"شرط المصلحة في الدعوى المدنية واثر النظام العام فيه"

The interest condition in a civil suit and the effect of public order on it

م.زينب عدنان توفيق ا.د جليل حسن الساعدي
كلية القانون/ جامعة بغداد

ملخص باللغة العربية

يؤدي النظام العام دوراً هاماً في مفاصل القانون كافة اذ لا يمكن لاي نظام قانوني ان يستغني عنه لانه الوسيلة التي تُكفل به حماية المجتمع ومصالحه العليا' ولان مفهوم النظام العام يختلف باختلاف المجتمعات والدول اذ ان كل دولة تقيم نظامها القانوني على الاسس التي تكفل سير نظامها الاجتماعي و السياسي والاقتصادي ، وهذه الاسس تختلف من دولة لاخرى مما يترتب على هذا الاختلاف تباين فكرة النظام العام فيما بينها . وكما هو معلوم فأن الدعوى المدنية هي السلطة القانونية التي يستطيع الفرد بواسطتها ان يضع يد السلطة القضائية على نزاع معين للبت بصحة حق يدعيه ، فهي من جهة وسيلة قانونية تمكن الفرد من اجبار القاضي على البت في الطلب الذي يعرضه عليه ومن ناحية اخرى تهدف الى فرض احترام الحقوق المطالب بها ، فالمحكمة عليها ان تأخذ بنظر الاعتبار ان يكون للدعوى سبب ومحل مشروعين وكذلك الحال التأكد من اختصاصها الوظيفي والمكاني والنظر في مسألة بطلان اوراق التبليغ من عدمه والتدقيق في الخصومة وتوفر شروطها من حيث المصلحة والاهلية وتوفر الصفة وعدم سبق الفصل بها ،كونها من المسائل التي تعتبر من النظام العام في الدعوى المدنية تقضي بها من تلقاء نفسها حتى وأن لم يتمسك بها الخصوم .

Abstract

Public order plays an important role in all aspects of the law, as no legal system can do without it because it is the means by which society is protected and its highest interests are guaranteed. And because the

concept of public order varies according to societies and countries, as each country establishes its legal system on the foundations that guarantee the functioning of its social system. Political and economic, and these foundations differ from one country to another, which results in this difference in the idea of public order varying among them. As is known, the civil lawsuit is the legal authority through which an individual can place the hand of the judicial authority on a specific dispute to decide on the validity of a right he claims. On the one hand, it is a legal means that enables the individual to force the judge to decide on the request he presents to him, and on the other hand, it aims to impose respect. Rights claimed

The court must take into account that the lawsuit has a legitimate reason and place, as well as ensure its functional and spatial jurisdiction, consider the issue of the invalidity of the notification documents or not, scrutinize the dispute, and meet its conditions in terms of interest and eligibility, availability of capacity, and not previously decided, as they are among the issues that are considered part of the system. The general rule in a civil lawsuit is that it is decided on its own initiative, even if the opponents do not adhere to it.

الكلمات المفتاحية : المصلحة، الدعوى المدنية، النظام العام، المدعي، المدعى عليه، شروط الدعوى، المحكمة.

اهمية البحث

يستمد البحث اهميته من اهمية أثر فكرة النظام العام على الدعوى المدنية ، فبهدف الحصول على الحماية القضائية وتحقيق عدالة فاعلة بين المتخاصمين ، حدد المشرع الاجراءات القضائية ونظم تسلسها في كل مرحلة من مراحل الخصومة، ولتحقيق هذا الهدف ولعدم اطالة الاجراءات وفقا لمبدأ الاقتصاد والحماية حدد لها شروطاً حتى ينتج الاجراء اثاره القانونية ، فأذا تمت مخالفة هذه الشروط او تخلف احداها كان الاجراء باطلا.

مشكلة البحث

تعد فكرة النظام العام من الافكار المحورية التي تبسط نفوذها في كل مجالات وفروع القانون ، مما يجعل حصر الفكرة في قالب معين وعلى وفق معيار واحد على كل فروع القانون امرا عسيراً ، لذا توصف بأنها الفكرة المتغيرة والهلامية تبعاً لمكان وجودها وزمانه كما أهمية المصلحة كشرط لقبول الدعوى المدنية فيرجع الى اعتبارين، الاول اعتبار عملي، فبما ان الدولة

في المجتمع المدني هي التي تتولى حماية حقوق الافراد عن طريق مرفق القضاء، فإن الالتجاء الى المحاكم يجب ان يكون مقيداً بعدة قيود تكفل حسن ادائه لوظيفته، وعلى هذا اشترطت المصلحة كمعيار لقبول الدعوى التي ترفع الى مرفق القضاء، اما الاعتبار الثاني فهو اعتبار قانوني، فما دام الانسان يستعمل حقه لتحقيق المصلحة التي كفل القانون حمايتها ، فانه بذلك لا يكون خارجاً عن النطاق المرسوم له، وما دام هو في حدود هذا النطاق فالقانون يحميه ، لذا حتى لاتشغل سوح القضاء بقضايا تكون محكومة بالرد وعدم القبول لانتفاء المصلحة فلابد من التاكد من توفر شروط الدعوى ةلاسيما المصلحة عند اقامة الدعاوى اختصارا للوقت والجهد.

منهجية البحث

من اجل البحث عن شرط المصلحة في الدعوى المدنية واثر فكرة النظام العام فيها، سنتخذ من المنهج التحليلي والمقارن سبيلاً لمعالجة البحث، فنعقد المقارنة بين القانونين العراقي والمصري من القوانين العربية فضلاً عن القانون الفرنسي لغرض الوقوف عند كل فقرة ومشكلة تتعلق بموضوع البحث وايجاد الحلول المناسبة لها .

مقدمة Introduction

ان القضاء المدني هو قضاء مطلوب وليس تلقائي التحرك، بمعنى ان القاضي لا يمارس نشاطه الا بوجود دعوى، لكي يتمكن من توفير الحماية لمن يطلبها من الخصوم، فالدعوى المدنية هي السلطه القضائية التي يستطيع الفرد بواسطتها ان يضع يد السلطة القضائية القانونية على نزاع معين للبت بصحة حق يدعيه، فعن طريق الالتجاء الى القضاء يتم تأمين حقوق الافراد ومصالحهم المشروعة، ومن ثم فالدعوى في تنظيمها تدل على ظاهرة حضارية في حياه المجتمع، ونضوج في فكرة السلطة والدولة، لان الدعوى تمثل انتقالا من القضاء الفردي الخاص الى القضاء الحكومي المنظم الذي تديره وتشرف عليه الدولة، بعد ان منعت الافراد من استيفاء حقوقهم بانفسهم[٥٥٤].

وعليه فان الدعوى المدنية تعتبر من جهه وسيلة قانونية تمكن الفرد من اجبار القاضي للبت في الطلب الذي يعرض عليه، ومن ناحية اخرى تهدف الى فرض احترام الحقوق المطالب بها، وقد عرفتها المادة (٢) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٨ بانها "طلب شخص حقه من اخر امام القضاء" وعرفتها المادة (٣٠) من قانون الاجراءات الفرنسي[٥٥٥] بان "الدعوى

هي حق المدعي في ان يسمع القاضي ادعائه، ليبت في صحة هذا الادعاء او عدم صحته، وبالنسبة للمدعى عليه فهي الحق في مناقشة صحة هذا الادعاء".

فالدعوى هي الحق المقرر لكل شخص بان يتوجه الى القضاء، للحصول منه على حكم باحترام حقوقه ومصالحه المشروعة، فهي تشكل نقطة التقاء بين الحق الموضوعي واجراءات المحاكمة، وتتجه الى الاختلاط اما مع الحق الذي تحميه واما مع المطالبة التي تجسدها[٥٥٦].

فالحق في الدعوى هو حق ارادي يوجد في مفترض القاعدة القانونية الاجرائية، وهذا المفترض الاجرائي يخول كل شخص ايا كان مركزه مكنة الالتجاء الى القضاء لعرض مزاعمه امامه، ولو لم يكن صاحب حق موضوعي، وفي لحظة تالية لن يتأكد المركز القانوني للشخص الذي يباشر الدعوى، وما اذا كان له حق في الدعوى ام لا الا بصدور الحكم الذي يقرر له حقه الموضوعي، وهنا حسب حكم القاعدة الاجرائية يحدث التطابق بين صاحب الحق في الدعوى وصاحب الحق الموضوعي[٥٥٧]، لذا فان الدعوى المدنية هي وسيلة مشروعة لتحقيق هدف معين وهو حماية حق موضوعي.

وكما هو معلوم فان حق التقاضي مكفول لكل شخص[٥٥٨] وهو ما نصت عليه كل دساتير الدول[٥٥٩]، وهذا الحق من الحقوق العامة التي لا يجوز النزول عنها ولا يقبل الانقضاء لاي سبب كان[٥٦٠]، كما لابد من مراعاة اي ظروف قد تؤثر على حق التقاضي بما يضمن حصول الافراد على محاكمة عادلة[٥٦١].

وكما هو معلوم فان القضاء غير ملزم بالفصل في كل ما يقدم اليه من ادعاءات، الامر الذي يؤدي الى ضياع وقت المحاكم في بحث امور غير ذات اهمية، او امور تم الفصل فيها[٥٦٢]، او ان الفصل في موضوعها غير مجدٍ بالنسبة لاطرافها، وانما اشترط المشرع لإلزام القاضي بالفصل في موضوع ما يقدم اليه، شرائط او شروط معينة، بتوفرها يكون لمقدم الطلب الحق في الدعوى، فأن لم يتوفر له هذا الحق فلا يكون طلبه جديرا بان ينظر من القضاء، او ان يصدر بشأنه حكما قضائيا.

وعلى ذلك فيقصد بشروط الدعوى، ما يتطلبه القانون من مقتضيات لوجود حق الدعوى، فان توفرت هذه المقتضيات قام حق الدعوى، ويتمثل في الحصول على حكم في الموضوع ، ومن ثم فان شروط الدعوى تمثل شروط الحكم في موضوعها، مع ملاحظة ان هناك من يفرق بين شروط الدعوى كحق، وشروط قبولها او مباشرتها، فمنهم[٥٦٣] من يرى ان الحق شرط لوجود الدعوى والمصلحة شرط لقبولها[٥٦٤]، فالحق بدونه لا توجد دعوى، وهذا يستفاد من حكم المادة الثانية من قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ اذ نصت "الدعوى طلب شخص حقه من اخر امام القضاء" لان الدعوى هي وسيلة تحمي الحق،

فيعتبر الحق سببا لقيام الدعوى، ولا يكفي وجود الحق فقط، بل لابد ان يكون ثابتا، مستحق الاداء، مشروعا يقره القانون[٥٦٥]، وهو مايستفاد من نص المادة السادسة من القانون انف الذكر[٥٦٦].

ومن الفقهاء من يرى[٥٦٧] ان لا فرق بين شروط وجود الدعوى وشروط قبولها، فهي واحدة، اما مباشرة الدعوى فتتحقق بالخصومة ، اي باجراءاتها القضائية والتي تبدا بالمطالبة القضائية ،وهو امر متميز عن الدعوى.

اما القانون المصري فقد ورد في المادة الثالثة[٥٦٨]ان اي طلب او دفع لايكون مقبولا الا اذا كان لصاحبه مصلحة قائمة يقرها القانون، اي ان المشرع المصري عبر عن شروط الدعوى بشرط المصلحة فيها والتي يقرها القانون، واذا كان النص قد اقتصر على شرط المصلحة فان ذلك لا يعني انه الشرط الوحيد، بل لابد من ان تتوفر الى جانبها شروط اخرى ، مثل الصفة في الدعوى، فضلا عن شروط اخرى كعدم وجود الموانع او الوقائع التي يؤدي تحققها الى عدم قبول الدعوى، وعلى هذا الاساس فقد قسم البعض[٥٦٩] في مصر شروط الدعوى الى ايجابية واخرى سلبية، فأما الايجابية فيقصد بها تلك الشروط التي يتطلب القانون توافرها في الدعوى لقبولها والفصل في موضوعها وهي المصلحة والصفة والاهلية، بينما يقصد بالشروط السلبية تلك التي يجب عدم تحققها لوجود الدعوى، فهي عكس الشروط الايجابيه فالاخيره يجب تحققها لوجود الدعوى، واما السلبية فيجب عدم تحققها لوجود الدعوى، فقد يوجب القانون ضروره مباشرة الدعوى في مناسبة يعينها المشرع ، مثل عدم جواز رجوع الدائن على الكفيل وحده الا بعد الرجوع الى المدين[٥٧٠]، او قد يحدد المشرع ميعادا اما قبل بدءه او خلاله او بعد انقضائه، مثل اقامة الدعوى خلال فترة معينة كضرورة رفع دعوى الحيازة خلال سنة من تاريخ الاعتداء على الحيازة[٥٧١]، ومع ذلك يمكن القول ان الشروط السلبية للدعوى تتمثل في عدم سبق الفصل فيها، وكذلك عدم اكتمال مدة التقادم ، وايضا عدم تحقق ما يقضي على حق الدعوى مثل التنازل عن الدعوى او الصلح ، واخيرا عدم الاتفاق بين الخصوم على التحكيم، لان هذا الاتفاق يترتب عليه منع القضاء من نظر المنازعة محل التحكيم.

ومن جانب اخر فهناك من[٥٧٢] يقسم شروط الدعوى الى شروط عامة واخرى خاصة، فالدعاوى لم تعد في القانون الحديث دعاوى مسماة ومحددة بشروط ونماذج معينة، كما كان الحال في القانون الروماني، بحيث لا توجد دعوى خارج هذه الدعوى التي نظمها القانون، بل على العكس من ذلك، لم تعد مسماة ومن ثم لا يشترط لقبولها ان يرد بشانها نص في القانون صراحة، ولكن لا يعني ذلك ان المشرع الحديث قد منع نفسه من تنظيم دعاوى معينة ويعطي لها اسماء معينة، وان فعل ذلك لا ينفي وجود دعاوى اخرى غير مسماة والتي توجد كلما

استكملت شروط وجودها، لذا فان المشرع ينظم الدعوى بصورة عامة ويحدد شروطها، فان توافرت وُجد الحق في الدعوى، فضلا عن شروط خاصة في بعض الدعاوى مثل دعاوى الحيازه والشفعة وغيرها.

والسؤال الذي يطرح هنا، هو مدى تعلق شرط المصلحة في الدعوى المدنية بالنظام العام؟ هل يتم اثارته من قبل الخصوم؟ ام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها؟ وفي ايه مرحلة يمكن أبداها؟

وان الاجابة على هذا السؤال والبحث في شرط المصلحة يقتضي منا التعرض لتعريفها، ثم بيان شروطها، فلا يكفي مجرد وجود المصلحة لقبول الدعاوى، وانما المصلحة التي حدد القانون شروطا لها، ومن ثم بيان اثر النظام العام علىها،وهو ما سنتناوله في المطالب الاتيية :

المطلب الاول: التعريف بالمصلحة Definition of interest

نصت المادة السادسة من قانون المرافعات العراقي بانه "يشترط في الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي اذا كان هناك ما يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذي الشان، ويجوز كذلك الادعاء بحق مؤجل على ان يراعى الاجل عند الحكم به، وفي هذه الحالة يتحمل المدعي مصاريف الدعوى" اما المادة الثالثة من قانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فقد نصت "لا يُقبل اي طلب او دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق او الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه"، اما المادة(٣١) من القانون الاجراءات الفرنسي لسنة ١٩٧٥[٥٧٣] فقد نصت" الدعوى مفتوحة لكل من لديهم مصلحة مشروعة في نجاح أو رفض الادعاء ، مع مراعاة الحالات التي يمنح فيها القانون الحق في التصرف للأشخاص المؤهلين لرفع دعوى أو محاربتها ، أو للدفاع عن مصلحة معينة" ، والمتأمل لهذه النصوص يجد ان المشرع قد تناول المصلحة الا انه لم يتطرق الى تعريفها، ولعل السبب في ذلك، انها مسالة موضوعية يستخلصها حاكم الموضوع في كل قضية ،اما الفقه[٥٧٤] فقد عرفوا المصلحة بأنها المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية من اتجاهه الى القضاء، فهذه المنفعه هي الدافع لرفع الدعوى وهي الهدف من تحريكه، ويقال بهذا الصدد ان لا دعوى بغير مصلحة، ويعرف اخر[٥٧٥] المصلحة بانها المنفعة والفائدة التي تعود للمدعي من الدعوى، اي ان المصلحة تكون لصاحب الحق المدعى به، وهو ما تم ملاحظته من صياغة النصوص انفة الذكر، بان المصلحة قد أضيفت الى المدعى به، فقد وردت عبارة - ان يكون المدعى به مصلحة- وفي الواقع ان المدعى به هو الحق المطالب به، واما المصلحة فهي الفائدة التي تعود للمدعي من الدعوى.

اما جانب اخر من الفقه المصري[٥٧٦] فقد عرف المصلحة بانها الفائدة من الدعوى او المنفعة العملية التي تعود على المدعي من الحكم له تلقائيا بطلباته فلا دعوى دون مصلحة، فهي مناط ومقياس الدعوى، ومع ذلك لابد من التفرقة بين المصلحة بمعنى الباعث، والمصلحة بمعنى الغاية، فالمصلحة بالمعنى الاولى هي الحاجة الى حماية القانون، وهي لذلك وثيقه الصلة بالاعتداء على الحق فهي تدور معه وجوداً وعدماً .

اما المصلحة بمعنى الغاية فهي ما ينشده المدعي من رفع الدعوى الى القضاء، وتتمثل هذه الغاية في تحقيق الحماية القانونية، وان هذه الغاية ليست هي الرغبة في الحصول على مجرد منفعة مادية او ادبية[٥٧٧]، لان ذلك من شأنه ان يجعل من المصلحة في الدعوى تعبيرا تافهاً، فالمنفعة لا يستحصل عليها المدعي من الحكم له في الدعوى باعتبارها غاية في ذاتها، بل لانها المظهر او الوسيلة لتحقيق حماية القانون، وعليه فان المصلحة هي الحاجه الى حماية القانون للحق المعتدى عليه او المهدد بالاعتداء عليه، والمنفعة التي يحصل عليها المدعي لتحقيق هذه الحماية.

وهذا التعريف الذي انتهى اليه هو التعريف الصحيح للمصلحة فهي المنفعة التي يحصل عليها المدعي من الحكم له بطلباته، وهي المنفعة التي لن يحصل عليها نتيجه الاعتداء على حقه او التهديد بالاعتداء عليه الا بالرجوع الى القضاء، لدفع هذا العدوان او وقف هذا التهديد خاصة ان المدعي لا يستطيع ان يقضيه لنفسه وبوسائله.

وبالرجوع الى النظرية الموضوعية للحق والتي عرف فيها الحق بانها مصلحة يحميها القانون، وواضع هذا التعريف هو الفقيه الالماني ايرنج، والذي نظر الى الحق من ناحية موضوعه والغاية منه، لا من حيث صاحبه[٥٧٨] ، فالمصلحة وفق هذا التعريف هي العنصر الاول للحق، واما الحماية القانونية فهي العنصر الثاني له، وتستمد من الدولة باعتبار ان كل حق مزود بدعوى تكفل احترام المصلحة التي يهدف الحق الى تحقيقها والى ادراكها.

وبالعودة الى الدعوى المدنية فالمصلحة فيها ليست بمعناها الموضوعي اي باعتبارها عنصرا في الحق، فالمصلحة كعنصر موجودة في الحق سواء تم الاعتداء عليه ام لا ، كما ان الحق بذاته غير كافي لقيام الدعوى، حيث لا تكون هناك مصلحة في الحكم له بطلباته، فعلى سبيل المثال لا تقبل دعوى الدائن العادي او المرتهن المتاخر في المرتبة ببطلان اجراءات توزيع قيمة العقار على الدائنين المرتهنين السابقين له في المرتبة، لانهم حتى ولو ببطلان هذه الاجراءات فلن ينال المدعي شيئا من قيمة العقار المباع، نظرا لاستغراق حقوق الدائن المرتهن السابق

في المرتبة لكل قيمة العقار، ومن هنا لا مصلحة للدائن العادي او المرتهن المتأخر في المرتبة في طلب بطلان التوزيع رغم انه صاحب حق[٥٧٩] .

وعلى هذا الاساس فالمصلحة هنا باعتبارها عنصراً للحق تختلف عن المصلحة كشرط للدعوى المدنية، لذا فأن اي شخص حتى تُقبل دعواه ويكون له الحق في الحصول على حكم من القضاء في موضوع معين يدعيه، يجب ان تكون له مصلحة، اي هناك فائدة تعود عليه من الحكم بطلباته، وبخلاف ذلك فلا مبرر ان تُسمع دعواه[٥٨٠]، فلا يتصور وجود انسان طبيعي عاقل يمكن ان يلجأ الى القضاء ويتكبد المشقة والنفقات دون ان يكون له هدف يسعى اليه وفائده يرمي الى تحقيقها، ومع ذلك فان وجود المصلحة في الدعوى لا تعني ان يصدر له الحكم بكل الاحوال، فقد يصدر لغير صالح المدعي اذا ما اظهر التحقيق التي اجرته المحكمة وبناء على ما تكشف لها، ان المدعي غير مُحق في دعواه ، وهنا يبرز الفرق والفاصل بين مسألة قبول الدعوى المدنية، والحكم في موضوعها، فالمصلحة شرط لقبول الدعوى امام المحكمة ولهذا يلزم توافر هذه الشروط لكي نعرف ما اذا كانت دعواه جديره بان تسمع قضائيا ام لا ،وهذه مسألة سابقة واولية على الفصل في موضوعها، والمصلحة بالمعنى المتقدم ليس شرطا لوجود الحق في الدعوى وقبولها فحسب، بل هي شرط لوجود الحق في عرض اي طلب[٥٨١] او دفع امام القضاء ليحصل على حكم من القضاء بشأنه، فالطعن في صورية عقد لا يقبل الا ممن له مصلحة فيه وفي حدود هذه المصلحة[٥٨٢]، وكذلك الحال لا يقبل الطعن في الحكم الا ممن كانت له مصلحة في الغاء هذا الحكم، فلمن يريد ان يختصم في الطعن، عليه ان يكون طرفا في الخصومة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه، فضلا عن توفر مصلحته في الدفاع عن الحكم حين صدوره[٥٨٣].

ووفقا لما ورد اعلاه فالمصلحة في قبول الدعوى وثيقه الصلة بالاعتداء على الحق فهي تدور معه وجودا وعدما ، ومن ثم كلما كان هناك اعتداء على الحق او تهديد بالاعتداء عليه، كان لصاحب الحق الموضوعي مصلحة في طلب حماية القانون بتدخل القضاء ولتطبيقه على الواقعة المطروحة امامه[٥٨٤].

ويرى جانب من الفقه[٥٨٥] انه لابد من التمييز بين المصلحة كشرط لنشأة الحق في الدعوى، والمصلحة كشرط لقبول الادعاء الذي يتضمنه الطلب القضائي، لان المصلحة في الدعوى وكشرط لقبولها هي الحاجة الى حماية القانون، او هي الغاية التي ينشدها من يرفع الدعوى، وهذه الغاية ما هي الا تحقيق الحماية القانونية، وعلى ذلك فان المصلحة ليست مجرد الحصول على منفعة مادية كانت او ادبية، لان هذا المعنى الضيق الذي ممكن ان يخطر بالذهن يجعل المصلحة في الدعوى مجرد تعبير لا قيمته له في الدعوى باعتبارها غاية في ذاتها، بل لانها المظهر او الوسيلة لتحقيق حماية القانون، فالحكم اذ يصدر بمبلغ التعويض للمدعي

من ضرر اصابه، انما يصدر باعتبار ان هذا التعويض هو وسيله القانون لحماية الحق الذي تم الاعتداء عليه، فالحكم في الدعوى هو الذي يحقق حماية القانون، ومن ثم فالمصلحة باعتبار انها هي المصلحة في الحكم في الدعوى تتحقق بتحقق حماية القانون، وهي بهذا المعنى تعرف بانها المنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقيق حماية القانون لحقه الذي اعتدي عليه او المهدد بالاعتداء عليه.

والمتأمل لهذا الراي يجد ان المصلحة لن تُعرف ولن يُحدد صاحبها الا بعده صدور الحكم المقرر للحماية القانونية، فهي اذا ليست شرطا لقبول الدعوى بل شرط لنشأة الحق في الدعوى، لانها لو كان شرطا للقبول لوجب البحث عن تعريف اخر لها.

واما عن أهمية المصلحة كشرط لقبول الدعوى المدنية فيرجع حسب هذا الراي الى اعتبارين، الاول اعتبار عملي، فبما ان الدولة في المجتمع المدني هي التي تتولى حماية حقوق الافراد عن طريق مرفق القضاء، فإن الالتجاء الى المحاكم يجب ان يكون مقيداً بعدة قيود تكفل حسن ادائه لوظيفته، وعلى هذا اشترطت المصلحة كمعيار لقبول الدعوى التي ترفع الى مرفق القضاء، اما الاعتبار الثاني فهو اعتبار قانوني، فما دام الانسان يستعمل حقه لتحقيق المصلحة التي كفل القانون حمايتها ، فانه بذلك لا يكون خارجاً عن النطاق المرسوم له، وما دام هو في حدود هذا النطاق فالقانون يحميه، وعليه فان حماية القانون للاشخاص لا تكون الا في حدود استعمال الحق تحقيقاً للمصلحة التي من اجلها وُجد الحق، وعلى ذلك فوجود المصلحة لقبول الدعوى يكون هو الضابط الصحيح لمعرفة ما اذا كان المدعي يباشر الدعوى بصفة جدية وفي النطاق الذي يسمح به القانون لتحقيق الغاية التي وجدت من اجلها الدعوى ام لا[٥٨٦].

وعلى هذا الاساس فان التمييز بين فكرة المصلحة كشرط لنشأة الحق في الدعوى، و المصلحة كشرط لقبول الدعوى، يترتب عليه في الحاله الاولى ان تخلف المصلحة يؤدي الى الحكم برفض الدعوى، اما في الحالة الثانية، اي تخلف المصلحة كشرط لقبول الدعوى يؤدي الى الحكم بعدم قبول الدعوى[٥٨٧].

المطلب الثاني :شروط المصلحةConditions of interest

كما اسلفنا فان المصلحة شرط اساسي لقبول الدعوى ولاتخاذ اي اجراء يتعلق بها او يترتب عليها، سواء كان المقصود به اثبات الدعوى او الطعن في القرار او الحكم الصادر فيها، او اي دفع يتناول شكل الدعوى او موضوعها، فلا يقبل من شخص اثارة نزاع يشغل به وقت القضاة ويستنفذ جهدهم بغير ان تكون له مصلحة من ورائه، ويشترط في المصلحة ان تتوفر فيها خصائص معينة وهي:

الفرع الاول: ان تكون مصلحة قانونية Legal interest

فمن البديهي ان تكون هذه المصلحة مستندة الى حق او مركز قانوني، بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق او المركز القانوني بتقريره اذا نُوزع فيه، او دفع العدوان عنه او تعويض ما لحق به من ضرر بسبب ذلك، فأن لم تستند الى حق او مركز قانوني بحيث تجيء الدعوى لحماية هذا الحق او المركز القانوني والا ردت، لان المصلحة بذاتها لاتحمى الا اذا كانت في نطاق القانون وغير مخالفة للنظام العام ، ورغم ان هذا الوصف للمصلحة لم يرد في نص المادة (٦) من قانون المرافعات العراقي الا ان المنطق القانوني والمشروعية يقضيان بالاخذ به[٥٨٨] .

ويستوي ان تكون المصلحة مادية او ادبية[٥٨٩]، المهم ان تكون مصلحة قانونية ومشروعة[٥٩٠]، وعلى هذا الاساس فلا تقبل دعوى من احد المنافسين لشركة ما يطلب بطلانها لعيب في تكوينها، لان مصلحته بالرغم من وجودها -اذ الحكم بطلان الشركه يخلصه من منافستها- لا تستند الى اساس قانوني، وان استندت الى مصلحة اقتصادية لدافعها، اما من ارتبط مع الشركة بالتزام ما، فمصلحته ظاهرة وقانونية في الحكم ببطلانها ليتخلص من التزاماته قبلها.

وهذا الشرط نصت عليه المادة(٣١) من قانون الاجراءات الفرنسي، فلاتقبل الدعوى اذا لم تكن المصلحة فيها قانونية ومشروعة، وعلى القاضي ان يحكم بعدم قبول الدعوى اذا تبين له ان الدعوى مرفوعة من امرأة كانت على علاقة غير مشروعة بشخص ما -على سبيل المثال- بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بها عن حرمانها من دعم هذا الشخص الذي كان يوفر لها احتياجاتها ، لذ فإن هذه المصلحة غير مؤهلة لتكون موضوعا للدعوى ومن ثم ستواجه برفض القاضي ، لعدم وجود مصلحة مشروعة[٥٩١] .

كما ان المصلحة تكون غير قانونية وغير مشروعة اذا لم يكن من ورائها كما يطلق عليه الفقه المصري[٥٩٢]، جر مغنم بل جلب مغرم للخصم الاخر ، فهذه المصلحة بالرغم من توافرها باعتبار ان للشخص مصلحة في النكاية بخصمه والحاق الضرر به، لا تكفي اساسا لقبول الدعوى، لعدم مشروعيتها فمثلا قد يلجأ المدعي الى الدعوى لغير قصد سوى القضاء على خصمه عن طريق تحميله نفقات الدفاع الباهظة، وكذلك الحال بالنسبة للمدعى عليه اذا كان قد لجا لدفاعه بغير قصد سوى تاخير ايصال الحق لخصمه وتحميله نفقات الاستمرار في الخصومة، وايضا اي خصم يلجأ لطريق الطعن في الحكم بقصد تأخير الوصول لحكم فاصل في موضوع النزاع .

والقضاء في فرنسا يسلم بنظرية التعسف في مباشرة الدعوى[٥٩٣] ، فالحكم لا يكون له قصد سوى الاضرار بالغير، او ان المصلحة التي كان يرمي

اليها قليلة الأهمية مقارنة بالضرر الذي يلحق بالغير، وعليه فان اي دعوى تستند الى مصلحة من هذا القبيل تكون غير مقبولة لانها غير مشروعة.

الفرع الثاني: ان تكون المصلحة معلومة The known interest

اما عن كون المصلحة معلومة اي ان تكون غير مجهولة، اذ لايصح الحكم بالمجهول[٥٩٤]، ولان على ضوء هذا العلم تتحدد قيمة الدعوى، ويعرف مقدار الرسم القضائي الواجب دفعه، ويتحقق العلم بالتحديد النافي للجهالة، والتي نصت عليها المادة(١٢٨)[٥٩٥] من القانون المدني العراقي، وعليه فان لم يكن الحق معلوما فلا وجود له، ومن ثم لا يكون هناك حق مدعى به ولا تكون هناك دعوى[٥٩٦].

وقد اوضحت المواد (١٦١٩) الى(١٦٢٧)من مجلة الاحكام العدلية حالات معلومية المدعى به، وعلى هذه المواد يمكن الاستناد في بيان معلومية المدعى به بحسب نوعه، فان كان دينا يعلم بمقداره، وان كان من المكيلات والموزونات يعلم ببيان جنسه ووصفه، وان كان عقاراً ببيان نوعه وموقعه وحدوده، واستثنى الفقهاء ثلاث حالات تسمع فيها الدعوى بمجهول، وهي دعوى الوصية، ودعوى الابراء عن دين، ودعوى استرداد العين القائمة المغصوبة.

الفرع الثالث: ان تكون المصلحة ممكنة Possible interest

وهنا يشترط في المصلحة ان تكون ممكنة غير مستحيلة والا فلا دعوى لانعدام المصلحة، والاستحالة اما طبيعية وعلى هذا يكون الحق مستحيلا في ذاته ويمنع وجوده، كما لو طالب شخص الحكم له بتعويض عن تهديم منزله ومنزله قائم، واما استحالة قانونية لا ترجع الى سبب في الالتزام، بل في القانون، كما لو طالب الشخص الحكم له خلافا لقانون الانتقال في الارث[٥٩٧]. وشرط الامكان هذا نصت عليه المادة (١٩٢٩) من مجلة الاحكام العدلية، حيث ان المدعى به يجب ان يكون محتمل الثبوت عقلاً وعادةً، فلو ادعى شخص شيئاً ما لا يمكن ثبوته عقلاً وعادةً، كالادعاء بملكية نهر عام معروف فلا تسمع دعواه لان المدعى به لا يمكن ثبوته عادة[٥٩٨].

الفرع الرابع: ان تكون المصلحة قائمة وحالةCurrent interest

وهنا تكون المصلحة قائمة عندما يكون حق رافع الدعوى قد أعتدي عليه بالفعل، او حصلت منازعة فيه، فيتحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء الى القضاء، كأن يمتنع المؤجر عن تسليم المستاجر العين المؤجرة موضوع عقد الايجار، او امتنع البائع عن تسليم المبيع الى المشتري، او كأن يحل أجل الدين فيمتنع المدين عن الوفاء للدائن به، او تعرض احد طرفي العقد الى الغش او التدليس مما سبب له ضرر استوجب لجوءه الى القضاء ليتم تعويضه عنه[٥٩٩]..الخ.

وهنا قد يثور تساؤل عن هل ان المصلحة يجب ان تتوفر وقت رفع الدعوى؟ ام يستلزم استمرارها خلال نظر الدعوى؟ يمكن القول ان العبرة في قبول الدعوى بتوافر المصلحة يوم رفعها، اما زوال المصلحة اثناء نظر الدعوى اوعدم زوالها، فانه يكون من الامور الموضوعية التي تنظر فيها المحكمة دون ان يؤدي ذلك الى عدم قبول الدعوى[٦٠٠].

ولكن ماذا عن المصلحة المحتملة هل تكفي للقول بوجود المصلحة ام تتعارض مع كونها قائمة وحالة؟؟ وللاجابة عن هذا التساؤل هناك من يرى[٦٠١] ان المصلحة يجب ان تكون حالة وقائمة، فلا تكفي المصلحة المحتملة، وان القول بان هناك استثناءات يمكن رفع الدعوى -في بعض الحالات- التي تكون فيها المصلحة محتملة هو قول غير دقيق، فمن ناحية ان الحماية القانونية لا تمنح الا اذا كانت المصلحة فيها قائمة، ذلك انه اذا حدث اعتداء يتولد عنه مصلحة في الدعوى -اي نشا عنه حق في الدعوى- وانقضى هذا الحق فلا تمنح الحماية لمن يرمي اليها، فقيام المصلحة في الدعوى ومن ثم الحق في الدعوى ضروري لضرورة عدم انقضاء اي حق لامكان استعماله، ومن ناحية اخرى فان المصلحة في الدعوى وهي مضمون الحق في الدعوى لا يمكن شانها شأن اي حق قائم الا ان تكون موجودة، اي ان تكون حالة، واذا كانت هناك حالات يرى الفقه[٦٠٢] والقضاء انه تكفي فيها المصلحة المحتملة لنشأة الحق في الدعوى، كما هو الحال بالنسبة لدعوى وقف الاعمال الجديدة، فان الامر في الواقع يتعلق بدعوى حالة، اي بمصلحة حالة في الحماية القضائية، وانما تنشأ لمواجهة اعتداء محتمل، فالاستثناءات هنا لا ترد في الواقع على وصف الحلول في المصلحة في الدعوى، وانما وصف الحلول في الاعتداء الذي يولد المصلحة.

ويوافقه جانب من الفقه[٦٠٣] بان الاحتمال لا يرد على المصلحة، وانما يرد على احتمال وقوع الضرر، لذا من غير الدقيق القول بوجود مصلحة محتملة، فالقضاء لا يعمل الا اذا كانت هناك حاجة فعلية وحالة للحصول على حمايته.

وعليه يمكن تفسير نصي المادتين(٦) من قانون المرافعات العراقي و(٣) من قانون المرافعات المصري بانهما يتعلقان بنوعي الضرر الممكن حدوثه، الاول هو الضرر الحال وهو الذي يتحقق بالاعتداء على الحق المدعى به، وضرر محتمل الوقوع وهو الذي يتحقق بالتهديد بالاعتداء على الحق، فالاول ينتج عنه حرمان صاحب الحق من الانتفاع بمزايا حقه، وهنا تنشا له مصلحة قائمة وحالة في ازالة هذا الاعتداء واصلاح الضرر الذي تم، اما اذا لم يقع اعتداء على الحق ، اي لم يقع الضرر فلا مصلحة في رفع الدعوى الى القضاء، ومن ثم فليس من المنطق ان يتحمل مصاريف الدعوى والتي هي بالتاكيد ليست مجانية ويبذل جهدا ووقتاً له[٦٠٤].

وبناءً على ذلك ففي القانون المصري لا تقبل دعوى الدائن بدين غير مستحق الاداء قبل حلول الاجل، اما في القانون العراقي فيجوز الادعاء بحق مؤجل على ان يراعى الاجل عند الحكم به، وكذلك لا تقبل الدعوى للمطالبة بحق معلق على شرط واقف، لعدم وجود الحق اصلا قبل تحقق الشرط ،حتى يتصور ثمة اعتداء عليه.

واما الثاني وهو الضرر المحتمل فهو الذي لم يقع بعد ولكنه قد يقع في المستقبل[٦٠٥]، وهذا يفترض ان الحق او المركز القانوني لم يقع الاعتداء عليه بعد، ولما كان الامر كذلك، اي لم يقع الاعتداء فعلا على الحق، فمن المنطقي لا تكون هناك مصلحة قائمة وحالة تبرر الالتجاء الى القضاء لدفع هذا العدوان، ولكن اذا حدثت وقائع معينة من شانها التهديد بالاعتداء على الحق، ويكون من شأن هذه الوقائع ان تؤدي الى احداث الضرر في المستقبل، أفلا يكون للمدعي في هذه الحالة مصلحة في الوقاية من هذا الضرر المحدق؟! فاذا سلمنا ان المصلحة التي تبرر رفع الدعوى هي المصلحة القائمة والحالة والناشئه عن الاعتداء الفعلي على الحق، فان ما ورد اعلاه من ضرر محتمل لا يكون للمدعي ان يرفع دعوى للوقاية منه لانتفاء المصلحة الواقعية والحالة.

ومن الفقه المصري من يرى[٦٠٦] ان الاخذ بالرأي اعلاه يجعل وظيفة القضاء علاجية جزائية، فلا يتدخل قبل وقوع الاعتداء على الحق، وهو ما يحجم دور القضاء، والذي يتعدى ذلك الى الوقاية من الاضرار التي يمكن ان تلحق بالنظام القانوني، فتدخل القضاء للوقاية من الاضرار المحدقة اولى من تدخله لاصلاحها او علاجها، خاصة انه في حالة الضرر المحتمل تنشا الحاجة للحصول على الحماية القضائية، وهي الحاجة هي مصلحة قائمة وحالة وليست مصلحة محتملة، وعلى ذلك فمن قامت به الحاجه الى الاستقرار او الحاجة الى الوقايه من الاضرار المحتملة ومن الاخطار التي تهدد حقه ومركزه القانوني، تكون له مصلحة حالة وقائمة في الوقاية منها، وله ان يلجا الى القضاء في كل حالة تقوم بها هذه الحاجة.

ومن الدعاوى التي تهدف الى الوقاية من الاضرار المحتملة، هي الدعاوى التقريرية، وهي الدعاوى التي يكون موضوعها المطالبة بتاكيد وجود او نفي حق او مركز قانوني، ويصدر فيها حكما تقريريا مزيلا للشك، قائم حول وجود او عدم وجود هذا الحق او المركز القانوني، دونما الزام المحكوم عليه باداء معين ودون احداث اي تغيير في الحق او المركز القانوني المدعى به، كتلك التي يرفعها وارث لاثبات صفته كوارث للمتوفى ضد من يشكك بها، ودعوى اثبات النسب وغيرها.

وكذلك دعوى وقف الاعمال الجديدة، فكما هو معلوم فان القانون لا يحمي الا الحقوق والمراكز القانونية، ولكن هذا لا يمنع من ان يقرر حماية قانونية لاوضاع مادية بحتة، حتى ولو لم تصل الى حد ان تكون مستندة على حق معين، كما هو الحال بالنسبة لدعاوى الحيازة وهو ما قرره المشرع[٦٠٧] ، فدعوى وقف الاعمال الجديدة تُرفع توصلاً لوقف عمل تم البدء فيه قبل اكتماله، لانه لو تم العمل اعتبر تعرضاً لحيازة شخص اخر، اي اعتداء فعلي على هذه الحيازه لذلك فلحائز العقار رفع هذه الدعوى ليوقف العمل الجديد ضد من شرع به، وذلك للوقاية من الضرر المحدق الذي يلحق بالحيازة لو تم العمل به.

وقد اجاز المشرع العراقي في المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية، فضلا عن ما يدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشيء، امكانية اللجوء الى القضاء للمطالبة بالحق المؤجل، على ان يراعى الاجل عند الحكم به، ويترتب على ذلك قبول الدعاوى الاتية:

- دعوى الضرر المحقق الحلول في المستقبل ولو لم يحل بعد، ما دام ممكن التقدير، ويكون التنفيذ عند وقوع الضرر بالفعل.
- دعاوى منع التعرض للحق ولو بالقول.
- دعاوى البطلان التي يرفعها ناقص الاهلية ولو لم يقع الضرر.
- الدعوى التي ترفع على المدين بمقتضى عقد من العقود المستمرة، للمطالبة باقساط الاجرة التي ستحل في المستقبل ملحقة بدعوى المطالبة باقساط متاخرة ودعوى وقف الاعمال الجديده رغم عدم وجود اعتداء.

الفرع الخامس:ان تكون المصلحة شخصية ومباشرة The personal interest

حيث يشترط في المصلحة ان تكون شخصية ومباشرة ، اي ان يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق المراد حمايته او من يقوم مقامه[٦٠٨]، وهذا الشرط يعبر عنه البعض[٦٠٩] بالصفة في رفع الدعوى وهو شرط قائم بحد ذاته من شروط الدعوى المدنية، مستقلا عن شرط المصلحة ، وهذا هو الاصل العام، والنائب عن الغير - ولو انه لم تكن له مصلحة شخصية في الدعوى- تقبل دعواه عندما تتحقق المصلحة الشخصية لذلك الغير الممثل في الدعوى بواسطه نائبه.

وكذلك الحال يجوز لدائن المدين ان يرفع دعوى مباشرة للمطالبة بحقوق مدينه، مع انه ليست له صفة النيابه عن المدين[٦١٠] وكذلك لنقابة العمال ان ترفع دعوى ناشئة عن اخلال رب العمل بالتزاماته التي تضر بمصلحة احد اعضاء النقابة ، وما ورد اعلاه حالات معينة من عموم نصت عليها صراحة بعض القوانين، اما في حاله عدم ورود نص خاص فقانون المرافعات لا يجيز رفع الدعوى من غير ذي صفة، كما انه يتعين ان تتوافر لرافع الدعوى المستعجلة

صفة في رفعها، الا ان القاضي المستعجل في بحثه لتوافر الصفة والمصلحة يتحسسها من ظاهر الاوراق دون تعمق، وبغير مساس باصل الحق، لذلك لا تقبل دعوى احد المنافسين لشركة بطلب بطلانها لعيب في تكوينها، لان مصلحته وان كانت اقتصادية الا انها لا تستند الى اساس قانوني[٦١١].

ومع ذلك فانه ليس من المحتم ان تكون المصلحة عائدة على نفس المدعي، بل يكفي ان تكون متعلقة بغرض له شان فيه، وبناءً على ذلك، فان من كان عضوا في جمعية خيرية يجوز له ان يرفع دعوى ضد القائمين بادارتها، اذا ما حادوا عن الغرض الذي انشئت الجمعية من اجله، ولكن لا تقبل الدعوى من شخص دفاعا عن حق غيره، او قصد استقامة قضاء يرى في انحرافه مكن مبادئ القانون السليمة ضررا بحق له، يخشى ان يكون هذا القضاء سابقة ضارة به[٦١٢].

المطلب الثالث: اثر فكرة النظام العام في شرط المصلحة

The effect of public order on the interest

بعد استعراض تعريف المصلحة وبيان شروطها فأن التساؤل الذي يثور هنا، هو مدى تعلق المصلحة كشرط من شروط الدعوى بالنظام العام؟ وللاجابة عن هذا التساؤل لابد من تعريف فكرة النظام العام ثم بيان علاقته بشرط المصلحة في الدعوى المدنية

الفرع الاول : تعريف فكرة النظام العامDefinition of public order

ان فكرة النظام العام رغم غموضها ونسبيتها لم تترك مجالا الا واقتحمته، ولم تترك تعريفا الا واستوعبته[٦١٣] ، وهذا يفسر الاحتفاظ بها ولو على استحياء من التشريعات كافة ، فلا المشرع استطاع اغفالها ولا القضاة اهملوها ، بل اسسوا الكثير من احكامهم عليها ، وقد يكون ذلك هو سر تجددها واستمرارها ، اذ ان اثرها متواصل غير منقطع((٦١٤)).

وقد حاولت النظم القانونية ان تجد ضابطا معينا يقوم بدور صمام الامان للقيم والمصالح العليا في الدولة ،الا ان كل ما استطاعت التشريعات فعله هو وضع توصيفات ومحددات لهذه الفكرة كونها اداة قانونية لضبط السلم الاجتماعي ولتقييد الحريات العامة ، وبذلك اصبحت تتمتع بجاذبية وسحر جعلها محل العديد من المحاولات لوضع تعريف او محدد لها ، حتى قيل ان فكرة النظام العام تستمد عظمتها من ذلك الغموض الذي يحيط بها ، فمن مظاهر سمو النظام العام انه ظل متعاليا على كل الجهود المبذولة لتحديده[٦١٥].

ولعل ماورد اعلاه عبرت عنه المقولة الفرنسية الشهيرة بأن "محاولة تعريف وتحديد النظام العام اشبه بالسير على الرمال المتحركة" فرغم اعتزاز المشرع الفرنسي به باعتباره من المفاهيم التي تدخل في صميم القانون المدني والقضائي، الا انه لم يقدم اي تعريف له ، ولا حتى تحديد لميزاته الاساسية[٦١٦].

ومع ذلك فهناك محاولات لتعريف فكرة النظام العام وذلك بربطه بفكرة المصلحة العليا للمجتمع، ايا كانت هذه المصلحة اجتماعية مثل قواعد الاهلية او الاحوال الشخصية ، او مصلحة سياسية مثل اغلب روابط القانون العام، او مصلحة خلقية وهو ما يعبر عنها بالاداب[٦١٧] .

وهناك من ربط بين فكرة النظام العام والصفة الامرة للقواعد القانونية فكلاهما لا يجوز الاتفاق على مخالفته كونها تمثل ارادة المجتمع العليا في تنظيم نشاط معين على وجه خاص .

ولعل هذا الغموض الذي يكتنف فكرة النظام العام جعل البعض[٦١٨] يرى انها فكرة مستعصية، لذا فان امرها يترك للقاضي ليقدرها ، متقيدا في ذلك بما هو سائد في الجماعة وما يمليه العقل البشري في زمان معين ومكان معين ، وهو في هذا الصدد يكاد يكون مشرعا يقرر فيما اذا كانت هذه القاعدة او تلك من النظام العام اثناء تفسيره لها ، والذي يُفترض ان يكون ملائما لروح عصره ونظم امته[٦١٩]، ومع ذلك فان هذا التفسير يخضع لرقابة المحاكم العليا في الدولة ،اي محكمة التمييز العراقية ومحكمة النقض المصرية .

وقد حاول البعض[٦٢٠] معززا باحكام القضاء تعريف فكرة النظام العام في الحياة القانونية بتعريفه بانه "مجموعة الاسس والقواعد التي يقوم عليها الكيان السياسي والاجتماعي والاقتصادي والخلقي للمجتمع" ، فهو بذلك من صنع المجتمع والجماعة نفسها، الا ان لكونها فكرة مرنة تتطور ذاتيا بصورة طبيعية وملموسة، لذا يقع على القضاء العبأ الاكبر في الفصل فيها خلال نظره للمسائل المعروضة امامه، وهو ماحدا بالبعض[٦٢١] الى القول بأن فكرة النظام العام تنتمي لعائلة التفسير القضائي، وما أيد ذلك التزايد لهذه الفكرة في احكام القضاء خاصة امام محاكم مجلس الدولة الفرنسي.

ومن جانب اخر فقد اعتبر بعض الفقه[٦٢٢] ان خير معيار لتحديد فكرة النظام العام هو معيار المصلحة العليا للمجتمع، لان النظام العام بمثابة صمام الامان الذي يحمي المبادئ والمصالح العليا للنظام الاجتماعي للدولة ، وهناك من[٦٢٣] يعرفه بانه "مجموعة القواعد التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية او اجتماعية او اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الاعلى ، وتعلو على مصلحة الافراد، لذا فان كل اتفاق على ما يخالف النظام العام والاداب العامة يعد باطلا ، فهي تتسع تبعا للافكار السائدة في المجتمع ، وهي تنحسر في اضيق نطاق في ظل المذاهب الفردية وتتسع في ظل المذاهب الاشتراكية.

الفرع الثاني: اثر النظام العام في شرط المصلحة

The effect of public order on the interest

اختلف الفقه وانقسم الى عده اتجاهات الاول[٦٢٤] يرى ان شرط المصلحة في الدعوى من النظام العام، ومن ثم فان الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة هو دفع يتعلق بالنظام العام، تاسيساً على تعلقه بوظيفة القضاء، وما يسمح برفعه اليه، وذلك لان هذا الدفع غير مقرر لمصلحة المدعى عليه الشخصية وحسب، وانما لمصلحة الدولة ولمصلحة القضاء الذي يناط به منح الحماية القانونية لمن يستفيد من الدعوى، اي لمن هو في حاجه حقيقية لهذه الحماية، وكذلك يتعلق بمصلحة مجموع المتقاضين الذي يتاذون من ازدحام العمل في المحاكم، ومن ثم فان من المصلحة العامة تفرغ القضاء لنظر المنازعات الجدية وهذا بدوره يؤدي الى الحد من استعمال الدعاوى دون مقتضى وتخفيف العبء على عن القضاء لحسن ادارة العمليه القضائية هذا من جانب، ومن جانب اخر لابد من الافراد ان يتقيدوا بالمدد الواردة في قانون المرافعات عند قيامهم باجراءات التقاضي لاستحصال حقوقهم حتى لاتتأبد الخصومات ولاتتخذ اداة للتسويف والمماطلة[٦٢٥].

الا ان النظر في اعتبار المصلحة من النظام العام يقتصر على شرط المصلحة في ذاته، دون تطبيقاته او اوصافه، اذ قد لا يتعلق ايا منها بالنظام العام وانما بمحض مصلحة خاصة ، كعدم جواز الصلح في الدعوى، او شرط ان تكون المصلحة حالة[٦٢٦].

ويساوي الفقه[٦٢٧] بين عدم قبول الدعوى لعدم توفر اعتداء على الحق، او لعدم توفر الصفة او المصلحة لدى المدعي او المدعي عليه، فكلاهما يتعلق بالنظام العام، وعلى القاضي اثارته من تلقاء نفسه، ما دامت اوراق القضية تدل عليه[٦٢٨].

ويذهب الفقه[٦٢٩] الى ان الدفع بعدم قبول الدعوى يتعلق دائما بالنظام العام، واذا كان نص المادة(١١٦) من قانون المرافعات المصري يقتصر على حاله الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لعدم لسبق الفصل فيها، والتي يجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها، ما هو الا تطبيق لقاعدة عامة تنطبق على كل الشروط المتطلبة لنظر الدعوى، بما في ذلك شرط المصلحة في رفع الدعوى، على اعتبار ان الدفع بعدم القبول هو في حقيقته انكار لحق المدعي في طلب الحماية القانونية، فاذا كانت وقائع الدعوى تتضمن العناصر المكونة لهذا الدفع، فقد يغفل الخصوم عن التمسك به، في حين لو انهم كانوا يعلمون بتوافر هذه العناصر كان من الممكن ان يتمسكوا بها، ولهذا يكون للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها، في حين يرى البعض ان القاضي لا يجوز له ان يقضي بعدم القبول من تلقاء نفسه الا اذا كان متعلقا بسبب يتعلق بالنظام العام.

ومن جانب اخر فأن هناك رأي[٦٣٠] يفرق بين اوجه القانون الموضوعية، والتي يجب على القاضي ان يثيرها من تلقاء نفسه، سواءً ما تعلق منها بالنظام العام او لم يتعلق، واوجه القانون الاجرائية التي لا يجب على القاضي فيها اثارتها من تلقاء نفسه، الا اذا كانت متعلقة بالنظام العام، وهو مانصت عليه المادة (١/١٢٥) من قانون الاجراءات الفرنسي[٦٣١] بانه يجب على القاضي اثارة عدم القبول من تلقاء نفسه اذا تعلق الامر بالنظام العام، الا انه في جميع الاحوال يجب على القاضي ان ينبه الخصوم الى ذلك لتمكينهم من تقديم ملاحظاتهم وخاصة المدعي، لمنحه فرصة الاستعداد والحضور وعدم مفاجاته، حتى لا يوضع في مركز ضعيف يشله عن ممارسة حقه في الدفاع.

اما الاتجاه الثاني :وهو اتجاه محكمة النقض المصرية[٦٣٢] والذي يرى ان شرط المصلحة لا يتعلق بالنظام العام، وانما هو شرط يتعلق بمحض مصالح خاصة، اي مصلحة المدعى عليه ذاته، وذلك لان النظام العام لا يعنيه ذلك، فهو مقرر لمصلحة من وضع لحمايته، فله ان يتمسك بالدفع بانعدام المصلحة للمدعي، او ان يتنازل عنه، وفي هذه الحالة الاخيرة لا يجوز له العودة للتمسك به ثانية.

اما الاتجاه الثالث : ويفرق هذا الاتجاه[٦٣٣] بين ما اذا كانت المصلحة تعد قاعدة اساسية تتصل بنظام المجتمع الاعلى فانها تتعلق بالنظام العام، ومثالها الاتفاق الذي يجري بين شخصين على اقامة علاقة غير مشروعة او المتاجرة بالممنوعات، فاذا ما رفع احدهما دعوى بناء على هذا الاتفاق، وجب على المحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها بعدم قبولها، لمخالفته لقواعد الاداب العامة، اما اذا كان الاتفاق غير مخالف للنظام العام والاداب العامة، فان المصلحة عندئذ تكون متعلقة بالنظام العام، فالامر مختلف من حال الى اخرى، تبعا للمصلحة التي تحميها القاعدة القانونية التي تؤدي مخالفتها الى عدم قبول الدعوى.

وتاسيسا على ذلك يمكننا القول ان فكرة النظام العام في قانون المرافعات هو تجسيد لتغليب مصلحة عامة (وهي مصلحة العدالة) على المصلحة الذاتية للخصوم، واعمال قواعد القانون على المبادرة الارادية لهؤلاء، وربط الشعور العام لدى القضاة والمتقاضين باعلاء الاتجاهات المتاصلة في المجتمع من موروث حضاري واخلاقي وديني وتاريخي على النحو الذي يجعل الاحكام الصادرة مرآة صادقة لما ورد من مبادئ الدستور والقوانين المنظمه للمراكز القانونية.

ومن النتائج المترتبة على اعتبار قاعدة ما من النظام العام ما ياتي:

١. للمحكمة الحق في اثارتها من تلقاء نفسها ولا يتوقف الامر على ارادة الخصوم كون مخالفة النظام العام هي مخالفة للقانون والقاضي بلا شك يقع على عاتقه اعمال قواعد القانون[٦٣٤]، ومن ثم عليه اثارة القاعدة المتعلقه بالنظام العام من تلقاء نفسه بل وتنبيه الخصوم اليها.

٢. بما اننا اعتبرنا ان قواعد النظام العام هي قواعد آمرة فبالنتيجة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها او التنازل عنها، ولا جدوى ايضا من الاتفاق على تطبيقها، لانها ملزمة للخصوم وليس لهم الخيار في تطبيقها من عدمه
٣. يمكن التمسك بها في اية مرحلة كانت عليها الدعوى، وامام اي محاكم كانت في درجاتها المختلفة(٦٣٥)

الخاتمة Conclusion

في ختام بحثنا توصلنا الى جملة من النتائج وهي :

١. ان شروط الدعوى هي ما يتطلبه القانون من مقتضيات لوجود حق الدعوى، فان توفرت هذه المقتضيات قام حق الدعوى، ويتمثل في الحصول على حكم في الموضوع ، ومن ثم فان شروط الدعوى تمثل شروط الحكم في موضوعها.
٢. حق التقاضي مكفول لكل شخص وهو ما نصت عليه كل دساتير الدول، وهذا الحق من الحقوق العامة التي لا يجوز النزول عنها ولا يقبل الانقضاء لاي سبب كان.
٣. ان المصلحة هي المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية من اتجاهه الى القضاء، فهذه المنفعه هي الدافع لرفع الدعوى وهي الهدف من تحريكه، ويقال بهذا الصدد ان لا دعوى بغير مصلحة او هي المصلحة بانها المنفعة والفائدة التي تعود للمدعي من الدعوى، اي ان المصلحة تكون لصاحب الحق المدعى به.
٤. يشترط في المصلحة ان تكون قانونية وحالة وممكنة وان تكون شخصية ومباشرة فضلا عن معلوميتها، اي ان تكون غير مجهولة، اذ لايصح الحكم بالمجهول.
٥. ان شرط المصلحة في الدعوى من النظام العام، ومن ثم فان الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة هو دفع يتعلق بالنظام العام، تاسيساً على تعلقه بوظيفة القضاء، وما يسمح برفعه اليه، وذلك لان هذا الدفع غير مقرر لمصلحة المدعى عليه الشخصية وحسب، وانما لمصلحة الدولة ولمصلحة القضاء الذي يناط به منح الحماية القانونية لمن يستفيد من الدعوى، اي لمن هو في حاجه حقيقية لهذه الحماية، وكذلك يتعلق بمصلحة مجموع المتقاضين الذي يتاذون من ازدحام العمل في المحاكم، ومن ثم فان من المصلحة العامة تفرغ القضاء لنظر المنازعات الجدية وهذا بدوره يؤدي الى الحد من استعمال الدعاوى دون مقتضى وتخفيف العبء على عن القضاء لحسن ادارة العمليه القضائية .

٦. للمحكمة الحق في اثارتها من تلقاء نفسها ولا يتوقف الامر على ارادة الخصوم كون مخالفة النظام العام هي مخالفة للقانون والقاضي بلا شك يقع على عاتقه اعمال قواعد القانون، ومن ثم عليه اثارة القاعدة المتعلقه بالنظام العام من تلقاء نفسه بل وتنبيه الخصوم اليها.

٧. بما ان قواعد النظام العام هي قواعد آمرة فبالنتيجة لا يمكن الاتفاق على مخالفتها او التنازل عنها، ولا جدوى ايضا من الاتفاق على تطبيقها، لانها ملزمة للخصوم وليس لهم الخيار في تطبيقها من عدمه

يمكن التمسك بها في اية مرحلة كانت عليها الدعوى، وامام اي محاكم كانت في درجاتها المختلفة.

الهوامش

١. (١) د. ادم وهيب النداوي/المرافعات المدنية /المكتبة القانونية/سنة ٢٠٠٦/ص١٠٤ ومابعدها.

2. (1)(1) " L'action est le droit, pour l'auteur d'une pre'tention, d'etre entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fonde'e.

3. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fonde' de cette pre'tention."

٤. (١) د. الياس ابو عيد/نظرية الدعوى في اصول المحاكمات المدنية/منشورات الحلبي الحقوقية/الطبعة الاولى/صفحة٣ وكذلك الدكتور ادوارد عيد/موسوعة اصول المحاكمات المدنية/الجزء الاول/المجلد الاول/منشورات الحلبي الحقوقية/صفحة ٦٥

٥. (١) د. نبيل اسماعيل عمر/اصول المرافعات المدنية والتجارية/الطبعة الاولى/١٩٨٦/منشأة المعارف/الاسكندرية /ص٣٩٣.

٦. (١) قرار محكمة التمييز العراقية بالعدد(٦٠٣٣/الهيئة المدنية/٢٠٢١) والتي نصت" ان مبدأ حق التقاضي من اهم الحقوق الطبيعية للانسان اذ يستطيع كل فرد من خلاله ان صد اي اعتداء يشكل مساسا بحقوقه وحرياته.."

٧. (١) المادة(٩٧) من الدستور المصري لسنة ٢٠١٤والمادة(١٩) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥

٨. (١)/الهيئة الاستئنافية بتاريخ ٢٠٢١/٦/٢٣ مبدءالحكم "التعهد من حق التقاضي باطل قانونا لان حق التقاضي مكفول دستوريا وقانونا، ولايحوز حجبه بتعهد ....ويكون التعهد بالحرمان باطلا وهذا يعني ات تعهد المدعى عليه بعدم اقامة الدعوى في مواجهة المدعية لاقيمة قانونية له وبالتالي تكون دعوى المدعية فاقدة لسندها القانوني ويكون قرار ردها متفقا وحكم القانون ..." قرار محمة التمييز الاتحادية رقم (١٨١٥)

٩. "انعكاسات جائحة كورونا (كوفيد ١٩) على ممارسة حق التقاضي : دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة". ٢٠٢٣ .*مجلة العلوم القانونية* .https://doi.org/10.35246/jols.v38i1.596 .38 (1): 1-29

١٠. الدكتور سيد أحمد محمود/جامعة الشارقة / كلية القانون، الدكتور أحمد سيد أحمد محمود/جامعة قطر/كلية القانون/ صفحة٣

انعكاسات جائحة كورونا (كوفيد ١٩) على ممارسة حق التقاضي : دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة". " [1] 11. ٢٠٢٣. *مجلة العلوم القانونية* 38 (1): 1-29. https://doi.org/10.35246/jols.v38i1.596.

١٢.) انظر في هذا الخصوص ندى خير الدين سعيد/الدفع بسبق اقامة الدعوى/مجلة الحقوق/جامعة تكريت/السنة الخامسة/المجلد الخامس/العدد الثالث/الجزء الاول/سنة ٢٠٢١ ، http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

١٣. عقيل طه مجيد/التنازع في الاختصاص النوعي بين محاكم الدرجة الاولى في العراق/مجلة الحقوق/جامعة تكريت/السنة الخامسة/المجلد الخامس/العدد الثالث/الجزء الاول/سنة ٢٠٢١ ، http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

١٤. (١) د.عبد المنعم الشرقاوي نظريه المصلحة الدعوى رساله مطبوعه سنه ١٩٤٧ صفحة ٤٠

١٥. (١) قرار محكمة التمييز العراقية بالعدد(١٢٩/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٠/ت١٢٨) والتي جاء فيها"..ولكون الاب له القوامة على امرأته والولاية على ولده فأنه احق بتسميته ان حصل تنازعاً في ذلك، وتتحقق مصلحة المدعي/المميز في اقامة الدعوى ولما كانت حماية الحق تقتصر احيانا على ترضية ادبية فيتحقق بذلك شرط المصلحة ، فكان على المحكمة والحالة هذه ان تقبل الدعوى وتفصل فيها موضوعاً.."

١٦. (١) يكون الحق ثابتا اذا كان موجودا وقت المطالبة، غير معلق على شرط واقف، ويجوز ان يكون معلقا على شرط فاسخ لانه موجود وقت المطالبة، اما استحقاق الحق فهو ان لا يكون الحق معلقا على اجل، وان اجاز

المشار العراقي رفع الدعوى قبل تحقق الاجل، فهذا استثناء من الاصل، وعدم مشروعية الحق تجعله معدوما ولا تقوم على اساسه دعوى، ويشترط كذلك في الحق ان يقره القانون او مستندا الى المبادي العامة ولو لم يرد به نص صريح، فاذا لم يكن كذلك فلا يصح ان تقام على اساسه دعوى، انظر: د. عبد الرحمن العلام/قواعد قانون المرافعات العراقي/شرح مقارن لنصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ وتعديلاته مع احكام محكمة التمييز مرتبة على مواد القانون/الجزء الاول/سنة١٩٦١/ص٢١ ومابعدها.

١٧. (١) نصت المادة(٦) من قانون المرافعات العراقي" يشترط في الدعوى ان يكون المدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة، ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي ان كان هناك مايدعو الى التخوف من الحاق الضرر بذوي الشأن، كذلك يجوز الادعاء بحق مؤجل على ان يراعى الاجل عند الحكم به،وفي هذه الحالة يتحمل المدعي مصاريف الدعوى".

١٨. (١) دكتور وجدي راغب/ مبادئ الخصومة المدنية/مصدر سابق/ صفحة ١٠٣

١٩. (١) نصت المادة (٣) من قانون المرافعات المصري على انه" لايقبل اي طلب او دفع لاتكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة اذا كان الغرض من الطلب الاحتياط او الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه".

٢٠. (١) دكتور محمود محمد هاشم/ قانون القضاء المدني/ التقاضي امام القضاء/ الجزء الثاني/ دار الفكر العربي/ ١٩٨٠ /صفحة٥٣ ومابعدها.

٢١. (١) المادة(٧٨٨) من القانون المدني المصري

٢٢. (١)المادة(٩٥٨) من القانون المدني المصري وتقابلها المادة(١١٥٠) من القانون المدني العراقي .

٢٣. (١) دكتور وجدي راغب/ الخصومة /مصدر سابق/ صفحة ١١٦ وما بعدها

24. [1] " L'action est ouverte à tous ous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé"

٢٥. (١) دكتور عبد الحكم فوده/ الدفع بانتفاء الصفة او المصلحة في المنازعات المدنية/ منشاه المعارف/ الاسكندريه/ سنه ٢٠٠٧ /صفحة ٥٣

٢٦. (١) دكتور عبد الرحمن العلام/ قواعد المرافعات المدنية العراقي/ مصدر سابق/ صفحة ٢٢ وكذلك الدكتور هادي حسين الكعبي/نظرية الدعوى المدنية/الجزء الثاني/بيروت/مكتبة السنهوري/٢٠٢١ صفحة ٧٩

٢٧. (١) دكتور عبد المنعم الشرقاوي/ المصلحة في الدعوى/ صفحة ٥٤ وما بعدها، وايضا دكتور احمد ابو الوفا/المرافعات المدنية والتجارية/دار المعارف/ صفحة ١٠٥

٢٨. اسراء فاضل كاظم، الدكتور سامر سعدون عبود العامري/ المصلحة المعتبرة في تجريم الاعتداء على المرافق العامة/ مجلة العلوم القانونية/كلية القانون/ جامعة بغداد /المجلد ٣٧/الجزء الثاني/شباط٢٠٢٣/صفحة ١١١ https://doi.org/١٠.٣٥٢٤٦/jols.v٣٨i٢.٦٧٠

٢٩. (١)وفق هذه النظرية فالحق يثبت لذوي الارادة وهو يثبت ايضا لعديمي الارادة على حد سواء، فالعبرة ليست بالارادة التي تنشط او تسود وانما العبرة في غاية الارادة، اي الغرض التي نشطت من اجله، فالوصي او الولي يعمل لمصلحة الصغير فالحق يثبت الصغير وليس لهم، وعليه فالمصلحة هي جوهر الحق، ينظر دكتور عبد الباقي البكري، و زهير البشير/ المدخل لدراسة القانون /صفحة ٢٢٣

٣٠. (١) المادة(١٣٠٤) من القانون المدني العراقي والتي نصت "يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون رهناً تامينيا من المال الذي حل محل هذا العقار، ويستوفي كل منهم حقه حسب مرتبته".

٣١. (١) قرار محكمة استئناف كربلاء بالعدد(٦٥/س/٢٠١٣) في ٢٠١٣/٣/٧ بخصوص رفع شخص دعوى على جاره لتجاوزه على الطريق والتي جاء فيها " ان الخصم الحقيقي بالادعاء في هكذا طلب هو مدير بلدية كربلاء وحيث لايقبل دفع بغير مصلحة وليس للخصم ان يتمسك بما لغيره من الدفوع، لذا فأن دعوى المدعي فاقدة لسندها القانوني وكان على محكمة الموضوع رد الدعوى من جهة الخصومة.."

٣٢. الطلب هو مايتوجه به المدعي الى المدعى عليه طالبا من القضاء الحكم له انظر : تبارك صباح جاسم/جامعة بغداد - كلية القانون،أ.د. كاظم عبدالله حسين الشمريجامعة بغداد - كلية القانون /صفحة ٣٥٤

٣٣. دور الطلبات بالدعوى الجزائية في مرحلة المحاكمة". ٢٠٢٣ *مجلة العلوم القانونية* 37(أغسطس): ٣٥٠ . https://doi.org/10.35246/jols.v38i2.678.٧٥

٣٤. (١) دكتور محمود محمد هاشم/ قانون القضاء المدني/ مصدر سابق/ صفحة ٥٩

٣٥. (١) قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ٣/٢٨/ ١٩٧٤ س ٢٥ منقول عن دكتور محمود محمد هاشم/ قانون القضاء المدني/ المصدر السابق/ صفحة ٦٢١ .

٣٦. (١) دكتور نبيل اسماعيل عمر/ الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني/ منشأة المعارف/ الاسكندرية/ الطبعة الاولى/ صفحة ٦٩
٣٧. (١) دكتور عبد المنعم الشرقاوي/ المصلحة/ رسالة/ صفحة ٥٢
٣٨. (١) دكتور نبيل اسماعيل عمر/ الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني /مصدر سابق/ صفحة ٧١
٣٩. (١) دكتور فتحي والي/ الوسيط/ صفحة ٥٤٧ الى ٥٨٤
٤٠. القاضي مدحت المحمود/شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٨ وتطبيقاته العملية/المكتبة القانونية/بغداد/الطبعة الرابعة/٢٠١١/صفحة ١٥[١]
٤١. (١) دكتور عبد الحكم فودة/ الدفع بانتفاء الصفة او المصلحة/ مصدر سابق/ صفحة ٥٤
٤٢. (١) منشور على الموقع الالكتروني https:ahmedazimel.blogspot.com قرار محكمة النقض المصرية بالعدد(طعن/٤٨/٨٧٩٠ قضائية عليا/جلسة ٢٠٠٥/٢/١٢)
43. Cécile Chainais Frédérique Ferrand، Serge Guinchard,Procédure civile، Droit interne et européen du procès civil، 33 édition، 2016, p :149
44. 'sur le fond, pour mieux cacher son refus d'examiner la prétention au fond au nom des considérations morales du moment Par exemple, c'est le défaut d'un intérêt ainsi qualifié qui fit pendant longtema declarer irrecevable la demande en dommages-intérêts de la femme vivant dan un menage de fait et par accident, de l'appui de celui qui subvenait besoins.[1]
٤٥. (١) المحامي محمد العشماوي و دكتور عبد الوهاب العشماوي/ قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن/ المطبعة النموذجية/ سنة ١٩٥٧/ صفحة ٥٧٤
٤٦. (١) المحامي محمد العشماوي ودكتور عبد الوهاب العشماوي/ قواعد المرافعات في تشريع المصري المقارن/ مصدر سابق/ صفحة/ ٥٧٤
٤٧. (١) دكتور ادم وهيب النداوي/المرافعات المدنية/مصدر سابق/صفحة١٢٣
٤٨. (١) من القانون المدني العراقي على" يلزم ان يكون محل الالتزام معينا تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة" نصت المادة(١٢٨)
٤٩. استثنى الفقهاء بعض الدعاوى من شرط معلومية المصلحة وهي دعوى اثبات الوصية ودعوى الابراء من الدين ودعوى استرداد العين المرهونة ودعولى رد المغصوب انظر الدكتور محمد شفيق العاني/اصول المرافعات والصكوك في قضاء الشرعي/الطبعة الثانية/١٩٦٥/صفحة ٣١.[١]
٥٠. (١) دكتور عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط/ الجزء الاول/ صفحة ٣٨٤ الى ٣٨٦
٥١. (١) دكتور عبد الرحمن العلام/ قواعد المرافعات المدنية/ مصدر سابق/ صفحة ٢٥
٥٢. [١]صور التدليس فى القانون الانجليزي والتعويض الناشئ عنها". ٢٠٢١ .*مجلة العلوم القانونية* 36(ديسمبر): ١_٣٢.https://doi.org/10.35246/jols.v36i0.409 . جليل حسن الساعدي، أ.د.كلية القانون / جامعة بغداد
٥٣. هند عباس خلف /صفحة ١٧
٥٤. (١) دكتور عبد الحكم فودة/ الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة/ مصدر سابق/ صفحة ٥٥
٥٥. (١) دكتور فتحي والي/ مبادئ قانون القضاء المدني/ صفحة ٦٩ وما بعدها
٥٦. (١) دكتور فتحي والي/ مبادىء قانون القشضاء المدني/مصدر سابق/صفحة ٦٩ ومابعدها.
٥٧. دكتور محمود محمد هاشم/ قانون القضاء المدني/مصدر سابق/ صفحة ٧٠ وما بعده،ا ودكتور نبيل اسماعيل عمر/ الدفع بعدم القبول/مصدر سابق صفحة ١٠١ وما بعدها .[(١)]
٥٨. الدكتور لفتة هامل العجيلي والدكتور لبنى عبد الحسين السعيدي/مصاريف الخصومة/مجلة جامعة تكريت/كلية الحقوق/السنة السادسة/المجلد السادس/العددالرابع/الجزء الاول/سنة٢٠٢٢/صفحة ٤٨
٥٩. http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t .[١]
٦٠. (١) وهما عبرت عنه المادة(٣) من قانون المرافعات المصري بالضرر المحدق
٦١. (١)دكتور محمود محمد هاشم/ قانون القضاء المدني/ مصدر سابق/ صفحة ٧٤ ومابعدها .
٦٢. (١) دعاوى الحيازه قررها المشرع العراقي في المادة (١١٥٠) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (٩٦٢) من القانون المدني المصري وكذلك نص المادة (١١) من قانون المرافعات المدنية العراقي والمادة (٣) من قانون المرافعات المدنية المصري، باعتبارها من الدعاوى التي تهدف الى دفع ضرر محدق عن طريق دعاوى تسمح تسمى دعاوى الحيازه.
٦٣. الدكتور لفتة هامل العجيلي/نظرية الدعوى في قانون المرافعات المدنية/مكتبة السنهوري/بيروت ٢٠٢١ /صفحة ٣١[١]
٦٤. (١) دكتور عبد الحكم فودة/الدفع بانتفاء الصفة و المصلحة/مصدر سابق/ صفحة ٥٤
٦٥. (١) المادة (٢٣٥- ٢٣٦)من القانون المدني المصري وتقابلها المواد() من القانون المدني العراقي
٦٦. (١) دكتور احمد ابو الوفا/ نظرية الدفوع/مصدر سابق/ صفحة ١٦٢

٦٧. [١]دكتور محمد العشماوي ودكتور عبد الوهاب العشماوي/ قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن/ الجزء الاول /مطبعه النموذجية/ سنه ١٩٥٧/ ٥٧٣

68. Annick DORSNET - Dolivet et Thirry BONNEAU: L'ordre Dublic et lac٥٩., Jeanmovens d'ordre public en procédures, Dalloz, ١٩٨٦ chronVINCENT: La procédure civile et l'ordre public. Mélanges, P. ROURIERDalloz et sirey ١٩٦١., FARJAT: l'ordre public éconimique, Paris ١٩٦٥.. G.١٩٤٩, p. ٥٠., Ph.RIPRET: La Regle morale dans les obligations civileMalaurie: l'ordre public et le contrat. thése, paris, preface P. Esmein p.٢٦١. Ghestin j.": L"ordre public, Notion à contenu variable en droitPrivé français in Les Notions à contenu variable en droit, Bruxelles ١٩٨٤. [1]

٦٩. د. محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية، الطبعة الاولى،١٩٩٦، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٥[(١)]

٧٠. [(١)]/كلية الشريعة والقانون/جامعة صنعاء/عام ٢٠١٩/ص٤ د. عبد المؤمن شجاع الدين/ماهية الدفوع المتعلقة بالنظام العام

71. Patrice Garant : Quelques réflexions sur l'ordre public dans le droit processuel québécois: Les Cahiers de droit: Volume 40, numéro 2. 1999 p ٣٦٨ ،

72. "La notion d'ordre public est incontestablement l'une des notions que semble chérir le législateur québécois puisqu'il la situe au cœur de certaines des dispositions de base de notre droit civil et de notre droit judiciaire. Pourtant, il n'en donne aucune définition et la jurisprudence a rarement cherché à la définir ou à en préciser les traits essentiels"

٧٣. [(١)] د. عبد الرزاق السنهوري/الوسيط في شرح القانون المدني/ نظرية الالتزام /القاهرة/١٩٩٥/دار النشر للجماعات المصرية/ص٣٩٩.

٧٤. [(١)] . Ph.Malaurie : L' ordre public et le contrat, Paris, P 261

٧٥. [(١)] د. عبد الرزاق السنهوري/الوسيط في شرح القانون المدني/الجزء الاول/مصادر الالتزام/سنة ١٩٥٢/ص ٤٠١.

٧٦. [(١)] د. توفيق فرج /المدخل للعلوم القانونية/ ص٨٧ .

٧٧. [(١)] د. محمود مصطفى يونس/نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية والتجارية/ مصدر سابق/ص١٩ ،د. عز الدين عيساوي، البحث عن نظام للنظام العام، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني جامعة عبد الرحمن ميرة في الجزائر ، عدد خاص، ٢٠١٥.

٧٨. [(١)] د. عباس العبودي/تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية/دراسة مقارنة/بيروت/٢٠١٥/مكتبة السنهوري/ص٢٠٨.

٧٩. [(١)] د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير/الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي/الجزء الاول/ مصادر الالتزام/ الدار العربية للقانون/٢٠١٠/ص٩٩.

٨٠. [(١)] دكتور عبد الرحمن الشرقاوي/ نظريه المصلحة/ الرساله/ مرجع سابق صفحة ٨١

٨١. الدكتور حميد سلطان الخالدي،بان بدر حسن/ احكام المدد في مسائل الاحوال الشخصية ومدى سلطة القاضي في تعديلها/مجلة العلوم القانونية/كلية القانون/ جامعة بغداد/العدد الخاص الثالث/الجزء الاول/٢٠١٧ /صفحة ١١٤

82. View of Provisions of Periods in the Matters of Personal Status and the Extent of the Judge's Power to Amend Them "Comparative Study" (uobaghdad.edu.iq)

83. /١٥٦https://jols.uobaghdad.edu.iq/index.php/jols/article/view/

84. https://jols.uobaghdad.edu.iq/index.php/jols/article/view/ ١١٩/١٥٦

85. ١١٩/١٥٦/hdad.edu.iq/index.php/jols/article/viewhttps://jols.uobag

٨٦. [(١)] دكتورة امينة النمر/ الدعوى واجراءاتها/ صفحة ٦٧ وما بعدها

٨٧. [(١)] دكتورعبد الرحمن العشماوي/ المرافعات/ مصدر سابق/ صفحة ٣٠٥ ودكتور فتحي والي/ الوسيط/مصدر سابق/ صفحة ٤٩٥

٨٨. [(١)] قرار محكمة التمييز العراقية بالعدد(٢١/الهيأة الاستئنافية عقار/٢٠١٤) تسلسل ٥٥٣ والتي جاء فيها " ..ولما كان الخصم الحقيقي بالادعاء هو مدير بلدية كربلاء/اضافة لوظيفته ، فأن الخصومة غير متحققة تقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد الدعوى.."

٨٩. [(١)] دكتور محمود محمد هاشم/ قانون القضاء المدني/ صفحة ٢٥١ وما بعدها، ودكتور نبيل اسماعيل عمر/ الدفع بعدم القبول/ الطبعه الاولى/ سنه ١٩٨١ /صفحة ٢٥٥.

٩٠. [١] دكتور محمود مصطفى يونس/ نحو نظري عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية/ مصدر سابق/ صفحة ٦٢

91. "[1] Les fins de non-recevoir doivent e'tre releve'es d'office lorqu'elles ont un caracte're d'order public, notaamment lorsqu'lles re'sultent de l'inobservation des de'lais dans lesquels doivent e'tre exerce'es les voies de recours ou de l'abssence d'une voie de recours.

92. Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tir'ee du de'faut d'inte're't, de de'faut de qualite' ou de la chose juge'e ."

٩٣. [١] قرار محكمة النقض المصري رقم(٢١ لسنة ١٩٦٧) منقول من دكتور محمود مصطفى يونس صفحة ٦٢

٩٤. [١] دكتور احمد ابو الوفا/ نظريه الدفوع/ مصدر سابق/ صفحة ٨٢٥

٩٥. [١] ان وظيفة القضاء من اهم واخطر الوظائف لكونها تمس حقوق الناس وتؤثر بصورة او باخرى في تنظيم مختلف جوانب الحياة انظر لؤي عبد الحق اسماعيل/الخطأ العمدي للقاضي المدني واثره بين القانون والقضاء/مجلة الحقوق/جامعة تكريت/السنة الرابعة/المجلد الرابع/العدد الرابع/الجزء الثاني/سنة ٢٠٢٠/صفحة ٢١٥، http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t .[١]

٩٦. [١] د. محمود مصطفى يونس/ نحو نظرية عامة لفكرة التظام العام في قانون المرافعات المدنية/مصدر سابق/ص٢٠

المصادر

اولا" الكتب القانونية :

I. د. ادم وهيب النداوي/المرافعات المدنية /المكتبة القانونية/سنة ٢٠٠٦.

II. د. الياس ابو عيد/نظرية الدعوى في اصول المحاكمات المدنية/منشورات الحلبي الحقوقية/الطبعة الاولى .

III. الدكتور ادوارد عيد/موسوعة اصول المحاكمات المدنية/الجزء الاول/المجلد الاول/منشورات الحلبي الحقوقية.

IV. د. نبيل اسماعيل عمر/اصول المرافعات المدنية والتجارية/الطبعة الاولى/١٩٨٦/منشأة المعارف/الاسكندرية .

V. د.عبد المنعم الشرقاوي /نظريه المصلحة الدعوى/ رساله مطبوعة سنه ١٩٤٧.د. عبد الرحمن العلام/قواعد قانون المرافعات العراقي/شرح مقارن لنصوص قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٦ وتعديلاته مع احكام محكمة التمييز مرتبة على مواد القانون/الجزء الاول/سنة١٩٦١.

VI. د. وجدي راغب/ مبادئ الخصومة المدنية/

VII. د. محمود محمد هاشم/ قانون القضاء المدني/ التقاضي امام القضاء/ الجزء الثاني/ دار الفكر العربي/ ١٩٨٠.

VIII. د. عبد الحكم فوده/ الدفع بانتفاء الصفة او المصلحة في المنازعات المدنية/ منشاه المعارف/ الاسكندريه/ سنه ٢٠٠٧ .

IX. د. هادي حسين الكعبي/نظرية الدعوى المدنية/الجزء الثاني/بيروت/مكتبة السنهوري/٢٠٢١ صفحة ٧٩

X. د. احمد ابو الوفا/المرافعات المدنية والتجارية/دار المعارف

XI. د. عبد الباقي البكري، و زهير البشير/ المدخل لدراسة القانون .

XII. د. نبيل اسماعيل عمر/ الدفع بعدم القبول ونظامه القانوني/ منشأة المعارف/ الاسكندرية/ الطبعة الاولى.

XIII. د. فتحي والي/ الوسيط.

XIV. د. مدحت المحمود/شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٨ وتطبيقاته العملية/المكتبة القانونية/ بغداد/الطبعة الرابعة/٢٠١١.

XV. د. محمد العشماوي و دكتور عبد الوهاب العشماوي/ قواعد المرافعات في التشريع المصري المقارن/ المطبعة النموذجية/ سنة ١٩٥٧.

XVI. د. محمد شفيق العاني/اصول المرافعات والصكوك في قضاء الشرعي/الطبعة الثانية/١٩٦٥.
XVII. د.عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط/ الجزء الاول
XVIII. د.فتحي والي/ مبادىء قانون القضاء المدني.
XIX. د. لفتة هامل العجيلي/نظرية الدعوى في قانون المرافعات المدنية/مكتبة السنهوري/بيروت ٢٠٢١.
XX. دكتور احمد ابو الوفا/ نظرية الدفوع.
XXI. د. محمود مصطفى يونس، نحو نظرية عامة لفكرة النظام العام في قانون المرافعات المدنية، الطبعة الاولى،١٩٩٦، دار النهضة العربية، القاهرة.
XXII. د. عبد المؤمن شجاع الدين/ماهية الدفوع المتعلقة بالنظام العام /كلية الشريعة والقانون/جامعة صنعاء/عام ٢٠١٩.
XXIII. د. عبد الرزاق السنهوري/الوسيط في شرح القانون المدني/ نظرية الالتزام /القاهرة/١٩٩٥/دار النشر للجماعات المصري.
XXIV. د. عبد الرزاق السنهوري/الوسيط في شرح القانون المدني/الجزء الاول/مصادر الالتزام/سنة ١٩٥٢.
XXV. د. توفيق فرج /المدخل للعلوم القانونية .
XXVI. د. عباس العبودي/تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية/دراسة مقارنة/بيروت/٢٠١٥/مكتبة السنهوري.
XXVII. د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير/الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي/الجزء الاول/ مصادر الالتزام/ الدار العربية للقانون/٢٠١٠.
XXVIII. د. امينة النمر/ الدعوى واجراءاتها/ صفحة ٦٧ وما بعدها

الكتب القانونية الاجنبية:

I. Cécile Chainais Frédérique Ferrand، Serge Guinchard,Procédure civile، Droit interne et européen du procès civil، 33 édition، 2016
II. Annick DORSNET - Dolivet et Thirry BONNEAU: L'ordre Dublic et lac٥٩.,
III. Jeanmovens d'ordre public en procédures, Dalloz, ١٩٨٦
IV. chronVINCENT: La procédure civile et l'ordre public. Mélanges, P. ROURIERDalloz et sirey ١٩٦١.,
V. FARJAT: l'ordre public éconimique, Paris ١٩٦٥.. G.١٩٤٩, p. ٥٠.,
VI. Ph.RIPRET: La Regle morale dans les obligations civileMalaurie: l'ordre public et le contrat. thése, paris, preface P. Esmein p.٢٦١.
VII. Ghestin j.": L"ordre public, Notion à contenu variable en droitPrivé français in Les Notions à contenu variable en droit, Bruxelles ١٩٨٤.
VIII. Patrice Garant : Quelques réflexions sur l'ordre public dans le droit processuel québécois: Les Cahiers de droit: Volume 40, numéro 2. 1999
IX. . Ph.Malaurie : L' ordre public et le contrat, Paris .

القرارات القضائية

I. قرار محكمة التمييز العراقية بالعدد(٦٠٣٣/الهيئة المدنية/٢٠٢١) .

II. قرار محمة التمييز الاتحادية رقم (١٨١٥)/الهيئة الاستئنافية بتاريخ ٢٠٢١/٦/٢٣
III. قرار محكمة التمييز العراقية بالعدد(١٢٩/الهيئة الموسعة المدنية/٢٠٢٠/ت١٢٨) .
IV. قرار محكمة استئناف كربلاء بالعدد(٦٥/س/٢٠١٣) في ٢٠١٣/٣/٧
V. قرار محكمة النقض المصرية بالعدد ٣/٢٨/ ١٩٧٤ س ٢٥
VI. قرار محكمة النقض المصرية بالعدد(طعن/٤٨/٨٧٩٠ قضائية عليا/جلسة ٢٠٠٥/٢/١٢) منشور على الموقع الالكتروني https:ahmedazimel.blogspot.com
VII. قرار محكمة التمييز العراقية بالعدد(٢١/الهيأة الاستئنافية عقار/٢٠١٤) تسلسل ٥٥٣
VIII. قرار محكمة النقض المصرية رقم(٢١ لسنة ١٩٦٧)

البحوث القانونية:

I. د.سيد أحمد محمود، د. أحمد سيد أحمد محمود ،انعكاسات جائحة كورونا (كوفيد ١٩) على ممارسة حق التقاضي : دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة . (٢٠٢٣). *مجلة العلوم القانونية*, *38*(1), 1-29. https://doi.org/10.35246/jols.v38i1.596

II. اسراء فاضل كاظم، د. سامر سعدون عبود العامري ، المصلحة المعتبرة في تجريم الاعتداء على المرافق العامة) .٢٠٢٣ .(*مجلة العلوم القانونية*, *37*, 108-134. https://doi.org/10.35246/jols.v38i2.670

III. تبارك صباح جاسم ، أ.د. كاظم عبدالله حسين الشمري ،دور الطلبات بالدعوى الجزائية في مرحلة المحاكمة) .٢٠٢٣ .(*مجلة العلوم القانونية*, *37*, 350-375. https://doi.org/10.35246/jols.v38i2.678

IV. د.جليل حسن الساعدي، هند عباس خلف،صور التدليس في القانون الانجليزي والتعويض الناشئ عنها) .٢٠٢١ .(*مجلة العلوم القانونية*, *36*, 1_32. https://doi.org/10.35246/jols.v36i0.409

V. الدكتور لفتة هامل العجيلي والدكتور لبنى عبد الحسين السعيدي/مصاريف الخصومة/مجلة جامعة تكريت/كلية الحقوق/السنة السادسة/المجلد السادس/العددالرابع/الجزء الاول/سنة٢٠٢٢/ http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t.

VI. د.حميد سلطان الخالدي،بان بدر حسن، أحكام المدد فى مسائل الاحوال الشخصية ومدى سلطة القاضي في تعديلها " دراسة مقارنة) .٢٠١٩ .(*مجلة العلوم القانونية*, *33*(3), 111-146. https://doi.org/10.35246/jols.v33is.156

VII. لؤي عبد الحق اسماعيل/الخطأ العمدي للقاضي المدني واثره بين القانون والقضاء/مجلة الحقوق/جامعة تكريت/السنة الرابعة/المجلد الرابع/العدد الرابع/الجزء الثاني/سنة ٢٠٢٠ ، http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t .[١]

VIII. ندى خير الدين سعيد/الدفع بسبق اقامة الدعوى/مجلة الحقوق/جامعة تكريت/السنة الخامسة/المجلد الخامس/العدد الثالث/الجزء الاول/سنة ٢٠٢١ ، http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t

IX. عقيل طه مجيد/التنازع في الاختصاص النوعي بين محاكم الدرجة الاولى في العراق/مجلة الحقوق/جامعة تكريت/السنة الخامسة/المجلد الخامس/العدد الثالث/الجزء الاول/سنة ٢٠٢١ ، http://tujr.tu.edu.iq/index.php/t
X. د. عز الدين عيساوي، البحث عن نظام للنظام العام، المجلة الاكاديمية للبحث القانوني /جامعة عبد الرحمن ميرة في الجزائر ، عدد خاص، ٢٠١٥.

القوانين:

قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٨
قانون المرافعات المصري رقم١٣ لسنة١٩٦٨
الدستور المصري لسنة ٢٠١٤
الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥
القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة١٩٥١
قانون الاجراءات المدنية الفرنسية١٩٥٩