

## الدفع بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى

-دراسة مقارنة-<sup>(\*)</sup>

د. أجياد ثامر نايف الدليمي

استاذ قانون المرافعات المدنية والإثبات المساعد

كلية الحقوق/ جامعة الموصل

### المستخلص

إن كفالة حق الدفاع تقتضي أن لا يكون التنظيم الإجرائي الذي يحكم سير الإجراءات في الدعوى معلقاً على إرادة الخصوم، لذا نجد أن المشرع قد حدد شروطاً لا بد من توافرها لقبول الدعوى، وموانع لا بد من انتفائها لكي تكون الدعوى مقبولة، ومن هذه الموانع رفع الدعوى بعد فوات المدة المحددة قانوناً لرفعها، ووسيلة التمسك بهذا المانع هو الدفع بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان، والدفع بمرور الزمان قد عانى من أزمة حقيقية نتيجة اختلاطه بالدفع بالتقادم، واعتبارهما تعبيرين مترادفين على صعيد التشريع والفقه والقضاء، وشأن ما بين الدفع بمرور الزمان بوصفه دفعاً بعدم القبول والدفع بالتقادم بوصفه دفعاً موضوعياً، فالأول يؤدي إلى زوال الحماية القضائية والثاني يؤدي إلى زوال الحماية القانونية وسقوط الحق الموضوعي.

الكلمات المفتاحية: الحق الاجرائي، الدفع بمرور الزمان، الدفع بالتقادم، الدعوى المدنية.

### Abstract

The guarantee of the right of defense requires that the procedural organization that governs the conduct of the proceedings in the case not be dependent on the will of the litigants. Therefore, we find that the legislator has set conditions that must be met to accept the lawsuit, and Contraindications must be removed in order for the lawsuit to be admissible. And the means of adhering to this barrier is to push not to accept the lawsuit over time, and to push over time has suffered from a real crisis as a result of its mixing

(\*) أستلم البحث في ٢٠٢٠/٧/٢٢ \*\*\* قبل للنشر في ٢٠٢٠/١٠/٢.

with the payment of statute of limitations, and considering them synonymous expressions in terms of legislation, jurisprudence and the judiciary, There is a difference between submitting the passage of time as a payment of non-acceptance and payment of prescription as an objective payment, the first leads to the disappearance of judicial protection and the second leads to the disappearance of legal protection and the fall of the substantive right.

**Key words: Procedural right, Pay over time, Payment by prescription, Civil lawsuit.**

## إِلْتِمَادِيَّة

الحمد لله الذي شرع لنا من الدين أكمله، وبعث إلينا من الرسل أفضلهم وخاتمهم، وأنزل علينا من الكتب أحسنها وأبينها، وجعلنا خير أمة أخرجت للناس: تتواصى بالحق والصبر وتتعاون على البر والتقوى، وأما بعد فسأقسم هذه المقدمة على ستة فقرات وكما يأتي:

### أولاً: تَوَطُّئَةٌ لِمَا يَتَنَاوَلُهُ الْبَحْثُ:

إن حسن سير العدالة وسرعة أدائها، وتنظيم عمل مرفق القضاء، وسلامة أدائه لوظيفته، يقتضي وجود طريقة محددة يتعين على من يستجير "بِالْقَضَاءِ لِحِمَايَتِهِ" أن يسلكها، "لِذَا نَجِدُ أَنَّ الْمَشْرَعَّ" قد حدد سلفاً وسيلة اللجوء إلى هذا القضاء بتنظيمه لفكرة الدعوى بوصفها "الْوَسِيلَةَ الْقَانُونِيَّةَ فِي الْحُصُولِ عَلَى حِمَايَةِ الْقَضَاءِ لِلْحُقُوقِ الْمَوْضُوعِيَّةِ". وبما أن كفالة حق الدفاع وسرعة حسم الدعاوى بأسرع وقت، وأقل عدد ممكن من الإجراءات تقتضي أن لا يكون التنظيم الإجرائي الذي يحكم سير الإجراءات في الدعوى معلقاً على إرادة الخصوم، لذا "نَجِدُ أَنَّ الْمَشْرَعَّ" قد حدد شروطاً لا بد من توافرها لقبول الدعوى، وموانع لا بد من انتفائها لكي تكون الدعوى مقبولة، ومن هذه الموانع رفع الدعوى بعد فوات المدة المحددة قانوناً لرفعها، ووسيلة التمسك بهذا المانع هي الدَّفْعُ بَعْدَ قَبُولِ الدَّعْوَى لمرور الزمان.

## ثانياً: مُشكلةُ البَحْثِ:

يتعين علينا تحديد مشكلة البحث كونها تلعب دوراً أساسياً في مختلف أجزاء البحث ابتداءً من المقدمة وانتهاءً بالخاتمة، ففي المقدمة "تحدد مشكلة البحث الأسس النظرية للبحث، وفي ثنايا البحث" تحدد العناوين الرئيسية والفرعية للمباحث والمطالب والفروع، وفي الخاتمة "تساعد اشكالية البحث على استخلاص النتائج واقتراح الحلول من خلال التوصيات، لذا نعرض لمشكلة البحث فيما يأتي:

١. إن الدفع بمرور الزمان قد عانى من أزمة حقيقية نتيجة اختلاطه بالدفع بالتقادم، واعتبارهما تعبيرين مترادفين على صعيد التشريع والفقهاء والقضاء " فعلى صعيد التشريع "نجد أن المشرع العراقي" قد نظم مرور الزمان في الفرع الثالث من الفصل الثالث من الباب الخامس من الكتاب الأول من القسم الأول من "القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ تحت عنوان مُرُورَ الزَّمانِ المَمانِعِ مِنْ سَماعِ الدَّعوى" "التقادم المسقط"، وقد سائر الفقهاء والقضاء المشرع في اعتبار الدفع بمرور الزمان مرادفاً للدفع بالتقادم وشتاناً ما بين الدفع بمرور الزمان بوصفه دفعاً بعدم القبول والتقادم بوصفه دفعاً موضوعياً. فالدفع بعدم القبول لمرور الزمان له طبيعة إجرائية لأنه يصيب الحق في رفع الدعوى، بينما الدفع بالتقادم له طبيعة "مَوْضُوعِيَّةٌ لِأَنَّهُ يُصِيبُ الحَقَّ المَوْضُوعِيَّ".

٢. "نصت الفقرة ١ من المادة ٤٣١ من القانون المدني" على أن: "لا تسمع الدعوى على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي سنة واحدة" في الحقوق التي نصت عليها، وهذه الفقرة تشير إلى نظام مرور الزمان. بينما "نصت الفقرة ٤ من المادة ذاتها على أنه "إذا حَرَّرَ سَنَدٌ بِحَقِّ مَنْ هَذِهِ الحُقُوقَ فَلَا يَتَقادِمُ الحَقُّ إِلا بِانقِضاءِ حَمَسَ عَشْرَةَ سَنَةً، وهذه الفقرة تشير إلى التقادم، "وبذلك يكون المشرع العراقي قد خلط بين نظامين مختلفين في تنظيم موضوع واحد، فضلاً عن التناقض الحاصل بين الفقرتين.

٣. نظم المشرع العراقي "مرور الزمان المانع من سماع الدعوى" بوصفه سبباً من أسباب انقضاء الالتزام دون أن يُوفى به في المواد (٤٢٩-٣٤٣) من القانون المدني، وبذلك يكون قد وقع في تناقض واضح، "ذلك أن المادة ٤٤٠ من القانون المدني نصت على أنه لا يسقط الحق بمرور الزمان"، فكيف ينقضي الالتزام إذن؟

٤. إن الخلط الذي وقع فيه المشرع العراقي بين مرور الزمان والتقادم واضح من خلال العبارات التي استخدمها في تَنْظِيمِهِ لِلْمَوْضُوعِ، إذ استخدم عبارة "لَا تُسْمَعُ الدَّعْوَى عَلَى الْمُنْكَرِ"، وعبارة لا يسقط الحق في بعض النصوص للدلالة على تبني نظام "مُرُورِ الزَّمَانِ الْمَانِعِ مِنْ سَمَاعِ الدَّعْوَى"، بينما استخدم تقادم الحق، والتقادم المسقط في نصوص أخرى، وهي عبارات توحى بالأخذ بنظام التقادم هذا من ناحية ومن ناحية ثانية فإن الإيجاز في الصياغة التشريعية يقتضي استخدام أوجز العبارات للتعبير عن الموضوع، ولو كان مرور الزمان مرادفاً للتقادم لاستخدم المشرع كلمة التقادم للتعبير عن هذا النظام وهي كلمة واحدة بدلاً من استخدام ستة كلمات للتعبير عن الموضوع ذاته.

٥. لم يفرق المشرع العراقي بين مرور الزمان بوصفه مانعاً من مواعيد قبول الدعوى، والدفع بمرور الزمان بوصفه "الْوَسِيلَةَ الْإِجْرَائِيَّةَ الَّتِي حَدَدَهَا الْمَشْرَعُ" للتمسك بهذا المانع من جهة، وبين عدم قبول الدعوى لمرور الزمان بوصفه الجزاء المترتب على أعمال الدفع بمرور الزمان من جهة ثانية.

### ثالثاً: تساؤلات البَحْث:

١. هل أن "الدَّفْعَ بِمُرُورِ الزَّمَانِ الْمَانِعِ مِنْ سَمَاعِ الدَّعْوَى" مرادفٌ للدفع بالتقادم أم أن لكل منهما شروطاً وأثاراً تختلف عن الآخر؟
٢. هل يقتصر الحكم بعدم "قَبُولِ الدَّعْوَى عَلَى انْتِفَاءِ شَرْطٍ مِنْ شُرُوطٍ" قبولها أم يمكن أن يتعدى ذلك إلى "وُجُودِ مَانِعٍ مِنْ مَوَاعِدِ قَبُولِهَا" كمرور الزمان؟
٣. هل يترتب على ثبوت "الدفع بِمُرُورِ الزَّمَانِ الْمَانِعِ مِنْ سَمَاعِ الدَّعْوَى تَحَوُّلَ الْإِلْتِزَامِ مَوْضُوعِ الدَّعْوَى" من التزام مدني إلى التزام طبيعي شأنه في ذلك شأن ثبوت الدفع بالتقادم؟ أم يبقى التزاماً مدنياً؟
٤. هل يقتصر الأثر المترتب على ثبوت الدفع بمرور الزمان على الحق الإجمالي أم يتجاوزه إلى الحق الموضوعي؟
٥. هل افلح المَشْرَعُ فِي تَنْظِيمِهِ "لِمُرُورِ الزَّمَانِ الْمَانِعِ مِنْ سَمَاعِ الدَّعْوَى فِي الْقَانُونِ الْمَدَنِيِّ" أم كان يتعين عليه تنظيمه في "قانون المرافعات" لكون "مُرُورِ الزَّمَانِ الْمَانِعِ

مِنْ سَمَاعِ الدَّعْوَى يُعَدُّ مَانِعاً" من موانع قبول الدعوى ووسيلة التمسك به تنطوي تحت "أحكام الدفوع"؟

٦. هل أصاب المشرع عند تنظيمه "لمرور الزمان المانع من سماع الدعوى في باب انقضاء الالتزام على الرغم من النص في المادة ٤٤٠ من القانون المدني على أن الالتزام لا ينقضي بمرور الزمان"؟

رابعاً: مسوغات اصطفاء الموضوع وأهميته:

١. عدم تنظيم المشرع العراقي "لمرور الزمان المانع من سماع الدعوى بوصفه مانعاً من موانع قبول الدعوى في قانون المرافعات".
٢. عدم تنظيم المشرع العراقي للدفع بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى بوصفه دفعاً من دفوع عدم القبول في قانون المرافعات.
٣. بيان أوجه الفرق بين "الدفع بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى" والدفع بالتقادم.
٤. حسم الخلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للدفع "بمرور الزمان المانع من سماع الدعوى"، "وتحديد ما إذا كان دفعاً شكلياً أم موضوعياً أم دفعاً بعدم القبول" نظراً لسكوت المشرع عن تحديد هذه الطبيعة.
٥. تعدد النصوص التي عالجت "مرور الزمان المانع من سماع الدعوى" وتناثرها في مواضيع عدة فضلاً عن تعدد المدد المتعلقة بهذا النظام دون أن يجمعها مبدأ عام أو قاسم مشترك يوحد آثارها وشروطها ومددها.

خامساً: منهجية البحث:

سنجمع في بحثنا هذا بين المنهج التحليلي والمنهج المقارن وإعمالاً للمنهج التحليلي سنعنى بتحليل النصوص التي عالجت مرور الزمان بوصفه مانعاً من موانع قبول الدعوى، ووسيلة التمسك به المتمثلة بالدفع بمرور الزمان بشرح أحكام تلك النصوص، وتعقب جزئياتها، وتحديد آثارها، فضلاً عن المقارنة بين الدفع بمرور الزمان الذي تبناه المشرع العراقي والدفع بالتقادم الذي أخذ به "القانون المصري والفرنسي".

سادساً: هيكلية البحث:

إن الإحاطة بالجوانب "القانونية للمشاكل المتعلقة بموضوع البحث"، والإجابة عن التساؤلات المطروحة بشأنها اقتضت أن تكون خطة البحث مقسمة على مبحثين جاء الأول

تحت عنوان التعريف "بِالدَّفْعِ بِمُرُورِ الزَّمَانِ" وهو مقسم الى مطلبين" تناول الأول منها مفهوم "الدفع بمرور الزمان"، وخصص الثاني للطبيعة القانونية للدفع بمرور الزمان وتميزه من الدفع بالتقادم. أما المبحث الثاني فقد خصصناه لأحكام "الدَّفْعِ بِمُرُورِ الزَّمَانِ" وهو أيضاً مقسم الى مطلبين نبين في الأول، شروط الدفع بمرور الزمان، بينما نناقش في الثاني آثار الدفع بمرور الزمان، وانهيينا بحثنا بخاتمة أوجزنا فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها من خلال البحث.

## المبحث الأول

### التعريف بالدَّفْعِ بِمُرُورِ الزَّمَانِ

إن التعريف بالدَّفْعِ بِمُرُورِ الزَّمَانِ يَقْتَضِي بَيَانَ مَفْهُومِ هَذَا الدَّفْعِ، وَتَحْدِيدَ طَبِيعَتِهِ الْقَانُونِيَّةِ، وتميزه عن الدفع بالتقادم، ولهذا فإن طبيعة هذا المبحث تقتضي تقسيمه إلى مطلبين وعلى النحو الآتي:

## المطلب الأول

### مَفْهُومُ الدَّفْعِ بِمُرُورِ الزَّمَانِ

لتوضيح مَفْهُومِ "الدَّفْعِ بِمُرُورِ الزَّمَانِ الْمَانِعِ مِنْ سَمَاعِ الدَّعْوَى" يتعين تعريفه لغةً، واصطلاحاً، وهو ما نعرض له في فرعين على النحو الآتي:

## الفرع الأول

### الدَّفْعِ بِمُرُورِ الزَّمَانِ الْمَانِعِ مِنْ سَمَاعِ الدَّعْوَى لُغَةً

"الدَّفْعِ بِمُرُورِ الزَّمَانِ الْمَانِعِ مِنْ سَمَاعِ الدَّعْوَى" مصطلح مركب من مجموعة كلمات، لذا فإن تعريفه لغةً يقتضي تحديد المعنى اللغوي لكل منها على حدة، وهو ما نعرض له فيما يأتي:

أولاً: الدفع لغيره: "من دفع دفعته دفعاً نحيته فاندفع، ودفعت عنه الأذى ودافعت عنه مثل حاجبت، ودافعت عن حقه ماطلته، ودفعت القول رددته بالحجة<sup>(١)</sup>. والدفع مصدر من دفع يدفع دفعاً ويقصد به الانصراف"<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: مرور لغةً: "مرر: مرَّ عَلَيْهِ وَبِهِ يَمُرُّ مَرًّا أَيْ اجْتَاَزَ. وَمَرَّ يَمُرُّ مَرًّا وَمُرُورًا: نَهَبَ. يُقَالُ أَمَرْتُ الشَّيْءَ أَمْرَهُ إِمْرَارًا إِذَا جَعَلْتَهُ يَمُرُّ، أَيْ يَذْهَبُ"<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: الزمان لغةً: "الوقت قليله وكثيره ومدة الدنيا كلها ازمنة، فيقال مرض مرضاً يديم زمناً طويلاً، ويقال أيضاً أقام فيه زمناً، والشيء طال عليه الزمان، وكذلك يقال زمانه مزامنة، وزماناً عامله بالزمان"<sup>(٤)</sup>.

رابعاً: المانع لغةً: "الحائل بين شيئين أو العائق أو الحاجز وجمعه موانع"<sup>(٥)</sup>، والمانع هو أن تحول بين الرجل وبين الشيء الذي يريده<sup>(٦)</sup>، وهو ما رتب الشارع على وجوده عدم وجود الحكم<sup>(٧)</sup>، فهو وصف ظاهر منضبط يستلزم وجوده حكمة تستلزم عدم الحكم"<sup>(٨)</sup>.

(١) العلامة أحمد بن محمد علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١١٩.

(٢) الخليل بن احمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق د. عبد الحميد هنداوي، ج ٢، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٣، ص ٣٤.

(٣) العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، المجلد الخامس، ط ٦، دار صادر، بيروت - لبنان، ٢٠٠٨، ص ١٦٥.

(٤) إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، ج ١، المكتبة الإسلامية، استانبول-تركيا، دون سنة طبع، ص ٢٩٢.

(٥) د. إبراهيم أنيس و د. عبد الحلیم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله، المعجم الوسيط، ط ٤، مكتبة الشرق الدولية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٨٨٨.

(٦) إسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصحاح (الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية)، ط ١، ج ٣، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ٢٠٠٥، ص ٢٨٧.

(٧) ينظر: د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط ١، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ٢٠٠٤، ص ٥٩-٦٣؛ د. محمد سليمان عبد الله الأشقر، الواضح في أصول الفقه، ط ٢، دار النفائس، عمان - الأردن، ٢٠٠٦، ص ٥٠-٥١.

(٨) الشيخ محمد الخضري، أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٧٠.

خامساً: سماع لغة: "مصدر سمع. وسمع يسمع سماعاً، وسمع الصوت أو به التقطته اذنه، وسمع له أو إليه: أصغى، وسمع الدعاء: استجاب له، وسمع الكلام: فهمه"<sup>(١)</sup>.

سادساً: الدعوى لغة: "الدعوى في اللغة لها إطلاقات متعددة"<sup>(٢)</sup>، منها الحقيقي، ومنها المجازي، ولعل معظمها يرجع إلى معنى واحد هو: الطلب"، "وتطلق أيضاً على الزعم"<sup>(٣)</sup>: أي أي القول غير المدعوم بالحجة والبرهان، وصاحب هذا الزعم سُمي مدعيًا لا محققاً"<sup>(٤)</sup>. "ومنه قولهم "ادَّعيت الشيء": "أي زعمته لي حقاً كان أو باطلاً"<sup>(٥)</sup>.

نخلص من العرض المتقدم إلى أن "الدَّفْع بِمُرُورِ الزَّمَانِ الْمَانِعِ مِنْ سَمَاعِ الدَّعْوَى" يعني لغةً: الوقت الذي يلزم انقضاؤه ليكون حائلاً لحكمة تقتضي عدم سماع الدعوى والحكم في زعم المدعي.

## الفرع الثاني

### الدَّفْعُ بِمُرُورِ الزَّمَانِ الْمَانِعِ مِنْ سَمَاعِ الدَّعْوَى اصطلاحاً

انطلاقاً من "المصلحة العامة التي تقتضي استقرار المعاملات والمراكز القانونية" بوضع حد للمنازعات بين الأفراد، وانسجاماً مع كون الالتزام رابطة مؤقتة مصيرها الزوال ولا يمكن جعلها مؤبدة، فقد جعلت التشريعات كافة من مرور مدة معينة من الزمان سبباً من أسباب انقضاء الدعوى أو مانعاً من موانع قبولها، ذلك أن صمت الدائن مدة طويلة عن المطالبة بحقه دون عذر مشروع قرينة على استيفاء حقه أو تنازله عنه للمدين فضلاً عن

(١) جبران مسعود، الرائد، معجم لغوي عصري، ط٢، دار العلم للملايين، بيروت - لبنان، ١٩٦٧، ص٥٦٤.

(٢) ينظر: علي قرعة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة الرغائب، القاهرة، القاهرة، ١٩٢١، ص٣؛ الشيخ حامد أفندي العمادي الدمشقي الحنفي، القول الأقوى في تعريف الدعوى، تحقيق د. عبد الناصر أبو البصل، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، العدد الأول، المجلد الخامس، ١٩٩٧، ص١٥٢.

(٣) جمال الدين، مُحَمَّدُ بْنُ مُكْرَمٍ، المجلد الخامس، مصدر سابق، ص٢٦٩، مادة: دعا.

(٤) الإمام محب الدين أبو الفيض السيد محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، ج١، ط١، "دار صادر، بيروت - لبنان"، ١٩٦٦، ص١٢٧؛ الشيخ حامد أفندي العمادي الدمشقي الحنفي، مصدر سابق، ص١٥٣.

(٥) جمال الدين، مُحَمَّدُ بْنُ مُكْرَمٍ، المجلد الخامس، مصدر سابق، ص٢٦٩، مادة: دعا.

قرينة الوفاء بالحق الذي لا يستطيع المدين اثباته بسبب فقدان دليل الوفاء أو وفاة الشهود.

وتحقيقاً للغرض المتقدم فقد تبني المشرع العراقي نظام مرور الزمان بوصفه مانعاً من موانع قبول الدعوى، بينما تبني المشرعان المصري والفرنسي نظام التقادم بوصفه سبباً من أسباب انقضاء الالتزام.

ووسيلة التمسك بمرور الزمان بوصفه مانعاً من موانع قبول الدعوى هو الدفع بمضي المدة أو بمرور الزمان، ولم يتطرق الفقه الإجرائي للدفع بمرور الزمان بوصفه "الوسيلة التي يتم من خلالها التمسك بمرور الزمان"، وإنما اقتصرته دراسته على مرور الزمان بوصفه سبباً من أسباب انقضاء الالتزام على الرغم من أن الالتزام لا ينقضي بمرور الزمان، وبذلك يكون الفقه قد خلط بين الحكم بثبوت الدفع بمرور الزمان الذي يتعلق أثره بالحق الإجرائي ويؤدي إلى منع المحكمة من سماع الدعوى، وبين الحكم بثبوت الدفع بالتقادم الذي يتعلق أثره بالحق الموضوعي ويؤدي إلى سقوطه.

واستناداً لما تقدم يتعين علينا أن نعرض لتعريف الدفع بمرور الزمان، والدفع بالتقادم لإزالة اللبس بينهما، ذلك أن بعض الفقهاء يعد الدفع بمرور الزمان مرادفاً للدفع بالتقادم على "الرغم من اختلافهما من حيث الطبيعة والأثر".

#### أولاً: تعريف الدفع بمرور الزمان اصطلاحاً:

١. تعريف الدفع بمرور الزمان في الاصطلاح القانوني:

نظم "المشرع العراقي مرور الزمان المانع من سماع الدعوى" في الفرع الثالث من الفصل الثالث من الباب الخامس من الكتاب الأول من القسم الأول في المواد (٤٢٩-٤٤٣) من "القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١" تحت عنوان انقضاء الالتزام دون أن يوفى به. وعلى الرغم من أن المشرع العراقي قد نظم مرور الزمان بوصفه مانعاً من موانع قبول الدعوى في "القانون المدني" إلا أنه لم ينظم وسيلة التمسك به المتمثلة بالدفع بمرور الزمان في "قانون المرافعات"، ولهذا خلا هذا القانون من إيراد تعريف للدفع بمرور الزمان. ويؤخذ على موقف المشرع العراقي ما يأتي:

أ. أنه نظم مرور الزمان في "القانون المدني"، وكان يتعين عليه تنظيمه في "قانون المرافعات"، لأن مرور الزمان مانع من موانع قبول الدعوى.

ب. أنه نظم الدفع بمرور الزمان في القانون المدني، والدفع مجال تنظيمها "قانون المرافعات".

ج. أنه نظم مرور الزمان تحت عنوان انقضاء الالتزام دون أن يوفى به في حين ان مرور الزمان لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام بدليل أن "المادة (٤٤٠) من القانون المدني نصت على أنه "لا يسقط الحق بمرور الزمان".

د. أنه استخدم مصطلح "التقادم المسقط" إلى جانب "مرور الزمان" واعتبرهما مترادفين والحقيقة غير ذلك.

لذا ندعو المشرع العراقي إلى تنظيم مرور الزمان بوصفه مانعاً من موانع "قبول الدعوى، ووسيلة التمسك به المتمثلة بالدفع بمرور الزمان في قانون المرافعات".  
٢. تعريف الدفع بمرور الزمان في الاصطلاح الفقهي:

ذهب جانب من الفقه<sup>(١)</sup> إلى أن التشريعات جميعها تجعل من مرور مدة معينة من الوقت "سبباً من أسباب انقضاء الالتزام بحيث لا يقتصر أثر التقادم على سقوط الحقوق الشخصية، وإنما تسقط أيضاً الحقوق العينية الأصلية عدا حق الملكية". وذهب جانب آخر من الفقه<sup>(٢)</sup> إلى أن التقادم له أثر عام بالنسبة لسائر الحقوق "سواء كانت عينية أم شخصية"، فالتقادم المسقط يصيب هذه الحقوق جميعها عدا حق الملكية. ولهذا عرف هذا الجانب من الفقه<sup>(٣)</sup> الدفع بمرور الزمان بأنه: "عبارة عن وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام عند مضي مدة معينة". وهذا التعريف لا يعد تعريفاً للدفع بمرور الزمان، وإنما تعريفاً للدفع بالتقادم، ويتناقض "مع موقف المشرع العراقي" الذي استقى هذا النظام من الفقه

(١) ينظر: الحكيم، عبد المجيد والبكري، عبد الباقي والبشير، محمد طه، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع، بند ٢٨٧، ص ٣١٠ - ٣١١.

(٢) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي - أحكام الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٢، بند ٣٧٧، ص ٣٨٢.

(٣) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي أحكام الالتزام، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤، ص ٣٣٢؛ خطاب، ضياء شيت، التقادم المسقط، "بحث منشور في مجلة القضاء التي تصدرها نقابة المحامين في العراق"، السنة "١٥" العدد "١"، شباط، مطبعة العاني، ١٩٥٧، ص ٤٥.

الإسلامي، حيث أسس هذا الأخير مرور الزمان ووسيلة التمسك به على قول الرسول ﷺ "لَا يَبْطُلُ حَقُّ أَمْرٍ مُسْلِمٍ وَأَنْ قَدَّمَ"<sup>(١)</sup> وهو أصل تشريعي لا يجوز مخالفته حيث لا يجوز "سن قانون يتعارض مع ثوابت احكام الاسلام"<sup>(٢)</sup>.

وعرفه جانب آخر من الفقه<sup>(٣)</sup> بأنه: "وسيلة للتخلص من الالتزامات". وهذا التعريف أيضاً ينصب على الدفع بالتقادم، لأنه يحدد أثر الدفع بالتخلص من الالتزام، في حين أن الدفع بمرور الزمان لا يؤدي إلى التخلص "من الالتزام، وإنما يبقى الالتزام عالقاً" في ذمة المدين، ولكن لا توجد دعوى تجميه، ويبقى للدائن وسائل أخرى للحصول على حقه كالدفع بالمقاصة<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً: تعريف الدفع بالتقادم اصطلاحاً:

#### ١. تَعْرِيفُ الدَّفْعِ بِالتَّقَادُمِ فِي الصِّطْلَاحِ القَانُونِيّ:

"نظم المشرعان المصري والفرنسي أحكام التقادم المسقط في القانون المدني"<sup>(٥)</sup> ولم ينظما وسيلة التمسك به المتمثلة بالدفع بالتقادم تاركين الأمر إلى القواعد العامة المتعلقة "بالدفع الموضوعية في قانون المرافعات". ولم يعرف القانون المدني المصري التقادم المسقط بخلاف المشرع الفرنسي الذي عرفه بأنه: "وسيلة لإسقاط حق ناتجة عن

(١) عليش، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد، مَنَحُ الجَلِيلِ عَلَى مُخْتَصَرِ خَلِيلٍ، ج٨، المطبعة العامرة، القاهرة، ١٢٩٤هـ، ص ٥٧٤؛ أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم المصري القرشي، موطأ عبد الله بن وهب، دار ابن الجوزي، الدمام - السعودية، ١٩٩٩، "كتاب القضاء في البيوع، الحديث ٣٢٨".

(٢) تنظر: "المادة ٢/أولاً-أ" من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥.

(٣) شعيب احمد سليمان، التقادم المسقط، بحث منشور في مجلة الحقوقي، الاعداد (١-٤)، السنة الخامسة عشر، ١٩٨٣، ص ٩٥.

(٤) تنظر: "المادة ٤١٤ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١".

(٥) تنظر: "المواد ٣٧٤-٣٨٨" من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ و(الباب العشرون) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل بالقانون رقم (٥٦١-٢٠٠٨) في ١٧ حزيران/٢٠٠٨.

عدم تصرف صاحبه خلال فترة زمنية معينة<sup>(١)</sup>. وقد خلا القانونين من إيراد تعريف للدفع بالتقادم.

٢. تعريف الدفع بالتقادم في الاصطلاح الفقهي:

عرف جانب من الفقه الدفع بالتقادم<sup>(٢)</sup> بأنه: "وسيلة لانقضاء الالتزام..."، "وعرفه جانب آخر من الفقه بأنه": "سبب من أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به يرجع في الأصل إلى قعود الدائن عن المطالبة بالوفاء مدة طويلة كثيراً ما يرجح نزوله عن التمسك به وإبراء المدين من التزامه"<sup>(٣)</sup>، وذهب رأي آخر من الفقه إلى القول بأنه: "وسيلة لسقوط الدين وتوابعه من كفالة ورهن رسمي وحق امتياز وحق اختصاص وما إلى ذلك"<sup>(٤)</sup>. وهذه التعريفات حددت المقصود بالدفع بالتقادم، والأثر المترتب على ثبوته والمتمثل بسقوط الحق الموضوعي، وهي تعريفات تتفق مع ما أخذ به المشرع المصري والفرنسي. فالتقادم يتعلق بالحق موضوع الدعوى وليس بالدعوى كحق<sup>(٥)</sup>.

(١) "المادة ٢٢١٩ من القانون المدني الفرنسي المعدل بالقانون رقم (٥٦١-٢٠٠٨) في ١٧ حزيران/٢٠٠٨. ينظر: القانون المدني الفرنسي بالعربية"، جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، دالوز، فرنسا، ٢٠١٢، ص ١٩٧٣.

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، بيروت، ١٩٦٢، ص ٤٧٧؛ د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، احكام الالتزام، دون مكان طبع، ١٩٩٢، ص ٨٣٢؛ د. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج ٢، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص ٤٢٤؛ د. "عبد الحميد الشواربي" واسامة عثمان، احكام التقادم في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤، ص ١٩-٢٠.

(٣) د. توفيق حسن فرج ود. مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام "دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية"، ٢٠٠٩، ص ٥٨٨.

(٤) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٤١١.

(5) Tyab E., La Prescription, Editions Librairies Antoine, 1977; Hage-Chahine F., Les confits dans L'espace et dans en matière de prescription, Dalloz, 1977.

وسبب الخلط الذي وقع فيه الفقه العراقي بين الدفع بمرور الزمان والدفع بالتقادم، وذهاب البعض إلى القول بأنهما مترادفين<sup>(١)</sup> يرجع إلى أمرين نعرض لهما فيما يأتي:

أ. الخَلْطُ بَيْنَ "الْحِمَايَةِ الْقَانُونِيَّةِ وَالْحِمَايَةِ الْقَضَائِيَّةِ":

إن اللبس الحاصل لدى بعض الفقه في الأثر المترتب على الحكم بثبوت الدفع بمرور الزمان عند تعريفه لهذا الدفع بأنه وسيلة من وسائل "انقضاء الالتزام" مرده الخلط بين الحماية "القانونية والحماية القضائية" واعتبارهما مترادفين والحقيقة غير ذلك.

"فالحماية القانونية شيءٌ وَالْحِمَايَةِ الْقَضَائِيَّةِ" شيءٌ آخر" وتفصيل ذلك أن لكل التزام عنصرين هما عنصر المديونية، وعنصر المسؤولية. فالعنصر الأول، المديونية: "هو الواجب الذي يفرض على المدين القيام بأداء مالي لمصلحة الدائن أي القيام بعمل أو الامتناع عن عمل أو اعطاء شيء"، وهذا العنصر ينقضي بالوفاء الاختياري، أما عنصر المسؤولية فهو "الجزء الذي تَتَضَمَّنُهُ الْقَاعِدَةُ الْمَوْضُوعِيَّةُ، وهو ما يسمى بالحماية القانونية"، فكل قَاعِدَةٌ قَانُونِيَّةٌ مَوْضُوعِيَّةٌ تتضمن جزاء يفرض على مَنْ أَخْلَ أَوْ امْتَنَعَ عَنْ "تنفيذ التزامه، وتظل هذه الحماية قائمة" في حالة سكون طالما لم يتعرض الحق لأي اعتداء، فإذا ما وقع الاعتداء "على الحق نشأ التزام على المعتدي" بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الاعتداء، وتعويض الضرر الذي تسبب فيه دون "اللجوء إلى القضاء، وَهَذَا الْاَلْتِمَامُ مَصْدَرُهُ الْحِمَايَةِ الْقَانُونِيَّةُ الَّتِي تُوجَدُ فِي الْقَاعِدَةِ الْقَانُونِيَّةِ الْمَوْلَدَةِ لِلْحَقِّ الْمَوْضُوعِيِّ"، إلا أن الأمور لا تسير في معظم الأحيان على هذا النحو النموذجي لِامْتِنَاعِ الْمُعْتَدِي عَنْ تَنْفِيذِ التَّزَامِهِ بِإِعَادَةِ الْحَالِ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ بِإِرَادَتِهِ الْحَرَّةِ، ولهذا لا يجد صاحب الحق أمامه إلا اللجوء إلى القضاء، حَيْثُ يَمْتَنِعُ الْقِصَاصُ فِي الْمُجْتَمَعَاتِ الْحَدِيثَةِ، وهو إذ يفعل فإنه يطلب من القضاء منحه "الحماية القضائية" لحقه الذي اعتدى عليه<sup>(٢)</sup>.

"وهكذا ينضح أن الْحِمَايَةِ الْقَانُونِيَّةِ الْمُسْتَمَدَّةَ مِنَ الْقَاعِدَةِ الْمَوْضُوعِيَّةِ الَّتِي تَقَرَّرُ وُجُودَ الْحَقِّ أَوْ الْمُرْكَزِ الْقَانُونِيِّ" لا تكفي بذاتها في معظم الأحيان لدفع الاعتداء الذي قد يهدد "الحق أو

(١) سحر حيال غانم، نظرية "مرور الزمان المانع من سماع الدعوى دراسة مقارنة، أطروحة

دكتوراه كلية الحقوق/جامعة الموصل"، ٢٠١٦، ص ١٨.

(٢) ينظر: د. نبيل إسماعيل عمر ود أحمد خليل، قانون أصول المحاكمات المدنية،

منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٤، ص ٢٠٦-٢٠٧.

المركز القانوني، الأمر الذي يتطلب البحث عن أداة تحويل تلك الحماية القانونية إلى حماية فعلية، وهو ما يتحقق عن طريق الحماية القضائية التي يوفرها قانون المرافعات".  
وبناءً عليه فإن "الحماية القضائية" المتمثلة بالدعوى لا تعد عنصراً من عناصر الحق، بل هي مجرد "وسيلة لحماية الحق"، فهي بحسب طبيعتها تالية في نشوئها لنشوء الحق. وهكذا يتضح أن "الحماية القضائية إنما تؤدي إلى إعطاء الفعالية للحماية القانونية" المكونة للعنصر الثاني من عناصر الحق الموضوعي<sup>(١)</sup>.

واستناداً لما تقدم فإن الحكم بثبوت الدفع بالتقادم يؤدي إلى سقوط العنصر الثاني من عناصر الحق المتمثل بعنصر المسؤولية أو ما يطلق عليه بالحماية القانونية الذي تتضمنه القاعدة الموضوعية، وإذا سقط عنصر المسؤولية بسبب التقادم سقط الحق الموضوعي، وتحوّل الالتزام من التزام مدني إلى التزام طبيعي، وتسقط تبعاً لذلك "الحماية القضائية المتمثلة بالدعوى" التي تحمي الحق. في حين أن الحكم بثبوت الدفع بمرور الزمان لا يؤدي إلى سقوط الحق "طبقاً لما تقضي به المادة ٤٤٠ من القانون المدني" لأن الحماية القضائية لا تعد "عنصراً من عناصر الحق، ويبقى الحق" حقاً مدنياً مجرداً من الحماية القضائية.

ب. الخلط بين الحق الموضوعي والحق في الدعوى:

إن اعتبار الحق الموضوعي والحق في الدعوى مترادفين أثار اللبس لدى بعض الفقهاء عند تعريف الدفع بمرور الزمان فرتب على الحكم بثبوته "ذات الآثار المترتبة على الحكم بثبوت الدفع بالتقادم" من حيث سقوط الحق الموضوعي. وتفصيل ذلك أن بعض الفقهاء ذهب إلى القول بأن "الحق في الدعوى هو ذات الحق الموضوعي المطلوب حمايته متحركاً إلى القضاء"<sup>(٢)</sup>، "ولهذا لا يمكن تصور وجود حق موضوعي دون دعوى تحميه، وفي نفس الوقت لا توجد دعوى دون حق تستند إليه، وأنه لا يمكن تصور نشأة دعوى قبل وجود الحق الذي تحميه، ولا يمكن تصور بقاءها قائمة بعد انقضائه، وأن محل الحق أو

(١) ينظر: د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٦١-١٦٢.

(٢) ينظر: د. خليل جريج، محاضرات في نظرية الدعوى، مؤسسة نوفل، بيروت، ١٩٨٠، ص ٧٤؛ د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٤٦-٤٧.

موضوعه هو ذاته محل الدعوى<sup>(١)</sup>، فضلاً عن "اتسام الدعوى بذات الأوصاف التي يتسم بها الحق الموضوعي الذي تحميه فتكون عينية أو شخصية تبعاً لذات الحق الموضوعي، وتتبعه في طبيعته بحيث تعتبر عقارية متى تعلقت بحق عيني على عقار وتعتبر منقولة في غير ذلك من الحالات"<sup>(٢)</sup>، فضلاً عن أن "لكل حق دعوى واحدة مهما كان مصدره، وأن دعاوى شأنها شأن الحقوق الموضوعية لا يمكن حصرها بعدد معين"<sup>(٣)</sup>. والحقيقة كما يرى البعض أن الحق الموضوعي شيء والحق في الدعوى شيء آخر "فالحق في الدعوى هو حق إجرائي مستقل عن الحق الموضوعي، وأن استعمال الشخص للحق في الدعوى لا علاقة له بوجود أو عدم وجود الحق الموضوعي، وهكذا يتضح أن الدعوى تعد حقاً إجرائياً يتولى قانون المرافعات تنظيمه من خلال تحديد شروط وجوده، وليس من بينها وجود الحق الموضوعي، لأن التحقق من ذلك لا يتم إلا بعد الفصل في موضوع الدعوى. وبتوافر شروط الحق في الدعوى يكون للمدعي الحق في نظر دعواه، ولكن ليس معنى هذا صدور حكم في موضوع الدعوى لصالحه، وإنما قد يصدر في غير صالحه، وفي هذا دليل على استقلال الحق في الدعوى عن الحق الموضوعي"<sup>(٤)</sup>.

وهذا التمييز بين الحق الموضوعي والحق في الدعوى فيه دلالة واضحة على أن الحكم بثبوت الدفع بالتقادم يُنصب على الحق الموضوعي ويؤدي إلى سقوطه، بينما الحكم بثبوت الدفع بمرور الزمان ينصب على الحق في الدعوى ويؤدي إلى عدم سماعها.

(١) ينظر: ضياء شيت خطاب، مصدر سابق، ص ٤٩-٥٠؛ د. عبد الباسط جميعي، شرح

قانون الإجراءات المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٥، ص ٢١٠.

(٢) ينظر: د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٢، ص ١٢٩.

(٣) ينظر: د. سعدون ناجي القشطيني، أحكام المرافعات، ج ١، ط ٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦، ص ٩٨.

(٤) ينظر: د. احياد ثامر نايف الدليمي، "انتقال الحق في الدعوى المدنية دراسة مقارنة بحث منسور في مجلة الرافدين للحقوق"، المجلد (١٦) العدد (٥٦) السنة (١٨)، ص ١١.

وبناءً على ما تقدّم يُمكننا تعريف الدّفع بِمُرور الزمان بأنه: "الدفع الذي يوجه إلى حق المدعي في رفع دعواه لوجود مانع من موانع قبولها، ويترتب على ثبوته عدم قبول الدعوى وامتناع المحكمة عن توفير الحماية القضائية للحق موضوع الدعوى".

ونزعم أن هذا التعريف لا يشوبه الغموض، لأنه عين على وجه الدقة عناصر الدفع بمرور الزمان، وهي "المحل" الذي ينصب عليه الدفع والمتمثل بالدعوى، "السبب" الذي يستند إليه قبول الدفع والمتمثل برفع الدعوى بعد مضي المدة المحددة لرفعها، "الأثر" الذي يترتب على الحكم بثبوت الدفع والمتمثل بامتناع المحكمة عن توفير "الحماية القضائية للحق الموضوعي".

### المطلب الثاني

**الطبيعة القانونية للدفع بمرور الزمان وتميزه من الدفع بالتقادم**

يقصد بالطبيعة القانونية للدفع بمرور الزمان تحديد الفئة التي ينتمي إليها من فئات الدفوع التي يمكن للمدعى عليه التمسك بها، وتحديد طبيعة هذا الدفع له دور كبير في إزالة اللبس بينه وبين الدفع بالتقادم، ولهذا فإن طبيعة هذا المطلب تقتضي تقسيمه إلى فرعين على النحو الآتي:

### الفرع الأول

#### الطبيعة القانونية للدفع بمرور الزمان

تتنوع الدفوع إلى عدة أنواع منها "الموضوعية ومنها الشكلية" ومنها المتعلقة بعدم القبول، ويتيح استخدامها للخصم الاعتراض إما على الحق الموضوعي المدعى به، وإما على إجراءات الخصومة، وإما على الدعوى ذاتها إذا لم تتوافر شروط قبولها أو تنتفي موانع قبولها، لذا يثار التساؤل عن تصنيف الدفع بمرور الزمان بين هذه الدفوع، وهو ما نعرض له فيما يأتي:

**أولاً: الدفع بمرور الزمان دفع موضوعي:**

الدفع الموضوعي هو: "الدفع الذي يوجه إلى الحق موضوع الدعوى بهدف الحصول على حكم برد الدعوى كلاً أو بعضاً"<sup>(١)</sup>. فهو دفع يهدف "المدعى عليه من إبدائه الاعتراض على الحق الموضوعي" كما لو تمسك بواقعة معاصرة للواقعة التي يستند إليها المدعي في دعواه من شأنها أن تؤثر في وجود الحق الموضوعي أو نشوئه كالدفع بصورية العقد أو الدفع ببطلانه لعدم مشروعية محله أو سببه أو التمسك بواقعة لاحقة للواقعة التي يستند إليها المدعي في دعواه من شأنها أن تؤثر في بقاء الحق الموضوعي أو استحقاقه كالدفع "بانقضاء الالتزام بالوفاء أو بالتقادم أو بالمقاصة القانونية"<sup>(٢)</sup>

يتضح مما تقدم أن الدفع بمرور الزمان لا يعد دفعاً موضوعياً، لأن "الدفع الموضوعي يُوجّه إلى الحق الموضوعي ذاته بهدف إنكار نشأته"، أو إنكار بقاءه بعد نشوئه، أو إنكار ترتيب آثاره، أو إنكار بقاء هذه الآثار، أو الادعاء بتعديلها، والدفع بمرور الزمان لا يتناول هذه الأمور جميعها، وإنما "يوجه إلى الحق الاجرائي ذاته متمثلاً بالدعوى بهدف إنكار حق الخصم في الحصول على الحماية القضائية لوجود مانع من موانع قبول الدعوى". بينما يعد الدفع بالتقادم "دفعاً موضوعياً، لأنه ينصب على الحق الموضوعي فيؤدى في حال الحكم به إلى سقوط الحق الموضوعي" محل النزاع. لذا لا نتفق مع الفقه الذي يذهب إلى أن الدفع بمرور الزمان هو "دفع موضوعي"<sup>(٣)</sup>.

(١) د. محمود الكيلاني، أصول المحاكمات المدنية، ط ٢، جامعة عمان الأهلية، الأردن، ٢٠٠٦، ص ٣٠٠؛ د. أحمد مسلم، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧، ص ٥٦٥.

(٢) ينظر: د. عبدة جميل غصوب الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، المؤسسة الجامعية، لبنان، ٢٠١٠، ص ٢٢٨.

(٣) د. الحكيم، عبد المجيد، والبكري، عبد الباقي والبشير، محمد طه، مرجع سابق، ص ٣١٨؛ د. الذنون، حسن علي ود. الرحو، محمد سعيد، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، ٢٠٠٤، ص ٣١٧.

**ثانياً: الدَّفْعُ بِمُرُورِ الزَّمَانِ دَفْعَ شَكْلِي:**

الدفع الشكلي هو "الدفع الذي يوجه إلى الخصومة بهدف إنهاؤها قبل الفصل في الموضوع أو تأخير الفصل فيه"<sup>(١)</sup>. فهو "دفع لا يتعرض للحق المدعى به أو الحق في الدعوى"<sup>(٢)</sup>، وإنما يوجه إلى اختصاص المحكمة أو إجراءات الدعوى"<sup>(٣)</sup>.

لذا لا يمكن عد الدفع بمرور الزمان دفعاً شكلياً، لأن الخصم الذي يتمسك به يطعن في صحة شكل الدعوى، إما بإنكار "اختصاص المحكمة المرفوعة إليها الدعوى"، وإما بإنكار صحة الإجراءات التي رفعت بها أو التي تسير فيها دون أن ينكر حق خصمه في رفع الدعوى أي دون أن يتمسك بوجود مانع من موانع قبول الدعوى<sup>(٤)</sup>. بينما الخصم الذي يتمسك بالدفع بمرور الزمان يعترض على حق خصمه في استعمال الدعوى لرفعها بعد انتهائ الزمن المحدد لاستعمالها بهدف منع المحكمة من سماعها.

**ثالثاً: الدَّفْعُ بِمُرُورِ الزَّمَانِ دَفْعَ بَعْدِ الْقَبُولِ:**

عرّف قسّم من الفقه الدَّفْعَ بَعْدِ الْقَبُولِ بِأَنَّهُ: "الوسيلة الإجرائية التي حددها المشرع للمدعى عليه للتمسك بتخلف الشروط القانونية الواجب توافرها في الدعوى

(١) ينظر: د. هدى مجدي، النظام القضائي وقواعد المرافعات، مركز الدراسات العربية، ٢٠١٨، ص ٢٦٨.

(٢) ينظر: د. الجبلي، نجيب عبدالله ثابت، الوسيط في قانون المرافعات، ط ١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٤١٠.

(٣) ينظر: د. العبودي، عباس زبون، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٦، ص ٣٤١.

(٤) ولا نتفق مع ما يذهب إليه الفقه من أن هناك "شروطاً خاصة لقبول الدعوى تتمثل بمرور الزمان وسبق الحكم في الدعوى والتحكيم والصلح، ونقف منه موقف التحفظ، ونرى أن ما يطلق عليه الفقه بالشروط الخاصة لقبول الدعوى ليست سوى موانع من قبول الدعوى"، للمزيد من التفصيل ينظر: اطروحتنا للدكتوراه "أبطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الإجرائية دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الموصل"، ٢٠١١، ص ٦٣.

القضائية والتي تكون لازمة لقبول هذه الدعوى"<sup>(١)</sup>. وَعَرَفَهُ أَحَرَّ بِأَنَّهُ: "الدفع الموجه إلى الحق في الدعوى عن طريق التمسك بعدم توافر شرط من شروط قبول الدعوى"<sup>(٢)</sup>. وعرفه البعض الآخر من الفقه بأنه: "ما يتقدم به الخصم من دفاع يرمي به إلى الطعن بعدم توافر الشروط اللازمة لسماع الدعوى"<sup>(٣)</sup>. في حين عرفه بعض الفقه بأنه: "كل دفع ينكر به الخصم دون المساس بالموضوع دعوى خصمه على أساس انتفاء شروط قبول دعواه ويكون ذلك بسبب فقدان الصفة أو الأهلية أو المصلحة"<sup>(٤)</sup>. وعرفه جانب آخر بأنه: "الدفع الذي يرمي إلى إنكار وجود الدعوى لعدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون فيها"<sup>(٥)</sup>.

يتضح من التعريفات المذكورة آنفاً أن الفقه الإجرائي يكاد يجمع على "تعريف الدفع بعدم القبول" بأنه: "الوسيلة الإجرائية التي ينكر بها الخصم حق خصمه في رفع الدعوى لعدم توافر الشروط التي يتطلبها القانون فيها".

ونعتقد أن التعريفات التي أوردها الفقه للدفع بعدم القبول تعريفات غير جامعة، لأنها قصرت استعمال "الدفع بعدم القبول على تخلف شروط قبول الدعوى"، والحقيقة غير ذلك، لأن "الدفع بعدم القبول إنما يوجه إلى الحق في الدعوى، والحق في الدعوى لا يتوافر إلا إذا توافرت شروط قبول الدعوى" وانتفت موانع قبولها، وهي "إما موانع قانونية" تتمثل بسبق الحكم في الدعوى ومرور الزمان، وإما موانع اتفاقية تتمثل بالصلح والاتفاق على التحكيم. لذا فإن "الدفع بعدم القبول يمكن التمسك به في حال وجود مانع من موانع" قبول الدعوى كمرور الزمان.

(١) د. ربيع شندب، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ج ١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١، ص ٢٨٧.

(٢) د. فهمي، وجدي راغب، "مبادئ القضاء المدني"، ط ١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦، ص ٤٢١.

(٣) محمد العشماوي ود. عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج ٢، المطبعة النموذجية، القاهرة، ١٩٥٨، ص ٢٩٩.

(٤) د. الندوي، آدم وهيب، المرافعات المدنيّة، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع، ص ٢٣٧.

(٥) د. "ممدوح عبد الكريم حافظ"، قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٩، مطبعة الأزهر، بغداد، ١٩٧٢، ص ١٥٦.

لذا يمكن تعريف "الدفع بعدم القبول بأنه": "الدفع الذي يوجه إلى حق الخصم في رفع الدعوى لعدم توافر شرط من شروط قبولها أو لوجود مانع من موانع قبولها، ويهدف إلى منع المحكمة من النظر فيها، دون التعرض لموضوعها أو لمدى أحقية المدعي في طلبه"<sup>(١)</sup>.

يتضح مما تقدم أن الدفع بمرور الزمان "دفع بعدم القبول، لأن المدعى عليه الذي يتمسك به يطلب من المحكمة الامتناع عن سماع الدعوى، لا لأنها رفعت بإجراءات غير صحيحة، ولا إلى محكمة غير مختصة كما هو الحال في الدفع الشكلي، ولا لأن المدعي ليس صاحب حق" كما هو الحال في الدفع الموضوعي"، وإنما "لإنقضاء الحق في الدعوى بإنقضاء الوقت المحدد لرفعها"، وانقضاء هذا الوقت يعد مانعاً من موانع قبول الدعوى.

## الفرع الثاني

### تمييز الدفع بمرور الزمان من الدفع بالتقادم

إن الهدف الذي نرمي إليه من هذا التمييز يكمن في اعتبارين، الأول: إزالة الإبهام الذي يمكن أن يحصل بخصوص المحل الذي ينصب عليه كل منهما، والثاني: تحديد آثار كل منهما على الحق الموضوعي والحق الإجرائي. ويمكن أن نحدد أوجه الاختلاف بين كلا الدفعين بما يأتي:

١. من حيث أساس كل منهما:

يستند الدفع بمرور الزمان إلى إهمال المدعي في "استعمال حقه الإجرائي متمثلاً بالدعوى" في حين يستند الدفع بالتقادم إلى إهمال الدائن في المطالبة بحقه الموضوعي.

٢. من حيث هدف كل منهما:

يهدف الدفع بمرور الزمان إلى "إنكار الحماية القضائية، لأن المدعى عليه ينكر حق المدعي في استعمال الدعوى" لوجود مانع من موانع قبولها، في حين يهدف الدفع بالتقادم إلى "إنكار الحماية القانونية"، لأن المدعى عليه يتمسك بواقعة لاحقة على نشوء الحق الموضوعي تؤثر في بقاءه.

(١) ينظر: الدليمي، جواد ثامر، مصدر سابق، ص ٦٣.

٣. مِنْ حَيْثُ طَبِيعَةُ كُلِّ مِنْهُمَا:

الدفع بمرور الزمان دفع بعدم القبول، لأنه يرمي إلى إنكار حق الخصم في استعمال الدعوى لوجود مانع "من الموانع التي يتطلب القانون انتفاؤها لقبول الدعوى". بينما الدفع بالتقادم يعد دفعاً موضوعياً، لأنه يرمي إلى إنكار بقاء الحق الموضوعي بعد نشوئه.

٤. مِنْ حَيْثُ مَوْجِعُ كُلِّ مِنْهُمَا:

إن مكان الدفع بمرور الزمان "قانون المرافعات، لأنه صورة من صور الدفع بعدم القبول، فهو يُنصَبُ عَلَى الْوَسِيلَةِ الَّتِي يَحْمِي بِهَا صَاحِبُ الْحَقِّ حَقَّهُ"، ويرمي إلى إنكار سلطة المدعي في استعمال الدعوى، بينما مقام "الدفع بالتقادم القانون الموضوعي، لأنه دَفْعٌ يَرْتَبِطُ بِأَصْلِ الْحَقِّ وَجُوداً وَعَدماً"، فهو وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام دون أن يوفى به.

٥. مِنْ حَيْثُ الْمَحَلُّ الَّذِي يَنْصَبُ عَلَيْهِ كُلُّ مِنْهُمَا:

إنَّ الدَّفْعَ بِمُرُورِ الزَّمَانِ يُنصَبُ عَلَى الْحَقِّ الْإِجْرَائِيِّ مَثَلًا بِالْدَّعْوَى، وفي حال ثبوته يجرى "المطالبة القضائية من آثارها الموضوعية والإجرائية". في حين أن الدَّفْعَ بِالتَّقَادُمِ مَحَلُّهُ الْحَقُّ الْمَوْضُوعِيُّ، وفي حال ثبوته يجرى الحق الموضوعي من آثاره.

٦. من حيث الأثر المترتب على ثبوتهما:

إن أثر ثبوت الدفع بمرور الزمان يقتصر على الحق الإجرائي دون أن يؤثر على الحق الموضوعي، فهو أثر يمنع المحكمة من توفير الحماية القضائية للحق الموضوعي، بينما لا يقتصر أثر ثبوت الدفع بالتقادم على الحق الإجرائي، وإنما "يتناول الحق الموضوعي محل الحماية القضائية".

٧. من حيث وصف الحكم الصادر فيهما:

يوصف الحكم الصادر بثبوت الدفع بمرور الزمان بأنه "حكم صادر قبل الفصل في الموضوع، لأنه صورة من صور الدفع بعدم القبول"، فَهُوَ حُكْمٌ يَتَّصِفُ بِتَأْكِيدٍ بِوُجُودِ مَانِعٍ مِنْ مَوَانِعِ قَبُولِ الدَّعْوَى. في حين يوصف الحكم الصادر بثبوت الدفع بالتقادم بأنه "حكم

فاصل في الموضوع، لأنه فصل في دفع موضوعي تقدم به المدعى عليه بخصوص الحق المتنازع فيه"<sup>(١)</sup>.

٨. من حيث الالتزام المتخلف عنهما:

أن الحكم بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان لا يُؤدِّي إلى تحوُّل الالتزام من التزم مدني إلى التزم طبيعي، بل يبقى الالتزام التزاماً مدنياً لا دعوى تحميه، لأن امتناع المحكمة عن سماع الدعوى لا يؤثر على عناصر الحق الذي يبقى محتفظاً بعنصري المديونية والمسؤولية. في حين أن الحكم برد الدعوى لتقادم الحق الموضوعي يؤدي إلى تحوُّل الالتزام من التزم مدني إلى التزم طبيعي بسقوط عنصر المسؤولية متمثلاً ب"الحماية القانونية".

## المبحث الثاني

### أحكام الدفع بمرور الزمان

يعدّ الدفع بمرور الزمان صورةً من صور الدفع بعدم القبول، لذا فإن التمسك به يقتضي "توافر شروطه لكي يتمكن المدعى عليه من دفع دعوى المدعي بهذا الدفع"، كما أن ثبوت هذا الدفع يرتب جملة من الآثار، "منها ما يتعلق بالحق الإجرائي، ومنها ما يتعلق بالحق الموضوعي"، لذا فإن طبيعة هذا المبحث تقتضي تقسيمه إلى مطلبين على النحو الآتي:

### المطلب الأول

#### شروط الدفع بمرور الزمان

يمكن استخلاص "هذه الشروط من النصوص التي عالجت هذا الدفع في القانون المدني، وهي نوعان" "شروط تتعلق بمدّة رفع الدعوى، وشروط تتعلق بالمدعي والمدعى عليه. نعرض لها في الفرعين الآتيين.

(١) ينظر: د. زغلول، أحمد ماهر، أعمال القاضي التي تحوُّز حجّة الأمر المقضي وضوابط حجّيتها، دار ابو المجد للطباعة، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٣٣٩.

## الفرع الأول

### الشُرُوطُ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِمُدَّةِ رَفَعِ الدَّعْوَى

إقراراً للمصلحة العامة المتمثلة باستقرار المعاملات، حدد "المُشَرِّعُ فِتْرَةَ زمنية يَتَعَيَّن رَفَعُ الدَّعْوَى خِلَالَهَا لِلْمُطَالَبَةِ بِالْحَقِّ الموضوعي بِهَدَفِ حَسَمِ الْمُنَازَعَاتِ" التي لو ترك حسمها لإرادة الخصوم دون هذا الضابط لأدى ذلك إلى شيوع الفوضى والاضطراب في العلاقات الاجتماعية. ولحث الدائن على الالتزام برفع الدعوى خلال المدة المحددة مَنَحَ "المُشَرِّعُ لِلْمُدْعَى عَلَيْهِ" حق الدفع بمرور الزمان لتفادي سماع الدعوى المرفوعة بعد انقضاء ميعاد رفعها. لذا تعد المدة أول شرط من شروط التمسك بالدفع بمرور الزمان. وفيما يأتي نعرض للشروط المتعلقة بالمدة في مقصدين:

## المقصد الأول

### انْتِهَاءُ الْمُدَّةِ الْمَعْيَنَةِ لِرَفَعِ الدَّعْوَى

لكي يتمكن المدعى عليه من التمسك بالدفع بمرور الزمان أثناء نظر الدعوى لا بد وأن تكون المدة المحددة قانوناً لاستعمالها قد انقضت قبل رفعها إلى القضاء<sup>(١)</sup>، ولكن متى تبدأ هذه المدة ومتى تنتهي، وكيف يتم حسابها، لذا يتعين علينا أن نعرض لمبدأ سريان المدة، وكيفية احتسابها.

#### أولاً: بدء سريان المدة المحددة لرفع الدعوى:

إن القاعدة العامة التي أقرها "المشروع العراقي بخصوص اليوم الذي تبدأ فيه المدة المقررة لرفع الدعوى والتي بانقضائها يتمكن المدعى عليه" من التمسك بالدفع بمرور الزمان "تقضي بأن: "يبدأ سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى من اليوم الذي يصبح فيه الالتزام مستحق الأداء"<sup>(٢)</sup>. "وهذا يعني أن المشروع قرر أن سريان المدة المحددة لرفع الدعوى يبدأ من تاريخ نشوء الحق في الدعوى"، وتاريخ نشوء الحق في الدعوى يتحدد

(١) وهذا الشرط أوجبيته النصوص التي عالجت مرور الزمان والدفع به حيث نصت على أنه: " لا تسمع الدعوى... بعد تركها... مدة... ينظر على سبيل المثال: المواد (٤٢٩و٤٣٠و٤٣١) من القانون المدني العراقي، والمدة المشار إليها في هذه المواد هي المدة المحددة لرفع الدعوى.

(٢) تنظر المادة (١/٤٣٤) من القانون المدني العراقي.

بتاريخ الاستحقاق. ففي "دعوى الدين المؤجل يبدأ سريان المدة المحددة لرفع الدعوى من تاريخ نشوء الحق في الدعوى، وينشأ الحق في الدعوى وقت حلول الأجل، لأن الدين يصبح مستحق الأداء بحلول الأجل، وفي دعوى الدين المعلق على شرط واقف يبدأ سريان المدة المحددة لرفع الدعوى من وقت نشوء الحق في الدعوى، وينشأ الحق في الدعوى وقت تحقق الشرط، لأن الدين المعلق على شرط لا يكون نافذاً إلا من وقت تحقق الشرط، وفي دعوى ضمان الاستحقاق يبدأ سريان المدة المحددة لرفع الدعوى من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق، لأن الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق هو الوقت الذي ينشأ فيه الحق في الدعوى"<sup>(١)</sup>. "وقد أورد المشرع العراقي على القاعدة العامة المذكورة أنفاً استثناءات عدة آخر فيها بدء سريان المدة المحددة لرفع الدعوى عن يوم الاستحقاق إلى يوم آخر، هو يوم علم صاحب الحق، لأن صاحب الحق لا يستطيع اتخاذ أي إجراء يقطع به المدة المحددة لرفع الدعوى، ومقتضيات العدالة توجب عدم معاقبته على وزر لم يرتكبه أو إهمال لم يقع منه. لهذا أوجب المشرع "بدء سريان المدة المحددة لرفع الدعوى من اليوم الذي يعلم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه"<sup>(٢)</sup> بالنسبة لدعوى التعويض عن العمل غير المشروع "ومن اليوم الذي يعلم فيه الدائن بحقه في الرجوع"<sup>(٣)</sup> بالنسبة لدعوى الكسب دون سبب"، "ومن اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف"<sup>(٤)</sup> بالنسبة لدعوى عدم نفاذ التصرف".

#### ثانياً: طريقة حساب المدة المحددة لرفع الدعوى:

تنص المادة "٤٣٣" من القانون المدني العراقي على أن: "تحسب المدة التي تمنع من سماع الدعوى بالتقويم الميلادي وتكون بالأيام لا بالساعات". يتضح من هذا النص أن المدة المقررة لرفع الدعوى والتي بانتهائها تكتمل مدة الدفع بمرور الزمان تحسب بالتقويم الميلادي على أن تكون بالأيام لا بالساعات، إلا أن هذا النص لم يحدد فيما إذا كان اليوم الأول يحسب من ضمن المدة المقررة لعدم سماع الدعوى أم لا، وبما أن التمسك "بانقضاء المدة المحددة لاستعمال الدعوى لا يتم إلا عن طريق الدفع بمرور الزمان، لذا يتعين الرجوع

(١) تنظر المادة (٢/٤٣٤) من القانون المدني العراقي.

(٢) تنظر المادة (٢٣٢) من القانون المدني العراقي.

(٣) تنظر المادة (٢٤٤) من القانون المدني العراقي.

(٤) تنظر المادة (٢٦٩) من القانون المدني العراقي.

إلى قانون المرافعات المدنية لحساب هذه المدة<sup>(١)</sup>، "واستناداً لنص المادة "٢٥" من هذا القانون فإن المدة تحتسب من اليوم التالي لاستحقاق الالتزام وتنتهي بانتهاء اليوم الأخير منها"، "وإذا انتهت المدة في يوم عطلة رسمية تمدد إلى أول يوم يليه من أيام العمل"، وتضم مدة السلف إلى مدة الخلف، فإذا ترك السلف الدعوى مدة وتركها الخلف مدة أخرى وبلغ مجموع المدتين الحد المقرر لعدم سماع الدعوى فلا تسمع<sup>(٢)</sup>.

## المقصود الثاني

### انقضاء المدة المحددة لرفع الدعوى دون عذر مشروع

إن رفع الدعوى بعد انقضاء المدة المحددة لاستعمالها لا يكفي لامتناع المحكمة عن نظرها، والحكم بعدم قبولها، وإنما يجب أن تنقضي هذه المدة دون عذر مشروع، لأن العذر المشروع يحول بين الدائن وبين المطالبة بحقه، ولهذا فإن العدالة تقتضي عدم احتساب المدة التي يستغرقها العذر المشروع ضمن المدة المقررة لعدم سماع الدعوى، والاعذار المتعلقة بالمدة حددها المشرع بالوقف والانقطاع. نتناولها فيما يأتي:

#### أولاً: وقف المدة المحددة لرفع الدعوى:

١. تعريف وقف المدة المحددة لرفع الدعوى: ذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود بوقف التقادم: "هو وقف سريان مدته في فترة تمتنع فيها المطالبة بالالتزام"، "وإذا كان الالتزام ينقضي بعدم المطالبة به مدة من الزمن، فإنه لا تدخل في حساب هذه المدة الفترة التي يوجد فيها مانع لدى الدائن يمنعه من المطالبة بحقه"<sup>(٣)</sup>. "وذهب البعض الآخر إلى أن": "المقصود بوقف مدة التقادم هو أن يتعطل سريانها بسبب عذر خاص تعطل معه المطالبة بالحق"<sup>(٤)</sup>. بينما يرى البعض الآخر أن "المقصود بوقف التقادم هو التوقف المؤقت الذي يعترض سير التقادم فترة من الزمن..."<sup>(٥)</sup>، في حين ذهب

(١) تنظر المادة (١) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.

(٢) تنظر المادة (٤٣٢) من القانون المدني العراقي.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مصدر سابق، ص ٣١٨.

(٤) د. الذنون، حسن علي ود. الرجوع، محمد سعيد، مصدر سابق، ص ٣٠٩.

(٥) شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الاصلية،

ج ٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩، ص ١٤٩٨.

جانب آخر إلى أن: "المقصود بوقف التقادم أن يكون سريانه قد بدأ ولكن طرأ طارئ جعل هذا السريان يتوقف...<sup>(١)</sup>"، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بأنه: "يكون هناك هناك وقف للتقادم عندما يوجد عذر شرعي بعد سريانه يجعله متوقفاً عن السريان...<sup>(٢)</sup>". يتضح من التعريفات المتقدمة أنها تعرف وقف التقادم، والتقادم نظام لم يأخذ به المشرع العراقي، وإنما أخذ بنظام مرور الزمان المانع من سماع الدعوى، فحدد مدداً لرفع دعاوى، ورتب على انقضائها منح "المدعى عليه حق دفع الدعوى بمرور الزمان ليمنع القضاء من سماعها، وتوفير الحماية القضائية التي يطلبها المدعي". وعلى خلاف الاتجاه الذي سلكه الفقه فقد عرفت "محكمة التمييز الاتحادية وقف المدة المحددة" لرفع الدعوى بأنه: "الوقف الذي يمنع سريان المدة المحددة لرفع الدعوى بتحقيق العذر الشرعي"<sup>(٣)</sup>.

٢. الأعدار الشرعية التي توقف المدة المعينة لرفع الدعوى: "نصت على هذه الأعدار المادة ١/٤٣٥ من القانون المدني العراقي التي جاء فيها": "تقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالعذر الشرعي، كأن يكون المدعي صغيراً أو محجوراً وليس له ولي أو غائباً في بلاد أجنبية نائية أو أن تكون الدعوى بين الزوجين أو بين الأصول والفروع أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعي أن يطالب بحقه". وعليه فإن الأعدار الشرعية التي توقف المدة المحددة لرفع الدعوى هي:

أ. الأهلية: إذا كان المدعي "ناقص الأهلية أو عديمها سواء أكان ذلك بسبب صغر السن أو لعارض من عوارض الأهلية كالجنون...، ولم يكن له ولي أو وصي أو قيم"<sup>(٤)</sup> ترتب

(١) د. الحكيم، عبد المجيد، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، شركة الأهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ٥١١.

(٢) لطيف جبار علي، التقادم المسقط في القانون المدني، بحث منشور في مجلة حمورابي، العدد ٥٥، ٢٠٠٩، ص ٧٥.

(٣) "قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٩٦٧/١١٧١ في ١٩٦٧/١٠/٢٨، منشور في مجلة القضاء، تصدرها نقابة المحامين" في العراق، العدد الأول، السنة ٢٣، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٦٨، ص ٥٦.

(٤) د. حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص ٣٠٩.

على ذلك وقف المدة المحددة لرفع الدعوى. أما إذا كان للمدعي وصي أثناء قصره فلا تقف المدة المحددة لرفع الدعوى<sup>(١)</sup>.

ب. الغيبة: تقف المدة المحددة لرفع الدعوى إذا كان المدعي غائباً في بلاد أجنبية نائية، "ويجب توافر الوصفين معاً في البلاد الأجنبية وهو أن يكون البلد أجنبياً ونائياً"<sup>(٢)</sup>.

ت. الزوجية: تعد العلاقة الزوجية عذراً شرعياً يوقف المدة المحددة لرفع الدعوى.

ث. القرابة: عدّ المشرع كون المدعي أصلاً أو فرعاً للمدعى عليه عذراً شرعياً يوقف المدة المحددة لرفع الدعوى حفاظاً على الروابط الأسرية، وخوفاً من تصدعها في حال رفع الدعوى "خلال المدة المحددة لها" لتفادي عدم سماعها بمضي المدة. لذا لا يعد عذراً شرعياً يوقف المدة المحددة لرفع الدعوى غير القرابة التي نصت عليها "المادة ٤٣٥ من القانون المدني" كعلاقة الأخوة<sup>(٣)</sup>.

ج. القوة القاهرة: وهذا العذر ورد في المادة المذكورة آنفاً بقولها "أو أن يكون هناك مانع آخر يستحيل معه على المدعي أن يطالب بحقه". لذا تقف المدة المحددة لرفع الدعوى كلما استحال على المدعي اتخاذ الإجراءات المقتضية للمطالبة بحقه "كنشوب حرب أو ثورة أو فتنة أو حدوث زلزال أو فيضانات"<sup>(٤)</sup>.

٣. أثر العذر الشرعي على المدة المحددة لرفع الدعوى:

نصت على هذا الأثر "المادة ٢/٤٣ من القانون المدني العراقي" التي جاء فيها: "والمدة التي تمضي مع قيام العذر لا تعتبر. واستناداً لهذا النص تطرح من حساب المدة المحددة لرفع الدعوى المدة التي يستغرقها العذر"، بحيث تحسب المدة السابقة على وجوده والمدة اللاحقة على زواله.

(١) "قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٠٥٠/٤م/١٩٧٧ في ١٩٧٧/٥/٣"، منشور في مجموعة الأحكام العدلية التي يصدرها قسم الإعلام القانوني في وزارة العدل العراقية، العدد الثاني، ١٩٧٧، ص ٤١.

(٢) "قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١١٧١/١٩٦٧ في ١٩٦٧/١٠/٢٨"، مجلة القضاء، العدد الأول، ص ٥٦.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ١٥٩/١٥٩/هيئة عامة/١٩٧١ في ١٩٧٢/٥/٢٧، نقلاً عن: سحر حيال، مصدر سابق، ص ١٢٦.

(٤) د. الحكيم، عبد المجيد وآخرون، مرجع سابق، ص ٣٩١.

## ثانياً: انقطاع المدة المحددة لرفع الدعوى:

١. تعريف انقطاع المدة المحددة لرفع الدعوى: ذهب جانب من الفقه<sup>(١)</sup> إلى المقصود بانقطاع التقادم هو: "سقوط مدة التقادم التي كانت قد ابتدأت من قبل نتيجة لإجراء قانوني يتخذه صاحب الحق أو إقرار بالحق يصدر عن المدين"، وذهب البعض الآخر إلى أن المقصود به هو: "سقوط المدة السارية لأحد الأمور التي تؤدي إلى قطع التقادم..."<sup>(٢)</sup>. وعرفه آخرون بأنه: "سقوط مدة التقادم السارية قبل تحقق أسباب القطع وعدم اعتبارها، وابتداء تقادم جديد مدته هي نفس مدة التقادم التي قطعت"<sup>(٣)</sup>. يتضح من التعريفات المتقدمة أنها تعرف انقطاع مدة التقادم التي يترتب على اكتمالها سقوط الحق الموضوعي، ولم تعرف انقطاع المدة المحددة لرفع الدعوى، أي لم تعرف انقطاع مدة مرور الزمان التي يترتب على اكتمالها عدم سماع الدعوى، لذا يمكننا تعريف انقطاع المدة المحددة لرفع الدعوى بأنه: اسقاط المدة السابقة على تحقق سبب الانقطاع من حساب المدة المحددة لرفع الدعوى.

٢. الأسباب التي تقطع المدة المحددة لرفع الدعوى: تنقطع المدة المحددة لرفع الدعوى لأسباب تتعلق بالدائن أو المدين" والأسباب التي تؤدي إلى قطع المدة لأسباب تعود للدائن تتمثل "بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر" ... "ويعد في حكم المطالبة القضائية الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس أو توزيع وبوجه عام أي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى"<sup>(٤)</sup>. وأما الأسباب التي تقطع المدة وتعود للمدين فإنها تتمثل "بإقرار المدين بحق الدائن صراحة أو دلالة ... ويعتبر المدين قد أقر دلالة بحق الدائن إذا هو ترك تحت يده مالاً مرهوناً بالدين رهن حيازة"<sup>(٥)</sup>.

٣. أثر انقطاع المدة المحددة لرفع الدعوى: يترتب على انقطاع المدة المحددة لرفع الدعوى سقوط المدة السابقة على تحقق سبب الانقطاع واعتبارها كأن لم تكن، وسريان مدة

(١) د. الذنون، حسن علي، مصدر سابق، ص ٤٠٠.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص ٥١٤.

(٣) شعيب احمد سليمان، مصدر سابق، ص ١٠٧.

(٤) تنظر: المادة (٤٣٧) من القانون المدني العراقي.

(٥) تنظر: المادة (٤٣٨) من القانون المدني العراقي.

جديدة لرفع الدعوى هي ذات المدة المقررة لرفع الدعوى تبدأ من يوم "زوال سبب الانقطاع دون ضم المدة السابقة على الانقطاع اليها"<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### الشُرُوطُ الَّتِي تَتَعَلَّقُ بِالْمُدْعَى وَالْمُدْعَى عَلَيْهِ

يُمْكِنُ حَصْرُ الشُّرُوطِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِالْخُصُومِ بِمَا يَأْتِي:

أولاً: تَمَسُّكُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ بِالْدَفْعِ بِانْقِضَاءِ الْمُدَّةِ الْمُحَدَّدَةِ لِرَفْعِ الدَّعْوَى:

تنص المادة "١/٤٤٢" من القانون المدني العراقي على انه: "لا يجوز للمحكمة أن تمتنع من تلقاء نفسها من سماع الدعوى لمرور الزمان بل يجب أن يكون ذلك بناءً على طلب المدين أو بناءً على طلب دائنيه أو أي شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع ولو لم يتمسك به المدين"<sup>(٢)</sup>. ولهذا لا تملك المحكمة الحكم بعدم قبول الدعوى لانقضاء المدة المحددة لرفعها من تلقاء نفسها، وإنما يجب أن "يتمسك به المدعى عليه أو أي شخص آخر له مصلحة في هذا الدفع"، ذلك أن الدفع بمرور الزمان "لا يتعلق بالنظام العام، وإن كان مبناه" المصلحة العامة المتمثلة بحماية الاوضاع المستقرة، لذا ترك "المشرع للمدعى عليه حرية التمسك بالدفع" إن كان مطمئناً إلى عدم انشغال ذمته بالالتزام أو أن "يتنازل عن هذا الدفع إن كان" يعلم بانشغال ذمته بالدين وأراد أن لا يجحد حق المدعي. وقد "أجاز القانون للمدعى عليه التمسك بالدفع بمرور الزمان في أية حالة تكون عليها الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف"<sup>(٣)</sup> إذا فات عليه التمسك "به أمام محكمة أول درجة" لجهله بهذا الدفع أو لكونه قد سهى عنه.

ثانياً: **إِنْكَارُ الْمُدْعَى عَلَيْهِ الْحَقِّ الْمُدْعَى بِهِ:**

إن تمسك المدعى عليه بالدفع بانقضاء المدة المحددة لرفع الدعوى لا يكفي للحكم بعدم قبول الدعوى، وإنما يجب أن يقترن ذلك بإنكار المدعى عليه للحق المدعى به<sup>(٤)</sup>، فإن

(١) تنظر: المادة (٤٣٩) من القانون المدني العراقي.

(٢) تنظر: المادة (١/٣٨٧) من "القانون المدني المصري".

(٣) تنظر: "المادة (٢/٤٤٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/٣٨٧) من القانون المدني المصري".

(٤) تنظر: "المادتان (٤٢٩ و ٤٣١) من القانون المدني العراقي".

أقر بالحق تعذر عليه التمسك بالدفع<sup>(١)</sup>. بينما لم يشترط "القانون المصري والفرنسي" الانكار<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً: تَرَكَ الْمُدْعِي دَعْوَاهُ الْمُدَّةَ الْمُقَرَّرَةَ لِسَمَاعِهَا:

إن رفع الدعوى للمطالبة بالحق خلال المدة المحددة قانوناً لرفعها يعد واجباً إجرائياً فرضه المشرع على المدعي تحقيقاً "للمصلحتين العامة الخاصة" في آن واحد، وبما أن مخالفة المدعي لهذا الواجب فرضاً محتمل الوقوع كان "لزماً أن ترتبط القاعدة التي أوجبهت بجزاء إجرائي" يحقق له الاحترام الذي يتفق مع الغاية منه، ومن "ثم كان جزاء عدم قبول الدعوى" هو الجزاء الذي يضمن عدم اهمال المدعي برفع دعواه خلال المدة المحددة قانوناً لرفعها، فإذا ترك المدعي دعواه ولم يرفعها خلال هذه المدة تحقق سبب "جزاء عدم القبول، ووسيلة التمسك بهذا الجزاء هي الدفع بمرور الزمان"<sup>(٣)</sup>.

## المطلب الثاني

### أثار الحكم بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان

إذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان ترتب على ذلك آثار "منها ما يتعلق بالحق الاجرائي ومنها ما يتعلق بالحق الموضوعي"، لذا فإن دراستنا لهذه الآثار تتطلب تناولها في فرعين على وفق الآتي:

## الفرع الأول

### أثار الحكم بعدم قبول الدعوى على الحق الإجرائي

يترتب على الحكم بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان اثار تتعلق بالحق الاجرائي متمثلاً بالدعوى، وهذه الآثار يمكن اجمالها بالآتي:

- (١) ينظر: القاضي أحمد عزيز جايد الخيون، "الدفع بالتقادم وتطبيقاته القضائية في القانون العراقي، ط١، المكتبة القانونية"، بغداد، ٢٠١٠، ص٩٧.
- (٢) تنظر: المواد (٣٧٤-٣٧٨) من القانون المدني المصري والمادتان (٢٢١٩ و٢٢٥٨) من القانون المدني الفرنسي.
- (٣) تنظر: المواد (٤٢٩-٤٣١) من القانون المدني العراقي.

**أولاً: عَدَمُ جَوَازِ الرَّجُوعِ إِلَى الدَّعْوَى المَحْسُومَةِ مَرَّةً أُخْرَى:**

إذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان امتنع عليها العودة إلى الدعوى ذاتها، لأن يدها تكون قد ارتفعت عنها واستنفذت ولايتها بشأنها بمجرد صدور الحكم بعدم القبول، ومن ثم لا يجوز لها بعد ذلك العدول عن الحكم الذي أصدرته أو الغائه أو المساس به أو تعديله بالحذف أو الإضافة<sup>(١)</sup>، ذلك أن "الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان يبقى مرعياً ومعتبراً ما لم يبطل أو يعدل من المحكمة نفسها بالاعتراض عليه إن كان غائباً أو يفسخ أو ينقض من محكمة أعلى منها بالطعن فيه عن طريق الاستئناف أو التمييز"<sup>(٢)</sup>.

**ثانياً: عَدَمُ جَوَازِ رَفْعِ الدَّعْوَى المَحْسُومَةِ مَرَّةً أُخْرَى:**

إذا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان امتنع عليها وعلى غيرها من المحاكم النظر في الدعوى ذاتها مرة أخرى بعد الفصل فيها طبقاً "لحجية الأحكام التي قررها المشرع" بوصفها وسيلة وقائية تقي الأحكام من التناقض قبل وقوعه حفاظاً على هيبة القضاء، لذلك عد الحكم قرينة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس على مطابقة الحقيقة القضائية للحقيقة الواقعية<sup>(٣)</sup>. فوضع بذلك حداً لتجديد النزاع ممن خسر الدعوى، وإباح للمحكوم عليه عند رفع "الدعوى مرة ثانية التمسك بحجية الحكم والدفع بسبق الحكم في الدعوى"<sup>(٤)</sup>.

**الفرع الثاني****أثار الحكم بعدم قبول الدعوى على الحق الموضوعي**

لا يترتب على الحكم بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان سقوط الحق الموضوعي، وإنما يقتصر أثر الحكم على زوال الحماية القضائية المقررة للحق، "وهذا ما قضت به

(١) ينظر: د. هاشم، محمد محمود، قانون القضاء المدني، ج ٢، "دار الفكر العربي، القاهرة"، ١٩٨٣، ص ٤٠٠.

(٢) تنظر: المادة (٣/١٦٠) من قانون المرافعات العراقي.

(٣) تنظر: المادتان (١٦٠١٠٥ و ١٠٦) من قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩.

(٤) تنظر: المادة (٣/٢٠٩) من قانون المرافعات العراقي.

المادة ٤٤٠ من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه: "لا يسقط الحق بمرور الزمان...".

وعليه فإن الحق الموضوعي لا يسقط بالحكم "بعدم قبول الدعوى" لمرور الزمان، وإنما يبقى عالماً في ذمة المدين، ويتوجب عليه الوفاء به، وغاية ما في الأمر أنه يتجرد من "الحماية القضائية، ولا يمكن رفع الدعوى للمطالبة به مرة ثانية"، لأنها ستصطدم بالدفع بحجية الحكم السابق وسبق الحكم في الدعوى.

فضلاً عن أن الحق الموضوعي يبقى حقاً مدنياً بعد الحكم بعدم قبول الدعوى ولا يتحول إلى حق طبيعي، لأنه يبقى محتفظاً بعنصره المديونية والمسؤولية، فالحكم بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان لا يسقط عنصر المسؤولية، فالمسؤولية معبر عنها بالجزاء الذي تتضمنه القاعدة "القانونية الموضوعية تمثل الحماية القانونية، وهذه الحماية لا ترتبط بالحماية القضائية" التي زالت عن الحق بالحكم بعدم قبول الدعوى، لأنها لا تعد "عنصراً من عناصر الحق. بل هي تالية" في نشوئها لنشوء الحق.

مما تقدم يتضح أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في تنظيم مرور الزمان المانع من سماع الدعوى في القانون المدني تحت عنوان انقضاء الالتزام دون أن يوفى به، فالالتزام لا ينقضي بمرور الزمان طبقاً لما تقره المادة "٤٤٠" من القانون المدني.

اما فيما يتعلق بموقف المشرع المصري فإن المادة "٣٨٦/ف١" من القانون المدني المصري نصت على انه: "يترتب على التقادم انقضاء الالتزام، ومع ذلك يتخلف في ذمة المدين التزام طبيعي"، ويتبين من هذا "النص أن الحكم برد الدعوى بسبب التقادم يؤدي إلى سقوط الحق الموضوعي" بسقوط عنصر من عناصره وهو عنصر المسؤولية أي سقوط الحماية القانوني وتبعاً لذلك يتجرد الحق من "الحماية القضائية التي تحميه، ويتخلف عن الحكم بالتقادم" حق طبيعي. ومن هنا يتبين صحة "موقف المشرع المصري" بتنظيمه للتقادم تحت عنوان انقضاء الالتزام.

اما بالنسبة للمشرع الفرنسي، فإن المادة "٢٢١٩" من القانون المدني قد نصت على أنه: "التقادم المسقط وسيلة من وسائل سقوط الحق بسبب عدم استعمال صاحبه له مدة محددة" ومن هذا "النص يتضح أن المشرع الفرنسي يتفق في موقفه مع موقف المشرع المصري".

وإذا كان "الحق الموضوعي" لا يسقط بالحكم بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان طبقاً للقانون العراقي، فإن التساؤل يثار عن الوسائل التي يتمكن بها صاحب الحق من الحصول على حقه؟

يمكن تحديد هذه الوسائل بـ:

**أولاً:** تنازل المدين عن الحكم الصادر بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان، "حيث نصت المادة ٩٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي على انه": "يترتب على التنازل عن الحكم التنازل عن الحق الثابت فيه". فإذا تنازل المدين عن الحكم الصادر لصالحه "بعدم قبول الدعوى، زالت عن الحكم حجيته لأنه لم يعد له وجود، وجاز للدائن اقامة الدعوى للمطالبة بالحق، وجاز للمحكمة "نظر الدعوى" لكونها لم تستنفذ ولايتها" لزوال الحكم السابق.

**ثانياً:** اقرار المدين بالحق: إذا رفع الدائن "الدعوى مرة ثانية للمطالبة بالحق بعد صدور الحكم بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان" ولم يدفع المدين بحجية الحكم السابق وافر بالحق امام المحكمة اخذ بإقراره<sup>(١)</sup>. ولإزالة التناقض الذي يحصل بين الحكمين يتعين على محكمة التمييز في هذا الفرض أن تقضي بترجيح الحكم الثاني الأحدث تاريخاً عند حصول التناقض بين حكمين صادرين عن نفس المحكمة أو عن محاكم مختلفة متساوية في الدرجة، وهذا الترجيح يستند إلى افتراض تنازل الخصوم ضمناً عن الحكم الأسبق لمصلحة الحكم الأحدث تاريخاً، ذلك أنهم لم يتمسكوا بحجية الحكم السابق في الدعوى اللاحقة أو "بسبق الفصل فيها أو لم يطعنوا في الحكم الثاني، لا سيما وأن المادة (١٣/أولاً/ب) من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم ١٦٠ لسنة ١٩٧٩ قد نصت على أنه: "أولاً. تكون هيئات محكمة التمييز كما يلي: ب. الهيئة الموسعة - ..... وتختص فيما يأتي: ١. النزاع الحاصل عن تنفيذ حكمين مكتسبين درجة البتات صادرين في موضوع واحد إذا كان بين الخصوم أنفسهم أو كان احدهم طرفاً في هذين الحكمين، وترجع احد الحكمين وتقرر تنفيذه، دون الحكم الآخر، ولرئيس محكمة التمييز وقف تنفيذ الحكمين المتناقضين لحين صدور القرار التمييزي"، "والمادة ٢١٧ من قانون المرافعات نصت على أنه: " يجوز للخصوم ولرؤساء دوائر التنفيذ ان يطلبوا من محكمة التمييز النظر في النزاع الناشئ عن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادرين في موضوع واحد بين الخصوم أنفسهم. وتفصل الهيئة العامة لمحكمة التمييز في هذا الطلب وترجع احد الحكمين وتأمّر بتنفيذه دون الحكم

(١) تنظر: "المادة (٤٤٠) من قانون المرافعات العراقي".

الأخر وذلك بقرار مسبب". وهذان النصان يعالجان مشكلة التناقض بين الأحكام وهما لم يلزما محكمة التمييز او الهيئة الموسعة بترجيح الحكم الأول، وإنما تركا لهما الخيار في ترجيح احدهما على الآخر تحقيقاً للعدالة.

**ثالثاً:** تَنْفِيذُ الْمَدِينِ التِّزَامِيَّةِ: إِذَا قَامَ الْمَدِينِ بِتَنْفِيذِ التِّزَامِيَّةِ بَعْدَ صُدُورِ الْحُكْمِ بَعْدَمِ قَبُولِ الدَّعْوَى لِمُرُورِ الزَّمَانِ، فَإِنَّ تَنْفِيذَهُ يَكُونُ صَحِيحاً لِأَنَّهُ قَامَ بِوَفَاءِ التِّزَامِ مَدْنِي صَحِيحٍ مَتَرْتَبٍ فِي ذِمَّتِهِ، وَلَا يَسْتَطِيعُ بَعْدَ هَذَا التَّنْفِيذِ الرَّجُوعَ عَلَى الدَّائِنِ بِدَعْوَى الْمَدْفُوعِ دُونَ وَجْهِ حَقِّ<sup>(١)</sup>.

**رابعاً:** تَمَسُّكُ الدَّائِنِ بِالمَقَاصَةِ: "نصت المادة ٤١٤ من القانون المدني العراقي على أنه:" "إذا كان الدين لا تسمع فيه الدعوى لمرور الزمن وقت التمسك بالمقاصة فلا يمنع ذلك من وقوع المقاصة ما دامت المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى لم تكن قد تمت في الوقت الذي أصبحت فيه المقاصة ممكنة". "يتضح من هذا النص" أن المقاصة إذا أصبحت ممكنة قبل اكتمال مدة مرور الزمان، فإن ذلك لا يمنع من وقوعها حتى وإن رفعت الدعوى بعد اكتمال مدة مرور الزمان وتمسك المدين بعدم سماع الدعوى لمرور الزمان، لأن حق الدائن بالمقاصة ثبت قبل اكتمال مدة مرور الزمان.

**خامساً:** حَقُّ الدَّائِنِ فِي حَبْسِ المَبِيعِ: إِذَا طَالِبُ البَائِعِ المَشْتَرِي بِتَسْديدِ ثَمَنِ المَبِيعِ، وَحُكْمِ بَعْدَمِ قَبُولِ دَعْوَاهُ لِمُرُورِ الزَّمَانِ، كَانَ لَهُ أَنْ يَتَمَسَّكَ بِحَقِّهِ فِي حَبْسِ المَبِيعِ إِلَى أَنْ يُؤَدِّيَ لَهُ "المشتري جميع الثمن"<sup>(٢)</sup>.

## الخاتمة

نورد في خاتمة هذا البحث أهم النتائج والتوصيات وهي:

### أولاً: النَّتَائِجُ:

١. اتضح من البحث أن الدفع بمرور الزمان هو: "الدفع الذي يوجه إلى حق المدعي في رفع دعواه لوجود مانع من موانع قبولها، ويترتب على ثبوته عدم قبول الدعوى وامتناع المحكمة عن توفير الحماية القضائية للحق موضوع الدعوى".

(١) ينظر: "القاضي أحمد عزيز جايد الخيون"، مصدر سابق، ص ٢٠٢.

(٢) تنظر: المادة (٢٨٠) من قانون المرافعات العراقي.

٢. تبين لنا أن وسيلة التمسك بمرور الزمان بوصفه مانعاً من موانع "قبول الدعوى" هي الدفع بمضي المدة أو بمرور الزمان.
٣. نظم المشرع العراقي مرور الزمان في القانون المدني، وكان يتعين عليه تنظيمه في قانون المرافعات، لأن مرور الزمان مانع من موانع قبول الدعوى.
٤. نظم المشرع العراقي الدفع بمرور الزمان "في القانون المدني، والدفع مجال تنظيمها قانون المرافعات".
٥. تبني المشرع لمصطلح "التقادم المسقط" إلى جانب "مرور الزمان" واعتبرهما مترادفين والحقيقة غير ذلك.
٦. نظم المشرع العراقي مرور الزمان تحت عنوان انقضاء الالتزام دون أن يوفى به في حين ان مرور الزمان لا يؤدي إلى انقضاء الالتزام بدليل أن "المادة ٤٤٠ من القانون المدني نصت على أنه": "لا يسقط الحق بمرور الزمان".
٧. تبين لنا أن المشرع والفقهاء قد خلطوا بين الدفع بمرور الزمان والدفع بالتقادم، وسبب ذلك يعود إلى عدم التمييز بين "الحماية القانونية والحماية القضائية" واعتبارهما مترادفين فضلاً عن الخلط بين الحق الموضوعي والحق في الدعوى واعتبارهما شيئاً واحداً.
٨. اتضح لنا أن الدفع بمرور الزمان يعد دفعاً "بعدم القبول، لأن المدعى عليه الذي يتمسك به يطلب من المحكمة الامتناع عن سماع الدعوى، لا لأنها رفعت بإجراءات غير صحيحة"، ولا إلى محكمة غير مختصة كما هو الحال في الدفع الشكلي، ولا لأن المدعي ليس صاحب حق كما هو الحال "في الدفع الموضوعي، وإنما لانقضاء الحق في الدعوى بانقضاء الميعاد المحدد لرفع الدعوى، وانقضاء هذا الميعاد" يعد مانعاً من موانع قبول الدعوى.
٩. إن الحكم بثبوت الدفع بالتقادم ينصب على الحق الموضوعي ويؤدي إلى سقوطه، بينما الحكم بثبوت الدفع بمرور الزمان ينصب على الحق في الدعوى ويؤدي إلى عدم سماعها.
١٠. إن الحكم بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان لا يؤدي إلى سقوط الحق الموضوعي، وإنما يبقى عالماً في ذمة المدين، ويتوجب عليه الوفاء به، وغاية ما في الأمر أنه يتجرد من

- "الحماية القضائية، ولا يمكن رفع الدعوى للمطالبة" به مرة ثانية، لأنها ستصطدم بالدفع بحجية الحكم السابق وسبق الحكم في الدعوى.
١١. اتضح لنا أن الحق الموضوعي يبقى حقاً مدنياً بعد الحكم "بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان" ولا يتحول إلى حق طبيعي، لأنه يبقى محتفظاً بعنصريه "المدىونية والمسؤولية".
١٢. إن "الحكم بعدم قبول الدعوى لمرور الزمان" لا يجرد الدائن من الوسائل التي تمكنه من الحصول على حقه.

### ثانياً: التوصيات:

#### نَدْعُو المَشْرَع العِرَاقِيَّ إلى:

١. تنظيم مرور الزمان المانع من سماع الدعوى في قانون المرافعات بوصفه مانعاً من موانع قبول الدعوى.
٢. تنظيم الدفع بعدم القبول في قانون المرافعات وتحديد اسباب التمسك بهذا الدفع المتمثلة "بانتهاء شرط أو أكثر من شروط قبول الدعوى وهي الأهلية والصفة والمصلحة" أو وجود مانع من موانع قبول الدعوى وهي موانع قانونية تتمثل بسبق الحكم في الدعوى ومرور الزمان، وموانع اتفاقية تتمثل بالصلح والاتفاق على التحكيم.
٣. رفع التناقض الحاصل بين "المادة ٤٤٠ من القانون المدني التي تقضي بعدم انقضاء الالتزام بمرور الزمان وتنظيم الاخير ضمن احكام انقضاء الالتزام دون أن يوفى به".

### المصادر

#### أولاً: كتب الحديث:

١. أبو محمد عبد الله بن وهب بن مسلم المصري القرشي، موطأ عبد الله بن وهب، دار ابن الجوزي، الدمام - السعودية، ١٩٩٩.

#### ثانياً: كتب أصول الفقه وقواعده:

١. الشيخ محمد الخضري، أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣.
٢. د. محمد سليمان عبد الله الأشقر، الواضح في أصول الفقه، ط٢، دار النفائس، عمان - الأردن، ٢٠٠٦.

**ثالثاً: كتب اللغة والمصطلحات:**

١. إبراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، ج١، المكتبة الإسلامية، استانبول-تركيا، دون سنة طبع .
٢. د. إبراهيم أنيس و د. عبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله، المعجم الوسيط، ط٤، مكتبة الشرق الدولية، القاهرة، ٢٠٠٤.
٣. أحمد بن محمد علي الفيومي المقرئ، المصباح المنير، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٣.
٤. إسماعيل بن حماد الجوهري، معجم الصحاح (الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية)، ط١، ج٣، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ٢٠٠٥.
٥. الإمام محب الدين أبو الفيض السيد محمد مرتضى الزبيدي، تاج العروس، ج١، ط١، دار صادر، بيروت - لبنان، ١٩٦٦.
٦. الخليل بن احمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق د. عبد الحميد هنداوي، ج٢، منشورات دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ٢٠٠٣.
٧. العلامة أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، المجلد الخامس، ط٦، دار صادر، بيروت - لبنان، ٢٠٠٨.

**رابعاً: مراجع الفقه الإسلامي:**

١. أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن محمد عليش، منح الجليل على مختصر خليل، ج٨، المطبعة العامرة، القاهرة، ١٢٩٤هـ.
٢. د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت - لبنان، ٢٠٠٤.
٣. علي قراعة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة الرغائب، القاهرة، ١٩٢١.

**خامساً: الكتب القانونية العامة:**

١. د. أحمد ماهر زغلول، أعمال القاضي التي تحوز حجية الأمر المقضي وضوابط حجيتها، ط٢، دار أبو المجد، القاهرة، ١٩٩٩.
٢. د. أحمد مسلم، أصول المرافعات والتنظيم القضائي والإجراءات والأحكام في المواد المدنية والتجارية والشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٧.

٣. د. آدم وهيب الندوي، المرافعات المدنية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع.
٤. د. القاضي أحمد عزيز جايد الخيون، الدفع بالتقادم وتطبيقاته القضائية في القانون العراقي، ط١، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٠.
٥. توفيق حسن فرج ود. مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٩.
٦. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي أحكام الالتزام، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، ١٩٥٤.
٧. د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام دراسة مقارنة، دار وائل للنشر، ٢٠٠٤.
٨. د. خليل جريج، محاضرات في نظرية الدعوى، مؤسسة نوفل، بيروت، ١٩٨٠.
٩. د. ربيع شندب، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، ج١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١.
١٠. د. سعدون ناجي القشطيني، أحكام المرافعات، ج١، ط٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٦.
١١. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، احكام الالتزام، دون مكان طبع، ١٩٩٢.
١٢. شاكرا ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الاصلية، ج٢، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٥٩.
١٣. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٢.
١٤. د. عبد الباسط جميعي، شرح قانون الإجراءات المدنية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٥.
١٥. د. عبد الحميد الشواربي واسامة عثمان، احكام التقادم في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٤.

١٦. د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، تنقيح المستشار احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
١٧. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، شركة الأهلية، بغداد، ١٩٦٧.
١٨. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج٢، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، دون ذكر سنة الطبع.
١٩. د. عبد المنعم البدرابي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، ج٢، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.
٢٠. د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، بيروت، ١٩٦٢.
٢١. د. عبدة جميل غصوب الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، المؤسسة الجامعية، لبنان، ٢٠١٠.
٢٢. د. د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣.
٢٣. محمد العشماوي ود. عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات في التشريع المصري والمقارن، ج٢، المطبعة النموذجية، القاهرة، ١٩٥٨.
٢٤. محمود الكيلاني، أصول المحاكمات المدنية، ط ٢، جامعة عمان الأهلية، الأردن، ٢٠٠٦.
٢٥. د. محمد محمود هاشم، قانون القضاء المدني، ج٢، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٣.
٢٦. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٣٨ لسنة ١٩٦٩، مطبعة الأزهر، بغداد، ١٩٧٢.
٢٧. د. نبيل إسماعيل عمر ود أحمد خليل، قانون أصول المحاكمات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٤.
٢٨. د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٦.

٢٩. د. هدى مجدي، النظام القضائي وقواعد المرافعات، مركز الدراسات العربية، ٢٠١٨، ص ٢٦٨.

٣٠. د. وجدي راغب فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٦.

#### سادساً: الأطاريح:

١. احياد ثامر نايف الدليمي، إبطال عريضة الدعوى المدنية للإهمال بالواجبات الإجرائية دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١١.

٢. سحر حيال غانم، نظرية مرور الزمان المانع من سماع الدعوى دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق/جامعة الموصل، ٢٠١٦.

#### سابعاً: البحوث والمقالات:

١. د. احياد ثامر نايف الدليمي، انتقال الحق في الدعوى المدنية دراسة مقارنة بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٦) العدد (٥٦) السنة (١٨).

٢. الشيخ حامد أفندي العمادي دمشقي الحنفي، القول الأقوى في تعريف الدعوى، تحقيق د. عبد الناصر أبو البصل، مجلة البلقاء للبحوث والدراسات، العدد الأول، المجلد الخامس، ١٩٩٧.

٣. شعيب احمد سليمان، التقادم المسقط في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة الحقوق، الاعداد (١-٤)، السنة الخامسة عشر، ١٩٨٣.

٤. ضياء شيت خطاب، التقادم المسقط في القانون المدني العراقي بحث منشور في مجلة القضاء نقابة المحامين، السنة (١٥) العدد (١)، شباط، مطبعة العاني، ١٩٥٧.

٥. لطيف جبار علي، التقادم المسقط في القانون المدني، بحث منشور في مجلة حمورابي، العدد ٥، ٢٠٠٩.

#### ثامناً: القوانين:

١. دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥.

٢. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٣. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٤. قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

٥. قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
٦. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.
٧. القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل بالقانون رقم (٥٦١-٢٠٠٨) في ١٧ حزيران/٢٠٠٨.