الملاحظات التقويمية على القانون المدني العراقي

أ. م. د. صفاء شكور عباس

جامعة كركوك– كلية القانون والعلوم السياسية

Safaa@uokirkuk.edu.iq

تاريخ الاستلام 2025/5/13 تاريخ القبول 2025/6/18 تاريخ النشر 2025/6/22

الملخص:

القانون المدني تشكل احد اهم القوانين على الاطلاق في جميع اصقاع الأرض كونه تنظم المعاملات الافراد المجتمع فضلاً عن الأشخاص المعنوية، فمن الملاحظات ان صح التعبير ما تتعلق باستخدام المشرع للمصطلحات لا يدل على المعنى الحقيقي والقصد المشرع سواء اكان في اطار العقد أو حقوق الامتياز الذي نأتي إليه في تفاصيل البحث، ومنها ما يكون في إطار التنظيم أو التناسق الشكلي والموضوعي في الوقت ذاته للتشريع من حيث تسلسل وتنظيم الاحكام الواردة في المدونة التشريعية أي شكل الهرمي للأحكام منها ما يتعلق بأحكام وتعريف حق الحبس للضمان، فضلاً عن وجود بعض التناقضات في الاحكام الموضوعية الذي تؤثر بشكل مباشر على الاحكام القانونية الموضوعية وله اثر على المراكز القانونية للأشخاص وعلى حقوقهم والتزاماتهم، كما هي الخال في الاهلية المطلوبة للوكيل، والتقادم الحقوق الناجمة عن الوعد بالجعل، وكذلك مجانبة العدالة في الاعمال التطوعية التي يشجع عليه القيم العليا داخل المجتمع لاسيما في أوقات الازمات كحالة تدخل المتطوع لدرء الاضرار العامة.

الكلمات المفتاحية: حق الحبس للضمان، الارادة المنفردة، التناسق التشريعي، القواعد العدالة.

Evaluative Notes on the Iraqi Civil Code

Asst. Prof. Dr. Safaa Shakoor Abaas

University of Kirkuk- College of Law and Political Sciences

Abstract:

Civil law is one of the most important laws in all parts of the world, as it regulates the transactions of individuals and society, as well as legal entities. Among the observations, if the expression is correct, are those related to the legislator's use of terms that do not indicate the true meaning and intent of the legislator, whether within the framework of contracts or

privilege rights, which we will discuss in the details of the research. Some of them are within the framework of the organization or the formal and substantive consistency of legislation at the same time, in terms of the sequence and organization of the provisions contained in the legislative code, i.e. the hierarchical form of the provisions, including those related to the provisions and definition of the right of retention for security, in addition to the existence of some contradictions in the substantive provisions that directly affect the substantive legal provisions and have an impact on the legal status of individuals and their rights and obligations, such as the defect in the required capacity of the agent, the prescription of rights resulting from the promise of remuneration, as well as the deviation from justice in voluntary work, which is encouraged by the highest values in society, especially in times of crisis, such as the case of volunteer intervention to ward off public harm.

Keywords: Right of retention for security, unilateral will, legislative consistency, rules of justice.

المقدمة

أولاً: المدخل التعريفي بموضوع البحث.

القانون المدني بوصفه القانون الام للقوانين الموضوعية داخل الدولة على الاطلاق، فهو تطورت بمرور الزمن وتأثيرات قواعد الاخلاق والأعراف الاجتماعية وتأثير القوانين الدول المقاربة من حيث العقيدة المالية، فضلاً عن حذوه حذو القوانين الدول العربية فكل تلك الأسباب قد يكون له الدور في وجود بعض القصور سواء أكانت من حيث الاحكام الموضوعية وفق الافتراض القانوني لدى المشرعين عند وضع التشريع هذه من ناحية، ومن ناحية أخرى قد يفوت على المشرع بحسب ما كان سائداً وقت وضع التشريع من المصطلحات القانونية من انتقاء المصطلحات اكثر دقة تتلاءم مع الأحكام الواردة في النصوص التشريعية، وقد يعزو السبب إلى اتباع الذي اتبعه القوانين السابقة لدول التي اعتبرها المشرع العراقي مصدراً تاريخياً لتشريع المدني العراقي دون تروي في كشف مواطن الضعف أو النقص، عليه بدورنا حاولنا ان نقوم بإثارة هذه المواطن الضعف ان لم يكن التعبير جارحاً، ونكن جل الاحترام والتقدير للفقهاء الذين قاموا بوضع هذا التشريع، رغم ذلك نحاول ان ندلو بدلونا في بحر علمهم لغرض التقويم وليس الانتقاد.

كما معلوم التشريع المدني تعد من التشريعات الأساسية داخل الدولة كونها تنظم العلاقات اليومية لأشخاص الطبيعية والمعنوية من ناحية المالية فهو تشريع عملي لا يمر يوما والا نحتاجه في ابسط أمور حياتنا اليومية أي له تماس يومي لكافة الفئات المجتمع فهو ليس كقانون الانتخابات مثلاً يظهر دوره كل دورة انتخابية، فلابد ان يكون على درجة عالية من الرقي والتطور بحيث لا يترك أي ثغرة تؤدي إلى علاقات قانونية معيبة من حيث الوجهة القانونية.

ثانياً: مشكلة الدراسة.

تتمثل مشكلة الدراسة في القصور التشريعي لبعض احكام القانون المدني، فمن ناحية هناك عدم التناسق بين احكام وعدم المنطقية في منهجية التشريع، ومن ناحية أخرى عدم اتباع الشكلية المنطقية في تسلسل الاحكام، وعدم استخدام المصطلحات جامعة ومانعة بحيث تتناسب والحكم الذي يبتغيه المشرع منها.

ثالثاً: منهجية وهدف الدراسة.

اتبعنا في دراستنا هذه المنهج التحليلي للنصوص والقواعد القانون المدني كلما رأينا بأنها بحاجة إلى التقويم، لغرض إخراجها بشكل أفضل يتلاءم مع ما له من أهمية في الواقع العملي والعلمي كونها تضمن نظريات قانونية مهمة.

ويهدف البحث إلى بيان مواضع الضعف والقوة للقانون المدني العراقي وان لم نستطع معالجة بعض الاحكام أو لم تأت المعالجة بمستوى المطلوب لكن مجرد اثارته قد تشكل تنبيهاً للفقه والقضاء بهدف إيجاد الحلول المناسبة لغرض تعديلها في المستقبل القريب كي تتلاءم وتخرج التشريع يتناسب واهميته في الحياة لا سيما القانون المدني يعد من القوانين الموضوعية الفعالة ومرجعاً للقوانين الأخرى في حال عدم وجود حكم خاص.

المطلب الأول

الأخطاء الاصطلاحية والشكلية

لتسلسل المنطقي في الشكلية دور مهم في فهم التشريع وعدم خلق ارباك لدى القارئ وحتى طالب العلم عند تلقيه للمحاضرة، فانتقاء الالفاظ السليمة والشكلية المناسبة لهما الدور كبير في جمالية التشريع لاسيما القانون المدني الذي كما أسلفنا في السابق تعد قانوناً حيوياً داخل إقليم الدولة من

حيث التطبيق، ومن ناحية الشكلية يفضل ان يكون هناك تسلسل منطقي للأحكام الذي يجب ان تبدأ بقواعد العامة ونزولاً إلى التفاصيل الجزئية هذا ما سنتناوله في هذا المطلب كما يلي.

الفرع الأول

الأخطاء الاصطلاحية

يستهل القانون المدني العراقي بتعداد وبيان مصادر القانون بشكل عام والقانون المدني بشكل خاص فقد عددت المادة (الأولى/1،2) و استهلت المادة بالنصوص التشريعية كمصدر الأول من بين المصادر القانون فهنا المشرع قد ميز بين القانون بمعناه العام ومعناه الخاص (التشريع)[1]، ومن هذا تتضح بأن كلمة القانون لا تقابل بالضرورة التشريع والعكس بالعكس وان كانا يلتقيان في بعض الحالات[2]، فالقانون بمعناه العام يكون شاملاً لجميع مصادره (التشريع والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية و قواعد العدالة وكذلك ما يصدر من القضاء والفقه)، لكن نلاحظ في المقابل أن القانون المدني العراقي في النصوص الأخرى قد استخدم كلمة القانون بشكل مطلق دون تحديد معناه بشكل دقيق قاصداً بذلك التشريع لوحده دون بقية المصادر للقانون وذلك لوروده وذكره مع بقية مصادر القانون ومساواته معهم منها نص المادة (2/150) بقولهِ "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماتهِ وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"، فالذي نُلاحظهُ على هذه المادة هي أنه ذكر (القانون) على مستوى العرف والعدالة أي أنه بنفس المستوى وكما هو معلوم أن العرف والعدالة تعد كلٌ منهم مصادر لقانون بعد التشريع فهنا نستنتج بأن المشرع قد قصد بمصطلح (القانون) التشريع لوحده وليس بمعناه العام، وإلا لم يقم بذكر بقية مصادر القانون ولكان يكتفي فقط بالقانون، عليه نرى من الأفضل أن تنص المادة على ما يلي ((ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماتهِ وفقاً للتشريع والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)، فالأمثلة كثيرة عن التزامات التشريعية التي تفرضها المشرع اطراف العقد فمنها الفائدة القانونية في المادة (1/172).

كما أن القانون المدني العراقي وأغلب قوانين المدنية العربية قد وقعت في نفس الخطأ فيما يتعلق بحقوق الامتياز إذ نصت المادة (2/1361) على "لا يكون للدين امتياز ألا بمقتضى النص في القانون" فهنا المشرع قصد بالقانون – التشريع–وليس القانون بمعناه العام فمن غير متصور أن

يكون هناك حق امتياز لحق ما يقرره العرف أو قواعد العدالة أو حكم قضائي وإن كان هذه المصادر قد دفعت المشرع إلى النص على حماية بعض الحقوق الامتياز[3].

كما أن المشرع قد استعمل مصطلح (الدين) بدلاً من (الحق) في الفقرة الأولى من نفس المادة عند تعريفها لحق الامتياز بقولها "أولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين" وهذا غير مُلائم لأن (حقوق الامتياز) ينظر إليها من جانب الدائن وليس المدين، فكما معلوم أن كل دين على المدين يُعد حقاً للدائن، فالحق الامتياز ينظر إليها من جانب الدائن وليس من جانب المدين فكان على المشرع أن يستعمل (الحق) بدلاً من (الدين)، كما هي الحال في المادة (1/1134) من القانون المدني الليبي لسنة 1953، والمادة (1424) من القانون المدني الأردني، وقانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (5) لسنة 1985 المعدل.

وكذلك من الأخطاء الاصطلاحية الذي وقع فيه القانون المدني هو الاجل الفاسخ الذي جاء في المادة (2/293) بأنها "والعقد المقترن بأجل فاسخ يكون نافذاً في الحال ولكن يترتب على انتهاء الاجل انقضاء العقد"، فلو تعمقنا في معنى الفسخ لرأينا الاجل لا تكون وظيفته هنا فسخاً وبذلك لا يكون فاسخاً ففي معنى الفسخ عموماً قيل بأنه "انتهاء العقد بأثر رجعي نتيجة سبب غير البطلان المقارن لانعقاده"[4].

يتبين من هذا التعريف انه يتناول فسخ العقد ومن اهم اثاره هو (الأثر الرجعي) إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الفسخ، وهذا من الاثار الثابتة للفسخ سواء كان اتفاقياً ام قانونياً ام قضائياً، بيد ان الوضع على خلاف ذلك فيما يتعلق بالأجل الفاسخ حيث لا يكون هناك أثر الرجعي لتحقق الاجل الفاسخ لِما مضى من العقد بل تكون اثار العقد قبل تحقق الاجل باقية، والذي يترتب على تحقق الاجل هو مجرد انتهاء الرابطة العقدية ولا سيما للمستقبل؛ لِذا نرى من الاصح ان يطلق عليه الاجل المنهي دلالة على انهاءه للرابطة العقدية وليس فسخه لأن الأصل في الفسخ هو عدم تنفيذ الالتزام من قبل احد طرفي العقد أيا كان نوعه وسببه[5]، فضلاً عن ذلك ان الفسخ يدل ويتحقق بسبب عدم التنفيذ لكن في الاجل الفاسخ يكون الالتزام نفذ بشكل الذي تم الاتفاق عليه دون وجود أي خلل أو تلكؤ، فكيف يكون الاجل فاسخاً على الرغم من العقد قد نفذا تنفيذا عينياً اختيارياً[6]؟!، وهذا ما يناقض المنطق والقواعد العامة لأثار العقد[7].

الفرع الثاني

الأخطاء الشكلية

تتنوع احكام وقواعد القانون المدني من حيث المصدر التاريخي[8] والمادي [9] الا ان المصدر الرسمي[10] من وضع البشر الذي تمثل في بعض الحالات مجرد تنظيم وتقسيمها دون ان يقوم بوضع الاحكام الجديدة لذا نرى إن كان بعض الاحكام خارج عن ارادته كون أصلها قاعدة فقهية أو قاعدة من قواعد التفسير، الا ان تنظيمها في مكانها المناسب تعد من مهام المشرع، ففيما يتعلق في إطار المسؤولية العقدية نرى بأن لا حاجة إلى دمج عقد الإذعان[11] في القانون المدني العراقي بقواعد تفسير العقد لمجرد ان العبارات الغامضة تفسر لصالح الطرف المذعن، وكما نعلم أن للاذعان احكام مهمة وخطيرة على طرف الضعيف عند تكوين العقد تتعلق بالرضا فليس من المنطقي ان يتم حصر وتضييق هذه الاحكام لمجرد لجزئية التفسير ودمجها مع قواعد التفسير هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لو تعمقنا في الإذعان لرأينا انها هو جزء من الاستغلال أو نوع من الاستغلال كعيب من العيوب الرضا، وجهة الاختلاف بينهما هو ان في الاستغلال الذي حدد المشرع أسبابه والذي اعتقد على سبيل التمثيل هو ان المستَغَل عندما يقوم بأبرام العقد ويتم استغلاله لا يعلم بوقوع الاستغلال اما في الإذعان فالطرف الضعيف يعلم بوجود الاستغلال منذ اول اللحظة لإبرام العقد ويرضخ لإرادة الطرف القوي فكان من الأولى ان يدمج مع الاستغلال علماً ان الاستغلال يتخلف عن بقية عيوب الرضا من حيث الحكم المترتب عليه[12]، إذ هناك قواسم مشتركة بين الاستغلال كنظرية عامة والإذعان حسب قناعتنا كتطبيق خاص من تطبيقات الاستغلال، فكلاهما يطرأ على العقد في مرحلة تكوين العقد، كما ان كلاهما يؤدي إلى اختلال التوازن بين طرفي العقد من حيث الحقوق والالتزامات، فكلاهما قما اسلفنا تدخلان في نطاق الاستغلال وبإمكاننا القول ان الإذعان هو عبارة عن استغلال ظروف معينة وفرض الشروط التعسفية من قبل احد طرفي العقد على طرف الاخر أيا كان مصدر رضوخ المُذعَن إلى شروط الطرف القوي (المُذعِن).

ومن ناحية أخرى وفي نطاق المسؤولية المدنية التقصير التي تعد قواعدها هي الأصل في المسؤولية المدنية نرى ان المشرع المدني العراقي لم يراعي الشكلية المناسبة لتنظيم احكامها وهناك نوع من التكرار حسب قناعتنا في المواد القانونية على الأقل من حيث المعنى والغرض، فقد سمى

المشرع الفرع الأول من الفصل الثالث من الباب الأول بالمسؤولية عن الاعمال الشخصية وقسمه إلى الاعمال غير المشروعة التي تقع على المال، والاعمال المشروعة التي تقع على النفس، ثم بعد ذلك تناول في النقطة الثالثة الاحكام العامة المشتركة للأعمال غير المشروعة، أي مرة أخرى كغيره من الحالات قد قدم المشرع الاحكام الخاصة على الأحكام العامة وكان يفترض ان يكون بالعكس أي ان يتناول اهم الاحكام الضرورية العامة ومن ثم الدخول إلى حالات خاصة هذا من جهة، ومن جهة أخرى نرى ان هناك تكرار ضمني لكثير من المواد لا ضرورة لها مما تؤدي التضخم التشريعي[13] داخل نفس المدونة القانونية التي يفترض ان يكون بحالة من الرقي والتطور، ومن جهة أخرى نرى وجود مواد متكررة من حيث المضمون فعند التمعن في المادة (204) والتي تنص على "كل تعدِ يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض" فهذه المادة تغني عن المواد التي سبقتها في الاحكام الخاصة بالأعمال غير المشروعة والواقعة على المال والنفس فهنا جاءت بعبارة عامة تشمل كل تعد دون ان يتناول العنصر المعنوي[14] للخطأ، فإذا كان الخطأ بعنصره المادي[15] فقط يستوجب التعويض فيكون الخطأ بعنصريه يستوجب التعويض من باب أولى[16]، فضلاً عن ذلك الا تعد الاتلاف وهدم عقار وقطع الأشجار وحتى الغصب تعدياً؟ ثم ما هو الفرق بين مادتين 187و 188 من حيث الموضوع؟ أن فرق الوحيد هو ان البناء ممكن اعادته بمدة وجيزة اما الأشجار لا يمكن انباتها بعد القطع من جديد بل بحاجة إلى مدة زمنية للنمو، والا ليس هناك أي فرق بين مادتين عليه تعد تكراراً ضمنياً، وكذلك الحكم بالنسبة للفقرة الثانية من المادة 190 والتي تنص " 1 – إذا اتلف أحد مال غيره على زعم ان ماله ضمن ما اتلف.2 – اما إذا أتلفه بإذن مالكه فلا يضمن. " والمادة السادسة من القانون المدني التي تنص على "الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر" فنرى ان المادة الساسة تكفي ولا حاجة للفقرة الثانية من المادة 190 حيث تشكل ترهلاً تشريعياً فمن البديهي الذي يقوم بأتلاف مال ما بأذن صاحبه ان لا يضمن رغم البداهة الامر هناك مادة في صدر القانون المدني التي تشكل قاعدة عامة لكل القواعد التي تليها، عليه نقترح ان يتم تنظيم الاحكام العامة للمسؤولية التقصيرية بشكل يتلاءم مع موقعه الموضوعي بحيث تبدأ بالقواعد العامة التي تطبق في

كل ما تحقق المسؤولية التقصيرية ومن ثم نعرج إلى احكام الخاصة التي تتعلق بحالات خاصة لوقوع المسؤولية التقصيرية، وذلك بان يكون المادة 204 في بداية الفصل الثالث[17].

ففيما يتعلق بالحق الحبس للضمان[18] كوسيلة من وسائل المحافظة على الضمان العام لدائنين العاديين نرى ان المشرع المدني العراقي قد قام بتقديم الأمثلة والتفاصيل على القاعدة العامة، فعلى سبيل المثال نرى ان المادة (280) قد وقعت في منهجية غير سليمة حيث قدم المثال على القاعدة العامة وهذا كما قلنا يفتقر إلى التناسق الشكلي كون ان الفقرة الأولى من المادة المذكورة تناولت حالتي عقد البيع والعمل حصراً كتطبيق لحق الحبس والدفع بعدم التنفيذ وذلك قبل القاعدة العامة بقولها "1 – للبائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن الحال وللعامل ان يحبس الشيء الذي يعمل فيه الى ان يستوفي الاجر المستحق سواء كان لعمله اثر في هذا الشيء او لم يكن وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون."، بينما الفقرة الثانية جاءت بقاعدة عامة لكل معاوضة مالية بوجه عام لكنه في الجزء الثاني من الفقرة حصر حق الحبس المعقود عليه في يد (الدائن الطالب) والصياغة توحي على ان هذا الحق فيما إذا كان محل العقد شيء مادي حصراً حيث نصت بـ " 2 – وفي كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق"، عليه نرى أن الصياغة الدقيقة وسلسة ان تقدم العموميات على التفاصيل وذلك بتقديم الفقرة الثانية على الفقرة الأولى بحيث يكون عقدي البيع والعمل مثلاً تطبيق أو الامثلة على العقد الملزم لجانبين والذي يجوز لصاحب الحق فيهما ان يتمسك بحق الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ كوسيلة للضغط على إرادة المتعنت أو المخل في التنفيذ التزامه،

ومن ناحية أخرى أن حق الحبس للضمان لا يفترض ان يوضع أو يدمج ضمن الفصل الثاني من الباب الثاني ضمن الوسائل إلى ضمان ما تتأذى به حقوق الدائنين كون يختلف عنهم من حيث الأسباب والغرض فهو ليس بالوسيلة ممهدة للتنفيذ ولا وسيلة للمحافظة على الضمان العام بل عبارة عن حق منحه القانون للأحد أطراف الالتزام لكي يجبر المقابل على التنفيذ.

فضلاً عن كل ذلك قد يكون مبررات حق الحبس للضمان فعالة بحيث لو لم يقم الحابس بتلك المصاريف والنفقات على المحبوس لهلك من الوجود فليس من العدل ان لا يكون للحابس حق الامتياز عليه، فلو افترضنا لو قام شخص ما في البادية بحيازة عدد من الماشية التائهة في البر

لغرض تقديم خدمة إلى صاحبها فقام بتربية ورعايته إلى أن تبين مالكها الحقيقي وقد كلف الحائز نفقات التعليف والتربية واجور التطبيب خلال تلك الفترة، ومن البديهي على المالك (المثري) ان يقوم بدفع تلك النفقات إلى الحائز (المفتقر) الذي يحق له ان يحبس الماشية لحين يقوم المالك (المثري) بدفع تلك النفقات التي تعد ضرورياً لحماية المحبوس ولولاه لهلك، فلو فرضنا إذا كان المالك مديناً لغير المفتقر في هذا المثال وكان معسراً اليس من العدل ان يتقدم المفتقر الحابس على غيره من الدائنين فيما انفقه على بقاء المحبوس؟! لماذا يكون وضع الحابس أولى من وضع صاحب الفندق الذي يكون له حق الامتياز على امتعة النزيل الذي اطمأن إلى وضع النزيل بما يحمل من الامتعة؟، عليه نرى ان حق حبس للضمان يفترض ان يعطي الحابس حق امتياز على غيره من الدائنين في حال ما كان حسن النية وكان له دور في تقوية أو بقاء المحبوس في الوجود، وليس هذا الامر بالغريب على القواعد القانون المدني كونها من وضع المشرع فهناك حقوق راعى فيه ظروف معينة كحقوق صاحب الفندق والبائع للأسمدة والبذور إلى الفلاح الا انه لم يعط نفس المراعاة للحابس.

وان حق الحبس للضمان مهما كان تكيفه هل هو حق عيني ام حق شخصي ام مجرد دفع بعدم التنفيذ يتميز عن بقية الوسائل[19] التي قررها التشريع لحماية الضمان العام للدائنين فإن كان يتشابه مع بقية الوسائل بأنه لا يستأثر الحابس بشيء المحبوس لوحده ولا يتقدم على بقية الدائنين حالها حال بقية الوسائل، الا انه هناك اختلاف جوهري بين هذه الدعوى وبقية الوسائل وهو عدم ارتباط تمسك به بحالة اعسار المدين المحبوس عليه بل حتى لو كان مليئاً فيحق للدائن ان يستخدم هذا الحق (حق الحبس) فيما إذا توفر شروط استخدامه[20]، بينما بقية الوسائل مرتبطة بوجود بحالة الاعسار أي ان هذه الوسيلة ليست للمحافظة على ضمان العام بل مجرد بل هي حق منحه القانون للدائن كوسيلة لإجبار الدائن للمدين على تنفيذ الالتزام المترتب على عاتق المدين المحبوس عليه وله علاقة بشيء المحبوس فهو مرتبط بترابط الالتزامات وليس بالذمة المالية للمدين وحالتها.

عليه لا يبحث الدائن على وجود غش المدين وتواطؤه كما هي الحال في الدعوى غير المباشرة والدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنيهِ ولا عن وجود تصرف حقيقي خفي كما هي الحال في الدعوى الصورية أو اثبات قوة الجانب السلبي على الجانب الإيجابي للذمة المالية للمدين لغرض وضع الحجر على المدين المعسر[21]، لِذا نرى ان حق الحبس للضمان يجب ان لا يدرج ضمن

وسائل المحافظة على ضمان العام، فهو كما اسلفنا لا يشترك مع بقية الوسائل لا من حيث السبب ولا من حيث الغرض بل ناجم عن وجود الترابط بين التزامين على الأطراف الالتزام الملزم لجانبين حاله حال الفسخ العقد بيد ان حق الحبس للضمان يختلف عن الفسخ من عدة النواحي في مقدمتها ان حق الفسخ يكون في العقود حصراً اما حق الحبس للضمان قد ينجم عن غير العقد كما هي الحال في الكسب دون السبب فيحق للمفتقر ان يحبس العين الذي صرف عليه لحين يقوم المُثري بدفع ما أثرى به على حساب المفتقر، ومن أوجه الاختلاف بين حق الحبس للضمان والفسخ هو ان الأخير عادة ما يسبق طلب الفسخ ولو ان هذا الاجراء تدخل ضمن القواعد الإجرائية لا موضوعية التي تختص به القانون المرافعات.

المطلب الثاني

الأخطاء الموضوعية

تعد التناسق الاحكام الموضوعية من اهم خصائص التشريع الحضاري والحديث فرغم تناثر والتشتت في احكام النيابة دون جمعها تحت نظرية عامة الا ان هناك عدم المنطقية في أهلية المطلوبة لوكيل (النيابة الاتفاقية) وهذا ما يكون موضوع درستنا في الفرع الأول، فضلاً عن ذلك نرى من ناحية أخري ان قواعد العدالة يشغل حيزاً كبيراً في تقرير احكام في القانون المدني الا انه قد خالفها في بعض الجزئيات والذي يكون موضوع دراستنا في الفرع الثاني، كذلك ان الإرادة المنفرة أو ما يسمى بالتصرف الأحادي الذي أحال القانون المدني في اغلب احكامه إلى احكام العقد وهذا ما قد يصطدم ببعض التناقضات عليه يكون محل درستنا في الفرع الثالث كما يلي:

الفرع الأول

أهلية الوكيل

قد لا يستطيع شخص طبيعي ان يتعاقد بنفسه لأي سبب كان مما يجبره إلى الاستعانة بغيره ليقوم بالتعاقد نيابة عنه وهذا ما يطلق عليه النيابة الاتفاقية أو (الوكالة)[22] والتي تعرف بأنه "عقد به يقيم شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"[23] فهي عقد يبرم بين شخص يدعى الأصيل والأخر يسمى بالوكيل أو النائب بصفة عامة ليقوم الوكيل بالتصرف نيابة عن الأصيل، عليه لصحة هذا العقد كغيره من العقود يفترض ان تتوافر اركانه من ضمنها الرضا وذلك لانعقاده وصحته في

نفس الوقت الذي بدوره يدور مع الاهلية وجوداً وعدماً ونقصاً[24]، وتعد احكام الاهلية من النظام العام وذلك لأهميته في وجود الإرادة السليمة المعبرة عن الرضا في التصرفات القانونية واستنادا إليه تتم تحديد التصرفات من حيث الصحة والبطلان، حيث ترتبط بمدى توافر الاهلية، فقد حدد القانون لكل مرحلة عمرية أهلية الأداء معينة فتعد من لم يكمل السابعة من عمره منعدم الاهلية[25] ويكون تبعاً لذلك جميع تصرفاته باطلة سواء أكانت نافعاً نفعاً محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو دائراً بين النفع والضرر، ويليه مرحلة أخرى وهي دخوله الثامنة من عمره ولحين قبل دخوله التاسعة عشرة من عمره[26] والذي يكون فيها مميزا أي ناقص الأهلية وبذلك تختلف حكم تصرفاته، اذ تكون باطلة ان كانت ضارة وصحيحة ان كانت نافعة، وصحيحاً موقوفاً إن كانت دائرة بين النفع والضرر، وهذه القواعد ثابتة لا يجوز الاتفاق على مخالفتها لتعلق قواعده بالنظام العام كما اسلفنا وإن كان هناك استثناءً قانونية على ذلك فيما يتعلق بالصغير المأذون بالتجارة[27]، فضلاً عن كل ذلك يجب ان لا يكون هناك عارض من عوارض الاهلية المعروفة (الجنون و العته والسفه وذو الغفلة).

لكن لو رجعنا إلى الاهلية المطلوبة للنائب الاتفاقي (الوكيل) نرى بأن المشرع قد خالف القاعدة الأساسية في ذلك التي تفرض ان يكون أطراف العقد كامل الاهلية، وعلى خلاف ذلك لقد سمح القانون المدني العراقي في المادة 2/930 بأنه يكفي ان يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولم يبلغ سن الرشد[28]، وهذا ما يخالف القواعد العامة للتعاقد والمنطق في آنٍ واحد، فوفقاً للقواعد العامة التي ذكرناه في اعلاه أن القانون قد جعل العقد صحيحاً موقوفاً على أجاز العاقد بعد بلوغه سن الرشد أو إجازة الولي فيما إذا كان أحد اطرافه ناقص الاهلية (مميزاً) وابرم العقد لصالح نفسه، فكيف نجعل العقد موقوفاً فيما إذا ابرمه شخص ولصالح نفسه الذي يكون الانسان عادة احرص على مصالحه الشخصية أكثر من غيره في مثل هكذا حالات وفي المقابل نجعله صحيحاً نافذا فيما إذا ابرمه الوكيل ناقص الأهلية[29]؟! أي ان نفس الشخص الطبيعي عندما يقوم بأبرام العقد لصالح غيره يكون العقد صحيحاً نافذاً وإذا ما ابرمه لصالح نفسه يكون موقوفاً.

هذا ما نرى انها تخالف المنطق السليم حيث ان الانسان كما اسلفنا الأصل يكون حريصاً على مصالحه الشخصية اكثر من غيره وعلى أساس المبدأ ذاته لا يجوز للإنسان ان يكون وكيلاً عن غيره واصيلاً عن نفسهِ[30]، نظراً لوجود التعارض بين مصلحته هو ومصلحة من يكون نائباً عنه

فمن البديهي ان يفضل مصلحته على مصلحة المنوب عنه، والعكس نادر جداً وفق الراجح المألوف في الواقع العملي.

ومن ناحية أخرى في حال مالم يفلح الوكيل في تنفيذ الالتزامات الموكول إليه فكيف نصل إلى انه مخطئ من عدمه هل نقوم بقياس تصرفاته بتصرفات شخص (وكيل) كامل الاهلية ام بتصرفات شخص ناقص الاهلية؟ علماً ان عناية رجل المعتاد يجب ان يكون من نفس فئة شخص الذي نسب إليه الخطأ[31].

فضلاً عن كل ذلك من المعلوم إن الوكالة عبارة عن العقد فكيف يكون ناقص الاهلية طرفاً لعقد صحيح نافذ، وهو ناقص الاهلية سواء أكانت بالمقابل (دائرة بين النفع والضرر) أو بدون مقابل (تصرف ضار ضرر محض)[32]، ففي الأساس العقد الذي يبرم بين الأصيل والوكيل هو عقد اما يكون باطلاً أو موقوفاً لأن عقد الوكالة اما يكون بدون مقابل أو بمقابل وفي كلتا حالتين اما تكون ضارا أو دائرة بين النفع والضرر، فهل يعقل ان يكون عقد باطل اساساً لتصرف صحيح؟! وإذا كان موقوفاً أي في الحالة الثانية لا يمكن ان يكون نافذا الا بعد إجازة بعد البلوغ أو بعد اذن الولي والحالة الأخيرة تخرج عن حالة الاذن بالتجارة بالنسبة للقاصر المأذون نظرا لأن النص قد حدد شروطه بشكل خاص[33].

ولا يمكن ان يكون عقد الوكالة نافعاً نفعاً محضاً بالنسبة للصغير المميز كي نعده صحيحاً ومن ثم تكون تصرفات الوكيل سليماً على الأقل من الناحية النظرية، كأن تعد اسناد العمل الموكول به إلى الصغير غير المميز بنوع من الأهمية بحيث يرفع من اعتباره وسمعته المهنية ويخلق له نوع الشهرة مقارنةً إلى اقرانه، لأن هذا النفع ليس بالمنفعة المادية بل عبارة عن منفعة اعتبارية لا يُقيم بالمال للوكيل القاصر والذي يقصده المشرع في المادة 97 عبارة المنافع المادية اذ ينظر إلى عقد الذي يبرمه الصغير المميز من ناحية المادية الموضوعية فقط.

الفرع الثاني

القواعد العدالة

عد المشرع العراقي في القانون المدني[34] قواعد العدالة مصدراً رابعاً من مصادر القانون، وتعرف قواعد العدالة بـ"تحقيق العدل في حالة خاصة، وذلك بتطبيقه على واقعة أو حالة فردية ليكون

الحكم المستمد منه مطابقاً لظروفها الخاصة"[35]، وهذا يتطلب منح مرونة للقاضي في أن يجتهد ليحكم وفق الظروف والملابسات كل حالة على حِدا من تحقيق العدل والانصاف لا وفق ضمير والمعتقدات الخاصة للقاضي بل وفق ضمير المجتمع لأن قواعد العدالة عبارة عن معايير مستمدة من ضمير المجتمع بهدف تحري العدل والانصاف[36]، فلو نظرنا إلى المادة (214) نرى انها تناقض المادة الأولى من القانون المدني حيث نصت على "1 – يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام.2 – فإذا هدم أحد داراً بلا اذن صاحبها لمنع وقوع حريق في المحلة وانقطع هناك الحريق فان كان الهادم هدمها بأمر من اولي الامر لم يلزمه الضمان، وان كان هدمها من تلقاء نفسه الزم بتعويض مناسب". فمن ناحية يفتقر فيما بينهما التناسق الموضوعي بين احكام الواردة في مادتين، إذ الزم المشرع المتطوع بالتعويض رغم أنه قد ساهم في تقليل من الضرر الذي لحق بالغير أو الضرر العام بدفع التعويض رغم ان ما قام به هو عمل إيجابي بتقليله للضرر العام أو تفادي وقوعه لكنه الحق ضررا يسيراً أو ضرر اقل بشخص اخر، الا انه رغم ذلك يُلزم بدفع التعويض ولو كان مخففاً إلى الشخص الثالث علماً ان هناك مستفيد من فعله الضار هذا فكان من –العدالة– ان يتحمل الضرر اللاحق بالشخص الثالث هو المستفيد من هذا الفعل وليس الفاعل الذي تدخل لتفادي الضرر أو تقليله علما ان المادة الأولى من القانون من القانون المدني العراقي عد قواعد العدالة احد مصادر القانون[37]، فكان من الأولى ان تنص المادة ان الهادم يتحمل المسؤولية في حالة تجاوزه للحد المعقول أو ارتكب خطأ جسيماً بحث أدى إلى الاضرار لم تكن تحدث لو لم يتجاوز أو لم يرتكب خطأ جسيم، ثم ان الافراد المجتمع لو علم بأنه يتحمل المسؤولية المدنية عن عمله الخيري يؤدي إلى العزوف عن مد يد العون في مثل هكذا المواقف تفادياً لدفع التعويض عن الضرر للاحق بالغير، علماً ان مجتمعاتنا يسود فيه التضامن الاجتماعي لا سيما عند حدوث الكوارث والحالات الطارئة.

ومن ناحية أخرى هذا التناقض تشكل عدم تناسق الموضوعي بين المادتين، عليه نقترح تعديل المادة المذكورة بما يلي (فإذا ما اتلف أحد مال غيره تفادياً لتفاقم الضرر العام فإن أتلفها بأمر من اولي الامر لم يلزمه الضمان، وان كان إتلافها من تلقاء نفسه الزم بتعويض مناسب إذا ما تجاوز حد المعقول أو تصرف شخص المعتاد).

الفرع الثالث

الإرادة المنفردة

عد القوانين المدنية الحديثة بمختلف –تسمياتها[38] [39] –الإرادة المنفردة أحد المصادر الارادية للالتزام بعد العقد، والذي يعرف بأنها عمل قانوني صادر من جانب واحد وهي تختلف عن العقد باعتبارها لا تحتاج في مقابلها إرادة أخرى[40]، إذ تلزم صاحب الإرادة بما صدر منه إذا توافر اركانها والتي أحالت القوانين فيها إلى تطبيق احكام القواعد العامة للعقد عليها حيث نصت المادة (184) على " 1 – لا تلزم الارادة المنفردة صاحبه الا في الاحوال التي ينص فيها القانون على ذلك. 2– ويسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام الا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام "، بيد ان هذا الاطلاق يصطدم ببعض الاحكم الخاصة بالإرادة المنفردة التي تختص بها عن العقد على اقل فيما يتعلق بالمسؤولية المدنية الناجمة عنها، فعلى سبيل مثال ان مدة التقادم الخاص بالمسؤولية العقدية هي 15 سنة كاملة، في حين نرى ان هذه المدة في تقادم لما يستحقه الموعود له في الوعد بالجعل هي مدة ستة أشهر في حال ما إذا قام بالعمل خلال مدة الوعد ونص على ذلك في المادة (185) بـ(1. من وعد بجعل يعطيه لمن يقوم بعمل معين التزم بإعطاء الجعل لمن قام بهذا العمل حتى لو قام به دون نظر الى وعد.2. واذا لم يحدد الواعد اجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده على الا يؤثر ذلك في حق من قام بالعمل قبل الرجوع في الوعد. 3 – وتسقط دعوى المطالبة بالجعل اذا لم ترفع خلال ستة اشهر من تاريخ اعلان العدول)، فضلاً عن ذلك ان المدة هي مدة السقوط وليس التقادم[41]، فبذلك هناك اختلاف جوهري من حيث التقادم بين قواعد عامة التي تطبق على الحقوق الناشئة عن المسؤولية العقدية والإرادة المنفردة، وهذا ما يناقض حقيقة اثار المترتبة على الإرادة المنفردة بوصفه مصدراً للالتزام ولا سيما الوعد بالجعل، لأن الوعد بالجعل تعد حقاً أي ترتب حقاً مالياً للموعد له يخوله جميع ميزات الحقوق الشخصية ويحق له حوالته إلى الغير فكان من المفترض ان يكون مدة انقضاء حق الموعود له مدة التقادم وليس مدة السقوط على العكس من المكن القانونية التي تنتهي بمدة السقوط[42].

يتبين لنا ان احكام العقد ليس بالضرورة ان ينطبق على الإرادة المنفردة بشكل مطلق [43]، فضلاً عن انها مصدر مستقل من مصادر الالتزام؛ لِذا نرى من الضروري تعديل الفقرة الثانية من

المادة (184) بشكل الاتي (ويسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام الا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام ولم يرد بشأنه حكم خاص).

الخاتمة

اولاً: النتائج.

1- إن القانون المدني العراقي لم يستخدم كلمة التشريع الا مرة واحدة في صدر المدونة الا انه قصده في عدة مواطن منها والمادة 2/150 والمادة 1(2/1361) الخاصة بحقوق الامتياز قاصدا بذلك التشريع.

2- نظم المشرع العراقي في المادة (184) الإرادة المنفردة بشيء من الاسهاب حيث أحال في كل احكامه إلى القواعد العامة المنظمة للعقد الا ما تعلق بضرورة وجود ارادتين متطابقتين، لكن في الحقيقة هذه الصياغة لم تكن موفقة كون هناك كون عادة المشرع وخالف الفقرة الثانية من المادة 184 فيما يتعلق بمدة سقوط حق الموعود له في الفقرة الثالثة من المادة (185).

3- إن المشرع العراقي قد وقع في عدم التناسق الشكلي تنظيمه لأحكام المشتركة للمسؤولية التقصيرية حيث قدم عليه الاحكام الخاصة لحالات الأفعال الضارة التي تقع على المال والنفس، اذ كان من المفترض ان يكون على العكس، فضلاً عن وجود تكرار ضمني وترهل التشريعي.

4- عد المشرع المدني العراقي في المادة الأولى منه قواعد العدالة أحد المصادر الرسمية للقانون، في حين نرى انه قد خالف نفسه في المادة (214) حيث الزم المتطوع الذي ساهم في عدم تفاقم الضرر يصيب الغير بدفع تعويض ولو كان مخففاً الا انه يؤدي هذا الحكم قطع سبيل المعروف وعدم تشجيع التضامن الاجتماعي لا سيما في حالات الكوارث الحريق والفيضانات والزلازل.

5- إن المادة (280) تشكل ترهلاً فيما تناوله بشكل غير متناسق حيث جاء بالأمثلة والتفصيل قبل ذكر القاعدة العامة في الفقرة الثانية، اذ جاء في الفقرة الثانية بقاعدة عامة (وفي كل معاوضة مالية) وهذه كافية حسب نظرنا.

6- رغم أهمية النيابة الاتفاقية (الوكالة) في الحياة العملية في تسيير التصرفات القانونية الا انه نرى المشرع في القانون المدني العراقي قد خالف القواعد العامة والمنطق القانوني في الاهلية القانونية المطلوبة للوكيل حيث نص في المادة (2/930) على ان الاهلية المطلوبة هي بلوغ سن التمييز والسن التمييز تبدأ من الثامنة من عمره إلى دخوله التاسعة عشرة علماً ان هذه الأهلية في تصرفات التي تبرمها الوكيل لصالح نفسه غير مقبولة إلى في حدود ضيق جداً عندما تكون لصالح المميز.

ثانياً: التوصيات.

1. تعديل مادة (2/150) بما يلي ((ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماتهِ وفقاً للتشريع والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).
2. تعديل المادة (1361) بفقرتيها بما يلي بحيث تكون الفقرة الأولى ((لامتياز، اولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الحق) والفقرة الثانية ((لا يكون للدين امتياز ألا بمقتضى النص في التشريع)، لأن جميع حقوق الامتياز مقررة بالنص في التشريع فقط وليس بقية مصادر القانون كالعرف مثلاً.
3. نقترح بتعديل الفقرة الثانية من المادة (184) من القانون المدني العراقي والخاصة بإحالة إلى قواعد العامة المنظمة للعقد وذلك بما يلي (ويسري عليها ما يسري على العقد من الاحكام الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين ولم يرد بشأنها حكم خاص).
4. تعديل نص الفقرة الثانية من المادة (214) بما يلي (فإذا ما اتلف أحد مال غيره تفادياً لتفاقم الضرر العام فإن اتلفها بأمر من اولي الامر لم يلزمه الضمان، وان كان إتلافها من تلقاء نفسه الزم بتعويض مناسب إذا ما تجاوز حد المعقول أو تصرف شخص المعتاد).
5. تعديل المادة (280) في فقرتين وكما يأتي ((1. في كل معاوضة مالية بوجه عام لكل واحد من المتعاقدين ان يحبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق 2. فللبائع ان يحبس المبيع الى ان يؤدي المشتري جميع الثمن الحال وللعامل ان يحبس الشيء الذي يعمل فيه الى ان يستوفي الاجر المستحق سواء كان لعمله أثر في هذا الشيء او لم يكن وذلك كله وفقاً للأحكام التي قررها القانون).
6. تعديل المادة (2/930) من القانون المدني العراقي والخاصة بأهلية الوكيل بما يلي ((يشترط في الوكيل بالغاً عاقلاً).

الهوامش:

(1) يطلق لفظ التشريع على مجموعة القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة المختصة لتنظيم أمر من أمور الجماعة، فيقال مثلاً تشريع العمل وتشريع الضرائب وتشريع المخدرات، والتشريع بهذا المعنى لا يعبر عن المصدر الذي يمدنا بالقاعدة القانونية بل يعبر عن القواعد المشتقة من هذا المصدر، لذا فإن لفظ التشريع هنا يعبر عن بعض ما يؤديه لفظ القانون في معنه الخاص فيقال مثلاً قانون الضرائب وقانون العمل: نقلاً عن د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون – القاعدة القانونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت– لبنان، 2010، ص 105–106.

(2) عندما يطلق كلمة القانون على التشريع العادي. يلاحظ: الأستاذ المتمرس عبد الباقي البكري والمدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد، مطبعة وزارة التعليم العالي، ص91.

(3)) د. محمد سليمان الأحمد، فكرة سمو الحق على القانون، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية تصدرها مجلس النواب في مملكة البحرين، ع5، 2022، ص 78 وما بعدها.

(4)) بلانيول ف 1302، ص438. نقلاً عن د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول، 1946، ص23.

(5) اذ تنص المادة (1/177) من القانون المدني العراقي على (1 – في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته)

(6) وهذا ما يسمى وفاءً وفق القانون المدني العراقي واذي نظمه في باب انقضاء الالتزام الذي يخالف الفسخ تماماً كون يترتب على الفسخ عدم تنفيذ الالتزام أو بالأحرى عدم تنفيذ الالتزام من قبل أحد أطراف العقد يؤدي إلى فسخ العقد.

(7) تختلف اثار العقد عن حكم العقد فحكم العقد هو الغاية البديهية المترتبة على انعقاد العقد فهي تنشأ بشكل مباشر فور انعقاد العقد كنقل ملكية المبيع والثمن في ابرام عقد البيع، اما آثار العقد فهي ليس بالضرورة ان يكون حكم العقد بل قد يكون المسؤولية المدنية الناجمة عن عدم تنفيذ العقد البيع مثلاً باللجوء إلى التعويض النقدي فهو ليس حكم العقد بل من اثار انعقاد العقد: يلاحظ د. إبراهيم عنتر فتحي الحيالي، حقوق العقد دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني والاماراتي والعراقي مع بيان موقف الفقه الإسلامي، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، عمان – الأردن، 2020، ص57 وما بعدها.

(8) يراد بالمصدر التاريخي الأصل التاريخي الذي استقى منه القانون الوضعي –الذي يطبق في الوقت الحالي– احكامه، فمثلا يقال الفقه الإسلامي مثلاً مصدر تاريخي لبعض احكام القانون المدني العراقي كالنصوص

المتعلقة بالمسؤولية المدنية عن اضرار الذي يخلفه الحيوان. يلاحظ: د. محمد كامل مرسي بك والقاضي سيد مصطفى بك، أصول القوانين مع تطبيقات من القانون المصري وبعض القوانين الأخرى، المطبعة الرحمانية، 1923، بدون عدد الطبعة ومكان النشر، ص115.

(9) ويقصد به المحتوى أو المواد الأولية التي تكونت جوهر القاعدة القانونية فهي مجموعة عوامل قد تكون سياسية أو الاقتصادية أو اجتماعية. يلاحظ د. غالب على الداوودي، المدخل إلى علم القانون، ط7، دار وائل للطباعة والنشر، عمان –الاردن، 2004، ص 94–95.

(10) تعد هذا المصدر وسيلة للتعرف على القواعد القانونية أو إعطاء صفة الزامية للقانون أيا كان مصدرها المادي أو التأريخي فهو ترتبط بالسلطة التشريعية داخل الدولة الحديثة. يلاحظ د. عبد الحى الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة عبدالله وهبة، مصر، بدون سنة النشر، ص 151 وما بعدها.

(11) يُعرف عقد الإذعان بأنه "العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدود النطاق بشأنها". د. عبد المنعم فرد الصده، عقود الإذعان في القانون المصري–دراسة فقهية وقضائية ومقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة فؤاد الأول، 1946، ص77.

(12) ان العيوب الرضا كل من الاكراه والغلط والغبن مع التغرير تؤدي إلى وقف العقد ويحق لمن وقف العقد لصالحه أو وليه ان يجيز العقد أو ينقضه خلال مدة ثلاثة أشهر من تاريخ زوال الاكراه أو انكشاف الغلط أو الغبن مع التغرير، بينما العقد الموقوف لوجود الاستغلال فيه حكمين مختلفين عما ذكرناه بصدد العيوب الرضا الثلاثة، فأما يكون رفع الغبن إذا كان معاوضة أو النقض إذا كان تبرعاً وذلك خلال مدة سنة وليس ثلاث أشهر. لاحظ مادتين (125،136)

(13) تعد التضخم التشريعي ظاهرة قانونية تعود سببها إما إلى ازدياد عدد النصوص القانونية التي تصدر من السلطة التشريعية سواء كان في عدة القوانين متعلقة بمجال معينة أو حالة قانونية ما أو تكرار النصوص داخل نفس المدونة القانونية مما تتكدس عدة النصوص القانونية التي قد تكون متناقضة أو متكررة من حيث المضمون أو يكون على شكل وجود عدة استثناءات. يلاحظ: د. سامية كسال، التضخم التشريعي عائق اما الاستثمار الأجنبي، بحث منشور في مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2018، ص441

(14) يلاحظ: د. جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، منشورات جامعة صلاح الدين – أربيل–العراق، 1984، ص 59 وما بعدها. د. محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية، في القانون العراقي–دراسة تحليلية، ط1، مكتب التفسير للنشر والاعلان، أربيل–العراق، 2008، ص70 وما بعدها.

(15) يُقصد بالعنصر المادي (التعدي) أي تجاوز حدود التي يجب على الشخص ان يلتزم بها في سلوكه بشكل مطلق. لمزيد يلاحظ: م.م. هيرو أحمد علي، المسؤولية التقصيرية للدولة عن الحوادث المرورية الناتجة عن الطرق المتدهورة –دراسة وصفية تحليلية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 14، العدد 52، ص 683.

(16) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج1، المكتبة القانونية، بغداد–العراق، ص419.

(17) تنص المادة (204) على "كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض".

(18) يُعرف الحق الحبس للضمان بأنه "الحق الذي يخول من التزم بتسليم شيء معين أن يحبس هذا الشيء تحت يده ويمتنع عن رده لمدينه حتى استيفاء حقه كاملاً إذا كان ذلك الالتزام متقابلاً بين الطرفين ومرتبطاً به ارتباطاً قانونياً أو مادياً بغض النظر عن مصدر نشوئه إلا إذا كان القانون أو الاتفاق يقضي بغير ذلك". يلاحظ: د. أحمد سمير الصوفي، حق الحبس في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم الإنسانية، المجلد 1– العدد1، 2009، ص248.

(19) كما معلوم هناك خمس وسائل لحماية حقوق الدائنين من اعسار المدين الا وهي الدعوى غير المباشرة ودعوى الصورية والدعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في حق دائنين إضافة إلى الإجراءين الحجر على مدين المعسر وحق الحبس للضمان.

(20) إذا كان العقد معاوضة.

(21) في النظام القانوني المدني يطلق على كل من كان حقوقه اقل من التزاماته (ديونه) بالمعسر ويطلق عليه في النظام القانوني التجاري بالمفلس.

(22) فضلاً عن ذلك هناك النيابة القانونية والنيابة القضائية

(23) المادة (927) من القانون المدني العراقي.

(24) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية–مصر، 2004، ص161.

(25) إذ نصت المادة (96) على (تصرفات الصغير غير المميز باطلة وإن اذن له وليه)

(26) المادة (2/97) بنصها (وسن التمييز سبع سنوات كاملة)

(27) المادة (99) من القانون المدني العراقي عد الصغير المأذون بالتجارة بحكم البالغ الرشيد حيث نصت على (الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الاذن بمنزلة البالغ سن الرشد)

(28) اذ نصت على (ويشترط ان يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط ان يكون بالغاً فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلاً، وان لم يكن مأذوناً)

(29) فضلاً عن ذلك هناك من يقول بأن من الجائز ان يكون السفيه المحجور عليه وكيلاً طالما الأصيل كامل الاهلية لأن ذلك جائز فقهاً وقضاءً. يلاحظ: د. محمود سعدالدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي – نظرية الالتزام، ج1، مصادر الالتزام، ط1، مطبعة العاني، بغداد–العراق، 1955، ص133.

(30) يلاحظ المواد (589، 591، 592) من القانون المدني العراقي.

(31) تنص المادة (1/251) على (في الالتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بإدارته أو كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيطة في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود)

(32) اذ تنص المادة (97) من القانون المدني العراقي على (يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعاً محضاً وان لم يأذن به الوالي ولم يجزه، ولا يعتبر تصرفه الذي هو في حقه ضرر محض وان اذن بذلك وليه او اجازه اما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداء)

(33) اذ حدد بأن تكون الاذن حصراً بممارسة التجارة وان يكون من ماله وعليه يخرج من نطاقه التصرفات القانونية التي لا تكون محلها التجارة كأعمال المقاولة والوكالة مثلاً

(34) المادة (1/1) منه.

(35) لاحظ د. سعيد سعد عبد السلام، المدخل في نظرية القانون، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، 2003، ص244.

(36) د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، د. عبدالله فاضل حامد، قيمة المبادئ العامة للقانون في التشريع والقضاء، بحث منشور في مجلة العقد الاجتماعي تصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كوردستان–العراق، العدد الثالث، السنة الثانية، 2022، ص284.

(37) 1 – تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها.

2 – فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.

(38) إذ أطلق عليه القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 التصرف الانفرادي في المادة (1/251) بقولها "تسري على التصرف الانفرادي الاحكام الخاصة بالعقود الا ما تعلق منها بضرورة وجود ارادتين متطابقتين لنشوء العقد، وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك".

(39) إذ تنص المادة (2/930) على "ويشترط ان يكون الوكيل عاقلاً مميزاً ولا يشترط ان يكون بالغاً فيصح ان يكون الصبي المميز وكيلاً، وان لم يكن مأذوناً".

(40) د. سعدي إسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط1، مطبعة وزارة الزراعة، أربيل_ كوردستان العراق، 2007، ص108.

(41) تتميز مدة السقوط عن مدة التقادم في ان مدة السقوط لا تقبل الوقف والانقطاع أيا كان السبب كما انها تسري في حق المحجور والغائب ولا يجوز التنازل عنها ويحكم به القاضي من تلقاء نفسه كونها من النظام العام، اما مدة التقادم فهي تتعرض للوقف والانقطاع يلاحظ: د. عبد المنعم البدراوي، أثر مضي المدة في التزام، القاهرة – مصر، 1950، ص 33.

(42) فنرى كل من الشفعة وخيار الاجازة وضمان العيب الخفي تسقط بمدد السقوط وليس التقادم كونها مكن قانونية فحسب على العكس من الحقوق التي تتقادم ولا تسقط في الحقيقة.

(43) فعلى سبيل مثال قد نصت المادة (1100-1) من القانون المدني الفرنس المعدل بمرسوم 2016 على (التصرفات القانونية تعبيرات عن الإرادة يقصد منها إحداث آثار قانونية. وهي قد تكون ثنائية أو انفرادية. وهي تخضع، كلما كان ذلك ممكناً، في صحتها وآثارها، إلى القواعد التي تحكم العقود).

المصادر

اولا: الكتب.

1- د. إبراهيم عنتر فتحي الحيالي، حقوق العقد دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني والاماراتي والعراقي مع بيان موقف الفقه الإسلامي، دار الحامد للنشر والتوزيع، ط1، عمان – الأردن، 2020.

2- د. جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، منشورات جامعة صلاح الدين – أربيل- العراق، 1984.

3- د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني – دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة فؤاد الأول، 1946.

4- د. سعدي إسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط1، مطبعة وزارة الزراعة، أربيل_ كوردستان العراق، 2007.

5- د. سعيد سعد عبد السلام، المدخل في نظرية القانون، مطابع الولاء الحديثة، القاهرة، 2003.

6- د. سمير عبد السيد تناغو، أحكام الالتزام والإثبات، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية- مصر، 2009.

7- الأستاذ المتمرس عبد الباقي البكري والمدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد، مطبعة وزارة التعليم العالي.

8- د. عبد الحي الحجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مكتبة عبدالله وهبة، مصر، بدون سنة النشر.

9- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، نظرية الالتزام بوجه عام-الاوصاف، الحوالة، الانقضاء، المنشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2004.

10- د. غالب على الداوودي، المدخل إلى علم القانون، ط7، دار وائل للطباعة والنشر، عمان - الاردن، 2004.

11- د. محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون - القاعدة القانونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2010.

12- د. محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية، في القانون العراقي-دراسة تحليلية، ط1، مكتب التفسير للنشر والاعلان، أربيل-العراق، 2008.

13- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ج1، المكتبة القانونية، بغداد- العراق.

14- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية- مصر، 2004.

ثانيا: البحوث.

1. د. أحمد سمير الصوفي، حق الحبس في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم الإنسانية، المجلد 1- العدد1، 2009.

2. د. سامية كسال، التضخم التشريعي عائق اما الاستثمار الأجنبي، بحث منشور في مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد الثاني، 2018.

3. د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، د. عبدالله فاضل حامد، قيمة المبادئ العامة للقانون في التشريع والقضاء، بحث منشور في مجلة العقد الاجتماعي تصدرها مركز البحوث القانونية في وزارة العدل في إقليم كوردستان–العراق، العدد الثالث، السنة الثانية، 2022.
4. د. عبد المنعم فرد الصده، عقود الإذعان في القانون المصري–دراسة فقهية وقضائية ومقارنة، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى جامعة فؤاد الأول، 1946.
5. د. محمد سليمان الأحمد، فكرة سمو الحق على القانون، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية تصدرها مجلس النواب في مملكة البحرين، ع5، 2022.
6. م.م. هيرو أحمد علي، المسؤولية التقصيرية للدولة عن الحوادث المرورية الناتجة عن الطرق المتدهورة –دراسة وصفية تحليلية، بحث منشور في مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 14، العدد52.

ثالثاً: القوانين.

1) القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
2) القانون المدني الفرنسي القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون) لعام 1804، المعدل بالمرسوم رقم 131 –2016 بتاريخ 2/10 / 2016، وقانون المصادقة على المرسوم الصادر في 20 أبريل 2018.