



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء - كلية القانون

النسبية في القانون المدني

(دراسة مقارنة)

رسالة ماجستير تقدم بها الطالب

طالب عبد سلمان حسين العلي

إلى / مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف الأستاذ الدكتور

عادل شمران حميد الشمري

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

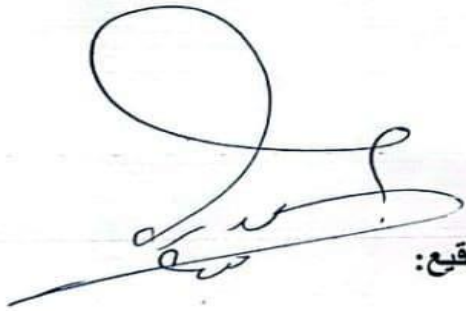
((اللَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ الْحَيُّ الْقَيُّومُ لَا تَأْخُذُهُ سِنَّةٌ وَلَا نَوْمٌ لَهُ مَا فِي
السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ مَنْ ذَا الَّذِي يَشْفَعُ عِنْدَهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ يَعْلَمُ مَا
بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَمَا خَلْفَهُمْ وَلَا يُحِيطُونَ بِشَيْءٍ مِنْ عِلْمِهِ إِلَّا بِمَا شَاءَ
وَسِعَ كُرْسِيُّهُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضَ وَلَا يَئُودُهُ حِفْظُهُمَا وَهُوَ الْعَلِيُّ
الْعَظِيمُ))

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة الآية ﴿٢٥٥﴾

إقرار المقوم اللغوي

أشهد بأن الرسالة الموسومة (النسبية في القانون المدني -
دراسة مقارنة) التي تقدم بها الطالب (طالب عبد سلمان حسين
العلي) قد جرى مراجعتها لغوياً من قبلي وبذلك أصبحت سليمة من
الناحية اللغوية.


التوقيع:

الاسم: أ.د. سهيلة خطاف عبد الكريم

التاريخ: ٢٠٢١ / ٩ / ٢٦

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (النسبية في القانون المدني " دراسة مقارنة ")، وناقشنا الطالب (طالب عبد سلمان) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (٢٤٧٥).

التوقيع:

الاسم: أ.د. حيدر فليح حسن

(عضواً)

التاريخ: ٢٠٢١ / /

التوقيع:

الاسم: أ.د. حيدر حسين كاظم

(رئيساً)

التاريخ: ٢٠٢١ / /

التوقيع:

الاسم: أ.د. عادل شمran حميد

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: ٢٠٢١ / ١١ / ٣٠

التوقيع:

الاسم: م.د. عباس سمير حسين

(عضواً)

التاريخ: ٢٠٢١ / ١١ / ٢٠

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع:

أ.م.د. عبد الله عبد الامير طه

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ٢٠٢١ / /

الإهداء

إلى من أناروا الدنيا بنورهم انمتي وسادتي فاطمة وأبيها وبعلمها
وبنيها (عليهم السلام).

إلى كل قطرة دم سالت فداء لهذا الوطن شهداء الأرض والعرض
والمقدسات شهدائنا الأبرار.

إلى الذي علمني أن الإنسان يكبر بالحب والعلم، وأن الإرادة تقهر بالصعاب
..... والدي العزيز.

إلى من صارعت الزمن والآلام، فكانت مثلاً للتضحية والوفاء، ورمزاً للحب
والعطف والحنان والدتي أطل الله في عمرها وأعانا على حسن برها .

إلى من دفعوني لاستكشاف آفاق العلم والمعرفة، فكانوا أسخياء في بذلهم،
وأوفياء في عهدهم، كرماء في خلقهم أخواني وأخواتي جزاهم الله عني
خير الجزاء.

إلى من جعل الله تعالى بيني وبينها مودة ورحمة والتي تحملت هي الأخرى
وعانت وصبرت على متطلبات العلم، فكانت مثلاً للتضحية والوفاء.....
زوجتي.

وإلى من جعلهم الله عز وجل زينة الحياة الدنيا..... أولادي حفظهم

الله.

شكر و عرفان

بسم الله الرحمن الرحيم

((.. رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَلَدَيَّْ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ)) صدق الله العلي العظيم، سورة النمل، الآية (١٩). الحمد لله الأول قبل الإنشاء والأحياء، والآخر بعد فناء الأشياء العليم الذي لا ينسى من ذكره، ولا ينقص من شكره، والصلاة والسلام على سيد المرسلين نبينا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبة المنتجبين.

يطيبُ ليّ، بعد أن اتممت رسالتي المتواضعة هذه، أن اتوجه بالشكر والثناء إلى أستاذي الفاضل الأستاذ الدكتور عادل شمran حميد الشمريّ؛ وذلك لتحمله عناء الإشراف على هذه الرسالة، وما بذله من جهد ومواكبة وتعهدّه بالنقد الهادف حتى خرجت هذه الرسالة بهذا الشكل، كما أنني ممتن لحضرتة بالكثير لما حاطني به من اهتمام طيلة سني دراستي الجامعية، وما قام به يدل فعلاً على سعة علمه وكرمه، فجزاه الله عني خير الجزاء.

ومن باب الشكر والعرفان أتقدم بخالص الشكر إلى عميد كلية القانون جامعة كربلاء الأستاذ المساعد الدكتور عبدالله عبد الأمير طه وأساتذتي الأفاضل في كلية القانون جامعة كربلاء الذين أحاطونا بالرعاية الأبوية واستقينا من بحر معرفتهم الكثير... الكثير... فكانوا لنا نعم المورد. كما اتقدم بالشكر والعرفان إلى الأساتذة الأفاضل رئيس وأعضاء لجنة المناقشة لتفضلهم مشكورين بقراءة هذه الرسالة وإبداء الملاحظات التي من شأنها اظهارها بالشكل الأفضل .

كما لا يسعني إلا أن اتقدم بخالص شكري وامتناني للقضاة الذين ساعدوني في كتابة هذه الرسالة من خلال تزويدي ببعض القرارات الغير منشورة لمحكمة التمييز الاتحادية فجزاهم الله عني خير الجزاء. كذلك الشكر موصول، ايضاً، لموظفي مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء، ومكتبة كلية القانون جامعة الكوفة، ومكتبة كلية القانون جامعة بغداد، ومكتبة كلية القانون جامعة بابل، ومكتبة المعهد القضائي، ومكتبة معهد العلمين للدراسات العليا، ومكتبة العتبة الحسينية والعباسية والعلوية على المساعدة والتعاون الكبيرين في توفير المصادر التي يحتاجها موضوع البحث .

الباحث

طالب عبد سلمان الجراح

المخلص

من المعلوم أن النصوص القانونية لا تكون على نطاق واحد، فبعضها يكون ذات نطاق واسع والبعض الآخر منها يكون ذات نطاق ضيق، فالنصوص الأخيرة هي التي تتجسد بها النسبية في القانون المدني، فالنسبية عادةً ما تكون محدودة النطاق سواء أكان ذلك من الناحية الشخصية أم الموضوعية؛ لكونها تؤدي إلى اختصار الحكم على بعض أفرادهِ أشخاصاً أو موضوعاً، أو إنها تؤدي إلى سريان الحكم في مواجهة نسبية دون أخرى من المحكوم عليهم، وذلك بغية تحقيق غاية معينة؛ لكي لا يكسب شخص حقاً على حساب شخص آخر، كما أن للنسبية في القانون المدني أهمية كبيرة خصوصاً على المستوى العملي لما لها دور كبير في حسم النزاع بسرعة وتقليل الجهد والنفقات في الوقت ذاته وهذا ما دفع المشرع وكذلك الفقه والقضاء إلى تقريرها. كما إن للنسبية في القانون المدني العديد من التطبيقات، حيث التمسنا ذلك من خلال مراجعة نصوص القانون المدني العراقي والقوانين المدنية لاسيما تلك التي تكون منها محل المقارنة، حيث نجدها تارةً في نطاق العقود كما هو الحال في نسبية أثر العقد وتارةً أخرى نجدها في نطاق الحقوق كما هو الحال في عيوب الحيازة، كما نجدها في نطاق تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة، فالشيء قد يكون مثلي أو قيمي بإرادة الأشخاص.

وهذا أدى بدوره إلى تعدد مصادر النسبية في القانون المدني فقد تكون إرادية أو قانونية أو قضائية وعلى أساس ذلك فإن إشكالية موضوع البحث والدراسة تبلورت في صورة رئيسة في عدم وجود نظرية عامة للنسبية في القانون المدني، بل كل ما هنالك تطبيقات متناثرة في مواضيع متعددة ومختلفة خصوصاً من حيث الطبيعة و التي لا يجمعها جامع معين، من ذلك تعددت أنواعها واختلف الأساس الذي تركز عليه، واستناداً الى ذلك فإنه لا بد من تجاوز هذه الإشكالية من خلال دعوة المشرع إلى النص وبشكل صريح على النسبية فلا بد من تشريع نصوصاً قانونية تجمع من خلالها تطبيقات النسبية في القانون المدني العراق من خلال النص على أن الأحكام النسبية الواردة في هذا القانون تسري في حق الأشخاص المعنيين بها فقط وبحدود موضوع النص، و بهذا فإن غاية جهدنا تتجسد في وضع نظرية عامة للنسبية في القانون المدني.

الصفحة		الموضوعات
من	الى	
٩	١	المقدمة
١١٤	١٠	الفصل الأول: مفهوم النسبية في القانون المدني
٤٣	١١	المبحث الأول: ماهية النسبية
٢٨	١٢	المطلب الأول: التعريف بالنسبية
٢٢	١٢	الفرع الأول: تعريف النسبية
٢٨	٢٢	الفرع الثاني: مبررات النسبية في القانون المدني
٤٢	٢٨	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للنسبية وتمييزها عما يشته به من أوضاع قانونية
٣٥	٢٨	الفرع الأول: الطبيعة القانونية للنسبية
٤٣	٣٥	الفرع الثاني: تمييز النسبية عما يشته به من أوضاع قانونية
٨٠	٤٣	المبحث الثاني: أساس النسبية في القانون المدني وتحديد أنواعها
٦٤	٤٤	المطلب الأول: أساس النسبية في القانون المدني
٥٣	٤٤	الفرع الأول: الأساس التقليدي للنسبية
٦٤	٥٣	الفرع الثاني: الأساس الحديث للنسبية
٨٠	٦٤	المطلب الثاني: أنواع النسبية
٦٩	٦٤	الفرع الأول: أنواع النسبية من حيث نطاقها
٨٠	٦٩	الفرع الثاني: أنواع النسبية من حيث مصدرها
١١٤	٨٠	المبحث الثالث: شروط النسبية ونطاقها في القانون المدني

٩٩	٨٠	المطلب الأول: شروط النسبية في القانون المدني
٩١	٨١	الفرع الأول: الشروط العامة للنسبية
٩٩	٩١	الفرع الثاني: الشروط الخاصة للنسبية
١١٤	٩٩	المطلب الثاني: نطاق النسبية في القانون المدني
١٠٩	١٠٠	الفرع الأول: النطاق الشخصي للنسبية
١١٤	١٠٩	الفرع الثاني: النطاق الموضوعي للنسبية
٢٢٨	١١٥	الفصل الثاني: أحكام النسبية في القانون المدني
١٤٥	١١٦	المبحث الأول: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالنسبية وتحديد آثارها
١٣٥	١١٦	المطلب الأول: المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالنسبية في القانون المدني
١٢٦	١١٧	الفرع الأول: المسؤولية العقدية
١٣٥	١٢٦	الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية
١٤٥	١٣٥	المطلب الثاني: آثار النسبية في القانون المدني
١٤١	١٣٥	الفرع الأول: ثبوت الحكم على نطاق ضيق
١٤٥	١٤١	الفرع الثاني: نقض الحكم المخالف للنسبية
١٨٠	١٤٥	المبحث الثاني: إثبات النسبية وتحديد استثناءاتها في القانون المدني
١٦٤	١٤٦	المطلب الأول: إثبات النسبية في القانون المدني
١٥٦	١٤٦	الفرع الأول: إثبات نسبية التصرف القانوني

١٦٤	١٥٦	الفرع الثاني: إثبات نسبية الواقعة القانونية
١٨٠	١٦٤	المطلب الثاني: استثناءات النسبية في القانون المدني
١٧٣	١٦٥	الفرع الأول: الاستثناءات العامة
١٨٠	١٧٣	الفرع الثاني: الاستثناءات الخاصة
٢٢٨	١٨٠	المبحث الثالث: تطبيقات النسبية في القانون المدني
٢٠٧	١٨١	المطلب الأول: التطبيقات الاتفاقية والقانونية
١٩٤	١٨١	الفرع الأول: التطبيقات الاتفاقية
٢٠٧	١٩٤	الفرع الثاني: التطبيقات القانونية
٢٢٨	٢٠٧	المطلب الثاني: التطبيقات الفقهية والقضائية
٢١٩	٢٠٧	الفرع الأول: التطبيقات الفقهية
٢٢٨	٢١٩	الفرع الثاني: التطبيقات القضائية
٢٣٦	٢٢٩	الخاتمة
٢٦٣	٢٣٧	قائمة المصادر
A	B	Abstract

المقدمة

المقدمة

الحمد لله الذي يؤتي الحكمة من يشاء ومن يؤت الحكمة فقد أوتي خيراً كثيراً، والصلاة والسلام على الذي أسمه أحمد في السماء وفي الأرض أبي القاسم محمد المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه النجباء، وعلى من أتبعهم فكان من الأولياء، وبعد... نظراً للأهمية البالغة التي يتمتع بها موضوع البحث والدراسة، اقتضى الأمر بنا إلى التطرق لهذا الموضوع للبدء به بمقدمة سنتناول فيها المحاور الآتية: (التعريف بموضوع البحث، أهمية موضوع البحث، إشكالية موضوع البحث، أسباب اختياره، ومنهجية البحث، نطاق البحث، وكذلك الهيكلية البحث).

أولاً- التعريف بموضوع البحث

لاشك في أن ضرورة وجود الشخص داخل المحيط الاجتماعي يفرض حقيقة ثابتة مفادها عدم استطاعة هذا الشخص بشكل وبآخر إن يقف موقف اللامبالاة تجاه ما يمكن أن يحدث فيه من وقائع وتصرفات قانونية في إطار النسبية في القانون المدني، فعلى الرغم من تشابك علاقات الأفراد وروابطهم فيما بينهم واتسامها بالتعقيد والتداخل، فإنها من حيث الأصل يجب أن تتحدد في نطاق معين أشخاصاً وموضوعاً، وهذه هي النسبية في التصرفات والوقائع القانونية، فالتصرفات القانونية من حيث آثارها مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالنسبية، إذ يقوم المشرع في القانون المدني ويسانده الفقه والقضاء بإيراد بعض من التطبيقات التي تكون نسبية من حيث أشخاصها أو موضوعها على الرغم من أن المشرع، قد يستثني من هذه النسبية بعض التصرفات القانونية لضرورتها بما تسمح به القواعد العامة، سواء أكان ذلك بنص القانون أم بإرادة الأطراف.

وعلى أساس ذلك فإن نشوء تلك التصرفات صحيحة يرتب ذلك التزامات وحقوقاً (آثار) تقتصر على أطرافها وهذا يعد نتيجة طبيعية للمبدأ السائد في مجال العقود ألا وهو (القوة الملزمة للعقد)، إذ إن المبدأ الأخير يعد من المبادئ المستنتجة من مبدأ سلطان الإرادة، والذي تتبلور فيه النسبية سواء أكان ذلك من حيث الموضوع أم من حيث الأشخاص، فالأثر النسبي للعقد مثلاً بوصفه تطبيقاً من تطبيقات النسبية في القانون المدني من حيث الأشخاص يعني انصراف آثار العقد إلى أطرافه المتعاقدة دون سواهم أي (أشخاص العقد) إذ يلتزمون بما نشأ عن العقد من التزامات ويكسبون ما تخلف عنه من حقوق تطبيقاً لمبدأ نسبية أثره، أما من حيث الموضوع فإن هذه النسبية

تتمثل في إلزام المتعاقدين بما ورد في العقد وما هو من مستلزماته، والتي لا يمكن من حيث الأصل التحلل منها إلا بنص القانون أو بمقتضى اتفاق الأطراف المتعاقدة، وهذا ما نصت عليه المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي المرقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ. كذلك نص القانون المدني العراقي على هذه النسبية في مواضع عدة، منها نسبية أثر وقف التقادم، بمعنى أنه لا يصح التمسك به إلا من قام سببه فيه وإلى الوقت الذي يستمر فيه هذا السبب وهذا ما نصت عليه المادة (٤٣٦) من القانون أعلاه، كذلك أشار المشرع العراقي إلى هذه النسبية في نطاق الحيازة من حيث عيوبها، فإذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو إذا كان فيها لبس أو غموض، فلا يكون لها أثر إلا في اتجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها من ناحية، وكذلك من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب من ناحية أخرى، فالإكراه مثلا لا يحتج به إلا في مواجهة من اغتصبت منه الحيازة، فإذا كان المالك الحقيقي شخصا ثالثا لم تمارس ضده أعمال الإكراه كانت الحيازة بالنسبة إليه صحيحة، ومن ثم يسري التقادم في حقه أما بالنسبة للغير فإن الحيازة تكون هادئة بحقه، وعلى أساس ذلك عُدَّت هذه العيوب نسبية، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٤٦) من القانون المدني العراقي .

ومن هذا المنطلق يبدأ موضوع دراستنا المنصب حول النسبية في القانون المدني عن طريق بيان مفهومها من نواحٍ عدة، منها الفقهية، والتشريعية، فضلا عن الناحية القضائية، وبيان مبرراتها التي دفعت المشرع إلى النص عليها أو تقريرها من الفقه والقضاء، وكذلك بيان الأساس القانوني الذي تركز عليه النسبية، بالإضافة إلى ذلك بحث نطاق النسبية سواء أكان ذلك من الناحية الشخصية أم الموضوعية؛ لماله من تأثير مهم على نفاذ التصرفات القانونية وهذا يؤدي بدوره إلى تحديد المسؤولية وتضييق نطاقها، بتعبير أعم، إن النسبية بصورتها الاعتيادية تؤدي إلى تقليص آثار التصرفات القانونية ضمن نطاق معين، كما أن لهذه النسبية العديد من الاستثناءات التي ارتأينا أن نسلط الضوء عليها وبيان ما إذا كانت هذه الاستثناءات هي خروج عن نطاق النسبية أم أنها تعد تطبيقاً لها، كما إن للنسبية في القانون المدني تطبيقات عدة متناثرة هنا وهناك بين أبواب القانون المدني، إذ نرى هذه النسبية تارة في باب العقود وتارة في باب الحقوق وهذه التطبيقات تكون تطبيقات نسبية، الأمر الذي يترتب عليه نسبية هذه الآثار بما يتحتم على المحكمة مراعاة هذه النسبية عند الفصل في النزاع المعروض عليها تطبيقاً للنسبية في القانون المدني، كل هذه المفردات وغيرها سنتناولها في طيّات

موضوع البحث والذي يمكن عن طريقها وضع نظرية عامة للنسبية في القانون المدني.

ثانياً - أهمية موضوع البحث

إن لدراسة النسبية في القانون المدني يكسب أهمية بالغة على المستويين النظري والعملي، الأمر الذي سنورده في النقاط الآتية :

١- الإطار النظري: نلاحظ عند التمعن في قراءة أغلب القوانين المدنية لاسيما القانون المدني العراقي والقوانين المدنية الأخرى محل المقارنة، إنها لم تخلُ من الإشارة إلى النسبية في الكثير من الموضوعات القانونية المختلفة، وعلى أساس ذلك فإن لهذا النص أهمية كبيرة من حيث بيان الأثر وتقييده في أشخاص وموضوعات معينة، إذ إن من شأن تفصيل النسبية وتأصيلها سواء أكان ذلك من حيث الأشخاص أم من حيث الموضوع، وبيان الاستثناءات التي ترد عليها أهمية في بيان الالتزامات التي ترتبها التصرفات والوقائع القانونية وتحديدها، فضلاً عن ذلك فإن اهتمام الفقهاء والشراح بهذه النسبية ضمن تطبيقات متناثرة في أبواب القانون المدني، فكما بيّنا سابقاً إننا نجد المشرع العراقي ينص صراحة أو دلالة على النسبية في مواضع مختلفة، فنجده مثلاً ينص على هذه النسبية عند بيان نسبية آثار الالتزام التضامني، أو نسبية تقسيم الأشياء إلى مثالية وقيمية، أو نسبية أثر العقد (القوة الملزمة للعقد) وتقييد هذه الآثار على ((المتعاقدين وخلفهما العام والخاص)).

وكذلك نجدّه يتطرق إلى النسبية في نطاق الحيازة كونها سبباً من أسباب كسب الملكية، إذ أشار المشرع إلى نسبية عيوب الحيازة، بمعنى أنها تتصرف بحق الحائز الذي وقعت عليه وحده دون غيره، وانطلاقاً مما سبق يمكن القول إن للنسبية العديد من التطبيقات المتناثرة بين موضوعات القانون المدني، لذلك نرى أن الفقه القانوني قد اهتم بهذه النسبية عن طريق عدة تطبيقات دون جمعها والاهتمام في بعض هذه التطبيقات دون سائر الموضوعات الواردة فيها النسبية، لذلك نحاول في هذه الدراسة جمع تلك التطبيقات تحت جامع معين.

٢- الإطار العملي: تتبلور أهمية موضوع البحث من الناحية العملية عن طريق الدور الذي تؤديه في عمل القضاء؛ لأن تشابك العلاقات وتداخلها بالنسبة لالتزام معين من شأنه أن يزيد عدد أطراف الالتزام، وهذا من دون شك يؤدي إلى زيادة الالتزامات وتعدد المسؤوليات خصوصاً في البيوع المتعاقبة. فالنسبية في التصرفات القانونية من

شأنها أن تتَّهَّل عمل القضاء في سرعة حسم المنازعات المعروضة عليه، إذ إن وجود النسبية في تطبيق معين من تطبيقاتها القانونية هي مسألة من الممكن أن تساعد المحكمة في اختيار أسهل الطرق في حسم النزاع عن طريق الاستناد إلى النسبية بشأن المنازعة المعروضة عليه، تطبيقًا لذلك عند البحث في القرارات محكمة التمييز الاتحادية نجدها تحسم الكثير من الدعاوي مستندة في ذلك على النسبية في التصرفات القانونية؛ لأن هذا الأخير يحصر الالتزامات بأطراف الالتزام وحدهم مما يساعد ذلك في حسم النزاع بسرعة وتقليل الجهد والنفقات في الوقت نفسه، وهنا يظهر الدور الذي تؤديه النسبية في التصرفات والوقائع القانونية نظريًا وعمليًا .

ثالثًا - إشكالية موضوع البحث

تكمن إشكالية موضوع البحث والدراسة بصورة رئيسة في عدم وجود نظرية عامة للنسبية في القانون المدني، إذ لم يبن المشرع الحدود الفاصل للنسبية، وما الذي يترتب عند تجاوزها، بل كل ما هنالك تطبيقات متناثرة في مواضيع متعددة ومختلفة، فكما بيَّنا سابقاً أن النسبية في القانون المدني نجدها في نطاق الحقوق تارةً وفي نطاق العقود تارةً أخرى، إذ إن لكل حالة أو تطبيق من تطبيقاتها نطاق شخصي وآخر وموضوعي خاص بها، بحيث إن ما يسري عليها من أحكام يختلف عن غيرها وبسبب هذا التعدد لحالات النسبية واختلافها نجد صعوبة في لملمة شتات البحث، الأمر الذي يتحتم علينا بيان هذه الجزئيات المشتتة على النسبية ومن ثم وضع قواعد عامة للنسبية في القانون المدني .

رابعًا - أسئلة البحث

يشير موضوع البحث والدراسة جملة من التساؤلات والتي لا بد لنا من الإجابة عنها ومن أهمها:

- ١- ما المقصود بالنسبية في القانون المدني ؟
- ٢- ما الأساس أو القاعدة التي تقوم عليها النسبية في القانون المدني؟
- ٣- ما المبررات التي تدفع المشرع إلى النص على النسبية ؟ - وما هو نطاق النسبية سواء أكان ذلك من الناحية الشخصية أم الموضوعية ؟ بعبارة أخرى أكثر وضوحًا بيان نطاق حكم التصرف أو الواقعة أشخاصًا وموضوعًا، وهل يكون هذا النطاق على وتيرة واحدة ؟

- ٤- هل تقتصر آثار التصرف القانوني أو الواقعة القانونية على أطرافه أو اطرافها تطبيقاً للنسبية أم تتعداهم إلى غيرهم استثناء منها؟
- ٥- هل يرتب القانون مسؤولية عند الإخلال بالنسبية في القانون المدني سواء أكان هذا الإخلال ناشئاً من قبل الأطراف أم من قبل الغير؟
- ٦- ما هي تطبيقات النسبية في القانون المدني؟ وهل هي على نوع واحد أم أنها تتعدد سوء أكان ذلك من حيث النطاق أم من حيث المصدر؟
- ٧- هل النسبية في التصرفات القانونية باتت تنسجم مع التغييرات أو التطورات التي تعرفها الحياة اليومية للأشخاص وتعدد أساليب التعاقد في ظل مبدأ سلطان الإرادة؟
- ٨- ما الآثار القانونية التي تترتب على النسبية؟
- كل هذه الأسئلة وغيرها سنعمد إلى الإجابة عنها في متن البحث من خلال ما سنتناوله من موضوعات تباعاً.

خامساً - أسباب اختيار موضوع البحث

لاشك في أن لكل عنوان أسباباً أو دوافع لاختياره، فمن الجدير بالذكر أن هناك جملة من الأسباب التي دفعت الباحث إلى اختيار موضوع البحث، وهذه الأسباب منها ما هو شخصي ومنها ما هو موضوعي، وهذا ما سنتناوله وذلك ضمن فقرات عديدة وكما يأتي:

- ١- إن المشرع العراقي لم يضع تنظيمًا قانونيًا للنسبية على الرغم من أهميتها، إذ وردت فيها نصوص متفرقة عديدة لا يجمعها جامع معين إذ لم يبين المشرع الحدود الفاصلة للنسبية في القانون المدني أشخاصًا وموضوعًا .
- ٢- إن فكرة النسبية لم تحظ على حد اطلاقنا بالدراسة والتحليل من الفقه القانوني على الرغم من الأهمية التي يمتاز بها موضوع البحث من الناحيتين العملية والنظرية على حدّ سواء .
- ٣- بيان الأشخاص الذين ينصرف لهم آثار التصرفات والوقائع القانونية في حدود موضوع النص القانوني.
- ٤- تطور المعاملات وما يترتب على ذلك من ضرورة الحفاظ على استقرارها، أفرز مظاهر جديدة للتعامل لإبرام تصرفات عقدية جديدة تعد خروجاً عمّا كرسته هذه النسبية من أحكام، وأمام كل هذا وذاك، الأمر الذي دفعنا إلى بحث النسبية لبيان تجلياتها في متن النصوص القانونية .

سادساً- منهجية البحث

من المعلوم أن بحث النسبية في القانون المدني يتطلب منا بشكل وبآخر بيان تعريفها وكذلك تميزها عما يشتهب بها، فضلاً عن ذلك الإشارة إلى طبيعتها وأساسها وأنواعها وشروطها ونطاقها، كما أنه لا بد لنا من إلقاء الضوء على المسؤولية الناشئة عن الإخلال بها وكيفية إثباتها والاستثناءات الواردة عليها من جهة، و الإشارة كذلك إلى تطبيقاتها وأحكامها من جهة أخرى، ولغرض بيان ذلك لا بد لنا من بيان هذه المفردات عن طريق الاعتماد على أسلوب المقارنة إذ اعتمدنا في بحث هذا الموضوع عن طريق الإشارة إلى موقف القانون المدني العراقي، وكذلك موقف القوانين المدنية محل المقارنة، ولما كانت منهجية الدراسة تتحدد بأسلوب المقارنة كان لا بد لنا من الإشارة إلى موقف فقهاء القانون المدني العراقي بشكل أساسي من ناحية، والقوانين المدنية الأخرى لاسيما القانون المدني الفرنسي والمصري من ناحية أخرى.

كما أنه لا بد لنا من الإشارة إلى أحكام القضاء؛ لأن الأخير يكون الوجه العملي للنسبية إذ يمكن بواسطته بيان مواطن الضعف والقوة في النص القانوني، كما أن اتباع المنهج المقارن في طيات موضوع البحث والدراسة لا يغني عن اتباع المنهج التحليلي، إذ اعتمدنا على المنهج الأخير في الدراسة المقارنة والذي لا يقتصر على عرض النصوص القانونية وأراء الفقه، بل يستلزم القيام بمناقشة هذه النصوص والآراء وترجيح ما هو أصوب، خصوصاً ونحن أمام نصوص متفرقة بين أبواب القانون المدني؛ لذلك كان اتباع المنهج التحليلي الدعامية الأولى للشروع بالبحث إذ عمدنا في هذه الرسالة إلى انتهاج طريقة موضوعية؛ لأنها تعتمد النصوص القانونية أولاً، إذ إن نقطة البداية لدينا هي النصوص القانونية نفسها وعن طريقها هي بالذات نستخلص التنظيم القانوني للنسبية في القانون المدني، إذ نقوم ببيان النصوص القانونية وتحليلها وعن طريقها نستنتج القواعد العامة للنسبية مما يؤدي ذلك إلى وضع نظرية عامة للنسبية في القانون المدني .

سابعاً - نطاق البحث

لمّا كان الباحث قد سلك المنهج المقارن عند البحث والدراسة، الأمر الذي يقتضي تحديد نطاق موضوع البحث، فنطاق موضوع البحث يتركز على بيان النسبية في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ، مع المقارنة بالقانون المدني

الفرنسي لسنة ١٨٠٤، المعدل والقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ نافذ، كذلك بيان آراء الفقهاء والشراح في كل مسألة من مسائل موضوع البحث، هذا من جانب، كما إن الدراسة تتركز على النسبية في القانون المدني أينما وجدت من جانب آخر، هذا ومن الجدير بالملاحظة أن دراسة النسبية في نطاق القانون المدني أمر يتسم بالاتساع الشديد وشموله لتطبيقات عديدة بحيث يصعب معها التعرض والإحاطة في هذا البحث بجميع هذه التطبيقات أو الإلمام في تفاصيل الموضوعات التي تتناولها النسبية، لذلك ستقتصر دراستنا وتتركز على موضوعات محددة على النحو المبين في خطة البحث.

ثامناً - هيكلية البحث

لغرض الإحاطة بموضوع البحث والإجابة عن الإشكالية التي نحاول معالجتها في متن البحث، إذ إن لملمة شتات الموضوع وتقصي أبعاده القانونية والفقهيّة على نحو عملي ودقيق، يتطلب منا معالجة الموضوع على وفق خطة علمية دقيقة تتناسب مع خصوصية موضوع البحث وطبيعته، عموماً فإن خطة البحث والدراسة ستقسم على فصلين، سنتناول في الفصل الأول منها بحث مفهوم النسبية في القانون المدني، وذلك ضمن ثلاثة مباحث، إذ إن المبحث الأول سنخصصه لدراسة ماهية النسبية، أما المبحث الثاني فسوف نتناول فيه أساس النسبية في القانون المدني وتحديد أنواعها، أما المبحث الثالث سنتناول فيه شروط النسبية ونطاقها في القانون المدني، أما الفصل الثاني فقد خصصناه لتناول أحكام النسبية في القانون المدني وذلك ضمن ثلاثة مباحث سنتناول في المبحث الأول منه المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالنسبية وتحديد أثارها، أما في المبحث الثاني فسوف نتناول فيه أثبات النسبية وتحديد استثناءاتها في القانون المدني، أما المبحث الثالث سنتناول فيه تطبيقات النسبية في القانون المدني، تعقبها خاتمة تتمثل فيها أبرز النتائج والتوصيات التي ندعو المشرع العراقي إلى ان يأخذها بالحسبان للوصول إلى تنظيم قانوني يعالج فيه النسبية في القانون المدني.

الفصل الأول

الفصل الأول

مفهوم النسبية في القانون المدني

تمهيد وتقسيم

لما كانت المفاهيم تعد الأساس في بنيان أي نظرية أو بحث؛ لذا لا بد لنا من تحديد تلك المفاهيم حتى نكون بشكل أو بآخر على بينة أو دراية ونحن نسير في طيات البحث، إذ إن المفاهيم تعد من الكليات التي تتصف بالعموم من حيثيات عديدة سواء أكان ذلك من حيث سريانها أو من حيث المصاديق التي تنطبق عليها، فتحديد المفهوم هو لأجل تحديد الأفراد الذين ينطبق عليهم حكم النص، ومن المعلوم أن بيان مفهوم النسبية في القانون المدني أمر لا يخلو من الأهمية، إذ إن بيان مفهومها، والوقوف على أبعادها في مجال القوانين المدنية لاسيما القانون المدني العراقي وكذلك القوانين محل المقارنة، سوف يؤدي ذلك إلى قطع دابر كل نزاع حول مفهومها وتحديد طبيعتها، إذ تعد النسبية من حيث هي أي بحد ذاتها فكرة حديثة، فالمشرع وكذلك الفقه يتناول النسبية بمناسبة غيرها ويضع مفهوماً لها على ضوء ذلك، ويظهر ذلك بوضوح عند بحث تطبيقات النسبية في القانون المدني، من ذلك نجد إن المشرع العراقي يقرر نسبية أثر وقف التقادم ويعطي مفهوماً لها بقدر ما يتناول المشرع من تصرفات ووقائع تشتمل على النسبية، إذ يربط المشرع النسبية بالأثر، ولكن هذا لا يمنع الباحث من وضع مفهوم لها إذ يمثل الأخير الركيزة الأساسية التي يستند عليها البحث من حيث نظرياته وأحكامه عن طريق الإسناد إلى النصوص القانونية، وأراء الفقه وأحكام القضاء حتى يتسنى لنا وضع نظرية عامة للنسبية في القانون المدني .

ومن هذا المنطلق لا بد من وضع مفهوم للنسبية في القانون المدني من الناحيتين الشخصية والموضوعية، في مجال التصرفات والوقائع القانونية، وعلى أساس ذلك فإن بحث مفهوم النسبية في القانون المدني يقتضي بنا الأمر إلى بيان ماهية النسبية وما يدخل تحتها من التعريف بها والوقوف على المفهوم التقليدي والحديث لها، كذلك فإن النسبية لها العديد من المبررات التي دفعت المشرع وكذلك الفقه والقضاء إلى تقريرها، لما لها من آثار تغير واقع العلاقة القانونية، كما إن النسبية قد تتشابه مع غيرها من المصطلحات القانونية، الأمر الذي يتحتم علينا تمييزها عما يشتهر بها من جهة، وكذلك

الإشارة إلى طبيعة هذه النسبية، فيما إذ كانت تعد مبدأً مسلماً به فقهاً وقضاً، أم إنها تعد نظرية لها وجودها المادي والحقيقي أم إنها تعد قاعدة قانونية، وعند الانتهاء من ذلك فإن ذلك يتبع بيان الأساس أو القاعدة القانونية التي تنطلق منها سواء أكان هذا الأساس تقليدياً أم حديثاً للنسبية من جهة أخرى، ولا بد من التأكيد على أنه بعد بيان مفهوم النسبية، الأمر الذي يتطلب منا إلقاء الضوء على شروطها لماله من أهمية بالغة؛ لأن تحقيق النسبية أمر مرهون بتوافر شروطها، كذلك تحديد نطاق النسبية في القانون المدني من الناحية الشخصية والموضوعية، ويتم ذلك عن طريق تقسيم هذا الفصل على ثلاثة مباحث، سنتناول في المبحث الأول منه ماهية النسبية، أما في المبحث الثاني فسنبين فيه أساس النسبية في القانون المدني وتحديد أنواعها، أما في المبحث الثالث فسنكرسه لدراسة شروط النسبية ونطاقها في القانون المدني.

المبحث الأول

ماهية النسبية

من المعلوم إن للنسبية في القانون المدني أهمية من الناحيتين العلمية والعملية، وكما بينا سابقاً أن النسبية تعد موضوعاً حديثاً لم تنل على حد اطلاقنا للدراسة والتحليل من الفقه القانوني، لذا لا يمكن الإحاطة بها إلا من خلال بحثها من جميع جوانبها، وقبل بيان ذلك لا بد من الإشارة إلى أن النسبية لها وجودها المادي، وكذلك القانوني في أغلب أقسام القانون بشكل عام و القانون المدني بشكل خاص؛ لأن المشرع في أغلب الأحوال يرد في القانون المدني نصوصاً قانونية تكون نسبية من الناحية الشخصية والموضوعية على حد سواء، ولكن على الرغم من تحديد المشرع لهذه النصوص إذ حدد أبعادها وما يدخل تحتها من أوضاع قانونية بنصوص قانونية متفرقة بين أبواب القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة، فإن الفقه القانوني قد اختلف في مدلولها من جهة، وتوسع في أحكامها من جهة أخرى، وعلى أساس ذلك فإن الوقوف على ماهية هذه النسبية يتطلب منا بيان تعريفها سواء أكان ذلك من الناحية اللغوية، أم من الناحية الفقهية والقضائية في نطاق القوانين المدنية، وكذلك تحديد مبرراتها، أي المبررات التي دفعت المشرع إلى النص عليها من جهة، والفقه والقضاء إلى تقريرها من جهة أخرى، كما أنه لا بد من بيان طبيعة النسبية وتمييزها عما يشتهر بها من أوضاع قانونية، ولأجل بحث المفردات المذكورة انفاً، سنقسم هذا المبحث على مطلبين، سنتناول في المطلب

الأول منه التعريف بالنسبية، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه الطبيعة القانونية للنسبية وتمييزها عما يشتهر بها.

المطلب الأول

التعريف بالنسبية

لا شك في أن معرفة حقيقة الشيء أو معرفة الشيء ذاته هو كشف لهويته، ومدخل إلى بيان معالمه وتحديد أبعاده، وبيان خطوطه العريضة؛ لأن معرفة حقيقته يؤدي ذلك إلى بيان مضمونه، فالأخير يعد الأساس أو القاعدة التي ننطلق منها لبيان هويته (المقصود به) إذ إن من مقتضيات أي بحث الإحاطة به بشكل تفصيلي، فالنصوص المدنية لا تخرج من كونها جملاً عربية تتكون من مجموعة من المفردات، فقد تكون النسبية من حيث اللفظ تتسم بالوضوح، وعليه فلن تتأني معرفة الإجابة عن الأسئلة التي نزع الإجابة عنها في متن البحث سواء أكانت الرئيسة أم الفرعية منها، مالم نقف بشكل أو بآخر على ماهية هذه النسبية، الأمر الذي يتطلب منا الكشف عن تعريف النسبية في الاصطلاح اللغوي والفقهي والقضائي من جانب، وكذلك إلقاء الضوء على أبرز مبررات النسبية من جانب آخر، وعلى أساس ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول منه تعريف النسبية، أما الفرع الثاني فسوف نكرسه لدراسة مبررات النسبية في القانون المدني.

الفرع الأول

تعريف النسبية

قبل التطرق إلى تعريف النسبية في القانون المدني، لابد لنا من بيان المقصود بها لغوياً، فالنسبية شأنها شأن أي موضوع قانوني آخر، لها تعريف لغوي وآخر اصطلاح (فقه) إذ تعد النسبية في القانون المدني من أهم المواضيع القانونية التي لاقت وجودها في متن القوانين المدنية من جهة، وكذلك في شروحات الفقهاء، وأحكام القضاء من جهة أخرى. ولغرض الإحاطة بموضوع البحث لابد لنا من تقسيم هذا الفرع على فقرتين، نتناول في الأولى التعريف اللغوي للنسبية، أما في الفقرة الثانية فنخصصها لدراسة التعريف الاصطلاح للنسبية من الناحية الفقهية، والتشريعية، والقضائية.

أولاً- التعريف اللغوي

من المعلوم أن بيان المعنى اللغوي للمصطلحات القانونية خصوصاً الحديثة منها، يؤدي من دون شك إلى وضع مدلول دقيق لها من جانب، ويكون عوناً لوضع تعريف اصطلاحي للمصطلح القانوني؛ لأن المعاني الاصطلاحية تكون دائماً في ظل المعنى اللغوي من جانب آخر، والنسبية شأنها شأن أي مصطلح قانوني آخر لها معاني عديدة في اللغة العربية بحسب الموضوع الذي تتناوله، ولذلك يجب علينا إبراز أهم معانيها لغوياً، ليكون عوناً لنا عند وضع تعريف اصطلاحي للنسبية، وقبل بيان ذلك لا بد من الإشارة إلى أن اللغويين لم يختلفوا في معنى النسبية وإن اختلفت أساليبهم في بيان معناها، إذ إن أغلبها تصب في معنى واحد، وسنذكر من أقوالهم بما يتناسب مع مقام البحث والدراسة وكما يأتي :

١- النسبية : مذهب فلسفي يقول بأن المعرفة نسبية، نسبة إلى الزمان أسم منسوب إلى نسبة فهو نسبي وجذره ن س ب خاص بالنظرية النسبية، نسيباً بالمقارنة، بالمقابلة أي التماثل في علاقات الأشياء نسبة (٢) إلى (٤) كنسبة (٤) إلى (٨)، وفي الصرف أن تلحق ياء مشددة بآخر للدلالة على انتساب شيء إليه، بالنسبة إلى كذا أي بالقياس عليه، والنسبية في هذا المعنى لا تهمننا في مجال بحثنا^(١).

٢- يقال إنه أمر نسبي، فهو نسبي، عكسه مُطلق، فيقال هدوء نسبي أو أكثرية نسبية، أي العدد الأكبر من أصوات المقترحين، من دون الأكثرية المطلقة^(٢).

٣- هناك من يعرفها لغوياً فيقول إن النسبية هي كُل أمر نسبي مُقيد بغيره مرتبط به غير مُطلق، وبهذا فإن الشيء النسبي هو كُل ما هو محدود وتقريبي لا يزال يسود الحالة التي ارتبطت بها، من ذلك فهو نسبي أي أن هناك علاقة نسبية بين العمل ومردوده، وبهذا فإن القول هذا نسبي فهو ينسب إلى غيره ويتوقف وجوده عليه ولا يتعين إلا مقروناً به، وهو عكس المُطلق، وهو مُقيد وناقص ومحدود مرتبط بالمكان والزمان يتلون بهما ويتغير بتغيرهما، ولهذا فالنسبي ليس بعالمي^(٣). وعلى أساس ذلك فإن المعنى الأخير هو الذي يهمننا في مجال أو نطاق دراستنا للنسبية في القانون المدني؛ لأن النسبية تأتي عن طريق التطبيقات المتعددة لها بمعنى الأمر المحدود المرتبط

(١) د. جبران مسعود، الرائد، معجم لغوي عصري، الطبعة السابعة، المجلد الأول، مطبعة دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ١٩٩٢، ص ٨٠٣.

(٢) د. مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، حققه أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، بلا سنة طبع، دار الحديث، مج ١، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨، ص ٨٢٩.

(٣) د. أبي فضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، طبعه ٣، الجزء الثاني، باب النون، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع، ص ٢٦٥.

ارتباطاً يصعب الانفكاك عنه، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً إن النسبية في القانون المدني العراقي من جهة، والقوانين المدنية الأخرى محل المقارنة من جهة أخرى، تأتي بمعنى الاقتصار، أي اقتصار الحكم على البعض من الأفراد من الناحية الاصطلاحية، وهذا يكون أقرب إلى الأمر المحدود المقيد، فالغاية من النسبية هي تضيق نطاق الحكم من الناحية الشخصية أو الموضوعية، فالمعنى الأخير يعد أكثر انسجاماً وأحكام النسبية في القانون المدني.

ثانياً - التعريف الاصطلاحي

تعد النسبية في القانون المدني من الموضوعات الهامة التي لاقت وجودها في نصوص هذا القانون، وفي شروحات الفقهاء، وأحكام القضاء، لذلك سوف نبين تعريف النسبية من الناحية التشريعية، وكذلك الفقهية والقضائية، وذلك ضمن فقرات عديدة وكما يأتي:

١- النسبية في الاصطلاح التشريعي: من حيث الأصل إن المشرعين في أغلب أقسام القانون لاسيما القوانين المدنية لا يهتمون كل الاهتمام بمسألة وضع تعريف معين لمصطلح معين إلا عند الضرورة إذ إن تعريف النسبية جاء بالاتجاه نفسه، إذ تؤكد لنا عن طريق استقراء نصوص القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة أن المشرع لم يورد تعريفاً صريحاً للنسبية في القانون المدني، بل جاءت هذه النسبية على شكل تطبيقات قانونية متناثرة في مواد قانونية تكون بطبيعتها مختلفة الموضوع والمضمون معاً، فدور المشرع هو التأسيس للقواعد القانونية، فلأخير اكتفى بإيراد بعض النصوص القانونية التي لا تكاد أن تخلو منها النسبية في القانون المدني وحيث إن إيراد هذه القواعد تعد من وظيفة المشرع^(١).

مثال ذلك نسبية عيوب الحيازة، إذ أشار اليها القانون المدني العراقي من جهة، كذلك القانون المدني المصري والفرنسي، فوجد القانون المدني العراقي قد نص في المادة (١١٤٦) على أن ((إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع الإكراه أو اخفت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا

(١) جواد كاظم حسين، المصالح المعتبرة للاستثناء في النص الإجرائي، رسالة ماجستير، مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق جامعة النهريين، ٢٠١٩، ص ١٢.

من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب))^(١). أما بالنسبة لموقف القانون المدني المصري فهو الآخر قد نص على النسبية في المادة (٢/٩٥٣) والتي نصت على ((إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع الإكراه أو أخفت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب)). أما بخصوص القانون المدني العراقي والمصري، إذ نص في المادة (٢٢٢٩) من القانون المدني الفرنسي المعدل على ((لكي تكسب الحيازة الملكية، يجب أن تكون مستمرة، وغير متقطعة، هادئة، علنية، خالية من الالتباس وعلى سبيل الملكية)). وعلى الرغم من أن المشرع الفرنسي قد توسع في ذلك إلا أنها تعد تطبيقاً للقواعد العامة، فإن هذه العيوب تكون عيوب نسبية، وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها حيث قضت ((عيب الخفاء عيب نسبي يحق فقط للشخص الذي أخفيت عليه بأن يتذرع به))^(٢).

يتبين لنا عن طريق النصوص المبينة سلفاً إن المشرع العراقي من ناحية والمشرعين في القوانين محل المقارنة من ناحية أخرى تنطرق للأثر الذي ترتبه الحيازة إذا أصابها عيب من عيوبها، وهذه العيوب كما هو مبين في الأعلى هي عيوب نسبية سواء أكان الإكراه أم الخفاء أم غيره، فمثلاً إذا أصاب الحيازة عيب الإكراه، فإنه لا يحتج به إلا في مواجهة من وقع عليه الإكراه، وكذلك الخفاء هو عيب نسبي، فلا يحتج به إلا من أخفيت عنه الحيازة، ولذلك هي عيوب نسبية، ومن ثم فإن المشرع تناول نسبية هذه العيوب وليس النسبية بما هي، وعلى أساس ذلك نجد إن المشرع تناول بالتنظيم تطبيقاً من تطبيقات النسبية في القانون المدني إلا وهو نسبية عيوب الحيازة. وبهذا فإن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة لم تورد تعريفاً صريحاً للنسبية، ويبدو لنا أن عدم تحديد معنى للنسبية في القوانين المدنية، خصوصاً القانون المدني العراقي يعزى ذلك حقيقة إلى أمرين وهما :

(١) و تقابلها نص المادة (١١٧٢) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، والتي تنص على ((وإذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب))، والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (٢/٩٥٧) من القانون المدني السوري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٨، ونص المادة (٢/٩٥٣) من القانون المدني الليبي رقم (٧٤) لسنة ١٩٧٠.

(٢) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (٩٩) والمؤرخ في ١٩٦٦/٢/٥، أشار إليه د. فايز الحاج ياسين، القانون المدني الفرنسي بالعربية، ط١، طبعة جامعة القديس يوسف، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٩٧٧.

أولاً- إن مهمة وضع التعريفات للمصطلحات القانونية هي في الأصل ليست مهمة المشرّع، فالأخير من حيث الأصل لا يضع تعريفا لكل مصطلح قانوني؛ وذلك لأسباب عديدة، من أهمها إن وضع تعريف لمصطلح قانوني معين يؤدي ذلك إلى تقييد النص وعدم شموله الى حالات انية ومستقبلية، فيترك النص القانوني عاماً غير مقيد بتعريف محدد. على الرغم من أن وضع التعريف من المشرع يساعد من جانب آخر وبشكل كبير في تحديد المراد بهذا المصطلح ويسهل الأمر على قاضي الموضوع في فهم وقائعه ودلالاته^(١).

ثانياً - إن تطبيقات النسبية في القانون المدني تعد تطبيقات متعددة ومختلفة، وهذا التعدد والتناثر يجعل من الصعب على المشرّع أن يجمع هذه النصوص تحت جامع واحد، إذ نرى إن المشرع العراقي يشير إلى نسبية المنفعة في حق الارتفاق، وكذلك نسبية أثر وقف التقادم، أو نسبية الحق الشخصي^(٢). وهذه الحالات مختلفة من حيث طبيعتها وأحكامها ومن ثم يصعب وضع تعريف جامع مانع لكل حالات النسبية أو تطبيقاتها في القانون المدني، وعلى الرغم من ذلك فإنه يجب علينا وضع تعريف للنسبية من خلال جمع النصوص القانونية التي تتضمن في طياتها النسبية من الناحية الشخصية والموضوعية على حد سواء، والتي تنوعت أساليب المشرّع في عرضة لهذه التطبيقات الواردة في القانون المدني العراقي والقوانين الأخرى محل المقارنة أو عن طريق شروحات الفقه وأحكام القضاء؛ وذلك لأن وضع تعريف للنسبية أو بيانها يكون مورداً نستنتج بواسطته مبررات النسبية في القانون المدني.

ثانياً - النسبية في الاصطلاح الفقهي: إن مهمة وضع تعريف للمصطلحات القانونية هي من مهمة الفقه^(٣). ولكن على الرغم من ذلك فإن من الجدير بالملاحظة هنا أن موقف الفقه القانوني من تعريف النسبية في نطاق القوانين المدنية لا سيما المقارنة منها قد انقسم إلى اتجاهين، وكل من هذين الاتجاهين أسلوب خاص ببيان مفهوم النسبية:

(١) إن المشرّع في بعض الأحيان يقوم بوضع تعريف لمصطلح معين، من أجل أن يرتب عليه بعض الأحكام، من ذلك تعريف العقد في المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي التي نصت على ((العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)). كذلك نص المادة (١١٢٨) من القانون المدني العراقي التي عرفت الشفعة حيث نصت هذه المادة على ((الشفعة هي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة)). وكذلك نص المادة (١/١١٢) التي عرفت الإكراه، ونص المادة (١٢٦٦) التي عرفت حق المساطحة، ونص المادة (١٢٧١) والتي عرفت حق الارتفاق، وغيرها من النصوص القانونية التي عرفت بعض المصطلحات القانونية.

(٢) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، ١٩٧١، ص ٢٣.
(٣) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات، (مصادر الالتزام)، ط ٣، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٧٢.

أ - الاتجاه الضيق (التقليدي): يعرف هذا الاتجاه النسبية بمناسبة غيرها وليست بحد ذاتها، إذ أنه يشير إلى النسبية باعتبار غيرها ويؤسس معايير على ضوء ذلك، ومن بين هذه المعايير الشكلية والنظرة الشخصية للالتزام^(١).

إذ اهتم فقهاء القانون المدني وشراحه في بيان آرائهم في النسبية تبعاً للتطبيقات التي أوردتها المشرع وحسب كل حالة أو تطبيق من تطبيقاتها، نظراً لتعدد حالات النسبية في القانون المدني، ولكن في ضوء استقراء العديد من مؤلفات الفقهاء لم نجدهم قد أوردوا تعريفاً جامعاً مانعاً للنسبية، وعلى أساس ذلك فإن توجه الفقهاء والشراح جاء مطابقاً لتوجه المشرعين في القوانين المدنية محل المقارنة، من حيث الاكتفاء بالنص على النسبية في نصوص متناثرة لا يجمعها جامع معين، إذ جاء موقف هذا الاتجاه ببيان كل تطبيق من تطبيقات النسبية في القانون المدني، وما الأثر الذي يترتب عليه على كل تطبيق من هذه التطبيقات، بمعنى آخر أن الفقهاء والشراح قد اهتموا جل الاهتمام ببيان أثر النسبية في هذه التطبيقات المتناثرة من دون وضع تعريفاً لها، إذ نجد إن الفقهاء قد تطرقوا إلى مبدأ نسبية أثر العقد مثلاً على أساس أن المشرع العراقي وكذلك القوانين محل المقارنة قد نصت على ذلك، فبخصوص القانون المدني العراقي نجده قد نص في المادة (١٤٢/١) على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام))^(٢).

والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (١٤٥) من القانون المدني المصري إذ نصت هذه المادة على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)). وأوضح منه دلالة نص المادة (١١٩٩) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على ((لا ينشئ العقد الالتزامات إلا بين أطرافه

(١) د. جاك غستان و د. كريستوف جامان و د. مارك بيو، مفاعيل العقد وآثاره، ترجمة ومراجعة القاضي منصور ود. فيصل كلثوم، ط ١، مطبعة دار إحياء التراث العربي، بلا مكان ط، ٢٠٠٠، ص ٤٢٤.

(٢) وتقابلها نص المادة (٢٠٦) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)). ونص المادة (١٥٣) من القانون المدني السوري والتي تنص على ((لا يترتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً)). و المعنى نفسه تضمنته المادة (١٤٥) من القانون المدني الليبي، وعند التمعن بمفردات هذه النصوص يتبين لنا أنه و أن اختلفت الصياغة حوصاً القانون المدني السوري إلا أن جميعها تصب في المورد نفسه، إذ أنها تنص بشكل صريح على نسبية أثر العقد كما هو مبين في الأعلى .

...)). وعند إمعان النظر بمفردات النصوص المبينة سلفاً يتبين لنا إن جميعها تحمل المعنى نفسه من حيث نسبية أثر العقد اشخاصاً وموضوعاً، أي من ناحية الأشخاص والمضمون معاً.

حيث تتمحور هذه النسبية في إن آثاره تنحصر بين المتعاقدين أو الذين نالوا حقوق هؤلاء بوجه عام^(١). ومن ثم فإن أصحاب هذا الاتجاه يضيقون من مفهوم النسبية إذ يتم وضع تعريفاً للنسبية من قبل الفقه القانوني عن طريق الموضوع الذي يتناوله الفقه القانوني بالتنظيم ويقدر تعلق الموضوع به، إذ نرى أن أصحاب هذا الاتجاه يعرف نسبية أثر العقد ولم يبين معنى النسبية، فإنه يربط النسبية بالآثار الذي يرتبه العقد؛ لكون الأخير يعد تطبيقاً من تطبيقات النسبية في القانون المدني. واستناداً على ذلك فإن أصحاب هذا الاتجاه لم يبينوا المراد بالنسبية لا بشكل صريح ولا بشكل ضمني، إذ إن من أهم الانتقادات التي يمكن أن نوجهها إلى هذا الاتجاه الفقهي هو أنه يضيق من مفهوم النسبية في القانون المدني. إذ إنه لم يتناول النسبية بتجربتها عن الحالات التي تتكون منها ويضع مفهوماً لها، وإنما كان مفهوماً تقليدياً، بمعنى أن التصرفات القانونية لا تنتج آثارها إلا بين الأشخاص الذين تلفظوا بالألفاظ والعبارات التي تكون منها هذا التصرف، فإليهم وحدهم ينصرف هذا الأثر ولا يمتد أو ينتقل إلى الآخرين.

وهنا يظهر بوضوح المفهوم التقليدي للنسبية من حيث إن المشرع قد قصر تطبيق النسبية على الأفراد الذين يقيمون بالمشاركة الشكلية، وهذا أمر لا يمكن الأخذ به على الإطلاق، والسبب في ذلك هو أنه وإن كان فيه نوع من التناسب والتواءم بين المفهوم التقليدي للنسبية وأشكال التعامل نظراً لبساطتها ويسرها، مما كان داعياً إلى استقرار الفقه القانوني على هذا المفهوم التقليدي للنسبية. ولكن لما كان القانون هو وليد المجتمع والبيئة التي ينشأ فيها ويتأثر بتأثيرها وتطورها تحت وطأة الظروف وتغيرها سواء أكانت هذه الأخيرة اجتماعية أم سياسية أم اقتصادية، وهذه الظروف متغيرة من مجتمع إلى آخر بل في المجتمع نفسه في مكان وزمان معينين، وعلى أساس ذلك ظهرت العديد من أشكال التعامل على الساحة ومن ثم لا يمكن التمسك بالمفهوم التقليدي للنسبية؛ لأنه بطبيعة الحال يؤدي ذلك إلى إحداث العديد من المشكلات القانونية عن طريق احتلال الأفراد مراكز قانونية ليست لهم وما يترتب على ذلك من خلط في أحكام المسؤولية، إذ

(١) د. مصطفى العوجي، القانون المدني(العقد)، ط٦، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا مكان طبع، ٢٠١٦، ص١٣٥.

إن التمسك بهذا المفهوم التقليدي للنسبية يجعل الأخيرة غير مناسبة لظروف العصر ومتطلباته، ولذلك ظهر اتجاه آخر يوسع من مفهوم النسبية في القانون المدني فهل أعطى تعرفاً للنسبية؟ هذا ما سوف نتناوله في الفقرة الآتية:

ب - الاتجاه الواسع (الحديث): بسبب الانتقادات التي وجهت إلى الاتجاه السابق، كونه يضيق من مفهوم النسبية، ظهر اتجاه حديث يحاول تفادي تلك الانتقادات عن طريق التوسع بمفهوم النسبية، إذ أستند أصحاب هذا الاتجاه على التعريف اللغوي للنسبية، فعرفها البعض من الفقهاء القانونيين بأنها ((امتداد أثر التصرف القانوني إلى من شارك في تكوينه وعدم امتداده إلى الغير حتى ولو شارك في عملية تنفيذه))^(١).

ومن الجدير بالذكر إن هذا التعريف حسب رأي الباحث لا يصلح أن يكون تعريفاً للنسبية، على الرغم من أن فيه جانباً من الصحة؛ لأن النسبية قد يكون أساسها الأثر الملزم (الإرادة) التي تقتضي بأن التصرفات القانونية لا يمتد أثرها إلا بناءً على إرادة الأطراف وهذا ما سنتناوله عند بحث أساس النسبية في القانون المدني، إذ إن التعريف المذكور أنفاً لا ينسجم وأحكام النسبية؛ لأنه يقصر الحكم على التصرفات القانونية وهذا ليس بصحيح؛ فالنسبية تشمل عادةً التصرفات القانونية والوقائع على حد سواء من ناحية، كذلك فإنه يربط النسبية بالأثر من ناحية أخرى، لذلك اتجه بعض الفقهاء القانونيين من الاتجاه نفسه إلى التوسع بالنسبية في القانون المدني لتفادي الانتقادات التي وجهت إلى أصحاب هذا الاتجاه، وعلى أساس ذلك عرّفها بعض أصحاب هذا الاتجاه بأنها ((حظر امتداد أثر قانوني معين إلى شخص تقتضي المبادئ أو القواعد العامة بحمايته من أن يمتد إليه))^(٢).

فيرى أصحاب هذا الاتجاه أن التصرف القانوني سواء أكان في صورته الفردية أم العقدية الثنائية، أم الجماعية فهو من الطبيعي أن يكون له أثر، فعلى سبيل المثال لو إن هناك عقد بيع أبرم بين (أ) و(ب) فإن هذا التصرف يُنتج أثراً معيناً، تلك الآثار هي الالتزامات الناشئة عن هذا التصرف، والمتمثلة في التزام المشتري بدفع الثمن، والتزام البائع بتسليم المبيع، فالآثار الناجمة عن هذا التصرف يلزم فيها الأطراف من

(١) محمود عبد الحي عبد الله بشار، المشكلات القانونية لمبدأ نسبية أثر العقد، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، ٢٠٠٩، ص ٢٣٣.

(٢) للمزيد أنظر د. جاغستان ود. كري ستوف جامان ود. مارك بيو، المطول في القانون المدني، ترجمة ومراجعة القاضي منصور ود. فيصل كلثوم، ط ١، دار احياء التراث العربي، بلا مكان طبع، ٢٠٠٠، ص ٤٤٩.

حيث الأصل، وهم في المثال السابق كل من البائع والمشتري تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية، فغير المتعاقدين لا يمتد لهم أثر هذا التصرف سواء أكان حقاً أم التزاماً فهم يعدون من الأغيار فلا يلتزمون بشيء^(١). وهذا التعريف يعد أفضل من سابقه؛ إذ إنه وسّع من نطاق النسبية في القانون المدني لتشمل التصرفات و الوقائع، ولكن مع الإشارة إلى أن التعريف المذكور انفاً ليس جامعاً لكل حالات النسبية في القانون المدني، فهو أيضاً يعرف النسبية بحسب الموضوع الذي جاءت به سواء أكان ذلك في إطار التصرف أو الواقعة القانونية، لذلك يجب علينا وضع تعريف للنسبية عسى أن يكون جامعاً مانعاً وذلك بعد بحث تعريف النسبية في الاصطلاح القضائي .

٣- النسبية في الاصطلاح القضائي : من المعلوم أن وظيفة القضاء هي الفصل في النزاعات القانونية، فالقضاء في الغالب لا يضع تعريفاً للمصطلحات القانونية وذلك استناداً لوظيفته، ونتيجة لذلك فإن أحكام القضاء لم تتضمن تعريفاً للنسبية في القانون المدني، بل اقتصر دور القضاء في هذا المجال على تقرير النسبية أو تثبيتها في المنازعة المعروضة عليه^(٢). كما هو الحال بالنسبة إلى نسبية أثر الطعن أو نسبية الإجراءات^(٣).

وهذا ما اشارت اليه محكمة التمييز الاتحادية العراقية إذ قضت هذه الأخيرة ((الأصل في حجية الأحكام نسبية ولا يفيد منها غير الخصوم الحقيقيين بمعنى آخر أنه لا حجية للحكم إلا فيما يكون قد فصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة أو بصفة ضمنية سواء كان ذلك في المنطوق أو الأسباب المتصلة به اتصالاً وثيقاً والتي لا يقوم المنطوق بدونها))^(٤). وفي السياق نفسه قضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها إذ قضت ((الأصل في الآثار التي تترتب على إجراءات التقاضي إنها نسبية بين طرفي الدعوى بصفاتهم التي اتخذوها، فالأثر المترتب على رفع الدعوى من جهة

(١) محمود عبد الحي عبد الله بشار، مصدر سابق، ص ١٣٨. أنظر كذلك د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار منشأة المعارف للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، ص ٢٥٣.
(٢) د. رياض الزهيري، ضرورة تأسيس قضاء متخصص في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها في العراق، بحث منشور في مجلة النشرة القضائية، العدد الأول، منشور على الشبكة المعلوماتية الانترنيت، وعلى الموقع المتاح www.hgc.iq، تاريخ الزيارة ٢٩/١٠/٢٠٢٠.
(٣) د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفع في قانون المرافعات، ط٦، ج٢، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٠، ص ٤١٥.
(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٣٥) والمؤرخ في ٢٥/٢/٢٠٢٠، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة التمييز الاتحادية www.hjc.iq تاريخ الزيارة ٢٥/٢/٢٠٢١.

قطع التقادم لا يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه^(١). وهنا تظهر بوضوح النسبية التي أشار إليها القضاء المصري والعراقي، فالحكم ليس له حجة إلا بالنسبة للخصوم انفسهم وهذا ما يطلق عليه بمبدأ نسبية الاحكام، وهي تطابق القاعدة المعمول بها في شأن العقود من اقتصار أثرها على من كان طرفاً فيها^(٢).

ونتيجة لذلك يتبين لنا من خلال ما تقدم أن القضاء لم يعرف النسبية، ولكن أشار لها صراحة وذلك عن طريق الأحكام القضائية التي يصدرها، فعند رفع الدعوى من شخص معين يؤدي ذلك إلى أعمال نسبية انقطاع التقادم بالنسبة إليه فقط، ولا يسري بحق من لم يتم برفع الدعوى، والأخير يعد تطبيقاً من تطبيقات النسبية في القانون المدني، من ذلك نجد أن القانون المدني العراقي قد نصَّ على ذلك عن طريق نص المادة (٤٣٦) والتي تنص على ((إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين موروثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين))^(٣).

يفهم مما تقدم إنه بعد بيان تعريف النسبية في نطاق المعاجم وكذلك بيان المقصود بها اصطلاحاً من أوجه عديدة، إذ بينا المقصود بها من الناحية التشريعية (القانونية)، وتبين لنا أن المشرع لم يعط تعريفاً لها، وهذا لا يعد عيباً تشريعياً كما بينا ذلك سابقاً، كما أن الفقه القانوني هو الآخر لم يورد تعريفاً جامعاً مانعاً للنسبية في القانون المدني، كذلك ألقينا الضوء على موقف القضاء من تعريف النسبية وهو الآخر أيضاً لم يبين المقصود بها، ولكن هذا لا يمنع الباحث من وضع تعريف للنسبية، إذ اتضح لنا ان النسبية تدور وجوداً وعدمًا مع سريان الحكم في مواجهة نسبة دون اخرى من المحكوم عليهم؛ بغية تحقيق غاية معينة أو مع تقييد الحكم القانوني وحظر امتداده إلى غير أشخاصه في نطاق موضوعي معين، فمن خلال الجمع بين نصوص القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة والتي لا تكاد أن تخلو من النسبية فعن طريقها يمكن وضع تعريفاً للنسبية في القانون المدني وبالتالي فإن النسبية يمكن تعريفها بأنها ((اقتصار الحكم على بعض أفرادها أشخاصاً أو موضوعاً)).

(١) قرار محكمة النقض المصرية أشار إليه المستشار د. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، دار محمود، القاهرة، بلا سنة طبع، ص ٧٠٧.

(٢) د. عباس العبودي شرح أحكام قانون البيئات، ط ١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧، ص ١٨٠.

(٣) وتقابلها نص المادة (٤٥٧) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((إذا ترك بعض الورثة الدعوى بحق موروثهم المدة المقررة لسماع الدعوى بغير عذر المدة المقررة وكان لبعض الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر أنصبتهم))، ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري وكذلك القانون المدني الليبي.

الفرع الثاني

مبررات النسبية في القانون المدني

إن المشرع في القانون المدني العراقي والقوانين المدنية محل المقارنة، عندما تنص على النسبية في العديد من الحالات أو التطبيقات القانونية، فإن هذا النص لم يأت من دون مبرر يستند عليه، بل إن هناك العديد من المبررات التي دعت المشرع وغيره إلى الأخذ والنص على النسبية، وفي إطار بيان هذه المبررات فمن الجدير بالملاحظة أن هذه المبررات عديدة نذكر منها على سبيل المثال:

أولاً - النسبية تؤدي إلى حماية المتعاقدين

لاشك في أن المتعاقدين ليسوا على حد سواء في جميع العقود، وإنما يختلفون فيما بينهم من حيث قوتهم في التعاقد من جهة، وقدرتهم على إنشاء التصرفات القانونية من جهة أخرى، فذلك يمكن تقسيم المتعاقدين على فئات ثلاث^(١).

الفئة الأولى: المتعاقد العادي إذ يندرج تحت هذه الفئة الغالبية من المتعاقدين الذين يرمون العقود في الظروف العادية، وغالباً ما يكون أطراف العقد متساوين في كل شيء ويتمتعون كذلك بالقدر نفسه من حرية التعاقد وسلطان الإرادة، سواء أكان ذلك عند الإقدام على التعاقد أم عند تحديد بنود العقد وشروطه، والمتعاقد بهذا الشكل هو المشتري والبائع والمستأجر والمؤجر، والوكيل والموكل، وهو كذلك المقاول ورب العمل، بعبارة أخرى هو كُـل طرف في أي عقد من العقود أشار إليها القانون المدني تحت ما يسمى بطائفة العقود المسماة، إذ إن المشرع قد نظم هذه العقود بنصوص خاصة ومن ثمّ حدد حقوق والتزامات أطرافها^(٢).

الفئة الثانية: وتخص المتعاقدين في ظروف غير عادية، والتي تجعل التعاقد غير عادي هي الظروف التي تحيط بالتعاقد عامة وبأحد المتعاقدين على وجه الخصوص.

الفئة الثالثة: هي التي تشمل جميع المتعاقدين مع أرباب المهن الحرة، نظراً لما تحتوي عليه العلاقة هنا من تباين واضح، وكذلك من اختلاف كبير بين أطرافها، فالنسبية تجمع بين هذه الفئات وتحقق الحماية للمتعاقدين؛ والسبب في ذلك هو إن النسبية في القانون

(١) د. محمد عبد الظاهر حسن، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، بلا جهة طبع، مطبعة القاهرة، مصر، (٢٠٠٠ - ٢٠٠١)، ص ٩.

(٢) د. سعيد مبارك ود. طه مله حويش ود. صاحب عبد الفتاوي، الموجز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص ٥.

المدني تكون محددة من الناحية الشخصية وكذلك الموضوعية، ومن ثمّ فهي تحدد حقوق أطراف التصرفات القانونية والتزاماتهم، وهذا يؤدي من دون شك إلى تحقيق الحماية للمتعاقدين حتى وإن كان المتعاقد من الفئة الأولى، وبهذا نصت المادة (١٤٧) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على ((إذا وضعت السلطة أو أي هيئة نظامية أخرى، نموذجًا لأحد العقود، فإن من يبرم هذا العقد ويحيل إلى هذا النموذج، يتقيد بالشروط الواردة فيه))^(١). وهنا تظهر بوضوح النسبية من حيث الفائدة التي تحققها في نطاق التصرفات القانونية عامة، كونها تخلق الحماية للمتعاقدين، عن طريق الالتزام بتنفيذ الالتزام من قبل أشخاصه وفي حدود موضوعه.

ثانيًا - النسبية تُسهّل حسم المنازعات

من المعلوم أن وظيفة القضاء هي الفصل في المنازعات وحسمها، وفي هذا المجال تطرح الكثير من الدعاوى على المحاكم في شتى مجالات القانون المدني، خصوصًا في الوقت الحالي؛ بسبب التطور الحاصل في المجتمع الذي أدى إلى ظهور تعاملات قانونية لم تكن معروفة سابقًا، والتي ألفت بظلالها على كاهل القضاء، وهذا الأمر تترتب عليه العديد من الآثار من بينها التأخير في إجراءات التقاضي، وبطء حسم المنازعات المرفوعة أمام القضاء، لذلك إن هناك بعض الأمور التي تسهّل حسم هكذا منازعات، من أهمها التحديد الصريح لمسألة قانونية معينة من المشرع والتي تؤدي بدورها إلى سرعة حسم المنازعات وتوفير الجهد في الوقت نفسه عن طريق تطبيق النص المذكور، إذ أن تحديد المشرع للنسبية في بعض التطبيقات القانونية، هو أمر يسهل على القضاء السرعة في حسم المنازعة المعروضة عليه من خلال تطبيق النص القانوني بشكل صحيح، إذ جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية قضت به ((إن التمسك بأن عقد البيع يستتر وصية هو طعن بالصورية النسبية بطرق التستر، وبالتالي يقع على الطاعن (وارث البائع) عبء إثبات هذه الصورية، وأن عجز عن ذلك وجب الأخذ بظاهر النص، أي بظاهر نصوص العقد الذي يعد حجية عليه))^(٢). أذ يفهم من القرار المبين سلفاً أن النسبية في الصورية قد استندت عليها المحكمة في تحميل عبء الإثبات على الطاعن وهو المدعي، وهذا الإجراء يعد من أهم الإجراءات التي تسهل

(١) المادة (١٤٧) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية، المرقم (٢٦٠) و المؤرخ في ١٩٧١/١/٥، أشار إليه المستشار إبراهيم السيد أحمد والمستشار أحمد عبد الوهاب، عقد الهبة في ضوء آراء القضاء والتشريع و أحكام القضاء، ط١، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٢٩.

سير الدعوى والفصل فيها. كذلك من بين الوسائل التي تسهل حسم المنازعات في أغلب القضايا لاسيما القضايا المدنية هي نسبية الدفوع المدنية، حيث إن هذه الأخيرة تعد عند شراح القانون الوضعي وسيلة دفاع محضة يقصد منها إنكار الدعوى للتخلص منها، وهي تختلف في طبيعتها فقد تقف عند إنكار سلطة المحكمة في الفصل في الدعوى، وقد تتوجه إلى الحق المدعى به ذاته، ويترتب على الحكم القضائي عدة آثار من أهمها إنهاء النزاع، وفصل الخصومة وهو الهدف الذي أسس القضاء من أجله، وينبغي أن نبين أن هذه الدفوع وما ترتبه من أحكام تعد نسبية، أي أنها لا تتجاوز أطرافها أي أطراف النزاع الذي صدر الحكم في مواجهتهم، مع الأخذ بنظر الاعتبار أن هذه النسبية لا تتعارض مع حجية الحكم التي يتمتع بها بعد صدوره صحيحًا، ولا تتعارض مع حق أي شخص يتضرر من الحكم^(١). وبالتالي فإن النسبية في القانون المدني تُسهل حسم المنازعات، وتعد وسيلة فاعلة لتحقيق ذلك.

ثالثًا - النسبية تحقق استقرار المعاملات

يعرف مبدأ استقرار المعاملات بأنه ((ثبات آثار الوقائع الإنسانية، في الأموال سواء أكان ذلك في نفاذها أم في انحلالها))^(٢). ونتيجة لذلك يقصد بثبات الآثار للوقائع والتصرفات الإنسانية ((هو تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على أطراف المعاملة المالية، وتتمثل ذلك في تحديد حقوق الطرف الأول وكذلك تحديد الحقوق التي تترتب بزمته للطرف الثاني من جهة، وتحديد التزامات الطرف الأول، وللالتزامات التي يجب أن يلتزم بها قبل الطرف الثاني وبالعكس، أي تحديد الالتزامات المتقابلة لأطراف المعاملة المالية من جهة أخرى))^(٣). إذ أن مبدأ استقرار المعاملات يعد من المبادئ التي يتم تحقيقه عن طريق عدة وسائل ومنها بالدرجة الأولى والأساس النسبية في القانون المدني، فالنسبية تؤدي بشكل وبآخر إلى تحقيق استقرار المعاملات، فنجد مثلاً أن مبدأ نسبية أثر العقد كونه يمثل أحد التطبيقات المهمة للنسبية في القانون المدني، يعد من الضمانات القانونية التي يفرضها مبدأ استقرار المعاملات ومصحة المجتمع عن

(١) د. أمينة رشيد العقلي، آثار الحكم بالدفع في الفقه الإسلامي والقانون (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد (٢)، المجلد (٤٠)، لسنة ٢٠١٣، ص ٦٤١.

(٢) د. علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٤، ص ٢٣.

(٣) د. عبد الباسط جاسم محمد، المفيد في شرح القانون المدني العراقي، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية الأنترنت، وعلى الموقع المتاح uoanbar.edu.iq، تأريخ الزيارة ١١/١١/٢٠٢٠.

طريق التزام المتعاقدين باحترام العقد المبرم بينهما وعدم نقضه أو تعديله من أحدهما في مرحلة لاحقة^(١).

إذ إنه إذا أنعقد العقد صحيحاً بأن توافرت فيه كل أركانه وشروط انعقاده، فقد أصبح حقيقة قانونية خلصت له قوته الملزمة، فالقوة الملزمة للعقد إنما تنصرف للمضمون الداخلي لإرادة المتعاقدين بعد إن يضيف عليها القانون صفة الإلزام^(٢).

يتضح مما تقدم أن تحقيق استقرار المعاملات المالية في أغلب أقسام القانون لاسيما القانون المدني، أمر مرهون بأوضاع أو مبادئ قانونية متعددة، منها النسبية في القانون المدني، فنسبية أثر العقد تحقق استقرار المعاملات المالية عن طريق القوة الملزمة للعقد (نسبية أثره) وما يفرضه هذا الأساس من احترام العلاقة التعاقدية من المتعاقدين وهذا يعد أمراً مسلماً به فقهاً وقضاً، إذن فإن النسبية تحقق الاستقرار في المعاملات المالية.

رابعاً - النسبية تحقق الأمن القانوني والقضائي

على الرغم من الاستعمال الشائع لمبدأ الأمن القانوني، إلا أنه قلماً يتم الاهتمام بتعريف هذا المبدأ من الفقه القانوني؛ إذ غالباً ما يقدم بوصفه إطاراً عاماً لمجموعة كبيرة من المبادئ والحقوق المرتبطة به، أو غاية محورية لكل نظام قانوني، وترجع صعوبة تعريف الأمن القانوني إلى أن هذا الأخير متعدد المظاهر ومتنوع الدلالات، كثير الأبعاد فضلاً عن حضوره الدائم في الكثير من المجالات، وما يهمنها في هذا المجال هو بيان معنى هذا المبدأ من جهة، وكذلك بيان المعنى القانوني للأمن القضائي وكيفية تحقيقهما عن طريق النسبية من جهة أخرى، فالأمن القانوني يقصد به عموماً ((كل ضمانات، وكل نظام قانوني للحماية، يهدف إلى تأمين ودون مفاجئات حسن تنفيذ الالتزامات))^(٣). أو هو ((وجود نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية الناشئة عنها بفرض إشاعة الأمن والطمأنينة للأطراف

(١) د. يونس صلاح الدين علي، مبدأ خصوصية العقد في القانون الانكليزي دراسة تحليلية مقارنة بمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة كلية العلوم القانونية والسياسية، المجلد (٦)، الإصدار (٢٠)، السنة ٢٠١٧، ص ٤٥ وما بعدها.

(٢) د. محمد رياض دغمان، الزامية العقد (دراسة مقارنة)، ط ١، منشورات زين الحقوقية، بلا مكان طبع، ٢٠١٠، ص ٤٩.

(٣) د. عبد المجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الأمن القضائي، مطبعة الرباط للنشر والتوزيع، السعودية، ٢٠٠٨، ص ٥٩.

المتعاقدة))^(١). ولمّا كان هذا المبدأ مرتبطاً بضمانات ومبادئ قانونية عديدة، منها الثقة المشروعة والنسبية في القانون المدني، فالأخيرة يقصد بها ((اقتصار الحكم على بعض أفراده أشخاصاً أو موضوعاً))، ومن هذا التقييد والارتباط يتضح أن هذه النسبية تحقق الأمن القانوني؛ لأن من خصائص هذا الأخير تنفيذ الالتزامات بغض النظر عن طبيعتها، والنسبية هي الأخرى تتعلق بأشخاص التصرف أو الواقعة وتتعلق بالمضمون، أي بالناحية الموضوعية وبهذا فإن النسبية تحقق الأمن القانوني؛ لأن من أساسياته استقرار العلاقات التعاقدية^(٢).

وفي نطاق موضوع البحث فمن الجدير بالذكر أن النسبية تحقق الأمن القضائي أيضاً، فالقاعدة القانونية بوصفها أداة للضبط والتنظيم، تتميز عادة بطابعها الواقعي من المنازعات ولكن يمكن إثارتها عند الاقتضاء أمام القضاء لتؤدي دورها كونها قاعدة لحل النزاع بين أطراف النزاع وحدهم في نطاق النسبية، فمن القواعد المعمول بها في نطاق قانون المرافعات المدنية، هي قاعدة نسبية أثر الطعن، هذه القاعدة تتضمن أن الطعن لا يفيد إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من وقع أو رفع عليه، وهذه القاعدة تندرج تحت قاعدة أوسع منها ألا وهي قاعدة نسبية الإجراءات، فالطعن في الإجراءات حق ذاتي، فإذا رأى المحكوم عليه أن له مصلحة في الطعن فله استعمال هذا الحق وحده، وعندما يرى أن من مصلحته عدم الطعن فله ذلك؛ لأن حق الطعن حق خالص له وحده^(٣).

وعلى أساس ذلك فإن هذا التحديد من الناحية الشخصية والموضوعية بحد ذاته نسبي وبالتالي فإنه يلقي بظلاله على عمل القضاء مما يساعد في خلق أو تحقيق أمن قضائي عن طريق هذه النسبية، فالأخيرة تعد من الضمانات أو المبادئ التي تسهم على هذا النحو في تحقيق الأمن القضائي.

خامساً - النسبية تحقق مصلحة اطرافها

(١) د. وهيب عبد الوهاب، الأمن القانوني وتأثيره على استقرار المعاملات القانونية، مقال منشور على الشبكة المعلوماتية الأنترنت وعلى الموقع المتاح، www.alji3a.com تاريخ الزيارة ٢٨/٤/٢٠٢١.

(٢) د. عبد المجيد الغميجة، مصدر سابق، ص ٦٤.

(٣) د. وجدي راغي فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط ٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٧٤٠، وما بعدها.

إن تحقيق مصلحة ما، هي الغاية التي يسعى إليها السلوك الإنساني المتمثل بإرادة الأفراد، وهذه المصلحة تتبلور في الحصول، أما على فائدة، أو دفع ضرر معين، وقد عرفت المصلحة بأنها ((حق يعترف فيه القانون ويحميه))^(١). من ذلك نرى إن القانون المدني العراقي من جهة، والقوانين المدنية لاسيما تلك التي تكون محل المقارنة من جهة أخرى، قد أوردت نصوصاً قانونية تحمل في دلالاتها حقاً معيناً لبعض الأفراد، قاصداً من ذلك تحقيق مصالحهم، فنجد أن القانون المدني العراقي قد نص صراحةً على نسبية أثر الدفع بالتقادم عن طريق نص المادة (٢/٣٢٩) والتي تنص على ((وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك قبل باقي المدينين))^(٢).

أمّا بخصوص المشرّع المصري فإنه وإن اجاز للمدين المتضامن طبقاً للمادة (٢٩٢) من القانون المدني المصري على أن يدفع بتقادم الدين بالنسبية إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين، إلا إذا أبدى أحد المدينين المتضامنين هذا الدفع فإن أثره لا يتعدى إلى غيره من المدينين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به، إذ نصت المادة (٢٩٢) من القانون المدني المصري على ((١- إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامنين، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين. ٢- وإذا انقطعت أو وقفت سريانه بالنسبة إلى المدينين المتضامنين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين)).

وإذا أمعنا النظر بمفردات نص المواد الواردة في الأعلى يتبين لنا إنها أفادت أن أثر وقف التقادم وانقطاعه أمر نسبي، إذ إن إبداء الدفع بالتقادم المسقط، قاصر على من له مصلحة فيه من جهة، ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا في حق من تمسك به من جهة أخرى، وهذا إن دلّ على شيء فإنما يدل على أن المشرع إرادة من خلال نسبية النص القانوني لتحقيق مصلحة ما، وتتمثل هذه المصلحة بمصلحة الطرف المتمسك بالتقادم من جانب، ومصلحة الدائن من جانب آخر، ومن ثمّ يمكن القول، إنه عند الولوج في النصوص

(١) د. أحمد العوضي، حقيقة المصلحة وخصائصها في الشريعة الإسلامية والفكر الوضعي، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد (١)، مجلد (٢٧) صادر عن الجامعة الأردنية (عمادة البحث العلمي)، عمان، ٢٠٠٠، ص ١٨٧.

(٢) وتقابلها نص المادة (٤٣٤) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((١- عدم سماع الدعوى لمرور الزمان بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لا يفيد باقي المدينين إلا بقدر حصة ذلك المدين. ٢- إذا انقطع مرور الزمان أو وقف سريانه بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فليس للدائن أن يتمسك بذلك قبل الباقيين))، المعنى نفسه تضمنته نص المادة (٢/١/٢٩٢) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٢/٢٧٩) من القانون المدني الليبي.

القانونية المدنية يتبين لنا أن النسبية تحقق مصلحة أطرافها، وعلى أساس ذلك فالنسبية لها العديد من المبررات من أهمها، إنها تحقق الاستقرار في معاملات المالية، وتحقيق الأمن القانوني والقضائي، كما أنها تؤدي إلى حماية المتعاقدين في ظل التطورات التي تؤثر على القانون، إضافة إلى ذلك إلى إنها تؤدي إلى حسم المنازعات، وتعدُّ هذه المبررات جوهر النسبية في القانون المدني .

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للنسبية و تمييزها عما يشتهب بها من أوضاع قانونية

بعد أن بينا مفهوم النسبية في القانون المدني، وحددنا أهم مبرراتها التي دفعت المشرع و الفقه و القضاء إلى تقريرها، كان لا بد لنا من تحديد الطبيعة القانونية لهذه النسبية، من كونها تعد نظرية، أم أنها تعد فكرة أو قاعدة، شأنها شأن أي قاعدة من قواعد القانون المدني، أم أنها تعد مبدأ من مبادئ القانون المدني هذا من جهة، كذلك تمييزها عما يشتهب بها من أوضاع قانونية تكون بطبيعتها مرادفة للنسبية من جهة أخرى، وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب، وذلك ضمن فرعين، سنتناول في الفرع الأول منه الطبيعة القانونية للنسبية، أما الفرع الثاني فسنكرسه لدراسة تمييز النسبية عما يشتهب بها:

الفرع الأول

الطبيعة القانونية للنسبية

من المعلوم أن النسبية في القانون المدني، تعد موضوعاً حديثاً لم تتل على حد اطلاقنا بالدراسة والبحث بالمفهوم الواسع للنسبية، أي دراسة النسبية في القانون المدني أينما وجدت، من ذلك نجد أن الطبيعة القانونية للنسبية لم تُحدّد من قبل المشرّع والفقه على حدٍ سواء؛ وسبب عدم تحديد طبيعتها يرجع في حقيقة الأمر إلى تعدد حالات وتطبيقات النسبية في القانون المدني، ولكن هذا لا يمنع الباحث من تحديد الطبيعة القانونية للنسبية في القانون المدني عن طريق الجمع بين تلك التطبيقات من جهة، والبحث عن موقف الفقه القانوني بشأن طبيعتها من جهة أخرى، وفي إطار تحديد الطبيعة القانونية للنسبية، فمن الجدير بالملاحظة أنه مهما يكن من الأمر فإن النسبية لا تخرج من كونها فكرة أو نظرية في القانون المدني أو أنها تعد مبدأً قانونياً مسلماً به فقهاً

وقضاءً، أم أنها تعد قاعدة عامة من قواعد القانون المدني، هذا ولغرض الإحاطة بموضوع البحث فإنه لابد لنا من بيان هذه المفردات من أجل الوقوف على طبيعتها.

أولاً - النسبية مبدأ في القانون المدني

قبل بيان فيما إذا كانت النسبية تعد مبدأً قانونياً من مبادئ القانون المدني، لابد لنا من أن نبين إن الواقع العملي لدى الفقه يشير إلى الخلط بين المبدأ القانوني والمبدأ القضائي، إذ يطلقون تسمية كل منهما على الآخر على أساس أن كلاهما يحمل الدلالة نفسها والمضمون نفسه، بالإضافة إلى ذلك إن غالبية الفقهاء يذهبون إلى إطلاق تسمية (المبادئ القانونية) على ما تقرره المحاكم في بعض المسائل التي تُعرض عليها، فالفقهاء والباحثون يطلقون على مؤلفاتهم حول الأحكام القضائية التي يجمعونها باسم (المبادئ القانونية) لمحكمة كذا في موضوع كذا، وكانت هذه التسمية من المسلمات بالنسبة لهم، فلا يولون اهتماماً خاصاً لمسألة التفريق بين الاصطلاحين^(١). وما يهمنا في هذا المجال هو الإجابة عن السؤال الآتي، هل تعد النسبية في القانون المدني مبدأً قانونياً مسلماً به فقهاً وقضاً؟

لغرض الإجابة على السؤال أعلاه، لابد لنا من بيان مفهوم المبدأ للوهلة الأولى ومن ثمّ بعد ذلك تحديد طبيعة النسبية في ضوء آراء الفقه القانوني، فالمبدأ يقصد به الشيء الثابت والراسخ، أي يشترط القول بأن هناك مبادئ بموجبها تتمتع الأحكام بالثبات والاستقرار لمدة من الزمن وأن تتواتر المحاكم على الأخذ به مدة طويلة نسبياً من ناحية، واستعماله من المشرع و الفقه من ناحية أخرى، كما أن وظيفة المشرع هي وضع قواعد قانونية عامة ومجردة قابلة للانطباق على جميع الحالات التي وضعت لأجلها، فهذه القواعد يطلق عليها كذلك تعبير أحكام (مبادئ قانونية)؛ كونها تتمثل بالثبات ولو ثبات نسبي^(٢). عليه فإن المبدأ القانوني هو حقيقة أو قانون أساسي من ذلك يذهب رأي في الفقه إلى إن النسبية هي مبدأ، ويبرر قوله هذا في إن أغلب فقهاء القانون يتطرق إلى النسبية من حيث تطبيقاتها فنجد مثلاً مبدأ نسبية أثر وقف التقادم، أو

(١) القاضي مدحت المحمود، المبادئ الدستورية والقانونية الواردة في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، بحث منشور في مجلة المحكمة الاتحادية العليا، المجلد الأول، للسنوات (٢٠٠٥-٢٠١٨)، ص ١.

(٢) د. عوض الزعبي، أصول استنباط المبادئ القانونية، بحث منشور في مجلة معهد الحقوق، جامعة بيروت، ٢٠٠٧، ص ١٢.

مبدأ نسبية أثر العقد^(١). ولكن هذا الرأي وإن كان يحمل جانباً من الصحة، إلا أنه لا يمكن أن تكون النسبية مبدأً قانونياً، فالمبدأ القانوني يتعلق بحالة معينة، أي بتطبيق معين من تطبيقات النسبية في القانون المدني، فنسبية تقسيم الأشياء الى مثالية وقيمة هي غير نسبية أثر وقف التقادم، ولكل منهما أحكامه ونطاقه الشخصي و الموضوعي، فالمبدأ والنظرية وأن كانا مفهومين مترابطين إلا أن النظرية أوسع؛ لأنها تكون مجموعة من المبادئ، فكيف تجمع آثار هذه النسبية ضمن تطبيقات مختلفة ومتناثرة بين أبواب القانون المدني التي لا يجمعها جامع معين عن طريق مبدأ قانوني؟ وتماشياً مع ذلك، لا يمكن القول بأن النسبية في القانون المدني هي مبدأ قانوني.

ثانياً - النسبية بوصفها فكرة في القانون المدني

ابتداءً لا يمكن عد النسبية في القانون المدني فكرة؛ وسبب ذلك يكمن في إن النسبية لها وجودها المادي، الحقيقي في النصوص القانونية، سواء كان ذلك بنص صريح أم ضمنى، مثال ذلك هو نص المادة (١٨٤) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك))^(٢). إذ إن الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً من مصادر الالتزام الإرادية تعد نسبية، فالإرادة من حيث هي لا يمكن أن تلزم إلا صاحبها وفي الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك^(٣).

ومن ثم فإن المشرع قد حدد نطاق الإرادة المنفردة سواء أكان ذلك من الناحية الشخصية أم الموضوعية، من ذلك هي نسبية، ويعلل بعض الفقه ذلك إذ يرى أن الإرادة المنفردة تعد عملاً قانونياً صادراً من جانب واحد ينتج آثاراً قانونية معينة، فهو على هذا الأساس يتم بإرادة منفردة، ولا يمثل إلا مصلحة بعض أطرافها، فإذا تم بإرادة واحدة، فهذا يعني أن يتم بتعبير واحد عن الإرادة، ولا يتوقف في إنتاج آثاره إلا على

(١) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، مصدر سابق، ص ٢٨١.

(٢) وتقابلها نص المادة (٢٥٠) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول مالم يكن فيه إلزام الغير بشيء وذلك طبقاً لما يقضي به القانون))، فالإرادة المنفردة تكون ذات نطاق محدود (نسبي) سواء أكان ذلك من الناحية الشخصية أو الموضوعية، فالمتصرف ينشئ التصرف القانوني بمحض ارادته وحده بحيث يصدر الايجاب القبول من ذات الشخص، وعلى اساس ذلك نجد إن المشرع الأردني قد نص على أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة من دون توقف على القبول ونتيجة لذلك عُدَّت الإرادة المنفردة بما ترتبه من أثر يكون نسبي، أنظر بهذا الصدد د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ط١، مكتبة الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٨٧، ف ٤٠٥، ص ١٨٥، ولا مقابل لها في القانون المدني السوري وكذلك القانون المدني الليبي.

(٣) المحامي سلمان بيّات، القضاء المدني العراقي، ط١، ج١، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، ٢٠٢٠، ص ٢٣٨.

إرادة من صدر منه التعبير، وأما لكونه يمثل مصلحة بعض الأطراف، فهذا يعني أن المتصرف يهدف من تصرفه هذا تحقيق مصلحته هو، من دون أن تدخل مصلحة الغير في حسابه، كالوصية والهبة والوقف والوعد بجائزة^(١).

كذلك نص المادة (١/١٤٢) من القانون المدني العراقي أشارت إلى تطبيق من تطبيقات النسبية إلا وهو (نسبية أثر العقد) حيث نصت المادة السابقة على ((١- ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام...))^(٢). أمّا بخصوص القانون المدني المصري فإنه هو الآخر قد نص في المادة (١٤٥) منه على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون إن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)).

أمّا القانون المدني الفرنسي فقد نص على ذلك عن طريق نص المادة (١١٩٩) إذ نصت هذه المادة على ((لا ينشئ العقد الالتزامات إلا بين أطرافه، ولا يمكن للغير أن يطلب تنفيذ العقد، كما أنه لا يمكن إلزام الغير في تنفيذه إلا إذا توفرت أحد الاستثناءات المنصوص عليها في هذا الفرع...)). ومن ثم فإن تلك الآثار هي آثار نسبية من حيث نطاقها الشخصي والموضوعي، فلا يلتزم بما ينشأ عنها من الالتزامات سوى أطرافها، وكذلك الحقوق الناشئة عن التصرف القانوني فلا يستفيد منها شخصاً لم يكن طرفاً في تصرف قانوني، إذ انها تفيد أطرافه فقط لذلك اعتبرت هذه الآثار آثاراً نسبية.^(٣)

كذلك نص المادة (١/٦٩) من القانون المدني العراقي تنص على النسبية إذ نصت هذه المادة على ((الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين (دائن و مدين) يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن

(١) د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، ط٢، دار الهدى للطباعة والنشر، الجزائر، ٢٠١٠، ص ٢٧٦ وما بعدها.

(٢) و تقابلها نص المادة (٢٠٦) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (١٥٣) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١٤٥) من القانون المدني الليبي.

(٣) د. محي الدين أسماعيل علم الدين، نظرية العقد (دراسة مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية)، ط٣، دار النهضة العربية، مصر، بلا سنة طبع، ص ٤٣٠.

عمل))^(١). فالحق الشخصي حق نسبي لا يتمسك به إلا في مواجهة المدين و لا يمكن الاحتجاج به على الغير. وبالتالي لا يجوز التمسك به إلا في مواجهة المدين و لا يمكن الاحتجاج به على الغير، من ناحية أخرى^(٢). فالحق الشخصي لا يسري في مواجهة الغير على أساس أن هذا الحق لا يتضمن كالحق العيني سلطة مباشرة على الشيء، و إنما هو حق نسبي يقتصر على القدرة على مطالبة شخص معين بأداء معين^(٣). ومن ثمَّ فإن الحق الشخصي لا يحتج به إلا في مواجهة شخص المدين به وعلى أساس ذلك فقد أنحصر أثره في حق شخص معين أو أشخاص معينين، وعلى ضوء ذلك عدَّ حقاً نسبياً من الناحية الشخصية والموضوعية على حد سواء^(٤).

يتضح مما تقدم أن النسبية في القانون المدني ثبت لها وجودها المادي والحقيقي عن طريق النصوص القانونية المشار إليها أعلاه، وهذا الوجود ينفي بموجبه طبيعة النسبية كونها تعد فكرة في القانون المدني وبهذا يرى الباحث أن النسبية ليست فكرة، فقد تكون قاعدة أو نظرية في القانون المدني .

ثالثاً - النسبية بوصفها قاعدة في القانون المدني

تهدف دراسة القانون المدني بصورة عامة إلى الإحاطة بالقواعد التي تولف جوهره بهدف رعاية علاقات الناس الشخصية والمالية والمدنية، إذ إنها تسعى بشكل أو بآخر إلى وضع أسس التعامل بينهم والضوابط التي تنظم هذا التعامل حفاظاً على حقوق كل فرد، وهذا التنظيم يفترض وضع قواعد عامة تحدد المبادئ التي تقوم عليها هذه العلاقة على وفق معايير عديدة، منها تحديد الحقوق والالتزامات، وحسن انتظام الأفراد في المجتمع والعدالة في تعاملهم، وبالتالي فهل يمكن القول بأن النسبية في القانون المدني هي قاعدة عامة ؟

لغرض الإجابة عن السؤال المطروح في الأعلى لا بد لنا من بيان المقصود بالقاعدة القانونية، وبعدها تحديد ما إذا كانت النسبية تعد قاعدة قانونية أم لا، على وفق معطيات

(١) وتقابلها نص المادة (٦٨) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((الحق الشخصي هو رابطة قانونية بين دائن و مدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل)). ولا مقابل لها في القانون السوري وكذلك القانون الليبي.

(٢) د. محمد علي عرفه، مبادئ العلوم القانونية، ط٢، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر، ١٩٥١، ص ٥٠٢.

(٣) د. شمس الدين الوكيل، دروس في مقدمة القانون، ط١، منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٦٦، ص ٢٣٨.

(٤) سعد ربيع عبد الجبار، مصدر سابق، ص٣٦، د. داود كمال، مقاييس نظرية الحق، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٩/٢٠٢٠، ص ٢.

معينة، عموماً أن القاعدة القانونية يقصد بها ((مجموعة من المبادئ تنظم وضعاً قانونياً معيناً يتناول حقاً معيناً أو ممارسة لحق بصورة تضمن حسن وسلامة استعمال هذا الحق))^(١)، أو هي ((قاعدة عامة مجردة تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم داخل المجتمع مقترنة بجزء مادي تفرضه السلطة العامة على من يخالفها))^(٢).

فالمشرّع يضع قواعد قانونية تنظم علاقات الأفراد المالية، وهذه القواعد أما أن تكون قواعد مطلقة أو مقيدة أو مخصصة أو نسبية، ومن القواعد التي جاءت عامة هو نص المادة (١٠٩٨/١ف) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((كل من أحرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه))^(٣). كذلك القانون المدني المصري فقد نص على ذلك عن طريق نص المادة (٨٧٠) والتي تنص على ((من وضع يده على منقولات لا مالك له بنية تملكه، ملكه)). وهذا النص جاء مطلقاً ومن ثم فإن حكمه يكون كذلك أيضاً، ونتيجة لذلك يكون أي شخص أحرز منقولاً لا مالك له بنية التملك فإنه يمتلكه عن طريق الاستيلاء. ومن النصوص التي جاءت مخصصة هو نص المادة (٩٣١) من القانون المدني العراقي والخاصة بالوكالة، والتي نصت على ((يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به وتعميمها بتعميمه فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق له وبالخصومة في كل حق له، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم))^(٤).

فالتخصيص يؤدي إلى عدم شمولية حكم النص العام لبعض أفراده سواء أكان ذلك بدليل متصل أم منفصل أم أنه يؤدي إلى قصر العام على بعض أفراده، وهذا ما أشارت إليه نص المادة المذكورة في الأعلى إذ إنها أعطت للموكل صلاحية بتخصيص الوكيل بتصرف دون غيره. ومن النصوص التي جاءت نسبية هو نص المادة (٤٣٧) من القانون المدني العراقي إذ نصت هذه المادة على ((تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط

(١) د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط١، مؤسسة بحسون للطباعة والنشر (دار المنال)، بيروت، لبنان، ١٩٩٢، ص ١٩.

(٢) د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة ط، ص ٣١.

(٣) تقابلها نص المادة (١٠٧٦) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((من أحرز منقولاً مباحاً لا مالك له بنية تملكه ملكه)). وتقابلها بالمعنى نفسه نص المادة (٨٢٨) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٨٧٤) من القانون المدني الليبي.

(٤) تقابلها بالمعنى نفسه نص المادة (٨٣٦) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (٦٦٨) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٧٠٢) من القانون المدني الليبي.

مغتفر فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فإنها تسمع بعدها^(١). فسبب الانقطاع هو المطالبة القضائية وهذا السبب هو سبب نسبي بما يرتبه من آثار؛ والسبب في ذلك هو إن هذا السبب يعد عملاً قانونياً يصدر من صاحب الحق أو من الحائز من ذلك هو لا يحتج به إلا في مواجهة من صدر هذا العمل خلاف لمصلحته ومن ثمَّ فهو سبب نسبي، وبهذا فإن النسبية قد تكون قاعدة قانونية تنظم تطبيقاً من تطبيقاتها، كقاعدة نسبية عيوب الحيازة، وقاعدة نسبية أثر الخصومة، وقاعدة نسبية أثر الطعن، إلا أن النسبية بمفهومها الواسع لا يمكن عدّها قاعدة في القانون المدني من حيث الطبيعة القانونية لها؛ والسبب في ذلك هو التعدد في تطبيقات النسبية في القانون المدني ولكل تطبيق أحكاماً وآثاراً معينة تترتب عليه ومن ثمَّ فلا يمكن جمع تلك الآثار المختلفة للنسبية من تطبيق لآخر ضمن قاعدة قانونية.

رابعاً - النسبية بوصفها نظرية في القانون المدني

قبل بيان فيما إذا كانت النسبية تعد نظرية في القانون المدني أم لا، فإنه لا بد لنا من بيان مفهوم النظرية ومن ثمَّ بعد ذلك تحديد طبيعة هذه النسبية، فالنظرية تُفسر عادة ظاهرة معينة ذات نطاق واسع وقد عرّفها قاموس أكسفورد بأنها ((فرضية أو نظام أفكار يهدف إلى شرح شيء ما بناء على مبادئ عامة مستقلة عن الشيء المراد شرحه))^(٢). وعرفت كذلك بأنها: ((مجموعة من المبادئ الموضوعية لشرح مجموعة من الحقائق، خاصة تلك التي تم اختيارها مراراً، أو مقبولة على نطاق واسع))^(٣).

وهناك من يعرفها أيضاً بأنها ((التصور المجرد الجامع للقواعد العامة الضابطة للأحكام الفرعية الجزئية، فيقال مثلاً نظرية الالتزام أي التصور الجامع المحيط بجميع الجوانب الخاصة بالالتزام من عدة حيثيات، من حيث حقيقته، ومصادره، وانتهائه، ونقله وكما يتعلق به))^(٤). مثال ذلك نظرية العقد أي التصور الجامع بكل ما يتعلق بالعقد بدراسة واضحة وهكذا فإن النظرية تفسر عادةً ظاهرة ذات

(١) تقابلها نص المادة (٤٦٠) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة أو بأي إجراء قضائي يقوم به الدائن للتمسك بحقه)). والمعنى نفسه تحمله نص المادة (٣٨٠) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٣٧٠) من القانون المدني الليبي.

(٢) د. جون سيمبون، ود. ادmond وينر، ود. جيمس موراي، قاموس أكسفورد الانكليزي، ط١، دار نشر جامعة أكسفورد، المملكة المتحدة، ١٨٨٤، ص ٩٢٨.

(٣) د. عجيلة محمد، الفرق بين النظرية والمبدأ، مقال منشور في المجلة العربية للبحث العلمي، العدد الأول، ٢٠٢٠، ص ١٨.

(٤) د. جمال الدين عطية، التنظير الفقهي، ط١، مطبعة المدينة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ١٩٨٧، ص

نطاق واسع، ناهيك عن إن النظرية تنبثق عن فرضية ثابتة، من ذلك نرى أن الفقه القانوني يتطرق إلى النظريات في نطاق التصرفات القانونية ذات النطاق الواسع، كنظرية العقد وغيرها من النظريات العلمية، وفي هذا الإطار فالنسبية تتكون من مجموعة من المبادئ والقواعد القانونية التي تحمل في طياتها النسبية؛ لأن الأخيرة متعددة التطبيقات سواء أكان ذلك في مجال التصرفات أم الوقائع القانونية.

ومن ثم فإن الباحث يرى أن النسبية تكون نظرية من حيث الطبيعة القانونية لها، حيث نتناول النسبية في القانون المدني أينما وجدت من خلال جمع النصوص القانونية التي تكون بطبيعتها نسبية من الناحية الشخصية والموضوعية، وبواسطة هذه التطبيقات وتعددتها نضع نظرية عامة للنسبية، وهذا يعتبر جوهر موضوع البحث؛ لأن الإشكالية التي نرمي إلى معالجتها في متن البحث هو عدم وجود تنظيم أو نظرية عامة للنسبية في القانون المدني، وكُل ما في الأمر تطبيقات متناثرة بين أبواب القانون المدني التي لا يجمعها جامع معين وبواسطة هذه النظرية نضع تصورًا جامعًا للنسبية في القانون المدني، ابتداءً من مفهومها، وشروطها ونطاقها، وتطبيقاتها وانتهاءً بأحكامها وأهم الآثار التي تترتب عليها في نطاق القانون المدني .

الفرع الثاني

تمييز النسبية عما يشتهب بها من أوضاع قانونية

لا شك في إن النسبية في القانون المدني، شأنها شأن أي موضوع قانوني آخر له دلالات معينة وهي من حيث الأصل قد تشتهب مع بعض المصطلحات الأخرى، لاسيما الاستثناء، وكذلك التخصيص، والحجية، وغيرها من المصطلحات القانونية المرادفة لها، إذ إن بيان هذه الأوضاع، يساعد بشكل أو بآخر إلى تحديد نطاق هذه النسبية، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع ضمن عدة فقرات :

أولاً - تمييز النسبية عن الاستثناء القانوني

يمكن القول إنه عند مراجعة نصوص القانون المدني العراقي وكذلك القوانين محل المقارنة يتبين لنا أن المشرعين لم يوردوا تعريفاً للاستثناء، وهذا لا يعد في حقيقة الأمر عيباً على التشريعات أعلاه؛ لأن هذه الوظيفة هي من مهمة الفقه والقضاء^(١). ولكن عن طريق التطبيقات التي أوردتها المشرع العراقي وكذلك القوانين محل المقارنة، أستخرج

(١) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، مصدر سابق، ص ٢٧٤.

البعض من الفقه القانوني تعريفاً للاستثناء القانوني فعَرَّف الاستثناء بأنه ((خروج مسألة أو تصرف أو واقعة معينة عن حكم القاعدة العامة بغية تحقيق غاية معينة))^(١). وبهذا فإن الاستثناء القانوني يعد بمثابة الخروج عن القواعد العامة لضرورة تقضي ذلك سواء أكان ذلك بإرادة المشرع رغبة في استقرار المعاملات أم لغاية معينة، أم إن إرادة الأطراف قد اتجهت إلى الخروج عن القواعد العامة، أما النسبية فهي تعني اقتصار الحكم على بعض أفراده أشخاصاً أو موضوعاً، أو هي تقييد الحكم القانوني وحظر امتداده إلى غير أشخاصه في نطاق موضوعي معين، ولكن مع هذا فإن النسبية قد تتشابه مع الاستثناء في بعض المواضع، وقد تختلف عنه في مواضع أخرى، ولغرض بيان ذلك لا بد لنا من الوقوف على أوجه الشبه والاختلاف بين الاستثناء القانوني والنسبية في القانون المدني من خلال تقسيم هذه الفقرة على نقطتين وكما يأتي:

١- أوجه الشبه بين النسبية والاستثناء القانوني: النسبية والاستثناء يتشابهان في مواضع عديدة من أهمها :

أ- إن كلاً من النسبية والاستثناء قد نص عليهما القانون بنصوص قانونية متناثرة بين أبواب القانون المدني، من ذلك ما نص عليه القانون المدني العراقي في المادة (٣/١٣٨) منه على ((ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عادة عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد))^(٢). كذلك القانون المدني المصري نص على هذا الاستثناء عن طريق نص المادة (١٤٢) والتي تنص على ((ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عادة عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد)).

وما جاء في هذه الفقرة يعد استثناء من القاعدة العامة التي نصت عليه المادة (٢/١٣٨) من القانون المدني العراقي والتي أشارت إلى أن العقد إذا أبطل يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، إذ نصت هذه المادة في فقرتها الأولى على ((فإذا أبطل العقد يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا كان هذا

(١) أستاذنا الدكتور. عادل شمran الشمري و د. علي شمran الشمري، فلسفة الاستثناء في القانون المدني (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء (كلية القانون)، العدد الثالث، لسنة ٢٠١٨، صفحة ١٢٠.

(٢) وتقابل هذه المادة نص المادة (١٤٢)، من القانون المدني المصري، والتي تنص على ((ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته ان يرد غير ما عاده عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد)).

مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل))^(١). ويلزم كل طرف برد ما قبضه إلى الآخر، وبالتالي فقد أستثنى المشرع في القانون المدني العراقي من جهة، والقوانين محل المقارنة من جهة أخرى ناقص الأهلية من حكم القاعدة العامة^(٢). بمعنى أنه إذا تقرر زال كل أثر للعقد وأرجع كل شيء إلى أصله، فإذا كان العقد بيعاً وتقرر إبطاله، رد المشتري المبيع إلى البائع ورد البائع الثمن إلى المشتري ويكون ذلك على أساس استرداد ما دفع دون حق وهذا هو الأصل طبقاً للقواعد العامة، ولكن المشرع قد خرج عن هذا الأصل، حيث إنه إذ تقرر ابطال العقد لنقص الأهلية فإن ناقص الأهلية يسترد ما قدمه قبل العقد، لكنه لا يلزم برد إلا ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

كذلك فإن القانون المدني العراقي قد نص على النسبية بشكل صريح في العديد من النصوص القانونية التي تحتوي في طياتها النسبية، من ذلك نص المادة (١/١٤٢) والتي تنص على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام))^(٣). كذلك القوانين محل المقارنة نصت على ذلك، فالقانون المدني المصري قد نص في المادة (١٤٥) منه على ((ينصرف أثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون إن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)). أما القانون المدني الفرنسي فقد نص على ذلك عن طريق نص المادة (١١٩٩) منه على ((لا ينشئ العقد الالتزامات إلا بين أطرافه ...)). من ذلك يتضح أن النسبية والاستثناء القانوني قد نص عليهما المشرع بنصوص قانونية متفرقة بين أبواب القانون المدني التي لا يجمعها جامع معين.

ب- إن كلاً منهما يؤدي إلى تحقيق استقرار المعاملات المالية، إذ إن الاستثناء في القانون المدني يؤدي إلى استقرار المعاملات المالية من حيث المحافظة على التصرفات القانونية قدر المستطاع، مثال ذلك أن الأصل في الأحكام الخاصة بعقد البيع

(١) وتقابلها نص المادة (١٣٤) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (١٤٣) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١١٩) من القانون المدني الليبي.

(٢) للمزيد أنظر د. عبد الرزاق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، ط١، مطبعة الفجر للنشر والتوزيع، بلا مكان ط١، ١٩٨٣، ص ٢٥٣. د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ط١، مطبعة دار النهضة العربية، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، ص ١٩٥.

(٣) وتقابلها نص المادة (٢٠٦) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (١٥٣) من القانون المدني السوري، و نص المادة (١٤٥) من القانون المدني الليبي.

أن الزيادة أو النقص في المبيع تجيز للمشتري فسخ المبيع^(١). وهذا ما نصت عليه المادة (١/٥٤٦) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((في الأحوال المنصوص عليها... لا يكون للمشتري الحق في الفسخ، ولا يكون للبائع حق فيما يظهر من زيادة في المبيع إلا إذا كان النقص أو الزيادة قد جاوز خمسة في المائة من القدر المحدد للشيء المبيع))^(٢). وبهذا فإن تجاوزت الزيادة أو النقص النسبة المحددة من قبل المشرع العراقي يجوز فسخ المبيع إما أقل من هذه النسبة، فلا يجوز طلب الفسخ و إنما يجب قبول المبيع في حدود النسبة المسموح بها قانوناً رعاية من المشرع لاستقرار المعاملات المالية^(٣).

أما النسبية في القانون المدني فهي الأخرى تؤدي إلى تحقق استقرار المعاملات كما بينا سابقاً عند بيان مبررات النسبية في القانون المدني، كذلك من بين أوجه الشبه بين الاستثناء والنسبية أن كل منهما لم يورد لهما المشرع تعريفاً بشكل صريح، وإنما كل ما هنالك نصوص قانونية مشتملة على النسبية والاستثناء لا يجمعها جامع معين، كذلك فإن كلا منهما يحقق مصلحة الأطراف في مجال التصرفات والوقائع، وهذه مجمل أوجه الشبه بين النسبية والاستثناء.

٢- أوجه الاختلاف بين النسبية والاستثناء القانوني: لاشك في أن النسبية تختلف عن الاستثناء القانوني من عدة حيثيات، من أهم هذه حيثيات، من حيث الأحكام، إذ بينا سابقاً أن الاستثناء القانوني هو إخراج حكم مسألة معينة من حكم قاعدة عامة لضروريات أو مسوغات معينة اقتضاها المشرع، أما النسبية فهي اقتصار الحكم على بعض أفراد من الناحية الشخصية أو الموضوعية، واستناداً إلى ذلك فإن النسبية تكون أوسع نطاقاً من الاستثناء، إذ إن الاستثناء من أهم أحكامه أن لا يجوز التوسع فيه، إذ إن المشرع عند إخرجه حكماً معيناً، ويعد هذا الأخير استثناء بموجب نص قانوني ما، فإنه يكون دافعاً لمسوغ أو غاية أو سبب معين عائد للنص المستثنى منه بالذات؛ فاستثناء أشخاص أو حالات أو تصرفات معينة أو وقائع يكون قد قصد بها المستثنى بالذات، وعلى سبيل الحصر فقط؛ لذلك لا يجوز التوسع فيه ليشمل حالات أخرى أو أشخاص

(١) د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، ط١، مطبعة المعارف، ج١، بغداد، بلا سنة طبع، ص٢٤٥.

(٢) تقابلها نص المادة (١/٥١٧) من القانون المدني الأردني، والا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري، وكذلك القانون المدني الليبي.

(٣) أستاذنا الدكتور. عادل شمran حميد الشمري ود. علي شمran، مصدر سابق، ص ١٢١.

آخرين؛ لغرض توحيد الحلول أو منع تعارض الأحكام^(١). أما النسبية فإنها تكون أوسع نطاقاً من الاستثناء، فهناك رأي في الفقه القانوني يذهب إلى أن الحق الشخصي هو حق نسبي، لكونه يعتمد على رابطة المديونية، إذ إنه يعد من جهة الدائن حقاً ومن جهة المدين يعد التزاماً فنسبية الحق الشخصي تعني أنه لا يتمسك به إلا في مواجهة المدين^(٢). لأنه يعد التزاماً من جانبه، فالمدين قد لا يكون شخصاً واحداً ومن ثمّ قد تتوسع هذه النسبية كما هو الحال في نسبية آثار العقد، إذ ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين وخلفهما الخاص والعام والغير في بعض الأحوال، فدائرة النسبية تتسع في بعض الأحيان على خلاف الاستثناء فدائرة تكون أضيق نطاقاً، على الرغم من إن الاستثناء يعد خروج عن تلك القواعد العامة أي الولوج إلى قاعدة أخرى مغايرة لها لسبب أو مبرر ما^(٣).

ثانياً - تمييز النسبية عن الحجية

قبل بيان أوجه الشبه والاختلاف بين النسبية والحجية في مجال التصرفات والوقائع القانونية لابد لنا من بيان المقصود بالحجية، إذ تعرف بأنها ((المبدأ الذي يمنح التصرف قوة ملزمة تمكنه من فرض احترامه في مواجهة الكافة))^(٤). ونشير في هذا الشأن إلى أنه على الرغم من أن لكل من النسبية والحجية نطاق ومجال يمكن تطبيقه، إلا أن لهما أوجه شبه في بعض المواضع من ناحية، و أوجه اختلاف من ناحية أخرى، الأمر الذي يقتضي بنا بيان ذلك وكما يأتي :

١- **أوجه الشبه بين النسبية والحجية** : النسبية والحجية في القانون المدني يتشابهان في مواضع معينة ومن أهم هذه المواضع هي :

أ- إن كلاً منهما يؤدي إلى استقرار المعاملات، إذ أن استقرار الأخيرة بين أفراد المجتمع يمثل غاية القانون، وفي سبيل ذلك هيأ له الأخير الوسائل الملائمة، فهذا الاستقرار كما بيّننا سابقاً يمر قانوناً عبر قنوات متعددة من أهمها النسبية والحجية في القانون المدني^(٥). فحجية التصرف القانوني أو الواقعة تقتضي احترامها من الأغيار بما يحقق الاستقرار في المعاملات المالية.

(١) د. محمد حسين قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون والالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٠، ص ١٨.

(٢) د. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، مصدر سابق، ص ٥١٣.

(٣) د. ياسر عسكر زيدان، دور القضاء في تحريك الدعوة الجنائية والحكم فيها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ١٣٣.

(٤) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية، المصادر الإرادية، ط١، مطبعة البت العربي، عمان، ١٩٨٤، ص ١٤٢.

(٥) د. سعد ربيع عبد الجبار، مصدر سابق، ص ١٢.

ب- أن كُـل منهما يحدد المراكز القانونية لأطراف العلاقة التعاقدية في مجال التصرفات القانونية، فالحجية تحدد الغير الذي يفرض عليه احترام التصرف أو الواقعة، أما النسبية فتحدد نطاقها من الناحية الشخصية أو الموضوعية أي تحديد الأشخاص الذين تتصرف لهم النسبية في حدود موضوع النص.

٢- **أوجه الاختلاف بين النسبية والحجية في القانون المدني** : لم يميز الفقه القانوني ابتداءً بين النسبية والحجية، إذ كان الخلط واضحاً بينهما؛ لأنه يعد النسبية والحجية وجهين لعملة واحدة، وسرعان ما انتقد هذا الرأي، إذ إن النسبية تختلف عن الحجية من ناحية المضمون، وكذلك من ناحية أطراف التصرف أو الوقائع وكما يأتي:

أ- من ناحية أطراف التصرف أو الوقائع فمثلاً نسبية أثر العقد، كونه أحد التطبيقات القانونية للنسبية، ولكونه تصرفاً قانونياً لا ينتج أثره إلا بين عاقيه فإن النسبية ترتبط بالأثر الملزم من الناحية الشخصية والموضوعية، أما الحجية فهي تجعل من التصرفات واقعة معينة، بحيث يجب التمسك بقيام هذا التصرف لكونه واقعة، من دون الادعاء باكتساب حق تولد عنه من دون تحمل بالتزام^(١). ومن ثمَّ يختلف أشخاص النسبية عن أشخاص الحجية.

ب- من حيث الآثار، فالحجية تحكم الآثار المادية للتصرف القانوني، أما النسبية فأنها تحكم الآثار القانونية له^(٢). وعلى أساس ذلك فإن النسبية والحجية في القانون المدني يختلفان من حيث المضمون والأشخاص، أي أن لكل منهما نطاقاً شخصياً وموضوعياً تثار عن طريقه.

ثالثاً - تمييز النسبية عن التخصيص

يعرف التخصيص بأنه ((عدم شمولية حكم النص العام على بعض أفراده بدليل متصل أو منفصل))^(٣). كما يعرف أيضاً بأنه ((قصر العام على بعض أفراده))^(٤). إذ إن المشرع عادة ما يخصص نصوصاً قانونية على الرغم من عمومها لاعتبارات أو لمسوغات عديدة، منها مصلحة الأطراف أو لأن طبيعة التعامل ما بين المتعاقدين

(١) د. أحمد سلامة، مذكرات في النظرية العامة للالتزام، ط١، مكتبة عين الشمس للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ١٩٨١، ص ١٧٣.

(٢) د. سعد ربيع عبد الجبار، مصدر سابق، ص ١٩٣.

(٣) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط١، دار إحسان للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، ٢٠١٤، ص ٤٠٦.

(٤) د. بدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط، ط١، ج٤، بلا جهة طبع، بلا مكان ط، ١٩٩٤، ص ٣٢٦. انظر كذلك المحامي عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة للنشر والتوزيع، بغداد، بلا سنة طبع، ص ٣١٠.

تقتضي ذلك، ومن هذه النصوص التي جاء بها المشرع العراقي في متن القانون المدني هو نص المادة (٩٣١) والخاصة بالوكالة، والتي تنص على ((يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به وتعميمها بتعميمه فمن وكل غيره توكيلاً مطلقاً مفوضاً بكل حق له وبالخصومة في كل حق له، صحت الوكالة ولو لم يعين المخاصم به والمخاصم ((^(١)). فالوكالة ترد من حيث الأصل عامة، بحيث يستطيع الموكل وحسب القواعد العامة القيام بالتصرفات القانونية كافة، فهي ترد من حيث الأصل بألفاظ عامة فلا يعين فيها الموكل محل التصرف القانوني المعهود به للموكل، بل ولا يعين فيها نوع هذا التصرف القانوني نفسه و على أساس ذلك عدّ هذا النوع من الوكالة وكالة عامة^(٢).

ويمكن أن يرد في مقابل ذلك تخصيص للوكالة العامة بأن يخصص الموكل به من الوكيل في حدود تصرف معين دون غيره تثير إليها أو تعبر عنها ألفاظ وعبارات خاصة، وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه ((المقرر في قضاء هذه المحكمة إن التعرف على سعة الوكالة تختلف باختلاف الصيغة التي يفرغ فيها التوكيل من حيث ما تشتمل عليه من تصرفات قانونية خول الموكل للوكيل القيام بها أو إجرائها يتحدد بالرجوع إلى عبارة التوكيل ذاته جرت به نصوصه وإلى الملابس التي صدر فيها التوكيل وظروف الدعوى ليتبين نطاق هذه الوكالة))^(٣). أما النسبية فهي تعني اقتصار الحكم على بعض أفراده أشخاصاً أو موضوعاً، وعلى الرغم من ذلك فالنسبية والتخصيص لهما أوجه شبه في بعض المواضع واختلاف في مواضع أخرى، وهذا ما سنتناوله وذلك ضمن فقرتين وكما يأتي:

(١) تقابلها نص المادة (٨٣٦) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((الوكالة تكون خاصة إذا اقتضت على أمر أو أمور معينة وعامة إذا اشتملت كل أمر يقبل النيابة: ١- فإذا كانت خاصة فليس للوكيل إلا مباشرة الأمور المعينة فيها وما يتصل بها من توابع ضرورية تقتضيها طبيعة التصرفات الموكل بها. ٢- وإذا كانت عامة جاز للوكيل مباشرة المعاملات والتصرفات عدا التبرعات فلا بد من التصريح بها)). وتقابلها أيضاً نص المادة (٦٦٧) من القانون المدني السوري والتي تنص ((١- الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها، حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل، لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (٧٠١) من القانون المدني الليبي والتي تنص على ((- الوكالة الواردة في ألفاظ عامة لا تخصيص فيها حتى لنوع العمل القانوني الحاصل فيه التوكيل، لا تخول الوكيل صفة إلا في أعمال الإدارة)).

(٢) د. نزيه كبارة، العقود المسماة، ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠١٠، ص ٨٨.

(٣) للمزيد انظر: قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١١٨٠) والمؤرخ في ١٩/٤/١٩٩٥، أشار إليه د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ط٤، منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٤، ص ٤٩٧. انظر كذلك بنفس المعنى قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٨٠٢٦) والمؤرخ في ١٧/٦/٢٠١٩، قرار منشور قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة ٦/٥/٢٠٢١.

١- أوجه الشبه بين النسبية والتخصيص : أن النسبية في القانون المدني والتخصيص وأن كانا مفهومين مختلفين إلا أنهما يتشابهان في مواضع معينة من أهم هذه المواضع :

أ- أن كلاً منهما يحقق مصلحة مشروعة من حيث تصرفات أطرافها سواء أكان ذلك من الناحية الشخصية أم الموضوعية، ف نجد مثلاً نص المادة (١٢٧١) من القانون المدني العراقي تعرف حق الارتفاق بأن ((الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة غيره يملكه مالك آخر)) . إذ يتبين من نص المادة السابقة أن المنفعة هنا هي منفعة نسبية، والدليل على ذلك هو نص المادة (١٢٨٤) من القانون المدني العراقي إذ نصت هذه المادة على ((لصاحب العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به))^(١) . وعند التمعن بمفردات نص المادة المذكورة انفاً يتبين أن المنفعة التي يحققها حق الارتفاق تكون منفعة نسبية، بمعنى أنه في حالة زوال الفائدة من وجود العقار أو أصبحت الفائدة التي تستمد منه قليلة لا تتناسب مع التكاليف الذي يقع على العقار المقرر لحق ارتفاق، عُدت هذه الفائدة كأنها كانت ولم تكن، أي مع الواقع على العقار المرتفق به، وبسبب نسبية هذه المنفعة تم تحرير العقار المرتفق به حماية لصاحب العقار المرتفق، كذلك بالنسبة للتخصيص، فتخصيص الوكالة بجانب معين وفي تصرفات معينة يحقق مصلحة الموكل والوكيل في الوقت نفسه، لما يترتب على ذلك من آثار وأحكام مهمة.

ب- أن كليهما يتعلق ببعض الأفراد والوقائع، فالنسبية تتحدد بأشخاص معينين لا تتعداهم سواء أكان دائناً أو مديناً، أي بغض النظر عن صفته من جهة، كذلك تنقيد

(١) وتقابلها نص المادة (١٣١٩) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((ينقضي الحق المجرد إذا زال الغرض منه للعقار المندفع أو بقت له فائدة محدودة لا تتفق مع الأعباء الواقعة على العقار الخادم))، وقد اشارت الى هذا المعنى ضمناً نص المادة (٣/٩٩٣) من القانون المدني السوري والتي تنص على ((ويحق للقاضي أن يأمر بالترقيق إذا كان الارتفاق غير مجد أو كان غير ممكن النفاذ)). ونص المادة (١٠٣٢) من القانون المدني الليبي والتي تنص على ((مالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به)). وهكذا يتبين لنا أن المشرع الأردني وكذلك الليبي قد أشارا صراحة إلى سقوط حق الارتفاق بسبب زوال منفعته (الفائدة النسبية)، أما المشرع السوري فهو الآخر أشار إلى ذلك ولكن كان ذلك بطريقة مغايرة، إذ أنه قد نص على سقوط حق الارتفاق إذا كان غير مجد وهو يكون كذلك إذا زالت منفعته ومؤيد ذلك هو نص المشرع السوري هذا من جهة، كما أن المشرع السوري ينص على أن حق الارتفاق يسقط بحكم قضائي وليس بقوة القانون، وهذا الحكم يعد مخالفاً لنص المشرع العراقي والأردني على حد سواء كما هو مبين اعلاه، للمزيد انظر المحامي محمد معتمد بالله أرزنجاني، حقوق الارتفاق، بحث علمي قانوني لنيل لقب أستاذ في المحاماة، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية الانترنت وعلى الموقع المتاح www.syrian-lawyer.club تاريخ الزيارة ٢٢/٥/٢٠٢١، ص ٤٣.

بموضوع النص وإلا كان حكمها قابلاً للنقض من جهة أخرى، كذلك هو الحال بالنسبة للتخصيص يكون هو الآخر محدد النطاق من الناحية الشخصية والموضوعية.

٢- **أوجه الاختلاف بين النسبية والتخصيص:** من أهم أوجه الاختلاف بين النسبية والتخصيص هو أن التخصيص يؤدي إلى قصر العام على بعض أفراد، أي أن حكم العام يبقى نفسه، ولكنه خاص ببعض الأفراد والوقائع^(١).

أما النسبية فهي على خلاف ذلك، فالأصل، أي العام هو نسبي وما يخرج عنه هو استثناء، فعندما نقول نسبية أثر الطعن فهو الأصل وهو نسبي، وما يخرج عنه هو الاستثناء بعينه كما هو الحال في الطعن في الأحكام الصادرة في موضوع غير قابل للتجزئة أو في الالتزام بالضمان، وهذا ما نصت عليه المادة (٢١٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨، إذ نصت هذه المادة على ((فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التي ترفع من النيابة العامة لا يفيد من الطعن إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه، على أنه إذا كان الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصام أشخاص معينين جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد من أحد زملائه منضمًا إليه في طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن باختصامه في الطعن، وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد وجب اختصام الباقيين ولو بعد فواته بالنسبة إليهم، كذلك يفيد الضامن وطالب الضمان من الطعن المرفوع من أيهما في الحكم الصادر في الدعوى الأصلية إذ اتحد دفاعهما فيها، وإذا رفع طعن على أيهما جاز اختصام الآخر فيه)). وعلى أساس ذلك فإن النسبية في القانون المدني هي غير التخصيص.

المبحث الثاني

أساس النسبية في القانون المدني وتحديد أنواعها

النسبية في القانون المدني شأنها شأن أي موضوع قانوني آخر، لها أساس ترتكز عليه، إذ يكون الأخير القاعدة التي تستند عليها النسبية في القانون المدني هذا من جهة، كما إن للنسبية أنواعاً عديدة، فقد تكون قانونية، أو نسبية فقهية، أو نسبية اتفاقية، أو نسبية إجرائية من جهة أخرى، هذا ولغرض الإحاطة بموضوع البحث لا بد لنا من

(١) أستاذنا الدكتور. عادل شمran حميد الشمري ود. علي شمran، مصدر سابق، ص ١٢٢.

تقسيم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول منه أساس النسبية في القانون المدني، أما المطلب الثاني فنكرسه إلى بحث ودراسة أنواع النسبية:

المطلب الأول

أساس النسبية في القانون المدني

لا شك في أن البحث في الأساس التي تستند عليه النسبية لا يستقيم كاملاً من حيث الأصل إلا بالبحث في جميع الآراء التي قيلت بصدد بيان هذا الأساس، إذ إن الفقه القانوني قد اختلف في شأن الأساس القانوني للنسبية، فمنهم من يقول إن أساسها إرادة الأطراف، ومنهم من يرى أن أساسها نص القانون، و رأي آخر يرى أن أساسها الأثر الملزم ...، وبالنظر لتعدد حالات النسبية في القانون المدني، فإن الأساس القانوني للنسبية يختلف باختلاف كل حالة، فهناك حالات أساسها نص في القانون، وحالات أخرى نجد أساسها في اتفاق الأطراف سواء أكان ذلك في مجال التصرفات أم الوقائع القانونية، كما أن لطبيعة التعامل دوراً مهماً وفعال في وضع أساس للنسبية، فضلاً عن ذلك فإن أساسها قد يكون (الأثر الملزم) أو نظرية الحق الشخصي، ومن ثم فإن الأساس الذي تركز عليه النسبية قد يكون أساساً تقليدياً أو حديثاً. هذا ولغرض بحث ذلك لا بد لنا من تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتطرق في الفرع الأول الأساس التقليدي للنسبية، أما الفرع الثاني فنخصصه لدراسة الأساس الحديث للنسبية والتي تشكل في مجموعها أساساً قانونياً للنسبية في القانون المدني وكما يأتي:

الفرع الأول

الأساس التقليدي للنسبية

عند مراجعة نصوص القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة يتبين لنا أن هذا الأساس يتبلور في نص القانون، ونظرية الحق الشخصي، كذلك الأثر الملزم، لأن هذه الأسس ارتبطت بنشأة القانون، إذ إن الفقه تناولها في نطاق النسبية والغيرية في القانون المدني، سواء أكان ذلك بنص القانون أو الاستناد إلى نظريات تعدد جوهر النسبية كنظرية الحق الشخصي، وعند البحث في أغلب تطبيقات النسبية نجد أن الفقه القانوني متفق على هذا الأساس لما يحمله من معايير تتفق وأحكام النسبية، فنجد مثلاً القانون قد نص على هذه الأسس هنا وهناك كما هو الحال في نسبية الاستحالة و نسبية البطلان، كما أن الفقه اعتمد على نظرية الحق الشخصي أساساً للنسبية أو الأثر الملزم،

هذا ولغرض الإحاطة بمفردات هذا الفرع الأمر الذي يتطلب منا تقسيم هذا الفرع على الفقرات عدة وكما يأتي:

أولاً - نص القانون

يتحدد أساس النسبية في هذه الحالة بنص في القانون، فالقانون هو الذي ينص على النسبية سواء أكان ذلك بشكل صريح أم ضمني، من دون أن يترك قدراً معيناً للإرادة في ذلك، بعبارة أخرى إن نص القانون هو وليد النسبية من دون أن يكون للإرادة، أي دور في النسبية في نطاق التصرفات والوقائع على حد سواء، وكما بيننا سابقاً إن القانون يلجأ إلى النص على النسبية لاعتبارات أو مسوغات متعددة من أهمها تحقيق التوازن بين الأطراف المتعاقدة أو لحماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية أو لحماية مصلحة هي أولى بالحماية، أو لتحقيق استقرار للمعاملات المالية، ومن النصوص القانونية التي تكون نسبية، هو نص المادة (٢/١٢٧) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((أما إذا كان مستحيلاً على المدين دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده))^(١).

والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (١٣٢) من القانون المدني المصري إذ نصت هذه المادة على ((إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً)). فالأصل وطبقاً للقواعد العامة إن المحل إذا كان مستحيلاً في ذاته، لا بالنسبة إلى شخص المدين، كما لو تعهد محامٍ برفع استئنافات ميعاده، أو تعهد شخص بالامتناع عن عمل سبق وقوعه، ففي هذه الحالات يعد الالتزام باطلاً، وبهذا فإذا لم يكن الالتزام مستحيلاً بذاته، فإن العقد لا يكون باطلاً والسبب في ذلك يرجع إلى إن الاستحالة هنا هي استحالة نسبية وليست استحالة مطلقة؛ لأنها استحالة من جانب المدين وحده إذ يستطيع غيره القيام بالعمل المطلوب منه، فتتفقد الالتزام لا يتوقف عليه مادام بالمكان تنفيذه عن طريق شخص آخر نتيجة لاستحالة تنفيذه من جهة المدين فقط؛ لأن الاستحالة المقصودة هنا هي استحالة نسبية، وهذه الاستحالة ترتب آثاراً قانونية مهمة من كونها لا تؤدي إلى

(١) على الرغم من أن كلاً من القانون المدني الأردني وكذلك القانون المدني السوري واللبيبي لم يتضمنوا نصاً قانونياً يقابل نص القانون المدني العراقي، إلا أنه يمكن القول وطبقاً للقواعد العامة إنه إذا كان محل الالتزام مستحيلاً على المدين من دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد والزم المدين بالتعويض استناداً للمفهوم المخالف لنص المادة (١٥٩) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((إذا كان المحل مستحيلاً في ذاته وقت العقد كان العقد باطلاً)) ومن ثَمَّ فإذا كان محل الالتزام مستحيلاً على المدين من دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده، وهذا ما أشارت إليه نص المادة (١٣٣) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١٣٢) من القانون المدني اللبيبي.

أنهاء الرابطة العقدية، وإنما ينتقل الالتزام إلى التعويض، كتعهد برسم لوحة، إذ لا يكون مُلماً بفن الرسم^(١). والاستحالة النسبية مختلفة من حيث شرط الإمكان حسب طبيعة كل التزام فهي تختلف من التزام لآخر، وهذا ما سوف نتناوله عند بحث تطبيقات النسبية في القانون المدني إذ تعد الاستحالة النسبية من أبرز تطبيقاتها. كذلك من النصوص القانونية التي أشارت إلى النسبية هو نص المادة (١٣٥) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((من تصرف في ملك غيره بدون أذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك))^(٢). وفي الصدد نفسه ذهب القانون المدني المصري عن طريق نص المادة (٤٦٦)، إذ نصت هذه المادة على أنه إذا ((١- إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه، جاز للمشتري أن يطلب إبطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار، سجل العقد أو لم يسجل ٢- وفي كل حال لا يسري هذا البيع في حق المالك للعين المباعة ولو أجاز المشتري العقد)).

وعلى المنوال نفسه سارَ القانون المدني الفرنسي من خلال نص المادة (١٥٩٩) إذ نصت هذه المادة على ((بيع ممتلكات الغير باطل، قد يؤدي إلى أضرار عندما يكون المشتري قد تجاهل أن الشيء يخص الآخرين)) . ولكن هذا البطلان هو بطلان نسبي، يقابل العقد الموقوف في القانون العراقي، وبهذا فإن بيع مالك الغير هو تصرف نسبي، فهو لا يسري في حق المشتري، فالمالك الحقيقي يعد من الغير بالنسبة لعقد البيع الوارد على ملكه^(٣). فالمالك وحده له الحق في إجازة البيع من عدمه، فإذا لم يقر المالك الحقيقي عقد البيع فإنه يعد أجنبياً عنه، ولا عبرة في هذا الصدد بإجازة المشتري للبيع

(١) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام المصادر الإرادية وغير الإرادية (العقد - الإرادة المنفردة - المسؤولية المدنية - الأثر بلا سبب)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٦٧. أنظر كذلك د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ط١، بلا جهة طبع، بيروت، لبنان، ٢٠١٥، ص ٩٧. أنظر كذلك د. عبد المنعم البدر، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط١، دار الكاتب العربي، مصر، ١٩٨٩، ص ٢٠٣.

(٢) تقابلها المادة (١٧١) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((يكون التصرف موقوف النفاذ على الاجازة إذا صدر من الفضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر أو من مكررة أو إذا نص القانون على ذلك)). أما في القانون المدني السوري فإنه قد أشار إلى ذلك بالأسناد إلى المفهوم المخالف لنص المادة (١٩١) من القانون المدني السوري والتي تنص على ((تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي)). وفي السياق نفسه أشار المشرّع الليبي إلى ذلك من خلال نص المادة (١٩٣) من القانون المدني الليبي. ومؤدي ذلك فإن تصرف الفضولي تصرف نسبي يتوقف على اجازة المالك وحده فإذا اجازته نفذ وإلا كان التصرف باطلاً ولهذا فإن تصرف الفضولي تصرف نسبي، للمزيد انظر د. صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠١، ص ٤١. أنظر كذلك د. عباس العبودي شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والايجار، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١١، ص ٢١٦.

(٣) د. محمد حسن قاسم، عقد البيع، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٦، ص ١٦٧.

من عدمها فتظل ملكية المبيع للمالك الحقيقي وحده، ولا تنتقل هذه الملكية إلى المشتري من ذلك هو تصرف نسبي^(١).

كذلك إن من النصوص القانونية التي تكون نسبية من حيث آثارها هو نص المادة (٥٥٣) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على ((إذا استحق المبيع في يد المشتري الأخير وحكم به للمستحق، كان هذا حكماً على جميع الباعة ولكل أن يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل أن يرجع عليه المشتري منه))^(٢). فإذا استحق المبيع في يد المشتري الأخير للعين المبيعة وحكم به كان لكل مشتري الرجوع على البائع المباشر له ولا يستطيع المشتري الأخير الرجوع على البائع الأصلي مباشرة لعدم توفر رابطة بينهما تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد، فلا يستطيع غير أطراف العقد الرجوع على أحد أطرافه للمطالبة بالتعويض عن العيب الخفي^(٣).

وعلى أساس ذلك فإن الضمان في البيوع المتعاقبة هو ضمان نسبي يتعلق وجوداً وهدماً مع أطراف العلاقة التعاقدية، من ذلك يتضح لنا أن نص القانون هو أساس قائم بذاته للنسبية في القانون المدني، فالمشترع عادة ما يحجم آثار التصرفات والوقائع من الناحية الشخصية والموضوعية والتي تلزم المحكمة بالتقيد بها وإلا كان حكمها قابلاً للطعن أو النقض.

ثانياً - نظرية الحق الشخصي

يقسم الحق وفقاً للمفهوم التقليدي إلى قسمين، هما الحق الشخصي والحق العيني، وعرف الحق العيني بموجب نص المادة (١/٦٧) من القانون المدني العراقي إذ نصت هذه المادة على ((الحق العيني هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين))^(٤). أما الحق الشخصي فهو ((رابطة قانونية ما بين شخصين دائن أو مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع

(١) د. محمد يونس الغياتي، بيع ملك الغير، ط١، مكتبة جامعة طنطا، بلا مكان طبع، ١٩٨٦، ص ٨٥، وما بعدها.

(٢) ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني، وكذلك القانون المدني السوري والليبي.

(٣) د. عبد الكريم سالم علي العلوان، ضمان عيوب المبيع الخفية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، مقدمة إلى معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٥٩، وما بعدها.

(٤) وتقابلها نص المادة (١/٦٩) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((١- الحق العيني سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري وكذلك القانون المدني الليبي.

عن عمل))^(١). وهذا ما نصت عليه المادة (١/٦٩) من القانون المدني العراقي إذ نصت هذه المادة على ((الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن و مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقًا عينيًا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل))^(٢). أمّا بخصوص القانون المدني المصري فإنه لم يتضمن نصاً قانونياً يطابق نص القانون المدني العراقي المشار إليه في الأعلى، ولكن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري عرّف العقد في المادة (١٢٢) منه على ((العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها))^(٣). أمّا القانون المدني الفرنسي فإنه هو الآخر لم يتضمن نصاً قانونياً بهذا الشأن، سوى نص المادة (١١٠١) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والتي أشارت ضمناً إلى العلاقة القانونية (الشخصية) عن طريق تعريف العقد إذ نصت هذه المادة على ((العقد اتفاق بين شخصين أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بامتناع عن العمل))^(٤).

وهذا ما ذهب إليه رأي في الفقه الفرنسي إذ اعتبر نظرية الحق الشخصي أساساً للنسبية في القانون المدني^(٥). ويبرر ما ذهب إليه عن طريق أن الحق العيني يتمتع على وفق منظار النظرية التقليدية بحجية تجاه الكافة، أما الحق الشخصي فلا يتمتع بهذه الحجية، إذ إن حجية الحق الشخصي أو واجب احترامه لا يلقى إلا على عاتق المدين به فهو حق ديني، وليس حقًا عينيًا وعلى أساس ذلك فإن الحق الشخصي هو حق نسبي لا يمكن صاحبه من الاحتجاج به في مواجهة الغير، فهو لا يتمسك به إلا بمواجهة المدين به هذا من ناحية، كذلك إن هذا الحق لا يتضمن كالحق العيني سلطة مباشرة على شيء مادي، وإنما هو حق نسبي يقتصر على القدرة في مطالبة شخص معين بأداء معين من ناحية أخرى^(٦). وعليه فإن واجب احترام هذا الحق لا يلقى على عاتق المدين به للوهلة الأولى؛ لأن المدين وحده هو الذي يستطيع أن يمس هذا الواجب ويخل به وبذلك

(١) د. هشام قاسم، المدخل إلى علم القانون، ط٣، مطبعة الإسكان العسكري للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، ١٩٨٧، ٢٧٦.

(٢) تقابلها نص المادة (٦٨) من القانون المدني الأردني، ولا مقابل لها في القانون المدني السوري وكذلك القانون المدني الليبي.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.

(٤) عدلت هذه المادة بموجب التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي بصدور المرسوم المرقم (١٣١) والمؤرخ في ٢٠١٦/٢/١٠، والذي نشر في الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية بالعدد (٠٠٣٥) وبتاريخ ٢٠١٦/٢/١١، وأصبح نافذاً بتاريخ ٢٠١٦/١٠/١، إذ نصت هذه المادة بعد تعديلها على ((العقد اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر يهدف إلى إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهائها)) انظر بهذا الصدد، د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٨، ص٢٨.

(٥) (A K tham AI khoiy, Lareparation enenture, these, paris, 1954, p.p.227,228).

(٦) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٢٣٩.

فإن الحق الشخصي لا يسري في مواجهة الأجانب؛ لأنه ليس هناك من واجب يلقي على عاتقهم حتى يتمكنوا من الإخلال به ولذلك هو حق نسبي؛ لأنه يعتمد على رابطة المديونية، مثال ذلك عقد الإيجار إذ يعد هذا الأخير من العقود التي يرتب عليها القانون حقوقاً شخصية، فهو يعتمد على رابطة المديونية، فالمادة (٧٢٢) من القانون المدني العراقي بيّنت ذلك إذ نصت هذه المادة على ((الإيجار تملك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور))^(١). كما عرفه القانون المدني المصري عن طريق نص المادة (٥٥٨) إذ نصت هذه المادة على أن عقد الإيجار هو ((عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معلومة لقاء أجر معلوم)) .

يتبين مما تقدم أن عقد الإيجار من العقود التي يرتب عليها القانون حقوقاً شخصية وعن طريقها نكون بصدد طرفين، مؤجر ومستأجر، دائن ومدين، بموجبه يجعل الآخر منتفعاً بشيء معين لمدة معلومة في مقابل ثمن معلوم لهذه المنفعة وتسمى بالأجرة. ومن ثم فإن عناصر عقد الإيجار هي التمكين من الانتفاع والأجر والمدة^(٢). وبهذا فإن المشرع قد حدد النطاق الشخصي وكذلك الموضوعي لعقد الإيجار لذلك فهو حق نسبي؛ لأن هذا النوع من الحقوق لا يتمسك به إلا بمواجهة المدين ولا يمكن الاحتجاج به على الغير، فهو حق من جهة الدائن والتزاماً من جهة المدين^(٣).

وبهذه الصورة لا تمثل الحقوق الشخصية إلا علاقة قاصرة أو نسبية تنشأ بين الدائن والمدين اطراف التصرف حيث يلزم فيها المدين وحدهم بالحفاظ على هذا الضمان، وفي نطاق موضوع البحث فمن الجدير بالذكر هنا إن البعض قد يتساءل عن مدى صلاحية نظرية الحق الشخصي بوصفها أساساً للنسبية؟ في إطار الإجابة على السؤال المطروح في الأعلى نقول إن هناك رأيان، الرأي الأول يرى أن الحقوق الشخصية هي حقوق قاصرة على أطرافها أشخاصاً وموضوعاً فما تكونه من علاقات تعاقدية تكون نسبية بين دائن ومدين، ومن ثم تكون نظرية الحق الشخصي أساساً مسلماً به ويسند هذا الاتجاه رأيه إلى أنه لا يمكن جعل الأجير من قبل الدائن والمدين، وحيث

(١) تقابلها نص المادة (٦٥٨) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((الإيجار تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم)). و المعنى نفسه تضمنته نص المادة (٥٢٦) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٥٥٧) من القانون المدني الليبي.

(٢) د. كمال قاسم ثروت، عقد الإيجار، ط٢، مطبعة أوفيسست الوسام، بغداد، العراق، ١٩٧٦، ص ١٠.

(٣) د. صلاح الدين الناهي، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق ص ٢٣.

إن الدائن لا يمكن مطالبة هؤلاء الأغيار بأداء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن العمل من وجهة نظرة تقليدية^(١). أما الرأي الثاني فيرى أن النظرية التقليدية قد خلطت بين النسبية والحجية، فالأخيرة غير الأولى وشتان ما بين الأمرين، فالنظرية التقليدية عندما أقرت هذا الوضع كانت عاجزة عن التمييز بين العلاقة الداخلية في الحق الشخصي والتي لا تنشأ إلا بين الدائن والمدين، وبين العلاقة الخارجية التي يفترض وجودها أن تكون الحقوق الشخصية حجية تجاه الغير^(٢). وهذا ما نرجحه، لأن النسبية غير الحجية فنسبية الحق الشخصي أصبح أمرًا مفروغًا منه ومن ثمَّ يمكن القول إن نظرية الحق الشخصي تعد أساسًا لبعض تطبيقات النسبية في القانون المدني كنسبية أثر العقد بغض النظر عن طبيعة العقد وهذا يعد أمرًا طبيعيًا إذ إن النسبية قد يكون أساسها نص القانون أو طبيعة التعامل أو نظرية الحق الشخصي... والتي تشكل في مجموعها أساسًا للنسبية في القانون المدني.

ثانيًا - الأثر الملزم

ذهب رأي في الفقه إلى أن الأثر الملزم يعد أساسًا للنسبية، في القانون المدني فمجال الأثر الملزم يعني أن أثر التصرف القانوني يكمن في نشوء الحقوق والالتزامات التي اتجهت إليها إرادة الأطراف المتعاقدة، أو إرادة العاقدين إلى إنشائها^(٣). فالأثر الملزم ليس في الواقع سوى المضمون الداخلي للإرادة التي أنشأت التصرف القانوني، فالقاعدة العامة تقتضي أن من لم تتجه إرادته إلى انصراف هذا الأثر إليه فإنه يظل بمنأى عن هذا الأثر فلا يصبح بموجبه كقاعدة عامة دائنًا أو مدينًا^(٤). وهذا الشخص الذي لم تتجه إرادته إلى آثار التصرف هو الذي يعنيه اصطلاح الغير، وهذا هو مجال الأثر الملزم الذي تحكمه النسبية^(٥). وفي ضوء ذلك يتضح لنا أن هناك علة أو مناطًا معينًا يتم من خلاله تحديد ما هو طرف بالنسبة للأثر الملزم وما هو من الغير، وهذا المنطوق يجد أساسه في الإرادة فكل شخص اتجهت إرادته إلى إحداث أثر قانوني معين

(١) د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١، ص٣٨.

(٢) د. سعد ربيع عبد الجبار، مصدر سابق، ص ١٠٦.

(٣) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، ط٤، ج٢، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، ١٩٨٧، ص٥٦٤.

(٤) د. محمد عاطف فخري، الغير في القانون المدني المصري، ط١، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص٣.

(٥) د. نجوى شفيق أبو هيب، التصرف عن الغير في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٢، ص٥٨. أنظر كذلك د. سعيد السيد قنديل، و د. رمزي رشاد الشيخ، النظرية العامة للالتزام، ط١، ج١، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، ٢٠٠٦، ص١٩٦.

عُدَّ طرفاً بالنسبة إلى هذا الأثر، والمفهوم المخالف للعبارة المبينة سلفاً، أن كُـل شخص لم تتجه إرادته إلى انصراف هذا الأثر فإنه يعد من الغير، وكُـل ذلك بغية تحقيق هدف معين في مجال التصرفات القانونية، إذ يسعى هذا التحديد إلى تحقيق غاية النسبية والغيرية في القانون المدني في نطاق الأثر الملزم، وهذا الهدف يكمن في الحماية التي تتمثل في حماية الغير من انصراف أثر معين إليهم في تصرف لم يكونوا طرفاً فيه، ولكن هذا لا يمنع من تطور مفهوم النسبية في القانون المدني كونها تعد النظرية التي تحكم فكرة الأثر الملزم، إذ إن الأخير يعد المبدأ الذي يميز بين فكرة التصرف القانوني والواقعة، وبين فكرة امتداد الأثر أو عدم امتداده، أو فكرة السريان أو عدم السريان.

وهذا يعد للوهلة الأولى جوهر النسبية في القانون المدني، من ذلك فإن الأثر الملزم أساساً للنسبية، وعلى أساس ذلك هناك من يرى إن الإرادة هي جوهر التصرفات القانونية فهي التي تنشأ وترتب في حدود القانون الآثار الناجمة عنه، فالشخص يبرم التصرف وفقاً لما تُـمليه عليه إرادته في حدود القانون، أما خارج هذه الإرادة فإنه يعد من الغير الذين لم يعبروا عن إرادة الالتزام، فلا مبرر لإلزامهم بذلك الالتزام أصلاً، بالإضافة إلى ذلك أنه متى ما انتهينا أن من مصدر إلزام الشخص هو إرادته وليس تقابل الإرادات نجد أنه لا يمكن للشخص أن يستفيد أو يضار من تصرف قانوني ما لم تتجه إليه إرادته وأن إرادة الإلزام هي مناط جعل الشخص طرفاً في تصرف قانوني معين^(١).

ولغرض بيان كيفية اعتبار الأثر الملزم أساساً للنسبية في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة نسوغ المثال الآتي: إن العقد كما هو معروف يعد من المصادر الإرادية للالتزام وهذا ما أشار إليه القانون المدني العراقي في المادة (٧٣)، إذ عرفت هذه المادة العقد بأنه ((ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه))^(٢). أما القانون المدني المصري فإنه لم يعرف العقد، ولكن مشروع القانون المدني المصري في المادة (١٢٢) منه عرف العقد على أن العقد هو ((اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها)).

(١) د نبيلة رسلان، العلاقات الثلاثية في القانون المدني المصري، ط١، دار الجامعة الجديد الأسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٧٦ وما بعدها.

(٢) تقابلها المادة (٨٧) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما يجب عليه للأخر)). ولا مقابل لها في القانون المدني السوري وكذلك القانون المدني الليبي.

وعرفه القانون المدني الفرنسي في المادة (١١٠١) إذ نصت هذه المادة على ((العقد اتفاق يلزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بامتناع عن عمل شيء)).

ويلاحظ من تعريف العقد أن الأخير هو نوع من الاتفاق؛ لأن أصل العقد هو إرادة المتعاقدين وتوافق تلك الإرادات على إحداث آثار قانونية أيًا كانت طبيعة هذا الأثر، فالأثر الملزم للتصرف القانوني نجده من خلال إن التصرف ينشئ حقوقًا والتزامات، وهذه الحقوق والتزامات تلزم الأطراف الذين اتجهت إرادتهم إلى إنشائها وعلى هذا الأساس يعدهم الأطراف بالنسبة إلى الأثر الملزم للتصرف القانوني (كالعقد) وفقا لمبدأ سلطان الإرادة. وفي نطاق موضوع البحث فمن الجدير بالذكر هنا إن الأثر الملزم بوصفه أساساً للنسبية لا يصطدم بفكرة النفاذ، فالأثر الملزم يعني أن هذه التصرفات لا تولد آثاراً إلا في دائرة الأطراف (أشخاص التصرف) من جهة، وكذلك إن أشخاص التصرف يلتزمون بما تتضمنه هذه التصرفات القانونية من جهة أخرى وهذا ما يطلق عليه القوة الملزمة للتصرف^(١).

ومن ثمَّ فإن الأثر الملزم كونه أساساً للنسبية في القانون المدني يتخلل إلى عنصرين أساسيين، هما سيادة الإرادة من جهة، والقوة الملزمة للإرادة من جهة أخرى^(٢): فالأثر الملزم كأساس للنسبية في القانون المدني يعد أحد الضمانات التي تقرضها مصلحة المجتمع واستقرار المعاملات المالية؛ لأجل إلزام أطراف التصرف بتنفيذ التصرف وعدم نقضه أو تعديله أو إلغائه^(٣). وعلى أساس ذلك فإن فكرة النفاذ وإن كانت ضرورة من ضروريات الحياة الاجتماعية للتصرفات القانونية بشكل عام والعقد بشكل خاص فإنها لا تتصدّم بفكرة الأثر الملزم، فالنفاذ يبدأ من حيث ينتهي دور الإرادة فيه، ويظل الأثر الملزم الذي هو وليد الإرادة قاصراً كقاعدة عامة على الأطراف يؤثر في ذمهم المالية سلبيًا وإيجابيًا إسنادًا إلى مبدأ سلطان الإرادة، فيصبحون بموجب الأثر الملزم دائنًا أو مدينًا أو الأمرين معًا، أما الغير حسب القواعد العامة فهو محمي من هذا الأثر الذي لا ينصرف إليه، بل يقف على أبواب ذمته

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ج ١، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص ٣٣٧.

(٢) Christian Larroumet, Droit civil les obligations, le contrat, tome 3,3 eme editon, 1996, Economisa, p. 101.

(٣) د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص ٤٥ وما بعدها.

إذ يفرض كيانه فقط بما يستلزمه هذا الفرض من معطيات، لأن هذه التصرفات تكون في حق الغير واقعة اجتماعية قائمة؛ لانعدام العلاقة المباشرة بين أطراف التصرف، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على إن الأثر الملزم يكون بين أطراف التصرف بما يرتبه من حقوق والتزامات، وهذا يؤدي بدوره إلى اختلاف طبيعة المسؤولية ويتم في مجال النفاذ بعيداً عن الأثر الملزم^(١).

يتضح مما تقدم أن الأثر الملزم يُعدُّ أساساً للنسبية في القانون المدني لكون تلك التصرفات القانونية لا تلزم إلا أطرافها سواء أكان ذلك بإرادة الأفراد أم بنص القانون، كذلك إن الأثر الملزم يتعلق بأشخاص محددين من جهة، ويلزمهم بمضمون معين من جهة أخرى، وهذا يعد جوهر النسبية في القانون المدني؛ لأن الأخيرة تعني اقتصار الحكم على بعض أفراد أشخاصاً أو موضوعاً، فالنسبية في بعض تطبيقاتها تنطلق من قاعدة أساسية ألا وهي قاعدة الأثر الملزم، كنسبية أثار العقد في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة، والتي يطلق عليها عادة القوة الملزمة للعقد، بمعنى إلزامية العقد، وبهذا نخرج بنتيجة هامة ألا وهي إن النسبية والأثر الملزم وجهان لعملة واحدة، بل أكثر من ذلك إن الأثر الملزم يعد القاعدة أو الأساس التي تنطلق منه النسبية في القانون المدني .

الفرع الثاني

الأساس الحديث للنسبية

بينما فيما سبق أن النسبية قد يكون أساسها نص في القانون، وقد يكون أساسها نظرية الحق الشخصي على حد تعبير أصحاب هذا الاتجاه، كذلك من بين أسسها التقليدية (الأثر الملزم)، ولكن هذه الأسس لا تكتفي أساساً للنسبية؛ والسبب في ذلك يعود إلى تطور الحياة القانونية، والتي تلقي بظلالها بشكل أو بآخر على القانون من جهة، وتعدد حالات النسبية أو تطبيقاتها في القانون المدني من جهة أخرى، وقبل الدخول بجزيئيات البحث، لا بد لنا من إن نبين إن الفكرة الأساسية هنا والتي يتوجب البحث عنها هو بيان الفائدة من البحث عن أساس حديث للنسبية في القانون المدني، فتحديد أساس الشيء لأي موضوع قانوني يمكن التوصل إلى مفهومه، وفي هذا المجال نود الإشارة إلى أن الأساس التقليدي للنسبية لا يمكن الاستغناء عنه بأي شكل من

(١) د. حلمي ربيعة، الغير في العقد (دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧، ص ٣.

الأشكال، وأن تراجع بعضها بسبب التطور الملحوظ الذي تشهده التصرفات القانونية، كالعقد مثلاً والتغيرات التي أصابت القوة الملزمة للعقد (نسبية أثر العقد) لظهور أسلوب جديد للتعامل كما في المجموعة العقدية أو العقد الأطاري المتكامل، الأمر الذي استدعى إلى ظهور أسس قانونية جديدة للنسبية، لذلك يرى بعض الفقه أن أساس النسبية في القانون المدني قد يكون العدالة المتبادلة أو الأمن التعاقدي، أو طبيعة التعامل، أو إرادة الأطراف، وهذه الأسس تتبناها الفقه الحديث، ولغرض الإحاطة بموضوع البحث فإنه يجب علينا تقسيم هذا الفرع على عدة فقرات:

أولاً - العدالة التبادلية والأمن التعاقدي

تعد العدالة التبادلية أساساً للنسبية، إذ إن هناك رأى في الفقه يذهب إلى إن الفكرة الأساسية في ما يتعلق بالعدالة التبادلية كأساس للنسبية هي أن التصرفات في الغالب الأعم تقوم بنقل المنافع الاقتصادية بين أطراف التصرف (النطاق الشخصي للنسبية) وتبادلها في الوقت نفسه^(١). مثال ذلك إن البائع في عقد البيع يجب عليه أن يُسلم المُبيع إلى المشتري مقابل ثمن معين يقبضه هو الآخر، وهذه تعد ميزة وخاصة ينفرد بها الطرف في الالتزام، فجوهر العدالة التبادلية هو المنافع التي تحققها لأطراف العلاقة القانونية في نطاق النسبية وهذا يعد الهدف الأسمى والأساس للنسبية.

بعبارة أكثر وضوحاً إن الأطراف لا يقع على عاتقهم إلا (المقابل المرغوب والمقابل المفروض) أما الغير فلا يشملهم كُـل من المقابل المرغوب والمقابل المفروض، إذ إن فكرة المقابل المفروض والمرغوب هي التي تمثل العدالة التبادلية بين أطراف التصرفات القانونية عامة والعقد بشكل خاص خصوصاً فيما يتعلق بالعقود الملزمة للجانبين، بحيث أن الانتفاع من التصرف يعود إلى الشخص الذي يعد طرفاً فيه من حيث الأصل، أي إلى الشخص الذي يستحق ذلك^(٢). ومن ثمّ قد تحدد شقاً من نطاق النسبية ألا وهو النطاق الشخصي وتحديد هذا النطاق من شأنه أن يؤدي حتماً إلى تحديد الشق الثاني من نطاق النسبية في القانون المدني إلا وهو النطاق الموضوعي المتمثل بالحقوق والالتزامات، وبهذا يذهب رأي في الفقه إلى أن العدالة التبادلية كأساس

(١) د. محمد حسين الحاج علي، مبدأ المفعول النسبي في إطار مجموعة العقود (دراسة تحليلية في ضوء الاتجاهات الحديثة في الفقه والاجتهاد، تقديم القاضي الدكتور مروان كركبي، ط١، بلا جهة طبع، بيروت، ص ٨٧ وما بعدها.

(٢) د. أمير طالب هادي التميمي، الفسخ الجزئي للعقد (دراسة قانونية مقارنة) بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق العدد (٤)، المجلد (٢)، الجز (٢)، السنة الثانية، ٢٠١٨، ص ١٧٤.

للنسبية مرهونة بتحقيق منفعة ما والنسبية حتمًا تؤدي إلى تحقق منفعة ومصالحة الأطراف العلاقة القانونية القائمة، سواء أكان ذلك في مجال التصرفات أم الوقائع القانونية، ففي مجال التصرفات القانونية نذكر مثلاً مبدأ نسبية أثر العقد باعتبار الأخير يعد من أبرز تطبيقات النسبية في القانون المدني، إذ إن أساس التبادل بين طرفي العقد في الأداء هو العدالة التعاقدية، فالعقد وظيفته الأساسية أداء وتبادل الأموال والخدمات، مما يستدعي بطبيعة الحال أن يتلقى كل طرف من أطرافه معادلاً لما أعطاه للطرف الثاني^(١).

وبهذا الخصوص تنص المادة (١١٠٢) من القانون المدني الفرنسي على ((يكون العقد متبادلاً أو ملزماً للجانبين عندما يلتزم المتعاقدان بشكل متبادل بعضهم تجاه بعضهم الآخر))^(٢). فالنسبية تتبلور بتبادل الحقوق والالتزامات، ولكن هذا لا يعني أن النسبية ترد فقط على التصرفات الملزمة للجانبين فقط، فمن حيث الأصل إن النطاق الطبيعي للنسبية هو التصرفات الملزمة للجانبين، كعقد البيع، وعقد الإيجار، والمقولة وغيرها من التصرفات القانونية، أما في مجال الوقائع القانونية فإن عيوب الحيازة من كونها تُعد من تطبيقات النسبية في القانون المدني، فالعدالة تقتضي بأن تلك العيوب هي عيوب نسبية لا يمكن الاحتجاج بها إلا في حق من وقعت عليه تلك العيوب كعيب الإكراه أو الخفاء أو اللبس^(٣).

فهذه العيوب الأخيرة لا يحتج بها إلا في مواجهة من اغتصبت منه أو أخفيت عنه أو من التبس عليه أمرها، فمثلاً الإكراه، لا يحتج به إلا في مواجهة من اغتصبت منه الحيازة فإذا كان المالك الحقيقي شخصاً ثالثاً لم تمارس ضده أعمال الإكراه كانت الحيازة بالنسبة إليه صحيحة، ومن ثم يسري التقادم ضده؛ ولذلك عُدت هذه العيوب نسبية، وعلى أساس ذلك يمكن القول إن العدالة التبادلية تعد أساساً للنسبية إذ تتعلق ببعض التطبيقات خصوصاً في مجال التصرفات القانونية فيما يتعلق بنسبية آثار العقد على وجه الخصوص؛ كون العدالة التبادلية تحدد النطاق الشخصي والموضوعي للتصرف والواقعة القانونية وهذا هو مبتغى النسبية في القانون المدني، وفي نطاق

(١) د. جاك غستان، مصدر سابق، ص ٢٥٨.

(٢) فبخصوص القانون المدني العراقي لا يتضمن نصاً يعرف فيه العقد الملزم للجانبين سوى نص المادة (١٧٧) الخاصة بالفسخ. وعلى المنوال نفسه سار القانون المدني المصري، فهو الآخر لم يتضمن نص يعرف العقد الملزم للجانبين سوى نص المادة (١٠٧) أشار فيها إلى العقد الملزم للجانبين بمناسبة انحلال العقد.

(٣) سليمان مصطفى و يوسف جلول، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير في القانون العقاري، مقدمة إلى جامعة ادرار، كلية الحقوق، الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٢٠.

موضوع البحث فإن من الجدير بالملاحظة أن هناك فكرة إذ إن ذكرها في هذا المجال أمر لا يخلو من الأهمية، إذ إن هناك رأياً فقهياً يذهب إلى إن النسبية قد يكون أساسها الأمن التعاقدى، فالأخير ينطلق من فكرة أساسية تقول بأن التقاء إرادتين لتبادل ثروة أو مصلحة ما تكمن في ثقة الأشخاص الذين أبرموا التصرف القانوني، في هذا التصرف الذي لجئوا إليه، وأن هذا التصرف يحقق أو يضمن الحقوق لهم ويحقق الغاية التي من أجلها أبرموا التصرف القانوني، الأمر الذي يوفر الأمن التعاقدى لهم، وحيث إن الأمان التعاقدى ليس قاعدة قانونية منصوصاً عليها، بل تُستنتج من جوهر النشاط العقدي لما يحققه الأمان التعاقدى من استقرار للمعاملات، وكما بيننا سابقاً أن النسبية من أهم مبرراتها هو تحقيق الاستقرار في المعاملات، وهذا الاستقرار لا يأتي من العدم، وإنما يكون عن طريق أوضاع قانونية أخرى من بينها الأمن التعاقدى الذي يهدف أساساً إلى تحديد القواعد المتعلقة بتحديد الالتزامات والحقوق^(١).

إذ عُدَّت الأخيرة الفكرة المحورية والأساسية التي تقوم عليها القواعد المنظمة للتصرفات القانونية؛ لذلك تُبنى على أساسه النسبية في القانون المدني؛ لأن الأمان التعاقدى يُقصد به باختصار أن عناصر الذمة المالية لا تنتقل إلى الشخص إلا بموجب رابطة عقدية، كذلك إن الأمن التعاقدى يحقق حماية مزدوجة تنصرف ليس فقط إلى أطراف التصرف وإنما تشمل الغير أيضاً^(٢). وعلى أساس ذلك نستنتج ما يأتي :

١- إن الأمن التعاقدى يتعلق بطائفة معينة من الأشخاص تربطهم رابطة قانونية، فمثلاً نسبية آثار العقد من حيث الأشخاص الذين ينصرف إليهم العقد يكونون مرتبطين برابطة عقدية دائن ومدين من ذلك أن هذه الآثار نسبية.

٢- يوفر الأمان التعاقدى مصلحة الأطراف من جهة ومصلحة الغير من جهة أخرى، لأن الأخير لا يمكن أن تنصرف إليه آثار التصرفات القانونية من حيث الأصل بدون إرادته، وهذا يعد جوهر النسبية في القانون المدني بما ترتبه النسبية من آثار من الناحية الشخصية أو الموضوعية، من ذلك يتضح لنا أن الأمان التعاقدى بصورة عامة يعد أساساً للنسبية في القانون المدني .

(١) د. عبد المجيد غميحة، أبعاد الأمن التعاقدى وارتباطاته، بحث منشور في مجلة القاء الدولي، ٢٠١٤، ص ٢

(٢) د. محمد حسين الحاج علي، مصدر سابق، ص ٩٢.

ثانياً - طبيعة التعامل

قد يرجع أساس النسبية في القانون المدني لطبيعة التعامل، إذ إن للأخيرة دور مهم وفعال في تقرير النسبية في القانون المدني من عدمها، وعلى الرغم من أن القانون المدني العراقي من جهة، والقوانين المدنية محل المقارنة من جهة أخرى، لم تبين المقصود بطبيعة التعامل بل اكتفت بذكر المصطلح بشكل مجرد بين طيات نصوص القانون المدني، كذلك هو الحال بالنسبة إلى الفقه القانوني إذ أنه لم يبين المقصود بها، فنقول إن طبيعة التعامل يقصد بها بأنها معيار ملزم يحدد المبادئ الأساسية التي يستند إليها القاضي في تفسيره للتصرف القانوني أو إكمال نقضه أو منع بطلانه، وما يهنا في هذا المجال هو بيان فيما إذا كانت طبيعة التعامل تعد أساساً للنسبية في القانون المدني أم لا ؟

في إطار الإجابة على السؤال المطروح في الأعلى، لا بد لنا من أن نبين النصوص القانونية التي تكون نسبية بشكل أو بآخر بسبب طبيعة التعامل أو طبيعة الالتزام، فنجد مثلاً نص المادة (١٤٧) من القانون المدني العراقي، تنص على ((إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وأن يتمسكوا بالعقد المستتر))^(١).

وبالاتجاه نفسه سار القانون المدني المصري في المادة (٢٤٤) والتي تنص على ((إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم)). أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فإنه لم يتضمن نصاً قانونياً يقابل نص القانون المدني العراقي حتى في التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي، فالأخير لم ينص على

(١) وتقابلها نص المادة (٣٦٨) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص إذا كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يثبتوا صورية العقد الذي أضر بهم وان يتمسكوا بالعقد المستتر)) وبالاتجاه نفسه سار القانون المدني السوري من خلال نص المادة (٢٤٥) والتي تنص على أن ((إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (١/٢٤٧) من القانون المدني الليبي. وهذا أن دل على شيء فإنما يدل على أن المشرعين قد تناولوا بالتنظيم العقد الصوري النسبي الذي يتناول جانباً من جوانب العلاقة القانونية حسب نوع الصورية النسبية بما يتوافق مع طبيعة الالتزام، انظر بهذا الصدد د. فريد صحراوي، الصورية وأثرها في القانون المدني الجزائري، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد (١٠)، ٢٠١٦، ص ٦٩ وما بعدها، أنظر كذلك د. جلال العدوي أحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، ط١، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، بلا سنة طبع، ص ٢١٠.

ما نص عليه المشرع العراقي، لكنه أشار إلى العقد الصوري وعده من العقود ذات الأثر النسبي، وذلك عن طريق نص المادة (١٢٠١) إذ نصت هذه المادة على ((إذا أبرم الأطراف عقداً صورياً يخفي عقداً مستتراً، فإن هذا الأخير والذي يسمى أيضاً بورقة الضد يرتب أثره بين أطرافه، ولا يحتج به في مواجهة الغير الذي يحق له مع ذلك التمسك به))، ومن ثم فإن الصورية قد تكون مطلقة وقد تكون نسبية، فالصورية المطلقة تتعلق بوجود العقد ذاته إذ إن التصرف الظاهر لا وجود له في الحقيقة، وكذلك الأمر بالنسبة إلى الاتفاق الذي لا يضمن عقداً آخر يختلف عن العقد الظاهر^(١). أما الصورية النسبية فهي على خلاف ذلك فهي لا تتعلق بوجود العقد ذاته، وإنما تتحقق عندما يتفق الطرفان على إخفاء تصرف حقيقي تحت ستار تصرف صوري يخفي طبيعة ذلك التصرف الحقيقي أو أحد عناصره أو تاريخه حسب طبيعة التعامل ولذلك هي صورية نسبية^(٢).

مما يعني أن الصورية النسبية تنصب على جزء معين من العقد الحقيقي دون غيره، ومن ثم فإن الصورية النسبية تقسم إلى أقسام ثلاثة منها صورية بطرق التستر، وكذلك صورية بطريق التسخير، والصورية بطرق المضادة، ولكل نوع من هذه الأنواع يتعلق بجانب معين من العلاقة التعاقدية، وكما بينا سابقاً حسب طبيعة التعامل أو طبيعة الالتزام، فنجد مثلاً الصورية بطرق التستر والتي تتناول طبيعة العلاقة القانونية بين الطرفين وتتناول نوع العقد لا وجوده، مثلاً بيع في صورة هبة، فهذه الحالة من حالات النسبية تقع بقصد حرمان الشفيع من طلب الشفعة، وكوصية في صورة بيع تقع كي لا يعلق نفاذها فيما يجاوز الثلث من التركة على إجازة الورثة^(٣).

وبسبب ذلك فإنها صورية نسبية، فنجدها مثلاً قد تتناول طبيعة العلاقة القانونية التي تربط أطراف التصرف القانوني كالصورية بطرق التستر، أو قد تتناول ركناً في العقد أو شرطاً فيه كما في الصورية بطرق الضد، أو تتناول شخص أحد العاقدين كما

(١) د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠، ص ١٢٥. أنظر كذلك د. عبد الحميد الشواربي و د. عز الدين الناصوري، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، ط ٥، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا مكان طبع، ١٩٩٧، ص ٢٢.

(٢) د. جلال العدوي، مصدر سابق، ص ٢١٠.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، بلاط، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع. ص ١٢٢.

في الصورية بطريق التسخير أو التوسط^(١). كذلك من النصوص القانونية التي تكون نسبية بسبب طبيعة التعامل هو نص المادة (٨٨٢) من القانون المدني العراقي والخاصة بتنفيذ عقد المقاولة والتي تنص على ((يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملة أو في جزء منه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل مما يفترض معه قصد الركون إلى كفايته الشخصية))^(٢). وبالالتجاه نفسه سار القانون المدني المصري وذلك عن طريق نص المادة (١/٦٦١) والتي تنص على ((يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملة أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية)) .

يتضح مما تقدم أن طبيعة التعامل قد تؤدي بأي شكل من الأشكال إلى الحفاظ على العنصر الشخصي مما يُفَعِّل دور النسبية فطبيعة التعامل تقتضي أن تنفيذ عقد المقاولة في المادة أعلاه أن يقوم المقاول بتنفيذ المقاولة بنفسه بناءً على معطيات أو اعتبارات عديدة منها الاعتبار الشخصي، فالأخير يُعد وسيلة لتحقيق النسبية في القانون المدني، فالقوة الملزمة لتنفيذ العقد أياً كان نوعها تقتضي أن ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين بالدرجة الأولى والأساس، كالمقاول ورب العمل في عقد المقاولة، والبائع والمشتري في عقد البيع، والوكيل والموكل في عقد الوكالة وأن قصر هذه الآثار بين المتعاقدين بالإسناد إلى طبيعة التعامل مما يعزز دور النسبية في القانون المدني ومن ثم فإن طبيعة التعامل قد تحقق النسبية عن طريق حجم آثار التصرف القانوني بين أطرافه أشخاصاً وموضوعاً.

كذلك من بين النصوص القانونية التي تكون نسبية بسبب طبيعة التعامل هو نص المادة (١٣٠) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على ((١- يلزم أن يكون محل الالتزام غير ممنوع قانونياً ولا مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة وإلا كان العقد باطلاً. ٢- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف

(١) د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، ط١، ج٢، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٤، ص١٢٥.

(٢) وتقابلها نص المادة (١/٧٩٨) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العمل كله أو بضعه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (٦٢٧) من القانون المدني السوري، كذلك نص المادة (٦٦٠) من القانون المدني الليبي.

بالوقف في عقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية^(١). أما بخصوص القانون المدني المصري فإنه قد أشار إلى ذلك عن طريق نص المادة (١٣٥) والتي تنص على ((إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً)). وأوضح منه دلالة نص المادة (١١٦٢) من التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي إذ نصت هذه المادة على ((لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام لا بشرطه ولا بهدفه، سواء كان هذا الأخير معلوماً من قبل جميع الأطراف أم لا)). إذ إن فكرة النظام العام تعد فكرة نسبية فهي ليست على وتيرة واحدة وإنما متغيرة فما يعد من النظام العام في العراق لا يعد كذلك في مصر أو فرنسا، والسبب في ذلك هو أن طبيعة التعامل تختلف حسب رؤية كل مُشرِّع، فالنظام العام يتميز بأنه متغير وهذا التغير يكون على مستوى المفهوم نفسه، فليس هناك قاعدة ثابتة تحدد النظام العام تحديداً مطلقاً في الزمان والمكان وإن حاول البعض ضبطه بفكرة المصلحة العامة^(٢).

فالنظام العام يتركز على قواعد أساسية يقوم عليها المجتمع وقد تكون هذه القواعد سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو دينية، ومعنى ذلك أن ما يوافق النظام العام هو ما يوافق الوضع الطبيعي في المجتمع الوطني وما يخالفه يخالف الوضع الطبيعي، فلذلك فهو متطور بتطور المجتمع، ومن ثمَّ يكون النظام العام نظاماً نسبياً يختلف من مكان إلى آخر ومن زمن إلى آخر؛ لاختلاف المثل والمبادئ باختلاف الجهات والأفكار والمعتقدات ومن ثمَّ فلا يمكن تحديد مفهومه ومضمونه بسهولة فما يعد من النظام العام

(١) وتقابلها نصص المادة (١٦٣) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((٢- فإن منع الشارع التعامل في الشيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً ٢- ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والإجراءات اللازمة للتصرف بالوقف في عقار والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية)). و نص المادة (١٣٦) من القانون المدني السوري والتي تنص على إنه ((إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلاً)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (١٣٥) من القانون المدني الليبي. ففكرة النظام الذي أشار إليها كل من القانون المدني الأردني والقوانين محل المقارنة هي فكرة نسبية ومتطورة في الوقت نفسه فما يعد من النظام العام في القانون المدني الأردني، لا يكون كذلك في القانون المدني السوري وكذلك الليبي؛ والسبب في ذلك يرجع إلى طبيعة هذا النظام الحيوية التي تختلف من مكان إلى آخر ولذلك اعتبرت فكرة النظام العام نسبية. أنظر بهذا الصدد د. عادل السعيد محمد، الضبط الإداري وحدود، بلا ط. مطابع الطوبجي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ١٩٩٣، ص ١٨٢. أنظر كذلك د. فيصل نسيغة، النظام العام، بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني، العدد (٥) المجلد (٢)، ٢٠١٦، ص ١٦٩ وما بعدها.

(٢) د. رابيس محمد، مدى أثر مبدأ النظام العام والآداب الحميدة على العقد المدني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، مجلة الدراسات القانونية، ٢٠٠٩، ص ٣٩.

في دولة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، مثلاً إن الأحكام المتعلقة بالانتقال والأهلية من حيث إبرام العقود وغيرها من التصرفات القانونية تعد من النظام العام في العراق حسب طبيعة التعامل أما في فرنسا فقد لا تكون كذلك أو تكون ولكنها مختلفة الشروط الشكلية والموضوعية، ويعلل بعض الفقه ذلك هو أن فكرة النظام العام مرتبطة بطبيعة التعامل وهذا ما نصت عليه المادة (١١٧٢) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه ((إن كل شرط لشيء مستحيل أو مخالف للأداب العامة أو ممنوع بموجب القانون هو شرط باطل ويُبطل العقد الذي يرتبط به)). فالشروط المخالفة للنظام العام والأداب تكون باطلة، وما يعد شرطاً مخالفاً للنظام العام في فرنسا لا يعد كذلك في العراق بسبب تباين أو اختلاف طبيعة التعامل^(١). فالأخيرة قد تمنع من انصراف أثر التصرف القانوني إلى الغير وتعمل على حجم آثاره بين المتعاقدين^(٢).

يتضح مما تقدم أن طبيعة التعامل تعد من الأسس الهامة في القانون المدني من خلال الدور الذي تلعبه في اقتصار أو حجم الآثار القانونية للتصرفات القانونية، فقد تمنع طبيعة التعامل من انصراف أثر التصرف القانوني إلى غير أشخاصه أي تمنع انصرافه إلى غير المتعاقدين تطبيقاً للنسبية أثر التصرفات القانونية المنصوص عليها في أغلب القوانين المدنية لا سيما القانون المدني العراقي^(٣). ومن خلال المعطيات أعلاه يمكننا القول أن طبيعة التعامل تعد أساساً للنسبية في القانون المدني.

ثالثاً - إرادة الأطراف

لا شك في إن إرادة الأفراد دوراً فعالاً في تقرير النسبية، إذ أن المشرع في أغلب أقسام القانون لا سيما القانون المدني، يورد حكم قاعدة عامة ويترك لإرادة الأفراد الحق في مخالفتها بما يحقق النسبية في القانون المدني من ذلك نجد أن القانون المدني العراقي

(١) د. دنيس لويد، مفهوم النظام العام والأداب العامة في القانون الانكليزي والفرنسي، بحث منشور في مجلة حقوق القضاء، العدد(٤)، المجلد الأول، ١٩٥٦، ص٨.

(٢) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، (دراسة مقارنة)، ط١، دار ناراس للطباعة والنشر، كردستان، العراق، ٢٠٠٦، ص ١٩٣.

(٣) أنظر نص في المادة (١/١٤٢) من القانون المدني العراقي التي تنص على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)).، وسار القانون المدني المصري في الاتجاه نفسه عن طريق نص المادة (١٤٥) والتي تنص على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)). أما القانون المدني الفرنسي فقد نص في المادة(١١٢١) على ((لا ينشئ العقد الالتزامات إلا بين أطرافه...)).

ينص على أن حق الارتفاق أما أن يكون ظاهرًا أو خفيًا، وذلك من خلال نص المادة (١٢٧٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((١- يكسب حق الارتفاق بالعقد وبالميراث وبالوصية. ٢- ويحتج بالتقادم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة)). كذلك أشارت إلى هذا التقسيم المادة (١/١٢٧٣) من القانون نفسه إذ نصت هذه المادة على ((الارتفاقات الظاهرة يجوز ترتيبها بتخصيص من المالك الأصلي))^(١).

وفي الاتجاه نفسه سار القانون المدني المصري وذلك من خلال نص المادة (٢/١٠١٦) والتي تنص على ((ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور)). وأشارت إلى هذا التقسيم كذلك نص المادة (١/١٠١٧) من القانون الأخير والتي تنص على ((يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضًا بتخصيص من المالك الأصلي)). وهذا التقسيم أشار إليه القانون المدني الفرنسي في تعديله الأخير صراحةً عن طريق نص المادة (٦٨٩) والتي تنص على ((الارتفاق واضح أو غير ظاهر)). ومن ثمَّ فإن الارتفاق الظاهر هو الارتفاق الذي يدل عليها أعمال خارجية كالأبواب والشبابيك والقنوات وغيرها من المظاهر التي تدل على ذلك، أما حقوق الارتفاق الخفية فهي التي ليست لها علامات خارجية تدل على وجودها، مثل المنع من البناء على الأرض، أو منع ارتفاع البناء إلى زيادة على ارتفاع معين^(٢).

وعلى أساس ذلك فإن تقسيم الارتفاقات إلى ارتفاقات ظاهرة وأخرى خفية هو تقسيم نسبي؛ وذلك بسبب إرادة الأطراف، فحق المجرى قد يكون ظاهرًا أو قد يكون خفيًا عن طريق اتفاق الأطراف على ذلك، ومن ثمَّ يلاحظ أن من حقوق الارتفاق ما يمكن كقاعدة عامة أن يكون ظاهرًا في حالة، وخفيًا في حالة أخرى تبعاً لوجود أو عدم وجود مظاهر خارجية تدل عليه، فمثلاً حق المجرى، فإذا وجدت قناة أو ساقية أو

(١) وتقابلها نص المادة (٢/١٢٧٢) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((وتكسب بالقدم الحقوق المجرة الظاهرة ومنها المرور والمجرى والمسيل إلا إذا ثبت أن الحق غير مشروع فإنه يتعين رفع ضرره مهما بلغ قيمته)) ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري حيث إن القانون الأخير قد نص على حق الارتفاق دون أن يشير إلى أنواعه، أما في القانون المدني الليبي فكان أفضل من سابقه حيث أنه أشار إلى هذا التقسيم وذلك من خلال نص المادة (٢/١٠١٩) والتي تنص على ((ولا يكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور)). وكذلك أشارت إلى هذا التقسيم نص المادة (١٠٢٠) من القانون نفسه حيث نصت هذه المادة على ((١- يجوز في الارتفاقات الظاهرة إن ترتب أيضًا بتخصيص من المالك الأصلي)). وبهذا يتبين لنا إن هذه القوانين قد أشارت إلى تقسيم الارتفاقات إلى ظاهرة وخفية بما يتوافق واحكام القانون المدني العراقي.

(٢) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع، ص ٣٢٤.

أنبوب على سطح الأرض كان حق المجرى ظاهراً؛ وذلك لوجود علامة تدل عليه^(١). أما إذا جرى الماء في أنابيب مدفونة في الأرض كان حق الارتفاق خفياً، عن طريق الاتفاق بين صاحب العقار المرتفق وصاحب العقار المرتفق به، أي صاحب العقار الخادم والمخدوم على حد سواء، ونتيجة لهذا الاتفاق أصبح تقسيم الارتفاق إلى ظاهر وخفي تقسيماً نسبياً، وبالتالي يمكن القول بأن لإرادة الأطراف دوراً بارزاً ومهم في تقرير النسبية، فالإرادة قد تجعل حق الارتفاق ظاهراً أو خفياً من ذلك هو تقسيم نسبي^(٢). ومن الجدير بالذكر هنا أن دور الإرادة في خلق النسبية في القانون المدني لها تطبيقات عدة، وليست فقط في مجال حقوق الارتفاق وهذا ما سنتناوله عند بحث أنواع النسبية، والسبب الذي دفعنا لعدم ذكرها في هذا المجال هو تجنب التكرار والإسهاب.

نخلص من كل ما تقدم أن النسبية في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة من حيث أساسها قد يرجع إلى أساس تقليدي يرتبط بنشأة القانون، وكما بينا سابقاً أن أساسها يرجع أما لان القانون ينص على ذلك سواء أكان ذلك بنص صريح أم ضمني من دون أن يترك المشرع لإرادة الأفراد دوراً في ذلك، أو قد يكون أساسها نظرية الحق الشخصي من كون تلك الحقوق تتبلور في سلطة الدائن على المدين، إذ يلزمه بموجبها بأداء عمل أو امتناع عن العمل فهو نسبي في مواجهة شخص معين أو أشخاص معينين، من ذلك تعد نظرية الحق الشخصي أساس النسبية في نطاق التصرفات القانونية ذات الطبيعة الشخصية، أو قد يكون أساسها الأثر الملزم، أما الأساس الحديث للنسبية الذي يرجع إلى تطور الحياة العملية وظهور تعاملات جديدة أفرزت بطبيعتها أساساً للنسبية في القانون المدني، ومن بين هذه الأسس هي العدالة التبادلية والأمن التعاقدية، وكذلك طبيعة التعامل، كما أن لإرادة الأفراد دوراً في تقرير النسبية كما هو مبين أعلاه، وكل هذه الأسس تشكل في مجموعها أساساً أو قاعدة تنطلق منها النسبية في القانون المدني .

(١) د. عاشور عبد الرحمن أحمد، الحقوق العينية الأصلية، ط٨، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، ٢٠٢٠، ص ١٤٦.

(٢) د. سالم حمادة الدحوح، شرح القانون المدني الفلسطيني (دراسة مقارنة بالقانون المصري والأردني بالفقه الإسلامي)، الحقوق العينية الأصلية، ط١، ج١، بلا جهة ومكان طبع، ٢٠١٦، ص٤٣١. أنظر كذلك د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، ط١، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن عمان، ٢٠١٠، ص٤٣٣.

المطلب الثاني

أنواع النسبية

إن للنسبية أنواعاً عديدة في القانون المدني سواء أكان ذلك من حيث النطاق أم من حيث المصدر التي تنبثق منه، فقد تكون هذه النسبية تشريعية، إذ أورد لها المشرع نصوص قانونية دل عليها بشكل صريح أو ضمني، أو قد تكون هذه النسبية اتفاقية، ناتجة عن اتجاه إرادة الأفراد المحضة في تحقيقها، كذلك قد تكون هذه النسبية فقهية من كون المشرع يسن نصوصاً قانونية عامة مطلقة، ثم يأتي بعد ذلك دور الفقه في تفسيرها وتحديد النسبية من عدمها، ولغرض الإحاطة بموضوع البحث، الأمر الذي يتطلب منا تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول منه أنواع النسبية من حيث نطاقها، أما في الفرع الثاني فنكرسه لدراسة أنواع النسبية من حيث مصدرها وكما يأتي :

الفرع الأول

أنواع النسبية من حيث نطاقها

من المعلوم أن النسبية ترد على التصرفات والوقائع القانونية، فالنسبية قد ترد على حالة معينة من حالات النسبية إذ تدور معها وجوداً وهدماً بحيث إن ما ينطبق عليها من أحكام أو قواعد قانونية لا يشمل غيرها أو يسري على غيرها من تطبيقات أو حالات أخرى للنسبية في القانون المدني، وقد تكون النسبية عامة إذ ترد على أغلب حالات النسبية أما في مجال التصرفات أو الوقائع القانونية، فهناك قواعد قانونية تعد من حيث أثرها نسبية سواء أكان ذلك من الناحية الشخصية أو الموضوعية من جانب، ومن حيث نطاقها تكون عامة شاملة لأغلب حالات النسبية من جانب آخر، وبهذا فإن النسبية تقسم من حيث نطاقها إلى نسبية عامة وأخرى خاصة، هذا ولغرض الإحاطة بموضوع البحث الأمر الذي يجب علينا تقسيم هذا الفرع على فقرتين نتناول في الفقرة الأولى النسبية العامة، وفي الثانية سنكرسها لدراسة النسبية الخاصة وكما يأتي:

أولاً- النسبية العامة

تكون النسبية عامة إذا انصرف أثرها إلى أكثر من تطبيق من تطبيقات النسبية، سواء كان ذلك من حيث الأشخاص أم من حيث الموضوع فنجد أن المشرع يورد

نصًا قانونيًا يتعلق أثره في مجموعة من التطبيقات خصوصًا في مجال التصرفات القانونية، ومن تلك النصوص هو نص المادة (١٤٢/١) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام..))^(١). وسار القانون المدني المصري في الاتجاه نفسه عن طريق نص المادة (١٤٥) إذ نصت هذه المادة على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)). أما القانون المدني الفرنسي فقد أخذ بالمعنى نفسه عن طريق نص المادة (١١٩٩) والتي نصت على ((لا ينشئ العقد الالتزامات إلا بين أطرافه...)).

فمن خلال نص المادة التي أوردها القانون المدني العراقي وكذلك القوانين محل المقارنة يتبين لنا إنها تتميز بنسبية أثرها أشخاصًا وموضوعًا من زاوية، وعمومية سريانها باعتبارها من القواعد العامة التي تنطبق على أغلب العقود خصوصاً المسماة منها، كعقد البيع أو المقاوله أو عقد الايجار... من زاوية أخرى. فإن آثار أي عقد له نطاق شخصي متمثل في المتعاقدين وخلفهما العام والخاص وهذا من حيث الأصل فقد لا ينصرف أثر العقد إلا بحق المتعاقدين سواء كان ذلك عن طريق نص القانون على ذلك، أو بسبب إرادة المتعاقدين، أم أن طبيعة التعامل تقتضي ذلك وهذا يعد محل اتفاق الفقه القانوني^(٢). إذ تكون هذه الآثار ملزمة للأطراف التصرف القانوني الذين أنشئ التصرف القانوني بينهم، وهذه القاعدة القانونية هي قاعدة عامة بسبب طبيعة هذا النوع من الالتزامات القانونية كما هو الحال في عقد البيع، إذ يلزم هذا العقد بما يترتب من التزامات وحقوق بين البائع والمشتري، كما يلزم عقد الايجار المؤجر والمستأجر ويقيد كل منهما بما ورد فيه، وكذلك لا يلزم عقد الهبة سوى الواهب ويكسب الموهوب حقوقًا

(١) وتقابلها نص المادة (٢٠٦) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (١٥٣) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١٤٥) من القانون المدني الليبي.

(٢) د. زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، ط٢، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٤، ص١٣٤. أنظر كذلك، عبد الحق صافي، الوجيز في شرح القانون المدني(مصادر الالتزام)، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ٢٠٠٧، ص٨.

في نطاق هذا التصرف^(١). فكل تصرف قانوني ينشأ بتوافق إرادتين أو أكثر لا سيما العقود المشار إليها أعلاه تحكمها قاعدة أساسية هي قاعدة العقد سريعة المتعاقدين، والتي بموجبها تقتضي القواعد العامة أن إرادة المتعاقدين (أطراف التصرف) هي التي أمّلت الالتزامات الناشئة عن التصرف، وكذلك الحقوق التي تترتب عليه، فإن من يلتزم بها يجب على من اتفق ووافق عليها، وبهذا قضت محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها بأن ((كل اتفاق بغض النظر عن نوعه أو طبيعة سواء أكان عقد مقاوله أم عقد بيع من العقود الرضائية والتي يراد بها احداث أثر قانوني معين، فإن إسباغ وصف الطرف في التصرف إنما يتعلق بمن يفصح مع إرادة أخرى على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع التصرف ونطاقه، والتي تدور بشكل عام حول النزاع الناشئ بسبب هذا التصرف))^(٢).

وعلى أساس ذلك يتبين لنا أن النسبية قد تكون عامة يقع تحتها العديد من التصرفات كما هو الحال في المادة (١/١٤٢) من القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة والخاصة بنسبية أثر العقد والتي تشمل نسبية أثر عقد البيع، وعقد الوكالة والمقاوله، وعقد الإيجار والصلح وغيرها من التصرفات القانونية ومن ثمّ فهي نسبية عامة فرضتها طبيعة التصرف؛ لأنها تتعلق بمن تربطه علاقة عقدية، وهذا يشمل أغلب الحقوق الشخصية؛ لأن الأخيرة نسبية تعتمد على رابطة المديونية بين الدائن والمدين والتي بموجبها يطالب الدائن المدين، أما القيام بعمل أو الامتناع عن العمل أو إعطاء شيء، فنسبية أثر العقد كونه أحد التطبيقات المهمة للنسبية في القانون المدني تُعد نسبية عامة وليست خاصة؛ لأنها تتعلق بالحقوق الشخصية فهي الأخرى نسبية، إذ إن نسبية أثر العقد ما هو إلا تطبيق لها وهذا ما يؤدي إلى اتصافها بالعموم.

ثانياً - النسبية الخاصة

تكون النسبية خاصة إذا تعلقّت بحالة من حالاتها أو بالأحرى بتطبيق من تطبيقاتها، وهذا هو الأصل في النسبية في القانون المدني؛ إذ أن كل حالة أو تطبيق من هذه التطبيقات له أحكامه التي تتلاءم مع طبيعته، فنجد أن نسبية أثر وقف التقادم تختلف

(١) د. مصطفى الجمال، النظرية العامة في الالتزامات، ط١، دار الكتب القانونية، دار الجامعية، بيروت، لبنان، ١٩٨٧، ص ٢٦٥.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٢٣٠، المؤرخ ١٩٨٥/٣/٣١، أشار إليه د. بريهان أبو زيد، مصدر سابق، ص ٥٢٣.

عن نسبية دوام حق الارتفاق أو الملكية، والأخيرة كذلك تختلف عن نسبية عيوب الحيازة وبسبب اختلاف هذه الأحكام وتباينها اختلف الفقه في تحديد مفهومها وتحديد طبيعتها، فالمشرع يتعامل مع بعض التصرفات والوقائع بنصوص نسبية تكون في العادة خاصة لكل تصرف أو واقعة، ومن بين هذه النصوص هو النصوص القانونية الدالة على البيوع المتعاقبة نص المادة (٥٦٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((إذا ظهر بالمبيع عيب قديم ثم حدث به عيب جديد عند المشتري فليس له أن يرده بالعيب القديم والعيب الجديد موجود فيه، بل له أن يطالب البائع بنقصان الثمن ما لم أن يرض البائع أن يأخذه على عيبه ولم يوجد مانع للرد))^(١).

أما القانون المدني المصري فإنه لم يتضمن نصاً قانونياً بهذا المعنى، كذلك المشرع الفرنسي الذي هو الآخر لم يتضمن هكذا نص حتى في تعديله الأخير للقانون المدني الفرنسي، ومن ثم فإن تصرف المشتري بالشيء المبيع قبل اطلاعه على العيب عن طريق بيعه إلى مشتري ثانٍ ثم اكتشاف أن المبيع معيب، ففي هذه الحالة لا يمكن مطالبة البائع الأول بضمان العيب الخفي، إنما المطالبة بنقصان الثمن من المشتري الأول بصفة البائع الثاني، إذ إن هناك رأي في الفقه القانوني يرى أن هذه البيوع التي يصطلح عليها (البيوع المتعاقبة) تكون نسبية من حيث الأثر الذي ترتبه، وهذا ما أشارت إليه المادة أعلاه؛ إذ إن كل مشتري يرجع على البائع المباشر له ولا يستطيع المشتري الأخير الرجوع مباشرة على البائع الأصلي لعدم وجود رابطة قانونية بينهما من ناحية وتعلقها بحقوق الغير من ناحية أخرى، ومن ثم فإن هذه البيوع نسبية من حيث آثارها^(٢).

وهذا ما أشارت إليه صراحة نص المادة (٥٥٣) من القانون المدني العراقي، إذ نصت هذه المادة على ((إذا استحق المبيع في يد المشتري الأخير وحكم به للمستحق كان هذا حكماً على جميع الباعة، والكل أن يرجع على بائعه بالضمان لكن لا يرجع قبل أن يرجع عليه المشتري منه))^(٣). فلو إن (أ) باع إلى (ب) و (ب) باع إلى (ج) و (ج) باع إلى (د)... واستحق المبيع في يد (د) فإن تسلسل الرجوع يكون طبقاً للنص أعلاه يكون على الوجه الآتي (د) يرجع على (ج) و (ج) يرجع على (ب) وهكذا، حيث إن

(١) تقابلها نص المادة (١/٥١٧) من القانون المدني الأردني، والا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري، وكذلك القانون المدني الأردني.

(٢) د. محمد عبد الله المطلق، التزام البائع بضمان المبيع (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، ٢٠٠٨، ص ٢٠١.

(٣) لا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني، وكذلك القانون المدني السوري واللبيبي.

(د) لا يمكنه الرجوع مباشرة على البائع الأول (أ)؛ وذلك بسبب نسبية أثره، على الرغم من إن البائع الأول المتصرف مازال دائئاً في التصرف الذي شارك فيه^(١). كذلك من النصوص القانونية التي تختص بتطبيق من تطبيقات النسبية في القانون المدني هو نص المادة (١٢٨٤) من القانون المدني العراقي، إذ نصت هذه المادة على ((لصاحب العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كُله أو بضعه إذا فقد الارتفاق كُله منفعة للعقار المرتفق ولم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به))^(٢).

وفي السياق نفسه سار القانون المدني المصري وذلك في ضوء نص المادة (١٠٢٩) والتي تنص هذه المادة على ((لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كُله أو بضعه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به))^(٣). أما القانون المدني الفرنسي فإنه لم يتضمن نصاً بهذا المعنى الوارد في نص المادة (١٢٨٤) من القانون المدني العراقي حتى في التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي. ومن ثم فإن المنفعة التي يحققها حق الارتفاق هي منفعة نسبية، بمعنى أنه في حالة زوال الفائدة من وجود العقار أو أصبحت الفائدة التي تستمد منه قليلة لا تتناسب مع التكاليف الذي يقع على العقار المقرر لحق ارتفاق، اعتبرت هذه الفائدة كأنها كانت لم تكن أي مع الواقع على العقار المرتفق به^(٣).

فإذا كان مثلاً في ارتفاق المرور ثم يصبح ذلك العقار المرتفق له ممر يمكنه من خلاله الوصول إلى الطريق العام بحيث لا يقل سهولة عن ذلك الممر المحددة لاستعمال ارتفاق المرور أو قد يجعله أقل فائدة، وتلك الفائدة لا تكون مناسبة مطلقاً مع العبء الذي يكون واقع على العقار المرتفق به، وهنا يصبح الارتفاق مضراً بالعقار

(١) د. محمد مصطفى شبلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة، بيروت، ١٩٦٩، ص ١٥، أنظر كذلك د. عباس الصراف، مصدر سابق، ص ٢٧. و د. شامل سليمان عسله، الآثار القانونية للفسخ القضائي في العقود المتعاقبة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات في الاسكندرية، العدد (٣٢)، المجلد (٧)، ٢٠١٤، ص ١٠٠١.

(٢) وتقابلها نص المادة (١٣١٩) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (٣/٩٩٣) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١٠٣٢) من القانون المدني الليبي.

(٣) د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، دار الجامعة الجامعية الجديدة، بلا مكان طبع، ٢٠٠٤، ص ٥٥٤ وما بعدها.

المرتفق به مع قلة فائدته^(١). ففي هذه الحالة يجوز لصاحب العقار المرتفق به أن يطلب إنهاء حق الارتفاق وهذا من حيث الأصل لا يتطلب موافقة مالك العقار وبالتالي فهي منفعة نسبية^(٢).

من ذلك يتضح لنا أن النسبية تتعلق ببعض التطبيقات دون سواها كما بينا ذلك سابقاً في نطاق نسبية البيوع المتعاقبة أو نسبية المنفعة في حقوق الارتفاق، فما ينطبق على أحدهما من أحكام لا ينطبق على الأخرى وعلى أساس ذلك تكون نسبية خاصة، علماً أن هناك العديد من حالات النسبية في القانون المدني التي تُعد من حيث نطاقها والأثر الذي ترتبه خاصة؛ لذلك ارتأينا أن نسلط الضوء على بعض هذه الحالات التي تتبلور فيها النسبية، تاركين الحالات الأخرى سنتناولها في الفرع الثاني من هذا المطلب والتي تساعد عند الجمع بها من وضع نظرية عامة للنسبية في القانون المدني .

الفرع الثاني

أنواع النسبية من حيث مصدرها

تُعد النسبية في القانون المدني متعدد المصادر، فقد تبين أن النسبية في القانون المدني قد يكون أساسها نص القانون سواء أكان ذلك النص يدل على النسبية دلالة صريحة أم ضمنية، من ذلك تكون نسبية قانونية (تشريعية)، أو قد يكون أساسها اتفاق الأطراف على ذلك، وبذلك تكون هذه النسبية اتفاقية (إرادية)، كذلك فإن النسبية قد تكون فقهية، إذ يقرها الفقه القانوني بالاعتماد على معايير أو أسباب معينة، هذا ولغرض الإحاطة بموضوع البحث الأمر الذي يتوجب علينا تقسيم هذا الفرع على فقرات عدة وكما يأتي:

أولاً- النسبية الاتفاقية

لا شك في إن لإرادة الأطراف دوراً مهماً وفعالاً في انشاء التصرفات القانونية، وتنفيذها، فالإرادة الحرة هي التي تمتلك إنشاء التصرف وتحديد آثاره بما يحقق مصلحة الأطراف الخاصة؛ ولكن هذه الإرادة مقيدة بما تسمح به القواعد العامة، بمعنى أن تلك الإرادة تكون مقيدة ضمن حدود معقولة؛ لغايات معينة، منها تحقيق التوازن ما بين

(١) د. سلمان بن وائل بن خريف التويري، حق الارتفاق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ١٩٨٠، ص ٤٩٢.

(٢) بن حموش تسعديث وبن شوقي نهوارة، النظام القانوني لحق الارتفاق في القانون المدني، رسالة ماجستير، مقدمة إلى جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٦٦.

الإرادة والعدالة أو لتحقيق المصلحة العامة^(١). فالنسبية شأنها شأن أي موضوع قانوني آخر قد تدخل الإرادة في تقريره أو أنشائه، فلا إرادة الأفراد دور في تقريره، إذ إن المشرع يورد نصًا قانونيًا أو حكمًا لقاعدة معينة ويترك لإرادة الأفراد أمر تحقيق هذه النسبية، ومن هذه النصوص هو نص المادة (٦٤) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ((١- الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء. وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن. ٢- وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمى))^(٢). أما القانون المدني المصري فقد أشار إلى ذلك عن طريق نص المادة (٨٥) والتي تنص على ((الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، والتي تقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن)) .

أما القانون المدني الفرنسي فإنه لم يشر إلى ما أشار إليه القانون المدني العراقي والمصري، إذ أنه لم يعرف الأشياء المثلية والأشياء القيمة، وكُل ما في الأمر نصوص تدل على هذا التقسيم بحسب الموضوع الذي تتناوله، وعلى العموم فإن الأشياء المثلية هي التي لها نظائر متماثلة في الأسواق فلا تتفاوت أحداها، أو تتفاوت تفاوتًا يسيرًا لا يعتمد به عادةً، لذلك أمكن أن يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء؛ بسبب المرونة والسهولة في الحصول عليها، وقد جرى العرف حقيقة على التعامل بهذه الأشياء بالكيل كالحنطة والرز والشعير وبعض أنواع السوائل كالحليب، أو بالعدد كالنقود والبيض أو بالوزن كالذهب والفضة والسكر والتمر، أو بالمقياس كالقماش والشرائط وبعض أنواع الخيوط والحبال والسلاسل، فالمثلية تفترض بالضرورة انتماء الأشياء إلى نوع واحد، ولهذا فالأشياء المثلية تسمى كذلك بالأشياء المعينة بالنوع وهذا ما أشارت إليه أغلب التشريعات المدنية كما ذكرنا سابقاً، فلا بد من تماثل أفراد هذا النوع، حتى إذا تساوت

(١) د. أمين دواس، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، ط ١، ج ١، دار الشروق للطباعة والنشر، رام الله، فلسطين، ٢٠٠٤، ص ١٣٢.

(٢) تقابلها نص المادة (٥٦) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((الأشياء المثلية هي ما تماثلت أحادها أو اجزاؤها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن. ٢- والقيمة ما تفاوتت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يعتد به أو يندر وجود أفرادها في التناول)). و تطابقها كذلك نص المادة (٨٨) من القانون المدني السوري والتي تنص على ((الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء. والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن)). وكذلك تقابلها بالمعنى نفسه نص المادة (٨٥) من القانون المدني الليبي. وبهذا يمكن القول بأنه وأن اختلف أسلوب المشرعين في بيان هذه الاشياء وتقسيمها إلا أنها جميعها تحمل المعنى ذاته وإن كان القانون المدني الأردني أكثر انسجاماً مع أحكام القانون المدني العراقي إذ إنه أشار إلى تعريف كل من الأشياء المثلية والقيمة على خلاف القانون المدني السوري والليبي الذي أشار إلى الأشياء المثلية دون القيمة.

المقادير من النوع نفسه فإنها لا تتفاوت في القيمة بينها تفاوتاً يعتد به^(١). وينبغي إلى جانب ذلك حتى يُعدَّ الشيء مثلياً فإنه يجب أن يوجد فعلاً ما يماثله في السوق، فإن لم يوجد مثله في السوق؛ بسبب انعدامه أو ندرته فإنه يصبح شيئاً قيمياً لعدم إمكان حلول شيء آخر محله في الوفاء بعد أن كان شيئاً مثلياً وإنما أصبح شيئاً قيمياً^(٢). أما الأشياء القيمية أو المعينة بالذات، فهي الأشياء التي لا يوجد مثلها في الأسواق وإن وجد فإنه يتفاوت عنها تفاوتاً يعتد به، فالأشياء القيمية أشياء معينة بذاتها لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كالمنازل والأراضي والأحجار الكريمة والحيوانات وغير ذلك مما تتفاوت أحاده، وبهذا فإن القانون المدني العراقي وكذلك القوانين محل المقارنة قد وضعت قاعدة عامة أو معياراً قانونياً للترقية بين الشيء المثلي والقيمي، لكن هذا التقسم للأشياء هو تقسيم نسبي فالإرادة دور مهم وفعال في تقسيمها إلى مثلي وقيمي أو بالعكس من ذلك^(٣).

إذ أن الشيء قد يكون مثلياً بالنسبة لبعض الأشياء وقيماً بالنسبة لأشياء أخرى وأن اتحد معه في التسمية، فسيارة (التويوتا) الجديدة مثلاً شيء مثلي بالنسبة إلى كل سيارة (تويوتا) جديدة مثلها تتحد معها في الموديل والطراز، وهي شيء قيمي بالنسبة إلى كل سيارة تويوتا تختلف عنها في الموديل والطراز، وبالنسبة إلى كل سيارة من صنع شركة أخرى، فالإرادة الأفراد دورٌ في تعيين أو تقرير الصفة المثالية أو القيمة للأشياء، فهذه الإرادة قد تضي على شيء مثلي صفة القيمية وعلى شيء قيمي صفة المثالية بمحض إرادة الأفراد، ومن أمثلة الحالة الأولى على سبيل المثال، لو أراد شخص نسخة من كتاب من طبعة معينة ولكنه أراد شراء النسخة التي كان يفتنيها المؤلف. ومثال الحالة الثانية ما تقوم به بعض الشركات الإنشائية من بناء الدور بمساحات متساوية وهندسة متماثلة على قطعة أرض واحدة فهذه الإرادة تضي عليه صفة المثالية^(٤).

وهكذا يتبين لنا أن الشيء يمكن أن يكون مثلياً أو قيمياً تبعاً لنية المتعاقدين، فالشيء قد يكون مثلياً في أحوال وقيماً في أحوال أخرى، والفصل في كونه هذا أو ذلك يرجع إلى نية ذوي الشأن من جهة وظروف الأحوال من جهة أخرى، وذلك بحسب طبيعة

(١) د. شاكر ناصر حيدر، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، ط١، مطبعة اسعد، بغداد، ١٩٧١، ص ٢٣.

(٢) د. مازو و. د. جيكلا، دروس في القانون المدني، ط٣، ج٣، بلا جهة طبع، ١٩٨٦، ص ٢٣٧.

(٣) د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية الحق)، بلا جهة طبع، الكويت، ١٩٧٠، ص ٦٨٢، ص ١٨٨.

(٤) د. محمد طه البشير و. د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٢١ وما بعدها.

الشيء. كذلك من بين النصوص التي تكون فيها النسبية اتفاقية (إرادية) هو نص المادة (١٢٧٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((١- يكسب حق الارتفاق بالعقد وبالميراث وبالوصية. ٢- ويحتج بالتقدم فيحق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة)). وكذلك أشارت إلى هذا التقسيم نص المادة (١٢٧٣) من القانون نفسه المشار إليه أعلاه إذ إنها نصت على ((١- الارتفاقات الظاهرة يجوز ترتيبها بتخصيص من المالك الأصلي))^(١).

والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (٢/١٠١٦) من القانون المدني المصري والتي تنص هذه المادة على أنه ((ولا يكسب بالتقدم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور)) وأشارت إلى هذا التقسيم كذلك نص المادة (١/١٠١٧) من القانون نفسه والتي تنص على ((١- يجوز في الارتفاقات الظاهرة إن ترتب أيضا بتخصيص من المالك الأصلي)). وهذا التقسيم أشار إليه القانون المدني الفرنسي وذلك من خلال نص المادة (٦٨٩) إذ نصت هذه المادة على ((الارتفاق واضح أو غير ظاهر)). ومن ثم فإن الارتفاق الظاهر هو الارتفاق الذي يدل عليها أعمال خارجية كالأبواب والشبابيك والقنوات وغيرها من المظاهر التي تدل على ذلك، أما حقوق الارتفاق الخفية فهي التي ليس لها علامات خارجية تدل على وجودها، مثل المنع من البناء على الأرض، أو منع ارتفاع البناء إلى زيادة على ارتفاع معين^(٢).

وعلى ضوء ذلك فإن تقسيم الارتفاقات إلى ارتفاقات ظاهرة وأخرى خفية هو تقسيم نسبي وذلك بسبب إرادة الأطراف، فحق المجرى قد يكون ظاهراً أو قد يكون خفياً عن طريق اتفاق الأطراف على ذلك، ومن ثم يلاحظ أن من حقوق الارتفاق ما يمكن كقاعدة عامة أن يكون ظاهراً في حالة وخفياً في حالة أخرى تبعاً لوجود أو عدم وجود مظاهر خارجية تدل عليه، فمثلاً حق المجرى، فإذا وجدت قناة أو ساقية أو أنبوب على سطح الأرض كان حق المجرى ظاهراً؛ وذلك لوجود علامة تدل عليها، أما إذا جرى الماء في أنابيب مدفونة في الأرض كان الارتفاق خفياً عن طريق الاتفاق بين صاحب العقار المرتفق وصاحب العقار المرتفق به، أي صاحب العقار الخادم والمخدوم على حد سواء، ونتيجة لهذا الاتفاق أصبح تقسيم الارتفاق إلى ظاهر وخفي هو تقسيم نسبي، من ثم يمكن القول بأن لإرادة الأطراف دور بارز ومهم في تقرير النسبية، فالإرادة فقد

(١) وتقابلها نص المادة (٢/١٢٧٢) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (٢/١٠١٩) القانون المدني الليبي.
(٢) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٢٤.

تجعل حق الارتفاق ظاهرًا أو خفيًا من ذلك هو تقسيم نسبي^(١). وبناءً على ذلك فإن النسبية في القانون المدني أنواع من بينها النسبية الاتفاقية (الإرادية).

ثانيًا. النسبية القانونية

لا ريب في أن القانون هو المصدر العام لجميع الحقوق والروابط القانونية أيًا كان السبب لنشوتها، فالقانون هو الذي يقرر الحقوق ويحميها من ناحية، وهو الذي يضفي القوة الملزمة على الالتزامات من ناحية أخرى، فلا قيمة للحق الذي يقزّره القانون من دون أن يعترف به الأخير ويقرر له دعوى تميمه، وعلى أساس ذلك فإن النسبية تحدد بنص القانون، فالمشرع هو الذي يورد نصوصًا قانونية تكون نسبية في الأصل من دون أن يترك المشرع للإرادة أي دور في تقرير النسبية أو إيرادها، وكما بيننا سابقًا إن إيراد نصوص نسبية من حيث الأثر الذي ترتبه لا يأتي ذلك اعتباطًا، وإنما هو مرهون بمسوغات متعددة من أهمها حماية الطرف الضعيف في الرابطة العقدية، أو لتحقيق التوازن بين الأطراف المتعاقدة، أو لحماية مصلحة هي أجدر بالحماية القانونية، ومن بين هذه النصوص هو نص المادة (٤٣٦) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين))^(٢).

فإذا وضع شخص يده على شيء مملوك لشخصين أحدهما كامل الأهلية والآخر ناقص الأهلية فإن التقادم يقف بالنسبة إلى ناقصها فقط، أي ناقص الأهلية فقط ويسري في حق الآخر، فأنثر العذر الشرعي خاص بمن تحقق العذر بالنسبة إليه فحسب، وعليه لو وجد مرور الزمان في حق بعض الورثة ولم يوجد في حق باقي الورثة لعذر كالصغر أو أن تكون الدعوى بين الأصول وادعى به وأثبت ذلك، يحكم بصحته في المدعي به، ولا يسري هذا الحكم إلى سائر الورثة^(٣).

فوقف التقادم يدور وجودًا وعدمًا مع العذر الذي حدده القانون المدني العراقي في المادة (٤٣٥) على سبيل الحصر وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار

(١) د. سالم حمادة الدحوح، مصدر سابق، ص ٤٣١. انظر كذلك د. محمد وحيد الدين سوار، مصدر سابق، ص ٤٣٣.

(٢) وتقابلها نص المادة (٤٥٨) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((إذا ترك بعض الورثة الدعوى بحق مورثهم المدة المقررة لسماع الدعوى بغير عذر المدة المقررة وكان لبعض الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر أنصبتهم)). ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري وكذلك القانون المدني الليبي.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية، المرقم ١٥٧، والمؤرخ في ١٩٨٤/١/٢٦، أشار إليه د. عوض حسن علي، الدفع بالسقوط والتقدم في المواد المدنية و الجنائية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٨، ص ١٥١.

صادر لها حيث قضت بموجبه ((إن صلة القربى بين طرفي الدعوى باعتبارهما شقيقين ليست من الاسباب التي تؤدي الى وقف المدة المقررة لعدم سماع الدعوى المذكورة في المادة (٤٣٥) من القانون المدني والتي جاءت على سبيل الحصر وليس المثال))^(١). ومن ثمَّ فإنَّ أثر وقف التقادم هو أثر نسبي، بمعنى أنه لا يصح أن يتمسك به إلا من قام سببه به وإلى الوقت الذي يستمر فيه هذا السبب بغض النظر إلى أو عن غيره، كما لا يصلح التمسك به إلا في مواجهة الشخص الذي تتوفر سببه بالنسبة إليه^(٢). ونتيجة لذلك فإنَّ المشرع عنى بالنسبية عن طريق النص عليها كما هو مبين في الأعلى عندما نص على نسبية أثر وقف التقادم وَعَدَّ هذا الأثر أثرًا نسبيًا يتعلق بشخص معين دون سواه.

كذلك من بين النصوص القانونية التي تكون نسبية من الناحية الشخصية والموضوعية والتي لم يُشر إليها المشرع العراقي بنص صريح، هو نص المادة (١٢٨) من القانون المدني المصري والتي تنص على ((إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتمًا أن يعلم بهذا الإكراه)). أمَّا القانون المدني الفرنسي فهو الآخر لم يُشر إلى هذه الحالة وأعدَّ الإكراه سببًا للبطلان وذلك من خلال نص المادة (١١٤٢) والتي نصت هذه المادة على ((يعتبر الإكراه سببًا للبطلان سواء تمت ممارسته من الطرف الآخر أو من الغير)).

وهذا الحكم يخالف اتجاه القانون المدني المصري، وبهذا الخصوص، فمن الجدير بالملاحظة أن هناك رأياً فقهياً يرى أن القانون المدني العراقي ولو أنه لم يأت بنص يقابل نص القانون المدني المصري، إلا أنه لم يقرر شيئاً يدل على أنه إرادة مخالفة، ومن ثمَّ فإنَّ موقف القانون المدني العراقي من جهة، والقانون المدني المصري من جهة أخرى، يشير إلى أن الإكراه من غير المتعاقدين لا يؤدي إلى إبطال العقد، أما المشرع الفرنسي فقد حسم الأمر، لأنه جعل الإكراه مبطلاً للعقد سواء أكان

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٧٦) والمؤرخ في ٢٠٢٠/١١/١٤، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة التمييز

الاتحادية، وعلى الموقع المتاح www.hjc.iq، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/١٧.

(٢) د. محمدي زواوي فريدة، الحيازم والتقدم المكسب، ط ١، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٠، ص ٩٩.

ذلك من المتعاقدين أم من الغير^(١). وبهذا فإن الإكراه بوصفه عيباً من عيوب الإرادة هو عيب نسبي، بمعنى أن المتعاقد المكره لا يمكنه الاحتجاج بالعقد المكره عليه إلا في مواجهة المتعاقد الآخر الذي يكون طرفاً في الرابطة العقدية والذي ثبت أن الإكراه قد صدر منه، ومن ثمّ يفسد هذا الإكراه الرضا وهذا النهج سار عليه القانون المدني المصري، أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فقد حسم ذلك عن طريق نص المادة (١١٤٢) والتي جعلت العقد باطلاً إذا اقترن بالإكراه سواء أكان ذلك الإكراه قد صدر من المتعاقد الآخر أم من الأجنبي، وعلى ضوء ذلك فإن القانون المدني المصري أشار ولو بشكل ضمني إلى نسبية الإكراه كونه عيباً من عيوب الرضا، وبسبب هذه النسبية ترتبت أحكام مهمة من أهمها جعلت العقد موقوفاً، أما خارج دائرة نسبية الإكراه، فإن المكره لا يمكنه الاحتجاج بما أكره عليه، وحسباً ما فعل المشرع المصري الذي كان موقفه أفضل من المشرع العراقي وكذلك المشرع الفرنسي في نطاق القانون المدني.

كذلك من النصوص القانونية والتي تكون نسبية من حيث أثرها هو نص المادة (١١٤٦) من القانون المدني العراقي إذ نصت هذه المادة على ((وإذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب))^(٢). وبالالتجاه نفسه ذهب المشرع المصري عن طريق نص المادة (٢/٩٤٩) إذ نصت هذه المادة على ((وإذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب)).

أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فإنه وإن لم يتضمن نصاً قانونياً بهذا الشأن أي بذات المعنى الذي أشار إليه القانون المدني العراقي إلا أن تلك العيوب تكون نسبية طبقاً للقواعد العامة، ويفهم ذلك بوضوح عند التمعن بمفردات نص المادة (٢٢٢٩) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على ((لكي تكسب الحيازة الملكية، يجب أن تكون مستمرة، وغير متقطعة، هادئة، علنية، خالية من الالتباس وعلى سبيل الملكية)).

(١) د. محمد سعد الدين شريف، شرح القانون المدني العراقي (نظرية الالتزام)، ط١، ج١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥، ص١٩٢.

(٢) وتقابلها نص المادة (١١٧٢) من القانون المدني الأردني، إذ نصت هذه المادة على ((وإذا اقتربت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب))، والمعنى ذاته تضمنته المادة (٢/٩٠٧) من القانون المدني السوري، والمادة (٢/٩٥٣) من القانون المدني الليبي.

و بهذا قضت محكمة النقض الفرنسية ((يشترط في الحيابة أن تكون خالية من العيوب، فإذا اقترنت بعيب أو أكثر فأنها لا تؤدي إلى اكتساب الملكية، كعيب الإكراه أو الخفاء، وأن وقعت فلا يجوز أن يتذرع بها إلا من وقعت عليه، فالخفاء يحق فقط للشخص الذي اخفت عليه الحيابة بأن يتذرع به))^(١).

يتبين لنا من خلال التمعن بمفردات نص القانون المدني العراقي و القوانين المدنية لا سيما تلك التي تكون منها محل المقارنة أنها تشير بشكل مباشر إلى هذه العيوب كما هو مبين في الأعلى، وهذه العيوب هي عيوب نسبية سواء كان الإكراه أو الخفاء أو غيره، مثلاً إذا أصاب الحيابة عيب الإكراه، فإنه لا يحتج به إلا من وقع عليه الإكراه، وكذلك الخفاء هو عيب نسبي فلا يحتج به إلا من خفيت عنه الحيابة ولذلك فهو عيب نسبي، وبالتالي فإن النسبية في الغالب الأعم تُعد قانونية فتكون عادة ذات أصل تشريعي، فالمشرع يسن قواعد قانونية تكون نسبية إذ أن آثارها تقتصر على أشخاص محددين من ناحية، ويلتزمون بمضمون معين من ناحية أخرى.

ثالثاً- النسبية الفقهية

من المعلوم أن وظيفة الفقه تقتصر على شرح أحكام القانون، أي تفسير ما غمض من نصوصه و استنباط آراء علمية تبين بشكل و بآخر ما ينبغي أن يكون عليه القانون، هذا من جهة، و تثير الطريق أمام المشرعين عند سن القانون أو عند تعديله، وأمام القضاة الذين يقومون بتطبيقه من جهة أخرى، فالفقه هو الذي يعرض نظريات القانون بصورة علمية و عملية في الوقت نفسه، ويبين كذلك ما يجب أن يكون عليه النظام القانوني، فالمشرع عندما يضع نصوصاً قانونية تتصف بالعمومية والتجريد، فمن هنا يبدأ دور الفقه، ويعطي وصفاً للقاعدة القانونية من حيث كونها ذات نطاق واسع أو محدود (نسبي) طبعاً ذلك يكون من ناحية الحكم (الأثر) الذي ترتبه القاعدة، ومن هذه القواعد التي قرر الفقه القانوني نسبيتها على وفق معطيات معينة هو نص المادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي والتي عرفت حق الملكية، حيث نصت على أنها ((الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً فيندفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع

(١) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (١٢٣) والمؤرخ في ١ / اذار / ٢٠٠٥، النشرة القضائية، مل بيرينه - ماركة، نوفمبر، ٢٠٠٥، ص ١٠٣.

التصرفات الجائزة))^(١). أما القانون المدني المصري فإنه عرّف حق الملكية بموجب نص المادة (٨٠٢) والتي تنص على ((لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله و استغلاله والتصرف فيه)). أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فقد عرّف هو الآخر حق الملكية عن طريق نص المادة (٥٤٤) والتي تنص على ((الملكية هي حق التمتع بالشيء والتصرف فيه على نحو مطلق شريطة أن لا يكون هذا الاستعمال محرماً بنص القوانين أو الأنظمة)) .

واستناداً الى ذلك يتبين لنا أن كلاً من القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة قد أشارت إلى أن حق الملكية يشكل وظيفة اجتماعية، كذلك إن كلاً منهم قد أشار على سلطات المالك الثلاثة (الاستعمال والاستغلال والتصرف)، إلا أنهم قد اختلفوا في بعض المواضع، إذ إن القانون المدني العراقي قد ربط سلطة التصرف في حدود القانون فقط، والدليل على ذلك نص المادة (١٠٤٨) كما هو مبين أعلاه، أما القانون المدني المصري فإنه جاء بحكم مخالف لنص القانون المدني العراقي، إذ ربط سلطات المالك الثلاثة في حدود القانون، وهذا ما أشارت إليه نص المادة (٨٠٢) من القانون المذكور أعلاه.

وبالاتجاه نفسه سار القانون المدني الفرنسي فهو الآخر ربط سلطات المالك الثلاثة في حدود القانون، كذلك اختلف القانون العراقي عن القانون المدني المصري والفرنسي بأنه لم ينص صراحة على أن حق الملكية هو حق مانع (حق المالك) بخلاف القانون المدني المصري والفرنسي اللذين عدّ حق الملكية حقاً مانعاً^(٢). وبهذا أشارت محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها إذ قضت ((إن المقرر في قضاء محكمة النقض إن لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه

(١) تقابلها نص المادة (١٠١٨) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((١- حق الملكية هو سلطة المالك في أن يتصرف في ملكة تصرفاً مطلقاً عينياً ومنفعةً واستغلالاً ٢- ولمالك الشيء وحده ان ينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة شرعاً)). ونص المادة (٧٦٨) من القانون المدني السوري والتي تنص على ((لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه)). ونص المادة (٨١١) من القانون المدني الليبي والتي تنص على ((لمالك الشيء وحده في حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه)). وعند التمعن بمفردات هذه النصوص يتبين لنا أن جاءت مخالفة لنص القانون المدني العراقي في بعض جزئياتها، حيث إنها ربطت سلطات المالك الثلاثة في حدود القانون، في حين إن المشرع العراقي ربط فقط سلطة التصرف في حدود القانون، فهذه النصوص تعد أكثر انسجاماً واحكام القانون المدني المصري والفرنسي .

(٢) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٢.

عملاً بنص المادة (٨٠٢) من القانون المدني^(١). فحق الملكية يُعدّ من الحقوق العينية الأصلية والتي تخول صاحبها سلطاته (سلطات المالك) حق الاستعمال والاستغلال والتصرف لما تمتاز به هذه الحقوق، لكونها حقوقاً جامعة مانعة وكذلك تعد حقوقاً دائمة^(٢). إذ يعد حق الملكية حقاً مقصوراً على المالك، فالمالك وحده يستأثر بجميع مزايا ملكه فيمنع غيره من مشاركته في مزايا الشيء أو التدخل في شؤون ملكه وبهذا يعد حق الملكية حقاً مانعاً^(٣).

وعلى الرغم من ذلك فإن الفقه القانوني يَعدّ حق الملكية حقاً نسبياً حيث أن اعتباره حقاً مطلقاً يتعارض مع ما يرد من قيود عديدة على هذا الحق، ويبرر الفقه القانوني توجههم هذا بأن إسباغ صفة الإطلاق على حق الملكية تجعل صاحبه معصوماً وغير مسؤول عمّا قد يترتب عند استعماله ضرراً بالغير ومن ثمّ تنفي صفة الإطلاق، لذلك أطلق عليه الفقه الحديث تسمية الحق النسبي، ومن أبرز المنادين بهذا التوجه الفقيه الفرنسي (جوسران) الذي طالب بإضفاء البعد الاجتماعي على حق الملكية الذي يفترض أن يكون محاطاً بالالتزامات (قيود)، كما يرى أن كل حق يمنح لصاحبه أو بالأحرى لمالكه يهدف من خلاله تحقيق غاية اجتماعية يعد حقاً نسبياً، وإن الخروج عن هذه الغاية يُعدّ تعسفاً لاستعمال الحق، وهذا الرأي يتوافق وأحكام القانون المنظمة لحق الملكية^(٤).

يتضح مما تقدم أن الفقه القانوني يقرر نسبية حق الملكية، فإذا أمعنا النظر في أحكام القوانين المدنية لا سيما المقارنة منها والمنظمة لحق الملكية نرى أنها تنص على تقييد حق الملكية سواء أكان ذلك بنص القانون أم باتفاق الأفراد، إذ يجيز القانون في بعض الأحوال لشخص ما أن يستعمل شيئاً مملوكاً لغيره، من ذلك أجاز القانون لمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التي لا يصلها بهذا الطريق ممراً كافياً المرور

(١) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٨٨١٧) والمؤرخ في ١١/٣/٢٠١٩، قرار منشور على موقع محامي مصر، وعلى الموقع المتاح lawgyrupt.net تاريخ الزيارة، ١٩/٥/٢٠٢١.

(٢) د. أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، ط١، دار الرسالة الدولية، القاهرة، مصر، ١٩٩٦، ص١٩. أنظر كذلك د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، بلا ط، ج٨، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨، ص٥٣٤.

(٣) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص٤٤. أنظر كذلك د. منصور مصطفى منصور حق الملكية في القانون المدني المصري، ط١، مكتبة عبدالله وهبه، القاهرة، مصر ١٩٦٥، ف٥.

(٤) د. رشيد شمشيم، التعسف في استعمال الحق (دراسة مقارنة)، بلا ط، دار الخلدونية، بلا مكان ط، ٢٠١٨، ص ١٨ وما بعدها. أنظر كذلك، خادم نبيل، استقلالية نظرية مضار الجوار غير المألوفة عن نظرية التعسف في استعمال الحق (دراسة على ضوء الاجتهاد الجزائري والمصري)، بحث منشور في مجلة القانون العقاري والبيئة، العدد (١٥)، المجلد (٨)، ٢٠٢٠، ص ٢٨٧.

في الأرض المجاورة بالقدر اللازم لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المناسب، وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرار صادر لها إذ قضت بموجبه بأن ((من حق المالك طلب المرور بقطعة أرض جاره إذا كانت أرضه محبوسة عن الطريق العام ويفضل الحكم بالطريق الأقصر والأسهل والأيسر للمدعي))^(١).

أما باتفاق الأفراد فإنه يجوز مثلاً للمالك أن يرتب على عقاره حق انتفاع للغير أو حق ارتفاق أو غيره ذلك، كما إن له أن ينقل بعض حقوقه للغير عن طريق بعض الأوضاع القانونية مثل الإيجار أو الإعارة^(٢). ناهيك عن القيود التي ترد على حق الملكية سواء أكانت تلك القيود ترد على حرية التملك، أم ترد على حق الملكية ذاته، وبالنظر لتعدد هذه القيود أصبح إطلاق حق الملكية يتنافى مع ما يرد عليه من قيود و من ثم عند القول بأنه حق نسبي يتلاءم وأحكام حق الملكية في القانون المدني، وبهذا يمكن القول إن الفقه القانوني له دور مهم وفعال في تقرير النسبية في القانون المدني كما هو مبين في الأعلى، ومن الجدير بالذكر أيضاً أن الموضوعات التي تناولها الفقه القانوني وقرر نسبيتها عديدة لا يمكن حصرها في هذا المجال، لذلك سوف نتطرق لها عند بحث تطبيقات النسبية بشكل مفصل في الفصل الثاني من موضوع الدراسة.

نخلص من كل ما تقدم أن النسبية في القانون المدني العراقي والقوانين موضع المقارنة، لا بد من أن يكون لها أساس ترتكز عليه، وكما بيننا أن أساسها أما أن يكون أساساً تقليدياً يتبلور في نص القانون ابتداءً، أو بموجب نظرية الحق الشخصي التي أثبت الواقع العملي والنظري بأنها أساس للنسبية، كذلك الأثر الملزم يعد أساساً قائماً بنفسه للنسبية على وفق معطيات معينة كما بينا ذلك سلفاً هذا من جهة، وأما أن يكون أساسها حديثاً، إذ تبلورت هذه الأسس في العدالة التبادلية والأمن التعاقدية، كذلك طبيعة التعامل واتفاق الأطراف من جهة أخرى. كما أن للنسبية أنواعاً عديدة، فمن خلال الولوج بالنصوص القانون المدني العراقي والقوانين المدنية محل المقارنة نجد أن النسبية قد تختص بتطبيق معين من تطبيقاتها، أو قد تكون ذات نطاق واسع، أي أنها تكون تارة خاصة، وتارة أخرى تكون عامة، كذلك باعتبار النسبية متعددة المصادر فإنها قد تكون قانونية أو اتفافية أو قد تكون فقهية لذلك ارتأينا أن نقسمها على قسمين من حيث النطاق أو من حيث المصدر.

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٢٦) والمؤرخ في ٢٠٠٨/٣/١٠، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة التمييز الاتحادية وعلى الموقع المتاح www.hjc.iq ، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/١٩.

(٢) د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٤٤.

المبحث الثالث

شروط النسبية ونطاقها في القانون المدني

بعد أن بيّنا مفهوم النسبية في القانون المدني وحددنا كل ما يدخل تحت هذا المفهوم من مبررات وتمييز، و طبيعة، وكذلك ألقينا الضوء على أساس النسبية وحددنا أنواعها، وهنا لا بد من بيان شروط النسبية من جهة، وتحديد نطاقها من جهة أخرى، فعندما ينص المشرع على نسبية أثر تصرف معين أو عندما يعطي الحق لإرادة الأفراد الاتفاق على ذلك، أو أن طبيعة هذا التصرف أو الواقعة تقتضي أن تكون نسبية، فإن الأخيرة لا تأتي اعتباراً من دون قيد أو شرط؛ إذ أن تحقيقها مرهون بتوافر شروط معينة؛ لاكتساب هذا التصرف صفة النسبية، ونتيجة لهذه الشروط فإن للنسبية نطاقاً شخصياً وموضوعياً في الوقت نفسه، فالأخير يحدد ما يدخل تحت النسبية من تصرفات أو وقائع قانونية وما يخرج عنها، ولغرض الإحاطة بموضوع البحث فإنه لا بد من بحث شروط هذه النسبية من ناحية، كذلك تحديد نطاق النسبية في القانون المدني من ناحية أخرى، فالبحث لا يستقيم إلا عن طريق بحث هذه المفردات بشكل مفصل، لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، سنتناول في المطلب الأول شروط النسبية في القانون المدني، أما المطلب الثاني سنكرسه لدراسة نطاقها:

المطلب الأول

شروط النسبية في القانون المدني

من المعروف في إطار التصرف القانوني أو الواقعة لا بد من أن يكون هناك العديد من الشروط القانونية التي يجب توافرها لكي يرتب هذا التصرف أو الواقعة أثراً معيناً لنتمكن بعد ذلك من تقرير النسبية؛ لأن الأخيرة تعد بشكل وبآخر من الأمور المهمة؛ لما لها من صدى واسع في الجانب العملي للنصوص القانونية التي تكون نسبية من حيث أثرها بما ترتبه من أحكام، وبالنظر لتعدد حالات النسبية أو تطبيقاتها في القانون المدني من جانب، ولأن لكل حالة أحكاماً خاصة بها من جانب آخر، الأمر الذي يترتب معه صعوبة في وضع شروط عامة لكل حالات النسبية لتجمع عن طريقها كل هذه الحالات، فهناك حالات لها شروط خاصة تقتصر على حالة معينة دون سواها، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على إن هناك شروط عامة لكل حالات النسبية، وهناك شروط خاصة لكل حالة أو تطبيق من تطبيقات النسبية، الأمر الذي يتطلب منا تقسيم هذا المطلب على

فرعين، سنتناول في الفرع الأول الشروط العامة للنسبية، أما في الفرع الثاني فسنكرسه لدراسة الشروط الخاصة:

الفرع الأول

الشروط العامة للنسبية

لعله من الأساس أن ترد النسبية على التصرفات والوقائع القانونية، فهناك شروط تشمل كلاً من التصرفات والوقائع في إطار النسبية، وذلك نتيجة للارتباط بين تلك التصرفات والوقائع، إذ لولا هذا الارتباط الواضح بينهما لانعدمت صفة العمومية ومن ثمّ تندفي الحكمة من هذه الشروط، فالأخيرة عند توافرها تنقرر النسبية بغض النظر عن مصدر هذه النسبية سواء أكان ذلك النص القانوني أو غيره.

أولاً- أن تكون الواقعة أو التصرف القانوني محدد النطاق

من المعلوم أن النسبية في القانون المدني ترد على الوقائع والتصرفات القانونية المحدودة، أي أنها ترد على تلك التصرفات التي تتحدد بأشخاص وموضوعات معينة كذلك هو الحال بالنسبة للوقائع القانونية، فلو لم يكن هناك تحديد لهذه التصرفات والوقائع من حيث الأصل فإنه لا نكون أمام نسبية، وإنما نكون أمام تصرف مطلق، ويقصد بالتحديد المشار إليه في الأعلى تحديد الأشخاص الذين تتصرف إليهم آثار هذه التصرفات، أي تحديد أشخاص التصرف والواقعة من ناحية، وتحديد الحقوق والتزامات أطراف التصرف والوقائع من ناحية أخرى، وإلا سوف تنتفي الغاية من النسبية، ففي مجال الواقعة القانونية التقادم مثلاً لكونه واقعة قانونية يمكن عن طريقها اكتساب الحق أو سقوطه بالتقادم من حيث أثره يعتبر نسبي، وكذلك من حيث سبب انقطاعه فيما يتعلق بالانقطاع المدني.

إذ إن الأخير يتحقق أما بتصرف يصدر من المالك نفسه، أو من الحائز، فانقطاع التقادم المدني الصادر بتصرف من المالك، يتحقق في حالات بيّنها المشرع في القوانين المدنية على سبيل الحصر، من ذلك نجد القانون المدني العراقي قد حدد هذه الحالات من خلال نص المادة (٤٣٧) والتي تنص على ((١ - تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر فإن طالبة الدائن غريمه في المحكمة، ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فإنها تسمع بعدها. ٢- وكالمطالبة القضائية الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تقليص

أو توزيع وبوجه عام ما يعمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى (الدعوي)). وكذلك ينقطع التقادم بالإقرار وهذا ما نصت عليه المادة (٤٣٨) من القانون المدني العراقي والتي أشارت إلى ذلك بصحيح العبارة إذ نصت هذه المادة على ((١- ينقطع أيضا المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إذا أقر المدين بحق لدائن صريحة أو دلالة . ٢- ويعتبر المدين قد أقر دلالة بحق الدائن إذا هو ترك تحت يده مالا مرهوناً بالدين رهن حيازة))^(١).

أما القانون المدني المصري فقد أشار إلى هذه الحالات عن طريق نص المادة (٣٨٣) والتي تنص على ((ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة وبالتنبيه، وبالحجز، وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول في تفتيش أو في توزيع وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعوي)) كذلك نص المادة (٣٨٤) من القانون نفسه المشار إليه أعلاه إذ بينت هذه المادة أن التقادم ينقطع كذلك بالإقرار الصادر من المدين، إذ إنها تنص على ((١- ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً . ٢- ويعتبر قراراً ضمناً أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهن حيازياً تأميناً لوفاء الدين)).

أمّا بخصوص القانون المدني الفرنسي فقد نص على هذه الأسباب التي تؤدي بدورها إلى انقطاع التقادم، عن طريق نص المادة (٢٢٤٤) والتي تنص على ((تنقطع مدة التقادم إذا طلب المالك استرداد حقه بأن كلف واضع اليد بالحضور للمرافعة أمام المحكمة أو نبه عليه بالرد تنبيهاً رسمياً مستوفياً للشروط اللازمة ولو لم يستوفي المدعي دعواه وإنما يشترط في ذلك عدم سقوط الدعوى بمضي المدة)). كذلك نص المادة (٢٢٤٨) من القانون نفسه والتي تنص على ((يقطع التقادم الاعتراف الصادر من المدين أو واضع اليد بحق من يتمسك هو بالتقادم ضده)) . إذ إن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية وعن طريق التنبيه أو بالإقرار، وبسبب هذا التحديد من الناحية الشخصية والموضوعية تقرر نسبيتها بما ترتبه من أثر، إذ ينقطع التقادم المكسب بمطالبة صاحب الحق بحقه مطالبة قضائية^(٢) . ويتحقق ذلك بإقامة دعوى من صاحب

(١) والمعنى نفسه تقابله نص المادتين (٤٥٩ - ٤٦٠) من القانون المدني الأردني، ونص المادتين (٣٨٠ - ٣٨١) من القانون المدني السوري. ونص المادتين (٣٧٠ - ٣٧١) من القانون المدني الليبي.

(٢) د. عوض حسن علي، الدفع بالسقوط و التقادم في المواد المدنية و الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص ١٥٨. أنظر كذلك د. محمد كامل مرسي، الملكية والحقوق العينية، بلا جهة ط، بلا سنة ط، ص ١٩٩، وما بعدها.

الحق ضد الحائز أو نائبه^(١). كذلك إذا رفع المالك على الحائز دعوى استحقاق يطالبه فيها بالخروج من العقار و لو كانت المحكمة غير مختصة، و لكي ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية يجب أن تنتهي الدعوى بحكم لصالح المدعي، أما إذا سقطت أو رفض الفصل فيها فلا ينقطع التقادم من حيث الأصل^(٢). فأى رفض للدعوى مهما كان سببه سواء أكان شكلياً أم موضوعياً يؤدي ذلك من دون شك إلى إلغاء انقطاع التقادم و يعد كأنه سبباً لم يكن و يبقى التقادم سارياً، و إذا رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة، فيبدأ سريان التقادم الجديد من وقت صدور الحكم بعدم الاختصاص، و من الجدير بالملاحظة إن أثر الانقطاع يبقى ما بقيت الدعوى قائمة^(٣).

وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية إذ قضت ((المقرر - في قضاء محكمة النقض أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية و بأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى، و المقصود بالمطالبة القضائية هو مطالبة الدائن لمدينه مطالبة صريحة جازمة بالحق قضاءً و هو ما يتم بطريق رفع الدعوى لاستصدار حكم بإجبار المدين على الوفاء بما التزم به، و المطالبة بما يجب بوجود الحق و بما يسقط بسقوطه تعتبر إجراءً قاطعاً للتقادم بالنسبة لأصل الحق ما دامت هذه المطالبة تدل في ذاتها على قصد صاحب الحق في التمسك به، و حسب محكمة الموضوع حتى يتعين أن تبحث شرائطه القانونية و منها المدة بما يعترضها من وقف أو انقطاع و أن تقرر و لو من تلقاء نفسها وقف التقادم أو انقطاعه إذا طالعها أوراق الدعوى بقيام سببه إذ إن حصول الشيء من ذلك يحول دون اكتمال مدة التقادم))^(٤).

و من ثمَّ يبقى قطع التقادم في حدود الطلبات المبينة في إعلان هذه الدعوى. و المقصود هنا بالمطالبة هو مطالبة الدائن مدين قضاءً بإقامة الدعوى و رفعها. كذلك ينقطع التقادم عن طريق التنبيه، إذا كان بيد صاحب الحق سند تنفيذي يريد بموجبه التنفيذ سواء أكان سناً رسمياً أم حكماً قضائياً صادراً من محكمة مختصة، و لكن الفقه القانوني قد اختلف في مدى جعل هذا السبب قاطعاً للتقادم المكسب أو لا، فيرى البعض من الفقه القانوني أنه لا يكون إلا في التقادم المسقط في حالة ما إذا وجه الدائن التنبيه

(١) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٣٤٣.

(٢) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (أسباب كسب الملكية)، ط ١، الجزء التاسع، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٠٤٩.

(٣) د. فريدة محمدي زواوي. مصدر سابق، ص ٩٩.

(٤) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٦٧٠) و المؤرخ في ٤ / ٢ / ٢٠١٩، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية و على الموقع المتاح WWW.cc.gov.eg، تاريخ الزيارة ٢٦ / ٥ / ٢٠٢١.

للمدين^(١). ويرى الأغلبية خلًا للرأي الأول، إذ يرى اصحاب هذا الاتجاه أنه طالما كان للمالك سند رسمي يعطيه الحق لاسترداد العقار من الحائز، فله أن ينهبه بموجب ذلك السند تنبيهاً رسمياً، فينقطع التقادم بموجب هذا التنبيه^(٢). إلا أننا نوافق الرأي الأخير لأنه أجدر بالتقرير أو بالتأييد والأسباب نفسها التي يمكن أن ينقطع التقادم بتنبيه صاحب الحق الحامل للسند الرسمي، كذلك ينقطع التقادم عن طريق الإقرار، الصادر بتصرف الحائز الذي يتم بإقرار الحائز بحق المالك. إذ أن المقصود بالإقرار في هذا المقام كل تصرف قانوني يرمي إلى التروول أو النزول عن الحق بل ولا يشترط في تصرف الحائز بالإقرار حتى ينقطع التقادم المكسب شكل معين فقد يكون صريحاً أو ضمناً.

أما في مجال التصرفات القانونية، فعلى سبيل المثال عقد الصلح، فهذا الأخير يكون محددًا من الناحية الشخصية والموضوعية، ومن ثمَّ فإن له أثراً نسبياً من الناحية الشخصية، من ذلك نجد القانون المدني العراقي ينص على أن الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي، في ضوء نص المادة (٦٩٨) والتي تنص على ((الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي))^(٣). و إن لم يكن القانون المدني العراقي يتضمن نصاً صريحاً يشير إلى نسبية عقد الصلح كنص المادة (٧٤٥) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري إذ تنص هذه المادة على ((لا يرتب على الصلح نفع أو ضرر لغير عاقديه، حتى ولو وقع على محل لا يقبل تجزئة))^(٤). وهذا ما أشارت إليه المادة (٥٤٩) من القانون المدني المصري والتي أُلغيت بموجبها نص المادة (٧٤٥) وحلت محلها نص المادة أعلاه إذ نصت على ((الصلح عقد يحسم به

(١) د. عبد المنعم حسيني، النظرية العامة للالتزام، ج٣، دار الطباعة الحديثة للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٩١، ص٢٣٤. أنظر كذلك د. محمد عبد اللطيف، الحيازة وأثرها في التقنين المدني المصري، المكتبة القانونية لمحكمة الإسكندرية، مصر، ١٩٥١، ص٢٤٧. و د. أنور طلبية، التقادم، مصدر سابق، ١٤٧.

(٢) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص٣٤٥. أنظر كذلك محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص٤٢٢، أنظر كذلك د. سفانة سمير حميد العيثاوي، التقادم المكسب للملكية العقارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون - جامعة النهدين، ٢٠٠٦، ص١٤٦ وما بعدها.

(٣) تقابلها نص المادة (٦٤٧) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي))، و نص المادة (٥٤٨) من القانون المدني السوري والتي تنص على ((الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقعان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه، والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (٥٤٨) من القانون المدني الأردني. وبالتأمل نجد أن كل من المشروع السوري والليبي على خلاف القانون المدني العراقي والأردني بانه لم يشير إلى عنصر النزول لا من قريب ولا من بعيد وهذا الأمر أصبح محل نقد في الفقه المدني، للمزيد أنظر د. حسن علي الذنون، العقود المسماة، ط١، شركة الرابطة للطباعة والنشر، ج٣، بغداد، بلا سنة طبع، ٢٣٩. انظر كذلك القاضي عواد حسين ياسين العبيدي، الصلح في الدعوى المدنية إجراءاته القضائية وأثره العامة (دراسة تحليلية تطبيقية)، بحث منشور في مجلة القانون للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠١٧، ص١١١.

(٤) المادة (٧٥٤) من المشروع التمهيدي، المذكرة الإيضاحية، للقانون المدني المصري.

الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقعان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه)). إذ يُفهم من ذلك ضمناً أن الصلح يرتبط بأطراف الخصومة فقط، بحيث أن الأثر المترتب عليه لا ينفذ ولا يضر في الوقت ذاته غير عاقيه، وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الاتحادية في احد قراراتها، إذ قضت بأن ((الصلح يقطع الخصومة بالتراضي ويرفع النزاع بين الطرفين حصراً بحكم المادة (٦٩٨) فما ترتب عليه من آثار و حقوق والتزامات تنصرف لعاقديه، فلا يستفاد منها غير أطراف العلاقة القانونية ولا يجوز التمسك به إلا من خلال أطرافه و على المحكمة أن تقتضي بتأييده))^(١).

فإذا اصطلح أحد الورثة مع الموصي له على الوصية، فإن الورثة الآخرين لا يحتجون بهذا الصلح ولا يحتج به عليهم، وإذا كان الموصي له شخصان بوصية واحدة وصالح الوارث أحدهما، فإن هذا الصلح لا يحتج به الموصي له الآخر، ولا يحتج به عليه هذا من الناحية الشخصية، أما من الناحية الموضوعية فإن عقد الصلح يقتصر على النزاع الذي تناوله بالذات، فإن تصالح موصي له مع الورثة على وصية فلم يتناول الصلح إلا الوصية التي وقع النزاع بشأنها فلا يشمل وصية أخرى للموصي له تظهر بعد ذلك^(٢).

يتضح مما تقدم أن هذا التحديد من قبل المشرع سواء أكان ذلك من الناحية الشخصية أم الموضوعية في إطار التصرف أو الواقعة يؤدي إلى نسبية سبب انقطاع التقادم المدني (الحكمي) مثلاً الإقرار، كونه سبباً للانقطاع المدني فإن أثره نسبي، لأنه عمل قانوني يصدر من صاحب الحق أو من الحائز ولهذا فهو لا يحتج به إلا في مواجهة من صدر هذا العمل خلافاً لمصلحته، كذلك هو الحال في مجال التصرفات القانونية كما في المثال السابق، ومن ثمّ يمكن القول إن من أهم الشروط العامة للنسبية في القانون المدني هو أن يكون كُـل من التصرف والواقعة القانونية محدداً من الناحية الشخصية أو الموضوعية على حد سواء.

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٢٠٢٨ والمؤرخ في ٢٠٠٨/٩/٢، قرار منشور على موقع محكمة التمييز الاتحادية وعلى الرابط المتاح www.hjc.iq، تاريخ الزيارة ٢٦/١٢/٢٠٢٠، أنظر كذلك قرار محكمة بدءا الحلة المرقم ٨٢٥٢ والمؤرخ في ٢٣/١٠/١٩٥٦، أشار إليه سلمان البيات، القضاء المدني العرقي، ج ٢، مصدر سابق، ١٤٧.

(٢) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، ط ١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة ط، ص ٥٩١، وما بعدها.

ثانياً - انعدام الغش

من أهم شروط تحقيق النسبية في القانون المدني هو انعدام الغش كون الأخير يصيب التصرف بعد تكوينه، فينشأ من حيث الأصل نسبي، ولذلك عُرِّف بأنه ((طرق احتيالية تقع بعد تكوين التصرف القانوني والتي تقع خارج مجاله، حيث يقترب الغش من التدليس على حد تعبير أصحاب هذا الاتجاه؛ بغية الإضرار بحقوق موجودة أقرتها طبيعة التصرف))^(١). وعرفه البعض بأنه ((التدبير الإرادي لوسائل مشروعة في ذاتها للوصول إلى أغراض تخالف أوامر القانون ونواهيه))^(٢).

وعلى أساس ذلك فإن الغش عبارة عن استعمال طرق أو وسائل تضليلية بقصد تحقيق غاية غير مشروعة بأي وسيلة كانت، سواء أكان الغش صادراً من أحد المتعاقدين أم من كليهما، بغية الخروج من نسبية التصرف أو الواقعة القانونية، وما يهمن في هذا المجال هو تأثير الغش على النسبية في القانون المدني، وربّ سائل يسأل عن كيفية تأثير الغش على النسبية؟ قلنا سابقاً إن النسبية تعني اقتصار الحكم على بعض أفراد أشخاصاً أو موضوعاً، فمن الناحية الشخصية للتصرف أو الواقعة تتحدد بأشخاص محددين، دائن أو مدين، وكذلك من الناحية الموضوعية التي تتحدد بالحقوق والالتزامات أطراف التصرف أو الوقائع، فيعمد أحد الأطراف المتعاقدة لإجراء تصرفات تخرج عن نطاق النسبية، ففكرة شرط انعدام الغش تتبلور في كل تصرف يبرمه أحد أطراف نسبية التصرف أو الواقعة القانونية بقصد الخروج عن هذه النسبية عن طريق الغش بحيث يجعل هذه النسبية غير متحققة؛ لأن وسيلة الغش قد تؤدي بشكل أو بآخر زيادة عدد أطراف التصرف أو الواقعة من جهة، ونتيجة لزيادة عدد أطراف التصرف أو الواقعة فإنه يؤدي من دون شك إلى زيادة الحقوق والالتزامات، وهذا ما يتنافى مع الحكمة من تقرير النسبية في القانون المدني التي تقتضي اقتصار الحكم على بعض أفراد أشخاصاً أو موضوعاً من جهة أخرى، ويتم الغش بوسائل

(١) د. أحمد عيد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية، ج ١، بيروت، لبنان، ٢٠١٥، ص ٣٤٢، أنظر كذلك د. علي فيلاي، الالتزامات، ط ١، مفهوم للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، ٢٠١٣، ص ١٨٩.

(٢) د. عدنان إبراهيم السرحان، ود. نوري حميد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات (دراسة مقارنة)، ط ١، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، بلا مكان طبع، ٢٠٠٢، ص ٣٣٤. أنظر كذلك د. أحمد سليم فريز نصر، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في نطاق القانون المدني المصري، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٦، ص ٧٢. أنظر كذلك بن عيسى زهرة، الغش في العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧، ص ١٠. أنظر كذلك د. نبيل اسماعيل عمر، الوسيط بالطناس بإعادة النظر في المواد المدنية والتجارية، ط ١، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مصر، ٢٠٠٠، ص ٩٩.

عديدة من بينها التحايل على أحكام القانون، أو عن طريق الصورية في التصرفات^(١). فالغش يتعارض مع المصلحة التي تقررت النسبية من أجلها، إذ إن الحقوق شرعت لتحقيق مصلحة مشروعة^(٢).

وهذه الغاية أو المصلحة التي شرّعت من أجلها النسبية تندفي عندما تنتهك هذه النسبية بوسائل عديدة، من بينها الغش بغض النظر عن الوسيلة التي يتحقق بها، على الرغم من أن المشرع وفّر حماية لأطراف النسبية عندما تنتهك هذه النسبية عن طريق المسؤولية المدنية، ومن ثمّ فإن الغش يتعارض مع مصلحة أطراف نسبية التصرف أو الواقعة، فوجد مثلاً القانون المدني العراقي ينص في المادة (٤٣٦) على ((إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين))^(٣).

فأثر وقف التقادم يعد نسبياً، بمعنى أنه لا يصح أن يتمسك به إلا من قام سببه به وإلى الوقت الذي يستمر فيه هذا السبب بغض النظر إلى أو عن غيره من ناحية، كما لا يصلح التمسك به إلا بمواجهة الشخص الذي تتوفر سببه بالنسبة إليه من ناحية أخرى، فإن أبدأ الدفع بالتقادم المسقط مقصور على من له مصلحة فيه؛ لأن هذا الدفع لا ينتج أثره إلا في حق من تمسك فيه، فإذا تبين أن من تمسك فيه ليس له مصلحة في ذلك، وإنما أراد التحايل على القانون بأي وسيلة كانت، غُدَّ هذا الأجراء كان ولم يكن وهذا ما أشارت إليه محكمة بداءة بعقوبة إذ قضت ((إن اعتبار الجهة التي هي مدعي عليها والتي تمسكت بمرور الزمان غير صاحبة حق وإنما كان الغرض من عريضة الدعوى هو لغرض الأضرار والتحايل وبالتالي تكون الدعوى غير مسوغة وواجبة الرد...))^(٤). من ذلك نجد أنه إذا وضع شخص يده على شيء مملوك لشخصين أحدهما كامل الأهلية والآخر ناقص الأهلية فإن التقادم يقف بالنسبة لناقصها فقط، أي ناقص الأهلية فقط ويسري في حق الآخر، فأثر العذر الشرعي خاص بمن تحقق العذر

(١) د. هلدبر أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٧١، ص ٨٥.

(٢) د. فتحي الدبريتي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط١، دار البشير للطباعة والنشر، عمان، ١٩٩٨، ص ٤٤٩، وما بعدها.

(٣) و تقابلها نص المادة (٤٥٨) من القانون المدني الأردني. ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري، وكذلك القانون المدني الليبي.

(٤) للمزيد انظر قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٧٦) والمؤرخ في ٢٠٢٠/١/١٤، قرار غير منشور، أنظر كذلك قرار محكمة بداءة بعقوبة، المرقم ١٧٨٥، والمؤرخ في ١٩٥٩/١٢/٢٠، أشار إليه المحامي سلمان بيات، القضاء المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٤٤٠.

بالنسبة إليه فحسب، وعليه لو وجد مرور الزمان في حق بعض الورثة ولم يوجد في حق باقي الورثة لعذر كالصغر مثلاً وادّعى به وأثبتته يحكم بصحته في المدعي به ولا يسري هذا الحكم إلى سائر الورثة، فإذا أثبت الورثة الباقيون أن هناك عذر شرعياً عن طريق التحايل على أحكام القانون بواسطة الغش فإن المغزى من النسبية تندفي، والتي كانت تدور وجوداً وهدماً مع العذر الشرعي لبعض الورثة دون غيرهم، من ذلك تقرر نسبية أثر وقف التقادم، كذلك هو الحال بالنسبة إلى المدين المتضامن، الذي يدفع بتقادم الدين بالنسبة إلى مدين متضامن آخر بقدر حصته من هذا الدين، إذا أبدى أحد المدينين المتضامين هذا الدفع، فإن هذا الدفع بأي شكل من الأشكال لا يتعداه إلى غيره من المدينين المتضامين الذين لم يتمسكوا به طبقاً لمبدأ نسبية أثر وقف التقادم، ولكن إذا تبين أن هذا المدين لم تكن له مصلحة في ذلك، وإنما قصد الأضرار بحقوق المدينين الآخرين عن طريق الغش والتحايل فلا يستفاد من الدفع بالتقادم وحده^(١).

عليه فإن الحكمة من النسبية تندفي، من كونها تعد اقتصار الحكم على بعض أفراده أشخاصاً أو موضوعاً، وعلى أساس ذلك نقول إن انعدام الغش شرط أساسي لقيام النسبية في القانون المدني، فإذا انعدم هذا الشرط لا نكون أمام نسبية تصرف أو واقعة، بل نكون أمام وضع قانوني آخر .

ثالثاً - أن تؤدي النسبية إلى استقرار المعاملات المالية

من المعلوم أن الهدف الأسمى والأساس للقانون هو تحقيق استقرار المعاملات، فالأخيرة يقصد بها ((ثبات آثار الوقائع الإنسانية في الأموال سواء كان ذلك في نفاذها أو في انحلالها))^(٢). ونتيجة لذلك يقصد بثبات الآثار للوقائع والتصرفات الإنسانية هو تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة على أطراف المعاملة المالية، وهذا الاستقرار يتأتى من مظاهر متعددة من أهمها النسبية في القانون المدني، إذ أجمع الفقه على أنه مع اختلاف الشكل والعناصر على أن النسبية تحقق استقرار المعاملات المالية، فعند مراجعة نصوص القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة يتبين لنا من دون شك أن النسبية تحقق استقرار المعاملات المالية، من ذلك نجد القانون المدني العراقي نص في المادة (١٣٥) على ((١- من تصرف في ملك غيره بدون إذنه أنعد تصرفه موقوفاً

(١) قرار محكمة النقض المصرية، المرقم (٣٨) والمؤرخ ١٩٨١/١٢/٣٨، أشار إليه د. أنور طلبية، التقادم المسقط، مصدر سابق، ص ٢٣٩.

(٢) د. علي حميد كاظم الشكري، مصدر سابق، ص ٢٣.

على إجازة المالك. ٢- فإذا جاز المالك تعتبر الإجازة توكيلاً ويطالب الفضولي بالبدل أن كان قد قبضه من العاقد الآخر. ٣- وإذا لم يجز المالك تصرف الفضولي بطل التصرف وإذا كان العاقد الآخر قد أدى للفضولي البدل فله الرجوع عليه به، فإن هلك في يد الفضولي بدون تعد منه وكان العاقد الآخر قد أداه عالمياً أنه فضولي فلا رجوع له عليه بشيء منه...^(١).

أما القانون المدني المصري فإنه قد أشار إلى ذلك ولكن بشيء من الاختصار وذلك في ضوء نص المادة (٤٦٦) من القانون المذكور أعلاه إذ نصت هذه المادة على ((إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب ابطال البيع، ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل))^(٢). وفي السياق نفسه ذهب القانون المدني الفرنسي إذ أشار إلى تصرف الفضولي تحت عنوان بيع ملك الغير، وذلك في ضوء نص المادة (١٥٩٩) والتي تنص هذه المادة على ((إن بيع مال الغير هو باطل، ويمكن أن يؤدي إلى المطالبة بالاعطال والضرر إذا كان المشتري يجهل أن ملكية الشيء تعود إلى الغير)).

ونتيجة لذلك فإن المشرع العراقي قد جعل تصرف الفضولي تصرف موقوف وهذا ما أشار إليه نص المادة (١٣٥)، أما القوانين محل المقارنة فقد جعلت من تصرف الفضولي تصرفاً باطلاً بطلاناً نسبياً لمصلحة المشتري الذي يعود له وحده حق التمسك به، وما يهمننا في هذا المجال هو الإجابة عن السؤال التالي، وهو كيف تحقق النسبية الاستقرار في المعاملات المالية؟ من ثمَّ يجب أن تكون الغاية منها تحقيق الاستقرار في المعاملات المالية. في إطار الإجابة على السؤال أعلاه فمن الجدير بالملاحظة إن التصرف الذي يبرمه الفضولي هو تصرف نسبي بمعنى أن هذا التصرف لا ينفذ إلا بالإجازة الصادرة من المالك من جهة، ولا يمكن الاحتجاج بهذا التصرف على الغير إسناداً إلى مبدأ نسبية التصرف القانوني من جهة أخرى^(٣). وعلى أساس ذلك فهو

(١) وتقابلها نص المادة (١٧١) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر أو من مكروه أو إذا نص القانون على ذلك))، ولا مقابل لنص هذه المادة في القانون المدني السوري، وكذلك القانون المدني الليبي.

(٢) انظر بهذا الصدد آثار بيع الفضولي من خلال نص المادة (٤٦٧) من القانون المدني المصري والتي تنص على ((١- إذا أقر المالك البيع سرى العقد في حقه وانقلب صحيحاً في حق المشتري. ٢- وكذلك ينقلب العقد صحيحاً في حق المشتري إذا الت ملكية المبيع إلى البائع بعد صدور عقد)).

(٣) د. مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة) ج٣، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧، ص ١٢٤.

تصرف موقوف على إجازة المالك^(١). فالغاية من عدم انصراف أثر هذا التصرف في حق الغير هو لتحقيق الاستقرار في المعاملات المالية، إذ لولا نسبية أثر هذا التصرف لأمكن ذلك إلى خلق مراكز قانونية عدة بما يخل بمبدأ استقرار المعاملات المالية، هذا في مجال التصرف القانوني، أما في مجال الواقعة القانونية فنجد مثلاً أن القانون المدني العراقي قد نص على ((إذا اقترنت الحيازة بالإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب))^(٢).

وهذه العيوب التي ترد على واقعة الحيازة هي عيوب نسبية سواء أكان الإكراه أم الخفاء أم غيره، فمثلاً إذا أصاب الحيازة عيب الإكراه، فإنه لا يحتج به إلا من وقع عليه الإكراه، فإذا انتزع الحائز الحيازة بالإكراه من شخص معين وتبين أن المالك شخص آخر لم يقع عليه الإكراه فإن الحيازة بالنسبة إلى الأخير حيازة هادئة منتجة لآثارها، وذلك من أجل استقرار المعاملات المالية^(٣).

وبالتالي فإن النسبية يجب أن تحقق الاستقرار في المعاملات المالية، وهذا ما كرّسه المشرع العراقي، وكذلك القوانين محل المقارنة عن طريق النص بشكل صريح على النسبية والتي يفهم منها أنها تهدف بشكل وبأخر إلى تحقيق هذه الغاية، إذ لولا هذه النسبية لتعددت الروابط واختلت الحقوق، ومن ثمّ يؤدي ذلك إلى خلق مراكز قانونية على حساب غيرها، الأمر الذي ينتهي بنا إلى القول إن من شروط النسبية هو أن تحقق النسبية الاستقرار في المعاملات المالية.

(١) د. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر القانون المدني في القانون المدني الجزائري)، ط٨، ديوان المطبوعات الجامعية، بلا مكان طبع، ٢٠٠١، ص ٢٦٢.

(٢) وتقابلها نص المادة (١١٧٢) من القانون المدني الأردني، و نص المادة (٢/٩٠٧) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٢/٩٥٣) من القانون المدني الليبي.

(٣) د محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٢١٢. أنظر كذلك قدري عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ٧٨.

الفرع الثاني

الشروط الخاصة للنسبية

يقصد بهذه الشروط هي الشروط الخاصة بحالة أو تطبيق معين من تطبيقات النسبية، وهذا يعد نتيجة طبيعية لتعدد حالات النسبية في القانون المدني، فمن المعلوم أن النسبية قد نجد لها في باب العقود تارة، وفي باب الحقوق تارة أخرى، وهذا التعدد يتحتم علينا وضع شروط خاصة لكل تطبيق أو حالة، فما يسري عليها من أحكام، لا يسري على غيرها وذلك ضمن نطاق النسبية في مجال التصرفات والوقائع القانونية.

أولاً - أن تتجه الإرادة إلى أحداث أو تقرير النسبية

ابتداءً نلاحظ أن المشرع يضع نصوصاً قانونية تكون في الغالب الأعم مطلقة غير نسبية، سواء أكان ذلك من حيث طبيعتها أم من حيث أثرها، لكن قد يكون لإرادة الأفراد دور في تقريرها، من ذلك يشترط أن تتجه هذه الإرادة فعلاً لتحقيق النسبية، فنجد مثلاً نص المادة (٦٤) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((١- الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء. وتقدر عادةً في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن . ٢- وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمي))^(١).

فالأشياء المثلية هي التي لها نظائر متماثلة في الأسواق فلا تتفاوت إحداها، أو تتفاوت تفاوتاً يسيراً لا يعتد به عادةً، لذلك أمكن أن يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء؛ بسبب المرونة والسهولة في الحصول عليها، وقد جرى العرف حقيقة على التعامل بهذه الأشياء بالكيل كالحنطة والرز والشعير وبعض أنواع السوائل كالحليب، أو بالعدد كالنقود والبيض أو بالوزن كالذهب والفضة والسكر والتمر، أو بالمقياس كالقماش والشرائط وبعض أنواع الخيوط والحبال والسلاسل، فالمثلية تفترض بالضرورة انتماء الأشياء إلى نوع واحد ولهذا فالأشياء المثلية تسمى كذلك بالأشياء المعينة بالنوع، فلا بد من تماثل أفراد هذا النوع حتى إذا تساوت المقادير من النوع نفسه فإنها لا تتفاوت في القيمة بينها تفاوتاً يعتد به، وينبغي إلى جانب ذلك حتى يكون الشيء مثلياً فإنه يجب أن يوجد فعلاً ما يماثله في السوق، فإن لم يوجد مثله في السوق؛ بسبب انعدامه أو ندرته فإنه يصبح شيئاً قيمياً لعدم إمكان حلول شيء آخر محله في الوفاء بعد أن كان شيئاً مثلياً

(١) و تقابلها نص المادة (٥٦) من القانون المدني ، و تطابقها كذلك نص المادة (٨٨) من القانون المدني السوري ، وكذلك المادة (٨٥)، من القانون المدني الليبي.

وإنما أصبح شيئاً قيميًّا^(١). أما الأشياء القيمية أو المعينة بالذات فهي الأشياء التي لا يوجد مثلها في الأسواق وإن وجد فإنه يتفاوت عنها تفاوتاً يعتد به، فالأشياء القيمية أشياء معينة بذاتها لا يقوم بعضها مقام بعض عن الوفاء كالمنازل والأراضي والأحجار الكريمة والحيوانات وغير ذلك مما تتفاوت آحاده، وبهذا فإن القانون المدني العراقي وكذلك القوانين محل المقارنة وضعت قاعدة عامة أو معياراً قانونياً، بإرادة الأفراد دور مهم وفعال في تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية بشرط أن تتجه تلك الإرادة إلى إحداث النسبية^(٢).

مثل ذلك لو أن شخصاً ارادة نسخة من كتاب من طبعة معينة ولكنه أراد شراء النسخة التي كان يقتنيها المؤلف، ففي هذه الحالة اتجهت إرادة الشخص إلى إضفاء صفة الشيء القيمي على الشيء المثلي، وقد يحدث العكس من ذلك، مثال ذلك عندما تقوم بعض الشركات الإنشائية من بناء الدور بمساحات متساوية وهندسة متماثلة على قطعة أرض واحدة فهذه الإرادة تضي عليها صفة المثلية، وهكذا يتبين أن الشيء يمكن أن يكون مثلياً أو قيميًّا تبعاً لإرادة المتعاقدين. ومن النصوص القانونية التي تشترط توافر هذا الشرط لتقرير نسيبتها، هو نص المادة (٣٣٦) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((يكون الالتزام غير قابل للانقسام: ١- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم. ٢- إذا تبين من الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك))^(٣).

أما القانون المدني المصري فقد نص على ذلك عن طريق نص المادة (٣٠٠) والتي تضمنت المعنى نفسه فقد نصت على ((يكون الالتزام غير قابل للانقسام: ١- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم. ٢- إذا تبين من الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك)). أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فجدده قد نص في المادتين (١٢١٧-١٢١٨) قبل التعديل على ذلك، إذ نصت المادة (١٢١٧) على ((يكون الالتزام قابلاً أو غير قابل

(١) د. مازوود. جيكلار، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

(٢) د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ١٨٨.

(٣) وتقابلها نص المادة (٤٤١) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((لا يقبل التصرف التجزئة إذا ورد على محل تأباه طبيعته أو تبين من قصد المتعاقدين عدم جوازها)). و سار المشرع السوري بالاتجاه نفسه في ضوء نص المادة (٣٠٠) من القانون المدني السوري والتي تنص على ((يكون الالتزام غير قابل للانقسام: ١- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم. ٢- إذا تبين من الغرض الذي رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك))، والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (٢٨٧) من القانون المدني الليبي.

للتجزئة حسب ما يكون موضوعه شيئاً أو عملاً قابلاً أو غير قابل للتجزئة عند التسليم أو التنفيذ سواء كانت التجزئة مادية أو معنوية)). وأوضح منها دلالة نص المادة (١٢١٨) من القانون نفسه والتي تنص على ((يكون الالتزام غير قابل للتجزئة حتى في حالة كان الشيء أو الفعل الذي يشكل موضوعه قابلاً للتجزئة بطبيعته، إذا كانت الرابطة المعتمدة لمقاربتة في الالتزام لا تجعله قابلاً للتنفيذ الجزئي))^(١). وعند التمعن بمفردات هذه النصوص يتبين لنا انها جاءت بذات المعنى الذي أشار اليه القانون العراقي.

أما بعد التعديل فإنه لم يشر إلى هذه الحالة وأقتصر على الإشارة فقط للالتزام بأداء غير قابل للالتزام وذلك من خلال نص المادة (١٣٢٠)، إذ نصت المادة الأخيرة من القانون المدني الفرنسي على ((يحق لأي من الدائنين بالالتزام غير القابل للانقسام بحسب طبيعته، أو بموجب العقد، أن يطالب به و أن يتقاضى الوفاء به كاملاً مع مراعاة حقوق الآخرين، غير أنه لا يحق له منفرداً التصرف في الدين أو تلقى ثمناً بدلاً من الشيء...))^(٢).

وانطلاقاً مما تقدم فإن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة قد وضعت مبدأ قانوني يقضي بأن الالتزام يكون غير قابل للانقسام إذا ورد على محل لا يقبل التجزئة بالإسناد إلى طبيعته، كما هو الحال فيما لو باع اثنان حيواناً مملوكاً لهما إلى شخص ثالث، فهنا الالتزام غير القابل للانقسام، وقد يكون الالتزام غير قابل للانقسام راجعاً إلى نص القانون كما هو الحال في حق الشفعة والتي تكون من حيث الأصل غير

(^١) Art. 1217: ((An obligation is divisible or indivisible according to whether its object is a thing which in its delivery, or an act which in its performance, is or not susceptible of a division either physical or intellectual "

Art. 1218: "An obligation is indivisible, although the thing or act which is its object is divisible by its nature, where the way in which it is considered in the obligation does not render it susceptible to part performance)).

(^٢) المادة (١٣٢٠) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، المعدل وفقاً للمرسوم لعام (٢٠١٦) وقانون التصديق لعام (٢٠١٨)، حيث نصت هذه المادة على

((Chacun des créanciers d'une obligation à prestation indivisible, par nature ou par contrat, peut en exiger et en recevoir le paiement intégral, sauf à rendre compte aux autres ; mais il ne peut seul disposer de la créance ni recevoir le prix au lieu de lachose. Chacun des débiteurs d'une telle obligation en est tenu pour le tout ; mais il a ses recours en contribution contre les autr Il en va de même pour chacun des successeurs de ces créanciers et débi)).

قابلة للتجزئة^(١). إذا لا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا في كامل العقار المشفوع فيه حتى لا تفرق الصفقة على المشتري^(٢). كما أن الشيء قد يكون قابلاً للانقسام بطبيعته إلا إن إرادة المتعاقدين اتجهت ابتداءً إلى جعل هذا الشيء غير قابل للانقسام، فعدم قابلية الالتزام للانقسام نسبية؛ نتيجة لإرادة الأطراف المتعاقدة، فعدم الانقسام هنا يرجع إلى الغرض من الالتزام، مثال ذلك أن يكون محل الالتزام قابلاً للانقسام ولكن نظراً للغاية التي أَرادها المتعاقدين يجب بشكل وبآخر عدم تجزئته ومن ثَمَّ إنجازَه كاملاً، كالتزام المقاول ببناء منزل مثلاً، فالعمل المطلوب من المقاول يمكن تجزئته وفقاً لطبيعته (بناء، حدادة، نجارة، دهان) كما هو في بناء المنازل إذ يتم على مراحل وبأعمال متعددة، كذلك لو اشترى شخص أرضاً من عدة أشخاص مالكين لبناء مدرسة على كامل الأرض، فلا يصح الوفاء من كُـل مالك بقدر حصته، بل يجب الوفاء بالكل، وبهذا قضت محكمة النقض المصرية ((إن كان الأصل أن الالتزام يكون قابلاً للانقسام إذا ورد على محل يقبل بطبيعته أن يقسم، إلى أنه يمكن تقرير عدم الانقسام الالتزام بإرادة المتعاقدين، ولمحكمة الموضوع سلطانها المطلق في استخلاص ما إذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت إلى قابلية الالتزام للانقسام متى كان استخلاصها سائغاً ولا فيه مخالفة في الأوراق ... ولا معقب عليها من محكمة النقض))^(٣).

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المعنى إذ قضت ((إن البحث في عدم قابلية الالتزام للتجزئة يرجع أساسه إلى اتفاق الأطراف، فالشيء المؤجر يكون غير قابل للتجزئة بالنظر إلى الاستعمالات المرتقبة يعد أمراً غير مفيد بالنسبية إلى قضاة الموضوع الذين اعتبروا إن عدم الانقسام (التجزئة) الاتفاقيات ناتج عن إرادة الأطراف))^(٤).

(١) فالشفعة حق لا يقبل التجزئة إلا في حالة تعدد المشترين واتحد البائع بعقد واحد أو بعدة عقود، فإن للشفيع الحق في أن يأخذ بعضهم ويترك الباقي وهذا أشارت إليه المادة (١١٣٥) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ((الشفعة لا تقبل التجزئة، فليس للشفيع أن يطلب بالشفعة بعض العقار المشفوع ويترك بعضه، لكن إذ تعدد المشترين واتحد البائع، فالشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ولو كان شائعاً ويترك الباقي)).

(٢) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (الحقوق العينية)، مكتبة دار الثقافة للنشر، بلا مكان ط، ١٩٩٩، ص ١٦٨.

(٣) أنظر قرار محكمة النقض المصرية، المرقم (٦٥٤) والمؤرخ في ١٩٧٨/٥/٢٥، وكذلك القرار الصادر من المحكمة نفسها، المؤرخ في ١٩٨١/٤/١٦، أشار إليهما د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، مصدر سابق، ص ٣٨٨.

(٤) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (٢٦٨) والمؤرخ في ١٨/ديسمبر/٢٠٠٧، أشار إليه د. فايز الحاج ياسين، مصدر سابق، ص ١١٩٩.

ثانياً - أن يرتبط أطراف النسبية برابطة قانونية

في الغالب لا يمكن أن يثبت للنسبية وجودها المادي إلا إذا كانت هناك رابطة قانونية، تنشأ بين أطراف التصرف القانوني، إذ تدور هذه وجوداً وعدمًا مع الحقوق والالتزامات، وهذه الأخيرة لا يمكن الوفاء بها من دون وجود رابطة أو علاقة قانونية كرابطة المديونية في الحقوق الشخصية، التي تعد جوهر هذه الحقوق، من ذلك نجد أن المشرع العراقي أشار إلى هذه الرابطة من خلال نص المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي إذ نصت هذه المادة على ((١- الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن و مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل...))^(١).

فالحق الشخصي في الفقه التقليدي عموماً يعرف بأنه ((رابطة بين شخصين أحدهما دائن و الآخر مدين، يخول بمقتضاها الدائن مطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل^(٢). وبسبب هذه الرابطة (رابطة المديونية) والتي يخول بموجبها الدائن مطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، إذ تنقرر نسبية الحق الشخصي على أساس انه لا يتمسك به إلا في مواجهة المدين و لا يمكن الاحتجاج به على الغير^(٣).

فالحق الشخصي لا يسري في مواجهة الغير على أساس إن هذا الحق لا يتضمن كالحق العيني سلطة مباشرة على الشيء، و إنما هو حق نسبي يقتصر على القدرة على مطالبة شخص معين بأداء معين^(٤). لذلك لا يسري الحق الشخصي في مواجهة الغير، لأن واجب احترامه لا يلقي إلا على عاتق المدين به، وعلى ذلك فإن المدين وحده هو الذي يستطيع الإخلال بهذا الواجب، أما الأغيار فليس ثمة واجب يلقي على عاتقهم حتى يخلو به، فالحق الشخصي عموماً يتحلل أساساً إلى عنصرين، أحدهما إيجابي و يستقر في ذمة الدائن و الثاني سلبي و يستقر في ذمة المدين، و إلى هذا العنصر يستند الدائن لكي يفتضي حقه من المدين، و يمارس عليه ضغطاً لحمله على إعطاء شيء أو القيام

(١) وتقابلها نص المادة (٦٨) من القانون المدني الأردني، ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني السوري، وكذلك القانون المدني الليبي.

(٢) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، ١٩٧١، ص ٢٠.

(٣) د. محمد علي عرفه، مصدر سابق، ص ٥٠٢.

(٤) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٢٣٨.

بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، و لا ينصب هذا الحق على عنصر محدد في الذمة المالية، و إنما ينصب عليها بكل ما تحتويه من عناصر ايجابية و سلبية، بوصفها الضمان العام للوفاء بالدين؛ لذلك يكون المدين وحده الملزم بالمحافظة على هذا الضمان من كونه يتعلق بعنصر المديونية^(١). ومن ثمَّ فإن الحق الشخصي لا يحتج به إلا في مواجهة شخص المدين به^(٢).

كذلك إن من تطبيقات النسبية التي يتحتم توافر هذا الشرط فيها هو نص المادة (٢/١٤٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((إذا نشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء أنتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه))^(٣).

أما القانون المدني المصري فقد نص على ذلك من خلال نص المادة (١٤٦) والتي تنص على ((إذا نشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف الخاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه)).

أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فإنه لم يشر إلى هذه الحالة^(٤). حتى في التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي، ولكن هذا لا يمنع من تطبيق القواعد العامة، وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية إذ قضت ((أن أثر العقد لا ينصرف إلى الخلف الخاص إلا إذا كان من مستلزمات الشيء الذي انتقل إليه وكان على علم به إسناداً إلى العدالة التي تقتض هذا الانتقال، فالخلف الخاص لا يلتزم بحكم القانون وعلى نحو مباشر بالالتزامات الشخصية لسلفه حتى ولو كانت متعلقة بالشيء الذي انتقل إليه من السلف، ولكن هذه الالتزامات قد انصرفت إليه على سبيل الاستثناء، إذا

(١) Jean Carboonier - Droit Civil- 4- Les Obligations Press Unibersitaires deFrance- 11edition, pp5 -6.

(٢) د. سعد ربيع عبد الجبار، مصدر سابق، ٣٦.

(٣) وتقابلها نص المادة (٢٠٧) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (١٤٦) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١٤٦) من القانون المدني الليبي.

(٤) د. خليل جريج، النظرية العامة للموجبات (مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة)، ط٤، منشورات صادر الحقوقية، ج٢، ٢٠٠٠، ص٣٨٠.

كانت محددة ومقيدة للشيء))^(١). وقد بررت المحاكم الفرنسية موقفها هذا بأن انتقال هذه الالتزامات في مثل هذه الحالة إلى الخلف الخاص بالإسناد بداية إلى فكرة أن الخلف الخاص قبل ضماناً أن يأخذ على عاتقه مثل هذه الالتزامات^(٢).

وعلى أساس ذلك فإن انصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد؛ لأن الأخير يعد من تطبيقات النسبية مرهوناً بتوافر شروط معينة من أهمها هو أن يبرم السلف تصرفاً يتعلق بالمال الذي انتقل إلى الخلف الخاص، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً صدور عقد من السلف يتعلق بالمال الأيل منه إلى الخلف في الفترة ما بين تملكه هو هذا المال وتصرفه فيه إلى الخلف، كعقد التأمين المتعلق بالدار الذي آل من ذلك السلف إلى الخلف الخاص، فإذا كان تصرف السلف قد أبرم في شأن آخر غير المال الذي انتقل إلى الخلف الخاص، فلا مجال للبحث في انصراف أثر هذا التصرف إلى الخلف، كان يكون السلف قد عقد (عقد قرض) ثم باع بعد ذلك منزله ففي هذه الحالة لا يكون للمشتري شأن ما بعقد القرض؛ لأنه لا صلة له بين عقد القرض والمنزل المبيع، وبهذا تظهر بوضوح الصلة رابطة المديونية (العلاقة القانونية) بوصفها شرطاً لتطبيق النسبية^(٣).

وفي هذا المقام يتضح لنا أن وجود الرابطة القانونية تُعد معياراً موضوعياً للدلالة على نسبية تصرف ما كعلاقة المديونية بين الدائن والمدين، والتي يمكن عن طريقها مطالبة الدائن مدينه القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهذا يعتبر جوهر الحقوق الشخصية، من ذلك تكون هذه الأخيرة نسبية من حيث التمسك بها والاحتجاج بها، وعلى أساس ذلك يمكن القول إن من الشروط الخاصة للنسبية في القانون المدني هو أن يرتبط أطراف النسبية برابطة قانونية.

(١) قرار محكمة النقض الفرنسية، المرقم ٢٣٢، والمؤرخ في ٢ / ٣ / ٢٠١٨، أشار إليه (١)
S.PELLE, L'effet relatif et l'opposabilité du contrat , in Quel renouveau pour le droit des contrats L'effet relatif et l'opposabilité du contrat , in Quel renouveau pour le droit des , ٢٠١٨p. 143.

(٢) د. محمد دغمان، مصدر سابق، ص ١٠١.
(٣) د. محمد حسن عبد الرحمن، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٣١١ وما بعدها، أنظر كذلك قرار محكمة دالوز الفرنسية، الصادر في ١٦ / ١١ / ١٩٨٨، أشار إليه د. فواز صالح، أثار العقد، مقال منشور في مجلة الموسوعة العربية، وعلى الموقع المتاح - ency.com.syarab، تاريخ الزيارة ٢٩ / ١٢ / ٢٠٢٠.

ثالثاً - أن يكون التصرف القانوني حقيقياً

تقسم التصرفات القانونية عموماً إلى قسمين وهما تصرفات حقيقية وأخرى صورية، فيقصد بالأخير اصطلاحاً مظهر كاذب في تكوين تصرف قانوني، وهي تتضمن باختلاف أنواعها وجود اتفاق خفي مزدوج مع اتفاق ظاهر ليعدم أو يغير آثاره^(١). والنسبية لا تتحقق إلا بموجب تصرف حقيقي يربط أطراف التصرف القانوني كعقد البيع أو عقد المقاولة أو عقد القرض وغيرها من العقود، من ذلك نجد أن القانون المدني العراقي قد نص على ذلك في نص المادة (١٤٢/١) إذ نصت هذه المادة في فقرتها الأولى على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الأخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام...))^(٢).

وسارَ القانون المدني المصري في الاتجاه نفسه عن طريق نص المادة (١٤٥) والتي نصت على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)). أما بخصوص القانون المدني الفرنسي فقد نص على ذلك من خلال نص المادة (١١٩٩) والتي تنص على ((لا ينشأ العقد بالالتزامات إلا بين أطرافه...)). فالعقد الذي قصدته المشرع هو العقد الحقيقي، فالعقد لا يرتب الالتزامات والحقوق من دون أن تتجه الإرادة إلى ذلك، باعتبار أن التصرف القانوني الحقيقي مرتبط باتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني معين وهو إنشاء أو تعديل أو إنهاء^(٣). فالتصرف الحقيقي هو الذي يرتب أثراً بين المتعاقدين^(٤). وبالتالي اعتبره تصرف نسبياً من حيث الأثر، وعلى أساس ذلك نجد أن القانون المدني العراقي قد نص في المادة (١٤٨) على ((١- يكون العقد المستتر هو النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف

(١) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط٣، بلا جهة ط، القاهرة، مصر، ١٩٧٨، ص ٨٠٩. انظر كذلك د. سعد حسين عبد ملحم الحلبوسي، الصورية في التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون، جامعة النهريين، ٢٠١١، ص ٥ وما بعدها.

(٢) وتقابلها نص المادة (٢٠٦) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (١٥٣) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١٤٥) من القانون المدني الليبي.

(٣) د. جميل الشوقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٥٦، ص ١٠ وما بعدها.

(٤) د. عبد السميع عبد الوهاب، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، أحكام الالتزام، (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، بلا جهة طبع، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦، ص ١٧٧. أنظر كذلك د. معوض عبد التواب، مصدر سابق، ص ١٠٣٨.

العام ولا أثر للعقد الظاهر في ما بينهم. ٢- وإذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر فالعقد الحقيقي هو الصحيح مادام أستوفى شرائط صحته^(١). أما القانون المدني المصري فقد أخذ بذات التوجه من خلال نص المادة (٢٤٥) والتي نصت على ((إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي)).

أما القانون المدني الفرنسي فقد أشار إلى ذلك في نص المادة (١٢٠١) والتي تنص على ((إذا أبرم الاطراف عقداً صورياً يخفي عقداً مستتراً، فإن هذا الأخير والذي يسمى أيضاً بورقة الضد يرتب أثره بين أطرافه، ولا يحتج به في مواجهة الغير الذي يحق له مع ذلك التمسك به)). لذلك فإن التصرف القانوني متى كان حقيقياً تنقرر له النسبية من حيث الأثر الذي يترتب، ويعد هذا نتيجة منطقية تفرضاها بعض تطبيقات النسبية، وبالتالي فمن شروط هذه الأخيرة هو أن يكون التصرف القانوني حقيقياً، لتقرير النسبية له بعد ذلك من الناحية الشخصية والموضوعية. ومن ثم فإن للنسبية في القانون المدني شروطاً معينة منها ما هو عام بحيث يشمل أكثر من تطبيق أو حالة من حالات النسبية، في القانون المدني، ومنها ما هو خاص بتطبيق أو حالة من حالات النسبية، إذ أن تقريرها يتوقف على توافرها وجوداً وعدماً، والتي تشكل في مجموعها شروطاً للنسبية في القانون المدني.

المطلب الثاني

نطاق النسبية في القانون المدني

بيّنا فيما سبق أن النسبية في القانون المدني يقصد بها ((اقتصار الحكم على بعض أفراده أشخاصاً أو موضوعاً)) أو هي ((تقييد الحكم القانوني وحظر امتداده إلى غير أشخاصه في نطاق موضوع معين)) فالنسبية تؤدي إلى حظر امتداد أثر قانوني معين إلى شخص معين تقتضي القواعد العامة بعدم انصرافه إليه بموجب نص القانون أو بإرادة الأطراف بغية تحقيق غاية معينة، وعلى أساس ذلك فإن النسبية تعد من المواضيع ذات النطاق المحدد، فالأخير يعد من أهم ما تمتاز به النسبية في القانون المدني والتي يمكن بواسطته تمييز النسبية من غيرها من الأوضاع القانونية المشابهة

(١) وتقابلها نص المادة (٣٦٩) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي)). و تقابلها بالمعنى ذاته نص المادة (٢٤٦) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٢٤٨) من القانون المدني الليبي.

لها، كذلك عند مراجعة نصوص القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة يتبين أن نطاق النسبية لا يكون على وتيرة واحدة، بل هو ذو نطاق متعدد فهو يختلف من تطبيق إلى آخر سواء أكان ذلك في مجال التصرفات أم الوقائع القانونية، فضلاً عن ذلك تعدد حالات النسبية في القانون المدني.

فكما بينا سابقاً أن النسبية تارة نجدتها في باب الحقوق، وتارة أخرى نجدتها في باب العقود، وهذا سوف يؤدي حتماً إلى اختلاف نطاق النسبية، ولكن هذا لا يمنع الباحث من وضع نطاق للنسبية يبين عن طريقه ما يدخل وما يخرج عن النسبية من الناحية الشخصية و الموضوعية، من ذلك فإن للنسبية نطاقاً شخصياً، يرتبط بالأطراف التي تنصرف لهم النسبية من حيث الأثر، أي الأشخاص الذين تشملهم النسبية في القانون المدني من جهة، كما أن لها نطاقاً موضوعياً يتعلق بموضوع النص، أي نسبية أثر موضوع النص الذي جاءت به النسبية من جهة أخرى، ولغرض الإحاطة بموضوع البحث والدراسة فإنه يجب علينا تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول منه النطاق الشخصي للنسبية، أما في الفرع الثاني منه سنكرسه لدراسة النطاق الموضوعي لها:

الفرع الأول

النطاق الشخصي للنسبية

قبل الدخول في جزئيات موضوع البحث وبيان النطاق الشخصي للنسبية عن طريق تحديد الأشخاص الذين تسري بحقهم النسبية، لابد لنا من بيان مفهوم الطرف في الالتزام بغض النظر عن مصدره سواء أكان ذلك التصرف القانوني أم الواقعة القانونية؛ لأن الطرف في الالتزام أمر بالغ الأهمية في مجال النطاق الشخصي للنسبية؛ لأن هذا الطرف يتحدد عن طريق معايير تتصل بالتصرف والواقعة القانونية، وهذا ما يتفق واحكام النسبية في القانون المدني؛ لأن النسبية قد ترد على التصرفات من جهة والواقعة القانونية من جهة أخرى، ولغرض الإحاطة بموضوع البحث لابد لنا من تقسيم هذا الفرع على فترتين نخصص الأولى منه لدراسة مفهوم الطرف، أما الثانية منه فنكرسها لدراسة تحديد النطاق الشخصي لها:

أولاً - مفهوم الطرف في الالتزام النسبي

لا ريب في أن بيان مفهوم الطرف في الالتزام أمراً بالغ الأهمية؛ لأن تحديد هذا الأخير يساعد بشكل وبآخر على وضع معيار محدد يمكن بواسطته تعيين الأفراد الذين تتصرف لهم آثار النسبية، وعلى أساس ذلك يُعرّف الطرف في الالتزام بأنه ((من أسهم في تكوين التصرف))^(١). وإذا أمعنا النظر في التعريف أعلاه يتبين لنا أنه وإن كان هذا التعريف ينطوي على جانب من الصحة، لاسيما في الحالة التي يكون فيها من شارك في تكوين التصرف القانوني، هو الشخص نفسه الذي تتصرف إليه آثار هذا التصرف، ولكن يُعاب على هذا الرأي كون الشخص قد يُسهم في تكوين التصرف القانوني، ولكن لا يعد طرفاً فيه، كما أنه يخلط بين مصطلحين الطرف والعائد، وشتان ما بين الأمرين، فالعائد غير الطرف فالأخير قد تتصرف له آثار تصرف ما دون أن يساهم في تكوين التصرف، من ذلك أتجه بعض الفقه إلى تعريف الطرف في الالتزام بأنه ((كل من تأثرت ذمته بالتصرف))^(٢).

فالطرف في هذا المعنى هو كل من تأثرت ذمته المالية بالتصرف القائم ومن ثمّ يكون طرفاً في التصرف وتتصرف له آثاره، وهذا الرأي نجده صحيحاً في جانب منه، إلا أنه لا يخلو من الانتقاد لأن التقييد بهذا المعنى للطرف من شأنه أن يغير المركز القانوني للطرف، فيخرج هذا الأخير من نطاق الغيرية في القانون المدني، ودخوله في مجال النسبية وهذا ليس بصحيح لما له من تأثير في المراكز القانونية للأطراف من جهة، وتغير المسؤولية المقررة سواء أكان ذلك في مجال النسبية أم الغيرية من جهة أخرى.

يتضح مما سبق أن الفقه القانوني يعرف الطرف في الالتزام في نطاق ضيق، فيبين مفهوم الطرف في نطاق العلاقة التعاقدية من دون التبصير بالمفهوم الواسع للطرف، فالنسبية في القانون المدني وكما بينا سابقاً أنّ لها تطبيقات متعددة متناثرة بين أبواب القانون المدني التي لا يجمعها جامع معين، إذ إن لكل من هذه التطبيقات نطاقاً

(١) د. فيصل زكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في إطار الاسر العقدية، دار الثقافة الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ١٩٩١ - ١٩٩٢، ص ١١٥. أنظر كذلك د. علي كحلول، النظرية العامة للالتزامات (مصادر وأحكام الالتزام)، ط ١، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٤، ص ٣٢٥. ود. سلايم عبد الله، التميز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ظل مبدأ نسبية أثر العقد، بحث منشور في مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد (١)، المجلد (٣)، ٢٠١٩، ص ٦٢.

(٢) د. نبيلة رسلان، مصدر سابق، ص ١٠٢.

شخصياً خاص بها، الأمر الذي يتحتم علينا معه وضع معايير يمكن بواسطتها تحديد الطرف في الالتزام الذي يكون نسبياً بغض النظر عن مصدره سواء كان التصرف أو الواقعة القانونية، وهذه المعايير تتبلور في الإرادة من جهة، ونص القانون من جهة أخرى وكما هو مبين أدناه .

١- معيار الإرادة : تعد الإرادة المعيار الأول والأساسي من وجهة نظرنا التي يمكن أن نرتكز عليه في تحديد الشخص الذي يشغل المركز القانوني للطرف في الالتزام القانوني، لأن هذه الإرادة وكما هو معلوم تعد العنصر المنشأ أو المصدر الرئيس للتصرف القانوني؛ لأنه لا يمكن أن نلزم شخصاً ما من دون أن تتجه إرادته إلى ذلك أو بشيء لم يردده، إذ إن توافر عنصر الإرادة لدى الطرف في التصرف يعد من الأمور التي عني بها المشرع من ناحية، وأجمع عليها البعض من الفقه القانوني من ناحية أخرى^(١). فالإرادة هي أساس كل تصرف إذ أن الالتزام بهذا الأخير حتماً يكون بموجب الإرادة^(٢). فلا يقوم تصرف قانوني كقاعدة عامة من دون أن تتجه له الإرادة، أي النتيجة التي أرادها الشخص وتقرر عليه واجب احترامها، بعبارة أخرى إن الشخص لا يمكن أن يخضع لأي التزام ما لم يردده، فالإرادة تعد بالنسبة للتصرف القانوني العنصر المنشأ له أو مصدره المسبب والنسبة لشخصه تعتبر ركنه الأساسي^(٣).

كما أن الإرادة المعنية أعلاه هي الإرادة التي تتجه إلى احداث أثر قانوني معين، لذا فإن الطرف الذي تتجه إرادته إلى تقرير النسبية والتي تقصده هذه الأخيرة، ومن ثمّ يعد طرفاً في التصرف النسبي أن يتميز بأنه يعبر بالتصرف تعبيراً إرادياً عن النية وهذا ما اتجه إليه القضاء^(٤).

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام الإرادية)، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٦، ص ٧٥. أنظر كذلك نبيلة رسلان، مصدر سابق، ص ٧٦، و. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الالتزامات، (دراسة مقارنة)، ط ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠١١، ص ٢٩.

(٢) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، ط ١، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، ١٩٨٨، ص ٨٩.

(٣) د. نبيلة رسلان، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٤) أنظر بهذا الصدد قرار محكمة النقض المصرية الذي يقتضي ((أن كان الأصل أن الالتزام يكون قابلاً للانقسام إذا ورد على محل يقبل بطبيعته أن يقسم، إلى أنه يمكن تقرير عدم الانقسام بالالتزام بإرادة المتعاقدين، ولمحكمة الموضوع سلطانها المطلق في استخلاص ما إذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت إلى قابلية الالتزام للانقسام متى كان استخلاصها سائغاً ولا فيه مخالفاً في الأوراق... ولا معقب عليها من محكمة النقض)) قرار محكمة النقض المصرية، المرقم (٦٥٤) والمؤرخ في ١٩٧٨/٥/٢٥، وكذلك قرار الصادر من نفس المحكمة، المؤرخ في ١٩٨١/٤/١٦، أشار إليهما د. عبد السميع عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٣٨٨.

بعد العرض نخلص مما تقدم أن الإرادة تعد معياراً أساسياً وفعالاً في تحديد النسبية وتقريرها وهذا يعد نتيجة منطقية للتصرف القانوني، إذ يمثل الأخير مصدرًا من مصادر الالتزام والتي تجعل من الإرادة الركن الأساسي في التصرف القانوني، وكما بينا سابقاً أن النسبية من حيث المصدر قد تكون إرادية، فالأخيرة يمكن بواسطتها تقرير النسبية كما هو الحال في نسبية التضامن ما بين المدينين، كذلك نسبية تقسيم الأشياء إلى مثالية وقيمية، كذلك من بين الحالات التي تكون نسبية بموجب إرادة الأطراف هو عندما يتفق المتعاقدان على عدم انصراف أثر العقد إلى الخلف العام، من ذلك أن من المعايير تحديد الطرف في التصرف القانوني الذي يكون نسبياً من حيث أثره هو معيار الإرادة.

٢- معيار المصلحة (الأثر): وإذا كنا قد عرضنا فيما سبق إلى الاعتبار الأول لتحديد الطرف في التصرف الذي يعد نسبياً من حيث أثره، إلا وهو معيار الإرادة ورأينا أن التصرف يجب أن يتم بإرادة الشخص وتعبيره وذلك على النحو الذي أشرنا إليه سابقاً، فإننا في هذا الموضوع من البحث سنحاول إلقاء الضوء على المعيار الثاني لتحديد وصف الطرف وهو معيار المصلحة أو الأثر الناتج عن هذا التصرف، إذ يجب أن تعود ثمرته ونتاجه إلى أطرافه، وهذا يعد من المسوغات المهمة للنسبية، وهذا يعني أنه يجب على المتصرف الذي يزعم تحقيق نسبية تصرف ما، يجب أن يقصد من وراء تصرفه هذا الحصول على أثر مفيد، أي الحصول على مصلحة معينة، فبدون وجود غرض جدي يستهدفه الشخص من وراء التصرف، لا يكون لهذا التصرف معنى، كما هو الحال في مبدأ عدم الانقسام النسبي، فمن خلال طريق المصلحة يحقق التصرف غايته ويكتمل لشخصه التحديد القانوني ويثبت وجوده المادي لغرض إضفاء صفة الطرف؛ لأن أي تصرف لا بد ومن إن يكون له غاية محددة حتى يكون مشروعاً ومنتجاً لآثاره، وبنسبة هذا الأثر إلى المتصرف يكتمل له وصف الطرف في علاقة قانونية إرادية^(١).

وقد أكد على هذا المعنى البعض من الفقه عند تعريفه للطرف، إذ يتبلور هذا الرأي في ((أن وصف الطرف في التصرف ينطبق على كافة الأشخاص الذين ارتبطوا مع رضائهم الفعلي أيًا كان الشكل أو التوقيت بالآثار الملزمة ويقصد بالآثار الملزمة ثمار

(١) د. نبيله رسلان، مصدر سابق، ص ١٢٧ وما بعدها.

ونتاج التصرف أو المصلحة التي يبتغيها المتصرف))^(١). ومن الجدير بالذكر أن هذه المصلحة بوصفها معياراً لتحديد الطرف في التصرف القانوني الذي يحمل بطبيعته النسبية، يجب أن تكون المصلحة محددة بضوابط معينه كالجدية والمشروعية^(٢). ومن ثم فإن المصلحة تعد معياراً ذا أهمية بالغة في تحديد الطرف، فالالتزام في نطاق التصرف القانوني، لاسيما التصرف النسبي من خلال الدور الذي يلعبه في تقرير هذه الأخيرة، فالنسبية كما بيّنا سابقاً إن لها تطبيقات متعددة، من بين تلك التطبيقات التي تكون نسبية عن طريق معيار المصلحة، هو نص المادة (٢/٣٨٧) من القانون المدني المصري، والتي تنص على ((لا يجوز للمحكمة أن تقضي بالتقادم من تلقاء نفسها، بل يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المدين أو بناء على طلب دائنيه أو أي شخص له مصلحة فيه ولو لم يتمسك فيه المدين)).

وإذا أمعنا النظر في أحكام المادة أعلاه يتبين لنا أنها قد أفادت بذلك، إذ إن ابداء الدفع بالتقادم المسقط قاصر على من له مصلحة فيه من جهة، ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا في حق من تمسك به من جهة أخرى، على الرغم من أن المشرع المصري قد أجاز للمدين المتضامن طبقاً للمادة (٢٩٢) من القانون المدني المصري أن يدفع بتقادم الدين بالنسبية إلى مدين متضامن آخر بقدر حصة هذا المدين، إلا إذا أبدى أحد المدينين المتضامين هذا الدفع فإن أثره لا يتعدى إلى غيره من المدينين المتضامين الذين لم يتمسكوا به^(٣). إذ أن أثر الدفع بالتقادم هو دفع نسبي راعى فيه المشرع مصلحة الطرف المتمسك فيه من جانب، ومصلحة الدائن من جانب آخر^(٤). ومن ثمّ يمكن القول إن المصلحة تعد معياراً مسلماً به فقهاً وقضاً لتحديد أطراف نسبية التصرف القانوني لما له من ارتباط واضح العيان بالنطاق الشخصي للنسبية.

٣- معيار إرادة المشرع: لا ريب في أن إرادة المشرع تعد معياراً مهماً لا يقل أهمية عن المعيارين السابقين لتحديد الطرف في الالتزام النسبي، فكما هو معلوم فإن النسبية ترد على

(١) د. حسن محمود محمد حسن، مفهوم الطرف في العقد الإداري، بحث منشور في مجلة الشرق الأوسط، العدد (٤٨)، بلا سنة نشر، ص ٤٥٤. أنظر كذلك د. ياسين الجبوري، مصدر سابق، ص ٣٥٨، ود. أيمن سعد، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ٢٤٨.

(٢) د. حسن محمود محمد حسن، مصدر سابق، ص ٤٩٧.

(٣) وهذا ما نصت عليه المادة (٢٩٢) من القانون المدني المصري والتي تنص ((١- إذا انقضى الدين بالتقادم بالنسبة إلى أحد المدينين المتضامين، فلا يستفيد من ذلك باقي المدينين إلا بقدر حصته هذا المدين. ٢- وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة إلى المدينين المتضامين، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدينين)).

(٤) المستشار أنور طلبية، التقادم، المكتبة القانونية، بلا مكان طبع، ٢٠٠٤، ص ٢٣٨ وما بعدها.

التصرفات القانونية وتبين لنا أن أفضل معيار لتحديد الطرف في الالتزام النسبي هو الإرادة بغض النظر عن نوعها من جهة، والمصلحة من جهة أخرى، فإرادة المشرع قد تجعل شخصاً ما طرفاً في الالتزام بغض النظر عن محله سواء أكان القيام بعمل أم بالامتناع عن العمل... خصوصاً في الوقائع القانونية، لما للأخيرة من أهمية في ترتيب آثار قانونية خارجة عن نطاق إرادة الأطراف من ذلك نجد أن القانون المدني العراقي قد نص في المادة (١١٤٦) على ((إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع الإكراه أو اخفت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب))^(١).

فالمشرع العراقي أراد في هذا النص تحديد الشخص الذي يحتج عليه بعيوب الحيازة، مثلاً إذا أصاب الحيازة عيب الإكراه، فإنه لا يحتج به إلا من وقع عليه الإكراه، وكذلك الخفاء فهو عيب نسبي، فلا يحتج به إلا من خفيت عنه الحيازة، فإذا تبين أن الحائز أخفى حيازته عن شخص آخر غير المالك عدت الحيازة واضحة وتترتب عليها الأثر القانوني الذي أراده المشرع ولذلك فهو عيب نسبي^(٢). كذلك نجد نص المادة (٤٣٦) من القانون المدني العراقي تنص على ذلك، إذ نصت هذه المادة على ((إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين موروثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين)).

إذ يعد أثر وقف التقادم نسبياً، بمعنى أنه لا يصح أن يتمسك به إلا من قام سببه به وإلى الوقت الذي يستمر فيه هذا السبب بغض النظر إلى أوعن غيره، كما لا يصلح التمسك به إلا بمواجهة الشخص الذي تتوفر سببه بالنسبة إليه، مثال ذلك، إذا وضع شخص يده على شيء مملوك لشخصين أحدهما كامل الأهلية والآخر ناقص الأهلية، فإن التقادم يقف بالنسبة لناقصها فقط أي ناقص الأهلية فقط ويسري في حق الآخر، فأثر العذر الشرعي خاص بمن تحقق العذر بالنسبة إليه فحسب، وعليه لو وجد مع مرور الزمان في حق بعض الورثة ولم يوجد في حق باقي الورثة لعذر كالصغر وادعى به وأثبتته يحكم بصحته في المدعي به ولا يسري هذا الحكم إلى سائر الورثة فهذا الدفع يتصف بالقصور، وبهذا فإن إرادة المشرع أضافت صفة الطرف في الالتزام النسبي لا سيما الواقعة القانونية باعتبارها تعد مصدراً للالتزام، وعلى أساس ذلك فإن معايير تحديد طرف الالتزام النسبي سواء أكان مصدره التصرف القانوني أم الواقعة تكمن في الإرادة، والمصلحة (الأثر)، وكذلك إرادة المشرع، وعن طريق هذه المعايير نضع نطاقاً شخصياً

(١) تقابلها نص المادة (١١٧٢) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (٢/٩٠٧) من القانون المدني السوري، والمادة (٢/٩٥٣) من القانون المدني الليبي.

(٢) د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية (حق الملكية في ذاته)، مصدر سابق، ص ٣١٥. أنظر كذلك د. حسن محمد كاظم، الحيازة في القانون المدني، بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء كلية القانون، العدد الثامن عشر، ٢٠١٠، ص ١٧.

لنسبية بالجمع بهذه المعايير، ومن الجدير بالملاحظة أن سبب إيراد هذه المعايير هو التعدد والاختلاف في حالات النسبية أو تطبيقاتها النسبية في القانون المدني .

ثانياً. تحديد النطاق الشخصي للنسبية

بعد بيان الطرف في الالتزام النسبي، لا بد لنا من تبيان هذا النطاق وتحديد ماهيته والوقوف على أبعاده، وعلى أساس ذلك فالنطاق الشخصي يقصد به ((تحديد الأفراد أو الأشخاص الذين تشملهم النسبية ولا تشمل غيرهم)) بحيث أن الالتزام إذا نشأ صحيحاً طبقاً للشروط والأركان اللازمة لإنشائه وتوافرت له القوة الملزمة، ورتبت عليه آثار معينة من حقوق والتزامات التي اتجهت إليها بشكل أو بآخر إرادة المتعاقدين، فإن تلك الحقوق والالتزامات لا تتعدى أطرافها، ولا تسري في حق غيرهم^(١).

إذ إن النطاق الشخصي جاء من أجل تقرير أهمية هذه النسبية وفق المبررات أو المسوغات المبينة سلفاً، لذلك من خلال استقراء نصوص القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة وجدنا مجموعة من الحالات أو التطبيقات للنسبية، والتي تكون محددة النطاق الشخصي والموضوعي على حد سواء، وبسبب هذا التحديد الشخصي والموضوعي عُدت نسبية، وعلى أساس ذلك سوف نذكر بعض التطبيقات للنسبية في القانون المدني ونبين نطاقها الشخصي للدلالة على هذا الأخير، فنجد مثلاً أن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة تنص على نسبية أثر العقد، كونه تطبيقاً من تطبيقات النسبية، إذ نجد المادة (١/١٤٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين وخلفهما العام دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث...)).

وذهب القانون المدني المصري في الصدد نفسه عن طريق نص المادة (١٤٥) إذ نصت هذه المادة على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث...)). أما القانون المدني الفرنسي فقد نص على ذلك عن طريق نص المادة (١١٩٩) والتي تنص هذه المادة على ((لا ينشئ العقد الالتزامات إلا بين أطرافه...)). وإذا أمعنا النظر بمفردات نص القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة يتبين لنا أنها تشير بشكل صريح إلى مبدأ نسبية أثر العقد، إذ يعد هذا

(١) د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٩، ١٨٣.

الأخير من أهم تطبيقات النسبية في القانون المدني، فهو يبين لنا أن نسبية أثر العقد له نطاق الشخصي فيقتصر أثره على المتعاقدين وخلفهما العام من حيث الأصل، وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية إذ قضت ((لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير ولكن يجوز أن يكسبه حقاً، وهذا يدل على أن مبدأ نسبية العقد يهيمن على قوته الملزمة بالنسبة إلى الأشخاص والموضوع مما يقتضي أن أثر العقد إنما يقتصر على طرفيه والخلف العام أو الخاص أو الدائنين في الحدود التي بينها القانون، فلا تتصرف هذه الحقوق الناشئة عنه والالتزامات المتولدة منه إلا إلى عاقيه ولا يشمل غيرهم إلا استثناءً))^(١).

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن القوة الملزمة للعقد تنحصر في أطراف العقد من حيث الأصل، ومن تربطهم صلة بطرفيه كالنائبين عنهم في التعاقد وخلفائهم، مادام النائب قد تعامل بأسم الأصيل^(٢). إذ أن الأصل في الالتزامات من حيث الأثر لا تمتد في حق شخص من دون أن تتجه إرادته إلى هذا التصرف الذي نتج عنه ذلك الأثر ومن ثم فإن النطاق الشخصي للعقد يكمن في المتعاقدين وخلفهما العام والخاص بغض النظر عن نوع العقد فقد يكون عقد بيع، أو عقد مقاوله، أو عقد وكالة^(٣). كذلك نجد المشرع العراقي قد أشار في المادة (١١٤٦) من القانون المدني على ((إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب))^(٤). كما نص القانون المدني المصري على ذلك عن طريق نص المادة (٢/٩٤٩) والتي تنص على ((وإذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس لا

(١) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٧) والمؤرخ في ١٧/٣/٢٠١٩، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح WWW.cc.gov.eg، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٥/٣١.

(٢) د. عبد المنعم البدر اوي، مصدر سابق، ص ٤٧٠، انظر كذلك سلمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٥٦٥.

(٣) أنظر بهذا الخصوص قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٥٦٣) والمؤرخ فيه ٣١/٣/١٩٨٥، أشار إليه د. بريهان أبو زيد، نسبية أثر العقد (مصدر سابق) ص ٥٢٣، والذي جاء فيه ((العقد وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يصدق على كل اتفاق يراد به إحداث أثر قانوني فإن إسباغ وصف المتعاقد إنما ينصرف إلى من يفصح مع إرادة أخرى على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه، دون أن يعتبر بإطلاق كل من ورد ذكره بالعقد أنه أحد أطرافه طالما لم يكن له صلة بشأن ترتيب الأثر القانوني الذي يدور حول النزاع الناشئ بسبب العقد وهو أمر من مطلق حق قاضي الموضوع مستمد من حقه في تفهم الواقع في الدعوى ولا معقب عليه فيه مادام استخلاصه سائغاً)).

(٤) وتقابلها نص المادة (١١٧٢) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (٢/٩٠٧) من القانون المدني السوري، والمادة (٢/٩٥٣) من القانون المدني الليبي.

يكون لها أثر قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيابة أو التبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب)).

يتبين لنا من نص القانونين المدني العراقي والمصري المبينين سلفاً أن عيوب الحيابة هي عيوب نسبية من حيث النطاق الشخصي، إذ لا يحتج بها إلا من وقعت عليه هذه العيوب، فلا يحتج بالإكراه إلا من أكره على التخلي عن حيازته، ولا يحتج بعيب الخفاء إلا من خفي عليه أمر الحيابة، ولا يحتج باللبس والغموض إلا من كانت له مصلحة في أن تكون الحيابة ظاهرة^(١). كذلك إن من الشواهد القانونية على النطاق الشخصي للنسبية في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة هو نص المادة (١/١١٤٥) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((الحيابة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق)).

أما عن موقف القانون المدني المصري فيلاحظ أنه لم يضع تعريفاً صريحاً للحيابة في القانون المدني المصري، ولكنه نص في المادة (٣٩٨) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري على ((الحيابة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق))^(٢). وفي هذا المقام لا يفوتنا أن ننوه على أن القانون المدني المصري قد أشار في المادة (١/٩٥١) إلى الحيابة بالواسطة إذ نصت هذه المادة على ((تصح الحيابة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيابة)). أما القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل لم يورد تعريفاً صريحاً للحيابة العرضية للعقار، ولكنه قد تطرق إليها في تعريفه للحيابة في المادة (٢٢٢٨) من القانون المذكور آنفاً قبل التعديل، إذ نصت هذه المادة على ((الحيابة هي إحراز شيء أو استعمال حق يمكن أن يحرزه أو يستعمله شخص بنفسه أو بواسطة شخص آخر يمكن أن يحرزه أو يستعمله بالنيابة عنه أو باسمه)).

ومن المعلوم أن الحيابة بالواسطة من صور الحيابة العرضية؛ لأن في هذه الحيابة ينوب عن الحائز شخص آخر في استعمال العين والانتفاع بها، فالحيابة

(١) د. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، دار محمود للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع، ص ٤٤٤. أنظر كذلك د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٥٦٢.

(٢) المادة (٣٩٨) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري.

العرضية هي حيازة نسبية تتحقق حين يجمع الحائز بين الحيازة القانونية والعرضية في الوقت نفسه، بأن يخوِّله سند حيازته حقًا عينيًا كحق المنفعة على الشيء وهذه حيازة قانونية، وتتحدد حيازته بهذا الحق بالذات فتنتقي عنده نية اكتساب حق عيني آخر كحق الملكية، ما يجعله حائزًا عرضيًا، لذا تكون صفة الحيازة العرضية هنا نسبية فهو حائز حقيقي بحقه وحائز عرضي بالنسبة إلى حق الملكية^(١).

ومن ثمَّ فإنَّ الحيازة العرضية تكون حيازة نسبية ولهذه الحيازة تطبيقات عدة، فالمزارع والوكيل وناظر الوقف والمودع والمُحتكر والمستأجر، حيازتهم للشيء أو للحق حيازة عارضة لأنهم يحوزونها لحساب غيرهم، ولا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتي معلوم غير أسباب التملك المعروفة أن يكسب هو ولا ورثته بأي شكل من الأشكال الملك بوضع اليد مهما تسلسل التوريث وطال وضع يدهم.

نخلص مما تقدم إلى أن كل تطبيق من تطبيقات النسبية في القانون المدني له نطاق شخصي معين يختلف عن النطاق الشخصي لتطبيق آخر في القانون نفسه، فكل تطبيق يحتمل وجود عدة أشخاص يسري المبدأ في مواجهتهم فقط ولا يشمل غيرهم غالبًا.

الفرع الثاني

النطاق الموضوعي للنسبية

أن تحديد النطاق الموضوعي للنسبية يعد نتيجة منطقية لها، فأطراف الالتزام النسبي يلتزمون بما تنصرف إليه إرادتهم من جهة، وبما تقتضي به القواعد العامة من جهة أخرى، فالمشرِّع عادة لا يسن أو يصدر نصًا قانونياً من دون أن تكون له غاية أو فائدة معينة يسعى إلى تحقيقها، وهذه الفائدة تتجسد في تحديد الحقوق والالتزامات، فيما يتعلق بموضوع التصرف، إذ يلتزم كل طرف من أطراف الالتزام النسبي بغض النظر عن مصدره سواء أكان التصرف أم الواقعة القانونية بتنفيذ التزامه المحدد في الالتزام النسبي، فالأخير يعد جوهر النسبية في القانون المدني وإلا سوف تترتب من دون شك مسؤولية مدنية، سواء أكانت هذه الأخيرة عقدية أم تقصيرية بحسب طبيعة الالتزام نتيجة لعدم التنفيذ. فالنطاق الموضوعي يقصد به هو نسبية أثر موضوع النص الذي جاء بتطبيق من تطبيقات النسبية في القانون المدني، فكل تطبيق من تطبيقات هذه النسبية جاء لمعالجة موضوع معين بما يتفق مع طبيعته، فمثلاً إن بعد تحديد نسبية

(١) د . محمد علي صاحب ود. أسماء صبر، محاضرات في الحقوق العينية، مصدر سابق، ص ٧٨.

أثر العقد من حيث الأشخاص، أي تحديد الأشخاص الذين ينصرف لهم التصرف القانوني فإن النطاق الموضوعي لهذا المبدأ يحوز جانباً من الأهمية من حيث ضرورة التقييد بما جاء في النص من موضوع، فنجد أن العقد يلزم أطرافه ويتعين عليهم الوفاء بالالتزامات التي يرتبها العقد، أي يلتزم كل متعاقد بتنفيذ العقد وفقاً لمضمونه وهذا ما يعبر عنه (بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين) إذ يعد العقد في هذه الحالة بمثابة القانون الذي يسري عليهم^(١). كذلك نجد أن القانون المدني العراقي قد نص في المادة (٢/٣١٦) منه على ((وليس للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بدائن آخر إلا بقدر نصيب هذا الدائن إذا برئت ذمته، ولكن له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً))^(٢). أما القانون المدني المصري فنجد أنه قد نص في المادة (٢/٢٨١) منه على ((ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن، و بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً)).

وفي السياق نفسه ذهب القانون المدني الفرنسي في المادة (١٢٠٨) والتي تنص هذه المادة على ((لا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بدائن آخر إلا بقدر نصيب هذا الدائن إذا برئت ذمته ولكن له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً)). فالقانون المدني العراقي من جهة والقوانين المدنية محل المقارنة من جهة أخرى قد نصت أنه في حالة الدائنين المتضامنين أن هنالك دفوعاً تسمى بالدفوع النسبية، فالأخيرة تعرف بأنها تلك الدفوع التي لا يحتج بها إلا من دائن محدد كالإكراه والمقاصة^(٣).

لذلك تكون هذه الدفوع نسبية من حيث الأشخاص من جهة فهي لا يحتج بها إلا دائن معين، وتكون دفوعاً نسبية من حيث الموضوع من جهة أخرى، إذ لا يحتج بها إلا إذا كان موضوعها متعلقاً بمسألة الدين الذي اشترك فيه عدة دائنين، أي أن هذه الدفوع تتصل بمصدر الالتزام المدين

(١) فرجالي أسماء، أثر العقد من حيث الموضوع، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة ألكلي محند اولحاج. كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٣، ص ٧، انظر كذلك د. أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، دار النشر للجامعات المصرية، ج ١، القاهرة، مصر، ١٩٥٢، ص ٥١٠.

(٢) وتقابلها نص المادة (٢/٤١٥) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((وليس للمدين ان يعترض على دين أحد دائنيه المتضامنين بأوجه الاعتراض الخاصة بدائن آخر وله أن يعترض بأوجه الاعتراض الخاصة بهذا الدائن وبالأوجه الخاصة المشتركة بين جميع الدائنين)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (٢/٢٨١) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٢/٢٦٨) من القانون المدني الليبي.

(٣) د. أشرف أحمد عبد الوهاب ود. إبراهيم السيد أحمد، عقد الهبة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، ط ١، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠١٨، ص ٩٠ وما بعدها.

الأصلي؛ إذ لا يمكن الاحتجاج بها إلا في حالة واحدة ألا وهي إذا كان موضوعها متعلقاً بمسألة الدين الذي اشترك به الدائنون، وإلا فلا تترتب عليها أي أثر قانوني لذلك اتصفت هذه الدفوع بالنسبية، وهذا ما أشار إليه القانون المدني الفرنسي إذ أكد على فكرة الدفوع النسبية التي لا يمكن لأي مدين الاحتجاج بها، بل يجوز الاحتجاج بها من قبل مدين معين دون غيره، إذ نص على ذلك من خلال نص المادة (١٣١٥) والتي تنص على ((يحق للمدين المتضامن، الذي أقام الدائن الدعوى ضده، أن يحتج بالدفوع التي تكون مشتركة بين جميع المدينين، كالبطلان والفسخ وبالدفوع الشخصية الخاصة به. ولا يحق له الاحتجاج بالدفوع الشخصية للمدينين الآخرين كما في منح الأجل...)). فالنطاق الموضوعي لنسبية الدفوع في الالتزام التضامني يتمحور في اتصال هذه الدفوع بالدين الذي اشترك فيه عدة دائنين فإذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المدين فلا يحتج المدين على دائن متضامن آخر بهذا الإبراء، فيكون قد احتج عليه بدفع خاص بغيره، ولهذا السبب عُدَّت هذه الدفوع نسبية، كذلك من الشواهد القانونية الدالة على النسبية والتي بيّن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة نطاقها والموضوعي هو نص المادة (١/١٠٥١) من قانوننا المدني والتي تنص على ((لا يجوز للمالك أن يتصرف في ملكه تصرفاً مضراً بالجار ضرراً فاحشاً، والضرر الفاحش يزال سواء أكان حادثاً أو قديماً...))^(١).

والمعنى نفسه أشار إليه القانون المدني المصري في نص المادة (١/٨٠٧) والتي تنص على ((على المالك أن لا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار...)). أما القانون المدني الفرنسي فإنه لم يتضمن نصاً قانونياً كنص المادة (١/١٠٥١) من القانون المدني العراقي والتي عن طريقها تقرر مسؤولية الجار عن الضرر غير المألوف^(٢). فالضرر الفاحش هو الذي يولد المسؤولية المدنية للجار المتضرر، وهذا الضرر هو ضرر نسبي يختلف مفهومه من شخص إلى آخر، فالضرر الذي يعده أحد الأشخاص عادياً قد يكون غير ذلك في نظر البعض الآخر^(٣). فالقانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة قد وضعت عدة معايير لتحديد ذلك الضرر^(٤). ونتيجة لذلك فالقانون المدني العراقي قد حدد النطاق الموضوعي لهذا الضرر، فليس كل ضرر

(١) وتقابلها نص المادة (١٠٢٧) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((١- على المالك أن لا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. ٢- وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي يمكن تجنبها وإنما له ان يطلب ازالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف...)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (٧٧٦) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٨١٦) من القانون المدني الليبي.

(٢) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصدر سابق، هامش ص ٦٩٣.
(٣) د. زرارعة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المؤلفة في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، ٢٠١٣، ص ٥٣.

(٤) أمين دواس، معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الأردني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي) رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، ١٩٩١، ص ٩٩ وما بعدها.

يصيب الجار يستوجب معه المسؤولية، بل لا بد من أن يكون هذا الضرر غير مألوف، أي أن يكون ضرراً فاحشاً.

يتضح مما تقدم أن لكل تطبيق من تطبيقات النسبية في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة لها نطاق شخصي وموضوعي في الوقت نفسه، إذ إنه لا يمكن وضع نطاق يجمع من خلاله كل حالات النسبية في القانون المدني، والسبب في ذلك كما هو معلوم التعدد الحاصل في حالات أو تطبيقات النسبية فكل حالة لها نطاق شخصي يتحدد بأشخاص معينين يختلف عن أشخاص حالة أخرى من حالات النسبية، وكذلك هو الحال بالنسبة إلى النطاق الموضوعي، ونتيجة لذلك فقد عزمنا على بحث هذه التطبيقات في الفصل الثاني من هذه الدراسة وتبيان النسبية لكل حالة من حالاتها من الناحية الشخصية أو الموضوعية على حد سواء، والذي يمكن عن طريقه أن نضع نظرية للنسبية في القانون المدني.

نخلص من كل ما تقدم أن النسبية في القانون المدني كمصطلحاً قانونياً، لم يورد لها المشرع تعريفاً سواء أكان ذلك بصورة صريحة أو ضمنية، كما أن موقف الفقه القانوني جاء مطابقاً لتوجه المشرع فإنه هو الآخر لم يضع لها تعريفاً كذلك أن للنسبية مسوغات أو مبررات معينة من كونها تؤدي إلى استقرار المعاملات المالية، وتحقيق الأمن القانوني، وتسهيل حسم المنازعات المعروضة على القضاء، كذلك ألقينا الضوء على أهم الأوضاع القانونية التي تشتهب مع النسبية في القانون المدني في جوانب معينة وتختلف عنها في جوانب أخرى من ذلك رأينا أن النسبية هي غير الاستثناء، والتخصيص، كما أنها تختلف عن الحجية على وفق معطيات معينة كما بيننا ذلك سابقاً. وللنسبية طبيعة قانونية خاصة بها فهي ليست قاعدة أو مبدأ أو فكرة، فهي عبارة عن مبادئ قانونية كمبدأ نسبية أثر العقد، أو مبدأ نسبية أثر وقف التقادم... لذلك ارتأينا أن نجتمع تلك المبادئ عن طريق نظرية عامة في القانون المدني. كذلك وإن لها أساساً ترتكز عليه، إذ يعد القاعدة التي تنطلق منها بغض النظر عما إذا كان هذا الأساس تقليدياً أم حديثاً، أما عن أنواعها فهي قد تكون نسبية عامة أو خاصة من حيث شمولها أو نطاقها، كما إنها قد تكون اتفاقية (ارادية)، أو قانونية، أو فقهية من حيث المصدر التي تنبثق منه، كما إن للنسبية شروطاً ونطاقاً خاصاً بها، أما عن شروطها فهي قد تكون عامة لكل حالات النسبية، أو قد تكون خاصة بحالة دون سواها من حالات النسبية في القانون المدني. أما بخصوص نطاقها فأن لها نطاق شخصي يرتبط بانصراف أثرها

إلى أشخاص محددين، أي الأشخاص التي تشملها النسبية في القانون المدني، كذلك فإن لها نطاقاً موضوعياً يتعلق بنسبية أثر موضوع النص الذي جاء بتطبيق من تطبيقات النسبية، وفي الغالب الأعم أن لكل تطبيق نطاقاً خاصاً به يختلف عن الآخر بعض الشيء، من ذلك نتطرق إلى هذه التطبيقات وبيان نسبتها من الناحية الشخصية والموضوعية في الفصل الثاني من هذه الدراسة والتي يمكن بواسطتها وضع نظرية عامة للنسبية في القانون المدني.

الفصل الثاني

الفصل الثاني

أحكام النسبية في القانون المدني

تمهيد وتقسيم

من المعلوم أن النسبية في القانون المدني تكون محددة من الناحية الشخصية والموضوعية، على حدٍ سواء؛ وذلك بغية تحقيق غاية معينة، ومن ثَمَّ فإن الإخلال بها يترتب مسؤولية مدنية والمتمثلة هذه الأخيرة بالمسؤولية العقدية أو التقصيرية، علماً أن لكل منهما مجالاً أو محلاً تقام من خلاله، كما أن النسبية ترتبُ جملة من الآثار القانونية، إذ إنها تؤدي إلى ثبوت الحكم على نطاق ضيق، كما أنها تؤدي إلى نقض الحكم المخالف لها سواء أكانت تلك الآثار في مواجهة المتعاقدين أم في مواجهة الغير، وبطبيعة الحال يتطلب الأمر منا بيان كيفية إثباتها أي بيان الآلية التي يمكن بواسطتها إثبات نسبية التصرف أو الواقعة القانونية لما له من دور مهم في بيان أحكام النسبية، فإن وجود التصرف القانوني لا يشكل صعوبة في الغالب الأعم، إذ إن التصرف أو الواقعة القانونية يتم إثباتها عن طريق القواعد العامة في الإثبات، ولكن الصعوبة تكمن في كيفية إثبات نسبية هذا التصرف أو الواقعة القانونية خصوصاً وأن حالات النسبية متعددة ومختلفة، وكما بينا سابقاً أن لكل حالة أو تطبيق مدلولاً خاصاً بها وأحكاماً تنفرد بها، الأمر الذي يثور معه صعوبة بشأن إثباتها. وفي نطاق موضوع البحث، فإن من الجدير بالملاحظة إن النسبية شأنها شأن أي موضوع قانوني آخر يرد عليه بعض الاستثناءات بغض النظر عما إذا كانت هذه الاستثناءات عامة أو خاصة، وبغض النظر كذلك عن مصدر هذه الاستثناءات فيما إذا كانت هذه الاستثناءات واردة بنصوص قانونية أو عن طريق الإرادة نتيجة لمسوغات أو غايات معينة تقتضيها طبيعة التعامل، وكذلك بيان ما إذا كانت هذه الاستثناءات تعد خروجاً عن النسبية في القانون المدني أم أنها تعد تطبيقاً لها؟

ومن الجدير بالملاحظة أن للنسبية في القانون المدني تطبيقات عديدة لا بد لنا من بيانها بشكل مفصّل، إذ أن لكل حالة أو تطبيق نبين مدلوله، وبيان نسبيته من الناحية الشخصية تارةً والموضوعية تارةً أخرى وذلك بسبب تنوع واختلاف تطبيقاتها بغض النظر عن نوعها سواء أكانت اتفاقية (إرادية) أم قانونية أم كانت ناتجة عن اتفاق الفقه القانوني على نسبيتها أو تم تقريرها بموجب مبادئ قضائية صادرة عن المحاكم المدنية، هذا ولغرض الإحاطة بموضوع البحث والدراسة لا بد لنا من تقسيم هذا الفصل

على ثلاثة مباحث، سنتناول في المبحث الأول منه المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالنسبية في القانون المدني، وتحديد آثارها، أما في المبحث الثاني فسوف نتناول فيه إثبات النسبية وتحديد استثناءاتها، أما في المبحث الثالث سنكرسه لدراسة تطبيقات النسبية في القانون المدني .

المبحث الأول

المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالنسبية وتحديد آثارها

مما لا شك فيه أن القانون يرتب عند الإخلال بنسبية تصرف قانوني أو واقعة قانونية ما مسؤولية، والمتمثلة بالمسؤولية المدنية سواء أكانت هذه الأخيرة مسؤولية عقدية أم تقصيرية، فوجود التصرف القانوني أو الواقعة يفرض التزاماً على عاتق طرفيه بوجوب تنفيذ من جهة المتعاقدين الذين تربطهم رابطة قانونية؛ وذلك عن طريق عدم الخروج عن تلك النسبية سواء أكانت شخصية أم موضوعية في نطاق التصرفات والوقائع؛ لأن ذلك يعد إخلالاً بوجوب المسؤولية هذا من جهة، كما أن للنسبية في القانون المدني العديد من الآثار القانونية والتي يمكن عن طريقها إنشاء حق، أو تعديل، أو إلغاء، بما يحقق الغاية من النسبية في القانون المدني لكونها تؤدي إلى اقتصار حكم النص أي تضيقه على أشخاص وموضوعات معينة أو محددة، أو أنها تؤدي إلى نقض الحكم المخالف لها في أطار موضوعات النسبية من جهة أخرى، ولغرض بيان تلك المسؤولية وهذه الآثار والإحاطة بهما، الأمر الذي يتحتم علينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول منه المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالنسبية في القانون المدني، أما المطلب الثاني فسوف نكرسه إلى دراسة آثار النسبية في القانون المدني وكما يأتي :

المطلب الأول

المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالنسبية في القانون المدني

من الثابت أن المسؤولية المدنية بقسميها العقدية والتقصيرية بما لها من مكانة خاصة في نطاق القانون في نواحيه كافة، كانت ومازالت وستظل دائماً محور اهتمام وعناية رجال الفقه والقضاء والتشريع بالبحث والتمحيص لإيجاد الحلول التي تلائم التطور والتجديد اللذين يلاحقانها على مختلف العصور من ناحية، كذلك لإيجاد نوع من

التوازن للعلاقات القانونية تفادياً لوقوع الضرر من ناحية أخرى، فعند الخروج أو الإخلال بنسبية تصرف قانوني أو واقعة قانونية ما، فإن ذلك حتماً سوف يؤدي إلى قيام المسؤولية سواء أكانت هذه الأخيرة عقدية أم تقصيرية؛ فربما حالة من حالات النسبية عند الإخلال بها أو انتهاكها من قبل أطرافها تنتج عنه مسؤولية عقدية وتقصيرية في الوقت نفسه، وحالة أخرى تنتج عنها مسؤولية تقصيرية فقط، بما يتلاءم مع طبيعة النسبية في القانون المدني، حيث يعد ذلك إخلالاً بالالتزامات المفروضة على أطراف العلاقة القانونية ضمن نطاق النسبية، كما أن الغير تقوم مسؤوليته عند انتهاك النسبية على أساس أن نسبية تصرف أو واقعة قانونية تُعدُّ حجة على الكافة، ولغرض بيان ذلك لابد لنا من تقسيم هذا المطلب على فرعين، سنتناول في الفرع الأول منه المسؤولية العقدية، أما في الفرع الثاني فسنكرسه لدراسة المسؤولية التقصيرية وكما يأتي.

الفرع الأول

المسؤولية العقدية

من المعروف أن تعريف المسؤولية العقدية قد تناوله فقه القانون المدني بالبحث وأحاطه بها من أغلب جوانبها ولأننا نعتقد أنه لا شيء جديد يمكن إضافته فيما يخص تعريف المسؤولية العقدية؛ لذلك سوف لا نصرف وقتاً وجهداً في أمور سبقنا غيرنا في إيضاحها، وسنحاول التركيز على مسائل لم يتطرق لها الفقه القانوني أو هي محل جدل بينة، في إطار النظرية العامة للمسؤولية العقدية، أن المسؤولية العقدية تنشور عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عن تصرف عقدي، فعند نشوء التصرف القانوني، بحيث يكون مستوفياً لشروطه وأركانها فإنه يكون واجب التنفيذ من جهة، وضرورية عدم الإخلال به بما يترتب من آثار من جهة أخرى، خصوصاً إذا كان هذا التصرف نسبياً بالنسبة إلى حقوق طرفي العلاقة القانونية والتزاماتها، فإنه بمجرد الإخلال بالنسبية من أحد أطرافها يعد إخلالاً يترتب المسؤولية بغض النظر عن صورته، والتي تجب عليه احترام مضمون التصرف وعدم الإخلال به^(١).

ومن الجدير بالملاحظة أنه من الصعب تحديد مسؤولية عامة لكل من يخل بالنسبية في القانون المدني؛ وسبب ذلك يكمن في تعدد حالات النسبية أو تطبيقاتها في القانون

(١) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ١٦٤.

المدني، وكما بينا سابقاً أن نسبية أثر العقد هي غير نسبية أثر وقف التقادم، ونسبية عدم قابلية الالتزام للانقسام هي غير نسبية تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة، وعلى أساس ذلك نجد صعوبة بتحديد المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالنسبية في القانون المدني؛ لاختلاف المركز القانوني لأطراف النسبية من تطبيق إلى آخر، ولكن هذا لا يمنع من تحديد هذه المسؤولية بما يتوافق مع طبيعة كل حالة من حالات النسبية في القانون المدني، ومن هذا المنطلق لابد لنا من بيان أركان هذه المسؤولية (العقدية) وبيان مظاهر الإخلال التي يمكن عن طريقها قيامها.

أولاً- الخطأ

الخطأ كركن من أركان المسؤولية العقدية يقوم عند عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد، أو التأخر في الوفاء به أو يكون تنفيذ الالتزام معيباً وبطريقة تختلف عن الطريقة التي حددها المتعاقدان للتصرف المنشئ للالتزام سواء حصل ذلك عن عمد أم إهمال، إذ إن الإخلال بالنسبية من أطرافها يعد خطأ عقدياً ناتجاً عن تنفيذ التصرف بطريقة تختلف عن الطريقة التي حددها أطراف هذا التصرف في الغالب الأعم، بعبارة أخرى أن يتم تنفيذ هذه الالتزامات بشكل يؤدي إلى الإخلال بالنسبية^(١).

وما يهمنا في هذا المجال هو بيان المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالنسبية في القانون المدني، وهذا ما سنسلط الضوء عليه عن طريق تطبيقات النسبية في القانون المدني، مثال ذلك عند الإخلال بنسبية آثار العقد، أو نسبية الحق الشخصي... فإن ذلك سوف يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية، فنسبية أثر العقد تقتضي بانصراف أثره من حقوق والتزامات إلى المتعاقدين وما يدخل تحتهم من أشخاص نتيجة للتوافق بين إرادة أطراف النسبية، وهذا يعد نتيجة طبيعية للقاعدة العامة التي تقتضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز تعديله أو نقضه أو إلغاؤه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون^(٢).

ومن الجدير بالملاحظة أن تنفيذ هذا التصرف يعد بمثابة احترام لقوته الملزمة (نسبية أثره) والتي تستوجب هي الأخرى تحديد مضمون هذا التصرف وحدوده، ومن

(١) د. محمد جمال عطية عيسى، تطور مفهوم المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والفقهاء الإسلامي) ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨، ص ٤٠.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ١٦١.

تَمَّ فإن امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه فإن هذا الأمر يعد إخلالاً بقوته الملزمة ما يستوجب جزاء يضمن حقوق المتعاقد الآخر، وهذا الجزاء يتمثل بالتعويض الناتج عن قيام المسؤولية المدنية، وهذا يعد جوهر الإخلال بنسبية أثر العقد، وكون الأخير يعد من تطبيقات النسبية في القانون المدني والتي تستوجب إحداث الآثار القانونية والتي اتجهت إرادة المتعاقدين وتطابقت على أحداثها والتي تعد الحقوق والالتزامات قوام هذه الآثار، فإن أي إخلال بها يعد إخلالاً بمبدأ نسبية أثر العقد والذي تتمحور هذه النسبية فيه بانصراف أثر العقد إلى المتعاقدين وخلفهما العام والخاص من حيث الأصل إلا إذا وجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك، ومن مظاهر الإخلال بنسبية أثر العقد على سبيل المثال، إنه إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار عند نشوء الحق، فصفا المتعاقد هي التي وجهت إرادة الطرفين إلى التعاقد، ونشأت القوة الملزمة لهذا التصرف بتنفيذه على أساس ذلك، فتنفيذ هذا التصرف خلاف لنسبيته التي تتمثل بانصراف أثره إلى المتعاقدين فقط من دون أن يسري في حق الخلف العام أو الخاص بسبب صفة أحد المتعاقدين^(١).

فعلى سبيل المثال عقد المضاربة يكون الاعتبار الشخصي فيه مزدوجاً، فكل من رب العمل والمضارب شخصية محل اعتبار، فرب المال شخصيته المضارب لها قيمة واعتبار عنده، وكذلك هو الحال بالنسبة إلى المضارب فشخصية رب المال لها قيمة واعتبار عنده، كذلك هو الأمر بالنسبة إلى عقد الوكالة، إذ يكون الاعتبار الشخصي فيه أيضاً مزدوجاً، فكل من الوكيل والموكل شخصية الطرف الآخر معتبرة ومعتد بها على حدٍ سواء، فالموكل لشخصية الموكل لها اعتبار وقيمة في الوقت ذاته عنده، العكس من ذلك أيضاً، فالوكيل يعتد بشخصية الموكل، إذ إن شخص كل من الطرفين العاقدين يكون عنصراً جوهرياً في التعاقد، فيكون الغلط في أيٍّ منهما غلطاً جوهرياً، ويجب حتماً على كل منهما تنفيذ التزامه بنفسه، أي بشخصه وصفته، استناداً إلى نسبية أثره، ومن ثمَّ يمنع انتقال الالتزامات وكذلك الحقوق إلى غيرهما^(٢). ونتيجة لذلك عند تنفيذه

(١) د. سعد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاول من الثانوي وفقاً لأحكام القانون المدني، ط١، بلا جهة طبع، بغداد، ١٩٩٠، ١٥٤. أنظر كذلك د. محمد بن إبراهيم عبد العزيز القاسم، الاعتبار الشخصي في العقود (دراسة مقارنة)، ط١، بلا جهة طبع، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٢، ص ٤٥.

(٢) د. أسماعيل عبد النبي شاهين، مسؤولية الوكيل في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ط١، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، ١٩٩٩، ص ١٣٤، أنظر كذلك د. سمير أسماعيل، الاعتبار الشخصي للتعاقد، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٧٥، ص ٤٣. د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (العقود الواردة على العمل)، ط٣، دار أحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع، ص ٣٧٤ وما بعدها.

من غير هؤلاء يعد إخلالاً بقوته الملزمة الناتجة عن نسبية أثر عقد الوكالة مما يوجب المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بعقد الوكالة أو المضاربة، كذلك هو الحال عند الإخلال بنسبية الحق الشخصي فإنه يرتب مسؤولية عقدية بين طرفي هذا الحق؛ لأن الحقوق الشخصية عُدت حقوقاً نسبية لاعتبارات عدة، من أهمها هو إن هذه الحقوق لا تنشأ إلا بموجب رابطة قانونية بين شخصين (علاقة قانونية) دائن ومدين هذا من جهة، كما أنه لا يمكن لصاحب الحق الشخصي الحصول على حقه إلا عن طريق المدين، فالحقوق الشخصية في الأصل لا تتعدى أثرها حلقة الدائن والمدين ولا تقيد مبدئياً سواهما من جهة أخرى، لذلك عدت هذه الحقوق حقوقاً نسبية، وأي إخلال بها هو في الأصل إخلال لنسبيتها، فالحق الشخصي بما أنه لا يضمن كالحق العيني سلطة مباشرة على الشيء والتي تمنحه حق التتبع أو التقدم، وإنما يقتصر على القدرة على مطالبة شخص معين بأداء معين؛ لذلك هو حق نسبي^(١).

مثال ذلك إذا انتقل المعقود عليه إلى شخص غير المدين به، فإن الدائن لا يمكنه تتبع المعقود عليه استناداً إلى نسبية أثر الحق الشخصي^(٢). وبالتالي يعد المدين مُخلّاً بالتزامه العقدي مما يوجب قيام مسؤوليته، إذ إن الإخلال بالحق الشخصي هو في الحقيقة إخلالاً لنسبيته بسبب طبيعة هذا النوع من الحقوق المدنية. كذلك إن من حالات النسبية في القانون المدني هي الاستحالة النسبية والتي تتبلور في أنه إذا كان المحل (المعقود عليه) مستحيلًا على المدين من دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد وألزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهده^(٣).

فإذا لم يكن الالتزام مستحيلًا بذاته فإن التصرف القانوني لا يكون باطل والسبب في ذلك هو إن الاستحالة هنا استحالة نسبية وليست استحالة مطلقة؛ لأنها استحالة من جانب المدين وحده ومن ثم فإنه يجب عليه الوفاء بتنفيذ التزاماته^(٤). فالأصل إن المحل إذا كان مستحيلًا في ذاته، لا بالنسبة إلى شخص المدين، كما لو تعهد محام برفع استئنافات ميعاده، أو تعهد شخص بالامتناع عن عمل سبق وقوعه، ففي هذه

(١) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ٥٠٢.

(٢) د. نوري حمد شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية، (دراسة مقارنة) ط١، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص ٣١٢. أنظر كذلك د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، مصدر سابق، ص ٩، أنظر كذلك د. شاكر ناصر حيدر، مصدر سابق، ص ٢٧.

(٣) اليسار فرحات، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والإدارية والاقتصادية، الجامعة اللبنانية، ٢٠١١، ص ٢٧.

(٤) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المقارن) ط١، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، ١٩٩٤، ص ٩٨.

الحالات يعد الالتزام باطلاً بطلاً مطلقاً^(١). لأن الاستحالة هنا استحالة مطلقة بغض النظر عن نوعها، ومن ثم تؤدي إلى براءة ذمة المدين وتنعدم فيها المسؤولية^(٢). فإذا استطاع غير المدين القيام بالعمل المطلوب منه عُدَّت هذه الاستحالة نسبية، وتتحقق هذه الاستحالة بصور عدة من أهمها هو تعهد شخص ما برسم لوحة معينة، والتزم على هذا الأساس، ولكنه طالب بعد ذلك ببطلان التصرف لاستحالة تنفيذه بحجة أنه أصبح غير مُلم بفن الرسم فلا تسمع المحكمة لدفعه هذا لأن الاستحالة هنا استحالة نسبية ترتب مسؤولية عقدية^(٣).

وهذا ما قضت به محكمة استئناف باريس في قرار صادر لها إذ تتلخص وقائعه ((رفضت محكمة استئناف باريس طلب رسام مشهور تعهد برسم لوحة فنية ثم تمسك ببطلان العقد لاستحالة العمل على أساس أنه فقد إلهامه (inspiration) فأصبح مستحيلاً عليه بعد ذلك أن يرسم، فرفضت المحكمة طلب البطلان واعتبرت أن الاستحالة في هذه الحالة لم تكن إلا استحالة نسبية فقط وبالتالي لا تحول دون التنفيذ بما التزم به المتعاقد))^(٤).

ومن ثم تقوم المسؤولية العقدية تجاه الرسام؛ لعدم قيامه بتنفيذ التزامه العقدي، فإن احتجابه بالاستحالة لا ينفي عنه المسؤولية من كونها لا تؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية، وإنما تنقل الالتزام إلى التعويض تطبيقاً للقواعد العامة؛ لأن الاستحالة هنا هي استحالة نسبية، فالأخيرة لا تؤثر على صحة قيام العقد، بل تؤثر فقط على بقاء العقد؛ إذ يجب إلغاء ما أصبح موضوعه مستحيلاً مع إلزام الطرف المتسبب بالتعويض الناتج عن الخطأ العقدي في إطار الاستحالة النسبية سواء حصلت هذه الاستحالة قبل الانعقاد أم بعده، خصوصاً إذا حصلت الاستحالة على شيء قابل للتجزئة، وهذا ما كان محل

(١) د. أمين محمد حطيط، القانون المدني، الموجبات أنواعها ومصادرها (العقد والمسؤولية العقدية)، دار المؤلف الجامعي، ٢٠٠٦، ص ١١٥.

(٢) Mazeaud (Henri et Leon) et Tun, Traité théorique et pratique de responsabilité Civile. Paris T11, ed 1970, page 321.

(٣) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام المصادر الإرادية وغير الإرادية (العقد - الإرادة المنفردة - المسؤولية المدنية - الإثراء بلا سبب)، ط ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٦٧. أنظر كذلك د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٩٧. أنظر كذلك د. عبد المنعم البدر اوي، مصدر سابق، ص ٢٠٣. أنظر كذلك د. عبد الحي حجازي، نظرية الاستحالة، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومية، العدد (٢)، السنة السابعة، ١٩٦٣، ص ١٦٠ وما بعدها.

(٤) قرار محكمة استئناف باريس المرقم (٥٤١) والمؤرخ في ٤/ تموز/ ١٨٦٥، أشار إليه اليسار فرحات، مصدر سابق، ص ٢٧.

اتفاق الفقه^(١). أما عن الإخلال بالصورية النسبية، لأن الأخيرة تعد من تطبيقات النسبية في القانون المدني كونها تؤدي إلى إخفاء حقيقة العلاقة القانونية بين الطرفين من دون أن تنكر وجودها، فهي تخفي جانباً من جوانب العلاقة الحقيقية القائمة بين الطرفين على الرغم من اختلاف تسميتها، أي سواء أكانت بطريق التستر أم بطريق الضد أم التسخير (التوسط)^(٢).

فإن مصدر هذا الإخلال يكون العقد الصوري، بأي صورة من صور الإخلال التي تؤدي إلى قيام المسؤولية سواء أكانت في عدم تنفيذ العقد الصوري، أم التأخير في التنفيذ، أم تنفيذه بطريقة معيبة توجب المسؤولية، مثال ذلك إذا أخفى المتعاقدان الهيئة تحت ستار عقد بيع، فالعقد النافذ بين المتعاقدين هو عقد الهيئة لا عقد البيع، وعلى أساس ذلك لا يلزم المشتري الظاهر بدفع الثمن، ولا يلتزم البائع بضمان الاستحقاق والعيوب الخفية إلا في الأحوال المقررة قانوناً^(٣).

فإذا أخل البائع أو المشتري بصفاتهم الأصلية الواهب أو الموهوب له بالتزامه، فقد يكون الواهب قد تعسف بنقل ملكية الشيء الموهوب أو عدم تسليمه للشيء الموهوب، فيحقق في هذه الحالة للموهوب له (المشتري في عقد البيع) بعد أن يثبت صورية العقد من أساسه أن يحمل الواهب مسؤولية عن عدم تنفيذ التزامه^(٤). وعن طريق هذه الأمثلة يتبين أن الخطأ بوصفه ركناً من أركان المسؤولية يختلف من حالة إلى أخرى من حالات النسبية في القانون المدني.

(١) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة الفؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٦، ص ٨٩. أنظر كذلك د. مصطفى العوجي، الوجيز في القانون المدني (العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط ٦، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، ٢٠١٦، ص ٣٠٥.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ١٢٢، أنظر كذلك انور سلطان، الوجز في النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مصدر سابق، ص ١٦٣.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ١٢٧.

(٤) د. أسماويل غانم، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام والاثبات)، مكتبة عبد الله وهبة، مصر ١٩٦٧، ص ١٩٥. أنظر كذلك د. أيمن ابو العيال، الصورية ودعوى الطعن بها، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد (الاول)، المجلد (٢٠)، ٢٠٠٤، ص ٥٤.

ثانياً - الضرر والعلاقة السببية

إن المسؤولية العقدية تنهض بتوافر أركانها، وبهذا يعد ركن الضرر من الأركان الأساسية في قيام المسؤولية، والضرر بصورة عامة هو الأذى الذي يلحق بالغير^(١). إذ تدور المسؤولية وجوداً وهدماً مع الضرر شدةً وضعفاً، فلا مسؤولية من حيث لا ضرر، وعبء إثبات الأخير يقع على عاتق الدائن؛ لأن الأخير هو الذي يدعيه، وهذا الضرر يقع في صورة الأذى فهو قد يصيب الجانب المالي فيكون عندئذ ضرراً مادياً، أو قد يصيب الجانب المعنوي فيكون عندها ضرراً أدبياً، ولا يكفي لقيام هذه المسؤولية أن يقوم أحد أطراف النسبية بالإخلال، بل يلزم أن يؤدي هذا الإخلال إلى إحداث الضرر حتى يتمكن من المطالبة بالتعويض، وبطبيعة الحال فإن هذا الأخير يخضع لسلطة قاضي الموضوع التقديرية حسب ظروف كل حالة من حالات النسبية في القانون المدني، ويغطي التعويض على ما لحق من أضرار أدبية ومعنوية وما فاتهُ من كسب^(٢).

فيكون الضرر في أغلب الأحوال في نطاق النسبية نتيجة التنفيذ السيئ للالتزام؛ إذ إن التنفيذ في هذه الحالة قد تم من المدين، ولكنه غير مطابق للمواصفات التي نص عليها الالتزام، وإنما جاء بغير ذلك، أي بغير تلك الصورة التي أرادها الدائن مما أدى إلى إلحاق الضرر به فيكون له الحق في المطالبة بالتعويض^(٣).

مثال ذلك، قلنا فيما سبق إن تقسيم الأشياء إلى مثالية وقيمية هو تقسيم نسبي، بسبب إرادة المتعاقد فإن لإرادة الأخير تلعب دوراً في تعيين الصفة المثالية أو القيمية للأشياء، لذلك فإن هذه الإرادة قد تضيف على شيء مثلي صفة القيمية وعلى شيء قيمي صفة المثالية أو بالعكس من ذلك بمحض إرادة الأفراد، فإذا أراد شخص ما نسخة من كتاب من طبعة معينة ولكنه أراد شراء النسخة التي كان يفتنئها المؤلف بنفسه، فهذه الإرادة أضفت صفة القيمية على الشيء المثلي، وعلى أساس ذلك فإن التزم المدين في هذه الحالة هو تسليم الشيء القيمي الذي كان في الأصل شيئاً مثلياً إذ إنه اكتسب الصفة

(١) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، شركة التايمس للطباعة والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١، ص ٢١٤.

(٢) حسن حنتوش رشيد الحسنوي، التعويض في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠، ص ٧٣ وما بعدها، أنظر كذلك د. أسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، بلا طبع، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٣، ص ٤٩٤.

(٣) أشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، ٢٠١٤، ص ٢.

القيمة بإرادة المتعاقدين^(١). ومن ثمَّ فإن مخالفة هذه الإرادة يعد إخلالاً بالعقد الذي يعد جوهره التزام المدين بتسليم النسخة التي كان يفتنيها المؤلف، فإخلال المدين في التزامه هو في الأصل إخلال بنسبية أثره؛ لكونه خالف إرادة الدائن التي كان لها دور مؤثر في إضفاء الصفة المثالية أو القيمة على الشيء محل الالتزام، فالنسبية من حيث الموضوع في نطاق تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة تكمن في إرادة المتعاقدين والتي اتجهت هذه الأخيرة إلى إحداث آثار من حقوق والتزامات، فإن سلم المدين غير النسخة الأصلية التي كان يفتنيها المؤلف عدَّ مخالفاً بالتزامه نتيجة التنفيذ السيء للالتزام ما يؤدي ذلك إلى الإضرار بالدائن^(٢).

كذلك فإن الإخلال بنسبية أثر العقد، يؤدي إلى إحداث الضرر سواء أكان هذا الإخلال بالنسبية من الناحية الشخصية أم من الناحية الموضوعية، وذلك بحسب طبيعة الالتزام^(٣). مثال ذلك إذا اشترى شخص متجرًا واشترط على البائع عدم فتح متجر آخر لمنافسته ثم بعد ذلك باع المتجر فإن حق المشتري الأول في عدم المنافسة تنتقل إلى المشتري الثاني، وهذا يعد تطبيقاً لمبدأ نسبية أثر العقد من الناحية الموضوعية والتي تقتضي بأنه إذا نشأ عن العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء أنتقل بعد ذلك إلى الخلف، وهذا ما نصت عليه المادة (٢/١٤٢) من القانون المدني العراقي إذ نصت هذه المادة على ((إذا نشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء أنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه))^(٤).

وفي السياق نفسه ذهب القانون المدني المصري إلى ذلك في ضوء نص المادة (١٤٦) والتي تنص على ((إذا نشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء أنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص...)). وعلى أساس ذلك فإن المتعاقد(البائع أو المشتري) لا

(١) د. مروان كركبي، الوجيز في العقود المسماة، المنشورات الحقوقية، بلا مكان طبع، ١٩٩٨، ص ١٣٧.

(٢) د. سليمان براك دايج، الفسخ بوصفه ضماناً للتنفيذ، بحث منشور على الموقع المتاح www.iasj.net، تأريخ الزيارة ٢٥/٣/٢٠٢١، ص ١١٢.

(٣) د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تحديد المسؤولية العقدية، ط ١، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٥٩ وما بعدها.

(٤) وتقابلها نص المادة (٢٠٧) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((إذا نشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء أنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (١٤٧) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١٤٦) من القانون المدني الليبي.

يلتزم بما لم يتضمنه التصرف القانوني وذلك تطبيقاً لقاعدة نسبية أثر التصرفات القانونية^(١). وبهذا فإن إخلال البائع بالتزامه في عدم فتح متجر، يعد إخلالاً يؤدي إلى الإضرار بالمشتري الثاني، وهذا إن دلَّ على شيء فإنما يدل على أن هذا الإخلال يعد إخلالاً بنسبية أثر التصرفات القانونية والتي تقضي أن التصرفات تنتقل إلى الخلف بما ترتبه من الحقوق والالتزامات. وهذا ما أشارت إليه محكمة بداءة بغداد في قضية تتلخص وقائعها في أن شخصاً أجر داره ثم باعها، ثم حصل بعد ذلك المستأجر على حكم بإخلاء المستأجر للدار، وبعدها تبين أن المستأجر أحدث أضراراً بالدار، فأقام المشتري عليه الدعوى بالتعويض، ونتيجة لذلك دفع المستأجر بأن الأضرار حصلت عندما كانت الدار للمالك الأول الذي استأجر منه الدار، ومن ثمَّ فالحق بالمطالبة بالتعويض إنما يعود له (للمالك السابق) ولكن المحكمة رفضت هذا الدفع مطبقة في ذلك فكرة حلول الخلف محل السلف، وقد جاء في حكم المحكمة ((...أن المدعي خلف خاص للمالك السابق وقد انتقلت إليه جميع الحقوق التي تخص الملك المذكور والالتزامات المدنية التي عليه حسب ما تقرره الفقرة (٢) من المادة (١٤٢) ((٢)).^(٢)

يتضح لنا مما تقدم أن نسبية أثر العقد تقتضي انصرافها إلى الخلف الخاص بما ترتبها من آثار أشخاصاً وموضوعاً، ومن ثمَّ فإن الإخلال بالنسبية يؤدي إلى الأضرار في حال توافر ضوابطها بغض النظر عن نوعها، والذي ينتج عنها تحقيق المسؤولية العقدية. ولكن هذه الأخيرة لا يمكن أن تتحقق إلا بتوافر الركن الأخير من أركان المسؤولية إلا وهو العلاقة السببية، فلا يكفي لتقرير المسؤولية أن يكون هناك خطأ من جانب المدين في التصرف النسبي، وضرر يصيب الدائن، بل يجب أن يكون الضرر ناشئاً عن خطأ المدين، أي أن يكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، فإذا انقطعت العلاقة السببية فلا تنقضي مسؤولية المدين، وهي تنقطع بالسبب الأجنبي تطبيقاً للقواعد العامة، ومن الجدير بالملاحظة أن بعض التطبيقات ترتب عند الإخلال بها المسؤولية العقدية، وبعضها المسؤولية التقصيرية حسب طبيعة كل حالة من حالات النسبية في القانون المدني، وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب وكما يأتي.

(١) د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ١٢٩.
(٢) قرار محكمة بداءة بغداد، المؤرخ في ١٣/١/١٩٦٠، أشار إليه د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ١٣٤.

الفرع الثاني

المسؤولية التقصيرية

من البديهي إن كل مسؤولية إنما تنشأ عن إخلال سابق، وقد يختلف نوعها باختلاف مصدرها، أي مصدر هذا الإلزام، فإن كان مصدره الإرادة فهي مسؤولية عقدية، والتي تنشأ عن الإخلال بما التزم به المتعاقد، وإذا كان مصدره القانون فهي مسؤولية غير عقدية أي تقصيرية، فالأخيرة تنشأ بالإسناد لفعل شخصي يحدث ضرراً للغير، فالمسؤولية التقصيرية عموماً تتحقق عن الفعل الضارّ أي عن الإخلال بالواجب العام، أو ما يترتب عن عمل غير مشروع أو غير مُباح يصدر عن شخص فينجم عنه ضرر للغير، وفي هذا المقام فإن المسؤولية التقصيرية تقوم بالإخلال بالالتزام قانوني لا يتغيّر، إلا وهو عدم الإضرار بالغير بغض النظر عن طبيعة هذا الالتزام^(١). وهذا ما نصّ عليه القانون المدني العراقي عن طريق نص المادة (١٨٦) والتي تنص على ((إذا تلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً يكون ضامناً إذا كان في أحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى))، كذلك نص المادة (٢٠٤) من القانون نفسه تنص على ((كل تعدد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض))^(٢).

وفي السياق نفسه سار القانون المدني المصري وذلك من خلال نص المادة (١٦٣) حيث نصت هذه المادة على ((كل خطأ يسبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض))، وأوضح دلالة منه نص المادة (١٣٨٢) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على ((كل عمل ينجم منه ضرراً للغير يجبر من حصل بخطئه على التعويض)) وكذلك نص المادة (١٣٨٣) من القانون نفسه والتي تنص على ((يسأل كل شخص عن الضرر الذي سببه ليس بفعل ارتكابه بل أيضاً بإهماله وعدم تبصره)) . وعند التمعن بمفردات نصوص المواد المبينة سلفاً نجد أن القانون المدني العراقي من جهة، والقوانين محل المقارنة من جهة أخرى، تنص على المسؤولية بموجب قواعد عامة،

(١) د. عاطف نقيب، النظرية العامة الناشئة عن الفعل الشخصي، دار المنشورات الحقوقية، بلا سنة طبع، بلا مكان طبع، ص ١٥، وما بعدها. انظر كذلك د. أحمد عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٧٤٧. و د. سيد أمين، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، بلا طبع، مكتبة الإسكندرية، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٩، ص ٩.

(٢) وتقابلها نص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((كل أضرار بالغير يلزم فاعلة ولو غير مميز بضمان الضرر))، والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (١٦٤) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١٦٦) من القانون المدني الليبي.

ولكن هذه المسؤولية هي الأخرى تقوم على توافر ثلاثة أركان (خطأ وضرراً وعلاقة سببية) كما هو مبين أدناه.

أولاً- الخطأ

إن الخطأ التقصيري يكمن في الإخلال بالتزام قانوني يقتضي اتخاذ الحيطة واليقظة في السلوك ابتغاء عدم الأضرار بالغير^(١). سواء أكان إخلالاً متعمداً أم غير متعمد، وسواء صدر من مُميز أم غير مُميز^(٢). على سبيل المثال عيوب الحيازة بوصفها تطبيقاً من تطبيقات النسبية التي أورد لها المشرع نصاً خاصاً فهي تكون نسبية سواء أكان ذلك العيب هو الإكراه أم الغموض أم الخفاء، فهذه العيوب بما ترتبته من أثر يكون نسبياً، إذ يقتصر على بعض الأشخاص دون سواهم، كالإكراه مثلاً فهو عيب نسبي، فالذي يمتلك الاحتجاج به هو من انتزعت حيازته عن طريق القوة أو التهديد... وحده بصفته حائزاً دون غيره من الأشخاص، ويترتب على ذلك أنه إذا كان الشخص الذي انتزعت منه الحيازة غير مالك الشيء فلا يمكن له أن يحتج على مغتصب الحيازة بعيب الإكراه^(٣).

وبهذا لا يستطيع أي شخص أن يدعي الإكراه غير المالك؛ لأن الإكراه لم يقع عليه، بل وقع على المالك الحقيقي من ذلك هو عيب نسبي من الناحية الشخصية والموضوعية على حد سواء وهذا ما أشار إليه بعض الفقه القانوني^(٤). فإذا انتزعت الحيازة من شخص معين، وكان المالك شخصاً آخر لم يقع عليه الإكراه عُدت الحيازة هادئة منتجة لآثارها، لأن هذه العيوب نسبية، ومن ثم فإن الشخص الذي وقع عليه الإكراه (المكره) أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر، لأن الإكراه في هذه الحالة هو بمثابة الغصب، الناتج عن الإخلال بالتزام قانوني الذي نتج عنه حدوث

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٣٢٤) والمؤرخ في ٦/١/٢٠٠٨، (غير منشور).

(٢) د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١، ص ٢٤٠. أنظر كذلك د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مدى مسؤولية عديم التميز التقصيرية في القانون المقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد (٤)، السنة السادسة، ١٩٨٠، ص ٨٠.

(٣) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. أسباب كسب الملكية، مصدر سابق، ص ٨٥٥.

(٤) د. عبد المنعم البداوي، حق الملكية (الملكية بوجه عام وأسباب كسبها) مصدر سابق، ف ٣٥١، ص ٤٧٢. أنظر كذلك د. سعد سعيد عبد السلام، حق الملكية فقها وقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠، ص ٤٤٤.

ضرر للغير، وبهذا يرى البعض من الفقه أنه في هذه الحالة كان الواجب أن يلجأ المُكره الى القضاء لاسترداد حيازته فالحائز قد يكون المالك أو غيره^(١).

فالحائز أو المالك يستطيع أن يسترد حيازته عن طريق دعاوي الحيازة^(٢). والحائز الذي انتزعت منه الحيازة (المتضرر) أن يطالب بالتعويض تطبيقاً للقاعدة العامة الذي تقتضي كل تعدٍ يصيب الغير يوجب المسؤولية التقصيرية^(٣). فأساس رجوع الحائز على من انتزعت الحيازة خلافاً لإرادته عن طريق الإكراه يقوم على أساس المسؤولية التقصيرية، وكذلك إن من تطبيقات النسبية في القانون المدني هي مضار الجوار غير المألوفة، فالأخيرة تكون مضار نسبية، فصاحب الحق يمنع من استعمال حقه إذا كان الضرر الذي يلحق بالغير يزيد على المنفعة التي تعود عليه من هذا الاستعمال، بمعنى أن يكون هناك عدم التناسب بين المصالح وعلى أساس ذلك تكون هذه المضار نسبية^(٤).

فالعبارة تدور وجوداً وعدمًا مع نسبية هذه المضار، فإذا كانت هذه المضار نسبية فيكتفي في هذه الحالة منع صاحب الحق من استعمال ملكه على هذا النحو، أما عند تجاوز هذه النسبية فإن الأمر يكون مختلفاً تماماً، فهذه المضار تصبغ غير مألوفة، ومن ثمّ تثير هذه المضار المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ التقصيري وهو الإخلال بالتزام قانوني يقضي اتخاذ الحيطة واليقظة في السلوك ابتغاء عدم الأضرار بالغير، سواء أكان إخلالاً متعمداً أم غير متعمد، على الرغم من معارضة ذلك من بعض الفقه على أساس أن المسؤولية التقصيرية لم تعد كافية لاستيعاب هكذا نوع من المسؤولية، خصوصاً وأنه يمكن ثبوت حدوث ضرر للجوار من دون ارتكاب خطأ من المالك، وعلى أساس ذلك أقامها القامها القانون المدني الفرنسي على أساس المسؤولية

(١) د. محمد عبد اللطيف، الحيازة واثرها في التقنين المدني المصري، المكتبة القانونية، ١٩٥١، ف ٣٠، ص ٢١. انظر كذلك د. ياسين غانم، الحيازة وأحكامها في التشريع السوري والتشريعات العربية (دراسة مقارنة)، ط ٣، نوير للطباعة والتنضيد، حمص، سوريا، ٢٠٠٠، ص ١٧٠.

(٢) د. غني حسون طه ود. محمد طه البشير، الحقوق العينية الاصلية، مصدر سابق، ص ٢١٥، انظر كذلك د. أسماء سعدون فاضل، انتقال الحيازة وحمايتها في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة مداد الآداب، العدد (١٣)، ٢٠١٨، ص ٤٦٣.

(٣) محمد صديق محمد عبدالله و د. سارة أحمد حمد، قواعد المسؤولية التقصيرية الشخصية بين القوانين العراقية والقوانين المعاصرة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد (٥٢)، المجلد (١٥)، السنة (١٧)، ص ١٣٦.

(٤) أمين دواس، معيار التعسف في استعمال الحق في القانون الأردني (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ٩٩ وما بعدها.

الموضوعية^(١). وهذا ما أكدته القضاء الفرنسي، إذ قضت محكمة (شامبري) الفرنسية ((... إن المسؤولية التي تقررها نص المادة (١٣٨٤) ليست مرتبطة بالفكرة الشخصية للخطأ دائماً، وإنما مرتبطة بالفكرة المادية للضرر، فالشخص الذي يحوز شيئاً ويندفع به يلزم بتحمل الأعباء المتصلة بهذا الاندفاع...))^(٢).

ثانياً - الضرر والعلاقة السببية

كما في القواعد العامة ومنعاً للإطالة والخروج عن الموضوع ارتأينا بحث ركني المسؤولية ضمن ركن واحد، فالضرر هو الركن الثاني للمسؤولية التقصيرية فلا تتحقق المسؤولية عند وقوع خطأ، بل يجب أن يحدث الخطأ ضرراً، والمتضرر هو الذي يجب عليه الإثبات بطرق الإثبات كافة ومنها البيّنة والقرائن، طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، والضرر في نطاق المسؤولية التقصيرية قد يكون مادياً يتبلور في الأذى الذي يصيب الشخص في ماله أو بدنه، وقد يكون معنوياً، لا يصيب الشخص في ماله بل يصيب الشخص في شرفه أو سمعته أو عاطفته أو مركزه المالي^(٣). فالضرر يختلف تبعاً للواقعة محل التعويض، فضلاً عن ذلك فإن كلمة مسؤولية عموماً تعني الالتزام بالتعويض، وهذا الأخير يقدر بقدر الضرر وبانتفائه تنعدم المسؤولية ولا محل للتعويض فالمسؤولية تدور معه وجوداً وعدمًا ولا تنهض بدونه فلا دعوى بلا مصلحة^(٤).

فمثلاً الضرر الناتج عن الإخلال بنسبية مضار الجوار المألوفة يؤدي إلى حدوث ضرر مادي للجار يوجب التعويض عما لحقه من خسارة أو ما فاتته من كسب، طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، في حالة توافر شروط الضرر، إذ يجب أن يكون هذا الضرر محققاً، والضرر المحقق هو الضرر مؤكد الحدوث، سواء أكان حالاً أي واقعاً فعلاً أم مستقبلاً، أي إذا تأخر حدوثه للمستقبل،

(١) د. عطا سعد محمد حواس، الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث في نطاق الجوار، (دراسة مقارنة)، بلا طبع، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، ٢٠١٢، ص ١٥. أنظر كذلك د. أشرف جابر سيد، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة الناشئة عن اعمال البناء، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٠، ص ٢١، أنظر كذلك د. بالجيلالي خالد، المسؤولية الموضوعية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة، بحث منشور في مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، العدد (٨)، ٢٠١٧، ٢٣٨.

(٢) قرار محكمة (شامبري) الفرنسية المؤرخ في ١٢/ يولييه/ ١٩٩٩، أشار إليه د. عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٧، ص ٣٥.

(٣) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص ٤٦٣. انظر كذلك د. سلمان مرقس، المسؤولية المدنية، دروس لقسم الدكتوراه بجامعة بغداد، بلا طبع، بلا جهة طبع، القاهرة، ١٩٥٥، ص ١٤٠. انظر كذلك د. ناصر جميل الشمالية، الضرر الادبي وانتقال الحق في التعويض عنه، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٠، ١٤٠.

(٤) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص ٥٥٦، أنظر كذلك د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام (الصادر، والاحكام، والاثبات)، بلا ط، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، ١٩٩٤، فقرة ١١٩، ص ١٨٥.

لكنه حادث بشكل مؤكد لا محالة^(١). كذلك يجب أن يكون الضرر مباشراً متوقعاً كان أم غير متوقع، فالأخير يكون مباشراً إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر عن الوفاء به، وعدم الوفاء بالالتزام في المسؤولية التقصيرية يتمثل بإحاق الضرر بالغير؛ لأن القانون يلزم الجميع بالكف عن إحاق الضرر بالغير، ويكون الضرر مباشراً متى كان نتيجة طبيعية للإخلال بذلك الالتزام، وهو يكون نتيجة طبيعية متى ما لم يكن بإمكان المتضرر الوقاية منه لو بذل جهداً معقولاً^(٢). كما أن من شروط هذا الضرر أن يصيب مصلحة مشروعة للمتضرر^(٣).

ففي حالة توافر هذه الشروط يتحقق الضرر الموجب للمسؤولية، أما بخصوص العلاقة السببية فإنه طبقاً للقواعد العامة الخاصة بالمسؤولية، إن العلاقة السببية هي ركن من أركان المسؤولية وتوافرها شرط لازم لقيامها والقضاء بالتعويض تبعاً لذلك، وهي تقتضي أن يكون الضرر ناتجاً عن الخطأ، أي اتصال السبب بالمسبب، بحيث لا يتصور وقوع أي منهما بغير قيام الخطأ^(٤). فالشخص عموماً لا يسأل إلا عن الضرر الناتج عن خطئه لا عن سبب آخر، فإذا وقع خطأ وضرر من دون أن توجد بينهما رابطة سببية فلا تقوم المسؤولية، وهي تنقطع بالسبب الأجنبي طبقاً للقواعد العامة ويعد توافر الترابط بين الخطأ والضرر من المسائل الموضوعية التي يستقل بها القضاء (محكمة الموضوع)، ولا رقابة عليها من محكمة النقض شريطة أن تورد الأسباب السانعة إلى ما انتهت إليه سواء كان ذلك في حالة إثبات هذا الترابط أم في حالة نفيه^(٥).

ومن الجدير بالملاحظة هناك مسألة مهمة لا بد لنا من أن نسلط الضوء عليها وهي مسألة انتهاك أو إخلال الأجنبي للنسبية، فكما بيننا سابقاً أن الإخلال بالنسبية من قبل أطرافها عادة ما يشكل مسؤولية عقدية أو تقصيرية سواء أكان ذلك في إطار النسبية الشخصية أم الموضوعية تبعاً لنوع الإخلال، أما في حالة الإخلال بنسبية تصرف أو واقعة قانونية قائمة من الأعيان (الأجنبي) أي من شخص لم يكن طرفاً في تصرف أو واقعة قانونية، إذ يبرز ذلك إشكالية وهي طبيعة هذه المسؤولية

(١) د. شعيب أحمد سلمان، المسؤولية المدنية على تحمل التبعية، بحث منشور في مجلة القانون المقارن، العدد (١٥)، السنة العاشرة، بغداد، ١٩٨٣، ص ٣٩٦ وما بعدها. أنظر كذلك قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٦٤) والمؤرخ في ٢/٢٧/١٩٦٥، قضاء محكمة التمييز، تصدر عن المكتب الفني لمحكمة التمييز، العدد (٣) لسنة ١٩٦٥، ص ٥٥.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، مصدر سابق، ص ٢١٣.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، مصدر سابق، ص ٢١٤.

(٤) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٢٣٤) والمؤرخ في ٢٨/٢٨/٢٠١٢، أشار إليه القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ج ٢، ص ٤٣٥ وما بعدها.

(٥) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٨٢٠٧) والمؤرخ في ٤/٦/٢٠١٤، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة ٣٠/٣/٢٠٢١.

فهل هي مسؤولية عقدية أو تقصيرية؟ ابتداءً لابد من القول أن المساس بالتصرفات القانونية من قبل الأغيار على نحو سلبي، بمعنى مخالفة الواجب السلبي العام المفروض على الكافة باحترام تصرفات الآخرين والامتناع بأي شكل من الأشكال المماس بها، وإلا تحمل هذا الغير المسؤولية المدنية التي تترتب على هذه المخالفة، فنسبية تصرف أو واقعة قانونية ما يُعدُّ حجة على الكافة، فالمساس بها يعني ذلك انتهاكاً لحجيتها، فمثلاً نسبية أثر العقد (القوة الملزمة للعقد) والتي تؤدي انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين وخلفها العام والخاص من حيث الأصل في أحوال معينة أشخاصاً وموضوعاً^(١). فالعقد تنصرف آثاره في حق أطرافه، ويجب الاحترام من قبل الأغيار كونه يعد حجة على الكافة^(٢).

فالعقد بوصفه تصرفاً قانونياً يتلاقى إرادة أطرافه حيث ينشأ عنه حقيقة نوعان من الالتزام، أحدهما بين الأطراف (المتعاقدين أنفسهم)، إذ يفرض عليهما احترامه وتنفيذ ما ينص عليه من التزامات، والآخر هو الالتزام المفروض على الأغيار بالامتناع عن إعاقة تنفيذه، ومن ثمَّ له الحجة على الكافة، كذلك هو الحال بالنسبة إلى نسبية أثر وقف التقادم، فعندما يقف التقادم بالنسبة لبعض الأشخاص كالورثة، فإذا وقف التقادم لمصلحة أحد الورثة، فإن باقي الورثة لا يمكنهم الاستفادة منه سوى الوريث الذي وقف التقادم لمصلحته، وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي بصحيح العبارة في نص المادة (٤٣٦) من القانون المدني والتي نصت هذه المادة على ((إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين موروثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين))^(٣).

إذ إن باقي الورثة يُعدّون من الأغيار ويعتبر وقف التقادم حجة عليهم، وعند مخالفة ذلك فإن الحكم يكون معيباً بعيب الخطأ في القانون أو في تطبيقه، وعلى أساس ذلك فإن النسبية تعد حجة على الكافة تفرض على الأغيار احترامها وعدم انتهاكها، وعند مخالفة ذلك فالقانون يرتب مسؤولية على الرغم من أن الفقه القانوني قد اختلف في طبيعة هذه المسؤولية، فهناك رأي يقول بأن المسؤولية هنا هي مسؤولية تقصيرية على أساس إن الذي ينتهك حرمة تصرف قانوني ما تكون مسؤولية تقصيرية، إذ أن الأجنبي عن العلاقة القانونية عندما يخل بها فإنه يرتكب جريمة مدنية؛

(١) د. جاسم لفته العبودي، الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد، ط ١ بلا جهة طبع، بغداد، ١٩٩٧، ص ٤. و د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، مصدر سابق، ٦١، و د. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٢٢٠.

(٢) Popesco (M) La règle res inter alios acta et ses limites en droit modern, these, impresse, paris, 1934, p. p -79- 81.

(٣) وتقابلها نص المادة (٤٥٧) من القانون المدني الأردني، ولا مقابل لها في القانون المدني السوري وكذلك القانون المدني الليبي.

لأنه أرتكب إخلالاً بتصرف يتمتع بحجية تجاه الكافة، كما أن المدين عندما يتعاقد مع الغير وهو يعلم بأن تعاقدَهُ هذا يتناقض مع ما سبق أن التزم به بموجب العقد مثلاً، فإنه بذلك يرتكب غشاً و الأخير يُحمَلُهُ مسؤولية تقصيرية، وما دام الغير يستمد مسؤوليته من مسؤولية المتعاقد، فإن مسؤوليته تكون ذات طابع تقصيري؛ لأنه يعتبر أجنبياً شريكاً للمتعاقد في الإخلال بالعقد^(١).

وهناك رأي آخر يرى أن الغير يسأل مسؤولية عقدية، إذ إن الأجنبي الذي ينتهك نسبية تصرف قانوني قائم لا يحترم في الأصل العلاقة القانونية القائمة ومن يسأل مسؤولية عقدية، فمن يقدم على القيام بعمل أو يمتنع عن القيام بعمل يكون بتصرفه هذا منتهكاً تصرفاً قانونياً قائماً، وهو يعلم أن تصرفه يؤدي إلى هذه النتيجة، فإنه ينتهك الواجب السلبي العام المفروض على الكافة، والذي يجد أساسه بالعقد نفسه، وهذا الشخص يفقد صفة الأجنبي عن التصرف القانوني وينظم إلى التصرف الذي أنتهكهُ، و يصبح طرفاً فيه، الأمر الذي يعني أن نطبق أحكام المسؤولية العقدية، وانضمام الغير إلى التصرف هو بمثابة الجزاء الذي يفرض عليه نتيجة لإخلاله بالتصرف القانوني الذي يتمتع بحجية قانونية تجاهه، أي جزاء لسوء نيته، فيسأل كما يسأل المتعاقد إذا ما أخل بالتصرف الذي يعد طرفاً فيه^(٢).

وبعد بيان هذه الآراء التي قيلت بشأن مسؤولية الغير الأجنبي، الذي ينتهك حجية تصرف قانوني، وذلك لأن النسبية تعد حجة على الكافة، إذ تبين لنا أن الفقه القانوني قد اختلف في ذلك، فهناك من يرى بأن المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية، وهناك من يرى بأن المسؤولية هي مسؤولية عقدية، ولكل منهما حججها الخاصة، إلا أننا نرى خلاف ذلك فقد تكون مسؤولية عقدية أو قد تكون مسؤولية تقصيرية، إذ نرى أن ليس من السهل أن يصار إلى نوع واحد من المسؤولية ليطبق على جميع الحالات الخاصة بانتهاك نسبية التصرف أو الواقعة من قبل الغير، و نرى أنه من الأجدر لنا أن نلتزم في واقعة الانتهاك أساساً حقيقياً نعتمده في تحديد نوع المسؤولية، فالأمر يتطلب التفصيل في تكييف المسؤولية، فتكون مسؤولية تقصيرية عندما ينتهك العلاقة القانونية القائمة و ذلك عندما يقوم بأفعال تنتافي و وجود التصرف، و يكون من نتيجة تلك الممارسات أن يحول دون تنفيذ الالتزامات، أو على الأقل يعيق تنفيذها، و هنا يتحمل

(١) د. أحمد دسوقي، الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيرياً تجاه المضرور، ط ١، المطبعة العربية، القاهرة، ١٩٨٠، ص ١٢٠.

(٢) د. سعد ربيع عبد الجبار، مصدر سابق، ص ١٧٨. أنظر كذلك

Et Huet (J.), Responsabilite Contractuelle, et responsabilite delictuelle these dactyl, paris, ed 2, 1978, p. 420.

هذا الغير مسؤولية ذات طابع تقصيري، و تفصيل ذلك هو إن الغير الذي ينتهك هذه العلاقة العقدية و لم يكن طرفاً فيها فهو أجنبي عنها و من ثمّ فلا يترتب على إخلاله بها مسؤولية عقدية، بخلاف المتعاقد أي الطرف في تلك العلاقة فإنه يتحمل مسؤولية عقدية عند إخلاله بالتزاماته العقدية، وهذا ما أكدته محكمة تمييز العراق إذ قضت ((مسؤولية الغاصب تعد مسؤولية تقصيرية ناتجة عن الإخلال بعقد البيع، بسبب أن واقعة الغصب قد حالت بين البائع و بين التزامه بتسليم المبيع))^(١).

وهذا التوجه قد أخذت به محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها ومنها قرارها الصادر عام ١٩٩١، و الذي قضت بموجبه ((مسؤولية الغير الذي أستخدم عاملاً يرتبط مع شركة أخرى بعقد عمل الذي يتضمن في أحد شروطه منع العامل من ممارسة أي عمل من نفس النوع مع أي صاحب عمل آخر لمدة عشر سنوات و قضت المحكمة على الغير (رب العمل الثاني) بالتعويض عن الأضرار الحاصلة لرب العمل الأول بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية))^(٢).

كما إن الغير الذي ينتهك نسبية تصرف قانوني فإنه يتحمل مسؤولية عقدية، كما هو الحال بالنسبة لعقد الإطار، الذي كُيف بأنه يشكل مجموعة من العقود كون العقد الإطار يمثل اتفاقاً يحدد الأطراف بمقتضاه الخصائص العامة لعلاقتهم التعاقدية المستقبلية، وتحدد عقود التطبيق كيفية تنفيذ هذه العقود، والعقد الإطار يعد عقداً نسبياً، إذ إن من الثابت أن الأشخاص الذين لا تربطهم علاقة عقدية مباشرة، يعدون في مركز الغير الأجنبي تجاه بعضهم البعض؛ لذلك ما كان لأحدهم أن يمارس تجاه الآخر دعوى عقدية بمناسبة إخلاله بعقد هو أجنبي عنه، لان في ذلك مخالفة صريحة لمبدأ نسبية التصرفات القانونية، ولكن هذا التصور بدأ يضمحل و خاصة بعد ظهور اتفاقيات الإطار و بروزها على الواقع القانوني بشكل ظاهر، إذ أضحي الشخص الذي يرتبط بمجموعة عقدية مجرداً من وصف الغير بالنسبة لأي عقد يدخل ضمن هذه المجموعة، و لذلك يُعد أي شخص ضمن هذه المجموعة على علاقة عقدية مع أي شخص يكون طرفاً في هذه المجموعة و إن لم يتعاقدوا مباشرة، ما دام أن الجميع أطراف في هذه

(١) قرار محكمة تمييز العراق المرقم (١٢٢١) والمؤرخ في ١٩٦٦\١١\١٨، قرار منشور في مجلة قضاء محكمة تمييز العراق العدد(٤)، المطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٠٠.

(2) Cass com , 24 Mars 1998 , bull – civil , J . C . P , 1998.

المجموعة، و هذه العلاقة الجديدة تفرض تعديلاً لمبدأ النسبية (نسبية أثر التصرفات القانونية) خصوصاً لمفهوم الغير الأجنبي عن العقد بصورة عامة^(١).

وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض الفرنسية إذ قضت ((أن امتناع أحد طرفي العقد الأولي عن تنفيذ التزاماته العقدية أو أبرام العقد بالشروط المتفق عليها يشكل إخلالاً عقدياً))^(٢). فالغير وإن كان لا تربطه علاقة عقدية مباشرة، إلا أنه في اتفاقيات الإطار يسأل مسؤولية عقدية عند إخلاله بإبرام العقود التطبيقية وفقاً للمفهوم الفني لنسبية أثر التصرفات القانونية، فصفة النسبية تلحق عقد الإطار؛ وذلك لكون العقود التطبيقية لا تكون مستقلة استقلالاً تاماً عن عقد الإطار، وخلاف ذلك لا نكون أمام اتفاق أو عقد إطار متكامل، كما إنها تعد نسبية من حيث الآثار، حيث أن البنود الاتفاقية الواردة في أحد عقود المجموعة العقدية لا يمتد أثرها إلى باقي العقود الأخرى في المجموعة نفسها ما لم تكن مندرجة تحتها، أي يستثنى من ذلك البنود التي تُخفف أو تُعفى من المسؤولية، وكذلك البنود التحكيمية، أي الالتزام بنسبية موضوع اتفاقيات عقد الإطار، ومن ثم فإن عقد الإطار يعد عقداً نسبياً، فانتهاك من الغير في العقود التطبيقية يرتب المسؤولية العقدية كما هو مبين أعلاه.

وانطلاقاً مما سبق يمكن القول إن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بنسبية تصرف قانوني أو واقعة قانونية ما، هي مسؤولية عقدية أو تقصيرية، سواء أكان ذلك الإخلال من أطراف النسبية أم من الغير، فكما بينا سابقاً أن إخلال الأطراف بنسبية تصرف قانوني سواء كان ذلك من الناحية الشخصية بدخول طرف يخل بنسبية التصرف الذي يقتضي بانصراف أثره إلى شخص أو أشخاص محددين، أو قد يكون الإخلال بالنسبية من الناحية الموضوعية، أي الإخلال بنسبية موضوع هذه التصرفات أو الوقائع بما ترتبه من حقوق والتزامات، والتي تقتضي بإلزام الأطراف بما تتضمنه تلك التصرفات والوقائع من حقوق والتزامات، كما إن الغير يتحمل مسؤولية عند انتهاك النسبية، فنسبية التصرفات القانونية والوقائع تعدُّ حجة على الكافة، حيث يتحمل هذا الأجنبي (الغير) مسؤولية أما أن تكون عقدية وأما أن تكون تقصيرية؛ وسبب ذلك هو

(١) د. صدام فيصل المحمدي، اتفاقات الإطار دراسة في آليات التعاقد المنظمة للعلاقات القانونية المستمرة في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهريين، ٢٠٠٦، ص ٧٢ وما بعدها.

(٢) قرار محكمة النقض الفرنسية المؤرخ في ١٤ / ١٠ / ١٩٩٧ أشار إليه د. صبري حميد خاطر، فكرة المعيار في تحديد نظام المسؤولية العقدية، مصدر سابق، ص ٢٤.

التعدد الحاصل في حالات النسبية أو تطبيقاتها في القانون المدني، إذ إنه ليس من السهل أن يصار إلى نوع واحد من المسؤولية ليطبق على جميع الحالات الخاصة بالإخلال بنسبية التصرف أو الواقعة من الغير، خصوصاً في الوقت الحاضر؛ بسبب ظهور أشكال جديدة للتعامل، كالعقد الإطاري، الذي يسأل الغير الذي لم تربطه علاقة عقدية مباشرة أن يرجع عليه بموجب المسؤولية العقدية، فالمسؤولية قد تكون تقصيرية أو عقدية تبعاً لكل حالة من حالات النسبية في القانون المدني .

المطلب الثاني

آثار النسبية في القانون المدني

تعد النسبية في القانون المدني من الموضوعات التي يترتب على وجودها القانون آثاراً معينة بخصوص الموضوع الذي جاءت به هذه النسبية سواء أكان ذلك من الناحية الشخصية أم الموضوعية، فعلى الرغم من تعدد الحالات أو التطبيقات التي جاء بها القانون المدني العراقي والقوانين المدنية محل المقارنة، إلا أنه يمكن القول أن من خلال استقراء هذه النصوص المتفرقة والتي لا يجمعها جامع معين وتحليلها، يُمكن لنا أن نبين أهم الآثار العامة التي ترتبها النسبية في القانون المدني، فدراسة النسبية كنظرية لا بد لنا من أن نسلط الضوء على الآثار العامة للنسبية، من دون الاهتمام بما يرتبهُ كل تطبيق من تطبيقات النسبية من آثار خاصة، أي الآثار الخاصة بكل حالة من حالاتها، بعبارة أخرى بيان الآثار العامة التي تشترك فيها النسبية في القانون المدني، ومن الجدير بالملاحظة أن هذه الآثار غالباً ما تحاكي شخصاً معيناً سواء أكان طرفاً في تصرف أم في واقعة قانونية أم شخصاً معيناً اتخذ موقفاً قانونياً يكون من حيث الأثر الذي يرتبهُ نسبياً، هذا ولغرض بيان الآثار العامة للنسبية في القانون المدني، الأمر الذي يتوجب علينا تقسيم هذا المطلب على فرعين:

الفرع الأول

ثبوت الحكم على نطاق ضيق

تتفاوت النصوص القانونية من حيث النطاق سواء أكان ذلك من الناحية الشخصية أم من الناحية الموضوعية، فالبعض من النصوص تكون ذات نطاق واسع من حيث الأشخاص الذين تسري بحقهم وكذلك الموضوع، فنجد مثلاً أن القانون المدني العراقي

قد نص في المادة (١/١٠٩٨) على ((كل من أحرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكة))^(١). كذلك القانون المدني المصري قد نص على ذلك عن طريق نص المادة (٨٧٠) والتي تنص على ((من وضع يده على منقولات لا مالك له بنية تملكه، ملكه)). فعند التمعن بمفردات هذه النصوص نجد أنها جاءت بلفظ عام ومن ثم فإن حكماً، أي الأثر الذي ترتبه يكون كذلك، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على نتيجة واحدة ألا وهي أن أي شخص أحرز منقولاً لا مالك له بنية التملك فإنه يملكه عن طريق الاستيلاء^(٢). أما إذا كان النص القانوني مشتتاً على النسبية، فالأخيرة ستضيق من نطاق الحكم من حيث الأشخاص و الموضوع معاً، فنجد مثلاً القانون المدني العراقي قد نص في المادة (٤٣٦) على ((إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين مورثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصتهم من الدين))^(٣).

يتبين لنا من نص المادة المذكورة أعلاه إن أثر ترك الدعوى على التقادم، إذ إن عدم قيام بعض أصحاب المصلحة برفع الدعوى بدون عذر شرعي لا يعد سبباً من أسباب وقف التقادم، بل يبقى التقادم سارياً في مواجهتهم، أما إذا كان بعض هؤلاء لم يتمكن من رفع الدعوى لعذر شرعي مثلاً، أن يكون مفقوداً، ففي هذه الحالة لا يسري التقادم في مواجهته، فإذا وضع شخص يده على شيء مملوك لشخصين أحدهما كامل الأهلية والآخر ناقص الأهلية، فإن التقادم يقف بالنسبة لناقص الأهلية فقط، ويسري في مواجهة كامل الأهلية، والسبب في ذلك هو النسبية، أي نسبية أثر وقف التقادم، وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية إذ قضت ((المقرر وما جرى به قضاء هذه المحكمة أنه إذا قام أحد الورثة بقطع التقادم تجاه المدين فلا يقطع التقادم بالنسبة إلى بقية الورثة، فالتقادم يبقى سارياً في حقهم))^(٤). وترتيباً على ذلك فإن الإجراء الذي يقطع به أحد ورثة الدائن التقادم في مواجهة المدين، لا يستفيد منها إلا من قطعه ولا

(١) وتقابلها نص المادة (١٠٧٦) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (٨٢٨) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٨٧٤) من القانون المدني الليبي.

(٢) د. عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، ١٩٧٥، ص ٢٢٣. أنظر كذلك د. إيمان يوسف نوري، التنظيم القانوني لاكتساب ملكية العقار غير المسجل، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة الثانية، العدد (٢)، الجزء (١)، ٢٠١٨، ص ٢٤٠.

(٣) وتقابلها نص المادة (٤٥٧) من القانون المدني الأردني، ولا مقابل لها في القانون المدني السوري، وكذلك القانون المدني الليبي.

(٤) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٦٣٣) جلسة ٢٢/٢/١٩٨٩، أشار إليه أحمد سعيد شعلة، قضاء النقض المدني، دار الفكر الجامعي، بلا مكان ط، ٢٠٠٦، ص ٣٨٧.

يتعداه إلى غيره، وسبب هذا التضييق في نطاق الحكم هو نسبية التصرفات القانونية، وهذا يبدو أكثر وضوحاً في حالة تعدد المدنين المتضامنين، فإذا كان المدنين متضامنين فيما بينهم، وقطع الدائن التقادم في مواجهة أحدهم، فإن ذلك لا يترتب عليه أصلاً انقطاع للتقادم في مواجهة الآخرين^(١). وهذا ما أشارت إليه صراحة المادة (٢/٣٢٩) من القانون المدني العراقي إذ نصت على ((وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة لأحد المدنين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدنين))^(٢).

وفي السياق نفسه سار القانون المدني المصري عن طريق نص المادة (٢٩٢) والتي تنص على ((وإذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة لأحد المدنين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي المدنين)). مثال ذلك، فلو كان للدائن (أ) عدة مدنيين متضامنين (ب) و(ج) و(د) وقام (أ) بإجراء من الإجراءات القاطعة للتقادم في مواجهة (ب) كالمطالبة القضائية أو التنبيه أو الحجز، فلا يكون للإجراء القاطع للتقادم من أثر إلا في العلاقة القانونية القائمة بين (أ) و(ب) واستناداً على ذلك فإن مدة التقادم تبقى سارية في مواجهة المدنين المتضامنين الآخرين وهما في المثال اعلاه (ج) و(د)، وبهذا كان أثر وقف التقادم وسبب انقطاعه المدني أمراً نسبياً، وبهذا قضت محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها بأن ((إبداء الدفع بالتقادم مقصور على من له مصلحة في ذلك، ولا ينتج هذا الدفع أثره إلا في حق من تمسك فيه، فإن أبدى أحد المدنين المتضامنين هذا الدفع، فإن أثره لا يتعداه إلى غيره من المدنين المتضامنين الذين لم يتمسكوا به))^(٣).

عليه فإن مطالبة المتضرر للمتبوع بالتعويض مطالبة قضائية وإن كانت تقطع التقادم بالنسبة إلى المتبوع، إلا أنها لا تقطع بالنسبة للتابع وذلك أخذاً بمبدأ نسبية أثر وقف التقادم^(٤). وهذه النسبية لا تقتصر على الناحية الشخصية فقط، وإنما تتعدى ذلك

(١) د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص ٢٨٥، أنظر كذلك د. حسن علي الذنون، ود محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص ٤٧٨.

(٢) تقابلها نص المادة (٢/٤٣٤) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (٢/٢٩٢) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٢/٢٧٩) من القانون المدني الليبي.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٩٧٧)، والمؤرخ في ١٢/٢٨ / ١٩٨١، أشار إليه د. أنور طلبية، التقادم، مصدر سابق، ص ٢٣٩.

(٤) د. محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني (دراسة فقهية وقضائية)، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ١٩٤.

إلى الناحية الموضوعية للتصرف أو الواقعة القانونية، فعلى سبيل المثال انقطاع التقادم، حيث لا يكون له أثر بالأصل في غير الحق الذي قطع لأجله، فلا يمتد أثر هذا الانقطاع إلى علاقة قانونية أخرى بين الدائن والمدين نفسه، وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية إذ قضت ((صحيفة الدعوى المرفوعة بحق لا تعتبر قاطعة للتقادم إلا في خصوص هذا الحق أو ما التحق به من توابعه، مما يجب لزومًا بوجوبه أو يسقط بسقوطه، فأن تغاير الحقان أو تغيير مصدرهما، فالطلب الحاصل بأحدهما لا يكون قاطعاً لمدة التقادم بالنسبة إلى الآخر))^(١). كذلك الحكم بالنسبة إلى المدينين المتضامنين من ناحية الخطأ والإقرار والنكول و صدور الحكم...، فنجد مثلاً المشرع العراقي قد نص في المادة (٣٣٠) من القانون المدني على ((لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام عن فعله، وإذا أعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك من أثر بالنسبة لباقي المدينين، أما إذا أعذر أحد المدينين المتضامنين الدائن فإن باقي المدينين يستفيدون من هذا الأعذار))^(٢).

أما بالنسبة للقانون المدني المصري فقد أشار إلى ذلك عن طريق نص المادة (٢٩٣) والتي تنص على ((لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله)). إذ إن المدين المتضامن يكون وحده مسؤولاً فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام عن فعله الشخصي، إذ لا يتعدى أثره إلى باقي المدينين، فإذا ارتكب خطأ معيناً فإن هذا الخطأ يكون المسؤول عنه مرتكباً في الالتزام التضامني نتيجة لنسبية هذا الفعل، فإذا تُسبب إلى أحد المدينين المتضامنين غش في تنفيذ التزامه وكان ذا أثر على مسؤوليته قبل الدائن عن الإخلال به بأن ترتب عليه بطلان الاتفاق على رفع المسؤولية العقدية أو الحكم بتعويض يجاوز قيمة الشرط الجزائي أو بتعويض تكميلي عن الضرر الذي يجاوز الفوائد، فإن هذا الأثر يقتصر عليه ولا شأن لباقي المدينين به^(٣).

أما في الإقرار فإن الحكم يكون كذلك، فالمدين المتضامن عندما يقر بالدين لا يعد في إقراره نائباً عن باقي المدينين؛ لأن نيابته عنهم لا تقوم فيما يضرهم لذلك لا يسري

(١) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٣٠٤) والمؤرخ في ١٧/٢/١٩٦٦، مجموعة عمر، ج ١، سنة (٣١) قضائية، ص ٤٣.

(٢) وتقابلها نص المادة (٤٣٥) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((المدين المتضامن مسؤول في تنفيذ التزامه عن فعله وإذا أعذر الدائن أو قاضاه فلا أثر لذلك بالنسبة إلى باقي المدينين أما إعدار أحد المدينين المتضامنين للدائن فإنه يفيد الباقيين)). و المعنى نفسه تضمنته نص المادة (١/٢٩٢) من القانون المدني السوري، و نص المادة (١/٢٨٠) من القانون المدني الليبي.

(٣) د. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزامات في القانون المدني المصري، ط ٣، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٨، ص ١٥٨.

الإقرار عليهم ويتعين على الدائن أن يقيم في مواجعتهم الدليل على الدين بطرق الإثبات الجائزة، وهذا ما نصَّ عليه المشرع العراقي في المادة (١/٣٣٢) من القانون المدني إذ نصت هذه المادة على ((إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسري هذا الإقرار في حق الباقيين))^(١). وبالالتجاء نفسه أشار إلى ذلك القانون المدني المصري من خلال نص المادة (٢٩٥) والتي تنص على ((إذا أقر أحد المدينين المتضامنين بالدين فلا يسري هذا الإقرار في حق الباقيين)). أما في نطاق القانون المدني الفرنسي فإنه لم يتضمن نصًا قانونيًا بهذا المعنى، وعلى ضوء ذلك فإن قطع التقادم المدني من ناحية وسبب وقفه أي بما يرتبه من آثار من ناحية أخرى تكون نسبية، لا تتعدد القائم بها، إذ تجعل من الحكم ذات نطاق ضيق، وإن كان المدينين متضامنين بالدين سواء أكان ذلك من ناحية الإقرار، أم قطع التقادم أم النكول أم صدور الحكم^(٢).

كما يظهر هذا الأثر المتمثل في التضيق من نطاق الحكم في الاستحالة إذا كانت نسبية، وكما هو معروف إن استحالة تنفيذ الالتزام تؤدي إلى انفساخه بحكم القانون، كما يشترط أن يكون محل الالتزام ممكنًا، فإذا كان مستحيلًا فالعقد يعد باطلاً، لكن هذا الأمر لا يؤخذ به على إطلاقه، إذ أكد شراح القانون المدني بأن الاستحالة التي تؤدي إلى فسخ العقد لاستحالة التنفيذ، والاستحالة التي تؤدي إلى بطلان العقد لاستحالة المحل هي الاستحالة المطلقة، وليس الاستحالة النسبية، فالاستحالة المطلقة هي تلك الاستحالة التي يكون فيها الالتزام مستحيلًا على المدين وغيره، ويراد بالاستحالة النسبية هي تلك الاستحالة التي يكون فيها الالتزام أو المحل مستحيلًا على المدين، ولكنه ممكنًا لغيره، فالاستحالة النسبية لا تؤدي إلى انقضاء الالتزام بعد إبرامه، كما لا تؤدي إلى بطلان المحل والعقد، بل ينعقد العقد ويكون المدين مسؤولاً عن تنفيذ التزامه في إطار الاستحالة النسبية، فهي تجعل من العقد منعقدًا كما لا تؤدي إلى البطلان ومن ثم فإن الاستمرارية بتنفيذ العقد تدور وجودًا وعدمًا مع الاستحالة النسبية دون سواها^(٣).

(١) وتقابلها نص المادة (٤٣٧) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((إقرار المدين المتضامن لا يسري في حق الباقيين ولا يضار باقي المدينين المتضامنين إذا وجه إليه الدائن يمينًا فنكل عنها أو وجه إلى الدائن فحلفها أما إذا وجه إليه الدائن يمينًا فحلفها فإن باقي المدينين يفيدون من ذلك)). ونفس المعنى تضمنته نص المادة (٢٩٥) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١/٢٨٢) من القانون المدني الليبي.

(٢) وبهذا نصت المادة (٢/٣٣٢) من القانون المدني العراقي على ((إذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينًا فحلفها فلا يضار بذلك باقي المدينين)). وكذلك نص المادة (١/٣٣٣) من القانون المدني العراقي إذ نصت هذه على ((.إذا صدر حكم على أحد المدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين)).

(٣) د. محمد علي البدوي الزهري، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ط١، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، ص ١٢٣. أنظر كذلك عبد المنعم البدر اوي، مصدر سابق، ص ٣٠٣. د. الوليد عبدالله احمد

كذلك يظهر هذا الأثر في نطاق عيوب الحيازة، كون الأخيرة تعد عيوباً نسبية، فنجد مثلاً أن القانون المدني العراقي ينص في المادة (١١٤٦) منه على ((إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع الإكراه أو أخفت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب))^(١). كذلك هو الحال بالنسبة إلى القانون المدني المصري نصت المادة (٢/٩٤٩) على أن ((إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع الإكراه أو اخفت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب)).

أما المشرع الفرنسي قد توسّع في ذلك عن طريق نص المادة (٢٢٢٩) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه ((لكي تكسب الحيازة الملكية، يجب أن تكون مستمرة، وغير متقطعة، هادئة، علنية، خالية من الالتباس وعلى سبيل الملكية)). فالإكراه مثلاً كونه عيباً من عيوب الحيازة، فالذي يمتلك الاحتجاج به هو من انتزعت حيازته عن طريق القوة أو التهديد وحده بصفته حائزاً دون غيره^(٢). وعلى أساس ذلك فإن هذه العيوب لا يكون لها أثر إلا في مواجهة من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه أو التبس عليه أمرها، وهنا يظهر بوضوح أثر هذه العيوب، إذ إن بقية الناس لا يملكون الاحتجاج بها، ونتيجة لذلك فإن هذه الحيازة ترتب أثرها في مواجهتهم لكونها حيازة صحيحة سليمة من العيوب^(٣). وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ((يشترط في الحيازة أن تكون خالية من العيوب، فإذا اقترنت بعيب أو أكثر فأنها لا تؤدي إلى اكتساب الملكية، كعيب الإكراه أو الخفاء، وأن وقعت فلا يجوز أن يتذرع بها إلا من وقعت عليه، فالخفاء يحق فقط للشخص الذي أخفيت عليه الحيازة بأن يتذرع به))^(٤). وعليه يمكن القول إن النسبية في القانون المدني تؤدي إلى تضيق نطاق الحكم،

بخيت، الاستحالة اللاحقة وأثرها على تنفيذ الالتزام العقدي (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه كلية الدراسات العليا والبحث العلمي، جامعة شندي، السودان، ٢٠١٩، ص ٢٢.

(١) وتقابلها نص المادة (١١٧٢) من القانون المدني الأردني، و نص المادة (٢/٩٠٧) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٢/٩٥٣) من القانون المدني الليبي.

(٢) د. لاشين محمد يونس الغاياتي، انتفاء الحيازة القانونية القانون المدني المصري، ط١، دار النهضة العربية، مصر، بلا سنة طبع، ص ١٢، انظر كذلك د. محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد، اسباب كسب الملكية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٥، ف ٧٨، ص ١٣٣. انظر كذلك د. عبد الخالق حسن أحمد دروس في الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط١، مطبعة دار المهدي للطباعة والنشر، بلا مكان ط، ١٩٨٤، ص ١٢٨.

(٣) د. عبد الخالق حسن أحمد، مصدر، سابق، ص ١٢٨.

(٤) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (١٢٣) والمؤرخ في ١/ اذار/ ٢٠٠٥، النشرة القضائية، مل بيرينه - ماركة، نوفمبر، ٢٠٠٥، ص ١٠٣.

أي اقتصار الحكم على بعض أفراده أشخاصًا أو موضوعًا سواء أكان ذلك بإرادة الأفراد أم بمقتضى نص القانون بغض النظر عن طبيعة هذه الدلالة سواء أكانت صريحة أم ضمنية.

الفرع الثاني

نقض الحكم المخالف للنسبية

بيننا سابقاً إن للنسبية نطاقاً شخصياً وآخر موضوعياً، هذا النطاق يفرض التزاماً على عاتق المحكمة، إذ تلتزم المحكمة بضرورة التقيد به وعدم التوسع في تفسيره ليشمل مسائل أخرى لم يقصدها المشرع في النص، أو لم يقصدها المتعاقدون، لسبب إن النسبية قد تكون قانونية أو قد اتفاقية (إرادية)، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً، التقيد بنطاق النسبية على اختلاف أنواعها أو مصادرها، إذ إن وجود النسبية يتحتم على المحكمة مراعاتها على مستوى النطاق الشخصي والموضوعي، إذ إن عدم مراعاتها من قبل المحكمة وبناء الحكم على ما يتعارض مع نطاق النسبية يجعل حكم المحكمة مشوباً بعيب مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه مما يجعله عرضاً للطعن من قبل محاكم الطعن^(١).

فكما بيننا سابقاً أن من تطبيقات الإرادية للنسبية في القانون المدني هو نسبية عدم قابلية الالتزام للانقسام، فإرادة المتعاقدين قد تنجأ عند التعاقد إلى جعل هذا الالتزام قابلاً أو غير قابلاً للانقسام، وإن كان في الأصل أو بحسب طبيعة هذا الالتزام إنه يقبل الانقسام (التجزئة) ويستوي في ذلك أن تكون تلك الإرادة صريحة أو ضمنية، والتي جعلت من الشيء قابلاً للانقسام على الرغم من أن طبيعته لا تقبل الانقسام، إذ تدل عليه ظروف التعاقد وملابساته منذ نشأته كما هو الحال فيما لو التزم مقاولان ببناء منزل لأخر فلا يمكن أن يقوم أحد المقاولين ببناء جزء من المنزل تاركاً بناء الجزء الباقي، وذلك على الرغم من أن البناء وهو محل يتصور تجزئته، بل هو لا يتم إلا جزءاً جزءاً على مراحل متعاقبة، إلا أن محل الالتزام في نظر المتعاقدين لا ينصب على مراحل

(١) أنظر بهذا الصدد نص المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة (١٩٦٩) والتي تنص ((للخصوم أن يطعنوا تمييزاً لدى محكمة التمييز ... في الأحوال الآتية: ١- إذا كان الحكم قد بني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو عيب في تأويله)).

البناء، وإنما ينصبُّ على مراحل البناء كلها ومن ثمَّ لا يكون الالتزام هنا قابلاً للانقسام بمقتضى إرادة المتعاقدين^(١).

وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية إذ قضت ((إذا كان الأصل أن الالتزام يكون قابلاً للانقسام إذا ورد على محل يقبل بطبيعته أن يقسم، إلا أنه يمكن تقرير عدم انقسام الالتزام بإرادة المتعاقدين، ولمحكمة الموضوع سلطانها المطلق في استخلاص ما إذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت إلى قابلية الالتزام للانقسام متى كان استخلاصها سائغاً ولا مخالفة فيه للثابت في الأوراق دون معقب عليها من محكمة النقض))^(٢).

فإذا تفق المتعاقدون على التزام يقبل بطبيعة الانقسام، إلا أن إرادتهما اتجهت إلى وضع مغاير لذلك، حيث أراد المتعاقدون إلى جعل هذا الالتزام غير قابل للانقسام وإنجازه كاملاً تبعاً لإرادة أو قصد المتعاقدون وبسبب هذه الإرادة عُده عدم قابلية الالتزام للانقسام نسبية، وبطبيعة الحال عند مخالفة هذه النسبية من محكمة الموضوع تجعل من الحكم منقوضاً لمخالفته النسبية الإرادية، فالمحكمة يجب عليها أن تبحث عن قصد المتعاقدين من الالتزام من حيث قبوله أو عدم قبوله للانقسام، فإن كان استخلاصها سائغاً ولا مخالفة فيه للثابت في الأوراق فإن حكمها يعد صحيحاً لا غبار عليه، أما إذا كان مخالفاً فإنه حتماً يكون عرضةً للنقض لمخالفة إرادة المتعاقدين^(٣).

فالأساس هو إرادة الأطراف، وهذا ما جاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية إذ قضت عن طريقه بأنه ((أن البحث عن عدم قابلية الالتزام للتجزئة المسند إلى الطبيعة المميزة للشيء المؤجر بالنظر إلى الاستعمالات المرتقبة أمر غير مفيد بالنسبة إلى قضاة الموضوع الذين اعتبروا تجزئة الاتفاقيات ناتجة بإرادة الأطراف باعتبار أن كل عقد من العقود يعتبر كشرط لقيام العقود الأخرى))^(٤). وبناء على ذلك فإن المحكمة عليها إن تنقيد بنسبية التصرف القانوني، لا سيما إذا كان مصدرها إرادة الأطراف سواء كان ذلك من الناحية الشخصية أم الموضوعية، وإلا كان قرارها قابلاً للطعن

(١) د. عبدالسميع عبدالوهاب، مصدر سابق، ص ٣٨٧.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٦٥٤) والمؤرخ في ١٩٧٨/٥/٢٥، مجموعة المكتب الفني لقضاء محكمة النقض المصرية، س ٢٩.

(٣) د. عبدالسميع عبدالوهاب، مصدر سابق، ص ٣٨٧.

(٤) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (١٠٥) والمؤرخ في ٤/ أبريل/ ١٩٩٥، أشار إليه فايز الحاج شاهين، القانون المدني الفرنسي بالعربية، ١١٩٩.

حتى في حالة تعدد المدنين في الالتزام الذي لا يقبل الانقسام^(١). كذلك هو الحال بالنسبة للبطلان النسبي كون الأخير يعد من تطبيقات النسبية في القانون المدني المصري والفرنسي على حد سواء، وقلنا فيما سبق إن سبب نسبية هذا النوع من البطلان هو أنه وضع في الأصل لمصلحة بعض الأفراد في حالات معينة دون غيرهم، فيعود لهم طلبه أو الامتناع عن ذلك حسب ما يرون، ولذلك تُعدّ العقود التي يمس بها عيباً من العيوب المؤدية إلى البطلان تكون قابلة للبطلان وليست باطلة أصلاً، مما يفيد منها إن الخيار متروك لمن وضع البطلان لمصلحته، ولا يحق لغيره إثارة هذا النوع من البطلان وعلى أساس ذلك يطلق على هذا النوع من البطلان بالبطلان النسبي^(٢).

واستناداً لهذه النسبية فإن محكمة الموضوع يجب عليها أن تتقيد بها، فإن أثار موضوع البطلان من شخص لم يقرر له البطلان فإن المحكمة يجب عليها رد دعوى المدعي (دعوى البطلان)؛ لأن البطلان لم يشرع لمصلحته، مثال ذلك إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية، والآخر كامل الأهلية، فإن محكمة الموضوع يجب أن تتقيد بالبطلان فقط لمصلحة ناقص الأهلية، أما المتعاقد الآخر فإن التصرف يبقى سارياً في حقه، وإن مخالفة ذلك يجعل من حكم المحكمة مخالفاً لنسبية هذا النوع من البطلان، ومن ثمّ يكون حكمها قابلاً للطعن، وهذا ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية إذ قضت ((المقرر في قضاء محكمة النقض إنه لا يجوز التمسك بهذا البطلان إلا ممن

(١) وقد قضت في ذلك محكمة النقض المصرية بأن ((المقرر - في قضاء محكمة - أن تعدد المستأجرين للعين المؤجرة وانصراف نية طرفي عقد الإيجار وقت التعاقد إلى انصراف الأثر القانوني للعقد إليهم بما يرتبه من حقوق ويفرضه من التزامات، يعتبر مع كل من المستأجرين مستأجراً للعين، وليس هناك ما يمنع في القانون أن ينفرد أحدهما بالانتفاع بالعين ولا يعد ذلك من قبيل التنازل عن الإيجار المحظور في العقد ونصوص قوانين إيجار الأماكن. إذ أن حق كل منهم في الانتفاع بالعين كاملاً ناشئ عن عقد الإيجار ذاته الذي لم يخصص لكل منهم في الانتفاع بالعين، ومن ثم فإن تخلي أحد المستأجرين للآخرين لا يعد تنازلاً يحظره القانون أو العقد، ذلك أنه بالتطبيق لنص المادة (٣٠٢) من القانون المدني إذا تعدد الدائنون - المستأجرون - في الانتفاع بالعين المؤجرة كان محل هذا الالتزام بحسب طبيعته وشروط العقد غير قابل للانقسام لا يعتبر المستأجر المتنازل له من الغير الذي يحظر القانون التنازل له. لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق ومن بيانات عقد الإيجار المؤرخ ١٩٧١/٨/٥ أن الطاعن في الطعن المطروح والمطعون ضده الثاني - الطاعن في الطعن الثاني رقم (٢٣٠٢) لسنة ٧١ ق - قد استأجر العين محل النزاع من المطعون ضده الأول لاستعمالها ((مقلاة لب وفول سوداني)) بما يفيد أن كلاً منهما يعتبر مستأجراً للعين المؤجرة وليس هناك ما يمنع في القانون أن ينفرد أحدهما بالانتفاع بتلك العين، وإذ اتخذ الحكم المطعون فيه من مجرد تخارج المطعون ضده الثاني - الطاعن في الطعن الثاني - أحد المستأجرين من الشركة التي تباشر نشاطها في العين المؤجرة دليلاً على تخليه عن تلك العين وتنازله عن الإجازة إلى الطاعن في الطعن المطروح - المستأجر الآخر - والمطعون ضده الثالث ورتب على ذلك قضاءه بفسخ الإيجار وإخلاء العين والتسليم فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون مشوباً بالفساد في الاستدلال)). قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٢٠٥٧) والمؤرخ في ٢٢/١/٢٠٠٣، أشار إليه د. محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني (دراسة فقهية وقضائية)، مصدر سابق، ٢٠٤.

(٢) د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، مصدر سابق، ٤٧٧.

شرع لحمايته ولا يقبل ذلك من غيره مهما كانت الفائدة التي تعود عليه من التمسك به طالما لم يتمسك به من شرع لحمايته^(١).

ومن الأمثلة الأخرى لنقض الحكم المخالف للنسبية، هو مخالفة مبدأ نسبية أثر العقد، والذي يقتضي بأنه إذا أبرم العقد على وجه صحيح مستوفياً أركانه وشروطه صار شريعة لعاقديه سواء أكان ذلك من الناحية الإيجابية أم السلبية ولا يتعدى نطاقه كمبدأ عام إلى غيرهما^(٢). مثلاً الأثر النسبي لعقد الصلح، فالأخير مقصور على المحل الذي وقع عليه وعلى الطرفين الذي وقع عليهما، ومن ثمَّ فإن أثر الصلح يكون مقصوراً على النزاع الذي تناوله، فعلى سبيل المثال إذا تصالح موصي له مع الورثة على وصية معينة، فإن الصلح لا يتناول إلا الوصية التي وقع النزاع بشأنها، فلا يشمل وصية أخرى للموصي له تظهر بعد ذلك؛ وذلك عملاً بمبدأ نسبية أثر عقد الصلح، فإن تعدى الصلح هذا المحل كان ذلك خروجاً عن نسبية أثر عقد الصلح من الناحية الموضوعية، كذلك هو الحال بالنسبة لأشخاص عقد الصلح، إذ إن الصلح لا يرتب نفعاً أو ضرراً لغير عاقديه، فإذا تصالح رب العمل مع المقاول مثلاً، فإن هذا الصلح لا يحتج به المهندس، ولا يحتج به عليه^(٣).

ومن ثمَّ فإن مخالفة هذه النسبية يجعل من عقد الصلح باطلاً لمخالفته للأثر (النسبي) الذي يقتضيه، وبالتالي يُعد الحكم المخالف لنسبية عقد الصلح قابلاً للطعن، وبالتالي فإن المحكمة يجب عليها أن تلتزم بنسبية التصرف أو الواقعة، وإلا كان حكمها قابلاً للنقض، وهذا يعد جوهر النسبية في القانون المدني. ونتيجة لما سبق، يمكن القول إن النسبية في القانون المدني من حيث الإخلال بها ترتب مسؤولية، ولكن هذه الأخيرة لا تكون على وتيرة واحدة، فهي تختلف فيما إذا كان الإخلال بالنسبية من أطرافها أو من الغير، وهذا طبعاً يكون من ناحية مصدر الإخلال، فهي تختلف من حيث طبيعتها فقد تكون مسؤولية عقدية أو قد تكون مسؤولية تقصيرية؛ وذلك بحسب الموضوع الذي جاءت به النسبية، كذلك إن النسبية في القانون المدني ترتب آثاراً قانونية عند تقريرها بغض النظر عن مصدر هذه النسبية سواء أكانت مقررة بنص القانون أم بموجب إرادة الأفراد أو إن الفقه والقضاء أقرها على وفق معطيات معينة، ومن بين هذه المعطيات تحقيق مصلحة الأفراد أو الاستقرار في المعاملات، إذ إنها تؤدي عمومًا إلى تضيق حكم النص أشخاصاً أو موضوعاً، أي

(١) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٤١٢) والمؤرخ في ٢٧/٢٠١٥، قرار منشور قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e بتاريخ الزيارة ١٥/٤/٢٠٢١.

(٢) د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزام، (المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة)، ط٢، بلا جهة ومكان طبع، ١٩٩٩، ص ٤٤١. أنظر كذلك د. حسام الدين الأهواني، مصدر سابق، ص ٣٣٠.

(٣) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج٥، مصدر سابق، ص ٥٩٢. أنظر كذلك د. أنور طلبية، العقود الصغيرة الصلح والمقاصة والوديعة، المكتبة القانونية، مصر، ٢٠١٢، ص ١١٧.

اقتصار حكم النص على بعض الأفراد أشخاصًا وموضوعًا، كما هو الحال بالنسبة إلى نسبية عيوب الحيازة أو نسبية أثر وقف التقادم فإن حكمها يؤدي إلى تضييقه على بعض الأفراد أي تضييقه أشخاصًا وموضوعًا، كما إنها تؤدي إلى نقض الحكم المخالف لها، فكما بينا سابقًا إنها تفرض التزامًا على عاتق المحكمة هو عدم الخروج عن نسبية تصرف أو واقعة قانونية وإلا كان حكمها قابلاً للطعن.

المبحث الثاني

إثبات النسبية وتحديد استثناءاتها في القانون المدني

تحظى مسألة إثبات النسبية في القانون المدني بأهمية كبيرة خصوصًا في الجانب العملي، الأمر الذي يحتم علينا بيان كيفية إثباتها سواء أكان ذلك في نطاق التصرفات أم الوقائع القانونية، إذ أن المشرع وهو يسن أو يشرع القواعد القانونية، فإنه يهدف من ذلك حتمًا إلى الاستقرار في المعاملات المالية حتى لا تتم الفوضى، ولكي لا يكسب شخص حقًا على حساب شخصٍ آخر، فضلًا عن ذلك ينوي من خلال هذا القانون (القواعد القانونية) تحقيق العدل والإنصاف للأطراف من حيث عدم حصول تجاوز وتعسف في استعمال الحق وهذا ما يتم حقيقة عن طريق إثبات نسبية تصرف أو الواقعة في نطاق القانون المدني، كما أن النسبية لها استثناءات ترد عليها عن طريق نص القانون أو بواسطة إرادة الأفراد بغض النظر عن عموميتها أو خصوصيتها فكل التزام عادة استثناء يرد عليه؛ بغية تحقيق مسوغ أو فائدة ما، وفي دورنا أن نسلط الضوء على هذه الاستثناءات وبيان ما إذا كانت تعد خروجًا عن النسبية في القانون المدني أم أنها تعد تطبيقًا لها؟ ولكي نوضح آلية إثبات النسبية واستثناءاتها، فإنه لا بد لنا من تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنتناول في المطلب الأول إثبات النسبية في القانون المدني، أما في المطلب الثاني فنخصصه لدراسة استثناءات النسبية في القانون المدني:

المطلب الأول

إثبات النسبية في القانون المدني

أن الإثبات عادة يتم عن طريق تقديم الدليل الذي يعزز صلة الحق بالشخص الذي يدعيه؛ لأن الحق إذا كان مجرداً من الدليل فإنه لا محال أن يصبح كالعدم، والحماية التي يقرها القانون لهذا الوضع القانوني الذي يعدّ عموماً وضعاً نسبياً تصبح حقيقة عديمة الجدوى إذا لم يستطيع مدعي الحق تقديم الدليل على أن الحق الذي يدعيه، أو الذي يطلب حمايته هو له، والنسبية شأنها شأن أي موضوع قانوني آخر لا بد من إثباته عن طريق أدلة الإثبات التي أوردها القانون العراقي والقوانين موضع المقارنة، بما يستلزم إثبات نسبية هذا الالتزام بغض النظر عن مصدر هذا الالتزام فيما إذا كان التصرف أو الواقعة القانونية، وبهذا فإن أدلة إثبات النسبية في القانون المدني عموماً لا تخرج عن الأدلة التي بيّنها المشرّع ونظمها بقواعد قانونية خاصة سواء أكانت قطعية أم ضمنية والتي تسهم بشكل كبير في استنباط الحكم القانوني المناسب، لما له من دور في تثبيت الحقوق أو نفيها في إطار النسبية، هذا ولغرض الإحاطة بموضوع البحث والدراسة، الأمر الذي يتطلب منا تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول منه إثبات نسبية التصرف القانوني، أما الفرع الثاني سنكرسه لدراسة نسبية الواقعة القانونية وكما يأتي :

الفرع الأول

إثبات نسبية التصرف القانوني

إن أدلة إثبات النسبية لا تخرج عن أدلة الإثبات المعروفة والتي تتبلور في الأدلة التحريرية والشفهية حسب الموضوع، أي بما يتوافق مع موضوع البحث، وبالنظر لتعدد تلك الحالات أو التطبيقات فإن أدلة إثبات نسبية التصرف القانوني تدور بين الأدلة المادية والشفهية واستناداً إلى ذلك لا بد لنا من تقسيم هذا الفرع على فقرتين سنتناول في الفقرة الأولى منه الأدلة التحريرية في إثبات النسبية، أما الفقرة الثانية منه فنخصصها لدراسة الأدلة الشفهية:

أولاً - الأدلة التحريرية (المادية)

حدّد المشرع عدة طرق للإثبات، من بينها الأدلة المادية مثل الكتابة والتي تعد هذه الأخيرة من أهم أدلة الإثبات في الوقت الحاضر سواء أكانت تلك الكتابة رسمية أمام موظف مكلف بخدمة عامة، أم أنها كانت كتابة عرفية، وهذا مع الاختلاف في درجة الحجية، إذ أن الكتابة الرسمية تكون أكثر حجية^(١). فعندما يقوم نزاع بين طرفين فيبدي أحدهما أنه طرف في تصرف أو التزام نسبي أو أنه مالك لشيء ما وأن تصرفاته الواقعة عليه صحيحة، فإن الأمر يتطلب منه إثبات ذلك سواء أكان ذلك عن طريق دليل قطعي أو ضمني الدلالة حسب كل حالة من حالات النسبية، فمثلاً نسبية أثر العقد بوصفه تطبيقاً من تطبيقات النسبية في القانون المدني يتم إثباته عن طريق الكتابة بواسطة العقد المبرم بين طرفي العقد أو عن طريق سند التملك إذ يعد هذا الأخير أقصر الطرق في الإثبات من ناحية، و يكون في الوقت نفسه دقيقاً وحاسماً لإثبات نسبية تصرف قانوني ما سواء أكان ذلك من حيث أطرافه أم من حيث الحق الذي يرد عليه من ناحية أخرى^(٢). ومن ثمّ فإن أدلة الإثبات المادية في إثبات نسبية التصرف القانوني تتبلور في سند التملك أو عن طريق الكتابة العرفية.

١- **سند التملك** : يعرف سند التملك بأنه سند يفيد الملكية بصدوره عادة من الخصم كما في حالة عقد البيع أو عقد الهبة أو غير ذلك من التصرفات القانونية، وذلك دون من اعتبار سواء كان ذلك قد صدر من المالك أو من غيره، فالغاية المرجوة منه هو إثبات وجود هذا التصرف ومن ثمّ من يريد إثبات نسبية تصرفه أن يقدم هذا السند، حيث يقع عبء إثبات هذا التصرف عن طريق سند التملك على المدعي، فالأخير هو الذي يدعي وجود تصرف نسبي، إذ أن الإثبات يقوم أصلاً على إقامة المدعي الدليل على ما يدعيه بالبرهان والحجة، فالدائن يجب عليه إثبات الالتزام النسبي بين الأطراف المتعاقدة^(٣). وهذا يعد تطبيقاً للقاعدة العامة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن يقدم دليلاً ضد نفسه إلا إذا كان ضرورياً للإثبات، أو أن المحكمة قد طلبت منه ذلك، وهذا ما جاء به قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل، في المادة (٥٣) منه لضمان حسن الفصل، إذ تنص هذه المادة على ((للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب أحد

(١) د. آدم وهيب الندوي، الموجز في قانون الإثبات، ط٢، المكتبة الوطنية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٦١، أنظر كذلك د. سكيل رقيه، محاضرات في مادة طرق الإثبات، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، (٢٠١٩ - ٢٠٢٠)، ص ٣٠.

(٢) وليد صالح نعمة عباس، أثبات حسن النية في القانون المدني (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة كربلاء، ٢٠٢١، ص ١٠١.

(٣) د. عادل حسين علي، الإثبات في المواد المدنية، ط١، مكتبة الشرق الأوسط للطباعة والنشر، بلا مكان ط، ١٩٩٦، ص ٤٢.

طرفي الدعوى تكليف الطرف الآخر بتقديم الدفتر أو السند الموجود في حيازة أو في تصرفه الذي يتعلق بموضوع الدعوى متى كان ذلك ضرورياً بالضمان حسن الفصل فيها))^(١).

وفي الاتجاه نفسه سار المشرع المصري من خلال نص المادة (٢٠) من قانون البينات المدنية والتجارية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ المعدل، والتي نصت هذه المادة على ((يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده: (أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته أو بتقديمه أو بتسليمه...))^(٢). أما القانون المدني الفرنسي فإنه لم يتضمن نصاً قانونياً بهذا المعنى حتى في التعديل الجديد للقانون المدني^(٣).

ومن ثمّ يستلزم إفراغ حق ثابت في ورقة رسمية أو هو ما يستفاد من ورقة محررة لإثبات عمل قانوني أو وقفة، فالورقة الرسمية الصادرة من أحد أطراف التصرف تعدّ دليلاً على هذا التصرف نسبياً بما يترتب من حقوق والتزامات في ذمة عاقيه فقط من دون أن يمتد إلى الغير، فعند إثبات نسبية أثر العقد مثلاً بأن آثاره تنصرف فقط إلى المتعاقدين وخلفهما العام والخاص يتم عن طريق تقديم العقد المبرم بين المتعاقدين كعقد البيع، أو عقد الإيجار، فمثلاً الأخير يعد من العقود ذات الأثر النسبي؛ إذ ينصرف أثر هذا العقد إلى المتعاقدين (المؤجر والمستأجر) من دون أن يمتد إلى الغير تطبيقاً إلى القاعدة القانونية التي تقضي بأن آثار العقد تسري بحق المتعاقدين وخلفهما العام والخاص^(٤).

وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها إذ قضت ((عقد الإيجار يقتصر أثره على الطرفين وخلفهما، فالمساكن ليس طرفاً في العقد ولو عاصرت

(١) ولا مقابل لهذه المادة في القانون البينات الأردني المرقم (٣٠) لسنة ١٩٥١. كذلك قانون البينات السوري المرقم (٣٥٩) لسنة ١٩٤٧ المعدل، ولا مقابل لها في القانون المدني الليبي.

(٢) المادة (٢٠) من قانون البينات المدنية والتجارية المصري.

(٣) أنظر بهذا الخصوص أحكام المواد (١٣٥٣ - ١٣٨٦) من القانون المدني الفرنسي الجديد، نقلاً عن د. محمد حسين قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٢٠، ص ٦٣.

(٤) د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الاسلامي)، ط٢، بلا جهة ومكان طبع، ١٩٨٨، ص ٥٣٨.

المساكنة بداية الإيجار ومن ثمَّ فإنَّ تعاقد المؤجر مع المساكن قبل انتهاء عقد الإيجار الأصلي أو فسخه واعتباره عقد ثاني هو عقد باطل بطلاناً مُطلقاً^(١).

يفهم من قرار هذه المحكمة أن هذا العقد الذي صدر من الطرفين يرتب آثاره في حقهما دون الغير، ومن ثمَّ فإنَّ بموجبه يتم إثبات نسبية التصرف من الناحية الشخصية كونه أحد أدلة الإثبات الكتابية ونتيجة لذلك فإن أدلة أثبات نسبية أثر العقد تتم عن طريق سند التملك الذي يبرم عادة بين طرفين (بائع ومشتري، واهب وموهوب له، الوكيل والموكل) وغيره من التصرفات القانونية وبهذا يرى جانب من الفقه القانوني أن العقد الذي يهيمن عليه مبدأ مهم وهو نسبية أثره الذي يقضي بانصراف آثاره إلى أطرافه فقط من حقوق والتزامات، إعمالاً لمبدأ استقلال الأفراد وضرورة احترام إرادتهم^(٢).

ومن ثمَّ فإنه تسري عليه القواعد العامة في الإثبات، فإذا ثار نزاع حول إن هذا الطرف داخل نطاق نسبية أثر العقد أو خارجها، يرجع فيه إلى العقد المبرم بينهما أو إذا كان لأحد الطرفين سنداً للتمليك، وبهذا يجب على المحكمة أن تبحث عن إرادة المتعاقدين، فقد ينصرف هذا الأثر إلى الورثة من دون أن يكون ذلك خروجاً عن نسبية أثر التصرف، إذ إن الفرد عندما يتعاقد بنفسه فإنه حتماً يتعاقد ضمناً لورثته، ويعلل الفقه القانوني هذا الرأي بقولهم إن المعاملات المالية لا تستقيم إذا كانت الحقوق والالتزامات المترتبة بين الأفراد تنقضي بوفاة أطرافها، إذ يؤدي ذلك إلى اضطراب المعاملات المالية وعدم استقرارها إذ إن المنطق والعدالة تقتضيان انتقالها إلى الورثة، ويجب عليهم إثبات نسبية تصرفهم بالكتابة، كسند التملك أو العقد؛ لأنهم يتقيدون بما يتقيد به المتعاقدون إذ أنهم يستمدون حقوقهم والتزاماتهم من سلفهم^(٣). وبهذا فإن أدلة إثبات نسبية التصرف القانوني تتم عن طريق السند الذي يحوزه أحد أطراف التصرف والتي يكون هذا السند عموماً في صيغة عقد ضمن شكل خاص يختلف باختلاف التصرفات القانونية.

(١) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (٤) والمؤرخ في ١٩٨٤/٣/٧، أشار إليه د. عبد الحكم فودة، النسبية والغيرية في القانون المدني، مصدر سابق، ص ١٨.

(٢) د. مصطفى محمد جمال، الوجيز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٩، ص ٢٩٥. أنظر كذلك د. مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد)، مصدر سابق، ص ١١٠ وما بعدها. أنظر كذلك د. حمدي عبد الرحمن، نظرية الحق، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٩، ص ١٩٨٢. د. مصطفى جمال، النظرية العامة في الالتزامات، ط ١، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ١٩٨٤، ص ٢٠١ وما بعدها.

(٣) د. عبد الحكم فودة، النسبية والغيرية في القانون المدني، مصدر سابق، ص ٧. أنظر كذلك برايك سوميه، الكتابة وسيلة لإثبات في النزاع المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة عبد الحميد، ٢٠١٩، ص ٢٠.

٢- الكتابة العرفية: تتحقق الكتابة العرفية عندما يقوم الطرفان اللذان انتقل بينهما الحق (البائع والمشتري...) بإعدادها سواء أكان ذلك بأنفسهم أم عن طريق كتاب من أجل تصرف قانوني ما، ويتم توقيعها عن طريقهم، أي من المتعاقدين والشهود في بعض الأحيان إن وجدوا وهذا يتم من دون تدخل من موظف عام، من أجل أن تكون هذه الورقة دليل إثبات وقد نص قانون الإثبات العراقي على ذلك وأطلق عليها (السندات العادية)، وذلك عن طريق نص المادة (٢٥) والتي تنص على ((يعتبر السند العادي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة أبهام))^(١).

وهذا ما أشار إليه المشرع المصري في نص المادة (١٤) من قانون البينات المدنية والتجارية المصري والتي تنص على ((يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء ...)). وفي الصدد نفسه أشار وإلى ذلك القانون المدني الفرنسي من خلال نص المادة (١٣٧٢) والتي تنص على ((يكون المحرر العرفي المعترف به من قبل الطرف الذي يحتج به تجاهه أو المعترف قانوناً معترفاً به تجاهه، حجية بين الذين وقعوه وتجاه ورثتهم وخلفائهم)).

إذ إن أغلب التصرفات القانونية يتم إثباتها عن طريق المحرر العرفي، لأسباب عدة من أهمها، قد يكون هناك مانع أدبي يحول دون إبرام تصرف بموجب عقد رسمي، أو يكون سبب ذلك قلة الخبرة القانونية، أو بسبب إرادة المتعاقدين؛ لأن طبيعة التصرف تقتضي ذلك، فمثلاً الصورية النسبية بوصفها تطبيقاً من تطبيقات النسبية في القانون المدني، فإن إثبات العقد الصوري (النسبي) بين المتعاقدين والخلف العام حصراً، يقع على عاتق المتمسك به، ويجب عليه إثبات وجود العقد المستتر الذي يريد التمسك به فإن لم يستطع إثبات ذلك فإن العقد الظاهر هو الذي يعمل به؛ لأن الذي ينفذ بين المتعاقدين هو العقد الحقيقي لا العقد الظاهر وعلى من يتمسك منهما به تقع عليه عبء إثباته تطبيقاً للقواعد العامة^(٢). وقد بيّن القانون المدني العراقي و القوانين محل المقارنة كيفية إثبات العقد الصوري (النسبي) خصوصاً بين المتعاقدين، إذ أوجب

(١) وتقابلها نص المادة (١١) من قانون البينات الأردني والتي تنص ((من أحتج عليه بسند عادي وكان لا يريد أن يعترف به، وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع. أو ختم أو بصمة أصبع وإلا فهو حجة عليه بما فيه)). ونفس المعنى تضمنته نص المادة (١٠) من قانون البينات السوري، ونص المادة (١٨١) من القانون المدني الليبي.

(٢) د. حسين رجب محمد مخلف الزبيدي، قواعد الترجيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى (دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة السنهوري، بلا مكان طبع، ٢٠١١، ص ١٤٦ وما بعدها.

القانون إثباته بموجب الكتابة فقط سواء أكان بموجب سند رسمي أم عرفي، وبهذا الصدد أفرد الواقع العمل آلية معينة للإثبات، فالعقد الظاهر الذي يتم بين طرفي التعاقد يكون إثباته بموجب سند رسمي، أما العقد الحقيقي فإنه عادة ما يكون بشكل عقد صوري عرفي أي بسند عادي، ومن ثمَّ فإنه يجب إثباته عن طريق الكتابة أو ما يقوم مقامها، لأنه لا يجوز إثبات العكس، أي عكس الكتابة إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها، إلا إذا كان هناك غش أو تحايل على أحكام القانون فيجوز في هذه الحالة الإثبات بطرق الإثبات المشروعة كافة قانوناً وهذا ما يجب العمل به إذا كان العقد الظاهر مكتوباً، أما إذا كان غير مكتوب وكانت قيمة الالتزام (العقد) لا تزيد عن خمسة آلاف دينار عراقي، فإنه في هذه الحالة يجب إثباته بجميع طرق الإثبات وهذا ما أشارت إليه محكمة تمييز العراق^(١).

ومن ثمَّ يتضح لنا أن إثبات الصورية النسبية كونها تعد تطبيقاً من تطبيقات النسبية في القانون المدني تتم عن طريق المحررات الرسمية أو العادية شريطة التمسك بها من أحد المتعاقدين أو من خلفهما العام، فعلى الإثبات يقع على الشخص المتمسك بصورية العقد، وقبل بيان الأدلة الشفهية لإثبات النسبية في القانون المدني فإنه من الجدير بالذكر هنا هو إن الأدلة المادية في إثبات نسبية التصرف القانوني تحتل أهمية كبيرة، لأنه في الغالب تكون ذات دلالة قطعية، كما إن أغلب حالات النسبية تثبت عن طريقها، كنسبية أثر العقد، أو نسبية الحق الشخصي التي تتم عن طريق إثبات مصدر هذا الحق سواء أكان تصرفاً أم واقعة قانونية.

ثانياً - الأدلة الشفهية (المعنوية)

من المعلوم أنه قد يتعذر الحصول على دليل يثبت بواسطة تصرف قانوني ما، خصوصاً إذا كان هذا الدليل مادياً، ففي حالة تعذر الحصول على هذا الدليل أفرد القانون عموماً أدلة أخرى يثبت من خلالها وجود تصرف قانوني يتم عن طريقه إثبات نسبية هذا التصرف، وهذه الأدلة تتمثل في الشهادة في أحوال معينة، وكذلك قد تكون المعاينة أو الخبرة القضائية...^(٢). وهذا ما سوف نتناوله وكما يأتي :

(١) أنظر قرار محكمة تمييز العراق، المرقم (٩٥٥) والمؤرخ في ١٧/٢/١٩٥٥، أشار إليه د. حسين رجب محمد مخلف الزبيدي، مصدر سابق، ١٤٨.

(٢) المحامي عبد الرحيم عبد الجبار، مرشد المحامي بالدفع والإثبات، ط١، بلا جهة طبع، بيروت، لبنان، ٢٠١٩، ص ٢٢.

١- **الإثبات بالشهادة** : للإثبات بشهادة الشهود قوة محددة في نطاق التصرفات القانونية، فالأصل كما بيّنا سابقاً إن الإثبات يكون بدليل كتابي يبيّن عن طريقه تصرف قانوني ما لتثبيت حق أو نفيه بين شخصين تربطهم علاقة قانونية، فللشهادة دورٌ مهمٌّ في الإثبات، خصوصاً إذا كانت الواقعة المراد إثباتها هي واقعة مادية^(١). إذ إن المشرع وضع قاعدة عامة في إثبات التصرف القانوني عن طريق الشهادة وهي عدم جواز إثبات التصرف القانوني بالشهادة، إذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد عن خمسة آلاف دينار إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون وهذا ما نصت عليه المادة (٧٧/أولاً) من قانون الإثبات العراقي والتي تنص على ((يجوز إثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة إذا كانت قيمته لا تزيد عن خمسة آلاف دينار (...)).

وما يهمننا في هذا المجال هو بيان إثبات نسبية التصرف القانوني عن طريق الشهادة، فكثيراً ما يحدث في الواقع العملي إبرام تصرفات قانونية بصورة شخصية بين طرفين ثم يستمر الأمر هكذا، وبعد مدة زمنية قد تطول أو قد تقصر، يتملص أو يتقاعس أحد الطرفين، عن تنفيذ التزامه، وعندما يدعي الطرف المقابل عدم تنفيذ التزامه، فإنه يجب عليه إثبات وجود تصرف قانوني أولاً ومن ثم إثبات اخلاله بالتزامه، وهذا يؤدي بدوره إثبات نسبيته، كما هو الحال في إثبات نسبية الحق الشخصي، فعندما يطالب الدائن مدينه بتنفيذ التزامه وهو تسديد الدين فإنه يجب عليه تقديم سند الدين بحيث يجب أن يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب النفاذ^(٢). وفي حالة عدم وجود هذا السند، فللدائن إثبات تصرفه عن طريق شهادة الشهود في أحوال معينة^(٣). حتى يتمكن الدائن من مطالبة مدينه ومن ثمّ الاحتجاج عليه وحده دون غيره، وبهذا يتضح لنا أن إثبات هذا الحق هو في الأصل إثبات نسبيته من الناحية الشخصية والموضوعية على حد سواء.

٢- **الإثبات بالأدلة الأخرى** : مما لا شك فيه إن أدلة الإثبات لا تقتصر على المحررات بنوعها الرسمية والعرفية، وإنما تكون هناك أدلة غيرها وإن كانت أقل منها حجية، إذ يستعين بها القضاء في بعض الأحيان لإكمال قناعته وهذه الأدلة قد تكون الإقرار أو

(١) د. عبد الباسط جاسم محمد ، المختصر المفيد في شرح قانون الإثبات العراقي، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية ، ٢٠١٩، ص ٤٣.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ١٩.

(٣) د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بلا جهة طبع، ١٩٨٤، ص ١٩٤. أنظر كذلك د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ١٩٨، وما بعدها.

اليمين أو القرينة القضائية أو الخبرة وغيرها من أدلة الإثبات المعروفة، وهذه الأخيرة يثبت عن طريقها نسبية الالتزامات المدنية، فمثلاً نجد نص المادة (١٢٨) من القانون المدني المصري والتي تنص على ((إذا صدر الإكراه من غير المتعاقد فليس للمتعاقد المكره أن يطالب بإبطال العقد ما لم يثبت إن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا الإكراه)).

وكما بينا سابقاً أن هذا العيب يُعدُّ من عيوب الرضا التي تفسد الإرادة، إذ إن الفقه القانوني قد أقر بنسبية هذا العيب، فإن إثباته هو إثبات واقعة مادية، وهذا ما قضت به محكمة تمييز العراق إذ قضت ((إن المتعاقد المكره لا يمكنه الاحتجاج بالعقد المكره عليه إلا في مواجهة المتعاقد الآخر الذي يكون طرفاً في الرابطة العقدية، فإن إثبات هذا الإكراه يعتبر إثباتاً لواقعة مادية تثبت بكل طرق الإثبات سواء كانت أدلة مادية أو معنوية))^(١). فإذا ادّعى المتعاقد أنه وقع في إكراه صدر من الغير، فإن المحكمة تطلب إدخال هذا الشخص طرفاً ثالثاً إسناداً إلى المدعي أو المدعى عليه، فإن أقرَّ الغير بأنه استعمل طرفاً احتيالية وقعت الطرف الآخر في دائرة التعاقد فإن هذا العيب يثبت، وإذا امتنع عن الإقرار بأنه استعمل طرفاً احتيالية وقعت أحد الطرفين في الالتزام، فالمحكمة هنا توجه اليمين الحاسمة كونها تعد مسألة قانونية^(٢).

ومن التطبيقات القضائية بهذا الخصوص هو قرار محكمة تمييز العراق والذي قضت به ((إذا وجد إن المميز يدعي بأن المدعى عليه قد أكره على توقيع، وقد صرف المبلغ المدعى به بناءً على موافقته، فكان على المحكمة إن تسير في الدعوى وتسمع للأقوال، فإن أقر هؤلاء بحصول الإكراه سواء أكان من الغير أو من المتعاقدين فإنه يجب العمل بهذا الإقرار الذي يثبت به الإكراه الحاصل على أحد طرفي العقد، وإلا فإن المحكمة تمنح المدعي المتعاقد المكره توجيه اليمين الحاسمة حول ذلك))^(٣). فعبء الإثبات بالنسبة لهذا العيب يقع على المتمسك بالإكراه الصادر من الغير وهذه تُعدُّ مسألة

(١) قرار محكمة تمييز العراق (١٥٤٨) والمؤرخ في ١٢/١/١٩٦٣، أشار إليه، د. حسين رجب محمد مخلف الزبيدي، مصدر سابق، ص ١٣٢.

(٢) د. محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٠، ص ٣١٣، انظر كذلك حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص ١٠٢، أنظر كذلك د. حسين رجب محمد خلف الزبيدي، مصدر سابق ص ١٣٨ وما بعدها.

(٣) قرار محكمة تمييز العراق المرقم (٩٥٩) والمؤرخ في ١٢/١/١٩٦٠ أشار إليه د. عبد العزيز السهيل، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، ط١، مطبعة دار التضامن للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٦٣، ص ١٣٨.

موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع^(١). ومن ثم فإن نسبية عيب الإكراه تثبت عن طريق الإقرار الحاصل من الغير أو باليمين، ولكن هذا لا يغني عن أدلة الإثبات الأخرى، فقد تثبت النسبية عن طريق الخبرة القضائية أو المعاينة، كما هو الحال عند إثبات نسبية تقسيم الأشياء إلى مثالية وقيمية، أو تقسيم حقوق الارتفاق إلى ظاهر أو خفي، فكما بينا سابقاً إن الأشياء المثالية هي الأشياء التي يقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء وتقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو بالقياس أو الكيل أو الوزن، وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمي^(٢).

إذ إن التقسيم الذي أورده المشرع للأشياء من الناحية المثالية والقيمية هو تقسيم نسبي سواء أكان ذلك بسبب إرادة المتعاقدين أو بسبب طبيعة هذه الأشياء، وتأسيساً على ذلك فإن إثبات فيما إذا كان هذا الشيء مثلياً أو قيمياً يرجع في الأصل إلى طبيعته أو إلى نية طرفي العلاقة العقدية^(٣). وفي حالة حصول نزاع حول طبيعة هذا الشيء بأنه شيء مثلي أو قيمي فإن المحكمة تثبت ذلك عن طريق الخبرة القضائية لأن الأخيرة تعد من أهم أدلة الإثبات المعروفة^(٤).

ومن التطبيقات القضائية المعروفة في إثبات نسبية تقسيم الأشياء إلى مثالية والقيمية هو قرار محكمة التمييز الاتحادية الذي قضت من خلاله محكمة التمييز ((أن الذهب يعد من الأشياء المثالية التي يقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء، ولكن المدعية طلبت مهرها المؤجل بالدينار العراقي كون الذهب على حد اعتقادها أصبح شيء قيمي في ذلك الوقت نتيجة لارتفاع سعر الدينار العراقي ولحصول الخلاف بين المتداعين قررت المحكمة انتداب خبراء لإثبات ذلك، وحيث إن تقرير الخبراء جاء مطابقاً لقرار محكمة التمييز فالذهب يُعد من الأشياء المثالية التي يقوم بعضها مقام البعض الآخر بغض النظر عن قيمته وإن كانت قيمة الذهب في ذلك الوقت عالية نتيجة لارتفاع سعر الدينار العراقي))^(٥). فالعبرة تتبلور وجوداً وعدمًا مع طبيعته بالمرتبة الأولى ونية المتعاقدين بالمرتبة الثانية، ولذلك عُدَّ تقسيم الأشياء إلى مثالية وقيمية تقسيماً نسبياً، كذلك

(١) د. محمد فتح الله النشار مصدر سابق، ص ٣١٥.

(٢) د. هند إبراهيم، الأشياء المثالية والقيمية في القانون المدني السوري، مقال منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنت)، وعلى الموقع المتاح www.mohamah.net، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/١٩.

(٣) د. شاكر حسن هادي، عقد بيع الأشياء المستقبلية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، ٢٠١٥، ص ٣٧٤.

(٤) أنظر بهذا الخصوص المواد (١٣٢ - ١٤٦) من القانون الإثبات العراقي.

(٥) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٨٦٧) والمؤرخ في ٢٠١٢/٦/١٢، أشار إليه القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ج ١، مصدر سابق، ص ٧٧، وما بعدها.

هو الحال بالنسبة إلى أثبات حقوق الارتفاق الظاهرة و الخفية والتي يتم إثباتها عن طريق الخبرة القضائية، فكما هو معلوم أن هناك مظاهر مادية تدل دلالة واضحة على هذا الحق (كحق المرور أو حق الشرب أو حق المجرى فإن حق الارتفاق يكون ظاهرًا^(١)).

وفي المفهوم المخالف له يكون حق الارتفاق خفيًا إذا لم تكن هنالك وسائل مادية تدل عليه وفي حالة حصول نزاع على ذلك، فعلى المحكمة أن تثبت ذلك أما عن طريق الخبرة القضائية أو عن طريق المعاينة التي يجريها القضاء بنفسه، وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الاتحادية، في قرار صادر لها، حيث تتلخص وقائع هذا القرار في ((أنه هناك أرض زراعية لم تصلها المياه لغرض ريها أو سقيها وأدعى الشخص إن لها على الأرض المجاورة لها حق ارتفاق وهو حق مجرى ماء وهذا المجرى عبارة عن أنابيب مدفونة تحت الأرض فالمحكمة قررت بهذا الخصوص ندب بعض الخبراء القضائيين لغرض إثبات دعوى المدعي))^(٢).

وعلى أساس ذلك، يمكن القول إنه بالنظر إلى تعدد حالات النسبية في القانون المدني فإنه مما لا شك فيه تتعدد فيه أدلة إثباتها، فكما بيّنا سابقًا أن إثبات التصرف القانوني من حيث الوجود هو بحد ذاته إثبات لنسبيته، وتماشياً مع ذلك رأينا أن إثبات نسبية التصرف القانوني تكون بواسطة أدلة مادية (تحريرية)، أو عن طريق أدلة شفوية (معنوية)، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على كثرة حالات النسبية والتي تختلف أدلة إثباتها من تطبيق إلى آخر بحسب ما يتوافق مع موضوع البحث والدراسة.

(١) حساني محمد شعبان، حق الارتفاق طبقاً للقواعد العامة، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٣٧ وما بعدها.
(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٦٦٣) والمؤرخ في ٢٠٠٩/٤/١٩، أشار إليه القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ج ٤، مصدر سابق، ص ٤٥١ وما بعدها.

الفرع الثاني

إثبات نسبية الواقعة القانونية

في واقع الأمر أن الواقعة القانونية عبارة عن أحداث معينة يقرها القانون ويرتب عليها نشوء حق معين فتصبح هذه الواقعة مصدر للالتزام، وهذا ما نصت عليه المادة (١١٠٠) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على ((الوقائع القانونية هي أفعال أو أحداث يرتب عليها القانون آثارًا قانونية)). فقد ينشأ الحق ليس استناداً للقانون مباشرة، كما هو الحال في مجال التصرفات القانونية سواء أكان ذلك بالإرادة المشتركة (العقد) أم بالإرادة المنفردة، بل استناداً إلى واقعة قانونية، وما يهمننا في هذا المجال هو إثبات نسبية الواقعة القانونية في إطار موضوعات النسبية في القانون المدني، ومن هذا المنطلق تعد الواقعة القانونية محلاً للإثبات، حيث تعد سبباً منشئاً للحق المدعى به^(١).

فالواقعة من حيث الإثبات حقيقة تكون أسهل، مقارنة بإثبات التصرفات القانونية؛ لأن التصرفات القانونية لا يجوز إثباتها إذا تجاوزت النصاب المعين الذي حدده القانون، أما الواقعة القانونية تثبت بكل طرق الإثبات سواء أكان ذلك بالكتابة أم بغيرها^(٢). لأن إثبات الواقعة ما هو في الأصل إلا إظهاراً للحقيقة، أي إظهار حقيقة ما يدعي به الشخص^(٣). وذلك حرصاً من المشرع، لكي لا تنشأ حقوق على حساب حقوق أخرى من جهة، ولانتظام سير العمل في المحاكم أو لتحقيق مصلحة ما من جهة أخرى، وفي مقابل ذلك فإن الأمر يستلزم توافر شروط معينة لإثبات الواقعة القانونية من أهمها، أن تكون الواقعة محددة، ومتنازعا فيها، وممكنة الوقوع باعتبار أن الواقعة القانونية تثبت بطرق الإثبات كافة، الأمر الذي يتحتم علينا بيان تلك الطرق أو الأدلة من خلال تقسيم هذا الفرع إلى فترتين وكما يأتي :

أولاً - أدلة الإثبات المادية

مما لا شك فيه إن الواقعة القانونية قد تثبت عن طريق الأدلة المادية (التحريرية) المتمثلة بالمحررات الرسمية والعرفية المدونة من طرفي العلاقة القانونية، فمثلاً إثبات

(١) د. رضا المزغني، أحكام الإثبات، ط١ معهد الإدارة العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ١٩٨٦، ص ٦٠.

(٢) د. عبدالله عبد الخياري، مدى جواز آثبات الواقعة قانوناً في القانون اليمني والفقهاء الاسلامي (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة الدراسات الاجتماعية العدد (٤٠)، ٢٠١٤، ص ١٠٣.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، ط٣، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، ١٩٥٥، ص ٣٠.

نسبية الحيازة العرضية، من كونها تعد من تطبيقات النسبية في القانون المدني إذ إن من المقرر قانوناً أنه يجوز إثبات الأفعال المؤدية إلى الحيازة أو المكونة لها بطرق الإثبات كافة بما فيها البيّنة، ويجوز للخصم كذلك أن يثبت عكس ذلك بأدلة الإثبات المعروفة، فالحيازة العرضية للعين المؤجرة تثبت عن طريق العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر لكون حيازة الأخير حيازة نسبية (عرضية) فهو يحوز العين المؤجرة مدة من الزمن ويرجعها إلى مالكة، فعقد الإيجار يثبت من خلاله الحيازة النسبية^(١).

فعقد الإيجار يدل دلالة قاطعة على أن حيازة هذا الشخص حيازة عرضية (نسبية) وإثبات عقد الإيجار يخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإثبات العراقي، على الرغم من إن المشرع العراقي عُدَّ الحيازة قرينة على وجود الحق الشخصي أو العيني الذي يستند إليه الحائز في حيازته حتى يقوم الدليل على العكس من ذلك^(٢). إلا إذا كانت العين المؤجرة مخصصة لأغراض السكنى فتثبت من خلال سند عقد الإيجار، وهذا ما نصت عليه المادة (٤/٧) من قانون إيجار العقار رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٠، المعدل لقانون إيجار العقار المرقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ والتي تنص على ((أ- على المؤجر والمستأجر تحرير عقد الإيجار كتابة وإيداع نسخة منه لدى ضريبة العقار ومكتب المعلومات أو مركز الشرطة عند عدم وجود المكتب في مدة لا تتجاوز (٣٠) يوم من تاريخ إيداعه)).

وإذا لم يحزر عقد الإيجار أو لم تودع نسخة منه على وفق البند (أ) من المادة المذكور أعلاه ومضت على ذلك سنة كاملة على عقد الإيجار وإشغاله من المؤجر من دون منازعة تحدد من المالك، فإن للمستأجر إثبات ذلك بجميع طرق الإثبات^(٣). بما في ذلك الشهادة^(٤). وتفسيراً لذلك يمكن القول إن إثبات عقد الإيجار المبرم بين طرفي العلاقة القانونية يثبت عن طريقه نوع الحيازة كون حيازة المستأجر، حيازة عرضية (نسبية) ومن خلال هذا السند (الرسمي أو العرفي) تثبت نسبيته لماله من أهمية واضحة؛ كون حيازة الأخير لا يمكنها أن تكسبه حق ارتفاق أو تملكه للعين بالتقدم عن

(١) د. حسن محمد كاظم، مصدر سابق، ص ١٢.

(٢) للمزيد أنظر المواد (١١٤٨ - ١١٥٧ - ١١٦٣) من القانون المدني العراقي.

(٣) د. نجلاء محمود فوزي، أثبات عقد الإيجار، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، مجلد (١٢) عدد (٣٤)، ٢٠١٠، ص ١٤.

(٤) قرار محكمة استئناف نينوى الاتحادية رقم (٣٨١٩) والمؤرخ في ٢٠٠٦/٩/٦، غير منشور والذي جاء فيه ((استنادا الى نص المادة (٤/٧) من قانون ايجار العقار فقد استمعت المحكمة الى اقوال الشهود التي احضرها المدعي عليها لإثبات دفعهما، كما استمعت لأقوال الشهود التي حضرتهن المدعية...)).

طريق حيازته؛ لأن سند الحيازة العرضية يتضمن اعترافاً من جانب الحائز العرضي بحق الحائز الحقيقي، وعلى ضوء هذا السند عُدَّت هذه الحيازة حيازة نسبية (عرضية). كذلك هو الحال بالنسبة إلى عقد الوكالة، إذ تعد حيازة الوكيل حيازة عرضية والتي لا يجوز بموجبها للوكيل أن يكسب ملكية موكله بوضع اليد عليها مهما طال الزمن لأنه وضع يده بهذه الصفة تنديفي معهُ نية التملك، وهذا ما جاءت به محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر لها إذ قضت ((ليس للزوج الذي يكون واضعاً يده على عقار الزوجة بصفة مديرًا أو وكيلًا لإعمالها أن يمتلك العقار بوضع اليد خلال المدة الطويلة لعدم وجود نية التملك))^(١).

كذلك هو الأمر في إثبات حسن النية، كون الأخيرة تعد من تطبيقات النسبية في القانون المدني، باعتبارها مبدأ يكمن في النفس؛ لذلك فهي مرتبطة بذات النفس، فهي من الأمور الخاصة بأصحابها، ولا يمكن تقدير هذا المبدأ إلا من خلال الرجوع إلى ذات الشخص، أو عن طريق النظر إلى الظروف التي وقع بها، فنسبية حسن النية تكمن في إن الأخيرة تختلف من شخص إلى آخر حسب طبيعة الشخص، والتعامل السائد، والظروف الداخلية والخارجية التي تحيط بالشخص، لذا لا يمكن وصف شخص ما بأنه حسن النية إلا إذا رجعنا إليه، أو إذا تبين من الفعل الذي قام فيه بأنه حسن النية أو سيئ النية، ولكن على الرغم من ذلك فإنه يتم إثباتها بواسطة السجل العيني (السجل العقاري) في بعض الأحوال، إذ يتم تسجيل التصرفات القانونية الواقعة على العقار من ناحية، وكذلك الأحكام القضائية الحائزة درجة البتات الواردة على الحقوق بنوعيتها الأصلية والتبعية من ناحية أخرى^(٢).

وعلى ضوء ذلك فإن من يدعي بأنه حسن النية وأن الملك عائد له، ففي هذه الحالة حصراً تتم مخاطبة (دائرة التسجيل العقاري)، وذلك لإثبات صحة السند؛ لأن من أهم الواجبات التي تقع على كاهل الدائرة الأخيرة هو حماية وتنظيم الملكية العقارية في الوقت نفسه، وإن القيد المثبت في السجل العقاري يُعدُّ حُجَّةً على الناس بما دُون فيه والتي يثبت عن طريقه حسن نية المدعي بالملكية، وهذا يعد أكثر وضوحاً عند إمعان

(١) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (١٨٧٣) والمؤرخ في ١٩٩٢/٧/٢٠ أشار إليه، د. أشرف أحمد عبدالوهاب و د. إبراهيم سيد أحمد، الحيازة وإسقاطها في ضوء آراء الفقه والتشريع وأحكام القضاء، ط١، دار العدالة للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، ٢٠١٨، ص ١٨.

(٢) وهذا ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري المرقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل والتي نصت هذه المادة على ((تختص دائرة التسجيل العقاري بتسجيل التصرفات العقارية والأحكام القضائية الحائزة درجة البتات...)).

النظر في أحكام المادة (١٠) من قانون التسجيل العقاري والتي تنص على ((تعتمدُ السجلات العقارية وصورتها المصدقة وسنداتها لإثبات حق الملكية وتعتبرُ حجة على الناس كافة ما لم يطعن فيها في التزوير...)). ومن الجدير بالذكر أن إثبات حسن نية المدعي عن طريق السجل العقاري على أساس أن الأخير من أدلة الإثبات المادية لإثبات حسن النية، وهو نظام انفرد به المشرع العراقي^(١). ففي مصر مثلاً، على الرغم من إقراره بقانون رقم (١٤٢) لسنة ١٩٦٤ إلا أنه لم يَرِ النور ولم يأخذ حيزاً من التطبيق^(٢).

وهكذا يتبين لنا أن إثبات حسن النية كونها من تطبيقات النسبية في القانون المدني يمكن إثباتها في بعض الأحيان عن طريق السجلات العقارية (العينية) والتي تعد من أدلة الإثبات المادية، كذلك الأمر، إن حسن النية ترد على التصرفات والوقائع القانونية على حد سواء وتختلف طرق إثباتها باختلاف الموضوع الذي تتناوله أو الذي ترد عليه. ويقع عبء إثباتها على من يدعي حسن نيته سواء أكان المدعي الذي يثبت حسن النية، أم المدعي عليه الذي يتمسك هو الآخر بحسن النية^(٣). وبهذا يختلف عبء الإثبات بحسب كل حالة وحسب صفة الخصم. وانطلاقاً مما سلف، يمكن القول إن الحيازة النسبية وكذلك حسن النية قد يتم إثباتها عن طريق أدلة مادية أو معنوية بما يتوافق مع الحالة التي تعالجها.

ثانياً - الإثبات بالأدلة الأخرى

قد يحدد المشرع طريقاً معينة ينتهجها شخص معين عند توافر صفة معينة فيه، سواء أكان هذا الشخص مدعي أم مدعى عليه فمن يدعي حقاً في حالة تثبيته أو دفعه بواسطة أدلة الإثبات، وكما بيّنا سابقاً إن الواقعة القانونية كونها مصدر من مصادر الالتزام، فإنها تثبت حتماً بجميع أدلة الإثبات، خصوصاً الشفهية (غير مباشرة) كالمعينة، والقرائين، والخبرة، والإقرار، والأحكام القضائية... وغيرها من أدلة الإثبات، فمثلاً نسبية أثر وقف التقادم تثبت عن طريق المطالبة القضائية التي تقدم إلى القضاء، فعند إجراء الأخيرة والتي تؤدي إلى قطع التقادم؛ فإن تحقيق ذلك يتم عن

(١) وليد صالح نعمة عباس، مصدر سابق، ص ٩٩.

(٢) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية، (أحكام حق الملكية)، ط ١، مطبوعات جامعة الكويت، ج ١، ١٩٩٠، ص ٧٧.

(٣) د. جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام ط ١، مكتبة الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة، ٢٠١٣، ص ٣١٣.

طريق حكم قضائي حائز درجة البتات نتيجة للمطالبة القضائية (الدعوى القضائية)، وهذه الأحكام عدها المشرّع من طرق الإثبات ويبدو هذا أكثر وضوحاً عند مراجعة نص المادة (١٠٥) من قانون الإثبات العراقي والتي تنص على ((الأحكام الصادرة من المحاكم العراقية والتي حازت درجة البتات تكون حجية بما فصلت فيه من الحقوق إذ اتحدت أطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلاً وسبباً))^(١).

فالأحكام القضائية تعد دليلاً من أدلة الإثبات، فعند وقف التقادم من بعض الورثة عن طريق المطالبة القضائية، تثبت نسبية أثر وقف التقادم من كون حكمه يسري في مواجهة المطالب بحقه دون غيره وإن اتحد معه في السبب ووحدة الموضوع، فإن كان الورثة على سبيل المثال أكثر من ثلاثة أشخاص وقام أحد الورثة بالمطالبة القضائية وأدى ذلك إلى وقف التقادم سواء كان ذلك بدون عذر أثناء المدة المقررة للتقادم أو مع العذر بعد المدة المقررة للتقادم، فالحكم الصادر بالدعوى يسري في حق المطالب الذي صدر الحكم لمصلحته، وهذا يبدو أكثر وضوحاً عند إمعان النظر إلى نص المادة (٤٣٦) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين موروثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين))^(٢).

فإذا ترك البعض من الورثة على الرغم من أن تركهم للدعوى يتوافر العذر الشرعي، كأن يكون صغيراً أو محجوراً أو ليس له ولي أو كان غائباً في بلاد أجنبية نائية، فإن المحكمة تقبل دعواه وتصدر حكماً قانونياً يقف التقادم عن طريقه بناء على دفع الشخص الذي له مصلحة، بغض النظر فيما إذا كان مدعياً أو مدع عليه (دائماً أو مديناً) بحيث أن هذا الدفع لا ينتج إلا في حق من تمسك فيه، وإلى الوقت الذي يتوافر فيه سببه من ذلك عُدَّ أثره نسبياً^(٣).

(١) وتقابلها بذات المعنى نص المادة (١/٤١) من القانون اللبناني الأردني والتي تنص على ((الأحكام التي حازت الدرجة القطعية تكون حجة بما فصلت فيها من حقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه القوة إلا في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بالحق ذاته محلاً وسبباً)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (١٩٠) من قانون البينات السوري، ونص المادة (١/٣٩٣) من القانون المدني الليبي.

(٢) وتقابلها نص المادة (٤٥٧) من القانون المدني الأردني، ولا مقابل لها في القانون المدني السوري وكذلك القانون المدني الليبي.

(٣) د. رمضان أبو السعود، مصدر سابق، ص ٣٤٢، أنظر كذلك، ميسون زهوسن، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة، رسالة ماجستير، جامعة الأخوة منتوري، كلية الحقوق، ٢٠٠٦-٢٠٠٧، ص ٦٦.

ونتيجة لذلك، فإن أثر وقف التقادم على أساس ما يربّته من أثر يكون نسبياً فإن إثباته يكون عن طريق الأحكام القضائية الحائزة درجة البتات، والتي تصدر بناء على طلب الشخص في أثناء مدة التقادم وبعدها بتوافر العذر، كذلك هو الحال بالنسبة إلى إثبات سبب الانقطاع المدني للتقادم الذي ينقطع من خلال الإقرار وكذلك المطالبة القضائية، وهذا ما أشارت إليه المادة (٤٣٨) من القانون المدني العراقي والتي تنص ((١- تنقطع أيضاً المدة المقررة لعدم سماع الدعوى إذا أقر المدين بحق الدائن صراحة أو دلالة ما لم يوجد نص بخلاف ذلك . ٢- ويعتبر المدين قد أقر دلالة بحق الدائن إذا هو ترك تحت يده مالا مرهوناً بالدين رهن حيازة))^(١). وحيث إن الإقرار يعد من أدلة الإثبات التي يثبت عن طريقها التصرفات والوقائع القانونية^(٢).

وبهذا فإن إقرار الشخص أمام القضاء يُعد دليلاً منه فهو تعبير محض عن إرادته، وله حجّية قاصرة عليه؛ لأن إقرار المدين في هذه الحالة يعد تنازلاً عمّا انقضى من مدة وتبدأ بعد ذلك مدة جديدة من تاريخ هذا الإقرار، ومن دون شك أن هذا الأخير تنقطع به مدة التقادم بغض النظر عن شكله أو صورته وقوعه ويُعدّ من حيث الأصل دليلاً كافيّاً يستند عليه القضاء لإصدار حكم ينقطع عن طريقه التقادم، وفي هذا قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار صادر لها، إذ قضت عن طريقه ((إن الإقرار بالحق صراحة أو دلالة والذي تنقطع به مدة التقادم أي المدة المقررة لسماع الدعوى بمقتضى نص المادة (٤٣٨) من القانون المدني وما دفعه وكيل المدعي ضده المقر بالتقادم باللائحة التمييزية لم يكن أقر بالحق الذي يؤثر على دفعه بالتقادم))^(٣).

وبالاتجاه نفسه سار القضاء المصري في قرار صادر له إذ عدّ إقرار المدين دليلاً قاطعاً بخصوص انقطاع التقادم، إذ قضت محكمة النقض المصرية بأن ((إقرار المدين بحق الدائن صراحة أو ضمناً ينقطع التقادم والفصل فيه هو فصل بمسالة

(١) وتقابلها نص المادة (٤٥٩) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((إقرار المدين بالحق صراحة أو دلالة يقطع مرور الزمان المقرر لعدم سماع الدعوى)). وكذلك نص المادة (٣٨١) من القانون المدني السوري، والتي تنص على ((١- ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن اقراراً صريحاً أو ضمناً. ٢- ويعتبر اقراراً ضمناً أن يترك المدين تحت الدائن مالا مرهوناً رهنًا حيازياً تأميناً لوفاء الدين)) والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (٣٧١) من القانون المدني الليبي.

(٢) د.هادي حسين عبد علي الكعبي، الإقرار القضائي، مقال منشور على موقع كلية القانون جامعة بابل، وعلى الموقع المتاح law.uobabylon.edu.iq، تاريخ الزيارة ٢٢/٢/٢٠٢١.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٧٦٠) والمؤرخ في ١٠/٣/٢٠٠٩ أشار إليه القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ج٢، مصدر سابق، ص٢٢٠.

موضوعية لا رقابة لمحكمة النقض عليها))^(١). ولإمكانية جعل الإقرار دليلاً لقطع التقادم فإنه يجب أن يكون أمام القضاء أي أن يصدر من الخصم وأثناء السير في الدعوى حتى يُعد إقراراً قضائياً في منزلة عمل قانوني من أعمال التصرف، من ذلك اشترط القانون صدوره من صاحب الحق أو من الحائز على أساس أن الاحتجاج به يكون في مواجهة من صدر هذا العمل خلافاً لمصلحته، وعلى أساس ذلك عُدَّ انقطاع التقادم المدني نسبياً، ومن ثَمَّ فإن عَدَّت المحكمة الإقرار الصادر في غير الدعوى المقامة إقراراً قضائياً فإن حكمها يعتبر بغير ذلك قابلاً للنقض^(٢).

ولذلك فإن إثبات نسبية أثر وقف التقادم تتم من خلال الأحكام القضائية بناء على مطالبة قضائية صحيحة، كذلك هو الحال بالنسبة إلى نسبية سبب الانقطاع المدني للتقادم، فإنه هو الآخر يتم عن طريق المطالبة القضائية التي ينتهي بها المطاف إلى إصدار حكم قضائي به، وكذلك الإقرار الذي يثبت من خلاله انقطاع التقادم؛ كونه يعد من أسباب انقطاع التقادم الذي عُدَّ القضاء دليلاً تستند عليه المحكمة في إصدار القرار الذي يقطع التقادم ولا معقب لمحكمة النقض عليها؛ لكون الفصل في ذلك هو الفصل في مسألة موضوعية كما هو مبين في الأعلى^(٣).

أما إثبات عيوب الحيازة كون الأخيرة تكون عيوباً نسبية سواء أكان ذلك الإكراه أم اللبس والغموض أم الخفاء، فإنها تتم عن طريق جميع طرق الإثبات، كون تلك العيوب تعد واقعة مادية تثبت بطرق الإثبات كافة خصوصاً الشهادة والمعينة، وبهذا قضت محكمة النقض الفرنسية انه ((إذا استخلصت المحكمة استخلاصاً سائغاً من التحقق أو من انتقالها لموقع النزاع ومن أقوال الخصم نفسه، إنه لم يضع يده على العين المتنازع عليها إلا حديثاً أو من وقت قريب أو أن وضع يده عليها لم يكن هادئاً، أو أن حيازته

(١) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٥٨٧٣) والمؤرخ في ١٤/١٢/٢٠١٤، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٢. كذلك أنظر قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٦٨٢٤) والمؤرخ في ٢٥/٥/٢٠١٤ والمنشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٢.

(٢) د. أحمد نسلت بك، رسالة الإثبات، ط٥، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٥٠، ص ٤٧١ وما بعدها، انظر كذلك د. عبدالمنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، مصدر سابق، ص ١٩٥٥، وكذلك ص ٣٩٢، أنظر كذلك د. أحمد عبدالرزاق السنهوري، الوسيط لشرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات آثار الالتزام)، ط١، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦، ص ٤٩٣، د. سلمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري (دراسة مقارنة) ط١، عالم الكتب للطباعة والنشر، ج ١، ١٩٨١، ص ٥١٣.

(٣) د - محمد طه البشير ود. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ٢٣١.

تثيرُ الشك، فذلك من التقديرات الموضوعية التي لا معقب عليها لمحكمة النقض^(١). نستشف من القرار المذكور أنّاً أن إثبات عيوب الحيازة يكون عن طريق المعاينة أو عن طريق الإقرار أو بواسطة أقوال الشهود، فإن قيام القاضي بمشاهدة موضوع النزاع والتثبت من خلال ملابسات الدعوى وظروفها موضوع النزاع بالمعاينة يعطي قناعة للقاضي موضوع النزاع بأن تلك العيوب متوافرة في الحيازة أو منعدمة؛ لأنه مهما بلغ المدعي في وصف المدعى به من دقه فإنه قد يبقى وصفة مبهما لا تتجلى به صورة المدعى به في ذهن القاضي، كما أن خصمه قد يخالفه في الوصف فلا يهتدي إلى حقيقة الحال.

وعلى ضوء ذلك إذا تمكن (أ) من وضع يده على عقار (ب) بالقوة ثم رفع (ج) دعوى تثبيت ملكية ضد (أ)، فإذا دفع (أ) هذه الدعوى بأنه وضع اليد على العقار المدة المكتسبة للملكية، فليس (ج) أن يحتج ضد (أ) بأن حيازة معيبة أو إنها مشوبة بعيب؛ لأن هذا العيب لا يحتج به إلا (ب) الذي وقع عليه الإكراه من ذلك عُدت هذه العيوب نسبية، وللقاضي الاستماع للبيئة المدعين الذين يقع عليهم عبء إثبات نزع الملكية، وبخلافه تمضي الحكمة بإجراءات التحقيق^(٢). وبهذا قضت محكمة النقض المصرية إذ قضت ((إن للمحكمة السلطة المطلقة في التحقيق من استيفاء الحيازة للشروط التي يتطلبها القانون من خلال البيئة أو المعاينة التي يجرها القضاء بنفسه أو بواسطة غيره عن طريق الإنابة، ولا سبيل لمحكمة النقض عليها مادامت قد أقامت قضائها على أسباب سائغة))^(٣).

وهكذا يتبين لنا أن عيوب الحيازة من كونها تعد من حالات أو تطبيقات النسبية في القانون المدني تثبت عن طريق البيئة التي تقع على المدعي أو المدعى عليه، حسب مركزه في الدعوى أو عن طريق المعاينة القضائية أو أي طريق من طرق الإثبات التي تراها المحكمة أجدد بالإثبات. وعلى أساس ذلك يمكن القول إن إثبات النسبية في القانون المدني تخضع للقواعد العامة في الإثبات سواء أكانت تلك القواعد متعلقة بإثبات نسبية التصرفات أم الوقائع القانونية من زاوية، كذلك القواعد المتعلقة بتحديد الشخص

(١) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (٨٩) والمؤرخ في ٥/٤ / ١٩٤٤، أشار إليه د. محمد عزمي البكري، القانون المدني الجديد (الشفعة، الحيازة)، ط١، دار محمود، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع، ص ٤٤٠.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٢٧)، والمؤرخ في ٣٠/٣/٢٠٠١٥/ قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة التمييز الاتحادية وعلى الموقع المتاح www.hjc.iq تاريخ الزيارة ٢٠١٢/٢/٢٢.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٩٢٧) والمؤرخ في ١٦/١١/١٩٧٨، أشار إليه د. محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص ٤٤٦.

المكلف بعبء الإثبات من زاوية أخرى، ولعل من المفيد إن نؤكد أن إثبات النسبية في القانون المدني يختلف من حالة إلى أخرى. ومن ثمَّ فإن إثبات نسبية أثر وقف التقادم، هو غير إثبات نسبية عيوب الحيازة، وكذلك إن إثبات نسبية الحق الشخصي هو غير إثبات نسبية تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية، ونتيجة ذلك إنه ليس من اليسير وضع آلية معينة يمكن من خلالها إثبات النسبية في القانون المدني بجميع حالاتها أو تطبيقاتها، من ذلك ارتأينا أن نسلط الضوء على إثبات بعض التطبيقات الخاصة بالنسبية و عن طريق تلك الحالات نبين التباين والاختلاف في مجال إثباتها؛ وسبب ذلك هو حتماً يكون في التعدد والاختلاف في حالات النسبية في القانون المدني والتي تختلف من حالة إلى أخرى، وهذا ما دفعنا إلى جمع تلك الحالات تحت نظرية عامة للنسبية في القانون المدني.

المطلب الثاني

استثناءات النسبية في القانون المدني

لا ريب في إن القانون يحرص دائماً على جعل علاقات الأفراد تقوم على قاعدة متينة متمثلة بالتعاون والتفاهم المتبادل بين أطراف التصرف أو الواقعة القانونية، وهذا أمر بالغ الأهمية، لحفظ كيان المجتمع من أجل ضمان وتطوير ظروفه لما فيه الخير العام، واستتباب المعاملات واستقرارها، وهذا ما ترمي إليه النسبية في القانون المدني، ولكن القانون في بعض الأحيان يخرج عن نطاق النسبية في القانون المدني لمسوغات قانونية عدة، لعل من أهمها تسهيل إبرام تصرف قانوني ما، أو لإجراء معاملة مالية لا يستطيع أحد أطرافها إعطاء رضاه مثلاً لقصده أو حجره ..، أو لاقتضاء حق معين وغيرها من المعايير التي يستند عليها المشرع لإمكانية الخروج عن نطاق النسبية.

عليه فإن تحقيق تلك الغايات لا يمكن أن يتم إلا بالخروج عن نطاق النسبية وهذا ما فعله المشرع العراقي، وكذلك القوانين المدنية، لاسيما تلك التي تكون محل المقارنة بغض النظر عن مصدر هذه الاستثناءات سواء أكانت إرادية أم قانونية أم كانت منبثقة عن طريق القضاء، ومن الجدير بالذكر أن هذه الاستثناءات تكون على نوعين إلا وهما: الاستثناءات العامة والاستثناءات الخاصة للنسبية في القانون المدني، وعلى ضوء ذلك لا بد لنا من تقسيم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول منه الاستثناءات العامة للنسبية، أما في الفرع الثاني فنكرسه لدراسة الاستثناءات الخاصة، ثم بعد ذلك

نبين ما إذا كانت تلك الاستثناءات تعد خروجاً عن النسبية أم أنها تعد تطبيقاً لها؟ وكما يأتي .

الفرع الأول

الاستثناءات العامة

إن النسبية في القانون المدني تعد موضوعاً متعدد الحالات أو التطبيقات، فنجد تلك التطبيقات في نطاق العقود مرة، وفي مجال الأشياء من حيث تقسيمها مرة أخرى، ونجدها كذلك في نطاق الحقوق خصوصاً العينية منها، وهذا يؤدي بدوره إلى تعدد استثناءاتها، فالأخيرة قد تكون عامة ترد على أغلب حالات النسبية بصرف النظر عن مصدر الالتزام، سواء أكان التصرف القانوني أم الواقعة، بحيث إن ما يترتب عليها من أحكام يسري على أغلب حالات النسبية، هذا ولغرض بيان تلك الاستثناءات لابد لنا من تقسيم هذا الفرع على فقرات عدة :

أولاً - حوالة الحق

إن الالتزام في القانون يعد رابطة شخصية بمقتضاها يصبح الشخص عنصر في الرابطة ذاتها^(١). ولكي تبقى هذه الرابطة يجب أن تحتفظ بنفس أشخاصها المكونين لها، فإن إدخال دائن أو مدين جديد في الرابطة القانونية (الملزمة) سوف يؤدي ذلك من دون شك إلى تشعب تلك العلاقة أو قد يؤدي ذلك إلى انقضاء الرابطة ذاتها تماماً، وينقضي الالتزام وما ينتج على ذلك من عدم جواز انتقال الالتزام لا من الناحية السلبية ولا من الناحية الايجابية، لا بين الأحياء ولا بسبب الموت، وهذا ما يطلق عليه نسبية التصرف القانوني، ولكن المشرع قد خرج على هذه النسبية في مواضع عديدة من القانون لا سيما (انتقال الالتزام) الذي يطلق عليها عادة تسمية (الحوالة) حيث تعد الأخيرة بمثابة عملية تتم عن طريقها نقل الحقوق التعاقدية إلى شخص آخر غير الدائن الذي كان طرفاً في العلاقة القانونية (الدائن الأصلي) ودون موافقة المدين الأول الأصلي^(٢). ومن ثم فإنها تصبح نافذة بمجرد توافق شروطها، وهذا يبدو أكثر وضوحاً عند مراجعة النصوص القانونية المنظمة للحوالة، فنجد مثلاً نص المادة (٣٦٢) من

(١) د.وليم سلمان قرادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري (دراسة مقارنة)، ط١، مطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، مصر، ١٩٥٥، ص١١٢.

(٢) د. يونس صلاح الدين علي، مصدر سابق، ص٦٤.

القانون المدني العراقي تنص على ((يجوز للدائن إن يحول إلى غيره ما له من حق على مدينه، إلا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون الحاجة إلى رضا المحال عليه))^(١). وفي الاتجاه نفسه سار المشرع المصري عن طريق المادة (٣٠٣) من القانون المدني والتي تنص على ((يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون الحاجة إلى رضا المدين)).

أما بخصوص المشرع الفرنسي فإنه هو الآخر نص على ذلك عن طريق نص المادة (١٣٢١) من التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي والتي توافق وأحكام الحوالة في القانون العراقي والمصري على حد سواء، إذ نصت هذه المادة على ((يجوز للدائن أن ينقل حقه بعوض أو بغير عوض والمترتب على المدين المحال عليه إلى شخص من الغير يسمى المحال له ... ورضا المدين غير متطلب ما لم يكن مشروطاً أن الحق غير قابل للحوالة)). وهذا ما ذهبت له محكمة التمييز الاتحادية العراقية إذ قضت ((أن حوالة الحق تنعقد أو تتم لاتفاق بين كل من الدائن القديم والدائن الجديد ولا يلزم لانعقادها رضا المدين))^(٢). ويعلل بعض الفقه القانوني ذلك هو أن المدين ليس طرفاً في الحوالة فالأخيرة تمثل اتفاقاً بين المُحيل والمُحال له، من ذلك لا يستلزم المشرع رضا المدين بها كونه ليس طرفاً فيها^(٣).

وعلى ضوء ذلك عُدَّت الحوالة استثناء من نسبية أثر التصرف القانوني، لأن الطرف المتعاقد الذي يقوم بتحويل المنافع التي حصل عليها من هذا التصرف المبرم مع الطرف الآخر إلى الغير الأجنبي عن التصرف (الشخص الثالث) فإنه يقوم في واقع الأمر بتحويل مركزه القانوني الذي يسمح له بتنفيذ هذا التصرف من الغير الأجنبي، في

(١) ولا مقابل لها في القانون المدني الأردني إذ أنه تناول الحوالة من دون تفرقه بين حوالة الدين وحوالة الحق وعدها عقداً من عقود التوثيق الشخصية وذلك بالمواد (٩٩٣-١٠١٧). أما في القانون المدني السوري فتقابلها نص المادة (٣٠٣) والتي تنص على ((يجوز للدائن إن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص في القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون الحاجة إلى رضا المحال عليه)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (٢٩٠) من القانون المدني الليبي.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٨٩) المؤرخ في ٢٠٠٨/٣/١٨، أشار إليه القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، مصدر سابق، ص ١٥١ وما بعدها.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٣٣) والمؤرخ في ١٩٧٧/٣/٢٢، أشار إليه د. احمد عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام - الاوصاف، والحوالة، والانقضاء)، مصدر سابق، ص ٥٢٩، أنظر بهذا الصدد كذلك د. رأفت محمد حمادة ود. محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام)، ط ١، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٧، ص ١٩٧.

الوقت الذي يبقى فيه هذا التصرف محتفظاً بصفته الثنائية الملزمة للطرفين^(١). ومن هذا المنطلق يتبين لنا أن سبب خروج حوالة الحق عن نسبية التصرف القانوني ترجع في حقيقة الأمر لأسباب عديدة من أهمها:

١- النسبية فيما يخص التصرفات القانونية، فإنه يجب أن تكون محدودة من الناحية الشخصية، أي أن تكون محددة بأطراف معينين (دائن أو مدين) من حيث الأصل، فدخل شخص ثالث يخرج هذا الشخص من دائرة النسبية؛ لأن الأخيرة تكون الغاية منها هي قصور الحكم القانوني على بعض أفراد، والحوالة بطبيعتها تنقل الالتزام إلى شخص آخر غير طرف في تلك الرابطة وليست له علاقة مباشرة بين طرفي التصرف المبرم سابقاً بين الدائن والمدين الأصلي ومن ثم خرج ذلك عن نسبية هذا التصرف. وهنا لا بد من التأكيد على أن جعل الحوالة تعد خروجاً عن نسبية التصرفات القانونية لا يؤثر في حقيقة الأمر على طبيعتها كونها تعد صورة من صور العلاقات متعددة الأطراف وجعل المدين طرفاً في تلك الحوالة مشاركاً في هذه العملية بإرادته أو عن طريق علمه بالحوالة أو إقراره لها على وفق العقد المبرم بين المحيل (الدائن) والمحال له (الدائن الجديد) في التصرف ومن ثم بعد ذلك تعد علاقة ثلاثية منشأً وآثاراً^(٢).

٢- إن الحوالة تتحقق بمجرد تراضي المحيل والمحال له من دون حاجة إلى شكل خاص، وتترتب على ذلك انتقال الحق المحل به من المحيل إلى المحال له بمجرد انعقاد الحوالة بما له من ضمانات، بتوابعه للمحال له بأن يحل محل المحيل في مباشرة دعاوي الحق المحال به وإجراءات استيفائه من دون الحاجة إلى إعادة ما سبق منها؛ إذ يكفي أن يحل محله فيها ويتابع ما بدأ المحيل منها^(٣). إذ أن المدين يظل بمعزل عن تعاقد المحيل والمحال له مراعية في ذلك أن المدين يستوي لديه استبدال دائن بدائن آخر، ومن ثم ينتقل الحق بمجرد انعقاد الحوالة من دون الحاجة إلى نفاذها في حق

(١) Jack Beaston & Andrew Burrows, Anson's law of contract, oxford university press, 2010, P.204, see also sir William Anson, principles of English law of contract, London Macmillan at the clarndon press, 1879, P.205.

(٢) د. محمود عبد الحي عبد الله بيبصار، مصدر سابق، ص ٤٣٠.
(٣) قرار محكمة النقض المصرية، المرقم (١٣١٣) والمؤرخ في ١٩٨٤/٥/٣٠، أشار إليه د. محمد عبد الظاهر حسن، الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني (دراسة فقهية وقضائية)، مصدر سابق، ص ٢٠٦، وما بعدها، انظر كذلك قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٨٦٦)، والمؤرخ في ٢٠٠٨/٢/٢٥، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٢٦.

المدين المحال عليه^(١). وهذا يتنافى مع ما ترمي إليه النسبية في القانون المدني، فالنسبية كما بيّنا سابقاً تقتضي عدم امتداد أثر قانوني إلى شخص معين من دون أن تمتد إليه إرادته، وهذا إن دلّ على شيء فإنه يدلّ على أنه بامتداد الإرادة يصبح الشخص طرفاً في العلاقة القانونية، ويمتد إليه هذا الأثر سواء أكان هذا الأخير قد تقرر بصورة صريحة أم ضمنية، وهذا في نطاق الحوالة غير متوفر، فالتصرف يعد نافذاً بمعزل عن إرادة المحال عليه (المدين) من ذلك عُدت الحوالة خروجاً عن نسبية التصرف القانوني وهذا ما نادى به الفقه الانكليزي^(٢).

ثانياً - الدعوى المباشرة

تعد الدعوى المباشرة وسيلة من وسائل الضمان الخاصة التي أتاحها القانون للدائن الذي يوجد بين حقه وحق مدينة في مواجهة الغير ارتباط وثيق، ونتيجة لذلك أقرها القانون، ومن ثمّ فإن هذه الوسيلة لا تتوافر لجميع الدائنين، ولكن للدائنين اللذين يتوافر في حقوقهم هذا النوع من الارتباط، فلا يشاركه باقي دائني المدين في النتائج المترتبة على إقامة هذا النوع من الدعاوي، كونها تقام باسمه لا باسم المدين الأصلي^(٣).

وهذه الدعوى تعد من الاستثناءات التي ترد على الحق المباشر (نظرية الحق المباشر) والتي تؤدي إلى اقتصار حكمها على أطراف التصرف القانوني حصراً، وتعرف هذه الدعوى بأنها دعوى ذات طبيعة قانونية خاصة، تنظم بنصوص قانونية خاصة تسمح عن طريقها للدائن في التصرف أو الواقعة القانونية إقامة دعوى باسمه على الغير (مدين مدينه) على الرغم من عدم وجود علاقة قانونية سابقة تجمعهما، يطالب بموجبها الوفاء بحق يعود في الأصل إلى مدينه ليستأثر فيما بعد وحده بهذا الحق من دون أن يؤدي ذلك إلى مزاحمة باقي دائني هذا المدين، وإذا ما قارنا هذه الدعوى بالدعاوي الأخرى كالدعوى غير المباشرة؛ لأن الأخيرة تعد وسيلة من وسائل الضمان العام، إذ نجد أن آثار الدعوى المباشرة التي تعود في الأصل للدائن هي أفضل من آثار

(١) انظر بهذا الخصوص قرار محكمة النقض المصرية، المرقم (٣٥٢) والمؤرخ في ١٩٧٧/٣/٢٢، أشار إليه د. محمد عبد الظاهر حسن، الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني (دراسة فقهية وقضائية)، مصدر سابق، ص ٢٠٧. أنظر كذلك د. ريم عبد الرحمن، الانابة في الوفاء (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، الجزائر، ٢٠٠٧، ص ٢٠٧.

(٢) Gregory Klass, Contract Law in the USA, Woltes and Kluwer, Law & Busines, 2010, p.248.

(٣) أبو السعود رمضان، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٣٣٠.

دعوى غير المباشرة؛ لأنها تمنح حقه الذي له في ذمة مدينه حماية خاصة تتمثل هذه الأخيرة في نقطة مهمة جداً، ألا وهي الاستثناء بالحق الذي لمدينه والمُترصد في ذمة الغير مدين المدين^(١). وبذلك يصبح هذا الدائن بمثابة دائن له امتياز على الحق المدعى به بالدعوى المباشرة ليتقدم على باقي الدائنين الآخرين في استيفاء حقه من نتائج هذه الدعوى^(٢). ولكن في هذا المقام لا يفوتنا أن ننوه على إن الدعوى المباشرة لكونها تعد استثناء من النسبية لا تعد حلاً بديلاً عن الدعوى غير المباشرة، بل هي مقررة للدائن إلى جانب تلك الدعوى غير المباشرة، أما عن طبيعة هذه الدعوى فإن الفقه القانوني قد اختلف اختلافاً واضحاً إزاء تحديد طبيعتها، وهذا الاختلاف ناتج عن تعدد وجهات النظر حول النظام القانوني الذي يعد أكثر انسجاماً وأحكام هذه الدعوى^(٣).

ولكن على الرغم من الاختلاف وتعدد آراء الفقه ومحاولاتهم التي أقامت الدعوى المباشرة مع نظام قانون معين، إلا أن تلك الآراء وُجّهت لها الكثير من الانتقادات الشديدة، مما أدى ذلك إلى اتجاه الفقه في التفكير ملياً لإيجاد نظرية محورها الأساس يكمن في ((الابتعاد عن سحب الدعوى المباشرة لنظام قانوني، معين من خلال البحث عن طبيعة قانونية خاصة للدعوى المباشرة والتي انتهى بهم المطاف إلى أن الدعوى المباشرة تقوم على فكرة نص القانون))^(٤).

إذ إن هذه الدعوى باختصار شديد لا يمكن إقامتها من قبل الدائن إذا لم يكن هناك نص قانوني يمكن عن طريقه التثبت على حق الدائن الذي له في ذمة مدين مدينه ويجوز له القانون صراحة دعوى باسمه عليه، ومطالبته بما هو ثابت من حقوق لمدينه، مدين مدينه^(٥). كما أن هذه الدعوى لا يمكن أن يقيمها الدائن على مدين مدينه إلا

(١) د. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي (احكام الالتزام)، ط ١، مطبعة الزهراء للطباعة والنشر والتوزيع، ج ٣، بغداد، ١٩٧١، ص ٢٤٢، أنظر كذلك د. مشاعل عبد العزيز الهاجري، الالتزامات المدنية والإثبات، بلا جهة طبع، الكويت، ٢٠٠٥، ص ٨، و د. هشام طه محمود سليم، الدعوى المباشرة بين المفهوم التقليدي والحديث لمبدأ نسبية أثر العقد، بحث منشور في مجلة الاعلام الامني، ٢٠٠٩، ص ٤.

(٢) د. جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، الكتاب الثاني، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٢، ص ٩٦.

(٣) د. ياسين الجبوري، الدعوى المباشرة في القانون المدني الاردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات، العدد (٥٢)، ٢٠١٢، ص ٢٧٨.

(٤) د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي، آثار الالتزام (نتائجه وتوابعه في التشريع المصري والمقارن)، ط ٢، منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٣، ص ٢١٣. أنظر كذلك د. ياسين الجبوري، مصدر سابق، ص ٣٠٩ وما بعدها، و د. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص ٢٤٧.

(٥) د. أحمد محمد الحوامدة وعيسى غسان الرضي، دور الدعوى المباشرة في المحافظة على حقوق الدائنين (دراسة التشريعات الاتحادية بدولة الإمارات العربية المتحدة)، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد (١)، المجلد (٤٦)، ٢٠١٩، ص ١٢١.

بتوافر جملة من الشروط الموضوعية، وهذه الشروط تتبلور في وجود نص قانوني يجوز للدائن إقامة هذه الدعوى^(١). كذلك يجب أن يكون حق الدائن حالاً ومقرراً^(٢). كما أنه من الشروط المهمة التي يجب توافرها وجود علاقتين منفصلتين^(٣). وما يهمنا في هذا المجال هو بيان كيفية جعل الدعوى المباشرة من الاستثناءات النسبية في القانون المدني؟

قلنا فيما سبق أن للدائن أن يطالب مدين مدينه الذي لم تسهم في إبرام التصرف القانوني، وإن لم يكن طرفاً فيه، فالقانون يقرر للدائن حق إقامة دعوى على شخص لا ترتبط معه علاقة قانونية، ولغرض بيان هذا الاستثناء نتطرق إلى أهم تطبيقاته في القانون المدني، وقبل الشروع في ذلك لا بد لنا من أن ننوه على أن المشرع العراقي وكذلك القوانين موضع المقارنة لم تضع تنظيمًا خاصًا للدعوى المباشرة لكونها ضمناً خاصاً لدائن معين دون سواه، ومن أهم هذه التطبيقات للدعوى المباشرة تكمن في عقد الإيجار وعقد المقاوله من الباطن.

١- دعوى الإيجار من الباطن : من المعلوم أن محل عقد الإيجار الأصلي هو محل مزدوج يشمل في طبيعة الأمر الالتزامات الخاصة بالمؤجر والتي يتم بموجبها تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وفي الالتزامات الخاصة بالمستأجر التي هي الأخرى تتمثل بالأجرة، فالانتفاع بالعين المؤجرة يعد بمثابة محل عقد الإيجار الأصلي، وفي الوقت نفسه تعد محل عقد الإيجار من الباطل، وبهذا يتحقق الارتباط المقصود في الدعوى المباشرة التي يقيمها المستأجر الأصلي لدفع الأجرة للمؤجر وبين التزام المستأجر من الباطل بدفع الأجرة إلى المستأجر الأصلي، وهذا أدى إلى تسبب في نشوء كل من الالتزامين، وعند إمعان النظر بما يحققه هذا الارتباط من أنه يعطي مكانة للدائن في السعي مباشرة إلى مدين المدين، وإقامة دعوى المباشرة عليه، وبالتالي فإن هذه الدعوى تعد خروجاً على نسبية التصرف القانوني؛ لأن الدائن يقيم هذه الدعوى على مدين مدينه، ومن ثم فإنها تعد خروجاً عن هذه النسبية والتي تقضي بقصور حكم التصرف على عاقديه، وإن كان هناك رأي في فقه القانون المدني العراقي يرى أن هذا

(١) د. يوسف محمد عبيدات، تقييم الدعوى المباشرة في القانون الأردني، بحث منشور ابحت في مجلة ابحت جامعة اليرموك، الاردن، العدد(٤)، المجلد (٢٤)، ٢٠٠٨، ص ٣

(٢) د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، مصدر سابق، ص ٢٧

(٣) د. أحمد محمد الحوامدة وعيسى غسان الرضي، دور الدعوى المباشرة في المحافظة على حقوق الدائنين (دراسة التشريعات الاتحادية بدولة الإمارات العربية المتحدة)، مصدر سابق. ص ١١٨.

الاستثناء ما هو إلا استثناء ظاهري أكثر مما هو حقيقي^(١). ولغرض بيان ذلك سوف نبين العلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن والتي تعد جوهر هذه الدعوى. وفي واقع الأمر أنه لا توجد علاقة مباشرة تربط ما بين المستأجر من الباطن بالمؤجر الأصلي لعدم توفر علاقة بينهما^(٢).

ومن ثمَّ فلا يحق للمؤجر قبض الأجرة من المستأجر إلا إذا أحالها إلى المستأجر الأول عليه أو وَّكَّله بقبضها منه وفقاً للفقرة الأولى من المادة (٧٧٦) من القانون المدني العراقي وهذا من حيث الأصل، ولكن القانون المدني العراقي أعطى للمؤجر دعوى مباشرة على المستأجر من الباطن تحقيقاً للعدالة بأن يدفع للمؤجر ما يكون ثابتاً بذمة المستأجر الأول، علماً أن المؤجر يعد أجنبيّاً على العقد المبرم بين المستأجر الأول والمستأجر من الباطن وذلك رغبة من المشرع في الخروج على قاعدة قصور حكم (نسبية التصرف القانوني) وعدم سريلانه في حق الغير، إذ نصت الفقرة الثانية من المادة (٧٧٦) من القانون المدني العراقي على ((ومع ذلك يكون المستأجر الثاني ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأول وقت أن ينذره المؤجر، ولا يجوز له أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأول ما لم يكن تعجيل الأجرة متماشياً مع العرف ومدوناً بسند ثابت التاريخ))^(٣).

وفي السياق نفسه سار القانون المدني المصري في ضوء نص المادة (٥٩٦) منه والتي تنص على ((١- يكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر. ٢- ولا يجوز للمستأجر من الباطن أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي (...)). أما القانون المدني الفرنسي فهو الآخر قد أشار إلى ذلك من خلال نص المادة (١٧٥٣) والتي تنص على ((لا يلزم المستأجر من الباطن تجاه المالك إلا بمقدار بدل أجازته الذي يمكن أن يكون مديناً به حين الحجز ودون أن يستطيع الاحتجاج بما دفعه

(١) د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٢) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، والإيجار، والمقاوله، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧، ص ٢٨٠.

(٣) ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني، أما في القانون المدني السوري فتقابلها نص المادة (٥٦٣) والتي تنص على ((يكون للمستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر. ٢- ولا يجوز للمستأجر الثاني أن يتمسك قبل المؤجر بما يكون قد عجله من الأجرة للمستأجر الأصلي. ما لم يكن ذلك قد تم قبل الإنذار وفقاً للعرف أو الاتفاق ثم وقت عقد الإيجار الثانوي)) والمعنى ذاته تضمنته نص (٥٩٥) من القانون المدني الليبي.

مقدماً للمستأجر الاصيلي)). وهذا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي إذ أقرَّ هذه الدعوى، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه ((يحق للمالك أن يرفع دعوى مباشرة على المستأجر من الباطن ضمن حدود الإيجار من الباطن بغض النظر عن انعدام العلاقة بينهما))^(١). وعلى أساس ذلك يتضح لنا أن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة تتفق على أن العلاقة بين المؤجر والمستأجر من الباطن تعد من تطبيقات الدعوى المباشرة والتي تنشئ حقاً مباشراً للمؤجر في مواجهة المستأجر من الباطن، فيكون للأول أن يطالب الأخير بأن يؤدي له الأجرة المستحقة في ذمة المؤجر الأصلي، على الرغم من انعدام العلاقة بينهما، وهذا يعد استثناء من نسبية أثر التصرف القانوني التي تقتضي قصور الحكم القانوني أشخاصاً وموضوعاً، فهذه الدعوى أدت إلى ترتيب آثار خارج نطاق الأشخاص الذين يسري التصرف في حقهم أو بمواجهتهم، وهذا لا يجوز إلا استثناء .

٢- دعوى المقاول من الباطن: تنشأ المقاول من الباطن العديد من العلاقات، من بينها العلاقة بين المقاول من الباطن ورب العمل، وحيث إنه لا توجد علاقة مباشرة بين المقاول من الباطن ورب العمل؛ لأن الأخير كما هو معلوم يكون طرفاً في عقد المقاول الأصلي المبرم بينه وبين المقاول الأصلي، أما المقاول من الباطن فإنه يكون طرفاً في عقد المقاول من الباطن المبرم بينه وبين المقاول الأصلي^(٢). ويبدو هذا الاستثناء أكثر واضحاً عند مراجعة نص المادة (١/٨٨٣) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((يكون للمقاول الثاني والعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الأول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لهم في ذمة المقاول،...))^(٣).

أما القانون المدني المصري فهو الآخر قد أعطى حق رفع الدعوى المباشرة في ضوء نص المادة (١/٦٦٢) والتي تنص ((يكون للمقاول الثاني والعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الأول في تنفيذ العمل حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يتجاوز

(١) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (٣٥) والمؤرخ في ١٩ / فبراير / ١٩٩٧، أشار إليه د. فايز الحاج ياسين، القانون المدني الفرنسي بالعربية، ط١، طبعة جامعة القديس يوسف، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٦٤٨.
(٢) د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاول في ضوء الفقه والقضاء، ط٢، منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨، ص ١١٢.

(٣) ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني، أما في القانون المدني السوري فتقابلها نص المادة (٦٢٨) من القانون المدني السوري والتي تنص على ((يكون للمقاولين الثانويين، وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى. ويكون للعمال المقاولين الثانويين مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل)). وذات المعنى تضمنته نص المادة (٦٦١) من القانون المدني الليبي.

القدر الذي يكون مدينًا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى...)). أما المشرع الفرنسي فإنه لم يكن صريحًا في إعطاء الحق للمقاول من الباطن والعمال دعوى مباشرة ضد رب العمل، وذلك عن طريق نص المادة (١٧٩٨) والتي تنص على ((لا يحق للبنائين والنجارين وسائر العمال الذين استخدموا في بناء مبنى أو أعمال أخرى قاموا بها في المشروع أن يقيموا دعوى ضد من قاموا بالأعمال لحسابه إلا بحدود ما هو مدين به تجاه المقاول عند تقديمهم الدعوى)).

وعلى أساس ذلك، تبقى العلاقة غير مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن ما لم يقبل رب العمل حلول المقاول من الباطن محل المقاول الأصلي صراحةً أو ضمناً في حقوقه والتزاماته ومن ثمّ تصيح العلاقة مباشرة، أما العلاقة غير المباشرة فهي التي تعني بأن رب العمل ليس بإمكانه مطالبة المقاول من الباطن مباشرة بتنفيذ التزامه، والأمر كذلك بالنسبة للمقاول من الباطن، ولكن على الرغم من انعدام هذه العلاقة المباشرة إلا أن المشرع العراقي قد خرج على هذا الأصل وقررّ دعوى مباشرة للمقاول من الباطن والعمال الذين اشتغلوا في تنفيذ عقد المقاولة ضد رب العمل، وذلك استثناء من قاعدة نسبية التصرفات القانونية والتي تقتضي عدم انصراف أثر التصرف القانوني إلى الغير^(١). واستخلاصاً لما سبق، تعد هذه العلاقة تطبيقاً للدعوى المباشرة والتي تعد الأخيرة استثناء من النسبية؛ كونها تعطي حقاً مباشراً لشخص لم يكن طرفاً في تصرف أو واقعة قانونية وهذا ما يتنافى وأحكام النسبية في القانون المدني، والتي تقتضي قصور الحكم على بعض أفراده أشخاصاً أو موضوعاً.

الفرع الثاني

الاستثناءات الخاصة

كما قد أشرنا إلى أن القاعدة العامة في التصرفات والوقائع القانونية تقتضي انصراف آثار هذا التصرف أو الواقعة إلى أطرافه أو أطرافها، وعدم سريانها في حق الغير، وهذا من المؤكد يكون من حيث الأصل، إلا أن المشرع قد خرج عن هذا الأصل، بإيراد بعض الاستثناءات والتي يكون مصدرها في الغالب الاتفاق، وهذه الاستثناءات على خلاف الاستثناءات العامة التي تكون خاصة بحالة من حالات النسبية في القانون المدني، بحيث إن ما يترتب عليها من أحكام لا يسري في حق غيرها،

(١) د. ياسين الجبوري، الدعوى المباشرة في القانون المدني الأردني، مصدر سابق، ص ٢١٦ وما بعدها.

كالتعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير، ولغرض بيان هذه الاستثناءات الأمر الذي يتوجب علينا تقسيم هذا الفرع على فقرتين وكما يأتي:

أولاً - التعهد عن الغير

يعرف التعهد عن الغير بأنه تعهد يقوم به شخص معين بأن يجعل هذا الغير يلتزم بأمر ما، إذ إن الشخص الذي يصدر عنه التعهد يسمى (المتعهد)، أما الشخص الذي يوجه له التعهد هو (المندفع)، فالغرض الأساسي من التعهد هو محاولة إقناع الغير وحمله على الالتزام بأمر ما وإبرام عقد جديد، ومن ثمَّ فإنَّ التعهد عن الغير يصدر من أحد المتعاقدين في العقد للمتعاقد الآخر لغرض حمل الغير على قبول التزاماً ما أو إقراره^(١). مثال ذلك، الشريك في مال مملوك على الشيوخ بينه وبين آخر بالتعهد عن هذا الشريك الذي يكون غائباً بأن يحملة على أن يبيع نصيبه من هذا المال، ولكن هذا التعهد ابتداء لا يلزم الشريك الغائب فله أن يقبل أن يتعاقد وله أن يرفض ذلك على أساس أنه لا يصح أن يلتزم باتفاق تم بين الشريك والمشتري^(٢).

وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي، فنجد نص المادة (١٥١/١) من القانون المدني العراقي تنص على ((إذا وعد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فإنه لا يلزم بوعده ولكنه يلزم نفسه، ويجب عليه إن يعوض من تعاقد معه إذا رفض الغير أن يلتزم، ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ التزام الذي وعد به إذا كان ذلك في استطاعته من غير أن يضر ذلك بالدائن))^(٣).

أما بخصوص المشرع المصري فإنه هو الآخر نص على ذلك في ضوء نص المادة (١٥٣/١) من القانون المدني والتي تنص على ((إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر فلا يلزم الغير بعهدته فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به)) وفي السياق نفسه سار المشرع الفرنسي ولو أنه في

(١) د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص ٢٧٢.

(٢) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، ط ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٢٣.

(٣) وتقابلها نص المادة (٢٠٩) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم فلا يلزم الغير بتعهده فإذا رفض الغير أن يلتزم وجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به . ٢- أما إذا قبل الغير هذا التعهد فإن قوله لا ينتج أثراً إلا من وقت صدوره مالم يتبين أن قصد صراحة أو ضمناً أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي فيه التعهد)). والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (١٥٤) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١٥٥) من القانون المدني الليبي.

التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي أشار إلى التعهد عن الغير بشيء من التفصيل، من كونه يعد من أهم الاستثناءات على مبدأ نسبية أثر العقد، إذ كانت فكرة التعهد عن الغير منصوصاً عليها في القانون المدني الفرنسي قبل التعديل وتحديدًا في المادة (١١٢٠) وهي مادة مختصرة إذ أنها كانت تنص على ((يمكن التعهد عن الغير بأن يقوم الغير بعمل، ولكن يلزم المتعهد عن الغير بالتعويض إذا رفض الغير تنفيذ ما جاء في التعهد)).

ولكن في ظل القانون المدني الفرنسي المعدل استحدثت المادة (١٢٠٤) التي كرّستها توجه المحاكم، إذ أن المشرع الفرنسي كرّس في التعديل الأخير أحكام المحاكم بصيغة نص تشريعي والتي نصّت هذه المادة على ((يمكن أن يتعهد شخص لأخر بأن الغير سيقوم بفعل ما بحيث تبرأ ذمة المتعهد من كل التزام إذا قام الغير بتنفيذ الفعل محل التعهد، وفي غير هذه الحالة يمكن الحكم عليه بالتعويض عن الضرر، أما إذا كان محل التعهد أبرام تصرف قانوني ما فإن التصرف القانوني يعد صحيحًا بأثر رجعي من التاريخ الذي تم فيه التعهد)). ولإمكانية ترتب التعهد عن الغير آثاره، فإنه يشترط توافر شروطاً معينة، من أهمها هو أن يتم التعاقد باسم المتعاقد لا باسم الغير، فكما بيّنا سابقاً أن التعهد عن الغير هو في حقيقة الأمر عقد، وأن التزام المتعاقد فيه هو التعهد بقيام الغير بعمل معين أو إقرار ما^(١).

لذلك فإن التعاقد الذي يتم بين المتعهد والمتعاقد الآخر (المتعهد له) يجب أن يتم باسم المتعهد لا باسم الغير، وهذا لا يؤثر في حقيقة الأمر على طبيعة هذا التعهد الذي غدّ استثناء من نسبية أثر العقد، فالعبارة تدور وجوداً وعدمًا في تعدي العلاقة القانونية، كما أنه من الشروط التي يجب توافرها هو أن يتمثل التزام المتعهد على قبول هذا التعهد وهذا أمر واضح لا يحتاج إلى التفصيل، كذلك إن من الشروط التي يجب توافرها هو أن تتجه إرادة المتعهد إلى إلزام نفسه لا إلزام الغير، وإرادة المتعهد يجب أن تتجه إلى إلزام نفسه بهذا التعهد من دون أن يلزم الغير، والسبب في ذلك يرجع إلى أنه إذا اتجهت إرادة المتعاقد إلى إلزام الغير بالعقد فإن ذلك سوف يؤدي إلى بطلان العقد بسبب استحالة المحل، إذ لا يملك المتعاقد إلزام الغير بالعقد إذ أنه لا يملك هذا الحق قانونًا^(٢). أما عن آثار هذا التعهد فهي تتبلور في أمرين، الأمر الأول فيما يتعلق بحالة رفض

(١) د. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص ١٧٢.

(٢) د. حلمي ربيعة، مصدر سابق، ص ٨٣ وما بعدها.

الغير للتعهد فإذا رفض الغير أن يلتزم فإن المتعهد بحمله على التعاقد قد يكون أخفق في مسعاه، ومن ثمّ تتحقق مسؤوليته لعدم إمكانية تنفيذ ما تعهد به، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً عدم تحقيق النتيجة التي التزم بها، وفي هذه الحالة يجب على المتعهد من حيث الأصل تعويض من تعاقد معه، ففي ضوء المثال الذي سوقناه سابقاً يتّضح أنه في الحالة التي يتعهد فيها الشريك للمشتري بحمل شركة الغائب على التعاقد فإذا رفض الشريك الغائب فإن شريكه الذي تعهد للمشتري يكون قد أخفق في مسعاه، ومن ثمّ يكون مسؤولاً أمام المشتري عما يترتب من أضرار لهذا المشتري بسبب عدم إتمام الصفقة، نظراً لرفض الشريك الغائب التعاقد معه على الرغم من أن القانون المدني العراقي والقوانين المدنية لاسيما المقارنة منها قد أقرت للمتعهد أن يتخلص من التعويض الذي يفرض عليه بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ الالتزام^(١). أما في حالة قبول الغير للتعهد فإن المتعهد يكون قد أوفى بالتزاماته، ولكن هذا القبول لا ينتج آثاره إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحةً أو ضمناً أن هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه هذا التعهد^(٢).

ثانياً - الاشتراط لمصلحة الغير

يعد الاشتراط لمصلحة الغير أحد الاستثناءات المقررة على نسبية أثر التصرف القانوني؛ وذلك لأن الاشتراط يرتب مباشرة مصلحة للغير عن التصرف، فالاشتراط هو عقد يشترط فيه أحد أطرافه، ويسمى (المشترط) على المتعاقد الآخر ويسمى (بالمتعهد) التزاماً ما يولد مصلحة لشخص أجنبي عن العقد ويسمى (بالمستفيد أو المندفع) ومن ثمّ يمكن القول إن هذا التصرف يولد في حقيقة الأمر مصلحة للغير (المستفيد أو المندفع)، وهو بهذا المعنى يكون عقداً ثنائي الأطراف، ولكنه يثير علاقات ثلاثة تعد هذه العلاقات السبب الرئيس في جعل الاشتراط لمصلحة الغير من أهم صور الاستثناءات المقررة على مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية عموماً ولا سيما العقد، ومن ثمّ فإن أطراف هذا التصرف تتمثل في المشترط والمتعهد والمستفيد^(٣). وقد نظم القانون المدني العراقي الاشتراط لمصلحة الغير في المواد (١٥٢، ١٥٣، ١٥٤)، إذ

(١) د. عبد العزيز حسن عمار، أحكام التعهد بالزام الغير، مقال منشور على الشبكة المعلوماتية الأنترنت وعلى الموقع المتاح aziamar.blogspot.com تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/٢.

(٢) د. عبد الحكم فودة، النسبية والغيرية في القانون المدني (دراسة عملية على ضوء الفقه وقضاء النقض)، مصدر سابق، ص ٤٤.

(٣) د. حمدي عبدالرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات (المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة)، مصدر سابق، ص ٤٤٣ وما بعدها.

نصت المادة (١٥٢) من القانون المذكور أعلاه على ((١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه الخاص على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة مادية كانت أو أدبية. ٢- ويترتب على هذا الاشتراط أن يسكب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك والمتعهد أن يتمسك قبل الغير بالدفع التي تنشأ عن هذا العقد...))^(١). أما المشرع المصري فإنه قد تناول الاشتراط لمصلحة الغير كاستثناء من نسبية التصرف القانوني في المواد (١٥٤، ١٥٥، ١٥٦) من القانون المدني إذ نصت المادة (١٥٤) منه على ((١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على الالتزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية. ٢- ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشرة قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المندفع بالدفع التي تنشأ عن العقد...)).

أما القانون المدني الفرنسي فقد تناول هو الآخر الاشتراط لمصلحة الغير بالتنظيم، ولكنه قد توسع في أحكامه خصوصاً في التعديل الأخير للقانون المذكور آنفاً، إذ أنه كان ينظم الاشتراط لمصلحة الغير قبل التعديل بمادة واحدة، ألا وهي المادة (١١٢١) التي اكتفت بتعريف الاشتراط لمصلحة الغير فضلاً عن شروطه وأحكامه والتي كانت تنص على ((يمكن الاشتراط لمصلحة الغير عندما يكون الاشتراط لمصلحة المشتراط أو لمصلحة الغير كهبة)).

وإذا أمعنا النظر في نص المادة أعلاه يتبين لنا أن المشرع الفرنسي لم يكن موفقاً بصياغة نص هذه المادة قبل التعديل؛ إذ أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يُعدُّ اشتراطاً لمصلحة الغير وإن عادت منه فائدة للغير، على سبيل المثال أنه من يؤمن شخصاً على مسؤوليته عما ينجم من الضرر للغير فلا يعد هذا اشتراطاً لمصلحة الغير؛ لأن المؤمن له إنما أراد أن يشترط لنفسه هو لا للمتضرر وإن كان التعويض يستفيد منه المتضرر، كما نلاحظ من صياغة هذه المادة أن نطاق الاشتراط لمصلحة الغير كان ضيقاً؛ لأنه

(١) و تقابلها نص المادة (٢١٠) من القانون المدني الأردني والتي تنص ((١- يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذها مصلحة مادية كانت أو أدبية. ٢- ويترتب على هذا الاشتراط أن يسكب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفع التي تنشأ عن هذا العقد...)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (١٥٥) من القانون المدني السوري، و نص المادة (١٥٦) من القانون المدني الليبي.

اقتصر على الاشتراط لمصلحة الغير كهبة فقط، وهذا إن دل على شيء فإنما يدلُّ حتماً على أن المشترط لا يستفيد من الاشتراط بشيء، وبسبب هذه الانتقادات التي وُجِّهت إلى هذه المادة والتي أُلقت بظلالها على القضاء، فالأخير عن طريق الأحكام والمبادئ التي يصدرها كرسّ توجّهًا جديدًا للمحاكم استعان به المشرع الفرنسي في استحداث مواد جديدة تنظّم الاشتراط لمصلحة الغير وهذا ما حدث فعلاً، فقد نظم القانون المدني الفرنسي الاشتراط لمصلحة الغير بموجب المواد (١٢٠٥ - ١٢٠٩) عالج بموجبها الاشتراط لمصلحة الغير والتي عدّت الاشتراط لمصلحة الغير مبدأ، وهذا يبدو أكثر وضوحاً عند التمعن بقراءة تلك النصوص، فنجد نص المادة (١٢٠٥) من القانون المدني الفرنسي تنص على ((يجوز الاشتراط لمصلحة الغير حيث يجوز لأحد المتعاقدين المشترط أن يجعل المتعاقد معه المتعهد يعد بالقيام بأداء لمصلحة الغير المستفيد ويجوز أن يكون هذا الأخير شخصاً مستقبلاً شرط أن يكون معيناً بدقة أو كان تعيينه ممكناً عند تنفيذ الوعد)).

أما نص المادة (١٢٠٦) من القانون المذكور أنفاً تنص على ((يكون للمستفيد حق مباشر في الأداء تجاه المتعهد من وقت الاشتراط غير أنه للمشرط حرية الرجوع في الاشتراط ما دام المستفيد لم يعلن قبوله ...)). ولتحقيق هذا الاستثناء فإن القانون يتطلب شروطاً معينة لا بد من توافرها، من أهمها هو أن يتعاقد المشرط باسمه لا باسم المستفيد، فالمشرط ليس نائباً عن المستفيد حتى يتم إبرام العقد باسمه ولحسابه^(١). كما إن من بين شروطه هو أن تنصرف إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمستفيد أو المندفع^(٢). وبخلاف ذلك لا يكون هناك اشتراط لمصلحة الغير^(٣). كذلك من شروطه وجود مصلحة شخصية من الاشتراط لمصلحة الغير؛ لأن الأخير حتى يكون صحيحاً يجب أن يكون للمشرط مصلحة شخصية منه، فإذا لم يتحقق هذا الشرط يفقد الاشتراط أحد شروطه ومن ثمّ يعد باطلاً^(٤). وعلى أساس ذلك فإن الاشتراط لمصلحة الغير يعد

(١) د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، مصدر سابق، ص ٥٩١.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٦٨٢) والمؤرخ في ٢٠١٤/٥/١٨، قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٣/١.

(٣) د. سلمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، مصدر سابق، ص ٦١٣.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، ود. عبد الباقي البكري، نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ١٤٦. انظر كذلك د. محمود جمال الدين ذكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط ٣، مصدر سابق، ص ٢٨٧، أنظر كذلك د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، ج ١، بلا مكان طبع، ٢٠٠٤، ص ٤٤٣.

من أهم الاستثناءات الواردة على مبدأ نسبية أثر التصرف القانوني (العقد) من حيث الأشخاص، وهو على خلاف التعهد عن الغير فهو استثناء حقيقي يرد على قاعدة قصور حكم التصرف القانوني على عاقديه وعدم سريلانه في حق الغير أو عدم انصراف آثاره إلى الغير تطبيقاً للنسبية في القانون المدني، والدليل الذي يمكن عن طريقه جعل هذا الاستثناء استثناءً حقيقياً على قاعدة قصور حكم التصرف على عاقديه هو أن الفقه القانوني يكيّف الاشتراط لمصلحة الغير بأنه اشتراط يستند على نظرية الحق المباشر أو (الاشتراط المباشر)، ويبدو هذا الخروج بشكل واضح في علاقة المتعهد بالمنتفع من كون هذه العلاقة تعد من أهم العلاقات القانونية التي تنشأ عن عقد الاشتراط المبرم بين المنتفع والمتعهد والتي تتجسد فيها الخروج على قاعدة قصور حكم التصرف القانوني على عاقديه وعدم سريلانه في حق الغير، فالاتفاق كقاعدة عامة لا يكون له أثر إلا بالنسبة إلى اطرافه من جهة، كما أنه لا يضر ولا ينفع الغير من جهة أخرى^(١).

فالغير الأجنبي عن عقد الاشتراط هو المندفع إذ إنه يكسب حقاً شخصياً مباشراً تجاه المتعهد من عقد لم يكن طرفاً فيه. وبعد بيان هذه الاستثناءات والوقوف على مدلولها، فإن البعض قد يتساءل عما إذ كانت هذه الاستثناءات تعدّ خروجاً عن النسبية أم إنها تعد تطبيقاً لها؟ في إطار الاجابة على السؤال المذكور في الأعلى يمكن القول إن هذه الاستثناءات في رائيها تعد خروجاً عن النسبية في القانون المدني، وتبرير ذلك يكمن في إن الغاية من النسبية في القانون المدني هي اقتصار الحكم على بعض أفراده أشخاصاً أو موضوعاً، فالنسبية تدور وجوداً وعدمًا مع سريلان الحكم في مواجهة نسبة دون اخرى من المحكوم عليهم بغية تحقيق غاية معينة أو مع تقييد الحكم القانوني وحظر امتداده إلى غير أشخاصه في نطاق موضوعي معين، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على إن هذه الاستثناءات هي استثناءات حقيقية، وبالتالي فإن سريلان حكم النص على غير أشخاصه يعد خروجاً عن النسبية في القانون المدني.

وتماشياً مع ذلك فإنه لا بد لنا من القول إن هذه الاستثناءات المذكورة أنفاً، هي استثناءات متعددة المصادر، فقد يكون نص القانون مصدرها أو أنها مقررة باتفاق

(١) د. شامل هادي نجم العزاوي، التزامات المتعاقدين في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية (دراسة مقارنة)، ط١، بلا جهة طبع، القاهرة، مصر، ٢٠١٦، ص ١٨١. أنظر كذلك د. سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الموصل، ٢٠٠٥، ص ٥٨.

الأطراف، هذا من ناحية، كما أن هذه الاستثناءات التي ألقينا عليها الضوء ذُكرت على سبيل المثال لا للحصر، فهناك استثناءات أخرى ترد على النسبية في القانون المدني، كالعقد الجماعي إذ يعد من الاستثناءات التي ترد على نسبية أثر التصرفات القانونية كونه يشمل أشخاصاً غير أطرافه، خصوصاً في حالة إبرام عقد العمل الجماعي مع نقابة عمال، فإن هذا العقد يعد ساريًا على جميع العمال بما فيهم غير المنتسبين إلى النقابة، فالأصل إن الأشخاص الذين لم يوقعوا على العقد فإنهم يعدون من الغير بالنسبة لهذا العقد، فهم لا يملكون تعديله أو إنهائه رضائيًا أو قضائيًا، ومع ذلك يسري هذا العقد بحقهم بأحوال وشروط معينة، وهذا يعد خروجاً لنسبية أثر التصرفات القانونية، وكذلك تصرف المالك الظاهر الذي يفرض قاعدة قانونية مؤداها أن يسهم صاحب الحق بخطئه سلبًا أو إيجابًا في ظهور المتصرف على الحق بمظهر صاحبه، ما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه ومن ثمَّ نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق وهذا يعد خروجًا على نسبية أثر التصرفات القانونية، من كون هذا التصرف يؤدي إلى سريانه في حق المالك الحقيقي، وغيرها من التصرفات أو الوقائع القانونية، إذ تم التطرق لبعض هذه الاستثناءات البارزة منها للدلالة على أن المشرع قد يخرج في بعض الأحيان لغاية معينة عن نطاق النسبية.

المبحث الثالث

تطبيقات النسبية في القانون المدني

عند الولوج بالنصوص القانونية للقانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة يتضح لنا أن للنسبية تطبيقات عديدة، منها ما هو مقرر بنصوص قانونية تدل على النسبية بصورة صريحة أو بصورة ضمنية ومنها ما هو إرادي، أي اتفاقي هذا من جهة، كما أن النسبية قد يكون السبب في تقريرها أراء الفقه القانوني وفق جملة من المعطيات القانونية أو أنها قد تكون قضائية من جهة أخرى. ولبيان هذه التطبيقات ودراستها دراسة علمية، الأمر الذي يتطلب منا تقسيم هذا المبحث على مطلبين سنتناول في المطلب الأول منه التطبيقات الاتفاقية والقانونية، أما في المطلب الثاني سنكرسه لدراسة التطبيقات الفقهية والقضائية وكما يأتي :

المطلب الأول

التطبيقات الاتفاقية والقانونية

تطرقنا في الفصل الأول من هذه الدراسة إلى أنواع النسبية، وبيّنا أن النسبية من حيث المصدر ربما تكون إرادية (اتفاقية)، أي أن الأفراد يكون لهم دور واسع في تقرير النسبية، واستعرضنا بعض هذه التطبيقات، وبيّنا كيفية اتجاه الإرادة إلى تقرير النسبية من عدمها، على الرغم من اختلاف طبيعة كل حالة، كذلك أن النسبية قد تكون قانونية، أي أنها تكون مقررة بنصوص قانونية، إذ إن المشرع في نطاق هذه الأخيرة لا يعطي قدرًا أو وزنًا لإرادة الأطراف في تقريرها، وعرضنا بعض هذه التطبيقات، ولكن من الجدير بالملاحظة هنا أن تلك التطبيقات تطرقنا لها بدون ذكر نسبيتها من الناحيتين الشخصية والموضوعية، ولم نحدد الأشخاص الذين تنصرف لهم النسبية بشكل مفصل، وكذلك لم نحدد موضوعها النسبي، فلا بد من بيان هذه التطبيقات والإشارة إلى نسبيتها أشخاصاً وموضوعاً، لذا يتحتم علينا تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول منه التطبيقات الاتفاقية، أما الفرع الثاني سنخصصه لدراسة التطبيقات القانونية وكما يأتي:

الفرع الأول

التطبيقات الاتفاقية

لا شك في إن المشرع عادةً ما يورد نصوصاً قانونية عامة تنظم مجمل التعاملات المالية بحيث أن حكمها يبين الآلية التي تشكل محور تعامل أطراف التصرف أو الواقعة وترتب أحكامها في حالة مخالفتها ضمن نطاق النسبية، ولكن هذا الأمر يكون عادة بين أشخاص محددين، إذ إن أطراف هذا التصرف أو الواقعة القانونية يتفقون على الكيفية التي يمكن بواسطتها تحقيق الغاية المرجوة من النص القانوني، وكما بيّنا سابقاً أن النسبية ترمي بشكل أساسي إلى تحقيق مصلحة أطرافها وهذا ليس بجديد، فالقانون عموماً يسعى إلى تحقيق المصلحة للأطراف المتعاقدة على وفق ضوابطها، وهذا ما ترمي إليه النسبية في نطاق القوانين المدنية، ومن الجدير بالذكر إن النسبية الاتفاقية تتحقق في نطاق القانون المدني باختلاف أبوابه، فنجد مثلاً نسبية الإرادة المنفردة في مجال مصادر الالتزام كون الأخيرة تعد المصدر الثاني للالتزام، كذلك نجد أن النسبية الاتفاقية (الإرادية) في نطاق تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية أو في تقسيم الارتفاق إلى

ظاهر وخفي أو بالعكس من ذلك ... هذا ولغرض بيان النسبية الاتفاقية أينما وجدت في القانون المدني، الأمر الذي يجب علينا تقسيم هذا الفرع على فقرات عدة وكما يأتي :

أولاً- نسبية نفقات الطريق الخاص

من المعلوم أن القانون المدني العراقي لم يبين بشكل صريح أو ضمنى معنى الطريق الخاص، بوصفه صورة من صور الشيوخ الإجباري، إلا أن مجلة الأحكام العدلية قد بيّنت المقصود به عن طريق نص المادة (٩٨٦) منها والتي نصت على أن الطريق الخاص هو ((الزقاق الذي لا ينفذ)). فالطريق الخاص يعد في المجلة هو الزقاق الذي لا ينفذ إلى الطريق العام من الطرفين، ويلاحظ على هذا التعريف جملة من الانتقادات، من أهمها أنه ليس جامعاً ولا مانعاً، كذلك فليس كل زقاق لا ينفذ إلى الطريق العام يعد طريقاً خاصاً، هذا من جهة، كذلك إن الطريق الخاص لا يصبح طريقاً عاماً فيما لو فتح أصحابه منفذاً له للطريق العام فاتصل به من جهة أخرى^(١). ومن ثمّ يمكن القول إن العبرة ليست بانحباس الزقاق عن الطريق العام، وإنما العبرة تكمن بخدمة هذا الزقاق للعقارات التي تقع عليه، من ذلك يعرف بعض الفقه القانوني الطريق الخاص بأنه ((الطريق الذي يكون ملغاً لأصحابه والذي يخصص لخدمة العقارات التي تقع عليه))^(٢).

ولهذا الطريق أحكام خاصة من أهمها نفقاته، وهذه الأخيرة تعد نسبية من حيث تحمل أصحاب العقارات الواقعة عليه والمخصص هو لخدمتها في تعميده على الرغم من أن المشرع العراقي قد وضع آلية أو معياراً يمكن بواسطته تعميم الطريق الخاص على الشركاء فيه على وفق ترتيب معين، من ذلك نجد أن القانون المدني العراقي قد نص على ذلك من خلال نص المادة (١٠٩٥) والتي تنص على ((تعميّر الطريق الخاص على الشركاء فيه، على أن يشارك سائر الشركاء صاحب الدار التي في مدخل الطريق في نفقات التعمير التي تعود إلى حصته وهو لا يشارك أحداً منهم وهكذا حتى ينفرد صاحب الدار التي في منتهى الطريق بنفقات التعمير التي تعود إلى حصته بعد أن يشترك مع سائر الشركاء في نفقات التعمير التي تعود إلى حصصهم))^(٣). أما القانون

(١) د. علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط١، ج ٢، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع، ص ٥٩٤. أنظر كذلك القاضي منير، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط١، ج ٣، بلا جهة ط، بغداد، ١٩٤٧، ص ١٠٥.

(٢) د. غني حسون طه ود. محمد طه البشير، مصدر سابق، ١٤١.

(٣) ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني، وكذلك القانون المدني السوري والليبي.

المدني المصري فإنه لم يتضمن نصًا قانونيًا بذات المعنى الذي جاء به القانون المدني العراقي، كذلك هو الحال بالنسبة للقانون المدني الفرنسي الذي هو الآخر لم يتضمن نصًا قانونيًا بشأن نفقات تعمير الطريق الخاص، ولكن يمكن الرجوع في ذلك إلى القواعد العامة التي تقتضي بأن نفقات إدارة الشيء الشائع وتعميره لإمكانية استغلاله والاندفاع به يكون على الشركاء فيه كلا بقدر الحصة التي تعود عليه.

يتبين لنا من نص القانون المدني العراقي أن نفقات الطريق الخاص تكون على الشركاء فيما بينهم، إذ يشارك سائر الشركاء صاحب الدار التي هي في مدخل الطريق في نفقات التعمير التي تعود إلى حصته وهو لا يشارك أحدًا منهم والثاني كذلك، ويستمر الوضع هكذا حتى ينفرد صاحب الدار التي في منتهى الطريق بنفقات التعمير التي تعود إلى حصته بعد أن يشترك مع سائر الشركاء في نفقات التعمير التي تعود إلى حصصهم، من ذلك أن المشرع قد وضع آلية معينة في تحمل نفقات الطريق الخاص ضمن تقسيم معين. ولكن هذا التقسيم هو تقسيم نسبي، ومن ثم فإن هذه النفقات تكون نسبية من الناحية الشخصية، وكذلك الموضوعية بسبب إرادة الأفراد، فالنسبية من الناحية الشخصية تكمن في أن صاحب الدار التي هي في مدخل الطريق وإن كان القانون قد قيده بالمشاركة في نفقات التعمير التي هي في مدخل الطريق. إلا أن ذلك لا يمنع من أن يتحمل أصحاب هذا الطريق كلاً بحسب حصته، بحيث أن صاحب الدار التي هي في منتهى الطريق لا يشارك صاحب الدار التي هي في مقدمة الطريق، وهكذا يستمر الوضع بحيث يتحمل كل الشركاء على الشيوع بحسب الحصة التي تعود إليه^(١).

واستناداً إلى ذلك فإن التقسيم الذي أورده المشرع العراقي لأصحاب الطريق الخاص في مجال تحمل نفقات تعميره يكون تقسيماً نسبياً؛ بسبب إرادة أصحاب هذا الطريق عن طريق الاتفاق فيما بينهم على ذلك. أما النسبية من الناحية الموضوعية في نطاق نفقات الطريق الخاص فإنها تتبلور في عدم النسبة والتناسب في قيمة هذه النفقات بعبارة أخرى أكثر وضوحاً هو تباين هذه النفقات، فنفقات تعمير بداية الطريق الخاص هي غير نفقات تعمير نهايته، وهذا ما يؤدي بدوره إلى التباين والاختلاف في تلك النفقات، على الرغم من أنهم شركاء فيه على الشيوع، حيث إن تلك النفقات تكون نسبية سواء أكانت تلك النسبية من الناحية الشخصية أم الموضوعية، وهذا يعد في

(١) د. محمد حسين عمر، المعين القانوني في التشريعات العراقية، ط٣، مكتبة هـ ولير القانونية للنشر والتوزيع، أربيل، العراق، ٢٠١٨، ص ١٢٨.

حقيقة الأمر تطبيقاً للقواعد العامة الخاصة للشيوخ الإجباري والتي تدل دلالة قاطعة على عد هذه الصورة من صور الشيوخ الإجباري تعد صورة نسبية، فلو نظرنا إلى الأحكام التي تنظم الطريق الخاص لتبين لنا صراحة أن هذا الطريق يعد ملغاً لأصحابه ومن ثمَّ فإن حق المرور فيه قاصر على أصحاب العقارات الواقعة عليه حصراً، ولهذا لا يكون لغير هؤلاء حق المرور فيه في الظروف الاعتيادية، أما في حالة الازدحام فيكون للمارين في الطريق العام حق الدخول في الطريق الخاص للضرورة، فالمشرع استثنى من ذلك هذه الحالة^(١). وبهذا يرى الباحث أن هذه الصورة من صور الشيوخ الإجباري تكون نسبية من حيث نفقاتها واستعمالها واستغلالها، وعلى أساس ذلك فإن الطريق الخاص من حيث نفقات تعميمه تعد نسبية بسبب إرادة الأفراد (أصحاب الطريق الخاص) الذي وضع بشكل أو بآخر لخدمتهم.

ثانياً - نسبية تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة

يعد تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمة من أهم تقسيمات الأشياء المادية؛ لما يترتب عليه من أحكام مهمة، خصوصاً أن هذا التقسيم لهذا النوع من الأشياء تقسيم نسبي؛ بسبب إرادة المتعاقدين، وبهذا الخصوص نجد أن المشرع العراقي قد نص في المادة (٦٤) من القانون المدني على ((١- الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن . ٢- وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمي))^(٢). أما المشرع المصري فهو الآخر أخذ بهذا التقسيم من خلال نص المادة (٨٥) من القانون المدني المصري والتي نصت على ((الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء. والتي تقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن)).

أما القانون المدني الفرنسي فإنه لم يشر إلى ما أشار إليه القانون المدني العراقي والمصري على حد سواء، إذ أنه لم يميز بين الأشياء المثلية والقيمية مباشرة بنص صريح، ومع ذلك فإن القانون المدني قد أشار ضمناً إلى هذا النوع من التقسيم^(٣). إذ يقال على الشيء إنه مثلي، إذا نسب إلى شيء آخر، فالأشياء المثلية هي التي لها نظائر متماثلة في الأسواق فلا تتفاوت إحداها، أو يتفاوت تفاوتاً يسيراً لا يعتد به عادة؛ لذلك

(١) أنظر د. غني حسون طه ود. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص ١٤٢.

(٢) وتقابلها نص المادة (٥٦) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (٨٨) من القانون المدني السوري، وكذلك المادة (٨٥) من القانون المدني الليبي.

(٣) أنظر على سبيل المثال نص المواد (٥٧٨ - ٢٣٤١ - ١٣٤٢) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

أمكن أن يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء، فكل منهما صالحاً بأن يقوم مقام الآخر في الوفاء بالدين^(١). وقد جرى العرف حقيقة على التعامل بهذه الأشياء بالكيل كالحنطة والرز والشعير وبعض أنواع السوائل كالحليب أو بالعدد كالنقود والبيض أو بالوزن كالذهب والفضة والسكر والتمر، أو بالقياس كالقماش والشرائط وبعض أنواع الخيوط والحبال والسلاسل^(٢).

فالمثلية تفترض بالضرورة انتماء الأشياء إلى نوع واحد، ولهذا، فالأشياء المثلية تسمى كذلك بالأشياء المعينة بالنوع، فلا بد من تماثل أفراد هذا النوع، بحيث إذا تساوت المقادير من النوع نفسه فإنها لا تتفاوت في القيمة بينها تفاوتاً يعتد به، وينبغي إلى جانب ذلك حتى يعد الشيء مثلياً أن يوجد فعلاً ما يماثله في السوق، فإن لم يوجد مثله في السوق أو ما يماثله في السوق؛ بسبب انعدامه أو ندرته، فإنه يصبح شيئاً قيمياً لعدم إمكان حلول شيء آخر محله في الوفاء بعد أن كان شيئاً مثلياً، وإنما أصبح شيئاً قيمياً^(٣).

أما الأشياء القيمية، أو المعينة بالذات، فهي الأشياء التي لا يوجد مثلها في الأسواق، وإن وجد فإنه يتفاوت عنها تفاوتاً يعتد به، فالأشياء القيمية أشياء معينة بذاتها لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء كالمنازل والأراضي والأحجار الكريمة والحيوانات وغير ذلك مما تتفاوت أحاده، وبهذا فإن القانون المدني العراقي، وكذلك القوانين محل المقارنة قد وضعت قاعدة عامة أو معياراً قانونياً لتقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية، ولكن على الرغم من ذلك فإن لإرادة الأفراد دوراً مهماً وفاعلاً في تقسيم هذا النوع من الأشياء إلى مثلية وقيمية^(٤).

لذا فإن هذا التقسيم للشيء المثلي والقيمي هو تقسيم نسبي، وهذا ما أشارت إليه محكمة التمييز الاتحادية إذ قضت ((أن الأشياء المثلية هي التي يعتبر المتعاقدين إن الوفاء بها يتم بتقديم ما يماثلها بدلاً عنها، أما الأشياء القيمية هي الأشياء التي يعتبر المتعاقدين إن الوفاء بها لا يتم إلا بتقديمها عيناً وقد يكون الشيء بعينه مثلياً في أحوال،

(١) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شح القانون المدني (حق الملكية)، ط ٢، ج ٨، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع، ص ٨٧.

(٢) د. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، تقسيمات الأشياء، مقال منشور على الموقع الرسمي لكلية القانون جامعة بابل www.uobabylon.edu.iq، تاريخ الزيارة ١٧/١/٢٠٢١.

(٣) د. مازو و ود. جيكلار، مصدر سابق، ص ٢٣٧.

(٤) د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ف ٦٨٢.

وقد يكون قيمياً في أحوال أخرى، والفصل في كون هذا أو ذاك يرجع إلى طبيعة هذا الشيء، ونية ذوي الشأن، وظروف الأحوال^(١).

وأوضح منه دلالة قرار محكمة النقض المصرية إذ قضت عن طريقه ((لقاضي الموضوع اعتبار الشيء مثلياً أو قيمياً بناء على أسباب منتجة أساسها إرادة ذوي الشأن أو طبيعة الشيء فعلى أي وجه اعتبره قاضي الموضوع شيئاً مثلياً أو قيمياً فلا رقابة عليه من محكمة النقض حيث أن الفصل في هذا يكون فصل في مسألة موضوعية))^(٢).

ومن ثمَّ فإن الشيء قد يكون مثلياً بالنسبة لبعض الأشياء وقيمياً بالنسبة لأشياء أخرى وأن اتحدت معه في التسمية، فسيارة (التويوتا) الجديدة على سبيل المثال شيء مثلي بالنسبة لكل سيارة (تويوتا) جديدة مثلها تتحد معها في الموديل والطرز، وهي شيء قيمي بالنسبة لكل سيارة تويوتا تختلف عنها في الموديل والطرز وبالنسبة لكل سيارة من صنع شركة أخرى^(٣). وأما أن لإرادة الأفراد دورٌ في تعيين الصفة المثلية أو القيمية للأشياء، فلذلك أن هذه الإرادة قد تضيف على شيء مثلي صفة القيمية وعلى شيء قيمي صفة المثلية بمحض إرادة الأفراد، ومن أمثلة الحالة الأولى، على سبيل المثال، إذا أراد شخصٌ ما نسخة من كتاب من طبعة معينة، ولكنه أراد شراء النسخة التي كان يفتنيها المؤلف، ومثال الحالة الثانية، ما تقوم به بعض الشركات الإنشائية من بناء الدور بمساحات متساوية وهندسة متماثلة على قطعة أرض واحدة، فهذه الإرادة تضيف عليه صفة المثلية على الرغم من كون هذا الشيء من حيث الطبيعة يعد شيئاً قيمياً، وهكذا يتبين أن الشيء يمكن أن يكون مثلياً أو قيمياً تبعاً لنية المتعاقدين^(٤).

وبهذا يتضح لنا إن تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية هو تقسيم نسبي من الناحية الشخصية و الموضوعية، إذ إن لإرادة المتعاقدين دوراً في تقرير هذا الشيء من حيث عده قيمياً أو مثلياً، فيمكن إضفاء صفة القيمي على شيء مثلي أو بالعكس من ذلك؛ تبعاً لإرادة المتعاقدين، وعلى أساس ذلك يمكن القول إن تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية يعد من التطبيقات الاتفاقية (الإرادية) للنسبية في القانون المدني.

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٨٦٧) والمؤرخ في ١٦/٦/٢٠١٢، قرار غير منشور.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٤٥٦) والمؤرخ في ٢٣/١١/١٩٣٣، أشار إليه د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مصدر سابق، ص ٨٨.

(٣) د. محمد طه البشير و غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ٢١ وما بعدها.

(٤) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني، مصدر سابق، ص ٨٨. أنظر كلك د. مروان كركبي، الوجيز في العقود المسماة، مصدر سابق، ١٩٩٨، ص ١٣٧.

ثالثاً - نسبية حق الارتفاق

عرف المشرع العراقي حق الارتفاق بموجب المادة (١٢٧١) من القانون المدني العراقي والتي تنص هذه المادة على ((الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة غيره (يملكه مالك آخر))^(١). وفي الاتجاه نفسه سار المشرع المصري في نص المادة (١٠١٥) من القانون المدني المصري والتي نصت هذه المادة على ((الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر ويجوز أن يرتب الاتفاق على مال عام أن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال)).

كذلك هو الحال بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي بيّن المقصود بحقوق الارتفاق، فجاءت نصوصه مطابقةً لنص القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة^(٢). وذلك عن طريق نص المادة (٦٣٧) من القانون المدني الفرنسي المعدل والتي تنص على ((الارتفاق هو تكليف أو عبئ يفرض على عقار لمنفعة عقار مملوك لشخص آخر ((فحقوق الارتفاق نسبية من حيث تقسيمها إلى ظاهرة وخفية من جهة، وكذلك تعد نسبية من حيث دوامها ومنفعتها من جهة أخرى، وهذا ما سنتناوله ضمن فقرات عدة وكما يأتي:

١- **نسبية تقسيم حقوق الارتفاق إلى ظاهرة وخفية:** لا ريب في أن المشرع العراقي ينص على أن حق الارتفاق إما أن يكون ظاهراً أو خفياً في بعض الأحوال^(٣). وذلك من خلال نص المادة (٢/١٢٧٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص على ((٢- ويحتج بالتقادم في حق المرور وحق المجرى وحق المسيل وغيرها من حقوق الارتفاق الظاهرة)). ولم يكتفِ المشرع العراقي بذلك بل أشار مرة أخرى إلى هذا النوع من الارتفاقات من خلال نص المادة (١٢٧٣) من القانون نفسه إذ نصت على ((١ -

(١) وتقابلها نص المادة (١٢٧١) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((الحق المجرد هو ارتفاق على عقار لمنفعة عقار مملوك لآخر)) و المعنى ذاته تضمنته نص المادة (١/٩٦٠) من القانون المدني السوري ونص المادة (١٠١٨) من القانون المدني الليبي.

(٢) Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'héritage appartenant a un autre propriétaire , BRIGITTE Hess, Fallon, Anne, Marie Simon Droit civil, Edition Dalloz, 2001, p 155.

(٣) د. غني حسون طه و د. محمد طه البشير، مصر سابق، ص ٣٢٤ وما بعدها. أنظر كذلك د. أحمد عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني (حق الملكية) ، مصدر سابق، ص ١٢٩٤. و د. زيدان محمد، حق الارتفاق في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، ٢٠٠٤، ص ٣٩ وما بعدها.

الارتفاقات الظاهرة يجوز ترتيبها بتخصيص من الملك الأصلي^(١). وفي الاتجاه نفسه سار المشرع المصري من خلال نص المادة (٢/١٠١٦) من القانون المدني المصري والتي تنص على ((٢- ولا يكسب التقادم إلتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور)) وأشارت إلى هذا التقسيم كذلك المادة (١/١٠١٧) من القانون المدني المصري والتي تنص على ((١- يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بتخصيص من المالك الأصلي)). وهذا التقسيم للارتفاقات أشار إليه المشرع الفرنسي في نص المادة (٦٨٩) من التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي والتي تنص على ((الارتفاق واضح أو غير ظاهر)). وعلى أساس ذلك فإن الارتفاق الظاهر هو الارتفاق الذي تدل عليه أعمال خارجية كالأبواب والشبابيك والقنوات وغيرها من المظاهر التي تدل على ذلك^(٢). وهذا ما أشار إليه المشرع الفرنسي قبل التعديل^(٣). أما حقوق الارتفاق الخفية فهي التي ليس لها علامات خارجية تدل على وجودها مثل المنع من البناء على الأرض، أو منع ارتفاع البناء إلى زيادة معينة^(٤).

ولذلك فإن تقسيم الارتفاقات إلى ارتفاقات ظاهرة وأخرى خفية هو تقسيم نسبي؛ وذلك بسبب إرادة الأطراف، فحق المجرى مثلاً قد يكون ظاهراً أو قد يكون خفياً عن طريق اتفاق الأطراف على ذلك، وبالتالي نلاحظ أن من حقوق الارتفاق ما يمكن كقاعدة عامة أن يكون ظاهراً في حالة وخفياً في حالة أخرى، تبعاً لوجود أو عدم وجود مظاهر خارجية تدل عليه، فمثلاً حق المجرى، فإذا وجدت قناة أو ساقية أو أنبوب على سطح الأرض كان حق المجرى ظاهراً؛ وذلك لوجود علامة تدل عليه، أما إذا جرى الماء في أنابيب مدفونة في الأرض كان الارتفاق خفياً، عن طريق الاتفاق بين صاحب العقار المرتفق، وصاحب العقار المرتفق به، أي صاحب العقار الخادم والمخدوم على حد سواء، ونتيجة لهذا الاتفاق أصبح تقسيم الارتفاق إلى ظاهر وخفي هو تقسيماً نسبياً

(١) ولا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني وكذلك القانون المدني السوري، أما في القانون المدني الليبي فتقابلها نص المادة (١٠٢٠) والتي تنص على ((يجوز في الارتفاقات الظاهرة أن ترتب أيضاً بتخصيص من الملك الأصلي)).

(٢) د. أحمد طه وحيد الدين اسوار، الحقوق العينية الاصلية، ط١، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، الأردن، ١٩٩٩، ص ٤٣٣. أنظر كذلك د. نور علاء زكي، التنظيم القانوني لحقوق الارتفاق، بحث مقدم الى مجلس كلية القانون جامعة القادسية، ٢٠١٨، ص ٦. أنظر كذلك د. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ط٢، المكتب الجامعي الحديث للطباعة والنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٩٥.

(٣) عدلت المادة (٦٨٩) من القانون المدني الفرنسي بموجب التعديل النافذ في ٢٠١٦/١٠/١ إذ كانت هذه المادة تنص على أن الارتفاق الظاهر ((هو ارتفاق يبنى على وجود أعمال خارجية))، أما بعد التعديل فأصبحت المادة كالآتي ((الارتفاق واضح او غير ظاهر)).

(٤) د. محمد طه البشير وغني حسون طه، مصدر سابق، ص ٣٢٤.

(١) . ومن ثمّ يمكن القول بأن إرادة الأفراد دور بارز ومهم في تقرير النسبية فالإرادة، فقد تجعل من حق الارتفاق ظاهراً أو خفياً من ذلك هو تقسيم نسبي .

٢- **نسبية دوام حق الارتفاق :** من حيث الأصل إن جميع الحقوق المتفرعة عن حق الملكية تُعدّ حقوقاً مؤقتة، والسبب في ذلك يرجع إلى أن تلك الحقوق تنقص من سلطات المالك على ملكه، أمّا الحق المجرد فنظراً لكونه حقاً تابعاً فهو يكسب صفة العمومية من حق الملكية نفسها؛ لأنه يكون بشكل أو بآخر ضرورياً للاندفاع بالعقار المُرتفق بغض النظر عن سبب ثبوته^(٢) . وعليه تعد صفة الدوام من طبيعة هذا الحق وليست من مستلزماته؛ ولذلك عُدّ هذا الدوام دواماً نسبياً، وسبب نسبيته يرجع في الغالب إلى إرادة المتعاقدين (أصحاب حق الارتفاق)، صاحب العقار الخادم والمخدوم، ولذلك فإنه يجوز اتفاق الأطراف على اقتران حق الارتفاق بأجل فاسخ أو واقف من جهة، كما أنه ينقضي بعدم الاستعمال مدة خمسة عشر سنة من جهة أخرى، من ذلك عُدّ دوام حق الارتفاق دواماً نسبياً بإرادة المتعاقدين، فصفة الدوام تختلف في هذا الحق الذي يُعد أصلاً مجرداً عنها في نطاق حق الملكية الذي تعد فيه هذه الصفة من مستلزماته الأساسية^(٣) .

إذ يرى البعض من الفقه أن سبب عدم دوام حق الارتفاق هو اتفاق الطرفين على إنشاء التبعية بين العقارين^(٤) . ومن ثم يجوز أن يتفق طرفاً الارتفاق على تأقيت حق الارتفاق بمدة معلومة معينة؛ لأن الدوام من الطبيعة وليس من المستلزمات، وهذا ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها والتي قضت من خلاله بأن ((أشرطت الاتفاق المؤقت للارتفاق هو مشروع...))^(٥) . وبهذا أصبح من المبادئ العامة

(١) د. سالم حمادة الدحوح، شرح القانون المدني الفلسطيني (دراسة مقارنة بالقانون المصري والأردني بالفقه الإسلامي)، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٤٣١. انظر كذلك د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٤٣٣.

(٢) د. عبد الله بن عمر السحبياني، حق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ٢٠١٣، ص ٦٠٨.

(٣) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية والتبعية، (دراسة مقارنة)، مصدر سابق، ص ٢٨٦.

(٤) د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط١ دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، ٢٠١١، ص ٢٣٢، أنظر كذلك د. جابر محجوب علي، حق الملكية، دار طيبة للطباعة والنشر، مصر، بلا سنة طبع، ص ٥، أنظر كذلك د. رمضان ابو السعود، الحقوق العينية الأصلية، مصدر سابق، ص ٥٣٥، أنظر كذلك د. حسنين ضياء نوري الموسوي، آثار حقوق الارتفاق (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة أبحاث ميسان، العدد (٢٥)، المجلد (١٣)، ٢٠١٧، ص ١٤٧.

(٥) Francois Jacob , Alice Tisserand Marti , Guy Venandent , Georges Wiederkehr Xavie Henry-former source، p.88.

التي يسير عليها القضاء الفرنسي، من ذلك يتضح لنا أن الدوام المقرر لحق الارتفاق هو دوام نسبي، إذ إن إرادة الأطراف قد أضافت هذه النسبية من خلال الاتفاق على تأقيت حق الارتفاق، وهذا التأقيت قد يطول أو يقصر على أساس أن هذا الدوام هو من الطبيعة، وليس من مستلزمات حق الارتفاق.

٣- **نسبية المنفعة في حقوق الارتفاق:** إن الغاية الأساسية من حق الارتفاق هي تحقيق منفعة معينة على حساب أحد العقارين (المُرتفق والمُرتفق به) ولكن هذه المنفعة تعد منفعة نسبية، إذ نجد أن القانون المدني العراقي قد بيّن ذلك في نص المادة (١٢٨٤) إذ نصت هذه المادة على ((لصاحب العقار المُرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المُرتفق أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب مع الأعباء الواقعة على العقار المُرتفق به))^(١). وفي الاتجاه نفسه سار القانون المدني المصري من خلال نص المادة (١٠٢٩) من القانون المذكور آنفاً والتي تنص على ((لصاحب العقار المُرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المُرتفق به)) .

أما القانون المدني الفرنسي فإنه لم يتضمن هذا المعنى الوارد في نص المادة (١٢٨٤) من القانون المدني العراقي حتى في تعديله الأخير، إذ إن المنفعة المقصودة من حق الارتفاق هي منفعة نسبية إذ تتبلور هذه النسبية في حالة زوال الفائدة المقررة من وجود العقار أو إذا أصبحت الفائدة التي تستمد منه قليلة لا تتناسب مع التكاليف الذي يقع على العقار المقرر عليه حق ارتفاق عُدت هذه الفائدة كأنها كانت ولم تكن أي مع الواقع على العقار المرتفق به^(٢).

فإذا كان هناك ارتفاق مرور ثم يصبح ذلك العقار المُرتفق له ممرًا يمكن معه الوصول إلى الطريق العام لا يقل سهولة عن ذلك الممر المحدد لاستعمال ارتفاق المرور أو يجعله أقل فائدة، أو إذا كان مثلاً ارتفاق حق الشرب واستطاع مالك العقار المُرتفق أن يحفر بئرًا ارتوازية في أرض تغذيه هي وموارد المياه التي هي عنده من دون نظر لحق الشرب عن هذا الحق الأخير أو في القليل يجعل حق الشرب فائدته

(١). و تقابلها نص المادة (١٣١٩) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (٢/٩٩٣) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١٠٣٢) من القانون المدني الليبي.
(٢) د. رمضان أبو السعود، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، مصدر سابق، ص ٥٥٤ وما بعدها.

عموما لا تتناسب بعض الشيء مع العبء الذي يتحمله العقار المُرتفق به من جزاء حق الشرب^(١). ففي هذه الحالة يجوز لصاحب العقار المُرتفق به أن يطلب إنهاء حق الارتفاق، وهذا من حيث الأصل لا يتطلب موافقة مالك العقار ومن ثمَّ فهي منفعة نسبية قررها المشرع العراقي رعايةً لمصلحة الطرفين، مصلحة صاحب العقار المُرتفق في بقاء الارتفاق وقت انعدمت أو أصبحت منفعة محدودة، وكذلك مصلحة صاحب العقار المُرتفق به في زوال الارتفاق، وقد أصبحت هي المصلحة الراجحة، إذ تفوق هذه الأخيرة مصلحة صاحب العقار المُرتفق في بقاء الارتفاق من ذلك هي منفعة نسبية أساسها إرادة أطراف حق الارتفاق العيني^(٢).

وبهذا قد تحققت غاية من غايات النسبية في القانون المدني ألا وهي تحقيق المصلحة المتبادلة لأشخاصها، وهنا تظهر بوضوح النسبية لحق الارتفاق العيني من الناحية الشخصية والموضوعية التي تتعلق بصاحب العقار المُرتفق، والمُرتفق به، سواء أكان ذلك من ناحية تقسيمه إلى ظاهر وخفي، أو من حيث دوامه، أو من حيث المنفعة التي يحققها أحد العقارين للآخر، والتي تتبلور فيه النسبية من الناحية الموضوعية بحدود الموضوع الذي جاءت به.

رابعا - نسبية الالتزام غير القابل للانقسام

يكون الالتزام غير قابل للانقسام إذا لم يكن بالإمكان تنفيذه تنفيذاً جزئياً، ومثال ذلك، إذا اشترى شخص سيارة مثلاً من شخصين أو أكثر، فهذا الالتزام يكون غير قابل للانقسام^(٣). والسبب في ذلك هو وروده على محل لا يقبل التجزئة (الانقسام) بطبيعته، أو أن الدائن والمدين قد اتفقا صراحةً أو ضمناً على ذلك، فمصدر عدم قابلية الالتزام للانقسام كما تدل عليه نصوص القوانين المدنية هو أحد المصدرين، أما أن يكون طبيعة المحل، أو قد يكون الاتفاق بين طرفي الالتزام على عدم الانقسام وبهذا الخصوص نجد أن القانون المدني العراقي قد نص في المادة (٣٣٦) على ((يكون الالتزام غير قابل للانقسام: ١- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم. ٢- إذا تبين من الغرض الذي

(١) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، اسباب كسب الملكية، ط١، دار أحياء التراث العربي، ج٩، مج٨، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٤٠٢ وما بعدها.

(٢) د. بن حموش تسعديت ود. بن شوقي نهوارة، النظام القانوني لحق الارتفاق في القانون المدني، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ٦٦.

(٣) د. محمود جلال حمزة، التضامن في الالتزامات، بحث منشور في مجلة الموسوعة العربية المتخصصة، ٢٠١٣، ص ٥.

رمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً أو إذا انصرفت نية المتعاقدين (إلى ذلك))^(١).

أما القانون المدني المصري فقد بيّن ذلك من خلال نص المادة (٣٠٠) والتي تنص على ((يكون الالتزام غير قابل للانقسام ١- إذا ورد على محل لا يقبل بطبيعته أن ينقسم. ٢- إذا تبين من الغرض الذي رُمى إليه المتعاقدان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً أو إذا انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك)). أما عن موقف القانون المدني الفرنسي فنجده قد نص في المادتين (١٢١٧-١٢١٨) قبل التعديل على ذلك، إذ جاء بالمعنى نفسه الذي أشار إليه القانون العراقي. أما بعد التعديل فإنه لم يشر إلى هذه الحالة واقتصر على الإشارة فقط للالتزام بأداء غير قابل للالتزام وذلك من خلال نص المادة (١٣٢٠) إذ نصت المادة الأخيرة من القانون المدني الفرنسي على ((يحق لأي من الدائنين بالالتزام غير القابل للانقسام بحسب طبيعته، أو بموجب العقد، أن يطالب به وأن يتقاضى الوفاء به كاملاً مع مراعاة حقوق الآخرين، غير أنه لا يحق له منفرداً التصرف في الدين أو تلقي ثمناً بدلاً من الشيء...))^(٢).

إذ أن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة تضع مبدأ قانونياً يقتضي بأن الالتزام يكون غير قابل للانقسام إذا ورد على محل لا يقبل بشكل وبآخر تجزئته بالإسناد إلى طبيعته، كما هو الحال فيما لو باع اثنان حيواناً مملوكاً لهما إلى شخص ثالث، فهنا الالتزام غير قابل للانقسام، وقد يكون الالتزام غير قابل للانقسام راجعاً إلى نص القانون كما هو الحال في حق الشفعة، حيث لا يجوز استعماله أو إسقاطه إلا في كامل العقار المشفوع فيه حتى لا تفرق الصفقة على المشتري^(٣). وهذا ما أشارت إليه صراحةً محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها، إذ قضت ((أن الأصل في الالتزام الذي يتعدد فيه الدائنون أو المدينين أو كلاهما سواء كان ذلك عند إنشاء الرابطة

(١) وتقابلها نص المادة (٤٤١) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (٣٠٠) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٢٨٧) من القانون المدني الليبي.
(٢) المادة (١٣٢٠) من القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤، المعدل، إذ نصت هذه المادة على

((Chacun des créanciers d'une obligation à prestation indivisible, par nature ou par contrat, peut en exiger et en recevoir le paiement intégral, sauf à rendre compte aux autres ; mais il ne peut seul disposer de la créance ni recevoir le prix au lieu de la chose. Chacun des débiteurs d'une telle obligation en est tenu pour le tout ; mais il a ses recours en contribution contre les autres en va de même pour chacun des successeurs de ces créanciers et débi)).

(٣) د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني (الحقوق العينية)، مصدر سابق، ص ١٦٨.

القانونية (الرابطه العقدية) أو بعدها، وعلى ما جرى به محكمة النقض أن يكون قابلاً للانقسام إلا إذا نص صراحة في الاتفاق على غير ذلك أو إذا كان الالتزام على النحو الوارد في المادة (٣٠٠) من القانون المدني وارداً على محل لا يقبل بطبيعته الانقسام، أو إذا تبين من الغرض المقصود الذي رُمى إليه المتعاقدين أن الالتزام لا يجوز تنفيذه مقسماً إذ انصرفت نية المتعاقدين إلى ذلك^(١). فعدم قابلية الالتزام للانقسام تكون نسبية؛ نتيجة لإرادة الأطراف المتعاقدة التي جعلته كذلك، فقابليته للانقسام أو عدم قابليته تقرر في الغالب الأعم إرادة الأطراف المتعاقدة الدائن والمدين^(٢).

فعدم الانقسام هنا يرجع إلى الغرض من الالتزام، مثال ذلك أن يكون محل الالتزام قابلاً للانقسام، ولكن نظراً للغاية التي أَرادها المتعاقدان يجب بشكل وبآخر عدم تجزئته، ومن ثمَّ إنجازه كاملاً، إذ يرى بعض الفقه خصوصاً الفقه المصري بأن نسبية عدم الانقسام (التجزئة) تتحقق عندما يكون محل الالتزام غير قابل للانقسام لا بأصل خلقته، بل لعارض من عمل الإنسان مثال ذلك الالتزام بتسليم متجر، فإن المتجر وهو محل الالتزام إذا كان قابلاً للانقسام بطبيعته إذا تمكن من تجزئة عناصره المختلفة من مكان وسلع وعمل وحقوق وديون وما إلى ذلك من متعلقات، إلا أنه جعل بعمل الإنسان غير قابل للانقسام فلا يمكن تسليم البعض من دون الآخر، ولكن هذا لا يمنع من الاتفاق على تجزئته ومن ثمَّ أمكن انقسامه^(٣).

كذلك هو الحال بالنسبة لالتزام المقاول ببناء منزل مثلاً، فالعمل المطلوب من المقاول يمكن تجزئته وفقاً لطبيعته (بناء، حدادة، نجارة، دهان)، كما في بناء المنازل، إذ يتم على مراحل وبأعمال متعددة فإنه يجب الوفاء بالكل^(٤). كذلك لو اشترى شخص أرضاً من عدة أشخاص مالكين لبناء مدرسة على كامل الأرض، فلا يصح الوفاء من

(١) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٩٧٣) والمؤرخ في ٢٣/١٢/٢٠١٢، أشار إليه د. محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني (دراسة فقهية وقضائية)، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ٢٠٢ وما بعدها، أنظر كذلك بالمعنى ذاته قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٢٠١٨) والمؤرخ في ٢٧/٦/١٩٩٣، أشار إليه د. محمد راضي مسعود، نصوص وأحكام حول عدم قابلية الالتزام للانقسام، مقال منشور على الشبكة المعلوماتية الأنترنت وعلى الموقع المتاح www.mohamah.net، تاريخ الزيارة، ٢١/١/٢٠٢١.

(٢) د. محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني (دراسة فقهية وقضائية)، مصدر سابق، ص ٢٠٢ وما بعدها.

(٣) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف، والحوالة والانقضاء)، مصدر سابق، ص ٣٨٧.

(٤) قرار محكمة بداءة الأعظمية المرقم (١٥٨٣) والمؤرخ في ٣/١١/١٩٥٦، أشار إليه المحامي سلمان بيّات، القضاء المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٣٨٥.

كل مالك بقدر حصته، بل يجب الوفاء بالكل، وبهذا قضت محكمة النقض المصرية ((أن كان الأصل أن الالتزام يكون قابلاً للانقسام إذا ورد على محل يقبل بطبيعته أن يقسم، إلا أنه يمكن تقرير عدم انقسام الالتزام بإرادة المتعاقدين، ولمحكمة الموضوع سلطانها المطلق في استخلاص ما إذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت إلى قابلية الالتزام للانقسام متى كان استخلاصها سائغاً ولا فيه مخالفة للأوراق ... ولا معقب عليها من محكمة النقض))^(١).

وبناءً على ذلك، يتضح لنا أن القانون المدني العراقي من ناحية، والقوانين المدنية محل المقارنة من ناحية أخرى، تضع قواعد قانونية تُبيِّن حكم قاعدة قانونية ما، إلا أن لإرادة الأفراد دوراً مهماً في إيراد النسبية في نطاق التصرف أو الواقعة القانونية كما هو موضح أعلاه فرأينا ذلك من خلال تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية، وكذلك في نطاق حقوق الارتفاق، أو في عدم قابلية الالتزام للانقسام، وهذه التطبيقات المبينة أعلاه ذُكرت للدلالة على النسبية على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر فهناك تطبيقات أو حالات أخرى للنسبية، إذ تكون هذه الحالات أو التطبيقات في مجموعها نظرية عامة للنسبية في القانون المدني.

الفرع الثاني

التطبيقات القانونية

بخلاف التطبيقات الاتفاقية التي تكون للإرادة شأن في تقريرها، توجد هناك تطبيقات قانونية، أراد المشرع بموجبها اقتصار حكم النص بما يترتب من حكم (أثر) قانوني رغبة منه في حماية استقرار المعاملات المالية، أو تحقيق مصلحة ما تكون هي أجدر بالحماية من ذلك أنشئ لها وضع قانوني خاص بها، إذ يتمثل هذا الأخير بالنسبية في القانون المدني، فنجد القانون ينص صراحة على هذه النسبية كما هو الحال في مجال العقود كنسبية أثر العقد أو نسبية أثر البيوع المتعاقبة، أو نسبية عيوب الحيازة، كذلك نجد أن المشرع قد ينص بشكل ضمني على هذه النسبية كما هو الحال في نسبية أثر وقف التقادم وسبب انقطاعه، هذا ولغرض بيان هذه الحالات أو التطبيقات وبيان

(١) انظر قرار محكمة النقض المصرية، المرقم (٦٥٤) والمؤرخ في ١٩٧٨/٥/٢٥، وكذلك قرار الصادر من المحكمة نفسها، المؤرخ في ١٩٨١/٤/١٦، أشار إليهما د. عبد السميع عبد الوهاب، مصدر سابق، ص ٣٨٨.

نسبيتها من الناحية الشخصية والموضوعية الأمر الذي يتحتم علينا تقسيم هذا الفرع على فقرات عدة وكما يأتي :

أولاً - نسبية عيوب الحيازة

من المعلوم أن القانون يشترط توافر عناصر للحيازة القانونية والتي تتمثل بعنصريها المادي والمعنوي اللازمين لإمكانية ترتيب أثر قانوني معين عليها، ألا وهو اكتساب الملكية عن طريق الحيازة، ولكن إذا كان هذان العنصران لازمين للحيازة إلا إنه يُشترط أن تكون هذه الحيازة خالية من العيوب حتى تكون هذه الحيازة صحيحة منتجة لآثارها، لكي تكسب الملكية بالتقادم أو بدونه، ولكن هذه العيوب تكون عيوباً نسبية من حيث أثرها، إذ نجد أن القانون المدني العراقي ينص في المادة (١١٤٦) على ((إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع الإكراه أو أخفت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب))^(١).

كذلك القانون المدني المصري فقد نص في المادة (٢/٩٤٩) على ((إذا اقترنت بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها لبس فلا يكون لها أثر قبل من وقع الإكراه أو أخفت عنه الحيازة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب)). وفي الاتجاه نفسه سار المشرّع الفرنسي حين نص على ذلك على الرغم من أنه قد توسع في ذلك من خلال نص المادة (٢٢٢٩) من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على ((لكي تكسب الحيازة الملكية، يجب إن تكون مستمرة، وغير متقطعة، هادئة، علنية، خالية من الالتباس وعلى سبيل الملكية)) . ولغرض بيان تلك العيوب وبيان نسبية أثرها لابد لنا من تحديد ماهيتها وإلقاء الضوء على نسبيتها وكما يأتي:

١- **عدم العلانية:** يجب أن تكون الحيازة علنية بحيث يُباشرها الحائز وهو على مشهد من الناس، إذ يرى بعض الفقه القانوني أنه في القليل أن تباشُر تلك الحيازة على مشهد من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله الحائز، فإذا أخفاها الحائز على صاحب الحق أو المالك، كانت الحيازة مشوبة بعيب الخفاء أو عدم العلانية، ومن ثم تكون بعد ذلك غير صالحة؛ ومن ثمَّ لا تستتبع التملك بالتقادم، إذ إن القاعدة العامة تقتضي أن من

(١) وتقابلها نص المادة (١١٧٢) من القانون المدني الأردني، و نص المادة (٢/٩٠٧) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٢/٩٥٣) من القانون المدني الليبي.

يحوز حقا يجب أن يستعمله كما لو كان هو مالكة (صاحب الحق فيه) إذ أن صاحب الحق لا يستعمله خفية؛ لأن الحماية هي في الأصل تقررت لصاحب الحق^(١). بغض النظر عن حيازة المنقول أو العقار، على الرغم من أن الأخير تعد حيازته ليس بالأمر السهل؛ إذ يصعب أن يخفي الحائز حيازته للمنزل الذي هو يسكنه أو يؤجره، وإن حدث ذلك بأن كانت الحيازة خفية على المالك أو صاحب الحق فيه فإن ذلك يكون نادرا^(٢).

وبهذا الخصوص قضت محكمة النقض المصرية بأن ((صفة الظهور تتحقق في وضع اليد وهو ما يدخل بشكل مباشر أو غير مباشر في تحصيل فهم الواقع في الدعوى، فأن كان الحكم قد أقيم على أسباب معقولة مبررة لقضائه فلا سبيل عليه لمحكمة النقض))^(٣). وحتى تكون هذه الحيازة علنية غير خفية يجب أن يعلم بها المالك بشكل صريح أي على سبيل اليقين إذ يكتفي بأن تكون من البساطة، بحيث يستطيع المالك أن يعلم بها، فإمكان العلم وليس العلم ذاته، هو الذي يجعل الحيازة علنية خالية من عيب الخفاء، فالعبرة بإمكان العلم وليس العلم ذاته؛ لأن المعيار هنا معيار موضوعي بحت، فإذا استعمل الحائز الشيء بشكل ظاهر وعلني ولكن لم يعلم المالك بذلك لغيبته وإهماله فلا تكون الحيازة خفية^(٤).

وعيب الخفاء هو عيب نسبي من الناحية الشخصية و الموضوعية، فمن الناحية الشخصية يُعد هذا العيب نسبياً فلا يمكن أن يحتج به عموماً إلا في مواجهة من أخفيت عنه الحيازة، أما بالنسبة إلى الشخص الذي لم تخفى عنه الحيازة، فلا تكون تلك الحيازة معيبة بعيب الخفاء بالنسبة له ومن ثم بعد ذلك ترتب الحيازة آثارها في مواجهة هذا الشخص فقط^(٥). فالذي يحتج بخفاء الحيازة هو من خفيت عنه أصلاً أي هو وحده دون غيره، من ذلك هو عيب نسبي، أما من الناحية الموضوعية فإنه يتعلق بالخفاء ذاته أي في نطاق عيوب الحيازة سواء أكانت هذه العيوب تشوب العنصر المادي أم المعنوي،

(١) د. جميل الشراوي، الحقوق العينية الأصلية، ط١، دار النهضة العربية، الكتاب الأول، القاهرة، مصر، ١٩٧٢، ص ٣١٥.

(٢) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (١٣) والمؤرخ في ١٠/١٢/١٩٣١، أشار إليه د. عبد المنعم دسوقي، قضاء النقض في المواد المدنية، ط١، نادي القضاء، ج١، ٢٠٠٤، ص ١٤٥٩.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٢) والمؤرخ في ١٦/١/١٩٤٧، أشار إليه قديري د. عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية، مصدر سابق، ص ٧٣.

(٤) د. محمود جلال حمزة، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، ط١، دار حامد للطباعة والنشر، ج٥، بلا مكان طبع، ١٩٩٨، ص ٢٠٧. أنظر كذلك د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية في القانون اللبناني والمقارن (حق الملكية)، الدار الجامعية، بلا مكان طبع، ١٩٨٧، ص ٢٨٥.

(٥) د. فرج إبراهيم عبد الله سكر، الحيازة في المنقول كسب من أسباب كسب الملكية (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق جامعة الأزهر، ٢٠١١، ص ٥٣.

في الوقت الذي ظهرت فيه الحيازة خفية فلربما تتحول الحيازة إلى حيازة ظاهرة، فموضوع هذه العيوب يتعلق في الوقت التي تكون فيه خفية لكي تكون نسبية بعد ذلك.

٢- الإكراه: قد تضحى الحيازة مستمرة وظاهرة، فقد تخلو من عيبي عدم الاستمرار والخفاء ومع ذلك قد يشوبها عيب الإكراه، وتكون الحيازة هكذا طالما استحصل عليها صاحبها بالقوة أو التهديد، وظل محتفظاً بها من دون زوال القوة أو التهديد الذي حصل عليها به، والإكراه الذي يعيب الحيازة هو الذي يكون معاصراً لبدأ الحيازة^(١). ومن ثمّ تضحى الحيازة مشوبة بعيب الإكراه سواء أكان ذلك الأخير حصل عن طريق استعمال القوة المسلحة أم غيرها أو حصل عن طريق الإكراه المعنوي بواسطة استخدام التهديد الذي يختلف أثره باختلاف الأشخاص من جهة، ونوع التهديد من جهة أخرى، ثم تظل القوة أو التهديد من دون انقطاع^(٢).

وبهذا الخصوص عرفت محكمة النقض المصرية الهدوء بقولها ((هو شرط الحيازة المكتسبة للملكية وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة أن لا تقتصر الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها))^(٣). وكذلك لا تعد الحيازة هادئة إذا حصل عليها الحائز عن طريق الغش والتواطؤ، أي عن طريق استعمال طرق احتيالية، لماله دور في نفي تلك العيوب لكونها عيوباً مؤثرة في حيازة الشيء، فهذا العيب بما يترتب من أثر يكون نسبياً إذ يذهب الرأي السائد في الفقه إلى أن عيب عدم الهدوء (الإكراه) هو عيب نسبي، بعبارة أخرى أكثر وضوحاً أن الذي يمتلك الاحتجاج به هو من انتزعت حيازته عن طريق القوة أو التهديد وحده بصفته حائزاً دون غيره^(٤).

ويترتب على ذلك إنه إذا كان الشخص الذي انتزعت منه الحيازة غير مالك الشيء فلا يمكن له أن يحتج على معتصب الحيازة بعيب الإكراه^(٥). وبهذا لا يستطيع

(١) د. سعد سعيد عبد السلام، مصدر سابق، ص ٤٤٣. أنظر كذلك قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٤٨٩) والمؤرخ في ١٩٨٣/١/٦، أشار إليه انور طلبية، الحيازة، مصدر سابق، ص ١٩.

(٢) محمد المنجي، الحيازة، ط ٤، منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٥، ص ٧٦.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٥٣) والمؤرخ في ١٩٧٥/١/١٤، أشار إليه محمد منجي، مصدر سابق ص ٧٧.

(٤) د. لاشين محمد يونس الغاياتي، مصدر سابق، ص ١٢، أنظر كذلك د. محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد، اسباب كسب الملكية، مصدر سابق، ف ٧٨، ص ١٣٣. أنظر كذلك د. عبد الخالق حسن أحمد دروس في الحقوق العينية الأصلية والتبعية، مصدر سابق، ص ١٢٨.

(٥) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني. أسباب كسب الملكية، مصدر سابق، ص ٨٥٥.

أي شخص أن يدعي الإكراه غير المالك؛ لأن الإكراه لم يقع عليه، بل وقع على المالك الحقيقي ولذلك هو عيب نسبي من الناحية الشخصية والموضوعية على حد سواء.

٣- **اللبس والغموض** : معنى وضوح الحيازة أن لا تكون مشوبة بشكل أو بآخر بعيب اللبس أو الغموض، وهذا العيب ينفرد عن العيوب الأخرى التي تصيب الحيازة لكونه ينصب على العنصر المعنوي لها، فقد تكون الحيازة مستمرة وظاهرة وهادئة، بعبارة أخرى تكون خالية من عيوب التقطع والخفاء والإكراه، ومع ذلك يشوبها عيب اللبس، فالأخير يقصد به الغموض الذي يشوب نية الحائز نتيجة احتمال هذه النية أكثر من معنى، مما يوقع الغير في غموض وشك بشأن هذه الحيازة^(١).

وهذا ما يؤدي من دون شك إلى الإرباك وعدم الاستقرار في الأوضاع القانونية مما يوقع الغير في غموض وشك بهذه الحيازة فلا يعلم هل الحائز يحوز الشيء لحساب نفسه أم يحوزة لحساب غيره أم أنه يجمع بين الصفتين لحساب نفسه ولحساب غيره^(٢). وبهذا الخصوص قضت محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها على ((إن المرور في أرض فضاء لا يكتفي وحده بتمليكها بوضع اليد مهما طال أمده، بأنه ليس إلا مجرد انتفاع ببعض منافع العقار وهذا لا يحول دون انتفاع الغير به أو بالمرور أو بفتح المطلات أو بغير ذلك، ولا يعبر هذا عن نية التملك بصورة واضحة لا غموض فيها))^(٣). وبغض النظر عن العوامل التي تؤدي إلى حصول اللبس أو الغموض فيها، فمثلاً الصلة بين صاحب الحق بالحائز كالقريب أو الشريك أم تابع يخالط صاحب الحق ويعيش معه، ومن الأمثلة على ذلك هو حيازة الوارث إذ قد تكون حيازته للأموال المتروكة لحساب نفسه وحساب باقي الورثة، فعيب عدم الوضوح أو اللبس والغموض عيب نسبي، فالذي يمتلك الاحتجاج به هو من التمس عليه أمر الحيازة، وكان في ظروف الحيازة ما يؤدي إلى وقوعه في اللبس أو الغموض الذي يحمل الشك أو التأويل أو يمكن تفسيرها على أكثر من وجه، أما من لم يلتبس عليه أمرها فلا يحتج عليه بها إذ لا يستطيع التمسك بالتمسك بالحيازة على غيره.

(١) د. فرج إبراهيم عبد الله سكر، مصدر سابق، ص ٥٤.

(٢) د محمد المنجي، الحيازة، ط٣، منشأ المعارف، الاسكندرية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٨٠.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية، المرقم (٤٤٦) والمؤرخ في ١١/١/١٩٤٥، أشار إليه محمد المنجي، الحيازة، مصدر سابق، ص ٨٠.

نستشف مما تقدم أن عيوب الحيازة بوصفها تطبيقاً من تطبيقات النسبية التي أورد لها المشرع نصوصاً خاصة تكون نسبية سواء أكان ذلك العيب هو الإكراه أم الغموض أم الخفاء، فهذه العيوب بما ترتبه من أثر يكون نسبياً إذ يقتصر على البعض من الأشخاص وهذه تعد غاية النسبية في القانون المدني .

ثانياً - نسبية أثر العقد

يعد مبدأ نسبية أثر العقد أحد المظاهر المهمة للطابع الشخصي للالتزام، فهذا المبدأ يعني صراحة أن العقد لا ينتج أثره إلا فيما بين أطرافه أصالةً، فهو كونه قاعدة عامة لا يتعداهم إلي الغير. فالعقد لا ينشئ حقوقاً إلا بين أطرافه، كما أنه لا يحمل غيرهم بما يترتب عليه من حقوق والتزامات، فالدائن هو الذي يملك اقتضاء تنفيذ الالتزام، والمدين هو المسؤول عن هذا التنفيذ، وقد ركزت بعض التشريعات المدنية لا سيما المقارنة علي الطابع الشخصي للالتزام، فلم تجز حوالة الدين ومن هذه القوانين القانون المدني الفرنسي و القانون المدني المصري، ومن ثم أصبحت استثناء من مبدأ نسبية أثر العقد، وعلى أية حال فإن الطابع الشخصي يعني أيضاً أن الرابطة تقوم بين الدائن ومدين معينين أو مدنيين معينين تربطهم علاقة قانونية معينة، وعلى أساس ذلك يكون العقد بما يُرتبه من آثار والمتمثلة هذه الأخيرة بالحقوق والالتزامات تكون نسبية من الناحية الشخصية وكذلك الموضوعية، وهذا ما أشارت إليه القوانين المدنية لا سيما المقارنة منها، فبخصوص القانون المدني العراقي فنجدُه ينصُ في المادة (١/١٤٢) على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون إن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام...))^(١).

أما بخصوص القانون المدني المصري فإنه هو الآخر قد نص في المادة (١٤٥) منه على ((ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو نص القانون إن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام)) : أما القانون المدني الفرنسي فقد نص على ذلك من خلال نص المادة (١١٩٩) إذ نصت هذه المادة على ((لا ينشئ العقد الالتزامات إلا بين أطرافه ولا يمكن للغير أن يطلب تنفيذ العقد كما انه لا يمكن إلزام الغير في تنفيذه

(١) و تقابلها نص المادة (٢٠٦) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (١٥٣) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١٤٥) من القانون المدني الليبي.

إلا إذا توفرت احد الاستثناءات المنصوص عليها في هذا الفرع (...)). وبهذا يتضح لنا أن أثر العقد يكون أثراً نسبياً من الناحية الشخصية، والموضوعية على حد سواء وهذا ما سوف نتناوله تباعاً وكما يأتي:

١- النسبية من حيث الأشخاص: من حيث الأصل تتصرف آثار العقد من حيث الحقوق والالتزامات بالدرجة الأولى إلى المتعاقدين وفقاً لما اتجهت إليه إرادتهما، ومعنى انصراف آثار العقد هو كسب الحقوق من جانب، وكذلك تحمل الالتزامات التي تترتب على هذا العقد من جانب آخر^(١). غير أن الشخص قد يترك في الغالب الأعم مالا بعد موته وقد يتصرف في مال له أثناء حياته وهذا بدون شك يستتبع تشعب العلاقة العقدية فيظهرُ الخلف العام والخاص، إذ أن النطاق الشخصي للعقد من حيث أثره يتبلور في المتعاقدين أولاً، والخلف العام والخاص وما يدخل تحتهم من اشخاص ثانياً، أما عدا هؤلاء فهم من الغير، ومن ثم لا يرتب العقد اتجاههم أي أثر^(٢).

إذ يقتضي مبدأ سلطان الإرادة بحصر القوة الملزمة للعقد في أطرافه ابتداءً، أي من أعلنوا بطريقة صريحة أو ضمنية عن تطابق إرادتهم تطابقاً تاماً، وترتب على ذلك تحقق صفة الدائن والمدين بالنسبة إلى العقد المبرم بينهما أصلاً^(٣). إذ إن العقد الذي يتم بمجرد تطابق الإرادتين عليه، أي بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير الصريح أو الضمني عن إرادتهما المتطابقتين من دون الإخلال بالنصوص القانونية يسري في حقهم وما يخالف ذلك يكون مخالفاً للقانون^(٤). من ذلك تقرر النسبية إلى العقد من حيث الأشخاص فيما يتعلق بالمتعاقدين، أما بخصوص نسبية أثر العقد بالنسبة إلى الخلف العام والخاص، فإنه يسري كذلك في حقهم، فالخلف العام هو من يخلف الشخص في ذمته، المالية كلها أو في جزء منها ويشمل كل ما يقع تحت طائلة الخلف العام من الوارث أو الموصي له بحصة من التركة ولا تنتج هذه الخلافة عموماً أثرها إلا بعد الموت عن طريق الوصية و الميراث^(٥). وهذا ما قضت به محكمة التمييز

(١) د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، مصدر سابق، ص ٢٨١.

(٢) د. امجد محمد منصور، مصدر سابق، ص ١٨٣.

(٣) د. عبد الحق صافي، مصدر سابق، ص ٨.

(٤) د. جيلالي بن عيسى، مبدأ الاثر النسبي للعقد و الاستثناءات الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة عبد الحميد، ٢٠١٨، ص ١١.

(٥) د. محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام (المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٧٠، ص ٢٥٨. د. محمدي بدر الدين و د. جعبوب عمار، مركز الخلف بين القانون المدني وقانون الأسر، بحث منشور في مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد (١)، المجلد الخامس، ٢٠١٩، ص ٣١٥.

الاتحادية إذ قضت ((إن كان في الأصل ان الوارث أو الموصي له يُحل محل الموروث أو الموصي في كل حقوقه والتزاماته باعتبار أن العقد سوف يؤول إليه حيث إن الوارث أو الموصي له ما هو إلا امتداد لشخصية المورث، فوجب أن يستمر العقد في شخص هذا الخلف العام كما لو كان هذا السلف مازال موجوداً))^(١).

و على أساس ذلك فإن الأخذ بهذا سيؤدي حتمًا إلى إلزام الخلف العام بجميع ديون المورث وليس في حدود الأموال التي ورثها، بل كذلك في أمواله الخاصة به. وهنا يظهر بوضوح الجانب الشخصي لنسبية أثر العقد، كذلك الأمر بالنسبة إلى الخلف الخاص في العقد فقد ينصرف إليه أثر العقد من دون أن يكون ذلك استثناءً من نسبيته، وبهذا الخصوص قضت محكمة التمييز الاتحادية ((المتنازل له في العقد يعد خلفًا خاصًا في العقد المبرم سلفاً))^(٢). إذ يفهم من هذا القرار أن عقد الإيجار القديم يسري في حق المالك الجديد لكونه استمرارًا للعلاقة السابقة، وبالالتجاه نفسه سارت محكمة لنقض المصرية إذ قضت ((عقد ايجار الأماكن يسري في حق المالك الجديد بذات الشروط السابقة وليس علاقة أيجار جديدة))^(٣). ولكن لكي يرتب العقد أثرًا في حق الخلف الخاص، فإنه لا بد من توافر شروط معينة من أهمها اتصال تلك الحقوق و الالتزامات بالحق المستخلف من جهة، وأن تلك الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد يجب أن تكون من مستلزمات الشيء من جهة أخرى^(٤).

٢- النسبية من حيث المضمون: تتقرر هذه النسبية في حالة ما إذا انعقد العقد صحيحًا مستوفيًا لشروطه وأركانها فإنه يلزم طرفيه ويتعين على المتعاقدين الوفاء بالالتزامات والحقوق التي يرتبها العقد، أي بعبارة أخرى أكثر وضوحًا أن المتعاقدين يلتزمان بتنفيذ العقد على وفق مضمونه وهذا ما يعبر عنه بمبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)^(٥). ومن ثم لا يجوز تعديل العقد إلا في بعض الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في القوانين المدنية، من ذلك نجد أن القانون المدني العراقي قد نص في المادة (١/١٤٦) منه على

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٤٤١) والمؤرخ في ٢٥/١/٢٠١١، قرار غير منشور.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٢٥٠٧) والمؤرخ في ٢٩/٥/٢٠١٩، قرار غير منشور.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٣٨٨) والمؤرخ في ١٠/٥/١٩٨٤، أشار إليه د. عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني (دراسة علمية على ضوء الفقه وقضاء النقض)، مصدر سابق، ص ٣٣.

(٤) د. محمد دغمان، الزامية العقد، مصدر سابق، ص ١٠١. أنظر كذلك القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة الفضائية المدنية، ج ٤، ص ١٦٩.

(٥) د. فرجالي أسماء، أثر العقد من حيث الموضوع، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الكلي محند اولحاج، ٢٠١٣، ص ٧.

((أذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي))^(١).

وفي الصدد نفسه سار القانون المدني المصري من خلال نص المادة (١٤٧) والتي تنص على ((العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون)). أما القانون المدني الفرنسي فإنه نص على ذلك من خلال نص المادة (١١٩٣) والتي نصت على ((لا يجوز تعديل العقود أو نقضها إلا بالرضا المتبادل لأطرافها أو للأسباب التي يقررها القانون)).

يتضح لنا مما تقدم أن نسبية أثر العقد من حيث الموضوع تتمحور في أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه إذا نفذ أصبح لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بالتراضي أو من خلال نص القانون، وبهذا فإن نسبية أثر العقد كونه تطبيقاً من تطبيقات النسبية في القانون المدني لها أثر نسبي من حيث الأشخاص يتبلور في انصرافه إلى المتعاقدين وخلفهما العام والخاص على وفق ضوابط معينة، كما أن له أثراً نسبياً من حيث الموضوع بما يرتبه من حقوق والتزامات إذ لا يمكن نقضه أو تعديله إلا برضا أطرافه أو لأسباب يقررها وعلى أساس ذلك تقرر له النسبية.

ثالثاً - البطلان النسبي

يعني البطلان جزاء اختلال أركان العقد أو شروط الأركان^(٢). ولما كانت الأخيرة وشروطها تتفاوت من حيث الأهمية فإن البطلان حتماً سيكون على درجات، وقد أخذ المشرع المصري والفرنسي بدرجتين للبطلان، وهما البطلان المطلق والبطلان النسبي، ويطلق على كل من نوعي البطلان أما البطلان أو القابلية للأبطال، فالبطلان عموماً هو البطلان المطلق والقابلية للبطلان يقصد به البطلان النسبي فالأخير يعني افتراض قيام التصرف القانوني أو وجوده من حيث توافر أركانه، ولكن أن هناك ركن من أركانه ألا وهو (الرضا) يفسد بسبب عيب بداخله أو بسبب نقص أهلية أحد أطراف التصرف القانوني بغض النظر عن طبيعته من ذلك يكون التصرف قابلاً للأبطال

(١) ويقابلها نص المادة (٢٤١) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((إذا كان العقد لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التراضي أو بمقتضى نص القانون)). و المعنى ذاته تضمنته نص المادة (١٤٨) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١٤٧) من القانون المدني الليبي.

(٢) د. أنور العرموسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، ط١، دار العدالة للنشر والتوزيع، ج١، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٤٠١.

بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته وهذا يعد نتيجة طبيعية لمن دخل رضاه العيب أو من لم تكتمل أهليته^(١). ومن الجدير بالذكر أن قابلية التصرف القانوني للأبطال إنما تتمثل للتصرف القانوني في مرحلتين متعاقبتين، الأولى يطلق عليها مرحلة الصحة وينتج فيها التصرف القانوني جميع آثاره، أما الثانية فهي مرحلة البطلان ويعد التصرف القانوني فيها باطلاً لا حكم له من وقت نشوئه فليست ثمة مراحل ثلاثة الصحة والقابلية للبطلان والبطلان، وإنما وجد مرحلتين الصحة والبطلان، وقد يقرر البطلان النسبي بمقتضى نص خاص في القانون، إذ إن المشرع العراقي على خلاف المشرع المصري والفرنسي لا يعرف هذا النوع من البطلان والسبب في ذلك هو إن القانون المدني العراقي مستمد من الفقه الإسلامي الذي ينظر للعقد القابل للبطلان ((أو ما يعرف بالبطلان النسبي)) على أنه تصرف صحيح نافذ، ومن ثمَّ ليس صحيحاً وصف مثل هذا التصرف بالبطلان، ولو كان نسبياً مادام قائماً ومنتجاً لآثاره، لذلك عدّه القانون المدني العراقي عقداً موقوفاً^(٢).

أما بخصوص القانون المدني المصري فقد نص على البطلان النسبي من خلال نص المادة (١٣٨) والتي تنص على ((إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في أبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق)). أما في المادة (١٣٩) من القانون نفسه فقد أشارت إلى زوال الحق القابل للأبطال والذي ينفرد به البطلان النسبي إذ نصت هذه المادة على ((يزول حق أبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية)). وفي الاتجاه نفسه سار المشرع الفرنسي عن طريق نص المادة (١١٧٩) من القانون المدني الفرنسي المعدل إذ نصت على ((يكون البطلان مطلقاً إذا كانت القاعدة التي تمت مخالفتها مقررة من أجل حماية المصلحة العامة، ويكون نسبياً إذا كانت القاعدة التي تمت مخالفتها مقررة فقط من أجل حماية مصلحة خاصة)). ثم أورد المشرع الفرنسي نصاً قانونياً آخر خاص بالبطلان النسبي إذ أشار إليه إشارة صريحة في نص المادة (١١٨١) من القانون المدني والتي نصت هذه المادة على ((لا يجوز طلب البطلان النسبي إلا من قبل الشخص الذي يرمي القانون إلى حمايته ويزول البطلان النسبي بالإجازة)). ولذلك فإن البطلان النسبي كتطبيق من تطبيقات النسبية في القوانين المدنية

(١) د. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجمالي والموضوعي، ط١، منشأ المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١، ص ٤٤٣. انظر كذلك د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام في القانون المدني المصري واللبناني، مصدر سابق، ص ١٧٧ وما بعدها، د. عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط٣، دار الفكر والقانون، المنصورة، ١٩٩٩، ص ٣٥٥.

(٢) د. عبد الباسط جاسم محمد، المفيد في شرح القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ٦. ٨

لا سيما محل المقارنة له أثر نسبي من الناحية الشخصية و الموضوعية على حد سواء، فالتصرف القانوني القابل للأبطال بطلاناً نسبياً لا يمكن الحكم والاحتجاج به إلا بناء على طلب الشخص الذي شرع البطلان النسبي لمصلحته خلال المدة التي يحددها القانون^(١). بعبارة أخرى، إن البطلان النسبي يتقرر حين تكون المصلحة المحمية التي تم الإخلال بها هي مصلحة خاصة بغض النظر عما إذا كانت هذه المصلحة منوطة لأحد المتعاقدين أم للغير^(٢). كناقص الأهلية مثل (الصبي المميز، وكان تصرفه دائر بين النفع والضرر) أو من شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة وهي (الغلط، والاكراه، والتدليس، والاستغلال)، أو أن القانون ينص صراحة على أن العقد قابل للإبطال في بعض التصرفات القانونية، كبيع ملك الغير إذ جعله القانون قابلاً للأبطال فيما بين المتعاقدين فهو تصرف غير نافذ في مواجهة المالك الحقيقي^(٣).

وهذا ما أشار إليه المشرع العراقي إذ عدّه الأخير تصرفاً موقوفاً يطابق التصرف القابل للأبطال في القانون المدني المصري والفرنسي، وهذا ما ذهب إليه المشرع المصري بموجب نص المادة (١/٤٦٦) من القانون المدني المصري والتي تنص على ((باع شخص شيء معيناً بالذات وهو لا يملكه جاز للمشتري أن يطلب أبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سجل العقد أو لم يسجل)).

ومن ثمّ فإن هذه النسبية تتبلور في أن البطلان النسبي قد شرّع أصلاً لمصلحة خاصة من ذلك إن المحكمة لا يمكن لها أن تطلب أو تقضي به من تلقاء نفسها كما هو الشأن بالنسبة للبطلان المطلق فيموجب هذه المصلحة تقرّر له النسبية، وهذه الأخيرة كونها متعلقة بمصلحة خاصة تقتضي إرجاع أو إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد؛ بسبب البطلان شرط أن كل متعاقد يلزم برد ما عاد عليه، فلا يمكن إثارة هذا النوع من البطلان إلا الشخص الذي قرّر القانون حماية مصلحته عن طريق هذه النسبية، أما النسبية من الناحية الموضوعية للبطلان النسبي فإنها تتعلق بحالات البطلان النسبي سواء أكانت عيوب الإرادة، أم نقص الأهلية، أم نص القانون، فلا

(١) د. أمير فرج يوسف، العقد والارادة في التقنين المدني (معلقاً عليها بالأعمال التحضيرية للقانون المدني و بأحكام محكمة النقض، المكتب الجامعي الحديث، مصر، ٢٠٠٨، ص ٢٩.

(٢) د. أشرف جابر، الاصطلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد (صنيعة قضائية وصياغة تشريعية في بعض المستجدات، بحث منشور في مجلة القانون اداة للإصلاح والتطوير، العدد(٢)، ج٢، ٢٠١٧، ص ٣٢٠-وما بعدها

(٣) د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، ط١، مطبعة الجامعة، ج١، بغداد، ١٩٧٣، ص ٤٩٢.

يتقرر البطلان النسبي إلا في حالات معينة، واستناداً إلى ذلك تقرر له النسبية أشخاصاً وموضوعاً.

رابعاً - الاستحالة النسبية

لا شك في أن الاستحالة تتنوع من ناحية طبيعة المانع وما يصيبه إلى استحالة موضوعية، وأخرى شخصية، ومن ناحية مدى تأثير المانع في القدرة على تنفيذ الالتزام إلى استحالة مطلقة وأخرى نسبية وهذا ما نعنيه، إذ أن السير في محتواها يخالف عكسها^(١). وبهذا الخصوص نجد نص الفقرة الثانية من المادة (٢/١٢٧) من القانون المدني العراقي تنص على ((أما إذا كان مستحيلاً على المدين دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهدته))^(٢). فالأصل إن المحل إذا كان مستحيلاً في ذاته، لا بالنسبة إلى شخص المدين، كما لو تعهد محام برفع استئناف فات ميعاده، أو تعهد شخص بالامتناع عن عمل سبق وقوعه ففي هذه الحالات يعد الالتزام باطلاً بطلاناً مطلقاً، وهذا ما أشار إليه القانون المدني العراقي في المادة (١/١٢٧) والتي تنص على ((إذا كان محل الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلاً)).

والمعنى نفسه تضمنته نص المادة (١٣٢) من القانون المدني المصري والتي تنص على ((إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً)). أما القانون المدني الفرنسي بعد التعديل فإنه ألغى القواعد القانونية الخاصة في تحديد الشروط الأساسية لصحة الاتفاقيات والتي كانت تنظمها أحكام المادة (١١٠٨) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والتي كانت تتناول محل الالتزامات إذ أوجبت تلك المادة أن يكون محل الالتزام ممكناً غير مستحيل استحالة مطلقة أو نسبية، أما في التعديل الأخير فإنه قد أخذ بفكرة مضمون العقد بدلاً من محله بموجب أحكام المواد من (١١٦٢ - ١١٧١).

فإنه قد اشترط توافر شروط معينة لإبرام التصرفات القانونية وهي رضا طرفي العقد، وتوافر الأهلية، وأن يكون مضمون العقد مشروعاً ومحددأً وبهذا قد ألغى القواعد الخاصة بمحل الالتزام، إلا أنه قد أخذ بفكرة الاستحالة خصوصاً فيما يتعلق

(١) بن دوش نضره، انقضاء الالتزام دون الوفاء به (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، ٢٠١١، ص ٧٦.

(٢) وتقبلها نص المادة (١٥٩) من القانون المدني الأردني، ونص المادة (١٣٢) من القانون المدني السوري، ونص المادة (١٣٢) من القانون المدني الليبي.

باستحالة التنفيذ بصورتها الاعتيادية (النسبية) وهذا يبدو أكثر وضوحاً عند مراجعة نصوص القانون المدني الفرنسي، فإنه قد نص بصورة ضمنية على الاستحالة النسبية، فمثلاً نص المادة (١١٤٧) من القانون المدني الفرنسي تنص على ((المدين يكون مسؤولاً عن التعويض إذا كان له محل أما بسبب عدم تنفيذ الالتزام أو بسبب التأخير فيه...)).

وبهذا يشير القانون المدني الفرنسي إلى أن التعويض جزاء يفرض على المدين الذي لم يتم بتنفيذ الالتزام، إذ أن خاصية عدم التنفيذ قد ترجع إلى الاستحالة، ولكن الأخيرة يجب أن تكون نسبية وهذا يكون أكثر وضوحاً عند إمعان النظر في نص المادة المذكورة آنفاً، إذ أن المشرع الفرنسي قد أشار في الشطر الأخير من نص هذه المادة على أنه إذا كان له محل وهذا ما يتفق وأحكام الاستحالة النسبية، فإذا لم يكن الالتزام مستحيلًا بذاته فإن التصرف القانوني لا يكون باطلاً، والسبب في ذلك هو أن الاستحالة هنا استحالة نسبية وليست استحالة مطلقة؛ لأنها استحالة من جانب المدين وحده ومن ثمَّ فإنه يجب عليه الوفاء بتنفيذ التزاماته^(١). كذلك يستطيع غيره القيام بالعمل المطلوب منه، من ذلك هي استحالة نسبية وتتحقق هذه الاستحالة أيضاً إذا كان القيام بالالتزام غير ممكن من جانب الشيء محل الالتزام، فإذا ترك مثلاً المتعاقدان محل تعيينه لشخص آخر، أي لشخص ثالث لم يكن طرفاً في تصرف، فإن قيام هذا الأخير بعملية التعيين انعقد التصرف القانوني باستيفاء المحل لشروطه وفي حالة امتناعه يصبح التصرف القانوني باطلاً لا يمتلك القاضي عملية تكميله وعلى أساس ذلك عُدَّت هنا الاستحالة نسبية^(٢).

وهذه الاستحالة ترتب آثار قانونية مهمة، لكونها لا تؤدي إلى إنهاء الرابطة العقدية، وإنما ينتقل الالتزام إلى التعويض (التنفيذ بمقابل)، مثال ذلك إذا تعهد شخص ما برسم لوحة معينة والتزم على هذا الأساس، ولكنه طالب بعد ذلك ببطلان التصرف لاستحالة تنفيذه بحجة أنه أصبح غير ملزم بفن الرسم فالاستحالة هنا استحالة نسبية^(٣).

(١) د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، مصدر سابق، ص ٩٨.

(٢) د. أحمد سلامة، الوجيز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، ١٩٧٥، ص ١٤٢، انظر كذلك د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص ٢٣٦، و د. عبد الخالق حسن أحمد، دروس في مصادر الالتزام، ط ١، مطبعة دار المهدي للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، ١٩٨٤، ص ١٩٤.

(٣) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام المصادر الإرادية وغير الإرادية (العقد - الإرادة المنفردة - المسؤولية المدنية - الأثر بلا سبب)، مصدر سابق، ص ٦٧.

والاستحالة النسبية مختلفة من حيث شرط الإمكان حسب طبيعة كل التزام، فهي تختلف من التزام لآخر. ونتيجة لذلك فإن النسبية في القانون المدني لها تطبيقات قانونية أشار إليها المشرع بنصوص قانونية متفرقة بين أبواب القانون المدني التي لا يجمعها جامع معين، وهذه التطبيقات هي التي أضفت الوجود المادي لموضوع بحثنا، وأن التطبيقات القانونية للنسبية في القانون المدني عديدة ومتنوعة، والتي تشكل بمجموعها كما ذكرنا سابقاً نظرية عامة للنسبية في القانون المدني.

المطلب الثاني

التطبيقات الفقهية والقضائية

لما كانت مهمة المشرع هي وضع قواعد قانونية عامة مجردة تنظم مختلف أوجه التعامل بين أفراد المجتمع، فإن دور المشرع ينتهي هنا، إذ أن بيان الجزئيات التفصيلية وتحديد طبيعتها وتحديد الغرض منها فإنها حتماً تكون من مهمة الفقه القانوني والقضاء، إذ يقرر الفقه أو القضاء نسبية تصرف ما أو واقعة قانونية نتيجة لأسباب معقولة أو لتوافر شروط تحقيقها؛ بغية تحقيق استقرار المعاملات المالية أو لحماية مصلحة خاصة، ولغرض بيان هذه التطبيقات التي تكون نسبية من حيث أثرها عن طريق آراء الفقه القانوني من جهة، وأحكام القضاء المدني من جهة أخرى، فلا بد لنا من تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتناول في الفرع الأول التطبيقات الفقهية، أما في الفرع الثاني فسنكرسه لدراسة التطبيقات القضائية :

الفرع الأول

التطبيقات الفقهية

لا شك في أن النسبية في القانون المدني متعددة المبادئ، ومتعددة المصادر فإن ذلك سوف يؤدي حتماً إلى إبراز تطبيقات فقهية للنسبية في القانون المدني، فالفقه القانوني عموماً يدرس النصوص القانونية دراسة تحليلية نقدية من إيضاح وبيان وتعليق على القواعد القانونية، فيبين محتوى نص بعض القواعد القانونية، من كونها تحاكي بعض الأشخاص دون غيرهم في نطاق موضوع معين، هذا ولغرض بيان هذه التطبيقات والوقوف على بيان نسبتها لا بد لنا من تقسيم هذا الفرع على فقرات عدة وكما يأتي :

أولاً - نسبية تقسيم العقود الى رضائية وشكلية وعينية

وفقاً للقواعد العامة تنقسم العقود من حيث تكوينها إلى التقسيم الثلاثي أعلاه (رضائية، وشكلية، وعينية) وإذا أمعنا النظر في مفهوم تلك العقود نجد أن العقد الرضائي هو العقد ((الذي يكتفي التراضي لانعقاده باقتران الإيجاب بالقبول أي بمجرد تلاقي الإرادتين))^(١). ما لم يشترط القانون شكلاً معيناً كالكتابة لإثبات العقد إذا زادت قيمته عن حد معين، فمتى اقترن الإيجاب بالقبول بأي طريقة كانت سواء أكانت كتابة أم مشافهة أم بالإشارة، وكانت متطابقة فإن العقد ينعقد رضائياً، أما العقد الشكلي فهو ((ما لا يكفي التراضي لانعقاده، بل يجب إتباع شكل معين، مثلاً بيع العقار بالتسجيل العيني أو العقاري والرهن الرسمي))^(٢).

وقد يكون العقد رضائياً فيقلب شكلياً بإرادة الطرفين والمرجع في ذلك إرادة المتعاقدين (نية الطرفين). أما العقد العيني فهو ما لا يكفي التراضي لانعقاده، بل يجب إلى جانب ذلك تسليم العين محل العقد (كالرهن الحيازي وهبة المنقول) وعلى ضوء ذلك فإن الهبة لا تتم في المنقول إلا بالقبض ويلزم في القبض إذن الواهب، كذلك الأمر بالنسبة إلى عقد الإيداع، فالأخير عقد يحيل به المالك أو من يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر وهو لا يتم إلا بالقبض، وعلى هذا الأساس نجد أن ما يميز العقد الشكلي عموماً من العقد الرضائي هو خلو العقد الرضائي من أي شكلية معينة ماعدا تراضي الطرفين، فتقسيم العقود إلى رضائية وشكلية وعينية في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة، هو تقسيم نسبي بموجب رأي فقهي إذ يرى بأن ليس هناك من المنطق ما يدعو إلى هذا التقسيم الثلاثي للعقد كون تقسيم العقد إلى رضائي وشكلي تنقصه الدقة، فالعقد الرضائي وإن كان يتم برضاء الطرفين إلا أنه لا بد من أن يتم بصورة شكلية، أي أن التعبير عن الإرادة يجب أن يتخذ شكلاً معيناً (كالكتابة والكلام) أو إذا كان التعبير ضمنياً يكون في اتخاذ صورة موقف معين يستنتج من إرادة الأطراف ونياتهم، فالعقد الرضائي ما هو إلا عقد شكلي، فالرضائية لا بد من أن يتم التعبير عنها ويتخذ هذا التعبير صورة شكلية، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن أبعاد العينية وهي تعني القبض (التقباض)، أي قيام من يجب عليه ذلك تسليم الشيء إلى الطرف الآخر وقبض

(١) د. عبد الخالق أحمدون، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، ٢٠٠٨، ص ٥٤.
(٢) د. فواز الصالح، القانون المدني (مصادر الالتزام)، ط ١، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، ٢٠١٨، ص ١٤.

الأخير لهذا الشيء أي وضع اليد عليه سواء كان وضع اليد حقيقة أم حكماً، و من ثمّ فإن اعتبار هذا النوع من طائفة العقود الشكلية تنقصه الدقة العلمية أيضاً^(١).

فالقبض ما هو إلا شكلية كالكتابة في العقد، وكالرسمية في العقد سواء بسواء، فالتقبض لا بد من أن يتم بشكل معين، مثال ذلك انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري إذ تتم بالتسليم وهذا التسليم لا بد من أن يتم بشكل معين وهو سند العقار، لذلك لا نجد أساساً منطقياً لأفراد العينية والقبض بتقسيم خاص يقابل الشكلية والرضائية، فالقانوني يرى أن العقد الرضائي أربعة أركان الرضا وهو الأصل والمحل والسبب والشكل، والعقد الشكلي هو الآخر متكون من الأركان نفسها، وبناء عليه فإن الأدق أن يقال إن العقود إما أن تكون رضائية وإما أن تكون شكلية ونقصد بذلك اتخاذ إجراء ما أو ممارسة عمل ما أو استيفاء صيغة ما إضافة إلى التراضي إذ إن العقد يقتضي في هذه الحالة الجمع بين التراضي وبين ذلك النوع من الشكلية بحسب نوع العقد، فليس هناك من المنطق ما يدعو إلى هذا التقسيم الثلاثي للعقد، بل يمكن أن نقسم العقد تقسيماً ثنائياً لتجري المقابلة بين العقد الرضائي والعقد الشكلي بأنواعه المختلفة، ومن ثمّ فإن هذا التقسيم للعقود هو تقسيم نسبي، إذ أن التعبير عن الإرادة هو بحد ذاته يعد شكلاً بالمعنى القانوني، حيث إن الإرادة شيء خفي لا يمكن أن نلتمسها إلا بطريق إظهارها إلى الوجود المادي عن طريق التعبير عنها، وهذا التعبير ما هو إلا شكلاً للتصرف القانوني^(٢).

وعلى أساس ذلك يرى الباحث أن العقد الرضائي لا بد من أن يتخذ شكلاً معيناً، وكذلك هو الحال بالنسبة إلى العقد الشكلي فإن من أهم أركانه التراضي، كما أن العقد العيني هو عقد رضائي شكلي عيني، يتطلب التراضي لانعقاده ويتم التقابض على وفق شكل معين لذلك فإن هذا التقسيم للعقود هو تقسيم نسبي.

(١) د. سعدي اسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط١، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠، ص ٣٥ وما بعدها،

(٢) د. محمد جمال عطية، الشكلية القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقاريق، ١٩٩٣، ص ٢٠١.

ثانياً - نسبية الحق الشخصي

لا شك في أن الالتزام يقصد به حالة قانونية يرتبط بمقتضاها شخص معين بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل^(١). وهذا ما أشار إليه القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة، فبخصوص القانون المدني العراقي فقد نصَّ على ذلك في نص المادة (١/٦٩) والتي تنص على ((الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن أو مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقًا عينيًا أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل))^(٢).

أما القانون المدني المصري وإن لم يتضمن نصًا قانونيًا يطابق نص القانون المدني العراقي المشار إليه أعلاه سواء أكان ذلك صراحة أم ضمناً، ولكن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري عرف العقد في المادة (١٢٢) منه على ((اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها))، إذ يفهم من ذلك ضمناً أن الحق الشخصي هو رابطة قانونية ولأن العقد يعد من أهم الحقوق الشخصية ومصدرًا مهمًا من مصادر الالتزام، فإن محله أما أن يكون القيام بعمل أو الامتناع عن العمل أو نقل حق عيني^(٣).

أما القانون المدني الفرنسي فهو الآخر لم يتضمن نصًا قانونيًا بهذا الشأن، سوى نص المادة (١١٠١) من القانون المذكور في الأعلى، والتي أشارت ضمناً إلى العلاقة القانونية (الشخصية) من خلال تعريف العقد إذ نصت على ((العقد اتفاق بين شخصين أو أكثر بإعطاء أو بعمل أو بامتناع عن العمل))^(٤). فالحق الشخصي عمومًا يعرف بأنه رابطة بين شخصين أحدهما دائن و الآخر مدين، يخول بمقتضاها الدائن مطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل^(٥). وبسبب هذه الرابطة (رابطة المديونية) والتي يخول بموجبها الدائن مطالبة المدين بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، والتي تمثل في قدرة صاحب الحق في اقتضاء أداء معين من

(١) د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، مصدر سابق، ص ١١٤.

(٢) وتقابلها نص المادة (٦٨) من القانون المدني الأردني. ولا مقابل لها في القانون المدني السوري، وكذلك القانون المدني الليبي.

(٣) د. محمد صبري السعدي، مصدر سابق، ص ٢٥.

(٤) عدلت هذه المادة بموجب التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي، إذ نصت هذه المادة بعد تعديلها على ((العقد اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر يهدف إلى إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهاؤها)) انظر بهذا الصدد، د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨، ص ٢٨.

(٥) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) مصدر سابق، ص ٩.

شخص آخر، فلا يتحقق حصول صاحب الحق على حقه إلا بتدخل هذا الشخص، لذلك عُدَّ هذا الحق نسبياً هذا من ناحية، كما أن الحق الشخصي من حيث التمسك والاحتجاج به، فإنه لا يجوز التمسك به إلا في مواجهة المدين ولا يمكن الاحتجاج به على الغير من ناحية أخرى^(١).

فالحق الشخصي لا يسري في مواجهة الغير على أساس أن هذا الحق لا يتضمن كالحق العيني سلطة مباشرة على الشيء، وإنما هو حق نسبي يقتصر على القدرة على مطالبة شخص معين بأداء معين^(٢). ومن ثمَّ فإن الحق الشخصي لا يحتج به إلا في مواجهة الشخص المدين به وبالتالي قد انحصر أثره في حق شخص معين أو اشخاص معينين وعلى ضوء ذلك عُدَّ حقاً نسبياً من الناحية الشخصية والموضوعية^(٣). أذن النسبية في نطاق الحقوق الشخصية تكمن في أمور ثلاثة وهي ١- إن الحق الشخصي حق نسبي لا ينشأ إلا بموجب رابطة قانونية (علاقة بين شخصين) ٢- الحق الشخصي حق نسبي لا يتسنى لصاحبه الحصول عليه إلا عن طريق المدين^(٤). ٣- الحق الشخصي حق نسبي لا يتعدى أثره دائرة الدائن والمدين ولا تقيده مبدئياً سواهما فهي عموماً لا تقع تحت طائلة الحصر وعلى أساس ذلك عدت الحقوق الشخصية حقوقاً نسبية.

ثالثاً - نسبية الالتزام التضامني من حيث الآثار

من المعلوم أن الالتزام التضامني تتعدد فيه أطراف الالتزام في المحل نفسه مع تعدد مصادره من دون تضامن أو مع عدم قابليته للقسمة^(٥). وهذا يعني أن المحل واحد، وتتعدد فيه الالتزامات وينتفي التضامن فيه، أو عدم قابليته للقسمة بوصفها أركان الالتزام التضامني سواء أكان هذا الأخير تضامناً إيجابياً أم سلبياً، فهو التزام يقوم من حيث الأصل على تعدد المدينين مع التزام كل منهم أمام الدائن بالدين كله وتكون هذه الديون التي تعد محل الالتزام التضامني متميزة من بعضها البعض، نتيجة لتعدد مصادرها وإن تمثلت بأداءات متماثلة، إذ يرى بعض الفقهاء القانوني أن هذه

(١) د. محمد علي عرفه، مبادئ العلوم القانونية، مصدر سابق، ص ٥١٣.

(٢) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ٢٣٨.

(٣) سعد ربيع عبد الجبار، مصدر سابق، ص ٣٦، د. داود كمال، مقياس نظرية الحق، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٩/٢٠٢٠، ص ٢.

(٤) Jean Carboonier - Droit Civil- 4- Les Obligations Press Unibersitaires deFrance- 11edition, pp5-6.

(٥) د. محمد جاد محمد، أحكام الالتزام التضامني في القانون المدني الفرنسي والمصري، ط ١، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ف ٩٤، ص ١٠٩.

الالتزامات تتجه جميعها إلى غرض واحد ألا وهو إشباع حاجة الدائن، وهذا من دون شك يحصل بوسائل عدة منها قد تكون الصدفة أو نتيجة لظروف لا دخل للدائن بها، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن المحل واحد إذ أنه أضفى صفة أحادية المحل مع تعدد الالتزامات ومن ثم فإن الجامع بينهما هو وحدة الغرض مع تعدد مصدر أركان الالتزام التضامني^(١). وبهذا فإن الالتزام التضامني هو ((الالتزام الذي يتخذ محلاً واحداً ويكون تعددياً في روابطه ومصدره وعدم قابليته للانقسام، ويتعدد فيه المدنيون الملزمون بذات الدين مع تعدد المصدر الذي الزم بموجبه كل واحد منهم من دون تضامن بينهم))^(٢). ولهذا النوع من التضامن أحكام إذ يضيف بعض الفقه القانوني على هذه الأحكام بالأحكام النسبية سواء أكان ذلك من ناحية الخطأ في تنفيذ الالتزام من أحد المدنيين، أم من حيث انقطاع التقادم أو وقفه، أم من حيث الأعذار أم المطالبة القضائية، أم من حيث مباشرة بعض الدفوع القانونية...^(٣).

وعلى أساس ذلك نجد أن القانون المدني العراقي قد نص في المادة (٣٣٠) منه على ((لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام عن فعله، وإذا أعذر الدائن أحد المدنيين لمتضامنين أو قاضاه فلا يكون لذلك أثر بالنسبة لباقي المدنيين أما إذا أعذر أحد المدنيين المتضامنين الدائن فإن باقي المدنيين يستفيدون من هذا الأعذار))^(٤). أما بالنسبة إلى القانون المدني المصري فقد أشار إلى ذلك في نص المادة (٢٩٣) منه والتي تنص على ((لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله)) . أما القانون المدني الفرنسي فإنه جاء بأحكام جديدة تخالف بعضها أحكام القانون المدني العراقي والمصري على حد سواء فإنه لم يشر إلى تلك النسبية في الأحكام إلا في نطاق الدفوع الشخصية كما هو مبين ادناه^(٥). إذ أن المدين المتضامن يكون وحده مسؤولاً فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام عن فعله الشخصي، إذ لا

(١) د. محسن البيه، التضامن والتضام في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلة تصدرها جامعة الكويت كلية الحقوق، العدد ٣، ٢٠١٣، ص ١٤.

(٢) د. ضمير حسين المعموري، الالتزام الانضمامي، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، العدد (١)، المجلد (١٥)، ٢٠٠٨، ص ١٣١.

(٣) د. عبد مجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير ، القانون المدني وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ٢٠٧. انظر كذلك د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (النظرية الالتزام بوجه عام، الاوصاف، والحوالة، والانقضاء)، مصدر سابق، ص ٣٣٨ وما بعدها.

(٤) وتقابلها نص المادة (٤٣٥) من القانون المدني الاردني ونص المادة (١/٢٩٣) من القانون المدني السوري، ونص والمادة (١/٢٨٠) من القانون المدني الليبي.

(٥) انظر بهذا الصدد د. محمد حسين قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية، مصدر سابق، ص ٢٥ وما بعدها.

يتعدى أثره الى باقي المدنيين فإذا ارتكب خطأ معين فإن هذا الخطأ يكون المسؤول عنه مرتكبه في الالتزام التضامني نتيجة لنسبية هذا الفعل، فإذا وقع من أحدهم خطأ جسيم، ووقع من الثاني خطأ يسير وامتنع على الثالث أن يفي بالتزامه من جراء سبب أجنبي، كانت تبعة الأول أشد من تبعة الثاني وبرئت من ذمة الثالث وحده، إسناداً الى نسبية هذا الفعل، وهذا ما أشارت إليه المادة (١٢٠٥) من القانون المدني الفرنسي قبل التعديل والتي تنص على ((إذا هلك الشيء الواجب أدائه بخطأ واحد أو أكثر من المدنيين المتضامنين أو بعد أعذار المسؤول أو المؤولين منه فلا يسقط عن سائر المدنيين المتضامنين التزامهم بالوفاء بثمن هذا الشيء ومع ذلك فلا يلزم هؤلاء بالتعويض وللدائن فقط أن يقضي بالتعويض من المدنيين الذين ترتب الهلاك على خطاهم أو الذين أعذروا من قبل)).

وهكذا يتبين لنا أن الخطأ الوارد من أحد المدنيين في الالتزام التضامني هو خطأ نسبي نتيجة للأثر الذي يرتبه، كذلك هو الحال بالنسبة للأعذار والمطالبة القضائية، إذ أن أعذار أحد المدنيين المتضامنين من قبل الدائن، فإن ذلك لا يكون له أي أثر بالنسبة إلى باقي المدنيين، أما إذا أعذر أحد المدنيين المتضامنين الدائن فإن باقي المدنيين يستفيدون من هذا الأعذار وما يترتب على هذا الأخير من أحكام مهمة في حالة حصوله أو عدم حصوله، أما بخصوص الدفع في نطاق الالتزام التضامني، فهناك دفع يسمى دفع شخصية (نسبية) لا يمكن الاحتجاج بها إلا من شخص معين، إذ نجد القانون المدني العراقي قد نص في المادة (٢/٣١٦) على ((وليس للمدين ذا طالبة أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بدائن آخر إلا بقدر نصيب هذا الدائن إذا برئت ذمته ولكن له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً))^(١). أما القانون المدني المصري فنجد أنه هو الآخر قد نص على ذلك، في نص المادة (٢/٢٨١) منه والتي تنص على ((ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة

(١) وتقابلها نص المادة (٢/٤٢٨) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((ولكل مدين أن يعترض عند مطالبته بالوفاء بأوجه الاعتراض الخاصة أو المشتركة بين المدنيين فحسب)) وأوضح منه دلالة نص المادة (٢٨١) من القانون المدني السوري والتي تنص ((ولا يجوز للمدين إذا طالبه أحد الدائنين المتضامنين بالوفاء أن يحتج على هذا الدائن بأوجه الدفع الخاصة بغيره من الدائنين، ولكن يجوز له أن يحتج على الدائن المطالب بأوجه الدفع الخاصة بهذا الدائن، و بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً)) والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (٢/٢٧٢) من القانون المدني الليبي.

بهذا الدائن، و بأوجه الدفع المشتركة بين الدائنين جميعاً)). وهذا بخلاف القانون المدني الفرنسي الذي لم يضع نصاً قانونياً بهذا الشأن في التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي إذ إنه ألغى تلك القواعد الخاصة بالالتزام التضامني وتكلم عن تلك الآثار في المواد (١٣٠٩ - ١٣٢٠) ولم يشر إلى تلك الأحكام سوى نص المادة الخاصة بالدفع الشخصية، التي تتفق وأحكام القانون المدني العراقي والمصري على حد سواء إذ نصت المادة (١٣١٥) من القانون المدني الفرنسي المعدل على ((يجوز للمدين المتضامن الذي يطالبه الدائن بالدين الاحتجاج بالدفع المشتركة بين الشركاء في الدين، كالبطلان والفسخ وبالدفع الخاصة به، ولا يحق له الاحتجاج بالدفع الخاصة بغيره من المدينين، كالأجل الممنوح لغيره، غير أنه إذا أدى دفع خاص بمدين آخر إلى انقضاء حصته في الدين، وبخاصة في حالة المقاصة أو الإبراء من الدين، فيمكنه أن يتمسك به لخصم هذه الحصاة من مجموع الدين)).

وعند التمعن بمفردات نص القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة يتبين لنا أنها تنص في حالة الدائنين المتضامنين أن هنالك دفوعاً تسمى بالدفع النسبية (الدفع الشخصية) وهي تلك الدفع التي لا يحتج بها إلا من دائن محدد كالإكراه والمقاصة، وهذه الدفع تكون نسبية من حيث الأشخاص ومن حيث الموضوع، فمن حيث الأشخاص فهي لا يحتج بها إلا دائن معين، أما من حيث الموضوع فهي دفع لا يحتج بها إلا إذا كان موضوعها متعلقاً بمسألة الدين الذي اشترك فيه عدة دائنين، أي إن هذه الدفع تتصل بمصدر الالتزام المدين الأصلي؛ إذ لا يمكن الاحتجاج بها إلا في حالة واحدة ألا وهي إذا كان موضوعها متعلقاً بمسألة الدين الذي اشترك به الدائنون، وإلا فلا يترتب عليها أي أثر قانوني، لذلك اتصفت هذه الدفع بالنسبية^(١).

وبهذا قضت محكمة تمييز اقليم كردستان إذ قضت ((إن الدفع الشخصية في الالتزام التضامني من حيث موضوعها يجب أن تتصل بالدين الذي اشترك فيه عدة دائنون فإذا أبرأ أحد الدائنين المتضامنين المدين فلا يحتج المدين على دائن متضامن آخر بهذا الإبراء، فيكون قد أحتج عليه بدفع خاص بغيره))^(٢). ولهذا السبب عُدَّت هذه

(١) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٢٩٠٠) والمؤرخ في ٢٠١٣/١/١٦، قرار منشور على الموقع الرسمي للمحكمة النقض المصرية وعلى الرابط المتاح www.cc.gov.eg، تاريخ الزيارة ٢٠٢١/٢/٣ والذي أشارت صراحة إلى هذه الدفع، حيث قضت ((يحق للمدين المتضامن، الذي اقام الدائن الدعوى ضده، ان يحتج بالدفع التي تكون مشتركة بين جميع المدينين، كالبطلان والفسخ والتقدم وبالدفع الشخصية الخاصة به وحده))
(٢) قرار محكمة تمييز اقليم كردستان المرقم (٥٩٦) والمؤرخ في ٢٠١٧/١١/٢٠، غير منشور.

الدفع نسبية. أما بخصوص المطالبة القضائية من أحد المدينين المتضامنين، فإنها الأخرى يكون أثرها نسبياً بغض النظر عما ترتبه من آثار قانونية مختلفة، فعلى سبيل المثال، إنها تؤدي إلى قطع التقادم، ولما كانت النتائج التي تترتب عنها نتائج ضارة بالمدينين الآخرين، وكان المدين الذي طُلبَ مطالبة قضائية لا تمثل المدينين الآخرين خصوصاً فيما يضرهم؛ لذلك أوجب القانون المدني اعتبار تلك الآثار نسبية، بحيث إنها لا تنصرف إلى باقي المدينين في نطاق الالتزام التضامني إذ نجد أن القانون المدني العراقي قد نص في المادة (٢/٣٢٩) على ((إذا انقطعت مدة التقادم أو وقف سريانه بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك قبل باقي المدينين))^(١).

والاحكام نفسها تسري في نطاق الصلح والإقرار و النكول واليمين وغيرها من الأحكام، فعند إقرار أحد المدينين المتضامنين لا يسري هذا الإقرار في حق الباقيين؛ بسبب نسبية أثره، كذلك هو الحال بالنسبة لحلف اليمين و النكول عنه، فإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجّه يميناً للدائن حلفها فلا يضر بذلك باقي المدينين^(٢). وهكذا يتبين لنا أن الالتزام التضامني وبغض النظر عن مصادره فإن ما يربّته من آثار قانونية تكون نسبية، بحيث لا يستفيد منها إلا من يباشرها بغية تحقيق الاستقرار في المعاملات المالية، أو لحماية المتعاقدين على الرغم من صفة التضامن فيما بينهم وما يترتب على ذلك من علاقات تربطهم بعضهم البعض، وعلى أساس ذلك غدّ الفقه القانوني بأن تلك الآثار نسبية في نطاق الالتزام التضامني.

رابعاً - نسبية التقادم من حيث سبب انقطاعه وأثر وقفه

لاريب في أن التقادم يعدّ نظاماً قانونياً يستند إلى مرور الزمان على واقعة قانونية معينة بغض النظر عن نوعه سواء أكان مكسباً أم مسقطاً، إذ إن التقادم له أسباب تؤدي إلى انقطاعه وهذه الأسباب أضفى عليها الفقه القانوني النسبية، هذا من زاوية، كما أن أثر وقفه يعدّ أثراً نسبياً من أجل حماية مصلحة معينة أو لتحقيق الأمن والاستقرار في المعاملات المالية من زاوية أخرى، فبخصوص سبب انقطاع التقادم فإن النسبية تشمل فقط الانقطاع المدني (الحكمي) المتمثل بالمطالبة القضائية

(١) وتقابلها نص المادة (٤٣٤) من القانون المدني الاردني، ونص المادة (٢٩٢) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٢٩٧) من القانون المدني الليبي
(٢) للمزيد انظر بهذا الصدد نص المواد (٣٣٠-٣٣٣) من القانون المدني العراقي. ونص المواد (٢٩٢ - ٢٩٨) من القانون المدني المصري.

والإقرار، أما الانقطاع الطبيعي الذي يحصل عادة بفقد الحيابة فمن حيث الأصل لا يُعدّ انقطاعاً نسبياً وما يهمننا في هذا المجال هو بيان نسبية سبب الانقطاع المدني وهذا ما سوف نتناوله ضمن فقرتين وكما يأتي :

١- **المطالبة القضائية:** قبل الدخول في بيان نسبية هذا السبب فإنه لا بد لنا من أن ننوه على أن هذا الانقطاع يتصور بالنسبة لكل من التقادم المسقط والمكسب عن طريق المطالبة القضائية، فهي تعد من اسباب الانقطاع التي ترجع إلى الدائن^(١). وعلى أساس ذلك نجد أن المادة (١/٤٣٧) من القانون المدني العراقي تنص على ((تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر فإن طالب الدائن غريمه في المحكمة، ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فإنها تسمع بعدها))^(٢).

وهذه المادة الأخيرة تقابل نص المادة (٣٨٣) من القانون المدني المصري والتي تنص بصحيح العبارة على ((التقادم بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة بالتنبيه أو بالحجز وبالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفريل أو في توزيع وبأي عمل يقوم به الدائنين للتمسك في حقه السير في إحدى الدعوى)).

أما القانون المدني الفرنسي فإنه أيضاً قد نص على هذا السبب في نص المادة (٢٢٤٦) والتي تنص على ((ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ولو كان ذلك أمام محكمة غير مختصة)). إذ ينقطع التقادم بصفة أساسية بالمطالبة القضائية، فالأخيرة تعد الوسيلة المهمة والفعالة التي يلجأ إليها الدائن في سبيل المطالبة بما له من حق، ولأجل عدها سبباً لانقطاع التقادم لا بد من أن تكون هذه المطالبة قضائية أي إنها ترفع إلى القضاء، وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية إذ قضت ((تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة...))^(٣). وفي الصدد نفسه قضت محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها إذ قضت من خلاله بأن ((المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية في قرار صادر

(١) د. عمران محمد علي، وقف التقادم وانقطاعه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مجلد ١٤، العدد ٢، ١٩٧٢، ص ٤٠.

(٢) وتقابلها نص المادة (٤٦٠) من القانون المدني الأردني، وتقابلها نص المادة (٣٨٠) من القانون المدني السوري، ونص المادة (٣٧٠) من القانون المدني الليبي.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٨) والمؤرخ في ١/٣١/٢٠١٦، غير منشور.

(٣٨٣) من القانون المدني أن التقادم ينقطع بالمطالبة القضائية وبأي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه أثناء السير في إحدى الدعاوى والمقصود بالمطالبة القضائية هو مطالبة الدائن لمدينه مطالبة صريحة جازمة بالحق قضاءً وهو ما يتم بطريق رفع الدعوى لإصدار حكم يلزم المدين من خلاله على الوفاء بما التزم به، والمطالبة بما يجب بوجوب الحق وبما يسقط بسقوطه تعتبر إجراءً قاطعاً للتقادم بالنسبة لأصل الحق ما دامت هذه المطالبة تدل في ذاتها على قصد صاحب الحق في التمسك به، وحسب محكمة الموضوع أن تبحث شرائطه القانونية ومنها المدة بما يعترضها من وقف أو انقطاع وأن تقرر ولو من تلقاء نفسها وقف التقادم أو انقطاعه عند مطالعتها لأوراق الدعوى بقيام سببه إذ إن حصول الشيء من ذلك يحول دون اكتمال مدة التقادم^(١).

فإذا كانت مطالبة شفوية أو ودية، فإنها بأي وجه من الوجوه لا تكفي لانقطاع التقادم، كما يجب أن تكون هذه المطالبة صحيحة فإذا لم توجه إلى الحائز، فإنها لا تؤدي إلى قطع التقادم، أما إذا كان فيها مثلاً عيب في الشكل فإن هذا العيب لا يحول دون قطع التقادم^(٢). ومن ثم فإن المطالبة القضائية تقطع التقادم من الوقت الذي تسجل في سجل الأساس للمحكمة المختصة على الرغم من الاختصاص المكاني للمحكمة، وبهذا تعد المطالبة القضائية وما يدخل في حكمها كالتنبيه، والحجز أو الطلب الذي يقدم من الدائن في بعض الأحوال^(٣). عمل قانوني يرتبط بشخص المالك أو الحائز^(٤). وتأسيساً على ذلك فهو لا يحتج به إلا في مواجهة من صدر هذا العمل خلافاً لمصلحته، فهو من جانب يرتبط بالمالك أو الحائز الذي صدر منه هذا العمل، ومن جانب آخر إن هذا الأخير لا يحتج به إلا في مواجهة شخص من صدر هذا العمل خلافاً لمصلحته وعلى أساس ذلك عد هذا السبب نسبياً

٢- الإقرار: يُعد الإقرار من أسباب انقطاع التقادم الذي يصدر من المدين، فهو يعد تعبيراً عن إرادته وحجة عليه، وهو تعبير غير واجب الاتصال فهو كقاعدة عامة لا

(١) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٦٠٧٠) والمؤرخ في ٢٠١٩ / ٢ / ٤ قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e بتاريخ الزيار ٢٠٢١/٦/١١.

(٢) د. عمران محمد علي، وقف التقادم وانقطاعه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مصدر سابق، ص ٥١.

(٣) للمزيد انظر بهذا الصدد قرار محكمة التمييز، المرقم (١٣٦٣) والمؤرخ في ١٩٨١/٩/٢٩، والمنشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد (٣)، السنة الثانية عشر، ص ١٢، انظر كذلك د. صادق حيدر شرح قانون المرافعات المدنية، بلا جهة ومكان طبع، ٢٠١١، ص ١٩٢.

(٤) د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق، ص ٣٢١.

يلزم اتصاله بعلم من هو موجه إليه، بل يكفي لجعله قاطعاً لمدة التقادم أن يصدر من المدين أو من يمثله قانوناً^(١). إذ إنه لا يعتبر عملاً من الأعمال المادية؛ إذ لو كان كذلك لكان مجرد تقرير لما هو قائم وكان تبعاً لذلك عارياً من كل أثر في قطع مدة التقادم، والصحيح إن الإقرار وإن عُدد من الأعمال المادية إلا أنه ينطوي على تصرف قانوني شأنه في ذلك شأن إقرار المدين بما عليه لدائنه أمام القضاء، وبهذا الخصوص قضت محكمة التمييز الاتحادية بأن ((المدة المقررة لعدم سماع الدعوى تنقطع إذا أقر المدين بحق الدائن صراحةً أو ضمناً وذلك إسناداً للفقرة (١) من المادة (٤٣٨) من القانون المدني، بإقرار المميز بإشغاله أرض المميز عليه يعتبر حجة عليه وما دفع من اعتراضات وطعون تمييزية تكون واجبة الرد))^(٢).

وأوضح منه دلالة قرار محكمة النقض المصرية و الذي قضت بموجبه ((الإقرار الذي يقطع التقادم هو اعتراف شخص بحق عليه لآخر بهدف اعتبار هذا الحق ثابتاً في ذمته وإعفاء الآخر من إثباته متى كان كاشفاً عن نية المدين في الاعتراف بالحق المدعى به سواء تم هذا الإقرار صراحةً أو ضمناً، على أن يستخلص الإقرار الضمني من أي عمل يقوم به المدين، وينطوي على ما معنى الإقرار كسداً جزء من الدين أو أحد أقساطه))^(٣).

فنسبية سبب الانقطاع المدني تتمحور في أمرين سواء أكان ذلك من الناحية الموضوعية أم الشخصية، فبخصوص الأمر الأول إذ أن أثره ينحصر في العلاقة القانونية بين الدائن والمدين فلا يستفيد منه حسب الأصل غير الدائن الذي باشره، ولا يضار منه سواء المدين الذي تم الأجراء في مواجهته طبقاً للقاعدة القانونية المعروفة بنسبية أثار التصرفات القانونية، أما بخصوص الأمر الثاني فيتبلور بأنه أمر نسبي على خلاف الانقطاع الطبيعي من كونه يستند على عمل قانوني بحيث إنه لا يحتج به إلا في مواجهة من صدر هذا العمل خلافاً لمصلحته^(٤). أما بخصوص نسبية أثر وقفه، فإن أثر وقف التقادم يُعد كذلك أمراً نسبياً، بمعنى أنه لا يصح أن يتمسك به إلا

(١) د. عمران محمد علي، وقف التقادم وانقطاعه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، مصدر سابق ص ٦٠. انظر د. كذلك عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (اسباب كسب الملكية)، مصدر سابق، ص ١٠٥٢.

(٢) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٥٢٥) المؤرخ في ٢٨/٧/٢٠٠٨، اشار اليه القاضي فلاح كريم وناس الجحش، الموسوعة القضائية المدنية، ج ٢، مصدر سابق، ص ٢٢٢ وما بعدها.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٨٢٠٨) والمؤرخ في ٢٨/٥/٢٠١٨ ٢٠١٩ قرار منشور على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح www.cc.gov.e تاريخ الزيارة ١١/٦/٢٠٢١.

(٤) د. محمد طه البشير وغني حسون طه، الحقوق العينية، مصدر سابق، ص ٣٢١.

من قام سببه به من ناحية، وإلى الوقت الذي يستمر فيه هذا السبب بغض النظر إلى أو عن غيره، كما لا يصلح التمسك به إلا بمواجهة الشخص الذي تتوافر سببه بالنسبة إليه من ناحية أخرى، فأن إبداء الدفع بالتقادم المسقط مقصور على من له مصلحة فيه؛ لأن هذا الدفع لا ينتج أثره إلا في حق من تمسك فيه، من ذلك نجد أن المشرع العراقي قد نص في المادة (٤٣٦) من القانون المدني على ((إذا ترك بعض الورثة الدعوى بدين موروثهم من غير عذر المدة المقررة وكان لباقي الورثة عذر شرعي تسمع دعوى هؤلاء بقدر حصصهم من الدين))^(١). وعلى أساس ذلك عُدَّ التقادم من حيث سبب انقطاعه وأثر وقفه نسبياً.

الفرع الثاني

التطبيقات القضائية

لا ريب في أن الجهة التي تختص بفض المنازعات لا سيما المدنية منها هي القضاء، إذ يقوم الأخير بتفسير النصوص القانونية وتكييفها من ناحية، وتطبيقها على الأفراد في خصومة معينة مطروحة عليه ليقضي أي من الطرفين المتداعين (المتنازعين) صاحب حق فيها من ناحية أخرى، وبهذا الشأن فإن النسبية شأنها شأن أي موضوع قانوني آخر لها جملة من التطبيقات، ومن بينها التطبيقات القضائية، إذ إن القضاء وهو يفسر ويطبّق النصوص القانونية و يضيف عليها صفة معينة، وبهذا فإن القضاء المدني أضفى على بعض القواعد القانونية صفة النسبية، وهذا ما سوف نتناوله:

أولاً - نسبية الحيازة العرضية

تطبيقاً للقواعد العامة أن مجرد وضع اليد لا اعتبار له قانوناً إلا بالنسبة إلى لمن أرادة حيازة المال لنفسه وبنية التمليك، كما أن الأصل في الحيازة أنها تؤدي إلى دخول المال في مكنة الحائز وتصرفه به، وبهذا يعتبر حائزاً كل من وضع يده على شيء أو حق معين بنية تمليكه، مستنداً في ذلك إلى سند يعد ناقلاً للملكية بطبيعته، كعقد البيع، والمقايضة، والهبة، كذلك هو الأمر بالنسبة للمحتكر والمستأجر...، فإن هؤلاء حيازتهم حيازة عرضية (حيازة نسبية) وهذا يبدو أكثر وضوحاً عند التمعن في قراءة نص المادة

(١) وتقابلها نص المادة (٤٥٧) من القانون المدني الاردني، ولا مقابل لها في القانون المدني السوري وكذلك الليبي .

(١١٤٧) من القانون المدني العراقي التي تنص هذه المادة على ((إذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة شيء واحد اعتبر حائز من كانت له الحيازة الحالية حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك مالم يظهر إن من له الحيازة الحالية قد حصل عليها من غيره بطريقة معيبة))^(١). وهنا يبدو أوضح دلالة منه نص المادة (٩٦٣) من القانون المدني المصري والتي تنص على ((إذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة حق واحد أعتبر بصفة مؤقتة إن حائزهُ هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر إنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة)). أما القانون المدني الفرنسي لسنة ١٨٠٤ المعدل فلم يورد نصاً صريحاً يبيّن مدلولاً للحيازة العرضية (النسبية) للعقار، ولكنه قد تطرق إليها ضمناً في تعريفه للحيازة في المادة (٢٢٢٨)، إذ تنص هذه المادة على ((الحيازة هي إحراز شيء أو استعمال حق يمكن أن يحرزه أو يستعمله شخص بنفسه أو بواسطة شخص آخر يمكن أن يحرزه أو يستعمله بالنيابة عنه أو باسمه)).

فالحيازة أما أن تكون حيازة حقيقية، أو تكون حيازة عرضية، فالأخيرة تعد حيازة نسبية، وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية إذ قضت هذه الأخيرة ((تسك الطاعن أمام محكمة الموضوع بأن حيازة موروث المطعون ضدهم لعقار موضوع النزاع كانت حيازة عرضية بوصفه عاملاً في خدمة الارض الزراعية (مزارع) المملوكة لأسلاف الطاعن، وبوفاة الموروث انتقلت حيازة العقار للمطعون ضدهم بصفاتهم ورثة - بوصفها العرضي . وموداه. عدم اكتسابهم الملكية بالتقادم مهما طال مدت وضع يدهم - كون حيازتهم حيازة عارضة))^(٢).

ونتيجة لذلك يذهب رأي في الفقه القانوني إلى أن الحيازة التي قصدها القضاء المصري هي الحيازة النسبية (العرضية)، إذ تعد هذه الحيازة حيازة نسبية، حيث تتحدد الحيازة هنا بهذا الحق بالذات فتنتفي أصلاً عنده نية اكتساب حق عيني آخر كحق الملكية، مما يجعله حائز عرضي، لذا تكون صفة الحيازة العرضية هنا (نسبية)، فهو

(١) وتقابلها نص المادة (١١٧٥) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((إذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة حق واحد أعتبر بصفة مؤقتة إن حائزه هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر إنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة)). أما في القانون المدني السوري فإنه لم يتضمن نصاً بهذا المعنى، وهذا على خلاف القانون المدني الليبي الذي سار بذات التوجه الذي سار به القانون المدني العراقي والأردني على حد سواء وذلك من خلال نص المادة (٩٦٧) من القانون المدني الليبي والتي تنص على ((إذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة حق واحد أعتبر بصفة مؤقتة إن حائزه هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر إنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة)).

(٢) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (٢٣٨٨) والمؤرخ في ١٢/ابرل/٢٠١٠، قرار منشور في النشرة القضائية، العدد (١٢) لسنة ٢٠١٠، ص ٣٨.

حائز حقيقي بحقه كحق الارتفاق مثل حق المرور من جهة. وحائزاً عرضياً بالنسبة لحق الملكية كالمودع والمحتكر والمستأجر والمزارع والمرتهن وغيرهم ممن يحمل هذه الصفة من جهة أخرى^(١). وسبب نسبية هذا النوع من الحيازة يكمن في إن الحائز قد تتغير حيازته من الحائز العرضي إلى الحائز الحقيقي، كما أنها تتحقق حين يجمع الحائز بين الحيازة القانونية من جهة، والعرضية في الوقت نفسه من جهة أخرى، بأن يخوله سنده حيازته حقاً عينياً كحق المنفعة أو الارتفاق على الشيء^(٢). فالدائن المرتهن رهنأ حيازياً يُعدُّ حائزاً حيازاً عرضية (نسبية) بالنسبة إلى المالك؛ لأن حيازته للشيء المرهون تقوم بشكل أو بآخر على عقد من عقود الائتمان؛ ضماناً لالتزام شخصي قد يترتب ذلك في ذمة المدين الأصلي، ومن ثمَّ يعتبر حيازته للشيء حيازاً نسبية، وبهذا أشارت محكمة النقض المصرية إلى أن ((وضع يد المرتهن لا يكون بنية التملك بل يعتبر عارضاً فلا يكسب الملكية مهما طال عليه الزمن (...))^(٣).

ومن ثمَّ فإن الحيازة العرضية تكون حيازة نسبية ولهذه الحيازة تطبيقات عدة ليس فقط في نطاق الرهن الحيازي، فالمزارع والوكيل وناظر الوقف والمودع والمحتكر والمستأجر فإن حيازتهم للشيء أو للحق هي حيازة عارضة، لأنهم يحوزونها لحساب غيرهم ولا سبيل لمن وضع يده بسبب وقتي معلوم غير أسباب التملك المعروفة أن يكسب هو ولا ورثته بأي شكل من الأشكال الملك بوضع اليد مهما تسلسل التوريث وطال وضع يدهم، وبهذا فإن القضاء أضفى صفة النسبية على الحيازة العرضية.

(١) د. محمد عبد اللطيف، التقادم المكسب والمسقط، ط١، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، ١٩٥٨، ف ٣١٢. انظر كذلك، د. أحمد المهدي، منازعات الحيازة على العقار والمنقول والطرق القانونية لإنهائها، ط١، دار العدالة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦، ص ٢٠. نظر كذلك د. محمد علي صاحب و أسماء صبر، محاضرات في الحقوق العينية، مصدر سابق، ص ٨٠.

(٢) انظر بهذا الخصوص قرار محكمة التمييز الاتحادية، أشار إليه د. محمد علي صاحب و د. أسماء صبر، محاضرات في الحقوق العينية، الجامعة المستنصرية، كلية الحقوق، منشورة على شبكة المعلوماتية (الانترنت) وعلى الموقع المتاح uomustansiriyah.edu.iq، تاريخ لزيارة ١١/١/٢٠٢١، ص ٧٨. والذي جاء فيه ((إنها مستأجرة لذلك العقار والمستأجر يعد حائز قانوني لمنفعة المأجور وان القانون رسم الطريق للحائز في كيفية الدفاع عن حيازته او استردادها وفق دعاوى الحيازة المنصوص عليها في المادة (١١) من قانون المرافعات المدنية وضمن شروط واحكام المادة اقرها في المادة (١١٥٠) مدني لذا كان على المدعية باعتبارها حائزة للعقار موضوع الدعوى اتباع الطرق القانونية في اقامة الدعوى استرداد الحيازة عند انتزاع الحيازة منها ((. يتبين من هذا القرار ان في القانون العراقي يجوز للمستأجر ان يكون حائز قانوني بحق المنفعة بتوفر العنصر المادي والمعنوي لحيازته وهو حائز عرضي بحق الملكية نيابة عن المؤجر.

(٣) قرار محكمة النقض المصرية المرقم (١٣٩) والمؤرخ في ١٧/٤/١٩٥٢، أشار إليه د. محمد عبد اللطيف، التقادم المكسب والمسقط، مصدر سابق، ص ٢٤٣.

ثانياً - نسبية توقع أو عدم توقع الحادث في نظرية الظروف الطارئة

تعد نظرية الظروف الطارئة من أهم الاستثناءات التي أوردها المشرع على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فعند الانتهاء من التصرف القانوني وتحديد نطاقه فإنه حتماً سوف تتكون له قوته الملزمة حتى أن كل من أطراف التصرف القانوني يلتزم بأن ينفذ التزامه بحسن نية وبصورة تتفق بما يوجبه الثقة بين الناس من جهة، كما لا يجوز تعديله أو نقضه أو إلغاؤه إلا بموجب الاتفاق أو بنص قانوني من جهة أخرى^(١).

ولكن هذا الأمر لا يؤخذ على إطلاقه، فقد خرج القانون المدني على هذا الأصل مرتين الأولى عقد الإذعان، والثانية نظرية الظروف الطارئة، فالأخيرة تتلخص عموماً في ((إن العقد إذا كان من العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية التنفيذ وكان التنفيذ الالتزام مؤجلاً وطرات على ذلك ظروف استثنائية لم يتوقعها المتعاقدان عند إبرام التصرف القانوني وما يترتب على ذلك من آثار تغيير واقع العلاقة القانونية خصوصاً فيما يتعلق في تعديل الأثر، إذ يستطيع القاضي تبعاً لتلك الظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك))^(٢).

وما يهمننا في هذا المجال هو بيان نسبية توقع أو عدم توقع الحادث في نظرية الظروف الطارئة، وحرصاً على ذلك نجد المشرع في القوانين المدنية لا سيما القانون المدني العراقي يشترط لإمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة شروطاً معينة من أهمها ألا يكون في الوسع توقع هذا الحادث أو الظرف الاستثنائي عند إبرام التصرف القانوني، إذ إنه يجب أن يكون الحادث أو الظرف طارئاً غير متوقع بحيث يكون مما لا يستطيع دفعه، فإذا كان من الممكن دفعه فيستوي أن يكون متوقعاً أو غير متوقعاً، ومن ثم لا يمكن تطبيق تلك النظرية^(٣).

وبهذا ذهب القضاء إلى أن توقع الحادث وعدم توقعه في نظرية الظروف الطارئة هو توقع أو عدم توقع أمر نسبي، من كون أن العبرة قد تكون بعدم التوقع للحادث نفسه، وبالتالي نسبية حدوثه أو قد تكون العبرة بعدم توقع النتائج التي تترتب عليه، ففي قرار لمحكمة التمييز الاتحادية ذهبت به إلى ((أن العبرة بنتائج هذا الظرف الطارئ وما

(١) د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري، و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص ١٦١.

(٢) د. عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط ١، منشأة المعارف الإسكندرية، مصر، ١٩٩٩، ص ٣٩.

(٣) د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، مصر ٢٠٠٥، ص ٢٣٥.

يترتب عنه من أثار تكون غير متوقعة وتؤدي إلى الأخلال في الاداءات المتقابلة^(١). إذ إنه إذا كان الظرف الطارئ غير متوقع لا يحدث في الأصل إلا نتائج غير متوقعة، فإنه من الممكن أن ينتج عن حادث متوقع نتائج غير متوقعة، وهكذا اعتبر توقع الحادث أو عدم توقعه من الأمور النسبية التي تختلف تقديرها باختلاف الناس، وهذا ما أيده بعض الفقه القانوني، إذ بيّن أن فكرة التوقع والدفع التي تشكل جوهر القوة القاهرة هي فكرة نسبية دائمة التطور مع تقدم أساليب التعامل، كما أنها تختلف باختلاف أحوال الناس^(٢).

فمثلاً سقوط المسؤولية للمقاول أو الضمان عن المقاول بسبب نظرية الظروف الطارئة التي تشكل قوة قاهرة فإنه يجب أن يكون هذا الحادث أو الظرف الطارئ الذي يشكل جوهر هذه النظرية غير متوقع، والذي يتباين من وقت إلى آخر بسبب تطور أساليب البناء، وللاستفادة منه فإنه يجب أن يستمر المتعاقد في تنفيذ التزامه لأن توقع الحادث يعتبر من الأمور النسبية التي يقدرها القضاء بناء على تقارير الخبرة المقدمة من قبل خبراء معينين بذلك تندبهم المحكمة، وهذا ما أشار إليه القضاء العراقي صراحة حيث ذهبت محكمة التمييز الاتحادية إلى ((أن الحادث الفجائي من حيث توقعه هي مسألة نسبية تحددها المحكمة بناء على تقرير الخبراء نتيجة لاختلافها من شخص إلى آخر ومن التزام إلى آخر حسب طبيعة كل التزام))^(٣).

وأوضح منه دلالة قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها في أن هناك شخصاً مرتبط بعقد توريد تجاه مؤسسة، ونتيجة لارتفاع اسعار المواد بسبب جائحة فايروس كورونا، اقام دعوى يطالب بمقتضاها تعديل العقد، لكن المحكمة رفضت ذلك واعتبرت هذا الضرف (جائحة كورونا) مسألة موضوعية تستقل المحكمة بتقديرها، وبررت موقفها هذا بأن الضرف الاستثنائي يؤثر سلباً أو ايجاباً حسب طبيعة كل التزام، إذ جاء في قرار هذه المحكمة ((إن مطالبة المدين بتعديل العقد أو زيادة قيمته نتيجة لظرف طارئ تعد مسألة موضوعية تقدرها المحكمة ولا معقب عليها من

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٣٦٢) والمؤرخ في ٢٠٠٧/٢/٢٨، أشار إليه القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة المدنية القضائية، ج١، مصدر سابق، ص ١٨٦.

(٢) د. خولة كاظم محمد المعموري، مسؤولية لية المقاول والمقاول الفرعي، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، العدد(١)، مجلد (٢٤)، ٢٠١٦، ص١٢.

(٣) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٨١٨) والمؤرخ في ٢٠٠٧/٧/٣ قرار غير منشور.

قبل محكمة النقض (...))^(١). وبهذا فأن مسألة اعتبار هذا الظرف طارئاً أو غير ذلك هي من المسائل الموضوعية التي تستقل المحكمة بتقديرها حسب طبيعة كل التزام، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على أن مسألة توقع الحادث (الظرف الطارئ) هي مسألة نسبية يختلف تقديرها من التزام إلى آخر ومن شخص إلى آخر حسب طبيعة كل التزام وبهذا يتضح لنا ضمناً إن القضاء اعتبر مسألة توقع الحادث هي مسألة نسبية تقدرها المحكمة حسب طبيعة كل التزام فهي تختلف من التزام إلى آخر ومن شخص إلى آخر.

ثالثاً - نسبية الحق في الحبس للضمان

إن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة قد وضعت ضمناً عامّاً للدائنين على أموال مدينة، من ذلك نجد نص المادة (١/٢٦٠) من القانون المدني العراقي تنص على ((أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه))^(٢). وفي الاتجاه نفسه ذهب القانون المدني المصري عن طريق نص المادة (١/٢٣٤) والتي تنص على ((أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه)). أما في القانون المدني الفرنسي فلم يورد نصاً قانونياً بالمعنى نفسه، وإنما ترك ذلك طبقاً للقواعد العامة، وبهذا فقد منح القانون للدائن وسائل تكفل له تنفيذ الدين ولكن قد لا تكفي هذه الوسائل لكل دائن في الحصول على حقه كاملاً، لا سيما إذا كانت هذه الأموال لا تكفي لسداد الديون المترتبة عليه؛ إذ إن القانون قد ساوى بين الدائنين جميعاً في الضمان العام باستثناء من كان له ضمان خاص كحق التقدم طبقاً لإحكام القانون^(٣).

وما يهمنا في هذا المجال هو بيان نسبية الحق في الحبس للضمان؛ كونه أحد وسائل الضمان العام للدائنين على أموال مدينة، فبهذا الخصوص نجد نص المادة (١/٢٨٢) من القانون المدني العراقي تنص على ((لكل من التزمه بأداء شيء إن يمتنع عن الوفاء بيه مادام الدائن لم يوفي بالالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان

(١) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (٩٩٦) والمؤرخ في ١٠ / أكتوبر / ٢٠٢٠، المجلة القضائية، عدد (١)، ٢٠٢٠، ص ٢١٧.

(٢) وتقابلها نص المادة (٣٦٥) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((مع مراعاة أحكام هذا القانون أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان)). وفي السياق نفسه سار القانون المدني السوري من خلال نص المادة (١/٢٣٥) والتي تنص على ((أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (٢٣٧) من القانون المدني الليبي .

(٣) د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري، و د. محمد طه البشير، القانون المدني العراقي وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص ٨٥ وما بعدها .

مرتبطاً به))^(١). وبالالتجاه نفسه سار القانون المدني المصري عن طريق نص المادة (١/٢٤٦) والتي تنص على ((لَگَل من التزم بأداء شيء إن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالالتزام مرتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط بيه، أو مادام الدائن لم يقدّم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا)). أما في القانون المدني الفرنسي فإنه لم يورد نصاً قانونياً بهذا المعنى سواء أكان هذا قبل التعديل أو بعده وإنما ترك ذلك للقواعد العامة، وعلى أساس ذلك فإن للمتعاقد أن يحبس ما هو ملتزم بأدائه، أي أنه لا ينفذ التزامه حتى ينفذ المتعاقد الآخر ما في ذمته من التزام، وهذا يعد جوهر الحق في الحبس للضمان^(٢).

إلا أن الفقه القانوني قد اختلف بشأن طبيعته، فهل هو حق عيني أو حق شخصي وهذا الاختلاف ألقى بظلاله على القضاء الذي انتهى به المطاف إلى تقرير نسبية الحق في الحبس للضمان؛ إذ يرى جانب من الفقه القانوني أن الحق في الحبس ما هو إلا حق عيني ولكنه حق ناقص، بمعنى آخر حق غير مكتمل نظراً إلى أثره النسبي تجاه الغير في الغالب الأعم، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه الفقهي أن تطبيق الحق في الحبس للضمان يستند في نظرهم تارة إلى الارتباط المادي بين التزامات المتقابلة، وعندئذ يكون للحق في الحبس حجية مطلقة تجاه الغير، وتارة تنشأ بسبب الارتباط القانوني والمعنوي بينهما وعندئذ يكون حجية نسبية تجاه الغير^(٣). ولكن هذا الرأي انتقد من كونه لا يعد الحق للحبس للضمان حقاً عينياً؛ إذا أنه لا يشارك الحقوق العينية في مقوماتها الأساسية فهو لا ينطوي على حق التقدم وحق التتبع الذين يتمتع بها أصحاب

(١) وتقابلها نص المادة (٣٨٧) من القانون المدني الأردني والتي تنص على ((لكل من التزمه بأداء شيء إن يمتنع عن الوفاء بيه مادام الدائن لم يوفي بالالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً بيه)). وفي الصدد نفسه سار القانون المدني السوري من خلال نص المادة (١/٢٤٧) والتي تنص على ((١- لكل من التزمه بأداء شيء إن يمتنع عن الوفاء به، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالالتزام مرتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط بيه، أو مادام الدائن لم يقدّم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا)). والمعنى ذاته تضمنته نص المادة (١/٢٩٤) من القانون المدني الليبي.

(٢) د. نواف حازم خالد، انقضاء الحق في الحبس للضمان بطريق اصلي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد (٢٤)، المجلد (١)، ٢٠٠٥، ص ١٠٨.

(٣) H.L.J. Mazeaud, Sûretés, Publicité foncière, 6ème édition, par F.Chabas et F.Ranouil, Montchrestien, ١٩٨٨. n°129, Mmhl et J. Mazeaud: Otitre les auterurs deja cites on peut. consnlter les iecans de droit civil t. III n 33 et 1963, Cassan (Rene) : De l'exception tiree de l'incxe cution dans les. rapports synallagmatiques, th. Paris ١٩٤١ P. ٦٦٥.

الحقوق العينية التبعية^(١). كما لا يخضع لإجراءات الشهر الذي تخضع لها الحقوق العينية؛ لأن القانون لم يفرض إجراءات الشهر على حق الحبس، ويرى جانب آخر من الفقه أن الحق في الحبس هو حق شخصي كونه وسيلة ضمان، إذ إن الفائدة التي يجمعها هذا الحق للحابس هو القدرة على حفظ الشيء المحبوس حتى يستوفي دينه كاملاً وبهذا يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن الحق في الحبس للضمان هو حق شخصي^(٢). ولكن هذا الرأي هو الآخر لم يخل من النقد فوجهت له العديد الانتقادات من أهمها، هو أن الحق الشخصي يمنح للدائن سلطة في اجبار المدين على تنفيذ التزامه عن طريق القضاء، أما الحبس للضمان فإنها وسيلة ضمان لا يمكن بواسطتها إلزام المدين بشيء، كما أن الحق الشخصي يسقط بالتقادم، أما الحبس للضمان فإنه لا يسقط مهما طالّت المدة^(٣).

وبسبب هذا الموقف الركيك للفقه القانوني في تحديده لطبيعة الحق في الحبس للضمان اتجه القضاء خصوصاً في فرنسا في عد الحق في الحبس للضمان بأنه حق نسبي؛ ففي قرار صادر لمحكمة النقض الفرنسية تتلخص وقائعه ((إن الحق في الحبس للضمان لا يعد أن يكون سوى دفع بعدم التنفيذ حيث يخول الدائنين حق الامتناع عن الوفاء في ما عليه من دين حتى يستوفي دين له ترتب في ذمة مدينه متى ما توافرت صفة الدائن والمدين في كل من الطرفين وتحقق الترابط بين الدائنين، فحجية الحق في الحبس للضمان حجية نسبية، فهو لا يسري في حق الغير الذي كسبه حقه في التمسك في هذا الدفع))^(٤). وبالتالي فإن الحق في الحبس للضمان يرمي إلى تحقيق مصلحة خاصة لا مصالح عامة بسبب نسبية حجيته حال توافر شروطه^(٥).

نخلص مما تقدم إلى إن النسبية القانون في المدني من حيث الإخلال بها ترتب مسؤولية، ولكن هذه المسؤولية لا تكون على طبيعة قانونية واحدة، فهي تختلف فيما إذا

(١) انظر قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (٨٢) والمؤرخ في ١٩/٢/١٩٥٨، منشور في مجموعة قرارات محكمة النقض، السنة الثالثة، ١٩٥٨.

(٢) د. شريف رأفت محمد أحمد حمادة، مفهوم الحق في الحبس وطبيعته كوسيلة للضمان في القانون المدني (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد (٣٥)، ج ١، ٢٠٢٠، ص ١٩٠، انظر كذلك د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية، ط ٨، منشورات جامعة دمشق، سوريا، ١٩٩٨، ص ٢٤.

(٣) د. فواز صالح، الطبيعة القانونية للحق في الحبس (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد (١)، المجلد (٢٩)، ٢٠١٣، ص ٤٨.

(٤) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم (١٦) والمؤرخ في ١٩٥٨/٦/٧، منشور في مجموعة قرارات محكمة النقض، السنة الثالثة، ١٩٥٨.

(٥) قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية المرقم (٤٥) والمؤرخ في ١٤/٢/٢٠٠٨، غير منشور.

كان الإخلال بالنسبية من أطرافها أو من الغير (الأغيار)، وهذا طبعاً يكون من ناحية مصدر الإخلال، فهي تختلف من حيث طبيعتها، إذ قد تكون مسؤولية عقدية أو قد تكون مسؤولية تقصيرية؛ وذلك بحسب الموضوع الذي جاءت به النسبية، كذلك إن النسبية في القانون المدني ترتب آثاراً قانونية عند تقريرها، إذ إنها تؤدي عموماً إلى تضيق حكم النص أشخاصاً وموضوعاً، أي اقتصار حكم النص على بعض الأفراد أشخاصاً أو موضوعاً، كما هو الحال بالنسبة إلى نسبية عيوب الحيازة أو نسبية أثر وقف التقادم، فإن حكمها يؤدي إلى تضيقه على بعض الأفراد، أي تضيقه أشخاصاً وموضوعاً، كما إنها تؤدي إلى نقض الحكم المخالف لها.

فالنسبية تفرض التزاماً على عاتق المحكمة يتمثل هذا الالتزام في عدم الخروج عن نسبية تصرف أو واقعة قانونية وإلا كان حكمها قابلاً للطعن، كذلك إن للنسبية الية معينة في الإثبات على الرغم من تعدد ادلة اثباتها سواء أكانت ادلة تحريرية أو شفوية، فهي عموماً لا تخرج عن ادلة الإثبات التي نص عليها المشرع هذا من جهة، كذلك فالنسبية شأنها شأن أي موضوع قانوني آخر يرد عليه بعض الاستثناءات، إذ أجاز القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة الخروج عن النسبية في القانون المدني سواء أكان ذلك بإرادة المشرع أم بإرادة الأطراف، وهذه الاستثناءات قد تكون عامة أو خاصة بحسب الموضوع الذي تتناوله من جهة أخرى. كما إن للنسبية في القانون المدني تطبيقات عدة، منها التطبيقات الاتفاقية التي تحقق عموماً بإرادة الأفراد من دون أن يكون لإرادة المشرع دوراً فيها، أو قد تكون تطبيقات قانونية حيث أنه لهذه الأخيرة دور كبير للمشرع في تقريرها عن طريق نصوص قانونية تكون نسبية من الناحية الشخصية و الموضوعية، إذ أورد المشرع نصوصاً بيّن عن طريقها نسبية أثر تصرف أو واقعة قانونية معينة هذا من جهة، كذلك فإن لها تطبيقات فقهية وقضائية من جهة أخرى، نلتمسها من خلال مراجعة مؤلفات الفقه القانوني وأحكام القضاء.

الخاتمة

الخاتمة

بعد أن أنهينا بعون الله تعالى دراستنا لموضوع بحثنا والموسوم ((النسبية في القانون المدني - دراسة مقارنة)) فإنه لا بد لنا من أن نستعرض لأهم النتائج التي توصلنا إليها والتي قد لا يمكن في واقع الأمر أن نبينها جميعها، فالكثير من المسائل التي ناقشناها نتركها للقارئ لاستكشافها، فإننا سنعرض لأهم النتائج التي تمخضت عنها الرسالة والتي قد نوفق أو نخيب في دقة طرحها عن طريق بحثنا، كما توصلنا إلى بعض المقترحات التي ندعو المشرع إلى الأخذ بها والتي تؤدي بدورها إلى تطبيق الغرض الأول والأساس من النسبية في القانون المدني وهو تحقيق الاستقرار في المعاملات المالية، وعلى أساس ذلك فقد تمخضت هذه الرسالة عن بعض النتائج والمقترحات والتي صيغت على النحو الآتي :

أولاً - النتائج

١- إن القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة لم تورد تعريفاً صريحاً للنسبية في القانون المدني، بل اكتفت هذه القوانين بذكر تطبيقات للنسبية في القانون المدني، وذلك عن طريق نصوص قانونية متناثرة هنا وهناك، والتي لا يجمعها جامع معين، وجاءت شروحات الفقه وكذلك أحكام القضاء بالاتجاه نفسه، إذ إنها لم تتضمن هي الأخرى تعريفاً صريحاً للنسبية، إذ كانت آراء الفقه وأحكام القضاء مقتصرة على بيان الأثر من دون إيراد تعريف لها.

٢- إن النسبية في القانون المدني جاءت استناداً إلى مبررات عديدة دفعت المشرع إلى النص عليها أو تقريرها من حيث الأصل، وقد رأينا أن من أهم تلك المبررات هو تحقيق متطلبات استقرار المعاملات المالية، وكذلك تسهيل عمل القضاء عن طريق سرعة حسم المنازعات، لكون النسبية تقيّد بأشخاص معينين وفي حدود موضوع النص الذي جاءت به النسبية، وهذا يؤدي بدوره إلى استقرار في المعاملات المالية وتسهيل حسم المنازعات وحماية المتعاقدين وغيرها من المبررات والتي تتمثل هذه الأخيرة غاية النسبية في القانون المدني.

٣ - لم يحدد المشرع ولا الفقه القانوني وكذلك القضاء الطبيعة القانونية للنسبية في القانون المدني، ولكن عند الجمع بحالات النسبية نستنتج أن النسبية هي نظرية في القانون المدني؛ فهي ليست بفكرة؛ لاكتسابها الوجود المادي بواسطة النصوص

القانونية، كما أنها ليست بقاعدة أو مبدأ لتعددتها واختلافها من حالة إلى أخرى، فهي نظرية، لأن الأخيرة تتكون من مجموعة من المبادئ القانونية، وإذ إن أغلب حالات النسبية أو تطبيقاتها هي مبادئ، كمبدأ نسبية أثر العقد أو مبدأ نسبية اثر وقف التقادم... لذلك ارتأينا أن نجمع هذه المبادئ تحت نظرية عامة للنسبية في القانون المدني.

٤ - إن النسبية في القانون المدني بوصفها مصطلحاً قانونياً له دلالات معينة، فهي قد تشبه مع غيرها من المصطلحات القانونية في مواضع، وقد تختلف عنها ولذلك استنتجنا أن النسبية تختلف عن الاستثناء القانوني وكذلك عن التخصيص والحجية.

٥- إن للنسبية في القانون المدني قاعدة تنطلق منها أو أساساً ترتكز عليه، فأما أن يكون هذا الأخير أساساً تقليدياً يرتبط بنشأة القانون، كنص القانون، إذ إن الأخير عادة ما يورد نصوصاً قانونية يشير عن طريقها سواء أكان ذلك صراحةً أم ضمناً إلى النسبية، إذ إن القانون في الغالب ينص على نسبية تصرف قانوني ما من عدة حيثيات سواء أكانت هذه النسبية من الناحية الشخصية أم الموضوعية، أو قد يكون أساساً حديثاً، والذي يرجع هذا الأخير إلى تطور الحياة العلمية وظهور تعاملات جديدة كوّنت أو افرزت بطبيعتها أساساً للنسبية في القانون المدني كالعلاقة التبادلية والأمن التعاقدية أو طبيعة التعامل والتي تشكل هذه وتلك في مجموعها أساساً للنسبية في القانون المدني.

٦ - إن للنسبية في القانون المدني أنواعاً عديدة، فهي لا تكون على نوع واحد، فقد تكون نسبية عامة أو قد تكون نسبية خاصة، والمرجع في تعيين عموميتها أو خصوصيتها هو نوع الحكم، فإذا كان هذا الأخير يسري على أغلب حالات النسبية فإنه يكون حتماً نسبية عامة، حتى إن ما يسري عليها من أحكام يسري في حق غيرها، وعكس ذلك صحيح فتكون نسبية خاصة، بحيث تنفرد بأحكام خاصة بها، وما يسري عليها من أحكام لا يسري بحق غيرها وهذا كله يكون من ناحية النطاق.

٧- إن لإرادة الأفراد دوراً مهماً وفعالاً في تقرير النسبية في القانون المدني، فالإرادة هي التي تمتلك إنشاء التصرفات القانونية وتحديد آثارها ومن ثم تدخل في تقرير أو إنشاء النسبية، فالمشرع عادة ما يورد نصاً قانونياً أو حكم قاعدة معينة تنظم جانباً من جوانب الحياة ضمن نطاق المعاملات المالية ويترك المجال للأفراد أطراف التصرف

في تحقيق النسبية عن طريق حظر امتداد أثر هذا التصرف الذي اتجهت إليه إرادة الاطراف إلى غير أشخاصه وفي حدود الموضوع الذي جاءت به النسبية.

٨- لا تقتصر النسبية على ما نص عليه القانون المدني صراحة إذ إن النسبية من حيث المصدر لا تكون على نوع واحد، فقد تكون ذات مصدر تشريعي يقرّره القانون بموجب نصوص قانونية تشير صراحة أو دلالة إلى النسبية في القانون المدني، أو قد تكون ذات مصدر فقهي، فالأخير يقررها بالاعتماد على معايير أو معطيات معينه تتلاءم والحالة التي جاءت بها، فالنسبية من حيث المصدر لا تكون على نوع واحد فهي تتعدد بحسب المصدر الذي تتحقق من خلاله.

٩- لا تتحقق النسبية في القانون المدني إلا بتوافر شروط معينة تقتضيها النسبية على الرغم من تعدد حالاتها، فهي مرهونة بتوافر هذه الشروط، سواء أكانت هذه الأخيرة عامة أم خاصة وسواء كانت في نطاق التصرفات أو الوقائع، فهذه الشروط قد تكون شروطاً عامة لأغلب حالات النسبية أو تكون خاصة بحسب الأحوال.

١٠- أخذ القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة بمعيار الإرادة سواء أكانت هذه الأخيرة إرادة المشرع أم الأفراد، وكذلك معيار المصلحة في تحديد الطرف في الالتزام النسبي بغض النظر عن مصدر هذا الالتزام سواء أكان مصدره التصرف أم الواقعة القانونية .

١١- إن نطاق النسبية في القانون المدني لا يكون على وتيرة واحدة، بعبارة أخرى هو نطاق مزدوج، فهو قد يكون نطاقاً شخصياً يحدد من خلاله الأشخاص التي تنصرف في حقهم النسبية كالمتعاقدين وخلفها العام في نسبية أثر العقد، والشخص الذي وقعت عليه عيوب الحيازة، كون الأخيرة تعد عيوباً نسبية، أو قد يكون نطاقاً موضوعياً يتحدد على أساسه موضوع النسبية، أي أثر موضوع النص الذي جاء بحالة من حالات النسبية بغض النظر عن مصدر هذه النسبية ولذلك فإن نطاق النسبية في القانون المدني لا يكون على نوع واحد.

١٢- يرتب القانون مسؤولية عند الإخلال بنسبية تصرف أو واقعة قانونية ما، وهذه المسؤولية قد تكون مسؤولية عقدية أو قد تكون مسؤولية تقصيرية بحسب الموضوع الذي تتناوله النسبية و سواء أكان هذا الإخلال للنسبية من الناحية الشخصية أم من الناحية الموضوعية للتصرف أو للواقعة، فالطبيعة القانونية للمسؤولية في نطاق النسبية

هي طبيعة مزدوجة فقد تكون عقديّة وتقصيرية، في الوقت نفسه نتيجة للتباين والاختلاف في تطبيقات النسبية في القانون المدني.

١٣- تعد النسبية في القانون المدني حجة على الأغيار (الغير) والتي يجب على الأخير احترامها فإن أي انتهاك لها سيؤدي ذلك إلى قيام المسؤولية بغض النظر عن نوعها سواء أكانت عقديّة أم تقصيرية، فعلى الرغم من اختلاف الفقه القانوني بشأن طبيعة هذه المسؤولية فإننا نرى الأرجح هو التكيف في المسؤولية، فهي قد تكون مسؤولية عقديّة تارةً وتقصيرية تارةً أخرى وفي كلا الحالتين لا بد من أن تقوم المسؤولية بأركانها كافة من خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وفي حالة ثبوت ذلك فإنه يكون من حق المتضرر المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته على النحو الذي فصّلناه في طيّات هذه الدراسة.

١٤- تعدد أدلة إثبات النسبية في القانون المدني، فنسبية التصرف أو الواقعة القانونية يتم إثباتها عن طريق أدلة مادية أو أدلة شفوية، على الرغم من أن قانون الإثبات العراقي والقوانين محل المقارنة لم تنص صراحة على أدلة إثبات النسبية، أما عن عبء الإثبات فإنه من حيث الأصل يقع على المدعي، فإن من يدعي نسبية تصرف قانوني ما، فإنه يقع على عاتقه إثبات ذلك، غير أنه يجوز أن ينتقل عبء الإثبات إلى الخصم في حالة توافر الدليل لديه الذي يثبت نسبية أثر التصرف، وقد تلقي المحكمة عبء الأثبات على عاتقها في حالة استجواب الخصم وتستنجد النسبية من ذلك.

١٥- أجاز القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة الخروج عن النسبية في القانون المدني سواء أكان ذلك بإرادة المشرع أم بإرادة الأطراف، وذلك لتحقيق غاية معينة أو لحماية مصلحة هي أجدر بالحماية بصرف النظر عن نوع هذا الخروج سواء كان عامًا أم خاصًا.

١٦- أن الاستثناءات التي أوردها القانون المدني العراقي من جهة، والقوانين المدنية لاسيما تلك التي تكون محل المقارنة تعد خروجًا عن النسبية في القانون المدني، فهي تتعارض مع ما ترمي إليه النسبية في القانون المدني.

١٧- يترتب على النسبية في القانون المدني العديد من الآثار من أهمها إنها تعمل على تضيق حكم النص من خلال اقتصاره على أشخاص وموضوعات محددة بغض النظر عن مصدره، كما تلتزم المحكمة بمراعاة هذه النسبية عن طريق عدم الخروج عن هذه

النسبية من الناحية الشخصية والموضوعية على حد سواء وإلا كان حكمها مشوباً بعيب قانوني ما يجعله عرضة للطعن والنقض .

١٨- يعد التقادم من حيث سبب وقفه واثراً انقطاعه أمر نسبي بحيث أنه لا يمكن الاحتجاج به إلا في مواجهة الشخص الذي صدر خلافاً لمصلحته من جهة، كما لا يصح التمسك به إلا في مواجهة الشخص الذي توفر سببه بالنسبة إليه.

١٩- تتعدد حالات النسبية أو تطبيقاتها في القانون المدني إلى تطبيقات قانونية ناتجة عن رغبة المشرع في تضيق حكم النص، وأخرى تطبيقات اتفاقية والتي تتحقق بإرادة الافراد، وذلك بالإسناد إلى مبدأ سلطان الإرادة تارة وإلى مبدأ نسبية أثر التصرفات القانونية تارة أخرى، كذلك قد تكون هذه التطبيقات قضائية أو قانونية فالأخيرة، نلتمسها من خلال مراجعة مؤلفات الفقه القانوني، وأما الثانية فيقررها القضاء المدني بواسطة الأحكام القضائية التي يصدرها القضاء المدني والتي تشكل بمجموعها هذه وتلك نظرية عامة للنسبية في القانون المدني.

ثانياً - المقترحات

١- نقترح على المشرع العراقي إيراد نص في القانون المدني العراقي يبيّن من خلاله المقصود بالنسبية كمصطلح مهم من المصطلحات القانونية ونقترح أن يكون النص كالاتي ((النسبية اقتصار الحكم على بعض أفراده أشخاصاً أو موضوعاً)).

٢- نقترح على المشرع العراقي إضافة نص في القانون المدني يبين من خلاله أثر النسبية في القانون المدني بشكل عام ونقترح أن يكون النص القانوني المضاف على الشكل الاتي ((الأحكام النسبية الواردة في هذا القانون تسري في حق الأشخاص المعنيين بها فقط وبحدود موضوع النص)).

٣- نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة إلى نص المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي وذلك لتحديد نسبية أثر العقد الذي يبرمه العاقد بالنسبة إلى دائنيه العاديين؛ لأن القانون المدني العراقي قد أخذ بالمفهوم الواسع لمصطلح العاقد ولم يقصر آثار العقد على أطراف العقد فحسب، بل تعداهما ليشمل ذلك أشخاصاً آخرين ليسوا أطرافاً في العقد الأصلي وهم الخلف العام والخاص، وهذا ما يتنافى مع ما ترمي إليه النسبية في القانون المدني، إلا أنه على الرغم من أن الدائنين العاديين للعاقد لا تنصرف لهم آثار

العقد مباشرة الذي يبرمه مدينهم العاقد، إلا أنهم يتأثرون بصورة غير مباشرة بالآثار التي ترتبها تلك العقود في ذمتهم المالية، بسبب ما تحدثه من زيادة في الالتزامات وانتقاص في الحقوق أو بالعكس، لذا نقترح أن يكون نص المادة (١٤٢) على الوجه الآتي ((١- ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون أخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون إن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام. ٢- إذا انشا العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف، في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه. ٣- لا ينصرف أثر العقد الذي يبرمه العاقد إلى دائنيه العاديين مباشرة، إلا أنهم يستفيدون من زيادة حقوقه ما لم يتبين من العقد ان العاقد قد أضرَّ بدائنيه بزيادة التزاماته فيعد من الغير في مواجعتهم)).

٤- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٠٩٥) من القانون المدني العراقي من ((تعمير الطريق الخاص على الشركاء فيه، على أن يشارك سائر الشركاء صاحب الدار التي في مدخل الطريق في نفقات التعمير التي تعود إلى حصته وهو لا يشارك أحداً منهم وهكذا حتى ينفرد صاحب الدار التي في منتهى الطريق بنفقات التعمير التي تعود إلى حصته بعد أن يشترك مع سائر الشركاء في نفقات التعمير التي تعود إلى حصصهم)) إلى ((نفقات تعمير الطريق الخاص على كل من الشركاء فيه بنسبة ما يعود عليه من فائدة)). فهذه المادة تشير بشكل مباشر إلى النسبية من خلال تحمل نفقات تعمير الطريق الخاص على كل الشركاء فيه، ولكن بحسب الفائدة التي تعود عليه، وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني في نص المادة (١٢٨٨) والتي تنص ((نفقات تعمير الطريق الخاص على كل من الشركاء فيه بنسبة ما يعود عليه من فائدة)). لذلك ندعو المشرع إلى تعديل هذه المادة أسوة بالقانون المدني الأردني.

٥- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٦٤) من القانون المدني العراقي من ((١- الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن. ٢- وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمي)) إلى ((١- الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن. ٢- وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمة إلا إذا وجد اتفاق يقتضي بغير ذلك)).

٦- نقترح على المشرع العراقي إيراد نص في القانون المدني يقرر المسؤولية عند الاخلال بالنسبية في القانون المدني سواء أكان هذا الاخلال من الأطراف أم من الغير ونقترح أن يكون النص بالشكل الآتي ((لا يجوز المساس بالنسبية من قبل اطرافها أو من قبل الغير وإلا تعرض للمسؤولية)).

٧- نقترح على المشرع العراقي اضافة نص في القانون المدني يبين من خلاله نسبية العقد الموقوف ونقترح ان يكون النص على الوجه الآتي ((إذا وقف العقد لعيب فيه فإنه لا يجوز التمسك به إلا من تقرر الوقف لمصلحته)).

٨- إن المشرع العراقي لم يتضمن نصاً قانونياً يبيّن من خلاله إثبات النسبية بشكل مباشر ودقيق، لذا نقترح على المشرع العراقي إن يتضمن نص في قانون الإثبات العراقي يبيّن آلية إثبات النسبية في القانون المدني، ونقترح أن يكون النص على الشكل الآتي ((يمكن إثبات النسبية في القانون المدني بجميع طرق الإثبات بما فيها البيّنة والقرائن بحسب الأحوال)) فهذا النص يدل على أنه يمكن إثبات النسبية بالكتابة والشهادة والبيّنة والإقرار وغيرها من أدلة الإثبات التي نص عليها القانون الإثبات العراقي بحسب الاحوال أي بحسب كل حالة من حالات النسبية؛ وذلك لكي يتسنى للقضاء استخدام السلطة التقديرية وذهن القاضي في عملية الاستنباط.

٩- ندعوا القضاء العراقي إلى التقيد بنسبية التصرف أو الواقعة القانونية أي الالتزام بالنسبية من الناحية الشخصية والموضوعية في الحدود التي يرسمها القانون أو التي تنتج إليها إرادة المتعاقدين ، فالأخيرة يتم تحقيقها من خلال البحث عن نية المتعاقدين عن طريق الرجوع إلى اتفاق المتعاقدين في تقييد اتفقاتهم بين أشخاص معينين وفي نطاق موضوع معين، كذلك التقيد بالحدود التي يرسمها القانون من خلال عدم الخروج عن موضوع النص القانوني وإلا كان حكمها مخالفاً للقانون ومن ثمّ يكون قابلاً للطعن.

المصادر

المصادر

- القرآن الكريم

أولاً- المعاجم اللغوية

- ١- أبي فضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط٣، باب النون، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بلا سنة طبع.
- ٢ - جبران مسعود، الزائد، معجم لغوي عصري، ط٧، المجلد الأول، مطبعة دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ١٩٩٢.
- ٣ - مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، حققه أنس محمد الشامي وزكريا جابر أحمد، بلا سنة طبع، دار الحديث، مج ١، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨.

ثانياً- الكتب القانونية

- ١- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحقوق العينية الأصلية، (أحكام حق الملكية)، ط١، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٠.
- ٢- المستشار ابراهيم السيد أحمد والمستشار أحمد عبد الوهاب، عقد الهبة في ضوء آراء الفقه والتشريع وأحكام القرار، ط١، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٨ .
- ٣- د. أحمد أبو الوفاء، نظرية الدفوع في القانون المرافعات، ط٧، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٨٠ .
- ٤- د. أحمد المهدي، منازعات الحيازة على العقار والمنقول والطرق القانونية لإنهائها، ط١، دار العدالة للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦.
- ٥- د. أحمد دسوقي، الالتزام التضامني للمسؤولين تقصيرياً تجاه المضرور، ط١ المطبعة العربية، القاهرة، ١٩٨٠.
- ٦- أحمد سعيد شعلة، قضاء النقض المدني، دار الفكر الجامعي، بلا مكان طبع، ٢٠٠٦.
- ٧- د. أحمد سلامة، الوجيز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، بلا جهة و مكان طبع، ١٩٧٥.

- ٨- د. أحمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام، ط١، مكتبة عين الشمس للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ١٩٨١.
- ٩- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، ط١، منشأ المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٠.
- ١٠- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام المصادر الإرادية وغير الإرادية (العقد - الارادة المنفردة - المسؤولية المدنية - الاثراء بلا سبب)، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨.
- ١١- د. أحمد طه وحيد الدين أسوار، الحقوق العينية الاصلية، ط١، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، الأردن، ١٩٩٩.
- ١٢- د. أحمد نشلت بك، رسالة الاثبات، ط٥، مطبعة الاعتماد، القاهرة، ١٩٥٠.
- ١٣- د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون الاثبات، ط٢، المكتبة الوطنية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ١٤- د. إسماعيل عبد النبي شاهين، النظرية العامة للالتزام (احكام الالتزام)، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٣.
- ١٥- د. إسماعيل عبد النبي شاهين، مسؤولية الوكيل في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، ط١، لجنة التأليف والتعريب والنشر، الكويت، ١٩٩٩.
- ١٦- د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام والاثبات)، مكتبة عبد الله وهبة، مصر ١٩٦٧.
- ١٧- د. أشرف أحمد عبد الوهاب ود. إبراهيم السيد أحمد، عقد الهبة في ضوء آراء الفقهاء والتشريع وأحكام القضاء، ط١، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠١٨.
- ١٨- د. أشرف أحمد عبدالوهاب ود. إبراهيم سيد أحمد، الحيابة وإسقاطها في ضوء آراء الفقه والتشريع وأحكام القضاء، ط١، دار العدالة للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، ٢٠١٨.
- ١٩- د. أشرف جابر سيد، المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة الناشئة عن أعمال البناء، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٠.
- ٢٠- د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٩.

- ٢١- د. أمير فرج يوسف، العقد والإرادة في التقنين المدني (معلقا عليها بالأعمال التحضيرية للقانون المدني و بأحكام محكمة النقض ، المكتب الجامعي الحدث، مصر، ٢٠٠٨ .
- ٢٢- د. أمين دواس، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، ط١، دار الشروق للطباعة والنشر، رام الله، فلسطين، ٢٠٠٤ .
- ٢٣- د. أمين محمد حطيط، القانون المدني، الموجبات، أنواعها ومصادرها (العقد والمسؤولية العقدية)، دار المؤلف الجامعي، ٢٠٠٦ .
- والتوزيع، الأردن، عمان، ٢٠١٠ .
- ٢٤- د. أنور العرموسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، ط١، دار العدالة للنشر والتوزيع، ج١، القاهرة، ٢٠١٠ .
- ٢٥- د أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٠ .
- ٢٦- د. أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، بلا جهة طبع، ١٩٨٤ .
- ٢٧- د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، ط١، مكتبة الجامعة الاردنية، عمان، ١٩٨٧ .
- ٢٨- المستشار أنور طلبة، التقادم، المكتبة القانونية، بلا مكان طبع، ٢٠٠٤ .
- ٢٩- د. أنور طلبة، العقود الصغيرة الصلح والمقاصة والوديعة، المكتبة القانونية، مصر، ٢٠١٢ .
- ٣٠- د. أنور طلبة، المطول في شرح القانون المدني، ط٢، المكتب الجامعي الحديث للطباعة والنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٤ .
- ٣١- د. أيمن سعد، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤ .
- ٣٢- د. بدر الدين بن محمد بن بهادر الزركشي، البحر المحيط، ط١، بلا جهة و مكان طبع، ١٩٩٤ .
- ٣٣- د. جابر محجوب علي، حق الملكية، دار طيبة للطباعة والنشر، مصر، بلا مكان وسنة طبع .

- ٣٤- د. جاسم لفته العبودي، الموقف القانوني من قاعدة عدم جواز انتفاع الغير بالعقد، ط ١، بلا جهة طبع، بغداد، ١٩٩٧.
- ٣٥- د. جاك غستان ود. كريس توف جامان ود. مارك بيو، المطول في القانون المدني، ترجمة ومراجعة القاضي منصور ود. فيصل كلثوم، ط ١، دار احياء التراث العربي، بلا مكان طبع، ٢٠٠٠.
- ٣٦- د. جاك غستان ود. كريس توف جامان ود. مارك بيو، مفاعيل العقد واثاره، ترجمة ومراجعة القاضي منصور ود. فيصل كلثوم، ط ١، مطبعة دار احياء التراث العربي، بلا مكان طبع، ٢٠٠٠.
- ٣٧- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع، والايجار، والمقاوله، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ٣٨- د. جلال العدوي، أحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، ط ١، الدار الجامعية للنشر والتوزيع، الاسكندرية، مصر، بلا سنة طبع.
- ٣٩- د. جلال محمد إبراهيم، النظرية العامة للالتزام ط ١، مكتبة الجامعة للطباعة والنشر والتوزيع القاهرة، ٢٠١٣.
- ٤٠- د. جمال الدين عطية، التنظير الفقهي، ط ١، مطبعة المدينة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ١٩٨٧.
- ٤١- د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، الكتاب الثاني، ط ١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٢.
- ٤٢- د. جميل الشرقاوي، الحقوق العينية الأصلية، ط ١، دار النهضة العربية، الكتاب الاول، القاهرة، مصر، ١٩٧٢.
- ٤٣- د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٥٦.
- ٤٤- د. جون سيمبون ود. ادموند وينر ود. جيمس موراي، قاموس أكسفورد الانكليزي ، ط ١، دار نشر جامعة اكسفورد، المملكة المتحدة، ١٨٨٤.
- ٤٥- د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام الإرادية)، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٦.
- ٤٦- د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (أحكام الالتزام)، ط ١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٤.

- ٤٧- د. حسن علي الذنون، العقود المسماة، ط١، شركة الرابطة للطباعة والنشر، بغداد، بلا سنة طبع.
- ٤٨- د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، شركة التايمس للطباعة والنشر المساهمة، بغداد، ١٩٩١.
- ٤٩- د. حسين رجب محمد مخلف الزبيدي، قواعد الترحيح بين أدلة الإثبات المتعارضة في الدعوى (دراسة مقارنة)، ط١، مكتبة السنهوري، بلا مكان طبع، ٢٠١١.
- ٥٠- د. حشمت أبو ستيت، الوجيز في النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، ط١، دار الفكر العربي، بلا مكان طبع، ١٩٦٣.
- ٥٢- د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزام(المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة)، ط٢، بلا جهة ومكان طبع، ١٩٩٩.
- ٥٣- د. حمدي عبد الرحمن، نظرية الحق، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٩.
- ٥٤- د. رأفت محمد حمادة ود. محمود عبدالرحيم الديب، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات (أحكام الالتزام)، ط١، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٧٧.
- ٥٥- د. راييس محمد، مدى أثر مبدأ النظام العام والآداب الحميدة على العقد المدني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا مكان طبع، ٢٠٠٩.
- ٥٦- د. رشيد شمشيم، التعسف في استعمال الحق(دراسة مقارنة)، دار الخلدونية، بلا مكان طبع، ٢٠١٨.
- ٥٧- د. رضا المزغني، أحكام الأثبات، ط١ معهد الإدارة العامة، الرياض، المملكة العربية السعودية ١٩٨٦.
- ٥٨- د. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها و مصادرها)، دار الجامعة الجديدة، بلا مكان طبع، ٢٠٠٤.
- ٥٩- د. إلياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ط٣، بلا جهة طبع، ج٢، بيروت، لبنان، ١٩٩٨.
- ٦٠- د. زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، ط٢، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ٢٠١٤.
- ٦١- د. سالم حمادة الدحوح، شرح القانون المدني الفلسطيني، الحقوق العينية الأصلية (دراسة مقارنة بالقانون المصري والأردني بالفقه الإسلامي)، ط١، بلا جهة و مكان طبع، ٢٠١٦.

- ٦٢- د. سعد سعيد عبد السلام، حق الملكية فقها وقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠.
- ٦٣ - د. سعد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاتل الثانوي وفقا لأحكام القانون المدني، ط١، بلا جهة طبع، بغداد، ١٩٩٠.
- ٦٤ - د. سعد مبارك ود. طه ملة حويش ود. صاحب عبد الفتلاوي، الوجيز في العقود المسماة، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة ط.
- ٦٥- د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨١.
- ٦٦- د. سعدي إسماعيل البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط١، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١٠.
- ٦٧ - د. سعيد السيد قنديل، ود. رمزي رشاد الشيخ، النظرية العامة للالتزام، ط١، بلا جهة و مكان طبع، ٢٠٠٦.
- ٦٨ - د. سلمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري (دراسة مقارنة) ط١، عالم الكتب للطباعة والنشر، ١٩٨١.
- ٦٩ - د. سلمان مرقس، المسؤولية المدنية، دروس لقسم الدكتوراه بجامعة بغداد، بلا جهة طبع، القاهرة، ١٩٥٥.
- ٧٠- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، ط٤، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، ١٩٨٧.
- ٧١- د. سمير اسماعيل، الاعتبار الشخصي للتعاقد، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٧٥.
- ٧٢ - د. سمير عبد السيد تيناغو، النظرية العامة للالتزام(مصادر الالتزام)، دار منشأة المعارف للطباعة والنشر، بلا مكان وسنة طبع.
- ٧٣ - د. سيد أمين، المسؤولية التقصيرية عن فعل الغير، مكتبة الاسكندرية، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٩.
- ٧٤- د. شاكر ناصر حيدر، الموجز في الحقوق العينية الأصلية، ط١، مطبعة أسعد، بغداد، ١٩٧١.
- ٧٥- د. شامل هادي نجم العزاوي، التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية (دراسة مقارنة)، ط١، بلا جهة طبع، القاهرة، مصر، ٢٠١٦.

- ٧٦- د. شمس الدين الوكيل، دروس في مقدمة القانون ، ط١ ، منشأه المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٦٦.
- ٧٧- د. صادق حيدر شرح قانون المرافعات المدنية، بلا جهة و مكان طبع، ٢٠١١.
- ٧٨- د. صبري حمد خاطر، فكرة المعيار في تحديد المسؤولية العقدية، ط١، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠١٠.
- ٧٩- د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠١.
- ٨٠- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية (حق الملكية في ذاته)، بلا جهة طبع، بغداد، ١٩٦١.
- ٨١- د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في القوانين المرعية في الجمهورية العراقية، المصادر الإرادية، ط١، مطبعة البيت العربي، عمان، ١٩٨٤.
- ٨٢- د. صلاح الدين محمد شوشاري، نظرية العقد الموقوف في القانون المدني(دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠١.
- ٨٣- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية)، ج١، ج٨، ج٩، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ١٩٩٨.
- ٨٤- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(العقود الواردة على العمل)، ط٣، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان، بلا سنة طبع.
- ٨٥- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني(نظرية الالتزام بوجه عام، الاوصاف، والحوالة والانقضاء)، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت ، لبنان، بلا سنة طبع.
- ٨٦- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط لشرح القانون المدني الجديد(نظرية الالتزام بوجه عام - الاثبات اثار الالتزام)، ط١، دار النشر للجامعات المصرية، ١٩٥٦.
- ٨٧- د. أحمد عبد العال أبو قرين، حق الملكية في الفقه والقضاء والتشريع، ط١، دار الرسالة الدولية، القاهرة، مصر، ١٩٩٦.
- ٨٨- د. عادل السعيد محمد، الضبط الإداري وحدوده، مطابع الطوبجي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ١٩٩٣.
- ٨٩- د. عادل حسين علي، الاثبات في المواد المدنية، ط١، مكتبة الشرق الأوسط للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، ١٩٩٦.

- ٩٠- د. عاشور عبد الرحمن أحمد، الحقوق العينية الأصلية، ط٨، بلا جهة و مكان طبع، ٢٠٢٠.
- ٩١- د. عاطف نقيب، النظرية العامة الناشئة عن الفعل الشخصي، دار المنشورات الحقوقية، بلا مكان وسنة طبع.
- ٩٢- د. عباس الصراف، شرح عقد البيع في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة)، دار البحوث العلمية، الكويت، ١٩٧٥.
- ٩٣- د. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني البيع والايجار، ط٣، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠١١.
- ٩٤- د. عباس العبودي، شرح احكام قانون البنات، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٧.
- ٩٥- د. عبد الحق صافي، الوجيز في شرح القانون المدني(مصادر الالتزام)، ط١، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ٢٠٠٧.
- ٩٦- د. عبد الحكم فودة، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، ط١، منشأ المعارف الاسكندرية، مصر، ١٩٩٩.
- ٩٧- د. عبد الحكم فوده، البطلان في القانون المدني والقوانين الخاصة، ط٣، دار الفكر والقانون، المنصورة، ١٩٩٩.
- ٩٨- د. عبد الحكم فوده، النسبية والغيرية في القانون المدني(دراسة علمية على ضوء الفقه وقضاء النقض)، دار الفكر الجامعي، بلا مكان طبع، ١٩٩٦.
- ٩٩- د. عبد الحميد الشواربي ود. عز الدين الناصوري، الصورية في ضوء الفقه والقضاء، ط٥، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا مكان طبع، ١٩٩٧.
- ١٠٠- د. عبد الحميد الشواربي، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩١.
- ١٠١- د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (نظرية الحق)، بلا جهة طبع، الكويت، ١٩٧٠.
- ١٠٢- د. عبد الرحيم عبد الجار، مرشد المحامي بالدفع والاثبات، ط١، بلا جهة طبع بيروت، لبنان، ٢٠١٩.
- ١٠٣- د. عبد السميع عبد الوهاب، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، أحكام الالتزام، (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، بلا جهة طبع، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦.

- ١٠٤- د. عبد العزيز السهيل، أحكام القضاء العراقي على مواد القانون المدني، ط١، مطبعة دار التضامن للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٦٣.
- ١٠٥- د. عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في التشريع المصري والمقارن، منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٣.
- ١٠٦- د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القانون المدني المصري (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، ط٢، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٨٤.
- ١٠٧- د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، ط١، بلا جهة و مكان طبع، ١٩٨٨.
- ١٠٨- المحامي عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة قرطبة للنشر والتوزيع، بغداد، بلا سنة طبع.
- ١٠٩- د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.
- ١١٠- د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري و د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ط١، بلا جهة طبع، بيروت، لبنان، ٢٠١٥.
- ١١١- د. عبد المنعم البدر اوي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ط١، دار الكاتب العربي، مصر، ١٩٨٩.
- ١١٢- د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦٣.
- ١١٣- د. عبد المنعم حسيني، النظرية العامة للالتزام، دار الطباعة الحديثة للطباعة والنشر، الاسكندرية، ١٩٩١.
- ١١٤- د. عبد المنعم دسوقي، قضاء النقض في المواد المدنية، ط١، نادي القضاء، ٢٠٠٤.
- ١١٥- د. عبد المنعم فرج الصدة، الإثبات في المواد المدنية، ط٣، دار الفكر العربي، مصر، القاهرة، ١٩٥٥.
- ١١٦- د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام (المصادر، والأحكام، والإثبات)، بلا جهة و مكان طبع، ١٩٩٤.
- ١١٧- د. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المقارن) ط١، بلا جهة و مكان طبع، ١٩٩٤.

- ١١٨- د. عبدالباقي البكري ود. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.
- ١١٩- د. عبدالباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي (أحكام الالتزام)، ط١، مطبعة الزهراء للطباعة والنشر والتوزيع، بغداد، ١٩٧١.
- ١٢٠- د. عبدالرزاق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام، مطبعة الفجر للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، ١٩٨٣.
- ١٢١- د. عبدالمجيد غميحة، مبدأ الأمن القانوني وضرورة الأمن القضائي، مطبعة الرباط للنشر والتوزيع، السعودية، ٢٠٠٨.
- ١٢٢- د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ط١، مطبعة دار النهضة العربية، بلا مكان و سنة طبع.
- ١٢٣- د. عبود عبد اللطيف البلداوي، دراسة في الحقوق العينية الأصلية، ط١، مطبعة المعارف، بغداد، العراق، ١٩٧٥.
- ١٢٤- د. عدنان إبراهيم السرحان، ود. نوري حميد خاطر، شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية للالتزامات (دراسة مقارنة)، ط١، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، بلا مكان طبع، ٢٠٠٢.
- ١٢٥- د. عصمت عبد المجيد بكر، شرح قانون الإثبات، ط٢، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٧.
- ١٢٦- د. عطا سعد محمد حواس، الأساس القانوني للمسؤولية عن أضرار التلوث في نطاق الجوار، (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، مصر، ٢٠١٢.
- ١٢٧- د. علي حيدر، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بلا سنة طبع.
- ١٢٨- د. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام (مصادر القانون المدني في القانون المدني الجزائري)، ط٨، ديوان المطبوعات الجامعية، بلا مكان طبع، ٢٠٠١.
- ١٢٩- د. علي عوض حسن، الدفع بالسقوط و التقادم في المواد المدنية و الجنائية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٨.
- ١٣٠- د. علي فيلاي، الالتزامات، ط١، بلا جهة و مكان طبع، ٢٠١٣.
- ١٣١- د. علي كحلول، النظرية العامة للالتزامات (مصادر وأحكام الالتزام)، ط١، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، ٢٠١٤.

- ١٣٢- د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) ، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٥.
- ١٣٣- د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني (الحقوق العينية)، مكتبة دار الثقافة للنشر، بلا مكان طبع، ١٩٩٩.
- ١٣٤- د. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، (دراسة مقارنة)، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٥.
- ١٣٥- د. عوض حسن علي، الدفع بالسقوط والتقادم في المواد المدنية و الجنائية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٨.
- ١٣٦- د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع)، ط١، مطبعة المعارف، ، بغداد، بلا سنة طبع.
- ١٣٧- د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مطبعة وزارة التعليم العالي، بغداد، ١٩٧١ .
- ١٣٨- د. فايز الحاج ياسين ، القانون المدني الفرنسي بالعربية، ط١، جامعة القديس يوسف، بيروت، ٢٠٠٩.
- ١٣٩- د. فتحي الديريتي، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، ط١، دار البشير للطباعة والنشر، عمان، ١٩٩٨ .
- ١٤٠- د. فتحي عبد الرحيم عبد الله، شرح النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزامات)، ط٣، منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر ٢٠٠٦.
- ١٤١- د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، ط١، مكتبة جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ٢٠٠١.
- ١٤٢- د. فواز الصالح، القانون المدني (مصادر الالتزام)، ط١، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، ٢٠١٨.
- ١٤٣- د. فيصل زكي عبد الواحد، المسؤولية المدنية في إطار الإسر العقدية، دار الثقافة الجامعية للطباعة والنشر، القاهرة، مصر، ١٩٩١ - ١٩٩٢.
- ١٤٤- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية، منشأة المعارف للطباعة والنشر، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.
- ١٤٥- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، آثار الالتزام (نتائجه وتوابعه في التشريع المصري والمقارن)، ط٢، منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٣ .

- ١٤٦- د. كمال قاسم ثروت، عقد الإيجار، ط٢، مطبعة أوفيسست الوسام، بغداد، العراق، ١٩٧٦.
- ١٤٧- د. لاشين محمد يونس الغياتي، انتفاء الحيابة القانونية القانون المدني المصري، ط١، دار النهضة العربية، مصر، بلا سنة طبع.
- ١٤٧- د. مازو و د. جيكار، دروس في القانون المدني، ط٣، بلا جهة طبع، ١٩٨٦.
- ١٤٨- د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، ط١، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٣.
- ١٤٩- د. محمد المنجي، الحيابة، ط٤، منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٧.
- ١٥٠- د. محمد بن إبراهيم عبد العزيز القاسم، الاعتبار الشخصي في العقود (دراسة مقارنة)، ط١، بلا جهة طبع، المملكة العربية السعودية، ٢٠١٢.
- ١٥١- د. محمد جاد محمد، أحكام الالتزام التضامني في القانون المدني الفرنسي والمصري، ط١، منشأ المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
- ١٥٢- د. محمد جمال عطية عيسى، تطور مفهوم المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والفقهاء الإسلامي)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨.
- ١٥٣- د. محمد جمال عطيه، الشكالية القانونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقاريق، ١٩٩٣.
- ١٥٤- د. محمد حسن قاسم، عقد البيع، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٦.
- ١٥٥- د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٨.
- ١٥٦- د. محمد حسين الحاج علي، مبدأ المفعول النسبي في إطار مجموعة العقود (دراسة تحليلية في ضوء الاتجاهات الحديثة في الفقه والاجتهاد، تقديم القاضي الدكتور مروان كركبي، ط١، بلا جهة طبع، بيروت، بلا سنة طبع.
- ١٥٧- د. محمد حسين عمر، المعين القانوني في التشريعات العراقية، ط٣، مكتبة هه ولير القانونية للنشر والتوزيع، أربيل، العراق، ٢٠١٨.
- ١٥٨- د. محمد حسين قاسم، قانون الالتزامات الفرنسي الجديد باللغة العربية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، الاسكندرية، مصر، ٢٠٢٠.

- ١٥٩- د. محمد حسين قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون والالتزامات، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٠.
- ١٦٠- د. محمد رياض دغمان، الزامية العقد (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات زين الحقوقية، بلا مكان طبع، ٢٠١٠.
- ١٦١- د. محمد سعد الدين شريف، شرح القانون المدني العراقي (نظرية الالتزام)، ط١، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٥.
- ١٦٢- د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، ط٢، دار الهدى للطباعة، الجزائر، ٢٠١٠.
- ١٦٣- د. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، المكتبة القانونية، بغداد، بلا سنة طبع.
- ١٦٤- د. محمد عاطف فخري، الغير في القانون المدني المصري، ط١، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٩٧٦.
- ١٦٥- د. محمد عبد اللطيف، التقادم المكسب والمسقط، ط١، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، ١٩٥٨.
- ١٦٦- د. محمد عبد الظاهر حسن، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقب، بلا جهة طبع، القاهرة، مصر، ٢٠٠١-٢٠٠٢.
- ١٦٧- د. محمد عبد الظاهر حسين، الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني (دراسة فقهية وقضائية)، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٦.
- ١٦٨- د. محمد عبد اللطيف، الحيازة وأثرها في التقنين المدني المصري، المكتبة القانونية لمحكمة الإسكندرية، مصر، ١٩٥١.
- ١٦٩- د. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، دار محمود للطباعة والنشر، القاهرة، بلا سنة طبع.
- ١٧٠- د. محمد عزمي البكري، القانون المدني الجديد (الشفعة، الحيازة)، ط١، دار محمود، بلا مكان وسنة طبع.
- ١٧١- د. محمد علي البدوي الزهري، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ط١، بلا جهة طبع، بلا مكان طبع، بلا سنة طبع.
- ١٧٢- د. محمد علي عرفة، مبادئ العلوم القانونية، ط٢، مكتبة النهضة، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٥١.

- ١٧٣- د. محمد علي عرفه، شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٥٥.
- ١٧٤- د. محمد علي عرفه، مبادئ العلوم القانونية، ط٢، مطبعة السعادة، القاهرة، مصر، ١٩٥١.
- ١٧٥- د. محمد فتح الله النشار، أحكام وقواعد عبء الإثبات، ط١، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، ٢٠٠٠.
- ١٧٦- د. محمد كامل مرسي، الملكية والحقوق العينية، بلا جهة طبع، بلا مكان و سنة طبع.
- ١٧٧- د. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاوله في ضوء الفقه والقضاء، ط٢، منشأ المعارف، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨.
- ١٧٨- د. محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام (المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة)، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٧٠.
- ١٧٩- د. محمد مصطفى شبلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٦٩.
- ١٨٠- د. محمد وحيد الدين أسوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية، ط١، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٥.
- ١٨١- د. محمد يونس الغياتي، بيع ملك الغير، ط١، مكتبة جامعة طنطا، بلا مكان طبع، ١٩٨٦.
- ١٨٢- د. محمدي زواوي فريدة، الحيازم والتقدم المكسب، ط١، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٠.
- ١٨٣- د. محمود جلال حمزة، التضامن في الالتزامات، بحث منشور في مجلة الموسوعة العربية المتخصصة، ٢٠١٣.
- ١٨٤- د. محمود جلال حمزه، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، ط١، دار حامد للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، ١٩٩٨.
- ١٨٥- د. محمود جمال الدين ذكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط٣، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، ١٩٧٨.
- ١٨٦- د. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد (دراسة مقارنة بين القوانين العربية والشريعة الإسلامية)، ط٣، دار النهضة العربية، مصر، بلا سنة طبع.

- ١٨٧- مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣، لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٥.
- ١٨٨- د. مروان كركبي، الوجيز في العقود المسماة، المنشورات الحقوقية، بلا مكان طبع، ١٩٩٨.
- ١٨٩- د. مشاعل عبد العزيز الهاجري، الالتزامات المدنية والإثبات، بلا جهة طبع، الكويت، ٢٠٠٥.
- ١٩٠- د. مصطفى الجمال، النظرية العامة في الالتزامات، ط١، دار الكتب القانونية، الدار الجامعية، ١٩٨٧.
- ١٩١- د. مصطفى العوجي، القاعدة القانونية في القانون المدني، ط١، مؤسسة حسون للطباعة والنشر (دار المنال)، بيروت، لبنان، ١٩٩٢.
- ١٩٢- د. مصطفى العوجي، القانون المدني (العقد)، ط٦، منشورات الحلبي الحقوقية، بلا مكان طبع، ٢٠١٦.
- ١٩٣- د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، ط٦، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٦.
- ١٩٤- د. مصطفى جمال، النظرية العامة للالتزام، ط١، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٨٤.
- ١٩٥- د. مصطفى محمد جمال، الوجيز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٩.
- ١٩٦- د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط١، دار إحسان للنشر والتوزيع، بلا مكان طبع، ٢٠١٤.
- ١٩٧- د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ط٤، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، ١٩٩٤.
- ١٩٨- د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، (دراسة مقارنة)، ط١، دار ناراس للطباعة والنشر، كردستان، العراق، ٢٠٠٦.
- ١٩٩- د. منصور مصطفى منصور حق الملكية في القانون المدني المصري، ط١، مكتبة عبدالله وهبه، القاهرة، مصر، ١٩٦٥.
- ٢٠٠- القاضي منير، شرح مجلة الأحكام العدلية، ط١، بلا جهة طبع، بغداد، ١٩٤٧.
- ٢٠١- د. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٧.

- ٢٠٢- د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار الجامعة الجديدة، بلا مكان طبع، ٢٠٠٤.
- ٢٠٣- د. نبيل إسماعيل عمر، الوسيط بالطعن بالتماس بإعادة النظر في المواد المدنية والتجارية، ط١، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، مصر، ٢٠٠٠.
- ٢٠٤- د. نبيلة رسلان، العلاقات الثلاثية في القانون المدني المصري، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٣.
- ٢٠٥- د. نوري حمد شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (دراسة مقارنة) ط١، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.
- ٢٠٦- د. هشام قاسم، المدخل إلى علم القانون، ط٣، مطبعة الإسكان العسكري للطباعة والنشر، بلا مكان طبع، ١٩٨٧.
- ٢٠٧- د. هلدبير أسعد أحمد، نظرية الغش في العقد (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني)، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٧١.
- ٢٠٨- د. وجدي راغي فهمي، مبادئ القضاء المدني، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٢٠٩- د. وليم سلمان قرادة، التعبير عن الإرادة في القانون المدني المصري (دراسة مقارنة)، ط١، مطبعة التجارية الحديثة، القاهرة، مصر، ١٩٥٥.
- ٢١٠- د. ياسر عسكر زيدان، دور القضاء في تحريك الدعوة الجنائية والحكم فيها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢.
- ٢١١- د. ياسين غانم، الحيازة وأحكامها في التشريع السوري والتشريعات العربية (دراسة مقارنة)، ط٣، نوير للطباعة والتنضيد، حمص، سوريا، ٢٠٠٠.
- ٢١٢- د. ياسين محمد الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، مصادر الالتزامات، (دراسة مقارنة)، ط٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠١١.
- ٢١٣- د. يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، ط١ دار الميسرة للنشر والتوزيع، الاردن، عمان، ٢٠١١.

ثالثًا - الأطاريح والرسائل الجامعية:-

أ- الاطاريح

- ١- أحمد سليم فريز نصره، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في نطاق القانون المدني المصري، أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠٠٦.

- ٢- حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الفؤاد الاول، مطبعة نهضة مصر، ١٩٤٦ .
- ٣- حلمي ربيعة، الغير في العقد (دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة)، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٦-٢٠١٧ .
- ٤- زرارة عواطف، مسؤولية مالك العقار عن مضار الجوار غير المؤلفة في التشريع الجزائري(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، ٢٠١٣ .
- ٥- سلمان بن وائل بن خريف التوبري، حق الارتفاق (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ١٩٨٠ .
- ٦- صدام فيصل المحمدي، اتفاقات الإطار دراسة في آليات التعاقد المنظمة للعلاقات القانونية المستمرة في القانون الخاص، أطروحة دكتوراه، مجلس كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٦ .
- ٧- علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية(دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة كربلاء، ٢٠١٤ .
- ٨- عمر بن الزوبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ٢٠١٧ .
- ٩- محمود عبد الحي عبدالله بشار، المشكلات القانونية لمبدأ نسبية أثر العقد، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين الشمس، مصر، ٢٠٠٩ .
- ١٠- ناصر جميل الشمايلة، الضرر الأدبي وانتقال الحق في التعويض عنه، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠٠٠ .
- ١١- نجوى شفيق أبو هيبية، التصرف عن الغير في القانون المدني، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ١٩٩٢ .

ب- الرسائل الجامعية

- ١- اشواق دهيمي، أحكام التعويض عن الضرر في المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، ٢٠١٤ .

- ٢- أمين دواس معايير التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الاردني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي والقانون الوضعي) رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ١٩٩١.
- ٣- برايك سوميه، الكتابة وسيلة لإثبات في النزاع المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة عبد الحميد، ٢٠١٩.
- ٤- بن حموش تسعديث وبن شوقي نهوارة، النظام القانوني لحق الارتفاق في القانون المدني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، ٢٠١٣-٢٠١٤.
- ٥- بن عيسى زهرة، الغش في العقود، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٦-٢٠١٧.
- ٦- جواد كاظم حسين، المصالح المعتبرة للاستثناء في النص الإجرائي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، ٢٠١٩.
- ٧- حساني محمد شعبان، حق الارتفاق طبقا للقواعد العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، ٢٠١٧.
- ٨- حسن حنتوش رشيد الحسناوي، التعويض في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٠ ..
- ٩- ريم عبد الرحمن، الإنابة في الوفاء (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، الجزائر، ٢٠٠٧.
- ١٠- زيدان محمد، حق الارتفاق في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٤.
- ١١- سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة الى الغير، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، بغداد، ٢٠٠٥.
- ١٢- سفانة سمير حميد العيثاوي، التقادم المكسب للملكية العقارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النهرين، العراق، ٢٠٠٦.
- ١٣- سليمان مصطفى و يوسف جلول، الحيابة كسب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة، رسالة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة ادرا، الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤.

١٤ - عبد الكريم سالم علي العلوان، ضمان عيوب المبيع الخفية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم الدراسات القانونية، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.

١٥ - فرج إبراهيم عبد الله سكر، الحيابة في المنقول كسبب من أسباب كسب الملكية (دراسة تحليلية مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الازهر، ٢٠١١.

١٦ - فرجالي أسماء، أثر العقد من حيث الموضوع، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ألكلي محند أولحاج، ٢٠١٣.

١٧ - محمد عبد الله المطلق، التزام البائع بضمان المبيع (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، ٢٠٠٨.

١٨ - ميسون زهوسن، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيابة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، ٢٠٠٦-٢٠٠٧.

١٩ - اليسار فرحات، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، المعهد العالي للدكتوراه في الحقوق والعلوم السياسية والأدارية والاقتصادية، الجامعة اللبنانية، ٢٠١١.

رابعًا - البحوث والمقالات

١- د. أبو زيد عبد الباقي مصطفى، مدى مسؤولية عديم التميز التقصيرية في القانون المقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد (٤)، السنة السادسة، ١٩٨٠.

٢- د. أحمد العوضي، حقيقة المصلحة وخصائصها في الشريعة الاسلامي والفكر الوضعي، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد (١)، مجلد (٢٧)، صادر عن الجامعة الأردنية (عمادة البحث العلمي)، عمان، ٢٠٠٠.

٣- د. أحمد محمد الحوامدة وعيسى غسان الرضي، دور الدعوى المباشرة في المحافظة على حقوق الدائنين (دراسة التشريعات الاتحادية بدولة الامارات العربية المتحدة)، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، العدد (١)، المجلد (٤٦)، ٢٠١٩.

٤- د. أسماء سعدون فاضل، انتقال الحيابة وحمايتها في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة مداد الآداب، العدد (١٣)، ٢٠١٨.

- ٥- د. أشرف جابر، الاصطلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد (صناعة قضائية وصياغة تشريعية في بعض المستجدات، بحث منشور في مجلة القانون اداة للإصلاح والتطوير ، العدد(٢)، ج٢، ٢٠١٧.
- ٦- د. أمير طالب هادي التميمي، الفسخ الجزئي للعقد (دراسة قانونية مقارنة) بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق العدد(٤)، المجلد(٢)، ج(٢)، السنة الثانية، ٢٠١٨.
- ٧- د. أيمن يوسف نوري، التنظيم القانوني لاكتساب ملكية العقار غير المسجل، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة الثانية، العدد(٢)، الجزء(١)، ٢٠١٨.
- ٣٤- سكيل رقيه، محاضرات في مادة طرق الاثبات، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق والعلوم السياسية، (٢٠١٩ - ٢٠٢٠).
- ٨- د. أيمن أبو العيال، الصورية ودعوى الطعن بها، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد(الاول)، المجلد (٢٠)، ٢٠٠٤.
- ٩- د. أبناس مكي عبد، الوكالة في الزواج والطلاق (دراسة مقارنة بين القانون العراقي والشريعة الإسلامية)، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الاسلامية، العدد (٢)، المجلد (٢٧)، ٢٠١٩.
- ١٠- د. بالجيلالي خالد، المسؤولية الموضوعية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة، بحث منشور في مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية، العدد(٨)، ٢٠١٧.
- ١١- د. تجماء محمود فوزي، إثبات عقد الإيجار، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، عدد (٣٤)، مجلد (١٢)، ٢٠١٠.
- ١٢- د. حسن محمود محمد حسن، مفهوم الطرف في العقد الإداري، بحث منشور في مجلة الشرق الاوسط ، العدد (٤٨)، بلا سنة نشر.
- ١٣- د. حسنين ضياء نوري الموسوي، آثار حقوق الارتفاق (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة ابحاث ميسان، العدد(٢٥)، المجلد(١٣)، ٢٠١٧.
- ١٥- د. خادم نبيل، استقلالية نظرية مضار الجوار غير المألوفة عن نظرية التعسف في استعمال الحق (دراسة على ضوء الاجتهاد الجزائري والمصري)، بحث منشور في مجلة القانون العقاري والبيئة، العدد(١٥)، مج (٨)، ٢٠٢٠.
- ١٦- خولة كاظم محمد المعموري، مسؤولية المفاوض والمفاوض الفرعي، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، العدد(١)، مجلد (٢٤)، ٢٠١٦.

- ١٧- د. داوود كمال لمقاييس نظرية الحق، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم السياسية، (٢٠١٩-٢٠٢٠).
- ١٨- د. دنيس لويد، مفهوم النظام العام والآداب العامة في القانون الانكليزي والفرنسي، بحث منشور في مجلة حقوق القضاء، العدد(٤)، المجلد (١)، ١٩٥٦.
- ١٩- د. رشيد العقلي، آثار الحكم بالدفء في الفقه الإسلامي والقانون، دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة، علوم الشريعة والقانون، العدد(٤)، مجلد(٤٠) ٢٠١٣.
- ٢٠- د. رياض الزهيري، ضرورة تأسيس قضاء متخصص في المنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها في العراق، بحث منشور في النشرة القضائية، العدد الاول، منشور على الشبكة المعلوماتية الانترنت وعلى الموقع المتاح WWW.hgc.iq تاريخ الزيارة ٢٩/١٠/٢٠٢٠.
- ٢١- د. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، تقسيمات الأشياء، مقال منشور على الموقع الرسمي لكلية القانون جامعة بابل وعلى الموقع المتاح www.uobabylon.edu.iq، تاريخ الزيارة ١٧/١/٢٠٢١.
- ٢٢- د. سلايم عبد الله، التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ظل مبدأ نسبية أثر العقد، بحث منشور في مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد (١)، المجلد(٣)، ٢٠١٩.
- ٢٣- د. سليمان براك دايج، الفسخ بوصفه ضماناً للتنفيذ، بحث منشور على الموقع المتاح www.iasj.net، تاريخ الزيارة ٢٥/٣/٢٠٢١.
- ٢٤- د. شاكر حسن هادي، عقد بيع الاشياء المستقبلية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد (١)، ٢٠١٥.
- ٢٥- د. شامل سليمان عسله، الآثار القانونية للفسخ القضائي في العقود المتعاقبة (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات في الاسكندرية، العدد (٣٢)، المجلد (٧)، ٢٠١٤.
- ٢٦- د. شريف رأفت محمد أحمد حمادة، مفهوم الحق في الحبس وطبيعته كوسيله للضمان في القانون المدني (دراسة مقارنة) بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد(٣٥)، ج١، ٢٠٢٠.
- ٢٧- ضمير حسين المعموري، الالتزام الانضمامي، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية، العدد (١)، المجلد(١٥)، ٢٠٠٨.

- ٢٨- د. عادل شميران الشمري ود. علي شميران الشمري، فلسفة الاستثناء في القانون المدني (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء كلية القانون العدد (٣)، ٢٠١٨.
- ٢٩- د. عبد الباسط جاسم محمد، المختصر المفيد في شرح قانون الإثبات العراقي، بحث منشور في مجلة كلية القانون والعلوم السياسية، ٢٠١٩.
- ٣٠- د. عبد الحي حجازي، نظرية الاستحالة، بحث منشور في مجلة إدارة قضايا الحكومية، العدد (٢)، السنة السابعة، ١٩٦٣.
- ٣١- د. عبد الله بن عمر السحبياني، حق الارتفاق وتطبيقاته المعاصرة، بحث منشور في مجلة كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، ٢٠١٣.
- ٣٢- د. عبد الله خليل الفراء، المعالجة التشريعية لمركز الخصم في القوانين الفلسطينية، بحث منشور في مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، العدد (٢)، المجلد (٢٠)، ٢٠١٢.
- ٣٣- د. عبد المجيد غميحة، أبعاد الأمن التعاقدية وارتباطاته، بحث منشور في مجلة لقاء الدولي، ٢٠١٤.
- ٣٤- د. عبدالله عبد الخياري، مدى جواز اثبات الواقعة قانونا في القانون اليمني والفقہ الإسلامي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الدراسات الاجتماعية العدد (٤٠)، ٢٠١٤.
- ٣٥- د. عجيل محمد، الفرق بين النظرية والمبدأ، مقال منشور في المجلة العربية للبحث العلمي، العدد الاول، ٢٠٢٠.
- ٣٦- د. عمران محمد علي، وقف التقادم وانقطاعه، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد (٢) مجلد (١٤)، ١٩٧٢.
- ٣٧- د. عواد حسين ياسين العبيدي، الصلح في الدعوى المدنية إجراءاته القضائية وآثاره العامة (دراسة تحليلية تطبيقية)، بحث منشور في مجلة القانون للعلوم القانونية والسياسية، ٢٠١٧.
- ٣٨- د. عوض الزعبي، أصول استنباط المبادئ القانونية، بحث منشور في مجلة معهد الحقوق، جامعة بيروت، ٢٠٠٧.
- ٣٩- د. فريد صحرأوي، الصورية وأثرها في القانون المدني الجزائري، بحث منشور في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد (١٠)، ٢٠١٦.

- ٤٠- د. فواز صالح ، الطبيعة القانونية للحق في الحبس (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد(١)، المجلد (٢٩)، ٢٠١٣.
- ٤١- د. فواز صالح، اثار العقد، مقال منشور في مجلة الموسوعة العربية، وعلى الموقع المتاح - ency.com.syarab، تاريخ الزيارة ٢٩/١٢/٢٠٢٠.
- ٤٢- د. فيصل نسيغة، النظام العام، بحث منشور في مجلة المنتدى القانوني، العدد (٥) المجلد (٢)، ٢٠١٦.
- ٤٣- القاضي مدحت المحمود، المبادئ الدستورية والقانونية الواردة في الأحكام والقرارات الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا، بحث منشور في مجلة المحكمة الاتحادية العليا، المجلد الأول، للسنوات من (٢٠٠٥-٢٠١٨).
- ٤٤- د. محسن البيه، التضامن والتضام في قضاء محكمة الاستئناف العليا الكويتية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الحقوق، مجلة تصدرها جامعة الكويت كلية الحقوق، العدد ٣، ٢٠١٣.
- ٤٥- د. محمد راضي مسعود، نصوص وأحكام حول عدم قابلية الالتزام للانقسام، مقال منشور على الشبكة المعلوماتية الانترنيت وعلى الموقع المتاح www.mohamah.neh، تاريخ الزيارة، ٢١ / ١ / ٢٠٢١.
- ٤٦- د. محمد صديق محمد عبدالله ود. سارة أحمد حمد، قواعد المسؤولية التقصيرية الشخصية بين القوانين العراقية والقوانين المعاصرة، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد(٥٢)، المجلد (١٥)، السنة (١٧).
- ٤٧- د. محمد معتصم بالله أزرنجاني، حقوق الارتفاق، بحث علمي قانوني لنيل لقب استاذ في المحاماة، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية الانترنيت وعلى الموقع المتاح www.syrian-lawyer.club تاريخ الزيارة ٢٢/٥/٢٠٢١.
- ٤٨- د. نواف حازم خالد، انقضاء الحق في الحبس للضمان بطريق اصلي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، العدد(٢٤)، المجلد (١)، ٢٠٠٥.
- ٤٩- د. هند إبراهيم، الأشياء المثلية والقيمية في القانون المدني السوري، مقال منشور على الشبكة المعلوماتية(الانترنيت)، وعلى الموقع المتاح www.mohamah.net، تاريخ الزيارة ١٩/٢/٢٠٢١.

- ٥٠- د. وهيب عبد الوهاب، الأمن القانوني وتأثيره على استقرار المعاملات القانونية، مقال منشور على الشبكة المعلوماتية الانترنت وعلى الموقع المتاح WWW.alji3a.com تاريخ الزيارة ٢٨/٤/٢٠٢١.
- ٥١- د. ياسين الجبوري، الدعوى المباشرة في القانون المدني الاردني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، جامعة الامارات، العدد(٥٢)، ٢٠١٢.
- ٥٢- د. يوسف محمد عبيدات، تقييم الدعوى المباشرة في القانون الأردني، بحث منشور أبحاث في مجلة أبحاث جامعة اليرموك، الأردن، العدد(٤)، مجلد(٢٤)، ٢٠٠٨.
- ٥٣- د. يونس صلاح الدين علي، مبدأ خصوصية العقد في القانون الانكليزي، دراسة تحليلية مقارنة بمبدأ نسبية أثر العقد من حيث الأشخاص في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة كلية العلوم القانونية والسياسية، المجلد(٦)، الاصدار(٢٠)، ٢٠١٧.

خامساً - مصادر القرارات القضائية

- ١- المحامي سلمان بيّات، القضاء المدني العراقي، ط١، ج٢، ١، بلا جهة مكان طبع، ٢٠٢٠.
- ٢- القاضي فلاح كريم وناس آل جحيش، الموسوعة القضائية المدنية، ط١، ج١، ٢، ٣، ٤، بيروت، لبنان، ٢٠٢١.
- ٣- قرارات محكمة التمييز الاتحادية و المنشورة على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى وعلى الموقع المتاح www.hjc.iq.
- ٤- قرارات محكمة النقض المصرية والمنشورة على الموقع الرسمي لمحكمة النقض المصرية وعلى الموقع المتاح WWW.cc.gov.eg.
- ٥- قرارات محكمة النقض المصرية والمنشورة على موقع محامي مصر، وعلى الموقع المتاح lawgyrupt.net.
- ٦- مجلة قضاء محكمة تمييز العراق العدد(٤)، المطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٠.
- ٧- مجموعة المكتب الفني لقضاء محكمة النقض المصرية.
- ٨- مجموعة قرارات محكمة التمييز الاتحادية، النشرة القضائية، المجلد الأول، القسم الثالث.
- ٩- مجموعة قرارات محكمة النقض الفرنسية، السنة الثالثة، ١٩٥٨.

- ١٠- القاضي مدحت المحمود، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣، لسنة ١٩٦٩ وتطبيقاته العملية، بلا طبعة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٠٥.
- ١١- النشرة القضائية لمحكمة النقض الفرنسية، مل بيرينه - ماركة، نوفمبر، ٢٠٠٥.
- ١٢- النشرة القضائية لمحكمة النقض المصرية العدد (٣٢)، (٢٠١٧-٢٠١٨-٢٠١٩).
- ١٣- القاضي سلمان عبيد عبد الله، المختار من قرارات محكمة التمييز الاتحادية، ط١، مكتبة القضاء والقانون، ج٥، بغداد، ٢٠١٥.

سادسًا - القرارات غير المنشورة :

- ١- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٤٤١) والمؤرخ في ٢٥/١/٢٠١١.
- ٢- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٢٥٠٧) والمؤرخ في ٢٩/٥/٢٠١٩.
- ٣- قرار محكمة تمييز اقليم كردستان المرقم(٥٩٦) والمؤرخ في ٢٠/١١/٢٠١٧.
- ٤- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٨) والمؤرخ في ٣١/١/٢٠١٦.
- ٥- قرار محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية المرقم (٤٥) والمؤرخ في ١٤/٢/٢٠٠٨.
- ٦- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (١٨٦٧) والمؤرخ في ١٦/٦/٢٠١٢.
- ٧- قرار محكمة استئناف نينوى الاتحادية رقم (٣٨١٩) والمؤرخ في ٦/٩/٢٠٠٦.
- ٨- قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم (٣٢٤) والمؤرخ في ١/٦/٢٠٠٨.

سابعًا- القوانين

- ١- القانون المدني الفرنسي لسنة المعدل ١٨٠٤ المعدل.
- ٢- قانون البينات السوري رقم (٣٥٩) لسنة ١٩٤٧ المعدل.
- ٣- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ النافذ.
- ٤- القانون المدني السوري رقم (٤٨) لسنة ١٩٤٨ النافذ.
- ٥- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ.
- ٦- قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥١ النافذ.
- ٧- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ المعدل.
- ٨- قانون البينات المدنية والتجارية المصري رقم (٢٥) لسنة ١٩٦٨ المعدل.
- ٩- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل.
- ١٠- القانون المدني الليبي رقم (٧٤) لسنة ١٩٧٠ النافذ.

١١- قانون التسجيل العقاري رقم (٣٤) لسنة ١٩٧١ المعدل.

١٢- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي رقم (١٢) لسنة ١٩٧٥ النافذ.

١٣- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ النافذ.

١٤- قانون الأثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

ثامناً - المصادر الأجنبية

أ- المصادر الفرنسية

- 1- Et Huet (J.), Responsabilite Contractuell , et yesponsabilite delictuelle these dactyl , paris , ed 2 , 1978.
- 2- H.L.J. Mazeaud, Sûretés, Publicité foncière, 6ème édition, par F.Chabas et F.Ranouil, Montchrestien.1988.
- 3- Jean Carboonier - Droit Civil- 4- Les Obligations Press Unibersitaires deFrance- 11edition, pp5 -6.
- 4- Mazeaud (Henri et Leon) et Tun, Traité théorique et pratique de responsabilité Civile. Paris T11, ed 1970.
- 5- Mmhl et J. Mazeaud: Otitre les auterurs deja cites on peut .consnlter les iecans de droit civil t. III n 33 et 1963.
- 6- Popesco (M)La regle res inter alios acta et ses limites en droit modern , these , impreme , paris , 1934.
- 7- S.PELLE,L'effet relatif et l'opposabilité du contrat in Quel renouveau pour le droit des contrats L'effet relatif et l'opposabilité du contrat , in Quel renouveau pour le droit des,2018 .

ب - المصادر الأنكليزية

-
- 1- Christian Larroumet, Droit civil les obligations, le contrat, tome 3, 3^{eme} edition, 1996.
 - 2- Gregory Klass, Contract Law in the USA, Wolters and Kluwer, Law & Business, 2010.
 - 3- Jack Beaton & Andrew Burrows, Anson's law of contract, Oxford University Press, 2011
 - 4- Jean -Claude Grosliers: l' indivisibilité en matière de voies de recours, these ,1959,p.132 etc.
 - 5- Jean- Pierre Moreau: les limites au principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties. These,1966.
 - 6- William Anson, principles of English law of contract, London Macmillan at the Clarendon Press, 1879.

Abstract

It is known that legal provisions do not have the same frequency. Some of them have a wide scope and others are of a narrow scope. The latter provisions are the ones that embody relativism in civil law, relativity is usually limited in scope in personal and objective terms; Because it leads to shortening the judgment on some of its members, persons and objects, or it leads to the enforcement of the judgment in a relative rather than other of the convicted persons, in order to achieve a specific goal, the latter may be achieving stability in financial transactions, protecting the contracting parties, or achieving a legal interest that he deems appropriate. The legislator is more worthy of protection, so that one person does not gain a right at the expense of another, and relativity in civil law is of great importance, especially on the practical level, because it has a major role in resolving the conflict quickly and reducing effort and expenses at the same time, and this is what prompted the legislator, as well as jurisprudence and the judiciary to decide.

Relativity in civil law also has many applications, as we sought this by reviewing the texts of the Iraqi civil law and civil laws, especially those that are the subject of comparison, where we find it sometimes within the scope of contracts, and this of course is from a personal point of view, but in terms of objectivity, this relativity focuses on the commitment to the subject matter of the provision, i.e. with the rights and obligations it entails, and at other times we find it within the scope of rights as is the case in possession defects. If the latter is associated with coercion, or has occurred in secret, or if there is ambiguity or

ambiguity in it, then it has no effect except towards the person from whom it was concealed or whose matter was confused, ... as we find it in the scope of dividing things into valueable and quantitative, for the thing may be Like me or evaluate the will of people.

This, in turn, led to the multiplicity of sources of relativity in civil law, which may be voluntary, legal or judicial. On the basis of this, the problem of the subject of research and study crystallizes in a main form in the absence of a general theory of relativity in civil law, but all there are scattered applications in multiple and different topics, especially In in nature, which a particular collector does not collect, from this there are many types and the basis on which they are based differed, and based on that, it is necessary to overcome this problem by inviting the legislator to the text and explicitly on relativity. Iraq's civil law by stipulating that the relative provisions contained in this law apply to the persons concerned with them only and within the limits of the subject matter of the text. Thus, the purpose of our effort is embodied in developing a general theory of relativity in the civil law, starting from its concept and ending with its provisions.

**Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research**

**University of Karbala
College of Law**



Relativity of Civil Law

(Comparative Study)

Thesis submitted by the student

Talib Abd Salman Hussein

**To the Council of College of Law / University of Karbala.
It is part of a master's degree in private law requirements.**

Under the supervision of Dr.:

Adel Shamran Hamid Al-Shammari

2021 A.D

1443 A.H

