فإذا ما أقام المدعي (الدائن) الدعوى أمام القضاء، وحضر المدعى عليه (المدين) وأقر بصحة السند العادي وصحة ما مدون فيه من بيانات وصحة خطه وأن التوقيع صادر منه ؛ فتثبت المحكمة اقراره ويصبح السند بمثابة السند الرسمي حجة على المدين وعلى الكافة، واطمأن الدائن من الخطر المحتمل والخوف الذي ينتابه من انكار أو عدم ثبوت صحة هذا السند مستقبلاً عند حلول أجل الوفاء بالحق المدون فيه[95:ص213] ، [65:مادة 45ف2] تقابلها [99: المادة (48)] ؛ ولذلك يكون نطاق أعمال هذه الدعوى هو السندات العادية .

ونصت المادة (145) مرافعات عراقي [65: المادة 145] ، على ان(1- يجوز لم بيده سند عادي ان يطلب من القضاء المستعجل دعوة من ينسب إليه هذا السند ليقر أنه بخطه أو بإمضائه أو بصمة ابهامه، ولو كان الالتزام غير مستحق الاداء.2- إذ أقر المدعى عليه بالخط، أو بالإمضاء، أو ببصمة الابهام...تثبت المحكمة اقراره وتكون المصاريف على المدعي، وإذ انكر يجري التحقيق طبقاً لما هو مبين في المادة (108) من هذا القانون... 3- يعتبر

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

السند مقرا به إذا سكت المدعى عليه...) .إلا إنَّ المادة (108) مرافعات ، قد تم إلغائها وحل محلها المواد (34 – 52) من قانون الاثبات العراقي ذي الرقم 107 لسنة 1979 ، وقد عالجت هذه المواد الدعويين، الطعن بالإنكار والطعن بالتزوير. وعّدَ المشرع العراقي دعوى الطعن بالإنكار، دعوى مستعجلة بنص صريح في المادة أعلاه الفقرة الأولى منها، بنظرهامن قبل القضاء المستعجل بقوة القانون، الوارد في النص ، وبذلك يكون قد أفترض صفة الاستعجال بحكم القانون في جانب المدعي، الذي يجعله لا يحتاج إلى اثبات من قبل المدعي ولا يطلب من القاضي البحث والتحقق من توافر شرط الاستعجال في الدعوى، على خلاف التشريع المقارن، والذي عدها دعوى أصلية يتم التقاضي بشأنها أمام القضاء العادي. إذ أجاز المشرع المصري لمن بيده محرر عرفي أن يختصم من يشهد عليه ذلك المحرر، ليقر بأنه بخطه أو بإمضائه أو ببصمة أصبعه، ولو كان الالتزام الوارد به غير مستحق الاداء. ويكون ذلك بدعوى أصلية بالإجراءات المعتادة أمام محكمة الموضوع وفق (مادة 45 إثبات مصري). وأراد المشرع من ذلك إعطاء هذا المحرر القوة الثبوتية، ويحقق لصاحبه، الاستقرار بشأن حقه عند المطالبة به قضاءً، وبواسطة هذه الدعوى، لأن دليله في اثبات حقه واهِن؛ لإحتمال إنكار خصمه أو ورثته بعد وفاته العلم بإلمحرر، فيصعب التحقق من خطه أو توقيعه ؛ لوفاة من حضروا التوقيع على المحرر فلا يمكن الاستشهاد بهم[15:ص47 بند 32] ، [3: ص 121]. وقد قَننَّ المشرع الفرنسي هذه الدعوى في المواد (296 – 298) من قانون الاجراءات المدنية، وجعل منها دعوى موضوعية أصلية غير مستعجلة، ومن الاختصاص الأصلي لمحكمة الدرجة الاولى وليس من اختصاص القضاء المستعجل، كما هو الحال في التشريع العراقي.

والمصلحة من هذه الدعوى، المحافظة على دليل قائم/ بسند عادي أو عرفي، والتوقي من الخشية من انكار المدعى عليه ذلك الدليل والتمسك به؛ إذا ما قام نزاع في المستقبل، والدعوى قائمة على أساس احتمالي، قد تدعو أو لا تدعو الحاجة مستقبلاً التمسك بالسند العادي في أي دعوى مستقبلية، حيث ان النزاع الوارد بشأن الحق فيه، قد يثور وقد لا يثور، كما أن الخصم قد ينكر وقد لا ينكر توقيعه، إذا ما ثار نزاع وقدم هذا السند وجرى التمسك به.

ويرى الباحث، عدم وجود حالة الاستعجال في هذه الدعوى، وعدم إقترانها بالخطر أو الضرر المحدق ؛ لذا يرى ضرورة عدها دعوى أصلية تقام أمام محكمة الموضوع وليس أمام القضاء المستعجل، بدلاً من أن تكون دعوى مستعجلة ؛ بافتراض وجود الاستعجال قانوناً، وقبولها كدعوى مستعجلة في حالة توافر شروط الاستعجال بدون أي افتراض.

وتُعَّدْ دعوى الطعن بإنكار سند " دعوى مستقلة يقيمها شخص بيده سند عادي، مثبت لحق له في مواجهة من يشهد عليه السند ويحمل توقيعه؛ لمطالبة هذا الشخص بالإقرار بصحة السند الصادر عنه"، فالمدعي في هذه الدعوى لا

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

يطالب المدعى عليه بالحق الثابت في الورقة، وإنما يطلب منه الاقرار بصدور هذه الورقة عنه وبصحة توقيعه عليها[18: ص158]، [63: ص95] .

ثانياً–شروط قبول دعوى إنكار سند : ويشترط لقبول هذه الدعوى[65: المواد (6 و45] ، [99: المادة 3] ، [98 : المادة 31] ،[100: ص226] ،أن يكون السند محل الدعوى سنداً عادياً، وأن لا تكون هناك دعوى موضوعية متصلة بأصل الحق، وأن يستند المدعي بدعواه على مصلحة محتملة، وعدم المساس بأصل الحق وأن تقام الدعوى بمواجهة ذوي الشأن. ولا تقوم هذه الدعوى إذا كان السند رسمياً.وأن تكون للمدعي مصلحة في إثبات صحة توقيع السند من يشهد عليه السند بحق قائم فيه للمدعي .

ثالثاً– الموقف الفقهي والقضائي من دعوى الطعن بإنكار سند :عدم تمتع الحقوق المثبتة في السندات العادية [95:ص212] بذات القوة اللزومية، التي تجدها في السندات الرسمية، فهي في الغالب مهددة بهدر قيمتها الثبوتية، بمجرد انكارها، على عكس السندات الرسمية، المتميزة بضوابط دقيقة، بحيث لا يترك الأمر لذوي الشأن الطعن فيها متى ما شاءوا. ومن الأخطار التي تواجهها السندات العادية، هو خطر الإنكار، من قبل من تشهد عليه هذه السندات، المدعى عليه، حيث ينكر أنْ تكون قد صدرت عنه وعدم التسليم بما جاء فيها، ليعرقل مساعي المدعي، ويدفع المحكمة في اتجاه آخر، هو التحقيق في صحة هذه المستندات بالطرق الفنية (المضاهاة)، وربما تأتي النتائج على غير ما يريده المدعي – بصحة الأنكار، قد تنعكس سلبا على المدعي. حيث يعد السند العادي[97: ص98]،[94:ص23] ،[41:ف1 م25] ،[99:المادة 14] ، كقاعدة عامة، صادراً ممن وقعه، والشرط الأساسي فيه، هو التوقيع، فإذا أنكر المنسوب له السند، توقيعه، الخط، الإمضاء، البصمة، يعد تهديداً لحامل السند؛ لذا التفتت التشريعات المختلفة لتقنين قبول دعوى تحقيق الخطوط الاصلية، ولم تمنع حامل السند من رفعها، إلى حين حلول أجل الوفاء، بل تم تقنينها ومن ثم يحق للمدعي في حالة حاجته للاطمئنان والاستقرار، في رفع الدعوى، وقبولها من قبل القضاء؛ حيث اجازت اختصام المدعى عليه بدعوى أصلية، كما أجازت رفعها بدعوى تابعة أثناء رفع دعوى الموضوع المرتبطة بها.وعرفا المضاهاة " بمقارنة الخط أو الإمضاء أو التوقيع المسوب للمنكر في سند محل شك مع خطه أو إمضائه أو توقيعه بموجب أوراق أخر مقطوع بصحتها وليس محل خلاف" . ومن الأغراض التي ترمي لها دعوى تحقيق الخطوط الأصلية، هو المحافظة على الدليل القائم وليس إقامة دليل[44:ص325]. وقد يقصد من هذه الدعوى تثبيت تاريخ للسند العادي إذا كان بلا تاريخ ؛حيث تكون حجيته مقتصرة على أطرافه، أما اذا تم تثبيت تاريخ عليه من قبل موظف عام او مكلف بخدمة عامة، مثل كاتب العدل أو من قبل قاضي أو نقل مضمونه على ورقة رسمية ثابتة التاريخ يصار إلى سريانه بحق الكافة بمن فيهم الغير عن أطراف العقد من يوم تثبيت ذلك التاريخ أو من

يوم وفاة من له على السند من أثر معترف به من خط أو امضاء أو بصمة ابهام أو من يوم يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه أو من يوم وقوع حادث آخر يكون قاطع بأن السند قد صدر قبل وقوعه[41:المادة 26].

ومهما كان الأمر، فأن موقف المدعى عليه، من هذه المسألة، لا يتعدى عن أحد أمرين، الاول: هو اقرار المدعى عليه بالخط، بالإمضاء، بالبصمة،، عندها تثبت المحكمة إقراره، وتكون المصاريف على المدعي، والثاني : يتمثل بإنكار المدعى عليه[41: المادة 34] ، وفيه يتوجب على المحكمة مباشرة جملة اجراءات من أجل الوصول إلى صحة ذلك السند ـ فيجري التحقيق وفق المادة (40) من قانون الاثبات العراقي–بالمضاهاة أو بالاستكتاب ؛ للحصول على صحة السند / تقابلها المادة (48) اثبات مصري99: المادة 48] ، [2: ص101] ، وتتم المضاهاة من قبل المحكمة أو من قبل ثلاث من الخبراء(يختارونهم الخصوم بالاتفاق أو من قبل المحكمة في حالة عدم الاتفاق) وتتم المضاهاة بحضور القاضي أو رئيس الهيئة القضائية وبحضور الخصوم، من قبل الخبراء، أما الاستكتاب فيتم من قبل الخبراء بأشراف القضاء أو رئيس الدائرة الفنية المختصة في مديرية تحقيقات الأدلة الجنائية، وإذا كانت بينة المدعي سنداً عادياً منسوباً للمدعى عليه الغائب...جاز في هذه الحالة اصدار الحكم غيابياً معلقاً على الاستكتاب و النكول عن اليمين عند الاعتراض ولو كان المدعى عليه قد حضر بعض جلسات المرافعة وفق المادة (41) من قانون الاثبات[41: المادة 41]. وتسري على اثبات صحة السندات أحكام المواد (34 ـ52) من قانون الاثبات العراقي. وفي كل الأحوال، يعد الاقرار بالسند، قائماً إذا سكت المدعى عليه ولم ينكر توقيعه أو السند أو لم ينسبه لغيره[65:المادة 145 ف3].

وبناءً عليه تعد دعوى تحقيق الخطوط الاصلية، دعوى من الدعاوى الوقائية، تهدف إلى تفادي انكار الخصم صحة السند العادي، عن طريق ما يتحقق بإقراره، من حماية " مصلحة في الاستقرار "، حيث يؤدي الحكم بصحة السند إلى الاحتجاج به على الخصم بدعوى الحق.

وقررت محكمة تمييز العراق[101: ص85] ، ((رد طلب الاقرار، وذلك لعدم تحقق حالات المادة (145)مرافعات لصدور حكم في الطلب يؤيد عدم إقرار المدين بأن التوقيع ليس توقيعه مما يتعين رده)). وقررت محكمة النقض المصرية [101: ص214] على ان ((...في دعوى صحة التوقيع يمتنع على القاضي فيها التعرض للتصرف المدون في الورقة من جهة صحته أو بطلانه أو نفاذه، فالحكم الصادر فيها لا ينصب إلا على التوقيع الموقع به على الورقة، وتسجيل الحكم بصحة التوقيع، تسجيل للعقد ذاته، ولا يمنع اطرافه من التمسك فيما بعد ببطلانه)).

يخلص الباحث إلى ان دعوى تحقيق الخطوط الأصلية دعوى وقائية تقريرية مستعجلة في التشريع العراقي، ودعوى وقائية موضوعية تقريرية في التشريع المقارن، وأن هذه الدعوى تدور حول صحة توقيع المدعى عليه على السند العادي أو العرفي، وتستند في قبولها إلى مصلحة قائمة وحالة "المصلحة في الاستقرار"؛ تستند إلى ضرر محتمل ، يتمثل في إنكار المدعى عليه لتوقيعه على السند، لذلك توسم الدعوى بالإيجابية ؛ الحكم فيها لصالح المدعي يبيح له استخدام السند كدليل اثبات.

الفرع الثاني

دعوى الطعن بتزوير سند

نبحث دعوى الطعن بتزوير سند على النحو الآتي :

أولا–التعريف بدعوى الطعن بتزوير سند : تعد دعوى التزوير، دعوى أصلية؛ لأنها ترفع بدعوى مستقلة أمام القضاء الموضوعي، وهي" احدى صور الدعاوى الوقائية والتي تهدف بالدرجة الاساس إلى هدم دليل قائم ؛ للحيلولة دون الاحتجاج به على الخصم في المستقبل وتحقيقاً للاستقرار الذي يحدثه السند المزور"،[95: ص214]، [98:ص130].

عند فحص التعريف نجد عدم وضوح في شطره الاخير"...ودون الاحتجاج ...وتحقيقاً للاستقرار الذي يحدثه السند المزور "، يرى الباحث انه من الأجدر أن يكون النص "...وتوقياً لعدم الاستقرار الذي يحدثه السند المزور " وعدم الإكتفاء " بدون..." التي تضمنت المعنيين – الإحتجاج وعدم الاستقرار " فدعوى الطعن بالتزوير توقي من يستهدفه السند، من خلال حرمان المتمسك بالسند المزور بحقه في استخدام ذلك السند كدليل اثبات سواء كان سند عادي أم سند رسمي؛ وبذلك يكون نطاق هذه الدعوى السندات العادية والسندات الرسمية، ضد الشخص المقصود منه؛ وبذلك تمثل هذه الدعوى، دعوى هدر دليل، وليست دعوى موضوع ، ودعوى وقائية، تستند على مصلحة محتملة، معيارها، يقصد منه تلافي نزاع في المستقبل أو ممكن الحدوث، بالوقاية من الاحتجاج عليه بهذا السند كدليل ضده مستقبلاً، وتوقي المستهدف به، من ضرر محتمل، هو استخدام السند في مواجهته كسند حقيقي يرتب عليه حقوقاً لا أساس لها من الصحة. مثال ذلك، لكل شخص يعلم ان بيد شخص آخر سنداً مزوراً، سواء كان سنداً عادياً أم سنداً رسمياً، يشهد بحق له عليه، يخشى الاحتجاج عليه بهذا السند من قبل صاحبه أو من يستفيد منه، لسماع الحكم بتزويره من خلال رفع دعوى أصلية وفقاً للمواد (34–52) من قانون الاثبات العراقي، و صورة هذه الدعوى[102:ص 210] ، [1:ص159] ،[3: ص145] ، فإنَّ هذا الشخص في هذه الحالة أمام أمرين، الاول : ينتظر ان يقوم الآخر برفع دعوى الحق ضده، ويقدم خصمه ذلك السند، فيطالب في هذه الحالة بالحكم بتزوير السند، ويعد طلبه، طلباً عارضاً،

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

وتوسم هذه الدعوى" بدعوى التزوير التبعية "، والأمرالثاني: ان يبادر المستهدف بالسند في رفع دعوى أصلية بالتزوير دون انتظار دعوى الحق ؛ تفادياً لاحتجاج خصمه عليه بهذا السند مستقبلاً.

ودعوى التزوير الأصلية [94: ص23] ، ليست مبتناة على مصلحة قائمة حالة، انما مبتناة على مصلحة مستقبلية تستند إلى ضرر محتمل، فعلى الرغم من عدم احتجاج المدعي بالحق في ذلك السند، بما يتضمنه السند المزعوم تزويره من حقوق له، على الشخص المقصود به، فتكون للأخير الحق في رفع الدعوى يطلب فيها الطعن بتزوير ذلك السند، وهي دعوى مقبولة من قبل القضاء؛ لأن المدعي له مصلحة في هدم هذا الدليل في الحال، دون انتظار الاحتجاج به عليه، والتزوير " هو تغيير مفتعل للحقيقة في الوقائع والبيانات أو الأختام أو التواقيع المثبتة في السند الكتابي " ،والحكم بتزوير السند يهدر قوة إثباته ويعد سبباً من أسباب إعادة المحاكمة .

ثانياً– شروط قبول دعوى الطعن بالتزوير : من شروط قبول دعوى التزويرالأصلية، استنادها إلى مصلحة محتملة، معيارها، الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله، وان لا تكون هناك دعوى معروضة بشأنها منظورة أمام القضاء الموضوعي المختص، وأن تقام الدعوى في مواجهة ذوي الشأن، وهو الطرف الذي بيده ذلك السند أو من يستفاد من سماع الحكم بتزويره، ومن دون المساس بموضوع الحق[97: ص103] ، [98 :ص131] ، [100: ص309].

ثالثاً –الموقف التشريعي والفقهي والقضائي من دعوى الطعن بالتزوير :عالج المشرع العراقي دعوى تحقيق الخطوط الأصلية على السندات العادية ، ودعوى التزوير على السندات العادية والسندات الرسمية في المواد (34 – 52) من قانون الاثبات العراقي، ولم يتناوله قانون المرافعات، وورد تناوله في قانون الاثبات وكأنه صورة من صور دعوى تحقيق الخطوط الأصلية، بينما قننه المشرع المصري بصورة صريحة في المادة (59) من قانون الاثبات المصري[99:المادة59] وقد نصت هذه المادة على أنَّ(يجوز لمن يخشى الإحتجاج عليهبمحرر مزور أن يختصم من بيده ذلك المحرر ومن يفيد منها سماع الحكم بتزويره ويكون ذلك بدعوى أصلية ...) ، إذ جوز المشرع المصري وفق نص هذه المادة لمن يدعي التزوير ان يقيم دعوى التزوير الأصلية قبل المتمسك بالسند المزور ضده استناداً على المصلحة المحتملة التي تكفي لقبول الدعوى المدنية ومعيارها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله. أما المشرع الفرنسي فقد عالج هذه الدعوى في المواد (314 – 316) من قانون الاجراءات، وفرق المشرع بين الادعاء بالتزوير في السندات العادية والسندات الرسمية[100: ص308] .

وعلى الرغم من التشابه بين دعوى التزوير الأصلية ودعوى تحقيق الخطوط الاصلية [53 :ص156] ، إلا إنَّ الاولى تعد دعوى تقريرية سلبية، تهدف إلى نفي حق المدعى عليه " بالإثبات بالسند" (بالسند العادي أو السند الرسمي) موضوع الدعوى مستقبلا، في دعوى موضوعية بأصل الحق،ويمثل هذا السند دليل اثبات فيها. أما الثانية، فأنها دعوى

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

تقريرية إيجابية هدفها تقرير صحة السند العادي، وتتشابه الدعوتان، بكونهما من الدعاوى الوقائية، التي تهدف إلى الوقاية من الضرر المحتمل قبل وقوعه. والحكم بتزوير السند العادي أو الرسمي، في دعوى التزوير الأصلية، يؤدي إلى الوقاية من الاحتجاج به مستقبلا في دعوى أصل الحق تجاه المدعي، ويفقد هذا السند قوته الثبوتية كدليل ويصير بلا أي أثر قانوني. أما الحكم في دعاوى تحقيق الخطوط الأصلية بصحة توقيع السند العادي، تحقق الوقاية من انكاره من قبل المدعى عليه مستقبلا عند اقامة الدعوى في أصل الحق من قبل المدعي ؛ وبذلك يحوز قوته الثبوتية اتجاه المدعى عليه واتجاه الكافة.

وبناءً عليه، تعد دعوى التزوير الأصلية، دعوى أصلية تقريرية، يهدف المدعي منها إلى نفي حق المدعى عليه في الاثبات بالسند محل التزوير، وهي في ذات الوقت دعوى وقائية تستهدف الوقاية من الضرر المحتمل الذي ينتج من الاحتجاج عليه بالسند المزور[28: ص86] ، أشار إلى الفقيه كيوفندا ، مبادىء ، ص170 – كوستا، بند241، ص314].

أكدت محكمة النقض المصرية [103](2)،" ان الحكم في هذه الدعوى ينصب على مسألة تزوير الدليل وحدها، حيث لا يجوز الحكم بصحة الورقة المدعى بتزويرها، وفي موضوع الدعوى معاً "مما ورد أعلاه، يتبين ان وظيفة دعوى التزوير الأصلية هي بيان صحة السند من عدمه أي تزويره [97:ص103] ،[104: ص35] من دون المساس بالحق الذي يتضمنه، والذي يرتبط مصيره بصحة السند.

وقد ثار جدل ونقاش بين الفقه والقضاء بصدد مدى قبول هذه الدعوى، حسمها المشرع المصري بتقنين المادة (59) من قانون الاثبات والتي نصت على ان(يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه في المستقبل بسند مزور ان يرفع دعوى على من بيده ذلك السند أو من يستفيد منها لسماع الحكم بتزويره، ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع وفقاً للإجراءات المقررة). بينما تناول المشرع العراقي الطعن بالتزوير في المواد (34 – 52) من قانون الاثبات كما ورد في أعلاه. والتي بينت ان ادعاء التزوير يرد على السندات العادية والرسمية، والتزوير، نوعان، مادي ومعنوي، والتزوير المادي يرد على تحريف حقيقة السند بعناصر مادية، بالكشط، بالمحو والشطب والتحشية وغير ذلك من العيوب المادية في السند، بهدف اسقاط قيمته في الاثبات أو انقاص هذه القيمة؛ وتقدير ذلك يعود للمحكمة والتي يجب أن تدلل على وجود العيب بشكل واضح في قرارها[41: المادة(35)]. وتزوير معنوي يستهدف مضمون أو فحوى السند بالزيادة أو والنقصان. وإذا ادعى الخصم تزوير السند وطلب التحقيق فيه، ووجدت المحكمة قرائن قوية تدعم إدعائه مثل وجود الكشط، المحو وتغيير بالتاريخ.. وغيرها، وان السند منتج في الدعوى ؛ تستجيب لطلبه، بعد ان تفرض عليه تقديم كفالة مالية حسب تقديرها ؛ لغرض تعويض الخصم الآخر من الضرر في حالة ثبوت صحة السند والحاق الضرر به،

وتحيل المحكمة الدعوى إلى محكمة التحقيق، بعد ان تقرر جعل الدعوى مستأخرة لحين صدور حكم بات في موضوع تزوير السند من عدمه[41: المادة (36)]. فإذا انتهت المحكمة إلى ثبوت صحة السند، ترفض الادعاء بالتزوير وتحكم على المدعي بالغرامة، من دون حرمان المدعى عليه طلب التعويض، أما إذا ثبت بعض ما ادعاه فلا يحكم عليه بشيء[41: المادة (37).] وفي حالة تنازل من إدعى تزوير السند عن إدعائه وقبل إجراء المضاهاة، ففي هذه الحالة لا يحكم عليه بالغرامة[41:المادة (38)] ، إلا إذا ثبت للمحكمة أنه لم يقصد بإدعائه إلا مجرد الكيد لخصمه أو عرقلة الفصل في الدعوى، ففي مثل هذه الحالة يحكم عليه بالغرامة. أما إذا ثبت تزوير السند بواسطة المضاهاة أو الاستكتاب[94:ص23]، يفقد السند أثره في الدعوى ويعد سنداً باطلاً، ويحال المتمسك بالسند إلى المحاكم الجزائية ليتقاضى وفق المادة (295)من قانون العقوبات العراقي ذي الرقم 111 لسنة 1969. أما بصدد المضاهاة أو الاستكتاب فيتم من قبل المحكمة أو من قبل الخبراء تحت اشراف المحكمة أو من قبل الخبراء تحت اشراف الدائرة المتخصصة، خصوصاً في مسألة مضاهاة بصمة الإبهام؛ كونها مسألة فنية، والدائرة المتخصصة بهذا الشأن،هي مديرية تحقيق الأدلة الجنائية، وتتم بذات الطريقة التي تم تناولها في دعوى الطعن بالإنكار. ولا تسمع دعاوى الطعن بالتزوير بالنسبة للسندات المنظمة من قبل كاتب العدل أو الإقرارات الحاصلة أمام الجهات الرسمية ذات الاختصاص؛ إذا صرح فيها بحصول الواقعة بمشاهدة من الموظف المختص[41: المادة(39/ رابعاً/ب)].

وقررت محكمة النقض المصرية[105][(3)]، ((لا تقبل دعوى التزوير الأصلية إلا بعد أن تقف المحكمة على ما يكون لها من تأثير في النزاع المطروح، فأن وجدته منتجاً قبلت الدعوى و إلا قضت بعدم قبولها)). ويدلل هذا الحكم على عدم قبول الدعاوى المبتناة على مصلحة غير جدية والمصالح التافهة أو مصلحة غير جوهرية ، لا ترتب أثراً في سير الخصومة ؛ والتي يقصد منها إشغال القضاء بما يأبها من توافه الأمور.

وبناءً عليه فإنَّ دعوى الطعن بالتزوير أو دعوى التزوير الاصلية هي دعوى، موضوعها إقامة الدليل على تزوير السند، وتقريرية، تقرر عدم صحة السند الذي يتمسك به الخصم الآخر وانها تستند إلى مصلحة قائمة وحالة " المصلحة في الاستقرار "، وتستند إلى ضرر محتمل من إستخدام السند ضد المدعي، والمصلحة تكمن في منع من بيده السند المزور من استخدامه كدليل اثبات في الدعوى، لذلك فهي دعوى وقائية، توصف بأنها دعوى سلبية ، وترمي إلى وقاية المدعي من ضرر محتمل يتمثل في قيام الخصم باستعمال السند ضد المدعي، بهدم ذلك السند، بأثبات تزويره وبطلانه ؛ للوقاية منه قبل ان يستخدم من قبل الخصم.

الخاتمة

في خاتمة الدراسة، نشكر الله ونحمده، على ما أعاننا فيه، و ما وصلنا إليه بعد جهد جهيد ونستخلص أن المصلحة المحتملة، هي حاجة المدعي إلى الحماية أو الوقاية القانونية، للحق أو المركز القانوني، من اعتداء لم يحدث، ومن ضرر لم يحصل، بل هو محتمل أو مستقبل أو يلزمه استيثاق الحق بإلادلة المثبتة له ". وأخيراً نستنبط النتائج ثم التوصيات، وعلى النحو الآتي :

أولا – النتائج :

1–تكفي المصلحة المحتملة أو الوقائية في قبول الدعوى في حالة ، عندمايكون هناك تخوف من ضرر يلحق بذوي الشأن ، وإذا كان هناك إدعاء بحق مؤجل أو تثبيت حق أنكر وجوده، وعندما يكون هناك تحقيقاً يقصد منه تلافي نزاع مستقبلي أو ممكن الحدوث ، وتتمثل المصلحة التي يستند إليها قبول هذه الدعاوى" مصلحة في الاستقرار والأمان "،وتُعَّدْ الدعاوى الوقائية تطبيق من تطبيقات المصلحة المحتملة.

2 – ان دعوى تثبيت الحق أو الدعوى التقريرية، ودعوى قطع النزاع ودعوى البطلان، دعاوى موضوعية تقريرية وقائية، تتوقى الضرر المحدق بأصل الحق قبل وقوعه. وأن دعوى قطع النزاع، تقرر عدم أحقية المدعى عليه بالحماية القضائية وتلزمه بالامتناع عن ادعاءه أو زعمه مرة أخرى خارج سوح القضاء. ودعوى البطلان تكفي لقبول الدعوى، وتقرير بطلان العقد وما يقترن به من شروط ؛ لأنها مخالفة للنظام العام والآداب.

3 – ان دعوى المطالبة بالزام مستقبلي، ودعوى وقف الأعمال الجديدة والدعوى الاستفهامية، دعاوى وقائية تقريرية ومستقبلية. تنشأ الدعوى الاولى على الزام مستقبلي. وتنهض الدعوى الثانية (دعوى مستعجلة ومؤقتة) على توقي حائز العقار من ضرر محتمل في حالة تمام الاعمال أو انقضاء عام على البدأ بها . وترتكز الدعوى الثالثةعلى تحديد موقف المدعى عليه من مدة الخيار الممنوحة له قانوناً فوراً، وقبل انقضائها .

4 –ان دعوى اثبات الحالة، ودعوى سماع شاهد ودعوى الطعن بأنكار سند ودعوى الطعن بتزوير سند، دعاوى وقائية تقريرية مستعجلة باستثناء دعوى تزوير سند – فهي دعوى أصلية ، يتقاضى فيها أمام القضاء العادي وليس أمام القضاء المستعجل ،الأولى والثانية منهما تهدفان إلى اقامة دليل، وتوقي خطر محتمل، فقدان معالم الحالة وعدم سماع شهادة الشاهد لحين قيام دعوى في موضوعهما مستقبلاً. وتقوم الدعوى الثالثة على توقي انكار صحة السند العادي من قبل المدعى عليه ، بعدم الاقرار بتوقيعه على السند، والحكم فيه يتيح للمدعي استخدام السند كدليل اثبات موثق قضائياً لصالحه في أي نزاع مستقبلي. أما الدعوى الرابعة، فموضوعها هدم الدليل باثبات تزوير السند ، وتقرير عدم صحته وحرمان الخصم من التمسك به كدليل لصالحه مستقبلاً؛ توقي المدعي من ضرر محتمل . .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

ثانيا – التوصيات : نوصي المشرع العراقي الموقر بالآتي :

1ـتعديل المادة (6) من قانون المرافعات ودمجها والمادة (7) في مادة واحدة، فيما يخص المصلحة المحتملة :

الفقرة الأولى–...

الفقرة الثانية – ومع ذلك فالمصلحة الوقائية تكفي إنْ كان هناك ما يدعو إلى التخوف من الحاق ضرر بذوي الشأن ويجوز كذلك الادعاء بحق مؤجل على ان يراعى الأجل عند الحكم به وفي هذه الحالة يتحمل المدعي مصاريف الدعوى .

الفقرة الثالثة – يجوز أن يكون المراد من الدعوى تثبيت حق أنكر وجوده وان لم تقم عقبة في سبيل استعماله ويجوز أن يكون كذلك تحقيقاً يقصد به تلافي نزاع في المستقبل أو ممكن الحدوث.

2–الغاء المادة (11) من قانون المرافعات المدنية والخاصة بدعاوى الحيازة والاكتفاء بما هو قائم بشأنها في القانون المدني في المواد (1154،1151، 1155).

3– الغاء دعاوى الأدلة الواردة في المواد (144، 145، 146) في قانون المرافعات واعتمادها في قانون الاثبات أو اعتماد ما يكملها من المواد الواردة بشأنها في قانون الاثبات.

4ـالنص على دعوى قطع النزاع بصورة صريحة من أجل حماية الأشخاص من مزاعم وادعاءات الغير، والتي لا تقوم على أساس من القانون، بما يضر بمركزهم المالي والاعتباري، بشرط أن تكون تلك المزاعم والادعاءات جدية ومؤثرة على مركز الخصم وسمعته، وأن تحمل درجة من الخطورة، تجعل من الضرر محدقاً بالشخص المقصود منها، واعطاء القاضي درجة من تقدير تلك المزاعم والادعاءات وقوة تأثيرها على الشخص المقصود.

5ـ النص على دعوى " الطعن بالتزوير " في قانون الاثبات، لتستند إلى مرجع موحد بشأنها، يميزها عن الطعن بأنكار سند والوارد في المواد (34 – 52) من قانون الاثبات، وفق النص " يجوز لمن يخشى الاحتجاج عليه بسند عادي أو رسمي مزور أن يختصم من بيده ذلك السند ومن يفيد منه لسماع الحكم بتزويره ويكون ذلك بدعوى أصلية ترفع بالأوضاع المعتادة ".**تم والحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين نبينا محمد صلى الله عليه وعلى آل بيته وسلم.**

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://iasj.rdd.edu.iq/journals/journal/view/153

المصادر :

[1]– د. أحمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، القاهرة ، 2004.
[2]–د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ،ط1 ، دار السنهوري ، بيروت ، 2016.
[3]–د. وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001.
[4]– د. مليجي أحمد، التعليق على قانون المرافعات، ج 1، دار النهضة العربية ، بلا سنة اصدار.
[5]– د. أحمد خليل و أحمد هندي و نبيل اسماعيل عمر، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، 2004.
[6]– د. شوقي بناسي، دروس في الدعوى القضائية في ضوء قانون الاجراءات المدنية والادارية الجزائري 08–09.
[7]– د عبد المنعم الشرقاوي و د. عبد الباسط جميعي، شرح قانون المرافعات الجديد ذي الرقم 13 لسنة 1968، مصدر سابق ، أشارا إلى رسالة جينيو (باريس 1935)، ور سالة د. حمدي عبد الرحمن، الدعاوى الوقائية، (باريس 1968).
[8]– قانون المرافعات العراقي الرقم 83 لسنة 1969 ، المادة (7) منه .
[9]– القاضي عبدالرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، ج1،ط2، بغداد، 2009 ، يعد المؤلف المادة (7) مرافعات عراقي، نموذج من شرط حلول المصلحة في الدعوى، ففي هذه الدعوى لا يطالب المدعي اقتضاء حق له من المدعى عليه بل يطلب مجرد التقرير بوجود الحق دون ان يكون الحكم الصادر في الدعوى مشتملاً على الزام المحكوم عليه باداءشيء.
[10]– د. هادي حسين الكعبي، الأصول العامة في قانون المرافعات المدنية، ج1، بيروت 2021،أوضح أنه " لم يرد في التشريع الفرنسي نص عام يبيح رفع الدعوى التقريرية، على خلاف قانون المرافعات الالماني (المادة 256) الذي يجيز صراحة لأي شخص أن يرفع دعوى بقصد تقرير وجود أو عدم وجود حق، أو لأثبات صحة أو تزوير ورقة مكتوبة كلما توافرت لديه مصلحة قانونية في تقرير هذا بحكم قضائي".
[11]– د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني "قانون المرافعات المدنية والتجارية وأهم التشريعات المكملة له"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.
[12]– د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون الاجراءات، المرجع في قانون اجراءات التقاضي المدنية والتجارية، طبعة 2022،أشار في ذلك للفقيهان سوليس وبيرو ، القانون القضائي الخاص ، ج1، 1961، ص 209
[13]– .د. ابراهيم نجيب سعد، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف، الاسكندرية، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1974.
[14]– الاستاذ علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية ، كتاب الدعوى ،أوضَّحَ أنَّ السبب في عدم قبول الدعوى التقريرية الوقائية ؛لأنَّ مجلة الأحكام العدلية تشترط أنْ تكون المنازعة حالة وواقعة بخلاف قانون المرافعات المدنية الجديد الذي يكتفي بأثارة التشكيك أو أنكار حق الآخر وان لم تقم عقبة في سبيل استعماله، تكفي لقبول الدعوى والحكم بتقرير أو نفي الحق للمدعي.
[15]– د. عبدالمنعم الشرقاوي، نظرية المصلحة في الدعوى، مكتبة عبدالله وهبة، ط1، القاهرة، 1947.
[16]– قانون الاثبات المصري (25) لسنة 1968، دعوى تحقق الخطوط الاصلية مادة(45)، ودعوى التزويرالاصلية، مادة (59).
[17]– د. محمد حامد فهمي، المرافعات المدنية والتجارية ، مطبعة النصر، 1938.
[18]– د. أحمد مسلم، اصول مرافعات، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1969.
[19]– الفقيه فزيوز، مشار اليه من قبل د. محمود مصطفى يونس، مرجع في قانون إجراءات التقاضي المدنية،2022.

[20]– (Morel , traite , op. cit. NO.34) ، يرى ان قبول دعوى بطلان عقد باطل يستند إلى نص المادة (1304) من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، التي تجيز للقاصر والمحجور عليه أنْ يرفع كل منهما دعوى ببطلان التزامه قبل ان يطالبه العاقد الآخر بتنفيذ التزامه، مشار اليه ، من قبل المصدر (19).

[21]– د. رمزي سيف، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 .

[22]– قانون الاجراءات المدنية الفرنسي ، تنظر المواد (3/29) منه ، والقانون المدني الفرنسي المادة (104) التي تجيز لأصحاب العلاقة رفع دعوى للمطالبة بإقرار جنسيتهم الفرنسية من قبل القضاء بدعوى تقريرية .

[23] –أشار المصدر (21) إلى إنَّ دائرة العرائض الفرنسية في محكمة النقض الفرنسية ، قضت في حكمها الصادر في 25 آذار سنة 1946 بقبول الدعوى التي يرفعها الزوج بعد وفاة زوجته ببطلان ما جاء في وصيتها له من شرط، عدم زواجه بعد وفاتها.

[24]– د. محمد نعيم عبد السلام، نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون المرافعات، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الشريعة في جامعة الازهر لسنة 1972، دار عالم الكتب، 2003.

[25]– الفقيهان ، سوليس وبيرو : ج 1 ، مشار اليه من قبل المصدر (21).

[26]– د. عبد المنعم الشرقاوي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية ، 1974.

[27]– د. وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي في قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1974.

[28]– د. محمود محمد هاشم، قانون القضاء المدني، ط1، ج2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1998 .

[29]– الفقيهان سوليس وبيرو، القضاء القانوني الخاص، ج1، أشارا إلى ان الادعاء بالحق، يقوم حوله نزاع بصدد تقريره وثبوته (بدعوى تقريرية)، ولا يشترط بالنزاع ان يكون في صورة مقاومة فعلية من الغير، بل يكفي أن يتخذ صورة شك حول الحق أو المركز القانوني ؛ لذلك لا تعد الدعوى التقريرية دعوى وقائية من غير ان تكون هناك منازعة فعلية محتملة من الغير حول المركز القانوني ، الذي يمنح للدعوى التقريرية صفتها الوقائية، وبخلافة تكون الدعوى التقريرية دعوى عادية ترفع ويتم قبولها بتوافر شروطها. ورافع الدعوى التقريرية يهدف إلى استقرار مركزه القانوني.

[30]– . د. صلاح الدين محمد شوشاري، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010 . [31]– أكدت محكمة النقض المصرية مبدأ الدعاوى التقريرية في حكمها الصادر بجلسة 17 حزيران 1969 (مجموعة أحكام النقض : س 30 ص 970) بقولها ((أن المشرع قد أجاز لمن يخشى الاحتجاج عليه بورقة مزورة أن يختصم من بيده تلك الورقة ومن يستفيد منها لسماع الحكم بتزويرها ؛ وذلك قبل أن يتمسك بالورقة في مواجهته، ويكون ذلك بدعوى تزوير أصلية تقتصر مهمة المحكمة فيها على القضاء بصحة الورقة أو تزويرها)).

[32]– د. محمد سعيد عبد الرحمن، دعوى قطع النزاع، ط1 ، دار الفكر الجامعي – الإسكندرية، 2008. نفس المصدر ، بَينَّ، أنه يجوز للمحكوم عليه في دعوى قطع النزاع اثارة الدعوى مجدداً للمطالبة بحقوقه أو مركزه القانوني، التي لم تسقط في التقادم ، والتي كان يزعمها قبل المحكوم له، متى ما عثر على الأدلة والسندات التي تؤيد مزاعمه وتثبت صحتها،، سواء حكم عليه، بعدم أحقيته فيما يزعمه وأنْ يلتزم الصمت إلى الأبد أو حكم عليه بالكف عن ترويج تلك المزاعم خارج سوح القضاء والتي عجز عن اثباتها حتى يمكنه تقديم الدليل على صحتها.

[33]– د. لفته هامل العجيلي، شرح قانون المرافعات المدنية، ط1، دار المسلة بغداد، 2023.

[34]– د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، دار السنهوري، بيروت، 2016.

[35]– د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، المكتبة القانونية، بغداد، بدون سنة اصدار.

[36]–. الاستاذ ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، 1973.

[37]– المذكرة الإيضاحية لقانون 81 لسنة 1996 الذي عدل قانون المرافعات المصري ذي الرقم 13 لسنة 1968.

[38]– C. BLERY , L efficasite substanctielles des.

[39]– jugements civils, the caen 1994

[40]– د. أنيس منصور خالد ، دعوى قطع النزاع كأحد تطبيقات المصلحة المحتملة في قانون إصول المحاكمات الاردنية ، الجامعة الاسلامية ، 2015 .

[41]–قانون الاثبات العراقي ذي الرقم 107لسنة 1979 ، تنظر المادة 7 .

[42]– أشار المصدر (28) ، ص551 إلى : SOLUS et PERROT, droit judiciaire prive,T1. [43] –قرار محكمة النقض المصرية ، نقض 1995/1/19، مجلة القضاء المصرية –27–2،ص 333، ((ان العبرة في تكييف الدعوى وإعطائها وصفها الحق ، وعلى ما جرى في قضاء محكمة النقض ،بحقيقة المقصود من الطلبات المقدمة فيها ، وليس بالألفاظ التي تصاغ بها هذه الطلبات)).

[44]– د. عبد الباسط جميعي ، مبادىء المرافعات في قانون المرافعات الجديد ، دار الفكر العربي الجديد ، القاهرة ، 1974

[45]– د. رمزي سيف ، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي ، 1974 ،مؤلفه،الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، مكتبة النهضة المصرية ، 1959 .

[46]– د. عبد المنعم الشرقاوي ، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، المطبعة العالمية ، 1956 .

[47]– د. ممدوح عبد الكريم حافظ، شرح قانون المرافعات، ط1، ج1، مطبعة الأزهر، بغداد، 1971 – 1972.

[48]– د. فرات أمين رستم، المصلحة المحتملة في الدعوى المدنية / دراسة قانونية مقارنة ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 8 ، العدد23 ، حزيران ، 2015.

[49]– الاستاذ مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية، ط4، العاتك،2011.

[50]– ، د. صادق حيدر، شرح قانون المرافعات المدنية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2011 ،أشار إلى قرار محكمة التمييز العراقية ذي الرقم 169 / مدنية ثانية / 1982 في 26 /10 /1982 وقرارها المرقم 202 / مدنية / رابعة /1982 في 23 /2 /1982.

[51]– القاضي الدكتور صفاء الدين ماجد الحجامي ، المصلحة في الدعوى المدنية ، مكتبة الصباح القانونية ، بغداد 2021، ص66 وما بعدها، أشار إلى قرار محكمة التمييز العراقية ذي الرقم 339 / مدنية ثانية /1976 في 12/7 / 1976، قررت ((...ان محكمة الموضوع ركنت في حكمها لما قررته أحكام المجلة بخصوص دعوى قطع النزاع، والتي تقضي بعدم سماع هذه الدعوى... غير ان قانون المرافعات جاء بحكم جديد قرر بموجبه قبول دعوى قطع النزاع، وقد أخذ المشرع العراقي هذا النص وفقاً لما قرره المشرع المصري بهذا الشأن...على قبول الدعوى بتوافر شروطها)).

[52]– ينظر حكم لمحكمة استئناف اوليان الفرنسية الصادر بتاريخ 15 آذار لسنة 1889 والمشار في المصدر (15)، بند 218، ص 228 وما بعدها.

[53]– د. أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة ، 2021 .

[54]– قرار محكمة Aix في 7 ت2 سنة 1877 – سيرى 88-2 ـ 151، مشار إليه من قبل المصدر (15) ص231.

[55]– حكم لمحكمة سوهاج الجزئية في 11 ت2 لسنة 1942 مشار اليه في المصدر (15) ، بند221، ص 223.

[56]– د. عبد الحميد أبو الهيف ، المرافعات المدنية والتجارية ،1921 ، بين ان الدعوى بأمر مستقبل Action in fututum، يجوز التقاضي عن ضرر لمَّ يقع بعد، وعن حق لم يبيح للمرء استعماله، وذلك لأن من حق الأنسان العمل على دفع ضرر قبل وقوعه، إذا كان ذلك ممكناً، ولحماية حقه بتقريره قبل ان يحصل النزاع بشأنه في المستقبل.

[57]– د. أحمد أبو الوفا، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ،منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1990.
[58]– د. محمد محمود ابراهيم، الوجيز في قانون المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة،، 1983.
[59]– د. عبد الزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج3، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2004، أوضح، إذا رفع الدائن دعوى يطالب بوفاء دين قبل حلول الأجل، ترفض دعواه حتى لو تعهد انه لا ينفذ الحكم إلا عند حلول الأجل. وان الحكم بدفع دين لم يحل أجله لا يجوز ويكون نقضه واجباً، كما ان رفض الدعوى واجب حتى لو حل أجل الدين أثناء نظرها، لأن الحكم يستند إلى يوم رفع الدعوى، وفي هذا اليوم لم يكن الدين مستحق الاداء ".
[60]– د. سيد أحمد محمود، التقاضي بقضية وبدون قضية في المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية –القاهرة، 1995.
[61]– د. مصطفى مجدي هرجه، قانون المرافعات المدنية والجارية، دار محمود للنشر، القاهرة ، بل سنة نشر .
[62]– د. عبد الحكم أشرف ود.السعيد محمد الازمازي، دروس في قانون المرافعات، جامعة طنطا ،2004– 2006
[63]– د. أمينة النمر ، الدعوى وإجراءاتها ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 1990 .
[64]– د. عباس السعدي، النافع في قضاء المرافعات المدنية بين النص والتطبيق،ج1، مكتبة الصباح، بغداد، 2016، أشار إلى لقرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 291 /مدنية /2011 في 2011/2/7، قررت ((يجوز الادعاء بحق مؤجل على ان يراعى الشطر الأخير من المادة (6) من قانون المرافعات عند الحكم)).
[65]– القانون المدني العراقي ، المادة(1155/ف1).
[66]– قرار محكمة النقض المصرية ((على إعتبار دعوى وقف الأعمال الجديدة ، صورة من صور دعوى وضع اليد)).
[67]– المجلة العربية للنشر العلمي ، أيار 2020، العدد التاسع عشر، www.ajsp ، تاريخ الزيارة 2025/4/18.
[68]– فينسان ، المرافعات المدنية والتجارية ، ص90 ، بند 96 ، مشار إليه في المصدر (17) .
[69]– د . أحمد ماهر و د. يوسف أبو زيد ، أصول المرافعات المدنية والتجارية ، سنة طبع ، بلا.
[70]– يُنظر حكم دائرة العرائض في 10 شباط سنة 1910 _ داللوز 65/1/1912 و داللوز 1856 297/1/1 ، حكم دائرة العرائض 1912 في 4 شباط سنة 1856 ، مُاشر اليهما من قبل المصدر (15) ص169.
[71]– د. عبد العزيز بديوي، بحوث في مواضيع المرافعات والقضاء في الاسلام، بلا سنة اصدار، بين ، أنه لا يجوز تنفيذ الحكم الصادر في دعوى وقف الأعمال الجديدة سواء حكم بالوقف أو بالاستمرار في العمل إلا بعد إيداع الكفالة في خزانة المحكمة، وتظل في الخزانة حتى يقضي في موضوع الحق، بحكم موضوعي نهائي .
[72]– د. أحمد أبو الوفا، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية ، طبعة 1990، أوضح ، بأن القاضي لا يحكم ابتداءً في دعوى وقف الأعمال الجديدة بإزالة ما تم بناؤه ؛ لأنه لم يقع تعرض بعد ولكن بعدم الاستمرار فيه .
[73]– قرار محكمة إستئناف بغداد 2391 / حقوقية /92 في 9/7/ 1992 نصت ((...من شروط دعوى وقف الأعمال الجديدة أن لا تكون قد تمت وألاَّ يكون قد انقضى عام على البدء فيها، كما ورد في المادة (1155 / ف2) من القانون المدني...)).
[74]– حكم دائرة العرائض في 21 شباط سنة 1910 سيرى 1913 / 385/1. داللوز 1856 /296/1 " حكم دائرة العرائض في 4 شباط سنة 1856" أوبري وروج 2ص 246 هامش 2 بلانيول ج1 ص 730-731.
[75]– القانون المدني المصري ، المادة 140 . وعرف المصدر (2) في ص238 دعوى الاستفهامية " بالدعوى التي ترفع على شخص له الحق في اتخاذ موقف من بين موقفين خلال مدة معينة، يطلب من الآخر، صاحب الخيار، الإفصاح فيها عن الموقف الذي يختاره.
[76]– د. السيد عبد الفتاح، الوجيز في قانون المرافعات، القاهرة، 1924، بند 323.
[77]– د.عبد المنعم الشرقاوي ود. فتحي والي، شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهضة العربية ، 1976.

[78]– د. محمد العشماوي، قواعد مرافعات، مكتبة الآداب ، 1998.

[79]– ينظر حكم محكمة دوية، 13 تموز 1900 – سيرى 1903 /2/ 293، الفقيه جلاسون ج1 نبذة 180. جارس ونيه ج1 نبذة 361.

[80]– د. مدحت محمود سعد، الدعاوى الفرعية (دراسة اجرائية)، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،2024 ، يثير تساؤل حول مدى جواز قبول الدعوى الاستفهامية...فإذا كانت للمدعي مصلحة في هذه الدعوى " مصلحة في الإستقرار والأمان "إلا ان هذه الدعوى غير مقبولة لأنها تتضمن حرمان المدعى عليه من المهلة التي يمنحها له القانون، وتعد دعوى غير قانونية. ويشير المصدر (53) في ص178 ، إلى اختلاف الفقه بصدد قبول الدعوى ، والسائد عدم قبولها ؛ لذات السبب، إلا أن هناك حالات تقبل فيها الدعاوى الاستفهامية إستثناءً، مثل قسمة المال الشائع بالنسبة للقاصر والغائب .

[81]– د. محمد عبد الخالق عمر، الرسالة، النظام القضائي المدني، ج 1، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة 1976. ويؤكد بعض الفقهاء ان هذه الدعوى غير معروفة في التشريع الحديث وان كان معترفاً بها في ظل القانون الروماني – راجع الفقيهان جرسونيه وسيزار بروا، ج1، ص 541 وما بعدها رقم 361.

[82]– د. محمد و عبد الوهاب العشماوي، ج1، بدون سنة طبع .

[83]– د. سعدون ناجي القشطيني ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ،مطبعة المعارف ، بغداد ، 1976 .

[84]– د. حمدي عبدالرحمن، اطروحة دكتوراه، الدعاوى الوقائية، إطروحة دكتوراه ، ورسالة جينيو، باريس 1935، مشا ر إليها من قبل المصدر (7) ، ص35 .

[85]– د. محمود مصطفى يونس، المرجع في قانون اجراءات التقاضي المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014-2015، أشار إلى نقض مدني مصري 17 حزيران 1969 ط 296 لسنة 35 ق.

[]86– قانون الاجراءات المدنية الفرنسي، نصت المادة (486) منه على إنَّ(عندما يتعلق طلب الكشف، بالموافقة على اجراء تحقيق، يتم تنفيذه بواسطة فني أو بإجراء خبير، ويمكن أن يعفى المدعى عليه الذي أثار طلب الموافقة قبل جلسة الاستماع، من الحضور، وللقاضي دائماً الحق في الأمر بحضوره أمامه).

[87]– د. شوقي بناسي ، محاضرات في المرافعات المدنية ، منشورة على القناة التي تحمل إسمه ، تاريخ الزيارة 21 شباط 2025 .

[88]– د أحمد أبو الوفا، مدونة الفقه والقضاء في المرافعات ، ج1 ،دار المطبوعات الجامعية ، 2007 .

[89]– المستشار ابراهيم جمال / الميسر في قانون الاثبات، ط1، 2019 ، عرف دعوى اثبات الحالة هي " طلب اجراء تحفظي عاجل الهدف منه حالة مادية يتعذر اثبات معالمها و أدلتها أو معرفة أسبابها لو تركت لحين نظر الموضوع أمام القضاء العادي، وقد يضيع كل أو بعض آثارها إذا لم تثبت في حينها ".

[90]– مجلة التشريع والقضاء، العدد الاول، 2015، أشارت إلى قرار محكمة استئناف البصرة بصفتها التميزية ،رقم القرار 408 /ت ب/2014 في 2014/11/23.

[91]– الطعن رقم 4800 لسنة 61 ق – جلسة 11/ 1998- س 49 – ص 88. مشار إليه من قبل المصدر(89)، ص501.

[92]– د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، ج1، منشأة المعارف، 2004 .

[93]– قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فقد جاء خالياً من نص صريح ينظم قبول دعوى سماع شاهد كدعوى مستقلة، إلا ان الرأي الراجح للفقه الفرنسي هو جواز اقامة دعوى تدوين أقوال شاهد بصورة مستقلة أمام قاضي الأمور المستعجلة إذا توافرت شروط قبول الدعوى المستعجلة وتوافرت مصلحة في ذلك استنادا إلى ما جوزه ذات القانون بقبول الدعوى المستندة على مصلحة أو مصلحة محتملة ضمن المفهوم العام للمصلحة الوارد في المادة (31) منه.

[94]– د. عبد الباسط جاسم محمد، المختصر المفيد في شرح قانون الإثبات العراقي، الانبار، 2019، عرف الإمضاء " بأنهأية إشارة أو كتابة أو رموز أو حروف أو إصطلاح خطي يختاره الشخص لنفسه بمحض إرادته للتعبير عن صدور السند منه وموافقته على ما ورد في هذا السند ومحتوياته " . وقد عرف قانون الاثبات في المادة (21) " السندات الرسمية (هي السندات التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ، طبقاً للإوضاع العامة وفي حدود إختصاصه ما تم على يديه أو ما أدلى به ذوي الشأن في حضوره . وعرف السندات العادية بأنها (أوراق مكتوبة بشأن عمل قانوني ، ولا يتدخل موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في تحريرها

[95]–د. فارس علي عمر ،الدعاوى الوقائية ، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية ، (المجلد 13 عدد8) ، أيلول 2006 .

[96]–الأسباب الموجبة لقانون المراعات المدنية العراقي ، عرفت "دعوى إقرار توقيع " (بالدعوى التي يرفعها من بيده سند غير منظم من قبل كاتب العدل ، ضد من صدر عنه ذلك السند، ليقر بأن السند بخطه أو بإمضائه أو ببصمة إصبعه أو بختمه ، وهي دعوى لا تتناول أصل الحق وانما تهدف إلى التحققمن صدور التوقيع ...). وأكدت المادة (34)من قانون الاثبات العراقي (بأن دعوى الإنكار ...لا ترد إلا على السندات العادية ، ودعوى التزوير ترد على السندات العادية والرسمية) .

[97]– د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، دار السنهوري ، بيروت ، 2025 ، عرف " الإنكار " بعدم تسليم الخصم بصحة ما هو منسوب إليه من خطأو إمضاء أو بصمة إبهام في أي سندعادي قدمه خصمه في الدعوى بوصفه دليلاً في الإثبات ".

[98]– د. عصمت عبد المجيد بكر ، شرح قانون الإثبات، المكتبة القانونية ، 2012 ، عرف "الإنكار بأنه " رخصة يمنحها القانون لمن يحتج عليه بسند عادي ؛ لإستبعاد حجية هذا السند مؤقتاً في الإثبات، دون حاجة إلى سبيل الإدعاء بالتزوير ،إلى أن يثبت صحة صدور السند من الشخص المسوب إليه ".

[99]– قانون الإثبات المصري ، المادة (48) ، ماورد في هذه المادة ، هوذات ماورد في المادة(40)من قانون الاثبات العراقي ، والتي نصت (إذا أنكر من نسب إليه السند خطه أو إمضائه أو بصمة إبهامه أو أنكر ذلك من يقوم مقامه أو إدعى الوارث الجهل به ، وكان السند منتجاً في الدعوى ، قررت المحكمة إجراء المضاهاة مع إيداع السند في صندوق المحكمة بعد تثبيت حالته وأوصافه والتوقيع عليه من قبل القاضي أو رئيس المحكمة " .

[100]– د. عز الديناصوريو د. حامد عكاز ، التعليق قانون الإثبات المصري ، ط10،مطابع روز اليوسف ،2005

[101]– القاضي هادي عزيز علي ، شرح قانون إصول المرافعات المدنية والتجارية ، ج1، 2024 ، أشار إلى الطعن المرقم 1796/ م /2002 والطعن رقم 1758 لسنة 58ق في 13 /2/ 1994.

[102]– د. أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون الاثبات المصري ، منشأة المعارف، الاسكندرية ، بلا سنة طبع .

[103]– قرار محكمة النقض الصادر في 16 /3 /1976 – س27 ص 171 /12/6 /1974.في 25 ص 306 /26 3/1974 س25 ص575، مشار اليه د. محمود محمد هاشم، مصدر سابق، ص87.

[104]–د.جواد بكلاسةالإدريسي، الطبيعة القانونية لدعوى الزور الفرعية في التشريع المغربي ،ط1، مطبعة النجاح ، الدار البيضاء ،2005.

[105]–الطعن رقم 339 السنة 35ق في تاريخ 1970/1/22 ، مشار إليه من قبل الباحث وليد عبد الزهرة تائه،تطبيقات المصلحة المحتملة ، رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد العلمين للدراسات العليا ، 2020،ص221.