التكييف القانوني لإثبات الحالة

-دراسة مقارنة-

أ.م.د. سميرة حسين محيسن **الباحثة علياء حرز عريبي**
كلية القانون جامعة القادسية **كلية القانون جامعة القادسية**
samira.muhisen@qu.edu.iq **law.post27@qu.edu.iq**

تاريخ الاستلام : ٢٠-٨-٢٠٢١
تاريخ قبول النشر: ٥-١٢-٢٠٢١

المستخلص

تبحث الدراسة موضوعاً على قدر من الأهمية في الحياة العملية، وهو لجوء الافراد للمطالبة بتثبيت وقائع يخشى عليها من مرور الوقت الذي قد يؤدي الى ضياع معالمها، مما قد يسبب اضراراً وضياع للحقوق لعدم وجود الدليل، وان اللجوء الى القضاء بكذا طلب قد يبدوا متعارضاً مع الوظيفة الأساسية للقضاء وهي اصدار احكام فاصلة بعد إتاحة المجال للأطراف ان يعرضوا موضوع نزاعهم على المحكمة، معززين طلباتهم بأدلة ليترتب على الحكم النهائي حجية تلزم الجميع وعلى نحو ليس بالإمكان الرجوع عنه، الا ان تتبع تلك السلسلة الطويلة من الإجراءات وما ينبغي ان يوفره المدعي من طلبات لإتمامها قد يتسبب في بعض الحالات الى ضياع الهدف او الحكمة من وجود سلك القضاء الا وهي المحافظة على الحقوق والمراكز القانونية للأفراد، وتحاول هذه الدراسة الوقوف على التعريف بإثبات الحالة وبيان التكييف التشريعي والقضائي والفقهي لها.

الكلمات المفتاحية : إثبات الحالة – حفظ الدليل – الوقائع– دعوى القضائية– الامر على العرائض .

Abstract.

The study examines a topic of a degree of importance in practical life ،which is the resort of individuals to demand confirmation of facts that fear the passage of time that may lead to the loss of their features ،which may cause damage and loss of rights due to the lack of evidence ، and that resorting to the judiciary with such a request may seem incompatible with the job The basic principle of the judiciary is the issuance of separating judgments after allowing the parties to submit the subject of their dispute to the court ،supporting their requests with evidence so that the final judgment results in an authoritative ruling that binds everyone and in a way that cannot be reversed ،except to follow this long series of procedures and the requests that the plaintiff should provide to complete them In some cases ،it may cause the loss of the purpose or wisdom of the existence of the judiciary ،which is to preserve the rights and legal positions of individuals.

Key words: **Proof of case - save directory - the facts - lawsuit - It's up to the petitions**.

المقدمة

الأصل ان يكون اللجوء الى القضاء لغرض المطالبة بالحقوق، حيث ترفع الدعاوى لحماية الحقوق والمراكز القانونية التي تم الاعتداء عليها او اثير النزاع الحقيقي حولها، ليكون للمدعي حينها مصلحة من رفع الدعوى، إذ يُعبر عن المصلحة بالفائدة العملية التي تعود على المدعي في حال الاستجابة لطلبه، والحكمة في ذلك هو إبعاد ساحات القضاء عن الانشغال في دعاوى لا ينجم عنها اي فائدة عملية، فالمحكمة ليست مكان لتقديم المشورة القانونية او لإجراء المناقشات النظرية بل هي مكان تحسم فيه النزاعات التي تنجم عن الاعتداء على حقوق الافراد ومراكزهم القانونية، وعليه ان المصلحة التي تبنى عليها الدعاوى عموماً ينبغي ان تكون مصلحة قائمة وحالة، وان يكون المتقدم بالدعوى قد تعرض للاعتداء الفعلي او كان هناك نزاع بشأنه، فيتحقق الضرر الذي يبرر اللجوء الى القضاء، الا ان الاصل العام لا يسري على اطلاقه بل يرد عليه استثناء بخصوص دعاوى وطلبات تبنى على اساس المصلحة المحتملة، كرسته القوانين لحماية حقوق ومراكز لم ينشأ بشأنها نزاع بعد، ويظهر هذا الاستثناء في دعاوى وطلبات شُرعت بهدف الاحتياط لتجنب حدوث ضرر في المستقبل وتعد إثبات الحالة من التطبيقات البارزة للطلبات التي تقدم على اساس المصلحة المحتملة، نظم في نصوص خاصة ادرك من خلالها المشرع اهمية اللجوء الى القضاء حتى في حال عدم نشوء نزاع فعلي، واجازها في سبيل إتخاذ إجراءات تثبيت وقائع يخشى عليها من فوات الوقت، قد يتسبب عدم التحقق منها ضياع الحقوق في حال المطالبة بها مستقبلاً لعدم وجود الدليل، وينظر من قبل القضاء المستعجل ليراعي في نظرها الوقت الذي يعد عاملاً حساساً، لطبيعة الوقائع المراد تثبيتها وقابلية معالمها للتغير مع مرور الوقت، تنبع اهمية هذه الدراسة من الأساس الذي يقوم عليه هذا الطلب وهي المصلحة المحتملة التي تمثل الاستثناء من شرط المصلحة في الدعوى القضائية، ولما كان طلب إثبات الحالة قائمة على المصلحة المحتملة، فأن لها خصوصية استثنائية سيما وان الدعاوى التي تقوم على المصلحة المحتملة دعاوى قليلة ومحددة، امام خصوصية دعوى إثبات الحالة فأن هذه الدراسة هي محاولة لتسليط الضوء على النظام القانوني لها، والدعوة الى إعادة النظر فيه لاعتقادنا بعدم كفاية وملائمة ذلك التنظيم مع خصوصية إثبات الحالة، وان دراستها مثرية للمكتبة القانونية، لقلة الدراسات المتخصصة بإثبات الحالة تحديداً، فغالباً ما يتم تناولها بشيء من الاختصار في الدراسات القانونية عند التطرق لتطبيقات القضاء المستعجل سنعتمد في دراستنا منهج البحث المقارن بين التشريعات محل الدراسة وهي كل من القانون الفرنسي والمصري والعراقي، فالمشرع الفرنسي قد نظم إثبات الحالة وكان تنظيمه قد اخذ بنظر الاعتبار خصوصية إثبات الحالة، ليتبعه بعد ذلك كلً من المشرع المصري والعراقي ولكن لم يكن تنظيمهم مماثلاً في الكثير من التفاصيل، ومع اقدمية التنظيم الفرنسي ونقاط الاشتراك بين القانون المصري والعراقي ارتئينا اختيار هذه القوانين، واتباع المنهج المقارن لما له من اثر محمود في مجال البحث العلمي، ومحاولة التوصل الى القانون الاكثر نجاعة في تنظيم إثبات الحالة.

المبحث الاول
التعريف بإثبات الحالة وبيان خصائصها

ان إثبات الحالة محل البحث من الطلبات المتفق عليها فقهاً وقانوناً من حيث المبدأ مع اختلاف المسميات في التشريعات محل المقارنة، بعدّها ضرورة تفرضها مقتضيات حسن التقاضي، وان كثرت التطبيقات العملية لإثبات الحالة في المحاكم المدنية يستدعي منا الوقوف على التعريف بها اولاً، وبيان خصائصها، لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في الاول تعريف إثبات الحالة وفي الثاني بيان خصائص إثبات الحالة.

المطلب الاول
تعريف إثبات الحالة

يعد إثبات الحالة إجراء قانوني يجسد مفهومه العام الصورة المثلى لإحقاق الحق ، كون احقاق الحقوق لا يمكن ان يتم فعلا من غير انجازها في وقتها المناسب، وهو اجراء يدخل من ضمن تطبيقات القضاء المستعجل والذي يعرفه الفقه الإجرائي بأنه: "فرع من القضاء المدني يفصل في المسائل التي يخشى عليها من فوات الوقت أو في المسائل التي تعتبر مستعجلة بقوة القانون وأنه قضاء وقتي لا يمس أصل الحق" [١].

وتتنوع الدعاوى والطلبات التي تنظر من قبل هذا القضاء [٢].

ويعد إثبات الحالة احدها، ولهذا الإجراء تسميات مختلفة في نصوص التشريعات المقارنة والفقه الاجرائي، إذ سميت في فرنسا باسم الخبرة الوقائية (Expertise preventive)[٣].

اما في القانون المصري فيطلق عليها اسم (طلب الانتقال للمعاينة)[٤]. وهي مستوحاه من نص المادة (١٣٣) من قانون الاثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨[٥]، او إثبات الحالة [٦].

اما القانون العراقي فبالرجوع للمادة (١٤٤) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ والتي تنص على :" الانتقال للكشف وتثبيت الحالة بمعرفة القاضي او بواسطة خبير ويراعى في ذلك الاحكام المتصلة بالخبرة والكشف"، نلاحظ ان المشرع العراقي استخدم مصطلحي الكشف وتثبيت الحالة معاً، كذلك الفقه الإجرائي العراقي استخدم كلً من الكشف المستعجل وتثبيت الحالة عنواناً له[٧].

اما القضاء العراقي فأنه قد سار على استخدام مصطلح الكشف المستعجل[٨].

إلا اننا نرجح تسمية إثبات الحالة والتي هي عنوان هذه الدراسة كونها التسمية الأقرب الى مضمون الإجراء المتخذ للوقوف على تعريف إثبات الحالة سنستعرض التعريفات التي جاء بها الفقه الإجرائي في الدول محل المقارنة كذلك الاتجاه القضائي في تلك الدول، وذلك على فقرتين مستقلتين وعلى النحو الآتي:

أولاً: التعريف الفقهي: عرف اثبات الحالة – الخبرة الوقائية– في الفقه الإجرائي الفرنسي بأنه: " تدبير تحفظي ضروري لمنع حدوث ضرر وشيك او لوضع حد لإزعاج واضح غير مشروع يكون الهدف منه منع الضرر على الفور"[٩].

ويلاحظ على التعريف انه اشار الى دور علاجي لإثبات الحالة ذلك بأنه يضع حد لإزعاج او يمنع ضرر على الفور في حين ان اللجوء لإثبات الحالة يكون بغرض حفظ الدليل تمهيداً لاستخدامه امام محكمة الموضوع وهذه الأخيرة هي من تضع الحد للإزعاج و التعرض ان وجد اما اتجاه الفقه الإجرائي المصري، فقد عرف إثبات الحالة بأنها:

"طلب يكون الهدف منه المعاينة كإجراء مؤقت كدليل اثبات قبل إقامة دعوى امام محكمة موضوع"(١٠).

كذلك عرف بأنه: "اجراء من الإجراءات الوقتية للمحافظة على حق صاحبها تمهيداً لرفع دعوى بأصل الحق امام محكمة الموضوع"(١١).

ويؤخذ على التعريف الاول والثاني انهما وصفا هذه الدعوى بالوقتية دون التطرق الى صفة الاستعجال، كما عرفت بأنها: "هي تلك الإجراءات التي يلجأ اليها الخصوم امام القضاء المستعجل لدرء الخطر القائم في النزاع الناشئ بينهم والذي لا تسعفه إجراءات التقاضي العادية خشية زوال معالم الواقعة او الاعتداء على الحقوق، مما يترتب عليه الإضرار بالخصوم ضرراً يتعذر معه اصلاحه او إزالة آثاره"(١٢).

ويلاحظ ان هذا التعريف قد تناول إثبات الحالة من حيث الهدف منها كذلك يشير الى ان رفع هذا الطلب يكون بمناسبة نزاع قائم بين لأطراف امام القضاء العادي، في حين ان إثبات الحالة يرفع لتثبيت وقائع محتمل ان تصبح محل نزاع مستقبلاً ولا يشترط ان يكون هناك نزاع قائم وعرفت ايضاً بأنها: "الطلب الذي يهدف الى اثبات واقعة مادية يخشى ضياع معالمها اذا لم يتم الفصل فيها على وجه الاستعجال لاحتمالية ان تصبح محل نزاع في المستقبل"(١٣) .

وهو اكثر التعريفات التي تناولت إثبات الحالة دقة اما في الفقه الإجرائي العراقي، فقد عرفت اثبات الحالة بأنها: "طلب وقائي تحفظي يكون الهدف منه درء الخطر الذي يحيط بالحق وذلك بإنشاء الدليل عليه" (١٤).

ويلاحظ على التعريف انه تناول المعنى بالغاية المقصودة من وراء رفع الطلب وليس بذاتيته، كما عرفت بأنها: "طلب يرفع بصفة اصلية امام القضاء المستعجل يطلب فيه المدعي طالب الكشف من محكمة الاستعجال الانتقال الى محل النزاع لأثبات واقعة مادية يخشى ضياع معالمها اذا ما انتظر المدعي رفعها امام محكمة الموضوع لان ذلك قد يؤدي الى وقوع ضرر لا يمكن تلافيه"(١٥).

ثانياً: التعريف القضائي: اما الاتجاه القضائي، فقد عرفت محكمة النقض الفرنسية إثبات الحالة بأنها: " إجراء يهدف الى الحفاظ على وقائع يمكن ان يعتمد عليها لحل نزاع في المستقبل"(١٦).

في حين عرفت محكمة النقض المصرية إثبات الحالة بأنها: " إجراءات تحفظية على نفقة رافع الدعوى، تمهيداً لرفع دعوى الموضوع امام المحكمة المختصة وان تقرير الخبير المقدم فيها لا يقيد القاضي عند نظر الموضوع امامه"(١٧) اما على مستوى القضاء العراقي فقد عرفت محكمة استئناف نينوى بصفتها التميزية إثبات الحالة بانها: "اجراء مستعجل لغرض تثبيت حالة راهنة"(١٨).

وأخيراً وبعد استعراض ابرز التعريفات في الفقه الإجرائي والقضاء وفي ضوء المآخذ على بعضها، وما اشارت اليه التشريعات المقارنة نجد ان التعريف المناسب لإثبات الحالة هو: إجراء وقتي يوقعه القاضي بمعرفته او بندب خبير على وجه الاستعجال بناءاً على طلب مقدمه لإثبات واقعة يخشى من ضياع معالمها مع مرور وقت، لاحتمالية ان تكون محل نزاع مستقبلاً.

المطلب الثاني

خصائص إثبات الحالة

بعد التعرف على ماهية إثبات الحالة من حيث تعريفها وفقاً للاتجاهات الفقهية والقضائية، اجد من الضروري ان يتم الإشارة الى

ابرز خصائصها لبيان ملامحها الرئيسية، وذلك من خلال شرح هذه الخصائص تباعاً:

أولاً: إثبات الحالة تطبيق مستعجل:

يعد إثبات الحالة تطبيق مستعجل يكون للزمن فيه دوراً مهماً، والتي توخى فيها المشرع في القوانين محل الدراسة المقارنة[١٩].

مسألة فوات الوقت، حيث يسعى طالب التثبيت الى حمل القاضي الى إتخاذ إجراء التثبت او الكشف عن الواقعة بالسرعة الممكنة لتجنب فوات الوقت، ويكون ذلك دون المساس بأصل الحق فيها ريثما يتم الفصل في موضوعها من قبل القضاء العادي[٢٠]، وينشأ هذا الاستعجال من طبيعة الشيء كأن تكون مواد سريعة التلف او من الظروف المحيطة بها وليس بإرادة مقدم الطلب[٢١].

ويتمثل الاستعجال فيه بالخوف من ضياع الملامح الاساسية للوقائع المراد تثبيتها كلها او بعضها[٢٢].

ثانياً: إثبات الحالة تدبير وقائي:

يعد إثبات الحالة تدبير من التدابير الوقائية التي تكون الغاية منها درأ الخطر المحتمل للحفاظ على اصل الحق[٢٣].

مما يجعله يضفي نوعاً من الطمأنينة والاستقرار في المسائل التي يخشى عليها فوات الوقت لحين الفصل بالدعوى من قبل القضاء الموضوعي العادي، وعلى الرغم من ان ما يتم تثبيته على وجه الاستعجال لا يلزم به قاضي محكمة الموضوع الا انه يعتبر في بعض الاحيان الحل النهائي بدون ان يصل الخصوم الى اقامة دعوى امام القضاء العادي[٢٤].

وهذا ما يظهر لنا الدور الوقائي لإثبات الحالة ومساهمتها في التقليل من الدعاوى الموضوعية للتخفيف عن كاهل القضاء، او بأقل تقدير مساهمتها في حل النزاع في حال رفعه مستقبلاً استناداً لما تم تثبيته بموجب هذا التدبير[٢٥].

ثالثاً: إثبات الحالة تدبير تحفظي:

يعد إثبات الحالة من التدابير التحفظية التي يسعى طالب التثبيت من خلالها الى المحافظة على معالم الواقعة التي يخشى عليها من فوات الوقت، وذلك من خلال ما يصور فيه من حالة مادية يتعذر إثباتها مستقبلاً صيانة للدليل المثبت للحق من خطر الضياع[٢٦].

الا ان تساؤلاً يثار بهذا الصدد مفاده: هل ان إثبات الحالة كتدبير تحفظي تحافظ على الأدلة فقط ام تنشئها؟ يذهب الفقه الإجرائي[٢٧].

الى ان إثبات الحالة وبعدّها تدبير تحفظي وقائي الهدف منه الحصول على دليل او المحافظة عليه لاحتمال وجود نزاع حول الموضوع في المستقبل كون الحق مجرداً عن دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء[٢٨].

وان هذا الحق – في الاثبات- ينشأ لصاحبه مصلحة في إثبات الحالة بغية الحصول على دليل لم يكن موجود من قبل او المحافظة عليه متى ما كان هناك خشية من ضياعه[٢٩].

وهذا ما يعززه الاتجاه القضائي إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: (يمكن ان تميل إجراءات التحقيق الى المحافظة على الأدلة، ولكن قد تنشأ ايضاً دليل لم يكن موجود من قبل إذا لم يكن هناك عائق مشروع امامها)[٣٠].

رابعاً: إثبات الحالة لا يُمس فيه أصل الحق:

لما كان إثبات الحالة يقدم لتثبيت وقائع مادية يخشى من ضياع معالمها بمرور الوقت تحسباً لاستخدامها عند المطالبة بالحق

الموضوعي، فإن ليس لقاضي الامور المستعجلة[٣١].

وبأي حال من الاحوال عند الامر بهذا الاجراء المساس بأصل الحقوق والالتزامات، ويراد بأصل الحق: كل ما يتعلق به وجوداً وعدماً، ويدخل في ذلك ما يمس صحته او يؤثر في كيانه او يغير فيه او في الاثار القانونية التي رتبها له القانون[٣٢].

وعليه ان عدم المساس بأصل الحق في إثبات الحالة هو المحافظة على الحقوق والمراكز القانونية لكل من طالب التثبيت والمطلوب التثبيت ضده[٣٣].

ليترك للقاضي العادي النظر فيها عند المطالبة بالحق الموضوعي[٣٤]؟

خامساً: إثبات الحالة حالة استثنائية:

يعد إثبات الحالة من الحالات الاستثنائية القائمة على أساس المصلحة المحتملة[٣٥]، وتبرز هذه الأخيرة في نصوص القوانين محل المقارنة والتي يسعى مقدم الطلب فيها الى تحسين موقفه في الاثبات[٣٦].

إذ لا يتطلب لجوء مقدم الطلب الى إثبات الحالة بالضرورة وجود نزاع حقيقي وهذا ما يشكل استثناءً للأصل العام، إذ يكفي ان يكون هناك خلاف بسيط حول وقائع يراد تثبيتها لا تصل الى مستوى النزاع الذي يستلزم إقامة دعوى، حيث يفرق الفقه الفرنسي[٣٧] بين الخلاف والنزاع القانوني، فيراد بهذا الاخير الخلاف الذي ينشأ حول تطبيق القانون في حالة معينة، حين يكون هذا التطبيق متنازع فيه او محل شك، في حين ان الخلاف هو عدم اتفاق فقط، ويتصور وجود خلاف ليس قانوني، إذ ان فكرة النزاع القانوني تتكون من عنصرين: الاول وجود خلاف بأن يدعي شخص شيئا يعارضه فيه الطرف الآخر، والثاني ان يكون الخلاف ذا طبيعة قانونية اي ان يكون الخلاف حول تطبيق القانون مما يستدعي تدخل سلطة ما فهو حالة عدم تأكد قانوني تزول بالحكم القضائي، وان الغاية من إجراءات التحقيق هو إعداد الدليل لتوقع نشوء النزاع بناءً على خلاف بسيط او بوادر نزاع.

المبحث الثاني

التكييف القانوني لإثبات الحالة

يمارس القاضي عموماً والى جانب وظيفته الأصلية في حسم النزاع القيام ببعض الاعمال او الوسائل الإجرائية التي لا تحمل معنى الخصومة او النزاع، ويكون ذلك بحكم اتصالها بعمله القضائي، ومتى ما كان عامل الزمن مراعى فأن ما يقوم به القاضي يكون استعجالياً، نظراً لمرونة الحماية الوقتية للحقوق والمراكز القانونية بموجب إثبات الحالة، فأن الإلمام بالتعريف قادنا الى محاولة إجلاء بعض الغموض حول التكييف القانوني لتثبيت الحالة، إذ يختلف التكييف في التشريعات محل المقارنة، ولأجل ذلك سنقسم المبحث على مطلبين: الاول إثبات الحالة كآمر على العريضة، اما الثاني سنكرسه لبحث إثبات الحالة كدعوى قضائية.

الفرع الاول

إثبات الحالة أمر على العريضة

اخذ القانون الفرنسي بالتكييف المزدوج لإثبات الحالة، إذ يتعامل تارة مع إثبات الحالة كأمر على العريضة وبشروط خاصة[٣٨].

وتارة اخرى كدعوى وعلى النحو الذي سنبينه لاحقاً، فبهدف تبسيط الإجراءات لضمان حماية سريعة للحقوق والمراكز القانونية يتعامل

القانون الفرنسي مع إثبات الحالة كأمر على العريضة يصدر بشأنها قرار استعجالي[٣٩].

وذلك بناءاً على طلبات مقدمة من ذوي الشأن في عرائض، إذ تتضمن الطلبات عرض حال طالبها على القاضي[٤٠].

وهي من الاعمال التي لا يصدرها القاضي استناداً لسلطته القضائية في الفصل بالمنازعات وانما وسائل تحفظية وقتية الهدف منها مساعدة مقدم الطلب على تحقيق مصالح مشروعة ويكون ذلك من غير المساس بأصل الحق[٤١].

وقد أثير حول طبيعة هذه الأوامر خلافاً في الفقه الفرنسي، وهو ما ينعكس على الطبيعة القانونية لإثبات الحالة وعلى أساس اي سلطة من سلطات القاضي ينظر فيها[٤٢].

وظهر بهذا الشأن في فرنسا ثلاث اتجاهات: الاول يسمى بالاتجاه الضيق يقوم على فكرة ان الاعمال القضائية هي ما يمارسه القاضي بشأن منازعة تستلزم وجود خصمين ويصدر بشأنها حكم قضائي[٤٣].

وما عداها هو داخل ضمن الاعمال الإدارية وليس لها طبيعة قضائية، والثاني هو الاتجاه الموسع حيث يرى انصاره ان الاعمال التي يمارسها القاضي جميعاً قضائية ويصدر بشأنها احكام سواء كانت فاصلة في خصومة ام لا، وبين الاثنين يوجد الاتجاه الثالث الوسط والذي يرى انصاره[٤٤].

ان الحكم يصدر عن القاضي بشأن منازعة من حيث الأصل الا ان ما جرى العمل به ان لفظ الحكم قد يطلق على بعض الاعمال غير القضائية والتي لا تصدر بشأن منازعة.

اما بالنسبة لموقف القانون الفرنسي، فيأخذ بالاتجاه الموسع هو الآخر، ويضفي العديد من خصائص القرار الاستعجالي الصادر بشأن الدعوى الاستعجالية على الامر على العرائض كالحجية والتسبيب والطعن وغيرها باستثناء المواجهة، للحد الذي اصبح يطلق مصطلح (l´ ordonnance) على القرارات التي تصدر سواء كان القرار بشأن امر استعجالي (ordonnance de référé) او بشأن امر على العريضة (ordonnance sur requite)[٤٥]، وهذا ما كرسه المشرع الفرنسي من خلال إجراءات تقديم طلب إثبات الحالة حيث جعل للتقدم بطلب إثبات الحالة مسلكين: الاول قائم على المواجهة وذلك بعريضة دعوى يسري عليها ما يسري على الدعاوى عموماً، اما المسلك الثاني فيكون بالأمر على العريضة[٤٦].

وهذا ما يؤكده التفسير المشترك للمواد (١٤٥) والمواد الواردة ضمن الفصل الثاني من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي (الأوامر عند الطلب) وهي المادة (٨٤٥) والتي تنص على " يودع رئيس المحكمة القضائية او القاضي دعاوى الحماية بطلب في الاحوال التي يحددها القانون. كما يمكنه ايضا ان يأمر عند الطلب بجميع الاجراءات العاجلة عندما تتطلب الظروف عدم اتخاذها متناقضة)[٤٧] .

والمادة (٨٧٥) والتي تنص على: " يمكن للرئيس ان يأمر عند الطلب، في حدود اختصاص المحكمة، بجميع الاجراءات العاجلة عندما تقتضي الظروف عدم اتخاذها بشكل مواجهة"[٤٨].

الا ان التقدم بطلب إثبات الحالة كآمر على العريضة ليس متروكاً لرغبة مقدمه وانما عندما تستدعي الظروف ذلك[٤٩].

إذ قضت محكمة النقض الفرنسية بأن: (لا يمكن اللجوء الى اجراء تثبيت الوقائع بموجب

الامر عند الطلب الا عندما تقتضي الظروف ذلك)[٥٠].

اما بالنسبة لموقف المشرع والفقه الإجرائي المصري، فلم نجد وبحدود اطلاعنا اي نص قانوني او رأي او قرار قضائي يشير الى تكييف إثبات الحالة في مصر كآمر على العريضة، بل ان اجماع الفقه الاجرائي المصري يكاد يكون منعقداً على ذلك وبدلالة النصوص الذي نظمت هذه الدعوى (١٣٣-١٣٤) من قانون الإثبات المصري انه قد تعامل مع إثبات الحالة كدعوى وقائية تحفظية مستعجلة، وبذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن: (ان دعوى إثبات الحالة بصورها المتعددة لا تعدوا ان تكون دعوى إجرائية تحفظية مستعجلة)[٥١].

اما موقف المشرع والفقه الإجرائي العراقي، فلا يختلف عن المصري، والفقه الإجرائي العراقي لم يتطرق في جانب منه الى ان إثبات الحالة تكيف على انها امر على العرائض، وبذلك قضت محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بأن: (لا يدخل طلب إثبات الحالة ضمن الاوامر على العرائض ولا يعتبر القرار الصادر بشأنه ولائيًا...)[٥٢].

المطلب الثاني

إثبات الحالة دعوى قضائية

ينشأ الحق في الدعوى نتيجة الاعتداء على حق او مركز قانوني للمدعي، الأمر الذي يمنح هذا الأخير حق الحصول على الحماية القضائية المطلوبة بواسطة وسيلة إجرائية هي الدعوى القضائية[٥٣].

وقد اصبحت إجراءات التحقيق والحصول على الدليل ممكن حتى قبل إقامة الدعوى[٥٤].

وهذا ما يظهر جليًا في إثبات الحالة التي يُسمح بموجبها عرض الوقائع المادية على القاضي بصفة وجاهية[٥٥]، إذ يُتخذ إجراء تثبيت الحالة بناءاً على أمر يصدر بشأن طلب مقدم الى القضاء المستعجل من قبل ذوي المصلحة[٥٦].

وهو لا يختلف بذلك عن طريقة إقامة اي دعوى امام القضاء سواء العادي ام المستعجل. وتكيف إثبات الحالة وكأصل عام بحسب الفقه الاجرائي الفرنسي[٥٧].

دعوى مستعجلة وقائية تصنف كواحدة من دعاوى الأدلة التي يكون موضوعها طلب إثبات وقائع مادية، مما يقتضي المعاينة او ندب خبير من قبل المحكمة ضمن القضاء المستعجل[٥٨].

اما الفقه الإجرائي المصري فيتعامل مع إثبات الحالة كدعوى وقائية مستعجلة ايضاً[٥٩]، قائمة على اساس المصلحة المحتملة[٦٠].

شرعت استثناءً لتمكين المتقدم بها التزود بدليل يتعلق به حق يخشى ضياعه بزوال دليله[٦١].

ودليلهم في ذلك التكييف هو ما يخضع له الطلب من الإجراءات التي تخضع لها اي دعوى لا سيما مسألة التبليغ والمواجهة، إذ تخضع للقواعد التي تخضع لها باقي الدعاوى المستعجلة، مع الاخذ بنظر الاعتبار الخصوصية التي اضفاها المشرع المصري على هذه الدعوى بعدّها تطبيقاً من تطبيقات القضاء المستعجل[٦٢].

وتظهر اهميتها في الإجراء التحفظي الذي يتخذ بموجبها للحفاظ على الأدلة لحين عرض النزاع امام محكمة الموضوع للفصل فيه[٦٣].

للتوقِ من ضياع معالم الواقعة المراد إثباتها، متى ما كانت احتمالية ضياع معالمها واردة[٦٤].

كذلك الحال بالمسبة للفقه الإجرائي العراقي[٦٥].

فهو يتعامل مع إثبات الحالة كدعوى من الدعاوى القائمة على المصلحة المحتملة، فهو يكاد يكون مجمعاً وبحدود اطلاعنا وبدلالة النصوص المنظمة لإثبات الحالة على استخدام لفظ (دعوى) استعجالية تنظر على وجه السرعة، وتتجلى خصوصيتها بكونها قائمة على أساس الاحتمالية او ما يسمى بالمصلحة المحتملة(٦٦).

لدرء ضرر محتمل يتمثل بضياع معالم الواقعة المراد إثباتها(٦٧).

الا ان احد شراح قانون المرافعات العراقي ذهب الى عدّ إثبات الحالة إجراء مع ذلك ذهب للقول بمناسبة الاجراءات المتبعة: (الاطلاع على مستندات الدعوى ومستمسكات طالب الكشف للوقوف على حقيقة الطلب)(٦٨).

اما على مستوى القضاء، فيلاحظ ان القضاء المصري قد اطلق عليها مصطلح دعوى صراحةً، إذ قضت محكمة النقض المصرية بأن: (القضاء المستعجل يختص بنظر دعوى إثبات الحالة التي يرفعها مستأجر العقار الذي اخرجته الإدارة بدعوى ايلولته للسقوط)(٦٩).

وفي قرار آخر لمحكمة استئناف مستعجل القاهرة جاء فيه: (ان المبرر لاختصاص القضاء المستعجل للنظر بدعوى إثبات الحالة هو الخشية من ضياع معالم واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع قائم امام القضاء)(٧٠). كذلك القرار الذي جاء فيه: (... ان دعوى إثبات الحالة هي من الدعاوى الوقتية التي يقصد منها تصوير حالة مادية يخشى ضياع معالمها)(٧١).

اما القضاء العراقي، فالأمر غير واضح، إذ قضت محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بصفتها التمييزية بأن: (ان تثبيت الحالة يستوجب وجوب ما يخشى عليه من فوات الوقت ونعني بذلك عنصر الاستعجال وهو شرط اساسي في انعقاد الاختصاص لقاضي الامور المستعجلة في هذه الدعوى)(٧٢).

في حين قضت محكمة استئناف الكرخ بصفتها التمييزية بأن: (وعليه كان على المحكمة اجراء الكشف وتثبيت الحالة بصورة دقيقة ووصف العقار والمشتملات بمعرفة خبير لهذا الغرض ولا يجوز رد طلب الكشف لان اجراء الكشف المستعجل ليس بدعوى حتى يتم رد الطلب وانما هو تثبيت واقع حال)(٧٣).

فيلاحظ ان المحكمة تنفي وصف الدعوى على إثبات الحالة وهو ما يخالف ما يذهب اليه الفقه الاجرائي العراقي كما لاحظنا، كذلك ما قضت به محكمة استئناف القادسية بصفتها التمييزية بأن: (وطالب الكشف يهدف بطلبه إجراء الكشف المستعجل لحماية حقه المحتمل الوجود)(٧٤).

رأينا في الموضوع:

اتضح لنا ان إثبات الحالة وبحسب الفقه الاجرائي العراقي دعوى وقائية مستعجلة كذلك الفقه الاجرائي المصري، يصدر بشأنها قرار وقتي، وان استبعدنا القانون الفرنسي لوجود اكثر من خيار يقدم به طلب الخبرة عندهم الامر الذي دفع الفقه الفرنسي الى الاخذ بالتكييف المزدوج، فأننا نركز في هذا الموضع على بيان رأينا في تكييف إثبات الحالة في القانون العراقي لنثير التساؤل الآتي: ما الضابط الذي كيف على أساسه إثبات الحالة كدعوى قضائية؟

ان كانت إثبات الحالة دعوى قضائية فأن ذلك يستلزم منا الرجوع الى مدلول الدعوى بحسب قانون المرافعات العراقي والوارد في المادة (٢) منه والتي تنص على: " الدعوى طلب

شخص حقه من آخر امام القضاء"، ويلاحظ ان النص يُعرف الدعوى بأنها (طلب حق) وهذا ما لا نراه موجود في إثبات الحالة التي تنطوي كما لاحظنا على طلب تثبيت وقائع تمهيداً للمطالبة بالحق بموجب دعوى قضائية بموجب المادة (١٤٤)، وبالتالي فأن إثبات الحالة وفقاً للمادة (٢) من قانون المرافعات العراقي ليست بدعوى قضائية، كذلك الفقه الاجرائي يعرف هو الاخر الدعوى بأنها: (الحق المقرر لكل انسان بمراجعة السلطة القضائية للحصول على حق مجحد او مغتصب)[٧٥] فالدعوى بحسب التعريف ادعاء للمطالبة بحق مغتصب، فهناك فرق بين الدعوى والمطالبة القضائية فالدعوى تنشأ عند الاخلال بحق للمطالبة به امام القضاء في حين ان الطلبات القضائية ليست كذلك، أضف الى ذلك ان إثبات الحالة لا يصدر بشأنها قرار إلزام كسائر الدعاوى بل تنظم بمحضر وان صدر قرار يكون برفض الطلب وحتى في حال صدر قرار بعد قبول طلب التثبيت فيكون قراراً بإنهاء الكشف او التثبيت وافهام المحضر وهو ما سار عليه القضاء العراقي.

مما تقدم نجد ان إثبات الحالة مطالبة قضائية بتثبيت وقائع يخشى عليها من مرور الزمن تمهيداً للمطالبة بالحق، وبالتالي تكييف وبالموائمة بين المادة (٢) من قانون المرافعات العراقي والمادة (١٤٤) كطلب قضائي مستعجل لتثبيت وقائع يخشى عليها من فوات الوقت، وان كنا لا ننكر ان بين الاثنين اشياء مشتركة وان قانون المرافعات العراقي قد احال إجراءات طلب إثبات الحالة في الغالب الى القواعد العامة التي تسري على الدعاوى الا ان ذلك لا يعني وبحسب رأينا ان نكيف إثبات الحالة كدعوى قضائية.

الخاتمة

وإذْ نصل إلى نهاية المطاف في دراستنا الموسومة التكييف القانوني لإثبات الحالة – دراسة مقارنة – يتوجب علينا أن نذكر ما استخلصناه من نتائج وما توصلنا إليه من مقترحات، وعلى النحو الآتي:

اولاً: النتائج

١. يعد طلب إثبات الحالة من الطلبات الوقائية التي يكون الهدف منها الحصول على دليل او المحافظة عليه، وهي استثناء من الاصل العام الذي يقضي بأن الدعاوى تقدم للمطالبة بالحقوق.

٢. ان استثناء المصلحة الذي يبنى على اساسه طلب إثبات الحالة، لا يكون بشأن المصلحة ذاتها، بل بوصف من اوصافها الا وهو الاحتمالية بأن ضرر لم يقع بعد لكن يُحتمل وقوعه، اما المصلحة فهي موجودة بالنسبة له، إذ تتمثل الفائدة التي يروم الحصول عليها في المحافظة على دليل قد يلجأ الى استخدامه مستقبلاً، عند التقدم بدعوى امام محكمة الموضوع.

٣. تساعد إثبات الحالة طالب التثبيت على ان تهيئة دليل قد يتم اعتماده من قبل محكمة الموضوع، فقد تتخذ الأخيرة تقرير الخبير المكلف بالتثبيت سبباً لحكمها إذا ما اقتنعت بذلك وكان وافياً ولا مجال للاعتراض عليه.

٤. تبين لنا ان تكييف الفقه الإجرائي في فرنسا لإثبات الحالة كان تارةً كدعوى مستعجلة وتارةً اخرى كآمر على العريضة والسبب في ذلك يعود الى تنظيم القانون الفرنسي لإجراءات التقدم بإثبات الحالة الذي جاء مزدوجاً، اما الفقه الاجرائي في كل من مصر

والعراق فقد كيف إثبات الحالة كدعوى مستعجلة قائمة على المصلحة المحتملة، وكان لنا رأي مغاير عن ذلك وذهبنا الى ان إثبات الحالة طلب مستعجل.

ثانيًا : المقترحات

١. الدعوة الى ان يكون هناك قضاة مختصين في النظر بالأمور المستعجلة أسوة بالقوانين محل مقارنة هذه الدراسة، لما لذلك من دور في ان يكون بداية لتشكيل اجتهاد قضائي مستعجل في القرار، أضف الى ذلك ان التخصص في هذا المجال يمنح القضاة الخبرة والابتكار في هذا المجال.

٢. دعوة المشرع العراقي الى إعادة النظر في مسألة التبليغ في طلب إثبات الحالة، وذلك بتعديل الفقرة الاولى من المادة (١٤٤) من قانون المرافعات المدنية ليكون النص على النحو الآتي:

يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل ان تصبح محل نزاع امام القضاء ان يطلب من القضاء المستعجل قبل إقامة دعوى الموضوع بعد تبليغ ذوي الشأن الانتقال الى للكشف وتثبيت الحالة بمعرفة القاضي او بواسطة خبير ويراعى في هذا الشأن الاحكام المتعلقة بالخبرة والكشف، ويكون له سلطة تقديرية لإجابة الطلب عند الضرورة قبل تبليغ الطرف الآخر ودون حاجة الى مواجهة الخصوم).

الهوامش

(١) محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٥، ص٥-٦. د. خميس السيد إسماعيل، موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته، مجلد١، دار النشر، ١٩٩٠-١٩٩١، ص١٢.

(٢) لم يعرف القانون العراقي القضاء المستعجل في نصوصه، بينما نجد القانون الفرنسي عرفه بالمادة (٤٨٤) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الصادر بمرسوم رقم ١١٢٢ لسنة ١٩٧٥ المعدل بمرسوم رقم ١٤١٩ في ٢٠١٩ القضاء المستعجل بانه " قرار مؤقت جاء نتيجة لطلب أحد الأطراف بحضور الطرف الثاني وأن يتم استدعاؤه في الحالات التي يخول فيها القانون القاضي صلاحية اتخاذ إجراءات ضرورية بصورة مستعجلة).

3) CA paris ،30-6-2004 ،N° 04-2100:RJDA 3/05 N° 279.(

قرار قضائي منشور على الرابط: https://www.doctrine.fr/. تاريخ اخر زيارة في ٢٢/ ٤/ ٢٠٢١ الساعة ٨:٣٠م.

(٤) أشار لذلك: د. عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، ص٢١٣.

(٥) نصت المادة (١٣٣) من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة المصري ١٩٦٨ على: (... ان يطلب في مواجهة ذوي الشأن وبالطرق المعتادة من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة...).

(٦) اشار لذلك: د. مصطفى المتولي قنديل، دعوى الخبرة- دراسة في الخبرة الوقائية في القانون الفرنسي وإثبات الحالة بواسطة خبير في القانون المصري، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة، ٢٠٠٨، ص٢٠.

(٧) من الذين استخدموا مصطلح (الكشف المستعجل): مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، دون طبعة، العاتك لصناعة الكتاب، دون سنة نشر، ص١٤٤. اما ابرز من استخدم مصطلح تثبيت او إثبات الحالة فهم: هادي عزيز علي، القضاء المستعجل، ط٢، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٤، ص٧٧. عدنان مايح بدر، دعاوى البداءة واحكامها في القانون العراقي، دراسة للدعاوى المدنية بالتطبيقات القضائية، طبعة جديدة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩، ص٢٤. عبد الستار ناهي عبد عون، المسائل المستعجلة والاوامر الولائية في التشريع العراقي، دون رقم طبعة، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٢٠، ص٤٨.

(٨) قرار محكمة استئناف الكرخ بصفتها التمييزية بالرقم ١٧٣٣/ ١٥/ ٢٠٠٠ في ٢٥/ ٩/ ٢٠٠٠. قرار محكمة استئناف بغداد/ الرصافة بصفتها التمييزية بالرقم ٢٨٣/ مدنية/ ٢٠٠٧ في ١٠/ ٧/ ٢٠٠٧. قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية بالرقم ٧٧/ ت/ ح/ ٢٠١٢ في ١٣/ ٣/ ٢٠٠٠. قرارات قضائية منشورة على الموقع الالكتروني لمجلس القضاء الاعلى العراقي على الرابط: htpps://WWW.hjc.iq>qview. تاريخ اخر زيارة في ٤/ ٥/ ٢٠٢١ الساعة ٣:٣٢م.

(9) Orsolya Rónai ،La référé et la procédure sur reauête ،Comme Lest deux institutions particulières de la pracédure civile française ،conference paper ،University of Miskolc ،December 2013,p6.

محاضرات منشورة على الرابط: WWW.researchgate. Net تاريخ آخر زيارة في ١٣/ ٢/ ٢٠٢١ الساعة ٧:١٢م

(١٠) مفرح علواني هليل، الدفوع في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ص٣٠.

(١١) د. شريف احمد الطباخ، دعوى الحراسة واثبات الحالة في ضوء الفقه والقضاء، الناشرون المتحدون للنشر والطباعة، ٢٠١٦، ص١٤٥.

(١٢) احمد هاني مختار، إثبات الحالة " المعاينة- ندب الخبراء)، دون دار ومكان نشر، ٢٠٠٦، ص١٣. د. رمضان جمال كامل، شرح دعوى إثبات الحالة- معلقاً عليها بأحدث احكام محكمة النقض، ط٤، المركز القومي للإصدارات القانونية- دار الالفى لتوزيع الكتب القانونية بالمينا، دون سنة نشر، ص١٢.

(١٣) د. احمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص٢٩٢.

(١٤) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص٢٢٣.

(١٥) حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج٤، القرائن وحجية الاحكام والكشف- المعاينة والخبرة، مطبعة الفجر بيروت، ١٩٧٧، ص٢٦٤.

16) Cass ،civ. ،14 mars 2018 ،n° 16-27.913.

قرار قضائي منشور على الرابط: https://www.doctrine.fr/. تاريخ اخر زيارة في ٣٠/ ٤/ ٢٠٢١ الساعة ١١:٣٠م.

(١٧) الطعن رقم ١٦٤٦٦ لسنة ٨٠ القضائية في ٧/ ٥/ ٢٠١٨. قرار منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: (www.cc.gov.eg). تاريخ آخر زيارة في ١٠/ ١/ ٢٠٢١ الساعة:١٢:١٥ص.

(١٨) د. عمار سعدون حامد المشهداني، القضاء المستعجل- دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر الامارات، ٢٠١٢، ص١٠٣.

(١٩) المواد (١٤٥) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي الجديد يقابلها المادة (١٣٣) من قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية المصري والمادة (١٤٥) من قانون المرافعات العراقي.

(٢٠) محمد علي راتب. محمد نصر الدين. محمد فاروق راتب، قضاء الامور المستعجلة، القاهرة، دار النشر الحديث، بلا سنة النشر، ص١١.

(٢١) د. مصطفى المتولي قنديل، مصدر سابق، ص١٩١.

(٢٢) د. احمد ماهر زغلول، اصول وقواعد المرافعات وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المكملة لها والمرتبطة بها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٦٧٦.

(٢٣) د. نشأت عبد الرحمن الاخرس، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ج١، التنظيم القضائي والاختصاص والقضاء المستعجل، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠، ص٣١١.

(٢٤) معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الامور المستعجلة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٤، ص١٠.

(٢٥) د. علي عوض حسن، الصيغ القانونية للدعاوى المستعجلة، ط٥، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٢، ص١٠. محمد اللجمي، القضاء الاستعجالي بين سرعة الفصل وتوفير الضمانات، بحث منشور في مجلة القضاء والتشريع، عدد٧، سنة٣٣، ١٩٩٩، ص٣٨.

(٢٦) د. خميس اسماعيل، موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته مع الاحكام الحديثة والصيغ القانونية امام القضاء العادي وجلس الدولة، ط١، مجلد١، دار الطباعة الحديثة، ١٩٩٠-١٩٩١، ص١١٢.

(٢٧) د. مصطفى المتولي قنديل، مصدر سابق، ص٦٨. د. عز الدين الديناصوري، حامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ج١، دار الكتب والدراسات العربية، ٢٠١٧، ص١٧٣-١٧٤. د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات، المصدر نفسه، ص٣٣٠. د. مصطفى المتولي قنديل، مصدر سابق، صص٨٣.

(٢٨) د. اياد عبد الجبار الملوكي، قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة نشر، ص٦.

(29) Gosselin Fraçois-Xavier. Le Marrec Yves. Dekervénoaél pol،Les ensures d´instraction in Futurum " Analyse de la Jurisprudence des cours d´angers et de Rennes) ،2018 ،p162.

(30) Cass.م٤:٤٥ الساعة ٢٠٢١/ ٩/ ١٠ تاريخ اخر زيارة في https://www.doctrine.fr/. منشور على الرابط: قرار ، n° 10-20048. ،26 mai 2011 ،civ 2e

(٣١) د. عصمت عبد المجيد، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، في ضوء آراء الفقه واحكام القضاء، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٩، ص٥٥٦، هادي عزيز علي، مصدر سابق، ص٧٦.

(٣٢) محمد علي راتب و محمد نصر الدين كامل ومحمد فاروق راتب، مصدر سابق، ص٥٨. حلمي محمد الحجار، الوسيط في اصول المحاكمات المدنية، ج٢، المحاكمة- الاجراءات المستعجلة- القرارات الرجائية والاوامر على العرائض- طرق الطعن، دون مكان ومطبعة، ١٩٩٦، ص٢٧٩.

(٣٣) د. كمال عبد الواحد الجوهري، اصول تفسير وتطبيق قواعد المطالبة القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار محمود، القاهرة، ٢٠١٢، ص٢٠٥.

(٣٤) عمار سعدون المشهداني، القضاء المستعجل، مصدر سابق ، ص٨٢.

(٣٥) سنتنول شرط الاحتمالية على نحو مفصل في موضع اخر من هذه الدراسة.

(٣٦) عُبر عن ذلك صراحة في القانون العراقي والمصري وذلك باستخدام عبارة " يحتمل ن تصبح).

(37) CHABOT ،Remarques sur la finalté probatoire de l´article 145 du nouveau code de procedure civile ،chron ،2000 ،p5. CORNU G. et FOYER J.: procedure civile ،PUF ،3 éd. ،1996 ،p35.

(٣٨) نتناولها حين البحث في الإجراءات على نحو مفصل.

(٣٩) Soraya Amrani Mekki ،"le temps et le process civil" ،these d´doctorat d´université Sorbonne " parisI) ،nouvelle bibliothèque de these ،Dalloz ،année 2002 ،p492.

(٤٠) احمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ج٣، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، بلا سنة نشر، ص٣٠٣.

(٤١) د. السيد عبد الصمد محمد يوسف، الآمر على العريضة في القانون، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٣، ص٤٨.

(٤٢) هناك من عرف الاوامر على العرائض من خلال تحديد طبيعتها القانونية بأنها: عمل من اعمال الادارة القضائية التي يصدرها القاضي استناداً لسلطته الولائية ذات صفة مؤقته لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه، وان هناك ثلاث معايير معتمدة لتحديد الطبيعة القانونية للأوامر على العريضة هي: المعيار الشكلي الذي يقوم على اساس الاجراءات المتبعة حيث يخلو الامر على العريضة من وجود الخصوم والمواجهة، اما المعيار الثاني فهو معيار السلطة حيث يمارس القاضي في الاوامر على العرائض عمل ولائي يتمتع فيه بسلطة تقديرية واسعة مقارنةً عن تلك

التي يتمتع بها عند ممارسة العمل القضائي، اما المعيار الثالث فهو معيار انعدام الخصومة والذي يعد العمل بموجبه ولائي متى ما انعدم النزاع وهو ما اخذ به المشرع الفرنسي في المادة (٢٥) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي، حيث نصت المادة على: " يحكم القاضي في مسألة غير ملزمة، عندما يكون، في حال عدم وجود نزاع...".

النص باللغة الفرنسية:

(Le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige…).

Roland Henri ،Chose jugée et tierce opposition ،these lyon ،1958 ،p298.

(٤٣) نقلاً عن: محمد سيد احمد عبد القادر، النظرية العامة للأوامر في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص٣٣.

([45]) Henry Solus et Roger perrot ،droit judiciaire privé ،tome 3 ،serey Delta ،parise,1991 ،p1171.

([1]) Henry Solus et Roger perrot,op cit ،p1171.

(٤٦) سنتناول ذلك على نحو تفصيلي في الجزء الثاني من هذه الدراسة.

([48]) Le président du tribunal judiciaire ou le juge des contentieux de la protection est saisi par requête dans les cas spécifiés par la loi.
Il peut également ordonner sur requête toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement.
Les requêtes afférentes à une instance en cours sont présentées au président de la chambre saisie ou à laquelle l'affaire a été distribuée ou au juge déjà saisi).

([49]) (Le président peut ordonner sur requête ،dans les limites de la compétence du tribunal ،toutes mesures urgentes lorsque les circonstances exigent qu'elles ne soient pas prises contradictoirement).

[50]) Aurélien Bamdé ،Le référé probatoire (art.145.du cpc) ،fév 19 2019 ،p1.

[51]) Cass ،civ 2[e] ،29 jan 2002 ،n° 00-11134

قرار منشور على الرابط: https://www.doctrine.fr/. تاريخ اخر زيارة في ٩/ ٩/ ٢٠٢١ الساعة ٨:٤٥م.

(٥١) الطعن رقم ١١٨١ لسنة ٧٧ قضائية الصادر في ١٢/ ٨/ ٢٠١٨. قرار منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: (www.cc.gov.eg). تاريخ آخر زيارة في ٧/ ٩/ ٢٠٢١ الساعة:١٢:٢٠م.

(٥٢) قرار محكمة استئناف بغداد/ الرصافة الاتحادية بالعدد ٨٤٤/ م/ ٢٠١٤ في ٢١/ ٨/ ٢٠١٤ نقلاً عن: لفتة هامل العجيلي، مصدر سابق، ص٥٧.

(٥٣) عرفت المادة (٢) من قانون المرافعات العراقي الدعوى بأنها: " طلب شخص حقه من آخر امام القضاء".

(٥٤) محمد طلال الحمصي، نظرية القضاء المستعجل في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني- دراسة مقارنة، دار البشير، عمان، ١٩٩٦، ص٢٠٦. نشأت عبد الرحمن الاخرس، شرح قانون اصول المحاكمات المدنية، مصدر سابق، ص٤.

([55]) Serge Guinchard et Monigue Bondrac et Xavier Lagarde et Melina Douchy ،Droit processuel ،1e edition ،Dalloz Delta ،paris ،2001 ،p816.

(٥٦) والطلب القضائي تصرف إرادي صادر عن شخص يدعي فيه بوجود حق او مركز قانوني تم الاعتداء عليه او مهدد بالاعتداء عليه، وعليه يكون بحاجة الى حمايته ولو مؤقتاً.

lexetenso editions ،2015-2016 ،6e edition ،Droit Judiciaire privé ،Jacques Heron et Thierry Le Bras، p67. ،paris

([60]) Jacques Heron et Thierry Le Bras ،p67. Olivier staes ،op cit. ،Droit judiciaire privé ،Ellipses ،2006 ،p131.

[3]) Olivier staes ،Droit judiciaire privé,op.,cit ،p132.

([٥٩]) تسمى الدعوى التي تبنى على اساس المصلحة المحتملة بالدعوى الوقائية، كون اللجوء لها قد كان من باب توقِ الاعتداء وهي مقابلة للدعاوى التي ترفع لعلاج الضرر الذي نجم عن الاعتداء على الحق والذي وقع بالفعل، وتعد هذه الاخيرة هي الاصل في التشريعات الاجرائية كونها تتفق مع جوهر عمل القضاء وهو الفصل في المنازعات التي لا تنشأ الا بعد الاعتداء الفعلي على الحقوق. د. نبيل اسماعيل عمر و د. احمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ١٩٩٧، ص٢٠٨. د. علي عوض حسن، الدفع بعدم القبول في المواد المدنية والجنائية، مصدر سابق، ص٤٣. احمد محمد عبد الصادق، تقنين المرافعات، التعليق على نصوص قانون المرافعات في ضوء قضاء النقض حتى عام ٢٠١٣، ط٢، مجلد١، ٢٠١٤، ص٤٦.

([٦٠]) نصت المادة (٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على: " لا يقبل اي طلب او دعوى لا تكون لصاحبة فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق او الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه)، ويقابل هذا النص في القانون العراقي الفقرة الاولى من المادة (١٤٤) من قانون المرافعات العراقي.

([٦١]) ولا يرد الاستثناء على شرط المصلحة في ذاته، كون القانون يشترط المصلحة دائماً لقبول اي دعوى وانما الاستثناء يكون في ما يتعلق بوقوع الضرر، حيث يخفف المشرع في بعض الحالات ومنها إثبات الحالة ليجيز قبول الدعوى رغم ان الضرر لم يقع بعد الا ان وقوعه محتمل. لتفاصيل اكثر يراجع: د. احمد السيد صاوي، مصدر سابق، ص٢١٠.

([٦٢]) محمد علي راتب و محمد نصر الدين كامل و محمد فاروق راتب، قضاء الامور المستعجلة، مصدر سابق، ص٤٩١. د. مصطفى المتولي قنديل، مصدر سابق، ص٢٧.

([٦٣]) محمود السيد عمر التحيوي، نظام القضاء المدني وفقاً لقانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته، دار المطبوعات الجامعة، الاسكندرية– المنوفية، ٢٠٠١، ص٣٩٢.

([٦٤]) عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩، مصدر سابق، ص٩٥.

([٦٥]) د. عصمت عبد المجيد، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، في ضوء آراء الفقه واحكام القضاء، مصدر سابق، ص٥٧٤. د. عباس العبودي، شرح قانون المرافعات المدنية، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٥، ص٢٣٧. د. عماد حسن سلمان، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص١٢٥. ياسين غانم، القضاء المستعجل ومشاكله العملية في الوطن العربي، دراسة مقارنة، ط٢، مطبعة طرطوس، ٢٠٠٣.، ص١٧٤.

([٦٦]) نتناول معنى الاحتمالية تفصيلاً عند البحث في إجراءات الدعوى.

([٦٧]) د. عباس العبودي، شرح احكام المرافعات المدنية– دراسة مقارنة ومعززة بالقرارات القضائية، مطبعة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨، ص١٢٤.

([٦٨]) عدنان مايح، مصدر سابق، ص٦٦.

([٦٩]) نقض مصري ١١٧٨ في ٣٠/ ١١٩٥٢. قرار منشور على الموقع الالكتروني لمحكمة النقض المصرية على الرابط التالي: (www.cc.gov.eg). تاريخ آخر زيارة في ١٨/ ٦/ ٢٠٢١ الساعة:١٢:٢٠ص.

([٧٠]) القرار المرقم ١١٤٢/ استئناف القاهرة/ صادر في ٢٤/ ٤/ ١٩٩١، مشار اليه عند: مصطفى هرجة، مصدر سابق، ص٤١.

([٧١]) القرار المرقم ٨/ استئناف القاهرة/ صادر في ٩/ ٤/ ١٩٨٣، مشار اليه عند: مصطفى هرجة، مصدر سابق، ص٤٥.

([٧٢]) القرار رقم ١١٢٠/ م/ ٢٠١٣ في ٨/ ٩/ ٢٠١٣، مشار اليه عند: لفته هامل العجيلي، المختار من قضاء محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية، ج٢، دون مطبعة ودار وسنة الطبع، ص٨٨.

([٧٣]) القرار المرقم ١٨٢/ حقوقية/ ٢٠٠٢ في ٢٢/ ٤/ ٢٠٠٢. مشار اليه عند: هادي عزيز علي، مصدر سابق، ص٧٨.

([٧٤]) قرار محكمة استئناف القادسية بصفتها التمييزية العدد ٧٧/ / ت/ ح/ ٢٠١٢ في ١٣/ ٣/ ٢٠١٢ قرار منشور مشار اليه عند: عدنان مايح، مصدر سابق، ص٢٧.

([٧٥]) ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩- معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧٠، ص٤٧.

قائمة المصادر

أولاً: الكتب القانونية

١. د. احمد السيد صاوي، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص٢٩٢.

٢. احمد مليجي، التعليق على قانون المرافعات، ج٣، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، بلا سنة نشر.

٣. د. احمد ماهر زغلول، اصول وقواعد المرافعات وفقاً لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية والتشريعات المكملة لها والمرتبطة بها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص٦٧٦.

٤. احمد هاني مختار، إثبات الحالة " المعاينة- ندب الخبراء)، دون دار ومكان نشر، ٢٠٠٦.

٥. د. السيد عبد الصمد محمد يوسف، الآمر على العريضة في القانون، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٣.

٦. د. اياد عبد الجبار الملوكي، قانون الإثبات، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة نشر.

٧. حسين المؤمن، نظرية الإثبات، ج٤، القرائن وحجية الاحكام والكشف- المعاينة والخبرة، مطبعة الفجر بيروت، ١٩٧٧.

٨. حلمي محمد الحجار، الوسيط في اصول المحاكمات المدنية، ج٢، المحاكمة- الاجراءات المستعجلة- القرارات الرجائية والاوامر على العرائض- طرق الطعن، دون مكان ومطبعة، ١٩٩٦.

٩. د. خميس اسماعيل، موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته مع الاحكام الحديثة والصيغ القانونية امام القضاء العادي وجلس الدولة، ط١، مجلد١، دار الطباعة الحديثة، ١٩٩٠-١٩٩١، ص١١٢.

١٠. د. رمضان جمال كامل، شرح دعوى إثبات الحالة- معلقاً عليها بأحدث احكام محكمة النقض، ط٤، المركز القومي للإصدارات القانونية- دار الالفى لتوزيع الكتب القانونية بالمينا، دون سنة نشر.

١١. د. شريف احمد الطباخ، دعوى الحراسة واثبات الحالة في ضوء الفقه والقضاء، الناشرون المتحدون للنشر والطباعة، ٢٠١٦.

١٢. ضياء شيت خطاب، بحوث ودراسات في قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩- معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧٠.

١٣. د. عباس العبودي، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، ط١، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦.

١٤. د. عباس العبودي، شرح احكام المرافعات المدنية- دراسة مقارنة ومعززة بالقرارات القضائية، مطبعة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.

١٥. د. عبد الباسط جميعي، مبادئ المرافعات، دار الفكر العربي، ١٩٨٠.

١٦. عبد الستار ناهي عبد عون، المسائل المستعجلة والاوامر الولائية في التشريع العراقي، دون رقم طبعة، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠٢٠.

١٧. د. عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦.

١٨. عدنان مايح بدر، دعاوى البداءة واحكامها في القانون العراقي، دراسة للدعاوى المدنية بالتطبيقات القضائية، طبعة جديدة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٩، ص٢٤.

١٩. د. عز الدين الديناصوري، حامد عكاز، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ، ج١، دار الكتب والدراسات العربية، ٢٠١٧.

٢٠. د. عصمت عبد المجيد، شرح احكام قانون المرافعات المدنية، في ضوء آراء الفقه واحكام القضاء، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٩.
٢١. د. علي عوض حسن، الصيغ القانونية للدعاوى المستعجلة، ط٥، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٢.
٢٢. د. عماد حسن سلمان، شرح قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بيروت، ٢٠١٨.
٢٣. د. عمار سعدون حامد المشهداني، القضاء المستعجل- دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر الامارات، ٢٠١٢.
٢٤. د. كمال عبد الواحد الجوهري، اصول تفسير وتطبيق قواعد المطالبة القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار محمود، القاهرة، ٢٠١٢.
٢٥. محمد طلال الحمصي، نظرية القضاء المستعجل في قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني- دراسة مقارنة، دار البشير، عمان، ١٩٩٦.
٢٦. محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٥.
٢٧. محمد علي راتب. محمد نصر الدين. محمد فاروق راتب، قضاء الامور المستعجلة، القاهرة، دار النشر الحديث، بلا سنة النشر.
٢٨. محمود السيد عمر التحيوي، نظام القضاء المدني وفقاً لقانون المرافعات المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته، دار المطبوعات الجامعة، الاسكندرية- المنوفية، ٢٠٠١.
٢٩. مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، دون طبعة، العاتك لصناعة الكتاب، دون سنة نشر.
٣٠. د. مصطفى المتولي قنديل، دعوى الخبرة- دراسة في الخبرة الوقائية في القانون الفرنسي وإثبات الحالة بواسطة خبير في القانون المصري، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة، ٢٠٠٨.
٣١. معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الامور المستعجلة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٤.
٣٢. مفرح علواني هليل، الدفوع في المواد المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٨.
٣٣. د. نشأت عبد الرحمن الاخرس، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ج١، التنظيم القضائي والاختصاص والقضاء المستعجل، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.
٣٤. هادي عزيز علي، القضاء المستعجل، ط٢، مكتبة الصباح، بغداد، ٢٠١٤.

٣٥. ياسين غانم، القضاء المستعجل ومشاكله العملية في الوطن العربي، دراسة مقارنة، ط٢، مطبعة طرطوس، ٢٠٠٣.

ثالثاً: البحوث والمقالات

١. احمد محمد عبد الصادق، تقنين المرافعات، التعليق على نصوص قانون المرافعات في ضوء قضاء النقض حتى عام ٢٠١٣، ط٢، مجلد١، ٢٠١٤.

٢. د. خميس السيد إسماعيل، موسوعة القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ وإشكالاته، مجلد١، دار النشر، ١٩٩٠-١٩٩١.

٣. محمد اللجمي، القضاء الاستعجالي بين سرعة الفصل وتوفير الضمانات، بحث منشور في مجلة القضاء والتشريع، عدد٧، سنة٣٣، ١٩٩٩.

رابعا: المصادر (باللغة الفرنسية)

Les ouvrages:

1. Gosselin Fraçois-Xavier. Le Marrec Yves. Dekervénoaél pol،Les ensures d´instraction in Futurum (Analyse de la Jurisprudence des cours d´angers et de Rennes) ،2018.

Les theses et memoires:

1. Soraya Amrani Mekki ،"le temps et le process civil" ،these d´doctorat d´université Sorbonne " parisI) ، nouvelle bibliothèque de these ،Dalloz ،année 2002.
2. Roland Henri ،Chose jugée et tierce opposition ،these lyon ،1958.
3. Henry Solus et Roger perrot ،droit judiciaire privé ،tome 3 ،serey Delta ،parise,1991.
4. Jacques Heron et Thierry le Bars ،droit judiciaire privé ،6e édition ،2015-2016 ،lexetenso editions ،paris.
5. Serge Guinchard et Monigue Bondrac et Xavier Lagarde et Melina Douchy ،Droit processuel ،1e edition ، Dalloz Delta ،paris ،2001.

Les recherche et les articles:

1. Orsolya Rónai ،La référé et la procédure sur reauête ،Comme Lest deux institutions particulières de la pracédure civile française ،conference paper ،University of Miskolc ،December 2013.
2. CHABOT ،Remarques sur la finalté probatoire de l´article 145 du nouveau code de procedure civile ، chron ،2000.
3. Aurélien Bamdé ،Le référé probatoire (art.145.du cpc) ،fév 19 2019.

Jurisprudences ،notes et observations:

1. CA paris ،30-6-2004 ،N° 04-2100:RJDA 3/05 N° 279.
2. Cass ،civ. ،14 mars 2018 ،n° 16-27.913.
3. Cass ،civ 2e ،26 mai 2011 ،n° 10-20048.
4. Cass ،civ 2e ،29 jan 2002 ،n° 00-11134.