خواطر مدنية

أفكار وآراء في القانون المدني

الدكتور. محمد سليمان الأحمد

خواطر مدنية
أفكار وآراء في القانون المدني
الدكتور محمد

السعر: (٤٥٠) دينار

2009

من منشورات مكتب الفكر والوعي في الإتحاد الوطني الكردستاني

٢٠٠٩

خـــواطـر مـــدنيـــــــة

((أفكار وآراء في القانون المدني))

الدكتور

محمد سـليمان الأحمد

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية القانون والسياسة ـ جامعة السليمانية

مكتب الفكر والوعي للإتحاد الوطني الكردستاني

السليمانية: محلة: سرجنار ـ ١٢١

الزقاق: ٤٤

رقم الدار ـ ١ـ

www.hoshiari.org

govarynovin@yahoo.com

إسم الكتاب: خواطر مدنية ـ أفكار وآراء في القانون المدني

تأليف: الدكتور محمد سليمان الأحمد

التصميم الداخلي والغلاف: أميره عمر

طبع: مؤسسة حمدي للطباعة والنشر

العدد: (١٠٠٠) نسخة

الأيداع: (١٦٠٦) لسنة ٢٠٠٩

التسلسل: (٣١٣)

من منشورات مكتب الفكر والوعي للإتحاد الوطني الكردستاني

بسم الله الرحمن

((ويرى الذين أوتوا العلم الذي أنزل إليك من ربك
هو الحق ويهدي الى صراط العزيز الحميد))

سبأ/٦

الإهـــــداء

إلى من تحملت عناء السهر لأظفر بحلمي..

الى مـن اتـصفت بـصبر قـل نظيره في متابعـة مـسيرتي العلمية ....

إلى من تستحق أن تنال كل الحب والتقدير والثناء...

إلى شريكة حياتي بكل قيمها ومعانيها....

زوجـــتي الحـبيبـــة

أهدي لها جهدي في هذا الكتاب
متمنيّـا أن ينال قبولها

محمـــد

في الخاطـر...!

إن أحسن أفكارنا تأتينا ونحن نجلس على مقعد في قطار في أثناء تدخين سيكارة ، أو يحدث لنا هذا ونحن نتجول في طريق نصعد إلى أعلى ببطء شديد، أو في نحو ذلك من الظروف . أما من يجلس بين كتبه لساعات طويلة بغية العثور على أفكار جديدة فانه لا يجدها أبداً .

ومن الواجب على الباحث عندما يرى شيئا جديداً يستحق التسجيل ، أن يبادر بتسجيله واعلانه على الفور بغير تردّد أو خوف، بشرط أن تكون رؤيته لهذا الشيء الجديد واضحة كل الوضوح طبقاً لطريقة (ديكارت) في المعرفة وهي أن نرفض كل ما يتطرق إليه أدنى شك ، وأن نعتبر صحيحاً كل ما نراه كذلك بوضوح كامل وقوي.

وعندما يرى الباحث شيئاً جديداً بهذا الوصف فانه يعيش تجربة نفسية، تسمّى(التجربة الحيّة للعلم) ، وهي شعور الباحث بالرضى وهو يقول لنفسه ، هذه المرة صنعت شيئاً سيكتب له الدوام .

مـاكـس فيبـر

توطئة

من خلال دراستي وتدريسي للقانون المدني ، حباً و شغفاً في هذا القانون ، وجدت نفسي ملزماً بأن أسجل له ما قد يكون ميزة ، أو ألاحظ عليه ما قد يعد عيباً، ولعل الحديث فى ذكر المزايا، يقصر بالنسبة للحديث في ذكر العيوب، وهذا ما جعل هذه الدراسة مقتصرة على ذكر المثالب، إذ أن ميزة القانون المدني العراقي، أن مشرعه حاول ان يخط لنفسه طريقا خاصاً، بعد أن وجد أن المشرع السوري قد سار بشكل واضح خلف خطى المشرع المصري ، بل تكاد تكون مدونة القانون المدني السوري نسخة طبق الأصل من مدونة القانون المدني المصري . إذ لا ينكر أن المشرع العراقي أخذ العديد من أحكام مواده من القانون المدني المصري ، لكنه خالفه في كثير منها في مواد أخرى ، ولعلني أشيد بهذا الموقف منهجا لا

موضوعاً ، اذ أن لكل مجتمع عاداته وتقاليده التي تختلف بحسب الأصل مع المجتمعات الأخرى ، وإن إشتركوا في أصول كثيرة، كاللغة والدين والعرق والتأريخ.

وفي الوقت الذي وضعت هذه الأوراق للطباعة، وجدت أن هناك من سبقني في درج ملاحظاته على القانون المدني العراقي، فكان للأستاذ العلّامة الفاضل الدكتور سعدي البرزنجي، فضل السبق في تسجيل ملاحظاته على هذا القانون في كتاب أصيل له [1]. وإني كم أتمنى على جميع المختصين في مجال القانون المدني، أن يحذوا حذو الأستاذ البرزنجي، كي نجمع هذه الملاحظات، في النهاية، ونضعها بين يدي المشرع، الذي ستقع عليه مسؤلية التغيير نحو الأفضل.

ولعلّني أودّ التذكير هنا، أن ما قصدته من وضع هذه المدونة، هو الإدلاء بدلوي والإفصاح بفكري في معترك النقاشات الفكرية الحيّة البنّاءة، التي تهدف الى التغيير ـ دوما ـ نحو الأفضل، إذ لا أريد لهذا الطّرح إلاّ حسنة واحدة، فمن شاء بارك بها، ومن شاء إنتزعها، ومن شاء سوّءها، لكنّها، في النهاية ، فكرة، أو أفكار خطرت، فأردت إعلامها للملأ، كي يتنبّه، من يريد الإنتباه، إلى الحقيقة التي يسعى

[1] كتابه ملاحظات نقدية في القانون المدني ، أربيل، ٢٠٠٧، ط١.

الجميع إلى إستظهارها، من خلال التحليل والإستقراء والإستنتاج ، القائمين على النقد، الّذي سوف لن يقتصر على مضمون الأحكام التي أتى بها القانون المدني العراقي، بل قد يتعدّى ذلك الى قوانين مدنية أخرى، أو آراء فقهية مدنية ، أو غير مدنية موضوعها إبراز أو توضيح الجانب المدني فيها أو بيان حقيقته.

والله أسأل أن يكون عملي هذا صالحا ومفيدا، محققا لغاياته المقصودة ، مضيفا للمعرفة مايستحق أن يكون علما صالحا للتعلّم ، وهو، جلّ وعزّ، فوق كل ذي علم عليم .

- تصدير -
لماذا ((خواطر مدنية)) !؟

الخواطر جمع خاطر ، والخاطر ، في اللغة ، ما يخطر في القلب من تدبير ، وقد يُقال أن الخاطر هو الهاجس ، وخطر ببالي أي وقع في ذهني [1] ، بعد نسيان [2] ، كما يقال : خطر لي ، أي لاح في فكري [3] ، إذ قد أقول ، خطرت في بالي فكرة ، أي قدحت وتكونت.

وقد إخترت ، لكتابي هذا ، الذي بين يدي القاريء الكريم ، عنوان: ((خواطر مدنية)) ، لأعبر ، به ، عمّا توصلت إليه من

---

[1] لاحظ : أبن منظور، لسان العرب، ج٢، دار صادر، بيروت، ١٩٩٧، ط١، ص٢٧٦.

[2] لاحظ : الفيروز آبادي، معجم القاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٧، ط٢، ص٣٧٩.

[3] لاحظ : جرجي شاهين عطية، المعتمد، معجم عربي عربي، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٤، ط٢، ص١٥٤.

أفكار وآراء ، حول أفكار وآراء وأحكام ونصوص وقواعد ومباديء، وردت في متن القانون المدني، لاسيما في العراق، وفي متون كتب الفقهاء والشرّاح والمختصين في مجال هذا القانون ، ولهذا إخترت نعت الخواطر بالصفة المدنية ، كي تدل على المحتوى والمضمون .

ولايخفى على اللبيب ، أن من لديه فكرة أو خاطِرة ، لايكون مستغنياً عن الرجوع الى المراجع ، إما للتمهيد للفكرة ، أو للحصول على معلومة يريد الباحث نقدها، أو الاستناد اليها في تبرير موقفه أو رأيه ، أو حتى الدفاع عنها، لأن كل ما يقوم به الباحث ، من نقد، وتحليل، ومقارنة ، وتأصيل ، وتعليل ، ومراجحة، وتوفيق ، وتفضيل ، بتلخيص أو تفصيل ، ما هو إلا لخدمة الغاية التي من أجلها وضع هذا الكتاب محلاً للقراءة، وهي أن تعاد صياغة قانوننا المدني، الذي تتأسس عليه معظم العلاقات القانونية بجميع أوجهها وأشكالها ومضامينها، من أجل مجتمع أكثر ازدهاراً وتطوراً، والله الموفق.

مقدمـــــة

أراد واضعو القانون المدني العراقي ذي الرقم(٤٠) لسنة ١٩٥١، أن يجعلوه قانوناً يمتزج في بحره ماءان من بيئتين متباينتين، ليكون ملتقىً لبحرين، يجسدان الفقهين العظيمين : الفقه الاسلامي والفقه الغربي متمثلاً في الفقه الفرنسي الذي بني على مراحل تقدّم فيها الفقه وتطور على أسس من الفقه الروماني. لكن يحق للمتسائل أن يسأل هل وُفّق المشرع العراقي في ذلك ؟ !

لعلني لا أستطيع الجزم بالأجابة القاطعة بالتصديق أو النفي، لكن الناظر بنظرة ثاقبة الى نصوص هذا القانون، سيخرج بنتيجة مفادها أن من يعتقد بان المشرع العراقي قد

خواطر مدنية ـ ـ ـ

العام للقانون سيوضح الخط الذي يسير عليه القانون في احكامه، أهو مع استقرار التعامل في عموم احكامه، أم مع اقرار الحقوق المكتسبة واحترامها، وهل هو موضوعي التوجّه في العلاقة بين الحقوق واصحابها، أم شخصي التوجه ؟ أم هو بين ذلك قواماً؟.

٣- ان كثيراً من النصوص المقتبسة من الفقه الاسلامي، قد اساءت الى هذا الفقه اساءة كبيرة، فكأني بواضع القانون المدني العراقي البحث عن أي حكم في هذا الفقه ليملي فيه موضوعاً من اجل الوضع والاملاء فقط ليس الا، في حين ان التخلي عن هذا الحكم أكثر نفعاً للقانون من جهة، ولهذا الفقه من جهة اخرى، فما هي فائدة وجود المادة (٦) من القانون المدني العراقي، مع وجود نص المادة (٧)منه؟ ، فاذا كان الشخص الذي يستعمل حقه استعمالاً غير جائز، وجب عليه الضمان، فمن مفهوم المخالفة انه اذا استعمل حقه استعمالاً جائزاً فانه لايضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر. ثم ما فائدة ان يذكر المشرع في قانون مدني يفترض فيه التحضّر والتحديث، عبارات ((الدابة)) و ((الثور النطوح)) و ((الكلب العقور))، أفليس من حق المتسائل في الطريق العام ان يسأل ما حكم فعل ((الحمار الرفوس)) ؟ أو غيره من الحيوانات ؟! هل هذا محل للتباهي بان قانوننا مقتبس من الفقه الاسلامي ؟! ثم ما

الداعي، والمشرع ينظم أحكام التضامن بين الدائنين، ان يقتبس احكام الدين المشترك من الفقه الاسلامي؟ وما قيمة ان نستهلك نصوصاً كثيرة لاجل تنظيم موضوع قلّما نجده محلاً للتطبيق في حياتنا العملية، كما هو الحال بالنسبة الى الشفعة.

٤- وفي المقابل هناك احكام في غاية من الدقة والموضوعية والعدالة موجودة في الفقه الاسلامي، تعمّد المشرع العراقي أو قصّر في الاخذ بها، كما في قاعدة كسب ملكية المضمونات بالضمان المشهورة في الفقه الحنفي، أو انه تعمّد أو قصّر في مخالفتها، كما في مخالفته الصريحة لقاعدة ((اضافة الحكم إلى المباشر عند اجتماعه مع المتسبب))[١] وان ((المباشر ضامن وان لم يتعمد))[٢] و ((المتسبب لا يضمن الا بالتعمد))[٣] اذ انه خالف جميع هذه القواعد في المادة (١٨٦) منه، في حين انه كان الاجدر به الاخذ بها والتعمق في تنظيمها مع تفصيلاتها.

٥- لايخفى على احد ما لمدونة جوستنيان من وقع كبير على القوانين المدنية التي اقتبست معظم احكامها من القانون المدني الفرنسي، لاسيما القانون المدني المصري، وكذلك قانوننا المدني العراقي، وينبغي الاعتراف بان قواعد فقهية،

---

(1) لاحظ: المادة (٩٠) من مجلة الأحكام العدلية.

(2) لاحظ: المادة (٩٢) من مجلة الأحكام العدلية

(3) لاحظ: المادة (٩١) من مجلة الأحكام العدلية

واخرى اصولية ، قد تمّ اقتباسها من هذه المدونة وليس من الفقه الاسلامي، وهذا ليس عيباً، فالمصلحة التشريعية تفرض على المشرع السعي وراء أي حكم وارد في أي قانون للاخذ به تلبية لتلك المصلحة، فالمصلحة تقتضي إقرار الاحكام الأكثر منطقاً وعدالة، والحكم علم، والعلم يُطلب ولو كان في الصين.

فُقرب المقتبس منه أو بعده ليس –في اعتقادي– ضرورياً، طالما ان أحقق به مصلحة تشريعية أحقق بها العدل بدل الظلم، وأحقق بها الخير بدل الشر، وأحقق بها الصدق بدل الكذب، وأحقق بها النظام بدل الفوضى، وأحقق بها التسامح والاتفاق بدل الشقاق، وأحقق بها السلام والصلح بدل التنازع والتخاصم، وأحقق كل ما من شأنه الحفاظ على المنظومة المدنية وحفظها من التشردم ، والانحلال، ولا ننسى اننا بدلاً من ان نتوخّى العقيدة والتديّن في احكامنا القانونية، فانا علينا ان نمليها بالحكمة والعقل وجعلها قائمة على اسس اخلاقية، ولا أقول هنا بتقنين قواعد الاخلاق، لا بل انها تبقى في حد أدنى متباينة مع قواعد القانون، لكني أقول ان القانون يجب أن لا يكوّن لدى الجماعة فكرة تسيء اليه من خلال مناهضة لقواعد الاخلاق، فهو بهذا لن يكون مقنعاً للجماعة على الرغم من انه احد اهم ادوات تحقيق سعادتها.

وفي كتابنا هذا سنناقش مسائل وموضوعات كثيرة، قسم منها منصوص عليه في القانون المدني العراقي، وآخر شاع الغلط في فهم محتواه من قبل كثير من الفقه، ويمكن سرد المسائل التي سنناقشها في النقاط الآتية :-

١- القانون المدني و مصادر التطبيق.

٢- حقيقة العقد.

٣- مشكلة التعرقل بالشكلية.

٤- الفسخ ليس مقتصراً على العقود الملزمة للجانبين.

٥- الحماية المدنية لاتعني بالضرورة المسؤولية المدنية.

٦- أحكام المسؤولية ناقصة و غير متناسقة .

٧- المسؤولية المدنية تقوم على الخطأ وليس على الضرر.

٨- الفارق بين الغش والخطأ الجسيم.

٩- نقض العقد الموقوف ليس فسخا و لا ابطالاً للعقد.

١٠- لا وجود لبطلان مطلق للعقد.

١١- تحديد المفهوم الحديث لعلاقة العمل .

١٢- مصادر الالتزام و الالزام في القانون ليست خمسة او ستة أو سبعة.

١٣- أسباب كسب الملكية ليست محصورة .

١٤- المسؤولية عن إساءة استعمال الحق قد تكون عقدية.

١٥- الحبس للضمان والشفعة وغيرهما ليست حقوقاً.

١٦- المسؤولية غير العقدية أصلية ووصفية.

١٧- إن مصطلح الضمان في الفقه الإسلامي لا يقابل مصطلح المسؤولية في القانون المدني.

١٨- قصور التعويض عن الضرر الأدبي.

١٩- الجنائي لا يوقف المدني.

٢٠- التتبع ليس مقتصراً على أصحاب الحقوق العينية التبعية.

٢١- تقادم الدين وتقادم المسؤولية وعدم المنطقية بين كل من التقادم في المسؤوليتين.

٢٢- حماية الأوضاع الظاهرة حماية نسبية مقترنة بتحقيق المصلحة العامة.

٢٣- الأصل في الاحتراف انه مدني.

٢٤- لا وجود لعقود إدارية أو تجارية أو دولية، العقود جميعها مدنية.

٢٥- لا وجود لمسؤولية ادارية أو دولية في القانون ، المسؤولية إما مدنية أو جنائية.

٢٦- قصور الملاءمة في الأحكام المدنية.

٢٧- مشكلة القيمة المادية للحق لكي يصبح مالاً.

٢٨- القانون المدني لا يحتوي على نظريات عامة كافية.

٢٩- نظرية العقد في القانون ناقصة.

٣٠- ضرورة تنظيم وتسمية بعض العقود لأهميتها.

٣١- الحيازة في المنقول سند الحائز وليست سند الملكية.

٣٢- تملك الحائز حسن النية للثمار ، ومسؤولية الحائز سئ النية.

٣٣- تحديد مفهوم الروابط المدنية وحقيقة الفرق بين الإلتزام ومشتبهاته والعقد ومشتبهاته .

٣٤- مكانة القصد المدني في الإلتزام والعقد .

٣٥- الصفة العقدية والتنظيمية لبعض العلاقات.

٣٦- مشكلة إعمال فكرة الأثر الرجعي .

٣٧- القانون المدني يخلو من نصوص ترشد القاضي لكيفية تفسير القانون وتطبيقه.

٣٨- الملكية الفكرية موضوعاً مدنياً صرفاً.

٣٩- لا داعي لوجود مواضيع ونصوص كثيرة في القانون المدني العراقي.

٤٠- المصلحة غاية الأحكام في القانون المدني.

وسننهي ما استذكرناه من خواطر في القانون المدني بكلمة ختامية عن السياسة المدنية في القانون العراقي.

والله أسأل أن يكون لهذا العمل فائدة يذكرها أولوا الألباب ، كما أرجو أن تؤخذ بعين الإعتبار عند إعادة النظر في المدونة المدنية ، والله ولي التوفيق.

د. محمد سليمان الأحمد

السليمانية : ١٨ جمادي الأول ١٤٢٩هـ

٢٢ آيـــار ٢٠٠٨م

١. القانون المدني ومصادر التطبيق:

هذه النقطة تثير مشكلتين، الأولى تتعلق بمصادر تطبيق القانون المدني، والثانية تتعلق بمدى عدّ القانون المدني مصدراً تطبيقياً رسمياً لبعض القوانين، ونعالج هاتين المشكلتين في الآتي:-

المسألة الأولى:

مصادر تطبيق القانون المدني:

يطلق الفقه مصطلح مصادر القانون ، بهذا الاطلاق ، ويقصد بها ، المصادر التي تحددها القوانين المدنية في العادة في مادتها الأولى، وهذه المصادر هي مصادر تطبيق القانون، اذ أن مصدر القانون يعني: الأصل أو المنبع الذي يستمد منه القانون قواعده و أحكامه[1]، فالمصدر هو كل أصل يسهم في خلق وتكوين القاعدة القانونية ، وهو بهذا المعنى يعني مصدر القانون عند وضعه وسنّه، ومصدر القانون عند وضعه وسنّه ينصرف الى المصدر التأريخي والمصدر المادي له:-

---

[1] لاحظ : د. سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٢، ص ١١٣

١- المصدر التأريخي: وهو الأصل الذي تأثر به المشرع في وضعه للقانون، فالقانون الروماني هو مصدر تأريخي للقانون الفرنسي، لأن مشرع هذا القانون تأثر به عند وضعه، وكذلك الفقه الأسلامي مصدر تأريخي لقانون الأحوال الشخصية العراقي.

٢- المصدر المادي، ويكمن في مجموع الأصول الواقعية والفكرية والقانونية التي تسهم في خلق وتكوين القاعدة القانونية، كالعوامل الاجتماعية والسياسية والفكرية التي تسود في المجتمع الذي يسن فيه القانون، وكذلك استقاء القانون بعض قواعده وأحكامه من قوانين أخرى، كما في القانون المدني التركي الذي استقى معظم أحكامه من القانون المدني السويسري.

وكل من المصدر التأريخي والمصدر المادي يخرج عن دائرة إلزام القاضي بتطبيقه، فالقاضي لايطبق إلا قانونه الوطني، ولا يلتزم بتطبيق أي قانون، إلا إذا أشار أو سمح له قانونه الوطني بذلك، فإذا فعل المشرع وحدد للقاضي مصادر أخرى لكي يطبقها على المنازعة المطروحة أمامه، فإن هذه المصادر تسمى مصادر تطبيق القانون، وقد أشارت اليها المادة الاولى من القانون المدني العراقي ، حيث نصت على انه: (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل

التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها. ٢-فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيّد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. ٣-وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

وهذا النص مأخوذ مع بعض التعديل من المادة (١) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ التي نصت على أنه: (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

فالمادة الاولى من القانونين المدني العراقي والمدني المصري، تنص على ترتيب مصادر تطبيق القانون المدني بالشكل الآتي:

١- التشريع ٢- العرف ٣- مبادىء الشريعة الاسلامية ٤- قواعد العدالة.[1]

علماً أن الفقرة (٢) من المادة (١) مدني عراقي كانت تقدم الشريعة على العرف في المشروع الذي قدمته لجنة وضع القانون برئاسة الأستاذ الدكتور عبدالرزاق السنهوري، إذ كان نص الفقرة (٢) من المادة (١) كالآتي: (٢- فإذا لم يوجد نص طبقت أحكام الفقه الاسلامي الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين، فإذا لم توجد احكام ملائمة في الفقه الاسلامي، طبق العرف، فإذا لم يوجد عرف طبقت قواعد العدالة). إلا أن هذه الفقرة تغيرت إلى ما آلت اليه الآن.

ومن القوانين التي جعلت الشريعة في المكانة الثانية بعد التشريع مباشرةً:

١- القانون المدني السوري: الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه:

---

[1] وقد إعتمد القانون المدني البحريني النافذ رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١ هذا الترتيب أيضا حيث نصت المادة (١) منه على أنه : ((أ- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه النصوص بلفظها أو بمفهومها. ب- فإذا لم يوجد نص تشريعي يحكم به القاضي، حكم بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد ، حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية مستهديا بأصلح الآراء فيها بالنظر لواقع البلد وأحوالها، فإذا لم يوجد، حكم بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة)) .

(١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة).

٢- كما أن القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، قد وضع الشريعة في المكانة الثانية، وقد ميّزها من الفقه الاسلامي، وكأنما أراد تطبيق المسائل الفقهية التفصيلية في أحكام الفقه الاسلامي بعد التشريع، فإذا لم يوجد في الفقه إهتدى القاضي بمبادىء الشريعة وهذا إكتراث من غير ضرورة، حيث نصت المادة (٢) من هذا القانون على أنه: (١. تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للإجتهاد في مورد النص. ٢. فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإذا لم تجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية. ٣. فإن لم يوجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو

الآداب. أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد. ٤. وتسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على الاّ يتعارض مع ما ذكر).

والغريب في هذا النص أن المشرع أنزل نفسه الى منزلة الفقه، عندما تعرّض لشروط العرف!.

٣- كذلك وضع القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠، الشريعة الاسلامية في المكانة الثانية بعد التشريع، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه: (١- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. ٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الأسلامي الأكثر إتفاقاً مع واقع البلاد و مصالحها وإن لم يوجد حكم بمقتضى العرف).

٤- كما أن قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون الأتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧، قد جعل الشريعة الإسلامية في المكانة الثانية ، لكنه فصّل في الرجوع الى المذاهب الفقهية و ذكرها باسمها: حيث نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه:(تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها و فحواها. ولا مساغ للإجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة ،

فاذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون، حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أنه يراعي تخيّر أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك و الإمام أحمد بن حنبل، فاذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة. فاذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضا مع النظام العام أو الآداب، واذا كان العرف خاصا بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة).

والغريب في موقف القانون الإماراتي أنه قدم مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل على مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة، في حين أن هذا القانون مقتبس في الغالبية العظمى من احكامه من القانون المدني الأردني، والأخير في مورد إقتباسه من الفقه الأسلامي، قد إقتبس معظم أحكامه من الفقه الحنفي من خلال مجلة الأحكام العدلية و تأثره بالقانون المدني العراقي المعروف بتوجهه الحنفي فيما يتعلق بالأحكام المستقاة من الفقه الأسلامي.

٥- والأغرب من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، هو ماذهب اليه القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢، اذ عدّ القانون نفسه تقنينا لمباديء الشريعة الأسلامية . حيث نصت المادة الأولى منه على أنه:(يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الأسلامية على جميع المعاملات والمسائل

التي تتناولها نصوصه لفظاً ومعنى ، فاذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع الى مباديء الشريعة الأسلامية المأخوذ منها هذا القانون ، فاذا لم يوجد ، حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعا ، فاذا لم يوجد عرف فبمقتضى مباديء العدالة الموافقة لأصول الشريعة الأسلامية جملة ويشترط في العرف أن يكون عاماً ثابتاً ولا يتعارض مع النظام العام والآداب العامة). وهذا اكتراث زائد عن حده لمباديء الشريعة الأسلامية ، بل أن القانون المدني اليمني نص على مبدأ يتعلق بالشريعة الأسلامية ، وهو ليس عن القانون ببعيد، اذ نصت المادة (٣) منه على أن:((الشريعة الأسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم والتيسير على الناس في معاملاتهم وعدم تكليفهم بما يشق عليهم ويوقعهم في الضيق والحرج)).

٦- وكذا الحال بالنسبة للقانون المدني القطري النافذ رقم (٢٢) لسنة٢٠٠٤ ، حيث المادة (١) الى أنه : ((١ - -تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها. ٢-إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يجد، حكم بمقتضى العرف، وإلا فبمقتضى قواعد العدالة)).

ولا أتفق مع جميع الأتجاهات السابقة، إذ أنها، جميعها، لا تفصل بين القانون والشريعة، فالقاضي الذي درس القانون وحصل على شهادة أكاديمية فيه، قد يكون غير متقن لنصوص التشريع، فكيف بنا الزامه بمعرفة جميع فروع وأحكام الفقه الأسلامي الغنية والمتشعّبة ؟ ثم أن ماوجده المشرع ضروريا للأخذ من الفقه الأسلامي قد تم أخذه فعلاً عند وضع التشريع، فلم الزيادة على ذلك؟ ثم ان القاضي وهو يطبق القانون ، يجب أن يكون محكوماً بأهم المباديء والأصول التي ينهض بها القانون المدني، كما أن نص المادة الأولى يجب أن نجد صداها في قوانين أخرى، كون القانون المدني الشريعة العامة في النظام القانوني للدولة، ومن الأعتبارات التي يجب أن تنهض بها المادة الأولى ما يأتي:

١- القانون المدني، وهو قانون المعاملات، يجب أن يركز على ضرورة احترام حسن النية في هذه المعاملات التي تمثل في غالبيتها التزامات و عقود، وهذا ما أشار اليه القانون المدني التركي الصادر في سنة ١٩٢٦، (الملغي) ، حيث نصت المواد الأربع الأولى منه على مصادر تطبيق القانون واليك تباعا هذه النصوص:

فالمادة الأولى مدني تركي نصت على أن:(القانون مرعى في كل ما يمس روحه ولفظه من المسائل، وعلى الحاكم أن

يحكم وفق العرف والعادة في المسائل التي ليس فيها نص قانوني، واذا لم يوجد عرف أو عادة ، فعليه أن يحكم وفق ما يضعه من القواعد فيما اذا كان واضعا للقانون ، على أن يستفيد في حكمه من مقرراته الاجتهادية والقضائية).

أما المادة (٢) فقد نصت على أن:(الجميع مكلّفون برعاية مباديء حسن النية عند استعمال حقوقهم و أداء واجباتهم ، و القانون لا يحمي سوء استعمال حق يضر بالغير). كما أكدت المادة الثالثة على مراعاة حسن النية حيث نصت على أن :(الأصل في تولد الحقوق وجود حسن النية، غير أنه لايمكن لمن لم يبذل الإهتمام المطلوب منه حسب الحال، الادعاء بحسن النية). أما المادة الرابعة من القانون المدني التركي فقد نصت على انه :(يحكم الحاكم بالحق و الإنصاف في الخصومات التي خوله فيها حق التقدير فيما يقتضيه الحال في الخصومات المكلف بالحكم بها نظرا لأسباب معقولة).

أمّا عن القانون المدني التركي الحالي رقم (٤٧٢١) لعام ٢٠٠١ ، فقد ركّز على أمور أخرى نذكرها فيما بعد .

٢-يجب على المشرع الاعتراف بحقيقة دور العقد في إنشاء الكثير من الروابط والحقوق المالية المنظمة في القانون المدني، ففي العلاقة بين المتعاقدين، يتقدم العقد على التشريع في التطبيق، وذلك تطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويجب

النص عليه في المادة الأولى ، وهذا ما فعله المشرع القطري في قانون المواد المدنية والتجارية رقم(١٦) لسنة ١٩٧١ ، (الملغي) ، في المواد الأربعة الأولى منه: حيث نصت المادة الأولى من هذا القانون على أنه(تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها ، كما تسري على جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر). أما المادة الثانية فقد نصت على أنه :(في تحديد القواعد التي تسري على التجار وعلى الأعمال التجارية، يعتد بالعقود المعتبرة قانوناً فهي شريعة المتعاقدين)، أما المادة الثالثة فقد نصت على أنه:(اذا لم يوجد عقد أو وجد وسكت عن الحكم أو كان الحكم الوارد في العقد باطلاً، سرت النصوص التشريعية التي يتضمنها هذا القانون). أما المادة الرابعة من هذا القانون فقد نصت على أنه:(اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بموجب العرف، و يقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام، فان لم يوجد عرف طبقت مباديء الشريعة الأسلامية).

٣-كما أن على المشرع ، أن ينص ، في المادة المخصصة لذكر مصادر تطبيق القانون، على أنه ليس للقاضي الامتناع عن فض المنازعة المثارة أمامه بحجة عدم وجود نص يحكم

النزاع، وعلى المشرع أن يأمر القاضي بالأجتهاد مراعياً في ذلك اعتبارات يحددها له القانون، والزام القاضي بالتطبيق والحكم عليه بأنه منكر للعدالة بتذرعه بعدم وجود نص، ويجب ان يكون هذا مكانة في القانون المدني الذي يعد شريعة عامة لكافة القوانين، وليس في قانون المرافعات، والنص على ذلك نص ملزم لكافة القضاة في كافة المحاكم ، وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة(٥) من القانون المدني الفرنسي الصادر عام (١٨٠٤).

٤- كما أن على المشرع أن يلزم القاضي بضرورة الانتصار لاستقرار المعاملات وزرع الثقة العامة في المعاملات عند تطبيقه للقانون.

٥- ومن جهة أخرى على المشرع أن يزرع ثقته بالقاضي ، فهو يلامس الحقيقة أكثر من الأول، إذ يجب ان يكون القاضي قادرا على الإجتهاد، كما لو كان مشرعا في القضية المعروضة أمامه، وهنا لابد من الإستشهاد بنص المادة الأولى من القانون المدني التركي النافذ رقم (٤٧٢١) لسنة٢٠٠١ والتي جاء فيها: ((١- يطبق هذا القانون بلفظه ومعناه على جميع المسائل التي يتناولها. ٢- إذا لم يوجد نص يمكن تطبيقه في التشريع ، فيحكم القاضي بمقتضى العرف والعادة ،فإذا لم يوجد عرف أو لم توجد عادة ، فإن على القاضي أن يضع

نفسه محل المشرع فيما يقضي به ، فيحكم بذلك . ٣-على القاضي أن يستعين بآراء الفقه وقرارات القضاء في إصدار الحكم .)).

٦- أما وضع الشريعة الأسلامية مصدراً لتطبيق القانون، فمحل نظر لعدة اعتبارات منها:

أ- القاضي المكلف بتطبيق القانون، لاسيما في العراق ، ليست لديه ثقافة في تفاصيل الفقه الأسلامي و فروعه، فكيف سيقوم بتطبيق الشريعة؟!

ب- إن تطبيق قواعد الشريعة هو مصدر لتفريق الأمة وليس لتوحيدها، فليست كل المناطق ستطبق حكماً فقهياً واحداً، وهذا ما سيؤدي الى إختلاف الأحكام القضائية وعدم توحيدها.

ج- ثم أن الفقه السائد في منطقة لا يختلف عن العرف السائد فيها في أغلب الأحيان، فلماذا لا نكتفي بتطبيق العرف؟.

د- ثم أنه، وحتى في المسائل العينية والحقوق الشخصية، قد يكون المتخاصمون من غير المسلمين، فهل من العدل أن تُطبق عليهم الشريعة الإسلامية في حالة عدم ورود نص؟!.

هـ- ولو إستعرضنا جميع قرارات المحاكم، ولا سيّما في العراق، قد لا نجد منها ما يشير إلى تطبيق العرف أو مبادي

الشريعة الإسلامية ، لعدم وجود نص في التشريع ، فالمصدران لايكادان يطبّقان واقعا، فلم النصّ عليهما ؟!

لذلك كله أقترح أن يكون نص المادة الأولى من القانون المدني العراقي كالآتي:

((١- يسري هذا القانون على جميع المسائل التي تُعالجها نصوصه التشريعية لفظاً ومعنىً.

٢- وعند عدم وجود نص آمر ، فان على القاضي أن يحكم في النزاع بموجب العلاقة السابقة عليها اذا كانت في صورة عقد، ويعد عقداً، على وفق هذه المادة ، جميع الاتفاقات الجائزة والأحكام المكملة الواردة في القانون ، أو أي تشريع فرعي أو لوائح عمل أو أنظمة ، تدخل في مضمون العقد، وتعد جزءاً من الشريعة التي تحكم المتعاقدين.

٣- فاذا لم يجد القاضي نصا في التشريع أو حكم تضمنه العقد، فعليه أن يحكم باجتهاده القائم على قواعد العدالة ، ولايجوز له الامتناع عن إصدار الحكم بحجة عدم وجود النص، وإلاّ أصبح منكرا للعدالة، وعليه ان يراعي في حكمه الإعتبارات الآتية:

أ- الشريعة والعرف السائدين في النزاع.

ب- حماية الثقة العامة في التعامل.

ج- حماية الطرف الذي تمتّع بقدر عالٍ من حسن النية.

خواطر مدنية ـــــــ

كما أن القانون الأداري عندما ينظم بعض أحكام العقود الأدارية، فان على القاضي أن يرجع الى القانون المدني في بيان كيفية إرتباط الارادتين، وفي أركان العقد، وعيوب الرضا، و أسباب البطلان ، والمسؤولية العقدية والفسخ، وما الى ذلك من أحكام عامة منظّمة في القانون المدني.

وكذا الحال، ومن باب أولى ، بالنسبة لما يسمى بالعقود التجارية، من جهة، وبالنسبة لعلاقات الأسرة ولاسيما عقد الزواج من جهة أخرى:

١- فبالنسبة الى العقود التجارية، بل وسائر العلاقات ذات الطابع التجاري، فان القانون التجاري إعترف صراحة بمكانة القانون المدني ضمن مصادر تطبيق القانون التجاري، اذ نصت المادة الرابعة من قانون التجارة العراقي النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على أنه: ((أولاً: يسري هذا القانون على النشاط الأقتصادي للقطاع الأشتراكي والمختلط والخاص. ثانياً: يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر)) وان كنت أفضل النص الوارد في قانون التجارة العراقي السابق الملغي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠، حيث نصت المادة الأولى منه على أنه:(تسري أحكام هذا القانون على المسائل التجارية وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي تثبت له صفة

التاجر) و نصت المادة (٢) منه على أنه:(١- تسري على المسائل التجارية أحكام الإتفاق الخاص بين المتعاقدين، فاذا لم يوجد إتفاق خاص، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية) ثم قواعد العرف التجاري، ويرجح العرف الخاص أو المحلي على العرف العام. ٢-اذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق احكام القانون المدني. ٣-لايجوز تطبيق الاتفاقات الخاصة أو قواعد العرف التجاري، إذا تعارضت مع نصوص تشريعية آمرة .))، وقد أتى المشرع المصري بمثل هذا النص في قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، حيث نصت المادة (٢) منه على أنه : ((١-تسري على المواد التجارية احكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق، سرت نصوص هذا القانون أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية، ثم قواعد العرف التجاري (العادات التجارية)، فإذا لم يوجد عرف تجاري أو عادة تجارية ، وجب تطبيق احكام القانون المدني. ٢-لايجوز تطبيق الاتفاقات بين المتعاقدين، أو قواعد العرف التجاري، أو العادات التجارية متى تعارضت مع النظام العام في مصر)).

وهذا الاتجاه هو السائد في كل من قانون التجارة السوري رقم (١٤٩) لسنة ١٩٤٩ [1] ، وكذلك قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠ [2] وكذلك قانون التجارة الاردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ [3] ، وكذلك القانون التجاري اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١. [4]

---

[1] نصت المادة (٢) من قانون التجارة السوري على أنه : ((١-إذا انتفى النص في هذا القانون فتطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني. ٢-على أن تطبيق هذه الاحكام لايكون إلا على نسبة اتفاقها مع المباديء المختصة بالقانون التجاري)). كما نصت المادة (٣) منه أنه ((إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فللقاضي أن يسترشد بالسوابق الإجتهادية وبمقتضيات الانصاف والاستقامة التجارية)). ونصت المادة (٤) منه على أنه : ((١-على القاضي ، عند تحديد آثار العمل التجاري، أن تطبق العرف المتوطد، إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف أو كان العرف متعارضاً مع النصوص التشريعية الالزامية. ٢-ويعد العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام.))

[2] نصت المادة (٢) من قانون التجارة الكويتي على أنه : ((مع مراعاة ما نص عليه في المادة (٩٦) تسري على المسائل التجارية قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية. ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام. فاذا لم يوجد عرف تجاري طبقت أحكام القانون المدني.)). علماً أن المادة (٩٦) من هذا القانون نصت على أنه : ((فيما عدا مانص عليه في هذا الكتاب تسري على الالتزامات والعقود التجارية الأحكام المنصوص عليها في القانون المدني)).

[3] نصت المادة (٢) من قانون التجارة الأردني على أنه : ((١-إذا انتفى النص في هذا القانون فتطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني. ٢-على أن تطبيق هذه الأحكام

اذن فقانون التجارة ينص صراحة على عدّ القانون المدني مصدراً له عند انعدام النص، ولكن هل هذا هو أيضاً موقف قانون الأحوال الشخصية؟.

لايكون إلا على نسبة إتفاقها مع المباديء المختصة بالقانون التجاري.)) ونصت المادة (٣) من هذا القانون على أنه : ((إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه فللقاضي أن يسترشد بالسوابق القضائية واجتهاد الفقهاء وبمقتضيات الإنصاف والعرف التجاري)). أما المادة (٤) من القانون نفسه فقد نصت على أنه : ((١- على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري، أن يطبق العرف السائد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف أو كان العرف متعارضاً مع نصوص القانون الإلزامية. ٢-ويعد العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام.)). وهذه المواد منقولة من قانون التجارة السوري.

(٤) نصت المادة (٣) من القانون التجاري اليمني على أنه :((تسري أحكام هذا القانون على التجار وعلى جميع الأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص ولو كان غير تاجر.)) ونصت المادة (٤) من هذا القانون على أنه :((في تحديد القواعد التي تسري على التجار وعلى الأعمال التجارية يعتد بالعقود المعتبرة قانوناً فهي شريعة المتعاقدين)). أما المادة (٥) من القانون نفسه فقد نصت على أنه :((اذا لم يوجد عقد أو وجد وسكت عن الحكم أو كان الحكم الوارد في العقد باطلاً سرت النصوص التشريعية التي يتضمنها هذا القانون والقوانين الأخرى على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها)). ونصت المادة (٦) على أنه:((اذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه حكم القاضي بموجب أحكام الشريعة الأسلامية فان لم يوجد، حكم بموجب العرف ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام وان لم يوجد عرف طبقت مباديء وقواعد العدالة. وعلى أنه بالنسبة الى وسائل الأثبات تطبق القواعد المتعارف عليها في المعاملات التجارية)). علماً أن المشرع اليمني يقصد بالشريعة الأسلامية ، القانون المدني الذي عدّ نفسه تقنينا للشريعة الأسلامية.

٢- نصت المادة الأولى من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ على أنه:(١-تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها أو فحواها. ٢- اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمباديء الشريعة الأسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون.٣-تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء الإسلامي في العراق وفي البلاد الإسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية).

لايوجد في هذا النص ما يشير الى ضرورة عدّ القانون المدني مصدراً تطبيقيا لهذا القانون، علماً أن هذا القانون، هو من أقرب القوانين بالنسبة الى طبيعة القانون المدني، بل يعد جزءاً من الأخير في كثير من الأنظمة القانونية، كما أنه لايوجد ما يشير الى عدّ القانون المدني مصدراً تطبيقياً لقانون الأحوال الشخصية في كل من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم

(٥٩) لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم (٣٤) لسنة ١٩٧٥[١]، وقانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤ [٢].

وكان الأجدر بقانون الأحوال الشخصية أن ينص على عدّ القانون المدني مصدراً تطبيقياً ثانياً بعد التشريع، لأن القانون المدني نص على العديد من الأحكام التي تمس حقوق الشخص في أحواله الشخصية، كالأهلية والحالة والموطن ،وكذلك فان القانون المدني يحتوي على النظرية العامة للعقد والنظرية العامة للألتزام، وقواعد المسؤولية، وكلها أحكام يحتاجها قانون الأحوال الشخصية، والرجوع الى هذه الأحكام المدونة في نصوص مقننة، خير من الرجوع الى أحكام مدونة في نصوص غير مقننة.

وأخيراً نقول أنه ، وبغض النظر عن أي قانون، خاص أو عام، فانه لابد من وجود نص في القانون المدني يشير بصراحة الى عد القانون المدني مصدراً إحتياطياً عند فقد النص

---

[١] حيث نصت المادة (٣٠٥) منه على أنه:(كل مالم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه الى القول الأرجح في المذهب الحنفي).

[٢] حيث نصت المادة (٣٤٣) منه على أنه:(كل مالم يرد له حكم في هذا القانون يرجع فيه الى المشهور في مذهب الإمام مالك، فإن لم يوجد المشهور طبّق غيره، فإن لم يوجد حكم أصلاً، طبقت المباديء العامة في المذهب) ولا ادري ماذا يقصد المشرع الكويتي من المباديء العامة في المذهب المالكي؟!

الخاص في جميع القوانين المعمول بها في الدولة، ولهذا اقترح اضافة فقرة رابعة لنص المادة الأولى ، المقترحة من جانبنا ، تنص على أنه: ((٤- يعد القانون المدني، شريعة عامة[1] ، لجميع القوانين المعمول بها في الدولة)).

وهذا النص يعني أنه عند انعدام أي نص خاص في أي قانون ، كما لوكان قانونا للأحوال الشخصية أو قانونا للعمل أو قانونا للتجارة أو قانونا للشركات أو قانونا للمرافعات أو قانونا للاثبات أو قانونا للعقوبات، أو أي قانون آخر، فإن القاضي سوف يطبق القانون المدني، بما فيه نص المادة الأولى، بحيث أنه من الممكن أن تحصل إحالة في هذا القانون الى أحكام المصادر الرسمية التطبيقية الواردة في نص هذه المادة .

---

[1] أقصد بالشريعة العامة ، المصدر العام لجميع التشريعات في الدولة .

٢. حقيقة العقد

تأثر المشرع العراقي بالتعريف الوارد في مرشد الحيران عند تعريفه للعقد في المادة (٧٣) من القانون المدني بالنص على أن:((العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه))، وقد أحسن المشرع العراقي في استخدامه لعبارة (الارتباط) بدلا عما يشير إليه الفقه الحديث من أن العقد يقوم على (توافق إرادتين)[١]، لان العقد مصطلح يعني التوثيق والجمع بين شيئين، ولذلك لا يكفي مجرد التوافق، بل ولابد من تفاعل وربط إرادتي (الإيجاب والقبول) المعبر عنهما. ومع ذلك فان هذا التعريف تعرّض إلى انتقادات من جانب البعض[٢]، منها انه قد خلط بين حكم العقد، كنقل ملكية المبيع في عقد البيع، وبين حقوق العقد، وهي مايترتب عليه من التزامات كالالتزام بالضمان والالتزام بالتسليم، أما ملاحظاتنا عليه، فينحصر أبرزها في الآتي:

١- الحقيقة أن الارتباط لا يكون بصورة ارتباط إيجاب بقبول، بل بالعكس ارتباط القبول بالإيجاب، لان الإيجاب

---

[١] لاحظ: د.أنور سلطان، مصادر الألتزام، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص١٠.

[٢] د.منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دار ئاراس، أربيل،٢٠٠٦، ص٣٦.

يصدر قبل القبول، فكيف يرتبط الأول بالثاني، إذ أن الكلام الأخير هو الذي يرتبط بما قبله.

٢- إن الإيجاب حقيقة يصدر من احد العاقدين وهو تحصيل حاصل، لاداعي لذكره في التعريف.

٣- كما أن القبول يصدر من العاقد الآخر.

٤- إن اثر العقد لا يقتصر إلا على المعقود عليه والعاقدان، ولايخرج عنهما، فلماذا ذكر المشرع المعقود عليه وأهمل ذكر العاقدان ؟ فالمهم هو أن يكون هذا الأثر ذا طابع قانوني.

وعليه يمكن تعريف العقد بأنه: (ارتباط إرادتين متوافقتين لإحداث أثر قانوني). والإرتباط يحصل هنا بين إرادتين بالتعبير عنهما بقبول متوافق يصدر من العاقد الذي توجّه اليه العاقد الأول بالإيجاب، إذ ينعقد العقد بإتّصال القبول المتوافق بالإيجاب، من أجل إحداث آثار قانونية. فضلا عن ذلك ان تعريف المصطلحات القانونية لا يدخل ضمن عمل المشرع، واذا اتينا الى تحليل التعريف الوارد في نص المادة(٧٣) نجد ان اغلبية الكلام فيه هو تحصيل حاصل ولا ضرورة لذكره.

ومن الجدير بالملاحظة أن طرفي العقد هما الموجب والقابل، وهما طرفان لا ثالث لهما، كما أن لرابطة المديونية (الالتزام)

طرفين هما الدائن والمدين، وأيضا لاثالث لهما، لكن أحياناً يتعدد طرفا العقد، بتعدد طرفي الألتزام، فيكثر أشخاص العقد، لكنهم في الحقيقة يمثلون طرفين فحسب، ففي عقد الشركة – مثلا– أشخاص العقد قد يكونون أكثر من أثنين في الأغلب، لكنهم– بمجموعهم – طرفان فحسب في العقد، اذ بعدما ينعقد العقد يصبحون أطرافاً متعددة في النظام الذي أنشأه العقد وهو الشركة لما لها من شخصية قانونية معترف بها. ولهذا يصح القول بأن للعقد أشخاصاً، ولكن ليس للعقد سوى طرفين فحسب وهما اللذان يمثلان جانبي الأيجاب والقبول.

٣. مشكلة التعرقل بالشكلية

تعد الشكلية في التصرفات القانونية، التي ترد على العقارات وبعض المنقولات التي قيّد القانون انعقاد عقد نقل ملكيتها، بإجراء شكل معين، من أخطر المشاكل في الواقع العملي، فأمام الإجراءات المعقدة والمزعجة التي تتعلق بعملية نقل ملكية العقارات، قد يدرأ الناس هذه الإجراءات، ويفضلون أن تتم عقودهم واتفاقاتهم خارجها، مما يسبب الكثير من المشاكل، فكم من حقوق ضاعت لأصحابها بسبب هذه الشكلية المرهقة المقيتة البالية التي يفرضها القانون بكل ما أوتي من قوة في تقوية البيروقراطية فيها، تضييقاً على الناس وزجّا بهم في المشقة والحرج، بحيث أن الكثير من الناس يكرهون القانون بسبب هذه الإجراءات الشكلية المعقدة ، و كأننا في زمن بدء تكوين القانون الروماني.

بل أن الشكلية قد مست جميع نواحي الحياة، ولاسيما في دوائر الحكومة التي تفرض بها إجراءات شكلية يجتهدون الموظفون فيها في تعذيب المواطن وإحراجه وحثّه على الكذب والمراوغة، من غير أن يأتي بها حكم قانوني لفرضها.

والشكل في اللغة يعني الصورة والهيئة ، يقول تعالى: ((وآخَرُ مِنْ شَكْلِهِ أزواج))[1]، أي مثله في الهيئة و تعاطي العقل، وأصل المشاكلة من الشكل أي التقييد، و الشكال ما يقيّد به، ومنه أُستعير: شكلت الكتاب أي قيّدته، و قوله تعالى: ((قل كلٌ يَعمَلُ على شاكِلَتِهِ))[2]، يعني كل يعمل على سجيته التي قيدته [3].

والشكلية هي قيد يلحق بالتصرف القانوني فيفرغه في قالب حدد القانون معالمه، كإشتراط التسجيل في دائرة التسجيل العقاري في بيع العقارات، و كإشتراط التسجيل في دائرة المرور في بيع السيارات، وما الى ذلك.

وبالنسبة لإشتراط التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، فهذا كان عملاً منفصلاً من العقد، اذ أن الرومان كانوا يميزون بين العقد والعمل الناقل للملكية، فالشكلية تمس الثاني وليس الأول، الا أن القانون المدني العراقي قد دمج بين الإثنين وجعل الشكلية ركناً في العقد الناقل لملكية عقار، أو أي عقد تعلّق به، كالرهن وما الى ذلك.

---

[1] سورة ص / الآية ٥٨

[2] الأسراء /٨٤

[3] لاحظ: العلامة الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، دار العلم ، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ١٩٩٦، ص ٤٦٢.

وفيما يأتي سرد نصوص القانون المدني المتعلقة بالشكلية الخاصة بالتصرفات العقارية، فقد نصت المادة(٩٠) مدني عراقي على أنه:((١- اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد الا باستيفاء هذا الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك.٢- ويجب إستيفاء هذا الشكل أيضاً فيما يدخل على العقد من تعديل)). فهذا النص جعل الشكلية ركناً في العقد، في الحالات التي يستلزمها القانون.

كما نصت المادة (٩١) على أنه:((١- الأتفاق الإبتدائي الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لايكون صحيحاً الا اذا حددت المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب أن يبرم فيها. ٢- فاذا اشترط القانون للعقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الأتفاق الأبتدائي الذي يتضمن وعداً بابرام هذا العقد)). وهذا النص استلزم الشكلية في الوعد بالتعاقد، عندما يشترط القانون شكلاً معيناً في العقد فيجب مراعاته كذلك في الوعد بإبرام هذا العقد.

و نصت المادة (٥٠٨) مدني عراقي على أنه: ((بيع العقار لا ينعقد الا اذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون.)). إشتراط التسجيل هنا جاء لإنعقاد عقد بيع العقار.

و نصت المادة (٦٠٢) من القانون نفسه على أنه: ((اذا كان الموهوب عقارا وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة.)). وهذا النص يتعلق بالهبة الواردة على عقار، فهي لا تنعقد أيضاً بغير التسجيل.

و نصت المادة (١١٢٦) من القانون نفسه على أنه: ((١- تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار. ٢- والعقد الناقل لملكية العقار لا ينعقد الا اذا روعيت فيه الطريقة المقررة قانوناً.)). وهذا النص متعلق بالعقد الناقل لمكية عقار كالبيع والهبة، وقد كان بإمكان المشرع العراقي الإكتفاء بهذا النص والاستغناء عن المادتين (٥٠٨) و(٦٠٢) منه.

أما المادة (١١٢٧) فقد تعرضت لمشكلة كثر وقوعها في الحياة العملية، وهي بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري، مما أضطر المشرع الى تعديلها في القرار(١١٩٨) الصادر سنة ١٩٧٧، فالمادة (١١٢٧) كانت تنص على أنه :((التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض ، اذا أخل أحد الطرفين بالتعهد سواء أشترط التعويض في التغهد ام لم يشترط.)) ثم جاء القرار وعدّلها، وقد نصّ القرار على أنه ((أولاً-أ- يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار أو حق التصرف فيه على الالتزام بالتعويض، إذا أخل أحد الطرفين بتعهده سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط فيه، على أن

لايقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة بالتعهد، وقيمته عند النكول، دون اخلال بالتعويض عن أي ضرر آخر. ب- إذا كان المتعهد له قد سكن العقار محل التعهد، أو احدث فيه أبنية أو منشآت أخرى أو مغروسات بدون معارضة تحريرية من المتعهد، فان ذلك يعتبر سبباً صحيحاً يبيح للمتعهد له تملك العقار أو حق التصرف فيه بقيمته المعينة في التعهد، أو المطالبة بالتعويض على وجه المذكور في الفقرة (أ) من هذا البند مضافاً اليه قيمة المحدثات والمغروسات قائمة وقت النكول. كل ذلك دون الاخلال باحكام تنظيم الحد الاقتصادي للأراضي الزراعية رقم ١٣٧ لسنة ١٩٧٦.

ثانياً-أ- تفصل محكمة البداءة في الدعاوي الناشئة عن تطبيق احكام هذا القرار، ويكون قرارها قابلاً للطعن فيه تمييزاً لدى محمكمة الاستئناف التابعة لها تلك المحكمة خلال ثلاثين يوماً من تأريخ التبليغ به، وقرار محكمة الاستئناف في هذا الشأن غير قابل للطعن فيه عن طريق تصحيح القرار. ب- تعتبر الدعاوي المشمولة باحكام هذا القرار من الدعاوي المستعجلة. ثالثاً-لايعمل بأي نص قانوني أو قرار أو اتفاق

يتعارض مع احكام هذا القرار ويؤدي الى تقليل مقدار التعويض الوارد في الفقرات المتقدمة.))[1]

و نصت المادة (١٢٠٤) من القانون نفسه على أنه: ((لايجوز الطعن بالصورية في التصرفات الواقعة على الأراضي الأميرية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري.)). وهذا النص خاص بحقوق التصرف في الاراضي الأميرية ، وهو يصنّف ضمن الحقوق العينية العقارية التي لاتقر لأصحابها إلا بعد تسجيلها.

ونصت الفقرة الثانية من المادة (١٢٦٦) مدني على أنه: ((٢- وحق المساطحة يجب تسجيله في دائرة التسجيل العقاري.)). وهذا النص يشترط التسجيل في العقد المنشيء

---

[1] نشرالقرار (١١٩٨) في الوقائع العراقية العدد ٢٦٢١ والمؤرخ في ١٩٧٧/١١/١٤ ، وعدلت الفقرتان (أ) و(ب) من البند (أولاً) بموجب القرار (١٤٢٦) في ١٩٨٣/١٢/٢١ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٢٩٧٤ في ١٩٨٤/١/٢ ويعمل به من تأريخ نشره في الجريدة الرسمية ويسري على ماسبقه من وقائع وتعويضات مالم يكن قد صدر بها حكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية واضيفت الفقرة (ج) الى البند (أولاً) بموجب القرار (١٩٨) في ١٩٩٤/١١/١٠ وتنفذ احكام القرار المعدل (١٩٨) بعد مضي تسعين يوماً من تأريخ نشره في الجريدة الرسمية ولاتسري احكامه على القرارات القضائية المكتسبة درجة البتات ونفاذه على الدعاوي المقامة من تأريخ نشره وتأريخ نفاذه.

لحق المساطحة، وإن كان القضاء العراقي قد ذهب الى عد هذا الشرط شرط للنفاذ وليس شرطاً[٢] للإنعقاد[٣].

و نصت الفقرة الأولى المادة (١٢٨٦) مدني على أنه: ((١- لاينعقد الرهن التأميني الا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري ، وعلى كل من المتعاقدين أن يعين محل اقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل و يعطي لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليه منهما، بعد أخذ تقريرهما في مواجهة الشهود.)). وهذا النص يتعلق بعقد الرهن التأميني الذي يعد من أعقد العقود شكلية.

و نصت المادة (١٣٢٤) مدني على أنه: ((اذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط ايضاً لتمامه أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للأوضاع المقررة قانونا)). فالرهن الحيازي بموجب هذا النص، إذا ورد على عقار، فلا ينعقد إلا بالتسجيل.

و نصت المادة (١٣٧٨) مدني على أنه: ((١- مايستحق لبائع العقار مفرغة من الثمن و ملحقاته ، له حق إمتياز على العقار المبيع أو المفرغ.٢- ويجب ذكر حق الأمتياز في سجل

---

(3) ()لاحظ تفاصيل ذلك : الاستاذ محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه، الحقوق العينية ، بغداد ، ١٩٨٢ ، ص٢٣٩.

دائرة التسجيل العقاري، وتكون مرتبتة من وقت التسجيل))، وهذا النص متعلق بإمتياز بائع العقار ، الذي يتحدد مرتبته إعتباراً من تأريخ تسجيله في دائرة التسجيل العقاري.

و نصت المادة (١٣٧٩) مدني على أنه: ((١- المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين الذين عهد اليهم تشييد أبنية أو منشآت أخرى أو إعادة تشييدها أو ترميمها أو صيانتها ، لها حق امتياز على هذه المنشآت بقدر مايكون زائدا بسبب هذه الأعمال في قيمة العقار وقت بيعه.٢- ويجب تحرير سند رسمي بالأعمال التي تمت والمبالغ المستحقة في مقابلها وتسجيل الإمتياز في دائرة التسجيل العقاري بناء على هذا السند. وتكون مرتبة هذا الأمتياز من وقت التسجيل. ٣- وفيها يتعلق بهذه المنشآت يتقدم صاحب هذا الأمتياز على حق المرتهن للأرض التي قامت عليها هذه الأعمال اذا شملها الرهن سواء كان هذا الرهن تأمينياً أو حيازياً.)). فهذا النص الذي فضّل إمتياز المقاول والمهندس المعماري على حق المرتهن للأرض تأمينياً أو حيازياً، إشترط لإعتداد بمرتبة الامتياز ، تسجيله في دائرة التسجيل العقاري.

و نصت المادة (١٣٨٠) مدني على أنه: ((١- اذا اقتسم الشركاء (عقارا) شائعا، فحق كل منهم في الرجوع على الآخرين بسبب القسمة وفي استيفاء ما تقرر له فيها من المعدل، يكون

مضمونا بحق إمتياز على جميع الحصص المفرزة التي وقعت في نصيب باقي الشركاء.٢- ويجب تسجيل حق الإمتياز هذا في دائرة التسجيل العقاري، وتكون مرتبته من وقت التسجيل.)). وهذا النص متعلق بإمتياز المتقاسم في العقار ، فمرتبته محددة بالتسجيل.

من خلال كل هذه المواد نستنتج أن المشرع العراقي قد تشدد في الشكلية الى أبعد الحدود، وهذا موقف غير مبرر، والحقيقة أن تأريخ الشكلية ، ولاسيما في التصرفات العقارية، يدل على أنها تقوم على الشهر العقاري وليس على التقييد العقاري، فالمهم هو الإشهار وليس فقط التضييق على خناق الناس وازعاجهم، وفيما يأتي نسلط الضوء على وظيفة الشهر العقاري في تأريخ القانون المقارن حيث كان المبدأ المقرر في القانون الروماني يقضى بأن الاتفاق وحده غير كاف لنقل الملكية من ذمة إلى ذمة، بل لابد أن يضاف إلى العقد عمل مستقل عنه لتُنقل به الملكية، وهو عمل رسمى أو عمل مادي يقصد به نقل ملكية الشئ. وقد ظل هذا المبدأ محترما حتى في عصر الإمبراطورية السفلى وفي قانون جستنيان نفسه .

ومن شأن هذا التمييز الجوهري في القانون الروماني بين العقد من جهة، وبين الطرق الناقلة من جهة أخرى، أي بين سند الملكية وهو العقد وبين الطريقة الناقلة لها، أي العملية

التي يتحقق بها انتقال الملكية، ومن شأنه أن يقصر أثر العقد على إنشاء التزامات بين الطرفين، وذلك سواء كان هذا العقد شكلياً أو عقداً رضائياً (منذ ظهور عقد البيع الرضائي في قانون الشعوب). فالبائع أو المتعهد كان يحتفظ بالملكية حتى يتم الإجراء اللازم لإنتقالها .[1]

أما طرق نقل الملكية في القانون الروماني فثلاث: الإشهاد وهو إجراء يتم بالسبيكة والميزان، والدعوى الصورية أو النزول أمام الحاكم القضائي ، والتسليم وقد كان من الواجب استعمال إحدى الطريقتين الأولتين لنقل ملكية الأشياء النفيسة ، والتسليم لنقل الملكية في الأشياء غير النفيسة ، والإجراءان الأولان شكليان، أما التسليم فإجراء غير شكلي. على أن هذه الطرق الثلاث تشترك في أنها تتضمن عناصر مادية تعطيها صفة العلانية ومن شأنها شهر التصرف. فالعلانية مكفولة في الإشهاد بحضور الشهود، وفي الدعوى الصورية بحضور الحاكم القضائي، وفي التسليم بنقل الحيازة.[2]

---

[1] لاحظ :محمد طه البشير ود.هاشم الحافظ ، القانون الروماني (الأموال والإلتزام) ، بغداد ، (بدون سنة نشر) ،ض٦٨. د.صبيح مسكوني ، القانون الروماني ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٧١، ط٢ ،ص١٦٠.

[2] لاحظ: د.صبيح مسكوني ، المرجع السابق ، ض١٦٤.

وقد اختفى الإشهاد والدعوى الصورية كطريقتين لنقل الملكية والحقوق العينية، وأصبح التسليم – في عصر الإمبراطورية السفلى – هو الطريقة الاختيارية الوحيدة لنقل الملكية. ولكن القانون الروماني لم يصل – حتى في قانون جوستنيان – إلى تقرير انتقال الملكية بواسطة العقد، بل ما زال التسليم شرطاً فيه لانتقالها. إلا أن التسليم في قانون جستنيان، أصبح عملاً مجرداً لنقل الملكية، إذا كان الأمر باديء الأمر يقضي بأن التسليم لا يكفي لنقل الملكية، بل يجب – لكي يترتب عليه هذا الأثر – توافر شرط آخر إلى جانب انتقال الحيازة، هو عنصر معنوي أُصطلحت الشرائع على تسميته السبب الصحيح للتسليم .

والسبب الصحيح هو أي عمل قانوني يتضمن النية المتبادلة عند الناقل والمكتسب للملكية. وقد يكون هذا العمل القانوني بمقابل كالبيع، أو بدون مقابل كالهبة. وقد يكون عقداً، كما قد يكون عملا قانونياً من جانب واحد كالوصية. المهم هو أن يسبق نقل وضع اليد عمل قانوني يستند إليه هذا الانتقال فيكون سببه، وهذا العمل القانوني هو الذي يقصد به نقل الملكية، ولكن لاتنقل الملكية به تطبيقاً للمبدأ العام في

القانون الروماني الذي يقضي بعدم انتقال الملكية بمجرد التصرف.[1]

وقد ذهب القانون الروماني – وعلى الخصوص في عهد جوستنيان – إلى حد فصل التسليم عن سببه وإلى عدّه عملا مجرداً لنقل الملكية. فالراجح عند فقهاء العصر العلمي أن التسليم ينقل الملكية ولو وقع غلط في صحة سببه، كما إذا كان المستلم يعتقد وجود سبب صحيح لاوجود له في الواقع، كما لو نقل إلى آخر شيئاً بناء على عقد باطل اعتقد صحته. فالتسليم مع ذلك يجعل المتسلم مالكا.

وبالمثل إذا وقع غلط في وجود السبب، أي إذا اعتقد الناقل بأنه ملزم بهذا التسليم مع أنه في الواقع لاوجود لهذا الالتزام، فان التسليم ينقل مع ذلك الملكية. كما إذا سلم شيئاً وفاءاً لإلتزام ظهر أنه انقضى على غير علم منه. فالسبب هنا موهوم أو ظنى، أي لايقوم إلا في مخيلة الناقل الذي اعتقد وجوده مع أنه غير موجود. وهذا السبب الظني كان يكفي لكي يكون سبباً تنتقل به الملكية بالتسليم ، ففي الحالتين السابقتين هناك غلط وقع فيه المسلم بِشأن صحة السبب أو وجوده بالفعل. ومع ذلك فإن التسليم كان ناقلا للملكية. ومما يثبت

---

[1] لاحظ : د. عبد المنعم البدراوي، أصول القانون المدني المقارن، القاهرة، (بدون سنة النشر)، ط٢، ص١٤٢.

وقوع هذا الانتقال أنه إذا اتضح للمسلّم حقيقة الأمر، أي إذا اكتشف الغلط الذي وقع فيه وتبين أنه لم يكن ملزما بنقل ملكية الشيء، وأراد استرداد ما أوفى، لم يكن له أن يرفع دعوى الاسترداد العينية ، لأنه لم يعد مالكاً، ولأن الملكية انتقلت إلى المستلم، بل كان له الرجوع بدعوى شخصية بالتعويض عما دفع بدون وجه حق . ويبدو أيضا أن القانون الروماني لم يكن يستلزم في جميع الأحوال أن يكون التصرف القانوني الذي تم التسليم بناء عليه مشروعا. وهذا فصل وإستقلال واضح بين العقد والعمل الناقل للملكية المتمثل في التسليم[٢] ، على الرغم من أن العقد هو سبب صحيح لهذا العمل.

ويلاحظ أنه في مدوّنة جوستنيان ، أُتّخذ السبب الصحيح في التسليم شكلا أكثر تجريدا عما كان عليه في العصر العلمي، وأصبح السبب الصحيح هو مجرد نية التمليك عند المسلم ونية التملك عند المتسلم. فوجود هذه النية كاف بصرف النظر عن وجود السبب أو صحته. ولذلك يقال إن التسليم اصبح عملا مجرداً ، أي أنه ينقل الملكية بذاته وبصرف النظر عن العمل القانوني السابق عليه بمجرد وجود النية المتبادلة

---

[2] لاحظ : د. عبد المنعم البدراوي، أصول القانون المدني المقارن، مرجع سبق ذكره، ص١٤٣.

في التمليك والتملك عند طرفيه ، فإذا ظهر للمسلم بعد التسليم الغلط الذي وقع فيه لم يكن له أن يسترد ما سلم بدعوى الملكية، إذ أن الملكية انتقلت بالتسليم، بل هو لايستحق إلا تعويضاً عن قيمته، يطالب به بدعوى شخصية. أما إذا لم تتوافر هذه النية المتبادلة في التمليك والتملك، لم يترتب على التسليم انتقال الملكية، كما إذا سلّم شخص إلى آخر شيئاً على سبيل الوديعة وتسلمه الآخر على سبيل الهبة، وكما إذا كان أحد الطرفين عديم الأهلية ، لعدم إمكان نسبة نية إليه، وكما إذا وقع في غلط في المعقود عليه[1].

وقد ظلت القاعدة الرومانية التي تقضي بأن الملكية لاتنقل إلا بالتسليم محترمه في القانون الفرنسي القديم.

على أن شراح القانون الفرنسي القديم ذهبوا إلى القول بأن التسليم يصح أن يتم بمجرد تضمين العقد الناقل للملكية شرطا يفيد أن الناقل قد تخلّى عن حيازة الشيء وأن المكتسب قد تسلمه. وهذا هو ما يعرف بشرط التسليم والتسلم الذي درج موثقو العقود ابتداءاً من القرن الرابع عشر على كتابته في العقود. وبمقتضى هذا الشرط تنتقل الملكية من المتصرف إلى المكتسب، لأن التسليم الحقيقي يعد قد تمّ

---

[1] لاحظ : المرجع السابق، ص١٤٤.

ولو أنه لم يقع حقيقة. ومع الزمن أصبح هذا الشرط من الشروط الدارجة المألوفة في العقود الناقلة للملكية، لدرجة أن بعض شراح القرن السابع عشر قالوا إن العقد ينقل الملكية، وهم يقصدون بذلك العقد المتضمن شرط التسليم والتسلم.

ثم جاء قانون نابليون لعام ١٨٠٤ ووضع مبدأً جديداً من شأنه أن يجعل للعقد قوة نقل الملكية والحقوق العينية دون حاجة لإجراء ما، حتى ولو كان هذا الإجراء هو التسليم.

ومع ذلك فإن بعض الاعتبارات أدت إلى الحد من تطبيق هذا المبدأ بالنسبة للتصرفات العينية العقارية، وأهم هذه الاعتبارات ضرورة تنظيم الائتمان العقاري و تداول الملكية العقارية. ولذلك اشترطت كثير من الشرائع شهر التصرفات التي ترد على العقار. ولكنها لم تسلك في هذا السبيل مسلكا واحدا. فالشهر فيها لايقوم بوظيفة واحدة.

فالتقنين المدني الفرنسي وإن إتّبع مبدأ انتقال الملكية بمجرد العقد في العقارات على إطلاقه متى كان التصرف الناقل من المعاوضات، إلا أنه قيّده بالنسبة للتبرعات، فانتقال الملكية بوساطة عقود التبرع كالهبة، لايجوز الاحتجاج به ضد

الغير، كالدائنين المرتهنين ومكتسبي العقار، إلا إذا سجل العقد[1].

ولم يمض وقت طويل حتى أصدر المشرع الفرنسي قانوناً في ٢٣مارس سنة ١٨٥٥ أخضع به عقود المعاوضة أيضاً للتسجيل. وهو قد اشترط التسجيل للاحتجاج بانتقال الملكية على الغير. وهكذا أصبحت القاعدة في القانون الفرنسي تقضي بوجوب التمييز بين المتعاقدين والغير. فالعقد ينقل الملكية بذاته فيما بين المتعاقدين، أما في مواجهة الغير فهو لا ينقلها إلا بالتسجيل[2]، وهذا يعني أن التسجيل أضحى شرطا لنفاذ العقد في حق الغير ليس إلّا.

على أن النظام الفرنسي، الذي يقوم على التمييز بين انتقال الملكية في علاقة الطرفين الناقل والمكتسب، وبين انتقالها في مواجهة الغير، استهدف للنقد من الناحيتين النظرية والعملية

---

[1] لاحظ: د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص١٤٢.

[2] وهذا المذهب الذي اتبعه المشرع الفرنسي والذي من شأنه التوفيق بين مبدأ انتقال الملكية بمجرد التعاقد وبين ما تقتضية مصالح الغير من ضرورة شهر هذا الانتقال حتى يتسنى لهم العلم به، قد انتهجته بعض التشريعات الأخرى كالتشريع الإيطالي (م٢٦٤٣ و ٢٦٤٤ وما بعدهما من المجموعة المدنية الإيطالية) والتشريع البلجيكي (قانون ١٦ ديسمبر ١٨٥١) والمجموعة المدنية المصرية المختلطة الصادرة في عام ١٨٧٥ ، والمجموعة الأهلية الصادرة عام ١٨٨٣.(نقلاً عن : د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص١٤٦).

على السواء. فمن الناحية النظرية يوجد شيء من التناقض في الخطة التي اتبعها المشرع الفرنسي.. فالقول بانتقال الملكية فيما بين المتعاقدين وبعدم انتقالها في مواجهة الغير بمجرد العقد، يعني أن الملكية انتقلت، ولم تنتقل في الوقت نفسه ، فما دمنا قد قلنا إن الملكية انتقلت بمجرد التعاقد بين الطرفين، ألا يكون من التناقض أن نقرر في الوقت نفسه أنها لم تنتقل في مواجهة الغير، مع أن الملكية – كما هو معروف – حق عيني، والحقوق العينية حقوق مطلقة ، بمعنى أن لصاحبها الاحتجاج بها على الكافة؟ – أما من الناحية العملية– ، فان لهذه التفرقة بين انتقال الملكية في علاقة المتعاقدين وبين انتقالها بالنسبة للغير مساوئها ايضاً. فمن جهة ليس من شأن هذا النظام دفع الأفراد إلى تسجيل العقود الناقلة للملكية، إذ أن المشترى قد يكتفى بأن اصبح مالكا بمجرد العقد في علاقته مع البائع، واعتماداً منه على حسن نية البائع، لايقوم بتسجيل العقد اقتصاداً لنفقات التسجيل. ثم إن هذا النظام من شأنه أن يجعل للعقار حتى تمام التسجيل مالكين، فالمشترى مالك في مواجهة البائع له وخلفه العام، على حين يبقى البائع مالكا في مواجهة الغير.

ولهذا نجد أن بعض الشرائع لم يأخذ بالنظام الفرنسي، واشترط شهر التصرف لانتقال الملكية ليس فقط بالنسبة

للغير بل وفيما بين المتعاقدين أيضاً[1]. إلا ان شهر التصرف ينحصر على نقل الملكية فقط ، فالعقد هو الذي ينشيء العمل المؤدي الى نقل الملكية، لكن الأخير يظل مفصولاً عنه ، فالعقد يعد صحيحا بدون تسجيل ، وما التسجيل إلا شرطا لنفاذ العقد فيما بين المتعاقدين والغير .

ففي القانون المصري فإن التسجيل اصبح شرطا جوهريا لانتقال الملكية العقارية. فبدون التسجيل لاتنتقل الملكية، وإنما يقتصر العقد على إنشاء التزامات وحقوق شخصية بين المتعاقدين. ولكن هل معنى هذا أن العقد لا أثر له في نقل ملكية العقارات في التشريع المصري؟ وهل فقد العقد كل دور في هذا الانتقال؟ وهل التسجيل هو وحده الذي ينقل الملكية؟ لا جدال في أن عقد البيع لايمكنه أن ينقل الملكية في التشريع المصري إذا ورد على ملكية عقار أو أي حق عيني عقارى آخر. ولهذا لايمكن وصف البيع العقاري غير المسجل بأنه عقد ناقل الملكية. حقاً إن البيع العقاري غير المسجل ينشيء على عانق البائع التزاما بنقل الملكية. ولكن هذا لا يكفي لوصفه بأنه عقد من العقود الناقلة للملكية. فالعقد الذي يصح أن

---

[1] لاحظ : لمزيد من التفصيل : المرجع السابق، ص١٤٧ وما بعدها.

يوصف بهذا الوصف هو العقد الذي ينقل بذاته ومن تلقاء نفسه الملكية.

ولاشك أنه منذ صدور قانون التسجيل في مصر عام ١٩٢٣، اصبح هناك انفصال بين العقد وبين انتقال الملكية، ولكنه ليس انفصالا تاما، فالملكية في القانون المصري لاتنقل إلا بإجراء التسجيل، إلا أن هذا لا يعني أن التسجيل وحده ومجرداً هو الذي ينقل الملكية، أو أن العقد لم يعد له أي شأن أو أثر فيما يتعلق بانتقال الملكية في العقارات، وبعبارة اخرى ليس التسجيل هو الشرط الوحيد لانتقال الملكية.

وأخيراً فان القيد في السجل العيني هو الإجراء الناقل للملكية، بمعنى أن من قيدت الملكية على إسمه يصبح مالكا بصفة نهائية وأمام الكافة، حتى لو إتَّضحَ عدم صحة التصرف الذي اجرى القيد بمقتضاه، أو ظهر أنه صدر من غير مالك. ولا يكون لصاحب الحق من سبيل في هذه الحالة إلا الرجوع بدعوى الاثراء أو بدعوى المسؤلية على حسب الأحوال.

وهكذا اتضح لنا أن الملكية والحقوق العينية لاتنتقل وتنشأ بالتسجيل وحده، بل بالتسجيل والتصرف معا، فلكي تنتقل الملكية بالتسجيل يجب أن يستند التسجيل إلى عقد

موجود وصحيح وصادر من مالك، وبدون هذا لاتنتقل الملكية[1].

أما القانون المدني العراقي فقط خلط بين الأتفاق والعمل الناقل للملكية، وهذا ما قد يضيق على الناس في معاملاتهم، فالأولى أن تكون الشكلية شرطا لنفاذ العقد أو لإثباته فحسب، وقد يجد القانون نفسه وهو يشدد في مسألة الشكلية، أمام حرج واقعي، وهو كما حصل في العراق إبّان سقوط النظام السابق، فقد الغيت الضريبة والرسوم الكمركية، مما حفز الناس الى شراء السيارات من خارج البلد، وبكثافة، ومن ثم الوقوع في اشكالية عندما تم تسجيل السيارة باسم مالك (المانفيست)، في حين أن السيارة انتقلت ملكيتها واقعاً إلى

---

[1] ويترتب على ذلك أن التسجيل لاينقل الملكية إذا كان العقد المسجل عقداً صوريا، وفي هذا تقول محكمة النقض المصرية:(إن الملكية لاتنتقل بالتسجيل وحده، وإنما هي تنتقل بأمرين: أحدهما أصلي وأساسي، وهو العقد الصحيح الناقل للملكية. وثانيهما تبعي وهو التسجيل واذن فالعقود الصورية المبنية على الغش والتدليس لايصححها التسجيل). وتقول في حكم آخر: (إن العقد الصوري يعتبر غير موجود قانونا ولو سجل. فإذا طلب مشتري بعقد غير مسجل الحكم على البائع بصحة التعاقد وإبطال البيع الآخر الذي سجل عقده واعتباره كأن لم يكن لصوريته المطلقة، وقضت له المحكمة بذلك بناء على ماثبت لها من صورية العقد المسجل، فإنها لاتكون قد أخطأت ولو كان العقد العرفي غير ثابت التاريخ وكان تاريخه الحقيقي لاحقاً لتاريخ العقد المسجل)، (نقلاً عن : د. عبد المنعم البدراوي، المرجع السابق، ص١٥١).

أيادي متعددة، وأصبح من غير الممكن معرفة مالكها الحقيقي، ولا تستطيع الحكومة حل هذه المشكلة، في حين أنها كانت ستُحل لو أن المشرع تساهل حينها في مسائل الشكلية، وبدلاً من أن تتطلب المسألة وكالة من الكاتب العدل ، وهو إجراء رسمي، يحصل في دائرة رسمية ، ويمثل إجراءا شكليا ، كان بالإمكان، في حينها تسجيل السيارة بإسم مشتريها الحقيقي، من غير حاجة إلى تفاقم المشكلة الى الحالة التي وصلت اليها الآن.

كما أن الشكلية، ولاسيما في اشتراط التسجيل في دائرة رسمية، كي يعد العقد موجوداً، أضحت من المسائل التي يتحايل عليها الناس، تهرباً من الضرائب، أو لغرض الانتفاع من مقررات حكومية كثيرة، إذ أن بعض الدوائر الحكومية قد تمنح لموظفيها، قطعاً من الاراضي، أو مساكن أنشأت لمصلحة تلك الدائرة، فتشترط، عند احتساب النقاط، للموظفين، ألّا يكونوا مالكين لعقارات سكنية ، والمعيار هو السجل العقاري، لكن كثيراً منهم، يسجلون عقاراتهم بأسماء أناس آخرين يثقون بهم، كي يستفيدوا من الحصول على عقارات من الحكومة باسعار منافسة، وقد يتقدمون على غيرهم ممن لايملكون شيئاً حقيقة وواقعاً، حتى ولو حصل أن التسجيل الصوري معروف ومعلوم لدى الدائرة الحكومية أو

الجهة المعنية، فانها لاتستطيع الطعن بالصورية في التصرفات العقارية بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري، بموجب المادة (١٤٩) مدني، كما أن التسجيل العقاري حجة على كافة الناس، وهو يقرر حماية مدنية بقاعدة موضوعية لاتقبل إثبات العكس بأي دليل، كما لاتقبل الدحض بالاقرار ، أو النكول عن حلف اليمين.

في حين إننا نرى أنه ، ينبغي أن لاتعطى الشكلية المتمثلة في التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، أو أي تسجيل آخر في أية دائرة رسمية أخرى، إلا قيمة ثبوتية فقط، بحيث أن التسجيل يمكن أن يدحض بالإقرار أو النكول عن حلف اليمين، شأنه شأن القرينة القانونية القاطعة غير القابلة لإثبات العكس " وهذا تخفيف من حدة الشكلية ، حفاظاً لحقوق من تقررت لحمايته، وحفاظاً لحقوق من تقررت ضده، عندما يتم الإتّكال عليها لتحقيق أغراض أنانية غير مقبولة، كما أن تخفيفها، يمكن الغير من المطالبة بحقوقه عندما يكون التسجيل يثبت نفيها.

٤ـ الفسخ ليس مقتصراً على العقود الملزمة للجانبين

من المعروف أن الفسخ يقسم الى ثلاثة أنواع هي:

١- الفسخ القضائي.

٢- الفسخ القانوني (الإنفساخ).

٣- الفسخ الاتفاقي (التفاسخ).

والأصل في الفسخ انه قضائي مالم ينظم بنص أو إتفاق، ومن شروطه:-

حسب ماإستقر عليه الفقه التقليدي:-

أولاً / ان يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين

ثانياً / إخلال المدين بالتزامه العقدي وان يستمر هذا الإخلال لغاية وقوع الفسخ.

ثالثاً / ان يكون طالب الفسخ قد قام بتنفيذ التزاماته أو على الأقل ابدى استعداده للتنفيذ.

رابعاً / ان يكون طالب التنفيذ قادرا على إعادة الحال إلى ماكانت عليه قبل إبرام العقد.

خامساً / ان يكون طلب الفسخ صادراً عن حسن نية الدائن.

خواطر مدنية ـــــــ

وايضاً نجد في الشطر الأخير من الفقرة الثانية من المادة (١٧٧) ان الفسخ يقع حتى لو لم يشترط في العقد وذلك بخيار العيب، وهذا الخيار، كغيره من الخيارات، يجعل من العقد عقدا غير لازم، وغالبا ماتكون العقود غير اللازمة عقودا ملزمة لجانب واحد.

والفقه التقليدي يذهب الى أن العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة والكفالة والقرض والوكالة...الخ، اذا كانت بدون مقابل، لايرد عليها الفسخ، لانها بدورها لاتنشىء الالتزام الا على عاتق احد الطرفين، اما الطرف الثاني فلا يلتزم بشيء، لذلك اذا لم يقم الطرف الملتزم بتنفيذ التزامه، فليس من مصلحة الطرف الآخر المطالبة بالفسخ،[1] ويثور التساؤل عن ضمان كل من المودع لديه والوكيل في حالة اخلال الطرف الاخر بالتزامه العقدي، فاجاب البعض، بان كلا منهما يستطيع الرجوع على الموكل والمودع للمطالبة بالتعويض لا على اساس العقد، وانما على اساس الاثراء بلا سبب او قواعد الفضالة، بينما يرى البعض الاخر بان قواعد الفضالة او الاثراء بلا سبب لاتتضمن مصلحة العاقدين، لان قواعد الفضالة قواعد اختيارية والاثراء بلا سبب لايضمن مصلحتهم

---

[1] لاحظ: د. مصطفى عبدالسيد الجارحي، فسخ العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ط١،ص٣٩

ما لم يمكن المطالبة بالتعويض وفقاً له الا باقل القيمتين (قيمة الاثراء وقيمة الافتقار)، ولذلك جعل هذه العقود محلاً للفسخ على اساس ان هذه العقود وان كان بدأ بانها ملزمة لجانب واحد، ولكن تتحول الى عقود ملزمة لجانبين في اثناء تنفيذها، واطلق على المفرد منها بـ(العقد الملزم للجانبين الناقص) كما في عقد الوديعة والوكالة بدون مقابل، حيث يتحمل الوكيل أوالمودع لديه في اثناء تنفيذ العقد، مصروفات حفظ الشيء المودع او لتنفيذ الوكالة، فيصبح الموكل والمودع مدينين للطرف المقابل، فاذا أخلّ بالتزامه، يحق للطرف الاخر المطالبة بالتنفيذ العيني او الفسخ، لان هذه الالتزمات تدخل في نطاق العقد، وبهذا قد تتحقق مصلحة العاقدين[1]

عليه فان الفسخ يقع في العقود الملزمة لجانب واحد كعقود الوكالة والوديعة والعارية حيث يستطيع احد الطرفين فيها الإستقلال بفسخها مادامت أنها – بطبيعتها– عقود غير لازمة.

ومما تقدم يتبين لنا ان الفسخ يقع في دائرة العقود كافة وليس حالة مقتصرة على العقود الملزمة للجانبين، أمّا ذكر

---

[1] لاحظ لمزيد من التفصيل: به مو به رويز عزيز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، رسالة ماجستير في كلية القانون من جامعة السليمانية،٢٠٠٧،(غير منشورة)، ص٣٢ و ما بعدها.

الأخيرة في القانون، فإنه كان لغرض بيان كيفية حصول الفسخ فيها دونما إشارة من جانب النص على إقتصار الفسخ عليها دون غيرها.

ناهيك من ان العدالة تأبى أن نمنع على المدين في العقود الملزمة لجانب واحد، كالمودع لديه أو الوكيل، حق طلب الفسخ اذا لم يعجل الموكل أو المودع بما هو مستحق في ذمته، ولو صار مستحقاً في أثناء تنفيذ العقد.[1]

وأخيراً نذكر ما تطرق إليه بعض الفقه [2] من أن حجة الفقه التقليدي الذي قصر الفسخ على العقود الملزمة للجانبين هي أن الفسخ شرع لكي يتمكن الدائن في العقد الملزم للجانبين أن يتخلص من التزامه بحيث لايبقى ملتزما في الوقت الذي لم ينفذ الطرف الآخر التزامه. أما في العقد الملزم لجانب واحد فلا توجد للدائن أي مصلحة للفسخ فهو لايتحمل أي التزام ، ومن ناحية أخرى فإن الفسخ يقوم على فكرة أن عدم التنفيذ يخل بالتوازن الناشئ عن الأرتباط المتبادل بين الألتزامات ، وعند البعض يصل ذلك الإرتباط الى حد اعتبار أحد الألتزامات سبباً للآخر، ومن جانبنا أن هذه الأسس لا تصلح أساسا للفسخ ونرى أنه لم يتقرر الا لدواعي العدالة، ولذلك

---

[1] لاحظ: د.مصطفى عبدالسيد الجارحي، فسخ العقد، ص٤٥.

[2] د.مصطفى عبدالسيد الجارحي، المرجع السابق، ص٣٩ و ما بعدها.

لانرى ما يمنع أبداً من مد الفسخ الى العقد الملزم لجانب واحد اذا رغب في ذلك الدائن، لماذا نضطره الى طريق التنفيذ الجبري اذا كان راغباً عن ذلك؟؟ لماذا نضطره الى ترك حقه يسقط بالتقادم بعدم المطالبة؟؟ و أنه اذا كان صحيحا أن عدم التنفيذ يخل بالتوازن القائم أو يهدد سبب الألتزام ، وأن الفسخ يعيد التوازن، فهذه الحجة قائمة في العقد الملزم لجانب واحد أيضاً، اذ أن الفسخ يعيد المال الى ذمة المدين. لماذا يظل الموهوب له مرتبطاً بعقد هبة لم يتم تنفيذه من جانب الواهب؟!! أو لماذا يظل المقترض الذي لم يتسلم مبلغ القرض مرتبطاً بالعقد اذا أراد فسخه؟!!.

إن عقد القرض قبل تسليم الشئ محل القرض. يكون عقداً ملزماً لجانب واحد هو جانب المقرض اذ لايمكن القول بأن المقترض عليه التزام بالرد أو بدفع فوائد منذ إجراء العقد. وبالمثل نرى أن عقد المقاولة الذي تعهد فيه رب العمل بتقديم المواد من عنده يكون قبل تسليم تلك المواد عقداً ملزماً لجانب واحد، حيث أن التزامات المقاول لاتبدأ الا بعد أن يسلم رب العمل المواد المطلوبة ، ففي هذا العقد لماذا لانسمح للمقاول أن يطلب فسخ العقد لعدم تسليم المواد؟!! وبالمثل عقد الوكالة الذي يتوقف أداء العمل الموكل فيه على أن يسلم له الموكل بعض الأوراق . كما أن وجود العقود غير اللازمة

بطبيعتها أو بسبب وجود الخيارات، وهي في الغالب عقود ملزماة لجانب واحد، قد حرر الفسخ في العقد من القيود والشروط، الا ماكان منها ضرورياً، فضلا عن ذلك فإن القارئ لا يجد عندما يقرأ نظرية عامة مؤلفة في الفسخ، أي إشارة من المؤلف، وهو من كبار فقهائنا ،[1] لشروط الفسخ.

---

[1] الأستاذ الدكتور حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الأسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه في جامعة القاهرة، (بدون ذكر سنة النشر).

خواطر منشية ـــــــ

و الدعوى التي يباشرها صاحب الحق كفيلة -بوصفها وسيلة لعنصر الحماية في الحق- بإرجاع الحق إلى نصابه الطبيعي، من خلال معاقبة كل من يجرؤ على الإعتداء على حقوق الغير، فكل إنسان يمارس حقه يكون محمياً من قبل القانون، حمايةً قانونية، وهذه الحماية تتجزأ إلى نوعين: حماية مدنية و حماية جنائية.

والحماية القانونية يقصد بها توفير الامان[٤] والاطمئنان والضمان للشخص في ممارسة حقوقه ومصالحه ومكناته القانونية بصورة تجعله مكفولاً ومتسلحاً بسلاح الدفاع عن اي مس بحقوقه ومصالحه ومكناته ، من خلال وسائل وادوات هيّأ القانون له استخدامها عند مواجهته لخطر او تعرضه لضرر.

والحماية القانونية، إما حماية جنائية أو حماية مدنية، كما هو الحال بالنسبة للمسؤولية القانونية، لكن الحماية المدنية، لا تقابل -بالضرورة- المسؤولية المدنية، فلا توجد حماية

---

[4] تم اقتباس عبارة (توفير الامان) من : د. عمر محمد عبد الباقي ، الحماية العقدية للمستهلك ، منشأ المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص٤٣ ، بصدد تعريفه لحماية المستهلك

عقدية[1] أو غير عقدية، بل ان الحماية المدنية – حسب رأينا – على ثلاثة أنواع [2]: الأولى: حماية موضوعية، قوامها ضمان تعويض المتضرر من المسؤول عن الخطأ المحدث للضرر، أو مؤمن المسؤول، أو من الدولة . الثانية: حماية شكلية، تتدرج قوة و ضعفا من خلال إقرار القواعد الموضوعية، أو القرائن القانونية القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس، أو القرائن القانونية البسيطة التي تقبل إثبات العكس . و الثالثة: حماية احترازية، عن طريق منع حصول الضرر ، عن طريق التسجيل أو التثبيت أو الإجراءات التحفظية التي من شأنها دفع الضرر المحتمل ، كتسجيل ملكية العقارات وسائر الحقوق العينية العقارية وتسجيل العلامات التجارية وتسجيل براءات الإختراع والحماية الحدودية للملكية الفكرية .[3]

---

[1] يذكر ان الدكتور عمر محمد عبد الباقي ، في مؤلفه (المرجع السابق) الذي يحمل عنوان (الحماية العقدية للمستهلك) ، لم يعرف هذا النوع من الحماية ولم يحدد لماذا اقرن الحماية بالصفة العقدية ؟

[2] لاحظ : مؤلفنا : الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ، مكتب تفسير ، أربيل ، ٢٠٠٨ ،ص١٧.

[3] في موضوع التدابير الحدودية لحماية الملكية الفكرية ، لاحظ: رسالة ماجستير بنفس العنوان للسيد شيروان هادي اسماعيل ، مقدمة الى كلية القانون ، جامعة صلاح الدين ،(غير منشورة) ، ٢٠٠٧ ، ص٤ ومابعدها .

ففيما يتعلق بالحماية المدنية الموضوعية، فإن حركة الحياة تفرز في كثير من الأحيان حالات كثيرة يقع فيها الضرر للأشخاص في المجتمع ، كالأضرار التي تسببها العواصف والأعاصير والزلازل والبراكين والحرائق والحروب وغيرها من الكوارث التي تعود الى قوة قاهرة ، كما قد يحدث الضرر من قبل مجهول أو شخص غير معروف أو شخص لا يثبت عليه شي أو غير مسؤول أصلا ، فعلى النظام الإجتماعي أن يتحمل مسؤوليته هنا في تعويض هذا الضرر [٤]، وهذا التعويض – حتما –لا يعود –بالضرورة– للمسؤولية ، لعدم وجود الخطأ في بعض الحالات ، وهو ركن فيها ، بل يرجع لتقرير الحماية

---

[4] وهذه الحماية نجد لها أساسا في السنّة النبوية الشريفة حيث ورد عن الرسول ((صلى الله عليه وسلّم)) أنه قال ((من ترك مالا فلورثته ، وأنا وارث من لا وارث له، أعقل له، وأرثه ...)). وورد عنه ((صلى الله عليه وسلم)) أنه قال : ((أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم من ترك مالا فلأهله ومن ترك دينا أو ضياعا فإلي وعلي)) ،وورد عنه عليه الصلاة والسلام أيضا أنه قال : ((أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فأيّما رجل مات وترك دينا فإلي، ومن ترك مالا فلورثته)) . (لاحظ تخريج هذه الأحاديث الشريفة: الحافظ أبي داؤود سليمان بن الأشعث السجشاني، سنن أبي داؤود، تحقيق وتعليق سعيد محمد اللحّام، دار الفكر، ط١، ١٩٩٠، المجلد الثاني ،(٣-٤)، أرقام الأحاديث : ٢٨٩٩ ، ٢٩٥٥ ، ٢٩٥٦ .)

المدنيـة الموضـوعية[1] . فالحمايـة المدنيـة الموضـوعية هـي حماية حقوق ومصالح ومكنات مقرة ومكتسبة ومحترمة من قبل القانون وهي كثيرة لا حصر لحالاتها المتناثرة في عموم نصوص القانون وخصوصها ، لكن يمكن ارجاعها وتقسيمها الى ثلاثة انواع :

١- النوع الاول من الحماية المدنية الموضوعية يتمثل في تقرير المسؤولية المدنية بنوعيها العقدية وغير العقدية على الشخص الذي ينحرف في سلوكه ويرتكب فعلاً يضر بالغير، فالشخص المتضرر من جراء خطأ الفاعل يستطيع رفع دعوى المسؤولية على المخطىء ويطالبه بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، وهذا التعويض – بهذا الشكل – هو فحوى الحماية المدنية الموضوعية في هذا النوع.

٢- أما النوع الثاني من الحماية المدنية الموضوعية فيتمثل في الحماية من غير مسؤولية لعدم وجود ركن الخطأ ، فانعدام الخطأ يؤدي الى انعدام المسؤولية ، لكن هناك حالات يقع فيها ضرر دون امكان نسبته الى خطأ معين ، لكن مع ذلك فان القانون يوجب على جهة ما القيام بتعويضه ، وهذه الجهة

---

[1] وقد سبق للقاضي البلجيكي (لكرك Leclereq) أن دعا الى اقرار مبدأ حماية المتضرر (لاحظ تفاصيل ذلك لدى د. صبري حمد خاطر، بحثه : تطور فكرة المسؤولية التقصيرية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، العدد الاول، ٢٠٠١، ص٧٥) .

إما ان تكون متمثله في محدث الضرر ، كما لو كان شخص غير مميز او مجنون أو لم ينسب اليه خطأ في فعله ، فهو يعوض لا على اساس انه مسؤول بل على اساس انه ضامن ، وقد تكون الجهة المعوضة شركة تأمين ، أو الخزينة العامة ، كما في الاضرار الناجمة عن الكوارث والزلازل والحروب وما الى ذلك.

٣- وأما النوع الثالث من الحماية المدنية الموضوعية فيتمثل في حماية الشخص الذي اكتسب حقاً أو مصلحة من عقود أو اتفاقات لم يكن طرفاً فيها، أو من خلال اقرارات أو تشريع معين أو لوائح تنفيذية، كما في الحماية المدنية المقررة للغير في عقد الاشتراط لمصلحة الغير، وكما في حماية المستهلك المستفيد من بعض الانظمة والتشريعات والاشتراطات التي تلتزم بها الجهات المنتجة أو الجهات التجارية أو الجهات المروجة للبضائع ، وكذلك حماية المواطنين الذين تقررت لهم حقوقٌ ومصالح من خلال عقود الترخيص (التزام المرافق العامة) المشروطة من قبل الحكومة لمصلحة المواطنين، كما في عقود ترخيص قطاع الكهرباء والاتصالات والنقل والمواصلات والماء وغيرها .

وهذه الانواع الثلاثة من الحماية المدنية الموضوعية، يمكن اطلاق التسميات الاتية عليها:

١- الحماية المشروطة ، وهي الحماية المدنية بدعوى المسؤولية ضد محدث الضرر ، وهي تشترط توافر اركان المسؤولية المدنية الثلاثة ، ولاسيما ركن الخطأ .

٢- الحماية المجردة ، أي غير المشروطة ، وهي لاتكون عن طريق دعوى المسؤولية ، بل عن طريق دعوى ضمان الضرر ، اذ لا يوجد خطأ في احداث الضرر .

٣- الحماية المكتسبة ، وهي المكتسبة للشخص في عقود واتفاقات لم يكن طرفاً فيها، أو من تشريعات او لوائح او انظمة

وإن كانت الانواع الثلاثة من الحماية تتوفر لدى ساحات المحاكم في دعوى المسؤولية ، وهذا ناجم عن الخلط بين المسؤولية المدنية والحماية المدنية.

والقاسم المشترك بين الانواع الثلاثة للحماية المدنية الموضوعية هو تعويض الضرر ، فهو مرتكز هذا النوع من الحماية .

والجدير بالملاحظة أن الضرر يعجز أن يكون أساسا للمسؤولية المدنية مادام لا يوجد خطأ منسوب الى مسؤول ، وبالتالي فإن إلزام أيما شخص بتعويض ضرر ما، دون أن يصدر منه خطأ ، إنما يكون على أساس أن المتضرر يتمتع بحماية مدنية موضوعية مجردة ، إذ لو أن مالا مملوكا لـ (ب)

أتلفه (أ) من دون خطا، فإن من العدل أن يتحمل (أ) ضمان هذا المال أي تعويضه ، وكأنما ننظر في هذه الحالة الى الأصل العام في أن الجميع يتحملون ضرر أموالهم الناجم عن أفعالهم ، فكيف لو كان المال مملوكا للغير ؟ فتعويض المتضرر هنا إنما يقوم على فكرة الضمان بوصفها تطبيقاً من تطبيقات الحماية المدنية الموضوعية المجردة .

كما أن من تطبيقات الحماية المدنية الموضوعية بنوعها الثاني المتمثل في الحماية المجردة ، صعوبة تحديد شخص المسؤول عندما يكون الضرر ناجما عن فعل شخص مجهول موجود ضمن أشخاص محددين، فنكون أمام مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد ضمن مجموعة محددة من الأشخاص[1] .

وقد إتجه البعض [2] إلى الأخذ بفكرة (بوستاسيوجلى)[3]،التي تقوم على أساس أنه من الخطأ النظر إلى الأفعال التي تتزامن مع الفعل بالذات الذي سبب الحادث أو تتلوه بفواصل زمنية

---

[1] لاحظ : د. محمد شكري سرور ، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، (بدون سنة طبع) ، ص٩٣.

[2]. لاحظ : المرجع السابق نفسه ، الإشارة نفسها .

[3]. (postaioglu) نقلا من المرجع السابق ، الإشارة نفسها .

قصيرة للغاية على أنها منبتّة الصلة تماما بالضرر الذي لحق بالغير ، ففي حوادث الصيد ، على سبيل المثال ، لا تكون الأسلحة الأخرى غير السلاح بالذات الذي أصاب المتضرر ، أجنبية تماما عن الضرر الذي وقع لهذا الأخير ، لأن الحقيقة أن الضرر عند صاحب هذه الفكرة ، لا يتمثل فقط في هذه الإصابة ، وإنما –أيضا– في أنه قد أصبح يستحيل على المتضرر، وقد تزامن إطلاق النيران ، تحديد السلاح بالذات الذي خرج منه الطلق الناري الذي أصابه ، أو بعبارة أخرى، إقامة الدليل على شخص مرتكب الحادث من بين المطلقين جميعا[1].

وتقود فكرة (بوستاسيوجلى) الى نتيجة منطقية قوامها أنه لو كان سلاحا واحدا –والكلام عن المثال السابق–، لكان من السهل عليه إثباته وتحديده، أو تحديد ذات من أطلقه، وإهدار الأدلة يشكل ضررا محققا لمن كان بإمكانه الإستفادة منها ، لذا من الواجب مساءلتهم جميعا عن تعويضه ، ولإقامة رابطة السببية بين فعل الشي والضرر ، فإن سلاح كل من المطلقين قد أطلق في إتجاه المتضرر، وإلا كان لمن أطلق منهم

---

[1] . لاحظ: د. ممدوح محمد خيري هاشم ، المسؤولية التقصيرية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة (المسؤولية دون خطأ في القانون المدني) ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٢٣٩ .

في إتجاه آخر أن يقيم الدليل على أنه كان بعيد الصلة تماما ، سواء عن الإصابة التي لحقت بالمتضرر أو عند إهدار أدلته[2] . وقد يفترض المشرع في المطلقين الاخرين ركن الخطأ ، ونكون امام دعوى المسؤولية المدنية (أي حماية مدنية مشروطة) ، لكنه ان لم يفعل ذلك ، فان القاضي ليس بامكانه افتراض الخطأ وصولاً الى اقرار المسؤولية، بل هو يؤسس الزام المطلقين بالتعويض على اساس دعوى ضمان الضرر ، وهنا تكمن اهمية الحماية المدنية المجردة .

والحماية المدنية الموضوعية (المجردة) ، ليست وليدة العصر الحديث ، بل أن القوانين القديمة كانت تقرر هذه الحماية بطريقة أو باخرى، فعلى سبيل المثال جاء في المادة(٢٣) من قانون حمورابي: ((إذا لم يقبض على السارق، فالرجل الذي قد سُرق سوف يعلن رسمياً عما يكون قد فقده أمام الآلهة ، والمدينة والمحافظ اللذين إرتكبت السرقة في أرضهما أو مقاطعتهما سوف يعوضانه عما يكون قد فقده))[(٣)]، فهذه المادة تؤسس نظام التامين ضد الاضرار بشكل يبدو في

---

[2] .لاحظ : د. محمد شكري سرور ، مرجع سبق ذكره ، ص٩٥ ود. ممدوح محمد خيري هاشم ، مرجع سبق ذكره ، ص٢٤٠.

[(3)] النص مأخوذ من كتاب د. محمود سلام زناتي ، قانون حمورابي ، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٧١ ، ص١٤ .

غاية من التحضّر[1]، وهذا النظام لا شك أنه قائم على فكرة الحماية المدنية الموضوعية المجردة التي لا تترك أحداً متضرراً من غير تعويض .

كما أن نظام التامينات الاجتماعية هو احد ابرز تطبيقات الحماية المدنية الموضوعية المجردة، ذلك أن الهيئة الاجتماعية في النهاية ستكون (المسؤولة) عن تعويض أيما متضرر وقع له ضرر من غير وجود خطأ[2] على الرغم من عدم إمكان نسبة أي خطأ إليها .

والعلاقة بين المسؤولية المدنية (أي الحماية المدنية الموضوعية المشروطة) والحماية المدنية الموضوعية المجردة، أن الاولى لا تنهض إلا بتوافر ثلاثة أركان هي: الخطأ[3]، والضرر والرابطة السببية ، أما الثانية فركنها هو

---

(1) لاحظ : د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٩٩ ، ط٢ ، ص١٠٩ .

(2) لاحظ : د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج١ ، الضرر ، دار وائل للنشر ، عمّان ، ص٤٩٩ ومابعدها .

(3) وقد اختار كل من د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، استعمال كلمة (الإضرار) بدلاً من (الخطأ) تصوراً منهما، أن هذه الكلمة منسجمة مع القوانين المدنية التي أسست المسؤولية المدنية - حسب أعتقادهم - على عنصر الضرر ، في حين أن (الإضرار) هو تعمد إلحاق الضرر بالغير، فهو خطأ بحت ، بل هو من أعلى درجاته (لاحظ

الضرر الذي لايسببه الشخص لنفسه دون وجود مسبب مسؤول، لذا فان ركن الحماية الموضوعية المجردة الوحيد وأساسها العتيد هو الضرر، أما اساس المسؤولية فهو الخطأ[٤].

: كتابهما : شرح القانون المدني ، مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات) ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص٣٧٦)) .

[4] وقد ذهب البعض –وهو على حق– الى ان انتفاء عنصر الخطأ يعد مانعاً من موانع المسؤولية المدنية .(د. مصطفى العوجي ، القانون المدني ، ج٢ ، المسؤولية المدنية ، منشورات الحلبي ، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ط٢ ، ص٣٤٩) .

٦. أحكام المسؤولية ناقصة وغير متناسقة

تظّم القانون المدني العراقي احكام المسؤوليتين العقدية وغير العقدية في مواد قانونية تبدو غير متناسقة وناقصة الأحكام.

أ- فبالنسبة الى المسؤولية العقدية فقد نظمها في المواد (١٦٨-١٧٦)، تحت عنوان (المسؤولية التعاقدية- ضمان العقد-)، ويؤخذ على المشرع في تنظيمه لأحكام هذه المسؤولية ما يأتي :-

١- إن العنوان الذي إختاره المشرع للمسؤولية العقدية غير صحيح من ثلاثة اوجه:

١-١- من الغلط القول أن هذه المسؤولية هي مسؤولية تعاقدية، إذ أنه يشير إلى المسؤولية فقط في مرحلة التعاقد، في حين ان المسؤولية العقدية تثار في مرحلة تنفيذ الإلتزامات العقدية في العادة، فهي إذن مسؤولية عقدية وليست تعاقدية.

١-٢- ومن الغلط القول بمصطلح (ضمان العقد)، فهذا ليس المقصود منه المسؤولية الناشئة عن العقد، بل يقصد به وسائل إسناد ودعم الثقة بين المتعاقدين، كما لو كان في العقد تأمين، او ضمان عيني، أو ضمان شخصي، وما إلى ذلك.

١-٣- كما ان وضع العنوان (ضمان العقد) بين هلالين بعد العنوان (المسؤولية التعاقدية)، يوحي بأنهما مترادفان وهما اقرب الى التباين في المعنى منهما الى الترادف، وقد إتضح مفهوم كل منهما في ماسبق ذكره عند الحديث عن الفرق بين الحماية والمسؤولية .

٢- تناولت المواد التي نظم بها المشرع العراقي أحكام المسؤولية العقدية، التعويض وانواعه فحسب، فالمادتان (١٦٨و ١٦٩) إختصتا بالتعويض القضائي، أما المادة (١٧٠) فنظمت أحكام التعويض الإتفاقي (الشرط الجزائي)، اما المواد الستْ الباقية (١٧١- ١٧٦) فقد نظم بها المشرع أحكام التعويض القانوني عن طريق الفوائد. وهنا نتساءل : هل هذا كله ما يتعلق بالمسؤولية العقدية؟!

٣- أحكام المسؤولية العقدية الواردة في القانون المدني ناقصة، فهو لم ينص على تنظيم أركانها بدقة، من خطأ وضرر ورابطة سببية، كما أنه لم يحدد وسائل تكييف المسؤولية وجعلها عقدية في بعض الحالات التي قد يصعب فيها على القضاء تحديد وصف المسؤولية، كما في الحالات الآتية:-

٣-١- صفة المسؤولية في مرحلة المفاوضات العقدية.

٣-٢- صفة المسؤولية في الخدمات التي تؤدّى بالمجان.

٣-٣- صفة المسؤولية في حالة العدول عن الخِطبة.

٣-٤- صفة المسؤولية في حالة بطلان العقد.

٣-٥- صفة المسؤولية في حالة وقف العقد ومن ثم نقضه.

٣-٦- صفة المسؤولية في حالة فسخ العقد.

٣-٧- صفة المسؤولية في حالة الفسخ التعسفي للعقد.

٣-٨- صفة المسؤولية في حالة الإخلال بإلتزام مقرر بموجب قاعدة قانونية آمره تنظم مسألة عقدية.

٣-٩- صفة المسؤولية في حالة الإخلال بإلتزام أقرته قاعدة قانونية مكملة.

٣-١٠- صفة المسؤولية في حالة مخالفة عرف حرفي او مهني، إرتبط فيه المدين بعلاقة عقدية.

٣-١١- صفة المسؤولية في حالة مخالفة قرار إداري متعلق برابطة عقدية.

٣-١٢- صفة المسؤولية في حالة مخالفة إلتزام مقرر بموجب لائحة صادرة من منظمة غير حكومية تنظم علاقات عقدية.

وغير ذلك من الحالات التي يلتبس فيها تكييف المسؤولية، فيتدخل المشرع فيحسم أمر تكييفها، كي لا تقع إشكالات قانونية، يكون القضاء في غنى عنها.

٤- القانون المدني العراقي من القوانين التي أخذت بتقرير احكام اليد، واليد في هذا القانون إما يد المالك أو يد غير المالك، واليد الأخيرة إما يد امانة أو يد ضمان، ويد الأمانة لاتضمن إلا بالتعدي، أما يد الضمان، فهي تضمن في جميع الأحوال حتى وإن كان سبب الهلاك سبباً أجنبياً خارجاً عن إرادة صاحب اليد، وهذه الأحكام نظمها المشرع في المادة (٤٢٦) منه حيث نصت على أنه: (إذا إنتقل الشيء الى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعد أو تقصير فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشيء على صاحب اليد. وإن كانت يد أمانة هلك الشيء على صاحبه). أما تعريف يد الأمانة ويد الضمان فقد نظمه في المادة (٤٢٧) منه حيث نصت على أنه: (١- تكون اليد يد ضمان إذا حاز صاحب اليد الشيء بقصد تملكه وتكون يد أمانة إذا حاز الشيء لابقصد تملكه بل بإعتباره نائباً عن المالك. ٢- وتنقلب يد الأمانة إلى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه بغير إذنه).

والغريب في هذا الموضوع، أن المشرع وضع أحكام اليد في المادة (٤٢٦) ثم وضح تعريفهما في المادة (٤٢٧)، فكان الأولى أن يعرفهما ثم يبين أحكامهما. لكن ما علاقة أحكام اليد بالمسؤولية العقدية؟

العلاقة واضحة، إذ أن المادة (١٦٨) مدني عراقي والتي نصت على أنه: (إذا إستحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الإلتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بإلتزامه ما لم يثبت إن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ إلتزامه). هذه المادة أطلقت عبارتها عن إستحالة التنفيذ بسبب أجنبي، فقد يكون العقد وارداً على الأعيان، وتحولت يد المدين الى يد ضمان، فإنه لايستفيد من إثبات أن إستحالة التنفيذ ناشئة عن سبب أجنبي لا يد له فيه، فهو يضمن في جميع الأحوال. لكن قد يتساءل البعض : هل أن تحول يد المدين المتعاقد الى يد ضمان يجعله منكراً للرابطة العقدية، فيخرج من دائرة المسؤولية العقدية ويدخل في نطاق المسؤولية (التقصيرية)، لأنه لايمكن ان تنشأ يد ضامنة في وسيلة مشروعة وهي العقد؟. وهذا الرأي له وجاهته، لكن القانون قد يتدخل فيقضي بعدّ يدٍ معينة يد ضمان على الرغم من وجود رابطة عقدية، كما في المادة (٤٢٨) مدني والتي نصت على أنه : (اذا

انتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان وتنقلب يد امانة اذا امتنع واجب التسليم بقيام سبب للحبس). وكذلك المادة (٥٤٧) التي نصت على أنه: (١- إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري، يهلك على البائع ولا شيء على المشتري، إلا إذا حدث الهلاك بعد إعذار المشتري لتسلم المبيع. وإذا نقصت قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، فالمشتري مخير بين فسخ البيع وبين بقائه مع إنقاص الثمن. ٢- على أنه إذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الأولى، وإلزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية) وكذلك الحال بالنسبة للمادة (٥٤٨) مدني والتي نصت على أنه (١- ما يقبض على سوم الشراء مع تسمية الثمن إذا هلك أو ضاع في يد القابض لزمه الضمان، أما إذا لم يسم له ثمن كان أمانة في يده فلا يضمن إذا هلك أو ضاع دون تعد أو تقصير منه. ٢- وما يقبض على سوم النظر، سواءاً بيّن ثمنه أو لم يبيّن يكون أمانة في يد القابض فلا يضمن إذا هلك دون تعد).

لهذا كله كان الأصوب أن ينظم المشرع العراقي أحكام اليد في المواد الخاصة بالمسؤولية العقدية ، لاسيما يد الأمانة

التي غالباً ما تنشأ بسبب وجود علاقة عقدية سابقة بين المالك وصاحب اليد.

٥- لم تحتو المواد المنظمة لأحكام المسؤولية العقدية في القانون المدني العراقي على نص يتعلق بتقادم دعوى المسؤولية العقدية فترك تلك المسؤولية لأحكام تقادم الدين بصورة عامة، وهذا غير جائز ، وسنشير الى هذه النقطة في فقرة مستقلة لاحقة.[1]

٦-لم تتضمن المواد المنظمة لأحكام المسؤولية العقدية أحكاما تنظم مسألة تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالإعفاء أو التخفيف أو التشديد، في حين أنه كان من المفروض نقل نص المادة (٢٥٩) التي نظمت هذه الأحكام و وضعها ضمن المواد المنظمة لأحكام المسؤولية العقدية، وليس في الفصل الخاص بالتنفيذ الجبري.

٧- كما لم تتضمن المواد المنظمة لأحكام المسؤولية العقدية أيضاً نصوصاً تتعلق بضرورة قيام الدائن بتوجيه إعذار الى المدين قبل رفع دعوى المسؤولية العقدية، وهذه من الأحكام التي تتميز بها المسؤولية العقدية من المسؤولية غير العقدية- كما في النقطة السابقة – فكان ينبغي على المشرع

---

[1] الفقرة (٢١) لاحقا.

نقل المواد المتعلقة بالإعذار، وهي المواد (١٥٦-١٥٨) من الفصل الخاص بالتنفيذ الجبري، الى المواد المنظمة لأحكام المسؤولية العقدية.

٨- وأخيرا فيما يتعلّق بالمسؤولية العقدية ، لم ينظّم المشرع في المواد المنظّمة لهذه المسؤولية ، مسألة المسؤولية العقدية غن فعل الغير، إذ إكتفى بالنص عليها ضمنا في المادة (٢٥٩) مدني، علما أن هذه المادة جاءت في الباب الخاص بتنفيذ الإلتزام ، فكان ينبغي النّصّ على حكم هذه المسؤولية في الفقرة الخاصّة بالمسؤولية العقدية .

ب- أما بالنسبة للمسؤولية غير العقدية، فإن القانون نظمها في الفصل الثالث من الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام، في الكتاب الأول الخاص بالألتزامات بوجه عام، وقد نظم أحكام هذه المسؤولية في المواد(١٨٦-٢٣٢) مدني، ويلاحظ على تنظيم المشرع لأحكام المسؤولية غير العقدية ما يأتي:

١- أنه بدأ بتطبيقات ركن الخطأ في المسؤولية، فبدأ بالإتلاف ونظم أحكامه في المواد (١٨٦-١٩١)، ثم عرج على الغصب ونظم أحكامه في المواد(١٩٢- ٢٠١)، ثم نظم أحكام الأعمال غير المشروعة التي تقع على النفس في المادتين (٢٠٢ و ٢٠٣)، ثم نص على أحكام عامة مشتركة للأعمال غير

المشروعة في المواد (٢٠٤-٢١٧)، وكان الأولى والأجدر بالمشرع أن يبدأ بالأحكام العامة ثم يعرج على التطبيقات.

٢- لقد تخبط المشرع في تحديد أساس المسؤولية غير العقدية، ففي مواد يبرز ركن الخطأ، كما في المواد (١٨٦ ، ٢٠٤ ، ٢١٠ ، ٢١٧) وفي مواد أخرى يركز على ركن الضرر، كما في المواد (١٩٠ -١٩١) وغيرهما، في حين أن أساس المسؤولية المدنية عقدية أو غير عقدية يكمن في الخطأ، مع عدم إهدار أي ركن من أركان المسؤولية أو التقليل من أهميته.

٣- لم ينص المشرع على نظرية تدرج الخطأ، وأحياناً نجده يسوّي مابين التعدي والتعمد، كما في المادة (١٨٦) مدني التي نصت على أنه: (١- اذا أتلف أحد مال غيره او أنقص قيمته مباشرة أو تسببا، يكون ضامناً، اذا كان في أحداثه هذا الضرر قد تعمّد أو تعدّى. ٢- واذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمّد أو المتعدّي منهما فلو ضمنا معا كانا متكافلين في الضمان).في حين ان جسامة التعدي تؤثر في تحديد مقدار التعويض، وهذا مايمكن إستنتاجه من المادة (٢١٧) التي نصت على أنه: (١- اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب. ٢- ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب تحدده

المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم فان لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي.) ، وكذلك نص الفقرة ٣ من المادة (١٩١) مدني التي نصت على أنه : (٣- عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة ان تراعي في ذلك مركز الخصوم).

٤- لم يضع المشرع نصاً يعالج فيه موضوع مشكلة تعدد الأسباب في إحداث الضرر، فأحياناً نجده مع نظرية تعادل الأسباب، كما في نص الفقرة (٢) من المادة (١٨٦)، والفقرة (٢) من المادة (٢١٧)، وأحياناً أخرى نجده يتبنى موقف نظرية السبب المنتج، في الفقرة الأولى من كل من المادتين (١٨٦) و (٢١٧) والمادتين (٢١٠ و ٢١١) . وكان ينبغي أن يضع نصا خاصا يعالج مشكلة تعدد الأسباب في المسؤولية المدنية.

٥- لم ينظم المشرع ضرورة تمييز المسؤولية المدنية من موضوع الحماية المدنية، فليست كل حماية مدنية للدائن تعني إقرار المسؤولية المدنية على المدين، فالمسؤولية هي إحدى صور و وسائل الحماية المدنية، والأخيرة لا تقتصر عليها فحسب، وهذا ما عالجناه في الفقرة السابقة .

٦- عالج المشرع في تنظيمه لأحكام المسؤولية غير العقدية الكثير من التطبيقات التي لا أرى داعياً لتنظيمها ، وغالبا ماتكون محكومة بالأحكام العامة، فالكثير من مواد الأتلاف والغصب زائدة، كما أنه لاداع لوجود المواد المتعلقة بالمسؤولية عن الحيوان (المواد ٢٢١-٢٢٦) والأكتفاء بمادة واحدة تعالج هذه المسؤولية.

٧- المسؤولية المدنية تقوم على الخطأ وليس على الضرر

يذهب الفقه -عموما- إلى أنه لا مسؤولية مدنية بدون ضرر، و أنا معهم مضيفا اليهم أنه: (لا مسؤولية مدنية بدون خطأ)، بل الخطأ أساس المسؤولية المدنية منطقا و قانونا، فلماذا الشخص مسؤول؟ لأنه إرتكب فعلا مؤاخذا عليه قانونا، فالمسؤولية هي الحكم المحيط بالخطأ، و يمكن الإستناد إلى:-

أ- إن إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الخطأ أمر تدعمه الأخلاق، و إن التعويض الناجم عن المساءلة المدنية، ما هو إلا جزاء عن الانحراف في السلوك الذي سبّب الضرر، و السند الأخلاقي يلزم بأن لا يقع أيما جزاء على شخص إلا عن فعل ينطوي على لوم أخلاقي.

ب- إن نظرية الخطأ هي قرينة العدالة -كما يقول بعض الفقهاء الفرنسيين[1]-، فالمسؤولية المدنية إذا كانت بدون خطأ، فمعناها أنها مسؤولية متجردة من العدالة، فكيف يكون الشخص مسؤولا بدون أن يخطيء؟ و هو إن كان مسؤولا،

---

[1] نقلا عن : ا جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، جامعة صلاح الدين، أربيل، ١٩٨٤ ،ص٧٣.

فالسؤال الذي يطرح نفسه، عن ماذا هو مسؤول؟ فهو مسؤول بالتالي عن خطأ صادر منه، فإن لم يصدر منه أيما خطأ، و تمت –مع ذلك– مساءلته، فإن تصورنا لهذه الحالة لا يخرج عن تصورنا لمعاقبة بريء في نطاق قانون العقوبات.

ج– إن النظرية التي تقول بعكس إقامة المسؤولية المدنية على عنصر الخطأ، إنما تقف عائقا أمام مصلحة المجتمع، فقد لا يقوم أحد في المجتمع على الإقدام على عمل ما تخوفا من حصول ضرر لآخر يستوجب تعويضه و إن لم يكن قد خالف القانون في أدائه، كما أن إلغاء فكرة الخطأ تماما، و إحلال فكرة المسؤولية المادية محلها سيؤدي إلى القضاء على الشعور بالمسؤولية لدى الفرد، ثم أن التعويض الذي يُلزم به محدث الضرر، إنما هو عقاب عليه لأنه يأخذ هذا المعنى على أساس أنه سينتقص من ذمته المالية، فعلى ماذا يعاقب؟

د– صحيح أن التعويض يقدر بقدر ما أصاب المتضرر من ضرر، فإن الضرر في الأصل يُعد مقياسا له لا أساسا يستند عليه، و لهذا كانت هناك نظرية لتدرج الخطأ، و لا توجد نظرية لتدرج الضرر.

هـ- كما ان الخطأ اصبح مقياساً للتعويض عن الضرر، كما لو ارتكب محدث الضرر خطأً جسيماً أو غشاً[1]، كما ان لخطأ المتضرر دور في التقليل من مقدار التعويض، او عدم الحكم به أصلاً.[2]

و-إن لجوء المشرع -في بعض الأحيان- إلى إفتراض الخطأ ليس دليلاً على عدم أهميته، فعندما يتضرر شخص ما من جراء خطأ إرتكبه آخر، فإن على المتضرر أن يثبت أن ضررا ما أصابه، و أن هذا الضرر ناجم عن خطأ صدر من آخر، أي عليه أن يثبت وجود أركان المسؤولية المدنية ليتسنى للقاضي الحكم بها، فعليه أن يثبت الضرر و الخطأ و الرابطة السببية، و للتقليل من كاهل المتضرر الذي وقع عليه عبء الإثبات هذا، فإن المشرع أحيانا ما يفترض الضرر، و أحيانا يفترض الرابطة السببية، و أحيانا أخرى يفترض الخطأ في جانب الشخص الذي يطالبه المتضرر بالتعويض. و لعل

---

[1] نصت الفقرة (٣) من المادة (١٧٠) مدني عراقي على أنه: (أما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الأتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا اثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً).

[2] نصت المادة (٢١٠) مدني عراقي على أنه: (يجوز للمحكمة أن تنقض مقدار التعويض أو ألا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد أشترك بخطأه، في أحداث الضرر أو زاد فيه أو كان قد سوّا مركز المدين).

أنصار (النظرية الموضوعية) في أساس المسؤولية المدنية، سوف يحتجون بإمكانية إفتراض الخطأ على عدم أهميته في المسؤولية، و هنا نرد عليهم بالآتي:

١) إن إفتراض الخطأ لا يعني عدم أهميته، و إلا فإن إفتراض الضرر في أحوال معينة قد يعني عدم أهميته أيضاً كأساس للمسؤولية المدنية.

٢) إن إفتراض الخطأ يقره القانون من أجل التخفيف من عبء الإثبات الملقى على عاتق المتضرر، فيفترض الخطأ، لكنه، في الغالب إفتراض يقبل إثبات العكس، فيستطيع الشخص الذي يطالبه المتضرر بالتعويض أن ينفي صفة الخطأ عنه، فهو إن قام بذلك تخلص من المسؤولية، و هنا تبرز أهمية الخطأ كركن في المسؤولية و أساساً لها، فبإنتفائه تنتفي المسؤولية عن الشخص.[1]

---

[1] كما في نص الفقرة (٢) من المادة (٢١٨) مدني عراقي، حيث نصت هذه الفقرة على أنه: (ويستطيع الأب أو الجد أن يتخلص من المسؤولية اذا اثبت أنه قام بواجب الرقابة أو أن الضرر كان لابد واقعاً حتى لو قام بهذا الواجب)، وكذلك الحال في الفقرة(٢) من المادة (٢١٩)مدني، حيث نصت على أنه : (ويستطيع المخدوم ان يتخلص من المسؤولية اذا أثبت أنه بذل ما ينبغي من العناية لمنع وقوع الضرر او ان الضرر كان لابد واقعاً حتى لو بذل هذه العناية.)

٣) إن أقـرار قاعـدة الإفـتراض في الخطـأ، لا يحـصل إلا في المسؤولية عن فعل الغير و في المسؤولية عن الأشياء، أما في المسؤولية الشخصية فلا يتصور وجود خطأ مفترض إلّا في حالات نادرة .

ومن الجدير بالذكر ان كثيراً من الفقهاء قد استنبطوا من تدخل المشرع في افتراض الخطأ في عموم تطبيقات المسؤولية المدنية بنوعيها العقدية وغير العقدية، الى انه قد مال وانتصر للنظرية المادية على حساب النظرية الشخصية في تفسير اساس المسؤولية المدنية، الا ان هذا الاستنباط أو التفسير غير صحيح، اذ ان تدخل المشرع لم يكن الا من اجل التقليل من عبء الاثبات على عاتق المتضرر، وهذا مايفسر الاتجاه الذي قاده الفقه الفرنسي في التوجه نحو التوسع في نطاق المسؤولية العقدية على حساب المسؤولية غير العقدية، ومن ابرز هذا التوسع هو الاخذ بنظرية (المجموعة العقدية)[1]، فهذا لايعني أن القضاء أو التشريع قد راعى اتجاهاً على حساب غيره، أو أنه فضل المسؤولية العقدية على المسؤولية غير العقدية، انما كان ذلك مرده الى التسهيل على المتضرر في

---

[1] لاحظ في التعرف على هذه النظرية :د.محمد حسن عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في اطار المجموعات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦،ص٣٥ و ما بعدها.

اثبات المسؤولية المدنية، وهنا يذكر البعض[٢] في نهاية دراسته عن الخطأ المفترض : ((ولهذا وبالرغم مما توحي به هذه التدخلات من ان المشرع يتوجه الى احلال المسؤولية الموضوعية محل المسؤولية الشخصية، فان الحقيقة الباقية هي ان هذه التدخلات ليست الا استثناءات على المبدأ الاساسي الذي لايرغب المشرع في المساس به، وهو قيام المسؤولية المدنية على ركن الخطأ، حتى وان كان مفترضاً)).

ز- قد لا يكون هناك من يختلف أن الجزاء هو العنصر الحيوي في القاعدة القانونية، فهو الذي يقوي عنصر الإلزام فيها، فالقاعدة القانونية بدون جزاء ليست قاعدة قانونية، ولكن أليس من حقنا أن نتساءل ما هي غاية الجزاء عموما؟ هل هي -كما تعارف عليه فقهاء القانون الجنائي- زجر المجرم و ردع غيره، أم جبر الأضرار الناجمة عن سوء سلوك الشخص سواء أكانت هذه الأضرار عامة أم خاصة؟ و بالتالي فإن للمرء أن يسلك أيما سلوك طالما أنه لم يضر بأحد، حتى و إن كان سلوكه غير محبذ قانونا أو عرفا. لا شك أن هذه الرؤية تحمل قدرا من التحضر و التمدُن، و أنا أتفق معها، لكنها غير منضبطة، فمن الذي يقرر أن الضرر وقع أم لا؟ و

---

[٢] د.حسن عبدالباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية،(بدون ذكرناشر و مكان النشر)، ٢٠٠٤، ص٢٤٩.

كيف؟ و إلا أفلا يحق لأي باحث أن يتساءل ما الذي يجعل المشرع يفترض -في حالات- الضرر، على الرغم من عدم حدوثه واقعا؟ و الإجابة تكمن في أن إفتراض الضرر يكمن في أن المشرع قد قدر جسامة الخطأ فإفترض الضرر نتيجة له، و إن لم يقع أصلا، و غالبا ما يكون إفتراض الضرر غير قابل لإثبات العكس، و لعل الملاحظ لإشتراط الجزاء في القاعدة القانونية، سيرى أن وصف القاعدة القانونية بأنها قاعدة ملزمة، إنما قد جاء بعد وصفها بأنها قاعدة عامة مجردة، و بعد وصفها بأنها قاعدة سلوك، فالجزاء وارد على السلوك، و غايته تقويم هذا السلوك، فلماذا نهتم فقط بوقوع الضرر، دون أن يقاوم مسبباته؟ إذ أن من مقتضى الرابطة السببية في المسؤولية، أن الضرر نتيجة للخطأ، و الخطأ سبب للأول، فإشتثاث الخطأ، بتقويم السلوك، مدعاة لعدم وقوع الضرر.

و يجب أن لا ننسى الجانب الخفي في التعويض و نتذكر فقط أن التعويض جبران للضرر، فهو إنتقاص من ذمة مسببه و هو يحمل في طياته معنى العقوبة له، و لمّا كان الأصل في أن التعويض مقياسه الضرر، فإن كثيرا ما يتدخل الخطأ في

إنقاص مبلغ التعويض أو عدم الحكم به أصلا، كما أن لجسامة الخطأ دوراً في تحديد مقدار التعويض في حالات كثيرة.[1]

فغاية الجزاء لا تكمن فقط في الردع و الزجر و جبران الضرر، بل أن الغاية -بوجه عام- تتمثل في تقويم السلوك، لا سيما في المجتمعات التي لا ترتقي شعوبها إلى درجة عالية من الثقافة في التعامل الإجتماعي و التسامح و حسن السلوك، فلولا الجزاء لأقبل العديد على مخالفة القانون -غشا- طالما أن بإمكانه تعويض الضرر الناجم عن سلوكه السيء، فالتعويض يجب أن لا يكون مقياسه الضرر فحسب، بل أن لدرجة الخطأ دور في تقديره، فليس من العدل أن نساوي بين من تعمد الإضرار بالغير و من أضر به بحسن نية أو من دون قصد.[2]

---

[1] منها على سبيل المثال ما نصت عليه المادة(٢١٧) مدني عراقي بأنه : (١-اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون تمييز بين الفاعل الأصلي والشريك والمتسبب. ٢- ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال وعلى قدر جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم. فان لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي).

[2] لاحظ: د.نوري حمد خاطر، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية، متاح على موقع الدليل الألكتروني للقانون العربي (Arab Law info www.arablawinfo.com)

ح-ان اقامة المسؤولية المدنية على الخطأ تؤيده نظرية المسؤولية العقابية، أو فكرة التعويض العقابي، التي تعطى أهمية كبيرة لجسامة الخطأ في تقدير التعويض، وقد انتقلت هذه الفكرة الى بعض التشريعات، منها القانون المدني لولاية (كيوبيك) الكندية، حيث نصت المادة (١٦٢١) منه على أنه: (عندما ينص التشريع على منح تعويض عقابي، فإنه لا يجوز أن يكون مجاوزا في قيمته ذلك القدر الملائم لتحقيق وظيفته في الردع، و يؤخذ في الإعتبار عند تقديره كل الظروف الملائمة ، و لا سيما جسامة خطأ المدين و مركزه المالي أو مدى التعويض الذي سبق أن ألزم به تجاه الدائن، و يراعى أيضاً – عند الضرورة- ما إذا كان هناك (غير) سيتحمل عبء الإلتزام بالتعويض كليا أو جزئيا).

فالمسؤولية العقابية ينجم عنها تعويض عقابي يتأسس على مقدار ما صدر من محدث الضرر من جسامة في الخطأ في أغلب الأحيان و ليس مقياسه جبر الضرر، و هذا النوع من المسؤولية المدنية مقرر في القوانين الحديثة أيضاً، و لا سيما القانون المدني العراقي، و من تطبيقات هذه المسؤولية في القانون المدني العراقي:

أ- العربون[1] و ب- الشرط الجزائي[2] و ج- الفوائد التأخيرية[3] و د-تعدد المسؤولين في العمل غير المشروع[4] و

---

[1] حيث نصت المادة (٩٢) مدني عراقي على أنه : (١-يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لايجوز العدول عنه الا اذا قضى الأتفاق بغير ذلك. ٢- فاذا اتفق المتعاقدان على أن العربون جزاء للعدول عن العقد كان لكل منهما حق العدول فان عدل من دفع العربون وجب عليه تركه وان عدل من قبضه رده مضاعفاً.)

[2] نصت المادة (١٧٠) مدني عراقي على أنه : (١-يجوز للمتعاقدين ان يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد في اتفاق لاحق و يراعي في هذه الحالة أحكام المواد ١٦٨ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨. ٢- ولايكون التعويض الاتفاقي مستحقاً اذا أثبت المدين أن التقدير كان فادحاً أو أن الألتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام هذه الفقرة. ٣-أما اذا جاوز الضرر قيمة التعويض الأتفاقي فلا يجوز للدائن أم يطالب بأكثر من هذه القيمة الا اذا أثبت أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.)

[3] نصت المادة (١٧٣) مدني عراقي على أنه : (١-لايشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من هذا التأخير.٢- ويجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد القانونية أو الأتفاقية اذا أثبت ان الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطأ جسيم. ٣-أما اذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في اطالة أمد النزاع بخطأه فللمحكمة ان تخفض الفوائد قانونية كانت أو اتفاقية أو الا تقضي بها اطلاقا عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر).

[4] لاحظ المادة (٢١٧) مدني عراقي.

هـ- تدخل خطأ المتضرر في الرابطة السببية[٥] و و- إضافة الحكم إلى المتعمد أو المتعدي في المباشرة و التسبب.[٦]

ط-الناظر للعناوين التي إختارها المشرّع العراقي في فروع ومحتويات الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من القانون المدني، سيجد أن هذا المشرّع قد ركّز على الخطأ في تسمية العناوين، ولا سيّما عنوان الفصل الثالث نفسه الذي جاء تحت عنوان ((العمل غير المشروع)) ، وهذا يدل على تركيزه على ركن الخطأ .

---

[٥] لاحظ: المادة (٢١٠) مدني عراقي.

[٦] نصت المادة (١٨٦) مدني عراقي على أنه : (١-اذا اتلف احد مال غيره أو انقص قيمته مباشرة أو تسبباً، يكون ضامناً، اذا كان في أحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى. ٢- واذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد او المتعدي منهما فلو ضمناً معا كانا متكافلين في الضمان.)

٨ـ الفارق بين الغش والخطأ الجسيم

يعد الغش من الألفاظ المشينة التي يمكن أن يوصف بها سلوك الإنسان، و هو في اللغة: نقيض النصح ، و هو مأخوذ من (الغشَش) أي المشرب الكدر[١] " و قد (غَشَّهُ) يغشه غشا: أي لم يمحضه النصيحة[٢] ، و غش صدره: إنطوى على الحقد و الضغينة ، و غش صاحبه: زين له غير المصلحة ، و أظهر له غير ما يضمر، و غششه: بالغ في غشه[٣].

أما إصطلاحا ، فقد عرف من قبل بعض الفقهاء[٤] بأنه: عمل يعمد إليه الشخص بقصد الإضرار بحقوق شخص آخر ، و هو يتضمن –بهذا المفهوم– معنى الغدر ، فمن يقصد الإضرار بغيره ، قد يتعمد إلى ذلك من أجل مصلحة ذاتية له –و إن كانت غير مشروعة– ، لكن قصد الإضرار بحقوق الغير

---

(1) لاحظ: إبن منظور ، لسان العرب ، ج٥ ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٩٧، ص٣٨

(2) لاحظ: المرجع السابق ، الإشارة نفسها.

(3) لاحظ: د. أحمد محمد عبد الخالق ، معجم ألفاظ الشخصية ،مجلس النشر العلمي ، الكويت ، ٢٠٠٠ ، ص٤٢٩

(4) لاحظ: د. عبدالحي حجازي ، النظرية العامة للإلتزام ، ج٢ ، مصادر الإلتزام ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص٣٠٤ و د. سليمان مرقس ، الوافي ، المجلد الأول ، القاهرة ، ١٩٩٢ ، ط٥، ص٣٤٤ و عبدالجبار ناجي الملاصالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، دار الرسالة ، بغداد ، ١٩٧٥ ، ط١ ، ص٤٩

المتضمن لمعنى الغش، إنما يعد الغرض الرئيس أو الوحيد، لا لأي شيء سوى الغدر و الخداع و إلحاق الأذى، و العمل المدفوع بالغش يعبر عما يحمله صاحبه من حقد و ضغينة و إستهتار بحقوق الغير.

و الغش – كما في تعريفه اللغوي– وصف توصف به الأعمال، فعمل الإنسان قد يوصف بالعمل الصالح أو النُصح، و هو أعلى درجات الصلاح في العمل ، فيوصف الشخص بأنه (نصوح) في عمله، و الرجل الصالح هو صاحب العمل الصالح، و أدى منه أداء الواجب، أي أداء العمل بما ينبغي لا زيادة و لا نقصانا، و الأدنى منه العمل الناقص، و الذي يرتكبه المهمل الذي لا يبالي تكاسلا أو رعونة ، و الأدنى منه العمل القبيح السيء و الذي معياره الإيذاء بالآخرين، أي تعمد الإضرار بالغير، و لعل أسوأ الأعمال قباحة ، العمل الذي ينطوي على غش ، و هو التفيض النهائي للعمل النصح، إذ فيه يتعمد الإنسان إيذاء الآخرين، إستهتارا بحقوقهم و تدليسا بهم ، متحايلا في ذلك عليهم، فالغش أقوى درجة من العمد، و إن ذهب البعض[٥] إلى غير ذلك ، و إن كانت القوانين

---

[5] د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج٢ ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص٨٢ و د. سليمان مرقس ، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد

المدنية لا تفرق بينهما من حيث الأثر ، على الرغم من أن قواعد الأخلاق تنظر إلى الغش على أنه عمل من أعمال الخبث و المكر فهو أشد وصفا من مجرد الخطأ العمد غير المقترن بالغش[1].

و للغش عنصران: مادي و معنوي ، أما العنصر المادي فيتمثل في صورة العمل أو الإمتناع الذي يتجسد فيه معنى الغش، و أما العنصر المعنوي، فيتمثل في النية الكامنة وراء الغش، أي قصد الإضرار بالغير بمكر و خديعة.

و الغش من الخطأ العمد، هو نوع منه، لكنه في أعلى درجات العمد فيه، فهو صفة تضاف إلى صفة العمد في الخطأ، لأن وقعه أشد، فهو يبدو شبيها لسبق الإصرار أو الترصد في الجرائم العمدية في قانون العقوبات[2].

و لو طبقنا الإختلاف بين الغش و الخطأ العمد في نطاق التعمد، فإن حالة الخطأ العمد، يمكن تصورها في مخالفة أحد

العربية ، القسم الأول، معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١ ، ص٢٥٢ و د حسن علي الذنون ، المبسوط ، الخطأ ، بغداد، ٢٠٠١ ، ص(١٨٨ ، ٢٠١)

[1] لاحظ: د. نوري حمد خاطر ، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، متاح على موقع الدليل الألكتروني للقانون العربي، ص٦ www.arablawinfo.com

[2] لاحظ: د. ماهر عبد شويش ، شرح قانون العقوبات ، (القسم الخاص) ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٩٢، ص(١٥٤ ، ١٥٦)

المتعاقدين لشروط العقد مخالفة صريحة بقصد الإضرار بالطرف الآخر، فتتاح للدائن الفرصة لتلافي ما يتعرض له من أضرار، كما في حالة رفض البائع تسليم الصفقة من البضائع التي تم بيعها، أو تعمد الوكيل عدم تنفيذ الوكالة مع علم الموكل بذلك، أو بتعمد العامل في عدم قيامه بالعمل، أما حالة الغش، فإن مرتكبه يغلف مخالفته بالخديعة و المكر، فيحمل الدائن على قبول التنفيذ بالشكل المعيب الذي تم فيه دون أن تتاح به الفرصة للكشف عن المخالفة ، فيتقبل الضرر طائعا ، في حين أن مرتكب الغش يجني ثماره جنيا و لو إلى حين[٣] " و كذلك العامل الذي يتعمد عدم قيامه بالعمل، فهو في حالة الغش يوهم صاحب العمل بأنه قائم بعمله على أحسن وجه ، و يستدل من ذلك أن الفارق بين الغش و الخطأ العمد في نطاق العقد، هو أن يوجد تنفيذ ظاهري للعقد في حالة الغش ، أما في حالة الخطأ العمد فلا يوجد أي تنفيذ له[٤].

و الغش تطبيقاته كثيرة في القانون المدني، منها ما يمثله عيب التغرير مع الغبن الفاحش، أو كما يسميه البعض

---

[3] لاحظ: د. نوري حمد خاطر ، بحثه السابق الذكر ، ص٦

[4] لاحظ: الأستاذ عبدالجبار ناجي الملاصالح ، مرجع سبق ذكره ، ص٥٤

(التدليس)[1] ، في العقود ، و كذلك تعمد إخفاء البائع إستحقاق المبيع عن المشتري[2] ، و غير ذلك من تطبيقات عديدة[3] ، منها ما يتعلق بالتعسف في إستعمال الحق ، إذ أن أحد معايير هذا التعسف المنصوص عليه في القانون المدني[4] ، لكفيل بإدراك حقيقة الغش ، فما عساك أن نقول فيمن يستعمل حقه و لا يقصد من هذا الإستعمال سوى الإضرار بالغير؟

أمّا الخطأ الجسيم فقد قيلت فيه تعاريف كثيرة[5] ، لكن أهمها ما ذهب اليه البعض [6] من أن الخطأ الجسيم هو الخطأ الذي يتوقع صاحبه وقوع النتيجة ، إذ أنه يمكن ، في توقع إحتمال حدوث الضرر ، التمييز بين عدة فروض ، الضرر

---

[1] لاحظ: د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ط٣ ، (منقحة) ، ص١٠٣٤ و د. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني ، ج٢ ، (آثار الحقوق الشخصية) ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٣ ، ص٣٤٥

[2] لاحظ: المادة (٥٦٨) مدني عراقي.

[3] لاحظ: هذه التطبيقات لدى الأستاذ عبدالجبار ناجي الملاصالح ، مرجع سبق ذكره، ص٥٢ و ما بعدها.

[4] لاحظ: المادة (٧) مدني عراقي.

[5] لاحظ للتفصيل في هتعريفات الخطأ الجسيم : مؤلفنا : الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ،مرجع سبق ذكره ، ص٧٤ وما بعدها.

[6] الأستاذ الدكتور محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ج١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص١٠٥.

يمكن ، أولا: أن يكون مرغوبا فيه ، أو نظر إليه على أنه محقق الوقوع ، بمعنى أن محدثه ، قد أراد تحقيقه ، أو واجه وقوعه بوصفه نتيجة حتمية لفعله ، و يمكن ، ثانيا: أن ينظر إليه على أنه محتمل الوقوع ، -بمعنى أن محدثه قد واجه وقوعه بإعتباره نتيجة محتملة لفعله- ، ويمكن، ثالثا ، أن ننظر إليه على أنه ممكن الوقوع ، و ليس محتملا ، -بمعنى أن محدثه قد واجه وقوعه بوصفه نتيجة ممكنة لفعله- ، و يمكن أخيرا ، أن لا يكون متوقعا ، بمعنى أن محدثه لم يتوقع أصلا إمكان وقوعه ، في الحالة الأولى يتوافر الغش أو الخطأ العمدي ، و في الثانية يوجد الخطأ الجسيم، و في الثالثة يكون الخطأ يسيرا، و يقع بعدها، نطاق القوة القاهرة[7] ، و لتقدير مدى إحتمال وقوع الضرر، لا يرجع إلى إرادة المدين، لمعرفة ما إذا كان قد واجه الضرر، على أنه محقق، أم محتمل، أم ممكن ، بل يرجع إلى قاعدة مجردة (الشخص المعتاد).

و نحن لا نتفق مع هذا المعيار، و إن كان البعض[8] قد إرتضى به معيارا لتعريف الخطأ الجسيم ، ذلك لأنه يفتقر إلى الدقة ، فكيف نميز بين إمكان وقوع الضرر و إحتمال وقوعه؟ لا بد أن إمكان الوقوع سيعتمد معيار الشخص المعتاد، لكن

---

[7] المرجع السابق ، ص١٠٥

[8] المرجع السابق ، ص١٠٥

إحتمال الوقوع يختلف من شخص إلى آخر ، لأن الإحتمالية تدخل في إدراكات النفس و توقعات العقل ، و هو ليس سويا لدى جميع الناس.

لذا فإننا نرى أن الخطأ الجسيم هو خطأ غير قصدي يمثل إخلالا صارخا بإلزام أو واجب أو إلتزام، بحيث أنه يحول دون تحقيق الغاية التي من أجلها فرض ذاك الإلزام أو الواجب ، أو إلتزم من أجلها، الشخص الذي صدر منه الخطأ.

و الخطأ الجسيم يعد أعلى درجات الخطأ غير القصدي ، و الذي قد يقترب منه الخطأ الإرادي الذي يعد أدنى درجات الخطأ القصدي ، و الفرق بينهما هو في وجود القصد في الثاني و إنعدامه في الأول ، فالخطأ الجسيم خطأ غير مقصود يرتكبه صاحبه إما لإساءة تقديره للأمور أو لسوء إختياره للإتجاه الصحيح في تنفيذ إلتزامه ، فيخل بهذا الإلتزام أو الإلزام ، إخلالا صارما –يؤدي إلى الحيلولة بين وجود الإلتزام أو الألزام و غايته ، أما الخطأ الإرادي فهو خطأ مقصود ، أي أن مرتكبه يتعمد إقتراف الفعل دون أن يتعمد تحقيق النتائج ، و الأقوى منه ما بات يعرف بـ(الخطأ غير المغتفر) الذي رأى البعض أنه يقابل القصد الإحتمالي في القانون الجنائي، و نحن نرى أن مصطلح (الخطأ غير المغتفر)، مصطلح غير صحيح ، لأنه يوحي بأن بقية الأخطاء، مغتفرة ، و هذا غير صحيح ، و هو

إن كان يشبه –إلى حد ما– القصد الإحتمالي ، إلا أنه خطأ قائم على قصد إرتكاب الفعل و قصد تحقيق ما يمكن توقعه من نتائج ، لذا فهو خطأ قائم على قصد غير مباشر ، أو قصد غير محدد النتائج.

وبعد أن تعرّفنا على كل من مفهومي الغش والخطأ الجسيم، يتبيّن لنا أنّهما مصطلحان مختلفان من حيث الماهية كما من حيث الأثر، ولذا فإنه ليس من الصحيح وضعهما في المواد القانونية وكأنّهما مترادفان، وهذا ما يستدل عليه من خلال إستقراء المواد: (٢٥٩) و (١٧٠) و (١٧٣) وغيرها .

٩. نقض العقد الموقوف ليس فسخا و لا ابطالاً للعقد

العقد الموقوف هو عقد صحيح غير نافذ لسبب يوجب وقفه على إجازة من له مكنة إستعمالها قانوناً، والعقد الموقوف يكون اما بسبب عدم الولاية على المال، أو وجود الولاية مع تعلق حق الغير بالمال محل الولاية، أو لنقص في الأهلية، أي الحجر، أو لوجود عيب في الرضا، فلكل من مالك المال الذي أجري عليه التصرف من غير ولاية، أو لصاحب الحق المتعلق حقه بالمال الذي جرى عليه التصرف، أو لناقص الأهلية عند إكتماله لها، أو لوليه أو لوصيه أو للقيم على المحجور ، أو للمكروه بعد إرتفاع الإكراه، أو لمن وقع في الغلط بعد تبينه، أو للمغرور بعد اكتشافه التغرير، كل هؤلاء لهم مكنة إجازة العقد الموقوف أو نقضه، لكن ماذا لو نقض، من له مكنة إجازة أو نقض العقد الموقوف، هذا العقد، أيعد هذا النقض إبطالاً للعقد أم فسخاً له؟

ان القوانين التي اقتبست أحكامها من القانون المدني المصري قد خلطت بين العقد الموقوف والعقد القابل للأبطال، فمثلاً ينص القانون المدني اليمني في المادة (١٧٢) منه على أنه: (تصرفات الفضولي في مال غيره تتوقف على إجازة صاحب الشأن مالم ينص القانون صراحة على بطلان تلك

التصرفات). في حين ينص في المادة (١٧٩) منه على أنه: (لايصح العقد الصادر من شخص مكره عليه ويجب على من وقع منه الإكراه ارجاع ماكان الإكراه عليه). و من جهة ثالثة نص القانون نفسه في المادة (١٨١) منه على أنه : (اذا عمد أحد المتعاقدين الى تغرير (تدليس) كان من الجسامة بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد لايصح العقد ويكون للطرف الثاني طلب الحكم بإبطال العقد كما يكون له إبقاؤه. واذا مضت ثلاث سنوات بعد انكشاف التغرير دون طلب الإبطال وبدون مانع من الرد الفوري، فلا تسمع الدعوى بشأنه، ونعتبر كل حيلة يلجأ اليها أحد المتعاقدين تغريراً) .فمن جهته ينص هذا القانون على عد العقد موقوفاً، ثم، من جهة أخرى، يقرر عدم صحة العقد، وهذا لايتعلق بوقف العقد، لأن العقد الموقوف هو عقد صحيح لكنه غير نافذ، ومن جهة ثالثة ينص على إمكانية طلب إبطال العقد.

وكذا الحال بالنسبة للقانون المدني الأردني حيث نصت المادة (١٤١) منه على أنه: (من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام العقد، لاينفذ عقده، ولكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحاً). والظاهر أن واضع هذا النص لم يدرك الفرق بين العقد الموقوف والعقد الباطل . فالنص في بدايته ذكر أن العقد لاينفذ، فاذا أُجيز

العقد من قبل من وقع في الإكراه، فان العقد ينقلب نافذاً، وليس صحيحاً، لأنه في الأصل عندما نقول بوقف العقد أو عدم نفاذه، فمعنى ذلك أنه قد جاوز مرحلة الصحة، فكيف ينقلب صحيحاً وهو في الأصل كذلك؟!

والإكراه عيب من عيوب الرضا في القانون المدني الأردني وقد رتب عليه حكم مفاده عد العقد موقوفاً على إجازة من وقع في الإكراه، في حين جعل الأثر المترتب على التغرير هو فسخ العقد، وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال قراءة المواد الآتية :

- المادة ١٤٢ مدني أردني حيث نصت فيما يتعلق بالإكراه، على أنه: ((الزوج ذو شوكة على زوجته فإذا أكرهها بالضرب أو منعها عن أهلها مثلا لتتنازل عن حق لها أو تهب له مالاً ففعلت، كان تصرفها غير نافذ)).

- المادة (١٥٣) مدني أردني، حيث نصت فيما يتعلق بالتغرير مع الغبن الفاحش، على أنه: ((إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد)).

- المادة (١٥٣) مدني أردني، حيث نصت فيما يتعلق بالغلط، على أنه: ((للعاقد فسخ العقد اذا وقع منه غلط في أمر مرغوب كصفة في المحل أو ذات المتعاقد الآخر أو صفة فيه)).

فهذا الإرتباك في موقف القانون المدني الأردني، جعل البعض يرتبك في فهم معنى نقض العقد الموقوف ، أهو فسخ للعقد أم إبطال له؟

من الجدير بالملاحظة أن القانون المدني العراقي لم يقع في هذا اللبس الذي وقع فيه كل من القانونين المدني اليمني و المدني الأردني، في جميع الحالات التي يوقف فيها العقد، فنقض العقد الموقوف في القانون المدني العراقي أهو فسخ للعقد أم ابطال له؟!

ونحن نقول إن نقض العقد الموقوف ليس فسخاً للعقد ، لأن الفسخ ينجم عن وجود خلل في تنفيذ العقد، في حين أن أسباب وقف العقد تعود الى مرحلة تكوين العقد، فهل هذا سيجعل نقض العقد الموقوف ابطالاً له؟

ونحن أيضاً لا نعتقد أن نقض العقد الموقوف هو إبطال للعقد فهذا نظام غير معروف في القانون المدني العراقي، ثم أن وجوده في القانون المدني المصري ، منتقد من قبل بعض الفقه[1] ، إذ لا فائدة عملية تذكر من التمييز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي، ثم لو كان نقض العقد الموقوف إبطالاً للعقد، فلماذا ميزه القانون بالتنظيم وفصله عن العقد

---

[1] لاحظ : د. جميل الشرقاوي ، نظرية بطلان التصرّف القانوني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص٣٥١ .

الباطل ؟، ثم أن العقد الباطل هو عقد غير صحيح، في حين أن العقد الموقوف محل النقض هو عقد صحيح لكنه غير نافذ.

اذن ماهو (نقض) العقد الموقوف؟

نعتقد أن (النقض) يعني الإلغاء، والعقد الموقوف يتم نقضه، من صاحب المصلحة أو نائبه في عدم إمضائه، فهو وسيلة أعطيت لأحد المتعاقدين أو لكليهما، لإلغاء العقد أو إمضائه متى ما وجدوا أن مصلحتهم العقدية تقتضي ذلك، فإن وجد من له حق إجازة العقد الموقوف أو نقضه أن لا مصلحة عقدية له في إمضاء العقد، فيُفضّل إلغائه.

ولعل الذي جعل اللبس قائماً بين كل من النقض والبطلان والفسخ، هو الأثر الرجعي المترتب عليها جميعاً ، بحيث أنه يترتب عليها جميعا عد العقد أنه لم يكن في أية لحظة من اللحظات، وهذا موقف منتقد.

١٠- لا وجود لبطلان مطلق في العقد

قسّم الفقه التقليدي بطلان العقد الى بطلان مطلق وبطلان نسبي، وقد اختلف الفقهاء فيما بينهم بصدد تحديد معايير التمييز بين هذين النوعين، ومن بين هذه المعايير أن البطلان المطلق ينشأ بسبب وجود خلل في شروط إنعقاد العقد، أما البطلان النسبي فهو ناجم من وجود خلل في شروط صحة العقد، كما أن البطلان المطلق يتقرر في العادة _ على حسب رأي في الفقه المدني_ لمصلحة عامة، أما البطلان النسبي فيتقرر لمصلحة أحد المتعاقدين فيكون له طلب إبطال العقد،[٧] وقد أخذ القانون المدني المصري بهذا التقسيم، وهذا التقسيم منتقد من قبل البعض إذ يرى أن الآثار واحدة في النوعين وأن البطلان نوع واحد فقط هو البطلان المطلق، اذ بذكر [١] أن البطلان وصف يلحق التصرف فيجعله غير قادر على انتاج أثر قانوني، أي أنه حال للتصرف، ناتجة عن وجود عيب فيه، سببه مخالفة قاعدة قانونية من قواعد انشاء التصرف، تؤدي الى تخلف شرط وضعه القانون له . وهذا

---

[٧] لاحظ: د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني (أصول الإلتزام)، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص١٢٠ وما بعدها.

[١] الأستاذ الدكتور جميل الشرقاوي، مرجع سابق ، ص٣٥١ وما بعدها.

التعريف للبطلان على هذه الصورة تعريف جامع أي ينطبق على كل حالات البطلان ، ولا نجد في الفقه من يعترض على جعل مثل هذا التعريف تعريفا للبطلان بجميع أنواعه، فالكل يسلم بأن البطلان ينتج عن عيب مصاحب لنشأة التصرف و يؤدي الى زوال كل آثار التصرف.

وقبول هذا التعريف لكل أنواع البطلان و جعله وصفاً للتصرف في كل حال، يحمل بذاته دليلاً على وحدة البطلان، وحدة ولا تسمح لتصور وجود أنواع له، لذا فإنّه لا يوجد هناك بطلان نسبي، ويذهب بعض الفقه الى أنه[1] من الطبيعي إستبعاد وصف البطلان بأنه مطلق مادمنا نرى أن كل البطلان مطلق، لأن عموم الاطلاق في البطلان لايجعله محلاً لوصفه به، لأنه يفهم عنه بلا حاجة للوصف ، لكن صاحب هذا الرأي يذهب من جهة أخرى الى أن تقرير البطلان لايتم دائماً على صورة واحدة ، بل من الممكن التمييز فيه بين صورتين تختص كل منهما بطائفة من حالات البطلان: الأولى طائفة البطلان لعيب الرضا (الثابت أو المفترض)، وهي التي نحصر فيها حالات ما يسميه الفقه بطلاناً نسبياً، والثانية طائفة البطلان لعدم المشروعية، وهي ما نقتصر عليها أحوال ما

---

[1] الدكتور جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص٣٨٥

يسميه الفقه بطلاناً مطلقاً [٢]،أن هذا الخلاف في تقرير البطلان في كل صورة منهما ليس الا فرقاً ظاهرياً لايسمح بجعل البطلان في أحداهما مطلقاً وفي الأخرى نسبياً . ففي العيوب الثابتة يشترط أن يكون عيب الأرادة هو السبب في إصدار التصرف، أي يشترط أن يكون الوهم (في الغلط) أو فقدان الحرية (في الأكراه) دافعاً الى التصرف ، والإندفاع مسألة ذاتية محضة ، يظل أمراً نفسياً في ذهن صاحب الرضاء المعيب، وغير المعروف لأحد سواه ، وبذلك لايمكن أن يترتب حكم القانون على وجوده، حتى يعبر عن هذا الوجود بافصاح ينبه الى تحققه، ويخرجه الى نطاق القانون، فاذا ماظهر العيب الى عالم القانون على هذه الصورة، وكان ذلك لصفة نهائية، صار البطلان الذي يترتب عليه معروفاً وكملت عناصره بوصفه وصفاً يلحق التصرف القانوني.

وكذا الحال بالنسبة للعيوب المفترضة كفقدان الأهلية أو الغبن، فصغر السن أو إختلال التعادل بين الألتزامات يوجد قرينة لمصلحة فاقد الأهلية أو المغبون على أن رضاءه معيب، وهذه القرينة يقتصر حق التمسك بها على من تقررت لمصلحته فاذا ما تمسك بها، وبصورة نهائية أيضاً، كان

---

[2] المرجع السابق نفسه ، ص٣٥٦ .

متمسكاً بعيب في رضائه يعفيه القانون من اثباته، ولكنه يحتم أن يتمسك به ليكون العيب قائماً، وعند تمسكه بوجوده، تكمل عناصر عيب الإرادة ويثبت وصف البطلان الذي يلحق التصرف بسبب فقدان الأهلية أو الغبن، ويحمله الى نطاق القانون[1].

ولكن صاحب الرضا المعيب في كل هذه الأحوال، لا ينشئ حالا للتصرف لم تكن له قبل الإعلان عن وجود العيب، واخراجه بهذا الأعلان من النطاق النفسي الخالص الى النطاق القانوني، بل أن إعلانه يتناول عيباً موجوداً منذ نشأة التصرف لا يفعل الأعلان أكثر من الكشف عنه، وهو بالتالي كشف عن البطلان وليس إنشاءاً له، ولذلك فان وصف البطلان لعيب الرضاء بأنه بطلان مقنع وصف مطابق للواقع (وكذا تشبيهه بالدعوى الجنائية التي تحتاج في تحريكها لشكوى فرد بعينه) ذلك أن إعلان من يمسه البطلان لاظهار العيب المسبب للبطلان أن هناك عيبا فهو ينكر أن عيب رضائه دفعه الى إصدار التصرف. ولا يستطيع أحد أن يقرر خلاف ما يقرره هو في هذا الصدد.

---

(1) (المرجع السابق نفسه، ص٣٥٧ .

أما في البطلان لعدم المشروعية (وقد جعلنا البطلان لتخلف شكل الانعقاد صورة له)، فقد قلنا ان مخالفة التصرف للقانون تبدو على صورة ما، خارجية أو ظاهرة بحيث تظهر عناصر البطلان كوصف للتصرف، دون حاجة الى أن يشارك شخص معين بإفصاحه عن حالة نفسية تؤثر على تقدير وجود البطلان أو عدم وجوده، فالقاضي يستشف بنفسه عدم المشروعية أو المنافاه للأخلاق في المعطيات الموضوعية للنزاع المعروض أمامه، ويمكنه أن يجد عناصره كاملة بمجهوده وحده، ليقضى بالبطلان، فلو فرض أن عرض نزاع أمام القضاء حول تصرف مشوب بعيب ناشيء عن عدم مشروعية غايته، كما يُستفاد من التعبير عن ارادته (وعلى أساس فهم التعبير بمعنى واسع يشمل الظروف التي تم فيها التعامل)، يستطيع القاضي أن يجد بنفسه كل عناصر البطلان _ لأنها عناصر خارجية أو موضوعية فيقضى به باعتباره نتيجة رتبها القانون على مخالفة قواعد لايسمح بمخالفتها _، أي قواعد آمره[٢].

ويمضي صاحب الرأي السابق قائلا : ((ولكننا نلاحظ أن حتمية البطلان والصفة الآمرة للقواعد التي تقرره، ليست

---

[2] المرجع السابق نفسه ، ص ٣٥٨ .

وقفا على البطلان لعدم المشروعية، فالبطلان بسبب عيب في الرضاء حتمي هو الآخر بمعنى أن القاضي يلتزم أن يقضي به ولا تقدير له فيه، لأن القانون جعل سلامة الإرادة شرطا لصحة التصرف فاذا تخلف هذا الشرط انعدم وجود التصرف في اعتباره، وهذا الانعدام يفرض فرضا على القاضي عندئذ، ولكن كل هذا مشروط بأن يتحقق القاضي من وجود البطلان وهذا يستلزم الكشف عن عيب التصرف الذي يؤسس عليه، عن طريق اعلان من صاحب الرضاء المعيب بأن عيب الرضاء كان دافعا الى اصدار التصرف، وبغير هذا الاعلان أو الافصاح، يستحيل على القاضي أن يعرف البطلان، لأن سببه عندئذ لا يكون في نطاق سلطان القانون.))[1]

ويضيف صاحب هذا الرأي : ((واذا أردنا أن نضيف الى تسمية البطلان ما يشعر بالتمييز بين نوعيه ، فلا يحق لنا أن نسميه بطلانا مطلقا أو نسبيا ، لأن هذه التسميات لا تقتصر على بيان الخلاف في طريقة تقرير البطلان بل تمتد الى الايحاء بالاختلاف في الطبيعة أو في الشدة بين نوعين من البطلان وهو ما نفيناه من ناحيتيه النظرية والعملية))[2].

---

(1) المرجع السابق نفسه ، ص ٣٥٨ .

(2) المرجع السابق نفسه ، ص ٣٥٩ .

وإذا كان لا بد من تقسيم البطلان حسب هذا الرأي ، فيمكن تقسيمه الى صورتين بالإستناد الى نوع السبب المؤدّي الى البطلان ، إذ يمكن تقسيم البطلان الى بطلان لعيب الرضاء وبطلان لعدم المشروعية ، وهذا يكفل معرفة كيف يتقرّر ،هذا الوضع القانوني الذي أقره القانون جزاءا لحالة الخلل في تكوين العقد .

ومن جهتنا فإننا نعتقد بعدم وجود بطلان مطلق للعقد ، بل أن جميع صور البطلان نسبية ، لذا فإنّه لا وجود لبطلان مطلق للعقد في أيما قانون عراقيا كان أو مصريا ، وذلك للأسباب الآتية :-

١- المبدأ الذي يحكم آثار العقد هو مبدأ نسبية أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين فقط، ومن المنطقي أن يكون لبطلان العقد النسبية ذاتها.

٢- العقد هو من أهم مصادر نشوء الإلتزامات والحقوق الشخصية، وهذه – بخلاف الحقوق العينية – لا يحتج بها على الكافة مطلقا بل يحتج بها تجاه المدين فقط، وبطلان العقد سيكون له أثر نسبي بالنسة لأطراف التصرف القانوني فقط دون غيرهم.

٣- إن القول بوجود بطلان مطلق للعقد، يوحي بأن أثر البطلان يقع مطلقا لا محالة، في حين أن هناك استثناءات ترد

على أثر البطلان منها ماهو متعلق بالآثار الأصلية وآخر متعلق بالآثار العرضية.

٤- ثم إنّنا في القانون المدني العراقي ، إذا خلصنا – جدلا – بوجود بطلان مطلق ، فإن هذا يعني أن هناك نوعا آخر من البطلان يسمى بالبطلان النسبي ، وهذا لا وجود له في منظومة القانون العراقي ، إذ لا يمكن أن نعد العقد الموقوف عند نقضه عقدا قابلا للإبطال بطلانا نسبيا ، فهذا العقد له خصوصية مميّزة. لذا فالبطلان واحد وهو نسبي حتما.

١١. تحديد المفهوم الحديث لعلاقة العمل

علاقة العمل التي تنشأ بين العامل وصاحب العمل، تنشأ عادة بسبب وجود عقد عمل، وقد كانت النظرة القانونية في السابق إلى هذه العلاقة ، نظرة تجد في العلاقة حتمية قيامها على عقد، فهي علاقة عقدية لا محال ، فلا علاقة بين العامل وصاحب عمل إذا لم يكن بينهما عقد يربط أحدهما بالآخر، كما أنه لا علاقة بينهما فيما لو كان العقد قد تحقق فيه سببُ من أسباب البطلان المعروفة في القانون المدني، بمعنى أن وجود العقد معتبراً صحيحاً مشروعاً كاملاً لمستلزماته القانونية، يؤدي إلى وجود علاقة بين طرفي العقد وهما العامل وصاحب العمل، وإنتفاء. هذا العقد يعني بالتالي انعدام أيما علاقة بين العامل وصاحب العمل .

إن إعدام وجود العلاقة بين العامل وصاحب العمل ، بسبب عدم وجود عقد بينهما أو وجود عقد باطل يؤدي بالضرورة إلى إنعدام الآثار القانونية المترتبة على هذه العلاقة ، الأمر الذي قد يؤدي إلى عدم إنصاف أحد الطرفين على حساب ما استفاده الطرف الآخر من العقد ، وغالباً ما يغبن العامل نتيجة لهذا المفهوم لعلاقة العمل ، فهو الطرف الضعيف، ثم أنه الطرف الذي يفي أولا بالتزاماته في أداء العمل منتظراً الأجر

خواطر مدنية ـــــــ

إن الطبيعة التبادلية لآثار عقد العمل ، من حيث كونه عقد ملزم للجانبين ، وهذه صفة ليست فقط من طبيعة عقد العمل بل من مستلزماته أيضاً ، هذه الطبيعة فادت إلى أن يؤدي كل واحد من طرفي علاقة العمل ، بوصفها علاقة عقدية ، ما عليه من التزامات لطالما أن الطرف الآخر قد قدم ما عليه من التزامات ، ثم أن هذا محكوم أيضا مع استلزام الأجر في عقد العمل ، نظراً لصفة المعاوضة في هذا العقد والتي لا تقبل النقاش في ضرورة وجودها بشكل أجر يؤديه صاحب العمل إلى العامل مقابل ما يؤديه الأخير من عمل إلى الأول ، وهذا أهم مستلزم يدخل في صلب علاقة العمل ذات الصفة العقدية .

عليه أدى انهيار الأثر الرجعي المترتب عادة على بطلان أي عقد أو فسخه ، ووصف كلا النظامين في عقود المدة بالإنهاء — وعقد العمل منها عموماً—، وضرورة ثبات مواصفات عقد العمل لطالما أن أحد الطرفين قد أدى ما عليه من التزام وعوض . كل ذلك أدى إلى عدم إضفاء ما ترتبه العلاقة من آثار على الرغم من اختفاء محركها الرئيسي وهو العقد . وفي هذا المعنى حكمت محكمة التمييز الفرنسية بأنه : ((إذا كان العقد باطلاً لمخالفته للقواعد المتعلقة بتشغيل الأجانب ، فان

العامل يحتفظ بالحق في المطالبة بأجره المحدد في العقد))[1] و ((إن العامل تحت التمرين الذي التحق بعقد غير صحيح يستطيع أن يطالب بأجره الذي يتحدد على ضوء ما اكتسبه من خبرة))[2].

إذن تترتب بعض الآثار القانونية المترتبة على علاقة العمل العقدية ، وذلك بإعدام الأثر الرجعي لكل من البطلان والفسخ " لكن الذي قد نراه أن هناك آثار قانونية يرتبها القانون على علاقة العمل ليس بوصفها علاقة عقدية ، بل بوصفها علاقة قانونية[3]، منها الوصف القانوني للأجر وحمايته القانونية ، ونظام التشغيل الإجباري لأصناف معينة من العمل ، والإجازات السنوية والمرضية ، والراحة اليومية والأسبوعية وما إلى ذلك من آثار قانونية ، فمن هذه الآثار ما يترتب حتى مع انتفاء الصبغة العقدية عن العلاقة ، ومنها ما يترتب على العمل على الرغم من صفته المؤقتة أي قابليته للزوال ، كما في عقد العمل قيد التجربة إذ أن المقابل الذي يجب على صاحب

---

(1) Soc. 2 Fev. 1961. Droit Social 1961. P.485. Note Savatier.

(2) Soc. 8 Avr. 1957. J. C. P. 1958. 11 . 10400. Note B. P. D.

(٣) لاحظ ، مقالنا : علاقة العمل بين العقدية والقانونية ، مجلة العمل ، تصدرها وزارة العمل ، الأردن ، العدد (١٠٢) ، ٢٠٠٣ ، ص ٩ وما بعدها .

العمل أن يدفعه للعامل قيد التجربة ، يأخذ معنى (الأجر) بكل ما لهذه الكلمة من معانٍ وآثار قانونية[٤].

إلا أن علاقة العمل قد تنتفي عنها الصفة القانونية فتكون مجرد علاقة عقدية، كما في علاقة عقدية بين صاحب عمل وعامل لا يتوافر فيها شروط ترخيص العقد لدى وزارة العمل أو الجهات المصادقة على عقود العمل، ومن الأمثلة على هذه العقود عقد العمل المبرم مع العامل الأجنبي، إذ أن مثل هكذا عقد يحتاج إلى ترخيص، وقد لا يحصل الترخيص ، فيكون العامل قد قدم عمله إلى صاحب العمل منتظرا أن يعطيه الأخير أجره، فلو إفترضنا أن صاحب العمل إمتنع عن إعطاء العامل أجره المتفق عليه، فعلى أي أساس يطالب العامل صاحب العمل بمقابل ما أداه من عمل إلى الأخير ؟ إن الذين ينكرون الصفة العقدية للعمل في مثل هكذا حالة، يذهبون إلى أن أساس المطالبة يتمثل في دعوى الإثراء بلا سبب[٥]، لكني لا أرى أن

---

(٤) لاحظ ، مقال : أ . د. يوسف الياس ، أحكام عقد العمل تحت التجربة في قانون العمل الأردني ، مجلة العمل ، تصدرها وزارة العمل ، الأردن ، العدد (١٠٢) ، ٢٠٠٣ ، ص٣ " ومقالنا : الوضع القانوني للعامل تحت التجربة ، مجلة العمل ، الأردنية ، العدد (٩٨) ، ٢٠٠٢ ، ص١٣ .

(٥) د. احمد عبد الكريم أبو شنب ، شرح قانون العمل الجديد ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٢ ، ص١١٣.

خواطر مدنية ـ ـ ـ

الأجر ، ولا يطبق عليه أحكامه لأن الأجر، إنما يستحق بموجب عقد صحيح [٢].

ومع كل ما تقدم فان بعض القوانين ترتب آثار العلاقة القانونية على علاقة العمل العقدية التي لم تستوف شروط الترخيص ، ولا سيما عقود العمل المبرمة مع الأجانب ، إذ قرر القانون الفرنسي الصادر في ١٧ تشرين الأول من عام ١٩٨١ . ما يأتي :

١- تشبيه العامل الأجنبي الذي لم يستوفِ شروط تعيينه التي يتطلبها القانون بالعامل الذي تم استخدامه على نحو يتفق مع أحكام القانون في شأن الكتاب الثاني من قانون العمل ، الذي يتعلق بالصحة ووسائل التأمين والإجازات .

٢- الاعتداد بمدة الاستخدام غير المشروعة في احتساب الأقدمية .

٣- التزام رب العمل بأن يؤدي إلى العامل الآجر المتفق عليه أو الحد الأدنى للأجر وكذلك ملحقاته .

٤- حق العامل في التعويض الجزائي بما يعادل اجر شهر، مضافاً إليه ما قد يكون مستحقاً له من تعويضات أخرى ، متى اثبت أن ضرراً خاصاً قد لحقه من جراء الفصل [١].

---

(٢) لاحظ : لاحظ : د. سيد محمود رمضان ، الوسيط في شرح قانون العمل ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٤ ، ص١٨٦ .

إذن فعلاقة العمل اصبح لها شأن واقعي بعيداً عن التصور القانوني للأمور في ظل النظرة التقليدية لما استقر عليه الوضع القانوني للنظريات التي نادى بها الفقه وعمل بها القضاء في النظرية العامة للعقود ، كنظريتي البطلان والفسخ، فأصبحت النظرة الإنسانية لعلاقة العمل هي السائدة ، الأمر الذي دعا إلى استبدال مصطلح (عقد العمل) بـ (علاقة العمل) . تعبيراً عن أن هذه العلاقة تنشأ بمجرد وجودها على ارض الواقع ، دون اكتراث بأوضاع قانونية يترتب على انعدامها انعدام حقوق للعامل ، يحرم منها ليس بسبب تصرف صادر منه ، بل على الأكثر بسبب سوء فهم لنصوص القانون أو جهل بالأوضاع القانونية أو لحاجة ماسة دفعت العامل إلى العمل بأي ثمن ، والكل يسعى إلى رزقه ، ولا يعقل أن يكون القانون حائلاً بين المرء ورزقه .

---

(١) نقلاً عن : د. منير عبد المجيد ، ص١٧ .

١٢ـ مصادر الالتزام والإلزام في القانون ليست خمسة او ستة او سبعة

إن مصادر الالتزام المنصوص عليها في القانون المدني العراقي نقلها المشرع العراقي من المشرع المصري والذي بدوره نقلها من القوانين الغربية ولا سيما القانون الألماني والقانون الفرنسي، والذي كان كثير التأثّر بما جاء في مدونة جستنيان والفقه الروماني، ومصادر الالتزام في هذا الفقه هي العقد وشبه العقد والجرم وشبه الجرم والقانون والقضاء، ولكن هذه المصادر استقرت على خمسة وهي العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب والقانون.

ومما يؤخذ على القانون المدني أنه عندما ذكر هذه المصادر ذكرها بشكل اوحى بانها واردة على سبيل الحصر، في حين أن مصادر الالتزام ليست خمسة بل أن هناك مصادر أخرى.

لقد جرت محاولات فقهية عديدة لإضافة مصادر أخرى غير مسماة لرابطة المديونية، أو ماتسمى برابطة الإلتزام، وكان أجدرها بالبحث ماذهب إليه أحد الفقهاء[٢] بشكل يبدو مقنعا

---

[2] الأستاذ الدكتور سمير عبد السّيّد تناغو ، وسنشير إلى مؤلفه فيما بعد.

في إضافة كل من الحكم القضائي والقرار الإداري ، كما أن بعض الفقهاء[1] أضاف مصدرا آخر أسماه وضع اليد على ملك الغير، وإن بدت هذه الإضافة الأخيرة غير مقنعة ، لكون جميع تطبيقات اليد على ملك الغير وتضمينها راجعة للقانون مباشرة، فهو الّذي قرر أن يد الضمان تضمن في جميع الأحوال، ويد الأمانة لا تضمن إلاّ بالتعدّي[2] . عليه سنسلّط الضوء على كل من الحكم القضائي والقرار الإداري بوصفهما مصدرين من المصادر غير المسماة في القانون المدني .

فقد ذهب بعض الفقه[3] الى ذكر مصدرين إضافيين هما : الحكم القضائي والقرار الإداري، وهو على حق في ذلك، إذ أن المحكمة عندما تستعمل سلطتها التقديرية فانها تنشيء حقوقا والتزامات لا يمكن إرجاعها الى أي مرجع سوى الحكم القضائي، كما أن القرار الإداري قد ينشيء حقوقا والتزامات

---

(1) أستاذتنا المغفور لها الدكتورة ليلى عبد الله سعيد ، لاحظ مؤلّفها :النظرية العامة لضمان اليد ، مكتبة الجيل العربي ، الموصل ، ٢٠٠١ ، لاحظ خاتمة كتابها ، كما يلاحظ أنها لم تطرح ما يكفي للإقناع في التمييز بين ضمان اليد ونص القانون ، لاحظ ص١٠٣ وما بعدها .

(2) لاحظ ك المادة (٤٢٦) مدني عراقي .

(3) الدكتور سمير عبد السيد تناغو، مصادر الألتزام منشأة المعارف، الأسكندرية،٢٠٠٥، ص٣٥٥ وما بعدها.

عندما تستخدم سلاطتها التقديرية، كما في قرار نزع الملكية للمصلحة العامة.

وفيما يأتي توضيح متى يصبح الحكم مصدراً للالزام من جهة، ومتى يصبح القرار الأداري مصدراً له من جهة أخرى، على حسب رأي هذا الفقه:

أ:- الحكم القضائي مصدراً للالزام:

من الشائع القول بأن وظيفة القاضي هي حماية الحقوق وليس إنشاءها، وأن الأصل في الحكم القضائي أن يكون كاشفاً للحقوق غير منشيء لها.

والواقع أن وظيفة القاضي هي اقامة العدل في نزاع بين طرفين. وإذا كان يرمز للعدل بالميزان الذي يمسك به شخص معصوب العينين، فان هذا الرمز مأخوذ من تعريف أرسطو هو أصدق تحديد للمقصود بالعمل القضائي. رغم كل ما وضع في هذا المجال من نظريات و مؤلفات.

والقاضي يوزع العدل بين الناس. لابحسب مفهومه الشخصي لفكرة العدل، ولكن بحسب ما حدده القانون لهذه الفكرة من تطبيقات مختلفة تتمثل في الحقوق والالتزامات التي أعطاها للأفراد أو فرضها عليهم. وقد جعل القانون لكل حق مصدراً ، وكذلك جعل لكل التزام مصدراً. فاذا توفّر للحق مصدره، أو للالتزام مصدره، فانه ينشأ صحيحا طبقاً

للقانون، ويكون له وجود في نظر القانون، ومقتضى وجود الحق أو الالتزام أن تكون له حماية قانونية تتمثل في الجزاء الذي يترتب على المساس بهذا الحق أو بهذا الالتزام. والقاضي هو الذي يحمي هذه الحقوق والألتزامات ويوقع الجزاء على مخالفتها.

والقاضي في عمله هذا لا ينشيء الحق أو الالتزام. ولكنه يكشف عنه ويقرره.ولذلك فالقول بأن حكم القاضي هو بحسب الأصل كاشف للحق غير منشئ له، هو قول صحيح.

ومع ذلك ففي بعض الحالات الاستثنائية لا يكون دور القاضي هو مجرد حماية الحق السابق وجوده، ولكنه يتخطى ذلك بانشاء حق أو التزام لم يكن موجوداً من قبل. وفي الحالات التي ينشيء فيها القاضي التزاماً جديداً فان حكمه يكون منشئا وليس فقط كاشفاً، ويكون هو مصدر هذا الألتزام.

والالتزام الذي ينشأ عن حكم القاضي، يسمى بالالتزام القضائي، كما يسمي الالتزام الناشيء عن العقد بالالتزام العقدي [1].

ومنطوق نظرية الالتزام القضائي، أنه في الحالات التي يقوم فيها القاضي بتعديل العقد بما له من سلطة تقديرية،

---

[1] لاحظ : د.سمير عبد السّيّد تناغو ، مرجع سابق ، ص ٣٥٩ .

وبمقتضى تفويض صريح من القانون، فإنه يقوم بتجديد الالتزامات الناشئة عن هذا العقد، تجديداً يترتب عليه انقضاء هذه الالتزامات، ونشأة التزامات جديدة تحل محلها مصدرها حكم القاضي. والالتزامات الجديدة تختلف عن الالتزامات القديمة في مصدرها وفي مضمونها، ويكون حكم القاضي في هذه الحالات مجدداً و منشئا وبالتالي يعد مصدراً للالتزام.

والواقع أن القاضي عندما يعدل العقد فانه لا يفسره، ولا يطبقه، ولكنه يخرج عليه ويقومه.

والقاضي بهذا يحل ارادته محل إرادة المتعاقدين، وينشيء آثارا جديدة غير تلك التي ارتضاها المتعاقدان. وإعطاء هذه السلطة للقاضي أمر خطير للغاية، فهي مقررة مباشرة ضد فكرة العقد ونظامه. ولذلك فان القاضي لايملك القيام بتعديل العقد من تلقاء نفسه، بل لابد أن يكون مفوضا تفويضا صريحا من القانون في القيام بذلك.

والقانون هو المصدر غير المباشر للالتزام القضائي، كما هو الشأن بالنسبة لكل الالتزامات الأخرى، أما مصدره المباشر فهو حكم القاضي.

والقانون لايعطي للقاضي سلطة تقديرية في تعديل العقد إلا في الحالات التي يبدو فيها بوضوح أن العقد أصبح مخالفاً للعدل مخالفة صارخة تقتضي التدخل وتبرره في الوقت نفسه.

ولذلك فان القانون يحل محل العقد وهو الوسيلة الأولى للتعبير عن العدل في معاملات الأفراد، وسيلة أخرى هي حكم القاضي.

وفي كل الحالات التي أعطى فيها القانون للقاضي سلطة تقديرية لتعديل العقد، كان ذلك بهدف إقامة التوازن بين التزامات الطرفين المتقابلة، أو إعادة هذا التوازن، إذا كان قائماً وقت العقد ولكنه إختل بعد ذلك.[1]

وإذا استعرضنا الحالات التي يجوز فيها للقاضي تعديل العقد، فانه يمكن تصنيفهافي قسمين الأول خاص بالغبن وقت انشاء العقد، والثاني خاص بالغبن الطاريء بعد إبرام العقد. ومن أهم التطبيقات المتعلقة بالقسم الأول وهو الذي يكون الغبن فيه معاصرا لابرام العقد، تعديل العقد في حالة وجود مبالغة في تقدير التعويض الإتّفاقي (الشرط الجزائي) طبقا للمادة (١٧٠) من القانون المدني[2]. ومن تطبيقات القسم

---

(1) لاحظ المرجع السابق نفسه ، ص ٣٦٠ .

(2) نصّت المادة (١٧٠) مدني عراقي على أنه ::((١- يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في إتفاق لاحق و يراعى في هذه الحالة أحكام المواد ١٦٨ و ٢٥٦ و ٢٥٧ و ٢٥٨. ٢- و لا يكون التعويض الإتفاقي مستحقا إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر ، و يجوز تخفيضه إذا أثبت المدين أن التعدي كان فادحا أو أن الإلتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه ، و يقع باطلا كل إتفاق يخالف أحكام

الأول كذلك ما تقرره المادة (٩٤٠) مدني عراقي،[٣] من حق القاضي في تعديل أجرة الوكيل. ويمتد هذا الحكم إلى أجرة كل أصحاب المهن الفنية كالطبيب أو المهندس أو المحامي والعنصر الاضافي الذي استعان به المشرع في اعطاء القاضي سلطة التعديل في هذه الحالة هي الطبيعة الفنية للعمل، وهو ما لايستطيع العميل أن يقدر قيمته تقديراً يعصمه من قبول ماهو غير عادل بالنسبة له ومن تطبيقات القسم الأول أيضاً.ما يتعلق بتعديل عقود الإذعان، طبقاً لنص المادة (١٦٧)من القانون المدني[٤]، والعنصر الأضافي الذي استعان

هذه الفقرة. ٣- أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الإتفاقي فلا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا أثبت أن المدين قد إرتكب غشا أو خطأً جسيما)).

[3] نصت المادة (٩٤٠) مدني عراقي على أنه: ((١- إذا أشترطت الأجرة في الوكالة وأوفى الوكيل العمل يستحقها . وإن لم تشترط ، فإن كان الوكيل ممن يعمل بأجرة فله أجر المثل ، وإلاّ كان متبرعا. ٢- وإذا أتّفق على أجر للوكالة كان هذا الأجر خاضعا لتقدير المحكمة ، إلاّ إذا دفع طوعا بعد تنفيذ الوكالة . هذا مع مراعاة أحكام القوانين الخاصة)).

[4] نصت المادة (١٦٧) مدني عراقي على أنه : ((١-القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة . ٢- إذا تمّ العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمّن شروطا تعسّفيّة جاز للمحكمة أن تعدّل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل إتّفاق على خلاف ذلك . ٣-ولا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائنا)).

به المشرع في اعطاء القاضي سلطة التعديل في هذه الحالة، هي الظروف الاقتصادية غير المتعادلة التي يوجد فيها كل من المتعاقدين، فأحدهما قوي يفرض شروطه على الطرف الآخر الضعيف الذي لايملك إلا التسليم بهذه الشروط.

أما الغبن اللاحق على ابرام العقد، فإن مثاله البارز هو نظرية الحوادث الاستثنائية الطارئة ، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (١٤٦) مدني على أنه ((على أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن بالوسع توقّعها وترتّب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة ، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الإلتزام المرهق الى الحد المعقول إن إقتضت العدالة ذلك ، ويقع باطلا كل إتّفاق على خلاف ذلك)) . والخلاصة أن القاضي وهو يحكم بالعدل بين الناس، يكون مقررا لحقوق الأفراد في معظم الحالات، ولكنه ينشيء هذه الحقوق في حالات أخرى، بمقتضى تفويض صريح من القانون. وفي هذه الحالات يكون الحكم مصدراً من مصادر الألتزام [1].

---

[1] لاحظ : د.سمير عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ، ص٣٥٨.

ب:- القرار الأداري مصدراً للالزام:

من الجدير بالملاحظة أنه لا يعد صحيحا القول بأن القرار الإداري بفرض الضريبة ينشيء التزاماً بدفعها لأن الالتزام بدفع الضريبة ينشأ عن القانون مباشرة، حيث لا تباشر الإدارة أدنى سلطة تقديرية في نشأة هذا الالتزام ، لكني أرى بخلاف البعض[٢]، وبحسب ما ذهب اليه الفقيه (ديجي)، أن الإدارة عندما تلتزم بإرادتها المنفردة فإنها تنشئ التزاماً إدارياً مصدره القرار الإداري، والبعض[٣] يرى بأن هذا القول غير صحيح أيضاً، لأن الالتزام في هذه الحالة يكون مصدره الإرادة المنفردة، وليس القرار الإداري. فالإدارة تلزم نفسها دون غيرها بالإرادة المنفردة كما يفعل ذلك المواطن العادي تماماً، ولكني أرى أن هذا القول ان كان صحيحا في القانون المصري ، لكنه مقيد في القانون العراقي باحكام المادة (١٨٤) اذ أن الارادة المنفردة لا تعد مصدرا للالتزام الا في الاحوال التي نص عليها القانون ولا مقابل لهذا النص في القانون المدني المصري.

---

(2) (د.سعيد تناغو ، المرجع نفسه ، ص ٥١٦.)

(3) صاحب المرجع السابق ، الموضع نفسه .

ولكن السؤال المطروح هنا هو هل ان الادارة تنشيء فقط التزاما على نفسها، بل هي قادرة على انشاء التزامات أو حقوقا عينية على عاتق الاخرين؟، وقد اثبت البعض[1] هذا من خلال ما ياتي :

عرفت المحكمة الادارية العليا في مصر [1] ، القرار الاداري بانه:((إفصاح الادارة المختصة، في الشكل الذي يتطلبه القانون ، عن ارادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح ، وذلك بقصد احداث مركز قانوني معين يكون ممكنا وجائزا قانونا ، ابتغاء مصلحة عامة)) .

وقد ذهب البعض[2] ، من خلال هذا التعريف القضائي للقرار الاداري، الى عد القرار الاداري تصرفا قانونيا منفردا صادرا عن الادارة ، ونحن لا نعتقد بان القرار الاداري تصرّف قانوني، بل هو عمل قانوني يستهدف تحقيق مصلحة عامة. فالعمل القانوني يختلف عن التصرف القانوني، في انه اوسع

---

[1] د. سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص٥٧٢وما بعدها

[1] المحكمة الادارية في مصر ، جلسة ١٩٨٨/١١/٢٦ ، طعن رقم ٣٤١٣ ق ، وكذلك الطعن رقم ١٤٣٥ في جلسة ١٩٩٩/٥/٩ (نقلا عن د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، القرارات الادارية ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٩ .)

[2] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق نفسه ، ص ٢٩. والراي نفسه : د. خالد سماره الزغبي ، القرار الاداري بين النظرية والتطبيق ،المركز العربي للخدمات الطلابية ، عمان ، ١٩٩٣ ، ص١٢ .

من الثاني، فالاخير يتطلب: الوقوع والإرادية والنيّة ، حيث ان العمل القانوني ينعقد بوجود الوقوع والإرادية [٣] ، كما ان العمل القانوني ((غير التصرفي)) اذا ما صدر من إرادة واحدة فانه من الممكن ان يرتب التزاما على عاتق صاحبه او على عاتق الغير ، كما في الالتزامات التي تنشئها الادارة على نفسها او على الغير ، وهذا هو محور عمل الادارة . فالفكرة التقليدية عن نشاط الادارة هي انها تقوم بوظيفتها في حدود القانون وطبقا لمبدا المشروعية ، وتطبيق القانون يتم احيانا بطريقة آلية لا مجال فيها للتقدير، ويتم احيانا بطريقة مرنة يخضع فيها نشاط الادارة لمقتضيات الملاءمة ، وفي الحالة الاولى فان اختصاص الادارة يسمى بالاختصاص المقيّد، وفي الحالة الثانية فان اختصاص الادارة يسمى بالاختصاص التقديري . (ويعطي الاستاذ (ديجي) تفسيرا للاختصاص بانه يوجد في الحالات التي عندما يجتمع فيها وقائع معينة ، فان رجل الادارة لايستطيع الا ان يتخذ قرارا معينا، فاذا لم تجتمع هذه الوقائع فان رجل الادارة لايستطيع ان يتخذ هذا القرار)[٤]. اما

---

[٣] لاحظ : لمزيد من التفصيل : د . عبد الحي حجازي ، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي ، ج ١ ، المجلد الاول ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٣ ، ص ٢٣٦ ومابعدها .

[٤] نقلا عن د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٥٢٩.

الاختصاص التقديري فهو يوجد عندما يملك رجل الادارة سلطة اتخاذ القرار او عدم اتخاذه ويملك تحديد نوع القرار الذي يتخذه وفقا لمقتضيات الملاءمة [٥].

وعلى الرغم مما ذهب اليه الاستاذ (ديجي) الى رفض التمييز بين الاختصاص المقيد للادارة والاختصاص التقديري لها، وعدّه قرارات الادارة صادرة جميعها في نطاق الاختصاص المقيّد باهداف القانون ، ويخضع رجل الادارة في مباشرتها لمبدا الشرعية ، الا انه لاينكر على الادارة حريتها في اتخاذ قراراتها والا تحوّل رجل الادارة الى مجرد آلة من غير وعي، وهذا ما لايتفق وحسن سير المرافق العامة ، لكن الفقيه (ديجي) لا يحبذ استخدام مصطلح السلطة التقديرية للادارة لانه سيوحي بان الافراد سيكونون تحت رحمة الادارة[١] لكن ومع ذلك فان للادارة حرية لا تخرج عن رقابة القضاء في اتخاذ قراراتها الادارية . وقد اتجه الفقه الحديث الى وجود مثل هكذا سلطة، وأعني السلطة التقديرية، التي لايتقصر تملكها على القضاء ، فحسب بل ان للادارة قدراتها . اذ ان كل تطبيق للقانون يمكن ان يتم بطريقة تقديرية او بطريقة مقيّدة ، وتفسير ذلك ان كل قاعدة قانونية

---

[٥] لاحظ: المرجع السابق نفسه ، الصفحة نفسها .

[١] نقلا عن المرجع السابق نفسه ، ص ٥٣٠.

تتحلل الى عنصرين: فرضية وحكم (حل)[٢] ، وكل تطبيق للقانون يتحلل بدوره الى عنصرين: معاينة وقرار، والمقصود بالمعاينة ، ادخال المسالة المعروضة في الفرض الخاص بقاعدة معينة من قواعد القانون ، اما القرار فهو اخضاع هذه المسألة للحل الخاص بهذه القاعدة ذاتها ، فاذا كان القرار نتيجة منطقية للمعاينة ، فان تطبيق القاعدة القانونية لايكون بتقديرنا، وعلى العكس اذا كان القرار لايترتب، لا ضرورة ، ولا منطقا ، على المعاينة، بل يتوقف على إرادة الشخص القائم بتطبيق القانون ، فان التطبيق في هذه الحالة يكون تقديريا [٣].

ونضرب مثلا على قرار تصدره الادارة بما لها من سلطة تقديرية كالقرار بنزع ملكية عقار للمنفعة العامة . فالمعاينة وهي المرحلة الاولى تتم بوجود ما يستدعي القيام بمشروع معين من مشروعات المنفعه العامة من جهة معينة . والمرحلة الثانية وهي اتخاذ القرار الذي به يتم تقرير المنفعة العامة

---

[٢] لاحظ: بحثنا في : عناصر القاعدة القانونية الفرضية والحكم ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون – جامعة الموصل ، العدد الخامس ، ١٩٩٨ ، ص ٩٦ ، ومابعده .

[٣] لاحظ: د . سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٤ ، ص ٥٣١ ومابعدها .

لهذا المشروع. اما المرحلة الثانية وهي تحديد مضمون هذا القرار فتتم بتحديد العقار الذي تقرر نزع ملكيته . ويلاحظ ان الادارة تصدر في كل هذه المراحل عن سلطة تقديرية واضحة.

وهناك قرارات اخرى كثيرة تصدرها بمقتضى سلطتها التقديرية ولكننا قصدنا ابراز المثل الخاص بنزع العقار للمنفعه العامة باعتباره نموذجا للقرارات الادارية المنشئة للالتزامات والحقوق العينية على السواء . وجدير بالذكر ان القرار الاداري لايعد مصدرا للحق الا إذا كان صادراً عن السلطة التقديرية للجهة التي اصدرته . كما ان تمتع الادارة بسلطة تقديرية لايجعل قراراتها بمنأى عن رقابة القضاء . ومن ناحية اخرى فان رقابة القضاء لاتؤثر في الطبيعة المنشئة لبعض القرارات الادارية .[1]

وحتى يمكن الاعتراف بمصدر مستقل ، ينبغي ان يتم ذلك بطريقة ((مرضية للعقل))، والعقل لايرضى ان يعترف بمصدر للحق الا اذا كان هذا المصدر كافيا لانشاء الحق ولازما لانشائه في الوقت نفسه . ويكون المصدر كافيا لانشاء الحق اذا لم تشترك عوامل اخرى معه في احداث هذا الاثر . ويكون المصدر لازما لانشاء الحق اذا كان لاتغني عنه عوامل اخرى،

---

[1] المرجع السابق نفسه ، ص٥٢٣.

بل لابد من تدخله لاحداث هذا الاثر . فمصدر الحق الذي به يكون الحق وبغيره لا يكون . والمصدر بوصفه السبب المنشئ للحق ، قد يكون هو نفسه ناشئا عن مصدر اخر ابعد منه . فالسببية تفترض تسلسل الاسباب . والقانون مثلا هو المصدر البعيد او كما يقال ، المصدر غير المباشر لجميع الحقوق . فهو المصدر الذي انشا المصادر المختلفة للحقوق واعترف بها بهذا الوصف، مع الإحتفاظ لنفسه ايضا بصفة المصدر المباشر بالنسبة لبعض الحقوق الاخرى[٢] .

فاذا طبقنا هذه المعايير على القرار الاداري لمعرفة ما اذا كان مصدرا مباشر للحق ام لا، فلا بد ان نشترط شرطا جوهريا للاعتراف له بهذه الصفة ، وهو ان يكون قد صدر عن السلطة التقديرية لرجل الادارة .

والسلطة التقديرية بالمعنى السابق بيانه هي التي تجعل القرار الاداري كافيا ولازما لانشاء الحق . والسطة التقديرية تعني ان رجل الادارة قام بعمل ارادي خلاق، يستحق معه ان ينسب اليه الاثر الذي ترتب على قراره .

امّا إذا لم يباشر رجل الادارة أي سلطة تقديرية في اصدار القرار، بل قام بتطبيق القانون آليا في حدود اختصاصه

---

[2] المرجع السابق نفسه ، ص٥٣٣.

المقيّد، فان الاثر الذي يترتب على قراره في هذه الحالة لايعد ناشئا عن القرار ذاته ، وانما يعد ناشئا عن القانون مباشرة ، اذ لم تفصل بين القانون والاثر أي قوة خلّاقة يمكن ان ينسب اليها هذا الاثر بصفة مباشرة .

إن الاعتراف بالسلطة التقديرية للادارة لا يعني الاعتراف لها بسلطة استبدادية مطلقة لاتخضع لأي رقابة من أي نوع كان . فان مثل هذه السلطة المطلقة لا وجود لها في الواقع ولايمكن الاعتراف بها لاي جهة ولا للمشرع ذاته، ولا للافراد في تنظيم علاقاتهم الخاصة، فالمشرع يملك سلطة تقديرية في اصدار القوانين، ولكنه لايملك في ذلك سلطة مطلقة ، بل تتقيد سلطته باعتبارات العدل والمصلحة العامة ، وتتقيد سلطته كذلك باحكام الدستور، وقد اصبح من المسلم الان خضوع التشريع لمبدأ دستورية القوانين. ومثل هذا الخضوع لاينال شيئا من سلطة المشرع التقديرية ، بل على العكس يبرز بوضوح مدى التوافق الكامل بين اكتساب جهة ما سلطة تقديرية في مباشرة نشاطها وبين ضرورة ان يتم هذا النشاط في حدود الشرعية ومبدا سيادة القانون .

والافراد العاديون يملكون سلطة تقديرية واسعة في تنظيم علاقاتهم الخاصة عن طريق العقد وطبقا لمبدا سلطان الارادة، ومع ذلك فهم يخضعون في مباشرة هذا النشاط لمبدا الشرعية

ايضا. وهو المبدا الذي يحمل في نظرية العقد اسماء خاصة كمشروعية السبب ومشروعية المحل وعدم مخالفة النظام العام . وطبقا لهذا القول فان الادارة عندما تتمتع بسلطة تقديرية ، فانها لاتباشر في ذلك سلطة مطلقة ، ولكنها تخضع لمبدا الشرعية ، وتخضع كذلك لرقابة القضاء وهو الامين على هذا المبدا . والتفرقة بين السلطة التقديرية التي نعترف بها للادارة ، وبين السلطة المطلقة التي لانعترف بها لا للادارة ولا لغيرها، تغنينا عن الوقوع في الحرج الذي وقع فيه ((ديجي)) عندما اعترف للادارة بحرية التقدير باعتبار ذلك امرا لازما لحسن سير المرافق العامة، ولكنه اعلن عدم حبه لاصطلاح السلطة التقديرية وعدّل من رغبته في استعماله خشية الغموض الذي قد يؤدي اليه فيعتقد البعض ان اعمال الادارة التقديرية لاتخضع لرقابة القضاء[1] . فالقرار الاداري التقديري، كالقرار الاداري المقيد، يخضع لرقابة القضاء سواء بسواء إلّا أن الخضوع لرقابة القضاء لايؤثر في طبيعة القرار المنشئة، إذ أن كل مصادر الحق تخضع لرقابة القضاء دون ان يؤثر ذلك في طبيعتها المنشئة . ونعطي لذلك مثلين عن ابرز مصدرين من مصادر الحق وهما العقد والقانون .

---

[1] نقلا من صاحب المرجع السابق ، ص٥٣٦.

فالعقد وهو المصدر الاول للحقوق الشخصية والعينية وغيرها، يخضع لرقابة القضاء في اكثر من ناحية . فمن ناحية الشكل احيانا يشترط القانون شكلا خاصا لابرام العقد، كما في عقد الرهن الرسمي، لايكون العقد صحيحا الا بمراعاة هذا الشكل . ومن ناحية الشخص الذي يبرمه فان القانون يشترط ان يكون هذا الشخص كامل الاهلية لابرامه . والاهلية المطلوبة تختلف باختلاف نوع العقود . ومن ناحية الارادة فان القانون يشترط تطابق الارادتين وصحة الارادة . ومن ناحية المحل فان القانون يشترط وجود المحل وتعيينه ومشروعيته .

ومن ناحية الهدف فان القانون يشترط مشروعية الهدف وهو ما يعبر عنه بسبب العقد الباعث الدافع الى ابرامه. واشتراط مشروعية السبب في العقد، لا يختلف كثيرا في الواقع عن اشتراط مشروعية الهدف في القرار الاداري ، مع الفارق بان الهدف في العقد هو عادة هدف خاص لايتعارض مع المصلحة العامة . بينما الهدف في القرار الاداري هو دائما مصلحة عامة مقصودة لذاتها[1] ، ولم يقل احد ان خضوع العقد لرقابة

---

[1] المرجع السابق نفسه ، ص٥٣٧.

القضاء من كل النواحي المشار اليها يطعن في وصفه مصدرا من مصادر الحقوق ، بل المصدر البارز بين هذه المصادر.

ومن ناحية اخرى فان التشريع نفسه يخضع لمبدا الشرعية ورقابة القضاء في صورة الطعن في عدم دستورية القوانين . ولا يقلل هذا من عدّ التشريع المصدر الرسمي الاول للقانون ، وعدّه كذلك مصدرا مباشرا للحق في بعض الحالات. وليس للقاضي الاداري سلطة تعديل القرار الاداري الذي يراقب شرعيته . فالقاضي يملك سلطة التعديل بالنسبة للعقود فقط وفي حالات خاصة مقررة في القانون .

والخلاصة ان خضوع المصادر المختلفة للحقوق لرقابة القضاء، لايؤثر في الطبيعة المنشئة لهذه المصادر . ويصدق هذا على العقد والتشريع والقرار الاداري سواء بسواء .

وأخيرا فإن الفقيه الذي ذهب الى عدّ القرار الاداري مصدراً عاماً للحق[٢] يقوم على قاعدة عامة مؤداها أنّه ((في جميع الاحوال التي يسمح فيها القانون لجهة الادارة باصدار قرارات تقديرية منشئة لحقوق عينية او شخصية فان هذه القرارات تعتبر المصدر المباشر للحقوق المشار اليها، يتعبر القانون، المصدر غير المباشر لها، كما هو الشان بالنسبة للمصادر

---

[2] الأستاذ الدكتور سمير عبد السيّد تناغو ، المرجع السابق نفسه ،ص٥٣٩.

الاخرى للحق، وحتى تنطبق هذه القاعدة لابد من وجود قانون يسمح للادارة بمباشرة سلطتها التقديرية ، من ناحية وبانشاء حقوق لها او في مواجهتها عن طريق مباشرة هذه السلطة ذاتها من ناحية اخرى . ومن الممكن بطبيعة الحال حصر التطبيقات المختلفة للقرارات الادارية المعتبرة مصدرا للحق وفقا للقاعدة العامة المشار اليها. ولاتعارض في الواقع بين ان يعتبر مصدر الحق مقررا بقاعدة عامة وارادة في القانون او مستخلصة من نصوص القانون ، وبين ان تكون تطبيقاته قابلة للحصر . فالتشريع هو مصدر عام للالتزام . ومع ذلك فتطبيقات هذا المصدر قابلة للحصر . والعقد كان معتبرا مصدرا عاما للالتزام في القانون الروماني ومع ذلك فتطبيقاته كانت معينة على سبيل الحصر قبل ان تصبح الرضائية هي القاعدة العامة في التعاقد . على العموم ، فإن عمومية المصدر لاتتعارض مع خصوصية التطبيقات)).

ولكن ومع وجود هذين المصدرين فإن هناك التزامات كثيرة لايمكن ارجاعها الى أي من المصادر السبعة المتقدّمة، كما في التزامات الطالب عندما ينتسب إلى جامعة حكومية ، فما هو مصدرها؟ وأيضا الالتزامات التي تقع على عاتق الشخص الذي ينتسب الى نقابة أو حزب سياسي أو جمعية فما هو مصدرها ؟ وكذلك الحال بالنسبة للعائلة التي تضم طفلا إليها

فما هو مصدر التزامها بالإنفاق عليه وتحمّل مسؤوليته ؟ وكذلك إذا إنضم شخص الى مظاهرة إحتجاجية صاحبتها أعمال شغب ترتب عليها إلزام الجميع على وجه التضامم بدفع التعويض عن جميع الأضرار الناجمة عن هذه الأعمال، بما فيهم الشخص الذي انضم ولم يصدر منه أيما خطأ، ومع ذلك ألزم بالتعويض فما هو مصدر الزامه هنا ؟

أقول أن مصدر الالتزام أو الإلزام في جميع الحالات السابقة هو الضم أو الإنضمام أي (التضام) إن صح التعبير. والتضام/هو عمل إرادي يحدّد معالمه القانون قد يكون صادرا من قبل الضام أو من قبل المضموم ويخلق التزامات عل عاتق احدهما أو كليهما.

ولا يمكن ان يوصف (التضام) بالعقد لأنه في غالبية الأحوال ينشأ خارج النطاق المالي للمعاملات، لكنه إذا ما نشأ فإنه ينشيء في أثناء سريانه التزاما ما على عاتق الضام أو المضموم، وبالتالي ينضم هذا المصدر الى المصادر المذكورة في القانون المدني وكذلك القرار الإداري والحكم القضائي، وأنه يجب أن تكون صيغة ذكرها في القانون المدني ليس بقصد حصرها بل ذكر أهمها.

١٣. أسباب كسب الملكية ليست محصورة

يراد باسباب كسب الملكية ، الأوضاع التي بمقتضاها يتم اكتساب حق الملكية بوجه عام على شيء معين بالذات، واسباب كسب الحقوق العينية تقابل مصادر الالتزام [١]، فما هي هذه الاسباب ؟ وكيف تصنف تقليدياً ؟

أسباب حق الملكية في التشريعات الحديثة هي :

١- الاستيلاء: وهو وضع شخص يده على شيء لا مالك له بنية تملكه، ويشترط فيه الاحراز وان يكون الشيء المحرز منقولاً مباحاً وان يكون الاحراز بقصد التملك [٢].

٢- الميراث: هو ايلولة الحق اثر وفاة صاحبه الى الوارث بقوة القانون ودون اعتداد بارادة المورث [٣].

٣- الوصية: هي تصرف في التركة مضافاً الى ما بعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض [٤].

---

(١) د. السنهوري، الوسيط، ج٩، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٨، ص٥ . د. محمد وحيدالدين سوار، اسباب كسب الملكية ، دار الثقافة ، عمّان ، ١٩٩٨ ، ص٥.

(٢) لاحظ : محمد طه البشير و د. غني حسون طه، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٨ وما بعدها .

(٣) لاحظ : د. محمد وحيدالدين سوار، اسباب كسب الملكية، مرجع سبق ذكره، ص٣٣

٤- الالتصاق: هو اندماج شيئين مختلفين متميز احدهما عن الاخر ومملوكين لمالكين مختلفين دون ان يكون بينهما اتفاق على الاندماج [٥] الذي لا يمكن فضه الا بتلف أحدهما أو كليهما.

٥- العقد: هو ارتباط ارادتين متوافقتين لإحداث أثر قانوني [٦].

٦- الشفعة: هي مكنة تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة [٧].

---

(٤) المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي النافذ، قارن التعريف بنص المادة (١١٢٥) من القانون المدني الاردني. ولاحظ كذلك: المادة (٢٩٩) من قانون الاحوال الشخصية اليمني.

(٥) د. السنهوري، الوسيط، ج٩، مرجع سبق ذكره، ص ٢٤٣، (ويطلق القانون المدني الاردني لفظ "الاتصال" عليه). لاحظ: د. محمد وحيدالدين سوار، اسباب كسب الملكية، مرجع سبق ذكره، ص ٨٦.

(٦) وقد عرف مشروع القانون المدني العراقي الجديد لعام ١٩٨٥، العقد في المادة (٣١٢) منه بانه (اتفاق ارادتين او اكثر على احداث اثر يعتد به القانون) وقد انتقد: د. مصطفى الزلمي (كتابه الصلة بين علم المنطق والقانون، مرجع سبق ذكره، ص٢٧) هذا التعريف لعدم منطقيته واقترح الاخذ بتعريف القانون المدني النافذ في المادة (٧٣) منه، علماً أن التعريف الأخير أسوأ من الأول.

(٧) المادة (١١٢٨) مدني عراقي والمادة (١١٥٠) مدني اردني والمادة (١٢٦٢) مدني يمني، لاحظ المادة (٩٣٥) مدني مصري.

٧- الحيازة : هي وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق [١].

ويضيف القانون المدني الاردني على هذه الاسباب التي سلسلناها في ضوء ما جاء في القانون المدني العراقي، سببين اخرين هما :

الضمان: هو تحمل تبعة هلاك مال مملوك للغير يدفع قيمة هذا المال لمالكه، مما يترتب عليه تملك الضامن لهذا المال بدفعه تلك القيمة، والأولوية: وهي نظام في الاراضي الاميرية يقابل حق الشفعة في عقارات الملك [٢].

والان نتساءل ماهو التصنيف التقليدي [٣] لهذه الاسباب ؟

لقد ذهبت معظم التشريعات الحديثة الى تصنيف هذه الاسباب على ثلاثة اقسام :

---

(١) المادة (١١٤٥) مدني عراقي وقد عرفها القانون المدني الاردني في المادة (١١٧١) بصورة منتقدة اكثر مما تنتقد عليه المادة العراقية (لاحظ : د. محمد وحيدالدين سوار، اسباب كسب الملكية، مرجع سبق ذكره، ص٢٢٠) .

(٢) د. محمد وحيدالدين سوار، المرجع السابق، ص ٢١٥ .

(٣) ويسميه الاستاذ الدكتور السنهوري بالتصنيف العملي (الوسيط، ج٩، مرجع سبق ذكره، ص٧) .

١- كسب الملكية ابتداءً، ويشمل هذا النوع الاستيلاء او احراز المباحات.

٢- كسب الملكية بسبب الوفاة، ويشمل هذا النوع الميراث والوصية. وعلى هذا الصنف يطلق المشرع الاردني لفظ كسب الملكية بالخلفية [٤]، ليضيف الى الميراث والوصية، الضمان، والميراث والوصية يمثلان خلفية شخصية، أما الضمان فيمثل خلفية شيئية.

٣- كسب الملكية بين الاحياء، ويشمل هذا الصنف، الالتصاق (الاتصال) والعقد والشفعة والحيازة، وكذلك الاولوية في القانون المدني الاردني.

ويقوم ترتيب اسباب كسب الملكية في هذا التصنيف على اساس التمييز بين نوعين من اسباب كسب الملكية، اسباب تكسب بها الملكية ابتداءً (الاستيلاء) واسباب تكسب بها الملكية انتقالاً من مالك سابق (كسب الملكية بسبب الوفاة او بالخلفية او مابين الأحياء)، وهذا هو تقسيم الاسباب المكسبة للملكية الى اسباب منشئة واسباب ناقلة، ويقصد بالاسباب المنشئة للملكية تلك التي تكسب بها الملكية ابتداءً، اما

---

(٤) الخلفية، هي خلافة شخص لشخص آخر في معناها المعروف، الا ان المشرع الاردني قد توسع فيها فجعلها شاملة لخلفية شيء عن شيء في التضمين (د. محمد وحيدالدين سوار، اسباب كسب الملكية، مرجع سبق ذكره، ص٢٨) .

الاسباب الناقلة للملكية فهي التي تكسب الملكية انتقالاً من مالك سابق، والكسب انتقالاً قد يكون انتقالاً مابين الاحياء،اوبسبب الوفاة [1].

التصنيف الحديث لاسباب كسب الملكية

إن هذا التصنيف يشمل اسباب كسب الملكية ومصادر الالتزام كذلك، فهو يقسم مصادر الحقوق سواء أكانت عينية او شخصية، بل جميع الروابط القانونية، الى الواقعة القانونية والتصرف القانوني [2].

واذا اردنا ان نقسم اسباب كسب الملكية بموجب هذا التقسيم الحديث بارجاعها إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية، دخل العقد والوصية في نطاق التصرفات القانونية ودخل الاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة (وكذلك الاولوية) والحيازة في نطاق الوقائع القانونية.

اما العقد فهو تصرف قانوني صادر من جانبين، في حين ان الوصية تصرف قانوني صادر من جانب واحد .

والاستيلاء واقعة مختلطة، اختلطت فيها الحيازة المادية وهي عنصر مادي، بارادة المستولي في ان يمتلك في الحال

---

(1) لاحظ صاحب المرجع السابق، ص٢٥ .

(2) لاحظ : كتاب الاستاذ السنهوري في التصرف القانوني والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان، القاهرة، ١٩٥٣، ١٩٥٤، ص ٣٢ وما بعدها .

وهي عنصر ارادي، ولكن العنصر المادي هنا هو المتغلب ومن ثم ألحق الاستيلاء بالوقائع القانونية.

اما الميراث، فان سبب كسب الملكية فيه هو الموت، والموت واقعة مادية. والالتصاق ليس الا اتحاد شيء باخر اتحاداً مادياً، فيكسب صاحب الشيء الاصلي ملكية الشيء الفرعي، فالاتحاد المادي اذن هو سبب كسب الملكية والاتحاد المادي ليس الا واقعة.

والشفعة واقعة مركبة، اقترن بها الشيوع او الجوار او اي ارتباط اخر بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وهذه واقعة مادية، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية بالنسبة الى الشفيع، باعلان الشفيع ارادته في الاخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني، فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة يغلب فيها الواقعة القانونية، ومن ثم يمكن ادخال الشفعة (ومعها الاولوية) في نطاق الوقائع القانونية.

والحيازة هي السيطرة الفعلية على الشيء او الحق محل الحيازة، ومن ثم تدخل الحيازة في نطاق الوقائع القانونية [٣].

---

[٣] ويسمي الاستاذ السنهوري، الواقعة القانونية بالواقعة المادية، الا اننا اخترنا التعبير الاول لدقته، حيث ان هذه الوقائع ترتب اثراً قانونياً .

وبهذا التقسيم يمكن أن تضاف مصادر و أسباب أخرى لكسب الملكية يمكن أن تندرج تحت الواقعة أو التصرف أو العمل القانوني على وفق التقسيم الذي اقترحه بعض الفقه.[1]

وهنا نتساءل عن الشخص الذي يملك الجائزة عندما يقوم بالعمل الذي طلبه إعلان الواعد الموجه الى الجمهور، كشرط للحصول على تلك الجائزة، ماهو مصدر أو سبب كسب ملكيته لهذه الجائزة؟

ثم ماهو سبب كسب ملكية عقار باعه صاحبه خارج دائرة التسجيل العقاري الى شخص، ثم نكل الأول وامتنع عن التسجيل، فالزمه القضاء بذلك، على وفق تطبيق القرار (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧؟

ثم ماهو سبب كسب ملكية الخزينة العامة للضرائب والغرامات والرسوم؟

وماهو سبب كسب ملكية أرض ملكتها الحكومة لشخص معين؟ وما هو سبب كسب ملكية لعقار تم نزعه بالاستملاك لمصلحة عامة؟

وماهو سبب ملكية منقول تم دمجه بمنقول آخر بفعل فاعل وليس قضاءً وقدراً. [2]

---

[1] د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام،وفقاً للقانون الكويتي مرجع سبق ذكره، ص٢٣ ومابعده

و ماهو سبب ملكية الغاصب للمال المغصوب بعدما تغيّر إسمه والزم بدفع الضمان للمغصوب منه.[٣]

وما هو سبب ملكية المدين المبرأ من الدين لقيمة هذا الدين؟ وماهو سبب كسب ملكية المظهّر له للورقة التجارية التي ظهّر عليها المظهّر ؟ ، وغير ذلك من التساؤلات الكثيرة التى تفرض على المشرع أن لايورد اسباب كسب الملكية بشكل يوحي أنها واردة على سبيل الحصر، بل يجب ايراد أهمها والنص على أنها واردة بوجه خاص ليس الا.

---

[2] اذ أن المادة (١١٢٥) مدني عراقي اشترطت في الالتصاق ان يقع قضاءً وقدراً اذ نصت على أنه:«اذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف أو نفقة فاحشة ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين وكان الالتصاق قضاءً وقدراً، ملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الاخر بقيمته»

[3] نصت المادة (١٩٤) مدني عراقي على أنه :«١- اذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان. ٢- اما اذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له فمن غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له. ٣- واذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، فالمغصوب منه مخير ان شاء أعطى للغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان».

١٤- الحبس للضمان والشفعة وغيرهما ليست حقوقا

تنقسم الحقوق إلى : -

١- الحقوق المدنية وتنقسم إلى الحقوق المالية وغير المالية.

٢- الحقوق السياسية

والحقوق المالية تنقسم إلى الحقوق الشخصية و العينية والمعنوية.

وهناك عدة حقوق مثل حق المطالبة بفسخ العقد وحق طلب الشفعة وكذلك حق الحبس للضمان، هذه أحقوق عينية أم شخصية أم معنوية؟

بالطبع هي ليست حقوقا بالمعنى الفني للكلمة، وإنّما هي تدخل ضمن المكنات القانونية، والمكنة في اللغة هي القدرة أو التمكن، وفي الإصطلاح القانوني قد عرفت بتعاريف عديدة، نحاول من خلال عرض بعضها و تحليلها بيان ماهيتها وعناصرها.[1]

---

[1] لاحظ جميع هذه التعاريف لدى : ئارام محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير في كلية القانون -جامعة السليمانية-، ٢٠٠٨،(غير منشورة)، ص٤٦ ومابعدها.

فقد عرفها (فون تور) الألَماني بأنها " قدرة الشخص، بناءا على مركز قانوني خاص، أن يحدث بإرادته وحدها أثراً قانونياً ".

تتحلل المكنة القانونية على وفق هذا التعريف الى عناصر تتمثل في عنصر الارادة، مركز قانوني خاص يجيز لصاحب الإرادة إستحداث مراكز قانونية جديدة أو تعديل أو إزالة مراكز قانونية قائمة، وإمتثال و خضوع الغير للآثار القانونية التي يحدثها صاحب الإرادة.

ويعرفها (كيوفوندا) الإيطالي بأنها "قدرة الشخص على أن يستحدث، بتعبير عن الإرادة، أثراً قانونياً له مصلحة فيه أو إزالة وضع قانوني ضار به".[٢]

من تحليل هذا التعريف يتبين إن عناصر المكنة هي: الإرادة ووجود مصلحة ، ووجود صاحب الإرادة في مركز قانوني يجيز له إستحداث مراكز قانونية جديدة أو إزالة مراكز قانونية قائمة، وإمتثال وخضوع الغير للآثار التي يحدثها صاحب الإرادة، .

---

[2] نقلاً عن : د. عبدالحي الحجازي ، المدخل لدراسية العلوم القانونية ، ٢- الحق ، وفقاً للقانون الكويتي ، دراسة مقارنة ، جامعة الكويت ، ١٩٧٠.، ص١١٩.

و يلاحظ إن صاحب التعريف يخرج من نطاق المكنة القانونية، المكن التي يترتب على إستعمالها تعديل مراكز قانونية قائمة، كما و يضيف إلى عناصرها عنصر المصلحة.

و يعرف (كابيتان) المكنة القانونية " الحق المعترف به للفرد في مباشرة أو عدم مباشرة بعض الأعمال التي تتصف بشرعيتها و حمايتها من كل إعتداء يقع من الغير"[1].

يؤخذ على هذا التعريف إن صاحبه يعرف المكنة بغيرها (الحق)، أي بما يكون خارجاً عن ماهيتها، و يؤخذ عليه كذلك بأنه يخلط بين المكنة و الحرية، و الواضح أنه لا يمكن المطابقة، بين هذين المفهومين لعدم وجود تماثل بحيث يمكن تعريف أحدهما بالآخر.

كما و يعرف آخرون[2] المكنة القانونية بأنها:" قدرة الشخص على أن يستحدث بفعله نتيجة قانونية دون أن يقابل هذه القدرة إلتزام على الغير ".

من مراجعة التعاريف السابقة يتبين لنا، أن فكرة أو مفهوم المكنة القانونية لم تستقر عند الفقهاء على مفهوم محدد، و الخلاف الفقهي واضح على مدلولها وماهيتها و شروط

---

[1] نقلاً عن : د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل، العقد غير اللازم، مجلس النشر العلمي ، الكويت ،١٩٩٤، ص١٧٨.

[2] الأستاذ الدكتور عبدالحي حجازي، المدخل ، الحق، مرجع سابق، ص١١٩.

ممارستها، لكن مع هذا يتبين لنا أن المكنة القانونية تستمد وجودها من القانون، و ممارستها تكون من خلال التعبير المحض عن إرادة صاحبها، حيث يتمكن صاحبها و بإرادته الحرة التأثير في مراكز الغير القانونية القائمة، ليستحدث من خلالها مراكز قانونية جديدة له مصلحة فيها أو تعديل أو محو مراكز قانونية قائمة ليس له مصلحة فيها، و الغير أو المقابل في هذه العلاقة القانونية يكون في مركز الخضوع و الإمتثال لهذه الآثار، دون أن يلزم بالقيام بأي عمل مادي و دون أن يتمكن هذا الطرف المقابل من تغيير المركز القانوني المستحدث من قبل صاحب المكنة، أو التأثير فيه.

و من الجدير بالملاحظة، إن المشرع قد يستعمل لفظ المكنة بغير مبناها، أي أنه قد يستعملها بصيغة الفعل كما في نص المادة (١٣٢١) مدني عراقي التي نصت على أنه: (الرهن الحيازي، عقد به يجعل الراهن مالا محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلا، أو بعضاً، مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال).

من خلال ما سبق، يمكن تعريف المكنة القانونية بأنها:-

(قدرة الشخص وبالتعبير عن إرادته، على إحداث آثار قانونية،حددها القانون، بصورة مباشرة أوغيرمباشرة، تتمثل في إنشاء أوتعديل أومحو مراكز قانونية، دون أن يلزم الطرف المقابل بأي أداء أويتمكن من التخلص من تلك الآثار). وعناصر المكنة القانونية هي:-

١-الإتاحة: ومصدرها القانون أوالإتفاق ، أي أن القانون أو الإتفاق يتيح للشخص في أن يستعمل خياره أويتنازل عنه ، إذ أن بإمكانه أن يرتب أثرا أتاح له القانون في ترتيبه، كما أن بإمكانه أن لايرتب أثرا .

٢-المصلحة: إذ أن المصلحة و مراعاتها هي علة إعطاء المكنة ، وهي كذلك العلة في إستعمالها ، فجميع الذين أعطيت لهم المكنة بنصوص قانونية تتحقق لهم مصلحة من إستعمالها ، فالموجه إليه الإيجاب قد تكون له مصلحة في القبول و قد تكون له مصلحة في الرفض، ومن يتمسك بالمقاصة القانونية، قد تكون له مصلحة في ذلك، وقد لا تكون فيتخلى عن التمسك بهذه المكنة، وكذلك مباشرة أوعدم مباشرة الدائن لوسائل حماية الضمان العام، فالمصلحة متحققة في مباشرته لها أو من عدمها. و هكذا، فالقانون و الإتفاق لا يقرران خياراً لأحد إلا لحماية مصلحة مشروعة في ذلك، و هو الذي يقرر متى تتحقق هذه المصلحة، هل تتحقق

بإستعمال المكنة على وجه من الأوجه أو بعدم إستعمالها أصلاً[1].

كما إن عنصر المصلحة يتحقق في خاصية إستعمال المكنة، أي ممارستها على وجه ما، أوتركها، فهي التي توجه الشخص إلى إختيار أحد الخيارات المتاحة له، فمثلاً المالك في التصرف الفضولي، يستطيع أن يمارس أحد الخيارات الآتية:

١. نقض العقد.

٢. إجازة العقد إجازة صريحة .

٣. عدم التعبيرعن رغبته رغم مقدرته ، وهنا يعد سكوته مع مرور المدة المحددة ، إجازة له للعقد [2].

فهو يستعمل أحد هذه الخيارات لمصلحته ، يرى أنها متحققة في هذا الخيار دون سواه .

والمكنة القانونية تتميّز بوجود خصيصتين فيها إحداها متعلّقة بصاحبها، حيث ينبغي أن تكون لديه القدرة على إستعمالها، والثانية متعلقة بمن تستخدم المكنة تجاهه ، إذ يكون في وضع الإمتثال، وفيما يلي نشرح كلتا الخصيصتين:-

---

(١) في المقصود بالمصلحة لاحظ : د. محمد سعيد رمضان البوطي ، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٧٧ ، الطبعة الثانية ، ص٢١ .

(٢) لاحظ : المادة (١٣٦) مدني عراقي .

أولاً: القـدرة :

لا يكفـي أن يقـرر القـانون أن شخـصاً مـا تكـون لـه مكنـة قانونيـة في موضـوع مـا، بـل يجـب أن تكـون لـصاحب المكنـة القـدرة علـى إسـتخدامها في مواجهـة الغـير، والقـدرة مرتبطـة بـالإرادة ، فـلا قـدرة لمـن لا إرادة لـه ، ولـذلك فـأن المكنـة قـد يعطيهـا القـانون لـشخص منـتقص الإرادة ، فيكـون إسـتخدام المكنة عن طريق نائبه ، كما في نقض أو إجازة العقد الموقوف لـصغر سـن أحـد المتعاقـدين أو لـنقص في أهليتـه أو إنعـدامها، فهنا يتم البحث عن القدرة في الولي أو الوصي أو القيم .

والقـدرة قـد يكـون مـصدرها القـانون، كمـا في الكـثير مـن تطبيقات المكنة القانونية ، و قد يكون مصدرها الإتفاق ، كما لـو إتفـق المتعاقـدان علـى عـد العقـد مفسوخاً مـن تلقـاء نفسه دون الحاجـة إلى إعـذار أو حكـم قـضائي، أو كمـا لـو قيـد المتعاقـدان عقـدهما بـشروط تقييديـة لمنفعـة أحـدهما أوغيرهما[1].

---

(١) نصت المادة (١٣١) مدني عراقي على أنه : "١- يجوز أن يقـترن العقـد بـشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف و العادة . ٢- كما يجوز أن يقترن بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب و إلا لغا الشرط و صح العقد ما لم يكن الشرط هو الـدافع إلى التعاقـد فيبطـل العقـد أيضاً ".

وقد أخذ المشرع بعين الإعتبار عنصر القدرة في المكنة القانونية ، فمثلاً عندما جعل بإمكان الشخص الذي وقف العقد لمصلحته أن يجيزه خلال مدة (٣) أشهر[٢]، فأنه أخذ بعين الإعتبار مبدأ هذه المدة، إذ نص في الفقرة الثالثة من المادة (١٣٦) من القانون المدني العراقي على أنه: " ويبدأ سريان المدة إذا كان سبب التوقف نقص الأهلية من الوقت الذي يزول منه هذا السبب أو من الوقت الذي يعلم فيه الولي بصدور العقد .

وإذا كان سبب التوقف الإكراه أو الغلط أو التغرير فمن الوقت الذي يرتفع فيه الإكراه أو يتبين فيه الغلط أو ينكشف فيه التغرير. وأذا كان سبب التوقف إنعدام الولاية على المعقود عليه فمن اليوم الذي يعلم فيه المالك بصدورالعقد ".

من هذه الفقرة يتضح لنا بجلاء عنصر القدرة ، فالصغير غير قادر على إجازة عقده أو نقضه بسبب نقص أهليته أو

---

(٢) نصت المادة (١٣٦) في فقرتيها الأولى و الثانية على أنه : "١- إجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالةً و تستند إلى الوقت الذي تم فيه العقد . ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الإجازة.

٢- و يجب أن يستخدم خيار الإجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد أعتبر العقد نافذاً " .

إنعدامها ، والولي ليس له القدرة على إستعمال مكنة نقض العقد الذي أبرمه الصغير أو إجازته إلا من وقت علمه بصدور العقد، و المكره في التعاقد لا يستطيع إستخدام مكنته في نقض العقد أو إجازته إلا بعد أن يرفع عنه الإكراه، و الواقع في الغلط التعاقدي لا يستطيع أن يستخدم مكنته في نقض العقد أو إجازته إلا بعد أن يتبين له أنه قد وقع في الغلط ، أما قبل ذلك فلا يقدر،و كذلك من وقع في التغرير ، فالمالك لا يتمكن من أن يمارس مكنته في نقض العقد الذي أبرمه الفضولي أو إجازته إلا من الوقت الذي يعلم فيه بصدور العقد، و السبب لا يرجع إلى نقص في إرادته أو أهليته أو عيب فيهما، بل يرجع إلى أن عدم علمه يجعله غير قادر على إستخدام مكنته القانونية .

ثانياً : الإمتثال :

إذا كانت المكنة تشبه الحق من حيث أنها تقرر ميزة لصاحبها ، فإن من أهم إختلافاتها عنه هو أن الحق يقابله واجب على الغير ، خاصة أم عامة ، أما المكنة يقابلها إمتثال من الشخص الذي تمارس المكنة في مواجهته ، فهو ليست لديه القدرة التي بيد صاحب المكنة ، فلا يستطيع دفعها و لا الهروب منها ، بل هو في حالة خضوع و إمتثال و إنتظار لما قد يقوم به صاحب المكنة في الإختيار بين ما أنيط به من خيارات قانونية أو إتفاقية ، اللهم إلا في حالة إساءة إستعمال

المكنة ، إذ للمقابل أن يطعن فيها و يثبت أن صاحب المكنة قد أساء إستعمالها، و عليه فأن الشخص الذي أخل بالإلتزام العقدي، يقف في حالة إمتثال للطرف الآخر في إستخدام خياراته القانونية ، فإن شاء أمضى في العقد و إن شاء فسخه وإن شاء طالب بالتنفيذ العيني الجبري و إن شاء طالب بتحريك دعوى المسؤولية العقدية، و كذلك فإن المشتري لحصة شائعة في عقار شائع يبقى في حالة إمتثال أمام الشريك في إستخدامه لمكنة الشفعة ، و كذلك الحال في الحبس للضمان، إذ للحابس مكنة حبس المال عن صاحبه إستناداً إلى قاعدة الدفع بعدم التنفيذ ، وغير ذلك من أمثلة عديدة [1] .

والإمتثال يختلف عن الموقف السلبي، أي (الإمتناع عن عمل)، في أن الأخير يعد موقفا تترتّب عليه الأحكام ، إذ به يترتب الإلتزام ، بل قد تقع بصوره الجرائم ، أمّا الإمتثال فهو موقف مجازي ليس بالايجابي ولا السلبي، بل هو ليس موقف بمعنى الكلمة ، ولاتترتب عليه الأحكام ، فهو ليس بحق ولا بواجب بحسب المعنى الفني الدقيق للكلمة ، بل هو واجب من نوع خاص ، ينتظر صاحبه ماذا سيفعل صاحب المكنة أو الخيار القانوني بخياراته.

---

(١) لمزيد من الأمثلة لاحظ : د. عبدالحي حجازي ، النظرية العامة للإلتزام وفقاً للقانون الكويتي ، مرجع سابق ،ص٧٩ .

١٥- المسؤولية عن إساءة استعمال الحق قد تكون عقدية

المسؤولية غير العقدية (التقصيرية) عن العمل غير المشروع تقوم ـ كما هو معروف ـ على ثلاثة أركان: الخطأ والضرر والرابطة السببية، ومن تطبيقات الخطأ في القانون المدني الغصب والإتلاف و اساءة استعمال الحق.

والحالة التي تهمنا هنا هي اساءة استعمال الحق، وهذه الحالة خاصة، إذ أن الفاعل لا يتعدى حدود حقه ليتجاوز على حقوق الغير، بل يقتصر عمله على استعمال حقه لكن بطريقة لا يقرّها القانون، بصورة يؤدي هذا الإستعمال فيها الى إلحاق الضرر بالغير.

وفي العادة اذا حصل تعسّف في إستعمال الحق، فان المسؤولية الناشئة عنه تكون مسؤولية (تقصيرية)، ولكن لو أمعنا النظر نجد ان إساءة استعمال الحق يجوز ان ينشئ عنها مسؤولية عقدية ، لا سيّما إذا تعلّق الأمر بإساءة مكنة قانونية مقررة لشخص في نطاق العقد ، إذ قد يتعسّف الشخص الذي أنشأ العقد له حقا أو خيارا في إستعمال هذا الخيار أو ذاك الحق، كما في حالة سوء استعمال المتعاقد للمكنات العقدية التي تقرّرت له بموجب العقد، ومن ضمنها، مكنة نقض العقد

الموقوف أو مكنة فسخ العقد أو مكنة المطالبة بالتعويض الإتفاقي (الشرط الجزائي)، فقد يتعسف احد المتعاقدين بإساءة استعمال مكنته هذه ، ويؤدي ذلك الى إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر، فمسؤوليته هنا عقدية أم غير عقدية (تقصيرية)؟

ثمّة آراء حول هذا الموضوع حيث يذهب بعض الفقهاء الى ان المسؤولية تكون غير عقدية، وهذا يعني ان المتعاقد الذي يستعمل مكنة نقض العقد الموقوف او مكنة فسخ العقد بصورة تعسفية، فإنه ملزم بدفع التعويض على وفق المسؤولية (التقصيرية) ، وثمّة رأي يسندها الى المسؤولية العقدية، وفيما يأتي نعالج إختلاف الفقه حول التكييف القانوني لإحدى الحالات التي تنشأ عنها المسؤولية في نطاق العقد عندما يتعسف أحد المتعاقدين في إستعمال مكنته القانونية في فسخ العقد ونبحث في المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد[1] .

فإذا حصل فسخ العقد لأي سبب كان، سواءً بسبب كون العقد غير لازمٍ ، أو بسبب إخلال احد طرفيه بتنفيذ التزامه العقدي وتحققت فيه عناصر التعسف في استعمال الحق، فان

---

[1] لاحظ تفاصيل ذلك : بمو برويز عزيز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، رسالة سبق ذكرها ،ص١٠٠ ومابعدها.

الفاسخ يتعرض إلى المسؤولية المدنية، ويتحمل آثارها، ونظراً لكون موضوع الفسخ التعسفي يجمع في طياته موضوعين مهمين في ثنايا القانون المدني، أولهما التعسف في استعمال الحق، وثانيهما فسخ العقد، وما قد ينجم عنهما من مساءلة مدنية، اضطر الفقه والقضاء أمام خلو التشريع من نص لتحديد صفة مساءلة أصحاب الحقوق عن انحرافهم في استعمالها، لا سيما المتعسفون في استعمال خيار فسخ العقد إلى البحث في أساس مقبول عن حقيقة وصف المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، فنظروا إليها من زاويتين، أولاهما، من زاوية التعسف في استعمال الحق، والأخرى، من زاوية فسخ العقد، أي انه إذا قلنا بان التعسف في استعمال حق الفسخ وقع بسبب إخلال بالتزام خارج عن نطاق العقد، فانه يستوجب المساءلة وفقاً لقواعد المسؤولية غير العقدية، أما إذا قلنا بأنه وقع بسبب إخلال بالتزام من الالتزامات العقديةً، فانه يدخل في نطاق المسؤولية العقدية، ولذلك نستعرض كلاً من هذين الاتجاهين في الآتي، ثم نستعرض الاتجاه المختار في تكييف هذه المسؤولية .

الإتجاه الأول:عدم عقدية المسؤولية:

ينطلق هذا الاتجاه من منطلقات عديدة أهمها :

أ- يترتب على الفسخ قضائياً كان أو اتفاقياً أو قانونياً انعدام العقد انعداماً يمحو أثره القانوني، فيعد كأن لم يكن ويعود الوضع إلى الحالة التي كانت عليه قبل التعاقد ومن ثم تنعدم كافة الاثار التي تتولد عنه ويلتزم كل متعاقد برد ماتسلمه، تنفيذاً للعقد[1]، فاذا كان العقد بيعاً وفسخ، رد المشتري ما استلمه من المبيع الى البائع، ورد البائع الثمن الى المشتري. وإذا كان فسخ العقد بسبب إخلال احد طرفيه بتنفيذ التزامه، راجعاً الى خطئه، لإهمال أو تعمد، يحق للدائن ان يرجع بالتعويض على مدينه، إن كان ثمة ضرر قد لحقه من جراء الفسخ[2]، وان أساس التعويض هنا يكمن في المسؤولية غير العقدية، ذلك لان العقد انعدم وجوده بعد فسخه، ولايصلح أن يكون اساساً للتعويض، وانما أساس التعويض هو خطأ

---

[1] لاحظ : المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي والمادة (١٦٠) من القانون المدني المصري والمادة (٢٤٨) من القانون المدني الاردني .

[2] لاحظ : المادة (١٧٧) من القانون المدني العراقي و المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري والمادة (٢٤٦) من القانون المدني الأردني .

المدين، ويعد العقد بمثابة واقعة مادية لا عملاً قانونياً[1]، كما ولا يصلح سنداً لترتيب آثار جديدة.

ب- ان استعمال خيار الفسخ هو استعمال خيار قانوني، لذا فان التعسف فيه، يعد بمثابة إخلال بالتزام قانوني سابق تفرضه مبادئ القانون ولو لم تنص عليه صراحة، وهو وجوب الامتناع عن الاضرار بالغير، وعلى أساس هذا الالتزام يقوم ما تفرضه نظرية التعسف في استعمال الحق من قيود لحقوق شخصية، فصاحب الحق الشخصي، الذي وان لم يكن متجاوزاً فيه الحدود المادية لحقه، إلا أنه انحرف في استعماله عن الغاية التي يهدف إليها ذلك الحق[2].

ج- التعسف في استعمال مكنة الفسخ مسألة خارجة عن نطاق العقد، تظهر في مرحلة إنهاء العلاقة العقدية، ومادام أنه ليس من عقد قائم او كان العقد قد انتهى، فكل ما يترتب من مسؤولية قبل نشوئه أو بعد انتهائه، هي مسؤولية غير عقدية،

---

[1] - لاحظ : المستشار محمد محمود المصري، المستشار محمد احمد عابدين، الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه، منشأ المصارف، الإسكندرية، (بدون سنة طبع)، ص٦٦

[2] لاحظ : المستشار حسين عامر، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية-، دار المعارف، ط٢، ١٩٧٩ ، ص٢٢٩ .

حتى ولو كان لها به صلة[٣]، ولكن –كما يرى البعض[٤] – ان الالتزام بعدم التعسف في استعمال حق الفسخ هو احد الالتزامات الناشئة عن العقد، إذ أن الإخلال به يعد إخلالاً بمبدأ عام هو وجوب تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ويستلزم تنفيذ العقد بحسن النية واجب التعاون بين المتعاقدين لتحقيق الغاية المشتركة[٥]، وفي فريق من العقود يقتضي حسن النية ان يتعاون الطرفان في تنفيذ العقد، ففي مثل هذه العقود يجب على كل من المتعاقدين أن يقوم بما يفرض عليه هذا التعاون[٦].

---

[3] لاحظ : المستشار حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٢٢٩

[4] أشار إليه : د . فايز احمد عبد الرحمن، المسؤوليتان العقدية و(التقصيرية) ومدى أحقية المضرور في الجمع أو الخيرة بينهما، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٧١، علماً إنه لم يشر إلى من هم البعض.

[5] لاحظ : عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦.، ص١٥١.

[6] لاحظ : د . عبد المنعم فرج الصدّه، أصول القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، (بدون ذكر سنة نشر) ، ص٤٧٣

د- ان غالبية الفقه[1] يتفق على أن التعسف هو احد تطبيقات الخطأ (التقصيري) ، لذا فوجود هذا التعسف كاف، مهما كان نوع الحق، لنهوض المسؤولية غير العقدية. ومفاده أن التعسف في استعمال الحق يعد تطبيقاً عادياً من تطبيقات الخطأ (التقصيري)، وانه لايقوم على أساس يتميز من المسؤولية غير العقدية، إذ أن التعسف في استعمال الحق يعد خطأ يستوجب المساءلة، والمساءلة فيه، كالمساءلة عن الخطأ في صورته العادية وهي صورة الخروج عن حدود المكنة أو عن حدود الحق.

ويبقى التعسف -وفقاً لهذا الرأي- داخلاً في نطاق المسؤولية غير العقدية حتى ولو كان له صلة بالعقد كإنهاء

---

[1] د . عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مرجع سابق، ص٩٥٦، ود . أنور سلطان، نظرية التعسف في استعمال حق الملكية، مجلة القانون والاقتصاد، السنة (١٧)، العدد الأول، ص٩٩، أشار إليه : د . حسن كيره، المدخل الى القانون، منشاة المصارف، السكندرية، بدون سنة نشر.، ص٧٦١، كما وان كتاب القانون أوردا نظرية التعسف في استعمال الحق كأحد التطبيقات للعمل غير المشروع، على سبيل المثال : د . حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٢٦٢ و د . عدنان إبراهيم السرحان ود . نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص٤٠٢

عقد غير محدد المدة، كعقد العمل او عقد الشركة[٢]، لان المسؤولية لا تقوم لمجرد إنهاء العقد، بل أنها تأتي نتيجة عمل غير مشروع في إلغاء العقد، كأن يكون الإلغاء بسوء نية او لتحقيق مصلحة غير مشروعة او غيرها من الحالات الأخرى للتعسف[٣]، وذهب البعض الآخر[٤] إلى القول بان فصل العامل فصلاً تعسفياً يعد من قبيل التعسف في استعمال الحق ، وبالتالي فهو يرتب المسؤولية (التقصيرية) دون المسؤولية العقدية ، وهذا تطبيق لقاعدة مؤداها أن التعسف في استعمال الحق العقدي سواءً في تنفيذ العقد أو في تفسيره أو في إنهائه لا يرتب إلا المسؤولية (التقصيرية)، وعدّ الضرر الذي يرتب المسؤولية العقدية هو الضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد . وحجة الرأي الأخير هو أن أحكام قانون العمل، آمرة ولايجوز مخالفتها، كما وان اصحاب العمل مسؤولون بالتضامن فيما

---

(2) لاحظ : د . عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مرجع سابق، ص٩٥٦

(3) لاحظ : المستشار حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص٢٣٠

(4) مازو، بند ٥٥٩، Mazeaud "H et L" Par tunc" - Traite thearique et pratique de la responsabilite civil Paris 1973، د . عبد الناصر العطار، شرح أحكام قانون العمل، ط١٩٨٣، ص٣٢٥، نقلاً عن : د . فايز احمد عبد الرحمن، مرجع سابق، ص٧١ .

بينهم عن أي مخالفة لاحكامه[1]، على انه لم يكن ثمة من عقد بعد الغائه، فالمسؤولية في هذه الحالة تكون تقصيرية[2]، الا ان القانون كمصدر للإلتزام، لايكفي لوصف المسؤولية الناجمة عن الإخلال به، مسؤولية غير عقدية، لأن مصادر الإلتزام لايقتصر على الإلتزامات التي يتفق عليها الطرفان وإنما يشمل ذلك أيضاً الإلتزامات التي نظمها القانون بشأن عقد معين.

فالمسؤولية غير العقدية هي الأساس النظري لنظرية التعسف في استعمال الحق، ولما كانت المسؤولية ذاتها تقوم على فكرة الخطأ، فان الخطأ أساس هام في التعسف أيضا.

ويمتاز هذا الاتجاه بالوضوح، وبما يحققه من وحدة أحكام المسؤولية الناجمة عن استعمال الحقوق وتلك الناجمة عن ممارسة الرخص والحريات العامة وبما ييسره من تحديد معيار التعسف برده إلى معيار الخطأ (التقصيري) المعروف في معناه الحديث وهو انحراف عن السلوك المألوف للرجل

---

[1] لاحظ : المادة (٥٠ و ٥٣) من قانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢، أشار إليه : المستشار حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية مرجع سابق، ص٤١ .

[2] لاحظ : المستشار حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٥١

العادي[٣]، الذي يتمثل بالعنصر الموضوعي للخطأ، ويقصد به في ممارسة الحق بشكل تعسفي، أي ممارسة الحق بشكل غير مشروع[٤] وذلك إذا لم يقصد به مستعمله سوى الاضرار بالغير أو إذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لاتتناسب مطلقا مع مايصيب الغير من ضرر بسببها أو إذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة[٥]، ولتحقق الخطأ لابد ان يتوافر فيه العنصر المعنوي (الإدراك)، الذي يتمثل بقصد مقترف الخطأ إلى الإضرار بالغير او على الأقل في إمكانه توقع هذا الضرر[٦]، فإذا كان الرأي السائد لدى (الفقه والقضاء)[٧] لازال متمسكاً بشرط توفّر الإدراك في مرتكب الخطأ إلا أنهما قد سعيا للحد من العنصر النفسي وتضييق مبدأ الإدراك بشتى السبل.

---

[3] لاحظ : حسن كيره، مرجع سابق، ص٧٦٢

[4] لاحظ : المحامي خليل احمد الارباح، المسؤولية (التقصيرية) عن الأعمال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون، دار رباح، بدون مكان النشر، ط١، ١٩٩٥، ص٨٤

[5] لاحظ : المادة (٧) مدني عراقي .

[6] لاحظ : الأستاذ جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مرجع سبق ذكره ، ص٦٤

[7] نقلاً عن : جبار صابر طه، المرجع السابق، ص٦٦ . ولاستزادة من التفاصيل، لاحظ : نفس المرجع، ص٦٦ وما بعدها

ولذلك فان التعسف وفقا لما قدمناه لايتحقق إلا بتوفّر ركني الخطأ.

ويعاب هذا الرأي بأنه قد ضيّق من نطاق نظرية التعسف في استعمال الحق، لان التعسف يتحقق كلما يحيد صاحب الحق في استعماله عن الغاية التي شرع من اجلها ولو لم يكن مخطئاً في استعمال حقه، الذي يتمثل بإخلال صاحب الحق بواجب الحيطة واليقظة العادية، ولذلك يمكن أن يوجد التعسف ولو لم تتوافر له مقومات الخطأ[1]، ويرى البعض[2] بان السبب في الخلط بين التعسف والخطأ ومحاولة البعض –أنصار الرأي الأول– في تكييف التعسف بانه تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري، يعود إلى أمرين، أولهما هو التأثر بالفقه والقضاء الفرنسيين تأثراً غير مستبصر، وثانيهما هو ظاهر النص في بعض التشريعات[3]، الذي وصف التعسف في استعمال الحق، بانه "غير مشروع"، وكان من المفروض الاّ يخدعوا بظاهر اللفظ عن حقيقة المعنى المراد

---

(1) لاحظ : د . حسن كيره، مرجع سابق، ص٧٦٢

(2) د . فتحي الدُّريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، دار البشير، عمان، ط١، ١٩٩٨، ص٢٨٣

(3) كالقانون المدني العراقي في المادة (١/٧) والقانون المدني المصري في المادة (٤) والقانون المدني الاردني في المادة (٦٦)

منه. لان حجة هذه التشريعات تكمن في ان مصطلح "التعسف" مفهوم مبهم ومرن وغير واضح[٤]، لاسيما ان المشرع في بعض التشريعات قد بيّن مراده من التعسف، وان حقيقته ليست هي عين حقيقة الفعل غير المشروع لذاته[٥]، ولذلك اقترح جانب من الفقه[٦] بانه من الأحسن هو استخدام مصطلح التعسف بدلاً من استخدام مصطلح "غير مشروع"، لأنه وان كان مفهوماً مبهماً وغير واضح، الا ان مفهومه يتحدد

---

[4] لاحظ : د . فتحي الدُّريني، المرجع السابق، ص٢٧٨ . وكما جاء في مذكرة المشروع التمهدي لنص المادة الخامسة من القانون المدني المصري على ان (. . ان المشرع تحاشى اصطلاح "التعسف" لسعته وابهامه وجانب ايضاً كل تلك صيغ عامة بسبب غموضها وخلوها من الدقة واستمد من الفقه الاسلامي الضوابط الثلاثة التي اشتمل عليها النص . .)، منقول من : مجموعة الاعمال التحضرية، ج١، ص٢٠٥، نقلاً عن : حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ط١، ١٩٥٧، ص٩٤ هامش١).

[5] لاحظ: المشروع التمهيدي للقانون المدني العراقي، مرجع سابق، ص١٨ و الأسباب الموجبة جاء في مذكرات المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري، ان المشروع احل النص الخاص بتقرير نظرية التعسف في استعمال الحق مكاناً بارزاً بين النصوص التمهيدية، لان لهذه النظرية من معنى العموم ما يجعلها تنبسط على جميع نوحي القانون، دون ان تكون مجرد تطبيق لفكرة العمل غير المشروع، (نقلاً عن المستشار حسين عامر، التعسف في استعمال الحق والغاء العقود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة ، ط٢، ١٩٩٨، ص٥٦-٥٧) .

[6] د . فتحي الدُّريني، مرجع سابق، ص٢٧٩

خواطر مدنية ـ ـ ـ

جماعي لامشكلة ضمير فردي كالخطأ العادي[٢]، إذ أن قيام هذه النظرية كان له فضل في الكشف عن صورة جديدة للخطأ تختلف عن صورته العادية، فهي نظرية لها كيانها المستقل في هذا الخصوص[١]، حيث تحدد الحدود التي يجب على صاحب الحق أن يراعيها في ممارسة السلطات التي تدخل في مضمون الحق[٢]، فان هذا الرأي لم يأت بأساس جديد عمّا اقترحه الرأي السابق، مادام انه يدور داخل إطار المسؤولية غير العقدية، فكل ما يختلف عنه هو من حيث تحديد معيار التعسف، إذ ان معيار التعسف هنا هو معيار الخطأ الذي يتمثل في الأنحراف عن الغاية الاجتماعية، ويوجه بعض الفقهاء المعاصرين[٣]، ممن يحاولون إدراج "التعسف" في نطاق المسؤولية غير العقدية، بان محاولاتهم لاضرورة لها، بعد إفراد التعسف بنظرية عامة في التقنينات العربية، وبنصوص عامة، بل وليس ثمة حاجة تدعو إلى مثل هذا

---

[2] لاحظ : د . رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص٥٠٨ .

[١] لاحظ: به مو به رويز عزيز، مرجع سبق ذكره، ص٣.

[٢] لاحظ : د . عبدا لمنعم فرج الصّده، أصول القانون، مرجع سابق، ص٥٧٣-٥٧٤

[٣] نقلاً عن : د . عباس الصراف، د . جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون –نظرية القانون – نظرية الحق، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى الإصدار السابع، ٢٠٠٥، ص٢٧٣-٢٧٤

الاصطناع بعد تبيّن ان فكرة الخطأ التقصيري قاصرة عن ان تتسع لاستيعاب جميع حالات التعسف.

ومن جانب آخر إن إسناد التعسف إلى المسؤولية غير العقدية لتبرير الرقابة على استعمال الحق وتعقب التعسف فيه ومنعه، يعد تبريراً مرحلياً، لانه لم يكن أفضل ولا اقرب في هذا الشأن من الاستناد إلى القواعد العامة للمسؤولية (التقصيرية)، وعدّ التعسف تطبيقاً عادياً من تطبيقات الخطأ العادي المولد للمسؤولية (التقصيرية)، سواءً بالنظر إلى التعسف كخروج عن الحق او غير خروج عنه، أو عدّه نوعاً متميزاً من الخطأ بانه خطأ خاص أو خطأ اجتماعي قائم بذاته وخاصةً بعد ما نظمته تشريعات حديثة، بما يجعله أصلا من الأصول القانونية المقررة، ولذلك من الواجب تخطي هذه المرحلة وامعان النظر عن جوهر فكرة التعسف وحقيقتها[1]، الأمر الذي يؤدي بدوره إلى ظهور اتجاه فقهي آخر[2] لتأصيل

---

[1] لاحظ : د . حسن كيره، مرجع سابق، ص٧٦٥

[2] د . حسن كيره، مرجع سابق، ص٧٦٥-٧٦٦، كما ويؤيد هذا الرأي، د . فتحي الدريني، مرجع سابق، ص، و د . سليمان الناصري، المدخل لدراسة القانون، دراسة مقارنة، دار وائل لنشر، الأردن، ط١، ١٩٩٩، ص١٩٩-٢٠١، كما ويؤيده د . فتحي عبد الرحيم عبدالله، المدخل للعلوم القانونية –نظرية الحق-، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصور، ١٩٨١، نقلاً عن : د . هلالي عبد اللاه احمد، تجريم فكرة التعسف، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص٥٨

التعسف في استعمال الحق، بانه نظرية عامة ومستقلة خارجة عن دائرة المسؤولية غير العقدية، ومفاده إن فكرة التعسف ترتبط أساسا بفكرة الحق ومايمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة، و بذلك فان حماية القانون للحقوق مشروطة بالتزام هذه الغاية وترتفع بالانحراف عنها، ذلك ان الحقوق لا يتصور ان تكون مقررة بوصفها غاية في ذاتها وإنما وسيلة لإدراك غاية معينة وهو ما يرهنها – بوصفها تمثل قيماً اجتماعية يحميها القانون– بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها، بحيث تظل حماية القانون مبسوطة عليها أو ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة استعمالها أو مناقضتها لغايته، ولذلك فان التعسف يتحقق إذا انحرف صاحب الحق في استعماله عن غايته، حتى ولو لم يكن قد اخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ، ذلك الإخلال الذي يكوّن الخطأ في المعنى الفني الدقيق، وهو مايفصم بين التعسف والخطأ ويخرجه بالتالي عن دائرة المسؤولية غير العقدية ليستوي مبدأً عاماً ونظرية أساسية ملازمة وداخلة في النظرية العامة للحق. وان فكرة التعسف فكرة ملازمة ومكملة لفكرة الحق، وإنها تثير مشكلة أولية سابقة على مشكلة المسؤولية وتقوم بدور وقائي وعلاجي على السواء، بما تفرضه على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحوال،

وبهذا قد تجاوز في دورها وجزائها دور جزاء التعويض البحت الذي تقتصر عليه فكرة المسؤولية[1]، إذ ان الدور الوقائي يعد صفة خاصة بالتعسف وحده، وهو جزاء ناشئ عن تلك الطبيعة الخاصة به، وهو دور يثور بناءً على توقع وقوع التعسف، وقبل حدوثه، إذن يقوم حينئذ بحل مشكلة التعسف بمنأى عن المسؤولية غير العقدية، وذلك بان يمنع وقوع الفعل قبل وقوعه، فكيف يمكن ان يفسر هذا الجزاء على أساس المسؤولية غير العقدية في الوقت الذي يقتصر آثارها على الجزاء التعويضي ولا تتسع لتبسط على الجزاء الوقائي هذا[2]؟، ولايمكن الأخذ بهذا الرأي لتكييف المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق(سواءً أكان حق الفسخ ام أي حق اخر)، لانه فصل بين مشكلة التعسف ومشكلة المسؤولية، ولم يهتم إلا بالجانب الأول دون أن يرى ضرورة الاهتمام بمشكلة المسؤولية بحجة إنها ليس من المحتم أن تثور مشكلة المسؤولية بعدما حلت مشكلة التعسف، ولكن في الحقيقة لايمكن الفصل بين المشكلتين (التعسف

---

[1] لاحظ : د . حسن كيره، المرجع السابق، ص٧٦٦

[2] لاحظ : د . فتحي الدُريني، المرجع السابق، ص٣٠٤

والمسؤولية)، إلا في حالة منع الفعل التعسفي قبل وقوعه[1]، –

---

[1] أشار الشطر الأخير من الفقرة (١) من المادة ١٧٧) مدني عراقي ألى أنه :(.....، كما يجوز لها أي (للمحكمة) أن ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم بوف به المدين قليلاً بالنسبة للألتزام في جملته.)وهذا النص يفرض علينا التطرق لحالتين هما : رفض الفسخ لعدم الضرر أو قلته، وضرورة التفرقة بين الالتزامات الرئيسية والتبعية، وقد لمست المحاكم المصرية هذين الجانبين، فبخصوص حالة رفض طلب الفسخ لعدم الضرر أو قلته فإن المحاكم تقضي : ((باستبقاء العقد وعدم الحكم بالفسخ اذاكان الدائن لم يصبه الا ضرر بسيط من جراء تأخر المدين في التنفيذ. فقد قضت محكمة النقض بأنه اذا كان الحكم قد أقام قضاءه بفسخ عقدالأيجار على اساس الشرط الفاسخ الضمني وكان الفسخ مبنى على هذا الشرط من شأنه أن يخول المدين الحق في أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد في العقد، بل وبعد رفع الدعوى بطلب الفسخ، والى ماقبل صدور الحكم النهائي فيها، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن قام بالوفاء بالمبلغ المحكوم به ابتداء أمام محكمة الأستئناف، وهو مايقوم مانعا من اجابة طلب الفسخ، مالم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن، وكان الحكم المطعون فيه لم يبين وجه الضرر المبرر لعدم اعتبار وفاء الطاعن بالمتبقي من مبلغ الإيجار المحكوم به ابتدائيا مانعاً من الفسخ، وكان ما قرره من اسناد المماطلة والاعنات إلى الطاعن لايعد بيانا للضرر في هذا الخصوص، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور في التسبيب)) { نقض مدني ٢٦(مايو) أيار ١٩٧٠ ، مجموعة أحكام النقض ، السنة (٢١) الرقم ١٤٥ ، ص٩٠٨ . نقلا من : محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين ، الفسخ والإنفساخ والتفاسخ ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ ، ص٢١ ومابعدها { ، ونفس الوضع : ((اذ لم يترتب على تسليم المشتري السندات اصابته بأي ضرر)) } إستئناف مختلط، ١(أبريل) نيسان ١٩١٥، م/٢٧ ، ص٢٥٨. نقلا من : د.أحمد محمد الرفاعي، الإلتزام بالتسامح ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (بدون سنة نشر)، ص٦٧.} ، وكذلك رفضت المحكمة ((طلب فسخ العقد لأن البائع للأرض أراد انتهاز فرصة تأخر

المشتري قليلاً عن دفع جزء من الثمن ليفسخ العقد))[إستئناف مختلط ١ (نوفمبر) تشرين الثاني ، ١٩٢٠ ، م/٣٣،ص٨. نقلا من د. أحمد محمد الرفاعي ، المرجع السابق ، ص٦٧].

وكذلك :((اذا كان الضرر الذي أصاب الدائن إنما نجم عن فعله هو لا عن فعل المدين فلا يقضي بالفسخ، فاذا كان هناك خطأ من جانب كل من الطرفين، فقد يدعو ذلك القاضي إلى عدم الحكم بالفسخ والإكتفاء بالتعويض.)) [إستئناف مختلط ٣(فبراير) شباط ١٩٠٤،م/١٦،ص١٢،نقلا من المرجع السابق نفسه ، ص٦٧.]

ومن باب أولى أن لا يقضى بالفسخ إذا كان تأخر المدين راجعاً لخطأ في تفسير العقد وتم بحسن النية.[لاحظ : د.عبد الرزّاق أحمد السنهوري ، الوسيط ، ج١ ، فقرة (٤٩٥) ، ص١٠١٢ .].

أما بخصوص ضرورة التفرقة بين الالتزامات الرئيسية والتبعية فإنه إذا كان عدم التنفيذ جزئياً ويعد في حكم عدم التنفيذ الجزئي أن يكون التنفيذ معيباً – فلا يزال للدائن حق المطالبة بالفسخ والقاضي في استعمال حقه في التقدير ينظر فيما اذا كان الجزء الباقي دون تنفيذه يبرر أن عدم التنفيذ خطير بحيث يبرر الفسخ، بقى عليه أن يرى هل يقضي بفسخ العقد كله أو يقتصر على فسخ جزء منه مع بقاء الجزء الآخر. ويقضي بفسخ العقد كله إذا كان ألتزام المدين لايحتمل التجزئة، أو كان يحتملها ولكن الجزء الباقي دون تنفيذ هو الجزء الأساسي من الألتزام؟[د. السنهوري ، المرجع السابق ، فقرة (٤٧١) ، ص٩٦٠.].

وتفرق المحاكم المصرية عادة للحكم بالفسخ من عدمه، بين عدم التنفيذ لالتزام رئيسي أو تبعي، فينبغي في حالة الفسخ القضائي التفرقة بين ما إذا كان إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية مرده إلى الامتناع عن الوفاء بالتزام أصلي أو الامتناع عن الوفاء بالتزام تبعي. ويقصد بالتزام الأصلي ذلك الالتزام الذي يحدد جوهر العقد ، ويكون من مستلزماته التي لاغنى لتكوين العقد عن وجودها . والصفة الجوهرية لهذه الالتزامات الأصلية أنها تكون –بعضها بالنسبة لبعض- المقابل القانوني ، بمعنى أنها تكون سببا لما يقابلها من التزام. أما الالتزامات التبعية فهي كل التزام غير أصلي.

مثلاً – اذا طالب احد العاقدين بفسخ العقد وهو متعسف في استعمال حقه، فان القاضي يرفض طلبه، فهنا لاتثور مشكلة المسؤولية، أما في حالة وقوع الفعل التعسفي، فان مشكلة المسؤولية المدنية تثور مباشرةً بعد التعسف ولا يمكن الفصل بينهما، –مثلاً– اذا وقع الفسخ فسخاً تعسفياً، فهنا لايمكن ان نقول بانه لا تبرز مشكلة المسؤولية[٢].

هـ– إن المسؤولية غير العقدية تمثل القواعد العامة للمسؤولية المدنية، والتعسف منظم في الباب التمهيدي للقانون المدني، لذا فان التعسف شامل لقواعد العامة للمسؤولية، ومشمول أيضاً لذا فالمسؤولية الناجمة عنه مسؤولية غير عقدية.

والعنصر الأساسي الذي يمتاز به هذا الإلتزام غير الأصلي هو أنه يرمي لتحقيق الغرض العملي الذي يقصده المتعاقدان أو تتطلبه طبيعة العقد ، بمعنى أن هذه الالتزامات ترمي إلى أن توفر للعقد جميع آثاره النافذة وتجعله ملائما للظروف ، ومن المسلم به أن عدم تنفيذ الالتزامات التبعية لايؤدي إلى فسخ العقد. { نقلا من : د.أحمد محمد الرفاعي ، مرجع سابق ، ص٦٦.}.

[٢] لاحظ: به مو به رويز عزيز، مرجع سبق ذكره، ص١٠٥.

الاتجاه الثاني: عقدية المسؤولية :

وقد ذهب رأي في الفقه[1] إلى ان إنهاء عقد العمل-على سبيل المثال- بطريقة تعسفية هو في حقيقته إخلال بأحد الالتزامات الناشئة عن العقد الذي يحكم العلاقة بين العامل وصاحب العمل، إذن تكون المسؤولية الناتجة عن الإخلال بهذا الالتزام، مسؤولية عقدية لان إنهاء عقد العمل بطريقة تعسفية يعد إخلالا بمبدأ عام هو وجوب تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية[2]، وهذا الرأي، إذ ما طبقناه على سائر العقود التي يحصل فيها الفسخ التعسفي، نجد إنه يستند إلى مبررات عديدة نوردها أدناه:[3]

أ- بينّا في الاتجاه الأول، انه يترتب على الفسخ، رجوع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، لذا لا وجود للعقد، فإذا ماتعسف المتعاقد في فسخ العقد، فيجب ان

---

[1] نقلاً عن : د . فايز عبد الرحمن، مرجع سابق، ص٧٢، علماً انه لم يذكر أسماء الفقهاء الذين نسب إليهم هذا الراي كماً إنه لم يشر إلى من هم البعض.

[2] جاء هذا المبدأ في المادة (١/١٥٠) من القانون المدني العراقي حيث نصت على أنه :(يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.) ولاحظ أيضاً : والمادة (١/١٤٨) من القانون المدني المصري والمادة (١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي

[3] لاحظ هذه التبريرات لدى : بةمؤ بةريز عزيز ، ص ١٠٦ ومابعدها.

لايؤدي هذا التعسف في فسخ العقد الى فسخه بصورة حقيقية، ذلك أن طالب الفسخ، وهو متعسف، يكون ساعياً إلى نقض ما تم على يديه، لذا فان سعيه يجب أن يكون مردوداً عليه. ففي الأحوال التي يمنح فيها لأحد العاقدين ان يفسخ العقد عند إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزامه، فانه يشترط ان يكون هذا الإخلال يبرر الفسخ، لا ان يبدي عذراً للفسخ،[1] وان التأخير

---

[1] وقد سبق أن أشرنا الى ما ذكره القانون المدني العراقي في الشطر الأخير من الفقرة الأولى من المادة (١٧٧) منه، والعبارة التي ذكرها المشرع العراقي منقولة من نص المادة (١٥٧) مدني مصري، اذ أجازت للقاضي أن يرفض الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته، وقد لاحظ الأستاذ الدكتور مصطفى عبدالسيد الجارحي في كتابه فسخ العقد (مرجع سبق ذكره، ص٩٥ وما بعدها) على هذا النص ما يأتي: أن النص يواجه عدم التنفيذ الجزئي وليس عدم التنفيذالكلي. ففي حالة عدم التنفيذ الكلي اذا طلب الدائن الفسخ ليس للقاضي سلطة تقديرية و على القاضي أن يحكم بالفسخ طالما ظل المدين مصراً على عدم التنفيذ أو صار التنفيذ مستحيلاً.

اننا نعتقد-والقول للأستاذ الجارحي- أن النص يفيد قصر تلك السلطة التقديرية في القضاء بالفسخ أو رفضه على حالة ((ما اذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية)) فيجوز للقاضي أن يرفض الفسخ على أساس أن ما لم يوف به قليل الأهمية. وطبيعي أن يدخل في اعتباره عوامل أخرى... أما اذا كان مالم يوف به كبير الأهمية فاننا لا نعتقد أن للقاضي سلطة تقديرية في القضاء بالفسخ أو لا، انما تكمن السلطة التقديرية في القول بأن عدم التنفيذ بلغ أو لم يبلغ قدراً من الأهمية، الا أنه متى انتهى في حكمه الى أن عدم التنفيذ بلغ قدرا كبيرا من الأهمية يجب أن يقضي بالفسخ كما أنه يجب قراءة النص بمفهوم المخالفة (لايجوز للقاضي ان يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين كبير الأهمية بالنسبة للألتزام في جملته). وهناك بعض الفقهاء يرى أن للقاضي سلطة تقديرية حتى في

هذه الحالة وأن الأمر جوازي له. إننا نرفض هذه الرأي فهو مخالف للنص ومخالف مصلحة الطرفين كما أن عدم التنفيذ الذي بلغ قدراً كبيراً من الأهمية يعادل عدم التنفيذ الكلي، ولو أن للقاضي في جميع الحالات تلك السلطة التقديرية لاكتفى المشرع أن يقول (يجوز القاضي أن يرفض الفسخ) أما وأنه حدد بعد ذلك نطاقاً معيناً فلا يجوز تعديه ويدل على أن الأصل هو عدم جواز رفض الفسخ لأن الخيار للدائن والرفض إستثناء ولذلك قيده المشرع بنطاق معين.)

ويجب عدم الخلط بين ترك سلطة تقديرية للقاضي في تقدير أهمية عدم التنفيذ لإجابة طلب الفسخ وبين إشتراط شروط معينة لقيام الالتزام.

كما أن تلك السلطة التقديرية وهي كما حددناها خاصة بحالة عدم بلوغ عدم التنفيذ قدرا كبيرا من الأهمية يجوز أن تستبعد باتفاق أو بنص. وعلى العكس يجوز الأتفاق أو يجوز النص على عدم طلب الفسخ إلا إذا بلغ عدم التنفيذ قدراً معيناً وليكن نسب معينة. ولنا أمثلة في المواد ٤٣٨، ٥٦٥ مدني مصري ، والأولى تقضي بأنه (ليس للمشتري طلب الفسخ لنقص قيمة المبيع إلا إذا كان النقص جسيماً). والثانية تقضي بخصوص مخالفة المؤجر لإلتزامه (بتسليم العين بحالة صالحة للإنتفاع بها فيما أعدت له من منفعة..) أنه لايجوز طلب الفسخ إلا إذا كانت في حالة لاتكون فيها صالحة للإنتفاع ، وعبارة (لاتكون) عبارة شديدة لاتترك للقاضي سلطة تقديرية إذا كانت العين بحالة تصلح ولو كانت عدم الصلاحية كاملة ، فالنص يقيد بأن لايقضى بالفسخ إلا إذا كان النقص كبيراً.

إن تلك السلطة التقديرية ليست قاصرة على الكم كما يفيد ظاهر النص (إذا كان ما لم يوف به..) وإنما يمتد الى الكيف أو التأخير. وجميع صور عدم التنفيذ ، إلا أن طبيعة بعض الإلتزامات تستبعد السلطة التقديرية ، فالثمن في عقد البيع لا يخضع لتلك السلطة التقديرية فعدم الوفاء بأي جزء من الثمن مهما قل قدره يكفي مبرراً للفسخ إلا إذا كان المبيع قابلاً للتبعيض والتجزئة فيجوز أن يكون الفسخ جزئياً.

إن السلطة التقديرية في القضاء بالفسخ أو رفض الفسخ مقصور على حالة ما إذا كانت الدعوى المرفوعة هي دعوى فسخ. أما إذا كانت الدعوى دعوى تنفيذ عيني جبري

بتنفيذ الالتزام قد لايعد إخلالاً لكي يبرر الفسخ، وإنما يتحقق الإخلال بالتنفيذ إذا ما بدأ صراحة او ضمناً ممن نسب اليه[1]، وكذلك في العقود التي يتطلب المشرع عند فسخ العقد بالإرادة المنفردة، ان تتوافر فيها شروط بعينها، والا عد إنقضاء العقد تعسفياً، كما في حالة عقد الشركة، على انه ينتهي عقد الشركة بانسحاب احد الشركاء، إذا كانت مدتها غير محددة، على أن يعلن الشريك إرادته في الانسحاب قبل تحققه، وإلاّ يكون انسحابه عن غش أو في وقت غير لائق، فلكي يترتب على الانسحاب انهاء الشركة ، فانه لابد ان تتوافر الشروط التي يوجبها المشرع[2]، وكما في حالة إنهاء عقد الوكالة، فإذا انهى الوكيل عقد الوكالة تعسفاً، بقصد تعطيل

فليس للقاضي سلطة تقديرية في القضاء بالفسخ وإنما له أن يأمر بالتنفيذ بطريق التعويض، إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين ولم يصب الدائن خسارة كبيرة. وفي هذا المجال نقول أنه لايجوز للقاضي إستعمال تلك السلطة ليحل التنفيذ بطريق التعويض كاملاً محل التنفيذ العيني إذا كان التنفيذ العيني مازال ممكناً ولم تلحقه إستحالة، ومهما كان هناك من إرهاق. فتلك السلطة كما نفهمها لاتكون إلا إذا كان عدم التنفيذ جزئياً.) د. مصطفى عبدالسيد الجارحي، فسخ العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص٩٧.

[1] لاحظ: المستشار حسين عامر، التعسف في استعمال الحق وإلغاء العقود، مرجع سابق، ص٤٥٩

[2] لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص٤٦٣

دعوى المدعي المرفوعة على الوكيل بصفته، ولم يكن غرضه مشروعاً، فلا يجوز قبول هذا التنحي من جانبه، ويجب عدّه قائما في الدعوى[1]، وبناءاً عليه فان الفسخ اذا وقع تعسفياً، يجب عدم الاقرار بفسخه، بل ويجب عد العقد قائماً.

ب- التعسف في استعمال مكنة الفسخ ، هو جزء من تطبيقات الخطأ العقدي، يقابل التعسف في استعمال الحقوق الأخرى الذي يعد من تطبيقات الخطأ التقصيري، لانه ناشئ من علاقة محددة بين شخصين يرتبطان بعقد، إذن فالمسؤولية عقدية. كما ان الالتزامات الناشئة عن العقد لاتقتصر على الالتزامات التي يتفق عليها المتعاقدان صراحة في بنود العقد بل يتعدى ذلك إلى ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام[2]، ويكفي لترتيب الأثر القانوني، ان يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً عن طريق تحليل العقد والوقوف على حقيقة مضمونه، ويجب على القاضي

---

[1] لاحظ : المرجع السابق ذاته ، ص٣٨٣

[2] نصت المادة (٢/١٥٠) من القانون المدني العراقي على أنه (ولايقتصر العقد على الزام المتعاقد بماورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ماهو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.) ولاحظ : المادة (٢/١٤٨) من القانون المدني المصري والمادة (٢/١١٣٤) من القانون المدني الفرنسي

إتباع القواعد العادية في تفسير العقد[٣]، ليكشف الالتزامات التي اراد كل من المتعاقدين إنشائها، على ان الأصل في العقد رضا المتعاقدين وما التزماه في التعاقد صراحة أو ضمناً[٤]، ومع ذلك يستطيع القاضي -على وفق القواعد العامة- ان يتدخل في مضمون العقد بان يضيف إلى مضمون العقد، ما يقضي العرف أو العدالة أو القوانين، بإضافته إليه، على ان يراعي في ذلك المرغوب فيه اجتماعياً، لان القانون نظام اجتماعي يهدف إلى حماية الفرد وتحقيق التوازن بين المصالح المختلفة[٥].

وقد يتدخل القانون لتنظيم علاقة قائمة بين أطراف العقد، بما فرضه من قواعد آمرة ولايمكن للمتعاقدين مخالفتها، ونظراً لكون النصوص التي تنظم التعسف في استعمال الحق هي نوع من هذه القواعد القانونية الآمرة التي تنبسط أحكامها الى كافة نواحي القانون، كونها واردة في الباب

---

(3) لاحظ : المواد (١٥٥-١٦٧) من القانون المدني العراقي والمواد (٢١٣-٢٤٠) من القانون المدني الأردني

(4) لاحظ المادة (١٥٠) بفقرتيها من القانون المدني المصري والمادة (٢١٣) من القانون المدني الأردني ولا مقابل لها في القانون المدني العراقي

(5) لاحظ : د . حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العدد (١)، السنة الأولى، ١٩٣١، ص٧٥٩

التمهيدي للقانون المدني، لذلك لابد ان نشير هنا إلى طبيعة الإخلال بالالتزامات الناشئة عن هذه القواعد القانونية، لكي نبيّن بان الإخلال بها يعد خطأ (تقصيرياً) ام خطأ عقدياً ؟ وقد ثار خلاف في الفقه[1] والقضاء الفرنسيين [2] حول صفة هذه الالتزامات، ونوع المسؤولية التي تترتب على الإخلال بها، فاعتبرت بعض المحاكم[3]، ان المسؤولية المترتبة على مخالفتها هي مسؤولية غير عقدية، لان مصدر الالتزام هو القانون وليس العقد، وذلك على خلاف الأحكام التكميلية التي يجوز فيها للمتعاقدين تعديلها او الاتفاق على استبعادها. ويبرر هذا الرأي بان المسؤولية غير عقدية لاتفقد

---

[1] نقلاً عن : مؤلفنا، المسؤولية عن الخطأ التنظيمي ، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في القانون المدني، دار وائل للنشر، الأردن، ط١، ٢٠٠٢، ص١٣٩

[2] - Cass . 1 re Civ . 11 mars 1986, n° 84-13 . 557, Bull . Civ, I, n° 64, p . 61 . D . 1987, son ., p . 467.
- Cass . 2re civ, 25 nov . 1987, n° 86- 16 .074 . Bull . Civ . II . n° 242, p . 133 . -
Cass . 2e civ, 13 janv 1988, n° 84- 16 .561, Bull . Civ, II, n° 11 . p 5
نقلاً عن مؤلفنا، المسؤولية عن الخطأ التنظيمي ، المرجع السابق، ص١٣٩.

[3] محكمة النقض الفرنسية في ٢٦ يناير ١٩١٠ سيرى ١٩١١ — ٢ — ١٠٥ قارن محكمة ليون في ١٤ فبراير سنة ١٩١٣ سيرى ١٩١٣ -٢ -٢٠٩، أشار إليه : المستشار حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص٧٩ .

صفتها لمجرد توجيه أحكامها الآمرة على تنظيم العلاقات العقدية بين الأفراد، فذهب الفقه[٤] إلى ان الالتزامات الناشئة عن النصوص التي تعد من النظام العام هي التزامات عقدية ، او على الاقل يجب ان تشابه الالتزامات التي تتولد باتفاق المتعاقدين. وان هذا الرأي هو الرأي الراجح[٥]، وتعليل ذلك هو ان المشرع انما كان غرضه من فرض هذه الالتزامات على العاقدين، هو تنظيم العقد الذي يزمعان إبرامه، فهما بقبولهما إبرام العقد في دائرة هذا التنظيم، إنما وافقا –ضمناً– على شمول عقدهما بهذه الالتزامات التي يؤدي الإخلال بها إلى قيام المسؤولية العقدية، لان الالتزامات التي تفرضها القواعد القانونية الآمرة حكمها حكم الإلتزامات التي يولدها التراضي، ويترتب على الإخلال بها مسؤولية عقدية لأنها ولدت في نطاق علاقة عقدية ، كما يمكن الاستناد إلى قصد المشرع ، الذي يفرض هذه الالتزامات على العاقدين ، إذ أنه يشترك معهما في تنظيم العقد، حماية للطرف الضعيف فيه ولا يتركهما يستقلان بتحديد آثاره، فيكمل او يعدل، صيغ الإرادة

---

(4) نقلاً عن : المستشار حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص٧٩، وبيّنا سابقاً الرأي المخالف في هذا الصدد، لاحظ : بحثنا، ص٨٦-٨٧ .

(5) Wagner, op . Cit . p . 82 . Veaux, op . Cit, p . 69 . Eourgpux, op . cit, p . 410.

المشتركة، ولا يستبدل بصيغها تنظيما تشريعياً[1]، فالقواعد القانونية الآمرة التي لها صلة بالتعاقد هي قواعد من نوع خاص، إذ لم توجه إلاّ لهؤلاء الذين يتعاقدون، فتكون عدم مشروعية ما قد تتضمنه الالتزامات ليس الا ظاهريا، وذلك من الناحية الشكلية، أما من ناحية الواقع فإنها عقدية، لان القانون لم يفرضها إلاّ لعقد بذاته، أو عقود بعينها، إذن فالإخلال بها يعد إخلالاً بالتزام عقدي، وان المسؤولية الناجمة عن هذا الإخلال، هي مسؤولية عقدية[2]، كما وان عد الأحكام الآمرة، إنها التزامات عقدية ، يطابق إرادة العاقدين، كما ويتفق وروح القانون، إذ ان مجرد إبرام العقد من قبل أطرافه يعني القبول الضمني بكل الأحكام التي يفرضها القانون للعقد[3]، ورأينا في الموضوع هو ان المشرع كثيراً ما يتدخل لتنظيم العلاقات العقدية في تنفيذه أو في إنهائه لحماية التوازن الاقتصادي في العقد وحماية الطرف الضعيف فيه، وهذه

---

(1) لاحظ : د . محمد سليمان الأحمد، المسؤولية عن الخطأ التنظيمي، مرجع سابق، ص١٤٠ .

(2) لاحظ : المستشار حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص٧٩ .

(3) لاحظ : المستشار حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المرجع السابق نفسه ، ص٨٠

الحماية تتحقق بقدر أكثر في حالة ما إذا كان خضوعه لقواعد المسؤولية العقدية عمّا تحققه قواعد المسؤولية غير العقدية ، وذلك لسهولة إثبات خطأ الطرف المخل بالتزامه من قبل طرف المتضرر، وان كلا الطرفين عندما يقدمان لإبرام العقد ، فانهما قد رضيا مسبقاً للخضوع لما فرضه المشرع عليهما لتحقيق ماارادة المشرع، ولذلك فان الاخلال بالالتزامات الناشئة عن هذه القواعد بما فيها القواعد الخاصة بالتعسف في استعمال الحق ، هو الإخلال بإلتزام عقدي ، ذلك لأن العقد سبباً في نشوئها ، اذ ان الحق قد نشأ بمناسبة وجود عقد ما ، لذلك فانه يستوجب المؤاخذة وفقاً للمسؤولية العقدية .

ج- إن الأثر الرجعي المقرر للفسخ هو اثر تفرضه الحيلة القانونية، إذ هو قائم على الافتراض المخالف للحقيقة والواقع، فالفسخ يختلف عن البطلان، لانه ينشأ نتيجة لوجود خلل في مرحلة تنفيذ العقد أو وجود خيار من خيارات الفسخ في العقد، اما البطلان فانه ينشأ لوجود خلل في مرحلة إبرام العقد،[٤] ولهذا فإن عدم إعمال هذا الأثر عند وجود التعسف في استعمال فسخ العقد ، هو أمر تحكمه العدالة ، إذ ان التعسف

---

[4] يسمى الفقيه الفرنسي (جامبو مرلان) بصدد حديثه عن الأثر الرجعي، يسمى هذا الأثر المترتب على الفسخ، بأنه أثر قائم على الحيلة، أما الأثر الرجعي في البطلان فهو أثر رجعي منطقي (نقلاً عن : د. جميل الشرقاوي ، مرجع سابق، ص١٧٣ ، هامش ١.

هنا يشبه حالة عدم نفاذ التصرف ، فحق الدائن قد يتعرض لمخاطر زيادة العناصر السلبية في ذمة مدينه المالية، مادام ان دينه غير مضمون بالحصول على تامين خاص ، فيقوم المدين بالتصرف في امواله من اجل إلحاق الضرر بدائنه، او يبعثر ذمته المالية، ان لم يكن بقصد الاضرار ، فهو بطيش اقرب الى الغش دون مراعاة لحقوق غرمائه[1]، فان القوانين اقرت دعوى عدم نفاذ التصرفات القانونية، كوسيلة لحماية حقوق الدائنين، اذ يحق للدائنين الذين يكون حقهم مستحق الاداء وصدر من مدينهم تصرف ضار، بان يسبب اعساره او زيادة اعساره وتصرف –بعوض– مع علم بذلك بقصد الإضرار بدائنيه، وكان المتصرف اليه على علم بذلك الغش، الحق في المطالبة بعدم نفاذ التصرف[2]، وهكذا قد منع المشرع نفاذ تصرف المدين بحق دائنيه ، اذا كان سيء النية ويهدف إلى إلحاق الضرر بهم، مادام انه قد تعسف في تصرفه لان قصد

---

[1] عدنان ابراهيم السرحان، الاوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة جامعة بغداد ، ١٩٨٦، (غير منشورة) ، ص٢٢٧.

[2] لاحظ : المادة (٢٦٣ و ٢٦٤) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٣٧ و ٢٣٨) من القانون المدني المصري والمادة (٣٧١) من القانون المدني الاردني .

الاضرار هو تعسف بعينه، وبناءً عليه فان الفسخ اذا وقع تعسفياً فانه لابد من منعه.

ففي كل الحالات التي ترتبط المطالبة بالتعويض بعقد باطل وبالسبب الذي ادى الى ان يكون كذلك، تصبح قواعد المسؤولية غير العقدية هي الواجبة التطبيق، وتستبعد لذلك قواعد المسؤولية العقدية، حتى ولو كان هناك ارتباط بين المسألة بعلاقات قائمة بين المتعاقدين، مادام ان العقد لم يتم ابرامه[٣] وهذا يدعم وجوب الفرق بين اثر البطلان واثر الفسخ.[٤]

د- الفسخ يحصل عند وجود خلل في مرحلة تنفيذ العقد، أي في المرحلة التي نقف فيها امام طرفي التزام وليس فحسب أمام طرفي عقد، فآثار العقد تؤكد وجود علاقة بين دائن ومدين، وبعدما كانت علاقة بين متعاقدين في مرحلة ابرام العقد لذا فان منازعة الفسخ، هي منازعة قائمة بين دائن ومدين، وليس فحسب بين متعاقدين، وهذا يعني وجود عقد ناشئ في

---

(3) د . محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية (التقصيرية) للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية، في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص١٢٨ .

(4) لاحظ في الفرق بين أثر البطلان وأثر الفسخ، د.جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص١٦٥ وما بعدها.

الوجود، نجمت عنه آثار وقع خلل فيها، فالفسخ إذن يفترض قيام عقد صحيح توافرت فيه الأركان والشروط، ولكن لايقوم احد الطرفين بتنفيذ ما فرضه عليه العقد من التزامات، فمطالبة أحد الطرفين الآخر بالفسخ مطالبة تعسفية ، ستجعل من هذه المطالبة محكومة بأساس العلاقة القائمة بين الطرفين المتمثلة في العقد.

الاتجاه المختار في تكييف المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد:

لابد من الإشارة أولا الى انه يجب ان يكون هناك اثر لإساءة استعمال خيار الفسخ أو حق الفسخ، والاّ فانه لاداعي لدراسته والبحث فيه، وهذا يقابل عدم وجود ضرورة أصلا في معالجة إساءة استعمال أي حق إذا لم يرتب القانون على هذه الإساءة أي اثر، فالتعسف في استعمال أي حق تترتب عليه آثار قانونية، فالتعسف في استعمال حق الفسخ من الواجب ان تترتب عليه اثارا تختلف عن الآثار المترتبة على الفسخ المجرد من التعسف، وأيضا فان وضع نظرية التعسف في استعمال الحق في الباب التمهيدي من القانون المدني يجعلها مبدأً عاماً ينبسط على سائر الحقوق والفروع التي نظمها هذا القانون ولايقتصر على مشكلة المسؤولية غير العقدية، وبالتالي

ينبغي ان يترتب في استعمال حق الفسخ اثر، وهذا الأثر هو الذي سيحدد صفة المسؤولية ، فيما لو حصل ضرر ناجم عن هذا الاستعمال.

ولكي يمكن توقع التعسف في استعمال حق الفسخ، لابد أن تتوافر فيه الشروط اللازمة لقيام الفسخ ولا سيّما في العقود الملزمة للجانبين[1]، لان فكرة التعسف تقوم على قيام صاحب الحق بالتعسف في استعمال حق يقرره القانون، فالاستعمال التعسفي للحق يعد فعلاً مشروعاً في ذاته، لكونه ناشئ عن الحق، وليس مجاوزاً للحدود المادية للحق، ولكنه غير مشروع في كيفية استعماله، أي انه يعد خروجاً عن الغاية أو المصلحة التي شرع من اجلها الحق، ولذلك لا ينصرف عدم المشروعية

---

[1] نصت المادة (١٧٧)من القانون المدني العراقي على أنه :(١-في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الأعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين الى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ اذا كان مالم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للألتزام في جملته.٢- ففي عقد الأيجار ان امتنع المستأجر عن ايفاء الأجرة المستحقة الوفاء كان للمؤجر فسخ الأجارة. وفي ايجار العمل ان امتنع المستأجر عن ايفاء الأجر المستحق الوفاء كان للأجير طلب فسخ العقد وفي عقد البيع يجوز للبائع أو للمشتري أن يطلب الفسخ اذا لم يؤد العاقد الاخر ما وجب عليه بالعقد كما يتبت حق الفسخ بخيار العيب من غير اشتراط في العقد.) ولاحظ كذلك المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري والمادة (٢٤٦) من القانون المدني الأردني والمادة (١١٨٤) من القانون المدني الفرنسي

إلى ذات الفعل التعسفي وإنما إلى نتيجته أو غرضه، بحيث يتوجه التحريم أو الجزاء إلى غرضه المنحرف فحسب دون المساس بمضمون الحق أو السلطات التي يرد عليها التعسف[1].

ومن هذا المنطلق ، فإن مشكلة تكييف المسؤولية لاتثور في حالة الحكم بالجزاء الوقائي الذي يتمثل بمنع وقوع التعسف في استعمال الحق، أي يمنع وقوع التصرف الذي فيه تعسف قبل حدوثه، وكذلك الحال بالنسبة للحكم بالجزاء الوقائي في حالة الفسخ التعسفي للعقد، اذ لاتثور مشكلة المسؤولية المدنية فيه ايضاً، طالما انه يتمثل برفض طلب الفسخ وحرمان صاحب الحق من استعمال ذلك الحق، فإذا تبين للقاضي ان المدعي بالفسخ تعسف في فسخ العقد، فانه يرد طلب فسخه ويمنعه من فسخ العقد،، لان المسؤولية لاتترتب الاّ في حالة الحكم بالجزاء العلاجي.

إنّه مادام التعسف في استعمال مكنة الفسخ يحدد استناداً الى ماورد في صلب العقد، لذلك فانه يستند الى المسؤولية العقدية، لان التعسف هنا له صلة بالفسخ،كما أن الفسخ له

---

[1] لاحظ : د . حسن كيره، مرجع سابق، ص٧٦٠

صلة بالعقد، ان الفسخ استند الى وجود إخلال بالتزام عقدي وهو السبب ذاته الذي يؤدي الى نشوء المسؤولية العقدية[٢].

وقد ساعد على اختيار هذا المسلك، إقرار التقنينات العربية لنظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة، وما تتسم من خاصية الشمول، حيث تنبسط على كافة نواحي القانون، بل وعلى نواحي القانون قاطبة بما فيها نظام الفسخ، وانها ليست عين حقيقة الفعل غير المشروع لذاته، وهذه خاصية في نظرية التعسف لا في المسؤولية غير العقدية، لعدم كفاية الأخيرة لمثل هذا الشمول، وخاصة بعدما بيّن الفقهاء[٣] التفرقة بين التعسف في استعمال الحق والخطأ العادي.

وتعليل رأينا هو انه يترتب على التعسف، جزاءان، هما: جزاء وقائي يبقى خارج نطاق بحثنا مادام انه لاتترتب عليه مسؤولية مدنية، اذ يمنع وقوع الفعل التعسفي اصلاً، وجزاء علاجي، ويتمثل بالتعويض (التنفيذ العيني أو التنفيذ

---

[2] لاحظ : د . عبدا لرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، مرجع سابق، ص٧٨٢

[3] لاحظ على سبيل المثال : د . فتحي الدّريني، مرجع سابق، ص٢٧٩-٢٨٠، ود . حسن كيره، مرجع سابق، ص٧٥٩-٧٦٠، و د . عبدالمنعم فرج الصدّه، أصول القانون، مرج سابق، ص٥٧٣-٥٧٤

بالمقابل)، ولايمكن اللجوء إلى التنفيذ بمقابل إلاّ إذا كان التنفيذ العيني فيه إرهاق للمدين بشرط ان لايلحق بالدائن ضرراً جسيماً، عملاً بالقواعد العامة في القانون المدني[1]، اذ يمكن ان يكون تعويضاً عينياً كما يمكن ان يكون تعويضاً نقدياً، ففي الحالة الاولى يجب وقوع الضرر فعلاً كما لو اقام الشخص جداراً لمنع الضوء عن جاره، يكون التعويض تعويضاً عينياً بازالة الضرر الواقع وهو هدم الجدار القائم، اما في الحالة الثانية منع وقوع الضرر كما لو كان التنفيذ العيني ارهاق للمدين وتعسف الدائن في المطالبة في التنفيذ العيني في غير مصلحة جدية وحقيقية، فانه يمنع من ذلك ويفرض عليه ان يقتصر على التنفيذ بمقابل ، وفيما يقصد بتطبيق هذا الجزاء في حالة التعسف في استعمال حق فسخ العقد، -كما بينّا- إما أن يكون عينياً أو بمقابل، وما يتعلق بالأول، فهو إعادة تكوين العقد الذي تم فسخه، أما الآخر، فانه يتمثل بالتعويض النقدي عن الضرر الذي لحق بالمتعاقد الآخر من جراء التعسف، وبناءً عليه، فان وقع الفسخ تعسفاً، يستوجب مساءلة الفاسخ المتعسف والزامه بالتعويض، وخير تعويض هو التعويض العيني، أي لابد من ان يبدأ باللجوء الى التعويض

---

[1] لاحظ : المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي، و المادة (٢٠٣) من القانون المدني المصري والمادة (٣٥٥) من القانون المدني الأردني

العيني بإعادة العقد إلى الوجود، ولايجوز اللجوء الى التعويض النقدي إلا إذا استحال الأول او فيه إرهاق للمدين. فان التعويض العيني يستحيل تطبيقه إلاّ بالعودة إلى مضمون العقد، لكي يبنى العقد بعد فسخه، وهذا بالتأكيد سيجعل من المسؤولية عقدية ، مادام انه يُعيد الالتزامات العقدية إلى الوجود، وهذا الجزاء ينسجم مع مبدأ (الغش يفسد كل امر)[٢]، بحيث يترتب على سوء نية المتعاقد في فسخه، فساد تصرفه في الفسخ، اذ ان الفاسخ لم يقدم الى الفسخ الا لالحاق الضرر بالمتعاقد الاخر او لتحقيق مصلحة تافهة لاتتناسب مطلقا مع الضرر الذي يلحق بالغير، او غيرها من حالات التعسف، لذلك لابد من الغاء الوسيلة التي اتخذها الفاسخ لتحقيق مصلحته غير المشروعة.

أما إذا تعذر تكوين العقد لأي سبب كان، أي عند إقرار الفسخ، فانه يمحو العقد في الماضي ويعده كأن لم يبرم، فلايقتصر اثر الفسخ على انحلال العقد مستقبلاً، بل ويقضي هذا ان يرد كل متعاقد إلى الآخر ما قام به من أداء وفقاً للعقد،

---

[2] في هذا المبدأ وتفصيله ، لاحظ: د.محمد محمد محمد السوري ، الغش في المعاملات المدنية ،القاهرة ،٢٠٠٤،ص٢٨.

عملاً بالنص القانوني[1]، والتعويض الذي يستحق احد العاقدين بسبب تحقق وصف التعسف في تصرف العاقد الاخر في فسخه، يستند إلى المسؤولية غير العقدية، لان فسخ العقد يعني عدّه كأن لم يكن ويعد معدوماً عند نشأته ولا يصلح سنداً لترتيب اثار جديدة كالتعويض، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فان التعسف في استعمال حق فسخ العقد هو أنحراف عن الغاية التي شرع من اجلها حق الفسخ[2]، ولتحديد غاية الفسخ لابد من الرجوع إلى حقيقة العقد ومضمونه، فإذا كان فسخ العقد بسبب إخلال احد طرفيه بالتزامه العقدي، فانه يشترط لتحقق التعسف فيه، ان يتوافر القصد السيئ لدى الفاسخ، ولايمكن إثبات هذا القصد الا بالرجوع إلى العقد، لكي يظهر مدى جدية وحقيقة مبرره في الفسخ، فإذا تبين انه ليس له من مصلحة من وراء فسخه، أو أن مصلحته قليلة أو أنها غير مشروعة، فانه يعد متعسفاً في استعمال حقه في الفسخ.

---

[1] نصت المادة (١٨٠) من القانون المدني العراقي على أنه : (اذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الأعيان المالية او انفسخ سقط الألتزام الذي كان مترتباً عليه فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب بالعقد، وان كان قدسلم يسترد. فاذا استحال رده يحكم بالضمان.)، ولاحظ كذلك المادة (١٦٠) من القانون المدني المصري والمادة (٢٤٨) من القانون المدني الأردني

[2] لاحظ : د . سعيد مبارك، التعسف في استعمال الحق، دراسة مقارنة في الأنظمة القانونية الكبرى، بدون مطبعة وبدون مكان وسنة نشر، ص٧٤

وكذلك في حالة الفسخ بسبب عدم التنفيذ الجزئي، على انه يجب على المدين ان يوفي بكامل التزاماته[٣] ويكون -مثلاً- للمشتري حق رفض التسليم المجزأ، والتمسك بالفسخ، ولكن لكي يكون الفسخ مشروعاً، يجب ان يكون عدم التنفيذ ينصب على التزام جوهري أو على قدر من الأهمية، وبخلافه اذا اقتصر عدم التنفيذ على التزام ثانوي أو قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام برمته، فانه يعد متعسفاً في استعمال حق الفسخ، ولمعرفة ما اذا كان الالتزام جوهرياً أو ثانوياً، قليل الأهمية أو كثير الأهمية، لابد من الرجوع إلى العقد، وللقاضي سلطة تقديرية في هذا الصدد. وتحكم اختيار القاضي اعتبارات مادية وأخرى ذاتية، وان الاعتبارات المادية تتمثل في مدى التنفيذ ومدى أهمية الجزء غير المنفذ ومن الاعتبارات الذاتية حسن نية أو سوء نية الطرفين[٤]، ومن جهة الدائن فانه

---

[3] نصت المادة (٣٩٢) من القانون المدني العراقي على أنه :(اذا كان الدين حالاً للمدين ان يجبر دائنه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلاً للتبعيض.) ولاحظ كذلك المادة (٣٤٢) من القانون المدني المصري والمادة (٣٣٠) من القانون المدني الأردني والمادة (١٢٤٤) من القانون المدني الفرنسي.

[4] يذكر الأستاذ الدكتور عبدالمنعم البدراوي، إزاء حديثه عن السلطة التقديرية للقاضي إزاء طلب فسخ العقد، في كتابه (فسخ العقد) ص١٠٧، أنه: (إذا قدر القاضي أن عدم التنفيذ الجزئي لم يبلغ قدراً من الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته فان له ازاء طلب الفسخ سلطة تقديرية اذ له أن يرفض الفسخ ويكتفي بالتعويض (تنفيذ بطريق التعويض)

قد يبدي تعنتاً أو تهرباً حتى يتوصل للتخلص من العلاقة العقدية، فيكون البائع غير محق في طلب الفسخ، اذا كان المشتري –مثلا– قد ابدى تمسكه بالعقد وعرض على البائع تنفيذه عينياً في الوقت الذي كان فيه هذا التنفيذ ممكناً، فطلب الفسخ يتعارض حينئذ ومقتضيات حسن النية[1] وهذا

وله أن يكتفي بالتعويض اذ يقضي بالفسخ الجزئي بدلاً من الفسخ الكلي. والرأي الراجح في الفقه يؤيد سلطة القاضي في أختيار الفسخ الجزئي لأنه قد يبدو للقاضي أكثر ملاءمة وأوفر لمصلحة الطرفين والعدالة. خاصة اذا كان الالتزام قابلا للتجزئة والانقسام ، ويكون الفسخ الجزئي –في عقد البيع مثلا-بتخفيض ثمن البضاعة بقدر مانقص منها أو بقدر ما استحق ، أو يكون بتخفيض الأجرة –في عقد الايجار مثلا- بقدر ما نقص من منفعة العين المؤجرة أو باعفاء المستأجر من الأجر عن المدة التي تأخر فيها بدء تنفيذ العقد المستمر أو فسخ العقد بالنسبة للمستقبل. ويكون –في عقد العمل - بتخفيض أجر العامل الذي تعطل عن عمله بسبب اشتراكه في اضراب. واذا كان الالتزام ثانوياً ناشئاً من عقد ثانوي فيجوز أن يكتفي بفسخ ذلك العقد الثانوي ويشترط بعض الفقهاء للاكتفاء بالفسخ الجزئي أن يكون المدين حسن النية فهو ميزة. وعلى عكس ماتقدم هناك بعض الفقهاء يرفضون الفسخ الجزئي لأن فيه تعديلاً لاتفاق الطرفين، ونحن –والحديث للدكتور البدراوي- لا نرى ان هذه الحجة مقنعة لأن الأمر لا يتعلق الا بالتزامات غير جوهرية... وكل ما نقيد به القاضي هو ألا يؤدي الفسخ الجزئي الى تغيير طبيعة العقد. واختيار القاضي بين الفسخ الجزئي أو التنفيذ بطريق التعويض قد يصادف حالة استحالة تنفيذ الألتزام. أما اذا كان التنفيذ العيني مازال ممكناً جبراً عن المدين فان سلطة القاضي التقديرية تتّسع .....).

[1] لاحظ : د . حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، ج١، المجلد الأول، المصادر الإرادية للالتزام، بدون مطبعة وبدون مكان النشر، ط٣، ٢٠٠٠، ص٥٧٢-٥٧٣

يعني ان التعسف حصل لسبب يعود الى العقد، لان التعسف له صلة بالفسخ، وان الفسخ يستند الى العقد لذلك يستند بدوره الى المسؤولية العقدية دون (التقصيرية). وفي حالة وجود الشرط الصريح الفاسخ في العقد، فلا يحكم القاضي بالفسخ إذا انتفى خطأ المدين او كان مرد عدم التنفيذ عائد لسبب أجنبي، والخطأ اللازم توافره لإمكان الفسخ يتمثل في عدم تنفيذ المدين لما يشتمل عليه العقد بالطريقة التي تتفق مع مايوجبه عليه مبدأ حسن النية، وذلك باتخاذه مسلكاً يتعارض مع مقتضيات السير العادي للعلاقة التعاقدية، وإذا ما خالف المدين مقتضى حسن النية في إعمال الشرط الصريح الفاسخ، يجوز للقاضي التدخل وتعطيل حكمه نزولاً على مقتضى حسن النية ومراعاة عدم التعسف في استعمال الحق[٢]، وانه لما كان محور التعسف هنا هو حسن نية المدين، ويدور معها وجوداً وعدماً، لذلك فإنه –الفسخ التعسفي– يستند الى المسؤولية العقدية.

اما اذا كان الفسخ بسبب مخالفة الالتزامات الناشئة عن القواعد القانونية الامرة، بناءً على تدخل المشرع لتنظيم بعض العقود لتحديد كيفية فسخها عن طريق فرض مثل هذه

---

[2] لاحظ : د . محمد حسين منصور، دور القاضي ازاء الشرط الصريح الفاسخ، منشاة المصارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر، ص١٢٨-١٣٠

القواعد، كما في حالة عقد العمل، اذ ان المشرع قد وضع قيداً موضوعياً في انهاء عقد العمل، بان لايكون الفسخ تعسفياً من احد المتعاقدين والا فإنه يستوجب التعويض بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً[1]، فان كل من الفسخ والتعويض هنا يستند الى المسؤولية العقدية، لان الالتزام بعدم التعسف في استعمال حق الفسخ، اصبح من ضمن الالتزامات العقدية، مادام ان المتعاقدين قد رضيا ضمناً على هذا الالتزام. وكذلك إذا كان فسخ العقد غير اللازم بسبب يرجع إلى طبيعة العقد، ففي هذه العقود تدخل المشرع لتنظيمها وكيفية إنهائها، ومن هذه العقود عقد الوديعة وعقد العارية، اذ يلتزم المستعير والمودع لديه برد الشيء الذي تحت يده الى مالكه، بالحالة

---

[1] نصت المادة (٩١٨) من القانون المدني العراقي على أنه :(١-اذا كانالعقد لمدة غير محددة و أنهاه أحد المتعاقدين دون مراعاة لميعاد الأنذار أو قبل انقضاء هذا الميعاد، لزمه أن يعوض المتعاقد الآخر عن مدة هذا الميعاد أو عن المدة الباقية منه. ويشمل التعويض فضلاً عن الأجر المحدد الذي كان يستحق في خلاله هذه المدة جميع ملحقات الأجر التي تكون ثابتة ومعينة. ٢- واذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الاخر، فضلاً عن التعويض الذي يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة ميعاد الانذار بإنهائها التعاقد، الحق في تعويض عما أصابه من ضرر. ٣-ويكون باطلا كل إتّفاق على تعديل ما يترتّب من أثر ومن جزاء على إنهاء العقد دون إنذار أو على إنهائه تعسّفيا ما لم يكن هذا التعديل في مصلحة العادل وذلك فيما عدا الحالة المنصوص عليها في المادة ٩٢٠) ولاحظ: المادة (٦٩٥) من القانون المدني المصري والمادة (٨٢٩) من القانون المدني الاردني.

التي كان عليها وقت ابرام العقد فإذا استعمل احد المتعاقدين حق الانهاء على وجه يخالف ما فرضه القانون عن طريق القواعد القانونية الآمرة، فانه يتحقق التعسف في استعمال حق الفسخ ويستند التعسف فيه إلى المسؤولية العقدية، وعلى الرغم من ان مصدر هذه الالتزامات هو القانون إلا انه يطبق بشانها قواعد المسؤولية العقدية[٢]، وليس من مشكلة ان نطبق قواعد المسؤولية العقدية بشان التعسف في استعمال حق إنهاء العقد بسبب مخالفة الشخص المنهي العقد للإلتزامات الناشئة عن النص الآمر، كما إذا انهى الوديع عقد الوديعة باجر، قبل اجل معين ولم يكن له عذر مشروع، أو إذا انهى المودع عقد الوديعة في وقت غير مناسب أو لم يعط مهلة كافية للوديع[٣]، أو كما إذا انهي المستعير عقد العارية وأضر هذا الانهاء بالمعير[٤]، وكذلك بالنسبة لعقد الوكالة فان المشرع

---

[2] لاحظ : المستشار حسين عامر و عبدا لرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص١٠٢

[3] المادة (٩٦٩) من القانون المدني العراقي و قريباً منها المادة (٨٩٢/١) من القانون المدني الاردني حيث نصت (لكل من المودع والمودع لديه فسخ العقد متى شاء على ان لايكون الفسخ في وقت غير مناسب)، ولا مقابل لهما في القانون المدني المصري

[4] نصت المادة (٨٦١/٢) من القانون المدني العراقي على أنه: (٢-وفي كل حال، يجوز للمستعير ان يرد الشيء المعار قبل انتهاء الاعارة، غير أنه اذا كان هذا الرد يضر

حدد طريقة إنهائه بان لايكون في وقت غير مناسب أو بدون سبب معقول وإلا فإن مسؤوليته تتحقق بتعويض الطرف المتضرر، وتستند المسؤولية هنا أيضا إلى العقد ، لان هذا الالتزام يدخل ضمن الالتزامات العقدية مادام انهما قد دخلا في الرابطة العقدية ورضيا مسبقاً للخضوع لهذه الالتزامات. ومنها أيضا عقد الشركة، فلايجوز ان يكون انسحاب الشريك ناجماً عن الغش أو في وقت غير لائق.

عليه، وفي نهاية هذه الفقرة نقول: أنه ليس شرطا أن تكون المسؤولية الناجمة عن إساءة إستعمال حق ما، مسؤولية (تقصيرية) فقد تكون المسؤولية، في بعض صور هذه الإساءة ، عقدية.

المعير، فلا يرغم على قبوله.) ولاحظ: المادة (٦٤٣) من القانون المدني المصري، ولا مقابل لهما في القانون المدني الاردني .

١٦ـ المسؤولية غير العقدية (التقصيرية) أصلية ووصفية

لابد في البداية من التساؤل، هل أن لفظة المسؤولية (التقصيرية) لفظة صحيحة؟

ينتقد بعض الفقه استخدام لفظة المسؤولية التقصيرية عن الاخلال بواجب اقره القانون، فيرى منهم[1] انه على الرغم من ان مصطلح المسؤولية التقصيرية هو السائد فانه غير دقيق لسببين: الأول انه يوحي ان المسؤولية التقصيرية وحدها هي التي تقوم على التقصير والخطأ في حين أن المسؤولية العقدية تفترض بدورها وجود تقصير أو خطأ. الثاني انه يوحي ان التقصير او الخطأ ركن ضروري في جميع صور المسؤولية التقصيرية، وذلك غير صحيح –على حد تعبيره– . وعلى الرغم من ذلك لم يقترح تسمية بديلة للمسؤولية التقصيرية. كما أن بعض الفقه[2] انتقد هذه التسمية واقترح تبديلها بمصطلح (المسؤولية اللاتعاقدية)، وقد اخذ بهذه التسمية أحد

---

[1] د. محمد لبيب شنب ، موجز في مصادر الالتزام، المصادر غير الارادية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩، ص ١١ هامش (١).

[2] الاستاذ عبد الحميد عمر وشاحي ، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، (بدون ذكر مطبعة وتأريخ نشر) ، القاهرة ، ص ٢١٠.

الفقهاء[٣]، وإن كنت أميل لتسمية المسؤولية غير العقدية ، لكي تكون شاملة لجميع صور المسؤولية عندما لا يكون هناك عقد بين المتضرر والمسؤول . إلّا أن المهم أن نعرف أن هذه المسؤولية أصلية ووصفية .

المسؤولية الأصلية هي المسؤولية عن الأعمال الشخصية أي إن الإنسان يسأل عن خطئه الشخصي. و المسؤولية الشخصية هي مسؤولية أصلية أي لا يلحق بها وصف، ولكن المسؤولية عن فعل الغير والمكائن والحيوانات هي مسؤولية وصفية.

فعندما يكون الأب مسؤولاً عن الصغير، فإن ذلك يستلزم أن يقوم هذا الصغير بارتكاب فعل ما يؤدي الى إلحاق الضرر بالغير، فالاب يكون مسؤولاً عن الصغير بوصفه متوليا لرقابته، وكذلك المسؤولية عن فعل الأشياء فهي تستلزم وجود وصف محدد يتمثل في السلطة الفعلية لصاحب هذه الأشياء.

ولعل الفرق الجوهري بين المسؤولية الاصلية والمسؤولية الوصفية، يكمن في ركن الخطأ، فاذا ما نظرنا نظرة ثاقبة ال هذا الركن ومدى اتصاله بالضرر عن طريق الرابطة السببية بينهما، لوجدنا ان الخطا الذي تقوم عليه كلتا المسؤوليتين

---

[3] د. صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات، بغداد، ١٩٦٨، ص ١٦١ وما بعدها

هو الخطا الفعلي الواقع والذي اتصل به وارتبط معه ركن الضرر، لكن الخطا في المسؤولية الاصلية مسؤول عنه المقترف له بشخصه، ولهذا فان هذه المسؤولية اصلية ، فهي محكومة بالاصل القائل ان كل شخص مسؤول عن افعاله، اما الخطا في المسؤولية الوصفية فهو خطا غير المسؤول عن هذه المسؤولية، عندما ننظر اليه بانه هو الفعل المحرك للضرر، ففي مسؤولية المتبوع عن اخطاء تابعه، وهي مسؤولية وصفية، فإن خطأ التابع هو المنشّط للضرر، لكن المتبوع يسأل مسؤولية وصفية عن فعل الغير ، عل الرغم من ان فعله غير منشط للضرر، ولهذا يلجأ المشرع في الكثير من الاحيان الى افتراض الخطأ في جانب المسؤول مسؤولية وصفية، في حين انه يقيم المسؤولية الاصلية على خطا المسؤول الواجب الاثبات .

١٧- إن مصطلح الضمان في الفقه الإسلامي لا يقابل - بالضرورة- مصطلح المسؤولية في القانون المدني

يرى بعض الفقه أن كل ما تعنيه المسؤولية القانونية (المدنية و الجنائية) يمكن أن يكون معنى للضمان في الفقه الإسلامي، و هذا ما يظهر جليا عند قراءتنا لعنوان أحد المؤلفات في الفقه الإسلامي[١]، ألا أنه يوجد ثمة فرق بين المسؤولية من جهة و الضمان من جهة أخرى، فالضمان لا يعني أحكام المسؤوليتين المدنية و الجنائية، و لا يمكن تعريفه بأنه (تضمين مفسدة مالية لم تسبق بعقد أو بدنية لم تقترن بقصد) كما ذهب إليه البعض[٢]، بل أن الضمان يتسع لهذا المعنى و غيره أيضا . فالضمان من الممكن أن يكون

---

[1] و هو مؤلف الدكتور وهبة الزحيلي (نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية و الجنائية في الفقه الإسلامي).

[2] نقلا عن جبار صابر طه، مرجع سبق ذكره، ١٩٨٤، ص٢٠ (يرى بعض الكتاب، و منهم أميل تايان، أن الفقه الإسلامي لا يعرف معنى المسؤولية المدنية كما يتضمنها هذا الإصطلاح، حيث قالوا أن الشريعة الإسلامية تستعمل مطلقا كلمة المسؤولية للتعبير عن الإلتزامات و لتعويض الأضرار الحاصلة)، نقلا عن: د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية (التقصيرية و التعاقدية) في القانون الفرنسي و القانون العراقي المقارن، مرجع سابق ، ص٢٩) حيث أن الفقه الإسلامي إستعمل كلمة أخرى تختلف من المسؤولية ألا و هي الضمان.

ضمان نفس و كذلك ضمان مال، و يدخل في معناه العام التأمينات بنوعيها الشخصية (الكفالة) و العينية (الرهن).

يبدو للوهلة الأولى أن المسؤلية العقدية تقابل ضمان العقد و ترادفه في المعنى، و أن المسؤولية (التقصيرية) ترادف في أحكامها ضمان اليد و ضمان الإتلاف، و فيما يلي ننبذ هذا التصور في الفقرات الآتية:

أ) ضمان العقد و المسؤولية العقدية:

تعرف المسؤولية العقدية بأنها الجزاء الذي يرتبه القانون على إخلال المتعاقد بتنفيذ إلتزامه التعاقدي[1]، و تقوم هذه المسؤولية على خطأ صادر من المدين يترتب عليه ضرر يصيب الدائن بالإضافة إلى الرابطة السببية بين الخطأ و الضرر، و يرى عموم فقهاء القانون أن المسؤولية العقدية إنما هي كلمة مرادفة لضمان العقد، بل أن المشرع العراقي قد سار على هذا الفهم أيضا[2] إلا أننا نذهب مع البعض[3] إلى (أن ضمان العقد الذي يعرفه الفقهاء المسلمون غير المسؤولية العقدية في إصطلاح فقهاء التشريع الوضعي، فضمان العقد

---

[1] د. حسن علي الذنون، أصول الإلتزام، مرجع سبق ذكره، ص١٧٢

[2] لاحظ البند (٣) من الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من القانون المدني العراقي.

[3] الأستاذ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القاهرة، ١٩٧١، ط٢، ص٢٠.

ضمان مال تالف بناء على عقد الضمان، أما المسؤولية العقدية فليس التعويض فيها تعويضا عن مال تالف فحسب، و إنما هو تعويض عن ضرر نشأ عن عدم تنفيذ المدين ما إلتزم به بناء على العقد، و إذا فإنها تتطلب في وجودها وجود عقد صحيح واجب التنفيذ لم يقم عاقده بتنفيذه و ذلك عندما يتعين أن يكون التنفيذ عينيا، أما إذا كان التنفيذ بأداء مال – على حد تعبير صاحب الرأي– فإن الواجب حينئذ هو بأداء الدين جبرا بما تؤدى به الديون جبرا و لا يكون عندئذ محل للمسؤولية العقدية، و ذلك ما لا يراه فقهاء الشريعة فإن إمتنع كان إمتناعه معصية يستحق عليها التعزير إلى أن يمتثل...).

و لم نُرد من إيراد هذا الرأي، أن نذهب إلى أن المسؤولية العقدية في القانون تختلف عن الضمان في الشريعة، بل أننا – فضلا عن ذلك– نقول أن ضمان العقد في القانون يختلف عن المسؤولية العقدية في القانون كذلك، حيث أن ضمان العقد يشمل أحكام المسؤولية العقدية المطبقة نتيجة الإخلال بتنفيذ الإلتزام التعاقدي في العقد الصحيح و تلك الأحكام التي تقتضي الضمان العقدي للديون كما في عقد الرهن وعقد الكفالة وكذلك الضمانات التي يوفرها القانون لضمان حسن تنفيذ العقد، وكذلك الضمان الناجم عن عقود تغطية المخاطر، كالتامين ، كما أن ضمان العقد يشمل جميع الضمانات التي

يرتبها القانون و ينظمها في كل عقد على حده، كضمان العيوب الخفية و ضمان التعرض و ضمان الإستحقاق، كما يشمل ضمان العقد أحكام تعويض الطرف المتضرر لعدم تنفيذ الطرف الآخر للعقد و الذي أدى إلى طلب فسخه، و هكذا يتضح لنا جليا أن ضمان العقد أعم و أشمل من المسؤولية العقدية[1].

ب) ضمان الإتلاف و ضمان اليد و المسؤولية (التقصيرية) غير العقدية:

يعرف الفقه المسؤولية (التقصيرية) بأنها إلزام من أحدث ضررا غير مشروع بالغير (بتعويض) هذا الضرر[2]، ونعرفها نحن بأنها المسؤولية التي يقررها القانون على محدث الضرر نتيجة إخلاله بإلتزام قانوني مرده عدم الإضرار بأحد، و هذه المسؤولية تنشأ عادة من الخطأ غير العقدي، و من صوره المهمة الإتلاف والغضب، و يلاحظ أن الإتلاف ينتج عنه ضمان الإتلاف، و أن الغاصب يده على المغصوب يد ضمان فينتج عن الغصب ضمان اليد، و على الرغم من وجود هذه العلاقة، فإن الإتلاف و الغصب، و على الرغم من أنهما

---

[1] لاحظ: مؤلفنا ، المدخل لدراسة الضمان، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٢، ص٣٢

[2] د. حسن علي الذنون، أصول الإلتزام، مرجع سبق ذكره، ص٢٠٨

الصورتان المهمتان في العمل غير المشروع، فإن هناك صور أخرى للعمل غير المشروع (الخطأ غير العقدي) كسوء إستعمال الحق و التجاوز و المسؤولية عن الغير و الأشياء و غيرها، كما أن ضمان الإتلاف يشمل ضمان الإتلاف بمعناه العام الشامل للهلاك المادي كصورة من صور العمل غير المشروع و الهلاك القانوني للشيء بفعل التصرف به إلى الغير، من جهته فليس الغاصب هو وحده الذي تعد يده على الشيء يد ضمان، فهناك السارق و المحتال و خائن الأمانة، بل أن هناك الحائز الحسن النية الذي تعد يده على الشيء يد ضمان بموجب نص في القانون[٣].

جـ) معيار هام في التمييز بين الضمان و المسؤولية المدنية:

المسؤولية المدنية هي المسؤولية عن تعويض لضرر ناجم عن الإخلال بإلتزام مقرر في ذمة المسؤول[٤] و قد ذكر أن هذه المسؤولية من الممكن أن تكون عقدية و كذلك ممكن أن

---

[3] نصت المادة (٤٢٨) من القانون المدني العراقي على أنه: (إذا إنتقلت ملكية الشيء بعقد كانت يد المالك القديم قبل التسليم يد ضمان و تنقلب يد أمانة إذا إمتنع واجب التسليم لقيام سبب للحبس).

[4] لاحظ: عزالدين الدناصوري و د. عبدالحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، ١٩٨٨، ص١١

تكون (تقصيرية) غير عقدية، كما ذكرنا أن كلمة الضمان تختلف عن كلمة المسؤولية المدنية، إذ أن الضمان تترتب عليه جوانب كثيرة لا تترتب على المسؤولية المدنية، فالمسؤولية قد تكون جزء من الضمان في تصور الفقه الإسلامي، و ها نحن الآن نؤكد هذا القول بأن كل إنتفاء للضمان يستتبعه إنتفاء للمسؤولية، ولكن ليس بالضرورة أن يؤدي إنتفاء المسؤولية إلى إنتفاء للضمان، إذ من الممكن أن ينهدم الجزء مع بقاء الأجزاء الأخرى من الكل، و الذي يوضح هذا القول وجود معيار مهم مفاده أن السبب الأجنبي[1] يقطع الرابطة السببية بين الخطأ و الضرر و بالتالي يؤدي إلى عدم قيام المسؤولية المدنية و ذلك لأن أحد أركانها قد إنتفى، في حين أن وجود هذا السبب الأجنبي لا يعني إنتفاء الضمان في صوره الأخرى كما في حالة يد الضمان حيث أنها تكون

---

[1] نصت المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي على أنه: (إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر، كان غير ملزم بالضمان (أي في نطاق المسؤولية المدنية)، ما لم يوجد نص أو إتفاق على غير ذلك).

ضامنة في جميع الأحوال[٢]، فالغاصب يضمن هلاك الشيء بسببه أو بسبب لا دخل لإرادته فيه[٣].

---

[2] لاحظ : د. السنهوري، مصادر الحق، مرجع سابق، ص١٩٨ (يلاحظ أنه إذا كان السبب الأجنبي ممثلا بفعل الغير فإن ترخيص القانون للغاصب للرجوع عليه لا ينفي عنه الضمان (المادة (١٩٨) مدني عراقي)، أما بالنسبة لخطأ المتضرر فإنه ممكن أن يكون سببا لتخفيض الضمان (المادة (٢١٠) مدني عراقي). يلاحظ كذلك د. السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، ١٩٣٤، ص٩٦١

[3] لاحظ: مؤلفنا، كسب الملكية بضمان ضرر المال، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص٣٩

١٨. قُصور التعويض عن الضرر المعنوي

الضرر المعنوي-كما يعرفه الفقه المدني- هو الضرر الذي يلحق بمصلحة غير مادية لشخص سواء أكان هذا الضرر قد لحق الشخص بشعوره أم عاطفته أم حريته أم عرضه أم في شرفه أم في مركزه الاجتماعي أم في إعتباره المالي. والضرر- بصورة عامة- تمّ تقسيمه من قبل الفقه الى تقسيمات متعدّدة، لكني أرى أن الضرر يقسّم الى مادي يُقوّم بالمال وآخر معنوي لا يُقوّم بالمال، كما يجب أن نلاحظ أنه من الخطأ أن نطلق مصطلح الضرر الأدبي بديلا لمصطلح الضرر المعنوي، لأن الضرر الأدبي لا يشمل كل صور التعويض عن الأضرار غير المادية، كالضرر الذي يصيب الإعتبار المالي للشخص، وكذلك الأضرار الجسمية التي يصاب بها الشخص بحيث تجعله يخسر أحد أعضائه أو تتسبب في تشويهه أو حرمانه من أداء حرفته أو هوايته كما لو كان الشخص مطربا أو كان عارضا أو عارضة أزياء أو راقصة أو معروفة بالجمال فحالت تلك الأضرار دون احتفاظها بتلك الصفة، فهذه جميعها أضرار معنوية لا تقيّم بالمال وليست أدبية بالمعنى الدقيق للكلمة، ومع ذلك إستعمل المشرع العراقي مصطلح الضرر الأدبي قاصدا به المعنى الذي نقصده من إستعمال مصطلح الضرر

المعنوي. فقد نصت المادة (٢٠٥) مدني عراقي على أنه:((١-يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك. فكل تعد على الغير في حريته أو في عرضه أو في شرفه أو في سمعته أو في مركزه الإجتماعي أو في إعتباره المالي، يجعل المتعدّي مسؤولا عن التعويض.

٢-ويجوز أن يقضى بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عمّا يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب.

١- ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير إلاّ إذا تحدّدت قيمته بمقتضى إتّفاق أو حكم نهائي)). وهذه المادة الوحيدة التي نظّم فيها القانون المدني موضوع التعويض عن الضرر المعنوي، ووجه قصور التعويض عن هذا النوع من الضرر يكمن في ملاحظاتنا على هذه المادة ويمكن إيضاحها في النقاط الآتية :-

١-إن تنظيم المشرع للتعويض عن الضرر المعنوي في ضمن الأحكام الخاصة المنظّمة للمسؤولية (التقصيرية)، يفيد أن دعوى المطالبة بالتعويض عن هذا النوع من الضرر يقتصر على المسؤولية (التقصيرية) دون العقدية، وهذا ما ذهب اليه البعض.[1] في حين أننا نعتقد أن بإمكان المتعاقد

---

[1] الأستاذ الدكتور حسن علي الذنون، أصول الإلتزام ، مرجع سابق ، ص ٢٢٢.

المتضرر بضرر معنوي سبّبه المتعاقد الآخر أن يطالبه بالتعويض، وهذا أيضا ماذهبت إليه محكمة التمييز العراقية عندما قرّرت بأنه: ((الخطأ في تأريخ ختم صكوك المسافرين يستوجب التعويض عن الضرر الأدبي الذي لحق بالمسافر)).[1]

٢- القانون المدني العراقي عن طريق تعداده للحالات التي تمثل صور الضرر المعنوي ، فإن ما أورده المشرع من تعداد جاء على سبيل الحصر، في حين أن صور هذا النوع من الضرر لا تنحصر في هذه الصور، فقد كان من الأولى على المشرع أن ينص على أن كل ضرر يلحق بالشخص لا يقّوم بالمال فإنه يستوجب التعويض.

٣-ومن صور قصور التعويض عن الضرر المعنوي بموجب المادة السابقة ماقضت به فقرتها الثانية إذ أنها قصّرت التعويض عن موت المصاب للأقربين من الأسرة وللأزواج، وكان من المفروض أن يكون لكل شخص يعيله المتوفّى الحق في المطالبة بالتعويض.

٤-كما أن الفقرة ذاتها تثير إشكالية في تحديد درجة القرابة لمن يحق له المطالبة بالتعويض عن الضرر المعنوي، إذ

---

[1] قرار محكمة التمييز المرقم٧٤٣/حقوقية/١٩٧٩ في ١٣/١١/١٩٦٩ منشور في قضاء محكمة التمييز، المجلد السادس، ١٩٦٩،ص٣٢٠.

تنوعت الاجتهادات القضائية وإختلفت في تحديد درجة القرابة الى أن صدر قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم (٨١٥) في ١٩٨٢/٦/٣٠ الذي نصّ على أنه :((أ-لا يستحق التعويض عن الضرر الأدبي إلاّ زوج المتوفّى وأقاربه من الدرجتين الأولى والثانية الّذين أصيبوا بآلام حقيقية وعميقة. ب- لايستحق التعويض عن الضرر المادي في حالة الوفاة إلا من حرم من الإعالة وإن لم يكن وارثا وبشرط ثبوت الإعالة الفعلية بدليل رسمي مصدّق من المجلس البلدي أو الوحدة الإدارية)).ثم تم تعديل القرار بقرار صادر من الجهة ذاتها بالرقم (١٠٦) في ١٩٨٥/٢/١١ الذي جاء فيه مايأتي : ((لا يستحق التعويض عن الضرر الأدبي إلا زوج المتوفى وأقاربه من الدرجة الأولى الذين أصيبوا بآلام حقيقية وعميقة)). وهذا القرار زاد الطين بلّة، فهو حصر الحق في المطالبة بالتعويض :

أ- بالأقارب من الدرجة الأولى، أي الأب والأم والأولاد المباشرين.

ب-بالضرر المعنوي فحسب، في حين أن الأقارب أو الزوج الآخر قد يتضرر ماديا من موت المصاب، وهذا هو الضرر المرتد، فيستوي أثره على الأقارب ماديا[1] كان أو معنويا [2].

ج-أيضا قصّر المطالبة فقط على حالة الإصابة المميتة في حين أن المصاب قد يصاب بعجز يمنعه من مزاولة عمله الذي يرتزق وعائلته به.

د-فضلا عما سبق فإن القرار رقم (٨١٥) لسنة ١٩٨٢، وتعديله، قد جاء بصورة خاصة للإصابات الناجمة من حوادث السيارات، لأنه جاء تعديلا لقانون التأمين الإلزامي من حوادث السيارات رقم (٥٢) لسنة ١٩٨٠.

٥- أمّا الفقرة الثانية من المادة (٢٠٥) فقد جاءت بحكم يؤدي الى التقليل من شأن الضرر المعنوي وضرورة تعويضه، صحيح أن طابع هذا الضرر هو طابع شخصي صرف فليس لغير المتضرر معنويا أن يطالب بالتعويض مازال باقيا على قيد الحياة ويتمتع بأهلية كاملة للمطالبة بالتعويض، لكن لايجوز أن نقيّد إنتقال التعويض عن هذا النوع من الضرر الى

---

[1] لاحظ المادة (٢٠٣) مدني عراقي التي نصت على أنه:«في حالة القتل وفي حالة الوفاة بسبب الجرح او أي فعل ضار آخر يكون من أحدث الضرر مسؤولاً عن تعويض الأشخاص الذين كان يعيلهم المصاب وحرموا من الأعالة بسبب القتل والوفاة».

[2] لاحظ الفقرة الثانية من المادة(٢٠٥) مدني عراقي .

الغير، إذا كان على صلة بالمتضرر بحيث يمكن أن يتضرر معنويا أو ماديا بالضرر المعنوي الذي أصاب المتضرر الأصلي، بشرط تحديد قيمته بمقتضى إتفاق أو حكم نهائي، فهل يمكن أن يضيع حق لمجرد أن قيمته لم تحدد بموجب إتفاق أو أن حكما قضائياً صادراً بشأنه لم يصل الى الدرجة النهائية ؟

لكل ماتقدّم أقول أن التعويض عن الضرر المعنوي قاصر وناقص في القانون العراقي على الرغم من أهميته البالغة التي تفوق في كثير من الأحيان أهمية تعويض الضرر المادي.

١٩. الجنائي لا يوقف المدني

هناك اعتقاد خاطئ بان الجنائي يوقف المدني !، ولا أدري من أين أتى الفقه بهذه القاعدة؟!. فلا يوجد في أيّما قانون يوحي، ولو من بعيد، بوجودها، ولعل أن ما أدى إلى تكوين هذا المعتقد، هو أنه في حالة الدعوى الجزائية ليس هناك حصر لوسائل الإثبات، حيث يجوز للمتضرر أن يثبت صحة دعواه بجميع طرق الإثبات، في حين إن وسائل الإثبات وحجية كل وسيلة محددة ومحصورة في مجال الدعاوى المدنية، ولهذا نصّ قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم (٢٣) لسنة١٩٧١ المعدّل في المادة (٢٦) منه على أنه: ((على المحكمة المدنية وقف الفصل في الدعوى حتى يكتسب القرار الصادر في الدعوى الجزائية المقامة بشأن الفعل الذي أسست عليه الدعوى المدنية درجة البتات وللمحكمة المدنية أن تقرر ما تراه من الإجراءات الإحتياطية والمستعجلة)). وهذا النص بديهي فقط ينشأ عن فعل واحد دعويان مدنية وجزائية، فمن المنطقي أن تنتظر إحدى المحكمتين الأخرى كي تفصل في النزاع، لكن هنا يتم طرح سؤالين، و من خلال الإجابة عليهما سيتضح لنا جليا مدى قيمة الحكم الجزائي ومدئ تأثيره –إن كان له تأثير– على حكم المحكمة المدنية :

س١/ لماذا تنتظر المحكمة المدنية المحكمة الجزائية للفصل في النزاع، وليس العكس ؟

س٢/هل تتأثر المحكمة المدنية بالحكم الصادر من المحكمة الجزائية وتكون ملزمة به، أم لا تتأثر؟

أمّا بالنسبة لجواب السؤال الأول، فإن السبب يكمن في أن المحكمة الجزائية من الممكن أن تنظر في المطالبة بالحق المدني عند تعلقه بالدعوى الجزائية وتفصل فيه، وهذا لايمنع المتضرر من مراجعة المحاكم المدنية إلا إذا تنازل عن ذلك صراحة، ولأهمية الجانب المدني أتيح للمتضرر المطالبة به أمام إحدى محكمتين، في حين أن الجانب الجنائي تختص به حصريا المحكمة الجزائية، واذا ماكانت هناك مطالبات مدنية متصلة بالدعوى الجزائية مرفوعة أمام المحكمة المدنية، فمن البديهي أن تنتظر المحكمة الأخيرة لفض النزاع في المحكمة الجزائية.

وأمّا بالنسبة لجواب السؤال الثاني فإن الحكم الجزائي ليس له أي تأثير على ماتتخذه المحكمة المدنية من إجراءات. وذلك بالإستناد الى المادة (٢٠٦) مدني التي نصت على أنه:«١-لايخل التعويض المدني بتوقيع العقوبة الجزائية اذا توافرت شروطها. ٢- وتبت المحكمة في المسؤولية المدنية وفي مقدار التعويض دون ان تكون مقيدة بقواعد المسؤولية

الجزائية او بالحكم الصادر من محكمة الجنح»، وكذلك بالاستناد الى المواد(٩/ط)و (١٧)و(١٨)و (١٩)و (٢٧)و (٢٨)[1] من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

---

[1] نصت المادة (٩/ط) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه:« تنازل المشتكي عن الشكوى يمنع المحكمة الجزائية من النظر في الدعوى المدنية للمطالبة بالحق المدني الا اذا صرح بتنازله عنه».

- نصت المادة (١٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه:«لايمنع القرار الصادر بعد تدخل المدعي بالحق المدني أو المسؤول مدنياً من مراجعة المحاكم المدنية».

- نصت المادة (١٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه:«للمدعي بالحق المدني مراجعة المحكمة المدنية للحكم بالتعويض عما زاد من ضرر استجد بعد صدور الحكم الجزائي الذي حاز درجة البتات».

- نصت المادة (١٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه:«إذا رأت المحكمة ان الفصل في الدعوى المدنية يقتضي إجراء تحقيق يؤخر الفصل في الدعوى الجزائية فترفض المحكمة الدعوى المدنية على أن يكون لطالب الشكوى الحق في مراجعة المحاكم المدنية».

- نصت المادة (٢٧) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه:«إذا أوقف الفصل في الدعوى المدنية وفقاً للمادة ٢٦ ثم انقضت الدعوى الجزائية ووجب على المحكمة المدنية السير في الدعوى المدنية والفصل فيها».

- نصت المادة (٢٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية على أنه:«إذا انقضت الدعوى الجزائية أو أوقفت لسبب قانوني قبل الفصل فيها فللمدعي المدني الحق في مراجعة المحكمة المدنية».

ومن الجدير بالملاحظة، ومع عدم إهدار أهمية الجانب الجنائي، فإن الجانب المدني له أهمية أكبر وأدق وذلك للأسباب الآتية :

١-إن المطالبة بإستحصال الحق المدني المرتبطة به الدعوى الجزائية أمام المحكمة الجزائية، لا تقبل إلا من خلال شكوى تحريرية وذلك لأهمية هذا الجانب، بخلاف الحال بالنسبة للمطالبة بالحق الجزائي فيتم بالشكوى الشفهية أوالتحريرية.[٢]

٢-التنازل عن الشكوى أمام المحكمة الجزائية يستتبع تنازل المشتكي عن حقه الجزائي، ولا يستتبع تنازله عن الحق المدني مالم يصرّح بذلك[٣]، في حين أن كلا الجانبين المدني والجنائي قد إرتبط بالشكوى.

٣-لقد قيّد قانون أصول المحاكمات الجزائية تحريك الدعوى الجزائية في جرائم يغلب عليها الطابع المدني، بشكوى من المجنى عليه أو من يقوم مقامه قانونا، حسب نص المادة الثالثة منه، وهذا خير دليل أن الجانب الخاص في هذه الجرائم يرقى لدرجة لا يقدر ممثل الادعاء العام تحريك الدعوى فيها وذلك لتعلقها بالجانب المدني المصان قانونا بحيث أن

---

[2] لاحظ المادة(٩/أ) والمادة الأولى من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

[3] المادة(٩/و) أصول المحاكمات الجزائية.

لاضرورة لتحريك الدعوى-ولو كانت جزائية متضمنة لحق عام- الّا بشكوى من المتضرر ماديا أو معنويا من الجريمة.

٤-إن المطالبات بالحقوق المدنية لا تتأثر بالعفو العام حيث نصت المادة (٣/١٥٣) من قانون العقوبات العراقي المعدّل رقم(١١١)لسنة ١٩٦٩ على أنه: ((لا يمس العفو العام الحقوق الشخصية للغير)). حتى وإن كانت هذه الحقوق الشخصية عائدة للدولة، وكذ الحال بالنسبة الى العفو الخاص.

٥- وأخيراً فإن حرية الإثبات في المسائل الجنائية قد تتقيد عندما يرتبط موضوع الجريمة بتصرف قانوني يجب إثبات وجوده أولاً، وهنا لابد من اتباع وسائل إثبات هذا التصرف المحددة في قانون الإثبات المدني، وبالتالي تتقيد حرية الإثبات لدى القاضي الجنائي، بسبب تعلق الجريمة بعقد من العقود التي يجب أولاً إثبات وجودها بطرق الإثبات المدنية المقيدة في الدليل الكتابي عندما تزيد قيمة هذا التصرف عن حد معين، فهنا المدني يقيد الجنائي.

إذ أن العقد-كما هو معروف- لايجوز إثباته إلا بالكتابة إذا تجاوز النصاب المحدد قانوناً، وقد تكون المسؤولية المتصلة به مسؤولية جنائية، كما في الجرائم القائمة على الإخلال بتصرف مدني، كخيانة الأمانة، وكذلك جريمة اليمين الكاذبة

في المواد المدنية، فيجب إثبات العقد–أولاً– بالدليل الكتابي، إذا زادت قيمة الحق المدعى به على المقدار المحدد قانوناً، فإذا ثبت ذلك، يجري، بعدئذٍ، إثبات تبديد الشيء موضوع الأمانة بجميع الطرق. وكذلك بالنسبة الى اليمين الكاذبة، فلا يمكن إثبات كذب هذه اليمين إلاّ بإقامة الدليل على التصرف المتنازع فيه، فإذا زادت قيمة هذا التصرف على المقدار المحدد قانوناً، وجبت الكتابة في إثباته.[1]

[1] لاحظ: قيس عبدالستار عثمان، القرائن القضائية و دورها في الإثبات، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧٥، ص٢١٦.

٢٠. التتبع ليس مقتصراً على أصحاب الحقوق العينية التبعية

التتبع في الحق العيني التبعي: هو وسيلة قانونية لحماية حق الدائن المضمون بالتأمين، إذا ما خرج الشئ (العقار أو المنقول) محل هذا التأمين من ذمة صاحبه، إذ يمكنه من الملاحقة والتنفيذ على الشئ وإستيفاء حقه من المقابل النقدي بالأفضلية على غيره من الدائنين العادين والدائنين التالين له في المرتبة وفي أي يد يكون، وكأنه مازال في ذمة الراهن[1]. فمزيّة التتبّع ظاهرة جلية في الحقوق العينية التبعية، حتّى أنّها منظمة بنصوص صريحة ، لكن هذا لا يعني إقتصارها على هذا النوع من الحقوق ، إذ من الممكن تصورها في كل من الحقوق العينية الأصلية والحقوق الشخصيّة .

فالتتبع في الحقوق العينية الأصلية هو وسيلة قانونية لحماية صاحب الحق، إذا ما خرج الشئ الذي له عليه حق عيني أصلي، رغماً عن إرادته أو دون علمه، أن يتتبع ذلك

---

[1] لاحظ لمزيد من التفصيل في مكنة التتبع: هه لدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني ، رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة كوية، ٢٠٠٦،(غير منشورة)، ص٤٨ ومابعدها.

الشئ لإسترداده عيناً إذا أمكن أو ما يقابله عند التعذر ، وذلك دون الإخلال بما يترتب من حقوق للحائز حسن النية فيما إذا كان الشئ الوارد عليه الحق منقولاً .

والتتبع في حق الملكية هو وسيلة المالك الذي يخرج الشئ المملوك من يده بحيث يستطيع أن يتتبعه ويحتج بحقه ضد أي حائز له [٢] .

فالتتبع بشكل عام هو وسيلة قانونية تمنح قدرة أومكنة قانونية لصاحب الحق أو المركز القانوني على الشيء ليباشر عليه مايخوله له الحق أو المركز القانوني من مكنات لأستيفاء حقه عينا او من مقابله النقدي، ويكون نافذاً في مواجهة كل من يوجد، بالنسبة الى ذلك الشئ، إذا ما خرج ذلك الشئ من ذمة صاحبه رغم إرادته أو دون علمه، أو برضائه إذا ما تعلق به حق الغير. وذلك لأن التتبع يجعل من كل حائز للشئ محل الحق (أي في مركز فعلي) أو صاحب حق عيني قانوني(في مركز قانوني) في وضع الإمتثال والخضوع تجاه المتتبع مالم يكن مزوداً بحق أعلى من مكنة المتتبع. فبالرغم من هذا المركز القانوني أو الفعلي لمن يتواجد عنده الشئ الوارد عليه الحق،

---

[2] لاحظ : محمد طه البشير و د. غني حنون طه، الحقوق العينية ، مرجع سابق ، ص٧ .

فأنه يمّكن المتتبع سواء أكان صاحب حق عيني (أصلي أو تبعي) على الشئ أو صاحب حق مقرر له بنص القانون [1].

مما سبق يتبين أن مزية التتبع ليست مقتصرة على أصحاب الحقوق العينية التبعية بل تشمل أصحاب الحقوق العينية الأصلية ولا سيما حق الملكية، كما لو نقض المالك تصرف الفضولي الذي تصرف في ملكه بدون إذنه، فإن للمالك أن يتتبع ملكه ويسترده حيث وجده وإن تداولته الأيدي حسب ماقضت به المادة(١٣٤) مدني عراقي، وكذا الحال بالنسبة لأصحاب الحقوق الشخصية، إذ قد تتقرر لهم هذه المزية كما في حالة ملاحقة أموال التركة من قبل الدائنين العاديين، لكن الأصل أن الحق الشخصي لا يترتب عليه مزية التتبع لكونه يترتب في ذمة المدين المالية ونظراً لكون الذمة المالية ليست مالاً معيناً محسوساً تجوز ملاحقته فليس لصاحب الحق الشخصي -بحسب الأصل-مزية التتبع. لكن رغم ذلك هنالك حالات [2] وهي نادرة حيث تثبت فيها مزية

---

[1] كما عند صاحب حق نقض العقد الموقوف أو الدائن العادي الذي يتوفى مدينه، والذي تقرر لهما مزية التتبع بنص القانون، لاحظ : المادتين (١٣٥) و (١١٠٧) مدني عراقي .

[2] ومن الحالات الأخرى كما في المدين المفلس حيث لا ولاية للمفلس على ماله فيما يضر بمجموع الدائنين ، ذلك إن حق الدائنين قد تعلق بماله ولم تعد له ولاية على هذا المال

التتبع للدائن العادي أي صاحب الحق الشخصي، ومن هذه الحالات ما منصوص عليه في المادة (١١٠٧)من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه: ((١- لدائني التركة العاديين وللموصى لهم ان يلاحقوا لأستيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير أو رتبت عليها حقوقاً عينية. ٢- ويسقط حقهم هذا بعد إنقضاء ثلاث سنوات من موت المدين. فإذا إنقضت هذه المدة نفذ تصرف الورثة في التركة قبلهم، الا إذا كان التصرف قد صدر تواطؤاً مع الغير للإضرار بهم.)) علماً أن تركة المدين المتوفى يحكمها قاعدة (أن لا تركة إلا بعد سداد الديون). وعند المقارنة مع المادة (٨٩٧) مدني مصري حيث نصت على أنه ((دائنو التركة الذين لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها في قائمة الجرد ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة، لايجوز لهم أن يرجعوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم)) يتضح أن المشرع المصري لم يمنح لدائني المتوفى مزية تتبع التركة في يد من

بالقدر اللازم لحماية هؤلاء الدائنين . ومن ثم فإن رهنه يعد صحيحاً غير نافذ في حق الدائنين بعد صدور حكم شهر الأفلاس . لاحظ : المادة (٦٠٣) من قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠ . وكذلك لاحظ : المادة (٢٧٤) مدني عراقي حيث تثبت حق إسترداد المبلغ الذي يدفعه المدين المحجوز بدون موافقة الدائنين .

تصرف اليه كما فعل المشرع العراقي، أي انه أبقى على الحماية القانونية للغير حسن النية، وبمفهوم المخالفة يتضح أن التتبع يثبت فقط فيما إذا كان الغير سئ النية، ونفس الشئ يقال بالنسبة للمادة (١١٠٧) مدني أردني. كذلك إن التتبع الممنوح من قبل المشرع العراقي لدائني التركة والموصى لهم على تركة المدين المتوفى جاء بشكل مطلق، أي لم يفرق بين العقار و المنقول، وكذلك لم يتطلب إجراء القيد فيما إذا كان يوجد عقار ضمن التركة بخلاف القانونين المصري والأردني، فكلا القانونين يتطلب تقديم طلب لوضع (مصفي التركة) أو (وصي التركة) للقيام بتوزيع التركة، وكذلك يتطلب الأمر إجراء الحجز أو القيد فيما إذا كان ضمن التركة أعيان عقارية [1]. والذي نلاحظه على تلك المادة هو أن الدائن العادي كان له حق شخصي في ذمة المدين قبل أن يتوفى، إي لاتثبت لذلك الدائن العادي، صاحب الحق الشخصي، مزية التتبع على أموال المدين إذا ماتصرف بها للغير، ولكن واقعة الوفاة غيرت من مسار هذا السياق فجعلت

---

[1] لاحظ : المادة (٩١٤) مدني مصري والمادة (١١٢٣) مدني أردني

للدائن العادي شبه حق عيني [٢] على أموال المدين المتوفى وله أن يتتبعها إذا ما تصرف فيها الورثة للغير [٣].

---

[2] بيد أن فقهاء الشافعية شبهوا تعلق حق الدائنين بتركة المدين بالرهن الشرعي، أي يتقرر ذلك الرهن الضمني بقوة القانون، وسموه بذلك تمييزاً عن (الرهن الجعلي) الذي يولد نتيجة عقد (نقلاً عن محمد طه البشير و د. غني حنون طه، الحقوق العينية ، مرجع سابق، ص٣٥٤، هامش رقم (١))

[3] لاحظ: هه لدير أسعد أحمد، رسالته سبق ذكرها ، ص٥٣.

٢١ـ تقادم الدين وتقادم المسؤولية وعدم المنطقية بين كل من التقادم في المسؤوليتين

تنص المادة (٢٣٢) من القانون المدني العراقي ((لا تسمع دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع أيا كان بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه المتضرر بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه، ولا تسمع الدعوى في جميع الأحوال بعد انقضاء خمسة عشر سنة من يوم وقوع العمل غير المشروع)). هذه المادة خاصة بتقادم دعوى المسؤولية (التقصيرية)، وقد تضمنت مدتين قصيرة وطويلة، والملاحظ عليها أنها قصّرت المدة الطويلة الى (٣)سنوات إذا أثبت المدين (محدث الضرر) أن المتضرر كان يعلم بحدوث الضرر وبالشخص الذي أحدثه ومع ذلك لم يرفع دعواه ومرّت المدة القصيرة، وبالتالي سوف يخسر المتضرر دعواه. في حين أنه لا يوجد نص يحكم تقادم دعوى التعويض على أساس المسؤولية العقدية، وبالتالي فإن قيمة التعويض ستبقى دينا في ذمة المدين، وبالتالي تطبق عليه الأحكام العامة لتقادم الديون التي تنص فيها المادة (٤٢٩) على ان :((الدعوى بالالتزام أيا كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه من

أحكام خاصة)). في حين أنه في المسؤولية العقدية يفترض دائما أن المتضرر يعلم بحدوث الضرر وبشخص محدثه لأنه كان يرتبط به بعلاقة عقدية، بعكس الحال بالنسبة للمسؤولية (التقصيرية) التي لا توجد علاقة سابقة بين الطرفين، فعندما يعلم المتضرر بالطرف الآخر فقد يتأثر حقه في الرجوع بدعوى التعويض على محدث الضرر، في حين أن المتضرر في المسؤولية العقدية يعلم بالطرف الآخر ومع ذلك لا يؤثر هذا العلم على تقصير مدة التقادم، والمدين هو المستفيد من قصر مدة التقادم، بعكس الدائن (المتضرر) الذي يتضرر بتقصير المدة، وأن المدة كلّما كانت طويلة أعطت له فرصا أكبر في الرجوع وإستحصال حقوقه الشخصية.

٢٢ـ حماية الأوضاع الظاهرة حماية نسبية مقترنة بالمصلحة العامة

في العادة يكون صاحب المركز الظاهر هو نفسه صاحب المركز القانوني الذي يعبر عنه هذا الظاهر، إلا أنهما قد لا يتطابقان بحيث يكون صاحب المركز الظاهر ليس هو نفسه صاحب المركز القانوني الحقيقي، وإن كان صحيحاً أن الظاهر قد يكون المركز الفعلي الذي يخالف الحقيقة إلا أن الأخذ به لا يؤدي دائماً إلى إهدار ومخالفة لقاعدة قانونية،إذ ليس حتماً أن يكون صاحب المركز الفعلي سيء النية بل في عديد من الفروض هو بالقطع حسن النية، كما أنه ليس من الدقة أن يوصف الظاهر بأنه مخالف للقانون في كل المجالات.بل من الأصوب أن يوصف بأنه مركز لا يستند الى القانون أو لايحميه القانون لأنه يتناقض مع مركز آخر يحميه القانون و له الأفضلية في ذلك.

و من هنا نشأ التنازع و الصراع المطلوب حسمه بين صاحب الحق من جهة و الغير الذي تعامل مع صاحب الوضع الظاهر من جهة أخرى،أو بتعبير آخر الصراع بين حكم القانون الذي يقضي ببطلان جميع التصرفات المبرمة او الأتفاقات المعقودة من قبل صاحب الوضع الظاهر و بين الواقع الذي

يخالف القانون و لكن ليس من السهل إهداره دون أن يخاطر بالأمان اللازم للمعاملات و بحرية حركة الأموال طالما تسمح الظروف لغالبية الناس بالأعتقاد بأن المركز الظاهر هو التعبير الخارجي عن المركز القانوني [1].

وحيث من الواجب توفير الأمان للأوضاع المستقرة،أي للحقوق المكتسبة للأفراد، و كذلك للأوضاع المتحركة (أي التعامل) التي توجب حماية الغير الحسن النية الذي يتعامل مع صاحب الظاهر، و المفاضلة بينهما هي في الواقع مفاضلة بين المصلحة الخاصة و المصلحة العامة ، و أن أي تعارض بينهما يؤدي بنا الى الإنتصار للمصلحة العامة ،لذا فمن الواجب و من المفيد قبول نظرية الظاهر التي تسمح بإنقاذ تصرف قانوني من البطلان، و تقوم بتصحيح التصرف الصادر عن صاحب الظاهر كأنه قد صدر من صاحب المركز الحقيقي، حيث ينتج الآثار القانونية نفسها.

و كل ما تقدم كان سبباً في أن يتدخل المشرع في كل مجالات القانون، و يفرض حماية نسبية ومؤقتة للظاهر ، وحماية للمتعاملين مع الظاهر على وفق الشروط التي يحددها القانون، و بالتالي فلا يطالب المدعى في الإثبات بأثبات كل

---

(1) لاحظ: مؤلفنا ، الفرق بين الحيازة والضمان فى كسب الملكية،دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠١، ط ١، ص ٥٨.

عنصر من العناصر المكونة للواقعة المنشئة للحق المدعى به، وإنما يطالب فقط بإثبات العناصر المخالفة للظاهر .

ويقصد بالوضع الظاهر أحد معنيين فهو إمّا أن يكون : "المحسوس المخالف للحقيقة، و الذي يوهم بأنه مركز يحميه القانون"[1]. و الظاهر بهذا المعنى يستمد العناصر المكونة له من المعنين المادي و المعنوي، و هذا يعني أن أياً من المعنيين السابقين لوحده لا يعبر عن المفهوم القانوني الخاص بالظاهر. و إمّا أن يكون: المحسوس الذي يعبر عن المركز القانوني الحقيقي[2].

و بعد كل ذلك و حيث أن هذا التعريف للوضع الظاهر ، و إن كان ينطوي على قدر كبير من الدقة في بيان الأساس الفلسفي للظاهر إلا أنه مع ذلك يعتريه بعض النقص و

---

[1] لاحظ: د.نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص٧.

[2] لاحظ: د.محسن عبدالحميد إبراهيم البيه ، نظرية الوارث الظاهر مكتبة الجلاء الجديدة ، المنصورة ، ١٩٩٣ ،ص٧.

الغموض و يمكن إجمال أهم الإنتقادات الموجهة إليه بالآتي:[٣]

١- هذا التعريف لم يشر الى أهم عنصر في الظاهر،وهو عنصر الظن الغالب،حيث أن الظاهرليس دائماً الوضع الحقيقي للأشياء، بل يظن الناس و القاضي أيضاً أنه الوضع الثابت حتى يثبت العكس، فأذا ثبت ذلك فليس الظاهر الوضع الثابت و الحقيقي.

٢- إن التعريف ليس جامعاً حيث لا يشمل جميع أنواع الظاهر، بل من الأصوب وصفه تعريفا للظاهر أصلاً، حيث ظهر بحسب أصله، أي حسب طبيعة الأشياء، أما الظاهر عرضاً و فرضاً، لايظهران بحسب الأصل و حسب طبيعة الأشياء، و أنما نتيجة إثبات المصدر المنشئ للحق المدعى به، أو نتيجة للإفتراضات القانونية من قبل المشرع.

ومن الجدير بالذكر أن الغاية المعروفة من أحكام القانون المدني هي تحقيق العدل وهو المساواة دون الدخول إلى التفاصيل، أي ان له وجها مجرداً.أما العدالة فهي إعطاء كل ذي حق حقه والعدالة لها جانب نسبي أي أنها تختلف بالنسبة لكل شخص، وقد تكون لها أوجه متعددة، والقاضي

---

[3] لاحظ:سركوت إسماعيل حسين، الظاهر ودوره في الإثبات، رسالة ماجستير من كلية القانون-جامعة السليمانية، ٢٠٠٦، (غير منشورة)، ص١٨.

ملزم بتحقيقها، لكنه أحيانا مايقف عند أوامر القانون فيحمي الأوضاع الظاهرة وبالتالي حماية المصلحة العامة. مثال / مالك المنقول، الذي يخرج من تحت يده بدون رضاه وهذا المال ينتقل إلى أن يصل إلى يد حائز حسن النية ومستندا الى سبب صحيح فهنا كل من مالك المنقول والحائز الحسن النية جديران بالحماية، ولكن لا يمكن أن نحمي كليهما لأن هذا لا يكون ممكناً، ولكن الفاصل هنا هو المصلحة العامة، أي حينما يتم حماية الحائز حسن النية لا يتم إلا وفقا للمصلحة العامة المتمثلة في حماية الثقة العامة في التعامل من أجل استقرار المعاملات وليس تحقيق العدالة أو النظام.

وتطبيقات الأوضاع الظاهرة كثيرة في القانون المدني، مثل الحماية التي يوفرها القانون للمالك الظاهر والوارث الظاهر والوكيل الظاهر وغير ذلك، إلا أنها حماية نسبية غير مطلقة مقررة أصلا لحماية المصلحة العام

وارى ان ينظم القانون هذه الحماية للاوضاع الظاهرة المستقرة ، لان حمايته لها فيه تحقيق ، ليس فحسب للمصلحة العامة ، بل للعدل الذي لاينحصر مفهومه في المعنى الذي يعبر عنه الميزان المعروف والموضوع تعبيرا عن تلك القيمة ، بل يجب النظر الى العدل بانه انصاف للمجتمع ككل ، فليس من مصلحة المجتمع إثارة المشاكل وزعزعة المراكز

وزرع الخوف في نفوس الناس في الاقدام على التعامل فيما بينهم ، بل العدل هو زرع الثقة العامة في التعامل ، وجعل المعاملات مستقرة وعدم اثارة مشكلة عفا عنها الزمن ، بل العدل يقضي ان ما يراه الناس صالحا فهو صالح وما يراه طالحا فهو طالح ، ولاننس ((ان الغلط الشائع يولد الحق)) وهذه قاعدة عرفها اسلافنا في قديم الزمان ، فما بالنا نتجاهلها هنا. ولكي نحمي الاوضاع الظاهرة لابد من تاسيس بعض الاسس التي يستند إليها المشرع في حمايته لهذه الاوضاع ، وهنا اقول أن حماية هذه الاوضاع ، يجب ألاّ يكون مقتصرا عل حماية المتعامل معها عندما يكون حسن النية ، اذ ان حمايتها ستتطلب حماية من تعامل معها بحسب نيته ، وهذه الاسس هي :

١-التقليل من حالات بطلان العقد، والعمل عل ايجاد سبل بديلة لبطلان العقد عندما يكون هناك شرط قد تخلف فيجب تصحيحه بشرط آخر ، وهنا يجب ان نلتمس البواعث التي دفعت الفقه ال ايجاد نظريّتي(تحول العقد) و(انتقاض العقد)، ومن تاريخ صدور هاتين النظريتين ندرت المعالجات لحالات بطلان العقد، وإنّي اؤمن بان ينبغي ان لا يقع العقد باطلا الا في حالات نادرة جدا تقوم على انتزاع الارادة واغتصاب المشيئة والاستهتار بالقيم الاجتماعية السائدة وانتفاء المصلحة

العقدية، وفيما عدا ذلك، ينبغي ان يتحول العقد ،عندما يتخلف احد شروطه او اركانه،الى عمل قانوني يقره القانون وتبنى عليه المطالبات متى ما كانت قانونية ، فالفقه يرى انه في حالة بطلان العقد وحصول ضرر يستوجب التعويض فان الرجوع بين اطراف العقد الذي تم بطلانه يكون على اساس المسؤولية غير العقدية، وانا اقول هنا، مادام القانون قد اتاح للمتضرر الرجوع بالمسؤولية، فانه قد اسس له الحق في استحصال حقوقه ، بمعنى انه اقرّ له حقه، فلماذا نبطل مصدر هذا الحق؟ اذ ما كان ينشأ للمتضرر هذا الحق، لولا انه اقام علاقة قانونية مع محدث الضرر وما كان لهذه العلاقة ان تنهض لولا وجود العقد ، فلماذا نبطل العقد من جهة ، ونرتب عليه آثاراً من جهة اخرى؟! لذا فان ايلولة العقد من حالة الوجود الى حالة الوجود لكن بمسمى اخر، سيضفي على تلك الاثار صفة واقعية و منطقية ، لا تضفيها حالة ما اذا انقلب العقد من الوجود الى العدم ، وهنا اطرح مثلا: بائع الخمر الفاسد في المجتمعات التي تحرم التعامل بالخمور، فبموجب القانون يكون عقد بيع الخمر باطلا في هذه المجتمعات ، فاذا تضرر مشتريه ، لكونه فاسدا ، فان عليه ان يرجع بالتعويض على البائع–ان صح التعبير–على اساس المسؤولية غير العقدية ، اذ ان العقد باطل، وقد لا يفضل الرجوع خوفا من

العقوبة التي قد ينالها بموجب القوانين الجزائية ، فيضيع عليه حقه المدني، وهنا تتوجّه العقوبة الى المشتري دون البائع، في حين ان الاخير اولى بها من الاول . لكن لو اننا قدّرنا ان العقد الذي ابرم بين بائع الخمر الفاسد ومشتريه، هو عمل قانوني، وليس بعقد، امكن للمشتري الرجوع على البائع بدعوى التعويض وعلى اساس المسؤولية العقدية ، فتحصل المطالبات الحقوقية بحسب الاصول، ونترك للقوانين الجزائية ان تاخذ مجراها ضد كل من بائع الخمر ، لكونه باع سلعة غير مرخص التعامل بها من جهة، ولكونه احدث ضررا للغير من جهة اخرى، وايضا هذا المشتري من حيث انه ارتضى التعامل لسلعة غير مرخص التعامل بها، وهنا سنفصل بين وظيفة القانون المدني ووظيفة القانون الجزائي، فليس القانون المدني قانونا عقابيا، يقرر عقابا على من التجأ الى عقد باطل بان عليه ان يخسر ما قدمه من مال، بل انه سيخسر فقط ما ارتضى مجردا من الإضرار بالغير.

٢- إعطاء دور فعال للواقع في انشاء المراكز القانونية وتعديلها وتغييرها وانقضائها، ويجب ان يكون هذا الواقع قائما على وجود حالة إقتنع الناس بمرور زمن معقول بأنها حالة قانونية وذلك لاكتسابها الثقة العامة ، فعندما يكون هناك طبيب على مستوى عال من الكفاءة والخبرة ومستمر في

معالجة الناس ردحا من الزمن وقد كان ناجحا في عمله وقدم الكثير لمجتمعه، ثم يظهر فيما بعد ان هناك خللاً في إحدى شهاداته الاعدادية او حتى البكلوريوس، فان النظرة القديمة والكلاسيكية ستقضي بان يفصل هذا من عمله ويعاقب ، في حين ان هذه النظرة عارية من ايما تحقيق للعدل ، اذ لماذا ننظر الى عمل سيء بسيط حصل في الماضي ولاننظر الى عمل حسن كبير يحصل ويستمر في خدمة المجتمع ؟ ، الا يجدر بنا ان نحمي هذا الطبيب مكافأة له على خدمة المجتمع ، ام نعاقبه على حالة او عمل سيء اقترفه في زمن قد يكون من اقترفه من اقران له عوقبوا واعفوا من العقوبة حينها ، او لم يكشف امرهم وهم لايقدمون شيئا يذكر لمجتمعهم كما في حالته ؟ الا يجدر بنا الامر ان نصحح له وضعه ام نهدم له حياته وبالتالي نضيع على المجتمع عنصرا اجتماعيا حيويا فيه .

لكن يجب ان تكون الحماية لهذا الشخص في وضعه الظاهر في نطاق محدود آخذين بنظر الاعتبار خدماته الجلية للمجتمع وموازنين بين الوضع الذي يجعله باقيا في عمله والوضع الذي يجعله خارج عمله ، بمعنى يجب ان نحاكي المصلحة العامة بدقة في مثل هذه الحالات ، ولهذا قلنا ان هذه الحماية هي

نسبية وليست مطلقة وهي كذلك مقترنة بحماية المصلحة العامة .

٣-يجب ان تتقرر في قانون العقوبات قاعدة تقادم الجرائم والعقوبات على غرار ما هو ثابت في قوانين اخرى ويذكر بعض الفقه[1] الجنائي ان : (المشرع العراقي لم ينص كقاعدة على تقادم الدعوى الجنائية او العقوبة وهذا الموقف منتقد وغير مقبول ، اذ يلزم ان لا تبقى الاوضاع مضطربة الى ما لا نهاية ، اذ ان مقتضيات الاستقرار تدعو الى الاخذ بمبدأ التقادم ما دامت الجريمة قد نسيت بمرور الزمن ، وليس من المصلحة في شيء اعادة اثارة موضوعها ، كما ان الاثبات يغدو صعبا بل مستحيلا في بعض الاحيان ثم ان مقتضيات الاصلاح والتاهيل تكون قد انتهت ، فلا تكون معاقبة الجاني بعد مدة معينة متضمنا الاصلاح والتاهيل كما ان مرور هذه المدة وهو بعيد عن الانظار فيه قدر ولاشك من الايلام) . ونحن مع هذا الراي فالى متى يبقى الشخص مطاردا عن جريمة ارتكبها ؟ قد يكون غيره مرتكبا لها من غير ان يكشفه احد او انه عوقب وتم اعفاءه من العقوبة وإن إقرار نظام التقادم سوف يدعم الاوضاع الظاهرة خدمة للصالح العام .

---

[1]) لاحظ : د.ماهر عبد شويش الدرة ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، مرجع سابق ، ص١٣٤ .

٤-كما يجب ان تقرر مدة لسقوط حالات الخلل في اركان العقد ، فاذا لم يتمسك صاحب المصلحة في بطلان العقد بوجود ذلك الخلل خلال مدة معينة فان حقه سيسقط في المطالبة ببطلان العقد اذا ما طالب بذلك بعد انقضاء تلك المدة ، ويجب النص على ان تلك المدة هي مدة سقوط وليست مدة تقادم ، اي لايشملها التوقف ولا الانقطاع .

٥-يجب التقليل من مدد التقادم المنصوص عليها في القانون المدني مادام ان هذا القانون قد اقر بنظامي وقف مدة التقادم للعذر الشرعي وانقطاع مدة التقادم بالمطالبة القضائية ، فلماذا تكون مدة التقادم ١٥ سنة في عدم سماع دعوى الحق الشخصي ؟ اذ يكفي ان تقصر الى النصف وكذا الحال بالنسبة لمدة التقادم في سماع دعوى حق الملكية والحقوق العينية المنصوص عليها في المادة (١١٥٨) مدني، اذ يكفي ان تكون المدة (٧) سنوات عند عدم توافر حسن النية والسبب الصحيح و(٣) سنوات عند توافر حسن النية والسبب الصحيح وكذلك لا اعرف ما هي الحكمة من جعل مدة التقادم في سماع دعوى الرقبة من الحكومة على مدن حاز ارضا اميرية (٣٦) سنة متوالية حسب ماقررته المادة (١٢١٩) مدني عراقي ولماذا هذه المدة تحديدا ؟ اذ ينبغي ان تقلل

هذه المدة الى مدة مساوية للمدة المقررة لسماع دعوى حق الملكية على ارض او عقار غير مسجل .

ثم ان تقصير مدد التقادم لا يهدر حق الدائن من جهة او من الملكية من جهة اخرى، فكل من الدائن والمالك او صاحب الحق العيني يتمتع بضمانات تتعلق بوقف سريان المدة للعذر الشرعي وانقطاعها بالمطالبة وكذلك فان مرور الزمان (التقادم) هو لمنع سماع الدعوى وليس لسقوط الحق .

واخيرا لابد من التركيز على نقطة في غاية الاهمية مفادها ان حماية الوضع الظاهر ذاته يجب ان تكون مقدرة بقدر ما يحققه استمرار هذا الوضع من خدمة في المصلحة العامة، وبهذا فاننا سنميز الخبيث من الطيب فنحافظ على من يعد عنصرا ايجابيا في المجتمع ونجتث المسيء له .

٢٣. الأصل في الاحتراف انه مدني

الأعمال التي يزاولها الإنسان من اجل أن يحصل منها على مورد مالي، تدخل إما في نطاق مهنة أو حرفة، بغض النظر عن طبيعة العمل الذي يؤديه سواء أكان عملا لمصلحة الدولة (الوظيفة)، أم عملاً لمصلحة جهة خاصة، أم حكومية عن طريق أداء خدمة أم عملاً خاضعاً لقانون العمل، فجميع هذه الأعمال يزاولها الأشخاص ضمن نطاق الحرفة او المهنة والفرق بينهما هو :

المهنة / تتطلب المهنة في العادة شهادة اكاديمية لمزاولتها، فالممارس لها يكون ممتهناً، كما في مهنة الطب ومهنة المحاماة.

أما الحرفة / فهي التي تمارس نتيجة خبرة ودراية ولا تعتمد على استحصال شهادة اكاديمية وهي في العادة تعتمد على امرين (الموهبة والممارسة) كالحدادة والنجارة والتجارة وغير ذلك من الحرف التي قد يمارسها الشخص على سبيل الهواية او على سبيل الاحتراف.

والفرق بين الهواية والاحتراف هو ان الشخص عندما يمارس حرفة هواية منه لا يقصد من وراء مزاولتها كسباً

مالياً، اما عندما يمارسها على وجه الاحتراف فحينها يقصد من ورائها الحصول على مورد مالي.

والاحتراف اذن عبارة عن الاعتياد في مزاولة حرفة معينة من اجل الحصول على مورد مالي، وهو قد يكون إحترافا مدنيا أو تجاريا.

والفرق بين الاحتراف المدني والإحتراف التجاري هو ان الأول هو احتراف لأجل الحصول على مصدر للرزق، في حين أن الثاني هو احتراف من اجل الحصول على الربح ، إذ أن الذي يقصد، من غمل ما، تحقيق ربح ، معنى ذلك أن العمل قابل للخسارة ، وبالتالي هو بضارب في رأسماله، ولهذا تتحقق المضاربة في كل عمل تجاري ، لأنه ، بالتالي، غرضه الربح .

مثال / الحلاقة هي احتراف مدني، والحلاّق مقاول ، في حين أن عمل الناقل، وهو مقاول أيضا، احتراف تجاري.

والمحترف تجاريا يكون لديه مورد مالي ولكنه يزاول عملاً آخر للحصول على الربح.

مثال / المقاول الذي يكون لديه مورد مالي يغطي نفقاته، ولكنه يمارس أعمال المقاولة بقصد الربح.

والمعيار المهم في التمييز بين الاحترافين المدني والتجاري هو ان جميع الاعمال المنصوص عليها في المادة (٥) من قانون التجارة العراقي، يعد الاحتراف فيها احترافا تجارياً بحكم

القانون، وما عدا ذلك يعد الاحتراف احترافا مدنياً مهما كان كبيراً وذا مورد مالي ضخم، كما في الإحترافات الفنية والرياضية والثقافية التي يحصل أصحابها من ورائها على مبالغ خيالية.

وبما ان الاعمال التجارية منصوص عليها على سبيل الحصر، لذلك يكون الأصل في الإحتراف أنه مدني، واستثناءاً منه يكون تجارياً.

ان عدّ الاصل في الاحتراف انه مدني ، ليس فقط بسبب ورود الحرف التجارية في القانون على سبيل الحصر، بل لان القصد في استحصال الموارد المالية يكمن في الانفاق على الامور الضرورية في الحياة لاستمرارها ، فلا يستطيع احد الاستغناء عن مورد رزقه ، يبقى لكل شخص ان يضيف على هذا المورد موردا اخر يستحصله من خلال احترافه حرفة تجارية يحصل من خلالها على الربح . والحرف المدنية كثيرة، منها الصغيرة من حيث موردها ، كما في حرف النجارة والحدادة والصناعات الخفيفة والحلاقة وغيرها. وهناك الحرف المدنية الكبيرة من حيث موردها ، كاحتراف الرياضة واحتراف الفن ،اذ عادة ما يحصل المحترفون للرياضة بحسب شهرتهم ، وكذا المحترفون للفن ، على موارد مالية ضخمة لا

يمكن عدّها تدخل في مفهوم الربح ، لانها مستحصلة من احتراف مدني وليس تجاري.

٢٤- لاوجود لعقود تجارية أو إدارية او دولية، العقود جميعها مدنية

العقد منظم في القانون المدني بصيغتين:-

الصيغة الاولى: منظم على شكل نظرية عامة للعقد ضمن مصادر الالتزام، والصيغة الثانية: ان المشرع قد رأى في عقود معينة اهمية خاصة فنص عليها وسماها بالنص واصبح يطلق عليها تسمية العقود المسماة.

ولا يوجد عقد يبرم في أي مكان وفي أي زمان ما لم تطبق عليه الأحكام العامة للعقد في القانون المدني، و احياناً الاحكام الخاصة لبعض العقود المدنية حتى وان ابرمت هذه العقود ضمن اعمال الادارة او التجارة او كانت مشوبة بعنصر اجنبي.

ففقهاء القانون الاداري يذهبون الى تسمية بعض العقود بالعقود الإدارية اذا توفرت فيها ثلاثة شروط :-

١- ان تكون الادارة طرفاً فيها.

٢- ان تتصل بنشاط مرفق عام.

٣- ان تستخدم الإدارة وسائل القانون العام، كالمزايدة او المناقصة.

ولكن حتى وان توافرت هذه الشروط فان أي عقد تبرمه الإدارة سوف تكون له تسمية وهذه التسمية تجعله خاضعاً لقواعد القانون المدني ضمن الأحكام العامة للعقد أو الأحكام الخاصة لبعض العقود.

كذلك الحال بالنسبة للعقود التجارية، فحتى لو كانت العقود منصبة على عمل تجاري، فان هذا العمل التجاري سوف يتضمن في طيّاته اما عقداً مسمى في القانون المدني وبالتالي تطبق احكام القانون المدني عليه، او عقداً من العقود غير المسماة في القانون المدني فتطبق الاحكام العامة في القانون المدني. حتى لو كان العقد من العقود التي سمّاها القانون التجاري ونظّم أحكامها كعقد النقل وعقد الحساب الجاري وعقد الوكالة التجارية وغيرها، فإنّها تخضع في غالبية شروطها وأحكامها للقانون المدني، فهي تخضع لهذا القانون في إنعقادها وصحّتها وبطلانها وفسخها وغير ذلك من أحكام عامة، فهي مدنية بطبيعتها، فالفقه التجاري يعد العقود التجارية نوعاً من العقود، التي ظهرت نتيجة التطور الذى مر به العالم في توسع التجارة وايجاد سبل جديدة، او بالأصح متجددة، من اجل تحقيق اغراضها المتمثلة بالسرعة

والائتمان [1]. ولمّا كانت القواعد العامة للعقد في القانون المدني، تسري على العقود التجارية، شأنها في ذلك شأن غيرها من العقود، فان للعقود التجارية صفات خاصة ،بحيث يمكن تمييزها من تلك التي تتصف بها العقود المدنية، وتحديد هذه الصفات، ينصب بالدرجة الاولى، على معرفة تعبير (العقد التجاري) اولاً، وهو تعبير، على الرغم من كثرة استعماله في الفقه والقضاء ، فانه ينطوي، حسب ما يذهب اليه الفقهاء[2]، على بعض الغموض الذي قد يثير اللبس في الاذهان، (اذ يوحي بوجود فئة مستقلة من العقود ذات صفة تجارية بحتة اقتضاها التعامل التجاري، تقوم الى جانب العقود المدنية، في حين ان العقود التجارية لا تختلف، في حقيقتها، لا من حيث الاركان ولا من حيث شروط الصحة ولا من حيث اسباب الانقضاء، عن العقود المدنية، لذلك يؤكد كبار الفقهاء في فرنسا انه لا توجد (عقود تجارية) بالمعنى الدقيق، وانما توجد عقود مسماة توصف بالمدنية او التجارية تبعاً لصفة

---

[1] في تفصيل هذا المعنى، لاحظ : د. اكرم ياملكي، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، ج ١، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد ،١٩٧٦، ص ٦.

[2] لاحظ د.علي البارودي، اللبناني، ج٢ ، الدار المصرية ، بيروت ، ١٩٧١ ،ص٥.كذلك لاحظ : د.محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، مطابع جامعة الملك سعود ، الرياض ، ١٩٨٤ ،ص ٣.

اطراف العقد(الغرض من التعاقد)[٣]. وقد أيد بعض الفقهاء[٤] هذا الاتجاه، معللا اياه بان : (الذي يبرر التفرقة بين العقود المدنية والعقود التجارية، هو ذلك (الجو الخاص) الذي تتميز به العلاقات التجارية على وجه العموم، فلا يكاد العقد المدني العادي، يدخل هذا (الجو الخاص) حتى يصطبغ بلون الحياة التجارية دون ان يتغير جوهره او تتبدل طبيعته الداخلية، لذلك يصعب وضع تعريف للعقود التجارية يسلم من النقد، فان وضع، فأنه سيفتقر الى التحديد الذي يجب أن يتميز به أي تعريف، ومع ذلك، فقد ذهب بعض الفقهاء، الى أن هذا الافتقار الى التحديد فيما يتعلق بالعقود التجارية ليس بذي خطر خاص، إذ ليس من شأنه أن يفصل بين نظامين قانونيين مستقلين، يكفينا أن نفهم كيف يكتسب العقد الصفة التجارية؟ ثم ماذا يترتب على اكتسابه هذه الصفة ؟ فعندما نكتشف أن هذه الاثار متصلة بهذه الاسباب، فاننا نستطيع أن نرسم حدود الجو الخاص الذي يميز العقد التجاري)[٥]. والجدير بالذكر أن هذه الآثار، في القانون العراقي، ليست متميزة من تلك المترتبة على سائر العقود المدنية المعروفة.

---

[٣] نقلا عن : د. محمد حسن الجبر، المرجع السابق، ص ٣.

[٤] لاحظ : د. على البارودي، مرجع سابق، ص ٥ .

[١] د. على البارودي . المرجع السابق، ص ٦.

خواطر مدنية ـــــــ

٢٥ـ لا وجود لمسؤولية إدارية او دولية في القانون، المسؤولية اما مدنية أو جنائية

المسؤولية / هي مؤاخذة الشخص على خطأ صادر منه مؤاخذة قانونية. والمسؤولية اذا وقعت، فان الاثار على هذه المسؤولية لا تخرج من حكمين فاما ان يعاقب الشخص على وفق القانون الجنائي أو أية قوانين أخرى، او يفرض عليه التعويض على وفق القانون المدني أو أية قوانين أخرى.

ولكن بعض الفقه في نطاق القانون العام اضاف الى هاتين المسؤوليتين، إمكانية أن يترتب على فعل ما مسؤولية دولية او مسؤولية ادارية.

ويلاحظ أن الأثر المترتب على تحقق المسؤولية الدولية لا يتعدى العقوبات الجزائية او فرض تعويضات على الدول التي ترتكب أخطاءا يترتب عليها أضرار بشعوب أو دول أخرى. وإطلاق الصفة الدولية على هذه المسؤولية ماهو إلا بقصد تمييزها وإضفاء صفة خاصة عليها، في حين أن أثرها لا يتعدى نطاق إحدى المسؤوليتين، لكن كل ما يختلف هنا هو فقط أن المساءلة في هذه الحالة هي على نطاق دولي.

كما أن الجزاء التأديبي الذي يفرض من قبل الجهات الادارية على الشخص الذي ينتمي الى الادارة (الموظف)، هو

أثر يترتب على مساءلته القانونية، لا يتعدى صورتي العقوبة الجزائية او التعويض المدني، فالجزاءات التي تفرضها الإدارة على موظفيها، أو حتى أصحاب العمل على العمال، كالإنذار والتوبيخ وقطع الراتب وغير ذلك، ماهي إلاّ عقوبات ذات طابع خاص محدّد، لأن القانون أعطى سلطة توقيع هذه العقوبة لكل من الإدارة ورب العمل، لكن فيما يتعلق بالمسؤولية فإن حقيقة الأمر أنها لا تكون إلاّ مدنية او جزائية.

٢٦. قصور الملاءمة في الأحكام المدنية

الملاءمة في الاحكام تعني استئصال أي تناقض في النصوص القانونية والحد من حالات التعارض فيما بين الاحكام او التقليل منها. بمعنى ان القانون المدني يصبح له توجه عام ملحوظ حيث نستطيع ان نستجمع في أحكامه المبادئ العامة السائدة فيه. فالأمر الذي يخلق التعارض او عدم وجود الملاءمة في نصوص القانون المدني العراقي هو عدم وجود توجه عام للأحكام الموجودة فيه، فالمشرع العراقي حينما وضع القانون المدني خلط بين الفقه اللاتيني والفقه الإسلامي في الاحكام التي تضمنتها نصوص هذا القانون، ومن البديهي إن هذين الفقهين بينهما اختلافات واضحة وكبيرة، وفي بعض الأحيان عندما يأخذ المشرع بمبادئ الفقه الإسلامي يترك الفقه اللاتيني والعكس صحيح، فهذا يخلق نوعا من عدم الملاءمة بين الأحكام إذ نجد في القانون المدني أنّه توجد فيه نصوص مأخوذة من الفقه اللاتيني، تتعارض مع الفقه الإسلامي، والعكس صحيح في مواضع أخرى، وهذا يتعارض مع ماتقضي به مباديء الملاءمة في الأحكام، لا سيّما أنه في القانون نفسه ومن خلال نص المادة الأولى فإن المشرع ألزم القاضي أن يطبق

النصوص التشريعية عند الحكم أو الفصل في الدعاوى، وفي حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، فيرجع القاضي إلى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيّد بمذهب معيّن. فالملاءمة التي يطلبها المشرع من القاضي هنا أصلا لم يتقيّد بها عند تشريعه القانون المدني، فالأولى هو أن تتحق الملاءمة بين النصوص نفسها قبل طلب تحقيقها بين التشريع والمذهب الذي يتلقى منه القاضي حكم الشريعة.

والأمثلة على وجود الغموض بين نصوص القانون المدني كثيرة لعدم مراعاة أصول الملاءمة، منها مثلا: نص المادة (١٠٦٠)[١] من جهة ونص المادة (١٠٩٠)[٢] ونص المادة (١٠٩٢)[٣] من جهة أخرى. وكذا الحال نص المادة (١٣٤)[٤]

---

[1] نصت المادة (١٠٦٠) مدني عراقي على أنّه : ((لكل مالك ان يسور ملكه على ان لا يمنع ذلك من استعمال حق لعقار مجاور. ولهو ان يجبر جاره على وضع حدود لأملاكها المتلاصقة و تكون نفقات التحديد شركة بينهما)).

[2] نصت المادة (١٠٩٠) مدني عراقي على انه : ((للجار الذي لم يساهم في نفقات التعليه ان يصبح شريكا في الجزء المعلى اذا هو دفع نصيبه مما انفق عليه وقيمة ما يخصه من الارض التي تقوم عليها زيادة السمك اذا كانت هناك زيادة)).

[3] نصت المادة (١٠٩٢) مدني عراقي على انه :((١-لايجوز للجار ان يجبر جاره على اقامة حائط او غيره على حدود ملكه ولا على ان يعطيه جزءاً من حائطه او من الارض القائم عليها الحائط الا في الحالة المنصوص عليها في المادة (١٠٩٠) . ٢-ومع ذلك ليس

من جهة والمادة (١١٦٣)[٥] من جهة أخرى. وأيضا المادة (١٩١)[٦] والمادة (٢١٨)[١]، وغير ذلك من الحالات.

لمالك الحائط ان يهدمه مختاراً دون عذر قوي ان كان هذا يضر الجار الذي يستتر ملكه بالحائط)).

[4]نصت المادة (١٣٤) مدني عراقي على انه :((١-اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغرير كما ان له ان يجيزه.فاذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين و ان يستردها حيث وجدها و ان تداولتها الايدي.فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها. ٢-وللعاقد المكره او المغرور الخيار ان شاء ضمن العاقد الاخر و ان شاء ضمن المجبر او الغار.فان ضمن المجبر او الغار فلهما الرجوع بما ضمناه على العاقد الاخر.ولا ضمان على العاقد المكره او المغرور ان قبض البدل مكرهاً او مغروراً وهلك في يده بلا تعد منه)).

[5]نصت المادة (١١٦٣) مدني عراقي على انه :((١-من حاز وهو حسن النية منقولا او سندا لحامله مستندا في حيازته الى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد. ٢-والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ما لم يقم الدليل على عكس ذلك)).

[6]نصت المادة (١٩١) مدني عراقي على انه :((١-اذا اتلف صبي مميز او غير مميز او من في حكمهما مال غيره لزمه الضمان في ماله.٢-واذا تعذر الحصول على التعويض من اموال من وقع منه الضرر ان كان صبيا غير مميز او مجنون جاز للمحكمة ان تلزم الولي او القيم او الوصي بمبلغ التعويض.على ان يكون لهذا الرجوع بما دفعه على من وقع منه الضرر.٣-عند تقدير التعويض العادل عن الضرر لابد للمحكمة ان تراعى في ذلك مركز الخصوم)).

ومن الأمثلة المهمة على قصور الملاءمة في الاحكام المدنية الواردة في القانون المدني العراقي ، والتي نرى من الضروري توضيحها هنا، ما ياتي:-

١. الخلط بين سبب العقد وعيب الرضا : اذ ان من المعروف ان وجود أي خلل في سبب العقد ، فان ذلك قد يؤدي بالعقد كله، لان الخلل وقع في ركن من اركانه ، لكن وجود خلل في صحة الرضا لا في وجوده، لا يؤدي الى بطلان العقد، بل الى وقفه، اذ ان وجود غلط في الصفة يختلف عن وجود غلط في الذات، سواء كنا نتحدث عن ذات المتعاقد او ذات المحل او ذات السبب، وقد وُفّق المشرع العراقي عندما ميّز بين الخلل في ذات المحل او في صفة من صفاته من خلال عيب الغلط ، اذ ان الغلط في ذات المحل يؤدي الى بطلان العقد، في حين ان الغلط في صفة المحل يؤدي الى وقف العقد، حيث نصت المادة (١١٧) مدني عراقي على انه : ((١- إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشار اليه فإن اختلف الجنس تعلّق العقد بالمسمى وبطل لانعدامه ، وإن إتّحد الجنس وإختلف الوصف، فإن كان الوصف مرغوبا فيه ، تعلّق العقد بالمشار

---

[1] نصت المادة (٢١٨) مدني عراقي على انه :((١-يكون الاب ثم الجد ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه الصغير.٢-ويستطيع الاب او الجد ان يتخلص من المسؤولية اذا اثبت انه قام بواجب الرقابة او ان الضرر كان لابد واقعا حتى لو قام بهذا الواجب)).

اليه وينعقد لوجوده إلاّ أنه يكون موقوفا على إجازة العاقد.
٢- فإذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع ، ولو بيع هذا الفص ليلا على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفا على إجازة المشتري)). في حين ان المشرع لم يميّز بين وقوع الغلط كعيب للرضا ووجود السبب في العقد ، او وقوع الغلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته إذ كان عليه ان يميّز بين الفرضيتين في الحالتين، وهذا ما نراه واضحا في نص المادة (١١٨) مدني حيث نصت على انه : ((لاعبرة بالظن البيّن خطأه ، فلا ينفذ العقد : ١ . ..... ٢. ذا وقع غلط في ذات المتعاقد او في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الوحيد اوالسبب الرئيسي في التعاقد)).

وهذا يدل على عدم الملاءمة في الاحكام المدنية ، اذ ينبغي ان يكون الحكم المدني المترتب على وجود غلط في صفة المتعاقد، يختلف عن ذلك الحكم المدني المترتب على وجود غلط في ذات المتعاقد، كما ان وجود غلط في سبب العقد، بحيث ان الغلط اضحى هو الباعث الدافع الى التعاقد، سيؤدي بالعقد الى البطلان لا الى عدم نفاذ العقد .

٢. في عيب التغرير مع الغبن الفاحش بوصفه عيبا يشوب الرضا نرى ان جمهور الفقهاء الشارحين لشروط تحقيق حكم هذا العيب في القانون المدني العراقي[1] ، انهم يذكرون من بين هذه الشروط ان يكون التغرير هو الدافع الباعث الى التعاقد، ومن الجدير بالذكر ان هذا الشرط غير موجود في نصوص القانون المدني العراقي ، فلم يشترطه المشرع العراقي في أي من المواد المنظّمة لاحكام التغرير والغبن الفاحش (المواد ١٢١ — ١٢٤) بخلاف القانون المدني المصري الذي: إشترط هذا الشرط في المادة (١٢٥) منه والتي نصت على انه: ((١ . يجوز ابطال العقد للتدليس اذا كانت الحيل التي لجا اليها احد المتعاقدين ، او نائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما

---

(١)لاحظ على سبيل المثال : د . محمود سعد الدين الشريف ، شرح القانون المدني العراقي ، نظرية الالتزام ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٥٥ ، ص ١٧٩ . د. مالك دوهان الحسن ، شرح القانون المدني ، ج١ ، مصادر الالتزام ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٣ ، ص ٣٤٦ . د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، ج ١ ، مطابع التعليم العالي ، الموصل ، ١٩٨٠ ، ص ٩٠ . د . منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مرجع سابق ، ص ١٤٩ . علما ان كل من د . حسن علي الذنون في كتابه اصول الالتزام ، ود . عبد المجيد الحكيم في كتابة الموجز و د . غني حسون طه في كتابه الوجيز ، لم يذكر هذا الشرط ضمن شروط التغرير مع الغبن الفاحش كعيب للرضا في القانون المدني العراقي .

ابرم الطرف الثاني العقد . ٢ . ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعه او ملابسة اذ ثبت ان المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعه او هذه الملابسه)) . وقد احسن المشرع العراقي بعدم نصه على شرط (ان يكون التغرير هو الباعث الدافع للتعاقد، لان هذا متّصل بركن السبب في العقد ، اذ ان وجود حيل او تغرير تدفع المتعاقد الى التعاقد لامر متعلق بالباعث الدافع الى التعاقد ، كونه اضحى غير صحيح، وليس بالتغرير الذي يعيب الرضا، فيجعل من العقد موقوفا، اذ ليس لهذا الشرط وجودُ في عيب التغرير على وفق القانون المدني العراقي، وهنا احسن المشرع الملاءمة في الاحكام، لكن بعض الفقه قصر فيها .

٣. لقد عدّ المشرع العراقي عدم البيان في عقود الامانة التي يجب التحرّز فيها عن الشبهه بالبيان ، كالخيانة في المرابحة والتولية والإشراك والوضيعة ، تغريرا حسب نص الفقرة (٢) من المادة (١٢١) مدني. في حين ان الكتمان في أي عقد مبرم بين طرفين غير متساويين في المعرفة ، كأن يكون أحدهما محترفا والآخر مستهلكا ، سيؤدي الوظيفة نفسها التي يؤديها الكتمان في عقود الامانة ، فلماذا نعد الكتمان فقط في هذه العقود تغريرا وليس في العقود التي ليس فيها توازن معرفي او اقتصادي بين الطرفين ؟. ولو نلاحظ نص الفقرة (٢) من

المادة ١٢٥ مدني مصري التي سبقت الإشارة إليها في الفقرة السابقة ، لنجد أن المشرّع المصري قد رتّب أثرا على أي كتمان في أيّما عقد، وهذا أفضل .

٤. لقد إقتبس المشرع العراقي في تعريفه للعقد الباطل في المادة (١٣٧) مدني، مفهوم هذا العقد من الفقه الحنفي، اذ عرفه بانه: هو ما لا يصح اصلا باعتبار ذاته او وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجة ، ومن المعلوم ان الفقه الحنفي يعترف بفكرة العقد الفاسد وهو العقد الذي يكون مشروعا باصله لا بوصفه، في حين ان المشرع العراقي هجر فكرة العقد الفاسد التي اخذ بها الفقيه الحنفي، ونحن مع تاييدنا للمشرع العراقي في هجره لهذه الفكرة كونها، استزادة فقهية لا قيمة علمية اوعملية لها ، فاننا نتساءل لماذا اخذ المشرع العراقي تعريفه للعقد الباطل من الفقه الحنفي ؟ الا يحق للمتسائل ان يتساءل عن حكم العقد الصحيح باصله لا بوصفه ؟ ، أوكان الوصف داخلا في العقد لا خارجا عنه ؟ كما في صفة المحل او وصف الرضا،ثم ان التعريف جاء ببيان السلبية المتمثلة في عدم الصحة، في حين ان التعريف كان ينبغي أن يأتي ببيان ماهية الصفة الباطلة في العقد، والا كان المفروض الاقتصار على تعريف العقد الصحيح الذي اتت به الفقرة (١) من المادة (١٣٣) مدني التي عرّفته بانه: ((العقد المشروع ذاتا ووصفا

.....)) وبمفهوم المخالفة سيتضح مفهوم العقد غير الصحيح الذي تقتصر صورته في القانون العراقي على العقد الباطل فحسب ، نظرا لعدم إعتراف هذا القانون بفكرة العقد الفاسد .

٥. وما دمنا نتحدث عن مفهوم المخالفة ، فما هي قيمة وجود نص المادة (٦) من القانون المدني العراقي، مع وجود نص المادة (٧) منه: اذ ان الاولى ما هي الا تطبيق لمفهوم المخالفة بالنسبة للثانية .

٦. من المعلوم أن تصرفات الفضولي تطلق على كل تصرّف يبرمه شخص على ملك الغير بدون إذن مسبق من مالكه، أو حتى ممّن له الولاية في تصدير الإذن ، وقد خصّص المشرّع العراقي المادة (١٣٥) مدني لأحكام تصرفات الفضولي ، فما قيمة أن يعيد وضع حكم لأحد تطبيقات الفضالة في المادة (٢٠٠) مدني، والتي نصّت على أنه : ((إذا تصرّف الغاصب في المال المغصوب معاوضة أو تبرعا وتلف المغصوب كلا أو بعضا كان للمغصوب منه الخيار في تضمين من شاء، فإن ضمّن الغاصب صحّ تصرّفه ، وإن ضمّن من تصرّف له الغاصب رجع هذا على الغاصب بضمان الإستحقاق وفقا لأحكام القانون)). فالغاصب عندما يتصرّف في ملك المغصوب منه ، يكون تصرّفه تصرّف فضولي مشمول أصلا بأحكام المادة (١٣٥) مدني والتي نصّت على أنه: ((١-من

تصرّف في ملك غيره بدون إذنه إنعقد تصرّفه موقوفا على إجازة المالك . ٢-فإذا أجاز المالك تعتبر الإجازة توكيلا ويطالب الفضولي بالبدل إن كان قد قبضه من العاقد الآخر . ٣- وإذا لم يجز المالك تصرّف الفضولي ، بطل التصرّف وإذا كان العاقد الآخر قد أدّى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فإن هلك البدل في يد الفضولي بدون تعدّ منه وكان العاقد الآخر قد أدّاه عالما أنّه فضولي فلا رجوع له عليه بشي منه. ٤- وإذا سلّم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعدّ منه ، فللمالك أن يضمّن قيمتها أيّهما شاء ، فإذا إختار تضمين أحدهما سقط حقّه في تضمين الآخر .)) . فهذا الحكم يسري على الفضولي الغاصب لملك غيره شأنه شأن أي فضولي آخر .

٢٧ـ مشكلة القيمة المادية للحق لكي يصبح مالا

يجب علينا أولا ان نفرق بين المال والشيء. فالمال حق أمّا الشيء فهو محل هذا الحق.

وعندما يطلق لفظ المال يعني أن له قيمة نقدية بموجب القانون . في حين نجد أن المشرع العراقي وفي نص المادة (٦٥) يعرّف:((المال هو كل حق له قيمة مادية)). ويقصد بالمال في اللغة، ما يمكن ان يملكه الشخص من جميع الاشياء [١] ، فالمال يطلق عند علماء اللغة على كل ما يرغب الناس في اقتنائه وامتلاكه من الاشياء [٢] .

والمال عند فقهاء الشريعة، مختلف في المعنى، فهو عند الحنفية: ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة[٣]، فقد عرفته مجلة الاحكام العدلية [٤] بانه: ((ما يميل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولا

---

[١] لاحظ : ابن منظور ، لسان العرب، ج ٦ ، مرجع سابق ، ص ٧ .

[٢] لاحظ : د . محمد حسين قنديل ، النظريات العامة في الفقه الاسلامي ، مكتبة دار البيان ، الكويت ، ١٩٩٩ ،٢٠٠٠، ص ١٠٥ .

[٣] لاحظ: د. عبد السلام داؤود العبادي ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، ج ١ ، مكتبة الاقصى ،عمان ، ١٩٧٤ ، ص ١٧٢ .

[٤] المادة (١٢٦) مجلة الاحكام العدلية .

كان او غير منقول)) . وهو عند المالكية[٥] ما يقع عليه الملك، وعند الشافعية[٦] هو ما كان مستعدا لان ينتفع به . وعند الحنابلة[٧] ، هو كل ما يباح نفعه مطلقا او اقتناؤه بلا حاجة[٨] .

والمال هو القيمة التي تعطى للاشياء بحكم القانون وكل شيء يدخل في التعامل تعلّق به المال، منقولا كان هذا الشيء او عقارا ، كما ان المال ((الحق المالي)) قد يكون حقا عقاريا اذا ورد على اشياء عقارية ، او حقا منقولا اذا كان في صورة حق شخصي وان ورد على عقار، كما في حق مستاجر العقار، فهو حق مالي منقول[٩] .

صحيح ان المال هو كل حق ورد على شيء داخل التعامل أي ان له قيمة، وهذه القيمة هي قيمة قانونية ، سواء اكانت قيمة عينية (مادية) او قيمة معنوية ، كالديون والضمانات ، ولهذا فالمال هو كل حق له قيمة في نظر القانون ، والقانون هو

---

[٥] لاحظ: د . محمد حسين قنديل ، مرجع سابق ، ص ١٠٦ .

[٦] لاحظ: د . عبد السلام العبادي ، مرجع سابق ، ص ١٧٤ .

[٧] لاحظ : د . محمد حسين قنديل ، مرجع سابق ، ص ١٠٧ .

[٨] لاحظ : عز الدين الخطيب التميمي و مجموعة من الباحثين ، نظرات في الثقافة الاسلامية ، دار الفرقان ، عمان ، ١٩٩٩ ،ط ٤ ، ص ١٧٣ ، وما بعدها .

[٩] لاحظ : د . عبد الحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ج٢ ، الحق ، مرجع سابق ، ص ٣٦٥ .

مصدر هذه القيمة ، فالنقود –مثلا– تتجرّد من قيمتها بمجرد تخلّي القانون عن الإعتراف بها بإسقاطها ، فتصبح مجرد أوراق لا قيمة لها .

عليه فإن من الأولى على المشرع أن يذكر إن :((المال هو كل حق له قيمة إقتصادية بموجب القانون)).

ومن هنا يتبين لنا أن حق الملكية وحق التصرف وغيرهما من الحقوق العينية وكذلك الحقوق الشخصية، والحقوق المعنوية جميعها تعد أموالا ، لأن لها قيمة إقتصادية.

٢٨ـ القانون المدني العراقي لا يحتوي على نظريات عامة كافية

لو نظرنا الى متن القانون المدني العراقي نجد ان هذا القانون يحتوي على كثير من النظريات العامة، مثل النظرية العامة للإلتزام ونظرية العقد ونظرية الأشخاص ونظرية تنازع القوانين من حيث الزمان والمكان.

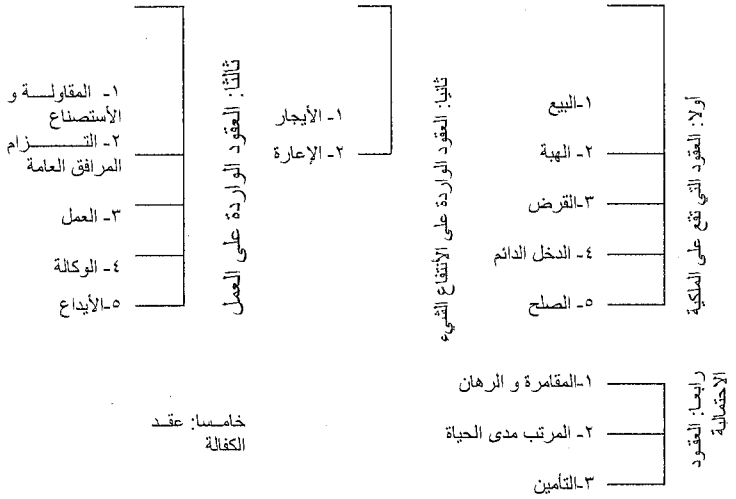
ولكن هذه النظريات ليست كافية، لأن هناك كثيراً من النظريات كان من الواجب على المشرع أن يذكرها وينظمها. فمثلا الضمان يأخذ مكاناً واسعا بين أحكام القانون المدني وتتعدّد تطبيقاته فيه، كما أنه قد يأتي بعدة معاني، فقد يستخدم مصطلح الضمان للدلالة على المسؤولية، وقد يستخدم للدلالة على التعويض، وأحيانا للدلالة على الإلتزام، وأحيانا أخرى للدلالة على ضمان الحقوق الشخصية سواءا أكان هذا الضمان شخصيا كالكفالة أو عينيا كالرهن، كما أنه قد يأتي بمعنى عقد التأمين، فكان من الأولى على المشرع أن يضع نظرية عامة للضمان ضمن هذا القانون، إذ على الرغم من أهمية هذا الموضوع في القانون المدني لا نجد أحدا يعرفه تعريفا يستجمع جميع دلالاته وتطبيقاته.

كذلك الحال بالنسبة لنظرية اليد، حيث قد تصطدم هذه النظرية مع نظرية الحيازة في القانون فكان يجب تنظيمها تنظيما عاما. وكذلك الحال بالنسبة الى نظرية الحماية المدنية إذ من المفروض ان يضعها المشرع في الباب التمهيدي لهذا القانون.

خواطر مدنية ـ ـ ـ

٣٠- ضرورة تنظيم وتسمية بعض العقود المهمة

لقد نظم القانون المدني العراقي ستة عشر عقدا(١)، موزعة على خمسة مجاميع حسب التخطيط الآتي:-



(1)بالحقيقة إن العقود المسماة كانت سبعة عشرا عقدا، إلى أن صدر قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣، إذ ألغى التنظيم القانوني لعقد الشركة ضمن العقود المسماة المنصوص عليها في القانون المدني.

ان هذه العقود مهمة وضرورية لتسميتها، ولكن هناك عقود أخرى لها الأهمية نفسها لكن لم يتم تسميتها في القانون المدني العراقي. وأهمية كل عقد تظهر من خلال كثرة إبرامه في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، أولوجود إهتمام جماهيري به، أو أن بعض العقود باتت تشكل موردا ماليا مهما لكثير من الأشخاص والهيئات، كما في عقود إنتقال اللاعبين المحترفين، وعقد الفندقة، وعقد الرحلة السياحية، وعقود خدمات المعلومات.

٣١. الحيازة في المنقول سند الحائز وليست سند الملكية

في البداية لابدّ من التعرّف على دور الحيازة في كسب الملكية في بعض القوانين العربية، إذ لم يتضمن كل من القانونين المدني المصري والمدني السوري نصاً خاصاً لتعريف الحيازة، بعكس القوانين المدنية الاخرى، فقد نصت المادة (١١٤٥) من القانون المدني العراقي في فقرتها الاولى على ان : (١- الحيازة، وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق). ونصت الفقرة (١) من المادة (١١٧١) مدني اردني على ان (١- الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه او بواسطة غيره على شيء او حق يجوز التعامل فيه). ويلاحظ على النصين انهما لم يبرزا الركن المعنوي للحيازة الذي يتمثل في نية استعمال حق من الحقوق، بمعنى ان يكون الحائز واضعاً اليد على الشيء المحوز بقصد تملكه او بقصد ادعاء اي حق عليه، وهذا الركن هو الذي يميز الحيازة الحقيقية عن الحيازة العرضية، لان الحائز العرضي انما يباشر الحيازة بطريق الانابة عن صاحب اليد

الحقيقية[1]. كذلك فان نص المادة (٩٠٥) مدني كويتي لم يبرز هذا الركن، بل انه بيّن الصفة التي يظهر بها الحائز للشيء على هذا الشيء، حيث جاء فيه ان : (الحيازة، هي سيطرة شخص بنفسه او بواسطة غيره، على شيء مادي، ظاهراً عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني اخر، بان يباشر عليه الاعمال التي يباشرها عادة صاحب الحق). ويبدو على جميع النصوص المذكورة سابقاً انها اخذت بالنظرية المادية للحيازة وهجرت، بهجرها الركن المعنوي، النظرية الشخصية[2].

اما القانون المدني اليمني، فقبل ان نذكر تعريفه للحيازة، نرى من الجدير بالذكر ان نشير إلى ان المشرع اليمني بدلاً من ان ينظم الحيازة في الباب الخاص باسباب كسب الملكية، نظم احكامها، في الكتاب الثالث من القانون المدني الخاص بالعقود المسماة، فقد وزع هذا الكتاب على ستة اقسام، تناول في الاول، العقود التي تقع على الملكية وفي الثاني، العقود التي ترد على المنفعة والعمل، وفي الثالث عقود الضمان (

---

[1] لاحظ : محمد عبداللطيف، الحيازة واثارها في التفتيش المدني المصري، من منشورات محكمة أسكندرية الأبتدائية، ١٩٥١، ص١١ .

[2] لمعرفة مضمون النظريتين الشخصية والمادية، لاحظ : د. السنهوري، الوسيط، ج٩، مرجع سابق ، ص٨٠٣ وما بعدها .

التوثيقية)، وفي الرابع عقود التضامن الاجتماعي، وفي الخامس عقود الغرر، اما القسم السادس فخصصه لما اسماه: الثبوت (الحيازة) والغصب، ثم جزأه على بابين تناول في الثاني الغصب، اما الباب الاول فخصصه للثبوت (الحيازة وآثارها). ونحن نتساءل هنا ما هو وجه الربط بين هذا القسم والاقسام الاخرى التي تناولت بالتنظيم عقوداً مدنية معينة ؟ وهل ان الحيازة عقد مدني مسمى؟ ام ان الغصب هكذا؟!. على كل حال، فان القانون المدني اليمني عرف الحيازة (الثبوت)، في المادة (١١١٠) منه بانها : (.. استيلاء الشخص على الشيء ووضع يده عليه منقولاً كان او عقاراً وهو نوعان / الاول: حيازة ملك ثبوت يتصرف بها الحائز في الشيء الذي يحوزه باي نوع من انواع التصرفات ظاهراً عليه بمظهر المالك وان لم يبين سبب ملكيته له فتكون يده مهما استمرت حيازة ملك ثبوت على الشيء. الثاني: حيازة انتفاع باجارة او نحوها يكون الشيء مملوكاً لغير حائزه الذي لا يكون له الا مجرد الانتفاع بالشيء انتفاعاً مؤقتاً طبقاً لسبب انشائه). ويلاحظ على المشرع اليمني انه عرف الحيازة بالاستيلاء، ولم يذكر في التعريف الحيازة بالانابة، ولم يذكر ايضاً العنصر المعنوي للحيازة المتمثل بالقصد، لكن اشترطه في المادة (١١١١) منه

التي نصت على انه: (يشترط في حيازة الملك (الثبوت) ما يأتي :

١- القصد، بان يكون الحائز للشيء على قصد منه انه مالك له دون غيره، ويعرف القصد بقرائن الحال التي تدل على ذلك بان يتصرف في الشيء المحوز تصرف الملاك.

٢- ان يجاهر الحائز للشيء بملكيته اذا ما نازعه فيه منازع وان يتمسك بذلك امام القضاء في مواجهة من ينازعه في ملكيته.

٣- ان لا تقترن الحيازة باكراه المالك او من يمثله او منازعته.

٤- عدم الخفاء بان لا تحصل الحيازة خفية اي ان لا يكون فيها لبس كأن يكون الحائز خليطاً للمالك او ممثلاً شرعياً له بالولاية او الوصايا او الوكالة او يكون مخولاً حيازة الشيء حيازة انتفاع او نحو ذلك).

وهذه المادة تتعرض لشروط حيازة الملك في ذاتها، وهذه الشروط معروفة في القوانين المدنية الاخرى، ومذكورة في المواد (٩٤٩ مصري)، (٩٠٧ سوري)، (٢/١١٤٥، ١١٤٦ عراقي)، (١١٧١ / ٣، ١١٧٢ اردني)، (٩٠٧، ٩١١ كويتي).

من هذه المواد يتضح ان الحيازة تقوم على ركنين، تتحقق بهما، ومن بعد ذلك فهي لا تنتج اي اثر قانوني مالم تتوافر

فيها شروط معينة، وركنا الحيازة كما بينا سابقاً، هما المادي والمعنوي، ويراد بالركن المادي، السيطرة الفعلية على الشيء او الحق، ويراد بالركن المعنوي للحيازة القصد التي عبرت عن معناه الفقرة (٢) من المادة (١١١١) مدني يمني المارة الذكر[١]. اما الشروط العامة للحيازة، فهي:

الشرط الاول: عدم قيام الحيازة على مجرد عمل من اعمال الاباحة أو التسامح.

اذ ان اعمال الاباحة او التسامح لا تؤسس حيازة قطعاً، ويقصد باعمال الاباحة، الاعمال التي يباشرها الشخص في حدود حق مقرر له بحيث لا يتضمن تعدياً على ملك الغير، ولهذا فلا تصلح ان تكون اساساً لحيازة منتجه لاثار قانونية. اما اعمال التسامح، فهي تلك التي يأتيها الشخص على ملك الغير ويتحملها هذا الغير بالرغم مما فيها من تعد، تسامحاً منه، كما هو الحال في الامور التي يقتضيها حسن الجوار، وهذه الاعمال لا تصلح كذلك لتأسيس حيازة قانونية، وبكل هذه الاعمال ينتفي الركن المعنوي للحيازة [٢].

---

(١) للتفاصيل لاحظ : محمد عبداللطيف، مرجع سبق ذكره، ص ٨ وما بعدها . كذلك : د.السنهوري، الوسيط، ج٩، مرجع سبق ذكره، ص٧٩١ وما بعدها.

(٢) لاحظ : د. سعيد عبدالكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي، (الحقوق العينية الاصلية)، دار الحرية للطباعة، بغداد ١٩٧٣، ط١، ص١٩٩ .

الشرط الثاني: استمرارية الحيازة وعدم انقطاعها [1]: والحيازة تكون مستمرة اذا استمر الحائز للشيء بالاعمال اللازمة لمزاولة الحق الذي يدعيه في اوقات متقاربة لا تتخللها فترات انقطاع غير عادية، وذلك بحسب ما تسمح به طبيعة الشيء الذي ترد عليه الحيازة، كقيام الحائز بقطف ثمار البستان كلما تهيأ له منها ما يصلح للاقتطاف، كما ان الحيازة تبقى مستمرة وان عاقها مؤقتاً مانع طبيعي او قوة قاهرة [2].

الشرط الثالث: خلو الحيازة من العيوب : وعيوب الحيازة هي :

أ- الاكراه: ويعني حصول الحائز على الحيازة بالقوة او التهديد سواء كان صادراً منه او من احد الذين يعملون باسمه [3].

ب- الخفاء: ويعني ان الحائز لا يظهر سلطاته على الشيء المحوز امام من لهم مصلحة في العلم بها [4].

---

(1) لاحظ المادتين (٩٠٩ سوري)، (١١٧٣ اردني) قارنها بالمادتين (٩٥٧ مصري)، (١١١٤ يمني).

(2) لاحظ : د. سعيد عبدالكريم مبارك، مرجع سبق ذكره، ص ٢٠٠ .

(3) لاحظ التفاصيل : المرجع السابق ص ٢٠٢ وما بعدها .

(4) لاحظ التفاصيل : المرجع السابق ص ٢٠٢ وما بعدها .

جـ- اللبس (الغموض): اي ان الحيازة تحتمل اكثر من تأويل، كما لو قام الشك حول ما اذا كان الحائز يحوز الشيء بوصفه المالك او صاحب حق عيني عليه، ام انه يحوزه لحساب غيره، وعيب الغموض هو عيب يشوب الركن المعنوي للحيازة (بعكس العيبين السابقين اللذين يتعلقان بالركن المادي)، كما انه عيب نسبي ومؤقت[٥].

اذا تحققت الاركان والشروط السابقة، نكون امام حيازة قانونية يرتب عليها القانون اثراً معيناً. لكن ما هو الاثر الذي يرتبه القانون على هذه الحيازة ؟ هناك اتجاهان في القوانين المدنية، الاول: ويتمثل بالقانون المدني المصري الذي عد الحيازة سبباً خالصاً لكسب الملكية، وقد تبع القانون المدني السوري المشرع المصري في هذا الاتجاه، وتأثر به المشرع الكويتي، الثاني: ويتمثل بالقانون المدني العراقي الذي عد الحيازة قرينة على الملكية تمنع سماع دعوى الملك من احد ضد الحائز، وهي اما ان تكون قرينة قانونية بسيطة او قاطعة على الملكية، وقد سلك هذا النهج ايضاً كل من القانونين المدني الاردني والمدني اليمني. عليه فالحيازة تلعب دورين في الملكية، فهي اما ان تكون سبباً مباشراً للملكية واما ان

---

[٥] المرجع السابق، ص ٢٠٣ .

تكون قرينة قانونية عليها، لذا نرى من المفيد معالجة كل اتجاه على حده بشيء من التفصيل:

الاتجاه الاول: الحيازة سبب من اسباب كسب الملكية :

تعد الحيازة على وفق هذا الاتجاه سبباً لكسب الملكية في العقار والمنقول سواء كانت الحيازة بحسن نية او بسوء نية[1]، ومع ذلك فان دور الحيازة في اثبات الملكية لا ينعدم كلياً في هذا الاتجاه. وفيما يأتي معالجة كسب الملكية بالحيازة على وفق هذا الاتجاه، ثم نسلط الضوء على دور الحيازة في اثبات الملكية.

نصوص القانون المصري:

أ / حيازة العقار او المنقول بسوء نية: نصت المادة (٩٦٨) مصري على انه: (من حاز منقولاً او عقاراً دون ان يكون مالكاً له، او حاز حقاً عينياً على منقول او عقار دون ان يكون هذا الحق خاصاً به، كان له ان يكسب ملكية الشيء او الحق العيني اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة).

---

[1] نصت المادة (٩٦٥) مدني مصري على انه : (١- يعد حسن النية من يجوز الحق وهو يجهل انه يعتدي على حق للغير، الا اذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم فان علم انه يعتدي على حق الغير او اذا كان لا يعلم بسبب خطأ جسيم صدر منه، فيعد سيء النية). لاحظ كذلك نص المادة (١١٤٨) مدني عراقي والمادة (١١٧٦) مدني اردني والمادتين (٩١٤، ٩١٥) مدني كويتي .

عليه فان الشخص الذي يحوز منقولاً او عقاراً ليس له فيه حق، اي لم تستند حيازته الى سبب صحيح، وكان سيء النية، فانه يعد مالكاً له اذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة [٢].

ب / حيازة العقار بحسن نية : نصت المادة (٩٦٩) مدني مصري على انه:(١-اذا وقعت الحيازة على عقار او على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته الى سبب صحيح، فان مدة التقادم المكسب تكون خمس سنوات. ٢-ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقي الحق. ٣-والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء او صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم، ويجب ان يكون مسجلاً طبقاً للقانون). عليه فان حائز العقار الحسن النية المستند في حيازته بذات الوقت الى سبب صحيح

---

(٢) لاحظ كذلك المادة (٩١٧) مدني سوري علماً انها تشترط في العقارات عدم تسجيلها في السجل العقاري . اما القانون المدني الكويتي فقد نص في المادة (٩٣٥) منه على انه : (من حاز عقاراً او منقولاً ظاهراً عليه بمظهر المالك او صاحب حق عيني آخر، واستمرت حيازته مدة خمس عشرة سنة، اعتبرت حيازته دليلاً على الحق، ويحكم له به، اذا انكر حق الغير فيه وادعاه لنفسه، ولو لم يبين سبب كسبه). ولما كان المشرع الكويتي كالمصري لم يشترط عدم التسجيل بالنسبة للعقار فانه عد الحيازة مع التقادم المكسب الطويل دليلاً على الملكية بشرط انكار الحائز لحق الغير . وهو ان اختلف مع المشرع المصري في ذلك، وافقه في عد الحيازة سبباً للملكية .

بالمعنى الذي حدده القانون، يكسب ملكية العقار بمضي خمس سنوات بدلاً من خمس عشرة سنة [1].

جـ/ حيازة المنقول بحسن نية: نصت المادة (٩٧٦) مدني مصري على انه: (١- من حاز بسبب صحيح منقولاً او حقاً عينياً على منقولٍ او سنداً لحامله فانه يصبح مالكاً له اذا كان حسن النية وقت حيازته. ٢- فاذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توافر لدى الحائز في اعتباره الشيء خالباً من التكاليف والقيود العينية، فانه يكسب الملكية خالصة منها. ٣- والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقم الدليل على عكس ذلك). عليه فان حائز

---

(١) لاحظ كذلك المادة (٩١٨) مدني سوري،علماً انها اشترطت في العقارات عدم تسجيلها في السجل العقاري، كما ان الفقرة (٣) من هذه المادة الخاصة بتعريف السبب الصحيح غير موافقة للفقرة (٣) من المادة (٩٦٩) مصري، حيث عرفت الفقرة السورية السبب الصحيح بانه : (سند او حادث يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل التالية : الاستيلاء على الاراضي الموات، انتقال الملك بالارث او الوصية، الهبة بين الاحياء بدون عوض او بعوض، البيع او الفراغ) . اما القانون المدني الكويتي فلم يميز بين حيازة العقار بحسن نية وحيازته بسوء نية، ومدة التقادم المكسب واحدة فقط وهي المشار اليها في المادة (٩٣٥) منه المارة الذكر .

المنقول بسبب صحيح وحسن نية يصبح مالكاً له من دون ان تقف هذه الملكية على مضي مدة معينة [٢].

هكذا يتضح ان الحيازة تعد على وفق هذا الاتجاه الذي يمثله القانون المدني المصري سبباً لكسب الملكية، وقد اخذ بهذا الاتجاه مشرع كل من القانونين المدني السوري والمدني الكويتي. لكن، مع ذلك، فان هذا الاتجاه لم يعدم للحيازة دورها الاخر في اثبات الملكية، والا فما هو تفسير نص المادة (٩٦٤) مدني مصري الذي جاء فيه انه : (من كان حائزاً للحق اعتبر صاحبه حتى يقوم الدليل على العكس) [٣].

ذهب بعض الفقهاء الى القول: [٤] (ان طرق اثبات الملكية تقسم الى قسمين: طرق اثبات دلالتها يقينية وطرق اثبات دلالتها ظنية، فالطرق الاولى هي السجل العيني والتقادم والحيازة، والطرق الاخرى هي قرائن... تثبت احتمالات راجحة... وقد تتعارض طرق الاثبات، فاذا قدم كل من

---

[٢] لاحظ نص المادة (٩٢٧) مدني سوري، وهي مطابقة للمادة (٩٧٦) مصري، وقد وافق مشرع القانون المدني الكويتي الحكم الوارد في القانونين المصري والسوري، وذلك في المادتين (٩٣٧، ٩٣٨) منه .

[٣] نصت المادة (٩٢٣) مدني كويتي على انه : (من حاز شيئاً ظاهراً عليه بمظهر المالك او صاحب حق عيني آخر، اعتبر هو المالك أو صاحب الحق مالم يثبت العكس).

[٤] د. السنهوري، الوسيط، ج٩، مرجع سبق ذكره، ص٩٥٤.

الخصمين في الدعوى (دعوى الملكية) طرق اثباته وتعارضت هذه الطرق، فهناك طريقان قاطعاً الدلالة في الملكية هما السجل العيني والتقادم المكسب، فمتى استطاع الخصم ان يثبت ملكيته عن طريق السجل العيني، اذا كان هذا السجل سارياً في المنطقة التي فيها العقار المتنازع فيه، كان هو المالك، فاذا لم يكن السجل العيني سارياً، واستطاع الخصم ان يثبت انه يملك العقار المتنازع فيه بالتقادم، كان هو المالك، فاذا لم يكن السجل العيني سارياً، ولم يستطع الخصم ان يثبت الملكية بالتقادم، فالصورة المألوفة التي تبقى بعد ذلك ان يكون المدعى عليه هو الحائز للعقار، فيتمسك بالحيازة قرينة قانونية على انه هو المالك، ويلقي على عاتق خصمه عبء دحض هذه القرينة، فاذا لم يقدم المدعي قرينة تدحض قرينة الحيازة، رفضت دعواه وبقي الحائز على حيازته، اما اذا قدم المدعي قرينة تعارض قرينة الحيازة، من سند تمليك او دفع ضرائب او غير ذلك، وقدر القاضي ان القرينة التي قدمها المدعي تدحض قرينة الحيازة، حكم للمدعي بالملكية). وهذا ما يتعلق بحيازة العقار التي تقترن عادة بالتقادم كي تنتج آثارها القانونية، علماً ان التقادم في القانون المدني المصري ليس مجرد قرينة قانونية غير قابلة لاثبات العكس على ان الحائز هو المالك للعين التي حازها

المدة اللازمة للتقادم، بل هو سبب مباشر لكسب الملكية [1]، ولذلك مكن المشرع المصري الحائز الذي يكسب الملكية بالتقادم ان يتمسك بكسبها عن طريق الدفع او عن طريق الدعوى، فاذا رفع عليه المالك دعوى الاستحقاق دفع دعواه هذه بالتمسك بالتقادم، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدفع، كذلك يستطيع ان يتمسك بكسب الملكية بطريق الدعوى، فلو ان العين بعدما تملكها بالتقادم المكسب خرجت من حيازته فانه يستطيع ان يرفع دعوى الاستحقاق على من آلت اليه الحيازة ويتمسك بالتقادم المكسب سبباً لكسب الملكية، فيكون التمسك بكسب الملكية هنا بطريق الدعوى [2].

اما ***حيازة المنقول***، فلها دوران كذلك، طريق للاثبات وسبب لكسب الملكية، اما طريق الاثبات، فيظهر اذا كان النزاع بين حائز المنقول ومن تلقى الحائز منه الحيازة، ويكون هذا الاخير في العادة هو المالك، و يستوي في ذلك ان يكون الحائز حسن النية او سيئها. واما ان حيازة المنقول سبب لكسب الملكية، فان ذلك انما يكون اذا كان حائز المنقول قد تعامل مع غير المالك وتلقى وهو حسن النية الحيازة منه،

---

(١) د. السنهوري، المرجع السابق، ص١٠٧٠ .

(٢) المرجع السابق، ص ١٠٧٢ .

فتكون الحيازة سبباً لكسب الحائز ملكية المنقول [1]، بعبارة اخرى: فان الحائز عندما يكون مصدر حيازته تصرف او واقعة سبب المالك في احداثها ولم تكن بطبيعتها ناقلة للملكية، واختلف الاثنان على ماهية الحيازة فقال الحائز بانه حائز ملك استناداً الى ان التصرف او الواقعة المنشئة للحيازة نقلت ملكية الشيء من المالك اليه (الى الحائز)، وقال المالك ان الحيازة عرضية على اعتبار ان العقد كان ايجاراً او ايداعاً او اعارة او رهناً او ما الى ذلك، فالحيازة قرينة بسيطة على الملكية وهذا هو دور الحيازة في اثبات ملكية المنقول، اما اذا كان الحائز قد حاز الشيء بتصرف او واقعة تسبب بها غير المالك للشيء قبل ان يدخل في حيازة الحائز، فان الحيازة سوف تكون سبباً للملكية بشرط اقترانها بحسن النية وبسبب صحيح، في حين انه لا يجب حسن النية في دور الحيازة في اثبات الملكية.

الاتجاه الثاني: اقتصار دور الحيازة على كونها قرينة قانونية على الملكية

فضلاً عن كون الحيازة تعد في هذا الاتجاه الذي يمثله القانون المدني العراقي، قرينة قانونية بسيطة في اثبات

([1]) المرجع السابق، ص ١١٢١ .

الملكية، شأنها في ذلك شأن الحيازة في الاتجاه الاول، فانها تعد قرينة قانونية قاطعة على ان الحائز هو المالك للعين التي يحوزها. وفيما يأتي شرح ذلك في ضوء نصوص القانون المدني العراقي :

نصوص القانون العراقي :

اولاً... الحيازة قرينة قانونية بسيطة في اثبات الملكية :

- نصت المادة (١١٥٧) مدني عراقي على انه: (١- من حاز شيئاً اعتبر مالكاً له، حتى يقوم الدليل على العكس. ٢- واذا ادعى الحائز ان حيازته منصبة على حق شخصي او حق عيني غير الملكية، اعتبرت الحيازة قرينة على وجود هذا الحق حتى يقوم الدليل على العكس، ولكن لا يجوز للحائز ان يحتج بهذه القرينة على من تلقى منه الحيازة) [٢]. ويعني ذلك ان الحيازة انما تكون قرينة على الملكية اذا لم تكن هناك علاقة استخلاف بين مدعي الملكية والحائز، اما اذا كان هذا خلفاً لذاك فلا يجوز ان يحتج الخلف على السلف الا بالاتفاق الذي انتقلت بمقتضاه الحيازة، فالمستأجر - مثلاً - لا يستطيع ان يتخذ من الحيازة المادية قبل المؤجر قرينة على الحيازة القانونية، ثم من هذه قرينة على الملكية، بل ان عقد

([٢]) لاحظ المادة (١١١٨) مدني يمني والفقرة (٢) من المادة (١١٨٩) مدني اردني التي قصرت هذه القرينة البسيطة على حيازة المنقول فحسب .

الايجار هو الذي يحدد العلاقة فيما بين المؤجر والمستأجر بالنسبة للحيازة، فيكون المستاجر بناء على هذا العقد حائزاً لا لحق الملكية بل لحق شخصي هو حقه كمستأجر [1].

وفيما عدا ذلك، فان حكم الحيازة بوصفها قرينة بسيطة في القانون العراقي لا يختلف عما سبق ذكره في القانون المصري.

ثانياً... الحيازة قرينة قانونية قاطعة لمصلحة الحائز تدفع عنه دعوى الملكية من الغير :

أ / حيازة العقار او المنقول بسوءنية : نصت الفقرة (١) من المادة (١١٥٨) مدني عراقي على انه (١- من حاز منقولاً او عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري باعتباره ملكاً له او حاز حقاً عينياً على منقول او حقاً عينياً غير مسجل على عقار واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة، فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد ليس بذي عذر شرعي)[2]. من هذا النص يتضح ان الحيازة بسوء نية الواقعة على منقول او على عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، كي تنتج اثرها لابد من ان

---

(١) د. السنهوري، مرجع سبق ذكره، ص ٩٥٥، هامش ٣ .

(٢) لاحظ المادة (١١٨١) مدني اردني (مطابق) . وللقانون المدني اليمني موقف خاص وان كان يتفق في عمومه مع منهج المشرع العراقي .

تكون:[٣] ١- حيازة بسوء نية واردة على عقار غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري او على منقول.

٢- ان تكون حيازة قانونية.

٣- ان تستمر الحيازة دون انقطاع مدة خمس عشرة سنة.

٤- انكار الحائز لدعوى الملك او دعوى الحق العيني من احد ليس بذي عذرٍ شرعي[٤].

فاذا تحققت هذه الامور جميعها امتنع على الغير مداعاة الملكية على ما يحوزه الحائز.

ب / حيازة العقار بحسن نية: نصت الفقرتان (٢، ٣) من المادة (١١٥٨) مدني عراقي على انه: (٢- واذا وقعت الحيازة على عقار او حق عيني عقاري، وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري، واقترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته الى سبب صحيح، فان المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات، ولا يشترط توافر حسن النية الا وقت تلقي الحق. ٣- والسبب الصحيح هو سند او حادث يثبت حيازة العقار باحدى الوسائل التالية :

---

(٣) للتفاصيل لاحظ : محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، مرجع سابق ، ص ٢٢٤ وما بعدها .

(٤) وهذا يعني ان تمسك الحائز بالتقادم المكسب يقتصر على طريق الدفع دون طريق الدعوى بخلاف ما رأيناه في الاتجاه الاول .

أ- الاستيلاء على الاراضي الموات. ب- انتقال الملك بالارث او الوصية. جـ - الهبة د- البيع او الفراغ)[1]. وهذا يعني ان حسن نية الحائز واستناده في حيازة العقار الى سبب صحيح، قصر مدة التقادم الى خمس سنوات بدلاً من مدة خمس عشرة سنة، علماً ان السبب الصحيح في القانون العراقي محصور في الوسائل الاربعة المذكورة انفاً، ولا يشترط تسجيله بخلاف ما كان عليه بالنسبة للقانون المصري.

جـ / حيازة المنقول بحسن نية : نصت المادة (١١٦٣) مدني عراقي على انه: (١- من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد. ٢- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح، مالم يقم الدليل على عكس ذلك)[2]. وهنا - على وجه الخصوص- تكمن التفرقة بين الاتجاهين الاول والثاني، فالاتجاه الاول اخذ بصورة صريحة بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية) عن طريق المادة (٩٧٦) مدني مصري، اما المشرع العراقي فيلاحظ انه لم يأخذ بهذه القاعدة كما هي، وانما عمد الى

---

(1) المادة (١١٨٢) مدني اردني موافقة لنص المادة (١١٥٨/ ٢، ٣) مدني عراقي، لكن مدة التقادم المكسب القصير هي سبع سنوات .

(2) لاحظ المادة (١١٨٩) مدني اردني (موافقة للمادة العراقية) .

تغيير الحكم الايجابي الوارد فيها والقاضي بأن (الحيازة سند الملكية) الى حكم سلبي يقضي بـ (عدم جوازسماع دعوى الملكية ضد الحائز)، ولذلك فالقاعدة التي اقرها المشرع العراقي تكون (لا تسمع على الحائز دعوى الملكية في المنقول)[٣]، وهي تمثل قرينة قانونية قاطعة على ان الحائز مالك المنقول المحوز. واذا طبقنا التحليل الذي خلص به جانب من الفقه المصري[٤] على دوري الحيازة في الاثبات وكسب الملكية، خرجنا بنتيجة مفادها ان الحائز اذا تنازع مع مالك الشيء (المنقول) الذي تلقاه منه، فان حيازته تعد قرينة قانونية بسيطة على ملكيته، يمكن لذلك المالك ان يدحضها بطرق اخرى تقدرها المحكمة، و يستوي في ذلك ان تكون حيازة الحائز بحسن نية او بسوئها. اما اذا تنازع الحائز مع من تلقى الحيازة منه وكان هذا الاخير غير مالك للمنقول المحوز، فان حيازة الحائز تعد قرينة قانونية قاطعة على انه مالك لذلك المنقول يصد بها ادعاء الغير الملكية عليه، شريطة ان يكون الحائز حسن النية ومستنداً في حيازته إلى سبب صحيح.

---

[٣] د. سعيد عبدالكريم مبارك ، شرح القانون المدني ، مرجع سبق ذكره، ص ٢٢٨-٢٢٩.

[٤] د. السنهوري، الوسيط، ج٩، مرجع سبق ذكره، ص ١١٢١.

لكن الا ترى ان الفقرة (٢) من المادة (١١٦٣) مدني عراقي المتضمنة لقرينة قانونية بسيطة، تدحض القول بأن الحيازة في المنقول بحسن النية وسبب صحيح قرينة قانونية قاطعة على الملكية ؟ بالتاكيد الجواب يكون بالنفي، لان القرينة التي تضمنتها الفقرة (٢) من المادة (١١٦٣) عراقي هي قرينة الحيازة البسيطة على وجود السبب الصحيح وتوافر حسن النية، ولعل العلة في تقريرها، هي اعفاء الحائز من عبء اثبات ان حيازته بحسن نية وسبب صحيح، فمن يدعي خلاف ذلك فعليه اثبات ان الحائز لا يحوز الشيء بحسن نية او بسبب صحيح [1]، ومع ذلك فانه اذا افلح الغير مدعي الملكية اثبات ان الحائز سيء النية او انه لا يستند في حيازته الى سبب صحيح، فان القاعدة المنصوص عليها في المادة (١١٦٣) عراقي سوف لا تسعف الحائز في شيء، لان القرينة القانونية القاطعة للحيازة كدليل على الملكية مستندة الى توافر شروط

---

(١) وهذا الامر يقتضيه العمل بالقاعدة التي نص عليها المشرع العراقي في قانون الاثبات النافذ ذي الرقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ في المادة (٧) منه والقائلة (البينة على من ادعى واليمين على من انكر) والمدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر والمنكر من يتمسك بابقاء الاصل، وبما ان مدعي الملكية يدعي خلاف الظاهر فرضاً فعليه يقع عبء الاثبات . (للتفاصيل حول الظاهر فرضاً، لاحظ : الاستاذ عباس العبودي، احكام قانون الاثبات المدني العراقي، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٩١، ص٧٧).

معينة، لا تنهض الا بنهوضها جملة ومن بينها حسن النية والسبب الصحيح. ومن المعلوم – اصولاً – ان الشرط هو ما يلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم او عدمه [٢]، عليه فان دحض قرينة الحيازة البسيطة الدالة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح، يؤدي الى انعدام فائدة قاعدة الحيازة في المنقول بحسن النية، فلا يبقى بعدئذٍ للحائز من مسعف الا الدفع بالتقادم المكسب الطويل، وهذه الحالة مقتصرة على مضي مدة لا تقل عن خمس عشرة سنة على حيازته للمنقول دون انقطاع.

و القانون المدني الاردني يوافق القانون المدني العراقي في نهجه عدا ان مدة التقادم القصير في القانون الاردني سبع سنوات، في حين انها خمس سنوات في القانون العراقي. لكن ما هو موقف القانون المدني اليمني ؟

من نصوص المواد (١١١٨-١١٢٤) مدني يمني، يلاحظ ان هذا القانون قد عد الحيازة قرينة قانونية بسيطة على الملكية، وقد نظم بشكل مفصل للغاية حالة الاختلاف في ملكية الشيء (عائديته) بين الحائز (ذو اليد الثابتة) والغير (الذي يسميه

---

[٢] الشيخ محمد بن ياسين بن عبدالله، علم اصول الفقه، دار الكتب، جامعة الموصل، ١٩٨٧، ص ١٢٠.

الخارج)[1]، وتناول بالتنظيم حالة التعارض بين البينات والمستندات والادلة والقرائن المقدمة من كلا الخصمين، وكأني بهذا التنظيم، قانون البينات لا قانون يحكم ذات الحقوق واحكامها !! ومع ذلك فان المادة (١١٢٥) يمني، تسترعي التوقف لشرحها، فقد نصت هذه المادة على انه :(لا تسمع دعوى الملك من حاضر على ذي اليد الثابتة الذي يتصرف تصرف المالك لا مطالبه ولا قرابة ولا مصاهرة ولا ظروف غير عادية تسود فيها الفوضى او التغلب ويتعذر فيها الوصول الى الحق وذلك بعد مضي ثلاثين سنة من يوم وضع اليد. والعبرة في اعتبار الشخص غائباً عن البلد هي بوجوده خارجها طوال المدة المقررة ويعتبر حاضراً اذا كان متردداً اليها). ومعنى هذه المادة، انه اذا كان هناك حائز لعين معينة مملوكة لشخص معين او يدعي – فيما بعد – ملكيته لها، وكان حاضراً طوال مدة حيازة الحائز لذلك الشيء سواء كان منقولاً او عقاراً، وسواء كان الحائز حسن النية او سيئها، وسواء استند في حيازته إلى سبب صحيح او لم يستند،

---

[1] وهذه المسميات مأخوذة من بعض كتب الفقه الاسلامي، فالحائز هو صاحب الحق، وهو من كان المدعي به في يده، ويسمى (الداخل)، والذي ينازعه حيازته يسمى (الخارج) . (نقلاً عن : د. محمد سعود المعيني، النظرية العامة للتقادم في الفقه الاسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٩، ص٣٠) .

وبالرغم من كونه حاضراً غير غائب عن البلد وباستطاعته مطالبة الحائز بالملكية فلم يفعل ولم تكن هناك بينه وبين الحائز قرابة او مصاهرة تمنعه - ادبياً - من مطالبته ولم تكن هناك ظروف استثنائية يغلب فيها الفوضى والتغلب وينتشر فيها الظلم، بان يحوز الحائز الشيء غصباً دون ان يتمكن المالك المطالبة بحقه [٢]، فاذا تحققت كل الامور السابقة ومضى على حيازة الحائز للشيء ثلاثون سنة من يوم وضع اليد، فان دعوى الملك من ذلك الغير لا تسمع ضد الحائز، بشرط - كما اسلفنا - ان يكون المدعي حاضراً اي موجوداً في البلد طوال المدة المقررة او كان متردداً اليها.

وغاية مافي الامر، ان القانون المدني اليمني، وان كان لا يميز بين حيازة العقار وحيازة المنقول، وكل من الحيازتين بحسن نية او بسوئها، الا انه اقرب الى منهج المشرع العراقي منه الى المشرع المصري، والحيازة بموجبه تعد قرينة قانونية قاطعة على الملكية بشروط هي :

أ- ان تكون حيازة الشخص للشيء حيازة قانونية متوفرة الاركان والشروط.

---

(٢) وهذه الامور كلها اسباب تمثل اعذاراً شرعية يوقف معها سريان مدة التقادم، (للتفاصيل لاحظ : د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج٢، احكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧، ص ٥١١ وما بعدها) .

ب- ان تستمر الحيازة مدة ثلاثين سنة من يوم وضع اليد، دون انقطاع توجبه المطالبة، او وقف لوجود عذر شرعي متمثل بوجود قرابة او مصاهرة بين الحائز وصاحب الحق، او لظهور موانع مادية حالت دون قيام صاحب الحق بالمطلبة بحقه، كحصول الفوضى او تغيب صاحب الحق غيبه غير متقطعة.

هذا هو دور الحيازة في كسب الملكية في كل من الاتجاهين التشريعيين، الاول الذي يتزعمه، القانون المدني المصري، وسلك طريقه كل من القانونين المدني السوري والمدني الكويتي. والثاني الذي يتزعمه، القانون المدني العراقي، الذي سلك طريقة كل من القانونين المدني الاردني والمدني اليمني.

لكن ما هو الفرق بين الاتجاهين السابقين ؟ بمعنى انه ما الفرق فيما لو كانت الحيازة سبباً بحد ذاتها للملكية، ام انها قرينة قانونية قاطعة على ملكية الحائز لما يحوز ؟

بموجب الاتجاه الذي يذهب الى عد الحيازة قرينة قانونية قاطعة على الملكية، وعلى الاخص فيما يتعلق بالمنقول، فان الحائز يستطيع على وفق هذه القرينة ان يرد دعوى الاستحقاق التي ترفع عليه من المالك السابق، فالحيازة، على هذا الاساس، لا تكسب بذاتها الملكية للحائز، ولكنها تفترض ان الحائز يملك المال المحوز ملكية موجودة من قبل، وليست

الحيازة سوى قرينة على وجودها، وهذه القرينة لا يقبل من مدعي الاستحقاق دحضها باثبات العكس، فيقف الاخير امام هذه القرينة القاطعة، عاجزاً، وبالتالي يخسر دعوى الاستحقاق، ويحكم عليه برفضها، ويقضى للحائز بالملكية [1]. وبالرغم من ان هذا الاتجاه قد منح للحائز حماية قانونية جيدة، تتمثل في دفع اي ادعاء عليه بملكية ما يحوزه، الا ان هذه الحماية لا تصل الى تلك التي يمنحها القانون له على وفق الاتجاه الاخر الذي يذهب الى عد الحيازة بذاتها سبباً للملكية. اذ ان من المسلم به في القرائن القانونية القاطعة، ان من وجدت هذه القرينة القاطعة في مصلحته، له ان ينزل عنها بالاقرار او النكول عن حلف اليمين، فكل القرائن القاطعة غير متعلقة بالنظام العام قابلة للنقض بالاقرار او اليمين [2]، فالحائز على هذا الاساس، وان كانت حيازته للمال قرينة لا تقبل اثبات عكس ملكيته له، فانه معرض لخطر توجيه اليمين الحاسمة[3]

---

[1] د. السنهوري، الوسيط ج٩، مرجع سبق ذكره، ص ١١٤٧ .

[2] نصت المادة (١٠١) من قانون الاثبات العراقي النافذ على انه : (يجوز قبول الاقرار واليمين في نقض القرينة القانونية القاطعة التي لا تقبل اثبات العكس في الامور التي لا تتعلق بالنظام العام) .

[3] اليمين الحاسمة، هي قسم بالله يصدر من احد الخصمين على عدم صحة ما يدعيه الخصم الاخر، وهي التي تنتهي بها الدعوى (لاحظ : الفقرة (٢) من المادة (١١٤) من

اليه، او بالاقرار الضمني الذي قد لا يقصد منه ترتيب اثاره، فيخسر بذلك ما وفر له القانون من حماية، وبالتالي يخسر دفعه في رد دعوى الاستحقاق عليه.

اما بموجب الاتجاه الذي يذهب الى عد الحيازة سبباً بحد ذاتها للملكية، فهو بذلك ينشيء قاعدة موضوعية لا تقبل بطبيعتها النقض ولا الدحض ولو بالاقرار أوالنكول. وهنا يكمن الفرق بين القرينة القاطعة والقاعدة الموضوعية، فالقرينة القاطعة هي قاعدة اثبات لا قاعدة موضوعية، واذا كانت لا تقبل اثبات العكس، فانه يجوز دائماً نقضها بالاقرار او اليمين، اما القاعدة الموضوعية فلا يجوز نقضها حتى بالاقرار او اليمين، وهي، وان كانت تبنى، كالقرينة القانونية على الكثرة الغالبة من الاحوال، الا ان عامل الراجح الغالب الوقوع فيها يختفي وراءها فتستغرقه، ويكون منها بمثابة العلة من المعلول، فمتى تقررت القاعدة الموضوعية، توارت العلة خلفها ولم يعد لها بعد ذلك مجال للظهور، ومن ثم لا تجوز معارضة القاعدة الموضوعية بعلتها، فقد اختفت هذه

قانون الاثبات العراقي النافذ، ولاحظ كذلك : د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الاثبات، بغداد، ١٩٨٦، ط٢، ص٢٤١).

العلة واستغرقتها القاعدة، وهذا هو المعنى المقصود من ان القاعدة الموضوعية لا يجوز نقضها حتى بالاقرار او اليمين[1].

وبناءً على ما تقدم ذكره، فانه لو افترضنا ان ثمة نزاعاً قام بين حائز المنقول ومدعي الملكية عليه، فرفعت الدعوى بذلك امام القضاء العراقي او الاردني، ثم رفع مثل هذا النزاع امام القضاء المصري او السوري، فما سيكون الحكم في كلتا الحالتين ؟

بالنسبة إلى دعوى الاستحقاق المقامة امام القضاء العراقي او الاردني، فان مدعي الملكية لا يستطيع تقديم اي دليل لاثبات عكس ما تقرره القرينة القاطعة التي يعد بها الحائز مالكاً للمنقول الذي يحوزه، اللهم الا اذا كان الدليل قيداً

---

[1] د. السنهوري، الوسيط، ج٩، مرجع سبق ذكره، ص ١١٤٨، (ويمضي الاستاذ الكبير السنهوري، قائلاً :(صحيح ان الحيازة في المنقول قد تقوم قرينة قانونية على ملكية الحائز، ولكن ليس ذلك في الحيازة باعتبارها سبباً لكسب الملكية حين يتلقى الحائز المنقول من غير المالك ويرفع عليه المالك السابق دعوى الاستحقاق، بل في الحيازة باعتبارها طريقاً للاثبات حين يتلقى الحائز المنقول من المالك ويقع النزاع بينهما فيمن هو المالك، وعند ذلك تكون الحيازة قرينة قانونية، ولكنها مع ذلك لا تكون قرينة قانونية قاطعة، بل تقبل اثبات العكس، وللمالك ان يثبت، مثلاً، ان حيازة الحائز، حيازة عرضية، او ان هذه الحيازة لم تتوافر فيها الشروط المطلوبة) . لاحظ كذلك : د. عصمت عبدالمجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧، ص٢٣٤ وما بعدها)

خواطر مدنية ـ ـ ـ

بالتأكيد لا يستطيع، وان طلب، فان طلبه سترده المحكمة فيما لو ادركت ان قاعدة الحيازة في المنقول في القانون المصري او السوري او الكويتي، هي قاعدة موضوعية لا يجوز النزول عن الحق المقرر فيها، وبالتالي فان دعوى الاستحقاق ستكون واجبة الرد.

ان التدرج في الحماية القانونية واضح في كلا الاتجاهين، فالمشرع العراقي ومن سلك نهجه اراد ان يوفر نوعاً من الحماية للحائز، فجعل من حيازته للمنقول قرينة قاطعة على الملكية، اما المشرع المصري ومن سلك نهجه، فرجح الجانب الاوفر من الحماية للحائز، فوضع قاعدة موضوعية مفادها : ان الحائز للمنقول على وفق الشروط التي تناولناها = مالك له.

عليه فإن الحيازة في المنقول في القانون العراقي هي سند الحائز وليست سندا للملكية.

٣٢. تملّك الحائز حسن النيّة للثمار ، والمسؤولية عن الهلاك

سنعالج في هذه الفقرة تملّك الحائز حسن النّيّة للثمار ، وإعادة المصروفات ، والمسؤولية عن الهلاك، ومدى منطقية الاحكام الواردة في هذه الحلات الثلاث:

أ)-ذكرنا أنه من حاز مالاً منقولاً بحسن نية وبسبب صحيح عد مالكاً حتى يقوم الدليل على العكس ، لكن ما هو الحكم فيما لو قام الدليل على العكس بالنسبة للثمار التي جناها الحائز من الشيء المنقول المحاز في أثناء فترة حيازته له؟ فقد نص القانون المدني على أنه (يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته)[1] فمثلاً لو كان (أ) حائزاً لمجموعة من الأغنام، ثم حكم بها لـ(ب) فاستردها الأخير. فإن (ب) لا يلزم (أ) بأن يسلمه ثمن ما انتفع بها في أثناء مدة حيازته، فالثمار التي قبضها (أ) من الأغنام –

([1]) المادة (١١٦٥) مدني عراقي، وهي مستنبطة من القانون الفرنسي.

كاللبن والصوف- والمنافع التي استوفاها منها يتملكها بشرط[٢].

١. أن يكون حسن النية.

٢. أن يكون قابضاً فعلياً للزوائد والثمار[٣] ومستوفياً للمنافع.

٣. أن يكون ما قبضه وما استوفاه كله في أثناء مدة حيازته هذا بالنسبة للحائز حسن النية، أما الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً منذ الوقت الذي يصبح فيه سيء النية عن جميع الثمار التي يقبضها والتي قد قصّر في قبضها، غير أنه يجوز له أن يسترد ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار[٤].والحكم الذي اورده المشرع بشان تملك الثمار هو حكم منطقي.

([2]) د.سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني ، مرجع سبق ذكره، ص٢٣٣، د.علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني ، (الحقوق العينية)، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩.، ص٢٢٩.

([3]) وهنا علينا أن نميز بين الثمار والمنتجات فالثمار هي المحصولات التي تتجدد في الشيء كلبن الأغنام وفاكه البستان أما المنتجات فهي المحصولات التي لا تتجدد في الشيء باعتبارها جزء منه إذ لابد من نفاذها يوماً من الأيام كالمعادن من الأرض وغيره، لذا فالحائز يملك الثمار ولا يملك المنتجات راجع في المعنى نفسه الاستاذ السنهوري، عقد الإيجار، دار الفكر (بدون سنة طبع)، ص٢٤. كذلك كتاب د.جعفر الفضلي، مرجع سبق ذكره، ص٢١.

([4]) المادة (١١٦٦) من القانون المدني.

ب))-أما بشأن المصروفات التي أنفقها الحائز على المنقول في أثناء مدة حيازته له فحكمها يختلف باختلاف أنواعها[1]:

١- المصروفات الاضطرارية:

وهي التي أنفقها الحائز لحفظ العين وصيانتها من الهلاك، ويكون المالك عند رد ملكه إليه ملزماً بدفع هذه المصاريف للحائز، ويبدو لنا أن المشرع العراقي لم يكن منصفاً في حكمه هذا ولربما جاء هذا نتيجة للجمع بين النقيضين، أحكام الفقه الإسلامي وأحكام القانون الفرنسي، فالمادة التي تحكم هذه المصروفات مأخوذة من الفقه الإسلامي تناقض المادة التي تحكم تملك الثمار بالحيازة بحسن النية المأخوذة من القانون الفرنسي، فالحائز يملك ثمار الشيء بموجب ما ذكرناه أعلاه. لذا وجب عليه أن يترك ما صرفه على الشيء للمالك تحقيقاً لمبدأ (الغرم بالغنم)[2] إلا أن العكس في قانوننا المدني هو

---

(1) المادة (١١٦٧) مدني عراقي وهي مستنبطة من الفقه الإسلامي.

(2) أي أن من ينال منفعة شيء ما يتحمل ضرره (لاح د.محي هلال السرحان، القواعد الفقهية، مطبعة أركان، بغداد، ١٩٨٦-١٩٨٧، ص٦٧، كذلك راجع د.محمد سليمان الأحمد، دور الضمان في كسب الملكية تبعاً، مجلة الشريعة والقانون، الصادرة عن جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ١٣، شباط (٢٠٠٠)، ص٣٢٢).

الصحيح إذ أن الحائز يسترد المصروفات الاضطرارية من المالك فضلاً عن تملكه للثمار؟؟!!

٢- المصروفات النافعة:

وهي التي أنفقها الحائز على العين لزيادة قيمتها، وهنا يجب أن نميّز بين ما إذا كان الحائز حسن النية أو سيّئها:

١/ إذا كان الحائز حسن النية: وجب علينا أن نفرق بين فرضين[٣]:

الفرض الأول: إذا كانت قيمة المصروفات النافعة أكثر من قيمة الشيء المنقول الذي استرده المالك ،كان للحائز أن يتملك هذا الشيء بثمن مثله.

الفرض الثاني: إذا كانت قيمة الشيء المنقول لا تقل عن قيمة المصروفات التي أنفقها الحائز حسن النية،كان لمالك الشيء أن يتملك ما صرفه الحائز على الشيء بقيمته وهو قائم.

٢/ إذا كان الحائز سيء النية: فمن حق المالك أن يطلب قلع ما أحدثه الحائزعلى الشيء وعلى نفقة هذا الأخير، فإذا كان القلع مضراً بالشيء فللمالك أن يتملك ما أحدثه الحائز سيء النية بمصروفاته النافعة بقيمتها، ولكن مستحقة للقلع[٤].

([3]) المادة (١١٢٠) بدلالة المادة (١١٦٧) مدني عراقي.

([4]) المادة (١١١٩) بدلالة المادة (١١٦٧) مدني عراقي.

٣- المصروفات الكمالية:

وهي التي لا تكون ضرورية ولا تزيد من منفعة الشيء وإنما تبذل ابتغاء المتعة الشخصية، كالزخرفة والنقوش، ولا يلزم المالك برد شيء منها إلى الحائز ويكون للمالك طلب نزعها وإعادة الشيء إلى الحالة التي كان عليها عند بداية الحيازة، كما له أن يستبقيها مقابل دفع قيمتها مستحقة للقلع.

جـ))- أمّا عن مسؤولية الحائز عن هلاك المنقول المحاز ، فقد نصّ القانون المدني العراقي على أنه: (إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ، إلا إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو كان باقياً في يد من يستحقه)[1].

يتضح من هذا النص أن الشطر الأول منه جاء مؤكداً لقاعدة (يد الضمان ضامنه وإن لم تعتد) ولكن الشطر الثاني من النص قد جاء مخالفاً لهذه القاعدة، بل ومخالفاً لمبادئ العدالة، إذاً فالحائز سيء النية يجب أن يكون ضامناً دوماً وأبداً لهلاك الشيء الذي تحت حيازته، في حين أن قانوننا المدني قد سمح له بالتخلص من المسؤولية (التقصيرية) في

([1]) المادة (١١٦٨) مدني عراقي، راجع في شرح المادة د.علي هادي العبيدي، مرجع سبق ذكره، ص٢٣٢.

حالة ما إذا أثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف لو كان باقياً في يد من يستحقه، أما الحائز حسن النية فالأصل في يده على الشيء أنها يد أمانة لذا فهو لا يضمن هلاك الشيء إلا بالتعدي أو التقصير، ومع ذلك فإن هناك حالات نص عليها القانون يكون الحائز فيها حسن النية. ورغم ذلك فإن يده على الشيء تعد يد ضمان.

٣٣. تحديد مفهوم الروابط المدنية وحقيقة الفرق بين الإلتزام ومشتبهاته والعقد ومشتبهاته

القاريء العام لمصطلح (الروابط المدنية)، قد تُثار في ذهنه معانٍ كثيرة لهذا المصطلح، لا سيما إذا كان يفكر في المعنى المقابل لهذا المصطلح، فإن كان إهتمامه ينصب على الناحية الجنائية، إعتقد أن (الروابط المدنية) هي الروابط –غير الجنائية–(إن صح التعبير)–، و إذا كان ذا خلفية عسكرية إعتقد أن (الروابط المدنية) هي الروابط –غير العسكرية–(إن صح التعبير أيضا)–، و إذا كان يفكر بضرورة الفصل ما بين معاملات القانون الخاص، إعتقد أن (الروابط المدنية) هي الروابط –غير التجارية–، و إذا كان يريد أن يميز هذه الروابط من علاقات القانون العام، إعتقد أن (الروابط المدنية) هي الروابط الحاصلة في نطاق القانون الخاص، ليخرج من مفهومها جميع علاقات القانون العام.

و الحقيقة أن للروابط المدنية، معاني خاصة كثيرة، تنطلق من الرؤية الحاصلة لطبيعتها الخاصة مقارنة بطبيعة غيرها من الروابط إذا كانت قائمة معها في محيط قانوني واحد، فالرابطة بين الدائن و المدين هي رابطة مدنية، ولكن إذا كان (الدين) الذي جعل ذاك دائنا و هذا مدينا، ناجما عن عمل من الأعمال التجارية، عدَّ (الدين) تجاريا، و بالتالي أضحت

الرابطة رابطة تجارية، فهنا أضحى لدينا معنى خاص (أول) للرابطة المدنية مفاده: أن الرابطة المدنية هي رابطة قانونية بين شخصين إرتبطا بعلاقة مدنية صرفة ، و هكذا الحال بالنسبة لأي رابطة مدنية إذا أردنا أن نفصلها عن روابط أخرى قد تنهض معها في محيط قانوني واحد، فالرابطة يتحدد مفهومها من خلال تحديد طبيعتها، و لهذا كان للرابطة المدنية معانٍ خاصة كثيرة.

لكننا، نريد من الرابطة المدنية مفهومها العام الواسع المستند إلى الوظيفة العامة للقانون المدني، و هي وظيفته كشريعة عامة لجميع القوانين، لكونه القانون الذي يهتم بأهم عنصرين من عناصر الحياة: (الأشخاص) و (الأموال)، فكل رابطة فيها شخص و مال هي رابطة مدنية بمفهومها الواسع، مهما كانت طبيعتها الخاصة[1]،

---

[1] و قد آثرنا إستعمال مصطلح (الرابطة) بدلا من (العلاقة) لأن المصطلح الأخير، لا ينطبق إلا على الروابط ما بين الأشخاص فقط، أما الرابطة ما بين شخص و مال، فلا يمكن أن نطلق عليها مصطلح (العلاقة)، فكل علاقة رابطة، لكن ليست بالضرورة أن تكون كل رابطة علاقة، فالحق الشخصي و الإلتزام كطرفي لحالة (المديونية)، طرفي في علاقة و رابطة، أما الحق العيني فلا يمكن أن يكون علاقة، بل هو رابطة تسلط بين شخص و شيء، و لهذا نستطيع أن نقول (ربطنا طرفي الشيء)، و لا نستطيع أن نقول أن هناك علاقة بينهما.

عموما فإن الروابط المدنية: هي روابط يعتد بها القانون، تقوم ما بين الأشخاص أو بينهم و الأموال، من شأنها أن ترتب آثارا قانونية، و هي تشمل الكثير الكثير من الروابط، فالروابط الناشئة عن مختلف العقود، و عن الحقوق العينية، و عن الأعمال مدنية كانت أم تجارية أم إدارية، و عن مختلف الوقائع الإرادية و غير الإرادية، كالرابطة بين المورث و الوارث، الموصي و الموصى له، محدث الضرر و المتضرر ، المثري على حساب غيره و هذا الغير، المالك و من يحوز ملكه، و غير ذلك من الروابط، جميعها روابط مدنية، ويعد كل من الإلتزام والعقد محورين أساسيين في عموم الروابط المدنية .

والإلتزام و العقد، نظامان قانونيان أساسيان في القانون المدني، بل و في سائر فروع القانون، و إنهما من الأهمية بمكان بحيث لا تخلو الروابط المدنية، من أحدهما إن لم نقل من كليهما، إلا أن هناك إرتباكا قانونيا في تحديد مفهومهما.

أ)- فالإلتزام، قد إختلط مفهومه بثلاثة مفاهيم هي: الإلزام والحق الشخصي، والدين، ونوضح أدناه تمييز الإلتزام من كل من الالزام و الحق الشخصي والدين .

١- الفرق بين الألتزام و الالزام: هناك فرق بين الإلتزام و الإلزام، فالأول ينشأ عن مصادر إرادية، و لهذا نقول (إلتزم الشخص)، أي إلتزم بإرادته، أما (أُلزم الشخص)، فهو إلزام و

إجبار له بسبب غير إرادي، و لهذا فإن جميع المصادر غير الإرادية (عمل غير مشروع، كسب بلا سبب، قانون، و غيرها) هي أسباب للإلزام و ليس للإلتزام، و لهذا فإن البحث عن (السبب) يكون في دائرة (الإلتزام) أو ما يعرف لدى عموم الفقه بـ(الإلتزام العقدي)، ولا يبحث في دائرة (الإلزام) أو ما يعرف لدى عموم الفقه بـ(الإلتزام غير العقدي)، و الإلزام كالإلتزام، يقابله حق شخصي، و هما يمثلان طرفا رابطة المديونية.

٢- الفرق بين الإلتزام والحق الشخصي : الإلتزام ليس حقا شخصيا[1]، بل هو الطرف المقابل للحق الشخصي في الرابطة، في الإلتزامات الناشئة عن المصادر الإرادية، و لهذا ليس من الصحيح أن نعرف (الحق الشخصي) أو (الإلتزام) بأنه (رابطة قانونية) كما فعل المشرع العراقي[2]، بل هما طرفا الرابطة، و لا يجوز تعريف أحد طرفي الرابطة بأنه رابطة!![3]، فالإلتزام

---

[1] و إن كانت الفقرة (٢) من المادة (٦٩) مدني عراقي تشير إلى كون الإلتزام حقا شخصيا، إذ تقول: (و يعتبر حقا شخصيا الإلتزام بنقل الملكية...)، و هذا غير دقيق، (لاحظ لمزيد من التفصيل: د. محمد سليمان الأحمد، المدخل لدراسة الضمان، مرجع سابق، ص٢٤).

[2] لاحظ: الفقرة (١) من المادة (٦٩) مدني عراقي.

[3] لاحظ في هذا الإنتقاد لنص المادة (٦٩) مدني عراقي، د. محمد سليمان الأحمد، المدخل، المرجع السابق، ص٢٥ (و يجب تعريف الحق الشخصي بما لا يخرج عن الراجح في تعريف الحق، على وفق نظرية الفقيه البلجيكي (دابان)، إذ عرف الحق بأنه: (ميزة يمنحها

عبء إرادي يوقعه الشخص على نفسه فيصبح مدينا لشخص آخر هو الدائن، الذي يتمتع تجاه مدينه بـ(حق شخصي)، فالحق الشخصي يقابل الإلتزام في الإلتزامات الناشئة عن المصادر الإرادية، و يشكلان كلاهما رابطة، أصح ما يمكن أن نطلق عليها بأنها: (رابطة المديونية)[1].

٣- الفرق بين الإلتزام والدّين : كما أن الإلتزام ليس دينا، فالدَيْن له مفاهيم عديدة[2]، لكن مفهومه الراجح عندنا أنه

القانون لشخص ما و يحميها بطرق قانونية، و بمقتضاها يتصرف شخص متسلطا على مال معترف له به، بصفته مالكا أو مستحقا له)، (لاحظ: د. عبدالمنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية ، مرجع سابق ، ص٤٤٥ و د. سعيد عبدالكريم مبارك، أصول القانون، مرجع سبق ذكره، ص٢٦٢). و يمكن تعريف الحق الشخصي بأنه: (ميزة يمنحها القانون للدائن بمقتضاها يطالب مدينه بأن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل أو ينقل له حقا عينيا، بمقتضى الطرق القانونية المقررة لذلك). أما الإلتزام فهو: (عبء إرادي يكون المدين به مكلفا بأن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل أو ينقل حقا عينيا، لمصلحة دائنه، بالطرق القانونية المقررة لذلك.

[1] و يطلق الأستاذ الدكتور عبدالحي حجازي على هذه الرابطة أحيانا بتسمية: (حق الدائنية) في كتابه (نظرية الإلتزام، مرجع سبق ذكره، ص(١٦، ٧١))، إلا إننا نفضل إستخدام (المديونية)، إذ يمكن تصور المدين بدون تعيين الدائن، ولكن لا يمكن أن نتصور وجود دائن بدون تعيين مدين، (لاحظ: محمد نصرالدين زغلول، شرح القانون المدني ، الإرادة في العمل القانوني و عيوبها ، القاهرة ، (بدون سند نشر) ، ص٢٤).

[2] في هذه المفاهيم لاحظ: الأستاذ محمد طه البشير، الدين و أحكامه في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية، تصدرها جامعة بغداد، (عدد خاص بمناسبة الإحتفال باليوبيل الماسي للكلية)، مايس، ١٩٨٤،

(قيمة مالية تُشغل بها الذمة)[٣]، أو كما عرفه البعض[٤] بأنه: (مال حكمي يثبت في الذمة بسبب يقتضي ثبوته)، فالدين هو أحد أوجه محال الإلتزام، إذ أن الأخير قد يرد على: دين أو عين أو عمل أو توثيق، و الدين هو كل محل للإلتزام أو الإلزام متعلق في الذمة[٥]، و يمكن لكل إلتزام محله عين أو عمل أو توثيق أن يتحول إلى إلتزام بدين، إذا إنشغلت به الذمة ' ففي الإلتزام بتمليك العين أو بمنفعتها ينتقل الملك في الحال، فلا تتحقق صورة يتعلق فيها الإلتزام دينا في الذمة، و هذا لا يعد إلتزاما في الفقه الإسلامي و لا في القانون المدني العراقي، فالعقد هو بذاته الذي ينقل الملكية (و سوف نتعرض لذلك عندما نفرق بين العقد و العمل الناقل للملكية)، و في الإلتزام

ص١٦٤ و د. نشوان محمد سليمان الجادرجي، فكرة الدَيْن في الفقه الإسلامي و مدى تطابقها مع فكرة الحق الشخصي في القانون المدني، مجلة آداب الرافدين، جامعة الموصل، العدد الأول، ١٩٩٥، ص٣٣٨).

[3] إرتأينا أن نقول: (تُشغل بها الذمة) و ليس (متعلقة بالذمة)، لأن الحق أيضا يتعلق بالذمة، أما الدين فوحده الذي يشغلها، علما أن الأستاذ الدكتور السنهوري قد إعتمد على تعريفها بأنها قيمة متعلقة بالذمة، (لاحظ كتابه: مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص١٧).

[4] لاحظ: نسيبة إبراهيم حمو، رهن الدين في الشريعة و القانون، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة بغداد، العدد (١) و (٢)، لسنة ١٩٨٥، ص٢٥٠

[5] و قد عرف (قدري باشا) صاحب مرشد الحيران، الدين بأنه: (ما وجب في ذمة المديون بعقد إستهلاك أو ضمان غصب)، م/١٦٨ من (مرشد الحيران).

بتسليم العين أو بحفظها، قد يتحقق سبب الضمان في بعض الحالات، فيتحول هذا الإلتزام إلى إلتزام بدفع قيمة العين، فيكون دينا متعلقا بالذمة، و في الإلتزام بالعمل، قد يستأذن الدائن القاضي في بعض الحالات أن ينفذ الإلتزام على نفقة المدين، فيتحول الإلتزام دينا في الذمة بقدر هذه النفقة، و في الإلتزام بالتوثيق، إذا كانت الكفالة بدين كانت هي أيضا دينا يشغل الذمة، و إذا كانت الكفالة بعين فإنها تتحول إلى دين يشغل الذمة بتحول الإلتزام المكفول به، أما الكفالة بالنفس، و هي إلتزام أصلي و ليس تبعي، فلا تتحول إلى دين يشغل الذمة، بل جزاؤها، إذا لم يقم الكفيل بإحضار المكفول، أن يحبس الكفيل، ما لم يظهر عجزه و عدم إقتداره على إحضار المكفول، و لا يلتزم الكفيل بأداء الدين الذي في ذمة الكفيل[1]. فإذا إلتزم المدين بقيمة تشغل ذمته، أطلق لفظ الدين على هذه القيمة.

ب))- أما العقد، فهو أيضا قد يختلط مفهومه بمفهوم كل من:

١- الإتفاق.

٢- العمل الناقل للملكية.

٣- العمل القانوني.

---

[1] لاحظ: د. السنهوري، مصادر الحق، ج١، المرجع السابق، ص١٨.

١- الفرق بين العقد و الإتفاق : يعود الفرق بين العقد و الإتفاق إلى الخلط الذي وقع فيه القانون المدني الفرنسي في المادة (١١٠١) منه بين العقد و الإلتزام، إذ عرف العقد بموجب هذه المادة، بأنه: (إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر تجاه شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالإمتناع عن عمل)، و يتبين من هذا التعريف أنه أنزل العقد من الأتفاق منزلة النوع من الجنس[٢]، و قد حفّزت هذه الصياغة بعض المشرعين على خلق تفرقة بين العقد و الإتفاق، فالعقد عندهم هو (توافق إرادتين على إنشاء الإلتزام أو نقله)[٣]، أما الإتفاق فيرد على إنشاء الإلتزام أو نقله، كما يرد على تعديله أو إنهائه[٤]، إلا أن هذا التمييز تم هجره، كما هجره المشرع العراقي عندما نصَّ على تعريف العقد في المادة (٧٣) مدني:

---

[2] لاحظ: د. محمود سعدالدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، (نظرية الإلتزام)، ج١، مصادر الإلتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥، ص٦٧

[3] لاحظ: د. محمود سعدالدين الشريف، المرجع السابق، ص٦٧

[4] لاحظ في تفصيل الفرق بين العقد و الإتفاق، كل من: د. عبدالرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص٧٩ و ما بعدها، د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني (أصول الإلتزام)، ، مرجع سابق١٩٧٠، ص٢٢ و د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، ج١، مصادر الإلتزام، مرجع سابق ،ص٦٧ و د. أنور سلطان، مصادر الإلتزام ، مرجع سابق ، ص١٠

(العقد هو إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخرعلى وجه يثبت أثره في المعقود عليه)[1]، و فضلا عن أن هذا التعريف لم يفرق بين العقد والإتفاق[2]، وأنه جاء معيبا أيضا حسبما ذكرنا سابقا .

٢-الفرق بين العقد و العمل الناقل للملكية : من خلال التعريف الذي وضعناه للعقد ، هو إرتباط إرادتين متطابقتين، و ليس فقط توافقهما[3]، و كذلك يجب أن يكون الإرتباط موجها لإحداث أثر قانوني و ليس بالضرورة أن يكون هذا

---

[1] لاحظ ما جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، ج١، كتاب أعده مجموعة من الباحثين، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٨، ص٦٩ و ما بعدها.

[2] و كانت المادة (١٢٢) من مشروع القانون المدني المصري، تورد نصا ينفي التفرقة بين العقد و الإتفاق و هو: (العقد إتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها)، ولكن هذا التعريف أُسقط من النص النهائي للقانون تفاديا من الإكثار من التعريفات الفقهية (لاحظ: د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، (مصادر الإلتزام)، مرجع سابق ،ص١٥٠) إلا أن قانون الموجبات و العقود اللبناني تمسك بهذا الفارق فنص في المادة (١٦٥) منه على أن: (الإتفاق هو كل إلتئام بين مشيئة و أخرى لإنتاج مفاعيل قانونية، و إذا كان يرمي إلى إنشاء علاقة إلزامية سمي عقدا).

[3] و هذا ما لاحظه أيضا د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، كتابهما المشترك، سبق ذكره، ص٢٥

الأثر القانوني متعلقا بالإلتزام[٤]، بل يمكن أن ينشأ من العقد أثر قانوني على شكل حق عيني، فالعقد، هو أحد أهم أسباب كسب الملكية، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل الملكية تنتقل بالعقد مباشرة، أم أن العقد ينشيء إلتزاما بنقل الملكية، أي أن هناك عقدا و هناك عملا ناقلا للملكية، و الفرق بين العقد و العمل الناقل للملكية، يظهر جليا إذا كان المعقود عليه شيئا من الأشياء المثلية، أو عقارا، فالأشياء المنقولة المعينة بالذات (الأشياء القيمية) تنتقل ملكيتها بمجرد إنعقاد العقد، أما الأشياء المثلية فإنه لا يتم نقل ملكيتها إلا بعد عملية تسمى (الإفران)[٥]، كما أن العقارات لا تنتقل ملكيتها بمجرد العقد، بل لا بد من التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، ولكن الفرق ليس بهذه السهولة، بل أن التمييز بين العقد –و إن شئت سَمِّيهِ الإتفاق– و العمل الناقل للملكية تعود جذوره إلى القانون الروماني، إذ كان المبدأ المقرر في هذا القانون يقضي بأن الإتفاق وحده غير كاف لنقل الملكية من ذمة إلى ذمة أخرى، بل لا بد أن يضاف إلى العقد عمل مستقل

---

[4] (فالتبني في القانون الفرنسي عقد لا ينشيء إلتزامات فحسب، بل يوجد إلى جانب ذلك أثرا قانونيا آخر هو إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله)، نقلا عن د. السنهوري، نظرية العقد، سبق ذكره، ص٨١

[5] لاحظ على سبيل المثال: المادة (٥٣١) مدني عراقي.

عنه لتنتقل به الملكية[1]، و هو عمل رسمي أو عمل مادي يقصد به نقل ملكية الشيء، و قد كانت طرق نقل الملكية ثلاثة في هذا القانون هي: الإشهاد و الدعوى الصورية و التسليم[2]، ثم إقتصرت على التسليم فقط، لكن التسليم لوحده لا يكفي لنقل الملكية في قانون جوستنيان، بل لا بد أن يسبقه سبب صحيح، كان يتمثل –في العادة– بالعقد[3]، ثم تأثر القانون الفرنسي القديم بذلك، إلا أن الأمر تغير في ظل القانون الفرنسي الجديد (لعام ١٨٠٤)[4]، إذ جاء هذا القانون بمبدأ جديد من شأنه أن يجعل للعقد قوة نقل الملكية و الحقوق العينية دون حاجة لإجراء ما، حتى و لو كان هذا الإجراء هو التسليم.

و مع ذلك فإن بعض الإعتبارات أدت إلى الحد من تطبيق هذا المبدأ بالنسبة للتصرفات العينية العقارية، و أهم هذه الإعتبارات ضرورة تنظيم الإئتمان العقاري و تسهيل تداول

---

[1] لاحظ لمزيد من التفصيل: جبرائيل البنا، دروس في القانون الروماني و تأريخ القانون، مطبعة الرشيد، بغداد، ١٩٤٤، ص٢٥٢ و ما بعدها. محمد طه البشير و د. هاشم الجاحظ، القانون الروماني (الأموال و الإلتزام)، مرجع سابق، ص٦٧ و ما بعدها.

[2] لاحظ: جبرائيل البنا، مرجع سابق، ص٢٥٣ محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ، مرجع سابق، ص٦٧

[3] لاحظ: د. عبدالمنعم البدراوي، أصول القانون المدني المقارن، مرجع سابق، ص١٤٥

[4] لاحظ: المرجع السابق، ص١٤٧

الملكية العقارية، و لذلك إشترطت كثير من التشريعات شهر التصرفات التي ترد على العقار، ولكنها لم تسلك مسلكا واحدا، فالشهر فيها لا يقوم بوظيفة واحدة، فالقانون المدني الفرنسي رجع و قيد قدرة العقد على نقل ملكية العقارات في المعاوضات فقط، أما التبرعات فلا بد من التسجيل[٥]، في حين أن القانون المدني الألماني و من بعده السويسري، إشترط لنقل ملكية العقار التسجيل في السجل العقاري، كذلك الحال في القانون المدني المصري الذي إشترط لنقل ملكية العقار شهر التصرف العقاري[٦]، أما في القانون المدني العراقي، فالتسجيل ركن في العقد، و لا يكفي تصور وجود عقد ناقل للملكية العقارية ما لم يسجل العقد في دائرة التسجيل العقاري، إستنادا إلى مبدأ الشكلية في التصرفات العقارية[٧]، والذي أشرنا الى تفاصيل مشكلاته سابقا .

٣-الفرق بين العقد والعمل القانوني : كما أن العقد يختلف عن العمل القانوني، في أن العقد (نوع) لـ(جنس) هو العمل

---

[5] المرجع السابق، ص١٤٦

[6] المرجع السابق، ص١٥١

[7] لاحظ: المادة (١١٢٦) مدني عراقي.

القانوني على وفق ما قال به بعض الفقهاء[1] من أساس علمي لتقسيم مصادر الإلتزام، إذ يرد هذه المصادر إلى (الواقعة القانونية)، و هو يقسمها إلى (واقعة طبيعية) و (واقعة إختيارية)، و (الوقائع الإختيارية) تشمل الأعمال المادية و الأعمال القانونية، و (الأعمال القانونية) تشمل الأعمال الصادرة من جانب واحد و الأعمال الصادرة من جانبين، و هذه الأخيرة يطلق عليها لفظ (العقود)، فالعمل القانوني كل عمل موجه لترتيب أثر قانوني، كالوصية و الوقف و الوعد و العقد[2].

و كثيرا ما يقع الخلط بين العقد و الإلتزام، فالمادة (١٠٣) من مجلة الأحكام العدلية عرفت العقد بأنه: (إلتزام المتعاقدين و تعهدهما أمرا و هو عبارة عن إرتباط الإيجاب بالقبول).

و هذا التعريف غير مقبول و غير معقول، فالعقد أحد مصادر الإلتزام، و الإلتزام أحد آثار العقد، فهما نظامان متميزان، و إن كانا متلازمين في أحيان كثيرة.

إلا أنه تنبغي الإشارة هنا إلى أن العقد و إن كان مصدرا للإلتزام، أي أنه ينشأ قبل الأخير، إلا أنه يسبق كل عقد إلزام قانوني يتعلق بوجوب تقديم المعلومات بحسن نية، و هذا

---

[1] الأستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط، ج١، مرجع سبق ذكره، ص١٤٢

[2] لاحظ: الأستاذ السنهوري، نظرية العقد، ج١، مرجع سبق ذكره، ص٨١

إلـزام قـانوني بطبيعتـه، يعـد الإخـلال[٣] بـه سـببا لنهـوض المسؤولية التقصيرية (غير العقدية) ، على وفق الرأي الغالب في الفقه .

و من شـروط هـذا الإلـزام أو (الإلتـزام) حـسب مـا يـسميه البعض[٤]، علـم المـدين بالمعلومـات، و جهـل الـدائن بهـا، و ضـرورتها للتعاقـد ، و قـد جـرت طبـائع الأمـور علـى أن تنـشأ علاقـة بـين المتعاقـدين، ثـم علاقـة بـين الـدائن و المـدين، علـى إعتبـار أن العقـد ينـشأ قبـل الإلتـزام ، ولكـن إعمـال هـذا الإلـزام (الإلـزام بتقـديم المعلومـات قبـل التعاقـد)، يجعـل هنـاك علاقـة قائمة بين دائن و مدين، قبل أن يكون الطرفان طرفين في العقد.

---

[3] لاحظ: د. صبري حمد خاطر، الإلتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، بحث منـشور في مجلة العلوم القانونية، تصدرها كلية القانون-جامعة بغداد ، المجلد (١)، العـدد الأول، ١٩٩٦، ص١٧٣ و ما بعدها.

[4] د. صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص١٧٠ و ما بعدها.

٢٤. مكانة القصد المدني في الإلتزام والعقد

القصد في اللغة يؤدي عدة معان: كالإعتماد و العزم ، و يقصد بـ (القصد): الإعتزام و التوجه و النهوض نحو الشيء ، خيرا كان أم شرا، فهو العزم و التوجه نحو أي شيء[١]. و هذا هو معناه اللغوي، أما معناه في الإصطلاح الفقهي فهو: العزم المتوجه نحو إبرام أمر ما، كأن يكون إلتزام ما[٢] ، و المقصود بالعزم هو عقد القلب على شيء و إرادته[٣] ، فالعزم هو الإرادة

---

(1) لاحظ: الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، مصطفى البابي الحلبي ، بيروت ، ١٩٥٢ ، ج١ ، ص ٣٣٩ ، (جاء في لسان العرب لإبن منظور: القصد ، إستقامة الطريق ، قصد يقصد قصدا ، فهو قاصد ، و قوله تعالى: ((و على الله قصد السبيل)) ، أي على الله تبيين الطريق المستقيم و الدعاء إليه بالحجج و البراهين الواضحة ، و منها جائر أي و منها طريق غير قاصد ، و الطريق القاصد ، سهل مستقيم ، و سفر قاصد. سهل قريب. و في التنزيل العزيز: ((لو كان عرضا قريبا و سفرا قاصدا لأتبعوك))... و في الحديث: القصد القصد تبلغوا ، أي عليكم بالقصد من الأمور في القول و الفعل ، و هو الوسط بين الطرفين ، و هو منصوب على المصدر المؤكد و تكراره للتأكيد. في الحديث: عليكم هديا قاصدا أي طريقا معتدلا...)) لاحظ: إبن منظور ، لسان العرب ، الجزء الخامس ، مطبعة دار صادر ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ط١ ، ص ٢٦٤).

(2) لاحظ: د. علي محي الدين على القرةداغي ، مبدأ الرضا في العقود ، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ط ٢ ، ص ٢٥٩

(3) الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، سبق ذكره ، ج ٤ ، ص ١٥١

المؤكدة[٤] ، و ذلك بأن يكون قد عقد القلب عليه و توجهت إرادته المؤكدة نحو إحداث تصور تترتب عليه آثار قانونية، فعلى هذا فمن لم يكن له عزم كالمجنون و نحوه، لم يتحقق به قصد[٥] ، فالقصد هو تأكيد إرادة الشيء و العزم على تحقيقه، كما في قوله تعالى: (إن ذلك من عزم الأمور)[٦] .

والقصد المدني، لا يخرج مفهومه عن كونه توجيه إرادة شخص نحو إبرام عقد أو الإلتزام بأمر ما أو كسب حق أو تحمل المسؤولية المدنية عن الإعتداء على مال الغير ، مع العلم بنتائج الفعل الذي تدفع الإرادة نحو تحقيقها، فالقصد المدني لا يخرج من كونه قائماً على عنصري العلم و الإرادة ، فالقصد المدني هو العزم الموجه نحو إبرام رابطة مدنية ، منوطا بعلم الشخص بحقيقة هذه الرابطة و ما ترتبه من آثار ، إنعقد العزم على تحقيقها، فالقصد المدني ليس فقط العلم بواقعة و إرادتها، بل هو العلم بالرابطة المدنية و إرادتها، فالقصد المدني متوافر في العقد متمثل في ركنين: الرضا و السبب، و هو متوافر في الإلتزام و يتمثل في سبب الإلتزام، و هو متوافر في المسؤولية الناجمة عن فعل يمثل خطأ عمديا، كما أنه

---

(4) لاحظ: د. علي القرةداغي ، مرجع سبق ذكره ، ص ٢٥٩

(5) لاحظ: المرجع السابق ، الإشارة نفسها.

(6) سورة لقمان ، الآية(١٧).

متوافر في ضمان اليد، و في إحراز المباحات، و في الحيازة و التقادم، و في الملكية و ما شاكل ذلك، و في كل حالة نجد أن القصد المدني قد توافر بمفهومه، لكنه يأخذ صورة خاصة في هذه الرابطة. وسنقصّر الحديث عن مكانة القصد في الإلتزام والعقد.

أ))-مكانة القصد في الإلزام والإلتزام : سبق أن أشرنا إلى أن الإلزام هو ما كان مصدره سببا غير إراديا، أما الإلتزام، فمصدره عمل إرادي، و غالبا ما يطلق عموم الفقه على الإلزام مصطلح (الإلتزام غير التعاقدي)، و على الإلتزام مصطلح (الإلتزام التعاقدي)، و القصد واضح في الثاني أكثر من وضوحه في الأول، و تعليل ذلك يعود إلى أن القصد في الإلزام لا يتحقق إلا من خلال الإخلال به، أي أن القصد المدني في الإلزام هو قصد مخالفة إرادة القانون، و هو لايخرج عن مفهوم القصد الجنائي من هذه الزاوية، فالإلزام بعدم الإضرار بالغير، ليس فيه قصد، لكن الإخلال به قد يتحقق به القصد إضرارا بالغير أو تحقيقا لمصلحة ذاتية غير مشروعة، في حين أن القصد في الإلتزام واضح الوجود، بل هو ركن فيه، فلا إلتزام بدون سبب، و هذا مقتصر على (الإلتزامات العقدية) على حد تعبير بعض

الفقهاء[1]، و سبب الإلتزام هو الغرض المباشر القريب الذي يرمي العاقد الوصول إليه حين التعاقد[2]، و هذا الغرض هو القصد المباشر في إقدام كل متعاقد على إبرام عقد معين، فهو واحد في النوع الواحد من العقود، و بدونه لا يكون للإلتزام وجود، و هو بالتالي قصد حسن، لطالما أن الغاية منه إلتزام النفس لمصلحة الغير.

و صورة القصد الحاصل في الإخلال بالإلزام، ممكن أن تتحقق -أيضا- في حالة الإخلال بالإلتزام كذلك، فبعد أن قام الإلتزام، قد يتراجع الشخص الملتزم فيخل بإلتزامه الذي أنشأه على عاتقه مقدما، و هذا الإخلال -قد يقع بقصد- إذا كان قد وقع غشا بسوء قصد، أو تحقيق مصلحة غير مشروعة.

خلاصة القول: أن القصد المدني من الممكن تحققه في حالة الإخلال، سواء أكان هذا الإخلال بإلزام أو بإلتزام، أما كون القصد ركنا، فهو كذلك في الإلتزام دون الإلزام.

---

[1] لاحظ: د. عبدالحي حجازي، نظرية الإلتزام، مرجع سبق ذكره، ص٢٢٦

[2] لاحظ: د. عبدالله الجليلي، الشرط المستحيل و المخالف للنظام العام و الآداب في القانون المدني، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٨، ص٣٤٥

ب .))-مكانة القصد في العقد: أكثر ما تتوضح صورة القصد المدني هو في العقد، و ذلك لأربعة أسباب:

١- أن العقد تصرف قانوني، و لو أننا إعتمدنا التقسيم الذي إقترحه بعض الفقه[1] لمصادر الإلتزام، التي يقسمها إلى:

١-١- الواقعة القانونية، و يشترط فيها (الوقوع) فقط.

١-٢- العمل القانوني غير التصرفي، و يشترط فيه (الوقوع و الإرادية) فقط.

١-٣- التصرف القانوني، و الذي يشترط فيه توافر ثلاثة أمور هي: (الوقوع و الإرادية و النية).

فإستلزام وجود النية، هو الذي يميز التصرف القانوني من كل من الواقعة القانونية و العمل القانوني غير التصرفي.

٢- أما السبب الثاني، فالعقد قائم على التراضي، و التراضي هو الرضا المزدوج من الطرفين، و النية (القصد) ركن في الرضا، على حسب ما سنرى تفصيله.

٣- و الثالث أن لكل عقد سبباً، و سبب كل عقد هو الباعث الدافع للتعاقد.

٤- أن القصد في العقد، قد لا ينحصر في إختيار نوع العقد، بل قد يمتد للأثر.

---

[1] د. عبدالحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، مرجع سبق ذكره، ص٢٣٤

و فيما يأتي نعالج كل من الفقرات السابقة في الآتي:

أ)-النية في التصرف القانوني:

العقد بوصفه تصرفا قانونيا صادرا من إرادتين متطابقتين حصل إرتباطهما لإحداث أثر قانوني، و وجود النية هو الذي يميز التصرف القانوني من العمل القانوني غير التصرفي، لأن الأخير، و إن كانت فيه إرادة، ولكن بدون نية -على حسب رأي بعض الفقه-[٢]، فلا وجود لأي تصرف قانوني بدون نية.

و النية لدى عموم أهل اللغة و الفقه و أصوله، هي القصد،إلا أن التحقيق في نظر البعض يخرج بأن: (النية ليست القصد إلى الفعل فحسب، و إنما هي الباعث من القصد إلى الفعل)، و هذا ما جعل الفقه يصوّر النية في العقد، بالباعث الدافع إلى التعاقد، و هذا ما ذهبت إليه النظرية الحديثة في تفسير سبب العقد[٣].

---

[2] د. عبدالحي حجازي، المرجع السابق، ص٢٤١

[3] لاحظ: د. عبدالله الجليلي، مرجع سبق ذكره، ص٣٥٣ (و قد جاء في إحياء علوم الدين للإمام الغزالي، ما نصه: (أمر النية سهل في العبادات، و إنما يتعسر تسبب الجهل بحقيقه النية، فحقيقة النية القصد إلى الفعل و ذلك مما يصير به الفعل إختياريا كالهوى إلى السجود فإنه يكون تارة بقصد، و تارة يكون بسقوط الإنسان على وجهه بصدمة، فهذا القصد يضاده الإضطرار، و القصد الثاني كالعلة لهذا القصد، و هو الإنبعاث لإجابة الداعي كالقيام عند رؤية إنسان قصدْت إحترامه فقد نويت تعظيمه، و إن نويت الخروج إلى الطريق، فقد نويت الخروج، فالقصد إلى القيام لا ينبعث من النفس إلا إذا كان في القيام

٢.)) - القصد ركن الرضا:

العقد ينعقد بالتراضي، و التراضي إلتقاء رضائين، و كل من الرضا لدى كلا المتعاقدين، ينعقد بتوافر ركني القصد و التمييز[1]، و القصد في الرضا يجب أن يتوجه إلى أمرين: عبارة العقد، و أثر العقد، و هذا ما لا يمكن تحقيقه إلا بعد الإحاطة بصفات المقصود، و على هذا لا بد و أن يكون العاقد على علم بالآثار التي تترتب على العقد الذي أقدم عليه و إن كان علما إجماليا لم تتوفر فيه الإحاطة بتفصيلاته[2]، لأنه إذا لم يكن المتعاقد عالما بالآثار القانونية المترتبة على العقد الذي يريد إبرامه، فلا يمكن أن تتجه نيته نحو إبرامه، فكيف تتجه النية نحو أمور غير معلومة؟ أما إذا كان متصورا لمعانيها عالما

غرض، فذلك الغرض هو المنْوى، و النية إذا أطلقت في الغالب أريد بها: إنبعاث القصد موجها إلى ذلك الغرض، فالغرض علة، و قصد الفعل لا ينفك عند الخطر، إذ اللسان لا يجري عليه كلام منظوم إضطرارا، و الفكر قد ينفك عن النية، فهذا يفيد أن النية عبارة عن إجابة الباعث المتحرك، فهذا التحقيق نوعي القصد، فالقصد الأول يستدعي علما، فإن من لا يعلم القيام، و لا التكبير لا يقصده، و القصد الثاني أيضا يستدعي العلم بأن الغرض إنما يكون باعثا في حق من علم الغرض فيرجع إلى الثاني و هو النية و هي خاطرة واحدة ليس فيها تعدد حتى يعسر جمعها)، لاحظ: الغزالي، إحياء علوم الدين، ج٤، مطبعة عيسى البابي الحلبي، القاهرة، سبق ذكره، ص٣٥٤).

[1] لاحظ: د. علي القرةداغي، ج١، سبق ذكره، ص(٢٥٩، ٣٥٩)

[2] المرجع السابق، ص٢٥٩

بمدلولها، فإما أن يكون قاصدا لها أو لا، فأن كان قاصدا لها ترتبت أحكامها في حقه و لزمته، و إن لم يكن قاصدا لها، فإما أن يقصد خلافها أو لا يقصد لا معناها و لا غير معناها، فإن لم يقصد غير التكلم بها فهو (هازل)[٣].

٣))-الباعث إلى التعاقد:

تذهب النظرية الحديثة (نظرية القضاء في سبب العقد)[٤]، إلى أن البحث عن السبب يجب أن لا يقف عند الغرض المباشر الذي يهدف المتعاقد الوصول إليه، بل و لا بد من البحث عن البواعث العميقة و غير المباشرة التي دفعت طرفي العقد إلى إبرامه، فإذا إشترى شخص منزلا بغية إعداده للعب القمار، و إلتزم بالتالي يدفع ثمنه، فيجب تقصي الغرض الذي حدا به إلى قبول التحمل بالإلتزام، و لا جدال أنه قصد بذلك الحصول على ملكية المبيع، كغرض مباشر أول، و هو غرض مشروع لا غبار عليه، ولكننا يجب أن لا نقف عند هذا القصد، كما تفعل

---

[3] لاحظ: المرجع السابق، ص٢٦٠

[4] لاحظ في تفصيل هذه النظرية: د. عبدالله الجليلي، مرجع سبق ذكره، ص٣٥٣ و د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج١، مرجع سابق ،ص٢١٣ و ما بعدها.

النظرية التقليدية[1]، بل يجب أن نذهب إلى أبعد من ذلك القول بأن السبب في المثال السابق هو رغبة المشتري في الحصول على ملكية المنزل لمباشرة لعب القمار فيه.

هذه النظرية الحديثة تسمح بالتأكد من مشروعية السبب، و تقرير بطلان العقد للسبب غير المشروع لأحد العاقدين بشرط أن يكون الطرف الآخر عالما بالغرض الذي إستهدفه من من يتعاقد معه أو كان يستطيع في الأقل أن يعلم به[2]، و على ذلك فليس كل باعث يدخل عنصرا في السبب على وفق النظرية الحديثة، و إنما يُلزم أن يكون هذا الباعث هو الدافع إلى التعاقد، بمعنى أن يكون هو الذي أدى بالمدين إلى أن يرتضي التحمل بالإلتزام، ثم يجب فوق ذلك، أن يكون المتعاقد الآخر على بينة من هذا الباعث، أو كان يستطيع أن يعلم به، و هو ما يقال عنه بضرورة أن يكون الباعث مشتركا بين طرفي العقد[3].

---

[1] لاحظ في التمييز بين النظريتين و في التمييز بين سبب الإلتزام و سبب العقد: د. عبدالمنعم البدراوي، النظرية العامة للإلتزامات، ج١، مصادر الإلتزام، القاهرة، ١٩٩١، ص(٣١٢، ٣٢٩)

[2] لاحظ: د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مرجع سبق ذكره، ص١٩١

[3] لاحظ: المرجع السابق، ص١٩١

٤))-القصد الموجه نحو إختيار آثار العقد: (حكم العقد و حقوق العقد):

عندما يبرم الأشخاص عقدا، فإن الغاية الأساسية من إبرام أيما عقد، هي إشباع حاجة و تحقيق مصلحة، و لا يتم تحقيق المصلحة إلا بتفعيل العقد، فإبرام العقد ليس هدفا في ذاته، بل وسيلة تتحقق الغايات بتنفيذها، من هنا بدا واضحا ما المقصود بحكم العقد، فحكم العقد هو الأثر الأصلي للعقد و الغرض الذي قصد إليه العاقدان من إنشائه ، و لهذا فهو يجب أن يثبت بالعقد و يظهر أثره بمجرد إنعقاد العقد في المعقود عليه، أما حقوق العقد فهي ما يستتبعه العقد من إلتزامات و مطالبات تؤكد حكمه و تحفظه و تكمله[٤].

فمثلا في عقد البيع، فحكم العقد هو نقل ملكية المبيع إلى المشتري و ثبوت الملك في الثمن للبائع، أما حقوقه فتكمن في إلزام البائع بتسليم المبيع و قبوله إذا رد إليه بسبب وجود عيب موجب للضمان، و ثبوت حقه في المطالبة بالثمن، و إلزام المشتري بأداء الثمن و ثبوت حقه في المطالبة بتسليم المبيع، و رد المبيع إن وجده معيبا، و غير ذلك من الحقوق

---

[4] لاحظ: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج١، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، ٢٠٠٠، ص٢٣٨ و كذلك المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، الكويت، ١٩٩٩، ط٣، ص٤٣

التي تثبت لكل عاقد تجاه صاحبه تكميلا لحكم العقد و محافظةً عليه و توفيرا لكمال الإنتفاع به[1].

و حكم العقد يثبت من تلقاء نفسه بمجرد إنعقاد العقد، فهو أثر مباشر للإنعقاد، فهو لا يثبت إلتزاما في ذمة العاقد ثم يتولى العاقد الوفاء به، بل يتحقق ذاتيا بمجرد إنعقاد العقد، أما حقوق العقد فهي إلتزامات و مطالبات تثبت في ذمة العاقد و يجب عليه الوفاء بها، و هذا موقف الفقه الإسلامي[2]، و قد أخذ بهذا الموقف القانون المدني الأردني[3] بشكل واضح، و تأثر به أيضا القانون المدني العراقي[4]" و هنا يُثار تساؤل

---

[1] لاحظ: المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سبق ذكره، ص٢٣٨ و د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، مرجع سبق ذكره، ص٢٤١

[2] لاحظ: د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ، دار الثقافة ، عمّان ، ١٩٩٨ ، ص٥٤٩ و د. عدنان إبراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص٢٤١

[3] حيث نصت المادة (١٩٩) مدني أردني على أنه: (١- يثبت حكم العقد في المعقود عليه و بدله بمجرد إنعقاده دون توقف على القبض أو أي شيء آخر، ما لم ينص القانون على غير ذلك، ٢- أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما)، تقابلها المادة (٢٤٣) مدني إماراتي.

[4] و يظهر ذلك من خلال نص المادة (١٤٣) مدني عراقي، حيث جاء فيها: (عقد المعاوضة الوارد على الأعيان يقتضي ثبوت الملك لكل واحد من العاقدين في بدل ملكه، و إلتزام كل منهما بتسليم ملكه المعقود عليه للآخر)، فثبوت الملك هو حكم العقد، و الإلتزام بالتسليم هو من حقوقه.

حول حكم القصد المتجه إلى تعبير حكم العقد و حقوقه؟ و هذا ما سنحاول الإجابة عليه في الفقرة الآتية.

٥))- آثار العقد بين الجعلية و الكيفية (الإختيارية):

أثر[٥] العقد سواء أكان متعلقا بحكمه الذي ينشأ من تلقاء نفسه، أم بحقوقه التي تتمثل في إلتزامات تقع على عاتق طرفيه، و حكم العقد، يسمى في الفقه الإسلامي بآثاره الأصلية، أما حقوقه فتسمى بالآثار التبعية[٦]، و حكم كل عقد له صفتان:

أ- اللزوم، حتى لا يستقل أحد العاقدين بفسخه، إلا إذا إقتضت طبيعة العقد ذلك، أو ألحق به شرط أو خيار يجيز لأحد العاقدين طلب فسخه دون الآخر[٧].

ب- الحلول، و هو ثبوت الملك في البدلين، ما لم يوجد شرط أو أجل.

فحكم العقد واقع بحكم القانون، لا يستطيع الطرفان توجيه القصد للإعمال بحكم آخر، و إن كانا بإستطاعتهما التغيير من

---

[5] الأثر له ثلاثة معان: الأول، يسمى النتيجة، و هو الحاصل في الشيء، و الثاني بمعنى العلاقة، و الثالث بمعنى الجزء (لاحظ: أبو الحسن الجرجاني ، التعريفات ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد ، (بدون سنة نشر)ص١٤).

[6] لاحظ: د. علي القرةداغي، ج٢، مرجع سبق ذكره، ص١١٤١

[7] لاحظ: د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل، العقد غير اللازم ، مرجع سابق ، ص١٩

وصفه، و هذا متفق مع ما توجه إليه الرأي العام في الفقه الإسلامي[1] من أن آثار العقود جعلية وضعها الشارع، فالنية أو الإرادة أو القصد، تختار نموذج العقد الذي ترغب في إبرامه مع إرادة أخرى، أما الآثار فموضوعة من قبل الشارع، إذ أن الإمام الغزالي يذكر أن الآثار الشرعية تحصل عند تحقق المسبب، لا به، بل بأمر من الشرع[2]، فالعقود أسباب ظاهرة تترتب عند وجودها الآثار التي حكم الشارع بوجودها عند

---

[1] لاحظ: المراجع التي أشار إليها الدكتور علي القرةداغي، ج٢، المرجع السابق، ص١١٤٦ و ما بعدها. (يقول الشاطبي: إن المسببات لو لم تقصد بالأسباب لم يكن وصفها على أنها أسباب، لكنها فرضت كذلك، فهي و لا بد موضوعة على أنها أسباب، و لا تكون أسبابا إلا لمسببات، فواضع الأسباب قاصد لوقوع المسببات من جهتها، و إذا ثبت هذا و كانت الأسباب مقصودة الوضع للشارع لزم أن تكون المسببات كذلك) كما ذكر أن (الداخل في السبب إنما يدخل فيه مقتضيا لمسببه)، لاحظ: أبو إسحق الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، ج١ ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر ، (بدون سنة طبع).ص(١٩٥، ٢١٢)

[2] حيث يذكر الإمام الغزالي: (أن السبب في الوضع عبارة عما يحصل الحكم عنده، لا به، ولكن هذا يحسن في العلل الشرعية، لأنها لا توجب الحكم لذاتها، بل بإيجاب الله تعالى، و لنصبه هذه الأسباب علامات لإصدار الحكم، فالعلل الشرعية في معنى العلامات المظهرة مشابهة ما يحصل الحكم عنده)، المستصفى، ج١، ص٩٣ (نقلا عن: د. علي القرةداغي، ج٢، مرجع سبق ذكره، ص١١٤٤).

وجود أسبابها[٣]، فلا يجوز للمتعاقدين في عقد البيع الإتفاق على عدم نقل ملكية المبيع إلى المشتري، إلا أن الفقه الإسلامي أجاز إبتداءا للمتعاقدين إختيار نموذج العقد الذي يريدان إبرامه، كما أن الرأي الراجح لدى المحدثين من الفقهاء المسلمين والمهتمين بدراسة الفقه الاسلامي[٤] هو أن الأصل في العقود و الشروط الإباحة، إذ يباح للجميع إبرام ما شاؤوا من عقود، و قيد ما شاؤوا من شروط فيها، ما لم تكن مخالفة

---

[3] لجعليه الآثار معنيين، عام واسع، و خاص ضيق، أما المعنى الواسع للجعلية، فيقول الأستاذ علي الخفيف، في أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة، ١٩٤٧، ص٢٤١، بأنه: (أن الشارع جعل لكل عقد آثارا خاصة به، تتحقق به الأغراض الصحيحة التي يقصدها العاقدان من إنشائه، فللبيع مثلا آثار خاصة به، و للإجارة كذلك آثار لازمة لها، و هكذا...، و قد حدّد الشارع للعقود مع هذا حدودا عامة و خاصة يجب على الناس مراعاتها عند إنشائهم لها). أما المعنى الخاص للجعلية، فيقول د. محمد وحيدالدين سوار، في كتابه التعبير عن الإرادة، مرجع سبق ذكره، ص٥٧٧ (أن الشارع يرتب الحكم الأصلي للتصرف و ينفذه في الوقت نفسه، ففي عقد البيع –مثلا- تنتقل ملكية المبيع بمجرد العقد إلى المشتري، و تنتقل ملكية الثمن إلى البائع، و الناقل لهما هو الشارع لا العاقد، أما الأحكام التابعة كإلزام البائع بتسليم المبيع فتنفيذها منوط بإرادة الأفراد لا بإرادة الشارع).

[4] لاحظ: الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، (بدون سنة نشر)، ص٢١٧ و د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ج٣، ص١٠١ و ما بعدها و د. عبدالله الجليلي، مرجع سبق ذكره، ص١٣١

لمقاصد الشرع، أو غير مقرة بحسب طبيعة العقد أو بموجب العرف.

أما في القانون، فالمبدأ العام هو مبدأ سلطان الإرادة في إبرام العقود[1]، و العقد شريعة المتعاقدين في تنفيذها[2] و مقاصد الأشخاص من الممكن أن تتجه إلى تغيير حكم العقد أو تغيير حقوقه، لكن حكم هذا التغيير سيكون محكوما بالمباديء الأساسية الآتية:

١- يجب الإعتداد دائما بمقاصد الأطراف، فالعقود شرعت وسيلة لخدمة الجماعة الإنسانية، فالذي يريد إبرام عقد مع غيره لتحقيق مصلحة أو منفعة مشروعة، لا شك في أن نتركه و شأنه مع صاحبه في إختيار نوع العقد الذي يريدان إتخاذه وسيلة لتحقيق مصالحهما أو مصالح أحدهما أو غيرهما.

٢- و لطالما أن هذه الحرية معطاة لأيما متعاقدين، فإن بإمكانهما إبرام أي عقد، و إن كان غير مسمى، أما إختيار عقد من العقود المسماة، فهو إختيار ضمني لحكمه، فحكم العقد

---

[1] لاحظ: د. السنهوري، الوسيط، ج١، سبق ذكره، ص١٥٤ و د. عبدالمنعم البدراوي، النظرية العامة للإلتزامات، ج١، سبق ذكره، ص٩٣

[2] نصت الفقرة (١) من المادة (١٤٧) مدني مصري على أن: (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون).

(جعلي)، لا ينبغي تغييره بالنية، فليس من الجائز تغيير حكم عقد البيع في نقل الملكية.

٣- قد لا يسميان العاقدان العقود بمسمياتها القانونية الصحيحة، فالعبرة بماإتّفقا عليه، و بما قصداه، وليس بما بيناه في ألفاظ، إذ أن العبرة في العقود للمقاصد و المعاني لا للألفاظ و المباني[٣].

٤- لا نحكم على العقد بالبطلان لمجرد أن نحس أن العاقدين قد غيرا من حكمه، بل بالإمكان عد العقد صحيحا، بإعطائه حكم عقد آخر، إما بموجب نظرية (تحول العقد) أو بموجب نظرية (إنتقاص العقد).

٥- أما حقوق العقد، فيمكن الحد منها أو الزيادة عليها أو تعديلها، و كل تغيير لها مقرر، ما لم يكن مخالفا لقواعد القانون الآمرة، أو النظام العام، أو الآداب العامة.

٦- و حسن النية هو القائم الأساس في العلاقة بين الطرفين المتعاقدين، في الإبرام، و في الآثار، و إلا كان للقاضي الحق في التدخل في إعادة التوازن العقدي تطبيقا لعدالة العقد و نزاهته.

---

[3] لاحظ: الفقرة (١) من المادة (١٥٥) مدني عراقي.

و من الأمثلة على عدم جواز تغيير حكم العقد الموضوع من قبل القانون، هو عدم جواز غلق الرهن[1]، أي لا يجوز تغيير حكم عقد الرهن، من كونه عقداً من عقود ضمان الدين، إلى عقد من العقود الناقلة للملكية، إذ أن المرتهن و الراهن إذا أرادا أن يتملك المرتهن المال المرهون المملوك للراهن، فإن بإستطاعتهما إبرام عقد البيع الناقل للملكية بحسب حكمه، و إلا فإن كل شرط من شأنه أن يغيّر من طبيعة حكم عقد الرهن يقع باطلا.

---

[1] نصت المادة (١٣٠١) مدني عراقي على أنه : (لايغلق الرهن ، فيقع بلطلا كل اتفاق يجعل للمرتهن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون رهناً تأمينيا بالدين أو بأي ثمن كان أو في ببيعه دون مراعاة الاجراءات التي فرضها القانون حتى لو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن.)

٥٥ـ الصفة العقديّة والتنظيمية لبعض العلاقات

في بعض الاحيان يتدخل المشرع في العلاقات العقدية ، ليس تدخلا عاديا عندما تستدعي ضرورة الحفاظ على النظام العام ذلك، بل تدخلا استثنائيا قائما على عدم اقتصار العلاقة بين المتعاقدين على الصبغة العقدية ، بل جعل العلاقة تنظيمية[٢]، يعالج القانون كثيرا من جوانبها بقواعد لايمكن استبعادها من قبل المتعاقدين ابتداءا أو إنتهاءا، مما يجعل العلاقة بين المتعاقدين في تلك العقود التي يتدخل المشرع فيها على وجه الخصوص، علاقة عقدية وتنظيمية في وقت واحد. ويوجد نوعان من الاعتبارات التي تدفع المشرع الى التدخل في العلاقة العقدية ، منها اعتبارت اجتماعية واخرى اعتبارات اقتصادية، فمن العقود التي يتدخل في احكامها المشرع لاعتبارات اجتماعية ، هي عقد الزواج وعقد الايجار، فعقد الزواج يمثل الوحدة التي ترتكز عليها علاقات الاسرة كما ان عقد الايجار يلبي حاجات الطبقة الوسطى في ايجاد السكن .

ومن العقود التي يتدخل في احكامها المشرع لاعتبارات اقتصادية هي عقد الشركة وعقد العمل ، فعقد الشركة هو

---

[2] وأحيانا يسميها القانون بالعلاقة القانونية ، كما ورد في نص الفقرة (ثالثا) من المادة الأولى من قانون التجرة العراقي .

النواة المنشّطة لنظام الشركة الذي يدفع الحركة الاقتصادية في الدولة الى النهوض، كما ان عقد العمل بما يمثله من وضوح في اختلال التوازن الاقتصادي بين الطرفين غالبا ما يتدخل المشرع ليحمي الطبقة العاملة التي تمثل احدى اهم وسائل الانتاج .

عليه سوف نتناول في هذه الفقرة الصبغة التنظيمية لبعض العقود من حيث تدخل المشرع فيها لاعتبارات اجتماعية واقتصادية، وسوف نعالج اربعة عقود وهي:عقد الزواج ، وعقد الايجار، وعقد الشركة، وعقد العمل، في فقرات مستقلة .

أ: الصفة التنظيمية في عقد الزواج :

الزواج – في اللغة – يعني الاقتران والارتباط ، ومنه قوله تعالى: ((إحشروا الذين ظلموا و ازواجهم))[1]، أي وقرنائهم ،وقوله تعالى: ((واذا النفوس زوجت))[2] ، أي قرن كل فرد بقرينه [3] والزواج يقابل او يرادف مصطلح النكاح الذي، شاع استعماله في الفقه الاسلامي، وهو في اللغة مصدر نكح ، ويعني الوطء ، واحيانا يطلق على العقد دون الوطء ، ونكحت

---

[1] سورة الصافات / الاية٢٢

[2] سورة التكوير / الاية (٧)

[3] لاحظ : ابن منظور ، لسان العرب ، ج ٣ ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ط ١ ، ص ٢١٢ .

المراءة: تزوجت، ونكح فلان امراءة أي تزوجها، قال تعالى: ((وانكحوا ما طاب لكم من النساء))[٤]، ونكح المراة باضعها، وانكح المراة: زوجها [٥].

وعقد الزواج ، او النكاح ، معروف في الفقه الاسلامي بتعريفات عديدة مختلفة في الالفاظ ولكنها قريبة في المعنى، اذ انها تفيد أن الزواج عقد يفيد حل استمتاع كل من الرجل والمراة بالاخر على الوجه المشروع [١].

اما قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل ، فقد عرف في الفقرة (١) من المادة (٣) منه الزواج بانه ((عقد بين رجل وامراءة تحل له شرعا غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل)).

---

[٤] النساء /٣٠

[٥] لاحظ: ابن منظور ، لسان العرب ، مرجع سابق ، ج ٦ ، ص ٢٥٣.

[١] لاحظ: تعريفات عقد الزواج في الفقه الاسلامي لدى كل من : د. احمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية ، ج ١ ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ط ٢ ، ص ٣٥ . محسن ناجي ، شرح قانون الاحوال الشخصية ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٦٢ ، ط ١ ، ص ١٢٧ . تحسين بيرقدار ، الانكحة المنهي عنها في الشريعة الاسلامية ، دار ابن حجر ، دمشق ، ٢٠٠٧ ، ص ١٩ . د . فاروق عبدالله كريم ، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي ، جامعة السليمانية ، ٢٠٠٤ ، ص ٢٧ ، انور احمد موسى العاني ، مختصر احكام الزواج ، دار الرسالة للطباعة ، بغداد (بدون سنة نشر) ص٤ .

مما يلاحظ على التعريفات السابقة للزواج ، ان التعريفات التي وجدناها في متون كتب الفقه الاسلامي تركز على قضاء الوطء الجنسي، مما دعا البعض[٢] الى توجيه النقد لتعريف الفقهاء لعقد الزواج . والحقيقية ان وظائف الزواج متعددة في الحياة، شرعا وقانونا، ويمكن اجمالها في النقاط الاتية :

١. الزواج نظام يحل التعاشر بين رجل وإمراة تحل له شرعا .

٢. الزواج يعد المصدر الوحيد لتكوين الاسرة والتي تعد نواة المجتمع .

٣. الزواج يعد الوسيلة الوحيدة لتناسل الجنس البشري وتكاثره ، او على الاقل عدم انقراضه .

٤. الزواج اداة مهمة لثبوت الانساب ومعرفة السلالات .

٥. الزواج هو الوسيلة المثالية للقضاء على حالة التوحد ، والذي يعد من الامراض النفسية الخطيرة .

٦. الزواج هو الوسيلة الوحيدة للتناقل الصحيح للاعراف والمعارف وعدم انقطاعها .

٧. الزواج وسيلة لتقرير حالة التكافل والتضامن الاجتماعي في مواجهة مصاعب الحياة ومشاقها.

---

[٢] د. رمضان علي السيد الشرنباصي و د . صابر عبد الهادي سالم الشافعي ، احكام الاسرة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص ٤٧ .

٨. الزواج هو فحوى لوجود المنزل المادي المستقل .

٩. الزواج وسيلة لمنع اختلاط الانساب، فبه يحصن المرء غالبا من الوقوع في الافعال الجنسية غير المشروعة .

١٠. الزواج هو مصدر السكينة في الانسان، وهو المدرسة التي يتعلم فيها الانسان معنى المودّة والرحمة ، مصداقا لقوله تعالى:((ومن آياته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمه ان في ذلك لايات لقوم يتفكرون))[١].

وبالنظر الى كل هذه الوظائف التي يؤديها نظام الزواج ، لايمكن – منطقيا – ان يتولى العقد المبرم بين الزوجين تنظيم نظام تقوم به أمة ، كما أنه لا يصلح بمفرده ان يكون شرعه لهذا النظام العظيم ، مما حدا بالمشرع ان يتدخل في عموم أحكامه تدخلا متصلا بالنظام العام فلا يسمح للمتعاقدين الاتفاق على مخالفة الاحكام الواردة في القانون ، ولهذا نرى المشرع يتدخل كثيرا في احكام عقد الزواج ، وذلك ضمانا لتحقيق جميع تلك الوظائف التي ذكرناها سابقا [٢].

---

[١] سورة الروم / الاية (٢١).

[٢] لاحظ: مجمل هذه الاحكام في مراجع الاحوال الشخصية المشار اليها سابقا

ب : الصفة التنظيمية في عقد الايجار :

في البدء يجب التذكير بان قواعد الايجار كانت تطبق قديما على كل من إجاره الأشياء وإجارة الأشخاص ، الا انه تمّ الفصل بين النوعين إحتراما لكرامة الإنسان ، والتي لا يجوز معها جمع الانسان والشيء في احكام واحدة ، مما حدا بالمشرعين الى الفصل بين احكام كلا النظامين ، فنظمت قواعد الايجار حالات الانتفاع بالاشياء ، ونظمت قواعد العمل والمقاولة حالات الانتفاع بالاشخاص[٣] . كما انه لاتوجد فكره عامة تجمع بين النوعين من الاجازة[٤] . فضلا عما سبق ، فانه على الرغم من ان الصبغتين الاجتماعية والاقتصادية واضحتا المعالم في كل من عقد الايجار وعقد العمل ، الا ان الصبغة الابرز في عقد الايجار هي الصبغة الاجتماعية ، اذ بهذا العقد تستعين الطبقة الوسطى والطبقة الفقيرة في ايجار السكن ، اما عقد العمل فان الطابع الاقتصادي هو الابرز ، اذ هو الوسيلة

---

[٣] لاحظ: د . عبد الرزاق السنهوري، ، مرجع سابق ،ص ٢ وما بعدها .

[٤] لاحظ: د . السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٣ وما بعدها . د . جميل الشرقاوي ، شرح العقود المدنية (عقد ايجار الاشياء في القانون المدني اليمني) دار النهضة العربية (بدون سنة نشر) ، ص ٤ ،مؤلفنا : الوضع القانوني لعقود . انفصال اللاعبين المحترفين ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص ٩١.

لاتمام عملية الانتاج، وذلك من خلال حفاظه على حقوق اصحاب الايدي العاملة .

وعقد الايجار معرف في القانون المدني العراقي في المادة (٧٢١) بانه: ((تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة ، وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الإنتفاع بالمأجور))، وبغض النظر عن فحوى هذا التعريف ومضمونه[١] فان المهم لدينا هنا ان هذا العقد يكفل حقوق الطبقين الوسطى والفقيرة في الحصول على المأوى ، فالطابع الاجتماعي البارز يوجب على المشرع التدخل في العلاقة العقدية القائمة بين المؤجر والمستأجر ، لاسيما وان المستاجر طرف ضعيف في هذه العلاقة ، فهو ذو دخل محدود لايستطيع ان يكون رهينا لتقلّب الاجور والاسعار ، فيجب حمايته من قبل المشرع بالشكل الذي لايضر بحقوق المالكين، ولهذا سنّت قوانين عديدة تحكم ايجار العقار حماية لهذا الوضع الاجتماعي العام والهام .

ومن هذه القوانين ، قانون تاجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستاجر المصري رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧ ، وايضا في العراق ، قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة

---

[١] لاحظ : في ذلك : د . جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع ، الايجار ، المعاونة) ، دار الثقافة ، عمان ١٩٩٧، ص ١٩٦ .

١٩٧٩ المعدل والذي بموجبه تدخل المشرع في العلاقة العقدية وجعلها علاقة تنظيمية في مسائل متعددة منها:

١.امتداد عقد الايجار: حيث يمتد هذا العقد بعد انتهاء المدة المتفق عليها في العقد، ما دام المستاجر شاغلا للعقار ومستمرا بدفع الاجرة، بموجب المادة (٨) من قانون ايجار العقار.

٢.تحديد الحد الاعلى للاجور السنوية للعقارات المشمولة باحكام قانون ايجار العقار (م / ٤ ايجار عقار) .

٣. وجوب تحرير عقد الايجار كتابة وايداع نسخه منه لدى دائرة ضريبة العقار وفي مكتب المعلومات او في مركز الشرطة عند عدم وجود مكتب معلومات بحسب الفقرة (٤) من المادة(٧) ايجار عقار .

٤. حظر الايجار من الباطن او التنازل عن الايجار كلا او جزءا، الا اذا اتفق الطرفان تحريريا على خلاف ذلك (م / ١١) ايجار عقار .

٥. منع المالك الجديد للعقار باية طريقة من طلب تخلية العقار الماجور (م / ١٥ ايجار عقار).

٦. لايجوز للمؤجر ان يطلب تخلية العقار المأجور الخاضع لأحكام قانون إيجار العقار إلاّ إذا تحقق سبب من الاسباب التي نصت عليها المادة(١٧)من هذا القانون .

وغير ذلك من الاحكام الاخرى [1]، ونظرا لوجود هذه التدخلات التشريعية في العلاقة العقدية بين المؤجر والمستاجر، فان ثمة جدلا فقهيا وجد ازاء تحديد صفة حق المستاجر هل هو حق شخصي ام انه حق عيني [2] ؟ ، ونحن نعتقد ان حق المستاجر هو حق شخصي، لكن العلاقة بين المؤجر والمستاجر هي ليست فحسب علاقة عقدية ، بل هي ايضا علاقة تنظيمية .

جـ. الصفة التنظيمية في عقد الشركة :

عرف قانون الشركات العراقي رقم(٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدّل، الشركة في المادة الرابعة / اولا بانها (عقد يلتزم به شخصان او اكثر بان يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال او من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح او خسارة). وعلى الرغم من ان هذا التعريف قد ركز على

---

[1] لاحظ : لمزيد من التفصيل : د . جعفر الفضلي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ وما بعدها .

[2] لاحظ: تفاصيل هذا الخلاف : د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ط٣ ، ٢٠٠٠ ، ج ٦ ، المجلد الاول ، ص ٦٣٠ وما بعدها . د . جعفر الفضلي ، المرجع السابق ، ص ٢٧٠ ، وما بعدها . د. منذر الفضل و د . صاحب الفتلاوي ، شرح القانون المدني الاردني ، العقود المسماة ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٣ ، ص ٣٠٥ وما بعدها . د . علي هادي العقيدي ، العقود المسماة (البيع والايجار) ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٢٨ ، وما بعدها .

الجانب العقدي في الشركة ، فانه من المعلوم لدى شراح قانون الشركات، ان الشركة تتسم بصفتين فهي عقد من جهة، وكيان قانوني اعترف له القانون بالشخصية المعنوية ، وهذا ما نصت عليه الفقرة (ثالثا) من المادة (٤) من القانون المذكور، وهي بالصفة الثانية تعد تنظيما تدخل القانون كثيرا في احكامه، من لحظة التاسيس الى لحظة الانقضاء والتصفية.

ان التدخل التشريعي في العلاقة العقدية بين الشركاء ، لامر ضروري استلزمته الاهمية العظمى لوجود الشركات في الحياة المدنية المتحضرة، فالشركات تجمع وتركيز للجهد والمال وبها تنهض العديد من اقتصاديات الدول في العالم ، فالنمو الاتقصادي قائم على وجود شركات ناجحة في المجتمع ، ثم ان الشركات قائمة على مبدا التعاون، فكثيرا من الناس من يملك الجهد والقدرة والخبرة في ادارة المشروعات ، لكنه لا يملك المال، وبالعكس هناك من يملك المال ولا يملك الخبرة والجهد، فاذا اجتمع الفريقان وتعاونا، فان الفائدة لن تعم فقط على كليهما بل على الكثير من افراد المجتمع[٣]، لاسيما وان وجود

---

[٣] لاحظ : د . علي البارودي ، القانون التجاري اللبناني ، مرجع سابق ، ص ١٨٥ . واستاذنا المغفور له كامل عبد الحسين البلداوي ، الشركات التجارية في القانون العراقي ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٩٠ ، ص ١٣ . د . باسم محمد صالح و د . عدنان احمد ولي العزاوي .القانون التجاري ، الشركات التجارية ، دار الكتب ، بغداد ، ١٩٨٩ ، ص ٨ .

المشروعات الكبرى في الدول بفضل وجود الشركات سيعمل على تشغيل الايدي العاملة ، وايجاد مداخل لأسر ، ما كانت لتوجد لولا قيام الشركات ، وبالتالي فان الشركات اداة للقضاء على مشكلة البطالة ، ثم انها وسيلة لجذب رؤوس الاموال الاجنبية ، عندما يشهد نشاطها نجاحا ملفتا للنظر، كما ان الشركات هي الاداة المثالية لاستثمار رؤوس الاموال ، وادارة المشاريع الضخمة ، والتي يتطلب انجازها ردحا من الزمن قد يتوقف عمر الانسان الافتراضي، اذ ان الشركة ، وبفضل تمتعها بالشخصية المعنوية ، قادرة على ادارة المشروعات الضخمة، والوقوف على الصناعات الثقيلة التي يتطلب وقتا طويلا، اكثر مما يمكن ان يقوم به الفرد الطبيعي.

فضلا عن كل ما سبق ذكره ، فان زيادة عدد الشركات في المجتمع يزرع الثقة في نفوس المتعاملين على مختلف صفاتهم واصنافهم، فيجعلهم يقدمون على مزاولة انشطة مماثلة، او يجعل البعض منهم ينتمون الى هذا التجمع الاقتصادي ، وذلك لكي يرفد عليهم بالارباح، او يقدمون قروضا للشركة ، او يتعاملون في اسهمها في البورصة، ولهذا فان هذا النظام يجب الا يتركه المشرع لارادة اطراف العلاقة العقدية فحسب بل يجب ان يكفل حسن سيره ، بما يفرز الثقة في التعامل بين

الناس، ولهذا فان القانون يتدخل في تحديد وصف الشركة، ومدى مسؤولية الشركاء فيها، بل وحتى في تحديد عدد اعضاء كل نوع من انواعها، وفي تأسيسها، ومستلزمات التاسيس وضرورة التسجيل ، وفي تحديد راسمالها، وتقسيمه، كما نجده يتدخل في الاكتتاب باسهم الشركات، وتسديد راس المال ، وزيادته وتخفيضه ، والتصرّف بالاسهم والحصص، وانتقال ملكيتها، وتقسيم الارباح والخسائر ، واصدار سندات القرض، بل ويتدخل ايضا في كيفية ادارة الشركة، ومماذا تتكون هذه الادارة في مختلف الشركات ، وما هي اختصاصاتها، وكيف تجتمع ، كما انه ينظم عملية الرقابة على الشركات، لاسيما الرقابة المالية، الى ان يصل بالشركة الى التصفية ، فيضع لها احكاما، ويبين كيفية دمج الشركات وتحولها. كل هذا يجعل من الصبغة التنظيمية لعقد الشركة بارزا جدا، فهذه العلاقة ليست عقدية فحسب ، بل هي علاقة تنظيمية كذلك .

وفي ذلك يذكر البعض[1] بصدد ابراز الجانب التنظيمي في الشركة وبروزه على الجانب التعاقدي، انه في الشركات، ولاسيما الكبرى منها، كالشركات المساهمة (... حيث يمكن

---

[1] د. باسم محمد صالح . ود . عدنان احمد ولي العزاوي ، مرجع سابق ، ص ٨ .

لاغلبية الشركاء ان تفرض ارادتها على الاقلية وان تعدل من نصوص نظام الشركة ... وعندئذ .. ، تضمحل هذه الصفة التعاقدية، فمن يشتري سهما في هذا النمط من الشركات ، بهدف بيعه بعد فترة وجيزة ، يصعب اعتباره شريكا متعاقدا مع غيره من الشركاء ، هذا اضافة الى ان المشرع اخذ في الواقع المعاصر يتدخل باستمرار ،ومن خلال وضع القواعد الآمرة في تنظيم الشركة وكيفية تكوينها، بحيث اصبحت تتم وفقا لقواعد قانونية لا وفقا لمشيئة وارادة المتعاقدين، ومن هنا انكر بعض الفقه على الشركة صبغتها التعاقدية ويرى فيها نظاماً قانونياً اقرب الى القانون منه كتصرف تعاقدي) لكن هذا لايمنع من وجود علاقة عقدية قائمة بين الشركاء ، لكن الجانب التنظيمي في الشركة هو الابرز [1] .

د- الصفة التنظيمية في عقد العمل :

عادة ما تصور علاقة العمل في الرابطة العقدية التي تربط العامل بصاحب العمل، وتتجسد هذه الرابطة في عقد العمل الفردي، كما أن عقد العمل الجماعي مشمول بالاطلاق نفسه، اذ يطلق عليه بعض الكتاب عبارة علاقة العمل الجماعية وهي

---

[1] لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص ٩ ،وايضا د . حسين توفيق فيض الله ، مستجدات قانون الشركات العراقي ، مكتب التفسير للنشر والاعلان ، اربيل ، ٢٠٠٦ ، ص٣٠ ، وما بعدها .

تمثل الاتفاق بين مجموعة من العمال، أو نقابة العمل، مع مجموعة من أصحاب العمل، أو نقابتهم.

ونظراً لما يحيط بالعمل من أهمية اجتماعية واقتصادية وأحياناً سياسية، فضلاً عن أهميته القانونية، جعلته يخرج عن النطاق العقدي المرسوم له، بحيث لم يعد يقتصر على كونه عقد، مما أتاح لعلاقة العمل أن تتصف بالقانونية تعبيراً عن الفيصل بين مفهوم العقدية والقانونية المعطاة لعلاقة العمل.

ولا ينكر ما لعقد العمل من تأثير على وجود العلاقة القانونية، كما أنه لا ننكر ما للقانون من قوة في التدخل والتأثير في عقد العمل لكي ينتج آثاره القانونية، فكون علاقة العمل عقدية لا يعني أننا نستطيع أن نستغني عن قانونيتها، كما أن قانونية العلاقة ليست بغنى عن عقديتها، وتطلق العلاقة العقدية على الارتباط القانوني بين الارادتين والذي ينجم عنه العقد بما يرينه من آثار، في حين أن العلاقة القانونية تطلق علىالعلاقة المنشأة بموجب القانون دون أن يكون لمصدر آخر دور في النشوء.

وسنحاول في هذه الفقرة أن نوضح الفرق بين العلاقتين، من حيث مدى تلازم نشوئها وانقضائها، ثم تباين كل منهما في المضمون والآثار ، ثم نطّلع على عدد من الأحكام التي ستجعلنا

نضع الحدود الفاصلة بين علاقة العمل العقدية وعلاقة العمل القانونية.

١)- مدى تلازم نشوء العلاقتين وانقضاؤهما:

لا شك أن توافق إرادتي العامل وصاحب العمل وارتباطهما يؤدي الى نشوء العلاقة فيما بينهما، قانونية كانت أو عقدية، لكن هذا التلازم في النشوء لا يعني أنه مطلق من ناحية، كما أنه لا يعني أنهما متلازمتان الى النهاية من ناحية ثانية. فالعقد القائم على سلطان الارادة ليس هو كل شيء في العلاقة التي تحكم طرفي العمل، وإلا كان بالامكان الاكتفاء بما نص علية القانون المدني في باب العقود المسماة من أحكام خاصة بعقد العمل، الأمر يختلف بالنسبة لعقد العمل، فهو ليس كسائر أكثرية العقود المدنية، فهو يرتبط بسياسة دولة وبانماط اجتماعية وبرؤية اقتصادية[1]، فضلاً عن ارتباطه بفلسفة قانونية خاصة، فالعقد- أي عقد- ان تجرد من الارتباط بهذه القيم عدّ عقداً محكوماً بالقواعد التقليدية، فضلاً عن القواعد الخاصة به ان كان من العقود المسماه، لكن ارتباط العقد وتعلقه بقيم تخرج عن مضمون العلاقة العقدية القائمة بين من

---

(1) وفي ذلك نصت المادة الأولى من قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدّل على أنه : ((يهدف هذا القانون الى توظيف العمل في خدمة عملية بناء الإقتصاد الوطني من أجل الرفاهية وتحسين ظروف الحياة)).

صدر منه الايجاب ومن صدر منه القبول، لتتصل بشواخص ودلالات لها أثرها الحي الجلي على خريطة المجتمع وتركيبه وأيدولوجيات الفكرالسائدة فيه ، مما تجعله عقداً من جهة ونظاماً من جهة أخرى ، ولعل أول ما يمثل عليه بعد عقد العمل، عقد الايجار، الذي تدخلت فيه التشريعات الخاصة بايجار العقار أو ايجار الأماكن أو المساكن أو قوانين المالكين والمستأخرين، مهما اختلفت المسميات -كما ذكرنا سابقا- ، حيث رأينا كيف ابتدعت هذه القوانين فكرة الامتداد القانوني لعقد الايجار، وبموجبه يستمر المستأجر في اشغال العقار المأجور على الرغم من انتهاء عقد الايجار، وهذا ما يرهق العقد ويجعله يحمل أكثر مما يحتمل، مما يؤدي الى تحول الرؤية العقدية للعلاقة الى رؤية قانونية، وعقد العمل لا يقل شأناً فيما يختص الموضوع من التدخلات التشريعية من عقد الايجار، لا سيما أن هذه التدخلات بدأت تضعف في عقد الايجار نظراً للمشاكل الاجتماعية التي سببها الامتداد القانوني بين المؤجرين(المالكين) والمستأجرين، مما حدا بالتشريعات الى الانتصار للعلاقة العقدية، وفي المقابل كُثرتْ تدخلات الشارع الوضعي في علاقة العمل ليس في نشوء العلاقة فحسب، بل وحتى في انقضائها. فقانون العمل قد فرض على صاحب العمل أن يشغل بعض أصناف العمال لديه ، ومنعه

من تشغيل أصناف أخرى إلا بقيود [1]،مثال ذلك تشغيل الأجانب [2]إذ أن العلاقة التي ستنشأ بين العامل الأجنبي وصاحب العمل هي علاقة عمل قانونية بعيدة عن المفهوم العقائدي لإنشاء العقود [3]، فصاحب العمل لا يكون حراً في ابرام عقد العمل مع العمال الأجانب الا بالقيود التي وضعها القانون، ويثار التساؤل عن مدى حقوق العامل غير الوطني الذي عمل لدى صاحب عمل دون ان يستحصل الأخير على ترخيص بالعمل من وزارة العمل كما هو منصوص عليه في قانون العمل. ولعل هذا التساؤل يبرز مدى التباين بين علاقتي العمل العقدية والقانونية ، حيث أن بعض الفقهاء[4]ذهب الى أن

---

[1] فمثلاً نصت المادة (١٣) من قانون العمل الأردني المعدل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦ على أنه:" على صاحب العمل الذي يستخدم خمسين عاملاً أو أكثر وتسمح طبيعة عمله باستخدام العمال المعوقين الذي تم تأهيلهم مهنياً بواسطة برامج وترتيبات ومعاهد التأهيل المهني للمعوقين التي اعتمدتها الوزارة أو انشائها بالتعاون مع المؤسسات الرسمية أوالخاصة أن يستخدم من اولئك العمال عدداً لا يقل عن ٢٪ (اثنين بالمائة) من مجموع عماله وان يرسل الى الوزارة بياناً يحدد فيه الأعمال التي يشغلها المعوقون الذين تم تأهيلهم مهنياً وأجر كل منهم".

[2] لاحظ: المادة (٢٣) عمل عراقي .

[3] [1]كذلك فإن صاحب العمل ملزم بموجب المادة (١٤) من قانون العمل الأردني ، بتشغيل العامل المصاب باصابة ينتج عنها عجز دائم جزئي لا يمنعه من أداء عمل غير عمله السابق، في عمل آخر وبالأجر المخصص لذلك .

[4]لاحظ: د. أحمد أبو شنب، شرح قانون العمل الجديد ، مرجع سابق ، ص ١١٢.

استحصال الحقوق يكون على أساس دعوى الاثراء بلا سبب ، اذ أن صاحب العمل أثرى علىحساب العامل، اذ قام الأخير بتقديم عمله ولم يأخذ مقابل لذلك[1]، لكني أعتقد أن العقد الذي يبرمه العامل الأجنبي مع صاحب العمل من دون الحصول على التراخيص اللازمة لذلك هو عقد تتوافر فيه كل العناصر العامة للعقد، لكن القانون لم يرد أن يضفي على هذه العلاقة الصفة القانونية، وبالتالي فالعلاقة تفتقر الى القانونية، لكنها عقدية صرفة ، وان اراد البعض أن لا يمنحها صفة عقد العمل، حتى لا يستفيد العامل من الحماية القانونية المقررة للعامل في هذا العقد، فانني أقول أن هذه الحماية القانونية

---

[1] لطالما سمعنا أن بعض أصحاب الأعمال في الأردن كانوا يقومون بتشغيل العامل العربي غير الأردني دون أن يقوموا باستحصال تراخيص عمل لهم، اما لاعتقادهم أن الجهات المختصة لن ترخص لهم، أو لأنهم لا يرغبون في دفع رسوم استحصال تراخيص العمل، أو لأنهم ومن البدء سيئي النية متجهين نحو أكل حقوق هذا العامل المسكين الذي ترك أهله وبلاده متغرباً ليحصل على دخل يعينه وأهله على مواجهة مصاعب الحياة ومتاعبها، أقول أن بعض أصحاب الأعمال يستغلون فرصة قيام العامل بالعمل بدون ترخيص، ويقوموا بطرده بعد شهر أو شهرين من العمل دون أن يدفعوا له أجوره المستحقة، وبالتالي يبقى العامل عاجزاً عن الشكوى ، اما لاعتقاده أنه ليس أهلاً لتقديم الشكوى لأن وضعه في البلد أو في العمل غير قانوني، أو لعجزه مادياً ومعنوياً عن تقديم الشكوى، أو لكونه لا يقوى على مجابهة صاحب العمل أو لضعف حجته وقلة حيلته، أقول هنا أنه لا بد من معالجة هذا الموضوع الهام ابتداءً ، لكي يستحصل كل ذي حق حقه، ولكي نسد الذرائع على من تسببوا أصلاً في فتحها.

بمشتملاتها المعروفة، انما أعطيت للعامل المرتبط بعلاقة قانونية مع صاحب العمل، وهذه العلاقة رسمت حدودها قواعد قانون العمل ، لكن عقد العمل المبرم مع العامل الاجنبي دون ترخيص، هو عقد عمل لم ترسم له علاقة قانونية، فهو عقد عمل محكوم بالقانون المدني، عليه فان العامل الاجنبي يستطيع أن يطالب بحقوقه على أساس اخلال الطرف الآخر بالعقد ونهوض المسؤولية العقدية ، لكن دون أن يستفيد العامل من مجمل نصوص قانون العمل . ومن أوجه عدم التلازم بين علاقتي العمل العقدية والقانونية فيما يتعلق بالانقضاء، ما يلتزم به العامل بعد انقضاء عقد العمل، أو بعبارة أخرى بعد انتهاء العلاقة العقدية بين العامل وصاحب العمل، حيث تستمر العلاقة القانونية في صورة غير مباشرة، إذ تفرض هذه العلاقة على العامل طوال حياته أن يلتزم بالامتناع عن افشاء اسرار صاحب العمل التي يطّلع عليها بحكم عمله [٢].

(2)لاحظ الفقرة (أولا) من المادة (٣٥) عمل عراقي .

٢):- تباين العلاقتين في المضمون والآثار:-

تتباين كل من الصفتين العقدية والقانونية لعلاقة العمل، في أن العلاقة العقدية للعمل تصوره عقداً، أما العلاقة القانونية فانها تصور العمل نظاماً، كما أن العلاقة العقدية تصور العمل عقداً تبادلياً، في حين أن العلاقة القانونية تصور العمل نمطاً اجتماعياً، وفي الوقت الذي تصور فيه العلاقة العقدية للعمل نموذجاً عقدياً واحداً، نرى نماذج عقدية متعددة من زاوية العلاقة القانونية . وفيما يأتي نتناول في كل فقرة من الفقرات الآتية النقاط المطروحة أعلاه:-

٢-١: العلاقة العقدية تصور العمل عقداً ، العلاقة القانونية تصور العمل نظاماً:- عندما نتحدث عن العمل بوصفه عقداً، نتحدث عن علاقة عقدية تربط ما بين العامل وصاحب العمل ، محكومة بمبدأ سلطان الارادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، اذ يحكم العلاقة بينهما العقد الذي أبرماه وهما بكامل قواهما العقلية متمتعين بالأهلية القانونية ورضاؤهما غير مشوب بعيب مؤثر، ثم أنهما التزما بما أنشئا من حقوق والتزامات على عاتقيهما في عقدهما، وغالباً ما يضع صاحب العمل نموذجاً عقدياً واحداً مطبوعاً مسبقاً بصياغة واحدة ، من خلاله يبرم عقود عمل متعددة مع كافة العمال ، مع

اختلاف ملحوظ في حقوق العامل والتزاماته بحسب طبيعة العمل الموكل اليه.

لكن عندما نكون امام علاقة قانونية بين العامل وصاحب العمل، يتحول تسليط الضوء من العقد الى نظام المؤسسة، وأعني مؤسسة صاحب العمل ، بما فيها من قواعد نجدها في النظام الداخلي للعمل في المؤسسة، والنظام الداخلي، وان كان يعد جزءاً لا يتجزأ من العلاقة العقدية ، لكن ما يحويه من أوامر وقواعد يجب على العامل احترامها يمثل طبيعة النظام الذي نحن بصدده ، ناهيك عن ذلك فان العمل لا يكون واحداً مع جميع العمال، ليس من حيث طبيعة دافع العمل واختلاف المركز في المؤسسة ، بل باختلاف جنس العامل واحياناً سنه واحياناً وضعه الصحي فعقود العمل التي يهيئها صاحب العمل لن تكون واحدة في حيثيات مختلفة ، فعمل الحدث يختلف عن عمل البالغ سواء من حيث عدد ساعات العمل أو نوع العمل، ثم أن عمل الرجال يختلف عن عمل النساء، كما أن عمل الصحيح بدناً يختلف عن عمل ذوي الاحتياجات الخاصة، وكل هذه فروقات ماكانت لتحصل لولا تدخل المشرع حتماً.

ومما يؤكد أن العمل بنظرة العلاقة القانونية ليس عقداً فحسب بل نظام له قواعد تحكمه ومبادئ موجهة له، أن

القانون قد وضع حقوقا لأحد أطراف هذه العلاقة ألا وهو العامل، لم يكتسبها العامل بارادته المقرونة بارادة صاحب العمل، أي لم يكن مصدر كسبها للعامل عقد العمل ذاته ، بل القانون ، هذه الحقوق القانونية التي منحها قانون العمل للعامل لا يجوز النزول عنها مطلقاً بعكس الحقوق التي يمنحها له العقد، وهذا ما أشارت اليه المادة(١١) من قانون العمل العراقي بقولها (يقع باطلاً كل صلح او تنازل او ابراء من الحقوق المقررة للعامل بموجب احكام هذا القانون ، خلال فترة قيام علاقة العمل حتى انقضاء ستة اشهر على انتهائها)[1] ولاحظ العبارة (بموجب أحكام هذا القانون)، فالحقوق التي مصدرها القانون انما كسبها العامل بالقانون ولا يسلبها منه الا القانون نفسه، وهذا ما يعزز دورالعلاقة القانونية.

ثم أن فلسفة قانون العمل في معظم البلدان أخذت تعزز من الرؤية القانونية للعلاقة على حساب الرؤية العقدية لها ، بل أن الواقع أخذ يلعب هذا الدور إذ أن ما يطبق على العامل وصاحب العمل في أثناء تنفيذ عقد العمل هوالنظام الداخلي

---

[1] في حين نصت الفقرة (ب) من المادة (٤) عمل أردني على أنه : (يقع باطلا كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده، يتنازل بموجبه أي عامل عن أي حق من الحقوق التي يمنحها اياه هذا القانون)

للعمل أو اللائحة المعتمدة في مؤسسة صاحب العمل، وليس عقد العمل بما يحتويه من بنود، وهذا في صالح صاحب العمل شكلاً، لكونه هو المصدر للائحة ، لكن في ذلك صالح للعامل موضوعاً، لأن لائحة العمل لا تستطيع أن تخالف قواعد قانون العمل المتصلة بالنظام العام والتي تمثل بمضمونها الحد الأدنى لحقوق العامل، حيث نصت المادة (٩) من قانون العمل العراقي على أنه: ((تمثل الحقوق الواردة في هذا القانون، الحد الأدنى لحقوق العامل، وحيثما وجد تنظيم خاص لعلاقات العمل، تطبق على العمال أحكام هذا القانون أو أحكام التنظيم الخاص، أيهما أفضل)).

٢-٢: العلاقة العقدية تصور عقداً تبادلياً، العلاقة القانونية تصور نمطاً اجتماعياً: عندما يعالج موضوع العمل على كونه عقداً ، يتبادر الى الذهن دراسة خصائص هذا العقد، ومن خصائص هذا العقد أنه عقد تبادلي قائم على التزامات متبادلة بين الطرفين، اذ في الوقت الذي يلتزم العامل بأداء العمل لمصلحة صاحب العمل، يلتزم الأخير بتقديم الأجر للعامل، أي أننا أمام مبادلة مالية بين الطرفين، لكن تدخل قانون العمل في مجمل هذه العلاقة ، مما جعلها علاقة قانونية ، جعل العمل نمطاً اجتماعياً يبتعد قليلا عن مفهوم المبادلة المالية القائمة على أساس (العمل مقابل الأجر)، اذ أن العامل

قد يستحق أجره على الرغم من أنه لم يقدم عملاً ما[1] ، كذلك فان العامل يستحق أجره كاملاً عن اجازته السنوية لمدة عشرون يوماً عن كل سنة عمل[2]كما أن العامل يستحق أجراً كاملاً في اجازته المرضية البالغة ثلاثين يوماً خلال سنة العمل الواحدة(م/ ٧٧-اولا عمل عراقي) ثم أن العامل يستحق أجرة مضاعفة عن أدائه العمل في أيام العطل الرسمية والأعياد الدينية وأيام العطلة الاسبوعية (المادة (٦٤) من قانون العمل). كما أن للمرأة العاملة الحق في الحصول على اجازة خاصة بالحمل والولادة بأجر كامل لمدة (٧٢) يوما(م/٨٤عمل عراقي) . في كل هذه الحالات السابقة نرى تغليب العلاقة القانونية للعمل على العلاقة العقدية على اعتبار أن العمل اصبح يشكل نمطاً اجتماعياً بحيث أن الأجر الممنوح للعامل ليس مقابلاً للعمل الفردي من قبله فحسب، بل هو قائم على أساس اجتماعي اخذه القانون بعين الاعتبار في استحقاق العامل لأجره من عدمه ، وفي ذلك نصت المادة (٥) من قانون

---

[1] ومن الأمثلة على ذلك: استعداد العامل لأداء العمل دون أن يعهد اليه صاحب العمل عملا معيناً(م/ ٨٢١ مدني أردني) وكذلك ما ذهبت اليه المادة (٥٠) من قانون العمل الاردني وكذلك ما ذهبت اليه الفقرة(ب) من المادة (١٣٦) من قانون العمل نفسه فيما يتعلق باغلاق مؤسسة العمل، حيث يستحق العمال أجورهم كاملة عن أيام الاغلاق.

[2] المادة (٦٧/اولا)عمل عراقي.

العمل على أنه :((تقوم علاقات العمل على أساس التضامن الإجتماعي بين أطرافها بكل ما يقتضيه ذلك من تعاون متبادل ومشاركة في المسؤولية)).

٢-٣: العلاقة العقدية تصور نموذجاً عقدياً واحداً، والعلاقة القانونية تصور نماذج عقدية متعددة:

عقد العمل هو عقد يتعهد به أحد طرفيه بأن يخصص عمله لخدمة الطرف الآخر تحت ادارته لقاء أجر، هذا هو تعريف القانون المدني العراقي لعقد العمل في (٩٠٠) منه، وينطبق هذا التعريف على أية صورة للعمل يقوم بها شخص بتقديم عمل تحت اشراف أو ادارة صاحب العمل مقابل أجر، أي أننا أمام نموذج واحد لعقد العمل، يمثل العلاقة العقدية بين صاحب العمل والعامل، والعلاقة العقدية يفترض فيها أن الأحكام المطبقة عليها ثابتة سواء في قانون العمل أوالقانون المدني، لكن عندما يستثني قانون العمل بعض الفئات من الخضوع لأحكامه ، يجعلنا أمام فكرتين، الأولى أن لا نعد صور العقود التي يكون العامل فيها إحدى الفئات التي استثناها قانون العمل من الخضوع لأحكامه ، أن لا نعدها عقود عمل، بل عقودا أخرى، أوعقوداً غير مسماة، أو أن ننتقل الى الفكرة الثانية ومفادها أن نعد هذه الصور عقود عمل تخضع لأحكام القانون المدني بقواعده الخاصة بعقد العمل كعقد مسمى

وبالقواعد العامة في نظرية العقد، وانا أميل الى الفكرة الثانية وربما هذا ما يدفعنا الى الاعتقاد أن العلاقة القانونية للعمل التي تبناها قانون العمل، تجعلنا أمام نماذج متعددة لعقد العمل، فهناك عقود عمل تخضع لقانون العمل، وهناك عقود عمل لا تخضع لقانون العمل بسبب أن العامل فيها من الفئات التي استثناها قانون العمل من الخضوع لأحكامه ، وهناك أيضاً عقود عمل لا تخضع لقانون العمل لأنها لم تستوف كل شروطه، كما في عقد العمل مع عامل أجنبي بدون ترخيص ، اذا ما طبقنا احدى نظريتي تحول العقد اوانتقاصه، ثم أن هناك عقود عمل خاصة بالنساء ، وعقود عمل أخرى خاصة بالأحداث، اذن فنحن أمام نماذج عقدية متعددة، وهذا ما تصوره فكرة العلاقة القانونية للعمل المنطلقة من فلسفة المشرع في قانون العمل.

وفي الختام ليس غريباً أن تجتمع الصفة العقدية والصفة النظامية لموضوع معين، فالزواج مثلاً تجتمع فيه هاتان الصفتان، وكذلك العمل فهو يمثل علاقة قانونية بين صاحب العمل والعامل، فضلاً عن كونه يمثل علاقة عقدية، وقد لاحظنا اختلاف وتباين هاتين العلاقتين، في المضمون والاثار، بل في النشوء والانقضاء ايضاً، بل أن هناك التزامات تقع على عاتق طرفي العمل، ولا سيما وخاصة صاحب العمل، لا تنسجم

مع طبيعة الآثار التي يرتبها العقد في العادة، فهي لا يمكن بأي حال من الأحوال عدها التزامات عقدية، بل أن الأمر يجاوز هذا الحد، اذ أن ما يؤكد على أن العمل نظام، هو العقوبات التي وضعها المشرع على صاحب العمل عند مخالفته لأحكام قانون العمل، ولا اعتقد أن الاخلال بأي التزام عقدي سيؤدي الى معاقبة صاحبه جزائياً، الا اذا اضيفت صفة القانونية على طبيعة الالتزام، أو تصويره على انه واجب يتحتم على الشخص تنفيذه والاّ تعرّض للعقوبة المقررة في القانون.

لقد كرّس قانون العمل الصفة النظامية للعمل، فجعله لا يقتصر على وجود علاقة عقدية بين طرفي العقد، بل علاقة قانونية بينهما، مما أدى الى اختلاف الآثار المترتبة على عد العمل عقداً أو نظاماً، ثم أن عد العمل نظاماً لا يفسخ الصفة العقدية عنه، اذ أن قانون العمل قد اعترف بهذه الصفة، لكن ولما كان من الصعب تحميل هذه الصفة أكثر مما تحتمل، ادرك المشرع أهمية تصوير العمل بصورة العلاقة القانونية وهذا- بالتأكيد- يحقق فائدة كبرى للعامل كطرف ضعيف في العلاقة ينبغي الأخذ بيده، وهذه غاية عدم ترك العامل بارادته الضعيفة أمام ارادة صاحب العمل القوية ، ضحية لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

٣٦ـ مشكلة إعمال فكرة الأثر الرجعي

مما يلاحظ على القانون المدني العراقي، أنه في الوقت الذي رفض فيه فكرة الأثر الرجعي في سريان القانون حيث نصت المادة (١٠) على أنه: (لا يعمل بالقانون الا من وقت صيرورته نافذا فلا يسري على ماسبق من الوقائع الا اذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك او كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب)" نجده، وفي ضمن سياسته التشريعية، قد أخذ بهذه الفكرة على اطلاقها في التصرفات القانونية وقبل أن نعطي فكرة عن مثالب العمل بهذه الفكرة، نجد من اللازم إعطاء نبذة مختصرة عن فكرة الأثر الرجعي :

يتطلب تحديد فكرة الأثر الرجعي في التصرف القانوني، تمييزها من فكرة الأثر الرجعي للتشريع، التي تثار في مجال تنازع القوانين من حيث الزمان، وهذا ما يقضي علينا بيان هذه الفكرة الاخيرة بغية استبعادها من ميدان موضوعنا ابتداء.

ان تنازع القانون الجديد مع القانون القديم، الذي كان يحكم ذات العلاقة التي ينظمها الاول، في نطاق حكم الوقائع والتصرفات التي تنشأ في ظل القانون القديم وتستمر أثارها

في ظل القانون الجديد، يثير التساؤل مفاده: أي من القانونين يحكم هذه الوقائع والتصرفات؟.

إن القول بالأثر الرجعي للتشريع الجديد أمر مرفوض منذ عهد (جوستنيان). فلم يختلف أحد على مسألة استبعاد فكرة الاثر الرجعي للقانون، الا أن الخلاف ثار حول مسألة تبرير عدم الرجعية هذه، فقد وردت نظريات عدة بشأن ذلك، منها نظرية الحق المكتسب التي تعد الحق اذا ما دخل الذمة فلا يمكن المساس به عند صدور قانون جديد يتعلق بهذا الحق. ولكن هذه النظرية انتقدت ، فهي تقتصر على القانون الخاص، وفضلا عن ذلك أنها غير كافية في هذا النطاق، فنظام الملكية معرض دائما للتعديل من قبل القانون الجديد. وأزاء ذلك أثيرت نظرية أخرى تعرف بنظرية (الوقائع التي تحدث) وهذه النظرية اعتبرت الوقائع التي تحدث في ظل قانون معين تخضع له من حيث نشوئها وآثارها الماضية والحاضرة والمستقبلية.

ولم تنجُ هذه النظرية كسابقتها من النقد، فقد قيل بأنها تعمل على تضييق نطاق القانون الجديد، ومن ثم تؤدي إلى تعدد التشريعات التي تحكم علاقات قانونية متعددة ذات طبيعة واحدة.

إن النظرية الراجحة في تبرير عدم رجعية القانون إلى الماضي، هي نظرية الأثر الفوري للقانون، ومؤدّاها أن القانون الجديد يطبق وقت العمل به على الوقائع الجديدة التي تنشأ لأول مرة بعد سريانه وعلى الآثار المستمرة الحالية منها والمستقبلية للوقائع والتصرفات القديمة وأن نشأت في ظل القانون السابق.

ويحقق مبدأ عدم الرجعية ضمانة في الحفاظ على إستقرار المجتمع، وهو أمر لامناص منه، ذلك لأنه يكفل لكل من تصرف في ظل قانون معين أن يطمئن إلى حقوقه وواجباته ، أما لو أبيحت رجعية التشريع لما أستطاع أي شخص أن يطمئن إلى تحديد مركزه القانوني.

وعلى الرغم من وجود الاتفاق على الأثر الفوري للقانون، لكن يثار التساؤل حول التصرف القانوني بالذات، وذلك في حالة قيامه في ظل القانون القديم وبقاء آثاره سارية في ظل القانون الجديد، فهل نأخذ بالأثر الفوري ونطبق القانون الجديد عليه؟

لقد قيل بأن التصرف من قبيل أعمال التعبير والتوقع والاحتياط للمستقبل، وهذا مايلزم تطبيق القانون القديم على نشؤئه وآثاره المستمرة في ظل القانون الجديد، بيد أن هذا الأمر ليس مطلقاً، إذ ترد عليه إستثنائات فيقول

البعض[1]"أن الأصل إستمرار القانون القديم في تنظيم أثار العقود التي أبرمت في ظله، وإنه لايجوز الخروج على هذا الأصل إلا على سبيل الإستثناء، وذلك بناء على إرادة صريحة من جانب المشرع أو إرادة ضمنية تستخلص من وجود أسباب إجتماعية هامة دفعت بالمشرع إلى سن هذا القانون".

ولمّا كان الأثر الرجعي للقانون أمراً مرفوضاً كقاعدة عامة فإن الأثر الرجعي في التصرف القانوني لازال يبسط حكمه على الوقائع القانونية التي تكون محلاً لتطبيقه، ولا يمكن تحديد مدلول هذا الأخير بسهولة، لأن مجال تطبيقه في التصرف القانوني متباين الأثر، فهو قد يعمل على محو التصرف تماما وكأنه لم ينشأ أبداً كما في حالة زواله بسبب الفسخ أو البطلان أو الرجوع وقد يعمل على خلاف ذلك حيث يقوم بتأكيد التصرف بعد ما كان غير نافذ ثم زال سبب منع نفاذه، كأن يكون التصرف معلقاً على شرط واقف أو موقوف، حيث يعد التصرف هنا – وبفعل الأثر الرجعي – كأنه نفذ منذ قيامة[2].

---

[1] د. عبد الحي حجازي، المدخل لعلوم القانونية ، القانون ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ ، ص٦٣٦.

[2] لاحظ : د. نوري حمد خاطر، الأثر الرجعي في التصرف القانوني، رسالة ماجستير من جامعة بغداد، ١٩٨٦، (غير منشورة)، ص٧.

خواطر مدنية ـ ـ ـ

ولا نجد في الفقه الحديث، إزاء هذا التباين في حكم الأثر الرجعي في التصرف القانوني بالنسبة لمدى مساسه بحقوق اطراف التصرف او الغير، من يعطي تعريفا محدداً لهذه الفكرة في نطاق التصرف، بل إقتصر الأمر عندهم على الإشارة إلى الأمثلة التطبيقية فحسب، بينما نجد في الفقه الإسلامي تحديداً واضحاً وشاملاً لفكرة الأثر الرجعي في التصرف القانوني، فقد عرف الفقهاء المسلمون هذه الفكرة، وأطلقوا عليها مصطلح الإستناد أو الانعطاف، حيث عرف الإستناد بأنه (إسناد حكم من الأحكام وإضافته إلى زمن سابق معين، ذلك بسبب تحقق هذا الحكم فيه) وبعبارة ادق (ثبوت الحكم في الحال لتحقق علته ولكنه يثبت مستنداً ومضافاً إلى وقت سابق معين تحققت فيه علة ذلك الحكم). والحق أنه رغم الصعوبة البالغة في تحديد مفهوم الأثر الرجعي للأسباب التي ذكرناها سلفا، وحيال غياب التعريف المحدد له في الفقه الحديث، الا أن بعض الفقه[2] حدّد معناه، تحديدا عاما ينطبق على جميع تطبيقاته في التصرف القانوني، وذلك بالقول أن الأثر الرجعي يعني (اسناد حكم نفاذ التصرف اذا كان غير نافذ او حكم زواله اذا كان نافذا الى وقت نشوئه، اذا زال سبب

---

[2] د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص١٠.

عدم نفاذه أو تحقق سبب زواله)، فلو كان التصرف موقوفا، ثم اجازه بعد ذلك من له سلطة التصرف عدّه نافذا من وقت نشوئه، فالمتصرف اليه في بيع الفضولي يعد مالكا للبيع من وقت قيام التصرف الموقوف، اذا ما أجيز مثل هذا التصرف للمبيع ويعد التصرف الموقوف هنا، وكأنه كان نافذا من وقت قيامه، ولو كان التصرف نافذا ثم حكم بفسخه، فأنه يعد كأن لم يكن من وقت نشوئه.

والأثر الرجعي، فكرة، إعتمدها المشرع العراقي في كثير من المواضع، نذكرها تباعاً:

١- ففي البطلان نصت الفقرة (٢) من المادة (١٣٨) مدني عراقي على أنه :((فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل)).

٢- وفي إجازة العقد الموقوف ، حيث نصت الفقرة (١) من المادة (١٣٦) على أنه: ((اجازة العقد الموقوف تكون صراحة أو دلالة وتستند الى الوقت الذي تم فيه العقد، ويشترط في صحتها وجود من يملكها وقت صدور العقد ولا يشترط قيام العاقدين أو المالك الأصلي أو المعقود عليه وقت الاجازة)).

٣- وفي نقض العقد الموقوف ، حيث نصت الفقرة (١) من المادة (١٣٤) على أنه: ((اذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه

أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو إرتفاع الإكراه أو تبيّن الغلط أو إنكشاف التغرير كما أن له أن يجيزه فاذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين و ان يسترها حيث وجدها و أن تداولتها الأيدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها)).

٤- وكذالك في فسخ العقد، حيث نصت المادة (١٨٠) على أنه: ((اذا فسخ عقد المعاوضة الوارد على الاعيان المالية أو إنفسخ، سقط الألتزام الذي كان مترتبا عليه فلا يلزم تسليم البدل الذي وجب بالعقد، وان كان قد سلّم يسترد فاذا استحال رده يحكم بالضمان)).

٥- وكذلك فقد قرر المشرع فكرة الأثر الرجعي في حالة تعليق العقد على شرط واقف أو فاسخ، حيث نصت المادة (٢٩٠) على أنه: ((١- اذا تحقق الشرط واقفا كان أو فاسخاً استند أثره الى الوقت الذي تم فيه العقد الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام او زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط. ٢- ومع ذلك لايكون للشرط أثر رجعي اذا أصبح تنفيذ الألتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن بسبب أجنبي لايد للمدين فيه.)).

٦- وكذلك فقد أقر المشرع بفكرة الأثر الرجعي في قسمة المال الشائع حيث نصت المادة (١٠٧٥) على أنه : ((تُرجّح

خواطر مدنية ـــــــ

الممكن أن يكونوا قد أجروا بعض التصرفات على ذلك المال. ثم أن مسألة الأثر الرجعي هي فكرة إفتراضية قائمة على فرض ما إذا دخل هذا الجزء المفرز في ملك هذا الشخص، فإذا لم يدخل فماهو الحل؟!

ج- الأثر الرجعي فكرة قائمة على الإفتراض والكذب، وقد تصطدم بالواقع ، فيصعب ، أو يستحيل ، اعادة الحال الى ماكانت عليه قبل نشوء الحالة المنقضية بفعل إعمال الأثر الرجعي،وهي عالباً ما تصطدم بالواقع ، فما الحكمة في الأفتراض وهو في الأساس مخالف للواقع؟ وما فائدة أن يعالج المشرع الحالات الإستثنائية المترتبة على فكرة الأثر الرجعي! في حين أن بإمكانه معالجتها بغض النظر عن إعماله لهذه الفكرة ؟ فالعبرة للغالب الشائع لا للنادر، وعليه يجب في الأصل مراعاة ما يوافق الواقع ومعالجته، وليس إفتراض ما يخالفه ومعالجة المشاكل المترتبة على ذلك.

و نحن نرى -أخيراً- أن فكرة الأثر الرجعي لا يجب العمل بها الا في نطاق بطلان العقد فحسب، وذلك لأن البطلان قائم على أساس وجود خلل في أركان العقد، فالعقد أصلاً لا ينعقد وبالتالي نكون أمام أثر رجعي لبطلان التصرف القانوني، مع ضرورة معالجة المشاكل الواقعية التي ممكن أن يثيرها تطبيق هذا الأثر.

أما فيما عدا البطلان، فيجب أن يكون الأصل هو إعمال الأثر الفوري المقتصر، والنص على أنه إذا كان بالإمكان إعادة الحال الى الوضع السابق، فلا بأس من ذلك، لكن على سبيل الاستثناء لا الأصل.

ومن الجدير بالذكر هنا أن القانون المدني العراقي –كما ذكرنا– اتخذ موقفاً موحداً من فكرة الأثر الرجعي، في حين أن القانون المدني الأردني كان متخبطاً في الأخذ بهذه الفكرة في موضوع واحد، وهو موضوع قسمة المال الشائع، فتراه تارة يعمل بالأثر الفوري المقتصر، وتراه تارة أخرى، يعمل بفكرة الأثر الرجعي المستند.

فقد نصت المادة (١٠٣٨) مدني أردني على أن: "القسمة افراز وتعيين الحصة الشائعة".يتضح من هذا التعريف المقتضب أن المشرع الأردني أخذ بالأثر الكاشف للقسمة. ولكنه لم يأخذ بالأثر الرجعي لأنه نص في المادة (١٠٤٧) على أنه: "يعتبر المتقاسم مالكا على وجه الاستقلال لنصية الذي آل اليه بعد القسمة"، فالنص يوضح الأثر الفوري المباشر للقسمة دون أن يسنده الى وقت بدء الشيوع. ويرى البعض[1] بأن ما نصت عليه المادة (١/١٣٣) من أن: "للشريك في عقار

---

[1] د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني ، (الحقوق العينية)، مرجع سابق ، ص٨٤.

شائع أن يرهن حصته ويتحول الرهن بعد القسمة الى الحصة المفرزة التي تقع في نصيبه..." يعد دليلاً واضحاً على الأثر الكاشف للقسمة ولكنه لا يصلح دليلا على الأثر الرجعي لها، بل أكثر من ذلك ذهب صاحب الرأي، بأن عبارة (يتحول الرهن) الواردة في النص ليست دقيقة، لأن الرهن في هذه الحالة لم يتحول، وكل ما حصل أن الشريك قبل القسمة قد رهن حصة رمزية ليس لها محل مادي محدد، وبعد القسمة اصبح لها محل مادي محدد متمثلا في الجزء المفرز. ومن الأدلة على الاثر الكاشف أيضا ما قررته المادة (١٠٥٠) من حق المتقاسم في فسخ القسمة الرضائية إذا لحق به غبن فاحش، فما دامت القسمة كاشفة، أي لها أثر رجعي، عليه يجب أن يحصل المتقاسم على ما يعادل حصته الشائعة. في حين لو كانت ناقلة، أي أن لها أثراً فورياً، لما منح المتقاسم هذا الحق لأنها ستكون بمثابة البيع الذي لا يقوم على اساس المساواة، وانما يقوم على المضاربة.

أما ما نصت عليه المادة (١١٤٤) مدني أردني فيرى البعض[٢] أنه يصلح دليلاً على الاثر الرجعي للقسمة وليس الاثر الكاشف لها. فقد نصت هذه المادة على أنه: "إذا بني

---

[2] د. علي هادي العبيدي، المرجع السابق ، ص٨٤.

احد اصحاب الحصص لنفسه في الملك المشترك القابل للقسمة بدون اذن الاخرين ثم طلب الاخرون القسمة يقسم فان اصاب ذلك البناء حصة بانيه ملكه وان اصاب حصة الاخر يكلف الباني بالهدم". إذ يتضح من هذا النص أن المشرع قد عدّه الشريك الباني في الملك الشائع قد بني في ملك الغير إذا وقع القسم المحدث عليه البناء في نصيب الشريك الاخر، ولذا فقد عامله معاملة الباني في ارض الغير بسوء نية، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن القسمة قد ادت إلى محو حالة الشيوع السابقة، وهذا هو مفهوم الاثر الرجعي. ونحن لانتفق مع صاحب هذا الرأي لأن من مقتضى الأثر الكاشف للقسمة هو الكشف عن حالة كانت قد وقعت، أو هكذا يفترض، في الماضي، وليس للقسمة سوى أثر يكشف عن تلك الحالة، فصاحب الرأي المتقدم، يوحي برأيه الى أن الأثر الكاشف للقسمة يختلف عن أثرها الرجعي، في حين أن مقتضى الأثر الكاشف للقسمة، هو أن ما يترتب عليها يعود الى الماضي، وهذا هو مضمون فكرة الأثر الرجعي[1].

أما ما نصت عليه المادة (١٠٤٩) فيعد دليلاً على الأثر الناقل للقسمة، أي الأثر الفوري لها، فقد جاء فيها: "... يجري

---

[1] لاحظ مع من له الرأي نفسه : د. محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته، الكتاب الأول، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧، ط٢، ص١٦٥.

في تقسيم الأجناس المختلفة ايضا وفي القيميات المتحدة الجنس خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب". يتبين من هذا النص أنه إذا كانت الأعيان المشتركة، سواء أكانت من القيميات أو المثليات، من أجناس مختلفة أو كانت من القيميات المتحدة الجنس، ففي هذه الحالة يثبت خيار الشرط للمتقاسم الذي اختص بحصة معيبة. في حين إذا كانت الأعيان المشتركة من المثليات المتحدة الجنس، ففي هذه الحالة يثبت في قسمتها خيار العيب للمتقاسم الذي أختص بحصة معيبة دون ان يثبت له الخياران الآخران. ويبرر هذا الفرق على أساس أن خياري الرؤية والشرط يجريان في المعاوضات، وحيث أن قسمة الافراز هي الغالبة في المثليات المتحدة الجنس، لذا يكون كل شريك قد أخذ عين حصته ومن ثم فلا يجري عليها الخياران المذكوران. وهذا يعني أن المبادلة، أي الأثر الناقل (الأثر الفوري)، هي الغالبة في القيميات وفي الاجناس المختلفة[٢].

ومن الجدير بالملاحظة ، ونحن نتكلم عن القانون المدني الأردني، أن هذا القانون قد رفض فكرة الأثر الرجعي في الشرط التعليقي اذ نصت المادة (٤٠٠) منه على أنه : ((المعلق

---

[2] لاحظ : د. علي هادي العبيدي ، الحقوق العينية ، مرجع سباق ، ص٨٥.

خواطر مدنية ـــــــ

٣٧ـ القانون المدني يخلو من نصوص ترشد القاضي الى كيفية تفسير القانون وتطبيقه

خصص المشرع العراقي قرابة (١٢) مادة من مواد القانون المدني لتفسير بنود العقد، مع أن القاضي يقوم بتطبيق القانون أكثر من قيامه بتطبيق بنود العقد، بل أن المتعاقدين كثيرا ما يتركون أمورا مهمة في العقد لأحكام القانون المكمّلة، حيث لا يتفقون ابتداءا على إستبعاد تطبيقها، لذلك كان من الأجدر على المشرع أن يضع قواعد تفسيريه لنصوص القانون، وبإمكانه أن ينقل المواد (١٥٥-١٦٦) الى الباب التمهيدي للقانون المدني لكي تكون وسيلة بيد القاضي لتفسير النصوص، إذ أن هذه المواد مثلما تصلح لتفسير بنود العقد فإنّها تصلح لتفسير النصوص.[٢]

---

[2] والمواد (١٥٥-١٦٦) مدني عراقي جاءت تحت عنوان (تفسير العقد)، في حين أنها تصلح لتفسير النصوص، وإليك نص هذه المواد:

المادة (١٥٥): «١-العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني.٢- على أن الأصل في الكلام الحقيقة، أما إذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز».

المادة (١٥٦): «تترك الحقيقة بدلالة العادة».

المادة (١٥٧): «لا عبرة بالدلالة في مقابلة الصريح».

المادة (١٥٨): «إعمال الكلام أولى من إهماله، لكن اذا تعذر إعمال الكلام يهمل».

المادة (١٥٩): «ذكر بعض مالا يتجزأ كذكر كله».

كما يجب على المشرّع أن يضع نصوصا ترشد القاضي الى كيفية تطبيق القانون ليس فقط من حيث الزمان والمكان، بل من حيث إرشاده إلى كيفية حل النزاع القضائي القائم أمامه، وكيفية حل مشكلة التعارض في الأحكام والترجيح بينها، وإرشاده إلى غايات القانون العامة والإتجاهات التي يسير عليها المشرع في تشريعه وغير ذلك من القواعد، علما أن مدونة جستنيان مليئة بمثل هذه القواعد التي بلغت منها درجة عالية من التحضّر في فهم الوظيفة التي يؤدّيها القانون المدني، ومن هذه القواعد على سبيل المثال :[1]

١- ﴿إذا إنقطعت علّة القانون إنقطع حكمه﴾.

المادة (١٦٠) :«المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة».

المادة (١٦١) :«الوصف في الحاضر لغو وفي الغائب معتبر».

المادة (١٦٢) :«السؤال المصدق معاد في الجواب المصدق».

المادة (١٦٣) :«١- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص. ٢-والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم. ٣- والمتنع عادة كالمتنع حقيقة».

المادة (١٦٤) :«١-العادة محكمة عامة كانت أو خاصة. ٢- واستعمال الناس حجة يجب العمل بها».

المادة (١٦٥) :«انما تعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر».

المادة (١٦٦) :«يفسر الشك في مصلحة المدين».

[1] لاحظ: مدونة جستنيان في الفقه الروماني، ترجمة: عبد العزيز فهمي، دار الكتب، بيروت، (بدون سنة نشر)، ص٣٧٧ ومابعدها.

٢- ﴿العادة خير مفسّر للقانون﴾.

٣- إذا تعارض قانونان عُمل بالمُتأخّر منهما﴾.

٤- ﴿القانون لا ينسخه إلّا قانون﴾.

٥- ﴿كل مالم يمنعه القانون مباح﴾.

٦- ﴿القانون لا يلغيه المشرع فحسب، بل يُبطل أيضا بإجماع الناس ضمنا على عدم العمل به﴾.

٧- ﴿الأحكام الخاصة تُؤثّر في العامة ولا عكس﴾.

٨- ﴿كلّما وجدت علة النص وجب تطبيقه﴾.

٩- ﴿النص العام ليس لأحد تخصيصه﴾.

١٠-﴿عند عدم عطف كلمة على أخرى عطف جمع، يكون فعل أي من مدلوليهما مُجزّيا﴾.

كما أن القانون المدني اليمني، على الرغم ما فيه من عيوب ومساوئ كثيرة، فإنه إحتوى في بداية الكتاب الأول الخاص بالأحكام العامة في المعاملات على قواعد أصولية وعامة و كلية في تطبيق القانون،اقتبسها من الفقه الاسلامي الحنيف ولاسيما في المواد(٢-١٧).

٣٨. الملكية الفكرية موضوعاً مدنياً صرفاً

الملكية الفكرية تنقسم إلى:-

١- الملكية الأدبية.

٢- الملكية الصناعية.

٣- الملكية التجارية.

١- الملكية الأدبية / تشمل حقوق المؤلف والحقوق المجاورة لحق المؤلف.

٢- الملكية الصناعية / تشمل الرسوم الصناعية والنماذج الصناعية والتصاميم التخطيطية والطوبوغرافية وبراءات الاختراع.

٣- الملكية التجارية / تشمل العلامة التجارية والاسم التجاري والعنوان التجاري.

أن ما أدى إلى الاعتقاد أن هذه المواضيع داخلة في نطاق القانون التجاري هو الملكية التجارية، وتدخل المنظمات التجارية والصناعية الدولية في ضرورة تنظيمها على النطاق الدولي، وضمن عمل منظمة التجارة العالمية، مما ادخل في ذهن البعض أن موضوعات الملكية الأدبية أصبحت موضوعات تجارية!.

والجدير بالذكر أن الحقوق المالية في القانون المدني تكون إما شخصية أو عينية أو ذهنية (معنوية)، وهذه الأخيرة تشمل أنواع الملكية الفكرية الثلاثة المشار اليها أعلاه، فبالنسبة للملكية الأدبية فلا يوجد فيها أي عنصر يجعلها خاضعة للقانون التجاري لا من قريب ولا من بعيد، أما بالنسبة للملكية الصناعية والتجارية، فالقانون يتدخل لحمايتها مدنيا وجنائيا من أي إعتداء على جانبيها المالي والفكري، فما علاقة القانون التجاري بها؟

القانون التجاري يختص عادة بالأعمال التجارية التي تقوم دائماً على أساس المشروع والمضاربة لتحقيق الربح، في حين أن مواضيع الحقوق المعنوية ليس فيها هذه العناصر في الأصل العام.

فعلى سبيل المثال،لو افترضنا أن شخصاً صمّم سيارة أو رسم خارطة بيت أو خطط تصميما طوبوغرافيا لأجهزة الكترونية، فالحق المحمى لهذا الشخص يكمن في أن لا يمس حقه الذهني بأي مساس، ويعني أن يستغل حقه بأية طريقة من طرق إستعمال و إستغلال الملكية أوالتصرف فيها، ومن البديهي أن القانون المدني هو الذي سيبيّن كيف يستغل ويستعمل ويتصرف في ملكه وهذا يدخل ضمن نطاق ممارسة الحقوق المالية الخاضعة للقانون المدني.

أما ما يتعلق بالعلامة التجارية فإن من يصمم علامة له حق في الحماية ومنع أي شخص من إستغلالها لمصلحته وهذا لايختلف كثيرا عن أي حماية يتلقاها أيما شخص في ممتلكاته إذ أن العلامة التجارية للشركة – مثلا – تدخل ضمن ممتلكاتها المادية. وكذلك الحال بالنسبة للاسم التجاري للشركة أو المحل التجاري.

ولعل الجانب المالي الوحيد في موضوع حماية الملكية الفكرية، هو ضمان حصول صاحب هذه الملكية على التعويض عن الأضرار المادية التي لحقت الجانب المالي لملكيته الفكرية، والأضرار المعنوية التي لحقت بالجانب الذهني لهذه الملكية، وتعويض الضرر ماديا كان أو معنويا، وهو موضوع مدني صرف.

٣٩ــ لا داعي لوجود كثير من الموضوعات والنصوص في القانون المدني

إن القانون المدني العراقي –ومن خلال محاولته التوفيق بين القانون الفرنسي الذي إستمد جلّ أحكامه من القانون الروماني، و الشريعة الإسلامية– اقتبس الكثير من الأحكام من الفقه الإسلامي وبألأخص الفقه الحنفي، الذي كان سائداً في عموم أرجاء البلاد الإسلامية بتأثير من الدولة العثمانية التي كانت تعتمد هذا المذهب، فنجد في القانون المدني كثيراً من المواضيع التي إستمدّها المشرع العراقي من هذا الفقه والتي لا داعي لها إما لأنها لا ترقى للتقدّم الإنساني الحاصل من جهة أو لأنها غير منسجمة مع ما إعتمده من أحكام أخذها من قوانين معاصرة من جهة أخرى.

ومن الأمثلة على ذلك ما إعتمده القانون المدني من أحكام خاصة بالدين المشترك، لطالما أنه أخذ بنظام التضامن بين الدائنين (التضامن الايجابي)، وكذلك الحال بالنسبة لقضايا أخرى قل تطبيقها في المجال العملي كالشفعة التي استهلك لها ١٧ نصا. وكذا الحال فإن المشرع استهلك موادا قانونية كثيرة للنص على أحكام اقتبسها من القوانين الغربية كالقانونين الفرنسي والألماني، كما في تنظيمه لحق التصرف في الأراضي

الأميرية الذي خصص له (٢٢) مادة، وكذا الحال بالنسبة للانابة في الوفاء وتجديد الالتزام.

كما أن المشرع العراقي عندما يقرر مبدأ عدم جواز اساءة إستعمال الحق على أساس أنه من إستعمل حقه إستعمالا غير جائز وجب عليه الضمان[1]، فلا داع للنص على أنه ((...من إستعمل حقه استعمالا جائزا لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر))[2]، وذلك للأسباب الآتية:-

١. إن الحكم الوارد في المادة (٦) تحصيل حاصل، وليس من تخصص القانون النص على البديهيات.

٢- ان نص المادة (٦) هو مفهوم مخالفة لنص المادة (٧).

كما انه لا داعي لورود نصوص كثيرة في القانون المدني العراقي كما في النصوص المنظمة للمسؤولية عن الحيوان وذلك من خلال نصوص المواد: (٢٢١) - (٢٢٦) والتي جاءت في معظمها ببديهيات، كما استحدم فيها المشرع مصطلحات ليس محلها القانون، كالثور النطوح والكلب العقور والدابة !!

كما أورد المشرع العراقي الكثير من النصوص في القانون المدني التي تضمنت أحكاما من قبيل تحصيل الحاصل

---

[1] المادة (٧) مدني عراقي .

[2] المادة (٦) مدني عراقي.

والذي لا يليق وجودها في مدوّنة القانون المدني ، ومنها على سبيل المثال نص المادة (١٩٠) في فقرتها الثانية حيث جاء فيها: ((١- إذا أتلف أحد مال غيره على زعم أنه ماله ، ضمن ما أتلف . ٢- أما إذا أتلفه بإذن مالكه فلا يضمن .)) . فالفقرة الثانية زائدة إذ أنه من المعلوم أن من يتلف مال غيره بإذنه لا يضمن ، فلا حاجة للنص على مثل هكذا حالة .

كذلك فإنه لا داعي لوجود نص المادتين (١٩٢) و(١٩٣) مع وجود النص على حكم يد الضمان في القانون المدني العراقي في المادة (٤٢٦) منه ، فالمادة الأخيرة نصت على أنّه: ((إذا إنتقل الشي إلى يد غير صاحبه بعقد أو بغير عقد وهلك دون تعدّ أو تقصير فإن كانت اليد يد ضمان هلك الشي على صاحب اليد، وإن كانت يد أمانة هلك الشي على صاحبه)). وقد بيّنت المادة (٤٢٧) مدني مفهوم كل من يد الأمانة ويد الضمان [٣]. في حين أن المادة (١٩٢) مدني نصّت على أنّه: ((يلزم رد المال المغصوب عينا وتسليمه إلى صاحبه في مكان الغصب إن كان موجودا، وإن صادف صاحب المال الغاصب في مكان آخر وكان المال المغصوب معه فإن شاء صاحبه إستردّه هناك وإن طلب ردّه إلى مكان الغصب فمصاريف تلفه

---

[3] وهذا عيب آخر في القانون المدني العراقي ، إذ أنه أوضح حكم اليدين قبل أن يبيّن مفهومهما.

ومؤونة ردّه على الغاصب وهذا دون إخلال بالتعويض عن الأضرار الأخرى .)). فنصّ المادة (٤٢٦) يغني عن هذا النصّ، فضلا عن أن هذا النص إحتوى على تفصيلات غير منطقية وليس مكانها القانون ، كما في المصادفة بين الغاصب والمغصوب منه ؟!!.

كما أن نصّ المادة (٤٢٦) يغني عن نصّ المادة (١٩٣) والذي جاء فيه: ((يضمن الغاصب إذا أستهلك المال المغصوب أو أتلفه أو ضاع أو تلف كلّه أو بعضه بتعدّيه أو بدون تعدّيه))، إلّ أن يد الغاصب هي يد ضمان محكومة بحكم هذه اليد الوارد في المادة (٤٢٦) مدني .

كما أنه لا داعي لوجود نصّ المادة (١٩٨) مدني الّذي جاء فيه: ((١-غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب ، فإذا غصب أحد من الغصب المال المغصوب وأتلفه أو تلف في يده فالمغصوب منه مخيّر إن شاء ضمّنه الغاصب الأول وإن شاء ضمّنه الغاصب الثاني، وله أن يضمّن مقدارا منه الأول والمقدار الآخر الثاني، فإذا ضمّن الغاصب الأول، كان لهذا أن يرجع على الثاني، وإذا ضمّن الثاني فليس له أن يرجع على الأول. ٢-كذلك إذا أتلف أحد المال المغصوب الّذي هو في يد الغاصب، فإن المغصوب منه يكون بالخيار إن شاء ضمّنه الغاصب وهو يرجع على المتلف وإن شاء ضمّنه المتلف ولا

يكون لهذا رجوع على الغاصب.))، فالفقرة الأولى من هذه المادة نصّت على حكم غاصب الغاصب، في حين أن القانون قد نظّم أحكام الغصب في المواد ١٩٢-٢٠١، فلا حاجة لتكرار الأحكام ثانية، وإلّا فإننا سنحتاج الى تكرارها ثالثة عند التطرّق لحكم غاصب غاصب الغاصب وهكذا ، فما كان هناك داعيا لايراد هذه الفقرة . وكذا الحال بالنسبة للفقرة الثانية من هذه المادة والتي أتت بحكم إتلاف المال المغصوب، إذ أن القانون قد وضّح أحكام الإتلاف في المواد ١٨٦-١٩١ ، كما أن المشرّع بيّن حكم تعدّد المسؤولين عن العمل غير المشروع في المادة (٢١٧) مدني، والفرق الوحيد بين المادة (١٩٨) بفقرتيها من جهة والمادة (٢١٧) من جهة أخرى، هو أن المادة الأخيرة نصّت على التضامن بين المسؤولين، في حين أن المادة (١٩٨) إكتفت فقط بالتضامم بين المسؤولين ولم تنص على التضامن .

ومن المواد القانونية التي إحتوت على تحصيل الحاصل، المادة (١٩٩) مدني، حيث نصّت على أنه: ((إذا ردّ غاصب الغاصب المال المغصوب الى الغاصب الأول يبرأ وحده، وإذا ردّه الى المغصوب منه يبرأ هو والأول)) إذ أن عدم إبراء الغاصب الأول في الحالة الأولى ناجم من كون أن المال لم يرجع الى صاحبه بعد، وإبرائه في الحالة الثانية ناجم عن رجوع المال

الى صاحبه، وهذا أمر بديهي لا يحتاج الى نص، كما أن النصّ جاء مطلقا إذ لم يوضّح حكم التعويض عن الأضرار الأخرى، أيبرأ منه كلاهما أم أحدهما ؟!.

٤٠- المصلحة غاية الأحكام في القانون المدني

يقصد بالمصلحة لغة : المنفعة أو تعني مجازا، التصرف الذي فيه منفعة[١]، وأطلق عليها صاحب لسان العرب، أطلاقين فقال "المصلحة الصلاح والمصلحة واحدة المصالح" وقد تكون بجلب المنفعة أو دفع المفسدة[٢].

هناك تعريفات عدة جاءت بشأن مفهوم المصلحة، بعضها تنظر إلى المصلحة من زاوية النتيجة، وهي المنفعة، ومنها تعريف البعض[٣]، بأنها (جلب منفعة أو دفع مضرة)، كذلك ما عرفها آخر[٤]، بأنها تأتي بمعنيين، احدهما حقيقي وهي ذات الوسيلة التي تؤدي إلى المنفعة، وثانيهما مجازي فهي الوسيلة

---

[1] علي بن عوض الشيباني، معنى المصلحة والمقصد في المنظومة الفقهية، ص٤ن والمتاحة على العنوان الالكتروني الآتي:
.com/graphics/2006/06jun/1801/dailyhtml/deen
.alwatanhttp://www .html

[2] لاحظ : د . محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق ، ص٢١

[3] الامام الغزالي، ابو حامد محمد بن محمد، المستصفى في علم الأصول، ج١، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة منقحة، ط١، ١٩٩٧، ص٤١٦ .

[4] محمد مصطفى شلبي، في رسالته (تعليل الأحكام)، القاهرة، ١٩٤٥، ص٢٧٩، أشار إليه : د . مجيد حميد العنبكي، اثر المصلحة في التشريعات، الكتاب الأول، في التشريع الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط١، ٢٠٠٢، ص١٨ .

التي تسبب المنفعة، ان هذه التعريفات، بعضها يعتد بالجانب المجازي للمصلحة والآخر بالجانب الحقيقي، فان احدهما لا يختلف عن الآخر لان كلا الاتجاهين يجعل المنفعة عنصرا جوهريا في المصلحة[1].

والمصلحة في القانون هي منفعة مادية محسوسة فقط سواءً أكانت تعود لفرد أم لمجتمع، وهذه المنفعة وحدها ينبغي ان تكون الهدف الاساس من وراء تصرفات الفرد والمجتمع[2]، إلا أن البعض[3] يرى بان المنفعة المعنوية لاتكون حسية الا اذا اقتنع صاحبها ان من شانها أن تستثمر منفعة مادية.

وبعد بيان تعريف المصلحة لابد ان نشير إلى ان المصلحة ليست وسيلة لتحقيق غاية، وهي المنفعة، بل هي غاية بحد ذاتها في تصرفات الافراد وأعمالهم أو التشريعات سواءً أكانت هذه المصلحة (المنفعة) شخصية خاصة ام عامة[4]،ويرى

---

(1) لاحظ : د . محمد شريف احمد، التجديد الاسلامي في الفقه والفكر : ضروراته وإمكاناته، بحث منشور في مجلة إسلامية المعرفة، تصدر من المعهد العالمي للفكر الاسلامي، واشنطن، العدد (٣٠)، السنة ٨، ٢٠٠٢، ص١٥٣ . ولاحظ ايضاً : علاّل الفاسي، مقاصد الشريعة الاسلاميةومكارمها، مؤسسة علاّل الفاسي، بدون مكان النشر، ١٩٩٣، ط٥، ص١٤٢ .

(2) لاحظ : د . محمد سعيد رمضان البوطي، مرجع سابق، ص٣٦ .

(3) د . محمد سعيد رمضان البوطي، المرجع السابق، ص٣٦ .

(4) لاحظ : د . مجيد حميد العنبكي، اثر المصلحة في التشريعات، مرجع سابق، ص٩ .

البعض [٥] بان المصلحة هي الباعث، فالتصرف من غير مصلحة، تصرف من غير باعث، ولاياتي التصرف من غير باعث ولذلك لابد من وجود المصلحة في كل فعل واستنادا الى هذا القول فان الاحكام القانونية لم تقرر الا لتحقيق مصلحة معينة.

ان الحقوق (عامة كانت ام مجرد حريات ورخص قانونية)، لم تقرر في التشريعات الا لتحقيق مصلحة معينة، فصاحب الحق يتمتع بالحماية القانونية كلما اتجه الى تحقيق تلك الغاية ولو ترتب الضرر على ذلك، وهذه المصلحة ليست مجرد منفعة شخصية مشروعة بل المراد بها تلك المنفعة التي رسمها المشرع في حدود قانونية، وهي المصلحة الاجدر بالرعاية عند معارضتها مع مصلحة أخرى وفقا للموازنة المقررة لمقاصد القانون، اذ قد يقع استعمال الحق تعسفا وان تحققت المصلحة المشروعة بسبب معارضة المصلحة المشروعة المتحققة بمصلحة اخرى هي أرجح منها،[٦] وان

---

[5] شوبنهاور، الماخوذ من : د . ثروت انيس الاسيوطي، نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد ٢، السنة الثامنة، ١٩٦٦، جامعة عين الشمس، أشار إليه : د . مجيد حميد العنبكي، اثر المصلحة في التشريعات، مرجع سابق، ص١١ .

[6] لاحظ : رسالة بقمو برويز عزيز، مرجع سابق، ص٧٠

ترجيح إحداهما على الأخرى يكون على وفق المعيار الذي يتفق مع الاطار التشريعي العام[1]، ولذلك لايجوز فصل الحق عن المصلحة التي شرع من اجلها، بل انهما مقترنان احدهما بالاخر، اذ يجب على صاحب الحق الا يستعمله الا لتحقيق تلك المصلحة التي تقرر الحق من اجلها[2]، ويتبين هذا بوضوح في تعريف الفقهاء للحق فمنهم من عرفه[3]، بانه (اختصاص يقر به الشرع سلطة على شيء او اقتضاء اداء من آخر تحقيقا لمصلحة معينة)، اذ ان استعمال الحق، وبناءً على هذا التعريف، محمي بموجب القانون بقدر ما يتجه الى تحقيق تلك المصلحة، فهذا التعريف يراه البعض[4]، بانه جامع ومانع، الا ان البعض[5] يرى، أن هذا التعريف قاصر على الحق العيني والحق الشخصي دون ان ينبسط الى الحقوق

---

[1] لاحظ : د . فتحي الدريني، مرجع سابق، ص٣٨-٣٩ .

[2] لاحظ : د . مجيد حميد العنبكي، اثر المصلحة في التشريعات، مرجع سابق، ص٤٣

[3] د . فتحي الدريني، في رسالته الدكتوراه، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، دمشق، ١٩٦٧، ص١٩٣، أشار إليه : د . مجيد حميد العنبكي، المرجع السابق، ص٤١ .

[4] كمال المصري، "الحق" بين اللغة والشرع والقانون، ص٣، والمتاح على العنوان الالكتروني الآتي:
htt://www .islamonline .net/Arabic/mafaheem/2001/07/article1 .shtml

[5] د . مجيد حميد العنبكي، اثر المصلحة في التشريعات، مرجع سابق، ص٤١ .

العامة والحريات. ونجد ان التعريف السابق اوالتعريفات الاخرى[٦] للحق جعلت المصلحة غاية للحق اي ان الحق لم يشرع الا لتحقيق مصلحة معينة.

ان استعمال الحق دون ان يحقق المصلحة لصاحبه او لغيره، يتعارض مع قصد المشرع لان هدفه في ذلك ينحصر بين امرين اما ان يكون الاستعمال إلحاق الضرر بالغير او لعبث، فكلاهما ينافي القول (باعتبار المصالح في الاحكام) وهذا تعسف[٧]، وبناءً عليه فان ممارسة أيما حق، يتحدد بمصلحة جدية ومشروعة، ولذا فان الاستعمال الذي لايستند الى ذلك، وانما كان بسوء نية، يجرد الاستعمال من مشروعيته فلابد من مساءلة صاحبه، اذ ان مبادئ الاخلاق والعدالة تمنع ان يكون الاستعمال لمجرد سوء القصد او اشباعا لهوى شخصي، دون ان يعود الى صاحبه اي نفع شخصي، لان التشريع الذي منح الحقوق للافراد، انما قصد فيه ان يكون ابتغاء مصلحة

---

[6] فان هناك شبه اجماع في الفقه القانوني على اعتبار نظرية الاستئثار للحق والتي قال بها (دابان) على انه استئثار بقيمة معينة، استئثارا يحميه القانون عن طريق التسلط والاقتضاء بغية تحقيق مصلحة لهذا الغرض يراها المجتمع جديرة بالحماية،(نقلاً عن : د . مجيد حميد العنبكي، المرجع السابق، ص٤١) .

[7] لاحظ : د . فتحي الدريني، مرجع سابق، ص٢٣٤ .

مشروعة، فاذا كان استعمال الحق يخلو من أي مصلحة، فانه يستوجب المسؤولية ويجرد الحق من الحماية القانونية.

ان المصلحة تنتفي عندما ينحرف استعمال الحق عن غايته التي شرع من اجلها، اي اذا تعارض استعمال الحق مع ماكان يتوخاه القانون منه وقت ان منح الفرد ذلك الحق، لان استعمال الحق هنا لايتفق مع روح القانون او غايته[1] حيث ان المصلحة لاتتحقق الا في حالة توافق المنفعة مع هدف القانون وهدف الأفراد، أي ان المصلحة لا وجود لها الا في نطاق القانون[2]، فالمنفعة المحرمة لاتترتب عليها مصلحة مادامت محرمة في القانون ومعيار المنفعة هو قدرتها على اشباع الحاجة، وهذا ماشار إليه البعض[3]، بأن هناك نوعين من المنافع وهي منفعة محرمة كمنافع الملاهي، ومنفعة مباحة ومتقومة، وان انتفاء المصلحة لايعني عدم جلب النفع الشخصي من وراء استعمال الحق بل المراد منه عدم تحقق

---

[1] لاحظ : المستشار حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص٢٤٥ .

[2] لاحظ : المستشار حسين عامر، المسؤولية المدنية، المرجع السابق، ص٢٤٤ .

[3] العز السلمي في رسالته الدكتوراه – ضوابط المصلحة في الشريعة الاسلامية، دمشق، ١٩٦٧، ص٢٣، أشار إليه : د . مجيد حميد العنبكي، اثر المصلحة في التشريعات، مرجع سابق، ص٢٢ .

المصلحة التي شرع الحق من اجلها، تلك التي تتفق مع روح القانون او غايته، فاذا كان استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير التي منح الحق من اجلها، فهذا يعد بمثابة عدم تحقق المصلحة، حتى وان تحققت منفعة شخصية من هذا الاستعمال وذلك في حالة تعارضها مع المصلحة العامة او مع المصلحة التي هي اجدر بالرعاية في منظور القانون[٤]. وهكذا تتطابق المصلحة مع غرض التشريع، فلا توجد المصلحة الا اذا توافقت مع غرض القانون وفي حالة النقض او التفويت او بطلان هذا الغرض فلا تعد مصلحة بالمعنى القانوني وتكون بمثابة العدم، حتى وان تحققت المنفعة من ذلك التصرف، وكذلك تنتفي المصلحة في حالة ارتكاب الخطأ الجسيم في استعمال الحق ويأتي هذا الخطأ عندما يترتب على استعمال الحق اختلال التوازن الكبير بين المصالح المتعارضة، فمن يستعمل حقه لتحقيق مصلحة ضئيلة بحيث لا تتناسب مطلقا مع الاضرار الناجمة عنه، ويعد هذا قرينة على سوء قصد صاحبه في هذا الاستعمال، اذ ان النية مسألة باطنية وقد يستحيل او يصعب الكشف عنها، فعندئذ لابد من الاستدلال بالاثار المادية للتصرف لاستظهارها، وان الشخص المعتاد

---

[4] لاحظ : د . فتحي الدريني، مرجع سابق، ص٣٩ .

لايلجأ الى هذا الاستعمال مادام يترتب عليه ضرر بيّن[1]، وهذه القرينة قابلة لاثبات العكس. وكذلك اذا اختار صاحب الحق استعمال حقه بطريقة من الطرق وترتب عليه ضرر بالغير، فيمنع من هذا الاستعمال وان تعود عليه بمصلحة مشروعة وغير تافهة بالنسبة للضرر الذي ترتب عليه، اذا كانت هناك طريقة اخرى لتحقيق ما يريد من مصلحة ولايتضرر منه الغير، وذلك لان اختيار الطريقة الضارة قرينة على سوء قصده في هذا الاستعمال[2].

وهنا يثور التساؤل عن موقع العدالة في غايات القانون، إذ لا شك أن القانون يسعى لتحقيق العدل الذي يتولى القاضي – على أساسه – تحقيق العدالة بين المتخاصمين أمامه، لكن ماذا لو تعارض تحقيق العدالة مع مصلحة أقر القانون جدارتها بالرعاية؟

ان الفكرة الدارجة هي ان تحقيق العدالة هي من أهم ما يسعى مطبق القانون الى إبتغائه، لكن العدالة لها وجوه كثيرة، وقد يختلف إثنان في مدى تحققها في الحالة الواحدة، لا سيما

---

[1] لاحظ : المستشار حسين عامر، التعسف في استعمال الحق والغاء العقود، مرجع سابق، ص٢٤٦و٢٥١، و لاحظ : د . حسين عامر وعبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، مرجع سابق، ص٨٩ .

[2] لاحظ : د . فتحي الدريني، مرجع سابق، ص٢٥ .

لو كانت المصالح المتعارضة بين الأطراف جميعها واجبة الرعاية، فيأتي دور القانون من خلال فرضياته وأحكامه، وكذا القاضي من خلال تكييفاته وتحليلاته ثم قراراته، في فحص المصلحة الأولى بالرعاية فيسعى الى تحقيقها على حساب الأخرى، على الرغم من أن قواعد العدالة قد تعارض هذا الحل، والأمثلة في القانون متعددة، منها مانصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٣٤) مدني عراقي :

((١- اذا انعقد العقد موقوفا لحجر او اكراه او غلط او تغرير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبيّن الغلط او انكشاف التغرير كما ان له ان يجيزه، فاذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الأيدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها.))

وهذا يعني انه لو قام شخص ببيع شيء مملوك للغير و باعه المشتري بدوره الى شخص اخر وتوالت البيوع واستقر الشيء في حيازة شخص حسن النية أوسيء النية[٣]، فلمالك الشيء الحق في ان ينقض جميع التصرفات التي تمت على الشيء المملوك وله ان يسترده حيث وجده وإن تداولته الايدي ،وفي

---

[3] إذ أن المادة (١٣٤) مدني عراقي لم تميز بين ماإذا كان صاحب اليد الحائزة للشيء حسن النية أو سيء النية .

الوقت الذي نجد فيه أن المشرع من خلال هذا النص قد وجد أن العدل يقتضي الإنتصار لمالك الشيء، فإن هذا النص يتعارض مع ماقضت به المادة (١١٦٣) مدني عراقي التي نصت على أنه : ((١ - من حاز وهو حسن النية منقولا او سندا لحامله مستندا في حيازته إلى سبب صحيح فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد.

٢-والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب صحيح ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك)). وهنا يثور التساؤل أي من النصّين يعد عاما بالنسبة للآخر؟ نص المادة (١٣٤) لكونه ورد ضمن القواعد العامة المنظمة لنظرية الإلتزام بما فيها نظرية العقد، وبالتالي فإن المادة (١١٦٣) تعد نصا خاصا يستوجب تطبيقه عند التعارض. أم أن المادة(١١٦٣) تعد نصا عاما ينظم المبدأ العام الذي يحكم الحيازة في المنقول بحسن نية وبسبب صحيح، وبالتالي فإن المادة (١٣٤) تعد نصا خاصا ينظم حالة خاصة من حالات الحيازة وبالتالي تعد إستثناءا من الأصل، شانها شأن المادة (١١٦٤) التي نصّ المشرع فيها صراحة على أنها إستثناء من أحكام المادة السابقة، حيث نصت على أنه:

((استثناء من أحكام المادة السابقة ، يجوز لمالك المنقول او السند لحامله اذا كان قد اضاعه او خرج من يده بسرقة او

غصب أوخيانة امانة ان يسترده ممن يكون حائزا له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاثة سنوات من وقت الضياع او السرقة او الغصب او خيانة الامانة)).

وهنا يأتي دور القاضي لينتصر الى المصالح التي سيراها أجدر بالرعاية.

ولكن هناك مسالة واحدة جديرة بالملاحظة وهي ان المشرع قد قرر حماية للمالك في حالتين هما نص المادة (١٣٤) ونص المادة (١١٦٤) ولكن قيّد تحقيق الاستثناء في نص المادة (١١٦٤) بمدة معينة وهي ثلاث سنوات للحالة التي يخرج فيها المنقول من يد مالكه دون رضاه ، ولكن لم يحدد وقت محدد لرفع الدعوى[1] ، بل جعل المدة مفتوحة للمالك الذي يخرج المنقول من تحت يده مع وجود رضا صادر منه ولكن هذا الرضا كان معيبا. مع ان الحالة الاولى اخطر من الحالة الثانية ، وهذا هو عيب في موقف المشرع العراقي.

وكذلك نجد ان من خلال نص المادة (٩٤٨) الذي جاء فيه: ((لا يحتج بانتهاء الوكالة على الغير الحسن النية الذي تعاقد مع الوكيل قبل علمه بانتهائها)).

---

[1] وأعني دعوى إسترداد العين وليس دعوى نقض العقد الموقوف ، لأنها تسقط بمرور ثلاثة أشهر من تأريخ تحقّق سبب توقّف العقد ، بحسب المادة (١٣٦) مدني عراقي.

وهنا نجد ان الحكم في هذه الحالة مبني على المصلحة، لان هناك وجوهاً عديدة للعدالة فهل نحمي الموكل ام الغير حسن النية الذي أبرم العقد مع الوكيل؟ لذلك فإن الحكم هنا مبني على المصلحة، والمصلحة تقتضي ان يقف القانون مع الغير حسن النية، ليس تحقيقا لمصلحته الخاصة، إذ أن النظر من زاوية حماية المصالح الخاصة سيحتّم على المشرع الوقوف الى جانب المالك فهو أولى بالرعاية، بل أن المشرع قد راعى تحقيق المصلحة العامة التي تقتضي استقرار المعاملات وحماية الثقة العامة في التعامل.

ومن الجدير بالذكر أنه ليس هناك عدالة بوجه واحد، فلو كانت كذلك لم يكن هنالك داع لوجود محاكم مدنية بثلاث درجات او تأليف محكمة جنايات من ثلاث أشخاص، وعادة مانجد حصول اختلافات في الأراء وجميعها مستندة الى تحقيق العدالة.

إن المبدأ الذي تقوم عليه المصلحة يكمن في أنه إذا وجد هناك تعارض بين المصالح المختلفة للأشخاص المختلفين ولكن القانون لا يستطيع ان يوفر الحماية لجميع هذه المصالح، لذلك يحاول المشرع ان يوفر حماية للمصلحة الجديرة بالحماية او المصلحة الأولى بالإعتبار، وهذا مانراه جليا في المادة (٣٧٣) حيث نصت على أنه :«اذا تعددت

الحوالة بحق واحد فضّلت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير».

وهنا المصلحة التي يريد القانون ان يحميها ظاهرة، الا وهي المصلحة الأولى بالرعاية، وهي مصلحة الشخص الذي تكون حوالته ثابته التأريخ قبل غيره. وكذلك فإن المشرع قد عدّ حوالة الحق بمثابة حجز للحق الذي في يد المحال عليه وقد فضّل حق المحال له على الحاجز المتأخر، وهذا ما أشارت اليه المادة (٣٧٤) مدني عراقي حيث نصت على أنه: «١-اذا حجز الحق وهو في يد المحال عليه قبل ان تصبح الحوالة نافذة في حق الحاجز كانت الحوالة بالنسبة للحاجز بمثابة حجز آخر. ٢- وفي الحالة المنصوص عليها في الفقرة السابقة اذا وقع حجز ثان بعد ان أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير فان الدين يقسم بين الحاجز المتقدم و المحال له والحاجز المتأخر قسمة غرماء ، على ان يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة».

كلمة ختامية

(السياسة المدنية في القانون العراقي)

السياسة مصدر ساس[1] الحاكم الرعية ، أي امرهم ونهاهم، فهي القيام مع الشيء بما يصلحه، والسياسه فعل سائس، يقال: هو يسوس الدواب، اذا قام عليها وراضها، والوالي يسوس رعيته ، ويقال: سوس له امرا، أي روضه وذلله، والسوس: الاصل: والسوس الطبع والخلق والسجية، ويقال الفضاضة من سوسه أي من طبعه[2] .

فالسياسة هي استصلاح الخلق وارشادهم الى الطريق المنجي[3]، فهي كما يصفها البعض[4]، القانون الموضوع

---

[1] جاء في لسان العرب لابن منظور ، ان (السأس) يعني زجر الحمار ليمضي او ليحتبس او ليشرب (لاحظ ، الجزء الثالث ، دار صادر ، بيروت ، ١٩٩٧ ، ط ١ ، ص ٢٦٦ .) وفيما يتعلق بكلمة ساس ، أي نخر ، ولهذا اسميت الدودة بالسوسة (ابن منظور ، لسان العرب ، ج ٣ ، المرجع السابق ، ص ٣٦٦) .

[2] لاحظ : ابن منظور ، المرجع السابق ، ص ٣٦٧ .

[3] لاحظ : محمد علي التهانوي ، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم ،ج ١ ، مكتبة لبنان ناشرون ، بيروت ، ١٩٩٦ ، ط ١ ، ص ٩٩٣ .

لرعاية الاداب والمصالح والنظام والاموال، ولهذا يطلق على ما يرشد الناس الى الطريق المنجي في العاجل والاجل في امور معاشهم ، بالسياسة المدنية ،والسياسة المدنية من اقسام الحكمة العملية، وتسمى بالحكمة السياسية وعلم السياسة وسياسة الملك والحكمة المدنية ، وهو علم تعلم منه انواع الرياسة والسياسات والاجتماعات المدنية واحوالها [٥].

والسياسة المدنية التي نقصدها في خاتمة كتابنا هذا، هي ليست بالتعريف الذي تبناه البعض[٦] لها بانها ((علم بمصالح جماعة متشاركة في المدنية .. سميت بها لحصول السياسة المدنية، أي مالكية الامور المنسوبة الى البلدة بسببها))، وهذا التعريف للسياسة المدنية، راجع الى ترجمة المصطلحات المستخدمة للتعبير عن مصطلح السياسة، ذلك العلم الانساني المعروف، واصول استخدام هذه المصطلحات، التي تعبر في اغلبها عن حكم المدن[٧] .

---

[٤] التهانوي ، المرجع السابق ، ص ٩٩٣ .

[٥] المرجع السابق نفسه ، ص ٩٩٤ .

[٦] لاحظ : د . حسن صعب ، علم السياسة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٧ ، ط ٥ ،ص١٩ .

[٧] لاحظ : المرجع السابق نفسه ، ص ٢٠ .

الا اننا لانقصد هنا هذا المفهوم، بل نقصد به الموجهات العامة في القانون المدني، فالسياسة المدنية بمعناها الخاص هنا – نعني بها الاتجاهات العامة التشريعية في المدونة المدنية، ففي كل تشريع توجد سياسة، تنطلق منها مبادئ التشريع واسسه وغاياته العامة، وهنا يحق لنا ان نتسائل، هل من سياسة مدنية في القانون العراقي؟ وان كانت موجودة فما هي؟ وماهي منطلقاتها؟ ومبادئها؟ وغاياتها؟ .

ان القارئ لمتن القانون المدني العراقي، سيجد عدم وجود سياسة واضحة في هذا القانون، بل ان واضعيه لم ينطلقوا الا من سياسة عامة شكلية اكثر مما هي موضوعية، مفادها ضرورة الاستنباط من احكام الفقه الاسلامي، تمييزا لهذا القانون عن القوانيين المدنية التي صدرت قبله في دول اخرى كمصر وسوريا، لكني لا ارى هذا مهما، بل المهم ان نجعل من التشريع الوسيلة المثلى لاسعاد الانسان وحماية حقوقه ومصالحه، ولا يهم من اين سيستقي التشريع احكامه ، فسواء استقاها من تراثنا الحضاري او ايما مصدر اخر، المهم ان تحقق الغاية المنشودة من اسس التشريع وهي اسعاد الانسان، خاصة عندما يكون التشريع تشريعا مدنيا، فهو اكثر القوانين ارتباطا بحياة الناس وشؤونهم اليومية .

ان السياسة المدنية يجب ان تكون سهلة المعنى وميسرة على ذي الشان، لمعرفتها، والعلم بها يكون من خلال عدة امور، كما ان العلم بها سيحقق عدة امور .

فالعلم بالسياسة المدنية متات من خلال ما ياتي:

١. المذكرة الانضباطية للتشريع والاسباب الموجبة له اذ لماذا اصدر هذا التشريع ؟.

٢. اهم المبادئ والاسس التي يقوم عليها التشريع، وهي غير معلنة في صدر القانون المدني، في حين ان هذه الاسس، موضحة في كثير من القوانين العراقية ، كما في المادة (٢) من قانون رعاية القاصرين رقم (٧٨) لسنة ١٩٨٠، وايضا المادة الاولى من قانون الادعاء العام رقم (١٥٩) لسنة ١٩٧٩ . والمادة (٢) من قانون النقل رقم (٨٠) لسنة ١٩٨٣ . وايضا المادة (٢) من قانون رعاية الاحداث رقم (٧٦) لسنة ١٩٨٣ والمادة الاولى من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ والمادة (٢) من قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ وغيرها من قوانين اخرى، ومع تحفظنا على كثير من المبادئ والاسس الواردة في هذه القوانين، الا ان توضيحها في صدر التشريع لامر مهم للغاية .

٣. الاهداف التي يسعى الى تحقيقها التشريع من خلال سنه وجعله ساري المفعول اذ ان كثيراً من القوانين المذكورة

في الفقرة (٢) اعلاه قد ذكرت في موادها الاولى والثانية اهدافها ليتسنى لذي الشان بهذا التشريع ، باحثا او فقيها او قاضيا او غير ذلك، ان يستفهم السياسة التشريعية من هذا القانون .

٤. نطاق سريان القانون، ليس فحسب من حيث الزمان والمكان بل، ومن حيث الموضوع اذ لايوجد نص في القانون المدني يشير الى ازدواجية الوظيفة التي يؤديها هذا القانون ، كونه مهتما بالمعاملات المالية من جهة ، وهذا تخصصه الخاص، وكونه يمثل الشريعة العامة في النظام القانوني للدولة من جهة اخرى ، وهذا تخصصه العام .

٥. الباب التمهيدي للتشريع الذي يحتوي على المبادئ والاسس والغايات والاهداف ونطاق سريان التشريع وقواعده الكلية، ووضع المفاهيم المهمة للمصطلحات المستخدمة في التشريع .

كما ان العلم بالسياسة المدنية سيحقق لنا الكثير من الفوائد ندرج اهمها :

١. اعانة القاضي على فهم قصد المشرع ، اذ ان الانتصار لقواعد العدالة ، قائم على تطبيق روح القانون اكثر من نصوصه .

٢. اعانة القاضي على تفسير النصوص القانونية، من خلال فهمه للتوجّه العام للتشريع .

٣. معرفة حقيقة الطبيعة القانونية لكل مسالة على حدة، مادام ان هذه الطبيعة سيحددها المشرع مسبقا في التشريع .

٤. المساعدة في الوصول الى تحديد الوصف القانوني السليم للواقعة المعروضة امام القاضي ، بسهولة ويسر ، عن طريق عملية التكييف، فهذه العملية ستكون سهلة على القاضي عند استظهاره لقصد المشرع وسياسته في معالجة المسائل معالجة تشريعية .

٥. حل مشكلة تنازع النصوص والاحكام وتعارضها ، اذ يتم دائما الانتصار الى النص الذي يتفق مع سياسة المشرع .

ومن خلال هذه المنطلقات، فاننا ندعو السلطة القائمة على التشريع في بلدنا، عندما تريد ان تعدل او تنشيء قانونا مدنيا جديدا، ان تهتم بتوضيح اهم المبادئ والاسس التي يقوم عليها التشريع، وكذلك الاهداف، ونطاق السريان ،ومصادر تطبيق التشريع، حسبما جاء في الفقرة الاولى من هذه الخواطر ، كما ينبغي النص في الباب التمهيدي والتركيز على امور مهمة تشكل عماد القانون المدني ويمكن ادراجها في الاتي:

اولا: ضرورة احترام مبدأ احسن النيه في العقود ، ليس فقط في مرحلة تنفيذ العقد فحسب كما جاء في المادة (١٥٠) مدني عراقي، بل في مرحلة ابرام العقد، بل وحتى في مرحلة المفاوضات العقدية ،وان الاخلال بهذا المبدا، سيجعل من

الشخص المخل به معرضا للمساءلة القانونية على اساس المسؤولية العقدية .

ثانيا: ضرورة احترام مبدا استقرار المعاملات ، والعمل على زرع الثقة العامة في التعامل، وحماية الحقوق التي اكتسبت ليس فحسب بحكم القانون، بل بحكم الواقع ايضا، واصبحت راكزة ومتينة الوجود، بحيث بات اعتقاد الناس بها على اساس انها تمثل مراكز قانونية صحيحة يقوم القانون على حمايتها.

ثالثا: القانون المدني، هو بالاساس، قانون الطبقة المستهلكة في المجتمع، وهي اساس قيام المعاملة المالية، مدنية كانت ام تجارية، لذا فان وضع المبادئ والقواعد التي تكفل حماية المستهلك يجب ان تكون من مهمة القانون المدني ووظيفته الاساسية، فليس من المصلحة في شيء ان تحمي المستهلك بوصفه مغررا به أو مغبونا او طرفا مذعنا في عقد اذعان او طرفا مستغلا او مكروها على التعاقد، بل يجب حمايته وهو مستهلك، وحمايته وهو مستهلك يتطلب ما ياتي:

١. الاقرار بضرورة تفسير النص، سواء ورد في القانون ام في اتقان، لمصلحة الطرف المستهلك في العلاقة عندما تكون العلاقة مؤلفة من مستهلك وغير مستهلك .

٢. تنظيم احكام الشروط التعسفية في الباب التمهيدي للقانون المدني، وعدم الاكتفاء بحماية المستهلك من خطرها من خلال قواعد اخرى، كما هو الحال في الفقرة (٢) من المادة(١٦٧)، مدني عراقي الخاصة بعقود الاذعان ، والافضل ان تضاف فقرة رابعه تحمل تسلسل (د)، في الفقرة (٢) من المادة(٧) مدني عراقي، بحيث انه يصبح استعمال الحق غير جائز، عندما يكون أحد المتعاقدين قد وضع شروطا تعسفية على الطرف الاخر مع عدم وجود تكافؤ في المركز المالي للطرفين.

٣. التشديد من المسؤولية المدنية للمحترف الذي يدخل في علاقة عقدية مع المستهلك ، وذلك لضمان حصول المستهلك المتضرر على التعويض .

٤. الزام الحكومة بتاسيس جمعيات لحماية المستهلك ودعمها من الموازنة العامة للدولة .

رابعا: الغاء فكرة الاثر الرجعي، الا عند الضرورة فهذه الفكرة تقوم على الكذب والافتراض المخالف للحقيقة ، فيجب الغاءها، الا في الحالات الضرورية التي يترك امر تقديرها لقاضي الموضوع .

خامسا:النص على توسيع سلطة القاضي التقديرية ، بحيث تكون ثقة المشرع به اكبر مما هي عليه الان ، بما يحقق

وجود توافق بين الحقيقتين الواقعية والقضائية ، كما في تقدير مبلغ الشرط الجزائي ، وفي مسالة الاجل القضائي (نظرة الميسرة) ، وفي الظروف الطارئة وما الى ذلك ، بل النص على المبدا العام لهذه السلطة في الباب التمهيدي للقانون المدني .

سادسا. التقليل من حالات بطلان العقد ، واعطاء القاضي سلطة تصحيحه بما يحقق العدالة والمصلحة .

سابعا. التحقيق من حدة الشكلية وجعلها شرطا لنفاذ التصرفات لا لانعقادها .

ثامنا. السعي لتقنين قواعد الاخلاق ، بحيث يصبح القانون المدني اكثر قربا للاخلاق ، عن طريق جعل روح الخير تسمو على روح العدالة .

تاسعا. وضع قواعد قانونية كلية لاعانة القاضي على تفسير نصوص التشريع ، بما يحقق اهداف القانون والسياسة المدنية .

عاشرا. وضع القواعد الخاصة بالحماية المدنية ، سواء الشكلية منها او الموضوعية او الاحترازية والنص على كون الدولة معوّض من لا معوّض له ، والنص على ضمانات من شانها ان لايبقى أحد متضرر في المجتمع من غير تعويض .

حادي عشر. وضع القواعد القانونية المنظمة للاحتراف المدني، وحمايته، اذ ان الاحترافات المدنية تحقق فوائد جمه

للمجتمع، كما ان المحترف مدنيا يحترف عملا لايرجى من ورائه تحقيق ربح عن طريق المضاربات المعروفة في نطاق الاحتراف التجاري بل هو يحترف للارتزاق ، او للحصول على مصادر مادية لاتقوم على المضاربة ، اذ ان الحرف المدنية هي عماد استمرار الحياة اليومية في المدينة ، كما ان بعض صور الاحراف المدني اخذت تشكل مصدرا حيويا للدخل القومي في بعض الدول ، كما في احتراف الفن والرياضة .

المراجع

-أولا : مراجع القانون المدني :-

١. د. إبراهيم الدسوقي أبوالليل، العقد غير اللازم، مجلس النشر العلمي، الكويت، ١٩٩٤.

٢. د.أحمد محمد الرفاعي، الإلتزام بالتسامح ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (بدون سنة نشر) .

٣. د. أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥.

٤. جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، منشورات جامعة صلاح الدين، طبع بمطابع جامعة الموصل، الموصل، ١٩٨٤.

٥. د . جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الايجار ، المعاونة)، دار الثقافة ، عمان ١٩٩٧.

٦. د . جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية (عقد ايجار الاشياء في القانون المدني اليمني) دار النهضة العربية (بدون سنة نشر) .

٧. د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرّف القانوني ، دار النهضة العربية، القاهرة ، ١٩٩٩.

٨. د . حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، ج١، المجلد الأول، المصادر الإرادية للالتزام، بدون مطبعة وبدون مكان النشر، ط٣، ٢٠٠٠.

٩. د. حسن الخطيب، نطاق المسؤولية المدنية (التقصيرية و التعاقدية) في القانون الفرنسي و القانون العراقي المقارن، مطبعة حداد، البصرة .

١٠. د.حسن عبدالباسط جميعي، الخطأ المفترض في المسؤولية المدنية،(بدون ذكرناشر و مكان النشر)، ٢٠٠٤.

١١. حسن عكوش، المسؤولية المدنية في القانون المدني الجديد، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة، ط١، ١٩٥٧.

١٢. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني (أصول الإلتزام)، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.

١٣. د. حسن علي الذنون ، المبسوط ، ج١ ، الضرر ، دار وائل للنشر ، عمّان ، ٢٠٠٧.

١٤. د حسن علي الذنون، المبسوط، الخطأ، بغداد، ٢٠٠١.

١٥. د.حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الأسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه في جامعة القاهرة، (بدون ذكر سنة النشر).

١٦. حسين عامر، التعسف في استعمال الحق والغاء العقود، الهيئة المصرية العامة للكتاب، المصر، ط٢، ١٩٩٨.

١٧. حسين عامر و عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية، التقصيرية والعقدية-، دار المعارف، ط٢، ١٩٧٩.

١٨. خليل احمد الارباح، المسؤولية (التقصيرية) عن الأعمال الشخصية بين الشريعة الإسلامية والقانون، دار رباح، بدون مكان النشر، ط١، ١٩٩٥،

١٩. د . رمضان أبو السعود، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٦.

٢٠. د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، (النظرية العامة للحق)، الدار الجامعية، بيروت، (بدون سنة نشر) .

٢١. د. سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، أربيل، ٢٠٠٧، ط١.

٢٢. د . سعيد عبد الكريم مبارك ، التعسف في استعمال الحق، دراسة مقارنة في الأنظمة القانونية الكبرى، بدون مطبعة وبدون مكان وسنة نشر.

٢٣. د. سعيد عبدالكريم مبارك، شرح القانون المدني العراقي، (الحقوق العينية الاصلية)، دار الحرية للطباعة، بغداد ١٩٧٣، ط١.

٢٤. د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، معهد البحوث و الدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١.

٢٥. د. سليمان مرقس، الوافي، المجلد الأول، القاهرة، ١٩٩٢ ، ط٥.

٢٦. د.سمير عبد السيد تناغو، مصادر الألتزام منشأة المعارف، الأسكندرية،٢٠٠٥.

٢٧. د. صلاح الدين الناهي، مبادئ الالتزامات، بغداد، ١٩٦٨.

٢٨. د. عبدالله الجليلي، الشرط المستحيل و المخالف للنظام العام و الآداب في القانون المدني، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٥٨.

٢٩. عبدالجبار ناجي الملاصالح ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، دار الرسالة، بغداد، ١٩٧٥ ، ط١.

٣٠.عبد الحميد عمر وشاحي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، (بدون ذكر مطبعة وتأريخ نشر)، القاهرة.

٣١.د . عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، ج ١ ، المجلد الاول، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٨٣.

٣٢.د. عبدالحي حجازي ، النظرية العامة للإلتزام ، ج٢ ، مصادر الإلتزام ، القاهرة ، ١٩٥٤.

٣٣.د. عبد الرزاق السنهوري، عقد الإيجار، دار الفكر (بدون سنة طبع).

٣٤.د. عبد الرزاق أحمد السنهوري في التصرف القانوني والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان، القاهرة، ١٩٥٣، ١٩٥٤.

٣٥.د. عبد الرزاق السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.

٣٦. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، دار الفكر، ١٩٣٤.

٣٧. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، المجلد الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، (مصادر الإلتزام)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٠، ط٣،

٣٨. د. عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج٢ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٠ ، ط٣ ، (منقحة) .

٣٩. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨.

٤٠. د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج٢، احكام الالتزام، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٧.

٤١. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري و محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج ١، مطابع التعليم العالي، الموصل، ١٩٨٠.

٤٢. د. عبدالمنعم البدراوي، النظرية العامة للإلتزامات، ج١، مصادر الإلتزام، القاهرة، ١٩٩١.

٤٣. د. عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦.

٤٤. د. عدنان ابراهيم السرحان و د. نوري حمد خاطر ، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الإلتزامات) ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٠ .

٤٥. عزالدين الدناصوري و د. عبدالحميد الشواربي، المسؤولية المدنية في ضوء الفقه و القضاء، القاهرة الحديثة للطباعة، القاهرة، ١٩٨٨.

٤٦.د. علي محي الدين على القرهداغي، مبدأ الرضا في العقود، دار البشائر الإسلامية ، بيروت ، ٢٠٠٢ ، ط ٢ .

٤٧.د . علي هادي العقيدي ، العقود المسماة (البيع والايجار)، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥ .

٤٨.د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، (الحقوق العينية)، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩.

٤٩.د. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأ المعارف، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، .

٥٠.د . فايز احمد عبد الرحمن، المسؤوليتان العقدية و(التقصيرية) ومدى أحقية المضرور في الجمع أو الخيرة بينهما، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٥١.د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الاسلامي، دار البشير، عمان، ط١، ١٩٩٨.

٥٢.د.ليلى عبد الله سعيد، النظرية العامة لضمان اليد، مكتبة الجيل العربي، الموصل ، ٢٠٠١ .

٥٣.د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، ج١، مصادر الإلتزام، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٣.

٥٤.د. محسن عبدالحميد ابراهيم البنية، نظرية الوارث الظاهر، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة ، ١٩٩٣ .

٥٥.د.محمد حسن عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في اطار المجموعات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٥٦.د.محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في اطار المجموعات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٥٧.د. محمد حسين منصور، دور القاضي ازاء الشرط الصريح الفاسخ، منشاة المصارف، الاسكندرية، بدون سنة نشر .

٥٨.د.محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي ، مكتب تفسير ، أربيل ، ٢٠٠٨ .

٥٩.د.محمد سليمان الأحمد، كسب الملكية بضمان ضرر المال، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

٦٠. د.محمد سليمان الأحمد الفرق بين الحيازة والضمان فى كسب الملكية،دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠١.

٦١.د. محمد سليمان الأحمد، المدخل لدراسة الضمان، دار الحامد، عمان، ٢٠٠٢.

٦٢.د.محمد سليمان الأحمد، المسؤولية عن الخطأ التنظيمي، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في القانون المدني، دار وائل للنشر، الأردن، ط١، ٢٠٠٢.

٦٣. د.محمد سليمان الأحمد، الوضع القانوني لعقود . انفصال اللاعبين المحترفين ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠١ .

٦٤.د. محمد شكري سرور، مشكلة تعويض الضرر الذي يسببه شخص غير محدد من بين مجموعة محددة من الأشخاص، دار الفكر العربي، القاهرة ، (بدون سنة طبع).

٦٥.محمد طه البشير و د. غني حنون طه، الحقوق العينية الأصلية، بغداد، ١٩٨٢.

٦٦. د . محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية (التقصيرية) للمتعاقد، دراسة فقهية قضائية، في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

٦٧. محمد عبداللطيف، الحيازة واثارها في التفتيش المدني المصري، من منشورات محكمة أسكندرية الأبتدائية، ١٩٥١.

٦٨. د. محمد لبيب شنب ، موجز في مصادر الالتزام، المصادر غير الارادية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩.

٦٩.د.محمد محمد محمد السوري ، الغش في المعاملات المدنية ، القاهرة ، ٢٠٠٤.

٧٠. محمد محمود المصري ومحمد أحمد عابدين ، الفسخ والإنفساخ والتفاسخ ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٩٧ .

٧١.محمد نصرالدين زغلول، شرح القانون المدني، الإرادة في العمل القانوني و عيوبها، القاهرة، (بدون سند نشر) ،

٧٢.د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دار الثقافة ، عمّان ، ١٩٩٨ .

٧٣. د. محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته، الكتاب الأول، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٧، ط٢.

٧٤.: د. محمد وحيدالدين سوار، اسباب كسب الملكية ، دار الثقافة ، عمّان ، ١٩٩٨.

٧٥.د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ج١، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨.

٧٦. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية ، ج٢، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٩٥ .

٧٧. د. محمود سعدالدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، (نظرية الإلتزام)، ج١، مصادر الإلتزام، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥.

٧٨. د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج٢ ، المسؤولية المدنية، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠٠٤ ، ط٢ .

٧٩. د. مصطفى عبدالسيد الجارحي، فسخ العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ط١.

٨٠. د. ممدوح محمد خيري هاشم ، المسؤولية التقصيرية في ظل التطورات التكنولوجية الحديثة (المسؤولية دون خطأ في القانون المدني)، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٢.

٨١.د.منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدنى، دار ئاراس، أربيل،٢٠٠٦.

٨٢.. د. منذر الفضل و د . صاحب الفتلاوي ، شرح القانون المدني الاردني ، العقود المسماة ، دار الثقافة ، عمان ، ١٩٩٣.

٨٣. د.نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧.

٨٤. د . هلالي عبد اللاه احمد، تجريم فكرة التعسف، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

٨٥. د. ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج٢ ، (آثار الحقوق الشخصية) ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٣ .

-ثانيا: مراجع القانون التجاري :-

١. د.اكرم ياملكى، الوجيز فى شرح القانون التجاري العراقي، ج ا، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد،١٩٧٦.

٢. د . باسم محمد صالح و د . عدنان احمد ولي العزاوي. القانون التجاري ، الشركات التجارية ، دار الكتب، بغداد، ١٩٨٩ .

٣. د . حسين توفيق فيض الله ، مستجدات قانون الشركات العراقي، مكتب التفسير للنشر والاعلان ، اربيل ، ٢٠٠٦ .

٤. د.علي البارودي، القانون التجاري اللبناني، ج٢ ، الدار المصرية ، بيروت ، ١٩٧١.

٥. د. علي حسن يونس ، العقود التجارية ، دار الفكر العربي، ١٩٦٨.

٦. د. فوزي محمد سامي، شرح القانون التجاري الاردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٣.

٧. كامل عبد الحسين البلداوي ، الشركات التجارية في التشريع العراقي، دار الكتب للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ١٩٩١.

٨. د. محمد حسن الجبر، العقود التجارية وعمليات البنوك في المملكة العربية السعودية، مطابع جامعة الملك سعود، الرياض، ١٩٨٤.

-ثالثا : مراجع الأحوال الشخصية :-

١. د. احمد الكبيسي ، الاحوال الشخصية ، ج ١ ، مطبعة الارشاد ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ط ٢ .

٢. انور احمد موسى العاني ، مختصر احكام الزواج ، دار الرسالة للطباعة ، بغداد (بدون سنة نشر).

٣. تحسين بيرقدار ، الانكحة المنهي عنها في الشريعة الاسلامية ، دار ابن حجر ، دمشق ، ٢٠٠٧.

٤. د. رمضان علي السيد الشرنباصي و د . صابر عبد الهادي سالم الشافعي ، احكام الاسرة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٧ .

٥. د . فاروق عبدالله كريم، الوسيط في شرح قانون الاحوال الشخصية العراقي، جامعة السليمانية، ٢٠٠٤ .

٦. محسن ناجي، شرح قانون الاحوال الشخصية ، مطبعة الرابطة ، بغداد ، ١٩٦٢ ، ط ١.

-رابعا : مراجع قانون العمل :-

١. د.احمد عبد الكريم أبو شنب ، شرح قانون العمل الجديد، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٢.

٢. د. سيد محمود رمضان ، الوسيط في شرح قانون العمل، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٤.

٣. د . عبد الناصر العطار، شرح أحكام قانون العمل، القاهرة، ط١٩٨٣.

٤. د. منير عبد المجيد، تنازع القوانين في علاقات العمل الفردية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، (بدون سنة طبع).

-خامسا : مراجع مبادي وتأريخ القانون :-

١. جبرائيل البنا، دروس في القانون الروماني و تأريخ القانون، مطبعة الرشيد، بغداد، ١٩٤٤.

٢. . د. حسن كيره، المدخل الى القانون، منشاة المصارف، السكندرية، بدون سنة نشر.

٣. د. سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٨٢.

٤. د . سليمان الناصري، المدخل لدراسة القانون، دراسة مقارنة، دار وائل لنشر، الأردن، ط١، ١٩٩٩.

٥. د . سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٨٤.

٦. د.صبيح مسكوني ، القانون الروماني ، مطبعة شفيق ، بغداد ، ١٩٧١، ط٢.

٧. د . عباس الصراف، د . جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون –نظرية القانون – نظرية الحق، دار الثقافة، الأردن، الطبعة الأولى الإصدار السابع، ٢٠٠٥.

٨. د. عباس العبودي ، شريعة حمورابي ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٩٩ ، ط٢ .

٩. عبد الباقي البكري و زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، بيت الحكمة ، بغداد ، (بدون سنة نشر).

١٠. د. عبد الحي حجازي، المدخل لعلوم القانونية ، القانون ، مطبوعات جامعة الكويت ، ١٩٧٢ .

١١. د. عبدالحي حجازي ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، ٢– الحق ، وفقاً للقانون الكويتي ، دراسة مقارنة ، جامعة الكويت ، ١٩٧٠..

١٢. د. عبد المنعم البدراوي، أصول القانون المدني المقارن، القاهرة، (بدون سنة النشر)، ط٢،

١٣. د. عبدالمنعم البدراوي، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦،

١٤. د . عبدالمنعم فرج الصّده، أصول القانون، دار النهضة العربية، بيروت، (بدون سنة طبع).

١٥. د . فتحي عبد الرحيم عبدالله، المدخل للعلوم القانونية –نظرية الحق–، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصور، ١٩٨١.

١٦. مدونة جستنيان في الفقه الروماني، ترجمة: عبد العزيز فهمي، دار الكتب، بيروت، (بدون سنة نشر).

١٧. محمد طه البشير و د. هاشم الجاحظ، القانون الروماني (الأموال و الإلتزام)، بغداد، بدون سنة نشر.

١٨. د. محمد على عرفة ، مباديء العلوم القانونية ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، (بدون سنة نشر) ، ط٢ .

١٩. د. محمود سلام زناتي ، قانون حمورابي ، مطبعة جامعة عين شمس ، ١٩٧١.

–سادسا : مراجع أخرى :–

١. أبو إسحق الشاطبي ، الموافقات في أصول الشريعة ، ج١ ، المكتبة التجارية الكبرى ، مصر، (بدون سنة طبع).

٢. الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين ، مطبعة عيسى البابي الحلبي ، القاهرة ، (بدون سنة نشر) ، ج٤.

٣. الامام ، ابو حامد محمد بن محمد الغزالي ، المستصفى في علم الأصول، ج١، مؤسسة الرسالة، بيروت، طبعة منقحة، ط١، ١٩٩٧.

٤. الحافظ أبي داؤود سليمان بن الأشعث السجشاني ، سنن أبي داؤود ، تحقيق وتعليق سعيد محمد اللحّام ، دار الفكر ، ط١، ١٩٩٠ ، المجلد الثاني

٥. أبو الحسن الجرجاني ، التعريفات ، دار الشؤون الثقافية العامة ، بغداد، (بدون سنة نشر)

٦. د. آدم وهيب النداوي، شرح قانون الاثبات، بغداد، ١٩٨٦، ط٢.

٧. د . حسن صعب، علم السياسة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٧ ، ط ٥.

٨. : د. خالد سماره الزغبي ، القرار الاداري بين النظرية والتطبيق ،المركز العربي للخدمات الطلابية ، عمان ، ١٩٩٣.

٩. عباس العبودي، احكام قانون الاثبات المدني العراقي، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٩١.

١٠. د. عبد السلام داؤود العبادي ، الملكية في الشريعة الاسلامية ، ج ١ ، مكتبة الاقصى ،عمان ، ١٩٧٤ .

١١. د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، القرارات الادارية ، منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ .

١٢. عز الدين الخطيب التميمي و مجموعة من الباحثين ، نظرات في الثقافة الاسلامية ، دار الفرقان ، عمان ، ١٩٩٩ ،ط٤.

١٣. د. عصمت عبدالمجيد بكر، الوجيز في شرح قانون الاثبات، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٧.

١٤. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القاهرة، ١٩٧١، ط٢

١٥. علي الخفيف، في أحكام المعاملات الشرعية، القاهرة، ١٩٤٧.

١٦. علاّل الفاسي، مقاصد الشريعة الاسلاميةومكارمها، مؤسسة علاّل الفاسي، بدون مكان النشر، ١٩٩٣، ط٥.

١٧. قيس عبدالستار عثمان، القرائن القضائية و دورها في الإثبات، مطبعة شفيق، بغداد، ١٩٧٥.

١٨. د. ماهر عبد شويش ، شرح قانون العقوبات ، (القسم الخاص) ، دار الكتب ، الموصل ، ١٩٩٢.

١٩. د . مجيد حميد العنبكي، اثر المصلحة في التشريعات، الكتاب الأول، في التشريع الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط١، ٢٠٠٢.

٢٠. محمد أبو زهرة، الملكية و نظرية العقد، دار الفكر العربي، القاهرة، (بدون سنة نشر).

٢١. محمد بن ياسين بن عبدالله، علم اصول الفقه، دار الكتب، جامعة الموصل، ١٩٨٧.

٢٢. : د . محمد حسين قنديل، النظريات العامة في الفقه الاسلامي، مكتبة دار البيان ، الكويت، ١٩٩٩ ،٢٠٠٠.

٢٣. د. محمد سعود المعيني، النظرية العامة للتقادم في الفقه الاسلامي، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٨٩ .

٢٤. د. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، ١٩٧٧ ، الطبعة الثانية .

٢٥. محمد مصطفى شلبي، تعليل الأحكام ، القاهرة، ١٩٤٥.

٢٦. د.محي هلال السرحان، القواعد الفقهية، مطبعة أركان، بغداد، ١٩٨٦-١٩٨٧.

-سابعا : البحوث والرسائل والمقالات :-

١. ئارام محمد صالح سعيد، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجستير في كلية القانون -جامعة السليمانية-، ٢٠٠٨،(غير منشورة).

٢ . به مو به رويز عزيز، المسؤولية الناجمة عن الفسخ التعسفي للعقد، رسالة ماجستير في كلية القانون من جامعة السليمانية،٢٠٠٧،(غير منشورة).

٣ـ د . ثروت انيس الاسيوطي، نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها، مقال منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين الشمس، العدد ٢، السنة الثامنة، ١٩٦٦.

٤ـ د . حامد زكي، التوفيق بين القانون والواقع، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد المصرية، العدد (١)، السنة الأولى، ١٩٣١.

٥ ـ سركوت إسماعيل حسين، الظاهر ودوره في الإثبات، رسالة ماجستير من كلية القانون-جامعة السليمانية، ٢٠٠٦، (غير منشورة).

٦ـ شيروان هادي اسماعيل، التدابير الحدودية في حماية الملكية الفكرية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون ، جامعة صلاح الدين ،(غير منشورة) ، ٢٠٠٧.

٧ـ د. صبري حمد خاطر، الإلتزام قبل التعاقد بتقديم المعلومات، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدرها كلية القانون-جامعة بغداد، المجلد (١)، العدد الأول، ١٩٩٦،

٨ ـ د. صبري حمد خاطر، تطور فكرة المسؤولية التقصيرية، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، العدد الاول، ٢٠٠١ .

٩ـ عدنان ابراهيم السرحان، الاوضاع الظاهرة ومدى حمايتها في القانون العراقي والمقارن، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة جامعة بغداد، ١٩٨٦، (غير منشورة).

١٠. علي بن عوض الشيباني، معنى المصلحة والمقصد في المنظومة الفقهية، ص٤ن والمتاحة على العنوان الالكتروني الآتي:

com/graphics/2006/06jun/1801/dailyhtml/deen .html http:// www .alwatan

١١ـ كمال المصري، "الحق" بين اللغة والشرع والقانون، ص٣، والمتاح على العنوان الالكتروني الآتي:

htt://www.islamonline .net/Arabic/mafaheem/2001/07/article1 .shtml

١٢. د.محمد سليمان الأحمد، دور الضمان في كسب الملكية تبعاً، مجلة الشريعة والقانون، الصادرة عن جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ١٣، شباط (٢٠٠٠).

١٣ـ د.محمد سليمان الأحمد ، علاقة العمل بين العقدية والقانونية، مجلة العمل ، تصدرها وزارة العمل ، الأردن ، العدد (١٠٢) ، ٢٠٠٣.

١٤ـ د.محمد سليمان الأحمد ، عناصر القاعدة القانونية الفرضية والحكم، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية القانون – جامعة الموصل ، العدد الخامس ، ١٩٩٨ .

١٥. د.محمد سليمان الأحمد ،الوضع القانوني للعامل تحت التجربة ، مجلة العمل ، الأردنية ، العدد (٩٨) ، ٢٠٠٢.

١٦ـ د . محمد شريف احمد، التجديد الاسلامي في الفقه والفكر: ضروراته وإمكاناته، بحث منشور في مجلة إسلامية المعرفة، تصدر من المعهد العالمي للفكر الاسلامي، واشنطن، العدد (٣٠)، السنة ٨، ٢٠٠٢.

١٧. محمد طه البشير، الدين و أحكامه في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية، تصدرها جامعة بغداد، (عدد خاص بمناسبة الإحتفال باليوبيل الماسي للكلية)، مايس، ١٩٨٤.

١٨. نسيبة إبراهيم حمو، رهن الدين في الشريعة و القانون، مجلة العلوم القانونية و السياسية، جامعة بغداد، العدد (١) و (٢)، لسنة ١٩٨٥.

١٩ـ د. نشوان محمد سليمان الجادرجي، فكرة الدَيْن في الفقه الإسلامي و مدى تطابقها مع فكرة الحق الشخصي في القانون المدني، مجلة آداب الرافدين، جامعة الموصل، العدد الأول، ١٩٩٥.

٢٠ـ د.نوري حمد خاطر، الأثر الرجعي في التصرف القانوني، رسالة ماجستير من جامعة بغداد، ١٩٨٦، (غير منشورة).

٢١. د. نوري حمد خاطر ، تحديد فكرة الخطأ الجسيم في المسؤولية المدنية ، متاح على موقع الدليل الألكتروني للقانون العربي، www.arablawinfo.com.

٢٢ـ د.نوري حمد خاطر، الخطأ الجسيم في ظل تطبيقاته التشريعية والقضائية، (متاح على موقع الدليل الألكتروني للقانون العربي، Arab Law info) (www.arablawinfo.com

٢٣. هه لدير أسعد أحمد، تتبع المنقول في القانون المدني، رسالة ماجستير ، كلية القانون، جامعة كوية، ٢٠٠٦،(غير منشورة)،

٢٤. د. يوسف الياس ، أحكام عقد العمل تحت التجربة في قانون العمل الأردني ، مجلة العمل ، تصدرها وزارة العمل ، الأردن ، العدد (١٠٢) ، ٢٠٠٣ .

-ثامنا: القوانين والمذكرات الايضاحية :-

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢. مجلة الأحكام العدلية.

٣. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

٤. القانون المدني السوري: الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٩.

٥. القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

٦. القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.

٧. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل بالقانون الأتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧.

٨. القانون المدني اليمني رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢.

٩. القانون المدني التركي الصادر في سنة ١٩٢٦ (الملغي) .

١٠. القانون المدني التركي النافذ رقم (٤٧٢١) لسنة٢٠٠١.

١١. قانون المواد المدنية والتجارية القطري رقم(١٦) لسنة ١٩٧١ (الملغي)

١٢. القانون المدني القطري النافذ رقم (٢٢) لسنة ٢٠٠٤.

١٣. القانون المدني البحريني النافذ رقم (١٩) لسنة ٢٠٠١

١٤. القانون المدني الفرنسي الصادر عام (١٨٠٤).

١٥. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ المعدل،

١٦. قانون التجارة العراقي النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

١٧. قانون التجارة العراقي الملغي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠.

١٨. قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩،

١٩. قانون التجارة السوري رقم (١٤٩) لسنة ١٩٤٩.

٢٠. قانون التجارة الكويتي رقم (٦٨) لسنة ١٩٨٠.

٢١. قانون التجارة الاردني رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦.

٢٢. القانون التجاري اليمني رقم (٣٢) لسنة ١٩٩١.

٢٣. قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل رقم (١٨٨) لسنة١٩٥٩.

٢٤. قانون الأحوال الشخصية السوري رقم (٥٩) لسنة ١٩٥٣ المعدل بالقانون رقم (٣٤) لسنة١٩٧٥.

٢٥. قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤.

٢٧. قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧ المعدّل.

٢٨. قانون العمل الأردني المعدل رقم (٨) لسنة ١٩٩٦.

٢٩. قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم (٢٣)لسنة١٩٧١ المعدّل

٣٠. الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي، ج١، كتاب أعده مجموعة من الباحثين، مطبعة الزمان، بغداد، ١٩٩٨.

٣١. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج١، نقابة المحامين الأردنيين، عمان، ٢٠٠٠.

٣٢. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي، الكويت، ١٩٩٩، ط٣.

-تاسعا: المعاجم :-

١. ابن منظور، لسان العرب، ج٢، دار صادر، بيروت، ١٩٩٧، ط١.

٢. د. أحمد محمد عبد الخالق ، معجم ألفاظ الشخصية، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، ٢٠٠٠.

٣. الراغب الأصفهاني، مفردات ألفاظ القرآن، دار العلم ، دمشق، الدار الشامية، بيروت، ١٩٩٦.

٤. الفيروز آبادي، معجم القاموس المحيط، دار المعرفة، بيروت، ٢٠٠٧، ط٢.

٥. جرجي شاهين عطية، المعتمد، معجم عربي عربي، دار صادر، بيروت، ٢٠٠٤، ط٢.

المؤلف في سطور

الدكتور محمد سليمان محمد الاحمد

- مواليد الموصل – العراق، ١٩٧٣/٢/١.
-بكالوريوس قانون –جامعة الموصل، ١٩٩٤-١٩٩٥.
- ماجستير قانون خاص – جامعة الموصل ، ١٩٩٧.
- دكتوراه الفلسفة في القانون الخاص – جامعة الموصل ، ٢٠٠٠.
- عمل محاضراً: في المعهد الفني/ نينوي، للعام الدراسي ٩٦-١٩٩٧، وفي كلية القانون – جامعة الموصل، على مدار أربعة أعوام دراسية من ٩٧-٩٨ والى ٢٠٠٠-٢٠٠١ .
- عمل مدرساً في كلية الحدباء الجامعة على مدار ثلاثة اعوام دراسية ٩٨-٩٩ والى ٢٠٠٠-٢٠٠١.
- عمل محاضرا في كليتي الحقوق في جامعتي الزرقاء والإسراء الأردنيتين في العام الدراسي ٢٠٠١-٢٠٠٢.

– عين (أستاذا مساعدا) في جامعة الإسراء في الأردن للعام الدراسي ٢٠٠٢-٢٠٠٣.

– عين في جامعة السليمانية/ العراق في بداية العام الدراسي ٢٠٠٣-٢٠٠٤ ، ومازال (أستاذا مساعدا) فيها.

– حاليا رئيس قسم الدراسات العليا في كلية القانون والسياسة / جامعة السليمانية ، وعضو في مجلسها ممثلا للتدريسيين في الكلية .

– له(٢٤) بحثاً منشوراً، و(٦) بحوث معده للنشر.

– له (١٧) مؤلفا منشورا، و(٦) كتب معدة للنشر.

– للمؤلف:

١. كسب الملكية بضمان ضرر المال. منشور في مصر .

٢. النظرية العامة للقصد المدني. منشور في لبنان .

٣. الوجيز في العقود الرياضية . منشور في مصر.

٤. الوضع القانوني لعقود إنتقال اللاعبين المحترفين. منشور في الأردن.

٥. دور الضمان في كسب الملكية تبعا. منشور في الإمارات العربية المتحدة.

٦. الموجهات العامة للقانون الرياضي الدولي الخاص . منشور في لبنان .

٧. تنازع القوانين في العلاقات الرياضية الدولية . منشور في الأردن.

٨. المسؤولية عن الخطأ التنظيمي في إدارة المنافسات الرياضية . منشور في الأردن.

٩. الفرق بين الحيازة والضمان في كسب الملكية . منشور في الأردن.

١٠. المدخل لدراسة الضمان . منشور في الأردن.

١١. السببية الجنائية على وفق نظرية تعادل الأسباب. منشور في مصر.

١٢. الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي. منشور في العراق/ أربيل.

١٣. كسب الملكية بالحيلولة . قيد النشر .

١٤. نظرية المواكبة ، دراسة تحليلية في فلسفة القانون . قيد النشر .

وغيرها من كتب وبحوث قانونية .

محتويات الكتاب

الموضوع	الصفحة
المقدمة	١٥
القانون المدني و مصادر التطبيق.....	٢٥
حقيقة العقد.....	٤٧
مشكلة التعرقل بالشكلية.....	٥٠
الفسخ ليس مقتصراً على العقود الملزمة للجانبين....	٧٢
الحماية المدنية لاتعني بالضرورة المسؤولية المدنية..	٧٩
أحكام المسؤولية ناقصة و غير متناسقة.....	٩١
المسؤولية المدنية تقوم على الخطأ وليس على الضرر.....	١٠٢
الفارق بين الغش والخطأ الجسيم.....	١١٣
نقض العقد الموقوف ليس فسخا و لا ابطالاً للعقد	١٢١
لا وجود لبطلان مطلق للعقد.....	١٢٦
تحديد المفهوم الحديث لعلاقة العمل.....	١٣٤
مصادر الالتزام و الالزام في القانون ليست خمسة او ستة أو سبعة.....	١٤٢
أسباب كسب الملكية ليست محصورة.....	١٦٣
الحبس للضمان والشفعة وغيرهما ليست حقوقاً.....	١٧١

المسؤولية عن إساءة استعمال الحق قد تكون عقدية... ١٨١
المسؤولية غير العقدية أصلية ووصفية..... ٢٢٧
إن مصطلح الضمان في الفقه الإسلامي لا يقابل بالضرورة مصطلح المسؤولية في القانون المدني..... ٢٣٠
قصور التعويض عن الضرر المعنوي..... ٢٣٧
الجنائي لا يوقف المدني..... ٢٤٣
التتبع ليس مقتصراً على أصحاب الحقوق العينية التبعية..... ٢٤٩
تقادم الدين وتقادم المسؤولية وعدم المنطقية بين كل من التقادم في المسؤوليتين..... ٢٥٥
حماية الأوضاع الظاهرة حماية نسبية مقترنة بتحقيق المصلحة العامة..... ٢٥٧
الأصل في الاحتراف انه مدني..... ٢٦٩
لا وجود لعقود إدارية أو تجارية أو دولية، العقود جميعها مدنية..... ٢٧٣
لا وجود لمسؤولية ادارية أو دولية في القانون ، المسؤولية إما مدنية أو جنائية..... ٢٧٨
قصور الملاءمة في الأحكام المدنية..... ٢٨٠
مشكلة القيمة المادية للحق لكي يصبح مالاً..... ٢٩٠
القانون المدني العراقي لا يحتوي على نظريات عامة كافية..... ٢٩٣

نظرية العقد في القانون المدني ناقصة..... ٢٩٥
ضرورة تنظيم وتسمية بعض العقود المهمة..... ٢٩٦
الحيازة في المنقول سند الحائز وليست سند الملكية... ٢٩٨
تملك الحائز حسن النية للثمار ، ومسؤولية الحائز سئ النية..... ٣٢٧
تحديد مفهوم الروابط المدنية وحقيقة الفرق بين الإلتزام ومشتبهاته والعقد ومشتبهاته ٣٣٣
مكانة القصد المدني في الإلتزام والعقد..... ٣٤٧
الصفة العقدية والتنظيمية لبعض العلاقات..... ٣٦٤
مشكلة إعمال فكرة الأثر الرجعي..... ٣٩١
القانون المدني يخلو من نصوص ترشد القاضي لكيفية تفسير القانون وتطبيقه..... ٤٠٦
الملكية الفكرية موضوعاً مدنياً صرفاً..... ٤٠٩
لا داعي لوجود مواضيع ونصوص كثيرة في القانون المدني العراقي..... ٤١٢
المصلحة غاية الأحكام في القانون المدني..... ٤١٨
كلمة ختامية..... ٤٣١
المراجع..... ٤٤١
المؤلف في السطور..... ٤٦٨

خواطر مدنية ـ.ـ.ـ.

من منشورات مكتب الفكر والوعي للإتحاد الوطني الكردستاني لسنتي (٢٠٠٨ ـ ٢٠٠٩)

ژ	ناوی بلاوکراوه	ناوی نوسەر	ساڵی دەرچوون
٢٥١.	هەڕێمی کوردستان و تورکیا	مامۆستا جەعفەر	٢٠٠٨
٢٥٢.	پارتی سۆسیال دیموکراتی سویدی	عوسمان حەمە ڕەشید گوروون	٢٠٠٨
٢٥٣.	جلال الطالباني رجل القرار	حوار مع الفضائية العراقية	٢٠٠٨
٢٥٤.	لەکییە هاردبیەوە بۆ گۆردن براون	سلێمان عەبدوللا یونس	٢٠٠٨
٢٥٥.	دەسەلاتی دادوەری	گۆران ئازاد حەمە گەمان	٢٠٠٨
٢٥٦.	جەنگی دەرونی	ئاراس فەریق زەینەڵ	٢٠٠٨
٢٥٧.	کرکوك بموجب احصاء عام ١٩٥٧	قسم البحوث واستطلاعات الرأي	٢٠٠٨
٢٥٨.	مام جەلال جێگری سەرۆکی سۆسیالیست ئینتەرناسیۆنال (ی. ن. ك) ئەندامی هەمیشەیی	مەکتەبی بیروهۆشیاری	٢٠٠٨
٢٥٩.	گۆڤاری نۆڤین ـ ١٣ ـ		٢٠٠٨
٢٦٠.	پرۆژەی قانونی بەگژداچوونەوەی گەندەڵی	کاوسێن بابەکر	٢٠٠٨

٢٦١.	دەروازەیەك بۆ پەیوەندییە نێودەوڵەتییەكان	د. ئەنوەر محەمەد فەرەج	٢٠٠٨
٢٦٢.	كردستان والسياسة السوفيتية في الشرق الأوسط	تأليف: فاضل رسول ترجمة: غسان نعسان	٢٠٠٨
٢٦٣.	ئاشنابوون بەسۆسیال دیموكراتی	كارزان كاوسێن	٢٠٠٨
٢٦٤.	جیهانێكی دادپەروەر شیاوە	كارزان كاوسێن	٢٠٠٨
٢٦٥.	لێپرسراوێتی و خۆشگوزەرانی هاوبەش	كارزان كاوسێن	٢٠٠٨
٢٦٦.	پێ بەپێی میژوو بەرەو بەهەشت	كاوسێن بابەكر	٢٠٠٨
٢٦٧.	كردستان والحقوق القومية للتركمان	د. مكرم الطالباني	٢٠٠٨
٢٦٨.	قەیرانەكانی دیموكراسی	نووسینی: رالف دارن دۆرف و. لەئەڵمانییەوە: ئیسماعیل حەمەئەمین	٢٠٠٨
٢٦٩.	قضية إبادة الأرمن امام المحكمة أو قضية طلعت باشا	ترجمة: غسان نعسان مراجعة: ماموستا جعفر	٢٠٠٨
٢٧٠.	ئیرلەندای باكوور	سلێمان عەبدوڵلا یونس	٢٠٠٨
٢٧١.	ناوچەكانی ململانێ لەنێوان كوردو حكومەتەكانی عیراقدا	هەورامان كەمال میرزا عەبدوڵلا تاریق رەئوف محەمەد	٢٠٠٨

خواندنەوەی کتێب ـــــــ

٢٨٥.	دەرکەوتنی ڕێکخراوی قاعیدە لەکوردستانی عیراقدا	یوسف گۆران	٢٠٠٩
٢٨٦.	سیاسەتی شیعەکان دەرهەق بەکەرکوک و فیدرالی	ئارام ڕەفعەت	٢٠٠٩
٢٨٧.	مشكلة تقييد السلطة السياسية بالقانون	زانا ڕؤوف حمەکریم	٢٠٠٩
٢٨٨.	یاسای پارێزگا ڕێکنەخراوەکان لەهەرێمێکدا	و. خەلیل عەبدوڵڵا	٢٠٠٩
٢٨٩.	سجالات عربية كردية	د. هەڵکەوت حکیم	٢٠٠٩
٢٩٠.	ئیدارەی کوردی ئاستەنگ و ئاسۆی گەشەکردن	مامۆستا جەعفەر	٢٠٠٩
٢٩١.	سۆسیال دیموکراسی (میژوو، تیۆری، ڕەخنە)	د. ئەکرەمی میهرداد	٢٠٠٩
٢٩٢.	بیر ـ ئاوەز ـ زمان	فوئاد عەبدولڕەحمان	٢٠٠٩
٢٩٣.	مدينة إله القمر	تأليف: تمارا . إم. غرين ترجمة: عبدالرزاق محمود القيسي	٢٠٠٩
٢٩٤.	ئەستێرەی سوور ـ بەشی یەکەم	بوار نورەدین	٢٠٠٩
٢٩٥.	ئەستێرەی سوور ـ بەشی دووەم	بوار نورەدین	٢٠٠٩
٢٩٦.	لەبارەی کوردو عیراق و چەند پرسێکی فکری و سیاسییەوە	نووسینی: شاکر نابولسی و: عەدالەت عەبدوڵڵا	٢٠٠٩
٢٩٧.	هاریکاری نوێ	و: کارزان کاوسێن	٢٠٠٩

٢٩٨.	کاریگەری مافە سروشتییەکان لەسەرهەڵدانی شۆڕشدا	سەمەد زەنگەنە	٢٠٠٩
٢٩٩.	میژووی بیری کوردی	مامۆستا جەعفەر	٢٠٠٩
٣٠٠.	بایەخی جیۆپۆلۆتیکی نەوتی پارێزگای کەرکوك	تارق کاکە ڕەش	٢٠٠٩
٣٠١.	گەشتنامەی ئەسفەهانی بۆ ناوچەی شنۆو ورمێ و ڕەواندوز	و. لەئەڵمانییەوە: ماکسیمیلیان بیتنەر پێشەکی و پێداچوونەوە: مامۆستا جەعفەر	٢٠٠٩
٣٠٢.	کۆمەڵگەی مەدەنی میژوویەکی ڕەخنەگرانە	کامیل محەمەد قەرەداغی کردوویەتی بە کوردی	٢٠٠٩
٣٠٣.	بەرگریکردنمان لە قەڵای هەولێر ساڵی ١٩٩٠	عبدالرقیب یوسف هەینی قادر	٢٠٠٩
٣٠٤.	تاڵەبانی و جۆرج واشنتۆنی عیراق	خەلیل عەبدوڵڵا	٢٠٠٩
٣٠٥.	دە پرسیاری کۆمەڵناسی	ن: جوێڵ شارۆن و: هێمن شەریف	٢٠٠٩
٣٠٦.	عیماد ئەحمەد درو گفتوگۆی ڕۆژنامەوانی	مەکتەبی بیروهۆشیاری	٢٠٠٩
٣٠٧.	چەند لایەنێك لەمیژووی ناسیۆنالیزمی ئێرلەندی	و. کارزان کاوسین	٢٠٠٩

٣٠٨.	پەیوەندی نێوان دەسەلاتی یاسادانان و جێبەجێکردن لە دەوڵەتی فیدراڵیدا	پێشەوا حمید عبدالله	٢٠٠٩
٣٠٩.	الأتصال السياسي في الأحزاب الكوردية الإتحاد الوطني الكوردستاني نموذجا	فؤاد علي احمد	٢٠٠٩
٣١٠.	کەرکوک ئاوڕێك لە رابردوو، دیدێك بۆ ئایندە	تەحسین نامیق	٢٠٠٩
٣١١.	قەیرانی دیموکراسی	و. بۆ فارسی: نور علی تابندە و. بۆ کوردی: محەمەد باخەوان	٢٠٠٩
٣١٢.	نۆڤێن ژمارە ـ ١٥ ـ		٢٠٠٩