

حقيقة مصدرية العقد للالتزام

(خطوة لإنهاء فكرة ازدواج المسؤولية المدنية في القانون العراقي)

(دراسة تحليلية مقارنة)

أ.م.د. تحسين حمد سمايل

جامعة سوران - كلية القانون والعلوم السياسية والإدارة

The Contract as the Source of Obligation

**(A Step Towards Ending the Concept of Dual Civil Liability in
Iraqi Law)**

(A Comparative Analytical Study)

Asst. Prof. Dr. Tahseen Hamad Samail

**Soran University – College of Law, Political Science, and
Administration**

المستخلص: قسم الفقهاء مصادر الالتزام إلى خمسة (العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب والقانون)، إلا أن هناك من الفقهاء من يرى بأن تسمية هذه المصادر بهذه التسمية مغالطة وخطأ على سبيل الحقيقة عدا القانون، وصحيح على سبيل المجاز، لأن المصدر الحقيقي وليس المجازي للالتزامات بصورة عامة هو القانون أو القاعدة القانونية، لأن الالتزام حكم تكليفي باتفاق فقهاء الشريعة والقانون مصدره هو الشرع أو القانون، ومن هذا المنطلق يكون مصدر الالتزام في العقد هو القانون الذي يرتب الآثار على هذا العقد، وبذلك فإن العقد سبب ومصدر آثاره من حقوق والتزامات هو القانون؛ وخير استدلال هو وحدة الضمان في الفقه الاسلامي، لأن مصدر الالتزام فيه واحد وهو الشرع مهما تعدد اسبابه.

تحاول هذه الدراسة من منطلق آراء الفقهاء إظهار حقيقة مصدرية العقد للالتزامات من خلال تحليل ذلك في ضوء المنطق القانوني ومن ثم الشروع في خطوة إنهاء اشكالية ازدواج

المسؤولية، بعبارة أخرى بيان مدى تأثير اظهار حقيقة العقد كمصدر للالتزامات كخطوة لإنهاء اشكالية ازدواج المسؤولية المدنية، من خلال دراسة مقارنة بين القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 والقانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980 والقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل، حيث انزلق الفقه القانوني منذ أمد طويل من الجدل حول تكييف كلا المسؤوليتين وطبيعتهما، حيث هناك من ينادي بإزدواج المسؤوليتين إلى عقدية وتقصيرية لتترتب كل واحدة من مصدر مستقل ومختلف، الأولى مصدرها العقد والثانية مصدرها القانون، فلا اشكالية في الثانية، إلا أن كلتاهما يرتبان أثر واحد وهو التعويض، لذا تحاول هذه الدراسة وضع حجر أساس في سبيل إنهاء هذه الازدواجية من خلال اقتراح نصوص قانونية، عسى ولعل أن يجمع المشرع ذات يوم جهد الباحثين في سبيل انتهاء اشكالية ازدواج المسؤوليتين ومن ثم تعديل أو سن قانون مدني جديد.

الكلمات المفتاحية: العقد، الالتزام، المسؤولية المدنية.

Abstract: Jurists have traditionally classified the sources of obligations into five categories: contract, unilateral will, unlawful act, unjust enrichment, and law. However, some scholars argue that describing these as “sources” is accurate only in a figurative sense, except for law, which is the true source of obligations. Since an obligation is a legal rule, its real source is the law or legal norm. Accordingly, in contractual obligations, the contract merely constitutes the legal cause, while the law is the actual source that gives rise to the resulting rights and obligations. This view is supported by the concept of unified liability in Islamic jurisprudence, where all obligations derive from Sharia regardless of the diversity of their causes.

This study examines the true role of the contract as a source of obligations through a legal and analytical approach and explores its implications for resolving the issue of dual civil liability. It investigates whether recognizing the contract as a legal cause rather than an independent source can contribute to eliminating the distinction between contractual and tort liability. The study adopts a comparative approach by analyzing the Iraqi Civil Code No. 40 of 1951, the Kuwaiti Civil Code No. 67 of 1980, and the amended French Civil Code of 1804. It concludes by proposing legal amendments aimed at providing a unified framework for civil liability and encouraging future legislative reform.

Keywords: Contract, Obligations, Civil Liability.

المقدمة

أولاً: مدخل تعريفي: كما أن مصادر الالتزامات قد تمت تقسيمه لدى الفقه القانوني إلى مصادر خمسة (العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب والقانون)، إلا أن هناك من الفقهاء من يرى بأن تسمية هذه المصادر بهذه التسمية ما عدا القانون مغالطة وخطأ على سبيل الحقيقة، وصحيح على سبيل المجاز، لأن المصدر الحقيقي وليس المجازي للالتزامات بصورة عامة هو القانون أو القاعدة القانونية، لأن الالتزام حكم تكليفي باتفاق فقهاء الشريعة والقانون مصدره هو الشرع أو القانون، ومن هذا المنطلق يكون مصدر الالتزام في العقد هو القانون الذي يترتب الآثار على هذا العقد، وبذلك فإن العقد سبب ومصدر آثاره من الحقوق والالتزامات هو القانون؛ وخير استدلال هو وحدة الضمان في الفقه الاسلامي، لأن مصدر الالتزام فيه واحد وهو الشرع مهما تعددت أسبابه.

تحاول هذه الدراسة من منطلق آراء الفقهاء إظهار حقيقة مصدرية العقد للالتزامات من خلال تحليل ذلك في ضوء المنطق القانوني، ومن ثم الشروع في خطوة إنهاء اشكالية ازدواج المسؤولية، بعبارة أخرى بيان مدى تأثير إظهار حقيقة العقد كمصدر للالتزام كخطوة لإنهاء اشكالية ازدواج المسؤولية المدنية، حيث دخل الفقه القانوني منذ أمد طويل من الجدل حول تكييف كلا المسؤوليتين وطبيعتهما، حيث هناك من ينادي بازدواج المسؤوليتين إلى عقدية وتقديرية لتستند كل منهما إلى مصدر مستقل عن الآخر، الأولى مصدرها العقد والثانية مصدرها القانون، فلا اشكالية في الثانية، إلا أن كلتاهما يرتبان أثر واحد وهو التعويض، لذا تحاول هذه الدراسة وضع حجر أساس في سبيل إنهاء هذه الازدواجية من خلال توصيات ومقترحات، عسى ولعل أن يجمع المشرع ذات يوم جهد الباحثين في سبيل إنهاء اشكالية ازدواج المسؤوليتين، ومن ثم تعديل أو سن قانون مدني جديد.

ثانياً- أهمية الدراسة: تولد لدى الباحثين والقضاء نظرة في الآونة الأخيرة بأن مسألة تكييف المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقديرية أصبح عبئاً ثقیلاً على كاهلهم، لذا تكمن أهمية هذه الدراسة في تغيير هذه النظرة للمسؤولية المدنية من خلال محاولة مستقيضة لإنهاء ازدواجية المسؤولية المدنية، خصوصاً ما ينجمان عنهما من نفس الآثار وهو التعويض، لذا تحاول الدراسة توحيد المسؤوليتين وجمعهما تحت هوية واحدة تسمى المسؤولية المدنية.

ثالثاً: إشكالية الدراسة: تكمن مشكلة هذه الدراسة في بيان حقيقة العقد كمصدر للالتزام، وهل فعلاً أن العقد هو المصدر المنشئ للالتزام، أم أن العقد متمثلاً بالإرادة ليس إلا سبب للالتزام، وينتهي هذا الدور للإرادة بعد إبرام العقد، والمصدر هو القانون أو القاعدة القانونية، ويضاف على ذلك من خلال النظر إلى تنظيم القانون المدني العراقي بخصوص الحقوق الشخصية والعينية، أنه وبكل وضوح يعد القانون مصدراً لها، ويظهر ذلك من الأسلوب الذي اتبعه المشرع في صياغة النصوص الخاصة بمصادر الحقوق الشخصية، أي مصادر الالتزام، أو عند تعريفه للحقوق العينية في المادة (67) من القانون المدني العراقي النافذ، ونصوص أخرى نذكرها في متن البحث، وبذلك وما اطلق على العقد والإرادة المنفردة والعمل غير المشروع

والكسب دون سبب بمصدر خطأ في نظرنا، وليسوا سوى أسباب للالتزام، والمصدر هو القانون أو القاعدة القانونية هذا من جانب؛ ومن جانب آخر بما أن القانون هو مصدر لكل الالتزامات، فما الحاجة لوجود نوعين من المسؤولية أي المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية، طالما أن المصدر واحد وهو القانون، وما يرتب الآثار هو القانون، لذا تسعى الدراسة من خلال إظهار وإثبات حقيقة مصدرية العقد للالتزام، وضع حد لازدواجية المسؤولية المدنية في القانون العراقي، وثمة إعادة تقسيم للنصوص المنظمة للمسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية تحت باب واحد تسمى بالمسؤولية المدنية، مستفيداً من دراسة مشروع تعديل أحكام المسؤولية المدنية الفرنسي لسنة 2017.

رابعاً: هدف الدراسة: يقدم البحث دراسة أكاديمية تأصيلية وفق منهج تحليلي معمق في البعد الفلسفي لمشروع القانون المقترح لتعديل أحكام المسؤولية المدنية المتعارف عليه في الأوساط الفقهية بـ: "مشروع قانون اصلاح نظام المسؤولية المدنية الفرنسي لسنة ٢٠١٧ " *Projet de Réforme du droit de la responsabilité civile* المعروف بقانون (*Urvoas 2017*)، بهدف التدليل ما إن كانت الفلسفة العامة لهذا المشروع تمكن من التأسيس عليه لبناء وحدة المسؤولية المدنية في القانون المدني العراقي، من خلال ما برز من ناحيتين وبوضوح في روح وفلسفة هذا المشروع، الأول يرتبط بهجر نظرية الخطأ لصالح نظرية الضرر؛ والثاني توجه إرادة المشرع الفرنسي نحو وحدة المسؤولية المدنية، وهجر ازدواجيتها، والانتفاء بتبويب جديد المسؤولية في القانون العراقي وتحت مسمى واحد وهي المسؤولية المدنية.

خامساً: نطاق الدراسة: تدور نطاق هذه الدراسة حول موضوع توحيد اصلاح نظام المسؤولية المدنية في القانون العراقي، وتكون الدراسة في إطار القانون المدني العراقي والمشاريع المقدمة في فرنسا لإصلاح نظام المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي وخصوصاً مشروع قانون اصلاح نظام المسؤولية المدنية الفرنسي لسنة ٢٠١٧ " *Projet de Réforme du droit de*

la responsabilité civile" المعروف بقانون (Urvoas 2017)، في سبيل الخروج بنتيجة تخدم أحكام المسؤولية المدنية في القانون العراقي.

سادساً: منهجية الدراسة: تتبع هذه الدراسة أكثر من منهج:

1- المنهج التحليلي: وذلك لتحليل النصوص المدنية وتأسيس مبدأ المنفعة منها، وكذلك تحليل آراء الفقهاء بقدر تعلق الأمر بموضوع الدراسة.

2- المنهج المقارن: ننتهج في هذا البحث دراسة مقارنة بين القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1950 والقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل، ومشروع قانون اصلاح نظام المسؤولية المدنية الفرنسي لسنة ٢٠١٧ " Projet de Réforme du " droit de la responsabilité civile" المعروف بقانون (Urvoas 2017).

3- المنهج الاستنباطي: وذلك لاستنباط القواعد الكلية لمشروع تعديل أحكام المسؤولية المدنية الفرنسي لسنة 2017، من خلال دراسة منطقية للنصوص القانونية في القانون المدني العراقي" ومقارنتها بنصوص القانون المدني الفرنسي، ومشروع Urvoas (2017)، كما يتبع الباحث هذا المنهج ببيان عام أو فرضية معينة، ومن ثم دراسة إمكانية التوصل إلى نتيجة معينة، من خلال استخدام فكرة مراقبة الشواهد وذلك للتأكد من صحة مصدرية القانون للالتزامات" ومن ثم توحيد أحكام المسؤولية المدنية.

سابعاً: هيكلية الدراسة: اتسمت هذه الدراسة بالهيكلية الآتية:

المقدمة:

المبحث الأول: مدى مصدرية العقد للالتزام:

المطلب الأول: المنبع لقوة العقد في الإلزام والالتزام.

المطلب الثاني: حقيقة القانون كمصدر للالتزام.

المبحث الثاني: المرتقب في توحيد المسؤولية المدنية:

المطلب الأول: القصور القانوني لنظرية المسؤولية العقدية وضرورة هجر الخطأ.

المطلب الثاني: إعادة تأطير نظرية المسؤولية المدنية.

الخاتمة:

المبحث الأول

مدى مصداقية العقد للإلتزام

لاشك في أن نظرية الإلتزام من أهم النظريات القانونية التي شغلت فكر الفقهاء والباحثين، والمفكرين في مجال القانون، لهذا فإن صياغتها لا ترجع إلى مفكر أو فقيه واحد أو جيل من الفقهاء، بل هي ثمرة الفكر القانوني لأجيال من الفقهاء عبر السنين، لهذا أضحت دائماً موضوع خلاف، بسبب تطور المجتمع وحاجياته، وقد قال الفقهاء للإلتزام مصادر، واستقروا على خمسة (العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، والكسب دون سبب أو العمل النافع والقانون)، وقد اختلف فيها الفقهاء أيضاً حول عددها، هناك من يقول أن المصادر أكثر من خمسة، وآخرون يرون أنه جاءت على سبيل الحصر، ومن ناحية أخرى إن كل مصدر لوحده كان موضوع خلاف ونقاش، وما يتعلق به بحثنا ينحصر في نطاق العقد كونه مصدر للإلتزام من عدمه، ولأجل ذلك قسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول، المنبع لقوة العقد في الإلتزام، أما في المطلب الثاني، فنخصص الكلام فيه لتحقيق القانون كمصدر للإلتزام.

المطلب الأول

المنبع لقوة العقد في الإلزام والالتزام

بيننا في مقدمة المبحث الأول، إن هناك من الفقهاء والباحثين يرون في العقد مصدر للإلتزام⁽¹⁾، ولكن من ماذا يستمد العقد قوته للإلزام لكي يصبح مصدراً للإلتزام، ولأجل دراسة هذا الجانب نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول، المصادر العتيقة المستمدة للعقد قوته في الإلزام، أما في الفرع الثاني، فننتاول فيه مدى دور الإرادة كمصدر يستمد منها العقد قوته في الإلزام.

الفرع الأول

المصادر العتيقة المستمدة للعقد قوته في الإلزام

إن العقد في ظهوره أسبق من القانون، وهو قبل كل شيء وسيلة ممارسة التعايش الاجتماعي، ومفهومه لا يختلف عند الإنسان في العصور القديمة، وعند الإنسان الحضاري المعاصر، بما له من طبيعة تداولية ووظيفته في تحقيق الفائدة، وهذا ما يسعى إليه كل إنسان، ولهذا ولإعتبارات تاريخية ووظيفية، أصبحت العقود يخضع في تنظيمه للقانون ويستمد قوته منه، ولكن قبل القانون، كان هناك مصادر يستمد منه العقد قوته في الإلزام من هذه المصادر، الدين والأخلاق والقوة والعرف.

يقصد بالدين بصورة عامة " مجموعة من المبادئ الموحى بها من عند الله (الإله - الرب) إلى عباده لتنظيم علاقة المرء بربه (العبادات)، أو علاقة المرء بنفسه أو بغيره من أقرانه

(1) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص 27 - 31. د. المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، 2010، ص 14 - 16.

(المعاملات)، فالدين هو الذي يضبط سلوك الفرد وأفعاله متبعاً في ذلك الأوامر والنواهي المنزلة من عند الله (الرب – الإله)⁽¹⁾.

كان للدين ولايزال أثر في تنظيم سلوك الأفراد والمجتمع على مر العصور، حيث كان الأفراد يخضعون في جميع سلوكياتهم للتعاليم الدينية ونصوصه لما كان للدين أهمية كبيرة ومكانة رفيعة في حياتهم، وهذا ما جعل من الأفراد يخضعون ويتمثلون لتعاليم والطقوس الدينية في سبيل ارضاء الرب والآلهة، وهذا الاعتقاد كان له أثر كبير على المعاملات المالية والاقتصادية التي كانت تجري بين الأفراد، من هذه المعاملات العقود الذي كان يبرم بين الأفراد، حيث كان للدين دور كبير في تنظيمه وهو أحد الوسائل لإتمام الصفقات التجارية والمعاملات المالية، كما كان للدين دور كبير يستمد منه العقد قوته في إلزام أطرافه، حيث كانوا ملزمون بإداء الحلف قبل إبرام العقد، وكان هذا الحلف الإلهي وسيلة ضمان وكفيل بتنفيذ بنود العقد⁽²⁾، وكان معروفاً في نظام القانون الروماني من الاعتقاد إن كل من يغدر بالحلف الإلهي وعدم تنفيذ العقد يشكل سبباً في غضب الآلهة، ويتعرض للإنتقام من الرب أو الآلهة ويعد خارج من رحمته وحمايته، وفي بعض الأحوال قد يصل العقوبة إلى طرده من القبيلة أو العشيرة، ويحرم من الاحسان اليه، والنتيجة الأخطر كانت تصل العقوبة إلى قتله، وهذا النظام كان معروفاً عند البابليون والفرعون والآشوريون والنظام الروماني القديم⁽³⁾.

عرف العقد في الفقه الاسلامي بمعناه الخاص بذلك "الالتزام الصادر من طرفين متقابلين، الناشئ من ايجاب وقبول، أو هو رابطة ايجاب وقبول على وجه مشروع يثبت أثره في المعقود

(1) د. فايز محمد حسين محمد، أصول النظم القانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016، ص20.

(2) لمزيد من التفاصيل يراجع: صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، ٢٠٠٧، ص66 – 67.

(3) لمزيد من التفاصيل يراجع: هشام صادق وعكاشة عبدالعال، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ١١٥ - 117. عبدالمهدي ضيف لله السعد الشرع، مصادر اكتساب العقد لقوته في الالتزام، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بنفها الأشرف، العدد الثالث والعشرون، الجزء الأول، لسنة 2021، الدهقلية – مصر، ص 694 – 695.

عليه⁽¹⁾، يلاحظ على هذا التعريف أنه يعبر عن النزعة الموضوعية، وأخذ به المشرع العراقي في المادة (73) من القانون المدني النافذ⁽²⁾.

وجدير بالذكر تحتل أهمية العقود في الشريعة الإسلامية مكانة بارزة، ولهذا أمرنا الله بها عز وجل في قوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ"⁽³⁾، كما أن الرضا كركن في العقد له أهمية كبيرة في الشريعة الإسلامية، اعتداداً لقوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ"⁽⁴⁾، كما كفل الشريعة الإسلامية حرية التعاقد متى كان في حدود الشرع وموافقاً له، حيث تفرض قيوداً شرعية حرمت القيام ببعض التصرفات القانونية كالعقود المبنية على الإكراه والغرر والغش والخداع والاستغلال، وكان العراق في مقدمة الدول التي طبقت الفقه الإسلامي كشرعية لتنظيم أمور المجتمع لاسيما المالية منها، حيث نقلت عن الفقه الإسلامي قواعد ونظريات متعددة، وتأثيره واضح على القانون المدني العراقي، حيث قننت هذه القواعد والنظريات ابتداءً في مجلة الأحكام العدلية، وتضمنت أحكام المعاملات المالية المستوحاة من الفقه الحنفي في إطار (1861) مادة، ويعتبر المجلة أول تدوين للفقه الإسلامي في المجال المدني في شكل بنود قانونية ثم استقى القانون المدني عند تشريعه أغلب أحكامه، لحين تقنين القانون المدني سنة 1951 إلا أنه دخل حيز التنفيذ سنة 1953، ويلاحظ في المادة (1) منه أنه حدد مصادره بأربعة⁽⁵⁾، من ضمنها مبادئ الشريعة الإسلامية، وعلى حد قول أحد الفقهاء⁽⁶⁾: "إن صلة القانون المدني العراقي بالفقه الإسلامي أقوى صلة من القوانين المدنية المصرية والسورية اللبنانية، فأثر الفقه الإسلامي في القانون المدني العراقي واضح جداً في كثير من نظريات وقواعد القانون المدني، ويلاحظ أن المشرع العراقي أفرد الكثير من

(1) عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية - مصر، 2001، ص 285.

(2) تنص المادة (73) من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 النافذ: في تعريف العقد في أنه (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه).

(3) سورة المائدة، الآية رقم (1).

(4) سورة النساء، الآية (29).

(5) المادة (1) من القانون المدني العراقي النافذ.

(6) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني - العقود المسماة، شركة الرابطة للنشر، بغداد، 1945، ص 283 وما بعدها.

أحكامه من الفقه الإسلامي، كأحكام عقد البيع والتعويض والشفعة ونظرية بطلان العقد وأحكام اتلاف المال والغصب وعيوب الرضا ونظرية التعسف في استعمال الحق⁽¹⁾، وأحكام أخرى كثيرة باعتباره مصدراً تاريخياً للقانون المدني العراقي.

أما عن الأخلاق، فضلاً عن غايته المثالية له دور كبير ومهم، إلا أن له دور كبير ومهم في منح العقد صفة الإلزام، من خلال الواعز النفسي والداخلي للإنسان، والضمير الحي، ويبرز الأخلاق خصوصاً في مرحلة المفاوضات، حيث يفترض من الطرفين الالتزام بحسن النية والانصاف والتزامات أخلاقية أخرى متفرعة عن حسن النية، كالالتزام بالأمن التعاقدية والسلامة والالتزام بالإعلام، كما إن تنفيذ العقد بحسن نية يعتبر من الالتزامات الأخلاقية أولاً قبل أن تكون التزام قانوني، وهذا الالتزام الأخلاقي منبعه شعور داخلي عندما يشعر الإنسان بأن عليه واجب أخلاقي في تنفيذ العقد في موعده، وفي حال مخالفته لهذا الواجب فإنه يكون موضع احتقار الناس، إضافة إلى شعوره بتأنيب الضمير⁽²⁾؛ كما أن الأخلاق يعد مصدر مادي للقواعد القانونية التشريعية وغير التشريعية من مصادر القواعد القانونية على سبيل المثال الفقرة (1) من المادة (150) من القانون المدني العراقي يلزم أطراف العلاقة العقدية بتنفيذ العقد بحسن

(1) للمزيد من التفاصيل لاحظ: د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، المصدر السابق، ص 159 وما بعدها. عبد الرحمن عبدالله الصراف، الفقه والقضاء الإسلامي، دراسة تاريخية قانونية مقارنة، دار ومكتب الكون، ط1، الموصل، 2009، ص 62. د. أحمد حميد سعيد ود. بشير سلطان شهاب، تأثير الفقه الإسلامي في إثراء القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد (16) العدد (1)، لسنة 2019، جامعة الموصل، ص 2 و 11 - 15. نجيمة علاق، تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني الجزائري، بحث منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد (34)، العدد (4)، لسنة 2020، ص 44 وما بعدها.

(2) د. هشام صادق ود. عكاشة عبدالعال، المصدر السابق، ص 59. محمد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (22)، العدد (4)، لسنة 2014، ص 780 - 783.

Sandrine Clavel : la confiance dans les instruments internationaux et européens de droit uniforme, colloque " la confiance en droit privé des contrats " organisé le 22 juin 2007, université de vermeille saint – Quentin –en Yvelines, p 16. Christophe Jamin, dénis Mazeaud, la nouvelle crise du contrat, acte du colloque du 14 / mai/2001, organisé par le centre René Demogue de l'université de Lille III, Dalloz Sirey, collection thème et commentaire, paru le 30/1/2003, p 31

النية كما جاءت فيها (1) - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية⁽¹⁾.

أما عن القوة كمصدر لإلزامية العقد، فوفقاً للمصادر⁽²⁾، فإن الإعتقاد السائد في العصور القديمة فإن القوة هي كانت مصدر إنشاء الحق وحمايته، فهي وحدها التي كانت مصدر لحماية الحق وإجبار أطراف العلاقة العقدية على تنفيذ التزاماتهم، وجدير بالذكر أن الأمم القديمة عرفت القوة كمصدر يستمد منها العقد الزاميته كنظام قانوني، وطبقته على المعاملات المالية مع إختلاف في الوسيلة المستعملة للقوة، نذكر على سبيل المثال وليس الحصر⁽³⁾، وفي أوروبا تحديداً فقد ألزم الفقه الكنسي ورجال الدين أطراف العقد بأداء القسم على الالتزام بالقيام بتعهدده، أي بمجرد أداء القسم يصبح ملزماً بتنفيذ العقد، في حال الإخلال وعدم تنفيذ ما تعهد به يعد حنثاً عن القسم الذي أداه ويستوجب العقاب، باعتباره خطيئة وذنب ديني، إلا أنه وفي مرحلة لاحقة، اكتفى هذا الفقه بالتعهد بتنفيذ التزامه دون أداء القسم، وعد الإخلال بذلك التعهد خطيئة دينية، ويترتب عليها دعوى ترفع على ذلك الشخص أمام المحاكم الكنيسة لإجباره على ما التزم به، وبذلك فإن القوة كمصدر للعقد كانت تكمن في إصرار رجال الفقه الكنسي بأن هناك واجب ديني يقع على المتعهد بإداء ما عليه من التزامات، وإن الأخلال بهذا الواجب يعد اثماً اقترفه المتعهد، ولكن لم يكن هذه الالتزامات كما هو معروف في القوانين الحديثة.

رغم ذلك فإن في القوانين المدنية الحديثة لا يزال القوة تمثل مصدر لتنفيذ بعض الالتزامات ولكن تحت مبررات معقولة ونافعة، كنزع الملكية للمنفعة العامة جبراً⁽⁴⁾، ونظام التنفيذ العيني

(1) في نفس المعنى لاحظ المادة (148/1) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948)، والمادة (1104) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل في سنة 2016. والمادة (246) من قانون المعاملات المدنية الاتحادية الاماراتي رقم (5) لسنة 1985.

(2) يراجع: د. عبدالرحمن عياد، أسس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2007. د. محمد دغمان، الزامية العقد، منشورات زين الحقوقية، ط2، 2018. د. أكرم فاضل القصير، التطور التاريخي لفكرة المقابل في القانون الأنجلوسكسوني، دراسة تحليلية للقانون الإنجليزي مع الإشارة الموجزة إلى مبادئ نظرية السبب اللاتينية، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد (17)، العدد (1)، السنة 2019، ص150 وما بعدها.

(3) نكتفي بهذا المثال تجنباً للإطالة.

(4) المادة (9) من قانون الاستملاك العراقي رقم (12) لسنة 1981.

الجبري⁽¹⁾، وحق الدائن في حبس الدين لإرغام الطرف الآخر لتنفيذ ما التزمه به⁽²⁾، وحبس المدين كوسيلة اكراه لتنفيذ ما تعهد والتزم به⁽³⁾.

أما بخصوص العرف كمصدر لإكتساب العقد للقوة الملزمة، فهو "ما تكرر استعماله من فعل أو قول، حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس، والتقبل في العقول، والرعاية في التصرفات"⁽⁴⁾، أما عند فقهاء القانون الوضعي فعرف بأنه "هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية، بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة وواجبة الاحترام قانوناً، وإن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي"⁽⁵⁾؛ يتضح مما سبق أن العرف كباقي المصادر رفدت العقد بقوة الالتزام وأجوده الناس ورضوا به، وهو مجموعة من السلوكيات اعتادوا الأفراد على اتباعها وممارستها في المجتمعات المختلفة، باعتباره أداة لتنظيم العلاقات والمعاملات المالية والاقتصادية، بعدما تولد لديهم الشعور بإلزاميته وواجب أتباعه.

أما بخصوص العرف العقدي، فهناك من يعرفه بأنه "ما درج عليه الناس من قواعد في تنظيم العقود التي أبرموها، مع اعتقادهم بأنها أصبحت ملزمة، وإن مخالفة المتعاقدين لها تستتبع جزاءً قانونياً"، ويتضح من هذا التعريف إن هناك مجموعة من القواعد موجودة في المجتمعات، اكتسبت صفة الإلزامية، يتبعها الأفراد عند إبرام العقود، وتعد مصدر قوة للإلزامية العقود، ومخالفتها يتولد لديهم الشعور بالذنب والخطيئة، ويلاحظ أن القانون المدني العراقي أشار إلى

⁽¹⁾ على سبيل المثال المادة (250) من القانون المدني العراقي النافذ.

⁽²⁾ المواد: (280 – 282، 246) من القانون المدني العراقي النافذ.

⁽³⁾ المواد: (40 – 49، و124) من قانون تنفيذ العراقي النافذ رقم (45) لسنة 1980.

⁽⁴⁾ د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في فقه الجليل، الجزء الأول، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، ط5، بغداد، ص77.

⁽⁵⁾ Génv (f), Méthodes d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif. 2ed, T (I) paris, 1954, N.109-110, p.p.318-320. Marty (g), et Raynaud (P). Droit Civil, introduction générale à l'étude du droit, T (I), Sirey, 1972, n.114. pp. 202, 203. Alex Weill, Droit Civil, Introduction Générale. Troisième édition, Dalloz, 1973, n. 141 – 142, pp. 125 – 126.

نقلاً عن: د. علاء حسين علي ود. رياض أحمد عبد الغفور، العرف العقدي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد (60)، ذو الحجة 1435، السنة الثامنة والعشرون، أكتوبر 2014.

العرف في الفقرة (2) المادة (150) في أنه (2)- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام⁽¹⁾، يلاحظ أن المشرع العراقي اعتبر العرف كأحد المستلزمات في تحديد نطاق العقد، ليكمل من خلاله مضمون الالتزام، وبذلك يجري العرف مجرى القانون في تكميل نطاق العقد⁽²⁾، وبذلك يكتسب العقد قوة الزامية من العرف بالنسبة لما جرى به من تكملة لمستلزمات العقد، ومن ناحية أخرى نصت المادة (163) من القانون نفسه في أنه: (1)- المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعين بالعرف كالتعين بالنص. 2- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم. ..)، كما نصت المادة (164) أيضاً من نفس القانون في أنه: (1)- العادة محكمة عامة كانت أو خاصة. 2- استعمال الناس حجة يجب العمل بها)، ويلاحظ أن المادتين أعلاه جمعتا عدة قواعد كلية تدور حول العرف والعادة، ويفهم منها: إن ماجرى عليه الناس أو التجار في نظر المشرع كالشرط المتفق عليه والمنصوص عليه صراحة في تعاقدهم، باعتباره قواعد أطررت وأكتسبت صفة الالتزامية، مما أصبحت وجودها في العقود من لوازمها، إلا إذا اتفق المتعاقدان على خلافها⁽³⁾.

ويبدو لنا أنه طالما إن المشرع أورد العرف كمصدر مكمل لمضمون الالتزام لتحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد في نص صريح، فإن الذي يرفد قوة الالتزام للعقد هو القانون وليس العرف أو العادة، إذ لولا النص لما كان القاضي يلتزم باستكمال ما يعتبر من مستلزمات العقد بواسطة

(1) وفي نفس المعنى نص القانون المدني الفرنسي المعدل في المادة (1194) في أنه: (لا تلزم العقود بما هو منصوص عليه فيها فقط، بل أيضاً بجميع ما يعتبر من تواجدها وفقاً للعدالة والعرف والقانون). قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية: المواد (1100 إلى 1231 - 7)، ترجمة د. محمد حسن قاسم، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2018، ص80، وكذلك المادة (148) من القانون المدني المصري النافذ في أنه (2)- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام). وكذلك المادة (246) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي: (1)- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف).

(2) فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءً، نظرية العقد - القسم الثاني، ج3، مطبعة السيماء، ط1، بغداد، 2018، ص300.

(3) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المصدر السابق، ص381 و388. د. المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، المصدر السابق، ص157 و160.

العرف أو العادة، حيث لا قيمة للمصادر جميعاً إن لم يعطيه القانون قوة في إلزامه بعدما يقر بأهميته.

الفرع الثاني

مدى دور الإرادة كمصدر يستمد منها العقد قوته في الالتزام

من المعلوم أن تلاقي الارادتين هو جوهر العقد وأساس وجوده، والتراضي ينشأ بين أطراف العلاقة التعاقدية الذي يعد أساساً لكل اتفاق، وأن مرد تحديد مضمون العقد وتعديله وإنهائه في الغالب يرجع إلى إرادة أطرافه، كل الفضل في ذلك يرجع إلى هيمنة مبدأ تقليدي هام وهو مبدأ سلطان الإرادة.

إن هذا المبدأ هو نظرية تدخل في إطار فلسفة القانون، تتلخص هذه الفلسفة في أن الناس ولدوا أحراراً ومتساوين في الحقوق، ولهم مطلق الإرادة والسلطان في أن يأتوا ما شاءوا من التصرفات القانونية وتحديد الآثار، وعدم وجود حدود يحد منها إلا في حدود المصلحة العامة، وقد غلوا انصاره من المذهب الفردي وتجاوزوا حدود المعقول في محاولة منهم لإقامة كل أحكام القانون على الإرادة، وقالوا بأن سلطان الإرادة ليس حكراً فقط على انشاء الالتزامات وحدها، بل هو يولد كل الحقوق الأخرى كالملكية وحقوق الأسرة والميراث وطرق التنفيذ الجبري، حتى وصل الأمر بهم في قولهم بأن العقوبة الجنائية هي الأخرى مبنية على الإرادة الحرة، بإعتبار أن المجرم حين أكمل عقوبته وخروجه على المجتمع قد ارتضى مقدماً أن ينال جزاءه⁽¹⁾، وبذلك فإن منطق

(1) لمزيد من التفاصيل حول المذهب الفردي والانتقادات الموجهة اليه يراجع: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 36 – 38. د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004م، ص 35.

R. Cabrillac, droit des obligations, 8 éd, 2008, cours Dalloz, p81et19. F. Terre, Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 11 éd, Tome 1, france, 2013, p33et34.

هذه الفلسفة تكمن في أن الإرادة هي المصدر المغذي للعقد بقوة الالتزام، أما عن دور القانون فلا يتعدى حدود تنفيذ الالتزام التعاقدي، وهذا يعبر عنه بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)⁽¹⁾.

من البديهي أنه بموجب هذه القاعدة فإن الرابطة القانونية تنشأ بإتفاق الإرادتين، والقوة الالتزامية لهذه الرابطة هي ارتداد لهذا الاتفاق، والمقياس لإنعقاد العقد هي الإرادات الفردية، مما ينعكس على المتعاقد بأن ينفرد في حلقة مميزة ومنفصلة عن الغير، وفي داخل هذه الحلقة ينشأ قانون الإرادة، مما يدل على أن محتوى مبدأ سلطان الإرادة تدور حول قدرة إرادة الفرد في إنشاء الحقوق والتصرفات القانونية والمراكز القانونية المختلفة، كالاتزامات التعاقدية، أي أن القانون ليس له دور في ذلك، إنما إرادة الأطراف هي المحور في إنشاء العقود ومنح القوة الملزمة لها، أن كل ما يقوم به القانون هو إجبار المدين على تنفيذ التزامه لمصلحة الدائن⁽²⁾؛ ولكن هذا المبدأ يضيق نطاقه عندما يبرز موضوع العقود الالتزامية، ففي هذه العقود يتقلص دور الإرادة ولا يعد للرضا دور كبير في مناقشة بنود العقد وشروطه، وإنما على الطرفين اتباع نظام رسمي مفروضاً على أطراف العقد بمقتضى القانون⁽³⁾، وبذلك فإن هذا الالتزام القانوني في هذا المجال يعد قيداً على حرية التعاقد، ويبدو لنا أن ممارسة المشرع لتقييد حرية التعاقد أمر إيجابي وذلك لمنع حالات الغش والاستغلال والغبن، بمعنى آخر أن غاية المشرع من فرض الالتزام القانوني للعقود هي تحقيق أهداف إنسانية واجتماعية واقتصادية، وأن المتعاقد يكون في حالة إيجاب جبري، كما جاء في الفقرة (2) من المادة (775) من القانون المدني العراقي⁽⁴⁾ بخصوص

(1) وقد عبر المشرع العراقي المادة (146) من القانون المدني عن ذلك في أنه: (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون...)، وكذلك المادة (147 / 1) من القانون المدني المصري النافذ في أنه: (1- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون)، وكذلك المادة (1193) من القانون المدني الفرنسي المعدل في أنه: (لا يجوز تعديل العقود أو نقضها إلا بالرضا المتبادل لأطرافها، أو للأسباب التي يقرها القانون). يلاحظ أن المشرع المصري يشير إلى القاعدة بصورة صريحة واضحة من خلال ذكر القاعدة بعكس مشرعي القانون المدني المصري والفرنسي.

(2) P. Dauchy. Une conception objective du lien d'obligation. Les apports du structuralisme a la théorie du contrat archives de philosophie du droit, T26,1981, P270.

(3) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانكليزي، من منشورات جامعة المنصورة، ١٩٧٨ م، ص ٦١.

(4) تنص الفقرة (2) من المادة (775) من القانون المدني العراقي في أنه: (إذا اشترط إيجار المستأجر أو تنازله عن الإيجار لا يكون إلا بموافقة المؤجر، فلا يجوز لهذا أن يتمتع عن الموافقة إلا لسبب مشروع). ومن التطبيقات

الايجار من الباطن والتنازل عنه، وإذا اشترط المؤجر في عقد الايجار موافقته على ايجار المأجور من الباطن أو التنازل من الايجار، فلا يجوز لهذا أن يمتنع عن الموافقة إلا لسبب مشروع، مما يترتب عليه إذا ثبت للمحكمة أن المؤجر ليس له مصلحة في التمسك بالشرط المانع كان لها أن تمنع المؤجر من التعسف في استعمال حقه وأن تجيز للمستأجر الايجار من الباطن على الرغم من وجود الشرط المانع⁽¹⁾، ففي هذه الحالة ورغم عدم وجود علاقة مباشرة تربط بين المالك والمستأجر من الباطن، إلا أن هذه الفقرة يجعل من وجود المستأجر من الباطن دون رضا المؤجر، ونجد أن المشرع غطى بنص القانون مشروعية فعل المستأجر الأصلي واشغال المأجور من قبل المستأجر من الباطن رغم عدم موافقة المؤجر، وبذلك الزم المؤجر بالدخول في علاقة تعاقدية، ومصدر هذه العلاقة هو نص القانون⁽²⁾.

نافلة القول: إن الارادة ينشأ الالتزام، أو مصدر لإنشاء الالتزام، ولكن لا يعطي للعقد قوة الالتزام، بل الذي يمنح العقد قوة الالتزام هو نص القانون، وتأسيساً على ذلك فلم يعد الارادة التعاقدية مطلقة، بل ينبغي القول بموضوعية الارادة⁽³⁾ بدلاً من سلطان الارادة، مما يتطلب منح دور كبير للمشرع في المعاينة والاشراف على التعاقد حسبما يقتضيها الضرورات الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية، بغية تحقيق العدل والموازنة بين مصالح الأفراد المختلفة، لأن الارادة

الأخرى بشأن الالتزام القانوني الفقرة (2) من المادة (11) من قانون ايجار العقار العراقي النافذ رقم (87) لسنة 1979،

(1) لمزيد من التفاصيل يراجع: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع والايجار والمقاول، الناشر العاتك لصناعة الكتب، ط4، القاهرة، 2009، ص419 وما بعدها.

(2) هناك تطبيقات كثيرة حول الالتزام القانوني في العقود منها الفقرة (2) من المادة (11) من قانون ايجار العقار العراقي النافذ رقم (87) لسنة 1979، والمادة (15 و 16) من نفس القانون بخصوص البيوع الجبرية، والمادة (20) من نفس القانون أيضاً حول ايجار السلطة المالية للعقار رغم ارادة المؤجر واجباره على دخول علاقة تعاقدية، والمادة (1129) من القانون المدني العراقي النافذ بخصوص الشفعة حيث أجاز تملك العقار المبيع جبراً على المشتري لمصلحة الشريك في العقار الشائع والخليط والجار الملاصق للعقار المشوع بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة، وهكذا.

(3) موضوعية الارادة التعاقدية هي "إمكانية الارادة في الدخول أو عدم الدخول في العملية التعاقدية وفي تحديد مضمون العقد، وفقاً للحدود التي يرسمها القانون، بالاستناد إلى المصلحة العامة والنظام العام والسياسة الاقتصادية العليا للدولة، وباستخدام معيار العدالة". لاحظ: د. أكرم محمود حسين ود. محمد صديق محمد عبدالله، موضوعية الارادة التعاقدية، بحث منشور في مجلة الرافيين للحقوق، المجلد (9)، السنة الثانية عشرة، العدد 31، كلية الحقوق بجامعة الموصل، 2007، ص71.

كما يذهب اليه انصار المذهب الاجتماعي⁽¹⁾ ليست إلا وسيلة لتحقيق غاية ضرع لقيود انخرط لمصلحة المجتمع.

المطلب الثاني

حقيقة القانون كمصدر للالتزام

إن الصرع حول جدلية حقيقة القانون كمصدر للالتزام أزلي ومستمر لوقتنا الحاضر، فالأغلبية من الفقه الكلاسيكي يرجع القوة الملزمة للعقد إلى الإرادة، إلا أن الوضع قد اختلفت وظهرت اتجاهات تشريعية وقضائية وفقهية ترجع القوة الملزمة للعقد إلى نصوص القانون وحده، ولبيان ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول التوجه التشريعي والقضائي الحديث للعقد، أما في الثاني فنخصص الكلام لحقيقة النصوص القانونية كمصدر للالتزام القانوني، كما سيأتي.

الفرع الأول

التوجيه التشريعي والقضائي الحديث للعقد

بيننا إن الاتجاه الكلاسيكي يرجع القوة الملزمة للعقد إلى الإرادة، تأسيساً على الأساس والتصور الفردي بأن الإرادة لوحدها هي المصدر للحقوق والواجبات⁽²⁾، إلا أن الوضع يختلف في وقتنا

(1) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الحق، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 2017، ص 16. د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، 2017، ص 105 ومابعد.

Pour plus de détails sur la doctrine sociale, voir : Prof. Roland Minnerath, Les principes fondamentaux de la doctrine sociale. La question de leur interprétation, Académie Pontificale des Sciences Sociales XVIIIe session plénière Mai 2008

Disponable sur le site : <https://ordosocialis.de/pdf/minnerath/Lesprincfonddeladocsoc08.pdf>, Date de visite: 27/7/2023. Dr. Lee Boldeman, The Cult of the Market, Chapter 9: The Doctrine of Freedom of Contract, published by: Published by ANU E Press the Australian National University, 2007, p.252, Available on the website: <https://press-files.anu.edu.au/downloads/press/p98831/pdf/book.pdf>, Date of visit: 28/7/2023.

(2) جاك غستان، كريستون جامان، مارك بيو، المطول في القانون المدني، الجزء الأول، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008، ص 46.

الحاضر، فهناك تصورات جديدة قد تغير وجهة النظر الكلاسيكية للقوة المزمة للعقد في الزام أطرافه بمضمون العقد، فالمشرع العراقي تبنى مبدأ سلطان الإرادة في المعاملات العقدية تأثراً بمشرعي المصري والفرنسي، رغم أنه حضن بعض مظاهر العدالة العقدية، منها نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾، التي تعتبر استثناءً على مبدأ سلطان الإرادة، للحفاظ على التوازن العقدي بين أطرافه، وهذا ليس إلا تكريس لتطور الحياة الاقتصادية والاجتماعية واقتصاد السوق كحرية الصناعة والتجارة والاستثمار، ومن جهة أخرى انفتاح المرافق الحكومية والعمومية على حرية الاسعار والمنافسة الحرة مما تمخض عنها تشريعات خاصة كقانون الاستثمار وقانون حماية المستهلك وقانون العمل، مما أدى إلى خلق حالة جديدة بين أطراف العلاقة العقدية، وبرز من خلالها حالة اللامساواة بين أطراف العقد واختلال في التوازن العقدي، وأصبح الطرف القوي في العقد هو الذي يفرض شروطه ويمليه، ومن جهة أخرى ظهور إعتبارات وآليات جديدة في هذه التشريعات، كفرض الالتزام بالإعلام والالتزام بالمطابقة والالتزام بالسلامة، والالتزام بسلامة البيئة والزامية التأمين الإجباري وتدخل القاضي لمجابهة التعسف في عقود الاذعان، وهكذا، فكل ذلك يستوجب تغير مفهوم العقد من مفهوم فردي إلى مفهوم اجتماعي⁽²⁾، وفي سبيل تحقيق ذلك تدخل الدولة في حياة العقد - كأنها أحد أطراف العقد - بهدف تنظيمه وتوجيهه وإعادة التوازن

⁽¹⁾ تنص الفقرة (2) من المادة (146) من القانون المدني العراقي في أنه: (على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك). وكذلك تنص الفقرة (2) من المادة (147) من القانون المدني المصري في أنه (2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وسد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك). وتنص المادة (1195) من القانون المدني الفرنسي المعدل في أنه: (إذا حدث تغير في الظروف غير ممكن التوقع، عند إبرام العقد، ترتب عليه إن صار التنفيذ باهظ الكلفة بالنسبة لحد الأطراف، الذي لم يقبل تحمل تبعه هذا التغير، يمكن لهذا الأخير أن يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد، على أن يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء إعادة التفاوض. في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها، أو الطلب من القاضي بإتفاقهم المشترك أن يقوم بتطويع العقد، في حالة عدم الاتفاق خلال مدة معقولة يمكن للقاضي بناء على طلب أحد الأطراف تعديل العقد أو إنهائه، اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها).

⁽²⁾ د. ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، بحث منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد (30)، العدد (3)، السنة 2016، ص4 وما بعدها.

Claud, Champaud, Mondialisation et droit économique, Rev, Int, Dr, Econ, numéro spéciale, 2002. p 171 et ss.

بين المصالح تجنباً لكل تعسف، أو حدوث أي ضرر، وكل ذلك أدى إلى توسيع مجال النظام العام وتغيير النزعة العقدية، من فردية إلى نزعة موضوعية⁽¹⁾.

ورغم أن المشرع العراقي والمصري، وكذلك المشرع الفرنسي رغم التعديل الجديد لسنة 2016، ابقوا كأصل عام على احترام مبدأ سلطان الإرادة في إطار نظرية العقود رغم الانتقادات الموجهة إلى هذه القوانين، إلا أن المتطلبات إلى تعديل هذه النظرية قد ازادت، وقد ساعدت في ذلك التقنيات التعاقدية، وكثرة الوظائف التعاقدية، وكذلك الإبقاء على العقد دون ابطاله في كثير من الأمور والماسة بالمصلحة العامة بصورة عامة والمصلحة الاقتصادية بصورة خاصة، مما أدى إلى بروز تصورات حديثة للنظرية العامة للعقد من خلال الاهتمام بفكرة التوجيه العقدي⁽²⁾.

وجدير بالذكر إن المقصود بفكرة التوجيه العقدي هو غاية ووسيلة، يلجأ إليها المشرع لتحقيق بعض الأهداف، لحماية الطرف الضعيف في العقد، وتوجيه الأخير بشكل يخدم سياسة الاقتصاد باستخدام وسائل، منها: القواعد الأمرة وتقييد مبادئ الحرية التعاقدية من خلال إبراز دور المشرع أو من خلال اعطاء سلطة تقديرية أوسع وأكثر للقضاء في سبيل إغناء محتويات العقود والمساس بالقوة الملزمة للعقد عبر تدخل المشرع لتنظيم العقود⁽³⁾، بصورة واسعة في حياة العقد وتعديله عند الإقتضاء بواسطة القضاء⁽⁴⁾، وبذلك فإن المشرع حريص على مراقبة

⁽¹⁾A.BENCHENEB, Le contrat en droit Algérien: entre textes et contexte(s), dans l'ouvragesous la direction Walid LAGGOUNE : Algérie, cinquante ans après, la part du droit, AJED2013, p.283, n°13.

⁽²⁾A.Bénabent. L. Aynes, Réforme du droit des contrats et des obligations : Aperçu générale, Dalloz, 25 Févier 2016, n°4, p 434.

⁽³⁾ إن تدخل الدولة وتوجيهها للعقد تظهر ملامحها بصورة واضحة في بعض النصوص القانونية كما في نص المادة (89) من القانون المدني المصري في أنه (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)، والمادة (1102) من القانون المدني الفرنسي المعدل في أنه (لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو أن لا يتعاقد، وفي أن يختار من يتعاقد معه، وأن يحدد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود التي يقررها القانون. لا تسمح الحرية التعاقدية مخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام). والمادة (75) من القانون المدني العراقي في أنه (يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام والأداب).

⁽⁴⁾L. Josserand, Aperçu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, RTDciv, 1937, p 01.

العمليات العقدية وصحتها من خلال الاهتمام بالظروف التي تعاصر إبرام العقد والبنود التي تحتويها، وكذلك مرحلة تكوين العقد وآثارها المترتبة في مرحلة تنفيذها، مما يدل على أن دور المشرع هو وقائي أكثر مما هو علاجي⁽¹⁾، كما برز في الآونة الأخيرة دور علاجي للمشرع من خلال التوجه التشريعي والقضائي للغاية الاقتصادية والاجتماعية للعقود بدرجة أولى، ولإثبات ذلك نذكر على سبيل المثال عدم اعتبار عقود الاستثمار المسجلة الخاصة بالعقارات - الوحدات السكنية - في هيئة الاستثمار باطلة، حيث اعتبر المشرع من خلال التوجه القضائي عدم اعتبار تلك العقود باطلة بالرغم من عدم استيفائها الشكلية المطلوبة بموجب أحكام القانون المدني العراقي⁽²⁾، وقانون التسجيل العقاري⁽¹⁾، وهما قانونين مختصين بتنظيم أحكام التعامل بالعقارات، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في قرار لها في أنه: (لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه غير صحيح ومخالف للقانون، لأن دعوى المدعي قد انصبت على طلبه بالزام المدعى عليه/ إضافة لوظيفته بتسليم الشقة المرقمة 16 في الطابق 3 من العمارة 11 والبالغ مساحتها (253 م²) الواقعة في المجمع السكني بوابة العراق في الكرخ وتسليم الشقة خالية من الشواغل له، ولأن الثابت من أوراق الدعوى ومستنداتها وأدلتها الثبوتية بأن المدعي قد أشتري الشقة موضوعة الدعوى من المدعى عليه (المستثمر) بتاريخ 10/17/2021، ولأن قيام المدعى عليه ببيع الوحدات السكنية في المشروع الاستثماري لبوابة العراق في الكرخ تخضع لقانون الاستثمار، وبالتالي يعتبر العقد المبرم بين المدعي والمدعى عليه/ إضافة لوظيفته ببيع وشراء الشقة السكنية موضوعة الدعوى عقداً صحيحاً وهذا ما أستقر عليه قضاء هذه المحكمة... إلا أن موضوع تسجيل الوحدة السكنية في دائرة التسجيل العقاري المختصة

نقلاً عن: بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018 - 2019، ص2.

⁽¹⁾P. Durand, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTD civ, n° 2, 1944.

⁽²⁾ تنص المادة (508) من القانون المدني العراقي في أنه (بيع العقارات لا ينعقد إلا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون)، كما نص القانون المدني المصري أيضاً في المادة () في أنه ()

جبراً لا يمكن قبوله، لأن عقد بيع العقار في دائرة التسجيل العقاري المختصة لا ينفذ إلا بإرادة البائع ورضاه... وصفوة القول إن مما سلف ذكره وبيانه فإن دعوى المدعي بطلب تسليم الشقة واردة قانوناً، أما طلبه بتسجيل الشقة باسمه في سجلات التسجيل العقاري المختصة فلا سند له من القانون⁽²⁾.

وتفسيراً لذلك، يبدو لنا أن القضاء ومن خلال الاستنتاج الضمني للتوجيه التشريعي الحمائي للعقود، أدرك أهمية الإبقاء على هذه العقود وعدم ابطاله رغم إرادة أطراف العقد، رغم مخالفة القرار لأحكام القانون المدني وقانون التسجيل العقاري، وإن القضاء اتجه إلى هذه الوجهة لغاية اقتصادية واجتماعية، ولم يسلم في بطلان تلك العقود الاقتصادية للمفاهيم التقليدية لنظرية العقود في القانون المدني، لأن البطلان يهدم العقد، في ظل هذه المشاريع الكثيرة قد يؤدي بطلان هذه العقود إلى زعزعة الاستقرار القانوني وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة؛ ورغم عدم وجود أي نص قانوني في قانون الاستثمار العراقي يستثنى ويعتبر العقود العقارية الاستثمارية صحيحة رغم عدم تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري، مما يعد نقصاً تشريعياً يستوجب تداركه، وعليه نقترح على المشرع العراقي بإضافة فقرة إلى الفقرة (ثانياً/ أ) من المادة (10) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 وإلى المادة (السابعة) من قانون الاستثمار الكورديستاني رقم (4) لسنة 2006، ويكون كالتالي: (تعد العقود الاستثمارية المبرمة

⁽¹⁾ تنص الفقرة (2) من قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ رقم (43) لسنة 1971 في أنه (2- لا ينعقد التصرف العقاري إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري).

⁽²⁾ قرار رقم 1006/ الهيئة الاستئنافية عقار/ 2023، الصادر بتاريخ 2023/ 3/29، متوفر على الموقع الإلكتروني الخاص بمحكمة التمييز الاتحادية العراقية: <https://iraqcas.e-sjc-services.iq>، تاريخ الزيارة: 2023/7/30. وكذلك قررت محكمة تمييز أقليم في قرار لها برقم 325/ الهيئة المدنية الاستئنافية/ 2018 في تاريخ 2018/ 11/28 بأنه (عند عطف النظر على قرار الحكم المميز وجد أنه صحيح وموافق للقانون، لأن الثابت في حيثيات الدعوى أن العقد موضوع الدعوى يخص المحلات التجارية المشيدة في المشاريع الاستثمارية الخاضعة لأحكام قانون الاستثمار رقم 4 لسنة 2006، وهذه العقود تعتبر من نوع خاص وليست من العقود الباطلة، ولا يحق للمدعي الإدعاء ببطلان العقد لعدم استيفائه الشكلية القانونية، لأنه عقد صحيح ونافذ ومنتهج لأثاره ولا يصح الرجوع عنه والإقلال من بنوده إلا برضى الطرفين أو عن طريق الفسخ إذا أحل أحد الطرفين بالتزاماته التعاقدية، وعليه فإن دعوى المدعي لا تستند على أساس قانوني وموجبة للرد...). منشور لدى القاضي رزكار عبدالله حسن والمحامي أمانج عارف كريم، تحفة القضاء من صفوة مبادئ احكام قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان شرحاً وتعليقاً – تطبيقات القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 المعدل، مكتبة هوليير القانونية للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، أربيل، 2021، ص308 – 309.

بين المستثمر والمستفيد المسجلة لدى هيئات الاستثمار صحيحة، دون حاجة إلى تسجيله في دائرة التسجيل العقاري).

الفرع الثاني

حقيقة النصوص القانونية كمصدر للالتزام القانوني

نصت المادة (245) من القانون المدني العراقي النافذ على أنه: (الالتزامات التي تنشأ من القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها)⁽¹⁾، إن المشرع يقصد بنصه على هذه المادة على جعل القانون مصدراً للقوة الملزمة لجميع الروابط القانونية، سواء نتجت هذه الروابط من المصادر المعروفة في القوانين المدنية، من العقد أو الإرادة المنفردة أو العمل غير المشروع أو الكسب بلا سبب، فالقانون هو الذي يضفي القوة الملزمة على هذه الروابط صفة الالتزام، ولولاه لما تمكن الدائن من اللجوء إلى التنفيذ الجبري والزام المدين على تنفيذ التزامه⁽²⁾.

ورغم ذلك اختلف الفقهاء حول اعتبار القانون مصدر للالتزامات لا غيرها، فمنهم من يرى⁽³⁾، أنه لا يمكن اعتبار القانون مصدراً مباشراً لجميع الروابط الشخصية والعينية، ويقول: "الحقيقة إن الأمر ليس كذلك، إذ أن معنى وجود سلطات معينة لشخص يجعل من واجب الجميع احترام هذه السلطات، وهذا الاحترام الذي تقع وجوبيته على الجميع، معبر عنه بالقانون، كونه الأداة المعبرة عن الإرادة العامة للجماعة، بمعناها الوضعي؛ فهذه السلطات أعطتها الجماعة احترامها للحقوق العينية التي تسري في حق جميع أفرادها، أما ما يتعلق بأسلوب التنظيم القانوني للحقوق الشخصية، فإن مصدر هذه الحقوق هو المنظم لها، وكون إن القانون قام بتنظيمها، إنما نابع من توجه عام في الاشتراك في القواعد التي تنظمها هذه المصادر، لا سيما الإرادية منها، والتي غالباً ما ينظمها القانون بقواعد قانونية مكملة ومقررة لإرادة المتعاقدين، لتكون امامهم معايير

(1) في نفس المعنى لاحظ: المادة (198) من القانون المدني المصري.

(2) موفق حميد البياتي، شرح على المتن، الموجز المبسط في شرح القانون المدني، القسم الأول - مصادر الالتزام المواد (73 - 245)، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، 2017، 409.

(3) د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، أفكار وآراء في القانون المدني، مؤسسة حمدي للطباعة والنشر، السليمانية - العراق، ص 413 - 414.

وضوابط تنظم علاقاتهم التعاقدية، وهذا شيء حسن لا يعني أن القانون خالق هذه الحقوق، فالمصدر هنا معناه المنظم للحقوق ليس إلا، يلاحظ أن صاحب هذا الرأي يؤيد ويؤكد على التوزيع التقليدي لمصادر الالتزام، ويعد القانون مصدر غير مباشر للعقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب بلا سبب، إلا أنه قام بتنظيم تلك الحقوق والالتزامات بقواعد قانونية مكملة ومقررة لإرادة الطرفين المتعاقدين، ومصدر مباشر لبعض الحقوق والالتزامات، كالضرائب والرسوم والنفقة وهكذا.

ومن جانب آخر يرى أحد الفقهاء⁽¹⁾: إن اتفاق القوانين المدنية العربية على توزيع مصادر الالتزام بإستثناء القانون تجوز على سبيل المجاز، وخطأ على سبيل الحقيقة، لأن المصدر الحقيقي للالتزامات المدنية والجزائية هو القانون وحده أو القاعدة القانونية، وقد برر رأيه بالأدلة المنطقية الآتية:

أولاً: إن الالتزامات هو حكم تكليفي⁽²⁾ يتعلق بالأعمال فقط دون الأعيان، والحكم التكليفي إما يكون على سبيل الاقتضاء أو التخيير، فالإقتضاء هو طلب الفعل أو تركه، وطلب الفعل إما أن يكون على وجه الحتم والإلزام أو على وجه الأولوية والأفضلية، فالمطلوب في الأول واجب وفي الثاني مباح؛ أما الترك ويأتي بمعنى الالتزامات السلبية، يعني ترك الفعل إما على سبيل الحتم والالزام أو على سبيل الأولوية والأفضلية، وفي الأول غير مشروع كما في الأفعال الضارة غير المشروعة التي تنهض به المسؤولية المدنية وموجبة للتعويض، أما في الثانية مكروه؛ بينما التخيير فيقصد به الأفعال المباحة في القانون والشريعة.

(1) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، مطبعة شهاب، ط1، أربيل، 2011، ص37 - 41.

(2) ويعرف الحكم التكليفي بأنه (مدلول خطاب الشارع في الالتزامات القانونية المتعلق بأعمال المكلفين على وجه الاقتضاء أو التخيير). لاحظ: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص38.

ثانياً: إن المصدر الوحيد للالتزامات في الوقائع الطبيعية وبإتفاق فقهاء القانون هو القانون وحده، حيث يقول الأستاذ السنهوري⁽¹⁾: "الوقائع الطبيعية كالجوار والقرابة يرتب عليها القانون التزامات معينة لاعتبارات ترجع للعدالة والتضامن الاجتماعي، لذلك يصح اسناد هذه الالتزامات للقانون مباشرة، فيكون هو مصدرها"؛ وبذلك وبالقياس على الوقائع الطبيعية فإن مصدر الوقائع القانونية هو القانون لا غيره.

ثالثاً: إن المصدر الذي يرتب الأثر على العقد هو القانون، بدلالة وجود بعض النصوص القانونية الصريحة كما في المادة (31) من القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980 النافذ حيث نصت بأن: (العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون)⁽²⁾، يلاحظ على النص الكويتي أنها اقرت صراحة في أن مصدر الالتزام في العقد هو القانون، والعقد ليس إلا سبب لوجود الالتزام⁽³⁾.

رابعاً: بالنسبة لأسباب كسب الحقوق العينية، فهذه الأسباب سبعة (الاستيلاء على الأموال المباحة، والميراث، والوصية، والالتصاق، والعقد، والشفعة، والحيازة)، وتنقسم هذه الأسباب ما بين وقائع قانونية وتصرفات قانونية، وهي أسباب لكسب الملكية ومصدرها هو القانون، وإن الحقوق والالتزامات من آثار العقد، والقول بأن الحقوق المكتسبة من العقد مصدرها القانون، والالتزامات المترتبة عليه مصدرها هو العقد ذاته تحكم وترجيح بلا مرجح.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، 2009، ص 145، بند 34.

(2) قريب منها المادة (64) من القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004 النافذ في أنه: (ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا كان محله وسببه معتبرين قانوناً، وذلك دون إخلال بما يتطلبه القانون من أوضاع خاصة لانعقاد بعض العقود).

وكذلك نص المادة (30) من القانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001 في أنه: (ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا كان محله وسببه معتبرين قانوناً، وذلك دون إخلال بما يتطلبه القانون، في حالات خاصة، من أوضاع معينة لانعقاد العقد)

(3) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص 39.

خامساً: لو لا القانون لامتنع الكثير عن تنفيذ التزاماتهم إذا تركناهم أحراراً في إرادتهم، إلا أنهم يعرفون جيداً أنهم إذا لم ينفذوا التزاماتهم بمحض إرادتهم، فإن القانون يجبرهم على تنفيذها بحكمه، وما يدل ذلك إلا على أن القانون هو المصدر ووحده يتمتع بالقوة الملزمة.

سادساً: بالنسبة لسقوط الالتزام بالتقادم، إذ لولا مصدرية القانون للالتزام لما سقط بالتقادم، لأن التصرف الذي ينشأ الالتزام لا يسقط بالتقادم، المفروض ألا يسقط الالتزام المترتب منه بالتقادم أيضاً، ومنه يتحول الالتزام المدني بسقوط عنصر المسؤولية إلى التزام مدني.

سابعاً: إذا كان العقد مصدر الالتزام، فما الحاجة لوجود المادة (145) من القانون المدني العراقي النافذ في أنه: (أي كان المحل الذي يرد عليه العقد، فإن المتعاقد يجبر على تنفيذه)، ففي هذه المادة فإن المتعاقد ملزم على تنفيذ التزامه، أي لا بد من تنفيذه، وإذا لم ينفذ المتعاقد التزامه بإرادته الحرة فإن القانون هو الذي يجبره، وإن المدين بالالتزام ليس حراً مختاراً في التحلل من التزامه، وإنما يجبر على تنفيذه بقوة القانون، وأن العقد ليس مصدر الالتزام إنما القانون هو المصدر للالتزام؛ كما لو يكن الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام لما كان هناك ضرورة لوجود الفقرة (1) من المادة (184) من القانون المدني العراقي النافذ التي تنص على أنه (لاتلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون)، ويفهم من هذه الفقرة إن الإرادة المنفردة لا تنشأ التزاماً في ذمة صاحبها، كما لاتلزم صاحبها، إلا إذا نص عليه القانون، فالإرادة المنفردة سبب لوجود الالتزام، والقانون هو المصدر للقوة الملزمة له، وفي كلتا المادتين فإن الضرورة قائمة على وجودهما، ويستنتج من القياس الاستثنائي المنطقي⁽¹⁾ إن القانون هو مصدر للالتزام وليس العقد، لأن رفع التالي ينتج رفع المقدم.

ثامناً: إن العرف كان مصدر الحقوق والالتزامات، ولكن بعد نشأة الدولة استبدل العرف بالقانون، ومعلوم أن البديل حكمه حكم المبدل منه، أي تحول العرف إلى القانون بمعناه الخاص

(1) القياس الاستثنائي المنطقي يتركب من الشرطية المتصلة (المقدم والتالي) ينتج وضع التالي، ورفع التالي (نفيه) ينتج رفع المقدم دون العكس أي وضع التالي لا ينتج وضع المقدم، وكذلك رفع المقدم لا ينتج رفع التالي لجواز كون التالي أعم من المقدم، فلا يلزم من وضع التالي وضع المقدم إذ لا يلزم من وجود الأعم وجود الأخص، وكذلك لا يلزم من رفع المقدم رفع التالي إذ لا يلزم من عدم الأخص عدم الأعم. ينظر: تهذيب المنطق للسعد التقاوي وشرحه للشيخ عبيد الله بن فضل الخبيصي، ص19. نقلاً عن: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المصدر السابق، ص 41، هامش رقم 41.

(التشريع) لضرورات تطور المجتمع، فكلما تطور المجتمع تراجع دور العرف كمصدر للقانون وتحول إلى تشريع، أي أن العرف مصدر مادي لكثير من القواعد المشرعة في الوقت الحالي.

وبذلك وبعد طرح أدلة الرأي الثاني ونحن نؤيده، يبدو لنا هو الأقرب إلى الواقع والمنطق القانوني السليم، وما اطلق على العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب بمصدر، خطأ، وليسوا سوى أسباب للالتزام، والمصدر هو القانون أو القاعدة القانونية، ويضاف على ذلك من خلال النظر إلى تنظيم القانون المدني العراقي بخصوص الحقوق الشخصية والعينية، أنه وبكل وضوح القانون هو المصدر لها، ويظهر ذلك من الاسلوب الذي اتبعه المشرع في صياغة نصوص خاصة بمصادر الحقوق الشخصية أي مصادر الالتزام أو عند تعريفه للحقوق العينية في المادة (67) من القانون المدني العراقي النافذ حيث أنه (1) - الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين)، وبذلك فإن الفرد لا يستطيع أن يكسب أي حق من الحقوق العينية والشخصية إلا بالقانون⁽¹⁾، وبذلك فإن القانون هو المصدر الوحيد لكل الحقوق والالتزامات، ما يسمى بمصادر الالتزام ليس سوى أسباب لتلك الحقوق والالتزامات.

المبحث الثاني

المرتقب في توحيد المسؤولية المدنية

القصور في تنظيم المسؤولية العقدية في القانون المدني، وقيام هذه المسؤولية في مرحلة تنفيذ العقد وعدم قيامه في مرحلة تكوينه، ونواقص أخرى فيها، مما يستدعي هجر ركن الخطأ واللجوء إلى ركن الضرر لحصول المرتقب في توحيد المسؤوليتين العقدية والنقصية، وإعادة تأطيرها مجدداً في ضوء المشروع الجديد لتعديل أحكام المسؤولية المدنية الفرنسي لسنة 2017، مما يستدعي الأمر تناول هذه المواضيع خلال هذا المبحث ومن خلال تقسيمه إلى مطلبين، في

(1) ذكرها د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، المصدر السابق، ص413. وجدير بالذكر أن الأستاذ الفاضل انتقد هذا القول، للاطلاع على التفاصيل لاحظ نفس الصفحة والصفاة 414 من المصدر نفسه.

الأول نتناول القصور القانوني لنظرية المسؤولية العقدية، أما الثاني فنخصصه للكلام عن إعادة تأطير نظرية المسؤولية المدنية، كما يأتي.

المطلب الأول

القصور القانوني لنظرية المسؤولية العقدية وضرورة هجر الخطأ

إن تنظيم أحكام المسؤولية العقدية في القانون المدني العراقي تتأهب قصور، حيث جاء بصورة متافرة وغير متجانسة، مما يستدعي الأمر لإظهار جانب القصور القانوني في تنظيم تلك المسؤولية وذلك في الفرع الأول، ومن ثم بيان هجر الخطأ لمصلحة الضرر للضرورة وذلك في الفرع الثاني، كما سيأتي.

الفرع الأول

القصور القانوني لنظرية المسؤولية العقدية

إن النظرية العقدية نظرية غير متماسكة وغير متجانسة، لأن مسائلها قد انقسمت، فبعضها خضعت لسيطرة النظرية الإرادية، وبعضها الآخر تخضع لحلول متافرة مع هذه النظرية مما أدى إلى ارتباك هذه النظرية وتعقيداتها، بالتالي لم يعد ذا أساس واحد يهيمن على كافة مشاكلها بحيث ترد إليه كل أمورها، وقد تتكرر المسألة الواحدة في أكثر من موضع، وفي نفس الوقت زحرت النظرية بكثير من الافتراضات والاستثناءات، وتأبد منها الخلاف بصدد مشاكل عديدة هامة، وقد استحال حسمها لحد الآن، كالمشكلة الجذرية الموجودة بينها وبين النظرية الموضوعية، ومن الآثار السيئة لهذه النظرية هي السبب في فصل العلاقة بالنسبة للقانون المدني وانفصال روابط عقدية عديدة عنه، مما انبثق منه قواعد جامدة، كانفصال الالتزام التجاري ليستقل بمبادئ وأحكام مميزة قد تتعارض مع النظرية الفردية⁽¹⁾، بالتالي جعلت من

(1) لاحظ الفقرة (3) من المادة (1) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 التي تنص على: (3- الحد من مبدأ سلطان الارادة وتغليب العلاقة القانونية على العلاقة العقدية).

القانون المدني مصدراً ثانوياً للقانون التجاري⁽¹⁾، كذلك انفصلت العقود الادارية بقواعدها التي تميزها عن العقود المدنية الأخرى⁽²⁾، ثم انفصل عنها عقد العمل في كثير من التشريعات، وقد أصبحت على وشك أن ينفصل عن غيرها ليصبح منفرداً كفرع مستقل من فروع القانون ويسمى بقانون العمل، وبلغ حداً من قطع العلاقة بينه وبين القانون المدني إلى أن أصبح البعض يعده من فروع القانون العام، كما أنه كان السبب الرئيسي في شيوع التنافر في النظرية العامة للقانون، كذلك أوجد مشكلة تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد أمر، وأخرى مكملة، ومفسرة، وكذلك أوجد مشكلة التمييز بين القانون الخاص والقانون العام، كما كان سبباً في عدم ارتقاء علم الحقوق إلى مرتبة الكمال العلمي بنفي الصفة العلمية عن قواعده، وبما أعده اتجاه في الفكر القانوني يتمثل في النظر ابتداء إلى أواخر الأمور اكتفاء بالوقوف عند نتائج معينة يراد تحقيقها دون سعي للكشف عن المبادئ المطلقة، والتي تحكم الوقائع على نحو شامل وثابت ومستمر⁽³⁾، كل ذلك أدى إلى خلق الاضطراب وعدم الاستقرار في النظرية العامة للعقد، كما أدى ذلك إلى خلق ازدواجية المسؤولية وتقسيمها إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية أو غير عقدية.

يلاحظ أن المشرع العراقي قد نظم أحكام المسؤوليتين العقدية والتقصيرية ضمن نصوص قانونية غير متجانسة ومتماسكة البنیان، إنما جاءت ناقصة وغير مكتملة، وقد نظم المسؤولية العقدية في المواد (168 - 176)، مما يلاحظ عليها أنها تشير إلى المسؤولية في مرحلة انعقاد العقد،

(1) لاحظ الفقرة (ثانياً) من المادة (4) من القانون التجارة العراقي النافذ التي تنص على أنه (ثانياً: يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو أي قانون خاص آخر).

(2) يقول الأستاذ الدكتور محمد سليمان الأحمد أنه لا وجود لمسؤولية إدارية أو دولية في القانون، المسؤولية إما مدنية أو جنائية، ويقول: "أن الأثر المترتب على تحقق المسؤولية الدولية لا يتعدى العقوبات الجزائية أو فرض تعويضات على الدول التي ترتكب إخطاء يترتب عليها أضرار بشعوب أو دول أخرى وإطلاق الصفة الدولية على هذه المسؤولية ما هو إلا بقصد تمييزها وإضفاء صفة خاصة عليها، في حين أن أثرها لا يتعدى نطاق إحدى المسؤوليتين، لكن كل ما يختلف هنا هو فقط أن المسألة في هذه الحالة هي على نطاق دولي؛ كما أن الجزاء التأديبي الذي يفرض من قبل الجهات الادارية على الشخص الذي ينتمي إليه الموظف هو أثر يترتب على مساءلة قانونية، لا يتعدى صورتي العقوبة الجزائية أو التعويض المدني، فالجزاءات التي تفرضها الادارة على موظفيها، أو حتى أصحاب العمل على العمال، كالانذار والتوبيخ وقطع الراتب وغير ذلك، ما هي إلا عقوبات ذات طابع خاص محدد، لأن القانون أعطى سلطة توقيع هذه العقوبة لكل من الادارة ورب العمل، لكن فيما يتعلق بالمسؤولية فإن حقيقة الأمر إنها لا تكون إلا مدنية أو جزائية". لاحظ مؤلفه، خواطر مدنية، المصدر السابق، ص 278-279.

(3) يلاحظ: د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة القانونية، الإسكندرية - مصر، 1971، ص 5 وما بعدها.

في حين أن المسؤولية لا تنهض إلا في مرحلة تنفيذ العقد، كما تناول المشرع العراقي النصوص التي تنظم أحكام التعويض وأنواعه في إطار المسؤولية العقدية، حيث اختصت المادتان (168 و169) بالتعويض القضائي، بينما نظمت المادة (170) أحكام التعويض الاتفاقي، أما المواد (171 - 176) وهي عبارة عن ستة مواد قد خصصت لتنظيم أحكام التعويض القانوني عن طريق الفوائد، علماً إن ذلك كلها لا يتعلق بالمسؤولية العقدية، ولا يدل ذلك إلا عن نقصها، فهي لم تنتظم أركانها بصورة وافية وبدقة⁽¹⁾، كما لم يتضمن موضوع تكييف المسؤولية في مرحلة التفاوض، أي مرحلة ما قبل التعاقد، وهي مرحلة مهمة وجديرة بالذكر خصوصاً في العقود الضخمة من حيث قيمته الاقتصادية أو المالية، كعقود التنقيب واستخراج النفط، وعقود المقاولات الضخمة، مما لا شك فيه أن عدم تنظيم وتكييف المسؤولية قد تخلق إشكالات وخلافات كبيرة وعميقة بين الفقهاء، فمنها على سبيل المثال لا الحصر أن هناك مسائل كثيرة قد أصبحت موضع خلاف لحد الآن، كتحديد صفة الالتزامات الناشئة عن هذه المرحلة فيما إذا كانت هي التزامات ببذل عناية أم بتحقيق غاية، وهل هي التزامات عقدية أم غير عقدية⁽²⁾، كذلك لم يحدد وسائل تكييف المسؤولية، واعتبارها عقدية في عدة مسائل قد يلتبس فيها تكييفها، فيفترض على المشرع التدخل لحسم مثل هذه الأمور، وذلك تجنباً للخلافات والاشكاليات القانونية التي قد يصعب على القضاء حسمها، وهي في الأساس يجب أن تكون في غنى عنها⁽³⁾ لولا وجود عدم التماسك والتجانس في تلك النصوص العقدية، كما أن هناك خلل في تنظيم أحكام اليد، لأن هذه الأحكام تتعلق بالمسؤولية العقدية، كما يلاحظ أن المادة (168) من القانون المدني العراقي⁽⁴⁾، وهي تتضمن مسألة استحالة التنفيذ بسبب أجنبي لا يد للملتزم فيه،

(1) د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، المصدر السابق، ص92 وما بعدها. وقد ذكر الدكتور الفاضل عدة مسائل على سبيل المثال لا الحصر لم يحدد فيها المشرع وسائل تكييف صفة المسؤولية منها: صفة المسؤولية في تقديم الخدمات المجانية، وفي حالة العدول عن الخطبة، وفي حالة وقف العقد ثم نقضه، وفي حالة مخالفة عرف حرفي أو مهني إرتبط فيه المدين بعلاقة عقدية، ومخالفة قرار اداري متعلق برابطة عقدية، وفي حالة الإخلال بالتزام اقرته قاعدة قانونية مكملة، وفي حالة الفسخ التعسفي للعقد... وهكذا.

(2) مه زن جلال أحمد، مشكلات التكييف في المسؤولية المدنية، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1، 2017، ص210 وما بعدها.

(3) لاحظ د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، المصدر السابق، ص92.

(4) تنص المادة (168) من القانون المدني العراقي النافذ في أنه: (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت إن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه).

فإذا كان العقد وارداً على الأعيان ففي هذه الحالة يتحول يد الملتزم من يد أمانة إلى يد ضمان، ففي هذه الحالة لا يستفيد من اثبات استحالة التنفيذ بسبب أجنبي لا يد له فيه، وبهذا الشكل يضمن الملتزم في جميع الأحوال، فكان من الأحسن أن ينظم أحكام اليد من قبل المشرع العراقي في ضمن المواد الخاصة بالمسؤولية العقدية، خصوصاً يد الأمانة طالما في الأغلب ما تنشأ بسبب وجود علاقة عقدية سابقة بين المالك وصاحب اليد، كما أن موضع المادة (259) من القانون المدني العراقي⁽¹⁾ غير سليم، التي تخص مسألة تنظيم تعديل أحكام المسؤولية العقدية بالتشديد والتخفيف والإعفاء ضمن الفصل الخاص بالتنفيذ الجبري، كما لم تنظم المشرع أحكام تتعلق بضرورة توجيه الاعذار من قبل الدائن إلى المدين قبل رفع دعوى المسؤولية العقدية وهي من الاحكام المتميزة أيضاً للمسؤولية العقدية عن المسؤولية التقصيرية، وكذلك أن المشرع العراقي لم ينظم مسألة المسؤولية العقدية عن فعل الغير ضمن المواد المتعلقة بالمسؤولية العقدية، إنما اكتفى بالنص عليها وبصورة ضمنية في هذه المادة، فالمفروض تنظيمها في إطار المواد الخاصة بالمسؤولية العقدية، كذلك لم تحتوي المواد الخاصة بالمسؤولية العقدية نص ينظم مسألة تقادم دعوى التعويض على أساس المسؤولية العقدية، وتركها لأحكام تقادم الدين بصورة عامة، وبذلك ستبقى قيمة التعويض ديناً في ذمة المدين، وفي هذه الحالة تطبق عليه الأحكام العامة للتقادم التي نصت عليها المادة (429)⁽²⁾، ورغم ذلك يفترض دائماً وفي نطاق المسؤولية العقدية أن المتضرر يعلم بحدوث الضرر ومحدثه، وذلك لوجود رابطة عقدية بينهما، مع ذلك لم يؤثر هذا العلم على تقصير مدة التقادم ويكون المتضرر في هذه الحالة دائن، والمدين هو المستفيد في تقصير مدة التقادم⁽³⁾.

عليه وبالأستدلال بالفقه الاسلامي فإن الضمان واحد، ولا يوجد ازدواجية الضمان أو ازدواجية المسؤولية لوحدة المصدر حتى وإن تعدد أسبابه فلا يترتب عليه اختلاف في طبيعته أو في

(1) تنص الفقرة (2) من المادة (259) من القانون المدني العراقي النافذ في أنه (2- وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى إلا التي تنشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين أن يشترط عدم مسؤوليته من الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه).

(2) تنص المادة (429) من القانون المدني العراقي النافذ في انه (الدعوى بالتزام أياً كان سببه لا تسمع على المنكر بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة مع مراعاة ما وردت فيه من احكام خاصة).

(3) لاحظ د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، المصدر السابق، ص 92 – 94 و 255 و 256.

أحكامه من الناحية الفقهية، أي أن مصدر الالتزام في ضمان العقد وفي ضمان الإخلال بالعقد مصدرها ليس العقد نفسه بل الشرع⁽¹⁾، وهذا ما لا يتوافق مع رأي مناصري ازدواجية المسؤولية المدنية في القانون الوضعي.

وجدير بالذكر إن ضمان العقد لا يقابل المسؤولية العقدية، لأن ضمان العقد يتمتع بطبيعة خاصة يتعلق بضمان عين تالفة بناء على عقد اقتضى الضمان⁽²⁾، بينما المسؤولية المدنية كما هو معروف بأن التعويض عن الضرر ناشئ ويرجع إلى عدم تنفيذ المدين للالتزامه، أو عن تأخر المدين عن تنفيذ التزامه⁽³⁾، وكلا الضررين في الفقه الاسلامي مضمونان بضمان الفعل الضار وليس بضمان العقد شرعاً، فضمان الفعل الضار الذي يقابل المسؤولية العقدية في القانون المدني مرجعه الفعل الضار وليس ضمان العقد، ومهما يكن من أمر فإن الفقه الاسلامي لا يناصر ازدواجية المسؤولية بل يؤكد على وحدتها، والسبب حسب رأي الفقهاء⁽⁴⁾ قد يرجع إلى عدم معرفة الفقه الاسلامي للمسؤولية العقدية، أو لأن المصدر واحد بالنسبة لآثار المسؤولية وهو ضمان الفعل الضار يترتب على ذمة محدث الضرر يجبره الشارع على أداة للمتضرر لجبر الضرر الذي لحقه في ماله أو جسمه أو شعوره وعاطفته مهما يكن مصدر هذا الضرر، لأن في الفقه الاسلامي مصدر الضمان أو المسؤولية واحد وهو الشارع، مهما تنوع أسباب وأنواع الضمان وبذلك فإن القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الاسلامي ومن ضمنها القانون المدني العراقي يفقد نظام ازدواجية المسؤولية، وهذا ما يبرر موقف المشرع العراقي عندما استخدم مصطلح ضمان العقد كدريف للمسؤولية العقدية في متن القانون المدني العراقي كعنوان فرعي ضمن الفرع الثاني (آثار العقد) من الفصل الأول في الباب الأول من الكتاب الأول في

(1) د. فتحي الدريني، المرجع السابق، ص226 وما بعدها.

(2) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الاسلامي، دار الفكر، دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط9، 2012، ص77. د. فتحي الدريني، المرجع السابق، ص225 وما بعدها. الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000، ص19 وما بعدها.

(3) د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، المصدر السابق، ص231 - 232.

(4) الشيخ علي الخفيف، المصدر السابق، ص20. د. وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص77.

القسم الأول، رغم اختلافهما في الفقه الاسلامي⁽¹⁾، وهذا مما يدعو إلى هجر نظرية الخطأ لمصلحة نظرية الضرر، فكل ذلك أمارات ودلائل على أن المسؤولية واحدة، ويفهم ضمناً أن المشرع أراد توحيد المسؤوليتين خصوصاً من حيث الآثار، لأنه لو قصد فصل المسؤوليتين لما ترك تنظيم بعض الأمور المتعلقة بالمسؤولية العقدية ونظم بعضها في مواضع أخرى عامة في القانون المدني كما بينها أنفاً، مما يستدعي القول بأنه من الضروري إعادة ترتيب أحكام المسؤوليتين من حيث التنظيم بنصوص خاصة من حيث الآثار وتحت تسمية المسؤولية المدنية.

الفرع الثاني

ضرورة هجر نظرية الخطأ (الخطأ العقدي) إلى نظرية الضرر، الواقع والمأمول

إن المسؤولية المدنية تعد من أهم النظم في القانون المدني التي كانت ولا تزال من أكثر المسائل إثارة للجدل والنقاش بين الفقهاء حول الأساس القانوني الصحيح لها، فيما إذا قام على الخطأ أم على الضرر، ويبدو أن السبب في ذلك يرجع إلى اتصال المسؤولية المدنية بمسألة مهمة وحساسة جداً وهي التعويض عن الاضرار، وفي هذا السياق وإثر التطور الصناعي والاقتصادي والتكنولوجي في أوروبا في نهاية القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر، اقتنع البعض من الشراح والفقهاء بأن الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية لا يتفق مع الأوضاع المستحدثة، ولا يحقق العدالة ولم يعد يضمن التعويض للمتضررين في الحوادث الكثيرة التي تحدث في ظل هذه التطورات، وتولدت لديهم فكرة النظرية الموضوعية، التي ترى الضرر أساساً للمسؤولية المدنية في مقابل النظرية الشخصية التي تؤسس المسؤولية على أساس الخطأ، ناهيك عن أن داخل النظرية الموضوعية تولد اتجاهين رئيسين: الاتجاه الأول ومن خلال طرحهم لفكرة الضمان والتضامن الاجتماعي كأساس رئيس للمسؤولية المدنية مع الإبقاء على البعد الأخلاقي ولو

(1) د. علاء حسين علي الجوعاني، تصدع نظام ازدواجية المسؤولية المدنية: دراسة تحليلية من منظور الفقه الاسلامي، الناشر مركز البحوث القانونية بوزارة العدل في اقليم كردستان العراق، طبع في مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ط1، بيروت، 2022، ص29. د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، المكتبة القانونية، بغداد، 2007، ص213.

شكلياً من خلال تحديد مجالات محددة للمسؤولية الخطئية ولو بشكل ثانوي؛ أما الاتجاه الثاني فقد نادى بإحلال فكرة المخاطر محل فكرة الخطأ واستبعاد الأخيرة نهائياً في نطاق المسؤولية المدنية⁽¹⁾.

ويلاحظ أن مؤيدي الاتجاه الأول لا يستبعدون ركن الخطأ نهائياً، ويقرون بالبعد الأخلاقي للمسؤولية المدنية، ويقصد بالبعد الأخلاقي: أن الشخص يشعر بالمسؤولية عندما يضر بشخص ما بسبب خطئه، وليس ما يسببه من ضرر دون توقع منه أو توقيه منه، أي أن المبدأ الأخلاقي الذي يحكم المسؤولية المدنية لا يلقي اللوم والمسؤولية عن الشخص الذي أخطأ وتسبب بالضرر إلا إذا كان فعله فيه ظلم⁽²⁾، أي تعتمد إيذاء المتضرر، مما يعني أن هذا الاتجاه لا يجعل من الضرر معياراً لقيام المسؤولية المدنية إلا إذا كان هناك انحراف في السلوك وتعتمد في الخطأ.

بصورة عامة هناك معارضة من قبل انصار المذهب الموضوعي على توجه أصحاب المذهب الشخصي، وتمسكوا بعدد من الحجج، منها: أن هناك مجال للمبدأ الأخلاقي، كما هناك مجال للقانون، ولا يشترط كل ما يسمح به القانون أن يتفق عموماً مع الأخلاق، ويعني ذلك أنه يجب التفرقة بين وجود القانون والحكم عليه بمعايير الحسن والقبح، وهذا ما تعزز التفرقة بين القانون

(1) هناك نظريات كثيرة طرحت في نطاق المذهب الموضوعي، كنظرية تحمل التبعة ونظرية الضمان، كما أن مناصري المذهب الموضوعي استندوا في رأيهم على عدة مبررات منها: أولاً- مبادئ العدالة والأخلاق، ثانياً- النزعة المادية في القانون، ثالثاً- مبادئ النظرية الوضعية في القانون الجنائي، رابعاً- آراء المدرسة التاريخية في القانون. خامساً- النزعة الاشتراكية في القانون. لمزيد من التفاصيل حول المذهب الشخصي والمذهب الموضوعي يراجع:

SALEILLES (Raymond) : La responsabilité du fait des choses devant la cour supérieure du Canada. RTD. Civ 1911, p. 55 -58. JOSSERAND : De l'esprit des droits et de leurs relativité " théorie dit de l'abus de droits, 2ème éd, Paris ; 1939, n° 16. p. 8, 21, 50, 477. - PALMER (Vernon) : Trois principes de la responsabilité sans faute, Rev Int. Drt. Comp, 1987, p. 825.

د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء 2، الخطأ، دار وائل للنشر، عمان - الأردن، 2006، ص 6 وما بعدها. د. جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، منشورات جامعة صلاح الدين، أربيل، مطابع جامعة الموصل، العراق، 1984، ص 103 وما بعدها. د. محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي، مكتب التفسير، أربيل- العراق، 2008م، ص 28 وما بعدها.

(2) SAVATIER (René): Traité de la responsabilité civile en droit français. T1. 2ème éd, 1951, p. 7 et 8. Ripert, ibid., p. 228 et 238. ; ESMEIN (P) : La faute et sa place dans la responsabilité civile, RTD. civ, 1949, p. 384.

والأخلاق، وإن الغاية من التمييز بين القانون والأخلاق في النهاية هو توجيه نظر واهتمام القانوني في القانون كما هو كائن، لا كما يجب أن يكون، مع عدم انكار تداخل القانون والأخلاق بشكل أو بآخر، ولكن القول بأن القانون وليد الأخلاق فقط أمر غير منطقي، وإن وجود قاعدة قانونية مقبولة أخلاقياً ومرغوب فيها لا تعني أن هذه القاعدة القانونية إرتقى إلى مرتبة القانون، كما أن وجود قاعدة قانونية مخالفة للمعايير الخلقية لا تتجرد عنها صفة القانون، ومهما يكون القانون جائرة أخلاقياً تظل قانوناً، لأن منافات القانون للأخلاق لا يمتنع عنه صفة القانون⁽¹⁾، لذلك أنكر أصحاب المذهب الموضوعي الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية سواء كان هذا الخطأ حدث نتيجة انحراف في السلوك والأخلاق أم لا، طالما هناك ضرر ناجم عن فعل، فإن الشخص يحدث الضرر يكون مسؤولاً مدنياً أمام الشخص المتضرر.

وجدير بالذكر انتقل هذا الصراع أيضاً إلى وسط فقهاء القانون المدني في العراق، فالأغلبية يرى بأن أساس المسؤولية المدنية هو الضرر وليس الخطأ، بإعتبار أن أكثر أحكام القانون المدني العراقي مستنبطة من الفقه الاسلامي خصوصاً من الفقه الحنفي، وبالتحديد في مجلة الأحكام العدلية حيث اقتبس الكثير من النصوص والمواضيع منها، لذلك يرى أغلبية الفقه العراقي⁽²⁾، بأن أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي هو الضرر وليس الخطأ، إلا أن هناك من الفقهاء⁽³⁾ من يرى عكس ذلك ويقول: "بأنه لا مسؤولية مدنية بدون خطأ، بل الخطأ أساس المسؤولية المدنية منطقاً وقانوناً، فلماذا الشخص مسؤول؟ لأنه ارتكب فعلاً مؤخذاً عليه قانوناً، فالمسؤولية هي الحكم المحيط بالخطأ"؛ يلاحظ أن هذا الصراع كان موجوداً حتى ما بين الفقهاء

(1) لاحظ: د. جبار صابر طه، اقامة المسؤولية على عنصر الضرر، المصدر السابق، ص 97 وما بعدها. وللمزيد الانتقادات الموجهة للنظرية الشخصية يراجع: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 768 وما بعدها.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 459 وما بعدها. د. المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المصدر السابق، ص 212 وما بعدها.

(3) د. محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقة أساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي، المصدر السابق، ص 25. ولنفس المؤلف، خواطر مدنية، المصدر السابق، ص 102، وقد استند على عدد من المبررات، منها السند الأخلاقي، على اعتبار أن الخطأ قرينة العدالة، وإن المسؤولية بدون خطأ تعقف عائقاً أمام مصلحة المجتمع..، وللتفاصيل يراجع: ص 102 وما بعدها.

القدامى في القانون الفرنسي، رغم أن أغلبية الفقهاء الفرنسيين أجمعوا على أن المشرع الفرنسي اعتمد الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية إلا أنه كان لبعضهم رأي آخر، فالفقيه (ساليه SALEILLES)، وهو أول من قال بنظرية تحمل التبعة عام 1897، وهاجم نظرية الخطأ هجوماً شرساً، ووصفها بمخلفات الماضي، لكونها اختلطت المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجزائية كما اختلط التعويض بالعقوبة، إلا أنه وبعد انفصال المؤسستين، أصبحت وظيفة المسؤولية المدنية تعويض المتضرر وليس عقاب المخالف، دون الأخذ بنظر الاعتبار هذا الضرر قد نجم عن الخطأ أم الضرر، لأن الأمر تدون حول تحمل تبعة الأفعال، فمن يقوم بفعل يتضرر منه شخص يجب أن يتحمل الشخص محدث الضرر تبعة فعله، أي دون النظر إلى العنصر الشخصي للفعل، إنما من خلال طبيعته الموضوعية، لأن هناك أفعال قد تبلغ نطاق المؤلف ويفترض فيمن يباشرها تحمل مخاطرها، وإذا كان القانون ينهي عن الأفعال التي تؤدي مباشرتها إلى الضرر، فلا يمكن أن ينهي عن الأفعال التي يتحمل عادة عن مباشرتها حدوث الضرر، وعلى الرغم من ذلك يلقي على عاتق كل من يبادر إلى ما يبيحه من فعل واجب بتحمل مخاطره، وبالتالي ليس بالضرورة أن يكون الضرر ناجماً عن انحراف في سلوك محدثه، لذا توجب حصر فكرة الخطأ في نطاق المسؤولية الجزائية، ودعى الفقيه (ساليه) إلى هجر نظرية الخطأ، لأنها لم تعد تستجيب للواقع الاجتماعي والصناعي والذي فرضه التطور والنهضة الصناعية⁽¹⁾.

وقد استند الفقيه (ساليه) في دعم رأيه على تفسير وقرائنه للمادتين (1382 و 1383)⁽²⁾ من القانون المدني الفرنسي، وقال أن المادة (1382) الذي يقضي بأن كل فعل أياً كان يقع من

⁽¹⁾ SALEILLES (Raymond): Les accidents de travail et de la responsabilité civile, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris 1897. ; JOSSERAND (Louis): De la responsabilité du fait des choses inanimées, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris 1897. BETTER- MIEUX (Pierre) Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité en droit français Thèse Lille 1921 n° 51 p. 94 -97.

⁽²⁾ تعمي ر رقم المادتين (1382 و 1383) بعد تعديل القانون المدني الفرنسي وفقاً للمرسوم 131- 2016 وقانون التصديق العام لعام 2018 وأصبح تبدأ بالمادة (1240) وما بعدها.

الانسان ويحدث ضرراً بالغير، وكذا الحال بالنسبة للمادة (1383) التي يشترط الخطأ لقيام المسؤولية المدنية بل ينص على الفعل الذي يتسبب بالضرر للغير، ويلزم من أحدثه بالتعويض بغض النظر عن كون الفعل خطأً أم لا، وإن كلمة الخطأ الوارد في هذه المادة لم ترد إلا عرضاً، ويقصد به اشتراك الفاعل اشتراكاً غير مباشر، بل أراد بها تحديد من يتحمل التعويض، أي أراد بها تحديد الرابطة السببية التي تربط الفعل بفاعله الأصلي، ولا تعني إطلاقاً وربطها بالخطأ الشخصي، وكذا الحال بالنسبة للمادة (1383) التي تنص على أن "كل شخص مسؤول عن الضرر الذي يحدثه ليس فقط بفعله ولكن أيضاً بإهماله أو بعدم يقضته..."⁽¹⁾.

من جانب آخر يطرح (جوسران JOSSERAND)، فكرته حول النظرية الموضوعية وبالتحديد حول تحمل التبعة، ويقول: بأن للخطأ مجاله الخاص به كما لنظرية تحمل التبعة مجاله الخاص بها، واعتبر كليهما أساساً للمسؤولية المدنية، ويميز بين المسؤولية القائمة على الخطأ واجب الاتبات في المادة (1382) والمسؤولية القائمة على فكرة تحمل التبعة أي الضرر في الفقرة الأولى من المادة (1384) من القانون المدني الفرنسي، غير أن التقدم الصناعي والآلات وكثرة الأضرار الواقعة جراءها عن الاستعمالات للأشياء غير الحية، يظهر لنا قصور المادة (1382) بل عجزها عن تعويض المتضرر بسبب هذه الحوادث، بسبب اشتراطها لإثبات خطأ في جانب من يتولى الحراسة على هذه الأشياء والآلات الميكانيكية، بل أصبح هذه المادة حاجزاً لحصول المتضررين على التعويض، في الوقت ذاته توفر حماية لأصحاب الشركات والمصانع وأصبحت ذريعة لنفي المسؤولية عنهم، لينتهي بـ (جوسران) بالقول إلى إقامة المسؤولية على النظرية الموضوعية القائمة على فكرة تحمل التبعة⁽²⁾؛ إلا أن الأكثرية من الفقه الفرنسي ولحد كتابة هذا

⁽¹⁾ عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2016 - 2017، ص 17.

⁽²⁾ L. Josserand, Op. cit, p. 08. JOSSERAND: De l'esprit des droits et de leurs relativité "théorie dit de l'abus de droits, 2ème éd, Paris; 1939, n° 16. p. 21.

أمجد محمد منصور، المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء - دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، القاهرة 1994، ص 170 ما بعدها.

البحث يؤيدون النظرية الشخصية القائمة على الخطأ كأساس للمسؤولية المدنية، ونظام ازدواجية المسؤولية المدنية التي تميز بين الخطأ العقدي الذي يرتب المسؤولية العقدية، والخطأ التقصيري الذي يرتب المسؤولية التقصيرية، إلا أنه في الآونة الأخيرة قدم الحكومة الفرنسية مشروع إصلاح أحكام المسؤولية المدنية الفرنسي الجديد لعام 2017⁽¹⁾، والملفت للنظر في هذا المشروع إبراز النظرية الموضوعية القائمة على الضرر على حساب النظرية الشخصية القائمة على الخطأ⁽²⁾، فهناك اختلاف في التكيف القانوني للفعل الموجب للتعويض في المسؤولية التعاقدية وغير التعاقدية، حيث اعتبره بمنزلة الخطأ في المسؤولية غير التعاقدية، واعتبره بمجرد النكول عن تنفيذ الالتزام في المسؤولية التعاقدية⁽³⁾.

⁽¹⁾Projet de Réforme du droit de la responsabilité civile «Urvoas» [PLRRC Urvoas]. Projet de réforme de la responsabilité civile Mars 2017. http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf. Extrait du Projet de réforme de la responsabilité civile Ministère de la Justice. Mars 2017, In Réforme de la responsabilité civile : suivi du projet, www.editions-legislatives.fr. p. 8s. Dossier de presse projet de réforme du droit de la responsabilité civile. http://www.justice.gouv.fr/publication/dp_responsabilite.civile_20170310.pdf. N. Dissaux, Quelles réformes pour la responsabilité civile ? AJ contrat 2017, p.169. J-S. Borghetti, Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017, D. 2017, p. 770.

نقلًا عن: د. محمد عرفان الخطيب، الاستشراف المستقبلي لمبدأ وحدة المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث قراءة في فلسفة مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية "PLRRC Urvoas" دراسة تحليلية معمقة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد 3، العدد التسلسلي 31 محرم - صفر هـ، سبتمبر 2020، ص 274.

⁽²⁾Pour plus d'informations voir, Philippe. Stoffel-Munck, C. Bloch et M. Bacache, Responsabilité civile, Chro, JCP E, n° 9-10, 26 Février 2018, doct. 262. M. Mekki, Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile, op, cit, p.17. Disponible sur le site : <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpccglclefindmkaj/https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2016/06/redaction-definitive.pdf>

⁽³⁾د. محمد عرفان الخطيب، المصدر السابق، ص 288.

ويلاحظ أن المادة (1241) من المشروع الجديد تنص على أن الشخص يكون مسؤولاً عن الفعل الناجم عن خطأه⁽¹⁾، بينما نص المادة (1240) الحالي ينص على أن كل فعل ينجم عنه ضرر للغير يلزم من أحدثه بخطأه بالتعويض⁽²⁾، وما يلاحظ على المادتين أعلاه إن الشخص لا يكون مسؤولاً عن خطئه إذا نجم عنه ضرر، أي يجب أن يثبت اقتران الضرر بالخطأ لكي يستحق المتضرر التعويض، أما في النص الوارد في المشروع الجديد فيلاحظ وجود علاقة مباشرة بين الفعل والضرر، بمعنى آخر يكون الشخص مسؤولاً عن تعويض المتضرر إذا نجم عن فعله ضرر ودون حاجة لإسناد وإثبات الخطأ إليه، وبذلك استبعد الخطأ من أركان المسؤولية المدنية، أي تتحقق الأخيرة بمجرد تحقق الضرر، وبذلك يكون اقرب من النظرية الموضوعية وابتعد المشرع الفرنسي من النظرية الشخصية.

أما في نطاق المسؤولية التعاقدية فإن المشروع الجديد لم يشر إلى الخطأ، وإنما إلى مفهوم النكول عن تنفيذ الالتزام، مكتفياً أنه وبمجرد عدم تنفيذ الالتزام العقدي يعد قد تسبب بالضرر بالدائن ويستوجب تعويضه من قبل المدين الناكل بموجب المادة (1250) من المشروع الجديد لسنة 2017⁽³⁾، ويلاحظ أن المشرع الفرنسي ربط فكرة عدم تنفيذ الالتزام العقدي بوجود الضرر، بمعنى آخر أنه لا يعرض الدائن إذا لم ينجم عن نكول المدين عن تنفيذ التزامه ضرر، وبذلك فإن المسؤولية تقوم على أثر الفعل وليس على الفعل ذاته⁽⁴⁾، وبذلك يكون كل الالتزامات في نطاق المسؤولية التعاقدية التزام بنتيجة بصورة مطلقة، وهذا ما نؤيده؛ كما يلاحظ أن المشرع الفرنسي في المشروع الجديد لسنة 2017 لم يشر إلى الخطأ كركن من أركان المسؤولية المدنية

⁽¹⁾ نص المادة (1241) من مشروع اصلاح احكام المسؤولية المدني لسنة 2017 باللغة الفرنسية:

«On est responsable du dommage causé par sa faute»

⁽²⁾ حلت المادة (1240) محل المادة (1382) بعد تعديل عام 2016 وقانون التصديق العام لعام 2018.

⁽³⁾ نص المادة (1250) باللغة الفرنسية كما ورد في المشروع:

« Toute inexécution du contrat ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre »

⁽⁴⁾Mustapha Mekki: Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile: maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile, Recherche disponible sur le site: <https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2016/06/redaction-definitive.pdf>, Date de consultation: 21/08/2023, p. 12.

حيث أشار إلى شرطين أساسيين هما: الضرر والعلاقة السببية بينهما⁽¹⁾، وهنا ليس القصد بإنتفاء الخطأ، بل الخطأ موجود، ولكن المشرع لم يشترطه لقيام المسؤولية المدنية، فقد يكون موجوداً أو لا يكون موجوداً، إلا إن عدم وجوده لا ينتفي قيام المسؤولية، بل بانتفاء الضرر تنتفي المسؤولية⁽²⁾، معتبراً الضرر الركن الرئيسي كما جاء في المادة (1235) من المشروع بأن كل ضرر ناجم عن اعتداء على مصلحة مشروعة سواء كانت هذه المصلحة مالية أم معنوية يستوجب التعويض، وبذلك فإن المشرع استبعد فكرة الاعتداء القائم على الخطأ، وبذلك بني المسؤولية المدنية على نتيجة الفعل، مما يدل على أن التعويض يكون واجباً إذا نجم ضرر عن فعل أحدث الضرر دونما اثبات وقوع الخطأ من قبله⁽³⁾.

ناقلة القول: إن المشرع الفرنسي في مشروع تعديل أحكام المسؤولية المدنية احتضن النظرية الموضوعية، وابتعد عن النظرية الشخصية، ويبدو ذلك بصورة غير مباشرة من خلال ابتعاد الخطأ من الفعل المنسوب للشخص، وكذلك ابتعاده من أركان المسؤولية المدنية بصورة عامة، وبذلك أصبح أركان المسؤولية المدنية حسب المشروع الجديد الفعل والضرر والعلاقة السببية بينهما، كما هو وارد في المسؤولية الموضوعية، وليس الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما.

المطلب الثاني

إعادة تأطير نظرية المسؤولية المدنية

حاول الفقه الفرنسي اصلاح نظام المسؤولية المدنية وتأطيرها بصورة تتسجم مع ما حدث من تطورات في مجال التقنيات والإلكترونيات وتطور الآلات والمكائن، كذلك بشكل ينسجم مع ما

⁽¹⁾ لاحظ المواد: (1230 - 1240) من مشروع تعديل أحكام المسؤولية المدنية الفرنسي لسنة 2017.

⁽²⁾ لمزيد من التفاصيل يراجع: د. محمد عرفان الخطيب، المصدر السابق، ص 290.

⁽³⁾ Brun, P. Gout, O. Quézel-Ambrunaz, C. (2018) Responsabilité civile, Panorama Novembre 2016 - Novembre 2017, D., p. 35.

د. محمد عرفان الخطيب، المرتقب في قواعد نهوض المسؤولية المدنية والإعفاء منها "دراسة تحليلية معمقة للقانون المدني الفرنسي" في ضوء مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية 2017 PLRRC Urvoas، المجلة الأردنية في القانون والسياسة، اللجنة العليا للبحث العلمي، جامعة مؤتة، المجلد 11، العدد 4، 2019م، الأردن، ص 18.

ينجم من مسؤولية عليها، وقد قدم للغرض المنشود عدة مشاريع وآخرها مشروع سنة 2017، إلا أنه ولحد كتابة هذا البحث لم تبصر النور، كما يبدو لنا أهمية هذا التغيير الضروري بالنسبة لإصلاح نظام المسؤولية المدنية في القانون المدني العراقي، ولأجل توضيح ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول إعادة تأطير المسؤولية المدنية في ضوء المشروع الفرنسي الجديد، والفرع الثاني نخصه لإعادة تأطير وتوحيد المسؤولية المدنية في القانون المدني العراقي.

الفرع الأول

إعادة تأطير المسؤولية المدنية في ضوء المشروع الفرنسي الجديد

إن الدعوة إلى تأطير واصلاح نظام المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي ليست حديثة، بل الفقه الفرنسي وفي بدايات القرن الماضي أيقن ذلك عندما تأكد له عجز القواعد الحالية على مواكبة الواقع، وكان للقضاء دور فعال في اظهار قصور هذه الأحكام في قراراته القضائية، والتي يعرف بالتفسير التطويري للقواعد القانونية، وشكلت هذه القرارات سوابق قضائية في مجال إصلاح نظام المسؤولية المدنية، مما حدا بالفقه الفرنسي للمطالبة بمعالجة الاختلال في نظام ازدواجية المسؤولية المدنية⁽¹⁾، حيث يرى الفقيه (Marcel Planiol) أنه لا يوجد فرق بين طبيعة كل من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، لأنهما تنهضان عند الاختلال بالزام قانوني سابق، فالمسؤولية العقدية تقوم عند الاختلال بالتزام عقدي، والمسؤولية التقصيرية جزاء لإخلال بالتزام قانوني عام، وبذلك فالمسؤولية في كلتا الحالتين ترجع لسبب واحد هو الاختلال بالتزام قانوني سابق، سواء كان هذا الالتزام عقدياً أم تقصيرياً، وبذلك تتحد المسؤوليتان في السبب

⁽¹⁾Mustapha Mekki: Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile, op. cit, p13.

والنتيجة، وبذلك تكون طبيعتهما واحدة، ولا داعي للفرقة بينهما إطلاقاً، والفروق بينهما ليس إلا فروق ظاهرية، لا تثبت عند الإمعان في النظر⁽¹⁾.

كما إن (جان جراندمولن) يقول: بشأن وحدة المسؤولية المدنية، بأن مصدر الالتزام بالتعويض سواء كان الالتزام المخل مصدره القانون أو مصدره العقد، هو القانون وحده، وإن العقد ليس إلا مصدر للالتزام الذي تم الاخلال به، وليس مصدر للالتزام بالتعويض، وبذلك يكون مصدر المسؤولية واحد، ورفض بشدة الفروقات بين المسؤوليتين العقدية والنقصية، وبرر رأيه على عدم وجود فرق أساسي بين القانون والعقد، وأيد رأيه بالرجوع إلى المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي⁽²⁾، وإن الالتزامات الناشئة عن العقد تزول بإستحالة التنفيذ أو هلاك محل الالتزام، وبذلك يكون التعويض مصدره أحكام المادة (1382)⁽³⁾ من القانون المدني الفرنسي وما تليها، كما قال وهو يعضد رأيه: بأن هناك تشابه في حالة الضرر بحقوق الدائن في الجرائم وشبه الجرائم وفي حالة الضرر بالحقوق الشخصية والحقوق العينية، وفي ذلك يستشهد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني⁽⁴⁾.

كما ذهب الأستاذ (André Brun) إلى القول بأنه: لا توجد في القانون المدني مسؤوليتان، عقدية ونقصية، وإنما يوجد نظامان لمسؤولية واحدة، وكان هذا القول بداية مبكرة للدعوة للتقريب بين نظام المسؤوليتين والابتعاد عن تطبيق نظام صارم لازدواجية المسؤولية المدنية⁽⁵⁾.

(1) د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، في ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومآلة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978، ص7 وما بعدها. د. طارق كاظم عجيل، دراسة نقدية للمسؤولية التعاقدية، ورقة بحثية مقدمة في مؤتمر جامعة بغداد – كلية القانون تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة"، منشور في العدد الخاص بوقائع المؤتمر – مجلة العلوم القانونية، ص35 وما بعدها.

(2) نص المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أن (الاتفاقات التي تعقد على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقدتها)، وبعد تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 تغيرت المادة، وأصبحت المادة (1103) منه والتي تنص: (تنزل العقود المبرمة على الوجه القانوني منزلة القانون بالنسبة للذين أنشؤوها).

(3) تعدلت هذه المادة بموجب تعديل القانون المدني الفرنسي وتغيرت رقمها لتصبح المادة (1240) منه.

(4) د. طارق كاظم عجيل، المصدر السابق، ص36.

(5) André TUNC, International Encyclopedia of comparative Law, Vol. 1XI, Torts, chap.1, Brill – Neuhoff, 1983, N.44 ets. P.25.

د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، المصدر السابق، فقرة 3، ص8. د. علاء حسين علي الجوعاني، تصدع نظام ازدواجية المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية من منظور الفقه الإسلامي، مكتبة الزين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2022، ص78. د. طارق كاظم عجيل، المصدر السابق، ص40 –

كما أن على الصعيد التشريعي، فهناك محاولات عدة لتعديل أحكام المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي، وبعد تبني المشرع الفرنسي القانون رقم (10) لسنة 2016 الذي تناول تعديل أحكام الباب الثالث من القانون المدني، بقي عليه أن يكمل مسيرته الإصلاحية بتعديل أحكام الباب الرابع والرابع مكرر من الكتاب ذاته، لوجود ارتباط بين مواضيع البابين بوحدة تشريعية واحدة تناول النظرية العامة للالتزام ببعديها التعاقدي وغير التعاقدي، رغم أن كلتا النظريتين مثلتا هماً تشريعياً واحداً، ورغم محاولة المشرع الفرنسي معالجة كلتاهما في مشاريع قوانين عدة، تجسد في جهود جماعية قدمت مشاريعها القانونية إلى الجهات المختصة للاستفادة منها في تشريع قانون إصلاح المسؤولية المدنية، وكانت بالمحصلة ثلاث مجاميع فقهية عملت على اعداد مشاريع لإصلاح المسؤولية المدنية، بإستثناء مشروع (François Terré) لسنة 2010⁽¹⁾، فإن مشروع قانون (Pierre CATALA) لسنة 2005⁽²⁾، وقانون (Laurent BETEILLE) لسنة 2010⁽³⁾ المستند إلى تقرير مجموعة (MM. Alain ANZIANI et Laurent BETEILLE) لسنة 2009، وقد تضمننا في سياق إصلاح المسؤولية المدنية

⁽¹⁾Document sur le site d'internet: http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf. Voir, Groupe de travail sur le projet intitulé Pour une réforme du droit de la responsabilité civile sous la direction de F. Terré, 2012. <https://www.courdecassation.fr/IMG///reforme-droit-RC.pdf>.

⁽²⁾Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du code civil), P. Catala (dir.), La documentation française, 2005. D. Mainguy, Défense, critique et illustration de certains points du projet de réforme du droit des contrats, D, 2009, chron., p. 308. S. Rétif, Le rapport Catala. Responsabilité civile et assurances, n° 1, 2006, alerte 1. M. Poumarede, Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de l'avantprojet Catala, D. 2006, n° 35, Pp. 2420-2426.

نقلاً عن: د. محمد عرفان الخطيب، الاستشراق المستقبلي لمبدأ وحدة المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الجديد، المصدر السابق، ص3، هامش رقم 3.

⁽³⁾M. Laurent BETEILLE, PROPOSITION DE LOI, portant réforme de la responsabilité civile, N. 657 SENAT.9 juillet 2010. Disponible sur le site : <https://www.senat.fr/leg/pp109-657.html>. Date de visite : 26/8/ 2023.

نصوصاً للتقريب بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية⁽¹⁾ وفي النهاية أثمرت كل هذه الجهود بطرح مشروع قانون إصلاح المسؤولية المدنية الفرنسي في 13 مارس لسنة 2017 من قبل وزير العدل آنذاك (Jean – Jacques Urvoas).

إن هذا المشروع يعد خطوة ايجابية نحو تأسيس نظرية منهجية متكاملة إلى درجة كبيرة في موضوع المسؤولية المدنية، حيث تم اعادة تبويبها من الناحية الشكلية والموضوعية، لأن نظرية المسؤولية المدنية في القانون المدني منقسمة ببعدها الشكلي والموضوعي، وحتى في ظل التعديل الأخير لسنة 2016 فإن الموضوع بقي على حاله منقسم، ولم يحدث أي تغيير، إلا إن هذا المشروع كان له رأي آخر، وحاول المشرع تدارك هذه المسألة والتقريب بين المسؤوليتين التعاقدية وغير التعاقدية، فمن الناحية الشكلية أدخل التعديل عدة تغييرات، فقد عدل المادة (1) من المشروع الباب الثالث من الكتاب الثالث من القانون المدني، وفي البداية فإن المادة (1) من التعديل الغت المواد (1231 – 1252)، وابتدأ بالمادة (1231) التي أجاز للدائن طلب التعويض من المدين إذا لم ينفذ الأخير التزامه الناشئ عن العقد في حالة تضرره وفق أحكام المسؤولية المدنية، كما جاء في العنوان الفرعي المشار وفق الفقرة الثالثة من المادة (1231)، حيث أعاد هذه الفقرة تسمية عنوان الفرع الثاني من الباب الثالث من الكتاب الثالث من القانون

(1) لمزيد من التفاصيل حول هذه المشاريع يراجع: د. محمد عرفان الخطيب، إضاعة على مشروع قانون اصلاح نظام المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث: المبررات والنتائج، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، ص 12 – 37، أبريل 2019. د. علاء حسين علي الجوعاني، المصدر السابق ص 81-82.

Note de présentation du projet de réforme du régime des obligations et des quasicontrats. Document publié sur le site d'internet : http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf. A. Ghazi et Y. Lequette, La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie, D, 2008, chron. p. 2609. Hariz Saidqni, La rupture de contrat, Thèse Ecoie Doctorale, Université De Toulon, HAL archives – ouvertes, Fr. 2015 – 2016, P. 324. D. Mainguy, Défense, critique et illustration

De certains points du projet de réforme du droit des contrats, D, 2009, chron. p. 308. Ph. Brun, C. Quezel- Ambrunaz, Réforme de la responsabilité civile : regards impressionnistes sur un projet académique. Revue Lamy Droit civil, 2012, p. 89.

المدني بالمسؤولية المدنية، ودون تمييز بين نوعيها⁽¹⁾، كما حاول المشروع انصهار المسؤولية العقدية في إطارها العام المتمثل بالمسؤولية المدنية وذلك في الباب الفرعي الثاني الذي تضمن ستة فصول نظمت هذه المسؤولية بشكلها العام، مع الإبقاء على الباب الفرعي الأول الخاص بالعقد تحت عنوان الجزاءات المترتبة على عدم الأداء، محافظة بذلك على التوجه العام بالتقريب بين المسؤوليتين⁽²⁾، وقد تضمن الفصل الأول منه أحكاماً تمهيدية لنوعي المسؤولية المدنية في المواد (1233 – 1234)⁽³⁾، بينما تضمن الفصل الثاني شروط المسؤولية المدنية

⁽¹⁾I. Le titre III du livre III du code civil est ainsi modifié:

1. Sont abrogés les articles 1231 à 1252.

2. L'article 1231 est ainsi rédigé : « Le créancier d'une obligation issue d'un contrat valablement formé peut, en cas d'inexécution, demander au débiteur réparation de son préjudice dans les conditions prévues au sous-titre II. »

3. Le sous-titre II du titre III du livre III est ainsi rédigé : « SOUS-TITRE II – LA RESPONSABILITE CIVILE »

⁽²⁾François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chenede, Droit civil, Les obligations, 12 Edition, DALLOZ, 2019, p.947.

⁽³⁾ PLRRC Urvoas, Article 1233 « En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle. »

Article (1233-1) « Les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat.

Toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle. »

Article 1234 : « Lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II.

Toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la

بصورة عامة، وتوزعت هذا الفصل إلى ثلاث أقسام، القسم الأول اختص بالشروط المشتركة للمسؤوليتين العقدية وغير العقدية، والتي تناول فيها الضرر القابل للتعويض والعلاقة السببية، وذلك في المواد (1235 - 1240)، أما القسم الثاني منه فقد أختص بالشروط الخاصة بالمسؤولية غير التعاقدية في المواد (1241 - 1249)، وفي نفس الوقت اختص القسم الثالث من المشروع بالشروط الخاصة بالمسؤولية التعاقدية نظمها من خلال المواد (1250 - 1251) من المشروع⁽¹⁾، أما في الفصل الثالث من هذا الباب تناول المشروع أسس الإعفاء من المسؤولية أو استبعادها دون تمييز بين المسؤوليتين وذلك في المواد (1253 - 1257 - 1)، كما نظم الفصل الرابع وفي إطار قسمين منه آثار المسؤولية المدنية بصورة مشتركة لنوعيتها دون التمييز بينهما، حيث خصص القسم الأول منه للمبادئ العامة في التعويض في المواد (1/1258 - 1266)، أما القسم الثاني فقد خصصه المشرع في المشروع لقواعد التعويض الخاصة بأنواع معينة من الضرر في المواد (1267 - 1280)، والتي تناول الاصابة الجسدية والاضرار المادية بالممتلكات والضرر البيئي والخسارة الناجمة عن التأخر في الوفاء بالالتزام النقدي، كما نظم الفصل الخامس شروط الاتفاقية المتعلقة بالمسؤولية المدنية، وهي شروط الاعفاء أو الحد من المسؤولية والشروط الجزائية، وذلك في المواد (1281 - 1284) من المشروع، كما تناول الفصل السادس والأخير أنظمة خاصة من المسؤولية المدنية، وهي المسؤولية عن المركبات والمسؤولية عن المنتجات المعيبة، وذلك في المواد (1285 - 3/1299) من المشروع⁽²⁾.

responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite. »

(1) د. محمد عرفان الخطيب، إضاءة على مشروع قانون اصلاح نظرية المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث: النتائج والمبررات، المصدر السابق، ص 22 ومابعداها.

(2) Mustafa Mekki, Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile: maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile, op. Cité, p3 Et au-delà.

د. علاء حسين علي الجوعاني، المصدر السابق، ص 91 - 92.

يلاحظ أن المشروع في إطاره الشكلي انتهج نهج تقريبي بين نوعي المسؤولية المدنية، وحاول توحيدهما في إطار تسمية المسؤولية المدنية، بإستثناء ما خصصه من تقسيمات خاصة بشروط كل مسؤولية من المسؤوليتين على حدة ومعالجة تلك الشروط في قسم مستقل، بعكس التشريعات المدنية التي ابقت على الفصل بين المسؤوليتين وحتى في ظل التعديل الأخير لسنة 2016.

أما من الناحية الموضوعية، فقد برز التحول الحقيقي لمسألة توحيد المسؤوليتين في المشروع تحت عنوان واحد وهو المسؤولية المدنية، من خلال توحيد المعالجة القانونية لأحكام المسؤولية المدنية بنوعيتها التعاقدية وغير التعاقدية، وجعل من المسؤولية غير التعاقدية كبديل مساوٍ للنظام العام للمسؤولية المدنية، مع افراد بعض المواد القانونية الخاصة بالمسؤولية التعاقدية كالمادة (1233)⁽¹⁾ من المشروع، التي منع التهرب من تطبيق أحكام المسؤولية التعاقدية لصالح المسؤولية غير التعاقدية، إلا أن المادة (1233-1)⁽²⁾ منه اخضع المطالبة بالاضرار الناشئة عن الاصابات الجسدية للمسؤولية غير التعاقدية حتى لو كان ناشئاً عن تنفيذ العقد، مع الابقاء للمتضرر حق الاحتجاج بمشاورات العقد إذا كان في مصلحته، وبذلك فإن هذه المادة من المشروع منح المتعاقد الذي تتعرض للاصابات الجسدية الخيرة بين المسؤوليتين، مع ابقاء المسؤولية غير التعاقدية كالأصل والمسؤولية التعاقدية كالأستثناء، كما إن المشروع خير الغير

⁽¹⁾PLRRC Urvoas, Article 1233 «En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle».

⁽²⁾PLRRC Urvoas, Article 1233-1 «Les préjudices résultant d'un dommage corporel sont réparés sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'ils seraient causés à l'occasion de l'exécution du contrat.

Toutefois, la victime peut invoquer les stipulations expresses du contrat qui lui sont plus favorables que l'application des règles de la responsabilité extracontractuelle. »

المتضرر في المادة (1234)⁽¹⁾ من عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي بين طلب التعويض بناءً على قواعد المسؤولية غير التعاقدية بشرط أن يثبت أحد أسباب نشوء المسؤولية المنصوص عليها في القسم الثاني من الفصل الثاني الخاص بشروط المسؤولية غير التعاقدية⁽²⁾، وبين طلب التعويض على أساس المسؤولية التعاقدية والاحتجاج بالفشل التعاقدي الذي سبب له الضرر عندما تكون له مصلحة مشروعة من تنفيذ العقد، على أن يخضع هذا الاحتجاج لنفس الشروط والحدود التي تخضع لها المسؤولية في العلاقة بين المتعاقدين، وبالتالي فإن أي شرط عقدي يحدد مسؤولية المتعاقد تجاه الطرف الثالث يعد كأنه غير مكتوب⁽³⁾.

كما يلاحظ أن المشروع كما بينا سابقاً لم يشر إلى الخطأ كركن ليس ضمن الاحكام العامة للمسؤولية ولا ضمن الشروط العامة للقيام بالمسؤولية، وإنما المشروع اكتفى بالإشارة إلى شرطي الضرر والعلاقة السببية كما جاء في المادة (1239) من المشروع⁽⁴⁾، وبإفراد هذه المادة تبين

⁽¹⁾ PLRRC Urvoas, Article 1235 «Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial».

⁽²⁾ PLRRC Urvoas, Article 1239 «La responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage. Le lien de causalité s'établit par tout moyen. »

Article 1240 « Lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.

Les responsables contribuent alors entre eux à proportion de la probabilité que chacun ait causé le dommage. »

⁽³⁾ Mustafa Mekki, Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile: maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile, op. Cité, p3 Et au-delà. G. Viney, Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme du code civil relative à la responsabilité, JCP G, 2016, p. 99 p3 Et au-delà.

د. محمد عرفان الخطيب، إضاعة على مشروع قانون اصلاح نظرية المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث: النتائج والمبهررات، المصدر السابق، ص 28 ومابعداها. د. علاء حسين علي الجوعاني، المصدر السابق، ص 93.

⁽⁴⁾ PLRRC Urvoas, Arts. (1233-1234).& Arts. (1235-1240).

François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chenede, op. Cit, p. 949.

د. محمد عرفان الخطيب، الاستشراف المستقبلي لمبدأ وحدة المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث، قراءة في فلسفة مشروع قانون اصلاح نظرية المسؤولية المدنية "PLRRC Urvoas 2017"، المصدر السابق، ص 289.

العلاقة السببية بين الفعل موضوع المساءلة والضرر الواقع، معتبراً الضرر الركن الرئيسي للمسؤولية المدنية كما نصت عليه المادة (1235)⁽¹⁾ من المشروع، وبذلك استبعد الخطأ من الشروط المطلوبة لقيام المسؤولية المدنية، وما يدل ذلك إلا أنه محاولة لإنهاء ازدواجية المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي.

من جهة أخرى فإن المشروع يحاول التقريب عند نصه على شرط الاعفاء من المسؤولية، ووضع قاعدة عامة من خلال المادة (1281)⁽²⁾ منه، حيث نصت على صحة هذا الشرط في المسؤوليتين التعاقدية وغير التعاقدية من حيث المبدأ، بإستثناء المسؤولية عن الاصابات الجسدية فلا يمكن الاعفاء عنها، بالإضافة إلى ذلك منعت المادة (1282)⁽³⁾ منه الاعفاء أو الحد من المسؤولية المبنية على الخطأ الجسيم أو الغش، كما أنه في المسائل غير العقدية لم يجز المشروع للشخص من خلال المادة (1283)⁽⁴⁾ من اعفاء نفسه من المسؤولية الناجمة عن خطأه الشخصي أو يحد منها⁽⁵⁾.

وهناك مسائل أخرى كثيرة تناولها المشروع من خلال (6) ست مواد قانونية، قد لا نتمكن من تناول كلها، كالمسؤولية عن الأشياء⁽⁶⁾، والمسؤولية عن مضار الجوار⁽¹⁾، والمسؤولية عن فعل

⁽¹⁾PLRRC Urvoas, Arts (1235): «Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial».

⁽²⁾PLRRC Urvoas Arts (1281): «Les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle. Toutefois, la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel. »

⁽³⁾PLRRC Urvoas Arts (1282): «En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité n'ont point d'effet en cas de faute lourde ou dolosive. Elles sont réputées non écrites lorsqu'elles privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. »

⁽⁴⁾PLRRC Urvoas Arts (1283): «En matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la responsabilité pour faute.»

⁽⁵⁾François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chenede, op. cit, p. 972.

د. علاء حسين علي الجوعاني، المصدر السابق، ص 93 – 94.

⁽⁶⁾PLRRC Urvoas, Art. (1243).

فعل الغير بمختلف انواعها، متناولاً إياها بشكل تبرز الضرر الحاصل من الغير⁽²⁾ وليس الخطأ، كما ناقش مسؤولية الآباء عن أولادهم القصر ومسؤولية الأوصياء⁽³⁾، ومسؤولية الشخص تحت الرقابة بحكم القانون⁽⁴⁾ أو الاتفاق⁽⁵⁾، وأحكام أخرى كثيرة.

الفرع الثاني

تأطير وتوحيد المسؤولية المدنية في القانون العراقي

إن القواعد القانونية المدنية في ظل التطورات التقنية والاقتصادية لم تعد تواكب التطورات المعاصرة، خصوصاً التطور في مجال تعاقد البضائع والسلع والأشياء في ظل وجود عقود الإلكترونية، كذلك في ظل وجود النظم المعلوماتية التي لم تعد هذه القواعد تتلاءم مع واقع المجتمع، فاضحت كل دول العالم يسعى إلى اصلاح نظام المسؤولية المدنية، ومن يتتبع احكام القانون المدني العراقي الخاصة بالمسؤولية المدنية سيجد أن هذا الاصلاح لا يخرج عن إعادة تحديد هوية المسؤولية المدنية مجدداً، وتأطيرها ضمن مسؤولية واحدة، فلو اردنا اصلاح نظام المسؤولية المدنية، نضعها تحت أي عنوان، هل تحت عنوان المسؤولية العقدية أم المسؤولية التقصيرية، أو نكتفي بالمسؤولية المدنية؟

من يتتبع قواعد القانون المدني العراقي، يجد أن المشرع نظمها مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، وعندما جاء ونظم احكام المسؤولية العقدية وضعها تحت عنوان ضمان العقد تأثراً بالفقه الإسلامي، وفي سبيل إصلاحها يجب تحديد هوية المسؤولية المدنية أولاً، وتحديد العلاقة بين المسؤولية العقدية وضمن العقد ثانياً، فهل فعلاً المسؤولية العقدية هي ضمان العقد، كما

⁽¹⁾PLRRC Urvoas, Art. (1244).

⁽²⁾PLRRC Urvoas, Art. (1245).

⁽³⁾PLRRC Urvoas, Art. (1246).

⁽⁴⁾PLRRC Urvoas, Art. (1247).

⁽⁵⁾PLRRC Urvoas, Art. (1248).

أورده المشرع العراقي، حيث جاء ذلك تأثراً بمذهب واحد، وهو المذهب الحنفي، واهمل المذاهب الأخرى، وبالتالي جاءت هوية المسؤولية المدنية في القانون العراقي بهوية غير واضحة⁽¹⁾.

وجدير بالذكر أن التطورات المعاصرة ألقت بضلالها على منطقة العقد بصورة خاصة، ومنطقة القانون بصورة عامة، ومن المعلوم أن العقد ينظم مصالح عقدية ويفترض أن تكون بحتة، ولكن بعد التطورات الاقتصادية والاجتماعية ووجود الكم الهائل من البضائع الحديثة وتطور النظام المعلوماتية أصبح عندنا التزامات جديدة في ساحة العقد لم تكن موجودة إبان تشريع القانون المدني العراقي، فاقترضت الضرورة إلى سن قوانين خاصة جديدة كقانون حماية المستهلك وقانون حماية البيانات، وأصبح لدينا نظريات عامة وقوانين خاصة، فارتد القوانين الخاصة تزام النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، وبذلك تكون لنظرية العقد التزامات ذات أصل قانوني منبعها نص القانون، وليس منبعها إرادة الطرفين، ملزم بها اطراف العقد، وإن لم يتفق عليها الطرفين المتعاقدين، لأنها من النظام العام، وجزء لا يتجزأ من القانون، فأصبح العقد يراعي بالإضافة إلى مصالح عقدية مصالح قانونية، وهذا مما أدى إلى تضخم محتوى العقد من ناحية، ومن ناحية أخرى من المعروف أن آثار المسؤولية العقدية هو التعويض عن الاخلال بالتزام عقدي، وإن كان الاخلال منشئه القانون كالتزام بالتبصر والالتزام بالتحذير من المواد الخطرة، فهل تكون المسؤولية العقدية صالحة لتغطية التعويض عن الاخلال بالالتزامات القانونية، ناهيك عن أن التعويض في المسؤولية العقدية هو أقل من التعويض في المسؤولية التقصيرية، فأضحى قواعد المسؤولية العقدية عاجزة عن مجارة التطورات المعاصرة⁽²⁾، مما تولد قناعة لدى البعض من الفقه الفرنسي⁽³⁾ بضرورة القضاء على قواعد المسؤولية العقدية، طالما أصبح الاخلال بالالتزامات داخل العقد مردها القانون أو المسؤولية التقصيرية، فاصبح لدينا

(1) د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية – أفكار وآراء في القانون المدني، المصدر السابق، ص 230 وما بعدها. د. أحمد حميد سعيد ود. بشير سلطان شهاب، تأثير الفقه الإسلامي في إثراء القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد 16، العدد 1، لسنة 2019، ص 1148.

(2) د. علاء حسين علي الجوعاني، المصدر السابق، ص 37 وما بعدها.

(3) الفقيه (اندرية برن)، عرض رأيه من قبل د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، المصدر السابق، ص 97 و 98.

ازدواجية مسؤولية تقصيرية تطبق داخل المسؤولية العقدية، فحدث فوارق داخل المراكز القانونية، واصبح العاقد يسأل مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية منشؤها داخل العقد، وبذلك سوء كان هذا الأمر مركز المتعاقد المدين فطرح الفقه الفرنسي كما بينها سابقاً مشاريع كثيرة لإصلاح نظام المسؤولية المدنية منذ سنة 2005 إلى سنة 2017 وهو المشروع الأخير الذي قدمه وزير العدل الذي لم يبصر النور لحد كتابة هذا البحث، فميزة هذا المشروع الأخير أنه قرب بين المسؤوليتين فوضعهما تحت عنوان واحد هو المسؤولية المدنية، وجعل الفوارق بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية فوارق بسيطة داخل هذا التنظيم، وقد سبق هذا المشروع مبادئ قانون الضرر الأوروبي (PETL) سنة 2005، فهذا القانون الغى المسؤولية العقدية وجعل المسؤولية واحدة، تحت مسمى المسؤولية عن الضرر، وسأوى بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ويبدو في نظرات هيئات التشريع في العالم لم تعد المسؤولية العقدية صالحة ليوافق التطورات المعاصرة وتحمي مصالح المتعاقدين⁽¹⁾.

وما يهم بيانه أيضاً أن الفقه الإسلامي التي سبق كل دول العالم لا يعرف قواعد المسؤولية العقدية، لذلك أخطأ المشرع العراقي عندما وضع المسؤولية العقدية تحت طائلة ضمان العقد، توهم من وضع القانون المدني العراقي بأن المسؤولية العقدية هي نفسها ضمان العقد الوارد في الفقه الإسلامي، بل إن في الفقه الإسلامي المسؤولية واحدة، وهي المسؤولية عن الفعل الضار⁽²⁾، فما طرحه الفقه الإسلامي قبل قرون عدة، وأصبح مطالب كل دول العالم، بعدما تحسّسوا بضرورة توحيد المسؤوليتين، هذا بالنسبة لإثبات هوية المسؤولية المدنية، وعلى المشرع العراقي أن يراعي هذه التطورات، وبذلك يكون السلطة التشريعية في العراق أمام تحد كبير

(1) هذه المبادئ القانونية عبارة عن مشروع موحد لقانون المسؤولية المدنية الأوروبي (Principles of European Tort Law)، صاغته المجموعة الأوروبية لقانون الضرر (EGTL- Principles of European Tort Law)، والتي كانت تعرف عند تأسيسها بمجموعة (Tilburg) ضمنت هذه المجموعة عشرين استاذاً متخصصاً في المسؤولية المدنية في أوروبا بالتعاون مع المركز الأوروبي لقانون الضرر والتعويض وبدعم من قبل معهد قانون الضرر الأوروبي ومقرها فيينا، فأثمرت جهود هذه المجموعة اقتراح المبادئ الموحدة (PETL) التي طرحتها في مؤتمر فيينا في 19 - 20 مايو/ 2005) نقلاً عن: د. علاء حسين علي الجوعاني، المصدر السابق، ص 104 وما بعدها.

Mustapha Mekki, op. cit, p 1-2.

(2) د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، المصدر السابق، ص 230 وما بعدها.

لإصلاح نظام المسؤولية المدنية، لأن هذا النظام في تماس مباشر مع مصالح المواطنين، فالسلطة التشريعية مطالب بأن يدرس ويطلع ما طرح من المشاريع التي قدمت في فرنسا لإصلاح نظام المسؤولية المدنية وتوحيد المسؤولين وفي العالم وإن تأخذ بما سبقهم الفقه الإسلامي في إطار المسؤولية التي أقامها على أساس المباشر والمتسبب ولم يميز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية⁽¹⁾.

عليه فلو طرح المشرع العراقي مشروعاً لإصلاح نظام المسؤولية المدنية، واثبت فيها هويتها بالعودة الى الفقه الإسلامي وهو لا يعرف المسؤولية العقدية، ووجد المسؤولية المدنية، وكذلك بالاستعانة بالمشاريع الإصلاحية التي قدمها الفقه الفرنسي، وقانون الفعل الضار الأوروبي، وفك الارتباط الذي بناه بين ضمان العقد والمسؤولية العقدية، وإعطاء دور أكبر للضرر في المسؤولية المدنية، مما يستدعي إعادة ترتيب قواعد المسؤولية المدنية، وجدير بالذكر أن المشرع المدني العراقي نظم المسؤولية العقدية من ضمن الفرع المخصص لتنظيم العقد في الفرع الثاني من الفصل الأول من الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول، ونظم في الفصل الثالث منه العمل غير المشروع أو الفعل الضار، وفي سبيل إنهاء ازدواجية المسؤولية المدنية وتوحيدها، نناشد المشرع العراقي بإلغاء الفرع الثاني الخاص بالمسؤولية العقدية والتي جاءت تحت تسمية ضمان العقد، وتخصيص فرع خاص بتنظيم نظام العقد، ونقل ما جاء بخصوص قواعد المسؤولية العقدية في الفرع الثاني إلى الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول من القانون العراقي، إعادة هيكله بخصوص الفعل الضار عموماً بوضع قواعد عامة تطبق على المسؤولين معاً لعدم اختلافهما من حيث الآثار، وتطبيقها على النوعين من الالتزامات، الالتزامات العقدية والالتزامات التي مصدرها القانون، واحكام التعويض والاتفاقات المتعلقة بالاعفاء عن المسؤولية.

(1) لاحظ المادة (186) من القانون المدني العراقي.

الخاتمة

في نهاية دراستنا توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات والمقترحات أهمها ما يلي:

أولاً: النتائج

1- إن المشرع أورد العرف كمصدر مكمل لمضمون الالتزام لتحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد في نص صريح، فإن الذي يرفد قوة الالتزام للعقد هو القانون وليس العرف أو العادة، إذ لولا النص لما كان القاضي يلتزم باستكمال ما يعتبر من مستلزمات العقد بواسطة العرف أو العادة، حيث لا قيمة للمصادر جميعاً بدون نص القانون.

2- هناك غلو من قبل أنصار المذهب الفردي وقد تجاوزوا حدود المعقول لإقامة كل أحكام القانون على الإرادة، وقالوا بأن سلطان الإرادة ليس حكراً فقط على انشاء الالتزامات وحدها، بل هو يولد كل الحقوق الأخرى.

4- إن الذي يمنح العقد قوة الالتزام هو نص القانون، وتأسيساً على ذلك فلم يعد الإرادة التعاقدية مطلقة، بل ينبغي القول بموضوعية الإرادة بدلاً من سلطان الإرادة، مما يتطلب منح دور كبير للمشرع في المعايينة والإشراف على التعاقد حسبما يقتضيها الضرورات الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية، بغية تحقيق العدل والموازنة بين مصالح الأفراد المختلفة، لأن الإرادة كما يذهب إليه أنصار المذهب الاجتماعي ليست إلا وسيلة لتحقيق غاية ضرع لقيود انخرط لمصلحة المجتمع.

5- إن المادة (245) من القانون المدني العراقي النافذ نصت على أنه: (الالتزامات التي تنشأ من القانون وحده تسري عليها النصوص القانونية التي أنشأتها)، إن المشرع يقصد بنصه على هذه المادة في جعل القانون مصدراً للقوة الملزمة لجميع الروابط القانونية، سواء نجمت هذه الروابط من المصادر المعروفة في القوانين المدنية، من العقد أو الإرادة منفردة أو العمل غير

المشروع أو الكسب بلا سبب، فالقانون هو الذي يضفي القوة الملزمة على هذه الروابط صفة الالتزام، ولولاه لما تمكن الدائن من اللجوء إلى التنفيذ الجبري والزام المدين على تنفيذ التزامه.

6- إن اعتبار العقد والارادة المنفردة والعمل غير المشروع والكسب دون سبب كمصدر خطأ، لأنها ليست سوى أسباب للالتزامات، والمصدر هو القانون أو القاعدة القانونية.

7- من خلال النظر إلى تنظيم القانون المدني العراقي بخصوص الحقوق الشخصية والعينية، أنه وبكل وضوح اعتبر القانون هو المصدر لتلك الحقوق، ويظهر ذلك من الاسلوب الذي اتبعه المشرع في صياغة نصوصه الخاصة بمصادر الحقوق الشخصية، أي مصادر الالتزام، أو عند تعريفه للحقوق العينية في المادة (67) من القانون المدني العراقي النافذ في أنه (1- الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين)، وبذلك فإن الفرد لا يستطيع أن يكسب أي حق من الحقوق العينية والشخصية إلا بالقانون، وبذلك فإن القانون هو المصدر الوحيد لكل الحقوق والالتزامات، ما يسمى بمصادر الالتزام ليس سوى أسباب لتلك الحقوق والالتزامات.

8- إن النظرية العقدية نظرية غير متماسكة وغير متجانسة، لأن مسائلها قد انقسمت، فبعضها خضعت لسيطرة النظرية الإرادية، وبعضها الآخر تخضع لحلول متافرة مع هذه النظرية مما أدى إلى ارتباكها وتعقيدات، بالتالي لم يعد ذا أساس واحد يهيمن على كافة مشاكلها بحيث ترد إليه كل أمورها، كل ذلك أدى إلى خلق الاضطراب وعدم الاستقرار في النظرية العامة للعقد، كما أدى ذلك إلى خلق ازدواجية المسؤولية وتقسيمها إلى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية.

9- بالاستدلال إلى الفقه الاسلامي فإن الضمان واحد، ولا يوجد ازدواجية الضمان أو ازدواجية المسؤولية لوحدة المصدر، حتى وإن تعدد أسبابه فلا يترتب عليه اختلاف في طبيعته أو في أحكامه من الناحية الفقهية، أي أن مصدر الالتزام في ضمان العقد وفي ضمان الإخلال بالعقد،

مصدره ليس العقد نفسه بل الشرع، وهذا ما لا يتوافق مع رأي مناصري ازدواجية المسؤولية المدنية في القانون الوضعي.

10- إن ما يلاحظ على المادة (1241) من مشروع اصلاح نظام المسؤولية المدنية الفرنسي وجود علاقة مباشرة بين الفعل والضرر، بمعنى آخر يكون الشخص مسؤولاً عن تعويض المتضرر إذا نجم عن فعله ضرر ودون حاجة لإسناد وإثبات الخطأ إليه، وبذلك استبعد الخطأ من اركان المسؤولية المدنية، أي تتحقق الأخيرة بمجرد تحقق الضرر، وبذلك يكون أقرب من النظرية الموضوعية وابتعد المشرع الفرنسي من النظرية الشخصية.

11- إن مشروع اصلاح نظام المسؤولية المدنية الفرنسي وتحديداً في نطاق المسؤولية التعاقدية لم يشر إلى الخطأ، وإنما أشار إلى مفهوم النكول عن تنفيذ الالتزام، مكتفياً أنه وبمجرد عدم تنفيذ الالتزام العقدي يعد قد تسبب بالضرر بالدائن ويستوجب تعويضه من قبل المدين الناكل بموجب المادة (1250) من المشروع الجديد لسنة 2017، ويلاحظ أن المشرع الفرنسي ربط فكرة عدم تنفيذ الالتزام العقدي بوجود الضرر، بمعنى آخر أنه لا يعوض الدائن إذا لم ينجم عن نكول المدين عدم تنفيذ التزامه الضرر، وبذلك فإن المسؤولية تقوم على أثر الفعل وليس على الفعل ذاته.

12- إن المشرع الفرنسي في مشروع تعديل أحكام المسؤولية المدنية احتضن النظرية الموضوعية، وابتعد عن النظرية الشخصية، ويبدو ذلك بصورة غير مباشرة من خلال ابعاد الخطأ من الفعل المنسوب للشخص، وكذلك ابعاده من اركان المسؤولية المدنية بصورة عامة، وبذلك أصبح اركان المسؤولية المدنية حسب المشروع الجديد الفعل والضرر والعلاقة السببية بينهما، كما هو وارد في المسؤولية الموضوعية، وليس الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، كما هو مبين في نص المادتين (1235 و 1239) من المشروع، مما يدل ذلك على محالة إنهاء نظام ازدواجية المسؤولية المدنية في القانون المدني الفرنسي.

13- توصلنا إلى نتيجة أنه لا توجد في القانون المدني مسؤوليتان، عقدية وتقديرية، وإنما يوجد نظامان لمسؤولية واحدة.

ثانياً- التوصيات والمقترحات

1- إن عدم وجود أي نص قانوني في قانون الاستثمار العراقي يستثنى ويعتبر العقود العقارية الاستثمارية صحيحة، يعد نقصاً تشريعياً يستوجب تداركه، وعليه نقترح على المشرع العراقي بإضافة فقرة إلى الفقرة (ثانياً/ أ) من المادة (10) من قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 وإلى المادة (السابعة) من قانون الاستثمار الكردستاني رقم (4) لسنة 2006، ويكون كالتالي: (تعد العقود الاستثمارية المبرمة بين المستثمر والمستفيد المسجلة لدى هيئات الاستثمار صحيحة، دون حاجة إلى تسجيله في دائرة التسجيل العقاري).

2- هناك أمارات ودلائل على أن المسؤولية واحدة، ويفهم ضمناً أن المشرع العراقي أراد توحيد المسؤوليتين خصوصاً من حيث الآثار، لأنه لو قصد فصل المسؤوليتين لما ترك تنظيم بعض الأمور المتعلقة بالمسؤولية العقدية ونظم بعضها في مواضع أخرى عامة في القانون المدني كما هو مبين في الدراسة مما يستدعي مناشدة المشرع العراقي بأنه من الضروري بإعادة ترتيب أحكام المسؤوليتين من حيث التنظيم بنصوص خاصة من حيث الآثار وتحت تسمية المسؤولية المدنية.

3- بما أن السلطة التشريعية في العراق أمام تحد كبير لإصلاح نظام المسؤولية المدنية، ووجود تماس مباشر مع مصالح المواطنين، لذا نناشد السلطة التشريعية في العراق بدراسة ومطالعة ما طرح من المشاريع التي قدمت في فرنسا وفي العالم لإصلاح نظام المسؤولية المدنية وتوحيد المسؤوليتين، وأن تأخذ بما سبقهم من الفقه الإسلامي التي لم يميز بين المسؤوليتين كالمسؤولية التي أقامها على أساس المباشر والمتسبب والتي لم يميز بين المسؤوليتين العقدية والتقديرية.

4- نقترح على المشرع العراقي وفي سبيل إنهاء ازدواجية المسؤولية المدنية وتوحيدها، بإلغاء الفرع الثاني الخاص بالمسؤولية العقدية والتي جاءت تحت تسمية ضمان العقد، وتخصيص فرع خاص بتنظيم نظام العقد، ونقل ما جاء بخصوص قواعد المسؤولية العقدية في الفرع الثاني إلى الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الأول من القسم الأول من القانون المدني العراقي، وإعادة هيكله بخصوص الفعل الضار عموماً بوضع قواعد عامة تطبق على المسؤوليتين معاً لعدم اختلافهما من حيث الآثار، وتطبق على النوعين من الالتزامات، الالتزامات العقدية والالتزامات التي مصدرها القانون، وأحكام التعويض واتفاقات الاعفاء من المسؤولية.

المراجع

القران الكريم

أولاً: الكتب

1. جاك غستان، كريستون جامان، مارك بيو، المطول في القانون المدني، الجزء الأول، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.
2. د. جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، منشورات جامعة صلاح الدين، أربيل، مطابع جامعة الموصل، العراق، 1984.
3. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع والإيجار والمقاوله، الناشر العاتك لصناعة الكتب، ط4، القاهرة، 2009.
4. د. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء 2، الخطأ، دار وائل للنشر، عمان – الأردن، 2006، 2006.
5. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني – العقود المسماة، شركة الرابطة للنشر، بغداد، 1945.
6. د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الحق، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 2017.
7. د. عبد الرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة القانونية، الإسكندرية – مصر، 1971.
8. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، بيروت، 2009.
9. د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، المكتبة القانونية، بغداد، 2010.

10. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
11. د. عبدالرحمن عياد، أساس الالتزام العقدي، النظرية والتطبيقات، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 2007.
12. د. عصمت عبدالمجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني، المكتبة القانونية، بغداد، 2007.
13. د. علاء حسين علي الجوعاني، تصدع نظام ازدواجية المسؤولية المدني دراسة تحليلية من منظور الفقه الاسلامي، الناشر مركز البحوث القانونية بوزارة العدل في اقليم كردستان العراق، طبع في مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ط1، بيروت، 2022.
14. د. فايز محمد حسين محمد، أصول النظم القانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016.
15. د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، العناصر المكونة للعقد كمصدر للالتزام في القانونين المصري والانكليزي، من منشورات جامعة المنصورة، ١٩٧٨ م.
16. د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية: المواد (1100 إلى 1231 – 7)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، 2018.
17. د. محمد دغمان، الزامية العقد، منشورات زين الحقوقية، ط2، بيروت، 2018.
18. د. محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقة اساس المسؤولية المدنية في القانون العراقي، مكتب التفسير، أربيل-العراق، 2008م.
19. د. محمد سليمان الأحمد، خواطر مدنية، أفكار وآراء في القانون المدني، مؤسسة حمدي للطباعة والنشر، السليمانية – العراق.
20. د. محمد سليمان الأحمد، فلسفة الحق، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، 2017.
21. د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء الأول، في ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، 1978.
22. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، الجزء الأول، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، ط15، بغداد، 2002.
23. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، مطبعة شهاب، ط1، أربيل، 2011.
24. د. مه زن جلال أحمد، مشكلات التكليف في المسؤولية المدنية، المؤسسة الحديثة للكتاب، ط1، 2017.
25. موفق حميد البياتي، شرح على المتون، الموجز المبسط في شرح القانون المدني، القسم الأول – مصادر الالتزام المواد (73 – 245)، منشورات زين الحقوقية، ط1، بيروت، 2017.
26. د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004م.

27. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، دار الفكر المعاصر، بيروت، ط9، 2012.
28. الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000.
29. صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، ٢٠٠٧.
30. عبد الرحمن عبدالله الصراف، الفقه والقضاء الإسلامي، دراسة تاريخية قانونية مقارنة، دار ومكتب الكون، ط1، الموصل، 2009.
31. عبد الكريم زيدان، المدخل لدارسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية - مصر، 2001.
32. فوزي كاظم المياحي، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاءً، نظرية العقد - القسم الثاني، ج3، مطبعة السيماء، ط1، بغداد، 2018.
33. هشام صادق وعكاشة عبدالعال، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٩.

ثانياً: الرسائل الجامعية

1. أمجد محمد منصور، المسؤولية المدنية عن حراسة الأشياء - دراسة مقارنة في القانون المدني المصري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، القاهرة 1994.
2. بعجي أحمد، تأثير التوجيه التشريعي على النظرية العامة للعقود، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2018 - 2019.
3. عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2016 - 2017.

ثالثاً: البحوث القانونية

1. د. أحمد حميد سعيد ود. بشير سلطان شهاب، تأثير الفقه الإسلامي في إثراء القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد (16) العدد (1)، لسنة 2019، جامعة الموصل.
2. د. أحمد حميد سعيد ود. بشير سلطان شهاب، تأثير الفقه الإسلامي في إثراء القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد (16) العدد (1)، لسنة 2019، جامعة الموصل.
3. د. أحمد حميد سعيد ود. بشير سلطان شهاب، تأثير الفقه الإسلامي في إثراء القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية، المجلد 16، العدد 1، لسنة 2019.
4. د. أكرم فاضل القصير، التطور التاريخي لفكرة المقابل في القانون الأنجلوسكسوني، دراسة تحليلية للقانون الإنجليزي مع الإشارة الموجزة إلى مبادئ نظرية السبب اللاتينية، مجلة كلية الحقوق جامعة النهرين، المجلد (17)، العدد (1)، السنة 2019.

5. د. أكرم محمود حسين ود. محمد صديق محمد عبدالله، موضوعية الإرادة التعاقدية، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (9)، السنة الثانية عشرة، العدد 31، كلية الحقوق بجامعة الموصل، 2007.
6. د. ذهبية حامق، النظرية العامة للعقد: تصور جديد، بحث منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد (30)، العدد (3)، السنة 2016.
7. د. طارق كاظم عجيل، دراسة نقدية للمسؤولية التعاقدية، ورقة بحثية مقدمة في مؤتمر جامعة بغداد – كلية القانون تحت عنوان "استدامة قواعد القانون الخاص والتحديات المعاصرة"، منشور في العدد الخاص بوقائع المؤتمر – مجلة العلوم القانونية.
8. د. علاء حسين علي ود. رياض أحمد عبد الغفور، العرف العقدي، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد (60)، ذو الحجة 1435، السنة الثامنة والعشرون، اكتوبر 2014.
9. د. محمد عرفان الخطيب، إضاءة على مشروع قانون إصلاح نظام المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث: المبررات والنتائج، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، أبريل 2019.
10. د. محمد عرفان الخطيب، الاستشراف المستقبلي لمبدأ وحدة المسؤولية المدنية في التشريع المدني الفرنسي الحديث قراءة في فلسفة مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية "PLRRC Urvoas" دراسة تحليلية معمقة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد 3، العدد التسلسلي 31 محرم – صفر هـ، سبتمبر 2020.
11. د. محمد عرفان الخطيب، المرتقب في قواعد نهوض المسؤولية المدنية والإعفاء منها "دراسة تحليلية معمقة للقانون المدني الفرنسي" في ضوء مشروع قانون إصلاح نظرية المسؤولية المدنية PLRRC Urvoas 2017، المجلة الأردنية في القانون والسياسة، اللجنة العليا للبحث العلمي، جامعة مؤتة، المجلد 11، العدد 4، 2019م، الأردن.
12. د. عبدالمهدي ضيف الله السعد الشرع، مصادر اكتساب العقد لقوته في الالتزام، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهما الأشراف، العدد الثالث والعشرون، الجزء الأول، لسنة 2021، الدهقالية – مصر.
13. د. محمد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (22)، العدد (4)، لسنة 2014.
14. د. محمد عدنان باقر، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد (22)، العدد (4)، لسنة 2014.
15. د. نجيمة علاق، تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني الجزائري، بحث منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد (34)، العدد (4)، لسنة 2020.
16. د. نجيمة علاق، تأثير مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني الجزائري، بحث منشور في مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد (34)، العدد (4)، لسنة 2020.

رابعاً: القوانين والتشريعات والمشاريع

القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1950.
- قانون التسجيل العقاري العراقي النافذ رقم (43) لسنة 1971
- قانون إيجار العقار العراقي النافذ رقم (87) لسنة 1979
- قانون الاستملاك العراقي رقم (12) لسنة 1981.
- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.
- القانون المدني البحريني رقم (19) لسنة 2001.
- القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004.
- مشروع اصلاح احكام المسؤولية المدنية لسنة 2017 باللغة الفرنسية:
- «On est responsable du dommage causé par sa faute»
- قانون التصديق لعام 2018.

خامساً: مصادر القرارات القضائية

1. رزكار عبدالله حسن والمحامي أمانج عارف كريم، تحفة القضاء من صفوة مبادئ احكام قضاء محكمة تمييز إقليم كردستان شرحاً وتعليقاً – تطبيقات القانون المدني العراقي المرقم 40 لسنة 1951 المعدل، مكتبة هوليير القانونية للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، أربيل، 2021.
2. الموقع الالكتروني الخاص بمحكمة التمييز الاتحادية العراقية: <https://iraqcas.e-sjc-services.iq>

سادساً: المصادر الأجنبية

1. BETTER- MIEUX (Pierre) Essai historique et critique sur le fondement de la responsabilité en droit français Thèse Lille 1921.
2. A. Bénabent. L. Aynes, Réforme du droit des contrats et des obligations : Aperçu générale, Dalloz, 25 Février 2016.
3. A. BENCHENEB, Le contrat en droit Algérien : entre textes et contexte(s), dans l'ouvragesous la direction Walid LAGGOUNE : Algérie, cinquante ans après, la AJED2013. du droit, part
4. droit des contrats : brèves observations sur A. Ghazi et Y. Lequette, La réforme du le projet de la chancellerie, D, 2008.
5. André TUNC, International Encyclopedia of comparative Law, Vol. 1XI, Torts, chap.1, Brill – Neuhoff, 1983.



- C. (2018) Responsabilité civile, Panorama Brun, P. Gout, O. Quézel-Ambrunaz, .6
Novembre 2017. - Novembre 2016
- Christophe Jamin, dénis Mazeaud, la nouvelle crise du contrat, acte du colloque .7
du 14 / mai/2001, organisé par le centre René Demogue de l'université de Lille III,
.Dalloz Sirey, collection thème et commentaire, paru le 30/1/2003
- Claud, Champaud, Mondialisation et droit économique, Rev, Int, Dr, Econ, .8
numéro spéciale, 2002
- De certains points du projet de D. Mainguy, Défense, critique et illustration .9
réforme du droit des contrats, D, 2009.
- civ, 1949. RTD. ESMEIN (P) : La faute et sa place dans la responsabilité civile, .10
- François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, François Chenede, Droit civil, .11
Les obligations, 12 Edition, DALLOZ, 2019.
- G. Viney, Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme du code civil relative .12
à la responsabilité, JCP G, 2016.
- Gény (f), Méthodes d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif. 2ed, T (I) .13
paris,1954.
- Hariz Saidqni, La rupture de contrat, Thèse Ecoie Doctorale, Université De .14
Toulon, HAL archives – ouvertes, Fr. 2015 – 2016.
- JOSSERAND (Louis): De la responsabilité du fait des choses inanimées, Librairie .15
nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris 1897.
- JOSSERAND : De l'esprit des droits et de leurs relativité “ théorie dit de l'abus de .16
droits, 2ème éd, Paris ; 1939.
- Borghetti, Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : J-S. .17
projet de réforme rendu public le 13 mars 2017, D. 2017. présentation du
- L. Josserand, Aperçu Général des tendances Actuelles La Thorie Des contrats, .18
RTDciv, 1937.
- leurs JOSSERAND: De l'esprit des droits et de L. Josserand, Op. cit, p. 08. .19
relativité “théorie dit de l'abus de droits, 2ème éd, Paris; 1939.
- Quelles réformes pour la responsabilité civile ? AJ contrat 2017. Dissaux, N. .20

- (dir.), La documentation française, 2005. D. Mainguy, Défense, critique P. Catala .21
de certains points du projet de réforme du droit des contrats, D, et illustration
2009.
- P. Dauchy. Une conception objective du lien d'obligation. Les apports du .22
.structuralisme a la théorie du contrat archives de philosophie du droit, T26,1981
- P. Durand, La contrainte légale dans la formation du rapport contractuel, RTD civ, .23
n° 2, 1944.
- PALMER (Vernon) : Trois principes de la responsabilité sans faute, Rev Int. Drt. .24
Comp, 1987.
- Ph. Brun, C. Quezel- Ambrunaz, Réforme de la responsabilité civile : regards .25
impressionnistes sur un projet académique. Revue Lamy Droit civil, 2012.
- Responsabilité civile, Chro, Philippe. Stoffel-Munck, C. Bloch et M. Bacache, .26
JCP E, n° 9-10, 26 Février 2018.
- R. Cabrillac, droit des obligations, 8 éd,2008, cours Dalloz, p81et19. F. Terre, Ph. .27
Simler et Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 11 éd, Tome 1, france,2013.
- S. Rétif, Le rapport Catala. Responsabilité civile et assurances, n° 1, 2006, alerte .28
Poumarede, Les régimes particuliers de responsabilité civile, ces oubliés de 1. M.
Catala, D. 2006. l'avantprojet
- SALEILLES (Raymond) : La responsabilité du fait des choses devant la cour .29
.supérieure du Canada. RTD. Civ 1911
- SALEILLES (Raymond): Les accidents de travail et de la responsabilité civile, .30
Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris 1897.
- Sandrine Clavel : la confiance dans les instruments internationaux et européens de .31
droit uniforme, colloque " la confiance en droit privé des contrats " organisé le 22
juin 2007, université de vermeille saint – Quentin –en Yvelines.
- SAVATIER (René): Traité de la responsabilité civile en droit français. T1. 2ème .32
éd, 1951.

سابعاً: المواقع الإلكترونية

- Dr. Lee Boldeman, The Cult of the Market, Chapter 9: The Doctrine of Freedom .1
of Contract, published by: Published by ANU E Press the Australian National
/https://press-:University, 2007, p.252, Available on the website
files.anu.edu.au/downloads/press/p98831/pdf/book.pdf, Date of visit: 28/7/2023.



2. <https://www.jstor.org>
3. <http://www.justice.gouv>
4. M. Laurent BETEILLE, PROPOSITION DE LOI, portant réforme de la responsabilité civile, N. 657 SENAT. 9 juillet 2010. Disponible sur le site : <https://www.senat.fr/leg/pp109-657.html>. Date de visite : 26/8/ 2023.
5. Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile: Mustapha Mekki maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile, Recherche disponible sur le site: [/https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2016/06/redaction-definitive.pdf](https://mustaphamekki.openum.ca/files/sites/37/2016/06/redaction-definitive.pdf), Date de consultation: 21/08/2023.
6. Note de présentation du projet de réforme du régime des obligations et des Document publié sur le site d'internet : [quasicontrats. art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avant_projet_regime_obligations.pdf). <http://www.textes.justice.gouv.fr/>
7. Prof. Roland Minnerath, Les principes fondamentaux de la doctrine sociale. La question de leur interprétation, Académie Pontificale des Sciences Sociales Disponible sur le site : XVIIIe session plénière Mai 2008, <https://ordosocialis.de/pdf/minnerath/Lesprincfonddeladocsoc08.pdf>, Date de 27/ 7/ 2023.: visite
8. www.courdecassation.fr/IMG///reforme-droit-RC.pdf.
9. www.editions-legislatives
10. [ord_reforme_contrats_2015.pdf www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet](http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf)