جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء
كلية القانون

نقض المسلمات في القانون المدني

(دراسة مقارنة)

رسالة تقدمت بها الطالبة

رسل طاهر نجم

إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

إشراف

الاستاذ الدكتور

عادل شمران حميد الشمري

١٤٤٣هـ ٢٠٢١م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَمَا تَوْفِيقِي إِلاَّ بِاللهِ عَلَيهِ تَوَكَّلتُ وَإِلَيهِ أُنِيبُ . . ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة هود – جزء من الآية (٨٨)

إقرار المقوم اللغوي

تحية طيبة ....

أشهد أنّي قرأت رسالة الماجستير المسومة بـ (**نقض المسلمات في القانون المدني - دراسة مقارنة**)، المقدم من قبل الطالبة (**رسل طاهر نجم**) إلى مجلس كلية القانون في جامعة كربلاء، لقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية ، بعد أن أخذت الطالبة بالملاحظات المسجلة على متن الرسالة .

مع التقدير....

التوقيع :

الأسم : أ.م.د. صفاء حسين لطيف

الاختصاص العام : لغة عربية

الاختصاص الدقيق : الادب الاندلسي

ت

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (نقض المسلمات في القانون المدني " دراسة مقارنة ")، وناقشنا الطالبة (رسل طاهر نجم) على محتواها، وفيما لها علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة (٨٠).

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. عبد الله عبد الامير طه

(رئيساً)

التاريخ: / / ٢٠٢١

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. امير طالب هادي

(عضواً)

التاريخ: ٢٤ / ١٠ / ٢٠٢١

التوقيع :

الاسم: أ.م.د اشواق عبد الرسول

(عضواً)

التاريخ: / / ٢٠٢١

التوقيع :

الاسم: أ.د عادل شمران حميد

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / ٢٠٢١

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 رمز الفخر، الذي لم يُمهله القدر،

وتُوفَّي في ريعان الشباب

اخي

المحامي أحمد طاهر المسعودي

الباحثة

الشكر والامتنان

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا وشفيعنا الحبيب المصطفى أبي القاسم محمد (صلى الله عليه وعلى آله وسلم).

أما بعد .....

بعد حمد الله تعالى وشكره على إنهائي هذه الرسالة، فلايسعني إلا أن اتقدم بشكري وامتناني لأستاذي المشرف الدكتور (عادل شمران حميد الشمري) على الجهود التي بذلها في الإشراف على هذه الرسالة ، وما بذله من رعاية واهتمام وما قدمه من آراء سديدة طيلة مدة إعداد الرسالة ، وكان لي خير مشجع وموجه ومرشد ، واثني اجمل ثناء على اسلوبه في تدريبي على البحث العلمي وعلى حرية الاختيار بعد ان يقدم توجيهاته وملاحظاته .

كما اتقدم بالشكر والامتنان إلى عميد كلية القانون ـ جامعة كربلاء ، اعترافاً بالفضل ورداً للجميل اتقدم بشكري وتقديري إلى السيد المعاون العلمي المحترم ، وكذلك السيد المعاون الأداري المحترم ، كما اتقدم بشكري وتقديري إلى جميع اساتذتي في مرحلة البكلوريوس والماجستير جامعة كربلاء كلية القانون .

ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أسدي خالص شكري إلى كل من ساعدني في جمع المصادر وسهل لي ذلك، وأخص منهم زميلي المرحوم (علي ناصر سوادي) رحمه الله تعالى، وجميع موظفي مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء .

كما اتقدم بخالص شكري وتقديري إلى من اوصاني الله بهما (امي وابي) أطال الله في عمرهما ، كما اتوجه بخالص شكري وتقديري إلى الغالي زوجي (ذو الفقار الشمري) الذي وقف إلى جانبي في اصعب ظروف الحياة .

الباحثة

المحتويات

الموضـــــــــــــــــوع	رقم الصفحة
المقدمة	١ ــ ٤
الفصل الأول : مفهوم نقض المسلمات في القانون المدني	٥ ــ ٦٠
المبحث الاول : ماهية نقض المسلمات	٦ ــ ٣٦
المطلب الأول : تعريف نقض المسلمات	٧ - ٢٠
الفرع الأول : تعريف نقض المسلمات لغة واصطلاحاً	٧ - ١٣
الفرع الثاني : خصائص نقض المسلمات في القانون المدني	١٣ - ٢٠
المطلب الثاني : شروط نقض المسلمات في القانون المدني وتميزها عن غيرها من الأوضاع القانونية	٢٠ - ٣٦
الفرع الأول: شروط نقض المسلمات في القانون المدني	٢١ - ٣١
الفرع الثاني : تمييز نقض المسلمات عن غيرها من الأوضاع القانونية	٣١ - ٣٦
المبحث الثاني : اسباب نقض المسلمات في القانون المدني	٣٦ - ٦٠
المطلب الأول : الاسباب العامة لنقض المسلمات في القانون المدني	٣٧ - ٥٢
الفرع الأول : التطور التكنولوجي	٣٧ - ٤٣
الفرع الثاني : تحقيق التوازن العقدي	٤٣ - ٥٢
المطلب الثاني : الاسباب الخاصة لنقض المسلمات في القانون المدني	٥٢ - ٦١
الفرع الأول : الصياغة القانونية	٥٣ - ٥٧
الفرع الثاني : التغيير السياسي والاجتماعي	٥٨ - ٦٠
الفصل الثاني : معوقات وتطبيقات نقض المسلمات في القانون المدني	٦٢ - ١١٣
المبحث الأول : معوقات نقض المسلمات في القانون المدني	٦٢ - ٨٢
المطلب الأول : المعوقات القانونية	٦٣ ــ ٧٣

الموضـــــــــــــــــوع	رقم الصفحة
الفرع الأول : استقرار المعاملات المالية	٦٣ - ٦٧
الفرع الثاني : استقرار القاعدة القانونية	٦٧ - ٧٣
المطلب الثاني : المعوقات التكنولوجية	٧٣ - ٨٢
الفرع الأول : قصور النصوص القانونية لمواكبة التطور التكنولوجي	٧٥ - ٧٧
الفرع الثاني : المعوقات الفنية	٧٨ - ٨٢
المبحث الثاني : تطبيقات نقض المسلمات في القانون المدني	٨٣ - ١١٣
المطلب الأول : التطبيقات الموضوعية	٨٣ - ١٠٢
الفرع الأول : نقض المعيار المادي	٨٤ - ٨٥
الفرع الثاني : نظرية الاخلال الفعال	٨٦ - ٩٣
الفرع الثالث : المسؤولية الموضوعية	٩٣ – ١٠١
المطلب الثاني : التطبيقات الإجرائية	١٠١ - ١١٣
الفرع الأول : الفسخ الجزئي للعقد	١٠٢ - ١١١
الفرع الثاني : مدد الطعن	١١١ – ١١٣
الخاتمة	١١٥ – ١١٨
المصادر	١٢٠ – ١٣٥
Abstract	A – B

الملخص

إن موضوع نقض المسلمات في القانون المدني تقتضيه ضرورة قصوى لتحقيق هدف معين ، فالمسلمات (الثوابت) التي مضى عليها مدة من الزمن أصبحت قاصرة بطبيعة الحال ؛ بسبب التغيرات التي طرأت على مجمل القوانين ، والنقض يعني الأبطال أو الألغاء ما كان مسلم به، لذا فإن الأسباب الرئيسة لدراسة هذا الموضوع إنه لم يلق أهمية من قبل شراح القانون ، وكذلك غياب التنظيم التشريعي وبالتالي نجد هنالك العديد من المسلمات أصبحت عاجزة عن مواكب التطورات التكنولوجية، لذلك فمن الضروري نقضها واحلال غيرها لغرض مواكبة التطور، إما اشكالية هذه الدراسة تتمثل بسؤال عام مالمقصود بنقض المسلمات حيث يندرج تحته العديد من التساؤلات الفرعية ومنها ماهي خصائص وشروط نقض المسلمات ماهي اسباب نقض المسلمات وتميزها عن الأوضاع القانونية وغير ذلك من الأسئلة الفرعية، ومن تطبيقات نقض المسلمات منها ما يكون موضوعياً ومنها ما يكون إجرائياً، فالتطبيقات الموضوعية هي نقض المعيار المادي (معيار الثبات) بموجب التطورات التكنولوجية وكذلك نقض العقد شريعة المتعاقدين بموجب نظرية الأخلال الفعال ، لغرض تحقيق مصلحة معينة لكل من أطراف العلاقة التعاقدية، أو قد يكون تخلص من العبء الذي يصعب معه أثبات الخطأ وبالتالي ضياع لحق المضرور كما في نقض أركان المسؤولية المدنية بموجب النظرية الموضوعية التي تقوم على ركن الضرر فقط ، إما التطبيقات الإجرائية كما في الفسخ الجزئي الذي يكون الهدف الاساسي منه هو عدم ضياع الجهود المبذولة والنفقات التي قد تم بذلها لتنفيذ الالتزام ، لذا فقد جاء نقضاً للفسخ الكامل للعقد ، وكذلك من التطبيقات الاجرائية هو مدد الطعن التي حددها المشرع العراقي وهذه مدد حتمية بموجب نص المادة (١٧١) من قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل، ولكن تم نقضها بمسائل الحل والحرمة، أي يمكن تقديم الطعن خارج المدة المحددة اذا كانت المسألة متعلقة بالحل والحرمة ، فعلى الرغم من هذه الضرورة للنقض، والتطبيقات العديدة التي وجدت، فإنها تصطدم بالاوضاع المستقرة أساساً، لذا هنالك امراً يقتضي النقض لمواكبة التطورات، وامراً يشير إلى ضرورة الحفاظ على استقرار الاوضاع ، لذلك هناك العديد من المعوقات التي تعيق النقض ، فقد تكون هذه المعوقات قانونية، مثل استقرار المعاملات واستقرار القاعدة القانونية هذه تعتبرمعوق أمام نقض المسلمات ، وقد تكون المعوقات تكنولوجية مثلاً عدم وجود قوانين كافية لمواكبة التطور وحتى ان وجدت فهي قاصرة بطبيعة الحال، وكذلك معوقات فنية أي أن نقل العقار من مكان إلى أخر يحتاج إلى امكانيات مادية وبنى تحتية وخبراء، واغلب البلدان لاتتحقق فيها هذه الامور اي لا توجد أمكانيات فعدم وجود الامكانيات تكون عائق امام تطور العديد من المجالات ليس القانون فحسب، ولذلك تم أختيار البحث في هذا الموضوع للوصول إلى أهم المقترحات اللأزمة لتجاوز الإشكاليات الناشئة عن هذا الموضوع .

المقدمة

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين سيدنا وشفيعنا الحبيب المصطفى أبي القاسم محمد (صلى الله عليه وعلى آله وسلم)

أولاً : موضوع الدراسة :-

إن القانون وليد البيئة التي نشأ فيها ويتأثر بتأثيراتها وتطوراتها، التي تكون ناتجة من عدة ظروف مختلفة، كما نعلم هذه الظروف متغيرة من بلد الى آخر، أو قد تكون متغيرة في البلد الواحد، لذلك نجد هنالك ضرورة لنقض المسلمات، لكي يكون القانون متناسب مع ما هو موجود في الواقع، وبالتالي التغلب على الهفوات التي ممكن ان تحدث في حالة جمود القوانين، أي نجد إن الهدف من هذا الموضوع هو سد الثغرات التي قد تحدث في حالة عدم استيعاب القوانين للتطورات.

فالقانون المدني وضع قبل أكثر من نصف قرن تقريباً، أي في وقت لم تكن التطورات الحالية موجودة، فمن الطبيعي نجد أن هنالك أموراً تكاد تكون لا تتناسب مع الواقع ، فالمسلمات هي الثوابت المتفق عليها والتي تسري على الجميع ، فهي مسلمات شديدة الوضوح ، أما نقض المسلمات هو إزالة أو ابطال هذه الثوابت الشديدة الوضوح والثابتة منذ زمن بعيد ؛ التطور وتغير الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية وحتى الدينية ، يتبعها بالضرورة تطور وتغيير النصوص القانونية، أي هنالك علاقة وثيقة بين القانون والمجتمع فتطور احدهما يتبعه تطور الأخر .

لذا فإن هنالك العديد من الاسباب التي تؤدي وتشير إلى ضرورة النقض فضلاً عن توافر شروط معينة ، فمن هذه الشروط وجود قواعد مسلم بها ووجدت ضرورة لنقضها ، وايضاً إن لا يكون النقض مخالفاً للنظام العام والآداب العامة ، ووجود نصوص قانونية من الصعوبة العمل بموجبها ، وكذلك الشرط المهم هو أن نقض المسلمات يقتضي تحقيق الاستقرار القانوني لان في الأساس الأوضاع مستقرة وهذا بدوره الشرط عائقاً امام نقض المسلمات في القانون المدني ، أما الاسباب عديدة منها ما يكون سبب عام كالتطور التكنولوجي وتحقيق التوازن العقدي، ومنها ما يكون سبباً خاصاً كالصياغة القانونية والتغير السياسي والاجتماعي .

فضلاً عن وجود العديد من التطبيقات ، منها مايكون موضوعياً (كنقض المعيار المادي) معيار الثبات و (العقد شريعة المتعاقدين والذي نقض بنظرية الاخلال الفعال) ، أي أمكانية نقض

العقد إذا كان نقض العقد العقد أكثر فائدة للاطراف المتعاقدة ، أو نقض العقد لتجنب خسارة فادحة ذات تأثير سلبي على الاطراف المتعاقدة ، ونقض أركان المسؤولية المدنية الثلاثة (الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر) واقامتها على ركن الضرر فقط كما في المسؤولية الموضوعية لكي يحصل العامل الذي اصيب بضرر على تعويض، وبذلك تتحقق العدالة التعاقدية التي يبتغيها القانون ، ومن التطبيقات ما يكون إجرائياً كالفسخ الجزئي للعقد كي لا يكون هنالك ضياع للجهود المبذولة كما في الفسخ الكامل للعقد ، وفضلاً عن نقض مدد الطعن الحتمية بمسائل تتعلق بالحل والحرمة .

على الرغم من هذه التطبيقات التي تشير إلى إن هنالك حالات لنقض المسلمات في القانون ولكن هنالك العديد من المعوقات التي تعيق هذا النقض ومنها ما يكون قانونياً مثل استقرار المعاملات الذي يعد من المبادئ الأساسية والمهمة في القانون ، لذا فإن أي إخلال يحدث يؤدي إلى عرقلة الأمور المستقرة ، واستقرار القاعدة القانونية يكون معوقاً لان كل قاعدة قانونية تم وضعها تهدف إلى الأمان والاستقرار ، ومن المعوقات ما يكون تكنولوجياً اي هنالك قوانين متوفرة ولكن قاصرة عن مواكبة التطورات ، ومعوقات فنية اي عدم وجود أمكانيات مادية وقله الخبراء وعدم وجود بنى تحتية فتكون هذه الامور عائقاً أمام نقض المسلمات وخاصة في البلدان النامية، فتوصلت الدول المتقدمة إلى إمكانيات نقل العقار من مكان إلى أخر ويبقى محافظاً على الصفة العقارية ، ولكن هذه الأمور لا يمكن أن تحدث في البلدان النامية .

ثانياً : أهمية الدراسة :-

تُعد هذه الدراسة من الدراسات ذات الحيوية والأهمية بالغة ؛ لانها ذات صلة وثيقة بالمجتمع، فكلما يتطور المجتمع تزادا تبعاً لذلك تطبيقات نقض المسلمات، اي هنالك علاقة وثيقة بين نقض المسلمات وتطور المجتمع ، فوجدنا أن هنالك حالات كان من الضروري نقضها، لغرض تحقيق الهدف الاسمئ من وضع القانون وهو العدالة والانصاف والمساواة وتحقيق اهداف اقتصادية ، أي أنه يكون عوناً للقضاء لمواجه ضيق النصوص القانونية واستيعابها للتطورات الحاصلة ، وبالتالي تعم الفائدة على جميع أفراد المجتمع ، بالإضافة الى ذلك وجود نقص تشريعي في العديد من القوانين ، أي عدم مواكبة المشرع للتطورات الحاصلة وبالتالي وجود خلل، حيث نجد اغلب القوانين في الدول الأجنبية والعربية تم تعديلها ، إما القوانين العراقية باقية على حالها ، حيث إن التعديل الذي طرأ على اغلب القوانين لا يواكب التطور الحاصل .

ثالثا: اشكالية الدراسة :-

تتمثل إشكالية هذه الدراسة بسؤال عام مالمقصود بنقض المسلمات في القانون المدني يندرج تحته العديد من التساؤلات :

١. ما هي خصائص نقض المسلمات ؟ .
٢.ما هي شروط نقض المسلمات ؟ .
٣.ما هي أوجه التشابة والاختلاف بين نقض المسلمات والحيلة القانونية وبين نقض المسلمات والافتراض القانوني ؟ .
٤.ما هي الأسباب العامة لنقض المسلمات ؟ وماهي الاسباب الخاصة ؟.
٥.هل أن التطورات التكنولوجيا تحتاج إلى قواعد خاصة لتطبيقها ام بالإمكان تطبيق القواعد العامة ؟.
٦. ما هي ابرز المعوقات التي تقف امام نقض المسلمات التي مضى عليها مدة معينة من الزمن ؟.
٧.ما هي تطبيقات نقض المسلمات؟.

رابعا : صعوبة الدراسة :-

تتمثل صعوبة الدراسة بإنه لايوجد أي مصدر مباشر أو غير مباشر يشير إلى وجود نقض المسلمات في القانون المدني، وايضاً عدم وجود نص في القوانين العراقية يمكن أن يساعد الباحث في اعطاء رؤية شاملة عن هذه الدراسة، فضلاً عن قصور النصوص القانونية الحالية عن مواكبة التطور التكنولوجي .

خامسا : أسباب الدراسة :-

تكمن الأسباب دراسة موضوع نقض المسلمات في إن هذا الموضوع لم يلق الاهتمام من قبل شراح القانون المدني ، بالإضافة الى ذلك غياب التنظيم التشريعي لهذا الموضوع .

سادساً : منهجية الدراسة ونطاقها : -

لغرض تسهيل البحث في هذه الدراسة العميقة جداً، والوصول إلى جوهر الدراسة اتبعنا المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن للنصوص العراقية والمقارنة، إي قراءة وتحليل النصوص العراقية والمقارنة الموجودة، إما نطاق هذه الدراسة فقد كان القانون المدني العراقي (٤٠) لسنة

١٩٥١ المعدل محل الدراسة، مقارنة مع القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ المعدل، مع الاشارة إلى القانون المدني الفرنسي لسنه ١٨٠٤، وقانون العقود الفرنسي الجديد لسنة ٢٠١٦ .

سابعاً : هيكلية الدراسة :-

تم بحث هذه الرسالة بمقدمة وفصلين ، الفصل الاول مفهوم نقض المسلمات في القانون المدني ، وهذا الفصل تم تقسيمه على مبحثين ، المبحث الاول تناولنا فيه ماهية نقض المسلمات في القانون المدني ، وهذا المبحث بدوره ينقسم على مطلبين ، المطلب الاول منه التعريف بنقض المسلمات ، ويقسم هذا المطلب على فرعين ، الفرع الأول تعريف اللغوي والاصطلاحي ، أما الفرع الثاني خصائص نقض المسلمات ، أما المطلب الثاني من المبحث الاول قد تم تقسيمة على فرعين ، الفرع الاول نتناول شروط نقض المسلمات ، أما الفرع الثاني نتناول تمييز نقض المسلمات عن غيره من الأوضاع القانونية ، أما المبحث الثاني من الفصل الاول يشير إلى اسباب نقض المسلمات ، وهذا المبحث يقسم على مطلبين ، المطلب الاول الاسباب العامة ، وهذا المطلب يقسم على فرعين ، الفرع الاول التطور التكنولوجي ، الفرع الثاني تحقيق التوازن العقدي ، أما المطلب الثاني من هذا المبحث يقسم على فرعين ، الفرع الاول الصياغة القانونية ، والفرع الثاني التغيير السياسي والاجتماعي ، أما الفصل الثاني من هذه الرسالة نتناول معوقات وتطبيقات نقض المسلمات في القانون المدني ، وهو يقسم على مبحثين ، المبحث الاول يشير إلى معوقات نقض المسلمات في القانون المدني ، وهذا المبحث يقسم على مطلبين ، المطلب الاول المعوقات القانونية ، وهذا المطلب يقسم على فرعين ، الفرع الاول استقرار المعاملات المالية ، والفرع الثاني استقرار القاعدة القانونية ، أما المطلب الثاني يتناول المعوقات التكنولوجية ، وهذا المطلب يقسم على فرعين ، الفرع الاول قصور النصوص القانونية لمواكبة التطور التكنلوجي ، أما الفرع الثاني المعوقات الفنية ، أما المبحث الثاني من الفصل الثاني نتناول تطبيقات نقض المسلمات في القانون المدني ، وهذا المبحث يقسم على مطلبين ، المطلب الاول التطبيقات الموضوعية ، وهذا المطلب يقسم على ثلاثة فروع ، الفرع الاول نقض المعيار المادي ، والفرع الثاني نظرية الأخلال الفعال بالعقد ، والفرع الثالث المسؤولية الموضوعية ، أما المطلب الثاني من هذا المبحث التطبيقات الاجرائية ، وهذا المطلب يقسم على فرعين الفرع الاول الفسخ الجزئي للعقد ، والفرع الثاني مدد الطعن، وقد انهينا البحث في هذا الموضوع بخاتمة تتضمن عدداً من النتائج والمقترحات .

الفصل الأول

مفهوم نقض المسلمات

فـــي القانون المدنـي

الفصل الأول

مفهوم نقض المسلمات في القانون المدني

تمهيد وتقسيم :-

من الامور المسلم بها إن القانون وجد لأجل الانسان ، حيث إن هذا الأمر المسلم به يجعل من هدف القانون يدور حول الانسان، والتفكير بتحقيق الرفاهية في المجتمع بصورة عامة، وبالتالي ضرورة وجود قواعد قانونية تحكم تصرفات الانسان وتحقق سعادته[1]، وبما إن الحياة القانونية، الاقتصادية، الاجتماعية، السياسية، بتطور مستمر فإن هذا التطور يتبعه بالضرورة تعديل القواعد القانونية لغرض مواكبة هذه التغيرات الحاصلة في المجتمع ، حيث إن القانون وليد البيئة التي نشأ بها، وبالتالي القانون مرآه يعكس تطورات المجتمع، حيث يهدف القانون إلى تحقيق مصلحة الافراد وبالتالي يتحقق الاستقرار القانوني، والاصل أن هذه القواعد المسلم بها ثابتة، ولكن هذه المسلمات تعرضت للنقض في الوقت الحاضر، وهنالك العديد من الاسباب التي تشير إلى ضرورة النقض ما كان مسلم به ليكون القانون مواكب لما يحدث في الواقع إذ كان التطور التكنولوجي من أكثر الأسباب التي أدت إلى نقض العديد من مسلمات القانون المدني .

ولغرض الاحاطة اكثر في مفهوم نقض المسلمات، سنقسم هذا الفصل على مبحثين ، نتناول في المبحث الاول ماهيه نقض المسلمات، أما المبحث الثاني سنتناول فيه الأسباب التي أدت إلى نقض المسلمات في القانون المدني.

المبحث الأول

ماهية نقض المسلمات

إن وجود قاعدة ثابتة، مقبولة، يمكن تطبيقها بشكل دوري وتواتر العمل بها فتعني(مسلمات)، إما في حالة وجود قاعدة جديدة تخالف مابني عليه من قاعدة سابقه فتنفي وجودها وتناقضها فتعني (نقض المسلمات)، أي إن القواعد الموجودة والمسلم بها لاتلائم المحيط الذي نشاة به ولاتستجيب للتطورات الحاصلة أي أصبحت مسلمات جامده لا يمكن ان تواكب ما يحدث في الواقع العملي، اذ في هذه الحالة

(١) جمال عبد الأمير الغزالي ، الإلتزام القانوني في التعاقد (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠١١، ص٧.

ضرورة إعادة النظر في تلك المسلمات اما تعدل، أو تنقض واحلال مكانها ماينناسب ومايحدث في الواقع ما لم يوجد من الأسباب التي تؤدي بعد فتره من الزمن الرجوع لها.

لذلك ولمزيد من التفصيل حول ماهيه نقض المسلمات سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الاول تعريف نقض المسلمات، وفي المطلب الثاني شروط نقض المسلمات في القانون المدني وتميزها عن غيرها من المصطلحات القانونية الأخرى .

المطلب الأول

التعريف بنقض المسلمات

نقض المسلمات كحال المصطلحات القانونية الأخرى لها معنى في اللغة والاصطلاح ولغرض معرفة معنى نقض المسلمات اقتضى علينا أن نقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول، التعريف اللغوي والاصطلاحي، والفرع الثاني نتناول فيه خصائص نقض المسلمات وكالاتي.

الفرع الأول

تعريف نقض المسلمات لغة واصطلاحاً

إن نقض المسلمات مكون من قسمين، القسم الأول (نقض)، والقسم الثاني (مسلمات)، لذلك سنتطرق أولا إلى معنى النقض في اللغة، ومن ثم نتطرق لمعرفه المسلمات من جانب أخر، وايضاً سنتناول لكل منهم تعريفة الاصطلاحي، ومن ثم نعرف مصطلح (نقض المسلمات).

أولاً: التعريف اللغوي لنقض المسلمات .

النقض: إفسادُ ماأبرمت من عقدٍ أو بناء، والنقض ضد الابرام[١] .

نقض: النون والقاف والضاد أصل صحيح يدلُ على نكث شيء[٢].

(١) محمد بن مكرم ابو الفضل جمال الدين ابن منظور الافريقي ، لسان العرب، ج٨ ، ط١، دار احياء التراث العربي ، ٢٠١٠،ص٤٩٨.

(٢) ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ط١، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ٢٠٠١، ص١٠٠٧.

يقال : نقض البناء: هدمة ونَقَضَ الحبلَ : حلَّ طاقاته، وفي التنزيل العزيز : "وَلاَ تَكُونُوا كَالَّتِي نَقَضَتْ غَزْلَها ....."[١]، ونقض اليمين أو العهد : نكثة .

وفي القران الكريم قوله تعإلى:"وَلاَتَنقْضُوُا الأيْمانَ بَعْدَ تَوْكيدهَا"[٢].

ونقض ماأبرمه فلانّ: أبطلهُ[٣].

أما المسلمات تعني لغة :

مسلمة: اسم، الجمع: مسلمات خالية من العيوب، مسلمه:(الفلسفة والتصوف)، بديهية لاتقبل الجدل، من المسلمات: من البديهيات، الأوليات، حقائق مقررة[٤] .

المسلمة بضم الميم وتشديد اللام : جمع مسلمات من سلم إذا رضي بالشيء ، ما اعترف به الخصم واقره ، البديهية التي لاتحتاج إلى دليل [٥]

أي يتضح من التعريف اللغوي أن النقض معناه، الغاء او ابطال او إزالة ، أما المسلمات فتعني بمعناها اللغوي الثوابت لاتقبل الشك لذلك أن اقرب التعاريف اللغوية للنقض إلى التعريف الاصلاحي هو إن النقض إفساد مأأبرمت من عقدِأو بناء، أما المسلمات فإن أقرب التعاريف اللغوية للتعريف الاصطلاحي هي إن المسلمة مااعترف به الخصم واقره، البديهية التي لاتحتاج إلى دليل.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي لنقض المسلمات .

قبل البدء بتعريف نقض المسلمات اصطلاحآ، علينا معرفه معنى النقض وايضاً معنى المسلمات و كالأتي .

عرف الفقه النقض بأنه إفساد مابرمت من عقد أو بناء، أو هو وجود العلة مع عدم الحكم، وايضاً هو بيان تخلف الحكم المدعى ثبوته أو نفيه عن دليل المعلل الدال عليه في بعض الصور، فإن

---

(١) سورة النحل ، الآية (٩٢)

(٢) سوره النحل، الآية (٩١).

(٣) ابراهيم أنيس، المعجم الوسيط ،ج١، ط٢، امواج بيروت ، لبنان ، بلا سنة نشر ، ص٩٤٧.

(٤) تعريف وشرح معنى مسلمه في معاجم اللغه العربية، معجم المعاني الجامع، على موقع التواصل الاجتماعي (الانترنيت)، وعلى الموقع المتاحhttps://www.aimaany.com ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٢/١٦ ، الساعة الرابعة عصرا.

(٥) محمد قلعجي ، معجم لغة الفقهاء ، ط٢، دار النفائس للطبع والنشر ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٨، ص٤٢٩ .

وقع بمعنى شيء من مقدمات الدليل على الإجمال سمي نقضاً إجمالياً ، وإن وقع بالمنع المجرد أو مع السند سِمي نقضاً تفصيلياً [١].

المسلمات في الفقه فتعني قضايا تسلم من الخصم ويبنى عليها الكلام لدفعه، سواء كانت مسلمه فيما بينها وبين اهل العلم[٢].

إما بالنسبة للتشريع لا يوجد نص في القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، وكذلك القوانين محل المقارنة الأخرى تبين تعريفآ للنقض، إلا أن القانون المدني استخدم كلمه نقض في مواضع عديدة في نصوص القانون المدني، فمثلاً المادة (١٣٦/ ٢) من القانون المدني العراقي تنص على إنه : (ويجب أن يستعمل خيار الاجازة أو النقض خلال ثلاثة أشهر، فإذا لم يصدر في هذه المدة مايدل على الرغبة في النقض اعتبر العقد نافذاً)، وغير ذلك من النصوص [٣] .

كذلك نص المادة(٢٧١/ ٢) من قانون المرافعات المصري التي نصت على إنه : (إذا كان الحكم لم ينقض إلا في جزء منه فقط بقى نافذآ فيما يتعلق بالأجزاء الأخرى مالم تكن مترتبة على الجزء المنقوض)، اما القانون الفرنسي أشار الى النقض بإنه يمكن أن يكون كلياً أو جزئياً [٤] .

إما بالنسبة إلى المسلمات فلم يرد لها ذكر في نصوص القانون المدني والقوانين محل المقارنة، بالنسبة لموقف القضاء فلم يشر إلى النقض ولا المسلمات من خلال المصادر التي اطلعت الباحثة

---

(١) محمد احمد شحاتة حسين، المصطلحات الفقهية في مذاهب الفقه الاسلامي، بلا طبعة ، دار الكتب والدراسات العربية، الاسكندرية،٢٠١٨، ص٩٧٩.

(٢)محمد محمد هويدي ، المعجم المعين (الفقه ، النحو ، الصرف ، المنطق ، الفلسفة) ، ط٢، دار النون ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٢، ص٥٣١.

(٣)المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه : (إذا كان أحد المتعاقدين قد استُغِلت حاجته أو طيشه أو هواه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه فلحقه من تعاقده غُبْن فاحش ، جاز له في خلال سنة من وقت العقد أن يطلب رفع الغبن عنه إلى الحد المعقول ، فإذا كان التصرف الذي صدر منه تبرعاً جاز له في هذه المدة أن ينقضه) ، وكذلك المادة (١\١٣٤) والتي نصت على انه : (إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو إكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقد أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الإكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما أنه له أن يجيزه ، فإذا نقضه كان له أن ينقض تصرفات من انتقلت إليه العين وأن يستردها حيث وجدها وإن تداولتها الأيدي ، فإن هلكت العين في يد من انتقلت إليه ضمن قيمتها) .

(٤) نص المادة (٦٢٣) من قانون المرافعات الفرنسي ، نقلاً عن : سلمان كامل سلمان الجبوري و هادي حسين عبد علي الكعبي، النقض الجزئي للقرار القضائي، ط١، مكتبة زين الحقوقية والادبية ، ٢٠١٨، ص٢٠٥.

عليها، وبالتالي يمكننا القول إن التعريف اللغوي للنقض والتعريف اللغوي للمسلمات لايخرج عن المعنى الاصطلاحي، أي إن النقض معناه الإلغاء أو الإبطال، والمسلمات معناها الثوابت .

إما التعريف الاصطلاحي لنقض المسلمات، يمكننا القول إنه لا يوجد في القانون المدني العراقي و القوانين محل المقارنة تعريفاً جامعاً مانعاً لنقض المسلمات، وهذا لا يعد عيباً ولا قصوراً على المشرع ؛ لإنه ليس من مهمة المشرع وضع التعاريف بل من اختصاص الفقه واجتهادات القضاء؛ فإن ايراد المشرع لوضع التعاريف يؤدي إلى جمود التعريف وبالتالي لا يمكن تطبيقه على ما يستجد في المستقبل ([1]).

لكن وردت العديد من التطبيقات التي تشير إلى نقض ما كان مسلم به، وقبل التطرق إلى معرفة هذه التطبيقات، علينا معرفة السند القانوني الذي يشير إلى وجود نقض للمسلمات وهي نص المادة (٥) من القانون المدني العراقي التي نصت على : (لاينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان) ، أي إن الأحكام والنصوص والقواعد القانونية تتغير بتغير الزمان والمكان.

كذلك نجد هنالك العديد من القواعد الفقهية التي يتبين من خلالها إنه بالإمكان نقض المسلمات في القانون المدني ومن هذه القواعد (العادة محكمة)، إن لهذه القاعدة العديد من الفروع وهذه الفروع غير منحصرة العدد ، فهذه القاعدة متجددة بتجدد الاعراف والعادات ، المتجددة بتغير الزمان والمكان والاحوال ، وتتميز هذه القاعدة بإستيعابها لكل العصور والمستجدات التي قد تحصل ، وهذا يؤدي إلى تحقق مصلحة البشر بشكل دائم [٢] .

وايضاً قاعدة (الامور بمقاصدها) وهذه القاعدة تقرر تغيير الاحكام حسب النية لكل من أطراف العلاقة التعاقدية ، وكذلك (الضرورات تبيح المحظورات، الضرر يزال، المشقة تجلب التيسير) فهذه القواعد تشير إلى ضرورة التغيير إذا كان هنالك صعوبة أو مشقة[٣].

---

(١) على الرغم من إن المشرع ليس من وظيفته التعريف إلا أنه عرف بعض المصطلحات كالعقد في المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي والتي نصت على : (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بِقَبُول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه) .

(٢) فوزي كاظم المياحي، القواعد الفقهية الواردة في القانون المدني العراقي ، بلا طبعة ، بلا مطبعة ، بغداد ، ٢٠٢٠، ص٢٠٥.

(٣) اسماعيل كوكسال، تغيير الاحكام في الشريعة الاسلامية، ط١، مؤسسة الرسالة، ٢٠٠٠، ص٦٨ ومابعدها .

ومن خلال ما ذكر أعلاه يتبين للباحثة إن نقض المسلمات لا يمكن أن نجدها بمجموعة من القواعد تحدد ماهيتها وكيفية العمل بها، فكل حالة تختلف عن حالة أخرى والسبب في ذلك إن الواقع متحرك وبالتالي صعوبة وضع معيار ثابت لنقض المسلمات .

ومن تطبيقات نقض المسلمات منها مايكون موضوعياً، ومنها مايكون أجرائياً حيث إن التطبيقات الموضوعية هي (نقض المعيار المادي) أي أصبح بالإمكان نقل عقار من مكان إلى أخر دون إن يتحول إلى منقول ، أي يبقى محافظاً على الصفة العقارية ، و (نظرية الاخلال الفعال) التي وردت كنقض لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، أي إن الأصل اذا نشأ العقد صحيحاً أصبح ملزماً لكل اطرافه، فيجب أن ينفذ العقد على جميع ما أشتمل عليه، حيث لايجوز لأي من المتعاقدين إن ينفرد بتعديل أو الغاء أو أي تصرف أخر بالعقد، وعلى المحكمة الالتزام بذلك وتنفيذ العقد وفق الاتفاق المبرم بين أطرافه، إلا اذا ثبت أنه مخالف للنظام العام والاداب [١]، ولكن نظرية الأخلال الفعال بالعقد تعد نقضاً لما هو مسلم به من أن العقد شريعة المتعاقدين.

و يفهم من ما تقدم أعلاه انّ على الأطراف المتعاقدة الإلتزام بما ورد في العقد وإن التزام أحد المتعاقدين سببً في التزام المتعاقد الاخر، أما إذا اخل احد المتعاقدين بالالتزام، والاخلال بالالتزام له العديد من الأسباب قد تكون القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، أو قد يكون أحد الطرفين وجد عرضاً أكثر ربحاً مما هو موجود بالعقد، فالأسباب السالفة الذكر تؤدي إلى قيام المسؤولية على الطرف المخل، لإنه أصبح مسؤولاً عن الاضرار التي أصاب بها المتعاقد الأخر، ولكن (نظرية الاخلال الفعال) تقدم حلاً ينسجم مع التطورات التي قد تحصل إي أنها أجازت امكانية نقض العقد إذا كان نقضه فيه مصلحة كل من المتعاقدين، أي إن النقض يحقق ربحآ لكل من المتعاقدين أكثر من الاستمرار بالعقد وهذا الأمر بدوره يحقق الرفاه الاقتصادي للأطراف ككل[٢].

وايضاً من التطبيقات الموضوعية هي (المسؤولية المفترضة) فإلاصل أن المسؤوليه المدنية تقام على ثلاثة أركان (الخطأ والضرر و العلاقة السببية بين الخطأ والضرر)، وهذا هو المسلم به، ولكن تم نقضه بموجب المسؤولية المفترضة التي تقوم على ركن واحد وهو (الضرر)، أي إنه تم

---

(١)محسن عبد المنعم هادي الزبيدي ، ضمانات توازن العقد القانونية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٧، ص١١٩.

(٢)علي حسين منهل ، نظرية الاخلال الفعال بالعقد (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون، جامعة كربلاء ، ٢٠١٧، ص٧.

الأكتفاء بالضرر بموجب التطورات التي حدثت لقيام المسؤولية وهجرنظرية الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية ، سواء كان الخطأ واجب الاثبات أم مفترض يقبل أثبات العكس أو لايقبل [١].

حيث وفق النظرية الموضوعية إن كل فعل ترتب عليه ضرر يوجب المسؤولية لفاعله سواء كان الفعل خطأ ام من غير خطأً، حيث إن هذه المسؤولية لقيت صدى واسعاً ، إذ تقرر تعويض للمضرورين العاجزين عن إثبات الخطأ، اذ هذه النظرية تقرر التعويض علاج تقتضيه العدالة بخصوص اصابات العمال بالمصانع بسبب التطورات الحديثة التي حصلت على العديد من الالات الميكانيكية[٢]

إما التطبيقات الاجرائية الفسخ الجزئي الذي يعد خروجاً صريحاً عن الفسخ الكلي للعقد ، فإنه وجد لمعالجة حالات معينة للمحافظة على العقد، ونجد إن من مقتضيات العدالة التعاقدية تقتضي بعدم الإضرار بالمدين، وإن يظهروا قدر كبير من التسامح بينهم، وكذلك إن لمبدأ حسن النية دور كبير بمنع الدائن من المطالبة بالفسخ الكلي اذا كان الفسخ الكلي يلبي رغبات الدائن والاضرار بالمدين، بل على العكس ان يخفف الدائن عن كاهل المدين الاضرار التي قد تصيبه ، لذا فإن الفسخ الجزئي وجد لغرض المحافظة على العلاقات التعاقدية[٣] .

اضافه إلى ذلك نقض المادة (١٧١) من قانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنه ١٩٦٩ المعدل والتي اشارت إلى إن مدد الطعن حتمية أي لايجوز تقديم الطعن خارج المدة المحددة، أي إن المسلم به لابد من تقديم الطعن خلال المدد المحددة، وصدر بخصوص ذلك العديد من القرارات القضائية ، ومن هذه القرارات القرار الذي صدر من محكمة استئناف المثنى بصفتها التمييزية ونص القرار على((.....لذا يكون الطعن التميزي مقدم خارج المدة القانونية وحيث إن المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن، وعليه قرر رد الطعن التمييزي شكلاً وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في

---

(١) احمد محمد عطية محمد ، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة (دراسة مقارنة في ضوء الفقه وإحكام القضاء) ، بلا طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، بلا سنة نشر ، ص٩١.

(٢)حسين عامر و عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية) ط٢، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٧٩، ص١٣١.

(٣) رعد عداي حسين ، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية ، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٧، ص٢١٠-١١٢.

٢٠١٦\٢\١٢)) [١].وكذلك ايضاً توجد قرارات أخرى تشير إلى أن مدد الطعن حتمية يترتب عدم مراعاتها سقوط الحق في الطعن [٢] .

لكن تم نقض هذه المادة حيث اجازت المحاكم تقديم الطعن خارج المدة القانونية فيما يتعلق بدعاوى تقدم للمحكمة بخصوص الحل والحرمة، وصدر بذلك العديد من القرارات بخصوص نقض المدد الحتمية بمسائل تتعلق بالحل والحرمة ومن هذه القرارات الصادرة من محكمة التمييز الاتحادية ، القرار الذي نص على (..... لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم خارج المدة القانونية قرر رده شكلاً ولتعلق موضوع الدعوى بالحل والحرمة وضعت الدعوى موضع التدقيق والمداولة .....) [٣]، إذ أن المسلم به هي مدد الطعن حتمية ومحددة بنص صريح ولكن تم نقض هذه المدد بخصوص مسائل متعلقة بالحل والحرمة .

من خلال ما تقدم ذكره يمكن للباحثة أن تضع تعريفآ لنقض المسلمات وفق رأي متواضع ينسجم مع ما سبق بيانه بأنها: (إبطال اوازالة القواعد القانونية المسلم بها بموجب التطورات الحاصلة في المجتمع، تؤدي إلى الغاء ما كان ثابتآ وفق حالات معينة لتحقيق مصلحة معينة في مدة زمنية محددة).

الفرع الثاني

خصائص نقض المسلمات في القانون المدني

من خلال ما تم عرضه سابقاً من تعريف لنقض المسلمات في القانون المدني، لا بد من وضع خصائص لنقض المسلمات منسجمة مع ما تم عرضه من تعريف لنقض المسلمات؛ لإنه الخصائص

---

(١)القرار رقم ١٦ ت تنفيذ\ ٢٠١٦، نقلاً عن : صفاء مهدي مطرود ، المنتقى من قرارات محكمة استئناف المثنى بصفتها التمييزية، ط١، صباح القانونية ، بغداد، ٢٠١٧، ص٩.

(٢) القرار رقم ٣٢\ت ح\ ٢٠١٧ في ٢٠١٦\٣\١٧ ، نقلاً عن : صفاء مهدي مطرود ، المصدر نفسه ، ص١٧٤.

(٣) ينظر: حكم محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٨٢٣٨\ تصديق طلاق \ ٢٠١٢، منشور على موقع التواصل المعلوماتية (الأنترنيت) ، وعلى الموقع المتاحwww.hjc.iq\\:https ، تاريخ الزيارة ٢٠\٤\٢٠٢١، الساعة الثانية ظهراً .

بصورة عامة تستخلص من خلال التعاريف، لذلك سنقسم هذا الفرع على عدد من الفقرات وعلى النحو الاتي .

اولاً :- نقض المسلمات وليدة التطورات الحاصلة في المجتمع

أي إن القانون متطور في الزمان، ومتغير بحسب المكان؛ لإنه ينظم علاقات إجتماعية تختلف من مكان إلى اخر، ومتطور في المكان الواحد من زمان إلى اخر، فالقانون مرآة للبيئة التي يطبق فيها، حيث يستجيب لظروفها وحاجاتها، وكل بيئه تختلف عن غيرها، كما أن لكل عصرأفكاره ومبادئه ومقتضياته، لذلك كان حتماً أن يختلف القانون من بيئة إلى أخرى؛ فالقانون الذي يصلح للبيئة الفرنسية لايصلح للبيئة الإنكليزية، والقانون الذي يصلح للبيئة الانجليزية لا يصلح للبيئة المصرية وهكذا الحال، أي إن القانون مختلف في البيئة الواحدة من عصر إلى عصر اخر؛ لإنه يتطور بتطور المجتمع وما يطرآ على المجتمع من تغيرات لكي يستجيب للتطورات الحاصلة، لذلك فإن مهمه المشرع يتدخل من وقت إلى اخر لملاحظه التطورات الحاصلة فيقوم بالتغير والتعديل واحلال قواعد قانونية جديده تناسب ما هو موجود بالواقع[١].

حيث إن كل من القانون والمجتمع الخاضع له يؤثر في الاخر ويتأثر به، فتطوير المجتمع يتبعه تطوير القانون، اي عند وضع قواعد قانونية لابد الأخذ بنظر الإعتبار الظروف السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية السائده لكي تلائم ماهو موجود، ولكن قد يشرع قانون ثم يثبت حين تطبيقه نقص، أو زيادة أو غموض أو يطرأ حدث سياسي أو اقتصادي بالمجتمع فيضطر المشرع إلى إعادة النظر بالقانون الذي وضعه من جديد لمعرفة التطورات التي حدثت والتي لاتتناسب مع القانون[٢].

حيث إن من الحقائق البديهيه إن التشريع كأي عمل بشري لا يمكن أن يكون كاملاً، مهما كان المشرع ذكيا أو بارعاً فإنه غير قادر على الأحاطة بكل مايحدث في المجتمع، وحتى إذا تصورنا هذا المستحيل وكان المشرع ذكياً يتغلغل في عمق الحياة القانونية لعصره فإننا ندرك مع ذلك إنه لايستطيع إن يتنبأ بما يستجد في المستقبل[٣].

---

(١) عوض أحمد الزعبي، المدخل إلى علم القانون، ط١، اثراء للنشر والتوزيع، عمان، الاردن،٢٠١٠، ص٢٣.

(٢) مصطفى إبراهيم الزلمي ، فلسفه القانون والمنطق القانوني في التصورات،ط١، احسان للنشر والتوزيع، ٢٠١٤، ص٣٥.

(٣) آوات عمر قادر حاجي، مبدأ استقرار المعاملات، ط١، المؤسسه الحديثه للكتاب، بيروت، لبنان، ٢٠١٧، ص ٨٢.

حيث تقتضي القاعدة اللاتينية(حيثما يوجد المجتمع يوجد القانون)، فإنه هدف القانون هو تنظيم الروابط بين أفراد المجتمع، لذلك تقتضي القواعد المسلم بها أمراً لا قانون بدون مجتمع، و لامجتمع بدون قانون، وإن نقض المسلمات ماهو إلانتيجة إختلاف الظواهر والإفكار الحاصله[١]، وبما إن المجتمع في حالة تغيير مستمر فمن الطبيعي تتغير المسلمات وبما ان القانون يوجد عند وجود مجتمع بالتالي ضرورة تغيير مسلمات القانون تبعاً لذلك .

ثانياً : أن نقض المسلمات يؤدي إلى الغاء القواعد القانونية المسلم بها

يقصد بإلغاء القاعدة القانونية إنهاء العمل بها أو تجريدها من قوتها الملزمة بالنسبة للمستقبل، والإلغاء بهذا المعنى قد يكون بقصد إحلال قاعدة قانونية جديدة محل القاعدة السابقة، وقد يكون ذلك بغرض الاستغناء عن القاعدة القانونية دون حاجة لوضع قاعدة اخرى محلها، والإلغاء يرد على القواعد القانونية أياً كان مصدرها الرسمي، أي سواء كانت مستمدة من التشريع أو من مصدر آخر غير التشريع[٢] .

لابد إن نشير إلى أمر معين هو إن الجهة التي تملك انشاء قواعد قانونية تملك الإلغاء وعلى هذا الاساس لا يجوز إلغاء قواعد قانونية إلا من نفس المصدر المنشئ لها، أو من مصدر اعلى من المصدر المنشئ فعلى سبيل المثال، القاعدة القانونية العرفية تلغى بالقاعدة العرفية وتلغيها أيضاً القاعدة التشريعية ؛ لان القاعدة التشريعية أول مصادر القانون الرسمية [٣] .

حيث إن هنالك العديد من القوانين وضعت ولكن تم الغائها، ويقصد بالإلغاء القوانين هو رفع حكم قانوني بحكم قانوني متأخر عنه، أو بمعنى اوضح هو إبطال العمل بالتشريع برفع قوته الملزمة، سواء كان بإستبدال نصوص اخرى بنصوصه، أو إبطال مفعوله دون سن تشريع جديد يحل محله[٤].

والغاء القانون له صور، فهو إما يكون الغاءً صريحاً أو يكون الغاءً ضمنياً، فالإلغاء الصريح يتحقق بإن يصدر قانون جديد ينص على الغاء قاعدة أو قواعد قانونية أو ينص على الغاء ما يخالفه من قواعد، فالقانون المدني المصري بإصدار القانون المدني الحالي نص في مادته الأولى " يلغى القانون

(١) مصطفى فاضل كريم الخفاجي، فلسفة القانون في الفكر الاوربي الحديث، ط١، نيبور، العراق، ٢٠١٦، ص١٧٩.

(٢) محمد حسن قاسم، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، ج١، بلا طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٢، ص٣٣٦.

(٣) رياض القيسي، علم اصول القانون ، ط١، بيت الحكمة، بغداد ، العراق ، ٢٠٠٢، ص٣٠٩.

(٤) عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، بلا طبعة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع،٢٠١٣، ص٨٠.

المدني المعمول به امام المحاكم الوطنية الصادر في ٢٨ اكتوبر سنة ١٨٨٣ والقانون المدني المعمول به امام المحاكم المختلطة والصادر في ٢٨ يونيو سنة ١٨٧٥ويستعاض عنهما بالقانون المدني المرافق لهذا القانون" اي القانون المدني الجديد نص صراحة على الغاء القانون المدني الاهلي والقانون المدني المختلط الذين كانا ساريين قبل صدوره [١]، أي يفهم من ذلك أن القوانين تتغير وتتبدل حسب الاوضاع الراهنة فقد يصدر قانون يخالف ما كان موجود سابقاً، أو أصبح القانون القديم عاجز عن مواكبة المستجدات فيلغى بقانون اخر، وهذا هو جوهر دراسة موضوع نقض المسلمات، فالمسلمات اصبحث غير قادرة على الالمام بكل شيء، فتتغير هذه المسلمات.

قد يتحقق الالغاء الصريح ايضاً بفوات الفترة التي يحددها قانون معين؛ وذلك يحدث عادة في قوانين الطوارئ التي تصدر أثناء الحرب تكون مؤقته بفترة معينه وينتهي بانتهاء المدة التي تم تحديدها[٢] .

إما الإلغاء الضمني حيث يتحقق بإن القانون الجديد لايضمن أي نص صريح بإلغاء مادة أو أكثر من قانون سابق الوجود عليه، وانما هناك تضارب، أو عدم توافق بين مواد القانون الجديد ومواد القانون القديم، حيث يشترط لتحقيق الإلغاء الضمني أما بوجود تناقض بين القاعدة الجديدة والقاعدة القديمة، وأما وجود تناقض بينهما أي استحالة تطبيقهما في ذات الوقت[٣].

السؤال الذي يثار هنا هل إن عدم استعمال القواعد القانونية يؤدي إلى الغائها ؟ .

لايجوز الغاء قاعدة قانونية بحجة عدم استعمالها اي مضى زمن طويل على انشائها، أي عدم العمل لايؤدي إلى الإلغاء[٤].

و الحكمة من الغاء القواعد القانونية المسلم بها، هي إنتفاء المصلحة من العمل بهذه القواعد المسلم بها ؛ لإن هدف القانون هو تحقيق الاستقرار القانوني وحماية المصالح العامة، فإذا ثبت إن هذه القواعد المسلم بها أصبحت عاجزة عن تحقيق مصالح المجتمع ، فينبغي نقض هذه القواعد المسلم بها، بسبب إنها لم تعد ملائمة أو قادرة على مجاراة التطور الإجتماعي، فينبغي نقضها وأحلال محلها يكون أكثر ملائمة[٥] .

---

(١) سعيد جبر ، المدخل لدراسة القانون ، ج١،نظرية القانون ، بلا طبعة ، بلا مطبعة ، القاهرة ، ٢٠١١، ص٢٣٠ .

(٢) سعيد جبر، المصدر نفسه، ص٢٣٠.

(٣) منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، ٢٠٠٩، ص٢٣٩.

(٤) رياض القيسي ، مصدر سابق ، ص٣١٠.

(٥) عوض أحمد الزعبي، مصدر سابق، ص١٩٥.

ثالثاً :- إن نقض المسلمات يهدف إلى تحقيق مصلحة

إن مفهوم المصلحة مصطلح غير محدد، أي إنه يختلف بإختلاف الزمان والمكان[١]، فقد عرفت بتعاريف عديدة ومنها إن المصلحة هي (جلب منفعة أو دفع مضرة) ، وعرفت أيضاً بأنها : (ما يوافق الإنسان تحصيلاً وبقاءً)[٢].

حيث إن المصلحة من حيث العموم هي المنفعة، والمصلحة في القانون هي منفعة مادية محسوسة فقط سواء أكانت تعود للفرد أو المجتمع، وهذه المنفعة وحدها ينبغي إن تكون الهدف الاساس من وراء تصرفات الفرد أو المجتمع[٣] .

أي إن المدين يلتزم بتنفيذ التزاماته التعاقدية، ولايجوز له التخلف عن ذلك حتى إذا عرضت عليه صفقة أكثر ربحاً، وهذا بغض النظر عما إذا كان الشخص الثالث الذي تعاقد معه المدين عالماً بوجود العقد السابق ام لا، ولكن نرى (نظرية الأخلال الفعال)، تذهب إلى إن المدين إذا عرضت عليه من الغير صفقة تتضمن أكثر ربحاًماكان سيجنيه من تنفيذ العقد، فإنه بامكانه الاخلال والتوجه نحو إبرام هذه الصفقة بشرط تعويض الدائن تعويضاً تاماً[٤].

أي يفهم من ذلك إنه بالإمكان نقض ما كان مسلماً به أي نقض العقد شريعة المتعاقدين بموجب نظرية حديثة وهي نظرية (الأخلال الفعال بالعقد)، إذا كان النقض يحقق مصلحة الطرفين وبالنتيجة تحقق هذه المصلحة الرفاهية للمجتمع فهنا إمكانية نقض المسلمات لإن هدف القانون هو تحقيق مصلحة أي إن المصلحة هي المقصد وراء نقض مسلمات القانون، أي اذا لم تكن هنالك مصلحة معينه لاتوجد فائدة من نقض المسلمات، و بالتالي فإن نظرية الأخلال الفعال أخلت بالعقد ولكن كان هذا الأخلال يحقق مصلحة أي كانت هنالك مصلحة لكل من الدائن والمدين، حيث نقض المسلمات يعد مشروعاً، ما دام النقض يحقق للمجتمع مصلحة، تفوق العيوب التي ينظر للنقض المسلمات بأنها ازالة القواعد الثابتة، أي كيف يمكننا نقض المسلمات، حيث يمكننا نقض مسلمات القانون إذا كانت هنالك مصلحة وحاجة ملحة تقتضي النقض .

---

(١) محمد أحمد شطب، التغيير في موضوع الدعوى المدنية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٩، ص١٥.

(٢) نقلاً عن : ضمير حسين ناصر المعموري، منفعة العقد والعيب الخفي، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠٠٩،ص٤٧

(٣) آوات عمر قادر حاجي، مصدر سابق، ص١١٨.

(٤) علي حسين منهل، مصدر سابق ، ص١٨.

رابعاً :- نقض المسلمات تُعد خروجاً على القواعد العامة

الأصل أنه لايجوز نقض القواعد القانونية المسلم بها، ولكن يمكن نقضها استثناء من الأصل العام، حيث نصت المادة(٣) من القانون المدني العراقي على : (ماثبت على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه)، أي إن الاستثناء لايجوز التوسع في تفسيره وتطبيقه؛ لانه وارد على خلاف القياس ومايرد على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه، أي إن الاستثناءهو إخراج الحكم من المستثنى منه، بمعنى إن المستثنى بهذه الحالة جاء بحكم مغاير ومخالف لحكم الاصل، فلا ينطبق عليه حكم الاصل، اي لاصلة له بحكم الاصل[١].

حيث إن الأصل الشك يفسر لمصلحة المدين، وهذا مانصت علية المادة (١٦٦) من القانون المدني العراقي التي نصت على : (يفسر الشك في مصلحة المدين)، وهذه القاعدة اخذها القانون المدني العراقي عن الفقه الغربي ، ومعناها إن القاضي إذا لم يستطع إن يزيل الغموض الذي يشوب عبارات العقد، وإن يتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين فإنه يفسر لمصلحة المدين، ويقوم ذلك على أساس من إن النية المعقولة للمدين هي في إن يلتزم إلى أضيق نطاق تحتمله عبارات العقد فهذا هو القدر المتيقن الذي يمكن القول بأن إرادتي المتعاقدين قد اتفقا عليه[٢].

كذلك سار المشرع المصري في القانون المدني المصري في المادة (١\١٥١) والتي تنص على : (ويفسر الشك في مصلحة المدين) ، والشك إحساس نفسي ينجم عن العجز عن حسم التردد الذي تحتمله عبارات العقد في شأن الاستدلال على النية المشتركة للطرفين، ولكن ينبغي القول إن قيام الشك لايعني استحالة تفسير العقد، إذ أن ذلك يعني عدم وجود العقد أصلا بل يعني أن هنالك مجالاً لتفسيره، ولكن ليس على اساس النية المشتركة للطرفين، بل على أساس موضوعي وطبقاً لقاعدة تشريعية وضعها المشرع لحسم هذا الشك استناداً لاعتبارات العدالة[٣].

ايضاً سار على هذا التوجه المشرع الفرنسي في المادة (١١٦٢) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على : (عند قيام الشك، فإن النص يفسر ضد من صدر عنه، ولمصلحة المتعاقد

(١) عادل شمران الشمري، فلسفة الاستثناء في القانون المدني، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء ،ع٣ ، السنة العاشرة ، ٢٠١٨، ص١٢٦.

(٢) عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، نظرية الالتزام في القانون المدني، مصادر الإلتزام ، ج١ ، ط٤، العاتك، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص١٥٨.

(٣) عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠١٦، ص٢٤٦ .

الملتزم)[١]، والتطبيق لهذا المواد السالفة الذكر نجد أنه عند قيام الشك فإن التفسير يقتضي أن يكون دائماً ضد الدائن ولمصلحة المدين .

مبرر قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين، هو أن الاصل براءة الذمة، إلا أن تم الخروج عن هذا الاصل بموجب اعتبارات معينة في عقود الاذعان[٢]، فعقود الاذعان مفهوماً حديثاً ابتكره الفقه والقضاء لإبراز اختلال التوازن بين طرفي العقد بحكم الوضعية الاقتصادية والتقنية لكلاهما [٣] .

و تعرف عقود الاذعان بانها: (عقد يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولايقبل المناقشة ويكون ذلك متعلق بسلعة أو مرفق ضروري محل احتكار قانوني أو فعلي أو وموضع المنافسة محدودة النطاق)[٤].

حيث إن الأصل في التعاقد أنه يتسم في إجرائه بحرية النقاش والمساومة، بحيث يترك لكل طرف فرصة في أن يجعل الآخر يضع أفضل الشروط بالنسبة إليه، فظهرت عقود جديدة تشذ عن هذا الاصل فلا يوجد فيها مساومة أو نقاش في شروطها وإنما يضع احد الطرفين هذه الشروط سلفاً لذلك عرف أيضاً عقد الاذعان بأنه (العقد الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث لايكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشروط أو يرفضها كلها فليس له أن يناقش هذه الشروط أو يضيف إليها أو ينقص منها)[٥].

حيث إن الشك في عقود الاذعان يكون لمصلحة الطرف المذعن، سواء كان دائناً أو مديناً، وهذا مانصت عليه المادة(٣\١٦٧) من القانون المدني العراقي، حيث نصت على: (ولايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ولو كان دائناً)، وهذا ايضاً

---

(١) هانية محمد علي فقيه، الرقابة القضائية على عقود الاذعان، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٤، ص٢٢٢.

(٢) محمد عبد الرزاق محمد، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون، جامعة كربلاء، ع٣، السنة الثالثة ، ٢٠١١، ص١٥٧.

(٣) العربي مياد، عقود الاذعان (دراسة مقارنة) ط١، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، الرباط ، ٢٠٠٤، ص٢.

(٤) ايمان طارق، و منصور حاتم، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد،ط١، مؤسسة دار الصادق الثقافية، ٢٠١٧، ص٣٤، محمد فواز صبحي الآلوسي ، التعسف في عقود الاذعان ، مجلة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، م٢، ع١٣ ، ٢٠١٧، ص١٩١.

(٥) حمدي محمد إسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الارادة في العقود المدنية (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي) ، بلا طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦، ص١٧٥ .

توجه المشرع المصري في المادة (٢\١٥١) التي جاءت مطابقة مع ما سار عليه المشرع العراقي اما المشرع الفرنسي فقد اشار في المادة (١١٩٠) من قانون العقود الفرنسي الجديد على : (في حالة الشك يفسر عقد المساومة ضد مصلحة الدائن ولصالح المدين ، ويفسر عقد الإذعان ضد مصلحة الطرف الذي وضع شروطه)، أي إنه جاء مطابقاً لموقف المشرع العراقي في أن الشك في عقود الاذعان يفسر لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مديناً، لذا فإن قاعدة تفسير الشك في عقود الاذعان لمصلحة الطرف المذعن تستمد شرعيتها وقوتها من إن الطرف المتعاقد هو الأضعف اقتصادياً و أن ارضاءه بالعقد أقرب إلى التسليم الاجباري منه إلى القبول الاختياري وصدر بذلك العديد من القرارات ، ومنها القرار الذي صدر من محكمة التمييز الاتحادية رقم ٢٧٦ \أ \ ١٩٦٩ في ١٩٧٠\٤\١٤ والذي اشار إلى ((ان دور القاضي في التفسير يتجسد من خلال استخلاص ارادة المتعاقدين من العبارات المستعملة فيه ومن جميع ما يعرضه المتخاصمان من وقائع))[١]، وفق ما تقدم أعلاه ، يتضح إن القاعدة المسلم بها والأصل إن الشك يفسر لمصلحة المدين بموجب القواعد العامة، ولكن نقضت هذه القاعده بموجب استثناء ورد في عقود الاذعان حيث يكون الشك في مصلحة الطرف المذعن سواء كان دائناً أو مديناً .

المطلب الثاني

شروط نقض المسلمات في القانون المدني وتميزهاعن غيرها من الأوضاع القانونية

إن نقض القواعد المسلم بها لايأتي اعتباطاً، بل وجدت ضرورة ملحة لنقض مسلمات القانون المدني، أي إن بعض قواعد القانون المدني قد تصبح غير صالحة للتطبيق، أو عاجزة عن مواكبة المستجدات الحاصلة في المجتمع، وبالتالي أن نقض المسلمات لايمكن تطبيقه إلا إذ توافرت شروط معينة، الأمر الذي يتطلب هو معرفه الشروط التي إذ توافرت تؤدي إلى نقض المسلمات في القانون المدني، وهذا ماسنبينه في الفرع الأول من هذا المطلب، اضافة إلى ذلك من الضروري معرفة هل أن نقض المسلمات يقترب من مصطلحات قانونية اخرى، لذلك سنبين في الفرع الثاني من هذا المطلب، تمييز نقض المسلمات عن غيره من المصطلحات القانونية لمعرفة أوجه التشابه والاختلاف بينهما.

---

(١)محمد جاسم محمد العتابي ، مدى انطباق صفة الاذعان على العمليات المصرفية (دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الاشارة إلى القانونين الامريكي والفرنسي) ، ط١، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠٢١، ص١٨٦.

الفرع الأول

شروط نقض المسلمات في القانون المدني

توجد هنالك العديد من الشروط التي لابد توافرها لكي يكون هنالك نقض ماهو مسلم به وكالاتي:

أولا: وجود قواعد قانونية مسلم بها يراد نقضها

يقصد بهذا الشرط، هو ضرورة توفر قاعدة قانونية في القانون المدني تواتر العمل بها، وتسالم الأخذ بمضمونها، وبسبب وجود أحد اسباب نقض المسلمات في القانون المدني تم إستبعادها، فالقانون بطبيعته ينظم سلوك الافراد في المجتمع على وجه يحقق الامن والاستقرار للجميع، وهذا يقتضي إن تكون قواعد القانون ملزمة وإلا كانت مجرد نصائح للإفراد ان خالفوها أو إن يتبعوا حكمها، ولكن يجب إلا يفهم من هذا إنه لامجال لإرادة الأفراد في كل ماينظمه القانون من علاقات، فالقانون هو ينظم علاقات الناس في المجتمع ، قد يسلب الأفراد كل حرية بالنسبة للمسائل التي تتعلق بالمصالح الاساسية للمجتمع، والتي يجب إن يستقل القانون بتنظيمها على نحو لايترك للافراد حرية مخالفة مانص عليه القانون، وقد ينظم القانون علاقات لاتمس مصالح المجتمع على النحو السابق، وانما تمس المصالح الخاصة للأفراد، لذلك فإن القانون يجيز للأفراد إن يتفقوا على مخالفة القواعد القانونية التي تنظم هذا النوع الثاني من العلاقات وفقاً لعدم جوازالاتفاق على مايخالف حكم القاعدة القانونية أو جواز ذلك [١] . وتقسم قواعد القانون المدني إلى قواعد آمرة، وقواعد مكملة.

ويقصد بالقاعدة الآمره تلك التي لا يجوز للمخاطبين بها الأتفاق على عكس ما جاءت به من تنظيم ولو قدروا أن اتفاقهم أكثر تحقيقاً لمصلحتهم من وجه نظرهم، بحيث تنعدم حرية الأفراد في استبعاد حكمها، لإتصاله بمقوم أساسي من مقومات المجتمع وهو ما يعرف بالنظام العام والآداب العامة[٢].

حيث سميت القواعد الآمرة بهذا الاسم؛ لانّ الخطاب أو التكليف الموجة للأفراد يصدر بصيغة امر أو نهي، أي إن القواعد الآمرة قيد يرد على حريات الافراد فلايجوز لهم الاتفاق على مايخالفها، وكل إتفاق على خلاف ذلك يعد باطلاً ولا يعتد به؛ لان هذا النوع من القواعد يمس النظام العام

(١) عبد الودود يحيى، دروس في مبادئ القانون ، بلا طبعة ، بلا مطبعة ، ٢٠٠٢، ص٤٩ وما بعدها .

(٢) همام محمد محمود، المدخل إلى القانون، بلا طبعة، منشأه المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠١، ص٧٢.

والاداب العامة، وينظم مسائل تتعلق بإقامة النظام في المجتمع وتتعلق بكيانه ونظمه الآساسية، أي إنها مسائل من اختصاص المشرع وحده لإدخل لأرادة الافراد بها[١].

ومن النصوص الآمره في القانون المدني العراقي هو نص المادة (١٠٦) والتي نصت على: (سن الرشد هي ثمانية عشرة سنة كاملة)، أي إن هذا النص لم يصدر في صيغه آمر ونهي ولكن يفهم منه إن الأفراد لايجوز لهم مخالفه هذا النص على الرغم من عدم وجود أي إشاره إلى صيغ الامر، ولكن نجد الفقرة الأولى من المادة (٩٨) من القانون المدني العراقي قد أجازت للصغير المميز الذي اكمل خمسة عشر سنة من عمره بإن يسلمه الولي جزء من ماله لممارسة التجارة سواء كان الاذن مطلق او مقيد ، وكذلك نص المادة (٤٨) من القانون المدني المصري الذي يفهم منه لايجوز للأفراد مخالفة قواعد الاهلية ولايجوز لهم تعديل أحكامها بالرغم من إن هذا النص لاتوجد فيه ايضاً إي أشاره إلى النهي و الأمر ولكنه في الوقت نفسة يعتبر نص امر لايجوز مخالفته من قبل الأفراد، اضافة إلى ذلك هنالك العديد من نصوص القانون المدني العراقي والمصري نصوص امره أي ليس فقط النصوص السابقه الذكر فقط تعتبر نصوص آمره، والحكمة من القيود والحدود في القواعد الآمرة هي المحافظة على مصالح اجتماعية عليا هي أولى بالرعاية من المصالح الفردية كما هو الأمر، مثلاً في تعيين الشكل الذي يجب أن تتخذه العقود أوالاجراءات والمراسيم التي يجب أن تتم بواسطتها لكي تصبح نافذة وصحيحة، ويلاحظ بإنه لايشترط لإعتبار القاعدة القانونية قاعدة آمرة إن ترد في صيغة الأمر أو النهي، إنما يشترط لإعتبارها كذلك أن يمتنع على الأفراد الاتفاق على ما يخالفها[٢].

إما القواعد المكملة في تلك التي يجوز للأفراد الاتفاق على مايخالفها، أو هي تكمل إرادة الأفراد في تنظيم المسائل التي تتعلق بمصالحهم ويترك لهم القانون حرية تنظيمها، فالأفراد في معاملاتهم يتفقون على المسائل الجوهرية دون التفصلية أو الثانوية التي كثيراً ما يثار فيها العديد من المنازعات، لهذا وضع القانون امام الأفراد القواعد المكلمه حتى يتمكن الأفراد من مخالفة هذه القواعد أي لهم حرية الاختيار في الاخذ بهذه القواعد أم تركها[٣].

حيث توجد العديد من نصوص القانون المدني العراقي هي نصوص مكملة، ومن هذه النصوص هو نص المادة (٢\٨٦) والتي نصت على : (وإذا اتفق الطرفان على جميع المسائل

---

(١) عوض أحمد الزعبي، مصدر سابق، ص٧٨.

(٢) محمد رياض دغمان، إلزامية العقد، ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٠، ص٥٦-٥٧.

(٣) محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، ج١، القاعدة القانونية، بلا طبعة ، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ١٩٩٥، ص٨٨.

الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل ؛ فيعتبر العقد قد تمّ ، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقتضي فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة) ، وكذلك نص المادة (٥٨٧) والتي نصت على : (نفقات تسلم المبيع على المشتري، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك)، أي إن هذا النص أشار إلى أن نفقات التسليم على المشتري ولكن إمكانيه الاتفاق على غير ذلك اي يمكن ان تكون على البائع، وكذلك نص المادة(٤٦٢) من القانون المدني المصري التي أشارت على: (نفقات عقد البيع ورسوم"الدمغة" والتسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك)، أي يمكن إن تكون على البائع وهنالك العديد من النصوص المكملة في القوانين المدنية اي ليس فقط ما تم عرضه.

السؤال الذي يثار هنا هل يبقى عنصر الألزام متوفراً بالقاعدة المكملة؟ ، أي إن هذا النوع من القواعد تعطي إمكانية الخروج عنها ، وإنها قواعد ملزمة في ذات الوقت اين يكمن عنصر الالزام.

إن عنصر الالزام يكمن إن القواعد المكملة هي قواعد قانونية، بمعنى إنها ملزمة ابتداءً وانتهاء، أي إن القاعدة المكملة ملزمه شانها شأن القاعدة الآمره، وذلك قبل الاتفاق على مخالفتها، ولكنها تترك للأفراد الحرية في أن يبتعدوا عن حكمها إذا رغبوا في ذلك، فإذا رغبوا فانها تستبعد من نطاق التطبيق[١]، حيث يفهم من ذلك أن لكل قاعدة قانونية شروط معينة ومن شروط القواعد المكمله إمكانية الاتفاق على مخالفة حكمها ولكن جميع القواعد القانونية ملزمة ومن ضمن هذه القواعد هي القواعد المكملة فهي ملزمه ايضاً[٢] .

ترى الباحثة حسب رأيها المتواضع إن النقض يمكن إن يحصل في النصوص الآمرة وايضاً في النصوص المكملة ، ولكن إن النقض أكثر اتساعاً في النصوص الآمره؛ لإنها نصوص مقيدة بالتطبيق العملي ولايستطيع القاضي أن يفسر النص الآمر على نحو يجعله شاملاً لكل ماهو مستجد، لذلك لايوجد طريق آخر إلا النقض، اما النصوص المكملة قد يرد عليها النقض أو قد لايرد عليها؛ لإنها تعطي القاضي صلاحية التوسع في التفسير وجعل النص أكثر قابليه للمستجدات الحاصلة.

---

(١) عبد القادر الفار، مصدر سابق، ص٥٥.

(٢) محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٨٨.

ثانياً: عدم مخالفة النظام العام والاداب

عند القيام بنقض ما كان مسلماً به، لابد إن يكون النقض منسجماً ومتوافقاً مع ما يعد من قبيل النظام العام، وإن فكرة النظام العام هي فكرة مرنة وقابلة للتغيير ويكتنفها الغموض، و تخضع للتطور السائد في قوانين الدول المختلفة، في النواحي السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، فما يعد من النظام العام في دولة قد لا يعد كذلك في دولة أخرى، وإن ما يعد من النظام العام في وقت أو في زمان ما قد لا يعد كذلك في زمن أو وقت لاحق في الدولة ذاتها[١].

حيث يرد مصطلح النظام العام كثيراً في دراسات القانون رغم أن مفهومه يستعصي على التحديد الدقيق بحيث لايتيسر له تعريف جامع وضابط مستقر يحدد المقصود به ويعطي صورة منضبطة عن ماهيته رغم المحاولات الفردية والجماعية التي بذلت في سبيل الوصول إلى تبني تعريف جامع له، ولهذا فضل أغلب المشرعين عدم إعطاء تعريف محدد له، بل أكتفوا بتقريب معناه إلى الاذهان وبناء اساسه على فكرة المصلحة العامة للجماعة، سواء اكانت هذه المصلحة سياسية متعلقة بتنظيم الدولة، ام اجتماعية متعلقة بتنظيم الاسرة، ام اقتصادية متعلقة بتنظيم الإنتاج[٢] .

حيث إن النظام العام بمثابة (الصمام الامان الذي يحمي الاسس الجوهرية في المجتمع)[٣]، فالنظام العام بتعبير الاستاذ(Ghestin)،هو فكرة لا يمكن ضبطها في اطار تعريف واضح فهي تبتعد عن كل تعريف، وخصائصه انه ذات خصائص وظيفية ومتغيرة، ويقصد بالوظيفية أي إن النظام العام يستلهم اعتبارات المصلحة العامة ويهدف إلى حماية المصلحة بأوجهها المختلفة، فهو بنيوياً يهدف إلى حماية مؤسسات الدولة ومرافقها وانظمتها والى حسن سير عملها، وهو موضوعياً يهدف إلى حماية الاسس التي يقوم عليها المجتمع ، ومتغير أي إن النظام العام يتأثر بعوامل الزمان والمكان[٤]، إي أن

(١) عباس العبودي، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية، بلا طبعة ، دار السنهوري، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٥، ص٢٠٩.

(٢) غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين تنازع الاختصاص القضائي الدولي تنفيذ الاحكام الاجنبية، ط١، دار الثقافة، ٢٠١١، ص٢٣٩.

(٣) هشام صادق و عكاشة محمد عال، القانون الدولي الخاص الاجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الاحكام الاجنبية وتنازع القوانين، بلا طبعة ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص١٨٦.

(٤) سامي بديع منصور، عنصر الثبات وعوامل التغيير في العقد المدني، ط١، دار الفكر اللبناني، ١٩٨٧، ص٩٩.

النظام العام مفهوم نسبي يرتبط بجوهر المجتمع وبالتالي هو مفهوم مختلف ؛ لإنه يعتمد على اعتبارات الزمان والمكان[١].

إما الآداب فلا بد إن يكون نقض المسلمات في القانون المدني لا يخالف مع مايعد من قبيل الأداب ، حيث يوجد العديد من التعاريف التي تشير إلى الآداب ، ومن هذه التعاريف بأنها (مجموعة الأسس الجوهرية التي يتوقف عليها كيان المجتمع واستمراره والتي لايتصور قيامه بدونها من الحد الأدنى لقواعد الأخلاق والآداب)[٢] .

وكذلك ايضاً عرفت بإنها (مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بأتباعها طبقاً لقاموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية ، وهذا القاموس الادبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس) ، وايضاً عرفت بإنها (الأصول الأساسية لأخلاق في الجماعة، أي مجموع الأسس الأخلاقية الضرورية لكيان المجتمع وبقائه سليماً من الانحلال) [٣].

يظهر من خلال ماتقدم إن فكرة الآداب نسبية ايضاً تختلف باختلاف الزمان والمكان شأنها شان النظام العام؛ لإنها فكرة غير ثابتة تتأثر بالعادات والتقاليد الموروثة والاعراف المستقرة، ولذا لم يحدد المشرع ما يدخل ضمن مفهوم الاداب بل ترك ذلك إلى تقدير القاضي[٤].

ويلاحظ إنه ظهر العديد من الأراء حول ادخال فكرة الآداب ضمن فكرة النظام العام لتوسيع دائرتها[٥]، ولكن البعض الآخر يرى إنها فكرة مستقلة عن فكرة النظام العام، استناداً إلى أن كل فكرة لها ذاتيتها المستقلة عن الأخرى، ففكرة النظام العام تعبر عن المبادئ التي تفرضها المصلحة العامة للمجتمع والتي يحتاج إليها المجتمع لوجوده واستقراره وانتظامه وتقدمه، اما فكرة الآداب فهي قدر من المبادئ التي تنبع من التقاليد والمعتقدات الدينية والاخلاق في المجتمع [٦] .

---

(1)Adeline Jeauneau , L’ordre public en droit national et en droit de l’Union europ’eenne; essai de syst’ematisation , Droit , Universite’ Panthe’on-Sorbonne , Paris 1 , 2015 , P2.

(٢) محمد عبد الوهاب خفاجي ، مبادئ القانون (دراسة تطبيقية لأهم مبادئ القانون والحق والإلتزام والقانون التجاري الجديد وقانون العمل الجديد وحماية البيئة) ، ط١١، دار الهناء ، ٢٠٠٨، ص٧٨.

(٣) حمدي محمد اسماعيل سلطح ، مصدر سابق ، ص٢٠٧.

(٤) سعيد عبد الكريم مبارك، أصول القانون، بلا طبعة ، بلا مطبعة، بلا مكان النشر، ٢٠١٧، ص١٧٤

(٥) حمدي محمد اسماعيل سلطح، مصدر سابق ، ص٢٠٥.

(٦) حمدي محمد اسماعيل سلطح ، المصدر نفسه ، ص٢٠٥.

يتضح للباحثة وفق ما تم بيانه إن النظام العام والاداب احدهما مكمل للأخر، فيعتبران وجهان لعملة واحدة أي لابد من إدخال فكرة النظام العام مع فكرة الآداب ، ففي الواقع عندما نسمع هذا الأمر مخالف للنظام العام فينصرف الذهن مباشراً إلى أن هذا الأمر خالف الاداب وعلى العكس .

نجد المشرع العراقي لم يضع تعريفاً للنظام العام والآداب وحسن فعل ذلك؛ لانّه مهمة وضع التعريف من اختصاص الفقه واجتهادات القضاء، ولكنه أشار في العديد من مواد القانون المدني يعتبر باطلاً كل شيء إذا كان مخالفاً للنظام العام والآداب ومن هذه النصوص(٢\١٣١) والتي نصت على : (كما يجوز أن يقترن بشرط نافع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا لغي الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد ايضاً) ،هذه المادة أشارت إلى أنه من الممكن ان يقترن العقد بشروط تحقق مصالح ذات مردود نافع للمتعاقد أو للغير ولكن عدم مخالفة النظام العام والآداب وإلا يكون الشرط باطل .

كذلك المادة(١\١٣٢) والتي نصت على : (يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقدون دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً ومخالف للنظام العام أو للآداب) .

ايضاً نجد القوانين المدنية محل المقارنة فقد اشار القانون المدني المصري في العديد من النصوص على عدم مخالفة النظام العام والآداب ومن هذه المواد نص المادة (١٣٥) والتي نصت على : (إذا كان محل الالتزام مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً) ، ونص المادة (١٣٦) والتي نصت على: (إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالف للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا)، كذلك نص المادة (٢٠٠) والتي نصت على: (يقدر القاضي، عند عدم النص ، ما إذا كان هناك التزام طبيعي . وفي كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام)، أما القانون الفرنسي ايضاً أشار إلى عدم مخالفة النظام العام والآداب، ومن هذه النصوص نص المادة (١١٦٢)حيث من قانون العقود الفرنسي الجديد حيث نصت على: (لايجوز أن يخالف العقد النظام العام لابشروطه ولابهدفه، سواء كان هذا الاخير معلوماً من قبل جميع الأطراف أم لا)[١].

من خلال ما تقدم ، يمكن القول حسب وجهه نظر الباحثة إذا كان النقض يخالف النظام العام والآداب فلا فائدة من النقض لانه باطل، أما إذا كان منسجماً مع النظام العام والاداب فتعم الفائدة من النقض للتحقيق المصالح العامة للمجتمع فعند نقض قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بموجب نظرية الأخلال الفعال فلم تؤدي هذه النظرية إلى الأخلال بالنظام العام والآداب ، بل على العكس أدت إلى

(١) محمد حسن قاسم، مصدر سابق ، ص٦٤.

تحقيق مصالح للافراد بصورة عامة، ومن الأمور المسلم بها إن الالتزام بالعقد صورة من صور النظام العام والاداب ، والأخلال بالعقد اخلال بالنظام العام والاداب ولكن نجد نظرية الاخلال الفعال لم تخالف النظام العام والاداب بوضع التعويض العادل لإطراف التعاقد، كذلك المسؤولية الموضوعية عندما نقضت الخطأ لم تخالف النظام العام والاداب إنما هي وجدت لتخفيف عبء الاثبات عن كاهل الاطراف المتضررة، وايضاً الفسخ الجزئي للعقد لم يخالف النظام العام والاداب على العكس هو وجد لغرض المحافظة على العقد وعدم ضياع الوقت والجهد والمصاريف وهذا هو مايقتضيه النظام العام والاداب ، بالإضافة إلى مدد الطعن هي من النظام العام ولكن بدوره النظام العام والآداب اقتضى النقض بمسائل الحل والحرمة، فنجد إن جميع التطبيقات التي وردت في هذه الرسالة لم تخالف مع مايعد من قبيل النظام العام والآداب .

ثالثاً: صعوبة تطبيق النصوص القانونية أمام التقنيات المتطورة

من شروط نقض المسلمات هو إن بعض النصوص القانونية لايمكن تطبيقها في الوقت الحاضر بسبب التطورات الحاصلة، حيث إن الحياة القانونية في تطور مستمر لذا يقتضي نقض هذه النصوص لكي تكون أكثر ملائمة للمستجدات الحاصلة، ومن نصوص هذه المواد هو نص المادة(١\٦٢) من القانون المدني العراقي حيث نصت على إن العقار: (كل شي له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويلة دون تلف؛ فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود وغير ذلك من الاشياء العقارية)، وعلى هذا تكون الارض، طبقاً لهذا المعيار من مقدمة العقارات، كما يعتبر عقاراً كل ما يتصل بالأرض اتصال قرار وثبات كالبناء المنشآت المقامة على الارض، أي كل شي ثابت بالارض، أما إذا فقدت هذه الصفة فإنها تتحول إلى منقول[١]، وكذلك نص المشرع المصري في القانون المدني في المادة (١\٨٢) بالنسبة للعقار[٢]، وكان موافقاً لتوجه المشرع العراقي، كذلك المشرع الفرنسي قد تناول العقار في العديد من المواد [٣]، يفهم من النصوص اعلاه كلها اشارت إلى إن العقار شي ثابت مستقر بالإرض في حالة نقله يتعرض إلى الهدم .

ولكن تغيرت الاوضاع في العصر الحاضر واصبح بالإمكان نقل بناية من مكان إلى آخر دون أن تتغير أويصيبها شي من التلف وبالتالي أصبح هذا النص ضيقاً ولايصدق على العقار بشكل

(١) محمد طه البشير و غني حسون طه، الحقوق العينية ، ج١، الحقوق العينية الاصلية، العاتك، بلاسنة نشر، ص١٤.

(٢)حيث نصت هذه المادة على :(كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لايمكن نقله من دون تلف، فهو عقار وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول) .

(٣) نصوص المواد (٥١٧-٥٢٦) بشأن العقار، من القانون المدني الفرنسي الصادر عام ١٨٠٤ المعدل .

كامل[١]، حيث إن الأمر يتطلب إعادة التفكير في هذه النصوص؛ فإن التقنيات الحديثة جعلت بالإمكان حدوث النقل دون تغيير الهيئة[٢].

أي إنه في الوقت الحاضر قد تغير مفهوم العقار وأصبح بالإمكان نقلة وتحويلة دون تلف ويبقى محافظاً على الصفة العقارية، حيث ظهرت حالات عديدة في اليابان وكذلك في تركيا والاردن والسعودية وغير ذلك من الدول نقل عقار من مكان إلى اخر، حيث تم نقل مسجد في السعودية حيث قامت أحدى الشركات السعودية في مجال المقاولات وبغرض التوسعة تم نقل مسجد الملك خالد بن عبد العزيز التابع لوزارة الحرس الوطني السعودي بجده من مكان إلى مكان أخر دون أن يتم هدم المسجد بالكامل وذلك بطريقة هندسية مبدعة وبإستخدام المعدات الخاصة بهذه الاغراض، ويعتبر ذلك إنجازاً كبيراً لهذه الشركة من خلال الإمكانيات الضخمة التي تتمتع به هذه الشركة والتي ساعدتها لاتمام هذه العملية[٣].

من خلال ما تقدم، يمكن القول حسب رأي الباحثة إن المعيار المادي تعرض للنقض في الوقت الحاضر، فمن المعلوم إن العقار هو كل شيء ثابت ومستقر في الارض لا يمكن نقله وتحويله دون تلف هذا هو المسلم به، ولكن بموجب التقنيات الحديثة والإمكانيات العالية التي تتمتع بها بعض البلدان تمكنت من نقل عقار من مكان إلى أخر ولكن يبقى محافظاً على صفته العقارية، دون أن يتحول إلى منقول، أي هنا نقض المعيار المادي ، أي إن ما ورد في نص المادة (١\٦٢) من القانون المدني العراقي السالفة الذكر، تعرضت للنقض و بالتالي نقترح تعديل نص المادة أعلاه لكي تواكب التطورات الحاصلة من الناحية التكنولوجية لتصبح بالشكل الأتي : (العقار ، فيشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية) ، أي بوجود الإمكانيات لنقل عقار من مكان إلى أخر ويبقى محافظ على الصفة العقارية أصبح هذا الأمر لا ينطبق مع نص المادة (١\٦٢) من القانون المدني العراقي لذا نقترح تعديل هذه المادة والاقتصار على ذكر أشكال العقار فقط دون تعريفه .

---

(١) عوض أحمد الزعبي ، مصدر سابق، ص٣٠٤.

(٢) ادريس الضحاك ، المنازعات العقارية خلال اجتهادات المجلس الاعلى، جمعية التكافل الاجتماعي لقضاه وموضفي المجلس الاعلى، ٢٠٠٧، ص٣.

(٣)ينظر : نقل مسجد الملك خالد من موقعه بدون هدمه، على الموقع الالكتروني(الانترنيت) وعلى الموقع المتاح https://www.mubasher.info تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٢/٢١، الساعه السادسه مساءاً.

رابعاً: يشترط في نقض المسلمات أن تحقق الاستقرار القانوني

قبل التطرق لكيفية نقض المسلمات يحقق الاستقرار القانوني، علينا أن نعرف مالمقصود بالاستقرار القانوني هو غاية القاعدة القانونية المسلم بها وقواماً لها، فالاستقرار القانوني أمر ضروري في مجتمع سريع التطور، لذا فالاستقرار في النظام القانوني يعني"التأكد" أو"اليقين"، وهي الفاظ يقصد بها إن يحدد القانون أولاً وأخيراً الأثار التي تترتب على الأعمال التي يقوم بها الشخص، بحيث يكون في مقدور كل شخص أن يدرك سلفاً نتائج أعماله، ويقصد بالاستقرار القانوني إنه أمر أو تكليف من الحكومة أي إنه مجرد الطاعة لآوامر الدولة ونظمها، والطاعة في حدود دولة معينة من خصائص قيام أي حكومة[١]، يقصد به ايضاً أن تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية وأن تضمن تأمين النتائج بحيث يمكن لكل فرد أن يتوقع هذه النتائج ويبني تصرفاته عليها، إذ يستطيع كل فرد أن يتوقع مسبقاً نتائج تصرفاته من حيث ماله وما عليه فالإستقرار القانوني يؤدي إلى إمكانية الأفراد أن يتوقعوا نتائج أفعالهم سلفاً فمن يبرم عقداً سيعرف مقدماً الإلتزامات التي عليها وحدودها ونطاقها وكذلك كل مايتعلق بالمتعاقد الاخر[٢].

بطبيعة الامر الاستقرار يسمح بقيام الثقة في العلاقات القانونية، ولهذا فإن القانون يجب أن يسعى إلى تحقيق الاستقرار في المجتمع عن طريق المحافظة على استقرار المراكز القانونية، وذلك أن حاجة المجتمع إلى الاستقرار هي بحجم الحاجة إلى العدل والامن، فعبارة العلامة الامريكي(Roscoe.Round)، المشهورة والتي مقتضاها أنه : "يجب أن يكون القانون مستقراً ومع ذلك فإنه يجب ألا يقف عن التقدم ويقتضي تحقيق الاستقرار بتطبيق القانون وتنفيذه" ، فنجد إن مجتمعنا بحاجة لى التغيير والتبديل حتى يكون بعيداً وذا وقاية من التخلف ، فالمسلمات قد لاتستطيع معالجة العلاقات المستقبلية إذ أن الظروف غير محدودة وبالتالي لامتناهية[٣] .

لذا يُعد الاستقرار القانوني من الأهداف الرئيسة للنظام القانوني، إذ أن الأمن والعدل والاستقرار هي قيم لا يجوز، بل لا يتيسر فصل بعضها عن البعض الأخر ؛ لإنه جوهر القانون هو

---

(١) ياسين محمد محمد الطباخ، الاستقرار كغاية من غايات القانون، بلا طبعة ، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٢، ص٢٢-٢٣.

(٢) إسماعيل نامق حسين، العدالة وأثرها في القاعدة القانونية، بلا طبعة، مطابع شتات، القاهرة، ٢٠١١، ص٢٣٥.

(٣) نقلاً عن : سعد سالم العسبلي ، الاصول العامة لعلم القانون المدخل إلى القانون ، ط١، الفضيل للنشر والتوزيع ، ليبيا ، ٢٠١٢، ص٥٤ ومابعدها.

تحقيق الاستقرار، لذا فإن النظام القانوني الذي لايقدر على تحقيق الاستقرار لايمكن أن يكون نظاماً قانونياً، بل أنه قد يتعرض للأنهيار[١].

وفق ما تقدم أعلاه يتضح إن الاستقرار القانوني أمراً بغاية الأهمية وضروري لكل مجتمع سليم ولكن في الوقت ذاته ضرورة أن يكون هنالك استقرار مع تطور؛ لان عالمنا لايقف على حد معين فنجد بين الحين والأخر تغيرات عديدة على كافة الاصعدة .

حين إن القانون بحد ذاته فناً وليس علماً، أي إن القاضي عندما يقوم بتطبيق القانون أو تفسيرهأ و سن قواعد قانونية جديدة، فإن هذا بحد ذاته فناً يسمى (السياسة التشريعية)، لذا فإن هذه السياسة التشريعية قد تحمل المشرع عن التخلي الصريح عن قواعد العدالة المطلقة لتحقيق الاستقرار القانوني، على سبيل المثال أقرت العديد من التشريعات المختلفة (الحيازة) كوسيلة من وسائل اكتساب الملكية، سواء أكان واضع اليد (أو الحائز) حسن النية أو سيء النية، فهذا مغتصب يضع يده على عقار مملوك لغيره مدة معينة ومع ذلك فإنه يتملك هذا العقار بعد مضي هذه المدة التي تختلف بإختلاف القوانين، حيث إن القاعده التشريعية هنا لاتتفق مطلقا مع قواعد العدالة ومع ذلك اقرتها التشريعات المختلفة لإعتبارات تتعلق بسلامه المجتمع واستقراره[٢].

ولكن قد يثار هنالك العديد من الاسئلة بشأن كيف نقض المسلمات محقق الاستقرار القانوني، ولكن عند النظر للوهله الأولى قد لا نرى نقض المسلمات يحقق الاستقرار القانوني؛ لإنه إذا رجعنا للنقض نرى بإنه ازاله اوهدم أو الغاء فكيف أن النقض يحقق الاستقرار القانوني، والمسلمات هي بديهات وثوابت فهي بالاصل محقق للاستقرار القانوني، هل إن نقض المسلمات يحقق الاستقرار القانوني؟ .

إن نقض قاعدة(العقد شريعة المتعاقدين) بموجب نظرية الاخلال الفعال يؤدي إلى عدم الاستقرار وإن كان بمصلحة طرفي العقد اي كما اشارنا سابقاً في أن المدين إذا عرضت عليه من الغير صفقة تتضمن ربحاً يتجاوز ما كان سيحصل عليه من تنفيذ العقد، فإنه بالإمكان الأخلال بهذا الالتزام والتوجه نحو إبرام الصفقة العارضة بشرط أن يعوض الدائن تعويضاً تاماً حيث هذه الجملة الاخيره أي عندما يتم التعويض بصورة كاملة نتيجة الاخلال الذي صدر من جانبه، أي إن اخلال المدين كان مربح بالنسبة له، ولكن هذا الربح يسبب ضرراً للدائن لإن المدين قد اخل بالتزامه

(١) فايز محمد حسين ، فلسفة القانون والمنطق القانوني ، بلا طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠١٧، ص٣٧٧.

(٢) حسن علي الذنون، فلسفة القانون، ط١، العاني، ١٩٧٥ ، ص٢٧٤.

والمعروف في الواقع إن سبب التزام أحد المتعاقدين يكون سبباً لالتزام المتعاقد الأخر، وبالتالي قد تغيرت الامور واصبح الاخلال بالعقد مربح ولغرض حماية المتعاقد الأخر قرر القانون تعويضاً كاملاً للمتعاقد الأخر، وهذا التعويض بدورة أدى إلى الاستقرار القانوني، أو ليس فقط الأخلال لغرض الربح قد يكون الاخلال تجنباً لخسارة بشرط إن يدفع تعويضاً، أي إذا تعرض المتعاقد إلى ظروف تحد من تنفيذ التزام ولايمكنه الاعتذار بارتفاع التكاليف عما كانت عليه وقت ابرام العقد، أو أن المعقود عليه قلت قيمته، نجد إن نظرية الأخلال في هذه الحالة هي منقذ من الوقوع بخسارة كبيرة وبالتالي بموجب هذه النظرية يمكنه الأخلال بشرط دفع تعويض، فهنا تحقق الاستقرار القانوني لذلك من الضروري إن النقض يحقق الاستقرار القانوني[١].

الفرع الثاني

تمييز نقض المسلمات عن غيرها من المصطلحات القانونية الأخرى

نقض المسلمات قد يقترب من العديد من المصطلحات القانونية الأخرى، قد يتشابه معها أو قد يختلف لذلك سوف نبين في هذا الفرع تمييز نقض المسلمات في القانون المدني عن الحيلة القانونية ، وكذلك نمييز نقض المسلمات عن الافتراض القانوني لمعرفة أوجه التشابه والاختلاف، على النحو الأتي .

أولاً : تمييز نقض المسلمات عن الحيلة القانونية

الحيلة القانونية تعرف بأنها : (امر مخالف للحقيقة والواقع للتوصل إلى تغير احكام القانون دون التعرض إلى نصوصه)[٢] . ، فالقانون له قواعده الملزمة والانسان يجب ان يكن للقانون الأحترام، حتى وأن كانت القواعد غير صالحة في وقت معين أو الاحكام القانونية بسبب تغير الظروف، وعندما أصبح الانسان في ضيق وحرج لغرض الإلغاء أو التعديل فلم يستطع ذلك، فلجأ إلى التحايل لغرض التطور فتوصل إلى تغيرحكم القانون دون المساس بنصوصه، فكانت الحيلة القانونية اسلوب شائع لغرض الخروج عن الحرج الذي وقع فيه الانسان[٣] .

---

(١) علي حسين منهل، مصدر سابق، ص١٨-٢٢.

(٢) ادم وهيب النداوي و هاشم الحافظ، تاريخ القانون، بلا طبعة، العاتك لصناعة الكتاب، بلا سنة نشر، ص٥٥.

(٣) ادم وهيب النداوي و هاشم الحافظ، المصدر نفسه، ص٥٥.

وكذلك تعرف الحيلة القانونية بأنها :(وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون، ويقوم على اساس افتراض امر مخالف للواقع ، ويترتب عليه تغيير حكم القانون دون تغيير نصه)[١] .

من خلال ما تقدم ذكره، يمكننا القول إن تعريف الحيلة القانونية وان عرف بالعديد من الصيغ ولكن كلها كانت تدور حول أمراً معين هو محاولة الخروج على القانون بهدف إنشاء و وضع قواعد قانونية جديدة لتحقيق مصلحة معينة .

أما بالنسبة للتشريع فإنه لايوجد نص تشريعي في القانون المدني العراقي وكذلك ايضاً في القوانين محل المقارنة تبين تعريفاً للحيلة القانونية، لانه كما ذكرنا سابقاً إن وضع التعاريف من عمل الفقه واجتهادات القضاء لذلك فإن عدم وضع تعريف للحيلة القانونية من قبل المشرع لايعد عيباً أو قصوراً تشريعياً؛ لانه ليس من مهمة المشرع وضع التعاريف القانوني.

حيث إن الحيلة القانونية عمل قانوني يدور في دائرة غير الصحيح؛ لأن ماتجعله صحيحاً يخالف الواقع في جميع الأحوال فما تفعله صحيحاً، ليس هو فقط أمر غير محتمل، إنما هو منذ البداية أمر خاطئ بمعنى لايمكن في أي حال أن يطابق الواقع؛ لأن الحيلة تتضمن إنكاراً جذرياً لما هو صحيح بدون استثناء [٢] .

فالحيلة ترمي في الأساس إلى تعديل المعنى القانوني دون إجراء اي تعديل في نصوص القواعد القانونية، وقد نشأت الحيل كنتيجة طبيعية لما كانت تتمتع به هذه النصوص من قدسية في النفوس بسبب ظروفها ونشأتها الدينية، مما جعل تعديلها أو الغائها ليس بالأمر اليسير، وهذا ما أدى إلى التحايل على هذه القواعد وتطبيقها على حالات لم توضع لها في الاصل، أوعدم تطبيقها لعدم صلاحيتها وذلك بصورة غير مباشرة وغير صريحة ، لذا فقد قيل بأن الحيل هي عبارة عن " أكذوبة محبوبة أملتها الضرورة "[٣] .

بعد أن بينا مالمقصود بالحيلة القانونية نتوصل إلى بيان أوجه التشابه والاختلاف بين الحيلة القانونية ونقض المسلمات وعلى النحو الأتي .

---

(١) هدير شلال شناوة، العلم واثرة في التصرفات القانونية دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٩، ص١٦٦.

(٢) سهيل حسين الفتلاوي، المدخل لدراسة علم القانون (دراسة مقارنة في نظريتين القانون والحق) ، ط٢، مكتبة الذاكرة، بغداد، ٢٠٠٩، ص٢٦٥.

(٣) علي محمد جعفر ، نشأة القوانين وتطورها ، ط١، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٢، ص١٥٣.

١- أوجة التشابه بين نقض المسلمات والحيلة القانونية

أ- إن كل منهما لايتم اللجوء اليه إلا بسبب عجز القانون عن تلبية رغبات الأطراف، فالحيلة غالباً ما تستخدم إلى التهرب من أحكام قانونية معينة لتطبيق احكام قانونية أخرى بدلاً عنها [١]، وكذلك ايضاً نقض المسلمات يتم الخروج عن المسلمات لتطبيق أحكام قانونية جديدة وهذا أشارت إليه العديد من القواعد الفقهية التي تم ذكرها سابقاً التي اشارت إلى إنه بالإمكان تغير الاحكام حسب الاعراف أو النية أو بسبب الضيق والحرج .

ب - إن كل منهما له دور في تطوير النصوص القانونية من خلال أنشاء قواعد جديدة حيث إن هنالك قواعد قانونية موضوعية تقوم في مضمونها على مخالفة الواقع، كالقوانين المقررة التي تقر بنسب الابن غير شرعي تجعله شرعياً فنجد الحيلة القانونية دخل في فحوى القاعدة وادى إلى انشاء قواعد جديدة قدمت حلاً مناسباً للقاضي، وكذلك الحيلة القانونية أدت إلى توسيع نطاق القاعدة القانونية من خلال اعتبار العقار بالتخصيص عقاراً [٢]، وكذلك نقض المسلمات نجد بأن هدف تطوير النص القانوني من خلال إنشاء قواعد قانونية جديدة إي أن نقض العقد شريعة المتعاقدين لغرض مصلحة لكل من أطراف العلاقة التعاقدية وبالتالي هنالك صلاحية للقاضي بنقض العقد شريعة المتعاقدين لتحقيق هدف معين، وكذلك ايضاً ادت نقض المسلمات إلى توسيع نطاق القاعدة القانونية من خلال امكانية نقل عقار من مكان إلى أخر ويبقى محافظاً على الصفة العقارية.

ج- ان كل من نقض المسلمات والحيل القانونية لاتمثلان الخروج عن القانون وعدم احترامه، وانما كان هنالك ضرورة قصوى اقتضتها الظروف المحيطة بالمجتمع .

٢: أوجة الاختلاف بين نقض المسلمات والحيلة القانونية

أ- إن نقض المسلمات يتم عن طريق الفقه، أو القضاء، أو المشرع، أي إن لنقض المسلمات تطبيقات عديدة في الواقع ، وكل تطبيق يختلف عن التطبيق الأخر فقد يكون أحد التطبيقات من عمل الفقه أو يكون من عمل القضاء أو يكون من عمل المشرع ، بخلاف الحيلة القانونية يكون من خلال الافراد، أي إن الفقه والقضاء والمشرع لايلجؤن للحيل القانونية للتخلص من شدة النصوص القانونية بل إن هذا الأمر يتم اللجوء إليه من قبل الأفراد .

---

(١) سهيل حسين الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص٢٦٥.

(٢) جمال عبد كاظم الحاج ياسين و علي شمران حميد الشمري، وسائل تطوير النصوص القانونية ، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت، م١، ع٢٢ ، ٢٠١٨، ص٢١١.

ب -إن الحيلة القانونية تؤدي بدورها إلى تغيير الحقيقه القائمة فهي انكارُ ماهو صحيح وموجود بالواقع أي التخلص من النص القانوني عن الطريق التحايل و الأنكار، أما نقض المسلمات تمثل خروج على القواعد العامة أي أستثناء من الأصل العام وبالتالي كما ذكرنا سابقاً ان الاستثناء لايجوز التوسع فيه وكذلك قد يكون نقض بصورة مؤقتة لمعالجة مسألة معينة أي إن نقض المسلمات لا يؤدي إلى الانكار بل هي حالة لابد منها لغرض معين .

ثانياً : تمييز نقض المسلمات عن الافتراض القانوني

نجد إن القانون المدني العراقي لم يضع تعريفاً للافتراض القانوني، وكذلك القوانين المدنية محل المقارنة القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي كذلك لم يضعوا تعريفاً للأفتراض، إنما كل ما ورد هو نصوص قانونية يوجد فيها كلمة الافتراض ولكن لايقصد بها الافتراض القانوني، فقد نص القانون المدني العراقي في المادة (١٣٢\ ٢) على : ((ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد مالم يقم الدليل على غير ذلك))، وكذلك نص المادة (١٣٧\ ١) من القانون المدني المصري التي جاءت مطابقة مع ماتوجه اليه المشرع العراقي[١] ، وكذلك المادة (١١٠٨) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على : (إن ثمة أربعة شروط أساسية لصحة الأتفاقية : رضاء الطرف الذي يلتزم ؛ أهليته للتعاقد ؛ موضوع حقيقي يشكل مادة الألتزام ؛ سبب مشروع للإلتزام) والتي يفهم منها إنها جاءت متطابقة مع نص المادة (٢\١٣٢) من القانون المدني العراقي

حيث نجد إن المشرع العراقي قد أشار الى الافتراض القانوني في المادة (١٣٩) من القانون المدني العراقي و التي تنص على : ((إذا كان العقد في شق منه باطلاً فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، أما الباقي من العقد فيظل صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً)) ، وكذلك المادة (١٤٠) من القانون المدني العراقي والتي تنص على : ((إذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت أركانه إذا تبين أن المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف إلى إبرام هذا العقد)).

ويلاحظ بإن الأفتراض القانوني عرف بالعديد من التعاريف ومن هذه التعاريف عرف بإنه : (افتراض يخفي أو يسعى على اخفاء حقيقة، إن قاعدة قانونية معينة قد عدلت وغير حكمها دون إن

(١) ايناس مكي عبد نصار ، الافتراض القانوني (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء، ٢٠١٧، ص٤٠.

يلمس نصها)[١]، يلاحظ بإن الأفتراض القانوني يسعى به المشرع لمخالفة الحقيقة لترتيب أثار قانونية معينة لايمكن الوصول إليها إلا عن هذا الطريق[٢].

وعند ضع قواعد قانونية فإنها تحتاج إلى العديد من المبررات، فالعديد من القواعد القانونية لها مبررات مختلفة قد تتصل بفكرة العدل أو المصلحة العامة، إذ أن هذه المبررات تتغير، فنجد للأفتراض القانوني دور مهماً في ذلك أي انه يسعى لوضع قواعد قانونية ملائمة، فإذا كان الافتراض يطابق الحقيقة في حالات معينة، إلا أنه في الوقت ذاته يخالفها في حالات أخرى [٣].

و يطلق الفقه على إن الافتراض هو الحيلة اي أن الافتراض القانوني والحيلة القانونية معنى واحد، ولكن الحقيقة أن كل منهما له مدلول خاص به، فالإفتراض لايكون إلا من المشرع بهدف تنظيم روابط قانونية معينة تتطلب مثل هذه الافتراضات، بخلاف لفظ الحيلة فإن الافراد يلجؤن إليها للخروج من شدة في القانون أو قسوة في تطبيق القاعدة القانونية[٤].

وفق ما تقدم، يمكننا القول إن الحيلة القانونية والافتراض القانوني يحملان المعنى ذاته والمضمون ، وأن كان الاختلاف بينهما أن الافتراض يصدر من مشرع والحيلة من الافراد، ولكن نجد الافراد في الوقت ذاته ملزمين بالقانون ولايمكن ان يتغير امراً معين بدون امراً يصدر من المشرع .

بعد إن بينا ما المقصود بالافتراض القانوني نتوصل إلى بيان أوجه التشابة والاختلاف بين الافتراض القانوني ونقض المسلمات، وعلى النحو الأتي .

١- أوجه التشابة بين نقض المسلمات والافتراض القانوني

أ - إن كل منهما لم يعرفه القانون المدني العراقي ولا القوانين محل المقارنة، وهذا لا يعد عيباً أو قصوراً على المشرع ؛ لإنه وكما ذكرنا سابقاً إن مهمة وضع التعاريف من عمل الفقه .

ب - إن كل منهما يسعى لوضع قواعد قانونية اكثر ملائمة للتطورات الحاصلة، أي أن كلاهما يهدف غلى تحقيق المصالح العامة، أي كانت هنالك ضرورة ملحة للعمل بهما .

---

(١) ايناس مكي عبد نصار ، مصدر سابق ، ص٤١.

(٢) حسن علي الذنون ، مصدر سابق ، ص٢٥٢ .

(٣) سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ١٩٧٤، ص٣٩٨.

(٤) محمود عبد الرحيم، الحيل في القانون المدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص٥٣.

٢- أوجه الاختلاف بين نقض المسلمات و الافتراض القانوني

أ - من حيث الاساس، فإن نقض المسلمات كانت الاساس الأول لها هو التطورات الحاصلة واصبحت القواعد المسلم بها والثابتة قاصرة بطبيعة الحال عن استيعاب جميع الحالات التي وجدت، على عكس الافتراض القانوني فإن الاساس الذي استند عليه هو الأمر المؤكد والثابت الذي كان موجوداً أصلاً بنصوص قانونية، فإذا وجد نص قانوني مقرر للافتراض لا يكفي للقيام بالافتراض، بل لابد من وجود أمر ثابت مؤكد للقيام بالافتراض، أي عدم وجود شك أو أي احتمال بوجود الأمر الثابت أو بعدم وجوده[١] .

ب _ من حيث الوضع فإن نقض المسلمات نجد حالات معينة يقوم به الفقه أو بعض الاحيان القضاء أو المشرع، على عكس الافتراض القانوني فإنه قاصر على المشرع وحده .

المبحث الثاني

اسباب نقض المسلمات في القانون المدني

توجد هنالك العديد من الاسباب التي تؤدي إلى نقض القواعد المسلم بها، فإسباب نقض المسلمات في القانون المدني كثيرة، فمن هذه الاسباب ما يكون عاماً، ومنها ما يكون خاصاً ، والسبب في ذلك هو تعدد حالات نقض المسلمات، مما يؤدي إلى صعوبة وضع اسباب محدده لنقض المسلمات، فكل شيء يحدث له سبب، ونقض المسلمات كذلك فنجد هنالك سبب قد ينطبق على جميع حالات نقض المسلمات، أو قد يكون هنالك سبب يقتصر على حالة دون سواها، لذلك يمكننا القول أن اسباب نقض المسلمات لا يمكن حصرها ضمن أطار معين؛ لإن الأسباب تتعدد حسب الظروف المحيطة وعلى هذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول الاسباب العامة لنقض المسلمات في القانون المدني، والمطلب الثاني نتناول فيه الاسباب الخاصة لنقض المسلمات في القانون المدني وكالاتي .

(١) ايناس مكي عبد نصار ، مصدر سابق ، ص٦٥.

المطلب الأول

الأسباب العامة لنقض المسلمات في القانون المدني

إن وجود الاسباب العامة وذكرها يعني أن هنالك ضرورة ملحة اقتضتها ظروف الحياة، و إن التطور التكنولوجي في مقدمة الأسباب العامة لما له من دور كبير في نقض العديد من مسلمات القانون المدني، إي أن الواقع أصبح يتطلب التغير والتبديل، وسرعة التطور التكنولوجي أثر بشكل مباشر على المجتمع ككل أي أصبح العالم عبارة عن قرية صغيرة ، و اصبحت كل العقود تبرم بسرعة كبيرة، وتغيرت العديد من الأمور المسلم بها بسبب التطورات الحاصلة، وكذلك تحقيق التوازن العقدي له ايضاً دور كبير في النقض، فقد يكون نقض المسلمات هدفاً لتحقيق التوازن العقدي (نظرية الأخلال الفعال) على الرغم من ان هذه النظرية أجازت الخروج عن العقد ولكنها في الوقت ذاته اقتضت التعويض، وبهذا التعويض نجد هذه النظرية خروج على مسلمات القانون ولكنها ايضاً دعت إلى التوازن بين اطراف العلاقة التعاقدية، لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول التطور التكنولوجي، والفرع الثاني تحقيق التوازن العقدي وكالاتي.

الفرع الأول

التطور التكنولوجي

لم يظهر التطور التكنولوجي الذي نشهده في الآونة المعاصرة طفرة فجائية، بل امتدت جذوره إلى عصور قديمة، وأخذ التطور شكلاً تدريجياً في تسلسل سببي ترتبط حلقاته على نحو لازم، اذ تعد كل مرحلة نتيجة لحلقة سابقة لها ومقدمة ضرورية لحلقة لاحقة عليها[١].

حيث اشتقت كلمة تكنولوجيا (technology)، والتي عُرّبت تقنيات من الكلمة اليونانية (techne)، تعني فناً أو مهارة والكلمة اللاتينية (togos)، وتعني علماً أو دراسة، وبذلك فإن كلمة تقنيات تعني علم المهارات أو الفنون، أي دراسة المهارات بشكل منطقي لتأدية وظيفة محددة[٢].

(١) يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا، بلا طبعة ، بلا مطبعة، ١٩٨٩، ص٣٧.

(٢) محمد محمود الحيلة، تكنولوجيا التعليم بين النظرية والتطبيق، ط١، دار المسيرة، ١٩٩٨، ص٢١.

وعرفت التكنولوجيا بتعريفات عديدة، حيث عرفت بإنها : (التطبيق النظامي للمعرفة العلمية، أو أية معرفة منظمة من أجل أغراض علمية) [١]، وايضاً عرفت بأنها :(العلم الذي يهتم بتحسين الأداء والممارسة، والصياغة في أثناء تخطيط العمل) [٢]، وكذلك عرفت بأنها :(دراسة الوسائل الفنية التي تشمل موضوعات الثقافة المادية أو جميعها فهي لاتشمل المصنع والالات المستخدمة فيه بل تتعدى ذلك إلى الجوانب المادية الاخرى)[٣].

وتعرف ايضاً التكنولوجيا بأنها : (أي نشاط بشري ناجح، قوائمه هي اسس من المعارف والمهارات) [٤]،حيث إن هذا التعريف استمر وتطور فيما بعد عبر الأزمنة اللاحقة، وما يلاحظ في كل تعريف ظهر عبر هذه السنين الطويلة هوعدم اقتصار التكنولوجيا على الآلات أو الأدوات الميكانيكية، بل التركيز على أنها تشمل أيضاً أي نظام من المعارف والمهارات ذات الطبيعة العملية الفعالة .

وفق ما تم عرضه، يمكن القول وفق رأي الباحثة المتواضع إن التعريف الأخير للتكنولوجيا هو التعريف الراجح؛ لانه تعريف شامل لمختلف العلوم وجعل اساس التكنولوجيا قائم على المهارات والمعارف.

حيث اهتم الفقهاء الاقتصاديون بالتكنولوجيا، ويعود ذلك إلى اعتبار هذه التكنولوجيا عنصراً اساسياً من عناصر الأنتاج، فهي تعد العنصر الرئيسي والأساسي في العملية الانتاجية، حيث أن اصطلاح التكنولوجيا وفق لما يراه الاقتصاديون وغيرهم يشير إلى حقائق متنوعة متعددة حيث يعبر مصطلح التكنولوجيا في ذاته عن حقيقة اقتصادية معينة لذلك يقصد بالتكنولوجيا وفقاً للمفهوم الاقتصادي(هي التطبيق العملي على نطاق تجاري وصناعي للاكتشافات والاختراعات المختلفة التي يتمخض عنها البحث العلمي، للمساعدة في التوسيع السريع في الإنتاج وتحسين مستواه وخفض تكاليفه وإتاحة مجموعة متزايدة من السلع على نطاق واسع وبأسعار معقولة، فالتقدم التكنولوجي يتم نتيجة التزاوج بين البحث العلمي والإنتاج المادي)[٥].

---

(١) محسن علي عطية، تكنولوجيا الاتصال في التعليم الفعال، ط١، دار المناهج، عمان، الاردن، ٢٠٠٨، ص٢١.

(٢) محسن علي عطية ، المصدر نفسه ، ص٢١.

(٣) عادل زيدان خنجر، أثر التطور التكنولوجي على عقود العمل الجماعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٢، ص٧.

(٤) عادل سلطان، تكنولوجيا التعليم والتدريب، ط٣، مكتبة الفلاح للطبع والنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٨، ص٣٦.

(٥) مراد محمود المواجدة، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠١٠، ص٢٨-٢٩.

وعرفت ايضاً (مجموعة من المعلومات والمعارف والخبرات والأساليب اللازمة لصنع واستعمال أشياء مفيدة ونافعة)[١]،حيث إن الاقتصاديون لايهتمون بالتكنولوجيا في حد ذاتها، بل يهتمون بها بسبب مالها من تأثير في الحياة الاقتصادية فحسب، حيث إن التكنولوجيا تعتبر أحد أهم عوامل التقدم المادي، وذلك على أساس أنها تحدد الإنتاجية المادية للعمل وبالتالي تحدد حجم الإنتاج ومدى التقدم المادي .

أما التكنولوجيا من الناحية القانونية أن مصطلح التكنولوجيا مصطلح حديث النشأة، وفي الوقت ذاته يتسم بالغموض وعدم الدقة، فقد كان هذا المصطلح مثار جدلاً عميق لدى الفقه القانوني وعرف بالعديد من التعاريف، فقد عرفت بأنها :(التطبيق الفعلي للابحاث العلمية والوسيلة للحصول على افضل التطبيقات لهذه الابحاث) [٢]، وكذلك عرفت بأنها :(مال منقول معنوي له قيمة اقتصادية وغير مشمولة بحماية قانونية خاصة)[٣].

يمكن القول، بأن هنالك العديد من التعاريف التي تشير إلى التكنولوجيا كمصطلح قانوني لامجال لذكرها، ومن خلال ما تقدم فإن التعريف الراجح هو التعريف الأخير الذي تم ذكر أعلاه لإنه يعطي صورة واضحة ومتكاملة عن التكنولوجيا .

فيما تقدم ذكره هو تعريفاً للتكنولوجيا حيث ان للتطور التكنولوجي اثر في مسلمات القانون المدني فغير العديد من القواعد القانونية التي كانت مستقرة منذ مدة طويلة، وقد ذكرنا سابقاً التطور التكنولوجي أدى إلى نقل العقار من مكان إلى اخر ومع ذلك يبقى محافظاً على الصفة العقارية، كما إن هنالك أثر للتطور التطور التكنولوجي على العقد، حيث أدى التطور التكنولوجي إلى تطوير العقد من وسيلة تقليدية إلى وسيلة الكترونية، أي سنتناول في هذا الفرع العقد الالكتروني الذي جاء ليواكب التطورات الحاصلة؛ لإنه العقد التقليدي أصبح في الآونه الأخيرة قد لايستجيب للتطورات لذلك تم نقضه بموجب العقد الالكتروني، ولكن هذا لايعني الأستغناء عن العقد التقليدي بصورة مطلقة حيث ما زال الاعتماد علية في الكثير من المعاملات ولكن في ذات الوقت ظهور العقد الالكتروني أصبح بالإمكان انجاز الاعمال بصورة سريعة وتقليل التكاليف.

---

(١) مراد محمود المواجدة ، المصدر نفسه، ص٢٩.

(٢) ياسر باسم ذنون السبعاوي و صون عزيزعبد الكريم ، الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية القانون ، جامعة الموصل ، م٨، ع٢٩، ٢٠٠٦، ص٥٨.

(٣) يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي، مصدر سابق، ص٢٨.

قبل البدء بتعريف العقد الالكتروني لابد من تعريف العقد بشكل عام حيث عرف العقد في المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي بإنه : (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بِقَبُول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)، أما القانون المدني المصري فلم ينص على تعريف العقد في مادة معينة، فلم يأخذ على عاتقة النص على التعاريف والتعرض لبيان المفاهيم وإنما نص على مبدأ توافق أو تطابق الارادتين فيما يتعلق بمورد العقد وذلك في المادة (٨٩) من القانون المدني والتي نصت على : (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)، فيتضح مما تقدم أن العقد يقوم على إرادتين مرتبطتين، وليس إرادة واحدة، وأن ارتباط الإرادتين هو لأحداث أثر قانوني[١] ، كذلك نجد المشرع الفرنسي قد عرف العقد في المادة (١١٠١) من التقنين المدني الفرنسي، والتي تنص على أن : (العقد هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص، نحو شخص أو عدة أشخاص، بإعطاء شيء، أو بالامتناع عن فعله)، فقد يلاحظ من تعريف المشرع الفرنسي قد فرق بين الاتفاق والعقد ، واعتبر الاتفاق أوسع في مفهومه من العقد ، وبالتالي وفق هذا التعريف يعتبر العقد هو نوعاً من الاتفاق[٢]، أما قانون العقود الفرنسي الجديد فقد نصت المادة (١١٠١) على : (العقد هو اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر يهدف إلى إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إنهائها)، أي بموجب التعديل الذي طرأ على نص المادة (١١٠١) ، نجد ان العقد هو اتفاق على عكس ما كان موجود سابقاً قبل التعديل .

حيث من المقرر أن العقد بصورة عامة، يتمثل في تلاقي ارادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، والعقد من حيث تكوينه أما أن يكون رضائياً أو شكلياً أو عينياً، وهو من حيث الأثر أما أن يكون ملزم لجانب واحد أو ملزم لجانبين، وأما أن يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع، وهو من حيث الطبيعة أما أن يكون عقداً فورياً أو عقداً مستمراً، واما أن يكون عقداً محدداً أو عقداً احتمالياً[٣].

---

(١) علي فريش المطراوي ، تكوين العقد (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي- الايراني – المصري)، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ٢٠١٩، ص٢٤.

(٢) سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦، ص٥٨ ومابعدها.

(٣) خالد محمود ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني ،ط٢، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١١، ص٧١.

يعرف العقد الالكتروني هو (الذي يتم بموجبه إبرام التزام بين شخصين أو أكثر يستخدم كل منهما جهاز كمبيوتر) [١]، أوهو ذلك العقد (الذي يتم إبرامه عبر شبكة الإنترنيت، فهو عقد عادي، إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها ، فينشأ العقد من تلاقي القبول بالايجاب بموجب التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد) [٢] .

حيث جاءت عدة تعاريف للعقد الالكتروني بمقتضى التشريعات التي نظمت التجارة الالكترونية ومنها [٣].

عرف التوجه الاوربي رقم رقم (٣١) لسنة ٢٠٠٠ العقد الالكتروني "كل شخص مادي أو معنوي، يقدم خدمة معلوماتية للمجتمع، والتي تتمثل في كل خدمة تقدم عبر وسيلة مجهزة الكترونياً".

وعرف مشرع قانون التجارة الالكترونية (المصري) بإنه" كل عقد تصدر فيه إرادة الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه، أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط الكتروني".

حيث ذهب رأي في الفقه أن التشريعات السابقة الذكر لم تكن بشأن التعاقد الالكتروني ولكن بشأن التجارة الالكترونية، والتجارة الالكترونية وحدها التي تعني بالتعاقد الذي يتم عن بُعد، حيث وفق هذا الرأي يكون لمفهوم التجارة الالكترونية معنى أوسع من معنى العقد الالكتروني، إلا أن الرأي الراجح فقهاً أن كل من التجارة الالكترونية والعقد الالكتروني وجهين لعملة واحدة والدليل على ذلك أن التشريعات السابقة جعلت التعاقد في التجارة الالكترونية يتم بواسطة الوسائط أو الوسائل الالكترونية، وهو ذاته معنى العقد الالكتروني[٤].

كذلك نجد إن المشرع الفرنسي أشارللأحكام الخاصة بالعقد المبرم بوسيلة الالكترونية في قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة ٢٠١٦ [٥]

---

(1) Kamel mehdaoul , La formatlon du contrat e’lectroniqueilnternational; le formalisme au regard dela convention cnudcl 2005 , De la maitrise en droit international , Universite’ du que’bec a’ montre’al ,2010 , p7.

(٢) محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية ، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩، ص١٦.

(٣) أحمد عبد التواب محمد ، ابرام العقد الالكتروني، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠٠٩، ص١٣.

(٤) أحمد عبد التواب محمد، المصدر نفسه، ص١٤-١٥.

(٥) ينظر نصوص المواد (١١٢٥ – ١١٢٨) من قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة ٢٠١٦ .

أما المشرع العراقي فقد عرف العقد الالكتروني في المادة (١١\١) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنه ٢٠١٢ بإنه" ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقَبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود علية والذي يتم بوسيلة إلكترونية"، وجدير بالذكر إن هذا التعريف مشابه تماماً لتعريف العقد في المادة(٧٣) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ والمعدل[١] ، ونحن نؤيد ذلك بإن تعريف العقد الالكتروني جاء مشابهاً لتعريف العقد في المادة (٧٣) من القانون المدني العراقي

وفق ما تم ذكره، يمكن القول وفق وجهة نظر الباحثة إن تعريف العقد الالكتروني في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الكترونية العراقي، جاء لنقض ما هو مسلم به وهو العقد التقليدي، أي بالإمكان ابرام العقود بواسطة وسائط الكترونية، والعقد الالكتروني عقد فرضه التطور الذي حدث في اغلب بلدان العالم وهذه الحداثة التي حدثت نقضت ما كان مسلم به، فالمسلم هنا إن العقود والمعاملات كانت تبرم وفق اجراءات طويلة وبطيئة في الوقت ذاته، وكذلك تحتاج إلى نفقات كبيرة ، فكان هذا الدارج والمسلم به، ولكن بمقتضى التطورات التي حدثت، وانتشار وسائل التواصل الالكتروني أصبح ابرام العقود والمعاملات يكون بسرعة كبيرة، ونفقات اقل مما كان عليه، فهذه التطورات شكلت نقضاً لما كان مسلم به ، ويمكن القول إن هذه التطورات التي حدثت لايعني إلغاء العقود التي تجري بصورة تقليدية، فما زالت العديد من العقود تجري بصورة تقليدية، ولكن يمكن إبرامها بوسيلة أكثر سرعة واقل نفقة ممكنة .

لذلك سنلخص مميزات العقد الكتروني الذي يتم عن بعد[٢] ، والتي تعد نقضاً لما هو مسلم به في العقد التقليدي بإيجاز وعلى النحو الاتي :

أولاً : عدم الالتقاء المادي للأطراف لحظة تبادل التغير عن إرادتهما .

ثانياً : إبرام العقد يتم عبر وسيلة إلكترونية سمعية بصرية تمكن من التفاعل بين أطرافه، مما يمكن القول بإن العقد يتم بين حاضرين من حيث الزمان، وهو حضور مفترض ولكنة معاصر للمتعاقدين.

---

(١) ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيدي، ضمان مطابقة المبيع للمواصفات في العقد الالكتروني(دراسة مقارنة)، بلا طبعة ، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٨، ص٢٣.

(٢) لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، ط١، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص٣٦ومابعدها.

ثالثاً : التباعد المكاني بين طرفي التعاقد، إذ قد يتواجدون في نفس الدولة، أو قد يتواجدون في دول مختلفة، وبهذا يدخل العقد في دائرة العقود التي تبرم بين غائبين من حيث المكان .

رابعاً : عدم وجود مستند كتابي مادي لهذا العقد وانما يكون مثبتاً على دعامة غير مادية ؛ لان وسيلة الإبرام هي وسيلة إلكترونية .

خامساً :التعاقد الإلكتروني لايتم إبرامه فقط عن بعد، إنما تنفيذه أيضا يتم عن بعد، فإذا كانت مزايا التعاقد الإلكتروني أنه يوفر الوقت والجهد والمال نظرا لعدم إلتقاء اطراف التعاقد، فنجد إن هذه المميزات مستمرة حتى في حالة تنفيذ العقد في بعض الحالات، فعقود الخدمة المصرفية والاستشارات القانونية وبنوك المعلومات والمواقع القانونية الإلكترونية يمكن تنفيذها عن بعد دون التواجد المادي، فعندما يتم عقد بين طرف وطرف آخر يقدم خدمةالاستشارات القانونية عن بعد، ففي هذه الحالة يمكن إعطاء الاستشارة عن بعد، فالإبرام عن بعد والتنفيذ يتم عن بعد ايضاً[١]

وفق ما تقدم أعلاه إن أهم الأسباب العامة لنقض المسلمات هو التطور التكنولوجي وبما عكسه على المجتمع من تطور وتناولنا في هذا الفرع هو العقد الالكتروني بإيجاز يتم شرح ماهو كان مسلم وهو (العقد التقليدي) اي عقد يتم بين شخصين متقابلين و يتم الابرام وفق اوراق معينة معدة مسبقاً تتناول كافة مايلزم العقد ليكون عقداً كاملاً، اضافة إلى ذلك كان المقابل عبارة عن نقود عادية حسب التعامل السائد انذاك ومايتطلبه العقد ولكن تم نقض هذه المسلمة بموجب التطور التكنلوجي وماحققة من انجازات عديدة ليشكل تغيرات في مختلف أنحاء العالم، تغيرت العديد من العقود واصبح العقد يبرم بسرعة كبيرة ونفقات أقل .

الفرع الثاني

تحقيق التوازن العقدي

إن العقد يرتب أثراً قانونياً ملزماً لكل من المتعاقدين لتقديم أداء معين لجلب منفعة مقصودة، قد تتناسب مع هذا ألاداء، بالنظر إلى طبيعة العقد وغرضه واطرافه حيث يتم الاتفاق لتحقيق مصالح مادية معينة، إذ أن العقد وسيلة لترتيب الحقوق وكذلك مصدراً للالتزامات[٢] .

---

(١) شحاته غريب شلقامي ، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٨، ص٤٢ ومابعدها .

(٢) دمحون حفيظ، التوازن في العقد ،مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٢، ص١.

حيث إن التوازن فكرة قديمة تستعصي على التحديد الدقيق، وهي على قدمها وانتشارها في كافة فروع المعرفة تعد من اصعب الأفكار وأكثرها تعقيداً لأنها تدل على اكثر من معنى : التعادل، التناسب، المساواة، المضاهاة، المقابلة، الاستقرار، الثبات، التكافؤ، وغيرها من المعاني المشابهة، وفي العقود بصورة عامة تكونت لهذه الفكرة أهمية بالغة ؛لان أي اختلال في التوازن العقدي يؤدي إلى اختلال في المعاملات المالية والوضع الاقتصادي وحدوث ما يسمى باختلال التوازن بين الالتزامات العقدية بين الطرفين[١].

وإن تحقيق التوازن العقدي بين أطراف الرابطة العقدية يُعدّ من أهم الموضوعات التي شغلت الفقهاء، وذلك أن غياب التوازن أو انحلاله يؤدي الابتعاد عن محور العدالة، وهذه النتيجة لاتصيب بأثرها الطرف الضعيف وحده بل ستؤدي إلى إضعاف النظام القانوني بإجمعه[٢] .

التوازن العقدي يعد من المبادئ المعروفة منذ زمن بعيد إلا أنه على الرغم من ذلك لم تتعدد تعريفات التوازن العقدي لدى شراح القانون، ونادراً مايذكر له تعريفاً يبين ويحدد مضمونه كغيره من المبادئ القانونية المستقرة ولم يذكر التوازن العقدي عند فقهاء القانون إلا في ثنايا كتاباتهم عن العقود بصفة عامة، والسبب في ذلك؛ لأنه يتمتع بوضع قانوني خاص كغيرة من النظريات والمبادئ القانونية المستقلة ، واما أن يكون السبب هو وضوح المعنى وعدم الحاجة إلى بيانه على اعتبار أنه من المبادئ المعروفة في عالم القانون[٣] .

ويقصد بالتوازن العقدي التناسب أو التكافؤ أو المساواة في الاخذ والعطاء بين أطراف العلاقة العقدية، والذي يجب أن يلازم العقد منذ أبرامه إلى حين تنفيذه، وبانعدام التوازن هذا تختل العلاقة العقدية مما يؤدي إلى عدم المساواة بين التزامات المتعاقدين، فالعقد بحكم مايتميز به من أداءات

(١) حيدر حمزة كريم، مبدأ التوازن في العقد التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٨، ص١.

(٢) هديل خضير كاظم البديري، المعقولية في الالتزام العقدي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، ٢٠١٨، ص١٠٦.

(٣) عزت صلاح عبد العزيز، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية (دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي) ، ط١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٣، ص٢٦.

متقابلة، أصبح ينظر الية كنظام متوازن يتضمن عناصر مترابطة أو التزامات متبادلة مما يستدعي التوازن بين هذه الاداءات تحقيقاً للمساواة والعدالة بين أطراف العلاقة العقدية[١] .

ويقصد به ايضاً بأنه المساواة والتعادل بين المتعاقدين في الالتزامات الناشئة عن العقد في كل مراحله، بدءً من مرحلة التفاوض عليه ، وانتهاء بصورة في مرحلة التنفيذ مروراً بإبرام العقد وصياغته في صورته النهائية، وبالتالي للتوازن العقدي اهمية في القانون الوضعي فأنه يحفظ استقرار المعاملات ، ويقطع سبل التشاحن والتنازع ، ويحقق العدالة التعاقدية الواجب توافرها في العقود ، ومن ثم يحمي الجانب الضعيف في العقد[٢] .

وقد اجمع فقهاء القانون على تكوين العقد من العدل التوزيعي والعدل التبادلي، فالعدل التوزيعي هو العدل الذي يعني بتوزيع الحقوق والالتزامات على الأفراد في المجتمع بمساواة بحسب قدراتهمومؤهلاتهم وأعمالهم، أما العدل التبادلي هو العدل الذي يسود علاقات الافراد ويدل على التفاعل فيما بينهم بأنتقال الأشياء والخدمات أو الاعمال بموجب أتفاقاتهم، حيث يلتقي العدل التوزيعي مع العدل التبادلي في نقطة مشتركة هي التوازن العقدي؛ لانه هذا التوازن ماهو الإتعبير عن العدالة التعاقدية، باعتبار أن مفهومي العدل التوزيعي والتبادلي العميق هو البحث عن التوازن العقدي[٣].

فتحقيق العدل يعد من اهم مقاصد الشريعة الإسلامية، وأكد القران الكريم على هذا المقصد كقوله تعالى: ((إن الله يأمر بالعدل والإحسان .....))[٤] .

وبما أن التوازن العقدي يتمثل في التكوين المتناسق لمضمون العقد ، لذلك يمكن التمييز بين نوعين من التوازن العقدي، الأول ذو طبيعة قانونية ينطبق على مجموعة من الحقوق والالتزامات المنشأه في العقد، والثاني ذو طبيعة اقتصادية يتناسب مع العملية الاقتصادية التي يحققها العقد والتي لاتتعلق الا بالأداءات المتبادلة، وعلى الرغم من أن هذا التقسيم يبين مفهوم العقد إلا أنه بعيد عن الواقع، حيث إن الواقع أن التوازن القانوني والاقتصادي يرتبطان ببعضهما البعض، ولهذا السبب أن العقد هو قبل كل شيء التعبير القانوني لعملية اقتصادية[٥] .

---

(١) صديق شياط، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٨، ص٢٤٠.

(٢) عزت صلاح عبد العزيز، مصدر سابق ، ص٣١-٤٨.

(٣) دحمون حفيظ، مصدر سابق ، ص٤.

(٤)سورة النحل، الآية (٩٠).

(٥) ريما فرج مكي، تصيحيح العقد(دراسة مقارنة) ط١، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١، ص٢١٣.

إن التطور العلمي الذي شهده المجتمع، وما رافقة من تطور في حقول الانتاج من زراعي وصناعي وتجاري، وايضاً على الصعيد المالي هذا من جهة، أما من جهة اخرى هو التفاوت بين البشر من ناحية العلم والمعرفة والدراية بالامور الحياتية والمعاملات، فحسن النية يفرض بعض الالتزامات لتحقيق توازن عقدي والوصول إلى الغايات الاساسية التي يسعى اليها كل من المتعاقدين[١].

وعلى الاطراف مراعاة ذلك في التعاقد، واكدت الشريعة الاسلامية على ذلك من خلال العديد من الايات القرانية ومنها، كقوله تعالى:((يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...))[٢] .

نجد إن القانون المدني العراقي نص على مبدأ حسن النية في المادة (١\١٥٠) من القانون المدني العراقي والتي نصت على : (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حُسْن النية)، كما توجد هنالك نصوص أخرى تشير إلى حسن النية[٣].

وكذلك نصت العديد من التشريعات محل المقارنة على مبدأ حسن النية ومنها المشرع المصري في القانون المدني في المادة(١\١٤٨)، والتي جاءت متطابقة مع ما ذهب إليه المشرع العراقي ، وكذلك المادة(١١٠٤) من القانون الفرنسي، والتي يفهم منها يجب التفاوض بشأن أبرام العقود وتنفيذها بحسن نية[٤].

لذلك فأن من الشرط الاساسي لتحقيق التوازن العقدي هو مراعاة الاطراف لمبدأ حسن النية، على الرغم من صعوبة تحديد هذا المفهوم إلا أن لم يمنع الفقه من تعريفة ويقصد به أنه التعامل بصدق واستقامة وشرف مع الغير بصورة تبقى ممارسة الحق ضمن الغاية المفيدة والعادلة التي أقام من أجله والتزم به كل من طرفي العقد ،وقيل بأنه الصدق والاخلاص، وأنه يضفي على العقد النزاهة والثقة المتبادلة بين الافراد[٥]، أي إن حسن النية يعد معيار للسلوك وبالتالي ينبغي على الشخص إن يتصرف

---

(١) عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود(دراسة مقارنة)، بلا طبعة ، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٦، ص٧.

(٢)سورة المائدة، جزء من الآية(١).

(٣) ينظر: نص المادة (٢\١١٥٨) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على : (وإذا وقعت الحيازة على عقار، أو حق عيني عقاري، وكان غير مسجل في دائرة التسجيل العقاري ، واقترنت الحيازة بحُسْنِ النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ؛ فإن المدة التي تمنع من سماع الدعوى تكون خمس سنوات ، ولايشترط توافر حُسْن النية إلا وقت تلقي الحق) .

(٤) محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٢٩ .

(٥) محمد رياض دمغان ،مصدر سابق، ص٥٣.

بأمانة وبنزاهه، لذلك فهذا المبدأ علامة فارقة في الحياة الطبيعة ؛ لان هذا المبدأ يسعى إلى التمتع العادل بالحقوق لجميع افراد المجتمع[١] .

لذلك فإن حسن النية من المبادئ الاساسية في العقود، فإنه شرط عند أبرام العقد حتى لو لم يكن منصوصاً عليه صراحة، لذلك يمكن الاستدلال على مبدأ حسن النية من خلال مظاهره، كالإلتزام في حدود القانون وعدم اللجوء على ما يخالف القانون كالغش والتواطؤ أو التدليس أو التحايل، لذا يقتضي القانون أن يقوم المتعاقدين على تنفيذ العقد بطريقة التي تقتضيها الامانة والنزاهة لتحقيق المصالح المشتركة[٢] .

حيث إن حسن النية الية من اليات، تحقيق التوازن العقدي، وإن العقد بإعتباره علاقة نفعية يشكل عملية أقتصادية يحركها مبدأ حسن النية، فهو مفهوماً أخلاقياً، يتمثل في أستقامة المتعاقدين وهذا بدوره يحقق التوازن العقدي، لذلك تميل العديد من التشريعات في الوقت الحاضر إلى تحقيق نوع من العدالة بين المتعاقدين يكون اساسها مبدأ حسن النية[٣] .

حيث إن تحقيق التوازن العقدي لا تقتصر على مرحلة تكوين أو تنفيذ العقد بل تمتد إلى مرحلة تفسير وتطبيق القواعد القانونية على العقد، وأنه يتم نقض العديد من القواعد المسلم بها إذا كان هنالك أخلال بمبدأ التوازن بين الاطراف المتعاقدة؛ لإنه الهدف الاساسي الذي يسعى إليه القانون هو حماية الإطراف المتعاقدة.

بما أن الأصل العلاقة العقدية تقوم على مبدأ التوازن العقدي، أي وجود مساواة بين أطراف العقد، من حيث حقوق، الالتزامات، فإذا اختل هذا التوازن لأي سبب من الاسباب يؤدي إلى عدم المساواة بين الطرفين[٤]،فقد يختل التوازن عند إبرام العقد و تنفيذه، فعند إبرام العقد يختل التوازن

(1 louise Rolland;laponne foidans lecode civil du Quebec; du general au particulier; sanspresse a impnmer; paris; 1996; p328-383.

(٢) محيوز صبرينة، مزياب جميلة، التوازن القانوني في عقد الايجار التجاري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، بحث منشور على موقع التواصل الاجتماعي (الانترنيت) وعلى الموقع المتاح، https;//dl.ummto.dz ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠\٣\٢٣، الساعة الرابعة عصراً .

(٣) سي أعمر أمينة، شاينة تركية، مبدأ حسن النية في العقود تأصيلاً وتحليلاً، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، المركز الجامعي بلحاج بو شعيب، عين تموشنت، معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير قسم الحقوق، ٢٠١٨، ص٢٩.

(٤) جمال عبد الامير الغزالي، مصدر سابق ، ص٥٠.

العقدي في عيب الاستغلال، فقد عرف بإنه الخسارة التي تصيب أحد المتعاقدين، من ابرام العقد بسبب الغبن الفاحش بين الأداءات الذي يرجع إلى استغلال حاجته ، أو طيشه ، أو عدم خبرته ، أو ضعف ادراكة من قبل المتعاقد الاخر[١].

حيث نص المشرع العراقي على عيب الاستغلال في المادة(١٢٥) من القانون المدني العراقي التي تم ذكرها سابقاً في هذا البحث، ونص المادة (١\١٢٩) من القانون المدني المصري على : (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لاتتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أوهوى جامحاً ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص الالتزامات هذا المتعاقد)، وكذلك نصت الفقرة (٢) من نفس المادة اعلاه (ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة)، أما المشرع الفرنسي فلم يذكر الاستغلال كعيب من عيوب الارادة وهذا مانراه واضحاً في نص المادة (١١٣٠) والتي ذكرت عيوب الارادة الغلط والاكراه والتدليس.

حيث يجوز للقاضي بناءًعلى طلب من المتعاقد التدخل لإعادة التوازن العقدي في حالة وجود اختلال بين التزامات المتعاقدين، وأصبحت العلاقة التعاقدية غير متوازنة، وكان هذا الأخلال ناتج عن الاستغلال فإنه يحق للمتعاقد المغبون الخيار أما دعوى ابطال العقد، أو دعوى إنقاص الالتزامات[٢] .

نجد أن المشرع قد ترك الخيار للمستغل المغبون للخيار أما رفع دعوى الابطال أو دعوى الانقاص، وكذلك نجد المشرع قد اطلق الحرية للقاضي ايضاً عندما تعرض أمامه دعوى ابطال العقد للاستغلال الغابن فله أن يوافق على طلب المستغل المغبون متى ماتوافرت شروط الاستغلال، وثبت أنه قد أصابه غبن فاحش واقر أنه لم يقدم على إبرام العقد لأن الطرف الاخر قد استغل الضعف وعدم الادراك، اما إذا تبين للقاضي أن المستغل المغبون لم يكن غبنه فاحشاً فله أن يرفض دعوى الابطال، أي إذا اتضح للقاضي أن ارادة المستغل المغبون لم تصل إلى الحد الذي يبرر الابطال فيلجأ القاضي إلى دعوى الانقاص، اما إذا طلب المستغل دعوى انقاص الالتزامات لعيب الاستغلال فالقاضي في هذه الحالة مقيد بهذا الطلب، وبالتالي وفقاً لظروف الدعوى وتوافر شروط الاستغلال يقرر انقاص

(١) زياد خلف عليوي، الاحتجاج بعيوب الرضا في العقود الشكلية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، م١، ع٢، السنة الأولى، ٢٠١٦، ص ٥٨١.

(٢) قاسة لامية، سماعيلي ليدية، اختلال توازن التزامات المتعاقدين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة عبد الرحمان بجاية، ٢٠١٥، ص٩ ومابعدها.

الالتزامات للمستغل إلى القدر الذي يراه كافياً لرفع الغبن الفاحش عن كاهل المستغل وليس له أن يقضي بإبطال العقد[١] .

نجد من خلال المواد السابقة الذكر بشأن الاستغلال إنها قد حددت أنه يجب رفع الدعوى خلال سنة من تاريخ إبرام العقد، والحكمة في أن القانون جعل ميعاد رفع الدعوى في الاستغلال مدة قصيرة، وجعله ميعاد إسقاط لاينقطع ولايقف والسبب في ذلك؛ هي رغبة القضاء في حسم المنازعات بشأن العقود التي تتأثر بالاستغلال، لكي لايبقى مصير العقد معلقاً على مدة طويلة[٢].

أما عند تنفيذ العقد قد يختل التوازن العقدي بحوادث استثائية عامة تهدد العقد وغير متوقعة أثناء تنفيذ العقد، وهذا بدوره يؤدي إلى أختلال التوازن العقدي، مما يلحق خسارة فادحة بالمدين، إلا أن هذه الحوادث الاستثنائيةلاتجعل تنفيذ العقد مستحيلاً انما يجعله مرهقاً، وهذه تسمى نظرية الظروف الطارئة فقد عرف الفقه القانوني هذه النظرية بأنها كل حادث عام يقع بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه وغير متوقع الحصول اثناء تنفيذ العقد[٣] .

كذلك يقصد بها (أن ثمة حادثاً ، أو ظرفاً قد طرأ بعد إبرام العقد ؛ وقبل تنفيذه أو أثناءه ، سواء أكان لاحقاً بشخص أحد طرفي العقد ، أو بمحل العقد ، مما لم يكن متوقعاً ، ولا ممكن الدفع غالباً؛ جعل تنفيذ الالتزام التعاقدي ضاراً بالمدين ضرراً زائداً أو فاحشاً ؛ وغير مستحق بالعقد ، لأن منشأه ذلك الحادث لا ذات الالتزام ، فهو إذن خارج عن نطاق التعاقد، سواء أكان الضرر قوامه تفويت منفعة محل العقد كلاً أو بعضاً ، أو من تعذر استيفاء منفعة المعقود عليه ، حساً و شرعاً ، وحتى يصبح مستحيلاً لا مرهقاً فحسب في بعض الحالات ، أو كان ضرراً شخصياً راجحاً ، يلزم من المضي في

(١) المحمدي أحمد أبو عيسى، النظرية العامة للإستغلال (دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني المصري)، ط١، دار النهظة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤، ص٧١٣-٧١٥.

(٢) عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوحه عام، مصادر الالتزام، ج١، بلا طبعة ، دار أحياء التراث العربي،بيروت ، لبنان، بلا سنة نشر،ص٣٧١.

(٣) صاغي زينة، مقري نسيمة، سلطة القاضي في تعديل العقد، مذكرةلنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة عبد الرحمان بجاية، ٢٠١٤، ص٤٣.

تنفيذ موجب العقد ، تنفيذ الالتزام لطرف شخصي مما لا علاقة له بمحل العقد وسلامته ، وكامل منفعته)[١].

حيث نص القانون المدني العراقي على نظرية الظروف الطارئة في المادة (٢\١٤٦) حيث نصت هذه المادة : ((على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة؛ جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقض الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)).

ونص المشرع المصري على نظرية الظروف الطارئة في المادة (١٤٧)، حيث اصبحت نظرية الظروف الطارئة امراً مقرر بنوص تشريعية في القانون المدني العراقي والمصري، والعديد من البلدان العربية.

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة (١١٩٥) من قانون العقود الفرنسي الجديد على نظرية الظروف الطارئة ونصت هذه المادة على : (إذا حدث تغير في الظروف، غير ممكن التوقع، عند إبرام العقد، ترتب عليه أن صار التنفيذ باهظ التكلفة بالنسبة لأحد لأطراف، الذي لم يقبل تحمل تبعة هذا التغيير، يمكن لهذا الأخير ان يطلب من المتعاقد معه إعادة التفاوض على العقد، على ان يستمر في تنفيذ التزاماته أثناء أعادة التفاوض، في حالة رفض أو فشل إعادة التفاوض يجوز للأطراف الاتفاق على فسخ العقد اعتباراً من التاريخ وفق الشروط التي يحددونها، أو الطلب من القاضي، باتفاقهم المشترك، أن يقوم بتطويع العقد، في حالة عدم الاتفاق خلال مدة معقولة، يمكن للقاضي بناء على طلب أحد الأطراف ، تعديل العقد أو إنهائه، اعتباراً من التاريخ ووفق الشروط التي يحددها)[٢]، أي أن المشرع الفرنسي اعتبرها أداة من أدوات تحقيق العدالة التعاقدية، وإعادة التوازن لعقد اختل توازنه اختلالاً كبيراً نتيجة ظروف لم تكن متوقعة، ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد .

إذا توفر الظرف الطارئ ورتب الاثر ، فيكون المتعاقد المهدد بالخسارة أن يطلب من القضاء تعديل العقد بما يزيل الارهاق عنه تبعاً للظروف ، فالمشرع قد إلزم القاضي بإجراء تعديل يوازن بين الطرفين، من حيث التعديل الذي يتخذه للعقد، وكذلك عدم تحميل أحد المتعاقدين عبء الحادث الطارئ

---

(١) مجيد محمود سعيد أبو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير ووجه الصلة بينهما)، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢، ص٢٦ ومابعدها .

(٢) محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص١٨-٨١.

وتوزيعه بين الطرفين وفقاً لما تقتضي به العدالة ، فإذا كان العقد قد نفذ جزء منه قبل الحادث فلا محل لتعديل العقد لهذا الجزء، وانما يقتصر التعديل على ما لم يتم تنفيذه ، بالاضافة إلى ذلك تكون سلطة القاضي مقتصرة على التعديل ولاتمتد إلى الفسخ؛ لأن منطق نظرية الظروف الطارئة هو توزيع أثر الحادث الطارئ على طرفي العقد[١] .

فدور القاضي يتحقق لإعادة التوازن العقدي في حالة وجود الظرف الاستثنائي، أما في أنقاص الالتزامات وتعبر هذا الوسيلة الطبيعية والعادية لرفع الارهاق عن المدين سواء من حيث الكم أو الكيف، سواء أكان العقد ملزماً لجانب واحد أو ملزم لجانبين، والغاية من هذا الاجراء هو تقليص الخسارة الفادحة التي يتحملها المدين ويحاول القاضي في ذلك أن يوزع الخسارة الفادحة بين المتعاقدين، وبالتالي يتحمل المدين الخسارة المألوفة[٢]، أو زيادة الالتزامات على كل طرفي العقد وبالتالي يتحقق الالتزام العقدي .

يمكن القول، إن كل من عيب الاستغلال ونظرية الظروف الطارئة توثر على العقد وتؤدي إلى أختلال الالتزامات المتقابلة بين المتعاقدين، وبالتالي ضرورة التدخل القضائي لإعادة التوازن العقدي لكل من المتعاقدين .

ترى الباحثة وفق رأيها المتواضع كيف يمكن إن يكون تحقيق التوازن العقدي سبب من أسباب نقض المسلمات (الثوابت أو البديهيات) ، فنقض العقد شريعة المتعاقدين يعني أخلال بالعقد، وقد يكون هنالك ضرر مترتب جراء الأخلال بالعقد، ولكن عند نقض العقد شريعة المتعاقدين بموجب (نظرية الأخلال الفعال بالعقد)، حققت التوازن العقدي للعقد إي أن الأخلال بالعقد كان يحقق مصلحة لكل من أطراف التعاقد (الدائن و المدين)، أكثر من الاستمرار بالعقد ، وكذلك نجد المسؤولية الموضوعية القائمة على ركن الضرر والتي جاءت نقضاً لأركان المسؤولية المدنية كان الهدف منها هو لتحقيق التوازن بين الأطراف المتعاقدة ولتخلص من أثبات الخطأ الذي يشكل عبء ثقيل على الطرف المتضرر للحصول على تعويض جراء ما أصابة من ضرر، أما الفسخ الجزئي جاء لمعالجة أمور عديدة و كذلك كان الهدف منه هو ايضا تحقيق التوازن العقدي بعدم أضاعة الجهد والوقت المبذول في تنفيذ العقد ، وكذلك نقض مدد الطعن ايضا هدفها لغرض تحقيق التوازن العقدي لإن

---

(١) مصطفى الجمال ، مصادر الالتزام، بلاطبعة ، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٩، ص٣٢١-٣٢٣.

(٢) سعدون يسين، أثر الظروف الاقتصادية على العقد، اطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ٢٠١٨، ص٣٥٧.

مسائل الحل والحرمة من المسائل المهمة و الضرورية في الحياة لذلك فإن نقض مدد الطعن الحتمية بموجب مسائل الحل والحرمة لغرض تحقيق التوازن العقدي .

من خلال ما تقدم ذكره ، يمكن القول إن من الأسباب العامة التي تؤدي إلى نقض العديد من مسلمات القانون المدني والتي ذكرناها هو التطور التكنولوجي وتحقيق التوازن العقدي، أي بالإمكان نقض وازالة العديد من المسلمات إذا كان هنالك سبب لغرض تحقيق التوازن العقدي، بين الأطراف المتعاقدة وهنا نجد ضرورة ملحة لتحقيق المنافع المقصودة من العقد، أو قد يكون التطور التكنولوجي الذي يشير بصورة مباشرة إلى نقض العديد من المسلمات لغرض مواكبة ما هو موجود لكي لايكون هنالك فجوة بين المسلمات والتطورات الحاصلة .

المطلب الثاني

الأسباب الخاصة لنقض المسلمات في القانون المدني

تناولنا في المطلب الأول الأسباب العامة لنقض المسلمات في القانون المدني، وفي هذا المطلب سنبين الأسباب الخاصة لنقض المسلمات في القانون المدني، وهذه الاسباب تقتصر على حالة دون سواها من الحالات الأخرى ولغرض بيان ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول الصياغة القانونية، أما الفرع الثاني التغيير السياسي و الاجتماعي، وعلى النحو الأتي .

الفرع الأول

الصياغة القانونية

تتكون القاعدة القانونية من عنصرين: عنصر العلم وعنصر الصياغة، حيث يتعلق عنصر العلم بجوهر القانون وموضوعه، أي المادة الأولية التي يتكون منها القانون، أما عنصر الصياغة، فهي تحويل المادة الأولية التي يتكون منها القانون إلى قواعد عملية صالحة للتطبيق الفعلي على نحو يحقق الغاية التي يفصح عنها جوهرها، لذا فإن أنواع الصياغة القانونية هي الصياغة الجامدة والصياغة المرنة[١] .

(١) محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص١٤٠.

تعرف الصياغة القانونية بإنها وضع الافكار القانونية الموجودة في ذهن المشرع أو القاضي بقوالب من حروف تلفظ باللسان وتكتب على الورق ويتم ذلك عن طريق أختيار الوسائل والأدوات الكفيلة بالترجمة الصادقة لمضمون القاعدة وأعطائها الشكل العلمي الذي تصلح به للتطبيق، وتعد الصياغة القانونية عنصراً هاماً من عناصر تكوين الأحكام والقواعد القانونية فهي التي تخرجها إلى حيز الوجود ويتوقف نجاح تلك القاعدة على دقة الصياغة ومدى ملائمة ادواتها[١] .

ذكرنا سابقاً أن الصياغة القانونية أنواع وهما، الصياغة الجامدة والصياغة المرنة ولمعرفة المزيد سنتناول ذلك وفق فقرتين وعلى النحو الأتي :

اولاً : الصياغة الجامدة

تواجه هذه الصياغة فرضا معينا تعطيه حلاً ثابتاً لا يتغير بتغير الظروف والملابسات الخاصة بكل حالة فردية تندرج تحت الفرض، ولذلك فهي تحقق ثبات القاعدة القانونية سواء بالنسبة إلى الوقائع الخاضعة لها أو الحل المطبق عليه، ومن هنا يكون عمل القاضي الذي يدعي إلى تطبيق القاعدة القانونية ذات صياغة جامدة عملاً محدداً بالنص القانوني، إذ تقيد هذه الصياغة القاضي تقيدا لا يستطيع معه إلا أن يثبت من حصول الوقائع التي تندرج تحت ما تتضمنه القاعدة من فرض معين ، وحينئذ لايملك إلا أن يعطيها الحل الثابت الذي تتضمنه هذه القاعدة[٢] .

لذا فإن القاعدة الجامدة هي القواعد التي توضع لتنظيم واقعة محدودة تحديداً كاملاً، فتتخذ عند تطبيقها طابعاً جامداً وموضوعياً، والسبب في ذلك ثبات الموضوع الذي تتضمه القواعد الجامدة مثل تصرفات الصغير غير المميز باطلة، فان ذلك لم يترك أي حرية للقاضي في تحويرها أو تفسيرها، بل إن جميع تصرفات التي تصدر من الصغير غير المميز باطلة، وقد يكون السبب اهمية الموضوع الذي تنظمه القواعد الجامدة كما ذكرنا سابقاً نص المادة(١٠٦) من القانون المدني العراقي بخوص سن الرشد[٣]، وكذلك المادة (١٧٢) من القانون المدني العراقي والذي يحتوي ايضاً صياغة جامدة والتي نصت على : (يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد على أَلاّيزيد هذا السعرعلى سبعة في المائة، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة وتعين رَدّ ما دُفِع زائداً على هذا المقدار)، وهنالك العديد من المواد في كافة القوانين ليس فقط القانون المدني يحتوي

(١) عيسى خليل خير الله ، روح القوانين، ط١، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٣، ص١٩.

(٢) حسن كيره ، المدخل إلى القانون ، النظرية العامة للقاعدة القانونية ، النظرية العامة للحق ، القسم الاول ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، بلا سنه نشر ، ص١٨٤.

(٣) إسماعيل نامق حسين، مصدر سابق، ص٢٣٣.

على نصوص جامدة، أما المشرع المصري ايضاً فقد حدد سن الرشد بصياغة جامدة وفق المادة (٢\٤٤) ويفهم منها أن سن الرشد في القانون المدني المصري هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة، وكذلك ايضاً هنالك العديد من نصوص القانون المدني المصري يحتوي على صياغة جامدة[١].

فالفكرة الجوهرية التي تضمنتها القاعدة القانونية وفق هذا المعيار تكون محددة تحديداً جامداً لايترك للقاضي أي مجال في إعمال السلطة التقديرية عند تطبيقها، فهي صياغة لا تؤخذ بالاعتبار ما يميز كل حالة من الحالات التي تطبق عليها القاعدة من ظروف أو ملابسات، من خلال هذا فإن هذا النوع من الصياغة يحقق الاستقرار في المعاملات؛ لأنه يمكن المخاطبين بالقاعدة القانونية من العلم مقدماً بكيفية تطبيقها، ويضفي على القواعد القانونية سلاسة التطبيق، ويجعل مهمة القاضي في تطبيق إحكام القانون دون حاجة إلى التغيير، مما يحقق سلامة الاحكام التي يصدرها[٢] .

ثانياً: الصياغة المرنة

إن النصوص القانونية المرنة لاتعطي صورة ثابتة محددة ولا تتغير بتغير الحالات التي تندرج نحو الفرض الذي تواجهه، وانما تكتفي باعطاء القاضي معياراً عاماً يتسم بالمرونة فيتمكن القاضي من خلال ذلك إلى اعطاء حلول قانونية تلائم كل حالة حسب ظروفها[٣].

توجد هنالك العديد من نصوص القانون المدني العرقي بصياغة مرنة ومن هذه النصوص نص المادة (١\١٦٩) حيث نصت :(إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره)، أي وفق هذا النص توجد هنالك صلاحية للقاضي بتقدير التعويض ، أي يفهم من خلاله يستطيع القاضي اعطاء حل يناسب الاطراف المتنازعة بتقديره للتعويض.

وكذلك نص المادة (١٤١) من قانون المدني العراقي حيث نص: (إذا كان العقد باطلاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقتضي به من تلقاء نفسها ولايزول البطلان

---

(١) ينظر نص المادة (١\٢٢٧) من القانون المدني المصري والتي جاءت مطابقة مع نص المادة (١٧٢) من القانون المدني العراقي التي تم ذكرها في المتن .

(٢) سلام عبد الزهرة الفتلاوي و آمنة فارس حامد عبد الكريم، المعايير العامة للصياغة التشريعية (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، م٩، ع٤، ٢٠١٧، ص١٠٧ ومابعدها

(٣) محمد كمال خميس الحولي ، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني(دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظم القانونية واحكام الشريعة الاسلامية) ، رسالة ماجستير، الجامعة الاسلامية، غزه، ص٧٢.

بالإجازة)، أي هنالك صلاحية المحكمة تقتضي بالبطلان من تلقاء نفسها، بالإضافة إلى ذلك هنالك العديد من المواد التي تحتوي على صياغة مرنة في القانون المدني العراقي[١] .

إما التشريعات محل المقارنة فقد توجد هنالك العديد من النصوص التي تحتوي على صياغة مرنة ، فالقانون المدني المصري نص في المادة (١\٥٠٠) على : (يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك)، الفقرة (٢) من المادة أعلاه نصت على : (فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للمواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع ، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع)، إما المشرع الفرنسي يحتوي ايضاً على العديد من النصوص المرنة [٢] .

يمكننا القول، القواعد القانونية المرنة هي بالاصل تعطي صلاحية الخروج عنها ونقضها بما يتلائم مع الأوضاع المستقرة اي تعطي صلاحية مطلقة للقاضي بنقض النص من عدمه .

من خلال ما تم ذكره أعلاه عن القواعد الجامدة والمرنة فلا بد من ذكر مزايا وعيوب كل من الصياغة الجامدة والمرنة، فالصياغة الجامدة تتميز بالانضباط وتحقيق الاستقرار في المعاملات، ومن شأنها أن تؤدي إلى المساواة المطلقة والعدل المجرد، إذ لامجال فيها للتحكم أو التمييز، ولكن يعاب على هذا النوع من الصياغة إنها لاتحقق العدالة لأنها تتسم بالجمود وعدم مراعاة الظروف بين حالة واخرى،اما الصياغة المرنة فإنها تتميز بتحقيق العدل لأنها تمكن القاضي من إعطاء الحل المناسب لكل واقعة أو الحل الذي يناسب ظروف كل حالة على حده، كذلك أنها تواكب التطور ومسايرة للتغيرات التي تحدث على جميع الجوانب سواء كانت اقتصادية، اجماعية، سياسية،ولكن يعاب على هذا النوع من الصياغة أنها تؤدي إلى التحكم بسبب السلطة الواسعة التي تمنحها للقاضي، وأنها تؤدي إلى تغاير الحلول بشأن الحالات المتماثلة مما يؤدي إلى عدم الاستقرار[٣] .

---

(١) ينظر :المادة (٦٢٠) والتي نصت على : (للواهب أن يرجع في الهبة برضاء الموهوب ، فإن لم يرض كان للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع) ، وايضاً نص المادة (٢\٢٤٦) والتي نصت على :(على أنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لايلحق بالدائن ضرراً جسيماً) ، ونص المادة (١\٨١) والتي نصت على : (لا ينسب إلى ساكت قولٌ ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان يعتبر قولاً) ، والمادة (١\١٦٩) نصت على : (إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فالمحكمة هي التي تقدره)، والمادة (١٠١) نصت على : (للمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند امتناع الولي عن الإذن ، وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك) .

(٢) ينظر نصوص المواد (١١٢٠-١٢١١-١٢٣١) من قانون العقود الفرنسي الجديد لسنة ٢٠١٦.

(٣) محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص١٤٢ ومابعدها.

من خلال ما تقدم أعلاه من ذكر مزايا وعيوب كل من الصياغتين الجامدة والمرنة ، يتبين للباحثة وفق وجهة نظر متواضعة ، إن عيوب الصياغة الجامدة تكون سبباً لنقضها والخروج عنها لكي يحقق النص القانوني الجامد المصلحة العامة للجميع فتكون هنالك ضرورة ملحة للنقض، إما الصياغة المرنة فإن المزايا التي تتمتع بها تؤدي إلى نقضها والخروج عنها، لإنها بالاصل تعطي صلاحية مطلقة للقاضي لنقضها والخروج عنها .

التساؤل الذي يثار هنا : هل الأخذ بالصياغة الجامدة للقاعدة القانونية أفضل أم الأخذ بالصياغة المرنة أم الجمع بين الصياغتين ؟ .

قد تكون اجابة الصياغة الجامدة بما تمتاز به من دقة وتحديد في التعبير والوضوح، ودورها في استقرار المعاملات، أو قد تكون اجابة الصياغة المرنة بما تمتاز من مرونة العبارة وسلاستها ، فمثل ماذكرنا انها مواكبة للتطور والمستجدات على عكس الصياغة الجامدة التي يكون مضمونها ثابت ولاتستطيع مسايرة الواقع، بالاضافة نجد أن الصياغة الجامدة في بعض التشريعات أدت إلى زعزعة اليقين القانوني وادى ذلك إلى اضطرابات من جهة المجتمع ومن جهة القضاء ايضاً ، فمن الأمثلة المعيبة على الصياغة الجامدة هو ما نصت عليه المادة (٣\١) من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى العراقي رقم (٧٧) لسنة ١٩٨٣ المعدل والتي نصت على : (إذا قضت المحكمة بابقاء الزوجة ساكنة بعد الطلاق أو التفريق في الدار أو الشقة المستأجرة فتنتقل الحقوق والالتزامات المقررة في عقد الايجار المبرم مع الزوج إليها)، إذ جرت احكام محاكم الموضوع ومحكمة التمييز الاتحادية واصدرت العديد من هذه القرارات ، ومن هذه القرارات القرار الذي أشار (.....ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه صحيح و موافق للقانون ، إذ في حالة الحكم للمطلقة بحق السكن في الدار المستأجرة من قبل مطلقها ، فإن حقوق والتزامات عقد الايجار تنتقل من ذمة الزوج المستأجرالاصلي إلى الزوجة المطلقة .....) ([1]).

أي يفهم من خلال ما تقدم ذكره على أن تتحمل الزوجة المطلقة بعد وقوع الطلاق وبناءً على طلبها البقاء ساكنة في الدار أو الشقة التي كانت تساكن زوجها فيها قبل وقوع الطلاق بدل الاجارة فيما إذا كانت الدار أو الشقة مستأجرة من قبل الزوج عند وجود الرابطة الزوجية ، أي يفهم من ذلك أن كل حقوق والتزامات عقد الإجارة التي كانت بعهدة الزوج ما له وما عليه تنتقل إلى عهده المطلقة التي

---

١) ينظر : القرار المرقم ١٠٧٦\ احوال شخصية \١٩٩٨ في ١٩٩٨\٣\٩ الصادر من محكمة التمييز ، نقلاً من : علي عبد الله عفريت الحريشاوي ، الفراغ في القانون (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه، كلية القانون ، جامعة كربلاء، ٢٠١٥، ص١١٥.

صدر الحكم لمصلحتها في السكنى، ومن ضمن الالتزامات دفع بدل الإجارة، ثم عدلت محكمة التمييز عن قراراتها تلك بعد ان تبين لها إشغال ذمة الزوجة المطلقة ببدلات الإيجار يجافي المنطق ويجرد القانون من حكمة تشريعه ويفرغه من محتواه وأصبحت القرارات التي تصدر من محكمة التمييز الاتحادية على النحو الأتي (..... لدى عطف النظر على الحكم المميز وجد انه غير صحيح و مخالف لاحكام القانون لأن محكمة الموضوع وإن اتبعت قرار النقض الصادر عن هذه المحكمة بعدد ٥٤٥٧\ش١\٢٠١٠ في ١٦\١\٢٠١١، إلا أنها إلى نتيجة غير صحيحة إذ انها حملت دفع بدلات الايجار خلافا لحكم المادة (٢) من قانون حق الزوجة المطلقة في السكنى ....) ([1]).

فيما سبق ذكره أعلاه ضرورة الأخذ بالصياغتين معاً ، إذ أن كل من الصياغتين لها هدفها الخاص الخاص وبالتالي لاغنى عن احدهما دون الأخرى في وضع القواعد القانونية، ولكن نجد أساس اللجوء إلى أحد الصياغتين يتوقف على أمور معينة[٢] وهي :

١- موضوع أو محل القاعدة القانونية .

هنالك العديد من المواضيع يفضل فيها الأخذ بالصياغة المرنة دون الجامدة، وبالعكس فإن الاختلاف هذا سببه ان نوع واسلوب الصياغة يكون حسب موضوع التشريع، وكل تشريع يختلف عن غيره من التشريعات .

٢- السلطة القائمة على تطبيق القاعدة.

للسلطة دور قوي وفعال في المفاضلة بين الصياغتين وترجيح احدهما على الأخرى ، فقد ترجح في حالات معينة اللجوء إلى الصياغة المرنة أو الصياغة الجامدة، فيجد الباحث أن القضاء يكون لديه صلاحية واسعة في الصياغة المرنة فيستطيع القاضي إن يحكم بما يناسب الواقع العملي، ولكنه لايجد هذه الصلاحية في الصياغة الجامدة فهو مجبر على تطبيق القانون .

٣ -مدى النضج الذي وصل اليه المجتمع في الموضوع محل القاعدة.

لذا أن المفاضله بين الصياغتين إن تتم وفق ظروف الواقع والحال، وبما يحقق المصلحة العامة للجميع ، أي تكون المفاضلة بينهما حسب وعي المجتمع .

---

١) ينظر : قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ٣٦٥٩ \ احوال شخصية ، نقلاً من : علي عبد الله عفريت الحريشاوي ، المصدر السابق ، ص١٢٠.

(٢) عليوة مصطفى فتح الباب ، الوسيط في سن وصياغة وتفسير التشريعات ، الكتاب الثاني ، صياغة وتفسير التشريعات ، بلا طبعة ، مطابع شتات ، مصر ، ٢٠١٢، ص٣٧-٤١.

الفرع الثاني

التغيير السياسي والاجتماعي

التغيير ظاهرة طبيعية تخضع لها جميع مظاهر الكون وشؤون الحياة المختلفة، و واضحة في كل مجالات الحياة السياسية والاجتماعية، وهذا ادى بدوره إلى تغيير وجه نظر بعض المفكرين إلى القول بإنه ليس هنالك مجتمعات ولكن هنالك تفاعلات وعمليات سياسية وإجتماعية في تغيير دائم وتفاعل مستمر، وقال الفيلسوف هيرقليطس ((أن التغير قانون الوجود والاستقرار موت وعدم)) [١].

ويعرف التغيير بأنه انتقال المجتمع بإرادته من حالة اجتماعية محددة إلى حاله أخرى أكثر تطوراً كما يعرف في العلوم الاجتماعية أنه التحول الملحوظ في المظهر أو المضمون إلى الأفضل، وبالتالي فإن التغيير السياسي عملية إرادية تنبع من رغبة وسلوك واعي للتأثيرفي مجريات سير الأحداث الحاصلة، وبالتالي فإن التغيير يتضمن التعديل نحو الأفضل لوضع ليس صحيحاً لاسيما في ممارسات وسلوكيات التي مضى عليها وقت وأصحبت غير مواكبة للتطورات الحاصلة ، فالتغيير السياسي من وجه نظر بعض الباحثين إنه عملية شاملة تهدف إلى تحقيق المصلحة العليا للأمه لاسيما التغيير هو بناء توجهات ووقائع تتعلق بالبنية الاجتماعية والفكرية والسياسية والاقتصادية [٢] ، وكذلك يعرف بإنه حدوث تغيير جذري في النظام السياسي وتأسيس مؤسسات وقواعد جديدة تخرج عن النمط السائد[٣] .

أما التغيير الاجتماعي مصطلح حديث ينشأ بوصفه دراسة علمية ولكنه قديم من حيث الاهتمام به وملاحظته، اذن هو العملية المستمرة والذي يمتد على فترات زمنية متعاقبة يتم خلالها حدوث اختلافات أو تعديلات معينة في العلاقات الانسانية أو المؤسسات أو التنظيمات و في الادوار الاجتماعية حيث إنه الاختلاف ما بين الحالة الجديدة والحالة القديمة أو اختلاف الشيء عما كان عليه خلال فترة محددة من الزمن ، فهو يحدث داخل المجتمع وبالتالي التغيير الاجتماعي هو التحول أو التبديل الذي يطرأ على البناء الاجتماعي خلال فترة من الزمن ؛ لإن المجتمع مجموعة معقدة من

---

(١) عبد المؤمن سي حمدي، إشكالية التغيير السياسي في المنطقة العربية في ظل التحولات الجديدة، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف- المسيلة، ٢٠١٩، ص٢١.

(٢) عبد المؤمن سيد حمدي، مصدر سابق، ص٢٢ ومابعدها.

(٣) حمد جاسم محمد الخزرجي ، مستقبل النظام السياسي في جمهورية إيران الإسلامية ، رسالة ماجستير ، كلية العلوم السياسية ، جامعة النهرين ، ٢٠١٠، ص٢٥١.

العلاقات الاجتماعية لايبقى كما هو اي مستقر ثابت، إنما هو في حالة دائمة من الحركة والتطور المستمر شانه شان الكائنات الحية[١] .

إن المجتمع العراقي شهد حالات تغيير اجتماعي وسياسي واضحاً وهذا بدوره انعكس انعكاساً قد يكون سلبياً أو ايجابياً على الواقع العراقي لا يمكن تجاهل ذلك ، وهذا التحول الذي حدث في المجتمع العراقي هو حقيقة تحول يتم وفق مراحل متعددة، وقلنا سابقاً إن التغيير قد يكون سلبياً أو قد يكون ايجابياً، فإذا استثمرت عوامل التقدم والتطور في المجتمعات الانسانية بشكل صحيح يكون التغيير ايجابياً ويعيش المجتمع حالة من النمو والتبديل في القيم والمعتقدات وانماط التفكير، أي يكون المجتمع مواكباً لحالات التطور والتقدم في كل المجالات (التكنولوجيا و الاقتصادية)، أما إذا استثمرت بشكل غير صحيح يكون التأثير في هذه الحالة سلبياً، فهنالك علاقة مابين النظام السياسي والقيم والمعتقدات الاجتماعية وهذه العلاقة ذات تأثير متبادل ، وبالتالي يمكن القول إن كل تغيير سواء اكان اجتماعي، سياسي، اقتصادي، ديني، فإن يؤثر على الدولة بشكل من الاشكال فتتغير المعتقدات وكذلك الانظمة والقيم، وهذا كله يسبب نقض للمسلمات التي مضى وقت طويل عليها .[٢] .

التغيرات التي حدثت تبدو واضحةً جداً في المجتمع العراقي في عام ٢٠٠٣ وما بعدها، على تغيير الأفكار السياسية والاجتماعية، فقد ادى ذلك إلى تغيير بعض النظم القانونية في القانون العام والقانون الخاص على السواء ، فالتغيرات أدت إلى تغيير كثير من القواعد القانونية وتطويرها [٣] .

من خلال ما تقدم ذكره ،وفق وجهة نظر الباحثة إن كل تغيير سياسي يؤدي إلى تغيير اجتماعي، وكل تغيير اجتماعي يؤدي إلى تغيير سياسي، فكل الاحداث التي ظهرت بعد عام ٢٠٠٣ كانت كلها سياسية واجتماعية أثرت على الواقع بشكل مباشر على كافة المجالات،وإن هذه التغيرات التي تحدث في المجتمع تؤثر على مسلمات القانون المدني فتؤدي إلى نقض هذه المسلمات وإحلال قواعد أخرى غيرها قد تؤدي إلى الغاء تلك المسلمات بصورة دائمة أو تؤدي إلى تغيرها بصورة مؤقتة، حيث إن التغيير السياسي والتغيير الاجتماعي أحد الأسباب الخاصة للنقض و إن التغيرات التي

---

(١) لطيفة طبال ، التغير الاجتماعي ودوره في تغير القيم الاجتماعية ، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية، ع٨، جامعة سعد دحلب البليدة(الجزائر)، ٢٠١٢، ص٤٠٧.

(٢)ينظر: حيدر الجراح، دور التغير الاجتماعي في التغيير السياسي في العراق، ورقه بحثية، ضمن فعاليات ملتقى النبأ الأسبوعي بمقر المركز في كربلاء المقدسة، يوم السبت الموافق٢٨\١٢\٢٠١٩، الساعة العاشرة والنصف صباحاً، منشور على موقع التواصل المعلوماتية(الانترنيت)، وعلى الموقع المتاح https://m.annabaa.org ، التاريخ ١٥\ ٤\ ٢٠٢٠، الساعة الرابعة عصراً.

(٣) علي عبد الله عفريت الحريشاوي ، مصدر سابق ، ص ١٤١.

تحصل في العراق تؤدي إلى تغيير جميع مسلمات القانون وليس فقط القانون المدني، إذ نجد هنالك العديد من القوانين التي صدرت في العراق بعد عام ٢٠٠٣ ، وعلى سبيل المثال القوانين التي صدرت كقانون حماية المستهلك وقانون التوقيع الإلكتروني اضافة إلى العديد من القوانين الحديثة فكل هذه القوانين جاءت بنصوص جديدة قد تكون غيرت أمور كانت ثابتة ومستقره منذ مدة لكي تكون أكثر استجابة لما يحدث في الواقع من تطورات .

الفصل الثاني

معوقات وتطبيقات نقض

المسلمات في القانون المدني

الفصل الثاني

معوقات وتطبيقات نقض المسلمات في القانون المدني

تمهيد وتقسيم : -

نتناول في هذا الفصل معوقات نقض المسلمات وابرز التطبيقات التي أدت إلى نقض ما كان مسلم به، و يلاحظ بأن هنالك العديد من المعوقات التي تعيق عملية النقض، فتحد من نقض المسلمات على الرغم من توافر ضرورة ملحة لنقض المسلمات في القانون المدني، فكيف من الممكن نقض مسلمات تواتر العمل عليها وأصبحت قواعد اساسية في القانون المدني، إذن يفهم من ذلك وجود معوقات لنقض المسلمات في القانون المدني تحول دون نقض المسلمات .

بالإضافة إلى ذلك نجد هنالك العديد من التطبيقات التي تشير إلى ضرورة النقض، أما لكون هنالك منفعة اقتصادية تترتب على النقض تعود بفائدة للفرد والدولة في آن واحد، أو تجنب بعض المسائل التي تكون فيها صعوبة إثبات من كان السبب في حدوث الاضرار، وكذلك تبين هذه التطبيقات مدى التطور الذي اصاب المجتمعات بصورة عامة، الذي أدى إلى ان يتم التخلي عن قواعد مسلم بها منذ فترة طويلة، ليحل محلها قواعد اخرى فقد تكون هذه الاخيرة أما مسلم بها بصورة دائمة أو بصورة مؤقتة ويتم الرجوع إلى الاصل ؛لانه الثابت والمسقر، أما القواعد الاخرى التي يتم وضعها قد لاتكون من المسلمات، أي يكون الهدف منها مجرد تحسين الأوضاع .

لذلك سنقسم هذا الفصل على مبحثين ، نتناول في المبحث الأول معوقات نقض المسلمات في القانون المدني وهذا المبحث يقسم على مطلبين، المطلب الأول منه نتناول المعوقات القانونية، والمطلب الثاني نتناول فيه المعوقات التكنولوجية، أما المبحث الثاني من هذا الفصل نتناول تطبيقات نقض المسلمات في القانون المدني وهذا المبحث يقسم على مطلبين ، المطلب الأول التطبيقات الموضوعية ، والمطلب الثاني التطبيقات الاجرائية وعلى النحو الأتي.

المبحث الأول

معوقات نقض المسلمات في القانون المدني

إن موضوع نقض المسلمات قد أثار العديد من الاراء في الفقه، كيف ان معنى (النقض) والذي يقصد به الازالة و(المسلمات) انها الثوابت كيف يمكن نقضها، ويمكن القول وفق رأي متواضع تم حل هذه المسألة، ولكن عند البحث في موضوع نقض المسلمات نجد هنالك العديد من

المعوقات حول إمكانية نقض ما كان مسلم به، ولكن يمكن القول إنه لا يوجد معيار شامل لكل حالات النقض لذلك توصل إلى انه لا يمكن القول بإن المعوقات التي سوف يتم ذكرها تطبيق على جميع حالات نقض المسلمات، أي يمكن تطبق على حالة دون حالة اخرى، أو قد تطبق على جميع الحالات، لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول المعوقات القانونية، والمطلب الثاني المعوقات التكنولوجية، وعلى النحو الأتي .

المطلب الأول

المعوقات القانونية

ذكرنا سابقا أن نقض المسلمات يعتبر خروج عن القواعد العامة (استثناء)، وبالتالي الأستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه وهذا واضح من خلال المادة (٣) من القانون المدني العراقي التي أشارت إلى (ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه)، فقد يكون سبب نقض المسلمات أن هنالك أسباب عامة أو أسباب خاصة لنقض المسلمات، فعلى الرغم من ان هنالك اسباب للنقض لغرض تحقيق هدف معين، أو غرض معين إلا أنه لايمكن النقض بسبب وجود معوق الذي يقف حائلا امام عملية نقض المسلمات ، حيث نجد الواقع يشير إلى ضرورة استقرار المعاملات واستقرار القواعد القانونية فعند النقض سيكون الواقع امراً في غاية الصعوبة لان المجتمع لابد ان يحافظ على الاستقرار، فهنالك حاجة ماسة إلى النقض لغرض مواكبة التطور مثلا أو اشارة لهدف معين وبين المحافظة على الاوضاع المستقرة، لذلك سنتناول في هذا المطلب استقرار المعاملات المالية في الفرع الأول، واستقرار القواعد القانونية في الفرع الثاني، وعلى النحو الأتي .

الفرع الأول

استقرار المعاملات المالية

إن مبدأ استقرار المعاملات يعد من المبادئ الاساسية في أطار القانون بصورة عامة، والقانون الخاص بصورة أخص وان القانون المدني بوصفة الشريعة العامة فإن كثيراً من قواعده ترتكز على مبدأ استقرار المعاملات [١] .

(١) آوات عمر قادر حاجي، مصدر سابق، ص١٤.

حيث يعد استقرار المعاملات امراً مرغوباً فيه لاهميته بضمان التطور المطرد الحاصل في المجتمعات في شتى مجالات الحياة سواء أكانت اقتصادية ، سياسية ، اجتماعية فضلاً عن الاستقرار الامني[١] .

ويعتبر مبدأ استقرار المعاملات احد المرتكزات الضرورية في حياة المجتمعات بشكل عام، فلا يمكن أن يلتزم أي منا بالقيام بعمل ما ويتراجع عنه هكذا بدون مبرر مشروع[٢] .

وفق ماتم ذكره، يمكن القول، لايوجد تعريف مانع جامع في القانون المدني العراقي، ولكن هذا لايعني عدم البحث في مفهومه، حيث لابد أن نستنتج تعريفاً لاستقرار المعاملات من موقف الفقه القانوني .

فالقانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات في المجتمع بين ألاشخاص أنفسهم أو بينهم وبين الدولة لابصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، أنما بوصفها شخصاً عادياً، فالدولة تدخل في العلاقات التي يحكمها القانون الخاص بعد ان تتجرد من صفة صاحبة السيادة والسلطة العامة وتنزل إلى مرتبة شخص عادي، سواء أكان الطرف آلاخر في العلاقة من الاشخاص الحكمية أم من الاشخاص الطبيعية، حيث إن العلاقات التي يحكمها القانون الخاص تعد من صميم الحياة في المجتمع، لانها تخص روابط الاحوال المالية والعائلية للاشخاص[٣].

ويعرف القانون المدني بشكل عام بالعديد من التعاريف[٤]. اذ يفهم من التعاريف إن القانون المدني ينظم نوعين من العلاقات، النوع الأول علاقات الاحوال الشخصية التي ترتبط بتنظيم علاقة

---

(١) علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء ،٢٠١٤، ص٦.

(٢) ياسين الكيالي، استقرار المعاملات في زمن القوة القاهرة – فيروس كوفيد ١٩ نموذجاً ، مقالة قانونية ، منشورة على موقع التواصل الاجتماعي (الانترنيت) وعلى الموقع المتاح https:\\www.droitetentreprise.com ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠\٦\٦، الرابعة عصراً .

(٣) غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ط٧، دار وائل للنشر، عمان ، ٢٠٠٤، ص٥٦.

(٤) اذ يعرف بإنه (مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط الخاصة بين ألافراد في المجتمع سواء أكانت روابط أسرة أم معاملات مالية، فهو ينظم حياة ألافراد داخل الجماعة فيما يتعلق بصلته بأفراد الاسرة وكذلك الروابط المالية، فالقانون المدني اهم فروع القانون الخاص ، بل هو يعد في الواقع أساس القانون الخاص ؛ لانه ينظم الروابط الخاصة بجميع الأفراد في المجتمع) ، وكذلك يعرف (بإنه مجموعة القواعد القانونية التي تحكم المعاملات المالية بين الافراد أو بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصاً معنوياً، ولكن في انظمة القوانين الغربية يشمل فضلاً عما ذكر الروابط الاسرية) ينظر د. عبد الرزاق الفحل ، المدخل لدراسة الانظمة ، ط٣، بلا مطبعة ،١٩٩٣، ص٥٥، وايضاً ينظر =

الفرد بأسرته، أما النوع الثاني فهو الذي يهمنا العلاقات المالية البحتة (قواعد المعاملات)، التي تنظم العلاقة المالية للفرد بغيره، وهذا العلاقة التي ينظمها القانون المدني تنصب على المال تحديداً،والمال وفق المادة (٦٥) والتي نصت على : (المال هو كل حق له قيمة مادية)، وبالتالي يمكننا القول أن الحق في المعاملات المالية هو مصلحة ذات قيمة مالية يقرها المشرع للفرد ويحميها وينظمها بقواعد تشريعية[١] .

إما المقصود بالمعاملات المالية في العلاقات القانونية المالية وتسمى كذلك (الاحوال العينية)، حيث يدخل في نطاق الاحوال العينية أو المعاملات كل ما يتصل بالعلاقات المالية بين الشخص وغيره كتحديد معنى المال وبيان انواع الحقوق المالية والسلطات التي تخولها وطرق اكتسابها وانتقالها وايضاً انقضائها[٢] . يلاحظ مما سبق بيانه أن الفقه القانوني لم يعرف استقرار المعاملات فضلاً عن أنه قصد بالمعاملات الروابط والعلاقات القانونية بين أشخاص القانون الخاص.

حيث إن منطق فكرة القانون يقضي بأن هدف القانون هو تنظيم المجتمع، ويهدف القانون الوضعي إلى تحقيق النظام في الحياة الاجتماعية، أي أنه يحقق الأمن والمساواة القانونية بين الافراد، فبوجوده المسبق يستطيع الأفراد بكل أمان أن يتصرفوا وفقاً له وبمعرفة تامة لما يريده القانون الذي ينظم هذه التصرفات، فالقانون الوضعي بثباته ودقتهٍ يدخل الأمن في العلاقات القانونية، وبهذا يتحقق الامان الثابت المتمثل بحماية الحقوق الفردية، التي تنسجم مع الغاية الفنية للقانون المتمثل بحماية الحقوق الأشخاص المخاطبين بأحكامه[٣]،ولكن الغاية الاخرى الذي يهدف القانون إلى تحقيقها هي حسن التنظيم الاجتماعي وإرسائه على أساس العدل وأن حسن التنظيم الاجتماعي يتطلب ايضاً توفير الثقة المشروعة للمتعاملين، وذلك بحماية أمن التعاون اي خلق الامان الاجتماعي وبالتالي أقامة التوازن بين الأمنيين وترجيح المصلحة الاجدر بالرعاية في حالة حدوث التعارض فيما بينهما وفقاً للموازنة المقررة لمقاصد القانون، اي يكون الترجيح حسب المعيار الذي يتفق مع الإطار التشريعي العام، كما ذكرنا سابقاً أن غاية القانون هي غاية نفعية وهي اقامة النظام في المجتمع والمحافظة عليه، وهذه الغاية النفعية تهدف إلى استقرار القانون.

د.عادل شمران الشمري ود. علي شاكر البدري و رحيم عبيد الاسدي، المدخل لدراسة القانون ، ط٢، الوارث ، ٢٠١٦ ، ص١٢١ .

(١) أسيل باقر جاسم و أحمد سلمان شهيب، موجز الأحكام في مصادر الإلتزام، ط١، الميزان، ٢٠١٥، ص١٣.

(٢) علي حميد كاظم الشكري، مصدر سابق، ص١٥ وما بعدها .

(٣) آوات عمر قادر حاجي، مصدر سابق، ص٣٤.

فمهمة القانون في كل مجتمع سليم هي العمل على ان تتجه حركة أفراد المجتمع نحو (المصلحة العامة) والتي هي عبارة عن مصلحة المجتمع بجميع طبقاته وفئاته، حيث إن التقلبات التي تتعرض لها المجتمعات تعتبر اصدق أختبار للقانون والسبب في ذلك؛ إنها تهدد القيم العزيزة عليه، فالاستقرار والثبات من أهم الخصائص الاساسية في الفكر القانوني ، فيعتبر خصائص اساسية لتقدمة وتطوره ، ولكن رغبة رجل القانون في الاستقرار قد تغض البصر بما يجد في المجتمع من حاجات واحداث فيصبح القانون بمعزل عن واقع الحياة الاجتماعية [١].

ويلاحظ إن القانون ليس مجرد علم قائم على التجريد فقط، وايضاً ليس مجرد عمل عقلي بحت بل هو من العلوم ذات الصلة الوثيقة بالمجتمع ينصهر في طبيعته، يؤثر فيه ويتأثر به ، فضرورة أخضاع القانون لمقتضيات الضرورة هو من الاسباب الاساسية لحياة البشر، حيث لابد إن تكون حياة التشريع إلا في المدى الذي ينسجم مع متطلبات التطور ،حتى يكون مستعداً لاتخاذ الوضعية الواقعية والعلمية التي تفرضها تلك المتطلبات المستحدثة، فإذا كان الثبات القانوني هو السبيل للاستقرار فإن التحولات هي الاساس في حياة المجتماعات، " فإن نحيا ، هو ان نتحول ونتغير كما يقول ديموج ، شرط أن تبقى ضمن إطارات عامة ومحددة [٢] .

فمن المسلم به أن القانون مهما بلغ من الدقة في صياغته ومهما كانت قوة تجاوبه مع القيم الاجتماعية، فلا يمكن ان يحيط بجميع الجزيئيات وان يتصور جميع الفرضيات الخاصة التي يمكن ان تحدث تبعا لمسيرة المجتمع وتطوره ، فسمة الحياة هي التطور وتبعاً لذلك تتغير عادات المجتمع وتقاليده ومصالحه، وهذا الامر يتطلب ان تتغير تبعا لذلك مسلماته ايضاً لتواكب التطور، لأن الهدف من ذلك هو حماية مصالح الناس والوفاء بحاجاتهم ولتحقيق العدالة التي هي هدف القانون[٣].

فقد يتصور للقارئ كيف أن يكون استقرار المعاملات معوقاً لنقض المسلمات، فقد تثار العديد من التساؤلات حول ذلك ، ولغرض الخروج من هذا الضيق فإنه لابد من الأخذ بالمفهوم المخالف لإستقرار المعاملات، فيسعى القانون ويهدف إلى المحافظة على استقرار المعاملات، وأن إي إخلال قد يحصل يؤثر بشكل سلبي على وجود القانون والهدف منه، حيث إن هذا السبب وأن كان صحيح ومطبق إلا أن في بعض الحالات يكون عائق أمام التطورات الحاصلة في المجتمع،مثلاً اللجوء إلى

---

(١) حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص١٥٦.

(٢) سامي بديع منصور ، مصدر سابق، ص٤٦٩.

(٣) نشأت احمد نصيف، الاسس الشرعية التي يرتكز عليها تطور الفكر القانوني الحديث، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، م١٤، ع٢، ٢٠١٢، ص٩.

الأخلال الفعال بالعقد لتحقيق مصلحة الأطراف بنقض العقد شريعة المتعاقدين، فهنالك أوضاع مستقره، ونقض هذه الأوضاع يؤدي بدورة إلى زعزعه الثقة والأمان حول العقد، بالتالي فإن الأوضاع المستقرة تكون عائق أمام نقض مسلمات القانون المدني ، ولكن في الوقت ذاته نجد إن نظرية الأخلال الفعال تهدف إلى تحقيق أستقرار المعاملات بحصول كل طرف على حقة أكثر من الأستمرار بالعقد، ونجد كذلك المسؤولية الموضوعية كان هدفها الحفاظ على أستقرار المعاملات بتعويض الطرف الذي أصابة ضرر دون حاجة لإثبات الخطأ الذي يتطلب إجراءات كثيرة ونفقات تكاد تكون صعبة و مكلفة في الوقت ذاته للطرف المضرور، وايضاً الفسخ الجزئي كان يسعى من خلاله إلى تحقيق استقرار المعاملات بعدم ضياع الوقت والجهد، وكذلك نقض مدد الطعن بموجب مسائل الحل والحرمة يهدف إلى استقرار المعاملات، فإن كان أستقرار المعاملات معوق من جهه ولكن تطبيقات نقض المسلمات جميعها تهدف إلى أستقرار المعاملات .

الفرع الثاني

استقرار القاعدة القانونية

تعرف القاعدة القانونية بأنها " قاعدة سلوك عامة ومجردة، تنظم علاقات الافراد في المجتمع على نحو ملزم "[١] .

حيث يتكون القانون من مجموعة القواعد الأجتماعية، ولكن ذلك لايكفي لتعريف القانون؛ لأن جميع القواعد الأجتماعية لاتعتبر من القواعد القانونية، لذلك فإن القانون يعرف ((عبارة عن القواعد التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع بطريقة عامة ومجردة ويلزم الأفراد بإتباعها عن جزاء توقعه السلطة العامة على من يخالفها))[٢].

و بذلك فإن القاعدة القانونية هي الوحدة أو الخلية التي يتكون منها القانون بأكمله، وهذا يجعل من تحديد وتعريف للقاعدة القانونية تحديد لمعنى القانون وخصائصه، ولكن لابد من الاشارة أنه لايعني تعبير القاعدة القانونية لايتطابق بالضرورة مع تعبير النص القانوني، لان النص القانوني الحكم القانوني المدون كتابة، والقاعدة القانونية قد تكون مدونة في اطار نص قانوني، أو قد تكون قاعدة

(١) عبد القادر محمد شهاب، أساسيات القانون والحق في القانون الليبي، ط٦، الفضيل للنشر والتوزيع، بنغازي، ليبيا ، ٢٠١٣، ص٣٧.

(٢) محمد المرسي زهرة، مبادئ القانون، بلا طبعة ، دار النهضة العربية، ١٩٩٦، ص١١.

عرفية درج الناس على إتباعها دون أن يتضمنها نص قانوني مكتوب، وكذلك القاعدة القانونية تتكون من عنصرين وتتمثل في (واقعة معينة أو ظاهرة بذاتها ، والحكم)، حيث إن هذه الواقعة قد تكون طبيعة لادخل للانسان بها أو قد تكون بفعل الانسان أو قد تكون مركبة من فعل الانسان والطبيعة في انشائها ، أما العنصر الثاني فهو الحكم ويقصد به الاثر الذي يرتبه القانون [١].

مثلاً نص المشرع العراقي في القانون المدني في المادة (٤٢٥) على إنه: (ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لايد له فيه) فنجد ان هذا النص يؤكد عناصر القاعدة القانونية حيث يوجد به واقعة معينة وحكم ، فالحكم في هذا النص هو انقضاء الالتزام، والواقعة هواثبات المدين انه اصبح غير قادرعلى الالتزام بسبب اجنبي، ونجد القانون المدني المصري جاء مطابقا للمشرع العراقي حيث اشار ايضا إلى عناصر الالتزام بوجود واقعة وحكم وهذا مانراه واضحاً في نص المادة (٣٧٣)، والتي مطابقه تماماً لنص المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي.

بالرجوع إلى تعريف القانون نجد إنه : مجموعة من القواعد العامة المنظمة لسلوك الأفراد في المجتمع والتي تحملهم السلطة العامة على احترامها مع إمكانية استعمالها للقوة حين الضرورة، لذا يتبين لنا أن للقاعدة القانونية خصائص جوهرية[٢] وهي :

أولاً : القواعد القانونية عامة ومجردة ونعني بالعموم والتجريد بأنها موجة إلى كافة الأشخاص في المجتمع ، وليس لشخص واحد بذاته، وإنها تحكم كافة الوقائع، دون واقعة محددة بذاتها بل لكافة الاشخاص، متى تحققت فيهم الشروط المطلوبة، وكافة الوقائع متى تحققت فيها العناصر المطلوبة، فالعموم والتجريد يتحقق،وهذا يعني عدم التميز بين شخص وآخر وإن إعمال المساواة وتحقيق الاستقرار والعدل في المجتمع يتحقق من هذا العموم والتجريد[٣].

ولكن لابد من القول ان عمومية القاعدة لاتعني أنها تنطبق بصفة مطلقة على كافة الناس، بل قد تتحدد من حيث الاشخاص أي هنالك العديد من القواعد لايمكن تطبيقها إلا على فئة معينة من الاشخاص قد تضيق هذه الفئة أو تتسع مادام ان المخاطب فيها لم يتحدد ذاته وانما تحدد بوصفه كالقوانين التي تنظم النقابات، وكذلك قد تحدد القاعدة القانونية من حيث الزمان فهنالك العديد من

---

(١) محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، بلا طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٢، ص١٠.

(٢) عباس الصراف ، المدخل إلى علم القانون، ط٤، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧، ص١١.

(٣) سليمان الناصري، المدخل للعلوم القانونية على ضوء التشريعات في دولة الأمارات العربية المتحدة مقارنة بالقوانين العربية، بلا طبعة، المكتب الجامعي الحديث، ٢٠١٠، ص١٨-١٩.

القواعد تضع لمدة معينة، كالقوانين الصادرة بالاحكام العرفية، وقد تحدد القاعدة القانونية من حيث المكان، الاصل انها توضع لتطبق على كافة اقليم الدولة ولكن قد يحدث ان تنفرد اجزاء معينة من اقاليم الدولة بتنظيم قانوني خاص ، وهذا في الغالب يحدث في حالات أستثنائية وتكون مؤقتة[١].

فكون القاعدة القانونية تتسم بالعمومية والتجريد من شأنه ان يتحقق لها الاستقرار ويعد امراً ضرورياً ومهما في المجتمعات التي تتسم بسرعة التطور لاسيما في العصر الحديث، إذ إن كفاية القاعدة القانونية تعتبر من أهم الوسائل لضمان حقوق الاشخاص وحرياتهم ومصالحهم[٢].

ثانيا : القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعي وتعني أن القواعد القانونية تهدف إلى تنظيم العلاقات الاجتماعية التي تنشأ بين افراد المجتمع، ويقتضي ذلك ان يكون لهذه العلاقات مظهر خارجي معين ، فلا يهتم القانون بالنوايا طالما أنها لم تتخذ مظهراً ملموساً يدل عليه،ولكن مع ذلك قد يعتد القانون بالنوايا بشرط صدور عمل مادي من الشخص يدل على توفر النية لديه فتحديد مدة التقادم المكسب بخمس سنوات، بدلاًمن خمسة عشر عاماً إذا كان الحائز حسن النية، بثبوت جهله بأنه يحوز مالا مملوكا لغيره[٣] .

حيث يترتب على كون القاعدة القانونية قاعدة سلوك أجتماعية نتيجتان[٤] :

النتيجة الأولى : اختلاف القواعد القانونية من مجتمع إلى أخر، وفي المجتمع نفسه من مدة زمنية إلى مدة زمنية معينة والسبب في ذلك هو؛ اختلاف السلوك الاجتماعي التي يحكم العلاقات الاجتماعية الناشئة بين الافراد باختلاف الزمان والمكان .

النتيجة الثانية :اهتمام القواعد القانونية بالسلوك الخارجي للإنسان، أما النوايا والبواعث والدوافع التي تظل كامنة في نفس صاحبها فهذه ليست محل أعتبار، إلا إذا خرجت النية إلى حيز الوجود واتخذت مظهراً خارجياً ففي هذه الحالة تخضع للقانون .

---

(١) محمد السيد عمران، مصدر سابق، ص١٣-١٤.

(٢) علي حميد كاظم الشكري ، مصدر سابق ، ص٥١.

(٣) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، بلا طبعة ، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٩.

(٤) محمدين عبد القادر محمد، المدخل لدراسة القانون(دراسة مقارنة في القانون المصري والانظمة السعودية) ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ،ط١، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص٢١ ومابعدها .

ثالثا: القاعدة القانونية ملزمة مقترنة بجزاء ويقصد بها أن اتباع القاعدة القانونية مفروض على ألافراد ولو بالقوة عند الضرورة، حيث توجد سلطة عليا في الجماعة بإجبارهم على احترامهابما يتوفر لديهم من قوة مادية لايستطيعون مقاومتها، والجزاء ضروري في القاعدة القانونية والسبب في ذلك؛ لأن مجرد تقرير القواعد القانونية لا يؤدي إلى استقرار وإرساء دعائم النظام الاجتماعي [١].

حيث يهدف القانون من هذا الجزاء ضبط النظام في المجتمع وتحقيق خير والاستقرار بالمجتمع ، وذلك لايتحقق إلا من خلال فرض جزاء في حالة مخالفة القانون، فالقانون بهذا المعنى ليس نصيحة أو رجاء من الأفراد لإتباع أمر معين، وانما هو أمر للجماعة يقترن بجزاء حال يوقع على المخالف من خلال سلطة مختصة بذلك[٢] .

وفق ما تقدم ذكره من خصائص للقاعدة القانونية، يمكن للباحثة القول وفق وجهة نظر متواضعة إن اساس استقرار القاعدة القانونية هو الخصائص التي تتمتع بها كل قاعدة قانونية فكونها عامة ومجردة أي إنها موجهه إلى الكافة ولاتميز بين شخص واخر، وكذلك اجتماعية اي تناول المجتمع بصورة مطلقة، ومقترنة بجزاء انها تفرض الجزاء في حال مخالفتها، وبسبب هذه الخصائص فإن القاعدة القانونية مستقرة .

وإن استقرار القاعدة القانونية يعني تحقيق الامن القانوني والعدالة والتقدم، حيث إن القانون علم تقيمي هادف وليس مجرد علم تقريري أو تفسيري أي هو لا يكتفي باصدار الأحكام إنما يتغلغل في ما وراء ذلك، ولهذا عند وضع القواعد القانونية فانه يتحتم علينا معرفة الهدف الاجتماعي من هذه القاعدة الاجتماعية، أي بعبارة اخرى تحديد القيم الاجتماعية التي يراد تحقيقها[٣] .

وبما ان هدف القاعدة القانونية هو تحقيق اليقين القانوني وتحقيق الاستقرار و العمل على تقدم المجتمع وتحقيق الامن الفردي والجماعي داخل المجتمع فضلاً عن تحقيق اهداف اقتصادية، فإن هدف القانون نفسه هو هدف القاعدة القانونية وكما يأتي:-

١- : تحقيق اليقين القانوني : قد يستخدم مصطلح الامن القانوني للدلالة على اليقين القانوني، على اساس أن كلاهما يحملان المعنى ذاته، فوفقاً لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (oecd)، فإن

---

(١) إسماعيل عبد النبي شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، القسم الأول ، نظرية القانون ، ط١، الوفاء القانونية، ٢٠١٣، ص٣٣ ومابعدها.

(٢) سليمان الناصري، مصدر سابق، ص٢٠ ومابعدها.

(٣) حسن علي الذنون، مصدر سابق، ص١٥٨.

استخدام مصطلح الامن القانوني أو اليقين القانوني كلاهما يحملان المعنى ذاته، أي يسعى القانون إلى انشاء مجتمع قائم على القواعد الصالحة، وتطبيق القانون والقواعد القانونية بطريقة تضمن الحقوق والحريات الاساسية وعدم التعدي عليها [١] .

فاليقين القانوني أو الأمن القانوني هو القيمة الاجتماعية الأولى في كل مجتمع سليم هو الأساس الأول لكل تقدم، وهذا لايتوفر إلا اذا اتخذت القاعدة القانونية مظهر خارجي بحيث يستطيع الانسان معرفة ماله وماعليه، فنص المادة (١\١١٦٣) من القانون المدني العراقي والتي نصت على: (من حاز- وهو حسن النية – منقولاً أو سنداً لحامله مُسْتَنِدَاً في حيازته إلى سبب صحيح ؛ فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد)، حيث نجد في هذا النص تحقق الامن القانوني عن طريق حماية وضع اليد عن طريق الدعاوى الخاصة بذلك، والسبب في ذلك نجد ان المادة (١\١١٤٥) من القانون المدني العراقي اشارت إلى تعريف الحيازة والتي نصت على : (الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شئ يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق)، وقد أشارت المادة (١١٦٢) على انه : (تسري قواعد التقادم المانع من سماع الدعوى بالالتزام ، على التقادم المانع من سماع الدعوى بالملك فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازع عنه والاتفاق على تعديل المدة، وذلك بالقدر الذي لاتتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المانع من سماع دعوى الملك ومع مراعاة الأحكام السابقة)[٢]، فنجد هدف هذه النصوص القانونية هو لتحقيق الامن القانوني .

حيث إن الأمن القانوني يهدف إلى استقرار المراكز القانونية أو الثبات النسبي للمراكز القانونية من حيث الزمان، وكذلك يهدف إلى تحديد ووضوح المراكز القانونية وبالتالي فإن القواعد القانونية لابد إن تكون على قدر كافٍ من الجودة والكفاءة [٣].

عند النظر في نقض المسلمات نجدها في الوقت ذاته تهدف إلى استقرار المراكز القانونية لكل أطراف العلاقة التعاقدية ، فعند نقض قاعدة مسلم بها بقواعد أخرى يؤدي هذا الأمر إلى وضع قواعد أخرى ذات مستوى عالٍ من الكفاءة ، مثلاً نجد نقض قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بموجب (نظرية

---

(١) مازن ليلو راضي ، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول إلى القانون، مجلة كلية العلوم القانونية، جامعة بغداد ، ع١، ٢٠١٩،ص٧ ومابعدها.

(٢) حسن علي الذنون، مصدر سابق، ١٦٠-١٦٢.

(٣) علي مجيد العكَيلي ، مبدأ الامن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي ، ط١، المركز العربي ، القاهرة ، ٢٠١٩، ص١٥.

الأخلال الفعال) جاءت لمعالجة حالات معينة ولتحقيق الثبات والاستقرار بإن نقض العقد يحقق مصلحة أكثر من الأستمرار بالعقد .

٢ : **تحقيق الاستقرار :** إن الاستقرار هو المكمل الطبيعي للأمن والعدل، والقانون في سبيل تحقيق هدف الاستقرار، يتوخى أن يكون ذلك بطرق فنية فعند وضع قواعد عامة مجردة ومقترنة جزاء واجتماعية فهذه الامور كلها تحقق الاستقرار[١] .

فلايمكن لأي مجتمع أن يقوم ويحقق الرفاه بدون أن يفرض القانون الامن والاستقرار، فالقانون يوازن بين المصالح المتعارضة ويوفق بينها ، ويسعى إلى تحقيق الحياة المستقرة للأفراد، وهذا لايتحقق إلا أن يطبق القانون والانصياع لأوامره، فبدون القانون تضطرب الحياة، وتسود الفوضى، لذلك فإن القانون يعد بمثابة السياج الذي يحمي الأفراد ويصون مصالحهم، ولايقصد بذلك أن ماتصدره الدولة من قوانين لفرض الأمن والنظام بالقوة بل أن دور القانون يتركز في تحديد حقوق وواجبات كل فرد، وتحقيق المساواة بين الأفراد انطلاقاً من المصلحة الخاصة لكل فرد، في أطار المصلحة العامة للجميع[٢] ، كذلك نجد إن نقض المسلمات يهدف إلى تحقيق الاستقرار والرفاهية للمجتمع بصورة عامة ، لكونه يعالج مسائل في غاية الأهمية .

٣ : **العمل على تقدم المجتمع :** لاشك في أن العمل على تحقيق الامن القانوني والاستقرار فيؤدي بطريقة غير مباشرة إلى تقدم المجتمع وازدهاره، لإن تحقيق الاهداف اعلاه يساهم ويدفع الافراد إلى زيادة النشاط وذلك يؤدي إلى زيادة الانتاجية وهذا يعود على الافراد والمجتمع بالخير[٣]، الهدف الأساسي من موضوع نقض المسلمات هو مواكبة التطورات الحاصلة في المجتمع ، بجعل القواعد القانونية المسلم بها تتغير و تتبدل لتحقيق مصالح الأفراد بصورة عامة .

٤ : **تحقيق الامن الفردي والجماعي داخل المجتمع :** يصل القانون لتحقيق هذا الهدف عن طريق خلق الوسائل الكفيلة لمنع الاعتداء فيما بين افراد الجماعة، وتوفير اساليب لدفع هذه الاضرار، حيث استقر في هذا المجال مبدأ اساسي، إلا هو مسؤولية الشخص عن الاضرار التي يحدثها للغير نتيجة خطئه، وفي بعض الأحيان يكون الشخص مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالغير، فيلتزم بالتعويض، حتى وان لم يتوافر في سلوكه صفة الخطأ، واستقرت الأنظمة القانونية الحديثة على أن

---

(١) عبد القادر محمد شهاب ، مصدر سابق، ص٢٦.

(٢) أحمد محمد حوامدة، قضايا قانونية معاصرة، بلاطبعة ، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، الاردن، ص١٣٠.

(٣) عمرو طه بدوي، المدخل لدراسة القانون، الكتاب الاول ، نظرية القانون، بلا طبعة ، بلا مطبعة، بلا سنة نشر، ص٥.

يكون الشخص مسؤولاً عم الأضرار التي تحدثها الأشياء الموضوعة تحت حراسته[١]، من تطبيقات نقض المسلمات (المسؤولية الموضوعية) هدفها هو تحقيق الأمن الفردي والجماعي داخل المجتمع بغض النظر عن وجود ركن الخطأ من عدمه ، وهذا الأمر خفف الكاهل عن الشخص المضرور عن إثبات ركن الخطأ والحصول على تعويض يتناسب مع ما أصابه من ضرر.

٥: تحقيق اهداف الاقتصادية : حيث لكل نظام أقتصادي مقتضيات معينة على مستوى التنظيم القانوني، فالاهداف الاقتصادية لابد وان تصاغ ضمن أطار وقواعد قانونية يكون غايتها تحقيق الرفاهية للافراد بصورة خاصة وللمجتمع بصورة عامة[٢]، عند وضع قواعد جديدة تحقق مصالح الأفراد في المجتمع ، فإن هذه المصالح في الوقت ذاته تحقق أهداف اقتصادية .

من خلال ما تقدم يمكن القول، إن هذه الأهداف متحققة ومستقرة كيف يمكن نقضها، وفي حال نقضها هل ترجع الأوضاع مستقرة كما كانت أم تصبح هنالك فوضى لايمكن السيطرة عليها؟، لذا فإن المسلمات الثابتة التي تحتاج لضرورة نقضها بسبب ظروف أوأحداث معينة ستصطدم بواقع اجتماعي بالإساس مستقر، ولكن في الوقت ذاته نجد إن الأسباب التي تؤدي لنقض الأمور المسلم بها يترتب عليها ذات الأهداف التي يسعى القانون أو القاعدة القانونية للحفاظ عليها ، فعلى الرغم من نقض قاعدة العقد شريعة المتعاقدين بموجب (نظرية الأخلال الفعال) إلا اننا نجد بهذه النظرية حسن نية بالتعامل، وبتوافر هذا المبدأ يؤدي إلى أستقرار المجتمع بالتالي ضمان الحقوق والواجبات الأساسية ، وبالتالي قيام التوازن العقدي بتحقيق مصلحة خاصة تعود بنفع عام للمصلحة العامة و تحقيق الرفاهية ، فنجد بكل تطبيق لنقض المسلمات له أهداف وعند النظر في أهداف كل تطبيق نجد إنه يشير بشكل أو بأخر إلى أهداف القانون التي يسعى إلى تحقيقها .

المطلب الثاني

المعوقات التكنولوجية

إن التطور العلمي في المجتمع البشري لا يتوقف عند حد معين، فهي قد تبطئ أحيانا ولكنها ما تلبث أن تسرع الخطى لتدفع البشرية نحو آفاق جديدة وحياة أفضل ، حيث إن العالم الذي نعيش فيه عبارة عن ثورة في عالم التكنولوجيا، فنجد هنالك إبتكارات جديدة و أبداعات على كافة مجالات

(١) عبد القادر محمد شهاب، مصدر سابق، ص٢٥ ومابعدها.

(٢) عبد القادر محمد شهاب ، المصدر نفسه ، ص٢٦.

الحياة[١] . فهذه الثورة التكنولوجية تسمى بالثورة الصناعية الثانية، حيث هنالك تداخل عميق مابين الثورة الصناعية والثورة التكنولوجية و عبر البعض عن هذه الثورة الأخيرة بأنها تشكل أمتداد والموجة الثانية للثورة الصناعية، وأن من أهم معالم الثورة التكنولوجية هو التطور والتوسع العلمي في كافة المجالات[٢] .

فالتطورات العلمية والتكنولوجية في حقيقه الأمر نتاج موضوعي لطبيعة التطورات التاريخية التي مرت بها البشرية وهذه التطورات تشكل عنصراً مهماً لعملية التطور الانساني، حيث لابد أن هذه التطورات توظف لخدمة المجتمع وتحقيق الرفاهية ورفع مستوى التطور الحضاري لها، بالمقابل يقع على المجتمع الحفاظ على هذه التطورات والسعي على تطويرها[٣] .

حيث نجد هنالك أختلاف من حيث الاشخاص في الحصول على التكنولوجيا وفي الحاجة إليها، والتكنولوجيا بأعتبارها معلومات فنية من طراز جديد، فالسؤال الذي يثار هنا هل أن هذه التطورات التكنولوجية تحتاج إلى قواعد قانونية خاصة بها ؟.

وقد ظهرت أراء بشأن ذلك، فذهب رأي أن القواعد العامة تتسع سواء في التفسير أو بالتعديل لمواكبة اي من التطورات الحاصلة، اما الرأي الثاني ذهب إلى ضرورة وضع قواعد قانونية جديدة تتناسب مع ما هو مستجد من التطورات، إذ إن الابقاء على القواعد ضرب من المستحيل بالنسبة لتطور الواقع[٤] .

وعدت التكنولوجيا من أهم أسباب التقدم المادي للمجتمع بصورة عامة، على أساس إنها تحدد الإنتاجية المادية للعمل، بالتالي تحدد حجم الإنتاج ومدى التقدم المادي؛ وبالتالي يمكننا القول بإن التكنولوجيا هي الجهد المنظم الراقي لاستخدام نتائج البحث العملي في تطوير العمليات الانتاجية للتكنولوجيا، فهي تعمل بشكل عام على رفع مستوى المعيشة، وزيادة إنتاجية القطاعات العامة

---

(١) كريم كارم عبد السلام أبو دنيا، حماية حقوق المؤلف عبر الإنترنيت، بلاطبعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ٢٠١٩،ص٣٥ ومابعدها.

(٢) فتحي شمس الدين، شبكات التواصل الإجتماعي والتحول الديمقراطي في مصر، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص٢٠٥.

(٣) هيفاء عبد الرحمن ياسين التكريتي، آليات العولمة الإقتصادية وآثارها المستقبلية في الإقتصاد العربي، ط١، الحامد للنشر والتوزيع، عمان ، الاردن، ٢٠٠٩، ص١٢٦.

(٤) طارق كاظم عجيل ، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١١، ص٣٢٣.

والخاصة، كما تساهم في خلق صناعات جديدة ومتميزة وتضيف إمكانيات وفرص جديدة للأستخدام وتحسين الخدمات العامة[١] .

لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، نتناول في الفرع الأول المعوقات القانونية، أما الفرع الثاني المعوقات الفنية وعلى النحو الأتي .

الفرع الأول

قصور النصوص القانونية لمواكبة التطورات التكنولوجية

التقدم السريع للتكنولوجيا يعتبر عائق أمام العديد من القوانين ؛ لأنه من الصعب مواكبة القوانين والتشريعات لهذا التقدم أو التطور الهائل والسريع في التكنولوجيا[٢] .

وهذا يعني غياب البيئة القانونية اللازمة المحفزة للتطور التكنولوجي، فيحتاج هذا التطور إلى انقلاب سريع وواسع في التشريعات التقليدية على كافة القوانين الموجودة بصورة عامة، والقانون المدني بصورة خاصة، لاسيما قانون المعاملات الالكترونية، والعمل على ايجاد حلول قانونية لكل المعوقات التي تؤثر على التكنولوجيا، لكي يتم تنفيذ المشاريع والعقود وكافة الامور المتعلقة بالتكنلوجيا بصورة تواكب متطلبات العصر[٣] .

فقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي، كان يحتوي على (٢٩) مادة، تناول في هذا المواد مجمل التطورات التكنولوجية، حيث كان المشرع العراقي متأخر نسبياً عن موجة التشريعات الالكترونية التي ظهرت في العالم العربي على الرغم من ان العراق كان من الدول السابقة في السياسة التشريعية، قد يكون لهذا التأخر مبرر في أن المشرع حاول أن يكتسب معلومات كثيرة من التشريعات الالكترونية التي صدرت في هذا المجال، قد يكون ذلك مبرراً معقولاً لو انه عمل ذلك ، فقد جاء تنظيم المشرع العراقي لهذا القانون على القدر نفسه من التشريعات السابقة له ، فنجد ان المشرع العراقي لم يشر إلى حماية المستهلك العراقي في العقود التي يبرمها على شبكة الانترنيت ، و كان عليه

---

(١) محمد حسن عبد الحميد الحداد، الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية وأثرها الاقتصادي (دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية)، بلاطبعة ، مطابع شتات للنشر والبرمجيات، مصر ، ٢٠١١، ص٢٣٣.

(٢) دعاء أنور سعيد الطائي، التطور التكنولوجي وقيام حكومة الكترونية وإثرهاعلى المرافق العامة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٣، ص٤٩.

(٣) أسامة أحمد المناعسة و جلال محمد الزعبي، الحكومة الالكترونية بين النظرية والتطبيق، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١٣، ص٨٦.

ان يوفر هذه الحماية في قانون حماية المستهلك العراقي[١]، إلا أنه لم يفعل ذلك، وكان عليه أن يتجاوز ذلك النقص بقانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية إلا أنه جاء ايضاً خالياً من تنظيم حماية المستهلك[٢] .

حيث إن حماية المستهلك تعد أمراً ملحاً، فمخاطر الغش والخداع التي تهدد هذا النوع من العقود الجديدة، تبدو أكبر من تلك التي تهدد التعاقد عبر الوسائل التقليدية، و من المعلوم أن التاجر الذي يبرم العقود يكون شخصاً مهني ومحترف، على عكس المستهلك الذي يكون ليس له خبرة ولا احتراف ، فنجد إن المجلس الاوربي قد استشعر بأهمية هذه المسألة وأصدر توجيهات بخوص ذلك برقم (٢٧\٩٧)، وبتاريخ (٢٠ مايو لسنة ١٩٩٧) ، على عكس التشريعات العربية التي مازالت لحد الأن تفتقر إلى مواد بشأن حماية المستهلك في التعاقد عبر شبكات الانترنيت، فالقصور بهذه الحماية كما يرى بعض الفقه ليس بحماية المتعاقد الذي يتعاقد عبر شبكة الانترنيت بقدر ماهو قصور في حماية المستهلك عند تعاقده مع المهني بصورى عامة، وعدم وجود تنظيم قانوني لحماية المستهلك في حالة التعاقد عبر شبكة الانترنيت بصفة خاصة[٣] .

إذ لابد من الذكر أن القواعد العامة في نظرية العقد نجد أن المشرع العراقي قد بين حماية المستهلك من الشروط التعسفية، وذلك وفق نص المادة (٢\١٦٧) إذ نصت على : (إذ تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تُعَدِّلَ هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كاتفاق على خلاف ذلك)، وكذلك كان موقف المشرع المصري مطابقاً لما ذهب اليه المشرع العراقي بخوص حماية المستهلك من الشروط التعسفية وفق

---

(١) ينظر: قانون حماية المستهلك رقم(١) لسنة ٢٠١٠،والذي نشر في جريدة الوقائع العراقية بالعدد ٤١٤٣ في ٢٠١٠\٢\٨، والذي يحتوي على (١٨) مادة ، فالاسباب الموجبة لهذا القانون بغية حماية المستهلك وإقرار مبدأ العدل والمساواة بين المجهزين ومستهلكي السلع ومتلقي الخدمات والحفاظ على صحتهم وسلامتهم وللحد من ممارسات الغش الصناعي والتلاعب بعملية التعبئة والتغليف الصناعية وما مدرج عليها من بيانات ومواصفات ، لاجل هذا شرع القانون.

(٢) درع حماد عبد، نظرات في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي، مجلة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، م ٥، ع١٠، ٢٠١٥، ص٩٩.

(٣) جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر الأنترنيت ، ط١، السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ ، ص١٥٢ ومابعدها .

المادة (١٤٩) مدني مصري[١]، إلا أن هذه المواد لم تشر بدورها إلى حماية المستهلك من الشروط التعسفية عبر شبكات الانترنيت.

أما المشرع المصري فقد اصدر قانون التوقيع المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤،وعلى الرغم من صدور هذا القانون، إلا أنه جاء خالياً من ثمة تنظيم المعاملات والعقود الالكترونية، إذ هنالك ضرورة قصوى لإصدار التشريعات المناسبة والمتخصصة[٢] .

أما بخوص المشرع الفرنسي نجد أنه ايضاً صدر تشريع المعاملات الالكترونية الفرنسي بموجب القانون الصادر في ١٣ آذار لسنة ٢٠٠٠، لكنه جاء هذا القانون خالياً من تنظيم العقود الالكترونية واقتصر على إعطاء الحجية القانونية للمستندات الالكترونية في الإثبات[٣] .

يمكن القول، وفق وجهة نظر الباحثة إن هنالك العديد من القوانين صدرت وكان هدفها الأول هو مواكبة التطورات، ولكن على الرغم من ذلك بحسب الرأي المتواضع أنها جاءت قاصرة بطبيعة الحال عن ماهو موجود في الواقع فنجد هنالك مسائل لم تنظم ، حتى وان نظمت لا يكون ضمن أطار كامل، وان كان بطبيعة الحال معالجة النقص الذي يحدث بالرجوع للقوانين التقليدية والقواعد العامة، ولكن يمكننا القول ، أن هذه الامور تشكل عائق امام تطوير القوانين التقليدية، فنجد ان موضوعنا ان سببه الرئيسي التطور التكنولوجي، والقوانين المنظمة لهذا التطور قاصرة بطبيعة الحال، فالمادة (١\٦٢) من القانون المدني العراقي التي عرفت العقار وكذلك المادة (١\١٥٠) من القانون المدني العراقي التي أشارت إلى تنفيذ العقد وفق حسن النية ، والتي سبق وأن تناولنا هذه المواد فنجدها قد لا تتناسب مع كل الظروف، بحيث أصبح إمكانية نقل العقار بدون تلف ويبقى محافظ على الصفة العقارية أي أصبح نص المادة (١\٦٢) قاصر عن مواكبة التطورات، أما بالنسبة للعقد شريعة المتعاقدين أصبحت هذه المادة أعلاه لا يمكن تطبيقها على حالات فيها أخلال بالعقد إذا كان الاخلال بالعقد اكثر ربحاً من الاستمرار بالعقد ، بالتالي هنالك عائق قانوني تكنولوجي أمام نقض المسلمات في القانون المدني .

---

(١) إشراق حسين عذيب، الحماية المدنية للأموال الالكترونية ، بحث منشورفي مجلة كلية التربية، جامعة واسط، م٢،ع٢٩، ٢٠٢٠، ص٥٧٧.

(٢) فادي محمد عماد الدين، عقد التجارة الالكترونية، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠، ص٥٦.

(٣) درع حماد عبد ، مصدر سابق، ص٨٠ ومابعدها.

الفرع الثاني

المعوقات الفنية

هنالك العديد من المعوقات الفنية التي تعيق التطور التكنلوجي، وتحول دون إمكانية التطور، وهذه المعوقات ذات تأثير سلبي على واقع المجتمعات؛ لانها عديدة ولابد من السعي للتغلب عليها ومنها، ضعف وغياب التمويل المالي، عدم وجود البنية التحتية اللازمة أو وجودها ولكن ليست بالصورة المطلوبة، وكذلك ضعف القدرة الفنية والتقنية لدى الكوادر البشرية وعدم تناسبها مع التطور الحالي[١] .

حيث هنالك حاجة ملحة لتوفير الامكانيات المادية الكبيرة، للتقنية على مستوى الدولة، وبكل حال هذه التقنية في تطورمستمر، الامر الذي يجعل اللحاق بهذه التطورات صعباً ، كذلك نجد هذه التقنية متشابكة ومتكاملة الأمر الذي يجعل من المستحيل التدرج في توفيرها بل يجب توفيرها جميعاً في ذات الوقت، لكل مشروع معوقاته فالمشروع الصغير تكون المعوقات صغيرة ، وعلى عكس المشاريع الكبيرة ، بالتالي المعوقات تكون حسب ضخامة المشروع [٢].

إذ لابد من ادراج المعوقات والمخاطر المحيطة بالتكنولوجيا لفرض اعطائها اولوية وعناية تفصيلية، فقد تثار العديد من التساؤلات حول ماهي المعوقات التي تصيب وتعيق التقدم التكنلوجي، كيف يمكن تفادي هذه المعوقات، ماهي التكاليف الضرورية لغرض المعالجة، فلا بد للجهات المعنية وضع جميع الحلول في حالة تعرضها للمشاكل ، والسعي الدائم والمتواصل لغرض عدم التعرض لهذه المعوقات[٣] .

فيقصد بعدم وجود البنية التحتية[٤]، أي أن الأجواء البيئية ذات تأثير على مجمل التطورات التكنولوجية، وخاصة في عمليات تنظيم ونقل المعلومات وإثبات التصرفات القانونية، لأن المؤشرات

---

(١) .أسامة أحمد المناعسة، القاضي . جلال محمد الزعبي، مصدر سابق، ص٨٥ ومابعدها .

(٢) خالد ممدوح إبراهيم ، أمن الحكومة الألكترونية، بلا طبعة ، الدار الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠١٠، ص٧١-٧٣.

(٣) منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، إستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية، بلا طبعة ، دار الفكر القانوني، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص٦٠ ومابعدها .

(٤)ينظر: يقصد بالبنية التحتية بأنها مجموعة من الوسائل التي تستخدم لتوفير الخدمات الاساسية التي يحتاجها المجتمع ولايستطيع التخلي عنها ، ولها انعكاسات اجتماعية واقتصادية كبيرة، واي يخلل يصيبها تؤثر بشكل سلبي على المجتمع، فهي اساس بناء المجتمع وتجعلة اكثر سرعة للتطور، حيث نجد البنية التحتية تشمل مياه الشرب، الري ، الطرق، الجسور، الاسواق، المطارات ، محطات الطاقة الكهربائية، توفير الطاقة للصناعة، شبكات الانترنيت، وكذلك =

الخارجية ذات تأثير مباشر عليها فمثلاً سوء الاحوال الجوية، كارتفاع درجات الحرارة، الرطوبة، الكوارث الطبيعية الزلازل، البراكين، الفيضانات، فضلاً عن انقطاع التيار الكهربائي الذي يعتمد عليه كافة الاجهزة الالكترونية المعدة للعمل، فهذه امور كلها معيقة للتطور التكنولوجي[١] .

يمكن القول، إن التخلص من هذا المعوق التكنلوجي هو ضرورة إعداد بيئة مناسبة كتوفير كل ما تحتاج إليه من معدات أجهزة ضخمة وذات فعالية سريعة ومتطورة لديها القدرة على العمل بصورة مستمرة لأن البنية التحتية تعد اساس التقدم والتطور.

أما غياب وضعف التمويل المالي ذكرنا سابقاً ان مواكبة التكنولوجيا يستلزم وجود بنية تحتية، وهذه البنية التحتية تحتاج إلى مخصصات مالية كبيرة ، وبالتالي توجد علاقة مباشرة، وقوية بين البنية التحتية والمخصصات المالية فعند توفر مخصصات مالية توافرت بنية تحتية أي ان كلاهما مكملاً للاخر ، فضعف وغياب التمويل المالي يؤدي إلى عدم وجود البنية التحتية[٢] .

يمكن القول، إن الدعم المالي ضروري لغرض القيام بمجتمع مزدهر من كافة الجوانب ليس فقط الجوانب التكنولوجيا ، لانه بوجود دعم مالي سيزول كافة العقبات في طريق التقدم .

أما ضعف القدرة الفنية والتقنية لدى الكوادر البشرية أي يعني انخفاظ الخبرات التكنولوجية والكفاءات العالية، وعدم كفاية التدريبات اللأزمة للعاملين إذ يقتصر تدريبهم على الشرح النظري دون أن يرتبط بالتنفيذ الفعلي ، وعدم تطور طرق اختيارات الكفاءات العلمية إذ يتم الاعتماد على المقابلة الشخصية دون أن يقترن ذلك بممارسة عملية لمعرفة مدى قابليته على التطور السريع، وهذا ينصب

المستشفيات المدارس الجامعات ...الخ، فالعراق يعاني من الانهيار شبه كامل للبنية التحتية حيث وصلت نسبة الانهيار للبنية التحتية في عام ٢٠١٠ إلى ٥٨.٩٥% ، وهذه نسبة عالية جداً ، والاسباب كثيرة بخوص هذا الامر، واغلبها سياسية ، ينظر حامد عبد الحسين الجبوري ، دور البنية التحتية في الاستقرار الاقتصادي، مقالة منشورة على موقع التواصل المعلوماتية (الانترنيت) ، وعلى الموقع المتاح https:\\ m.annabaa.org، مصدر سابق ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠\٦\٢٦، الرابعة عصراً .

(١) محمد مجيد كريم الابراهيمي، النظام القانوني للحوالة التجارية الالكترونية، بلا طبعة ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٧، ص٢٤٧ ومابعدها .

(٢) دعاء أنور سعيد الطائي، مصدر سابق، ص٤٩.

على طريقة تقديم الخدمات، إضافة إلى ذلك انعدام أو ضعف الوعي بأهمية التكنولوجيا وتطبيقاتها، وتسبب مواقف سلبية[١] .

فالعنصر البشري يعد من ابرز المعوقات التكنولوجية ؛ لأن لايمكن أصلاح أي شئ داخل مجتمع ما لم يكن هنالك إيمان ودراية كاملة بإمكانية التطور من قبل المجتمع ككل ، فالمجتمعات تعاني من نسبة الأمية بشكل كبير، وهذه النسبة تؤثر على البحوث والتطور لأنه هذه البحوث تعد من المؤشرات الهامة لقياس مدى التطور والتقدم داخل البلد ، فهنالك احصائية تشير إلى أن الناتج الاجمالي والمحلي العربي يشير إلى أن نسبة الصرف على البحوث لاتتجاوز ٠،٢% بينما الانتاج للدول المتقدمة ٢%وهذا يعني أن نصيب الدول العربية من البحوث والتطور ضئيلاً جداً مقارنة مع الدول المتقدمة[٢].

و يمكن القول وفق وجهة نظر الباحثة إن عدم وجود البنية التحتية ، وكذلك ضعف المخصصات المالية، اضافة إلى إنتشار الأمية بشكل كبير فهذا كله عائق أمام التقدم التكنولوجي، فعند عملية نقل العقار من مكان إلى أخر، فلا يكون هنالك شئ مشجع لعملية النقل اي لايتوفر امكانيات لعمليات النقل، فعندما نتجة لنقض المسلمات نجد هذه المعوقات الفنية والتقنية تحول دون امكانية نقض مسلمات القانون المدني ، على الرغم من هذه التطورات التي حدثت و إلا أنها كانت سبب عام في نقض مسلمات القانون المدني، حيث أثرت التكنولوجية بدورها على العديد من البلدان وخاصة البلدان النامية التي تعاني من العجز في كافة الأمور الأساسية لغرض التطور، فهنالك عجز من حيث الإمكانيات المادية فقد وجدت العديد من الدول لاتستطيع مواكبة التطور التكنولوجي بس قلة الواردات المالية، أضافة إلى ذلك نجد هنالك عدم وجود معرفة بخصوص التقنية أي عدم وجود تخصصات علمية تستطيع بها مواكبة التطورات التكنولوجي .

يتضح للباحثة ، إن الدول المتقدمة مستهلكة للتكنولوجيا بشكل يعود على أقتصاد الدولة بالرفاه، فمثلا وذكرنا سابقاً أصبحت هنالك تقنية في نقل العقار من مكان إلى أخر، حتى لو لمسافات قليلة ويبقى محافظ على الصفة العقارية، فالعديد من الدول المتقدمة تكنولوجيا واقتصادياً أصبح نقل العقار لديها من الأمور السهلة و على سبيل المثال اليابان، الامارات، السعودية، تركيا، ليس فقط بالنسبة لإمكانية نقل عقار وانما بخصوص التجارة الالكترونية بشكل عام .

---

(١) حسين السيد حسين محمد ، المعاملات الإلكترونية ومتطلباتها وأثارها الاقتصادية ، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠، ص٢٧ ومابعدها .

(٢) عبد الفتاح بيومي حجازي، الحكومة الالكترونية بين الواقع والطموح، ط١، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٨، ص٢٥٥.

و يلاحظ إن هنالك العديد من المعاملات قد تغيرت ، فقد ظهرت وسائل الكترونية تستخدم في إنجاز المعاملات بسرعة كبيرة بسبب التقدم التكنولوجي الذي حدث ، حيث يتنبأ العلماء بعصر الطريق السريع للمعلومات، أي سيعيش العالم عصر في المستقبل ويسمى هذا العصر (ثورة الانفوميديا) ، فيصد بهذه الثورة الوسائل الالكترونية التي ستغير العالم وحياة البشر[١] .ونجد كذلك العديد من الوسائل للدفع والتي تسمى وسائل الدفع الالكترونية، التي لم تظهر بشكل مفاجئ ودفعةً واحدة بل هي حصيلة تطور تكنولوجي رافق التطورات المستحدثة؛ والسبب في اللجوء لوسائل الدفع الالكترونية هو لتطور الحياة المستمرة ، فضلاًعن ظهور حاجات مستجدة فلا بد من مواكبة ذلك، حيث أظهرت التطورات التكنولوجية الحديثة مدى انعكاسه على مختلف أنماط الحياة بصفة عامة والاقتصادية والقانونية بصفة خاصة[٢] .

وبالتالي أصبحت التطورات التكنولوجية ذات تأثير على كافة القطاعات المختلفة، فأصبح التوقيع التقليدي الذي يتم عن طريق اليد عقبة بالنسبة للشركات والبنوك التي تتعامل مع التطورات، لذا فقد اتجه الواقع إلى البحث عن بديل للتوقيع التقليدي، يستطيع أن يؤدي ذات الوظيفة التي يقوم بها التوقيع التقليدي عن طريق اليد مع إمكانية التكييف مع التطورات وهو ما يسمى (التوقيع الإلكتروني)، أي توقيع ناتج عن إتباع إجراءات محددة للتكنولوجيا[٣]، وقد عرف المشرع العراقي التوقيع الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢ في المادة (١\ رابعاً) بإنه : (علامة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أصوات أو غيرها ، وله طابع متفرد يدل على نسبته إلى الموقع ، ويكون معتمداً من جهة التصديق)، حيث إن العديد من المعاملات تجري بصورة الكترونية، فضلاً عن ممارسة عقود الزواج ايضاً بطريقة الكترونية، فنجد هذه الدول تحولت تدريجياً إلى حكومة الكترونية من كافت الجوانب سواء الاقتصادية أو الاجتماعية أو السياسية أو الصحية ....وغير ذلك من الجوانب، والسؤال الذي يثار هنا هل ان العراق مواكب لهذه التطورات التي حدثت ؟ .

نعم كان مواكب لهذه التطورات التكنولوجية ولكن لاتوجد جهة مشجعة إلى هذا التطور قد تكون الأسباب عديدة ومنها عدم وجود بنى تحتية لكي يتم نقل عقار من مكان إلى أخر، كذلك عدم

---

(١) جليل الساعدي، مصدر سابق ، ص٣٩.

(٢) طارق محمد حمزة، النقود الالكترونية كإحدى وسائل الدفع، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان، ٢٠١١، ص٣٤-٤٠-٤٦.

(٣) أمير فرج يوسف ، التوقيع الإلكتروني لدول الخليج ، ط١، دار الكتب والدراسات الخليجية ، الإسكندرية ، ٢٠١٦، ص٤٥١.

وجود مخصصات مالية لإمكانية النقل، كذلك عدم وجود شركات عملاقة متخصصة تعمل على مواكبة التقنيات وان كان العراق يتمتع بتخصصات وشهادات وكفاءة عالية إلا أنه لاتوجد بيئة مناسبة لهذه التطورات، اما بخصوص اعتماد العراق على التجارة الالكترونية نجد العراق قد شرع قوانين بخصوص العقد الالكتروني وايضاً التوقيع الالكتروني، فقد أصدر قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية رقم (٧٨) لسنة ٢٠١٢[١].

(١) ينظر: حيث إن الاسباب الموجبة لهذا القانون انسجاماً مع التطور الحاصل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات وأنشطة الإنترنيت وتوفير الأسس والأطر القانونية للمعاملات الإلكترونية من خلال وسائل الاتصالات الحديثة وتشجيع صناعة الإنترنيت وتكنولوجيا المعلومات وتنميتها وتنظيم خدمات التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية ومواكبة التطورات القانونية في الجوانب الإلكترونية وتطويع النظام القانوني التقليدي بما ينسجم مع نظم تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة؛ لاجل ذلك شرع هذا القانون ، حيث نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية – الوقائع العراقية بالعدد ٤٢٥٦ بتاريخ ٢٠١٢\١١\٥.

المبحث الثاني

تطبيقات نقض المسلمات في القانون المدني

إن وجود التطبيقات يكون دليل على وجود عملية نقض المسلمات، وكما نعرف أن نقض المسلمات حالة جديدة دخلت في أطار القانون المدني، والسبب الذي أدى إلى ظهورها هو هنالك تطبيقات عليها اوجدتها ظروف الحياة والواقع الذي نعيش فيه ، فنجد هنالك تطبيقات موضوعية يكون الهدف منها متنوع قد تكون التطورات أثر على القواعد المسلم بها كالعقار والذي تسالم عليه الامر بإنه لايمكن نقلة وتحويله دون تلف ولكن هذا الامر قد تغير بالوقت الحالي واصبح بالامكان نقله دون تلف ويبقى محافظ على الصفة العقارية كما في (نقض المعيار المادي)، أو قد يكون الهدف وجود صفقة مربحة تشير إلى ضرورة اتباع هذه الصفقة، ولكن هذه الصفة لاتسبب اضرار بالاطراف المتعاقدة انما بالعكس تزيد من الارباح وتقلل التكاليف وهذا مايعرف عنها (نظرية الاخلال الفعال)، وقد يصعب اثبات الخطأ وبالتالي هنالك ضرر كبير يترتب ولغرض التخلص تم اللجوء (المسؤولية الموضوعية) القائمة على ركن الضرر.

في الوقت نفسه توجد تطبيقات اجرائية كثيرة، تتناول مسائل غاية الأهمية ولكن الباحثة اقتصرت على (الفسخ الجزئي)، و (مدد الطعن) ، ففي الفسخ الجزئي للعقد للتخلص من الاضرار التي تترتب لو تم فسخ العقد بالكامل، اما مدد الطعن بسبب مسائل شرعية تستدعي النقض كنقض المادة(١٧١) من قانون المرافعات المدنية. سنقسم هذا المبحث على مطلبين، نتناول في المطلب الأول التطبيقات الموضوعية، وفي المطلب الثاني التطبيقات الاجرائية وكالاتي .

المطلب الأول

التطبيقات الموضوعية

التطبيقات الموضوعية عديدة، ولكن الباحثة اقتصرت على مفهوم العقار الثابت والذي نقض بموجب التطورات (نقض المعيار المادي)، والعقد شريعة المتعاقدين والذي نقض (بنظرية الأخلال الفعال)، المسؤولية المدنية التي تقوم على ثلاث اركان الذي نقض (بالمسؤولية الموضوعية)، سنبين ذلك في هذا المطلب ، حيث يقسم على ثلاث فروع ، في الفرع الاول نتناول نقض المعيار المادي ، ونبين في الفرع الثاني نظرية الاخلال الفعال، والفرع الثالث نبين فيه المسؤولية الموضوعية وعلى النحو الأتي .

الفرع الأول

نقض المعيار المادي

سبق وإن بينا سابقاً مالمقصود بالعقار والمنقول، وكما متعارف عليه ومسلم به إن العقار هو الشيء الثابت والمستقر ولايمكن نقله وتحويله دون تلف، والمنقول على العكس كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف ، وهذا الامر مسلم به في القانون العراقي الذي هو محل الدراسة، والقوانين محل المقارنة (المصري والفرنسي)،وايضاً نجد العديد من التشريعات نظمت العقار واهتمت به كونه يعد مورداً اقتصادياً يدل على الثروة ، ولكنها لم تعرف العقار بطبيعته بصورة مباشرة[١] .

فالمعيار الذي يميز العقار عن المنقول هو (المعيار المادي)، أي الثبات وعدم قابلية العقار للنقل دون تلف، كالارض عقار وبالتالي لايمكن نقلها دون تلف وكل ما أتصل بالأرض يعد عقاراً ، على عكس المنقول فهو بإلامكان نقله وتحويلة بدون تلف كالسيارات والسفن ..... الخ [٢].

حيث إن للعقار والمنقول أنواع ، ومن أنواع العقار يوجد العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص، فالعقار بطبيعته هي كل الأشياء المادية التي يكون لها موقع ثابت كالأرض وما يتصل بها ، كذلك من أنواع العقارات ماهو منقول ولكنه حصل على صفة العقار على سبيل المجاز؛ لانه معد للعقار أو لاستغلال العقار أو مخصص للعقار وهذا النوع من العقار يسمى العقار بالتخصيص [٣].

---

(١) ينظر: حيث إن المشرع المغربي لم يعرف العقار بصورة مباشرة، وإنما اقتصر في الفصل السادس من ظهير ٢ / يونيو / ١٩١٥ على بيان إشكاله ، إذ نص على (أن الاراضي والنباتات عقارات بطبيعتها ، وتعتبر عقارات بطبيعتها المحصولات الفلاحية الثابتة بجذورها ، وثمار الاشجار التي لما تجن والغابات التي لما تقطع أشجارها) ، إذ علق على ذلك الدكتور مأمون الكزبري على هذا النص قائلاً : قد أحسن المشرع المغربي بعدم تعريف العقار بطبيعته تعريفاً مباشراً، حتى لايقتصر هذا التعريف المباشر عن شمول أشياء تعتبر عقارات رغم إمكانية نقلها دون تلف يصيبها ، وبالتالي لايمكن تعريف العقار بطبيعته بالشيء الذي يستحيل نقله ولا ايضاً بالشيء المستقر بحيزه والذي لايمكن نقله دون تلف ، مادامت هنالك وسائل التقنية الحديثة التي تسمح بنقل العقار من مكان إلى آخر مع الحفاظ عليها ، ينظر :أبو مسلم الحطاب ، العقار بالطبيعة وقواعد حمايته في التشريع الجنائي ، ط١، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، ٢٠٠٤، ص٢٠-٢١.

(٢) توفيق حسين فرج ، المدخل للعلوم القانونية (موجز النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق ، بلا طبعة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بلا سنة نشر ، ص٢٨٩.

(٣) زواش حدة ، العقار وإشكالية التوسع العمراني ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة ، الجزائر، ٢٠١٦، ص٩.

أما المنقول ايضاً له أنواع المنقول بطبيعته وهي الاشياء التي بالإمكان نقلها دون تلف فهو جذرياً على عكس العقار بطبيعته ، كالحيوانات و المشروبات والموزونات..... الخ ، وبالتالي لا تمنع صفة المنقول عن الشيء الذي قد وضع في مكان معين لا ينقل منه، مادام بالإمكان نقله إلى مكان أخر دون تلف، فالعبرة ليست بإنتقال الشيء فعلاً من مكان إلى آخر، بل بإلامكان انتقاله حتى ولو كان ثابتاً في مكان واحد ، كالعوامات هي تعد منقول ولكن هي في ذات الوقت مستقرة في مكان واحد لاتغادره ولكن إذا تم نقلها فإنها تنقل دون تلف [١] .

يوجد هنالك نوع أخر من المنقول هو بإلاصل عقار ولكنه معد لإن يصبح منقول بإرادة الطرفين، كما في حالة بيع بناء معد للهدم ، فإن هذا النوع يخضع للقواعد التي تحكم المنقول وليس للقواعد التي تحكم العقار، وهذا النوع يسمى المنقول بحسب المآل، حيث إن هذا النوع لم ينص عليه القانون المدني العراقي صراحة ولا القوانين محل المقارنة (المصري والفرنسي)، بل توجد هنالك نصوص متفرقة في مختلف القوانين[٢] ، والتي نجد فيها المشرع عامل العقارات المعدة للانتقال معاملة المنقولات [٣] .

كل ما ذكر أعلاه، هي قواعد مسلم بها، ولكن هذا القواعد قد تعرضت للنقض بالوقت الحاضر بموجب التطورات التكنولوجية التي حدثت، فلم يعد العقار الأشياء المادية الثابتة فقط بل هنالك عقارات أصبح بالإمكان نقلها وتحويلها دون تلف وايضاً يبقى محافظ على الصفة العقارية دون إن يتحول إلى منقول ففي هذه الحالة نقض المعيارالمادي للعقار وقد تم عرض العديد من الأمثلة في هذه الرسالة،على نقل العقار في العديد من البلدان التي تتمتع بالإمكانيات المادية والتي مكنتها من نقل عقار من مكان إلى اخر .

---

(١) عبد الرزاق احمد سنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٨، حق الملكية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بلا سنه نشر ، ص٦٥.

(٢)ينظر : المادة (١\١٣٧٣) من القانون المدني العراقي والتي نصت على : (المبالغ المصروفة للبذور و السماد وغيره من مواد التخصيب ، والمواد المقاومة للحشرات ، والمبالغ المصروفة في أعمال الزراعة والحصاد ، يكون لها حق امتياز على المحصول الذي صرفت في إنتاجه) و كذلك المادة (١\١٣٧٤) من القانون المدني العراقي والتي نصا على : (أجرة المباني والأراضي الزراعية لثلاث سنوات ، أو لمدة الإيجار إن قلت عن ذلك ، وكل حق آخر للمؤجر بمقتضى عقد الإيجار ، لها جميعاً حق امتياز على ما يكون موجوداً في العين المؤجرة مملوكاً للمستأجر من منقول قابل للحجز من محصول زراعي) ، وكذلك نص المادة (١\١١٤٢) و(١\١١٤٣) من القانون المدني المصري التي جاءت متطابقة مع نصوص القانون العراقي المذكورة أعلاه .

(٣) محمد طه البشير وغني حسون طه ، مصدر سابق ، ص١٨ .

الفرع الثاني

نظرية الأخلال الفعال

إن نظرية الأخلال الفعال جاءت نقضاً لما هو مسلم به (العقد شريعة المتعاقدين)، لذلك قبل التطرق لمعرفه ماهي نظرية الأخلال الفعال لابد أن نبين مالمقصود بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين).

إن العقد شريعة المتعاقدين قاعدة قديمة عرفتها القوانين المدنية ، وأصبحت من المبادئ المسلم بها والمستقرة في التشريع في كل بلد دون حاجة للنص عليها ، فقد أخذ بها القضاء في العديد من القرارات التي صدرت عنه في مختلف الدول العربية والأجنبية ، وايضاً نالت احترام الفقه [١] ، فهي تعد من الاسس النظامية، أي أصبحت قاعدة نظامية في الكثير من النظم القانونية في مختلف دول العالم ، فالعقد بالنسبة إلى عاقديه يعد بمثابة النظام، أي إن الالتزام الناشئ من العقد يعادل في قوته الالتزام الناشئ من النظام ولايجوز للفرد أن يتحلل من كليهما، حيث إن هذه القاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) تقوم على اسس فلسفية وأخلاقية واقتصادية وتاريخية وحضارية فهي تقوم **أولا** على اعلاء مبدأ سلطان الارادة ، أي الفرد لايلتزم إلا بما أراد، وإذا اراد أن يلتزم فلا يحول دون ذلك الشئ، وهي تقوم **ثانياً** أساس احترام العهد كما تقوم على وجوب استقرار المعاملات[٢].

يقصد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين أن ما اتفق عليه المتعاقدان بمحض ارادتهما يلزمهما، فالارادتان اللتان حددتا عناصر الالتزام هما اللتان تملكان تعديل أي عنصر من عناصره ، ولاتستطيع إرادة واحدة منها ولا ارادة خارجية عنهما أجراء هذا التعديل، وهذا يعني أن للعقد قوة ملزمة في موضوعه، أي أن المتعاقد يلتزم بما ورد في العقد من جهه ، ولايلتزم إلا به من جهه اخرى[٣] .

فالعقد شريعة المتعاقدين اي أنه اصبح بمثابة القانون الخاص الذي سنه المتعاقدان ليحكم علاقتهما، فتكون بنود هذا العقد بمثابة مواد القانون، بحيث إن تعارضت تلك البنود مع نصوص القانون المكملة أو المفسرة ، سرت الأولى دون الثانية ؛ وذلك أن إعمال النصوص المكملة لايكون إلا حيث يسكت المتعاقدان عن تنظيم الحكم الوارد بها باعتبارها مكملة أو مفسرة لارادتيهما ، فان

---

(١) علي نجيدة ، النظرية العامة للألتزام ، الكتاب الاول ، مصادر الالتزام ، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥، ص٢٢٩.

(٢) خالد النويصر، قراءة قانونية في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، مقالة منشورة على موقع التواصل الاجتماعي (الانترنيت) ، وعلى الموقع المتاح، https://www.aleqt.com ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠\٤\٢٨، الوقت العاشرة مساءاً.

(٣) .محمد رياض دغمان ، مصدر سابق، ص٥١.

وضحت تلك الارادة فانها لاتكون في حاجة إلى تكملة أو تفسير، وبذلك تحل إرادة المتعاقدين محل ارادة المشرع في الحالة التي يضع فيها نصوصاً مكملة أو مفسرة ، ولا تمتد هذه الحلول إلى النصوص المتعلقة بالنظام العام أو الاداب العامة ؛ لمساس هذه النصوص بمقومات المجتمع الاساسية بما لايجوز معه الافراد مخالفتها، وإلا خرج عقدهم عن نطاق الشرعية(١).

وقد نص القانون المدني العراقي على هذه القاعدة بنص المادة (١\١٤٦) على : (إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي) ، أي إن نص المادة جاء بصورة صريحة لا يجوز للعاقدين الرجوع عن العقد إلا بمقتضى القانون أو بالتراضي .

كذلك نصت العديد من القوانين على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ومن هذه القوانين محل المقارنة القانون المدني المصري الذي نص في المادة(١\١٤٧) على إن: ((العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للاسباب التي يقررها القانون))، حيث كان توجه المشرع المصري مطابقاً مع ما ذهب إليه المشرع العراقي.

ونص المشرع الفرنسي في قانون العقود الفرنسي الجديد في المادة (١١٩٣)، على : (لا يجوز تعديل العقود أو نقضها إلا بالرضاء المتبادل لأطرافها ، أو للاسباب التي يقررها القانون) (٢) . وكذلك ايضاً نص القانون المدني الفرنسي على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين(٣)،أي موقف المشرع الفرنسي كان مطابقاً مع المشرع العراقي والمصري بخصوص قاعدة العقد شريعة المتعاقدين .

ويطبق القاضي العقد كما لو كان يطبق قانوناً، لان العقد له شأن القانون في تنظيم العلاقة التعاقدية فيما بين المتعاقدين بل هو ينسخ القانون في حدود النظام العام والاداب، وإذا كان العقد شريعة المتعاقدين فليس هذا معناه أن نصوص العقد تأخذ حكم نصوص القانون على وجه مطلق، فهنالك أوجه شبه كما هنالك أوجه أختلاف، أما اوجه الشبه في ان كل منهما ملزم وفي ان كل منهما يجوز أن يخرج على قانون أو على عرف وفي أنه يجوز حل العقد كما يجوز الغاء القانون بعين الطريقة التي صنع بها كل منهما ، وفي العقد يفسر كما يفسر القانون طبقاً لمقتضيات العدالة وحسن النية، أما اوجه الاختلاف في العقد لايجوز أن يخرج على قانون يعتبر من النظام العام ، أما القانون فيلغى قانوناً اخر

(١) . أنور طلبة، انحلال العقود، بلا طبعة، المكتب الجامعي الحديث، بلا سنة نشر، ص٤٢٠.

(٢) محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص٨٠.

(٣) نص المادة (١١٣٤) من القانون المدني الصادر عام ١٨٠٤ المعدل .

مثله ولو كان معتبراً من النظام العام، وتفسير العقد إذا اخذنا بالارادة الباطنه مسألة موضوعية ، أما تفسير القانون فمسأله قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض[١] .

وصدرت العديد من القرارات القضائية التي تشير إلى ضرورة تنفيذ العقد وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومن هذه الاحكام والتي صدرت من محكمة التمييزالاتحاديةو الذي أشار إلى أنه اذا نفذ أحد طرفي العقد التزاماته العقدية كاملة فيستحق المبلغ الوارد في العقد لان العقد شريعة المتعاقدين ولاتنفذ بحقه القرارات الصادرة من الجهات المعنية لدائرة الطرف الاخر، وجاء فيه((الحكم لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الحكم وجد أنه صحيح وموافق للقانون ذلك ان المحكمة اتبعت قرار النقض التمييزي المرقم ٢١٧\ استئنافية منقول \ ٢٠٠٩ في ٢٠٠٩\٢\٣٠ وثبت لها من خلال التحقيقات القضائية التي اجرتها ان المدعي ابرم العقد المرقم (٢٣\أ) في ٢٠٠٥\٥\٢٥ مع المدعى عليه اضافة لوظيفته التزم بموجبه على تجهيز الارزاق الجافة والطرية واللحوم بانواعها لإعاشة ثمانية الاف عسكري من منتسبي المدعى عليه \ اضافة لوظيفته لوحدة اسناد قاعدة الرستمية وبثلاث وجبات يومياً \ اضافة إلى المياه بعبوات بلاستيكية وفقاً لنوعية وكميات الطعام الموصوفة بالعقد وقد نفذ المدعى التزاماته التعاقدية وبذلك فانه يستحق المبلغ المتفق عليه بالعقد وان قيام المدعي عليه \ اضافة لوظيفته بخصم نسبة ٢٠% من مستحقات المدعي تنفيذاً لقرارات مجلس الدفاع الاعلى في المحضر المؤرخ ٢٠٠٦\٦\٢٢ كما يدعي لا سند له من القانون ذلك لان العقد شريعة المتعاقدين ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية تطبيقاً لاحكام الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) من القانون المدني عليه قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي وتحميل المميز رسم التمييز وصدر القرار بالاتفاق في ٢٠١٠\٦\٢٠))[٢] .

وفق ما تقدم ذكره على أطراف العلاقة التعاقدية الإلتزام بما ورد في العقد المبرم بينهما، فإذا نفذ أحد الطرفين إلتزامه فيجب على الطرف الأخر القيام بما عليه، لإن العقد شريعة المتعاقدين وهذه القاعدة نصت عليها العديد من القوانين كالقانون المدني العراقي محل الدراسة، والقوانين المقارنة كالقانون المدني المصري والفرنسي، والأخلال بهذه القاعدة يؤدي إلى قيام المسؤولية و بالتالي المطالبة بالتعويض عما أصاب الطرف الأخر من ضرر .

---

(١) عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق بالفقه الاسلامي(دراسة مقارنه بالفقه الغربي)، نظرية السبب ونظرية البطلان، ط٢، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان، ١٩٩٨، ص١٧.

(٢) ينظر: القرار ذي الرقم ٥١٥\ عقد \ ٢٠١٠\ محكمة التمييز الاتحادية منشور على شبكة التواصل الاجتماعي (الانترنيت) وعلى الموقع المتاح www.hjc.iq، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠\٩\٣، الساعة السادسة عصراً .

وايضاً القرار ((.....كان المقتضى على المحكمة ملاحظة الفقرة (٩) من البند (٣) من العقد باعتبار ان العقد شريعة المتعاقدين ومدى توفر شروطه لذا قرر نقض القرار المميز ورد الطعن واعادة اضبارة الدعوى إلى محكمتها لاتباع ماتقدم وصدر بالاتفاق بتاريخ ٢٠١٨\٨\٢٩م))[١]، نجد في هذا القرار إن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية وهذه المدد محددة بنصوص صريحة ، و حيث أن القرار الصادر كان مخالف لأحكام القانون لإنه المدعى عليه كان يشغل الشقة بموجب عقد الايجار ، وبما إن هنالك قاعدة مسلم بها وهي إن العقد شريعة المتعاقدين قررت المحكمة نقض هذا القرار وإعادة اضبارة الدعوى إلى المحكمة .

لذلك يترتب على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين عده نتائج منها :-

أولاً : عدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون .

خلاصة القول أن قاعدة شريعة المتعاقدين، لا يجوز لأي من طرفيه أن ينقض (أي الرجوع عن العقد) أو يعدل فيه بإرادته المنفردة، أي اتفاق الطرفان يجب تنفيذه من الطرفين المتعاقدين، ولكن لطرفي العقد أن يتفقا ، سواء عند إبرام العقد أو في وقت لاحق على نقض العقد وهذا ما يسمى قانونا (التقايل أو التفاسخ)، كما أن القانون قد يمنح لطرفي العقد أو لأحدهما فقط إمكانية التحلل منه بإرادته المنفردة ، كذلك لايقتصر عدم تعديل العقد أو نقضه على طرفيه فقط ، بل يمتد أيضاً ليشمل القاضي إذ القاضي ما لم يمنحه هذه الإمكانية ، لايستطيع أن يعدل العقد أو ينقضه، فمتى ثبت لديه مضمون العقد على نحو معين التزم بتطبيقه على أطرافه كما هو ، فهو لايملك حتى تحت ستار العدالة تعديل العقد، إذ أن مهمة القاضي هي أن يطبق العقود لا أن يعدلها [٢]، أي يفهم من ذلك كله العقد يقوم مقام القانون في تنظيم علاقة المتعاقدين، فكل من الطرفين ملزم بتنفيذ ماتعهد به بالذات، والذي يتأخر عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أو يمتنع عن التنفيذ يسأل عن ذلك مسؤولية تعاقدية ، لذا لايجوز أن يستقل احد طرفي التعاقد تعديل الشروط أو النقض إلا في حالات معينة، وكذلك لا يجوز للقاضي تعديل مضمون العقد أو نقضه بل يتعين على القاضي أن ينفذ العقد[٣] .

---

(١) ينظر: القرار رقم ٢٠١٨\٦٢٠ ، نقلاً عن : قتيبة عدنان حمد ، المنتقى من قرارات محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية، بلا طبعة ، الكتاب ، بغداد ، ٢٠٢٠، ص١٧٢.

(٢) جلال محمد ابراهيم ، مصادر الالتزام ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠، ص٢٣٤.

(٣) عمر السيد مؤمن ، دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القسم الثاني ، النظرية العامة للحق ، بلا طبعة ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨، ص١٦.

ثانياً : تنفيذ العقد بطريقه تتفق ما يوجبه حسن النية

عندما يلزم القاضي المتعاقدين بتنفيذ العقد، يقتضي كل منهما أن ينفذ العقد بطريقة تتفق مايوجب حسن النية، فالمقاول إذا تعهد بتوصيل أسلاك الكهرباء يجب عليه أن يقوم بتوصيلها من أقرب طريق ممكن، وأمين النقل يجب عليه أن ينقل البضاعة من الطريق الأصلح ، وهنالك عقود يتجلى فيها حسن النية في صورة التزام بالتعاون، وهو التزام يقتضي على كل من المتعاقدين أن يتعاون مع صاحبه في تنفيذ العقد ففي عقد الشركة واجب التعاون ما بين الشركاء في تنفيذ العقد أمر ملحوظ حتى إن القانون يجيز حل الشركة لو أخل أحد الشركاء بهذا الواجب [١] .

وعليه يتبين لنا من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أن الشخص حر في الدخول في عقد بإرادته وحده ولكنه غير حر في الخروج من العقد بإرادته وحده، وبالتالي كما يشترط اتفاق الطرفين لانعقاد العقد كذلك يجب اتفاقهما لرفع العقد فلا يجوز لاحدهما أن يرفع العقد بمجرد إرادته أي من طرف واحد، فالقاعدة الكلية تقول صراحة : (من سعى في نقض ماتم من جهته فسعيه مردود عليه)[٢].

اي لابد من كل المتعاقدين التعاون فيما بينهم لتحقيق الغاية المقصوده من العقد وتحقيق ربح لكل من أطراف العقد وتجنب الخسائر الفادحة التي تحصل نتيجة عدم الاتفاق بين المتعاقدين.

من خلال ماتم ذكره أعلاه من بيان مالمقصود بقاعدة(العقد شريعة المتعاقدين) لابد أن، نعرف ماهي نظرية الأخلال الفعال في العقد، قبل التطرق لمعرفة مالمقصود بهذه النظرية علينا أن نعرف مالمقصود بالأخلال ، فيقصد به هو عدم قيام أحد طرفي العقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية كلاً أو جزء سواء قبل حلول ميعاد تنفيذ العقد أو أثناء تنفيذه بصورة اعتيادية والأخلال بهذا المعنى لايكون طريقاً من طرق أنقضاء العقد في جميع حالاته واحواله بل لابد من وجود متطلبات أخرى تؤدي مع الأخلال إلى انقضاء العقد ، فالاخلال بالعقد يحصل عندما يخل أحد المتعاقدين في تنفيذ التزاماته كلاً أو جزءً صراحة أو ضمناً [٣] .

تعرف نظرية الاخلال الفعال بانها "النظرية التي تقضي بأن المتعاقد ينبغي السماح له بالاخلال بالعقد ودفع التعويض للطرف الاخر إذا كان ذلك أكثر فعالية من تنفيذه من الناحية

---

(١) عبد الرزاق احمد سنهوري ، مصدر سابق ، ص١٨.

(٢) ينظر: نص المادة (١٠٠) من مجلة الأحكام العدلية، المستشار. ريان عادل ناصر، حق الرجوع عن العقد،ط١،مكتبة زين الحقوقية والادبية، ٢٠١٦، ص٢٢.

(٣) مجيد حميد العنبكي ، مبادئ العقد في القانون الإنكليزي ، بلا طبعة ، بلا مطبعة ، ٢٠٠١، ص١٨٢.

الاقتصادية" ، حيث إن هذا التعريف يدل أن هذه النظرية تقدم وجهه جديدة في معالجة حالات الاخلال في العقود[١] .

وهنالك تعاريف تتناول نظرية الأخلال الفعال بوصفها فكرة إذ تعرف بانها: (فكرة عام تقضي بأن كل متعاقد يجب ان يشعر بالحرية في ارتكاب اخلال بالعقد ودفع التعويض للطرف الآخر مادامت هذه النتيجة أكثر فعالية من الناحية الاقتصادية من تنفيذ العقد) ، وعرفت ايضاً (الفكرة التي تقضي بأن المتعاقد يجب أن يسمح له بالاخلال بالعقد ودفع التعويض اذا كان هذا الامر أكثر فعالية من التنفيذ)[٢].

يمكن القول ، من خلال ما تم عرضه من التعاريف حول نظرية الأخلال فعال بأن هذه النظرية الحديثة والتي أصبحت محل أنظار الباحثين بانها تمثل نقضاً لما هو مسلم به في القانون؛ لإنه الأصل هو أن العقد شريعة المتعاقدين ولابد لكل من المتعاقدين الألتزام بما فرضه عليهم العقد وإن التزام أحد المتعاقدين يكون سبباً لالتزام المتعاقد الأخر، وبالتالي لابد من تنفيذ بنود العقد التي تم الاتفاق عليها مسبقاً، وفي حالة الأخلال يكون الطرف المخل ملتزم بتعويض الطرف الأخر تعويضاً يناسب مقدار ماتعرض له من خسارة، ولكن بمقتضى نظرية الأخلال الفعال أجازت الخروج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وأصبح بالإمكان الخروج عن هذه القاعدة إذا توافر هنالك صفقه مربحه لكل من المتعاقدين، وكما ذكرنا سابقاً في شروط نقض المسلمات أن الاستقرار القانوني يتحقق في نظرية الاخلال الفعال هو ان يكون الاخلال في العقد اكثر ربحاً من تنفيذ العقد بشرط ان يتم تعويض الدائن تعويضاً تاماً ، ولكن هذا لايعني الغاء قاعدة العقد شريعة المتعاقدين حيث المقصود ان بالامكان الخروج عن هذه القاعده إذا كان الاخلال بالعقد يحقق مصلحة للمتعاقدين.

حيث إن الأخلال الفعال يتحقق بدرجة أساسية في العقود التي ترد على نقل ملكية العقارات ،أن الأحكام التي جاء بها القرار رقم (١١٩٨) سنة ١٩٧٧ قد تؤدي إلى حصول الأخلال الفعال ، فمثلاً المتعهد ببيع العقار إذا اخل بالتزامه ولم يسجل العقار باسم المشتري ، فلا يوجود طريق للمشتري أخر الا طلب التعويض والذي يقدر بالفرق بين قيمة العقار وقت التعهد وقيمته وقت النكول، ونفترض وجود شخص ثالث وعرض على المتعهد ثمناً يزيد عن ماهو مثبت في التعهد فقد يكون لسبب ما جعله يعطي أكثر ثمناً، لذلك تصبح رغبة للمتعهد عن النكول عن الألتزام ، ويبيع العقار للشخص الثالث، فيخرج بربح من العملية [٣] .

---

(١) علي حسين منهل، مصدر سابق، ص١٥.

(٢) علي حسين مهنل، المصدر نفسه، ص١٥ ومابعدها.

(٣) علي حسين منهل ، المصدر نفسه ، ص٢٥.

علماً إن ارتفاع قيمة العقار ارتفاعاً فاحشاً في الاونة الاخيرة، وازدياد النكول عن تسجيل بيع العقارفي دائرة التسجيل العقاري بعد التعهد بنقل الملكية طمعاً في حصول المالك على كسب كبير هو الفرق بين قيمته وقت التعهد وقيمته وقت بيع العقار مجدداً لشخص اخر ، فقد اقدم مجلس قيادة الثورة المنحل على معالجة هذه الظاهرة الخطيرة بإصدار قراره المرقم ١١٨٩ لسنة ١٩٧٧ والذي قضى: (يقتصر التعهد بنقل ملكية عقار على الالتزام بالتعويض إذا أخل احد الطرفين بتعهده سواء اشترط لتعهد في التعويض أم لا يشترط فيه ، على أن لايقل مقداره عن الفرق بين قيمة العقار المعينة في التعهد وقيمته عند النكول ، دون إخلال بالتعويض عن أي ضرر أخر)، يلاحظ أن هذا القرار تناول بالتعديل حكم المادة ١١٢٧ وخرج عن القواعد العامة في التعويض[١].

وهذا يعني أن حالات النكول كانت كثيره في ظل المادة (١١٢٧) ، والتي قررت النكول عن التعهد ببيع عقار لايعطي المتعهد له غير الحق في التعويض والذي تحدده المحكمة بحسب القواعد العامة، لذلك صدر القرار (١١٩٨) أعلاه لتفادي حالات النكول، حيث لم يفلح القرار (١١٩٨) من الحد من ظاهرة النكول ، بالعكس خلق دوافع لدى بائعي العقارات نحو الأخلال بتعهداتهم والاستعداد لدفع التعويض ، وقد كان ينبغي على المشرع العراقي لكي يواجه دوافع الأخلال في هذه الحالات، أن يقرر تمليك العقار إلى المتعهد له ليقوم هو ببيعه إلى الشخص الذي يعطي قيمة أكثر، ولكن هذا القول لامجال له في القانون العراقي؛ لانه يشترط لطلب التمليك شروط خاصة يصعب تحققها في الواقع ، كما أن القرار جعل في يد البائع وسيلة سهلة لتفادي الحكم بتمليك العقار إلى المتعهد له ، وذلك بمعارضة الاخير تحريرياً في سكن العقار أو اقامة بناء أو منشأت أو غرس مغروسات فيه ، خصوصاً إذا كان لدية الاستعداد للنكول حيثما يأتيه عرض أخر مربح [٢] .

والمجال الأكثر وضوحاً لتحقق الأخلال الفعال في القانون العراقي يوجد في قانون بيع وإيجار أموال الدولة، إذ يقرر القانون الشخص الذي يشترك في المزايدات التي تحصل بشأن بيع وإيجار أموال الدولة ورست عليه المزايدة ، ثم نكل عن تسديد البدل وبعد قرار الاحالة القطعية فأن المبيع يعرض على المزايد الذي كف يده قبله، اي قبل الناكل ، وعلية يضمن المزايد الاخير الناكل الفرق بين البدلين والمصروفات ويؤخذ ذلك من التامينات التي اودعها لدى الجهة المختصة، ولنفرض هنا أن المزايد الاخير الناكل عمل هذا للتخلص من الخسارة الفادحة التي يواجهها ، وليس لدية اي طريق غير النكول

---

(١) عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، القانون واحكام الالتزام، ج٢، بلا طبعة، مكتبة السنهوري، بيروت ، ٢٠١٥، ص٧٠.

(٢) علي حسين منهل ، مصدر سابق، ص ٢٦ ومابعدها.

عن الصفقة ليخرج بأقل خسارة ممكنة، فكان اخلاله بتنفيذ الصفقة هو لتجنب الخسائر، وبالتالي نرى في كل الحالتين التي تم ذكرها هو النكول عن التزام امام لتحقيق ربحاً أو تجنباً للخسائر [١].

الفرع الثالث

المسؤولية الموضوعية

إن المسؤولية الموضوعية جاءت نقضاً لماهو مسلم به للمسؤولية المدنية ، اي أن المسؤولية المدنية تقوم على ثلاث اركان (الخطأ والضرر والعلاقة السببية) .

حيث يقصد بالمسؤولية بشكل عام تحمل الشخص لنتائج وعواقب التقصير الصادرة عنه أو عمن يتولى رقابته والإشراف عليه، أما المسؤولية في الاطار المدني فهي تعني المؤاخذة عن الأخطاء، التي تضر بالغير وذلك بإلزام المخطئ بأداء التعويض للطرف المضرور وفقاً للطريقة والحجم الذي يحدده القانون، وقد استخدام مصطلح المسؤولية المدنية منذ وقت غير بعيد ، أما المصطلح الذي كان شائعا قبل هذا التاريخ فهو مايسمى العمل غير المشروع وهذه الصيغة الاخيرة تأثرت بها التشريعات القديمة كالقانون المدني الفرنسي [٢].

---

(١) ينظر: وهذا مانصت عليه المادة(٢٣) البند (أولاً) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ ،على إن : ((إذا نكل المحال عليه عن دفع بدل المبيع والمصاريف في حالة البيع وبدل الايجار والمصاريف في حالة الايجار، فيعرض المال غير المنقول على المزايد الاخير الذي كف يده قبله بالبدل الذي كان قد عرضه ، فإذا وافق على اخذه ودفع التأمينات القانونية وفق النسب المحددة من البدل الذي عرضه، يضمن الناكل بقرار من لجنة البيع أو الايجار، الفرق بين البدلين من تاميناته، وفان لم تكف فمن أمواله الأخرى، ويستوفي ذلك وفق احكام قانون تحصيل الديون الحكومية)) ، أما البند (ثانياً) فنص على: ((إذا رفض المزايد قبل الناكل اخذ المال غير المنقول بالبدل الذي كان قد عرضه، فتجري المزايدة مجدداً لمدة خمسة عشر يوما تبدأ من اليوم التالي لنشر الاعلان في الصحيفة، ويضمن الناكل بقرار من لجنة البيع والايجار الفرق بين البدلين ومصاريف اعادة المزايدة ويستوفي ذلك من تاميناته وفان لم تكف فمن أمواله الاخرى وفق احكام قانون تحصيل الديون الحكومية)) ، أما البند (ثالثاً) فنص على: ((إذا لم يحصل راغب للشراء المال غير المنقول في حالة البيع أو المستأجرفي حالة الايجار، فتعد التأمينات التي دفعها الناكل ايرادا إلى الجهة مالكة المال غير المنقول فان كانت اقل من مصاريف المزايدتين يضمن الناكل الفرق بينهما ويستحصل من امواله وفق احكام قانون تحصيل الديون الحكومية)) ، أما البند رابعاً من تلك المادة فتنص على ((لايسمح للناكل الاشتراك في المزايدة التي تسبب نكوله في اعادتها)) .

(٢) عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام ، الكتاب الثاني ، المسؤولية المدنية ، ط٢، مطبعة الكرامة- الرباط ، ٢٠٠٥، ص٧ .

فالمسؤولية المدنية تقوم على الأخلال بواجب قانوني ، فهي تفترض أن شخصاً ما لحقه ضرر في الجسم أو المال وفي الشرف أو في غير ذلك من صور الضررالأدبي أو المادي، كما تفترض أن هذا الضرر كان بسبب واقعة تتصل بشخص آخر على نحو ما فيلزم القانون هذا الشخص بتعويض المضرور عما لحقه من ضرر، ولامحل للقول بمسؤولية على المتضرر تجاه نفسه كان مرد ضرره إلى فعله انفراداً، فالضرر يفترض ذمتين مستقلتين ذمة تضررت وأخرى أضرت، إذ أن مفهوم المسؤولية يتناول شخص لمساءلته تجاه غيره عن الضرر الذي الحقه به فالخطأ الذي يأتيه المتضرر يحرمه في ألاصل من التعويض كله لو كان وحده المنتج لضرره أو ينتقص من التعويض عليه لو كان مساهماً في حصول الحادث إلى جانب الفعل الذي يسأل عنه المدعى عليه[١] .

ولكن التوجه الحديث الذي طرق ابواب القانون المدني على قيام المسؤولية على ركن واحد فقط (الضرر) ، يعرف الضرر بالعديد من التعاريف فقد عرفه البعض بأنه : (الأذى الذي يصيب المضرور في جسمه أو ماله أو شرفه أو عواطفه)[٢] ، وعبر عنه البعض الآخر بأنه : (الاذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحه مشروعة له سواء كانت المصلحة ذات قيمة مالية أو معنوية) [٣].

فقد عدت فكرة الخطأ لمدة طويلة مبرر قانوني للمسؤولية المدنية ، واستطاعت هذة الفكرة أن تتوافق مع الطابع الذي كان يميز معظم الانشطة الصناعية، وتقوم فكرة الخطأ على مساءلة مرتكب الخطأ عن تعويض الضرر[٤]، إذ نص القانون العراقي صراحة على الخطأ في العديد من نصوص ومن هذه النصوص هي المادة (١\١٨٦) والتي نصت على : (إذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسبباً ؛ يكون ضامناً إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى) ، وكذلك ايضاً المادة (١\١٨٧) والتي نصت على : (إذا هدم أحد عقار غيره بدون حق ؛ فصاحب العقار بالخيار، إن شاء ترك أنقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً مع التعويض عن الأضرار الأخرى، وإن شاء حط من قيمته مبيناً قيمة الأنقاض وضمنه القيمة الباقية مع التعويض عن الأضرار الأخرى)، بالإضافة إلى أن هنالك

---

(١) عيسى مصطفى حمادين ، المسؤولية المدنية التقصيرية عن الاضرار البيئية(دراسة مقارنة بين القانون الاردني والقانون المصري)، ط١، دار اليازوردي، عمان ، الاردن، ٢٠١١، ص٢٣.

(٢) محمد حسين علي الشامي ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية ، (دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمني والفقه الاسلامي) ، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠، ص٤٩٩.

(٣) محمد حسين علي الشامي ، المصدر نفسه ، ص٤٩٩.

(٤) شروق عباس فاضل و أسماء صبر علوان، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة، ط١، المركز العربي، ٢٠١٧، ص٨٣.

العديد من النصوص الأخرى التي أشارت إلى الخطأ[١]، إما القوانين محل المقارنة نجد إن القانون المصري أشار إلى الخطأ بصورة صريحة في المادة (١\١٦٣) والتي نصت على : (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض) ، وكذلك نجد القانون الفرنسي اشار للخطأ بصورة صريحة في نص المادة (١٣٨٢) والتي نصت على : (كل فعل من صنع الإنسان يلحق ضرر بالآخرين ، يلزم الشخص بتعويضه)[٢].

ومن المعلوم أن الخطأ هو الإخلال بتنفيذ الالتزام عمداً أو اهمالاً ويتمثل هذا الخطأ في عدم تحقيق الغاية التي التزم بتحقيقها أو عدم بذل العناية اللازمة لتنفيذ الالتزام، أو هو الاخلال بالتزام قانوني سابق، أو انحراف عن السلوك المعتاد، والالتزام القانوني السابق هو الالتزام باحترام حقوق الكافة وعدم الاضرار بهم، وهو الالتزام ببذل عناية، والعناية المطلوبة هي اتخاذ الحيطة والتحلي باليقظة والتصبر في السلوك لتحاشي الاضرار بالغير، وبذلك يختلف الالتزام العقدي الذي يقضي الإخلال به إلى المسؤولية العقدية عن الالتزام القانوني الذي يرتب الإخلال به المسؤولية التقصيرية، لان الالتزام القانوني هو التزام ببذل عناية دائماً، اما الالتزام العقدي فقد يكون التزاماً بتحقيق نتيجة أو التزاماً ببذل عناية[٣].

وبسبب التطور الهائل الذي حدث في مستهل القرن العشرين، وما صاحب هذا التطور من من تطورات عديدة في مختلف المجالات من تطور علاقات الانتاج وتطور الآلة وغير ذلك من التطورات، وماصاحب هذه التطورات من مخاطر، دفع الفقه إلى وضع نظرية تسمى (المسؤولية الموضوعية)، حيث تقوم هذه المسؤولية على الاكتفاء بوقوع الضرر واثبات علاقة السببية بينه وبين النشاط الذي أحدثه، فالخطأ ليس ركنا من أركان المسؤولية ، فكل فعل أو عمل سبب ضرراً للغير يلزم فاعلة بالتعويض، أي إن هذه المسؤولية تقوم متى ماتوافر ركنان هما الضرر ورابطة السببية بين الضرر وفعل المدعى عليه، مما يعني انه إذا قام شخص بتشغيل مصنع، وانبعث منه غازات أو أدخنة

---

(١) ينظر نصوص المواد (١٨٨- ٢٠٢) من القانون المدني العراقي.

(2)S. Fournier,P.maistre du chambon , La responsabilite’ civile de’lictuelle ,4e’dition ,Presses universitaires de Grenoble , Sans endroit pour publier , Sans un an de publication , P11 .

(٣) شروق عباس فاضل و أسماء صبر علوان، مصدر سابق ، ص٨٤ .

ضارة بالبيئة أو بالانسان فأن صاحب المصنع يكون مسئولا عن تعويض المتضررين من جراء ذلك، حتى لو ثبت انتفاء أي خطأ أو إهمال من جانبه [١] .

إن استخدام التقنية الصناعية المتطورة أدت إلى ظهور قوتين إقتصاديتين اختل التوازن القانوني بينهما، الأولى تمثل أصحاب الرؤوس الأموال في الصناعة، والثانية فئة العمال التي تعتبر الآلة بالنسبة لهم مصدر خطر جسيم، ولمعالجة حالة التوازن المختل لابد من وجود العدالة الاجتماعية والتضامن الاجتماعي التي توجب على أصحاب رؤوس الأموال وهم المنتفعون من الآلة أن يتحملوا تبعة خطرهم ، أن تطبيق القواعد العامة في المسؤولية المدنية وقاعدة (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)[٢]، إذ نصت قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩على هذه القاعدةفي المادة (١\٧)، وهذه المادة منقولة عن المادة (٧٦) من مجلة الاحكام العدلية [٣] ، كل ذلك غير كافٍ لتقرير الحق في التعويض ، فلم يكن أمام الفقه إلا الاستعانة بالنظرية الموضوعية ، فنجد هنالك العديد من العوامل التي أسهمت بظهور هذه النظرية ، ومنها قيام المعامل والمصانع الكبيرة، ووقوع الإصابات العديدة بالعاملين فيها نتيجة انتشار الآلة في جميع المجالات [٤] .

إن ظهور (المسؤولية الموضوعية) كان نقطة تحول في فقه القانون المدني كله، فقد بدأ انصار هذه النظرية يهاجمون أفكار وقواعد قانونية كان الاعتقاد السائد من قبل إنها قواعد وأفكار ثابتة بديهية لايرقى إليها الشك ولايجوز إن يدور حولها أي خلاف أو جدل، فقد حاول أنصار هذه النظرية الخروج عن هذه القواعد التقليدية التي كان الفقهاء كافة يتمسكون بها من قبل ويدافعون عنها ويعدونها قواعد وقضايا ومبادئ مسلمة، وكانت الظروف الاقتتصادية والتحولات السياسية والاجتماعية عاملاً هاماً من عوامل نشوء هذه النظرية الحديثة وازدهارها، فقد صاحب هذه النظرية بوقت قصير نشوء الصناعات الكبرى نتيجة طبيعي للتطورات الحاصلة فزادت حوادث العمل زيادة لم تخطر على بال

---

(١) علي محمد خلف الفتلاوي، مسؤولية الإنتاج، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٨، ص ١٧٣ ومابعدها .

(٢) ينظر: المقصود بالبينة هي (إقامة الدليل على صحه الادعاء) ، اي على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه، ينظر : سامي محمد فريج ، التخطيط للعقد (إدارة المخاطر – الجوانب القانونية – الالتزامات الاطراف) ، ط٢، دار النشر للجامعات ، مصر ، ٢٠٠٧، ص٢٧٢ ، وكذلك ينظر : احمد نشأت ، رسالة الاثبات ، ج١(اركان الاثبات – عبء الاثبات – طرق الاثبات – الكتابة- شهادة الشهود)، ط٧، بلا مطبعة ، بلا سنة نشر ، ص٧٠.

(٣) أدم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الاثبات ، ط١، السنهوري ، بغداد، بلا سنة نشر ، ص٥٦.

(٤) سمير سهيل ذنون ، المسؤولية المدنية عن فعل الآلات الميكانيكية والتأمين الإلزامي عليها ، بلا طبعة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ٢٠٠٥، ص١٣.

المشرع من قبل، وهنا وجد رجال القانون أنفسهم أمام مسألة هامة للغاية وهي تلزم العامل المضرور الذي اصيب خلال عمله بإثبات الدليل على صدور الخطأ من رب العمل كي يستحق تعويض، فالنظرية التقليدية تلزم بهذا العبء، وهنا اهدار لحق العامل في الحصول على حقه لذلك وجدت النظرية الموضوعية طريقاً للتخلص من هذا العبء بإقامة المسؤولية إذا توفر ركن الضرر بدون ركن الخطأ[١] .

ولذلك سنبين ما المقصود بالمسؤولية الموضوعية وما هو اساسها وماهو موقف القوانين المقارنة منها وعلى النحو الاتي :

أولاً: تعريف المسؤولية الموضوعية

حيث تعرف المسؤولية الموضوعية هي (تلك المسؤولية التي يكفي أساساً لقيامها وجود علاقة سببية مباشرة بين الضرر وبين العمل أو النشاط مصدره)[٢] أي وفق هذا التعريف تقام المسؤولية بتوفر ركن الضرر ويكون هذا الضرر ناتج عن العمل الذي صدر عنه، وعرفت ايضاً بإنها(مسؤولية عن عمل لا يكون للخطأ أي دور فيها) [٣] وهنا في هذا التعريف مسؤولية عن العمل دون وجود ركن الخطأ، وعرفت كذلك : (تلك المسؤولية التي يكفي اساساً لقيامها وجود علاقة سببية مباشرة بين الضرر والعمل أو النشاط مصدره في غيبة اي خطأ من جانب المسؤول حتى ولو كان العمل أو النشاط مصدر الضرر في ذاته سليماً وصحيحاً)[٤]، وايضاً عرفت بإنها (الجانب السلبي من المسؤولية المدنية والتي تنهض على اساس ركن الضرر وحده ، خلافاً للمسؤولية الخطئية والتي تمثل الجانب الأيجابي من المسؤولية المدنية وتنهض على اساس الركن المعنوي للخطأ)[٥]، نجد من خلال ما تقدم أعلاه أن التعاريف التي وضعت للمسؤولية الموضوعية كلها متشابه و إن كان هنالك أختلاف من ناحية الصياغة لكل تعريف .

---

(١) حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج٢، الخطأ ، بلا طبعة ، العزة، ٢٠٠١، ص٦.

(٢) محمد فؤاد عبد الباسط ، تراجع فكرة الخطأ أساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣، ص٧٦.

(٣) وليد إبراهيم حنفي ، المسؤولية المدنية الموضوعية عن أضرار التلوث بالنفايات الإلكترونية ، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الخامس المنعقد بكلية الحقوق – جامعة طنطا ، ٢٠١٨، ص٤.

(٤) وليد إبراهيم حنفي ، المصدر نفسه ، ص٤.

(٥) يونس صلاح الدين المختار ، مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعه في القانون الانكليزي (دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العراقي والاماراتي) ، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، م١٤، ع٢، ٢٠١٧، ص١١٥.

تقوم المسؤولية الموضوعية على فكرة قانونية مغايرة لجميع الأسس القانونية السابقة للمسؤولية إذ تستند كلياً على موضوعها أو محلها، اي على الضرر، وبمعنى يتم تعويض المضرور حتى ولم يرتكب المسؤول اي خطأ ، فكل عمل أو فعل سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ولايمكن للمسؤول دفع هذه المسؤولية إلا بثات السبب الاجنبي[١] .

ولقد شكلت هذه الافكار الحديثة في ميدان القانون المدني والداعية إلى تبني المسؤولية الموضوعية نقطة تحول كبرى في فقه المسؤولية المدنية كله، فبعد أن استقر الامر على ضرورة توافر أركان المسؤولية المدنية الثلاثة(الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر)، حتى أصبحت من المسلمات القانونية والتي لايرقى إليها الشك ولايجوز مناقشتها ولا الجدل بشأنها ، ولكن في الوقت الحاضر اصبحت هذه الفكرة محوراً لاشد انواع النقاش والجدل القانوني [٢] .

ثانياً: اساس المسؤولية الموضوعية

تقوم المسؤولية الموضوعية على أساس موضوعي يتمثل في نظرية المخاطر أو مايسمى بنظرية تحمل التبعة[٣] ، حيث ظهرت نظرية تحمل التبعة في أواخر القرن التاسع عشر في فرنسا، ومن ابرز روادها الفقيهين (سالي) من خلال كتابه "حوادث العمل والمسؤولية المدنية "، والفقية (جوسران) في كتابه " المسؤولية عن فعل ألاشياء الغير حية "، حيث اعتبرا أن فكرة الخطأ لم تعد كافية لتوفير الحماية الفعالة للمتضررين ، وعلى ألاخص فئة العمال، حيث انتشرت الآلات الميكانيكية الخطرة وما رافق ذلك ازدياد في إصابات العمل، فلم تعد نظرية الخطأ كافية لجبر الضرر، فبرزت الحاجة إلى ضرورة البحث عن البديل الذي يلبي حاجة المتضررين، لذلك تدخل المشرع الفرنسي منذ بداية القرن التاسع عشر بموجب تشريعات خاصة أقر فيها المسؤولية غير القائمة على الخطأ بعد أن

---

(١) عبد الله عبد الامير طه، المسؤولية المدنية عن الاضرار البيئية التي تسببها الابار المنتجة للنفط(دراسة مقارنة)، ط١، حروف عراقية، ٢٠١٦، ص١٠٢.

(٢) عمر بن الزبير، التوجه الموضوعي للمسؤولية المدنية، اطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠١٧، ص٣.

(٣) حيث يعبر الفقهاء عنها بقاعدة فقهية وهي (الغرم بالغنم) ، حيث جاء معنى هذه القاعدة في المادة (٨٧) من مجلة الاحكام العدلية ، حيث نصت هذه المادة على : (الغرم بالغنم يعني أن من ينال نفع شيء يتحمل ضرره) ، ينظر : عبد الكريم زيدان ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الاسلامية ، بلا طبعة ، مؤسسة الرسالة ، بلا سنة نشر ، ص١٥٠.

اتضح له عدم جدوى المسؤولية الخطئية في ظل ظروف التقدم الصناعي وتطور الوسائل التكنولوجية التي تنتج عن ازدياد من مخاطر العمل والحوادث الضارة[١] .

حيث إن أساس المسؤولية الموضوعية يتحلل إلى مفهومين متداخلين متفاعلين[٢]، المفهوم الاول ذو طابع اجتماعي يربط بين الضرر والنشاط الذي قام به الشخص، أما المفهوم الثاني ذو طابع اقتصادي أي إن الاتنفاع بالشيء لابد إن يقابله الالتزام بمخاطره فالمسؤولية الموضوعية تقام كنتيجة حتمية عن الفعل الذي صدر، إذ أن مقتضيات العدالة تأبى إن يتحمل المضرور ماوقع من ضرر، وبالتالي ليس من العدل إن ينتفع الشخص من عمله دون أن يتحمل اضراره[٣].

ويقول الفقيه (josserand) بهذا الصدد : (ان نشاط الفرد الذي يسبب الضرر للاخرين يجعل من صاحبه مسؤولاً عن هذا الضرر وبدون حاجة إلى البحث عن وجود الخطأ أو عدم وجوده ولامحل ايضاً للبحث عن نية الفاعل بل يبحث عن ذات الفعل فإذا كان الانسان يستطيع ان يجلب بنشاطه ربحاً فأنه من العدل والانصاف ان يعوض بالمثل الضرر الذي يسببه)[٤] .

وبهذا الخصوص نصت المادة (٢٣١) من القانون المدني العراقي على : (كل من كان تحت تصرفه آلات ميكانيكية أو أشياء أخرى تتطلب عناية خاصة للوقاية من ضررها يكون مسؤولاً عما تُحْدثه من ضرر مالم يثبت أنه اتخذ الحيطة الكافية لمنع وقوع هذا الضرر، هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة)، حيث نرى هذه المادة تؤكد على أن صاحب الآلات الميكانيكية يكون مسؤولاً عما تحدثه الآلات من ضرر، مالم يثبت أنه متخذ كافة الاجراءات اللأزمة لمنع وقوع الضرر.

وكذلك نصت المادة (١٧٨) من القانون المدني المصري على : (كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولا عما تحدثه هذه الاشياء من

---

(١) مروى طلال درغام ،المسؤولية المدنية لمنتج الدواء عن العيوب الخفية في الادوية والمستحضرات الصيدلانية،ط١، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٨، ص١٥٢ ومابعدها .

(٢) طارق عبد الرؤوف صالح رزق ، المسؤولية المدنية لحارس الأشياء الخطرة في القانون المدني الكويتي – مع الاشارة إلى المسؤولية عن حراسة السيارة اثناء ارتكابها حادث ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠، ص٢٠٠٧، كذلك ينظر : صدقي محمد أمين عيسى، التعويض عن الضرر ومدى إنتقالة للورثة (دراسة مقارنة)، ط١، المركز القومي للاصدارات القومية، القاهرة ، ٢٠١٤، ص١٩٠ .

(٣) أحمد محمود سعد ، استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي ، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧، ص٣١٠.

(٤) شروق عباس فاضل و اسماء صبر علوان، مصدر سابق ، ص٩٠.

ضرر، مالم يثبت أن وقوع الضرر كان سبب اجنبي لايد له فيه، هذا مع عدم الاخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة) .

حيث إن هذه النصوص أعلاه توضح التطور العميق الذي طرأ على مسؤولية صاحب الآلات الميكانيكية ، فقد تدرج اساسها من خطأ ثابت إلى خطأ مفروض فرضاً قابلاً لاثبات العكس ، إلى خطأ مفروض فرضاً لايقبل النفي ، إلى مبدأ تحمل التبعة، والسبب في ذلك يعود إلى تطور الحياة الاقتصادية ، وتعقد الحياة الصناعية وما رافقه ايضاً من نضج الوعي الاجتماعي[١].

ادت التطورات الهامة التي شهدتها المسؤولية المدنية منذ أواخر القرن التاسع عشر، والى تقليص دور الخطأ في كل تطبيقات المسؤولية المدنية، بداية من المسؤولية عن الاشياء غير الحية، إلى المسؤولية عن عمل الغير، وكذلك المسؤولية عن العمل الشخصي، وبالفعل تقلص دور الخطأ وقيام المسؤولية على توافر عنصر الضرر وحده[٢] .

حيث إن هنالك العديد من العوامل ساهمت بظهور النظرية الموضوعية ، ومن هذه العوامل هي ظهورمخاطر جديدة ، نتيجة استعمال الالات الميكانيكية ومعدات الصناعة ، بالاضافة إلى انتشار ظاهرة التامين بمختلف انواعه الامر الذي يتطلب تعزيز اشكال الضمان الاجتماعي ، وعلاوة على انتشار الافكار الاجتماعية التي تهدف إلى حماية المضرور على اساس أن الالتزام بالتعويض يعتبر بمثابة وسيلة لاعادة التوازن بين ذمة المضرور وذمة محدث الضرر[٣] ، حيث يعد التعويض التزاماً لإعادة التوازن فهو يقوم على مفهوم العدالة التصحيحية إي لابد أن يكون التعويض معادلاً للضرر الحاصل بالكامل والذي لحق بشخص المضرور[٤]، والتعويض يكون في جميع انواع الضرر[٥] .

أما بخصوص موقف التشريعات المدنية من هذه النظرية، فالقانون المدني العراقي محل الدراسة ، أشار إلى أن الخطأ يعد ركن من أركان المسؤولية المدنية بحيث لا تقام المسؤولية بدون هذا

---

(١) عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري و محمد طه البشير، مصدر سابق، ص٢٧٩.

(٢) عمر بن الزبير، مصدر سابق ، ص١٠.

(٣) اياد محمد جاد الحق ، مدى لزوم (الخطأ) كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني(دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة الجامعة الاسلامية ، م٢٠، ع١، كلية الحقوق، جامعة الازهر- غزة- فلسطين، ٢٠١٢، ص٢١٧.

(4)Rafael encinas de munagorri ,Propos sur le sens de la re’paration en droit francais de la responsabilite ,Article , Universite de nantes, vol. 33, no. 2, 2003 , p216-219 .

(5)Planiol Rupert et Esmeien , traite pratique de droit fransais , Obligation , 3edition , Sans presse a Impnmer , paris , 1952 , p 860.

الركن،ولكن نجد إنالمشرع العراقي قد تأثر بهذه المسؤولية في العديد من القوانين(١)، فنجد إن القانون المدني العراقي قد نص صراحة عليها في المادة (٢\١٠٥١) والتي نصت على : (وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث في العين المجاورة ؛ أن يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقاء الضرر ، وله أيضاً أن يطلب وقف الأعمال أو اتخاذ ما تدعو إليه الحاجة من احتياجات عاجلة ، ريثما تفصل المحكمة في النزاع)، وكذلك نجد إن المشرع العراقي أخذ بالمسؤولية الموضوعية في قانون التأمين الالزامي من حوادث السيارات العراقي رقم (٥٢) لسنة ١٩٨٠ في المادة (١\٢) والتي نصت على : (يلتزم المؤمن بالتعويض عن الوفاة أو الأصابة البدنية التي تلحق أي شخص جراء استعمال السيارة في الأراضي العراقية ، بصرف النظر عن توفر ركن الخطأ ، و تعتبر سيارة لأغراض هذا القانون ، كل مركبة ذات محرك آلي يعمل بالوقود و قادرة على السير في الطرق البرية عدا ما تسير منها على السكك الحديد ، وتكون بحكم السيارة المقطورة الملحة بها)، فنجد هنالك إشارة واضحة إن المشرع العراقي أشار في هذا القانون على قيام المسؤولية بتوفر ركن الضرر وحده دون ركن الخطأ .

أما القانون المدني المصري فقدنص على أركان المسؤولية المدنية الثلاثة وهي (الخطأ والضرر والعلاقة السببية بين الخطأ والضرر)، إي أنه لم يأخذ بالمسؤولية الموضوعية ولكن أخذ بها على سبيل الاستثناء، وبقوانين خاصة ، ومنها قانون العمل الجديد سنه ١٩٨١، إلا أنه نص صراحة عليها في تنظيمه للقيود التي ترد على حق الملكية في المادة (١\٨٠٧) و التي نصت على (على المالك إلا يغلو في أستعمال حقه إلى حد يضر بملك جاره) اما الفقرة (٢) من المادة ذاتها فقد نصت على : (وليس على الجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لايمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزاله هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، على أن يراعى في ذلك العرف، وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخر، والغرض الذي خصصت له، ولايحول الترخيص الصادر من الجهات المختصة دون استعمال هذا الحق)، أما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي لا يأخذ بالمسؤولية الموضوعية بشكل عام، و اعتبر الخطأ ركن من أركان المسؤولية المدنية ، ولكن قد تأثر بها في تشريعات خاصة مثل قانون العمل سنة ١٨٩٨، وقانون ١٩٢٤\٥\٣١ المعدل بالمرسوم الصادر ١٩٥٥\١١\٣٠(٢).

(١) عبد الله عبد الامير طه ، مصدر سابق ، ص١٠٤.
(٢) عبد الله عبد الامير طه، المصدر نفسه ، ص١٠٥.

المطلب الثاني

التطبيقات الاجرائية

سنقسم هذا المطلب على فرعين ، نتناول في الفرع الأول الفسخ الجزئي للعقد، اما الفرع الثاني سيكون عن مدد الطعن في القانون وكالأتي :

الفرع الأول

الفسخ الجزئي للعقد

من المسلم به أن فسخ العقد يكون كليا، ولكن لغرض حماية العقد وتحقيق الفعالية من جراء ابرام العقد، وتحقيق مصلحة اطراف العقد لغرض تحقيق الاستقرار القانوني ولحماية الاطراف جراء الاضرار التي تلحق بهم عن طريق الفسخ الكلي، ولعدم اضاعه الوقت والجهد المبذول اثناء تنفيذ العقد، لذلك نقض هذا المسلم عن طريق مايعرف بالفسخ الجزئي، ولمعرفة المزيد علينا التطرق بالبداية إلى تعريف الفسخ وشروطه وانواعه ومن ثم التطرق للفسخ الجزئي وكالاتي :

أولاً : تعريف فسخ العقد

يعرف الفسخ بإنه إنهاء الرابطة العقدية بناء على طلب المتعاقد جزاء لعدم قيام المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدي ، فالفسخ هو جزاء عدم التنفيذ[١]، ويعرف ايضا بانه " حل ارتباط العقد أو هو ارتفاع حكم العقد من ألاصل كأن لم يكن[٢]. ويلاحظ بإن الفسخ عرف بتعاريف عديدة ولكن كلها تشير إلى المعنى نفسه بأن الفسخ هو انهاء العقد المبرم بين المتعاقدين بسبب اخلال أحد المتعاقدين أو كلاهما ،فالفسخ جزاء من شأنه أن يحمي القوة الملزمة للعقد، حيث ذهب جانب من الفقه إلى أن الفسخ هو حق كل طرف من اطراف الملزم للجانبين في أن يطلب حل الرابطة العقدية، إذا لم يوفي الطرف الاخر بالتزامه؛ وذلك حتى يتحلل هو مما يفرضه عليه العقد .

ونص المشرع العراقي صراحة على الفسخ في المادة (١\١٧٧) من القانون المدني و التي نصت على : (في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب علية بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تُنْظِر

(١) حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول، المصادر الارادية للالتزام العقد والارادة المنفردة، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠، ص٥٨٩.

(٢) .عمر علي الشامسي، فسخ العقد ، بلاطبعة، المركز القمومي للاصدارات القانونية، بلاسنه نشر، ص٢٢.

المدين إلى اجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان مالم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للألتزام في جملته) ، حيث يفهم من هذا النص أن كل من أطراف العقد يلتزم بالعقد و أن التزام أحد المتعاقدين هو سبب للألزام المتعاقد الأخر وفي حالة الأخلال بالعقد يجوز للمتعاقد الأخر بعد الاعذار ان يفسخ العقد ويطالب بالتعويض .

وكذلك نصت القوانين محل المقارنة على الفسخ، فقد كان موقف المشرع المصري مطابقا للمشرع العراقي اي انه نص صراحة على الفسخ(١)، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي ايضاً نص صراحة على الفسخ في المادة (١٢٢٤) من قانون العقود الفرنسي على :(يترتب الفسخ أما إعمالاً للشرط الفاسخ أو، في حالة كان عدم التنفيذ على قدر كاف من الجسامة، نتيجة إخطار الدائن للمدين أو بموجب قرار من القضاء)، وكذلك نص المادة (١٢٢٥) من القانون نفسه أشارت إلى : (يجب أن يحدد الشرط الفاسخ الالتزامات التي يؤدي عدم تنفيذها إلى فسخ العقد، ويجب أن يسبق الفسخ إعذار لم يحقق نتيجته، مالم يكن متفقاًعلى أن الفسخ يتحقق)(٢).

وفق ما تقدم يمكننا القول إن المادتين أعلاه قد نصتا على إن الفسخ قد يتحقق في حالة وجود شرط فاسخ في العقد وتحقق هذا الشرط، أو قد يكون تم تنفيذ العقد ولكن ليس بالصورة المتفق عليها بين الطراف المتعاقدة، أو قد يتحقق الفسخ نتيجة اخطار المدين بتنفيذ التزامه وعلى الرغم من الاخطار لم يقم بتنفيذ التزامه، أو قد يكون بموجب قرار من القضاء يهدف إلى تحقيق مصلحة الطرفين عن طريق فسخ العقد.

وقبل التطرق إلى شروط الفسخ لابد من معرفة اساس الفسخ، حيث لم تتحد الأراء بشان اساس الفسخ لذلك ظهرت العديد من اراء الفقه حول ذلك ، فجانب من الفقه يرد الفسخ إلى قاعدة التوازن أي توازن العقد فمادام احد المتعاقدين قد أخل بالتزامه، فقد اختل توازن العقد، أي يؤسس على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة(٣).

في حين يذهب فريق آخر إلى أن أساس الفسخ هو حق التعويض، أي تعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الالتزام ، ذلك أن المدين الذي لا ينفذ إلتزامه يكون مسؤولاً عن عدم التنفيذ، وهذه

(١) ينظر: نص المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري.

(٢) محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص٩٨.

(٣) عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص١٧٥.

المسؤولية تستوجب تعويض الدائن عن الأضرار الناتجة من جراء الفسخ، بينما ذهب فريق اخر إلى أن أساس الفسخ يتمثل في النص القانوني الذي يرمي إلى تحقيق العدالة بين الطرفين[١] .

ثانيا: شروط الفسخ

توجد جملة من الشروط ضرورة توافرها حتى نكون أمام إمكانية فسخ العقدفقد نص القانون المدني العراقي على شروط الفسخ ، وكذلك ايضاً القوانين محل المقارنة نجد ايضاً إنها أشارت إلى شروط الفسخ[٢] ، لذلك فإن شروط الفسخ هي على النحو الأتي :

الشرط الأول : أن يكون العقد من العقود الملزمة للجانبين.

حيث إن العقود الملزمة للجانبين يكون هنالك ترابط بين الإلتزامات المتقابلة، والعدالة تقتضي بعدم التزام شخص بعقد لم ينفذه الطرف الآخر، فإذا امتنع أو أخل أحد الطرفين بتنفيذ التزامه كان للطرف الاخر أن يتحلل من التزامه عن طريق الفسخ، فالعقد الملزم لجانب واحد لايستطيع أن يطلب الفسخ والسبب في ذلك؛ لعدم وجود التزام على عاتق الطرف الأخر، أما الطرف الأخر فهو دائن ولامصلحة له في طلب الفسخ بل يستطيع أن يطالب الاخر بتنفيذ التزامه وأن يجبره على ذلك أو يطالبه بالتعويض، وهو يستطيع كذلك أن ينهي التزام الطرف الآخر بإرادته المنفردة، مثل عقد الكفالة[٣]، كما أنه لايمكن الفسخ في بعض العقود الملزمة للجانبين، فليس من الممكن فسخ عقد القسمة إنما هنالك اجراءات خاصة في نقض القسمة بسبب الإكراه أو الغلط أو التغرير،أو ربما بسبب طبيعة عقد القسمة وترابط المصالح والآثار التطبيقية الهامة[٤] .

---

(١) عمر علي الشامسي ، مصدر سابق ، ص٦٠.

(٢)إن شروط الفسخ متعارف عليها في القانون المدني العراقي محل الدراسة فقد أشار القانون العراقي بمجوعة من المواد القانونية للفسخ و نجد إن المادة (١٧٧) السالفة الذكر أشارت إلى هذه الشروط، وكذلك نص المادة (١٥٧) من القانون المدني المصري التي أشار إلى شروط الفسخ والتي جاءت متطابقة مع ما ذهب إلية المشرع العراقي في نص المادة (١٧٧) ، كذلك نجد إن قانون العقود الفرنسي الجديد أشار إلى الفسخ بموجب العديد من المواد وهي (١٢٢٤- ١٢٢٥- ١٢٢٧- ١٢٢٨- ١٢٢٩- ١٢٣٠) فنجد هذه المواد تناولت الفسخ بإكمله .

(٣) أحمد سلمان شهيب السعداوي و جواد كاظم جواد سميسم، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة بالقوانين المدنيةوالفقه الاسلامي) ط١، منشورات زين الحقوقية، بيروت ، لبنان، ٢٠١٥، ص٢٢٤ ومابعدها .

(٤) علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام ، ط١، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس ، ٢٠١٢، ص٤٣٨.

الشرط الثاني: إخلال احد المتعاقدين بالتزامه .

إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي فلا يقضي بالفسخ ، ما إذا كان عدم التنفيذ راجع إلى خطأ المدين فإن المسؤولية العقدية تتحقق ويكون للدائن أن يختار بين المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، أو المطالبة بفسخ العقد[١] .

الشرط الثالث: أن يكون طالب الفسخ مستعداللقيام بالتزامه وقادراً على إعادة الحالة إلى ما كانت عليه اذا قضي بالفسخ .

أي إن طالب الفسخ قادراً على تنفيذ ما إلتزم به، أما إذا لم يكن كذلك فلايستطيع أن يطالب بالفسخ، فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً بموجب العقد فلا بد أن يرده، فإذا لم يستطع ذلك فلا يجاب إلى طلبه ، فمثلاً هلاك الشئ ، يتصرف به إلى شخص أخر[٢] .

ثالثاً : انواع الفسخ

الاصل أن يكون الفسخ قضائياً، ولكنه من الممكن أن ينصّ الطرفان بالعقد على أن العقد يعدّ في حكم المفسوخ بمجرد مخالفة الالتزامات التعاقدية، كما يجوز أن يكون الفسخ قانونياً دون حاجة إلى تصريح من المحكمة[٣].

أولاً: الفسخ القضائي :-

هو الفسخ الذي يتقرر بمقتضى حكم من القضاء، وهذا الفسخ أمره متروك للسلطة التقديرية للقاضي، بمعنى أنه أمر جوازي للقاضي، للدائن، للمدين، طالما كان التنفيذ العيني ممكناً وغير مستحيل، أي في العقود الملزمة لجانبين امتناع أحد المتعاقدين دون عذر مقبول يحق للطرف الأخر أن يطالب بالفسخ طالما هذا الأخير نفذ التزامه واعذر الطرف الاخر أو كان على الاقل مستعداً للتنفيذ[٤] .

---

(١) رمضان ابو السعود و همام محمد محمود، المبادئ الاساسية في القانون، بلا طبعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٩٦ص٥١٧.

(٢) أحمد سلمان شهيب السعداوي، جواد كاظم جواد سميسم ، مصدر سابق ، ص٢٢٦.

(٣) علي كحلون، مصدر سابق، ص٤٣٨.

(٤) عمر الشامسي، مصدرسابق، ص١٥٣.

ثانياً : الفسخ الاتفاقي :-

نصت المادة (١٧٨) من القانون المدني العراقي، والمادة (١٥٨) المشابهه لها من القانون المدني المصري والتي نصت على أن:(يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه)،حيث إن هذا النوع من الفسخ يتفق المتعاقدان سلفاً على الفسخ إذا لم يقم أحدهما بما ألزم نفسه به، والفسخ الاتفاقي ليس على مرتبة أو درجة واحدة، فقد يتم الإتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وفي آونة أخرى يتفقا على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار ، أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إنذار، على أن أدنى مراتب الفسخ هو الإتفاق أن يكون العقد مفسوخاً إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، وقد يزيدان هذا الشرط قوة بأن يتفقا أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم وقد يرتفعا به إلى أقصى مراتب الفسخ بالإتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً دون حاجة إلى حكم أو إنذار[١] .

ثالثا: الفسخ القانوني (الانفساخ) :-

فهذا الفسخ يتحقق في حالة إن يكون تنفيذ العقد مستحيلاً؛ بسبب هلاك المعقود عليه فعلى المدين ان يعوض صاحب الشئ عن الهلاك[٢]، وهذا ما نراه واضحاً في نص المادة (١\١٧٩) من القانون المدني العراقي والتي نصت على : (إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات و هو في يد صاحبه انفسخ العقد ، سواء كان هلاكه بفعله أم بقوة قاهرة ، و وجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه)

الفسخ الجزئي للعقد

عرف الفسخ الجزئي بالعديد من التعاريف حيث عرف بأنه الجزاء الذي ينصب على موضوع الرابطة العقدية ومنها عدم الاعتراف بجزء من الالتزام غير المنفذ وذلك يتطلب من القضاء عدم التفريط والتجاوز من خلال التحقق من صفة التجزئة الموضوعية لمحل العقد مما يقتضي حرصاً

---

(١) محمد أحمد عابدين ، زوال العقد (الفسخ- الانفساخ- التفاسخ- البطلان- الابطال- استحالة التنفيذ- التنفيذ بطريق التعويض) في ضوء الفقه والقضاء مع أحكام النقض، بلا طبعة ، منشأه المعارف، ٢٠١٣، ص٢٥.

(٢) ينظر: نص المادة (١\١٧٩) من القانون المدني العراقي والتي نصت على : (إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد ، سواء كان هلاكه بفعله ام بقوة قاهرة ، ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه) .

شديداً وعناية فائقة في تفسير إرادة الطرفين والعمل على تحقيق ماارادهُ[١]، وعرف ايضاً هو حكم قانوني مجمل يستند إلى منطق المعقولية ؛ لأنه يهدف إلى تحقيق التوازن والعدالة والأنصاف؛ و ذلك لأن هذه الفرضية لها قيمتها فيما لو تم استخدامها بالشكل الأمثل مقارنة بالفسخ الكلي للعقد، وذلك كله يتطلب حرصاً شديداً من قبل القضاء في تطبيق أحكامها[٢].

وهو فسخ جزءاً من العقد مع بقاء الجزء الاخر ، فمثلاً لايجبر رب العمل أن يدفع إلا مايقابل ماحصل عليه ، إي أن هذا الاخير(رب العمل) ، يخفض الأجر بمقدار النقص، فينقص القاضي من اداءات الدائن بقدر ما نقص من أداء المدين بسبب عدم التنفيذ الجزئي[٣] .

فالفسخ الجزئي يعد حلاً وسطاً بين فسخ العقد بالكامل وبين الابقاء عليه، أو بعبارة أخرى هو حل يلجأ إليه القاضي بما له من سلطة تقديرية للإبقاء على جزء من العقد بدلاً من فسخه كله وذلك من خلال انقاص التزامات الدائن بقدر ما نقص من التزامات المدين، فالقاضي إذا ما وجد تنفيذاً جزئياً للعقد وأن العقد يقبل التجزئة كونه يتضمن جملة من الأداءات المتقابلة، وأن حجم الأضرار التي تصيب المدين من الفسخ الكلي تفوق ما يحصل عليه الدائن منه ويحرص القاضي على ألا يستفيد الدائن من الوضع الأكثر اضراراً بالمدين، لذلك يجري نوع من الموازنة والتوفيق بين المصالح المتعارضة دون الوقوف بشكل حرفي على ما أراده المتعاقدان من العقد فيكون الفسخ الجزئي هو أقرب الحلول للعدالة فللدائن أن يحصل على جميع ما التزام له خصمه به، ولكن يجب أن لا نسمح له بأن يدفع أكثر مما حصل عليه بالفعل من مدينه[٤] .

من خلال ماتقدم أعلاه، يمكننا تعريف الفسخ الجزئي، هو الفسخ الذي يهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق مصلحة اطراف العقد، وهي ذاتها الغاية التي يبتغيها الاطراف التعاقد، فعلى المحكمة تقدير الجهود المبذولة في تنفيذ العقد، ومراعاه الاسباب التي أدت إلى التوقف عن التنفيذ بشكل كامل.

---

(١) عبد الله جبار خشان ، الفسخ الجزئي للعقد (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة القادسية، ٢٠١٩، ص١٠.

(٢) عبد الله جبار خشان، المصدر نفسه ، ص١١.

(٣) إيمان طارق مكي الشكري و علاء الدين كاظم الزيادي، جزاء إخلال المقاول بإنجاز العمل ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، م٦، ع١، ٢٠١٨، ص١٣٩.

(٤) عبد المهدي كاظم ناصر، الاقتصاد في فسخ العقد (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، كلية القانون ، جامعة كربلاء، ٢٠١٧، ص٢٣٤.

يشترط في الفسخ الجزئي الشروط ذاتها بالفسخ الكلي بصورة عامة، فيشرط أن يكون هنالك عقد ملزم للجانبين، أي توافر حقوق والتزامات متبادلة على عاتق كل من الطرفين، وكذلك حصول اخلال بالعقد من قبل أحد المتعاقدين، وأمكانية اعادة الحال إلى ما كان عليه،ولكن بالرغم متوافر الشروط العامة أعلاه توجد شروط خاصة لابد من مراعاتها بالفسخ الجزئي، وهو قابلية محل العقد إلى الانقسام، حيث يكون محل الالتزام قابلاً إلى الانقسام عندما يمكن تجزئته، والأصل في ذلك أنه يقبل الانقسام ويكون عندما يحتفظ كل منها بجوهر الشئ وخصائصه ووظيفته ويمكن تنفيذه في أوقات مختلفة [١].

فمتى ما كان المحل يقبل الانقسام على عدة التزامات، بحيث لاترتبط المصلحة من تنفيذ بعضها بالمصلحة في تنفيذ البقية إرتباطاً وتحقق مصلحة الدائن عند كل التزام ، كعقد التوريد إذا أخل البائع أو تأخر بتسلم بعض الدفعات لايكون له أثر على الدفعات السابقة أو اللاحقة[٢] .

ويكون العقد قابلاً للآنفصال (أي إن يكون العقد قابلاً للتجزئة و الانقسام)، لابد أن يكون هنالك ثم شروط، ومن هذه الشروط هو أمكانية الإطراف المتعاقدة الاستغناء عن الجزء غير المنفذ من العقد أو منفذ لكنه غير كامل التنفيذ أو منفذ تنفيذاً معيباً، مع أمكانية الاستمرار بالعقد دون أن يتأثر ، وكذلك من الشروط الاساسية والفعالة في هذا الامر هو عدم تغيير الطبيعة القانونية للعقد، أي عدم تغيير التكييف القانوني للعقد أو تحوله إلى نوع أخر من العقود[٣].

وقد أشار القانون المدني العراقي في المادة(١٧٧) السالفة الذكر إلى الفسخ الجزئي وعدها الأساس لوجود هذا النوع من الفسخ إذ يتبين من نص المادة إن اللفظ الوارد في هذه المادة لم تشرإلى نوع الفسخ ، وكذلك نجد أن اللفظ بصورة مطلقة والقاعدة الفقهية تنص على أن المطلق يجري على إطلاقه مالم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة، أما القوانين محل المقارنة فقد كان توجه المشرع المصري في نص المادة(١٥٧)، مطابقاً تماماً للمشرع العراقي، ولكن ليس فقط المواد أعلاه والتي عدت الاساس للفسخ الجزئي فقد اورد كل من المشرعيين العديد من المواد ومن هذه المواد هي نص المادة(١\٥٤٧)

---

(١) أمير طالب هادي التميمي، الفسخ الجزئي للعقد (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق، م٢، ع٤، ٢٠١٨، ص١٩٤ ومابعدها.

(٢) باسم علوان العقابي، خيار التأخير، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، م٥، ع٢، ٢٠١٣، ص٣٢٥ ومابعدها .

(٣) وسن قاسم الخفاجي، قابلية العقد للانفصال ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، م٤، ع١، ٢٠١٢، ص٢٦٢ ومابعدها.

من القانون العراقي، والمادة المقابلة لها من القانون المدني المصري هي نص المادة(٤٣٨)، ولكن لا توجد أي أشارة صريحة للفسخ الجزئي في كل من القانونيين المدني العراقي والمصري وإنما أشارت بالأمكان تحقيق الفسخ الجزئي ، ولكن في ذات الوقت لم تشر ايضاً صراحة على المنع من ايقاع ذلك النوع من الفسخ[١] .

أما المشرع الفرنسي قد اورد نصوص وهذه النصوص يمكن عدها من تطبيقات الفسخ الجزئي، ومن هذه النصوص هو نص المادة (١٦٤٤) والتي تعالج ضمان العيوب الخفية، حيث نصت هذه المادة((على أن للمشتري أن يختار بين أعادة الشئ واسترداد الثمن أو الاحتفاظ بالشئ واسترجاع جزء من الثمن وفقاً لما يقدره الخبراء)) حيث إن هذه المادة تخول المشتري دعويين أما الفسخ الكلي للعقد، أو الفسخ الجزئي فيستعيد المشتري من الثمن بمقدار العيب الحاصل في المبيع، وكذلك أيضاً المادة (١\١٢٣١)، والتي نصت على : (يحكم على المدين بدفع التعويض، إن كان له مقتضى ، إما بسبب عدم تنفيذ الإلتزام ، أو بسبب التأخر في التنفيذ ، ما لم يثبت أن القوة القاهرة كانت هي المانع من التنفيذ) ، وكذلك المادة(١٢١٧) والتي نصت على : (يمكن للطرف الذي لم ينفذ التعهد المعقود لصالحه ، أو تم تنفيذه بشكل منقوص أن : يرفض تنفيذ التزامه أو أن يوقف تنفيذه – يتابع التنفيذ الجبري العيني لإلتزامه – يطلب تخفيض الثمن- يعمل على فسخ العقد – يطلب التعويض عما ترتب من نتائج عدم التنفيذ ، و يمكن الجمع بين الجزاءات غير المتعارضة ، و يجوز دائماً إضافة التعويض إليها)، من التعديل النافذ ١\١٠\٢٠١٦، فكل هذه المواد عدت وفق القانون الفرنسي تطبيقات للفسخ الجزئي[٢] .

ولكن موقف القضاء العراقي من الفسخ الجزئي غير ثابت، إذ يحكم به في حالات ويرفضه في حالات أخرى ؛ والسبب هو مراعاة المعطيات الاقتصادية في كل دعوى، فضلاً عن اقامة التوازن بين الاطراف المتعاقدة، والدليل على ذلك بعض قرارات محكمة التمييز ومنها((كان على المدعي ان يطلب فسخ العقد جزئياً بقدر تعلق الأمر بالسيارات الثمانية التي يدعي بأنها غير مطابقة للمواصفات والمطالبة بالتعويض ان كان له مقتضى))، أي كان الاخلال متعلق بجزء من الالتزام وأن محكمة التمييز تميل للفسخ الجزئي، ولكن في قرار أخر كان موقف (محكمة التمييز الاتحادية) مختلف((ان المدعي يطلب في دعواه إصدار الحكم بفسخ العقد موضوع الدعوى جزئياً فيما يتعلق بالشحنة الثانية المتعلقة بالمحولتين الكهربائيتين فقط والمطالبة باعادتهما، وتجد هذه المحكمة أن طلب الفسخ الجزئي

(١) امير طالب هادي التميمي ، مصدر سابق، ص٢٠٧ ومابعدها.

(٢) عبد الله جبار خشان، مصدر سابق ، ص٨٠.

للعقد غير جائز قانوناً وفق مقتضى نص المادة(١٧٧) من القانون المدني العراقي، وان المدعي له في هذه الحالة المطروحة إما طلب فسخ العقد كلياً مع التعويض ان كان لذلك مقتضى أو المطالبة بقيمة المحولتين المشار إليها، وحيث إن المدعي لم يسلك الطريق القانوني المتقدم فان دعواه تكون واجبة الرد))[١] .

إما القضاء المصري فقد قضت محكمة النقض أن((طلب تخفيض الاجرة مقابل النقص في المنفعة إنما هو طلب بفسخ جزئي لعقد الأيجار بما يتعلق بهذا النقص، ومفاد نص المادة (٥٦٥) من القانون المدني المصري أن الاجرة تنقص بمقدار ماينقص من الانتفاع سواء أكان ذلك راجعاً إلى فعل المؤجر ام إلى سبب اجنبي وهوحكم يتفق مع قواعد الفسخ والانفساخ والتي تسوي بين هاتين الحالتين في الاثر المترتب على نقص المنفعة))[٢]، أي يفهم من ذلك إن القضاء المصري قد اخذ بالفسخ الجزئي بموجب العديد من القرارات التي صدرت عنه، أي هنالك اشارة واضحة إلى عدم ضياع الحقوق والجهد المبذول والوقت باللجوء إلى الفسخ الجزئي للعقود .

وفي فرنسا قضت محكمة استئناف باريس بالفسخ الجزئي لعقد امتداد بنظام كومبيوتر يتعهد بموجبة متخصص بالكومبيوتر لقاء اجر بإن يضع تحت تصرف عميله في مدة محددة نظام كومبيوتر عامل مكون من مجموعة اجهزة الكومبيوتر وبرامج تشغيلية لتنفيذ مهمة معينة، فقضت محكمة باريس الاستئنافية بإن((العقد يتعين فسخه فيما يتعلق بالامداد ببرامج التشغيل لان من حق الدائن الذي يحق له طلب الفسخ الكلي لمجرد ألا تكون الاجهزة صالحة للاستعمال إلا مع برامج التشغيل يحق له ألا يطلب سوى الفسخ الجزئي لان غير المتعهد سلمه البرامج الملائمة لآلة الكومبيوتر التي ظهرت بكفاءة جيدة ومطابقة للاتفاق))[٣]،حيث إن من واجبات الدائن الاخلاقية تخفيف الضرر عن كاهل المدين بطلبه للفسخ الجزئي ، فبعد تعذر المدين عن إكمال العقد لنقص خبرته أو ضعف الأمكانيات المادية والبشرية، فبدلاً من فسخ العقد بصورة كاملة يتم فسخه جزئياً[٤] .

---

(١) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم ، ١١٤٦ \ الهيأة الاستنافية منقول \ ٢٠١٢، وكذلك القرار رقم ١١٢٦\ الهيأة الاستئنافية منقول ٢٠٠٨ ، نقلاً من : علي حسين منهل ، مصدر سابق ، ص١٩٢.

(٢) عبد الامير جفات كروان ، تجزئة العقد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٨، ص٢١٦.

(٣) عبد الامير جفات كروان، مصدر سابق، ص٢١٦.

(٤) نقلاً عن : رعد عداي حسين ، مصدر سابق ، ص٢٢١ .

أي يتبين من ذلك ان كل من القضاء المصري والفرنسي كان موقفهما ثابت بشأن الفسخ الجزئي على عكس القضاء العراقي قد يأخذ بالفسخ الجرئي أو قد لايؤخذ به بحسب وقائع الدعوى المعروضة عليه فيهدف إلى تحقيق الأفضل لإطراف العلاقة التعاقدية.

وفق ما تقدم أعلاه إن الفسخ الجزئي يمثل أحد تطبيقات نقض المسلمات ، فقد كان الفسخ الكلي للعقد هو السائد أي عند الأخلال بالعقد و لو بشيء بسيط يؤدي إلى فسخ العقد بصورة كاملة و هذا الأمر يؤدي إلى ضياع الحقوق ، ولكن الفسخ الجزئي جاء لمعالجة هذه الحالات الحرجة و تقدير للجهود المبذولة لكل من أطراف التعاقد ، ولتحقيق المصلحة كل منهم و بالتالي يعود هذا الأمربالنفع على المجتمع بصورة عامة .

الفرع الثاني

مدد الطعن

في حالة صدور حكم بحق شخص معين، فيحق له إن يطعن ضمن مدة زمنية محددة وضعها المشرع، والسبب في ذلك؛ ان منح حق الطعن إلى مالانهاية يؤدي إلى تراكم القضايا أمام المحاكم وتأخيرها وهذا بدوره يؤدي إلى ضعف الثقة بالمحاكم و زعزعة الأوضاع المستقرة،لغرض التخلص من هذه المشاكل حدد المشرع مدداً للطعون وجعلها من النظام العام فلا يجوز زيادتها أو إنقاصها[١].

فنصت المادة(١٧١) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ النافذ والمعدل، على: (المدد المعينة لمراجعة الطعن في القرارات حتمية، يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن، وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها بِرَدِّعريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية)، أي يفهم من هذا النص أن مدد الطعن حتمية أي لابد من تقديم الطعن خلال المدد المحددة ولايجوز تقديم الطعن خارج المدة حيث يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقتضي به المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية[٢]

وصدرت العديد من القرارات بهذا الشأن منها القرارالذي صدر من محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية والذي نص على :((.....حيث ان مدد الطعن حتمية يترتب على عدم

(١) آدم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، بلاطبعة، العاتك لصناعة الكتاب، بلا سنة نشر، ص٣٧٧.

(٢) عدنان زيدان حسون العنبكي، قضاء محكمة البداءة مختارات قانونية، وقرارات قضائية، بلا طبعة ، بلا مطبعة ، ٢٠١٥ ، ص٢٢.

مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن استناداً لحكم المادة (١٧١) من قانون المرافعات لذا قرر رد الطعن التمييزي شكلاً وصدر بالاتفاق بتاريخ ٢٠١٨\١\١٧))[١] .

وهذا هو الأصل المسلم به، ولكن ورد نقضاً يتعلق بالعديد من المسائل ومن هذه المسائل مايتعلق بالحل والحرمة، وصدرت العديد من القرارات القضائية بشأن هذا الأمر حيث تضمنت محكمة التمييز قبول الطعن المقدم على الرغم من تقديم الطعن خارج المدد القانونية وتم قبوله لكونه يتعلق بالحل والحرمة، والسبب في ذلك ان مسائل الحل والحرمة أعلى منزلة واقدس من النظام العام من فكرة النظام العام الذي يعتبر مفهوم نسبي يخضع للتغيرات على عكس فكرة الحل والحرمة فهو مفهوم مطلق فالحلال حلال والحرام حرام في كل زمان ومكان، ولهذا أن المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية قد احتاط لذلك واعطي حرية للقضاء لممارسة دوره في القضايا التي تتعلق بالحل والحرمة، وقد تجسد ذلك في نص المادة (٢٩٩) من قانون المرافعات والتي نصت على: (تطبق النصوص التالية على الدعاوي الشرعية، فإن لم يوجد نَصٌّ تُطَبِّقْ أَحكامُ المرافعاتِ المُبَيَّنة بهذا القانون بما يتلائم مع طبيعة الدعوى الشرعية)، وكذلك تأكيده في الاسباب الموجبة لقانون المرافعات المدنية على طبيعة الدعوى الشرعية والتي اعتبرها ذو طبيعة خاصة تتصل أتصالاً مباشراً بمفهوم الحل والحرمة فلا تكون والحالة هذه حقاً خالصاً لأصحابها [٢] .

أضافة إلى ذلك توجد العديد من القرارات التي تشير إلى نقض المادة(١٧١) من قانون المرافعات العراقي بهذه المسائل ذات الأهمية في المجتمع ومنها القرار((لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز صدر حضوريا بتاريخ ٢٠١٢\١٢\٢٥ فيكون مبلغا تلقائيا للطرفين وبالتاريخ المذكور وحيث ان المميز طعن تمييزيا ودفع الرسم بتاريخ ٢٠١٢\١٢\١٧ فيكون الطعن التمييزي واقعا بعد مضي المدة القانونية المنصوص عليها في المادة (٢٠٤) من قانون المرافعات المدنية المعدل وحيث إن المدة المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن وتقضي المحكمة من تلقاء نفسها برد عريضة الطعن عملا بحكم المادة(١٧١) من القانون المذكور وعليه قرر رد العريضة التمييزية شكلا وتحميل المميز رسم التمييز ولتعلق موضوع الدعوى بالحل والحرمة وضعت الاضبارة موضوع التدقيق والمداولة وقد وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف لأحكام الشرع والقانون؛ لانّ محكمة الموضوع اصدرته قبل استكمال ما يقتضي من

(١) القرار رقم ٢٠١٨\١٩، نقلاً من : المحامي قتيبة عدنان حمد ، مصدر سابق، ص٢٧.

(٢) ينظر : حكم محكمة التمييز الاتحادية الرقم ٢٠١٧\١٤٧ ، أحوال شخصية ، منشور في موقع التواصل المعلوماتية (الأنترنيت) ، وعلى الموقع المتاح www.hjc.iq ، مصدر سابق ، تاريخ الزيارة ٢٠٢٠\٩\٦ ، الساعة الرابعة عصراً .

تحقيقات حيث كان يتعين عليها تكليف المدعى عليه \ المميز باثبات دفوعه حول واقعة مراجعة زوجته المدعية خلال فترة الهجر التي تدعيها وان تقف على الاسباب الحقيقية للهجر على وفق ماتشترطه المادة ٤٣\أولاً\ ٢ من قانون الاحوال الشخصية النافذ ومن ثم اصدرت حكمها على ضوء تلك التحقيقات وحيث ان المحكمة لم تراع ماتقدم مما اخل بصحة حكمها المميز لذا تقرر نقضه واعادة الدعوى إلى محكمتها لاتباع ماتقدم وصدر القرار بالاتفاق في ٢\ ربيع الثاني\ الموافق ١٣\٢\ ٢٠١٣[١] .

أي إن هذا القرار صدر ومبلغ لكل من الطرفين ولكن تم الطعن بهذا القرار ، ولكن تم تقديم الطعن بعد انتهاء المدد المحددة لتقديم الطعن وعلى المحكمة الألتزام برد الطعن ، و لكن لكونه يتعلق بالحل والحرمة وضعت الاضبارة موضوع التدقيق والمداولة ، فإن المسلم به هي مدد الطعن المحددة بنص صريح وفق المادة (١٧١) من قانون المرافعات العراقي ولكن تم نقض هذا المسلم بموجب مسائل تتعلق بالحل والحرمة التي أجازت تقديم الطعن خارج المدد المحددة للطعن .

(١)ينظر : قرار محكمة الاحوال الشخصية في النجف المرقم ١٠٥٦\ هيئة الاحوال الشخصية والمواد الشخصية \٢٠١٣.

الخاتمة

الخاتمة

بعد أن وصلنا إلى نهاية هذه الرسالة الموسومة (**نقض المسلمات في القانون المدني – دراسة مقارنة**) ، يتوجب علينا أن نذكر أهم النتائج والمقترحات وعلى النحو الاتي :

اولاً \ النتائج :-

١. لم يرد في القانون المدني العراقي ولا القوانين محل المقارنة تعريفاً (للنقض) و(المسلمات) ، وهذا لايعد عيباً وقصوراً على المشرع ؛ لانه ليس من مهمة المشرع وضع التعاريف، بل يكون هذا العمل من اختصاص الفقه والقضاء، وأن إيراد تعريفاً من قبل المشرع يؤدي إلى جمود التعريف ولايمكن تطبيقه في المستقبل .
٢. السند الذي يشير إلى وجود نقض المسلمات والتي أعتبرها الباحث الاساس للأنطلاق في الموضوع هو نص المادة (٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل إذ جاء فيها على : (لاينكر تغيير الأحكام بتغير الأزمان) ، وكذلك العديد من القواعد الفقيه كقاعدة (العادة محكمة)، (الضرورات تبيح المحظورات)، (الأمور بمقاصدها)، (الضرر يزال)،(المشقة تجلب التيسير) ، فكل هذه القواعد ساعدت الباحثة في كتابة هذه الرسالة .
٣. توصلنا من خلال البحث في هذه الدراسة العميقة إن نقض المسلمات هي : (إبطال أو أزالة القواعد القانونية المسلم بها بموجب التطورات الحاصلة في المجتمع، تؤدي إلى إلغاء ما كان ثابتاً وفق حالات معينة لتحقيق مصلحة معينة في مدة زمنية محددة) .
٤. ثبت بإن نقض المسلمات تعد خروجاً على القواعد العامة، أي إنها استثناء لذلك لايجوز التوسع في تفسيره وتطبيقه ؛ لانه وارد على خلاف القياس وما يرد على خلاف القياس فغيره لايقاس عليه .
٥. يترتب على نقض المسلمات عدة شروط وهي، وجود قواعد مسلم بها يراد نقضها، أي توفر قاعدة قانونية تواتر العمل بها، ولكن هنالك اسباب توفرت وضرورة لنقضها، وكذلك من شروط نقض المسلمات أن لاتخالف النظام العام والآداب العامة، إما اذا جاء النقض مخالف للنظام العام و الآداب اصبح غير مشروعاً، يشترط في نقض المسلمات أن تحقق الاستقرار القانوني، وكذلك يشترط في نقض المسلمات أن يكون النص القانوني من الصعوبة تطبيقه بسبب التقنيات المتطورة .

٦. يعتبر التطور التكنولوجي في مقدمة الأسباب العامة لنقض المسلمات، أي المسلمات التي مضى عليها مدة من الزمن أصبحت قاصرة عن مواكبة التطورات السريعة التي حدثت في الواقع .

٧. يتميز العقد الالكتروني عن العقد التقليدي بالعديد من المميزات ومنها، عدم الإلتقاء المادي لأطراف التعاقد، إبرام العقد وفق وسيلة إلكترونية، العقد يتم بين طرفين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان .

٨. الصياغة الجامدة تعطي حلاً ثابتاً لا يتغير بتغير الظروف والملابسات، على عكس الصياغة الجامدة التي لاتعطي حلاً ثابتاً أنما عاماً يتسم بالمرونة .

٩. هنالك العديد من التطبيقات التي تشير إلى وجود نقض المسلمات، ومن هذه التطبيقات التطبيقات الموضوعية فهي عديدة ولكن الباحث اقتصر على (نقض المعيار المادي) ، (نظرية الأخلال الفعال والمسؤولية الموضوعية)، أما التطبيقات الاجرائية عديدة ايضاً ولكن الباحث تناول فقط (الفسخ الجزئي) و (مدد الطعن).

١٠. هنالك العديد من المعوقات التي تواجه نقض المسلمات ومن هذه المعوقات منها ما يعد قانوني مثل استقرار المعاملات ويعد من أهم المبادئ والمرتكزات الضرورية في حياة المجتمعات بشكل عام ، واستقرار القاعدة القانونية التي تعد الوحدة الاساسية التي يتكون منها القانون بأكمله ، أما المعوقات التكنولوجية فهي تمثل معوقات قانونية أي قصور القوانين عن مواكبة التطور ومعوقات فنية أي عدم وجود أمكانيات على كافة الأصعدة للنهوض ومسايرة حاجات المجتمع.

ثانياً \ المقترحات :-

١. نقترح على المشرع العراقي أن يسير على خطى المشرع الفرنسي، وأن يضع امامه تجربة الاصلاح التشريعي لنظرية الالتزام بوجه عام، و العقد بوجه خاص فنجد إن المشرع الفرنسي بتعديله الجديد لعام ٢٠١٦ قد اشترط توافر مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات على العقد إلى حين التنفيذ وفق المادة (١١٠٤) وعدها من النظام العام ، أي وفق هذه المادة لم يعد مبدأ حسن النية مقتصر على مرحلة تنفيذ العقد فقط كما كان سابقاً قبل التعديل في المادة (٣\١١٣٤)، فعلى المشرع العراقي السير وفق هذا المنهج بتعديله لنص المادة (١٥٠ \١) والتي تنص على : (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن

النية)،وجعلها كالأتي : (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ابتداءاً من مرحلة المفاوضات على العقد إلى تنفيذه)، لوضع قانون متطور يستجيب لمختلف التطورات التي قد تحدث على جميع الاصعدة .

٢. نقترح على المشرع العراقي إن يتبنى منهجاً مرناً ؛ السبب في ذلك إن الواقع متحرك ومتطور في الوقت نفسه والنصوص الجامدة لاتواكب هذه التغيرات التي تحصل ، ولكن هذا لا يعني إلغاء النصوص الجامدة بصورة مطلقة إنما العمل على التوازن مابين النصوص المرنة والنصوص الجامدة .

٣. نقترح على المشرع العراقي تعديل المادة (١\٦٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أن : (العقار كل شيء له مستقر ثابت بحيث لايمكن نقله أوتحويله دون تلف ؛ فيشمل الأرض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الأشياء العقارية) ، إذ أن السبب في ذلك لم يعد هنالك الاستحالة المطلقة بنقل العقار، بل وجدت الامكانيات لنقل العقار فلم يعد العقار ثابتاً، وبالتالي نقترح عليه إن يعدد اشكال العقار فقط و جعل المادة أعلاه بالشكل الأتي (العقار ، فيشمل الارض والبناء والغراس والجسور والسدود والمناجم وغير ذلك من الاشياء العقارية) .

٤. نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١٧١) من قانون المرافعات المدنية والتي تنص على : (المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية ، يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن ، وتقضي المحكمة – من تلقاء نفسها – برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية) ، وجعلها بالشكل الأتي : (المدد المعينة لمراجعة طرق الطعن في القرارات حتمية ، يترتب على عدم مراعاتها وتجاوزها سقوط الحق في الطعن ، وتقضي المحكمة – من تلقاء نفسها – برد عريضة الطعن إذا حصل بعد انقضاء المدد القانونية، ما لم يتعلق الطعن بمسائل الحل والحرمة فيجوز تقديمة خارج المدد القانونية المحددة) .

٥. نقترح المشرع العراقي أضافة فقرة جديدة لنص المادة (١٤٦) من القانون المدني ينص فيها على : (إمكانية نقض العقد ، إذا كان النقض يحقق مصلحة للإطراف أكثر من الاستمرار فيه).

٦. نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (١\١٧٧) والتي تنص على : : (في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب علية بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تُنْظِر المدين إلى اجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للألتزام

في جملته)، وجعلها بالشكل الأتي : (في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب علية بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الإعذار أن يطلب الفسخ الكلي أو الجزئي مع التعويض إن كان له مقتضى على أنه يجوز للمحكمة أن تُنْظِر المدين إلى اجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للألتزام في جملته)، أي ذكر أن الفسخ إما يكون كلي أو جزئي حيث تكون هنالك أشارة صريحة و واضحة على الفسخ الجزئي و إن كان عدم ذكر الأنواع يدل على وجود نوع آخر من الفسخ .

المصادر

المصادر

اولاً :- المعاجم اللغوية

١. إبراهيم أنيس ، المعجم الوسيط ، ج١، ط٢، أمواج بيروت ، لبنان ، بلا سنة نشر.
٢. ابو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، ط١، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠١.
٣. محمد بن مكرم أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأفريقي ، لسان العرب ، ج٨، ط١، دار احياء التراث العربي ، ٢٠١٠.
٤. محمد قلعجي ، معجم لغة الفقهاء ، ط٢، دار النفائس للطبع والنشر، بيروت ، لبنان، ١٩٨٨ .

ثانياً :- الكتب الفقهية العامة

١. محمد أحمد شحاتة حسين ، المصطلحات الفقهية في مذاهب الفقه الأسلامي ، بلا طبعة ، دار الكتب والدراسات العربية ، الاسكندرية ، ٢٠١٨.
٢. محمد محمد هويدي ، المعجم المعين (الفقه ، النحو ، الصرف ، المنطق ، الفلسفة) ، ط٢، دار النون ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٢.

ثالثاً :- الكتب القانونية

١. إسماعيل عبد النبي شاهين ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، القسم الأول ، نظرية القانون ، ط١، الوفاء القانونية ، ٢٠١٣.
٢. إسماعيل كوكسال ، تغيير الأحكام في الشريعة الأسلامية ، ط١، مؤسسة الرسالة ، ٢٠٠٠.
٣. إسماعيل نامق حسين ، العدالة وإثرها في القاعدة القانونية ، بلا طبعة ، مطابع شتات، القاهرة ، ٢٠١١.
٤. إيمان طارق ومنصور حاتم ، القوة الملزمة للشروط الأحادية التحرير في العقد ، ط١ ، مؤسسة دار الصادق للثقافة ، ٢٠١٧ .
٥. أبو مسلم الحطاب ، العقار بالطبيعة وقواعد حمايته بالتشريع الجنائي ، ط١، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء ، ٢٠٠٤ .
٦. أحمد سلمان شهيب السعداوي و جواد كاظم جواد سميسم ، مصادر الألتزام (دراسة مقارنة بالقوانين المدنية و الفقه الأسلامي) ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٥.

٧. أحمد شوقي عبد الرحمن ، المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ .

٨. أحمد عبد التواب محمد ، إبرام العقد الإلكتروني ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .

٩. أحمد محمد حوامدة ، قضايا قانونية معاصرة ، بلا طبعة ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، بلا سنة نشر .

١٠. احمد محمد عطية محمد ، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة (دراسة مقارنة في ضوء الفقه وإحكام القضاء ، بلا طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، بلا سنة نشر .

١١. احمد محمود سعد ، إستقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٧ .

١٢. احمد نشأت ، رسالة الاثبات ، ج١ (اركان الاثبات – عبء الاثبات – طرق الاثبات – الكتابة – شهادة الشهود) ، ط٧ ، بلا مطبعة ، بلا سنة نشر .

١٣. أدم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الأثبات ، ط١ ، السنهوري ، بغداد ، بلا سنة نشر .

١٤. ادريس الضحاك ، المنازعات العقارية خلال إجتهادات المجلس الأعلى ، جمعية التكافل الأجتماعي لقضاة وموظفي المجلس الأعلى ، بلا طبعة ، بلا مطبعة ، ٢٠٠٧.

١٥. آدم وهيب النداوي ، المرافعات المدنية ، بلا طبعة ، العاتك لصناعة الكتاب ، بلا سنة نشر .

١٦.آدم وهيب النداوي وهاشم الحافظ ، تاريخ القانون ، بلا طبعة ، العاتك لصناعة الكتاب ، ١٩٨٩.

١٧. اسامة أحمد المناعسة و جلال محمد الزعبي ، الحكومة الألكترونية بين النظرية والتطبيق ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٣ .

١٨. أسيل باقر جاسم و أحمد سلمان شهيب ، ط١ ، موجز الأحكام في مصادر الإلتزام ، الميزان ، ٢٠١٥ .

١٩. السيد محمد السيد عمران ، الأسس العامة في القانون ، بلا طبعة منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٢ .

٢٠. العربي مياد ، عقود الأذعان (دراسة مقارنة) ، ط١ ، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع ، الرباط ، ٢٠٠٤ .

٢١.المحمدي أحمد أبو عيسى ، النظرية العامة للاستغلال (دراسة مقارنة بالفقه الأسلامي والقانون المدني المصري) ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .

٢٢. امير فرج يوسف ، التوقيع الإلكتروني لدول الخليج ، ط١ ، دار الكتاب والدراسات العربية ، الأسكندرية ، ٢٠١٦ .

٢٣. انور طلبة ، انحلال العقود ، بلا طبعة ، المكتب الجامعي الحديث ، بلا سنة نشر .

٢٤. آوات عمر قادر حاجي ، مبدأ استقرار المعاملات ، ط١، المؤسسة الحديث للكتاب ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٧.

٢٥. توفيق حسين فرج ، المدخل للعلوم القانونية (موجز النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق ، بلا طبعة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بلا سنة نشر .

٢٦. ثامر عبد الجبار عبد العباس السعيدي ، ضمان مطابقة المبيع للمواصفات في العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، بلا طبعة ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠١٨ .

٢٧. جلال محمد إبراهيم ، مصادر الألتزام ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ .

٢٨. جليل الساعدي ، مشكلات التعاقد عبر شبكة الإنترنيت ، ط١ ، دار السنهوري ، بغداد ، ٢٠١١ .

٢٩. حسن علي الذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، ج٢ ، الخطأ ، بلا طبعة ، العزة ، ٢٠٠١.

٣٠. حسن علي الذنون ، فلسفة القانون ، ط١ ، العاني ، بغداد ، ١٩٧٥ .

٣١. حسن كيرة ، المدخل إلى القانون ، النظرية العامة للقاعدة القانونية ، النظرية العامة للحق ، القسم الأول ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، بلا سنة نشر .

٣٢. حسين السيد حسين محمد ، المعاملات الإلكترونية ومتطلباتها وإثارها الاقتصادية ، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ .

٣٣. حسين عامر و عبد الرحيم عامر ، المسؤولية المدنية (التقصيرية والعقدية) ، ط٢ ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٧٩ .

٣٤. حمدي عبد الرحمن ، الوسيط في النظرية العامة للألتزامات ، الكتاب الأول ، المصادر الأرادية للإلتزام العقد والإرادة المنفردة ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠ .

٣٥. حمدي محمد إسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الأرادة في العقود المدنية (دراسة مقارنة بالفقه الأسلامي) ، بلا طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ .

٣٦. خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، ط٢ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١١.

٣٧. خالد ممدوح إبراهيم ، أمن الحكومة الإلكترونية ، بلا طبعة ، الدار الجامعية ، الا سكندرية، ٢٠١٠ .

٣٨. رعد عداي حسين ، دور المتضرر في تخفيف الضرر في نطاق المسؤولية المدنية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٧ .

٣٩. رمضان ابو السعود و همام محمد محمود ، المبادئ الأساسية في القانون ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٦ .

٤٠. رياض القيسي ، علم أصول القانون ، ط١ ، بيت الحكمة ، بغداد ، العراق ، ٢٠٠٢ .

٤١. ريان عادل ناصر ، حق الرجوع عن العقد ، ط١ ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، ٢٠١٦ .

٤٢. ريما فرج مكي ، تصحيح العقد (دراسة مقارنة) ، ط١ ، المؤسسة الحديث للكتاب ، لبنان ، ٢٠١١ .

٤٣. شحاتة غريب الشلقامي ، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٨ .

٤٤. شروق عباس فاضل و د. أسماء صبر علوان ، المسؤولية المدنية عن مضار الجوار غير المألوفة ، ط١ ، المركز العربي ، ٢٠١٧ .

٤٥. سامي بديع منصور ، عنصر الثبات وعوامل التغير في العقد المدني ، ط١ ، دار الفكر اللبناني ، ١٩٨٧.

٤٦. سامي محمد فريج ، التخطيط للعقد ، (إدارة المخاطر – الجوانب القانونية – الالتزامات للاطراف) ، ط٢ ، دار النشر للجامعات ، مصر ، ٢٠٠٧ .

٤٧. سلمان كامل سلمان الجبوري وهادي حسين عبد علي الكعبي ، النقض الجزئي للقرار القضائي ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٨ .

٤٨. سليمان الناصري ، المدخل للعلوم القانونية على ضوء التشريعات في دول الأمارات العربية المتحدة مقارنة بالقوانين العربية ، بلا طبعة ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠١٠ .

٤٩. سعد سالم العسبلي ، الأصول العامة لعلم القانون ، المدخل إلى القانون ، ط١ ، الفضيل للنشر والتوزيع ، ليبيا ، ٢٠١٢.

٥٠. سعيد جبر ، المدخل لدراسة القانون ، ج١ ، نظرية القانون ،بلا طبعة ، بلا مطبعة ، القاهرة ، ٢٠١١ .

٥١. سعيد عبد الكريم مبارك ، أصول القانون ، بلا طبعة ، بلا مطبعة ، ٢٠١٧ .

٥٢. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .

٥٣. سمير سهيل ذنون ، المسؤولية المدنية عن فعل الآلأت الميكانيكية و التامين الألزامي عليها ، بلا طبعة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ٢٠٠٥ .

٥٤. سمير عبد السيد تناغو ، النظرية العامة للقانون ، بلا طبعة ، منشأه المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٧٤

٥٥.سهيل حسين الفتلاوي ، المدخل لدراسة علم القانون (دراسة مقارنة بين نظريتين القانون والحق) ، ط٢ ، مكتبة الذاكرة ، بغداد ، ٢٠٠٩.

٥٦. صدقي محمد أمين عيسى ، التعويض عن الضرر ومدى انتقالة للورثة (دراسة مقارنة) ، ط١ ، المركز القومي للاصدارات القومية ، القاهرة ، ٢٠١٤.

٥٧. صفاء مهدي مطرود ، المنتقى من قرارات محكمة استئناف المثنى بصفتها التمييزية ، ط١، صباح القانونية ، بغداد ، ٢٠١٧ .

٥٨.ضمير حسين ناصر المعموري ، منفعة العقد والعيب الخفي ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠٠١ .

٥٩. طارق عبد الرؤوف صالح ، المسؤولية المدنية لحراس الأشياء الخطيرة في القانون المدني الكويتي مع الأشارة إلى المسؤولية عن حراسة السيارة اثناء ارتكابها حادث ، ط١، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٠.

٦٠. طارق كاظم عجيل ، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١١ .

٦١. طارق محمد حمزة ، النقود الإلكترونية كأحدى وسائل الدفع ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١١.

٦٢.عادل شمران الشمري وعلي شاكر البدري ورحيم عبيد الأسدي ، المدخل لدراسة القانون ، ط٢ ، الوارث ، ٢٠١٦ .

٦٣. عباس الصراف ، المدخل إلى علم القانون ، بلا طبعة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧.

٦٤. عباس العبودي ، تنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية ، بلا طبعة ، دار السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٥ .

٦٥. عبد الحكم فوْدة ، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠١٦ .

٦٦. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، ج١ ، بلا طبعة ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة نشر.

٦٧. عبد الرزاق احمد سنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٨ ، حق الملكية ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بلا سنة نشر .

٦٨. عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق بالفقه الأسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي) ، نظرية السبب ونظرية البطلان ، ط٢ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٨ .

٦٩. عبد الرزاق الفحل ، المدخل لدراسة الأنظمة ، ط٣ ، بلا مطبعة ، ١٩٩٣.

٧٠. عبد الفتاح بيومي حجازي ، الحكومة الإلكترونية بين الواقع والطموح ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ .

٧١. عبد القادر العرعاري ، مصادر الإلتزام ، الكتاب الثاني ، المسؤولية المدنية ، ط٢ ، مطبعة الكرامة ، الرباط ، ٢٠٠٥ .

٧٢. عبد القادر الفار ، المدخل لدراسة العلوم القانونية ، بلا طبعة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠١٣ .

٧٣.عبد القادر محمد شهاب ، اساسيات القانون والحق في القانون الليبي ، ط٦ ، الفضيل للنشر والتوزيع ، بنغازي ، ليبيا ، ٢٠١٣ .

٧٤. عبد الكريم زيدان ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الأسلامية ، بلا طبعة ، مؤسسة الرسالة ، بلا سنة نشر .

٧٥.عبد الله عبد الامير طه ، المسؤولية المدنية عن الاضرار البيئية التي تسببها الأبار المنتجة للنفط (دراسة مقارنة) ، ط١ ، حروف عراقية ، ٢٠١٦ .

٧٦. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، نظرية الإلتزام في القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج١ ، ط٤ ، العاتك ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٠ .

٧٧. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير ، القانون واحكام الإلتزام ، ج٢ ، مكتبة السنهوري ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٥ .

٧٨. عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، بلا طبعة ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٦ .

٧٩.عبد الودود يحيى ، دروس في مبادئ القانون ، بلا طبعة ، بلا مطبعة ، ٢٠٠٢ .

٨٠. عدنان زيدان حسون العنبكي ، قضاء محكمة البداءة مختارات قانونية وقرارات قضائية ، بلا طبعة ، بلا مطبعة ، ٢٠١٥ .

٨١. عزت صلا عبد العزيز ، إعادة التوازن العقدي في ظل الأزمة المالية العالمية (دراسة مقارنة بين الفقه الأسلامي والقانون الوضعي ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٣ .

٨٢. علي فريش المطراوي ، تكوين العقد (دراسة مقارنة بين الفقه الأسلامي والقانون المدني العراقي والايراني و المصري ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٩ .

٨٣. علي كحلون ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الإلتزام ، ط١ ، مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس ، ٢٠١٢ .

٨٤. علي مجيد العكيلي ، مبدأ الأمن القانوني بين النص الدستوري والواقع العملي ، ط١ ، المركز العربي ، القاهرة ، ٢٠١٩ .

٨٥. علي محمد جعفر ، نشأة القوانين وتطورها ، ط١ ، مجد المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٢ .

٨٦. علي محمد خلف الفتلاوي ، مسؤولية الإنتاج ، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٨ .

٨٧. علي نجيدة ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، الكتاب الأول ، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

٨٨. المستشار عليوة مصطفى فتح الباب ، الوسيط في فن وصياغة وتفسير التشريعات ، بلا طبعة ، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر ، ٢٠١٢ .

٨٩. عمر السيد مؤمن ، دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية ، النظرية العامة للحق ، القسم الثاني ، بلا طبعة ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٨ .

٩٠. عمر طه بدوي ، المدخل لدراسة القانون ، نظرية القانون ، الكتاب الأول ، بلا طبعة ، بلا مطبعة ، بلا سنة نشر .

٩١. عمر علي الشامسي ، فسخ العقد ، بلا طبعة ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، بلا سنة نشر .

٩٢. عوض أحمد الزعبي ، المدخل إلى علم القانون ، ط١ ، اثراء للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠١٠ .

٩٣. عيسى خليل خير الله ، روح القوانين ، ط١ ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠١٣ .

٩٤. عيسى مصطفى حمادين ، المسؤولية المدنية التقصيرية عن الاضرار البيئية (دراسة مقارنة بين القانون الاردني والقانون المصري) ، ط١ ، دار اليازوردي ، عمان ، الاردن ، ٢٠١١ .

٩٥. غالب علي الداودي ، القانون الدولي الخاص تنازع القوانين الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الاجنبية ، ط١ ، دار الثقافة ، ٢٠١١ .

٩٦. غالب علي الداودي ، المدخل إلى علم القانون ، ط٧ ، دار وائل للنشر ، عمان ، ٢٠٠٤ .

٩٧. فادي محمد عماد الدين ، عقد التجارة الإلكترونية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٠.

٩٨. فايز محمد حسين ، فلسفة القانون والمنطق القانوني ، بلا طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠١٧ .

٩٩. فتحي شمس الدين ، شبكات التواصل الإجتماعي والتحول الديمقراطي في مصر ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٣ .

١٠٠. فوزي كاظم المياحي ، القواعد الفقهية الواردة في القانون المدني العراقي ، بلا طبعة ، بلا مطبعة ، بغداد ، ٢٠٢٠.

١٠١. قتيبة عدنان حمد ، المنتقى من قرارات محكمة استئناف بغداد الرصافة بصفتها التمييزية، بلا طبعة ، دار الكتاب للنشر والتوزيع ، بغداد ، ٢٠٢٠ .

١٠٢. كريم كارم عبد السلام أبو دنيا ، حماية حقوق المؤلف عبر الإنترنيت ، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠١٩ .

١٠٣. لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، ط١ ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، ٢٠١٠ .

١٠٤. مجيد حميد العنبكي ، مبادئ العقد في القانون الأنكليزي ، بلا طبعة ، بلا مطبعة ، ٢٠٠١ .

١٠٥. مجيد محمود سعيد أبو حجير ، نظرية التعسف في إستعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة (دراسة مقارنة في المفهوم والمعايير ووجه الصلة بينهما)، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢ .

١٠٦. محمد أحمد عابدين ، زوال العقد (الفسخ ، الانفساخ ، التفاسخ ، البطلان ، الأبطال ، استحالة التنفيذ ، التنفيذ بطريق التعويض) في ضوء الفقه والقضاء واحكام النقض ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، ٢٠١٣ .

١٠٧. محمد المرسي زهرة ، مبادئ القانون ، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ .

١٠٨. محمد جاسم محمد العتابي ، مدى انطباق صفة الاذعان على العمليات المصرفية (دراسة فقهية تطبيقية معمقة في القانون العراقي مع الاشارة إلى القانونين الامريكي والفرنسي ، ط١ ، مكتبة القانون المقارن ، بغداد ، ٢٠٢١ .

١٠٩. محمد حسن عبد المجيد الحداد ، الآليات الدولية لحماية حقوق الملكية الصناعية وأثرها الاقتصادي (دراسة مقارنة بالشريعة الأسلامية) ، بلا طبعة ، مطابع شتات ، ٢٠١١ .

١١٠. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد ، بلا طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ٢٠١٨ .

١١١. محمد حسن قاسم ، المدخل لدراسة القانون ، القاعدة القانونية ، ج١ ، بلا طبعة ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠٠٧ .

١١٢. محمد حسين علي الشامي ، ركن الخطأ في المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري واليمني و الفقه الأسلامي)، بلا طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠.

١١٣. محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ .

١١٤. محمد حسين منصور ، المدخل إلى القانون ، القاعدة القانونية ، ج١ ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٥ .

١١٥. محمد رياض دغمان ، إلزامية العقد ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٠ .

١١٦. محمد طه البشير و غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية ، ج١ ، بلا طبعة ، العاتك ، بلا سنة نشر .

١١٧. محمد عبد الوهاب خفاجي ، مبادئ القانون (دراسة تطبيقية لأهم مبادئ القانون والحق والالتزام وقانون التجارة الجديد وقانون العمل الجديد وحماية البيئة ، ط١١ ، دار الهناء ، ٢٠٠٨.

١١٨. محمد فؤاد عبد الباسط ، تراجع فكرة الخطأ اساساً لمسؤولية المرفق الطبي العام ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ .

١١٩. محمد مجيد كريم الإبراهيمي ، النظام القانوني للحوالة التجارية الإلكترونية ، بلا طبعة ، دار السنهوري ، بيروت ، ٢٠١٧ .

١٢٠. محمود عبد الرحيم ، الحيل في القانون المدني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، بلا طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٨ .

١٢١. محمدين عبد القادر محمد ، المدخل لدراسة القانون (دراسة مقارنة في القانون المصري والانظمة السعودية)، نظرية القانون ، الكتاب الأول ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠١٢ .

١٢٢. مراد محمود المواجدة ، المسؤولية المدنية في عقود نقل التكنولوجيا ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، ٢٠١٠ .

١٢٣. مروى طلال درغام ، المسؤولية المدنية لمنتج الدواء عن العيبوب الخفية في الأدوية والمستحضرات الصيدلانية ، ط١ ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠١٨ .

١٢٤. مصطفي إبراهيم الزلمي ، فلسفة القانون والمنطق القانوني في التصورات ، ط١ ، ٢٠١٤ .

١٢٥. مصطفى الجمال ، مصادر الإلتزام ، بلا طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٩٩.

١٢٦. مصطفى فاضل كريم الخفاجي ، فلسفة القانون في الفكر الأوربي الحديث ، ط١ ، نيبور ، العراق ، ٢٠١٦ .
١٢٧. منذر الشاوي ، فلسفة القانون ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٩ .
١٢٨. منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي ، إستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ، بلا طبعة ، دار الفكر القانوني ، الاسكندرية ، ٢٠٠٦ .
١٢٩. هانية محمد علي فقيه ، الرقابة القضائية على عقود الأذعان ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٤ .
١٣٠. هشام صادق و د. عكاشة محمد عال ، القانون الدولي الخاص والأجراءات المدنية والتجارية الدولية وتنفيذ الأحكام الأجنبية وتنازع القوانين ، بلا طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٧ .
١٣١. همام محمد محمود ، المدخل إلى القانون ، بلا طبعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠١.
١٣٢. هيفاء عبد الرحمن ياسين التكريتي ، آليات العولمة الأقتصادية وأثارها المستقبلية في الاقتصاد العربي ، ط١ ، الحامد للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٩ .
١٣٣. ياسين محمد الطباخ ، الاستقرار كغاية من غايات القانون ، بلا طبعة ، المكتب الجامعي الحديث ، ٢٠١٢ .
١٣٤. يوسف عبد الهادي خليل الإكيابي ، النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ، بلا طبعة ، بلا مطبعة ، ١٩٨٩ .

رابعاً :- الكتب العامة

١. عادل سلطان ، تكنولوجيا التعليم والتدريب ، ط٣ ، مكتبة الفلاح للطباعة والنشر ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٨ .
٢. محسن علي عطية ، تكنولوجيا الاتصال في التعليم الفعال ، ط١ ، دار المناهج ، عمان ، الاردن ، ٢٠٠٨ .
٣. محمد محمود الحيلة ، تكنولوجيا التعليم بين النظرية والتطبيق ، ط١ ، دار المسيرة ، ١٩٩٨.

خامساً :- الاطاريح و الرسائل الجامعية

١. إيناس مكي عبد نصار ، الافتراض القانوني (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي) ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٧ .

٢. سعدون يسين ، أثر الظروف الأقتصادية على العقد ، اطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ٢٠١٨ .
٣. صديق شياط ، أثر مصلحة المجتمع في الحد من مبدأ سلطان الإرادة في مجال التعاقد ، رسالة دكتوراه علوم في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ٢٠١٨ .
٤. عبد الله عفريت الحريشاوي ، الفراغ في القانون (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء، ٢٠١٥ .
٥. عبد المهدي كاظم ناصر ، الاقتصاد في فسخ العقد (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٧.
٦. عبد المؤمن سي حمدي ، إشكالية التغيير السياسي في المنطقة العربية في ظل التحولات الجديدة ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد بوضياف – المسيلة ، ٢٠١٩
٧. علي حسين منهل ، نظرية الأخلال الفعال بالعقد (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٧ .
٨. علي حميد كاظم الشكري ، استقرار المعاملات المالية (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٤ .
٩. عمر بن الزبير ، التوجة الموضوعي للمسؤولية المدنية ، اطروحة لنيل درجة دكتوراه في القانون فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ٢٠١٧ .
١٠. هدير شلال شناوة ، العلم وأثرة في التصرفات القانونية (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي) ، اطروحة دكتوراه ، كلية القانون ،جامعة كربلاء ، ٢٠١٩.
١١. جمال عبد الأمير الغزالي ، الالتزام القانوني في التعاقد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة بابل .
١٢. حمد جاسم محمد الخزرجي ، مستقبل النظام السياسي في جمهورية إيران الأسلامية ، رسالة ماجستير، كلية العلوم السياسية ، جامعة النهرين ، ٢٠١٠ .
١٣. حيدر حمزة كريم ، مبدأ التوازن في العقد التجاري الدولي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٨ .
١٤. دعاء أنور سعيد الطائي ، التطور التكنولوجي وقيام حكومة إلكترونية وإثرها على المرافق العامة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠١٣ .
١٥. دمحون حفيظ ، التوازن في العقد ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير ، فرع العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، ٢٠١٢ .

١٦.زواش حدة ، العقار وإشكالية التوسع العمراني ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، جامعة محمد بوضياف ، بالمسيلة ، الجزائر ، ٢٠١٦ .

١٧.سي أعمر أمينة وشاينة تركية ، مبدأ حسن النية في العقود تأصيلاً وتحليلاً ، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، المركز الجامعي بلجاج بوشعيب ، عين تموشنت، معهد العلوم الإقتصادية والتجارية وعلوم التسيير قسم الحقوق ، ٢٠١٨ .

١٨. صاغي زينة ومقري نسيمة ، سلطة القاضي في تعديل العقد ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة عبد الرحمن – بجاية ، ٢٠١٤ .

١٩.عبد الله جبار خشان ، الفسخ الجزئي للعقد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة القادسية ، ٢٠١٩ .

٢٠. عبد الأمير جفات كروان ، تجزئة العقد (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة بابل ، ٢٠٠٨ .

٢١. قاسة لامية و سماعيلي ليدية ، اختلال توازن التزامات المتعاقدين ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة عبد الرحمن – بجاية ، ٢٠١٥ .

٢٢. محسن عبد المنعم هادي الزبيدي ، ضمانات توازن العقد القانونية (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، ٢٠٠٧ .

٢٣. محمد أحمد شطب ، التغيير في موضوع الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٩ .

٢٤.محمد كمال خميس الحولي ، تفسير النصوص القانونية في التشريع الفلسطيني (دراسة تحليلية مقارنة في ضوء النظم واحكام الشريعة الأسلامية ، رسالة ماجستير ، الجامعة الأسلامية ، غزة .

٢٥. هديل خضير كاظم البديري ، المعقولية في الإلتزام العقدي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ٢٠١٨ .

سادساً :- البحوث العلمية

١. إشراق حسين عذيب ، الحماية المدنية للإموال الإلكترونية ، بحث منشور في مجلة كلية التربية ، جامعة واسط ، م٢ ، ع٢٩، ٢٠٢٠.

٢. إيمان طارق مكي الشكري وعلاء الدين كاظم الزيادي ، جزاء إخلال المقاول بإنجاز العمل ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، كلية القانون ، جامعة بابل ، م٦، ع١، ٢٠١٨ .

٣. امير طالب هادي التميمي ، الفسخ الجزئي للعقد (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق ، م٢، ع٤، ٢٠١٨ .

٤. اياد محمد جاد الحق ، مدى لزوم (الخطأ) كركن من أركان المسؤولية التقصيرية في مشروع القانون المدني الفلسطيني (دراسة تحليلية)، بحث منشور في مجلة الجامعة الأسلامية ، م٢، ع١، كلية الحقوق ، جامعة الأزهر – غزة – فلسطين ، ٢٠١٢.

٥. باسم علوان العقابي ، خيار التأخير، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي ، م٤، ع١، ٢٠١٢.

٦. جمال عبد الكاظم الحاج ياسين و علي شمران حميد الشمري ، وسائل تطوير النصوص القانونية ، مجلة أهل البيت، م١، ع٢٢، ٢٠١٨ .

٧. درع حماد عبد ، نظرات في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي ، مجلة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، م٥، ع١٠ ، ٢٠١٥ .

٨. زياد خلف عليوي ، الأحتجاج بعيوب الرضا في العقود الشكلية ، بحث منشور في جامعة تكريت للحقوق، م١، ع٢ ، السنة الأولى ،٢٠١٦.

٩. سلام عبد الزهرة الفتلاوي و آمنة فارس حامد عبد الكريم ، المعايير العامة للصياغة التشريعية (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، م٩، ع٤، السنة التاسعة ، ٢٠١٧ .

١٠. عادل شمران الشمري ، فلسفة الاستثناء في القانون المدني ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق ، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ع٣، السنة العاشرة، ٢٠١٨.

١١. لطيفة طبال ، التغير الأجتماعي ودوره في تغير القيم الأجتماعية ، بحث منشور في مجلة العلوم الانسانية والاجتماعية ، ع٨، جامعة سعد دحلب البليدة (الجزائر)، ٢٠١٢.

١٢. مازن ليلو راضي ، اليقين القانوني من خلال الوضوح وسهولة الوصول إلى القانون ، مجلة كلية العلوم القانونية ، بغداد ، ع١ ، ٢٠١٩.

١٣.محمد عبد الرزاق محمد ، تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن ، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية القانون ، جامعة كربلاء ، ع٣، السنة الثالثة، ٢٠١١.

١٤. محمد فواز صبحي الآلوسي ، التعسف في عقود الاذعان ، مجلة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ،م٢، ع١٣، ٢٠١٧.

١٥. نشأت أحمد نصيف، الأسس الشرعية التي يرتكز عليها تطور الفكر القانوني الحديث ، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، م١٤، ع٢، ٢٠١٢.
١٦. وسن قاسم الخفاجي ، قابلية العقد للأنفصال ، مجلة المحق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، م٤،ع١، ٢٠١٢.
١٧. وليد إبراهيم حنفي ، المسؤولية المدنية الموضوعية عن أضرار التلوث بالنفايات الإلكترونية ، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الخامس المنعقد – بكلية الحقوق – جامعة طنطا ، ٢٠١٨ .
١٨. ياسر ذنون السبعاوي و صمون عزيز عبد الكريم ، الطبيعة القانونية لعقد نقل التكنولوجيا، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، م٨، ع٢٩، ٢٠٠٦.
١٩. يونس صلاح الدين المختار ، مسؤولية المتبوع عن إعمال تابعيه في القانون الانكليزي (دراسة تحليلية مقارنة بالقوانين العراقي والاماراتي ، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، م١٤ ، ع٢ ، ٢٠١٧ .

سابعاً :- القوانين

١. القانون المدني الفرنسي الصادر ١٨٠٤ المعدل .
٢. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٣. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٤. قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ .
٥. قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (٢١) لسنة ٢٠١٣ .

ثامناً : مواقع الشبكة المعلوماتية (الإنترنيت)

١. تعريف وشرح معنى (مسلمة) في معاجم اللغة العربية معجم المعاني ، بحث منشور على مواقع الإنترنيت وعلى الموقع المتاح https:\\www.aimaany.com، تاريخ الدخول إلى الموقع ٢٠٢٠\٢\١٧ .
٢. نقل مسجد الملك خالد من موقعة بدون هدمة ، منشور على مواقع الإنترنيت ، وعلى الموقع المتاح https:\\www.mubasher.info، تاريخ الدخول إلى الموقع ٢٠٢٠\٢\٢١.
٣. محيوز صبرينة و مزياب جميلة ، التوازن القانوني في عقد الإيجار التجاري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، منشور على مواقع الإنترنيت ، وعلى الموقع المتاح https:\\dl.ummto.dz، تاريخ الدخول إلى الموقع ٢٠٢٠\٣\٢٣.

٤. حيدر الجراح ، دور التغيير الاجتماعي في التغيير السياسي، بحث منشور على مواقع الإنترنيت ، وعلى الموقع المتاح https:\\m.annabaa.org، تاريخ الدخول إلى الموقع ٢٠٢٠\٤\١٥.
٥. خالد النويصير ، قراءة قانونية في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، مقالة منشورة على مواقع الإنترنيت ، وعلى الموقع المتاح https:\\www.aleqt.com، تاريخ الدخول إلى الموقع ٢٠٢٠\٤\٢٨.
٦. الموقع الإلكتروني لمحكمة التمييز العراقية www.hjc.iq، تاريخ الدخول ٢٠٢٠\٩\٦.
٧. حامد عبد الحسين الجبوري ، دور البنى التحتية في الاستقرار الاقتصادي ، مقالة منشورة على مواقع الإنترنيت ، وعلى الموقع المتاح https:\\m.annabaa.org، تاريخ الدخول إلى الموقع ٢٠٢٠\٦\٢٦.

تاسعاً : المصادر الأجنبية

1. Adeline jeauneau, l’ordre public en droit national et en droit de l’union europ’eenne; essai de syst’ematisation, droit, universite’panthe’on-sorbonne, paris1, 2015 .
2. Rafael encinas de munagorri, propos sur le sens de la re’paration en droit francais de la responsabilite, Article, universite de nantes, vol. 33, n. 2, 2003.
3. Professeure. Louise Rolland, la bonne foi dans lacode civil du que’bec; du ge’ne’ral au particulier, Sans presse a impnmer, paris, 1996 .
4. Planiol Rupert et esmeien, traite pratique de droit fransais, obligation, 3edition, sans presse a lmpnmer, paris, 1952.
5. S.fournier, P.maistre du chambon, la responsabilite’ civile de’lictuelle, 4edition, presses universitaires de Grenoble, Sans endroit pour publier, Sans un an de publication .

6. Kamel mehdaoul, la formatlon du contrat e’lectroniqueilntemation; leformalisme au regard dela convention cnudcl 2005, de la maitrise en droit international, universite duquebec a montreal 2010.

Abstract

here is no definition in the Iraqi civil law for the denunciation of postulate, as well as the laws subject to comparison, meaning that this issue may be necessitated by its extreme necessity to achieve a specific goal, as the axioms (constants) that have passed for a period of time have become deficient of course. Because of the changes that have occurred in the entirety of the laws, and veto means nullification or abolition of what was taken for granted, meaning that the importance of this study appears when the development of society, either the problematic of this study is related to the practical reality represented by the presence of many decisions indicating that there are deficiencies in the legal texts incapable of Keeping up with developments in society, and among the applications is denouncing the postulates, some of which are objective and some of which are procedural. Substantive applications are revocation of the contract Sharia of the contractors under the theory of effective breach for the purpose of achieving a specific interest for each of the parties to the contractual relationship, or it may be rid of the burden with which it is difficult to prove the error Consequently, the loss of the right of the injured person, as in the denunciation of the elements of civil liability according to the objective theory that is based on the element of harm only, either procedural applications as in partial annulment, whose main goal is not to waste the efforts exerted and the expenses that have been made to implement the obligation, so it came as a revocation. The full contract, as well as from the procedural applications, is the appeal periods specified by the Iraqi legislature, and these are inevitable periods according to the text of Article (171) of the Procedure Law No. (83) of 196 9 amended, but it has been abrogated by issues of dissolution and sanctity, that is, the appeal can be filed outside the specified period if the issue

is related to solvency and inviolability, despite this necessity for the veto, and the many applications of this issue, it collides with basically stable conditions, so there is a matter that requires the cassation to keep pace with developments, A matter indicating the need to maintain the stability of the situation, so there are many obstacles that hinder the veto. These obstacles may be legal, such as the stability of transactions and the stability of the legal base. This is considered an obstacle to veto Muslim women. It is deficient of course, as well as technical obstacles, that is, the transfer of real estate from one place to another requires material capabilities, infrastructure and experts, and most countries do not realize these things, that is, there are no capabilities, as the lack of capabilities is an obstacle to the development of many areas, not just the law.

The Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
University of Karbala
college of Law

nullifying of axioms in civil law
(A comparative study)

dissertation submitted by the student

Russell Taher Negm

To the Council of the College of Law - University of Karbala

It is part of the requirements for obtaining a master's degree in private law

Supervisor

Prof. Dr.

Adel Shamran Hamid Al-Shammari

1443 A.H **.2021 A.D.**